

الوَسِيْطُ فِي شَرْحِ الْقَانُونِ الْمَدِينِيِّ

الجزء الثالث

نظريّة

الالتزام بوجوب عام

الأوصاف - الجاهل - الإفضاء

وَلَدُ

الحياة والتمسك العربي

سجدة - بشن

الوسيط
في شرح القانون المدني الجديد
(٣)

نظرية
الالتزام بوجبه عام

الأفضل - الجليل - الأنفناء

تأليف

عبد القادر السني

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوماسي من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

القِسْمُ الْأَوَّلِيُّ

أوصاف الالتزام

(Modalités des Obligations)

ترتيب البحث

١ - الالتزام البسيط والالتزام الموصوف : عند ما بسطنا آثار الالتزام في القسم الثاني من الجزء الثاني من الوسيط كنا نواجه الالتزام في صورته البسيطة ، فهو التزام بسيط لم يلحقه وصف ما . ولكن الالتزام قد تلحقه أوصاف متنوعة في عناصره المختلفة . وعناصر الالتزام ثلاثة : (١) رابطة قانونية (juris vinculum) تربط المدين بالدائن . (٢) محل الالتزام (objet de l'obligation) وهو الشيء الذي يلتزم المدين بأدائه للدائن . (٣) طرفا الالتزام (sujet de l'obligation) وهما الدائن والمدين . والالتزام الذي بسطنا آثاره فيما تقدم هو الالتزام في صورته البسيطة في كل عنصر من هذه العناصر : الرابطة القانونية فيه وجودها محقق ونفاذاً فوري ، وله محل واحد ، وكل من طرفيه واحد لا يتعدد . ولكن قد يلحق الالتزام في أحد هذه العناصر الثلاثة وصف (modalité) يكون من شأنه أن يعدل من هذه الآثار ، فيكون الالتزام موصوفاً (١) .

وهذا الوصف إما أن يلحق العنصر الأول من عناصر الالتزام ، رابطة المديونية ، فتعلق هذه الرابطة على شرط وبصبح وجودها غير محقق ، ويسمى هذا الوصف بالشرط (condition) . أو يتراخى نفاذ الرابطة إلى أجل ، ويسمى

(١) أما إذا لم يلحق الوصف عنصراً من عناصر الالتزام ، فلا يكون الالتزام موصوفاً ، بل بسيطاً منجزاً . ومن ثم لا يعتبر موصوفاً الالتزام المضمون برهن أو بحق امتياز أو بكفالة أو بنحو ذلك ، ولا الالتزام غير معلوم القيمة ، ولا الالتزام التبي كالتزام الكفيل ، فهذه كلها التزامات بسيطة منجزة ، وأن كان لكل منها خصوصية تميزه (أنظر في هذا المعنى بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٩٣ — فقرة ٦٩٤) .

هذا الوصف بالأجل (terme) . فعندنا إذن لعنصر رابطة المديونية وصفان :
الشرط والأجل .

وإما أن يلحق الوصف العنصر الثاني من عناصر الالتزام ، وهو المحل .
فلا يكون هذا المحل واحداً ، بل يتعدد (pluralité d'objets) . والتعدد إما أن
يكون جمعياً (conjoint) ، أو تخييرياً (alternatif) ، أو بديلياً (facultatif) .
فعندنا إذن لعنصر المحل أوصاف ثلاثة : وصف الجمع في الالتزام متعدد المحل
(obligation conjointe) ، ووصف التخير في الالتزام التخيري (obligation
alternative) ، ووصف البديل في الالتزام البديلي (obligation facultative) .

وإما أن يلحق الوصف العنصر الثالث من عناصر الالتزام ، فيتعدد أحد الطرفين
الدائن أو المدين أو يتعدد كلاهما (pluralité de sujets) . وتعدد كل من
الدائن والمدين قد يكون من غير تضامن أو يكون بطريق التضامن (solidarité) .
وقد يتعدد الدائن أو المدين في التزام يكون غير قابل للانقسام (indivisible) .
فعندنا إذن لعنصر طرفي الالتزام أوصاف ثلاثة : تعدد الطرفين في غير تضامن (١) ،
وتعددتهما بطريق التضامن ، وعدم القابلية للانقسام (٢) .

٣ - موضوعات هذا القسم : فالكلام إذن في أوصاف الالتزام
يكون في ثلاثة أبواب متعاقبة :

الباب الأول - في الشرط والأجل .

(١) ويتعدد الدائن والمدين ، في غير تضامن أيضاً ، في اندوين الباقرة حل النحر الذي
يناه عند الكلام في هذه الدورية (الوسط ٣ فقرة ٥٦٣ وما بعدها) ، والوصف في هذه
الحالة مصدره القانون .

(٢) والوصف أمر هارض (accidentel) يضاف إلى الالتزام بعد أن يستوفى هذا أركانه .
فلو رفع منه لارتفع دون أن يزول الالتزام ، بل يبقى دون وصف في صورته البسيطة . فلو من
الوصف ركناً من أركان الالتزام لما كان أمراً هارضاً ولزال الالتزام بزواله ، فلا يعتبر وصفاً .
ويتربى على ذلك : (١) أن السبب إذا لم يوجد في الالتزام المحرر (obligation abstraite)
فليس هذا وصفاً ، إذ أن الأمر معلق بركن في الالتزام . (٢) إن العقود الزمنية — كمدة
الاجار وعقد العمل وعقد التوريد — ليست عقوداً موصوفة ، لأن الزمن عنصر من عناصر
المحل ، والوصف لا يكون عنصراً في الركن بل هو عنصر هارض كما قدمنا .

**الباب الثاني - في تعدد محل الالتزام : الالتزام متعددة المحل ، والالتزام
التخيري ، والالتزام البدلي .**

**الباب الثالث - في تعدد طرفي الالتزام : التعدد بغير تضامن ، والتعدد
بطريق التضامن ، وعدم القابلية للانقسام (١) .**

(١) وقد رأينا في مستهل الجزء الثاني من الوسيط ، عند الكلام في إقامة نظرية الالتزام على فكرة التصرف القانوني والوثيقة المادية ، أن ترتيب البحث على هذا الأساس يحملنا نعالج أوصاف الالتزام في باب أركان التصرف القانوني ، ويكون كل من الشرط والأجل والتضامن وعدم القابلية للانقسام وصفاً من أوصاف الإرادة ، كما يكون بحث الالتزام التخيري والالتزام البدلي عند الكلام في المحل وتعدد (الوسيط : ص ٤) . ولكن يلاحظ على هذا الترتيب أن الأوصاف المتقدمة الذكر لا تلحق بالالتزام الإرادي وحده ، بل هي أيضاً تلحق بالالتزام غير الإرادي . فالأولى إذن أن تبقى أوصاف الالتزام في نطاق نظرية الالتزام في ذاته ، لا أن تنتقل إلى نظرية التصرف القانوني ، ما دامت هذه الأوصاف تلحق بالالتزام أياً كان مصدره ، تصرفاً قانونياً كان هذا المصدر أو واقعة مادية .

على أنه يغلب أن يكون الشرط والأجل وصفين في الالتزام الإرادي دون غيره . ومن ثم ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الشرط والأجل هما قيدان على أثر الإرادة ، فيكونان جزءاً منها . وفي هذا يجوز لا محل له . والصحيح أن كل التزام إرادي هو التزام أريد في أركانه الثلاثة وفي عناصره العارضة ، فالشرط والأجل ، كالمحل والسبب ، ليست أجزاء من الإرادة ، بل هي عناصر مستقلة عنها ، والإرادة تتعلق بها جميعاً .

الباب الأول

الشرط والأجل

٣ - التقنين المدني الجديد والتقنين المدني السابق : احتوى التقنين المدني الجديد على نصوص عدة في كل من الشرط والأجل .

فقد عالج الشرط ، في المواد من ٢٦٥ إلى ٢٧٠ ، علاجاً إذا كان قد اقتصر فيه على القواعد الأساسية ، فقد رتب هذه القواعد ترتيباً منطقياً وأحكم وضعها ، ولكنه لم يخرج فيما وضعه من القواعد عما احتواه التقنين المدني السابق . وقد استبقى التقنين الجديد التصوير اللاتيني للشرط ، لاسيما فيما يتعلق بأثره الرجعي . وعالج الأجل ، في المواد من ٢٧١ إلى ٢٧٤ ، علاجاً ضبط به حدود أحكام الأجل ، وهذب في نصوص التقنين السابق ، وكانت هذه أكثر اقتضاباً فيما يتعلق بالأجل منها فيما يتعلق بالشرط . فأزال التقنين الجديد في نصوصه ما علق بالنصوص القديمة من عموض وإبهام ، لاسيما في أسباب انقضاء الأجل ، وفي تعجيل الوفاء بالدين ، وفيما جرى به العرف من الدفع عند المقدرة أو المبسرة (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « خلا التقنين المصرى الراهن (السابق) إلا من قلة من النصوص بشأن الشرط . وقد أصعب المشروع في هذا الصدد ، رقم اقتضاره على القواعد الأساسية وأخذ كثيراً من الأحكام عن المشروع الفرنسى الإيطالى ، وقد أتيج له بذلك أن يبق على التصوير اللاتينى لفكرة الشرط ، ولا سيما فيما يتعلق باستناد أثره . ولم يستحدث المشروع شيئاً جوهرياً فيما يتعلق بالأجل . ومع ذلك فهو لم يغفل في هذه الناحية من ضبط حدود بعض الأحكام ضبطاً ينطوى بغير شك على تحسين أو تهذيب في نصوص التقنين الراهن (السابق) ، وهى بعد أكثر اقتضاباً فيما يتعلق بالأجل منها فيما يتعلق بالشرط . فلم يفرد هذا التقنين لأحكام الأجل سوى نصين قصيرين أبرزين ، لا يلمح فيهما أثر لكلف أو العناية بعرض صوزة جامعة كاملة المعالم . وقد تناول المشروع هذه =

والشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله . فإذا كان وجود الالتزام هو المترتب على وقوع الشرط ، كان الشرط واقفاً . أما إذا كان الالتزام قد وجد فعلاً وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط ، كان الشرط فاسخاً .

والأجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه . فإذا كان نفاذ الالتزام هو المترتب على حلول الأجل ، كان الأجل واقفاً . أما إذا كان الالتزام قد صار نافذاً فعلاً وكان زواله هو المترتب على حلول الأجل ، كان الأجل فاسخاً .

فالفرق الجوهرى ما بين الشرط والأجل هو إذن تحقق الوقوع ، وعدم تحققه : كلاهما أمر يقع فى المستقبل (١) . ولكن الأجل محقق الوقوع ، أما الشرط فوقعه غير محقق (٢) .

وتتناول فى فصلين ، متعاقبين الشرط والأجل .

- الأحكام ، ونهيج فى تنظيمها نهجاً منطقياً . وعرض كذلك لطائفة من المسائل لم تكن النصوص القائمة بإزالة ما يكتنفها من الشك والابهام . وأخص هذه المسائل أسباب انقضاء الأجل وتجيل الوفاء بالدين وما جرى به العرف من الانساق على الدفع عند المقدرة أو الميسرة ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٠) .

(١) وكل من الشرط والأجل هو الناشئ الذى يطل منها النظام القانونى على المستقبل ، فالنشاط القانونى لا يستطيع أن يقتصر على الحاضر ، بل لابد أن يمتد إلى المستقبل . فإن أبسط حاجات الإنسان تقتضى منه ذلك ، وتدفعه إليه دفعا . وكثير من العلاقات القانونية لا يمكن البت فيها إلا فى ظروف وملابسات غير محددة ، والمستقبل وحده هو الذى يكشف عنها . ولا يصل القانون إلى تحقيق ذلك إلا عن طريق الشرط والأجل ، فتكلاهما أمر مستقبل يرد إليه مصير العلاقات القانونية ، ومن هذا الطريق يستطيع الإنسان أن يتحكم فى المستقبل (أنظر فى هذا المعنى اهرنج فى روج القانون الرومانى ٤ ص ١٦٢ - ص ١٦٣) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٥ - ص ٤٧٢ .

الفصل الأول

الشرط (*)

(La Condition)

٤ - قيام الشرط والالتزام التي تترتب عليه : نبحث في الشرط
أمرين :

(أولاً) قيام الشرط ، ونعني بذلك : (١) مقومات الشرط (٢) نوعي
الشرط الواقع والفاسخ (٣) المصدر المنشئ للشرط وأى الحقوق يلحقها
وصف الشرط .

(ثانياً) ما يترتب على الشرط بعد قيامه من الآثار .

(*) مراجع : أوبري (A) وبارتان (Bartin) طبعة سادسة ،
فقرة ٢٠٢ ص ٨٧ — ص ١٢٤ — برون (Baudry et Barde) طبعة ثانية ٢
فقرة ٧٤٢ — فقرة ٩٦٧ — بنكاز (Bonnetcase) ، فقرة ٦٢٦ وما بعدها — بلانيول
وريبير وجابولد (Planiol, Ripert et Gabolde) طبعة ثانية ٧ فقرة ١٠٢٤ — فقرة ١٠٤٦ —
بيدان ولا جارد (Beudant et Lagarde) طبعة ثانية ٨ فقرة ٧٢٣ — فقرة ٧٦٢ وفقرة ٧٧٨ —
فقرة ٧٩٦ — جان دى جارو دى لا ميشيني (Jean du Gurreau de la Méchenie)
في أنسيكلوبيدى دالوز (Encyclopédie Dalloz) ١ لفظ (Condition) .
بارتان (Bartin) في نظرية الشروط المستحيلة وغير اشروعة والمخالفة للآداب رسالة من
باريس سنة ١٨٨٧ — ليلتييه (Lepelletier) في الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة
للآداب رسالة من باريس سنة ١٨٨٩ — لوتر (Leloutre) رسالة من كان سنة ١٩٠٤ —
دى لوان (De Loynes) في الملكية المعلقة على شرط فاسخ رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ —
إيجو (Eygont) في الأثر الرجعي لتحقيق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — تيودرسكو
(Théodoresco) في نظرية الشرط الإدارى في عقود المعارضة رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ —
فيلدرمان (Filderman) رجعة الشرط في الاتفاقات رسالة من باريس سنة ١٩٣٥ .
وعند الإشارة إلى المؤلفات التي تكرر طبعتها نشير إلى التي ذكرناها هنا .

الفرع الأول

قيام الشرط

المبحث الأول

مقومات الشرط

٥ - **النصوص القانونية:** تنص المادة ٢٦٥ من التقنين المدني على ما يأتي:
« يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مرتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع » .

وتنص المادة ٢٦٦ على ما يأتي :

١ - لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للأداب أو النظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقفاً . أما إذا كان فاسخاً ، فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم »

٢ - ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للأداب أو للنظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام » .

وتنص المادة ٢٦٧ على ما يأتي :

« لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٦٥ : ورد هذا النص في المادة ٣٨٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح المادة ٢٧٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦ — ص ٨) .

م ٢٦٦ : ورد هذا النص ٣٨٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح المادة ٢٧٨ في المشروع النهائي . -

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٥٧/١٠٣ (١) .
وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المواد ٢٦٥ - ٢٦٧ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٥٢ - ٢٥٤ - وفي التقنين
المدني العراقي المواد ٢٨٥ - ٢٨٧ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني
المواد ٨١ - ٨٧ (٢) .

ـ ووافق عليه مجلس النواب، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣
ص ٨ - ص ١٠) .

م ٢٦٧ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به
في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح المادة ٢٧٩ في المشروع النهائى .
ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣
ص ١١ - ص ١٣) .

(١) التقنين المدني السابق م ١٥٧/١٠٣ : يجوز أن يكون التمهيد مطلقاً على أمر مستقبل
أو غير محقق يترتب على وقوعه أو عدمه وجود ذلك التمهيد أو تأييده أو منع وجوده أو زواله .
(ويلاحظ الخطأ المادى التوارد في هذا النص من أن التمهيد المشروط هو الذى يكون مطلقاً
على أمر مستقبل أو غير محقق . والصحيح أنه يكون مطلقاً على أمر مستقبل غير محقق . وقد
تجنب التقنين المدني الجديد هذا الخطأ المادى ، فلم يطف الاستقبال على عدم تحقق الوقوع
« بأو » ، بل جمع بين الوصفين للانفصاح عن وجوب تلازمهما : المذكرة الإيضاحية في مجموعة
الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٥ - والتون ٢ ص ٣٤٠ -
استئناف مخطط أول مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٦٥ - ٢٦٧ (مطابقة للمواد ٦٥ - ٢٦٧ من التقنين
المدنى المصرى) .

التقنين المدني الليبي م ٢٥٢ - ٢٥٤ (مطابقة للمواد ٢٦٥ - ٢٦٧ من التقنين
المدنى المصرى) .

التقنين المدني العراقى م ٢٨٥ : العقد المنجز ما كان بصيغة مطلقة غير معلقة على شرط
ولا مضافة إلى وقت مستقبل ، ويقع حكمه في الحال .

م ٢٨٦ - ١ : العقد المعلق هو ما كان معلقاً على شرط واقف أو فاسخ . ٢ : ويشترط
لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معلوماً على خطر الوجود ، لا محققاً ولا مستحيلاً .
م ٢٨٧ - ١ : إذا حلق العقد على شرط يخالف للنظام المسمى أو الآداب ، كان باطلاً إذا
كان نظاماً للشرط وافقاً ، فإن كان فاسخاً كان الشرط نفسه لغواً غير معتبر . ٢ : ومع ذلك
يبطل العقد الذى علق على شرط فاسخ يخالف للآداب أو للنظام المسمى إذا كان هذا الشرط هو
السبب الدافع للتعاقد .

(ولا فرق في الأحكام ما بين التقنينين المصرى والعراقى ، غير إن أسلوب التقنين العراقى
مقتبس من تعبيرات الفقه الإسلامى ، ولم يرد في التقنين العراقى نص في الشرط الإرادى المخص) . -

وبستخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن للشرط مقومات ثلاثة: (١) فهو

٨١ م : تتبن الموجهات والمعمود الثاني م ٨١ : الشرط عارض مستقبل غير مؤكد يتعلق عليه تولد الموجب أو سقوطه ، ويكون له مفعول رجعى إلا إذا تحمّل العكس من مشيئة الفريقين أو من ماهية الموجب . وفي الحالة الأولى المشار إليها في الفقرة السابقة يقال له شرط التعلّق ، وفي الحالة الثانية يسمى شرط الإلغاء . إن العارض الماضي أو الحاضر ، وإن جهله الفريقان ، لا يعد شرطاً بالمعنى المقصود في هذه المادة .

٨٢ م : إن اشتراط الشيء المستحيل أو المخالف للأداب أو للقانون باطل ومبطل للاتفاق الملق عليه . وإن صيرورة الشرط ممكناً فيما بعد من الوجه المادى أو الوجه الثانوى لا تجعل الاتفاق صحيحاً . بيد أن الأمر يكون خلاف ذلك ، أى أن الشرط المستحيل أو غير المباح يعد كأنه لم يكتب ، إذا كان الفريقان لم يجعلاه له شأنًا جازماً ولم يكن له في التعاقد شأن الحيل الدفاع الحامل على إنشاء الموجب .

٨٣ م : باطل كل شرط من شأنه أن يقيد أو يمنع استعمال الحقوق المختصة بكل إنسان كاستثمار حقوقه في الزواج أو حقوقه المدنية . غير أن هذا الحكم لا يبرى على الحالة التى يجبر فيها أحد الفريقين نفسه عن ممارسة صناعة أو مهنة ما في زمن معين أو مكان محدود . إما شرط بقاء الترمول فيكون صحيحاً إذا وجد ما يصوبه من الأسباب المشروعة ، وحق تنديدها يعود إلى القاضى .

٨٤ م : يكون الموجب باطلاً إذا جعل وجوده موقوفاً على إرادة الموجب عليه وحدها (وهو الشرط الإرادى المحض) . غير أنه يحق للفريقين أو لأحدهما أن يحفظ لنفسه حق التصريح في مهلة معينة بأنه يريد البقاء على العقد أو فسخه . وهذا التحفظ لا يجوز اشتراطه في الاعتراف بالدين ولا في الهبة ولا في إسقاط الدين ولا في بيع السلم .

٨٥ م : إذا لم تعين المهلة في الحالة المنصوص عليها في المادة السابقة ، فكل فريق يمكنه أن يوجب على الفريق الآخر التصريح بقراره في مهلة كافية . وإذا انقضت المهلة ولم يصرح ذلك الفريق برغبته في فسخ العقد ، أصبح العقد نهائياً من تاريخ انعقاده . وإذا صرح جلياً للفريق الآخر برغبته في فسخ العقد ، هد الاتفاق كأنه لم يكن .

٨٦ م : إذا توفى قبل انقضاء المهلة الفريق الذى احتفظ بنفسه بحق الفسخ ولم يكن قد أفصح عن مشيئته ، كان لورثته الحق في إبقاء العقد أو فسخه في المدة التى كانت باقية لمورثهم . وإذا اختلف الورثة فالذين يريدون البقاء على العقد لا يمكنهم إجبار الآخرين على قبوله ، ولكن لهم أن يتخذوا العقد كله لحسابهم الخاص .

٨٧ م : إذا جن الفريق الذى احتفظ لنفسه بحق الفسخ أو فقد الأهلية الشرعية بسبب آخر ، فالهكّة ، بنساء على طلب الفريق الآخر أو غيره من ذوى العلاقة ، تعين وصياً خاصاً لهذا الغرض ، فيقرر بترخيص من المحكّة ما إذا كان هناك محل لقبول العقد أو لفسخه حسبما تقتضيه مصلحة فاقد الأهلية . أما في حالة الإفلاس فيتولى الوصاية حتماً وكيل التفليسة أو غيره من مثل جماعة الدائنين .

(والأحكام المقررة في التقنين اللباني تتفق في مجملها مع الأحكام المقررة في التقنين المصرى ، غير أن التقنين اللباني جاء أكثر أفاضة في التفصيلات على ما رأينا ، ولا سيما فيما يعرف في الفقه الإسلامى بخيار الشرط ، فقد نظمته تنظيمياً تشريعياً مستفيضاً) .

أمر مستقبل (٢) غير محقق الوقوع (٣) وغير مخالف للنظام العام ولا للآداب .
وهناك مفهوم رابع ، هو أن الشرط أمر عارض إضافي يمكن تصور الالتزام
بدونه . وهذه ظاهرة عامة في أوصاف الالتزام ، ولكننا أثّرنا أن نذكرها في
الشرط لأهميتها بالنسبة إليه ، إذ هي التي تميز بين الحق المشروط والحق الاحتمالي .
ونستعرض الآن هذه المقررات الأربعة .

١٥ - أمر مستقبل

٦ - يجب أنه يكون الشرط أمراً مستقبلياً : يجب أن يكون الشرط
أمراً مستقبلياً (événement futur) . فإذا وعد شخص آخر بجائزة إذا عثر
على مال له مفقود ، أو وعد أب ولده بجائزة إذا نجح في الامتحان ، أو وعد
الأب ابنه بأن يهب له منزلاً إذا تزوج لبيبه له أمر سكتاه ، فكل من العثور
على المال المفقود والنجاح في الامتحان والزواج أمر مستقبل ، ومن ثم كان كل
من الالتزام بالجائزة أو الهبة التزاماً معلقاً على شرط ، إذ يتوقف وجوده
على تحقق هذا الشرط .

وإذا أوصى زوج لزوجته بدار تسكنها على أن تنفرض لتربية أولادها منه
فلا تزوج بعده وإلا فسخت الوصية ، أو باع شخص أحد متجريه واشترط
على المشتري أن يكون البيع مفسوخاً إذا نافسه في المتجر الآخر الذي استبقاه ،
فكل من الزواج في المثل الأول ومن المنافسة في المثل الثاني أمر مستقبل ، ومن ثم
كانت الالتزامات المترتبة على كل من الوصية والبيع معلقة على شرط ، إذ يتوقف
زوالها على تحقق هذا الشرط .

٧ - لا يجوز أنه يكون الشرط أمراً ماضياً أو ماضراً : فلا بد إذن أن
يكون الشرط أمراً مستقبلياً . أما إذا كان أمراً ماضياً أو حاضراً فهو ليس
بشرط ، حتى لو كان طرفا الالتزام يجهلان وقت التعامل ما إذا كان الأمر
الماضي قد وقع أو لم يقع ، أو ما إذا كان الأمر الحاضر واقعاً أو غير واقع . فلو
أن الواعد بالجائزة ، في المثل المتقدم ، وقت أن وعد بها كان الموعود له قد عثر

على المال المفقود ولا يعلم الواعد ذلك ، فالتزام الواعد بالجائزة التزام منجز غير معلق على شرط ، وهو واجب الوفاء في الحال . ولو أن الأب الذي وعد ابنه بجائزة إذا نجح في الامتحان كان وقت أن وعد بها لا يعلم أن نتيجة الامتحان قد ظهرت بالفعل وأن ابنه قد رسب ، فالتزام الأب باعطاء ابنه الجائزة التزام لم يوجد ولن يوجد ، فهو التزام غير موجود أصلاً منذ البداية وليس التزاماً معلقاً على شرط . ولو أن الأب وقت أن وعد ابنه بأن يهب له منزلاً إذا تزوج كان لا يعلم أن ابنه قد تزوج فعلاً ، فالتزام الأب بالهبة يكون التزاماً منجزاً غير معلق على شرط ، وهو واجب الوفاء في الحال (١) .

واعتقاد الملتزم ، في الأمثلة المتقدمة ، أن التزامه معلق على شرط بينما هو التزام منجز ، بل اعتقاد الطرفين معاً ، المدين والدائن ، أن الشرط لم يتبين مآله بعد وأن الالتزام معلق على شرط ، لا يؤثر في أن الالتزام منجز لو كان

(١) قارب بودري وبارد ٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٠ — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فإذا طلق الالتزام هل أمر تم وقوعه من قبل ، ترتب الالتزام منجزاً لا مطلقاً ، ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك : أنظر المادة ١١٨١ فرنسى والمادة ٨١ لبناني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧) .

وقد كان التقنين المدني السابق (م ٢٤١/٣٠٧) يجعل الهلاك على المشتري إذا كان المبيع مما يوزن أو يعد أو يكال أو يقاس ، ووزن أو عد أو كيل أو قياس ولو قبل تسليمه إلى المشتري . وقد كان هذا الحكم شاذاً ، إذ كان يخرج على القاعدة العامة التي تقضي بأن هلاك المبيع قبل التسليم على البائع لا على المشتري . وقد أزال التقنين الجديد هذا الشذوذ ، فجعل الهلاك على البائع في الحالة التي نحن بصدددها . ومن ثم كانت هناك ، في التقنين المدني السابق ، أهمية محلية لاعتبار الالتزام منجزاً إذا طلق هل أمر غير مستقبل في فرض الآتي (وننقله من الموجز ص ١٤٧٢) : شخص يبيع لآخر مائة قطار من القطن ترغى من خزانه ، ويطلق التزامه على صدور قانون بجواز زراعة القطن في نصف الزمام ، ويكون هذا القانون قد صدر فعلاً وقت البيع وهو يحمل ذلك . في مثل هذا الفرض يكون التزام البائع — وقد طلق على شرط قد تم من قبل — التزاماً منجزاً ، فلما احترق القطن بعد وزنه وقبل تسليمه للمشتري يكون الهلاك على المشتري (٢٤١/٣٠٧ من التقنين المدني السابق) . أما إذا كان القانون لم يصدر إلى يوم احتراق القطن ، فإن الهلاك يكون على البائع ، لأن التزامه يكون معلقاً على شرط هو صدور القانون وقد صار الوفاء بالالتزام مستحيلاً قبل تحقق الشرط ، فلا يكون لتحقيق الشرط بعد ذلك تأثير (م ١٠٦/١٦٠ من التقنين المدني السابق) — قارب كولان وكابيتان ، فقرة ٦٤٧ .

٨ - فممكنه الأمر المستقبل أمر إيجابى أو أمر سلبى - والأمر المستقبل الذى ينطوى عليه الشرط قد يكون أمر إيجابى أو أمر سلبى . فالأب الذى التزم بأن يهب ابنه داراً إذا تزوج قد علق التزامه على شرط هو زواج ابنه ، وهذا أمر إيجابى . والزواج الذى يوصى لامرأته بدار على شرط ألا تزوج بعده قد علق الوصية على شرط هو عدم زواج امرأته ، وهذا أمر سلبى .

ولا فرق في الحكم بين ما إذا كان الشرط أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً ، ولا يكاد يكون للفرقة أهمية عملية إلا من ناحية تقدير الوقت الذي يعتبر فيه الشرط قد تحقق أو تخلف . ففي الشرط الإيجابي تحدد عادة مدة قصيرة إذا لم يتحقق الشرط فيها اعتبر متخلفاً ، وفي الشرط السلبي تكون المدة عادة طويلة فالزوجة الموصى لها بالدار بشرط ألا تتزوج بعد موت زوجها عليها ألا تتزوج طول حياتها .

على أن الأمر الواحد - كما يقول بودرى وبارد (٢) - قد تكون له ناحية إيجابية وناحية سلبية وهو لم يتغير ، فيستطاع وضعه في صورة شرط إيجابي أو في صورة شرط سلبى . فإذا التزم شخص لآخر ، وعلق التزامه على شرط هو أن يعيش الملتزم له خارج مدينة القاهرة حتى يبعده عن ملاحقها ، فقد وضع الشرط في صورة أمر إيجابي . ويستطيع أن يضع نفس الشرط في صورة أمر سلبى إذا اشترط على الملتزم له ألا يعيش في مدينة القاهرة .

إذا لم يطرف أن الشرط قد تحقق أو هو متحقق ، ومع ذلك علقا الالتزام
بشرط فإنه قد يقع مرة أخرى في المستقبل ، وكانا واهمين في هذا الظن إذ أن الأمر لن يقع
في المستقبل بشرط يكون في هذه الحالة أمرا مستحيلا (أوبري ورو : فقرة ٣٠٢ ص ٩٠
١٩٠١).

٢٠٠٠ — ٧٧٦ — وانظر أيضاً ديمولوب ٢٥ فقرة ٢١٣ — فقرة ٢٨٩ .

٢٩ - غير محقق الوقوع

٩ - يجب أنه بكونه الشرط غير محقق الوقوع : تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٨٦ من التقنين المدني العراقي : « يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود ، لاحقاً ولا مستحيلاً » . وهذا تعبير استعير من الفقه الإسلامي لهذا المقوم من مقومات الشرط . فالشرط يجب أن يكون أمراً غير محقق الوقوع ، وهذا الشك في وقوع الأمر هو لب الشرط والصميم فيه .

فاذا كان الأمر محقق الوقوع ، فانه لا يكون شرطاً . وكذلك لا يكون شرطاً أمر مستحيل الوقوع . وإنما يكون الشرط أمراً محتمل الوقوع ، لاحقاً ولا مستحيلاً (١).

١٠ - لا يكون شرطاً الأمر محقق الوقوع : فاذا كان الأمر مستقبلاً ولكنه محقق الوقوع ، فانه لا يكون شرطاً ، بل يكون أجلاً كما سبق القول . فاذا أضاف الملتزم التزامه إلى موسم الحصاد ، كان الالتزام مقترناً بأجل لامعلاً على شرط ، لأن موسم الحصاد في المؤلف من شؤون الدنيا لا بد آت ، فالأمر هنا محقق الوقوع ، فيكون أجلاً لا شرطاً .

(١) فاذا كان التمهيد مطلقاً نفاذه على حادث في استطاعة كل من المتعاقدين أن يوجد له أو يمنعه ، لم يكن هذا الحادث شرطاً (محكمة الاستئناف الأهلية : مايو سنة ١٩٠٥ المحاكم ١٦ ص ٣٤٩٩ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ١٧٠) .

والاتفاق على أن يكون ميعاد استحقاق الكيالة هو اليوم التار لمغادرة سفينة الميناء هو اتفاق معلق على شرط لامضاف إلى أجل ، لأن مغادرة السفينة الميناء أمر لا يمكن البت في وقوعه بتأ طلقاً (محكمة الاستئناف المختلطة ٩ يناير سنة ١٩٢٨ سبويه ١٩٢٩ — ٤ — ٦) .

والاتفاق على أن يكون سريان وثيقة التأمين هو اليوم التالي لدفع القسط الأول اتفاق معلق على شرط . ويتربط على ذلك أن مبلغ التأمين يكون مستحقاً إذا وقع الحادث المؤمن عليه قبل دفع القسط الأول ، إذا ثبت أن التأخير في دفع هذا القسط كان جأ من خطأ من شركة التأمين نفسها . ذلك لأن تخلف الشرط كان بخطأ المدين ، فيعتبر الشرط متحققاً ويكون مبلغ التأمين مستحقاً (انظر ما يلى فقرة ٤٣ — وقارن بيدان ولاجار ١٠ ص ٥٢٣ هامش رقم ٢) .

ويكون الأمر محقق الوقوع أجلاً حتى لو لم يكن موعد وقوعه محققاً ، كالموت . فإذا التزم المشتري بأن يدفع للبائع تمناً هو إبراد مرتب طول حياته ، فقد جعل المشتري لالتزامه أجلاً فاسخاً هو موت البائع ، والموت أمر محقق وإن كان لا يعرف متى يقع . والتزام شركة التأمين على الحياة بأن تدفع مبلغ التأمين إلى ورثة المؤمن عليه عند موته هو التزام مضاف إلى أجل واقف لا معلق على شرط واقف (١) .

على أن الموت قد يكون شرطاً إذا اقترن بملاسات تجعده غير محقق الوقوع في نطاق هذه الملاسات . فإذا وهب شخص داراً لاثنتين على التعاقب بشرط ألا تنتقل الدار إلى الثاني إلا إذا عاش بعد موت الأول ، فإن الهبة الأولى تكون معلقة على شرط فاسخ هو أن يموت الموهوب له الأول قبل موت الموهوب له الثاني ، وتكون الهبة الثانية معلقة على شرط واقف هو أن يعيش الموهوب له الثاني بعد موت الموهوب له الأول . فالموت في هاتين الهبتين شرط لا أجل ، إذ اقترن بملاسات جعلته في كل منهما غير محقق الوقوع . هو محقق الوقوع في ذاته ، ولكن أن يموت أحد الموهوبين لما قبل الآخر هذا هو الأمر غير محقق للوقوع ، فيصبح الموت في نطاق هذه الملاسات شرطاً لا أجلاً .

١١ - لا يكون شرطاً الأمر مستحيل الوقوع : كذلك لا يكون شرطاً

الأمر مستحيل الوقوع . فإذا علق الملتزم وجود التزامه على أمر مستحيل استحالة مطلقة ، فإن الالتزام لا يوجد أصلاً . ويجب أن تكون الاستحالة مطلقة ، أي أن يستحيل تحقق الشرط بالوسائل المعروفة للإنسان . فإذا وعد شخص آخر باعطائه جائزة إذا وصل إلى القمر كانت هذه الاستحالة مطلقة ، لأن وسائل الطيران المعروفة حتى اليوم تعجز عجزاً مطلقاً عن الوصول إلى القمر ، وإن كان العلماء يتحدثون عن إمكان ذلك في المستقبل .

أما إذا كانت الاستحالة نسبية فإنها لا تعيب الالتزام ، بل يكون في هذه الحالة قائماً بتوقف وجوده أو زواله على تحقق الشرط . وتعتبر الاستحالة نسبية إذا غلب على الظن أن تقدم المعارف البشرية تجعل الشرط غير مستحيل الوقوع ،

وإن كان لم يقع حتى اليوم . فيجوز لشخص أو هيئة أن تعد بمنح جائزة ، إذا استطاع الموعود له أن يجد علاجاً لبعض الأمراض المستعصية التي يوجد لها علاج حتى اليوم .

وكما تكون الاستحالة طبيعية كما رأينا في الأمثلة المتقدمة ، قد تكون أيضاً قانونية (١) . فالإلزام المعلق على شرط أن يبيع المشتري عليه تركة مستقبلية ، أو على شرط أن يتزوج محرماً ، أو على شرط أن يطلق زوجته إذا كان الطلاق غير جائز في شريعته ، لا يكون التزاماً قائماً ، لأنه علق على شرط مستحيل استحالة مطلقة . والاستحالة هنا استحالة قانونية لا استحالة طبيعية ، إذ بيع التركة المستقبلية باطل ، وباطل كذلك الزواج من المحرم ، والطلاق محرم في شريعة المشتري عليه (٢) .

١٢ - الشرط الإرادي : وهناك شرط ممكن الوقوع ، ولكن وقوعه يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام ، الدائن أو المدين . ذلك أن الشرط - من حيث تعلقه بإرادة طرفي الالتزام - قد يكون شرطاً لا علاقة له بهذه الإرادة أصلاً ، فهو شرط متروك للصدقة (condition casuelle) ، مثل ذلك تعليق الالتزام على

(١) فن التزم بإعطاء جائزة لسابح إذا عبر المحيط سباحة يكون قد علق التزامه على شرط مستحيل استحالة مادية ، ومن التزم بإعطاء مسرة لشخص إذا باع له عيناً موقوفة يكون قد علق التزامه على شرط مستحيل استحالة قانونية (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٠ ص ٤٧٥) . كذلك إذا اشترط شخص على آخى أن يأخذ مقاراً بالشفعة ولم يكن المشتري عليه من الشفعاء ، فإن الشرط يكون مستحيلاً استحالة قانونية .

وإذا كان عبور المحيط سباحة يعد مستحيلاً استحالة مطلقة ، فإن عبور المائش سباحة لا يعد مستحيلاً إذ عبه كثيرون ، فإذا اشترطه شخص على آخر من لا يجيدون السباحة كانت الاستحالة نسبية بالنسبة إلى المشتري إليه ، وكان الشرط صحيحاً . ومثل عبور المائش تسبق جبل شاذق .

(٢) وإذا كان الشرط وقت اشتراطه ممكناً ، ثم أصبح بعد ذلك مستحيلاً ، فإنه يكون شرطاً صحيحاً قد تخلف (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٣ - لوران ١٧ فقرة ٢ ؛ - هيك ٧ فقرة ٢٤٧ - بودري وبارد ٢ فقرة ٧٥٧) .

كذلك إذا كان الشرط مستحيلاً وقت اشتراطه ولكنه يصبح ممكناً في ظروف من المألوف توقعها ، فإن المفروض أن المشتري نظر إلى احتمال تحقق هذه الظروف ، فيكون الشرط في هذه الحالة صحيحاً (بودري وبارد ٢ فقرة ٧٥٨) .

شرط وصول الطائرة سليمة إلى مطار الوصول . وقد يكون شرطاً متعلقاً
بارادة أحد طرفي الالتزام (condition potestative) ، كالزواج فهو متعلق
بارادة من يشترط عليه الزواج . وقد يكون شرطاً مختلطاً (condition mixte)
يتعلق بارادة أحد طرفي الالتزام وبعامل خارجي معها كمجرد الصدفة أو إرادة
الغير ، وذلك كالزواج من شخص معين فهذا شرط متعلق بارادة من اشترط
عليه الزواج وبارادة من اشترط الزواج منه (١).

وكل من الشرط المتروك للصدفة والشرط المختلط شرط صحيح ، لأنه أمر
لاهو محقق الوقوع ولاهو مستحيل الوقوع ، إذ أن وقوعه لايتعلق بمحض إرادة
تحكيمية ، وهو حتى إذا تعلق بارادة أحد طرفي الالتزام فانه في الوقت ذاته
يتعلق بأمر خارج عن هذه الإرادة يجعل وقوعه محتملاً ، لا محققاً ولا مستحيلاً .
أما الشرط الإرادي فهو إما أن يكون شرطاً إرادياً بسيطاً (condition
simplement potestative) أو شرطاً إرادياً محضاً (condition purement
potestative) . فالشرط الإرادي البسيط يتعلق بارادة أحد طرفي الالتزام ،
ولكن هذه الإرادة ليست مطلقة ، بل هي مقيدة بظروفها وملابساتها .
فالزواج شرط إرادي يتعلق بارادة الدائن أو المدين ، ولكن إرادة المشرط
عليه الزواج ليست مطلقة ، إذا الزواج أمر تحوط به الظروف والملابسات
الاجتماعية والاقتصادية .

ويقال مثل ذلك عن شرط النجاح في الامتحان ، بل أن هذا الشرط يكاد
يكون شرطاً مختلطاً فهو يتعلق بالإرادة وبظروف أخرى قد لا يكون للشخص
سلطان عليها . ومن ثم يكون الشرط الإرادي البسيط شرطاً صحيحاً ، سواء تعلق
بارادة الدائن أو بارادة المدين .

بقى الشرط الإرادي المحض ، وهذا إما أن يتعلق بمحض إرادة الدائن أو
بمحض إرادة المدين . فان تعلق بمحض إرادة الدائن كان شرطاً صحيحاً ، وكان
الالتزام قائماً معلقاً على إرادة الدائن ، إن شاء نقضى المدين الشيء الذي ألزمه به .
وإن شاء أحله من التزامه . أما أن تعلق الشرط بمحض إرادة المدين ، فان كان

(١) أوبري ورو : فقرة ٣٠٢ ص ٨٩ .

شرطاً فاسخاً، كأن يلتزم المدين حالاً ويجعل فسخ هذا الالتزام معلقاً على إرادته المحضة ، كان الشرط صحيحاً وكان الالتزام قائماً ، لأن الالتزام لم يعلق وجوده على محض إرادة المدين ، فهو إذن قد وجد ، وإنما استبقى المدين زمامه في يده ، إن شاء أبقاه وإن شاء فسخه (١) . وإن كان الشرط المتعلق بمحض إرادة المدين شرطاً واقفاً ، كأن يلتزم المدين إذا أراد ، أو يلتزم إذا رأى ذلك معقولاً أو مناسباً (٢) ،

(١) استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٦ : ص ٢٤٠ — كفر الشيخ ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ ص ٧٩ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٦٠ — قارن انسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ Condition فقرة ١٦ .

(٢) أما إذا التزم شخص على أن يكون الالتزام في حدود معقولة ، فإن هذا الشرط لا يكون إرادياً لأن تعيين الحدود المعقولة للالتزام يترك لتقدير القاضي (ديرانتون ١١ فقرة ٢٣ — لارومبيير ٢ م ١١٧٤ فقرة ٣ — ديملومب ٢٥ فقرة ٣١٨ — والتون ٢ ص ٣٤٤) . فإذا التزم صاحب المتجر لمستخدمه أن يتفحه آخر العام مبلغاً على أن يترك تقدير هذا المبلغ لصاحب المتجر يمينه وفقاً للمألوف وفي حدود معقولة ، لم يكن التزام صاحب المتجر معلقاً على شرط إرادي ، وعند الخلاف يتولى القاضي تعيين الحدود المعقولة لتقدير هذه النفقة (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٦ — ص ٩٧) .

بل يجوز أن يعلق المدين ، في عقد ملزم للجانبين ، وجود التزامه على محض إرادته ، مادام الالتزام المقابل متوقفاً على وجود الالتزام الأول ، لأن المدين في هذه الحالة إذا شاء ألا يلتزم حرم من الالتزام المقابل ، فليس له إذن كامل الحرية في أن يلتزم أو ألا يلتزم . وعلى هذا يخرج بيع المذاق ، فالمشتري لا يلتزم بالثمن إلا إذا شاء بمحض إرادته ، ولكنه إذا شاء ألا يلتزم حرم من المبيع (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٧) . ويذهب بودرى وبارد في العقد الملزم للجانبين مذهباً آخر ، فيقولان إنه إذا التزم أحد المتعاقدين من جانبه التزاماً مطلقاً على محض إرادته كان التزامه باطلاً ، أما الالتزام المقابل فيبقى صحيحاً ، فينقذ العقد في هذه الحالة ملزماً لجانب واحد لا ملزماً للجانبين . فإذا التزم البائع أن يبيع ، وللتزم المشتري أن يشتري إذا أراد ، فإن التزام البائع ينقذ صحيحاً ، ويبطل التزام المشتري لتعلقه على محض إرادته ، فينقذ العقد ملزماً لجانب واحد ويكون في حقيقته وعداً بالبيع . على أن المشتري لا يستطيع في هذه الحالة أن يتقاضى من البائع التزامه إلا إذا قام هو من جانبه بالتزامه الذي علقه على محض إرادته ، فيعود العقد إذا أريد تنفيذه عقداً ملزماً للجانبين (بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٨٢) . ونلاحظ على هذا التحليل أن هناك فرقاً بين عقد ملزم للجانبين أحد الالتزامين فيه معلق على محض إرادة المدين كببيع المذاق ، وبين عقد ملزم لجانب واحد كالوعد بالبيع . فبيع المذاق ينشئ التزاماً يدفع الثمن في جانب المشتري ، وإذا كان هذا الالتزام معلقاً على محض إرادته إلا أنه التزام صحيح إذا شاء ألا يحرم من البيع ، فإذا أراد المشتري استبقاء الصفقة انقضت من وقت البيع . وهذا بخلاف الوعد بالبيع ، فهو لا يترتب أي التزام في جانب المشتري وإنما ينشئ له حقاً منجزاً ، وإذا أعلن المشتري إرادته في تمام الصفقة انقضت ولكن من -

فهذا شرط يجعل عقدة الالتزام منحلة منذ البداية ، إذ أن الالتزام قد علق وجوده على محض إرادة المدين ، إن شاء حقق الشرط ومن هنا يكون الشرط محقق الرقوع بمشيئة المدين ، وإن شاء جعله يتخلف ومن هنا يكون الشرط مستحيل الوقوع بمشيئة المدين أيضاً (١) . ومن ثم يكون هذا الشرط باطلا ،

= وقت إعلان الإرادة لا من وقت الوعد بالبيع (انظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٥٤ هامش رقم ١) .

وإذا التزم شخص على أن يكون الوفاء عند ما يريد ، فإن الالتزام يكون صحيحاً لأنه ترتب في ذاته دون أن يتعلق ذلك بمحض إرادته ، أما ميعاد الوفاء فيكون أى يوم يختاره المدين قبل موته ، فإذا مات حل الدين ووجب الوفاء (والتون ٢ ص ٣٤٤) . ومن باب أولى يكون الالتزام صحيحاً إذا اشترط المدين أن يكون الوفاء عند الميسرة . ويلاحظ أننا ، في الفرضين المتقدمين ، بصدد أجل غير مبن لا بصدد شرط (انظر المادة ٣٧٢ مدني) . ويعين القاسي ، في الفرض الثاني ، ميعاداً مناسباً لحللول الأجل ، مراعيّاً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقلة ومقتضياً منه عناية الرجل الحرير من الوفاء بالتزامه ، ويجل الأجل حيناً بموت المدين (بحكمة الاسكندرية الأهلية ٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١١ ص ١٠٦٣ — منوف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٩٠٢ — شبين الكوم ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٩٠٥ — الموجز للملف ص ٤٧٤ هامش رقم ١ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٦٧) . وقد يريد المتأقذان أن تكون الميسرة شرطاً لا أجلاً ، فعند ذلك لا يستحق الدين إلا إذا أيسر المدين ، فلو لم يوسر حتى مات مبعراً ، فقد تخلف الشرط ولم يستحق الدين (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٦٧) . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أدنى فيما يلي (انظر فقرة ٥٤) .

(١) انظر في الشرط الإرادي المحض : مصر الأهلية ١٨ يولية سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ١٣١ — المنيا ٢٦ يولية سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ ص ٤٧ — أجا ٢١ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٥٣٧ — جرجا ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ ص ٥٨٦ — الاسكندرية مستعجل ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٥٨٥ — شبين الكوم ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٩٠٥ — استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٦١ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٢٧ ص ٤٣ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر شرطاً إرادياً محضاً متعلقاً بإرادة المدين ، ومن ثم يكون باطلا ، الاتفاق على ألا يأخذ الوارث حقه من التركة إلا بعد توقيع عقد القسمة ما بين جميع الورثة ، فإنه يكفي أن يمنع أحد الورثة من توقيع عقد القسمة حتى يمنع على الوارث أن يأخذ حقه في التركة (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٢٦) . وقضت أيضاً بأن اشتراط الوكيل بالعمولة أنه يشتري لحساب غيره وأنه يعلن إسم هذا الغير متى شاء ، يعتبر شرطاً إرادياً محضاً ، ومن ثم يكون باطلا ، فإذا لم يعلن الوكيل بالعمولة إسم الغير كان هو الملتزم شخصياً (استئناف مختلط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٦١ م ٢٩ ص ٢٢) .

ويسقط كل التزام معلق على شرط واقف هو محض إرادة المدين . وهذا ما تقرره المادة ٢٦٧ مدني ، إذا تقول كما رأينا : « لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف بجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم (١) ».

٣٥ - غير مخالف النظام العام أو الآداب

١٣ - الشرط المخالف للنظام العام : وقد يكون الشرط مخالفاً للنظام العام ، فيكون في هذه الحالة باطلاً ولا يقوم الالتزام الذي علق وجوده عليه .

وأشكلة الشرط المخالفة للنظام العام كثيرة متنوعة . فإذا علق الملتزم التزامه على ألا يتزوج الدائنين إطلاقاً ، كان الشرط مخالفاً للنظام العام إذا لم يكن هناك غرض مشروع يرمى إليه المشرط من وراء هذا الشرط . فإذا رعى مثلاً إلى منع زواجه بعد موته من الزواج غير منه وأثره ، فالشرط باطل مخالفاً للنظام العام .

ويرد بيدان ولا جارد (٨ فقرة ٧٩٤) من الأداة على الشرط الإرادي المنقضي أن يعد المشرط بالتعرض إذا شاء ، أو إذا قرر أن هذا يمكن ، أو إذا رتب ذلك مظهراً ، أو إذا رأى أن الصلابة تجزية . ويلاحظ بلانويول وريبير وبودنجيه (٢ فقرة ١٣٤) أن الشرط الإرادي المنقضي ليس في ذاته شرطاً ، ولكنه شرط من عناصر الالتزام ذاته . ومن عنصر إرادة المدين في أن يلتزم .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التي في جريدة الأعلان العدد مائة ٢ من ١٢ - من ١٣ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٩ والأحكام المشار إليها في ص ٤٧٥ هامش رقم ١ . ويمكن القول : بدس ما قلناه ، إن الشرط الإرادي المنقضي إذا تعذر بإرادة الدائن ، أو تعاق بإرادة المدين وكان شرطاً فاسداً ، أو علق بإرادة المدين وكان شرطاً وانساً متوقفاً على فعل المدين ، فإنه يكون شرطاً صحيحاً . ولا يدخل الشرط الإرادي المنقضي إلا إذا تعذر بإرادة المدين وكان شرطاً واقفاً غير مترتب على فعل المدين للجائين . وتقتصر ما إذا كان الشرط من هذا أو ذلك مسألة واقع لا معقب فيها على قاضي الموضوع ، أما حكم الشرط بعد تعيين نوعه فمسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض .

ومنك من يشهد التمييز ما بين الشرط الإرادي البسيط والشرط الإرادي المنقضي ، متبراً أن الكثرة الغالبة مما يسمى بالشرط الإرادية البسيطة هي في حقيقتها شروط مختلفة (انظر إيجو Eygout) في الأثر الرجعي لتحقيق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢) . ولكن هذا التمييز قد استقر في الفقه وفي القضاء بحيث أصبح من المعتاد إغفاله (بلانويول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٨ ص ٣٧٧ هامش رقم ١) .

أما إذا رمى إلى جعل زوجته بعد موته تنفرع لتربية أولادها منه فلا يشغلها زوج آخر ، فالشرط صحيح والالتزام قائم .

كذلك الشرط القاضي بالاحتراف المشترط عليه مهنة معينة يكون باطلا لمخالفته للنظام العام ، ما لم يكن هناك غرض مشروع يرمى إليه المشترط ، كأن تكون المهنة المحرمة مهنة وضعية تزرى بالكرامة ، أو أن يكون المشترط قد أراد أن يحمي نفسه حماية مشروعة من منافسة المشترط عليه .

وإذا اشترطت الزوجة غير المسلمة أن تكون أولادها من زوجها المسلم على دينها هي لأعلى دين زوجها وإلا كان لها حق الطلاق من زوجها ، فإن هذا الشرط باطل لمخالفته النظام العام .

وإذا اشترطت الزوجة المسلمة على زوجها ألا يطلقها ، فإن الشرط باطل لمخالفته للنظام العام ، وللزوج بالرغم من هذا الشرط أن يطلق زوجته لسبب مشروع وفي غير نعت . ولكن يجوز للزوجة أن تشترط مبلغاً من المال تعويضاً لها عما يصيبها من الضرر إذا طلقها زوجها ، وفي هذه الحالة ينظر إن كان الطلاق لغير سبب مشروع فالشرط صحيح ويجب دفع التعويض . وإلا فالشرط باطل والتعويض غير مستحق .

وشرط عدم تعدد الزوجات الذي قد تشترطه الزوجة على زوجها المسلم ، وإلا صارت مطلقة منه ، أو أعطاها تعويضاً ، شرط صحيح في نظرنا وليس مخالفاً للنظام العام . ولكن لا يجوز أن تشترط الزوجة على زوجها المسلم ألا يتزوج غيرها وإلا كان الزواج الآخر باطلاً أو كانت الزوجة الأخرى هي الطالقة (١) .

ويمكن التمييز بين شرط مخالف للنظام العام وشرط مستحيل استحالة قانونية ، وإن كان كل من الشرطين باطلاً . فاشتراط عدم الزواج قد يكون شرطاً مخالفاً للنظام العام ولكنه شرط غير مستحيل ، أما اشتراط الزواج من محرم فشرط مستحيل استحالة قانونية وهو في الوقت ذاته مخالف للنظام العام لأن الاستحالة القانونية كثيراً ما ترجع إلى مخالفة النظام العام .

(١) انظر في أمثلة أخرى الموجر للنزول فقرة ٤٧ وص ٧٥ : — ٧٦ : وص ٧٦

١٤ - الشرط المخالف للآداب : وقد يكون الشرط مخالفاً للآداب ، فيكون باطلاً أيضاً ، ويسقط الالتزام الذي علق عليه قيامه . فإذا التزم شخص نحو آخر بمبلغ من النقود بشرط أن يقوم بارتكاب عمل غير مشروع ، فإن الشرط يكون مخالفاً للآداب ويكون باطلاً كما قدمنا . وكذلك الحكم إذا اشترط على شخص ألا يرتكب جريمة ، أو أن يمحو آثار جريمة ارتكبت كان يعيد مخطوفاً أو يرد مسروقاً ، أو اشترط عليه أن يقوم بعمل واجب عليه قانوناً على أن يتناول أجراً على القيام به كأن تدخل الزوجة في طاعة زوجها أو أن يمتنع الزوج عن معاشرة غير زوجته أو أن يكف شخص عن التشهير بشخص آخر ونحو ذلك ، فكل هذه شروط تعتبر مخالفة للآداب لأنها جزاء مادي على القيام بالواجب ، والواجب يتعين القيام به دون جزاء (١) .

§ ٤ - أمر عارض

١٥ - الشرط أمر عارضى : ويدخل في مقومات الشرط ، بحكم أنه وصف يلحق الحق بعد تكوينه ، أنه أمر عارض يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق .

ويترتب على أن الشرط يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق أن كلا

(١) لوران ١٧ فقرة ٩٩ ؛ - هيك ٧ فقرة ٢٤٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٦٦ - هذا وإذا التزم شخص نحو آخر أن يدفع مبلغاً من المال إذا ارتكب الملتزم عملاً غير مشروع أو عملاً منافياً للآداب ، فإن الشرط يكون في هذه الحالة صحيحاً ، فهناك فرق بين أن يدفع شخص إلى القيام بالواجب من طريق إعطائه مالا وبين أن يزجر شخص من عدم القيام بالواجب عن طريق تفرجه المال ، فالشرط في الحالة الأولى باطل لمنافاته للآداب ، وهو في الحالة الثانية صحيح لأنه لا يناق الآداب في شيء بل هو يقوم الأخلاق ويصلح النفوس (كوليه دى سانتير ه فقرة ٩٢ مكررة - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٤ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٠٦ - فقرة ٣٠٧ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٨٣ - فقرة ٧٨٤ - أنيكلويدى دالثوز ١ رفظ (Condition) فقرة ١٩ - انظر عكس ذلك : لارومبيير ٢ م ١١٧٢ و ١١٧٣ فقرة ٩ - لوران ١٧ فقرة ٩٩ - هيك ٧ فقرة ٢٤٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٦٤) . بل نحن نرى أنه إذا قصد بإعطاء المال التشجيع على أداء الواجب ، فإن الشرط قد يكون صحيحاً ، كما إذا وعد شخص حارساً منده بزيادة أجره إذا هو أحسن الحراسة .

من الحق المضمون رهن والحق غير معين القيمة والحق التبعية لا يعتبر حقاً معلقاً على شرط ، لأن الوصف هنا لا يُلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

أما أن الشرط أمر عارض فعناه أنه وصف يدخل على الحق بعد تمام هذا الحق وتكامل عناصره ، فيكون الشرط أمراً عارضاً لا يساهم في تكوين الحق ذاته ، بل يضاف إليه بعد تكوينه ، ويمكن تصور قيام الحق بدونته . فالشرط إذن ، باعتباره أمراً عارضاً ، قد يوجد وقد لا يوجد . وهو إذا وجد فالحق يصبح موصوفاً . وإذا لم يوجد فالحق يقوم بالرغم من ذلك ، لأنه استكمل عناصره ، ويكون حقه غير موصوف أي حقاً بسيطاً جزأً (١) .

٦ - التمييز بين الحق المشروط والحق الاحتمالي ومن هنا يجرى التمييز

بين الحق المشروط (droit conditionnel) والحق الاحتمالي (droit eventuel) فالوصف في الحق المشروط أمر عارض يلحق الحق بعد تكامل عناصره كما قدمنا (٢) . أما الوصف في الحق الاحتمالي فأمر غير عارض ، ذلك أن الحق الاحتمالي هو حق ينقصه عنصر من عناصره الجوهرية ، والوصف في الحق الاحتمالي هو بالذات نقصان هذا العنصر الجوهرى .

ومن الأمثلة على الحق الاحتمالي ما يأتي (١) حق الشفيع قبل أن يعلن

(١) بلانيول وريبير ، جابوند ٧ فقرة ١٠٢٤ ص ٣٧١ - الأستاذ عبد الحى حجازى ص ١٧٨ وص ١٨٨ . ومع ذلك فإن هناك رأياً يذهب إلى أن كل . يجعل وجود الالتزام أمراً مستقبلياً غير محقق فهو شرط ، ولو كان عنصراً جوهرياً . الالتزام ذاته . وإنما يراد بأن الشرط أمر عارض أن الالتزام لا يكون حتماً معلقاً على شرط ، بل أن الأصل في الالتزام هو أن يكون غير مشروط (أنظر في هذا المعنى للونر Deloutre رسالة من كان سنة ١٩٠٤ ص ١٠ وما بعد ، ومقالاته في المجلة الانتقادية سنة ١٩١٢ ص ٢٣٢ - أيجو Eygout في الأثر الرجعى لتحقيق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ ص ١٦) . وسرى أن هناك رأياً يذهب ، هل التقيض من ذلك ، إلى أن الحق المشروط ليس إلا نوعاً من أنواع الحق الاحتمالي

(٢) انسيكلوبيدى دالور جان دى جارو دى لاميشيى Jean de Garreau de la Méchenie لفظ condition فقرة ٢ - ديم ، ليم - ٢٥ ص ٣٦ وما بعدها - بودرى ومارد ٢ فقرة ٨٣٧ وما بعدها - بلانيول وريبير وبولاجيه ٢ فقرة ١٣٥ - كولان وكامتان ٢ فقرة ٢٤٨ - جوسران ٢ فقرة ٧٣٨ - بلايور وريبير ، جابوند ٧ فقرة ٢٤ - ص ٣٧٠

إرادته في الأخذ بالشبهة، إذ الشبـع قبل إعلان هذه الإرادة لبس له حق كامل ، بل مجرد حق احتمالي ولا يصبح هذا الحق الاحتمالي حقاً كاملاً إلا إذا أعلن الشبـع إرادته في الأخذ بالشبهة ، فالحق الاحتمالي هنا قد نقصه عنصر من العناصر الجوهرية هو إعلان هذه الإرادة . ولا يعتبر هذا الإعلان شرطاً ، بل هو عنصر من عناصر الحق كما قدمنا (٢) حق الموصي له قبل أن يموت الموصي ، وهنا أيضاً لا يكون للموصي له إلا حق احتمالي قد نقصه عنصر من العناصر الجوهرية للحق الكامل هو موت الموصي . ولا يعتبر هذا الموت شرطاً ، بل هو عنصر من عناصر الحق (٣) الحق المترتب على حساب جار قبل أن يدفع صاحب الحساب أو يقبض شيئاً ، فالحق هنا حق احتمالي بنقصه عنصر من العناصر الجوهرية للحق الكامل هو الدفع أو القبض ، ليتكون رصيد دائن أو مدين لحساب الجاري ، فيصبح الحق كاملاً لا مجرد حق احتمالي . ولا يعتبر الدفع أو القبض شرطاً ، بل هو عنصر من عناصر الحق

ورى من ذلك أن هناك فرقتين أساسيتين بين الحق المشروط والحق الاحتمالي .

(أولاً) يمكن تصور قيام الحق المشروط دون الشرط ، إذ الشرط أمر عارض كما قدمنا . أما الحق الاحتمالي فحق بنقصه عنصر من العناصر الجوهرية حتى يكون حقاً كاملاً كما سبق القول ، ومن ثم لا يمكن تصور هذا الحق الكامل دون هذا العنصر الجوهرى

(ثانياً) إذا تحقق الشرط في الحق المشروط ، كان لتحقيقه أثر رجعي على الوجه الذى سنفصله فيما يلى . أما إذا استكمل الحق الاحتمالي العنصر الجوهرى الذى بنقصه فأصبح حقاً كاملاً ، فإنه يصبح حقاً كاملاً دون أثر رجعى . ومن ثم يوجد الحق الكامل من وقت استكمال العنصر الجوهرى ، لا من وقت وجود الحق الاحتمالي (١) .

(١) . لاند ، لاحارده ص ٣٤ هامش رقم ١ .

١ - قد ذهب جان موريس مرييه (Jean-Maurice Verdier) و رجاك القس ، في الحقوق الاحتمالية (Les droits éventuels) (ناريس ص ١٠٥) . إلى أن الحق المشروط ليس نوعاً من أنواع الحقوق الاحتمالية ، وألا مرد في الطبيعة بين الحق المشروط والحق الاحتمالي .

المبحث الثاني

نوعا للشرط

الشرط الواقف والشرط الفاسخ

١٥ - الشرط الواقف

(Condition suspensive)

١٧ - ماهر الشرط الواقف : رأينا أن المادة ١/٢٦٥ مدني تنص على أن « يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر

= فكلاهما يتميز بأنه تعاقب حقين يتواليان في الزمان . فالحق المشروط هو ، قبل تحقق الشرط ، حق حال في أن يكون للدائن الحق المعلق على شرط . ثم إذا تحقق الشرط ينقضي هذا الحق الحال ، ويحل محله حق آخر هو نفس الحق الذي كان معلقاً على شرط ، وقد أصبح حقاً حالاً منجزاً بعد تحقق الشرط . وكذلك الحق الاحتمالي هو أيضاً تعاقب حقين يتواليان في الزمان ، قيداً حقاً حالاً في أن يكون للدائن الحق الاحتمالي ، ثم إذا تحقق الحادث الاحتمالي الذي يتوقف عليه وجود الحق ينقضي هذا الحق الحال ، ويحل محله حق آخر هو نفس الحق الذي كان احتمالياً ، وقد أصبح الآن حقاً حالاً منجزاً . ومن ثم يكون في البداية ، في كل من الحق المشروط والحق الاحتمالي ، حق حال وحق مستقبل : فالحق الحال هو وحده الموجود فعلاً ، أما الحق المستقبل فلا وجود له في مبدأ الأمر ، ولا يوجد إلا بتحقق الشرط أو بتحقيق الحادث الاحتمالي ، وبمجرد وجوده ينقضي الحق الأول .

ونقل نص ما يقول فردييه في هذا المعنى (أنظر ص ٢٤٦) :
Mais ce qui, dans les deux cas, est essentiel et en fait la véritable identité sur le plan statique, c'est l'existence de ce droit actuel distinct du droit futur qu'il prépare ; l'expression "droit éventuel" ou "droit conditionnel" concerne non ce droit présent mais la situation juridique future qui prendra naissance à la survenance de l'événement.

وليس الأثر الرجعي هو الذي يميز الحق المشروط عن الحق الاحتمالي ، فكثير من الحقوق الاحتمالية له أثر رجعي ، كالوارث يستند حقه عقد قبل الميراث إلى موت المورث ، وrehn الأموال المستقبلية بأخذ مرتبته من وقت الرهن لا من وقت تملك الأموال المرهونة ، ومثله الرهن لضمان دين مستقبل . وكثير من الحقوق المشروطة ليس له أثر رجعي ، كالحق في قبض الثمار وفي أعمال الإدارة وغير ذلك مما سيأتي بيانه تفصيلاً (أنظر ص ٢٤٧ من الرسالة المشار إليها) .

مستقبل غير محقق الوقوع . فإذا كان وجود الالتزام متوقفاً على الشرط ، بحيث إذا تحقق الشرط وجد الالتزام وإذا تخلف لم يوجد ، فإن الشرط يكون في هذه الحالة شرطاً واقفاً (condition suspensive) . فالشرط الواقف هو إذن الشرط الذي يتوقف على تحققه وجود الالتزام ، فإن تخلف لم يخرج الالتزام إلى الوجود . مثل ذلك أن يعلق الواهب هبته لابنه على شرط أن يتزوج ، فالزواج هنا شرط واقف ، إذا تحقق وتزوج الابن فقد وجد التزام الأب بالهبة ، وإذا تخلف للشرط ولم يتزوج الابن فإن التزام الأب باعطاء هبة لابنه لا يوجد .

١٨ - الشرط الواقف المستحيل والشرط الواقف المخالف للنظام

العام أو الآداب : وتنص الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ مدني كما رأينا ، على أنه «لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو للنظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقفاً ...» . وقد استعرضنا أمثلة للشرط المستحيل وللشرط المخالف للنظام العام أو الآداب ، فإذا كان الشرط في هذه الأحوال واقفاً غير فاسخ فالشرط باطل كما قدمنا . والالتزام الذي علق وجوده على الشرط يعتبر هو أيضاً غير قائم ، لأن وجوده معلق على شرط مستحيل أو غير مشروع ، فلن يتحقق هذا الشرط أو لا ينبغي أن يتحقق ، ومن ثم لا يوجد الالتزام .

- ينو ما يقال من أن الشرط أمر عارض وهو وصف في الحق المشروط لا يلحقه إلا بعد تكامل عناصره ، بينما الحق الاحتمالي ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية حتى يكون حقاً كاملاً . فهذا الفرق ينكره أيضاً فردييه ، فنرى في بعض الأحوال ، على ما يقول ، التمييز بين العناصر الجوهرية والأمور العارضة ، فالحق الذي لا ينفذ إلا بالتصديق عليه (homologation) يصعب القول هل التصديق عنصر جوهري فيه فلا يكون له أثر رجعي ، أو هو أمر عارض فيكون له هذا الأثر . وإذا قارنا بين حق المودود له بالبيع والمشتري بشرط التجربة لم نجد فرقاً محسوساً بين الحق الأول وهو حق احتمالي والحق الثاني وهو حق مشروط ، فكلاهما يتوقف على رغبة المشتري في الشراء (انظر ص ٢٥٣ و ص ٢٧٠ - ص ٢٧٣ من الرسالة المشار إليها) .

على أن فردييه يسلّم بأن هناك فرقاً واحداً بين الشرط والحادث الاحتمالي ، فالشرط يقف نشوء الحق دون أن يقف نشوء المقد الذي هو مصدر هذا الحق ، أما الحادث الاحتمالي فيقف نشوء الحق ونشوء المقد معاً (انظر ص ٢٨٣ - وانظر ما ترقبه على هذا للفرق من النتائج ص ٢٨٥ - ص ٢٨٨)

١٩- الشرط الواقف الإرادي المحض - امارة : وقد رأينا أن الشرط إذا تعلق بمحض إرادة المدين ، وكان شرطاً واقفاً غير مترتب على عقد ملازم للجانبين ، فإن الالتزام لا يوجد للأسباب التي قدمناها (١) .

٢٥ - الشرط الفاسخ

(Condition résolutoire)

٢٠- ماهو الشرط الفاسخ : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٦٥ مدني تقضي بأن يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع . ورأينا أن وجود الالتزام إذا كان مترتباً على الشرط ، فهذا الشرط واقف . أما إذا كان زوال الالتزام هو المتوقف على الشرط ، فهذا الشرط فاسخ . مثل الشرط الناسخ نزول الدائن عن جزء من حقه بشرط أن يدفع المدين الأقساط الباقية كل قسط في ميعاده ، فالشرط هنا شرط فاسخ ، وإذا تخلف بأن يتأخر المدين في دفع الأقساط الباقية ، اعتبر نزول الدائن عن جزء من الدين كأن لم يكن (٢) . والالتزام المعلق على شرط فاسخ يوجد في الحال ويبقى ، ولكن زواله هو الذي يعلق على الشرط ، فإذا تحقق الشرط زال الالتزام واعتبر كأن لم يكن . أما إذا تخلف الشرط فقد أصبح الالتزام باتاً (٣) . نرى من ذلك أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ هو

(١) انظر آتياً فقرة ١٢ .

(٢) استئناف مخطوط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٩ . ومثل أيضاً الشرط المذكور في عقد البيع بأن البيع لا يكون باتاً إلا بعد دفع قسطين من الثمن ويندوز بعد ذلك للمشتري التصرف في البيع ، فهذا الشرط شرط فاسخ يتمكن به البائع من فسخ البيع حتى بالنسبة إلى من تصرف له المشتري قبل دفع القسطين ، ولا يعتبر شرطاً واقفاً (استئناف مخطوط ٧ مارس سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١٩٤) .

(٣) وهناك ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمني ، وهو مفروض في العقد الملزم للجانبين ، إذا لم يتم أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام في فسخ العقد (الوسيط جزء أول فقرة ٤٦٢ وما بعدها) . وطبيعة الشرط الفاسخ الصريح الذي نحن بصدده تختلف كل الاختلاف عن طبيعة ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمني ، إذا الشرط الفاسخ الضمني ليس في حقيقته شرطاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الابتدائي قد بنى الفسخ الذي قضى به على الشرط الضمني ، ثم جاء الحكم

في حقيقته التزام زواله معلق على شرط واقف ، فان الشرط في الواقع من الأمر

= الاستثنائي مقاماً من ناحية حل قيام شرط فاسخ صريح ومن ناحية أخرى حل أسباب الحكم الابتدائي ، فإنه يكون متناقضاً لاختلاف حكم كل واحد من الشرطين من حكم الآخر . (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمره رقم ١٦ ص ٣٥) . وقضت أيضاً بأن شرط الفسخ الصريح وشرط الضمني يختلفان طبيعة وحكماً . فالشرط الفاسخ الضمني (le pacte commissaire tacite) لا يستوجب الفسخ حتماً إذ هو خاضع لتقدير القاضي ، وللقاضي أن يجهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بمرض دينه كاملاً قبل أن يصدره ضده حكم نهائي بالفسخ . أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تنقضي به المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم) موجب للفسخ حتماً ، فلا يملك معه القاضي إهمال المشتري المتخلف عن أداء الثمن ، ولا يستطيع المشتري أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمي إلى الوفاء ، بل قد يكون الفسخ الصريح وجباً للفسخ بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت صيغته صريحة في الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه ولا إنذار . وعلى ذلك فإذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد أقامت قضاءها بفسخ العقد على أن المشتري إذ قصر في الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محتقناً في طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمني المفترض في جميع العقود التبادلية ، ثم جاءت محكمة الاستئناف فقالت أن الفسخ كان متفقاً عليه جزاءً للتخلف عن أداء الثمن وإذا قد ثبت لها تخلف المشتري فهي تقرر حق البائع في الفسخ نزولاً على حكم الشرط الفاسخ الصريح فلا ينص المادة ٣٣٤ مدني (قديم) ، ثم لم تلتزم أن قالت في آخر حكمها أنها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منه أسباباً لحكمها ، فعلمنا هذا يكون قد أنيم على أمرين واقعيين متغايرين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرط الفسخ الصريح والفسخ الضمني طبيعة وحكماً ، وهذا تعارض في أسباب الحكم يعيبه ويستوجب نقضه (نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ٢٨ ص ١٥٥) وقضت أيضاً بأن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح في معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم) . وعلى ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرفي عقد البيع قد اتفقا في العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفي المشتري الثمن في الميعاد المتفق عليه ، ونصاً على أنه عند إخلال المشتري بشروط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه بإعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن الاستفادة من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح أي اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فإنه لا يكون قد مسخ مدلول نص العقد لأن عبارته تحتل ما استخلصه الحكم منها (نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) . انظر أيضاً : نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمره رقم ١٩٢ ص ٥٤٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمره رقم ٢٣٧ ص ٤٩٨ .

وقضت أخيراً محكمة النقض بأنه في حالة الشرط الفسخ الصريح قد ينزل صاحب المصلحة عن التمسك بوقوع الفسخ من تلقاء نفسه وذلك بإذاره للمدين ، فلا يقع الفسخ من تلقاء نفسه بل يلزم لوقوعه أن يصدر به حكم وللمدين أن يتقيه بتنفيذ التزامه (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ ص ٩٢٢) .

واقف في جميع الأحوال : يقف وجود الالتزام أو يقف زواله ، ففي الحالة الأولى يسمى شرطاً واقفاً ، وفي الحالة الثانية يسمى شرطاً فاضحاً (١) .

وقد تدق في بعض الأحوال معرفة ما إذا كان الشرط واقفاً أو فاسخاً ، كما في البيع المعلق على شرط موافقة الغير على البضاعة المبيعة ، فهل الشرط هنا واقف ولا يتم البيع إلا إذا وافق الغير على البضاعة ، أو هو شرط فاسخ وينفذ البيع في الحال على أن يفسخ إذا لم يوافق الغير على البضاعة ؟ يرجع الأمر في ذلك إلى تبين إرادة الطرفين ، ويستخلص قاضي الموضوع هذه الإرادة من الظروف والملابسات ، فان تبين أن نية الطرفين قد انصرفت إلى أن يكون الشرط واقفاً أو إلى أن يكون فاسخاً التزم هذه النية وحكم على مقتضاها (٢) .

ويلاحظ أن كل شرط فاسخ يتضمن وجود شرط واقف ، سواء كان ذلك في الالتزام أو في الحق العيني . فمن التزم بهبة على أن تفسخ إذا رزق ولداً ، كان مدينأً بالهبة تحت شرط فاسخ ، فينفذ التزامه فوراً ويعطى الموهوب له الهبة ، وكذلك الموهوب له يصبح مدينأً تحت شرط واقف هو نفس الشرط الفاسخ بالنسبة إلى الواهب . فاذا رزق الواهب ولداً فتحقق الشرط ، فان تحققه كشرط فاسخ يزيل التزام الواهب بالهبة فيستردها من الموهوب له ، وتحققه كشرط واقف يوجد التزام الموهوب له برد الهبة إلى الواهب فيردها إليه . وكذلك الحكم في الحق العيني كحق الملكية إذا علق على شرط فاسخ ، فان الشيء الواحد يصبح له مالكان ، أحدهما مالك تحت شرط فاسخ والآخر مالك تحت شرط واقف ، والشرط الفاسخ بالنسبة إلى الأول هو نفس الشرط الواقف بالنسبة إلى الثاني ، فاذا ما تحقق هذا الشرط فقد انفسخت ملكية الأول وقامت ملكية

(١) ويقول اهرنج (Ihering) أن الشروط الواقف وحده هو الذي عرفه القانون الروماني أولاً ، ثم أتى الشرط الفاسخ بعد الشرط الواقف وعلى غرارته ، فهو شرط واقف يعلق على تحققه زوال الالتزام (اهرنج في روح القانون الروماني ٤ ص ١٦٤) .

(٢) دبرانتون ١٥ فقرة ٤٤ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٨ .
هذا وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط القاضي بأن من يرسو عليه المزا في أطيان موقوفة تباع بقصد الاستبدال لا يستحق الربيع إلا إذا وافقت المحكمة الشرعية على الاستبدال بعد مشورتها بشرط واقف لا بشرط فاسخ ، لأن أجازة الاستبدال من المحكمة إنما هي شرط واقف لا فاسخ (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٩ ص ٢٠٤) .

الثاني ، أما إذا تخلف الشرط فقد سقطت ملكية الثاني وأصبحت ملكية الأول ملكية بانه (١) .

٢١ - الشرط الفاسخ المستحيل والشرط المخالف للنظام العام

أو الآداب : رأينا أن المادة ٢٦٦ مدني تنص على أنه : ١ - لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقفاً . أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم . ٢ - ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام .

ويتبين من هذا النص أن الشرط الفاسخ إذا كان مستحيلاً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، كان باطلاً كما قدمنا . ولما كان الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزاماً نافذاً ذرواً وزواله هو المعلق على الشرط الفاسخ ، ولما كان هذا الشرط الفاسخ معتبراً كأنه لم يكن لبطلانه ، فهو إذن لن يتحقق . ويترتب على ذلك أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب يكون التزاماً باتاً غير معلق على شرط ما (٢) ، وليس التزاماً مهدداً بالزوال كما هو شأن الالتزام المعلق على شرط فاسخ صحيح .

على أن الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو الآداب قد يكون هو السبب الدافع إلى الالتزام (٣) ، فإذا التزم شخص بترتيب إيراد مدى الحياة لامرأة

(١) لارومبيير ٣ م ١١٨٣ فقرة ١٦ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٨١ - هيك ٧ فقرة ٢٤٤ ص ٣٢٦ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٧٥ - بيدان ولا جاود ٨ فقرة ٧٣٥ ص ٥٣٧ وفترة ٧٥٤ - قارن ديراكتور ١١ فقرة ٩١ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٩ وهامش رقم ٤ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٥ ص ٣٧٣ .

(٢) استئناف أهلى ٩ يناير سنة ١٨٩٣ الحقوق ٧ ص ٣١٥ .

(٣) يتبين من نص الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ مدني أن الشرط الفاسخ إذا كان مستحيلاً فإنه يعتبر غير قائم . ويبقى الالتزام باتاً غير معلق على شرط . ولم تعدش الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ إلا الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو الآداب إذا كان هو السبب الدافع إلى الالتزام ، فيسقط الشرط والالتزام معاً . يتو إذن الشرط المستحيل إذا كان هو السبب الدافع إلى الالتزام ، الظاهر أن الاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ لا يشمل ذلك ، ومن ثم يتو خضوعاً

على أن تعاشره معاشرة غير شرعية ، وعلى أن يفسخ التزامه إذا هي انقطعت عن معاشرته ، كان الشرط الفاسخ هنا باطلا لمخالفته للآداب ، واعتبر غير قائم . وكانت القاعدة العامة تقتضي أن يبقى الالتزام بترتيب الإيراد قائماً ، بعد سقوط الشرط . ولكن لما كان هذا للشرط في الفرض الذي نحن بصددده هو السبب الذي دفع المدين إلى أن يلتزم بترتيب الإيراد ، فإن سقوط الشرط يسقط الالتزام معه ، كما تقتضي بذلك الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ مدني على ما رأينا . فيسقط ، في وقت معاً ، شرط المعاشرة غير المشروعة والالتزام بترتيب الإيراد (١)

- الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ . وينبني على ذلك أن الشرط المستحيل يسقط ويبقى الالتزام بائناً غير ملق على شرط ، حتى لو كان الشرط المستحيل هو الدافع إلى التعاقد . وقد اشتمل التقنين المدني الفرنسي على نصين في هذا الموضوع ، فقضت المادة ١١٧٢ من هذا التقنين ببطالان العقد المقترن بشرط مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب ، وقضت المادة ٩٠٠ من نفس التقنين بصحة التبرعات المقترنة بشرط مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب مع سقوط الشرط وحده . فخفف القضاء الفرنسي من شدة النص الأول إذ قضى بأن الشرط إذا لم يكن هو الدافع إلى التعاقد فإنه وحده هو الذي يسقط ويبقى العقد ، وشدد من تراخي النص الثاني إذ قضى بسقوط التبرع ذاته إذا كان الشرط هو السبب الدافع إليه . فخلص من مجموع ما ذهب إليه القضاء الفرنسي المبدأ الآتي : متى كان الشرط المستحيل أو المخالف للنظام العام أو الآداب هو الدافع إلى التعاقد - في كل من المعارضات والتبرعات - فإن الشرط والعقد يسقطان معاً ، إما إذا كان الشرط ليس هو الدافع إلى التعاقد فإنه وحده هو الذي يسقط ويبقى العقد . وهذا المبدأ المستخلص من القضاء الفرنسي هو الذي فتنه المادة ١١١ من المشروع الفرنسي الإيطالي فيما يتعلق بالشرط الفاسخ مع قصر الاستثناء الخاص بالسبب الدافع على الشرط المخالف للنظام العام أو الآداب دون الشرط المستحيل (أنظر في هذا المني كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥١ وص ٤٤٣ - ص ٤٤٤ وص ٤٤٣ هـ . ش رقم ٢ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٣٥٦ - جوسران ٢ فقرة ٧٣٩) . وقد نقل التقنين المصري الجديد هذا المبدأ عن المادة ١١١ من المشروع الفرنسي الإيطالي (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩) . (١) وفي فرنسا تثار المسألة بنوع خاص في شرط الدفع بالذهب أو بعملة أجنبية (أنظر مقال فواران (Voin) في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٦ ص ٣٣٧ - كابيتان في داللو الأسبوعي سنة ١٩٢٧) .

ويلاحظ الأستاذ اسماعيل غانم (أحكام الالتزام ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧) أن الشرط الفاسخ لا يمكن إلا أن يكون هو السبب الدافع إلى التعاقد ما دام قد علق على تحقيقه فسخ العقد ذاته ، فلا تحقق إذن الصورة التي يكون فيها الشرط الفاسخ ليس هو السبب الدافع إلى التعاقد . على أنه كثيراً ما يختلط في العمل الشرط الفاسخ بشروط العقد العادية ، كما إذا باع شخص سلعة بشرط أن يتقاضى الثمن ذهباً ، فن الممكن أن يكون الشرط هنا شرطاً فاسخاً وأن يكون هو السبب الدافع إلى التعاقد ، فحرم في هذه الحالة حكم النص .

٢٢ - الشرط الفاسخ الإرادى المحض - املأه : وقد قدمنا أن

الشرط الإرادى المحض من جانب المدين يجعل الالتزام غير موجود إذا كان شرطاً واقفاً . ورأينا كذلك أن هذا الشرط الإرادى المحض من جانب المدين إذا كان شرطاً فاسخاً فإنه لا يسقط الالتزام ، بل يبقى الالتزام قائماً معلقاً على هذا الشرط الإرادى ، ومن ثم ينفذ فوراً ، ويكون للمدين الخيار بعد ذلك فى الإبقاء عليه إن شاء أو فى إسقاطه فىزول .

المبحث الثالث

مصدر الشرط

رأى الحقوق يلحقها وصف الشرط

١٥ - مصدر الشرط

٢٣ - مصدر الشرط هو الإرادة أو التصرف القانونى : بعد أن

عرفنا ما هو الشرط وما هى مقوماته وأنواعه ، بقى أن نبحث ما هى المصادر التى ينشأ عنها .

وقد رأينا فى الأمثلة المتقدمة أن الشرط مصدره الإرادة ، فالملتزم بشرط الذى يتفق مع الملتزم له أن يكون الالتزام معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ . بل إن الشرط يكون مصدره إرادة الملتزم وحدها إذا كان الالتزام نفسه هو وليد هذه الإرادة ، فالملتزم بإرادته المنفردة كما يملك أن يلتزم التزاماً خالياً من أى شرط ، يملك كذلك أن يعلق التزامه على شرط ، واقفاً كان الشرط أو فاسخاً .

وقد تكون الإرادة مصدر الشرط إرادة صريحة أو إرادة ضمنية (١) .

(١) ومن الأمثلة على الإرادة الضمنية ما يأتى : (١) الاكتتاب فى أسهم شركة تحت التأسيس مفروض فيه أن كل مكتتب إنما اكتتب فى أسهمه بشرط أن تتم تغطية الأسهم ، إذ الشركة لا يتم تأسيسها إلا بهذه التغطية (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٣٣ ص ٥٣٤) . (ب) إذا أصدرت = (م ٣ - الوسيط)

والشرط المتولد من إرادة ضمنية هنا هو غير الشرط الفاسخ الضمني المفترض في العقود الملزمة للجانبين ، كما سبق القول (١) .

ولما كان الشرط مصدره في العادة هو الإرادة ، فقد دفع ذلك كثيراً من الفقهاء إلى القول بأن الشرط إنما هو وصف في الإرادة لا في الالتزام ، فيجب إلحاقه بنظرية التصرف القانوني لا بنظرية الالتزام في ذاته ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٢٤ - هل يكون الشرط مصدره القانوني : على أن هناك أوضاعاً

قانونية يذهب بعض الفقهاء إلى أنها معلقة على شرط مصدره القانون . ويسوقون من الأمثلة على ذلك الوصية ، فهي كما يقولون تصرف قانوني معلق بحكم القانون ذاته على شرط واقف هو أن يعيش الموصي له بعد موت الموصي . ويقولون كذلك أن حق الورثة في الميراث معلق على شرط واقف هو أن يموت المورث قبلهم . كذلك حق الشفيع في المشفوع فيه يقولون إنه أيضاً معلق على شرط واقف هو إعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة .

على أن الشرط الذي يفرضه القانون في الأمثلة المتقدمة وأمثالها ليس شرطاً بمعناه الصحيح . فقد قدمنا أن الشرط أمر عارض ، لا يلحق الحق إلا بعد تكامل عناصره ، فيضاف إليه ، ويمكن تصور الحق بدونه . أما في الأمثلة التي قدمناها ، فالشرط عنصر من عناصر الحق ذاته ، ولا يتصور قيام الحق بدونه . وإنما هو

= بلدية سندات وطرحتها في السوق للاكتتاب ، وصرحت بأن القرض من هذا القرض هو انجاز مشروع معين ، فإن الاكتتاب يعتبر في هذه الحالة عملية جمعية (acte collectif) ، وكل اكتتاب يكون مشروطاً بتغطية جميع السندات (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٧٣٣ - بيك في الشركات ٣ فقرة ١٦٢٦) . (ج) عندما يرسل تاجر أوراقاً مالية (شيكات أو كيالات) لمصرفه لأضافتها إلى حسابه الجاري ، فإن الأضافة تكون مشروطة بقبض قيمة الأوراق المالية (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٧٣٣ ص ٥٣٥) . (د) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر شرطاً ضمناً موافقة جميع الدائنين على صلح ودي مع المدين ، إذ أن الصلح الودي لا يتم إلا بموافقة جميع الدائنين (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢ .

وضع معين يقرره القانون . ويرتب عليه نتائج معينة ، وليس له أثر رجعي (١) .
فالشرط إذن ليس له مصدر إلا الإرادة (٢) . ولكنه وصف يلحق الحق
نفسه لا الإرادة التي هي مصدره ، ومن ثم يكون جزءاً من نظرية الالتزام في
ذاته لا من نظرية التصرف القانوني (٣) .

(١) انظر في هذا المعنى أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٨ — بودري وبارد ٢ فقرة
٧٤٥ — فقرة ٧٤٦ — ويميز إهرنج بين الوصية والحق المعلق على شرط (انظر روح القانون
الروماني ٤ ص ١٦٨ — ١٧٠) .

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ عبد الحمى حجازي ١ ص ١٧٨ و ص ١٧٩ هامش رقم ١
الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٧٦ ص ٢٤٩ . وجاء في الموجز للمؤلف :
« هذا ويلاحظ أن تعليق الالتزام على الشرط يجب أن يكون وليد إرادة الطرفين ، أما إذا كان
القانون هو الذي علق الحكم على استيفاء شرط ، كما إذا جمل الوصية متوقفة هل وفاة الموصي
وكما إذا اشترط الحاجة لاستحقاق النفقة ، فلا يكون الالتزام في مثل هذه الحالة شرطياً » .
على أن هناك حالات تقوم فيها شبهة قوية في أن مصدر الشرط هو القانون . من ذلك ما نصت
عليه الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني من أنه « إذا زرع مصري أرضاً غير مزروعة أو غرسها
أو بنى عليها ، تملك في الحال الجزء المزروع أو المفروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة .
ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابة خلال الخمس عشرة السنة التالية
للملك » . فهل يمكن القول أن الملكية هنا معلقة على شرط فاسخ — مصدره القانون — هو
عدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابة خلال الخمس عشرة السنة التالية للملك ؟ (انظر في هذا
المعنى في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨١) .
ومن ذلك أيضاً ما قضت به المادة ٥٠١ هـ (حرف ج) من جواز فسخ الهبة إذا رزق الوهاب
بعد الهبة ولدا يظل حياً إلى وقت الفسخ (انظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٩٦٠ وما بعدها من التقنين
المدني الفرنسي) .

ويذهب بلانيول وريبير وبولانجي (٢ فقرة ١٣٤٩) وبيدان ولاجارد (٨ فقرة ٧٣٣) .
إلى أن الشرط في مثل هذه الحالات مصدره القانون فعلاً . ولكن قارن بلانيول وريبير
وجانولد ٧ فقرة ١٠١٤ ص ٣٧١ — ص ٣٧٢ . وفي رأينا أن « الشرط » في هذه الحالات
ليس إلا وضعاً خاصاً قرره القانون ، ويرتب عليه نتائج . وسواء تحقق هذا الوصف أو تخلف ،
فليس له — كما لشرط بالمعنى الصحيح — أثر رجعي .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : «يراعى أن التعليل يرد على الالتزام
ذاته دون التعلل أو التصرف القانوني بوجه عام ولهذا كان نهج المذهب الثلاثيني أدنى إلى
التوفيق في هذا الصدد من منحنى المذهب الجرماني . ذلك أن الأول يفرد الأحكام الشرط مكاناً و
نطاق النظرية العامة للالتزام ، في حين أن الثاني يبحر هذه الأحكام بنظرية التصرف القانوني »
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧) .

٢ - الحقوق التي يلحقها وصف الشرط

٢٥ - يلحق الشرط الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء :

والشرط وصف يلحق محل الحقوق ، سواء كانت هذه الحقوق شخصية ، أو عينية . فيلحق الشرط الالتزام أى الحق الشخصى . ويلحق كذلك الحق العينى ، فيكون هذا الحق معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، ويكون للشرط فى هذه الحالة كل خصائص الشرط الذى يلحق الحق الشخصى .

٢٦ - الحقوق التى لا يلحقها وصف الشرط على أن الحقوق التى

يلحقها وصف الشرط هى الحقوق المالية . أما الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية فهى غالباً لا تقبل التعليق على الشرط . فالزواج وما ينشأ عنه من حقوق الزوجية وواجباتها لا تقبل التعليق على الشرط . والحجر والإذن بالتجارة للصبي المميز والنسب ، كل هذه تنشئ حقوقاً وحالات قانونية لا يرد عليها الشرط وصفاً (١) .

الفرع الثانى

ما يترتب على الشرط من الآثار

٢٧ - التمييز بين مرحلتين : حتى نتبين بوضوح ما يترتب على الشرط

من الآثار يجب أن نميز بين مرحلتين : (١) مرحلة التعليق ، وهى المرحلة التى يكون فيها الشرط قائماً لا يعلم هل يتحقق أو يتخلف ، ولذلك يكون الالتزام فيها معلقاً ، ومن ثم سميناه هذه المرحلة بمرحلة التعليق . (٢) مرحلة ما بعد التعليق ، وهى المرحلة التى ينبى فيها مآل الشرط هل يتحقق أو يتخلف ، ولتحققه آثار تختلف عن آثار تخلفه فى كل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ .

(١) أوبرى ورو : فقرة ٣٠٢ ص ٩١ دالمش رقم ١٠ — انظر أيضاً إلمرنج فى روح

القانون الرومانى ٤ ص ١٦٥ .

المبحث الأول

أثر الشرط في مرحلة التعليق

١٥ - الشرط الواقف

٢٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٦٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف ، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط . أما قبل تحقق الشرط ، فلا يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري ، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه » (١) .

وحكم هذا النص فيما يتعلق بمرحلة التعليق كان معمولاً به في عهد التقنين المدني السابق دون أن يشتمل هذا التقنين على نص في ذلك .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٦٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٥٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٨٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٩٣ إلى ٩٥ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً طفيفاً جمل المطابقة تامة ، وأصبح المادة ٢٨٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤ - ص ١٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٦٨ (مطابقة للمادة ٢٦٨ مصرى) .
التقنين المدني الليبي م ٢٥٥ (مطابقة لمادة ٢٦٨ مصرى) .
التقنين المدني العراقي م ٢٨٨ : المقيد المعلق على شرط واقف لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط .
(ويلاحظ أن التقنين المدني العراقي لم يبين في نصوصه كيف أن الحق المعلق على شرط واقف =

٢٩ - مراتب الحق من حيث الوجود والنفاذ : ويتبين من النص المتقدم الذكر أن الالتزام المعلق على شرط واقف ، وهو في مرحلة التعليق ، لا يكون نافذاً ، بل هو لا يكون موجوداً وجوداً كاملاً (١) . ويمكن القول إن الحق ، من حيث الوجود والنفاذ ، يتدرج بين مراتب سبع : (١) مرتبة الحق المعلوم ، وهو ما لا وجود له ولا يحتمل وجوده . (٢) مرتبة الحق الاحتمالي ، وهو ما لا وجود له ويحتمل وجوده ، فهو معدوم على خطر الوجود . (٣) مرتبة الحق المعلق على شرط واقف ، وهو حق موجود فعلاً ولكنه غير كامل الوجود . (٤) مرتبة الحق المؤجل ، وهو حق موجود وجوداً

= لا يقبل التنفيذ إطلاقاً وإن كان يجوز اتخاذ الإجراءات التحفظية بموجبه ، كما يبين ذلك التقنين المدني المصري . ولكن لما كانت هذه الأحكام يمكن استخلاصها من تطبيق القواعد العامة ، إذ الحق غير النافذ حق موجود ، فإنه يمكن القول بتطبيق هذه الأحكام في القانون المدني العراقي : (انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٣٤ ، ومع ذلك قارن فقرة ١٣٧) .

تقنين الموجبات والعقود البنائي م ٩٣ : إن الموجب المعقود على شرط التعليق لا يقبل التنفيذ الإجباري ولا التنفيذ الاختياري ولا يمر عليه الزمان ما دام الشرط معلقاً . على أن الدائن يمكنه أن يقوم بأعمال احتياطية ، أخصها قيد الرهن المؤمن دينه عند الاقتضاء وطلب تطبيق الخط ورضع الاختتام وإنشاء المحاضر والجداول .

م ٩٤ : إن الموجب الذي عقد على شرط التعليق وما زال الشرط فيه معلقاً يمكن التفرغ عنه بوجه خاص أو بوجه عام .

م ٩٥ : إن الموجب عليه تحت شرط التعليق لا يمكنه قبل تحقق هذا الشرط أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع استعمال حقوق الدائن أو يزيده صعوبة في حالة تحقق الشرط . وبعد أن يتحقق شرط التعليق تكون الأعمال التي أجراها الموجب عليه في خلال ذلك ملغاة على قدر ما يكون فيها من الإضرار بالدائن ، ما عدا الحقوق المكتسبة شرعاً للشخص ثالث حسن النية . (ويلاحظ أن التقنين البنائي أكثر إيراداً للتفصيلات من التقنين المصري ، ولكن جميع التفصيلات الواردة في التقنين البنائي يمكن الأخذ بها في القانون المصري تطبيقاً للقواعد العامة ، ودون حاجة إلى نصوص خاصة في ذلك) .

(١) انظر في هذا المعنى بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٧٣٨ . وقد كان القانون الروماني يعتبر في بعض نصوصه (Institutes) الحق تحت شرط واقف مجرد أمل وليس حقاً ، وإن اعتبره حقاً لا مجرد أمل في نصوص أخرى (Digeste) : انظر بودري وبارد ٢ فقرة ٨٣٧ . أما تقاليد القانون الفرنسي القديم فكانت في المعنى الأول ، وكان يوثيه يذهب إلى أن الحق المعلق على شرط واقف ليس بحق وإنما هو مجرد أمل (يوثيه في الالتزامات فقرة ٢١٨ وفقرة ٢٢٢) .

كاملاً ولكنه غير نافذ . (٥) مرتبة الحق المعلق على شرط فاسخ ، وهو حق موجود وجوداً كاملاً وهو في الوقت ذاته حق نافذ ، ولكنه موجود على خطر الزوال . (٦) مرتبة الحق المقترن بأجل فاسخ ، وهو حق موجود وجوداً كاملاً وهو نافذ إلى أجل ثم ينقضي بانقضاء هذا الأجل . (٧) مرتبة الحق المنجز ، وهو حق موجود وجوداً كاملاً وهو نافذ إلى غير أجل .

وبمخلص من ذلك أن الحق المعلق على شرط واقف هو : (١) حق موجود (١) (٢) ولكن وجوده غير كامل .

(١) ويقول إهرنج إن الحق المعلق على شرط واقف هو حق موجود وجود الجنين في بطن أمه . فالحق كالإنسان يتدرج نطفة ، ثم علقة ، إلى أن يكمل خلقاً سوياً . والحق المعلق على شرط واقف يبدأ جنيناً وقت تعلق الشرط ، إلى أن يولد حياً عند تحققه ، أو ميتاً عند تخلفه (روح القانون الروماني ٤ ص ١٦٦ — ص ١٦٧) . ثم يقول (ص ١٧٤) إن الحق ينشأ فوراً من مصدره ، ولا يمكن أن يتدخل أى فراغ بين وجود المصدر ونشوء الحق ، فقي وجد الاتفاق المعلق على شرط واقف فقد وجد الحق المعلق على هذا الشرط ، لا يفصل بينهما أية فترة من الزمن مهما قصرت ، كما لا يفصل بين الميلاد وديب الحياة في الميلود أية فترة من الزمن .

ويذهب شوس (Chausse) في مقاله في المجلة الانتقادية (منه ١٩٠٠ ص ٥٤٠ — ص ٥٤١) إلى أن الرومان كانوا يميزون بين العناصر الذاتية (éléments subjectifs) للحق وعناصره الموضوعية (éléments objectifs) . فالعناصر الذاتية للحق المعلق على شرط واقف يجب توافرها وقت الاتفاق على هذا الحق ، فيوجد في هذا الوقت طرفا الحق ، وتتوافر فيهما الأهلية اللازمة ، ويجوز أن ينتقل الحق إلى غير صاحبه ولو قبل تحقق الشرط . أما العناصر الموضوعية فيجب توافرها عند تحقق الشرط ، ففي هذا الوقت يتحدد محل الحق ، ويصح أن يكون هذا المحل غير موجود وقت الاتفاق ما دام أنه سيوجد وقت تحقق الشرط . ولكن بلانيول وريبير وبولانجي يذهبون إلى أن الحق تحت شرط واقف ليس إلا مجرد أمل ، وأن كانوا يقولون إن الدائن تحت شرط واقف يملك شيئاً يجب الاعتداد به ، هو الأمل في أن يكون يوماً ما دائناً ، وهو أمل يحبه القانون وينظمه (بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٣٥٨ وانظر أيضاً الجزء الأول فقرة ٣٢٥) . وما دام القانون يحمي هذا « الأمل » وينظمه ، فهو إذن حق موجود وإن كان غير كامل الوجود . وهذا هو الذى يميز بين الحق تحت شرط واقف وهو حق موجود كما قدمنا ، والحق الاحتمالى وهو لا يزيد على مجرد أمل .

أنظر في المعنى الذى نقول به كولان وكايبثان ٦ فقرة ٦٥٣ — جيرمان ٢ فقرة ٧٤٠ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٥٨ . وقارن الأستاذ غيبه الحى حجازى ١ ص ١٨٢ .

٣٠ - الحق المعلق على شرط واقف من موهود : وآية وجوده تظهر

فما يأتي :

(١) ينتقل هذا الحق من صاحبه إلى الغير بالميراث وغيره من أسباب انتقال الحقوق . فالحق المعلق على شرط واقف يورث ، ويجوز لصاحبه أن يوصي به ، وأن يتصرف فيه بالبيع والهبة والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ، بل يجوز لصاحب هذا الحق أن ينزل عنه بارادته المنفردة فيزول . وتنص المادة ٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على « أن الموجب الذي عقد على شرط التعليق وما زال الشرط فيه معلقاً يمكن التفرغ عنه بوجه خاص أو بوجه عام » ، أى يمكن أن ينتقل بسبب خاص كالوصية والبيع والهبة ، أو بسبب عام كالميراث .

(٢) يجوز لصاحب الحق على شرط واقف أن يجرى الأعمال الماددة اللازمة لصيانته من التلف . ولا يجوز للمدين تحت شرط واقف أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع الدائن من استعمال حقه عند تحقق الشرط ، أو يزيد هذا الاستعمال صعوبة . وكل تصرف من جانب المدين يضر بحقوق الدائن عند تحقق الشرط لا يعتد به ، وذلك فيما عدا الحقوق التى كسبها الغير بحسن نية (م ٩٥ لبناني) (١) .

(٣) يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه ، كوضع الأختام وتحرير قوائم الجرد وقيد الرهون الرسمية وتجديد القيد والتدخل فى القسمة ورفع دعاوى تحقيق الخطوط ووضع الحراسة على الأعيان (٢) . بل يجوز له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى هاتين الدعويتين (٣) .

(١) بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٧٤٠ ص ٥٤٠ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥ - وانظر أيضاً الفقرة الثانية من المادة ٩٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني .

(٣) ويجوز للدائن تحت شرط واقف أن يأخذ بحقه كفيلاً أو رهناً أو أى ضمان آخر (الامتياز عبد الحمى حجازى ١ ص ١٨٢) . ومن الأعمال التحفظية التى يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يقوم بها قطع التقادم ضد حائز العين . ذلك أن التقادم فى هذه الحالة يسرى ضد المالك تحت شرط فاسخ ، ولكنه قد يتم قبل تحقق الشرط الواقف ، فإذا ما تحقق هذا الشرط ولم يستطع صاحبه قطع التقادم ، فإنه لا يتمكن من نزع العين من حائزها بعد أن أصبح هذا مالاً لها =

(٤) يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يدخل في التوزيع ، ويطلب أن يختص بمبلغ يقابل قيمة حقه مع حفظ هذا المبلغ في خزانة المحكمة وتعلق قبضه إياه على تحقق الشرط (١) . ويجوز أن يوزع المبلغ على الدائنين التاليين بشرط أن يقدموا كفالة تضمن رده في حالة تحقق الشرط (٢) . ولكن لا يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف حجز ما لمدينه لدى الغير ولا أن يقوم بأى حجز تحفظى آخر ، لأن حقه غير حال الأداء ولا يحقق الوجود (م ٥٤٣ وم ٦٠٤ مرافعات) . ولكن إذا حجز دائن آخر على ما للمدين لدى الغير كان للدائن تحت شرط واقف أن يدخل في التوزيع على النحو الذى سبق ذكره (٣) .

٣١ - الحق المعلق على شرط واقف ومووده غير كامل : ولكن الحق

المعلق على شرط واقف إذا كان موجوداً ، فان وجوده ناقص لم يتكامل ، ولا يتكامل إلا إذا تحقق الشرط . ومن ثم يفقد هذا الحق الناقص ، في مرحلة التعليق ، مزايا الحق الكامل من وجوه عدة ، نذكر من بينها :

(١) لا يكون الحق المعلق على شرط واقف قابلاً للتنفيذ القهرى وهو في حالة التعليق . فلا يستطيع الدائن تحت شرط واقف أن يقتضى جبراً من المدين الدين المعلق على هذا الشرط . بل لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يستعمل الدعوى البولصية وهي توطئة وتمهيد مباشر للتنفيذ القهرى ، فقد قدمنا أن حق الدائن

= بالتقادم . ومن ثم جاز للمالك شرط واقف أن يقطع التقادم قبل أن يتم توقيماً لهذا الضرر (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٥) .

ولكن لا يعتبر عملاً تحفظياً تطهير العقار المرهون ، فلا يجوز للمالك تحت شرط واقف لعقار مرهون أن يطهره ، ويجوز ذلك للمالك تحت شرط فاسخ إذ يعتبر التطهير عملاً من أعمال الإدارة كما سئى (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٢) .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٤ — تولى ٦ فقرة ٥٢٨ — وبرانسون ١١ فقرة ٦٩ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٧٠ — لوران ١٧ فقرة ٨٩ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٣ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٤٠ ص ٥٤٠

(٣) لوران ١٧ فقرة ٨٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٢٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٤ —

الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٥٩ هامش رقم ١ .

في الدعوى البولصية يجب أن يكون مستحق الأداء والحق المعلق على شرط واقف غير مستحق الأداء .

(٢) لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يتقاضى حقه برضاء المدين عن طريق التنفيذ الاختياري . ليس ثمة بطبيعة الحال ما يمنع المدين تحت شرط واقف من أن يني بالدين قبل تحقق الشرط ، ولا ما يمنع الدائن من تقاضى هذا الحق ، ولكن هذا الوفاء يكون وفاء بغير المستحق . فاذا كان المدين قد وفى الدين وهو يعتقد خطأ أن الدين غير معلق على شرط أو أن الشرط قد تحقق ، جاز له استرداده وفقاً للقواعد العامة في دفع غير المستحق (١) .

(٣) لما كان الحق المعلق على شرط واقف غير مستحق الأداء لأن وجوده لم يتكامل ، فإن التقادم المسقط لا يسرى بالنسبة إليه ما دام حقاً معلقاً ، ولا يسرى التقادم إلا إذا تكامل وجود الحق وأصبح نافذاً وذلك بتحقيق الشرط .

(٤) إذا كان الحق المعلق على شرط واقف هو حق الملكية ، كان لهذا الحق مالكان : مالك تحت شرط واقف وهو الذى انتقلت له الملكية معلقة على هذا الشرط ، ومالك تحت شرط فاسخ وهو من انتقلت منه الملكية إلى المالك تحت شرط واقف (٢) . فالمالك تحت شرط واقف حقه غير كامل الوجود كما قدمنا ، أما حق المالك تحت شرط فاسخ فهو كامل الوجود . ومن ثم كان لهذا المالك أن يدير العين ، وأن يتصرف فيها ، وأن يطهر العقار ، وهو الذى يتحمل هلاك العين . ويستطيع دائنوه أن ينفذوا بحقوقهم عليها (٣) .

(١) ديراتون ١٣ فقرة ٦٨٨ - ديمولمب ٢٥ فقرة ٣٥٨ - لوران ١٧ فقرة ٩١ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٣٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٦٠ .

(٢) انظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤ - ص ١٥ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٢ .

(٣) ولا يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يمنع هذا التنفيذ ، ولكن إذا تحقق الشرط الواقف كان له أثر رجعى ، فتزول الآثار التى ترتبت عليه (بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٣٤) . ولا يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يأخذ بالشفعة حال تعليق الشرط ، ولا يأخذ بالشفعة إلا إذا تحقق الشرط . كذلك البيع المعلق على شرط واقف لا يؤخذ فيه بالشفعة إلا إذا تحقق الشرط ، ولا تجرى مواعيد الشفعة إلا من وقت تحققه (استئناف مخطوط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣) .

٥ ٢ - الشرط الفاسخ

٣٢ - الحق المعلق على شرط فاسخ هو موجود نافذ : قدمنا أن الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود وجوداً كاملاً ، وهو في الوقت ذاته حق نافذ ، ولكنه حق موجود على خطر الزوال .

فصاحب هذا الحق يملكه حالا ، وله أن يديره وأن يتصرف فيه كما سبق القول ، ولكن تصرفاته تكون على خطر الزوال كحقه ، فإذا ما تحقق الشرط الفاسخ ، زال حقه وزالت معه جميع التصرفات التي أجراها فيه .

على أن هناك من الأعمال التي يقوم بها صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ما يبقى حتى بعد تحقق الشرط ، وهي أعمال الإدارة المقترنة بحسن النية ، وسيأتي بيان ذلك .

وقد قدمنا أن المالك تحت شرط فاسخ هو الذي يتحمل تبعه هلاك العين ، وهو الذي يطهر العقار المرهون ، ويستطيع دائئوه أن ينفذوا بحقوقهم على العين المملوكة تحت شرط فاسخ ويكون هذا التنفيذ معلقاً إلغاؤه على تحقق الشرط (١) .

ويستطيع المالك تحت شرط فاسخ أن يحسب مدة حيازته للعين في التقادم ، فإذا أكمل المدة ملك العين بالتقادم تجاه المالك الحقيقي ولحساب المالك تحت شرط واقف ، فإذا ما تحقق الشرط رجعت العين ، بعد أن تمت مدة التقادم ، لا إلى المالك الأصلي بل إلى المالك تحت شرط واقف (٢) .

(١) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٢ . ويدفع المالك تحت شرط فاسخ رسوم انتقال الملكية كاملة .

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ٨٧٥ - وجاء في الموجز للمؤلف : « وإذا تلقى الدائن ملكية العين معلقة على شرط فاسخ ، وتبين بعد ذلك أن المدين الذي تلقى الدائن عنه الملكية كان لا يملك العين بل كان واضعاً يده عليها ، فإن الدائن يملك العين بالتقادم إذا تأيد حقه بتخلف الشرط وكان قد أكمل المدة اللازمة لتملك العين بالتقادم . ففي بيع الوفاء لو أن البائع وفاء كان لا يملك العين ، ولكنه وضع يده عليها مدة اثنتي عشرة سنة ، ثم باعها وفاء ، وبقي المشتري واضعاً مدة ثلاث سنوات أخرى ، وانقضى ميعاد الاسترداد دون أن يسترد البائع ، فإن المشتري يملك العين لا بالبيع لأنه صدر من غير مالك ، بل بالتقادم بمعد أن أكل مدته خمس عشر سنة » =

وبستطيع المالك تحت شرط فاسخ أن يباشر دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة بالنسبة إلى العين التي يملكها تحت هذا الشرط ، كما يستطيع أن يدفع عن نفسه كمالك أى اعتداء يقع على ملكيته .

وإذا كانت العين المملوكة تحت شرط فاسخ نصيباً شائعاً ؛ جاز للمالك تحت شرط فاسخ أن يطلب القسمة ، فإذا ماتت كانت نافذة في حقه وفي حق المالك تحت شرط واقف في حالة تحقق هذا الشرط . ذلك أن القسمة لإجراء من إجراءات الإدارة التي تبقى قائمة حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ . ولكن يجوز للمالك تحت شرط واقف أن يتدخل في إجراءات القسمة حتى يمنع أى غش أو تواطؤ بين الشركاء . وبستوى فيما قدمناه أن تكون القسمة قسمة قضائية أو قسمة رضائية (١) .

= (الموجز فقرة ٤٧٨ ص ٤٨٦) . ونلاحظ هنا أن المشتري وفاء قد أكل التقادم إما لحسابه هو إذا لم يسترد البائع ، أو لحساب البائع إذا استرد . وفي حالة استرداد البائع للبيع وفاء تعود إليه الملكية ، ويعتبر أنه كسبها بالتقادم ، فقد وضع يده اثنتى عشرة سنة أكلها المشتري إلى خمس عشرة .

وكما يسرى التقادم لمصلحة المالك تحت شرط فاسخ ، كذلك يسرى التقادم ضده ، فلو أن عقاراً باعه صاحبه تحت شرط واقف ، فبقى هو مالكاً إياه تحت شرط فاسخ ، ثم اغتصب العقار شخص آخر ، فإن المقتصب يكسب الملكية بالتقادم ضد المالك تحت شرط فاسخ ، ولا ينتف التقادم لمصلحة المالك تحت شرط واقف (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٣) . ويذهب كثير من الفقهاء (ديرافتون ٩ فقرة ٣١٢ - لارومبيير ٢ م ١١٨١ فقرة ١٦ - لوران ١٧ فقرة ٩٥ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢١ - فقرة ٨٢٢) إلى أن الحائز للعقار (المقتصب) يسرى تقادمه ضد المالك تحت شرط فاسخ أو ضد المالك تحت شرط واقف حسبما يتخلف الشرط أو يتحقق ، لأن لتخلفه أو لتحقيقه أثراً رجعياً . فإذا تخلف الشرط اعتبر التقادم سارياً ضد المالك تحت شرط فاسخ الذى تأيدت ملكيته بتخلف الشرط ، وإذا تحقق الشرط اعتبر التقادم سارياً ضد المالك تحت شرط واقف إذ يعتبر مالكاً منذ البداية بتحقيق الشرط . ولا نرى في هذا الخلاف أهمية عملية مادام الجميع متفقين أن سريان التقادم لا يوقف ضد المالك تحت شرط واقف إذا ما تحقق الشرط وصار مالكاً منذ البداية واعتبر انتقادم سارياً ضده . والنتيجة العملية لا تتغير ، فالحائز تحسب له مدة حيازته في أثناء تعلق الشرط ، إما ضد المالك تحت شرط فاسخ ، وإما ضد المالك تحت شرط واقف . ولذلك رأينا فيما قدمناه أن المالك تحت شرط واقف يستطيع أن يقطع التقادم أثناء تعلق الشرط ، ويعتبر هذا عملاً من أعمال التحفظ المحولة له بموجب حقه المعلق على شرط واقف (انظر آنفاً فقرة ٣٠ في الهامش) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٦٧ - فقرة ٨٧٢ . ويجوز للمالك تحت شرط فاسخ أن يأخذ =

أما الدائن تحت شرط فاسخ، أى من له حق شخصى معلق على هذا الشرط ، فان حقه يكون حالا واجب الأداء ، ويستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعاً أو كرها ، أى بطريق التنفيذ الاختيارى أو بطريق التنفيذ الجبرى .

٣٣- ولكن الحق المعلق على شرط فاسخ موجود على فطر الزوال :

على أن الحق المعلق على شرط فاسخ معرض للزوال ، وهو يزول فعلا بتحقيق الشرط . فاذا كان الدائن تحت شرط فاسخ قد استوفى الدين من مدينه ، ثم تحقق الشرط ، جاز للمدين أن يسترد مادفع وفقاً للقواعد العامة فى دفع غير المستحق (١) .

ولا يستطيع صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ، كما قدمنا ، أن يأتى من الأعمال مامن شأنه أن يعوق الجانب الآخر - صاحب الحق المعلق على شرط واقف -- من استعمال حقه إذا نفذ هذا الحق بتحقيق الشرط (٢) .

= بالشفعة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧) ، ويبقى حقه على المقار الذى أخذه بالشفعة قائماً حتى لو تحقق الشرط الفاسخ (استثناء من الأثر الرجعى) ، ولا يرد للمالك تحت شرط واقف عند تحقق الشرط إلا العين الأصلية دون العين المشفوع فيها . ويجوز للمالك تحت شرط فاسخ أن يظهر المقار المرهون ، ويكون التطهير باتاً ولو تحقق الشرط الفاسخ (بودرى ٢ فقرة ٨٧٣ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . أنظر فى الأثر البات للأخذ بالشفعة وللتطهير : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١ - الموجز للمؤلف ص ٤٨٥ - الأستاذ أحمد حشمت أبو سبت فقرة ٦٨٨ ص ٥١٥) .

(١) ولا تقع المقاصة بين دين معلق على شرط فاسخ ودين بات مابق التعليق قائماً (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧ - الموجز للمؤلف ص ٤٨١) . ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام ص ٢٥٩ هامش رقم ٢) إلى جواز المقاصة حالة التعليق لأن الدين حال الأداء، فإذا تحقق الشرط زالت المقاصة ، ويستند فى ذلك إلى موسوعة داللو ٢ فقرة ١٢٢ ص ٩١٠ . وتجوز المقاصة على كل حال بين دين كان معلقاً على شرط فاسخ ثم تأيد وبين دين منجز منذ البداية (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٨ ص ٤٨٦) .

(٢) أنظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٣ .

المبحث الثاني

أثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق

٣٤ - مسائل البحث : إذا انتهت مرحلة التعليق فان مآل الشرط يتبين ، فهو إما أن يتحقق وإما أن يتخلف . وسواء تحقق أو تخلف فلكل من ذلك أثره ، في حالي الشرط الواقف والشرط الفاسخ . ويكون لتحقيق الشرط ، واقفاً كان أو فاسخاً ، أثر رجعي في البكثرة الغالبة من الأحوال .

فتكلم إذن في المسائل الآتية : (١) كيف يتحقق الشرط أو يتخلف . (٢) أثر تحقق الشرط أو تخلفه في حالي الشرط الواقف والشرط الفاسخ . (٣) الأثر الرجعي للشرط .

٥ ١ - كيف يتحقق الشرط أو يتخلف

٣٥ - البقرة بارادة طرفي الالتزام في تحقق الشرط أو تخلفه : تنص المادة ١١٧٥ من التقنين المدني الفرنسي على أنه « يجب أن يكون تحقق الشرط على الوجه الذي يظهر أن الطرفين قد أرادا وقصدا أن يكون (١) » . وليس لهذا النص مقابل في التقنين المدني المصري ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بحكمه في مصر دون حاجة إلى نص في ذلك .

وقاضى الموضوع هو الذي يقدر الوجه الذي يريد الطرفان أن يكون عليه تحقق الشرط ، وذلك بالرجوع إلى نيتهما ، فيقضى بأن الشرط قد تحقق أو تخلف ، ولا معقب على حكمه . فاذا كان الشرط عملاً يجب القيام به ، نظر القاضى هل قصد الطرفان أن يقوم به شخص معين بالذات كما إذا كان عملاً فنياً لشخصية القائم به

(١) وهذا هو النص في أصله الفرنسي : Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût.

اعتبار ملحوظ ، أو قصدا أن يقدم به أى شخص كما إذا كان عملا لاعتبرة فيه بشخصية القائم به . كذلك يقدر القاضي ما إذا كان الشرط يقبل التجزئة بحيث إن تحقق جزء منه قابله جزء من الالتزام المشروط ، أو أنه لا يقبل التجزئة فاما أن يتحقق كله وإلا عد متحللاً . وقد يكون الشرط هو تحقيق غاية ، كما إذا كان زواجا اشترط على الدائن أن يعقده ، فعلى الدائن أن يعقد هذا الزواج حتى يتحقق الشرط ، وليس له أن يحتاج بأنه قد بذل جهده فى عقد الزواج ولكنه لم يوفق ، فالشرط هنا هو تحقيق غاية هى عقد الزواج ، فإذا لم يتحقق هذه الغاية ، مهما تكن هذه الأسباب لعدم تحققها ولو كانت أسبابا قاهرة ، اعتبر الشرط متخلفاً . كما قد يكون الشرط هو بذل عناية ، فعند ذلك يجب من يطلب منه بذل هذه العناية ألا يدخر وسعاً فى تحقيق الغرض المقصود ، ولكن ليس عليه أن يتحقق هذا الغرض .

وإذا تحقق الشرط أو تخلف ، فقد تحدد مصيره على وجه نهائى لا سبيل إلى الرجوع فيه . فإذا كان الشرط مثلاً الزواج فى خلال مدة معينة ، وتم الزواج فى خلال هذه المدة ، فقد تحقق الشرط ولو وقع الطلاق بعد ذلك . وإذا لم يتم الزواج فى خلال المدة المعينة ، فقد تخلف الشرط ولو تم الزواج بعد انتهاء هذه المدة (١) .

٣٦ - الشرط الزمى مدمر لتخلفه أو لتخلفه وقت معين : وتنص المادة ١١٧٦

من التقنين المدنى الفرنسى على أنه « إذا علق الالتزام على شرط هو أن يقع أمر فى وقت معين ، فان الشرط يعتبر متخلفاً إذا انقضى الوقت دون أن يقع هذا الأمر . فإذا لم يحدد لوقوع الأمر وقت ، جاز أن يتحقق الشرط فى أى وقت ولا يعتبر متخلفاً إلا إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع » (٢) . وتنص المادة ١١٧٧

(١) أنظر فى كل هذه المسائل بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٩٠ — فقرة ٧٩٧ .

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un évènement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillir lorsque le temps est expiré sans que l'évènement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie; et elle n'est censée défaillir que lorsqu'il est devenu certain que l'évènement n'arrivera pas.

