

دراسات حول مشروع القانون المدني

تأليف

د. حمزة حداد

د. أمين دواس

أ. هيثم الزعبي

أ. على سفاريني

د. مصطفى العساف

تحرير

مصطفى عبد الباقي

دراسات حول مشروع القانون المدني / حمزة حداد... [وأخرون] — بيرزيت: معهد
الحقوق، جامعة بيرزيت، ٢٠٠٣

٢١٦ ص. ١٣.٥ × ٢١ سم.

١. الإلتزامات (قانون مدني) - فلسطين. ٢. الإلتزامات (قانون)

KMM 549.D57 2003

ISBN 9950-318-00-9

Copyright © 2003 by Institute of Law, Birzeit University

Dirasat Hawla Mashrou al-Qanoun al-Madani

By: **Hamzeh Haddad**

Commentary on the Draft Civil Law

By: **Hamzeh Haddad**

*This Publication was supported by:
The Danish Representative Office, Ramallah*

نشر وتوزيع: معهد الحقوق، جامعة بيرزيت

تقديم

تشكل النقاشات حول آلية صياغة التشريعات بأنواعها، وآلية تطبيقها والعمل بموجبها، أحد حقول البحث الحيوية في مجال إرساء أسس النظام القانوني والقضائي الفلسطيني. وقد أسس معهد الحقوق في جامعة بيرزيت وحدة «للمساندة التشريعية» منذ سنوات لتشكّل عنصراً من عناصر عمله في هذا الاتجاه.

وتتم المساندة التشريعية بعدة أشكال من العمل البحثي مثل المساهمة في صياغة القوانين، ووضع أسس لطرق الصوغ المنهجية للتشريعات، ومناقشة مسودات القوانين، والخوض في آليات تطبيق القانون بدأ بصوغ التشريعات الثانوية، مروراً بمناقشة آليات تطبيق القوانين في المحاكم، ولدى الموظفين العمامين المختصين.

يشكل هذا الكتاب حلقة في سلسلة منشورات تختص في نشر بعض ما ينتج من أبحاث عن وحدة المساندة التشريعية. وتطمح إلى إلقاء الضوء على جوانب مختلفة في عملية التشريع وفي عملية تطبيق التشريعات بغرض إغناء المكتبة القانونية الفلسطينية، وإثراء النقاش القانوني.

لقد قام معهد الحقوق في جامعة بيرزيت بجهد خاص في مجال المساهمة في إرساء أسس سليمة لعملية التشريع في فلسطين ولعمليات تطبيق القانون، وأصدر في هذا الصدد دليل الصياغة التشريعية بالتعاون مع ديوان الفتوى والتشريع ومع المجلس التشريعي، وقام كذلك بإصدار دليل المدعين العمامين، وهو بصدد إصدار دليل لصياغة التشريعات الثانوية، وقام بالمساهمة في

صياغة عدد من التشريعات، ونفذ العديد من المشاريع البحثية
في هذا المضمار.
ويأمل المعهد أن يكون لهذه السلسلة أثرا في تطوير المرتكزات
الضرورية لسيادة القانون في فلسطين.

د. مضر قسيس
مدير معهد الحقوق

المحتويات

مقدمة..... ٩

تنازع القوانين وعقدي البيع والايجار..... ١٥
د. أمين دواس

مقدمة..... ١٥

تنازع القوانين (المواد ١٨ - ٤١)..... ١٦

عقد البيع (المواد ٤٧٠ - ٥٤٦)..... ٢٩

عقد الايجار (المواد ٦٥٥ - ٧٧١)..... ٤٧

اثار العقد وتفسيره وانحلاله واثار الالتزام ذات العلاقة..... ٦٧

أ. هيثم الزعبي

مقدمة..... ٦٧

آثار العقد..... ٧٤

تفسير العقد..... ٧٦

اثار الالتزام..... ٨٦

التنفيذ الجبري - التنفيذ العيني..... ٨٩

الاعذار..... ١٠٢

خاتمة..... ١٠٤

حق التصرف المتفرع عن حق الملكية..... ١٠٥

أ. علي سفاريني

التعريف بحق الملكية..... ١٠٧

- العناصر التي يتألف منها حق الملكية..... ١٠٨
- حق التصرف كحق عيني متفرع عن حق الملكية..... ١١١
- التعريف بالأراضي الأميرية..... ١١٤
- نشأة الأراضي الأميرية..... ١١٦
- اختلاط الأراضي الزراعية المملوكة بالأراضي الأميرية..... ١١٩
- بعض آثار تطبيق أحكام الأراضي الأميرية في
القانون العثماني..... ١٢١
- الأراضي الأميرية في عهدي الحكم العسكري
والانتداب البريطانيين (١٩١٧-١٩٤٨) وفي
عهد الاحتلال الإسرائيلي ١٩٦٧..... ١٢٣
- تقنين انفكك ملكية رقبة الأرض عن حقوق
التصرف بها عبث تشريعي..... ١٢٧
- حق التصرف، كحق عيني متفرع عن حق الملكية،
هل هو حق دائم أم مؤقت؟..... ١٢٩
- حق التصرف وملكية الأبنية والإنشاءات والأشجار..... ١٣١
- كسب ملكية حق التصرف..... ١٣٢
- نحو تغيير جذري في مفهوم حق التصرف في
الأراضي الأميرية..... ١٣٣

نظرية العقد..... ١٣٧

د. حمزة حداد

عقود العمل والفرر والكفالة..... ١٤٧

د. مصطفى العساف

١٤٧	تمهيد
١٥٢	العقود الواردة على العمل
١٥٢	عقد المقاولة
١٥٢	تعريف عقد المقاولة
١٥٣	التزامات المقاول
١٥٧	التزامات صاحب العمل
١٦٠	المقاولة من الباطن
١٦٣	انقضاء المقاولة
١٦٥	التزام المرافق العامة
١٦٦	عقد العمل
١٦٧	تعريف عقد العمل واركانه
١٧٣	انتهاء عقد العمل
١٧٤	عقد الوكالة
١٧٤	تعريف عقد الوكالة واركانه
١٧٧	التزامات الوكيل
١٧٩	التزامات الموكل
١٨٠	انتهاء الوكالة
١٨٤	عقد الوديعة
١٨٤	تعريف عقد الوديعة
١٨٥	التزامات المودع لديه
١٨٧	التزامات المودع
١٩٠	عقد الحراسة

١٩٣	عقود الغرر.....
١٩٣	الرهان والمقامرة.....
١٩٥	المرتب مدى الحياة.....
١٩٦	عقد التأمين.....
١٩٧	اركان عقد التأمين.....
١٩٨	التزامات المؤمن له احكام خاصة ببعض انواع التأمين.....
٢٠٠	اولا- التأمين التعاوني التبادلي.....
٢٠١	ثانيا- التأمين ضد الحريق.....
٢٠١	ثالثا- التأمين على الحياة.....
٢٠٤	عقد الكفالة.....
٢٠٤	تعريف الكفالة واركانها.....
٢٠٧	اثار الكفالة.....
٢٠٧	العلاقة بين الكفيل والدائن.....
٢١٣	العلاقة بين الكفيل والمدين.....

مقدمة

يعتبر القانون المدني الدعامة الأولى لصرح العدل في أي بلد، فهو أبو القوانين جميعا. لذلك فان التصدي لهذه المسؤولية الجسيمة فلسطينيا، المتمثلة في وضع مشروع للقانون المدني، له اثر بالغ في نطاق المعاملات ونطاق العلوم القانونية بوجه عام، باعتبار أن هذا القانون هو موطن القواعد الكلية المنظمة لروابط الأفراد وسائر المخاطبين بأحكام القانون الخاص، ومرجع القواعد التفصيلية المنظمة للشق الأكبر من هذه الروابط.

ولما كانت مجلة الأحكام العدلية، القانون المدني الذي لا زالت أحكامه سارية في فلسطين إلى أن يصبح هذا المشروع قانونا نافذا، لا تتواءم مع متطلبات العصر، وهي التي وضعت في عهد الدولة العثمانية قبل ما يربو على قرن ونصف، فان هذا المشروع يجب أن يكون طابعه الاعتدال، كي يرضي الاستقرار، ويطاوع التطور. والاستقرار يتمثل في وصل الحاضر بالماضي، والتطور يتراءى في تطلع الحاضر للمستقبل. لذلك فان من أولى الأولويات التي يجب أن يتنبه إليها المشرع، أن لا يحدث انقلابا تشريعيًا يقطع الحاضر بالماضي أو يخل باستقرار المعاملات. وفي نفس الوقت يرنو للمستقبل ليفتح آفاقا جديدة.

وإذا كان المشروع قد عالج بعض العيوب الموضوعية التي كانت متفشية في المجلة فاستحدث أحكاما جديدة؛ واستوفى مسائل ناقصة؛ وجمع نصوصا متناثرة، فان التقنين الجديد يقتضي استقصاء الواقع، واستظهار جميع الآراء. ونتساءل

حول السياسة التشريعية التي اعتمدت عند وضع مشروع القانون المدني. ونتساءل أيضا عن إمكانية تبني المشرع سياسة تشريعية واضحة دون الوقوف على الاحتياجات الداخلية. واضح أن واضعي المشروع لم يتوقفوا كثيرا عند خصوصية الوضع الفلسطيني حتى عندما يتعلق الأمر بمسائل على درجة كبيرة من الخطورة، كما في حق الملكية، ومسألة الأراضي تحديدا التي هي مدار الصراع مع المحتل الإسرائيلي.

إن استقراء سريعا لنصوص المشروع يلاحظ عليها أنها استقيت، وفي كثير من الأحيان نقلت حرفيا، من قوانين مدنية أخرى، وعلى الأخص القانونين المدنيين المصري والأردني، ومشروع القانون المدني العربي الموحد. ويجدر بنا القول أن الاقتباس من التشريعات الأخرى في أية حركة تشريعية، رغم عدم تحبيذه بالمطلق، يجب أن يكون للاستئناس فقط، كما يجب أن تتبع مضامين النصوص من البيئة القانونية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية المحلية، وأن تكون متفقة مع العرف والعادات، متناسقة مع سائر أحكام المشروع. لذلك، كان حريّ بواضعي المشروع أن يعتمدوا على تطبيقات القضاء الفلسطيني لنصوص مجلة الأحكام العدلية، وما يتطلبه تبدل الأزمان من تطور وانتهاج سياسة تشريعية متوازنة تأخذ بالاعتبار عوامل القوة والضعف فيها.

من ناحية أخرى، فانه معلوم أن العبرة في التقنين هي في تماسك الحلول وتناسقها وتواصلها. فقد يتم هذا التماسك وذلك التواصل رغم تعدد المصادر إذا بذلت العناية الواجبة في هذا الشأن، وقد ينتفيان رغم وحدة المصدر إذا قصرت هذه العناية عن تحقيق الغرض.

وإذا أردنا أن نشير إلى بعض مثالب هذا المشروع، فإنه يمكن القول انه جمع عيوب التقليد وعيوب الأصل الذي قلده. وسنكتفي بإيراد مثل على كل من عيوب التقليد وعيوب الأصل للتدليل على أنه قد أعد على عجل ودون أن يأخذ حقه في البحث والتمحيص والوقوف على احتياجات المجتمع الفلسطيني وما كشفت عنه تطبيقات القضاء الفلسطيني من نقص. فمشاريع القوانين المدنية، خاصة، في معظم الدول، يتطلب إعدادها جهودا وتمازج خبرات ودراسة احتياجات ووقوف على طبيعة الوضع القانوني والاقتصادي وتشابك العلاقات داخل المجتمع. ولا نستغرب أن دولا شقيقة استغرق إعداد مشروع القانون المدني فيها ربع قرن.

أما انه وقع في عيوب التقليد، فإنه يلحظ في بعض نصوص المشروع وجود تناقضات عندما نقل فقرات أو موادا عن قانون مصدره التاريخي النظام اللاتيني مثلا، فيما أخذ الفقرات أو المواد الأخرى من قانون آخر مصدره التاريخي الفقه الإسلامي. وأما انه أخذ عيوب الأصول التي قلدها، فقد تبنى مبدأ باليا كان متضمنا في قانون الأراضي العثماني، وهو النظر إلى حق التصرف باعتباره حقا عينيا متفرعا عن حق الملكية، واعتبار المالكين الحقيقيين للأراضي خارج المدن والقرى أصحاب حق تصرف فقط في تلك الأراضي، إنما تعود ملكية رقبته للدولة.

إن هذا لا يعني التقليل من الجهد الذي بذله واضعو المشروع، لكننا نرى أن الخروج من هذه الإشكاليات تتمثل في طرح المشروع على ذوي الاختصاص وكافة الجهات ذات العلاقة لينال حقه من البحث والمراجعة. ولا ضير لو استغرق هذا

الأمر وقتاً طويلاً، باعتبار أن هذا المشروع يؤسس لمرحلة هامة تمر بها فلسطين.

وإننا نأمل أن يكون الجهد الذي بذله معهد الحقوق في جامعة بيرزيت من دعوة نخبة من المتخصصين من فلسطين والأردن لإعداد دراسات معمّقة حول نصوص المشروع، باكورة العمل باتجاه إغناء المشروع بالدراسات الجادة قبل أن يتم إقراره، لتلافي ما يكون قد وقع به من قام بإعداده من أخطاء غير مقصودة.

لقد غطت هذه الدراسات موضوعات هامة في مشروع القانون المدني منها: تنازع القوانين؛ حق التصرف المتفرع عن حق الملكية؛ نظرية العقد؛ آثار العقد؛ تفسير العقد؛ انحلال العقد. كما تناولت عدداً من العقود المسماة: عقد البيع؛ عقد الإيجار؛ عقد العمل؛ عقود الغرر؛ عقد الكفالة.

وقد ركزت هذه الدراسات المقارنة على التشريعات المقابلة في الأنظمة القانونية المقارنة، بينما كان هناك نقص في الإشارة إلى الفقه. كذلك انعدمت الإشارة إلى أحكام القضاء في النظم القانونية التي كانت قوانينها المصدر التاريخي لنصوص المشروع، فكان يجدر تناول التطبيقات العملية في تلك النظم وآراء الفقهاء فيها كلما كان ذلك ضرورياً وممكنًا. وحبذا لو كان هناك تركيز على مجلة الأحكام العدلية، وما لاقتها نصوصها من تحديات وعراقيل، وما اكتنفها من نقص أو فراغ تشريعي. وفي المقابل خلت تلك الدراسات من أية إشارة إلى الأعمال التحضيرية للمشروع (محاضر اجتماعات ومناقشات أعضاء لجنة وضع مشروع القانون المدني).

إننا نعتقد أن وضع قانون بحجم القانون المدني وأهميته يحتاج إلى تضافر كافة الجهود من قانونيين ورجال فكر وأحزاب ومؤسسات وكافة قطاعات المجتمع، ولا بأس من فتح المجال للتعليق على المشروع، داخليا وخارجيا، بكافة الوسائل ومنها نشره على شبكة المعلومات الداخلية (الانترنت). ونرى عدم التسرع في عرضه على المجلس التشريعي لمناقشته، وعند إقراره والمصادقة عليه ننصح بتأخير سريانه، بعد نشره في الجريدة الرسمية، فترة كافية لموائمة الأوضاع وفقا له.

أملين أن يطلع المشرع على هذا الجهد، وأن يبحث جهات أخرى على القيام بعمل مماثل.

المحرر

تنازع القوانين؛ وعقد البيع؛ وعقد الإيجار

د. امين دوّاس^١

مقدمة

لعل أول ما يلاحظ على مشروع القانون المدني الفلسطيني أنه يستقي أحكامه، بشكل أساسي، من القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني. والحقيقة أنه يتأثر أكثر بالقانون المدني المصري، ولو كان تأثره بالقانون المدني الأردني أكثر لكان ذلك، فيما نعتقد، أفضل بكثير. والسبب في ذلك يعود إلى أمرين: الأول، أن القانون المدني الأردني أحدث عهداً من القانون المدني المصري، وقد تمت فيه معالجة مسائل لم يعالجها القانون المصري؛ والثاني، أن القانون المدني الأردني مستقى من الفقه الإسلامي في معظم أحكامه، الذي يكون بلا شك أكثر توافقاً مع بيئتنا الفلسطينية. أضف إلى ذلك أن مشروع القانون المدني العربي الموحد لجامعة الدول العربية يسير على هدي القانون المدني الأردني، ولا يتأثر بالقانون المدني المصري الذي أخذ معظم أحكامه من الفقه الغربي.

وفيما يلي سنعمل على عرض بعض الملاحظات المتعلقة بنصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني النازمة للتطبيق المكاني للقانون ولعقدي البيع والإيجار.

^١ أستاذ القانون المدني المساعد في كلية الحقوق، جامعة النجاح الوطنية.

تنازع القوانين

(المواد ١٨-٤١)

أولاً- لعل أول ما يلاحظ على نصوص هذه المواد أنها لم تضع قواعد إسناد للعديد من المسائل المهمة في القانون الدولي الخاص، كمسائل الملكية الأدبية والفنية، والملكية الصناعية والتجارية، وعقد العمل.

ثانياً- المادة (١٨): نقترح وصف العلاقات الواردة بالنص «بالدولية الخاصة» أو «بذات العنصر الأجنبي» لتوضيح أنها علاقات القانون الدولي الخاص.

ثالثاً- المادة (٢/١٩): لا داعي على الإطلاق لاشتراط أن تكون التصرفات المالية عقدت في فلسطين ورتبت آثارها فيها حتى يمكن التمسك بالدفع بحسن النية، أو بما يسمى بالمصلحة الوطنية. وسبب ذلك أن مبرر هذا الدفع، وهو حسن نية المتعاقد الآخر الجاهل لنقص أهلية من تعاقد معه حسب قانون جنسيته، يمكن تصوّره أيضاً عندما يكون التصرف عقد في الخارج ورتب آثاره في فلسطين، أو حتى عندما يكون قد عقد في الخارج ورتب آثاره في الخارج. ففي كل هذه الأحوال ينبغي حماية الطرف حسن النية. وهذا ما أخذت به مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة ١٩٩٨، والتي تعتبر حتى الآن أحدث قانون دولي خاص في العالم العربي. كما أن الحل ذاته يؤخذ به في المادة (٢/١٣٠) من قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة (١٩٦٦) النافذ في الضفة الغربية.

رابعاً- المادة (٢٤): من المعلوم أن شرط الأهلية للزواج يعتبر

شرطا موضوعيا، ولذلك فإن الإشارة في هذا النص ينبغي أن تكون إلى المواد الثلاث السابقة وليس للمادتين السابقتين، لأن الشروط الموضوعية تعالجها المادة (٢١). ولكن في هذه الحالة سيكون هناك تناقض بين نص المادة (٢٤) ونص المادة (٢١)، حيث أن المادة (٢٤) تقول بسرمان القانون الفلسطيني وحده عندما يكون أحد الزوجين فلسطيني، في حين أن المادة (٢/٢١) تقول بسرمان قانون البلد الذي تم فيه الزواج أو قانون كل من الزوجين، على شكل الزواج عندما يكون أحد الزوجين فلسطيني والآخر أجنبي.

خامسا- المادة (٢٥): تعبير «المدين بها» غير دقيق، لأن هذا الشخص لن يكون مدينا بالنفقة إلا بعد معرفة أحكام القانون الواجب تطبيقه. ومن ناحية أخرى فإن تطبيق قانون محل إقامة الشخص الذي يطالب بالنفقة أفضل من تطبيق قانون جنسية المدين بها في هذه الحالة، لأنه البلد الذي يتم فيه صرف النفقة وتكون، لذلك، صلته بالمسألة أقوى وأمتن.

سادسا- المادة (٢٩): تعبير «الالتزامات التعاقدية» غير دقيق. فالمعروف أن الالتزامات هي الآثار المترتبة على العقد، ولكن لم يناقش أحد في أن المقصود بالنص هو العقد بكل جوانبه، باستثناء الشكل وأهلية التعاقد. وعليه، فإما أن يتم توضيح مختلف جوانب العقد المقصودة هنا من إبرام وأثار، وإما أن يتم النص على العقد عموما بالقول «يسري على العقد...». ولا ضير في هذا الحل الأخير مع وجود نص المادة (٣٢) من المشروع الذي يوضح أن شكل العقد يخضع لقانون آخر ونص المادة (١/١٩) الذي يبين أن الأهلية تخضع لقانون الجنسية.

سابعاً- المادة (٣١): ليس هناك أي مبرر لهذا النص. فبعد أن بيّن المشروع (في المادة ١٨) أن تكييف العلاقات الدولية الخاصة يتم وفقاً لقانون القاضي (أي القانون الفلسطيني)، فليس ثمة داع لاستثناء تكييف المال وجعله خاضعاً لقانون موقع المال. لا شك أن هذا الاستثناء وضعه الأستاذ (بارتان) على نظريته التكييف وفقاً لقانون القاضي، ولكن الفقه السائد أخذ عليه في ذلك لأن المبرر الذي ساقه بهذا الصدد، وهو ارتباط المال بالإقليم، لم يكن مقنعاً بسبب وجود مسائل أخرى أكثر صلة بالدولة ولم يتم استثناءؤها. فلم يقل أحد، ولا حتى بارتان نفسه، بضرورة أن يتم تكييف الأحوال الشخصية وفقاً للقانون الشخصي، رغم أنها مسائل غاية في الأهمية وترتبط بمفاهيم المجتمع الأساسية. ولذلك فنقترح حذف نص المادة (٣١) كاملاً.

ثامناً- المادة (٣٢): استبدال تعبير «الالتزامات التعاقدية» بتعبير «العقد». راجع الملاحظة رقم (٦) أعلاه.

تاسعاً- المادة (٣٨): تعبير «أحكامه الداخلية» غير دقيق، ويفضل استبداله «بأحكامه الموضوعية». كما أن تعبير «القانون الدولي الخاص» غير دقيق، وينبغي استبداله بتعبير «قواعد تنازع القوانين». فالأحكام الداخلية عكسها الأحكام الدولية، ولم يقل أحد بأن القانون الداخلي لأي دولة يتضمن أحكاماً داخلية وأخرى دولية أو أجنبية، وإنما المقصود هو القواعد الموضوعية في هذا القانون تمييزاً لها عن قواعد الإسناد فيه، وليس عن القانون الدولي الخاص الذي له مفهوم واسع يشمل قواعد الإسناد وغيرها، كقواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي وقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية.

عاشرا- المادة (٤٠): تنص على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المعين إذا ما تعارض مع النظام العام، لكنها لم تبين ما إذا كان الاستبعاد كليا أم جزئيا، ولم تبين القانون الواجب تطبيقه بعد الاستبعاد. ومن ناحية أخرى، فلم يتضمن المشروع نصا على الدفع الآخر الذي يمكن التمسك به لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص، وهو ما يسمى بالتحايل على القانون.

أحد عشر- المادة (٤١): تقول بتطبيق قانون القاضي (أي القانون الفلسطيني) عند تعذر معرفة مضمون القانون الأجنبي المعين. والأولى، كما يرى الفقه الحديث، أن يطبق في هذه الحالة ما يسمى (Lex mercatoria) أي قانون التاجر أو قواعد التجارة الدولية التي هي أفضل من أي قانون داخلي وأكثر ملاءمة للفصل في المنازعات الدولية الخاصة عندما تتعلق بمسائل تجارية أو مدنية. ولا شك أن النص يكون جيدا إذا كان الأمر يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية لعدم وجود قواعد موضوعية دولية موحدة في هذا المجال متفق عليها بين مختلف الدول.

ومن ناحية أخرى، فلم يعالج هذا النص إلا مسألة القانون الذي يتم تطبيقه بدلا من القانون المختص عندما يتعذر الوصول إلى مضمون هذا القانون. فهو لم يبين كيف يتعامل القاضي الوطني أصلا مع هذا القانون: كقانون أجنبي؛ أو كواقعة. كما لم يبين كيف يتم تفسير هذا القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، وما إذا كان ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض أم لا.

وبالختام فإننا نقترح النصوص التالية في مجال تنازع القوانين التي نرى أنها، من ناحية، تتجاوز أوجه النقد السابقة، وغيرها، الموجهة لنصوص المشروع بشأن قواعد التنازع، ومن ناحية

أخرى فهي تتضمن نصوصاً جديدة ونصوصاً أخرى أكثر تفصيلاً مما تضمنته نصوص المشروع الفلسطيني:

(المادة ١ المقترحة)

- ١- القانون الفلسطيني هو المرجع في تكييف العلاقات ذات العنصر الأجنبي، عندما يطلب من القاضي تحديد نوع هذه العلاقات، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها.
- ٢- عند تكييف الأنظمة القانونية التي لا يعرفها القانون الفلسطيني، يستعين القاضي بالقانون الأجنبي الذي تنتمي إليه هذه الأنظمة.

(المادة ٢ المقترحة)

«يلتزم القاضي من تلقاء نفسه بتطبيق قواعد الإسناد التالية على العلاقات والمراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي».

(المادة ٣ المقترحة)

- ١- يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك إذا كان أحد الطرفين في تصرف مالي أجنبياً ويتمتع بالأهلية حسب قانون الدولة التي تم إجراء التصرف فيها فإنه لا يمكنه الاحتجاج بنقص أهليته أو فقدانها عملاً بقانون جنسيته طالما أن نقص أهليته أو فقدانها يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيينه.
- ٢- أما النظام القانوني للأشخاص الحكمية الأجنبية، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز

إدارتها الرئيس الفعلي، فإذا باشرت نشاطها الرئيس في فلسطين فإن القانون الفلسطيني هو الذي يسري».

(المادة ٤ المقترحة)

١- يسري على الشروط الموضوعية لصحة الزواج، كالأهلية وصحة الرضا، قانون جنسية الخاطبين وقت الزواج إذا اتحدت الجنسية. فإن اختلفت وجب الرجوع، بالنسبة إلى كل خاطب، لقانون جنسيته. ويطبق على موانع الزواج قانون كل من الخاطبين تطبيقاً جامعاً.

٢- وإذا كان أحد الخاطبين فلسطينياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الفلسطيني وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج».

(المادة ٥ المقترحة)

١- يعتبر الزواج الذي يتم في فلسطين بين فلسطيني وأجنبي صحيحاً من حيث الشكل إذا تم وفقاً للأوضاع المقررة في القانون الفلسطيني، وأما الزواج الذي يتم في فلسطين بين أجنبيين فيكون صحيحاً شكلاً إذا تم أمام قنصل الدولة التي ينتمي إليها أي من الخاطبين أو أمام أي شخص آخر مخول من قبل دولة أي من الخاطبين بإجراء هذا الزواج.

٢- ويسري على إثبات الزواج القانون الذي يحكم شكل الزواج».

(المادة ٦ المقترحة)

١- يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يترتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال. وإذا كانت الزوجة فلسطينية

- وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الفلسطيني وحده.
- ٢- إذا صار للزوجين جنسية مشتركة فإنه يسري على آثار الزواج قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوجان بجنسيتهما المشتركة.
- ٣- يجوز للزوجين، إذا كان كلاهما أجنبيا، اختيار قانون الدولة التي تنتمي إليها الزوجة وقت انعقاد الزواج ليسري على الآثار التي يرتبها عقد الزواج».

(المادة ٧ المقترحة)

- «١- يسري على الطلاق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق. ويسري على التطليق والانفصال الجسدي قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى.
- ٢- إذا كان الطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسدي غير ممكن بموجب القانون المحدد بالفقرة السابقة فإنه يطبق القانون الفلسطيني إذا كان أحد الزوجين يحمل الجنسية الفلسطينية وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى أو كان يحملها وقت الزواج».

(المادة ٨ المقترحة)

«يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون الدولة التي يوجد فيها محل إقامة الشخص الذي يطالب بها».

(المادة ٩ المقترحة)

«يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته».

(المادة ١٠ المقترحة)

«١- يسري على الميراث قانون الدولة التي ينتمي إليها المورث وقت موته.

٢- وتؤول إلى الدولة الحقوق المالية الموجودة على إقليمها والخاصة بالأجنبي الذي لا وارث له».

(المادة ١١ المقترحة)

«١- يسري على الأحكام الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون الدولة التي ينتمي إليها الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.

٢- يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

٣- يسري القانون الفلسطيني وحده على الوصية الصادرة من أجنبي بشأن عقاراته الكائنة في فلسطين».

(المادة ١٢ المقترحة)

«يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى أو فقدها قانون الموقع فيما يختص بالعقار ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها».

(المادة ١٣ المقترحة)

«١- يسري على الملكية الأدبية والفنية قانون بلد النشر الأول أو قانون بلد الإخراج الأول.

- ٢- إذا نشر المصنف في أكثر من دولة فيسري قانون بلد النشر الرئيس.
- ٣- إذا لم ينشر المصنف فإنه يطبق قانون جنسية المؤلف».

(المادة ١٤ المقترحة)

«يسري على براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية والأسماء التجارية قانون موقعها. ويعتبر موقع براءة الاختراع البلد الذي منحها، وموقع الرسم والنموذج الصناعي البلد الذي أودع أو سجل فيه، وموقع العلامة التجارية بلد منشأة الاستغلال، وموقع الاسم التجاري بلد المركز الرئيس للمحل التجاري».

(المادة ١٥ المقترحة)

«يسري على الحوالة، فيما يتعلق بالتزامات المحال عليه، القانون الذي يحكم نشأة الدين المحال».

(المادة ١٦ المقترحة)

«١- يسري على العقد، من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، القواعد القانونية التي يختارها الأطراف. وفي غياب هذا الاختيار يسري قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فان اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد.

٢- يجوز أن يختار الأطراف أكثر من قانون ليحكم كل منها جانباً معيناً من جوانب العقد.

- ٣- يجوز للأطراف العدول عن القانون المختار وتحديد قانون غيره ليكون واجب التطبيق على العقد.
- ٤- يسري على العقود التي تبرم بشأن العقار قانون موقع العقار.

(المادة ١٧ المقترحة)

«ينظم القانون المنطبق على العقد بوجه خاص وجوده، وصحته، وتأويله، وتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه، ونتائج عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للالتزامات بما في ذلك تقدير الضرر وطرق التعويض، والأوجه المختلفة لانقضاء الالتزامات، ونتائج بطلان العقد.»

(المادة ١٨ المقترحة)

- ١- «يسري على عقد العمل قانون الدولة التي يؤدي العامل عادة عمله فيها.
- ٢- إذا تعوّد العامل أداء العمل في عدة دول فيسري على عقد العمل قانون الدولة التي بها مؤسسة صاحب العمل.»

(المادة ١٩ المقترحة)

«تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك.»

(المادة ٢٠ المقترحة)

١- يسري على الالتزامات الناشئة عن فعل ضار قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام ما لم يتبين من إرادة الطرفين أن قانونا آخر هو الواجب التطبيق.

٢- لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في فلسطين وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه».

(المادة ٢١ المقترحة)

«يسري على الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق والفضالة قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام. ومع ذلك إذا كان الإثراء بلا سبب ناتجا عن تنفيذ علاقة قانونية فإنه يخضع للقانون الذي يحكم تلك العلاقة».

(المادة ٢٢ المقترحة)

«يسري قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه إجراءاتها على قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي».

(المادة ٢٣ المقترحة)

«تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين».

(المادة ٢٤ المقترحة)

«تطبق المحكمة في حالة مجهول الجنسية قانون الموطن. وبالنسبة للذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد

تطبق المحكمة قانون الجنسية الفعلية. وإذا ثبت للشخص في وقت واحد جنسية دولة فلسطين وجنسية دولة أخرى فإن القانون الفلسطيني هو الذي يجب تطبيقه».

(المادة ٢٥ المقترحة)

«إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بقواعد تنازع القوانين».

(المادة ٢٦ المقترحة)

«إذا ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع تعدداً شخصياً، فإن قواعد التنازع الداخلي في تلك الدولة تقرر أي شريعة منها يجب تطبيقها».

(المادة ٢٧ المقترحة)

- ١- يلتزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الإسناد.
- ٢- يجوز للقاضي أن يستعين بالخصوم لإثبات مضمون القانون الأجنبي المعين.
- ٣- يطبق القاضي القانون الأجنبي كما تم تفسيره في النظام القانوني المنتمي إليه.
- ٤- يخضع تفسير القانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض.
- ٥- إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فعلى القاضي أن يحكم وفقاً لقانون التاجر (قواعد التجارة الدولية)، وإذا تعذر ذلك فوفقاً للقانون الفلسطيني».

(المادة ٢٨ المقترحة)

- ١- لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام في فلسطين.
- ٢- لا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة ارتباط النزاع بالنظام القانوني الفلسطيني.
- ٣- لا يستبعد من القانون الأجنبي سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في فلسطين.
- ٤- تطبق المحكمة أحكام القانون الفلسطيني بدلاً من أحكام القانون الأجنبي التي استبعد تطبيقها.
- ٥- يتم الاعتراف في فلسطين بآثار علاقات أو مراكز قانونية نشأت صحيحة بالخارج، ما لم تكن هذه الآثار ذاتها متعارضة مع النظام العام في فلسطين».

(المادة ٢٩ المقترحة)

«يتكون التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لضابط الإسناد أو لوصف المال، بنية تجنب القانون الفلسطيني أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة».

(المادة ٣٠ المقترحة)

«لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في اتفاقية دولية نافذة في فلسطين يتعارض معها».

عقد البيع

(المواد ٤٧٠-٥٤٦)

أولاً- المادة (٤٧٠): يلاحظ، بادئ ذي بدء، أن هذه المادة من المشروع تشترط في البيع أن يكون ثمنه نقدياً. وبذلك يختلف المشروع عن الفقه الإسلامي الذي كان مصدراً للنص المقابل في القانون المدني الأردني، حيث يجب في البيع أن يكون بعوض ولكن لا يشترط في العوض أن يكون نقدياً. وبذلك فإن مفهوم البيع في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني يتسع ليشمل، إضافة للبيع المطلق (عين بنقد)، كل من الصرف (نقد بنقد) والمقايضة (عين بعين) والسلم (مال مؤجل بثمن معجل). ولذلك، وحيث أن هذه الصور الأخيرة لا تعتبر بيعاً وفقاً للمادة (٤٧٠) من المشروع، فإن المشروع بقي مستقيماً مع نفسه ولم يعالج المقايضة كنوع خاص من أنواع عقد البيع، وإنما اعتبرها عقداً مستقلاً من عقود التمليك. ولكن، ومن ناحية أخرى، فإنه يؤخذ على المشروع عدم معالجته للسلم كصورة من صور البيع، خصوصاً وأنها تكون بثمن نقدي عادة.

ثانياً- المادة (٤٧٢): لقد جاء في آخر النص تعبير «تدليس»، ويفضل استبداله بتعبير «تغريب» الذي استخدمه المشروع في القواعد العامة (المواد ١٢٨-١٣١). والهدف من ذلك هو تحقيق التناغم بين نصوص المشروع المختلفة.

ثالثاً- المادتان (٤٧٣، ٤٧٤): يعالج النصان مسألة مطابقة المبيع للعيئة، التي هي من آثار البيع وليست من أركانه. لذلك نرى أن تتم معالجة هذه المسألة عند معالجة العيوب الخفية (وربما تحت عنوان «عدم المطابقة»). وأما في هذا الموقع فيكفي استبدال

النصين المذكورين بنص جديد يقول: «إذا كان البيع بالعيّنة أو النموذج فتكفي فيه رؤيته». لأنه بذلك تتم الإشارة إلى كيفية تعيين المبيع في هذه الحالة، الأمر الذي يؤدي إلى جعل النص منسجماً مع النصوص الأخرى الواردة تحت عنوان «أركان البيع» والتي تعالج مسألة تعيين المحل.

وعلى أي حال، وسواء بقي النصاب في موقعها أم تم نقلهما إلى موقع آخر وتحت عنوان «العيوب الخفية»، كما اقترحنا، فإننا لم نتبين من نص المادة (٣/٤٧٣) ما إذا كان المتعاقد الذي تلفت العيّنة أو فقدت أو هلكت في يده، أم المتعاقد الآخر، هو الذي عليه إثبات مطابقة الشيء للعيّنة. ولذلك نقترح إعادة صياغة هذه الفقرة كما يلي:

«٣- إذا تلفت العيّنة أو هلكت أو فقدت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ، كان على هذا المتعاقد بائعاً أم مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعيّنة أو غير مطابق لها».

وبذلك يكون واضحاً أن القول بالمطابقة يكون للطرف الآخر، وأما من ضاعت العينة أو تلفت أو هلكت في يده فعليه، إن شاء، إثبات العكس.

كما ونقترح إعادة صياغة المادة (٢/٤٧٤) كما يلي: «إذا كانت العيّنة في يد شخص آخر باتفاق الطرفين وفقدت أو هلكت أو تلفت، فالقول للبائع في المطابقة ما لم يثبت المشتري العكس». والهدف من ذلك تحقيق الانسجام بين هذا النص ونص المادة (٣/٤٧٣) من المشروع.

رابعاً- المادة (٤٧٩): لم يضع النص حكماً لحالة تعدد الدائنين واختلافهم فيما بينهم حول الإجازة أو الرد. وكان الأولى جعل

الحكم الخاص بالورثة، والوارد بهذا النص، سارياً كذلك على الدائنين. وعليه، فإننا نقترح إعادة صياغة النص كما يلي:

«إذا مات المشتري معسراً خلال التجربة وكان له دائن أو عدة دائنين انتقل حق التجربة لهم، وإلا انتقل هذا الحق للورثة. فإن اتفق الورثة أو الدائنون على إجازة البيع أو رده لزم ما اتفقوا عليه، وإن أجاز البعض ورد الآخر لزم الرد».

خامساً- المادة (٤٨٤): حبذا لو أن هذا النص يعالج صراحة مسألة تحديد الثمن في عقد البيع من قبل طرف ثالث. ومسألة تحديد الثمن من قبل أحد الطرفين فقط، وخاصة الحالة التي يترك فيها للبائع تحديد الثمن وفق لوائحه التي تصدر لاحقاً، فإننا، ووفقاً لصياغة النص الحالية، لم نتبين ما إذا كان اتفاق البائع والمشتري على أن يقوم بتحديد الثمن شخص ثالث (خبير مثلاً) يعتبر أساساً صالحاً للتقدير فيما بعد أم لا. كما لم نتبين ما إذا كان يجوز، في عقود الإطار، الاتفاق على أن يكون ثمن المبيع الذي سيتم تسليمه لاحقاً هو الثمن السائد في ذلك الحين لدى منشأة البائع. وباختصار هل يعتبر هذا أساساً صالحاً لتقدير الثمن فيما بعد؟ أم أنه يجب في هذا الأساس أن يكون موضوعياً حتى يكون صالحاً للتقدير؟

ولكل ما تقدم فإننا نقترح إعادة صياغة نص المادة (٤٨٤) كما يلي:

«١- الثمن هو ما تراضى عليه المتعاقدان في مقابل المبيع.

٢- يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس الموضوعية التي يحدد بمقتضاها فيما بعد.

٣- يجوز أن يتفق المتعاقدان على تعيين شخص ثالث لتحديد

الثلث. وإذا رفض هذا الشخص القيام بما عهد إليه القيام به يقوم القاضي، بناء على طلب أي من الطرفين، بتحديد ثمن معقول.

٤- إذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق، وجب عند الشك، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي فيه العرف أن تكون أسعاره هي السارية.

سادسا- المادة (٤٨٥): نعتقد أن المشروع قطع شوطاً جيداً في هذا النص، ولكنه لم يكن مستعداً للوصول إلى أكثر من ذلك، للأسف. فجميل جداً أن لا يكون العقد الذي لم يتفق فيه البائع والمشتري على الثمن باطلاً عند اعتمادهما، ولو ضمنا، للسعر الدارج أو للسعر المتعارف عليه بينهما. ولكن الأجل من ذلك أن لا يكون العقد باطلاً أيضاً حتى في حال عدم اعتماد البائع والمشتري للسعر الدارج أو للسعر المتعارف عليه بينهما، وإنما أن يترك الأمر للقاضي ليقوم في هذه الحالة بتحديد ثمن معقول للمبيع.

وعليه، فإننا نقترح إعادة صياغة نص المادة (٤٨٥) كما يلي: «إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما، أو نويا ترك الأمر للقاضي ليقوم بتحديد ثمن معقول».

سابعا- المادة (٤٨٦): نعتقد أن النص في هذه المادة على عدم الاعتداد بالثمن المعلن، وإنما بالثمن الحقيقي، أمر لا داعي له

مع وجود النصين الخاصين بالصورية ضمن القواعد العامة (وهما المادتان: ٢٨٩، ٢٩٠). لذلك حبذا لو تم حذف هذا النص منعا للتكرار.

ثامنا- المادتان (٤٩٠، ٤٩١): لم نتبين من النص الأول ما إذا كان البيع قد تم من الشخص غير كامل الأهلية بنفسه أو بواسطة وليه أو وصيه. كما لم نتبين ما إذا كان يجب في العقار محل العقد أن يكون مما تمت تسويته، أو مما لم تتم تسويته بعد، أو أيهما.

وعلى أي حال فإذا كان البائع نفسه غير كامل الأهلية فلا يتصور تمام العقد عندما يكون العقار تمت تسويته. وأما إذا كان العقار لم تتم تسويته بعد فيتصور بيعه من قبل غير كامل الأهلية نفسه. ولكن العقد يكون في هذه الحالة قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر، كما بينت ذلك صراحة المادة (٢/١٠٦) من المشروع.

وأما إذا كان البائع هو الولي أو الوصي، وسواء كان العقار قد تمت تسويته أم لا، فإن تصرفات الولي (الأب أو الجد) لا تكون نافذة بحق الصغير إلا إذا كانت بثمن المثل أو بغبن يسير، كما نصت على ذلك المادة (١١١) من المشروع. وبالتالي، فإنه لا داعي لنص المادة (٤٩٠) لأنه مفهوم بمعنى المخالفة للمادة (١١١). وأما إذا كان البائع هو الوصي فلا يكون تصرفه أصلاً صحيحاً إلا إذا كان قد تم بإذن المحكمة، كما نصت على ذلك المادة (١١٣) من المشروع. ولا يعقل أن تأذن المحكمة بهذا التصرف الذي يلحق بالبائع غير كامل الأهلية غبناً فاحشاً. ولذلك لا داعي، مرة أخرى، لنص المادة (٤٩٠)، وبالتالي لنص المادة (٤٩١) كذلك.

تاسعا- المادة (٤٩٣): تبين هذه المادة أن ملكية المبيع في البيع الجزافي تنتقل كما تنتقل ملكية المبيع المعين بالذات. ولكن

المشروع لم يبين، في هذا النص أو غيره من النصوص، كيف تنتقل ملكية المبيع المعين بالذات، (باستثناء النص المعيب الوارد في المادة (٢٥٩) منه).

ويبدو أن نص المادة (٤٩٣) من المشروع مستقى من القانون المدني الأردني. ولكن هناك تم التبيان بوضوح أن ملكية المبيع المعين بالذات تنتقل بمجرد العقد. وهذا هو حكم العقد (تميزا له عن حقوق العقد)، الذي لم يأخذ به المشروع كذلك، الأمر الذي أثر على صياغة بعض نصوصه الأخرى. فهذه المادة (٢٥٩) من المشروع لم يتضح ما جاء في مقدمتها. فهل تنفيذ الالتزام يؤدي فعلا إلى نقل الملكية أو الحق العيني الآخر؟ إن كانت الإجابة نعم، فعندها لا يختلف ما يسمى هنا بالالتزام بنقل الملكية عن أي التزام آخر يكون واجب التنفيذ. وبالتالي لا داعي لإفراد نص خاص به. ولكننا نعتقد أن الملكية تنتقل، في حالة هذا النص، بمجرد العقد، ودون حاجة لتنفيذ التزامات الطرفين. وهذا ما يسمى في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني بحكم العقد الذي يثبت بمجرد الانعقاد، تميزا له عن حقوق العقد المتمثلة بالآثار التي يرتبها العقد في ذمة كل طرف ويوجب عليه تنفيذها.

ولكل ما تقدم فإننا نرى أن يتضمن المشروع نصا عاما يميز بين حكم العقد وحقوقه كما يلي:

«١- يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

٢- أما حقوق العقد فيجب على كل طرف تنفيذ الآثار التي يرتبها العقد في جانبه».

ونقترح أن يكون هذا أول نص تحت عنوان «أثار العقد بالنسبة للغير»، أي قبل المادة (١٧٩) مباشرة. ويجب أيضا استبدال المادة (٢٥٩) من المشروع بالنص التالي حتى يكون مفهوما ومنسجما مع النص المقترح أعلاه (للتمييز بين حكم العقد وحقوقه):

«إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم، فإن حق ملكيته أو أي حق عيني آخر عليه ينتقل إلى الطرف الآخر بمجرد العقد، وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل».

وأخيرا، فإنه يجب إعادة صياغة نص المادة (٤٩٣) كما يلي:

«إذا كان البيع جزافاً انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات بموجب المادة (٢٥٩) من هذا القانون. ويتم البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع».

عاشرا- المادة (٤/٤٩٤): إن ما جاء في هذا النص يتناقض مع القاعدة الأساسية القائلة بأن تكييف العقد يعود للقاضي، وهو لا يتقيد في ذلك بوصف الأطراف له. وحيث أن المشروع في الفقرة الأولى من النص اعتبر هذا العقد بيعا، فيجب المحافظة على هذا الوصف للعقد حتى لو حاول الأطراف تغييره إلى إيجار.

ولكن قد يقول قائل بأن الهدف من هذا النص جعله شاملاً لما يسمى اليوم بعقد الإيجار التمويلي. إلا أن هذا أمر صعب ومعيب. فهو من ناحية صعب لوجود فرق بين البيع بالتقسيط (الذي يسميه المشروع بيعا) وبين الإيجار التمويلي (الذي هو، بنظر المشروع كما يبدو، البيع بالتقسيط الذي يسميه المتعاقدان إيجارا). فالأقساط يراعى فيها في حالة البيع جانب البائع، في حين يراعى في الدفعات الإيجارية الدورية في الإيجار التمويلي مصلحة

المستأجر (المشتري) وفقاً للمبدأ القائل Pay as you earn.

ومن ناحية أخرى، فإن ما جاء في هذا النص يعد أمر منتقداً لأن الإيجار التمويلي ليس بيعاً وليس إيجاراً بالمعنى الدقيق، وإنما عقد له طبيعته الخاصة. ولذلك ليس عجيباً أن يخصص له موقفاً مهماً في مشروع قانون ضمان الأموال المنقولة الفلسطيني.

لذلك فإننا نرى ضرورة حذف نص الفقرة الرابعة من المادة (٤٩٤) من المشروع.

أحد عشر- المادة (٤٩٨): نعتقد أن ما جاء في الفقرة الثالثة من هذه المادة يجب أن يكون بعد الفقرة الأولى مباشرة، وذلك لأن كلا من هاتين الفقرتين تعالج مسألة نقص المبيع ومدى جواز فسخ البيع لهذا السبب. كما أن الفقرة الأخيرة تحيل إلى الفقرة السابقة، والمقصود هو الفقرة الأولى. ولذلك لا يجوز أن يرد بين الفقرتين فقرة أخرى، وإنما يجب أن تكون هذه هي الفقرة الأخيرة.

اثنا عشر- المادتان (٥٠٤، ٥٠٥): إن ما يطراً على المبيع من هلاك أو تلف قبل التسليم قد يكون بقوة قاهرة أو بفعل المشتري أو بفعل البائع أو بفعل طرف ثالث. والواضح أن المشروع يعالج فقط حالة هلاك أو تلف المبيع قبل التسليم بفعل المشتري (المادة ٥٠٥). كما ويعالج في المادة (١/٥٠٤) حالة هلاك المبيع قبل التسليم بقوة قاهرة. وأما المادة (٢/٥٠٤) منه فلم ننتبين ما تعالجه بالضبط: يبدو مما جاء في آخرها أنها تنظم حالة تلف بعض المبيع قبل التسليم بفعل طرف ثالث، مع العلم أن حالة هلاك المبيع كلياً بفعل طرف ثالث لم تتم معالجتها صراحة. وعلى أي حال يظل السؤال قائماً عما إذا كانت المادة (٢/٥٠٤) تعالج أيضاً تلف بعض المبيع بقوة قاهرة أو بفعل البائع؟ كما وأنه تجب الإشارة في المادة (٥٠٤) من

المشروع إلى أن تلف بعض المبيع إن كان تافهاً فلا يجوز معه للمشتري طلب فسخ العقد، كما يوحى بذلك عموم النص الحالي. ونقترح أن يتم النص صراحة على ذلك قياساً على ما جاء في المادة (١/٤٩٨) من المشروع بخصوص نقص المبيع.

ولكل ما تقدم فإننا نقترح إعادة صياغة المادة (٥٠٤) من المشروع كما يلي:

١- إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ العقد، واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك قد حدث بعد اعدار المشتري بتسلم المبيع.

٢- إذا هلك أو تلف بعض المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه جاز للمشتري فسخ العقد أو أخذ المقدار الباقي من المبيع بحصته من الثمن.

٣- إذا تلف بعض المبيع قبل التسليم يخير المشتري إن شاء فسخ البيع، أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن، ويجوز للمشتري في هذه الحالة إمضاء العقد في المبيع كله بالثمن المسمى، والرجوع على المتلف بضمان ما تلف.

٤- لا يجوز للمشتري فسخ العقد بموجب الفقرة السابقة إلا إذا أثبت أن المقدار التالف أو الهالك من المبيع من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلم به لما أتم العقد.

٥- إذا هلك المبيع أو تلف كلياً قبل التسليم بفعل شخص ثالث جاز للمشتري فسخ العقد أو إجازته والرجوع على الشخص الثالث بضمان مثل المبيع أو قيمته.»

ثلاثة عشر- المادة (٥٠٦): يعالج النص مسألة ضمان البائع عدم التعرض للمشتري. وحيث أن التعرض، كما هو متفق عليه لدى الفقه، قد يكون تعرضاً قانونياً أو مادياً، فإن النص معيب في صياغته. فالبائع، وإن كان يضمن عدم التعرض المادي والقانوني للمشتري المستند إلى فعله (أي فعل البائع)، فهو لا يضمن تعرض الأجنبي للمشتري إلا إذا كان تعرضاً قانونياً. أما تعرض الأجنبي للمشتري تعرضاً مادياً فلا يسأل عنه البائع باتفاق الجميع. لذلك، وحيث أن مصطلح «الاستحقاق» الوارد في المواد التالية من المشروع يدل على التعرض القانوني فقط، فإنه يفضل استخدام هذا التعبير الأخير كذلك في نص المادة (٥٠٦) بدلاً من مصطلح التعرض.

أربعة عشر- المادتان (٥١٠ . ٥١١): يجيز النص الأول للمشتري عند استحقاق كل المبيع أن يطلب منه البائع: «هـ. التعويض عما لحقه من خسارة أو ما فاتته من كسب بسبب استحقاق المبيع». والمفروض أن يكون جائزاً له المطالبة بالخسارة اللاحقة والربح الفائت معاً انسجاماً مع ما جاء في القواعد العامة (المادة ٢٧٣/١). ولذلك يتوجب استبدال حرف «أو» بحرف «و» في هذا النص.

أما المادة (٥١١) من المشروع فإنها تجيز للمشتري أن يطالب البائع في حالة هلاك بعض المبيع «بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق». ولم نتبين من هذا النص المعنى المقصود من الضرر: أهو الخسارة اللاحقة أم الربح الفائت أم كلاهما. ولذلك يتوجب النص صراحة على أن المقصود بالضرر هو الخسارة اللاحقة والربح الفائت كلاهما على غرار ما جاء في المادة (٥١٠) والمادة (١/٢٧٣) من المشروع. ولهذا فإننا نرى إعادة صياغة المادة (٢/٥١١) كما يلي: «إذا اختار المشتري

استيفاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب الاستحقاق».

خمسـة عشر- المواد (٥١٣-٥٣١): يبدو من مجمل هذه النصوص التي تعالج العيوب الخفية في المبيع أن المشروع أتى بما هو معروف اليوم لدى الفقه وفي التشريعات المقارنة «بعدم المطابقة». ويتضح ذلك بوجه خاص من نصوص المواد (٥١٣-٥١٦). ولكن يؤخذ على المشروع أنه لم يستخدم تعبير عدم المطابقة، وإنما أثر عليه المصطلح الموروث «العيوب الخفية»، مع العلم أن التعبير الأول أدق من الثاني بكثير لأنه يؤدي إلى مسئولية البائع حتى ولو لم يكن عدم المطابقة يشكل عيباً في المبيع. حبذا لو أن المشروع قيد نفسه بعدم المطابقة، وقام بدراستها من خلال وضع معيار لها، وتحديد زمانها، وواجبات المشتري فور تسلم المبيع، وحقوق المشتري (الذي يحترم واجباته) عند عدم المطابقة، وحقوقه بسبب عدم المطابقة عندما لا يحترم أي من واجباته (كعدم فحصه المبيع أو إشعاره البائع بوجه عدم المطابقة).

ستة عشر- المادة (١/٥١٨): يجيز النص للمشتري، عند وجود عيب قديم في المبيع (أي عدم المطابقة)، القيام برد المبيع أو المطالبة بإنقاص الثمن. وتتساءل لماذا لا يجوز له كذلك أن يطالب البائع القيام بإصلاح العيب؟ وإذا لم يستجب البائع لذلك، لماذا لا يجوز للمشتري أن يقوم بإصلاح العيب على نفقة البائع؟

وعليه، فإننا نقترح إعادة صياغة المادة (١/٥١٨) كما يلي:
«إذا ظهر في المبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً إن شاء رده وإن شاء قبله بالثمن المسمى والمطالبة بما أنقصه العيب من

الثلث. وله أيضا أن يطالب البائع بإصلاح العيب الذي ظهر في المبيع، وإن لم يستجب البائع لذلك حق للمشتري إصلاحه على نفقة البائع».

سبعة عشر- المادتان (٢/٥١٣ . ٢/٥١٩ ب): يؤخذ على المشروع أولاً أنه قسم نص المادة (٥١٩) إلى فقرات مستخدماً الأحرف (أ، ب، ج ...)، في حين أنه عادة يستخدم الأرقام (١، ٢، ٣...).

وعلى أي حال فإن كل من المادة (٥١٩ ب) والمادة (٢/٥١٣) من المشروع تعالج نفس المسألة. وحيث أن معالجة المادة (٥١٣/٢) أفضل بكثير من معالجة المادة (٥١٩ ب) فإنه يتوجب حذف هذا النص الأخير.

ثمانية عشر- المادة (٥٣٠): نعتقد أن النص تمت صياغته بطريقة معيبة. فالتمييز في الفقرتين الأولى والثانية بين غلة تعد جزءاً من المبيع وغلة لا تعد جزءاً منه يعد أمراً منتقداً، لأن الغلة تعتبر دائماً جزءاً من المبيع. ونعتقد أن المشروع يريد التمييز بين غلة تعد جزءاً منفصلاً عن المبيع (كما الحليب من الشاة) وبين غلة تعد جزءاً متصلاً بالمبيع (كما حمل الشاة في أحشائها).

أضف لذلك أن الفقرة الثانية (بخلاف الفقرة الأولى والثالثة) لم تبين ما إذا كان يجوز للمشتري الرجوع على البائع في النفقات التي بذلها للحصول على نفقات المبيع التي تعتبر جزءاً متصلاً به. والأولى أن يكون له ذلك: فإذا كان يملك الرجوع على البائع بالنفقات التي بذلها على المبيع الذي لا غلة له، فيفترض أن يكون له ذلك أيضاً بالنسبة للمبيع الذي أنتج غلة وتملكها البائع.

ولكل ما تقدم، فإننا نقترح إعادة صياغة نص المادة (٥٣٠) كما يلي:

«١- تكون غلة المبيع المردود بالعيب، والتي لا تعد جزءاً منه

متصلاً به، للمشتري من وقت قبضه للمبيع إلى يوم
فسخ البيع، ولا يجوز له الرجوع على البائع بما أنفقه
على المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف بغير ذلك.

٢- أما غلة المبيع التي تعتبر جزءاً منه غير منفصل عنه
فتكون للبائع.

٣- للمشتري الرجوع على البائع بما أنفقه على المبيع
الذي لا غلة له أو الذي يكون له غلة يملكها البائع وفقاً
للفقرة السابقة».

ومن ناحية أخرى، فيبدو لنا وجود تناقض بين ما جاء في المادة
(٢/٥٣٠) وما جاء في المادة (٥٣٨) من المشروع. فالمادة الأخيرة
تنص على أن الثمار والنماء (وما هذا إلا تعبير آخر للغلة) يكون
للمشتري من وقت تمام البيع. وأما المادة (٢/٥٣٠) المذكورة
أعلاه فتجعل الغلة التي تعد جزءاً متصلاً بالمبيع ملكاً للبائع عند
رد المشتري المبيع للغيب، مع العلم أن هذه الغلة لا تكون إلا بعد
تمام البيع كذلك.

تسعة عشر- المادة (٥٣٨): إن ما جاء فيها من أن ثمر المبيع
ونماؤه يكون للمشتري من وقت تمام البيع يبدو مناقضاً لما جاء
في المادة (٢/٥٣٠)، كما أوضحنا ذلك أعلاه.

ومن ناحية أخرى، فإن تحميل المشتري تكاليف المبيع من وقت
تمام البيع أمر محل نظر كذلك. ونعتقد أن تحميله هذه التكاليف من
وقت تسلمه المبيع فعلاً أو حكماً أفضل لأن النص بصياغته الحالية
يشجع البائع على عدم التسليم؛ فماذا يعنيه لو أن الحصان المبيع
بقي لديه مدة أخرى طالما أن المشتري يتحمل نفقات إطعامه؟

لذلك نقترح إعادة صياغة المادة (٥٣٨) كما يلي:
«للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من وقت أن يتسلمه وفقا لأحكام هذا القانون، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك».

عشرون- المادة (٢/٥٤٠): إن النص هنا على حق البائع حبس المبيع يعد من باب التزديد، فما جاء في المادة (٢٩١) وما يليها بشأن الحق في حبس المال، وما جاء في المادة (٢٠٦) بخصوص الدفع بعدم التنفيذ يعني تماماً عما جاء في المادة (٢/٥٤٠) من المشروع. لذلك يتوجب حذفه.

واحد وعشرون- المادة (٥٤١): إن ما جاء في هذا النص من أن نفقات تسليم المبيع تكون على البائع يعد أولاً، من الناحية المنهجية، في غير مكانه المناسب، لأنه لا علاقة له بالتزامات المشتري. ولذلك يفترض أن يرد هذا النص ضمن التزامات البائع. ومن ناحية أخرى فما جاء في هذا النص يتناقض، كما يبدو، مع ما جاء في المادة (٥٣٨) من المشروع التي تنص على أن تكاليف المبيع تكون على المشتري. ولا شك في أن نفقات التسليم تكون من ضمن تكاليف المبيع بعد العقد. غير أن ما جاء في المادة (٥٤١) يتفق مع التزام البائع بالتسليم، وبخاصة مع ما جاء في المادة (٣/٥٠٣) بشأن التزام البائع في حالة التصدير بإيصال المبيع للمشتري حتى ينقضي التزام البائع بالتسليم.

اثنان وعشرون- المواد (٥٤٢-٥٦٤): تعالج هذه النصوص بعض أنواع البيوع. ويلاحظ على هذه النصوص، بادئ ذي بدء، أن المشروع لم يعالج المقايضة كصورة خاصة لعقد البيع. وقد بينا أن هذا أمر طبيعي حتى ينسجم المشروع مع نفسه باعتباره

يشترط أن يكون المقابل في البيع نقداً (المادة ٤٧٠). ولذلك فالمشروع اعتبر المقايضة عقداً مستقلاً من عقود التمليك.

ومن ناحية أخرى، فإننا لا نفهم لماذا لم يعالج المشروع عقد السلم كنوع من أنواع البيوع خصوصاً وأن المقابل في السلم يكون نقداً. إن الطبيعة الخاصة لعقد السلم، والمتمثلة في كونه بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل، تستدعي أن يتم تنظيمه بشكل تفصيلي كصورة خاصة من صور البيع. إن المادة (١٤٣/١) من المشروع تجيز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً مؤكداً الوجود. غير أن هذا النص، وإن كان يشمل بعموميته بيع السلم، فإنه لا يكفي لتغطية كل جوانب عقد السلم. لذلك نقترح أن تتم معالجة هذا العقد في المشروع كنوع من أنواع البيوع، خصوصاً وأنه ما زال يستخدم في مجتمعنا الفلسطيني. فتعاقد المشتري مع صاحب المصنع مثلاً يعد سلماً إذا ما دفع المشتري الثمن معجلاً والتزم البائع بتسليم البضاعة المبيعة فور تصنيعها مستقبلاً. ويعد سلماً كذلك عقد المزارع بيع ثمار أشجاره للغير على أن يدفع له هذا الغير الثمن معجلاً لقاء حصوله على الثمار عند تمام نضجها مستقبلاً.

ونشير أخيراً إلى أنه يمكن الاستفادة بهذا الصدد من النصوص التي أوردها القانون المدني الأردني بخصوص عقد السلم (المواد ٥٢٢-٥٢٨)، والنصوص التي أوردها المجلة بهذا الخصوص (المواد ١٢٢، ٣٨٠ - ٣٨٧).

ثلاثة وعشرون- المادتان (٥٤٣، ٥٤٤): إن النص في المادة (٥٤٣)، وخاصة في الفقرة الثانية منها، على أن البيع لعقار بغير إذن مالكة يكون قابلاً للإبطال بناء على طلب المشتري، سواء

سجل العقد أو لم يسجل، يعد أمراً غير مفهوم. فالعقد الذي يكون محله عقاراً تمت تسويته يكون باطلاً إذا لم يتم تسجيله لدى دائرة تسجيل الأراضي (الطابو)، وليس قابلاً للإبطال.

ومن ناحية أخرى، تعتبر المادة (١/٥٤٤) عقد بيع ملك الغير، بعد أن يقره المالك، صحيحاً في حق المشتري. ولكنه أصلاً صحيحاً نافذاً، وكل ما في الأمر أن المادة (١/٥٤٣) تجعله قابلاً للإبطال. وكذلك فإن المادة (٢/٥٤٤) تعتبر العقد نافذاً في حق المشتري إذا ألت ملكية المبيع إلى البائع بعد عقد بيع ملك الغير. ولكن العقد أصلاً صحيحاً نافذاً، وإنما فقط يقبل الإبطال من قبل المشتري بموجب المادة (١/٥٤٣).

ولعل هذه النتائج المتضاربة تعود، فيما نعتقد، إلى الخلط في المشروع بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال. وهذا واحد من المواقع التي فشل فيها مشروع القانون المدني الفلسطيني بالتوفيق بين القانونين الأردني والمصري المتناقضين أصلاً فيما بينهما بهذا الخصوص. فهناك حالات معينة يعتبرها القانون المدني الأردني، متأثراً بالفقه الإسلامي، صوراً للعقد الموقوف، في حين يعتبرها القانون المدني المصري، متأثراً بالفقه اللاتيني، صوراً للعقد القابل للإبطال. وقد طلع علينا المشروع الفلسطيني بالمفهومين كليهما معاً، حيث اعتبر بعض هذه الحالات صوراً للعقد للموقوف، وبعضها الآخر صوراً للعقد القابل للإبطال. مع العلم أن بعض شراح القانون المدني المصري (منهم د. أنور سلطان) يرون، وبحق، أن مفهوم العقد الموقوف يفضل بكثير مفهوم العقد القابل للإبطال، على اعتبار أن العقد الموقوف يكون صحيحاً، إلا أن آثاره موقوفة على الإجازة، في حين أن العقد القابل للإبطال يكون صحيحاً وناظاً، لكنه يظل مهدداً بإبطاله.

وعليه، فالمواد (١٥٦-١٦١) من المشروع تعالج العقد الموقوف، وقد بينت أنه موقوف على الإقرار، مع العلم أن العقد الموقوف يكون، وفقاً للفقهاء الإسلامي والقانون المدني الأردني، موقوف على الإجازة. ولكن لم يكن باستطاعة المشروع استخدام تعبير الإجازة بالنسبة للعقد الموقوف، لأنه تركها للعقد القابل للإبطال (في المواد ١٥٣-١٥٥). ولذلك، لو جعل المشروع كل حالات العقد الموقوف أو القابل للإبطال إما حالات للعقد القابل للإبطال، كما القانون المدني المصري، أو حالات للعقد الموقوف، كما القانون المدني الأردني، لما ظهرت هذه المشكلة بتاتا.

أربعة وعشرون- المادة (٥٥١): يبدو من نص الفقرة الأولى أن بيع التخارج يكون صحيحاً حتى ولو كان محله (أو من ضمن محله) عقاراً تمت تسويته، ولم يتم تسجيله لدى دائرة تسجيل الأراضي (الطابو) بعد. والفقرة الثانية من النص ذاته تؤكد على ذلك. وبهذا يظهر التناقض بين ما جاء في هذه المادة وما جاء في القواعد العامة. فبينما تشترط المادة (٧٧) من المشروع لانعقاد العقد استيفاء الشكلية التي فرضها القانون، نجد أن المادة (٥٥١/٢) تنص على عدم نفاذ عقد المخارجة في حق الغير إذا لم يتم استيفاء الإجراءات التي يوجبها القانون. ولا شك في أن هذا النص الأخير من المشروع يتأثر بما جاء في المادة (٤٧٤) من القانون المدني المصري. ولكن هذا النص له ما يبرره هناك، باعتبار أن التسجيل مطلوب في مصر للإشهار أي لنفاذ العقد في حق الغير، في حين أن التسجيل لدينا يعد ركناً لانعقاد. فهذه المادة (٣/١٦) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٢، النافذ في الضفة الغربية، تنص صراحة على ما يلي:

«في الأماكن التي تمت التسوية فيها، لا يعتبر البيع والمبادلة

والإفراز والمقاسمة في الأراضي أو الماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل».

وعليه، فإننا نقترح حذف الفقرة الثانية من المادة (٥٥١) والاكتفاء بهذا الصدد بما جاء في الفقرة الأولى من هذه المادة.

خمس وعشرون- المادة (١/٥٥٢): يؤخذ على النص أنه لا يعتبر المرض مرض موت، إذا ما امتد لسنة أو أكثر. فالسرطان قد يستمر مع الإنسان أكثر من سنة، ولكنه يشتد وطأة في مراحل الأخيرة (بعد السنة). فهل يعقل أن لا يعتبر مرض موت؟! لذلك نقترح إعادة صياغة النص لتكون كما يلي:

«مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه سنة أو أكثر دون تفاقم فلا يكون مرض موت».

سنة وعشرون- المادة (٥٦٠): بموجب المادة (١٥٦) من المشروع يعتبر عقد النائب عند تجاوز حدود النيابة موقوفاً على الإقرار، وبالإقرار ينفذ العقد (المادة ١/١٦٠). وعليه، فإن لفظ «يصح العقد» الوارد أول نص المادة (٥٦٠) يكون غير صحيح، ويجب استبداله بلفظ «ينفذ العقد»، لأن العقد يكون في هذه الحالة أصلاً صحيحاً موقوفاً، وبإقراره يعتبر صحيحاً نافذاً.

عقد الإيجار (المواد ٦٥٥ - ٧٧١)

أولاً- المادة (٦٥٧): يبدو من النص أنه يعالج إجارة صاحب «حق الانتفاع» التي تنقضي بانقضاء هذا الحق إذا لم يجزها مالك الرقبة. ولكن النص لم تتم صياغته بشكل جيد عندما يستعمل تعبير «حق المنفعة». ولذلك، وحتى يتحقق التناغم بين نصوص المشروع كافة، يجب استبدال هذا التعبير بتعبير «حق الانتفاع»، لأن هذا التعبير الأخير هو المستخدم في نصوص المواد (١١٨٢) - (١١٩٢) من المشروع.

وبذلك يتضح أيضاً أن المقصود هو «حق الانتفاع» كحق عيني مشتق من حق الملكية، ولا يثور اللبس حول أن المقصود من «حق المنفعة» هو حق المستأجر الشخصي بالحصول على منفعة العين المؤجرة.

ثانياً- المادة (٦٥٩): يبدو التناقض واضحاً بين فقرتي هذه المادة. فالفقرة الأولى تقول بأن مدة الإيجار يجب أن تكون معينة، مما يعني بطلان الإيجار إذا لم تحدد مدته. ولكن عند قراءة الفقرة الثانية من النص ذاته نجد أن الحقيقة على خلاف ذلك، حيث لا يكون الإيجار باطلاً عندما لا تكون مدته محددة، وإنما يكون معقوداً للفترة المحددة لدفع الأجرة. ولعل السبب في هذا التناقض بين الفقرة الأولى التي توجب تعيين مدة الإيجار والفقرة الثانية التي تسمح بعقد الإيجار لمدة غير معينة يعود إلى أن المشروع تأثر بحكم الفقرة الأولى من المادة (٦٥٩) منه بالمادة (١/٦٧١) من القانون المدني الأردني، وأخذ بحكم الفقرة الثانية من النص من المادة (٥٦٣) من القانون المدني المصري، دون الانتباه للفرق

بين حكم كل منهما. ولرفع هذا التناقض فإننا نقترح حذف الفقرة الأولى من المادة (٦٥٩) من المشروع.

ثالثاً- المادة (٦٦٠): إن ما جاء في هذا النص، وعلى الرغم من جودته، فقد تمت مناقضته بنص المادة (٧٠٦) من المشروع. فالمادة (٦٦٠) هذه هي نص مستقل وعمام ويفهم من صياغته أن الإخطار بالإخلاء مطلوب بالنسبة لعقد الإيجار، سواء كان محدد المدة أم لا (وذلك خلافاً للنص المقابل في القانون المدني المصري، حيث كان مجرد فقرة في المادة (٥٦٣) منه مما دل بوضوح على انطباقه على حالة الإيجار غير محدد المدة فقط). وأما المادة (٧٠٦) من المشروع فتنص صراحة على انتهاء الإيجار بانتهاء مدته دون الحاجة إلى التنبيه بالإخلاء. ولذلك لا بد من رفع هذا التناقض الظاهر وذلك إما بحذف ما جاء في المادة (٧٠٦) بخصوص الإعفاء من الإخطار بالإخلاء، وبذلك يكون الإخطار بالإخلاء مطلوباً في الإيجار محددة المدة والإيجار غير محدد المدة. أو أن يتم حصر نطاق تطبيق المادة (٦٦٠) من المشروع بالعقد غير محدد المدة فقط (كما هو حال المادة ٥٦٣ من القانون المدني المصري)، وعندها يكون مفهوماً ما جاء في المادة (٧٠٦) من أن التنبيه بالإخلاء غير مطلوب للإيجار محدد المدة عند انتهاء مدته. ونقترح الأخذ بالحل الثاني لأنه أكثر اتفاقاً مع القواعد العامة في العقود.

رابعاً- المادة (٦٦٥): حيث أن المادة (٦٥٥) من المشروع تجعل من أركان الإيجار أن تكون الأجرة معلومة، فإن ما جاء في المادة (٦٦٥) من أن الأجرة قد لا يتفق المتعاقدان عليها أو على كيفية تقديرها يعني أن الأجرة مجهولة ويجب لذلك أن يتم فسخ العقد. ومعروف أن الفسخ يرتب آثاره في عقود المدة بالنسبة للمستقبل

فقط، مما يعني ضرورة دفع أجر المثل عن المدة الماضية من عقد الإيجار. ولذلك يجب النص صراحة على هذا في المادة (٦٦٥) حتى ينسجم حكمها مع حكم المادة (٦٥٥) من المشروع.

خامسا- المادة (٢/٦٧٠): لم نفهم كيف يكون جائزاً للمستأجر إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع عندما تصبح العين المؤجرة في حالة من شأنها أن تعرض صحة المستأجر أو من يقيمون معه أو مستخدميه أو عماله لخطر جسيم.

ومن ناحية أخرى، فيجب أن يكون للمستأجر الحق في فسخ الإيجار في هذه الحالة حتى لو كان قد سبق له النزول عن هذا الحق، وذلك لضرورة المحافظة على سلامة صحة الإنسان باعتبار ذلك من النظام العام. لأنه لا يعقل أن يلزم المستأجر بالبقاء بالعين المؤجرة ويحرم من حقه في فسخ العقد بسبب تنازله المسبق عن ذلك، رغم أن الاستمرار بالعين المؤجرة يهدد صحته أو صحة مرافقيه أو مستخدميه بخطر جسيم.

ولكل ما تقدم، فإننا نقترح إعادة صياغة هذا النص ليكون كما يلي:
«٢- إذا أصبحت العين المؤجرة في حالة من شأنها أن تعرض صحة المستأجر أو من يقيمون معه أو مستخدميه أو عماله لخطر جسيم، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد وأن يطالب بالتعويض إن كان له مقتضى. ويكون للمستأجر فسخ العقد حتى وإن كان قد سبق له النزول عن هذا الحق».

سادسا- المادة (٢/٦٧٣): نرى أن التمييز في الحكم بين الماء والكهرباء غير منطقي، لأن كل منهما قد يتم تقديره جزافاً أو بالعداد. ولذلك يجب أن يكون لكليهما نفس الحكم، خصوصا

وأن المياه، كما الكهرباء تماماً، هي لاستعمال المستأجر الشخصي.

ومن ناحية أخرى، فلا نرى ضرورة للنص على الغاز في هذه الفقرة لأنها تفترض أن يتم إيصاله للمستأجر من خلال شبكة خطوط غاز. وهذا ما لا يتفق والبيئة الفلسطينية حيث يتم استعمال الغاز بواسطة الاسطوانات. ومن البدهي أن يتحمل المستأجر نفقات اسطوانات الغاز التي يستهلكها.

سابعا- المادة (٦٧٤): يجيز النص للمستأجر أن يقوم، في بعض الأحوال، بأعمال الصيانة الملقاة على عاتق المؤجر وأن يتقاضى بعد ذلك النفقات التي تكبدها في ذلك. ويفترض، قياساً على ما جاء في المادة (١/٦٧٨) من المشروع، أن يكون جائزاً للمستأجر الحصول فقط على النفقات المعقولة التي يسمح بها العرف، دون النفقات المبالغ فيها.

ومن ناحية أخرى، فإن الفقرة الثانية من النص تشترط حتى يجوز للمستأجر القيام بأعمال الصيانة المستعجلة أو البسيطة التي تكون على المؤجر، دون استئذان القاضي، أن يتمتع المؤجر رغم اعداره عن تنفيذ هذا الالتزام. ولكن النص لم ينتبه إلى أنه أحياناً يتعذر أصلاً اعدار المؤجر لعدم القدرة على الاتصال به، الأمر الذي يستدعي تخويل المستأجر أيضاً القيام بتلك الأعمال المستعجلة والبسيطة دون استئذان القاضي.

ولكل ما تقدم، فإننا نقترح إعادة صياغة النص ليكون كما يلي:
«١- إذا تأخر المؤجر بعد اعداره عن القيام بتنفيذ الالتزام المبينة في المادة السابقة، جاز للمستأجر أن يحصل على إذن من القاضي بإجراء ذلك بنفسه واستيفاء ما

أنفقه بالقدر المتعارف عليه حسما من الأجرة وذلك دون الإخلال بحقه في طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة.

٢- يجوز للمستأجر دون الحاجة إلى إذن من القاضي أن يقوم بإجراء الترميمات المستعجلة أو البسيطة مما يلتزم به المؤجر، سواء كان العيب موجوداً وقت بدء الانتفاع أو طراً بعد ذلك إذا لم يقم المؤجر بتنفيذ هذا الالتزام في ميعاد مناسب بعد أذاره أو أنه تعذر أذاره لعدم القدرة على الاتصال به، على أن يستوفي ما أنفقه بالقدر المتعارف عليه حسما من الأجرة».

ثامنا- المادة (٦٧٦): بموجب هذا النص يلتزم المستأجر بعدم منع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة. وحيث أن هذا النص يأتي ضمن النصوص الخاصة بالتزامات المؤجر، فإنه في غير مكانه الصحيح. والأولى أن يكون ضمن النصوص التي تعالج التزامات المستأجر. وأكثر من هذا فإن المادة (٦٨٩)، الواردة تحت عنوان «التزامات المستأجر»، تعالج نفس الموضوع. وحيث أن صياغة نص المادة (٦٧٦) أفضل من المادة (٦٨٩). فإننا نقترح حذف هذا النص الأخير والإبقاء على النص الأول في موقع المادة (٦٨٩) ضمن التزامات المستأجر.

تاسعا- المادتان (٦٧٨ . ٦٧٩): يبدو لنا، من الناحية المنهجية، أن هاتين المادتين في غير مكانهما الصحيح، لأنهما يفصلان دون مبرر بين نص المادة (٦٧٧)، وخصوصاً ما جاء في الفقرة الثانية منه، ونص المادة (٦٨٠) اللتين تعالجان مسألة ضمان الاستحقاق (وتحديدا تعرض الغير للمستأجر تعرضاً قانونياً).

ولهذا نقترح نقل نص المادة (٦٧٨) إلى ما قبل المادة (٦٧٧) مباشرة، ونقل نص المادة (٦٧٩) إلى ما بعد المادة (٦٨٣) مباشرة.

عاشرا- المادة (٦٧٩): يعالج النص التزام المؤجر بضمان العيوب في العين المؤجرة وحق المستأجر في هذه الحالة في الفسخ أو إنقاص الأجرة. وبتساءل لماذا لا يكون جائزاً للمستأجر كذلك أن يطالب المؤجر بإصلاح العيب في العين المؤجرة؟ وأكثر من ذلك، إذا لم يستجب المؤجر لذلك لماذا لا يجوز للمستأجر أن يفعل ذلك بنفسه على نفقة المؤجر وفقاً لأحكام المادة (٦٧٤) من المشروع، خصوصاً وأن المادة (٦٧٥) أحالت إليه بخصوص تلف بعض المأجور أو هلاكه جزئياً؟

ولذلك فإننا نقترح إضافة العبارة التالية إلى آخر الفقرة الثانية من النص: «... كما ويجوز له أيضاً أن يطلب من المؤجر إصلاح العيب أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر وفقاً لأحكام المادة (٦٧٤)».

أحد عشر- المادة (٦٨٢): يجيز النص للمستأجر طلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة إذا كان تدخل السلطة المختصة يؤدي إلى نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة. وبتساءل لماذا لا يجوز للمستأجر طلب التعويض أيضاً، كما في النصوص السابقة المتعلقة بضمان العيوب (المادة ٦٧٩) وبضمان الاستحقاق (المادة ٦٨٠)؟

إن تدخل السلطة المختصة الذي ينقص من الانتفاع بالعين المؤجرة قد يكون سببه فعل المؤجر ولذلك ينبغي أن يسأل في هذه الحالة عن الضرر الذي قد يلحق المستأجر من هذا التدخل. وعليه، فإننا نقترح تعديل النص كالآتي:

«إذا ترتب على أعمال السلطات المختصة في حدود القانون نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة جاز للمستأجر أن يطلب

فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، كما ويجوز له طلب التعويض إذا كان عمل السلطات المختصة قد صدر لسبب يكون المؤجر مسئولاً عنه، كل هذا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك».

اثنا عشر- المادتان (٦٨٧ . ٦٩٠): حيث أن النص الأول يعالج بالتفصيل مسألة تغيير المستأجر في العين المؤجرة فلا نرى داعياً لمعالجة الأمر مرة أخرى في نص المادة (٦٩٠). وعليه فيجب أن تقتصر المادة (٦٩٠) على معالجة التخریب في العين المؤجرة ووضع الآلات والأجهزة فيها. وبذلك تكون مسألة تغيير المستأجر في العين المؤجرة قد تركت تماماً للمادة (٦٨٧) التي تعالجها حقيقة بشكل أفضل، لأنها تشترط أن يكون التغيير بغير إذن المؤجر ما لم تقتضيه ضرورة إصلاح العين المؤجرة.

ثلاثة عشر- المادتان (٦٩٣ . ٦٩٤): يعالج النصان التزام المستأجر بدفع الأجرة، دون بيان أثر فوات الانتفاع بالعين المؤجرة على المستأجر على الأجرة التي يدفعها. والأصل أن يتم التمييز بين أن يكون فوات المنفعة كلياً، وعندها تسقط الأجرة عن المستأجر بالكامل من الوقت الذي فاتت فيه المنفعة. وأما إذا كان فوات الانتفاع بالعين المؤجرة جزئياً وبشكل يؤثر على استيفاء المنفعة المقصودة من العقد (بموجب المادة ٦٨٦) فيحق للمستأجر فسخ العقد، وبالتأكيد تسقط عنه الأجرة من هذا التاريخ. غير أنه إذا قام المؤجر بإصلاح العين المؤجرة قبل استعمال المستأجر لحقه بالفسخ فإنه لا حق له بعد ذلك بالفسخ، وإنما يكون له فقط أن لا يدفع الأجرة بمقدار ما فاتته من منفعة.

ولكل ما تقدم فإننا نقترح إضافة النص التالي إلى ما بعد المادة (٦٩٤) مباشرة:

١» إذا فوات الانتفاع بالعين المؤجرة كلها سقطت الأجرة عن المستأجر من وقت فوات الانتفاع.

٢- إذا كان فوات الانتفاع بالعين المؤجرة جزئياً، ولكنه يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة من العقد، كان للمستأجر فسخ العقد. وتسقط الأجرة من تاريخ الفسخ.

٣- إذا أصلح المؤجر العين المؤجرة قبل الفسخ سقط عن المستأجر من الأجرة بمقدار ما فوات من الانتفاع بالعين المؤجرة ولا خيار له في فسخ العقد.

أربعة عشر- المادتان (٦٩٥ . ٦٩٦): يعالج النقصان التزام المستأجر لعقار بوضع منقولات فيه تكون قيمتها كافية لضمان دفع الأجرة لمدة سنتين، وحق امتياز المؤجر على هذه المنقولات لاستيفاء الأجرة. وبرغم أن النصين جيدين فإنهما، فيما نرى، في غير مكانهما المناسب. ونقترح أن يتم نقلهما إلى النصوص التي تعالج حقوق الامتياز في نهاية المشروع.

ومن ناحية أخرى، فإن المادة (٦٩٥) لم تبين الحكم فيما لو كانت مدة الإيجار تقل عن سنتين. فهل يجب في هذه الحالة أن تكون قيمة المنقولات الموجودة في العقار تكفي لدفع أجرة سنتين؟ أم يجب أن تكون كافية لدفع الأجرة عن كل مدة الإيجار (التي هي أقل من سنتين)؟ لا شك في أن الاحتمال الثاني هو الأصوب، لأنه لا يوجد ثمة مبرر لإلزام المستأجر بأن يضع في العقار المأجور منقولات تكون قيمتها كافية لتسديد أجرة سنتين، في حين أن مدة العقد كلها لا تصل إلى سنتين. لذلك نقترح تعديل النص ليكون كالآتي:

«إذا كانت العين المؤجرة عقاراً وجب على المستأجر أن يضع

فيها منقولات تكون قيمتها كافية لضمان الأجرة عن مدة سنتين، أو عن كل مدة الإيجار إذا قلت عن سنتين، ما لم تكن الأجرة قد عجلت أو كان المستأجر قد قدم تأميناً آخر أو وجد اتفاق يقضي بإعفاء المستأجر من هذا الالتزام».

خمس عشرة - المادة (٦٩٨): تبين الفقرة الأولى من هذه المادة حكم المحدثات التي ينشئها المستأجر في العين المؤجرة بإذن المؤجر، حيث يلتزم هذا الأخير بأن يرد للمستأجر عند انتهاء الإيجار ما أنفق في هذه المحدثات أو ما زاد في قيمة العقار. وحيث أن الخيار بين هاتين القيمتين للمؤجر، فالحل فيما نرى غير عادل بالنسبة للمستأجر. والأولى أن يلزم المؤجر، لأن المحدثات تمت بإذنه، بأن يدفع قيمة هذه المحدثات قائمة أي أن يرد للمستأجر ما زاد في قيمة العقار.

كما أن الفقرة الثانية من هذه المادة تبين حكم المحدثات التي ينشئها المستأجر بدون إذن المؤجر، حيث يجوز عندها للمؤجر إلزام المستأجر بإزالتها. لكن النص لم يبين ما الحكم فيما لو كانت الإزالة تلحق ضرراً بالعين المؤجرة. ونقترح أن يكون للمؤجر في هذه الحالة تملك المحدثات بقيمتها مستحقة للإزالة.

أضف لذلك أن صياغة الفقرة الأخيرة من هذه المادة غير دقيقة عندما تقول: «إذا اختار المؤجر...»، لأن المؤجر لا خيار له حقيقة غير الذي ذكره نص هذه الفقرة.

ولكل ما تقدم فإننا نقترح تعديل نص المادة (٦٩٨) كالاتي:

«١- إذا أوجد المستأجر في العين المؤجرة بناء أو غراساً أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد في قيمتها وكان ذلك بموافقة المؤجر، التزم المؤجر أن يدفع للمستأجر عند

انتهاء الإيجار قيمة هذه المحدثات قائمة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

٢- إذا كانت التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو على الرغم من معارضته، كان له أن يطلب من المستأجر إزالتها مع التعويض إن كان له مقتضى. وإن كانت إزالتها تلحق الضرر بالعين المؤجرة فللمؤجر أن يملكها بقيمتها مستحقة الإزالة.

٣- عندما يحتفظ المؤجر بالتحسينات في مقابل دفع قيمتها قائمة أو قيمتها مستحقة للإزالة يجوز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء بها.

سنة عشر- المواد (٧٠٠، ٧٠٢، ٧٠٥): تنص المادة (٧٠٠) صراحة على عدم جواز النزول عن الإيجار أو الإيجار من الباطن إلا بإذن المؤجر الكتابي. وتؤكد على ذلك المادة (٧٠٢) من المشروع. غير أن المادة (٧٠٥) منه تنص على براءة ذمة المستأجر الأصلي تجاه المؤجر عند قبول المؤجر صراحة النزول عن الإيجار أو التأجير من الباطن بعد حصوله. وبهذا، فإن هذا النص الأخير يؤدي حقيقة إلى براءة ذمة المستأجر الأصلي تجاه المؤجر في كل حالات النزول عن الإيجار أو التأجير من الباطن، لأن الإذن الكتابي الذي يجب أن يحصل عليه المستأجر الأصلي من المؤجر قبل التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن لا يختلف حقيقة عن قبول المؤجر صراحة التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن بعد وقوعه.