من نفس التقنين على أنه « إذا علق الالتزام على شرط هو ألا يقع أمر في وقت معين ، فإن الشرط يتحقق إذا انقضى الوقت دون أن يقع هذا الأمر . وهو يتحقق كذلك قبل انقضاء الوقت إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع . فإذا لم يحدد وقت ، فإن الشرط لا يتحقق إلا عند ما يصبح مؤكداً عدم وقوع الأمر » (١) . ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني المصري ، ولكن يمكن الأخذ بأحكامها دون حاجة إلى نص لأنها ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ومثل الشرط الذي يقع في وقت معين أن يعلق الملتزم التزامه على عودة ابنه الغائب في ميعاد بضربه ، فيقول إذا عاد ابني الغائب في خلال ثلاث سنوات مثلاً . وقد لا يعين ميعاداً ، فيقتصر على أن يقول إذا عاد ابني الغائب . ومثل الشرط الذي لا يقع في وقت معين أن يعلق الملتزم التزامه على انعدام خلف له ويضرب لذلك ميعاداً ، فيقول إذا لم يولد لي ولد في خلال سنتين مثلاً . وقد لا يعين ميعاداً ، فيقتصر على أن يقول إذا لم يولد لي ولد .

فإذا علق الملتزم التزامه على شرط أن يعود ابنه الغائب في خلال ثلاث سنوات ، فإن هذه المدة التي عينها تكون أحد عناصر الشرط ، ولا يتحقق الشرط إلا إذا عاد ابنه في خلال هذه المدة . فإن انقضت دون أن يعود فإن الشرط يتخلف ، حتى لو عاد الابن بعد ذلك بمدة وجيزة . ولا يجوز للقاضي أن يمد المدة ، توقعاً لعودة الابن الغائب في أجل قريب . وتسرى المدة في حق القاصر وناقص الأهلية ولو لم يكن له ولي ، لأنها ليست مدة تقادم حتى يرد عليها الوقف ، كذلك لا يجوز قطعها كما تقطع مدة التقادم (٢) . ويتخلف الشرط أيضاً ، حتى قبل انقضاء المدة المعينة ؛ متى أصبح من المؤكد أن الابن الغائب

(١) وهذا هو النص في أصله الفرنسي : *Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un évènement n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque ce temps est expiré sans que l'évènement soit arrivé : elle l'est également, si avant le terme il est certain que l'évènement n'arrivera pas; et s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'évènement n'arrivera pas.*

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٣٩ — فقرة ٣٤٠ — تولىيه ٦ فقرة ٦٠٨ — لوران ١٧

فقرة ٧٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٩٩ .

لن يعود . بأن يموت مثلاً قبل انقضاء المدة (١) . أما إذا عاد الابن الغائب في خلال ثلاث سنوات . فقد تحقق الشرط ، ويبت في ذلك قاضي الموضوع دون معقب على حكمه . وإذا كان الشرط غير مقترن بمدة محددة ، بل كان مقتصرأ على اشتراط عودة الابن الغائب ، فهو لا يتحقق إلا إذا عاد الابن . ولكنه يتحقق بعودة الابن في أى وقت ، حتى لو كان ذلك بعد موت الملتزم ؛ فان التزامه المعلق على شرط ينتقل إلى ورثته ، ويبقى معلقاً بعد انتقاله إلى الورثة حتى يعود الابن الغائب . ولا يتخلف الشرط في هذه الحالة إلا إذا أصبح من المؤكد أن الابن الغائب لن يعود في أى وقت ، ويكون ذلك إما بالتحقق من وفاته ، وإما بانقضاء مدة طويلة من الزمن تصبح معها وفاته أمراً يبلغ حد اليقين . ويجوز كذلك ، عند عدم تعيين مدة يتحقق في خلالها الشرط ، أن يعين القاضي مدة معقولة ، مستخلصاً إياها من نية الطرفين ومن ظروف التعاقد وملابساته (٢) .

وما قدمناه ينطبق على الشرط السلبي : الا يقع أمر في خلال مدة معينة . فاذا علق الملتزم التزامه على شرط ألا يولد له ولد في خلال سنتين ، فان الشرط يكون قد تحقق إذا انقضت هذه المدة (٣) دون أن يرزق ولداً ، حتى لو رزق الولد بعد انقضاء المدة بوقت وجيز . بل أن الشرط يكون قد تحقق - وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١١٧٧ فرنسي - حتى قبل انقضاء المدة إذا أصبح مؤكداً أن الملتزم لن يولد له ولد ، بأن ثبت عقمه مثلاً أو مات قبل انقضاء المدة . أما إذا رزق الملتزم ولداً في خلال السنتين ، فان الشرط يكون قد تخلف ، حتى لو مات الولد بعد ذلك ولو كان موته قبل انقضاء السنتين . وإذا كان الشرط غير مقترن بمدة ، بل كان مقتصرأ على ألا يولد للملتزم ولد ، فان الشرط يتخلف إذا رزق الملتزم ولداً في أى وقت إلى أن يموت . ويتحقق

(١) ولم يرد هذا الفرض في المادة ١١٧٦ فرنسي ، كما ورد نظيره في المادة ١١٧٧ فرنسي ، ولكنه حكم يستخلص من تطبيق القواعد العامة دون حاجة إلى نص .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٠ .

(٣) ولا تتمد المدة ولا توقف ولا تنقطع .

الشرط إذا أصبح من المؤكد ألا يولد له ولد ، بأن أصبح عقيماً مثلاً أو ماتت زوجته وكان الشرط أن يكون الولد منها (١) .

٣٧ - تحقق الشرط أو تخلفه بطريق النفس : وتنص المادة ١١٧٨

من التقنين المدني الفرنسي على أنه « يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان المدين بالتزام معلق على هذا الشرط هو الذي منع تحققه » (٢) . وليس لهذا النص مقابل في التقنين المدني المصري ، ولكن المشروع التمهيدى لهذا التقنين كان قد احتوى على نص مقابل هو المادة ٣٨٨ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتى : « ١ - يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذى له مصلحة فى أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه . ٢ - لا أثر للشرط الذى تحقق إذا كان تحققه قد وقع بغش الطرف الذى له مصلحة فى أن يتحقق » . والنص كما نرى أكثر استيعاباً وأوسع شمولاً من نص التقنين المدني الفرنسي (٣) . ولكنه

(١) وقد جاء فى المادة ٨٨ من تقنين الموجبات والعقود البناني : « إذا عقد موجب وكان معلقاً بشرط وقوع حادث ما فى وقت معين ، فإن هذا الشرط يعد غير متحقق إذا انصرم ذلك الوقت ولم يقع ذلك الحادث . ولا يجوز للقاضي على الإطلاق أن يمنع فى هذه الحالة تمديداً للمهلة . وإذا لم يضرب أجل ما ، فإن تحقق الشرط ممكن فى كل آن ، ولا يعد غير متحقق إلا إذا أصبح من المؤكد أن الحادث لن يقع » . وجاء فى المادة ٨٩ من نفس التقنين : « إذا عقد موجب مباح شرعاً على ألا يطرأ حدث ما فى زمن معين ، فيعد هذا الشرط متحققاً إذا انقضى هذا الزمن ولم يقع الحدث ، أو أصبح من المؤكد قبل الأجل المعين أنه لن يقع . وإذا لم يكن ثمة وقت معين فلا يتحقق الشرط إلا إذا بات من المؤكد أن الحدث لن يقع » .

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement.

(٣) وقد أخذ من المادتين ١٣١ - ١٣٢ من التقنين الفرنسى والمادتين ٩١ - ٩٢ من تقنين الموجبات والعقود البناني والمادة ١٦٢ من التقنين المدني الألمانى (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ٣ ص ٤٠٨ - ٤٠٩) .

وقد نصت المادة ٩١ من تقنين الموجبات والعقود البناني على ما يأتى : « أن الشرط الموقوف تحقيقه على اشتراك شخص ثالث فى العمل أو على فعل من الدائن يعد غير متحقق إذا انكل الشخص الثالث عن الاشتراك أو الدائن عن إتمام الفعل المعين وأن يكن المانع غير منوط بمشيئته » . ونصت المادة ٩١ من هذا التقنين على أن « يعد الشرط متحققاً حينما يكون المدينون الملزم إلزاماً =

حذف في لجنة المراجعة « لإمكان استخلاص حكمه من القواعد العامة » (١).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : « تواجه هذه المادة فرضين : أولهما يعرض حيث يحول ذو المصلحة في تخلف الشرط دون تحققه بطريق الغش ، كما هو الشأن في المدين بالتزام معلق على شرط موقف أو الدائن بالتزام معلق على شرط فاسخ . وفى مثل هذا الفرض يعتبر الشرط قد تحقق ولو أنه لا يزال متخلفاً في حكم الواقع ، جزاء ما وقع من غش المدين أو الدائن بحسب الأحوال . والثانى يعرض حيث يعتمد ذو المصلحة ، على نقيض ما وقع في الفرض الأول ، إلى تحقيق الشرط بطريق الغش ، كما هو الشأن في الدائن بالتزام معلق على شرط موقف (كالمستأمن إذا انتحر أو تسبب في الحريق عمداً) ، والمدين بدين معلق على شرط فاسخ . ولا رتب تحقق الشرط في هذا الفرض أنراً ما ، بل يبرأ المدين من التزامه ، أو يظل مرتبطاً به نهائياً ، رغم تحقق الشرط الموقف أو الفاسخ . ومن الواضح أن إقرار هذا الحكم قصد به إلى قمع مايقع من غش من المدين أو الدائن بحسب الأحوال » (٢).

وواضح أن ذا المصلحة من الطرفين في تخلف الشرط إذا حال دون تحققه بطريق الغش ، كالمدين تحت شرط واقف يحول دون تحقق هذا الشرط حتى لا ينفذ التزامه (٣)، أو الدائن تحت شرط فاسخ يحول دون تحقق هذا الشرط حتى يصبح حقه باتاً لا يفسخ ، يكون قد عمل على نقض ماتم من جهته ، ومن سعى إلى نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه . وكذلك الحال في ذى المصلحة من الطرفين في تحقق الشرط إذا عمل على تحقيقه بطريق الغش ، كالمدين تحت شرط فاسخ يعمل على تحقيق هذا الشرط حتى يفسخ التزامه ، وكالدائن تحت شرط

= شرطياً قد منع بدون حق وقوع الحادث أو كان متأخراً عن إتمامه . ونصت المادة ٩٢ على أنه « لا مفعول للشرط المتحقق إذا وقع الحادث بجدعة من الشخص الذى كان من مصلحته أن يقع هذا الحادث » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١ في الهامش

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١ في الهامش .

(٣) استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥١ .

واقف يعمل على تحقيق الشرط حتى يصبح حقه نافذاً . في جميع هذه الأحوال يكون هناك خطأ من الطرف الذى عمل على تخلف الشرط أو على تحققه ، فيجب عليه التعويض عن خطأه . وخير تعويض هو أن يعتبر الشرط الذى عمل على تخلفه قد تحقق ، أو الشرط الذى عمل على تحققه قد تخلف ، فهذا هو التعويض العيني للخطأ الذى ارتكبه .

ولكن لا بد أن يكون قد ارتكب خطأ فى الحيلولة دون تحقق الشرط أو دون تخلفه ، ولا يكتفى أن يكون بمجرد عمله قد حال دون ذلك من غير أن ينطوى هذا العمل على خطأ . فلو أن المؤجر التزم نحو المستأجر أن يؤجر له طابقاً آخر من الدار إذا بنى فى الطابق الأول الذى أجره له مدة معينة ، ثم تأخر المستأجر عن دفع أجرة الطابق الأول مما دعا المؤجر أن يستصدر حكماً عليه بالإخلاء قبل انقضاء المدة معينة ، فلا يقال فى هذه الحالة أن المؤجر قد عمل ، باخراج المستأجر من الطابق الأول ، على تخلف الشرط مما يؤدي إلى اعتباره متحققاً . ذلك أن المؤجر لم يرتكب خطأ فى إخراج المستأجر من الطابق الأول ، بل المستأجر هو الذى ارتكب الخطأ بتأخره عن دفع الأجرة . وإذا التزم شخص نحو ابنه باعطائه مبلغاً من المال إذا لم يبن له داراً ، فإن الأب يستطيع أن يبنى الدار لابن فيتخلف الشرط بذلك ، ولا يعتبر الأب مخطئاً فى العمل على تخلف الشرط (١). وإنما يعتبر الطرف قد أخطأ فى العمل على تحقق الشرط ، ومن ثم يعتبر الشرط متخلفاً ، فى الفرض الآتى : شخص تعهد باعطاء إيراد مرتب لشخصين طول حياتهما ، على أن من يموت منهما قبل الآخر يرتد إيراده إلى صاحبه ، فيجمع هذا بين الإبرادين . فإذا قتل أحد هذين الشخصين الآخر ، فانه يكون بذلك قد عمل غشاً على تحقيق الشرط الذى يترتب على تحققه أن يرتد له إيراد الشخص المقتول ، ومن ثم يعتبر الشرط متخلفاً جزاء له على غشه ، ولا يرتد له هذا الإيراد (٢). كذلك

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٦ .

(٢) محكمة استئناف بواتييه أول فبراير سنة ١٨٨١ سيرة ٨٢—٢—٢٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٨ . وقد تبين من ذلك التوارث إذا قتل مورثه ، فإنه لا يرث فى الشريعة الإسلامية ، وإن كان حتى التوارث فى الميراث ليس حتماً معلقاً على شرط كما سبق القول .

إذا أحرق المؤمن على الحريرة المكان الذي آمنه ، فإنه لا يستحق مبلغ التأمين . على أنه ليس من الضروري ، بعد أن حذف نص المادة ٣٨٨ من المشروع التمهيدى وكان يشترط أن تكون الحيلولة دون تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الغش ، أن تكون الحيلولة حتماً بهذا الطريق . بل يكفي أن يكون هناك خطأ في جانب من حال دون تحقق الشرط أو دون تخلفه ، ولو لم يصل هذا الخطأ إلى درجة التعمد والغش . فإذا تعهد صاحب مصنع لموظفيه بأن يعطيهم تعويضاً عن مصروفات انتقالهم إلى المصنع إذا لم يقدم لهم عربة خاصة تنقلهم إليه ، فإن مجرد تأخر أحد الموظفين عن إدراك العربة الخاصة يكون خطأ . ويكون قد عمل على تحقيق الشرط بخطأ منه ، فلا يستحق تعويضاً عن مصروفات انتقاله إلى المصنع بوسائله الخاصة (١) .

(١) وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا الصدد : « ويعتبر الشرط قد تحقق حكماً إذا منع المدين تحقيقه عن عمد أو إهمال (م ١١٧٨ فرنسي - استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥١) . فإذا تعهد شخص لسمار بأن يدفع له مبلغاً من النقود إذا توسط السمار في بيع منزل مملوك للمتعهد بالثمن المناسب ، ووجد السمار مشترياً بشئ مناسب ، وامتنع صاحب المنزل من بيعه عمداً أو أهمل حتى ضاعت الصفقة ، فإن الشرط يعتبر متحققاً حكماً ، ويجوز للسمار أن يطالب بالمبلغ الذي وعد به . ولكن إذا كان المدين في منعه لتحقيق الشرط إنما كان يستعمل حقاً له دون أن يتعمد في استماله ، فلا يعتبر الشرط متحققاً حكماً في هذه الحالة . وقد ضرب بوتييه (الالتزامات فقرة ٢١٢) لذلك مثلاً : أوصى شخص لآخر بمنزل بشرط أن يدفع الموصى له مبلغاً من المال لشخص معين في مدة سنة وإلا بقي المنزل للوارث . فإذا منع الوارث الموصى له من تحقيق الشرط الذي علق عليه الوصية ، بأن حجز على أمواله لدين شخصي في ذمة الموصى له للوارث ، وجعل الوارث الموصى له بذلك عاجزاً عن دفع المال للشخص المعين في المدة المحددة ، فإن الشرط يعتبر متخلفاً لا متحققاً حكماً ولو أن الوارث هو الذي منع تحقق الشرط ، لأنه في منعه لتحقيق الشرط إنما كان يستعمل حقاً ثابتاً له . وكذا أن الشرط يعتبر متحققاً حكماً إذا منع المدين تحقيقه لسبب غير مشروع ، فإنه كذلك يعتبر متخلفاً حكماً إذا حقه الدائن بعمل غير مشروع . فن يتعاقد مع شركة تأمين على الحياة على أن الشركة تعطى ورثته مبلغاً من المال إذا مات ، ثم يعجل بعد ذلك بموته بأن ينتحر مثلاً ، فيحقق الشرط بعمل غير مشروع ، لا يكون بذلك قد حقق الشرط تحقيقاً معتبراً ، بل يعد الشرط متخلفاً حكماً » (الموجز فقرة ٤٧٤ ص ٤٨٢) .

هذا ويلاحظ أن التزام شركة التأمين على الحياة بإعطاء الورثة مبلغ التأمين ، إذا مات مورثهم المؤمن له ، ليس التزاماً مطلقاً على شرط ، بل هو التزام مقترن بأجل ، إذ الموت أجل لا شرط وإن كان أجلاً غير معين . ومع ذلك فإنه إذا انتحر المؤمن له ، لم يحل الأجل ، وتبرأ ذمة شركة التأمين من التزامها بدفع مبلغ التأمين (أنظر فقرة ٧٥ فيما يلي) .

ولا يطلب من الطرف ذى الشأن إلا أن يثبت أن الطرف الآخر قد حال بخطأه دون تحقق الشرط أو دون تخلفه (١) .

ولكن يجوز للطرف الآخر أن يثبت أنه بالرغم من خطأه فإن الشرط ما كان ليتحقق أو ما كان ليتخلف ، وفي هذه الحالة لا يجوز اعتبار الشرط متحققاً أو متخلفاً مادام الخطأ ليس هو السبب الحقيقي في تخلفه أو في تحققه (٢) .

٢٥ - أثر تحقق الشرط أو تخلفه

٣٨ - الشرط الواقف - النصصرى القانونية : رأينا أن المادة ٢٦٨

من التقنين المدنى المصرى تنص فى صدرها على ما يأتى : « إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف ، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط » (٣) .

فاذا تحقق الشرط الواقف إذن نفذ الالتزام المعلق عليه ، وكان قبل تحقق الشرط موقوفاً كما رأينا (٤) . فيجوز بعد تحقق الشرط للدائن أن ينفذ بحقه اختياراً أو إجباراً ، وله أن يستعمل الدعوى البوليصية تمهيداً لهذا التنفيذ . ولا يرد ما قبضه ، لأنه قبض ما هو مستحق له . ويسرى التقادم فى حق الالتزام

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٠ .

(٢) لارومبيير ٢ م ١١٧٨ فقرة ١٠ - لوران ١٧ فقرة ٧٦ ص ٩١ - بودرى وبارد

٢ فقرة ٨٠٧ .

(٣) انظر تاريخ هذا النص والنصصرى المتباعدة نه آنفاً فقرة ٢٨ فى الهامش - وقد كانت

المادة ١٠٤/١٥٨ من التقنين المدنى السابق تنص على ما يأتى : « إذا كان فسخ التعهد معلقاً على أمر محقق فالتعهد باطل ، ويبطل أيضاً إذا كان فسخه معلقاً على أمر مشكوك فيه فى الأصل ثم تحقق . وأما إذا كان التعهد مشروطاً فيه أنه معلق على أحد الأمرين ، بوجود المعلق عليه يبطل الشرط ويثبت التعهد » . وصدر هذه المادة يعرض للشرط الفاسخ ، ويعرض للعجز للشرط الواقف . والذي يعيننا هو الشرط الواقف ، فإذا كان التعهد معلقاً عليه وتحقق الشرط - سواء كان محققاً منذ البداية أو كان مشكوكاً فى تحققه - لم يتحقق ، ولا يعتبر فى الحالة الأولى شرطاً بالمعنى الصحيح (الموجز لمؤلف ص ٤٨١ هامش رقم ١) - أصبح التعهد نافذاً ، وهذا هو عين ما يقرره صدر المادة ٢٦٨ من التقنين المدنى الجديد ، فلا فرق إذن فى الحكم ما بين النصين .

(٤) وقد كان للالتزام وتعلق الشرط وجود ناقص كما قدمنا ، ويتحقق الشرط يتكامل

هذا الوجود ، ويصبح الالتزام كامل الوجود نافذاً .

منذ تحقق الشرط ، وكان لايسرى حال تعلقه . وقد تقدم بيان كل ذلك . هذا ويعتبر الالتزام بتحقيق الشرط موجوداً ، لا منذ تحقق الشرط فحسب ، بل منذ نشوء الالتزام (١) ، وهذا هو الأثر الرجعى لتحقيق الشرط وسيأتى بيانه . ويستخلص من ذلك أنه إذا تم العقد معلقاً على شرط واقف ، لم يجوز لأحد المتعاقدين أن يرجع فى تعاقدته ما بين تمام العقد وتحقيق الشرط ، فان الشرط إذا تحقق اعتبر العقد قد تم وترتبت عليه جميع آثاره منذ انعقاده لا منذ تحقق الشرط (٢) .

أما إذا تخلف الشرط الواقف ، فان الالتزام الذى كان معلقاً على هذا الشرط - وكان له وجود ناقص كما قدمنا - ينمحي ويصبح كأن لم يكن ، ولا يعتبر له وجود ، لا كامل ولا ناقص ، منذ البداية ، وهذا هو الأثر الرجعى لتخلف الشرط . وينبنى على ذلك أن المدين إذا لم يكن قد وفى شيئاً من الالتزام كان غير ملزم بالوفاء أصلاً ، وإذا كان قد وفى شيئاً فانه يسترده (٣) . وينبنى على ذلك أيضاً أن الدائن إذا كان قد تصرف فى الشيء ، فان تخلف الشرط الواقف يلغى جميع تصرفاته لأنها جميعها كانت معلقة على هذا الشرط الواقف كما قدمنا (٤) .

٣٩- الشرط الفاسخ - النصوص القانونية: تنص المادة ٢٦٩

من التقنين المدنى على ما يأتى :

١١- يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام. ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه ، فاذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض .

(١) استئناف مختلط ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٧ .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٩ .

(٤) على أن هناك أعمالاً إذا نفذت لم يحكم بتخلف الشرط الواقف . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى بأنه إذا دفع المقرض للمقرض جزءاً من القرض ، على أن له الباقي إذا قدم المقرض شهادة بخلو العقار المرهون ضماناً لهذا القرض من الحقوق العينية والتكاليف ، فإن الرهن يبقى ضامناً للجزء المدفوع من القرض حتى لو ظهر أن العقار مثقل بحقوق سابقة (استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٤) .

٢ - على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط « (١) ».

ونرى من ذلك أنه إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فإن تحققه يزيل الالتزام المعلق عليه ، فيعتبر هذا الالتزام كأن لم يكن منذ البداية بفضل الأثر الرجعي .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٩٠ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وفي لجنة المراجعة أقر النص بعد استبدال كلمة « استحال » بكلمة « تعذر » في الفقرة الأولى ، وأصبح رقم المادة ٢٨١ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت كلمة « نافذة » بكلمة « قائمة » في الفقرة الثانية ، وأصبح رقم المادة ٢٦٩ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦ وص ١٨) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدنى السابق صدر المادة ١٠٤/١٥٨ ، وهو كما رأينا يقضى بأنه « إذا كان نسخ التعهد معلقاً على أمر محقق فالتمهيد باطل ، ويبطل أيضاً إذا كان نسخه معلقاً على أمر شكوك فيه فى الأصل ثم تحقق » . والفسخ المعلق على أمر محقق لا يعتبر فسخاً معلقاً على شرط ، إذ الأمر المحقق لا يمكن أن يكون شرطاً كما قدمنا ، ومن ثم يكون التعهد غير موجود ما دام فسخه معلقاً منذ البداية على أمر محقق ، أى ما دام مفسوخاً منذ البداية . أما فى الحالة الثانية الواردة فى النص ، وهى حالة الشرط بالحق السحيح ، فإن الفسخ يكون معلقاً على أمر شكوك فيه ثم يتحقق ، ويتحقق الشرط يزول الالتزام . وهذا هو عين الحكم فى التقنين المدنى الجديد .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٢٦٩ (وهى مطابقة للمادة ٢٦٩ من التقنين المدنى المصرى) . وفى التقنين المدنى الليبى م ٢٥٦ (وهى مطابقة للمادة ٢٦٩ من التقنين المدنى المصرى) . وفى التقنين المدنى العراقى : م ٢٨٩ - ١ - العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم . فإذا تحقق الشرط فسخ العقد ، وألزم الدائن برد ما أخذ ، فإذا استحال رده وجب الضمان . وإذا تخلف الشرط لزم العقد . ٢ - على أن أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط . (ولا فرق فى الحكم بين التقنين العراقى والتقنين المصرى رغم اختلاف العبارة ، ويرجع اختلاف العبارة إلى تأثر التقنين العراقى بتعبيرات الفقه الإسلامى - انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٩) . وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٩٧ - إن شرط الإلغاء لا يوقف تنفيذ الموجب ، بل يقتصر على إلزام الدائن برد ما أخذه عند تحقق الشرط . وإذا لم يتمكن من رده لسبب هو مسئول عنه ، برمه بدن العطل والضرر غير أنه لا يلزمه رد المنتجات والزيادات ، وكل نص يقضى عليه برد المنتجات يعد كأنه لم يكن - م ٩٩ - إذا تحقق شرط الإلغاء ، فإن الأعمال التى أجزاها الدائن فى خلال ذلك تصبح لغواً ، ما عدا أعمال الإدارة فإنها تبقى ثابتة على كل حال . (ولا فرق فى الحكم ما بين التقنين اللبنانى والتقنين المصرى رغم اختلاف العبارة)

وينفسخ الالتزام بقوة القانون ، دون حاجة إلى حكم أو إعدار ، ويترتب على ذلك ما يأتي : (١) لا حاجة لطلب الفسخ ، ومن باب أولى لاستصدار حكم به ، ولكن إذا حصل نزاع وجب اللجوء إلى القضاء ، لا ليقتضى بالفسخ كما يفعل في فسخ العقد الملزم للجانبين إذا أدخل أحد المتعاقدين بالالتزامه ، بل ليقرر أن العقد قد انفسخ ، ولا يجوز له أن يمنح أية مهلة . (٢) يجوز لكل ذي مصلحة التمسك بانفساخ العقد ، فيستطيع دائنو البائع بعد انفساخ عقد المشتري أن يحجزوا على المبيع مباشرة بمجرد تحقق الشرط الفاسخ . (٣) لا يجوز للطرفين باتفاقهما أن ينزلا عن الفسخ ، إذ يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ، ولا بد من إبرام عقد جديد ينقصد من وقت إبرامه .

وبتحقق الشرط الفاسخ تسقط جميع التصرفات التي صدرت من الدائن تحت شرط فاسخ ، ولا تبقى إلا أعمال الإدارة على الوجه الذي سنبينه فيما يلي . وإذا كان الدائن قد استوفى الدين ، ونحقق الشرط الفاسخ ، فعليه أن يرده للمدين ، وإذا استحال الرد لغير سبب أجنبي ، كان عليه أن يعرض الدين عما أصابه من الضرر . أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي ، فقد انقضى الالتزام بالرد ، ولا محل للتعريض في هذه الحالة . والالتزام بالرد مبني على أساس دفع غير المستحق ، فانه لما تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعي ، تبرز أن الشيء الذي دفعه المدين للدائن لم يكن مستحقاً ، فكان له الحق في استرداده .

وإذا تخلف الشرط الفاسخ ، فإن الالتزام الذي كان مستحقاً عليه وكن على خطر الزوال يصبح دائماً غير معرض للزوال ، وتصبح جميع تصرفات الدائن تحت شرط فاسخ هي أيضاً باثة غير قابلة للنقض . أما تصرفات الطرف الآخر التي كانت معلقة على شرط واقف ، ولم يتحقق هذا الشرط بتخلف الشرط الفاسخ ، فانها تزول بأثر رجعي كما قدمنا . ويتم كل ذلك بمجرد تخلف الشرط الفاسخ دون حاجة إلى حكم أو إعدار ، كما رأينا ذلك في حالة تحقق هذا الشرط .

٤ - أعمال الإدارة في حالة تحقق الشرط الفاسخ : قدمنا أن جميع

تصرفات الدائن تحت شرط فاسخ تسقط بتحقيق الشرط فيما عدا أعمال الإدارة . وقد نصت على ذلك صراحة ، كما رأينا ، الفقرة الثانية من المادة ٢٦٩ إذ تقول :

« على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط » .
وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى :

« أما ما يصدر من الدائن من أعمال الإدارة فيظل قائماً رغم تحقق الشرط ،
ذلك أن هذه الأعمال لا تؤثر في الحقوق التي استقرت نهائياً من جراء تحقق
الشرط . ثم أنه من الأهمية بمكان أن يكفل لها ما ينبغى من الاستقرار . وغنى
عن البيان أن بقاء الأعمال التي تقدمت الإشارة إليها مشروط بحسن نية من
صدرت عنه وعدم تجاوزه المألوف في حدود الإدارة . فإذا كان عمل الإدارة
إجارة مثلاً ، وجب ألاّ تجاوز مدتها ثلاث سنوات » (١).

والمثل المألوف لأعمال الإدارة هو الإيجار . ويدخل في أعمال الإدارة أيضاً
قبض الأجرة وبيع الثمار والمحصولات وقيد الرهن وتجديد القيد وتسجيل العقد
ونحو ذلك . بل يدخل في أعمال الإدارة ، فلا يفسخ بتحقيق الشرط الفاسخ ،
القسمة وتطهير العقار . فإذا أجرى المالك قسمة العين الشائعة التي يملكها تحت
شرط فاسخ ، فإن هذه القسمة ، سواء كانت قضائية أو رضائية ، لا تنفسخ
بتحقيق الشرط ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وكذلك الأمر فيما يتعلق بتطهير
العقار إذا كان مثقلاً برهن وأجرى المالك تحت شرط فاسخ تطهيره ، فلا يعود
مثقلاً بالرهن حتى لو تحقق الشرط الفاسخ (٢) . كما تقدم القول .

ولكن يشترط لبقاء أعمال الإدارة بالرغم من تحقق الشرط الفاسخ أمران :
(١) أمر ذاتى ، هو حسن نية صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ، فيجب
ألاّ يتخذ من أعمال الإدارة ذريعة يتوسل بها إلى تعطيل حق الطرف الآخر إذا
تحقق الشرط الفاسخ . (٢) وأمر موضوعى ، هو ألاّ يجاوز في أعمال الإدارة
الحد المألوف ، فلا يعقد إجارة لمدة تجاوز ثلاث سنوات ، ولا يبيع إلا
الموجود من المحصولات فيمتنع عليه بيع المحصولات المستقبلية لسنين قادمة ،
وهكذا .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧ .

(٢) انظر في هذا المعنى أنيكلويدى دالوز ١ لفظ Condition فقرة ٦٣ — كولان
وكايبثان ٢ فقرة ٦٥٩ . وانظر في أن هذه المسألة مختلف فيها: بردرى وبارد ٢ فقرة ٨٧٣ —
بودرى ولوان ٣ فقرة ٢٣٤٠ — فقرة ٢٣٤٦ .

والسبب في بقاء أعمال الإدارة واضح ، لأن هذه الأعمال ضرورية ويجب القيام بها في وقتها المناسب ، ويجب أن يكون لها من الاستقرار ما يكفل لها البقاء حتى يتيسر اجراؤها . ولما كان صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ هو الذي يملك الإدارة ، فقد يسر له القانون مهمته بأن أبقى أعماله قائمة حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ ، مادام قد توافر فيها الشرطان المتقدمان .

§ ٣ - الأثر الرجعي لتحقيق الشرط

٤١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام ، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط » .

« ٢ - ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه (١) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ١٥٩/١٠٥ و ١٦٠/١٠٦ و ٢٦٩ مكررة/٣٤٠ (٢) . ولا فرق في الحكم بين التقنينين .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٧٩١ من المشروع التمهيدى على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، بعد أن أبدلت في لجنة المراجعة كلمة « انسحب » بكلمة « استند » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٢ : من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١ و ص ٢١ - ص ٢٢) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ١٥٩/١٠٥ : إذا تم الشرط بوقوع الأمر المعلق عليه وجود التمسد أو بطلانه ، فيعتبر التمسد والحقوق اللاحقة له مستحقة أو لاغية من وقت الاتفاق على هذا الشرط .

م ١٦٠/١٠٦ : ومع ذلك إذا صار الوفاء بالتمسد به غير ممكن قبل وقوع الأمر المعلق عليه وجرى التمسد ، فلا يكون لهذا الأمر تأثير عند وقوعه .

وبقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٠، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٥٧، وفي التقنين المدني العراقي ٢٩٠، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٩٥ و٩٦ و٩٨ و٩٩ (١).

= م ٢٦٩ مكررة/ ٣٤٠: لا يضر وقوع الشرط الذي يجهله الدائن المرتهن لعقار بالحقوق الآيلة إليه من البائع تحت شرط توقيفي أو من المشتري تحت شرط فاسخ (قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٤٣): وهذا النص في التقنين المدني السابق يقابل المادة ١٠٣٤ من التقنين المدني الجديد. ويلاحظ أن العقد المعلق على شرط لا بد من شهره معلقاً بالشرط، فإذا ما تحقق الشرط أثر ذلك في حق الدائن المرتهن، وهذا خلافاً لحكم المادة ٢٦٩ مكررة/ ٣٤٠ من التقنين المدني السابق (الأستاذ أحمد حشمت أبوسيتت فقرة ٦٨٨ ص ٥١٥).

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري: م ٢٧٠ (مطابقة للمادة ٢٧٠ من التقنين المدني المصري).
التقنين المدني الليبي: م ٢٥٧ (مطابقة للمادة ٢٧٠ من التقنين المدني المصري).
التقنين المدني العراقي: م ٢٩٠ (مطابقة في الحكم للمادة ٢٧٠ من التقنين المدني المصري): انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٤٣ — فقرة ١٤٨)
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٩٥: أن الموجب عليه تحت شرط التعليق لا يمكنه قبل تحقق هذا الشرط أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع استعمال حقوق الدائن أو يزيده صعوبة في حالة تحقق الشرط. وبعد أن يتحقق شرط التعليق تكون الأعمال التي أجراها الموجب عليه في خلال ذلك ملغاة على قدر ما يكون فيها من الإضرار بالدائن ما عدا الحقوق المكتسبة شرعاً لشخص ثالث حسن النية.

م ٩٦: إذا هلك أو تعيب موضوع الموجب المعلق على شرط قبل تحقق الشرط فتطبق القواعد الآتية: إذا هلك الشيء جميعه ولم يكن هلاكه ناشئاً عن فعل أو خطأ من المديون، فيبقى تحقق الشرط بدون مفعول ويعد الموجب كأنه لم يكن. وإذا كان هذا الموجب ناشئاً عن عقد متبادل فإن الشيء يهلك على المديون، بمعنى أنه لا يحق له أن يطالب الدائن بتنفيذ الشيء المقابل. وإذا تعيب الشيء أو نقصت قيمته بلا فعل ولا خطأ من المديون، وجب على الدائن قبوله بحاله دون تخفيض من الثمن. وإذا هلك الشيء جميعه بخطأ أو بفعل المديون، حق للدائن أن يطلب بدل العطل والضرر. وإذا تعيب الشيء أو نقصت قيمته بخطأ أو بفعل من المديون، كان للدائن أن يختار إما قبول الشيء على حاله وإما إلغاء العقد، وفي الحالتين لا يحرم حق المطالبة ببديل العطل والضرر عند الاقتضاء. كل ذلك إذا لم يشترط الفريقان خلافه.

م ٩٨: إن القاعدة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٩٥ تطبق على الموجبات لمعقودة على شرط الإلغاء، فيما يختص بالأعمال التي أجراها ذاك الذي تلغى حقوقه بتحقيق الشرط، ما خلا الحقوق المكتسبة شرعاً لشخص ثالث حسن النية.

م ٩٩: إذا تحقق شرط الإلغاء فإن الأعمال التي أجراها الدائن في خلال ذلك تصبح لغوا، ما عدا أعمال الإدارة فانها تبقى ثابتة على كل حال.

وهذه المسألة هي من أهم المسائل في الشرط . ويختلف الشرط عن الأجل بوجه خاص في أن للشرط أثراً رجعياً ليس للأجل (١)، وفي أن الشرط أمر غير محقق الوقوع والأجل أمر محقق .

ونتكلم : في الأثر الرجعي للشرط (٢) ، في المسائل الآتية : (١) الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي وتقدير هذا المبدأ . (٢) ما يترتب من النتائج على الأثر الرجعي . (٣) ما يستثنى من إعمال الأثر الرجعي .

٤٢ - الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي - تقرير

هذا المبدأ : أشرنا فيما قدمناه إلى أن لتحقيق الشرط ، سواء كان الشرط واقفاً أو فاسخاً ، أثراً رجعياً . وهذا ما تقوله صراحة المادة ٢٧٠ مدني ، فهي كما رأينا تقرر أنه إذا تحقق الشرط استند إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام .

ونبدأ ببيان الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي . وقد تشعبت الآراء في بيان هذا الأساس .

فن الفقهاء من يذهب إلى أن الأثر الرجعي لتحقيق الشرط ليس لإلجورد افتراض وهمي (fiction) من جانب المشرع ، الغرض منه تفسير بعض

= (والتقنين اللبناني ، كما نرى ، لا يصرح بمبدأ الأثر الرجعي لتحقيق الشرط ، ولكنه يورد أهم تطبيقاته وأهم استثناءاته . ولعله تأثر بالنقد الذي يوجه عادة من الفقه الحديث إلى مبدأ الأثر الرجعي . وهو في تبعة الهلاك ينشئ مع أحكام القانون المدني الفرنسي إلا في التعيب والهلاك الجزئي)

(١) لم يكن القانون الروماني في عهده المدرسي يجعل للشرط أثراً رجعياً في كل الصور فقد كان الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الواقف مختلفاً فيه بين الفقهاء المدرسين ، ولم يكر لتحقيق الشرط الفاسخ في هذا العهد المدرسي أثر رجعي . وإنما جعل لتحقيق الشرط أثر رجعي في جميع الصور في عهد جوستينيان (جبرار الطبعة الثامنة ص ٥٠٨ — شوس Chausse في مقاله في الأثر الرجعي للتصرفات في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٠ ص ٥٢٩ — ص ٥٤٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٣٧ ص ٣٨٦ — ص ٣٨٧) .

(٢) انظر في هذه المسألة : رسالة فلدرمان Felderman باريس سنة ١٩٣٥ — مرلان Merlin في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٤٨ ص ٢٧١ وما بعدها — تقرير هوان Houin وكزافييه جان Xavier Janne في مجموعة أعمال جمعية هنري كاييتان ٣ ص ٢٤٢ وما بعدها .

النتائج التي تترتب على تحقق الشرط ، ومن ثم لا يجوز التوسع في إعمال هذا الأثر الرجعي ، بل يجب قصره على الأحوال التي قصد المشرع صراحة أو ضمناً أن يكون لتحقيق الشرط فيها هذا الأثر (١) . ولكن هذا الرأي لا يحل الإشكال ، إذ يبقى أن نعرف لماذا افترض المشرع هذا الافتراض الوهمي في النتائج التي رتبها على تحقق الشرط .

ومن الفقهاء من يذهب إلى أن الأثر الرجعي لتحقيق الشرط ليس إلا تعبيراً ملائماً للقول بأن تحقق الشرط ليس من شأنه إلا تثبيت حق كان موجوداً من قبل ، وهذا التثبيت (confirmation) هو كل المقصود بالأثر الرجعي . وعلى هذا المعنى لا يكون الأثر الرجعي افتراضاً وهمياً من جانب المشرع ، بل هو استجابة لحقيقة واقعة ، فالحق المعلق على شرط موجود منذ وجود الاتفاق ، وما تحقق الشرط بمشئ له بل هو تثبيت لوجوده (٢) . ولكن يؤخذ على هذا الرأي أنه يقتصر على تفسير الشرط الواقف دون الشرط الفاسخ . ويؤخذ عليه ، حتى في تفسيره للشرط الواقف ، أنه يفرض أن الحق المعلق على شرط واقف موجود منذ البداية وتحقق الشرط إنما يقتصر على تثبيته ، وهذا التفسير مصادرة على المطلوب ، فإن وجود الحق منذ البداية لم نقل به إلا لأن للشرط أثراً رجعياً ، فلا يجوز أن يفسر هو نفسه هذا الأثر الرجعي (٣) .

ويذهب كولان وكايتان إلى أن الأثر الرجعي للشرط ليس إلا تطبيقاً للمبدأ القاضي بأن فاقد الشيء لا يعطيه (nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipso habet) . فصاحب الحق المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ لا يستطيع أن يتصرف في هذا الحق إلا تحت الشرط الواقف

(١) أوبري ورو وبارتان ؛ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٦ هامش رقم ٦٠ مكرر ثالثاً — بودري وبارد ٢ فقرة ٨٠٩ — بلانيول وريبير وبونجييه ٢ فقرة ١٣٦٦ .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٧٧ — لارومبيير ٢ م ١١٧٩ فقرة ٩ — ماركاديه ؛ م ١١٧٩ فقرة ٥٥٨ .

(٣) ويذهب إهرنج إلى أن القانون الروماني كان يقول بالأثر الرجعي ، ويفسر ذلك باعتبارات عملية . وإن الحق قد وجدت بذرته منذ البداية كالجنين ، وإن كان المنطق يقضي بالأثر الرجعي ، وأنه يجب التبرص حتى يولد الحق (إهرنج في روح القانون الروماني ؛ ص ١٦٧) .

أو الشرط الفاسخ ، وإلا أعطى أكثر مما يملك (١) . ولكن هذا التفسير لا يكفي لتأسيس الأثر الرجعي ، فإذا كان المالك تحت شرط فاسخ لا يستطيع أن ينقل للغير أكثر مما يملك ، فإن هذا لا يمنع من أن ينقل ما يملك . وهو يملك حقاً معلقاً على شرط فاسخ ، فيستطيع أن ينقله ، حتى إذا مات تحقق الشرط لم ينتج أثره إلا من وقت تحققه لا منذ البداية . فالمبدأ القاضي بأن فاقد الشيء لا يعطيه لا يقتضي حتماً الأخذ بمبدأ الأثر الرجعي لتحقيق الشرط (٢) .

وقد ذهب بعض رجال الفقه الحديث إلى إنكار الأثر الرجعي للشرط ، إذ يرونه مجازياً للواقع ، ومعتلاً لحرية تصرف المالك في ملكه ، وضاراً بالغير إذ يبقى على الدوام مهدداً بهذا الأثر الرجعي ، وبذلك تتعقد المعاملات ولا تستقر الحقوق (٣) . وقد عمدت بعض التقنينات الحديثة فعلاً إلى إنكار أن

(١) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٨ - ولكنهما يقولان أيضاً أنه يجب عدم اعتبار الأثر الرجعي مبدأ عاماً ، بل الأصل هو أن الأثر لا يترتب إلا عند تحقق الشرط . مع استثناء بعض حالات يكون فيها الأثر الرجعي تفسيراً قوياً لفكرة تثبيت الحق الموجود من قبل (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩) . والفقيهان يقلبان الوضع بذلك ، فإن الأصل هو الأثر الرجعي والعكس هو الاستثناء .

(٢) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٣٧ ص ٣٨٩ - ص ٣٩٠ .
(٣) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٣٠ و ٢ فقرة ١٣٧٣ . ويقول بيدان ولاجارد (٨ ص ٥٤١ هامش رقم ١) أنه منذ آخر القرن التاسع عشر أخذ بعض رجال الفقه الحديث ينتقدون فكرة الأثر الرجعي لتحقيق الشرط ، وبخاصة رجال الفقه الروماني تحت تأثير ونشايد (Winscheid) ، إذ ذهبوا إلى أن الأثر الرجعي في نظرية الشرط تزيد يعيق الباحث (جيرار الطبعة الثامنة ص ٥٠٧ - ٥٠٨) .

وجاء في الموجز للمؤلف عن المذهب المنكر للأثر الرجعي ما يأتي : « وهناك مذهب حديث ينكر أن يكون للشرط أثر رجعي ، ويرى أن إسناد أثر الشرط لتاريخ سابق على تحققه أو تخلفه أمر مخالف لطبيعة الأشياء ، وأن الطبيعي هو أن ينتج تحقق الشرط أو تخلفه ما يترتب عليه من الأثر من الوقت الذي وقع فيه هذا التحقق أو هذا التحلف . لا قبل ذلك ، لأن تحت الشرط أو تخلفه هو العلة لهذا الأثر والمعلول لا يسبق العلة . ويدعم المذهب هذه الحجة المنطقية باعتبارات تاريخية وعملية . فن الناحية التاريخية يستند إلى أن القانون الروماني لم يقرر مبدأ الأثر الرجعي للشرط كقاعدة عامة ، بل أن هناك نصوصاً وردت في هذا القانون تتناقض مع الأثر الرجعي . ولم يخرج فقهاء القانون الفرنسي القديم عن تقاليد القانون الروماني في هذا الصدد ، ولم يأت بوتييه إلا (بحالتين) يفسرها بالأثر الرجعي . وقد نقل قانون نابليون نظرية الأثر الرجعي للشرط عن بوتييه ، فلم يرد أن يخرج بها عن صورها التقليدية الضيقة . أما من الناحية العملية فإن نظرية الأثر الرجعي ليست ضرورية بالنسبة لبعض النتائج ، وليست صحيحة بالنسبة =

يكون لتحقيق الشرط أثر رجعي ، كما فعل التفتين الألماني وتفتين الالتزامات

= لبعض النتائج الأخرى . فهي ليست ضرورية بالنسبة للنتائج التي سبق إيرادها كتطبيق لها ، ويمكن تفسير هذه النتائج بغير نظرية الأثر الرجعي : (١) فالحق المعلق على شرط موقف ينتقل إلى الورثة لأن له وجوداً احتمالياً كما قدمنا ، فينتقل بحالته هذه من المورث إلى الوراث ، ولا حاجة في تفسير هذا الحكم إلى القول بالأثر الرجعي . (٢) والرهن الذي يضمن حقاً معلقاً على شرط موقف يعتبر تاريخه من وقت الاتفاق على الرهن لا من وقت تحقق الشرط ، لأن الحق كان له وجود احتمالى وقت الاتفاق على الرهن ، وإذا كان الرهن جائزاً لضمان الأشياء المستقبلية فأولى أن يجوز لضمان الأشياء الموجودة ولو كان وجودها احتمالياً . (٣) وتصرف الدائن في حق معلق على شرط موقف تصرف في شيء موجود ولو وجوداً احتمالياً . أما تصرفه في حق معلق على شرط فاسخ ، وزوال هذا التصرف بتحقيق الشرط ، فيرجع إلى أن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى الغير أكثر مما يملك ، والدائن وقت تصرفه في الحق المعلق على شرط فاسخ كان يتصرف في حق قابل للزوال ، فلا يستطيع أن ينقل إلى الغير إلا حقاً قابلاً للزوال . (٤) وإذا أدى المدين حقاً معلقاً على شرط موقف ، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفع بعد تحقق الشرط ، لأن الحق قد وجد في ذمته وجوداً مؤكداً بتحقيق الشرط قبل أن يطالب بالاسترداد ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يطالب باسترداد ما دفعه وفاء لحق مؤكد في ذمته . أما إذا أدى حقاً معلقاً على شرط فاسخ ثم تحقق الشرط ، فله أن يسترد ما دفعه لأنه عند ما استرد لم يكن هناك حق مترتب في ذمته يمنع من الاسترداد . ونظرية الأثر الرجعي ليست صحيحة بالنسبة للنتائج الآتية : (١) إذا كان الحق المعلق على شرط موقف متعلقاً بعين ، وهلكت العين قبل تحقق الشرط ، فإنها تهلك على المدين حتى لو تحقق الشرط بعد الهلاك . وقد تقدم ذكر هذا الحكم . وهو حكم يتناقض مع نظرية الأثر الرجعي ، إذ لو كان لتحقيق الشرط أثر رجعي في هذا الفرض . لاعتبرت العين مملوكة للدائن من وقت الاتفاق لا من وقت تحقق الشرط ولكانت وقت الهلاك ملك الدائن ، فكانت تهلك عليه لا على المدين . (٢) إذا طهر الحائز لعقار مرهون العقار من الرهن ، وكان يملكه بشرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط ، فلا يكون لتحقيقه أثر رجعي بالنسبة لتطهير العقار ، ويبقى العقار مطهراً من الرهن . (٣) إذا أخذ الشفيع عقاراً بالشفعة ، وكان يملك العقار المشفوع به بشرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط ، فلا يكون لتحقيقه أثر رجعي بالنسبة للشفعة ، ويبقى الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه . (٤) إذا كان الحق معلقاً على شرط موظف ، فلا يصرى التقادم بالنسبة له إلا من وقت تحقق الشرط ، ولا يكون لتحقيق الشرط أثر رجعي في هذه الحالة . (٥) إذا قام الدائن بعمل من أعمال الإدارة في الحق المعلق على شرط فاسخ ، كأن أجر المشتري وفاء العين لا عن غش ولمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ، ثم تحقق الشرط ، فلا يكون لتحقيقه أثر رجعي بالنسبة للإيجار ، بل يبقى الإيجار سارياً في حق البائع وفاء إذا استرد العين المبيعة . (٦) . . . فيبين من ذلك أن الفروض التي لا تطبق فيها نظرية الأثر الرجعي لاتقل عن الفروض التي تطبق فيها هذه النظرية ، وإن هذه الفروض الأخيرة يمكن تفسيرها بغير نظرية الأثر الرجعي . فلا حاجة لنا إذن بنظرية غير ضرورية في بعض التطبيقات وغير صحيحة في البعض الآخر . (الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٠) .

السويسرى (١) . ولم يستبق الأثر الرجعى إلا التقنيات اللاتينية . و/د سار على نهجها التقنين المصرى ، القديم (٢) والجديد .

والصحيح فى نظرنآ أن فكرة الأثر الرجعى لتحقق الشرط تستبىب فى أكثر الأحوال لظروف التعاقد وللنية المحتملة للمتعاقدىن . ذلك أن المتعاقدىن لا يعرفان وقت التعاقد إن كان الشرط يتحقق أولا يتحقق ، ولو أنهما كانا يعرفان ذلك لما علقا العقد على الشرط ولجعلاه عقداً بسيطاً منجزاً (٣) . فىمكن إذن فى كثير من الاطمئنان تفسير نيتهما على أنهما إنما أرادا أن يسندا أثر العقد إلى وقت التعاقد لا إلى وقت تحقق الشرط .

ومن أجل ذلك لم يجعل المشرع مبدأ الأثر الرجعى من النظام العام فلا تجوز مخالفته ، بل جعل للمتعاقدىن الحق فى أن يفصحا عن نيتهما ، فان كانا لا يريدان أن يجعلا للشرط أثراً رجعياً فليس عليهما إلا أن يبينا ما أرادا ، وعند ذلك لا يكون لتحقق الشرط أثر رجعى ، لأن النية الحقيقية للمتعاقدىن قد تعارضت مع النية المحتملة ، ولاشك فى أن الأولى تنسخ الثانية . وليس على المتعاقدىن

(١) انظر المواد ١٥٨ و ١٦٩ و ١٦١ من التقنين المدنى الألمانى . وهذه النصوص تقضى بأن الشرط ، واقفاً كان أو فاسخاً ، ليس لتحققه أثر رجعى ، إلا إذا اتفق الطرفان على أن يكون لتحققه هذا الأثر فى العلاقة فيما بينهما . والحقوق العينية التى تصدر ، أثناء تعلق الشرط ، من ناقل الملكية تحت شرط واقف أو من متلقيها تحت شرط فاسخ ، تسقط بتحقيق الشرط ، ولكن هذا لا يعنى إطلاقاً أن لتحقق الشرط أثراً رجعياً ، فإن هذه الحقوق إنما تسقط من وقت تحقق الشرط ، فلا يزيد أثر تحقق الشرط هنا عن أثر حلول الأجل الفاسخ (بودرى وبارد ٢ ص ٤١ - ص ٤٢) .

وانظر المادتين ١٧١ و ١٧٤ فقرة ثانية من تقنين الالتزامات السويسرى وهما تنفيان الأثر الرجعى لتحقق الشرط إلا إذا اتفق المتعاقدان على غير ذلك .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٢ - ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ - ١٤ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٥٠ .

(٣) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا المعنى : « وأنصار هذا المذهب يدافعون عنه بأنه يترجم بأمانة عن النية الحقيقية للمتعاقدىن ، فإن هذين لو علما وقت الاتفاق هل يتحقق الشرط أو يتخلف لبنيا تعاقدما على هذا الحساب منذ الاتفاق . فإذا كانا قد جهلا النيب ، ولم يعلما بتحقيق الشرط أو بتخلفه وقت الاتفاق ، فليس هذا الجهل الاضطرابى بمانع من أنهما يريدان إرجاع أثر الشرط إلى وقت الاتفاق ، وقد كان بفعلان ذلك لو أنهما استطاعا أن يتبينآ مآل الشرط منذ ذلك الوقت » (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٩ ص ٤٨٧ وهامش رقم ١)

(م ٥ - الوسيط)

ضير من الأثر الرجعى ماداما يقصدان هذا الأثر ، ولا على الغير ضير من ذلك أيضاً مادامت قواعد الشهر تحمى الغير من المفاجآت (١). ويستطيع المشرع أن يفرض أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى الأثر الرجعى إلا إذا ظهر العكس ، كما فعل التقنيان الفرنسى والمصرى . كما يستطيع أن يفرض أنهما أرادا الأثر الفورى إلا إذا ظهر العكس ، كما فعل التقنيان الألمانى والسويسرى . والفروق العملية ما بين الطريقتين فروق محدودة ، فكل طريقة تقرر أصلاً ثم تستثنى منه ، وتكادان تتفقان على حدود الأصل والاستثناء . ولكن الأفضل التمشى مع النية المحتملة للمتعاقدين ، وجعل الأصل هو الأثر الرجعى لتحقيق الشرط . لذلك نرى أن التقنين المدنى الجديد لم يخطئ في استبقائه لمبدأ الأثر الرجعى على غرار التقنيات اللاتينية ، مع تقييد هذا الأصل باستثناءات تقتضيها حاجات التعامل (٢). وهذا ما تنتقل الآن إلى بيانه .

(١) انظر بيدان ولاجارو ٨ فقرة ٧٤١ - - جوران ٢ فقرة ٤٧٢ - فقرة ٧٤٣ - أنيكلويدى دالوز ١ لفظ (Condition) جان دى جارو دى ميشينى (Jean de Garreau de la Méchanie) فقرة ٥٥ - وانظر المادة ١١٠ من المشروع الفرنسى الإيطالى - وقارن كولان وكايسان ٢ فقرة ٦٥٩ ص ٤٥٠ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٨٩

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩ - ص ٢٠) في هذا الصدد ما يأتى : « ولم يحد المشروع في هذا الشأن عما جرت عليه التقاليد اللاتينية ، بل جعل الأصل في أثر الشرط أن يستند أو ينمط إلى الماضى فيما عدا استثناءات معينة . فالقاعدة العامة هي انسحاب أثر تحقق الشرط الموقف أو الفاسخ إلى وقت التعاقد . والواقع أن هذا الحكم ليس إلا تفسيراً معقولاً لإرادة المتعاقدين ، فلو أنهما كانا من مبدأ الأمر على يقين من تحقق الشرط ، لردا أثره إلى وقت انعقاد العقد . وينفرد على فكرة استناد أثر الشرط أن الدائن بالتزام معلق على شرط موقف يترتب حقه لا من وقت تحقق الشرط فحسب ، بل من تاريخ انعقاد العقد . وكذلك الشأن في حق الدائن بالتزام معلق على شرط فاسخ ، فهو يعتبر كأن لم يكن قد ترتب قط ، لا من وقت تحقق الشرط بل من تاريخ انعقاد العقد . وإذا كان التقنين الألمانى والتقنين السويسرى قد أعرضا عن فكرة استناد أثر الشرط وشايتهما في ذلك تقنيات جديدة . من المحقق أن هذه التقنيات جميعاً لم تمض في هذا السبيل إلى القصى من غاياته . فهي تخفف من آثار عدم الاستناد إلى حد بعيد بمقتضى طائفة من التصرف الخاصة (أنظر المواد ١٥٩ - ١٦١ من التقنين الألمانى) . والحق أن شقة الخلاف بين المذهب اللاتينى والمذهب الجرمانى ، فيما يتعلق بأثر الشرط ، ليست من السعة كما قد يحسب البعض . فالأحكام العملية أو التطبيقية تكاد تتماثل في ظل كل من هذين المذهبين ، والواقع أن الخلاف بينهما لا يعدو =

٤٣ - ما يترتب من النتائج على الأثر الرجعي لتحقق الشرط :

ونشير إلى بعض من النتائج الهامة التي تترتب على الأثر الرجعي لتحقيق الشرط فيما يأتي :

(١) التصرفات التي تصدر من صاحب الحق المعلق على شرط واقف تصبح ، عند تحقق الشرط ، نافذة منذ البداية (١) . فلو أن مالكا لعين تحت شرط واقف باع هذه العين أو رهنها ، ثم تحقق الشرط الواقف ، فإنه يتحقق بأثر رجعي لا بالنسبة إلى المالك تحت شرط واقف وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى المشتري منه أو المرتهن . فيعتبر المالك تحت شرط واقف بعد تحقق الشرط مالكا للعين منذ البداية (٢) ، ويترتب على ذلك أنه يعتبر مالكا للعين وقت أن باعها للغير أو رهنها . ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشتري أو ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن لا من وقت تحقق الشرط الواقف ، بل من وقت التعاقد مع المالك (٣) . وعكس ذلك هو

= أن يكون خلافاً في التصور لا أكثر . فالمذهب اللاتيني يحمل من استناد أثر الشرط قاعدة عامة ويجيز مع ذلك الاتفاق على عكسها ، بينما يحمل المذهب الجرمانى من عدم استناد هذا الأثر قاعدة عامة مع إباحة الخروج عليها .

(١) استئناف أهل أول ديسمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٢٦ - بنى سوف ١٣ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص ٣٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ما تضمنته قائمة مزاد استبدال الأطنان الموقوفة من أن من يرسو عليه المزاد لا يستحق في الربح إلا إذا وافقت المحكمة الشرعية على الاستبدال ، وأنه إلى أن يتم ذلك لا مسئولية على وزارة الأوقاف في شيء يتعلق بالعقار الذي يكون في هذه الحالة تحت يدها ولها حق تأجيله واستغلال ريعه ، وأن الرأى عليه المزاد ملزم باحترام عقود التأجير الصادرة منها ولو كان ذلك قبل تاريخ توقيع الصيغة الشرعية بيوم واحد ، ما تضمنته القائمة من ذلك لا يسوغ القول باعتبار هذا البيع معلقاً على شرط فاسخ ، وذلك لأن إجازة الاستبدال من المحكمة الشرعية ، ثم توقيع صيغته منها ، ليست شرطاً فاسخاً وإنما هي شرط واقف ، ولو أن النتيجة بالنسبة إلى موضوع النزاع لا تختلف بتخلف الشرط إن اعتبر فاسخاً أو بتحقيقه إن كان واقفاً ، فإنه في كلتا الحالتين يكون البيع نافذاً من وقت رسو المزاد لا من وقت توقيع الصيغة الشرعية (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٩ ص ٢٠٤) .

(٣) وإذا باع شخص داراً تحت شرط واقف هو أن يرحل لسكنى مدينة أخرى . ثم باع نفس الدار بعد ذلك بيعاً منجزاً إلى شخص آخر ، ثم تحقق الشرط ورحل لسكنى المدينة الأخرى ، فقد اختلف الفقهاء في فرنسا في مصير البيع الثاني بعد أن تحقق الشرط الواقف وزالت الملكية عن البائع بأثر رجعي فأصبح غير مالك عند صدور للبيع الثاني منه . وقد ذهب أوبرى ورو إلى =

الذى يترتب على الأثر الرجعى لتحقق الشرط الفاسخ . فلو أن مالكاً تحت شرط فاسخ تصرف فى العين ببيع أو برهن ، ثم تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعى فاعتبر أنه لم يكن مالكاً منذ البداية : فان البيع الذى صدر منه أو الرهن يكون قد صدر من غير مالك ، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري ، ولا ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن . ويلاحظ أن هذا الحكم الأخير ، فى حالة المنقول ، يخفف من حدته قاعدة أخرى هى القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية . فلو كان المبيع أو المرهون منقولاً ، وكان البائع أو الراهن مالكاً تحت شرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط بأثر رجعى ، فزالت عن المالك الملكية منذ البداية ، فان المشتري أو الدائن المرتهن ، وإن اعتبر أنه تعامل مع غير مالك فلا ينتقل إليه الحق بالعقد ، ينتفع من جهة أخرى بقاعدة الحيازة فى المنقول ، فينتقل إليه الحق بالحيازة .

(٢) إذا باع شخص عقاراً تحت شرط واقف ، فأصبح هو نفسه مالكاً تحت شرط فاسخ ، ثم نزع دائن مرتهن للبائع ملكية العقار ، وتحقق الشرط بعد ذلك ، فان الأثر الرجعى لتحقيقه يجعل المشتري مالكاً منذ البيع لا منذ تحقق الشرط ، فان كان الدائن المرتهن الذى نزع الملكية لم يقيد حقه إلا بعد تسجيل البيع ، فان نزع الملكية لا ينفذ فى حق المشتري . أما إذا كان الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع ، فانه يكون نافذاً فى حق المشتري ، فينفذ فى حقه أيضاً نزع الملكية (١) .

= أن الشرط إرادى ، فلا يجوز أن يكون له أثر رجعى بالنسبة إلى المشتري الثانى (أوبرى ورو ؛ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٩ وهامش رقم ٦٦ - انظر أيضاً : تولىيه ٦ فقرة ٥٤٦ - ترولونج فى الرهون الرسمية ٢ فقرة ٧٤ ؛) . ولكن بودرى وبارد يذهبان إلى أن الشرط هنا ليس شرطاً إرادياً محضاً ، إذ هو خاضع لظروف وملابسات لا سيطرة للملتزم عليها ، فالشرط صحيح ، وإذا تحقق كان لتحقيقه أثر رجعى حثى بالنسبة إلى الغير ، فيعتبر المشتري الثانى قد اشترى من غير مالك ، وتكون ملكية الدار للمشتري الأول (بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢٥ - وانظر أيضاً : لارومبيير ٢ ١١٧٩ فقرة ١٠ - ديمولوب ٢٥ فقرة ٣٨٦ - فقرة ٣٨٧ - لوران ١٧ فقرة ٨٦ - هيب ٧ فقرة ٢٥٦) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٩ - فإذا فرض أن العقار المبيع تحت شرط واقف كان مثقلاً برهن صادر من البائع للبائع تحت شرط واقف ، فإن البائع تحت شرط واقف - وهو مالك فى الوقت ذاته تحت شرط فاسخ - يعتبر بالنسبة إلى الرهن حائزاً للعقار المرهون . فإذا =

وإذا كان بيع العقار معلقاً على شرط فاسخ . ونزع ملكية العقار دائن مرتهن للمشتري تحت شرط فاسخ ، وتحقق الشرط ، فإن نزع الملكية لا ينفذ في حق البائع الذي استعاد ملكيته بأثر رجعي بمجرد تحقق الشرط . فلا ينفذ في حقه الرهن الذي رتبته المشتري ، ومن ثم لا ينفذ في حقه نزع الملكية (١) .

(٣) إذا كان المدين تحت شرط واقف قد اعتشد خطأ أن الشرط قد تحقق فوفى بالمدين ، فقد قدمنا أن له أن يسترده وفقاً للقواعد العامة في دفع غير المستحق . ولكن جواز الاسترداد مقصور على المرحلة التي يكون فيها الشرط معلقاً ، فإذا ما تحقق الشرط فإنه يتحقق بأثر رجعي ، ويتبين أن المدين وقت أن دفع كان مديناً فعلاً . فلا يستطيع أن يسترد ما وفاه (٢) .

وعكس ذلك هو الذي يترتب على الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الفاسخ . فلو أن المدين أدى للدائن تحت شرط فاسخ حقه ، فإنه يكون مؤدياً دائن مستحق عليه فلا يستطيع أن يسترده ما دام الشرط معلقاً . فإذا ما تحقق الشرط زال حق الدائن بأثر رجعي ، وكان للمدين أن يسترد ما دفع ، إذ يتبين أنه وقت أن دفع لم يكن مديناً فيكون قد دفع غير المستحق .

(٤) إذا ارتهن دائن تحت شرط واقف عقاراً ضياعاً لدينه ، وقيد الرهن قبل تحقق الشرط ، فإن مرتبة الرهن تكون من يوم قيده لا من يوم تحقق الشرط .

= مطهره من الرهن ، ولم ينته التطهير إلى نزع الملكية ، ثم تحقق الشرط ، فأصبح المشتري تحت شرط واقف مالكاً للعقار منذ البداية ، فإنه يأخذه مطهراً من الرهن ، ولا تزول إجراءات التطهير بتحقيق الشرط . أما إذا انتهى التطهير إلى نزع الملكية ، فإن نزع الملكية يكون نافذاً في حق المشتري تحت شرط واقف عند تحقق الشرط ، لأن الرهن كان نافذاً في حقه (لا روميير ٢ م ١١٨١ فقرة ٧ - لوران ١٧ نقره ٩٤ - بودري وبارد ٢ فقرة ٨١٩ ص ١٦ هامش رقم ٢) .

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ٨٢٠ - أما إذا وجد على العقار رهن صادر من البائع ، فإن نزع الملكية ولو تم بناء على طلب دائن مرتهن للمشتري ، يكون نافذاً في حق البائع وفاء للرهن الصادر منه هو (بودري وبارد ٢ فقرة ٨٢٠) .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٣٧١ - جوسران ٢ فقرة ٧٤٢ .

إذ يعتبر الدين موجوداً وقت قيد الرهن بفضل الأثر الرجعي لتحقيق الشرط (١).
(٥) يعتبر عقد التأمين على الحياة عادة معلقاً على شرط واقف هو دفع القسط الأول من التأمين ، فاذا دفع المؤمن عليه هذا القسط تحقق الشرط بأثر رجعي . واعتبر عقد التأمين نافذاً من وقت التعاقد لا من وقت تحقق الشرط .
فلو أن شخصاً أمن على حياته ، ثم مات قبل حلول القسط الأول ، ودفع هذا القسط من تركته ، فإن عقد التأمين يعتبر نافذاً قبل وفاة المؤمن على حياته ، ومن ثم يكون مبلغ التأمين مستحقاً .

(٦) للدائن تحت شرط واقف ، إذا تحقق الشرط ، أن يطعن بالدعوى البوليصية في تصرفات مدينه ، حتى ما كان منها سابقاً على تحقق الشرط ، فإن حقه يعتبر ، بفضل الأثر الرجعي ، موجوداً منذ الاتفاق عليه لا منذ تحقق الشرط ، ومن ثم يعتبر سابقاً على تصرف المدين (٢) .

(٧) إذا كسب شخص حقاً معلقاً على شرط واقف ، في ظل تشريع معين ، وقبل تحقق الشرط صدر تشريع جديد من شأنه أن يؤثر في هذا الحق ، ثم تحقق الشرط ، فإن التشريع الذي يسرى هو التشريع القديم لا التشريع الجديد ، إذ يعتبر الحق ، بفضل الأثر الرجعي ، موجوداً منذ البداية أي منذ أن كان التشريع القديم سارياً (٣) .

(١) بلانويول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٣٧٠ - وجاء في الموجز للمؤلف : « فلو أن مديناً رتب على عقاره رهنًا يضمن التزاماً في ذمة معلقاً على شرط واقف ، وقبل تحقق الشرط رتب على نفس العقار رهنًا آخر يضمن التزاماً في ذمة منجزاً ، ثم تحقق الشرط ، فإن الالتزام الذي كان معلقاً على هذا الشرط يعتبر موجوداً من وقت الاتفاق عليه لا من وقت تحقق الشرط ، ويكون الرهن الضامن لهذا الالتزام سابقاً في التاريخ للرهن الضامن للالتزام المنجز » (الموجز فقرة ٤٧٩ ص ٤٨٨) .

ويقول بودرى وبارد في هذه المسألة أن هذا لا يدل على أثر رجعي ، فالدين الاحتمالي إذا أخذ به رهن وقيد الرهن ، كانت مرتبته من وقت القيد لا من وقت وجود الدين ، مع أنه لا محل في هذه الحالة للقول بالأثر الرجعي (بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٤) .
وتنص المادة ١٠٥٧ مدني على أن « تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده ، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط أو كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً » .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٣ .

(٣) أوبري وور ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٥ .

٤٤ - الاستثناءات من مبدأ الأثر الرجعي لتحقق الشرط :

هذه الاستثناءات ذكرتها النصوص صراحة ، وهي أربعة (١) :

(١) فقد قدمنا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٦٩ مدني تقضي بأن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط الفاسخ . وكان مقتضى الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الفاسخ أن تسقط هذه الأعمال ، ولكنها تبقى نافذة بالرغم من تحقق الشرط ما دامت قد تمت بحسن نية في الحدود المألوفة للإدارة ، وقد تقدم بيان ذلك (٢) . ومن أعمال الإدارة كما رأينا ، الإيجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ، وقبض الأجرة وقبض المحصولات والثمار (٣) ، وبيعها ، وقيد الرهن ، وتجديد القيد ، وقسمة العين الشائعة ، وتطهير العقار المرهون (٤) .

(٢) ثم أن المادة ٢٧٠ مدني أوردت ، كما رأينا ، ثلاثة استثناءات أخرى من مبدأ الأثر الرجعي لتحقيق الشرط : (١) إذا تبين من إرادة المتعاقدين

(١) ويلاحظ أن منطقة الأثر الرجعي للشرط ، بل منطقة الشرط نفسه ، محصورة في الشرط وهو ينشأ من إرادة المتعاقدين ، فقد قدمنا أن الشرط لا مصدر له إلا الإرادة . أما حيث يقرر القانون شرطا يعلق عليه حكماً من الأحكام ، فذلك لا يعتبر شرطا كما رأينا ، وليس لتحقيقه أثر رجعي ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا ، لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر (نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ١١٢ ص ٢٦٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٠ .

(٣) ديمولوب ٢٥ فقرة ٤٠٠ وما بعدها — بودري ، وبارد ٢ فقرة ٨٢٤ — انظر عكس ذلك : تولى ٦ فقرة ٥٦٣ — لوران ١٧ فقرة ٥٨ — كذلك إذا دفع المالك تحت شرط فاسخ التأمين ، ثم تحقق الشرط وزالت ملكيته بأثر رجعي ، فلا يسترد الأقساط التي دفعها ، لأن دور أقساط التأمين يعتبر من أعمال الإدارة (بيدان ولاجارد ٨ ص ٤٤٥ هامش رقم ١) .

(٤) وقد قدمنا أن المالك تحت شرط فاسخ له حق الأخذ بالشفعة ، فإذا أخذ عقاراً بالشفعة ، ثم تحقق الشرط الفاسخ فزالت ملكيته عن المقار المشفوع به ، فإن الأثر الرجعي لتحقيق الشرط لا يؤثر في ملكيته للمقار المشفوع فيه ، بل يستبقى هذا المقار . ولا يرجع ذلك إلى أن الأخذ بالشفعة يعتبر من أعمال الإدارة ، بل إلى اعتبارات عملية تتعلق بوجود استقرار التعامل . وما يحل هذا الاستقرار أن يجبر الشفيع ، بعد الأخذ بالشفعة ، أن يرد المقار المشفوع فيه إلى المشتري ، أو أن يباح له هذا الرد .

أنهما استبعدا الأثر الرجعى . (ب) إذا كانت طبيعة العقد تستعصى على الأثر الرجعى . (ج) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبي قبل تحقق الشرط .

أما أن إرادة المتعاقدين قد تستبعد الأثر الرجعى ، فهذا هو الذى يتفق مع الأساس الصحيح الذى يقوم عليه الأثر الرجعى فيما قدمناه . فقد أسلفنا أن الأثر الرجعى إنما يقوم على نية المتعاقدين المحتملة ، فإذا تعارضت هذه النية مع النية الحقيقية ، فلا شك فى أن النية الحقيقية هى التى يعمل بها . ومن ثم يكون للمتعاقدين أن يستبعدا ، صراحة أو ضمناً ، كل أثر رجعى للشرط . على أنه يجب التشدد فى استخلاص النية الضمنية للمتعاقدين فى استبعاد الأثر الرجعى ، فإن القانون صرف نيتهما المحتملة إلى استبقاء هذا الأثر ، ولا بد من قيام دليل واضح على أنهما قصد العكس (١) .

(٣) وأما ما يرجع إلى طبيعة العقد فأهم تطبيق لذلك هو العقد الزمنى . ففى عقد الإيجار أو عقد العمل أو عقد التوريد إذا كان العقد معلقاً على شرط فاسخ ، وبني منفذاً مدة من الزمن ثم تحقق الشرط ، فإن طبيعة الأشياء هنا تستعصى على الأثر الرجعى ، إذ لا يمكن الرجوع فى الزمن ، وما تم من العقد يبقى ، ولا يفسخ العقد إلا عن المستقبل (٢) .

(٤) وأما ما يرجع إلى صيرورة تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبي قبل تحقق الشرط ، فنميز بين ما إذا كان الشرط واقفاً أو فاسخاً . فإن كان واقفاً ، كما لو كان المالك لعين معينة قد باعها تحت شرط واقف وهلكت العين

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٤ .

(٢) انظر فى العقد الزمنى الوسيط جزء أول فقرة ٦٥ - فقرة ٦٦ - وانظر بيدان ولاجار ٨ فقرة ٧٤٧ . وما تستعصى طبيعته على الأثر الرجعى أن يتعاقد شخص مع آخر على أنه إذا باشر الأول عملاً معيناً استخدم فيه الثانى ، ويباشر الواعد هذا العمل المعين . فيستخدم الموعد له ، ولكن منذ القيام بالعمل ، لأن طبيعة التعاقد تستعصى على الأثر الرجعى . كذلك إذا وقف الدائن إجراءات التنفيذ تحت شرط فاسخ هو تأخر المدين فى دفع أحد أقساط الدين ، فإن تحقق الشرط الفاسخ ، وتأخر المدين فى دفع قسط ، لا يكون له أثر رجعى بالنسبة إلى الزمن الذى وقفت فيه إجراءات التنفيذ . فإن الزمن هنا ، كما فى العقد الزمنى ، إذا مضى لا يعود (استثناء مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٧ ص ٢١١) . والالتزام المعلق على شرط واقف لا يسرى فى حقه التقادم إلا منذ تحقق الشرط ، خلافاً لمبدأ الأثر الرجعى ، ومطابقة لطابع الأشياء .

في يده لسبب أجنبي قبل تحقق الشرط ، فيستوى هنا أن يكون للشرط أثر رجعي أو لا يكون . ذلك أنه إذا جعل له أثر رجعي ، وتبين أن العين قد هلكت وهي في ملك المشتري ولكن قبل أن يتسلمها . فإن تبعة الهلاك تكون على البائع في القانون المصري ، كما لو لم يكن للشرط أثر رجعي (١) . أما في القانون الفرنسي فالأمر يختلف ، لأن تبعة الهلاك قبل التسليم في هذا القانون على المشتري ، فلا يكون للشرط أثر رجعي حتى لا تنتقل الملكية إلى المشتري ، فيبقى الهلاك على البائع (٢) . أما إذا كان الشرط فاسخاً ، كما لو كان المشتري تحت شرط فاسخ تسلم العين المبيعة وهلكت في يده لسبب أجنبي ، ثم تحقق الشرط الفاسخ ، فإن مقتضى الأثر الرجعي أن العين تعتبر عند هلاكها مملوكة للبائع فهلك عليه ، ولكن النص صريح في وجوب استبعاد الأثر الرجعي في هذه الحالة ، وتهلك العين على المشتري لا على البائع .

(١) وإذا فرض ، خلافاً للمألوف ، أن البائع سلم المبيع للمشتري قبل تحقق الشرط ، وهلك المبيع في يد المشتري ، ثم تحقق الشرط ، فهنا يختلف الحكم : لو كان البيع منجزاً لكان الهلاك على المشتري في هذه الحالة لأنه تسلم المبيع ، أما وهو معلق على شرط واقف فالهلاك على البائع وفقاً لأحكام المادة ٢/٢٧٠ مدني (انظر الأستاذ عبد الحمي حجازي ١ ص ١٨٠ . وقارب الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٦٦ هامش رقم ١) .

(٢) انظر في تبعة الهلاك فيما إذا كان الشرط واقفاً في القانون الفرنسي المادة ١١٨٢ من من التقنين المدني الفرنسي ، وانظر أيضاً بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٤٤ — فقرة ٧٤٥ .

الفصل الثاني

الأجل*

(Le terme)

٤٥ — قيام الأجل والآثار التي تترتب عليه : نبحت في الأجل ،
كما بحثنا في الشرط ، أمرين :

(أولا) قيام الأجل ، ونعني بذلك كما عينا في الشرط : (١) مقومات
الأجل (٢) نوعي الأجل الواقف والفاسخ (٣) المصدر المنشئ للأجل
وأى الحقوق يلحقها وصف الأجل .

(ثانيا) ما يترتب على الأجل بعد قيامه من الآثار .

وسنسير ، بقدر الإمكان ، في الأجل على نفس الترتيب والسياق الذي
سرنا عليه في الشرط ، حتى نقبين الموافقات بينهما والمفارقات .

(*) مراجع : بنكاز (Bonnecase) ٢ فقرة ٦٢٠ وما بعدها — أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ —

بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٦٨ وما بعدها — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٨ وما بعدها
— بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٩٨ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٤٩١
وما بعدها — كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٤٠١ وما بعدها — جوسران ٢
فقرة ٧٢٢ وما بعدها .

لاباتيه (Labatut) نظرة الميسرة رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧ — لاجرانج (Lagrange)
أزمة العقد ومهمة القاضي (Le crise du contrat et le rôle du juge) رسالة من
مونبلييه سنة ١٩٣٥ — دثو (Deveau) نظرة الميسرة في التقنين المدني والتشريعات المعاصرة
رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — بنزييه (Ponsier) نظرة الميسرة رسالة من مونبلييه
سنة ١٩٣٧ — كاريه سيرات (Carré Serat) تأجيل الديون (moratoires) ونظرة الميسرة
رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ — رولان تكسييه (Roland Texier) نظرة الميسرة رسالة
من باريس سنة ١٩٣٨ — لورانس (Lorans) نظرة الميسرة وتسوية الديون رسالة من بوردو
سنة ١٩٤٠ — داترى (Datry) في حلول الدين (L'échéance) رسالة من ليون سنة ١٩٤٥ .

الفرع الأول

قيام الأجل

المبحث الأول

مقومات الأجل

٤٦ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٧١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع » .

« ٢ - ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً ، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه » .

وتنص المادة ٢٧٢ على ما يأتي :

« إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند القدرة أو الميسرة ، عين القاضى ميعاداً مناسباً لحللول الأجل ، مراعيّاً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٧١ : ورد هذا النص في المادة ٣٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٣ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢ — ص ٢٣ وص ٢٥ — ص ٢٦) .

م ٢٧٢ : ورد هذا النص في المادة ٣٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٤ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦ و ص ٢٨) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٧١ — ٢٧٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٥٨ — ٢٥٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٩١ و ٢٩٧ : وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١٠٠ (١) .

ويستخلص من هذه النصوص أن الأجل الذي يقترن به الالتزام هو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه . فمقومات

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٧١ — ٢٧٢ (مطابقتان للمادتين ٢٧١ — ٢٧٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٥٨ — ٢٥٩ (مطابقتان للمادتين ٢٧١ — ٢٧٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٩١ : يجوز أن يقترن العقد بأجل يترتب على حلوله تنجيز العقد أو انقضاؤه .

م ٢٩٧ (مطابقة للمادة ٢٧٢ من التقنين المدني المصري) .
(وأحكام التقنين المدني العراقي تتفق مع أحكام التقنين المدني المصري فيما عرضت له هذه النصوص من المسائل : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٥٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٠ : إن الموجبات يمكن تقييدها بأجل . والأجل عارض مستقبل مؤكد الحدوث من شأنه أن يقف استحقاق الموجب أو سقوطه ، ولا يكون له مفعول رجعي . وإذا كان الوقت الذي سيقع فيه ذلك العارض معروفاً من قبل ، كان الموجب ذا أجل أكيد ، وإلا كان ذا أجل غير أكيد .

(وهذا النص يتفق في الحكم مع المادة ٢٧١ من التقنين المدني المصري . ولا مقابل في التقنين اللبناني للمادة ٢٧٢ من التقنين المصري . ولكن يوجد في نصوص عقد القرض في التقنين اللبناني المادة ٧٦٣ وتنص على ما يأتي : « وإذا لم يمين أجل كان المقرض ملزماً بالرد عند أي طلب يأتيه من المقرض . وإذا اتفق الطرفان على أن المقرض لا يوفى إلا عند تمكنه من الإيفاء . وحين تنسى له وسائل ، فللمقرض عندئذ أن يطلب من القاضى تعيين موعد للإيفاء » . ويمكن تعميم حكم هذه المادة على الالتزامات الأخرى الناشئة من غير عقد القرض ، إذ النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيكون حكم التقنين اللبناني متفقاً مع حكم التقنين المصري في هذه المسألة) .

الأجل إذن ثلاثة : (١) فهو أمر مستقبل كالشرط (٢) وهو محقق الوقوع ، بخلاف الشرط فهو غير محقق الوقوع كما قدمنا (٣) وهو أمر عارض يضاف إلى الالتزام بعد أن يستوفى عناصره الجوهرية ، وهو في ذلك كالشرط لأنه وصف مثله .

وغنى عن البيان أن المقوم الرابع للشرط - وهو أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب - لا يرد في الأجل ، لأن الأجل ميعاد لا يتصور فيه إلا أن يكون مشروعاً .

§ ١ - أمر مستقبل

٤٧ - **يجب أنه يكون الأجل أمراً مستقبلاً** : الأجل كالشرط يجب أن يكون أمراً مستقبلاً . وهو ، كما يدل عليه اسمه ، ميعاد يضرب لنفاذ الالتزام أو لانقضائه . ويكون عادة تاريخاً معيناً يختار في التقويم . فإذا تعهد المقرض للمقرض بوفاء القرض في تاريخ معين ، أو تعهد المشتري للبائع أن يدفع الثمن على أقساط في مواعيد معينة ، أو تعهد المقاول لرب العمل أن يتم العمل الموكول إليه في وقت معين ، فكل من التزام المقرض بوفاء القرض والالتزام المشتري بدفع الثمن والالتزام المقاول بتسليم العمل مقترن بأجل أو بأجل يترتب على حلولها نفاذ الالتزام .

وقد ينشأ الالتزام منجزاً ، ثم يضاف إليه أجل بعد ذلك ، فينقلب موصوفاً ، ولكن يبقى الالتزام هو نفسه لم يتجدد (١) .

٤٨ - لا يجوز أن يكون الأجل أمراً حاضراً أو ماضياً ، والأجل ،

كالشرط أيضاً ، لا يجوز أن يكون أمراً ماضياً أو حاضراً ، وإلا فهو ليس بأجل . حتى لو كان طرفا الالتزام مجهلان وقت التعامل أن الأجل الذي يضر به للمستقبل هو أجل قد حل . فلو أن شخصاً ضرب أجلاً لنفاذ التزامه

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٧١ هامش رقم ١ .

قدوم أول قافلة من الحجيج . وكان يجهل أن القافلة قد قدمت فعلا قبل أن يلتزم ، أو هي آخذة في القدوم وهو يلتزم ، فان التزامه لا يكون مقترناً بأجل ، بل ينشأ منذ البداية التزاماً منجزاً واجب الأداء في الحال . ولو عين الملتزم أجلاً لتنفيذ التزامه موت شخص معين ، ويكون هذا الشخص قد مات قبل ذلك دون أن يعلم الملتزم ، فان الالتزام ينشأ في هذه الحالة منجزاً حالاً الأداء (١) .

٢٥ - أمر محقق الوقوع

٤٩ - يجب أنه بكونه الأجل محقق الوقوع : تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٧١ مدني أن الأجل يجب أن يكون أمراً مستقبلاً محقق الوقوع . وهذا واضح ، فالأجل يكون عادة ، كما قدمنا ، ميعاداً في التقويم ، تاريخاً معيناً يقع في يوم معين من شهر معين من سنة معينة . وهذا الميعاد لا بد واقع في المألوف من الحياة ، وندع ما لا يدخل في حساب الناس كأن تقع بكارثة تبيد الأرض ومن عليها فلا يأتي ذلك اليوم الموعود .

وكون الأجل أمراً محقق الوقوع هو الفرق الجوهرى ما بين الأجل والشرط ، وهو الفرق الذى تنفرع عنه كل الفروق الأخرى . فقد رأينا أن الشرط أمر غير محقق الوقوع ، ومن ثم كان الحق المعلق على شرط حقاً ناقصاً غير مؤكد الوجود ، ومن ثم أيضاً كان للشرط أثر رجعى . أما الأجل فأمر محقق الوقوع . فالحق المقترن بأجل حق موجود كامل ، وليس للأجل أثر رجعى (٢) .

٥٠ - يصح أنه بكونه ميعاد مألوف الأجل مجهول : على أنه إذا كان ضرورياً أن يكون الأجل محقق الوقوع ، فليس من الضروري أن يكون ميعاد وقوعه معلوماً . فتقد يكون هذا الميعاد مجهولاً ، ومع ذلك يبقى الأجل محقق الوقوع ، فيكون أجلاً لا شرطاً . وهذا ما تنقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٧١

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠ .

مدنى فهى تقول : « ويعتبر الأجل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه » . ويسمى الأجل فى هذه الحالة أجلا غير معين (terme incertain) بالمقابلة للأجل المعين (terme certain) الذى يعرف ميعاد حلوله .

والمثل المألوف للأجل غير المعين هو الموت ، فهو أمر محقق الوقوع . ولكن لا يدرى أحد متى يأتى ، ومن ثم كان أجلا غير معين . وعلى ذلك فالتزام شركة التأمين على الحياة أن تدفع مبلغ التأمين عند موت المؤمن على حياته التزام مقترن بأجل واقف غير معين هو الموت . وإذا التزم المقرض أن يرد مبلغ القرض عند موته ، فيؤخذ من تركته ، جاز ذلك ، وكان التزامه برد القرض مقترنا بأجل واقف غير معين هو الموت . ولا يعتبر هذا تعاملًا فى تركة مستقبلية فان المقرض قد التزم فى الحال وفى ماله الحاضر ، وإنما ضرب أجلا لتنفيذ التزامه هو موته ، والموت كما قدمنا أجل غير معين (١) .

ويمكن تصور أمثلة أخرى غير الموت للأجل غير المعين . فهناك أمور محقق وقوعها فى المألوف من شؤون الحياة ، ولكن لا يعلم موعد وقوعها . من ذلك رجوع الحجيج من بيت الله الحرام قافلين إلى بلادهم ، فهذا أمر معتاد وقوعه ، ولكن رجوع القوافل قافلة بعد أخرى أمر قد لا يعلم موعد وقوعه بالضبط . فلو التزم شخص إلى أجل هو موعد رجوع القافلة الأولى من الحجيج ، كان هذا التزاماً مقترناً بأجل غير معين . أما إذا التزم لأحد الحجاج وعاقب التزامه على رجوع الدائن من الحج ، فهذا شرط لا أجل ، إذ أن رجوع حاج بالذات من الحج أمر غير محقق الوقوع ، فقد يمرض فى الطريق .

كذلك إذا التزم أحد الموردين بتوريد الأغذية إلى مستشفى أو إلى مدرسة عند انتهاء بنائها ، فهذا أيضاً التزام مقترن بأجل غير معين ، إذ أن الانتهاء من البناء أمر محقق الوقوع فى المعتاد من شؤون الحياة ، ولكن مواعده غير معلوم على وجه التحقيق .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٦٨ ص ١٤٧ هامش رقم ١ . وما يقطع فى أن المقرض لم يتعامل فى تركته المستقبلية أنه إذا أفلس أو أعسر أو أضعف التأمينات ، فسقط الأجل ، حل الدين ، وزاحم المقرض باقى الدائنين فى مال المقرض الموجود وقت سقوط الأجل .

والتزام الطالب أن يدفع المصروفات المدرسية عند افتتاح الدراسة قد يكون التزاماً مقترناً بأجل غير معين ، إذا كان موعد افتتاح الدراسة وقت الالتزام لم يحدد . وكذلك الحال في التزامه أن يدفع رسوم الامتحان عند حلول ميعاده ، إذا كان ميعاد الامتحان لم يحدد وقت الالتزام (١) .

والتزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المقدرة (م ٢٧٢ مدني) ينطوي على ضرب من الأجل الواقف ، وهو أيضاً أجل غير معين ، وسنعود إلى هذه المسألة بالتفصيل فيما يلي .

(١) وقد يكون الأجل غير المعين موكولاً بتعيينه إلى إرادة الدائن ، كما إذا اتفق على حلول الدين بعد إخطار الدائن المدين بثلاثة أشهر أو بسنة مثلاً . فالأجل هنا غير معين ، ولا يتعين إلا بإخطار الدائن المدين وانقضاء المدة المحددة بعد الإخطار . ولكن التقادم يسرى ضد هذا الدين من وقت وجوده لا من وقت حلول الأجل الموكول إلى إرادة الدائن ، وإلا كان غير قابل للتقادم (انظر في هذا المعنى أوبري ورو : فقرة ٣٠٣ ص ١٢٥) . وكذلك الحال في السندات الواجبة الدفع عند التقديم (à vue) (قارن بيدان ولاجارد ٨ فترة ٧١٦) . وإذا كان نظام الشركة لم يحدد مواعيد لتغطية الأوراق غير المغطاة وترك ذلك لعناية مديري الشركة ، فإن ذلك ليس من شأنه أن يجعل الدين ديناً مستحق الوفاء عند التقديم (à vue) ، بل أن الالتزام هنا مضاف إلى أجل معين أو غير معين ، تبعاً لما إذا كان نظام الشركة قد عين مقدماً لميعاد التغطية أو لم يعين ، ولا يحل الأجل إلا عند الدعوة إلى التغطية (استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٣٥٢) . والالتزام برصيد الحساب الجاري هو التزام مقترن بأجل غير معين ، إذ أن الرصيد يحل أجله متى أبدى الدائن للرصيد رغبته في إقفال الحساب وقبض الرصيد (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢) ، ويحل على كل حال بموت أحد الطرفين (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٦ — ١٦ إبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣) . وللمصرف في أي وقت أن يقطع حساب عميله ولا يكون ملزماً بالاستمرار في الحساب الجاري ، فإذا ترك لعميله المهلة المعقولة لسداد رصيد الحساب الجاري ، فلا يجوز للعميل أن ينمى عليه أنه قطع الحساب في وقت غير مناسب (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٠) .

وقد يكون الأجل المضروب أجلاً ممتداً ، كأن يلتزم صانع أن يصنع أثاثاً في خلال مدة معينة . فالأجل هنا ليس يوماً معيناً بالذات ، بل ميعاداً أقصاه يوم معين بالذات . فهو من هذه الناحية مجهول ميعاد الحلول ، وإن كان الحد الأقصى لهذا الميعاد معلوماً . ويكون تعيين ميعاد الحلول موكولاً إلى أحد الطرفين - المدين في هذا المثل وقد يكون الدائن في أمثلة أخرى - ويقوم بتعيينه عند الوفاء بالالتزام . ومثل هذا الأجل تمكن تسميته بالأجل التعميل ، لأن الغرض منه تعجيل تنفيذ الالتزام وليس تأجيله (أنظر الأستاذ عبد الحى حجازي في عقد المدة ص ١٧ — ص ١٨) .

والفرق بين الشرط والأجل غير المعين واضح ، فالشرط أمر غير محقق الوقوع . أما الأجل غير المعين فأمر محقق الوقوع في ذاته ولكن ميعاد وقوعه وحده هو غير المحقق (١) .

§ ٣ - أمر عارض

٥١ - الأجل عنصر عارض في الالتزام لا عنصر جوهري :

والأجل ، كالشرط وككل وصف آخر من أوصاف الالتزام . عنصر عارض في الالتزام لا عنصر جوهري . وهو لا يقترن بالالتزام إلا بعد أن يستوفي الالتزام جميع عناصره الجوهرية . ويأتي الأجل بعد ذلك عنصراً إضافياً يقوم الالتزام بغيره ، ويتصور بدونه ، ولا يحتاج إليه في قيامه بذاته .

فاذا التزم شخص إلى أجل ، فإن التزامه يكون قد استوفى جميع عناصره الجوهرية ، من رابطة ومحل وسبب ، قبل أن يضاف إليه الأجل . ثم يأتي الأجل

(١) وقد أورد الأستاذان كولان وكابيتان مثلاً لأجل غير معين يشته بالشرط : يهب رجل امرأة أو يوصي لها بإيراد مرتب إلى اليوم الذى تزوج فيه ، وعندئذ ينقطع المرتب . فإذا اعتبرنا الزواج هنا أجلاً فاسخاً غير معين ، كان التصرف صحيحاً . أما إذا اعتبرناه شرطاً فاسخاً ، كان بمثابة قيد على حق الزواج وقد يكون غير مشروع . وفي هذه الحالة يكفى الوصف ، عند الشك ، بأنه أجل غير معين تصحيحاً للتصرف (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٧) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاق الذى يؤخر حلول الدين إلى وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين يعتبر اتفاقاً على أجل غير معين لا على شرط إرادى محض ، ويجوز في هذه الحالة للدائن أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكول لإرادته أو أن يعين القاضى للمدين وقتاً معقولاً للقيام بهذا العمل (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩) . فإذا رهن مزارع قطعه عند أحد المصارف في نظير مبلغ معجل من المال ، على أن يبيع المصرف القطن في الميعاد الذى يعينه المدين ، لم يحجز للمدين أن يسرف في تأجيل ميعاد البيع ، بل يجب عليه أن يعين للبيع ميعاداً معقولاً (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤) . وإذا وضع مهندس معمارى تصميماً لبناء ، وعين وقت البدء في هذا البناء ميعاداً لدفع باقى أتعابه ، فإن هذا يعتبر أجلاً غير معين . ويحل هذا الأجل إذا بيعت الأرض التى كان مقدراً للبناء أن يشيد عليها ، إذ أن بيع الأرض يتضمن حتماً العدول من هذا البناء . ومن ثم يحل ميعاد دفع باقى الأتعاب (استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩) .

بعد ذلك يقترن به ، وبعدل من آثاره . فبعد أن كان الأصل في الالتزام أن يكون منجزاً واجب الأداء في الحال وأن يبقى أثره دائماً ، إذا بالأجل يعدل من ذلك ، إما بأن يجعل الالتزام مترسخ النفاذ إلى وقت معين ، وإما بأن يجعل الالتزام محدود البقاء غير دائم الأثر .

٥٢ — الأجل في العقود الزمنية : ويترتب على أن الأجل عنصر عارض

في الالتزام على الوجه المتقدم ، لا عنصر جوهري ، نتيجة هامة كثيراً ما يغفل الفقه الإشارة إليها . فقد سبق أن عرضنا للعقود الزمنية *contrats successifs* وهي عقود تتميز عن غيرها بأن الزمن عنصر جوهري فيها ، بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد . « ذلك أن هناك أشياء — كما جاء في الجزء الأول من الوسيط (١) — لا يمكن تصورهما إلا مقترنة بالزمن . فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة . والعمل إذا نظر إليه في نتيجته ، أى إلى الشيء الذي ينتجه العمل ، كان حقيقة مكانية ، ولكن إذا نظر إليه في ذاته فلا يمكن تصوره إلا حقيقة زمانية ، مقترناً بمدة معينة . ومن ثم فعقد الإيجار عقد زمني لأنه يقع على المنفعة ، والزمن عنصر جوهري فيه لأنه هو الذي يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها . وعقد العمل لمدة معينة عقد زمني ، لأن الخدمات التي يؤديها العامل لا تقاس إلا بالزمن ، فالزمن عنصر جوهري فيه إذ هو الذي يحدد مقدار محل المعقود عليه . وهناك من الأشياء ما يتحدد في المكان فيكون حقيقة مكانية ، ولكن المتعاقدين يتفقان على تكرار أدائه مدة من الزمن لسد حاجة تتكرر . فهو في ذاته يقاس بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يقاس بالزمان . مثل عقد التوريد . يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدة من الزمن . فحل العقد هنا — وهو الشيء المعين المتفق على توريده — يقاس في ذاته بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يتكرر مرات مدة من الزمن . فجعله يقاس ، كالمنفعة والعمل ، بالزمان لا بالمكان . فالمعقود عليه من عقد الإيجار وعقد التوريد هو الزمن ، أو هو شيء يقاس بالزمن . ولكن المعقود عليه في عقد الإيجار يقاس بالزمن طبيعة ، أما

المعقود عليه في عقد التوريد فيقاس بالزمن اتفاقاً . ومن ثم ينقسم العقد الزمني إلى عقد ذي تنفيذ مستمر *contrat à exécution continue* كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة : وعقد ذي تنفيذ دوري *contrat à exécution périodique* كعقد التوريد وعقد الإيراد المؤبد أو الإيراد مدى الحياة (١) .

وقد درج الفقه على اعتبار هذه العقود الزمنية عقوداً مقترنة بأجل فاسخة . ولكننا إذا طبقنا القاعدة التي تقضى بأن الأجل إنما هو عنصر عارض في الالتزام لا عنصر جوهري ، تبين أن العقد الزمني لا يمكن أن يكون عقداً مقترناً بأجل ، لأن الأجل عنصر جوهري فيه كما قدمنا إذ هو محل التعاقد ذاته ، ولا يصح أن يكون الوصف هو أحد العناصر الجوهرية في العقد (٢) . وقد سبق ذكر ذلك عند الكلام في الشرط .

وآية ذلك أن العقد الزمني إذا انعدم فيه الأجل ، فإنه يكون باطلاً لانعدام المحل . ولو كان الأجل وصفاً وكان باطلاً ، لكان من الجائز أن يسقط الأجل ويبقى العقد ، كما هي الحال في الشرط . وقد ورد في التتئين المدني الفرنسي تطبيق لهذه القاعدة في عقد الإيراد المرتب مدى الحياة ، وهو عقد زمني المدة فيه هي حياة من رتب له الإيراد . فإذا تعهد شخص لآخر بأن يؤدي إلى شخص ثالث إيراداً مرتباً مدى الحياة ، ثم تبين أن صاحب الإيراد كان قد مات قبل العقد ، فإن الأجل هنا — وهو المحل — يكون قد انعدم ، ويكون العقد باطلاً . وهذا ما تقضى به المادة ١٩٧٤ من التتئين المدني الفرنسي ، فهي نص على أن « كل إيراد رتب مدى الحياة لمصلحة شخص يكون قد مات وقت العقد

(١) انظر الأستاذ عبد الحى حجازى في عقد المدة ص ٢٠ — ص ٢٦ — أما إذا كان الزمن عنصراً غير جوهري في العقد ، فإنه يصح أن يكون أجلاً ، لأن الأجل كما قدمنا عنصر عارض . كذلك إذا تعهد صانع بعض أثاث يسلمه في مدة معينة ، فإنه يقرن التزامه هنا بأجل واقف ، يسميه الأستاذ عبد الحى حجازى بالأجل المعجل أو الأجل التعميلي كما تقدم القول . وهو عنصر عرضي في الالتزام وإن كان جبرياً (الأستاذ عبد الحى حجازى في عقد المدة ص ١٧ — ص ١٨) .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى في عقد المدة ص ١١٢ . وانظر فيما إذا كان التزام مستأجر بدفع الأجرة على أقساط يعتبر التزاماً زمنياً أو هو التزام مقترن بأجل واقف أو آجل واقف : الأستاذ عبد الحى حجازى في عقد المدة ص ١١٧ — ١٢٢ .

لا يكون له أى أثر (١) . بل تضيف المادة ١٩٧٥ من نفس التقنين ما يأتى :
« وكذلك يكون الحكم إذا رتب العقد إيراداً لمصلحة شخص أصيب بمرض
مات بسببه فى خلال عشرين يوماً من وقت العقد (٢) » .

ويترتب على ما تقدم أن الآجال الفاسخة - والآجل الفاسخ يكون عادة
فى عقد زمنى - ليست بوجه عام آجالاً بالمعنى الصحيح . ويكاد يخرج الأجل
الفاسخ كله من بين أوصاف الالتزام ، فلا يبقى إلا الأجل الواقف . وسنعود إلى
هذه المسألة عند الكلام فى الأجل الفاسخ .

المبحث الثانى

نوعا الأجل

§ ١ - الأجل الواقف

(Terme suspensif)

٥٣ - ماهر الأجل الواقف : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة
٢٧١ مدنى تنص على أن « يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه
مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع » .

فإذا كان نفاذ الالتزام هو المترتب على الأجل : كان الأجل واقفاً ، إذ هو
يقف الالتزام عن أن ينفذ وعن أن يصبح مستحق الأداء إلى حين انقضاء
الأجل (٢) .

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Tout contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte au moment du contrat, ne produit aucun effet.

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat .

(٣) وقد نصت المادة ١٠١ من تقنين الموجبات والعقود البنائى على ما يأتى : « الموجب المؤجل التنفيذ أو ذو الأجل المؤجل هو الذى يكون تنفيذه موقوفاً إلى أن يحل الأجل . وإذا لم يكن ثمة أجل منصوص عليه أو مستنتج من ماهية القضية فيمكن طلب التنفيذ حالا » .

والأمثلة على الأجل الواقف كثيرة . فالمقترض يقترن التزامه برد القرض إلى المقرض بأجل واقف . وكل من المستأجر والمستعير والمودع عنده يقترن التزامه برد العين المؤجرة أو المعارة أو المودعة بأجل واقف ، غير أن الأجل في الوديعة لمصلحة الدائن وهو في العارية لمصلحة المدين وفي الإيجار لمصلحة الاثنين معاً . والمرتهن حيازة يقترن التزامه برد العين المرهونة إلى الراهن بأجل واقف هو الوفاء بالدين المضمون بالرهن (١) . وإذا تعهد المشتري بدفع الثمن على أقساط ، كان التزامه مقترناً بآجال واقفة متعاقبة . وكذلك إذا تعهد المفاول أن يسلم ماتهده بعمله إلى رب العمل في وقت معين ، كان التزامه هذا مقترناً بأجل واقف . وقد سبقت الإشارة إلى كل ذلك .

٥٤ — التزام المدين بالوفاء عند المبصرة أو عند المفردة التزام

مقترنه بأجل واقف : رأينا أن المادة ٢٧٢ مدني تنص على أنه « إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو المبصرة ، عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الأجل ، مراعيّاً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه (٢) » .

والمفروض في الحالة التي نحن بصدددها أن المدين إنما ضرب أجلاً للوفاء بدينه ، ولم يجعل الدين معلقاً على شرط . ذلك أنه يحتمل أن يكون قد قصد تعليق الوفاء بالدين على شرط المبصرة أو المقدرة ، وعند ذلك يصبح الوفاء بدينه معلقاً على شرط واقف ، وهو أمر غير محقق الوقوع ، فاذا أيسر وتحققت

(١) وهذا مع . لاحظ أن الرهن ينقضي ، فيزول الالتزام بالرد ، إذا نفذ الدائن المرتهن بحقه على العين المرهونة . ولكن يصح أن يقال ، من جهة أخرى ، أن الوفاء بالدين المضمون بالرهن هو أمر غير محقق الوقوع ، فيكون شرطاً لا أجلاً ، ولكن ليس له أثر رجعي لاستعصاء طبيعة التعامل على هذا الأثر .

(٢) وهذا النص مأخوذ من المادة ١٩٣ من تقنين الالتزامات البولوني . انظر أيضاً المادة ٢/٧٤٣ من التقنين المدني البرتغالي ، والمادة ٦٥٤ من التقنين المدني الأرجنتيني ، والمادة ٩٠٤ من التقنين المدني النمساوي ، والمادة ٢/١١٧ من المشروع الفرنسي الإبطال . وانظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٩ ، والمذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧ .

مقدرته على الوفاء ، تحقق الشرط ووجب أن يني بالدين . أما إذا لم يوسر ولم تتحقق مقدرته على الوفاء طول حياته ، فقد تخلف الشرط وسقط عنه الالتزام بالوفاء (١) . كما يحتمل أن يكون المدين قد قصد أن يضرب أجلاً للوفاء بدينه ، هو ميسرته أو مقدرته على الوفاء . وفي هذه الحالة يكون المدين قد قصد أن يني بدينه على كل حال . أما عند الميسرة أو المقدرة ، وأما عند الموت إذا لم يواته اليسار حال حياته . فالأجل هنا أجل غير معين ، وهو أقرب حادثين غير معينين ، اليسار أو الموت .

وإذا قام شك فيما إذا قصد المدين ضرب أجل للوفاء أو أراد تعليق الوفاء على شرط ، فالمفروض أنه قصد الأجل لا الشرط ، لأن العقد يفسر عند الغموض بما يعطيه الأثر الأقوى (٢) . فإذا ادعى المدين أنه أراد الشرط لا الأجل ، فعليه هو إثبات ذلك .

ومتى تبين أن المدين إنما أراد الأجل لا الشرط ، كان للدائن الحق في أن يطالب بتحديد موعد للوفاء . ولما كان الموعد هو ميسرة المدين أو مقدرته على الوفاء بدينه ، فإن لم يتفق الطرفان على موعد معين لذلك ، جاز للقاضي أن يتلصص من ظروف القضية وملابساتها موعداً يحدده ، هو الموعد الذي يقدر فيه أن المدين أصبح موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه (٣) . وقد أمدته المادة ٢٧٢ مدني ببعض عناصر التقدير ، فذكرت من بين هذه العناصر : (١) موارد المدين الحالية . أى ما عند المدين من مال موجود فعلاً وقت النظر في الدعوى .

(١) أنظر في هذا المعنى محكمة الاسكندرية الوطنية في ٥ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٢ ص ١٠٦٣ — شين الكوم في ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٤٤ ص ٩٠٥ .
(٢) ديمولونب ٢٥ فقرة ٥٧٧ — لوران ١٧ فقرة ١٧٥ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٤ — ص ١٢٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٦٩ .

ويخلص من ذلك أن المدين إذا أبرأه دائنه من الدين ، فتمهد على أثر هذا الإبراء أن يني بالدين لدائنه إذا تمكن من ذلك في المستقبل ، فإن دلالة هذه الظروف تتوجه إلى أن يحمل تمهده هذا على أنه تمهد مدني — مبنئ على التزام طبيعي — وقد جملة المدين ، لا مقترناً بأجل . بل مطلقاً على شرط التمكن من وفاء الدين (قارب بودرى وبارد ٢ ص ١٤٨ هامش رقم ٣) .
(٣) استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٧ — صوف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٩٥ ص ٩٠٢ .

(٢) موارد المدين المستقبل ، أى ما يتوقع القاضى أن يكون عند المدين من مال فى المستقبل ، فإن كان له إيراد يكسبه من عمل أو وظيفة أو مهنة ، قدر القاضى هذا الإيراد فى المستقبل مسترشداً بالماضى . (٣) أن يقتضى من المدين عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه ، وهذا عنصر معنوى بخلاف العنصرين المتقدمين فهما من العناصر المادية . وهو بالرغم من أنه معنوى عنصر موضوعى لا ذاتى ، فالقاضى لا يقتضى من المدين عنايته الذاتية ، بل يقتضيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بما عليه من الديون . ويكون ذلك بأن يقدم المدين وفاء الدين على كثير من مطالبه ، فإن لم يقدمه على حاجياته الضرورية ، فلا أقل من تقديمه على حاجياته الأخرى (١) . فإذا عجز القاضى ، فى أى وقت من حياة المدين ، عن تحديد موعد الوفاء بتعيين اليوم الذى يصبح فيه المدين موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه ، تربص به حتى الموت (٢) . فإذا مات المدين حل دينه حتماً ، وقد مات معسراً فيشارك الدائن سائر الدائنين فى استيفاء حقه من التركة مشاركة الغرماء (٣) .

وتعيين ميعاد يصبح فيه المدين موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه مسألة واقع

(١) فإذا كان هناك ما يؤمن الدائن على استيفاء حقه ، اكتفى القاضى بذلك . وقد تفتت محكمة طهطا بأن الشرط الذى ينص فيه ، فى عقد غاروقة ، على أن المدين يقوم بسداد الدين عند اقتداره هو بمثابة اشتراط أجل لمصلحته ، فلا يمكن إحضاره على الدفع قبل حلول الأجل ما لم يكن قد أضعف التأمينات (طهطا فى ١٥ أغسطس سنة ١٩٠٤ المجموعة الترسية - ص ١٤٧ : أى لا يحل أجل الدين ما دامت الغاروقة فى يد الدائن ولم تضعف أو يضعفها المدين) .

(٢) ومثل تعهد المدين بوفاء الدين عند الميسرة أو المقدرة تعهد بوفاء الدين عندما يشاء ، غير أن تعهد المدين بالوفاء عندما يشاء يختلف عن التعهد الأول فى أمرين : (أولاً) فى تعهد المدين بالوفاء عندما يشاء لا يحل الدين إلا إذا شاء المدين دفعه حال حياته ، فإن لم يشأ لم يستطع القاضى تحديد ميعاد للوفاء ، ولا يحل الدين إلا بموت المدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٠) . (ثانياً) قد يفسر تعهد المدين بالوفاء عندما يشاء أنه إنما أراد أن يلتزم التزاماً أدبياً لا التزاماً مدنياً ، فى هذه الحالة لا يجبر على الوفاء حياً ولا يؤخذ الدين من تركته بعد موته (ديمولومب ٢٥ فقرة ٥٧٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧١ — بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ٩٩٩) .

(٣) استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩ — ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٧ — الصف ٣ مارس سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ ص ٣٦٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٤ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٠ ص ٥٠٢ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٦٧ .

لا يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض ، ولكن حلول الدين عند أقرب الأجلين - الميسرة أو الموت - مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا .

§ ٢ - الأجل الفاسخ

(Terme extinctif)

٥٥ - **ما هو الأجل الفاسخ** : رأينا أن الالتزام يكون لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع (م ٢٧١ / مدنى) . ورأينا أن نفاذ الالتزام إذا كان هو المترتب على الأجل ، فالأجل يكون واقفاً . ونقول الآن إنه إذا ترتب على حلول الأجل انقضاء الالتزام - لانفاذه - فالأجل يكون فاسخاً .

ولما كان الأجل بنوعيه ليس له أثر رجعى ، وكانت كلمة « الفسخ » فى عبارة « الأجل الفاسخ » قد تشعر بأن للأجل الفاسخ أثراً رجعياً كما فى الشرط الفاسخ ، فقد تجنب الفرنسيون هذه الكلمة وأطلقوا على الأجل الفاسخ عبارة « الأجل المنهى » (١) (terme extinctif) . أما التقنين المدنى المصرى فقد استبقى عبارة « الأجل الفاسخ » (انظر المادة ٢٧٤ / ٢ مدنى) .

٥٦ - **هل يوجد أجل فاسخ ؟** : أما أن التقنين المدنى المصرى قد تصور وجود الأجل الفاسخ ، فهذا ما لا ريب فيه . فقد وردت الإشارة إليه فى موضعين : فى الفقرة الأولى من المادة ٢٧١ مدنى ورد أن الالتزام يكون لأجل « إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع » ، وإذا ترتب انقضاء الالتزام على حلول الأجل فهذا الأجل يكون فاسخاً . ثم ذكر التقنين صراحة عبارة « الأجل الفاسخ » فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٤ ، إذ قال أنه « يترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام » (٢) .

(١) وسار على هذا التعبير الأستاذ عبد الحى حجازى فى رسالته فى عقد المدة وفى كتابه فى النظرية العامة للالتزام . أنظر أيضاً الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٧٥ ص ٢٤٨ .
(٢) وأنظر أيضاً النصوص المقابلة فى التقنينات المدنية العربية الأخرى آنفاً فقرة ٤٦ فى -

وإذا استعرضنا الأمثلة التي ترد عادة على أنها أمثلة للأجل الفاسخ نجدها واردة في العقود الزمنية . فالمؤجر الذي يتعهد بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة الإيجار ، والعامل الذي يلتزم بخو رب العمل أن يعمل مدة معينة ، ومن يتعهد بتزويد الأغذية لمدرسة أو لمستشفى مدة معينة ، ومن يتعهد بدفع إيراد لآخر مدى حياته ، وصاحب حق الانتفاع الذي ينتفع بالعين ما دام حياً أو لمدة معينة ، كل هذه أمثلة لحقوق وردت في عقود زمنية . وقد قدمنا أن العقد الزمني لا يمكن أن يقال عنه إنه مقترن بأجل فاسخ ، لأن الأجل عنصر جوهرى فيه (١) .

على أننا نرى أنه إذا كان صحيحاً أن العقد الزمني لا يجوز أن يقال عنه إنه مقترن بأجل فاسخ للأسباب التي قدمناها ، فغير صحيح أن الأجل الفاسخ لا يوجد ضرورة إلا في عقد زمني . فهناك عقود تقترن بأجال فاسخة ولا تكون عقوداً زمنية ، وفي هذه العقود ليس الزمن عنصراً جوهرياً بل عنصراً عارضاً ، ومن ثم أجلاً فاسخاً بالمعنى الصحيح . هذه العقود ليست كثيرة في العمل ، كما هو الشأن في العقود الزمنية ، ولكنها موجودة إلى حد يبرر استبقاء الأجل الفاسخ إلى جانب الأجل الواقف ، كما فعل التقنين المدني المصرى .

ونذكر الأمثلة التي تحضرنا لهذه العقود :

(١) إذا فتح مصرف لعميله اعتماداً بمبلغ معين لمدة سنة مثلاً ، فبلغ الاعتماد

الهامش . أما التقنين المدني الفرنسى فلا يتكلم إلا عن الأجل الواقف ، والفقه الفرنسى مضطرب في هذا الصدد . فن الفقهاء من يعترف بالأجل الفاسخ وصفاً للعقد لا وصفاً للالتزام (ديمولوب ٢٥ فقرة ٥٦٩ بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٣) ، ومنهم من لا يعتبر الأجل الفاسخ وصفاً للالتزام ، بل يعتبره سبباً من أسباب انقضاء الالتزام (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٧) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٢ — وينى الأستاذ عبد الحى حجازى ، في شيء من التردد ، عن الأجل الفاسخ (أو الأجل المنهى كما يدعو) أنه وصف للالتزام (أنظر رسالته في عقد المدة ص ٢٣٠ ، وكتابه في النظرية العامة في الالتزام ١ ص ١٧١ — وبنوع خاص ص ١٧٦ — ص ١٧٧) . وينى الأستاذ اسماعيل غانم صراحة عن الأجل الفاسخ أنه وصف للالتزام إذ يقول : « والأجل الفاسخ ليس وصفاً بالمعنى الدقيق ، فهو لا يعدل من آثار الالتزام ، بل هو في حقيقته الطريق الطبيعي لإنهاء الالتزام الزمني ، فهو يحدد مدة بقاء ذلك الالتزام » (أحكام الالتزام فقرة ١٦٨) .

هنا ، وهو محل العقد ، لا يقاس بالزمن أى بالسنة التى فتح فيها الاعتماد ، إذ هو لا يتغير بتغير هذا الزمن فلا يزيد إذا زاد ولا ينقص إذا نقص . وفى رأينا أن العقد هنا ليس عقداً زمنياً إذ الزمن ليس عنصراً جوهرياً فيه ، ومع ذلك يقترن التزام المصرف بفتح الاعتماد بأجل فاسخ هو مدة السنة ، فإذا انقضت هذه المدة انقضى التزام المصرف بفتح الاعتماد (١).

ويخلص مما قدمناه أن المصرف يكون ملتزماً بوضع المبلغ تحت تصرف العميل ، وهذا الالتزام مقترن بأجل فاسخ هو سنة من وقت فتح الاعتماد . وليس الأجل هنا محلاً معقوداً عليه ، بل عنصراً عارضاً ، يمكن تصور العقد بدونهُ . ويكون المصرف فى هذه الحالة ملتزماً بوضع المبلغ تحت تصرف العميل فوراً ، وبأخذه العميل فى الحال فيكون قرضاً بسيطاً ، وإنما سمي القرض هنا بفتح الاعتماد لإضافة الأجل الفاسخ السالف الذكر .

(٢) إذا فتح مصرف لمقاول حساباً جارياً عن مقاوله معينة وحدد لإقفال الحساب ستة أشهر مثلاً ، وفى هذه الحالة قد تعهد المصرف بالخضم والإضافة فى الحساب الجارى عن المبالغ التى تضم وتخصم لحساب المقاول المذكورة ، وقرن التزامه بأجل فاسخ هو مدة السنة الأشهر . وليست هذه المدة عنصراً جوهرياً فى الالتزام ، بل العنصر الجوهري هو المقاوله المعينة التى فتح من أجلها الحساب

(١) أنظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٤٧ — ص ٤٨ . وهو يسلّم أن المدة فى هذا العقد ليست وظيفتها أن تحدد كم المبلغ الموضوع تحت تصرف العميل ، فهو محدد فى ذاته بدارن فكرة الزمن ، لا يزيد كهُ ولا ينقص حسب طول المدة أو قصرها . ولكنه يضيف ما يأتى : « ومع ذلك فللزمن دور أصيل فى هذا العقد ، إن العقد ينص على المدة التى يجب فى خلالها أن يظل البنك ملتزماً بوضع مبلغ الاعتماد تحت تصرف المعتمد ، وبالتالي المدة التى يكون المعتمد فى خلالها واثقاً من أن ثمة مبلغاً موضوعاً تحت تصرفه . إن وضع المبلغ تحت تصرف المعتمد طوال مدة العقد ، وإمكان هذا الأخير الاستفادة منه فى كل لحظة فى خلال مدة العقد هو الذى يحتقِر الفائدة التى يرجوها المعتمد من هذا العقد ، وتلك فائدة تقاس بالزمن ، تريد معه إذ تريد ، وتنقص معه إذ ينقص . وهذا كاف لإدراج هذا العقد ضمن طائفة عقود المدة » .

عل أن المدة هنا ، وإن حققت فائدة للعميل ، إلا أنها فائدة عارضة ، وليست عنصراً جوهرياً فى العقد لا يتصور العقد بدونها ، فهى أقرب إلى أن تكون كالمدة التى يشترطها الصانع فى صنع الأثاث : مدة عارضة جبرية .

الجارى . فيكون العقد هنا عقداً غير زمنى ، ومع ذلك يكون قد اقترن بأجل فاسخ (١) .

(٣) إذا تعهد طبيب بعلاج أفراد أسرة لمدة سنة على أن يأخذ الأجر عن كل مرة يعالج فيها مريضاً . فإن التزامه بالعلاج قد اقترن بأجل فاسخ ، هو مدة السنة ، ولكن هذه المدة ليست عنصراً جوهرياً فى العقد ما دام الطبيب يتقاضى أجره لا بحسب المدة بل بحسب مرات العلاج . فالزمن هنا ليس مقياساً للمعقود عليه ، وهو مع ذلك أجل فاسخ (٢) .

(٤) إذا تعهدت شركة بصيانة سيارة أو مصعد أو نحو ذلك من الآلات التى تحتاج إلى الصيانة لمدة سنة مثلاً ، على أن تتقاضى أجرها عن كل عملية من عمليات الصيانة ، فإن الالتزام هنا يكون مقترناً بأجل فاسخ ليس عنصراً جوهرياً فيه (٣) .

(٥) إذا تعهدت شركة التأمين أن تؤمن ، لمدة معينة ، عدداً غير معين من الأخطار يمكن تعيينه شيئاً فشيئاً باقرارات متتابعة من جهة المؤمن له ، فقد اختلف فى تكييف هذا العقد ، ومن رأى بعض الفقهاء أن العقد ليس بالعقد الزمنى ، ومع ذلك فقد اقترن بأجل فاسخ (٤) .