ولعل السبب في هذا التناقض الواجب رفعه يكمن في أن المادة (٧٠٥) من المشروع متأثرة بالمادة (٥٩٧) من القانون المدني

المصري إلى حد كبير جداً، في حين أن المادة (٧٠٠) من المشروع أخذت عن المادة (٥٩٣) من القانون المدني المصري بعد تحويلها لتكون متفقة مع ما جاء في المادة (٧٠٣) من القانون المدني الأردني. فالمادة (٥٩٣) من القانون المصري تجيز للمستأجر التنازل عن الإيجار من الباطن ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بموجب اتفاق بينه وبين المؤجر. ولا شك في أن تحويل هذا النص واشتراط موافقة المؤجر الكتابية على التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن (كما هو الحال في نص المادة (٧٠٣) من القانون المدني الأردني) أدى، كما هو واضح، إلى التناقض بين نصوص المشروع. ولا بد، لرفع هذا التناقض، من حذف نص الفقرة الأولى من المادة (٧٠٥) التي تنص على براءة ذمة المستأجر الأصلي تجاه المؤجر عند قبول المؤجر صراحة النزول عن الإيجار أو التأجير من الباطن بعد حصوله.

وعليه، فإننا نقترح إعادة صياغة المادة (٧٠٥) كالآتي:
«إذا استوفى المؤجر حقوقه مباشرة من المتنازل له أو من المستأجر من الباطن دون إبداء تحفظ قبل المستأجر الأصلي، فعندها تبرأ ذمة المستأجر الأصلي قبل المؤجر».

سبعة عشر- المادة (١/٧٠٨): تنص هذه المادة على التجديد الضمني لعقد الإيجار بشروطه الأولى ولمدة سنة واحدة إذا ما استمر المستأجر بإشغال العين المؤجرة بعلم المؤجر. ويستثنى من ذلك فقط حالة كون مدة عقد الإيجار أقل من سنة. ولم نتبين حقيقة حكم هذا الاستثناء أهو عدم التجديد في هذه الحالة؟ أم هو تجديد للعقد بشروطه الأولى ولكن ليس لمدة سنة وإنما لمدة مساوية لمدة العقد الأصلي؟ نعتقد أن الاحتمال الثاني هو الأفضل للأخذ به، وإنما يتوجب النص عليه صراحة.

ولذلك، نقترح إعادة صياغة النص كالآتي:
« ١- إذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر منتفعاً بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه عد الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى لمدة سنة واحدة أو لمدة عقد الإيجار الأصلي إن كانت أقل من ذلك».

ثمانية عشر- المادة (٧١٣): تجعل هذه المادة الإيجار غير نافذ في حق من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة طالما أن الإيجار لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية. والعقد غير النافذ هو الذي عالجه المشروع في القواعد العامة (المواد ١٥٦-١٦١) تحت اسم «العقد الموقوف». وحكم هذا العقد أنه موقوف على الإقرار من قبل الشخص الذي تعلق له حق في المعقود عليه (المادة ١٥٧). وعليه، وحيث أن من حق من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة المذكور أعلاه أن يقر الإيجار أو أن يعتبره كأن لم يكن وفقاً للقواعد العامة، فإن نص المادة (٢/٧١٣) من المشروع يكون حقيقة عديم المعنى يتوجب لذلك الاستغناء عنه.

تسعة عشر- المادتان (٧١٤، ٧١٧): تحيل كل من المادتين بشأن مواعيد الإخطار إلى نص آخر من المشروع دون بيان رقمه. ونعتقد أن المقصود هو نص المادة (٦٦٠) من المشروع. لذلك يجب وضع هذا الرقم في الفراغ المتروك في كل من المادتين.

عشرون- المواد (٧١٨-٧٢٩): تعالج هذه المواد إيجار الأراضي الزراعية كصورة خاصة لعقد الإيجار. غير أن هذه النصوص لم تبين مدة عقد إيجار الأراضي الزراعية. وحيث أن النصوص الخاصة بمدة عقد الإيجار عموماً لا تكفي بهذا الصدد، بالنظر

لخصوصية هذه الصورة من عقد الإيجار، فإننا نقترح إضافة النص التالي بعد المادة (٧١٨) من المشروع مباشرة:

«١- إذا ذكر في إيجار الأراضي الزراعية أن العقد لسنة أو لعدة سنوات، كان المقصود من ذلك أنه عقد لدورة زراعية سنوية أو لعدة دورات.

٢- إذا لم تعين في العقد مدة إيجار الأراضي الزراعية، كان العقد لدورة زراعية سنوية واحدة».

واحد وعشرون- المادتان (٧٣١، ٧٤٤): يتضح من النصين أنه يشترط لصحة كل من المزارعة والمساقاة أن يكون العقد مكتوباً، وأن تكون حصة كل من الطرفين مقدرة بنسبة شائعة من المحصول أو الغلة. ولكن المادة (٧٣١) تشترط لصحة المزارعة فوق ذلك أن تكون الأرض معلومة ومحددة وصالحة للزراعة، وأن يعين نوع الزرع أو يترك الخيار للزارع في زراعة ما شاء. ويتبين أن هذين الشرطين يدوران حول تعيين محل العقد. ووفقاً للقواعد العامة (المادة ١٣٩ من المشروع) يجب في محل العقد أن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة. ولذلك يمكن الاستغناء عن هذين الشرطين بالنسبة لعقد المزارعة. وإذا لم يكن من إبقائهما بد، فإنه يتوجب أيضاً إضافة شرط آخر للمادة (٧٤٤) لصحة عقد المساقاة، وهو أن تكون الأشجار محل المساقاة محددة ومعلومة للطرفين علماً نافياً للجهالة الفاحشة.

ومن ناحية أخرى، فلم نر ثمة داع لاشتراط الكتابة لصحة أي من العقدين، خصوصاً وأن الدارج لدينا في فلسطين أن تتم المزارعة والمساقاة شفاهة، ربما لأن المزارع والمساقى عادة ممن لا يعرفون الكتابة. ولهذا كله، فلا نرى ضرورة لاشتراطها حتى لا

تكون معظم العقود مستقبلاً باطلة لمجرد عدم كتابتها، الأمر الذي سيؤدي إلى ضياع حقوق هؤلاء البسطاء. وعليه، وحتى يكون النص متفقاً مع البيئة الاجتماعية في فلسطين، فإنه ينبغي عدم اشتراط الكتابة لصحة المزارعة أو المساقاة.

وكذلك، فإننا نقترح أخيراً إعادة صياغة المادة (٧٣١/د) لتكون أكثر دقة ووضوحاً كما يلي: «أن تكون حصة كل من الطرفين مقدرة بنسبة شائعة من المحصول».

اثنتان وعشرون- المادة (٧٣٤): يبدو لنا، من قراءة نص هذه المادة مع نص المادة (٢/٧٣٧) من المشروع، أن الأدوات الزراعية والمواشي التي توجد في الأراضي وقت العقد يجب أن تكون مشمولة به إذا كانت مملوكة لمقدم الأرض. وإلا كيف سيكون المزارع مسئولاً تجاه مقدم الأرض بالتعويض عما ينفق من المواشي أو يتلف من الأدوات الزراعية إذا كان لا يجوز له استعمالها في الأصل لأنها غير مشمولة بالعقد؟ وعليه نقترح حذف حرف «لا» الوارد في أول نص المادة (٧٣٤) حتى يستقيم المعنى.

ثلاثة وعشرون- المواد (٧٣٠-٧٤٢): تعالج هذه المواد المزارعة كصورة خاصة لعقد الإيجار، غير أنها لم تبين حكم الحالة التي تنتهي فيها مدة عقد المزارعة قبل أن يدرك الزرع. صحيح أن المادة (٧٤٢) من المشروع تقول بتطبيق أحكام الإيجار على عقد المزارعة ما لم يوجد اتفاق أو عرف يمنع ذلك، وصحيح أن المادة (٦٦٢) من المشروع تقول بامتداد مدة عقد الإيجار في هذه الحالة للضرورة مع إلزام المستأجر بدفع أجره المثل عن ذلك. غير أن هذا النص لا يمكن حقيقة تطبيقه على المزارعة بالنظر لطبيعتها الخاصة. فحيث أن المزارعة هي عقد استثمار للأرض بين مقدمها والمزارع يجب

فيه أن تكون لكل منهما حصة شائعة من المحصول، فإنه لا يعقل أن يتحمل المزارع أجره مثل الأرض كاملة في هذه الحالة بل يجب أن يشاركه فيها مقدم الأرض بمقدار حصته من المحصول. وكذلك فإن النفقات التي تلزم، بعد انتهاء مدة العقد، لإنتاج المحصول تكون على الطرفين بمقدار حصة كل منهما من المحصول.

ولكل ما تقدم فإننا نقترح إضافة النص التالي للمشروع قبل المادة (٧٤٢) مباشرة:

«تنتهي المزارعة بانقضاء مدتها. وإذا انقضت المدة قبل أن يدرك الزرع فللمزارع استبقاء الزرع إلى أن يدرك، وعليه أجر مثل الأرض بقدر حصته من المحصول عن المدة اللاحقة. وتكون نفقة ما يلزم للزرع خلال هذه المدة اللاحقة على كل من مقدم الأرض والمزارع بقدر حصة كل منهما من المحصول».

ومن ناحية أخرى، فإن المواد (٧٣٠-٧٤٢) الخاصة بالمزارعة لم تعالج حالة ظهور مستحق للأرض محل العقد على الإطلاق. ولذلك، بقي غير معروف ما الحكم في هذه الحالة لو كان الطرفان، مقدم الأرض والمزارع، حسني النية أو سيئي النية أو أحدهما حسن النية والآخر سيئ النية.

أضف لذلك أن المادة (٧٣٩) من المشروع تمنع المزارع من النزول عن المزارعة ومن المزارعة من الباطن إلا بإذن مقدم الأرض الكتابي أو إجازته الخطية، وذلك دون بيان الأثر الذي يترتب على تمام ذلك دون إجازة مقدم الأرض أو إذنه. ففي هذه الحالة يكون مقدم الأرض في العقد الأصلي مستحقاً لها في مواجهة المزارع من الباطن أو المتنازل له عن المزارعة. والسؤال مرة أخرى كيف سيتم حسم النزاع بينهما؟

لكل ما تقدم، ولأن المشروع أورد نصا بخصوص الاستحقاق في المساقاة، فإننا نقترح إضافة النص التالي للمشروع بخصوص الاستحقاق في المزارعة:

« ١- إذا استحققت الأرض محل المزارعة بعد زرعها وقبل أن يحين حصاد الزرع وكان طرفا العقد حسنيّ النية غير عالمين بسبب الاستحقاق فلهما استبقاء الأرض تحت المزارعة إلى نهاية موسم ما زرع فيها وعلى مقدم الأرض أجر مثلها للمستحق.

٢- وإن كان كلاهما سيئيّ النية كان للمستحق قلع الزرع وأخذ أرضه خالية من كل شاغل ولا شيء عليه لأي منهما.

٣- وإن كان مقدم الأرض وحده سيئيّ النية ولم يرض المستحق بترك الأرض لهما بأجر المثل إلى نهاية الموسم تطبق الأحكام التالية:

أ. إن كان البذر من مقدم الأرض فللمزارع أجر مثل عمله مع تعويض يعادل ما بذله من مال وأجور عمال وغيرها بالقدر المعروف إذا كان العقد يلزمه ببذل ما ذكر، ولمقدم الأرض أن يتوقى ذلك بأن يؤدي للمزارع قيمة حصته من الزرع مستحق القرار إلى حين إدراكه.

ب. وإن كان البذر من المزارع فله على مقدم الأرض قيمة حصته من الزرع مستحقاً للقرار إلى حين إدراكه.

ت. وللمزارع في الحالين سواء أكان البذر منه أو من مقدم الأرض أن يختار أخذ حصته من الزرع مقلوعاً وحينئذ لا شيء له سواه».

أربعة وعشرون- المادة (٧٥٤): تشترط الفقرة الأولى من هذه المادة لانعقاد المغارسة أن يكون العقد رسمياً ومقيداً بدائرة تسجيل الأراضي. ويبدو أن هذا النص لم يراع أن الكثير من أراضي فلسطين ما زال بدون تسوية، وبالتالي لا يتصور تسجيل عقد المغارسة بشأنها لدى دائرة الطابو. أم أن المغارسة غير جائزة في هذه الحالة!!!

ولذلك، ولأن هذا الشرط لا يكون له ثمة معنى إلا إذا كانت الأرض محل العقد قد تمت تسويتها، فإننا نقترح تعديل النص كالاتي:

«١- يشترط لانعقاد المغارسة:

أ. أن يكون العقد رسمياً ومقيداً بدائرة تسجيل الأراضي إن كانت الأرض قد تمت تسويتها.

ب. ...

ج. ...

د. «...».

خمس وعشرون- المادة (٧٥٥): يبدو لنا أن نص هذه المادة من العموم بمكان بحيث يثير العديد من الإشكاليات. فالقول «إذا انقضت المغارسة» دون تحديد سبب انقضائها ربما يؤدي إلى تشجيع كل من الطرفين على إنهاء المغارسة دون تحقيق الغرض منها. فإن فعل ذلك صاحب الشجر فما عليه إلا أن يدفع للمغارس تعويضاً، ولكنه تخلص بذلك من أن يكون هذا المغارس شريكاً له في الأرض والغراس فيما لو حققت المغارسة غرضها عند انتهاء مدتها. وإذا عمل المغارس على جعل مدة المغارسة تنقضي دون أن تحقق المغارسة غرضها، فإنه لن يخسر الكثير لأنه في أسوأ

الاحتمالات لن يحصل على التعويض من صاحب الأرض إذا ما أثبت هذا الأخير أن الغراس لا فائدة منها.

ولكل ما تقدم فإننا نقترح إعادة صياغة الفقرة الأولى من هذه المادة كالآتي:

« ١- إذا انتهت مدة المغارسة دون أن تحقق الغرض منها لسبب لا يعود لأي من الطرفين وجب على صاحب الأرض أن يؤدي للمغراس تعويضاً تراعى فيه قيمة الغرس وأجر مثل عمله».

سنة وعشرون- المادتان (٧٦١ . ٧٦٢): يعالج النقصان مدة عقد إيجار الوقف كصورة خاصة من الإيجار. بيد أن النقصان لم يتطرقا إلى مسألة إضافة العقد إلى المستقبل، مما يعني تطبيق القاعدة العامة في عقد الإيجار الواردة في المادة (٦٦١) من المشروع. ولكن ما جاء في هذا النص لا يتفق وطبيعة إيجار الوقف. وبالنظر لخصوصية الوقف يفترض ورود نص يمنع صراحة إضافة إيجار الوقف للمستقبل أو يجيز ذلك لمدة معينة لا تزيد على سنة مثلاً، حتى لا يتم تأجير الوقف بأجرة معينة تكون أقل من الأجرة السائدة عند بدء سريان مدة العقد. ولا شك في أن نص المادة (٧٦٢)، الذي يشترط تأجير الوقف بأجرة المثل ويلزم المستأجر بدفع هذه الأجرة إذا كان العقد ينص على أجرة أقل، لا يوفر الحماية لإيجار الوقف المضاف للمستقبل، لأن تقدير أجرة المثل يتم وقت إبرام العقد وليس عند بدء سريان مدته.

ومن ناحية أخرى، فإن إضافة إيجار الوقف إلى مدة طويلة في المستقبل قد يؤدي إلى عدم استغلاله فترة ما. ولذلك نقترح إضافة النص التالي إلى ما بعد المادة (٦٦٢) من المشروع مباشرة:

«لا يجوز إضافة إيجار الوقف لمدة مستقبلية تزيد على سنة».

وقد اخترنا تحديد المدة المستقبلية بسنة لأنها معقولة، فهي من ناحية تمكّن من تأجير الوقف وإضافته للمستقبل إلى حين انتهاء مدة إيجاره الحالية. ومن ناحية أخرى، فهي مدة ليست طويلة نسبياً، وبالتالي فلو تغيرت أجرة المثل فلن يكون تغيراً ملحوظاً.

سبعة وعشرون- المادة (١/٧٦٣): إن صياغة هذا النص معيبة، لأن عبارة «إلا بغبن يسير» الواردة فيه تخلّ بالمعنى. فنحن لم نتبين ما إذا كان يجوز إيجار الوقف بأقل من أجر المثل بغبن يسير، كما تقول ذلك مقدمة النص، أو أن المستأجر يكون ملزماً بإتمام أجر المثل ودفع ما نقص منه عن المدة الماضية، كما تقول ذلك بقية النص. لذلك نقترح حذف هذه العبارة حتى يكون واضحاً أن إيجار الوقف لا يجوز في كل الأحوال إلا بأجر المثل، وإن كان يقل عن ذلك فيلتزم المستأجر بإكمال ما نقص منه عن كل مدة مضت من العقد وذلك حماية لمصلحة الوقف حتى لا يتم استغلاله ولو بشكل يسير. وأما بالنسبة للمدة المتبقية فالنص صريح على جواز أن يستمر المستأجر بأجر المثل أو أن يفسخ العقد.

ثمانية وعشرون- المادة (٧٦٥): يعالج النص المحدثات (البناء والغراس) التي ينشئها المستأجر في العين الموقوفة بإذن متولي الوقف. لكن هذا النص، كما غيره من نصوص المشروع، لم يعالج المحدثات التي يتم إنشاؤها في العين الموقوفة بغير إذن متولي الوقف. قد يقول قائل بتطبيق الحكم العام في هذه الحالة الوارد في المادة (١١١٤) من المشروع، بشأن الالتصاق بالعقار بسوء نية، والتي بموجبها سيكون جائزاً لمتولي الوقف طلب إزالة المحدثات على نفقة المستأجر مع التعويض إن كان له مقتضى، وإن كانت إزالتها تلحق ضرراً بالعين الموقوفة فله تملكها بقيمتها مستحقة الإزالة أو بقيمتها قائمة أيهما أقل. هذا صحيح، إنما

يجب أن يكون جائزاً لمتولي الوقف كذلك إيجار العين الموقوفة من جديد مع بقاء المحدثات فيها إلى أن تسقط، وعندها يأخذ المحدث (أي المستأجر) أنقاضها. ولا يكون للمحدث في هذه الحالة، بخلاف ما جاء عليه النص في المادة (٧٦٥)، مقدار نصيب هذه المحدثات من الأجرة. والسبب في ذلك أن المحدث هنا سيئ النية قام بإنشاء المحدثات في أرض يعلم أنها ليست ملكه، ودون أن يحصل على إذن ممن له ولاية إيجارها. ولذلك نقترح إضافة نص جديد يغطي هذه الحالة بعد المادة (٧٦٥) من المشروع مباشرة كما يلي:

«إذا انقضت مدة الإيجار وكان المستأجر قد بنى أو غرس في العين الموقوفة من ماله بغير إذن ممن له ولاية التأجير فإنه يجوز لمتولي الوقف، إضافة للحقوق المنصوص عليها في المادة (١١١٤) من هذا القانون، أن يمنع المستأجر من إزالة البناء أو الغراس، إن كانت إزالتها تلحق ضرراً بالعين الموقوفة، وأن يجبره على التريث حتى يسقط البناء أو الشجر فيأخذ أنقاضه».

تسعة وعشرون- المادة (٧٧٠): تنص هذه المادة على أن: «لوقف حق فسخ عقد الخلو بعد التنبيه رسمياً على صاحبه طبقاً للقواعد الخاصة بالإيجار». غير أن هذه القواعد الخاصة بالإيجار تتكلم عن الإخطار بالإخلاء (في المادة ٦٦٠ وغيرها من نصوص المشروع)، وعن التنبيه بالإخلاء (في المادة ٧٠٩ من المشروع)، ودون اشتراط أن يكون أي منهما رسمياً. ولذلك يظل التساؤل قائماً إلى أي من القواعد الخاصة بالإيجار يحيل نص المادة (٧٧٠) من المشروع؟

أثار العقد؛ وتفسيره؛ وانحلاله؛ وأثار الالتزام ذات العلاقة

أ. هيثم الزعبي^٢

مقدمة

سيركز بحثنا هذا على أثار العقد، فمتى انعقد العقد وتوافرت فيه جميع أركانه وشروطه القانونية، ترتبت عليه آثاره القانونية. ولعل الاهتمام في هذا الجانب من العقد ينبع من كونه أكثر ما يهتم المتعاقدين سواء أكانوا تجاراً، أو مستثمرين، أو أشخاصاً عاديين. فالمتوقع من إبرام العقد هو أن تحترم الحقوق والالتزامات التي تولدت عنه والتي اتجهت إرادة المتعاقدين إلى إحداثها، وهذا ما بات يعرف بالقوة الملزمة للعقد.

وبدراسة مشروع القانون المدني الفلسطيني، فإننا نرى انه بالرغم من إرساء قواعد هامة تخرج به من دائرة التششت وعدم الوضوح الماثلة في مجلة الأحكام العدلية، إلا أنه جاء بنصوص انطوت على معايير عامة ومطاطة، وفي بعض الأحيان غير منسجمة، وهذا بدوره قد يؤدي إلى ثغرات يمكن من خلالها للمتعاقد التهرب من التزاماته.

وليس من نافلة القول أن معظم نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني مأخوذ عن القوانين المدنية العربية، وهي في بلادها مرتبطة بثقافات وفلسفات متكاملة واليات مستقرة من شأنها

^٢ محام، مدرس في معهد الحقوق- جامعة بيرزيت.

التخفيف من سلبياتها، في حين أن مؤدى الأخذ بها، فلسطينيا، مبتورة عن بيئتها القانونية والقضائية من شأنه أن يفاقم من سلبياتها.

وفي هذا السياق، سنتناول بالتعليق نصوص مشروع القانون المدني المتعلقة بآثار العقد وآثار الالتزام، مستعرضين ما لنا من مأخذ عليها ومقترحين نصوصا بديلة تعمل على التخفيف من السلبيات وتؤدي إلى المزيد من الانسجام والتفعيل للغايات المتوخاة منها.

المادة (١٧٩):

«العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون».

إن البدء في إرساء هذه القاعدة هو أمر يجب الإشادة به، وهو هام وتزداد أهميته في ظل الوضع القانوني الراهن في فلسطين، لأن هذه القاعدة لم تتواجد وفق سند تشريعي واضح. فالمجلة لا تتبنى هذا المفهوم على إطلاقه، كما أن النصوص التي تبنته بصورة غير مباشرة كانت موجودة في قانون أصول المحاكمات الحقوقية الأردني (المادة ١٧٤)، وكذلك تلك الموجودة في أصول المحاكمات العثماني والتي تم إلغائها بصور قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (٢) لسنة ٢٠٠١.

وفي ضوء ذلك، كان لا بد من إعطاء الحياة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. وباختصار شديد، فإن هذه القاعدة تفيد أن ما اتفق عليه المتعاقدان (وما يدخل في نطاق العقد)، يكون ملزما

كما لو كان القانون قضي به، فتكون الحقوق والالتزامات واجبة الاحترام والتنفيذ كما لو كان القانون هو الذي أنشأها. بل وأكثر من ذلك، فإن العقد لا يلزم فقط أطرافه بل يلزم القاضي بتطبيق أحكامه، إذ هو شريعة المتعاقدين وقانونهم ولا يحق من حيث المبدأ لا للمتعاقد ولا للقاضي التنصل أو التعديل في الحق أو الالتزام تحت حجة أنه يرى ذلك مناف للعدالة. فالعقد هو القانون الخاص الواجب التطبيق والذي يمتنع مع وجوده الرجوع إلى قواعد العدالة كما يمتنع ذلك عند وجود النص القانوني. إن الوقوف عند هذا الشرح المختصر لمؤدى هذه القاعدة سيساعد في فهم التقييم اللاحق للعديد من المواد التي نرى أنها أضعفت هذه القاعدة.

هناك تعديل طفيف يهدف إلى بيان أن نص هذه المادة هو أكثر تكاملاً وأنه ينطوي على حكم واحد وليس على عدد من الأحكام بحيث يصبح النص كما يلي:

الصيغة المعدلة المقترحة:

«العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق المتعاقدين أو للأسباب التي يقرها القانون».

المادة (١٨٠):

«١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

٢- لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف.

٣- في العقود المعدة على نماذج لتوحيد تنظيم علاقات تعاقدية تقدم الشروط المضافة إلى تلك النماذج على الشروط الأصلية ولو لم تشطب هذه الأخيرة».

إن الفقرتين الأولى والثانية تشتملان على أحكام جيدة، خصوصا أنها تتبنى مفهوم حسن النية وتعطي قوة لحمل المتعاقد على احترام ما هو مستلزمات العقد، مع مراعاة التعديل الصياغي المقترح من قبلنا أدناه.

أما بخصوص الفقرة الثالثة، فإننا لا نرى أن مكانها المناسب هذه المادة. فموضوعها يختلف عن سياق المادة وتبويبها وهو موضوع يتصل بتفسير العقد لا بآثاره. كما أنها تعالج حالة تفصيلية فردية لا يرد مكانها هنا. وعليه، فإننا نوصي بشطب هذه الفقرة تماما.

الصيغة المعدلة المقترحة:

«١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

٢- لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة التصرف».

المادة (١٨١):

«إذا تضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المدعن منها وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك».

إن هذه المادة تبدو للوهلة الأولى أنها تحقق شيئا من العدالة، إلا أنها بتبنيها للمعيار الشخصي وإعطائها القاضي الحق في تعديل ما أسمته الشروط التعسفية في حقوق الإذعان، تفتح مجالا خطيرا يؤثر على التنظيم القانوني للعقود. فهذه المادة تشكل تقويضا صريحا لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وهي تعطي لأي متعاقد التحلل من التزاماته بمجرد أن يدفع بان الشرط تعسفي، أو أن العقد إذعاني مما سيؤدي من الناحية العملية لهدم وإفراغ مبدأ احترام العقد. والذي يحملنا على القول بذلك، هو أن القانون لم يضع أي معايير أو خصائص لاعتبار العقد إذعاني، أو أن الشرط تعسفي.

وبشكل مقتضب، نبين أن عقود الإذعان لها سمات وخصائص محددة منها، أن يكون لأحد المتعاقدين مركزا أقوى بكثير من مركز المتعاقد الآخر، وذلك لما يتمتع به المتعاقد الأول من احتكار قانوني أو فعلي يجعل التفوق الاقتصادي واضح ولمدة طويلة بحيث يصدر في قالب نموذجي ولائحي لا نقاش فيه.

وبالرغم من أن المجال لا يتسع هنا للبحث في مميزات عقود الإذعان وشروط تحققها وطبيعتها القانونية، إلا أنه يمكن بوضوح التوصل إلى قناعة أن هذا النوع من العقود محدود جدا. وقد كثر في وقت كانت فيه الدولة تدير القطاعات الخدماتية مثل الاتصالات والكهرباء والتأمين والعمل المصرفي والنقل. فكانت طبيعة عقود الإذعان غالبا ما يتم تكييفها على أنها علاقة غير تعاقدية، إنما باعتبارها علاقة لائحية لا توجد بها إرادة مشتركة. ولقد عالج هذا الموضوع، بإسهاب، الدكتور عبد المنعم الصده في كتابه «عقود الإذعان».

وما نريد استخلاصه مما قيل أعلاه، أن نص المادة (١٨١) مطلق، وقد يؤدي إلى نتائج سلبية تتناقض مع التطورات الاقتصادية الحالية وعمليات الخصخصة والنشاط المصرفي والتأميني والنقل والإيجار، والتي أصبحت تدار من قبل القطاع الخاص.

ومع هذا كله، فإننا نؤيد أن يفسر الشك في عقود الإذعان لصالح الطرف المذعن، وهذا الأمر تبنته مسودة مشروع القانون المدني في النصوص اللاحقة (انظر الفقرة الثانية من المادة ١٩٧). وهذا أمر فيه عدالة معقولة، أما أن يترك الأمر للقاضي ليعدل الشروط العقدية ويعفي المدين منها بحجة أنها شروط إذعان فهذا أمر لا يستقيم مع الواقع والعدالة.

لهذا كله، فإننا نوصي بشطب هذه المادة وإلغائها.

المادة (١٨٢):

«إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، أصبح مرهقا للمدين، يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك».

هذه المادة جديدة بالثناء وتحقق مصالح كثيرة، خصوصا في بلادنا التي يعترها الكثير من الظروف الطارئة. فهذه المادة تتبنى نظرية الظروف الطارئة التي نحتاجها كمفهوم قانوني.

إلا أن لدينا مأخذ على هذه المادة، تتمثل فيما نصت عليه في ذيلها من انه يقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك. فواضعو المشروع وقعوا في ذات التناقض الذي وقع به بعض المشرعين

العرب. فمؤدى هذا النص انه لا يجوز الاتفاق على استبعاد نظرية الظروف الطارئة حين تتوافر الشروط، وان المشرع يعتبر حكم هذه النظرية حكما أمرا قضته العدالة.

غير أننا نلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة (٢٧١) تقضي بجواز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة السبب الأجنبي، والمادة (٤٥١) الخاصة باستحالة التنفيذ لا تعطي نفسها صفة القاعدة الآمرة.

وهنا يرد التساؤل، لماذا لا يجوز للمدين أن يقبل سلفا تحمل تبعة الظروف الطارئة والتي هي أخف من تبعة القوة القاهرة، في الوقت الذي أجاز القانون له أن يقبل سلفا تحمل تبعة القوة القاهرة والسبب الأجنبي (الذي يؤدي إلى استحالة التنفيذ)؟

ولعل هذا التناقض مرده إلى اختلاف المصادر التي أخذت منها النصوص المختلفة.

أما المأخذ الثاني على هذه المادة فيتصل بالصياغة ورسالتها وتكاملها لذا نقترح أن تكون الصيغة على النحو التالي:

الصيغة المعدلة المقترحة:

«إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن بوسع الفرقاء توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وان لم يصبح مستحيلا أصبح مرهقا للمدين ويهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعا للظروف وبعد الموازنة بين الفرقاء أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول».

آثار العقد بالنسبة للغير

المواد (١٨٣ . ١٨٤ . ١٨٥):

إن جميع هذه المواد هي نصوص تقليدية وجيدة ولا تثريب عليها في رأينا.

المادة (١٨٦):

١- «إذا تعهد شخص بان يجعل الغير يلتزم بأمر، فلا يلزم الغير بتعهده، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بان يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به.

٢- إذا قبل الغير هذا التعهد فان قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره ما لم يتبين انه قصد صراحة أو ضمنا أن يسند اثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد».

إننا نوصي بالا تجزأ هذه المادة إلى فقرتين، بل يتم دمجها في فقرة واحدة. وذلك لان الفقرة الثانية ترتبط بالفقرة الأولى باسم الإشارة (هذا) مما يقتضي دمجها في رأينا، وهذا تعديل طفيف في الصياغة، بحيث تقرأ كما يلي:

الصيغة المعدلة المقترحة:

«إذا تعهد شخص بان يجعل الغير يلتزم بأمر، فلا يلزم الغير بتعهده، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بان

يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به، أما إذا قبل الغير هذا التعهد فان قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره ما لم يتبين انه قصد صراحة أو ضمنا أن يسند اثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد».

المادة (١٨٧):

«١- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على حقوق يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذها مصلحة شخصية، مادية كانت أو أدبية.

٢- يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد.

٣- يجوز للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو صاحب الحق في ذلك».

نلاحظ أن الفقرة الثانية تشير إلى أن الاشتراط يكسب الغير، والمقصود هنا المنتفع، لذا نرى أن يتم توحيد المصطلحات باستخدام مصطلح «المنتفع»، وهذا تعديل من حيث الصياغة.

المادتان (١٨٨ ، ١٨٩):

إن هاتين المادتين جيدتان وتقليديتان، ولا تثريب عليهما في رأينا.

تفسير العقد

المواد (١٩٠-١٩٧):

إن القواعد المقتضبة التي أوردها مشروع القانون المدني هي قواعد تقليدية تثري عمل القاضي في مهمته في تفسير العقود، إلا أننا نرى أن هناك عدد من القواعد الإضافية الهامة الواجب ذكرها في هذا السياق، ولهذا الغرض نقترح أن تضاف المواد التالية إلى المشروع:

- ١- ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.
- ٢- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.
- ٣- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.
- ٤- التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.
- ٥- إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع.
- ٦- التابع تابع ولا يفرد بالحكم.
- ٧- الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود.
- ٨- إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه.
- ٩- الغنم بالغرم.
- ١٠- من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.

إن هذه القواعد الإضافية اخذ بها المشرع الأردني ونقلها من مجلة الأحكام العدلية إلى صلب القانون المدني. وإننا نوصي المشرع الفلسطيني بأن يعتمد هذا النهج، وذلك لأن هذه القواعد قد أُرست، من خلال وجودها على مدار أكثر من مائة عام في البيئة القانونية في فلسطين، نهجا وتراثا قويا لا يجوز التخلي عنه لمجرد طرح قانون جديد. بل إن مثل هذا التراث الإيجابي يجب تعزيزه والبناء عليه. لذا،

نقترح إضافة المواد الوارد ذكرها أعلاه، وكذلك إضافة عدد آخر من المواد ذات العلاقة من مجلة الأحكام، التي شكلت المرجعية القانونية المدنية في نطاق المعاملات في فلسطين حتى تاريخه.

المادة (١٩٦):

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

٢- إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات».

نرى أن تبني هذه المادة هو أمر إيجابي وهي مادة جيدة ومستوحاة من الكثير من نصوص القوانين المدنية العربية، إلا أننا نقترح أن يضاف للفقرة الثانية ما يعزز ارتباطها بالفقرة الأولى بحيث لا تنطبق الفقرة الثانية إلا بعد مراعاة الفقرة الأولى. وهذا أمر هام لأن القاضي يجب أن يمتنع عليه أن يبحث في نية الفرقاء إذا كانت عبارة العقد واضحة لا مجال للشخص العادي أن يقوم بتأويلها.

إن هذا الأمر يستدعي الوقوف على مسألة هامة جدا، وهي النظرية التي يتبناها المشرع في تفسير العقود، هل هي نظرية الإرادة الظاهرة أم الإرادة الباطنة (الحقيقية)؟

ولأن المجال لا يتسع هنا للخوض معمقا في اختلاف أسس ونتائج كل نظرية، إلا أننا نرى ونوصي أن يتم تبني نظرية الإرادة الظاهرة واحترام النص، وذلك لأن هذه النظرية أثبتت جدواها مع تقدم

الوقت ومع التقدم الاقتصادي والاجتماعي ومع تطور النشاط التجاري والاقتصادي. علما أن النظام الانجلوسكسوني، وكذلك العديد من الأنظمة القانونية الأخرى، تتبنى مفهوم الإرادة الظاهرة وذلك لان نظرية الإرادة الباطنة والبحث في النية المشتركة للفرقاء وما يكتنفها من غموض، أثبتت فشلا وعدم جدوى بالرغم من عدالتها الظاهرة. وعليه، نقترح أن يضاف إلى الفقرة الثانية ما يلي:

الصيغة المعدلة المقترحة:

«مع مراعاة ما ورد في الفقرة الأولى من هذه المادة، إذا كان هناك محل لتفسير العقد نتيجة ما يكتنفه من غموض، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، مع الاستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة وحسن نية بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات».

إننا أضفنا مبدأ حسن النية كوسيلة للاستدلال في هذا الخصوص، كما أننا حذفنا موضوع عدم الوقوف على المعنى الحرفي لان هذا الأمر مكرر ولا داعي له في هذا المكان.

مادة (١٩٧):

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

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

٣- ومع ذلك ففي عقود الإذعان يفسر الشك دائما لمصلحة الطرف المدّعين».

إننا نوصي بشطب الفقرة الأولى من هذه المادة لتناقضها مع الفقرة الثانية من المادة (١٩٦)، لأن واجب القاضي في هذه الحالة هو البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ومن شأن تطبيق الفقرة الأولى من المادة (١٩٧) الإضرار بالشخص الذي قد يكون المتعاقدان قد قصدا الشرط لصالحه. وإننا نرى أن هذه المادة تشكل خطورة في إعطاء القاضي دورا أكبر مما يجب، وإلحاق ضرر مفترض بأحد الفرقاء وهذا مجاف للعدالة.

أما بخصوص الفقرة الثانية، فإننا نوصي بشطبها أيضا لأن نصها مخالف للواقع ومهدر للعدالة. حيث أن القول بأن الشك يجب أن يفسر لمصلحة المدين إذا كان من شأن أعمال الشرط يحمله الالتزام، أو يجعل عبأه عليه أكثر ثقلا، هو أمر غريب لأن المدين بطبيعته يتحمل الالتزام وعليه أن ينفذه.

كما أن واضعي المشروع وقعوا في ذات الفهم المشوّش الخاص بموضوع التعاطف المفترض مع المدين. فالعقود في الغالب الأعم لا تقع بين دائن ومدين، بل تقع بين متعاقدين يكون أحدهما دائما وهو في ذات العقد مدينا. فالمقاول والمستشار والطبيب والناقل والمؤجر والمستأجر كل منهم مدين بالتزامات معينة ودائن في أخرى، ولا يجوز اجتزاء العقد أو أحد شروطه وتغييره عن سياق العقد بمجمله عند التفسير.

كما أن هذا النص يقضي بأنه في حالة وجود الغموض وظهور الشك سيفسر هذا الشك لمصلحة المدين، مما يتناقض مع الفقرة الثانية من المادة (١٩٦)، والتي مؤداها البحث في النية

المشتركة للمتعاقدين في حال وجود الغموض وعدم وضوح عبارة العقد.

أخيراً، فإن أعمال هذه الفقرة قد يؤدي من الناحية العملية إلى إعفاء المدين من التزاماته وبالتالي الإضرار بمصلحة الدائن، وهذا ليس الهدف من تفسير العقد الذي يسعى القاضي من خلاله الوصول إلى حقيقة إرادة المتعاقدين.

أما بخصوص الفقرة الثالثة، فإننا نرى إبقاءها. وهنا يأتي المجال لإنصاف الطرف المذعن، وهذا يكمل انتقادنا السابق للمادة (١٨١) من مشروع القانون المدني، والتي غالت في حكمها على عقود الإذعان إلى حد الاقتراب من تقويضها. أي أننا نجد أن هذه المادة تنصف الطرف الضعيف في عقود الإذعان دون إبطالها أو إعفاءه منها بما يخدم مبدأ استقرار المعاملات.

المواد من (١٩٨ - ٢٠٦):

أولاً، نقترح أن ينحى المشروع منحي القانون المدني الأردني، بأن يذكر ولو بين قوسين بأن انحلال العقد هو (الإقالة).

كذلك، يجب أن نذكر بأن انحلال العقد يؤدي إلى زواله وانقضاءه ويمحو آثاره ويعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد. ولهذا يختلف انحلال العقد عن انتهاءه أو انقضاءه. فانحلال العقد يفترض وجود عقد قائم ومنتج آثاره القانونية، ثم يرد سبب يزيل وجود هذا العقد ويمحو آثاره. فالمراد هنا هو فسخ العقد أو انفساخه بعد تكوينه. لذا، فإننا نوصي أن تضاف مادة عامة أولية تشير إلى أن الأصل أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى حكم القانون، وهذا ما قام به المشرع الأردني.

المادة (١٩٨):

- ١- للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده.
- ٢- تخضع الإقالة للشروط العامة للعقد.
- ٣- تجوز الإقالة في بعض العقود عليه بما يقابله من عوض». مع مراعاة ما ذكرناه في المقدمة أعلاه، من ضرورة إيراد الإضافات، إلا أنه لا تحفظ لنا على أحكام هذه المادة.

المادة (١٩٩):

«يشترط لصحة الإقالة، إمكان عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد».

إننا نوصي بشطب هذه المادة لأننا لا نرى ضرورة تشريعية لاشتراط إمكانية عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها حتى تصح الإقالة، لأن موضوع إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها هو أمر مرتبط بأثار الإقالة وليس بصحتها، وهذا جلي من نص المادة (٢٠٥) من المشروع، والتي أجازت فسخ العقد والحكم بالتعويض بدون إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد إذا استحال ذلك.

المادة (٢٠٠):

«الإقالة في حق العاقدين فسخ، وفي حق الغير عقد جديد». لا تحفظ لنا على هذه المادة.

المادة (٢٠١):

«١- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعدار المدين أن يطالب

بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.

٢- جوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته».

هذه المادة أخذت بمبدأ هام، حيث اعتبرت الفسخ حق من الحقوق التي يمكن للمتعاقد اللجوء إليها في حال نكول المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزاماته أو الوفاء بها. وهذا أمر خلافا للكثير من الأنظمة القانونية بما في ذلك النظام الانجلوسكسوني، والتي يقتصر فيها حق المتعاقد على اللجوء إلى التعويض أو في بعض الحالات الضيقة اللجوء إلى التنفيذ العيني.

ومن إيجابيات هذه المادة أنها لم تحرم المتعاقد المتضرر من المطالبة بالتعويض، بل جعلت التعويض يسير جنبا إلى جنب مع الفسخ.

المادة (٢٠٢):

«١- يجوز الاتفاق على أن يعد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه دون حاجة إلى حكم.

٢- لا يعفي هذا الاتفاق من الاعذار ما لم يتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه».

إن الأحكام الواردة في هذه المادة هي أحكام تقليدية وجيدة، وتنهج نهج المشرع المصري، وليس لنا تحفظا عليها إلا إضافة عبارة: «أو أصبح الاعذار غير مجد»، في ذيل الفقرة الثانية منها.

المادة (٢٠٣):

«في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه، تنقضي معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد من تلقاء نفسه».

إن هذه المادة تشكل إخفاقا كبيرا في بيان سبب الاستحالة التي تنقضي معها الالتزامات، وهل يرجع سببها إلى المدين أم إلى الدائن أم إلى القوة القاهرة أم إلى سبب أجنبي؟ وهذا أمر مناف للعدالة، لأن النتائج تختلف باختلاف الأسباب، ويرتبط في هذا الأمر عدد من الأمور القانونية الخاصة بتبعية الهلاك والتعويض وغير ذلك من الأمور التي لا مجال هنا للخوض فيها. ولما كان ظاهر الحال أن المقصود هو الاستحالة التي مردها القوة القاهرة أو السبب الأجنبي الذي ليس للمدين سبب به، فإننا نوصي أن يتم إلغاء هذا النص واستبداله بما يلي:

الصيغة المعدلة المقترحة:

«في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه، فإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل. ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين».

ملاحظة: خلا المشروع من معالجة موضوع القوة القاهرة، ولعل ذلك يعود إلى سهو غير مقصود. لذا، يجب التأكيد على ضرورة معالجة هذا الموضوع.

المادة (٢٠٤):

١- «إذا أصبح الالتزام مستحيلا في جزء منه انقضى هذا الجزء وما يقابله من التزام، ويجوز للدائن فسخ العقد بعد إنذار المدين.

٢- «إذا كانت الاستحالة وقتية في العقود المستمرة جاز للدائن فسخ العقد بعد اعدار المدين».

نوصي أن تشطب هذه المادة لخضوعها لذات الملاحظات والبدائل الواردة حول المادة (٢٠٣).

المادة (٢٠٥):

«إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض».

هذه المادة تقليدية، ولا مأخذ لنا عليها باستثناء ذكر أن يكون التعويض عادلا، وذلك من قبيل توسيع صلاحية القاضي في ضوء موضوع التعويض. كما أننا نقترح أن يوضع لها العنوان التالي: «انحلال آثار العقد». كذلك أن تستبدل عبارة «إذا فسخ العقد» بعبارة «إذا انفسخ العقد أو فسخ»، لأن هذا الأثر لا يقتصر فقط على الفسخ وإنما كذلك على الانفساخ.

المادة (٢٠٦):

«إذا كانت الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، ما دام المتعاقد الآخر ممتنعا عن تنفيذ التزامه المقابل».