ويمكن القول بوجه عام أنه يتفق - وإن كان ذلك لا يحدث كثيراً - أن يقترن العقد بأجل فاسخ لا يكون عنصراً جوهرياً فيه ، فلا يكون العقد فى هذه الحالة عقداً زمنياً ، ويكون الأجل الذى اقترن به العقد أجلاً فاسخاً بالمعنى الصحيح . ونحن إذ نتكلم فيما بلى عن الأجل الفاسخ بنصرف قولنا إلى هذه العقود على وجه التخصيص . على أنه لا مانع من إطلاق تعبير «الأجل الفاسخ» على المدة فى العقود الزمنية ، فى شئ من التجوز ، فإن الأحكام لا تتغير سواء اعتبر الأجل الفاسخ فى العقود الزمنية أصلاً أو اعتبر وصفاً .

(١) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٤٨ .

(٢) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٣٩ .

(٣) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٣٨ — ص ٣٩ .

(٤) انظر الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٥٥ — ص ٥٦ والمرجع التى أشار إليها .

المبحث الثالث

مصادر الأجل

وأى الحقوق يلحقها وصف الأجل

§ ١ - مصادر الأجل

٥٧ - مصادر الأجل الاتفاق والقانون والقضاء . يغاب أن يكون

مصدر الأجل هو الاتفاق . ويتميز الأجل عن الشرط فى أن له مصدرين آخرين : القانون والقضاء .

وفى الفقه الفرنسى ينتظم الأجل الذى مصدره الاتفاق والأجل الذى مصدره القانون اسم واحد ، فيطلق عليهما معاً « الأجل المستحق قانوناً » *terme de droit* ليقابل الأجل الذى مصدره القضاء ويسمى « الأجل المتفضل به » *terme de grâce* (١) ، أو « نظرة الميسرة » وهى التسمية التى درج عليها الفقه المصرى .

٥٨ - الاتفاق مصدر للأجل : يغلب ، كما قدمنا ، أن يكون

مصدر الأجل هو اتفاق الطرفين . فيتفق البائع مع المشتري مثلاً على تأجيل دفع الثمن إلى ميعاد معين ، أو على دفعه أقساطاً فى مواعيد يتفق عليها ، أو يتفقان على تأخير تسليم المبيع إلى أجل (٢) . ويتفق المؤجر مع المستأجر على أن تكون مدة الإيجار وقتاً معيناً ينتهى بانقضائه العقد ، وهذا هو الأجل الفاسخ فى العقد الزمنى ، ولا يعتبر أجلاً بالمعنى الصحيح كما قدمنا .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٨ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦١ — جوسران ٢ فقرة ٣٠٠ .

(٢) وإذا عين لتنفيذ الالتزام حد أقصى للأجل ، فإن انقضاء هذا الحد الأقصى لا يمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ التزامه حتى بعد مجاوزة هذا الحد (استثناء مختلط ١١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١٢) .

وقد تفرض الأثرية الأجل الاتفاقى على الأقلية فى بعض حالات استثنائية ، كما إذا اتفقت أغلبية دائنى التفليسة على تأجيل بعض ديون المفلس .

وكما يكون الاتفاقى مصدر الأجل صريحاً . يصح أن يكون كذلك ضمناً يستخلص من الظروف والملازمات . فإذا تعهد صانع بصنع أثاث معين دون أن يتفق على أجل لتسليم الأثاث ، فالمفروض أن التزام الصانع بالتسليم مقترن بأجل واقف هو المدة المعقولة لصنع هذا الأثاث . ويلجأ القاضى فى تعيين هذه المدة ، عند النزاع ، إلى المألوف فى هذه الصناعة . وإذا اتفق عامل النقل مع صاحب بضاعة على نقل بضاعته من مدينة إلى أخرى دون أن يتفق معه على أجل ، فإن الأجل هنا أيضاً مفروض ، ويعينه القاضى عند النزاع بالمدة المألوفة لنقل هذه البضاعة بالوسائل التى يملكها عامل النقل (١) .

٥٩ - القانون مصدر للأجل : وقد يكون نص القانون هو مصدر الأجل . ويقع أن يحدد القانون الموت أجلاً أو حداً أقصى للأجل ، كما فعل (م ١/٧٤١ مدنى) فى الإراد المرتب مدى الحياة فقد جعل له أجلاً هو الموت ، وكما فعل (م ٧٥٤ مدنى و١٠ بعدها) فى التأمين على الحياة فبالموت يحل دفع مبلغ التأمين عادة ، وكما فعل (م ١/٩٩٣ مدنى) فى حق المنفعة فانه ينقضى حتماً بالموت إن لم ينقضى قبل ذلك بانقضاء مدة معينة .

ويقع كذلك أن يحدد نص القانون الأجل بمدة معينة من الزمن . أجلاً واحداً أو حداً أقصى للأجل . فقد قضت المادة ٦٧٣ من تقنين المرافعات بالزام الراسى عليه المزاد فى التنفيذ العقارى بأن يودع الثمن خزانة المحكمة خلال ثلاثة

= وقد يمنح الدائن المدين أجلاً على سبيل التسامح والتفصل ، فيبىح له أن يسدد الدين أقساطاً . ولكن ذلك لا يمنعه من مطالبة المدين فى أى وقت بكل الدين دون أن يحتج عليه المدين بالأجل الممنوح له على سبيل التسامح (استئناف مخطوط ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٣) .

(١) بلانيول وريبير وجابوليه ٧ فقرة ١٠٠٠ — ويصح أن يكون مصدر الأجل إرادة المدين المنفردة . وليس إتفاقاً بينه وبين الدائن . ويقع ذلك كثيراً إذا صدر من أحد العاقلين إيجاب وحدد لالتزامه بالبقاء على الإيجاب ميعاداً ، أو استخلص هذا الميعاد ضمناً من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة (أنظر المادة ٩٣ مدنى) .

الأشهر التالية لصيرورة البيع نهائياً . وقضت المادة ٥٦٣ من التقنين المدني بأنه إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة ، فيعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة ، وينتهي بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالإخلاء في مواعيد مبينة مبينة في النص ، والأجل هنا أجل فاسخ في عقد زمني . ونصت المادة ٥٥٩ مدني على أنه « لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة » ، وهذا هو حد أقصى للأجل الفاسخ في عقد زمني . نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٢٦ مدني في صدد مدة عقد الشركة على أنه « إذا انقضت المدة المعينة أو انتهى العمل ، ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التي تألفت لها الشركة ، امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها » . وقد حددت الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ مدني حداً أقصى لعقد العمل يلزم العامل فيه بالخدمة ، فنصت على أنه « إذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض ، على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر » . وحدد القانون مدة قصوى للملكية الأسرة ، فنصت المادة ٨٥٢ مدني على أنه « يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين ، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في إخراج نصيبه » . وحدد كذلك الحد الأقصى للبقاء في الشيوخ ، فنصت المادة ٨٣٤ مدني على أن « لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق ، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يتجاوز خمس سنين . فإذا كان الأجل لا يتجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه » . وحدد كذلك حداً أقصى لمدة حق الحكر ، فنصت المادة ٩٩٩ مدني على أنه « لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة ، فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة » .

وقد تصدر تشريعات استثنائية تمهل المدينين في دفع ديونهم ، وتمنحهم

أجالا ، أو توقف الوفاء ، بالديون moratoires (١) ، ويكون ذلك عادة عقب نشوب حرب يكون من شأنها قلب الموازين الاقتصادية ، أو عقب أزمات اقتصادية يخشى معها خراب المدينين إذا هم أخذوا بدفع ديونهم في المواعيد المحددة . كما وقع ذلك في التسويات العقارية التي صدرت بها تشريعات تنظمها في مصر .

٦٠ - الفناء مصدر للمؤجل : وقد يكون القضاء هو مصدر الأجل ، ويسمى الأجل القضائي في الفقه المصري بنظرة الميسرة .

والأصل في نظرة الميسرة (délai de grâce) أن المدين - إذا كان يجب عليه الوفاء بدينه في الميعاد المتفق عليه ، إلا أنه إذا استدعت حالته الرأفة به ، ولم يلحق الدائن من التأجيل ضرر جسيم ، ولم يمنع من التأجيل نص في القانون ، يجوز للقاضي ، بهذه الشروط الثلاثة ، أن يمنح المدين أجلا أو أجالا معقولة يني فيها بدينه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدني على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « على أنه يجوز للقاضي ، في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » .

ونظرة الميسرة ، كمنظرة الظروف الطارئة ، يراد بها التخفيف من عبء التزام المدين الجدير بالرأفة ، وهي تخفف العبء من حيث الإفصاح في أجل الوفاء ، كما تخفف الظروف الطارئة العبء من حيث تحديد مقدار الدين (٢) .

ونظرة الميسرة أجل واقف يمنحه القاضي كما رأينا ، ولكنه يختلف في أحكامه عن أحكام الأجل الواقف التي سنوردها ، وبخاصة من ناحية مسقطات الأجل ، اختلافاً كبيراً . ونسائر التقنين المدني ، فلا نبحت نظرة الميسرة هنا ، بل عند الكلام في انقضاء الالتزام عن طريق الوفاء ، إذ يجب على المدين أن يني الدين في ميعاده إلا إذا نظره القاضي إلى أجل (٣) .

(١) أنظر في فرنسا بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٣ .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٩ ص ٤٩٩ .

(٣) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص يعدد مصادر الأجل ، هو =

٢٥ - الحقوق التي يلحقها وصف الأجل

٦١ - الحقوق الشخصية والحقوق العينية عدا حق الملكية : والأجل

وصف يلحق بوجه عام الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء ،
أياً كان مصدر هذه الحقوق . فحق المنفعة أياً كان مصدره مقترن بأجل
فاسخ حده الأقصى هو الموت كما قدمنا . كذلك حق الحكر لا يجوز أن تزيد
مدته على ستين سنة .

غير أن هناك حقاً عينياً واحداً - هو حق الملكية - لا يجوز أن يقترن
بأجل واقف أو فاسخ . ذلك أن طبيعة حق الملكية تقتضي أن يكون هذا الحق
أبدياً ، بل هو يتأبد في انتقاله من مالك إلى مالك ، فلا يصح أن يقترن بأجل
فاسخ لأن هذا يتعارض مع أبديته ، ولا بأجل واقف إذ يقابل هذا الأجل
أجل فاسخ في الجهة الأخرى (١) .

= المادة ٣٩٣ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « ١ - الأجل إما أن يكون
اتفاقياً يحدده المتعاقدان صراحة أو ضمناً ، وإما أن يكون بحكم القانون . ٢ - ويجوز للقاضي
في حالات استثنائية ، إذا لم يمنحه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال
ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم »
(أنظر المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣ في الهامش) . وقد حذفت
لجنة المراجعة هذا النص ، بعد أن نقلت الفقرة الثانية منه (الخاصة بنظرة الميسرة) إلى الفصل
المعقود للوفاء كسبب من أسباب انقضاء الالتزام عند الكلام في ميعاد الوفاء (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٣ ص ٢٣ في الهامش) .

ونصت المادة ١٠٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبني على ما يأتي : « الأجل المؤجل إما
قانوني أو مننوح . فالقانوني هو المثبت في عقد إنشاء الموجب أو في عقد لاحق له أو المستمد
من القانون . والأجل المننوح هو الذي يمنحه القاضي » . ونصت المادة ١٠٧ من هذا التقنين
على أن « الأجل القانوني صريح أو ضمنى : فهو صريح إذا كان مشروطاً صراحة ، وضمنى
إذا كان مستنتجاً من ماهية الموجب » .

(١) وقد نصت المادة ٢٩٢ من التقنين المدني العراقي على أنه « لا يصح في العقد اقتران الملكية
بأجل » (أنظر عكس ذلك الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي
فقرة ١٥٤ ص ١٤٩) .

٦٢ — الحقوق التي يلحقها وصف الأجل : فالحقوق المالية ، عدا حق الملكية ، تقبل الاقتران بالأجل كما قدمنا . أما الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية فلا تقبل الاقتران بالأجل ، كما لا تقبل التعليق على الشرط . فالزواج إلى أجل أو مقترناً بأجل واقف لا يجوز ، وكذلك الطلاق والحجر والإذن بالتجارة والحقوق المتولدة من النسب ونحو ذلك من الحقوق .

الفرع الثاني

ما يترتب على الأجل من الآثار

٦٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

- « ١ — إذا كان الالتزام مقترناً بأجل واقف ، فإنه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل . على أنه يجوز للدائن ، حتى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه . وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول » .
- « ٢ — ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي (١) » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام التي يقضي بها كان معمولاً بها دون حاجة إلى نص .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٦ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤ — ص ٣٥) . وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤ — ص ٣٥ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٩٣ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ١٠٨ و ١١١ و ١١٧ و ١١٨ (١) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٢٧٤ (مطابقة للمادة ٢٧٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٢٦١ (مطابقة للمادة ٢٧٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٢٩٣ : ١ - العقد المضاف إلى أجل واقف ينفذ سبباً في الحال ، ولكن يتأخر وقوع حكمه إلى حلول الوقت المضاف إليه . ٢ - والعقد المقترن بأجل فاسخ يكون نافذاً في الحال ، ولكن يترتب على انتهاء الأجل انقضاء العقد . (والحكم واحد في التقنينين المصري والعراقي ، وعبارة التقنين العراقي مستمدة من لغة الفقه الإسلامي . قارن الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٥٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٨ : أن الأجل المؤجل لا يقتصر على جعل الموجب غير مستحق الإيفاء ، بل يمنع عنه حكم مرور الزمن ما دام الأجل لم يحل . أما إذا كان الموجب قد نفذ ، فلا وجه لاسترداد ما لم يجب .

م ١١١ : إن الدائن إلى أجل يمكنه حتى قبل الاستحقاق أن يتوصل بكل الوسائل الاحتياطية لصيانة حقوقه وأن يطلب كفالة أو غيرها من وجوه التأمين أو أن يعمد إلى الحجز الاحتياطي حين يجد من الأسباب الصحيحة ما يحمله على الخوف من عدم ملاءة المدين أو من إفلاسه أو من هربه .

م ١١٧ : إن الموجبات التي موضوعها إجراء أمر متواصل أو سلسلة أمور متتابعة يكون مفعول الأجل فيها الأسقاط .

م ١١٨ : للموجب ذي الأجل المسقط مفاعيل الموجب البسيط ما دام ذلك الأجل لم يحل . وعند حلوله تنقطع مفاعيل الموجب فيما يختص بالمستقبل فقط .

(ورغم إفاضة التقنين اللبناني في التفصيلات فإن الأحكام واحدة في التقنينين المصري واللبناني فيما عدا ما يأتي : (١) لا يجيز التقنين اللبناني رد الدين المؤجل إذا كان قد وفى قبل حلول الأجل ، ويجيز التقنين المصري ذلك على تفصيل سيأتي (م ١٨٣ مصري) — (٢) يجيز التقنين اللبناني الحجز التحفظي بالدين المؤجل ، أما تقنين المرافعات المصري فيشترط في الحجز التحفظي أن يكون الدين محقق الوجود حال الأداء (م ٥٤٣ و ٦٠٤ مرافعات مصري) — ويلاحظ أيضاً أن المادة ١١٧ من التقنين اللبناني تعرض للالتزامات الناشئة من عقود زمنية ، ولكن لتقرر جواز أن يقترن بها أجل فاسخ يكون مفعوله عند انقضائه إسقاط الالتزام) .

٦٤ - قبل حلول الأجل وعند حلول الأجل : ويتبين من النص المتقدم أنه هنا أيضاً ، كما في الشرط ، يجب أن نميز بين مرحلتين : (١) المرحلة السابقة على حلول الأجل ، أى وقت قيام الأجل . (٢) ومرحلة حلول الأجل ، وهذه المرحلة لا تتحمل إلا صورة واحدة هى أن يخل الأجل فعلاً . ويختلف الشرط عن الأجل في ذلك بأن مرحلة ما بعد التعليق تحتل تحقق الشرط أو تخلفه ، لأن الشرط ، خلافاً للأجل ، أمر غير محقق الوقوع .

المبحث الأول

الآثار قبل حلول الأجل

§ ١ - الأجل الواقف

٦٥ - الحق المقترن بأجل واقف هو مرمود وهو كامل المرمود : والحق المقترن بأجل واقف هو حق موجود كالحق المعلق على شرط واقف ، بل هو أقوى وجوداً ، إذ الحق المعلق على شرط واقف حق ناقص كما رأينا ، أما الحق المقترن بأجل واقف فهو كامل الوجود .

ويترتب على وجود الحق المقترن بأجل واقف من النتائج ما سبق أن رتبناه على وجود الحق المعلق على شرط واقف ، ويزيد نتائج أخرى مستمدة من كمال وجوده .

فمن النتائج المستمدة من محض الوجود ما يأتى :

- (١) ينتقل هذا الحق من صاحبه إلى الغير بالتصرف والميراث وغير ذلك من أسباب انتقال الحقوق ، على التفصيل الذى قررناه بالنسبة إلى الحق المشروط
- (٢) يجوز لصاحب هذا الحق أن يجرى الأعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف . ولا يجوز لمن عليه الحق أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع استعمال الحق عند حلول أجله أو يزيده صعوبة ، وذلك كله على التفصيل الوارد فى الحق المشروط .

(٣) يجوز لصاحب هذا الحق أن يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه ، كوضع الأختام وتحرير قوائم الجرد وقيود الرهون الرسمية وتجديد القيد والتدخل في القسمة ووضع الحراسة على الأعيان ورفع دعاوى تحقيق الخطوط (١) ورفع الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية ، دون الدعوى البولصية لأن الحق غير مستحق الأداء . وله بوجه خاص - كما تقول المادة ١/٢٧٤ مدني - أن يطالب بتأمين إذا خشي - مستنداً في ذلك إلى سبب معقول ولا يكفي مجرد الخشية الذاتية إذا لم تكن مستندة إلى سبب يبررها - إفلاس المدين أو إبعاده . فإذا لم يقدم المدين التأمين ، ترتب على ذلك سقوط الأجل ، قياساً على حكم المادة ٢٧٣ مدني وسيأتي ذكرها (٢) . وقد قدمنا كل ذلك في الحق المشروط (٣) .

(١) وغنى عن البيان أن الحكم الذي يحصل عليه الدائن بصحة السند المثبت لدين مؤجل لا يستطيع الحصول بموجبه على حق اختصاص ، لأن حق الاختصاص لا يؤخذ إلا بموجب حكم واجب التنفيذ في موضوع الدعوى أي بالدين نفسه (م ١٠٨٥ مدني) . وفي فرنسا قانون قديم صدر في ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ ويقضى بأنه إذا صدر حكم بصحة دين قبل حلول أجله ، فلا يجوز الحصول بموجب هذا الحكم على رهن عام (وهو ما يقابل حق الاختصاص عندنا) على أموال المدين إلا إذا لم يدفع المدين الدين عند حلول أجله ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره (بودري وبارد ٢ فقرة ٩٩٨ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٥ ص ٣٤٤) . ويرى أكثر الفقهاء أن قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ اقتصر في نصه على حالة الحكم بصحة السند العرفي المثبت للدين ، فإذا كان الدين غير ثابت في سند ما ، أو كان ثابتاً في سند رسمي ، فإنه لا يجوز رفع دعوى بصحة الدين قبل حلول الأجل ، إذ لو جاز ذلك لاستطاع للدائن أن يحصل على الرهن العام عند حلول الأجل ، وهذا يخالف العقد القائم ما بين الطرفين ، فإن المدين لم يرض أن يعطى للدائن رهنأ خاصاً فكيف يجوز للدائن أن يحصل على رهن عام ! (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦١٧ - لوران ١٧ فقرة ١٨٨ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش رقم ٣ - بودري وبارد ٢ فقرة ٩٩٩ - عكس ذلك لارومبيير ٣ م ١١٨٦ فقرة ٢٤) .

(٢) ويعتبر التزام المدين بتقديم التأمين أو دفع الدين فوراً التزاماً تخييرياً مصدره نص القانون ، وحق الخيار فيه للمدين (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧ - ص ٣٨) .

(٣) أما قطع التقادم فلا فائدة منه ، لأن الدين المؤجل لا يسرى في حقه التقادم إلا عند حلول الأجل ، فإذا حل الأجل وبدأ التقادم يسرى كان للدائن بطبيعة الحال أن يقطعه (بودري وبارد ٢ فقرة ٩٩٤) .

(٤) يجوز لصاحب هذا الحق أن يدخل في التوزيع ، بل إذا كان التوزيع نتيجة إفلاس المدين أو إعساره ، فإن الأجل الواقف يسقط كما سئى ، ويستوفى الدائن حقه باعتبار أنه حال مستحق الأداء

ومن النتائج المستمدة من كمال الوجود - ويزيد فيها الحق المقترن بأجل على الحق المشروط - ما يأتى :

(١) يسقط الأجل الواقف، ويصبح الحق المؤجل مستحق الأداء، إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره .

(٢) بل إن المدين إذا أضعف بفعله التأمينات التى أعطاها للدائن ، أو لم يقدم ما وعد به من تأمين ، فإن الأجل يسقط كذلك على تفصيل سنذكره فيما بعد .

(٣) بل إن ضعف التأمين أو الخشية من إفلاس المدين أو إعساره خشية تستند إلى سبب معقول ، ولو رجع ذلك إلى سبب خارج عن إرادة المدين ، يكتفى لإسقاط الأجل ، إلا إذا قدم المدين تأميناً كافياً .

(٤) وإذا هلك الشيء محل الحق المؤجل بسبب أجنبي قبل حلول الأجل ، كان الهلاك على الدائن لا على المدين ، لأن الشيء قد أصبح حقاً مؤكداً له فيهلك عليه ، بخلاف ما رأيناه فى الشرط . فإذا هلكت العين المؤجرة فى يد المستأجر قبل حلول أجل ردها ، أو هلكت الوديعة فى يد حافظ الوديعة قبل انقضاء أجل الوديعة ، كان الهلاك على الدائن ، أى المؤجر أو المودع . أما إذا كان العقد بيعاً فقد رأينا أن العين تهلك على البائع ، فإذا حدد أجل لتسليم العين المبيعة إلى المشتري ، وهلكت العين قبل التسليم ، فالهلاك على البائع لا على المشتري أى على المدين لا الدائن (١) ، وهذا هو حكم العقد إذا كان ناقلاً للملكية .

٦٦ - ولكنه من غير نافذ : على أن الحق المقترن بأجل واقف . إذ

كان حقاً موجوداً كاملاً الوجود ، فانه مع ذلك حق غير نافذ . ونقول المادة

١/٢٧٤ مدني أن هذا الحق « لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل » .

ومن النتائج التي تترتب على عدم نفاذه إلى حين حلول الأجل ما يأتي :

١ - لا يجوز للدائن أن يجبر المدين على أداء الدين المؤجل قبل حلول الأجل . فان هذا الدين لا يقبل التنفيذ الجبري ما دام الأجل قائماً (١).

٢ - وكذلك لا يقبل الدين المؤجل التنفيذ الاختياري ، فإذا أداه المدين قبل حلول الأجل اختياراً . ولكن عن غلط معتقداً أن الأجل قد حل أو معتقداً أن الدين حال غير مؤجل ، جاز له أن يسترده من الدائن ما دام الأجل لم يحل وفقاً لأحكام استرداد غير المستحق . على أنه يجوز للدائن - بل ويلزم بذلك

(١) ويترتب على ذلك : (أ) إذا رفع الدائن الدعوى بطالب بوفاء الدين قبل حلول الأجل ، رفضت دعواه ، حتى لو تعهد أنه لا ينفذ الحكم إلا عند حلول الأجل (لوران ١٧ فقرة ١٨٤ - أوربي ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٣٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ٩٩٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٨ فقرة ١٠٠٥) . (ب) وإذا لم يحضر المدين : جاز للقاضي من تلقاء نفسه أن يرفض الدعوى ، لأن الحكم بدفع دين لم يحل أجله لا يجوز ويكون واجباً نفسه (ديملومب ٢٥ فقرة ٢٠٨ - أوربي ورو ٤ فقرة ٣٠٣ وهامش رقم ١١ - بودري وبارد ٢ فقرة ٩٩٠ - ولكن قارن دريدا Derrida في أنسيكلويدي دالوز ٥ لفظ *terme* فقرة ٢٢) . (ج) ورفض الدعوى واجب حتى لو حل أجل الدين أثناء نظرها ، لأن الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى وفي هذا اليوم لم يكن الدين مستحق الأداء (لارومبيير ٣ م ١١٨٦ فقرة ٢٦ - بارتان على أوربي ورو : فقرة ٣٠٣ هامش ١٠ مكرر - بودري وبارد ٢ فقرة ٩٩٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٥) . ولكن هذه المسألة فيها نظر ، فقد يقال أن القاضي يحكم بالوفاء ما دام الدين قد استحق أثناء نظر الدعوى ، غير أنه يعمل المصروفات على الدائن إذ تعجل في رفع الدعوى قبل حلول الأجل ، وذلك اقتصاداً في مجهود التقاضي (أنظر تولى ٦ فقرة ٦٦٤) . وفي القضاء المختلط حكان متعارضان في هذه المسألة ، فقد قضت محكمة القضاء المستعجل بالاسكندرية بأن دعوى إخلاء العين المؤجرة أمام القضاة المستعجل تكون غير مقبولة فيها قبل الأوان إذا هي رفعت قبل أن ينقضي عقد الإيجار ، حتى لو انقضى العقد أثناء نظر الدعوى ولم يبادر المستأجر إلى إخلاء العين (الاسكندرية القضاء المستعجل ٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ١٩ ص ١٣) . ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت . من جهة أخرى ، بأنه إذا رفعت دعوى الوفاء بالدين قبل حلول أجله ، ولكن حل الأجل أثناء نظر الدعوى دون أن يعرض المدين الوفاء ، فلا محل للحكم برفض الدعوى نرفها قبل الأوان (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٤٣) .

إذا كان الأجل قد حل قبل الاسترداد — أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل بشرط ألا يزيد ذلك على ما لحق المدين من ضرر طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . فإذا كان الدين الذي عجله المدين نقوداً ، التزم الدائن أن يرد الفائدة بالسعر القانوني أو الاتفاقى عن المدة التى كانت باقية لحلول الأجل . وقد كان هناك رأى فى عهد التقنين المدنى السابق يذهب إلى أن الدين المؤجل إذا عجل ، ولو عن غلط ، لا يسترد ، لأن المدين يكون قد دفع ما هو مستحق عليه ، إذ الدين المؤجل — خلافاً للدين المعلق على شرط — موجود كامل الوجود (١) . ولكن التقنين المدنى الجديد حسم هذا الخلاف بنص صريح ،

(١) أنظر فى هذا المعنى الموجز للمؤلف لفقرة ٤٨٦ من ٤٩٤ — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٦٧٦ ص ٥٠٦ (وانظر فى أن المبرة بتاريخ الوفاء المعجل ، فإن وقع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طبق التقنين السابق ، وإلا طبق التقنين الجديد : الوسيط جزء أول ص ١٢٢٠ هامش رقم ٣) . وانظر عكس ذلك : والتون ٢ ص ٣٦٢ — ص ٣٦٤ (ويذهب إلى أن الدين المؤجل إذا دفع عن بينه لا يسترد ، وإذا دفع عن غلط استرد) .

وفى الفقه الفرنسى وقع خلاف فى هذه المسألة ، فأغلبية الفقهاء يذهبون إلى عدم جواز استرداد ما دفع عن غلط قبل حلول الأجل ، لأن التقنين المدنى الفرنسى يشمل على نص فى هذا المعنى هو المادة ١١٨٦ ، وتقضى بأن ما كان غير مستحق الوفاء إلا بعد أجل لا تجوز المطالبة به إلا عند حلول الأجل ، ولكن ما عجل الوفاء به لا يسترد (تولييه ١١ فقرة ٥٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٦ — لارومبيير ٣ م ١١٨٦ فقرة ٣٤ — لوران ١٧ فقرة ١٨٥ — هيك ٧ فقرة ٢٨٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٨٨ — بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٠٩ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٧ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٤٩٧ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٣ ص ٤٥٢ — جوسران ٢ فقرة ٧٢٧) . ولكن بعض الفقهاء يغدرون النص المتقدم بأن من يدفع قبل الأجل عن بينه — لا عن غلط — لا يجوز له أن يسترد ، أما إذا دفع عن غلط فقد دفع غير المستحق وجاز له الاسترداد (ماركابيه : فقرة ٥٧٢ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٣٣ — فقرة ٦٣٤) — هذا والفقهاء الذين يذهبون إلى عدم جواز الاسترداد حتى لو كان الدفع عن غلط يختلفون فيما بينهم : فبعضهم يميز للمدين أن يسترد من الدائن ثمار ما دفعه قبل الأجل دون أن يسترد الأصل (ديرانتون ١١ فقرة ١١٣ — مورلون فقرة ١٢٢٢ — لوران ١٧ فقرة ١٨٦) ، وبعض آخر لا يميز للمدين أن يسترد الأصل ولا الثمار (تولييه ١١ فقرة ٥٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش رقم ١٠ — لارومبيير ٣ م ١١٨٦ فقرة ٣٥ — هيك ٧ فقرة ٢٨٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨٦ — بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٠٩ ص ٣٤٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٥ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٤٩٨) .

هو المادة ١٨٣ وتنص على أنه « ١ - يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً قيام الأجل .
٢ - على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً .
التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل (١) » . ويبرر هذا الحكم أن المدين قد عجل الدين عن غلط وهو يجهل قيام الأجل ، والأجل يقابله منفعة ، فإذا كان قد دفع المستحق فيما يتعلق بالدين ذاته لأن الدين المؤجل موجود كما قدمنا ، ألا أنه دفعه قبل حلول الأجل . فكان له أن يسترد المنفعة التي تقابل الأجل وهذه غير مستحقة ، وبهذا تقضى المادة ١٨٣ كما رأينا (٢) .

وغنى عن البيان أن المدين إذا دفع الدين المؤجل قبل حلول الأجل وهو عالم بقيامه ، فإنه يعتبر متنازلاً عن الأجل ، والتنازل من مسقطات الأجل كما سنرى ، وبذلك يصبح الدين حالاً مستحق الأداء ، فلا يسترد شيئاً من الدائن في هذه الحالة .

٣ - ولما كان الدين المؤجل غير نافذ وغير مستحق الأداء ، فإن المقاصة القانونية لا تقع بينه وبين دين آخر مستحق الأداء للمدين على الدائن ، لأن المقاصة القانونية لا تكون إلا في دينين مستحقين الأداء ، ولأن التنفيذ الجبرى ممتنع في الدين المؤجل والمقاصة القانونية ضرب من التنفيذ الجبرى (٣) .

(١) وقد سبق شرح هذا النص في الجزء الأول من الوسيط عند الكلام في دفع غير المستحق (الوسيط ١ فقرة ٨٤٧) .

(٢) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي تطبيقاً عملياً لهذا الحكم إذ تقول « فيحق مثلاً لمقاول اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر ، وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية ، أن يطالب الدائن ، إذا لم يشأ أن يرد البناء الذى تسلمه إلى أن يحل الأجل ، بأقل القيمتين : قيمة النفقات الإضافية وقيمة إيراد البناء في خلال الشهور الستة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٢) .

(٣) ولكن إذا كان من يتمسك بالمقاصة لحق له مؤجل يسقنه في تمسكه إلى أن الأجل في صالحه وقد نزل عنه ، جاز له ذلك (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩١ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٥ ص ٣٤٤) .

٤ - ولما كان الدين المؤجل غير مستحق الأداء ، فانه لا يجوز للدائن صاحب هذا الحق أن يوقع به حجزاً تحفظياً تحت يد مدين مدينه ، ولا يجوز أن يوقع به أى حجز تحفظى آخر (١) ، فان الحجز التحفظية ، طبقاً لصريح نص المادتين ٥٤٣ و ٦٠٤ من تقنين المرافعات ، تقتضى أن يكون الدين المحجوز به محقق الوجود حال الأداء ، والدين المؤجل إذا كان محقق الوجود فهو غير حال الأداء (٢) .

٥ - ولا يجوز للدائن إذا كان حقه مؤجلاً أن يستعمل الدعوى البولصية ، لأن هذه الدعوى تقتضى أن يكون حق الدائن مستحق الأداء . ويلاحظ أن إعسار المدين ، وهو شرط فى الدعوى البولصية ، لا يؤدى إلى إسقاط الأجل ، إذ الأجل لا يسقط إلا بشهر إعسار المدين كما سنرى . وإذا شهر إعسار المدين ، لم يعد الدائن فى حاجة إلى رفع الدعوى البولصية ، إلا إذا كان ذلك بالنسبة إلى تصرف صدر من المدين قبل شهر الإعسار ، وعند ذلك يرفع الدائن الدعوى البولصية بموجب حق مستحق الأداء أسقط شهر الإعسار أجله .

٦ - ولما كان الدين المؤجل لا يستحق الأداء إلا عند حلول الأجل ، فان التقادم المسقط لا يسرى فى حقه ما دام الأجل قائماً ، ولا يسرى إلا منذ حلول الأجل (٣) .

(١) وقد كان هذا هو أيضاً الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق (استئناف مخطوط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٠٣ - ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٢ - ١١ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٦١ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٢٣ - ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤١ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٦ ص ٤٩٥) .

(٢) ويذهب الفقه الفرنسى فى هذه المسألة إلى نفس الحكم الذى قطعت به عندنا النصوص الصريحة المشار إليها فى تقنين المرافعات (ديملوب ٢٥ فقرة ٦١٠ - لارومبيير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢١ - لوران ١٧ فقرة ١٨٧ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٥٩٥ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٥ ص ٣٤٤ - جارسونية الطبعة الثانية ٤ فقرة ١٣٨٩ ص ٢٣٦) ولكن الرأى الراجح فى الفقه الفرنسى أن نظرية الميسرة لا تمنع الدائن من توقيع حجز ما للمدين لدى الغير (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢١ ص ٣٦٤) .

(٣) وقد قدمنا أن الأجل إذا كان موكولاً بتعيينه إلى إرادة الدائن ، كما إذا اتفق على حلول =

٧ - كذلك لا يجوز للدائن إذا كان حقه مؤجلاً أن يحبس حقاً للمدين عنده ، فإن الحبس لا يكون إلا للمدين مستحق الأداء ، وقد سبق بيان ذلك (١).

§ ٢ - الأجل الفاسخ

٦٧ - الحق المقرره بأجل فاسخ موجود ونافذ: وهنا نتجاوز فنعتبر العقود الزمنية مقترنة بأجل فاسخ ، لأنها هي الكثرة الغالبة في هذا الميدان من الناحية العملية .

وتمكن المقارنة ما بين الحق المقترن بأجل فاسخ والحق المعلق على شرط فاسخ في أنهما يتفقان في الوجود والنفاذ ، ويختلفان في أن الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود على خطر الزوال كما قدمنا ، أما الحق المقترن بأجل فاسخ فحق مؤكد الزوال عند حلول الأجل ، فهو أضعف في هذه الناحية من الحق المعلق على شرط فاسخ ، ولكنه أقوى منه في ناحية أخرى إذ أنه عندما يزول لا يزول بأثر رجعي كالحق المعلق على شرط فاسخ بل لا بد أن يوجد لمدة من الزمن .

فصاحب الحق المقترن بأجل فاسخ يملكه حالاً ، وله أن يديره ، وأن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات الجائزة ، وتنفذ جميع تصرفاته فوراً ولكن في حدود حقه وهو حق محدود بأجله فهو حق مؤقت ضرورة . فالمستأجر مثلاً تستطيع أن يتصرف في حقه بالإيجار من الباطن وبالتنازل عن الإيجار لغيره ، ويكون ذلك بطبيعة الحال في حدود الإيجار الأصلي .

والدائن بأجل فاسخ له حق حال واجب الأداء ، ويستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعاً أو كرهاً ، أى بطريق التنفيذ الاختيارى أو بطريق التنفيذ القهرى .

= الدين بعد إخطار الدائن المدين بثلاثة أشهر مثلاً، فإن التقادم يسرى في حق هذا الدين من وقت وجوده لا من وقت حلول الأجل الموكل إلى إرادة الدائن ، وإلا كان غير قابل للتقدم (أوبرى ورر ٤ ، فقرة ٣٠٣ ص ١٢٥ - وأنظر آنفاً فقرة ٥٠ في الهامش) .

(١) الوسيط ٢ فقرة ٦٤٢ ص ١١٤٣ .

وله أن يوقع حجز ما للمدين لدى الغير والحجوز التحفظية الأخرى ، وأن يستعمل الدعوى البولصية . وأن يحبس ما تحت يده للمدين حتى يستوفى حقه . ولما كان هذا الحق واجب الأداء ، فإن التقادم المسقط يسرى ضده منذ نشوئه (١) .

٦٨ - ولكن الحق المقرره بأجل فاسخ مؤكده الزوال : وهذا هو المعنى الجوهرى للأجل الفاسخ . فالحق المقرن به حق مؤقت بطبيعته ، وينتهى حتماً بانتهاء الأجل .
ويترتب على ذلك أن جميع تصرفات صاحب الحق المقرن بأجل فاسخ تكون مقيدة بحدود هذا الحق ، فهى مؤقتة مثله ، إذ لا يستطيع الشخص أن ينقل إلى غيره أكثر مما له .

المبحث الثانى

الآثار عند حلول الأجل

§ ١ - كيف يحل الأجل

٦٩ - أسباب محوئة لحلول الأجل : يحل الأجل بأحد أسباب ثلاثة :
(١) بانقضائه (٢) أو بسقوطه (٣) أو بالنزول عنه ممن فم مصلحة فيه (٢) .
ولا يتصور فى الأجل . كما أمكن التصور فى الشرط ، أنه قد يتخلف ،
فالأجل كما علمنا أمر محقق الوقوع .

(١) ولا تثار بالنسبة إلى الحق المقرن بأجل فاسخ ما أثير بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط فاسخ من مسائل التطهير والشفعة والتقادم المكسب والمقاصة القانونية ، فإن الحق المقرن بأجل فاسخ حق مصيره حتماً إلى الزوال ، فلا يتوى على مثل هذه الأوضاع القانونية .
(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « والأصل أن ينتفى الأجل بالحلول أو السقوط أو التنازل . عل أن لانقضاء الأجل أسباباً أخرى تعرض فى أحوال خاصة : كانقضاء الأجل بالموت فى حالة تصفية التركة ، وسقوط الأجل القضائى بوقوع المقاصة أو بقيام دائن آخر بالتنفيذ على أموال المدين أو بتحقيق الاقتدار على الوفاء . »
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ فى الهامش) .

٧٠ - ملول الاجل بانقضاء : أول سبب لحلول الأجل - واقفاً

كان الأجل أو فاسخاً - هو انقضاؤه ، وهذا هو السبب الطبيعي المؤلف . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذه المسألة ، هو المادة ٣٩٤ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ١ - يحل الأجل إذا تحقق الأمر المنتظر أو انقضى الميعاد المضروب . ٢ - إذا جعل مبدأ سريان الأجل من وقت وقوع أمر معين ، فلا يحسب اليوم الذى يقع فيه هذا الأمر عند حساب الأجل . ٣ - إذا كان الميعاد بالأيام ، فيحسب اليوم من منتصف الليلة إلى منتصف الليلة التالية . وإذا كان بالأسابيع أو بالشهور أو بالسنين ، فانه ينقضى فى اليوم الذى يتفق فى تسميته أو فى تاريخه مع اليوم الذى بدأ فيه الميعاد ، فان لم يوجد مثل هذا اليوم فى الشهر الأخير فان الأجل ينقضى فى اليوم الأخير من هذا الشهر . وإذا كان الأجل نصف شهر ، فتكون مدته خمسة عشر يوماً مهما كان عدد أيام الشهر » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة « لأنها تتضمن حكماً تفصيلاً لا ضرورة له (١) » .

وغنى عن البيان أن النص المحذوف ليس إلا تطبيقاً تفصيلاً للقواعد العامة ، ومن ثم تسرى أحكامه بالرغم من حذفه استناداً إلى هذه القواعد . فيحل الأجل بوقوع الأمر المنتظر الذى ضرب أجلاً ، كرجوع القافلة الأولى من الحجيج وقد قدمت فى يوم معين ، فيحل الأجل برجوعها فى هذا اليوم .

ولنما يحل الأجل عادة بانقضاء الميعاد المضروب ، لأن الأجل أكثر ما يكون تاريخياً فى التقويم كما قدمنا . فاذا حدد تاريخ معين - يوم أول يناير سنة ١٩٥٨ مثلاً - فان الأجل يحل فى هذا اليوم بالذات ، ولكن يحدث أن يحدد الأجل بوقت معين ينقضى من وقت وقوع أمر معين ، كعشرة أيام من وقت بيع القطن ، فلا يحسب اليوم الذى بيع فيه القطن ، وتعد عشرة أيام من بعده ، وعند انتهاء اليوم العاشر يحل الأجل .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ فى الهامش - وقارب المادة ٢٠ من تقنين

وقد يجعل الأجل أياماً أو أسابيع أو شهوراً أو سنين . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه المسألة ما نكتفى بنقله هنا : « وبراعى أن أخص ما يعرض فى هذا الشأن تعيين مبدأ سريان الأجل وموعد انقضائه . فلا يدخل فى حساب الأجل اليوم الذى يقع فيه الأمر الذى يضاف إليه بدء سريانه . فاذا جعل الأجل مثلاً ثلاثة أيام بعد الوصول من رحلة ، فلا يدخل يوم الوصول فى حساب هذا الأجل . ولتعيين موعد انقضاء الأجل بحسب اليوم من منتصف الليلة إلى منتصف الليلة التالية إذا كان الميعاد بالأيام . أما إذا كان الميعاد بالأسابيع أو بالشهور أو بالسنين . فانه ينقضى فى اليوم الذى يتفق فى إسمه (الخميس مثلاً) أو فى تاريخه (كأول يناير مثلاً) مع اليوم الذى بدأ فيه الميعاد ، بعد حساب عدد الأسابيع أو الشهور أو السنين . فاذا جعل الأجل مثلاً ثلاثة أسابيع تبدأ من الخميس الثانى من شهر مارس ، كان موعد انقضائه الخميس الأول من شهر أبريل . وإذا جعل ثلاثة أشهر تبدأ من ٢٠ فبراير ، كان موعد انقضائه ٢٠ مايو . وإذا جعل ثلاث سنوات تبدأ من ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩ ، كان موعد انقضائه ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٢ . وإذا كان الأجل شهرين يبدأ من ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ ، انقضى فى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ ، لأن اليوم المقابل لليوم الذى بدأ فيه سريان الميعاد لا نظير له فى الشهر الأخير ، وعلى هذا النحو ينقضى الميعاد فى آخر يوم من فبراير أى فى اليوم التاسع والعشرين لوقوع هذا الشهر فى سنة كبيسة . وإذا كان الأجل نصف شهر ، اعتبرت مدته خمسة عشر يوماً مهما كان عدد أيام الشهر . فاذا جعل الأجل نصف شهر يبدأ من منتصف ليل أول فبراير ، اعتبر منقضاً فى منتصف ليل ١٥ فبراير . وإذا جعل بدء سريان هذا الأجل منتصف ليل يوم ٢٠ مارس ، انقضى فى منتصف ليل ٤ أبريل . وبراعى فى جميع الأحوال أنه إذا كان آخر يوم من أيام الأجل يوم عطلة ، أو يوماً لا يتيسر فيه تنفيذ الالتزام من جراء أمر يقتضيه القانون ، فلا ينقضى الميعاد إلا فى اليوم التالى (١) . »

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ فى الهامش — وقد خاض تقنين الموجبات وللمقود المباني فى كل هذه التفصيلات ، فأورد النصوص الآتية : م ١٠٢ — إن مهلة الأجل تبتدىء من تاريخ العقد إذا لم يعين الفريقان أو القانون تاريخاً آخر . أما فى الموجبات الناشئة من جبره =

٧١ - ملول الاجل بسقوط - نص قانوني : وقد يحل الاجل ،

قبل انقضائه ، بالسقوط . وتنص المادة ٢٧٣ من التقنين المدني في هذا الصدد على ما يأتي :

« يسقط حق المدين في الاجل :

١ - إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون » .

٢ - إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لادخل لإرادة المدين فيه ، فإن الاجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً » .

٣ - إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات (١) » .

= أو شبه جرم فبتدئ مهلة الاجل من تاريخ الحكم الذي يعين للتعريض الواجب على المدين . م ١٠٣ - أن اليوم الذي يكون مبدأ مدة الاجل لا يحسب . وإن الاجل المحسوب بالأيام ينتهي بانتهاء آخر يوم من مدة الاجل . م ١٠٤ - وإذا كان محسوباً بالأسابيع أو بالأشهر أو بالأعوام ، فيكون الاستحقاق في اليوم المقابل بتسميته أو بترتيبه من الأسبوع أو الشهر أو العام لليوم الذي أبرم فيه العقد . م ١٠٥ - إذا كان الاستحقاق واقعاً في يوم عطلة قانونية ، أرجىء إلى اليوم التالي الذي لا عطلة فيه .

أنظر أيضاً المواد من ٨٧ إلى ٨٩ من تقنين الالتزامات السويسري - وانظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٠٢ - فقرة ١٠٠٥ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٢ .

عل أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت ، في عهد تقنين المرافعات السابق ، بأن المادة ٢٠ من تقنين المرافعات التي تقضى بمد الميعاد إذا كان آخر يوم فيه عطلة لا تطبق إلا في مواد الإجراءات التي وردت فيها ، فلا تنطبق إذن على الاجل المتفق عليه في العقد (استئناف محتلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٤٦)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٩٦ من المشروع التهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفسير الذي الجديد فيما عدا بعض اختلاف لنظي طفيف . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، واستبدلت عبارة « ضماناً كافياً » الواردة في البند ٢ بعبارة « مايكل التأمين » . وسأل أحد الأعضاء عن مدى ما تؤديه عبارة « إضعاف التأمين إلى كبير » : فأجيب « بأن مجرد الإضعاف لا يكفي لسقوط الاجل ، وإنما يكون بحيث تقل التأمينات عن قيمة الدين » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٢٨٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . =

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٢/١٥٦ ، وتكاد الأحكام تكون واحدة في التقنينين (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٣ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦٠ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٩٥ - ٢٩٦ ، وفي تقنين الموجبات والحدود اللبثاني المادتين ١١٣ - ١١٤ (٢) .

- وفي لجنة مجلس الشيوخ استقبلت عبارة « ما لم يقدم المدين ضماناً كافياً الواردة في آخر البند ، بعبارة « ما لم يتوق المدين هذا السقوط بأن يقدم لدائن ضماناً كافياً » ، لأن الإشارة إلى توق السقوط تزيد فن البديهي أن المدين بتقديمه الضمان الكافي يتوق السقوط ، وأصبحت المادة ٢٧٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩ - ص ٣٠ - ص ٣٢ - ص ٣٣) .

(١) التقنين المدني السابق - ١٠٢ / ١٥٦ : إذا تمهد المدين بشيء لأجل معلوم وظهر إفلاسه أو فعل ما يوجب ضعف التأمينات التي كانت محلاً لوفاء التمهيد ، فيستحق ذلك الشيء فوراً قبل حلول الأجل .

(ونص التقنين المدني الجديد لوفى من الوجوه الآتية : (١) أضاف شهر الإصرار إلى شهر الإفلاس ، وكان الإصرار في عهد التقنين المدني السابق سبباً لإسقاط الأجل ، ولكن لم يكن خاضعاً لنظام الشهر القانوني الذي خضع له في التقنين الجديد ، فكان الأمر في هذا الشأن مضطرباً . (٢) أضاف التقنين المدني الجديد حالة ما إذا كان إضعاف التأمينات يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، ورتب على هذا الإضعاف أن يختار المدين بين سقوط الأجل وتقديم ضمان كاف . وكان هذا الحكم معمولاً به في التقنين المدني السابق ، وورد فيه نص صريح في حالة البرهن (م ٥٦٢ / ٦٨٦ وتقابل في التقنين المدني الجديد المادة ١٠٤٨) . (٣) أضاف التقنين المدني الجديد حالة ما إذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات ، وكان هذا الحكم معمولاً به في التقنين المدني السابق دون نص) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٧٣ (مطابقة للمادة ٢٧٣ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٢٦٠ (مطابقة للمادة ٢٧٣ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن التقنين الليبي لم يذكر شهر الإصرار بين مسقطات الأجل لأنه لا يعرف نظام الإصرار) .
التقنين المدني العراقي م ٢٩٥ (مطابقة للمادة ٢٧٣ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي هو أيضاً لم يذكر شهر الإصرار من مسقطات الأجل ، ولكنه نص في مكان الإصرار على حلول الديون المؤجلة : أنظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٦١ ص ١٥٧) .

والمفروض هنا أن الأجل أجل واقف ، أما الأجل الفاسخ فله أسباب يسقط بها في أحوال معينة وردت فيها نصوص خاصة (١) .

ويتبين من النص المتقدم الذكر أن الأجل الواقف يسقط بأحد أسباب ثلاثة :

(١) شهر إفلاس المدين أو إعساره (٢) إضعاف التأمينات (٣) عدم تقديم التأمينات التي وعد بها المدين . يضاف إلى هذه الأسباب أسباب أخرى في حالات خاصة ، كالموت وتطهير العقار المرهون . ونستعرض كل هذه الأسباب فيما يلي :

٧٢ - سقوط الأجل لشهر إفلاس المدين أو إعساره : كان الأجل

يسقط ، في عهد التقنين المدني السابق ، بشهر إفلاس المدين . وكذلك كان يسقط بأعسار المدين إعساراً فعلياً (٢) ، لأن هذا التقنين لم يكن يعرف نظام الإعسار

= م ٢٩٦ : الدين المؤجل لا يحل بموت الدائن ، ويحل بموت المدين ، إلا إذا كان مضموناً بتأمينات عينية . (وفي التقنين المدني المصري لا يحل الدين بموت المدين إلا في حالة تصفية التركة ، وقد استمد التقنين المدني العراقي هذا الحكم من الفقه الإسلامي ومن تقنين الموجبات والمعقود اللبناني) .

تقنين الموجبات والمعقود اللبناني م ١١٣ : إن المدين الذي يستفيد من الأجل يسقط حقه في الاستفادة منه : (١) إذا أفلس أو أصبح غير ملء . (٢) إذا أتى فعلاً ينقص التأمينات الخاصة المعطاة للدائن بمقتضى عقد عند إنشاء الموجب أو عقد لاحق له أو بمقتضى القانون . أما إذا كان النقص في تلك التأمينات ناجماً عن سبب لم يكن المديون فيه مختاراً ، حق للدائن أن يطلب زيادة التأمين ، فإذا لم ينلها حق له أن يطلب تنفيذ الموجب حالاً . (٣) إذا لم يقدم المديون للدائن التأمينات التي وعد بها في العقد . (وهذه الأحكام مطابقة لما ورد في التقنين المدني المصري ، إلا أن التقنين اللبناني لا يعرف نظام الإعسار فاقصر على ذكر أن المدين أصبح غير ملء . وغنى عن البيان أن المدين إذا أضعف التأمينات بفعله ، جاز للدائن ، في التقنين اللبناني ، بدلا من سقوط الأجل ، أن يطالب بتكيلة التأمينات كما هو الأمر في التقنين المصري) .

م ١١٤ : إن وفاة المديون تجعل كل ما عليه من الموجبات ذات الأجل مستحقة الإيفاء ، ما عدا الديون المضمونة بتأمينات عينية . (وهذا النص يطابق في الحكم المادة ٢٩٦ من التقنين المدني العراقي السالفة الذكر) .

(١) أنظر فيما يلي فقرة ٧٨ في الهامش .

(٢) استئناف مخطوط ٢٤ يونيو سنة ١٨٧٦ المجموعة الرسمية المختلطة ١ ص ١٢٥ — =

القانوني (١) . لذلك كان سقوط الأجل أكثر ما يلاحظ في حالة شهر الإفلاس لأنها حالة نظمها القانون بإجراءات ظاهرة ، أما الإعسار الفعلي فكان أمراً خفياً لا يظهر للناس ، فقل أن يكون سبباً في سقوط الأجل (٢) .

، الآن بعد أن نظم التقنين المدني الجديد حالة الإعسار القانوني ووضع لها إجراءات ظاهرة ، أصبح من اليسير في هذا التقنين تطبيق الحكم القاضي بالسقاط الأجل في حالة الإعسار كما يطبق الحكم القاضي بالسقاط الأجل في حالة الإفلاس (٣) .

= الرقازيق ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١١٨ — طلعا ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٢٢/٣ ص ٢٥٦ — المنيا ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٨ ص ٦١ — شبين الكوم ٢٢ إبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٩/٢٢ ص ١٠٧٥ — أنظر عكس ذلك وأن الإعسار بخلاف الإفلاس لا يسقط الأجل في التقنين المدني السابق : مصر الكلية ١٤ مايو سنة ٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٧٩ ص ٣٤١ .

(١) جاء في المرجع المؤلف : « ويلحق بالإفلاس بالنسبة للتاجر الإعسار بالنسبة للتاجر . وحتى يثبت الإعسار يجب أن يثبت به حكم قضائي ، ويكون الإعسار ثابتاً من وقت صدور الحكم أو قبل أبعده تقدير من وقت رفع الدعوى لإثبات الإعسار » (الموجز فترة ٤٨٨ — وانظر أيضاً الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فترة ٦٧٤) — على أن بعض الأحكام كانت تذهب خطأ إلى أنه يكفي أن يضعف المدين بخطئه الضمان العام للدائنين دون أن يصل إلى حد الإعسار ودون أن يكون في ذلك إضمار لتأمين خاص : استئناف مخطوط ٢٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٧ .

(٢) أنظر في سقوط الأجل بالإعسار الفصل في القانون الفرنسي وهو أيضاً لا ينظم الإعسار القانوني بودرى وبارد فترة ١٠١٢ — فترة ١٠١٣ — بلايول وريبير وجابراند ٧ فترة ١٠١٤ — بلانيل وريبير وبولانيه ٢ فترة ١٥٠٨ — كولار وكابيتان ٢ فترة ٦٦٤ — جوسران ٢ فترة ٧٣٢ — فترة ٧٣٣ .

(٣) ويسقط الأجل حتى لو كان للدائن ضمان عيني يكفل الدين ، كرهن رسمي . فلا تزال للدائن مصلحة في سقوط الأجل لاحتمال ألا يكون الضمان كافياً للوفاء بحقه فيتمكن من مراجعة سائر الدائنين بالباقي من هذا الحق (بودرى وبارد ٢ فترة ١٠٠٨ — بلايول وريبير وجابراند ٧ فترة ١٠١٣) . ويسقط الأجل كذلك حتى لو كان أجلاً غير معين ، فلو أن شخصاً أمن على حياته ثم أفلست شركة التأمين ، فإن أجل دفع مبلغ التأمين يحمل بإفلاس الشركة . ولكن المؤمن على حياته يبقى ملتزماً بدفع أقساط التأمين إلى آخر حياته ، ولما كان لا يستول إلا على جزء من مبلغ التأمين بسبب إفلاس الشركة ، فيجد أن مصلحته هي فسخ عقد التأمين حتى لا يمرض نفسه بالخسارة (بودرى وبارد ٢ فترة ١٠٠٩) .

وبلاحظ أن المادة ٢٥٥ مدني تقضى ، عندما يحل الدين بشهر الإعسار ،
بخصم مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل ،
وتقضى كذلك بأنه « يجوز للقاضي أن يحكم ، بناء على طلب المدين وفي مواجهة
ذوى الشأن من دائنيه ، بابقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة ، كما
يجوز له أن يمنح المدين أجلاً بالنسبة إلى الديون الحالية ، إذا رأى أن هذا الإجراء
تبرره الظروف وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً » . وقد
تقدم بيان ذلك .

كذلك للمدين بعد إنهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الديون التي كانت
قد حلت بسبب شهر الإعسار ولم يتم الوفاء بها إلى أجلها السابق ، متى كان أدى
جميع ما حل من أقساطها ، كما سبق القول عند الكلام في الإعسار (١) .

وغنى عن البيان أن مجرد الإعسار الفعلي ، في عهد التقنين المدني الجديد ،
لا يكتفى لإسقاط الأجل ، بل لابد من أن يكون الإعسار إعساراً قانونياً قد شهر
بموجب الإجراءات التي قررها القانون في هذا الصدد .

٧٣ - سقوط الاجل لاضعاف التأمينات : ويشترط في هذا

السبب من أسباب سقوط الأجل أن يكون للدين المؤجل تأمين خاص ، فلا
يكفى أن يضعف المدين الضمان العام للدائنين وهو يتناول أمواله في حملتها (٢) ،
بأن يتصرف في بعض من ماله (٣) ولو إلى حد الإعسار ، فان علاج ذلك هو

(١) أنظر المادة ٢٦٣ مدني والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال
التحضيرية ٣ ص ٣١ - وأنظر الوسيط ٢ فقرة ٧٢١ .

(٢) استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥١ - الزقازيق ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٧
للمجموعة الرسمية ٩ ص ١١٨ - ومع ذلك أنظر : استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩١١ م
٢٣ ص ٣٣٧ .

(٣) وتطبيقاً لهذا المبدأ لا يحل أجل الدين بالنسبة إلى سندات أصدرتها شركة للسكك الحديدية
ذا باعت هذه الشركة بعض خطوطها ، فأضعفت بذلك التأمين العام لحطة هذه السندات . وكذلك
لا يحل أجل الدين المترتب في ذمة شركة تجارية ، ولم يستند الدائن فيه إلا على ملادة الشركاء ،
إذا حلت هذه الشركة أو صفيت وبيعت عقاراتها . وهذا على خلاف في الرأي ، فهناك رأى في
فرنسا يذهب إلى حلول الدين إذا صفيت الشركة (أنظر في هذه المسألة في القانون الفرنسى بودرى =

أن يطلب الدائن شهر إعسار المدين . فإذا شهر الإعسار سقط الأجل ، ولكنه يسقط بسبب شهر الإعسار لا بسبب إضعاف التأمينات . ولا يجوز للدائن في هذه الحالة ، قبل شهر الإعسار ، أن يستعمل الدعوى البولصية مادام الأجل قائماً لم يسقط . فقد قدمنا أن الدعوى البولصية تقتضى أن يكون الحق مستحق الأداء .

فلابد إذن من أن يكون هناك للدين المؤجل تأمين خاص (١) ، كرهن أو امتياز . ولا يهم مصدر هذا التأمين ، فقد يكون نفس العقد الذى نشأ منه الدين المؤجل ، بأن يكون رهناً رسمياً أو رهن حيازة أخذه الدائن ضماناً لحقه فى العقد الذى أنشأ هذا الحق . وقد يكون مصدر الرهن عقداً لاحقاً لعقد المدين أو لمصدره أياً كان هذا المصدر . بأن اتفق الدائن مع مدينه بعد ثبوت الدين فى ذمة المدين على رهن لضمان هذا الدين . وقد يكون مصدر التأمين الخاص القانون ، كحق امتياز يكون ضامناً للدين المؤجل (٢) ، كما إذا كان البائع

١ - وبارد ٢ فقرة ١٠١٥ ص ١٨٦ هامش رقم ١ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٣ هامش رقم ٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٠٩ ص ٥٠٣ هامش رقم ١ . أما فى التقنين المدنى المصرى فيبدو أن الدين المؤجل لا يحل بتسمية الشركة ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٣٦ من هذا التقنين على أن « تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعاً ، وذلك بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم ، وبعد استئزال المبالغ اللازمة لنفاه الديون التى لم تحل أو الديون المتنازع فيها ، وبعد رد المصروفات أو القروض التى يكون أحد الشركاء قد باشرها فى مصلحة الشركة » .

وإذا اقترض شخص مالا لأجل ، لتمويل مشروع معين ، ثم باع هذا المشروع وهو الضمان الوحيد للقرض ، فان أجل القرض يحل ببيع المشروع (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٩ - ص ١٣٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٤) .

(١) استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٩٥ - دسوق ١١ يوليه سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٢٢٥ - الزقاريق ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١١٨ - طلخا ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢/٢٢٣ ص ٢٥٦ - المنشية ١٢ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ١/٥٥٥ ص ١٠٨٥ - شين الكوم ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ١/٥٤٩ ص ١٠٧٥ - مصر الكلية ١٤ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١/١٧٩ ص ٢٤١ .

(٢) وذلك فيما عدا حقوق الامتياز العامة فهذه تشمل جميع أموال المدين ، فلا يستعاض أن يحرم المدين من التصرف فى جميع أمواله (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ الأستاذ اسماعيل غانم أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ ص ٢٤٤) .

قد أجل الثمن وله امتياز على المبيع فأضعف المشتري هذا التأمين الخاص (١) . ولا يتصور أن يكون هذا التأمين الخاص هو حق اختصاص مصدره القضاء ، فان المفروض فيما نحن بصدد أن الدين مؤجل ، والدين المؤجل لا يمكن أن يضمه حق اختصاص ، إذ حق الاختصاص لا يؤخذ إلا بموجب حكم واجب التنفيذ ، وهذا يفترض حتماً أن الدين مستحق الأداء (٢) .

ثم لا بد من أن يكون هذا التأمين الخاص قد ضعف إلى حد كبير ، ومعنى ذلك أن يكون قد ضعف إلى حد أن أصبح أقل من قيمة الدين ، كما ذكر ذلك صراحة في لجنة المراجعة عند عرض المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد (٣) . إما أن يضعف ضعفاً يسيراً ، ويبقى بالرغم من ذلك كافياً لضمان الدين كفاية ملحوظة ، فذلك لا يبرر سقوط الأجل (٤) .

(١) ونشترط المادة ١١٨٨/٢ من التقنين المدنى الفرنسى أن يكون التأمين الخاص مصدره العقد ، ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى أن إضفاء تأمين خاص مصدره القانون كحق الامتياز يكفى لإسقاط الأجل (ديراننوت ١١ فقرة ١٢٥ — لارومبيير ٣ م ١١٨٨ فقرة ١١ — ديمونوب ٢٥ فقرة ٦٨٥ — أنظر عكس ذلك : لوران ١٧ فقرة ٢٠٢ — هيك ٧ فقرة ٢٨٨) . ويذهب فقهاء آخرون إلى التمييز بين حق امتياز يكون أساسه عقداً كرهن الحيازة وحق امتياز البائع فيكون إضفاءه سبباً لإسقاط الأجل ، وحق امتياز ليس أساسه العقد فلا يكون في إضفاءه إسقاط للأجل (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٠٦ — بلايول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ س ٣٥٤ — بيدان ولاجار ٨ فقرة ٧١٠ ص ٥١٩ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٤ — چوسران ٢ فقرة ٧٣٤) .

(٢) ومن ذلك نرى أن ماورد في المذكرة الايضاحية من المشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١) من أن التأمين الخاص يصح أن يكون حق اختصاص ليس بصحيح . قارن الأستاذ إسماعيل في أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ ص ٢٤٤ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢ — وانظر آنفاً فقرة ٧١ في الهامش — نبيد إضعافاً للتأمين أن يهدم المنزل المرهون (استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ — الإيجال — حشمت أبو متيت فقرة ٦٧٤ ص ٥٠٥) أو أن يباع المنزل المرهون ويمرض ثمنه للتوزيع (استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٣٤) .

(٤) فلا يعد إضعافاً للتأمين أن يرتب المدين على العين المرهونة لضمان الدين المؤجل رهناً آخر ، حتى لو قيد الرهن الثانى قبل قيد الرهن الأول بإهمال الدائن ذى الدين المؤجل ، لأن إهماله لا فعل المدين هو الذى أضعف التأمينات ، ومن حق المدين أن يرهن العين المملوكة له مرة ثانية وثالثة الخ (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٢) . ولكن إذا تواطأ المدين مع الدائن المرهن =

فاذا توافر هذان الشرطان - وجود تأمين خاص وإضعاف هذا التأمين إلى حد كبير - يبقى بعد ذلك أن نميز بين فرضين :

(١) فاما أن يكون هذا الإضعاف قد حدث بفعل المدين ، أى بخطأه . ولا يشترط أن يعتمد التأمين لإضعاف التأمين الخاص ، بل يكفي أن يكون قد قصر في المحافظة عليه حتى ضعف (١) . وفي هذه الحالة يسقط الأجل ، إلا إذا اختار الدائن أن يطالب المدين بتكملة التأمين حتى يبلغ ما كان عليه قبل إضعاف المدين له . ولا يكتفى الدائن هنا بالطالبة بتأمين كاف ، بل يطلب تكملة التأمين الأصلي ، فقد كان هذا التأمين من حقه والمدين هو الذى أضعفه بخطأه . وهذا الخيار مرهون بإرادة الدائن لإبرادة المدين ، فاذا اختار الدائن تكملة التأمين

= الثانى ليعجل هذا قيد رهنه قبل قيد الرهن الأول ، كان هذا إضعافاً لتأمينات بفعل المدين ، بل يشترط وتواطئه ، فيسقط الأجل .

ولا يمد إضعافاً للتأمين أن يبيع المدين العقار المرهون رهناً رسمياً لضمان الدين المؤجل ، سواء باع العقار كله أو باع جزءاً منه . ومع ذلك فقد يترتب على تجزئة العقار - فى حالة البيع الجزئى - إضعاف فعل للتأمين ، وهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع ، فيترتب على هذا الإضعاف الفعل إسقاط الأجل . وقد يترتب على البيع - الكلى أو الجزئى - أن يعتمد الحائز للعقار على تطهير الرهن ، فلا يحصل الدائن المرتهن ذو الدين المؤجل على كل حقه ، فيكون التطهير سبباً فى إضعاف التأمين ، ويكون إضعاف التأمين سبباً فى إسقاط الأجل (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٣ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٥ - والتون ٢ ص ٣٧٠ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٨ ص ٤٩٧ هامش رقم ٢) .

ولا يمد إضعافاً للتأمين أن يزرع المدين الأرض المرهونة قطعاً مرة كل سنتين مخالفاً بذلك ما جرت به العادة من زرعها مرة كل ثلاث سنوات ، وبخاصة إذا كانت قيمة الأرض تغطى الدين إلى مدى بعيد (استئناف محتلط ٢ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٧٧) .

(١) ويعتبر المدين قد أضعف بخطأه التأمين الخاص إذا هو أدخل فى طريقة استغلال العقار المرهون تعديلاً من شأنه أن ينقص كثيراً من قيمة العقار ، أو هدم المنزل المرهون إلا إذا كان الهدم بغرض إعادة البناء (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٤ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٥) . وإذا كان التأمين الخاص رهناً رسمياً على جزء شائع من عقار ، وفى أثناء القسمة رسماً مزاد العقار كله على الشريك الآخر غير المدين الراهن ، فإن الرهن فى هذه الحالة يزول ولكن لا يعتبر أنه قد زال بفعل المدين إلا إذا كان المدين هو الذى طلب القسمة ، أو كان عنده سبب جدى ، لمعارضتها ولم يتقدم به ، أو كان قد توأطأ مع شريكه ليصل إلى هذه النتيجة . أما إذا كان لم يفعل شيئاً من ذلك ، فإن زوال الرهن لا يكون بفعله ، بل يكون لسبب لا دخل لإرادته فيه ، وتطبق الأحكام التى تنفق مع هذه الحالة وسنذكرها فيما يلي (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٦ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٦) .

وأكله المدين بقى الأجل على حاله ولم يسقط ، أما إذا بحترت تكملة التأمين فان الأجل يسقط ويحل الدين (١) . ومن ثم يكون التزام المدين في هذه الحالة التزاماً تخبيرياً ، الخبار فيه للدائن ، فان الدائن يكون بالخيار إما أن يطالب المدين بالدين فوراً لسقوط الأجل وإما أن يطالب بتكملة التأمين (٢) . ويلاحظ أن الدين الذي حل بسقوط الأجل في هذا الفرض لا ينتقص منه ما يقابل الأجل ، لأن سقوط الأجل هنا كان بسبب خطأ المدين (٣) .

(٢) وأما أن يكون إضعاف التأمين الخاص يرجع إلى سبب لادخل لإرادة المدين فيه . فهو لم يحدث بخطأ منه ، بل حدث بفعل أجنبي أو بقوة

(١) وتذهب الأغلبية في الفقه الفرنسي إلى أن سقوط الأجل لا يكون إلا بمجرد - كقضائي له أثر منتهى ، لا مجرد أثر كاشف ، فهو الذي يسقط الأجل ، ولا يسقط الأجل بحكم القانون (ديمولومب ٢٥ فقرة ٧٠١ - لوران ١٧ فقرة ٤١٥ - ماركاديه ٤ فقرة ٨٢٧ - أوبري ودر ٤ فقرة ٣٠٣ - من ١٢٧ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٣٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ نشرة ١٠١٥ - من ٣٥٦ - جوسران ٢ فقرة ٧٣٦) . على أن هناك رأياً يذهب إلى أن الأجل يسقط بحكم القانون ، وعند النزاع يصدر حكم قضائي ليقرر سقوطه ، وهذا الحكم له أثر كاشف لا أثر منتهى (هيك ٦ فقرة ٢٨٩ - بيدان ولاجار ٨ فقرة ٧١٠ - من ٥١٩) . والظاهر من الرجوع إلى نص المادة ٢٧٣ مدني أن القانون يقضى بسقوط الأجل ، فالأجل يسقط إذن بحكم القانون ، والحكم القضائي إنما يحسم النزاع في هذا الصدد ، فهو كاشف لا منتهى .

(٢) أنظر المادة ٢٧٨ مدني وسيأتي تفصيلها . وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في جريدة الأعمال التحضيرية ٣ من ٣١ . ويقول الأستاذ إسماعيل غانم : « ولا نرى الأخذ بهذا التفسير ، فإن إلزام المدين بالوفاء في الحال أو بتقديم تأمين لا يعني أن التزامه قد تعدد محله . فلا زال محل الالتزام واحداً . يتحصر في الأداء الذي التزم به من أول الأمر . أما إلزامه بتقديم تأمين فهو التزام آخر تابع للالتزام الأول . وليس هناك تعدد في محل الالتزام الأول ، وإنما هما التزامان أحدهما تابع للآخر ، ولا ينشأ إلا بالشروط التي نصت عليها المادة ٢٧٣/٢ » (أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ من ٢٤٤ هامش رقم ٣) . وفي رأينا أن القانون ، عند ما يسقط الأجل بإضعاف التأمينات فيحل الدين ، ينشئ في الوقت ذاته إلى جانب محل الالتزام الأصل محلاً آخر يمكن للدائن أن يختاره ، وهو تكملة التأمين الأصل .

(٣) بودرى ١٠ - فقرة ١٠٣٣ - ومع ذلك إذا كان مبلغ الدين يتضمن رأس المال مضافاً إليه فوائد مدة الأجل ، وسقط الأجل بإضعاف المدين للتأمينات ، فإن الفوائد عن المدة التي سقطت من الأجل تخسم من مبلغ الدين ، حتى لا يجمع الدائن بين الانتفاع بالمدة التي سقطت من الأجل وبين للفوائد من هذه المدة نفسها (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٩٧ - لوران ١٧ فقرة ٢١١ - لاروميير ٣ م ١١٨٨ فقرة ٢٧ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٣٤) .

قاهرة أو حادث فجائي . فعند ذلك يسقط الأجل أيضاً كجزاء على ضعف التأمينات إلى هذا الحد الكبير الذى سبقت الإشارة إليه ، إلا أن المدين يستطيع أن يتوقى سقوط الأجل بأن يقدم للدائن تأميناً كافياً لدينه بعوض عليه ما ضعف من التأمينات الأولى (١) . والالتزام هنا تخيرى أيضاً ، ولكن الخيار فيه للمدين لا للدائن على عكس الصورة السابقة (٢) . والسبب واضح ، فان ضعف التأمينات لم يكن بخطأ المدين ، فترك الأمر مرهوناً بإرادته ، فاما أن يسلم بسقوط الأجل وإما أن يختار تقديم تأمين كاف . والمطلوب من المدين هنا هو تقديم هذا التأمين الكافى ، وليس تكملة التأمين الأصيل كما فى الحالة السابقة . فقد يكون التأمين الأصيل تزيد قيمته كثيراً على الدين ، فلا يطلب من المدين أن يبلغه الحد الذى كان عليه ، بل يكفى أن يبلغه حداً يجعله تأميناً كافياً ولو لم يصل إلى حد التأمين الأصيل . وقد كان المشروع التمهيدى يقتضى أن يكمل المدين التأمين الأصيل ، ولكن لجنة المراجعة عدلت النص واكتفت بأن يقدم المدين « ضماناً كافياً » (٣) . ويلاحظ أن الدين الذى حل بسقوط الأجل ، فى هذه الحالة ، ينتقص منه ما يقابل الأجل ، لأن سقوط الأجل لم يكن بخطأ المدين (٤) .

(١) استئناف مختلط ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٧ — ويمكن استخلاص هذا الحكم من المبادئ العامة دون حاجة إلى نص خاص ، وهذا ما يفعله الفقه الفرنسى ، دون أن يكون فى التقنين المدنى الفرنسى نص يقابل الجزء الأخير من الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدنى مصرى وهو الذى ينص على حالة ضعف التأمينات بسبب لا دخل لإرادة المدين فيه (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٩٠ — فقرة ٦٩٣ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٠٣ هامش رقم ١٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٥) .

وبصدر حكم قضائى بسقوط الأجل فى هذه الحالة كما فى حالة إضعاف التأمينات بخطأ المدين ، ويكون هذا الحكم منشأً أو كاشفاً عن الخلاف الذى سبق أن أوردناه .

(٢) قارن بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٢ — وقارن أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢ — وأنظر آنفاً فقرة ٧١ فى هامش .

(٤) أنظر أيضاً المادة ١٨٣ مدنى وقد سبق ذكرها — هذا وإذا كان إضعاف التأمينات بفعل الدائن نفسه ، كما إذا كان دائناً مرتهناً برهن حيازة وأتلف العين المرهونة ، ففى عن البيان أن الأجل لا يسقط لأن الدائن هو المستول من إضعاف التأمينات ، بل ويجوز للمدين أن يرجع عليه بتعويض إذا كان له عمل .

وقد طبق التقنين المدني الجديد هذه الأحكام تطبيقاً تشريعياً في حالة ما إذا كان التأمين الخاص رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً . ففي حالة الرهن الرسمي نصت المادة ١٠٤٨ مدني (وتقابلها المادة ٦٨٦/٥٦٢ من التقنين المدني السابق وهي تشمل على نفس الحكم) على ما يأتي : ١ - إذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً . فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل (١) . وفي الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد ، فلا يكون للدائن حق إلا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين . ٣ - وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضي وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر . وفي حالة رهن الحيازة قضت الفقرة الثانية من المادة ١١٠٢ مدني بأن تسري على رهن الحيازة أحكام المادة ١٠٤٨ سالفه الذكر .

٧٤ - سقوط الأجل لعرض تقديم المدين لتأمين وعمره : وهنا

يسقط الأجل بخطأ المدين ، إذ يكون قد التزم للدائن بتقديم تأمين خاص لدينه ، ثم أخل بهذا الالتزام ولم يقدم التأمين الموعود به (٢) . فيسقط الأجل في هذه الحالة

(١) ويلاحظ أن المشرع هنا لم يميز بين حالتي إضعاف المدين للتأمينات وضعف التأمينات لسبب أجنبي من حيث التأمين الذي يجب تقديمه ، ففي الحالتين يقدم المدين تأميناً كافياً . وقد رأينا في القاعدة العامة أن المدين في الحالة الأولى يطالب بتكليف التأمين الأصل ولو كانت قيمة هذا التأمين أعلى بكثير من الدين ، وفي الحالة الثانية لا يطالب إلا بتقديم تأمين كاف .

(٢) وفي التقنين المدني السابق لم يكن يوجد نص في هذه الحالة ، ولكن الحكم كان مطبقاً دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة (استثناء مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٨ — مصر الكلية الوطنية ٢ نوفمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ ص ٢٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٨ ص ٤٠٧ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٤ ص ٥٠٥) .

وفي التقنين المدني الفرنسي لا يوجد نص صريح في هذه الحالة ، ولكن الفقه والقضاء في فرنسا يذهبان مع ذلك إلى أن عدم تقديم التأمين الخاص الموعود به يسقط الأجل ، قياساً على -

دون أن ينتقص من الدين شيء في مقابلة سقوط الأجل ، لأن الأجل ، كما قدمنا ، قد سقط بخطأ المدين . يستطيع الدائن ، بعد سقوط الأجل وحلول الدين واستصدار حكم وأحب التنفيذ به ، أن يحصل بموجب هذا الحكم على حق اختصاص على عقارات المدين ، يحل محل التأمين الخاص الذي كان المدين قد وعده به دون أن يني بوعده .

ويلاحظ أن الدائن ذا الحق المؤجل ، حتى لو لم يكن له تأمين خاص أصابه ضعف ، وحتى لو لم يكن موعوداً بتأمين خاص لم يقدم ، له أن يطالب المدين بتأمين خاص إذا خشي إفلاسه أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول (م ٢/٢٧٤ مدني) . فاذا لم يقدم المدين التأمين الخاص الذي يوجبه القانون ، كان هذا سبباً في سقوط الأجل ، قياساً على حالة التأمين الموعود به والذي لم يقدم ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) . فالالتزام بتقديم تأمين خاص قد يكون مصدره الاتفاق أو القانون ، ويكون مصدره القانون في الحالة التي نحن بصدددها . وأياً كان مصدره ، فإن الإخلال به يكون سبباً في سقوط الأجل (٢) .

— حالة إضمار التأمين الخاص . ذلك أن من لم يقدم تأميناً خاصاً وعده لا يكون فحسب قد أضعف التأمين ، بل هو قد أعده أصلاً ، فن باب أولى يسقط الأصل (ديراندين ١١ فقرة ١٢٣ — ماركاديه ٤ فقرة ٥٧٦ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٩ — زرومبير ٣ م ١١٨٨ فقرة ١٨ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٧٧ — لوران ٢٧ فقرة ٢٠٤ — هيك ٧ فقرة ٢٨٨ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٠١٨ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٦ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٠) . وإذا وعد المدين بتقديم تأمين معين — رهن مثلاً — فلا يستطيع بارادته وحده أن يحل محله تأميناً آخر ولو كان كافياً أو معادلاً ككفالة . وإذا وعد بتقديم شخص معين كفيلاً فلا يستطيع كذلك أن يقدم شخصاً آخر ولو كان مليئاً مثله (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٧٨ — لارومبير ٣ م ١١٨٨ فقرة ١٨ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٠١٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٦ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٥١١ — جولان وكايتان ٢ فقرة ٦٦٤ ص ٤٥٤ — چوسران ٢ فقرة ٧٣٥) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٥ .

(٢) أنظر في أسباب سقوط الأجل الثلاثة السالفة الذكر ، شهر الإفلاس أو الإعسار وإضمار التأمينات أو ضعفها وعدم تقديم التأمين الموعود به ، المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١ — ص ٣٢ .

٧٥ - سقوط الأجل لأسباب أخرى : قدمنا أن موت المدين (١) قد

يكون سبباً لسقوط الأجل . وقد ورد نص صريح في كل من التقنين المدني العراقي (م ٢٩٦) وتقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ١١٤) يقضى بأن الدين يحل بموت المدين إلا إذا كان مضموناً بتأمينات عينية . أما في التقنين المدني المصري فالأصل أن الدين لا يحل بموت المدين ، بل يبقى الدين مؤجلاً في التركة . ومع ذلك إذا عين للتركة مصف (أنظر المادة ٨٧٦ مدني وما بعدها) فإنه يجوز للمحكمة ، بناء على طلب جميع الورثة ، أن تحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذي يستحقه الدائن ، مراعية في ذلك إعلان الدائن بسقوط الأجل - بشرط أن يكون قد انقضى منه ستة أشهر على الأقل - وأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان ، هذا إذا كان في الأجل مصلحة للدائن (م ٨٩٤ و م ٥٤٤ مدني) . أما إذا لم تجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل ، فإن الدين يبقى مؤجلاً على حاله ، وتتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة على الورثة ، بحيث يختص كل وارث من حصة ديون التركة ومن حصة أموالها بما يكون في نتيجته معادلاً لصافي حصته في الإرث (٢) .

ويسقط الأجل أيضاً بموجب نصوص قانونية في حالات خاصة ، كما في التطهير (أنظر المادة ١٠٦٤ مدني وما بعدها) .

وسنرى أنه إذا كان الأجل قضائياً - نظرة الميسرة - فإنه يسقط لأسباب أخرى فوق التي قدمناها ، فيسقط بالمقاصة القانونية ، ويسقط كذلك باقتدار المدين على الوفاء بدينه ، ويسقط أخيراً إذا نفذ أحد الدائنين الآخرين بحقه على أموال المدين . وسيتأتى بيان ذلك عند الكلام في نظرة الميسرة (٣) .

(١) أما موت الدائن فلا يكون سبباً لحلول الدين ، بل يبقى المدين ملتزماً نحو ورثة دائه ، وينتقل الدين إلى هؤلاء بالميراث مؤجلاً كما كان في حياة الدائن المورث .

(٢) أنظر المادة ٨٩٥ فقرة أول مدني . وتضيف الفقرة الثانية من هذه المادة ما يأتي : « وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فان استحالة تحقيق ذلك ، ولو باضافة ضمان تكميلي يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، رقت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها » .

(٣) هذا ويجوز للدائن أن ينزل عن حقه في التمسك بسقوط الأجل ، ويعتبر نزولاً ضمنيّاً أن -

وهناك حالة هي عكس الحالة التي يسقط فيها الأجل ، إذ فيها يحل الأجل فعلا ولكن لا يعتبر مع ذلك أنه قد حل لأن حلوله إنما حدث بطريق الغش من الدائن (١) . ويقع ذلك في التأمين على الحياة إذا انتحر الشخص المؤمن على حياته . فان الدائن في هذه الحالة يتعجل حلول الأجل بانتحاره عمداً ، فلا يعتبر الأجل قد حل ، وتبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين . وقد ورد في هذا الحكم نص صريح في التقنين المدني ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٧٥٦ على أن «تبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين إذا انتحر الشخص المؤمن على حياته» . كذلك إذا كان الدائن بمبلغ التأمين هو شخص غير المؤمن على حياته ، فانه لا يستحق مبلغ التأمين إذا تسبب عمداً في موت المؤمن على حياته ، لأنه يكون قد تعجل غشاً حلول الأجل ، فيعتبر الأجل غير حال بالرغم من حلوله فعلاً . ويستوى في ذلك أن يكون التأمين على حياة شخص غير المؤمن له أو يكون لصالح شخص غير المؤمن له . ونصت المادة ٧٥٧ من القانون في هذا الصدد على ما يأتي : ١ - «إذا كان التأمين على حياة شخص غير المؤمن له ، برئت ذمة المؤمن من التزاماته متى تسبب المؤمن له عمداً في وفاة ذلك الشخص ، أو وقعت الوفاة بناء على تخريض منه» . ٢ - «وإذا كان التأمين على الحياة لصالح شخص غير المؤمن له ، فلا يستفيد هذا الشخص من التأمين إذا تسبب عمداً في وفاة الشخص المؤمن على حياته ، أو وقعت الوفاة بناء

= يكون سبب ضعف التأمينات شوقاً قبل حصوله . فالدائن الذي يرتهن نصيباً شائعاً ، ويشترط تباعاً لظروف والملابسات طلب القسمة من أحد الشركاء غير المدين وما ينطوي عليه هذا الطلب من احتمال زوال الرهن ، يكون قد ترك نزولاً ضمنياً عن حقه في التمسك بسقوط الأجل إذا تحقق هذا الاحتمال (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٣ من ٣٥٠ وفقرة ١٠١٥ من ٣٥٦ - استئناف محتلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٢٢ ص ٢٥) .

وانظر في أن سقوط الأجل بالنسبة إلى المدين الأصل لا يترتب عليه سقوطه بالنسبة إلى مدين متضامن ولا إلى كفيل شخصي ولو كان متضامناً ولا إلى كفيل عيني ، ولكن يسقط لأجل بالائتمار إلى حائز المقار المرهون : بودري وبارد ٢ فقرة ١٠١٣ وفقرة ١٠١٧ وفقرة ١٠٣٩ - فقرة ١٠٤٠ - طلحا ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٢٣ ص ٢٥٦ .

(١) ويقابل ذلك اعتبار الشرط قد تخلف إذا عمل الدائن على تحقيقه غشاً . ولكن يلاحظ أن الأجل يعتبر أنه قد تخلف على سبيل التجوز ، فإن الأصل في الأجل أن يكون محقق الوقوع ، فاعتباره متخلفاً في حالة خاصة لا يبرره إلا غش الدائن .

على تحريض منه . فاذا كان ما وقع من هذا الشخص مجرد شروع في إحداث الوفاة ، كان للمؤمن له الحق في أن يستبدل بالمستفيد شخصاً آخر ولو كان المستفيد قد قبل ما اشترط لمصلحته من تأمين .

٧٦ — دلول الأجل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه : وقد يحل الأجل

قبل انقضائه ، لاسقوطه في الأحوال التي تقدم ذكرها ، بل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه ، المدين أو الدائن .

لذلك ينبغي . لمعرفة ما إذا كان النزول عن الأجل صحيحاً ، أن نتبين من له مصلحة فيه من الطرفين ، هل هو المدين أو هو الدائن ، وأيهما كانت له المصلحة يجوز له النزول عن الأجل لأنه إنما ينزل عن مصلحة له (١) .

وقد كان المشرع التمهيدى يشتغل على نص في هذه المسألة هو نص المادة ٣٩٧ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « ١ — يفترض في الأجل أنه ضرب لمصلحة المدين ، إلا إذا تبين من العقد أو من نص في القانون أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معاً . ٢ — إذا تمحض الأجل لمصلحة أحد الطرفين ، جاز لهذا الطرف أن يتنازل عنه بإرادته المنفردة » (٢) . وقد حذفت

(١) استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٩٠ — ٢ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٥ — ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٣ (جواز التمسك بالمقاصة بين دين مؤجل سقط الأجل بالنزول عنه ودين حال) .

أما الأجل الفاسخ فالأصل فيه أنه لمصلحة الدائن ، ولذلك يجوز له وحده أن ينزل عنه بإرادته المنفردة . على أن الأجل الفاسخ قد يكون لمصلحة الطرفين كما في الإيجار (إذا سلمنا بالأجل الفاسخ في العقود الزمنية) ، فلا يجوز النزول عنه أو عن بعضه إلا باتفاق الطرفين . وقد يكون المقعد غير لازم — كالوكالة — فيجوز للموكل أن يعزل الوكيل قبل انتهاء الأجل ، كما يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة قبل انتهاء الأجل كذلك ، على أن الوكالة إذا كانت بأجر فإن الموكل يكون ملازماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول ، وإذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي فلا يجوز للموكل أن ينهي الوكالة أو يقيد بها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٧١ ص ٢٤٠ — ص ٢٤١) .

(٢) ويتقابل هذا النص المادة ١٠١ / ١٥٥ من الترتيب المنقح السابق ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « إذا كان العهد أجلاً ، جاز للمعهد الوفاء قبل حلوله إلا إذا كان المقعد يمنع =

هذه المادة في لجنة المراجعة « لأن حكمها مستفاد من تطبيق المبادئ العامة » (١)، من أجل ذلك يكون هذا الحكم واجب التطبيق بالرغم من حذف النص . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى شرح واف لهذا الحكم تقتصر على إيرادها فيما يلى : « قد يضرب الأجل لمصلحة المدين وحده ، كما هو الشأن في عارية الاستهلاك بغير فائدة وعارية الاستعمال ، أو لمصلحة الدائن وحده ، كما هي الحال في الوديعة (٢) . أو لمصلحة الدائن والمدين معاً ، كما يقع ذلك في القرض بفائدة . ويفترض عند الشك أن الأجل مضروب لمصلحة المدين وحده (٣) . ومع ذلك فقد يستفاد من العقد كما يقع ذلك في القرض

« ذلك » . وبالرغم من غرض هذا النص ، فإنه كان يفسر بالمعنى الواضح الذى أتى به التقنين المدنى الجديد .

ويقابل النص في التقنين المدنى العراقى المادة ٢٩٤ وهى مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى . ويقابل في تقنين المرجبات والعقود البنائى النصوص الآتية : م ١٠٩ إن الأجل الموزع موضوع لمصلحة المدين ، إلا إذا استنتج العكس من الأحوال أو من نص العقد أو ماهيته أو القانون .

م ١١٠ - إذا كان الأجل موضوعاً لمصلحة الدائن أو لمصلحة الفريقين المشتركة ، فهو يمنع المدين من التنفيذ الاختيارى للموجب .

م ١١٢ - إن الفريق الذى يستفيد وحده من الأجل يمكنه أن يتنازل عنه بمجرد منيته . م ١/٣٠٣ - لا يجوز إجبار الدائن على قبول الإيفاء قبل الاجل ، إلا إذا كان موضوعاً لمصلحة المدين وحده .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠ فى الهامش .

(٢) ومع ذلك فإن المادة ٧٢٢ مدنى تنص على أنه « يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده . وللمودع عنده أن يلزم المودع أن يسلم الشيء فى أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع » (أنظر الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ذقنة ١٧١ ص ٢٤٢ هامش رقم ٢ - وانظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٥٢) .

(٣) حتى لو كان الدين تجارياً ، وإن كانت الديون التجارية يستخلص فيها بسهولة أن الأجل لمصلحة الطرفين معاً (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨٢ - فقرة ٩٨٣ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٣ - وانظر عكس ذلك وأن الأجل فى الديون التجارية مفروض فيه أنه لمصلحة الطرفين معاً : تولييه ٦ فقرة ٦٧٩ - لارومبيير ٣ م ١١٨٧ فقرة ٤) . وقد نصت

بفائدة (١)، أو من نص القانون كما هو الشأن في حق الانتفاع والإيراد المرتب مدى الحياة، أو من الظروف كما هي الحال في ودائع المصارف، إن الأجل قد ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الدائن والمدين معاً. فإذا كان الأجل مضرراً لمصلحة الدائن والمدين معاً، فلا يجوز لأحدهما أن يتفرد بالتنازل عنه، بل يشترط لذلك تراضيهما. أما إذا كان الأجل على نقيض ذلك مضرراً لمصلحة أحد الطرفين، فلمن شرط الأجل لمصلحته، دائماً كان أو مديناً، أن ينزل عنه بإرادته المنفردة. وتفرعاً على هذه القواعد لا تجوز الإقالة من الإجارة (وهي لمصلحة الطرفين) قبل انتهاء الأجل إلا بتراضى المؤجر والمستأجر، ويجوز للمستعير في عارية الاستعمال (وهي لمصلحة المستعير وحده) أن يرد الشيء قبل الأجل المحدد، ويجوز للمودع (والوديعة لمصلحته وحده) أن يطالب برد ما استودع قبل انقضاء أجل الإيداع» (٢).

= المادة ١٤٥ من التقنين التجارى على أنه «لا يجوز حامل كبيالة على استلام قيمتها قبل الاستحقاق». وانظر نفس القاعدة، في السندات تحت الإذن والسندات لحاملها، في المادة ١٨٩ من التقنين التجارى وهي تحيل على القواعد المطبقة في الكبيالات. ففى الكبيالات والسندات، دون غيرها من المسائل التجارية، يفرض القانون أن الأجل مشروط لمصلحة الطرفين.

وإذا أصدرت شركة أو شخص معنى عام (الدولة أو إحدى البلديات مثلاً) سندات وذكرت أنها تستهلك بطريق القرعة في مواعيد معينة، لم يستطع من أصدر هذه السندات أن يستهلكها قبل المواعيد المحددة وبطريقة القرعة الممينة إلا إذا كان الأجل لمصلحته وحده لا لمصلحة الطرفين، ومعرفة ما إذا كان الأجل في هذه الحالة لمصلحة المدين وحده أو لمصلحة الطرفين مسألة واقع ينحلها قاضى الموضوع من الظروف دون رقابة عليه من محكمة النقض (أنظر فى هذه المسألة بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٢ ص ٣٤١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٣٠٣ ص ٥١٣ هامش رقم ١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٩٩ — جوسران ٢ فقرة ٧٢٥ ص ٣٩٧).

(١) قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٤ ص ١٥١ هامش رقم ٢ — وقد يكون القرض بفائدة بين شخصين تربطهما علاقة وثيقة وأراد المقرض تقديم خدمة للمقرض، عند ذلك يستطيع قاضى الموضوع أن يستخلص أن الأجل، وإن كان القرض بفائدة، لمصلحة المدين وحده، فيستطيع هذا أن ينزل عنه. كذلك ليس كل دين بفائدة يكون الأجل فيه حتماً لمصلحة الطرفين، فالمشتري بضمن مؤجل وبفائدة قد يكون الأجل لمصلحته وحده، فله في هذه الحالة أن ينزل عن الأجل وأن يعجل الثمن فلا يدفع الفائدة عن المدة الباقية من الأجل (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨١ والهامش رقم ٢).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠ هامش رقم ١.

على أن التقنين المدني — استثناء من الأحكام المتقدم ذكرها — وضع قاعدة في القرض بفائدة أجاز فيها للمدين ، دون رضا الدائن ، أن ينزل عن الأجل بشروط معينة ، مع أن الأجل مقرر لمصلحة كل من المدين والدائن ، فكان الواجب ألا يجوز للمدين وحده أن ينزل عنه بغير رضا الدائن ، وذلك إمعاناً من المشرع في كراهية الربا . وقد وضع القانون لحق المدين في النزول عن الأجل دون رضا الدائن شروطاً فيها بعض التعويض على الدائن : (١) أن يكون قد انقضى على القرض ستة أشهر على الأقل يتقاضى فيها الدائن الفوائد المستحقة . (٢) أن يعلن المدين الدائن برغبته في إسقاط الأجل ورد ما اقترضه . (٣) أن يتم الرد فعلاً في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان . (٤) أن يؤدي الدائن للمدين فوائد ستة الأشهر التالية للإعلان (١) . وهذا ما تنص عليه المادة ٥٤٤ مدني في هذا الصدد : « إذا اتفق على الفوائد ، كان للمدين ، إذا انقضت ستة أشهر على القرض ، أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان . ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلاً من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض في الرد أو الحد منه » (٢) .

(١) وفي فرنسا صدر تشريع استثنائي (قانون ١٦ يولييه سنة ١٩٣٥ وأكل بمرسوم بقانون في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥) لا يطبق إلا على الديون المدنية والتجارية السابقة على نفاذه ، ويقضى بجواز تمجيل دفع الدين قبل الأجل ولو كان ينتج فوائد ، دون حاجة إلى رضا الدائن . واشترط هذا التشريع شروطاً تتعلق بوجوب إخطار الدائن بالدفع الممجل وانقضاء أربعة أسابيع على الأقل بعد الإخطار إلا إذا كان العقد الأصلي ينص على مدة أطول ، ويجوز أن يكون الوفاء الممجل جزئياً بشرط ألا يقل عن ربع الدين . وقد قصد التشريع أن يهيئ السبيل لمن استدان بفائدة مرتفعة — أثناء أزمة اقتصادية — أن يقى بالدين قبل حلول أجله ، ولو عن طريق اقتراض ما يقى به الدين بفائدة أقل (أنظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٧ مكررة — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٠٥١ — فقرة ١٠٥٣ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٥) .

(٣) أنظر في هذا المعنى المادة ٥١٢ من التقنين المدني السوري (وهي مطابقة) والمادة ٥٤٣ من التقنين المدني الليبي (وهي مطابقة) والمادة ٧٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ونصها ما يأتي : لا يجوز إجبار المقرض على رد ما يجب عليه قبل حلول الأجل المعلن بمقتضى =

وليس لحلول الأجل الواقف أثر رجعي كما هو الأمر في تحقق الشرط الواقف . فلا يعتبر الحق نافذاً من وقت الاتفاق ، بل من وقت حلول الأجل . وهذا مستفاد من أن الأجل أمر محقق الوقوع ، ويتفق في الوقت ذاته مع نية الطرفين (١) .

٧٨ — **الاجل الفاسخ** : وهنا أيضاً نتجاوز فنعتبر أن العقود الزمنية مقترنة بأجل فاسخ . فإذا حل الأجل ، بانقضائه أو بسقوطه (٢) أو بالانزول عنه ، فإن الحق ينفضي من تلقاء نفسه بحلول الأجل دون حاجة إلى حكم يصدر بذلك (٣) . ويجوز للطرفين مد الأجل غير مرة ، ولكن المد يكون باتفاق جديد (٤) .

ويترتب على أن الحق يزول بحلول الأجل أن جميع التصرفات التي أجراها صاحب الحق تزول بزواله ، فالإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار مثلاً يزولان بزوال الإيجار الأصلي . وزول الحق بحلول الأجل حتى لو كان قد انتقل من الدائن إلى خلف عام أو إلى خلف خاص .

(١) المرجع للمؤلف فقرة ٤٨٩ .

(٢) ويمكن تصور سقوط الأجل الفاسخ ، إذا تجوزنا وسلمنا بهذا الأجل في العقود الزمنية ، في بعض الحالات الخاصة ، نذكر منها على سبيل المثال : (١) إذا مات المستأجر ، فإنه يجوز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تحملها مواردهم أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم (م ٦٠١ / ٢ مدني) . (ب) إذا لم يعقد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات ، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد (م ٦٠٢ مدني) . وانظر أيضاً في الإيجار المواد ٦٠٣ و ٦٠٤ و ٦٠٧ و ٦٠٨ و ٦٠٩ . (ج) يجوز للمعير أن يطلب في أي وقت إنهاء المعارية في الأحوال الآتية : ١ - إذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء لم تكن متوقعة . ٢ - إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه . ٣ - إذا أعسر المستعير بعد انقضاء المعارية أو كان معسراً قبل ذلك دون علم من المعير (م ٦٤٤ مدني) . ٤ - تنتهي المعارية بموت المستعير ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك (م ٦٤٥ مدني) .

(٣) ديمولوب ٢٥ فقرة ٥٦٩ — لوران ١٧ فقرة ١٧٩ — هيك ٧ فقرة ٢٨٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٣ .

(٤) هيك ٧ فقرة ٢٨٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٣ .

ويكون انقضاء الحق بحلول الأجل دون أثر رجعي ، بخلاف قد قررناه في تحقق الشرط الفاسخ ، فيعتبر الحق قد انقضى من وقت حلول الأجل الا من وقت الانفاق ، وبذلك يتميز الحق المقترن بأجل فاسخ عن الحق المعلق على شرط فاسخ . فالحق الأول يعلم بوجوده قبل حلول الأجل ، أما الحق الآخر فيعتبر قد زال منذ البداية وكأنه لم يكن . وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة ٢٧٤ مدني صراحة إلى انعدام الأثر الرجعي لحلول الأجل الفاسخ ، فنصت على أنه « يترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي (١) .

•••

٧٩ - مقارنة بين الشرط والامل : بعد أن بسطنا أحكام كل من الشرط والأجل ، نعقد مقارنة موجزة بينهما . فهناك موافقات : كما أن هناك مفارقات .

أما الموافقات الجوهرية فتتلخص في أمرين :

- (١) أن كلا من الشرط والأجل أمر مستقبل .
- (٢) وأن كلا منهما ينقسم إلى واقف وفاسخ ، هذا مع التجوز المعهود في الأجل الفاسخ فيما يتعلق بالعقود الزمنية .

وأما المفارقات الجوهرية فتتلخص في الأمور الآتية :

- (١) الشرط أمر غير محقق الوقوع ، أما الأجل فأمر محقق الوقوع .
- (٢) الحق المعلق على شرط واقف حق موجود ولكنه ناقص . أما الحق لمقترن بأجل وانف فحق موجود كامل الوجود .
- (٣) الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود على خطر الزوال ، أما الحق المقترن بأجل فاسخ فحق مؤكد الزوال .
- (٤) لتحقيق الشرط ، كقاعدة عامة ، أثر رجعي ، أما حلول الأجل فليس له هذا الأثر .

(١) أنظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية

وتزد كل هذه الفروق إلى فكرة واحدة ، هي أن الشرط أمر غير محقق الوقوع : ومن ثم فالحق المعلق على شرط واقف حق ناقص ، والحق المعلق على شرط فاسخ حق على خطر الزوال . ولتحقق الشرط أثر رجعي تأولا لنية الطرفين أمام أمر غير محقق الوقوع . والأجل أمر محقق الوقوع . ومن ثم فالحق المقترن بأجل واقف حق كامل الوجود ، والحق المقترن بأجل فاسخ حق مؤكد الزوال ، وليس لحلول الأجل أثر رجعي إذ لا محل لتأول نية الطرفين على هذا الوجه أمام أمر محقق الوقوع .

الباب الثاني

تعدد محل الالتزام

٨٠ - الالتزام بمصدر المحل والالتزام التخييري والالتزام البدلي :

قد يتعدد محل الالتزام ، فيكون هذا التعدد وصفاً (modalité) في الالتزام (١). والالتزام الموصوف على هذا النحو أنواع ثلاثة : (١) التزام متعدد المحل (obligation conjointe) (٢) والالتزام تخييري (obligation alternative) (٣) والالتزام بدلي (obligation facultative) (٢).

(١) أما إذا كان المدين ملزماً بأداءات (prestations) متعددة . كل منها تتميز عن الآخر ، كان هناك التزامات متعددة ، وليس محالاً متعددة لالتزام واحد ، حتى لو كان لهذه الالتزامات المتعددة مصدر واحد ، وذلك كمقد البيع ينشئ في جانب البائع التزامات متعددة ، منها التزام بنقل الملكية ، ومنها التزام بالتسليم ، ومنها التزام بضمان الاستحقاق ، ومنها التزام بضمان العيوب الخفية (أوبرى ورو ؛ فقرة ٣٠٠ ص ٦٨) .

(٢) وقد يتعدد المحل ومع ذلك يتكون من جميع المحال وحدة مقصودة ، كبيع مجموعة من الصور وغرفة للطعام أو للنوم أو للاستقبال ونحو ذلك ، فهنا يكون الالتزام ذا محل واحد لا يتجزأ . وكذلك قد يكون محل الالتزام واحداً ولكن تنفرق أجزاؤه ، كبيع كتاب من أجزاء متعددة ، ويكون الالتزام هنا من باب أول ذا محل واحد لا يتجزأ . ويلاحظ إن عدم تجزئة المحل في صورتين المتقدمتين ليس هو عدم التجزئة الذي سنبينه في تعدد أطراف الالتزام ، فإن عدم تجزئة المحل لا يكون وصفاً في الالتزام يقتضى أحكاماً خاصة به إلا إذا تعددت أطراف الالتزام من مدين أو دائن ، أما عدم تجزئة المحال المتعددة مع بقاء كل من المدين والدائن واحداً لا يعتمد فليس إلا تعبيراً آخر للقول بأن الوفاء الجزئي لا يجوز ، وهذا أيضاً صحيح حتى لو كان محل الالتزام شيئاً واحداً ، تفرقت أجزاؤه أو لم تنفرق (أنظر في هذا المعنى دى بياج ٣ فقرة ٢٦٧ وفقرة ٢٧٢) .

ويقول أوبرى ورو : إذا التزمت باعطاء حصاني وبقرتي فالالتزام متعدد المحل ، ويكون الالتزام بسيطاً إذا التزمت باعطاء المواشي التي أملكها ، وكذلك يكون الالتزام بسيطاً إذا التزمت برد رأس المال مع فوائده (أوبرى ورو ؛ فقرة ٣٠٠ ص ٦٨ هامش رقم ١) .

فالالتزام متعدد المحل هو التزام واحد ولكنه ذو محل متعدد . كالمقايض يلتزم باعطاء المقايض معه أرضاً ومعدلاً (soulte) للمقايضة هو مبلغ من النقود في مقابل أن يعطيه المتقايض الآخر داراً . فهنا يلتزم المتقايض الأول باعطاء المتقايض معه أرضاً ومبلغاً من النقود ، فالالتزام واحد مصدره عقد المقايضة . وهو في الوقت ذاته متعدد المحل لأن المدين ملتزم أن يعطي شيئين لا شيئاً واحداً : الأرض ومبلغ النقود . وليس لهذا النوع من الوصف أثر كبير في الالتزام ، ولا توجد فروق هامة ما بين الالتزام متعدد المحل و الالتزام ذي المحل الواحد . ففي الالتزامين يجب على المدين أن يؤدي للدائن محل الالتزام كاملاً إذا كان واحداً ، أو جميع محال الالتزام إذا كانت متعددة ، ولا تقبل التجزئة في الوفاء (paiement partiel) ، فلا تجوز تأدية جزء من المحل الواحد أو محل من المحال المتعددة دون رضا الدائن . والهلاك الجزئي — بأن يهلك جزء من المحل الواحد أو من المحال المتعددة — حكمه واحد في الالتزامين ، وينقسم في كل منهما الثمن أو المقابل أياً كان على الجزء الهالك والجزء الباقي وفقاً لأحكام الهلاك الجزئي . ويجوز فسخ العقد في الحالتين إذا بقي جزء من المحل الواحد أو من المحال المتعددة دون وفاء (١) . على أن الالتزام ذا المحل الواحد يكون عقاراً أو منقولاً تبعاً لطبيعة هذا المحل ، ففي المثل المتقدم يكون التزام المتقايض الآخر — وقد التزم باعطاء دار — عقاراً . أما الالتزام ذو المحل المتعدد فيكون عقاراً أو منقولاً تبعاً لطبيعة المحال المتعددة جميعاً ، فقد يكون بعضها عقاراً وبعضها منقولاً كما في حالة المقايض إذا التزم باعطاء أرض ومبلغ من النقود ، فيكون الالتزام لا عقاراً محضاً ولا منقولاً محضاً بل هو مختلط (mixte) بعضه عقار وبعضه منقول (٢) .

(١) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٩ .

(٢) لاروميير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٥ — لوران ١٧ فقرة ٢٢٤ — فقرة ٢٢٥ —

بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٤٧ — چوسران ٢ فقرة ٧٤٤ .

والفقه الإسلامي يعنى عناية خاصة بالالتزام ذي المحل المتعدد، ويميز تمييزاً واضحاً بين التزام محله أشياء متعددة كلها واجبة الأداء وبين التزام محله أشياء متعددة أحدها وحده هو الواجب الأداء بحسب اختيار المدين ويسمى هذا بخيار التعيين (البدائع جزء ٥ ص ١٥٦ - ص ١٥٨) .

وستعود إلى خيار التعيين عند الكلام في الالتزام التخييري .

أما الالتزام الذي يكون محله أشياء متعددة كلها واجبة الأداء فيفصل الفقه الإسلامي أحكامه في كثير من الأسباب ، ويحرص فيه بوجه خاص على عدم تفريق الصفقة ، ثم إذا هي تفرقت

والالتزام التخييري هو التزام متعدد المحل ، ولكن واحداً فقط من هذه

يحرص على عدم جهالة الثمن فيما تفرقت الصفقة فيه . « فإذا أوجب (البائع) في المبدئين فقبل (المشتري) في أحدهما ، بأن قال البائع للمشتري بعت منك هذين المبدئين بألف درهم ، فقال المشتري قبلت في هذا المبد وأشار إلى واحد معين ، لا ينمقد ، لأن القبول في أحدهما تفريق الصفقة على البائع ، والصفقة إذا وقعت مجتمعة من البائع لا يملك المشتري تفريقها قبل التمام . لأن من عادة التجار ضم الرديء إلى الجيد ترويحاً للرديء بواسطة الجيد ، فلو ثبت للمشتري ولاية التفريق لقبيل في الجيد دون الرديء ، فيتضرر به البائع والضرر منفي . ولأن غرض الترويح لا يحصل إلا بالقبول فيهما جميعاً ، فلا يكون راضياً بالقبول في أحدهما . ولأن القبول في أحدهما يكون إعراضاً عن الجواب بمنزلة القيام عن المجلس . . . ثم إذا قبل المشتري بعض ما أوجبه البائع كان هذا شراء مبتدأ من البائع ، فإن اتصل به الإيجاب من البائع في المجلس فينظر : إن كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن جاز ، وإلا فلا . بيانه أنه إذا قال بعت منك هذين الكرئين بعشرين ، بيع كل كر بعشرة تماثل قفزان الكرئين . وكذلك إذا قال بعت منك هذين المبدئين بألف درهم . فقبل المشتري في أحدهما وبين ثمنه ، فقال البائع بعت ، يجوز . فأما إذا لم يبين ثمنه لا يجوز ، وإن ابتدأ البائع الإيجاب . بخلاف مسألة الكرئين وسائر الأشياء المتماثلة ، لما ذكرنا أن الثمن في المثليات ينقسم على المبيع باعتبار الأجزاء ، فكان حصة كل واحد معلوماً . وفيما لا مثل له لا ينقسم الثمن على المبيع باعتبار الأجزاء لانعدام تماثل الأجزاء ، وإذا لم ينقسم بقيت حصة كل واحد منهما من الثمن مجهولة ، وجهالة الثمن تمنع صحة البيع . هذا إذا لم يبين البائع حصة كل واحد من المبدئين ، بأن قال بعت منك هذين المبدئين بألف درهم . فأما إذا بين بأن قال بعت منك هذين المبدئين هذا بألف وهذا بخمسمائة ، فقبل المشتري في أحدهما دون الآخر ، جاز البيع لانعدام تفريق الصفقة من المشتري ، بل البائع هو الذي فرق الصفقة حيث سمى لكل واحد منهما ثمناً على حدة ، وعلم أنه لا ضرر له فيه ، ولو كان فهو ضرر مرضى به وأنه غير مدفوع » (البدائع جزء ٥ ص ١٣٦ — ص ١٣٧) .

ويعني الفقه الإسلامي — من حيث تكوين العقد أيضاً — بفكرة أن الالتزام ذا المحل المتعدد ، وهو صفقة واحدة ، إذا داخله بطلان في بعض محاله المتعددة ، قد يختل باختلال وحدة الصفقة . فلو جمع البائع « بين ما هو مال وبين ما ليس بمال في البيع ، بأن جمع بين حر وعبد أو بين عصير وخمر أو بين ذكية وميتة ، وباعهما صفقة واحدة ، فإن لم يبين حصة كل منهما من الثمن ، لم يتعد العقد أصلاً بالإجماع . وأن بين ، فكذلك عند أبي حنيفة . وعندها (أى عند أبي يوسف ومحمد صاحبى أبي حنيفة) يجوز في العصير والعبد والذكية ، ويطلق في الحر والخمر والميتة . . . وجه قولها أن الفساد بقدر الفساد لأن الحكم يثبت بقدر العلة ، والفسد خص أحدهما فلا يتعمم الحكم على خصوص العلة ، فلو جاء الفساد إنما يجيء من قبل جهالة الثمن ، فإذا بين حصة كل واحد منهما من الثمن فقد زال هذا المعنى أيضاً . . . ولأبي حنيفة رضى الله عنه أن الصفقة واحدة وقد فدت في أحدهما فلا تصح في الآخر ، والدليل على أن الصفقة واحدة أن لفظ البيع والشراء لم يتكرر والبائع واحد والمشتري واحد ، وتفرق الثمن وهو التسمية لكل واحد منهما لا يمنع اتحاد الصفقة ، دل على أن الصفقة واحدة . وقد فدت في أحدهما يقيّن لخروج الحر والخمر والميتة عن محلة البيع بيقين : فلا يصح في الآخر لاستحالة كون =

المحال المتعددة هو الواجب الإداء ، لا المحال جميعاً كما في الصورة السابقة .
فاذا التزم شخص لآخر باعطائه إما أرضاً أو سيارة ، كان الالتزام هنا تخييرياً ،
وكان محل الالتزام هو الأرض أو السيارة بحسب اختيار المدين أو الدائن ،
وليس المحل هو الأرض والسيارة معاً .

يبقى الالتزام البدلي ، وهو التزام غير متعدد المحل على النحو السابق ، بل
له محل واحد ، ولكن يستطيع المدين أن يؤدي شيئاً آخر بدلاً منه فيقضى
بذلك التزامه . فاذا التزم شخص لآخر باعطائه داراً ، واحتفظ لنفسه بالحق في أن
يعطيه إذا شاء أرضاً بدلاً من الدار ، كان الالتزام بدلياً . وهنا يكون محل
الالتزام شيئاً واحداً هو الدار ، ولكن يجوز للمدين أن يستبدل بالدار الأرض
للوفاة بالتزامه ، ولا يستطيع الدائن أن يرفض هذا الوفاء .

= الصفقة الواحدة صحيحة وفاسدة ، ولهذا لم يصح إذا لم يسم لكل واحد منهما ثمناً فكذا إذا
سمى لأن التسمية وتفريق الثمن لا يوجب تعدد الصفقة لاتحاد البيع والماعدين ... ولأنه لما جمع
بينهما في الصفقة فقد جعل قبول العقد في أحدهما شرط القبول في الآخر ، بدليل أنه لو قبل
العقد في أحدهما دون الآخر لا يصح ، والحر لا يحتمل قبول العقد فيه فلا يصح القبول في
الآخر ... ولأن في تصحيح العقد في أحدهما تفريق الصفقة على البائع قبل التمام ، لأنه أوجب
البيع فيهما فالقبول في أحدهما يكون تفريقاً وهذا لا يجوز ... ثم إذا جاز البيع في أحدهما
عندهما (أى عند صاحبيه) فهل ينبت الخيار فيه ؟ إن علم بالحرمان يثبت لأن الصفقة تفرقت
عليه ، وإن لم يعلم لا لأنه مضى بالتفريق » (البدائع جزء ٥ ص ١٤٥ — ص ١٤٦) .

وتفرقت الصفقة أيضاً حتى التي يعنى بها الفقه الإسلامي في تقرير أحكام العقد بعد انعقاده صحيحاً ،
فاذا هلك بعض المبيع قبل القبض هلك على البائع ، ثم ينظر : « إن كان النقصان نقصان قدر ،
بأن كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً ، ينسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن ، لأن
كل قدر من المقدرات معقود عليه فيقابله شيء من الثمن ، وهلال كل المعقود عليه بوجب
انفساخ البيع في الكل وسقوط كل الثمن ، فهلاك بعضه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره .
والمشترى بالخيار في الباقي ، إن شاء أخذه بحصته من الثمن ، وإن شاء ترك لأن الصفقة قد تفرقت
عليه » (البدائع جزء ٥ ص ٢٣٩) . وللبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، فلو باع « شيئين
صفقة واحدة ، وسمى لكل واحد منهما ثمناً ، فنقد المشتري حصة أحدهما ، كان للبائع حبسهما
حتى يقبض حصة الآخر لما قلنا ، لأن قبض أحدهما دون الآخر تفريق الصفقة الواحدة في حق
القبض ، والمشتري لا يملك تفريق الصفقة الواحدة في حق القبول بأن يقبل الإيجاب في أحدهما
دون الآخر ، فلا يملك في حق القبض أيضاً ، لأن للقبض شبهة بالعقد . وكذلك لو أبرأه من
حصة أحدهما ، فله حبس الكل لاستيفاء الباقي لما ذكرنا » (البدائع جزء ٥ ص ٢٥٠) .

وظاهر من هذه النصوص التي قدمناها أن أحكام الفقه الإسلامي في الالتزام ذي المحل المتعدد
متقبولة بوجه عام ، ويمكن تخريجها على المبادئ العامة في القانون الحديث .

ونرى مما تقدم أن هناك تدرجاً تصاعدياً في تعدد المحل ما بين الالتزام البدلى والالتزام التخييري والالتزام ذى المحل المتعدد . ففي الالتزام البدلى محل الالتزام (objet in obligatione) ، واحد ، ولكن يوجد شيء آخر يحل محله عند الوفاء (objet in facultate solutionis) . ويرقى الالتزام التخييري مرتبة في تعدد المحل ، فمحل الالتزام متعدد - شيئان أو أكثر لا شيء واحد - ولكن الواجب الأداء من هذه الأشياء المتعددة هو شيء واحد . ثم يرقى الالتزام ذو المحل المتعدد المرتبة العليا في تعدد المحل ، فمحل الالتزام متعدد - شيئان أو أكثر - والواجب الأداء هو كل هذه الأشياء المتعددة (١) .

ولما كان الالتزام ذو المحل المتعدد لا يكاد يفارق الالتزام ذا المحل الواحد ، وتكاد تكون أحكام كل منهما واحدة ، فإنه لا توجد أهمية خاصة لأفراده بالبحث (٢) . والذي يجب أن يفرد بالبحث - لأن الوصف فيه ذو أثر بالغ - هو الالتزام التخييري ثم الالتزام البدلى ، ونبحثهما في فصلين متعاقبين .

(١) أنظر في ذلك دى باج ٣ فقرة ٢٦٨ .

(٢) ويميز تقنين الموجبات والعقود اللبثاني ، في « الموجبات ذات المراسيع المتعددة » ، « بين الموجب المتلازم » وهو الذى ندعوه بالالتزام ذى المحل المتعدد ، « والموجب التخييري » أى الالتزام التخييري ، « والموجب الاختياري » أى الالتزام البدلى . فتنص المادة ٣٠٣ من هذا القانون على « أن الموجبات ذات المواضع المتعددة تكون متلازمة أو تختيارية أو اختيارية » . وتنص المادة ٣٠٤ على أن « الموجب المتلازم هو الذى يكون موضوعه مشتملا على جملة أشياء تجب معاً بحيث لا تبرأ ذمة المدينون إلا بأدائها كلها » . وتنص المادة ٣٠٥ على « أن الموجبات المتلازمة خاصة للأحكام المختصة بالموجب البسيط » . .

الفصل الأول

الالتزام التخييري*

(Obligation alternative)

٨١- قيام وصف التخيير وأحكامه : التخيير بين محلين أو أكثر للالتزام الواحد وصف يقوم بالالتزام كما قدمنا . فيجب أن نعرف ما هو ، ومن أى مصدر ينشأ ، ومن طرفى الالتزام يثبت له الخيار . ثم نعرف بعد ذلك ما هى أحكام الالتزام التخييري .

فنبحث إذن مسألتين : (١) قيام وصف التخيير (٢) أحكام الالتزام التخييري (١) .

الفرع الاول

قيام وصف التخيير

٨٢- النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٥ من التقنين المدني على ما يأتى :

« يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة

(*) مراجع : بنكاز Bonnecase نكلة بودرى ٢ فقرة ٧٦٠ وما بعدها — مقال له فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ١٠٩٢ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٢ — فقرة ١١٠٦ — بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٤٨ — فقرة ١٠٥١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠٠ — فقرة ٨٠٣ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٣ — ٢٨٢ — بلانيول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ١٣١٩ — فقرة ١٣٢٢ — كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٦٧٨ — چوسران ٢ فقرة ٧٤٥ — فقرة ٧٤٦ .

(١) ويقول دى باج إنه بالرغم من أن الالتزام التخييري ليس كثير الوقوع فى الحياة العملية ، فإنه يثير صعوبات جدية من ناحية الصناعة القانونية (دى باج ٣ فقرة ٢٧٣ ص ٢٦٩) .

تامة إذا أدى واحداً منها ، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو بتفق المتعاقدان على غير ذلك (١) .

وبقابل هذا النص المادة ١٥٠/٩٦ من التقنين المدني السابق (٢) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٥ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٩٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٥٦ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، غير أن النص في المشروع التمهيدى كان مقسوماً إلى فقرتين ، فاندجت الفقرة الثانية في الفقرة الأولى في لجنة المراجعة . وعرض على لجنة المراجعة اقتراح محكمة مصر من إضافة نص يجعل أثر التخيير يستند إلى وقت الالتزام ، فلم تر اللجنة ضرورة لهذا النص لإمكان استخلاص حكم من المبادئ العامة ، وأصبحت المادة رقمها ٢٨٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٥ (بجمرة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧ وص ٣٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٩٦ / ١٥٠ : إذا كان التعهد بعمل أحد شيئين فأكثر ، فالخيار للمتعهد ، إلا إذا وجد نص صريح في التعهد أو في القانون يقضى بخلاف ذلك . ولا فرق في الأحكام ما بين التقنينين الجديد والقديم . وقد كان التقنين القديم يفغل ذكر الالتزام البدلي ، ويكتفى من النصوص فيما يتعلق بالالتزام التخييري في غير ضبط ولا تحديد . وقد تكفل التقنين المدني الجديد بهذا الضبط ، فبين من يستعمل الخيار إذا امتنع من الحق في مباشرته ، ووضع نظاماً أدنى إلى المنطق في آثار استحالة التنفيذ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « عند المشروع - فيما يتعلق بالأوصاف الخاصة بتعدد محل الالتزام - إلى الجمع بين الالتزام التخييري والالتزام البدلي في الفصل المنفود منها ، مقتدياً ذلك بالتقنين اللبناني . ولعل في دقة التفريق بين هذين الضربين من الالتزام ما يمنع من الأفضاء عن أهال التقنين المصري والتقنين الفرنسي ، بر والمشروع الفرنسي الإيطالي ، للالتزامات البدلية . ومع أن أحكام الالتزام التخييري ظفرت بحظ موفور من التفصيل في نصوص التقنين الحالي (السابق) - إذ اختصت بما لا يقل عن مواد أربع - إلا أنها كانت بحاجة إلى شيء من الضبط والتحديد . وقد تكفل المشروع بذلك ، فعين كيفية إعمال حق الخيار بين محل التخيير إذا امتنع من ثبوت له هذا الحق من المساقين عن مباشرته ، ووضع لآثار استحالة التنفيذ نظاماً أدنى إلى المنطق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٧٥ (مطابقة المادة ٢٧٥

من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٢ (مطابقة المادة ٢٧٥ من التقنين المدني المصري) .

ويستخلص من النص المتقدم أن وصف التخيير يقوم متى شمل محل الالتزام أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها ، وأن خيار التعيين يكون في الأصل للمدين إلا إذا قضى المصدر الذي ينشأ منه - الاتفاق أو القانون - بأن الخيار يكون للدائن أو للغير .

فنبحث إذن : (١) متى يقوم وصف التخيير (٢) من له خيار التعيين ومصدر هذا الخيار .

§ ١ - متى يقوم وصف التخيير

٨٣- (١) **تعدد منطقة الالتزام التخييري** : ليكون الالتزام تخييرياً فيقوم به وصف التخيير ، يجب توافر شروط ثلاثة : (١) يتعدد محل الالتزام فيكون للالتزام محلان أو أكثر . (٢) ويتوافر في كل محل منها الشروط الواجب توافرها في المحل . (٣) ويكون الواجب الأداء ، حتى تبرأ ذمة المدين براءة تامة من التزامه ، محلاً واحداً من هذه المحال المتعددة .

٨٤- (١) **تعدد محل الالتزام** : يجب أن يكون محل الالتزام متعدداً كما قدمنا . فيصح أن يلتزم البائع للمشتري أن يبيع منه الدار أو الأرض . ويصح

= التقنين المدني العراقي م ٢٩٨ : ١ — يصح أن يكون محل الالتزام أحد أشياء قيمة أو مثلية من أجناس مختلفة ، ويكون الخيار في تعيينه للمدين أو للدائن . ٢ — وإذا أطلق خيار التعيين فهو للمدين ، إلا إذا قضى القانون أو اتفق المتعاقدان على أن الخيار يكون للدائن . (ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين المصري والتقنين العراقي رغم اختلاف العبارة . أنظر في التقنين العراقي الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٦٣ — فقرة ١٦٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٥٦ : الموجب التخييري هو الذي يكون موضوعه مشتملاً على جملة أشياء تبرأ ذمة المدين تماماً بأداء واحد منها . وللمدين وحده حق الاختيار ما لم يكن ثمة نص مخالف . (ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين المصري والتقنين اللبناني رغم اختلاف العبارة . ويقول التقنين اللبناني إن حق الاختيار للمدين ما لم يكن ثمة نص مخالف ، والمقصود بالنص هنا الاتفاق (stipulation) كما يفهم من الرجوع إلى الأصل الفرنسي للمادة ٥٦ ، أما نص القانون فن البديهي أنه إذا وجد وجعل الخيار للدائن فإنه يجب اتباعه) .

أن يلتزم الشريك بتقديم حصته في الشركة مبلغاً من النقود أو أرضاً أو سيارة أو أسهماً أو سندات أو غير ذلك . ونرى من ذلك أن محل الالتزام قد يكون شيئين ، وقد يكون أكثر من شيئين (١) . كذلك يصح أن يكون شيئاً غير معين بالذات

(١) وخيار التعيين في الفقه الإسلامي — وهو الذي يقابل التخيير في الالتزام التخييري — لا يجوز أن يقع على أكثر من أشياء ثلاثة ، ونزّم فيه ذكر المدة التي يتم فيها الخيار على خلاف في الرأي ، ويكون الخيار إما للمشتري أو . نَحْ حسب الشرط . جاء في المبسوط للرخي (جزء ١٣ ص ٥٥) : « ولو اشترى ثوبين من واحد منهما بعشرة دراهم ، على أنه بالخيار ثلاثة أيام يملك أيهما شاء ويرد الآخر ، جاز العقد عندنا استحساناً . وكذلك هذا في ثلاثة أثواب ، وفيما زاد على الثلاثة العقد فاسد ... وجه الاستحسان أن هذه الجهالة لا تقضي إلى المنازعة لأنه شرط الخيار لنفسه ، وحكم خياره يستند بالتعيين ، والجهالة التي لا تقضي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد ... فقد يشتري الإنسان لعياله ثوباً ولا يعبئ به أن يحمل عياله إلى السوق ولا يرضى البائع بالتسليم إليه ليحمله إلى عياله بغير عقد ، فيحتاج إلى مباشرة العقد بهذه الصفة . وهذه الحاجة مقصورة على الثلاث ، لأن كل نوع يشتمل على أوصاف ثلاثة ، جيد ووسط ووردي ، فإذا حل الثلاثة إلى أهله تم المقصود . فأخذنا فيما زاد على ذلك بالقياس لعدم الحاجة فيه .. ثم نص في هذا الموضع على تقدير الخيار بثلاثة أيام ، وهو الصحيح ، لأن هذا خيار ثبت بالشرط فلا بد فيه من إعلام المدة ، وإن أطلق ذلك في غير هذا الموضع . وجاء في البدائع للكاساني (جزء ٥ ص ١٥٧) في خصوص المدة ما يأتي : « وهل يشترط بيان المدة في هذا الخيار ؟ اختلف المشايخ فيه لاختلاف ألفاظ محمد في هذه المسألة في الكتب ، فذكر في الجامع الصغير على أن يأخذ المشتري أيهما شاء وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام ، وذكر في الأصل على أن يأخذ أيهما شاء بألف ولم يذكر مدة الخيار . فقال بعضهم لا يجوز هذا البيع إلا بذكر مدة خيار الشرط ، وهو ثلاثة أيام فادونها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما الثلاث وما زاد عليها بعد أن يكون معلوماً ، وهو قول الكرخي والطحاوي رحمهما الله . وقال بعضهم يصح من غير ذكر المدة . وجه قول الأولين أن المبيع لو كان ثوباً واحداً معيناً وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة بالإجماع ، فكذا إذا كان واحداً غير معين ، والجامع بينهما أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وأنه مفسد للبيع ... وجه قول الآخرين أن توقيت الخيار في العين إنما كان شرطاً لأن الخيار فيه يمنع ثبوت الحكم للحاجة إلى دفع العين بواسطة التأمل فكان في معنى الاستثناء ، فلا بد من التوقيت ليصح استثناء ذلك في الوقت عن ثبوت حكم البيع فيه ، وخيار التعيين لا يمنع ثبوت الحكم في أحدهما غير عين وإنما يمنع تعيين المبيع لا غير ، فلا يشترط له بيان المدة والله سبحانه وتعالى أعلم . والدليل على التفرقة بينهما أن خيار الشرط لا يورث على أصل أصحابنا ، وخيار التعيين يورث بالإجماع . هذا وكون الخيار يجوز أن يكون للبائع إنما جاء على سبيل الاستحسان ، جاء في فتح القدير للكمال بن الهمام (جزء ٥ ص ١٣١) : « وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشيء له حاضراً أو غائباً ، ظهر أنه لا يجوز للبائع ، بل يختص خيار التعيين بالمشتري ، لأن البائع لا حاجة له إلى اختيار الأوفق =

كالنقود ، أو عيناً معينة عقاراً أو منقولاً . وبصح أن يجمع التعدد هذه كلها ، فيكون محل الالتزام نقوداً وعقاراً ومنقولاً . بل يصح أن يكون محل الالتزام

= والأرفق لأن المبيع كان مع قبل البيع وهو أدنى بما لاه منه ، فبرد جانب البائع إلى القياس ، فلهذا نص في المبرر على أنه لا يجوز في جانب البائع . وذكر الكرخي أنه يجوز استحساناً ، لأنه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياساً على الشرط .

وحكم البيع مع خيار التعيين أنه غير لازم لمن له الخيار سواء كان المشتري أو البائع . جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٦١) في حالة ما إذا كان الخيار للمشتري : « الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير لازم ، وللمشتري أن يرددها جميعاً ، لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية ، فيمنع لزوم الملك ، فكان محتملاً للفسخ . وهذا لأن جواز هذا النوع من البيع إنما يثبت بتعامل الناس لخاجتهم إلى ذلك لما بينا فيما تقدم ، ولا تنعدم حاجتهم إلا بعد اللزوم لأنه عسى لا يوافقه كلاهما جميعاً فيحتاج إلى ردها » . وجاء أيضاً (ص ٢٦٣) في حالة ما إذا كان الخيار للبائع : « وللبائع أن يفسخ البيع لأنه غير لازم » .

ويبدو أن خيار التعيين يكون مقترناً بخيار الشرط . وهذا ما يعلل أن البيع المقترن بخيار التعيين يكون غير لازم على النحو الذي قدمناه ، وعدم لزومه إنما جاء من خيار الشرط المقترن بخيار التعيين لا من خيار التعيين ذاته . وهذا ما يعلل أيضاً أن خيار التعيين ينتقل إلى الورثة ولكن البيع يكون لازماً لهم خلافاً للمورث ، وذلك لأن خيار الشرط المقترن بخيار التعيين لا يورث ، فينقطع هذا الخيار عن الورثة ومن ثم يلتزمهم البيع ، ويبقى لهم خيار التعيين وحده دون خيار الشرط . وهذا ما يعلل أخيراً أن الشئيين إذا تعييا معاً في يد المشتري وكان له خيار التمين ، فللمشتري أن يأخذ أيهما شاء بثمنه وليس له أن يرددها جميعاً ، لأن خيار الشرط المقترن بخيار التمين هو الذي يطل بتعيين الشئيين وبقي خيار التمين على حاله . وفي هذا يقول صاحب البدائع (جزء ٥ ص ٢٦٢) : « ولو تعييا جميعاً ، فإن كان على التعاتب تعيين الأول للبيع ولزومه ثمنه ويرد الآخر لما قلنا ، ولا يفرم بحدوث العيب شيئاً لما قلنا إنه أمانة . وإن تعييا معاً لا يتعين أحدهما للبيع لأنه ليس أحدهما بالتعيين أول من الآخر ، وللمشتري أن يأخذ أيهما شاء بثمنه ، لأنه إذا لم يتعين أحدهما للبيع بقي المشتري على خياره . إلا أنه ليس له أن يرددها جميعاً ، لأن البيع قد لازم في أحدهما بتعيينهما في يد المشتري وبطل خيار الشرط ، وهذا يؤيد قول من يقول من المشايخ إن هذا البيع فيه خياران ، خيار التمين وخيار الشرط ، ولا بد له من رتبة معلومة ، إذ لو لم يكن للملك ردها جميعاً كما لو لم يتعين أحدهما أصلاً ، ولكنه لم يملك لأن ردها جميعاً قبل التعيب ثبت حكماً لخيار الشرط ، وقد بطل خيار الشرط بعد تعيينهما معاً فلم يملك ردها ، وبقي خيار التمين فيملك رد أحدهما ... ولا يبطل هذا الخيار بموت المشتري بل يورث بخلاف خيار الشرط ، لأن خيار التمين إنما يثبت للمورث لثبوت الملك له في أحدهما غير عين ، وقد قام الوارث مقامه في ذلك الملك فلا أن يختار أيهما شاء دون الآخر ، إلا أنه ليس له أن يرددها جميعاً وقد كان للمورث ذلك . وهذا يؤيد قول أولئك المشايخ إنه لا بد من خيارين في هذا البيع ، وقد بطل أحدهما وهو خيار الشرط بالموت لأنه لا يورث على أصل أصحابنا فبطل الحكم المختص به وهو ولاية ردها جميعاً » .

عملاً أو امتناعاً عن عمل . ويصح أن يجتمع كل هولاء
الشريك مثلاً بتقديم حصته للشركة مبلغاً من النقود أو ارضاً أو عملاً يقوم به
لمصلحة الشركة أو امتناعاً عن الاتجار فيما تقوم به الشركة من عمل (١) .
فأى أداء يصلح أن يكون محلاً للالتزام يمكن - إذا اقترنت به أداءات
أخرى من نوعه أو من غير نوعه - أن يكون محلاً للالتزام التخييري . والمهم
هو أن يتعدد هذا المحل ، فلا يقتصر على أداء واحد .

٨٥ - (٢) توافر الشروط في كل من الأداءات المتعددة : ويجب

أن يتوافر في كل أداء من الأداءات المتعددة للالتزام التخييري جميع الشروط
الواجب توافرها في محل الالتزام ، لاحتمال أن يقع الاختيار على أى أداء منها
فيصبح هو المحل الوحيد ، ويكون متوافراً فيه الشروط اللازمة . فيجب أن
يكون كل أداء موجوداً إذا كان شيئاً ، أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن
عمل . ويجب أيضاً أن يكون الأداء معيناً أو قابلاً للتعين ، وأن يكون صالحاً
للتعامل فيه ، وأن يكون مالا متقوماً ، وأن يكون التعامل فيه مشروعاً .

فإذا كان الالتزام التخييري محله شيئان فقط ، وكان أحدهما لم يتوافر فيه
الشروط المتقدمة الذكر ، وتوافرت في الشيء الآخر هذه الشروط ، فإن
الالتزام لا يكون له إلا محل واحد هو هذا المحل الذي توافرت فيه الشروط ،
ويكون الالتزام بسيطاً غير تخييري (٢) .

وقد نصت المادة ١١٩٢ من التقنين المدني الفرنسي صراحة على هذا

(١) ديرانتون ١١ فقرة ١٣٦ - ماركاديه ٤ فقرة ٥٧٩ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٤ -
بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٢ .

(٢) لكن إذا أراد المتعاقدان أن يخفيا التزاماً غير مشروع تحت ستار التزام تخييري ، بأن يتفقا
أصلاً على محل غير مشروع ، ثم يضا إلى جانبه على طريق التخيير محلاً آخر مشروعاً يكون
المقصود منه أن يصبح جزاء لعدم تنفيذ المحل غير المشروع ، فإن مثل هذا الالتزام لا يكون التزاماً
صحيحاً حتى في محله المشروع ، بل يكون التزاماً باطلاً في المحلين جميعاً (بودرى وبارد ٢ فقرة
١٠٤٦ ص ٢٠٧ هامش رقم ٢) .

الحكم إذ تقول : « يكون الالتزام بسيطاً ، ولو عقد في صورة التزام تخيرى ، إذا كان أحد الشئين محل الالتزام لا يمكن أن يكون محلاً له (١) » . وتنص المادة ٦١ من تقنين الموجبات والعقود البنائى على الحكم فيما إذا كان شئ واحد من الأشياء المتعددة هو الذى يمكن تنفيذه دون الأشياء الأخرى . فتقول : « إذا كان أحد المواضيع وحده قابلاً للتنفيذ ، فالموجب يكون أو يصبح من الموجبات للبسيطة » . والحكم كما نرى ظاهر البداهة ، فلا حاجة للنص عليه ، إذ يمكن استخلاصه فى يسر من تطبيق القواعد العامة .

والعبرة ، فى معرفة ما إذا كانت الشروط الواجبة متوافرة فى الأداءات المتعددة للالتزام التخيرى ، تكون بوقت نشوء هذا الالتزام . فان توافرت الشروط فى هذا الوقت ، كان الالتزام تخيرياً ، حتى لو أصبحت الأداءات بعد ذلك لاتصلح كلها أو بعضها محلاً للالتزام . وعلى النقيض من ذلك ، إذا لم تتوافر الشروط إلا فى أداء منها ، كان الالتزام بسيطاً منذ البداية ومحله هذا الأداء الذى توافرت فيه الشروط ، ولا يتقلب تخيرياً حتى لو أصبحت الأداءات الأخرى بعد ذلك متوافراً فيها الشروط الواجبة (٢) .

٨٦ - (٣) محل واحد من المحال المتعددة هو الواجب الأداء : وإذا

كان للالتزام التخيرى محل متعددة (in obligatione) ، فان محلاً واحداً منها فقط هو الواجب الأداء (in debitione) ، أو كما تقول المادة ٢٧٥ مدنى فى صدرها : « تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها » .

وينبنى على ذلك أمران : (أولهما) أنه قبل اختيار المحل الواجب الأداء ، يكون كل من المحال المتعددة ممكناً طلبه ، فيقوم التضامن بين هذه المحال على غرار التضامن الذى يقوم بين المدينين المتضامنين . فكما إن كل مدين متضامن

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : L'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses ne pouvait être le sujet de l'obligation.

(٢) ديمولوب ٢٦ فقرة ١٢ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٦ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التهنيدى فى مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٣٨ .

تمكن مطالبة بكل الدين فاذا وفاه أنقضى ، كذلك أى محل من المحال المتعددة للالتزام التخييري تمكن المطالبة به فاذا وفى انقضى الالتزام . فالتخير إذن هو ضرب من التضامن ما بين الأشياء شبيه بالتضامن ما بين الأشخاص ، هو تضامن عيني موضوعي (solidarité réelle et objective) إلى جانب تضامن المدينين الشخصي الذاتى (solidarité personnelle et subjective) . والتضامن العيني من شأنه ، كالتضامن الشخصى ، أن يقوى ضمان الدائن ، فاذا أصبح تنفيذ محل من المحال المتعددة للالتزام التخييري مستحيلا جاز أن ينفذ محل آخر ، فيتسع بذلك مجال التنفيذ ويقوى ضمان الدائن (١) . (والأمر الثانى) أنه بعد اختيار المحل الواجب الأداء يصبح هذا وحده هو محل الالتزام ، وينقلب الالتزام التخييري عند ذلك التزاماً بسيطاً ليس له إلا محل واحد .

ويستتبع ذلك أن المحال المتعددة للالتزام التخييري تكون فى الكثرة الغالبة من الأحوال متعادلة فى قيمتها ، ما دام أن تنفيذ أى محل منها يغنى عن تنفيذ المحال الآخر . غير أن هذا ليس بضرورى ، فقد تفاوتت قيم المحال إذا تفاوتت شروط أدائها . مثل ذلك أن يلتزم شخص نحو آخر بأن يبيع له الدار بألفين أو الأرض بألف ، فتكون قيمة الأرض نصف قيمة الدار . وقد يعد شخص آخر باقراضه ألفاً بفوائد سعرها ٥ / ١٠ أو خمسمائة بفوائد سعرها ٦ / ١٠ . بل قد لا تتفاوت شروط الإداء ومع ذلك تكون القيم متفاوتة . فقد يكون المبلغ الموعود باقراضه هو ألف أو ألفان على حسب اختيار المدين ويكون سعر الفائدة فى الحالتين ٥ / ١٠ (٢) .

٨٧ - (ب) تمييز الالتزام التخييري عن حالات أخرى تشبه به :

وحتى يتم تحديد منطقة الالتزام التخييري فى وضوح ، نورد بعض الحالات التى تشبه بالالتزام التخييري وليست إياه . فنستعرض الشرط الجزائى والالتزام

(١) ديمولب ٢٦ فقرة ٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٤ — نيرة ١٠٤٥ — بلانيول وريبير وجابولند ٧ فقرة ١٠٤٨ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٤ .

(٢) ديرانتون ١١ فقرة ١٣٩ — لارومبيير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٩ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٣ .

المعلق على شرط واقف والالتزام بشيء غير معين . أما الالتزام متعدد المحل (obligation conjointe) فقد سبق التمييز بينه وبين الالتزام التخييري . وسنبحث عند الكلام في الالتزام البدلي ما يوجد بينه وبين الالتزام التخييري من فروق .

٨٨ - (١) التمييز بين الالتزام التخييري والشرط الجزائي :

الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض المستحق ، إذا أخل المدين بالتزامه ولم يتم بتنفيذه تنفيذاً عينياً . فالشرط الجزائي إذن ليس إلا تعويضاً مستحقاً عن عدم التنفيذ العيني . وهو - ككل تعويض - لا يمكن أن يكون إلى جانب التنفيذ العيني أحد على التزام تخيري . ذلك أنه في الالتزام للتخييري يمكن للمدين أو للدائن ، بحسب الأحوال ، أن يختار أحد المحلين فيوفيه للطرف الآخر ، ولا يستطيع هذا الطرف الآخر أن يرفض الوفاء . أما في التعويض فالأمر مختلف ، إذ أن المدين لا يستطيع أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني ، إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن . كذلك لا يجوز للدائن أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني ، إذا كان التنفيذ العيني ممكناً وعرضه المدين . فالتعويض ليس محلاً للالتزام تخيري ، بل إن له مقوماته الذاتية ، وقد سبق بيان ذلك في الجزء الثاني من الوسيط .

ومما يبرز الفرق بين الالتزام التخييري والالتزام المصحوب بشرط جزائي أنه إذا كان الالتزام المصحوب بشرط جزائي قد أصبح تنفيذه العيني مستحيلاً بسبب أجنبي لايد للمدين فيه ، فإن الالتزام ينقضي ولا يكون الشرط الجزائي مستحقاً . أما في الالتزام التخييري ، إذا أصبح تنفيذ أحد على هذا الالتزام مستحيلاً بسبب أجنبي ، فسرى أن المحل الثاني يصبح مستحقاً ، على خلاف الشرط الجزائي . كذلك إذا كان المحل الأصلي للالتزام المصحوب بشرط جزائي لا يصلح أن يكون محلاً لعدم توافر الشروط الواجبة فيه ، فإن الالتزام يسقط ويسقط معه الشرط الجزائي . وهذا بخلاف الالتزام التخييري ، فإنه إذا كان أحد محليه لا يصلح أن يكون محلاً للالتزام أصبح المحل الآخر هو المستحق (١).

٨٩ - (٢) التمييز بين الالتزام التخييري والالتزام المعلق على شرط

واقف : ولا يجوز أن يكيف الالتزام التخييري بأن كلا من محاله المتعددة واجب الأداء معلقاً على شرط اختياره ، وقد كان بعض الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى ذلك (١). ذلك أن الالتزام المعلق على شرط واقف قد علق على أمر غير محقق الحصول ، أما الاختيار في الالتزام التخييري - اختيار محل ما - فهو أمر ممتنع لا بد من حصوله ، وإذا هو لم يحصل ممن له حق الاختيار بالذات ، فإنه لا بد حاصل ممن أقامه القانون مقامه : القاضي في حالة ما إذا كان الخيار للمدين . والمدين في حالة ما إذا كان الخيار للدائن (٢).

وينبني على ماتقدم أن الالتزام التخييري هو التزام محقق الوجود منذ البداية ، أما الالتزام المعلق على شرط واقف فالإزام غير محقق الوجود وهو لن يوجد فعلاً إذا ما تحقق الشرط . وهناك فرق آخر ما بين الالتزامين ، فإنه إذا هلك محل الالتزام الشرطي بسبب أجنبي قبل تحقق الشرط كانت تبعة الهلاك على المدين كما سبق القول ، أما التبعة في هلاك أحد محال الالتزام التخييري فهي على الدائن (٣).

٩٠ - (٣) التمييز بين الالتزام التخييري والالتزام بشيء غير معين

بالذات : والالتزام التخييري ليس التزاماً بشيء غير معين بالذات . فقد يلتزم شخص أن يبيع لآخر مائة أردب من القمح ، ومحل الالتزام هنا هو شيء غير معين بالذات حتى لو عين البائع المخزن الذي أودع فيه قمحه وذكر أن مائة الأردب ستؤخذ من هذا القمح . كذلك يعتبر التزاماً بشيء غير معين بالذات

(١) أنظر ماركاديه ٤ فقرة ١١٨٩ - كوليه دي سانتير ٤ فقرة ١١٥ مكررة - ديولوب

٢٦ فقرة ٦٣ .

(٢) أنظر المادة ٢٧٦ مدني ، وسيأتي بيان ذلك . فلا يكون إذن اختيار أحد محال الالتزام التخييري شرطاً مادام محقق الحصول ، بل هو أجل معين أو غير معين على حسب الأحوال (أنظر قريباً من هذا المعنى بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٥٢) .

(٣) أنظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٥٣ .

الزام من بيع فرساً غير معين من خيوله الموجودة بالأصطبل ، أو بيع بقرة غير معينة من قطيع البقر الذى يملكه . فالمبيع فى جميع هذه الأحوال شئ غير معروف يؤخذ من بين أشياء معروفة .

والفرق بين أن يلتزم الشخص باعطاء شئ معين من بين أشياء معينة — وهذا هو الالتزام التخييرى — وبين أن يلتزم باعطاء شئ غير معروف من بين أشياء معروفة ، أن الأشياء محل الالتزام التخييرى هى أشياء معينة بذاتها ، كل شئ منها قد عين تعييناً كافياً حتى لا يختلط بغيره ، وأحد هذه الأشياء المعينة بالذات سيكون محل الالتزام إذا تم اختياره . أما فى الالتزام باعطاء شئ غير معروف من بين أشياء معروفة ، فإن هذه الأشياء المعروفة ليست معينة بذواتها كما هى معينة فى الالتزام التخييرى ، بل هى قد عينت بأنها الخيول التى فى الاصطبل دون أن تعين هذه الخيول فرساً فرساً ، أو هى قطيع البقر الذى يملكه البائع دون أن تعين رؤوس هذا القطيع رأساً رأساً (١).

وبنبنى على هذا الفرق أمور ثلاثة : (١) فى الالتزام بشئ غير معين بالذات ، إذا فرز فرس من الأصطبل أو بقرة من القطيع بعد إعدار المشتري ، ثم هلك الشئ المفرز ، فإن هلاكه لا يكون على المشتري ، بل يجب فرز فرس آخر أو بقرة أخرى لتسليمها إليه أما إذا اختير أحد محال الالتزام التخييرى ، ولم يتسلمه المشتري بعد إعداره ، فإن الهلاك يكون عليه لا على البائع (٢). (٢) فى الالتزام بشئ غير معين بالذات ، إذا فرز المبيع ، انتقلت ملكيته إلى المشتري من وقت الفرز لامن وقت البيع . أما فى الالتزام التخييرى ، فإنه إذا اختير محل الالتزام ، انتقلت ملكيته من وقت البيع لامن وقت الاختيار . وسنرى أن الاختيار يستند إلى الماضى (٣). (٣) فى الالتزام بشئ غير معين بالذات ، إذا كان أحد الخيول مثلاً هو ملك المشتري ، ولكنه عندما فرز

(١) لاروسبيير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٨ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٣٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٤ — فقرة ١٠٥٥ .

(٢) قارب بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٥ .

(٣) لاروسبيير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٧ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٧ — فقرة ٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٤ ص ٢١٢ .

ليكون هو الفرس المبيع لم يعد ملكاً له ، فان البيع يصح . أما في الالتزام التخييري ، إذا باع شخص فرساً من بين عدة خيول معينة بذواتها ، وكان أحدها ملكاً للمشتري ثم لم يعد ملكاً له ، واختير ليكون محلاً للالتزام ، فان الالتزام لا يصبح لأن هذا المحل لم يكن قد توافرت فيه الشروط الواجبة وقت نشوء الالتزام إذ كان ملكاً للمشتري (١) .

§ ٢ - من له خيار التعيين ومصدر هذا الخيار

٩١ - من له خيار التعيين : رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٢٧٥ مدني تقول : « ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك » .

فاذا كان هناك التزام تخييري . ولم يبين الطرفان من له الخيار ولم ينص القانون على ذلك ، فان الخيار يكون للمدين لا للدائن . وهذا هو الأصل العام ، فان الاتفاق عند الشك يفسر لمصلحة المدين (٢) .

(١) لارومبيير ٣ م ١١٩٢ : فقرة ١ - ديمولوب ٢٦ فقرة ١٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٥٦ . ريقع كثيراً أن تعقد الشركات الكبيرة قرراً في الأسواق المالية ، فتصدر سندات وتتعهد بدفع رأس المال والأرباح بعملة مختلطة ، حتى يتسنى للمقرضين حامل هذه السندات أن يقبضوا حقوقهم كل بعملة بلده ، فهل يعتبر الالتزام الشركة المقترضة في هذه الحالة التزاماً تخييراً بحاله المتعددة هي هذه العملات المختلفة ؟ انقسم الفقهاء في هذه المسألة : فريق يذهب إلى أن الالتزام بسيط . ومحلّه هو مبلغ من النقود يحسب في كل بلد بعملة ، والدائن هنا هو الذي يختار عملة بلده (بازتان على أوبري ورو : فقرة ٣٠٠ ص ٦٩ وحامش رقم ٣ مكرر - دلائبول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٣٣٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٠) . وفريق آخر يذهب إلى أن الالتزام تخييري إذ هو يقع على عملات مختلفة ، ولكن يستخلص من الظروف أن هناك اتفاقاً فسخياً على أن يكون الخيار في هذا الالتزام للدائن لا للمدين ، أي لحامل السندات لا للشركة (أنسيكلويدي دالورز ٣ لفظ Obligation فقرة ٤٩ - دي باج ٣ فقرة ٢٧٦) . رسوا أخذ بالرأي الأول أو بالرأي الثاني ، فالنتيجة العملية واحدة ، إذ ينتهي الأمر إلى تفسير نية المتعاقدين وإعطاء الخيار للدائن ، وإنما يختلف الرأيان في التصوير الفني للالتزام . (٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٥٨ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك خيار في دفع الثمن فوراً مع خصم معين أو دفعه إلى أجل ، فالخيار يكون للمدين لا للدائن ، ولا يجوز للدائن أو الوسيط أن يجبر المدين على الدفع فوراً (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٤٣٩) .

ولكن يجوز أن يتفق الطرفان على أن يكون الخيار للدائن لا للمدين ، وهذا يقتضى اتفاقاً خاصاً فلا يصح افتراضه . على أن هذا الاتفاق قد يكون صريحاً أو ضمناً ، فلا يشترط التقنين المدني المصرى الاتفاق الصريح (١) .

كذلك يجوز ، إذا كان مصدر الخيار هو نص في القانون ، أن يجعل النص الخيار للدائن لا للمدين . وقد فعل القانون ذلك عندما نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدنى على أنه إذا أضعف المدين بفعله تأميناً خاصاً ، فللدائن الخيار بين أن يطالب باستيفاء حقه قبل حلول أجله أو أن يطالب بتكملة التأمين (٢) . ففى هذا الالتزام التخييرى ينص القانون على أن الخيار للدائن .

ومتى كان الخيار للمدين فانه يستطيع أن يعرض الوفاء بالمحل الذى يختاره من محال الالتزام المتعددة ، ويكون عرضه صحيحاً . أما إذا كان الخيار للدائن فلا يستطيع المدين أن يعرض ما يختاره هو ، بل يجب عليه أن يعرض الوفاء بأى محل يختاره الدائن (٣) .

ولا نرى ما يمنع من أن يتفق الطرفان على أن يكون الخيار لأجنبى ، ويكون الأجنبى فى هذه الحالة إما خبيراً فنياً يستشير به أحد الطرفين فيكون الخيار فى الحقيقة لهذا الطرف يستعمله بعد استشارة الخبير ، أو يكون الأجنبى غير منتم لأحد من الطرفين فيقرب من أن يكون حكماً بينهما يتفقان عليه عندما لا يستطيعان الاتفاق على أن يكون الخيار لأحد منهما . ويساعد على تقرير هذا الحكم أن نص التقنين المدني المصرى لا يقول — كما تقول المادة ١١٩٠ من التقنين المدني الفرنسى — إن الخيار للمدين ما لم يتفق المتعاقدان على أن يكون الخيار للدائن ، بل تقول إن الخيار للمدين ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك (٤) .

(١) أما التقنين المدني الفرنسى فقد نص فى المادة ١١٩٠ على أن يكون الاتفاق صريحاً ، وبالرغم من ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى جواز أن يكون الاتفاق ضمناً (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٠١ — أنسيكلويدى دالوز لفظ Obligation فقرة ٥٥ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٨) .

(٢) أنظر أيضاً المادة ١٠٤٨ فقرة أولى مدنى .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٠ — فقرة ١٠٦١ .

(٤) أنظر فى إمكان أن يكون الخيار للغير فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٧٧ .

٩٢ - مصدر الخيار : ويمكن أن نستخلص مما تقدم أن مصدر خيار التعيين إما أن يكون الاتفاق كما هو الغالب ، وإما أن يكون نصاً في القانون .

ففي الكثرة الغالبة من الأحوال يكون مصدر الالتزام التخييري العقد أو التصرف القانوني بوجه عام ، فيلتزم المدين بإرادته أن يؤدي للدائن شيئاً من أشياء متعددة . وعند ذلك يتكفل الاتفاق أو التصرف القانوني بتعيين من له الخيار ، المدين أو الدائن ، فإذا سكت عن هذا التعيين كان الخيار للمدين كما قدمنا .

وقد يكون مصدر الالتزام التخييري نصاً في القانون . وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدني تنص على سقوط الأجل إذا كان المدين قد أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بموجب القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكاملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لادخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً (١) . ورأينا أن الفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٠٤٨ مدني تطبقان هذه الأحكام على الرهن الرسمي فتتصان على أنه « ١ - إذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك العتار المرهون لمؤلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً . ٢ - فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل » (٢) . ونرى من ذلك أن هذه النصوص تنشئ التزامين تخييريين : (١) الالتزام الأول هو التزام المدين الذي أضعف بفعله ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، فيلتزم إما بدفع الدين فوراً أو بتكاملة التأمين ، والخيار هنا للدائن بنص

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧ -

ص ٣٨ .

(٢) أنظر أيضاً المادة ١١٠٢ فقرة ثانية مدني في رهن الحياة .

القانون . (٢) والالتزام الثاني من التزام المدين ، إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب أجنبي ، يدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين كاف ، والخيار هنا للمدين بنص القانون كذلك . وقد تقدم بيان هذا عند الكلام في الأجل (٢) .

(١) أنظر الأستاذ د. إحيى حجازي ص ١٩٥ — وقانون ، فيما يتعلق بالتزام المدين بدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب أجنبي ، المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٧ و ص ٣١ ، حيث تعيد أن هذا الالتزام التزام بدنى ، والصحيح أنه التزام تخيبرى كنظيره الذى ينشأ إذا كان إضعاف التأمين راجعاً إلى خطأ المدين ، ولكن الخيار فى الالتزام الأول للمدين ، وهو فى الالتزام الثانى للدائن .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٧٣ .

ومثل الالتزام التخيبرى الذى مصدره القانون أيضاً ما قضت به المادة ٢٧٤ مدنى من أن المدين ، إذا خشي الدائن إفلاسه أو إحصاره واستند فى ذلك إلى سبب معقول ، يخبر بين وفاة المدين فوراً أو بتقديم تأمين (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧ — ص ٢٨) . وانظر أمثلة أخرى للالتزام التخيبرى الذى مصدره القانون فى نص المادة ٢٥٥ مدنى (السبب فى البيع ، وتقابلها المادة ١٦٨١ من التقنين الفرنسى وهذه تنشره التزاماً بدلاً لا التزاماً تخيبرياً) وفى نفس المادة ١١٩ من التقنين التجارى (عدم قبول الكيالة ، وتقابلها المادة ١٢٠ من التقنين التجارى الفرنسى وتنشره التزاماً بدلاً لا التزاماً تخيبرياً) .

وقضت المادة ٩٢٤ مدنى بأن من يقيم منشآت على أرض غيره ولم يعلم أن الأرض ليست ملكه ، ويطلب صاحب الأرض استبقاء المنشآت ، فإن له أن يستبقئها بمقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . وإذا يقال أن فى ذمة صاحب الأرض التزاماً تخيبرياً ، إما بدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، أو بدفع ما زاد فى ثمن الأرض . ولكن لما كان صاحب الأرض سيحظر دون شك أقل من التبعيتين ، فالظاهر أن الالتزام هنا يعتبر التزاماً بسيطاً له محل واحد من أقل التبعيتين (أنظر مرسى زماره ص ١٠٥٣) . ومثل هذا يقال فيما تقضى به المادة ٩٢٥ مدنى ، فى حالة ما إذا كان من أقام المنشآت على أرض غيره حسن النية ، من أن صاحب الأرض به أن يستبقئ المنشآت ، ويخبر بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمال ، أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت — وفيما تقضى به بوجه هذه المادة ٩٢٦ مدنى من أن المدين على صاحب الأرض غيره يلتزم بدفع أقل التبعيتين ، قيمة ما أرى به وقيمة ما ينشأ به الدائن .

الفصل الثاني

أحكام الالتزام التعيدي

٩٣ - ندرج أهم شروط الأداء ونحمل التبعة : بشر الالتزام التعيدي من ناحية ما يجب أن يسرى عليه من أحكام ، مسألتي : (١) كيف يتم تعيين أهل الواجب الأداء من بين الحال المتعددة للالتزام . (٢) ماذا يكون الحكم لو أن يفسر هذه الحال أو كلها هلك قبل أن يتم اختيار أهل الواجب الأداء .

نتكلم إذن في تعيين أهل الواجب الأداء وفي أحكام أهلاكه .

١٥ - تعيين أهل الواجب الأداء

٩٤ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

- ١ - إذا كان الخيار لمدين وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام .
- ٢ - أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضي أجلا إن طلب المدين ذلك ، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين (١) .

(١) تاريخ النص . ورد هذا النص في المادة ٤٠٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار ، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تحديد أجل للمدين يختار فيه ، متى لم يعمل تولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام . ٢ - أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار ، حدد القاضي له أجلا إن طلب المدين ذلك ، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين . ٣ - وفي حالة المراجعة عدلت المادة ، بناء على طلب محكمة مصر ، ففسر من عدلت تعدد المدينين ولم يتفقوا على الاختيار ، وأصبح النص بعد -

ولا مقابل هذا النص في التقنين المدني السابق (١).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في المدني التقنين السوري المادة ٢٧٦ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٩٩-٣٠٠، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٥٧ - ٦٠ و ٦٤ - ٦٥ (٢).

= التعديل مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأصبحت المادة رقمها ٢٨٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل ، وكذلك مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠ و ص ٤٢) .

(١) لم يكن التقنين المدني السابق يشتمل على نص يبين الحكم فيما إذا رفض من له الخيار ، مديناً كان أو دائناً ، أعمال حق خياره ، أو كان من لم الخيار متعددين ولم يتفقوا على أمر واحد . لذلك كان الحكم موكولاً إلى تطبيق القواعد العامة ، وتقضى هذه بأن يوكل أمر التعين إلى القضاء . وقد ورد في الموجز للمؤلف (ص ٥٠٢) في هذا الصدد ما يأتي : « فإذا انقضت مدة الخيار دون أن يستعمله صاحبه ، جاز للطرف الآخر أن يرفع الأمر إلى القضاء ، فيجبر من له حق الخيار على استعماله أو يقوم القضاء مكانه في ذلك » . أنظر أيضاً : والتون ٢ ص ٣٧٦ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٩٣ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٧١ - فقرة ١٧٠٣ - استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٣ .

أما التقنين المدني الجديد فيقضى بهذا الحل ، كما رأينا ، في حالة ما إذا كان الخيار للمدين ولم يختَر أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم . أما إذا كان الخيار للدائن ولم يختَر أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، فإن التقنين المدني الجديد يقضى بأن ينتقل الخيار في هذه الحالة إلى المدين . وانتقال الخيار إلى المدين يقضى نصاً خاصاً ، ومن ثم يكون هذا الحكم مستحدثاً فلا يسرى إلا على الالتزامات التخيرية التي نشأت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويقضى التقنين المدني الألماني (م ٢٦٤) بأنه إذا لم يستعمل صاحب الخيار - دائناً كان أو مديناً - حقه في الخيار ، انتقل الخيار إلى الطرف الآخر .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٧٦ (مطابقاً للمادة ٢٧٦

من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٣ (مطابقاً للمادة ٢٧٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٩٩ : ١ - يلزم في خيار التعين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار .

٢ - فإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار في المدة المحددة ، جاز للدائن أن يطلب من المحكمة أن تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام . أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار انتقل الخيار إلى المدين .

م ٣٠٠ : خيار التعين ينتقل إلى الوارث .

(والتقنين المدني العراقي يتفق في أحكامه مع أحكام التقنين المدني المصري ، غير أن التقنين -

=العراق لم يردد الحكم فيما إذا كان من لم حق الخيار متعددين ولم يتفقوا فيما بينهم، والظاهر أن الحكم الذي أورده التقنين المصري هو الذي يسرى في هذه الحالة . كذلك نص التقنين العراقي صراحة على أن خيار التقنين ينتقل إلى الوارث ، وهذا هو حكم الفقه الإسلامي ، وهو حكم يتفق مع تطبيق القواعد العامة بمصر في مصر — أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٦٧ — فقرة ١٧١) .

تقنين المواعبات والعقود الثاني : م ٥٧ — يتم الاختيار بمجرد إخبار الفريق الآخر ، وعندما يتم يعد الشيء المختار كأنه موضوع الموجب في الأصل .

م ٥٨ — أما إذا كان للموجب مواضيع تحريرية تستحق الاداء في آجال موقوته (prestations périodiques portant sur des objets alternatifs) ، فإن اختيار أحدهما في أجل لا يمنع صاحب الحق من اختيار غيره في أجل آخر ، إذا كان لا يتحصل العكس من الصك الأساسي أو العادة المألوفة أو ما يرجح أنه مشيئة الطرفين .

م ٥٩ — إذا توفي الفريق الذي له حق الاختيار قبل أن يختار فإن حقه ينتقل إلى ورثته ، وإذا أعلن عجزه (si elle tombe en état d'insolvabilité déclarée) يصبح حق الاختيار لجماعة الدائنين (masse des créanciers) . وإذا لم يتفق الوارثون أو الدائنون ، كان للفريق الآخر أن يطلب تحديد مهلة لم حتى إذا انقضت أصبح حق الاختيار لهذا الفريق . م ٦٠ — تبرأ ذمة المدين بأداء أحد الأشياء الموعود بها ، لكنه لا يستطيع إجبار الدائن على قبول جزء من هذا الشيء وجزء من ذلك . ولا يحق للدائن أن يطلب إلا أداء أحد الأشياء برمته ، ولا يستطيع إجبار المدين على التنفيذ بأداء جزء من هذا وجزء من ذلك .

م ٦٤ — إذا امتنع المدين عن الاختيار ، أو كان ثمة مديونون لم يتفقوا على الاختيار ، حق للدائن أن يطلب من القاضي تحديد مهلة لم وتعيين الشيء الذي يجب أدائه إذا لم يختاروا في خلال هذه المهلة . م ٦٥ — إذا كان الاختيار من حق الدائن وكان متأخراً عنه ، حق للفريق الآخر أن يطلب تعيين مهلة كافية للدائن ليتمكن من الجزم في الأمر ، فإذا انقضت المهلة قبل وقوع اختياره أصبح هذا الحق للمدينون .

(وهذه النصوص وما تشتمل عليه من تفصيلات تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري ، بعضها نص عليه هذا التقنين ، وبعضها لا حاجة فيه إلى النص إذ يمكن استخلاصه من تطبيق القواعد العامة . لكن يلاحظ على نصوص التقنين اللبناني أمران : (١) قيام تعارض بين المادة ٥٩ وتنقضى بأنه في حالة عدم اتفاق ورثة المدين أو دائنيه على اختيار محل الالتزام ينتقل حق الخيار للدائن ، وبين المادة ٦٤ وتنقضى بأنه في حالة رفض المدين اختيار محل الالتزام أو عدم اتفاق المدينين المتعدين على اختياره يتولى القاضي تعيينه . (٢) تنقضى المادة ٥٩ بأنه إذا شمر إعسار الطرف الذي له حق الاختيار ، فإن حقه في الاختيار ينتقل إلى جماعة الدائنين (masse des créanciers) . وغنى عن البيان أن هذا إذا أمكن تصوره في الإفلاس حيث تندمج جماعة الدائنين في اتحاد (masse) يمثلها السنديك ، فانه لا يمكن تصوره في الإعسار إذ الدائنون لا يندمجون في اتحاد ولا يمثلهم سنديك . ولكن التقنين اللبناني صريح في أن حق الاختيار في حالة الإعسار يكون لجماعة الدائنين ، فيجب التسليم بأن هذا الحق ينتقل إليهم جميعاً ، فان لم يتفقوا بعد تحديد مهلة لم انتقل الحق إلى الطرف الآخر كما تذكر المادة ٥٩) .

فأمامنا إذن حالتان : حالة ما إذا كان الخيار للمدين وحالة ما إذا كان الخيار للدائن . وسواء كان الخيار للمدين أو للدائن ، فإن التعيين متى تم يستند إلى الماضي ، فيعتبر الالتزام التخييري منذ البداية التزاماً بسيطاً ذا محل واحد هو المحل الذى تم اختياره . فتكلم فى كل من هذه المسائل الثلاث .

٩٥ - التعيين إذا طرأ الخيار للمدين : إذا كان الخيار للمدين ، فانه

يستعمل خياره ، وفقاً للقواعد العامة ، باعلان إرادته فى أنه اختار محلاً معيناً من المحال المتعددة لالتزامه التخييري . وهذه الإرادة تعتبر تصرفاً قانونياً من جانب واحد ، وهى ككل إرادة لا تحدث أثرها إلا إذا وصلت إلى علم الدائن (م ٩١ مدنى) . وقبل وصولها إلى علم الدائن يستطيع المدين أن يعدل عنها إلى إرادة أخرى يختار بها محلاً آخر ، بشرط أن تصل هذه الإرادة الأخرى إلى علم الدائن قبل وصول الإرادة الأولى . وكل هذا إنما هو تطبيق للقواعد العامة (١) .

كذلك يستطيع المدين أن يكشف عن إرادته فى تعيين المحل الواجب الأداء فى عن طريق التنفيذ . فهو متى عمد إلى تنفيذ محل من المحال المتعددة لالتزامه التخييري ، اعتبر هذا التنفيذ - ولو كان تنفيذاً جزئياً - بمثابة إعلان عن إرادته الاختيار . ويتعين على هذا النحو المحل الواجب الأداء ، ولا يجوز عندئذ للمدين إلا أن يمتضى فى التنفيذ ما دام قد بدأه ، ولا يستطيع العدول عن تنفيذ محل إلى تنفيذ محل آخر . وكالتنفيذ الفعلى العرض الحقيقى ، فإذا عرض المدين على الدائن عرضاً حقيقياً ، وفقاً للإجراءات المقررة . أحد محال الالتزام التخييري ، اعتبر هذا العرض إعمالاً لحق الخيار . وحتى لو رجع المدين فى العرض ، بقى التعيين قائماً ، باعتبار أن العرض قد تضمن التعيين النهائى لمحل الالتزام (٢) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨ - ص ٣٩ . ولا محل للبحث فيما إذا كان يجوز لدائن المدين استعمال حقه فى الخيار إذا امتنع هو عن استعماله ، فالقانون يقضى بأن القاضى فى هذه الحالة يتولى الاختيار بنفسه . ولكن يجوز لدائن المدين أن يطعنوا بالدعوى البولصية فى اختيار المدين - والاختيار تصرف قانونى مفقور - إذا تواطأ مع الدائن بإضراراً بحقوقهم وتوافرت شروط الدعوى البولصية الأخرى .

(٢) أنظر عكس ذلك بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٩ . ذلك أن الفقه الفرنسى يذهب إلى أن المدين لا يستطيع استعمال خياره إلا عن طريق تنفيذ أحد محال الالتزام ، ولا يمكن أن يعلن =

= إرادته في الاختيار دون أن يسم إلى الدائن ما اختاره، حتى لا تنتقل تبعة الهلاك إلى الدائن بمجرد إعلان المدين إرادته في اختيار محل الالتزام، فإن تبعة الهلاك فيما يجب نقل ملكيته، في القانون الفرنسى، تكون على الدائن حتى قبل التسليم متى انتقلت إليه الملكية. والفقه الفرنسى، في مذهبه هذا، يعتبر أن التخيير في الالتزام التخييرى ينطوى على ضرب من الضمان للدائن يتوق به أن يحمل تبعة هلاك الشيء، فينبغى أن يؤق بهذا الضمان ثمرته، ولا تنتقل تبعة الهلاك إلى الدائن إلا إذا تسلّم فعلاً الشيء الواجب الأداء. ومن ثم لا يستطيع المدين أن يعمل اختياره لهذا الشيء إلا عن طريق التنفيذ الفعّل، بأن يسلّم الدائن الشيء الذى وقع عليه اختياره (لارومبيير ٣ م ١١٩٠ - فقرة ٣ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٨ - كولى دى سانتير ٥ فقرة ١٢٤ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٢ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٩ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠١ ص ٥٨٨ - دى باج ٣ فقرة ٢٧٩ - فقرة ٢٨٠ - عكس ذلك: هيك ٧ فقرة ٢٩١ - لوران ١٧ فقرة ٢٣٢). وغنى عن البيان أن هذه الاعتبارات لا تقوم في القانون المصرى، فتبعة الهلاك قبل التسليم لا تنتقل إلى الدائن عندئذ حتى لو انتقلت إليه ملكية الشيء. فالقول بأن المدين يستطيع أن يختار بإعلان إرادته وقبل التسليم ليس من شأنه، في القانون المصرى، أن ينقل تبعة الهلاك إلى الدائن، بل تبقى التبعة على المدين حتى يتم التسليم. ومن ثم لا يوجد محذور في القانون المصرى، كما وجد في القانون الفرنسى، من القول بأن المدين يستطيع أن يجعل الخيار عن طريق إعلان إرادته، فلا تزال تبعة الهلاك بعد ذلك عليه، وهذا يتوافر للدائن الضمان المنشود من الالتزام التخييرى. هذا إلى أن القول بإمكان استعمال الخيار عن طريق إعلان المدين لإرادته هو الذى يتفق مع القواعد العامة، وقد أخذ به المحققين المدنى الألمانى (م ٢٦٣) والمحققين المدنى الأسبانيول (م ١١٣٣). ويشير بودرى وبارد في هذه المناسبة مسألة تعيين المحل في الالتزام بشيء غير معين بالذات (*obligation de genre*)، فهل يتعين بالفرز وتنتقل الملكية من هذا الوقت ومعها تبعة الهلاك (في القانون الفرنسى) إلى الدائن، أو لا يتعين المحل إلا بالتسليم فلا تنتقل الملكية وتبعة الهلاك إلا من ذلك الوقت؟ فالقائلون بأن المحل يتعين بالفرز يسلّمون بأن الالتزام يتحول قبل تنفيذه إلى التزام بشيء معين بالذات، والقائلون بأن المحل يتعين بالتسليم يابون أن يتحول الالتزام ما دام قائماً عن طبيعته فيصبح التزاماً بشيء معين بالذات (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٦ - ويذهب إهرنج: أعمال مختارة ١ ص ١٤١ - إلى أن المحل لا يتعين إلا بالتسليم. ولكن الفقهاء الألمان بعد إهرنج ذهبوا إلى أن الفرز هو الذى يعين المحل ولو تم قبل التسليم: بودرى وبارد ٢ ص ٢١٨ هامش رقم ٣). ومهما يكن من أمر فإن مسألة تعيين محل الالتزام بشيء غير معين بالذات غير مسألة تعيين محل الالتزام التخييرى، ولا يتحتم أن تقاسر المسألة الثانية على المسألة الأولى. فقد يصح أن يقال إن الالتزام بشيء غير معين بالذات يبق على طبيعته ما دام التزاماً قائماً، أما الالتزام التخييرى فلا يوجد مانع من وقوعه على محل معين بالذات، فلو كان هذا المحل المعين بالذات هو الذى وقع عليه الاختيار، لم يكن من شأن هذا التحمين أن يقلب طبيعة الالتزام، فالالتزام منذ البداية محله معين بالذات. على أن إهرنج، وهو القائل بوجوب التسليم لتعيين محل الالتزام بشيء غير معين بالذات، يقول في الوقت نفسه إن إعلان المدين إرادته يكتفى لتعيين محل الالتزام التخييرى (أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٦ ص ٢٢٠ - ص ٢٢١).

ويغلب أن يحدد الطرفان ميعاداً يستعمل في خلاله الخيار . بل إن التقنين المدني العراقي يوجب تحديد ميعاد ، فان الفقرة الأولى من المادة ٢٩٩ من هذا التقنين تنص على أنه « يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار » . فاذا حدد ميعاد ، وجب أن يعلن المدين اختياره فيه ، فاذا انقضى الميعاد دون أن يعلن المدين اختياره ، تولى القاضي الاختيار على النحو الذي سنبينه . أما إذا لم يحدد ميعاد للاختيار ، فيكون للدائن ، إذا لم يعمل المدين حق خياره في وقت معقول (١) ، أن يلجأ إلى القاضي ليحدد أجلاً للمدين يختار فيه ، بحيث إذا انقضى هذا الأجل ولم يختار المدين ، تولى القاضي الاختيار بنفسه كما سيأتي .

وعلى أية صورة أعمل المدين حق الخيار ، فان خياره يجب أن يقع على واحد من المحال المتعددة للالتزامه التخيري ، ولا يجوز أن يعدوها جميعاً إلى شيء آخر . ويجب ، إلى ذلك ، أن يختار واحداً بأكمله من هذه المحال ، فلا يجوز أن يختار جزءاً من أحدها وجزءاً من محل آخر ، فان هذا التلقيق تأباه طبيعة الالتزام التخيري . وقد نص التقنين المدني الفرنسي على هذا الحكم ، إذ تقول المادة ١١٩٩ من هذا التقنين : « يستطيع المدين الوفاء بالتزامه بتسليمه أحد الشيئين المتعهد بهما ، ولكنه لا يستطيع إجبار الدائن أن يتسلم جزءاً من أحد هذين الشيئين وجزءاً من الشيء الآخر » (٢) . وهذا الحكم بديهي ، ويمكن استخلاصه من تطبيق القواعد العامة دون حاجة إلى نص (٣) .

وإذا كان الالتزام التخيري التزاماً زمنياً أو التزاماً ينفذ في آجال دورية ،

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٩٣ .

(٢) وهذا هو النص في أصله الفرنسي : art. 1199 : Le débiteur peut se libérer : en délivrant l'une des deux choses promises, mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre.

وأنظر أيضاً المادة ٦٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني .

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : « وقد عني التقنين البولوني بتقرير حكم آخر .. فنص في الفقرة الثانية من المادة ٢٢ على أنه لا يجوز للدائن أو المدين أن يقتصر على الوفاء بشق من أحد محل الخيار وشق من المحل الآخر : أنظر كذلك المادة ١١٩١ من التقنين الفرنسي والمادة ٦٠ من التقنين اللبناني والمادة ١٢١ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ٦٦/٥٦ من التقنين التونسي والمراكشي والمادة ١١٧٧ من التقنين الإيطالي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨) .

كما إذا تعهد مورد الأغذية أن يورد أغذية لإحدى المدارس أو لأحد المستشفيات في مواعيد دورية ، على أن يترك له الخيار في توريد صنف أو أكثر من أصناف متعددة من الأغذية ، فإنه يجوز للمورد أن يختار أصنافاً معينة في أجل من هذه الآجال الدورية ، ثم يختار أصنافاً أخرى غير الأصناف التي اختارها أولاً في أجل آخر . وهذا ما لم يتبين من إرادة الطرفين أو من ظروف التعاقد أنه متى اختار صنفًا معيناً في أجلٍ تقيد به في الآجال التالية . وهذا الحكم أيضاً بديهي يمكن استخلاصه دون نص من تطبيق القواعد العامة ، وقد نص عليه صراحة تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١).

وإذا مات المدين قبل أن يعمل خياره ، انتقل حق الخيار إلى الورثة ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة (٢). وقد نص على هذا الحكم صراحة كل من التقنين المدني العراقي (م ٣٠٠) وتقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٥٩) . وإذا تعدد المدينون ، سواء عن طريق تعدد الورثة أو بأن كان المدينون في الأصل متعددين ، وجب أن يتفق الجميع على اختيار أحد محال الالتزام التخييري . فإذا لم يتفقوا ، اعتبروا في حكم الممتنعين عن أعمال حق الخيار .

وحكم امتناع المدين عن أعمال حق الخيار هو ما قررتَه العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٧٦ مدني (٣) : أن يتولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام فالدائن يطلب إلى القاضى أولاً تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون إذا تعددوا أصلاً أو تعددت الورثة . فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يختار المدين أو دون أن يتفق المدينون أو الورثة ، تولى القاضى بنفسه اختيار المحل الواجب الأداء ، مسترشداً في ذلك بإرادة الطرفين المشتركة ، وبخاصة إرادة المدين إذا

(١) أنظر المادة ٥٨ من هذا التقنين . وأنظر : تولى ٦ فقرة ٦٩٣ - ديمولوب ٢٦ فقرة ٥٢ - لوران ١٧ فقرة ٢٤٤ - هيك ٧ فقرة ٢٩١ - أوبري ورو : فقرة ٣٠٠ ص ٧٠ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٨٠ - وقارن ديوانتون ١١ فقرة ١٤١ .

(٢) وقد رأينا أن خيار التعيين في الفقه الإسلامي ينتقل إلى الورثة بعد موت المدين (أنظر آنفاً فقرة ٨٤ في الهامش) .

(٣) أنظر أيضاً المادة ٦٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، وقارن المادة ٥٩ من نفس التقنين .

كان يستطيع وحده أن ينفرد بالاختيار ولم يفعل ، ومسترشداً أيضاً بظروف التعاقد وبغير ذلك من الملابسات . ولا ينتقل الخيار هنا إلى الدائن ، حتى لا يوضع المدين تحت رحمته (١). وهذا بخلاف ما إذا كان الخيار للدائن وأبى أن يعمل حقه فيه ، فسرى أن الخيار في هذه الحالة ينتقل إلى المدين ، إذ يغتفر من تحكم المدين ما لا يغتفر من تحكم الدائن (٢).

٩٦ - التعيين إذا كانه الخيار للمرائس : وما قدمناه من الأحكام

فما إذا كان الخيار للمدين يسرى ، فيما عدا مسائل قليلة ، على الحالة التي يكون فيها الخيار للدائن ، إذا كان مشترياً مثلاً ، واحتفظ لنفسه بحق اختيار شيء اشتراه من بين عدة أشياء ، بأن تكون هذه الأشياء من أصناف أو أحجام أو

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧١ - فقرة ١٠٧٣ - والتون ٢ ص ٣٧٦ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ - ويرى بيدان ولاجارد (جزء ٨ فقرة ٨٠١ ص ٥٨٨) أنه في حالة تعدد الورثة يؤخذ أولاً بأغلبية الآراء ، فإن لم توجد أغلبية تولى القاضى التعيين . ويقضى التقنين المدنى الألمانى (م ٢٦٤) كما رأينا بأن الخيار ينتقل إلى الدائن .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص نص المادة ٢٧٦ مدنى ما يأتى : « يتناول هذا النص حكم امتناع من يعهد إليه بالاختيار عن استعمال حقه . فإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الإفصاح عن رأيه ، ضرب له القاضى أجلاً يختار فيه . وللقاضى أن يعين فى الحكم نفسه ما يلزم المدين بالوفاء به من بين ما يرد التخير عليه ، فيما لو امتنع المدين عن الاختيار فى هذا الأجل . وقد يعترض بأن القاضى فى هذا الوضع يخرج عن حدود المألوف فى وظيفته ، ويقيم نفسه مقام المدين فى تنفيذ التزامه . بيد أن مثل هذا الاعتراض غير ظاهر الوجهة ، فقد تقدم أن القاضى يتدخل فى تنفيذ العقود ، بل وفى تكوين بعضها ، إذا اقتضت ذلك ضرورة قاهرة أو ملحة . والحق أن تدخل القاضى فى هذه الحالة بخصوصها حتم لا محيص عنه ، فليس فى الوسع خلع حق الخيار عن المدين وإسناده إلى الدائن ، لأن ذلك يفضى إلى تحكم الثانى فى الأول خلافاً لما تقضى به قاعدة ترجيح جانب المدين عند الشك . أما إذا كان الخيار ، على نقيض ذلك ، موكولاً إلى الدائن وامتنع عن مباشرة هذا الحق ، حتى فى الأجل الذى حدده القاضى له ، فليس ثمة ما يحول دون إسناد الخيار إلى المدين . هذا وقد يتعدد من يعهد إليهم بالخيار ، كما هو الشأن فى تعدد المدينين أو خلفاء المدين ، أو تعدد الدائنين أو خلفاء الدائن ، وفى هذه الحالة يتعين اتفاق أولئك أو هؤلاء جميعاً على الخيار وإلا تولاه القاضى . وقد استظهرت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٢ من المشروع الفرنسى الإبطال هذا الحكم فنصت على أنه « إذا كان الخيار لأشخاص متعددين ، فللقاضى أن يضرب لهم أجلاً للاتفاق وإعلان اختيارهم ، فإن لم يعملوا ذلك فى خلال الأجل المحدد ، تولى القاضى الاختيار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١) .

أو ألوان مختلفة ويريد أن ينتقى الصنف أو الحجم أو اللون الذى يلائمه . فيستطيع أن يعمل خياره عن طريق إرادة يعلنها إلى المدين ، وتحدث أثرها عند ما تصل إلى علم المدين فيتعين المحل الواجب الأداء . وله أن يرجع فيها ، ويحل محل الاختيار الأول اختياراً آخر إذا وصل هذا الاختيار الآخر إلى علم المدين قبل وصول الاختيار الأول . وبمجرد أن تصل إرادة الدائن إلى علم المدين ، فإن المدين يصبح فى حل من التصرف فى سائر محال الالتزام التى لم يقع عليها اختيار الدائن ، ولا يحتجز الدائن إلا المحل الذى وقع عليه الاختيار (١) .

كذلك يستطيع الدائن أن يعمل حقه فى الخيار عن طريق التنفيذ الفعلى ، بأن يقبض من المدين محلاً معيناً من المحال المتعددة أو بطلبه بأداء محل معين . ويعتبر التنفيذ الجزئى - بأن يقبض جزءاً من محل معين مثلاً - بمثابة التنفيذ الكلى من حيث إعمال حق الخيار ، فلا يستطيع الدائن بعد أن قبل التنفيذ الجزئى فى محل معين إلا أن يمتضى فى التنفيذ إلى غايته فى نفس هذا المحل . ولا بد أن يختار الدائن فى الميعاد المحدد إذا حدد ميعاد ، وإلا ففى ميعاد معقول . فان امتنع عن الاختيار . جاز للدائن أن يلجأ إلى القضاء على الوجه الذى سنبينه .

كذلك يجب أن يختار الدائن محلاً من المحال المتعددة للالتزام التخييرى ، فلا يختار شيئاً آخر خارجاً عن هذا النطاق . وليس له أن يختار جزءاً من محل وجزءاً من محل آخر ، حكمه فى ذلك حكم المدين الذى يكون له الخيار .

وإذا كان الالتزام التخييرى زمنياً أو ينفذ فى آجال دورية ، جاز للدائن - المدرسة أو المستشفى فى ممثل مورد الأغذية الذى سبق إirاده - أن يختار صنفاً فى أجل وصنفاً آخر فى أجل بعده ، على النحو الذى بيناه فى حالة ما إذا كان الخيار للمدين .

(١) والفقه الفرنسى هنا يسم بجواز أن يعمل الدائن حق الخيار عن طريق إعلان إرادته ، فان امتناع هذا الطريق على المدين إذا كان هو الذى له الخيار إنما تقرر رعاية لمصلحة الدائن حتى لا يكون هناك انتقاص للضمان الذى قصد إليه من الالتزام التخييرى ، أما إذا كان الدائن هو الذى له الخيار واختار عن طريق إعلان إرادته فلا بد أن يكون قد اختار طريقاً لا يتعارض مع مصلحته (لوران ١٧ فترة ٢٣٧ - بودرى وبارد ٢ فترة ١٠٦٧ - ومع ذلك أنظر ديمولومب ٦٢ فترة ٤٩ - وقارن كذلك أنسيكلويدى دالتوز ٣ لفظ obligation فترة ٥٥) .
(م ١١ - الوسيط)

وإذا مات الدائن انتقل الخيار لورثته . وإذا تعدد الدائنون أو تعددت الورثة وجب أن يتفق الجميع على اختيار شيء واحد ، وإلا عدوا ممتنعين عن استعمال حق الخيار .

وحكم امتناع الدائن عن استعمال حق الخيار هو ما قرره العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٢٧٦(١) : أن ينتقل الخيار إلى المدين . فالمدين يطلب من القاضي أولاً أن يعين أجلاً يختار فيه الدائن ، أو يتفق فيه الدائنون المتعددون أو الورثة ، فإذا انقضى الأجل دون أن يختار الدائن أو دون أن يتفق الدائنون المتعددون أو الورثة ، فهنا - خلافاً للحالة التي يكون فيها الخيار للمدين على ما قدمنا - ينتقل الخيار من الدائن إلى المدين ، وهذا بموجب نص صريح في التقنين المدني المصري(٢). ولو لم يوجد هذا النص ، لما أمكن تقرير هذا الحكم ، ولوجب - كما هو الأمر في القانون الفرنسي(٣) - أن يتولى القاضي هنا أيضاً الاختيار بنفسه(٤).

ويلاحظ أن الخيار إذا كان لأجنبي ، طبقت في حقه الأحكام المتقدمة . لكن إذا امتنع الأجنبي عن الخيار ، تولى القاضي الاختيار بنفسه تطبيقاً للقواعد

(١) أنظر أيضاً المادة ٦٥ من تقنين الموجبات والعتود اللبناني .

(٢) وقد نزل التقنين المصري الجديد في ذلك عند القاعدة التي تنص بأن يكون التفسير عند الشك في مصلحة المدين ، كما نزل عند هذه القاعدة ذاتها عندما قضى بأن يكون الخيار للمدين إذا لم ينص العقد أو القانون على من يكون له الخيار (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٦) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٢ - قارن لوران ١٧ فقرة ٢٣٩ - عكس ذلك ديمولومب ٢٦ فقرة ٤١ .

(٤) وكان الناضى هو الذى يتولى الاختيار بنفسه في عهد التقنين المدني السابق وقد خلا هذا التقنين من نص على انتقال الخيار من الدائن إلى المدين (أنظر الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ - الأستاذ أحمد حشمت أبو سبب فقرة ٦٩٣ ، وأنظر آنفاً فقرة ٩٤ في الهامش) . وقد سبق أن ذكرنا أن العبرة في سريان التقنين الجديد بوقت نشوء الالتزام ، فإن نشأ الالتزام التخييري الذى يكون فيه الخيار للدائن قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وامتنع الدائن عن إعمال حقه في الخيار ولو وقع الامتناع بعد هذا التاريخ ، فالتقنين السابق هو الذى يسرى ويتولى القاضي تعيين محل الالتزام بنفسه . أما إذا نشأ الالتزام في وقت غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين الجديد هو الذى يسرى وينتقل الخيار من الدائن إلى المدين (أنظر آنفاً فقرة ٩٤ في الهامش) . وقد قدمنا أن التقنين المدني الألماني (م ٢٦٤) يجعل الخيار ينتقل من الدائن إلى المدين من المدين إلى الدائن على حد سواء .

العامة . ولا ينتقل الخيار إلى المدين لأن انتقال الخيار إلى من ليس له حق الخيار يقتضى نصاً خاصاً ، فإن لم يوجد النص وجب أن يتولى القضاء الاختيار .

٩٧ - استناد تعيين المحل إلى الماضي : وأباً كان الشخص الذى

يثبت له حق الخيار ، فإنه متى أعمل حقه واختار المحل الواجب الأداء على النحو الذى قدمناه ، صار هذا المحل وحده هو محل الالتزام ، وانقلب الالتزام التخييرى التزاماً بسيطاً ذا محل واحد هو المحل الذى وقع عليه الاختيار (١) .

ويستند هذا التعيين بأثر رجعى إلى الماضي ، أى أن المحل الذى وقع عليه الاختيار يعتبر منذ نشوء الالتزام هو المحل الوحيد ، ويعتبر الالتزام بسيطاً لا تخييرياً منذ نشوئه لا منذ إعمال حق الاختيار . وليس هذا الاستناد إلى الماضي

(١) وقد يقع من له حق الاختيار — المدين أو الدائن — فى غلط ، فيؤدى أو يستأدى شيئاً وهو جاهل أن له حق الخيار فى تأدية أو استثناء هذا الشيء أو فى تأدية أو استثناء شيء آخر غيره .

فيقع الغلط من المدين فيما إذا كان وارثاً مثلاً لمدين بالتزام تخييرى وهو يعتقد أن التزام مورثه التزام بسيط ذو محل واحد ، فيؤديه للدائن ، ثم ينكشف له الغلط . فى هذه الحالة يجوز له — إذا اختار أن يؤدى الشيء الآخر — أن يسترد من الدائن الشيء الذى سبقت له تأديته فى مقابل أن يؤدى له الشيء الذى اختار أدائه (تولىه ٦ فقرة ٦٩٢ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٤ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١) . على أن الدائن إذا كان قد قبض الشيء الأول وهو حسن النية ، ثم باعه ، فإن المدين لا يسترد إلا الثمن بشرط أن يزيد هذا الثمن على قيمة الشيء الثانى الذى اختار المدين أدائه (تولىه ٦ فقرة ٦٩٢ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٥ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١) . أما إذا كان الوارث الذى وقع فى الغلط يعتقد أن الواجب أداء الشئين معاً ، بأن ظن أن الالتزام متعدد المحل وليس بتخييرى ، كان من حقه بعد أن ينكشف له الغلط أن يسترد أياً من الشئين يختاره . فإذا كان أحد الشئين قد هلك فى يد الدائن بسبب أجنبى ، لم يعد للمدين أن يسترد الشيء الآخر فقد تركزت محلبة الالتزام فيه (تولىه ٦ فقرة ٦٩٢ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٧ — فقرة ٥٩ — لوران ١٧ فقرة ٢٣٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١ ص ٢٣١) .

ويقع الغلط من الدائن فيما إذا أعطى — هو أو وارثه — أن الالتزام بسيط وأن الشيء الذى أداه له المدين هو المحل الواجب الأداء . وكان يجهل أن الالتزام تخييرى وأن له (أى للدائن) حق الخيار . ففى هذه الحالة ينكشف له الغلط . فإذا اختار الشيء الآخر — أن يرد الشيء الذى أداه له المدين — لم يعد له أن يسترد من المدين شيئاً آخر (ديمولومب ٢٦ فقرة ١١٩٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١ ص ٢٣٠) .

يرجع إلى أن المحل المعين كان محلاً للالتزام معلقاً على شرط واقف هو أن يقع عليه الاختيار ، فقد قدمنا أن الالتزام التخييري ليس بالالتزام شرطى (١) وإنما يرجع الاستناد إلى أن المحل الذى عين كان منذ البداية محلاً للالتزام : إلا أن هذه المحلية كانت شائعة بينه وبين المحال الأخرى ، فبتعيينه تركزت المحلية فيه ، واعتبر هو المحل الوحيد منذ نشوء الالتزام . وهذا ما يسميه الفقه الألمانى بالتركز (concentration) ، ويفسرون به الاستناد إلى الماضى ، مفرقين بين الالتزام التخييرى والالتزام الشرطى . فعند الألمان ليس للشرط بوجه عام أثر رجعى . كما قدمنا ، أما التبعين فى الالتزام التخييرى فله أثر رجعى (٢).

ويترتب على هذا الأثر الرجعى والاستناد إلى الماضى نتائج هامة نذكر منها ما يأتى :

(١) تتحدد طبيعة الالتزام التخييرى منذ البداية بالتعيين الذى سيتم بعد نشوء الالتزام ، والذى يستند إلى وقت نشوئه . فإذا كانت محال الالتزام التخييرى بعضها عقار وبعضها منقول أو بعضها قابل للتجزئة وبعضها غير قابل لها ، ثم عين من بينها المحل الواجب الأداء فإذا هو عقار مثلاً أو هو شيء غير قابل للتجزئة ، اعتبر الالتزام التخييرى منذ البداية التزاماً بسيطاً عقارياً أو التزاماً بسيطاً غير قابل للتجزئة (٣) .

(٢) إذا كانت محال الالتزام التخييرى نقل ملكية أشياء متعددة ، ووقع الاختيار على شيء واحد من هذه الأشياء ، وكان نقل الملكية يتم بمجرد نشوء

(١) ويقول بالالتزام الشرطى ماركاديه ٤ فقرة ١١٨٩ . وانظر أيضاً بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨٠٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٧٨ ص ٤٦٢ .

(٢) سالى بحث فى النظرية العامة للالتزام فى القانون الألمانى فقرة ١٠ ص ١٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٤ — چوسران ٢ فقرة ٧٤٦ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩١ ص ٢٦٩ — وانظر عكس ذلك فى أن التبعين لا يستند إلى الماضى وليس له أثر رجعى : لوران ١٧ فقرة ٢٤٠ — فقرة ٢٤١ — هيك ٧ فقرة ٢٩١ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٧ وفقرة ٢٨١ — فقرة ٢٨٢ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤١٠ — الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٨ .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٥ .

الالتزام كما في المنقول المعين بالذات، فان ملكية الشيء الذي وقع عليه الاختيار تعتبر قد انتقلت منذ نشوء الالتزام لا منذ إعمال حق الخيار ، ويعتبر الدائن مالكا للشيء منذ البداية (١) .

(٣) إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره في الفترة مابين نشوء الالتزام وإعمال حق الخيار ، فما دام الدائن يعتبر مالكا للشيء منذ نشوء الالتزام ، فإنه يستطيع أن يسترده من التفليسة أو من مال المعسر دون أن يشاركه فيه سائر دائني المدين (٢) .

(٤) إذا تصرف الدائن في الشيء في الفترة مابين نشوء الالتزام وإعمال حق الخيار ، ثم وقع الاختيار على هذا الشيء ، اعتبر الدائن أنه قد تصرف في ملكه منذ تاريخ هذا التصرف . وإذا كان الشيء عقاراً وسجل التصرف قبل إعمال حق الخيار ، انتقلت الملكية إلى المتصرف إليه بالتسجيل وفي تاريخ سابق على إعمال حق الخيار (٣) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٦ — انظر عكس ذلك : لوران ١٧ فقرة ٢٢١ — فقرة ٢٢٣ — توليه ٦ فقرة ٦٩٥ — لارومبيير ٣ م ١١٩٣ — ١١٩٤ فقرة ٢ .
والظاهر أن نقل الملكية في خيار التعيين في الفقه الإسلامي يستند إلى الماضي في حالة ما إذا كان الخيار المشتري أى للدائن . جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٦١ — ص ٢٦٢) في خصوص ما إذا كان الخيار للمشتري : « فحكمه ثبوت الملك للمشتري في أحد المذكورين غير عين .. والآخر يكون ملك البائع أمانة في يده إذا قبضه لأنه قبضه باذن المالك لا على وجه التملك ولا على وجه الثبوت فكان أمانة .. ولو تصرف البائع في أحدهما فتصرفه موقوف ، إن تعين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لأنه تبين أنه تصرف في ملك غيره ، وإن تعين ما تصرف فيه للأمانة نفذ تصرفه لأنه ظهر أنه تصرف في ملك نفسه فينفذ » . أما في خصوص ما إذا كان الخيار للبائع ، فالظاهر أن الخيار يمنع زوال السلعة عن ملكه ، فلا يجوز للمشتري أن يتصرف في أى من الشئتين . جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٦٣) في هذا الصدد : « فلا يجوز للمشتري أن يتصرف فيهما ولا في أحدهما ، لأن أحدهما ليس بمبيع يقيين والآخر مبيع لكن لبائعه فيه خيار وخيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه . ولو تصرف البائع في أحدهما جاز تصرفه فيه ، ويتعين الآخر للبيع ، وله خيار الإلزام فيه والفسخ . ولو تصرف فيهما جميعا ، جاز تصرفه فيهما ، ويكون فسخا للبيع ، لأن تصرفه فيهما دليل لإقرار المالك فيهما فيتضمن فسخ البيع كما في المبيع المعين » .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٧ .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٧ ص ٢٢٧ .

٥ ٢ - أحكام الهلاك

٩٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا كان الخيار للمدين ، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التى اشتمل عليها محل الالتزام ، وكان المدين مسئولاً عن هذه الاستحالة ولو فيها يتعلق بواحد من هذه الأشياء ، كان ملزماً بأن يدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق فيض من النصوص تبسط فيها هذا التقنين ، مفصلاً أحكام تحمل تبعة الهلاك ، وهى المواد ١٥١/٩٧ و ١٥٣/٩٩ و ١٥٤/١٠٠ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا خلافاً لفظياً طفيفاً . وفى لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً لفظياً فتمت المطابقة ، وأصبحت المادة رقماً ٢٨٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣ و ص ٤٦) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٥١/٩٧ : إذا صارت إحدى الكيفيات المعينة للتنفيذ غير ممكن الحصول عليها ، فيكون قاصراً على الكيفية الممكن تنفيذ التعهد بها .
م ١٥٣/٩٩ : إذا كان الخيار للمتعهد له وصار طريق من طرق الوفاء غير ممكن بتقصير المتعهد ، فللمتعهد له الخيار بين طلب الوفاء بالطريق الممكن وبين طلب التعويض المترتب على عدم الوفاء بالطريق الآخر .

م ١٥٤/١٠٠ : وإذا صار الطريقان المعينان للوفاء غير ممكنين بتقصير المتعهد ، فحق الخيار للمتعهد له لم يزل باقياً بين التعويضين المعينين لعدم الوفاء .

(وهذه حالات مختلفة ، أجرى عليها التقنين المدنى السابق القواعد العامة فانتهى إلى حلول يمكن الأخذ بها دون نص . ولا تزال هناك حالات أخرى سكت عنها التقنينان القديم والجديد لوضوحها من حيث تطبيق القواعد العامة . إلا أن الحالتين اللتين أوردتهما التقنين الجديد — ولم يعرض لهما التقنين القديم — هما الحالتان الجديرتان بالذكر ، لأن الحل الذى ينتهى إليه فيهما تطبيق القواعد العامة فى حاجة إلى التجلية والبيان) .

ويتناول النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٠١ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٦١-٦٣ و٦٦-٦٧ (١) .

ويتبين من النص السالف الذكر أن التقنين المدني المصري اقتصر على إيراد الحكم في صورة واحدة من صور استحالة تنفيذ بعض أو كل الأشياء المتعددة

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٧٧ (مطابقة للمادة ٢٧٧

من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٤ (مطابقة للمادة ٢٧٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٠١ : إذا كان غير التعيين للمدين ، وهلك أحد الشئتين في يده ، كان له أن يلزم الدائن بالثاني ، فإن هلكا معاً انفسخ العقد . وإذا كان المدين مشغولاً عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من الشئتين ، فيكون ملزماً بدفع قيمة آخر شيء هلك .

(والتقنين العراقي عرّس للصورة التي عرّس لها التقنين المصري ، ويمنح إذا نفس الحل . وأضاف صورتين أخريين طبق فيهما القواعد العامة ، فانتسب إلى حلول بكل الأخط بها في مصر دون نص . انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٧٢ — فقرة ١٧٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦١ : إذا كان أحد المواضيع وحده قابلاً للتفويض ، فالموجب يكون أو يصبح من الموجبات البسيطة (هذا الحكم يتفق مع المبادئ العامة ويمكن تطبيقه في مصر) . م ٦٢ : يسقط المرجع التخيري إذا أصبحت مواضيع الموجب كلها مستحيلة في وقت واحد بدون خطأ من المدينين وقبل تأخره (هذا الحكم يتفق أيضاً مع المبادئ العامة ويمكن تطبيقه في مصر) .

م ٦٣ : إذا أصبحت مواضيع الموجب كلها مستحيلة في وقت واحد بخطأ من المدينين أو بعد تأخره ، أمكن الدائن أن يطالبه بشئ ما يختاره من تلك المواضيع (هذا الحكم يتفق أيضاً مع المبادئ العامة ويمكن تطبيقه في مصر) .

م ٦٦ : إذا حدث في الحالة المشار إليها في المادة السابقة (الخيار للدائن) أن تنفيذ أحد مواضيع الموجب أصبح مستحيلاً بخطأ من المدينين أو بعد تأخره ، حق للدائن أن يطالب بالموضوع الذي بقى ممكناً أو بأداء عوض يناسب الضرر الناجم عن استحالة تنفيذ ذلك الموضوع (يتفق هذا النص في الحكم مع المادة ١٥٣/٩٩ من التقنين المدني المصري السابق ، ويتفق أيضاً مع المبادئ العامة فيمكن تطبيقه في مصر) .

م ٦٧ : إذا أصبح تنفيذ أحد مواضيع الموجب مستحيلاً بخطأ الدائن ، يعد كأنه اختار هذا الموضوع ، فلا يمكنه أن يطالب بما بقى ممكناً من المواضيع (كان تطبيق القواعد العامة يقضي بأن الدائن في هذه الحالة يختار بين أن يعتبر نفسه قد اختار الحل المالك وبين أن يطالب بالشيء الباقي مع دفع تعويض عما تسبب في هلاكه بخطأه . وهذا هو الحل الواجب الاتباع في مصر ، مادام التقنين المصري لا يتضمن نصاً كنص التقنين اللبناني) .

التي اشتمل عليها محل الالتزام التخييري . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، بياناً لذلك ، ما يأتى : « يواجه هذا النص حكم استحالة تنفيذ أمر أو أكثر من الأمور التي يرد التخيير عليها . ورغم أن هذا الحكم محدود الأهمية من الناحية العملية ، فقد جرت التقنيات اللاتينية على الإسهاب بشأنه ، فأوردت نصوصاً كثيرة ليست في جملتها إلا تطبيقات بينة للقواعد العامة . على أن المشروع لم ير مجازاة هذه التقنيات ، بل اجتزأ بنص واحد واجه فيه فرضاً ليس لتطبيق القواعد العامة فيه حظ موفور من الوضوح » (١) .

ويحسن أن نستعرض الصور المنطقية لحالة ما إذا استحال تنفيذ كل أو بعض الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها الالتزام التخييري ، مطبقين في كل صورة منها القواعد العامة لنصل إلى الحل الواجب الاتباع في مصر ، وستأتى الصورة التي عرض لها النص ضمن هذه الصور .

وتوخياً للوضوح نفرض أن هذه الأشياء المتعددة هما شيثان معينان بالذات ، وأن عينا منهما أو الاثنين معاً قد هلكا . وما نقوله فيما إذا كان المحل أحد عيين معينين بالذات يصلح لما إذا كان المحل يشمل أكثر من عيين أو يشمل عملاً أو امتناعاً عن عمل . ومن ثم نحصر الصور المنطقية فيما يأتى : (١) هلاك الشيثين معاً بسبب أجنبي ، سواء كان الخيار للمدين أو للدائن . (٢) هلاك الشيثين أو أحدهما والخيار للمدين . (٣) هلاك الشيثين أو أحدهما والخيار للدائن . وفي الصورتين الأخيرتين المفروض طبعاً أن نستبعد من كل منهما حالة ما إذا هلك الشيثان معاً بسبب أجنبي ، فهذه حالة قد استغرقتها الصورة الأولى .

٩٩ - هلاك الشيثين معاً بسبب أجنبي : هذه الحالة نتخفف منها

منذ البداية ، لأن تطبيق القواعد العامة فيها واضح كل الوضوح . فإدام الشيثان - أو الأشياء جميعاً - قد هلكت بسبب أجنبي ، فقد استحال تنفيذ الالتزام ، وانقضى الالتزام التخييري بسبب هذه الاستحالة (م ٣٧٣) مدنى ، سواء في ذلك كان الخيار للمدين أو كان الخيار للدائن (٢) .

٠ (١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣ - ص ٤٤ .

(٢) أنظر في هذا اننى المادة ١١٩٥ من التقنين المدنى الفرنسى والمادة ٦٢ من تقنين -

١٠٠ - هلك الشئين أو أحدهما والآخر للمدين : نستبعد بداهة

حالة ما إذا هلك الشئان ، مما بسبب أجنبي ، فقد مضى القول فيها . وتبقى إذن الصور الآتية :

(١) هلك أحد الشئين دون الآخر بسبب أجنبي : مقتضى تطبيق القواعد

العامة أن الالتزام يتركز محله في الشيء الباقي ، فليس للمدين إلا أن يختاره إذ ليس أمامه غيره (١) . وإذا شمل المحل عدة أشياء هلك أحدها ، كان للمدين أن يعين محل الالتزام شيئاً من بين الأشياء الباقية .

= الموجبات والعقود البناني . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي ، انقضى الالتزام ، وفقاً للقواعد العامة ، متى شملت هذه الاستحالة جميع الأمور التي يرد التخيير عليها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١) . وفي مكان آخر : « وإن كان التخيير للدائن ، واستحال تنفيذ جميع ما يرد التخيير عليه من جراء سبب أجنبي ، انقضى الالتزام طبقاً للقواعد العامة ، كما هو الشأن عند تخويل المدين خيار التعيين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

وينقضى الالتزام لاستحالة التنفيذ في الصورة التي نحن بصددنا سواء هلك الشئان معاً في وقت واحد ، أو هلك أحدهما بعد هلاك الآخر . والفرق بين هاتين الحالتين لا أهمية له من الناحية العملية ، فقد قدمنا أن الالتزام ينقضى فيهما معاً . غير أنه من الناحية النظرية يصبح الالتزام بسيطاً ، في الحالة الثانية ، بهلاك أحد الشئين ، ثم ينقضى بهلاك الشيء الآخر . أما في الحالة الأولى فينقضى الالتزام وهو تخييرى دون أن يصبح بسيطاً قبل انقضائه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨٢ ص ٢٣٢ هامش رقم ٢) .

(١) انظر في هذا المعنى المادة ٩٧/١٥١ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٣ فقرة أولى من التقنين المدنى الفرنسى . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا اقتضت الاستحالة على أحد محل التخيير ، فيسقط خيار المدين ، ولا يكون له إلا الوفاء بالآخر ، وليس ثمة معنى عن إفضاء هذا الحكم ، فهو حتم تقتضيه طبيعة الأشياء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤) .

على أنه يمكن التساؤل عما إذا كان يحق للمدين في هذه الصورة أن يختار بين الوفاء بالشيء الباقي وبين دفع قيمة الشيء الهالك ، ولكن يعترض على هذا الحل بأنه لو سلم به لوجب ، فيما إذا هلك الشيء الباقي هو أيضاً بسبب أجنبي ، أن ينى المدين بقيمة أى من الشئين يختاره مع أن ذمته تبرأ عند هلاك الشئين بسبب أجنبي ولو هلكا على التوالي كما تقدم القول . بلى أن يقال أن المدين يرى نفسه مضطراً أن ينى بالشيء الباقي مع احتمال اختياره للشيء الهالك لو لم يهلك بسبب أجنبي ، فله إذن بعد أن ينى بالشيء الباقي أن يسترد من الدائن الفرق في القيمة ما بين الشئين فيما إذا كان الشيء الباقي أعلى قيمة من الشيء الهالك (أنظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٠٨٧ =

(٢) هلك أحد الشيثين دون الآخر بخطأ المدين : ما دام المدين هو الذى له حق الخيار ، فلا مناص من اعتبار الشيء الذى هلك بخطأه هو الشيء الذى لم يختره ، فلا يبقى أمامه إلا الشيء الباقى — أو أحد الأشياء الباقية يتولى اختياره — فيؤديه للدائن محلاً للالتزام (١) .

(٣) هلك أحد الشيثين دون الآخر بخطأ الدائن : ما دام الخيار بيد المدين ، فقد كان له أن يختار الشيء الذى هلك بخطأ الدائن أو الشيء الآخر ، فيبقى على خياره ما بين تأدية الشيء الآخر — أو شيء من الأشياء الأخرى فى حالة التعدد — للدائن مع الرجوع عليه بقيمة الشيء الذى هلك بخطأه ، أو أن يعتبر الشيء الذى هلك بخطأ الدائن هو الشيء الواجب الأداء فتراحم ذمته من الدين ولا يرجع على الدائن بشيء (٢) .

(٤) هلك الشيثان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ المدين : إذا هلك الشيء الأول بخطأ المدين ، وكان الخيار له ، فإن هلاك هذا الشيء بخطأه يجعل محل الالتزام يتركز فى الشيء الآخر . فإن هلك هذا الشيء الآخر بسبب أجنى ، فلا يزال هناك خطأ منسوب إلى المدين ، إذ هو بخطأه الأول جعل الالتزام

= ويشير إلى لايه فى بحث له فى بعض الصعوبات المتعلقة بهلاك الشيء الواجب الأداء وبالتحديد الزمة ص ٥٣ وما بعدها) . ولكن إذا جاز للمدين إجبار الدائن على تقاضى الشيء المالك لو أنه بقى قائماً ، فإنه لا يجوز له أن يجبره على تقاضى الشيء الباقى مع استرداد الفرق ما بين القيسيتين ، فى هذا يجوز لانيحه علاقة المديونية فيما بينهما .

(١) أنظر فى هذا المعنى المادة ١٥١/٩٧ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٣ فقرة أولى من التقنين المدنى الفرنسى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا اقتضت الاستحالة على أحد محل التخيير دون الآخر ، وكانت راجعة إلى خطأ المدين ، فيتعين عليه الوفاء بما يقوم به وصف الامكان حتى لا يفيد من خطئه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

(٢) لارومبيير ٣ م ١١٩٣ — ١١٩٤ فقرة ١١ — ديمولوب ٢٦ فقرة ٩٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠٠ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإن اقتضت الاستحالة على أحد محل التأخير ، فللمدين وقد ثبت له خيار التمين ، أن يختار الوفاء بالآخر ، وفى هذه الحالة يكون له أن يطالب الدائن بقيمة ما أستحال الوفاء به من جراء خطئه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤) .

متركزاً في الشيء الآخر ، ولو أنه لم يرتكب هذا الخطأ لما هلك الشيء الأول ولبقى بعد هلاك الشيء الآخر لئلا يلتزم . ومن ثم يعتبر هلاك الشيء الآخر منسوباً إلى المدين حتى لو كان الهلاك بسبب أجنبي ، فعليه أن يدفع قيمته للدائن . ولو تعددت الأشياء وهلكت كلها ، مع هلاك أحدهما بخطأ المدين ، فإن الالتزام يتركز في آخر شيء منها ، ويعتبر هلاكه - ولو بسبب أجنبي - منسوباً إلى المدين ، فيجب عليه دفع قيمته (١) .

وإذا كان الشيء الذي هلك بخطأ المدين هو الشيء الثاني بعد هلاك الشيء الأول بسبب أجنبي ، فإن الالتزام بعد هلاك الشيء الأول بسبب أجنبي يكون قد تركز في الشيء الثاني ، وقد هلك بخطأ المدين فوجب عليه دفع قيمته (٢) . ومن ثم يجب على المدين في جميع الأحوال أن يدفع للدائن قيمة آخر شيء هلك : وهذه الصورة هي إحدى صورتين اللتين عرض لهما نص المادة ٢٧٧ سالف الذكر ، وقد كشفنا عن وجه الخفاء في الحكم الوارد في شأنها .

(٥) هلك الشئان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ المدين : وهذه هي الصورة الأخرى التي عالجتها المادة ٢٧٧ مدني . وفي هذه الصورة أيضاً ينطبق نفس الحكم الذي قدمناه في الصورة المتقدمة . فقد هلك الشيء الأول بخطأ المدين ، فتركز الالتزام في الشيء الثاني ، فهلك بخطأ المدين أيضاً ، فوجب عليه دفع قيمته . ولو تعددت الأشياء وهلك الشيء الأخير منها بخطأ المدين ، وجب عليه كذلك دفع قيمته بعد أن تركز الالتزام فيه (٣) .

(١) انظر بودري وبارد ٢ بقرة ١٠٩٠ — فقرة ١٠٩١ — الأستاذ عبد الحى ججازى ص ١٩٧ . أما لو هلك الشيء الآخر — في الحالة التي نحن بصددتها — بخطأ الدائن ، فيكون الدائن بمثابة من استوفاه ، ولا يرجع على المدين بشيء .

(٢) انظر بودري وبارد ٢ بقرة ١٠٨٩ — أما إذا كان هلاك الشيء الأول — في الحالة التي نحن بصددتها — بخطأ الدائن ، وهلك الشيء الثاني بخطأ المدين ، فالمدين إما أن يختار الشيء الأول وقد هلك بخطأ الدائن فتبرأ ذمة المدين ، وإما أن يختار الشيء الثاني فيدفع قيمته للدائن ويرجع عليه بقيمة الشيء الأول .

(٣) انظر المادة ١١٩٣ فقرة ثانية من التقنين المدني الفرنسي ، وانظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٩٢ — فقرة ١٠٩٣ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتي : « أما إذا كانت الاستحالة قد حدثت من جراء خطأ المدين ، وكانت شاملة لجميع الأمور التي »

(٦) هلاك الشينان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ الدائن : ومن ثم يكون هلاك الشيء الآخر بسبب أجنبي . فان كان الشيء الذى هلك أولاً هو الذى هلك بسبب أجنبي ، فقد تركز محل الالتزام فى الشيء الآخر الذى هلك بخطأ الدائن ، ولما كان الدائن قد أهلكه بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه ، وتبرأ ذمة المدين من الالتزام (١) . أما إذا كان الشيء الذى هلك أولاً هو الذى هلك بخطأ الدائن (٢) ، فللمدين ، وله الخيار ، أن يختار الشيء الآخر ، وإذا هلك هذا الشيء الآخر بسبب أجنبي فقد برئت ذمة المدين بهلاكه ، ثم يرجع المدين على الدائن بقيمة الشيء الأول الذى هلك بخطأه .

(٧) هلاك الشينان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ الدائن : للمدين فى هذه الصورة أن يختار الشيء الذى يؤديه فتكون ذمته قد برئت بهلاكه ، ويرجع بقيمة الشيء الآخر على الدائن . ولو تعددت الأشياء اختار المدين الشيء الذى بهلاكه تبرأ ذمته ، ويرجع بقيمة بقية الأشياء على الدائن (٣) .

= يرد التخيير عليها — وهذا هو الفرض الذى عني المشروع بالنص على حكه — فقد يتبادر إلى الذهن أن المدين ، بوصفه المتصرف فى الخيار ، يستطيع أن يبرى ذمته بأداء قيمة ما يختاره ، لا سيما أن هذا هو حكم تحقق استحالة جميع الأمور التى يرد عليها التخيير فى آن واحد . ولكن ينبغى التفريق فى هذا الصدد بين فروض عدة : فإذا استحال الوفاء بأحد محلى التخيير تبطل تحقق الاستحالة فى الآخر ، وجب أن يستبعد الأول من نطاق التخيير ، ويستوى فى هذا المقام أن تكون الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أم إلى حادث فجائى ، ذلك بأن المدين لا يسوغ له أن ينسب من خطئه فى الحالة الأولى ، وهو ملزم بتحمل التبعة فى الحالة الثانية ، ولهذا العلة يتمين عليه أداء ما طرأت عليه استحالة التنفيذ أخيراً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤ — ٤٥) .

(١) وهذا هو أيضاً الحكم فيما لو كان الشيء الذى هلك أولاً هلك بخطأ المدين ، فإن محل الالتزام فى هذه الحالة أيضاً يتركز فى الشيء الآخر الذى هلك بخطأ الدائن ، ولما كان الدائن قد أهلكه بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه وتبرأ ذمة المدين من الالتزام .

(٢) ونفرض ، فى الحالة التى نحن بصدددها ، أن الشيء الذى هلك أولاً هلك بخطأ الدائن ، وهلك الشيء الآخر بخطأ المدين لا بسبب أجنبى . فللمدين ، وله الخيار ، أن يختار أى الشينين . فإن اختار الشيء الأول الذى هلك بخطأ الدائن ، يكون الدائن بمثابة من استوفاه ولا يرجع بشيء على المدين ، ويتحمل المدين هلاك الشيء الآخر إذ هلك بخطأه . وإن اختار المدين الشيء الآخر الذى هلك بخطأه ، فعليه أن يؤدى قيمة الدائن ، ثم يرجع عليه بقيمة الشيء الأول .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠١ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ — وقد =

١٠١ - هلك الشئين أو أمرهما والخيار للدائن : هنا أيضا

نستبعد حالة ما إذا هلك الشئان معاً بسبب أجنبي ، فقد بينا حكمها فيما تقدم ، وعرفنا أن الالتزام ينقضى بسبب هذا الهلاك . فتبقى الصور المقابلة للصور التي عاجلناها في حالة ما إذا كان الخيار للمدين :

(١) هلك أحد الشئين دون الآخر بسبب أجنبي : هنا - كما في الصورة المقابلة - يتركز الالتزام في الشيء الذي يبقى ، ويتعين على الدائن أن يختاره . وإذا تعددت الأشياء وهلك أحدها بسبب أجنبي ، فللدائن أن يختار شيئاً من الأشياء الباقية (١) .

(٢) هلك أحد الشئين دون الآخر بخطأ المدين : ما دام الدائن هو الذي له حق الخيار ، فله أن يختار الشيء الهالك فيرجع بقيمته ، أو يختار الشيء أو أحد الأشياء الباقية فيستأديها عيناً من المدين (٢) .

(٣) هلك أحد الشئين دون الآخر بخطأ الدائن : للدائن أن يختار : فان

= جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وإذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى خطأ الدائن ، وكانت تتناول جميع الأمور التي يرد التخيير عليها ، فالمدين وهو صاحب الخيار أن يعين الأمر أو التكليف الذي يعتبر أن ذمته تدبرنت بسبب الهلاك الحادث من جراء هذا الخطأ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤) .

(١) انظر في هذا المعنى المادة ٩٧/١٥١ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٤ الفقرة الثانية من التقنين المدنى الفرنسى . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا اقتضت الاستحالة على أحد محلى التخيير ، فليس للدائن ألا أن يختار الوفاء بالآخر . دام هذا الوفاء ممكناً . وليس شك في أن إضفاء هذا الحكم حتم تقتضيه طبيعة الأشياء ، كما هو الحال عندما يعهد للمدين بالخيار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

(٢) انظر في هذا المعنى المادة ٩٩/١٥٣ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٤ الفقرة الثانية من التقنين المدنى الفرنسى والمادة ٦٦ من تقنين الموجبات والعتود الثباتى . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « فإن اقتضت الاستحالة على أحد محلى التخيير ، فللدائن إن يطالب بالوفاء بالآخر ما دام هذا الوفاء ممكناً ، أو أن يطالب بقيمة الأول وهو الذى أصبح تنفيذه مستحيلاً من جراء خطأ المدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

اختار الشيء الذى هلك بخطأه فقد برئت ذمة المدين بهلاكه . وأن اختار الشيء الآخر ، فعليه أن يدفع قيمة الشيء الهالك للمدين (١).

(٤) هلك الشئان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ المدين : إذا اختار الدائن الشيء الذى هلك بخطأ المدين ، رجع عليه بقيمته . أما إذا اختار الشيء الذى هلك بسبب أجنبي ، لم يرجع بشيء على المدين إذ برئت ذمته بهلاك الشيء بالسبب الأجنبي . لذلك لا يتردد الدائن فى اختيار الشيء الذى هلك بخطأ المدين ، حتى يرجع عليه بقيمته (٢).

(٥) هلك الشئان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ المدين : لما كان الخيار للدائن ، فله أن يختار أحد الشئين فيرجع بقيمته على المدين إذ هلك بخطأه (٣).

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا اقتضت الاستحالة على أحد محل التخيير ، فللدائن — وهو صاحب الخيار — أن يختاره ، ويكون بذلك قد استوفى حقه . وله كذلك أن يختار استيفاء ما بقى الوفاء به ممكناً ، على أن يؤدي فى هذه الحالة قيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطأه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

هذا وتقنين الموجبات والعقود اللبناى (م ٦٧) يفرض على الدائن أن يختار الشيء الذى هلك بخطأه ، فتنبرأ ذمة المدين بهذا الهلاك .

(٢) أما المادة ١١٩٤ فقرة ثالثة من التقنين المدنى الفرنسى فتقضى بأن للدائن الرجوع على المدين بالقيمة التى يختارها من إحدى قيمتين : قيمة الشيء الذى هلك بخطأ المدين وقيمة الشيء الذى هلك بسبب أجنبي . وينتقد الفقه الفرنسى هذا الحكم ، ويرى فى الخيار الذى أعطى للدائن ضرباً من العقوبة فرضها القانون على المدين (لارومبيير ٣ م ١١٩٣ فقرة ٩ — ديرانتون ١١ فقرة ١٤٨ — ماركاديه ٤ فقرة ٥٨٦ — ديملومب ٢٦ فقرة ٨٨ — لوران ١٧ فقرة ٢٥٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٩٥) أما إذا كان هلاك أحد الشئين — فى الحالة التى نحن بصدددها — بخطأ الدائن وهلاك الشيء الآخر بخطأ المدين لا بسبب أجنبي ، فللدائن — وله الخيار — أن يختار أحد الشئين . فإن اختار الشيء الذى هلك بخطأه يكون بمثابة من استوفاه ، وإن اختار الشيء الذى هلك بخطأ المدين رجع عليه بقيمته وأدى له قيمة الشيء الذى هلك بخطأه .

(٣) أنظر فى هذا المعنى المادة ١٠٠/١٥٤ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٤ فقرة ثالثة من التقنين المدنى الفرنسى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « فإذا كانت استحالة التنفيذ ناشئة عن خطأ المدين ، وكانت شاملة لجميع الأمور التى يرد التخيير عليها ، فللدائن — وهو المنتصرف فى الخيار — أن يطالب المدين بقيمة ما بقى عليه اختياره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

(٦) هلك الشيطان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ الدائن : إذا اختار الدائن

الشيء الذى هلك بخطأه ، برئت ذمة المدين من الدين ولم يرجع على الدائن بشيء . أما إذا اختار الدائن الشيء الذى هلك بسبب أجنبي (١) ، فقد برئت ذمة المدين أيضاً بهلاك الشيء بالسبب الأجنبي ثم يرجع المدين على الدائن بقيمة الشيء الذى هلك بخطأه . ومن ثم لا يتردد الدائن فى اختيار الشيء الذى هلك بخطأه حتى لا يرجع عليه المدين بشيء .

(٧) هلك الشيطان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ الدائن : لما كان الخيار

للدائن ، فله أن يختار أحد الشيطان ، وإذا هلك الشيء الذى اختاره بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه وتبرأ ذمة المدين . ثم يرجع المدين بقيمة الشيء الآخر على الدائن إذ هلك هو أيضاً بخطأه (٢) .

(١) أما إذا هلك الشيء بخطأ المدين لا بسبب أجنبي ، رجعنا إلى حالة سبق بيان حكمها ، وللدائن أن يختار الشيء الذى هلك بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه ، أو الشيء الذى هلك بخطأ المدين فيستأدى قيمته ويؤدى قيمة الشيء الذى هلك بخطأه .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠٣ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما بأتى : « وإذا نشأت استحالة التنفيذ عن خطأ الدائن ، وتناولت الأمور التى يرد التخيير عليها ، أصبح هذا الدائن مسئولاً عن هلاك الشيء الذى لا يقع عليه اختياره وتعين عليه أداء قيمته ، باعتبار أن هلاك ما يقع عليه الاختيار يستتبع براءة ذمة المدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

أما أحكام الهلاك فى خيار التعيين فى الفقه الإسلامى فالضابط فيها أنه إذا كان الخيار للبائع (أى للمدين) فإن الخيار يمنع زوال السلعة عن ملكه ، وإذا كان الخيار للمشتري (أى للدائن) فإن الخيار يثبت الملك له فى أحد الشيطان غير عين والآخر يكون ملك البائع أمانة فى يده إذا قبضه . وفى جميع الأحوال يقترن خيار الشرط بخيار التعيين . ويترتب على ذلك ما بأتى :

(١) إذا كان الخيار لتأنيق : ١ — قبل القبض : وهلك أحدهما يهلك أمانة ، والبائع على

خياره ، إن شاء ألزم المشتري الباقي منهما لأنه تعين للبيع ، وإن شاء فسخ البيع فيه لأنه غير لازم بسبب خيار الشرط . وتعليل ذلك أن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه ، فهلك على ملك البائع أى أن الهالك يهلك أمانة — ويتعين الباقي للبيع وله فيه خيار الشرط ، وليس للبائع أن يلزم المشتري الشيء الهالك لأنه ملك أمانة — وإن هنكاً جميعاً بطل البيع بهلاك البيع قبل القبض بيقين .

٢ — بعد القبض : وهلك أحدهما يهلك أمانة أيضاً كما لو هلك قبل القبض ، ويتعين الباقي

منهما للبيع والبائع فيه خيار الشرط ، إن شاء ألزمه المشتري وإن شاء فسخ البيع فيه . وتعليل ذلك أن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه ، فهلك الهالك على ملك البائع وليس له أن يلزمه =

الفصل الثاني

الالتزام البدلي (*)

(obligation facultative)

١٠٢ - قيام وصف البذل وأعطاه : نبحث هنا - كما بحثنا في الالتزام التخييري - قيام وصف البذل وأحكام الالتزام البدلي. ونسير في البحث على الخطة نفسها التي اتبعناها عند الكلام في الالتزام التخييري . حتى تتضح الفروق ما بين هذين النوعين من الالتزام .

= المشتري لأنه هلك أمانة، ويتمين الباقي للبيع وللبيع فيه خيار الشرط - وإن هلكا جميعاً، فإن كان هلاكهما بالتعاقب هلك الأول أمانة، وتعين الثاني للبيع وفيه خيار الشرط فيهلك بقيمته لا بثمنه . وإن كان هلاكهما معاً في وقت واحد، فعلى المشتري نصف قيمة كل منهما لأن البيع شاع فيهما . (ب) وإذا كان الخيار للمشتري : ١ - قبل القبض : وهلك أحدهما لا يبطل البيع، ولكن المشتري بالخيار إن شاء اخذ الباقي بثمنه ، وإن شاء ترك لأن المبيع قد تغير قبل القبض بالتعيين وهذا يوجب الخيار - وإن هلكا جميعاً بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين . ٢ - بعد القبض : وهلك أحدهما تعين الهالك للبيع ولزم المشتري ثمنه ، وتعين الآخر للأمانة لأن الأمانة فيهما مستحقة الرد على البائع ، وقد خرج الهالك عن احتمال الرد فيه ، فتعين الباقي للرد وتعين الهالك للبيع ضرورة - وإن هلكا جميعاً ، فإن كان هلاكهما على التعاقب هلك الأول مبيعاً وهلك الآخر أمانة . وإن هلكا معاً في وقت واحد لزم المشتري ثمن نصف كل منهما ، لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر ، فشاع البيع فيهما جميعاً .

هذا ويخالف خيار التعيين في الفقه الإسلامي الالتزام التخييري من الوجوه الآتية :

- (١) خيار التعيين لابد فيه من ذكر المدة على خلاف في الرأي ، ولا يزيد على الثلاث .
- (٢) إذا مضت المدة في خيار التعيين، ولم يختَر من له حق الخيار ، نقض البيع (الخطاب ؛ ص ٤٢٥) .

(٣) في خيار التعيين إذا كان الخيار للمشتري، ثبت له الملك في أحد الشئتين غير معين ويكون الثاني في يده أمانة . وإذا كان الخيار للبائع ، لم يزل أى الشئتين عن ملكه .

(٤) يجتمع مع خيار التعيين خيار الشرط ، فلا يلزم البيع من له الخيار إلا بعد أن يتم تعيين الشيء الواجب الأداء .

(*) مراجع : بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٨ - فقرة ١٠٥١ - بلانيول وريبير وجابول ٧ =

الفرع الأول

قيام وصف البديل

١٠٣ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٧٨ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

« ١ - يكون الالتزام بديلاً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر » .

« ٢ - والشئ الذي يشمل محل الالتزام ، لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه ، هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين طبيعته (١) » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان مطبقاً دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٠٢ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٦٨ - ٦٩ (٢) .

= فقرة ١٠٥٢ - فقرة ١٠٥٣ - بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٠٤ - فقرة ٨٠٥ - دى باج ١ فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٦ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٢٣ - فقرة ١٣٢٦ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٧٩ - چوسران ٢ فقرة ٧٤٧ - فقرة ٧٤٨ .
(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٩٠ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ - ص ٤٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٧٨ (مطابقة للمادة ٢٧٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٥ (مطابقة للمادة ٢٧٨ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٣٠٢ : ١ - يكون الالتزام بديلاً إذا لم يكن محله إلا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر ٢ - والأصل لا البديل هو وحده محل =
(م ١٢ - الوسيط)

ويستخلص من النص المتقدم أن وصف البدل يقوم متى شمل محل الالتزام شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئاً آخر ، وأن خيار البدل يكون دائماً للمدين بخلاف الالتزام التخيري فالخيار فيه يكون للمدين أو للدائن .

فنبحث إذن : (١) متى يقوم وصف البدل (٢) ثبوت خيار البدل للمدين ومصدر هذا الخيار .

١٥ - متى يقوم وصف البدل

١٠٤ - تحديد منطقة الالتزام البدلي : حتى يكون الالتزام بدليا

يجب أن يكون له محل واحد هو المحل الأصلي ، ويقوم مقام هذا المحل الأصلي شيء آخر هو البديل (١) . مثل ذلك أن يقرض الدائن المدين مبلغاً من النقود ، ويتفق معه على أنه يستطيع عند حلول الأجل ، إذا لم يشأ أن يرد مبلغ القرض ، أن يعطيه بدلا منه داراً أو أرضاً معينة ، فيكون مبلغ النقود هو المحل الأصلي والدار أو الأرض هي البديل . وما العربون في البيع إلا بدل يأخذه البائع أو المشتري إذا اتفقا على أن يكون العربون وسيلة للرجوع في البيع ، وسيأتي بيان ذلك (٢)

= الالتزام، وهو الذي يحدد طبيعته . (ويطابق هذا النص في الحكم نص المادة ٢٧٨ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والمقود البناني م ٦٨ : يكون الموجب اختيارياً حين يجب أداء شيء واحد مع تحويل المديون الحق في إبراء ذمته بأداء شيء آخر . والشيء الواجب الأداء هو ، في نظر الشرع ، موضوع الموجب الذي تتعين به ماهيته ، لا الشيء الآخر الذي يستطيع المديون أن يبرئ ذمته بأدائه .

م ٦٩ : يسقط الموجب الاختياري إذا هلك الشيء الذي يكون موضوعاً له بغير خطأ من المديون وقبل تأخره ، ولا يسقط إذا هلك الشيء الذي جعل تسليمه اختيارياً .

(وأحكام التقنين البناني تتفق مع أحكام التقنين المصري ، وقد زاد التقنين البناني أن أورد حكم هلاك الشيء الأصلي وحكم هلاك البدل بما يتفق مع القواعد العامة) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٧ .

(٢) أنظر في أمثلة أخرى بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٠٤ ص ٥٩١ .

ويجب أن يتوافر في المحل الأصلي جميع الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام ، وإلا كان الالتزام باطلا . أما البديل فإن توافرت فيه الشروط أمكن أن يقوم مقام الأصل ، وإلا سقط هو وبقي الالتزام بمحله الأصلي قائماً ، ولكن يصبح التزاماً بسيطاً ذا محل واحد دون بديل .

ونرى من ذلك أن الالتزام البدلي - بخلاف الالتزام التخييري - هو ضمان للمدين لا ضمان للدائن . فالمدين يكون في سعة من أمره بأداء البديل دون المحل الأصلي ، وإذا هلك المحل الأصلي فإن المحلية لا تتركز في البديل ، كما تتركز في المحل الآخر في الالتزام التخييري ، بل تبرأ ذمة المدين . ومن ثم يكون البديل دائماً لمصلحة المدين إذ تبرأ ذمته بأدائه ، ولا يكون ضد مصلحته إذ لا تتركز فيه المحلية إن أصبح المحل الأصلي غير صالح لأن يكون محلاً .

ونرى من ذلك أيضاً أن البديل ليس محلاً للالتزام ، فليس هو الشيء الذي يمكن الدائن المطالبة به (in obligatione) ولكنه شيء يقوم مقام المحل الأصلي في الوفاء (in facultate solutionis) ، وقد تقدم بيان ذلك . ويستخلص من هذا أن هناك تعادلاً - في نظر طرفي الالتزام أو في نظر القانون حسب مصدر وصف البديل - ما بين المحل الأصلي وبدله ، إذ أن البديل يقوم مقام المحل الأصلي في الوفاء .

١٠٥ - تمييز الالتزام البدلي عن حالات أخرى تُشبه به : وفي تحديد منطقة الالتزام البدلي يحسن أن نميز ما بين هذا الالتزام والتزامات أخرى تشبه به . وأول هذه الالتزامات هو الالتزام التخييري الذي تقدم ذكره . ثم نميزه بعد ذلك عن الشرط الجزئي ، ونقارنه بالعربون .

١٠٦ - التمييز بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري : رأينا فيما تقدم أن الالتزام البدلي له محل واحد تمكن المطالبة به ، والشيء الآخر ليس محلاً للالتزام بل هو بديل عنه في الوفاء . أما الالتزام التخييري فمحله متعدد ، وكل من الأشياء المتعددة يعتبر محلاً للالتزام وتمكن المطالبة به متى وقع عليه الاختيار . فالالتزام التخييري متعدد محل الالتزام ، أما الالتزام البدلي فهو متعدد محل الوفاء . ويتفرع على هذا الفرق الجوهرى الفروق الآتية :

(١) إذا طالب الدائن المدين بالتزام بدلى ، فإنه لا يستطيع المطالبة إلا بالحل الأصلي ، فهو وحده محل الالتزام . وعند ذلك يجوز للمدين أن يؤدي هذا الحل الأصلي ، وله إن شاء أن يؤدي عوضاً عنه الشيء البديل ، فتبرأ ذمته بتأديته كما تبرأ بتأدية الحل الأصلي . أما المدين فله أن يعرض على الدائن إما الحل الأصلي وإما الشيء البديل ، وهو إذا عرض ابتداءً الشيء البديل كان عرضه صحيحاً مبرئاً للذمة . وقد رأينا في الالتزام التخييري أن الخيار إذا كان للدائن فله أن يطالب بأى من محال الالتزام ، وإذا كان للمدين فله أن يعرض أياً منها .

(٢) إذا هلك في الالتزام البدلى الحل الأصلي بسبب أجنبي فقد انقضى الالتزام ، ولا يمنع من انقضائه أن البدل لا يزال قائماً ممكناً تأديته ، ذلك أن محل الالتزام هو الحل الأصلي لا الشيء البديل ، وقد هلك الحل الأصلي فانقضى الالتزام بهلاكه . أما إذا هلك الشيء البديل ، فإن الالتزام يبقى قائماً على محله الأصلي ، ولكن المدين يفقد ميزة البدل في الوفاء ، وينقلب الالتزام البدلى التزاماً بسيطاً (١) . وهذا بخلاف الالتزام التخييري ، فإنه إذا هلك فيه أحد الشئين محل الالتزام بسبب أجنبي لا ينقضى ، كما ينقضى الالتزام البدلى ، بل تركز المحلية في الشيء الآخر .

وهذا هو الفرق أيضاً ما بين الالتزام البدلى والالتزام التخييري فيما إذا كان الحل الأصلي منذ البداية لا يصلح أن يكون محلاً لهلاكه أو لاستحالة أو لعدم توافر أى شرط من شروط الحل فيه ، فيسقط الالتزام البدلى . أما الالتزام التخييري فينقلب إلى التزام بسيط ذى محل واحد ، إذ تركز المحلية في الشيء الآخر الذى توافرت فيه شروط الحل (٢) .

(٣) في الالتزام البدلى تتحدد طبيعة الالتزام بطبيعة الحل الأصلي لا بطبيعة الشيء البديل ، فيكون الالتزام البدلى منذ البداية عقاراً أو منقولاً ، قابلاً للتجزئة أو غير قابل لها ، تبعاً لما إذا كان الحل الأصلي عقاراً أو منقولاً ،

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ٦٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني .

(٢) أرى ورو ، فترة ٣٠٠ ص ٧١ .

أو لما كان قابلاً للتجزئة أو غير قابل لها . كذلك يتحدد اختصاص المحكمة بقيمة المحل الأصلي منذ البداية (١) . وهذا بخلاف الالتزام التخييري ، فقد رأينا أن طبيعته لا تتحدد إلا بعد أن يتم اختيار المحل الذي يكون واجب الأداء ، وكذلك لا يتحدد اختصاص المحكمة إلا بتعيين المحل الذي يقع عليه الاختيار .

(٤) الخيار في الالتزام البدلي هو دائماً للمدين ، أما في الالتزام التخييري فتارة يكون للمدين وطوراً يكون للدائن ، بل قد يكون لأجنبي (٢) .

(٥) الوفاء في التزام البدلي ليس له أثر رجعي ، ولا ينقلب هذا الالتزام بالوفاء إلى التزام بسيط منذ البداية . وهذا بخلاف الالتزام التخييري ؛ فقد رأينا أن لإعمال حق الخيار فيه يستند إلى الماضي ، وينقلب الالتزام التخييري إلى التزام بسيط منذ البداية (٣) .

١٠٧ - التمييز بين الالتزام البدلي والشرط الجزائي : قدمنا أن الشرط

الجزائي هو تعويض قدره الطرفان بدلاً من القاضى ، فله إذن طبيعة التعويض . والتعويض ليس بالالتزام تخييري ، لأن الدائن لا يستطيع اختياره إذا عرض المدين

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٨ — الأستاذ أحمد حنمت أبوسنت فقرة ٦٩٦ — الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٠٠ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٩٢ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويناط الحكم على طبيعة الالتزام البدلي بالتكليف الأصيل الذى يرد عليه ويعتبر محلاً له على وجه الأفراد ، دون البديل الذى يكون للمدين أن يبرىء ذمته بأدائه . ويتفرع على ذلك أن الالتزام البدلي ينقضى إذا أصبح الوفاء بهذا التكليف الأصيل مستحيلاً قبل إعدار المدين بغير خطأ منه ، لكنه يظل على نقيض ذلك قائماً رغم استحالة الوفاء بالبديل (أنظر المادة ٦٩ من القانون اللبناني) . وكذلك يرجع في اعتبار الالتزام البدلي عقارياً أو منقولاً ، وفي التقاضى بشأن هذا الالتزام ، ولا سيما فيما يتعلق بتقدير القيمة والاختصاص ، إلى محله الأصيل دون البديل » (مجموعة الأمان التحضيرية ٣ ص ٤٧ — ص ٤٨) .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٥ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٩٢ .

(٣) أنظر في هذه الفروق : أوربى ورو ؛ فقرة ٣٠٠ ص ٧٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥١ — بلانيول وريبير وجابولك ٧ فقرة ١٠٥٣ .

للمدين أو للدائن أو لأجنبي . وثبت خيار البديل للمدين مستفاد من تعريف الالتزام البديل ، فهو التزام يستلزم فيه المدين أن يبريء ذمته بوفاء شيء بديل عن المحل الأصلي . فهو - حده - لا الدائن - الذي يختار محل الوفاء ، إذ هو ينفى بالمحل الأصلي أن لم يختَر الشيء البديل . أما الدائن فليس له ، كما رأينا ، أن يطالب إلا بالمحل الأصلي ، ومتى أدى له برئت ذمة المدين ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب بالبديل عوضاً عن المحل الأصلي .

١١٠ - **مصدر خيار البديل** : ومصدر خيار البديل ، كمصدر خيار التعيين ، هو الاتفاق أو نص في القانون (١) .

ففي كثير من الأحوال يكون مصدر خيار البديل هو الاتفاق ، ويتحقق ذلك بنوع خاص في العربون كما قدمنا .

وقد يكون مصدر الالتزام البديل نصاً في القانون ، ونورد أمثلة لذلك :

(١) قضت الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ مدني : في حالة استغلال أحد المتعاقدين في المتعاقد الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامعاً ، بأن للقاضي ، بناء على طلب المتعاقدين المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ثم تضيف الفقرة الثالثة من نفس المادة ما يأتي : « ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » . ويؤخذ من ذلك أن المتعاقد الذي استغل صاحبه يصبح مدينًا بالتزام أصلي ، هو إعادة ما أخذ - بعد إبطال العقد - واسترداد ما دفع . ولكن القانون هياً للمدين هنا بديلاً إذا وفي به قام هذا الوفاء مقام تأدية المحل الأصلي ، فللمدين أن يتوق دعوى الإبطال إذا هو عرض ما يراه للقاضي كافياً لرفع الغبن ، وهذا القدر الكافي لرفع الغبن ليس إلا البديل الذي قرره القانون ليقوم الوفاء به مقام الوفاء بالمحل الأصلي .