إن هذه المادة غير مقبولة بإطلاقها، وتشكل خطرا كبيرا على

استقرار المعاملات، كما أن هذا ليس مكانها المناسب. كذلك فإن هذه المادة تساوي بشكل غير عادل بين الالتزامات المختلفة بغض النظر عن درجة أهميتها. لذلك، فإننا نوصي بإلغائها واستبدالها بما يلي:

الصيغة المعدلة المقترحة:

«إذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأي سبب آخر وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أو يقدم ضمانا لهذا الرد».

آثار الالتزام

كما سبق وأسلفنا، فإن آثار الالتزام أمر مرتبط ارتباطا وثيقا بالعقد وآثاره، لأن العقد وفقا لنظرية الالتزام التي تبناها المشروع هو أحد مصادر الالتزام. وعليه، لا بد من معالجة آثار الالتزام كامتداد وجزء لا يتجزأ من آثار العقد.

المادة (٢٥٤):

«١- ينفذ الالتزام جبرا على المدين.

٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام طبعيا فلا جبر في تنفيذه».

بخصوص الفقرة الأولى، فإننا نرى أن يضاف إليها ما يعطيها مضمونا واقعيا قابلا للتطبيق بحيث لا تكون شعارا مجردا. وهذه الإضافة تشير إلى أنه ينفذ الالتزام جبرا على المدين عند استحقاقه متى استوفى شرائطه القانونية.

أما الفقرة الثانية من هذه المادة، فإنها غير مقبولة بواقعها الحالي، لأنها لا تبين مفهوم الالتزام الطبيعي، وتفترض أن الالتزام الطبيعي هو أمر مفهوم ومتفق عليه. لذا، نقترح تعديلها بحيث تصبح كما يلي:

الصيغة المعدلة المقترحة:

«إذا فقد الالتزام الحماية القانونية وأصبح التزاما طبعيا فلا جبر في تنفيذه».

المادة (٢٥٥):

«تقدر المحكمة عند عدم النص ما إذا كان هناك التزام طبيعي، وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام أو الآداب».

لا نرى أي داع لهذه المادة لأنها أمر يعود بطبيعة الحال إلى القواعد العامة. كما انه لا يتصور بأي حال أن يتم النص والاتفاق بان التزام ما هو التزام طبيعي، لان الالتزام الطبيعي هو حالة تقرر بخصوص تلك الالتزامات التي فقدت الحماية القانونية. لذا، نوصي بشطب هذه المادة.

المادة (٢٥٦):

«لا يجوز للمدين استرداد ما أداه باختياره قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً، ولا يعتبر وفاؤه تبرعاً ولا دفعا لغير المستحق». لا تحفظ لنا حول هذه المادة.

المادة (٢٥٧):

«الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لالتزام مدني».

إن هذه المادة لا تضيف جديداً، وإنما نرى انه من الأفضل حذفها أو دمجها مع المادة (٢٥٦).

وحتى يكون هناك نهج معقول وطبيعي ومتسلسل في معالجة آثار الالتزام، وفي التقسيم الواجب اتباعه بخصوص آثار الالتزام، يجب أن يمر بعملية التنفيذ الاختياري، ومن ثم يصار إلى معالجة التنفيذ الجبري. وعليه يجب معالجة موضوع الوفاء وأطرافه ومجلة ومكانه وزمانه، وكذلك موضوع التنفيذ بما يعادل الوفاء والمقاصة واتحاد الذمتين، وذلك قبل الوصول إلى التنفيذ الجبري.

أما ما قام به المشروع من القفز إلى التنفيذ الجبري والعيني فهو أمر مستغرب ولا يتسق مع المنطق.

وفي هذا الخصوص، نقترح أن يضاف إلى الأحكام العامة الواردة في المواد (٢٥٤-٢٥٧) ما يلي:

الصيغة المعدلة المقترحة:

«يجب الوفاء بالالتزام متى استوفى شرائط استحقاقه قانونا، فان تخلف المدين وجب تنفيذه جبرا عليه تنفيذا عينيا أو تعويضا طبقا لنصوص القانون. ويكون التنفيذ اختياريا إذا تم بالوفاء أو ما يعادله ويكون جبريا إذا تم عينيا أو بطريق التعويض».

التنفيذ الجبري

التنفيذ العيني

المادة (٢٥٨):

«١- يجبر المدين بعد اذاره على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً.

٢- إذا كان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين، جاز للقاضي بناءً على طلب المدين أن يقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً».

إننا ومن اطلاعنا على نص هذه المادة، نجد أن المشروع وقع في ذات الخطأ الذي وقعت به القوانين المدنية العربية بخصوص التنفيذ العيني، وذلك لأن المشروع وإن كان قد تبني مبدأ التنفيذ العيني باعتباره النصفة الأصلية التي يحق للمتعاقد المتضرر المطالبة بها، إلا أنه وفي الأحكام الواردة لاحقاً، أضعف هذا المبدأ وحدّ من إمكانية تطبيقه من الناحية العملية.

فإذا نظرنا إلى الفقرة الثانية من المادة (٢٥٨)، نجد أن فكرة التنفيذ العيني من الصعب جداً الوصول إليها من الناحية العملية، وذلك لأن ادعاء الإرهاب سيكون بالطبع بدهياً من قبل المتعاقد الذي لا يريد التنفيذ، وسيصار في هذه الحالة إلى التعويض النقدي. بل وأكثر من ذلك، لم توضح المادة بشكل جلي، من هو الذي إذا لحق به ضرر جسيم لا يجوز الحكم له عندها بالتعويض؟ هل هو الدائن أم المدين؟ وعليه، نقترح أن تعدل الصيغة في الفقرة الثانية على النحو التالي:

الصيغة المعدلة المقترحة:

«إذا كان التنفيذ العيني مرهقا للمدين بصورة كبيرة وغير عادلة جاز للقاضي بناء على طلب المدين أن يقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض نقدي، شريطة أن لا يلحق بالدائن ضررا جسيما».

لما كانت المواد (٢٥٩ - ٢٦٩) تعالج التنفيذ العيني بخصوص الأنواع المختلفة من الالتزامات، فإننا نقترح أن يتم عنوان المادة (٢٥٩) بـ «الالتزام بنقل الملكية»، ومن ثم عنوان المادة (٢٦٤) بـ «الالتزام بالقيام بعمل»، وعنوان المادة (٢٦٨) بـ «الالتزام بالامتناع عن عمل».

المادة (٢٥٩):

«الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل».

نقترح شطب العبارة الأخيرة من هذه المادة وهي: «وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل»، وذلك لأن التسجيل يتعلق بحالات حصرية لا تؤثر عليها القواعد العامة هذه، وتعالجها القوانين الخاصة بها، ولا داعي لإدخال التشويش على المبدأ العام الخاص بانتقال الحق العيني من تلقاء نفسه.

الصيغة المعدلة المقترحة:

«الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم».

المواد (٢٦٠، ٢٦١، ٢٦٢، ٢٦٣):

لا تحفظ لنا على هذه المواد.

المادة (٢٦٤):

«في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق، أو استوجبت طبيعة العمل أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين».

إننا نرى أن هذه المادة جيدة وتتبنى مبدأ هاما في تمكين القضاء من إلزام المدين القيام بنفسه بتنفيذ الالتزامات التي تعهد بها، وهذا يعطي قوة دافعة لمبدأ التنفيذ العيني بشكل عام.

المادة (٢٦٥):

١- في الالتزام بعمل، إذا لم يرق المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب من المحكمة تنفيذ الالتزام على نفقة المدين متى كان ذلك ممكنا.

٢- يجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين دون حكم من المحكمة».

نرى أن يتم تعديل هذه المادة بحيث تصبح على النحو التالي:

الصيغة المعدلة المقترحة:

١- في الالتزام بعمل، إذا لم يرق المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب إذنا من القضاء لتنفيذ الالتزام على نفقة المدين متى كان ذلك ممكنا.

٢- يجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين دون إذن من المحكمة».

إننا نرى أنه بالرغم من أن المقصود في سياق المادة السابقة أن يطلب الدائن إنذنا من المحكمة، إلا أن المشروع ذكر مصطلح «الحكم»، والأمر يختلف بطبيعة الحال. ولغايات الوضوح نفضل استخدام مصطلح «الإنذن» وليس الحكم.

المادتان (٢٦٦، ٢٦٧):

لا تحفظ لنا على هاتين المادتين، وإن كان لنا ملاحظة على موقعهما الذي يتصل بالمسؤولية أكثر من اتصاله بالتنفيذ العيني.

المادة (٢٦٨):

«إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بالتزامه جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام مع التعويض إن كان له مقتضى، وله أن يطلب إنذنا من القضاء في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين».

إننا نقترح أن يتم تعديل هذا النص بما ينسجم مع ما سبقه من أحكام، وأن تعطى هذه الالتزامات (بالامتناع عن عمل) ذات الأهمية التي تتمتع بها الالتزامات بالقيام بعمل. وعليه، نقترح أن يكون النص على النحو التالي:

الصيغة المعدلة المقترحة:

«١- إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بالتزامه جاز للدائن أن يطلب وقف هذا الإخلال وإزالة ما وقع مخالفاً للالتزام مع التعويض إن كان له مقتضى، وله أن يطلب إنذنا من القضاء في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين.

٢- يجوز في حالة الاستعجال أن يزيل الدائن المخالفة على نفقة المدين دون إذن من المحكمة.

المادة (٢٦٩):

١- إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ، وبدفع غرامة تهديدية إذا امتنع عن ذلك.

٢- إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة.

٣- إذا أتم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين، مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن، والعنت الذي بدأ من المدين.

من الأمور الجيدة والتي استحدثتها وتبناها المشروع وسار بها على هدي القوانين الحديثة، هو تبنيه لمفهوم «التهديد المالي» الذي يمارس على المدين لحمله على تنفيذ التزاماته.

وفي رأينا، أن هذه المادة هي أهم مادة تخص التنفيذ العيني وتعطيه بعداً عملياً وتمكّن القضاء والمتعاقدين من توفير الاحترام للعقود. حيث أن هذه المادة وضعت الآلية العملية لضمان التنفيذ العيني إذا ما قضت به المحكمة.

وبالرغم من ذلك، فإن المشروع وقع في ذات القصور الذي وقع فيه عدد من القوانين المدنية العربية، وتفصيل هذا القصور فيما يلي:

■ هذه المادة لا تبين مصير التهديد المالي في حالة التنفيذ اللاحق، وهذا الأمر يترك المجال للاجتهاد المعتاد في الدول التي طبق فيها التهديد المالي مثل فرنسا. وهذا الاجتهاد مفاده أن لا قيمة عملية للتهديد المالي لأنه في النهاية ينتهي ويستعاض عنه بالتعويض فقط.

وفي هذا السياق، نبين أن هذه المادة لا تبين متى تدفع الغرامة، وإلى أية جهة، وهل تدفع للدائن كنوع من التعويض الإضافي عن الضرر الأدبي الذي لحقه، أم أنها تدفع لخزينة الدولة كغرامة شأنها شأن الغرامة في الأمور الجزائية، لما ينطوي عليه تحدي المدين لقرار المحكمة من عدم احترام للقضاء؟ وبالتالي يصبح القضاء خصما في هذه الحالة وليس الدائن فقط، علما أن النظام الانجلوسكسوني يتبنى مفهوم تحقير المحكمة في هذه الحالة (Contempt of court).

■ قضت هذه المادة بان القاضي في نهاية المطاف ليس له سوى إلزام المدين بالتعويض، مراعيًا بذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين. وهذا الأمر أيضا يأتي في سياق الانتقاد الأول المشار إليه أعلاه، حيث تصبح جدوى الغرامات التهديدية قليلة إذا كان مصير هذا الأمر في النهاية يقتصر على التعويض عن الضرر. وان كان المشروع قد حسّن هذا النوع من التعويض بإدخال عنصر جديد إليه، وهو ما أشار إليه بمراعاة العنت من المدين عند تقدير التعويض. وتجدر الملاحظة أننا نفضل استعمال كلمة «تعنت» وليس «العنت»، لأن العنت قد يفسر لصالح المدين في حين أن المقصود به هو التعنت والإصرار

غير المحق من قبل المدين على عدم تطبيق قرار المحكمة.

■ في ضوء ذلك كله، نرى أن يتم إدخال بعض التعديلات على النص وتزويده بالسند التشريعي اللازم لوضعه موضع التنفيذ وتأديته للوظيفة المقصودة منه، ألا وهو احترام قرار المحكمة الذي يأمر المدين بتنفيذ التزاماته عيناً.

علماً أن السنهوري في كتاباته يقف مطولاً عند هذا الأمر، ويطلب بإدخال إصلاحات على هذا النص في ذات المفهوم.

تجدر الإشارة إلى أن التهديد المالي يجب أن يرتبط بمدة معينة. بمعنى أن تقضي المحكمة بأن على المدين أن يقوم بتنفيذ التزاماته، وبالعكس ذلك تفرض عليه غرامة تهديدية (دفع مبلغ من المال) عن كل ساعة أو كل يوم أو كل أسبوع يخالف فيه التزاماته، حسب مقتضيات الحالة. وكذلك يمكن أن تكون الغرامة التأخيرية مرتبطة بعدد المرات التي يخل فيها المدين بتنفيذ التزاماته.

وإننا نوصي، بالتفكير ملياً في أن يذهب على الأقل جزء من الغرامة التأخيرية لخزينة الدولة، وذلك ضماناً لاحترام قرارات المحكمة وأوامرها. وهذا الأمر يوصي به أيضاً الآن كبار رجال القانون في فرنسا، وفي الدول التي تدور في فلك النظام القانوني اللاتيني. كما يمكن أن يكون جزء من هذه الغرامة التأخيرية تدفع للدائن كتعويض له عن الضرر الأدبي جراء تعنت المدين وإصراره على مخالفة التزاماته.

المادة (٢٧٠):

«إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً جبراً عن المدين غير ممكن أو غير مجد، كان للدائن أن يطلب الحكم له بتعويض عن الضرر الذي

لحقه بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه كلياً أو جزئياً أو بسبب تنفيذه على وجه معيب، أو لتأخيره في هذا التنفيذ، ما لم يثبت المدين أن عدم تنفيذه للالتزام أو تأخره فيه نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه».

إن هذه المادة بحاجة إلى تعديل حتى لا تضعف مبدأ التنفيذ العيني الذي أفرد له المشروع العديد من النصوص والأحكام على النحو الذي بيناه أعلاه، وكذلك حتى لا تعطي المدين وسيلة للتهرب من تنفيذ التزاماته. ونقترح أن تكون الصيغة على النحو التالي:

الصيغة المعدلة المقترحة:

«إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً جبراً عن المدين غير ممكن أو غير مجد للدائن، كان للدائن أن يطلب الحكم له بتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه كلياً أو جزئياً أو بسبب تنفيذه على وجه معيب، أو لتأخيره في هذا التنفيذ».

وكما أسلفنا بخصوص موضوع السبب الأجنبي وتفاصيله، فيجب أن يعالج في مكانه المناسب وبشكل مستقل حتى لا ينتقص من كل مادة تدعو المدين إلى تنفيذ التزاماته أو التعويض عنها.

المادة (٢٧١):

«١- يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدى كلياً أو جزئياً أو بسبب تنفيذه على وجه معيب، أو تأخره فيه، إلا ما يكون عن غش أو خطأ جسيم منه، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

٢- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة السبب الأجنبي».

إن ما أورده الفقرة الأولى من هذه المادة، من اشتراط المدين إعفائه من الغش والخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم لتنفيذ التزاماته، هو أمر غير مقبول طالما لم يبين المشروع البديل. أي من سيكون المسؤول عن هذه الأخطاء؟ لذا، نوصي أن تكون المادة على النحو التالي:

الصيغة المعدلة المقترحة:

«١- يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي كلياً أو جزئياً أو بسبب تنفيذه على وجه معيب، أو تأخره فيه، إلا ما يكون عن غش أو خطأ جسيم منه.

٢- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة السبب الأجنبي».

المادة (٢٧٢):

«يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدراً التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، مع مراعاة أحكام القانون».

إن هذه المادة تعالج موضوع «التعويض الاتفاقي» أو ما يعرف بـ «الشرط الجزائي». ولا تحفظ لنا على هذه المادة، إلا أننا نفضل حذف عبارة: «مع مراعاة أحكام القانون»، لأنه لا داعي لها ولا تؤدي أي غرض إضافي في هذا الخصوص.

المادة (٢٧٣):

«١- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، قدرته المحكمة، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من

كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام كلياً أو جزئياً، أو تنفيذه على وجه معيب، أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

٢- إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

نجد أن هناك خلط في موقع المادة (٢٧٣)، حيث بعد أن عالجت المادة (٢٧٢) موضوع التعويض الاتفاقي، تأتي المادة (٢٧٣) لتعالج موضوعاً مختلفاً بالكامل، وهو التعويض عن الالتزامات بشكل عام، أي كان مصدرها، وذلك بدلالة الفقرة الثانية من المادة (٢٧٣).

فالفقرة الأولى من المادة (٢٧٣) مؤداها أن التعويض عن الالتزامات العادية يشمل الخسارة الفعلية والكسب الفائت. أما إذا كان مصدر الالتزام هو العقد فلا يلتزم المدين إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

لذا، نقترح أن يتم تأخير المادة (٢٧٣) إلى نهاية المواد الخاصة بالفرع الثاني المتصل بالتنفيذ بطريق التعويض. كما أننا نوصي أن يتم شطب مقدمة هذه المادة التي تذكر: «إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد قدرته المحكمة». لأن هذه العبارة لا علاقة لها بالفقرة الأولى من هذه المادة التي تعالج التعويض بشكل عام بخصوص الالتزامات أي كان مصدرها.

كما أننا نوصي أن يذكر في ذيل الفقرة الثانية من هذه المادة ما يفيد أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يشمل التعويض الربح الفائت. وعليه، نقترح أن تكون الصيغة على النحو التالي:

الصيغة المعدلة المقترحة:

« ١- يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام كلياً أو جزئياً، أو تنفيذه على وجه معيب، أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

٢- إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الفعلي الذي لحق بالدائن أو الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد أيهما أفضل للدائن ما لم ينص الاتفاق على خلاف ذلك.

٣- يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب إذا ارتكب المدين خطأ جسيماً».

المادة (٢٧٤):

« ١- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

٢- يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض، إذا اثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

٣- إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.

٤- يقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرات السابقة».

نؤكد على ما أشرنا إليه أعلاه، من أن هذه المادة يجب أن تعالج فوراً بعد المادة (٢٧٢). أما ملاحظتنا على هذه المادة فهي كما يلي:

■ نرى أن الفقرة الأولى من شأنها إضعاف مفهوم التعويض الاتفاقي، لأنه من المتعارف عليه فقها أن أول فائدة للتعويض الاتفاقي إنه يفترض الضرر، أما إذا كان الضرر قليل جداً فإن مناط بحثه يكون في ظل الفقرة الثانية.

■ أما بخصوص الفقرة الثانية، فإننا نؤيد أن لا يكون للقاضي صلاحية تعديل التعويض الاتفاقي، وإنما تقتصر صلاحياته على خفض هذا التعويض. وبذلك، فإننا نرى أن يتبنى المشروع ما ورد في القانون المدني الأردني حول هذا الموضوع، وفي ذات الوقت فإننا نرى أن صلاحية القاضي بتخفيض الشرط الجزائي يجب أن تكون مقترنة بوجود اختلاف بين وفاحش بين الضرر الفعلي والتعويض الفعلي المتفق عليه. أما صلاحيات القاضي برفع التعويض لصالح الدائن فلا تكون إلا عند ارتكاب المدين لغش أو خطأ جسيم على النحو الوارد في الفقرة الثالثة.

■ أما بخصوص الفقرة الرابعة، فإننا نرى أن نصها غير موفق. إذ أن بطلان الاتفاق يجب أن يقتصر على موضوع صلاحية القاضي في تخفيض الشرط الجزائي، وبالتالي لا يشمل الفقرة الأولى. لذا، نقترح أن تصاغ المادة جميعها وتدمج على النحو التالي:

الصيغة المعدلة المقترحة:

«يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض، إذا اثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه بصورة بيّنة أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك».

المادة (٢٧٥):

«يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض إذا كان الدائن قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه، أو تحكم بتعويض ما إذا استغرق خطؤه خطأ المدين».

إن هذه المادة جيدة، ولا تحفظ لنا عليها، باستثناء انه لا داعي بان تذكر انه يمكن للمحكمة أن لا تحكم بالتعويض إذا استغرق خطأ الدائن خطأ المدين، وذلك لأن هذا الأمر من شأنه المس باستقرار المعاملات، وإعطاء المدين من الذرائع والحجج للنكول عن التزاماته، بدعوى أن هذا الخطأ يعود للدائن بالكامل. لذا، نرى أن يبقى الموضوع للقاضي في الموازنة بمدى إسهام الدائن في إحداث الضرر. وعليه، يحكم بالتعويض بصورة تناسبية.

الاعذار

المادة (٢٧٦):

«لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك».

نرى أن هذه المادة تقليدية ولا مأخذ لنا عليها، إلا أن يذكر بدلا من مصطلح «نص» مصطلح «القانون» فتصبح كما يلي:

الصيغة المعدلة المقترحة:

«لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ما لم يوجد اتفاق أو قانون يقضي بخلاف ذلك».

وتفسير ذلك انه قد توجد هناك قوانين خاصة أو أعراف مستقرة تقضي بعدم ضرورة الاعذار في حالات معينة. أما كلمة «نص» فهي غير واضحة.

المادة (٢٧٧):

«يكون اعذار المدين بإنذاره وبما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد».

إن هذه المادة هامة، ويجب أن ينتهز المشرع الفلسطيني هذه الفرصة لإدخال وسائل إضافية يمكن من خلالها أن يعتبر الاعذار قد تم. فليس من الواقع أن يتم الاعذار فقط بواسطة البريد، أو عن طريق الكاتب العدل. فلا بد من أن يسمح النص بإدخال إمكانية الاتفاق على وسائل جديدة مثل الفاكس، أو البريد الإلكتروني، أو عن طريق شركات النقل السريع، أو غيرها. وعليه، نقترح أن

يكون النص على النحو التالي:

الصيغة المعدلة المقترحة:

- «١- يكون اعدار المدين بإنذاره وبما يقوم مقام الإنذار.
- ٢- يجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد المسجل كما يجوز أن يتم بأية وسيلة أخرى يتفق عليها الفرقاء».

المادة (٢٧٨):

«لا وجوب لاعذار المدين في الحالات الآتية:

- أ- إذا اتفق الطرفان كتابة على تنفيذ الالتزام بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى الاعذار.
 - ب- إذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.
 - ج- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على فعل ضار.
 - د- إذا كان موضوع الالتزام رد شيء تسلمه المدين دون حق وهو عالم بذلك.
 - هـ- إذا صرح المدين كتابة انه لا يرد تنفيذ التزامه».
- أحسن المشروع عندما ذكر حالات لا وجوب للاعدار فيها، وهو بذلك قد يكون نحا منحى القوانين المدنية الحديثة.

خاتمة

بهذا نكون قد قمنا بالتعليق على كافة النصوص الخاصة بآثار العقد وتفسيره وانحلاله وأثار الالتزام والتنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض وغيرها من الأمور ذات العلاقة، والتي وردت في مشروع القانون المدني الفلسطيني.

وبدراستنا هذه، قمنا بتقديم اقتراحات وتوصيات هامة، وإننا نعتقد أن هذا الجهد ضروري وفعال في تصويب هذا المشروع قبل أن يتم طرحه في الأطر الرسمية. وكنا نتمنى لو كانت هناك مراجع إضافية لمزيد من الإغناء للبحث. إلا أننا، وفي ظل الظروف الاستثنائية التي يعيشها الوطن، بذلنا جهدا كبيرا ووقتاً طويلاً بالاستعانة بالمراجع المتوفرة وبعض البحوث والدراسات والمقالات التي ساعدتنا للوصول إلى التقييم النقدي لهذه النصوص.

أملين أن تكون الفائدة المرجوة قد تحققت.

حق التصرف المتفرع عن حق الملكية

١. علي سفاريني^٢

تناول مشروع القانون المدني الفلسطيني موضوع الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية في المواد (١١٧٤ - ١٢٣٢)، وحصرها في الحقوق التالية:

١. حق التصرف في الأراضي المملوكة للدولة.
٢. حق الانتفاع.
٣. حق الاستعمال والسكنى.
٤. حق المساطحة (القرار).
٥. حق الاستحقاق في الوقف.
٦. حق الحكر.
٧. حقوق الارتفاق.

و بذلك اعتبر مشروع القانون حق التصرف من جملة الحقوق العينية المتفرعة عن حق ملكية الأراضي التي تملكها الدولة، أسوة بما ذهب إليه المشرع الأردني في المواد (١١٩٩ - ١٢٠٤) من القانون المدني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، وعلى خلاف القانونيين المدنيين المصري والسوري اللذين استقى منهما مشروع القانون معظم أحكامه. فالقانون المدني المصري، لا يعتبر حق التصرف حقا متفرعا عن حق الملكية على الإطلاق، بل عنصرا من العناصر

^٢ محام ممارس، قاض سابق، رام الله.

الثلاث التي يتألف منها هذا الحق وهي: الاستعمال؛ والاستغلال؛ والتصرف. أما المشرع السوري، فقد اعتبر حق التصرف في الأراضي الأميرية حقا قائما بذاته، ورفعته إلى مصاف الملكية التامة. ويعود السبب الذي دفع المشرعين الفلسطينيين والأردني اعتبار حق التصرف حقا عينيا متفرعا من حق الملكية، إلى رغبتهما في إعادة ترسيخ وتأكيد الأحكام التي وردت في قانون الأراضي العثماني بشأن الأراضي التي اسماها القانون المذكور بالأراضي الأميرية. فموجب تلك الأحكام تنفصل ملكية رقبة الأرض الأميرية عن جميع العناصر التي يتألف منها حق الملكية وهي: الاستعمال؛ والاستغلال؛ والتصرف. وتختص الدولة بملكية رقبة الأرض مجردة عن العناصر المذكورة، بينما يختص الأشخاص الذين تؤول إليهم الأراضي الأميرية بحق استعمالها واستغلالها والتصرف فيها ضمن حدود معينة، دون أن يكونوا مالكين لرقبتها. وعلى هذا الأساس، اعتبر المشرعان الأردني والفلسطيني حق استعمال واستغلال الأرض الأميرية والتصرف فيها حقا عينيا متفرعا عن حق ملكية تلك الأرض. غير أن تلك الأحكام التي جاء بها المشرع العثماني هي أحكام قديمة وضعت قبل ما يقرب من مائة وخمسين عاما في ظل ظروف اجتماعية واقتصادية وسياسية تختلف جذريا عن ظروف عصرنا هذا، وقد عفى عليها الزمن، وانتفتت الغاية المقصودة منها، ولم تعد تتلاءم مع متطلبات العصر، ولا مع النظرة الحديثة للوظيفة التي تؤديها ملكية الأرض، والتي تتعارض بصورة حادة مع نظرة الدولة العثمانية التي كانت تعتبر الأرض مجرد مصدر من مصادر ضريبة الدولة.

وقبل أن نبحث في حق التصرف هذا، كحق عيني متفرع عن حق ملكية الأرض، فإنه لا بد لنا أولا أن نعرض لحق الملكية ذاته، وإن

نتعرّف على عناصره التي يتألف منها، وان نقارن ما نص عليه مشروع القانون المدني الفلسطيني مع ما نص عليه المشرع الأردني والمشرع المصري بهذا الشأن:

أولاً- التعريف بحق الملكية

تحاشى مشروع القانون المدني وضع تعريف لحق الملكية، واكتفى في المادة (٩٩٧) منه ببيان نطاق هذا الحق ومداه والعناصر التي يتألف منها. فنصت المادة المذكورة على أن: «لمالك الشيء وحده حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه في حدود القانون». في حين أن المشرع الأردني في المادة (١٠١٨) عرّف هذا الحق بأنه: «سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عينا ومنفعة واستغلالاً».

ويلاحظ أن نص المادة (٩٩٧) من مشروع القانون المدني مأخوذ حرفياً عن المادة (٨٠٢) من القانون المدني المصري التي تنص على أن: «لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه». ويبدو واضحاً أن المشرع الفلسطيني لم يشأ أن يدخل في جدل فقهي حول مفهوم حق الملكية الذي اختلف الاجتهادات بشأن وضع تعريف جامع مانع له يستوعب كل العناصر التي يتألف منها، واكتفى ببيان عناصر هذا الحق. وقد اقتفى في ذلك اثر المشرع المصري على اعتبار أن بيان العناصر التي يتألف منها الحق يغني عن وضع تعريف له. كما يلاحظ أيضاً أن المشرع الفلسطيني، على خلاف ما ذهب إليه المشرع الأردني، تحاشى أن يصف حق الملكية بأنه حق مطلق. إذ أن المالك في ممارسته لهذا الحق يخضع في الحقيقة لقيود شتى نصت عليها القوانين المختلفة، أخذاً بنظرية عدم التعسف في استعمال الحق، وتمشياً مع النظرة

الحديثة لممارسة حق الملكية واعتباره بمثابة وظيفة اجتماعية، بدلا من النظرة القديمة إليه كحق مطلق يخوّل صاحبه التصرف به كما يشاء. ومن قبيل ذلك، القيود الكثيرة التي فرضها القانون على ممارسة هذا الحق، كالقيود المفروضة على المعاملات الجوارية، أو المفروضة بموجب قوانين التنظيم التي تحدد أوجه استعمال الأرض والمساحة التي يستطيع المالك إقامة البناء عليها ومدى ارتداد هذا البناء عن الأراضي المجاورة، بالإضافة إلى قيود الارتفاق المختلفة التي يرتبها القانون للأشخاص على الأراضي الجارية بملكية الغير.

ثانيا- العناصر التي يتألف منها حق الملكية

حسبما نصت على ذلك المادة (٩٩٧) من مشروع القانون المدني، فإن حق الملكية يتألف من عناصر ثلاث هي: الاستعمال؛ والاستغلال؛ والتصرف. وهي نفس العناصر التي نصت عليها المادة (٨٠٢) من القانون المدني المصري. وحق الملكية، كما يقول الدكتور السنهوري: «هو أوسع الحقوق العينية نطاقاً، بل هو جماع هذه الحقوق العينية وعنه تتفرع جميعاً. فمن له حق الملكية على شيء كان له حق استعماله وحق استغلاله وحق التصرف فيه. وبذلك يستجمع كل السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء». فإذا اقتصر حق الشخص على استعمال الشيء واستغلاله كان هذا حق انتفاع متفرعا عن حق الملكية. وإذا اقتصر حقه على السكنى دون وجه آخر من وجوه الاستعمال كان هذا حق استعمال أو حق سكنى، وكلا الحقين متفرع عن حق الملكية^٤. أما

^٤ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، دار النهضة العربية، ١٩٦٤، ص ٤٧٩.

حق التصرف فله مدلولان: مدلول مادي، ويدخل في نطاقه استعمال الشيء أو استغلاله؛ ومدلول قانوني، ويدخل في نطاقه حق نقل ملكية الشيء أو نقل ملكية أي حق عيني متفرع عنه. وحق التصرف بمعناه الواسع، وبمدلوليه المادي والقانوني، لا يثبت إلا للمالك الرقبة أي لمالك الشيء ملكية تامة.

وقد اعتبر مشروع القانون المدني حق التصرف من جملة الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، كما نص على ذلك في المواد (١١٧٤-١١٨١). في حين أن حق التصرف، بمدلوليه المادي والقانوني، يستوعب جميع العناصر التي يتألف منها حق الملكية، وبالتالي لا يجوز قانونا اعتباره حقا عينيا متفرعا عن حق الملكية. والفرق بين حق الملكية وبين الحقوق المتفرعة عنه هو كالفرق بين الأصل والفرع. فإذا استوعب الفرع جميع العناصر التي يتألف منها الأصل زال الفرق بينهما، ولا يجوز حينئذ تسمية أحدهما أصلا والآخر فرعا. والحقوق العينية التي تنفرع عن حق الملكية تعتبر أضيق مدى، ولا تأخذ منه إلا بعض عناصره. وعلى سبيل المثال، فإن حق الانتفاع المتفرع عن حق الملكية، والمنصوص عليه في المواد (١١٨٢-١١٩٢)، لا يأخذ من حق الملكية سوى عنصرين اثنين فقط هما: الاستعمال؛ والاستغلال. وكذلك حق السكنى، لا يأخذ من حق الملكية سوى عنصر واحد هو حق الاستعمال. وتختلف العناصر التي يتألف منها أي حق من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية في حدودها ومداهها بين حق وآخر، حسب طبيعة ونوع هذا الحق والخصائص التي تميزه عن غيره. وتختلف جميعها عن حق الملكية الذي تفرعت عنه في أن حق الملكية هذا يستوعب العناصر الثلاث المذكورة مجتمعة، وهي

نفس العناصر التي يشملها التصرف بمدلوليه المادي والقانوني.

ويختلف التصرف في الملكية نفسها، كما يقول السنهوري^٥، عن التصرف بعنصر من عناصرها في أن: «التصرف في الملكية ينقلها من المالك إلى غيره، فلا تعود له إلا بسبب جديد من أسباب كسب الملكية. أما التصرف في عنصر من عناصر الملكية، فإنه لا ينقل الملكية من مالك إلى غيره، بل يستبقي المالك ملكه. وهو في الكثرة الغالبة يسترد العنصر الذي تصرف فيه بلا سبب جديد بل بمجرد انقضاء حق الغير».

٥. د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٠٣.

حق التصرف كحق عيني متفرع عن حق الملكية

لم يضع مشروع القانون المدني تعريفاً لحق التصرف، كما فعل عندما عرّف بعض الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عن حق الملكية، واكتفى بالإشارة إليه كحق عيني متفرع عن حق ملكية الأراضي المملوكة للدولة، منوهاً بذلك إلى أن الأراضي التي تملكها الدولة هي وحدها التي يمكن أن تكون محلاً لهذا الحق. فنصت المادة (١١٧٤) من المشروع على أن:

١- يجوز للدولة أن تبيع حق التصرف في الأراضي المملوكة لها لمن يرغب بالشرائط التي يفرضها القانون.

٢- يجب أن يكون سند التصرف مسجلاً في دائرة تسجيل الأراضي».

وقد اقتبس المشروع النص المذكور من المادة (١١٩٨) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن:

١- يجوز للدولة أن تبيع حق التصرف في الأراضي المملوكة لها (الأميرية) لمن يرغب بالشروط التي يفرضها القانون.

٢- ويجب أن يكون سند التصرف مسجلاً في دائرة تسجيل الأراضي».

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني: «وبالنسبة لحق التصرف في الأراضي الأميرية، وهي الأراضي المملوكة بصفة عامة للدولة والتي آلت إليها ممن لا وارث له وغيرها من الأراضي التي تكتسب هذه الصفة بمقتضى القوانين المتعلقة بالأراضي، فقد سبق أن وردت في قوانين التصرف في الأموال

غير المنقولة». كما أشارت المذكرة الإيضاحية إلى القرار رقم (١١) لسنة ١٩٥٣ الصادر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين، والذي أكد ما نصت عليه المادة الأولى من قانون الأراضي العثماني، من أن أراضي المملكة تقسم إلى خمسة أقسام: الأول الأراضي المملوكة؛ والثاني الأراضي الأميرية؛ والثالث الأراضي الموقوفة؛ والرابع الأراضي المتروكة؛ والخامس الأراضي الموات. كما تضمنت المذكرة الإيضاحية القول انه: «بناء على التقسيم المشار إليه، فقد تعيّن تحديد الحقوق المنفردة من كل نوع من الأراضي التي حدد تقسيمها قانون الأراضي... وهي: أولاً حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكن والسطحية بالنسبة للأراضي المملوكة للأفراد؛ وثانياً حق التصرف بالنسبة للأراضي الأميرية؛ وثالثاً الحكر والاجارتين وخطو الانتفاع بالنسبة للأراضي الموقوفة. أما ما يتعلق بالأراضي الموات أو الأراضي المتروكة فقد تناولتها النصوص الواردة في أسباب كسب الملكية».

ويبدو واضحاً أن المقصود بالأراضي المملوكة للدولة، المشار إليها في المادة (١١٧٤) من مشروع القانون المدني، يشمل الأراضي المشار إليها في المادة (١١٩٨) المقابلة لها في القانون المدني الأردني، والتي أسماها بالأراضي الأميرية، وهي نفس الأراضي الأميرية التي وردت أحكامها في قانون الأراضي العثماني. يؤكد ذلك أن مشروع القانون المدني، لم يعتبر حق التصرف، كحق عيني متفرع عن حق الملكية، إلا بالنسبة للأراضي المملوكة للدولة، تماماً كما فعل المشرع الأردني. كما أن الأراضي الأميرية وحدها هي التي تنفصل فيها ملكية الرقبة عن حق الاستعمال والاستغلال والتصريف،

ولا يمكن تصور انفصال ملكية الرقبة عن الحقوق المذكورة بصورة دائمة إلا في الأراضي الأميرية، لأن الأصل أن ملكية الرقبة تستتبع دائماً ملكية الحقوق الملازمة لها من استعمال واستغلال وتصرف. وقد تنفصل ملكية الرقبة عن الحقوق المذكورة الملازمة لها في الأراضي المملوكة ملكية خاصة ولكن بصورة مؤقتة ولمدة محددة، كما إذا أوصى المالك لشخص بمنفعة عقار بعد وفاته مدة معينة، فان ورثة الموصي في هذه الحالة إنما يملكون بالإرث رقبة ذلك العقار فقط، أما منفعته فيتأخر ارثها إلى حين انقضاء مدة الانتفاع التي أوصى بها المورث. وفي مثل هذه الحالة يكون انفكاك ملك الرقبة عن ملك المنفعة موقوئاً بمدة استحقاق المنتفع للمنفعة.

ومن جهة أخرى فان الأراضي المملوكة للدولة لا تخرج عن نوعين: إما أراض تملكها الدولة ملكية تامة أي تملك رقبتها وتملك حقوق استعمالها واستغلالها والتصرف فيها؛ وإما أراض تقتصر علاقة الدولة بها على ملكية رقبتها، كما هو الحال في الأراضي التي أسماها المشرع العثماني بالأراضي الأميرية.

ولما كان حق التصرف، كحق عيني متفرع عن حق الملكية، لا يرد إلا على الأراضي المملوكة للدولة حسب صراحة نص المادة (١١٧٤) من مشروع القانون المدني، فان تعبير «الأراضي المملوكة للدولة» الوارد في المادة (١١٧٤) يشمل الأراضي التي تملكها الدولة ملكية تامة، كما يشمل الأراضي التي تملك الدولة رقبتها فقط. وبذلك يكون مشروع القانون المدني قد ذهب إلى ابعاد مما

^١ مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية في البلاد السورية، صفحة ١٧٠.

ذهب إليه المشرع الأردني، عندما أجاز أن يتفرع حق التصرف عن حق الملكية حتى في الأراضي التي تملكها الدولة ملكية تامة، بينما قصر المشرع الأردني ذلك على الأراضي الأميرية التي تملك الدولة رقبتها فقط.

وحيث أن انفكاك ملكية الرقبة عن عناصر حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف، لم يأخذ طريقه في التطبيق العملي حتى يومنا هذا إلا في الأراضي التي سميت في القانون العثماني بالأراضي الأميرية، فإن البحث في حق التصرف كحق عيني متفرع عن حق الملكية يقتضي منا أن نبحث في مفهوم الأراضي الأميرية، وتاريخ وأسباب نشأتها والأسباب التي دعت المشرع العثماني إلى الاحتفاظ بملكية رقبتها للدولة، وما إذا كانت هذا الأسباب لا زالت قائمة حتى اليوم، وما هي قيمة ملكية الرقبة بمعزل عن حقوق الاستعمال والاستغلال والتصرف، وماذا كان يتوجب على المشرع الفلسطيني عمله لمعالجة هذا الموضوع الخطير الذي يمس الغالبية العظمى من الأراضي الفلسطينية.

١- التعريف بالأراضي الأميرية

صنّف قانون الأراضي العثماني أراضي الدولة العثمانية في خمسة أقسام هي: ١- الأراضي المملوكة؛ ٢- الأراضي الأميرية؛ ٣- الأراضي الموقوفة؛ ٤- الأراضي المتروكة؛ ٥- الأراضي الموات. وعرفت المادة (٣) من هذا القانون الأراضي الأميرية بقولها: «رقبة الأرض الأميرية هي ما كان عائداً لبيت المال من المزارع والمراعي والمسارح والمشاتي والمحاطب وأمثال ذلك

من الأراضي التي كان يحصل التصرف بها مقدما عند وقوع الفراغ والمحولات بإذن وتفويض أصحاب التيمار والزعامة الذين كانوا يعتبرون أصحاب الأراضي، وبعض الأحيان بالإذن والتفويض من الملتزمين والمحصلين. وقد حصل إلغاء ذلك أخيرا فأصبح يجري بها التصرف على هذا الحال بإذن وتفويض الذات المأمورة بهذا الخصوص من طرف الدولة العلية ويعطى ليد الذين يتصرفون بها سندات طابو متوجة بالطغراي. والطابو هو المعجلة التي تعطى في مقابلة حق التصرف فيأخذها المأمور ويستوفيهما إلى جانب الميري».

ويغض النظر عن المراحل التي مر فيها تفويض حقوق التصرف في الأراضي الأميرية للأفراد، سواء عن طريق أصحاب حق الزعامة والتيمار التي كانت الدولة تقطعهم الأرض، أو عن طريق الملتزمين والمحصلين الذين كانت الدولة تعهد لهم بتحصيل ضريبة الأرض من أعشار وخراج، إلا أن ما يمكن استخلاصه من النص المذكور أن الأراضي الأميرية هي ما كانت تعود ملكيتها لبيت المال أو للدولة، والتي قامت الدولة في نهاية الأمر بالتنازل عن حقوق التصرف فيها للأفراد لقاء مبلغ (معجلة) يسمى (طابو) يدفعه الفرد للدولة فيسجل حق التصرف باسمه في دائرة الأراضي، ويعطى سندا بذلك، بينما تظل ملكية رقبة الأرض عائدة للدولة.

ومن المهم في هذا المجال أن نعرف كيف آلت ملكية هذه الأراضي الأميرية للدولة أو لبيت المال، ومن كان يملك هذه الأراضي قبل أن تتملكها الدولة أو هل كانت فعلا بدون مالك. وهذا ما سنحاول الإجابة عليه فيما يلي:

٢- نشأة الأراضي الأميرية

قبل الفتح العربي لبلاد الشام في أوائل القرن السابع الميلادي، كانت بلاد الشام تخضع لحكم الدولة البيزنطية. وكانت الأراضي بصورة عامة مملوكة من قبل أصحابها ملكية تامة، أي يملكون رقبته كما يملكون حق استعمالها واستغلالها والتصرف بها. ولم يكن اصطلاح «الأراضي الأميرية» معروفا في ذلك الوقت. وكانت علاقة الدولة بهذه الأراضي المملوكة تقتصر على جباية الضريبة منها. وعندما فتح العرب بلاد الشام وانتهى الحكم البيزنطي فيها، ابقوا الأرض بيد أصحابها، ولم ينزعوا ملكية أرض لها مالك^٧. ومنذ الأيام الأولى للحكم العربي، وعملا بأحكام الشريعة الإسلامية، فقد ظلت الأرض التي بيد أصحابها مملوكة لهم ملكية تامة^٨. فقط فرضت الدولة الضريبة عليها وفق ما كان معمولاً به في العهد البيزنطي.