(٢) تنص المادة ٤٤١ مدني على أن « يثبت حق المشتري في الضمان (ضمان استحقاق المبيع) ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ .

الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي ، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل . كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه . وتضيف المادة ٤٤٢ مدني ما يأتي : « إذا تولى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » . فهنا للمشتري ، بعد استحقاق المبيع ، أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ، ويصبح البائع مدينًا للمشتري بهذا الضمان ، وهذا هو المحل الأصلي لالتزامه . ويستطيع أن يبريء ذمته من هذا الدين إذا هو أدى ، بدلا منه ، ما دفعه المشتري للمستحق توقيبا لاستحقاق المبيع كله أو بعضه ، ويعتبر هذا الأداء هو الشيء البديل الذي يقوم مقام المحل الأصلي في الوفاء .

(٣) تنص المادة ٤٦٩ فقرة أولى مدني على أنه « إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هورد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » . فهنا المدين بحق متنازع فيه ملتزم التزاماً أصلياً نحو المتنازل له بمحل الدين المتنازل عنه ، وهذا هو المحل الأصلي . ولكنه يستطيع أن يبريء ذمته بأداء بديل عن هذا المحل الأصلي ، هو مقدار ما دفعه المتنازل له من ثمن ومصروفات مع فوائد الثمن من وقت الدفع .

(٤) تنص المادة ٨٤٥ مدني على أنه « ١ - يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة . ٢ - ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة . وللمدعي عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته » . فهنا المتقاسم الذي غبن المتقاسم معه بأكثر من الخمس ملتزم التزاماً أصلياً بأن يرد العين المقسومة إلى الشيوع بعد نقض القسمة . ولكن القانون هياً له بديلاً من هذا المحل الأصلي لالتزامه ، هو أن يكمل للمتقاسم المغبون نقداً أو عيناً ما نقص من حصته ، فإذا أدى ما نقص قام انوفاء به مقام الوفاء بالمحل الأصلي .

(٥) تنص المادة ١١١٩ مدني فقرة أولى على أنه « إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقوم بدله ، جاز للدائن أو الراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق » . فإذا اقتصرنا على التزام الراهن هنا (١) ، وجدنا أن الراهن ملتزم التزاماً أصلياً ببيع العين المرهونة رهن حيازة فوراً بالمزاد أو بسعر البورصة أو السوق ، بناء على ترخيص القاضى ، لينتقل حق الدائن من العين المرهونة إلى ثمنها (م ١١١٩ فقرة ثانية) . ولكن القانون هياً له بديلاً من ذلك ، هو أن يقدم بدل العين المرهونة عيناً أخرى تكون كافية لضمان حق الدائن ، ومتى قدم هذه العين قام تقديمه لها مقام تنفيذ الالتزام الأصلي (٢).

(١) إذ يلاحظ أن الراهن حقاً كما أن عليه التزاماً . فمن حقه أن يطلب هو بيع العين المرهونة خوفاً عليها من التلف ، إذا تأخر الدائن في التقدم بهذا الطلب .

(٢) أما ما قصت به المادة ٢٧٣ مدني من أن المدين ، إذا ضعف التأمين لسبب أجنبي ، يلتزم بدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين ، فهذا التزام تخييرى الخيار فيه للمدين كما سبق القول . وما ورد في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١ و ص ٤٧) من أنه التزام بدلى فغير صحيح ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٧٣ و فقرة ٩٢) . هذا وقد أنشأ القانون الفرنسى بعضاً من الالتزامات البديلية ، والمقابل لها فى القانون المصرى التزامات تخيرية لا بديلية (أنظر المادة ١٦٨١ من التقنين المدنى الذى أنشأه وتقابلها المادة ٤٢٥ من التقنين المدنى المصرى ، وأنظر المادة ١٢٠ من التقنين التجارى الفرنسى وتقابلها المادة ١١٩ من التقنين التجارى المصرى) : أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٩ .

وقد يكون البديل أكثر من شيء واحد ، ويكون لتسدين أن يختار من هذه الأبدال البديل الذى يرقضه عوضاً عن الوفاء بالحل الأصلى ، فالالتزام هنا يكون بديلاً من ناحية الوفاء وتخيراً من ناحية البديل . ونجد فى المادة ١٠٧٢ مدنى مثلاً لذلك ، فهى تنص على أنه « إذا لم يختار الخائر أن يقضى الدين القيدة ، أو يطهر المقر من الرهن ، أو يتخلى عن هذا العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار . ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد » . ويستفاد من هذا النص أن الخائر للعذر المرهون يكون ملتزماً التزاماً أصلياً بتحمل إجراءات نزع الملكية (أنظر أنسكلويدى دالرز ٣ لفظ obligation فقرة ٦١ - الموجز للمؤلف فقرة ٩٧ ص ٥٠٤ هامش رقم ٢) . وله أن يفتدى ذلك ببديل ، وهذا البديل أمر من أمور ثلاثة : (١) قضاء الدين المضمون بالرهن (٢) تطهير العقار المرهون (٣) التخلل عنه . فهنا البديل تخييرى ، وللمدين أن يختار ما بين هذه الأمور الثلاثة ، إذا لم يرغب فى الوفاء بالحل الأصلى وهو تحمل إجراءات نزع الملكية .

الفرع الثانى

أحكام الالتزام البدلى

١١١ - **تعيين محل الأداء ونحمل التبعة** : بالرغم من أهمية الالتزام البدلى ، فان أحكامه ليست من التعقيد بالقدر الذى رأيناه فى أحكام الالتزام التخييرى . لذلك لن يطول القول فى تعيين محل الأداء وفى أحكام الهلاك فى الالتزام البدلى ، كما طال فى الالتزام التخييرى .

§ ١ - تعيين محل الأداء

١١٢ - **ما الذى يطالب به الدائن** : ليس للدائن أن يطالب فى الالتزام البدلى ، كما رأينا ، إلا بالمحل الأصيل . وليس له أن يطالب بالبديل ، فان هذا البديل ليس محلاً للالتزام حتى تجوز المطالبة به .

ومن ثم تتعين منذ البداية طبيعة الالتزام البدلى ، فهو عقار أو منقول بحسب طبيعة المحل الأصيل ، وهو قابل للتجزئة أو غير قابل لها بحسب طبيعة هذا المحل أيضاً ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ويتعين كذلك اختصاص المحكمة منذ البداية ، فالدائن يطالب بالمحل الأصيل إذا كان عقاراً أمام محكمة العقار وتبعاً لقيمة هذا الشيء ، حتى لو كان البديل منقولاً وأيا كانت قيمة هذا البديل .

١١٣ - **ما الذى يرفعه المدين** : أما الذى يدفعه المدين فهو فى الأصل أيضاً المحل الأصيل الذى يطالب به الدائن . ولكنه يستطيع ، كما قدمنا ، أن يبرىء ذمته بدفع البديل ، ومتى دفعه فقد انقضى الالتزام .

ولكن لا يجوز للمدين أن يدفع جزءاً من المحل الأصيل وجزءاً من البديل ، كما لا يجوز ذلك فى الالتزام التخييرى . وللدائن أن يرفض الوفاء على هذا الوجه ، فاما أن يأخذ المحل الأصيل بأكمله ، وإما أن يأخذ البديل بأكمله .

وإذا مات الدائن ، فليس لورثته المطالبة إلا بالمحل الأصلي كورثهم ، ولكن يجوز للمدين أن يني لهم بالبديل كما كان يستطيع ذلك مع مورثهم . أما إذا مات المدين ، فإن لورثته الحق في إيفاء بالبديل وتبرأ التركة من الدين بالوفاء به ، كما كان المدين يستطيع ذلك حين حياته (١) .

وإذا كان الالتزام البدلي التزاماً زمنياً أو دورياً ، فإن المدين يستطيع في كل أداء أن يني بالبديل عوضاً عن المحل الأصلي أو يؤدي المحل الأصلي كما يشاء . وإذا وفي بالبديل مرة ، فله أن يؤدي المحل الأصلي مرة ثانية ، ثم يوفي بالبديل مرة ثالثة ، وهكذا . وذلك كله ما لم يتبين من إرادة الطرفين ومن الظروف والملايسات أن المدين إذا أدى المحل الأصلي أو وفي بالبديل مرة فقد تقيد بذلك في المرات الأخرى المتعاقبة .

وإذا أعلن المدين إرادته أنه يريد الوفاء بالبديل دون أن يدفعه بالفعل ، فإن ذلك لا يمنعه عند الوفاء من أن يؤدي المحل الأصلي ، ذلك أنه لا يتحدد محل الوفاء إلا عند الوفاء الفعلي . كذلك إذا أعلن قبل الوفاء أنه يؤدي المحل الأصلي ، فلا يمنعه ذلك من أن يوفي بالبديل عند الوفاء .

ولا يمكن القول ، إذا وفي المدين بالبديل ، أن محل الالتزام قد تبدل فأصبح هو الشيء البديل عوضاً عن المحل الأصلي . بل إن الالتزام ، يبقى على محله الأصلي ، ويعتبر الوفاء بالبديل بمثابة الوفاء بمقابل ، ولا يقوم البديل مقام المحل الأصلي في المحل ، وإنما يقوم مقامه في الوفاء وحده . ونرى من ذلك أنه لا محل لبحث الاستناد في حالة الالتزام البدلي ، ولا يمكن القول إن الوفاء بالبديل يقلب الالتزام البدلي إلى التزام بسيط محنه البديل منذ البداية ، بل إن الالتزام

(١) وإذا كان المحل الأصل غير قابل للتجزئة ، فإن البديل لا ينقسم على ورثة المدين حتى لو كان قابلاً للتجزئة . فلو التزم المدين بالإيراد أن يعطي رهناً لضمانه وإلا رد رأس المال ، فإن إعطاء الرهن يكون هو المحل الأصلي ورد رأس المال هو البديل . ولما كان الرهن لا يتجزأ ، فإن البديل وهو رد رأس المال لا يتجزأ أيضاً وإن كان قابلاً للتجزئة . ومن ثم فإن ورثة المدين إذا اختاروا الوفاء بالبديل عوضاً عن المحل الأصلي ، فأرادوا رد رأس المال بدلا من إعطاء الرهن وجب أن يردوا رأس المال كاملاً دون أن يتجزأ عليهم (أنسيكلويدى دالووز ٣ لفظ Obligation فقرة ٦٣) .

البديلى يبقى بالرغم من الوفاء بالبديل التزاماً بديلاً ، وليس البديل إلا مقابلاً للوفاء فيه .

٢٥ - احكام الهلاك

١١٤ - هلك المحل الاصلى : إذا هلك المحل الاصلى بسبب أجنبي ،

فقد انقضى الالتزام وبرئت ذمة المدين . ولا تتركز المحلية فى البديل ، كما ركزت ، فيما يتعلق بالالتزام التخييرى ، فى الشيء الباقى على ما أسلفنا .

أما إذا هلك المحل الاصلى بخطأ المدين ، فان الدائن لا يطالب المدين إلا بالتعويض عن هذا المحل ، دون أن يستطيع المطالبة بالبديل ، فليس البديل كما قدمنا محلاً للالتزام . وإنما يجوز للمدين أن يتوفى دفع التعويض بأن يوفى بالبديل ، فيبرىء هذا الوفاء ذمته من الدين ، وقد كان قادراً على أن يفعل ذلك قبل هلاك المحل الاصلى ، فهو على فعله بعد الهلاك أقدر .

وإذا هلك البديل بعد هلاك المحل الاصلى ، سواء كان هلاك البديل بخطأ المدين أو بغير خطأه ، فان الواجب على المدين هو التعويض عن المحل الاصلى لا التعويض عن البديل ، فان المحل الاصلى هو وحده محل الالتزام ، والبديل لا يقوم مقامه فى الوفاء إلا إذا كان موجوداً .

وإذا هلك المحل الاصلى بخطأ الدائن ، فان الدائن يكون بمثابة من استوفى حقّه . ولكن يجوز للمدين فى هذه الحالة أن يوفى بالبديل ، ثم يطالب الدائن بقيمة المحل الاصلى الذى هلك بخطأه .

١١٥ - هلك البديل : أما إذا هلك البديل بسبب أجنبي أو بخطأ

المدين ، فان الالتزام لا ينقضى كما قدمنا ، بل يبقى قائماً على محله الاصلى . فان المحل الاصلى وحده هو محل الالتزام ، وهو باق فيبقى معه الالتزام . ولكن الالتزام البديلى ينقلب بهلاك البديل التزاماً بسيطاً ، ليس لمحله بديل عند الوفاء .

وإذا هلك المحل الأصلي بعد هلاك البديل ، فإن كان هلاك المحل الأصلي بسبب أجنبي فقد انقضى الالتزام ، وإن كان بخطأ المدين فإن الدائن يتقاضى قيمة المحل الأصلي لقيمة البديل على النحو الذى بيناه فيما تقدم .

وإذا هلك البديل بخطأ الدائن ، ببق الالتزام قائماً ، على محله الأصلي ، فيطالب الدائن المدين بهذا المحل ، ويرجع المدين على الدائن بقيمة البديل الذى هلك بخطأه . ولكن لما كان المدين يستطيع أن يوفى بالبديل عوضاً عن المحل الأصلي ، فإنه فى هذه الحالة يستطيع أن يمتنع عن الوفاء بالمحل الأصلي وأن يعتبر نفسه قد وفى الدين بالبديل ، إذ أن الدائن بعد أن أهلك البديل بخطأه يكون بمثابة من استوفاه .

الباب الثالث

تعدد طرفي الالتزام

١١٦ - صور التعدد - الالتزام متعدد الأطراف والالتزام

التضامني والالتزام غير القابل للانقسام : قد يلحق الالتزام وصف التعدد في طرفيه ، أحدهما أو كليهما . ولهذا التعدد صور ثلاث :

(١) فاما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما في غير تضامن ما بين الأطراف المتعديدين ، فيتعدد الدائن ، أو يتعدد المدين ، أو يتعدد كل من الدائن والمدين ، دون أن تربط الأطراف المتعديدين رابطة خاصة تجعلهم متضامنين في الحق أو في الدين . ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام متعدد الأطراف (obligation conjointe) .

(٢) وإما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما في تضامن ما بين الأطراف المتعديدين . ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام التضامني (obligation solidaire) . فاذا كان المتعدد هو الدائن ، كان هناك تضامن ما بين الدائنين وهو تضامن إيجابي (solidarité active) . أما إذا كان المتعدد هو المدين ، وهذا هو الغالب ، كان هناك تضامن ما بين المدينين وهو تضامن سلبي (solidarité passive) .

(٣) وإما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما في التزام لا يتجزأ تنفيذه . ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام غير القابل للانقسام (obligation indivisible) (١) .

(١) وهناك التزام متعدد أطرافه لا على سبيل الجمع بل على سبيل التخيير ، فيكون الدائن متعدداً على أن يكون أحد هؤلاء المتعديدين دون الباقي هو الدائن وحده ، أو يكون المدين متعدداً على أن يكون أحد هؤلاء المتعديدين دون الباقي هو المدين وحده — ويسمى الالتزام الذي تتعدد أطرافه على سبيل التخيير بالالتزام التخييري الطرف ، ويدعى في فرنسا بعبارة (Obligation =

والصورتان الثانية والثالثة - تضامن وعدم القابلية للانقسام - لا يتحققان بمجرد تعدد الأطراف ، بل لا - من توافر شروط خاصة لتحقيق كل منهما . أما الصورة الأولى فتتحقق بمجرد تعدد طرفي الالتزام الناشء من مصدر واحد . ومن ثم كان الأصل في الالتزام الذي تتعدد أطرافه أن يكون التزاماً متعدد الأطراف ، لا التزاماً تضامنياً ولا التزاماً غير قابل للانقسام . فالتضامن وعدم القابلية للانقسام لا يفترضان ، بل لابد لهما من شروط خاصة كما قدمنا . على أن الغالب الذي يكثر وقوعه في العمل هو الالتزام التضامني ثم الالتزام غير القابل للانقسام .

ونبحث في فصول ثلاثة متعاقبة الالتزام متعدد الأطراف والالتزام التضامني والالتزام غير القابل للانقسام .

(disjointe = . فكما يتعدد المحل في الالتزام التخييري المحل على أن يكون أحد المحال المتعددة هو وحده محل الالتزام ، كذلك تتعدد الأطراف في الالتزام التخييري الطرف على أن يكون أحد الأطراف المتعددة هو وحده الدائن أو المدين . ويتحقق ذلك أكثر ما يتحقق في الوصية ، فيوصي الشخص لفلان ثم لفلان إن مات الأول قبله . على أنه نادر الوقوع في العمل ، ولم يبحث في فرنسا إلا بعض فقهاء القرن التاسع عشر (أنظر ديمولومب ٢٦ فقرة ١٠١ - فقرة ١٠٤ - وأنظر في المعنى الذي قدمناه بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠٧ ص ٢٤٤ هامش رقم ١) . هذا ولا يوجد ما يمنع من أن يجمع الالتزام أوصافاً عدة ، فيكون التزاماً شرطياً ويكون في الوقت ذاته تخييرياً من حيث المحل وتضامنياً من حيث الأطراف (دى باح ٣ فقرة ٢٨٧)

الفصل الأول

الالتزام متعدد الأطراف

(Obligation conjointe)

١١٧ - **وصفة المصدر وتعدد الأثر** : إذا تعدد في الالتزام طرفه ولم تتحقق فيه شروط التضامن أو شروط عدم القابلية للإنقسام ، كان التزاماً متعدد الأطراف كما قدمنا . والالتزام متعدد الأطراف هو التزام واحد من حيث المصدر ، متعدد من حيث الأثر فينتسم على أطرافه . وهذا بخلاف الالتزام التخييري ، فهو واحد من حيث المصدر وواحد أيضاً من حيث الأثر فيتوحد بالنسبة إلى محله (١) .

فتتكمّل إذن في الالتزام متعدد الأطراف من حيث مصدر التعدد ومن حيث الأثر الذي يترتب على هذا التعدد .

§ ١ - مصدر التعدد في الالتزام متعدد الأطراف

١١٨ - **القانون والارادة** : أكثر ما يكون مصدراً لتعدد الأطراف في الالتزام هو القانون ، سواء في ذلك تعدد الدائنين أو تعدد المدينين . ولكن قد لا يكون القانون هو مصدر التعدد ، بل يكون المصدر هو إرادة طرفي الالتزام .

١١٩ - **القانون مصدر التعدد** : ويقع ذلك أكثر ما يقع في الميراث . فان الدائن إذا مات آل الحق الذي له في ذمة مدينه إلى ورثته ، ويكونون في أكثر الأحوال متعددين . فيصبح الحق ، بعد أن كان له دائن واحد ، له دائنون

(١) أنظر في هذا المعنى دي باج ٣ ص ٢٨٠ هاش رقم ٢ .

متعددون هم الورثة ، وسرى أن الحق في هذه الحالة ينقسم على الورثة كل بقدر نصيبه في الميراث (١) . كذلك إذا مات المدين وترك ورثة متعددين ، فإن الدين - في القانون الفرنسى لا في الشريعة الإسلامية (٢) - ينتقل إلى ورثته ، فيصبح ذا مدينين متعددين ينقسم عليهم الدين كل بقدر نصيبه في الميراث .

(١) وهذه حالة من حالات الدين المشترك في الفقه الإسلامى . ونظام الدين المشترك أخذه به التقنين المدنى العراقى دون التقنين المدنى المصرى كما سرى .

(٢) ومع ذلك يصور الأستاذ إسماعيل غانم انتقال الديون إلى ورثة المدين في الشريعة الإسلامية على النحو الآتى : « إن أموال المورث وديونه تنتقل جميعاً إلى الوارث بمجرد الوفاة فيصبح مالكاً لتلك الأموال ومدينًا بالديون . غير أن مسئولية عن هذه الديون ليست مسئولية شخصية تمتد إلى كافة أمواله الموروثة منها وغير الموروثة ، وإنما هي مسئولية عينية محددة تنحصر فيما تلقاه عن مورثه من أموال ، تنتقل إليه هذه الأموال محملة بحق عيني تسمى لمصلحة الدائنين يحول لهم استيفاء ديونهم منها بالأفضلية على دائنى الوارث الشخصيين ، كما يحول لهم تتبع تلك الأموال إذا تصرف فيها الوارث قبل سداد ديونهم » (أحكام الالتزام فقرة ١٩ ص ٣١ - ورسالته في الذمة المالية فقرة ٢٦ - فقرة ٣٢) . ثم يقول في موضع آخر : « تطبق القاعدة ذاتها (قاعدة انقسام الدين) في القانون الفرنسى إذا توفى المدين عن عدة ورثة ، فينقسم الدين بينهم كل بقدر حصته في التركة . أما في القانون المصرى ، فلا يخضع الدين لقاعدة الانقسام . ويفسر ذلك عادة بأن الديون لا تنتقل إلى الورثة أصلاً ، بل تكون التركة هي المدينة على أساس بقاء الديون متعلقة بذمة المورث ، فيفترض استمرار ذمته بعد وفاته إلى أن تسوى ديونه من أمواله . وقد سبقت الإشارة إلى أن التفسير الصحيح لمركز الوارث في القانون المصرى يقتضى التسليم بأن أموال المتوفى وديونه تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة ، ولكن ذلك لا يعنى أن الالتزام ينقسم بين الورثة في علاقتهم بالدائن ، فن المسلم أن الورثة ، ومسئوليتهم عن ديون المورث مسئولية عينية محددة بالأموال التي تركها ، لا يتلقون تلك الأموال خالصة ، بل محملة بحق عيني تسمى يكفل للدائنين تتبع أعيان التركة والأولوية في استيفاء حقوقهم منها . والقاعدة أن الحق العيني التبعي لا يقبل التجزئة ، وعلى ذلك فللدائن أن يرجع بحقه كاملاً على أى مال من أموال التركة . فإذا اقتسم الورثة أموال التركة ، فاختص أحدهم بعين معينة تعادل حصته في الميراث ، فللدائن رغم ذلك أن يستوفى حقه كاملاً من تلك العين بوصفها محملة بحق عيني تسمى يكفل له صانها لا يقبل التجزئة . وليس للوارث ، إذا وفى الدين كاملاً أو استوفى الدين حراً عليه من العين التي اختص بها في القسمة ، إلا أن يرجع على الورثة الآخرين بما زاد عن حصته في الدين » (أحكام الالتزام ص ٢٧٢ هامش رقم ١) . ويبدو أن الأستاذ إسماعيل غانم يذهب إلى أن الدين في الشريعة الإسلامية ينتقل إلى الوارث بمنصريه من ديونية ومسئولية . ولكن المسئولية محدودة بما أصابه الوارث من مال التركة ، أما عدم انقسام الدين على ورثة المدين ويرجع إلى هذا الحق العيني التبعي الذي ينتقل كل أموال التركة وهو حق غير قابل للانقسام .

وقد ينص القانون ، في غير الميراث ، على تعدد أطراف الالتزام . من ذلك ما تنقضى به الفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ مدني ، فهي تنص على ما يأتي : « إذا لم تف أموال الشركة بديونها ، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة ، كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة ، ما لم يوجد اتفاق على نسبة أخرى . ويكون باطلا كل اتفاق يعنى الشريك من المسؤولية عن ديون الشركة » .

فهذا نص يجعل لالتزام الشركة المدينة - إلى جانب المدين الأصلي وهو الشركة - مدينين متعددين هم الشركاء ، وقد جعلهم النص مسئولين ، عندما لانق أموال الشركة بوفاء الالتزام ، في أموالهم الخاصة كل بقدر نصيبه في الخسارة . وكان الأصل ألا يكون هؤلاء الشركاء مسئولين عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة ، لأن الشركة شخص معنوي وهو وحده المسئول عن ديونه ، لولا النص الذي أوردناه . وما دام القانون قد أوجد هؤلاء المدينين المتعددين ، فالأصل ألا يكون بينهم تضامن وأن ينقسم الالتزام عليهم . وهذا حكم يستمد من المبادئ العامة ، دون حاجة إلى أن ينص عليه القانون . غير أن المادة التالية ، وهي المادة ٥٢٤ مائي ، أكدت هذا الحكم مع تحوير فيه إذ قضت بما يأتي : « ١ - لا تضامن بين الشركاء فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . ٢ - غير أنه إذا أعسر أحد الشركاء ، وزعت حصته في الدين على الباقيين كل بقدر نصيبه في الخسارة » . فهنا نص القانون صراحة على عدم التضامن بين المدينين المتعددين ، ولكنه استبعد نتيجة هامة من نتائج عدم التضامن . ذلك أن عدم التضامن من المدينين يؤدي إلى انقسام الدين عليهم ، فإذا أعسر أحدهم لم يتحمل الباقي هذا الإعسار ، ويتحمله الدائن . ولكن النص يقضى صراحة بأن المدينين يكونون مسئولين عن إعسار أى منهم ، بالرغم من انقسام الالتزام عليهم . فإذا أعسر أحدهم وزعت حصته على الباقيين ، كل بقدر نصيبه في تحمل الخسارة .

وبلاحظ في الأمثلة المتقدمة أن الدين نشأ ابتداء لصالح دائن واحد أو في ذمة مدين واحد ، ثم خلفه عليه الورثة أو الشركاء فتعدد الدائنون أو المدينون . ويصح أن ينشأ الدين منذ البداية لصالح دائنين متعددين أو في ذمة مدينين

متعدددين . فاذا قبض أحد الورثة غلة التركة ، كان مديناً لسائر الورثة بأنصبتهم في هذه الغلة ، فينشأ الدين ابتداءً لصالح دائنين متعددين . وإذا أوصى شخص بمبلغ من النقود لآخر يأخذه من تركته ، فإن الورثة وهم يمثلون التركة يكونون مدينين متعددين منذ البداية في هذا الالتزام الموصى به .

١٢٠ - الإرادة مصدر التعدد : وقد تكون الإرادة هي مصدر تعدد الدائنين أو المدينين . فاذا باع الشركاء في الشيوع الدار التي بينهم ، أو باعت الورثة عيناً من أعيان التركة ، فالأصل أن يكون للالتزام بالثمن الذي نشأ في ذمة المشتري دائنون متعددون . هم الشركاء في الشيوع أو الورثة ، وما لم يشترط هؤلاء الدائنون التضامن فيما بينهم انقسم الحق عليهم كل بنسبة نصيبه في المبيع . وسنرى أن هذه هي إحدى حالات الدين المشترك في الفقه الإسلامي ، ولكن التقنين المدني المصري بخلاف التقنين المدني العراقي لم يأخذ بنظام الدين المشترك ، فينقسم الدين على الدائنين كما قدمنا . وإذا اشترى عدة أشخاص داراً واحدة على الشيوع صفقة واحدة ، فإن الالتزام بالثمن يكون له مدينون متعددون هم هؤلاء المشترون ، وينقسم الالتزام عليهم كل بقدر نصيبه في الدار ، ولا يكون هناك تضامن بينهم إلا إذا اشترطه البائع عليهم .

ويلاحظ في الأمثلة المتقدمة - حيث كان مصدر تعدد الدائنين أو المدينين هي الإرادة - أن الدين قد نشأ وله أطراف متعددون منذ البداية .

٢٥ - الأثر الذي يترتب على التعدد في الالتزام متعدد الأطراف

١٢١ - انقسام الالتزام على أطرافه : الأثر الذي يترتب على

التعدد ، إذا كان الالتزام متعدد الدائنين أو متعدد المدينين دون تضامن فيما بينهم ، أن الالتزام ينقسم بحكم القانون على الدائنين المتعدددين أو على المدينين المتعدددين ، كل بالقدر المتفق عليه أو بالقدر الذي يعينه القانون . فالاتفاق يعين نصيب كل مشتر من المشترين المتعدددين للدار إذا اشتروها صفقة واحدة دون تضامن فيما بينهم ، فيلتزم كل منهم بخصه من الثمن تساوى مقدار نصيبه

في الدار حسب الاتفاق الذي يتم بينهم . والقانون يعين نصيب كل وارث .
إذا ورث الجميع ديناً لصالح التركة (١). فإذا لم يعين الاتفاق أو القانون نصيب
كل من الدائنين أو المدينين المتعدين ، لم يبق إلا أن ينقسم الالتزام عليهم
بحسب الرؤوس أى بأنصبة متساوية (٢) .

ومتى انقسم الالتزام على الدائنين أو المدينين المتعدين ، أصبح بموجب
هذا الانقسام التزامات متعددة لصالح الدائنين المتعدين أو في ذمة المدينين
المتعدين ، ويكون كل التزام من هذه الالتزامات المتعددة مستقلاً عن
الالتزامات الأخرى (٣) .

١٢٢ - النتائج التي تترتب على انقسام الالتزام : وتترتب على

انقسام الالتزام وصيرورته التزامات متعددة مستقلة على النحو الذي بسطناه
نتائج هامة ، نذكر منها :

أولاً - إذا انقسم الالتزام على دائنين متعددين :

(١) كل دائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بنصيبه ، ولا يستطيع المدين
أن يدفع له أكثر من نصيبه .

(١) أما بالنسبة إلى ورثة المدين ، فالدين في الشريعة الإسلامية لا ينقسم على هؤلاء الورثة ،
وقد تقدم ذكر ذلك .

(٢) ويلاحظ أن الدين ينقسم بحسب نصيب كل من الأطراف أو بأنصبة متساوية ، لافحسب
في علاقة الدائنين بالمدين أو علاقة المدينين بالدائن ، بل أيضاً فيما بين الدائنين أو فيما بين
المدينين بعضهم مع بعض ، أى أن نصيب كل منهم في الالتزام بالدين (obligation à la dette)
معادل لنصيبه في المساهمة فيه (contribution à la dette) . وسنرى في الالتزام التضامني وفي
الالتزام غير القابل للانقسام أن النصيب في الالتزام بالدين قد يختلف عن النصيب في المساهمة
فيه (دى باج ٣ فقرة ٢٩١) . على أنه يجوز ، في الالتزام متعدد الأطراف ، الاتفاق على أن يكون
النصيب في الالتزام بالدين غير النصيب في المساهمة فيه (دى باج ٣ فقرة ٢٨٩ ص ٢٨٢) .
ويجوز أن ينشأ من العقد الواحد التزامات عدة ، بعضها قابل للانقسام وبعضها غير قابل له ،
فإذا اشترى شخصان داراً صفقة واحدة ، فإن الالتزام بالتمن يكون قابلاً للانقسام ، أما الالتزام
بتسليم الدار فإنه يكون غير قابل له (دى باج ٣ فقرة ٢٨٩ ص ٢٨٢) .

(٣) على أن هذا الاستقلال لا يكون كاملاً من بعض الوجوه التفصيلية (أنظر في ذلك
بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١ - ديمولومب ٢٦ فقرة ١١٣ - فقرة ١١٤) .

(٢) قطع التقادم أو وقفه أو الإعذار أو المطالبة القضائية ، إذا تم من جانب أحد الدائنين ، يسرى أثره بالنسبة إليه وحده دون غيره من الدائنين الآخرين ، فينتزع التقادم أو يقف للمدعى وحده ، ويعتبر المدين معدرأً بالنسبة إليه وحده ، وتسرى فوائد التأخير المترتبة على المطالبة القضائية له وحده .

(٣) إذا أبطل الدين أو فسخ أو انقضى بالنسبة إلى أحد الدائنين ، لم يؤثر ذلك في حقوق الباقيين ، بل يبقى كل منهم دائناً بقدر نصيبه . ولا ينتقل إليهم نصيب الدائن الذي أبطل دينه أو فسخ .

(٤) إذا وفي المدين أحد الدائنين ثم أعسر ، لم يرجع باقي الدائنين الذين لم يستوفوا أنصبتهم على الدائن الذي استوفى نصيبه ، إذ كل حق مستقل عن الحقوق الأخرى كما قدمنا .

ثانياً - إذا انقسم الالتزام على مدينين متعددين :

(١) كل مدين لا يكون ملتزماً إلا بنصيبه . ولا يستطيع الدائن أن يطالبه بأكثر من ذلك .

(٢) قطع التقادم أو وقفه أو الإعذار أو المطالبة القضائية ، إذا تم ضد أحد المدينين ، يقتصر أثره على هذا المدين ولا يتعداه إلى المدينين الآخرين .

(٣) إذا أبطل دين أحد المدينين أو فسخ أو انقضى أو ارتكب أحد المدينين خطأ ، فإن أثر ذلك يقتصر على هذا المدين ، فلا يكون المدينون الآخرون مسئولين عن نصيب من أبطل دينه أو فسخ أو يكونون مسئولين عن خطئه . وإذا كان هناك شرط جزائي يتناول جميع الدين ، فالمسئول من المدينين بموجب هذا الشرط الجزائي هو وحده الذي يطالب به بمقدار نصيبه منه فقط .

(٤) إذا أعسر أحد المدينين ، لم يتحمل إعساره الباقيون ، والدائن هو الذي يتحمل هذا الإعسار (١) .

(١) أنظر في كل هذه النتائج أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٨ ص ٢٣ - بودرى وبارد ٢

فقرة ١١١٢ - فقرة ١١١٣ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٧ - دي باج ٣ فقرة ٢٩٠ .

وانقسام الدين ، بما يجبر من النتائج على النحو المتقدم ، يجعل الدين ضعيف الأثر . ومن ثم يؤثر الناس عند التعامل توفى هذه النتائج ، باشتراط أن يكون الالتزام تضامنياً أو غير قابل للانقسام (١) .

= وقد ورد في تقنين الموجبات والعقود البناني من النصوص في هذا الصدد ما يأتي :

م ٩ : يجوز أن يختص الموجب الواحد بعدة أشخاص موجب لهم أو موجب عليهم . وتقسم الموجبات من هذا القبيل إلى موجبات متقارنة وموجبات متضامنة .

م ١٠ : إن توزيع المنافع والتكاليف في الموجبات المتقارنة يتم حتماً على قاعدة المساواة بين الدائنين والمدينين ، ما لم يكن العقد يقضى بخلاف ذلك . فيكون في الحقيقة عدد الديون بقدر عدد الدائنين أو المدينين ، وهو الأمر الذي يجب الاعتداد به ، ولا سيما في : ١ - ما يتعلق بحق المداعة ، إذ لا يمكن أحد الدائنين أن يستعمل هذا الحق ، كما لا يمكن استعماله على أحد المدينين ، إلا بقدر النصيب الذي يكون للدائن أو النصيب الذي يكون على المدين من ذلك الموجب . ٢ - ما يختص بإثذار كل من المدينين أو بنسبة الخطأ إليه ، فإن الإنذار رنسة الخطأ يتأن في شأن كل مدين على حدة . ٣ - ما يتعلق بتقدير أحوال البطلان التي يمكن أن تكون شخصية لكل ذي شأن في الموجب . ؛ - ما يختص بالأعمال التي تقطع حكم سرور الزمن بالأسباب التي ترقف سريانه .

فصل الثاني

الالتزام التضامني (*)

(obligation solidaire)

١٢٣ — التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين : قدما أن الطرف المتعدد في الالتزام التضامني قد يكون هو الدائن فيكون هناك تضامن بين الدائنين ، وقد يكون هو المدين فيكون هناك تضامن بين المدينين . والتضامن بين المدينين هو الأكثر وقوعاً في العمل .

وسواء كان التضامن بين الدائنين أو بين المدينين ، فهو أحد طرق الضمان للدائن ، بل هو أبلغ في الضمان من الكفالة . ذلك أن الدائن في الكفالة — إذا

(*) مراجع : بيلون (Pilon) في النظرية العامة في النيابة في الالتزامات رسالة من كان سنة ١٨٠٧ — يوانيد (Ioanid) في التضامن الناقص رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ — ديشون (Duchon) في النيابة في التضامن رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ — هامل (Hamel) رسالة من بواتيه سنة ١٩٠٨ — أودينو (Oudinot) في النيابة الناقصة في القانون الفرنسي رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — هوانج هاي (Huang-Hai) في التضامن السلبي رسالة من باريس سنة ١٩٣٤ — فرانسوا (I. François) في التمييز بين الالتزام التضامني والالتزام التضامني (in solidum) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ — دراكيديس (Drakidis) في المبدأ القاضي بأن التضامن لا يفترض رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ . هرفيه (Hervé) في التضامن وعدم القابلية للانقسام والكفالة رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ — كايزر (Kayser) رسائل في التضامن في المسئولية عن العمل غير المشروع المجلة الانتقادية سنة ١٩٣١ ص ١٩٧ — فانسان (Vincent) توسع القضاء في فكرة التضامن السلبي المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٩ ص ٦٠١ .

أوبري ورو ٤ فقرة ٣٩٨ وما بعدها — بودري وبارد ٢ فقرة ١١٠٧ وما بعدها — بنكاز ٢ فقرة ٧٨٤ وما بعدها — بلانيول وريير وجابول ٧ فقرة ١٠٥٩ وما بعدها — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ١١٠٧ وما بعدها — دي پاچ ٣ فقرة ٣١١ وما بعدها — بلانيول وريير وبولانجييه ٢ فقرة ١٨٤١ وما بعدها — كولان وكايتان ٢ فقرة ٤١١ وما بعدها — جوسران ٢ فقرة ٧٥٤ وما بعدها .

لم يكن الكفيل متضامناً مع الدين — لا يستطيع أن يرجع إلا على المدين الأصلي أولاً ، فإذا لم يستوف حقه منه رجع على الكفيل . أما في التضامن فالدائن يستطيع أن يرجع على أى مدين متضامن بكل الدين . هذا إذا كان التضامن بين المدينين . فإذا كان التضامن بين الدائنين فأى دائن متضامن يستطيع أن يطالب المدين بكل الدين ، ومن جهة أخرى فإن وفاء المدين لأى دائن متضامن بكل الدين مبرىء لزمته بالنسبة إلى سائر الدائنين (١) ، وهذا ما يجعل التضامن ما بين الدائنين أقرب إلى أن يكون ضماناً للمدين منه ضماناً للدائن كما سنرى .

والتضامن بنوعيه يقتضى بوجه عام أن تكون هناك شركة أو في القليل اشتراك في المصلحة (communauté d'intérêts) بين الأطراف المتضامنين ، وهذه المصلحة المشتركة هي التي تبرر أحكام التضامن (٢) .

ويصبح أن يجتمع في التزام واحد تضامن الدائنين وتضامن المدينين ، فيكون الالتزام متعدد الدائنين مع تضامنهم ومتعدد المدينين مع تضامنهم أيضاً . ويجوز في هذه الحالة لأى دائن أن يطالب أى مدين بكل الدين ، كما يجوز لأى مدين أن يني لأى دائن بكل الدين ، فالوفاء من أى مدين لأى دائن يقضى الدين بالنسبة إلى سائر المدينين وإلى سائر الدائنين (٣) .

الفرع الأول

التضامن بين الدائنين

(Solidarité entre créanciers—Solidarité active)

١٢٤ — مباهمة نموذجية : نبحث في التضامن بين الدائنين :

- (أولاً) مصدر هذا التضامن .
- (ثانياً) والآثار التي تترتب عليه .
- (ثالثاً) ثم نعرض لصورة خاصة لدين يقوم فيه ضرب من التضامن بين

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٩ ص ٤١٤ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١٩ .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١٦ .

الدائنين ، وهى الصورة المعروفة فى الفقه الإسلامى بالدين المشترك ، وقد نقلها عنه التقنين المدنى العراقى دون التقنين المدنى المصرى (١) .

المبحث الأول

مصدر التضامن بين الدائنين

١٢٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى

المصرى على ما يأتى :

« التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض . وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى قانون » (٢) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ١٠٧/١٦١ و ١٠٨/١٦٢ (٣) .

(١) وقد عنى التقنين المدنى الجديد بالتضامن فلم يورده مقتضياً كما فعل التقنين المدنى السابق ، وعنى بالتضامن بين المدينين بوجه خاص لأهميته العملية . على أن أكثر الأحكام التى نص عليها فيه يسهل تصور نظائرها فى التضامن بين الدائنين ، وهذا ما ستفعله فيما يلى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « التزم التقنين الراهن (السابق) ما عهد فيه من الاقلال والاعتصاب فيما يتعلق بأحكام التضامن ، مع ما لها من عظيم الخطر . فلم يكن بد من أن يعمد المشروع إلى تنظيم صورقة التضامن تنظيمياً أشمل ، وأن يعنى بوجه خاص بالتضامن السلبى وهو أهم هاتين الصورتين فى نطاق العمل . على أن أكثر الأحكام التى عنى المشروع بوضعها فيما يتعلق بالتضامن بين المدينين من الميسور تصور نظيرها بصدد التضامن بين الدائنين . بيد أنه رأى إغفال هذه الأحكام فى معرض إيراد القواعد المتعلقة بهذا الضرب من التضامن ، حتى لا ينوء المشروع بنصوص حفظها من التطبيق العملى جد يسير » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مقارب لما

استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ثم حور تحويراً طفيفاً فى لجنة المراجعة فأصبح مطابقاً لما استقر عليه ، وأصبحت المادة رقها ٢٩١ من المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١ — ص ٥٢) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ١٠٧/١٦١ : إذا تضمن التعمد التفويض من كل من المتعهد لم

الباقى فى استيفاء الشيء المتعهد به ، يكون كل منهم قائماً مقام الباقى فى ذلك . وفى هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٩ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣١٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١٢(١) .

١٢٦- التضامن بين الدائنين مصدره الاتفاق أو الإرادة بوجه عام :

بالرغم من أن نص المادة ٢٧٩ سألقة الذكر قد شمل التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين وقضى بأن مصدر التضامن يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون ، فلا يتوهم من ذلك أن التضامن بين الدائنين هو كالتضامن بين المدينين يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون . فالتضامن بين الدائنين لا يكون مصدره إلا الاتفاق أو الوصية ، أي الإرادة بوجه عام ، ولا يكون مصدره القانون (٢) .

م ١٠٨/١٦٢ : لا يلزم كل واحد من المتعهدين بوفاء جميع المتعهد به إلا إذا اشترط تضامنهم لبعضهم في العقد أو أوجبه القسانون ، وفي هذه الحالة يعتبر المتعهدون كفلاء لبعضهم بعضاً وكلاء عن بعضهم بعضاً في وفاء المتعهد به ، وتنتج القواعد العامة المتعلقة بأحكام الكفالة والتوكيل . (والتقنين المدني الجديد لم يغير من مصدر التضامن الإيجابي فهو الاتفاق ، ولا من مصدر التضامن السلبي فهو الاتفاق أو نص في القانون . أما ما عرض له التقنين المدني السابق من أن أحكام الوكالة تنطبق على التضامن الإيجابي وأن أحكام الوكالة والكفالة تنطبق على التضامن السلبي ، فقد تجنب ذكره التقنين المدني الجديد ، مقتصرأ على التطبيقات التشريعية التي أتى بها وهي تخرج في بعض الأحوال على هذه الأحكام) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٧٩ (مطابقة للمادة ٢٧٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٦ (مطابقة للمادة ٢٧٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣١٥ : لا يكون الدائنون متضامنين إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك

أو كان القانون ينص على تضامنهم . (ونجد هنا التقنين المدني العراقي يصرح بأن القانون قد يكون مصدرأ لتضامن الدائنين ، وليس يوجد تطبيق لذلك : راجع الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٩٣ وهو لا يشير إلى أي تطبيق في هذا الصدد) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١٢ : إن التضامن بين الدائنين لا يؤخذ بالاستنتاج ،

مل يجب أن ينشأ عن عقد قانوني أو عن القانون أو عن ماهية الممل .

(وهنا أيضاً نجد التقنين اللبناني يشير إلى القانون مصدرأ لتضامن الدائنين دون أن يورد

بشلا لذلك) .

(٢) أوبري ورو : فقرة ٢٩٨ مكررة ص ٢٤ - بودري وبارد ٢ فقرة ١١٢٢ ص ٢٥٢ -

. والتضامن بين الدائنين نادر الوقوع في العمل . وأكثر مايقع عندما يكون هناك مدينون متضامنون ثم ينقلبون إلى دائنين متضامين . مثل ذلك أن يبيع ثلاثة ستن قنطاراً من القطن ويتضامنون في الالتزام بالتسليم ، ثم لا يدفع المشتري الثمن ، فيكونون دائنين بالتضامن في المطالبة بفسخ البيع . وكذلك لو كان العقد هبة وأراد الواهبون المتضامنون الرجوع في الهبة ، فانهم يكونون دائنين متضامين في هذا الرجوع . ويصح أن يكون مصدر تضامن الدائنين الوصية ، فيوصي شخص لأشخاص متعددين بمبلغ من النقود يستوفونه من تركته ويجعلهم متضامين في المطالبة بهذا المبلغ (١) ، وهنا نشأ التضامن الإيجابي منذ البداية ولم ينعكس عن تضامن سلبى (٢) .

= وفقرة ١١٢٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٠ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٨٤٦ — چوسران ٢ فقرة ٧٥٧ ص ٤١٢ — ويقول بيدان ولاجارد أنه لا توجد أية حالة للتضامن الإيجابي يكون مصدرها القانون ، وإذا كان يُذكر في بعض الأحيان حالة الشركاء في شركة التضامن ، فهؤلاء مدينون بالتضامن ، وليسوا دائنين بالتضامن ، والدائن هي الشركة دون غيرها (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١١ ص ٩٨٦ — ص ٨٩٧) . أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حيث تقول : « قد يكون مصدر التضامن السلبى والإيجابي تعبيراً عن الإرادة » . ثم تقول : « هذا وقد يكون نص القانون مصدراً للتضامن السلبى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١) — قارن مع ذلك التفتين المادى العراقى المسادة ٢١٥ وتفتين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١٢ .

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ١٣٣ وفقرة ٢١٩ — فقرة ٢٢٠ — لوران ١٧ فقرة ٢٥٤ وفقرة ٢٧٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٣ وفقرة ١١٢٦ .

(٢) وعند الفرنسيين صورة عملية للتضامن بين الدائنين ، ألغىها مدة من الزمن للهرب من ضريبة التركات . وذلك بأن يودع المورث والوارث المحتمل — زوج وزوجته أو ابن وابنه أو نحو ذلك — النقود باسميهما في أحد المصارف على أن يكونا دائنين متضامين في هذا الحساب المشترك (compte joint) ، فيتمكن بذلك أى منهما أن يسحب من الخزانة كل المبلغ بمفرده ، فإذا مات أحدهما وورثه الآخر سحب الوارث المبلغ كله ، فبطلت بذلك من ضريبة التركات . غير أن قانونين صدرا في ٣١ مارس سنة ١٩٠٣ و ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ اعتبرا هذا الحساب المشترك ملكاً مشتركاً للدائنين ، فإذا مات أحدهما اعتبر نصيبه تركه تستحق عليها الضريبة . على أن باب التحايل لا يزال مفتوحاً عن طريق إخفاء العنوان الحقيقى ، وعن طريق إيداع الحساب المشترك أحد المصارف الأجنبية حيث لا يسرى عليه التشريع الفرنسى (أنظر في ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١١ ص ٩٩٧ — ص ٩٩٨ — دى باج ٣ فقرة ٢٣٧) — أما في مصر ففتح الحساب الجارى المشترك نادر الوقوع ، وترفضه =

والسبب في ندرة التضامن بين الدائنين أن مضار هذا التضامن تربي على فوائده . فان الدائنين إذا اشترطوا التضامن بينهم لا يكسبون من وراء ذلك إلا أن أى دائن منهم يستطيع المطالبة بكل الدين ، كما يستطيع المدين أن يوفيه إياه كله . وهذا الكسب لا يعد شيئاً مذكوراً إلى جانب ما يتعرض له الدائنون من الخطر ، فان أى دائن منهم يستطيع أن يقبض الدين كله ، فتبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء ، وليس لسائر الدائنين إلا الرجوع كل بنصيبه على الدائن الذى استوفى الدين ، فاذا هو أعسر تحملوا تبعه إعساره ، وفي هذا من الخطر ما فيه . أما ما أفادوه من التضامن فيستطيعون الوصول إليه من غير هذا الطريق ، فانهم يملكون عند حلول الدين أن يعطوا أيّاً منهم توكيلاً بقبض كل الدين (١) . على أنه يلاحظ أن التقنين المدنى الجديد قد تخفف بعض الشيء من مضار التضامن بين الدائنين ،

=المصارف عادة خشية النزاع الذى يقع بين ورثة من يموت من أصحاب الحساب ومن بقى من هؤلاء حياً (الأستاذ محسن شفيق فى القانون التجارى ٢ ص ٣٤٩ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٧٥ هامش رقم ٢) .

كذلك صدر فى فرنسا قانون فى ١٦ يولييه سنة ١٩٣٤ وقانون آخر فى ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥ يجعلان حملة سندات الغرض الواحد فى موقف قريب من موقف الدائنين المتضامنين ، فحامل السند إذا قطع التقدم بالنسبة إلى الأرباح أفاد من ذلك حملة السندات الآخرون : وكذلك إذا هو حصل على حكم أفاد منه الآخرون ولو لم يكونوا طرفاً فيه . وهذا الضرب من التضامن الإيجابى الخاص يصح أن يقال بأن مصدره القانون (أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦١ — ص ٤١٦ — ص ٤١٧) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٠ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١١ ص ٥٩٦ — دى باج ٣ فقرة ٣٣٦ — هذا ويبدو الفرق واضحاً ما بين تضامن الدائنين والوكالة . فقد يوكل الدائن عنه شخصاً فى قبض الدين ، فلا يكون هذا الوكيل دائناً متضامناً مع موكله ، فإن للدائن أن يعزله عن الوكالة ، وإذا قبض الوكيل الدين وجب عليه دفعه للموكل إذ لا نصيب له فيه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٨) .

والتضامن بين الدائنين إذا كان نافعاً فهو أنفع للمدين منه للدائنين المتضامنين ، إذ يتمكن لمدين أن يوفى الدين كله لأى من هؤلاء الدائنين فيبرأ ذمته نحو الباقيين ، فهى التضامن له بذلك طريقاً ميسراً للوفاء بالدين ، ولا حاجة به أن يقسم الدين على الدائنين فيعطى لكل نصيبه ، وفى هذا من الكلفة والمشقة ما فيه . وقد كان التضامن بين الدائنين نافعاً فى القانون الرومانى من ناحية خاصة بهذا القانون ، إذ كان يفتح الطريق لحالة الحق بأن يضم الدائن من يريد أن يحصل له الحق دائناً متضامناً معه ، فيجيز بذلك للمدين أن يوفى الدين كله لهذا الدائن المتضامن (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٩ ص ٢٥٦ — ص ٢٥٧) .

بأن نص في الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ على جواز ممانعة الدائنين في أن يوفى المدين الدين لأحدهم . كما أن التضامن ينطوي على وكالة يجوز الرجوع فيها ، وسيأتى بيان ذلك .

١٢٧ — التضامن بين الراتبين لا يفترض : ولما كان التضامن بين

الدائنين مصدره الإرادة أو الاتفاق ، فإنه لا يجوز افتراض وجوده ، وما لم توجد إرادة واضحة لاختفاء فيها بانشاء هذا التضامن فإنه لا يقوم . فإذا باع مثلاً ثلاثة أشخاص داراً لهم في الشيوع ، ولم يشترطوا على المشتري التضامن بينهم في وضوح ، فلا يستخلص من شيوع الدار بين البائعين أنهم متضامنون في تقاضى الثمن . بل ينقسم الثمن عليهم كل بقدر نصيبه في الدار المبيعة . كذلك إذا كان المشتري قد اشترط على البائعين التضامن في التزاماتهم نحوه . فإن ذلك لا يؤخذ منه ضرورة أنهم متضامنون في حقوقهم عليه ، بل لابد من اشتراط التضامن في الحقوق كما اشترط في الالتزامات (١) .

على أنه لا يفهم من ذلك أن التضامن لابد أن يرد فيه شرط صريح ، فقد يستخلص ضمناً من الظروف والملابسات (٢) ، ولكن يجب ألا يكون هناك شك في أنه مشروط .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى ما يأتى : « ومن الأصول المقررة أن التضامن بنوعه لا يفترض . وليس يقصد بذلك إلى وجوب اشتراطه بصريح العبارة ، فقد تنصرف إليه الإرادة ضمناً ، ولكن ينبغي أن تكون دلالة الاقتضاء في مثل هذه الحالة واضحة لاختفاء فيها . فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة ، وجب أن يؤول لنفى التضامن لا لإثباته » (٣) . وليس من

(١) لاروميير ٣ م ١١٩٧ فقرة ١٨ — ديمولوب ٢٦ فقرة ١٣٨ — لوران ١٧ فقرة ٢٥٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢١ . على أنه يصح أن يستخلص ضمناً من الظروف والملابسات أن التضامن في الالتزامات يستتبع التضامن في الحقوق (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٠) .

(٢) على أنه يجب استخلاصه حتماً من الظروف والملابسات ، فإذا قام في شأنه شك أو لم يتيسر إثباته ، فإنه لا يفترض ، ويتمتع استبعاداً في هاتين الحالتين (دى باج ٣ فقرة ١٤ : ص ٢٩٩) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١ .

الضرورى ، فى الشرط الصريح ، أن يستعمل لفظ « التضامن » ، فأى لفظ يؤدي هذا المعنى يكفى ، كأن يشترط الدائنون أن يكون لأى دائن منهم أن يطالب المدين بكل الدين ، أو يشترط المدين أنه يستطيع الوفاء بكل الدين لأى من الدائنين .

ولا يفترض التضامن بين الدائنين حتى فى المسائل التجارية ، بل يجب اشتراطه فى وضوح (١) . وحتى فى شركة التضامن ، إذا كان كل الشركاء يديرون الشركة ، وأمكن لكل منهم أن يستوفى من مدينى الشركة ما عليهم من ديون لها ، فإن ذلك لا يعنى أن الشركاء دائنون بالتضامن ، بل إن كل شريك إنما يعمل باسم الشركة ، والشركة وحدها هى التى تستوفى ديونها عن طريق وكيل عنها هو أحد الشركاء (٢) .

١٢٨ - وحدة الحمل وتعدد الروابط : والتضامن بين الدائنين على

النحو الذى سبق ذكره يجعل الالتزام متعدد الروابط ولكنه موحد المحل . أما أن الالتزام يكون متعدد الروابط ، فذلك بأن كل دائن متضامن تربطه بالمدين رابطة مستقلة عن الروابط التى تربط المدين بالدائنين المتضامين الآخرين ، فتعدد الدائنين المتضامين يستتبع تعدد الروابط . وأما أن الالتزام يكون موحد المحل ، فذلك هو الذى يحفظ للالتزام وحدته بالرغم من تعدد الدائنين ، ولو أن الدائنين المتعدين لم يكونوا متضامين لما احتفظ الالتزام بوحدته ولكان التزاماً

(١) ليون كان وزينو ٣ فقرة ٣٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٧ — دريدافى أنسيكلوبيدى داللو ٥ لفظ (solidarité) فقرة ٨ .

(٢) ليون كان وزينو ٢ فقرة ٢٩٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٧ .
وإذا كان للدائن مدينون متضامنون ، ونزل عن حقه قبل أحدهم إلى محال له ، واستبقى المدينين الباقين ، فهل يصبح هو والمحال له ، بالنسبة إلى هؤلاء المدينين الباقين ، دائنين بالتضامن ويستخلص التضامن فى هذه الحالة من الظروف ؟ الطاهر أنه لا تقوم علاقة التضامن بينهما ولا يمكن استخلاصها من هذه الظروف ، ولكن يصح اعتبارهما دائنين بالتضامن (in solidum) على غرار المدينين بالتضامن (انظر بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠٦٣ ص ٤١٨) .

أما إذا نزل الدائن عن حقه لمحال له دون أن يستبقى المدينين الآخرين ، فإن المحال له وحده هو الذى يصبح الدائن مكان الدائن الأصل ، وتنتفى علاقة الدائن الأصل بالمدينين المتضامين .

متعدد الأطراف ينقسم على الدائنين المتعدين التزامات مستقلة بعضها عن بعض كما بينا فيما تقدم (١) .

وبحسبنا هنا أن نبين أهم المظاهر لتعدد الروابط بالرغم من وحدة المحل (٢) :
(١) يجوز أن تكون الرابطة التي تربط أحد الدائنين المتضامين بالمدين موصوفة وتكون الروابط الأخرى بسيطة . فيجوز أن يكون أحد الدائنين المتضامين دائناً تحت شرط أو إلى أجل ، ويكون سائر الدائنين المتضامين حقوقهم منجزة . كما يجوز أن تكون إحدى الروابط معلقة على شرط ، ورابطة أخرى مقترنة بأجل . وإلى هذا تشير الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدني إذ تنص على أنه «يجوز للدائنين المتضامين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل أثر الدين » .

(٢) يجوز أن تكون إحدى الروابط قد شابها عيب والروابط الأخرى ، غير معيبة . فيجوز أن يكون أحد الدائنين المتضامين قاصراً فتكون رابطة قابلة للإبطال لنقص الأهلية ، أو يجوز أن تكون إرادته قد شابها غلط أو ندليس أو إكراه فتكون رابطة قابلة للإبطال لهذا العيب دون الروابط الأخرى ، أو يجوز أخيراً أن تكون إحدى الروابط دون غيرها ذابلة للفسخ .

(٣) يجوز أن تنقضي إحدى الروابط وتبقى مع ذلك الروابط الأخرى ، وسيأتى تفصيل ذلك فيما يلي .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على تضامن الدائنين

١٢٩ - المعرفة : **الدائنين والفدين والعلاقة فيما بين الدائنين**

بمعهم ببعض : يجب ، في بيان الآثار التي تترتب على تضامن الدائنين ، التمييز بين أمرين : (١) العلاقة بين الدائنين المتضامين والمدين . (٢) وعلاقة الدائنين المتضامين بعضهم ببعض .

(١) انظر في الدفاع عن فكرة تعدد الروابط ووحدة المحل فيما يتعلق بالتضامن السلبى يوتبيه في الالتزامات فقرة ٢٦٣/٣ .

(٢) ديمولومب ٢٦ فقرة ٢٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١٧ .

المطلب الأول

العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين

١٣٠- **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٨٠ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« ١ - إذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم ، إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك » .

« ٢ - ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام »

وتنص المادة ٢٨١ على ما يأتي :

« ١ - يجوز للدائنين المتضامنين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، ويراعى فى ذلك ما يلى رابطة كل دائن من وصف يعدل أثر الدين » .

« ٢ - ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً » .

وتنص المادة ٢٨٢ على ما يأتي :

« ١ - إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله » .

« ٢ - ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين » (١).

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٨٠ : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما يتعلق بالفقرة الثانية . أما الفقرة الأولى فقد كان نصها فى =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٧/١٦١ (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٨٠ - ٢٨٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٦٧ - ٢٦٩ ، وفي

= المشروع التمهيدى على الوجه الآتى « إذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز لكل منهم أن يطالب المدين بأداء كل الدين ، وجاز للمدين أن يوفى الدين وفاء صحيحاً لأى من الدائنين المتضامنين ، إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات تمنع المدين من ذلك » . وفى لجنة المراجعة حذف الحكم الخاص بمطالبة كل من الدائنين بأداء كل الدين لأن هذا الحكم منصوص عليه فى المادة التالية ، وحذفت عبارة « وفاء صحيحاً » إذ لا ضرورة لها ، وأصبحت المادة رقمها ٢٩٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك » بعبارة « إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات تمنع المدين من الوفاء » ، لأن المقصود هو الاكتفاء بمجرد اعتراض أحد الدائنين المتضامنين على وفاء المدين لدائن آخر ، فى حين أن عبارة « إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات إلخ » قد توحي بأن الأمر يتطلب اتخاذ إجراءات رسمية معينة ، مع أن المسألة لا تعدو مجرد الاعتراض ، ومن المفهوم أن الاعتراض يثبت وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته ، وأصبح رقمها ٢٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٣ — ص ٥٥) .

م ٢٨١ : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٣ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٥ - ص ٥٦) .

م ٢٨٢ : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٤ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٧ - ص ٥٩) .

(١) التقنين المدني السابق م ١٠٧/١٦١ : « إذا تضمن التمهيد التفويض من كل من المتعهد لهم للباقي فى استيفاء الشيء المتعهد به ، يكون كل منهم قائماً بمقام الباقي فى ذلك . وفى هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل » . وقد سبق إيراد هذا النص . ولا فرق فى الأحكام ما بين التضمين الجديد والتضمين السابق . وإن كانت التقنين السابق قد أحال على أحكام الوكالة جملة واحدة دون التفصيل الذى أتى به التقنين الجديد . هذا وقد أشار بودرى وبارد (ج ٢ ، فقرة ١١٦٨) ، وهو يعرض لبعض القوانين الأجنبية ، إلى أن التقنين المدني المختلط السابق يقيم التضامن بين الدائنين على فكرة الوكالة . فلا يجوز دئى دائن أن يقضى الدين بتجديد أو إبراء وإلا جاوز حدود وكالة .

التقنين المدني العراقي المواد ٣١٦ - ٣١٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني
المواد ١١ و ١٣ - ١٩ (١) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٨٠ - ٢٨٢ (مطابقة للمواد ٢٨٠ - ٢٨٢ من التقنين
المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٧ - ٢٦٩ (مطابقة للمواد ٢٨٠ - ٢٨٢ من التقنين
المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣١٦ - ٣١٨ (متفقة في مجموعها مع أحكام التقنين المدني
المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١١ : يوجد التضامن بين الدائنين حين يكون شخصان
أو عدة أشخاص أصحاباً لدين واحد يحق لكل منهم أن يطلب دفع هذا الدين بجملة ، كما يحق
من جهة أخرى للمدين أن يدفع الدين إلى أي كان منهم ، وهذا ما يسمونه تضامن الدائنين .
على أن الدائن المتضامن لا يحق له أن يتصرف في مجموع الدين ، بل يعد مفوضاً من قبل سائر
الدائنين في المحافظة على القسم الذي يتجاوز مبلغ حصته وفي استيفائه من المدينين .

م ١٣ : إن موجب التضامن يسقط تجاه كل الدائنين بالإيفاء أو بأداء الموض أو بأداء الشيء
المستحق أو بالمقاصة أو بتجديد التعاقد تجاه أحد الدائنين . إن المدين الذي يوفى أحد الدائنين
المتضامين حصته في الموجب يبرئ ذمته تجاه الآخرين على قدر هذه الحصة .

م ١٤ : إن إسقاط أحد الدائنين المتضامين الدين لا يسرى على الآخرين ولا يبرئ المدين
إلا من حصة هذا الدائن . وإن اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص أحد الدائنين المتضامين
وفي شخص المدين لا يسقط الموجب إلا بالنظر إلى هذا الدائن .

م ١٥ : إن مرور الزمن الذي تم على حق أحد الدائنين المتضامين لا يسرى على الآخرين .
وخطأ أحد الدائنين المتضامين أو تأخره لا يضر ببقية الدائنين .

م ١٦ : إذا أئذر أحد الدائنين المدين أو أجرى حكم الفائدة على المدين ، فسائر الدائنين
يستفيدون من نتيجة عمله .

م ١٧ : إن الأعمال التي تقطع مرور الزمن بالنظر إلى أحد الدائنين المتضامين يستفيد منها
الآخرون . أما الأسباب التي تقف سريان مرور الزمن فتبقى شخصية ومختصة بكل من الدائنين .

م ١٨ : إن الصلح الذي يعقد بين أحد الدائنين والمدين يستفيد منه الدائنون الآخرون حينما
يكون متضمناً الاعتراف بالحق أو بالدين . ولا يسرى عليهم هذا الصلح حين يتضمن إسقاط
الدين أو إحراج موقفهم إلا إذا رضوا به .

م ١٩ : إذا منح أحد الدائنين المتضامين المدين مهلة ، فلا يسرى ذلك على الآخرين ، ما لم
يستنتج العكس من صك إنشاء الموجب أو من القانون أو من ماهية القضية .

وهذه الأحكام التفصيلية الواردة في التقنين اللبناني تتفق مع ما أجمله التقنين المصري في =

١٣١ - استخلص المبادئ الأساسية : ويستخلص من هذه النصوص المبادئ الأساسية الثلاثة الآتية :

أولاً - لأى دائن متضامن مطالبة المدين بكل الدين ، وللمدين أن يبنى بكل الدين لأى مدين متضامن ، والوفاء بكل الدين لأى مدين متضامن يبرىء ذمة المدين من الدين نحو سائر الدائنين (م ٢٨٠ - ٢٨١ مدنى) .

ثانياً - أما أسباب انقضاء الالتزام الأخرى ، من تجديد ومقاصة واتحاد ذمة وإبراء وتقادم ، فإنها إذا تحققت بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامين ، اقتصر أثرها على حصة هذا الدائن ، ولا يحتج المدين بأبها على سائر الدائنين إلا بمقدار هذه الحصة (م ١/٢٨٢ مدنى) .

ثالثاً - ولا يجوز لأى من الدائنين المتضامين أن يأتى عملاً من شأنه أن يضر بسائرهم ، ولكن إذا أتى عملاً من شأنه أن يفيدهم أفادوا منه (م ٢٨٢/٢ مدنى) .

والأصل فى ذلك أن كل دائن متضامن يعتبر ، فى استيفاء الدين من المدين ، أصيلاً عن نفسه فى حصته ونائباً عن سائر الدائنين فى حصصهم ، فىكون استيفاؤه للدين مبرئاً لذمة المدين نحو سائر الدائنين . أما فى أسباب الانقضاء الأخرى ، فليس الدائن نائباً عن الدائنين الآخرين ، بل هو أصيل عن نفسه فحسب ، وما يقع من هذه الأسباب يقتصر عليه وحده ولا يتعداه إلى سائر الدائنين . ثم إن نيابة كل دائن عن سائر الدائنين تقوم أيضاً فى كل عمل من

= فصوصه الثلاثة ، إلا فى أن التجديد والمقاصة بين أحد الدائنين المتضامين والمدين يبرئان ذمة المدين نحو سائر الدائنين فى التقنين البنائى ، ولا يبرئانه إلا بقدر حصة الدائن الذى وقع منه التجديد أو المقاصة فى التقنين المصرى . هذا وقد أجل التقنين المصرى أحكام التضامن بين الدائنين لأن هذا التضامن نادر فى العمل ، واحتفظ بتفصيل الأحكام للتضامن بين المدينين الذى هو أكثر وقوعاً . على أن أكثر الأحكام التى عنى التقنين المصرى بوضعها فيما يتعلق بالتضامن بين المدينين - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - من الميسور تصور نظيرها بصدد التضامن بين الدائنين . بيد أنه روى إغفال هذه الأحكام فى معرض إيراد القواعد المتعلقة بهذا الضرب من التضامن حتى لا ينوء التقنين بنصوص حفظها من التطبيق العملى جد يسير (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٩) .

شأنه أن يفيد هؤلاء الدائنين، دون الأعمال التي يكون من شأنها أن تضر بهم (١).

فعندنا إذن مسائل ثلاث نتناولها بالبحث على التعاقب : (١) انقضاء الدين بالوفاء (٢) انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء (٣) أعمال الدائن التي من شأنها أن تفيد سائر الدائنين أو أن تضر بهم .

١٥ - انقضاء الدين بالوفاء

١٣٢ - للمدين أنه يوفي أى دائن كل الدين : وهذا ما تنص عليه

الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ مدني كما رأينا ، إذ تقول : « إذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز للمدين أن يوفي الدين لأى منهم » . فللمدين إذن أن يختار أى دائن من الدائنين المتضامين فيوفيه كل الدين ، وليس لمن اختاره المدين من الدائنين أن يرفض استيفاء الدين كله ، بل ليس له أن يقتصر على قبض نصيبه من هذا الدين ويرفض قبض الباقي ، وإنما عليه أن يقبض كل الدين . وهذه هي الميزة الجوهرية للتضامن بين الدائنين ، فان هذا التضامن كما قدمنا أقرب أن يكون ضماناً للمدين منه ضماناً للدائنين المتضامنين ، إذ يستطيع المدين

(١) يبين بودرى وبارد كيف تطورت هذه المبادئ من القانون الروماني حتى وصلت إلى التعمين المدنى الفرنسي . ففي القانون الروماني كان كل دائن متضامن يستطيع أن يتصرف في الدين كما لو كان هو الدائن الوحيد ، فيستوفيه ويقضيه بأى سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة واتحاد الزمة والإبراء والتفاد ، فتراً ذمة المدين نحو سائر الدائنين . ولا يرجع الدائنون على الدائن الذي قام من جهته سبب الانقضاء إلا إذا أثبتوا أن هناك مصلحة مشتركة بين جميع الدائنين ، فيرجع كل دائن بنصيبه في هذه المصلحة المشتركة . أما في القانون الفرنسي القديم فقد كان الحكم هو أيضاً كالحكم في القانون الروماني ، إلا أن المصلحة المشتركة بين الدائنين كانت مفترضة ، فكان كل دائن يرجع بنصيبه بحكم القانون . وتغير هذا الحكم في التقنين المدنى الفرنسي ، فأصبح الدائن المتضامن لا يملك إلا استيفاء الدين ، فإذا استوفاه أو وفاه المدين له برئت ذمة المدين نحو سائر الدائنين . أما ما عدا الوفاء من أسباب انقضاء الدين فلا يبرى في حق الدائنين الآخرين إلا بقدر نصيب الدائن الذي قام من جهته سبب الانقضاء . ويكون كل دائن متضامن مثلاً لسائر الدائنين لا في الوفاء فحسب ، بل أيضاً في كل عمل من شأنه تثبيت الدين وتقويته . دون الأعمال التي يكون من شأنها إسقاط الدين أو إضعافه (بودرى وبارد ٢٨٢ فقرة ١١٣٢) .

أن يوفى أحد هؤلاء الدائنين الدين كله دون أن يضطر إلى تجزئة الدين وإعطاء كل دائن نصيبه . وإذا رفض الدائن الذى اختاره المدين قبض الدين ، جاز للمدين أن يعرضه عليه عرضاً حقيقياً طبقاً للإجراءات المقررة للعرض الحقيقى . ومتى قبض الدائن الدين أرتمت إجراءات العرض ، برئت ذمة المدين من الدين ، لا فحسب قبل الدائن الذى قبض الدين وحده ، بل قبله وقبل سائر الدائنين .

وكما أن الدائن لا يستطيع أن يفرض على المدين وفاء جزئياً بحصته من الدين فقط ، كذلك لا يستطيع المدين أن يفرض على الدائن أى وفاء جزئى ولو بقدر حصة هذا الدائن ، بل إنه إذا أراد إجباره على قبول الوفاء وجب عليه أن يعرض الدين كاملاً غير منقوص .

وهذا لا يمنع بداهة من أن يتفق المدين مع الدائن على أن يبنى له بنصيبه وحده فى الدين ، ومتى قبل الدائن منه هذا الوفاء ، برئت ذمة المدين بقدر هذا النصيب ، وصار لأى دائن آخر من الدائنين المتضامنين أن يطالب المدين بالدين بعد أن يستنزل منه نصيب الدائن الذى استوفى حصته (١) . فإذا ما استوفاه على هذا النحو ، كان لكل دائن آخر - عدا الدائن الذى استوفى نصيبه طبعاً - أن يرجع بنصيبه على من قبض الدين (٢) .

١٢٣ - مالم يمنع أحد الدائنين : وتنقضى الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠

مدنى ، كما رأينا ، بأنه يجوز للمدين أن يبنى بكل الدين لأى من الدائنين إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك . وقد كانت هذه العبارة الأخيرة الواردة فى النص نتيجة تحور غريب فى لجنة مجلس الشيوخ ، كان من شأنه أن يقلب المعنى

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ١٥٥ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٥ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى المادة ١٣ من تقنين الموجبات والمعقود البنائى . ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى أنه إذا استوفى أحد الدائنين المتضامنين جزءاً من الدين ، حتى لو كان هذا الجزء هو نصيبه وحده ، جاز لسائر الدائنين أن يرجعوا على هذا الدائن كل بنسبة نصيبه فى الدين (لارومبيير ٣ م ١١٩٧ فقرة ٢٠ - ديمولومب ٢٦ فقرة ١٥٦ - فقرة ١٥٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٦) .

الذى كان المشروع التمهيدى قد قصد إليه . فقد كان نص هذا المشروع على الوجه الآتى : « . . . جاز للمدين أن يوفى الدين وفاء صحيحاً لأى من الدائنين المتضامنين ، إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات تمنع المدين من ذلك » . وكان المقصود من هذه العبارة هو عين ما ذهب إليه التقنين المدنى الفرنسى فى الفقرة الأولى من المادة ١١٩٨ ، وهى تنص على أنه « يكون للمدين الخيار فى أن يوفى الدين لواحد أو لآخر من الدائنين المتضامنين ، مادام لم يمنعه من ذلك مطالبة أحد الدائنين له بالوفاء (١) » . فيكون المعنى المقصود فى المشروع التمهيدى أن للمدين أن يوفى كل الدين لأى دائن يختاره من الدائنين المتضامنين ، إلا إذا طالبه بالدين دائن آخر ، واتخذ هذا الدائن إجراءات للمطالبة بمنع المدين من الوفاء لغيره (٢) . ويؤكد ذلك ما ورد فى هذا الشأن فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فهى تقول : « وليس يقتصر الأمر على تحويل كل من الدائنين المتضامنين حتى اقتضاء الدين بأسره من المدين ، بل للمدين كذلك أن يبرىء ذمته بالوفاء لأيهما ، ما لم يقيم أحدهم بما يحول دون ذلك . فاذا اتخذ أحد الدائنين قبل المدين إجراءات المطالبة ، تعين عليه أن يقوم بالوفاء لمن باشر هذه الإجراءات وغيره من الدائنين الذين أصبحوا طرفاً فيها » .

ولكن لجنة مجلس الشيوخ لم تلتفت إلى المعنى المقصود ، وظنت أن عبارة

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Art. 1198: Il est au choix du débiteur : de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux.

(٢) أنظر أيضاً فى هذا المعنى م ١١٩٦ من التقنين المدنى الإيطالى الجديد (المادة ١١٨٥ من التقنين المدنى الإيطالى القديم) والمادة ١١٤٢ من التقنين المدنى الأسبانى والمادة ٧٥٠ من التقنين المدنى البرتغالى والمادة ١٤٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٨٩٢ من التقنين المدنى النمساوى والمادة ١٤٦ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٩ من تقنين الالتزامات البولونى والمادة ٨٩٩ من التقنين المدنى البرازيل . وانظر عكس ذلك المادة ٤٢٨ من التقنين المدنى الألمانى وانظر فى هذه النصوص المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى جزء ٢ ص ٤٥٠ — (ص ٤٥٣) . وانظر شرح هذا الحكم فى القانون الفرنسى وانتقاده والرد على هذا الانتقاد فى شكل المطالبة بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٨ — فقرة ١١٤٤ .

(٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى جزء ٢ ص ٤٥٣ — مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٩ .

« إلا إذا قام دائن آخر باجراءات تمنع المدين من الوفاء » يقصد بها مجرد الممانعة من دائن آخر أن يبنى المدين للدائن الذى اختاره وذلك عن طريق إجراءات يتخذها الدائن الممانع ، فحورت العبارة بحيث أصبحت : « إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك » ، « لأن المقصود كما تقول اللجنة ، هو الاكتفاء بمجرد اعتراض أحد الدائنين المتضامنين على وفاء الدين لدائن آخر ، فى حين أن عبارة : « إلا إذا قام دائن آخر باجراءات تمنع المدين من ذلك » قد توحي بأن الأمر يتطلب اتخاذ إجراءات رسمية معينة ، على أن المسألة لا تعدو مجرد الاعتراض . ومن المفهوم أن الاعتراض يثبت وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات » (١) .

وواضح أن لجنة مجلس الشيوخ قلبت بهذا التحوير المعنى المقصود ، فلم يعد الأمر فى التقنين المدنى المصرى ، كما هو فى التقنين المدنى الفرنسى وغيره من التقنينات ، أن يطالب دائن متضامن آخر المدين بالوفاء فيتعين عندئذ على المدين أن يوفى الدين لهذا الدائن دون الدائن الذى اختاره هو . بل صار الأمر على الوجه الآتى : إذا اختار المدين دائناً متضامناً ليوفى الدين له ، جاز لأى دائن آخر أن يعترض على هذا الوفاء فيمنعه . ولكن ذلك لا يعنى أن المدين يتعين عليه أن يوفى الدين كله للدائن المعارض ، فليس هذا الدائن أولى بالوفاء له من الدائن الذى اختاره المدين . ونرى فى هذه الحالة أن الدائن الذى يعترض على الوفاء لغيره يكون قد نقض الوكالة المستخلصة من التضامن ، والتي بموجبها كان للدائن الذى اختاره المدين أن يقبض نصيب الدائن المعارض ، فيتعين على المدين أن يعطى لهذا الدائن نصيبه ، وألا يوفى للدائن الذى اختاره إلا نصيبه وأنصبة الدائنين الآخرين الذين لم يعترضوا ، ولهؤلاء أن يرجعوا على هذا الدائن كل بنصيبه . فنوفق بذلك بين حق الدائن المعارض من جهة وحق الدائن الذى اختاره المدين من جهة أخرى (٢) . وقد زال بهذا التحوير غير المقصود

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٤ — ص ٥٥ . وانظر آنفاً فقرة ١٣٠

فى الهامش .

(٢) ويرى الأستاذ إسماعيل غانم أنه « إذا اعترض أحد الدائنين ، كان المدين ملزماً بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إيداع الشيء محل الالتزام » قياساً على المادة ٢/٣٠٢ مدنى فى عدم قابلية الالتزام للانقسام (أحكام الالتزام فقرة ٢١٣ ص ٣٠٠ هامش رقم ١) . ونرى أن القياس هنا غير سائغ ، فإن الالتزام غير القابل للانقسام لا يتجزأ حتى يعطى للدائن المعارض =

عيب من عيوب التضامن بين الدائنين ، وأصبح لأى دائن متضامن أن يتوقى نتيجة تضامنه مع الدائنين الآخرين إذا اختار المدين غيره للوفاء ، فما عليه إلا أن يعترض فيستوفى نصيبه رأساً من المدين ، دون أن يعرض نفسه لإعسار الدائن الذى اختاره المدين . وقد وقف التقنين المدنى المصرى بهذا الحكم — عند ما تتعارض رغبة المدين فى الوفاء لدائن معين مع رغبة دائن آخر فى أن يستوفى هو الدين — موقفاً وسطاً بين التقنين المدنى الفرنسى الذى يقدم رغبة الدائن على رغبة المدين والتقنين الألمانى الذى يقدم رغبة المدين على رغبة الدائن ، فأن هذا التقنين الأخير فى المادة ٤٢٨ منه لا يمنع المدين من أن يوفى الدين كله للدائن الذى اختاره بالرغم من مطالبة دائن آخر باستيفاء الدين (١) . والاعتراض الذى يصدر من الدائن المانع لا يشترط فيه شكل خاص ، كما تذكر لجنة مجلس الشيوخ ، فيصح أن يكون بانذار رسمى على يد محضر ،

= نصيبه منه ويعطى الباقي للدائن الذى اختاره المدين . ولما كان هذا الحل مستحيلاً فى الالتزام غير القابل للانقسام وممكناً فى الالتزام التضامنى ، فقد استعده المشرع فى الأول ولم يستعده فى الثانى . هذا إلى أن الحل الذى نقول به يجعل التضامن الإيجابى أقرب إلى ضمان المدين منه إلى ضمان الدائن ، وهى النزعة التى يحسن تغليبها فى هذا النوع من التضامن .

(١) ولعل هذا يحدد نزعة كل من التقنينات الثلاثة : فالتقنين الفرنسى — إذا تعارض ما فى التضامن الإيجابى من ضمان للدائن مع ما فيه من ضمان للمدين — يضحى ضمان المدين . والتقنين الألمانى يضحى ضمان الدائن . والتقنين المصرى يوفق بين الأمرين ، بأن يستبق ضمان المدين ، مع إعطاء الدائن نصيبه فى الدين رعاية لمصلحته المشروعة .

وفى ضوء هذا الاعتبار ، نرى أنه إذا طالب أحد الدائنين المتضامين المدين بالوفاء ، فى التقنين المصرى ، ويكون المدين قد اختار أن يوفى الدين لغيره من الدائنين ، تعين على المدين أن يوفى أولاً الدائن المطالب نصيبه فى الدين ، ثم يوفى للدائن الذى اختاره بقية الدين بعد استئصال نصيب الدائن المطالب . فيتعادل على هذا النحو الدائن الذى يطالب بوفاء الدين له مع الدائن الذى يمانع فى وفاء الدين لغيره . وقد رأينا أن التقنين الفرنسى والتقنين الألمانى يقفان فى هذه المسألة موقفين متعارضين : فالتقنين الفرنسى يحتم على المدين أن يوفى الدين كله للدائن المطالب ، والتقنين الألمانى يجيز للمدين أن يوفى بالدين كله للدائن الذى اختاره .

ولكن يجب أن يلاحظ أنه إذا رجع أحد الدائنين المتضامين على المدين يطالبه بكل الدين فى التقنين المصرى ، لم يجز أن يقتصر المدين على إعطاء هذا الدائن نصيبه ، مكتفياً بالقول إنه اختار دائناً آخر للوفاء له بباقي الدين . بل يجب على المدين فى هذه الحالة أن يوفى كل الدين للدائن المطالب ، ما لم يكن قد دفع فعلاً — ولو بعد هذه المطالبة — باقى الدين إلى دائن آخر ، وقدم ما يثبت ذلك .

وبصح أن يكون مجرد إخطار كتابي أو شفوي ، على أن يكلف الدائن المانع باثباته ، ويكون الإثبات خاضعاً للقواعد العامة التي تتطلب الكتابة فيما إذا كان نصيب الدائن المانع يزيد على عشرة جنيهات . ويوجه الاعتراض إلى المدين ، حتى يمتنع من وقت وصول الاعتراض إليه من دفع نصيب الدائن المعارض إلى أى دائن آخر من الدائنين المتضامنين . وعلى الدائن المعارض أن يبين في اعتراضه مقدار هذا النصيب ، تحت مسؤوليته ، حتى يحتجزه المدين له .

١٣٤ - لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة الدائن

المضامين : وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨٠ مدني ، كما رأينا . على ما يأتي : « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين . إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام » . ومقتضى هذا الحكم أنه إذا مات أحد الدائنين المتضامنين عن ورثة متعددين ، فإن الدين ينقسم عليهم كل بقدر نصيبه في الميراث ، وذلك فيما يخص بالعلاقة بينهم وبين المدين . وقد كان المدين يستطيع أن يوفى الدين كله لمورثهم قبل موته على النحو الذي سبق بيانه ، وكان المورث يستطيع أن يطالب المدين بالدين كله على النحو الذي سيأتي بيانه . ولكن بعد موت المورث لا يستطيع المدين أن يني لأحد الورثة من الدين كله إلا بنسبة نصيبه في الميراث ، ولا يستطيع هذا الوارث أن يطالب المدين بالوفاء إلا بنسبة هذا النصيب . فلو أن الدائنين المتضامنين كانوا أربعة ، وكان الدين ستمائة ، ومات أحد الدائنين المتضامنين عن ورثة ثلاثة بأنصبة متساوية في الميراث ، فإن كل وارث منهم يستوفى من الدين مائتين فقط . فإذا ما استوفاهما رجع عليه كل من الدائنين المتضامنين الثلاثة الآخرين بخمسين ، ويستبقى الوارث خمسين هي نصيبه في الإرث من حصة مورثه في الدين ، وقد بلغت هذه الحصة مائة وخمسين (١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وتظل وحدة الدين مكفولة ما بقى الدائن المتضامن حياً . فإذا مات انقسم الدين بين ورثته ، ما لم يكن غير قابل للانقسام . فلو فرض مثلاً أن ثلاثة من الدائنين تضامنوا في استيفاء دين مقداره ٣٠٠ جنيه ، وقد توفي أحدهم عن وارثين متكافئى الفرض ، فلا يجوز لأيهما أن يطالب المدين إلا بمبلغ ١٥٠ جنيهاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩) .

هذا إذا كان الدين قابلاً للانقسام . أما إذا كان غير قابل له ، فإنه لا ينقسم على الورثة ، بل يجوز للمدين أن يوفى الدين كله لأى وارث من ورثة الدائن المتضامن الذى مات ، كما يجوز لأى وارث أن يطالب المدين بكل الدين . فإذا استوفى أحد الورثة الدين كله ، أعطى منه لكل دائن متضامن الحصة التى له فى الدين ، ثم أعطى لكل وارث نصيبه فى الأثر من حصة المورث . ففى المثل المتقدم ، إذا قبض أحد الورثة الدين كله وهو ستمائة ، أعطى لكل من الدائنين المتضامين الثلاثة الآخرين مائة وخمسين ، فيبقى معه مائة وخمسون هى حصة مورثه ، يعطى منها خمسين لكل من الوارثين الآخرين ، ويستبقى لنفسه خمسين هى نصيبه فى الأثر من حصة مورثه .

وكثيراً ما يشترط فى التضامن بين الدائنين أن يكون الدين قابلاً للانقسام (١) ، توكيلاً من انقسامه على ورثة الدائنين ، وتيسيراً على المدين أن يوفى الدين كله لأى من الدائنين المتضامين ولأى من ورثة هؤلاء (٢) .

١٣٥ - روى دائن مطالبة المدين بكل الدين : وكما يجوز للمدين

أن يوفى الدين كله لأى دائن متضامن على النحو الذى سبق بيانه وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة إلى المدين ، كذلك يجوز لأى دائن متضامن أن يطالب المدين بالدين كله وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة إلى الدائنين المتضامين . وقد

= هذا ويلاحظ أن أحد الورثة ، إذا طالب المدين بنصيبه مطالبة قضائية ، فقطع التقادم وجعل الفوائد تسرى ، فانما يقطع التقادم ويجعل الفوائد تسرى ، لا لصالح الورثة الباقين فقد انقسم الدين عليهم ، بل لصالح الدائنين المتضامين الآخرين وفى حدود نصيب الوارث فقط ، أى أن التقادم ينقطع والفوائد تسرى بالنسبة إلى الدائنين المتضامين الآخرين ، فى المثل المذكور فى المذكرة الإيضاحية ، فى حدود مائة وخمسين فقط لا فى الدين كله وهو ثلثمائة (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٨١٦ ص ٦٠٢ — ص ٦٠٣ وص ٦٠٢ هامش رقم ١) .

(١) أما مجرد اشتراط التضامن فلا يفيد وحده اشتراط أن الدين غير قابل للانقسام (استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٨) .

(٢) انظر فى هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٧ ص ٣٠٥ — وكثيراً ما يشترط فى الأسهم والسندات أنها لا تقبل التجزئة ، فإذا مات صاحبها عن عدة ورثة لم ينقسم الحق عليهم ، ويجوز للشركة أن توفى أياً من الورثة كل الأرباح وكل الفوائد (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢) .

نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدني، كما رأينا، صراحة على هذا الحكم إذ تقول :
« يجوز للدائنين المتضامنين : مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ،
ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين » .

فاذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء ، وجب على المدين أن
يفي له بالدين كله ، ويجوز لهذا الدائن إجبار المدين على ذلك . ومتى استوفى
الدائن الدين ، فإن ذمة المدين تبرأ منه بالنسبة إلى الدائن الذي استوفى الدين
وبالنسبة إلى سائر الدائنين . ذلك أن التضامن ، كما قدمنا ، يجعل لكل دائن
صفة في استيفاء الدين كله ، بالأصالة عن نفسه وبالوكالة عن غيره من الدائنين
المتضامنين . والمخالصة التي يعطيها من استوفى الدين من الدائنين تنفذ في حقهم
جميعاً ، ولو لم تكن ثابتة التاريخ .

وللدائنين المتضامنين أن يطالبوا مجتمعين المدين بالوفاء ، وفي هذه الحالة
يتعين على المدين أن يوفي كلا منهم نصيبه في الدين .

وعندما يطالب الدائن المتضامن المدين بكل الدين ، يجب عليه ، كما تقول
الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدني ، أن يراعى ما يلحق رابطة بالمدين من
وصف يعدل من أثر الدين . فاذا كانت هذه الرابطة معلقة على شرط واقف
أو مقترنة بأجل ، وجب على الدائن ألا يطالب المدين إلا عند تحقق الشرط
وإلا عند حلول الأجل . وقد تكون رابطة أحد الدائنين معلقة على شرط ،
ورابطة مدين ثان مقترنة بأجل ، ورابطة مدين ثالث منجزة ، فالأول
لا يطالب بالدين إلا عند تحقق الشرط ، والثاني لا يطالب به إلا عند حلول
الأجل ، وللثالث أن يطالب به فوراً (١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد تلحق رابطة بعض
الدائنين المتضامنين بالمدين وصف يختلف عن الوصف الذي تنتم به رابطة البعض الآخر ، كأن
يكون الدين معلقاً على شرط بالنسبة لفريق منهم ، ومضافاً إلى أجل بالنسبة للباقيين . وفي هذه
الحالة يتعين على كل منهم أن يمتد بالوصف اللاصق برابطته عند مطالبة المدين بالوفاء . وقد يطرأ
هذا الوصف على الرابطة بعد تمام التعاقد ، فقد يرتضى بعض الدائنين مثلاً أن يولى المدين أجلاً
لوفاء بالدين ، وفي هذه الحالة لا يجوز أن يحتج على الدائنين الآخرين بهذا الأجل ، ما لم يتضح
نقيض ذلك من مشاركة ترتيب الالتزام أو من طبيعة التعامل أو من نص في القانون : انظر م ١٩
من التقنين اللبناني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٨) .

١٣٦ - أوجه الرفع التي بمنحها على الدائن المطالب : تنص

الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ مدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : « ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً » . فإذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء ، على الوجه الذي بيناه فيما تقدم ، كان للمدين أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً ، وليس له أن يدفع المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بغير الدائن المطالب من الدائنين .

أما أوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب ، فثلها أن تكون الرابطة التي تربط المدين بهذا الدائن مشوبة بعيب في رضاء المدين لغلط أو تدليس أو إكراه ، أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ ، أو تكون قد انقضت لمقاصة وقعت بين المدين وهذا الدائن أو تجديد أو إبراء أو تقادم أو نحو ذلك ، وهذه جميعاً يحتج بها المدين على الدائن ، وسنرى تفصيلها فيما يلي .

وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً ، فثلها أن يكون العقد الذي أنشأ الالتزام التضامني باطلاً في الأصل أو قابلاً للإبطال لنقض في أهلية المدين أو لعيب في رضاه من شأنه أن يحتج به على جميع الدائنين ، أو أن يكون العقد قابلاً للفسخ بالنسبة إلى هؤلاء جميعاً ، أو أن يكون المدين قد وفى الدين جميعه لدائن آخر غير الدائن المطالب فبرئت ذمته نحو الجميع على الوجه الذي قدمناه . فهذه الأوجه كلها يحتج بها المدين ، ويدفع بها مطالبة الدائن .

ولا يحتج المدين بأوجه الدفع الخاصة بدائن غير الدائن المطالب ، كما سبق القول . مثل ذلك تدليس أو إكراه صدر من دائن آخر ، أو سبب للفسخ قائم في جانب دائن آخر ، أو مقاصة أو إبراء أو تجديد أو تقادم وقع بالنسبة إلى دائن آخر إلا فيما يتعلق بحصة هذا الدائن (١) .

(١) وتقرول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما فيما يتعلق بالوفاء ، فلكل دائن من الدائنين المتضامنين أن يستأدى المدين كل الدين . ولم ، مجتمعين أو منفردين ، =

§ ٢ - انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء

١٣٧ - المبدأ العام (تذكرة) : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٨٢

مدني تنص على أنه « إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قبله » . وقد قدمنا أن الأصل في ذلك أنه إذا كان كل دائن متضامن وكيلا عن سائر الدائنين في استيفاء الدين إذ أن هذا الاستيفاء في مصلحتهم جميعاً فيرجعون على الدائن كل بحصته في الدين ، فانه بالنسبة إلى أسباب الانقضاء الأخرى لا يعتبر الدائن المتضامن وكيلا عن سائر الدائنين ، بل يكون أصيلاً عن نفسه فحسب . فإذا انقضى الالتزام بسبب من أسباب الانقضاء غير الوفاء . وقام هذا السبب بأحد الدائنين المتضامنين . برئت ذمة المدين بالنسبة إلى سائر الدائنين من حصة هذا الدائن وحده . وبقيت مشغولة بباقي الدين . وذلك لأن أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء لا تنفي سائر الدائنين كالوفاء ، فلا يجوز أن يضاروا بها (١) .

ونستعرض الآن أسباب الانقضاء المختلفة لنطبق في شأنها هذا المبدأ . وقد طبقه التقنين المدني الجديد تطبيقاً تشريعياً في التضامن بين المدينين لكثرة وقوعه ، واقتصر في التضامن بين الدائنين على إيراد المبدأ لندرة هذا التضامن

= مطالبة المدين بالوفاء أمام القضاء . ولا يجوز له إذا عمد أحدهم إلى مطالبة على هذا الوجه أن يحتج إلا بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن أو بالأوجه المشتركة بين الدائنين جميعاً . أما أوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين . كالغش أو الإكراه الصادر منه . فيمتنع عليه الاحتجاج بها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٨) .

(١) فالوفاء يجعل في حيزارة الدائن مبلغ الدين . ومن ثم يستتبع الدائنون الآخرون أن يجزروا عليه لاستيفاء حقوقهم ، ويؤمنون بذلك إلى حد كبير خطر إعساره إذا هم . يتهملونوا في رجوعهم عليه . أما أسباب الانقضاء الأخرى فبعضها لا يجعل في حيزارة الدائن مبلغ الدين إلا حكماً كما في التجديد واتحاد الذمة والمقاصة . وبعضها لا يجعل في حيزارة الدائن أي شيء على الإطلاق كما في الأبراء والتفادم (انظر في هذا المعنى لوران ١٧ فقرة ٢٦٨ ص ٢٧٤ وقارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٥) .

في العمل كما قدمنا (١) .

١٣٨ - التجديد : فإذا جدد أحد الدائنين المتضامنين الدين مع المدين ، إما بتغيير محل الدين أو مصدره أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن نفسه ، فإن التجديد يقضى حصة الدائن في الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين . ولأى دائن آخر أن يرجع على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذى وقع منه التجديد ، فلا تبرأ ذمة المدين إذن نحو سائر الدائنين إلا بقدر حصة هذا الدائن (٢) . فإذا مارجع دائن آخر على المدين بالدين على الوجه المذكور ، فإن المدين يكون قد دفع كل الدين أولاً عن طريق التجديد ثم دفعه مرة أخرى منقوصاً منه حصة الدائن الذى وقع منه التجديد ، فيرجع على هذا الدائن بما دفعه في المرة الأخرى فإن هذا هو القدر الذى دفعه زائداً على ما فى ذمته .

وهذا الحكم يختلف قليلاً عن الحكم المقابل له فى التضامن السلبى ، حيث تنص المادة ٢٨٦ مدنى على أنه « يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين ، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم » (٣) . وسيأتى تفصيل ذلك فيما يلى .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « لعل تعيين صلة الدائنين المتضامنين بالمدين أسبق ما يعرض من المسائل بصدد التضامن الإيجابى . وقد عنت المادتان ٤٠٤ و ٤٠٥ ببيان حكم هذه الصلة بصدد الوفاء فحسب باعتباره أهم سبب من أسباب انقضاء الالتزامات . أما ما عداه من الأسباب ، أو ما عدا ذلك من آثار هذا التضامن فى صلة الدائنين بالمدين بعبارة أهم ، فيشار عند تفصيل الأحكام الخاصة بالتضامن السلبى ، وهو أوفر حظاً من الأهمية فى نطاق العمل ، إلى تطبيقات تلك الأحكام فى نطاق التضامن الإيجابى . ومع ذلك فى المستطاع بادىء ذى بدء تقرير قاعدة عامة أفرغت فى المادة ٤٠٦ من المشروع فى العبارة الآتية : إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله ، ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عمداً من شأنه الأضرار بالدائنين الآخرين (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٧ - ص ٥٨) .

(٢) ديرانتون ١١ فقرة ١٧٦ - ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٨ - لارومبيير ٣ م ١١٩٨
فقرة ١٣ - ديمولوب ٢٦ فقرة ١٨٣ - لوران ١٧ فقرة ٢٦٩ - هيك ٧ فقرة ٣٠٤ -
بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٥٦ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٣ ص ٤١٨ .
(٣) ويتفق حكم تنصين الموجبات والمقرود التنافى فى التضامن الإيجابى مع حكمه فى التضامن =

١٣٩ - **المقاصة :** وإذا وقعت مقاصة ما بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين ، فإن هذه المقاصة لا تنحى الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذى وقعت معه المقاصة . فلا يجوز إذن للمدين أن يتمسك قبل الدائنين بالمقاصة التى وقعت مع واحد منهم إلا بقدر حصة هذا الدائن (١) ، ثم يرجع المدين على الدائن الذى وقعت معه المقاصة بما دفعه للدائنين الآخرين زائداً عما فى ذمته . وهذا هو أيضاً حكم المقاصة فى التضامن السلبى (انظر م ٢٨٧ مدنى) .

١٤٠ - **اتحاد الزمة :** وإذا اتحدت ذمة أحد الدائنين المتضامنين بذمة المدين ، بأن ورث المدين أحد هؤلاء الدائنين ، فإن اتحاد الذمة لا يقضى الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذى وقع معه

السلبى من حيث التجديد ، فالتجديد كقاعدة عامة مبرىء لذمة الجميع فى الحالتين كالفناء . وتنص المادة ١٣/١ من هذا التقنين على « أن موجب التضامن يسقط تجاه كل الدائنين بالإيفاء أو بأداء العوض أو بإيداع الشيء المستحق أو بالمقاصة أو بتجديد التماثل تجاه أحد الدائنين » . ثم تنص المادة ٣١ من نفس التقنين على « أن تجديد الموجب بين الدائن وأحد الموجب عليهم يبرىء ذمة الآخرين ، إلا إذا رضى هؤلاء بالتزام الموجب الجديد . أما إذا اشترط الدائن قبول المدينين وامتنع هؤلاء ، فالموجب السابق لا يحق » .

(١) ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٨ — لوران ١٧ فقرة ٢٦٨ . ولكن انظر عكس ذلك : دايرنتون ١١ فقرة ١٧٨ — لاروميير ٣ م ١١٩٨ فقرة ٨ — ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩٢ — هيك ٧ فقرة ٣٠٥ . وانظر أيضاً عكس ذلك المادة ١٣ من تقنين الموجبات والمقود اللباني . ولا مجال فى مصر لهذا الخلاف فى رأى لأن نص الفقرة الأولى من المادة ٢٨٢ مدنى صريح فى تقرير الحكم (مع ذلك انظر العكس : الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢١٩) . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتسرى القاعدة نفسها على التضامن الإيجابى ، فليس للمدين أن يحتج على الدائنين المتضامنين بالمقاصة التى تقع بينه وبين دائن آخر إلا بقدر حصة هذا الدائن : المادة ١٥٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وليس لمن انقضى دينه من الدائنين المتضامنين بطريق المقاصة أن يرجع على المدين ، والدائنين الآخرين أن يرجعوا على هذا الدائن كل بقدر حصته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٠) .

هذا ويحتج المدين بالمقاصة فى حدود حصة من وقعت معه حتى لو كانت المقاصة جزئية ، ولا يعترض على ذلك بعدم جواز الوفاء الجزئى ، فإن الوفاء الجزئى جائز فى المقاصة (ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٦) .

اتحاد الذمة ، فلا يتمسك المدين باتحاد الذمة إلا بقدر حصة هذا الدائن (١) .
وهذا هو أيضاً حكم اتحاد الذمة في التضامن السلبي (انظر ٢٨٨ مدني (٢)) .

١٤١ - الإبراء : وإذا أبرأ أحد الدائنين المتضامنين المدين ، لم تبرأ ذمة المدين نحو سائر الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذي صدر منه الإبراء . ويرجع أى دائن آخر على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل نصيب هذا الدائن . وهذا هو أيضاً حكم الإبراء في التضامن السلبي (انظر المادة ١/٢٨٩ مدني (٣)) .

(١) ومن ثم يجبر على دفع الباقي من الدين لأى دائن آخر ، وتبقى التأمينات الأصلية التي كانت تضمن الدين كله ضامنة للباقي منه . (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٣ ص ٢٨٣) .
(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وكذلك يكون الحكم في حالة التضامن الإيجابي ، فلا يترتب على اتحاد الذمة بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين انقضاء الدين إلا بقدر حصة هذا الدائن : انظر المادة ١٤/٥ من التقنين اللباني والمادة ١٥٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ٢٩٤/٢ من التقنين الألماني . فإذا خلف الدائن المدين ، فلكل من الدائنين الآخرين أن يرجع عليه ، إما بوصفه دائناً قد استوفى الدين من طريق اتحاد الذمة ، وفي هذه الصورة لا يكون لمن يستعمل حق الرجوع إلا المطالبة بحصته ، وإما بوصفه وارثاً للمدين ، وفي هذه الصورة يكون لمن يستعمل حق الرجوع أن يطالب بحملة الدين بعد استنزال حصة الدائن الذي خلف المدين . وإن خلف المدين الدائن ، فلكل من الدائنين الآخرين أن يرجع عليه بحملة الدين بعد استنزال حصة هذا الدائن . ويراعى أن الصورة الأولى يتمتع بتحققها في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، فإذا توفى المدين وورثه دائن من الدائنين المتضامنين فيظل لهذا الدائن حقه في الرجوع بحملة الدين على التركة شأنه في ذلك شأن أى دائن آخر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٢) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولا يجوز أن يحتج في التضامن الإيجابي بالإبراء الصادر من أحد الدائنين المتضامنين على الباقيين ، فلكل من هؤلاء أن يرجع على المدين بحملة الدين بعد استنزال حصة من صدر الإبراء منه : انظر المادة ١٤/١ من التقنين اللباني والمادة ١٥٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ١١٨٨/٢ من التقنين الفرنسي والمادة ٢٩٤/٣ من التقنين الألماني والمادة ٢٠ من التقنين البولوني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٠) .

١٤٢ - التقادم : وإذا تقادم الدين بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامنين ولم يتقادم بالنسبة إلى الآخرين - بأن كان الآخرون مثلاً قد علق حقهم على شرط واقف أو أضيف إلى أجل ، فلم يسر التقادم بالنسبة إليهم إلا بعد سريانه بالنسبة إلى الدائن الأول ذى الحق المنجز ، فانقضى حق هذا بالتقادم دون أن تنقضى حقوق أولئك - فإن المدين لا يحتج على سائر الدائنين الذين لم ينقص حقهم بالتقادم إلا بقدر حصة الدائن الذى قضى التقادم حقه (١) . وهذا هو أيضاً حكم التقادم فى التضامن السلبى (انظر المادة ١/٢٩٢ مدنى (٢)) .

= وتضيف المذكرة الإيضاحية، فى شأن جواز الإبراء من التضامن الإيجابى على غرار الإبراء من التضامن السلبى ، ما يأتى : « ومن الميسور أن يتصور الإبراء من التضامن بصدد التضامن الإيجابى أيضاً ، فإذا ارتضى أحد الدائنين المتضامنين أن يستوفى نصيبه من الدين ، برئت ذمة المدين بقدر هذه الحصة بالنسبة للدائنين الآخرين : المادة ٢/١٣ من التقنين اللبنانى . ويجوز أيضاً أن يصدر الإبراء من التضامن من أحد الدائنين المتضامنين دون أن يستوفى حصته من الدين فعلاً ، وفى هذه الحالة يكون لسائر الدائنين الذين لم يرتضوا هذا الإبراء حق الرجوع على المدين بكل الدين . فلو فرض أن دائنين أربعة تضامنوا فى استيفاء دين مقداره ١٢٠٠ جنيه ، وأبرأ أحدهم المدين من الدين ، فلكل من الثلاثة الباقين أن يرجع على المدين بمبلغ ٩٠٠ جنيه . فإذا أعسر هذا المدين إعساراً جزئياً ، ولم يستطيع إلا أداء ٦٠٠ جنيه ، وجب أن يتحمل جميع الدائنين ، حتى من صدر الإبراء منه ، تبعة الخسارة الناشئة من هذا الإعسار وقدرها ٣٠٠ جنيه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٠ - ص ٨١) .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٤ ص ٣٠٢ - انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٢١ - ص ٢٢٢ - ص ٢٢٢ هامش رقم ١)

(٢) هذا ويبقى من أسباب القضاء الالتزام الوفاء بمقابل واستحالة الوفاء . ففى الوفاء بمقابل ، إذا وفى المدين أحد الدائنين المتضامنين الدين بمقابل ، لم يجز له أن يتمسك بذلك ضد الدائنين المتضامنين الآخرين إلا بمقدار حصة الدائن الذى وفاء المقابل ، وذلك قياساً على سائر أسباب الانقضاء غير الوفاء ، ولأن الدائنين الآخرين لا يتقيدون بمقابل الوفاء إلا إذا قبلوه وهم لم يفعلوا (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٢٠) . أما استحالة الوفاء ، إذا وقعت على محل الدين وكانت بسبب أجنبى ، فإنها تقضى الدين بالنسبة إلى الدائنين جميعاً . فإذا كانت الاستحالة بخطأ المدين ، كان مسئولاً عن التعويض لجميع الدائنين بالتضامن فيما بينهم (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٣ ص ٢٦٢ هامش رقم ١) .

٥٣ - أعمال الدائن التي من شأنها نفع سائر الدائنين أو الإضرار بهم

١٤٣ - المبدأ العام (مذكورة) : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٨٢

مدني تنص على ما يأتي : « ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين » . وقد قدمنا أن الأصل في ذلك أن وكالة كل دائن متضامن عن سائر الدائنين المتضامنين إنما تقوم في كل عمل من شأنه أن ينفعهم ، وهي لا تقوم في أي عمل من شأنه أن يضر بهم . وهذا جد معقول ، فإن الدائنين المتضامنين إذا وكل كل منهم الآخر فأنما يوكله فيما ينفعه لا فيما يضره . والمبدأ ذاته متبع أيضاً في التضامن السلبي كما سنرى .

ونطبقه الآن - كما طبقه المشرع في صدد التضامن السلبي - على نوعين من الأعمال : (١) أعمال من شأنها نفع الدائنين الآخرين فيسرى أثرها في حقهم ، ونستعرض منها قطع التقادم ووقفه وإعذار المدين ومطالبته مطالبة قضائية والصلح معه صلحاً يفيد الدائنين وإقراره بالدين والحكم الذي يصدر لصالح أحد الدائنين . (٢) وأعمال من شأنها الإضرار بالدائنين الآخرين فلا يسرى أثرها في حقهم ، ونستعرض منها إعذار الدائن والخطأ الذي يصدر منه والصلح مع المدين صلحاً يضر الدائنين ونكول الدائن عن اليمين وتوجيه اليمين للمدين والحكم الذي يصدر لصالح المدين .

١٤٤ - الأعمال النافعة : إذا قطع أحد الدائنين المتضامنين التقادم

ينقطع لصالح سائر الدائنين المتضامنين ، لأن الدائن الذي قطع التقادم يعتبر وكيلاً عنهم في هذا العمل الذي يفيدهم جميعاً (١) . وعكس ذلك هو حكم قطع التقادم في التضامن السلبي ، إذا قطع الدائن التقادم ضد أحد المدينين

(١) وإذا انقسم الدين على ورثة أحد الدائنين المتضامنين ، على الوجه الذي بيناه فيما تقدم ، فإن قطع أحد الورثة للتقادم لا يفيد بقية الورثة لأنه غير متضامن معهم بل إن الدين قد انقسم عليهم ، ولكنه يفيد بقية الدائنين المتضامنين في حدود نصيب الوارث الذي قطع التقادم لأنه متضامن مع هؤلاء الدائنين ، وقد سبق ذكر ذلك (انظر آنفاً فقرة ١٣٤ في هامش - وانظر ديرانتون ١١ فقرة ١٨٠ - لارومبيير ٣ م ١١٩٩ فقرة ٤ - لوران ١٧ فقرة ٢٦٣ - بودري وبارد ٢ فقرة ١١٤٨ - بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨١٦ ص ٦٠٢ - ص ٦٠٣ و ص ٦٠٢ هامش رقم ١) .

المتضامنين ، فان قطع التقادم ضده لا يضر بالمدينين الآخرين (انظر المادة ٢/٢٩٢ مدني) . وإذا كان سريان التقادم موقوفاً بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامنين ، بأن كان مثلاً ناقص الأهلية وليس له ولي ، فانه لا يوقف بالنسبة إلى باقي الدائنين ممن لا يقوم بهم سبب لوقف التقادم (١).

وإذا أعذر أحد الدائنين المتضامنين المدين ، اعتبر المدين معذراً لصالح سائر الدائنين المتضامنين ، لأن الإعذار عمل يفيدهم جميعاً . وكذلك إذا طالب الدائن المدين مطالبة قضائية بالفوائد ، فان الفوائد تسرى أيضاً لصالح سائر الدائنين . والحكم عكس ذلك في التضامن السلبي ، فان ما يعتبر مفيداً للدائن يكون ضاراً بالمدين (انظر المادة ٢/٢٩٣ مدني) .

وإذا صالح أحد الدائنين المتضامنين المدين ، وتضمن الصلح إقرار المدين بالمدين أو رتب في ذمته التزاماً أو زاد في التزامه : فان هذا الصلح يفيد منه باقي الدائنين (٢). (انظر في التضامن السلبي المادة ٢٩٤ مدني) .

وإذا أقر المدين لأحد الدائنين المتضامنين بالمدين ، أفاد سائر الدائنين من هذا الإقرار ، بخلاف ما إذا أقر أحد الدائنين للمدين فان هذا الإقرار لا يسرى في حق الباقيين (انظر في التضامن السلبي المادة ١/٢٩٥ مدني) .

وإذا صدر حكم على المدين لصالح أحد الدائنين المتضامنين ، جاز للدائنين المتضامنين الباقيين أن يتمسكوا بهذا الحكم لصالحهم ، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالدائن الذي صدر الحكم لصالحه (انظر في التضامن السلبي المادة ٢/٢٩٦ مدني) (٣).

(١) ماركاديه ٤ فقرة ٥٩٩ - لوران ١٧ فقرة ٢٦٤ - هيك ٦ فقرة ٣٠٧ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٩ - بلانيرول وريدير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٣ ص ٤١٨ عكس - ذلك : ديرانتون ١١ فقرة ١٨٠ - لارومبيير ٣ م ١١٩٩ فقرة ٣ - ديمولومب ٢٦ فقرة ١٧١ .
(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « إذا تصالح أحد الدائنين المتضامنين مع المدين ، أفاد من هذا الصلح باقي الدائنين . متى كان صلحه هذا يتضمن إقراراً بالحق أو بالدين . أما إذا كان ينطوي على إبراء من الدين أو يعنى إلى مركزهم ، فلا ينفذ في حقهم ما لم يرتضوا ذلك : انظر المساذين ١٨ و ١٩ من التقنين البنائى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ونسرى المادة أيضاً على التضامن الإيجابى ، فإذا حكم لصالح أحد الدائنين المتضامنين ، المدين . أفاد من =

١٤٥ - الأعمال المضارة : أما إذا أعذر المدين أحد الدائنين

المتضامنين ، فإن هذا الإعذار لا يسرى في حق الباقيين ، لأن هذا عمل من شأنه الأضرار بهم وهم لم يوكلوا الدائن المعذر في عمل يضرهم (انظر في التضامن السلبى المادة ٢/٢٩٣ مدنى) .

وإذا ارتكب أحد الدائنين المتضامنين خطأ استوجب مسئوليته قبل المدين ، فإن هذا الخطأ لا يتعدى أثره إلى سائر الدائنين المتضامنين ولا يكونون مسئولين عنه ، ولا يكون أى دائن متضامن مسئولاً إلا عن فعله (انظر في التضامن السلبى المادة ١/٢٩٣ مدنى) .

وإذا صالح أحد المتضامنين المدين وكان الصلح ينطوى على نزول من الدائن عن بعض حقه ، فإن هذا الصلح لا يسرى في حق الدائنين المتضامنين الآخرين ، ولا يعد هؤلاء نازلين عن بعض حقهم إلا إذا قبلوا هذا الصلح (انظر في التضامن السلبى المادة ٢٩٤ مدنى) (١) .

وفى توجيه اليمين ، إما أن يوجه المدين اليمين لأحد الدائنين المتضامنين أو يوجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين للمدين . ففى الحالة الأولى ، إذا حلف الدائن المتضامن أفاد من حلفه الباقيون ، وإذا نكل لم يضار الباقيون بنكوله . وفى الحالة الثانية ، إذا حلف المدين لم يضار الدائنون الآخرون بحلفه ، وإذا نكل أفاد من نكوله الدائنون الآخرون (انظر في التضامن السلبى المادة ٢/٢٥٩ و٣ مدنى) .

= هذا الحكم باقٍ للدائنين ، أما إذا قضى لصالح المدين فلا يضار الباقيون بهذا الحكم . وإذا أنقضى الحكم الصادر لصالح أحد الدائنين ، زال أثره بالنسبة لباقي الدائنين ، ولكن إذا كان جميع الدائنين قد اختصموا فى الدعوى ثم قضى بإلغاء الحكم بالنسبة لأحدهم فلا يضار بذلك الباقيون . ولا يترتب على إعلان الحكم لأحدهم سريان المواعيد المقررة لطلب فى الأحكام بالنسبة لباقيين « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٤) .

هذا وإذا ارتكب المدين خطأ يستوجب مسئوليته ، فإنه يكون مسئولاً قبل جميع الدائنين المتضامنين .

(١) انظر ما سبق ذكره من المذكرة الإيضاحية للشروع انتهى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩ (آنفاً فقرة ١٤٤ فى الهامش) .

وإذا صدر حكم ضد أحد الدائنين المتضامين لصالح المدين ، فإن هذا الحكم لا يحتاج به ضد سائر الدائنين المتضامين (انظر في التضامن السلبي المادة ١/٢٩٦ مدني (١) .

وهكذا يضطرر المبدأ الذي قدمناه : ما كان من عمل يفيد سائر الدائنين فانهم يفيدون منه ، وما كان من عمل يضرهم فانهم لا يضارون به .

المطلب الثاني

علاقة الدائنين المتضامين بعضهم ببعض

١٤٦ - النصر من القانونية : تنص المادة ٢٨٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامين من المدين يصير من حق الدائنين جميعاً ويتحصون فيه .
« ٢ - وتكون القسمة بينهم بالتساوي ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك » (٢) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٧/١٦١ (٣) .

(١) انظر ما سبق ذكره من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٤ (آئفا فقرة ١٤٤ فى الهامش) . وانظر لوران ١٧ فقرة ٢٧١ . وانظر عكس ذلك فى القانون الفرنسى لارومبير م ٣ ١١٩٨ فقرة ١٥ - ديمولوب ٢٦ فقرة ١٩١ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٥٩ ، ولكن يسلّم الفقهاء الفرنسيون بأن الحكم الصادر ضد الدائن لسبب خاص به ، كتكوله عن المدين أو إقراره أو توجبه المدين فيحلفها . لا يبرى فى حق الدائنين الآخرين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٠ - ديمولوب ٢٦ فقرة ١٩١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٠ - ص ٦٢) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ١٠٧/١٦١ (ونعيد ذكرها) : إذا تضمن التمهيد التفويض =

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٨٣ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٧٠ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣١٩ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٠ - ٢٢ (١) .

١٤٧ - انقسام الدين في عمدة الدائنين بعضهم ببعض : إذا كان

الدين لا ينقسم في علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين ، بل يجوز لأي دائن استيفاء كل الدين من المدين ويجوز للمدين دفع الدين كله لأي دائن ، فإن الدين في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ينقسم . وما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين بصير من حق الدائنين جميعاً ، منقسماً بينهم لكل منهم حصته (م ١/٢٨٣ مدني) .

= من كل من المتعهد لهم للباقي في استيفاء الشيء المتعهد به ، يكون كل منهم قائماً مقام الباقي في ذلك . وفي هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل .

(ومادامت قواعد الوكالة هي التي تطبق ، فهي تسري أيضاً في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، ويعتبر من استوفى الدين من الدائنين وكيلًا عن كل من الآخرين في قبض نصيبه ، فعليه أن يسلمه إياهم . وهذا هو نفس الحكم الذي قرره التقنين المدني الجديد) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٨٣ (مطابقة للمادة ٢٨٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٧٠ (مطابقة للمادة ٢٨٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣١٩ (متفقة في الحكم مع المادة ٢٨٣ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٠ : ما يأخذه كل واحد من الدائنين المتضامنين ، سواء

أكان بالاستيفاء أم بالصلح ، يصبح مشتركاً بينه وبين الدائنين الآخرين ، فيشتركون فيه على نسبة حصصهم . وإذا حصل أحد الدائنين على كفالة أو حوالة حصته ، فيحق للدائنين الآخرين الاشتراك فيما يوفيه الوكيل أو المحال عليه ، هذا كله ما لم يستتج العكس من العقد أو القانون أو ماهية القضية .

م ٢١ : بعد الايفاء يقسم مجموع الدين حصصاً متساوية إذا لم يشترط العكس .

م ٢٢ : إن الدائن المتضامن الذي لا يتمكن بعد الاستيفاء من تقديم المال المستوفى لسبب يستند إلى خطأه هو مسئول تجاه الدائنين الآخرين على قدر حصصهم .

(والأحكام واحدة في التقنينين اللبناني والمصري ، سواء من حيث المبدأ أو من حيث التفاصيل التي أوردها التقنين اللبناني ويمكن استخلاصها من تطابق القواعد العامة في مصر دون حاجة إلى نص) .

وهذه القاعدة تسرى أياً كانت طريقة الدائن في استيفاء الدين . فيجوز أن يستوفيه رأساً من المدين ، كما يجوز أن يستوفيه من كفيل للمدين ، أو من محال عليه إذا حول المدين الدائن بحق للمدين على الغير وهذه هي حوالة الحق ، أو حوله بالدين على مدين آخر وهذه هي حوالة الدين (١) .

وتسرى القاعدة أيضاً أياً كان المقدار الذي استوفاه الدائن : كل الدين أو بعضه . فإذا كان قد استوفى بعض الدين . جاز لكل دائن آخر أن يرجع عليه رجوعاً جزئياً بقدر حصته في هذا البعض . أما إذا اتفق الدائن مع المدين على أن يني له بحصته وحده في الدين ، فقد قدمنا أن هذا الاتفاق يصح ، وتبرأ ذمة المدين بقدر هذه الحصّة ، ويكون لأى دائن آخر أن يطالب المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذي استوفى حصته (٢) ، وإن كان هناك رأى يذهب إلى أن الدائنين الآخرين لهم حتى في هذه الحالة الرجوع على المدين الذي قبض حصته كل بنسبة حصته في الدين (٣) ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (٤) .

(١) انظر المادة ٢٠ من تقنين الموجبات والعقود اللباني . أما الاستيفاء بطريق الصلح الذي يشير إليه التقنين اللباني فيجب فيه التمييز بين ما إذا كان الصلح سائراً في حق سائر الدائنين طبقاً للقواعد التي قدمناها فيكون للدائنين أن يرجعوا بحصصهم في مقابل الصلح على الدائن الذي وقع منه الصلح ، وبين ما إذا كان الصلح غير سائر في حق سائر الدائنين فيكون لأى دائن منهم الرجوع على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذي وقع منه الصلح .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٢ .

(٣) لارومبيير ٣ م ١١٩٧ فقرة ٢٩ — ديمولومب ٢٦ فقرة ١٥٦ — فقرة ١٥٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٦ وفترة ١١٦٦ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٣٢ في الهامش — هذا وتنص المادة ٢٢ من تقنين الموجبات والعقود اللباني على « أن الدائن المتضامن الذي لا يتمكن بعد الاستيفاء من تقديم المال المستوفى لسبب يسند إلى خطأه هو مسئول تجاه الدائنين الآخرين على قدر حصصهم » . وهذا الحكم هو مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ به في مصر دون نص . ومن ثم إذا ارتكب الدائن الذي استوفى الدين خطأ ، كان مسئولاً عنه — مسئولية التوكيل أو مسئولية الفضول — قبل الدائنين الآخرين . فإذا كان الدين مثلاً عيناً قبضها من المدين ثم هلكت بخطأه ، كان مسئولاً عن تمويض كل دائن آخر بقدر حصته في الدين المقبوضة .

١٤٨ - الأساس القانوني لرجوع كل دائن بحصته : ويجب أن

نلتزم الأساس القانوني لرجوع كل دائن بحصته في العلاقة التي قام التضامن على أساسها بين الدائنين المتضامنين . فهم ولا شك شركاء في مصلحة واحدة . فقد يكونون ملاكاً على الشروع لدار باعوها معاً متضامنين في استيفاء الثمن من المشتري . فعقد البيع الذي أنشأ الالتزام بالثمن وأنشأ في الوقت ذاته علاقة التضامن ما بين البائعين يمكن أن تستخلص منه ، في هذه الحالة ، وكالة ضمنية صادرة من كل بائع للبائعين الآخرين في استيفاء الثمن نيابة عنه وبتوكيله . فإذا أمكن استخلاص ذلك - وهو ممكن في أكثر الأحوال - كان أساس الرجوع هو عقد الوكالة الضمني المستخلص من رابطة التضامن (١) .

وإذا لم يمكن استخلاص وكالة ضمنية ، فإن قبض أحد الدائنين لجميع الدين إنما يكون أصالة في حصته ، وفضالة في حصص سائر الدائنين . فيرجع هؤلاء على الدائن الذي استوفى الدين ، كل بقدر حصته ، على مقتضى قواعد الفضالة .

وسنرى في التضامن السليبي أن المدين المتضامن ، إذا وفي كل الدين ، رجع على المدينين المتضامنين كل بقدر حصته ، إما بدعوى شخصية تقوم على الوكالة أو الفضالة كما في التضامن الإيجابي ، وإما بدعوى الحلول فيحل المدين الذي وفي الدين محل الدائن في الدين الذي وفاه . ولا تتصور دعوى الحلول في التضامن الإيجابي ، فإن هذه الدعوى لا تكون إلا لمدين دفع الدين ويريد الرجوع على المدينين الآخرين فيحل محل الدائن في هذا الرجوع ، ولا شيء من ذلك فيما نحن فيه .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في بيان الأساس الذي يقوم عليه حق الرجوع ما يأتي : « وليس يبقى بعد ذلك سوى بيان الأساس الفقهي الذي يقوم عليه رجوع الدائنين المتضامنين فيما بينهم . وغنى عن البيان أن دعوى الحلول ، لا يتصور أن تتخذ أساساً في هذا الشأن . فالأمر سينحصر إذن في

(١) وحل هذا الأساس كان التقنين المدنى السابق (م ١٠٧ / ١٦١) ، كما رأينا ، يبنى

الدعوى الشخصية ، وهى تؤسس على ما يكون بين هؤلاء الدائنين من علاقات سابقة ، قد يكون مصدرها وكالة أو فضالة « (١) .

١٤٩ - كيف تنعبن مهنة كل رائى متضامن : يغلب أن يكون هناك

اتفاق سابق بين الدائنين المتضامين يعين لكل دائن حصته فى الدين . وقد يتولى القانون هذا التعيين إذا لم يكن هناك اتفاق . فإذا أغفل البائعون فى الشروع مثلاً تعيين نصيب كل منهم فى الثمن ، فإن القواعد القانونية تقضى بأن الثمن ينقسم بينهم كل بنسبة حصته فى الدار الشائعة المبيعة .

بل إن القواعد القانونية قد تقضى بأن يكون أحد الدائنين المتضامين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين . وذلك إذا كان الدائنون الآخرون ليسوا إلا وكلاء سخرهم للعمل بالنيابة عنه ، وجعلهم دائنين متضامين معه . ففى مثل هذه الحالة إذا كان الذى استوفى الدين من المدين هو الدائن صاحب المصلحة فيه ، فليس لأحد من الآخرين حق الرجوع عليه بشئ . أما إذا كان الذى استوفى الدين هو دائن آخر ، فإن صاحب المصلحة فى الدين يرجع عليه بكل ما قبض ، لأنه هو وحده صاحب الدين (٢) .

فإذا لم يوجد اتفاق بين الدائنين أو نص فى القانون ، لم يبق إلا اعتبار الدائنين المتضامين متساوين جميعاً فى حصصهم ، وقسم الدين بينهم بحسب الرؤوس (parts viriles) ، وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٨٣ مدنى (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦١ .

(٢) وفى هذا المعنى نقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يعتبر الدين وحدة لا تقبل التجزئة فى صلة الدائنين بالمدين ، ولكنه على نقيض ذلك ينقسم فى صلة الدائنين بعضهم ببعض . ويتفرع على ذلك أن كل ما يستوفى أحد الدائنين من الدين يصير من حق هؤلاء الدائنين جميعاً ، ويتحصون فيه بنسبة أنصبتهم ، وقفاً لما اتفقوا عليه صراحة أو ضمناً . فإذا كان أحدهم هو صاحب المصلحة فى الدين وحده ، وكان الباقيون مجرد وكلاء سخرؤا فى الواقع من الأمر ، استقل هذا الدائن وحده بالدين بأسره إن كان قد استوفاه ، وله أن يرجع به كله على من يستأديه من سائر الدائنين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٠ — ص ٦١) .

(٣) والأصل أن الحصص تكون متساوية ، ما لم يثبت أن هناك اتفاقاً أو نصاً يقضى بغير ذلك ، ومن يدعى من الدائنين عدم التساوى هو الذى يحمل عبء إثبات ذلك وفقاً للقواعد العامة =

« فلو فرض - كما نقول في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - أن أحد دائنين ثلاثة استوفى كل الدين ، وكان مقداره ٣٠٠ جنيه ، نعين انقسام المبلغ بينهم بالتساوى ، فيكون لكل من الدائنين الآخرين أن يرجع على الدائن الأول بمبلغ مائة جنيه . ولو فرض أن هذا الدائن أعسر لإعساراً جزئياً لا يتاح معه إلا أداء نصف ديونه ، تحل الدائنان الآخران تبعة هذا الإعسار كل بنسبة نصف نصيبه (فيحصل كل منهما على خمسين جنيهاً بدلاً من مائة ، ولا يتحمل المدين تبعة إعسار الدائن وهذه هي فائدة التضامن بالنسبة إليه) . وكذلك يكون الحكم لو أن المدين نفسه هو الذى أعسر ولم يتيسر لمن طالبه من الدائنين المتضامنين إلا استيفاء نصف الدين أى مبلغ ١٥٠ جنيه ، فلا يكون لكل من الدائنين الآخرين في هذه الحالة أن يستوفى إلا مبلغ خمسين جنيهاً ، وعلى هذا النحو يتحمل الدائنون الثلاثة تبعة هذا الإعسار كل بنسبة النصف من نصيبه » (١) .

المبحث الثالث

صورة خاصة من التضامن بين الدائنين

(الدين المشترك)

١٥٠ - الدين المشترك صورة خاصة من التضامن بين الدائنين

يعرفها الفقه الإسلامى والتقنين المدنى العراقى دونه التقنين المدنى المصرى وسائر التقنينات المدنية العربية : « هناك صورة خاصة من التضامن بين الدائنين لا تصل إلى المدى الذى رسمناه فيما تقدم ، بل تقتصر عنه في بعض النواحي ، وهذه الصورة الخاصة هي ما يعرفه الفقه الإسلامى تحت اسم « الدين

= في الإثبات ، فلا يحق للإثبات الاتفاق إذا كانت قيمة الحصة تزيد على عشرة جنيهات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٥ ص ٢٨٥) .

(١) بمذمة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦١ - وانظر في بعض التشريعات الأجنبية في التضامن من ما بين الدائنين بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٧ - فقرة ١١٦٩ .

المشترك (١) » . وقد نقلها عن الفقه الإسلامى - وعن المجلة بنوع خاص -
التقنين المدنى العراقى ، ولم ينقلها التقنين المدنى المصرى ولا التقنينات المدنية
العربية الأخرى . ومن ثم يكون هذا البحث مقصوراً ، من ناحية التطبيق ، على
التقنين المدنى العراقى دون غيره من التقنينات المدنية العربية .

ونبحث الدين المشترك كما بحثنا التضامن بين الدائنين ، فنستعرض : (أولاً)
مصدر الدين المشترك (ثانياً) الآثار التى تترتب على الاشتراك فى الدين .

(١) يعرف الفقه الإسلامى ، إلى جانب نظام الدين المشترك ، نظام التضامن سواء بين
الدائنين أو بين المدينين .

فالتضامن بين الدائنين يقوم فى شركة المفاوضة ، سواء كانت شركة أموال أو شركة أعمال
أو شركة وجوه ، متى كان الدين ناشئاً عن أعمال التجارة . فيعتبر الشركاء دائنين متضامنين بالتضامن
إذا باع أحدهم مالا للشركة ، ويعتبرون كذلك دائنين متضامنين بالتعويض إذا اغتصب شخص
مالاً للشركة . كذلك يقوم التضامن بين الدائنين فى شركة العنان إذا كانت شركة أعمال ، فالشركاء
دائنون متضامنون بالأجر المستحق . وأثر التضامن بين الدائنين يجعل لكل دائن أن يطالب
المدين بكل الدين ، وإذا وفى المدين أحد الدائنين كل الدين برئت ذمته نحو الجميع . ويرجع
الدائنون على شريكهم الذى قبض الدين ، كل منهم بحصته ، وحصصهم دائماً متساوية فى شركة
المفاوضة . والتضامن بين الدائنين فى شركة المفاوضة يقوم على فكرة الوكالة ، فكل شريك
وكيل عن الآخر فى القبض والتقاضى وفى جميع حقوق العقد . ويقوم التضامن بين الدائنين فى
شركة العنان على تضامنهم كدائنين ، فالشركاء مدينون متضامنون فى التزامهم بالعمل فيكونون
دائنين متضامنين فى حقهم فى الأجر .

والتضامن بين المدينين يقوم بين الشركاء فى شركة المفاوضة ، ولو شأ الدين من غير أعمال
التجارة ، ما دام ذا صبغة مالية . ويقوم كذلك فى شركة العنان إذا كانت شركة أعمال ، فيكون
الشركاء متضامنين فى التزامهم بالعمل كما قدمنا . وهم أيضاً مدينون متضامنون بالتعويض المستحق
فى حالة هلاك الشيء المسلم لهم ، ولو كان الهلاك منسوباً لخطأ أحدهم دون الآخرين . وهناك أيضاً
تضامن اتفاق بين المدينين : فإذا نشأ الالتزام عن مصدر واحد وكان محله واحداً وتعدد المدينون
وكفل بعضهم بعضاً كانوا جميعاً مدينين متضامنين . والتضامن بين المدينين ، سواء كان اتفاقياً
أو قانونياً (فى شركتى المفاوضة والعنان) ، يقوم على فكرة الكفالة المتبادلة بين المدينين .
ومن ثم فأحكام الكفالة هى التى تسرى ، ويجوز للدائن أن يرجع على أى مدين بكل الدين بصفته
أصيلاً عن نفسه وكفيلاً للمدينين الآخرين ، وكذلك يجوز لأى مدين أن يرضى الدائن الدين كله
بصفته أصيلاً وكفيلاً . وإذا وفى أحد المدينين الدين كله للدائن ، رجع على المدينين الآخرين
ككفيل إذا كانت الكفالة بأمرهم ، وله أن يرجع على كل منهم بخصته ، كما له أن يرجع على
أى منهم بحصته وبنصيبه فى حصص الآخرين ثم يرجعان معاً بالباقى على سائر المدينين . فلو كان
الدين ثلثمائة ، وكان المدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية ، وفى أحدهم الدين كله =

المطلب الأول

مصدر الدين المشترك

١٥١ - نص في التقنين المصري العراقي : تنص المادة ٣٠٣ من التقنين

المدني العراقي على ما يأتي :

« ١ - يكون الدين مشتركاً بين عدة دائنين إذا نشأ من سبب واحد ، وكان غير متجزئ ، إما لوحدة للصفقة أو لسبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين » .

« ٢ - فيعتبر ديناً مشتركاً ثمن المبيع المشترك بين اثنين أو أكثر ، و ثمن الشئيين ولو كانا غير مشتركين ، ما دام البيع في الحاليتين قد صدر صفقة واحدة من غير تعيين ثمن حصة كل واحد . ويعتبر ديناً مشتركاً كذلك الدين الآيل بالإرث إلى عدة ورثة ، وقيمة المال المشترك إذا استهلك ، وبديل القرض المستقرض من مال مشترك » .

ويتبين من هذا النص أن الدين المشترك بين عدة دائنين له مصدر واحد

= للدائن ، فإنه إما أن يرجع على كل من المدينين الآخرين بمائة ، وإما أن يرجع على أحدهما بمائة و مئتي حصة في الدين وبخمسين وهذا هو نصيبه في حصة المدين الثالث ثم يرجع كل منهما على المدين الثالث بخمسين . انظر في التضامن بين الدائنين وبين المدينين في الفقه الإسلامي الأستاذ شفيق شحاته في النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ٣٠٣ — ٣٧٨ .

ويتبين مما قدمناه أن الكفالة هي التي جعلت أساساً للتضامن السلبى في الفقه الإسلامى ، وساعد على ذلك أن الكفيل لا يملك حق التجديد في الفقه الإسلامى ، فللدائن أن يطالب بالدين كله أياً شاء المدين الأصلي أو الكفيل ، فتمشت أحكام الكفالة على هذا النحو مع أحكام التضامن إلى مدى بعيد . أما تاريخ الكفالة في الفقه العربى فهو على العكس من ذلك ، إذ التضامن هو الذى وجد أولاً وكان أساساً للكفالة ، ثم تميز الكفيل بعد ذلك عن المدين المتضامن حتى كسب في النهاية حق التجديد .

ونظام المدين المشترك ، كما سنرى ، يحتل مكاناً بارزاً في الفقه الإسلامى ، وهو أكثر بروزاً من نظام التضامن ، فقد أفاض الفقه الإسلامى في تفصيل قواعده ، وجعله نظاماً أصيلاً تقوم مبادئه مستقلة على فكرة الاشتراك .

لا يتعدد . ويجب إلى جانب ذلك أن يكون هناك اشتراك في الدين بين الدائنين ، فما لم يوجد هذا الاشتراك انقسم الدين على الدائنين المتعديدين وأصبح ديناً متعدد الأطراف (obligation conjointe) على النحو الذي قدمناه .

والاشتراك في الدين ، ما أن يرجع إلى طبيعة الأشياء بأن يكون المال الذي نشأ عنه الدين مالا مشتركاً (أى شائعاً) بين الدائنين فبنشأ الاشتراك في الدين من سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين ، وإما أن يرجع إلى اتفاق المتعاقدين إذا تعدد الدائنون واتفقوا مع المدين على أن يكون الدين مشتركاً بينهم وذلك بأن يجعلوا الصفقة واحدة .

فهناك إذن مصدران للاشتراك في الدين : (١) سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين (٢) ووحدة الصفقة . فنتناولهما متعاقبين بالبحث .

١٥٢ - سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين : في هذه

الصورة يكون هناك مال شائع بين اثنين أو أكثر ويكون هذا المال هو مصدر الدين المشترك .

ويصح في هذه الحالة أن ينشأ الدين مشتركاً منذ البداية ، ويتحقق ذلك إذا آل دين للتركة إلى ورثة متعددين . فإذا كان للتركة دين في ذمة مدين لها ، وكان الورثة ثلاثة مثلاً - زوجاً وابناً وبناتاً - فكان للزوج الربع وللبن النصف وللبنات الربع ، كان هذا الدين الذي للتركة ديناً مشتركاً منذ البداية بين الورثة الثلاثة بالحصص المتقدمة الذكر (١).

وقد يكون الموجود في البداية هو المال الشائع لا الدين المشترك ، ثم ينشأ الدين المشترك بعد ذلك عن المال الشائع . مثل ذلك أن يرث ورثة متعددون عيناً من أعيان التركة على الشيوع ويبيع الورثة العين صفقة واحدة ، فالدين بالتمن الذي نشأ عن هذا المال الشائع يكون ديناً مشتركاً بين الورثة المتعديدين . وقد يكون سبب الشيوع في العين سبباً آخر غير الميراث ويبيع الملاك في الشيوع

(١) وكذا إذا أوصى المتوفى لرجلين بالدين الذي له على آخر ، فالدين أيضاً مشترك بينهما لاتحاد سببه وهو ... الوصية (شرح المجلة لسليم باز م ١٠٩٢ ص ٦١١) .

العين صفقة واحدة ، فيكون الدين بالثمن هنا أيضاً ديناً مشتركاً بين البائعين المتعديدين . وإذا كانت العين الشائعة بين الملاك المتعديدين قد أتلّفها شخص فوجب عليه التعويض لملاك العين ، فالدين بالتعويض الذى نشأ عن هذا المال الشائع يكون ديناً مشتركاً بين الملاك المتعديدين . وإذا أقرض الملاك المتعددون شخصاً مالا شائعاً بينهم ، فالدين برد القرض وقد نشأ عن مال شائع يكون ديناً مشتركاً بين المقرضين المتعديدين (١).

ونرى من الأمثلة المتقدمة أن الدين المشترك فى الصورة التى نحن بصدددها هو دين قابل للتجزئة ، ولكن طبيعة الأشياء — أى سبق الاشتراك فى المال — اقتضت أن يبقى الدين مشتركاً بين الدائنين المتعديدين .

(١) وقد ذكرنا فى بيع المال الشائع — سواء صدر البيع من الورثة أو من الملاك فى الشيوع — أن البيع يجب أن يصدر صفقة واحدة ، ولم نذكر ذلك فى دين التعويض عن إتلاف مال مشترك ولا فى التزام المقرض برد المال المشترك الذى اقترضه . ذلك أن التعويض فى حالة الإتلاف ، والمال الذى يردده المقرض فى حالة القرض ، إنما هو بديل عن المال المشترك الذى كان سبباً فى نشوء الدين ، فيتخذ صفته ويكون مالا مشتركاً مثله . أما الثمن ، فى حالة بيع المال المشترك ، فلا يتخذ صفة المال المشترك إلا إذا كان المبيع قد بيع على أنه مال مشترك أى بيع صفقة واحدة ، لاحتفال أن يبيع كل مالك على الشيوع نصيبه فى المال الشائع على حدة فتعدد الصفقة وينقسم الثمن على البائعين فلا يكون ديناً مشتركاً .

ويقول الأستاذ شفيق شحاتة فى مناسبة القرض والعمل غير المشروع ما يأتى : « ويلاحظ مع ذلك أن دين المقرضين يعتبر ديناً واحداً إذا كان المبلغ المقرض من مال مشترك ولو أن عقد القرض لا يعتبر صفقة واحدة عند تعدد المقرضين ، ذلك أن الاشتراك هنا قد فرضته طبيعة الأشياء فهو نتيجة حتمية لكون المبلغ المقرض مشتركاً — إن المقرض يرد مثل ما اقترض تماماً ، فكان من الطبيعى أن يبقى المردود مشتركاً كما كان المأخوذ ، ولذلك لا يكون المردود مشتركاً إذا لم يكن المأخوذ كذلك ، أى لا يكون الدين واحداً إذا لم يكن القرض من مال مشترك وهذا هو كذلك حكم رجوع الدافعين بأمر المدين ، فإن دينهم يكون مشتركاً إذا دفعوا من مال مشترك ، ذلك أن الدفع هنا هو فى الواقع عبارة عن إقراض فيأخذ حكمه . وفى جميع ما تقدم نشأ الدين عن تعاقد . وقد ينشأ كذلك عن ضرر ويكون لمتعدد ، وهو يعتبر ديناً واحداً فى الحالة الأخيرة إذا كان الضرر قد لحق مالا مشتركاً بين اثنين أو وقع على نفس مورثهما المشترك . أما إذا لحق الضرر أموالاً مختلفة مملوكة لجملة أشخاص ، فلا يكون الدين واحداً . وقد فسروا ذلك بصريح العبارة أن السبب وهو الجريمة لا يعتبر واحداً فى الحالة الأخيرة ، ويعتبر كذلك فى الحالة الأولى » (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية فقرة ٢٩٩ — فقرة ٣٠٠ والنصوص الفقهية المشار إليها) .

١٥٣ - وهرة الصفقة : وقد لا يرجع الاشتراك في الدين إلى طبيعة

الأشياء ، أى إلى سبق الاشتراك في المال الذى نشأ عنه الدين على النحو الذى قدمناه ، بل يرجع إلى الاتفاق . مثل ذلك أن يبيع شخصان ، أحدهما مملك أرضاً زراعية والآخر يملك المواشى اللازمة لزراعة هذه الأرض ، كلا من الأرض والمواشى لمشتري واحد صفقة واحدة بثمن واحد من غير تعيين ثمن حصة كل واحد منهما (١) . فهنا اتفاق ضمنى بين البائعين والمشتري على أن يكون الدين بالثمن ديناً مشتركاً بين البائعين ، يدل على هذا الاتفاق أن البيع صدر صفقة واحدة بثمن واحد من غير تعيين ثمن حصة كل من البائعين . وهذا لا يمنع من قيام اتفاق بين البائعين في علاقة أحدهما بالآخر يحدد حصة كل واحد منهما في الثمن (٢) . ومن هذا نرى أن إرادة المتعاقدين ، لا طبيعة الأشياء ، هى التى اقتضت في هذه الصورة أن يبقى الدين مشتركاً بين الدائنين المتعاقدين .

١٥٤ - مقارنة بين الاشتراك في الدين والتضامن بين الدائنين

من حيث المصدر : ونرى مما تقدم أن مصدر الاشتراك في الدين إما أن يكون سبق الاشتراك في المال وهذا وضع قانوني ، وإما أن يكون وحدة الصفقة وهذا وضع اتفاقي ، أى أن مصدر الدين المشترك هو القانون أو الاتفاق . أما التضامن بين الدائنين فقد رأينا أن مصدره يكون دائماً الاتفاق الصريح أو الضمنى ولا يكون القانون أبداً . ثم إن الاتفاق على التضامن غير الاتفاق على الاشتراك في الدين ، فالدائنون إذا اتفقوا على التضامن فيما بينهم يكونون قد

(١) فلا يكون الدين مشتركاً إذا تعين لكل من الباقيين حصة من الثمن ، أو كان الثمن المستحق لأحدهما يختلف عن الثمن المستحق للآخر في ماهيته أو في صفته ، وذلك على اعتبار أن الثمن في الفقه الإسلامى قد لا يكون نقوداً (الأستاذ شفيق شحاته في النظرية العامة في الالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ٢٩٦ والنصوص الفقهية المشار إليها) . وهذا على رأى أبى يوسف ومحمد وهو الرأى الراجح في المذهب الحنفى ، ويذهب أبو حنيفة إلى جواز أن تكون الصفقة واحدة مع تعيين حصة من الثمن لكل من البائعين .

(٢) والمراد ألا يذكر حين البيع حصة كل شريك من الثمن لا من المبيع ... وقولهم مال مشترك قيد اتفاق ، إذ لو كان لكل منهما عين على حدة ، فباعاها صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما ، كان الثمن أيضاً مشتركاً بينهما (شرح المحلة لسليم باز م ١٠٩٥ ص ٦١١) .

وثقوا علاقاتهم بعضهم ببعض أكثر مما وثقوها فيما إذا اتفقوا على الاشتراك في الدين . وسنرى أن الآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين أقل مدى من تلك التي رأيناها تترتب على التضامن بين الدائنين .

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين

١٥٥ - المبادئ الرئيسية : يترتب على الاشتراك في الدين ضرب

من التضامن بين الدائنين هو في جملة أقل توثقاً من التضامن العادي الذي سبق بيانه . ويجب التمييز في هذا الصدد بين علاقة الدائنين بالمدين وعلاقة الدائنين بعضهم ببعض .

(أولاً) فمن حيث علاقة الدائنين بالمدين : ينقسم الدين على الدائنين ، ولا يستطيع أى دائن منهم أن يرجع على المدين إلا بحصته في الدين ، يستوفيه بأى طريق من طرق الدق الأسفقاء ، أى يقضيها بأى سبب من أسباب الانقضاء . وفي هذا يختلف الاشتراك في الدين عن التضامن بين الدائنين اختلافاً بينا ، فقد رأينا أن الدائن المتضامن يستطيع الرجوع على المدين بكل الدين ، بحصته وبحصص شركائه ، وهؤلاء يرجعون عليه بعد ذلك كل منهم بحصته . وبينما أن هذا هو موضع الضعف في التضامن ، فهو ضمان للمدين أكثر منه ضماناً للدائن ، إذ المدين تبرأ ذمته بدفع الدين كله لأحد الدائنين ، فإذا ما استوفى هذا كل الدين تعرض شركاؤه لخطر إعساره عند رجوعهم عليه بحصصهم .

وينبني على أن الدائن في الدين المشترك لا يرجع على المدين إلا بحصته أن كثيراً من مسائل التضامن في الحالات التي ينقضى فيها الالتزام التضامنى بسبب غير الوفاء ، كالمقاصة والتجديد واتحاد الذمة والإبراء والتقادم ، لا تعرض في الدين المشترك ، إذ الدائن في هذا الدين لا يستوفى إلا حصته ، فلا محل للتساؤل عما إذا كان الدائنون الآخرون يحتج عليهم بانقضاء الدين كله أو بمقدار حصة شريكهم فحسب . ثم إن النيابة التبادلية لا محل لها في الدين المشترك ، فالدائن في هذا الدين لا يقبض إلا حصته ، فلا محل للقول بأنه يمثل شركاءه في قبض

حصصهم . ونرى من ذلك أن كثيراً من الصعوبات التي تقوم في نظام التضامن لا وجود لها في نظام الدين المشترك ، وأن هذا النظام يفضل نظام التضامن من حيث علاقة الدائنين بالمدين .

(ثانياً) أما من حيث علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، فهنا تتجلى ذاتية نظام الدين المشترك . وإذا كان هذا النظام لا يخرج كثيراً على القواعد العامة في ناحية علاقة الدائنين بالمدين ، فإنه في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ينحرف كثيراً عن هذه القواعد وتبرز مقوماته الرئيسية ، بل هو يقرب في هذه الناحية من نظام تضامن الدائنين .

فالدائن إذا قبض حصته في الدين من المدين ، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبض كل بنسبة حصته في الدين (١) . ثم يرجعون ، وهو معهم ،

(١) ويتساءل الأستاذ شفيق شحاته ، عند بحثه في الأساس القانوني لرجوع الدائنين الآخرين على الدائن الذي قبض حصته : « كيف يفسر أن القابض يقبض حصته دون غيرها من الحصص ، ويكون مع ذلك عرضة لرجوع باقي الدائنين عليه ؟ هل يقال إن القابض لم يقبض نصيبه حقيقة بل نصيباً شائعاً مملوكاً له ولشركائه ؟ لا يمكن قبول هذا التعليل ، لأن المقبوض لو كان مملوكاً للجميع لما أمكن القابض التصرف فيه كما رأينا . يضاف إلى ذلك أن القابض لا صفة له في حيازة المقبوض عن الغير ، فهو ليس بوكيل ولا بمستودع . المقبوض هو إذن ملك القابض خاصة ، على أن للدائن الشريك حقاً ثابتاً في الشيء المقبوض ، وبموجب هذا الحق يستحق هذا الدائن الشريك بعضاً مما قبض القابض ، ولو أنه لا يستطيع تتبع المقبوض بين يدي الغير فقد رأينا أنه لا يستطيع في حالة انتقال الملكية سوى المطالبة بتعويض . هذا الحق هو إذن حق شبه عيني ، فصاحبه ليس له حق ملكية ، بل حق في أن يملك : ولهذا الحق نظائر في الشرع » (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ٣٢١ — فقرة ٣٢٢ والنصوص الفقهية المشار إليها في الهوامش) .

ويبدو لنا أنه يمكن القول إن حصة كل دائن في الدين المشترك هي ملك الدائن خاصة في العلاقة بينه وبين المدين ، وهو مال مشترك — لأنها جزء من الدين المشترك — في علاقة الدائن بباقي الدائنين . ومن ثم يجوز لباقي الدائنين إن يطالبوا الدائن الذي قبض حصته بأنصبتهم في هذه الحصة إذ هي مال مشترك بينهم ، ولهم أن يرجعوا على المدين . فإذا ما استولى كل من الدائنين على حصته اختص بها ، حتى في علاقة هؤلاء الدائنين بعضهم ببعض . وإذا تصرف الدائن في حصته التي قبضها من المدين لم يكن لباقي الدائنين تتبع هذه الحصة في يد الغير ، لأن الحصة إنما تعتبر مالا مشتركاً في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، لا في علاقتهم بالغير . على أن أثر الاشتراك يعود ، حتى في هذه الحالة ، إذا أعسر المدين ، ويتجلى دائماً في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، فيرجع الدائنون الآخرون على الدائن الذي قبض حصته وتصرف فيها ليحملوه نصيبه من تبعة إعسار المدين .

تُغلى المدين بما بقي لهم في ذمته . وللدائنين الآخرين أن يتركوا الدائن الذى قبض حصته ويتبعوا المدين بحصصهم ، فإذا كان المدين معسراً عند مطالبتهم بإياه كان من حتمهم أن يرجعوا على الدائن الذى قبض حصته ليحملوه نصيبه من التبعة عن إعسار المدين . وفي هذه القواعد يتمثل الضمان الذى ينطوى عليه نظام الدين المشترك . فكل دائن إذا قبض حصته لم تخلص له ، بل يبقى ضامناً للدائنين الآخرين حصصهم ويتحمل معهم تبعة إعسار المدين (١) . وللدائنين الآخرين

(١) ويستخلص الأستاذ شفيق شحاته الطبيعة القانونية للدين المشترك على الوجه الآتى : « الدين المشترك قد ورد ذكره في النصوص على أنه ملك مشترك ، فهو إذن في نظر الفقهاء عبارة عن شيء ملوك للدائنين على الشيوع . ولكن قد لاحظ الفقهاء أنفسهم أن الدين ليس بشيء حسي بل هو مجرد معنى في الذهن ، ولما كان كذلك كان من المتعذر تصور انقسامه . لذلك قالوا بأنه لا ينقسم ، ونشأ عن ذلك حق الرجوع . إلا أنهم قد لاحظوا من ناحية أخرى أنه إذا كان الدين لا يقبل الانقسام على أنه دين ، فهو يقبله على أنه مطالبة ، ونشأ عن ذلك جواز انفراد كل من الدائنين بالمطالبة بحصته منه . ولكننا قد رأينا عند الكلام على الأساس القانوني لحق الرجوع أن تصوير الدين المشترك على هذا الشكل لا يتفق والحلول الثابتة . أما الفكرة التي تستمد من الحلول فهي أن الدين المشترك ينقسم فيما بين الدائنين في الواقع . إلا أن انقسامه لا يكون مطلقاً فهو ينقسم انقساماً مقيداً بما شرعوه من حق الرجوع ، ذلك أن حق الرجوع يوجد بين الدائنين رابطة ذات طبيعة خاصة كما بينا . وإذا نظرنا إلى الدين المشترك نظرة عملية ، وجدنا أن هذه الرابطة التي أوجدها حق الرجوع لا تبقى على الشيء الكثير من اعتبار الالتزام منقسماً ، فهي تؤدي بالفعل إلى ضرورة اجتماع جميع الدائنين عند المطالبة ، ذلك أنه ما دام لم يجتمع هؤلاء الدائنون لا تكون المطالبة أبداً مجدية » (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ٣٢٣ - فقرة ٣٢٤) .

ونعود إلى القول بأن الدين المشترك هو دين منقسم على الدائنين في علاقتهم مع المدين ، وغير منقسم عليهم في علاقتهم ببعضهم ببعض . وانقسامه على الدائنين في علاقتهم بالمدين هو الذى يجنب نظام الدين المشترك عيوب نظام التضامن بين الدائنين ، أما عدم انقسامه على الدائنين في علاقتهم بعضهم ببعض فهو الذى يحقق للنظام هدفه الأول وهو أن يكون ضامناً للدائنين .

ويقول الأستاذ منير القاضى في محاضراته في القانون المدنى العراقى في معهد الدراسات العربية العالية (سنة ١٩٥٣ ص ٦١ - ص ٦٢) : « والفكرة في هذا النوع من الدين مبنية عند فقهاء الشريعة على عدم قبول الدين للانقسام ، لأن الديون عندهم أوصاف في ذم المدينين والأوصاف لا تقبل الانقسام ، فما يقبضه كل واحد من الدائنين إنما يقبضه مالا مشتركاً . وعنى مبنية في رأى من يعد الدين مالا يقبل القسمة .. على أن أحد الدائنين له حق المطالبة بحصته بناء على قبول الدين القسمة فهو يطالب بنفسه ، فإذا قبض حصته كان لشركائه الرجوع عليه بأنصابتهم مما قبض لأن قسمة المشترك لا تتم إلا برضاء الشركاء أو بحكم القضاء بالقسمة ، =

في هذا وسيلتان : فاما أن يشاركوه في حصته التي قبضها ، وإما أن يرجعوا عليه بالضمان إذا طالبوا المدين بحصصهم فوجدوه معسراً . وهذا مايسبغ على نظام الدين المشترك قوته من حيث هو ضمان للدائنين . وهذا في الوقت ذاته موطن الضعف في هذا النظام ، فالدائن الذي يقبض حصته لا تخلص له الحصة كما قدمنا ، ولا يستطيع أن يطمئن إلى أنه قد استولى على حصته إلا بعد أن يستولى الدائنون الآخرون أيضاً على حصصهم .

ونظام تضامن الدائنين لا يبعد كثيراً عن هذا النظام . فقد رأينا أن الدائن المتضامن إذا قبض من المدين جزءاً من الدين ، حتى لو كان هذا الجزء معادلاً لحصته على خلاف في الرأي ، جاز للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبض كل بنسبة حصته . ورأينا كذلك أن المدين إذا أعسر تحمل كل الدائنين تبعه هذا الإعسار . ففي هذه الأحكام يتلاقى نظام الدين المشترك مع نظام تضامن الدائنين .

١٥٦ - جواز الاتفاق على استبعاد الاشتراك في الدين : ومهما

يكن من أمر الدين المشترك ، أو ماينطوى عليه نظامه من مزايا وعيوب ، فانه يجوز أن يتفق ذوو الشأن على استبعاد هذا النظام . وقد نصت المادة ٣١٤ من التقنين المدني العراقي على أنه « ١ - في الدين المشترك يجوز الاتفاق فيما بين الشركاء على أن يكون لكل منهم الحق في قبض حصته من الدين ، من غير أن يكون لسائر الشركاء الرجوع عليه حتى لو توت حصصهم . ٢ - وفي هذه الحالة ينقسم الدين المشترك على الدائنين قسمة تامة ، ويختص كل منهم بحصته في الدين من غير أن يشاركه فيها غيره بوجه من الوجوه » .

ونظام الدين المشترك ، في حالة وحدة الصفقة ، ليس في حاجة إلى الاستبعاد ، لأن ذوي الشأن في هذه الحالة هم الذين أرادوا هذا النظام وعبروا عن هذه الإرادة من طريق وحدة الصفقة ، فإذا كانوا لا يريدونه فليس أيسر عليهم من أن يتجنبوا طريقه . ولكن نظام الدين المشترك في حالة سبق الاشتراك في المال الذي

= فإذا لم يرض الشركاء بهذه القسمة التي تولوها القابض وحده بقى ما قبضه مشتركاً بينهم ، وظل الباقي في ذمة المدين مشتركاً بينهم أيضاً . وإذا رضوا بهذه القسمة سلمت له حصته التي قبضها » .

نشأ عنه الدين هو الذي يكون في حاجة إلى الاستبعاد، فإن النظام في هذه الحالة يكون مفروضاً على ذوى الشأن إلا إذا اتفقوا على استبعاده، كما تنص المادة ٣١٤ من التقنين المدني العراقي سالفه الذكر .

والاستبعاد يكون باتفاق الدائنين فيما بينهم على أن يستقل كل دائن بحصته في الدين ، فإذا قبضها لم يشاركه فيها الدائنون الآخرون ، وتخلص له الحصة حتى لو أعسر المدين بعد ذلك : فلا يكون للدائنين حق الرجوع عليه لتحصيله نصيبه في هذا الإعسار . ومن ثم ينقسم الدين المشترك قسمة تامة على الدائنين ، وبصبح ديناً متعدد الأطراف (obligation conjointe) كل دائن له جزء من الدين يستقل به ولا يشاركه فيه الدائنون الآخرون بوجه من الوجوه . وقد لجأ التقنين المدني العراقي إلى هذه الوسيلة حتى يفتح الطريق أمام ذوى الشأن لتجنب عيوب نظام الدين المشترك إذا شاءوا ذلك (١) .

ونبحث الآن آثار الاشتراك في الدين : (١) من حيث علاقة الدائنين بالمدين (٢) ومن حيث علاقة الدائنين بعضهم ببعض وهي الناحية التي تبرز فيها مقومات الدين المشترك كما قدمنا .

(١) والاتفاق مقدماً على استبعاد الاشتراك في الدين لايقول به في الفقه الإسلامي إلا عدد قليل من الفقهاء ، ولكن التقنين المدني العراقي اختار هذا القول لما فيه من مزية واضحة . ويتناول الأستاذ منير القاضي في هذا الصدد : « لم يجوز الفقه اخنق قسمة الدين ولا تملكه لغير من عليه الدين ، لأن الديون في نظريته أوصاف في ذمة المدين لا أموال ، والأوصاف لا تقبل القسمة ولا الانتقال من محالها ، فلا تقسم إذن ولا تملك ، وإنما تقسم أو تملك بعد تمثلها في الأعيان المقبوضة منها . وهي نظرية لها دقتها وقيمتها . وإنما جوزوا تملكها لمن عليه الدين لأن هذا التملك إبراء معنى ، والإبراء يتضمن الإسقاط . والأوصاف تقبل الإسقاط ... ولكن القانون العراقي ، وإن اقتبس الدين المشترك وأحكامه من هذا الفقه ، قد تجاوز تلك النظرية ومال إلى رأي من المذاهب الإسلامية الأخرى وغيرها أن الديون أموال لا أوصاف في الذمة فهي إذن تقبل القسمة ، فقرر في مادته ٣١٤ أن الدين المشترك يجوز الاتفاق فيما بين الشركاء فيه على أن يكون لكل منهم الحق في قبض حصته من الدين من غير أن يكون لسائر الشركاء الرجوع عليه حتى لو توت حصصهم . وفي هذه الحالة ينقسم الدين المشترك على الدائنين قسمة تامة ، ويختص كل منهم بحصته في الدين من غير أن يشاركه فيه غيره بوجه من الوجوه ، فيخرج الدين عن كونه مشتركاً (محاضرات في القانون المدني العراقي في معهد الدراسات العربية العالية ص ٦٤ — ص ٦٥) .

ومن أعلام الفقهاء الذين يقولون بجواز الاتفاق على استبعاد الاشتراك في الدين ابن القيم ، =

١٥٦ - العلاقة ما بين الدائنين والمدين في الدين المشترك

١٥٧ - المسائل الرئيسية : قدمنا أن كل دائن في علاقته بالمدين

يطالبه بحصته في الدين وحدها ، فيستوفى بطريق من طرق الوفاء ، ومن ثم

= ويقول في هذا الصدد : " تجوز قسمة الدين المشترك بميراث أو عقد أو إتلاف ، فينفرد كل من الشريكين بحصته ويختص بما قبضه ، سواء كان في ذمة واحدة أو في ذمم متعددة . فإن الحق لهما ، فيجوز أن يتفقا على قسمته أو بقاءه مشتركاً ولا محذور في ذلك . بل هذا أولى بالجواز من قسمة المنافع بالمهاياة بالزمان أو بالمكان ، ولا سيما فإن المهاياة بالزمان تقتضي تقدم أحدهما على الآخر وقد تسلم المنفعة إلى نوبة الشريك وقد تنوى . والدين في الذمة يقوم مقام العين ، ولهذا تصح المعاوضة عليه من الغريم وغيره ، وتجب على صاحبه زكاته إذا تمكن من قبضه ، ويجب عليه الانفاق على أهله وولده ورفيقه منه ، ولا يعد فقيراً معدماً ، فاقسامه يجري مجرى اقتسام الأعيان والمنافع . فإذا رضى كل من الشريكين أن يختص بما يخصه من الدين ، فينفرد هذا برجل يطالبه وهذا برجل يطالبه ، أو ينفرد هذا بالمطالبة بحصته وهذا بالمطالبة بحصته ، لم يهدم بذلك قاعدة من قواعد الشريعة ولا استحلال ما حرم الله ولا خالفاً نص كتاب الله ولا سنة رسوله ولا قول صاحب ولا قياساً شهد له الشرع بالاعتبار . وغاية ما يقدر عدم تسكافؤ الذم ووقوع التفاوت فيها ، وأن ما في الذمة لم يتعين فلا تمكن قسمته ، وهذا لا يمنع تراضيهما بالقسمة مع التفاوت فإن الحق لا يعدوهما ، وعدم تعين ما في الذمة لا يمنع القسمة فإنه يتعين تقديرها ، ويكفى في إمكان القسمة التعيين بوجه فهو معين تقديره ويتعين بالقبض تحقيقاً . وأما قول أبي الوفاء بن عقيل لا تختلف الرواية عن أحد في عدم جواز قسمة الدين في الذمة الواحدة واختلفت الرواية عنه في جواز قسمته إذا كان في الذمتين فعنه فيه روايتان ، فليس كذلك ، بل عنه في كل من الصورتين روايتان ، وليس في أصوله ما يمنع جواز القسمة كما ليس في أصول الشريعة ما يمنعها ، وعلى هذا فلا يحتاج إلى سيلة على الجواز . وأما من منع القسمة ، فقد تشدد الحاجة إليها ، فيحتاج إلى التحيل عليها . فالحيلة أن يأذن لشريكه أن يقبض من الغريم ما يخصه ، فإذا فعل لم يكن لشريكه أن يخاصمه فيه بعد الإذن على الصحيح من المذهب كما صرح به الأصحاب . وكذلك لو قبض حصته ثم استهلكها قبل المحاسبة ، لم يضمن لشريكه شيئاً ، وكان المقروض من ضمانه خاصة ، وذلك أنه لما أذن لشريكه في قبض ما يخصه ، فقد أسقط حقه من المحاسبة ، فيختص الشريك بالمقبوض . وأما إذا استهلك الشريك ما قبضه ، فإنه لا يضمن لشريكه حصته منه قبل المحاسبة لأنه لم يدخل في ملكه ولم يتعين له بمجرد قبض الشريك له ، ولهذا لو وفى شريكه نظيره لم يقلل انتقاله إلى القابض الأول ما كان ملكاً لشريكه ، فدل على أنه إنما يصير ملكاً له بالخاصة لا بمجرد قبض الشريك . ومن الأصحاب من فرق بين كون الدين بعقد وبين كونه بإتلاف أو إرث ، ووجه الفرق أنه إذا كان بعقد فكأنه عقد مع الشريكين فلكل منهما أن يطالب بما يخصه ، بخلاف دين الإرث والإتلاف والله أعلم " (إعلام الموقعين جزء ٤ ص ١ - ص ٢) . وانظر أيضاً الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٨٣ ص ١٧٥ - ص ١٧٦ .

ينقسم الدين على الدائنين في علاقتهم بالمدين خلافاً للدين التضامني . ثم إن علاقة كل دائن بالمدين قد تنقضي بسبب من أسباب انقضاء الالتزام غير الوفاء . ولا تقوم بين الدائنين المشتركين في الدين أية نيابة تبادلية ، لا فيما يضر ولا فيما ينفع . هذه هي المسائل الرئيسية الثلاث التي نتناولها بالبحث مسألة مسألة (١).

١٥٨ - الوفاء : لأي دائن أن يطالب المدين بحصته في المدين كما

قدمنا ، ولا يستطيع أن يطالبه بأكثر من حصته ولو كان الدين كله مضموناً بتأمين شخصي أو عيني . كذلك يستطيع المدين أن يني لأي دائن بحصته في الدين دون زيادة (٢)، فتبرأ ذمته من هذه الحصة ، إلا إذا شارك فيها الدائنون الآخرون فعند ذلك يعود الدائن الذي قبض حصته فيطالب المدين بما نقص منها بعد هذه المشاركة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٠٤ من التقنين المدني العراقي على أنه « إذا كان الدين مشتركاً ، فلكل واحد من الشركاء أن يطلب حصته منه » (٣). وحصة كل دائن في الدين تتحدد باتفاق بين الدائنين ،

(١) وقد تكون حصة أحد الدائنين مؤجلة ، وحصة ثان حالة ، وحصة ثالث معلقة على شرط . ولكن إذا نشأ الدين حالا في جميع حصصه ، فقد اختلف فيما إذا كان يجوز لدائن دون غيره أن يمنح حصته أجلاً : فعند أبي يوسف ومحمد يجوز ، وعند أبي حنيفة لا يجوز لأن منح الأجل بالنسبة إلى حصة دائن يمتد أثره حتماً إلى حصص الآخرين (انظر في هذه المسألة الأستاذ شفيق شحاته في النظرية العامة في الشريعة الإسلامية فقرة ٣٠٥) .

(٢) فلا يجوز للمدين أن يني أحد الدائنين كل الدين ، ولا تبرأ ذمته من حصص باقي الدائنين بهذا الوفاء ، بل لمؤلاء أن يطالبوا المدين كل بحصته ، ويرجع المدين على القابض بما قبضه زيادة على حصته . جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٧٠) : « من استوفى كل الدين المشترك بغير إذن شريكه ، كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته ، ويرجع الغريم على القابض بما قبضه ، لأنه إنما سلم إليه ليملك ما في ذمته بما سلم ، ولم يملك ، فكان له أن يرجع » . على أنه يجوز إذا قبض أحد الدائنين كل الدين أن يرجع عليه شركاؤه كل بحصته ، فتبرأ ذمة المدين من الدين كله . جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٧٠) : « إن أحد الشريكين إذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه » .

(٣) ومن كانت حصته مؤجلة من الدائنين لا يستطيع أن يطالب بها إلا عند حلول الأجل ، بل ولا يستطيع أن يرجع على من قبض من الدائنين حصته الحالة إلا إذا انقضى أجل حصته . جاء في المبسوط للرضي (جزء ٢١ ص ٣٨) : « والدليل على أن تأجيله يصادف بعض نصيب شريكه أن الآخر إذا قبض نصيبه ثم حل الأجل ، كان للمؤخر أن يشاركه في المقبوض ، ويكون -

وقد يكون القانون هو الذي يحددها كما لو كان الدائنون ورثة في مال شائع وباعوه صفقة واحدة فيكون الثمن ديناً مشتركاً بينهم كل له فيه بنسبة حصته في الأثر على الوجه الذي يحدده قانون الميراث . فإذا لم يوجد اتفاق أو نص في القانون يحدد مقدار حصة كل دائن ، فالمفروض أن حصصهم متساوية .

وقد يستوفي الدائن حصته من كفيل أو محال عليه ، بأن يكون للمدين كفيل فيرجع عليه الدائن بحصته ، أو يحيل المدين الدائن بحصته على مدين آخر .

= ما بقى مشتركاً بينهما ، والباقي هو ما كان مؤجلاً . وإذا كان الدين كله مؤجلاً ، فعجل المدين لأحد الدائنين حصته ، رجع الشركاء في الدين على هذا الدائن دون أن ينتظروا حلول الأجل ، لأن الأجل قد سقط في الحصة الممثلة بالنسبة إلى الدائنين جميعاً . وقد جاء في البدائع (جزء ٧ ص ١٩٦) : « لو كان الدين في الأصل منهما جميعاً مؤجلاً ، فأخذ أحدهما شيئاً قبل حل الأجل ، شاركه فيه صاحبه ، لأنه لما أخذ شيئاً قبل حل الأجل فقد سقط الأجل على قدر المقبوض وصار حالاً فصار المقبوض من النصيبين جميعاً ، فيشاركه فيه صاحبه كما في الدين الحال » .

وإذا نشأ الدين المشترك حالاً ، ثم أراد أحد الدائنين أن يؤجل ، فلا يجوز على رأى أبي حنيفة ، كما قدمنا ، وقد نصت المادة ١١١٢ من المجلة على أنه « ليس لأحد الدائنين أن يؤجل الدين المشترك بلا إذن الآخر » . وقد جاء في شرح سليم باز للمجلة (ص ٦١٧) : « لأنه إذا صح التأجيل في الحصتين لصار تصرفاً في حق شريكه بدون إذنه . وإن صح في حصة المؤجل ، لأدى إلى قسمة الدين قبل قبضه ، وهذا لا يجوز . ومفاده أنه لو أجل الشريك حصته من الدين ، فلا يصح أيضاً لما فيه من قسمة الدين قبل قبضه . فبناء عليه لو أجل أحد الدائنين الدين المشترك كله أو بعضاً ، ثم قبض الشريك الآخر بعض الدين من المدينين ، فللشريك الذي أجل أن يشاركه فيما قبض وإن لم يحل الأجل ، لأن الأجل باطل » . أما صاحبان فقد رأينا أنهما يميزان أن يؤجل الدائن حصته دون حصة شريكه . وقد أخذ مرشد الحيران برأى الصاحبين . ولكن قصره دون مبرر على الميراث ، فنصت المادة ١٨٧ على أنه « إذا كان الدين المشترك موروثاً ، فلا يجوز لأحد الشريكين أن يؤجل حصة شريكه بلا إذن ، وله أن يؤجل حصته » . ثم نصت المادة ١٨٨ ، على أنه « إذا كان الدين المشترك واجباً بإدانة أحد الشريكين في شركة عنان ، فإن أجل الذي باشر الإدانة صح تأجيله في جميع الدين ، وإن أجله الذي لم يباشر الإدانة فلا يصح تأجيله في حصته ولا في حصة شريكه بالأولوية . فإن كان الشريكان متفاوضين ، فأيهما أجل الدين المشترك بينهما صح تأجيله » . ونصت المادة ١٨٩ على أنه « إذا كان الدين المشترك واجباً بمقد قرض ، فلا يجوز للشريك الذي باشر العقد ولا للشريك الآخر أن يؤجله ، وإن أجله أحدهما فلا يلزم تأجيله ولكل منهما اقتضاؤه حالاً » . والمادتان الأخيرتان إنما نعرضان لأحكام خاصة بالشركة وبالقرض لا بالدين المشترك في ذاته (أنظر الأستاذ شفيق شحاته في النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ٢٩٩) .

وتنص المادة ٣٠٦ من التقنين المدني العراقي في هذا الصدد على أنه « إذا أخذ أحد الشركاء من المدين كفيلاً بحصته في الدين المشترك ، أو أحاله المدين على آخر ، فللشركاء أن يشاركوه في المبلغ الذي يأخذه من الكفيل أو المحال عليه » . بل يجوز أن يستوفي الدائن حصته بأن يحيل هو شخصاً آخر بهذه الحصة على المدين ، والحوالة هنا تكون حوالة حق لا حوالة دين .

وللدائن كذلك أن يستوفي حصته في الدين عن طريق الوفاء بمقابل ، فيأخذ من المدين ما لا آخر بحصته ، يشتره أو يستأجره . وهذا ما تنص عليه المادتان ٣٠٧ و ٣٠٨ من التقنين المدني العراقي . فتنص المادة ٣٠٧ على أنه « إذا اشترى أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك ما لا من المدين ، فشركاؤه مخيرون إن شاءوا ضمنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه ، وإن شاءوا رجعوا بحصصهم على المدين » . وتنص المادة ٣٠٨ على أنه « إذا استأجر أحد الشركاء حصته من المدين المشترك شيئاً ، صار قابضاً لحصته ، ولشركائه الخيار في تضمينه ما أصاب حصصهم وفي اتباع المدين » .

١٥٩ - انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء : وقد ينقضي

التزام المدين بحصة الدائن بسبب آخر غير الوفاء . فينقضي الالتزام بالتجديد ، بأن يتفق الدائن مع المدين على تجديد هذه الحصة في الدين بتغيير المحل أو السبب أو الدائن أو المدين . وينقضي الالتزام بالمقاصة بأن يثبت للمدين في ذمة الدائن ، قبل وجوب الدين المشترك أو بعده (م ٣١١ من التقنين المدني العراقي) ، دين مقابل نشأ عن عقد كأن يكفل الدائن للمدين مديناً للمدين ويرجع المدين عليه باعتباره كفيلاً (م ٣١٢ / عراقي) ، أو نشأ عن عمل غير مشروع كأن يتلف الدائن للمدين ما لا فيجب عليه التعويض (م ١/٣١٢ عراقي) ، أو نشأ عن أي مصدر آخر ، وتوافرت شروط المقاصة القانونية ، فإن الدينين يتلاقيان قصاصاً فينقضيان . وينقضي الالتزام بانحداد الذمة ، بأن يموت الدائن ويورثه المدين . وينقضي الالتزام بالإبراء أو بالهبة ، بأن يبرئ الدائن المدين من حصته في الدين أو يهبه إياها (م ٣١٣ عراقي) ، فينقضي الدين بالإبراء أو بالهبة . وينقضي الالتزام بالتقادم ، وقد تنقادم حصة أحد الدائنين دون أن تنقادم حصص الآخرين بأن يقطع الدائنون الآخرون التقادم ، دون أن

يقطعه الدائن الأول ، فتتقضى حصة هذا الدائن بالتقادم دون أن تنقضى حصص الآخرين .

ويلاحظ أنه في أسباب الانقضاء المتقدمة الذكر لا ينقضى الدين كله كما قدمنا ، وإنما تنقضى حصة أحد الدائنين ، فلا يعرض في هذه الحالات ما كان يعرض في صدد تضامن الدائنين من أن للمدين أن يحتج بمقدار حصة من قام به سبب الانقضاء . ذلك لأن أى دائن في الدين المشترك لا يطالب المدين إلا بحصته في الدين ، وليس بكل الدين كما في تضامن الدائنين ، فلا محل لأن يحتج المدين عليه بانقضاء حصة دائن آخر ما دام الدائن الأول لا يطالب إلا بحصته هو .
وسنرى ، عند الكلام في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، كيف يرجع الدائنون الآخرون على الدائن الذى انقضت حصته بسبب غير الوفاء .

١٦٠ - عزم قيام النيابة التبادلية بين الدائنين : ثم إن الدائنين في الدين المشترك لا تقوم بينهم نيابة تبادلية كما تقوم في التضامن على ما قدمنا ، وذلك لا فيما يضر ولا فيما ينفع .
فاذا قطع أحد الدائنين التقادم على المدين ، فانما يقطعه في حصته ، ولا ينقطع التقادم بالنسبة إلى حصص الآخرين . وكذلك إذا وقف التقادم بالنسبة إلى أحد الدائنين ، فانه لا يقف تبعاً لذلك بالنسبة إلى الآخرين .
وكل دائن مسئول وحده عن خطئه ، ولا يسأل عن خطأ الآخرين .
وإذا أعذر أحد الدائنين المدين أو قاضاه ، فانما يعذره أو يقاضيه في حصته وحدها ، ولا يتعدى أثر ذلك إلى حصص الدائنين الآخرين . وإذا أعذر المدين أحد الدائنين ، فلا يكون هذا إغذاراً للباقيين .
وإذا صالح أحد الدائنين المدين فانما يصلحه على حصته وحدها ، ولا يضر هذا الصلح الدائنين الآخرين ولا ينفعهم .
• وإذا أقر أحد الدائنين للمدين ، أو أقر المدين لأحد الدائنين ، فان الإقرار يقتصر أثره على المقر ، ولا يفيد الدائنين الآخرين ولا يضرهم (١) .

(١) وقد نقل الأستاذ شفيق شحاته عن محمد في المبسوط (ص ٣٨٥ / ١) : « قال أبو حنيفة إن أقر أحد الشريكين في هذا أن الدين كان إلى سنة وقال الآخر كان حالا ، فإن حصة الذى أقر بالأجل إلى ذلك الأجل ، وحصة الآخر حالة » (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ٢٢٧ هامش رقم ٦٧) .

واليمين إذا وجهت من أحد الدائنين إلى المدين ، أو وجهت من المدين إلى أحد الدائنين ، فحلف من وجهت إليه اليمين أو نكل ، فإن أثر ذلك كله لا يتعدى إلى الدائنين الآخرين .

والحكم الصادر لمصلحة أحد الدائنين أو ضده لا يسرى في حق الدائنين الآخرين ، إلا إذا كان الدائنون ورثة فكل منهم يعتبر ممثلاً للآخرين (١) .

٢٥ - علاقة الدائنين بعضهم ببعض في الدين المشترك

١٦١ - **المسائل الرئيسية** : قدمنا أن أياً من الدائنين إذا قبض حصته من الدين المشترك أو استوفاه بأي سبب آخر ، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيها عينا ، أو أن يتبعوا المدين فإن كان معسراً رجعوا على الدائن الذي قبض حصته فحملوه نصيبه في أعسار المدين . فتتکلم في حالة ما إذا شارك الدائنون الآخرون الدائن ، ثم في حالة ما إذا رجعوا عليه بنصيبه في إعسار المدين .

١٦٢ - **مشاركة الدائنين الآخرين للمدين في حصته** : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٤ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي : « فإذا قبض أحد الشركاء شيئاً من الدين المشترك ، فالشركاء الآخرون بالخيار ، إن شاءوا شاركوه فيما قبض عينا ويتبعون هم والقباض المدين بما بقي لكل منهم في ذمته ، وإن شاءوا تركوا للقباض ما قبضه واتبعوا المدين بحصتهم » . ويتبين من هذا النص أنه إذا قبض أحد الدائنين من المدين شيئاً من الدين المشترك ، سواء كان ذلك بمقدار حصته أو بأقل أو بأكثر (٢) ، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبضه عينا كل بنسبة حصته في الدين ، فلو فرضنا أن الدين المشترك

(١) قارن الأستاذ حبر الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٨٢ ص ١٧٤ .

(٢) وقد رأينا أنه إذا قبض أحد الدائنين كل الدين ، جاز لشركائه أن يرجعوا عليه كل حصته ، فتراهم دمة المدين من الدين كله (انظر آنفاً فقرة ١٥٨ في الهامش) .

تسعمائة وأن الدائنين ثلاثة بحصص متساوية ، وقبض أحدهم من المدين حصته وهي ثلثمائة ، كان لكل من الدائنين الآخرين أن يشارك الدائن الأول فيما قبض فيأخذ منه مائة . وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائة ، ويبقى له مائتان . فإذا فرض أن دائناً منهم استوفى بعد ذلك من المدين مائة وخمسين ، جاز لكل من الدائنين الآخرين أن يشارك هذا الدائن فيما قبض فيأخذ منه خمسين . وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائة وخمسين ، ويبقى له مائة وخمسون . فإذا قبض أحدهم من المدين بعد ذلك مائة وخمسين ، جاز لكل من الآخرين أن يشاركه فيما قبض فيأخذ منه خمسين . وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائتين ، ويبقى له مائة . وهكذا كلما قبض أحد الدائنين من المدين مابقى من حصته أو جزءاً من ذلك ، جاز للدائنين الآخرين أن يشاركاه فيما قبض على النحو المتقدم الذكر ، حتى يستوفى كل من الثلاثة حصته بأكملها (١) .

وقد يقبض أحد الدائنين شيئاً من الدين المشترك ويتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو غير ذلك من التصرفات أو يستهلكه ، فعند ذلك يكون للدائنين الآخرين - إذا اختاروا مشاركته - أن يرجعوا عليه بالضمان بنسبة حصة كل منهم على الوجه المتقدم الذكر . أما إذا كان المقبوض عيناً وتلفت في يد القابض بسبب أجنبي ، فإن القابض يعتبر مستوفياً لما قبضه ويحسب عليه من حصته ، ولا يكون للدائنين

(١) وإلى هذا المذهب في نظام الدين المشترك يشير الأستاذ شفيق شحاته فيقول : « هذا على أن لنظرية الدين المشترك عيوباً ، إذ لا يستطيع الدائن طبقاً لهذه النظرية أن يحصل على حصته في الدين بصورة جديّة في حال من الأحوال . فهو دائماً يظل مهدداً بحق الرجوع ولو قبض دون حقه » (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ٣٢٥ ص ٢٧٥) . ثم يقول في آخر هامش رقم ١٤٧ من ص ٢٧٥ : « ويلاحظ خصوصاً أن حق الرجوع من شأنه تكثير الدعاوى ، على أن تعاقب الدعاوى من الدائن الواحد لن يغني أبداً عن المطالبة المشتركة ، إذ يبقى دائماً رصيد لا تصل إليه إلا المطالبة المشتركة » .

على أن هذا المذهب لم يخل منه نظام تضامن الدائنين ، فقد قدّمنا أن أحد الدائنين المتضامنين إذا قبض جزءاً من الدين شاركه الآخرون فيما قبض ، ثم إذا قبض جزءاً آخر شورك فيه ، وهكذا . ومهما يكن من أمر فإنه من الممكن في نظام الدين المشترك ، من الناحية العملية ، توقي هذا المذهب بأن ينزل الدائنون الآخرون عن حقهم في الرجوع على الدائن الذي قبض حصته ، مع استبقاء حقهم في تحميله نصيبه من إعسار المدين .

الآخرين رجوع عليه ، وإنما يطالبون المدين بحصصهم في الدين (١) . وتنص المادة ٣٠٥ من التقنين المدني العراقي في هذا الصدد على ما يأتي : « ١ - إذا قبض أحد الشركاء حصته من الدين المشترك ، وأخرجها من يده بوجه من الوجوه أو استهلكها ، فللشركاء الآخرين أن يضمنوه نصيبهم منها . ٢ - أما إذا تلفت في يده بلا تقصير منه ، فلا يضمن نصيب شركائه في المقبوض ويكون مستوفياً حقه . وما بقي من الدين بذمة المدين يكون للشركاء الآخرين » .

وما قدمناه من رجوع الدائنين على الدائن الذي قبض شيئاً من الدين المشترك يسرى أيّاً كانت كيفية استيفاء الدائن لما قبض ، فقد يقبض عن طريق وفاة المدين له للجزء الذي قبضه ، وقد يقبض عن طريق رجوعه على كفيل المدين أو من أحال عليه المدين الدين (م ٣٠٦ عراقي) .

أما إذا قبض أحد الدائنين مقابلاً لحصته ، فليس للدائنين الآخرين أن يشاركوه عيناً فيما قبض من المقابل ، بل كل مالهم هو أن يرجعوا عليه بالضمان بنسبة حصته كل منهم . فإذا اشترى أحد الشركاء حصته من الدين المشترك مالا من المدين ، فشركاؤه يخبرون ، إن شاءوا ضمنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه ، وإن شاءوا رجعوا بحصصهم على المدين ، وليس لهم أن يشاركوه في المال المشتري إلا إذا تراضوا على ذلك (م ٣٠٧ عراقي) . وإذا استأجر أحد الشركاء بحصلته من الدين المشترك شيئاً ، صار قابضاً لحصته ، ولشركائه الخيار في تضمينه ما أصاب حصصهم أو اتباع المدين (م ٣٠٨ عراقي) .

وإذا صالح أحد الدائنين المدين عن حصته من الدين المشترك ، فإن كان بدل الصلح من جنس الدين ، فشركاؤه إن شاءوا شاركوه في المقبوض وإن شاءوا

(١) ويقول الأستاذ منير القاضي : « وإذا استهلك الشريك حصته من الدين بعد قبضها ، لا يسقط خيار بقية الشركاء بالرجوع عليه . ولكن لو هلك في يده فليس لهم خيار الرجوع عليه ، بل يعتبر المقبوض المالك من نصيب القابض وحده . وكان القياس أن يثبت لهم حق خيار الرجوع لأنه قبض مالا مشتركاً بينهم ، ولكن الاستحسان يميل إلى عدم الرجوع . وجه الاستحسان أنه لو صح لهم اختيار الرجوع عليه فاخترأوا الرجوع يكونون قد أجازوا قبضه ، فتكون حصصهم أمانة في يده ، فلا يستحقون عليه ضماناً بهلاك ما قبض لأن الأمين لا يضمن بلا تعد ، فكان الأوجه اعتبار المقبوض بعد هلاكه من حصة القابض » (محاضرات في القانون المدني العراقي لمعهد الدراسات العربية العالية ص ٦٢) .

اتبعوا المدين . وإن كان بدل الصلح من خلاف جنس الدين ، فالشركاء بالخيار أيضاً في اتباع المدين أو الشريك المصالح ، وللشريك المصالح في حالة الرجوع عليه الخيار إن شاء سلم إليهم نصيبهم في المقبوض (١) وإن شاء دفع إليهم نصيبهم في الدين (م ٣٠٩ عراق) .

وإذا مات المدين وورثه أحد الدائنين (٢) ، فالدائنون الآخرون يطالبون تركة المدين كل منهم بمقدار حصته في الدين . فإن لم تف التركة لمخصصهم ، قسمت على الدائنين جميعاً وفيهم الدائن الذي ورث المدين ، بنسبة حصة كل منهم (م ٣١٠ عراق) (٢) . وبذلك يتحمل كل من الدائنين نصيبه في إعسار المدين كما سنرى .

وإذا استوفى أحد الدائنين حصته في الدين المشترك عن طريق المقاصة ، فإذا كان الدين المشترك قد ثبت في ذمة المدين قبل أن يثبت حقه في ذمة الدائن ، فإن الدائن يكون قد استوفى حصته من الدين عن طريق الحق الذي ثبت في ذمته

(١) وقد جاء في المبسوط للرخسى (جزء ٢١ ص ٤١) : « إن مبنى الصلح على الإغاط والتجوز بدون الحق ، فن حجة المصالح .. أن يقول إنما توصلت إلى نصيبى لأني تجوزت بدون حق ، فإن أردت أن تشاركني بما تجوزت به لأدفع إليك نصف ما قبضت » .

(٢) أما إذا مات أحد الدائنين وورثه المدين فالأمر واضح ، ذلك بأن حصة الدائن المتوفى في الدين المشترك تكون قد انقضت باتحاد الذمة ، ويرجع الدائنون الآخرون كل بحصته على المدين ، ولا محل لمشاركتهم في الحصة التي انقضت فإن ذلك لا يكون إلا برجعهم على المدين على اعتبار أنه وارث للدائن ، ويستوى من الناحية العملية أن يرجعوا عليه بهذا الاعتبار أو يرجعوا عليه باعتباره مديناً .

(٣) ولا تنقضى حصة الدائن الوارث باتحاد الذمة لأنه غير مشلول شخصياً عن ديون التركة (الأستاذ شفيق شحاته في النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ٢٣٤ هامش رقم ٦١ — الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٨٨) . وجاء في البدائع (جزء ٦ ص ٦٧) : « وذكر على من الجدين أبي يوسف أنه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه ، وترك مالا ليس فيه وفاء ، اشتركا بالمخصص ، لأن الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين ، رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك إلى الوارث ، فلا يسقط دينه ، وكان دين الوارث والأجنبي سواء » .

وهذا هو نص المادة ٣١٠ عراق : « إذا مات المدين في دين مشترك ، وترك مالا ليس فيه وفاء للدين ، وكان أحد الشركاء وارثاً له ، فجميع الشركاء يشتركون في المال الذي تركه المدين على حسب حصة كل منهم » .

للمدين ، وللدائنين الآخرين أن يشاركونه في هذا الحق الذي استوفى به دينه . ويستوى في ذلك أن يكون الحق الذي ثبت في ذمة الدائن للمدين ، مصدره عقد أو عمل غير مشروع أو أى مصدر آخر ، حتى إذا ألتف أحد الشركاء في دين مشترك مالا للمدين وتقاصا بحصته ضماناً فلشركائه أخذ نصيبهم منه (١) . أما إذا كان الدين المشترك قد ثبت في ذمة المدين بعد أن ثبت حقه في ذمة الدائن ، فيكون المدين هو الذى استوفى حقه من الدائن بحصة هذا الدائن في الدين المشترك ، وليس للدائنين الآخرين أن يرجعوا بحصصهم على شريكهم (٢) .

(١) ويوجد في الفقه الإسلامى خلاف في جواز رجوع الشركاء على الشريك الذى سقطت حصته بالمقاصة في مقابلة دين وجب عليه بسبب عمل غير مشروع (انظر في هذه المسألة الأستاذ شفيق شحاتة في النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ٢٥٠ - ٢٥١ والنصوص الفقهية المشار إليها في الهامش) . ولا نرى ، في التقنين المدنى العراقى ، التمييز في العمل غير المشروع بين الضرر الواقع على المال والضرر الواقع على النفس ، فإذا ثبت في ذمة الدائن للمدين دين من ضرر أوقعه الدائن على مال المدين أو نفسه ، فإن حصة الدائن في الدين المشترك تسقط قصاصاً بهذا الدين ، ويكون للدائنين الآخرين الرجوع على هذا الدائن . ويذهب الأستاذ حسن الذنون إلى غير هذا رأى إذ يقول : « رأى عدى أن النص العراقى للمادة ٣١٢ يشعر بالتفرقة بين الضرر الواقع على النفس وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن الثاني أن يرجع على الدائن الأول بشئ ، وبين الضرر الواقع على المال وفي هذه الحالة يجوز له الرجوع عليه . ذلك أن الفقرة الأولى من المادة السالفة تقضى بأنه إذا ألتف أحد الشركاء في دين مشترك مالا للمدين وتقاصا بحصته ضماناً فلشركائه أخذ نصيبهم منه . فالنص قاصر على جواز الرجوع في حالة ما إذا ألتف الدائن مالا للمدين . أما في حالة إلتلاف النفس أو ما هو دون النفس ، فالنص ساكت عن بيان حكمه ، وإذا فلا مندوحة من الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى وهى المصدر التى انتبست عنه هذه النصوص . وبالرجوع إلى أحكام هذا الفقه نجد أن الفقهاء لا يميزون الرجوع في هذه الحالة ، أى في حالة إلتلاف النفس أو ما هو دون النفس . وعندى أن هذه التفرقة متقدمة ، وكان الأجدر بالمشروع العراقى أن يميز الرجوع سواء أوقع الضرر على المال أم على النفس - انظر المبسوط ٢١ ص ٤٠ - فتح القدير ٧ ص ٤٠٦ - الزيلعى ٥ ص ٤٢ » (أحكام الالتزام في القانون المدنى العراقى فقرة ١٩٠ ص ١٨٠) - ونرى أن ذكر النص لالتلاف الشريك مالا للمدين لم يقصد به الاختصار على حالة إلتلاف المال دون إلتلاف النفس ، بل إن النص بإشارته إلى إلتلاف المال قد ذكر ما يقع غالباً في العمل ، فيقاس على إلتلاف المال إلتلاف النفس .

(٢) وقد جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٦٧) : « ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين ، فصار ما عليه قصاصاً بما لأحد الطالبين ، فلا ضمان على الذى سقط عنه الدين لشريكه ، لأنه ما استوفى الدين بل قضى ديناً كان عليه ، إذ الأصل في الدينين إذا التقيا فصاصاً أن يصير الأول مقضياً بالثاني لأنه كان واجب القضاء قبل الثاني ، وإذا لم يكن مستوفياً للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى » .

كذلك إذا كان الدين المشترك قد ثبت في ذمة المدين قبل أن يثبت حقه في ذمة الدائن ، ولكن هذا الحق الذي ثبت في ذمة الدائن لم يكن له مقابل أخذه الدائن من المدين ، كأن كفل الدائن للمدين ديناً واجباً له على شخص آخر وصارت حصته قصاصاً بالدين الذي كفله ، فلا رجوع للدائنين الآخرين على شريكهم ، وإذا رجع الدائن على المكفول عنه وقبض منه مبلغ الضمان لم يكن لشركائه أن يشاركوه فيه (١) . ومثل ذلك أيضاً ما إذا كان الدائن قد وهب حصته في الدين المشترك للمدين أو أبرأ ذمته منها ، فإنه لا يكون قد قبض شيئاً من المدين ، فلا رجوع لشركائه عليه . وهذه الأحكام نصت عليها المواد ٣١١ - ٣١٣ من التقنين المدني العراقي . فنصت المادة ٣١١ على أنه : « ١ - إذا كان للمدين في دين مشترك على أحد الشركاء دين خاص به ثابت له قبل وجوب الدين المشترك عليه حتى صار دينه قصاصاً به ، فليس للشركاء أن يرجعوا بشيء من حصصهم على هذا الشريك . ٢ - أما إذا حدث للمدين دين على أحد الشركاء وثبت له ذلك بعد وجوب الدين المشترك عليه وصار دينه قصاصاً به ، فلشركائه الحق في الرجوع عليه بحصصهم منه » . ونصت المادة ٣١٢ على أنه « ١ - إذا أتلف أحد الشركاء في دين مشترك مالا للمدين وتقاصا بحصته ضماناً ، فلشركائه أخذ نصيبهم منه . ٢ - أما إذا ضمن للمدين ديناً واجباً له على شخص آخر ، وصارت حصته قصاصاً بالدين الذي ضمنه ، فلا شيء لشركائه عليه . وإذا رجع على المكفول عنه وقبض منه مبلغ الضمان ، لم يكن لشركائه أن يشاركوه فيه » . ونصت المادة ٣١٣ على أنه « إذا وهب أحد الشركاء حصته من الدين المشترك للمدين أو أبرأ ذمته منها ، فهبته وإبرأؤه صحيحان ، ولا يضمن نصيب شركائه فيما وهب أو أبرأ » .

ويتبين من النصوص المتقدمة الذكر أن الدائن إما أن يقبض حقه من جنس الدين ، أو يقبض مقابلاً لحصته ، أو تبرأ ذمة المدين من حصته دون أن يقبض

(١) جاء في الفتاوى الهندية (جزء ٢ ص ٢٤٠) : « وفي المتنق عن أبي يوسف لو ضمن أحد الطالبين للمطلوب مالا عن رجل ، صارت حصته قصاصاً به ، ولا شيء لشريكه عليه . فان اقتضى من المكفول عنه ذلك المال ، لم يكن لشريكه أن يرجع عليه أيضاً فيشاركه في ذلك ، كذا في المحيط » .

شيئاً . فإذا قبض حصته من جنس الدين : سواء قبضها من المدين نفسه أو من كفيل أو من محال عليه أو صالح المدين عن حصته وكان بدل الصلح من جنس الدين ، فللدائنين أن يشاركوه عيناً فيما قبض . وإذا قبض الدائن مقابلاً لحصته ، كأن اشترى أو استأجر بحصته مالا للمدين أو صالح عن حصته وكان بدل الصلح من خلاف جنس الدين : ومثل ذلك أيضاً ما إذا قبض حصته من جنس الدين ولكنه تصرف فيها أو استهلكها : فإن الدائنين الآخرين يرجعون عليه بضمان حصصهم إذ ليس في يده شيء من جنس الدين حتى يشاركوه فيه عيناً . وإذا برئت ذمة المدين من حصة الدائن دون أن يقبض هذا شيئاً ، كأن وفي الدائن ديناً عليه للمدين بحصته في الدين المشترك فانقضى الدينان قصاصاً أو انقضت حصته في الدين المشترك قصاصاً بدين مثله للمدين أو وهب حصته للمدين أو أبرأ ذمته منها ، ومثل ذلك أيضاً أن يقبض الدائن حصته فتتلف في يده بسبب أجنبي فيكون في حكم من لم يقبض شيئاً ، لم يرجع الدائنون الآخرون عليه بشيء ، فهم لا يشاركونه عيناً إذ لا شيء في يده من جنس الدين حتى تمكن المشاركة فيه ، ولا يرجعون عليه ضماناً إذ هو لم يقبض شيئاً يضمه لشركائه ، ويعتبر الدائن قد استوفى حصته هو ، ولا يبقى لشركائه إلا أن يتبعوا المدين بحصصهم (١) .

(١) وننقل هنا ما جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٦٧ - ص ٦٨) تأكيداً لما استخلصناه من هذه المبادئ : « ولو كان الدين بين شريكين على امرأة ، فتزوجها أحدهما على نسيبه من الدين ، فقد روى بشر عن أبي يوسف أن لشريكه أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك . وروى بشر عنه أيضاً أنه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبي يوسف . وجه الرواية الأولى أن النكاح أوجب المهر في ذمته ، وله في ذمتها مثله ، فصار قصاصاً بدينه ، فصار كأنه قبض نصف الدين ، فكان له أن يرجع بنصف حقه . كما لو اشترى منها ثوباً بنصيبه من الدين . وجه الرواية الأخرى أن من شرط وجوب الضمان عليه لشريكه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ، ولم يوجد ، فلا يضم لشريكه ، كما لو أبرأها عن نصيبه . ولو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه ، فإن شريكه يرجع عليه في قولهم جميعاً ، لأن الأجرة في مقابلتها بدل مضمون بالمقد ، فأشبه البيع ، وكذا الذي سلم له وهو المنفعة قابل للشركة ، فكان له أن يضمه . وروى بشر عن أبي يوسف أن أحد الطالبين إذا شح المطلوب موضحة عدداً ، فصالحه هل حصته ، لا يلزمه شيء لشريكه ، لأنه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه ، لأن الصلح عن جناية محمد ليس في مقابلته بدل مضمون . فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه ، فلا يلزمه شيء . وأما إذا استهلك أحد الطالبين =

ويمكن أن نستخلص من المبادئ المتقدمة حلولاً لمسائل لم يرد فيها نص من ذلك أن التقنين المدني العراقي قد أغفل النص على حالتي التجديد والتقدم . ويمكن القول بأنه إذا انقضت حصة أحد الدائنين في الدين المشترك عن طريق التجديد ، فإن الدائن يكون قد قبض حصته ولكن من غير جنس الدين ، فيرجع عليه شركاؤه بالضمان ، ويكون له الخيار إن شاء سلم إليهم أنصبتهم

= على المطلوب مالا، فصارت قيمته قصاصاً بدينه ، أو اقترض منه شيئاً بقدر نصيبه من الدين ، فلشريكه أن يرجع عليه ، لأن قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصاً بدينه والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى ، فصار كأنه استوفى حقه . ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لها عليه الدين ، فصار ما عليه قصاصاً بما لأحد الطالبين ، فإن ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكه ، لأنه ما استوفى دينه بل قضى ديناً كان عليه ، إذ الأصل في الدينين إذا التقيا قصاصاً أن يصير الأول مقضياً بالثاني لأنه كان واجب القضاء قبل الثاني ، وإذا لم يكن مستوفياً للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى . وذكر ابن سماعه في نوادره عن محمد لو أن أحد الغريمين اللذين لها المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص ، فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم ، كان ذلك جائزاً ، وبرى من حصة القاتل من الدين ، وكان لشريك القاتل أن يشركه فيأخذ منه نصف الخمسمائة ، وكذلك لو تزوج المرأة الغريم على خمسمائة مرسله ، أو استأجر الغريم بخمسمائة مرسله . فرق بين هذا وبين ما إذا صالح على نفس الدين أو تزوج به ، ووجه الفرق أن العقد هنا ، وهو الصلح والنكاح ، وقع على ما في الذمة ، وأنه يوجب المقاصة ، فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة . بخلاف الصلح على نفس الدين والتزوج به ، فإن العقد هناك ما وقع على ما في الذمة مطلقاً ، ألا ترى أن العقد هناك أضيف إلى نفس الدين ، فلم تقع المقاصة ، ولم يسلم له أيضاً ما يحتمل الاشتراك فيه ، فلا يرجع . وذكر على بن الجعد عن أبي يوسف أنه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه ، وترك مالا ليس فيه وفاء ، اشتركا بالحصص ، لأن الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة لقونه تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين » ، رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك إلى الوارث ، فلا يسقط دينه ، وكان دين الوارث والأجنبي سواء . ولو أعطى المطلوب لأحدهما رهناً بحصته فهلك الرهن عنده ، فلشريكه أن يضمه ، لأن قبض الرهن قبض استيفاء ، وبهلاك الرهن يصير مستوفياً للدين حكماً ، فكان كالاستيفاء حقيقة . ولو غصب أحد الشريكين المطلوب عبداً فأتى عنده ، فلشريكه أن يضمه ، لأنه صار ضامناً لقيمة العبد من وقت الغصب فكأنه المنصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد . ولو ذهبت إحدى عيني العبد بأقعة سماوية في ضمان الغاصب فردده ، لم يرجع شريكه عليه بشيء ، لأنه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه . وكذلك العبد المرهون إذا ذهبت إحدى عينيه بأقعة سماوية . وكذا لو اشترى أحد الشريكين من الغريم عبداً بيعاً فاسداً وقبضه ، فات في يده أو باعه أو أعتقه ، إنه يضمن لشريكه كما يضمن في الغصب . ولو ذهبت عينه بأقعة سماوية فردده ، لم يضمن لشريكه شيئاً ، ويجب عليه من حصته من الدين خاصة » .

في الدين الجديد الذي حل محل حصته وإن شاء دفع إليهم نصيبهم في الدين المشترك ، وهذا قياساً على الصلح إذا كان بدله من خلاف جنس الدين (انظر المادة ٣٠٩ عراقى) . وإذا انقضت حصة أحد الدائنين بالتقادم دون أن تنقضى حصص الدائنين الآخرين ، فإن الدائن لا يكون قد قبض شيئاً ، ومن ثم لا يرجع عليه شركاؤه بشيء ، ويتبعون المدين بحصصهم .

١٦٣ — مجموع الدائنين الآخرين على الرأس بنصيبه في إعسار

المدين : وقد يختار الدائنون الآخرون ألا يشاركوا الدائن في حصته التي قبضها من الدين المشترك ، فيتركوها له ويتبعوا المدين بحصصهم . « فان اختاروا متابعة المدين — كما تقول الفقرة الثالثة من المادة ٣٠٤ من التقنين المدني العراقي — فلا يرجعون على القابض بشيء ، إلا إذا توى نصيبهم ، فيرجعون عندئذ على القابض بحصصهم فيما قبضه ، ويأخذون منه مثل المقبوض لا عينه » . فإذا كان الدين ، كما ذكرنا في مثل سابق ، تسعائة ، وكان الدائنون ثلاثة بحصص متساوية ، وقبض أحدهم حصته من الدين وهي ثلثمائة ، ولم يختار الدائن الآخران أن يشاركا الدائن الأول في هذه الحصة وتركها له ، طالب كل منهما المدين بحصته في الدين وهي ثلثمائة . فان استوفى كل منهما حصته انقضى الدين جميعاً ، وبرئت ذمة المدين نحو الدائنين الثلاثة ، وخلص للدائن الأول حصته التي قبضها كما خلس لكل من الدائنين الآخرين حصته . أما إذا كان المدين قد أعسر عند مطالبة الدائنين الآخرين له بحصصتهما في الدين المشترك ، تحمل الدائنون الثلاثة إعسار المدين كل بنسبة حصته ، ومن ثم يرجع الدائن الآخران بالضمان على الدائن الأول الذي قبض ثلثمائة ، فيأخذ كل منهما مائة من هذا الدائن — مثلاً لا عيناً لأنهما يرجعان بالضمان لا بالمشاركة في عين المقبوض — ويبقى للدائن مائة مثلهما . وإذا كان إعسار المدين إعساراً جزئياً بحيث أن الدائنين الآخرين لم يخلص لكل منهما إلا نصف حصته أى مائة وخمسون ، فإن الدائنين الثلاثة يتحملون هنا أيضاً إعسار المدين كل بنسبة حصته ، فيرجع الدائن الآخران بالضمان على الدائن الأول الذي قبض ثلثمائة ، فيأخذ كل منهما خمسين من هذا الدائن ، ويكون كل من الدائنين الثلاثة قد خلس له من حصته في الدين مائتان بدلاً من ثلثمائة بسبب إعسار المدين هذا الاعسار الجزئى .

ويستوى أن تنقضى حصة أحد الدائنين في الدين المشترك بطريق الوفاء أو بأى طريق آخر يستوفى به الدائن مقابلاً لحصته كالوفاء بمقابل والمقاصة والتجديد ، ففى جميع هذه الأحوال يرجع الدائنون الآخرون على هذا الدائن الذى استوفى حصته كاملة بنصيبه فى إعسار المدين (١) .

وقد يقع أن شركاء الدائن الذى قبض حصته أو أخذ ما يقابلها ، عند رجوعهم عليه لتحصيله نصيبه فى إعسار المدين ، يجدونه هو أيضاً معسراً ، فلا مناص فى هذه الحالة من أن يستقلوا هم دونهم بتحمل إعسار المدين . ومثل ذلك ما إذا وجد الشركاء شريكهم معسراً عندما أرادوا مشاركته فى حصته التى قبضها ، ثم لما طالبوا المدين بحصصهم وجدوه هو أيضاً معسراً ، فلا مناص من أن يتحملوا وحدهم ، هنا أيضاً ، إعسار المدين .

الفرع الثانى

التضامن بين المدينين

(Solidarité entre débiteurs — Solidarité passive)

١٦٤ — أهمية الموضوع لكثرة وفروعه فى العمل : التضامن بين

المدينين يقع كثيراً فى الحياة العملية . وهو ، وإن كان يعتبر من الناحية النظرية وضعاً استثنائياً إذ الأصل كما قدمنا إذا تعدد المدينون ألا يكونوا متضامنين ، إلا أن الاستثناء من الناحية العملية قد طغى على الأصل ، وقلَّ أن نجد دائئاً له مدينون متعددون فى التزام واحد ولا يشترط تضامنهم . بل إن كثيراً ماتتولى نصوص القانون نفسه مهمة إنشاء هذا التضامن .

والواقع من الأمر أن التضامن بين المدينين يعتبر أقوى ضرب من ضرب الكفالة الشخصية . فالدائن إذا أخذ كفيلاً بحقه ، وكان الكفيل غير متضامن

(١) أما إذا انقضت حصة الدائن فى الدين المشترك دون أن يتقبض شيئاً ، كما إذا أبرأ المدين من حصته أو انقضت هذه الحصة بالتقادم ، فيبدو أن الدائن فى هذه الحالة لا يحمل نصيباً فى إعسار المدين . فهو لا يأخذ مقابلاً حصته حتى يشارك فى تبعه الإعسار

مع المدين ، كانت هذه هي المرتبة الدنيا من الكفالة الشخصية ، لأن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل إذا طلب الكفيل التجريد إلا بعد الرجوع على المدين . فاذا اشترط الدائن تضامن الكفيل مع المدين ، وصل إلى مرتبة أعلى من الكفالة الشخصية ، لأنه يستطيع أن يرجع ابتداء على الكفيل ، ولكن لا يزال التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين الأصلي ، وهذا يجر إلى نتائج تنزل بالكفيل في درجة المديونية عن الأصيل . فاذا جعل الدائن الاثنين مدينين أصليين واشترط تضامهما ، وصل بذلك إلى المرتبة العليا من الكفالة الشخصية ، إذ يستطيع أن يرجع ابتداء على أيهما شاء مع تعادلهما في مرتبة المديونية ، فيصبح للدائن مدينان بدلاً من مدين واحد ، كل منهما ملتزم نحوه بالدين جميعه .

فبقدر ما رأينا لتضامن الدائنين من مضار نرى مزايا لتضامن المدينين ، وندرة التضامن بين الدائنين في العمل لا يبعدها إلا كثرة وقوع التضامن بين المدينين . على أن كلا من هذين النوعين من التضامن يقوم على أسس واحدة : وحدة الالتزام مع تعدد الروابط ، وكفالة متبادلة مصحوبة بمصلحة مشتركة ، تسوغ قياس وكالة هي أيضاً متبادلة ولكن فيما ينفع لا فيما يضر (١) . ومن ثم سنتوخى في بحث التضامن بين المدينين نفس الخطوة التي اتبعناها في بحث التضامن بين الدائنين ، فتتكمّل : (١) في مصدر التضامن بين المدينين (٢) ثم في الآثار التي ترتب على هذا التضامن . ولكننا هنا سنكون أكثر إسهاباً وتفصيلاً ، لأهمية الموضوع وكثرة وقوعه في العمل كما قدمنا .

المبحث الأول

مصدر التضامن بين المدينين

١٦٥ - التضامن بين المدينين مصدره الاتفاق أو نص في القانون :

رأينا أن مصدر التضامن بين الدائنين هو الاتفاق ، ولا توجد حالة من هذا

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٩ —

النوع من التضامن يكون مصدرها القانون . أما التضامن بين المدينين ، فصدره إما الاتفاق وإما نص في القانون . وهناك كثير من حالات التضامن السلبى القانون هو الذى تولى بنفسه إنشاء التضامن فيها بين المدينين المتعددين فى التزام واحد ، دون أن يكون لإرادة طرفى الالتزام دخل فى ذلك .

ولذلك تكون المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى - وهى التى تقضى بأن « التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض » ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (١) « - أكثر انطباقاً على التضامن السلبى منها على التضامن الإيجابى ، ففى التضامن السلبى نجد أن المصدر حقاً هو الاتفاق أو نص القانون ، أما التضامن الإيجابى فلا مصدر له إلا الاتفاق ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

المطلب الأول

الاتفاق كمصدر للتضامن بين المدينين

١٦٦ - اتفاق على تضامن المدينين لا يفترض : أكثر ما يقوم

تضامن المدينين على اتفاق بينهم وبين الدائن ، عندما يكونون جميعاً ملتزمين

(١) سبق أن أوردنا تاريخ هذا النص عند الكلام فى التضامن بين الدائنين ، وذكرنا ما يقابله فى التقنين المدنى السابق وما يقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ، (انظر آنفاً فقرة ١٢٥ فى الهامش) . ولم يبق إلا أن نذكر هنا نصوص التقنين المدنى العراقى وتقنين الموجبات والمعقود اللبائى الخاصة بالتضامن السلبى :

التقنين المدنى العراقى م ٣٢٠ : التضامن بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون . (وهذا النص مطابق لنص المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى المصرى فيما يخص التضامن السلبى) .

تقنين الموجبات والمعقود اللبائى م ٢٤ : إن التضامن بين المدينين لا يؤخذ بالاستنتاج ، بل يجب أن يستفاد صراحة من عقد إنشاء الموجب أو من القانون أو من ماهية القضية . على أن التضامن يكون حتماً فى الموجبات المعقودة بين التجار فى شئون تجارية ، إذا لم يتحصل العكس من عقد إنشاء الموجب أو القانون .

(والتقنين اللبائى يتفق فى أحكامه مع التقنين المصرى ، ويزيد أن نص على التضامن فى المسائل التجارية ، فالتقنين اللبائى أكثر توسعاً فى التضامن السلبى من سائر التقنينات المدنية العربية) .

بدين واحد ، فيشترط عليهم الدائن تضامنهم جميعاً في هذا الدين . ويصح أن يكون ذلك في العقد ذاته الذى أنشأ الدين ، أو بعد ذلك . فاذا باع شخص داره إلى ثلاثة ، جاز له أن يشترط في عقد البيع ذاته تضامن المشتريين الثلاثة في الوفاء بالثمن ، كما يجوز له أن يتفق معهم على هذا التضامن في عقد منفصل تال لعقد البيع (١) .

وسواء كان الاتفاق على التضامن واقعاً في العقد الذى أنشأ الدين أو كان تالياً له ، فانه لايجوز افتراض وجود التضامن دون الاتفاق على ذلك اتفاقاً واضحاً لاشك فيه (٢) ، كما هي الحال في التضامن بين الدائنين فيما قدمنا . فلو أن البائع في المثل المتقدم باع الدار في الشيوع للثلاثة على السواء صفقة واحدة ، دون أن يعين حصة كل واحد منهم في الدار أو في الثمن ، لم يجز أن يستخلص من ذلك أن الثلاثة متضامنون في الوفاء بالثمن ، لأن التضامن لايفترض ، ولوجب القول عند عدم تعيين حصة كل منهم أن الثلاثة متساوون في الحصص ، فلكل منهم ثلث الدار في الشيوع ، وعلى كل منهم ثلث الثمن بعد انقسام الدين عليهم . فاذا أراد البائع أن يكونوا متضامين ، وجب عليه أن يشترط التضامن بينهم في وضوح لاخفاء فيه ، فان التضامن أمر خطير ، فاذا لم يشترطه الدائن في جلالة تام ، فسر العقد لمصلحة المدينين وكان الأصل هو عدم تضامنهم (٣) .

(١) ويصح أن يكون مصدر التضامن هو الوصية — وهي إرادة منفردة لا اتفاق — فيوصى المورث ببئع من النقود لشخص ، ويجعل الورثة متضامين في أدائه للموصى له . وهذا ظاهر في القانون الفرنسى (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥) . أما في مصر فالتركة ، طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، مستولة عن الوصية ، إذ الوصية مقدمة على الميراث ، فسواء اشترط الموصى تضامن الورثة في أداء الوصية أو لم يشترط ، فإن الموصى له يأخذ الوصية كاملة من التركة قبل الورثة ما دامت لا تخرج من الثلث .

(٢) مصر الوطنية ٢١ إبريل سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٧٦ — استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٦ — ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٧ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٧ .

(٣) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤١ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٦ — ٦ أبريل ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٩٤ مكررة (٢) — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥ ص ٤٢١ — ص ٤٢٢ .

ولا يفهم هنا في التضامن بين المدينين ، كما لا يفهم هناك في التضامن بين الدائنين على الوجه الذى سبق بيانه ، أن التضامن لا بد أن يرد فيه شرط صريح ، بل يصح أن يكون الشرط ضمنيا (١) ، ولكن يجب أن يكون هذا الشرط الضمنى موجوداً فعلاً فلا يجوز افتراضه (٢).

والشرط إذا كان صريحاً ليس من الضروري أن يرد بلفظ « التضامن » ، بل يكفي أن تستعمل عبارة تفيد هذا المعنى ، كأن يشترط الدائن على المدينين أن يكون كل واحد منهم مسئولاً أمامه عن كل الدين ، أو أن له الرجوع على أى منهم بكل الدين ، أو أن جميع المدينين متكافلون في الدين جميعه على وجه التساوى ، أو نحو ذلك من العبارات التى لا تدع شكاً في أنه قصد الاتفاق معهم على التضامن (٣).

وقد يكون شرط التضامن ضمنياً كما قدمنا . والشرط الضمنى غير الشرط المفترض ، فالتضامن لا يجوز أن يقوم على شرط مفترض ، ولكن يجوز أن يقوم على شرط ضمنى . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع من اتفاق أربعة شركاء في إجارة على أن يكون الإيجار من الباطن بمعرفتهم جميعاً وتحصيل الأجرة بواسطة فلان وكيل اثنين منهم هما أخوان وباشراف الشريكين الآخرين ، وأن ترسل المبالغ المحصلة للمؤجر الأصلي خصماً من الأجرة ، وأن تحفظ جميع المستندات تحت يد واحد منهم (أحد الأخوين) ، وأن يكون لباقي الشركاء أن يأخذوا بياناً بما يهمهم على أن يقدم الحساب في نهاية كل سنة ، إذا هي استخلصت من عبارات هذا الاتفاق على ضوء ما ذكرته من الاعتبار والظروف القائمة في الدعوى أن فلان المذكور لم يكن وكيلاً عن الشريكين الآخرين ، وأن الأخوين يجب لذلك اعتبارهما مسئولين قبلهما عن المبالغ التى حصلها هذا الوكيل ولو لم يكونا قد قبضاها منه ،

(١) استئناف وطنى ٧ أغسطس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٧ ص ٢٠٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٠ .

(٣) استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٧ — ٣ مارس سنة ١٩١٠ م

٢٢ ص ١٧٩ — ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٢ — ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢

ص ٣٣٥ — بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٠٩ ص ٥٩٥ وهاش رقم ٢ .

فإنها إنما تكون قد فصلت في مسألة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها . ثم إذا هي استخلصت من عبارات الاتفاق ومن ظروف الدعوى أيضاً أن الأخوين إنما قصدا تظمين باقى الشركاء بأن يتحمل كل منهما المسئولية المترتبة على ما يقع من هذا الوكيل ، فإن هذا الاستخلاص يكون سائفاً والحكم عليهما بالتضامن يكون في محله (١). وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تعهد شخصان بدين واحد لدائن واحد وكان تعهد كل منهما بعقد على حدة ، كانا ملزمين بذلك الدين بالتضامن (٢). على أنه لا يكفي لاستخلاص الشرط الضمنى للتضامن أن تكون الظروف مرجحة له ، بل يجب أن تكون مؤكدة له لا تدع سبيلاً للشك فيه كما قدمنا . فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من جميع ظروف الدعوى ووقائعها أن زيداً قد أدار الأطيان التي اشتراها بكر باذن شفوى صدر منه في حضرة أحد أبنائه (عمرو) مقابل أجر معين ، وأنه لما توفى بكر عند منتصف السنة الزراعية استمر زيد بتكليف من عمرو وحده في إدارتها لنهاية السنة ، ولم يقل عمرو إنه كان وكيلًا عن أخيه الوارثين الآخرين حين كلف زيداً بالاستمرار في إدارة الأطيان ، ولم تدع هاتان الأختان أنهما وكلتا أخاهما عنهما ، فلا يجوز اعتبار زيد وعمرو مسئولين بالتضامن عن نتيجة حساب إدارة الأطيان ، بل يسأل زيد وحده عن هذا الحساب قبل كل من الورثة (٣) .

-
- (١) نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٢ ص ٤٨٨ .
 (٢) استئناف وطنى ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٢ ص ١١ . وقضى أيضاً بأن تعهد كل مدين بنفس الدين فى التزام مستقل يستخلص منه التضامن (المحلة ٢١ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٥٨ ص ١٣١٣) .
 (٣) نقض مدنى ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٦ ص ٣١٥ . وقضى أيضاً بأنه إذا استدان شخصان مبلغاً بمقد واحد ، ورهن كل منهما عقاراً من ممتلكاته لسداد هذا الدين ، وخلا العقد من بيان حصة كل منهما وكيفية الدفع ، فلا تضامن بينهما ، بل يكون على كل أداء نصف الدين إلا إذا اعترف أحدهما بأن نصيبه أكثر من النصف (بنى سوف ٢٠ يناير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٢٣٩) . ولا يكون هناك تضامن بين الطرفين دون اتفاق فى الالتزام نحو السمسار فى صفقة عقدها الطرفان بوساطته (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٨ — مصر الوطنية ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص ٣٦) .
 وانظر فى قيام التضامن : استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥ =

ويترتب على عدم جواز افتراض التضامن ما يأتي : (١) على من يدعى قيام التضامن أن يثبت وجوده . (٢) عند الشك في قيام التضامن ، يعتبر التضامن غير قائم . (٣) الحكم الذي يقضى بتضامن المدينين ، دون أن يبين مصدر هذا التضامن ، ودون غير اتفاق أو نص في القانون ، وإذا كان اتفاقاً هل هو اتفاق صريح أو اتفاق ضمني ، وإذا كان اتفاقاً ضمنياً كيف استخلص قاضي الموضوع من عبارات التعاقد وظروفه وجوده الذي لا شك فيه ، يكون حكماً قاصراً يتعين نقضه (١) .

١٦٧ — اثبات الانقراض مصدر التضامن : وشرط التضامن ،

صريحاً كان أو ضمنياً ، يجب إثباته ، وعلى الدائن الذي يدعى تضامن مدنيه عبء هذا الإثبات (٢) .

= ٢٢ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٢ — ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٥ — ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٠ .

وانظر في عدم قيام التضامن : استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٨١ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٤ — ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٣٠ — ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٣ — ٤ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٠٠ — ٥ يونيو سنة ١٩١٩ م ١٠ — ٩ — ١ — ١١ يونيو سنة ١٩٢١ م ١٢ ص ٢٤ — ٤٠ — ١٣ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٦ — ١١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥٧ — ١٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٦ — ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٦ — ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٩ — مصر الوطنية ١٦ مايو سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ٤٥ .

وقد سبق أن ذكرنا أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تقول في هذا الصدد : « ومن الأصول المقررة أن التضامن بنوعيه لا يفترض ، وليس يقصد بذلك إلى وجوب اشتراط بصريح العبارة ، فقد تنصرف إليه الإرادة ضمناً ، ولكن ينبغي أن تكون دلالة الاقتضاء في مثل هذه الحالة واضحة لاخفاء فيها . فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة ، وجب أن يؤول لنقض التضامن لا لإثباته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١ وانظر آنفاً فقرة ١٢٧) .

ويصح أن يستخلص من الظروف ووقائع الدعوى أن الطرفين إنما أرادا من ذكر التضامن أن يكون الملزم كفيلاً لمدين أصلي لا مديناً متضامناً معه ، كما يصح أن يستخلص أنه كعب متضامن لا مدين متضامن (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٧ — فقرة ١١٧٨) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥ — نقص فرنسي أول ديسمبر سنة ١٩٠٨ واللوز ١٩٠٩ — ١ — ٤٢٠ — أول فبراير سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٣٣ — أول يونيو سنة ١٩٣٨ سيريه ١٩٣٨ — ١ — ٢٥٣ .

(٢) وقد يقع عبء إثبات التضامن على أحد المدينين المتضامنين إذا دفع الدين كله للدائن =

ويثبت شرط التضامن طبقاً للقواعد العامة في الإثبات . فان كان الالتزام المدعى التضامن فيه بين المدينين يزيد على عشرة جنهات ، لم يجوز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقدم مقامها . فان وجد مبدأ ثبوت بالكتابة مثلاً ، جازت تكملته بالبيئة أو بالقرائن . وإذا كان الالتزام لا يزيد على عشرة جنهات ، جاز الإثبات في هذه الحالة بالبيئة أو بالقرائن .

ونرى من ذلك أن التضامن يجوز إثباته في بعض الأحوال بالقرائن . ولا يتعارض هذا مع القاعدة التي قدمناها من أن التضامن لا يفترض . فافتراض التضامن معناه أن وجود التضامن مجرد افتراض ، أما إثبات التضامن بالقرائن فعناه أن شرط التضامن موجود فعلاً وأن وجوده ثابت بالقرائن (١).

١٦٨ - التضامن بين المدينين في المسائل التجارية : والتضامن بين

المدينين لا يفترض في المسائل التجارية كما هو لا يفترض في المسائل المدنية ، وهذا على خلاف ما جرى عليه الفقه والقضاء في فرنسا من أن التضامن يفترض في المسائل التجارية دون المسائل المدنية .

هناك من الفقهاء الفرنسيين من يذهب إلى أن التضامن في القانون الفرنسي لا يفترض في المسائل التجارية ، فهي والمسائل المدنية سواء في ذلك ، وأبرز من قال بهذا الرأي لوران (٢). ولكن الكثرة الغالبة من فقهاء فرنسا (٣)، والقضاء الفرنسي معهم (٤)، يذهبون جميعاً إلى أن التضامن يفترض في المسائل

= وأراد الرجوع على المدينين الآخرين كل بنصيبه ، فأنكر عليه أحدم حق الرجوع ونفى وجود التضامن .

(١) هيك ٧ فقرة ٣٠٩ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٦ .

(٢) لوران ١٧ فقرة ٢٨٥ .

(٣) بارتان على أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثاً هامش ٩ مكرر بودرى وبارد

٢ فقرة ١١٧٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة

٨٤٧ — كولان وكابيتان ٢ ص ٢٠٠ — ليون كان وريبنو ٣ فقرة ٢٨ — تالير فقرة

١٠٥٤ — أسكارا فقرة ٥ — ريبير في القانون التجاري فقرة ٣٢٨ .

(٤) كان القضاء الفرنسي في مبدأ الأمر يقيم التضامن في المسائل التجارية على أساس افتراض =

التجارية على خلاف المسائل المدنية . فإذا اشترى تاجران صفقة تجارية واحدة دون أن يشترط عليهما البائع أن يكونا متضامنين ، فانهما مع ذلك يكونان متضامنين في أداء الثمن للبائع ، إلا إذا استبعدا التضامن بشرط خاص . فالأصل إذن في فرنسا قيام التضامن في المسائل التجارية ما لم ينص المتعاقدان على استبعاده ، ويبررون ذلك بأن التقاليد منذ عهد القانون الفرنسي القديم قد استقرت على افتراض التضامن في المسائل التجارية ، نزولا على مقتضيات الائتمان التجارى وما يستتبع ذلك من توفير أسباب الثقة بالتجار . فيحصلون من وراء هذه الثقة على الضمان الكافى (١) .

= قيام شركة تجارية بين المدينين المتضامنين ، فكان يقضى بتضامن بين تجار اشترى شيئا مشتركا ، أو بين موكل ووكيله عن أعمال تجارية قام بها الوكيل مع الغير ، أو بين شركاء في شركة محاصة تعاملوا مع الغير ، أو لوجود شركة واقعية بين شركتين أو وجود مال مشترك في الظاهر بين هاتين الشركتين (أنظر الأحكام المشار إليها في هذا العدد في بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٣٩ الهوامش رقم ٣ إلى رقم ٨) . وكان يقيم التضامن في الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس الخطأ المشترك . أما في الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب فكان لا يقضى بالتضامن فيها ، بل كان لا يقضى بافتراض تضامن الكفيل مع المدين الأصلي في المسائل التجارية إذ كان يعطى للكفيل حق التجريد — ولكن محكمة النقض الفرنسية أزالته كل هذه القيود ، وأصبحت تقضى في عبارة عامة بقيام التضامن في المسائل التجارية ، لأن هذا ما تقتضيه مصلحة الدائن والمدين معا تقوية للائتمان التجارى ، وذلك ما لم يستبعد التضامن باتفاق صريح أو ضمنى يستظهره قاضى الموضوع (بلانيول وريبير و-جابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٣٩ — ص ٤٤١) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٥ ص ٢٩٢ — ويتابع بودرى وبارد (ص ٢٩٢ — ص ٢٩٤) إيراد أقوال فقهاء القانون الفرنسى القديم التى تثبت أن العرف التجارى كان يقضى بقيام التضامن بين التجار في المسائل التجارية ، ويوردان كذلك الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسى التى تؤيد هذا المعنى .

وتنص المادة ٢٤ من تقنين الموجبات والمعقود اللبائى صراحة على قيام التضامن في المسائل التجارية ، فتقول : « على أن التضامن يكون حتما في الموجبات المعقودة بين التجار في شؤون تجارية إذا لم يتحصل العكس من عقد إنشاء الموجب أو من القانون » .

أما التقنين المدنى الألمانى فيذهب إلى مدى أبعد من ذلك ، فهو يفترض قيام التضامن حتى في الالتزامات المدنية التى يكون مصدرها العقد (م ٤٢٧ من هذا التقنين) ، فعمم بهذا النص الحكم الذى كان واردا في المادة ٢٨٠ من التقنين التجارى الألمانى القديم . على أن التقنين المدنى الألمانى يضيق من جهة أخرى من الآثار التى تترتب على التضامن ، ولا يتوسع فيها توسع التقنينات اللاتينية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٦) .

ولا يزال هناك خلاف بين الفقهاء الفرنسيين (١) هل التضامن في العقود التجارية مصدره العرف التجارى القديم فيقوم التضامن بمجرد أن العقد تجارى (٢) ، أو أن هذا التضامن إنما هو تفسير لنية المتعاقدين ، فإذا اتضح من الظروف وجوب استبعاد هذه النية لم يكن هناك محل لقيام التضامن ، كما إذا أمنت شركتان للتأمين شيئاً واحداً وتعهدت كل منهما أن تؤمن نصفه فلا محل لافتراض أن نيتهما انصرفت إلى قيام التضامن بينهما (٣) .

ولا يقتصر الأمر في فرنسا على افتراض التضامن في العقود التجارية ، بل هناك من الفقهاء من يتوسع فيه فيمده إلى كل التزام تجارى ، أياً كان مصدره ، عقد أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب ، فإن هذا التوسع هو الذى تقتضيه حاجات الائتمان التجارى (٤) . على أن التضامن عن العمل غير المشروع مقرر في فرنسا كقاعدة تقليدية لا في المسائل التجارية فحسب ، بل أيضاً في المسائل المدنية . وقد سائر القضاء الفرنسى هذه النزعة في التوسع (٥) ، وظهر ذلك بنوع خاص في توسعه في تقرير التضامن بين أعضاء مجالس إدارة الشركات (٦) .

أما في مصر فقد كان الرأى الغالب فى الفقه والقضاء فى عهد التقنين المدنى

(١) انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٤١ .

(٢) هامل (Hamel) فى تعليقه على حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٢٠ سيره ١٩٢٢ — ١ — ٢٠٣ — درا كيدس (Drakidès) ص ٥٥ وما بعدها .

(٣) ريبير فى القانون التجارى فقرة ٣٢٨ وفى القانون البحرى فقرة ٢٤١٢ — بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ١٨٥٣ .

(٤) هامل (Hamel) فى المرجع السابق الإشارة إليه فى سيره ١٩٢٢ — ١ — ٢٠١ — قارن دى باج ٣ فقرة ٣٢٨ .

(٥) انظر أمثلة لتوسع القضاء الفرنسى فى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٤٢ — أما التضامن بين الدائنين فإنه لا يفترض ، لا فى مصر ولا فى فرنسا ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ١٢٧) .

(٦) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٤٣ — ص ٤٤٤ . على أن محكمة النقض الفرنسية قضت حديثاً بأن الشركاء فى خطأ مشترك ، وإن كان يجوز الحكم على كل منهم بتعويض كل الضرر الناجم عن هذا الخطأ ، إلا أنهم لا يكونون متضامنين (نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٩٤٨ J. S. ١٩٥٠ ص ٩٢) .

السابق هو أن التضامن لا يفترض حتى في المسائل التجارية (١). ولا نرى أن التقنين المدني الجديد قد استحدث جديداً في هذا الصدد ، فلا يزال القاعدة التي تقضى بأن التضامن لا يفترض دون تمييز بين المسائل المدنية والمسائل التجارية موجودة في التقنين الجديد كما كانت موجودة في التقنين القديم ، ولا يزال التقنين التجاري قائماً كما هو ينص في حالات خاصة على التضامن ، مما يستخلص منه مفهوم المخالفة أن التضامن لا يقوم في غير هذه الحالات المنصوص عليها ، وإلا لما عني التقنين التجاري بالنص على حالات معينة يقوم فيها التضامن إذا كان من شأن التضامن أن يقوم في جميع المسائل التجارية من غير استثناء (٢) .

ومن ثم لا يفترض في مصر قيام التضامن بين التجار ، لا في العقود التجارية ولا في الالتزامات التجارية ما بين التجار التي يكون مصدرها الإثراء بلا سبب .

(١) وقد كتبنا في الموجز في هذا الصدد ما يأتي : « والقاعدة التي تقضى بأن التضامن لا يفترض صحيحة في المسائل التجارية صحتها في المسائل المدنية ، وإن كان كثير من الفقهاء في فرنسا يذهبون إلى أن التضامن يفترض في المسائل التجارية بحكم العرف والعادات ، وحارهم في ذلك أخيراً محكمة النقض الفرنسية . أما في مصر فتزعم القضاء تنجبه إلى عدم افتراض التضامن حتى في المسائل التجارية » (الموجز للمؤلف فقرة ٥٠٤ ص ٥١١) . انظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٠٣ . وانظر : استئناف مخطوط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦ — ١١ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٩ — وقضت محكمة المنشئة الوطنية بأن التضامن لا يفترض ، ولا بد من نص صريح في القانون أو الاتفاق ، ولم يرد في القانون التجاري ما يخالف ذلك ، ولذا اختلف فيما إذا كانت المسائل التجارية تخرج على هذا الحكم ، فذهب رأى إلى أنها والمسائل المدنية سواء ، وذهب آخرون إلى خلاف ذلك . على أن الرأي القائل بعدم سريان المادة ١٠٨ مدني على المسائل التجارية لا يفيد أكثر من التسامح في استنباط الدليل على قيام رابطة التضامن أو تقرير قرينة مبدئية لمصلحة الدائن . وهو دليل يحتمل الجدل وقرينة يصبح نقضها بظروف الحال كافة (٩ إبريل سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ١١٤ ص ١٧) . ومع ذلك قارن ألبير فاهل والدكتور كامل أمين ملش في القانون التجاري المصري فقرة ١٢٠ ص ٦٨ وفقرة ٦٦٢ ص ٣٥٢ — استئناف مخطوط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٨ — ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٣ .

(٢) ويذهب الأستاذ إساعيل غانم إلى عكس هذا الرأي فيقول بافتراض التضامن في المسائل التجارية ، ويعمل اقتصار التقنين التجاري على حالات معينة نص فيها على قيام التضامن بأنها حالات عني بها المشرع عناية خاصة لأهميتها (أحكام الالتزام فقرة ١٩٥ ص ٢٧٦) . وانظر من هذا الرأي العكسي الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٠١ — وقارن الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٢٧ .

ولأنما يقوم التضامن بين التجار في الحالات التي ورد فيها نص في القانون ، وقد وردت نصوص مختلفة بهذا المعنى في التئين التجارى منذكر أهمها فيما يلى .
كذلك يقوم التضامن فى الالتزامات المدنية والتجارية على السواء التى يكون مصدرها عملا غير مشروع ، وتقضى بذلك المادة ١٦٩ مدنى كما سياتى ، ويسرى هذا الحكم بوجه خاص على المسئولية التقصيرية لأعضاء مجالس إدارة الشركات (١) .

وفى عدا الحالات التى ورد فيها نص فى القانون يقضى بالتضامن ، لا يقوم التضامن بين التجار فى مصر ، كما قدمنا ، دون شرط يقضى به . على أن هذا الشرط الذى يقضى بالتضامن يمكن استخلاصه فى المسائل التجارية بأيسر مما يستخلص فى المسائل المدنية ، وذلك لسببين : (أولا) إذا أراد الدائن إثبات شرط التضامن فى المسائل التجارية ، فإن جميع طرق الإثبات تكون مفتوحة أمامه ، فيستطيع أن يثبته بالبينة ، بل بالقرائن وحدها ، ولو زادت قيمة الالتزام على عشرة جنيهات ، وذلك وفقاً للقواعد العامة للإثبات فى المواد التجارية . (ثانيا) وعندما يريد الدائن أن يثبت شرط التضامن عن طريق القرائن ، فمن أهم هذه القرائن أن يكون الالتزام قائما بين التجار فى مسألة تجارية ، فإن هذا وحده يمكن اعتباره قرينة هامة ، إذا عززتها قرائن أخرى أمكن قاضى الموضوع أن يستخلص قيام التضامن فى المسائل التجارية فى كثير من اليسر .

(١) ذلك أن وكالة مجلس إدارة الشركة المساهمة هى وكالة قانونية لا اتفاقية ، ومن ثم تكون مسئولية أعضاء مجلس الإدارة أمام الشركة والمساهمين والغير مسئولية تقصيرية ، فيكون جميع أعضاء مجلس الإدارة متضامنين فى هذه المسئولية (م ١٦٩ مدنى) . على أن المسئولية تكون فردية إذا قام أحد الأعضاء بمفرده بعمل ضار بالشركة أو بالفسير ، دون أن يشترك معه الآخرون فى هذا الخطأ ، ودون أن يقصروا فى واجبهم من الرقابة (انظر رسالة الدكتور مصطفى كمال وصوفى فى المسئولية المدنية لأعضاء مجالس الإدارة فى شركات المساهمة - القاهرة سنة ١٩٥١ ص ٣٦ - ص ٤٠) .

المطلب الثاني

نص القانون كصدر للتضامن بين المدينين

١٦٩ - نصوص متناثرة في التقنيات والتشريعات المختلفة : وليس

الاتفاق وحده هو مصدر التضامن السلبى ، بل كثيراً ما يقوم التضامن بين المدينين بموجب نص فى القانون كما قدمنا . وإذا قام التضامن على نص فى القانون لم يجوز أن يقاس عليه غيره ، فان أحوال التضامن القانونى مذكورة على سبيل الحصر (١).

والنصوص التى تقيم التضامن السلبى كثيرة متناثرة فى نواحى التقنيات والتشريعات المختلفة . وأهم هذه النصوص نجدها فى التقنين المدنى والتقنين التجارى والتقنين الجنائى وتقنين المرافعات . ونورد طائفة منها على سبيل التمثيل .

ففى التقنين المدنى نجد المادة ١٦٩ الخاصة بالتضامن فى المسئولية عن العمل غير المشروع ، والمادة ١٩٢ الخاصة بتضامن الفضوليين إذا تعددوا ، والمادة ٦٥١ الخاصة بتضامن المهندس والمقاول فى مسئوليتهما عن تهمد البناء ، والمادة ٧٠٧ الخاصة بتضامن الوكلاء إذا تعددوا ، والمادة ٧٠٨ الخاصة بتضامن الوكيل مع نائبه ، والمادة ٧١٢ الخاصة بتضامن الموكلين إذا تعددوا ، والمادة ٧٩٥ الخاصة بتضامن الكفلاء فى الكفالة القضائية وفى الكفالة القانونية .

وفى التقنين التجارى نجد المواد ٢٢ و ٢٣ و ٢٩ و ٣٠ وهى خاصة بتضامن الشركاء فى شركة التضامن وفى شركة التوصية ، والمادة ٥٧ وهى خاصة بتضامن مديرى الشركة المساهمة ، والمواد ١١٧ و ١١٩ و ١٣٧ وهى خاصة بتضامن الساحب للكيميالة والمحيل والكفيل ، والمادة ٢٥٤ وهى خاصة بتضامن وكلاء التفليسة عند التعدد . وفى التقنين البحرى نجد المادة ٢٣ وهى خاصة بتضامن الكفيل مع من رسا عليه مزاد السفينة

(١) الموجز للزلف فقرة ٥٠٥ ص ٥١١ .

وفي تقنين المرافعات نجد المادة ٣٥٧ وهي خاصة بالتضامن في مصروفات الدعوى .

وفي التقنين الجنائي نجد المادة ٤٤ وهي خاصة بالتضامن في الغرامات النسبية .

ونكتفي بهذا القدر من النصوص . ويمكن تقسيم الالتزامات التضامنية التي تشمل عليها إلى التزامات مدنية والالتزامات تجارية ، ثم ترتيب الالتزامات المدنية بحسب مصدرها فمنها ما هو مصدره العقد ، ومنها ما هو مصدره العمل غير المشروع ، ومنها ما هو مصدره الإثراء بلا سبب ، ومنها ما هو مصدره القانون (١) . ونقول كلمة عن كل منها بهذا الترتيب ، ونقتصر في هذه الكلمة على إبراز فكرة التضامن ، أما النص من ناحية موضوعه فيشرح في مكانه .

١٧٠ — التزامات مدنية مصدرها العقد : هذه هي الالتزامات

الناشئة من عقد المقاولة ومن عقد الوكالة .

ففي عقد المقاولة تنص المادة ٦٥١/٢١ على ما يأتي : « (١) يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو أقامو من منشآت ثابتة أخرى ، وذلك ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات . (٢) ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته . وظاهر أن مسؤولية كل من المهندس المعماري والمقاول نحو رب العمل عن سلامة البناء إنما هي مسؤولية تعاقدية نشأت من عقد المقاولة ذاته . ولما كان التضامن في الالتزامات التعاقدية — ومنها المسؤولية التعاقدية ذاتها — لا يفترض كما سبق

(١) عذا ويلاحظ أن الالتزامات المدنية التي يقيم فيها القانون التضامن بنصر في التقنين المدني لا يقتصر التضامن فيها على ما كان مدنياً منها ، بل يشمل أيضاً — ومن باب أولى — ما كان منها تجارياً وأياً كان مصدره : العقد أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون .

القول ، فكان لابد من شرط في عقد المقاولة أو نص في القانون ليقم التضامن بين المهندس المعماري والمقاول في هذه المسؤولية ، فوجد النص المتقدم الذكر وهو يغني عن الشرط . ومن ثم يكون المهندس المعماري والمقاول متضامنين في المسؤولية نحو رب العمل عن سلامة البناء حتى لو لم يوجد شرط يقضى بالتضامن في عقد المقاولة ، فنص القانون هو الذي يقيم هذا التضامن .