وكانت هذه الضريبة على نوعين: ضريبة العشر، وتستوفى بنسبة العشر من ناتج الأرض وتفرض على مالكي الأرض الذين اعتنقوا الإسلام؛ وضريبة الخراج، وتستوفى من غير المسلمين بنسبة أعلى من العشر وبما يقرب من النسبة التي كانت تستوفىها الدولة البيزنطية. وربما كانت كلمة (الخراج) معربة عن كلمة (khoregia) اليونانية وهي اسم لنوع من الضريبة^٩. وقد سميت الأراضي التي تخضع لضريبة العشر أو الخراج بالأراضي العشرية أو

⁷ The land law of Palestine, P.2 . Goadby and Doukhan,

⁸ Ibid , P.3.

⁹ (, p. 247 Bernard Lewis, The Middle East, History of the last 2000 years, a brief

الخراجية نسبة للضريبة المفروضة عليها، وهي أراض زراعية مغلّة يتمتع أصحابها بحقوق ملكية تامة فيها. ولذلك اعتبرها قانون الأراضي العثماني من نوع الأراضي المملوكة ملكية تامة، أي التي يملك أصحابها رقيبتها وحقوق استعمالها واستغلالها والتصرف بها.

إلى جانب الأراضي العشرية والخراجية التي كانت تشكل معظم الأراضي الزراعية المغلّة في البلاد السورية والتي تركت في يد أصحابها، كانت هناك أراض زراعية واسعة هجرها أصحابها أو قتلوا في الحرب، أو فروا مع الجيوش البيزنطية ومنها إقطاعات واسعة كان يملكها الفرسان والأمراء والكهنة والرهبان الرومان، واسماها العرب بـ «الصوافي»^١، أي الأراضي التي صفيت بدون مالك. في أول الأمر طلب الفاتحون تقسيم هذه الأراضي بينهم كما تقسم غنائم الحرب استناداً إلى الآية الكريمة التي وردت في سورة الأنفال: «واعلموا أن ما غنمتم من شيء، فإن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل». وكانت نفس المشكلة قد نشأت في العراق عندما طالب الفاتحون تقسيم أرض السواد فيما بينهم. غير أن الخليفة عمر بن الخطاب رأى غير ذلك، «وجمع الناس واستشارهم، فكان رأي عامة الناس تقسيمها، إلا علياً وعثماناً وطلحة ومعاذ بن جبل فكان رأيهم كراي عمر وقال له معاذ: انك إن قسمتها صار الربع العظيم في أيدي هؤلاء القوم، ثم يبيدون فيصير ذلك إلى الرجل الواحد أو المرأة، ثم يأتي من بعدهم قوم يسدون في الإسلام مسداً، وهم لا يجدون شيئاً فانظر أمراً

^١ يجيى بن ادم، كتاب الخراج، صفحة ٤.

يسع أولهم وأخرهم. ومكثوا يتناقشون أياما حتى قال عمر: وجدت الحجة عليهم في الآية التي وردت في سورة الحشر: «ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول ولذي القربى والمساكين وابن السبيل، كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم ... للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم ... والذين تبوءوا الدار والأيمان من قبلهم ... والذين جاءوا من بعدهم». وقال لهم: ما أرى هذه الآية إلا قد عمت الخلق كلهم حتى الراعي بكداء^{١١}. وفي نهاية الأمر رفض الخليفة عمر توزيع أرض السودان في العراق على الفاتحين، وتم فيما بعد تطبيق ذلك على أراضي الصوافي في بلاد الشام، وهي الأراضي التي صفت نتيجة الحروب بدون مالك، فدخلت في ملكية بيت المال. وأعطتها الدولة للأفراد لزراعتها واستغلالها ودفع ضريبة الخراج عنها، مع بقاء ملكيتها منوطة ببيت المال، أي بالدولة. وظلت هذه الأراضي تسمى بالصوافي طيلة الحكم العربي، إلى أن تولى العثمانيون الحكم، وأسموها بالأراضي الأميرية، نسبة إلى الأمير حاكم البلاد. وعندما صدر قانون الأراضي العثماني عام (١٨٥٨)، كانت هذه الأراضي جميعا بيد المزارعين يتصرفون بها ويستغلونها سواء منذ عهد الدولة العربية أو بإذن من أصحاب الزعامة والتمير أو المحصلين أو الملتزمين أو مأموري الطابو في العهد العثماني. ولما كانت في الأصل ملكا لبيت المال، وأصبح حق التصرف بها عائدا فيما بعد للمزارعين والفلاحين، فقد اعتبر قانون الأراضي العثماني رقبة هذه الأرض عائدة للدولة، بينما أنيطت حقوق التصرف فيها بالمزارعين، وأوجب القانون المذكور تسجيل حقوق التصرف هذه بموجب سند متوج بالطفراي لقاء دفع (معجلة) الطابو عنها.

^{١١} مصطفى احمد الزرقا، المرجع السابق، صفحة ٧٤-٧٧.

٣- اختلاط الأراضي الزراعية المملوكة بالأراضي الأميرية

بيّنا سابقا أن معظم أراضي بلاد الشام الزراعية كانت ومنذ العهد العربي تعتبر أراض عشرية أو خراجية، أي من نوع الملك التام الذي تجتمع فيه ملكية الرقبة مع حقوق الاستعمال والاستغلال والتصرف. وقد أكد قانون الأراضي العثماني هذه الحقيقة عندما نصت المادة (٢) منه على اعتبار الأراضي الزراعية العشرية والخراجية من نوع الملك. كما بيّنا أيضا أن الأراضي الأميرية اقتصررت في الأصل على تلك الأراضي التي اسمها العرب ارض الصوافي والتي دخلت في ملكية بيت المال ووزعت على المزارعين لاستغلالها ودفعت خراجها. واستمر هذا الوضع على هذا الحال إلى أن صدر قانون الأراضي العثماني عام ١٨٥٨ الذي أوجب إعطاء سندات تصرف للمتصرفين بها من قبل مأموري الطابو، مع احتفاظ الدولة العثمانية بملكية رقبته فقط. وبدهي القول أن ذلك لا يشمل الأراضي الزراعية المملوكة أصلا للأفراد (العشرية والخراجية)، إذ أن الدولة لم تكن تملك لا رقبته ولا حقوق استعمالها واستغلالها والتصرف بها، ولم تكن للدولة أية علاقة بها باستثناء جباية الضريبة المفروضة عليها. ولكن، ومع مرور مئات السنين عبر مختلف عهود وأنظمة الحكم التي تعاقبت حكم بلاد الشام، وعلى مدى حقبة زمنية طويلة جاوزت أحد عشر قرنا منذ الفتح العربي في أوائل القرن السابع الميلادي وحتى صدور قانون الأراضي العثماني عام ١٨٥٨، وفي غياب إدارة منظمة تعنى بتسجيل الأرض وتحديد حقوق ملكيتها والتصرف فيها، وبسبب الفوضى التي نشأت عن تسلط أصحاب التيمار والزعامة والمحصلين والملتزمين الذين

عاثوا في الأرض فسادا، فلم يعد ممكنا من ناحية عملية صرفة وضع حد فاصل بين الأراضي الزراعية المملوكة (العشرية والخراجية) وبين أراضي الصوافي (الأميرية) التي تعود رقبتهما للدولة. فكلا النوعين من الأرض كانا يتصرف المزارعين استعمالا واستغلالا وانتقالا بالبيع والشراء والإرث، وكلا النوعين كانا يخضعان لنفس ضريبة العشر أو الخراج التي تستوفيها الدولة من غلة الأرض، وفيما بعد لضريبة الويركو (Wergo) التي حلت محل تلك الضريبة وأخذت الدولة تستوفيها بصورة سنوية وبنسبة ثابتة من صاحب الأرض سواء غلت محصولا أم لا، حيث أن هم الدولة الأول كان جباية هذه الضريبة بغض النظر عما إذا كانت الأرض مملوكة أو أميرية. وبذلك ومع مرور الزمن واستمرار التصرف بالأرض واستمرار دفع ضريبتها أمحى الفارق عمليا بين هذين النوعين من الأراضي^{١٢}.

ومن جهة أخرى، واجهت الدولة العثمانية صعوبة كبيرة في تحصيل ضريبة الأرض الزراعية المملوكة في حالة وفاة مالكيها. إذ مع مرور الزمن تعدد الورثة وورثة الورثة وتشعبت النزاعات والادعاءات حول حقوق وراثتها، وتحولت إلى أراض مشاع واصبح من الصعوبة بمكان تحصيل ضريبتها. وتفتق ذهن القائمين على الحكم عن حل لهذه المشكلة عن طريق اعتبار الأرض المملوكة محلولة انقرض أصحابها دون وارث والت لبيت المال^{١٣}. وبالفعل صدرت إرادة سنوية بتاريخ ١٨ رجب ١٢٧٨ (المادة ٢ من قانون

¹² Bernard Lewis, The Middle East, History of the last 2000 years, a brief, P 203.

¹³ The land law of Palestine, P.3. Goadby and Doukhan,

الأراضي العثمانية) تقضي بانقراض أصحاب الأراضي المملوكة دون وارث وبأنها قد آلت لبيت المال، على أن يتم تفويضها بالمزاد العلني مجددا للراغبين في ذلك. ويعطي هذا الإجراء الغريب الذي لا سابقة له في أي بلد صورة واضحة عن قيمة تسجيلات الأرض في العهد العثماني، وكيف كان يتم العبث بحقوق ملكية الأرض دون أي اعتبار لحقوق مالكيها، وكيف اختفت الأراضي المملوكة (العشرية والخراجية) وأصبحت بحكم الأراضي الأميرية.

ويصعب على المرء أن يصدق كيف يمكن أن تصدر شهادة وفاة واحدة بجميع أصحاب الأرض الزراعية المملوكة، وكيف اعتبر أصحابها قد انقرضوا عن بكرة أبيهم بجرة قلم. وبهذه الصورة أمحى الفرق بين الأراضي المملوكة وبين الأراضي الأميرية، وأصبحت جميع أراضي البلاد السورية الزراعية الواقعة خارج المدن والقرى أراض أميرية تعود رقبته للدولة ولا يملك أصحابها سوى حق التصرف فيها ضمن الحدود التي وضعها القانون العثماني، بالرغم من أن الأراضي الزراعية الأميرية لم تشمل في الأصل إلا جزءاً بسيطاً من أراضي بلاد الشام، بينما كانت معظم تلك الأراضي مملوكة لأصحابها سواء كانت عشرية أو خراجية.

٤- بعض آثار تطبيق أحكام الأراضي الأميرية في القانون العثماني

بالرغم من أن الدولة العثمانية اعتبرت إصدار قانون الأراضي العثماني من جملة الإصلاحات التشريعية التي وضعتها، إذ ألغى القانون المذكور نظام أصحاب التيمار والزعامة ونظام المحصلين والملتزمين، إلا أن الحقيقة كانت خلاف ذلك. فقد ظل المحصلون

والملتزمون يتمتعون بنفوذ كبير على الأرض وعلى أصحابها المتصرفين بها حتى بعد صدور القانون المذكور. وفي ظل الفساد الإداري الذي كان متفشيا فقد كانت لأصحاب النفوذ والمقربين من الحكام اليد الطولى في تسجيل أراض واسعة بأسمائهم لدى مأموري الطابو دون أي التفات لحقوق أصحاب هذه الأراضي التي يتصرفون بها ويعيشون من غلالها ومحاصيلها منذ مئات السنين. وكان أصحاب هذه الأراضي لا يخشون شيئا بقدر خشيتهم من الضرائب والإتاوات الباهظة والتعسفية التي كانت تفرضها وتحصلها الدولة من خلال الملتزمين والمخلصين ذوي النفوذ. وعندما صدر قانون الأراضي العثماني أشاع المحصلون والملتزمون السابقون وغيرهم من التجار والمرابين وذوي النفوذ أن تسجيل الأرض بموجب ذلك القانون لا يقصد منه إلا إخضاع أصحاب الأرض لضرائب باهظة جديدة، ولذلك أحجموا عن تسجيلها، وإذا ما سجلوها فبمساحات تقل كثيرا عن مساحتها الحقيقية. وكثير منهم سارع إلى بيعها بأثمان بخسة تجنباً لدفع ضريبتها، ومنهم من سجلها بأسماء أصحاب النفوذ الذين يملكون القدرة على التهرب من دفع الضريبة.

بالإضافة لذلك، وعندما كان يعجز الفلاح عن دفع ضريبة أرضه، أو عندما كانت الدولة تعتبر هذه الأرض محلولة وتعرض تفويضها بالمزاد وفق الإرادة السنوية المشار إليها، فقد كان كبار التجار والمرابون يقومون بدفع ضريبتها بعد شرائها ومن ثم تسجيلها بأسمائهم في سجلات الطابو العثمانية. ووجد الفلاح نفسه كمن يهرب من المطر ليقف تحت المزارب، فبدلاً من دفعه الضريبة للدولة أخذ يدفع قسماً كبيراً من غلة الأرض لهؤلاء الذين انتقلت إليهم بالمزاد. وبهذه الطريقة انتقلت حقوق أصحاب التصرف

بأراض واسعة كثيرة إلى تجار ومرابيين لا يعرفون الأرض ولم يسبق لأقدامهم أن وطأتها. وكان هؤلاء، ومنهم تيان وسرسق وتويني وكركبي من لبنان، هم أنفسهم الذين تسربت منهم أراضي مرج ابن عامر وأراض واسعة في السهل الساحلي ووادي الحوارث إلى المستوطنين الصهاينة¹⁴.

٥- الأرض الأميرية في عهد الانتداب البريطاني (١٩١٧-

١٩٤٨) وفي عهد الاحتلال الإسرائيلي منذ عام ١٩٦٧

بدون توفير الأرض اللازمة لإقامة المستوطنات اليهودية واستيعاب المهاجرين اليهود، لم يكن ممكناً أن تقوم لهم دولة في فلسطين. وبدون الأرض لا يمكن أن تقوم دولة للفلسطينيين ولا أن يمارسوا أي حق سيادي عليها. ولهذا السبب تم إخضاع فلسطين للانتداب البريطاني تنفيذاً لوعده بلفور، ولهذا السبب نص صك الانتداب على وجوب تخصيص الأراضي اللازمة للمهاجرين اليهود من:

أ- أراضي البلاد.

ب- أراضي الدولة.

ج- الأراضي البور (وهي الأراضي التي سميت في القانون العثماني بالأراضي الموات).

وقد وجدت حكومة الانتداب ضالتها المنشودة في قانون الأراضي العثماني، وبخاصة الأحكام التي أوردها بشأن الأراضي الأميرية والأراضي الموات. وتولت دائرة الأراضي الانتدابية، التي كان

¹⁴ Kenneth Stein, The Land Question in Palestine, P. 22- 25.

يرأسها مديرون إنكليز أو يهود، مهمة تطويع وتفسير القانون المذكور وجمع تسجيلات الأراضي التي تمت بمقتضاه، بهدف تسهيل انتقال ملكية مساحات واسعة من الأرض الأميرية والأراضي الموات للوكالة اليهودية. وعملت الإدارة الانتدابية على محو الفرق بين الأراضي الأميرية وأراضي الدولة (State Land)، وأصبحت عبارة (Amiri Land) مرادفة لعبارة (State Land) رغم الفارق الكبير بينهما. ومن الغريب أن المادة (١١٩٨) من القانون المدني الأردني لم تفرّق أيضاً بين الأراضي الأميرية والأراضي المملوكة للدولة، واعتبرت الأراضي الأميرية بمثابة أراض مملوكة للدولة. وتبدو خطورة هذا الأمر إذا ما عرفنا أن جميع أراضي الأردن الزراعية الواقعة خارج حدود المدن والقرى تعتبر أراض أميرية.

هذا ولما كان معظم أصحاب الأراضي في فلسطين قد أحجموا عن تسجيل أراضيهم في دائرة الطابو، كما يشترط ذلك قانون الأراضي العثماني، فقد كان من الصعب على هؤلاء إثبات حقوق ملكيتهم أو تصرفهم بالأرض، في المنازعات التي كانت تقوم بشأنها فيما بينهم وبين الوكالة اليهودية، أو فيما بينهم وبين حكومة الانتداب أمام المحاكم التي يرأسها قضاة إنجليز أو يهود، الأمر الذي ساهم إلى درجة كبيرة في انتقال ملكية هذه الأراضي للمستوطنين اليهود.

وفي عهد الاحتلال الإسرائيلي استغلت سلطات الاحتلال قانون الأراضي العثماني والأحكام التي أوردها بشأن الأراضي الأميرية ابشع استغلال. ففي سبيل اعتبار الأراضي الأميرية بمثابة أراض حكومية، ونزع ملكية أصحابها وتخصيصها لإقامة المستوطنات

اليهودية عليها، أصدرت الأمر العسكري رقم (٣٦٤) الذي لم يعرف البلد مثيلا له طوال تاريخه الطويل. فمجرد صدور إعلان بسيط من قائد المنطقة العسكري، استنادا إلى ذلك الأمر، يتضمن أن أرضا ما هي أرض حكومية، فإنها تعتبر كذلك وتسجل في سجلات الأراضي على هذا الأساس، ما لم يعترض أصحاب الأرض ويثبتوا عكس ما جاء في هذا الإعلان. وبمعنى آخر فإن الأمر العسكري المذكور افترض أن الأرض تعتبر مملوكة للدولة ما لم يثبت صاحبها وواضع اليد عليها والمتصرف فيها عكس ذلك. وكل من له إمام بسيط بمبادئ القانون يعرف أن واطع اليد على الأرض يقف في موقف المدعى عليه في حالة وقوع أي خلاف بشأن ملكيتها. وان المدعي، وليس المدعى عليه هو المكلف بالإثبات، غير أن الأمر العسكري المذكور قلب هذه القاعدة القانونية رأسا على عقب، وألقى على الفلاح الذي يتصرف بالأرض ويضع يده عليها، ويتوارثها أبا عن جد عبء إثبات انه مالك لها. أي اصبح مالك الأرض ملزما أن يثبت ملكيته للأرض وإلا فإنها تصبح ملكا للدولة. ومن جهة أخرى لم يكن أمام هذا الفلاح سوى تقديم اعتراضه إلى لجان الاعتراض العسكرية المؤلفة من أفراد من القوات الإسرائيلية المسلحة، ولم يكن أمرا صعبا التنبؤ سلفا بما تقرره هذه اللجان، بل وفي كثير من الأحيان كان البناء الاستيطاني يقوم في الأرض أثناء النظر في الاعتراض. كما أصدرت سلطات الاحتلال الأمر العسكري (١٠١٥) وبموجبه اصبح ممنوعا على صاحب أية أرض أن يزرع شجرة مثمرة في أرضه من دون الحصول على إذن خطي من سلطات الاحتلال تحت طائلة الحبس. وذلك من اجل تسهيل اعتبار الأرض معطلة ومحولة ألت ملكيتها للدولة كما تقضي بذلك المادة (٦٨) من

قانون الأراضي العثماني.

إن قانون الأراضي العثماني كان في الحقيقة كارثة كبيرة أصابت حقوق أصحاب الأرض في الصميم، وأدى تطبيقه إلى قطع جذورهم بها، وإلى تسهيل انتقالها لكبار التجار والمرابين والمتنفذين وبالتالي تسريبها للمستوطنين اليهود. ولهذه الأسباب تشبثت به حكومة الانتداب البريطاني، كما استغلته سلطات الاحتلال الإسرائيلي لتهويد ما تبقى من الأراضي الفلسطينية بعد قيام الدولة الإسرائيلية. ويأتي مشروع القانون المدني الجديد ليعيد الحياة إلى ذلك القانون ويكرّس ما ورد فيه من أحكام بالية بشأن الأراضي الأميرية من خلال ما نص عليه من اعتبار التصرف بهذه الأراضي حقا عينيا لا يرقى إلى مستوى حق الملكية وإنما مجرد حق عيني متفرع عن حق ملكية الدولة، وكأن هذه الأراضي لم تكن مملوكة أصلا من أصحابها الذين عمروها وسكنوها وأقاموا مدنهم وقراهم عليها وغرسوا سهولها وهضابها بالكرمة والزيتون وتوارثوها أبا عن جد منذ مئات السنين.

لقد وضعت الدولة العثمانية قانون الأراضي بهدف ضبط وإحكام تحصيل ضريبة الأرض وليس لحماية حقوق مالكيها^{١٥}. وقد انتقلت الغاية المقصودة منه، ولم يعد يستجيب لمتطلبات العصر، وألغته الدولة العثمانية نفسها، كما ألغي في جميع البلدان التي كانت تتألف منها الإمبراطورية العثمانية باستثناء الأردن وفلسطين. ولم يعد ممكنا في ظل أحكامه القديمة وفي ظل سجلات الأراضي التي نظمت بالاستناد إلى هذه الأحكام التفريق بين الأراضي

¹⁵ Kenneth Stein, The Land Question in Palestine, P. 20- 21

الزراعية المملوكة ملكية تامة، وبين الأراضي الزراعية الأميرية التي اقتصر حق الدولة فيها على ملكية رقبته.

وإذا أردنا تطبيق حكم المادة (٩٩٨) من مشروع القانون المدني التي اعتبرت حق التصرف حقا عينيا متفرعا عن حق الملكية في الأراضي التي تملكها الدولة، على الأراضي التي تملك الدولة رقبته فقط، فسوف يشمل ذلك جميع الأراضي الزراعية الواقعة خارج حدود المدن والقرى. ولن يكون بالإمكان اعتبار أصحاب هذه الأراضي مالكيين لها، بل مجرد أصحاب حق تصرف متفرع عن حق ملكية الدولة لهذه الأراضي، وأن الدولة أباحت لمواطنيها فقط حق التصرف فيها ضمن حدود معينة، الأمر الذي لا يتفق مع حقائق التاريخ ولا مع حقوق المواطنين ولا مع أي منطلق قانوني سليم.

٦- تقنين انفكاك ملكية رقبة الأرض عن حقوق التصرف بها عبث تشريعي

ملكية الرقبة، ويقال لها ملكية العين^{١١}، تعني في الأصل أن تكون للمالك سلطة كاملة في أن يتصرف في ملكه عينا ومنفعة واستغلالا. وعلى ذلك نصت المادة (١٠١٨) من القانون المدني الأردني. فالملكية في حقيقتها هي سلطة يخولها القانون للمالك على الشيء الذي يملكه، وهذا هو جوهر ومعنى حق الملكية. فملكية الأشياء كما يقول الدكتور مصطفى الزرقا: «ليست مقصودة لذاتها وإنما الغاية منها هي منافعها، فليست ملكية العين بشيء لولا المنفعة المرجوة منها. فإذا تصورنا انفكاك ملكية الرقبة في الشيء عن

^{١١} مصطفى الزرقا، المرجع السابق، صفحة ١٦٨.

حق الانتفاع به بصورة دائمة فذلك من العبث الذي ليس من شأن التشريع أن يقره»^{١٧}.

وإذا كان المشرع العثماني، لأسباب تاريخية، أجاز انفكك ملكية الرقبة عن حقوق التصرف في نوع واحد من الأراضي وهو الأراضي الأميرية، فإن من غير المنطق أن ينص مشروع القانون المدني على جواز انفكك ملكية الرقبة عن حقوق التصرف في جميع الأراضي التي تملكها الدولة، سواء كانت تملكها ملكية تامة، أو تملك رقبتها فقط وفق أحكام قانون الأراضي العثماني. ذلك أن النص في مشروع القانون المدني جاء مطلقاً ويشمل جميع الأراضي المملوكة للدولة، بينما قصر القانون المدني الأردني ذلك على الأراضي الأميرية. وربما نجد بعض العذر للمشرع الأردني الذي لم يستطع أو لم يرد أن يتجاوز إحكام قانون الأراضي العثماني بشأن الأراضي الأميرية، فأبقى على الأوضاع التي نشأت وترسّخت في ظلّه على مدى ما يقرب من مائة وخمسين عاماً. إلا أنه من غير المستساغ، لا قانوناً ولا منطقاً، أن يطبق مشروع القانون المدني الأحكام التي وردت في قانون الأراضي العثماني على الأراضي التي تملكها الدولة ملكية تامة، سواء كانت أراض واقعة داخل حدود المدن والقرى أو خارجها. وما هي الجدوى والفائدة العملية التي تعود للدولة إذا احتفظت بملكية رقبة هذه الأراضي مجردة عن حقوق الاستعمال والاستغلال والتصرف؟ إن ملكية الرقبة في مثل هذه الحالة ستكون ملكية نظرية مجردة من أية قيمة، لا تقبل البيع أو الشراء أو الرهن ولا ترد عليها الإجارة أو الإعارة أو الهبة أو أي من التصرفات الناقلة للملكية أو لأي حق متفرع عنها. والنص على جواز ذلك في مشروع القانون

^{١٧} مصطفى الزرقا، المرجع السابق، صفحة ١٧٧-١٧٨.

المدني ما هو إلا من قبيل العيب التشريعي كما يقول الدكتور مصطفى الزرقا. وقد وصف شرّاح القانون ملكية الدولة للرقبة في مثل هذه الحالة بأنها خرافة أو أسطورة^{١٨}.

وما دفع المشرع الأردني، ومن بعده المشرع الفلسطيني إلى هذا العيب التشريعي، هو محاولتهما اعتبار حق التصرف حقاً متفرعاً عن حق الملكية، على خلاف ما ذهب إليه المشرع السوري وما ذهب إليه المشرع المصري في هذا الشأن، كما سنبين فيما بعد.

٧- حق التصرف، كحق عيني متفرع عن حق الملكية، هل هو حق دائم أم مؤقت؟

إن من أهم خصائص حق الملكية انه حق دائم، ولذلك قيل أن حق الملكية لا يقبل التوقيت، على خلاف الحقوق العينية التي تتفرع عنه، فجميعها حقوق مؤقتة محدودة بفترة زمنية معينة^{١٩}. وعلى سبيل المثال، فإن حق الانتفاع المنصوص عليه في المواد (١١٨٢-١١٩٢) من مشروع القانون المدني هو حق مؤقت ينقضي بانقضاء الأجل المحدد له، أو بوفاة المنتفع، أو بعدم الاستعمال مدة (١٥) سنة، وينطبق نفس القول على حق الاستعمال وحق السكنى. وكذلك حدد مشروع القانون المدني حق المساطحة بمدة لا تتجاوز (٥٠) سنة، وفعل نفس الشيء بالنسبة لحق الحكر. كما نص على أن حق الارتفاق ينتهي بانتهاء الأجل المحدد له، أو بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة.

غير أن مشروع القانون المدني لم يتطرق إلى هذه المسألة بالنسبة

^{١٨} عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، صفحة ٥٢٠.

^{١٩} الدكتور وحيد سوار، الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، صفحة ٢٥٦.

لحق التصرف، وما إذا كان يعتبره حقاً دائماً أو مؤقتاً. وكان يتوجب، وعلى أدنى احتمال، أن ينص على أنه حق دائم، على اعتبار أن حقوق المتصرفين بالأراضي الأميرية أصبحت من ناحية عملية صرفة لا تختلف عن حقوق المالكين في الأراضي المملوكة من جهة ديمومة التصرف. ولكن مشروع القانون المدني لم ينص على ذلك، لأن اعتبار حق التصرف حقاً دائماً يرفعه إلى مستوى حق الملكية، ولأن الحق الذي يتفرع عن الملكية لا يمكن قانوناً أن يستوعب عناصر الملكية جميعاً.

إن الخطأ يكمن في اعتبار حق التصرف بالأراضي الأميرية حقاً عينياً متفرعاً عن حق الملكية، الأمر الذي لم يفعله المشرع المصري ولا المشرع السوري^{٢٠}. إن تفريع هذا الحق عن حق الملكية يستلزم، بحكم الضرورة وانسجاماً مع المنطق القانوني، اعتباره حقاً مؤقتاً، الأمر الذي يشكل افتئاتاً وتعدياً على حقوق المتصرفين بالأراضي الأميرية.

ومن جهة أخرى، فقد نص مشروع القانون المدني في المادة (١١٧٥) منه على أن: «يراعى في تنظيم هذا الحق ما يرد بشأنه من أحكام في التشريعات الخاصة». وإذا ما رجعنا إلى قانون الأراضي العثماني، وهو تشريع خاص يبحث في حقوق التصرف في الأراضي الأميرية، سنجد أن المشرع العثماني أجاز في المادة (٦٨) من القانون المذكور انقضاء حق التصرف إذا عطل صاحب حق التصرف الأرض مدة ثلاث سنوات متتالية دون عذر، إذ تصبح الأرض في مثل هذه الحالة مستحقة الطابو،

^{٢٠} الدكتور وحيد سوار، المرجع السابق، صفحة ٣٥٦.

ويمثابة الأرض المحلولة التي تعود ملكيتها كاملة للدولة. وقد استغلت سلطات الاحتلال الإسرائيلي على مدى الخمس والثلاثين سنة الماضية ذلك ابشع استغلال، واعتبرت كثيراً من أراضي الضفة الغربية بحكم الأراضي المعطلة، واعتبرتها أراض حكومية عادت ملكيتها للدولة، وخصصتها لإقامة المستوطنات اليهودية عليها. وكان يجدر بالمشرع الفلسطيني أن يتنبه لخطورة الموضوع، وأن ينص على اعتبار حق التصرف، إذا كان لا بد من اعتباره حقاً متفرعاً عن الملكية، بأنه حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال.

ولعل ما يزيد الأمور سوءاً النص الوارد في المادة (١١٧٤) من مشروع القانون المدني على أن حق التصرف ينشأ بطريق الإباحة من الدولة. والإباحة كما هو معروف من العقود غير اللازمة التي يجوز الرجوع عنها في أي وقت.

٨- حق التصرف وملكية الأبنية والإنشاءات والأشجار

أجازت المادة (١١٧٦) من مشروع القانون المدني لصاحب حق التصرف في الأرض المملوكة للدولة أن يفرس فيها ما شاء من الأشجار وأن ينشئ فيها أي بناء يحتاج إليه. ونصت الفقرة (٣) من هذه المادة على أن الأبنية التي تنشأ على الأرض وما يفرس فيها من أشجار تسرى عليها الأحكام الموضوعة للأراضي المملوكة للدولة فيما يتعلق بحق التصرف.

يتضح من هذه النصوص أن صاحب حق التصرف لا يعتبر مالكا للأبنية التي ينشئها أو الأشجار التي يفرسها في الأرض،

وإنما تعتبر رقيبتها ملكا للدولة ويقتصر حق من انشأ هذه الأبنية أو غرس هذه الأشجار على التصرف بها في الحدود التي نص عليها مشروع القانون المدني، وتطبق عليها الأحكام التي تطبق على حق التصرف.

وما ذهب إليه مشروع القانون المدني في هذا الشأن أمر بعيد عن المنطق، وينطوي على ظلم بيّن، ولا يجوز تحت أي اعتبار عدم اعتبار هذه الأبنية والإنشاءات والأشجار ملكا صرفا لمن أنشأها أو غرسها من ماله الخاص. ومشروع القانون المدني في هذا الذي ذهب إليه يرجع بنا ما يقرب من مائة عام إلى الوراء، ويوجب العمل بالنصوص التي وردت في قانون التصرف بالأموال غير المنقولة العثماني لسنة ١٣٣١ هجرية التي تعتبر الأبنية التي تنشأ والأشجار التي تغرس في الأراضي الأميرية تابعة لهذه الأراضي.

٩- كسب ملكية حق التصرف

نصت الفقرة (١) من المادة (١١٧٤) من مشروع القانون المدني أن سبب كسب حق التصرف في الأراضي المملوكة للدولة هو عقد الإباحة، واشترطت الفقرة (٢) من المادة المذكورة أن يتم ذلك بموجب سند تصرف يسجل في دائرة الأراضي.

ومقتضى هذان النصان أن التسجيل في دائرة الأراضي هو ركن من أركان انعقاد عقد الإباحة الذي ينشأ بموجبه حق التصرف.

كما نصت الفقرة (٢) من المادة (١١٥٩) من مشروع القانون المدني على أنه لا يجوز تملك الأموال المملوكة للدولة، أو للأشخاص الاعتبارية العامة، أو الوقف، أو كسب أي حق عيني على هذه الأموال بالتقادم.

ولما كانت معظم الأراضي الأميرية في فلسطين، وبخاصة في الضفة الغربية، غير مسجلة بأسماء المتصرفين بها، ولم تشملها أحكام تسوية الأراضي النهائية، فإن حقوق المتصرفين فيها تصبح غير قائمة وغير معترف بها قانوناً ولا يكسبهم تصرفهم الطويل أي حق فيها. هذا مع العلم أن قانون الأراضي العثماني نفسه نص في المادة (٧١) منه على أن: «إذا كان إنسان يزرع أرضاً أميرية أو موقوفة ويتصرف بها عشر سنين بدون منازع يكون حق القرار ثابتاً له سواء وجد بيده سند معمول به أو لم يوجد، ولا ينظر إلى تلك الأراضي بنظر المحلول بل يلزم أن يعطى ليده سند طابو جديد مجاناً ... الخ».

وبذلك يكون قانون الأراضي العثماني الذي صدر قبل قرن ونصف بمثابة خطوة متقدمة بالنسبة لمشروع القانون المدني الجديد، إذ أجاز كسب حق التصرف بتقادم عشر سنوات وأوجب إعطاء المتصرف سند طابو مجاناً، بينما لم يعترف مشروع القانون بهذا الحق.

١٠- نحو تغيير جذري في مفهوم حق

التصرف في الأراضي الأميرية

بعد مرور ما يقرب من مائة وخمسين عاماً على الأحكام التي وضعها قانون الأراضي العثماني بشأن الأراضي الزراعية التي احتفظت الدولة بملكية رقبته، وفوضت حقوق استعمالها واستغلالها والتصرف بها للأفراد، وهي الأراضي المصنفة بموجب ذلك القانون كأراض أميرية، وبعد أن اختلطت هذه الأراضي الأميرية بالأراضي الزراعية المملوكة للأفراد والتي

كانت تسمى بالأراضي العشرية والخراجية، ولم يعد ممكنا في ضوء سجلات الأراضي الحالية التفريق بين الأراضي الزراعية التي كانت أصلا ملكا للدولة وبين الأراضي الزراعية الجارية بملكية الأفراد، وبعد أن بيّنا أن ملكية الدولة لرقبة الأرض بصورة منفصلة عن ملكية حقوق استعمالها واستغلالها والتصرف فيها، هي مجرد وهم أو أسطورة ولا تنطوي على أية قيمة على الإطلاق، وبعد أن تقارب حق التصرف في الأراضي التي تملكها الدولة مع حق الملكية التام، وتضاءلت الفروق فيما بينهما، فقد أن الوقت لوضع حد لهذا الوهم أو تلك الأسطورة، واعتبار حق التصرف بالأرض الأميرية حق ملكية تامة يشمل رقبة الأرض كما يشمل حقوق التصرف فيها. إذ لم يعد ممكنا وفق أي منطق قانوني قبول مبدأ انفصال ملكية الرقبة عن حقوق التصرف انفصالا دائما. ولم يعد مقبولا اعتبار حقوق أصحاب الأرض في جميع الأراضي الفلسطينية الواقعة خارج حدود المدن والقرى مجرد حقوق تصرف متفرعة عن حق ملكية الدولة لهذه الأراضي، وهم الذي يتصرفون بها تصرفا مطلقا عينا ومنفعة واستغلالا ويتوارثونها أبا عن جد منذ مئات السنين. وقد أن الوقت لان يتحرر المشرع الفلسطيني من الأحكام البالية التي وضعها المشرع العثماني في ظروف تختلف جذريا عن الظروف التي نعيشها، وان يكون قانوننا المدني نابعا من حاجات وظروف هذا الوطن ومواطنيه لا منقولاً عن غيره من القوانين في البلاد الأخرى.

وليت المشرع الفلسطيني هذا حذو المشرع المصري أو المشرع السوري في موضوع الأراضي الأميرية. ففي مصر، وقبل ما يزيد على مائة عام تم إلغاء الفرق ما بين الأراضي المملوكة والأراضي الأميرية وأصبحت جميع الأراضي في مصر مملوكة

لأصحابها^(١). وفي سوريا، فإن مشرع القانون المدني السوري لم يدرج حق التصرف في عداد الحقوق المشتقة عن حق الملكية، وإنما عده حقا قائما بذاته ورفعته إلى مصاف الملكية حين طبق عليه ما طبق على حق الملكية من أحكام^(٢).

وفي فلسطين، وفي ظل الظروف التي يمر بها هذا البلد، والتي يحتدم فيها الصراع على الأرض وحقوق ملكيتها، فإن المطلوب من المشرع الفلسطيني أن يرتفع إلى مستوى الأحداث العاتية التي تعصف بالوطن، وأن يلغي أسطورة الأراضي الأميرية ويطوي صفحة التشريع العثماني إلى الأبد. ويستطيع ذلك إذا ألغى حق التصرف كحق عيني متفرع عن حق الملكية كما فعل المشرعان المصري والسوري، وإذا عدل المادة (٩٩٧) من مشروع القانون المدني التي عرّفت حق الملكية بأن يضيف إليها فقرة تنص على أن: «وتعتبر الأراضي الأميرية الجارية بتصرف الأفراد من نوع الملك التام وتطبق عليها الأحكام التي تطبق على الأراضي المملوكة» تماما كما فعل المشرع المصري.

(١) السنهوري، الوسيط، مجلد ٨، صفحة ٤٨٨، ٤٨٩.

(٢) وحيد الدين سوار، الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، صفحة ٣٥٦.

نظرية العقد

د. حمزة حداد^{٢١}

١. أ. يلاحظ عدم انسجام المواد (٧٧) و(٧٨) و(٧٩) مع بعضها. فالمادة (٧٧) تشير إلى إرادتين متطابقتين، والمادة (٧٨) تتحدث عن الإيجاب والقبول كتعبير عن الإرادة وتعرفهما بأنهما كل لفظين...، في حين تجيز المادة (٧٩) أن يكون الإيجاب باللفظ أو الكتابة... الخ. أضف إلى ذلك أن المادة (٧٧) تشترط لانعقاد العقد تطابق الإرادتين مع أن الصحيح ليس تطابق الإرادتين، وإنما تطابق الإيجاب والقبول بصرف النظر (كقاعدة عامه) عن الإرادة الداخلية أو ما يسمى بالإرادة الباطنة. لذلك، جاءت المادة (٨٨) واشترطت لانعقاد العقد تطابق القبول مع الإيجاب وليس تطابق الإرادتين، وفرق ما بين الأمرين.

ب. لذلك، فإننا نقترح إعادة صياغة المواد (٧٧-٧٩) لتصبح على الشكل التالي مثلا:

«ينعقد العقد بارتباط إيجاب بقبول بين شخصين أو أكثر على النحو المبين في القانون، ما لم يقرر القانون أوضاعا معينة (أخرى) لانعقاده»^(١).

^{٢١} محام، وزير العدل الأردني الأسبق، أستاذ القانون المدني في كلية الحقوق بالجامعة الأردنية سابقا. (١) أو كما يقول كل من القانونين المصري والأردني «... مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد». ويلاحظ هنا أنه في جميع الأحوال يجب أن يكون هناك إيجاب وقبول، ويضاف لهما تلك الأوضاع الأخرى التي يقررها القانون، وليس كما ورد في مشروع القانون.

«يكون الإيجاب والقبول (أو أحدهما) باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المعهودة عرفاً أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود. وفي جميع الأحوال يجوز أن يكون القبول ضمنياً ما لم ينص القانون أو يتفق الأطراف على أن يكون صريحاً.»

٢. لا يوجد تعريف أو، بمعنى آخر، لا يوجد حكم يبين متى يكون التعبير إيجاباً. ويمكن في هذا الشأن، إذا رغب المشرع الفلسطيني بذلك، بيان شروط الإيجاب كما ورد في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي (اتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠)، من حيث أنه: «يعتبر الاقتراح لإبرام عقد إيجاباً إذا كان موجهاً لشخص أو لأشخاص معينين وكان محدداً ويظهر نية الموجب لإبرام العقد في حال القبول. ويكون الاقتراح محدداً إذا تضمن المسائل الجوهرية في العقد.»

٣. بالنسبة للمادة (٨٢)، يلاحظ ما يلي:

أ. أن النص يشير إلى البضائع دون الخدمات التي كثرت العروض بشأنها في الوقت الحاضر. لذلك نقترح إضافة عبارة «أو الخدمات» بعد كلمة «البضائع».

ب. وردت عبارة «لأفراد معينين» في النص، واعتقد أن المقصود بذلك «غير معينين».

ت. يفضل استبدال كلمة «الأشخاص» بكلمة «الأفراد» الواردة في النص.

ث. على أي حال، إذا لاقى الاقتراح السابق (البند ٢ أعلاه) قبولا لدى المشرع، فأننا نقترح إضافة المادة (٨٢) إلى الاقتراح السابق كفقرة مستقلة يكون نصها كما يلي:

ب. «ومع ذلك يعد عرض البضائع أو الخدمات مع بيان ثمنها إيجابا... أو بطلبات موجهة للجُمهور أو لأشخاص غير معينين.»

٤. المادة (٨١)، نرى إما حذفها وترك حكمها للاجتهاد، أو الأخذ بعكس المبدأ تماما بحيث ينقضي الإيجاب أو القبول بوفاة من وجهه مادام انه لم ينتج أثره بعد^(٣)، وذلك لأسباب فنية وعملية يصعب شرحها تفصيلا لغايات هذا الكتاب. وهنا تجدر الإشارة إلى المادة (٨٤) التي تقضي بسقوط الإيجاب بموت الموجب أو الموجب له قبل صدور القبول مما يؤدي حتما، في أوضاع أو تطبيقات معينة، إلى تعارض النصين بشكل واضح.

٥. بالنسبة للمادة (٨٤)، نرى استبدال عبارة «قبل أن ينتج القبول أثره» بعبارة «قبل صدور القبول»، مادام أن العبرة في انعقاد العقد حسب المادة (٨٠)^(٣) لتاريخ العلم بالقبول وليس لتاريخ صدوره.

٦. المادة (٨٦)، نقترح إلغاؤها وترك حكمها للاجتهاد، فهي قاعدة تقليدية يكاد لا يكون لها تطبيق قضائي واحد في الحياة العملية.

(٣) مع الإشارة إلى انه يوجد لهذا النص مقابل في القانون المصري (المادة ٩٢) نون الأردني.

(٣) وكذلك المادة (٩٠) من المشروع.

٧. المادة (٨٧)، نرى إعادة صياغتها باستبدال عبارة «قبل أن ينتج القبول أثره» بعبارة «قبل القبول».

٨. المادة (٨٩)، نرى بشأنها ما يلي:

أ- نرى إضافة عبارة «والعرف والعدالة والتعامل السابق بين أطراف العقد»، إلى نهاية الفقرة^(٤).

ب- لا لزوم للفقرة (٢) لأن الفقرة الأولى تشترط الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية، كما أن الاتفاق على بعض هذه المسائل لا يكفي أصلا لانعقاد العقد بصرف النظر عن وسيلة الإثبات (الكتابة أو غيرها).

٩. المادة (٩٣)، نشير بشأنها إلى ما يلي:

أ- إن نظرية عقود الإنعان بمفهومها التقليدي (الاحتكار، السلعة أو الخدمة الضرورية ... الخ) أصبحت نظرية قديمة، ويمكن القول انه حل محلها في كثير من الأحيان ما يمكن تسميته بالعقود النموذجية (أو العقود النمطية) التي تتضمن شروطا عامة مطبوعة مسبقا، (يعدّها) ويعرضها أحد الطرفين على الآخر، ولا يقبل الموجب مناقشة بصرف النظر عما إذا كانت تسمى عقود إنعان بالمفهوم التقليدي أم لا (مثل العقود المطبوعة لإيجار العقارات، وللمقاولات، وللبنوك،....).

ب- بالنسبة للشروط في هذا النوع من العقود، فإنها تنقسم إلى قسمين: شروط عامة عادة ما لا يقبل

(٤) قارن المادة ٩٥ / المصري.

الموجب أي مناقشة أو تعديل فيها، ولكن يمكن إجراء بعض التعديلات عليها ولو كانت طفيفة، ومع ذلك يبقى العقد عقد إذعان؛ وشروط خاصة قابلة للمفاوضة والمناقشة، مثل (بالنسبة للتأمين مثلا) مقدار قسط التأمين والمؤمن له (الذي قد يكون أكثر من واحد) ومدة التأمين ومبلغ التأمين وغير ذلك. وبناء عليه، فإن القول بان القبول يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقرررة لا يقبل الموجب مناقشة فيها قد لا يكون دقيقا في التطبيق العملي.

لذلك، نقترح إعادة صياغة النص كما يلي:

«يكون القبول في العقود النموذجية بالموافقة على شروط عامة يعرضها الموجب على الموجب له ولا يقبل الموجب مناقشة فيها عموما».

١٠. المادة (٩٥)، نعتقد أن كلمة «قطعيًا» (ككلمة واحدة) هي الأصح وليس نهائيا. لأن الحكم قد يصدر من محكمة البداية (مثلا) وهو حكم نهائي، ولكنه لا يكون قطعيًا مادام لا زال بالإمكان الطعن به (أمام الاستئناف مثلا)، فكل حكم قطعي هو نهائي والعكس غير صحيح^(٥).

١١. المادة (١١٤)، نعتقد أن الكلمة الصحيحة هي «المعتوه» بدلا من «المغفل».

(٥) لذلك، ينص القانون المصري على الحكم الذي «...حاز قوة الشيء المقضي به...» (المادة ١٠٢)، والقانون الأردني على الحكم الذي «...حاز قوة القضية المقضية...» (المادة ١٠٦).

١٢. المادة (١٢٢)، يلاحظ أن الإشارة هنا منصببة على «شريطة من شرائط الانعقاد»، في حين أن المشروع لم يأخذ بنظرية شروط (شرائط) العقد، وإنما أركانه حيث أن عنوان الفرع الأول (المادة ٧٧ وما بعدها) هو «أركان العقد»، وهذا بخلاف القانون الأردني الذي مئز، جريا وراء الفقه الحنفي، بين أركان العقد وشروطه (شرائطه). لذلك، نرى تعديل المادة (١٢٢) لتصبح كما يلي (مثلاً):

«إذا وقع الغلط في (ماهية العقد أو) ركن من أركان العقد كان العقد باطلا».

١٣. المادة (١/١٢٣)، يلاحظ أنها غير منسجمة مع المادة (١٢٢). لذلك، نرى دمج المادتين (١٢٢) و(١٢٣) معا كما يلي مثلا:

«١- إذا وقع الغلط في (ماهية العقد أو) ركن من أركان العقد كان العقد باطلا، وإذا وقع المتعاقد في غلط جوهري غير ذلك جاز له الخ.

٢- ومع ذلك، يجوز (للمتبرع) في عقود التبرعات طلب إبطال العقد للغلط دون اعتبار لعلم المتعاقد الآخر بالغلط».

أو:

دمج المادة (١٢٣) بالمادة (١٢٤) كما يلي (مثلاً):

«أ. إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري غير ما ذكر في المادة (١٢٢)، جاز له ومع ذلك، يجوز (للمتبرع)

في عقود التبرعات طلب أبطال العقد للغلط دون اعتبار
لعلم المتعاقد الآخر بالغلط.

ب: ويكون الغلط جوهريا.....

ج: يعد الغلط جوهريا على الأخص:

(١)

(٢)

١٤. بالنسبة للمادة (١٢٤)، كما هي الآن، يلاحظ عليها ما يلي:

أ- يبدو أن هناك خطأ ماديا في كلمة «اعتاد» (الفقرة
١/٢) وربما الأصح «اعتاد».

ب- الإشارة في الفقرة (٢/ب) إلى الغلط في ذات
المتعاقد..... وهنا يكون العقد قابلا للإبطال، في
حين أن المادة (١٢٢) كما هي الآن تؤدي إلى بطلان
العقد حكما إذا وقع العقد في شريطة من شرائط
الانعقاد، وكل من المتعاقدين هو شريطة من هذه
الشرائط (أو ركن من أركانه)، أيضا على تفصيلات
لا مجال للخوض فيها هنا.

١٥. المادة (١٢٧)، وإن كانت تستقيم مع المادة (١٢٣) (قابلية
العقد للبطلان)، إلا أنها لا تستقيم مع المادة (١٢٢) التي
تنص على بطلان العقد حكما، وفرق كبير بين الأمرين.

١٦. المادة (١/١٣٠) تعطي الحق بإبطال العقد للتغيير
الصادر من غير المتعاقدين، مع أن المشروع وضع
قاعدة عامة لذلك منصوصا عليها في المادة (١٣١).

ويمكن التنسيق بين النصين، إما بدمجهما معا بان تضاف الفقرة (١) إلى نهاية المادة (١٣١) بالقول (مثلا): «ومع ذلك إذا كان التفرير صادرا من غير المتعاقدين فليس للمفرر به أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم بالتفرير وقت العقد أو كان من المفروض أن يعلم به»^(٦). أو بإعادة صياغة المادة (١/١٣٠) كالتالي (مثلا): «يعتد بالتفرير الصادر من غير المتعاقدين إذا اثبت المفرر به أن المتعاقد الآخر كان يعلم بالتفرير وقت العقد أو كان من المفروض أن يعلم به».

١٧. المادة (١٣٥)، لا تنسجم مع المادة (١/١٣٣) التي ترتب البطلان على العقد الذي شابه إكراه ملجئ، مع العلم أن تعريف الإكراه في المادة (١٣٢) لا يفرق بين ما إذا كان الإكراه قد وقع من أحد المتعاقدين أو الغير. لذلك، نرى تعديل المادة (١٣٥) بإضافة عبارة «غير الملجئ» للنص بحيث يصبح: «إذا صدر الإكراه غير الملجئ من غير المتعاقدين».

١٨. نرى دمج المادتين (١٤٠) و(١٤١) معا كما يلي (مثلا): «إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته وقت العقد أو كان مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا».

١٩. المادة (١٤٢)، نرى إضافة فقرة جديدة، لها أهمية خاصة في الحياة العملية كما يلي (مثلا):

(٦) يمكن مقارنة ذلك بالمادة (١٢٦) من القانون المصري.

«ومع ذلك إذا كان محل الالتزام نقوداً بعملة غير محلية،
التزم المدين بالوفاء بها أو بقيمتها بالعملة المحلية
يوم الوفاء».

٢٠. المادة (١٤٤)، نرى إلغائها لان حكمها يتضمن مبدأ
عاماً (في الشروط التعاقدية) يطبق على محل العقد وغيره
من الالتزامات، أو حتى (بعض) أركان العقد الأخرى
مثل وجوب توفر صفة أو صفات في المتعاقد الآخر.
على أي حال، يمكن وضع هذا الحكم كمبدأ عام بحيث لا
يرتبط بمحل العقد فقط، وإنما بالعقود عموماً، كالقول
مثلاً (بعد المادة ٩٦): «يجوز أن يقترن العقد بشرط
..... الخ».

٢١. المادة (٣/١٨٠)، نعتقد أنها خاصة بتفسير العقد. لذا،
نرى إرجاء حكمها إلى البند الخاص بذلك (مثلاً قبل أو
بعد المادة ١٩٧).

٢٢. بالنسبة لخيار العيب (المواد ١٧٢-١٧٨)، نرى التنسيق
بينها وبين ضمان العيوب المنصوص عليه في المواد
(٥١٣ - ٥٣١).

٢٣. المادة (١٨) والمادة (٣/١٩٧)، إذا تم الأخذ بالعقود
النموذجية (أو النمطية) بدلاً من عقد الإذعان (ما سبق،
بند ٩)، يتوجب عندئذٍ إعادة صياغة المادتين بما يتلاءم
مع ذلك.

٢٤. بالنسبة لتفسير العقد (المواد ١٩٠-١٩٧)، نعتقد أن
بعض المواد لا لزوم لها، مثل المادة (١٩٥) التي لا

علاقة لها بتفسير العقد (لوحده). ويلاحظ هنا مثلاً أن المادة (١/١٩٠) تنص على أن العبرة في العقود للمقاصد.....، في حين تقول المادة (١٩٦) بأنه في حال وضوح عبارة العقد، فإن العبرة لألفاظ العقد، فلا يجوز الانحراف عنها للتعرف على مقاصد المتعاقدين (إرادتهما).

وبالنسبة للمادة (٢/١٩٦)، نقترح إضافة عبارة: «وما جرى عليه العمل بين أطراف العقد»، بعد عبارة: «مع الاستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل.....». أما المادة (١/١٩١)، فنعتقد أن عبارة: «..... أعمال الشّروط أن يضره»، ربما لا تؤدي الغرض المقصود منها. والسبب أننا لسنا بصدد أعمال الشّروط أو عدم أعماله، فالشّروط يجب أعماله في كل الأحوال. كما يصعب القول (بصورة مجردة) أن الشّروط التعاقدية يضر بأحد المتعاقدين مطلقاً ولا ينفعه مطلقاً. ومن الناحية القانونية البحتة، فإنه لا مجال للحديث عن شرط يضر بأحد المتعاقدين وآخر ينفعه، وإنما الحديث عن التزام وحق من جهة، ومدين ودائن من جهة أخرى، بصرف النظر عما يمكن تسميته بالنفع أو الضرر. لذلك، ومع وجود الفقرة (٢)، فإننا نرى أنه لا لزوم للفقرة (١) المذكورة. وفي هذا الشأن نقترح دمج الفقرتين بفقرة واحدة وإعادة صياغتهما كما يلي (مثلاً):

«إذا تعذر إزالة ما يكتنف أحد شروط العقد من غموض وبقي شك في حقيقة قصد المتعاقدين منه، فسّر الشرط لمصلحة المدين بالالتزام الناجم عن هذا الشرط».

التعليق على النصوص القانونية الخاصة بعقود العمل والغرر والكفالة

د. مصطفى العساف^{٣٢}

تمهيد

حسب ما ورد في كتاب التكليف فان مهمتنا هي التعليق على النصوص القانونية لبعض العقود المسماة، وهي العقود المنصبة على عمل الإنسان وجهده، سواء أكانت بعوض أو بلا عوض والتي نظمها المشروع في الباب الثالث من الكتاب الثاني وهي: عقد المقاولة؛ وعقد العمل؛ وعقد الوكالة؛ وعقد الوديعة؛ وعقد الحراسة؛ وعقود الغرر وهي الرهان والمقامرة، والتي قرر المشروع عدم جوازها ومنعها؛ والمرتب مدى الحياة؛ وعقد التأمين، وعرض المشروع لهذه العقود في الباب الرابع؛ وأخيراً عقد الكفالة والذي نظمه في الباب الخامس من الكتاب الثاني.

ومما يجدر ذكره أن هذه العقود هي تطبيق لنظرية العقد، حيث خصّها المشروع بأحكام خاصة بها نظراً لأهميتها، ولتلاءم مع ماهيتها. وعليه، فان المشروع افرد لها التنظيم الخاص بها والذي يتوافق مع مبادئ نظرية العقد.

وباعتبار أن هذه النصوص هي في مرحلة الصياغة الفنية

^{٣٢} عضو محكمة استئناف عمان، مدير المعهد القضائي الاردني بالوكالة سابقاً، استاذ القانون المدني المساعد في كلية الحقوق بالجامعة الاردنية سابقاً.

التشريعية، فيقتضي أن يكون التعليق عليها من خلال دراستها دراسة مقارنة مع النصوص المقابلة لها في التشريعات النافذة. لأن الأحكام القانونية هي نتاج الفكر القانوني المتطور في المجتمعات المتأصلة، فتكون تجارب هذه المجتمعات في تشريعاتها ثمرة ناضجة، يمكن الاستفادة منها عند سن التشريع الجديد. فيتلافى المشروع عيوب التشريعات السارية ويسد النقص الذي يعترها، ويزيل الغموض الذي يكتنفها، ويستحدث ما يتطلبه التطور من نصوص تشريعية جديدة.

وسيكون التعليق على هذه النصوص وصفاً شمولياً مقارنة مع نصوص التشريعات المدنية العربية والتي تتمحور حول ثلاثة اتجاهات تشريعية عربية حديثة وهي:

الاتجاه التشريعي الأول: يتمثل في القانون المدني المصري، والذي ابتداءً تطبيقه في منتصف تموز عام ١٩٤٨. وقد استمدت التشريعات المدنية السوري، والليبي، والجزائري جل أحكامها من القانون المدني المصري مع اختلاف يسير في بعض النصوص. وعليه، فإن دراستنا المقارنة انصبت على القانون المصري؛

الاتجاه التشريعي الثاني: يتمثل في القانون المدني العراقي، والذي ابتداءً تطبيقه في نهاية عام ١٩٥٣. وكانت اللجنة المكلفة بإعداده، برئاسة الفقيه عبد الرزاق السنهوري، قد راعت ما صاحب صدور القانون المدني المصري من أصداء وملاحظات وانتقادات من رجال الفقه الإسلامي في مصر، فجاء القانون المدني العراقي متأثراً بالفقه الإسلامي. وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني العراقي والتي جاء فيها: «ان أحكام هذا القانون قد أخذت من القانون المدني المصري، ومن الشريعة الإسلامية، والكثرة

الغالبية من هذه الأحكام قد خرجت من الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة دون تقييد بمذهب معين». وتأثر به القانون المدني الكويتي الذي ابتداءً تطبيقه في نهاية شهر شباط من عام ١٩٨١.

الاتجاه التشريعي الثالث: يتمثل في القانون المدني الأردني، والذي ابتداءً تطبيقه في مطلع عام ١٩٧٧. وهو تجربة جديدة ورائدة في مجال التقنين المدني العربي. حيث جاء هذا القانون بعد انتظار قارب الربع قرن منذ صدور القانون المدني المصري. وهو نتاج الحوار الفكري القانوني العربي والذي انصب على النهج الذي يتعين اتباعه عند وضع القانون، أهو نهج الفقه الإسلامي، أم مسلك القانون المدني المصري، وما تبعه من قوانين؟ واستقر الأمر على تغليب نهج الفقه الإسلامي.

وقد استمدت من أحكام القانون المدني الأردني كل من: قانون المعاملات المدنية السوداني والصادر عام ١٩٨٤؛ وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة والصادر في نهاية عام ١٩٨٥؛ والقانون المدني اليمني والذي ابتداءً تطبيقه في آذار من عام ١٩٩٢. واعتبرت أحكام القانون المدني الأردني مصدراً للأحكامها.

ونتيجة لتنادي رجال الفكر القانوني العربي لضرورة توحيد التشريعات العربية، باعتبار أن ذلك من الوسائل اللازمة لتوحيد الثقافة القانونية في الأقطار العربية، وخطوة حقيقية باتجاه الوحدة المنشودة، فقد عمد مجلس جامعة الدول العربية إلى إصدار القرار رقم (٣١٥٦) بتاريخ ١٩/٤/١٩٧٤، والذي تضمن تشكيل لجنة تتولى وضع مشروع عربي موحد للقانون المدني، ولقانون المرافعات. وبعد دراسات معمقة ومناقشات واسعة،

توصلت اللجنة في منتصف عام ١٩٩٦ إلى وضع مشروع القانون المدني العربي الموحد، والذي استمد غالبية أحكامه من القانون المدني الأردني، وهذا ما سارت عليه وثيقة الكويت للنظام (القانون) المدني الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي، والتي وافق عليها وزراء العدل في تلك الدول في تشرين أول من عام ١٩٩٧. وقد استمدت الوثيقة غالبية أحكامها من مشروع القانون المدني العربي الموحد.

وتتلخص غايتنا من التعليق على نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني، الوصول إلى قواعد قانونية تستطيع تنظيم العلاقات المدنية في المجتمع الفلسطيني، وما يمكن أن يستجد في الواقع من علاقات، بحيث تتولى تنظيمها تنظيماً دقيقاً شاملاً محكماً.

وتحقيقاً لذلك، عمدنا في دراسة هذه النصوص إلى مقارنتها بالنصوص المقابلة لها في التقنيات المدنية العربية الحديثة. هذه المقارنة، عدا عن كونها تساعد على جلاء مقاصد نصوص التشريع ومعانيها وتحديد كنهها ومدلولها، فهي تتيح المجال لتقصي نواحي الشبه ومواطن الاختلاف بين وجهة نظر واضع المشروع ووجهة نظر غيره من المشرعين في بعض النواحي الهامة، وبالتالي سد ما يمكن أن يكون في المشروع من ثغرات، وتلافي الهفوات، ومن ثم الخروج بأنموذج متقدم.

واعتمدنا في المقارنة على المصادر المادية والتاريخية للاتجاهات التشريعية العربية وهي: القانون المدني المصري؛ والقانون المدني الكويتي؛ والقانون المدني الأردني. كما أن الاهتمام يجب أن ينصب على مشروع القانون المدني العربي الموحد، باعتباره

الأمل في توحيد التشريعات المدنية العربية. وكذلك وثيقة الكويت للنظام (القانون) المدني الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي والتي أشرنا إليها (بالوثيقة).

ونتناول في نطاق مهمتنا التعليق على النصوص المنظمة لعقود العمل والغرر والتأمين والكفالة في مشروع القانون المدني الفلسطيني. فنعرض للعقود المالية المدنية الواردة على العمل في الباب الثالث وهي العقود التي تنصب على عمل الإنسان وجهده: فنتناول عقد المقاوله في الفصل الأول؛ ونعالج أحكام عقد العمل في الفصل الثاني؛ ونبين أحكام عقد الوكالة في الفصل الثالث؛ ونتصدى لأحكام عقد الوديعة في الفصل الرابع؛ وأخيراً نعرض لأحكام عقد الحراسة في الفصل الخامس. وسنقوم بالتعليق عليها تباعاً.

العقود الواردة على العمل عقد المقاولة

نظم المشروع عقد المقاولة في المواد (٧٩٠ - ٨٢٥). وقد عرض من خلالها تعريف عقد المقاولة وانعقاده، ثم بيّن آثار عقد المقاولة وذلك ببيان التزامات المقاول، ثم التزامات صاحب العمل، وعرض للمقاولة من الباطن، وبيّن انقضاء المقاولة، وأخيراً تناول أحكام التزام المرافق العامة.

تعريف عقد المقاولة: عرض المشروع، وعلى غرار غالبية القوانين الحديثة، تعريف عقد المقاولة في المادة (٧٩٠) والتي نصت على أن: «المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به المتعاقد الآخر». ورغم أن التعريفات من مهام الفقه وليس من مهام التشريع، نرى الأخذ بتعريف مشروع القانون المدني العربي الموحد لعقد المقاولة في المادة (٧٣٣) والتي نصت على أن: «المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين بصنع شيء أو أداء عمل لقاء أجر». وهي تقابل المادة (٧٨٠) من القانون المدني الأردني، والمادة (٢٨٧) من القانون المدني السوداني، والمادة (٦٣٤٦) من القانون المدني المصري، والمادة (٦١٢) من القانون المدني السوري. وتتوافق مع المادة (٦١١) من القانون المدني الكويتي والمادة (٧٣٤) من وثيقة الكويت للنظام (القانون) المدني الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي.^{٣٣}

لم يتناول المشروع بحث أركان عقد المقاولة وهي التراضي والمحل والسبب والتي لا تختلف في أحكامها عن الأحكام العامة

^{٣٣} وسنكتفي بالإشارة إلى هذه الوثيقة بعبارة (الوثيقة)

في نظرية العقد، وقد أحسن صنعا لعدم التكرار والاكتفاء بما ورد في نظرية العقد. غير أن المشروع عرض لمحل عقد المقاولة، وهو العمل الذي تعهد به المقاول، في المادة (٧٩١) والتي نصت على أن: «يجب في عقد المقاولة وصف محله وبيان نوعه وقدره وطريق أدائه ومدة إنجازه وتحديد ما يقابله من بدل».

ومما يلاحظ أن المشروع، وعلى غرار غالبية القوانين المقارنة، اعتبر أن هذا العقد من العقود الرضائية، والذي يكفي لانعقاده مجرد توافق الإرادتين. وهذا ما نص عليه صراحة المشرع اللبناني في المادة (٦٢٥) من قانون الموجبات والعقود. كما انه لم يشترط الكتابة في هذا العقد على خلاف القانون المدني السوداني والذي اشترط كتابة عقد المقاولة. ونرى أن ما ذهب إليه المشروع يتفق والاتجاه المعاصر للقوانين المدنية، فترك لإرادة الأفراد المجال لإبرام عقد المقاولة دون أن يشترط الكتابة لا لانعقاد أو للإثبات.

غير أننا نرى أن تكون صياغة نص المادة (٧٩١) على النحو التالي: «يجب في عقد المقاولة تعيين محله وذلك ببيان وصفه ونوعه وقدره وطريقة أدائه ومدة إنجازه وتحديد بدله»، لأن التعيين أعم وأشمل من الوصف، فالوصف وسيلة من وسائل التعيين.

التزامات المقاول: تناول المشروع التزامات المقاول في المواد (٧٩٢-٨٠١). ونجد المادة (٧٩٢) مطابقة للمادة (٦٤٧) من القانون المدني المصري، وتتوافق مع الاتجاهات التشريعية المعاصرة. وهي تنظم الفرض أن يقتصر تعهد المقاول على العمل ويكون على صاحب العمل تقديم المادة اللازمة، كما تنظم الفرض الثاني وهو أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً.

ويبين المشروع الأحكام واجبة التطبيق في حالة تقديم المقاول مادة

العمل كلها أو بعضها في المادة (٧٩٣) والتي نصت على انه:

«١- إذا تعهد المفاوض بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها وجب تقديمها وفقاً لشروط العقد وكان مسؤولاً عن جودتها وعليه ضمانها لصاحب المحل».

٢- إذا اشترط على المفاوض تقديم مادة العمل كلها أو بعضها وجب أن تكون هذه المادة وافية بالغرض المطلوب».

نجد أن الفقرة الأولى من هذه المادة تطابق المادة (٦٤٨) من القانون المدني المصري، وتتفق مع الفقرة الأولى من المادة (٧٩٣) من القانون المدني الأردني. وتتفق في فقرتها مع المادة (٦٦٣) من القانون المدني الكويتي والتي نصت على أن:

«١- إذا التزم المفاوض بتقديم مواد العمل كلها أو بعضها وجب أن تكون هذه المواد مطابقة للمواصفات المتفق عليها فإذا لم تبين هذه المواصفات في العقد وجب أن تكون المواد وافية بالغرض المقصود.

٢- ويضمن المفاوض ما في هذه المواد من عيوب يتعذر كشفها عند تسليم العمل وذلك وفقاً لأحكام ضمان العيب في الشراء والمبيع».

ونقترح أن تكون صياغة النص كالاتي: «إذا تعهد المفاوض بتقديم مواد العمل كلها أو بعضها وجب أن تكون هذه المواد مطابقة للمواصفات المتفق عليها، فإذا لم تبين هذه المواصفات المواد في العقد وجب أن تكون وافية بالغرض المقصود، ويضمن المفاوض عيوب هذه المواد وفقاً لأحكام ضمان العيب في المبيع».

كما نجد أن المادة (٧٩٤) بينت التزام المفاوض بالمحافظة على

المواد المقدمة من صاحب العمل، غير أننا نجد أن صياغة المادة تقتضي إضافة كلمة «العمل» بعد كلمة «مادة»، فتصبح على النحو التالي:

«إذا كان صاحب العمل هو الذي قدم مادة العمل، التزم في المحافظة عليها بعناية الشخص العادي وأن يراعي في عمله الأصول الفنية...».

هذه المادة تتفق مع التقنيات المدنية المعاصرة.

كما عرض المشروع للالتزام المقاول بإحضار الآلات وأدوات ومعدات ومهمات العمل في المادة (٧٩٥)، وهي مطابقة لنص المادة (٧٣٨) من الوثيقة، وتتفق مع المادة (٧٨٤) أردني، والمادة (٣٨١) سوداني، والمادة (٧٣٧) من مشروع القانون المدني العربي الموحد، والمادة (٦٤٩) مصري، والمادة (٦١٥) سوري.

وبينت المادة (٧٩٦) أحكام إخلال المقاول بالتزاماته والتي تتمثل بإنجاز العمل وفقاً للشروط وفي المدة المتفق عليها ... الخ.

وهذه المادة تطابق المادة (٧٣٩) من الوثيقة وتتفق مع ما ورد في التقنيات المعاصرة والحديثة.

غير أننا نرى أن يخضع طالب فسخ العقد لرقابة القضاء، وهذا ما نصت عليه المادة (٣/٦٦٧) من القانون المدني الكويتي: «وفي جميع الأحوال يجوز للقاضي رفض طلب الفسخ إذا كان العيب في طريقة التنفيذ ليس من شأنه أن يقلل إلى حد كبير من قيمة العمل أو من صلاحيته للاستعمال المقصود، مع عدم الإخلال بالتعويض إن كان له مقتضى». ونقترح أن تضاف هذه الفقرة إلى المادة (٧٩٦) من المشروع فتكون فقرة رابعة فيها.

ونصت المادة (٧٩٨) من المشروع على ضمان المقاول والمهندس لعيوب البناء، وهذه المادة تطابق المادة (٦٥١) من القانون المدني المصري، وتتفق مع التقنيات المدنية المعاصرة. ونرى أن تضاف عبارة «على الأقل» بعد عبارة «خلال عشر سنوات»، ليكون النص على النحو التالي: «يضمن المهندس والمقاول متضامين ما يحدث خلال عشر سنوات على الأقل من تهدم كلي أو جزئي الخ».

ويلاحظ أن المادة (٦٩٢) من القانون المدني الكويتي قد قررت أن مدة الضمان تبدأ من وقت إتمام العمل أو الإنشاء. ونرى أن ما ذهب إليه المشروع، على غرار غالبية التقنيات المدنية المقارنة، أفضل، حيث تبدأ مدة الضمان من تمام التسليم سواء أكان التسليم فعلياً أو حكماً، كون ذلك أقرب للعدالة.

كما عرض المشروع لمسؤولية المهندس عن عيوب التصميم والإشراف إذا كان مكلفاً به، في المادة (٧٩٩). وهي تتفق مع المادة (٧٨٩) أردني، والمادة (٤٨٧) سوداني، والمادة (٧٤٣) من الوثيقة، والمادة (٦٥٢) مصري. وقررت المادة (٨٠٠) من المشروع بطلان الشرط الذي يعفي المهندس أو المقاول من الضمان، وهذا ما أخذت به التقنيات المدنية المعاصرة. كما حدد المشروع في المادة (٨٠١) مدة تقادم دعوى الضمان بانقضاء ثلاث سنوات على حصول التهدم أو اكتشاف العيب، وذلك على غرار المشرع المصري في المادة (٦٥٤)، والمشرع الكويتي في المادة (٦٩٦)، والمادة (٧٤٥) من الوثيقة، والمادة (٧٤٢) من مشروع القانون المدني العربي الموحد، والمادة (٥٥٧) من القانون المدني الجزائري. وهذا على خلاف مع المشرع الأردني في المادة (٧٩١)، والسوداني في المادة (٣٨٧/٣) والتي حددت من مدة التقادم بسنة واحدة.

التزامات صاحب العمل: تناول المشروع، في الفرع الثاني، التزامات صاحب العمل في المواد من (٨٠٢ - ٨٠٩)، وهي تتفق مع أحكام غالبية التقنينات المدنية المقارنة. مع مراعاة أننا نعتقد أن المادة (٨٠٢) تحتاج إلى إعادة صياغة، حيث أن عبارة «على الرغم من دعوته» لا تتوافق مع الصياغة الفنية التشريعية، ونرى أن يكتفى بعبارة «رغم دعوته» على غرار القانون المدني السوداني في المادة (٣٨٨).

وعرضت المادة (٨٠٥) من المشروع للالتزام صاحب العمل في حالة الاتفاق على أن تكون المقابلة بمقتضى مقياسه وعلى أساس الوحدة، وتقتضي الضرورة عند التنفيذ مجاوزة المقياس المقدرة والمتفق عليها. وقد عرضت المادة لفرضين:

الفرض الأول: أن تكون المجاوزة غير جسيمة، فتناولها المشروع في الفقرة الأولى من ذات المادة، وأحكامها مطابقة للمادة (٧٤٨) من الوثيقة، وتتفق مع التقنينات المدنية المعاصرة (المادة ٧٩٤ / ٢ أردني، والمادة ٢/٣٩٠ سوداني):

والفرض الثاني: أن تكون المجاوزة جسيمة، وهذا ما عرض له المشروع في الفقرة الثانية من المادة (٨٠٥)، والتي تطابق الفقرة الثانية من المادة (٧٤٨) من الوثيقة، مع إضافة عبارة «أو أن يطلب من المفاوض الاستمرار في التنفيذ مع التزامه بدفع قيمة الزيادة في البذل»، وقد أحسن المشروع صنعا بهذه الإضافة.

ونجد أن هذه الأحكام تتفق والتقنينات المدنية المقارنة، وذلك على خلاف ما ذهب إليه المشرع الكويتي، والذي نص في المادة (٦٨٩) من القانون المدني على أنه:

«١- إذا أبرمت المقاولة على أساس مقاييس تقديرية، وتبين في أثناء التنفيذ ضرورة مجاوزة هذه المقاييس مجاوزة جسيمة، وجب على المقاول أن يبادر بإخطار رب العمل بذلك. مبيناً مقدار ما تستتبعه هذه المجاوزة من زيادة في المقابل، وإلا سقط حقه في طلب هذه الزيادة.

٢- ويجوز لرب العمل في هذه الحالة أن يتحلل من المقاولة، ويوقف التنفيذ، على أن يتم ذلك دون إبطاء مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من أعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد، دون تعويضه عما كان يستطيع كسبه لو انه أتم العمل».

ويلاحظ أن هذا النص يرتب سقوط حق المقاول في طلب الزيادة إذا لم يبادر إلى إخطار رب العمل بذلك. وقد ساوى المشرع الكويتي في هذا الحكم بين المجاوزة غير الجسيمة والمجاوزة الجسيمة، ونعتقد أن ما ذهب إليه المشروع هو الأكثر قرباً للعدالة، وبذلك فقد أحسن صنفاً بذلك وهذا ما سارت عليه غالبية التقنينات المدنية المعاصرة.

وتعرض المشروع لعقد المقاولة والذي يتم الاتفاق فيه على بدل إجمالي وعلى أساس تصميم معين، في المادتين (٨٠٦، ٨٠٧).
فقد نصت المادة (٨٠٦) على أن:

«١- إذا أبرم العقد ببديل إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع صاحب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في البديل، ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا انه يكون راجعاً إلى خطأ صاحب العمل، أو أن يكون مأدوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره.

٢- يجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي قد اتفق عليه شفاهة.

٣- ليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلك لطلب زيادة البديل، ولو بلغ هذه الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

ونصت المادة (٨٠٧) على أن: «لا يجوز للمحكمة أن تقضي بزيادة البديل أو بفسخ العقد إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من صاحب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن بالحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي تم عليه التدبير المالي لعقد المقاولة».

نجد أن أحكام هاتين المادتين مأخوذة عن المادة (٦٥٨) من القانون المدني المصري، ونلاحظ أن المشروع خصّ الفقرة الرابعة من المادة (٦٥٨) مصري بمادة مستقلة في المشروع وهي المادة (٨٠٧). ونرى أن في ذلك إخلال في صياغة النص حيث أن أفرادها بنص خاص قد يفهم منه أنها تنص على معالجة فروض عامة في عقد المقاولة، بينما نجد أن المشرع المصري نظم هذه الأحكام في المادة (٦٥٨) لرفع ما يمكن أن يقع من تناقض بين الفقرة الثالثة والقواعد العامة في العقد وخاصة نظرية الظروف الاستثنائية.

وبقطع النظر عن هذه الملاحظة الشكلية في ترتيب الأحكام القانونية، نلاحظ أن التقنينات المدنية المعاصرة أخذت بالفقرتين الأولى والثانية من المادة (٦٥٨) مصري، وهما موافقتان لما ورد في المادة (٧٩٥) أردني، والمادة (٦٩٠) كويتي، والمادتين (٣٢٤ . ٣٩٠) سوداني،

ولم تأخذ بما ورد في الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة (٦٥٨) مصري، وذلك لاعتبارات موضوعية وهي أن الفقرة الثالثة تتناقض مع إعمال نظرية الظروف الاستثنائية والتي أقرتها القوانين المشار إليها، وهذا ما حدا بالمشرع السوري استبعاد هاتين الفقرتين واكتفى بما ورد من أحكام في نظرية الظروف الاستثنائية.

وحسناً فعلت القوانين التي استبعدت هاتين الفقرتين. وعليه، نرى أن تحذف الفقرة الثالثة من المادة (٨٠٦)، وكذلك المادة (٨٠٧) من المشروع.

كما تعرّض المشروع لأحكام بدل المقاول والمهندس في حالة عدم تحديد هذا البديل في الاتفاق، ويبيّن الحكم ووجوب تطبيقه في هذه الحالة، في المادتين (٨٠٨، ٨٠٩) من المشروع والتي تتفق في أحكامها مع التقنيات المعاصرة المقارنة.

غير أننا نرى أن تكون صياغة المادة (٨٠٩) على النحو التالي:

«١- إذا لم يتفق المهندس الذي قام بتصميم البناء وعمل المقايسة والإشراف على تنفيذه، على البديل، استحق بدل المثل.

٢- فإذا طرأ ما يحول دون إتمام تنفيذ العمل وفقاً للتصميم الذي أعده استحق بدل مثل ما قام به».

المقاوله من الباطن: نظم المشروع أحكام المقاوله من الباطن في المادتين (٨١٠، ٨١١)، فأجاز للمقاول أن يحيل العمل إلى مقاول من الباطن في المادة (٨١٠)، وهذا ما أخذت به التقنيات المدنية المعاصرة المقارنة (المادة ٦٦١ مصري، والمادة ٦٢٨ سوري، والمادة ٧٩٨ أردني، والمادتان ٣٩٢ و٣٩٣ سوداني، والمادة ٦٨٢ كويتي).

أما جواز مطالبة المقاول من الباطن صاحب العمل بما هو مستحق عليه للمقاول الأصلي بالبدل مباشرة، فنجد أن القوانين اختلفت عليه وانقسمت إلى اتجاهين تشريعيين:

الاتجاه التشريعي الأول: أجاز للمقاول من الباطن الرجوع على صاحب العمل للمطالبة بما هو مستحق عليه للمقاول الأصلي، وهذا ما نصت عليه المادة (٦٦٢) من القانون المدني المصري، والتي جاء فيها:

«١- أن يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل.

٢- ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبه حقه، ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة.

٣- وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل».

وقد أخذت القوانين المدنية العربية المقارنة بهذا الاتجاه (المادة ٦٢٨ سوري، والمادة ٦٨٢ كويتي، والمادة ٥٦٥ جزائري، والمادة ٨٨٣ عراقي). وجاء في تبرير الأخذ بهذا الاتجاه، أن الاكتفاء

بالقواعد العامة في حماية حق المقاول من الباطن قبل المقاول الأصلي ورب العمل لا تحول دون مزاحمة دائني المقاول الأصلي فيما يستخلصه من صاحب العمل. وعليه، فإن هذا الحكم يحمي المقاول من الباطن من مزاحمة دائني المقاول الأصلي، ومد حمايته إلى عمال المقاول الأصلي وعمال المقاول الباطن، فأعطى النص هؤلاء جميعاً دعوى مباشرة وحق امتياز تجنباً منهم مزاحمة دائني المقاول الأصلي^{٢٤}.

الاتجاه التشريعي الثاني: عدم جواز مطالبة المقاول من الباطن صاحب العمل بما يستحقه المقاول الأصلي، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٩٩) من القانون المدني الأردني والتي قررت أن: «لا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على رب العمل». وقد أخذت بعض القوانين المدنية العربية بهذا الاتجاه، كالقانون المدني السوداني في المادة (٣٩٤)، والوثيقة في المادة (٧٥٣)، ومشروع القانون المدني العربي الموحد في المادة (٧٥٢). ونرى أن هذا الاتجاه يتفق مع القواعد العامة لأنار العقد. فالعلاقة العقدية قائمة بين صاحب العمل والمقاول الأصلي، ولا علاقة عقدية بين صاحب العمل والمقاول من الباطن، إنما هي بين هذا الأخير والمقاول الأصلي. وعليه، فلا يوجد علاقة عقدية مباشرة بين صاحب العمل والمقاول من الباطن تمكّنه من الرجوع إليه وبصورة مباشرة للمطالبة بحقوق مترتبة للمقاول الأصلي.

كما أن الوسائل القانونية المقررة وفقاً للقواعد العامة تمكّن المقاول من الباطن من الرجوع على صاحب العمل للمطالبة بحقوق المقاول الأصلي وفقاً للدعوى غير المباشرة وإلقاء الحجز عليها.

^{٢٤} السنهوري، الجزء السابع، فقرة ١٢٠، صفحة ٢٢٦.

ونجد أن حقوق العمال تتمتع بامتياز خاص يمكنهم من استيفاء أجورهم بالأفضلية على سائر الدائنين. وعليه، فإن هذه المكنتات القانونية تحول دون مزاحمة دائني المقاول الأصلي للعمال، الأمر الذي نعتقد أن ما سار عليه المشرع الأردني يتفق والقواعد العامة في العقد، ونرى أن يأخذ مشروع القانون المدني الفلسطيني بهذا الاتجاه.

انقضاء المقاول: عرض المشروع لأسباب انتهاء عقد المقاول في المواد (٨١٢-٨١٨). فقد تناول انقضاء عقد المقاول بتنفيذه، وهذا ما نصت عليه المادة (٨١٢)، وهي مطابقة لنص المادة (٨٠٠) أردني، والمادة (٣٩٥) سوداني.

كما عرض لانقضاء عقد المقاول لاستحالة تنفيذه، وهذا ما نصت عليه المادة (٨١٣) عندما قررت أن: «ينقضي عقد المقاول باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه، سواء كانت الاستحالة راجعة إلى المتعاقدين أو إلى أحدهما أو إلى سبب أجنبي». ونرى أن هذا النص عرض لحالات الاستحالة، وهذا ما لا تحتمله الصياغة التشريعية. وكان الأجدر بالمشروع تبني ما ورد في نص المادة (٦٦٤) من القانون المدني المصري، والتي نصت على أن: «ينقضي عقد المقاول باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه».

كما نصت المادة (٨١٤) من المشروع على أن:

«١- يجوز لصاحب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

٢- يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات
المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض
عادلاً، ويتعين عليه بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون
المقاول قد اقتصده من جراء تحلل صاحب العمل من
العقد أو يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر.

نرى أن الفقرة الثانية من هذه المادة هي تطبيق للقواعد العامة
عند تقدير تعويض الضرر الناشئ عن عدم إتمام تنفيذ
العقد، وإن ما تضمنته من أحكام هي عناصر يتم مراعاتها
من قبل محكمة الموضوع عند تقدير التعويض. وبالتالي،
فلا نرى ضرورة لإيرادها ضمن النص، إنما يترك أمر
ذلك لسلطة القاضي التقديرية عند تحديد الضرر الواقع،
والتعويض الملائم لرفع الضرر. وهذا ما ذهب إليه بعض
القوانين المعاصرة، كالقانون المدني الأردني، والقانون
المدني السوداني، ومشروع القانون المدني العربي
الموحد، والوثيقة. وعليه، فإن استبعادها لا يخل بتطبيق
أحكامها وفقاً للقواعد العامة. وهذا شأن المادة (٨١٥)
من المشروع والتي هي مجرد تطبيق للقواعد العامة.

وتناولت المادة (٨١٦) من المشروع، أحكام تحمل تبعه هلاك الشيء
موضوع عقد المقاولة قبل تسليمه. وقد أوردها المشروع ضمن
أسباب انقضاء عقد المقاولة. ونرى أن هلاك الشيء قبل تسليمه
يؤدي حتماً إلى استحالة تنفيذ عقد المقاولة. وعليه، فإن هذا السبب
يدخل في نطاق أحكام المادة (٨١٣) من المشروع، ويمكن الاكتفاء
بحكمها كسبب لانقضاء المقاولة، إلا إذا كانت غاية النص بيان
حكم الهلاك وتحمل تبعه هذا الهلاك، فإن مكانها يكون في آثار
عقد المقاولة وليس في الفرع الخاص بانقضاء المقاولة.

وتناول المشروع انقضاء عقد المقاولة بسبب وفاة المفاوض في المادتين (٨١٧، ٨١٨)، وهما مطابقتان للمادتين (٦٦٦، ٦٦٧) من القانون المدني المصري، وأحكامهما توافق أحكام المادة (٨٠٤) من القانون المدني الأردني، والمادة (٣٩٩) من القانون المدني السوداني، والمادة (٦٨٧) من القانون المدني الكويتي.

التزام المرافق العامة: تناول المشروع أحكام التزام المرافق العامة في المواد (٨١٩-٨٢٥)، وهي مطابقة للمواد (٦٦٨-٦٧٣) من القانون المدني المصري، والتي أثارت عند مناقشتها من قبل لجنة مجلس الشيوخ تساؤلات وخلافات حول ماهية هذا الالتزام، لأن محلها الطبيعي هو القانون الإداري، ورغم ذلك لم يؤخذ بهذا الاقتراح وأقرت النصوص^{٢٥}.

وقد تبني المشرع اليمني التزام المرافق العامة في المواد (٨٨١-٨٨٨) من القانون المدني. ونرى أنها تدخل في إطار القانون الإداري وتعتبر من قبيل العقود الإدارية من جهة العلاقة بين الملتزم بمقتضى عقد التزام المرافق العامة والإدارة. وهي من قبيل العقود المدنية من جهة العلاقة بين الملتزم والعميل، وتنظم أحكامها وفقاً للقواعد العامة في القانون الخاص.

ويلاحظ أن غالبية القوانين المقارنة لم تنظم أحكام التزام المرافق العامة عند تنظيمها لعقد المقاولة في القانون المدني، وهذا ما سار عليه المشرع الأردني، والسوداني، والكويتي، واللبناني، ومشروع القانون المدني العربي الموحد، والوثيقة. ونرى الاهتمام بما هو مستقر في التقنيات الحديثة وحذف هذه النصوص من المشروع.

^{٢٥} انظر السنهوري فقرة ١٥١ من ٢٦٨ الجزء ٧ الوسيط في شرح القانون المدني.

عقد العمل

أفرد المشروع الفصل الثاني لبيان أحكام عقد العمل، وخصه بالمواد (٨٢٦-٨٥٥). ومما يجدر ذكره أن عقد العمل يستحوذ على أهمية خاصة في النظم القانونية الحديثة وذلك لخصوصية أطراف عقد العمل، واختلال التوازن الاقتصادي بينهم. وهذا ما اقتضى أن تخص الدول علاقات العمل بتنظيم قانوني وأحكام خاصة، بحيث يتمكن المشرع من حماية حقوق العمال وتنظيمها، وما يترتب على صاحب العمل من التزامات. كل ذلك بعيداً عن أحكام نظرية العقد والمبادئ القانونية التي تقوم عليه هذه النظرية، حيث أنها تفترض التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد وتسعى لإقامة التوازن القانوني بينهم فقط. والملاحظ أن العوامل الاقتصادية في مجتمعاتنا لم تصل بعد لإقامة التوازن الاقتصادي بين العامل وصاحب العمل.