وفي عقد الوكالة تنص المادة ٧٠٧/١ مدني على أنه « إذا تعدد الوكلاء كانوا مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك . على أن الوكلاء ، ولو كانوا متضامنين ؛ لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة أو متعسفاً في تنفيذها » . وهنا التزامات الوكيل ومسؤوليته عن تنفيذ هذه الالتزامات منشؤها جميعاً عقد الوكالة ، فإذا تعدد الوكلاء بقيت التزامات كل منهم ناشئة من هذا العقد ؛ فلا يقوم التضامن بينهم إذن ، من غير شرط ، إلا بنص في القانون ، وهو النص المتقدم الذكر . وقد اشترط النص وحدة العمل الذي تنشأ عنه المسؤولية ، بأن يكون تنفيذ الوكالة غير قابل للانقسام فيكون الوكلاء وقد اشتركوا في التنفيذ قد قاموا بعمل واحد لا يقبل التجزئة ، أو بأن يكون التنفيذ متكوناً من أعمال متفرقة ولكن الوكلاء قد اشتركوا في عمل واحد من هذه الأعمال فارتكبوا خطأ مشتركاً . وغنى عن البيان أنه لو انفرد أحد الوكلاء بتجاوزة حدود الوكالة أو انفرد بالتعسف في تنفيذها ، استقل وحده بالمسؤولية . لأن الوكلاء الآخرين لم يشتركوا معه في العمل الذي أوجب مسؤوليته فلا يكونون متضامنين معه ، بل لا يكونون مسئولين أصلاً . ثم تنص المادة ٧٠٨/١ مدني على أنه « إذا أتاب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك ، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية » . وإذا كانت مسؤولية الوكيل قد نشأت من عقد الوكالة ، فإن مسؤولية النائب نحو الموكل لم تنشأ من هذا العقد لأن الوكالة لا ترخص في تعيين نائب فلا يربط النائب بالموكل عقداً ، وتكون مسؤوليته نحو الموكل مسؤولية تقصيرية . وكان مقتضى أن تكون مسؤولية الوكيل تعاقدية ومسؤولية النائب تقصيرية ألا يقوم بينهما تضامن (solidarité) بل يقوم

تضام (obligation in solidum) على ما سئرى ، ولكن النص صريح فى إنشاء التضامن بين الوكيل ونائبه بما يستتبع التضامن من نتائج أصلية ونتائج ثانوية (١). وتنص أخيراً المادة ٧١٢ مدنى على أنه « إذا وكل أشخاص متعددون وكيلًا واحدًا فى عمل مشترك ، كان جميع الموكلين متضامين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة ، ما لم يتفق على غير ذلك ». وهنا نرى أن الالتزام بتنفيذ الوكالة والقيام بهذا العمل المشترك مصدره عقد الوكالة ، فالتضامن دون شرط فى العقد لا يقوم إلا بنص فى القانون ، وهو النص المتقدم الذكر (٢).

١٧١ — التزامات مدنية مصدرها العمل غير المشروع : تنص المادة

١٦٩ مدنى على أنه « إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوى ، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض ». وهذا نص من النصوص الجوهرية فى التضامن ، له أهمية بالغة ومدى واسع فى التطبيق ، فهو يقضى بالتضامن فى المسؤولية عن أى عمل غير مشروع . وواضح أن العمل غير المشروع قد أصبح فى العصر الحاضر مصدرًا هامًا من مصادر الالتزام ، وهو يكاد يدانى العقد فى

(١) وتقضى الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٨ مدنى بوجود دعوى مباشرة للموكل قبل نائب الوكيل ، وهذا أدمى لتقرير التضامن دون التضامن ، فإن الموكل يستطيع أن يطالب كلا من الوكيل ونائبه بدعوى مباشرة بنفس الدين ، وهذا هو التضامن كما سئرى . ثم إن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٨ مدنى تقضى ، إذا رخص للوكيل فى إقامة نائب عنه ، ألا يكون مسئولًا إلا عن خطأه فى اختيار نائبه أو عن خطأه فيما أصدر له من تعليمات . فهل يكون ، إذا تحققت مسئوليته على هذا النحو ، متضامنًا مع نائبه ؟ لم يصرح النص بالتضامن هنا كما صرح به فى الفقرة الثانية ، وليست المسؤولية فى هذا الفرض ناشئة عن خطأ مشترك يوجب التضامن ، ومن ثم نرى أن المسؤولية هنا تكون بالتضامن لا بالتضامن .

(٢) استئناف مخطط ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٨١ - ٤ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢١٨ - ١٧ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٤٢ - ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٤ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٠ - ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٥ . ويرتب على ذلك أنه إذا وكل عدة أشخاص أحد المحامين فى قضية مشتركة ، كانوا جميعًا متضامين فى التزامهم بدفع الأتعاب للمحامى (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٨٧ - فقرة ١١٩٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٧ ص ٤٢٣) - هذا والموكلون متضامنون نحو الوكيل ، حتى لو كانت الوكالة بغير أجر (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٨٦) .

أهميته . فوضع النص مبدأ عاماً هو التضامن في المسؤولية التقصيرية ، بخلاف المسؤولية التعاقدية وجميع الالتزامات الناشئة عن العقد فقد رأينا أن التضامن فيها لا يفترض ، بل يجب لقيامه شرط أو نص في القانون (١) . بل إن افتراض التضامن في المسؤولية التقصيرية بموجب النص المتقدم الذكر أقوى من افتراضه في خصوص العقد إذا قام التضامن فيه على نص في القانون ، ذلك أن افتراضه في العقد بموجب نص لا يمنع من جواز الاتفاق على استبعاده ، إذ لا يعتبر

(١) أما في فرنسا فلا يوجد نص عام يقابل نص المادة ١٦٩ مدني مصري ، ولكن يوجد نص في التتمين الجنائي الفرنسي (م ٥٥) يقضى بالتضامن في الغرامة والرد والتعويض والمصروفات المحكوم بها على عدة أشخاص أدينوا في جريمة مشتركة . ولا بد من أن يكون المحكوم عليهم قد اشتركوا جميعاً في الجريمة أو الجريمة التي حكم من أجلها ، ويقوم التضامن بينهم بحكم القانون دون حاجة لذكره في الحكم بالإدانة (بلانويول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٨ ص ٤٢٧ — ٤٢٩) . يضاف إلى ذلك أن هناك قاعدة تقليدية قديمة في القضاء الفرنسي تقضى بقيام التضامن بين الأشخاص الذين يشتركون في ارتكاب عمل غير مشروع ، سواء كان هذا العمل جريمة جنائية أو مجرد خطأ مدني . وتهبط جذور هذه القاعدة التقليدية إلى أغوار بعيدة من الماضي السحيق ، إذ يرجع عهدا إلى القانون الروماني في مبادئه الخاصة بالنسب والإكراه . فقد كانت هذه المبادئ تقضى بأنه إذا اشترك عدة أشخاص في ارتكاب إحدى هاتين الجريمتين ، كان كل منهم مسئولاً عن تعويض كل الضرر الناجم عن هذا العمل ، إذ لا يخفف من مسئولية الشخص عن خطئه أن غيره أخطأ معه . ولكن إذا قام أحد الشركاء بتعويض الضرر رثت ذمة الآخرين من الالتزام بالتعويض ، إذ لم يعد هناك ضرر يستوجب أن يعرض عنه . وانتقلت هذه القاعدة من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي القديم ، وبقيت قاعدة من قواعد الثابتة (بوتيه في الالتزامات فقرة ٢٦٨) . وبالرغم من أن المادة ٥٥ من التتمين الجنائي الفرنسي لم تقم التضامن إلا في حالة الحكم على شركاء في جريمة أو جريمة ، فخرج من نطاقها الاشتراك في خطأ مدني بل والاشتراك في جريمة أو جريمة إذا لم يصدر حكم جنائي بالإدانة ، فإن القضاء الفرنسي بقي مع ذلك يعمم القاعدة التي انتقلت إليه من القانون الفرنسي القديم ، فيقضى بالتضامن في جميع الأحوال التي يشترك فيها عدة أشخاص في ارتكاب خطأ ، سواء كان هذا الخطأ جنائياً أو كان خطأ مدنياً تقصيرياً . ويقصر القاعدة التي تقضى بأن التضامن لا يفترض على نطاق الالتزامات التعاقدية ، ويتلمس النص القانوني الذي يعوزه لإقامة التضامن في المادة ٥٥ من التتمين الجنائي عن طريق القياس . وتنقل القضاء الفرنسي في تأصيل قاعدته — وهي تقضى بمسئولية أي من الشركاء في العمل غير المشروع عن تعويض كل الضرر — من فكرة الالتزام غير القابل للانقسام إلى فكرة التضامن ، ثم من فكرة التضامن إلى فكرة التضامن (انظر بلانويول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٩ — فقرة ١٠٧٠) — وانظر في انقسام الفقه الفرنسي في هذه المسألة بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٠١ — فقرة ١٣٠٢ .

التضامن هنا من النظام العام : فيجوز إذن أن يشترط في عقد المعاولة إلا يكون المهندس المعماري والمقاول متضامنين في المسؤولية ، وفي عقد الوكالة إلا يكون الوكلاء المتعددون أو الوكيل ونائبه أو الموكلون المتعددون متضامنين في المسؤولية. أما التضامن في المسؤولية التقصيرية فهو من النظام العام ، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه (١) .

وقد سبق أن عالجنا التضامن في المسؤولية التقصيرية (٢) ، فنجتزئ هنا بالإشارة إلى أنه حتى يقوم التضامن بين المسؤولين المتعديين عن عمل غير مشروع يجب أن تتوافر شروط ثلاثة : (١) أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ (٢) وأن يكون الخطأ الذي ارتكبه كل منهم سبباً في إحداث الضرر (٣) وأن يكون الضرر الذي أحدثه كل منهم بخطأه هو ذات الضرر الذي أحدثه الآخرون ، أى أن يكون الضرر الذي وقع منهم هو ضرر واحد (٣) . ولا يلزم بعد ذلك أن يكون هناك تواطؤ ما بين المسؤولين ، أو أن ترتكب الأخطاء في وقت واحد (٤) . ولا ضرورة لأن تكون الأخطاء عملاً واحداً أو جريمة واحدة (٥) ، فقد يكون أحدهما عمداً والآخر غير عمد ، وقد تختلف جساماة الأخطاء فيقترب خطأ جسيم

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ٢٤٧ — فقرة ٢٤٨ — لوران ١٧ فقرة ٢٩٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٨٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٨ ص ٤٣٠ .
(٢) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٠ : وقد ذكرنا بنوع خاص أن التضامن في المسؤولية التقصيرية كان مقررأ أيضاً بنص في التقنين المدني السابق ، وأنه يقوم دون حاجة إلى ذكره في الحكم (الوسيط جزء أول ص ٩٢٩ هامش رقم ٣) ، وأن المسؤولية تضامنية في القانون المصرى بخلاف القانون الفرنسى فهى مسئولية تضامية (الوسيط جزء أول ص ٩٢٠ هامش رقم ١) .

(٣) فإذا سرق أحد المتصوص عجلة السيارة ، ثم جاء لص آخر فسرقة بعض الآلات ، لم يكن اللصان متضامنين ، لأن كلا منهما أحدث بخطأه ضرراً غير الضرر الذي أحدثه الآخر (الوسيط جزء أول ص ٩٢٦) .

(٤) فإذا حاول لص سرقة منزل فنقب فيه نقباً ثم ذهب ليستحضر ما يستعين به على السرقة ، فأق لص آخر على غير اتفاق مع اللص الأول ودخل من النقب وسرق المنزل ، فإن اللصين يكونان مسئولين بالتضامن (الوسيط جزء أول ص ٩٢٦) .

(٥) فقد يكون أحد الخطأين سرقة والخطأ الآخر إخفاء لأشياء مسروقة ، أو يكون الخطأ الأول جنائية قتل والخطأ الآخر جنحة ضرب (انظر فى قضاء محكمة النقض فى هذه المسائل الوسيط جزء أول ص ٩٢٦ هامش رقم ٣) .

بخطأ يسير ، وقد تختلف طبيعة الأخطاء فيكون أحد الخطأين جنائياً ويكون الثاني مدنياً ، أو يكون أحدهما عملاً ويكون الآخر امتناعاً عن عمل (١) . وقد تكون الأخطاء كلها ثابتة أو مفترضة ، أو يكون بعضها ثابتاً وبعضها مفترضاً .

ومنى تعدد المسئولون عن عمل غير مشروع على هذا النحو ، كانوا جميعاً متضامنين في المسئولية ، فيستطيع المضرور أن يطالبهم جميعاً بالتعويض ، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء ويطلبه بالتعويض كاملاً . ويرجع من دفع التعويض على الباقي ، كل بقدر نصيبه حسب جسامه الخطأ الصادر منه (٢) . فان تعادلت الأخطاء في الجسامه ، أو لم يمكن تعيين مقدار الجسامه في كل خطأ ، كان نصيب كل منهم في التعويض مساوياً لنصيب الآخر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى (٣) .

ويلحق بالتضامن في المسئولية عن العمل غير المشروع تضامن المحكوم عليهم في الغرامات النسبية التي حكم عليهم بها ، وإن كانت الغرامة تختلف عن التعويض في أنها عقوبة ، ولكنها عقوبة مالية ، وفي هذه الصفة المالية وفي أنها جزاء على عمل غير مشروع تتلاقى مع التعويض . وقد نصت المادة ٤٤ من تقنين العقوبات على أنه « إذا حكم على جملة متهمين بحكم واحد بجريمة واحدة ، فاعلين كانوا أو شركاء ، فالغرامات يحكم بها على كل منهم على انفراده ، خلافاً للغرامات النسبية فانهم يكونون متضامنين في الإلزام بها ، مالم ينص الحكم على خلاف

(١) مثل ذلك أن يهمل الخادم فيترك باب المنزل مفتوحاً ، فيدخل اللص ويسرق المنزل . ففي هذه الحالة يكون اللص والخادم متضامنين على اختلاف ما بين الخطأين ، فأحدهما عمد والآخر غير عمد ، وأحدهما جنائي والآخر مدني ، وأحدهما عمل والآخر امتناع عن عمل (الوسيط جزه أول ص ٩٢٧) .

(٢) وقد يكون أحد المسئولين هو الذي يتحمل التعويض كله في النهاية ، كما إذا اختل أساس منزل الجار من جراء هدم جاره لمنزله وإعادة بنائه ، فللجار المضرور في هذه الحالة الرجوع على جاره والمقاول متضامنين بسبب العمل غير المشروع ، ثم يرجع الجار على المقاول إذا كان بينهما اتفاق على أن يتحمل المقاول المسئولية وحده (استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٩) .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ إبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٧٢ — على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت في بعض أحكامها بأن المتبوع مسئول مع التابع مسئولية تضامية لا مسئولية تضامية (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٧٥) .

ذلك « . والأصل في العقوبات أن تكون شخصية لا تضامن فيها ، والغرامة عقوبة وكان ينبغي أن تكون شخصية ، ولكن المشرع هنا خرج على هذا المبدأ العام فقارب بين الغرامة والتعويض ، وأجاز التضامن في الغرامة في حالة معينة هي أن تكون هذه الغرامة نسبية . والغرامة النسبية غرامة لا يعين المشرع مقداراً محدداً لها ، بل يجعلها تناسب ما حصل عليه الجاني من الجريمة التي ارتكبها ، وأكثر ما تكون عقوبة تكميلية . نصت المادة ١٠٨/١ عقوبات على أن « من رشا موظفاً والموظف الذي يرتشى ومن يتوسط بين الراشي والمرتشي يعاقبون بالسجن ، ويحكم على كل منهم بغرامة تساوي قيمة ما أعطى أو وعد به » . ونصت المادة ١١٢ عقوبات على أن « كل من تجارى من مأمورى التحصيل أو المندوبين له أو الأمناء على الودائع أو الصيارفة المنوطين بحساب نقود أو أمتعة على اختلاس أو إخفاء شيء من الأموال الأميرية أو الخصوصية التي في عهده ، أو من الأوراق الجارية مجرى النقود ، أو غيرها من الأوراق والسندات والعقود ، أو اختلس شيئاً من الأمتعة المسلمة إليه بسبب وظيفته ، يحكم عليه فضلاً عن رد ما اختلسه بدفع غرامة مساوية لقيمة ذلك ، ويعاقب بالسجن » . ومع ذلك قد تكون الغرامة النسبية عقوبة أصلية ، فقد نصت المادة ٢٠٤ عقوبات ، في حالة من يأخذ مسكوكات مزورة أو مغشوشة بصفة أنها جيدة ويتعامل بها ، على ما يأتي : « ومع ذلك من استعمل تلك المسكوكات بعد أن تحققت له عيوبها يجازى بدفع غرامة لا تتجاوز ستة أمثال المسكوكات المتعامل بها » . فاذا تعدد المحكوم عليهم في إحدى الجرائم المتقدمة الذكر ، كانوا جميعاً متضامنين في الغرامة المحكوم بها ، إلا إذا نص في حكم الإدانة على تقسيم الغرامة فيما بينهم دون تضامن . والنص على التقسيم جوازى للقاضى ، فان لم ينص عليه كان التضامن قائماً بين المحكوم عليهم بحكم القانون . إلا أنه يلاحظ في جريمة الرشوة أنه يتعين على القاضى أن يحكم على كل من المرتشى والراشى والوسيط بغرامة تساوي قيمة الرشوة ، فهنا التضامن إجبارى من جهة ، ومن جهة أخرى لا تنقسم الغرامة الواحدة على المحكوم عليهم بل كل منهم يدفع الغرامة كاملة ولا يرجع بشيء منها على أحد من شركائه .

١٧٢ - التزامات مربية مصدرها الإثراء بلا سبب : وتنص الفقرة

الثالثة من المادة ١٩٢ مدنى على ما يأتى : « وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد ، كانوا متضامنين فى المسئولية » . وهذا التضامن نظير للتضامن الذى قرره المادة ١/٧٠٧ إذا تعدد الوكلاء فيما مر ، والفضولى أقرب ما يكون إلى الوكيل . وعلى الفضولى التزامات أربعة : المضى فى العمل الذى بدأ به ، وإخطار رب العمل بتدخله بمجرد أن يستطيع ذلك ، وبذل عناية الشخص المعتاد فى القيام بالعمل ، وتقديم حساب لرب العمل مع رد ما استولى عليه بسبب الفضالة . وأغلب هذه الالتزامات مصدرها القانون ، بناها على عمل ماضى صدر من الفضولى (١) . ولكن يوجد بين هذه الالتزامات التزام - هو رد الفضولى لما استولى عليه بسبب الفضالة - يمكن القول بأن مصدره هو الإثراء بلا سبب . ففى هذا الالتزام لو تعدد الفضولى يقوم التضامن بين الفضوليين المتعديدين بموجب النص المتقدم الذكر . وفى الالتزامات الأخرى التى مصدرها القانون يقوم التضامن بين الفضوليين المتعديدين بموجب النص نفسه (٢) . وهذه أمثلة على الالتزامات المدنية التى مصدرها القانون تضاف إلى أمثلة أخرى سنوردها فيما يلى . وتنص المادة ٧٩٥ مدنى على أنه « فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين » . والكفالة القانونية هى ما ينص القانون على وجوب تقديمها ، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٤٦٧ من تقنين المرافعات من أن « النفاذ المعجل واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة فى المواد التجارية ، سواء أكانت قابلة للمعارضة أم للاستئناف أم طعن فيها بهاتين الطريقتين وذلك بشرط تقديم كفالة » . والكفالة القضائية هى ما يجعل القانون للقاضى جواز أن يحكم بها . ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٤٧٠ من تقنين المرافعات من أنه « يجوز الأمر بالنفاذ المعجل ، بكفالة أو بدونها ، سواء أكان الحكم قابلاً للمعارضة أم للاستئناف

(١) انظر الوسيط - جزء أول فقرة ٨٧٧ .

(٢) ويلاحظ أن القانون لم ينص على تضامن أرباب العمل إذا تعددوا كما نص على تضامن الموكلين عند التعدد فى المادة ٧١٢ مدنى . والسبب فى ذلك أن الموكلين قد جمعهم عقد واحد فالتضامن بينهم مستطاع ، أما أرباب العمل فلم تجمعهم رابطة إلا عمل الفضولى نفسه فذل أن توجد بينهم رابطة توسع قيام التضامن (الوسيط - جزء أول فقرة ٨٩٧ ص ١٢٦٩) .

أم طعن فيه بهاتين الطريقتين ، في الأحوال الآتية : (١) إذا كان الحكم مبنيًا على سند عرفي لم يجحده المحكوم عليه (٢) إذا كان الحكم صادرًا في دعاوى الجبازة (٣) إذا كان الحكم صادرًا لمصلحة طالب التنفيذ في منازعة متعلقة به .
فالمادة ٧٩٥ مدني سالفه الذكر ، في كل من الكفالة القانونية والكفالة القضائية ، نصت على تضامن الكفيل مع المكفول (أى طالب التنفيذ) وعلى تضامن الكفلاء فيما بينهم إذا تعددوا . وظاهر أن مصدر الالتزام بتقديم الكفيل ، قانونيا كان أو قضائيا ، هو القانون . أما مصدر التزام الكفيل نفسه فهو عقد كفالة بينه وبين المكفول له أى الخصم المحكوم عليه لصالح الخصم طالب التنفيذ .
وأما ما تضامن فيه الكفيل مع المكفول ومع الكفلاء الآخرين إذا تعددوا فهو التزام برد ما استولى عليه المكفول عن طريق الحكم المشمول بالنفاذ المعجل فيما إذا ألغى هذا الحكم ، ومصدر هذا الالتزام هو الإثراء بلا سبب .

١٧٣ - التزامات مربية مصدرها القانون : نضيف إلى التزامات

الفضولي التي مصدرها القانون فيما قدمناه التزام المحكوم عليهم بمصروفات الدعوى . فقد نصت المادة ٣٥٧ من تقنين المرافعات على أن «يحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ، ويدخل في هذه المصاريف مقابل أنعاب المحاماة . وإذا تعدد المحكوم عليهم ، جاز الحكم بقسمة المصاريف بينهم بالسوية أو بنسبة مصلحة كل منهم في الدعوى على حسب ما تقدره المحكمة ، ولا يلزمون بالتضامن في المصاريف إلا إذا كانوا متضامنين في أصل التزامهم المقضى به » . فهنا التزم المحكوم عليهم بمصروفات الدعوى بموجب نص في القانون هو النص الذي ذكرناه ، وقد أوجب هذا النص ذاته تضامن المحكوم عليهم بالمصروفات إذا تعددوا في حالة واحدة هي أن يكونوا متضامنين في أصل التزامهم المقضى به ، فنتي كانوا متضامنين في هذا الالتزام كانوا أيضاً متضامنين في مصروفات الدعوى التي قضى فيها عليهم بوفاء التزامهم (١) . وفي غير هذه

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٣٣ من تقنين المرافعات القديم (م ٢٤٨ جديد) إذ نصت على أن تقدير أجر الخبير يكون نافذاً على الخصم الذي طلب تعيين أهل الخبرة ، ومن بعد صدور الحكم في الدعوى يكون نافذاً أيضاً على من حكم عليه بالمصروفات ، فإنها لا تلزم =

الحالة تنقسم المصروفات عليهم دون تضامن ، كل بنسبة مصلحته في الدعوى حسب تقدير المحكمة أو بالتساوى فيما بينهم (١).

١٧٤ - التزامات تجارية وبحرية : وهناك التزامات نص فيها التقنين

التجاري والتقنين البحري على قيام التضامن بين المدينين .

ففي الشركات نصبت المادة ٢٢ من التقنين التجاري على أن « الشركاء في شركة التضامن متضامنون لجميع تعهداتها ، ولو لم يحصل وضع الإمضاء عليها إلا من أحدهم ، إنما يشترط أن يكون هذا الإمضاء بعنوان الشركة » . فهنا نص القانون على أن الشركاء في شركة التضامن مسئولون بالتضامن في أموالهم الشخصية عن جميع التزامات الشركة (٢) . ونصت المادة ٢٣ تجاري على أن « شركة التوصية هي الشركة التي تعقد بين شريك واحد أو أكثر مسئولين

= المحكوم له في الدعوى بأتعاب الخير بالتضامن مع المحكوم عليه بالمصروفات (نقض مدني ٢٤ ، برار سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠١ ص ٢٦٥) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الخصم الذي طلب تعيين الخير والخصم المحكوم عليه بأتعاب الخير يكونان متضامنين (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥٩) .

وفي فرنسا يقوم التضامن في المصروفات في الجنائية طبقاً للمادة ٥٥ من التقنين الجنائي الفرنسي ، أما في المواد المدنية فلا يقوم التضامن في المصروفات إلا إذا حكم . - جميعاً على كل من المحكوم عليهم كجزء من التعويض (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٠) .

(١) ويوجد مثل آخر للتضامن في التزام قانوني ، فقد نصت المادة ٥٩ من قانون رقم ١٤ سنة ١٩٣٩ (الخاص بضريبة إيرادات رؤوس الأموال المنقولة والأرباح التجارية والصناعية وكسب العمل) على أنه « يجب عند التنازل عن كل أو بعض المنشآت تبليغ مصلحة الضرائب عن هذا التنازل في مدى ستين يوماً من تاريخ حصوله ، ويكون كل من المتنازل والمتنازل له مسئولاً بالتضامن عما يستحق من ضرائب على المنشأة المتنازل عنها إلى تاريخ التنازل » (انظر الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٢٨) .

(٢) وهناك من يذهب إلى أن دائر الشركة يرجع بجميع حقه على الشركة أو على أى من الشركاء في ماله الخاص ، فالشركة والشركاء متضامنون جميعاً في ديون الشركة . وهناك من يذهب إلى أن الدائن لا يرجع على أى من الشركاء في ماله الخاص قبل أن يحصل على حكم بالدين على الشركة ذاتها ، وهذا الحكم يمكن تنفيذه على أموال الشركة وعلى أموال كل من الشركاء . وهناك أخيراً من يذهب إلى أن الدائن لا يستطيع الرجوع على أحد من الشركاء قبل الرجوع على الشركة ذاتها أو في القليل قبل إغدارها ، إذ الشركاء متضامنون فيما بينهم ولكنهم غير متضامنين مع الشركة بل يعتبرون في حكم الكفلاء لها .

ومتضامنين وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب أموال فيها وخارجين عن الإدارة ويسمون موصين « . ونصت المادة ٢٩ تجارى على أنه « إذا أذن أحد الشركاء الموصين بدخول اسمه في عنوان الشركة ، خلافاً لما هو منصوص عليه في المادة ٢٦ ، فيكون ملزوماً على وجه التضامن بجميع ديون وتعهدات الشركة » . ففي شركة التوصية إذن يوجد شركاء مسئولون بالتضامن عن جميع ديون الشركة ، ويدخل في هؤلاء الشركاء الموصون إذا أذنوا بدخول أسمائهم في عنوان الشركة . وتضيف المادة ٣٠ تجارى حالة أخرى يكون فيها الشركاء الموصون مسئولين بالتضامن عن ديون الشركة فتقول : « وكذلك إذا عمل أى واحد من الشركاء الموصين عملاً متعلقاً بإدارة الشركة يكون ملزوماً على وجه التضامن بديون الشركة وتعهداتها التى تنتج من العمل الذى أجراه . ويجوز أن يلزم الشريك المذكور على وجه التضامن بجميع تعهدات الشركة أو بعضها على حسب عدد وجسامه أعماله ، وعلى حسب ائتمان الغير له بسبب تلك الأعمال » . ونصت المادة ٥٧ تجارى على أن « يلزم إعلان المشاركة الابتدائية لشركة المساهمة ونظامها والأمر المرخص بإيجادها ، ويكون إعلان ذلك بتعليقه فى المحكمة الابتدائية مدة الوقت المعين آنفاً ونشره فى إحدى الجرائد . وإن لم يحصل ذلك ألزم مديرو الشركة بديونها على وجه التضامن ، ووجب عليهم التعويضات أيضاً » . فهذه حالة نص فيها القانون على تضامن مديرى الشركة المساهمة فى المسئولية عن ديونها إذا وقع منهم تقصير فى واجبهم من إعلان عقد الشركة ونظامها والأمر المرخص بإيجادها . هذا ويلاحظ أن الشركة المدنية لاتضامن بين الشركاء فيها فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ، ما لم يتفق على خلاف ذلك (م ١/٥٢٤ مدنى) .

وفى الكيىالات تنص المادة ١١٧ من التقنين التجارى (١) على ما يأتى : صاحب « الكيىالة والمحيلون المتناقلون لها يكونون مسئولين على وجه التضامن عن القبول والدفع فى ميعاد الاستحقاق » . فهذا نص فى القانون يقيم التضامن بين صاحب الكيىالة والمحيلين المتعاقبين لها فى مسئوليتهم عن قبول المسحوب عليه للكيىالة

(١) وانظر أيضا المادة ١٨٩ تجارى بالنسبة إلى السندات تحت الإذن أو التى لحاملها .

وعن دفعه إليها في ميعاد الاستحقاق . فإذا لم يقبل المسحوب عليه الكمبيالة ، وأعلن بروتستو عدم القبول رسمياً ، « وجب — كما تقول المادة ١١٩ تجارى — على المحلين المتناقلين والساحب على وجه التعاقب أن يقدموا كفيلاً ضامناً لدفع قيمة الكمبيالة في الميعاد المستحق فيه الدفع ، أو يدفعوا قيمتها مع مصاريف البروتستو ومصاريف الرجوع ، ولا يكون الكفيل متضامناً إلا مع من كفله سواء كان الساحب أو المحيل » . ثم إن المادة ١٣٧ تجارى تنص أيضاً على أن « صاحب الكمبيالة وقابلها ومحيلها ملزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن (١) » وفي الإفلاس نصت المادة ٢٥٤ تجارى على أن وكلاء الدائنين (أى السنديك إذا تعدد) متضامنون فيما يتعلق بإجراءات إدارتهم .

وفي بيع السفينة نصت المادة ١/٢٣ من التقنين البحرى على أنه « يجب على الراسى عليه مزاد السفينة من أية حمولة كانت أن يدفع فى ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت مرسى المزاد ثلث الثمن الذى رسا به المزاد عليه أو يسلمه إلى صندوق المحكمة ، ويؤدى كفيلاً معتمداً بالثلثين يكون له محل بالقطر المصرى ويضع إمضاءه مع المكفول على السند ، ويكونان ملزمين على وجه التضامن بدفع الثلثين المذكورين فى ميعاد أحد عشر يوماً من يوم مرسى المزاد (٢) » .

(١) انظر أيضاً المادة ١٣٩ تجارى وتجعل الضامن ضامناً احتياطياً (avale) مشولاً على وجه التضامن .

(٢) هذا وقد وردت نصوص أخرى تقيم التضامن بين المدينين المتعديدين فى مسائل متفرقة ، كالنصوص التى وردت فى خصوص الحسارة البحرية ، وفى بيع المحل التجارى ، وفى قانون العمل الفردى ، وفى قانون إصابات العمل .

وورثة المدين لا يكونون متضامين فى القانون الفرنسى ، بل ينقسم الدين عليهم ، أما فى القانون الألمانى فهم متضامنون (بودرى ، باردار ٢ فقرة ١٢٠٠) . وفى مصر ، وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، تكون التركة مشولة عن جميع الديون ، بل لا تركة إلا بعد سداد الدين ، ومن ثم يبقى كل جزء من التركة مشولاً عن كل الدين . إلا أنه إذا خضعت التركة لإجراءات التصفية المنصوص عليها فى المواد ٨٧٦ — ٩١٣ مدنى ، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة على الورثة مع ترتيب تأمينات كافية ورد ذكرها فى المادة ٨٩٥ من القانون المدنى .

المطلب الثالث

وحدة المحل وتعدد الروابط — الالتزام التضامى (Obligation in solidum)

١٧٥- وحدة المحل وتعدد الروابط : والتضامن بين المدينين ، كالتضامن بين الدائنين ، يجعل الالتزام متعدد الروابط ولكنه موحد المحل ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) .

فتعدد المدينين من شأنه أن يجعل الروابط متعددة ، فالدائن يرتبط بكل مدين بموجب ، رابطة مستقلة عن الروابط التي تربطه بالمدينين الآخرين . ومظاهر التعدد في روابط المدينين بالدائن في التضامن السلبى هي نفس مظاهرها في روابط الدائنين بالمدين في التضامن الإيجابى ، على ما مر . ويترتب على ذلك :

(١) يجوز أن تكون إحدى هذه الروابط موصوفة والأخرى بسيطة ، كما يجوز أن يلحق إحدى الروابط وصف ويلحق رابطة أخرى وصف آخر . ومن ثم يصح أن يكون أحد المدينين المتضامنين مديناً تحت شرط ، والآخر التزامه منجز أو مضاف إلى أجل . فلا يطالب الدائن المدين تحت شرط إلا عند تحقق الشرط ، ولا المدين المؤجل دينه إلا عند حلول الأجل ، ويطالب فوراً من كان دينه منجزاً . وإلى هذا تشير الفقرة الأولى من المادة ٢٨٥ مدنى إذ تقول : « يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو مفتردين ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين » . ويجوز أيضاً ، على هذا النحو ، أن يكون مكان الأداء لأحد المدينين غير مكان الأداء للمدينين الآخرين (٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢٨ — ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويناط تفسير القواعد الخاصة بالتضامن السلبى والإيجابى على حد سواء بفكرتين استنبطتهما الفقه ، هما فكرة وحدة الدين وفكرة تعدد الروابط . فلكل مدين متضامن أن يوفى الدين بأسره ويكون وفاؤه هذا مبرئاً لفئة الباقيين . وعلى هذا النحو لا يكون من حق الدائن أن يطالب بالوفاء بكل الدين فحسب ، بل ويكون من واجبه كذلك أن يقبل أدائه ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك فى التضامن الإيجابى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٦) .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٦ ص ٤٤٥ .

(٢) ويجوز أن يشوب إحدى الروابط عيب في الإرادة أو نقص في الأهلية وتكون الروابط الأخرى غير مشوبة بشيء من ذلك ، كما يجوز أن تكون إحدى الروابط باطلة والروابط الأخرى صحيحة ، أو يكون بعضها باطلا وبعضها قابلا للإبطال وبعضها صحيحاً . فكل رابطة من الروابط المتعددة تستقل بعيوبها . ثم إن بعض الروابط قد يكون قابلاً للفسخ ، وبعض آخر لا يقبل الفسخ .

(٣) ويجوز أخيراً أن تنقضي إحدى الروابط دون أن تنقضي الروابط الأخرى . وسنرى ذلك في أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء ، فننقضي إحدى الروابط بالمقاصة مثلاً مع بقاء الروابط الأخرى قائمة .

ولكن لما كان المدينون جميعاً متضامنين في دين واحد . فانه بالرغم من تعدد روابطهم مع الدائن يكون الالتزام موحد المخل ، فالروابط متعددة والمحل واحد . ووحدة المحل هذه هي التي تحتفظ للالتزام بوحدة رعا من تعدد المدينين . وإلا لانقسم الدين على هؤلاء المدينين ولكان التزام متعدد الأطراف (obligation conjointe) من ناحية المدين كما سبق القول . وتعدد الروابط ووحدة المحل في التضامن السليبي هما ، كما في التضامن الإيجابي ، المحور الذي تدور عليه جميع أحكام التضامن كما سنرى .

١٧٦ - الالتزام التضامني^(١) (obligation in solidum) : وإذا

كان الالتزام التضامني obligation solidaire متعدد الروابط ولكنه موحد المخل ، فانه أيضاً موحد المصدر . فإذا كان التضامن مصدره الاتفاق ، فإن الالتزام التضامني الذي يجمع ما بين المدينين التضامنين هو التزام محله واحد وهو الدين ، ومصدره واحد وهو العقد . وإذا كان التضامن مصدره نص في القانون ، كما في التزام الوكلاء المتعدين أو الالتزام عن عمل غير مشروع ، فإن المصدر الالتزام التضامني هو عقد وكالة واحد أو عمل غير مشروع صدر من أشخاص

(١) سميناه في الجزء الأول من الوسيط « مسئولية الجمعية » ، ونؤثر الآن أن نسميه « الالتزام التضامني » (obligation in solidum) لتقابل به « الالتزام التضامني » (obligation solidaire) .

متعددین فأحدث ضرراً واحداً (١) .

ولكن قد يتعدد مصدر الالتزام مع بقاء محله واحداً . مثل ذلك مانصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٩٢ مدنی من أنه « إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم » . فهنا وجد كفلاء متعددون ، وكل منهم قد التزم في عقد مستقل بكفالة دين واحد ، فالروابط التي تربط الكفلاء المتعددین بالدائن روابط متعددة إذ كل كفيل منهم تربطه بالدائن رابطة مستقلة ، ومصدر التزم كل كفيل هو أيضاً متعدد إذ التزم الكفلاء بعقود متوالية ، ولكن الدين الذي التزم كل بأدائه هو دين واحد : الروابط إذن متعددة ، والمصدر متعدد ، والمحل واحد . فلا يكون هؤلاء الكفلاء ملتزمين بطريق التضامن ، لأن التضامن يقتضي أن يكون المصدر واحداً لا متعدداً كما قدمنا . ولكن لما كان كل منهم ملتزماً بنفس الدين ، فقد تضامنت ذممهم جميعاً في هذا الدين الواحد دون أن تتضامن ، فالالتزام يكون التزاماً تضامياً (obligation in solidum) لا التزاماً تضامياً (obligation solidaire) (٢) .

(١) وقد رأينا فيما يتعلق بالعمل غير المشروع أنه قد يتعدد الخطأ ، ولكن مادام الضرر يجب أن يكون واحداً ، والضرر هو أحد أركان المسؤولية التقصيرية ، فوحدة الضرر قد تغلب على تعدد الخطأ ، فيتوحد المصدر وتكون المسؤولية تضامنية إذا وجد نص في القانون يقضي بالتضامن ، كما فعل التقنين المدني المصري (م ١٦٩) . وقد يغلب تعدد الخطأ على وحدة الضرر فيتعدد المصدر وتكون المسؤولية تضامية مادام لا يوجد نص في القانون يقضي بالتضامن ، كما هي الحال في القانون الفرنسي .

(٢) بدأ الفقه في فرنسا بالتمييز بين التضامن الكامل (solidarité parfaite) والتضامن الناقص (solidarité imparfaite) ، وانقسم الفقهاء في تحديد فيصل التفرقة بين هذين النوعين من التضامن بين رأيين : (١) رأى قال به مورلون (Mourlon) ، إذ ذهب إلى أن التضامن يكون كاملاً إذا وجدت بين المدينين المتضامنين مصلحة مشتركة بحيث يمكن أن يمثل كل منهم الآخرين . أما إذا كان المدينون المتضامنون لا توجد بينهم مصلحة مشتركة ولا يعرف بعضهم بعضاً ولا يمكن القول بأن كلا منهم يمثل الآخرين ، فالتضامن في هذه الحالة يكون ناقصاً (مورلون ٢ فقرة ١٢٦٠) . (٢) ورأى قال به أوبري ورو ، إذ ذهبوا إلى أن هناك نصوصاً تقيم التضامن مباشرة بين المدينين وهذا هو التضامن الكامل ، وهناك نصوص تقتصر على أن تجعل للدائن الحق في أن يطالب مدينين متعددين بدين واحد وهذا هو التضامن الناقص (أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثاً ص ٣١ -- ص ٣٤ وتعليق بارتان في هامش رقم ٦) .

والذى يميز الالتزام التضامى عن الالتزام التضامنى أن المدينين المتضامين فى الالتزام الأول لا يجمعهم وحدة المصلحة المشتركة كما تجمع المدينين المتضامين فى الالتزام الثانى . ذلك أن التضامن يقتضى كما قدمنا وحدة المصدر ، ووحدة المصدر هذه هى التى تفترض وجود المصلحة المشتركة بين المدينين المتضامين . أما فى الالتزام التضامى فالمصدر متعدد ، فلا محل إذن لافتراض وجود مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامين . وفى المثل المتقدم التزم كل كفيل بعقد مستقل ، فلم تكن هناك مصلحة مشتركة ما بين هؤلاء الكفلاء المتعددين ، وإنما يجمعهم كلهم دين واحد ، فكل منهم ملتزم بأدائه .

ولهذا التمييز أهمية كبيرة فى تعيين الآثار التى تترتب على التضام فى الالتزام وتلك التى تترتب على التضامن فيه . أما الآثار التى تترتب على التضامن فتقتصر على ما تقتضيه طبيعة الموقف ، إذ كل من المدينين مدين بنفس الدين وبكل الدين . فيترتب على ذلك بداهة أن الدائن يستطيع أن يطالب أى مدين منهم بكل الدين ، وإذا هو استوفاه من أحدهم برئت ذمة الآخرين . كذلك يستطيع أى مدين منهم أن يوفى الدائن كل الدين ، فتبرأ بذلك ذمة الآخرين . أما فيما

= ولكن ما لبث الفقه الفرنسى أن هجر هذا التمييز بين تضامن كامل وتضامن ناقص .
لأذا لا يوجد إلا نوع واحد من التضامن هو التضامن الكامل . أما ما يسمى بالتضامن الناقص فليس نوعاً آخر من التضامن ، بل هو نظام قانونى مستقل كل الاستقلال عن نظام التضامن (solidarité) ، ويمكن تسميته بنظام التضامن (in solidum) . ونظام التضامن يقوم على الاتفاق أو نص القانون . أما نظام التضامن فيقوم على طبيعة الأشياء ، حيث يجعل القانون مدينين متعددين مسئولين عن دين واحد نحو دائن واحد ، فيكون هؤلاء المدينون متضامين فى هذا الدين دون أن يكون هناك تضامن بينهم . وليس الالتزام التضامى هو فى الأصل التزام تضامى نزل درجة بعد أن استبعدت منه فكرة النيابة التبادلية ، بل إن للالتزام التضامى منطقة خاصة به وللالتزام التضامى منطقة أخرى لا تتلاقى مع المنطقة الأولى . والنظامان مستقلان أحدهما عن الآخر ، وليس الثانى مشتقاً من الأول . وإذا كانت المصلحة المشتركة بين المدينين المتعددين منعدمة فى نظام التضامن ، فذلك راجع إلى أنه لا توجد رابطة تربط ما بين هؤلاء المدينين ، وكل ما يجمع بينهم أن كلا منهم مسئول عن نفس الدين نحو نفس الدائن (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٩٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٩ — بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨٤٧ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٨٤ — جومران ٢ فقرة ٧٧١) . ويشور دى باج على فكرة الالتزام التضامى ثورة عنيفة (انظر دى باج ٣ فقرة ٢٣٠) ، بينما يدافع عنها دريدا (Derrida) دفاعاً قوياً (انظر أنسيكلوبيدى دالوز ٥ لفظ solidarité فقرة ١٣١ — فقرة ١٥٧) .

يتعلق برجوع المدينين المتضامين بعضهم على بعض ، فهذا يتوقف على ما بينهم من علاقة . فالكفلاء الذين كفلوا مديناً واحداً بعقود متوالية ، إذا وفي أحدهم الدين كله للدائن برئت ذمة الكفلاء الآخرين من هذا الدين نحو الدائن ، ولكن يجوز للكفيل الذى دفع الدين أن يرجع بدعوى الحلول عليهم ليطالب كلا منهم بحصته فى الدين ، كما يجوز له أن يرجع بكل الدين على المدين الأصلي . أما إذا وفى المدين الدين لدائنه فإنه لا يرجع على أحد من الكفلاء ، لأنه إنما دفع دين نفسه .

والآثار التى تترتب على التضامن فى الالتزام ، حيث يفترض وجود المصلحة المشتركة ما بين المدينين المتضامين ، أبعد مدى من ذلك . فسرى أن أى مدين متضامن تمكن مطالبته بكل الدين ، وإذا وفاه برئت ذمة الآخرين ، ويكون له فى الغالب حق الرجوع عليهم كل بقدر نصيبه . ولا يقتصر الأمر على ذلك ، إذ أن هناك مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامين كما قدمنا ، وهذه المصلحة هى التى تبرر مبدأ أساسياً فى التضامن يقضى بأن كل مدين متضامن يمثل الآخرين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم ، ولولا وجود هذه المصلحة المشتركة لما كان هناك محل لتمثيل المدينين الآخرين لا فيما يضر ولا فيما ينفع .

ومن أجل ذلك لا يقوم هذا التمثيل فى الالتزام التضامى حتى فيما ينفع ، إذ لا توجد مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامين . فإذا أعذر أحد الكفلاء المترابطين الدائن ، لم يكن الدائن معذراً بالنسبة إلى الكفلاء الآخرين . وإذا صدر حكم لمصلحة أحد هؤلاء الكفلاء لم يستفد منه الباقون . وكل مثل ذلك فى سائر الآثار التى تدعى بالآثار الثانوية (effets secondaires) للتضامن ، والتى سيأتى بيانها تفصيلاً فيما يلى (١) :

١٧٧ — أمثلة لالتزام التضامى فى القانون المصرى : وقد

أوردنا مثالا واحداً لالتزام التضامى . هو التزام الكفلاء المتعددين بعقود متوالية ، ونعزى هذا المثال بأمثلة أخرى :

(١) استشارى ، ط ١٥ أكتوبر سنة ١٨٩٧ القضاء د ص ١٣ .

(١) إذا كان الدائن بالنفقة الواجبة قانوناً يستطيع أن يطالب بها مدينين متعددين ، بأن تكون النفقة واجبة قانوناً على كل منهم ، استطاع مستحق النفقة أن يرجع بها على أيهم ، ويكون الجميع مدينين متضامين ، لأنهم جميعاً مسئولون عن دين واحد . فالمحل واحد ، ولكن الروابط متعددة ، وكذلك المصدر متعدد إذ كل من هؤلاء المدينين تربطه بالدائن رابطة من القرابة تختلف عن رابطة القرابة التي تربط الدائن بالآخرين وهذه الرابطة هي مصدر التزامه بدين النفقة .

(٢) قد يكون اثنان مسئولين عن دين واحد بموجب مصدرين مختلفين ، بأن يكون أحدهما مسئولاً بموجب عقد ويكون الآخر مسئولاً بمقتضى القانون . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٣٠ من التقنين البحري من أن « كل مالك لسفينة مسئول مدنياً عن أعمال قبودانها ، بمعنى أنه ملزم بدفع الخسارة الناشئة عن أى عمل من أعمال القبودان وبوفاء ما التزم به القبودان المذكور فيما يخص بالسفينة وتسفيرها » . فقد قرر هذا النص مسئولية مالك السفينة عن أعمال القبودان غير المشروعة وعن التزاماته التعاقدية فيما يخص بالسفينة وتسفيرها . أما مسئولية مالك السفينة عن أعمال القبودان غير المشروعة فهذه مسئولية المتبوع عن التابع في نطاق المسئولية التقصيرية ، ولذلك يكون الاثنان متضامين في هذه المسئولية عن العمل غير المشروع وفقاً لأحكام المادة ١٦٩ مدني ، ويكون هذا مثلاً للتضامن في الالتزام لا للتضامن فيه . ولكن مسئولية مالك السفينة عما يبرمه القبودان من عقود خاصة بالسفينة وتسفيرها ، فهذه مسئولية تضامية لاتضامية ، لأن التضامن في المسئولية العقدية لا بد فيه من نص القانون ، والنص هنا مقصور على جعل مالك السفينة مسئولاً عن وفاء ما التزم به القبودان ولم يصرح بقيام التضامن بينهما ، أى أنه اقتصر على جعل كل من المالك والقبودان مسئولاً عن نفس الدين وهذا هو التضامن .

(٣) كذلك يقوم الالتزام التضامني في المسئولية العقدية عن الغير . وتحقق هذه المسئولية إذا استخدم المدين بعقد شخصاً غيره في تنفيذ التزامه العقدى ، فيكون مسئولاً مسئولية عقدية عن خطأ هذا الشخص في تنفيذ العقد (١) .

(١) انظر في المسئولية العقدية عن الغير الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٣١ — فقرة ٤٣٢ .

(م ١٩ — الوسيط)

فالمؤجر مسئول عن تنفيذ التزاماته العقدية الناشئة عن عقد الإيجار نحو المستأجر ، وقد يعهد إلى بواب بتنفيذ بعض من هذه الالتزامات . فإذا قصر البواب في تنفيذها ، بأن أهمل مثلاً فتسبب عن إهماله أن سُرِق المستأجر ، أو أضاع المراسلات الموجهة إلى هذا المستأجر ، كان هذا خطأ يستوجب مسئولية البواب . ولما كان المؤجر مسئولاً هو أيضاً عن هذا الخطأ مسئولية عقدية ، فالالتزام بتعويض المستأجر في هذه الحالة واجب على البواب بخطأه ، ثم إن نفس الالتزام واجب أيضاً على المؤجر بمقتضى مسئوليته عن البواب . فهذا التزام واحد ، له مديتان . ولا يمكن القول بأنهما متضامتان ، فالتضامن مع المؤجر في مسئوليته العقدية لا بد فيه من نص . ولكن مميزات الالتزام التضامى قد توافرت هنا : محل واحد وروابط متعددة ومصادر متعددة . فدين التعويض محله واحد بالنسبة إلى كل من المؤجر والبواب . وهناك رابطتان مختلفتان ، إحداهما تربط المستأجر بالمؤجر ، والأخرى تربط المستأجر بالبواب . ومصدر التزام البواب خطأه التقصيرى ، أما مصدر التزام المؤجر فمسئوليته العقدية عن الغير (١) .

(٤) في المثليين المتقدمين رأينا أن شخصين يلتزمان بدين واحد بموجب مصدرين مختلفين . فالك السفينة مسئول عن تنفيذ العقد الذى

(١) وقد بينا عند الكلام فى المسئولية العقدية عن الغير فى الجزء الأول من الوسيط أن هذه المسئولية قد تتحقق إذا استخدم المدين أشخاصاً غيره فى تنفيذ التزامه العقدى ، فيكون مسئولاً مسئولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص الذى أضر بالدائن فى الالتزام العقدى . فيوجد إذن المسئول وهو المدين فى الالتزام العقدى ، والمضروب وهو الدائن فى الالتزام ، والغير وهم الذين استخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه . وتقوم المسئولية العقدية عن الغير حيث يوجد عقد صحيح بين المسئول والمضروب وحيث يكون الغير مكلفاً بتنفيذ هذا العقد . فالمؤجر مسئول عن البواب قبل المستأجر : المسئول هنا هو المؤجر ، والمضروب هو المستأجر ، وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الإيجار ، والغير المكلف بتنفيذ هذا العقد من قبل المسئول هو البواب . ويتبين من ذلك أن هناك حدين لنطاق المسئولية العقدية عن الغير : الحد الأول أن يكون هناك بين المسئول والمضروب عقد صحيح ، والحد الثانى أن يكون الغير معهوداً إليه فى تنفيذ هذا العقد . ويجب أن يكون الغير قد أحدث الضرر فى حال تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذه . فيكون الغير مسئولاً عن تعويض هذا الضرر مسئولية تقصيرية إذ لا عقد يربطه بالمضروب ، أما المرتبط بالعقد فشول نحو المضروب مسئولية عقدية عن الغير ، ويكون الاثنان مسئولين عن دين واحد هو التعويض دون أن يكونا متضامنين فى هذا الدين (انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٣١ وفقرة ٤٣٣) .

أبرمه القبودان ، وهنا التابع - أى القبودان - هو الذى أبرم العقد ، فيصبح المتبوع مسئولاً عن تنفيذه . والمؤجر مسئول عن خطأ البواب فى تنفيذ عقد الإيجار ، وهنا - على خلاف الحالة الأولى - المتبوع هو الذى أبرم العقد والتابع هو الذى ينفذه . ويمكن أن نتصور حالة ثالثة يكون فيها الشخصان مسئولين أحدهما عن الآخر ، فلا تابع ولا متبوع ، ويكونان مسئولين عن دين واحد بموجب مصدرين مختلفين ، وليكن هذان المصدران خطأين أحدهما عقدي والآخر تقصيرى . « فإذا تعاقد عامل فنى مع صاحب مصنع - كما كتبنا فى الجزء الأول من الوسيط - أن يعمل فى مصنعه مدة معينة ، وأخل بتعهدده فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل فى مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه ، كان العامل الفنى وصاحب المصنع المنافس مسئولين معاً نحو صاحب المصنع الأول ، كل منهما عن تعويض كامل . وتفسير ذلك لا يرجع إلى تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية ، بل يرجع إلى أن العامل الفنى مسئول عن تعويض كامل لأنه أخل بالتزامه العقدي ، وصاحب المصنع المنافس مسئول أيضاً عن تعويض كامل لأنه ارتكب خطأ جعله مسئولاً . فيكون كل منهما مسئولاً عن تعويض ضرر واحد تعويضاً كاملاً . وهذه ليست مسئولية بالتضامن (solidarité) بل هى مسئولية مجتمعة (تضامية in solidum) (١) . وكذلك يكون الحكم إذا كان كل من الخطأ العقدي والخطأ التقصيرى غير عمد ، كما إذا ارتكب أمين النقل وهو ينقل بضاعة خطأ بأن سار بسرعة كبيرة ، فاصطدم بسيارة أخرى ارتكب سائقها هو أيضاً خطأ بأن كان يسير من جهة الشمال ، فخطأ أمين النقل هنا خطأ عقدي غير عمد وخطأ الغير (سائق السيارة الأخرى) خطأ تقصيرى غير عمد ، ومع ذلك يكون أمين النقل والغير مسئولين معاً مسئولية مجتمعة (تضامية) . ويلاحظ فى المثلى المتقدمين أن مرتكب الخطأ العقدي لا يكون مسئولاً إلا عن الضرر المتوقع ، أما مرتكب الخطأ التقصيرى فيكون مسئولاً أيضاً عن الضرر

(١) أما فى فرنسا فيقوم بين العامل وصاحب المصنع المنافس تضامن (solidarité) لاتضام فعسب ، وذلك بموجب المادة الثالثة من قانون ٥ فبراير سنة ١٩٣٢ ، بل كان القضاء الفرنسى يقضى بالتضامن حتى قبل صدور هذا القانون (بلانيول وريبير وجابولد ٧ نفاة ١٠٦٨ ص ٤٢٦ وفقرة ١٠٧٢) .

غير المتوقع مادام ضرراً مباشراً . فالمسئولية المجتمعة (التضاممية) إنما تقوم بينهما فيما يشتركان في التعويض عنه وهو الضرر المتوقع ، وينفرد مرتكب الخطأ التقصيري بالمسئولية عن الضرر غير المتوقع . والفرق بين المسئولية بالتضامن (solidarité) والمسئولية المجتمعة (التضاممية in solidum) أن التضامن يختص بأحكام لا تشاركه فيها المسئولية المجتمعة (التضاممية) ، فالمسئولون بالتضامن يمثل بعضهم بعضاً فيما ينفع لا فيما يضر . فإذا تصالح الدائن مع أحد المسئولين بالتضامن ، وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى استفاد منه الباقيون ، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه (م ٢٩٤ مدني) . وإذا أقر أحد المسئولين المتضامنين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقيين ، وإذا نكل أحد المسئولين المتضامنين عن الدين أو وجه إلى الدائن يمينا حلفها فلا يضار بذلك باقي المسئولين ، وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف فإن المسئولين الآخرين يستفيدون من ذلك (م ٢٩٥ مدني) . وإذا صدر حكم على أحد المسئولين المتضامنين فلا يحتاج بهذا الحكم على الباقيين ، أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقيون إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمسئول الذي صدر الحكم لصالحه (م ٢٩٦ مدني) . وإذا أعذر الدائن أحد المسئولين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي المسئولين ، أما إذا أعذر أحد المسئولين المتضامنين الدائن فإن باقي المسئولين يستفيدون من هذا الإعذار (م ٢٩٣ فقرة ٢ مدني) . هذه الأحكام هي خاصة بالمسئولية التضاممية دون المسئولية المجتمعة (التضاممية) ، ومن ثم تقوم هذه الفروق بين المسئوليتين «(١)» .

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٢٠ ص ٩٢٨ — ص ٩٢٩ — وإذا أدخل المتعاقدان في عقد واحد بمسئوليتهم العقدية ، فهما شريكان في هذه المسئولية ، ولكنها ليست مسئولية تقصيرية حتى يقوم التضامن بينهما . ولما كان مصدر المسئولية هو العقد ، فلا بد من شرط التضامن ، وإلا انقسم الالتزام بينهما . ويذهب بلانير وريبير وجابولد إلى اعتبار المسئولية هنا ، في القليل ، مسئولية تضاممية ، إن لم يمكن اعتبارها مسئولية تضاممية (بلانير وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧١) . ولكن الالتزام التضاممي يشترط فيه — على ما نرى — أن يكون المصدر متعدداً ، وهنا المصدر عقد واحد .

(٥) وفي الدعاوى المباشرة (actions directes) نجد أيضاً الدائن له مدينان، يرجع على كل منهما بنفس الدين، دون أن يكون المدينان متضامنين، فيكون الالتزام بهذا الدين الواحد التزاماً تضامياً لا تضامنياً (١). مثل ذلك مانصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٩٦ مدني من أن « يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن يندره المؤجر ». فهنا المؤجر يستطيع أن يرجع بالأجرة على كل من المستأجر الأصلي بموجب عقد الإيجار الأصلي والمستأجر من الباطن بموجب عقد الإيجار من الباطن وهو يعطى للمؤجر دعوى مباشرة بالأجرة. فتتوافر بذلك عناصر الالتزام التضاممي : دين واحد هو الأجرة، وروابط متعددة هي الرابطة التي تربط المؤجر بالمستأجر الأصلي وتلك التي تربط المؤجر بالمستأجر من الباطن، ومصادر متعددة هي عقد الإيجار الأصلي وعقد الإيجار من الباطن. وقبل مثل ذلك في جميع الأحوال التي يعطى النص فيها للدائن دعوى مباشرة قبل مدين المدين، كما في دعوى الموكل قبل نائب الوكيل، ودعوى نائب الوكيل قبل الموكل، وفي دعوى رب العمل قبل نائب الفضولي، وغير ذلك من الدعاوى المباشرة، وقد سبق الكلام في ذلك تفصيلاً في الجزء الثاني من الوسيط (٢).

(١) انظر دريدا (Derrida) في أنريكلوبيدي دالوز ه لفظ solidarité فقرة ١٤٦ — فانسان Vincent في المجلة الفعلية للقانون المدني سنة ١٩٣٩ ص ٢٦ — ص ٣٨ و ص ٦٤ — وقارن كولان وكابيتان ٢ ص ٤٦٧ هامش رقم ١ .

(٢) الوسيط الجزء الثاني فقرة ٥٥٥ فقرة ٥٦٦ .
هذا ويمكن إيراد أسئلة أخرى للمسئولية التضاممية . فمسئولية المنيب والمناب في الإنابة المقاصرة هي مسئولية تضاممية (بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٦٨٢ هامش رقم ١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٥٤ — فانسان Vincent في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٩ ص ٣٩) . وفي كل حالة يكون فيها شخصان مسئولين عن دين واحد لسببين مختلفين، تكون مسئوليتهم عن هذا الدين مسئولية تضاممية . مثل ذلك أن يبيع المقترض عينا، ويشترط على المشتري أن يدفع الثمن للقرض وفاء للقرض . فهنا يوجد شخصان مسئولان عن وفاء القرض : المقترض وسبب مسئولية عقد القرض، والمشتري وسبب مسئولية عقد البيع بما يشتمل عليه من اشتراط لمصلحة الغير (استئناف مختلف ٢٩ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٥٣) ، فلا يقوم تضامن بين المقترض والمشتري، ولكن يكون هناك تضامن بينهما (انظر الموجز للمؤلف ص ٥١٥ هامش رقم ١) .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على تضامن المدينين

١٧٨ - المعرفة بين الدائن والمدينين ومعرفة المدينين بعضهم

بعضى : هنا أيضا نبحت ، كما بحثنا في تضامن الدائنين ، أمرين : (١) العلاقة بين الدائن والمدينين (٢) وعلاقة المدينين بعضهم ببعض .

المطلب الأول

العلاقة بين الدائن والمدينين

١٧٩ - المبادئ الأساسية : المبادئ الأساسية التي تقوم عليها العلاقة

ما بين الدائن والمدينين في التضامن السلبي هي نفس المبادئ التي تقوم عليها العلاقة ما بين المدين والدائنين في التضامن الإيجابي :

(أولا) فللدائن مطالبة أى مدين متضامن بكل الدين . ولأى مدين متضامن الوفاء بكل الدين للدائن . ووفاء أحد المدينين بكل الدين يبرىء ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن (م ٢٨٤ - ٢٨٥ مدنى) . ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة وحدة المحل ، فالدائن يستطيع أن يطالب بالكل ، كما يستطيع أى مدين أن ينى بالكل ، لأن الكل في هذه الحالة شئ واحد .

(ثانيا) أما أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء ، من تجديد ومقاصة واتحاد ذمة وإبراء وتقادم ، فانها إذا تحققت بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين اقتصر أثرها عليه دون أن تتعدى إلى سائر المدينين ، ولا يحتاج أى من هؤلاء بها إلا بقدر حصة المدين الذى قام به سبب الانقضاء (م ٢٨٦ - ٢٩٢ / ١ مدنى) . ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة تعدد الروابط ، فكل مدين تربطه بالدائن رابطة تتميز عن روابط المدينين الآخرين ، فاذا انقضت هذه الرابطة بسبب غير الوفاء لم يترتب على ذلك انقضاء الروابط الأخرى .

(ثالثاً) ولا يجوز لأى مدين متضامن أن يأتى عملاً من شأنه أن يضر بباقي المدينين ، ولكن إذا أتى عملاً من شأنه أن ينفعهم أفادوا منه (م ٢/٢٩٢ - ٢٩٦ مدنى) . ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة النيابة التبادلية ، فكل مدين يمثل الآخرين فيما ينفع لا فيما يضر . وهذا ما جرت العادة بتسميته الآثار الثانوية (effets secondaires) للتضامن (١) .

فتكلم إذن هنا ، كما تكلمنا فى التضامن الإيجابى ، فى مسائل ثلاث :
(١) انقضاء الدين بالوفاء (٢) انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء
(٣) الآثار الثانوية للتضامن بين المدينين .

§ ١ - انقضاء الدين بالوفاء

١٨٠ - المصوصى القانونية : تنص المادة ٢٨٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :
« إذا كان التضامن بين المدينين ، فان وفاء أحدهم بالدين مبرىء لزمة الباقين » .

وتنص المادة ٢٨٥ على ما يأتى :

« ١ - يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامين بالدين مجتمعين أو منفردين ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين » .
« ٢ - ولا يجوز للمدين الذى يطالب الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق يقيم التضامن السلبى على فكرتى الكفالة والوكالة (م ١٠٨/١٦٢) . انظر فى هذا المعنى استئناف مخطط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ١٨٢ .
ويفسر بيدان ولاجارد جميع ابداء الثلاثة بفكرة النيابة التبادلية (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١٧ وما بعدها) ، ولكن هذه الفكرة وحدها لا تكفى ، فهى تضيق مثلاً عن تفسير القاعدة التى تقضى بأنه لا يجوز للمدين أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، وكان من حقه أن يحتج بها بمقتضى النيابة التبادلية (دريدا Derrida أنسيكلويدى دالبرز ه لفظ solidarité فقرة ٦١) .

الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ١٠٨/١٦٢ - ١٦٤ و ١٠٩/١٦٥ و ١١٢/١٦٨ (٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٨٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٠٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - إذا كان التضامن بين المدينين ، كان كل منهم ملزماً بالدين جميعه ، وكان وفاء أحدهم بالدين مبرئاً للذمة الباقين . ٢ - ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد المدينين المتضامين ، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام » . وفى لجنة المراجعة حذف الحكم الخاص بالتزام أى من المدينين المتضامين بكل الدين لأنه ورد فى المادة التالية ، وكذلك حذفت الفقرة الثانية لأنها لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٢٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣ - ص ٦٤) .

م ٢٨٥ : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٩٧ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٥ - ص ٦٧) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٠٨/١٦٢ - ١٦٤ : لا يلزم كل واحد من المتهدين بوفاء جميع المتعهد به إلا إذا اشترط تضامنهم لبعضهم فى العقد أو أوجه القانون . وفى هذه الحالة يعتبر المتعهدون كفلاء لبعضهم بعضاً ووكلاء عن بعضهم بعضاً فى وفاء المتعهد به ، وتتبع القواعد المتعلقة بأحكام الكفالة والتوكيل .

م ١٠٩/١٦٥ : يجوز للدائن أن يجمع مدينه المتضامين فى مطالبته بدينه أو يطالبهم به منفردين ، ما لم يكن دين بعض المدينين المذكورين مؤجلاً لأجل معلوم أو معلقاً على شرط .

م ١١٢/٢٦٨ : لكل من المدينين المذكورين الحق فى التمسك بأوجه الدفع الخاصة بشخصه وبالأوجه العامة لجميعهم .

(وأحكام التقنينين القديم والجديد واحدة فى هذه المسائل بالرغم من اختلاف الأسلوب . وقد قدما أن التقنين المدنى السابق صرح بالأساس الذى تبني عليه أحكام التضامن السلبى ، فذكر أن المدينين يعتبرون كفلاء بعضهم بعضاً ووكلاء بعضهم عن بعض فى وفاء الدين وأن تتبع أحكام الكفالة والوكالة . والأولى عدم ذكر هذه الأسس الفقهية فى التشريع ، لا سيما أنه ليس صحيحاً أن جميع أحكام الكفالة والوكالة تنطبق فى التضامن السلبى) .

المادتين ٢٨٤ - ٢٨٥ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٧١ - ٢٧٢ ، وفي
التقنين المدني العراقي المادتين ٣٢١ - ٣٢٢ ، وفي تقنين الموجبات والعقود
الليبي المواد ٢٣ و ٢٥ - ٢٩ (١) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني المصري م ٢٨٤ - ٢٨٥ (مطابقان
للمادتين ٢٨٤ - ٢٨٥ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٢٧١ - ٢٧٢ (مطابقان للمادتين ٢٨٤ - ٢٨٥ من التقنين
المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٢١ : ١ - إذا كان المدينون متضامنين ، فلدائن أن يطالب بالدين
كله من شاء منهم ، وأن يطالبهم به مجتمعين ، ومطالبته لأحدهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين .
٢ - ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالفداء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر إلا بقدر
نصيب هذا المدين إذا كان قد انقضى بوجه من الوجوه ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع
الخاصة به هو وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً .
م ٣٢٢ : إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بتمامه عيناً أو بمقابل أو بطريق الخيانة ،
برئت ذمته ويبرأ منه المدينون الآخرون .
(وهذه المسوس تنفذ في أحكامها مع أحكام التقنين المدني المصري وإن اختلفت في السبارة
والأسلوب : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٠٤
وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود الليبي م ٢٣ : يكون الموجب متضامناً بين المدينين حين يكون
عدة مدينين ملزمين بدلين واحد بكل منهم يجب اعتباره في علاقاته بالدين كدين بمجموعة هذا
الدين ، فيقال إذ ذاك « تضامن المدينين » . على أن التضامن لا يحول دون قسمة الدين بين
ورثة المدين المتضامن .

م ٢٥ : إذا وجد موجب التضامن بين المدينين ، فإن سبب هؤلاء ملزمون بالشيء ذاته
ولكن بمقتضى روابط متميزة ومستقلة بعضها عن بعض ، ولا سيما فيما يختص : ١ - بصحة
هذه الروابط . ٢ - باستحقاقها . ٣ - بسقوطها .

م ٢٦ : يحق لكل من المدينين المتضامنين أن يدلي بأسباب الدفاع المختصة به والمشاركة بين
جميع المدينين .

م ٢٧ : إن أسباب الدفاع المختصة بكل من المدينين هي التي يمكن أن يدلي بها واحد أو عدة
منهم ، وأخصها : ١ - الأسباب الممكنة من الإبطال (الإكراه والخداع والغلط وعدم الأهلية)
سواء أكانت مختصة بأحد المدينين أم ببعضهم ٢ - الشكل (الأصل أو الشرط) الذي لا يشمل
ما التزمه الجميع . ٣ - أسباب سقوط الموجب التي لم تحدث للجميع .

م ٢٨ : أسباب الدفاع المشتركة هي التي يمكن أن يدلي بها جميع المدينين بالموجب المتضامن
وهي على الخصوص : ١ - أسباب البطلان (كوضوح غير مباح وكفقدان الصيغ المطلوبة =

١٨١ - لاى مدين متضامن أنه يوفى الدائن كل الدين : وهذا

ما تنص عليه المادة ٢٨٤ مدنى ، كما رأينا ، إذ تقول : إذا كان التضامن بين المدينين ، فإن وفاء أحدهم بالدين مبرىء لزمه الباقين . فأى مدين إذن يستطيع أن ينى الدين كله للدائن ، ولا يستطيع الدائن أن يرفض الاستيفاء ، كما لا يستطيع أن يفرض على المدين ألا يوفيه إلا حصته فى الدين إذا أصر المدين على الوفاء بالدين كله (١). وهذا ما لم يتفقا على أن يدفع المدين للدائن حصته فى الدين فقط ، فعند ذلك يكون للدائن أن يرجع على أى مدين آخر بالدين من استنزال حصة المدين المدفوعة (٢). وكما لا يجبر المدين على أن يوفى حصته فقط ، كذلك لا يستطيع هو

= (شرعا الخ) التى تشمل ما التزمه الجميع . ٢ - الشكل أو الأجل أو الشرط الشامل لما التزم به الجميع . ٣ - أسباب الإسقاط التى أفقت إلى سقوط الدين عن الجميع .

م ٢٩ : إن الإيفاء أو أداء العوض أو إيداع الشيء المستحق أو المقاصة التى جرت بين أحد المدينين والدائن كلها تبرىء ذمة سائر الموجب عليهم .

(وهذه نصوص تتفق فى أحكامها بوجه عام مع أحكام التقنين المدنى المصرى فيما عدا حكم المقاصة ، فلا يحتج بالمقاصة فى التقنين المصرى إلا بمقدار نصيب من وقعت المقاصة معه . والتقنين البنائى يزخر ، كما نرى ، بالأساليب والتفصيلات الفقهاء) .

(١) لارومبيير م ٣ ١٠٢٤ فقرة ٤ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٩ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠١١ . ويلاحظ أن المادة ٢٩٠ مدنى تقضى بأنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، بقى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك . والفرق بين صورة الإبراء هذه وصورة استيفاء الدائن لحصة أحد المدينين أن المفروض فى الصورة الثانية أن الدائن قد استوفى فعلا هذه الحصة ، فلم يعد له إلا باقى الدين يرجع به على أى مدين متضامن آخر . أما فى الإبراء فالمفروض أن الدائن قد اقتصر على الإبراء من التضامن دون أن يستوفى حصة المدين المبرأ ، ومن ثم إذا طالب مديناً آخر كان له أن يطالبه بكل الدين لأنه لم يستوف من هذا الدين شيئاً ، وهذا ما لم يكن قد اتفق مع المدين المبرأ على استنزال حصته من الدين عند الرجوع على أحد من المدينين الآخرين كما يقول النص . وهناك فرق آخر من ناحية الصناعة القانونية : فاستيفاء الحصة لا بد فيه من إرادتين متوافقتين ، أما الإبراء فتكفى فيه إرادة الدائن وإن كان يرتد برد المدين (م ٣٧١ مدنى) .

وكل مبلغ يدفعه أحد المدينين المتضامنين للدائن ، سواء كان هذا المبلغ مساوياً لحصة هذا المدين أو أقل أو أكثر ، يستطيع المدينون الآخرون التمسك به لاستنزاله من الدين عند رجوع الدائن عليهم (استئناف مخطوط ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م - ٤٣ ص ٣٠٢) ، وهذا ما لم يكن المدين قد اتفق مع الدائن على أنه إنما يدفع له حصته فى الدين أو جزءاً منها كما سبق القول (انظر تفصيل ذلك فيما يلى فقرة ٢٠٤ فى الهامش) .

هو أن يجبر الدائن على استيفاء هذه الحصة إذا أصر الدائن على أن يستوفى الدين كله .

وإذا وفى المدين الدين كله للدائن ، برئت ذمة سائر المدينين المتضامنين . ويكون للمدين الذى وفى الدين الرجوع عليهم كل بقدر حصته ، على الوجه الذى سنبينه فيما يلى . وإذا رفض الدائن أن يستوفى الدين كله من أى مدين متضامن ، كان لهذا المدين أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً وفقاً للإجراءات المقررة ، ومتى تم هذا العرض برئت ذمة كل المدينين المتضامنين .

١٨٢ — وللدائن أنه يستوفى الدين كله من أى مدين متضامن :

وهذا ما يقرره صدر الفقرة الأولى من المادة ٢٨٥ مدنى ، كما رأينا ، إذ يقول « يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين » . فللدائن أن يختار أى مدين متضامن — أكثرهم ملاءة أو أيسرهم وفاء أو من يشاء منهم فكلهم متضامنون فى الدين — وبطالبه بالدين جميعه لا بحصته منه فحسب (١). وهذا يرجع كما قدمنا إلى وحدة المحل فى الالتزام التضامنى ، وهذا هو أيضاً أهم أثر للتضامن السلبى ، فان هذا النوع من التضامن مقرر فى الأصل لمصلحة الدائن ، بل هو يفوق فى الضمان الكفالة ولو كان الكفيل متضامناً كما سبق القول (٢) .

ويبقى للدائن حقه فى الرجوع بكل الدين على أى مدين يختاره حتى لو كان له تأمين عيني كرهن أو حق امتياز ، فله بالرغم من وجود هذا التأمين أن يرجع على المدين الذى اختاره قبل أن يرجع على العين المرهونة أو المثقلة بحق الامتياز ، وهذا حتى لو كانت هذه العين مملوكة لغير هذا المدين (٣). ذلك أن القانون لم

(١) مصر الوطنية ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٩٣ — استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٩٤ — ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٩٨ — ١٧ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٤٢ — ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٤ .

(٣) ولا يخل هذا الحكم بجواز الاتفاق على أن يرجع الدائن على المدينين المتضامنين بترتيب معين ، أو على أن يرجع الدائن أولاً بالتأمين العيني (لارومبيير ٣ م ١٢٠٣ فقرة ٣ — هيك ٧ فقرة ٣١٦ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٧) .

يحتّم على الدائن أن يرجع أولاً على العين انحمله بالضمان العيني (١)، فقد يجد الدائن أن الدعوى الشخصية التي يطالب بها المدين المتضامن بالدين كله أيسر حملاً وأقل كلفة وأبسط في الإجراءات من الدعوى العينية التي يرجع بها بمقتضى التأمين العيني (٢).

وليس للمدين إذا طالبه الدائن بالدين كله ، أن يقتصر على دفع حصته في الدين (٣)، فانه بالنسبة إلى الدائن قد انشغلت ذمته بكل الدين ولا يستطيع أن يجزىء الوفاء . وقد رأينا نظيراً لهذا الحكم في حالة ما إذا كان المدين هو الذي يتقدم من تلقاء نفسه ، ومن غير مطالبة من الدائن ، بدفع حصته في الدين ، فان الدائن لا يجبر على قبول الوفاء الجزئي (٤).

١٨٣ - مراعاة ما يلحق رابطة كل مدين من وصف : ولما كان

الالتزام التضامني ، إلى جانب أنه موحد المخل ، متعدد الروابط ، فان هذه الروابط المتعددة قد يكون بعضها موصوفاً والبعض غير موصوف ، وقد يكون الوصف الذي يلحق رابطة منها غير الوصف الذي يلحق الرابطة الأخرى ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . فيجوز أن يكون أحد المدينين المتضامين مديناً تحت شرط واقف ، ويكون مدين آخر دينه مضاف إلى أجل ، ويكون مدين ثالث دينه منجز . ففي هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأول

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً يحتّم ذلك ، ولكنه حذف .
(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٨ . بل لا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بكل الدين أن يؤخر الوفاء ، بدعوى أن هناك نزاعاً لا يزال منظوراً أمام القضاء بينه وبين المدينين الآخرين بشأن حصة كل منهم في الدين ، وأنه يخشى لو دفع الدين كله أن يتحمل إعسار أحد من هؤلاء المدينين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٨) .

(٣) وحق اقتصار المدين على دفع حصته في الدين إنما أعطى للكفيل إذا تعدد الكفلاء دون تضامن بينهم ، ويسمى بحق التقسيم (bénéfice de division) . ولكن هذا الحق ، إذا جاز للكفيل غير المتضامن ، لا يجوز للكفيل المتضامن ، ومن باب أولى لا يجوز للمدين المتضامن .
(٤) انظر الفقرة السابقة - ولكن إذا كان المدينان المتضامنان لا يملك كل منهما أكثر من خمسة أفدنة ، وإن كان مجموع ما يملكان أكثر من خمسة أفدنة ، لم يجوز للدائن أن ينفذ على أي منهما بدعوى أنهما يملكان معاً نصاب الحجز (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٣) .

إلا إذا تحقق الشرط ، ولا على المدين الثاني إلا عند حلول الأجل ، ويجوز له الرجوع فوراً على المدين الثالث . وإلى هذا تشير المادة ٢٨٤ مدني إذ تقول : « ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين » . وقد تقدم مثل ذلك في التضامن الإيجابي .

وقد بطراً الوصف على الرابطة بعد تمام التعاقد ، نمنح الدائن أحد المدينين المتضامين بعد قيام الدين أجلاً للوفاء ، فلا يجوز للمدينين الآخرين أن يتمسكوا بهذا الأجل ، كما لا يتمسك المدين في التضامن الإيجابي بالأجل الذي يمنحه له أحد الدائنين المتضامين في حق الدائنين الآخرين (١) . وإذا كان الدائن ، عند ما يبرىء أحد المدينين المتضامين من التضامن . يستبقى حقه في الرجوع على الباقيين بكل الدين (م ٢٩٠ مدني) ، فأولى أن يستبقى حقه في الرجوع فوراً على الباقيين إذا هو أجل الدين لأحدهم .

١٨٤ - اذغال المدينين المتضامين الآخرين في الدعوى وهو لهم فيها :

وإذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامين بكل الدين على الوجه الذي أسلفناه ، كان لهذا المدين أن يدخل في الدعوى باقي المدينين المتضامين أو بعضهم ، حتى إذا حكم عليه بكل الدين حكم له على كل من الآخرين بقدر حصته (٢) . ولا يجوز للدائن أن يعارض في ذلك ، فقد نصت المادة ١٤٣ من تقنين المرافعات على أن « للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها ، ويتبع في اختصاص الغير الأوضاع المعتادة في التكليف بالحضور » (٣) . ويتعين

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٥ وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٨ — وانظر أيضاً المادة ١٩ من تقنين المراجبات والعقود اللبناني .
(٢) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ ١٣٠ ص ٢٠٨ — ٣ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٩٥ .

(٣) ديرانتون ١١ فقرة ٢١٥ — لارومبيير ٣ م ١٢٠٣ فقرة ٤ — ديمولوب ٢٦ فقرة ٣١٦ — هيك ٧ فقرة ٣١٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٤ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١٨ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٩٧ ص ٢٧٩ — وانظر عكس هذا الرأي فلا يجوز للمدين طلب التأجيل لإدخال باقي المدينين في الدعوى لوران ١٧ فقرة ٢٩٧ — دى باج ٣ فقرة ٣٤٣ — الأستاذ أحمد حشمت أبو سبت فقرة ٧٠٦ .

على المحكمة إجابة المدين إلى طلبه وتأجيل الدعوى لإدخال باقي المدينين ، إذا كان المدين قد كلفهم بالحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ رفع الدعوى عليه من الدائن ، أو إذا كانت الثمانية الأيام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى ، وفيما عدا ذلك يكون التأجيل لإدخال باقي المدينين المتضامنين جوازيًا للمحكمة (م ١٤٦ مرافعات) . ويقضى في الدعوى الأصلية المرفوعة من الدائن على المدين وفي طلب هذا المدين للرجوع على باقي المدينين بحكم واحد كلما أمكن ذلك ، وإلا فصلت المحكمة في الرجوع على باقي المدينين بعد الحكم في الدعوى الأصلية إذا اقتضى الفصل في الرجوع إجراءات طويلة للتثبت من حصة كل مدين في الدين » (م ١٤٧ مرافعات) .

بل إن للمحكمة من تلقاء نفسها ، دون طلب من المدين ، أن تأمر بإدخال باقي المدينين المتضامنين في الدعوى ، فقد نصت المادة ١٤٤ من تقنين المرافعات على أن « للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال : (١) ... (ب) من تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو حق أو التزام لا يقبل التجزئة ... وتعين المحكمة ميعادا لحضور من تأمر بإدخاله ومن يقوم من الخصوم بإعلانه » . وهذا حكم مستحدث في تقنين المرافعات الجديد .

وكما يجوز إدخال باقي المدينين المتضامنين في الدعوى ، يجوز كذلك أن يتدخلوا هم من تلقاء أنفسهم ، لبرءوا حقوقهم وليمنعوا ما قد يقع من تواطؤ بين الدائن والمدين المرفوعة عليه الدعوى . وقد نصت المادة ١٥٣ من تقنين المرافعات على أنه « يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضما لأحد الخصوم أو طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى » . وتنص المادة ١٥٥ من نفس التقنين على أن « تحكم المحكمة على وجه السرعة في نزاع يتعلق بقبول الطلبات العارضة أو التدخل . ولا يترتب على الطلبات العارضة أو التدخل إرجاء الحكم في الدعوى الأصلية متى كانت صالحة للحكم فيها . وتحكم المحكمة في موضوع الطلبات العارضة أو في طلبات التدخل مع الدعوى الأصلية كلما

= ولكن لا يجوز أن يطالب المدين الدائن بإدخال بقية المدينين في الدعوى ، لأنه مشغول نحو الدائن عن كل الدين ، فإذا أراد أن يدخل باقي المدينين في الدعوى ، فعليه هو لا على الدائن أن يدخلهم (بيدان لاجارد ٨ فقرة ٨١٨ ص ٦٠٦) .

أمكن ذلك . وإلا استبقت الطلب العارض أو طلب التدخل للحكم فيه بعد تحقيقه (١) . »

١٨٥ - مطالبة مدين بغير آصر : وإذا اختار الدائن مدينا متضامنا

وطالبه بكل الدين ، ثم رأى بعد ذلك أن يوجه مطالبته لمدين متضامن آخر ظهر له فيما بعد أن مطالبته أكثر جدوى أو أيسر أو بدا له أى سبب آخر لهذه المطالبة الجديدة ، فإن المطالبة الأولى للمدين الأول لا تمنع من مطالبة المدين الآخر . فللدائن إذن أن يدخل المدين الآخر خصما في الدعوى الأولى ويطلب الحكم على الاثنين بالدين متضامين فيه ، وله أن يترك دعواه الأولى ويرفع دعوى جديدة على المدين الآخر بطالبه فيها وحده بكل الدين (٢).

وإذا فرض أن الدائن استمر في مطالبة المدين الأول ولم يستطع من وراء هذه المطالبة أن يحصل منه إلا على جزء من الدين ، فإنه يستطيع أن يطالب أى مدين آخر بالباقي من الدين بعد استنزال الجزء الذى استوفاه من المدين الأول . وهذا هو الحكم حتى لو كان المدين الآخر الذى يرجع عليه الدائن مفلسا ، فإن الدائن لا يدخل في التفليسة إلا بالباقي من الدين بعد استنزال ما استوفاه من المدين الأول ، ثم إن ما يبقى له بعد الرجوع على التفليسة يرجع به على أى من المدينين الآخرين أو على سائرهم ، حتى لو حصل النصلح مع المفلس . كذلك يدخل في التفليسة المدين المتضامن الذى وفى الدين بقدر ما وفاه عن المفلس . وهذه الأحكام تنص عليها صراحة المادة ٣٤٩ من التقنين التجارى إذ تقول : « إذا استوفى المدين الحامل لسند متضامن فيه المفلس وغيره بعضا من دينه قبل الحكم بإشهار الإفلاس ، فلا يدخل في روكية التفليسة إلا بالباقي بعد استنزال ما استوفاه ويبقى حقه في المطالبة بالباقي محفوظا له على الشريك أو الكفيل ، ويدخل الشريك أو الكفيل المذكور في روكية المفلس بقدر ما دفعه وفاء عنه .

(١) انظره في هذا المعنى لارومبيير ٣ م ١٢٠٣ فقرة ٤ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٥ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٠ — بيدان وجابولاد ٨ فقرة ١٠٨١ .

وللمداين مطالبة الشركاء في الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس (١) .

١٨٦ - مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين : وإذا كان للدائن أن

يطالب أى مدين متضامن منفرداً بكل الدين ، فما لا شك فيه أن له أيضاً أن يطالبهم جميعاً بكل الدين فيوجه إليهم المطالبة مجتمعين . وتقول المادة ٢٨٥ مدنى ، كما رأينا ، فى هذا الصدد : « يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين .. » . وبستطيع أيضاً أن يوجه المطالبة إلى فريق منهم دون فريق (٢) . وقد رأينا أن أى مدين متضامن وجه إليه الدائن المطالبة وحده يستطيع أن يدخل الباقي فى الدعوى وأن الباقي يستطيعون أن يدخلوا فى الدعوى من تلقاء أنفسهم ، هذا إذا لم يستعمل الدائن حقه فى مطالبتهم مجتمعين على النحو الذى بيناه .

ومتى اجتمع المدينون المتضامنون أو بعضهم فى الدعوى ، فإن الحكم يصدر عليهم بالدين متضامنين فيه (٣) ، فيستطيع الدائن بموجب هذا الحكم أن ينفذ

(١) أما إذا كان كل من المدينين المتضامنين مفلسين ، فإن الدائن يدخل فى كل تفليسة بمقدار كل الدين . وتنص المادة ٣٤٨ من التقنين التجارى فى هذا الصدد على ما يأتى : « إذا كانت بيد أحد المداينين سندات دين مضمأة أو محولة أو مكفولة من المفلس وآخرين ملتزمين معه على وجه التضامن ومفلسين أيضاً ، جاز له أن يدخل فى التوزيعات التى تحصل فى جميع روكيات تفليساتهم ، ويكون دخوله فيها بقدر أصل المبلغ المحرر به السند وما يتبعه إلى تمام الوفاء . ولاحق لتفليسات الملتزمين بدين واحد فى مطالبة بعضها بعضاً بالخصص المدفوعة منها ، إلا فى حالة ما إذا كان مجموع تلك الخصص المدفوعة من روكيات هذه التفليسات يزيد على قدر أصل الدين وما هو تابع له ، ففى هذه الحالة تقرر الزيادة لمن كان من المدينين المفلسين مكفولاً من الآخرين على حسب ترتيب التزامهم بالدين » . والفقرة الأولى من هذا النص تقابلها المادة ٤٢٠ من التقنين التجارى الفرنسى . انظر فى هذا النص وما يثيره من مسائل مختلف عليها وهى تدخل فى نطاق القانون التجارى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١١ .

(٢) ديمولومب ٢٦ فقرة ٣٢١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم يطلب التضامن فى صحيفة الدعوى الابتدائية ولا أثناء نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة ، فلا يقبل إيداعه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ ص ١٦٩) . ولكن إذا لم يقدم طلب للتضامن للقضاء للفصل فيه ضمن الدعوى الأصلية ، فلا مانع من رفع دعوى جديدة به (أسيرط الكلية ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٣ ص ١٠٦٤) . =

على أى منهم بكل الدين . ويبقى لمن نفذ عليه بكل الدين حق الرجوع على الآخرين .

وإذا رفع الدائن الدعوى عليهم جميعاً ، جاز له رفعها فى أية محكمة تكون مختصة بنظر الدعوى بالنسبة إلى واحد منهم أياً كان ، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٥ من تقنين المرافعات على أنه « إذا تعدد المدعى عليهم ، كان الاختصاص للمحكمة التى يقع بدائرتها موطن أحدهم » . أما إذا رفع الدعوى على كل منهم فى المحكمة التى بها موطنه فتنفرد الدعوى ، جاز لكل مدين أن يطلب إحالة دعواه إلى المحكمة التى رفعت أمامها أول دعوى ، فتتجمع على هذا النحو جميع الدعاوى أمام محكمة واحدة ، ثم يضم بعضها إلى بعض حتى لا تتضارب الأحكام (١) . وإذا رفع الدائن دعاوى مستقلة على المدينين المتضامنين أمام محكمة واحدة ، جاز للخصوم ، وجاز للمحكمة من تلقاء نفسها ، أن تأمر بضم هذه الدعاوى بعضها إلى بعض ليصدر فيها حكم واحد (٢) .

١٨٧ - هل ينقسم الدين بين ورثة المدين المتضامن : رأينا

فى التضامن الإيجابى أن الفقرة الثانية من المادة ٢٨٠ مدنى تنص على ما يأتى : « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين ، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام » (٣) . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٨٤ (٤) تنص الفقرة الثانية منه ، فى صدد التضامن السلبى ، على ما يأتى : « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد المدينين المتضامنين ، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام » (٥) ، فكان هناك

= هذا وهناك فرق بين مطالبة المدينين مجتمعين فى التزام متعدد الأطراف (obligation conjointe) ومطالبتهم مجتمعين فى التزام تضامنى (obligation solidaire) . فى الحالة الأولى يحكم على كل من المدينين بمحصته فى الدين فحسب ، أما فى الحالة الثانية فيحكم على كل من المدينين بكل الدين متضامناً فيه مع الآخرين .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢ ص ٣٢٤ .

(٢) لارومبيير ٣ م ١٢٠٤ فقرة ٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢ ص ٣٢٤ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٣٤ .

(٤) وهى المادة ٤٠٨ من هذا المشروع .

(٥) انظر آنفاً فقرة ١٨٠ فى الحاشى .

تقابل بين النصين . ولكن إذا كان هذا التقابل يصح في القانون الفرنسي ، حيث ينتقل الدين إلى ورثة المدين وينقسم عليهم كل بقدر حصته في الميراث (١) ، فانه لا يصح في مصر حيث تقضى مبادئ الشريعة الإسلامية بأن الدين لا ينتقل إلى ورثة المدين ، بل تبقى التركة مشغولة عنه جميعه إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين . من أجل ذلك حذفت لجنة المراجعة الفقرة الثانية المشار إليها في التضمن السلبي « لأنها لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث » (٢) .

فإذا مات أحد المدينين المتضامين ، بقيت تركته مشغولة بالدين جميعه ، ويجوز للدائن أن يرجع عليها به كاملاً (٣) ، ثم ترجع التركة على باقي المدينين المتضامين كل بقدر حصته في الدين كما كان يفعل المورث لو بقي حياً . ومن ثم يكون الدين في التضمن السلبي ، بفضل القاعدة الشرعية التي تقضى ألا تركة إلا بعد سداد الدين ، غير منقسم على ورثة المدين ، دون حاجة إلى أن يكون الدين نفسه غير قابل للانقسام (٤) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣ وانظر آنفاً فقرة ١٨٠ في الهامش . وانظر أيضاً فقرة ١١٩ في الهامش حيث نقلنا كيف يصور الأستاذ اسماعيل غانم انتقال الدين إلى ورثة المدين .

(٣) كما يجوز أن يرجع على كل وارث بحصته في دين مورثه بقدر ما أفاد من تركته (استئناف مصر ١٣ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٩٢) . ولكن لا تضامن بين الورثة كأقدتنا ، فإذا اتخذ الدائن اجراءات نزع الملكية ضد أحد الورثة بقدر حصته في الميراث ، كان عليه أن يتخذ نفس هذه الإجراءات ضد سائر الورثة كل بقدر حصته (استئناف مختلط ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٨٠) .

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى الذى احتوى النص الملغى ما يأتى : « ويترتب على موت المدين المتضامن انقسام الدين بين ورثته ، ما لم يكن غير قابل للانقسام ، فلو فرض أن مدينين ثلاثة التزموا على وجه التضامن بدين مقداره ٣٠٠ جنيه ، وتوفى أحدهم عن وارثين متكافئى للفرض ، فليس للدائن أن يطالب كلا منهما إلا بمبلغ ١٥٠ جنيه » . ثم مالبت المذكرة الإيضاحية أن استدركت فقالت : « وهذا الحكم لا يتبع في الشريعة الإسلامية إذ هي لا تبيح انتقال الدين من طريق الميراث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٦) . وهذا ما دعا لجنة المراجعة إلى حذف النص الذى كان يقضى بانقسام الدين على ورثة المدين كما سبق القول .

١٨٨ - أوجه الدفع التي يحتاج بها المدين المتضامن : وتنص الفقرة

الثانية من المادة ٢٨٥ مدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : « ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتاج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتاج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً » . وقد رأينا نصاً مقابلاً لهذا النص في التضامن الإيجابي (١) .

فاذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامين بالوفاء ، كان لهذا المدين أن يحتاج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً ، ولكن ليس له أن يحتاج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر .

أما أوجه الدفع الخاصة بالمدين المطالب بالوفاء فكثيرة متنوعة ، ذكرنا ما يقابلها في التضامن الإيجابي . فقد تكون الرابطة التي تربط هذا المدين بالدائن مشوبة بعيب في الرضاء لغلط أو تدليس أو إكراه ، أو بنقص في أهلية المدين . أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ ، فيطالب المدين بفسخها . أو تكون قد انقضت بسبب غير الوفاء ، كالمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم ، وهذه جميعها يحتاج بها المدين الذي قام السبب من جهته ويدفع بها مطالبة الدائن كما سنرى .

وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً فكان يكون العقد الذي أنشأ الالتزام التضامني باطلاً في الأصل ، لانعدام رضاء المدينين جميعاً أو لعدم توافر شروط المحل أو السبب أو لعيب في الشكل . أو يكون العقد قابلاً للإبطال لصالح جميع المدينين ، بأن يكون قد وقع عليهم جميعاً إكراه أو تدليس أو وقعوا جميعاً في غلط . أو يكون العقد قابلاً للفسخ ، بأن يكون الدائن مثلاً لم يف بما تعهد به كأن كان بائعاً لم يسلم المبيع للمشتري المتضامين في الثمن ، فيكون لكل من هؤلاء المدينين المتضامين حق المطالبة بفسخ البيع . أو يكون أحد المدينين قد وفي الدين كله فبرئت ذمة الجميع ، ويكون لكل منهم أن يحتاج بهذا الوفاء على الدائن .

ولا يحتاج المدين المطالب بالوفاء بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين المتضامين (١)، كما إذا وقع تدليس أو إكراه على غيره أو وقع غيره في غلط فلا يحتاج هو بذلك (٢). وكما إذا كان غيره ناقص الأهلية ، فلا يحتاج هو بنقص أهلية هذا المدين . وكما إذا كان التزام غيره معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ، فلا يتمسك هو بهذا الدفع . وكما إذا قام سبب للفسخ بغيره ، فلا يطالب هو بالفسخ . وكما إذا قام سبب غير الوفاء لانقضاء التزام غيره ، فلا يحتاج هو بهذا السبب إلا بقدر حصة هذا المدين على الوجه الذي سنقصاه فيما يلي (٣) .

§ ٢ — انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء

١٨٩ — المبرأ العام : في التضامن السليبي ، كما في التضامن الإيجابي ، إذا برئت ذمة أحد المدينين المتضامين قبل الدائن بسبب غير الوفاء ، لم تبرأ ذمة

(١) استئناف وطني ١٨ إبريل سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٩٨ — استئناف سيوط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٤ ص ٥٥٠ .
(٢) فإذا طالب الدائن أولاً من شاب رضاه عيب فأبطل هذا التزامه ، ثم رجع الدائن على مدين متضامن آخر لم يشب رضاه عيب ، فإنه يطالبه بكل الدين دون أن يستنزل حصة من شاب رضاه العيب (لارومبيير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ١٠ — لوران ١٧ فقرة ٣٠٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٤٤) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « للدائن في التضامن السليبي أن يطالب كلا من المدينين المتضامين بالدين بأسره ، كما هو الشأن في التضامن الإيجابي وله أن يطالب هؤلاء المدينين بالوفاء أمام القضاء ، مجتمعين أو منفردين . ولا يجوز لمن يطالب بالوفاء منهم ، على هذا الوجه ، أن يحتاج إلا بأوجه الدفع الخاصة بشخصه — كالغلط أو الإكراه اللذين شابا رضاه — والأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً — كما إذا كان الالتزام باطلا لعدم مشروعية السبب أو كما إذا كان قد انقضى بالوفاء . أما الدفوع الخاصة بغيره من المدينين — كالغلط أو الغش أو الإكراه الذي شاب رضاه هؤلاء دون أن يؤثر في رضائه — فيمتنع عليه الاحتجاج بها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٥ — ص ٦٦) . وقد فصل تقنين الموجبات والمقود البنائي في المواد ٢٥ إلى ٢٨ أوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً وأوجه الدفع الخاصة بأحدهم (أنظر آنفاً فقرة ١٨٠ في الخامس) .

أنظر أيضاً ترتيباً منطقياً لأوجه الدفع المتعلقة بطبيعة الالتزام ، والأوجه المشتركة بين جميع المدينين ، والأوجه الخاصة بأحدهم دون غيره ، في بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٢٠ — فقرة ٨٢٥ .

الباقين إلا بقدر حصة المدين الذي برئت ذمته (١). وقد وضع التقنين المدنى الجديد هذا المبدأ العام فى صدد التضامن الإيجابى ، واقتصر عليه فيما يتعلق بهذا النوع من التضامن دون أن يطبقه تفصيلاً على الأسباب المختلفة لانقضاء الالتزام . أما فى التضامن السلبى فقد عمد ، دون أن يصرح بالمبدأ ، إلى تطبيقه تطبيقاً تفصيلاً على هذه الأسباب ، لما لهذا التطبيق التفصيلى من أهمية عملية .

وقد قدمنا أن الأصل فى ذلك أن روابط الدائن بالمدينين المتضامنين روابط متعددة ، وقد تنقضى رابطة منها بسبب غير الوفاء ولا تنقضى الروابط الأخرى إلا بقدر حصة من انقضت رابطة ، فلا يستطيع باقى المدينين أن يحتجوا على الدائن إلا بقدر هذه الحصة ، ويبقون ملزمين بدفع باقى الدين .

ونستعرض مع التقنين المدنى الجديد أسباب انقضاء الالتزام المختلفة غير الوفاء مع النصوص التشريعية الخاصة بكل سبب . وأسباب الانقضاء التى عرض لها التقنين الجديد هى التجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم (٢).

(١) وذلك فيما عدا التجديد ، فنرى أنه يرى ذمة باقى المدينين المتضامنين إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم .

(٢) وهناك ، غير هذه الأسباب ، الوفاء بمقابل واستحالة التنفيذ .

ففى الوفاء بمقابل ، إذا استوفى الدائن من أحد المدينين المتضامنين مقابلاً للدين ، انقضى الدين أصلاً كما ينقضى بالوفاء ، وبرئت ذمة المدينين الآخرين ، فيستطيع كل مدين منهم أن يحتج بهذا السبب متبككاً بانقضاء كل الدين ولا يقتصر على استئصال حصة من وفى المقابل . وهذا الحكم يختلف عن الحكم الذى أوردناه فى الوفاء بمقابل لأحد الدائنين المتضامنين فى التضامن الإيجابى (انظر آنفاً فقرة ١٣٨ فى الهامش) . والسبب فى هذا الاختلاف أن فى التضامن السلبى لا يوجد إلا دائن واحد ، وقد قيل أن يستوفى مقابلاً للدين ، فانقضى الدين بهذا القول . أما فى التضامن الإيجابى فيوجد دائنون متعددون ، ولم يقبل الوفاء بمقابل إلا أحد هؤلاء الدائنين ، فلا يتفقد الدائنون الآخرون بقبوله فيما يجاوز حصته (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ص ٢٢٩) .

واستحالة التنفيذ لسبب أجنبى لا يد لأحد المدينين المتضامنين فيه يقضى الالتزام التضامنى نفسه (م ٣٧٣ مدنى) ، فتبرأ ذمة جميع المدينين ، ويكون حكم استحالة التنفيذ هو حكم الوفاء بالدين وحكم الوفاء بمقابل . أما إذا استحالت التنفيذ بخطأ أحد المدينين المتضامنين أو بعد إذاره - كأن يكون البائمون متضامنين فى الالتزام بتسليم المبيع ثم هلك المبيع بخطأ أحدهم - فالمدين الذى صدر منه الخطأ يكون وحده مسئولاً عن رد الثمن والتعويض ، أما باقى المدينين فيكونون مسئولين عن رد الثمن وحده ، لأن البائع فى القانون المصرى يتحمل تبعه هلاك المبيع -

١٩٠ - التجميع : تنص المادة ٢٨٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقي المدينين ، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم (١) » .

« قبل التسليم (انظر م ٤٣٧ مدني) . وتقضى المادة ١٢٠٥ من التقنين المدني الفرنسي بأن باقي المدينين يكونون مسئولين عن رد الثمن دون التعويض ، ولكن الفقه الفرنسي ينتقد هذا الحكم (انظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٢٤) ، لأن البائع في القانون الفرنسي لا يتحمل تبعه هلاك المبيع بسبب أجنبي قبل التسليم ، وهلاك الشيء بخطأ أحد المدينين المتضامنين يجب اعتباره لا كإسبب أجنبي بالنسبة إلى الباقيين (انظر الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٠٤ من ٢٩١ هامش رقم ١ وانظر ما يلي فقرة ١٩٧) .

وقد يحول الدائن حقه قبل أحد المدينين المتضامنين إلى محال له دون أن يستبقى حقه قبل المدينين الآخرين . والظاهر أنه عند تمام الحوالة في هذه الحالة يحل المحال له مكان الدائن الأصلي ، لأن الحق ينتقل إليه مع ضماناته والتضامن من أهمها ، فيصبح المدينون المتضامنون جميعاً مدينين للمحال له ، ولأى منهم أن يتمسك بالحوالة قبل الدائن الأصلي (انظر في هذا المعنى دريدا Derrida أنيكلوبيدي دالوز ه لفظ *solidarité* فقرة ٨٠) . أما إذا حول الدائن حقه قبل أحد المدينين المتضامنين واشترط استبقاء حقه قبل المدينين الآخرين ، فقد سبقت الإشارة إلى أن الدائن الأصلي في هذه الحالة يستبقى علاقتة بهؤلاء المدينين ، ويصبح هو والمحال له دائنين لم بالتضامن (انظر آنفاً فقرة ١٢٧ في الهامش) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤١٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٧ — ص ٦٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١٩٠/١٥٤ ونصها ما يأتي : « لا يصح في أى حال من الأحوال السانفة نقل التأمينات الشخصية كالكفالة والتضامن إلا برضاء الكفلاء والمتضامنين » . والتقنين السابق باشتراطه قبول المدينين المتضامنين بالتجديد يتفق في الحكم مع التقنين الجديد .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٨٦ (وهي مطابقة) — التقنين المدني الليبي م ٢٧٣ (وهي مطابقة) — التقنين المدني العراقي م ٢٢٣ (وهي مطابقة) — تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣١ ونصها ما يأتي : « إن تجديد الموجب بين الدائن وأحد الموجب عليهم يبرئ ذمة الآخرين إلا إذا رضى هؤلاء بالتزام الموجب الجديد . أما إذا اشترط الدائن قبول المدينين وامتنع هؤلاء ، فالموجب السابق لا يسقط » (والتقنين اللبناني يتفق في الحكم مع التقنين المصري) .

ونفرض هنا أن الدائن اتفق مع أحد المدينين المتضامين على تجديد الدين . وهذا التجديد إما أن يكون بتغيير الدين ، إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره . وإما أن يكون بتغيير المدين ، إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى رضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد . وإما أن يكون بتغيير الدائن ، إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد .

وسواء كان التجديد بتغيير الدين أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن ، فإنه يترتب عليه أن ينقضى الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد (م ١/٣٥٦ مدني) . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣٥٦ مدني على ما يأتي : « ولا ينتقل إل الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكمل الالتزام الأصلي ، إلا بنص في القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك » . ثم تنص المادة ٣٥٨ مدني على أنه « لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية ولا التضامن ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » .

ونرى من هذه التصور أن التجديد يقضي الدين القديم على وجه قاطع ، ويقيم مكانه ديناً جديداً يختلف في صفاته وفي توابعه وفي تأميناته عن الدين القديم . ومن أهم تأمينات الدين القديم هو هذا التضامن الذي كان قائماً بين المدينين جميعاً ، فينقضي بانقضاء الدين القديم . بل لا ينقضي التضامن وحده ، وإنما ينقضي الالتزام التضامني ذاته بالتجديد ، فتبرأ ذمة المدينين المتضامين جميعاً : لاذمة المدين الذي أجرى التجديد مع الدائن فحسب ، بل أيضاً تبرأ ذمة باقي المدينين المتضامين .

وهذه نتيجة بعيدة المدى ، يبررها أن التجديد حاسم في قضاء الدين القديم بكل مشخصاته ومقوماته ، وفي إحلال دين جديد محله لا يشترك مع الدين القديم في شيء من هذه الشخصات والمقومات . ويستخلص من ذلك أن الدائن الذي جدد الدين مع أحد المدينين المتضامين يفترض فيه أن نيته قد انصرفت إلى

قضاء الدين القديم وما يستتبع ذلك من براءة ذمة جميع المدينين المتضامنين ، واقتصر على الدين الجديد محل محل الدين القديم . فاذا كان يريد استبقاء الدين القديم في ذمة باقي المدينين المتضامنين ، أمكنه قبل أن يجرى التجديد أن يتفق مع هؤلاء المدينين على بقاء الدين القديم في ذمتهم . وعند ذلك لا ينقضى الدين القديم إلا بالنسبة إلى المدين الذي جدد الدين معه ، ويبقى هذا الدين في ذمة باقي المدينين . وله في هذه الحالة أن يرجع على كل منهم بالباقي من الدين بعد استئصال حصة المدين الذي أجرى معه التجديد ، فيتفق التجديد عندئذ في الحكم مع سائر أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء على ما سئرى . بل يتفق حكمه هنا في التضامن السلبي مع حكمه هناك في التضامن الإيجابي ، وقد رأينا في التضامن الإيجابي أنه إذا جدد الدين بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين فلا يجوز للمدين أن يحتج بهذا التجديد على باقي الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذي أجرى التجديد معه (١) .

وإذا أراد الدائن أن ينقل التضامن إلى الدين الجديد ، فعليه أن يحصل على موافقة باقي المدينين المتضامنين على أن يلتزموا متضامنين بهذا الدين . فاذا لم يوافقوا على ذلك وكان الدائن قد اشترط لتام التجديد موافقتهم ، فإن التجديد لا ينعقد ، ويظل الالتزام التضامني القديم قائماً (٢) .

أما إذا كان الدائن لم يتفق مع باقي المدينين ، لا على أن يبقوا ملتزمين بالدين القديم ، ولا على أن يتضامنوا في الالتزام بالدين الجديد ، بل أجرى التجديد دون قيد ولا شرط ، فقد افترض المشرع افتراضاً معقولاً أن نية الدائن قد انصرفت إلى إبراء ذمة المدينين المتضامنين من الالتزام التضامني القديم . على أن هذا الافتراض قابل للدحض ، فيجوز للدائن وقت إجراء التجديد أن يفصح عن نيته بأنه لا يقصد من هذا التجديد أن يبرئ ذمة باقي المدينين المتضامنين ، بل قصد

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٨ . والفرق بين التضامن الإيجابي والتضامن السلبي في حكم التجديد يرجع إلى أن التجديد لا يتم في أية حالة من حالاته الثلاث إلا برضاء الدائن ، ولما كان الدائن متعدداً في التضامن الإيجابي فلا يجوز أن يسرى التجديد الذي قبله أحد الدائنين في حق الباقيين الذين لم يقبلوه إلا بقدر حصة الدائن الذي قبل .

(٢) انظر في هذا المعنى المادة ٣١ من تقنين المراجبات والمقود اللبناني .

أن يبرىء ذمة المدين الذى أجرى معه التجديد هو وحده من الدين القديم .
فيكون الدائن بذلك قد احتفظ بحقه قبلهم - أى قبل باقى المدينين المتضامنين -
كما هو صريح نص العبارة الأخيرة من المادة ٢٨٦ مدنى . ويستوى الحكم فى هذه
الحالة مع الحكم فى حالة ما إذا كان الدائن قد اتفق مع باقى المدينين المتضامنين
على بقاء الدين القديم فى ذمتهم . وهى الحالة التى ذكرناها فيما تقدم . فواء اتفق
الدائن مع باقى المدينين المتضامنين على بقاء الدين القديم فى ذمتهم ، أو اقتصر
على مجرد الاحتفاظ بالدين القديم فى ذمتهم دون اتفاق معهم ، فالحكم واحد
فى الحالتين : ينقضى الدين القديم بالنسبة إلى المدين الذى أجرى التجديد وحده ،
ويبقى هذا الدين فى ذمة الباقين ، ويكون للدائن أن يرجع على أى من هؤلاء
بالدين بعد استئزال حصة المدين الذى أجرى معه التجديد . ويتفق عندئذ حكم
التجديد مع حكم سائر أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء ، كما يتفق حكم التجديد
فى التضامن السلبى مع حكم التجديد فى التضامن الإيجابى (١) .

١٩١ - المقاصة : تنص المادة ٢٨٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين
متضامن آخر ، إلا بقدر حصة هذا المدين » (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يترتب على اتفاق
الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الدين أو استبداله انقضاء الالتزام القديم وبراءة
ذمة باقى المدينين منه ، ما لم يرفض هؤلاء الارتباط بانتمهدهم الجديد . فإذا لم يرفضوا ذلك وكان
الدائن قد اشترط رضاهم ، فلا ينعقد التجديد ويظل الالتزام القديم قائماً : انظر فى هذا المعنى
المادتين ١٧١/١٨١ من التقنين التونسى والمراكشى والمادة ٣١ من التقنين اللبنانى والمادة ١٣٧
من المشروع الفرنسى الإيطالى . ويختلف الحكم بعض الاختلاف فيما يتعلق بالتضامن الإيجابى ،
فالتجديد الذى ينعقد بين دائن من الدائنين المتضامنين والمدين لا يبرىء هذا المدين قبل باقى الدائنين ،
ولكنه يستتبع انقضاء الدين القديم بالنسبة لذلك الدائن وحده ، أما الدائنون الذين لم يكونوا
طرفاً فى التجديد فيظل الدين القديم قائماً بالنسبة لهم ، ويكون لكل منهم أن يطالب بهذا الدين
بعد استئزال حصة الدائن الذى ارتضى هذا التجديد : انظر المادة ١٥٥ من المشروع الفرنسى
الإيطالى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٨) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤١١ من المشروع التمهيدى على وجه
مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٩ من =

والمفروض هنا أن مقاصة قانونية وقعت بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين في الالتزام التضامني . ونفرض لتصور ذلك أن هذا الالتزام مقداره

= المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٩ — ص ٧١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ١١٣ / ١٦٩ و ٢٠١ / ٢٦٥ ، وهذا نص كل منهما : م ١٦٩ / ١١٣ : « لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين لبعضهم في الدين أن يحتج بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين مع الدائن . وإذا اتحدت الذمة بأن اتصف الدائن أو أحد المدينين الضامنين لبعضهم بصفتي دائن ومدين في آن واحد بدين واحد ، جاز لكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التي تخص شريكهم في الدين » . ويفهم من هذا النص ضمناً ، وبمفهوم المخالفة ، أن المقاصة — خلافاً لاتحاد الذمة — لا يحتج بها المدينون الآخرون حتى بقدر حصة المدين الذي وقعت المقاصة منه . غير أن المادة ٢٦٥ / ٢٠١ تنص على ما يأتي : « ولا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقي المدينين المذكورين إلا بقدر حصتهم في الدين » . وهذا الحكم القاضي بأن للمدينين الآخرين أن يحتجوا بالمقاصة بقدر حصة المدين الذي وقعت المقاصة منه يتعارض مع الحكم السابق الذي تقضي به المادة ١٦٩ / ١١٣ سالف الذكر . وقد ذهبنا في عهد التقنين المدني السابق ، أمام هذا التناقض ، إلى إعمال المادة ٢٦٥ / ٢٠١ دون المادة ١٦٩ / ١١٣ ، وتخويل المدينين المتضامنين الباقيين الحق في أن يتمسك كل منهم بالمقاصة بقدر حصة المدين الذي وقعت معه هذه المقاصة . وكتبنا في الموجز في هذا الصدد ما يأتي :

« أما المقاصة فقد تقع بين أحد المدينين المتضامنين والدائن . فإذا كان (أ) و (ب) مدينين متضامنين بمبلغ ثلثمائة جنيه ، ثم أصبح (أ) دائناً بمبلغ ثمانمائة جنيه للدائن نفسه ، وأراد هذا الدائن الرجوع على (أ) ، فلا شك في أن (أ) يستطيع أن يتمسك بالمقاصة . ولكن هب أن الدائن لم يرجع على (أ) ورجع على (ب) ، فهل يستطيع (ب) أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت بين الدائن والمدين (أ) ؟ تجيب المادتان ١٦٩ / ١١٣ بما يأتي « لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين لبعضهم في الدين أن يحتج بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين مع الدائن » . ويفهم من ذلك أن (ب) في الفرض المتقدم لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت بين الدائن والمدين (أ) ، لا بالنسبة لكل الدين رلاً بالنسبة لحصة (أ) من هذا الدين ... هذا هو المفهوم من النص ، ويؤيد هذا الفهم أنه متفق مع الحكم الذي نص عليه القانون المدني الفرنسي في هذه الحالة (م ١٢٩٤) . ويؤيده أيضاً أن العبارة الأخيرة في المادتين ١٦٩ / ١١٣ تجيز في حالة إتحاد الذمة ، مغايرة لحالة المقاصة ، أن يتمسك المدين المتضامن باتحاد الذمة بقدر الحصة التي تخص شريكه في الدين كما سنرى . إلا أن التفريق بين المقاصة واتحاد الذمة لا مسوغ له ، وما دام للمدين المتضامن أن يتمسك باتحاد الذمة بقدر الحصة التي تخص شريكه في الدين ، وجب أيضاً أن يكون للمدين المتضامن حق التمسك بالمقاصة بقدر حصة المدين الذي وقعت معه هذه المقاصة ، فيجوز في الفرض المتقدم أن يتمسك (ب) بالمقاصة بقدر حصة (أ) في الدين ، ولا يرجع عليه الدائن إلا بنصف الدين . وهذا هو الحكم الصحيح الذي يجب أن نقف عنده ، والذي =

ثلثمائة ، وأن المدينين المتضامنين ثلاثة حصصهم في الدين متساوية ، وظهر أن للأول منهم على الدائن ثلثمائة - سواء كان هذا الدين لاحقاً للالتزام التضامني أو سابقاً عليه - فوَقعت المقاصة بينه وبين الدائن .

فاذا رجع الدائن على المدين الأول الذي وقعت معه المقاصة ، تمسك هذا بانقضاء الدين قصاصاً . فيعتبر الدين منقضيّاً ، لا بالنسبة إلى هذا المدين وحده ، بل بالنسبة إليه وإلى المدينين الآخرين ما دام الدائن قد طالب المدين الأول . ويكون لهذا المدين أن يرجع على شريكه في الدين كل منهما بمائة ، لأنه يكون في حكم من وفى الدين ، وقد وفاه فعلاً بطريق المقاصة ، فله حق الرجوع .

أما إذا اختار الدائن أن يطالب بالدين أحد المدينين الآخرين ، فليس للمدين المطالب أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت مع المدين الأول إلا بقدر حصة هذا المدين (١) ، أى بمقدار مائة من ثلثمائة ، وعليه أن يوفى الدائن

= أَرادَه المشرع المصري ، فنص عليه في المادتين ٢٠١/٢٦٥ : « ولا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقي المدينين المذكورين إلا بقدر حصتهم في الدين » . فرجع بذلك عن الحكم الذي نص عليه في المادتين ١١٣/١٦٩ . ونحن نرى أمام هذا التناقض أن المادتين ٢٠١/٢٦٥ تنسخان المادتين ١١٣/١٦٩ » (الموجز للمؤلف ص ٥١٦ - ص ٥١٧) .

وتقابل المادة ٢٨٧ من التقنين المدني المصري في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٨٧ (مطابقة) - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٧٤ (مطابقة) - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٢٤ (مطابقة) - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧ ونصها ما يأتي : « إذا وجد التضامن بين المدينين ، أمكن كلا منهم أن يبرىء ذمة الآخرين جميعاً : ١ - . . . ٢ - بإجراء المقاصة على دين له في ذمة الدائن مقابل مجموع الدين » . ومن ذلك نرى أن التقنين اللبناني - خلافاً للتقنيات العربية الأخرى - يجعل الحق لكل مدين متضامن أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت بين الدائن ومدين متضامن آخر ، لا فحسب بقدر حصة هذا المدين المتضامن ، بل أيضاً بالدين كله ، فتبرأ ذمة جميع المدينين المتضامنين بهذه المقاصة ، ويكون للمقاصة حكم وفاء الدين . وقد خالف التقنين اللبناني في حكمه هذا ، لا التقنيات العربية فحسب ، بل خالف أيضاً التقنين المدني الفرنسي الذي يسرشد به عادة ، فإن هذا التقنين (م ١٢٩٤) لا يجوز لباقي المدينين أن يتمسكوا بالمقاصة أصلاً ، حتى ولو بقدر حصة المدين الذي وقعت المقاصة معه .

(١) والفرق بين انقضاء الدين بالوفاء حيث يجوز لباقي المدينين أن يتمسكوا بذلك في كل الدين ، وبين انقضائه بسبب آخر غير الوفاء حيث لا يجوز لباقي المدينين أن يتمسكوا بسبب =

مائتين ، ثم يرجع على المدين الثالث بمائة هي حصته في الدين ، ولا يرجع على المدين الأول بشيء لأنه لم يدفع شيئاً لحسابه (١) . فيكون المدين الثاني في نهاية الأمر قد تحمل حصته في الدين وهي مائة ، وكذلك المدين الثالث قد تحمل مائة ، حصته في الدين ، رجوع المدين الثاني عليه كما قدمنا . ويبقى المدين الأول الذي وقعت معه المقاصة ، فهذا قد استنزل الدائن حصته في الدين وهي مائة عندما رجع على المدين الثاني . فينتهى أمر الدائن مع المدين الأول إلى الوضع الآتي : عليه لهذا المدين ثلثمائة ، وله مائة هي التي استنزها من الالتزام التضامني ، فتقع المقاصة بمقدار المائة ، ويبقى للمدين الأول على الدائن مائتان . فيستوفي المدين الأول المائتين من الدائن ، بعد أن نزل له عن مائة هي حصته في الدين الذي تضامن فيه مع شريكه (٢) .

= الانقضاء إلا بقدر حصة المدين الذي قام به هذا السبب ، أن الدائن بالوفاء يكون قد حصل على كل حقه ، فليس له أن يطالب بشيء بعد ذلك . أما في غير الوفاء من أسباب الانقضاء ، فإن الدائن لا يكون قد حصل فعلاً على حقه ، فلا يكون للانقضاء أثره إلا في الرابطة التي تربطه بالمدين الذي قام به سبب الانقضاء دون غيرها من الروابط التي تربطه بالمدينين المتضامنين الآخرين وهي روابط مستقلة عن الرابطة الأولى . وقد قدمنا مثل هذه الاعتبارات في صدد التضامن بين الدائنين (أنظر آنفاً فقرة ١٣٧ في الهامش) .