وعليه، فإن بعض القوانين المدنية الحديثة لم تنظم عقد العمل في إطار القانون المدني، وإنما تولت تنظيمه بقانون خاص. وهذا ما سار عليه المشرع الكويتي، فلم يعرض لأحكام عقد العمل في القانون المدني.

غير أن غالبية النظم القانونية المعاصرة نظمت عقد العمل في إطار القانون المدني، كعقد من العقود المسماة، ولكن اقتصر هذا التنظيم على المبادئ القانونية العامة والتي يقوم عليها عقد العمل، وتركت تنظيم الأحكام القانونية التفصيلية للقانون الخاص بالعمل وهو «قانون العمل» أو الأنظمة الخاصة بتنظيم العمل. وهذا ما سارت عليه القوانين المعاصرة، كالقانون المدني الأردني حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (٨٢٢) على أن: «لا تسري

أحكام عقد العمل على العمال الخاضعين لقانون العمل إلا بالقدر الذي لا تتعارض فيه صراحة أو ضمناً مع التشريعات الخاصة بهم». وهي مطابقة للفقرة الأولى من المادة (٦٧٥) من القانون المدني المصري.

وعليه، فإن معالجة المشروع لأحكام عقد العمل في إطار القانون المدني يجب أن يقتصر على المبادئ الكلية والعامّة لتنظيم العمل، دون تنظيم الأحكام التفصيلية حيث تترك للقوانين والأنظمة الخاصة.

عقد العمل وأركانه: عرض المشروع لتعريف عقد العمل وأركانه في الفرع الأول من الفصل الثاني، وذلك في المواد (٨٢٦-٨٣٤). وعرفت المادة (٨٢٦) من المشروع عقد العمل بأنه: «العقد الذي يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يقوم بعمل لمصلحة المتعاقد الآخر تحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر».

ونرى أن التعاريف من مهام الفقه وليس من مهام المشرع. ورغم ذلك فإن تعريف عقد العمل الذي نستحسنه هو: «عقد يلتزم أحد طرفيه بأن يقوم بعمل لمصلحة الآخر تحت إشرافه أو إدارته لقاء أجر». وهذا التعريف يستبعد العبارات المكررة في تعريف المشروع، وهذا الاستبعاد لا يخل بالمعنى المقصود. وقد أخذ المشرع الأردني بهذا التعريف في المادة (٨٠٥) من القانون المدني، كما أخذ به مشروع القانون المدني العربي الموحد في المادة (٧٥٨)، والوثيقة في المادة (٧٥٩).

وعقد العمل من العقود الرضائية فلم يشترط المشروع، على غرار غالبية القوانين المدنية المقارنة، كتابة عقد العمل، على خلاف القانون المدني السوداني حيث اشترطت الفقرة الثالثة من

المادة (٤٠٢) منه الكتابة. وقد احسن المشروع صنعاُ بعدم اشتراط الكتابة.

وتناول المشروع نطاق سريان عقد العمل من حيث الأشخاص، في المادة (٨٢٧). وقد نصت المادة المذكورة على أن: «تسري أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أصحاب الأعمال وبين الممثلين التجاريين ومندوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء، ولو كانوا مأجورين بطريقة العمولة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أصحاب الأعمال، ما دام هؤلاء الأشخاص تابعين لأصحاب الأعمال وخاضعين لرقابتهم». ونرى أن المشروع أراد أن يدخل بعض الفئات العمالية في نطاق عقد العمل، ثم عرض لفئة أخرى وهي الوسطاء، وهذه الفئة تدخل وفقاً للأحكام العامة لعقد العمل باعتبار أن معيار التبعية والرقابة متحققة في هذه الفئة.

وعليه نرى أن يترك أمر بيان سريان عقد العمل من حيث الأشخاص للتشريعات الخاصة بالعمل، والتي أشارت إليها المادة (٨٥٥) من المشروع. فذلك يقتضي إدخال فئة معينة إلى مظلة قانون العمل، ويترتب على ذلك التزامات وحقوق وهي تتوقف على عوامل مختلفة ومعطيات متعددة سواء أكانت اقتصادية أو اجتماعية أو تجارية أو زراعية أو خدمتية، والأجدر أن تكون هناك مرونة تشريعية تراعي هذه الظروف، وهذا ما سارت عليه التشريعات المعاصرة. وعليه، نرى حذف المادة (٨٢٧) من المشروع ليكون مكانها التشريعات الخاصة بالعمل.

وعلى خلاف ذلك، نجد أن المشروع لم يعرض لحكم عدم سريان عقد العمل في بعض الحالات، والتي أشار إليها القانون المدني الأردني في المادة (٢/٨٠٥)، والقانون المدني السوداني في

المادة (٢/٤٠٠)، حيث نصت على أن: «أما إذا كان العامل غير مقيد بأن لا يعمل لغير صاحب العمل، أو لم يوقف لعمله وقت، فلا ينطبق عليه عقد العمل، ولا يستحق به أجره إلا بالعمل حسب الاتفاق». وبما أن هذا الحكم عام نرى أن يضاف هذا النص إلى المشروع.

وتناول المشروع مدة العمل وموضوع العمل في المادتين (٨٢٨، ٨٢٩)، وهما تتوافقان مع ما ورد في المادتين (٦٧٨، ٦٨٠) من القانون المدني المصري، والمادتين (١/٨٠٦، ٨٠٩) من القانون المدني الأردني.

وبيّن المشروع الأجر في عقد العمل في المواد (٨٣٠ - ٨٣٤)، فبعد أن افترض الأجر في عقد العمل وعرفه في المادتين (٨٣٠، ٨٣١)، بيّن ما يدخل في نطاقه وذلك في المادتين (٨٣٢، ٨٣٣). ونرى أن أحكام المادة (٨٣٢) كافية وتفي بالغرض المقصود وتغني عن الأحكام التي أوردتها المادة (٨٣٣) لأنها تكرر لما ورد في المادة (٨٣٢) ونرى حذفها من المشروع.

وعرض المشروع في المادة (٨٣٤) لفرض أن يكون موضوع العمل هو التعليم ونصت على أنه: «إذا كان العمل تعليم شيء مما يكون في تعلمه مساعدة من المتعلم للمعلم، ولم يبين في العقد أيهما يستحق اجرا على الآخر، فإنه يتبع في ذلك عرف ذوي الشأن في مكان العمل». هذه المادة مطابقة للمادة (٧٦٥) من الوثيقة، وتتفق مع المادة (٨١٣) من القانون المدني الأردني، والمادة (٥/٤٠٣) من القانون المدني السوداني.

ويلاحظ أن الفقرة الثالثة من المادة (٨٣٩) من المشروع، والتي نصت على أن: «لا يجوز أن يتمسك صاحب العمل بهذا الاتفاق

إذا فسخ العقد أو رفض تجديده دون أن يقع من العامل ما يسوغ ذلك، كما لا يجوز له التمسك بالاتفاق إذا وقع منه ما يسوغ فسخ العامل للعقد»، لم تأخذ بها غالبية التقنينات المدنية العربية المقارنة، وإنما استمدها المشروع من الوثيقة، حيث تطابق المادة (٧٧٠/٣) منها. وقد أحسن المشرع الفلسطيني صنعاً بتبني هذا الحكم.

وقد نصت المادة (٨٤٠) من المشروع على أن: «إذا اتفق على شرط جزائي في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة، وكان في الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء في صناعة صاحب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها جاز للمحكمة إلغاء الشرط أو تعديله».

ويلاحظ على هذه المادة أن المشروع رتب على المغالاة في الشرط الجزائي إما إغائه أو تعديله. ونرى أن قيام المحكمة بتعديل الشرط الجزائي فيه تدخل من قبلها، وهو أمر غير مستحب. هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن تعديل الشرط الجزائي قد لا يكون في مصلحة العامل. ونرى أن إنقاص العقد أفضل وذلك ببطلان الشرط فقط. ومما يجدر ذكره أن المشرع المصري قد رتب في هذه الحالة بطلان الشرط الجزائي وبطالان شرط عدم المنافسة في المادة (٦٨٧) من القانون المدني. ونحن نرى أن ما ذهب إليه المشرع المصري من بطلان شرط عدم المنافسة فيه إجحاف بحق صاحب العمل. وحسناً فعلت بعض التقنينات المدنية المقارنة عندما اكتفت ببطالان الشرط الجزائي، دون امتداد البطلان إلى شرط عدم المنافسة، كما ذهب إلى ذلك القانون المدني الأردني في المادة (٨١٩)، والقانون المدني السوداني في المادة (٣/٤٠٦)، ومشروع القانون المدني العربي الموحد في المادة (٧٧٠).

وعليه نرى أن تحذف عبارة «جاز للمحكمة إلغاء الشرط أو تعديله» واستبدالها بعبارة «كان الشرط غير صحيح».

وعرض المشروع لأحكام اختراع العامل أثناء خدمة صاحب العمل في المادة (٨٤١)، والتي نصت على أن:

«١- إذا وفق العامل إلى اختراع جديد أثناء خدمة صاحب العمل، فلا يكون لصاحب العمل حق في ذلك الاختراع ولو كان العامل قد استنبطه بمناسبة ما قام به من أعمال في خدمته، ما لم تكن طبيعة الأعمال التي تعهد بها العامل تقتضي منه إفراغ جهده في الإبداع، أو إذا كان صاحب العمل قد اشترط صراحة في العقد أن يكون له الحق فيما يهتدي إليه العامل من المخترعات.

٢- إذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية جدية، جاز للعامل في الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقاً لمقتضيات العدالة، ويراعى في التقدير المعونة التي قدمها صاحب العمل، وما استخدم في هذا السبيل من منشأته».

هذا النص مطابق لنص المادة (٦٨٨) من القانون المصري ومستمد منه. ونجد انه قد اغفل الحالة التي يتوصل فيها العامل إلى اختراعه بواسطة ما وضعه صاحب العمل تحت يده من مواد أو أدوات أو منشآت أو أي وسيلة أخرى لاستخدامها لهذه الغاية، وهي الحالة التي عرضت لها القوانين المدنية العربية المقارنة كالأردني والسوداني والوثيقة. كما نرى أن يكون النص شاملاً الاختراع والاكتشاف لأنهما من إبداعات الإنسان وثمره جهده، وكل منهما يختلف عن الآخر. وعليه نرى إعادة صياغة النص

ليكون كما ورد في المادة (٨٢٠) من القانون المدني الأردني وهي كالآتي:

«١- إذا وفق العامل إلى اختراع أو اكتشاف جديد أثناء عمله فلا حق لصاحب العمل في استغلال هذا الاختراع أو الاكتشاف إلا:

أ- إذا اتفق صراحة على أن يكون له الحق في كل ما يهتدي إليه العامل من اختراعات أو اكتشافات.

ب- إذا كانت طبيعة العمل الموكول إلى العامل تستهدف التوصل إلى اختراعات أو اكتشافات.

ج- إذا توصل العامل إلى اختراعه بواسطة ما وضعه صاحب العمل تحت يده من مواد أو أدوات أو منشآت أو أي وسيلة أخرى لاستخدامه لهذه الغاية.

٢- وإذا كان للاختراع أو الاكتشاف في الحالات السالفة أهمية اقتصادية كبيرة كان للعامل أن يطالب صاحب العمل بمقابل خاص يقدر وفقاً لمقتضيات العدالة، ويراعى في تقديره بصفة خاصة ما قدمه صاحب العمل للعامل من معونة».

هذه المادة مطابقة لنص المادة (٧٧١) من مشروع القانون المدني العربي الموحد.

وتناول المشروع أحكام التزامات صاحب العمل في الفرع الثالث، المواد (٨٤٢-٨٤٨)، وهذه المواد متوافقة مع الأحكام الواردة في التقنينات المدنية العربية المقارنة بهذا الخصوص، وتفي بالغرض المقصود منها.

انتهاء عقد العمل: تناول المشروع في الفرع الرابع أسباب انتهاء عقد العمل. وحيث أن عقد العمل من عقود المدة فلا بد أن ينقضي بانتهاء مدته، أو بإنجاز العمل المطلوب، أو بفسخ العقد من أحد طرفيه، أو بوفاة العامل. وقد بيّن المشروع هذه الأحكام في المواد (٨٤٩-٨٥٣)، وهي تتطابق في بعضها وتتوافق في بعضها الآخر مع نصوص التقنينات المدنية العربية المقارنة.

كما أن المشروع حدد سنة واحدة لتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل، وذلك في المادة (٨٥٤)، وهي مطابقة للمادة (٦٩٨) من القانون المدني المصري، وتتفق في أحكامها مع التقنينات المدنية العربية المقارنة.

ويلاحظ أن المشروع لم يأخذ بما جاء في المادة (٨٣٢) من القانون المدني الأردني والتي قررت في فقرتها الأولى أن: «تسري أحكام عقد الإيجار على عقد العمل في كل ما يرد عليه نص خاص»، وهي مطابقة للمادة (٤١٥/١) من القانون المدني السوداني. وبما أن عقد العمل هو نتاج تطور عقود الإيجار الواردة على منافع الأشياء والإنسان واستقل عن عقد إيجار الأشياء لظروف معينة ولطبيعة التعامل، فيكون عقد الإيجار، وبأحكامه العامة، مرجع تشريعي للفروض التي لم يعالجها المشرع في علاقات عقد العمل المتجددة والمتطورة. وعليه، نرى أن يتضمن المشروع هذا النص.

عقد الوكالة

تعريف عقد الوكالة وأركانه: تناول المشروع عقد الوكالة في الفصل الثالث، وعرض له في المواد (٨٥٦ - ٨٨٥)، وبيّن تعريف عقد الوكالة وأركانه في الفرع الأول، والتزامات الوكيل في الفرع الثاني، والتزامات الموكل في الفرع الثالث، وأخيراً انتهاء عقد الوكالة في الفرع الرابع.

وعرّفت المادة (٨٥٦) عقد الوكالة بأنه: «عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل». وهذا التعريف مطابق لما جاء في المادة (٦٩٩) من القانون المدني المصري ومستمد منها.

وعرض المشروع لشرط الشكل في عقد الوكالة، وهو الشكل الواجب توافره في العمل القانوني محل الوكالة، في المادة (٨٥٧)، وهي مطابقة للمادة (٧٠٠) من القانون المدني المصري، والمادة (٧٠٠) من القانون المدني الكويتي.

وقد أحسن المشروع صنفاً بهذا النص، حيث أن كثرة المنازعات والخلافات وتعقيدها التي تنشأ بين الأفراد والتي تتعلق بالوكالة، سواء أكانت بين الوكيل والموكل، أو بين أي منهما والغير، تقتضي أن يكون عقد الوكالة مكتوباً كلما كانت الوكالة متعلقة بتصرف يتطلب القانون كتابته. وهذا ما نصت عليه المادة (٣/٤١٧) من القانون المدني السوداني: «يشترط أن يكون عقد الوكالة كتابة كلما كانت الوكالة متعلقة بتصرف يتطلب القانون كتابته».

ولم يعرض المشروع للشروط الخاصة لصحة عقد الوكالة، كما ذهب غالبية القوانين المدنية العربية المقارنة (المادة ٨٣٤ أردني،

والمادة ٤١٧ سوداني، والمادة ٦٩٩ كويتي، والمادة ٧٨٥ من مشروع القانون المدني العربي الموحد، والمادة ٧٦٨ من الوثيقة).

ورغم أن نظرية العقد تعتبر كافية لتنظيم عقد الوكالة، إلا أن ثمة أحكام خاصة من المستحسن تضمينها فيه. ونرى أن أفراد نص خاص بشروط صحة الوكالة يعزز هذه الشروط، ونرى أن يكون النص كالاتي:

«١- يشترط لصحة الوكالة:

أ- أن يكون الموكل مالكاً حق التصرف بنفسه فيما وكل فيه.

ب- أن يكون الوكيل غير ممنوع من التصرف فيما وكل فيه.

ت- أن يكون الموكل به معلوماً وقابلاً للنيابة.

٢- ولا يشترط لصحة الوكالة بالخصومة رضاء الخصم».

وهذا ما ورد في المادة (٨٣٤) من القانون المدني الأردني.

كما بين المشروع أنواع التصرفات القانونية التي يصح أن تكون محلاً للوكالة والأوصاف التي تلحق بعقد الوكالة، وذلك في المواد (٨٥٨- ٨٦٠). فتناول أحكام الوكالة الخاصة في المادة (٨٥٩).

وباستعراض نص المادة (٧٠٢) من القانون المدني المصري:

«١- لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة،

وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح

والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء.

٢- والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية

تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص،
إلا إذا كان العمل من التبرعات.

٣- والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة
الأمر المحددة فيها، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع
ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري».

ومقارنة هذا النص مع نص المادة (٨٥٨) من المشروع، نجد أن
الفقرة الأولى من المشروع تطابق الفقرة الثالثة من النص
المصري، فيما تطابق الفقرة الثانية من المشروع الفقرة الثانية
من النص المصري.

ولم يشر المشروع إلى أحكام الفقرة الأولى من المادة (٧٠٢)
مدني مصري، وهي توافق أحكام المادة (٨٣٨) مدني أردني،
والمادة (٤٢٠) مدني سوداني. نعتقد انه بإضافة هذه الأحكام
تتكمال الأحكام القانونية للوكالة الخاصة، ويتم تلافي النقص
بها. ونرى أن تكون صياغة الفقرة المقترحة، كما جاء في المادة
(٨٣٨) من القانون المدني الأردني على النحو التالي: «كل عمل
ليس من الأعمال الإدارية والحفظ يستوجب توكيلاً خاصاً محدداً
لنوع العمل وما تستلزمه الوكالة فيه من تصرفات».

وعرض المشروع لأحكام الوكالة العامة في المادة (٨٦٠)،
وأحكامها توافق الأحكام الواردة في القوانين المدنية العربية
المقارنة، وهي تنظم الوكالة العامة وتفي بالمقصود منها.

كما عرض المشروع للقاعدة الكلية والتي تقضي بان الإقرار
اللاحق للتصرف في حكم الوكالة السابقة في المادة (٨١٦).
ويلاحظ أن الدارج في التشريع استعمال عبارة «الإجازة اللاحقة»

والعبارة الصحيحة هي «الإقرار اللاحق»، لأن الإقرار هو تصرف يصدر من أجنبي عن العقد، وهذا هو واقع الحال هنا على خلاف الإجازة وهي أن يوافق المتعاقد على تثبيت عقد سابق قد أبرمه. وعليه، فإن المشروع احسن صنعا بهذه المادة وصياغتها.

وعرض المشروع للآثار التي تترتب على عقد الوكالة، فتناول بالتنظيم التزامات الوكيل في الفرع الثاني، والتزامات الموكل في الفرع الثالث.

التزامات الوكيل: حدد المشروع الالتزامات التي تترتب على الوكيل المنفرد في المواد من (٨٦٢ - ٨٦٥). ونجد أن أحكام هذه المواد متفقة مع الأحكام الواردة في القوانين المدنية الحديثة المقارنة، وإن كان هناك مجال لتحسين الصياغة التشريعية. لذلك، فإننا نقترح إعادة صياغة الفقرة الأولى من المادة (٨٦٢) لتكون مطابقة للمادة (٧٩٢) من الوثيقة وهي كالآتي: «تثبت للوكيل بمقتضى عقد الوكالة ولاية التصرف فيما يتناوله التوكيل دون أن يتجاوز حدوده إلا فيما هو أكثر نفعاً للموكل».

كما بينت المادة (٨٦٦) الأحكام واجبة التطبيق عند تعدد الوكلاء في تنفيذ الوكالة والتي نصت على أنه:

«١- إذا تعدد الوكلاء كانوا مسؤولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك.

٢- لا يسأل الوكلاء ولو كانوا متضامنين عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة أو متعسفاً في تنفيذها.

٣- إذا عين الوكلاء في عقد واحد دون أن يرخص بانفرادهم

في العمل كان عليهم أن يعملوا مجتمعين، ما لم يكن العمل ما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي مثل قبض الدين أو وفائه».

وهذا النص مطابق لما ورد في القوانين المدنية العربية المقارنة (المادة ٧٠٧ مصري، والمادة ٧٠٩ كويتي، والمادة ٧٩٤ من الوثيقة)، ويتفق مع المادة (٢/٨٤٢) أردني. غير أننا نجد أن المشروع لم يعرض لفرض تعدد الوكلاء عند تنفيذ الوكالة وكان لكل منهم عقد مستقل، وهذا ما نصت عليه المادة (٨٤٢) من القانون المدني الأردني في فقرتها الأولى حيث جاء فيها: «إذا تعدد الوكلاء وكان لكل منهم عقد مستقل، كان له الانفراد فيما وكل به». ونرى أن يضاف هذا الحكم كفقرة إلى المادة (٨٦٦) من المشروع وبذلك يكتمل تنظيم تعدد الوكلاء في أحكام المشروع.

وعرض المشروع لأحكام تنفيذ الوكالة من قبل نائب عن الوكيل في المادة (٨٦٧)، ونجد أن هذه المادة مطابقة للمادة (٧١٠) من القانون المدني الكويتي، وتتفق مع أحكام التقنينات المدنية الحديثة والمقارنة.

وتناول المشروع بالتنظيم أحكام الوكيل بالشراء والوكيل بالبيع، على غرار القوانين المدنية: الأردني؛ والسوداني؛ ومشروع القانون العربي الموحد؛ والوثيقة. وقد أحسن صنعا بذلك. هذا على خلاف بعض القوانين المدنية التي تركت تنظيم أحكام الوكيل بالشراء والوكيل بالبيع، للقواعد العامة في عقد الوكالة. وهكذا فقد عرض المشروع للوكيل بالشراء في المواد (٨٦٩-٨٧٢)، فقد نصت المادة (٨٦٩) من المشروع على أن: «للكيل بشراء شيء دون بيان ثمنه أن يشتريه بثمن المثل أو بغبن يسير». ونجد أن هذا

الحكم يصدق على الأشياء التي ليس لها سعر محدد، فإذا كان لها سعر محدد وجب أن يكون الشراء بهذا السعر. ولا يجوز التسامح لو كان الأمر يتعلق بغبن يسير، وهذا ما أخذ به المشرع الأردني في الفقرة الأولى من المادة (٨٤٨). ونرى إضافة عبارة «في الأشياء التي ليس لها سعر معين» في نهاية نص المادة.

ونجد أن النصوص الواردة في المشروع والتي تنظم الوكالة بالشراء والوكالة بالبيع تتفق مع أحكام القوانين المدنية الحديثة المقارنة، وهي تفي بالغرض المقصود منها.

التزامات الموكل: نظم المشروع الالتزامات المترتبة على الموكل في عقد الوكالة، في المواد (٨٧٧-٨٨١). ونجد أن المشروع اعتبر الوكالة عقد معاوضة من حيث الأصل، على غرار القانون المدني الأردني في المادة (٨٥٧)، ومشروع القانون المدني العربي الموحد في المادة (٨٠٨)، والوثيقة في المادة (٨٠٩)، وعلى خلاف بعض القوانين المدنية والتي اعتبرت الوكالة عقد تبرع من حيث الأصل، كالقانون المدني المصري في المادة (٧٠٩)، والقانون المدني الكويتي في المادة (٧١٠). ولا نجد في هذا الاختلاف النظري آثار على التطبيق العملي في الواقع.

كما يلاحظ أن المشروع لم يعرض لبعض صور الوكالة، كأن يأمر أحد غيره بأداء دينه، أو ينفق عليه وعلى أهله، أو يمنح قرضاً أو صدقة لآخر. وبما أن هذه الحالات غالباً ما تثير خلافات ومنازعات حول تكييف العلاقة القانونية بين الموكل والمأمور، فنرى تنظيمها في المشروع كما فعلت قوانين عديدة، كالقانون المدني السوداني في المادة (٤٤٠)، والوثيقة في المادة (٨١٢)، ومشروع القانون المدني العربي الموحد في المادة (٨١١)،

والقانون المدني الأردني في المادة (٨٦٠) والتي نصت على أن:

«١- إذا أمر أحد غيره بأداء دينه من ماله وأداه اعتبر ذلك توكيلاً، ورجع المأمور على الأمر بما أداه سواء شرط الأمر الرجوع أو لم يشترط.

٢- وإذا أمره بان يصرف عليه أو على أهله وعياله، يعود عليه بما صرفه بالقدر المعروف وان لم يشترط الرجوع.

٣- وإذا أمره بإعطاء قرض لآخر أو صدقة أو هبة، فليس للمأمور الرجوع على الأمر إن لم يشترط الرجوع، ما لم يكن الرجوع متعارفاً أو معتاداً».

ونرى الأخذ بهذه الأحكام في المشروع لسد النقص التشريعي وتغطية هذه الحالات.

انتهاء الوكالة: تناول المشروع انتهاء عقد الكالة في المواد (٨٨٢-٨٨٥). ويتبين من هذه النصوص أن الوكالة تنتهي بأسباب مختلفة يمكن تقسيمها إلى فئتين:

١- أسباب ترجع للقواعد العامة، حيث تنتهي انتهاءً مألوفاً كتفويضها، أو انقضاء الأجل المعين لها، كما تنتهي الوكالة قبل تنفيذها كأن يستحيل تنفيذها، أو فقدان الأهلية أو نقصانها أو فسخ عقد الوكالة. وهذه الأسباب لا تثير اشكالات. وقد نص عليها المشروع في الفقرة الأولى من المادة (٨٨٢)، وتتفق أحكامها مع القوانين المدنية الحديثة المقارنة:

٢- أسباب خاصة بعقد الوكالة، وتتمثل بموت الوكيل أو الموكل، وعزل الوكيل. وهذه الأسباب غالباً ما تثير

منازعات في الحالات التي يتعلق بالوكالة حق للغير أو للوكيل. وحفاظاً على حقوق الأطراف سواء أكان الموكل أم الوكيل أو الغير، فلا بد من تنظيمها تنظيماً تشريعياً محكماً للتصدي للحالات المتعددة، والوقائع المعقدة والمنازعات العديدة التي تثار حول الوكالة.

هذا ونصت الفقرة الثانية من المادة (٨٨٢) من المشروع على أن: «إذا انتهت الوكالة بموت الوكيل أو بفقد أهليته، فعلى الوارث أو الوصي إذا علم بالوكالة أن يخطر الموكل بالوفاة أو بفقد الأهلية وله أن يتخذ من التدابير ما يقتضيه الحال لمصلحة الموكل».

وهذا النص يتفق مع أحكام القوانين المدنية المقارنة: المادة (٤/٨٦٢) أردني، والمادة (٧١٩/٢) كويتي، والمادة (٧١٧/٢) مصري.

وبما أن الوكالة من قبيل العقود غير اللازمة، فإنها تنتهي بعزل الوكيل، وكذلك بتنحيه عن الوكالة. وهذا ما نصت عليه المادة (٨٨٣) من المشروع والتي قررت أن: «يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك، فإذا كانت الوكالة باجر فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء إنهاء الوكالة في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول».

وهذا النص مطابق لنص الفقرة الأولى من المادة (٧١٥) من القانون المدني المصري.

وحماية لمن صدرت الوكالة لصالحه نصت المادة (٨٨٤) من المشروع على أن: «إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح الغير فلا تنتهي الوكالة لأي سبب من الأسباب دون رضا من صدرت لصالحه».

وهذا النص مطابق لنص الفقرة الثانية من المادة (٧١٥) من القانون المدني المصري.

وعرضت المادة (٨٨٥) من المشروع لتنحي الوكيل عن الوكالة عندما نصت على أن: «يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك ويتم النزول بإعلانه للموكل».

وفي الواقع نجد أن تنحي الوكيل قد يلحق أضراراً بالغير والذين صدرت الوكالة لصالحهم، فكان يتوجب عدم الاكتفاء بما ورد في المادة (٨٨٤) من المشروع، ونرى أن يتضمن تنحي الوكيل عن الوكالة ما يضمن حقوق الغير الذين صدرت الوكالة لصالحهم. ونرى أن المادة (٧١٨) من القانون المدني الكويتي عالجت هذا الفرض بكل وضوح وشمول، والتي نصت على أن:

«١- للوكيل في أي وقت أن يتنحى عن وكالته ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، ويتم التنحي بإعلانه للموكل، ويكون الوكيل ملزماً بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنحي في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول.

٢- على أنه لا يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة متى كان لأحد من الغير مصلحة فيها إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك، على أن يخطر الغير بهذا التنحي، ويمهله وقتاً كافياً ليتخذ ما يراه مناسباً لرعاية مصالحه».

ونرى أن يكون هذا النص بديلاً عن نص المادة (٨٨٥) من المشروع. وهو يتفق مع أحكام المادة (٨٦٦) من القانون المدني العربي الموحد، والمادة (٧١٦) من القانون المدني المصري.

كما نجد أن المشروع لم يعرض لبعض الحالات التي تقتضي عزل الوكيل بالخصومة والتي أشار إليها القانون المدني الأردني في المادة (٨٦٧) والتي نصت على أن «ينعزل الوكيل بالخصومة إذا اقر عن موكله في غير مجلس القضاء، كما ينعزل إذا استثنى الإقرار من الوكالة فأقر في مجلس القضاء أو خارجه».

وهذا ما أخذ به مشروع القانون المدني العربي الموحد في المادة (٨١٨)، والوثيقة في المادة (٨١٩). ونرى الأخذ بهذا النص في المشروع حماية للموكل من تجاوز الوكيل والأضرار التي تلحق بالموكل.

عقد الوديعة

نظم المشروع عقد الوديعة في المواد (٨٨٦-٩٠٦). وقد عرّف المشروع عقد الوديعة ثم بيّن التزامات المودع لديه والمودع، وذلك في فرعين اثنين وسنستعرض هذه النصوص فيما يلي:

عرفت المادة (٨٨٦) من المشروع عقد الوديعة بأنه: «عقد يلتزم بمقتضاه شخص أن يتسلم شيئاً من آخر، على أن يتولى حفظه وأن يرده عيناً». وهذا النص مستمد من المادة (٧١٨) من القانون المدني المصري، ويطابق نص المادة (٧٢٠) من القانون المدني الكويتي، ونص المادة (٨١٩) من مشروع القانون المدني العربي الموحد، والمادة (٨٢٠) من الوثيقة. بينما عرّف القانون المدني الأردني الإيداع في الفقرة الأولى من المادة (٨٦٨) بأنه: «عقد يخول به المالك غيره بحفظ ماله، ويلتزم به الآخر حفظ هذا المال ورده عيناً». وميِّز بين الإيداع كعقد والوديعة والتي عرفها في الفقرة الثانية من ذات المادة بأنها: «المال المودع في يد أمين لحفظه».

هذا ونجد أن المشروع لم يتعرض لشروط عقد الوديعة، إنما اكتفى بالأحكام العامة لتنظيم هذا العقد، على خلاف بعض القوانين الأخرى، كالقانون المدني الأردني والذي نص في المادتين (٨٦٩)، (٨٧٠) على أن تكون الوديعة مالاً قابلاً لإثبات اليد عليها، وأن يتم عقد الإيداع بقبض المال حقيقة أو حكماً.

ومما يجدر ملاحظته أن المشروع اخذ بالاتجاه التشريعي الذي يدخل عقد الوديعة في إطار العقود الرضائية، ولم يشترط التسليم (تسليم الوديعة) للمودع لديه، وهذا على خلاف ما ذهب إليه القانون المدني الأردني في المادة (٨٦٨)، والقانون المدني

السوداني في المادة (٤٤٥)، ومشروع القانون المدني العربي الموحد في المادة (٨٢١) والتي اعتبرت أن عقد الوديعة هو عقد عيني يتوجب لانعقاده أن يتم قبض الوديعة حقيقة أو حكماً.

ونرى اعتبار عقد الوديعة عقد رضائي ينعقد بمجرد توافق الإرادتين، ويرتب التزام في جانب المودع لديه ليطلب تسليم الوديعة من المودع. ويتأمل عقد الإيداع نجد أنه ينعقد ويرتب آثاره بتسليم الوديعة للمودع لديه، أما قبل التسليم فلا يكون هناك عقد إيداع. والقول بأنه يرتب التزام التسليم فهو قول يتعارض مع الركن الأساس في هذا العقد وهو رد الوديعة. وعليه، فإن ما ذهب إليه المشرع الأردني والقوانين التي سارت على نهجه، أكثر انسجاماً مع ماهية عقد الوديعة. فلا يمكن تصور ترتب الالتزامات الناشئة عن عقد الوديعة، كحفظها وردها إلا بعد أن تكون الوديعة بين يدي المودع لديه، ونرى الأخذ بهذا الاتجاه.

التزامات المودع لديه: وعرض المشروع لالتزامات المودع لديه في الفرع الأول، ويبيّن أحكامها في المواد (٨٨٧-٨٩٦). ونجد أن المودع لديه يلزم وفقاً لأحكام المشروع بأن يتسلم الوديعة وأن يقوم بحفظها وأن يردها للمودع. ونجد أن النصوص التي أوردها المشروع لتنظيم هذه الالتزامات تتطابق في بعضها مع بعض القوانين المدنية المقارنة، وتتفق مع بعضها الآخر. وعليه، فإنها نظمت هذه الوقائع بصورة وافية.

إلا أننا نجد أن المشروع لم يعرض لفرض تعدد المودع لديهم، كأن يقوم المودع بإيداع الوديعة لدى أكثر من شخص. وهو الفرض الذي يتوجب تنظيمه، كما فعل القانون المدني الأردني في المادة (٨٧٨) والتي نصت على أن: «إذا تعدد المودع لديهم وكانت الوديعة لا تقبل القسمة جاز حفظها لدى أحدهم بموافقة

الباقين أو بالتبادل بينهم، فإن كانت تقبل القسمة جازت قسمتها بينهم ليحفظ كل واحد منهم حصته».

وهذا ما اخذ به القانون المدني السوداني في المادة (٤٥١)، ومشروع القانون المدني العربي الموحد في المادة (٨٢٩)، والمادة (٨٣٠) من الوثيقة. ونرى إضافة هذا النص إلى المشروع لينظم هذا الفرض. كما نجد أن المشروع تصدى لفرض وفاة المودع لديه في المادة (٨٩٥) والتي نصت على أن:

«١- إذا مات المودع لديه ووجدت الوديعة عيناً في تركته، فهي أمانة في يد الورثة وعليهم ردها إلى صاحبها.

٢- إذا اثبت الورثة أن المودع لديه قد رد الوديعة، أو أنها هلكت أو فقدت منه بسبب أجنبي قبل الوفاة أو بعدها، فلا ضمان على التركة.

٣- إذا مات المودع لديه مجهلاً للوديعة، ولم توجد في تركته فإنها تكون ديناً فيها، ويشارك صاحبها باقي الدائنين».

ويلاحظ أن المشروع قد اخذ أحكام هذا النص من المادة (٨٨١) من القانون المدني الأردني، غير أننا نلاحظ أن المشروع لم يعالج فرض هلاك الوديعة أو ضياعها بعد وفاة المودع لديه، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية في البند (ب) من المادة (٨٨١) من القانون المدني الأردني.

ونرى حتى يكتمل الحكم، إضافة هذه الفقرة بعد الفقرة الثانية من المشروع لتكون كالآتي: «٣- إذا عرفها الوارث ووصفها وأظهر أنها هلكت أو فقدت منه بعد وفاة المورث بسبب أجنبي، فلا ضمان على التركة».

ويبين المشروع الحكم واجب التطبيق في حالة بيع ورثة المودع لديه الوديعة في المادة (٨٩٦) والتي نصت على أن: «إذا باع ورثة المودع لديه الوديعة وهم حسني النية فليس عليهم لمالكها إلا رد ما قبضوه من الثمن أو النزول له عن حقوقهم على المشتري، وأما إذا تصرفوا فيها تبرعاً فإنهم ملزمون بقيمتها وقت التبرع».

ومما يلاحظ أن المشروع عرض لغرض حسن نية ورثة المودع لديه، ولم ينظم حكم هذا الغرض بصورة مطلقة، وكان الأجدر أن يكون النص عام يغطي كل الفروض، سواء أتم البيع بحسن نية أم بسوء نية، كما فعل المشرع الأردني في المادة (٨٨٢) والتي نصت على أن:

«١- إذا مات المودع لديه، فباع ورثة الوديعة وسلمها للمشتري فهلكت، فصاحبها بالخيار بين تضمين البائع أو المشتري قيمتها يوم البيع إن كانت قيمة، أو مثلها إن كانت مثيلة.

٢- إذا كانت الوديعة قائمة بيد المشتري يخير صاحبها إن شاء أخذها ورد البيع، وإن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن».

وهذا ما اخذ به القانون المدني السوداني في المادة (٤٥٥)، ومشروع القانون المدني العربي الموحد في المادة (٨٣٣)، والمادة (٨٣٤) من الوثيقة. ونجد أن هذا النص غطى تنظيم الفروض كافة في حالة بيع ورثة المودع لديه الوديعة أو التصرف فيها. ونرى أن تعاد صياغة نص المادة (٨٩٦) من المشروع وأن تكون كما جاء في المادة (٨٨٢) من القانون المدني الأردني.

التزامات المودع: وعرض المشروع للتزامات المودع في الفرع الثاني، ويبين أحكامها في المواد (٨٩٧-٩٠٢) وهي: دفع الأجرة إذا كانت الوديعة بأجر؛ ورد نفقات حفظ الوديعة للمودع لديه؛ وتعويض الأضرار التي لحقت بالمودع لديه نتيجة الوديعة.

ونجد أن غالبية هذه النصوص مستمدة من المواد (٨٨٣-٨٨٨) من القانون المدني الأردني، وهي موافقة لأحكام القوانين المدنية الحديثة المقارنة. غير أن الملاحظ أن المادة (٨٩٨) من المشروع أخذت بالفقرة الأولى من المادة (٨٨٤) من القانون المدني الأردني، ولم تعرض لأحكام الفقرة الثانية منها، رغم أنها تنظم فرض غياب المودع وتستدعي الحاجة الإنفاق على الوديعة.

ولا نعتقد أن ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٨٩٩) من المشروع تفي بهذا الغرض. وعليه، نرى أن تصاف الفقرة الثانية من المادة (٨٨٤) من القانون المدني الأردني إلى المادة (٨٩٨) من المشروع وتكون كالاتي: «٢- فإذا كان المودع غائباً جاز للمودع لديه أن يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر فيه بما تراه».

وهذا ما اخذ به مشروع القانون المدني العربي الموحد في المادة (٨٣٥/٢)، وكذلك الوثيقة في المادة (٨٣٧).

ومما يجدر ذكره أن المشروع تناول بالتنظيم أحكام تعدد ورثة المودع لديه، في الفقرة الثانية من المادة (٩٠٢). وقد أحسن صنعاً بذلك، حيث أن المشرع الأردني لم يأخذ بهذه الأحكام ولم يشر إليها.

وتناول المشروع الأحكام الخاصة ببعض الودائع في المواد (٩٠٣-٩٠٥)، وهذه الأحكام تتفق في نصوصها مع نصوص القوانين المدنية الحديثة والمقارنة، وهي تفي بالغرض المطلوب.

هذا وقد أشار المشروع إلى إنهاء عقد الوديعة بطلب من المودع أو المودع لديه في المادة (٩٠٦). غير انه لم يعرض لفرض تعرض المودع لديه لفقدان أهليته بسبب الجنون. وعلى خلاف بعض القوانين المدنية المقارنة، كالقانون المدني السوداني في

المادة (٤٦١)، ومشروع القانون العربي الموحد في المادة (٨٤١)،
والوثيقة في المادة (٨٤٣)، والتي استمدت أحكامها من المادة
(٨٩٣) من القانون المدني الأردني والتي نصت على أن:

«١- إذا عرض للمودع لديه جنون لا ترجى إفاقته أو صحوته
منه، وأثبت المودع الوديعة في مواجهة الولي أو الوصي،
فان كانت موجودة عيناً ترد إلى صاحبها، وان كانت غير
موجودة يستوفي المودع ضمانها من مال المجنون على
أن يقدم كفيلاً مالياً.

٢- وإذا أفاق المودع لديه وادعى ردها أو هلاكها بدون تعد
أو تقصير صدق بيمينه واسترد من المودع أو كفيله ما
أخذ من ماله بدلاً من الوديعة».

ونرى الأخذ بهذه المادة في المشروع لأهميتها.

هذا ويلاحظ أن المشروع لم يتناول أسباب انتهاء عقد الوديعة
كما ذهب الوثيقة في المادة (٨٤٥) والتي نصت على أن:

«ينتهي الإيداع:

١- بموت المودع لديه ما لم يتفق على غير ذلك.

٢- بانقضاء الأجل المتفق عليه.

٣- برد الوديعة رضاء أو قضاء

وان كانت هذه الأسباب هي من قبيل الأسباب العامة والتي تتولى
القواعد العامة تنظيمها، ويمكن الاكتفاء بها، غير أننا لا نرى
ضير من إيرادها في المشروع، ونقترح إضافتها كما ذهب
المشروع في العقود الأخرى».

عقد الحراسة

نظم المشروع عقد الحراسة فبدأ بتعريف عقد الحراسة، ثم تناول أحكام الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية، وبيّن حقوق الحراسة والتزاماتها، وأخيراً لانتهااء الحراسة وذلك في المواد (٩٠٧-٩٢٠).

وعرّفت المادة (٩٠٧) من المشروع الحراسة بأنها: «عقد يعهد بمقتضاه الطرفان إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع، أو يكون الحق فيه أو مجموع من المال يكون في شأنه نزاع، أو يكون الحق فيه غير ثابت فيتكفل هذا الشخص بحفظه وإدارته ويرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه».

ورغم أن التعاريف القانونية ليست من مهام المشرع إنما تترك عادة للفقهاء، نجد أن هذا التعريف مستمد من المادة (٧٢٩) من القانون المدني المصري ومطابق لها. ويلاحظ على هذا التعريف التزايد والتكرار وعدم الشمول مما يتعارض مع مفهوم التعريف القانوني، ونرى أن تعاد صياغة هذه المادة لتكون كالآتي:

«الحراسة عقد يعهد بمقتضاه بوضع مال متنازع فيه بيد أمين، ليقوم بحفظه وإدارته على أن يرده مع غلته إلى من يثبت الحق فيه». وهذا التعريف يتلافى التزايد فيه ما يمكن أن يكون محلاً للحراسة، ويتسع ليشمل الحراسة القضائية ويتجنب التكرار.

وتناول المشروع الحراسة الاتفاقية في المادة (٩٠٨) والتي نصت على أن: «إذا اتفق الطرفان على وضع المال في يد شخصين أو أكثر فلا يجوز لأحدهم الانفراد بحفظه أو إدارته أو التصرف في غلته بغير قبول الباقيين».

هذه المادة مطابقة للمادة (٨٩٥) من القانون المدني الأردني، وتتفق مع القوانين المدنية الحديثة المقارنة.

كما بيّن المشروع أحكام الحراسة القضائية في المواد (٩٠٩-٩٠٢). وتناولت بالتفصيل أحكام الحراسة على أموال الوقف في المادة (٩٠١). ونجد أن الفقرة الأولى منها غفلت عن حالة «النزاع بين المتولي والناظر عليه»، وهذا ما سارت عليه القوانين المدنية المقارنة، كالقانون المدني الأردني في المادة (٨٩٧)، والسوداني في المادة (٤٦٥). وعليه، نرى أن تضاف هذه العبارة ليكتمل النص فتكون الفقرة كالاتي: «أ- إذا كان الوقف شاغراً أو قام نزاع بين المتولين عليه، أو بين متول وناظر عليه، أو كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل المتولي، تنتهي الحراسة في هذه الأحوال إذا عين متول على الوقف سواء كان بصفة مؤقتة أم كان بصفة دائمة».

وباستعراض نص المادة (٩١٢) من المشروع، نجد أن ثمة خطأ طباعي ورد فيها كلمة «بغرض» والصحيح هو «بفرض». كما نرى إعادة صياغة هذه المادة حيث ورد فيها أن تطبق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع الأحكام المنصوص عليها في هذا الفصل. ونرى أن يقتصر النص على عبارة «لا تتعارض مع طبيعة الحراسة»، حيث أنها تكفي للغرض المقصود منها.

فيكون النص المقترح كالاتي: «يحدد الاتفاق أو القرار الصادر بفرض الحراسة حقوق الحارس والتزاماته وماله وإلا طبقت أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة الحراسة».

ونظمت المواد (٩١٣-٩١٨) حقوق الحارس والتزاماته، وتناولت التزامات الحارس وهي: استلام المال؛ والتزام المحافظة عليه؛ وإدارته؛ والتزام تقديم كشف حساب يبين فيه المركز المالي للمال؛ وأخيراً التزام الحارس برد المال وغلته.

كما نظم المشروع حقوق الحارس وهي: حقه في الأجر إذا كانت الحراسة باجر؛ وحق الحارس باسترداد المصاريف التي أنفقها على المال محل الحراسة وبنتيجة لها. وهذه النصوص نظمت هذه الأحكام بصورة وافية وشاملة وتتفق وأحكام القوانين المدنية الحديثة المقارنة.

وأخيراً عرض المشروع لانتهاء الحراسة في المادتين (٩١٩، ٩٢٠). ونجد أن المادة (٩٢٠) نصت على أن: «تنتهي الحراسة باتفاق من ذوي الشأن أو بقرار من القاضي وعلى الحارس حينئذ أن يبادر إلى رد ما في عهده إلى من يتفق عليه ذوو الشأن أو يعينه القاضي».

وهذا النص مطابق للمادة (٧٣٨) من القانون المدني المصري، غير أننا نجد أن ثمة حالة لانتهاء الحراسة لم يعرض لها النص، وهي حالة انتهاء الحراسة بثبوت الحق لأحد الطرفين وحسم النزاع. وعليه، نرى إعادة صياغة هذا النص ليشمل هذه الحالة والأخذ بنص المادة (٩٠٨) من القانون المدني الأردني والتي نصت على أن: «تنتهي الحراسة بإتمام العمل، أو باتفاق ذوي الشأن، أو بحكم القضاء وعلى الحارس عندئذ أن يبادر إلى رد ما في عهده إلى من يتفق عليه ذوو الشأن أو يعينه المحكمة».

عقود الغرر

تناول المشروع تنظيم عقود الغرر في الباب الرابع، وذلك في فصول ثلاثة: الفصل الأول وخصه بالرهان والمقامرة؛ والفصل الثاني المرتب مدى الحياة؛ والفصل الثالث عقد التأمين.

الرهان والمقامرة

نصت المادة (٩٢١) من المشروع على أن:

«١- يكون باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان.

٢- ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك، وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق».

هذه المادة مطابقة لنص المادة (٧٣٩) من القانون المدني المصري. ويلاحظ أن المشروع منع عقود المقامرة والرهان، وبصورة مطلقة، وذلك على خلاف القانون المصري والذي استثنى في المادة (٨٤٠) عقود الرهان والتي تنصب على الألعاب الرياضية، وما يرخص به قانوناً من أوراق اليانصيب، وهذا ما أخذ به المشرع السوري في المادة (٧٠٦) من القانون المدني.

بينما نجد المشرع الأردني قد ميّز بين عقود الرهان وعقود المقامرة، فأجاز عقد الرهان في السباق والرمية وفيما هو من الرياضة أو الاستعداد لأسباب القوة وأقرها، متفقاً بذلك مع الفقه الإسلامي، على غرار القانون المصري وغالبية القوانين

الحديثة المقارنة. ونظم عقد الرهان الجائز بنصوص قانونية في المواد (٩١٠-٩١٤) من القانون المدني الأردني، والتي يقابلها المواد (٨٥٨-٨٦٤) من مشروع القانون المدني العربي الموحد. ونرى أن ما اخذ به المشرع الأردني في تنظيمه لعقود الرهان غير المحظورة قد غطى النقص التشريعي في القوانين التي أجازت هذه العقود ولم تنظمها تشريعياً.

واعتبر المشرع الأردني أن عقود المقامرة على الإطلاق وعقود الرهان محظورة وباطلة، وذلك في المادة (٩١٥). ونرى أن ينظم المشروع، هدياً بالفقه الإسلامي وما سارت عليه القوانين المعاصرة، الأخذ بجواز عقود الرهان التي تنصب على الألعاب الرياضية أو الاستعداد لأسباب القوة، لأنها لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية وتتفق مع القوانين المعاصرة ولا تخالف القواعد العامة طالما أنها نظمت هذه العقود.

المرتب مدى الحياة

نظم المشروع المرتب مدى الحياة في المواد (٩٢٢-٩٢٧)، وعرض فيها لإنشاء المرتب مدى الحياة. فتناول مصدر المرتب ويبيّن أن المرتب ينشأ إما عن عقد بعوض أو بغير عوض وإما بوصية. غير أن المشروع اشترط لصحة المرتب مدى الحياة أن يكون مكتوباً، فهذا العقد لا ينعقد إلا بالكتابة، والكتابة هنا شرط انعقاد وليس للإثبات فقط. كما راعى المشروع الشكل الواجب في عقود التبرع، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٩٢٣) من المشروع حيث قررت أن: «العقد الذي يرتب المرتب مدى الحياة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً، وذلك دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقد التبرع...».

هذا النص مطابق لنص المادة (٧٤٣) من القانون المدني المصري، ويتفق مع أحكام القوانين المدنية المعاصرة (المادة (٣/٩١٦) أردني، والمادة (٣/٤٧٣) سوداني، والمادة (٨٦٥) من مشروع القانون المدني العربي الموحد، والمادة (٣/٨٦٨) من الوثيقة).

كما نظم المشروع المدة التي يدوم فيها المرتب وذلك في المادة (٩٢٥)، وهي مطابقة لنص المادة (٩١٧) من القانون المدني الأردني وتتفق مع أحكام القوانين الحديثة المقارنة.

كما نظم المشروع الالتزام بأداء هذا المرتب وجزاء الإخلال به، في المادتين (٩٢٦، ٩٢٧)، وهما مطابقتان للمادتين (٧٤٥، ٧٤٦) من القانون المدني المصري على التوالي. ونرى أن يعاد ترتيب هاتان المادتان على غرار ترتيب القانون المدني المصري باعتبارهما المصدر المادي والتاريخي لهما.

عقد التأمين

نظم المشروع عقد التأمين فعرض لأركان عقد التأمين في الفرع الأول، ثم عالج آثار عقد التأمين حيث بين التزامات المؤمن له والتزامات المؤمن في الفرع الثاني، تم بين الأحكام الخاصة ببعض أنواع التأمين في الفرع الثالث. ونظراً لماهية عقد التأمين سواء من حيث تنوع محله وتعدد المخاطر وتنوعها مما يقتضي أن تتغير أحكام التأمين، وهذا بدوره يستوجب وجود تشريعات خاصة بالتأمين وأنواعه، فرأى البعض أن يستقل عقد التأمين بقانون خاص لأن أحكام التأمين عرضة لكثرة التغيير، ويحسن أن تستقل بتنظيم تشريعي خاص. وهذا ما أخذت به الوثيقة والتي لم تنظم عقد التأمين في إطار القانون المدني الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي، ونصت في المادة (٨٧٢) على أن: «أحكام التأمين تنظمها القوانين الخاصة». ونجد أن المشرع السوداني تأثر بهذا الاتجاه فلم يعرض لأحكام عقد التأمين إلا في المواد (٤٧٥-٤٨٢) ولم يعرض لآثار عقد التأمين ولم يتناول أحكام بعض أنواع التأمين، وإنما اكتفى بنص المادة (٤٨٣) من القانون المدني والتي قررت أن: «الأحكام الخاصة بعقود التأمين المختلفة والتي لم ترد في هذا القانون تنظمها القوانين الخاصة».

وهذا على خلاف غالبية القوانين المدنية الحديثة المقارنة والتي تناولت القواعد الكلية للتأمين وأحكامه العامة والتي تكون غير قابلة للتغيير^١.

وهذا ما سار عليه المشروع عندما نظم القواعد العامة لعقد التأمين في المواد (٩٢٨-٩٦٣).

^١ انظر السنهوري، الوسيط، الجزء ٧، ص ١٠٨٤.

أركان عقد التأمين: عرفت المادة (٩٢٨) من المشروع التأمين بأنه: «عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر، في حال وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها له المؤمن». وهذا النص مطابق للمادة (٧٤٧) من القانون المدني المصري، ورغم أن أحكام هذه المادة تتوافق مع أحكام القوانين المدنية الحديثة المقارنة إلا أننا نستحسن صياغة نص المادة (٩٢٠) من القانون المدني الأردني والتي عرفت التأمين بأنه: «عقد يلتزم به المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيرداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده، أو تحقيق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل مبلغ محدد أو أقساط دورية يؤديها المؤمن له للمؤمن».

تناول المشروع الشروط الواجب توافرها في محل التأمين في المادتين (٩٣٠، ٩٣١)، حيث نصت المادة (٩٣٠) على أن: «يكون محلاً للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة تعود على الشخص من عدم وقوع خطر معين». هذه المادة مطابقة للمادة (٧٤٩) من القانون المدني المصري، وتتفق مع أحكام المادة (٧٧٦) من القانون المدني الكويتي.

ونصت المادة (٩٣١) من المشروع على أن: «لا يجوز أن يكون محلاً للتأمين كل ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب». وهي مستمدة من المادة (٩٢١) من القانون المدني الأردني، وتتفق مع المادة (٤٨٠) في فقرتها (ج) من القانون المدني السوداني، والمادة (١٠٧٣) من القانون المدني اليمني.

ويلاحظ أن أحكام المادة (٩٣١) تكفي للوصول للنتائج المتوخاة من المادة (٩٣٠)، حيث لا يتصور أن تكون المصلحة الاقتصادية غير المشروعة غير متعارضة مع مبادئ الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب العامة، وعليه نرى الاكتفاء بنص المادة (٩٣١) من المشروع لأن أحكامها اعم وأشمل من أحكام المادة (٩٣٠) منعاً للتكرار والتزيد التشريعي، ونرى حذف المادة (٩٣٠) من المشروع.

وحماية للمؤمن له وتحسيناً لحقوقه قررت المادة (٩٣٢) من المشروع بطلان بعض الشروط التي ترد في وثيقة التأمين. وهي تتفق مع ما ورد في القوانين المدنية الحديثة المعاصرة، غير أننا وتحسيناً للصيغة نرى إعادة صياغة الفقرة «أ» من ذات المادة واستبدال عبارة «مخالفة القوانين» بعبارة «مخالفة التشريعات» لأن هذه الأخيرة أكثر دقة وتفي بالغرض المقصود منها.

كما نرى إعادة صياغة الفقرة (ج) من ذات المادة باستبدال عبارة «تؤدي إلى البطلان أو السقوط» بعبارة «تؤدي إلى بطلان العقد أو سقوط حق المؤمن له».

التزامات المؤمن له: كما نظم المشروع التزامات المؤمن له في الفرع الثاني، في المادتين (٩٢٦ . ٩٣٥)، ونجد أن المادتين مطابقتين للمادتين (٩٢٧ . ٩٢٨) من القانون المدني الأردني، وما أخذ به المشرعين المدنيين الكويتي واليميني.

غير أننا نرى إعادة صياغة نص الفقرة الأولى من المادة (٩٣٦) لتكون كنص الفقرة الأولى من المادة (٩٢٨) من القانون المدني الأردني بحيث تصبح: «إذا كتم المؤمن له بسوء نية أمراً أو قدم بياناً غير صحيح بصورة تقلل من أهمية الخطر المؤمن منه أو

تؤدي إلى تغيير في موضوعه أو إذا أخل عن غش بالوفاء بما تعهد به، كان للمؤمن أن يطلب فسخ العقد، ويجوز له أن يطالب بالأقساط المستحقة قبل هذا الطلب».

ونظم المشروع التزامات المؤمن له أو المستفيد متى تحقق الخطر المؤمن منه. وفي حالة التأمين على الحياة متى حل أجل العقد سواء أكان هذا الأجل هو موت المؤمن له أو يكون أجلاً معيناً يعيش بعد انقضائه، وذلك في المواد (٩٣٧-٩٤١)، وهي في مجموعها مستمدة من أحكام القانون المدني الأردني (المواد ٩٢٩-٩٣١) وهي تتفق مع القوانين المعاصرة المقارنة.

وبينت المادة (٩٤١) من المشروع تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين والتي نصت على أنه:

«١- تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بعد انقضاء ثلاث سنوات على حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى.

١- ومع ذلك لا تسري هذه المدة:

أ- في حالة إخفاء المؤمن له البيانات المتعلقة بالخطر المؤمن منه، أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة إلا في اليوم الذي علم به المؤمن بذلك.

ب- في حالة وقوع الحادث المؤمن منه إلا من اليوم الذي علم فيه ذو الشأن بوقوعه».

وهذا النص مطابق للفقرتين (أ، ب) من المادة (٨٠٧) من القانون المدني الكويتي، ونرى إعادة صياغة هذه المادة لتتلافى عبارة «ذو الشأن» لأنها أوسع مما قصد المشرع.

ونرى أن يكون النص كالاتي:

« ١- تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بعد انقضاء ثلاث سنوات على حدوث الواقعة التي تولدت عنها، أو على علم ذي المصلحة بوقوعها.

١- ولا يبدأ سريان هذه المادة في حالة إخفاء المؤمن له البيانات المتعلقة بالخطر المؤمن منه، أو تقديمه بيانات غير صحيحة إلا من تاريخ علم المؤمن بذلك».

كما نجد المشروع نص في المادة (٩٤٢) منه على أن يقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد. وهذا النص مطابق لنص المادة (٧٥٣) من القانون المدني المصري، ونرى انه تطبيق للقواعد العامة.

أحكام خاصة ببعض أنواع التأمين: أفرد المشروع لبعض صور التأمين في الفرع فتناول أحكام التأمين التعاوني التبادلي، والتأمين من الحريق، والتأمين على الحياة.

١- التأمين التعاوني التبادلي: عرض المشروع لصورة من صور التأمين والتي تتمثل بالتأمين التعاوني التبادلي والتي نصت عليها المادة (٩٤٣)، والتي قررت أن:

«١- يجوز قيام عدة أشخاص بأعمال التأمين التعاوني التبادلي، وذلك باشتراكهم بخصص نقدية لتعويض من يصيبه ضرر منهم، سواء في النفس أو في المال أو في المسؤولية المدنية، فإذا لم يكف راس المال لتعويض الضرر يقوم المساهمون كل بقدر حصته بدفع المبالغ اللازمة لجبر الضرر.

- ١- يعد كل عضو في هذا النظام مؤمناً لديه بطريقة التعاون.
- ٢- يجوز الاتفاق على استثمار هذه الأموال ويوزع ناتج الاستثمار على الأعضاء وفقاً لما يتم الاتفاق عليه».

هذه الأحكام مستمدة من المادة (٨٨١) من مشروع القانون المدني العربي الموحد. ولا مقابل لهذه المادة في غالبية القوانين المدنية الحديثة المقارنة، كالقانون المدني الأردني، والمصري، والكويتي، واليميني. ونرى أن المشروع أراد بهذا النص فتح المجال أمام التعاونيات التأمينية لتلبية الخدمات التأمينية لأعضاء هذه التعاونيات، حسب قدراتهم وإمكانياتهم المالية. ونرى في هذا الاستحداث ما يفيد قطاعات واسعة من أفراد المجتمع الفلسطيني من توقي الأخطار وما ترتبه عليهم من أضرار قد لا تسعفهم إمكاناتهم لتلافيها. وعليه، فإن المشروع أحسن صنفاً بهذا النص.

- ٢- التامين ضد الحريق: نظم المشروع الأحكام الخاصة بالتأمين من الحريق في المواد (٩٤٤-٩٥١)، وفي غالبيتها مطابقة للمواد (٩٣٣-٩٤٠) من القانون المدني الأردني.

غير أننا نلاحظ أن المادة (٩٥١) من المشروع، والتي تقابل المادة (٩٤٠) أردني، والمادة (٧٧٠) مصري، قد سقطت من الفقرة الثانية منها عبارة «ولو بكتاب مضمون». وعليه، نرى إعادة صياغة هذه المادة وإضافة هذه العبارة لتصبح صياغة الفقرة الثانية كالآتي: «٢- إذا سجلت هذه الحقوق أو أبلغت إلى المؤمن ولو بكتاب مضمون، فلا يجوز له أن يدفع ما هو ملزم به للمؤمن له إلا برضاء أولئك الدائنين».

- ٣- التامين على الحياة: نظم المشروع التأمين على الحياة في المواد (٩٥٢-٩٦٢)، حيث بين التزام المؤمن بدفع

مبلغ التأمين للمؤمن له أو إلى المستفيد عند وقوع الحادث المؤمن منه. وهذا النص يتفق مع القانونين المدنيين الأردني والمصري في المادتين (٩٤١) و(٧٥٤) منهما على التوالي.

واشترط لنفذ عقد التأمين على حياة الغير موافقته خطياً، وذلك في المادة (٩٥٣). ومما يلاحظ أن المشروع أخذ الفقرة الأولى من هذه المادة من المادة (٩٤٢) من القانون المدني الأردني، بينما استمد أحكام الفقرة الثانية من الفقرة الثانية من المادة (٧٥٥) من القانون المدني المصري. وعليه، فإن التوفيق بين هاذين النصين غير ممكن، حيث أن اشتراط الكتابة بمقتضى القانون المدني الأردني هو لنفذ العقد، أما نص الفقرة الأولى من المادة (٧٥٥) مدني مصري فقررت بطلان التأمين على حياة الغير، مما يتوجب حذف الفقرة الثانية من المادة (٩٥٣) من المشروع لتنسيق النصوص وانسجام الأحكام القانونية.

وبيّن المشروع أحكام انتحار المؤمن على حياته، في المادة (٩٥٤). وهي مطابقة لأحكام الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٧٥٦) من القانون المدني المصري. ويلاحظ أن المشروع لم يأخذ بأحكام الفقرة الثالثة من ذات المادة، وقد أحسن صنعا بعدم إجازة تأمين الانتحار، للحد من هذه الظاهرة وعدم التشجيع عليها. وهذا ما سار عليه المشرع الأردني في المادة (٩٤٣) من القانون المدني.

وبيّن المشروع أحكام سقوط حق المؤمن له في التأمين على حياة شخص آخر غير المؤمن له، في المادة (٩٥٥). وهي مطابقة للمادة (٧٥٧) من القانون المدني المصري، وموافقة لأحكام المادة

(٩٤٤) من القانون المدني الأردني.

كما نظم المشروع أحكام تعيين المستفيد من مبلغ التأمين، في المادة (٩٥٦)، وهي مطابقة للمادة (٧٥٨) من القانون المدني المصري، وموافقة لأحكام المادة (٩٤٥) من القانون المدني الأردني.

وبيّن المشروع إمكانية تحلل المؤمن له من عقد التأمين على الحياة ومن دفع الأقساط، في المادة (٩٥٧). وهي مطابقة للمادة (٩٤٦) من القانون المدني الأردني، وموافقة لأحكام المادة (٧٥٩) من القانون المدني المصري.

كما تعرض المشروع للآثار المترتبة على تقديم البيانات الخاطئة والغلط في سن الشخص الذي عقد التأمين على حياته، في المادة (٩٥٨)، وهي مطابقة للمادة (٩٤٧) من القانون المدني الأردني، والمادة (٧٦٤) من القانون المدني المصري. كما بيّن المشروع عدم حلول المؤمن محل المؤمن له أو المستفيد في الرجوع على المسؤول عن الحادث، وذلك في المادة (٩٥٩)، وهي مطابقة للمادة (٧٦٥) من القانون المدني المصري، وموافقة للمادة (٩٤٨) من القانون المدني الأردني. كما بيّن المشروع أن مبلغ التأمين لا يدخل في تركة المؤمن له عند وفاته ولا يكون لدائنيه حق فيه، وذلك في المادة (٩٦٠)، وهي مطابقة لنص المادة (٩٤٩) من القانون المدني الأردني، وهي تطبيق للقواعد العامة في الاشتراط لمصلحة الغير.

ونص المشروع على حق المؤمن له في تخفيض التأمين والشروط الواجب توافرها لذلك. وكذلك على تصفية التأمين وشروطها، في المواد (٩٦١ - ٩٦١)، وهي تطابق المواد (٧٦٠، ٧٦٢، ٧٦٣) من القانون المدني المصري.

عقد الكفالة

تعريف الكفالة وأركانها

تناول المشروع تنظيم أحكام عقد الكفالة: فعرض لتعريفها وأركانها في الفصل الأول؛ ثم تصدى لآثار الكفالة في الفصل الثاني، في المواد (٩٦٤ - ٩٩٦).

فعرّف عقد الكفالة في المادة (٩٦٤) بأنه: «عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه». وهذا النص مستمد من المادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري.

وحيث أن المشروع تصدى لتعريف الكفالة رغم أنها من مهام الفقه لا التشريع، فنرى تعريف عقد الكفالة بأن: «عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه». وهذا ما أخذت به الوثيقة في المادة (٨٧٣)، وهو تعريف جامع ومانع.

ثم تناول المشروع شروط انعقاد عقد الكفالة والأحكام العامة لهذا العقد، وبين أوصافها في المواد (٩٦٥ - ٩٧٤). ومما يلاحظ أن المشروع استمد أحكام عقد الكفالة من القانون المدني المصري، وتكاد أن تكون جلاً لنصوصه مطابقة حرفياً لنصوص القانون المدني المصري، وإن كان المشروع لم يتبع ترتيب المواد حسب ما وردت في هذا القانون. ونرى أنه من الأفضل في هذه الحالة اتباع ترتيب القانون المدني المصري لأنها جاءت متسلسلة ومتسقة في أحكامها.

وهكذا نجد أن المشروع اشترط الكتابة لإثبات الكفالة، في المادة (٩٦٥) والتي نصت على أن: «لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان

من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بأية طريقة من طرق الإثبات». وهذا ما سار عليه المشرع المصري في المادة (٧٧٣) من القانون المدني، وعلى خلاف غالبية القوانين الحديثة المقارنة والتي تركت الإثبات في عقد الكفالة للقواعد العامة. فنجد المشرع الأردني نص صراحة في المادة (٩٥٠) من القانون المدني على ذلك والتي جاء فيها: «يكفي في انعقاد الكفالة ونفاذها إيجاب الكفيل ما لم يردها المكفول». وهذا ما نص عليه المشرع السوداني في المادة (١/٤٨٥) من القانون المدني، والقانون المدني العربي الموحد في المادة (٩٠٠)، والمشرع اليمني في المادة (١٠٣٣) من القانون المدني، والمادة (٨٧٤) من الوثيقة. ونرى أن يترك إثبات الكفالة للقواعد العامة في الإثبات ودون اشتراط الكتابة لذلك، على غرار الاتجاه التشريعي الحديث.

كما نجد أن المشروع لم يعرض لحالة تكون فيها الكفالة تجارية، وهي الناشئة عن تظهير الأوراق التجارية، ونعتقد أن عبارة «أو عن تظهير هذه الأوراق» سقطت سهواً من نص المادة (٩٧٢)، وتصويباً لذلك نرى إضافة هذه العبارة لنص الفقرة الثانية من المادة (٧٧٩) لتكون على النحو الآتي: «٢- على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق، تعد دائماً عملاً تجارياً». وهذا ما ورد بنص المادة (٧٧٩) من القانون المدني المصري.

كما نجد أن المشروع، وعلى غرار القانون المدني المصري، لم يعرض لبعض صور الكفالة، والتي أخذت بها غالبية القوانين الحديثة المقارنة، ومنها الكفالة بالنفس التي تلزم الكفيل بإحضار المكفول في الوقت المعين عند طلب المكفول له، والتي أخذت بها التقنينات المدنية الحديثة كالأردني في المواد (٩٦١-٩٦٣)

والسوداني في المادتين (٤٩٠، ٤٩١) والتي أطلق عليها كفالة الوجه واليمني في المواد (١٠٥٢ - ١٠٥٥) والتي أطلق عليها كفالة الوجه ومشروع القانون المدني العربي الموحد في المواد (٩٠١ - ٩١٢) والوثيقة في المواد (٨٨٣ - ٨٨٥). ونرى أن تنظيم الاتجاه التشريعي الحديث للكفالة بالنفس يغطي جانب على درجة كبيرة من الأهمية في النواحي العملية والتطبيقية، لأن واقع العمل في المحاكم يحتاج إلى تنظيم كفالات متعددة الأغراض لإحضار الأشخاص في وقت معين سواء أكان ذلك في القضايا الجزائية أم في دعاوى الحقوقية (المدنية)، وكذلك عندما يستلزم المشرع تقديم كفالة تنصب على إحضار شخص معين كما هو الشأن في دعاوى المستعجلة. وعليه، فإن التنظيم التشريعي لهذه الصورة من الكفالة يغطي هذا الجانب المهم من الأعمال والتصرفات التي يقوم بها الأفراد والتي سارت عليها محاكمنا في العمل. وهذا ما يستوجب في نظرنا إضافة هذه الأحكام للمشروع، ليتوافق مع القوانين العربية الحديثة، ويسد الفراغ التشريعي لهذه الصورة من الكفالة.

وكذلك الحال في الكفالة بالدرك وهي كفالة بأداء ثمن البيع إذا استحق، والتي أخذت بها التقنيات المدنية الحديثة، كالأردني في المادتين (٩٦٤، ٩٦٥) والسوداني في المادة (٤٩٢) ومشروع القانون المدني العربي الموحد في المادتين (٩١٣، ٩١٤) والوثيقة في المادتين (٨٨٦، ٨٨٧).

آثار الكفالة

نظم المشروع آثار الكفالة من خلال تنظيم العلاقة بين الكفيل وكل من الدائن والمدين، وذلك في فرعين اثنين: الأول العلاقة بين الكفيل والدائن؛ والثاني العلاقة بين الكفيل والمدين. وسنستعرض هذه الأحكام فيما يلي:

العلاقة بين الكفيل والدائن: بيّن المشروع في المادة (٩٧٥) حق الكفيل في التمسك بجميع الدفوع التي يحتج بها المدين، وهذا النص مطابق للمادة (٧٨٢) مدني مصري ولا يتعارض مع القواعد العامة.

كما نص المشروع على حالة انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل، في المادة (٩٧٦) والتي قررت أنه: «إذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئاً آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء». وهي مطابقة لأحكام المادة (٧٨٣) من القانون المدني المصري.

وعلى خلاف التشريع الأردني حيث نصت المادة (٩٧٧) على أن: «إذا استوفى الدائن في مقابل دينه شيئاً آخر برأت ذمة الأصيل والكفيل إلا إذا استحق هذا الشيء». وهذا ما أخذ به المشرع السوداني في المادة (٤٩٩) من القانون المدني، ومشروع القانون المدني العربي الموحد في المادة (٩٧٧).

ونجد أن المشرع المصري رجّح تطبيق القواعد القانونية النظرية في هذا الفرض على مصلحة الدائن. ويذهب الفقه في تفسير هذا النص إلى أن استيفاء الدائن مقابل دينه شيئاً آخر يقوم على عنصرين: الأول تجديد الالتزام بتغيير محل الدين، ويترتب على

ذلك انقضاء الدين الأصلي وبانقضائه تنقضي معه تأميناته ومنها الكفالة؛ والثاني الوفاء بمقابل وهو وفاء الدين الجديد الذي حل محل الدين القديم، وذلك عن طريق نقل الملكية. فتسري إذن على الوفاء بمقابل أحكام البيع، فإذا استحق المقابل في يد الدائن رجع بهذا الضمان على المدين، ولكنه لا يرجع بالدين الأصلي (المضمون بالكفالة).

وعلى خلاف القانون المدني الأردني الذي رجع مصلحة الدائن في هذه الحالة، فإذا استحق الشيء لا تبرأ ذمة الأصيل والكفيل. ونرى أن ما اخذ به المشروع يتفق وتطبيق النظريات القانونية، ولكن لا بد من مراعاة أن هذه الأحكام لا تتعلق بالنظام العام ويمكن الاتفاق على خلافها، كأن يشترط الدائن أن يكون له الحق في الرجوع على الكفيل. وعليه، فإننا نقترح الأخذ بما جاء في القانون المدني الكويتي حيث نصت المادة (٧٥٥) على أن: «إذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئاً آخر براء ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء، إلا إذا كان الدائن قد احتفظ بالحق في الرجوع إلى الكفيل».

وعرض المشروع لأحكام انقضاء الكفالة دون انقضاء الالتزام الأصلي، في حالات نصت عليها المادتان (٩٧٧، ٩٧٩) وهذه الحالات هي:

الأولى براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات، والتي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة (٩٧٧)، ونرى أن كلمة «بخطئه» سقطت سهواً والتي وردت في النص المصري (المادة ٧٨٤)، وهو الأصل لهذه المادة، وعليه نرى إضافتها بعد كلمة «الدائن» وقيل عبارة «من الضمانات...»؛

الثانية براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين وذلك أيضاً دون أن ينقضي الالتزام الأصلي، والتي نصت عليها المادة (٩٧٨) من المشروع حيث قررت انه: «١- لا تبرأ ذمة الكفيل إذا تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين، أو لأنه لم يتخذها

٢- على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة اشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً».

كما نجد المادة (٩٩٠) من المشروع نصت على ان: «إذا استحق الدين ولم يطالب الدائن المدين به جاز للكفيل إنذار الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين، وإذا لم يقم بذلك خلال ستة اشهر بعد إنذاره ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً خرج الكفيل من الكفالة»، وأحكام هذه المادة ترديد وتكرار لأحكام المادة (٩٧٨) المشار إليها في المشروع وهذا يعتبر من عيوب الصياغة التشريعية؛ الثالثة براءة ذمة الكفيل إذا لم يتقدم الدائن في تقليسة المدين، ونصت عليها المادة (٩٧٩) من المشروع والتي جاء فيها أن: «إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم إلى مأمور التقليسة بالدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن».

ونرى منعاً للتكرار وتوحيداً للأحكام وتبسيطاً في الرجوع إليها أن يعاد صياغة المواد (٩٧٧ . ٩٧٨ . ٩٩٠). ونقترح أن تكون الصياغة الواردة في مشروع القانون المدني العربي الموحد هي المعتمدة لأنها شملت هذه الأحكام ونظمتها بصورة متسقة ومنمنظمة في مادة واحدة وهي المادة (٩٢٧) والتي نصت على أن:

« ١- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن بخطئه من تأمينات على الكفيل.

٢- يقصد بالتأمينات كل تأمين خصص لضمان الدين حتى ولو تقرر بعد الكفالة وكذلك كل تأمين قرر بحكم القانون.

٣- لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد عدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين عند حلول أجل الدين أو لمجرد تأخره في اتخاذه.

٤- إذا انذر الكفيل الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين، كان للكفيل أن يطلب براءة ذمته، إذا لم يقم الدائن باتخاذ هذه الإجراءات خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الإنذار ما لم يقدم للكفيل ضماناً كافياً.

٥- ولا يحول دون حق الكفيل في التمسك ببراءة ذمته أن يمنح الدائن المدين أجلاً دون موافقة الكفيل».

وقد أخذت الوثيقة بهذا النص في المادة (٩٠٠).

وأخذ المشروع بحق الكفيل بالتمسك بالدفع بالتجريد، في المواد (٩٨١-٩٨٤)، وقد استمد المشروع أحكام هذه المادة من المواد (٧٨٨، ٧٧٩، ٧٩٠، ٧٩١) من القانون المدني المصري، وهي مطابقة لها. وهذا الدفع يتلاءم مع فكرة التبعية والصفة الاحتياطية في التزام الكفيل. وعرف هذا الدفع قبل مدونة نابليون، وكان نتيجة تطور الفكر القانوني في تأصيل ماهية التزام الكفيل، ويبرر الفقه هذا الدفع باعتبار العدالة، لأن الكفيل ليست له مصلحة في الدين فهو ضامن لدين غيره، ومن العدل أن لا يرى الكفيل أمواله تنزع منه، بينما أموال المدين قائمة لا تمس.

كما يقوم الدفع بالتجريد على اعتبارات أخرى تبرره، ذلك أن الدائن إذا نفذ على أموال الكفيل فإن لهذا الأخير أن يرجع بعد ذلك على المدين بما دفعه عنه، وله في سبيل هذا الرجوع أن ينفذ على أموال المدين وينزع ملكيتها، فيكون من الأفضل اختصار الإجراءات والاقتصاد بالنفقات، أن يقوم الدائن بالتنفيذ أولاً على المدين.

وهذا ما اخذ به القانون المدني المصري والمشروع. وعلى خلاف بعض القوانين المدنية الحديثة والتي لم تأخذ بهذا الدفع بالتجريد، كالقانون المدني الأردني والذي نص صراحة في المادة (٩٦٧) على أن: «للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما»، والسوداني في المادة (٤٩٣/٢)، واليميني في المادة (١٠٤٧)، والوثيقة في المادة (٨٨٩)، ومشروع القانون المدني العربي الموحد في المادة (٩١٦).

ومما يلاحظ أن هذه القوانين تأثرت بالفقه الإسلامي والذي يعتبر أن الكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة أخرى، فيكون الكفيل ملتزم بالدين المكفول كالمدين الأصيل.

ورغم ذلك نرى أن المشروع احسن صنفاً بأخذه بالدفع بالتجريد لأن ذلك أكثر قرباً للعدالة وأكثر نجاعة في استيفاء الحقوق وردها إلى أصحابها بكلفة وجهد أقل. ومع مراعاة إعادة صياغة نص الفقرة الأولى من المادة (٩٨٢) من المشروع، إذ يجب أن يضاف في نهايتها عبارة «تفي بالدين كله»، على غرار ما جاء في المادة (٧٨٩) من القانون المدني المصري باعتباره هو الأصل في المشروع.

كما نظم المشروع أحكام تعدد الكفلاء، في المادة (٩٨٥). وهي مطابقة للمادة (٧٩٢) من القانون المدني المصري، وموافقة لأحكام القوانين المدنية الحديثة المقارنة.

كما تناول المشروع أحكام الكفيل المتضامن، في المواد (٩٨٦-٩٨٨). وهي مطابقة للمواد (٧٩٣ و٧٩٤ و٧٩٥) من القانون المدني المصري، وتتفق في أحكامها مع القوانين المدنية الحديثة المقارنة.

ومما يجدر ذكره أن المشروع لم يشر إلى جواز رجوع الكفيل المتضامن الذي أوفى الدين على بقية الكفلاء المتضامين، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٩٦) من القانون المدني المصري والتي قررت أنه «إذا كان الكفلاء متضامين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله، كان له أن يرجع على كل من الباقيين في حصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم».

ونرى الأخذ بهذا النص في المشروع، فيكتمل التنظيم التشريعي.

كما نجد أن المادة (٩٨٨) من المشروع نصت على أن: «يكون الكفلاء دائماً متضامين في الكفالة القضائية أو القانونية». وهذا النص يأتي على غرار القانون المدني المصري في المادة (٧٩٥)، وعلى خلاف مشروع القانون المدني العربي الموحد والذي تلافى قصور هذا النص وأضاف الكفالة التجارية، حيث نصت المادة (٩٢٥) منه على أن:

«١- تستلزم الكفالة القانونية أو القضائية أو التجارية تضامن الكفلاء فيما بينهم وتضامنهم مع الدين.

٢- أما الكفالة الاتفاقية فلا تستلزم تضامناً إلا بشرط».

وهذا ما أخذت به الوثيقة في المادة (٨٩٨)، ونرى الأخذ بهذا النص في المشروع.

ومما يلاحظ أن المشروع لم يعرض لآثار الكفالة المطلقة، على خلاف القانون المدني الأردني والذي نص في المادة (٩٦٩) على

أن: «إذا وقعت الكفالة مطلقة، فإن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل معجلاً كان أو مؤجلاً». كذلك فعلت غالبية القوانين المدنية الحديثة المقارنة، كالسوداني في المادة (٢/٤٩٤)، ومشروع القانون المدني العربي الموحد في المادة (٩١٨). ونرى إضافة هذا النص إلى المشروع.

كما نجد أن المشروع لم يتناول حكم وفاة الكفيل أو المدين قبل حلول الدين المؤجل، وكأنه أراد أن يترك حكم هذا الفرض للقواعد العامة. بينما نجد أن المشرع الأردني عالج هذا الفرض في المادة (٩٧٣) من القانون المدني والتي نصت على أن: «إذا مات الكفيل أو المدين قبل حلول الدين المؤجل استحق الدين في تركة من مات». وهذا ما سار عليه القانون المدني السوداني في المادة (٤٩٧)، ومشروع القانون المدني العربي الموحد في المادة (٩٢٢)، والوثيقة في المادة (٨٩٥). ونرى إضافة هذا النص إلى المشروع لسد النقص فيه.

العلاقة بين الكفيل والمدين: نظم المشروع أحكام العلاقة بين الكفيل والمدين، في المواد (٩٩١-٩٩٥). وهذه المواد مأخوذة من القانون المدني المصري، ومطابقة للمواد (٨٩٨-٨٠١) منه، وهي تتفق في أحكامها مع أحكام القوانين المدنية المقارنة. غير أن ثمة ملاحظات يمكن إيرادها على المادة (٩٩٣) من المشروع، وهي تقابل الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٨٠٠) من القانون المدني المصري. فلم يأخذ المشروع بالفقرة الثالثة من هذه المادة، ولا ندري سبب عدم الأخذ بها! هل أن المشروع لم يأخذ بالفوائد كمبدأ عام، أم أن هذه الفقرة سقطت سهواً؟ فقد نصت المادة (٩٩٣) من المشروع على أن: «للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أم بغير

علمه، ويرجع بأصل الدين والمصروفات التي دفعها من وقت إخطاره المدين بالإجراءات التي اتخذها ضده».

ونجد أن المشروع، والقانون المدني المصري من قبله، أجازا للكفيل حق الرجوع على المدين بالمبلغ الذي دفعه للدائن سواء كانت الكفالة بعلم المدين أم بغير علمه، وهو ما قد يوحي بأن الرجوع جائز في جميع الحالات، حتى ولو كانت الكفالة قد عقدت رغم معارضة المدين، لأنها في هذه الحالة تكون قد عقدت بعلمه، غير أن الفقه المصري^١ يرى أنه يشترط أن تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين. وقد نصت المادة (٧٩٧) من القانون المدني الأردني على أن:

«١- ليس للكفيل أن يرجع على الأصيل بشيء مما يؤديه عنه إلا إذا كانت الكفالة بطلبه أو موافقته وقام الكفيل بأدائها.

٢- وليس له أن يرجع بما عجل أداءه من الدين المؤجل إلا بعد حلول الأجل».

وأحكام هذه المادة مطابقة لنص المادة (٩٢٩) من مشروع القانون المدني العربي الموحد.

غير أننا نرى تلافياً لهذا الغموض أن تكون صياغة الفقرة الأولى لهذه المادة على النحو الآتي: «١- ليس للكفيل أن يرجع على الأصيل بشيء مما يؤديه عنه إلا إذا كانت الكفالة بطلبه أو موافقته، وبدون معارضته، وقام الكفيل بأدائها».

^١ انظر سليمان مرقس، عقد الكفالة ١٩٥٩، ص ١٢٠، عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، ص ١٧١، منصور مصطفى منصور، ص ٩٧، سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، ص ١١٥.

هذا ونصت المادة (٩٩٥) من المشروع على أن: «إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين، فلكفيل الذي ضمنهم أن يرجع عليهم جميعاً أو على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين». وهذا النص مستمد من المادة (٨٠١) من القانون المدني المصري ومطابق لها، والتي أثارت في معرض شرحها من قبل الفقه المصري التساؤل حول مدى جواز حق الكفيل في الرجوع على مدين متضامن لم يكفله، لأن هذا النص لم يبين ذلك. والفقه المصري يرى أن الكفيل الذي أوفى الدين يحل محل الدائن، وبذلك يكون له حقوق الدائن، وبما تتمتع به هذه الحقوق من الضمانات. والتضامن بين المدينين هو من قبيل هذه الضمانات، فيجوز للكفيل أن يرجع على أي مدين متضامن بكل دين، ولو لم يكن قد كفل هذا المدين بدعوى الحلول لا بدعوى الكفالة الشخصية^٢.

ونرى حسماً لمثل هذا الجدل، إعادة صياغة هذه المادة لتكون كالآتي: «إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فلكفيل الذي ضمن أي منهم أن يرجع عليهم جميعاً أو على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين...». وهذه الصيغة تتسع لتشمل أي مدين متضامن ولو لم يكفله الكفيل الذي أوفى الدين.

ونجد أن المشروع قصر أسباب انتهاء الكفالة بأداء الدين، أو بإبراء الدائن للمدين أو كفيله منه وفقاً للمادة (٩٩٦). بينما هناك طرق أخرى لانتهاء الكفالة، فتتنقضي الكفالة بطريق تباعي، كأن تنقضي بانقضاء الدين المكفول ويكون هذا الطريق بأي سبب من

^٢ انظر السنهوري ص ١٩٧ وما بعدها، عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٩٥، سليمان مرقس ص

١٤٢، سمير تناغر ص ١٢٦، محمد علي امام ص ١٥٤.

أسباب انقضاء الالتزام كأداء الدين، أو بتجديده، أو بالمقاصة، أو باتحاد الذمة، أو بالإبراء، أو باستحالة التنفيذ، أو بالتقادم، أو بفسخ العقد الذي ترتب عليه القرض المضمون. وهي تطبيق للقواعد العامة، ويمكن الاكتفاء بها لإعمال أحكامها في هذا المجال. وهناك طريق خاص لانتهاء الكفالة، فتنقضي دون أن ينقضي الدين المكفول. وهذه الحالات أشار إليها المشروع في المواد (٩٧٧-٩٧٩)، وقد عرضنا لها فيما سبق.

غير أن هناك حالات تنقضي فيها الكفالة وتجدر الإشارة إليها في المشروع، كأن يتصلح الدائن مع الكفيل أو المدين على جزء من الدين المكفول، والتي أشار إليها المشرع الأردني في المادة (٩٨٩) من القانون المدني والتي نصت على أن: «إذا صالح الكفيل أو المدين الدائن على قدر من الدين برئت ذمتهما من الباقي، فإذا اشترطت براءة الكفيل وحده، فالدائن بالخيار إن شاء اخذ القدر المتصلح عليه من الكفيل والباقي من الأصيل وإن شاء ترك الكفيل وطالب الأصيل بكل الدين».

كما أشار المشرع الأردني إلى حالة وفاة الدائن، ولم يكن له ورثة سوى المدين أو كان له وارث آخر، وذلك في المادة (٩٩٠) والتي نصت على أن: «إذا مات الدائن وانحصر ارثه في المدين برئ الكفيل من الكفالة، فإن كان له وارث آخر برئ الكفيل من حصة المدين فقط».

ونرى أن تضاف هذه المواد إلى المشروع، على غرار ما سارت عليه التقنينات المدنية الحديثة، كالسوداني في المادة (٥٠٤)، ومشروع القانون المدني العربي الموحد في المادتين (٩٣٨ . ٩٣٩).