(١) أما في القانون الفرنسي فقد قضت المادة ١٢٩٤ من التقنين المدني الفرنسي بأنه لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت مع مدين متضامن آخر ، حتى ولو بقدر حصة هذا المدين . والفقهاء الفرنسيون الذين يؤيدون هذا الحكم يعللونه بكراهية المشرع لأن يتدخل المدين في شؤون مدين آخر تدخلا تصل إلى حد تمكينه من الدفع بمقاصة وقعت بين هذا المدين الآخر والدائن (ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٠١ - لوران ١٧ فقرة ٣٣٩ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٨ ص ٤٤٨ - كولان وكايبتان ٢ فقرة ٧٠٠ ص ٤٧٤ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٨٧٠ ص ٦٠٦ - وانظر تعليلاً آخر لأوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثاً هامش رقم ١٨) . ولكن الفقه الفرنسي لا يؤيد كله هذا الحكم ، بل يذهب بعض الفقهاء إلى وجوب استنزال حصة المدين الذي وقعت معه المقاصة عند رجوع الدائن على المدينين الآخرين (ديرانتون ١٢ فقرة ٤٢٩ - فقرة ٤٣٠ - تولييه ٦ فقرة ٧٣٣ و ٧ فقرة ٣٧٧ - ماركاديه ٥ فقرة ٨٣٩ - لارومبير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ٥) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشرع التمهيدى في هذا الصدد : « تبرأ ذمة من يوافق من المدينين المتضامنين إلى الاحتجاج بالمقاصة على الدائن . ويكون له أن يرجع على باقي المدينين كل بقدر حصته . ولكن إذا عمد الدائن إلى مطالبة هؤلاء المدينين ، فله أن يقتضى كلا =

١٩٢ - اتحاد الزمة : تنص المادة ٢٨٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا اتحدت الزمة بين الدائن وأحد مدينه المتضامنين ، فإن الدين لا ينقضي بالنسبة إلى باقي المدينين إلا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن » (١) .
وقد تتحد الزمة بين الدائن وأحد مدينه المتضامنين ، ونستعرض في ذلك صورتين :

(الصورة الأولى) أن يموت الدائن فيرثه هذا المدين . ونفرض أن الدين ثلثمائة . وأن المدينين المتضامنين الثلاثة حصصهم متساوية كما في المثال السابق ، وأن المدين الذي ورث الدائن هو الوارث الوحيد . فتكون الذمتان قد اتحدتا في شخص المدين ، وانقضى الدين باتحاد الزمة . فإذا اعتبر المدين نفسه مديناً قد وفى الالتزام التضامني عن نفسه وعن المدينين الآخرين عن طريق اتحاد الزمة ، كان له أن يرجع على شريكه كل بمقدار حصته ، فيرجع بمائة على كل

= منهم جملة الدين بعد استئصال حصة المدين الذي وقع القصاص معه : انظر ما بين المادتين ٢٦٥/٢٠١ و ١٦٩/١١٣ من التقنين الحالي (السابق) من تناقض ملحوظ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٠) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٠٠ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧١ وص ٧٣) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١١٣/١٦٩ والمادة ٢٠٣/٢٦٧ . وتنص المادة ١١٣/١٦٩ على ما يأتي : « ... وإذا اتحدت الزمة بأن انصفت الدائن أو أحد المدينين التضامنين لبعضهم بصفتي دائن ومدين في آن واحد بدين واحد ، جاز لكس من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التي تحصل شريكهم في الدين » . وتنص المادة ٢٠٣/٢٦٧ على ما يأتي : « اتحاد الزمة يبرء الكفلاء في الدين ، ولا يخلى المدينين المتضامنين إلا بقدر ما يخص من اتحدت فيه الزمة من مدينين » . وإحكام واحد ، كما نرى ، في التقنينين القديم والجديد .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٨٨ (مطابقة) — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٧٥ (مطابقة) — وفي التقنين المدني العراقي (المادة ٣٢٥) (مطابقة) — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٥ ونصها ما يأتي : « إن اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص الدائن أو في شخص أحد المدينين لا يسقط الموجب إلا فيما يخص حصة هذا المدين » . وهذا الحكم مطابق لحكم التقنين المدني المصري .

منهما . وإذا اعتبر المدين نفسه قد ورث الدائن فأصبح دائناً مكانه في الالتزام التضامنى - وهذا هو أفضل الاعتبارين بالنسبة إليه - كان له أن يطالب أياً من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصته هو فيه ، فيستوفى من أى منها مائتين ، ويرجع المدين الذى وفى المائتين على شريكه بحصته فى الدين وهى مائة . وهذا مايقضى به نص المادة ٢٨٨ سالفه الذكر .

(الصورة الثانية) أن يموت المدين فبرثه الدائن . ولو كان الوارث يفتقل إليه دين مورثه ، لا تحدث الذمتان ، ولكنهما تتحدان هنا فى شخص الدائن وبقدر حصة المدين فى الدين . ويبقى للدائن بعد ذلك أن يطالب أياً من المدينين المتضامنين الباقين بمائتين ويكون بذلك قد استنزل حصة المدين الذى ورثه وهى مائة . ونصل إلى نفس النتيجة عملياً لو طبقنا أحكام الشريعة الإسلامية ، حيث لا ينتقل إلى الوارث دين مورثه . ذلك أن الدائن فى هذه الحالة ، ولو لم ينقض الدين باتحاد الذمة وبقيت التركة مسئولة عنه ، لا يستطيع أن يطالب أياً من المدينين المتضامنين الآخرين بأكثر من مائتين ، إذ لو طالبه بكل الدين وهو ثلثمائة لجاز للمدين أن يطلب استئزال مائة هى حصة التركة التى ورثها الدائن (١) .

(١) وإذا كانت التركة ممصرة إصاراً جزئياً ، فلم يستطع الدائن الوارث أن يحصل منها إلا على خمسين ، فإنه يرجع بالباقى من الدين وهو مائتان وخمسون على أى من المدينين الآخرين (الأستاذ إسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٢٨٤ هامش رقم ١) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد اتحاد الذمة : « يواجه هذا النص حكم اتحاد الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين . ويتحقق ذلك إما من طريق خلافة الثانى للأول ، وإما من طريق خلافة الأول للثانى . وفى كلتا الحالتين لا ينقضى الدين إلا بقدر حصة هذا المدين فيه . بيد أن للمدين فى الحالة الأولى ، عندما تقوم به صفة الخلافة عن الدائن ، أن يرجع على باقى المدينين بصفتين : فله أن يرجع على كل منهم بقدر حصته بوصفه مديناً من بينهم ، وله كذلك أن يرجع على كل منهم بمجملة الدين بعد استئزال حصته بوصفه دائناً له إذ المفروض أنه أصبح خلفاً لهذا الدائن . أما فى الحالة الثانية ، حيث تقوم بالدائن صفة الخلافة عن المدين ، فيستبقى الدائن حقه فى الرجوع على كل من المدينين المتضامنين بمجملة الدين بعد استئزال حصة هذا المدين . ويراعى أن هذه الحالة لا تتحقق فى ظل أحكام الشريعة الإسلامية ، حيث يظل للدائن بعد موت مورثه المدين حق الرجوع بالدين كاملاً على التركة وعلى كل من المدينين الآخرين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٢) .

١٩٣ - الإبراء : تنص المادة ٢٨٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

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

« ٢ - فإذا لم يصدر منه هذا التصريح ، لم يكن له أن يطالب باقي المدينين المتضامنين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه ، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين . وفي هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذي صدر الإبراء لصالحه بحصته في الدين » .
وتنص المادة ٢٩٠ على ما يأتي :

« إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، بقي حقه في الرجوع على الباقيين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك » .
وتنص المادة ٢٩١ على ما يأتي :

« ١ - في جميع الأحوال التي يبرىء فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين سواء أكان الإبراء من الدين أم من التضامن ، يكون لباقي المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه في حصة المعسر منهم وفقاً للمادة ٢٩٨ » .
« ٢ - على أنه إذا أخلى الدائن المدين الذي أبرأه من كل مسئولية عن الدين ، فإن الدائن هو الذي يتحمل نصيب هذا المدين في حصة المعسر » (١) .

(١) تاريخ النص :

م ٢٨٩ : ورد هذا النص في المادة ٤١٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة تحت رقم ٣٠١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب فجلس الشيوخ ، تحت رقم ٢٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٤ - ص ٧٥) .

م ٢٩٠ : ورد هذا النص في المادة ٤١٤ من المشروع التمهيدي على وجه سابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٠٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٦) .

م ٢٩١ : ورد هذا النص في المادة ٤١٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي تضمن العبارة الآتية في الفقرة الثانية من النص : «عل أنه إذا ثبت أن الدائن أراد أن يخلى المدين الذي أبرأه من أية مسئولية»

= عن الدين ... » ، فعدلت هذه العبارة في لجنة المراجعة على الوجه الذي استقر في التقنين المدني الجديد « توخيا لإيراد الحكم في صورته الموضوعية دون أن تختص مسألة الإثبات بالذكر » . وأصبحت المادة رقمها ٣٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٧ و ص ٨١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق النصوص الآتية :

م ١٧٠/١١٤ : إذا أبرأ الدائن ذمة أحد مدينيه المتضامنين ، ساغ لغيره من المدينين التمسك بذلك بقدر حصته من حصل أبرأ ذمته فقط ، ما لم يكن الإبراء عاما للجميع ثابتا إذ لا يحكم فيه بالظن .

م ٢٤٥/١٨٢ : وإبراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يعتبر قاصرا على حصته فقط ، وينتفى عن الدين بقدرها فقط .

م ٢٤٦/١٨٣ : لا يجوز لباقي الشركاء المتضامنين في الدين أن يطالبوا شريكهم الحاصل له الإبراء إلا بقدر حصته الشركاء المعسرين إذا اقتضت الحال ذلك .

وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المدني الجديد . ولم يورد التقنين المدني السابق حالة الإبراء من التضامن ، وأوردها التقنين المدني الجديد في المادة ٢٩٠ كما رأينا . ولكن التقنين الجديد لم يورد في هذا الشأن إلا ما هو متفق مع القواعد العامة ، فحكم الإبراء من التضامن في التقنين القديم متفق مع حكمه في التقنين الجديد : الموجز للمؤلف ص ٥١٨) .

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢٨٩ -

٢٩١ (مطابقة) - وفي التقنين المدني الليبي م ٢٧٦ - ٢٧٨ (مطابقة) - وفي التقنين

المدني العراقي م ٣٢٦ - ٣٢٨ (وهي مطابقة ، فيما عدا أن المادة ٣٢٦ عراقية - وهي

المقابلة للمادة ٢٨٩ مصرى - لا تورد في فقرتها الثانية العبارة الأخيرة الواردة في التقنين

المصري : « إلا أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين » ، وفي هذه الحالة يكون

لهم حق الرجوع على المدين الذي صدر الإبراء لصالحه بحصته في الدين » . وهذه العبارة ليست

إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بها في العراق دون نص) - وفي تقنين الموجبات

والعقود البنائي النصوص الآتية : م - - - إن إسقاط الدين على أحد المدينين المتضامنين

يستفيد منه سائر الموجب عليهم ، إلا إذا كان الدائن قد صرح بأنه لا يريد إسقاط الدين إلا عن

ذلك المديون وعلى قدر حصته منه ، فعندئذ لا يستفيد المديونون الآخرون إلا بنسبة حصته المديون

المبرأة ذمته (وفي هذا يختلف التقنين البنائي عن التقنين المصري ، ففي التقنين المصري ، كما

رأينا ، إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقيين إلا إذا صرح الدائن بذلك .

أما في التقنين البنائي فإبراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يبرئ ذمة الباقيين ، ما لم يصرح الدائن

أنه لم يرد إلا إبراء المدين بقدر حصته) - م ٣٣ : - الدائن الذي يرضى بتحرقة الدين لمصلحة

أحد المدينين يبقى له حق الادعاء على الآخرين بمجموع الدين ، إذا لم يشترط العكس (هذا

النص موافق في الحكم للمادة ٢٩٠ مصرى) - م ٣٧ : إذا وجد التضامن بين المدينين أمكن

كلاهما أن يبرئ ذمة الآخرين جميعاً . . . بأن ينال من الدائن إسقاط مجموع الدين (ولا

يختلف الحكم في القانون المصري عن هذا الحكم) - م ٣٨ : يزول التضامن حين يسقطه

الدائن - م ٣٩ : يكون إسقاط التضامن عاما وشاملا لجميع المدينين ، وإما شخصيا =

وهذه للنصوص تواجه حالتين :

(الحالة الأولى) أن يبرىء الدائن أحد المدينين المتضامين من الدين . فإذا اقتصر الدائن على هذا الإبراء ، ولم يصرح بغير ذلك ، افترض أنه أراد إبراء ذمة هذا المدين وحده ، فلا يستطيع أن يطالبه بشيء بعد هذا الإبراء ، ولكنه يستطيع أن يطالب كلا من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستزل حصة المدين الذى أبرأه (١). فى المثال السابق - الدين ثلثمائة والمدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية - إذا أبرأ الدائن أحد المدينين ، كان له أن يطالب أياً من المدينين الآخرين بمائتين ، ومن وفى منهما المائتين يرجع على الآخر بمائة هى حصته من الدين (٢) . فإذا كان هذا الآخر معسراً ، كان للمدين الذى وفى المائتين أن يرجع على المدين الذى أبرأه الدائن بنصيبه فى حصة المعسر وهو خمسون ، ما لم يتضح أن الدائن عند ما أبرأ هذا المدين أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين ، فى هذه الحالة يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين فى حصة المعسر ، ولا يستطيع مطالبة المدين غير المعسر بالمائتين كلها بل يطالبه بمائة وخمسين .

= مختصاً بواحد أو بعدة منهم . فإذا شمل الإسقاط جميع المدينين ، يقسم الموجب فيما بينهم كما يقسم الموجب المتقارن . وإذا كان الإسقاط شخصياً مختصاً بواحد أو بعدة من المدينين ، فإن الدائن لا يمكنه أن يطالب الذين أسقط التضامن عنهم إلا بنصيبهم ، وإنما يحق له أن يقاضى سائر المدينين على وجه التضامن ببلغ الدين كله . وإذا وقع لأحد المدينين الذين لم يشملهم إسقاط التضامن إن أصبح غير ملئ ، فإن سائر المدينين ، وفى جلتهم الذين استفادوا من هذا الإسقاط ، يتحملون إيفاء ما يجب عليه من الدين (والمادتان ٤٢ و ٣٠ من التقنين اللباني توافقان فى الحكم المادتين ٢٩٠ و ٢٩١ من التقنين المصرى) .

(١) استئناف وطنى ١٩ ديسبر سنة ١٨٩٢ ا حقوق ٧ ص ٣٩٣ — استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٧١ .

(٢) نقض مدنى ١٠ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٩ ص ١٩٥ — على أنه إذا أفلس أحد المدينين المتضامين ، وتصلح معه الدائن على جزء من الدين وأبرأه من الباقي ، فللدائن أن يرجع على أى المدينين المتضامين الآخرين بكل الدين دون أن يستزل حصة المدين المفلس فى الجزء الذى أبرأه منه الدائن . وهذا ما تنص عليه المادة ٣٤٩ من التقنين التجارى إذ تقول : « وللمدين مطالبة للشركاء فى الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس (انظر الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٦٥١ - وانظر المادة ٤٤٥ من التقنين التجارى الفرنسى وتولان وكابيتان ٢ فقرة ٧٠٠ ص ٤٧٤) .

ولكن يجوز للدائن عند إبرائه المدين أن يصرح بما انصرفت إليه نيته بالنسبة إلى المدينين الآخرين . فقد يصرح أنه أراد بإبرائه لأحد المدينين أن يبرىء الباقي ، وعند ذلك ينقضى الدين بالإبراء بالنسبة إليهم جميعاً ، ولا يستطيع الدائن بعد ذلك أن يطالب أحداً منهم بشيء ، ولا يرجع لأحد منهم على الآخرين . وقد يصرح ، على النقيض من ذلك ، أنه لم يرد بإبرائه للمدين أن يبرىء المدينين الآخرين حتى من حصة المدين الذي أبرأه ، وأنه يحتفظ لنفسه بحق الرجوع عليهم بكل الدين . وفي هذه الحالة لا يطالب الدائن المدين الذي أبرأه بشيء ، لكنه يستطيع أن يطالب أياً من المدينين الآخرين بكل الدين ، أى بثلاثمائة ، ولمن دفع منهما أن يرجع على الآخر بمائة وهي حصته من الدين ، ويرجع كذلك على المدين الأول الذي أبرأه الدائن بمائة وهي حصته من الدين هو أيضاً . فكأن إبراء الدائن للمدين مع احتفاظه بحقه في مطالبة الآخرين بكل الدين لا يعنى المدين من دفع حصته ، ولكن لا للدائن ، بل للمدين الذى وفى كل الدين . وقد يجد المدين الذى وفى كل الدين شريكه الآخر معسراً فيرجع في هذه الحالة على المدين الأول الذى أبرأه الدائن بنصيبه في حصة المعسر ، وهي خمسون ، فيكون مجموع ما يرجع به عليه مائة وخمسين . وهذا ما لم يتضح أن الدائن عند ما أبرأ المدين الأول أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين ، فعند ذلك يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين في حصة المعسر ، كما يتحمل أيضاً حصة هذا المدين في الدين ما دام قد أخلاه من كل مسئولية عنه ، ولا يستطيع أن يطالب المدين غير المعسر إلا بمائة وخمسين هي حصته من الدين أضيف إليها نصيبه في حصة المعسر (١) .

(١) رتقدير ما انصرفت إليه نية الدائن في الإبراء مسألة واقع لا معقب على قاضى الموضوع فيها من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اختلف أحد المدينين المتضامنين مع الدائن في مدى الإبراء الصادر منه وفيما إذا كان يتناول الدين برمته فيستفيد منه كلا المدينين أو هو مقصور على المدين الآخر ، وعرضت المحكمة لهذا النزاع وكانت على بيته من كل ما يستند إليه المدين ، ثم خلصت من بحثها وموازنتها بين حجج الطرفين إلى أن هذا الإبراء خاص بأحد المدينين دون الآخر ، وكان ما ذهب إليه من ذلك سائفاً في تفسير الإقرار وعقد شطب بالاختصاص الصادرين من الدائن ولا يتجافى مع ما هو وارد فيهما ، فلا معقب عليها في ذلك (نقض مدني ١٠ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٩ ص ١٩٥) .

(الحالة الثانية) أن يرى الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن فقط (١). فمندئذ لا يستطيع أن يطالبه إلا بحصته في الدين ، وهي المائة (٢). ولكنه يستطيع أن يطالب كلا من المدينين الآخرين بكل الدين ، أى بثلاثمائة ، ومتى وفي أحدهما الدين كله رجع على المدين الآخر بمائة وهي حصته في الدين . ثم رجع على المدين الأول الذي أبراه الدائن بمائة وهي حصته في الدين كذلك . فإذا كان المدين الآخر معسراً ، رجع المدين الذي وفي الدين كله على المدين الأول الذي أبراه الدائن بنصيبه في حصة المعسر تضاف إليه حصته هو في الدين ، فيرجع عليه بمائة وخمسين (٣). وقد يتفق الدائن عند إبرائه للمدين الأول من التضامن ، مع هذا المدين أو مع غيره من المدينين أو معهم جميعاً ، على أن يرجع على أى من المدينين الآخرين بالدين بعد استئصال حصة المدين الذي أبراه من التضامن ، فيرجع عندئذ على أى منهما بمائتين ، ويرجع المدين الذي وفي المائتين على المدين الآخر بحصته في الدين وهي مائة . فإذا كان هذا المدين الآخر معسراً ، رجع المدين الذي وفي المائتين على المدين الذي أبراه الدائن من

= ولما كان الإبراء إسقاطاً فهو لا يفترض ، بل يجب أن يستخلص في وضوح وفي غير إبهام ، وإذا تضمنته ورقة مكتوبة وجب أن تكون بمضاه من الدائن أو من نائب عنه مفوض له في الإبراء (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٦ م ص ٩٧) .

(١) وقد يكون في محاسبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين عن حصته في الدين نزول ضمنى عن التضامن بالنسبة إليه (محكمة مصر الكلية الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١١٥ ص ٢٩٩ — ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ١٥٦ ص ٣٢٦ — تعليق الأستاذ سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٦٥٩) . على أن هذا النزول ضمنى لا يستخلص حتماً ، وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه إذا طالب أحد المدينين المتضامنين بحصته في الدين وتحالض معه عنها على هذا الوجه ، فليس في ذلك تنازل عن التضامن لمجرد أن المدين قد دفع حصته في الدين ، إذ أنه يبقى مع ذلك التزامه بصفته وكيلًا عن باقي المدينين وهو التزام يجوز للدائن الرجوع به عليه حتى قبل أن يجرد باقي المدينين من ما لهم (٣٠ مارس سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٤٤٦ ص ٩٦٨) .

(٢) قارن في تعيين حصة المدين المبرأ من التضامن بالنسبة إلى الدائن الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٣٦ — ص ٢٣٧ .

(٣) انظر في اضطراب نصوص التقنين المدنى الفرنسى في هذه المسألة وتضارب آراء الفقهاء الفرنسيين في تفسير المادة ١٢١٠ من هذا التقنين بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٩ — فقرة ١٢٨٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٨ ص ٤٤٧ وفترة ١٠٩٥ .

التضامن بنصيبه في حصة المعسر (١). كل هذا ما لم يتضح أن الدائن عندما أبرأ المدين من التضامن أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين فيما عدا حصته منه ، فعندئذ ذلك يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين في حصة المعسر ، ولا يرجع على المدين المؤسر إلا بمائة وخمسين (٢).

ويلاحظ أن الإبراء تصرف قانوني كالتجديد ، ومن ثم يتسع فيهما ، كما رأينا ، أن تتجه الإرادة إلى نيات مختلفة . فيقف المشرع عند إحدى هذه النيات يفترض وجودها ، إلا إذا قام الدليل على وجود نية أخرى . وهذا بخلاف أسباب الانقضاء الأخرى - المقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقادم - فهذه كلها وقائع مادية لا تتسع إلا للحكم واحد لا يتغير ، كما رأينا في المقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ ، وكما سنرى في التقادم (٣).

(١) وإذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامين من التضامن ، وعندما أراد الرجوع على باقي المدينين وجدهم جميعاً معبرين ، فإنه يستطيع الرجوع على المدين الذي أبرأه من التضامن بكل المدين ، فإن هذا المدين بعد أبرائه من التضامن يلتزم بدفع حصته من الدين ، ثم يلتزم بدفع الباقي على أساس أنه يتحمل حصص المعسرين (ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٤٠ — كولين دى سانتير ٥٠ فقرة ١٥٠ مكررة ثالثاً — بودرى وبارد ٢٤ فقرة ١٢٦٣) .

(٢) انظر في اختلاف الآراء في الفقه الفرنسي في هذه المسألة لعدم وضوح نص المادة ١٢١٥ من التقنين المدني الفرنسي بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٢ — فقرة ١٢٦٥ .

وانظر في المادتين ١٢١١ و ١٢١٣ من التقنين المدني الفرنسي وهما يضعان قرائن قانونية على وقوع الإبراء من الدائن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٨٣ — فقرة ١٢٨٨ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٧ — ولا محل لتطبيق هذه القرائن القانونية في مصر ، فإن القرينة لا بد فيها من نص ولم يورد التقنين المدني المصري هذه النصوص ، فالقرينة على الإبراء في القانون المصري لا تكون إلا قضائية (قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٨ — ص ٧٩) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد الإبراء ما يأتي : « إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامين ، استتبع ذلك براءة ذمته من الدين ، أما الباقيون فلا تبرأ ذمتهم إلا إذا أعلن الدائن ذلك . فإن لم يفعل ، بقى كل منهم متزاماً بأداء الدين بأسره بعد استئصال حصة من أبرأه . بيد أن للدائن أن يرجع رغم ذلك على كل من المدينين المتضامين بكل الدين إذا احتفظ لنفسه بهذا الحق ، ويكون لمن يقوم بالوفاء عن هؤلاء المدينين في هذه الحالة حق الرجوع على من أبرأه بحصته في الدين . ويستخلص مما تقدم أن ثمة قرينتين : (الأولى) قرينة انصراف إرادة الدائن إلى عدم إبراء سائر المدينين ، ما لم يعلن خلاف ذلك . (والثانية) قرينة =

١٩٤ - التقادم : تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ من التقنين

المدنى على ما يأتى :

« إذا انقضى الدين بانتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين (١) » .

انصراف إرادة الدائن إلى إبراء ذمتهم من حصة المدين الذى صدر الإبراء لصالحه ، ما لم يحتفظ لنفسه بحق الرجوع بمجملة الدين . أما إذا اقتصر الدائن على إبراء أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، فلا ينهض هذا الإبراء قرينة على أن نيته قد انصرفت إلى إبراء ذمة الباقيين من حصة من أبرى . وعلى ذلك يكون للدائن أن يرجع على كل من هؤلاء المدينين بمجملة الدين ، ما لم يصرح أنه أبرأ ذمتهم من حصة من صدر الإبراء لصالحه . ولا يجوز له فى أى حال أن يرجع على من أبرى من التضامن إلا بقدر حصته فى الدين ويستخلص مما تقدم أن الدائن إذا أبرأ أحد المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن ، فله أن يرجع على كل من الباقيين بكل الدين ، بعد استئزال حصة من أبرى . أو دون استئزال هذه الحصة ، ولا يكون لمن يقوم بالوفاء من المدينين بمجملة الدين بعد استئزال حصة المدين الذى أبرأه الدائن أن يرجع بشئ على هذا المدين ، ولكن يثبت له حق الرجوع عليه بحصته لو أنه قام بالوفاء بمجملة الدين دون أن يستزل تلك الحصة . فلو فرض مثلاً أن مدينين أربعة التزموا على وجه التضامن بالوفاء بدين قدره ١٢٠٠ جنيه ، وأن دائنهم أبرأ أحدهم من الدين أو من التضامن ، فلهذا الدائن أن يرجع على كل من الثلاثة الباقيين بمبلغ ٩٠٠ جنيه أو بمبلغ ١٢٠٠ جنيه على حسب الأحوال . فإذا اقتصر أحد هؤلاء الثلاثة على الوفاء بمبلغ ٩٠٠ جنيه ، فليس له الرجوع بشئ على من أبرى . أما إذا أدى مبلغ ١٢٠٠ جنيه ، فله أن يرجع عليه بمبلغ ٣٠٠ جنيه . وله أن يرجع ، فى كلتا الحالتين ، على كل من المدينين الآخرين بمبلغ ٣٠٠ جنيه . ولو فرض أن أحد هذين المدينين معسر لا مال له ، فلا يكون لمن قام بالوفاء إلا أن يرجع على المدين المعسر ، وفى هذه الحالة يتحمل من أبرى من المدينين ، سواء ألزم بأداء مبلغ ٣٠٠ جنيه أم برئت ذمته براءة تامة ، نصيبه فى تبعة هذا الإعصار ، فيؤدى فضلاً عن حصته فى الدين (مبلغ ٣٠٠ جنيه) مبلغ ١٠٠ جنيه عند الاقتضاء وهو نصيبه فى حصة المعسر . على أن هذا الحكم لا يعدو أن يكون مجرد تفسير لنية المتعاقدين ، فهو يقوم على قرينة يجوز نقض دلالتها بآثبات العكس . فإذا أثبت من أبرى من المدينين أن إرادة الدائن قد انصرفت إلى إبرائه من كل مسؤوليته عن الدين ، تحمل الدائن نصيب هذا المدين فى تبعة إعصار من يعسر من المدينين المتضامنين : وهو مبلغ ١٠٠ جنيه فى الفرض الذى تقدمت الإشارة إليه) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٨ - ص ٨٠) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ٤١٦ من المشروع التمهيدي

على الوجه الآتى : « إذا انقضى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين بسبب التقادم ، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين . على أنه إذا أجبر أحد المدينين على وفاء الدين ، كان له حق الرجوع على الباقيين ، حتى من انقضى التزامه بالتقادم » . وفى لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً =

ويمكن أن نتصور انقضاء الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين دون الآخرين في فروض مختلفة . من ذلك أن يكون الدائن قد قطع التقادم بالنسبة إلى المدينين المتضامنين ما عدا واحداً منهم أغفل أن يقطع التقادم بالنسبة إليه ، وسنرى أن قطع التقادم بالنسبة إلى بعض المدينين المتضامنين لا يعتبر قطعاً للتقادم بالنسبة إلى الآخرين . فيستمر التقادم في سريانه بالنسبة إلى هذا المدين ، وقد يكتمل دون أن يكتمل التقادم الذي انقطع بالنسبة إلى المدينين الآخرين . ومن ذلك أيضاً أن يكون أحد المدينين المتضامنين دينه مؤجل ، والثاني دينه معلق على شرط ، والثالث منجز ، فلا يسرى التقادم بالنسبة إلى الأولين إلا

= جعل حكمه متفقاً مع الأحكام الأخرى الخاصة بأسباب انقضاء الالتزام، وأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١/٣٠٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١/٢٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٢ و ص ٨٤ — ص ٨٥) .

ولم يرد لهذا النص مقابل في التقنين المدني السابق ، ولكنه لما لم يكن إلا تقريراً للمبدأ العام الذي أخذ به هذا التقنين ، فقد كان يمكن العمل به في عهده . وكانت المادة ٢٧١/٢٠٧ من التقنين المدني السابق تنص على ما يأتي : « إذا ترك أحد المدينين المتضامنين أو المدين الأصلي حقه في التمسك بمضى المدة الموجب لتخليصه من الدين ، فلا يضر ذلك بباقي المدينين المتضامنين وبالكفيل الذين تخلصوا من التزاماتهم بمضى المدة » . وهذا الحكم ، كما سنرى ، يمكن الأخذ به في عهد التقنين المدني الجديد ، فهو موافق للمبدأ العام المقرر في هذا التقنين .

ويتقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ١/٢٩٢ (وهي مطابقة) — وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٢٧٩ (وهي مطابقة) — وفي التقنين المدني العراقي المادة ١/٣٢٩ ونصها كالاتي : « إذا كانت دعوى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لا يجوز سماعها بسبب التقادم ، استفاد من ذلك باقي المدينين بقدر حصصة المدين الذي لا يجوز سماع الدعوى ضده » (وحكم هذا النص موافق لحكم التقنين المصري) — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٤٧ ونصها كالاتي : « يحق لكل مدين متضامن والكفيل الإدلاء بمرور الزمن تجاه الدائن ، كما يحق لدائن آخر للمدين أن يدلى به على الطريقة غير المباشرة » (ولم يبين النص في وضوح الحكم فيما إذا تمسك أحد المدينين المتضامنين بالتقادم الذي تم لمصلحة مدين آخر . ولكن يظهر من نص المادة ٣٦١ — وتنص على « أن حكم مرور الزمن لا يقتصر على إسقاط حق الدائن في إقامة الدعوى ، بل يسقط أيضاً الموجب نفسه ، فلا يمكن بعد ذلك الاستفادة منه بوجه من الوجوه ، لا باقاة دعوى ولا بتقديم دفع » — أن التقادم يبرئ ذمة باقي المدينين المتضامنين ، وإن كان الأمر غير واضح وضوحاً كافياً . فإن صح هذا التفسير ، فإن التقنين اللبناني يختلف حكمه في هذه المسألة عن حكم التقنين المصري) .

بعد حلول الأجل وإلا بعد تحقق الشرط ، ويسرى التقادم فوراً بالنسبة إلى الثالث فيكتمل في وقت لم يكتمل فيه بالنسبة إلى الأولين .

فاذا وقع ذلك ، وانقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين دون أن ينقضى بالنسبة إلى الآخرين ، فإن الدائن لا يستطيع أن يطالب من انقضى دينه بالتقادم بشيء بعد انقضاء دينه . ولكن يستطيع مطالبة أي من المدينين الآخرين الذين لم ينقض دينهم بالدين بعد أن يستنزل منه حصة المدين الذي انقضى دينه بالتقادم . ففي المثل السابق — الدين ثلثمائة والمدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية — إذا انقضى دين الأول بالتقادم ، فإن الدائن يرجع على أي من المدينين الآخرين بمائتين ، ومن دفع منهما المائتين يرجع على الآخر بمائة وهي حصته في الدين (١).

فاذا كان من دفع المائتين عند رجوعه على الآخر بالمائة وجده معسراً ، فانه يرجع على المدين الذي انقضى دينه بالتقادم بنصيبه في حصة المدين المعسر ، أي يرجع عليه بخمسين ، ويتحمل هو في النهاية مائة وخمسين هي حصته في الدين أصيبت إليها نصيبه هو في حصة المدين المعسر . ولا يعترض على هذا

(١) أما في القانون الفرنسي فن الفقهاء من يذهب إلى هذا الرأي (كولين دي سانتير ه فترة ١٤٢ مكررة خامساً — لوران ١٧ فقرة ٣٣) ، ومنهم من يذهب إلى أن المدين المتضامن يحتاج بالتقادم الذي اكتمل بالنسبة إلى مدين غيره ، لا بقدر حصة هذا المدين فحسب ، بل بكل الدين ، فبموجب ذمة المدينين جميعاً إذا اكتمل التقادم بالنسبة إلى أحدهم ولو لم يتكامل بالنسبة إلى الآخرين (ديمولومب ٢٦ فقرة ٤١٣ — فقرة ٤١٤ — بودرى وبارود ٢ فقرة ١٢٥٢ — فقرة ١٢٥٣) .

ويجب التمسك بالتقادم ، إما من المدين الذي انقضى دينه به ، وإما من مدين آخر إذا بدا الدائن بالرجوع عليه قبل الأول (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٣٩ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٠٢ ص ٢٨٧) . وإذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى الجميع ، ثم لم يتمسك أحدهم به أو نزل عنه ، فسنرى (انظر مايل فقرة ١٩٦) أن ذلك لا يضر بالآخرين (انظر أيضاً المسادة ٢٠٧/٢٧١ من التقنين المدني السابق — وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٣٩) . كذلك إذا اكتمل التقادم لأحد المدينين ، ورجع الدائن على مدين غيره ، فلم يتمسك هذا بالتقادم ليستنزل حصة المدين الذي تقادم دينه ، بل دفع الدين كله ، فليس له أن يرجع على المدين الذي تقادم دينه بحصته في الدين (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٨٧ هامش رقم ٢) .

الحكم بأن المدين الذى انقضى دينه بالتقادم لا يجوز الرجوع عليه بشئ بعد أن انقضى دينه ، ذلك لأن المدين الذى دفع المائتين لا يرجع عليه بالدين القديم الذى انقضى بالتقادم ، وإنما يرجع عليه بدعوى الوكالة أو الفضالة كما سنرى ، وهذه الدعوى لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها إلا من وقت دفع المائتين . ونرى من ذلك أن المدين الذى انقضى دينه بالتقادم ، إذا هو أمن مطالبة الدائن له ، فانه لا يأمن رجوع مدين آخر يطالبه بنصيبه فى حصة مدين معسر ، ولا يستطيع أن يتخلص من هذه المطالبة بالرغم من تقادم دينه الأصلي .

§ ٣ — الآثار الثانوية للتضامن بين المدينين

١٩٥ — المبرأ العام : قدمنا أن للتضامن آثاراً ثانوية (effets secondaires) ترجع الى قيام نيابة تبادلية بين المدينين المتضامنين ، بموجبها يكون كل مدين متضامن ممثلاً للآخرين ونائباً عنهم فيما ينفعهم لافياً يضرهم (١).

(١) أما فى فرنسا فالنيابة التبادلية ما بين المدينين المتضامنين كانت معروفة منذ عهد القانون الفرنسى القديم ، قال بها ديمولان وبوتيه من بعده ، ثم تبعهما فى ذلك فقهاء القانون الفرنسى الحديث . والنيابة التبادلية ، كما هى مفهومة فى فرنسا فى العصر الحاضر ، وكما كانت مفهومة فى مصر فى عهد التقنين المدنى السابق تبعاً للفقهاء الفرنسى ، تقضى بأن كل مدين يمثل سائر المدينين المتضامنين فيما يحفظ الالتزام ، وفيما يستبقيه ، لا فيما يزيد من عبء (ad conservandam vel perpetuandum, non ad augendam) . ومن ثم يكون إعداؤه أحد المدينين المتضامنين إعداؤه للباقين ، وتكون مطالبته القضائية مطالبة للباقين ، ويكون قطع التقادم بالنسبة إليه قطعاً للتقادم بالنسبة إلى الباقين ، ويكون الحكم عليه حكماً على الباقين ، وفى هذا كله مثل المدين المتضامن سائر المدينين فيما يضر وإن كان لا يزيد من عبء الالتزام . على أن من يراجع نصوص التقنين المدنى الفرنسى فى التضامن ، وتضارب آراء الفقهاء فى تفسيرها ، يدرك أن هذه النصوص لم تنظمها وحدة دقيقة من منطق منسجم . انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٣ — دالانول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٣ ص ٤٥٤ — ص ٤٥٥ . وقد التزم التقنين المدنى المصرى الجديد فى نصوصه التى أوردها فى هذا الموضوع الهام ، كما سنرى ، هذه الوحدة الدقيقة ، ولم يجد عنها فى أى نص ، إذ جعل النيابة التبادلية تقوم فى جميع الأحوال فيما ينفع سائر المدينين المتضامنين لا فيما يضرهم ، فتمحضت هذه النيابة لمصلحة المدينين .

ويذهب نى باج إلى أن فكرة النيابة التبادلية فى القانون الفرنسى تهدف إلى غرض على محض ، هو تقوية التضامن وجعله ينتج أبعد الآثار لمصلحة الدائن ، فيستطيع هذا بإجراء =

وقد طبق التقنين المدني هذا المبدأ العام تطبيقات تشريعية مختلفة :

(١) فإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين ، لم يضر ذلك بباقي المدينين ولم يحز للدائن أن يتمسك بقطع التقادم أو بوقفه قبلهم .

(٢) وإذا ارتكب أحد المدينين المتضامنين خطأ في تنفيذ التزامه يستوجب مسئوليته . لم يضر ذلك بباقي المدينين .

= يتخذ قبل مدين واحد أن يحدث الآثار التي تنتج فيما لو اتخذ هذا الإجراء قبل جميع المدينين (دى باج ٣ فقرة ٣٥٨ ص ٣٢٧) . وإذا أخذنا بهذا الرأي ، تبين أن فكرة النيابة التبادلية في فرنسا إنما هي لتقوية ضمان الدائن ، أما في مصر فقد أصبحت في عهد التقنين المدني الجديد متمحضة لمصلحة المدينين (انظر الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٠٣ ص ٢٩٠) . ويستمرض بودرى وبارد التقنينات الأجنبية المختلفة ، فيما يتعلق بآثار التضامن . ليقارن فيما بينها . فبعضها يسير على غرار التقنين الفرنسى ، كما هي الحال في التقنين البرتغالى وفي التقنين الشيل وفي التقنين المصرى السابق . وبعضها يوسع في آثار التضامن ويزيد فيها على التقنين الفرنسى ، كما فعل التقنين الأسبانى إذ جعل سائر المدينين المتضامنين مسئولين عن خطأ أحدهم ، وكما فعل التقنين الأرجنتينى إذ جعل اتحاد الذمة يقضى الدين كله بالنسبة إلى جميع المدينين ، وكما فعل التقنين الإيطالى السابق إذ جعل كل مدين يحتج بقدر حصته في الدين بالمقاصة التي وقعت لأحد منهم . وبعضها يضيق من آثار التضامن ، وقد فعل ذلك بنوع خاص التقنين الألماني . ففي هذا التقنين لا أثر للتضامن إلا فيما يتعلق بالوفاء والوفاء بمقابل والمقاصة ، أما الإعذار والخطأ واستحالة التنفيذ والتقادم وقطعه ووقفه واتحاد الذمة والحكم فلا أثر للتضامن فيها . فالتقنين الألماني يستبعد فكرة النيابة التبادلية ويضيق كثيراً من الآثار الأخرى للتضامن ، ولكنه من جهة أخرى يوسع من حالاته : فالتضامن يفترض في العقد ، والورثة متضامنون في تنفيذ التزامات المورث . ويتضح من ذلك ألا محل في التقنين الألماني للتمييز بين التضامن الكامل والتضامن الناقص ، ما دامت فكرة النيابة التبادلية ، وهي التي تميز بين النوعين ، قد استبعدت . والتقنين السويسرى يقرر أن المدين المتضامن لا يستطيع بعمله أن يسوى مركز المدينين الآخرين ، فطالب أحد المدينين بالفوائد لا يجعلها تسرى في حق الآخرين ، ولكن قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين يقطعه بالنسبة إلى الباقيين لتوق مضاعفة مصروفات قطع التقادم . ويوسع التقنين السويسرى هو أيضاً من حالات التضامن ، فالوكلاء وحافظو الوديعة متضامنون إذا تعددوا ، ولكنه لا يفترض التضامن في العقد بوجه عام (انظر في كل ذلك بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٠٧ فقرة ١٣١١ — وانظر في المقارنة بين التقنين الفرنسى والتقنين الألماني بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٨) .

(٣) وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو طالبه مطالبة قضائية ، لم يضر ذلك المدينين الآخرين ، ولم ينتج الإعذار أو المطالبة القضائية أثراً بالنسبة إليهم . لكن إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، نفع هذا باقياًهم وأفادوا من هذا الإعذار .

(٤) وإذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى أو أى نفع للمدين ، أفاد الباقيون من ذلك . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمة المدين التزاماً جديداً أو يزيد فيما هو ملتزم به أو يسوى مركزه على أية صورة من الصور ، فإن هذا الصلح لا يضر الباقيين ولا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه .

(٥) وإذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، لم يضر هذا الإقرار بباقي المدينين واقتصرت حجيته على المقر دون أن تسرى في حق الباقيين . أما إذا أقر الدائن لأحد المدينين المتضامنين ، أفاد الباقيون من إقراره .

(٦) وإذا وجه الدائن التمييز إلى أحد المدينين المتضامنين دون غيره فحلف ، أفاد باقي المدينين من ذلك . أما إذا نكل ، لم يضار بنكوله الباقيون . كذلك إذا وجه أحد المدينين المتضامنين التمييز إلى الدائن فحلف ، لم يضار بذلك باقي المدينين . أما إذا نكل ، أفاد من نكوله الباقيون .

(٧) وإذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، لم يسر هذا الحكم في حق الباقيين ولم يحتج به عليهم . أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، أفاد الباقيون منه ، إلا إذا كان الحكم منبئاً على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه (١) .

هذه هى التطبيقات التشريعية للمبدأ العام السالف الذكر ، نستعرضها على التعاقب تفصيلاً فيما يلى . وقد سبقت الإشارة إلى أن هذه الآثار الثانوية للتضامن السلبى لا تحدث فيما أسميناه بالالتزام التضامنى (obligation in solidum) ، ففى هذا الآلة لا تكون هناك نيابة تبادلية بين المدينين المتعددين ، إذ لا توجد

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٢ .

رابطة مشتركة بينهم أكثر من أن كلا منهم مدين بنفس الدين . فإذا أعذر أحدهم الدائن لم يفد الباقيون من ذلك ، وإذا أعذر الدائن أحدهم لم يسر الإعذار في حق الباقيين . وإذا أقر الدائن لأحدهم لم يفد الباقيون من الإقرار ، وإذا أقر أحدهم للدائن لم يسر الإقرار في حق الباقيين . وقل مثل ذلك في سائر الآثار الثانوية .

١٩٦ - انقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية للمادة ١١٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢/٢٠٤ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢/٢٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٢ و ٨٤ - ص ٨٥) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١١٠/١٦٦ ، ونصها ما يأتي : « مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين سرياناً إلى باقي المدينين » . وقد كتبنا في النوجز في عهد التقنين المدني السابق في هذا الصدد ما يأتي : « والندوة الأخرى الجوهريّة في علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض بالدين الآخر هي النيابة التبادلية . فكل مدّين نائب عن بقية المدينين أيضاً لا يريد من عبء الالتزام . وإلى هذا تشير المادتان ١١١/١٦٧ : لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقي المدينين . فإذا كان الدين غير قابل للتحويل ، وتبيل تحويله أحد المدينين المتضامنين ، فلا يسرى هذا القبول على المدينين الآخرين ، إذ لا نيابة فيما يزيد على الالتزام . كذلك إذا تبيل أحد المدينين المتضامنين أن يدفع فوائد لم يكن ملزماً بدفعها ، أو أن يزيد في الفوائد التي التزم بدفعها ، فإن هذه الزيادة في عبء الدين لا تسرى في حق المدينين الآخرين . أما في حدود الالتزام ، فكل مدّين نائب عن المدينين الآخرين ، وتترتب على هذه النيابة التبادلية النتائج الآتية : (١) إعذار الدائن لأحد المدينين المتضامنين يعتبر إعذاراً للباقيين ، وتولد آثار الإعذار بالنسبة لجميع المدينين المتضامنين ، بما في ذلك التعويض عن التأخر وضمانهلاك . (٢) مطالبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين مطالبة قضائية تعتبر مطالبة للباقي ، وتولد آثار المطالبة القضائية بالنسبة لجميع المدينين المتضامنين ، بما في ذلك قطع سريان التقادم واستحقاق الفوائد . وإلى هاتين النتيجةين تشير المادتان ١١٠/١١٦ : مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين =

قد يقطع الدائن التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتقاضين ، بأن يطالبه بالدين مطالبة قضائية أو يرسل إليه تنبهاً (commandement) أو يوقع عليه

= سريان على باقي المدينين (٣) الحكم على أحد المدينين المتضامنين حكم على الباقي، ألا إذا ثبت أن المدين المحكوم عليه متواطئ مع الدائن أو أنه أهمل في الدفاع عن حقه أو ثبت أن أحد المدينين غير المحكوم عليهم عنده دفع خاص به . ومن باب أولى إذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين المتضامنين ، استفاد منه الباقي ، وقد رأينا تطبيق هذا المبدأ في تضامن الدائنين . فالقاعدة إذن أن المدين المتضامن أو الدائن المتضامن يمثل شركاء المتضامنين معه في الدعوى التي يدخل طرفاً فيها ، فإذا حكم له أو عليه تعدى أثر هذا الحكم إلى شركائه بفضل هذه النيابة التبادلية . إلا أن هؤلاء الشركاء يستطيعون أن يدفعوا عنهم أثر حكم لم يصدر لصالحهم ، إذا أثبتوا أن شريكهم الذي دخل طرفاً في الدعوى قد تواطأ مع من صدر الحكم لمصلحته ، أو أنه أهمل في الدفاع عن حقه ، ويستطيع أحد الشركاء كذلك أن يدفع عنه أثر الحكم إذا ثبت أن عنده دفوعاً خاصة به من شأنها أن تحول الحكم لمصلحته . ومعنى أن الحكم على أحد المدينين المتضامنين أوله حكم على الباقي أولهم أن هذا الحكم يكون حجة عليهم أولهم ، وليس معناه أن المدين المتضامن الذي لم يكن طرفاً في الدعوى ينفذ عليه أو ينفذ بمقتضى هذا الحكم . وإذا صدر الحكم لصالح الدائن في مواجهة جميع المدينين المتضامنين فإن المعارضة أو الاستئناف أو النقض الذي يرفعه أحد هؤلاء المدينين يفيد الباقيين حتى لو لم يطنوا في الحكم بأنفسهم » (الموجز للمؤلف فقرة ٥١٠) — انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٣ .

ويقين بما قدمناه أن التقنين المدنى السابق كان يتضمن مبدأ يقضى بالنيابة التبادلية ما بين المدينين المتضامنين والدائنين المتضامنين لا فيما ينفع نحسب ، بل أيضاً فيما يضر ، إلا إذا كان في ذلك زيادة في عبء الدين كأن تزيد فوائده أو أن يصح قابلاً للتحويل (استئناف أهلى ١٧ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٨ — استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٢٢١) . أما ما ينتج من الآثار من الإعذار والمطالبة القضائية ، كاستحقاق التمويض وتحمل تبعة الهلاك وسريان الفوائد وقطع التقادم ، فهذا كله لا يعتبر زيادة في عبء الدين ، إذ هو من النتائج الطبيعية للدين ذاته ، وهو وإن كان ضاراً بالمدينين المتضامنين الآخرين إلا أنه يسرى في حقهم بمقتضى هذه النيابة التبادلية فيما ينفع وفيما يضر إلا ما يزيد في عبء الدين . وقد جرى التقنين المدنى السابق في كل هذا الفقه الفرنسى ، كما بينا فيما تقدم .

ويتضح من ذلك أن الآثار الثانوية للتضامن — وهى التى نحن بصدها — يختلف فيها التقنين السابق عن التقنين الجديد . فى التقنين السابق ، قطع التقادم ووقفه فى حق أحد المدينين المتضامنين يكون قطعاً للتقادم ووفقاً له فى حق الآخرين ، وإعذار أحد المدينين المتضامنين أو مطالبته مطالبة قضائية يسرى فى حق المدينين الآخرين ، وكذلك يحتج بالحكم الصادر فى مواجهة أحد المدينين المتضامنين وبالأجراءات الصحيحة المتخذة قبله على الباقيين (استئناف مصر ١٥ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٨ ص ٥٢٤ — الجيزة ٤ يناير سنة ١٩٣٩ . =

حجزاً أو يحصل منه على إقرار بالدين أو يقوم بأى عمل آخر من الأعمال التي تقطع التقادم (م ٣٨٣ - ٣٨٤ مدنى) . ولما كان هذا المدين لا يمثل باقى المدينين ولا ينوب عنهم فى الأعمال التي تقصر بهم ، وكان قطع التقادم ضاراً بهم إذ أن من مصلحتهم أن يستمر التقادم فى سريانه ولا ينقطع ، فان التقادم فى هذه الحالة لا ينقطع إلا بالنسبة إلى المدين الذى قطع الدائن التقادم معه وحده ، ويستمر التقادم سارياً بالنسبة إلى الباقي حتى يكتمل . ومن ثم جاز أن يكتمل التقادم فى حق بعض المدينين المتضامنين دون أن يكتمل فى حق بعض آخر ، كما رأينا فيما تقدم . ومن أجل ذلك أيضاً إذا أراد الدائن أن يقطع التقادم فى حق جميع المدينين المتضامنين ، وجب عليه أن يتخذ إجراء قطع التقادم بالنسبة إلى كل منهم

= المجموعة الرسمية ١ : رقم ١٧٦ - استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٢٣ - ٦ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٤٩ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ٨٥ ص ٨٨ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٩٣ ص ٢٣٥ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٥٠ ص ٢٩ - ١٦ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٤٦ - ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٧٨ . ولكن انظر عكس ذلك : استئناف مصر ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ : المحاماة ٢٠ رقم ٤٩١ ص ١١٦٢ - استئناف أسبوط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٢ : المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١١٣) .

وفيما استحدثه التقنين الجديد من أحكام فى هذا الشأن لا يسرى هذا التقنين بأثر رجعى ، فتبقى أحكام التقنين السابق سارية على الالتزامات التضامنية التى نشأت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ولو صدر الإعذار أو وقعت المطالبة القضائية أو قطع التقادم أو صدر الحكم بعد هذا التاريخ ، إذ العبرة بتاريخ نشوء الالتزام التضامنى ، فهو ينشأ خاضعاً للنظام القانونى الذى كان سارياً وقت نشوئه .

ويقابل نص المادة ٢/٢٩٢ من التقنين المدنى المصرى الجديد فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

فى التقنين المدنى السورى المادة ٢/٢٩٢ (وهى مطابقة) .

وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢/٢٧٩ (وهى مطابقة) .

وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢/٣٢٩ (وهى مطابقة) .

وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٦/٣٠٢ ، وتجريان على الوجه الآتى :

إن الأسباب التى توقف حكم مرور الزمن يمكن إبقاؤها شخصية ومختصة بأحد الدائنين . ولكن الأسباب التى تقطع مرور الزمن بالنظر إلى أحد المدينين المتضامنين تقطعه أيضاً بالنظر إلى الآخرين — ويختلف التقنين اللبنانى ، كما نرى ، فى قطع التقادم عن التقنين المصرى . ففى التقنين اللبنانى - كما كان الأمر فى التقنين المصرى السابق وكما هو الأمر الآن فى التقنين الفرنسى - قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين يقطعه بالنسبة إلى الباقين .

حتى ينقطع التقادم في حق الجميع (١). وقد قدمنا مثل ذلك في التضامن الإيجابي ولكن بنتيجة عكسية ، فإذا قطع أحد الدائنين المتضامنين التقادم في حق المدين ، أفاد هذا العمل باقي الدائنين ، وانقطع التقادم لمصلحة الجميع (٢).

وقد يقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين دون الباقي . ويتحقق ذلك مثلاً بأن تكون زوجة دائنة لزوجها ومعه مدينون آخرون متضامنون في نفس الدين ، أو بأن يكون قاصر دائناً لوصيه ومع الوصي مدينون آخرون متضامنون . ففي هذه الحالة يقف التقادم بين الزوجة وزوجها لقيام المانع الأدبي (م ١/٣٨٢ مدني) ، وبين القاصر ووصيه لقيام علاقة الأصيل بالنائب (م ١/٣٨٢ مدني) . ولما كان وقف التقادم ضاراً بالمدينين المتضامنين الآخرين ، فإن المدين الذي وقف التقادم في حقه لا يكون ممثلاً للباقيين فيما بضرهم ، ومن ثم لا يقف التقادم في حق المدينين المتضامنين الآخرين وإن وقف في حق الزوج وفي حق الوصي . هذا إلى أن أسباب وقف التقادم متصلة بشخص طرفي الالتزام ، فيقتصر أثرها عليهما . فلا بد إذن من أن يقوم سبب وقف التقادم في حق كل مدين متضامن على حدة ، حتى يقف في حق الجميع . ومن هنا جاز أيضاً أن يكتمل التقادم بالنسبة إلى بعض المدينين المتضامنين ، دون أن يكتمل بالنسبة إلى بعض آخر ، بأن يكون موقوفاً بالنسبة إلى هذا البعض وحده . إما في التضامن الإيجابي . فقد رأينا أنه إذا قام بأحد الدائنين المتضامنين سبب لوقف التقادم ، فإن التقادم يقف بالنسبة إليه وحده دون سائر الدائنين المتضامنين ، وإن كان وقف التقادم يفيدهم وكان ينبغي وفقاً للمبدأ العام أن يتعدى أثره إليهم ، ولكن لما كانت أسباب وقف التقادم متصلة بشخص طرفي الالتزام ، فإن الأثر يقتصر على من قام بشخصه سبب الوقف (٢) .

(١) أما في فرنسا فتقطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين يكون قطعاً للتقادم بالنسبة إلى الباقيين (المادة ١٢٠٦ من التقنين المدني الفرنسي وانظر بودرى وبارد ٢ فترة ١٢١٤ — فترة ١٢٢١) . ولكن وقف التقادم بالنسبة إلى أحدهم لا يكون وفقاً له بالنسبة إلى الباقيين (انظر بودرى وبارد ٢ فترة ١٢٢٢ — فترة ١٢٢٣) .

(٢) انظر آنفاً فترة ١٤٤ .

(٣) انظر آنفاً فترة ١٤٤ .

هذا وقد يقع أن ينمسك بعض المدينين المتضامنين بالتقادم دون بعض آخر ، في غير صورتى انقطاع التقادم ووقفه . إذ يجوز أن يكتمل التقادم بالنسبة إلى جميع المدينين المتضامنين ، ويستطيع كل منهم أن يدفع بسلطه الدين بالتقادم ، ولكن لما كان لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يدفع به المدين (م ٣٨٧ مدني) ، فقد يترك بعض المدينين المتضامنين هذا الدفع فلا يسقط الدين بالتقادم بالنسبة إليهم . وفي هذه الحالة يكون ترك الدفع بالتقادم من بعض المدينين ضاراً بالباقي ، فلا يسرى في حقهم . ويجوز أن يدعواهم بالتقادم بالرغم من ترك الآخرين لهذا الدفع . وقد كان في التقنين المدني السابق نص صريح في هذا المعنى ، وهو يقضى بأنه « إذا ترك أحد المدينين المتضامنين أو المدين الأصلي حقه في التمسك بمضى المدة الموجبة لتخلصه من الدين ، فلا يضر ذلك بباقي المدينين المتضامنين وبالكفيل الذين تخلصوا من التزامهم بمضى المدة » (٢٢٧/١٠٧ مدني قديم) . ولكن لما كان هذا الحكم ليس إلا تطبيقاً للمبدأ العام السالف الذكر ، فانه واجب التطبيق دون نص في عهد التقنين المدني الجديد (١) .

(١) وإذا كان قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لا يكون قطعاً له بالنسبة إلى الآخرين ، فن باب أولى لا يكون قطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل ولو كان متضامناً مع المدين الأصلي قطعاً للتقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي . وهذا الحكم صحيح حتى في عهد التقنين المدني السابق حيث كان قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين قطعاً له بالنسبة إلى الباقي ، وذلك لأن التزام الكفيل — ولو كان متضامناً — التزام تبعي ، فلا يستلزم قطع التقادم بالنسبة إليه قطعه بالنسبة إلى المدين الأصلي . وقد قضت محكمة النقض بأن حكم المادة ١١٠ من القانون المدني (السابق) يسرى أيضاً بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض ، وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض ، لا فيما بين المدين وكفيله المتضامن معه (نقض على ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ٢٤ ص ٥٠) . وقضت أيضاً في هذا المعنى بأن ماورد في المادة ١١٠ من القانون المدني (السابق) من أن « مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى بالدين يسريان على باقي المدينين » غير استثناء من الأصل الذي من مقتضاه أن انقطاع التقادم المترتب على المطالبة الرسمية بالتدين لا يمتد أثره من وجه إليه التمسك . فلا يجوز أن يسوى في حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن ، لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصير مديناً أصلياً ، بل يبقى التزامه تبعياً ، وينبئ على كون التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين أنه ينقضى حتماً بانقضاءه ولو كان التقادم قد انقطع بالنسبة إلى الكفيل ، ولا فرق في هذا بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن . وإذا في كان الحكم المطعون فيه أسر قضاؤه =

١٩٧ - خطأ أمر المدعى المتضامن في تنفيذ التزامه : تنص الفقرة

الأولى من المادة ٢٩٣ مدنى على ما يأتى :

« لا يكون المدعى المتضامن مسئولاً في تنفيذ الالتزام إلا عن فعله » (١) .
وهذا تطبيق آخر لاستبعاد مبدأ النيابة التبادلية فيما يضر . فالمفروض أن أحد المدعىين المتضامين قد ارتكب خطأ في تنفيذ التزامه جعله مسئولاً عن التعويض أمام الدائن ، فهذا الخطأ يكون هو وحده المسئول عنه ، ولا يتعدى أثره إلى باقى المدعىين . بل يكون كل من هؤلاء مسئولاً عن تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، دون أن يكون مسئولاً عن التعويض الناشئ عن خطأ المدعى المتضامن الذى وقع في هذا الخطأ . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « تتمثل في المادة ٤١٧ (م ٢٩٣ مدنى) أوضح

= على أن الدعوى رفعت على الضامن المتضامن وعلى أن رفع الدعوى على الضامن المتضامن يقطع للتقادم بالنسبة إليه وإلى المدعىين على السواء ، كان هذا خطأ في تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٣ ص ٩١٩) . أنظر عكس ذلك : بنى سوف ٣٠ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠٥ ص ١١١٥ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في صدر المادة ٤١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وذكر في هذه اللجنة أن المقصود بكلمة « فعله » هو كل فعل يعزى إلى أحد المدعىين ويسأل عنه هو نفسه دون الآخرين ، متى كان من شأنه زيادة الدين ، تمثيلاً مع فكرة اقتصار نيابة المدعىين عن بعضهم فيما ينفع لا فيما يضر . وأصبحت المادة رقمها ٣٠٥ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٣ الفقرة الأولى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٦ و ص ٨٧ - ص ٨٨) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به تطبيقاً للمبدأ القاضى بالأولى نيابة فيما يزيد من عبء الالتزام .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

في التقنين المدنى السوري المادة ١/٢٩٣ (وهى مطابقة) .

وفي التقنين المدنى الليبى المادة ١/٢٨٠ (وهى مطابقة) .

وفي التقنين المدنى العراقى المادة ٣٣٠ في صدرها (وهى مطابقة) .

وفي تقنين الموجبات والمقود للبنائى المادة ٣٨ ، وتجرى على الوجه الآتى : إن كلا من المدعىين المتضامين مسئول عن عمله فقط في تنفيذ الموجب ، والإنذار الموجه على أحدهم لا يسرى معموله على الآخرين — وهذا النص مطابق في الحكم لنص التقنين المصرى .

تطبيق من تطبيقات قاعدة استبعاد النيابة التبادلية حيث يسيء إعمالها إلى مركز المدينين المتضامنين . والإبقاء عليها حيث يفضى ذلك إلى توفير نفع لهم . فكل مدين من المدينين المتضامنين لا يسأل في تنفيذ الالتزام إلا عن فعله ، فإذا وقع من أحدهم خطأ جسيم . ووقع من الثاني خطأ يسير ، وامتنع على الثالث أن يبنى بالتزامه من جراء سبب أجنبي ، كانت تبعة الأول أشد وقرأ من تبعة الثاني ، وبرئت ذمة الثالث وحده . وقد طبقت المادة ١٢٠٥ من التقنين المدني الفرنسي هذا الحكم . فقضت بأنه إذا هلك الشيء الواجب أدائه خطأ واحد أو أكثر من المدينين المتضامنين ، أو بعد إعدار المسئول أو المسئولين منهم ، فلا يسقط عن سائر المدينين المتضامنين التزامهم بالوفاء بضمن هذا الشيء (١) . ومع ذلك فلا يلزم هؤلاء بالتعويض . وللدائن فقط أن يقضى التعويض من المدينين الذين ترتب الهلاك على خطأهم أو الذين أعذروا من قبل (٢) .

ولتصوير ما ورد في المذكرة الإيضاحية نفرض أن ثلاثة باعوا متضامنين شيئاً لمشتري واحد ، فهؤلاء الثلاثة مدينون بالتضامن بتسليم الشيء إلى المشتري . فإذا كان اثنان منهم منوطاً بهما حفظ الشيء إلى وقت تسليمه ، وقصر واحد منهما في حفظه تقصيراً جسيماً حتى هلك ، وقصر الآخر في الحفظ تقصيراً يسيراً . أما الثالث فلم يكن منوطاً به حفظ الشيء كما قدمنا ، فإن الثلاثة يكونون متضامنين في رد الثمن إلى المشتري ، وفقاً لأحكام المادة ٤٣٧ مدني والتي تقضى بأنه إذا هلك البيع قبل التسليم لسبب لا بد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن . ثم إن المدينين اللذين ارتكبا تقصيراً في حفظ الشيء يكونان متضامنين في تعويض المشتري ، فوق رد الثمن ، عن التقصير اليسير الذي ارتكبه الثاني منهما . ويكون الأول ، وهو الذي ارتكب الخطأ الجسيم ، مسئولاً وحده عن تعويض إضافي

(١) ويلاحظ أن حكم التقنين المدني الفرنسي في هذه المسألة متفرد ، لأن البائع لا يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم - كما يتحمل البائع هذه التبعة في مصر - فكان الواجب ألا يكون البائع الذي لم يصدر من جانبه خطأ مسئولاً حتى عن رد الثمن . أما في مصر ، فهو مسئول عن رد الثمن ، بمقتضى تحمله لتبعة هلاك المبيع . فنص المادة ١٢٠٥ من التقنين المدني الفرنسي هو إذن أكثر انطباقاً على حالة القانون في مصر منه على حالة القانون في فرنسا (انظر آتياً فقرة ١٨٩ في الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٦ .

بسبب تقصيره الجسيم . ثم إن المشتري إذا رجع على المدين الثالث بكل الثمن ، ورجع على المدين الثاني بكل التعويض الناشئ عن التقصير اليسير ، ورجع على المدين الأول بالتعويض الإضافي الناشئ عن التقصير الجسيم ، فإن المدين الثالث ، ولم يصدر منه أى تقصير ، يرجع بالثمن الذى رده للبائع على المدينين الأول والثاني كل بقدر حصته ، ثم يرجع المدين الثاني على المدين الأول بحصته فى التعويض عن التقصير اليسير ، ولا يرجع المدين الأول بشئ على أحد فى التعويض الإضافي الذى استحق عليه بسبب تقصيره الجسيم ، فهذا فعلة هو فيستقل بنتائجه ، ولا يشترك معه أحد فى المسؤولية الناجمة عنه (١).

وهذا هو أيضا الحكم ، كما رأينا ، فى التضامن الإيجابى . فإذا ارتكب أحد الدائنين المتضامنين خطأ ، كان هو وحده المسئول عنه دون سائر الدائنين .

١٩٨ - الإعزاء والمطالبة والقضائية : تنص الفقرة الثانية من المادة

٢٩٣ مدنى على ما يأتى :

« وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه ، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين . أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فإن باقى المدينين يستفيدون من هذا الإعذار (٢) » .

(١) وإذا كان المدين الثالث يرد الثمن إلى المشتري ، فإن ذلك لا يرجع إلى أنه ملزم نحو الدائن بدفع قيمة الشيء دون التعويض — كما ذهب الأستاذ عبد الحى حجارى (١ ص ٢٤٠ — ص ٢٤١) — وإنما يرجع كما قدمنا إلى أنه بائع يتحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم ، أى يرجع إلى قاعدة قانونية أخرى لا علاقة لها بقواعد التضامن (قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٩١ هامش رقم ١ — وانظر آنفاً فقرة ١٨٩ فى الهامش فيما يتعلق باستحالة التنفيذ) — ولكن إذا قدر التعويض فى صورة شرط جزائى ، كان المدينون المتضامنون كلهم مسئولين عن هذا الشرط الجزائى ، فقد التزموا به جميعاً متضامنين عن طريق التعاقد ، فهو والحل الأصل للالتزام فى ذلك سواء (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٤ ص ٤٠٧ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٣٣ ص ٦١٨) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤١٧ من المشروع التمهيدى فى عجزها على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٥ فى المشروع النهائى ، بعد أن جعل النص فقرتين . ثم وافق عليه مجلس النواب =

وهنا أيضا يضطرد تطبيق المبدأ العام . فاذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين ، كان لهذا الإعذار نتائج قانونية بسطناها في الجزء الثاني من الوسيط . منها أن يستحق التعويض على المدين المعذر الذي تخلف عن تنفيذ التزامه ، ومنها أن يتحمل هذا المدين المعذر تبعة هلاك الشيء الواجب التسليم للدائن . ولما كانت هذه النتائج القانونية ضارة بالمدينين المتضامنين الآخرين ، فإن إعذار المدين المتضامن لا يسرى أثره في حقهم . فاذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين ، كان هو وحده الذي يحمل تبعة هلاك الشيء ، وكان هو وحده المسئول عن التعويض . أما المدينون الآخرون فلا يسألون عن التعويض ، ولا يحملون تبعة الهلاك . وإذا أراد الدائن أن يحملهم جميعا هذه النتائج ، وجب عليه أن يعذرهم

= فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٦ و ص ٨٧ — ص ٨٨) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١١٠/١٦٦ ، وهذا نصها : « معاملة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقي المدينين » . وقد قدمنا أن التقنين المدني السابق يختلف عن التقنين المدني الجديد في آثار الإعذار والمطالبة القضائية في حق أحد المدينين المتضامنين ، فإنها في التقنين السابق تعدى إلى سائر المدينين . وقد سبق تفصيل القول في ذلك (انظر آنفا فقرة ١٩٦ في الهامش) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢/٢٩٣ وهي مطابقة — وفي التقنين المدني الليبي ٢/٢٨٠ وهي مطابقة — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٣٠ (في عجزها) وهي مطابقة — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٠ و ٣٨ . وتنص المادة ٣٠ من هذا التقنين على « أن تأخر الدائن (إعذاره) بالنظر إلى أحد الموجب عليهم يستفيد من نتائجه الآخرون » . وتنص المادة ٣٨ منه على « أن كلا من المديونين المتضامنين مسئول عن عمله فقط في تنفيذ الموجب . والإنذار (الإعذار) الموجه على أحدهم لا يسرى مفعوله على الآخرين » . ويلاحظ أن التقنين اللبناني يتفق مع التقنين المصري فيما يتعلق بالإعذار ، ففي التقنينين إعذار الدائن لأحد المدينين المتضامنين لا أثر له بالنسبة إلى الباقي ، أما إعذار أحد المدينين المتضامنين للدائن فإنه يفيد الباقي . ولكن التقنين اللبناني لم يذكر حكم المطالبة القضائية الموجهة من الدائن إلى أحد المدينين المتضامنين ، وهل تقتصر آثارها على هذا المدين فلا تمتد إلى باقي المدينين . ولما كان التقنين السابق لا يطن تطبيقاً مضطرباً مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر ، فحكم منه المسألة فيه يقتضي اجتهداً وإمعاناً في النظر ، لا سيما أن من آثار المطالبة القضائية قطع التقادم . وقد صرح التقنين اللبناني كما رأينا (م ٣/٣٦) بأن قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين يقطع التقادم بالنسبة إلى الباقيين ، وهذا الحكم يتعارض مع المبدأ القاضي بأن المدين المتضامن لا يمثل باقي المدينين فيما يضر .

كلهم ، ولا يقتصر على إعدار واحد منهم فقط . وهذا هو نفس الحكم في التضامن الإيجابي كما رأينا ، فاذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامين ، لم يسر أثر هذا الإعدار في حق الدائنين الآخرين (١).

ولكن إذا أعذر أحد المدينين المتضامين الدائن ، فإن هذا الإعدار ترتب عليه نتائج قانونية ، أهمها أن الشيء ، إذا كانت تبعة هلاكه على المدين ، فبعد أن يعذر المدين الدائن ، تنتقل تبعة هلاكه إلى الدائن . فاذا فرض أن أشخاصا ثلاثة باعوا عينا معينة بالذات لمشتري واحد ، وتضامنوا جميعاً في الالتزام بتسليمها إلى المشتري ، فتبعة هلاك العين قبل التسليم يتحملها الناعون الثلاثة (م ٤٣٧ مدني) . فاذا أعذر أحد البائعين المتضامين المشتري بدعوه لتسلم العين وتأخر المشتري في تسلمها . ثم هلكت العين بسبب أجنبي ، فإن المشتري هو الذي يحمل تبعة الهلاك ، فلا يسترد الثمن إذا كان قد دفعه ويلتزم بدفعه إذا كان لم يدفعه ، وذلك لا بالنسبة إلى البائع الذي صدر منه الإعدار وحده ، بل أيضا بالنسبة إلى البائعين الآخرين اللذين لم يصدر منهما الإعدار . وتعليل هذا الحكم هو أن إعدار المدين المتضامن للدائن تفيد نتائج المدينين الآخرين - بعكس إعدار الدائن لأحد المدينين المتضامين - ومن ثم يفيد المدينون الآخرون من هذا الإعدار ، ويتعدى أثره إليهم . وهذا هو أيضا الحكم ، كما رأينا ، في التضامن الإيجابي ، فاعذر أحد الدائنين المتضامين للمدين يفيد سائر الدائنين (٢) .

وقد يقوم الدائن بمطالبة أحد المدينين المتضامين مطالبة قضائية بالدين . ولهذه المطالبة القضائية آثار قانونية مختلفة ، نذكر منها أنها تقطع التقادم ، وأنها تجعل الفوائد تسرى . ولما كانت هذه النتائج ضارة بالمدينين الآخرين ، وكان المدين الذي طوب مطالبة قضائية لا يمثل الآخرين فيما يضرهم ، لذلك لا تتعدى آثار هذه المطالبة إلى باقي المدينين المتضامين . فيكون المدين الذي طوب قضائياً هو وحده الذي ينقطع في حقه التقادم ، وهو وحده الذي تسرى

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٤٤ .

في حقه الفوائد القانونية (١) . وإذا أراد الدائن أن يجعل هذه النتائج تسرى في حق الآخرين ، وجب عليه أن يطالب كلا منهم على حدة بمطالبة قضائية بالدين ، أو أن يجمعهم كلهم في مطالبة قضائية واحدة (٢) .

١٩٩ - الصالح مع أحد المدينين المتضامنين : تنص المادة ٢٩٤ مدني على ما يأتي :

« إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقيون . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به ، فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه » (٣) .

(١) أما في القانون الفرنسي ، فمطالبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين تجعل الفوائد تسرى في حق الآخرين (م ١٢٠٧ من التقنين المدني الفرنسي وانظر بوردو وبارد ٢ بقرة ١٢٣٧ - بقرة ١٢٣٠) . ويعلل النقهاء الفرنسيون المعاصرون هذا الحكم بأن المدين الذي طالبه الدائن لو أنه وفي الدين في الحال ، لرجع على باقي المدينين بالفوائد ، ويستوى لهؤلاء المدينين أن يدفعوا الفوائد للدائن أو أن يدفعوها للمدين الذي وفي الدين . وانقول بلانيول وريبير وجابولد إن التعليل الحاذق لم يفكر فيه واضعو التقنين المدني الفرنسي ، وكل ما قصدوا إليه عندما قرروا هذا الحكم هو أن يزيدوا للدائن من مزايا التضامن ، فيستطيع بمطالبة دائن واحد من المدينين المتضامنين أن يصل إل نفس النتائج التي كان يصل إليها بمطالبتهم جميعاً (بلانيول وريبير وجابولد ٧ بقرة ١٠٨٥ ص ٤٥٨) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٧ .
(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤١٨ من المشروع التمهيد على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩ - ص ٩٠) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١١١/١٦٧ ونصها ما يأتي : لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقي المدينين - وهذا النص يمكن أن يستخلص منه أن الصلح الذي يزيد في الالتزام التضامني لا يسرى في حق الباقيين . وهو ما يتفق مع حكم المادة ٢٩٤ من التقنين المدني الجديد .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

في التقنين المدني السوري المادة ٢٩٤ (وهي مطابقة) .

والمفروض هنا أن الالتزام التضامني متنازع فيه بين الدائن وجميع المدينين المتضامنين ، فعمد الدائن إلى الصلح مع أحد المدينين . فهذا الصلح قد يتخذ اتجاهاً في مصلحة المدينين المتضامنين ، وقد يتخذ اتجاهاً ليس في مصلحتهم .

فإن اتخذ اتجاهاً في مصلحة المدينين المتضامنين ، بأن نزل الدائن فيه عن جزء من الدين ، أو نزل عن فوائده أو عن بعضها ، أو نزل عن شروط كانت تحيط الدين أو عن بعضها ، أو تضمن في أية صورة من الصور تخفيفاً من أعباء الدين ، فإن هذا الصلح من شأنه أن يفيد سائر المدينين . ولما كان المدين الذي وقع معه الصلح يمثل الباقيين فيما ينفعهم ، فإن أثر هذا الصلح يتعدى إليهم ويفيدون منه ، ويجوز لهم الاحتجاج به على الدائن ولو لم يكونوا أطرافاً فيه (١) . وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي فيما قدمناه ، فإذا تصالح أحد الدائنين المتضامنين مع المدين بما يفيد الباقي ، استطاع هؤلاء أن يحتجوا بهذا الصلح (٢) .

أما إذا كان الصلح قد اتخذ اتجاهاً ضد مصلحة المدينين المتضامنين ، بأن سلم المدين الذي وقع معه الصلح بأكثر طلبات الدائن ، أو زاد في الالتزام الأصلي ، أو أضاف إليه التزاماً جديداً ، وبوجه عام إذا سوأ مركزه عما كان قبل النزاع ، فانه لا يعتبر ممثلاً لباقي المدينين فيما يضرهم من ذلك ، ولا يسرى أثر هذا الصلح في حقهم إلا إذا قبلوه وأصبحوا هم كذلك أطرافاً فيه . وهذا

- وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٨١ (وهي مطابقة) .

وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٣١ (وهي مطابقة) .

وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٤ ، وتجري على الوجه الآتي : إن الصلح الذي يعقد بين الدائن وأحد الموجب عليهم يستفيد منه الآخرون إذا كان يتضمن إسقاط الدين أو صيغة أخرى للإبراء ، وهو لا يلزمهم ولا يخرج موقفهم إذا كانوا لم يرضوا به — وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني المصري .

(١) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٠ ص ٣٨ - عل أنه لا يجوز أن يتسك المدينون المتضامنون الآخرون بالجزء الذي يفيدهم في الصلح وينبذوا الجزء الذي يضرهم ، فإدام الصلح في مجموعهم يفيدهم وتمسكوا به وجب أن يتحملوه كله إذ هو لا يقبل التجزئة (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢١٧ ص ٢٩٤) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٤٤ .

هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي، فإن الصلح الذي يعقده أحد الدائنين المتضامنين مع المدين ويكون ضاراً بصلاح باقي الدائنين لا يسرى في حقهم (١) .

ويتضح من ذلك أن المدينين المتضامنين الآخرين هم الذين يكونون الحكم فيما إذا كان الصلح في مصلحتهم أو في غير مصلحتهم . إذ يجوز لهم أن يقبلوه أو يرفضوه . وهم يقبلونه إذا قدروا أنه في مصلحتهم . ويرفضونه إذا قدروا غير ذلك (٢) .

٢٠٠ - إقرار المدينين المتضامنين أو إقرار الدائنين : تنص

الفقرة الأولى من المادة ٢٩٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين . فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقين » (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٥ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩ .

(٢) وفي القانون الفرنسى انقسمت الآراء ، من الفقهاء من يذهب مذهب التقنين المصرى (لارومبيير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ١١ — ديملوب ٢٦ فقرة ٤١٧) . ومنهم من يذهب إلى أن الصلح لا يجوز أن يتمسك به المدينون الآخرون . ضاراً كان أو نافعاً (انظر المادة ٢٠٥١ مدنى فرنسى — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٤ مكررة — بلانيول وريبير وحابولد ٧ فقرة ١٠٨٧) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٩/١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٧ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١/٢٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣٠ ص ٩١ — ص ٩٢) .

ويقابل هذا النص المادة ١١١/١٦٧ من التقنين المدنى السابق وقد سبق ذكرها ، وهى تقضى بأنه لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقى المدينين . ولما كان الإقرار حجة قاصرة على المقر ، فإن أثره لا يمتد إلى المقر إلى غيره من المدينين ، حتى في عهد التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى المادة ١/٢٩٥ (وهى مطابقة) — وفي التقنين المدنى الليبى المادة ١/٢٨٢ (وهى مطابقة) — وفي التقنين المدنى العراقى المادة ١/٣٣٢ (وهى مطابقة) — ولا مقابل في تقنين المحجبات والعقود اللبناني ، ولكن الحكم الوارد في التقنين المصرى ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الإقرار ، فيمكن الأخذ به في لبنان دون نص .

والمفروض هنا أن الدائن ليس لديه طريق للإثبات يكون مقبولا في حق المدينين المتضامنين ، كالكتابة ، أو البينة والقرائن فيما تجوز فيه . أما الإقرار فقد رأينا فيما قدمناه عند الكلام في الإثبات أنه حجة قاصرة على المقر ، فلا يتعدى أثره إلى غيره . هذا إلى أن المدين المتضامن عندما يقر بالدين يأتي بعمل يضر ببقية المدينين ، وهو لا يمتثلهم فيما لا يضر ، ومن ثم لا يسرى إقراره في حقهم . ولا بد للدائن من إثبات حقه في مواجهة المدينين الآخرين بغير إقرار المدين الأول . فاما أن يحصل على إقرار من كل مدين على حدة يكون حجة عليه ، وإما أن يثبت الدين بطريق يسرى في حق الجميع كما سبق القول . وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أن إقرار أحد الدائنين المتضامنين لا يسرى في حق الباقي (١) .

وعلى العكس من ذلك إذا أقر الدائن لأحد المدينين المتضامنين ، فإن هذا الإقرار يفيد الباقي ، ويكون المدين المتضامن وهو يتلقى إقرار الدائن ممثلاً لباقي المدينين فيستطيع هؤلاء أن يتمسكوا بالإقرار ولو كان غير صادر في مواجهتهم (٢) . وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أن المدين إذا أقر لأحد الدائنين المتضامنين جاز للدائنين الآخرين أن يتمسكوا بهذا الإقرار (٣) .

٢٠١ — **هلف اليمين أو النكول غيرها** : تنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٢٩٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ٢ — وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن عيناً حلفها ، فلا يضار بذلك باقي المدينين » .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٤ .

(٢) وهذا ما لا يمكن إقرار الدائن متعلقاً بشيء خاص بالمدين دون غيره ، فلا يتعدى أثر الإقرار في هذه الحالة إلى غير هذا المدين .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٤٤ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩١ .

« ٣ - وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف ، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك » (١) .

والمفروض هنا أن الدائن اقتصر على مدين متضامن واحد ، وهنا يمكن أن نتصور حالتين : فاما أن يوجه الدائن اليمين إلى المدين المتضامن ، وإما أن يوجه المدين المتضامن اليمين إلى الدائن .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٩٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا الفقرة الثالثة فقد كان نصها في المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « أما إذا حلف المدين المتضامن اليمين ، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك إذا انصبت اليمين على المديونية لا على التضامن » . وفى لجنة المراجعة عدلت هذه الفقرة على الوجه الذى استقرت عليه في التقنين المدنى الجديد ليكون معناها أدنى ، وأصبحت المادة رقها ٣٠٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩١ — ص ٩٢) .

ويقول الأستاذ إسماعيل غانم فى صدد التعديل الذى أجرته لجنة المراجعة ما يأتى : « يلاحظ أن المادة ١٩٠/٣ من المشروع التمهيدى ، وهى تقابل المادة ٢٩٥ من التقنين ، كانت تنص على أن المدينين الآخرين يستفيدون من حلف المدين المتضامن اليمين إذا انصبت اليمين على المديونية لا على التضامن : أنظر أيضاً م ١/٣٦٥ مدنى فرنسى . وقد عدل هذا النص فى لجنة المراجعة فحذفت العبارة الأخيرة ، وقد وصف تعديل المادة على هذا الوجه بأنه تعديل لفظى يحمل معاها أدق : الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٢ . والحقيقة أنه لا يتصور استفادة المدينين من يمين يحلفها أحدهم ينكر بها وجود التضامن ، إذ أن أساس الاستفادة من اليمين هو مبدأ النيابة التبادلية وهو لا يوجد إلا بوجود التضامن » (أحكام الالتزام ص ٢٩٥ هامش رقم ١) .

وليس للنص مقابل فى التقنين المدنى السابق . وكان مبدأ النيابة التبادلية ، كما كان مفهوماً فى عهد هذا التقنين ، يقضى بأن نكول أحد المدينين المتضامنين لا يضر الباقى ، أما حلفه اليمين فيفيدهم . ويقوم الشك فيما إذا حلف الدائن يميناً وجهها إليه أحد المدينين المتضامنين ، هل يضار بذلك باقى المدينين ؟

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٩٥/٣٠٢ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٨٢/٣٠٢ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٣٢/٣٠٢ (مطابقة لنص المشروع التمهيدى ولا تختلف فى الحكم) — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٧ ، وتجرى على الوجه الآتى : إذا وجد التضامن بين المدينين أمكن كلا منهم أن يبرىء ذمة الآخرين جميعاً : ... (٤) بأن يحلف اليمين عند الاقتضاء على عدم وجوب دين ما — وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى فى صورة ما إذا وجه الدائن إلى أحد المدينين المتضامنين اليمين فحلفها ، ولم يرد نص فى التقنين اللبنانى عن الصور الأخرى .

ففي الحالة الأولى التي يوجه فيها الدائن اليمين إلى المدين المتضامن ، إما أن يحلف المدين وإما أن ينكل . فان حلف ، فان هذا الحلف من شأنه أن يفيد باقي المدينين ، فيستطيع هؤلاء أن يتمسكوا به ، ولو لم يكونوا هم الذين حلفوا (١) . وهذا ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٥ . وإن نكل المدين الذي وجهت إليه اليمين ، فان هذا يكون بمثابة الإقرار ، وقد رأينا أن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يسرى في حق المدينين الآخرين ، هذا إلى أن النكول عمل ضار بباقي المدينين فلا يكون المدين الذي نكل ممثلاً لهم فيه ولا يسرى عليهم نكوله . وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٩٥ . وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أنه إذا وجه المدين اليمين إلى أحد الدائنين المتضامين فنكل لم يضر نكوله بباقي الدائنين (٢) .

وفي الحالة الثانية التي يوجه فيها المدين المتضامن اليمين إلى الدائن ، إما أن يحلف الدائن وإما أن ينكل . فان حلف ، فان هذا الحلف عمل يضر بسائر المدينين الذين لم يخاطروا بتوجيه اليمين إلى الدائن ، فيكون المدين الذي وجه اليمين غير ممثل لهم في هذا التوجيه ، ولا يتعدى إليهم أثر حلف الدائن لليمين ولا يضارون بذلك ، وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٩٥ . وإن نكل الدائن عن اليمين التي وجهها إليه المدين المتضامن ، فان نكوله يكون بمثابة إقرار منه . وهذا الإقرار — إذا لم يكن في شيء خاص بالمدين الذي وجه اليمين دون غيره — نافع لسائر المدينين المتضامين ، فيستطيع هؤلاء أن يتمسكوا بهذا النكول ، ولو لم يكونوا هم الذين وجهوا اليمين . ولم يرد نص صريح في هذه الصورة ، ولكن الحكم الذي أوردناه ليس إلا تطبيقاً للمبدأ العام ، فيؤخذ به دون نص . وقد رأينا في التضامن الإيجابي أنه إذا وجه أحد الدائنين المتضامين اليمين إلى المدين فحلف ، فان هذا الحلف وهو يضر بالدائنين الآخرين لا يسرى

(١) والمفروض أن الدائن قد « اقتصر » — كما يقول النص — في توجيه اليمين على أحد المدينين المتضامين . أما إذا وجه اليمين إليهم جميعاً ، فحلف بعضهم ونكل بعض آخر ، فن نكل منهم يضار بنكوله ولا يستفيد من أن الآخرين قد حلفوا (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٢ ص ٤٥٢ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٠٨) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٤٥ .

في حقهم ، أما إذا نكل فإن النكول يفيدهم فيستطيعون أن يتمسكوا به (١) .

٢٠٢ - **صـرور حكم على أمر الراضين المتضامنين أو لصالحه :**
نص المادة ٢٩٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحتاج بهذا الحكم على الباقيين » .

٢ - أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، فيستفيد منه الباقيون ، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه » (٢) .

وأخيراً يورد ، هنا ، التقنين المدني تطبيقاً للمبدأ العام السالف الذكر في حالة صدور حكم على أحد المدينين المتضامنين أو لصالحه .

فاذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين وحده ، دون أن يكون باقي

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٥ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموع الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٨ في المشروع الثانى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٣ — ص ٩٤) .

وليس للنص مقابل في التقنين المدني السابق . ولكننا رأينا أن الحكم على أحد المدينين المتضامنين ، في عهد هذا التقنين ، يكون حكماً على الباقي ، إلا إذا ثبت أن المدين المحكوم عليه متواطئ مع الدائن أو إذا أهمل في الدفاع عن حقه أو ثبت أن أحد المدينين غير المحكوم عليهم عنده دفع خاص به . ومن باب أولى إذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين المتضامنين ، أفاد منه الباقي (انظر آنفاً فقرة ١٩٦ في الهامش) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السورى المادة ٢٩٦ (وهى مطابقة) — وفى التقنين المدني الليبى المادة ٢٨٣ (وهى مطابقة) — وفى التقنين المدني المرقى المادة ٣٣٣ (وهى مطابقة) — وفى تقنين الموجبات والعمود اللبثانى المادة ١/٣٦ ، ونجربى على الوجه الآتى : ليس للحكم الصادر على أحد المدينين المتضامنين قوة القضية المحككة بالنظر إلى المدينين الآخرين ، أما الحكم الصادر لمصلحة أحد المدينين فيستفيد منه الآخرون إلا إذا كان مبنياً على سبب يتعلق بشخص المدينون الذى حصل على الحكم — وهذا النص يتفق في الحكم مع نص التقنين المصرى .

المدينين المتضامنين داخلين في الدعوى ، فان هذا أمر ضار بهم ، فلا يسرى الحكم في حقهم ولا يحتج عليهم به (١). ويجب على الدائن إما أن يدخل باقي المدينين المتضامنين في الدعوى ليصدر الحكم في مواجهتهم ، أو أن يرفع عليهم دعوى أو دعاوى أخرى ، ليكون الحكم سارياً في حق من رفع عليه الدعوى (٢). وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أنه إذا صدر حكم على أحد الدائنين المتضامنين لم يكن هذا الحكم سارياً في حق الدائنين الآخرين (٣). ويلاحظ أنه إذا جمع الدائن كل المدينين المتضامنين في الدعوى ، وصدر حكم ضدهم ، فان الطعن في هذا الحكم من أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقي (٤).

(١) ومع ذلك يجوز لهم أن يضمنوا في الحكم بطريق اعتراض الشخص الخارج عن الخصومة (م ٢/٤٥٠ مرافعات) ، وذلك بدلا من أن ينتظروا رجوع المدين المحكوم عليه عند تنفيذه للحكم ووفائه للدين كله ، إذ هو في هذه الحالة يرجع عليهم كل بقدر حصته في الدين . وهم ، إذا كانوا يستطيعون دفع هذا الرجوع عندئذ ، قد ينشغلون بالمبادأة ، فيبادرون إلى الطعن في الحكم ذاته بطريق الاعتراض كما قدمنا (انظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٠٩ ص ٢٩٥) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز لمن سهى عليه أن يطلب الحكم بالتضامن أن يرفع دعوى من جديد باعتبار المحكوم عليهم في الدعوى الأولى متضامنين في الوفاء . (١٠ نوقبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ ص ١٧٩) .
(٣) انظر آنفاً فقرة ١٤٥ .

(٤) وقد قضى بأنه إذا رفع أحد المدينين المتضامنين مراضة أو استئنافاً ، استفاد الآخرون : استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٨٦ — ٣٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ — أول ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٥٨ — ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٨ — ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٣ — ١٤ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٨٧ — ١٥ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩٦ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٣ — ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٨١ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥١ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٤ — ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ — ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٦ — إلا إذا كان المطلوب من أحدهم يخالف المطلوب من الآخرين : استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٧٧ — ٢٠ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ — ١١ مارس ١٩٣٦ م ٤٧ ص ١٨١ . ويقتصر من يستفيد منهم على أوجه الدفع المشتركة بينهم وبين رفع الطعن ، فلا يعرضون لأوجه الدفع الخاصة بهم ما داموا هم لم يرفعوا طعناً في الميعاد : استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٧ . وإذا رفع أحد المدينين المتضامنين معارضة في شروط البيع (dire) ، استفاد المدينون الآخرون : استئناف مختلط ١٧ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٢ ، وهذا ما لم يكن قد صدر حكم نهائي حاز قوة الأمر =

وإذا صدر في الطعن حكم ضد المدين الذي رفع الطعن ، لم يضار الباقيون به ، وكان لكل منهم حق الطعن في الحكم الأول إذا كان طريق الطعن لا يزال مفتوحاً أمامه (١).

وإذا صدر حكم لصالح أحد المدينين المتضامين ، دون أن يكون باقي المدينين المتضامين داخلين في الدعوى ، فإن هذا أمر نافع لهم ، فيفيدون منه ويستطيعون أن يحتجوا بهذا الحكم (٢). وهذا ما لم يكن الحكم الذي صدر لمصلحة المدين

المقضى بالنسبة إلى أحدهم فلا يستفيد من طعن رفعه غيره : استئناف مختلط ٢٣ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٨٠ — وإذا رأيت محكمة الدرجة الأولى أن هناك تضامناً في المسؤولية بين شخصين ، واستأنف أحدهما حكمها ، وقضى استئنافاً بعدم وجود التضامن بينهما ، استفاد المدين الآخر من هذا الحكم ولو لم يستأنف : بنى سويف ٢٠ يناير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٢٣٩ .

(١) ذلك لأنه إذا صدر حكم ضد المدينين المتضامين جميعاً ، لم يترتب على إعلانه لأحدهم سريان مواعيد الطعن بالنسبة إلى الباقيين ، بل يبقى كل من هؤلاء لا تسرى مواعيد الطعن قبله حتى يعلن بالحكم . وإذا أعلن أحدهم بالحكم وانقضت مواعيد الطعن بالنسبة إليه ، وبقي الطعن مفتوحاً بالنسبة إلى مدين آخر ، وطعن هذا في الحكم ، فللمدين الذي انقضى ميعاد الطعن بالنسبة إليه أن ينضم للمدين الذي رفع الطعن في الميعاد ويطلب الاستفادة من طعنه . وقد قضت محكمة النقض بأن رفع الاستئناف من أحد المدينين المتضامين يستفيد منه الباقيون ، ولهم أن ينضموا إليه في استئنافه ولو بعد الميعاد (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨ ص ٣٦ — ١٦ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٥١ ص ١٩٧) . وقد نست الفقرة الثانية من المادة ٣٨٤ من تقنين المرافعات على ما يأتي : « على أنه إذا كان الحكم صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين ، جاز لمن فوت ميعاد الطعن من ائحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضمّاً إليه في طلباته . وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في الميعاد ، وجب اختصاص الباقيين ولو بعد فواته بالنسبة لهم » . فإذا لم ينضم المدين الذي فوت ميعاد الطعن إلى زميله الذي رفع الطعن في الميعاد ليطالب الاستفادة من هذا الطعن ، بقى الحكم الصادر ضده نهائياً بالنسبة إليه . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا حكم على أشخاص بالتضامن ، ثم رفع بعضهم استئنافاً عن الحكم ولم يستأنف البعض ، ولم يحضر أمام محكمة الاستئناف ليطالب الاستفادة من الاستئناف المرفوع من الآخرين : كان محكمة الاستئناف أن تعتبر الحكم الابتدائي انتهائياً بالنسبة إليه ، لأنه هو الذي بعدم حضوره أمام محكمة الاستئناف قد فوت على نفسه فرصة إبداء طلب الاستفادة من الاستئناف المرفوع من الآخرين (نقض مدني ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٢ ص ٢٣) .

(٢) استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٩٣ — ولكن لا يستطيعون التنفيذ به . وإذا طعن الدائن في هذا الحكم ، فصدر في الطعن حكم بالعائنه ، زال أثر الحكم الأول بالنسبة إلى سائر المدينين ولم يجز لهم الاحتجاج به بعد ذلك .

المتضامن مبنياً على سبب خاص به كأن يكون الدين بالنسبة إليه قد شابه سبب من أسباب البطلان ، فعند ذلك يصدر الحكم بإبطال الدين بالنسبة إليه وحده ، دون أن يتعدى أثر الحكم إلى المدينين المتضامنين الآخرين . ومثل ذلك أيضاً أن يكون دين المدين المتضامن معلقاً على شرط ولم يتحقق الشرط ، فالحكم الصادر بزوال الدين لتخلف الشرط لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين الذين كانت ديونهم منجزة (١). وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أنه إذا صدر حكم لصالح أحد الدائنين المتضامنين أفاد منه الباقيون (٢). ويلاحظ أنه إذا جمع الدائن كل المدينين المتضامنين في الدعوى ، وصدر حكم لصالحهم ، فإن الطعن في هذا الحكم من الدائن بالنسبة إلى أحد منهم لا يضر الباقيين (٣) ، وإذا حصل الدائن في الطعن على حكم لصالحه يلغى الحكم الأول ، فإن هذا الحكم لا يسرى في حق الباقيين الذين لم يدخلوا في هذا الطعن (٤).

(١) استئناف أهل ١٩ أكتوبر سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص ١٣ — استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣١ .
(٢) انظر آفاقرة ١٤٤ .

(٣) وإعلان هذا الحكم من أحد المدينين المتضامنين يجعل ميعاد الطعن يسرى لصالحه ولصالح باقي المدينين المتضامنين : استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٠ — أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٨٦ — ٣١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩ — على أنه إذا أعلن أحد المدينين المتضامنين الحكم الصادر لصالح الجميع ، ورفع الدائن الاستئناف بعد الميعاد ، وجب على المدين الذي لم يعلن الحكم أن يدخل في هذا الاستئناف طالباً الاستفادة منه والحكم بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد ، لا فحسب بالنسبة إلى زميله الذي أعلن الحكم ، بل أيضاً بالنسبة إليه هو . فإذا لم يدخل في الاستئناف على هذا النحو ، ولم ينقض ميعاد الاستئناف بالنسبة إليه لعدم إعلانه الحكم ، لم يكن له أن يدفع بعدم قبول الاستئناف الذي يرفعه عليه الدائن . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كان اثنان من المحكوم لهم قد تمسكا بأنهما أعلنوا الحكم الابتدائي للمستأنف وأنه لم يرفع الاستئناف إلا بعد الميعاد ، فتنازل المسأنف عن اختصاصهما وقصر طلباته على ما ادعاه قبل ثالث المحكوم لهم الذي لم يعلن الحكم الابتدائي للمستأنف ولم يحضر ولم يطلب الاستفادة من أن زميله المحكوم لصالحهما معه قد أعلن الحكم ، ولم يبين كيف كان له أن يستفيد من إعلان غيره ، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تعتبر الاستئناف غير مقبول تمكلاً في عدم (نقض مذني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٧ ص ٨٧٣).

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويراعى أن الحكم الصادر لصالح أحد المدينين المتضامنين يزول أثره بالنسبة لباقي المدينين إذا قضت بالغائه هيئة قضائية مختصة ، ولكن إذا اختصم الدائن جميع المدينين في الدعوى وصدر حكم لصالحهم ، ثم قضى بالغائه هذا =

المطلب الثاني

علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض

٢٠٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٩٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — اذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقيين إلا بقدر حصته في الدين ، ولو كان بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن » .

« ٢ — وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

= الحكم بالنسبة لأحدهم فيما بعد ، فلا يضار البانون بذلك . أما إذا صدر الحكم عليهم ، فلا يترتب على إعلانه لأحدهم سريان مواعيد المعارضة والاستئناف والتقص بالنسبة للباقيين ٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٤ وانظر أيضاً ص ٩٣ — ٩٤) .

أما في القانون الفرنسي ، فقد احتدم الخلاف : فن الفقهاء من يذهب إلى أن الحكم الصادر ضد أحد المدينين المتضامنين يحتج به على الباقي ، ومن باب أول إذا صدر الحكم لصالح أحدهم جاز للباقي أن يتمسكوا بهذا الحكم (لارومبيير ٢ م ١٢٠٨ فقرة ١٩ — ديمولوب ٢٦ فقرة ٣٧٤ — هيك ٧ فقرة ٣٢٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٣١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٦) . ومنهم من يذهب إلى أن الحكم لا يسرى في حق الآخرين ، سواء كان صادراً ضد المدين المتضامن أو لصالحه (كدليله دى سانتيز : فقرة ٣٢٨ مكررة ٢٤ — لوران ٢٠ فقرة ١٢٠) . ومنهم من يذهب إلى أن الحكم الصادر لمصلحة المدين يتمسك به الآخرون ، والحكم الصادر ضده لا يحتج به عليهم ، كما هو الحكم في التقنين المصري بصريح النص (ديرانتون ١٣ فقرة ٥١٩ — فقرة ٥٢٠ — ماركاديه ٥ فقرة ١٣) — وإذا صدر حكم ضد المدينين المتضامنين جميعاً ، فالطعن المرفوع من أحدهم يفيد الباقيين (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٦ ص ٤٥٩ — ص ٤٦١) . وإذا صدر حكم لصالح المدينين المتضامنين وأعلن أحدهم الحكم للدائن وانقضت مواعيد الطعن بالنسبة إليه ، ثم طعن الدائن في الحكم بالنسبة إلى الباقيين في الميعاد القانوني ، فإن هذا الطعن لا يضر بالمدين الذي انقضى ميعاد الطعن بالنسبة إليه ، ويجب على الدائن في طعنه ضد الباقيين أن يستنزل حصة هذا المدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٣٦ مكررة — وانظر أيضاً في الموضوع بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٦) .

وتنص المادة ٢٩٨ على ما يأتي :

« إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين ، تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذي وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين ، كل بقدر حصته » .

وتنص المادة ٢٩٩ على ما يأتي :

« إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقيين (١) » .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١١٥/١٧١ (٢) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٢٩٧ - ٢٩٩ - وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٨٤ - ٢٨٦ - وفى التقنين

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٩٧ : ورد هذا النص فى المادة ٤٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٩ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٥ - ص ٩٦) .

م ٢٩٨ : ورد هذا النص فى المادة ٤٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣١٠ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٧) .

م ٢٩٩ : ورد هذا النص فى المادة ٤٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣١١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٨ - ص ١٠٠) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٧١/١١٥ : إذا قام أحد المتضامنين فى الدين بأدائه أو وفاه بطريق المقاصة مع الدائن ، جاز له الرجوع على باقى المدينين كل بقدر حصته ، وقوزع حصة المعسر منهم على جميع الموسرين .

ولا فرق فى الأحكام ما بين التقنينين الجديد والقديم . ويلاحظ أن التقنين القديم ذكر المقاصة وحدها إلى جانب الوفاء ، ولكن المقاصة فى هذا كثيرها من طرق انقضاء الالتزام ، كالتجديد واتحاد الذمة ، وذلك متى كان الدائن قد طالب المدين الذى قام به سبب انقضاء الالتزام ووقف عنده . أما إذا طالب غيره من المدينين المتضامنين ، فقد رأينا أن كل مدين منهم لا يجوز له أن يمنع على الدائن إلا بمقدار حصة المدين الذى قام به سبب الانقضاء .

المدنى العراقى المادتين ٣٣٤ - ٣٣٥ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٩ - ٤١ (١) .

ويتبين من هذه النصوص أنه إذا وفى أحد المدينين المتضامنين الدائن كل الدين ، كان له حق الرجوع على المدينين المتضامنين معه . وحق الرجوع هذا إما أن يكون بالدعوى الشخصية ، أو بدعوى الحلول . وسواء كان الرجوع بهذه الدعوى أو بتلك ، فإن الدين ينقسم على المدينين المتضامنين ، والأصل أن ينقسم حصصاً متساوية بين الجميع مالم يوجد اتفاق أو نص يقتضى بغير ذلك . وأياً كانت حصة المدين المتضامن عند انقسام الدين على الجميع ، فإن كل مدين متضامن مؤسر يتحمل نصيبه فى حصة المعسر من المدينين المتضامنين ، وذلك بنسبة حصته هو فى الدين . على أنه قد يتبين أن واحداً أو أكثر من المدينين هم أصحاب المصلحة فى الدين ، فعند ذلك لا ينقسم الدين على الباقي ، ويتحمل أصحاب المصلحة وحدهم كل الدين فى علاقتهم بالمدينين الآخرين .

فعدنا إذن مسائل خمس نبحثها على التعاقب :

(١) متى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين المتضامنين الآخرين .

(٢) الأساس القانونى لهذا الرجوع : الدعوى الشخصية ودعوى الحلول .

(٣) انقسام الدين على المدينين المتضامنين وتعيين حصة كل منهم .

(٤) تحمل المؤسرين من المدينين المتضامنين لحصص المعسرين منهم .

(٥) تحمل أصحاب المصلحة فى الدين وحدهم بكل الدين .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٥٧ - ٢٩٩ (مطابقة) .

التقنين المدنى الليبى م ٢٨٤ - ٢٨٦ (مطابقة) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٣٤ : ١ - لمن قضى الدين من المدينين المتضامنين الرجوع على

تباين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه ، كل بقدر حصته .

٢ - فإن كان أحد منهم معسراً ، تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر لمدينين المؤسرين ، كل بقدر حصته .

م ٣٣٥ : ١ - إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بغير الشيء الواجب أدائه ، =

(م ٢٣ - الوسيط)

وهذه هي المسائل التي بحثناها في التضامن الإنجابي . إلا أنها تحتاج إلى مزيد من التفصيل في التضامن السلبي لأهميته العملية كما سلف القول .

٢٠٤ - متى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين

المتضامنون الآخريين : التضامن لا يقوم إلا في العلاقة مابين الدائن والمدينين المتضامنين . أما في علاقة المدينين بعضهم ببعض ، فإن الدين ينقسم عليهم ، ويكون لمن وفي منهم الدين للدائن حق الرجوع على الآخرين ، كل بقدر حصته كما سيأتي .

وحق الرجوع يثبت للمدين إذا وفي كل الدين ، كما جاء في صدر المادة ٢٩٧

= أو بطريق آخر يقوم مقام الوفاء كالهبة أو الحوالة ، رجع على بقية المدينين بما ضمن لا بما أدى .
٢ — وإذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذي يتحملة كله قبل الباقين .

وهذه النصوص تتفق أحكامها مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي ينص على أنه إذا أدى المدين الدين بغير الشيء الواجب أدائه أو بطريق آخر غير الوفاء كالهبة أو الحوالة ، رجع على بقية المدينين كل بقدر حصته الدين الأصل ، ولو أدى هو للدائن أقل من ذلك أو أكثر . وهذا مأخوذ من الفقه الإسلامي .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٩ : أن موجب التضامن ينقسم حكماً بالنظر إلى علاقات المديونين بعضهم ببعض . فهم فيما بينهم لا يلزم أحد منهم إلا نسبة حصته . وإن الحصص التي يلزم بها المديونون بمقتضى أحكام الفقرة السابقة هي متساوية إلا فيما يلي :
١ — إذا كان العقد يصرح بالعكس .

٢ — إذا كانت مصالح المديونين غير متساوية . وإذا كانت المصلحة في الدين لأحد المديونين وحده ، وجب اعتبار الآخرين كغلاء في علاقتهم به .

م ٤٠ : إن المديون في موجب التضامن إذا وفي مجموع الدين ، كان له حق الرجوع على المديونين الآخرين بما يتجاوز حصته . وأمكنه إذ ذاك أن يقيم الدعوى الشخصية أو الدعوى التي يحق للدائن إقامتها مع ما يختص بها من التأمينات عند الانقضاء . ولكن ، أية كانت الدعوى التي يقيمها ، لا يحق له أن يتطلب من كل مديون إلا الحصة التي يجب عليه نهائياً أن يتحملها .

م ٤١ : إذا وجد بين المديونين المتضامنين شخص أو عدة أشخاص غائبين أو غير مقتدرين على الدفع ، فإن أعباءهم من الدين يتحملها المديونون الحاضرون وذوو الاقتدار بنسبة ما يجب على كل منهم أن يتحملة من الدين ، ذلك كله إذا لم يكن نص يخالف .
وهذه النصوص تتفق في أحكامها مع نصوص التقنين المصري .

سالفة الذكر . وبني المدين المتضامن الدين كله للدائن إما لأن الدائن طالبه بذلك بموجب التضامن كما رأينا فيما تقدم (١) ، وإما لأن المدين المتضامن تقدم من تلقاء نفسه بوفاء الدين كله للدائن وقد سبق أن ذكرنا أن الدائن في هذه الحالة لا يستطيع أن يرفض هذا الوفاء .

وليس من الضروري . حتى يثبت حق الرجوع للمدين ، أن يكون المدين قد وفى الدين فعلاً ، بل يكفي أن يكون قد قضى الدين نحو الدائن بطريق يقوم مقام الوفاء (٢) . فيجوز أن يكون قد وفاه الدين بمقابل (٣) . ويجوز أن يكون قد وفاه الدين بطريق المقاصة ، ولكن بشرط في ذلك أن يكون الدائن قد طالب بالمدين هذا المدين بالذات الذى قام به سبب المقاصة . فعند ذلك يتمسك المدين بانقضاء الدين بالمقاصة فينقضى الدين ، وتبرأ ذمته منه كما تبرأ ذمة المدينين المتضامين الآخرين ، فيرجع على هؤلاء كل بقدر حصته . أما إذا طالب الدائن بالمدين مدينًا متضامنًا آخر غير الذى قام به سبب المقاصة . لم يستطع هذا المدين الآخر أن يتمسك بالمقاصة إلا بقدر حصة المدين الذى وقعت معه ، وعليه أن يدفع للدائن الدين بعد أن يستزل منه هذه الحصة ، ثم يكون له بعد

-
- (١) وقد قضت محكمة النقض بأن من مصلحة المدين الذى رفعت عليه دعوى تعويض بالتضامن مع مدين آخر أن يقاضى في نفس الوقت ذلك المدين الآخر ، ويطلب إلى المحكمة في حالة الحكم عليه بذلك الدين أن تقضى له بحق الرجوع على المدين الآخر بكافة ما يحكم به عليه . هو إذا كان لديه من الأسباب ما يقتضى عدم ملزوميته شخصياً بشئ من الدين . ومصلحته في ذلك تحققه لا احتمالية فقط ، لأن رفع الدعوى عليه بادئ الأمر بصفته مدينًا متضامنًا مع المدين الآخر معناه التزامه في النهاية بجزء من الدين ، سواء اختار الدائن التنفيذ عليه هو بما حكمت به المحكمة ثم رجع على زميله المدين بحصته فيما حكم به ، أو كان الدائن قد اختار التنفيذ على المدين الآخر ثم رجع هذا المدين الآخر على المدين الأول بحصته فيما حكم به طبقاً لحكم المادة ١١٥ مدنى (قديم) . وهذه المصلحة المحتمنة من أول الأمر هي أو تبين لذلك المدين الرجوع على زميله المدين في نفس الوقت الذى رفعت فيه دعوى التعويض الأصلية على المدينين معاً والمطالبة بالحكم له على المدين الآخر بكل ما يحكم به عليه (نقض مدنى ٢٥ مايوس ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٩٣) .
- (٢) ولكن لا يكفي أن يكون الدين قد حل وأن يتوقع المدين أن الدائن سيرجع عليه هو دون سائر المدينين ، حتى يكون ذلك مبرراً للمدين في الرجوع مقدماً على سائر المدينين خشية إفسادهم . بل لابد من أن يكون المدين قد قضى الدين فعلاً إما بالوفاء ، وإما بطريق يقوم مقام الوفاء (بيدان ولاجارد ٨ ص ٦١٥ غامش رقم ٣ — قازن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢) .
- (٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٠ .

ذلك حق الرجوع على المدينين الآخرين . كذلك قد يوفى المدين المتضامن الدين بطريق التجديد ، وقد رأينا أنه مالم يحتفظ الدائن بحقه قبل المدينين الآخرين فان ذمة هؤلاء تبرأ بالتجديد الذى وقع (م ٢٨٦ مدنى) ، وعند ذلك يكون للمدين الذى وقع منه التجديد حق الرجوع على المدينين الآخرين كل بقدر حصته . ويجوز أن يوفى المدين المتضامن الدين بطريق اتحاد الذمة ، فان كان المدين هو الذى ورث الدائن ، فقد رأينا أنه يجوز له أن يرجع باعتباره مديناً وفى الدين على باقى المدينين المتضامين كل بقدر حصته . أما الإبراء فليس بوفاء للدين ، ولا هو طريق يقوم مقام الوفاء . وقد رأينا أن الدائن إذا أبرأ المدين ، فاما أن يرجع على المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصة المدين الذى أبرأه ، وإما أن يطالب أياً منهم بكل الدين : وإما ألا يطالب أياً منهم بشيء . وفى كل هذه الأحوال لا يرجع المدين الذى أبرأه الدائن بشيء على المدينين الآخرين (١) . وكذلك إذا تقادم الدين بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين ، لم يعتبر هذا وفاء يجوز لهذا المدين أن يرجع على المدينين ، لأنه هو لم يدفع الدين أو مقابلاً له ، وقد رأينا أن الدائن فى هذه الحالة يستطيع أن يطالب أياً من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصة من تقادم دينه (٢) .

وحتى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين الآخرين ، يجب أن يكون الوفاء الذى قام به للدائن قذا عاد عليهم بالفائدة ، أى أن يكون هو الذى أبرأ ذمتهم نحو الدائن . فلو أن المدين المتضامن لم يخطر المدينين الآخرين بأنه وفى عنهم الدين ، وقام أحد منهم بوفاء الدين للدائن مرة ثانية وهو لا يعلم أن المدين الأول قد وفاه ، ثم أخطر سائر المدينين بأنه قد وفى الدين ، فان حق الرجوع يثبت لهذا المدين الذى وفى الدين مرة ثانية دون المدين الأول (٣) .

(١) وفى التقنين المدنى العراقى تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٣٥ ، كما رأينا ، على أنه « إذا قضى أحد المدينين المتضامين الدين بغير الشيء الواجب أدائه ، أو بطريق آخر يقوم مقام الوفاء كالهبة أو الحوالة ، يرجع على بقية المدينين بما ضمن لا بما أدى » .

(٢) وقد ينتضى الدين باستحالة الوفاء بسبب أجسبى ، فتبرأ ذمة جميع المدينين المتضامين دون أن يدفع أحد منهم شيئاً للدائن حتى يرجع به على الآخرين .

(٣) لاروسبيير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٣ — دى بوب ٢٦ فقرة ٤٢٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٠ — كذلك لا يكون المدين الذى وفى الدين هو الذى أبرأ ذمة المدينين الآخرين نحو =

وليس من الضروري حتى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين الآخرين أن يكون قد وفى للدائن كل الدين . فيجوز أن ينى ببعض الدين إذا قبل الدائن منه هذا الوفاء الجزئى . ومع ذلك يكون له الرجوع على المدينين الآخرين . كل بنسبة حصته فى الدين ، فيما دفعه للدائن .

على أنه يجوز للمدين كما قدمنا أن يتفق مع الدائن على أن يدفع له حصته فى الدين أو جزءاً منها . ففى هذه الحالة لا يرجع المدين الذى اقتصر على دفع حصته أو على دفع جزء منها بشئ على المدينين الآخرين ، ويرجع الدائن على هؤلاء بالباقي من الدين بعد أن يستنزل ما دفعه له المدين . أما إذا دفع المدين أكثر من حصته . ، فله الرجوع على المدينين الآخرين بما دفعه زائداً على هذه الحصة . ويساهم هؤلاء فى ذلك كل بنسبة حصته فى الدين . ويرجع الدائن عليهم بما بقى من الدين بعد أن يستنزل كل ما دفعه المدين له (١) .

= الدائن ، إذا كان لم يخطرهم بالوفاء قبل وقوعه وكان عندهم من الدفع ما يستطيعون أن يسقطوا به الدين (لارومبيير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٤ — هيك ٧ فقرة ٣٣٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٠) . . ذلك أن المدين المتضامن فى علاقته بالمدينين المتضامنين الآخرين بمثابة كفيل لهم فيما يتعلق بمخصصهم فى الدين . وقد نصت المادة ٧٩٨ مدنى ، فيما يتعلق بالكفيل ، على أنه : ١٥ — يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطان الدين أو بانقضائه . ٢ — فإن لم يعارض المدين فى الوفاء ، بقى الكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه . ٥ . على أننا نرى فيما يل أن هناك فروقاً كثيرة بين المدين المتضامن والكفيل ، وبخاصة فى علاقة كل منهما بالدائن (انظر ما يل فقرة ٢٠٨) .

(١) على أن كثيراً من الفقهاء فى فرنسا يذهبون إلى أنه يستوى أن يكون الجزء من الدين الذى وفاه المدين للدائن معادلاً لحصته فيه أو أكثر أو أقل ، فله أن يرجع فى كل هذه الأحوال على المدينين الآخرين .

ويقولون فى تبرير هذا الرأى أن المدين عندما يوفى الدين أو أى جزء منه إنما يعمل بالأصالة عن نفسه وبالنيابة عن سائر المدينين المتضامنين ، فله عليهم حق الرجوع فى حدود ما وفاه من الدين (ديرانتون ١١ فقرة ٢٤٥ — لارومبيير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٥ — ديمولوب ٢٦ فقرة ٤٢٦ وفقرة ٤٤٤ — فقرة ٤٤٦ — هيك ٧ فقرة ٣٣٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٩) . والصحيح فى رأينا أنه يجب التمييز — عندما ينى المدين بجزء من الدين — بين ما إذا كان قد اتفق مع الدائن على أنه إنما يدفع له حصته فى الدين أو جزءاً منها ، أو لم يتفق معه على ذلك . =

٢٠٥ — الأساس القانوني لمجموع المدينين — الدعوى الشخصية

ودعوى الحلول : والآن نبين الأساس القانوني الذي يقوم عليه رجوع المدين المتضامن على المدينين المتضامين الآخرين عند وفائه للدائن بالدين ، فهو

= ففي الحالة الأولى لا يرجع المدين على المدينين الآخرين ، ويرجع في الحالة الثانية . بل نحن نذهب إلى أبعد من ذلك ، ونفترض ، عندما يوفى المدين جزءاً من الدين ، أن هناك اتفاقاً ضمناً بينه وبين الدائن على أنه إنما يوفى حصته في الدين أو جزءاً منها ، فذلك أقرب إلى المألوف في التعامل ، وأيسر في تصفية العلاقات المختلفة ما بين المدينين المتضامين . ولتوضيح ذلك نفرض أن الدين ثلثمائة ، وأن المدينين المتضامين ثلاثة بحصص متساوية ، وقد دفع المدين الأول للدائن مائة ، ثم دفع الثاني للدائن المائتين الباقيتين . فإذا أخذنا بالرأى اندي يقول برجوع المدين على المدينين الآخرين عند وفائه بجزء من الدين ، وجب أن يرجع الأول على كل من الثاني والثالث بثلث المائة ، ووجب أن يرجع الثاني على كل من الأول والثالث بثلث المائتين . فيأخذ الأول من الثاني $1/3 \times 33 = 11$ ، ويعطيه $2/3 \times 66 = 44$ ، أي يعطيه في النهاية $1/3 \times 33 = 11$. ثم يأخذ من الثالث $1/3 \times 33 = 11$ ، فينتهي إلى أن يكون قد أخذ من الثالث مثل ما أعطى للثاني ، وخرج من كل ذلك على أنه قد دفع للدائن حصته في الدين . ثم إن الثاني يأخذ في النهاية من الأول $1/3 \times 33 = 11$ كما قلنا ، ويأخذ من الثالث $2/3 \times 66 = 44$ ، فيكون ما أخذه منهما ١٠٠ . وقد دفع ٢٠٠ للدائن ، فينتهي إلى أن يكون قد تحمل ١٠٠ هي حصته في الدين ! أليس خيراً من ذلك أن نقول إن المدين الأول قد دفع للدائن مائة وهي حصته في الدين ، فلا يرجع على أحد بشيء . ثم إن المدين الثاني ، الذي دفع المائتين للدائن ، يرجع على المدين الثالث بمائة هي حصته في الدين ، ويكون من كل من المدينين الثلاثة قد تحمل على هذا الوجه حصته في الدين من أيسر الطرق ؟ هذا وقد نص التقنين المدين العراقي صراحة (م ١/٣٢٤) على هذا الرأي الذي نذهب إليه إذ يقول : « لمن قضى الدين من المدينين المتضامين الرجوع على الباقيين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه » . كذلك يذهب أوبري ورو إلى أنه لا بد لقيام حق الرجوع من أن يكون المدين قد وفى الدائن أكثر من حصته في الدين (أوبري ورو ٤ فترة ٢٩٨ مكرر ص ٥١ — وانظر أيضاً الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٤٩ — ص ٢٥٠ والأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فترة ١٩٧ ص ٢٧٩ وص ٢٩٨ هامش رقم ١) . وهذا ما ذهب إليه أيضاً محكمة النقض إذ قضت بأنه يشترط لرجوع المدين المتضامن على المدين المتضامن معه أن يكون وفى أكثر من نصيبه في الدين ، وإذن ففي كان الواقع أن الطاعن مدين بالتضامن مع المظعون عليه في عقد رهن ، وكان الحكم المأمور به أن أثبت بأسباب ماثلة أنه لم يوف من الدين المضمون بالرهن إلا أقل مما التزم به بمقتضى محضر الصلح المبرم بينه وبين المظعون عليه ، فإن ما يزعمه من أن جميع أقساط الدين موضوع الصلح واجبة الأداء له لا استدله من القانون (نقض مدني ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٠ ص ٥٨٥) . وانظر أيضاً طنطا ٢٦ إبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٦ رقم ٣٤ ص ٧٧ .

يرجع إما بالدعوى الشخصية (action personnelle) وإما بدعوى الحلول (action en subrogation) .

يرجع بالدعوى الشخصية إذا نظرنا إلى سابق علاقه بالمدينين المتضامنين الآخرين ، فهم في الغالب جميعاً أصحاب مصلحة مشتركة في الدين . فإذا أدى واحد منهم الدين عن الباقي ، فهو إما أن يكون وكيلاً عنهم فيرجع عليهم بدعوى الوكالة (م ٧١٠ مدني) ، وإما أن يكون فضولياً يعمل لمصلحتهم فيرجع عليهم بدعوى الفضالة (م ١٩٥ مدني) . وكل من دعوى الوكالة ودعوى الفضالة دعوى شخصية تسمح للمدين الذي وفي الدين أن يرجع على كل من المدينين الآخرين بقدر حصته فيه . ومزية هذه الدعوى الشخصية هي أنها تجعل للمدين الحق في تقاضي فوائد عما دفعه للدائن زائداً على حصته لحساب المدينين الآخرين من يوم الدفع . ذلك أن المدين إذا رجع بدعوى الوكالة ، فإن المادة ٧١٠ مدني تقضى بأنه « على الموكل أن يرد لوكيل ما أنفق في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، مع الفوائد من وقت الإنفاق » . وإذا هو رجع بدعوى الفضالة ، فإن المادة ١٩٥ مدني تقضى بأن « يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائد لها من يوم دفعها » . وليسبت الفوائد التي يتقاضاها المدين المتضامن من المدينين الآخرين هي الفوائد التي ينتجها المدين الأصلي ، فهذه يستردها المدين مع أصل الدين وتلحق به ، ولكنها فوائد مستقلة يتقاضاها — بالسعر القانوني أو بالسعر الاتفاقي إذا كان هناك اتفاق على ذلك — على مجموع المبالغ ، من رأس مال وفوائد ومصروفات ، التي أداها للدائن زائداً على حصته في الدين (١) ، فيتقاضاها حتى لو كان الدين الذي وفاه للدائن لا ينتج فوائد أصلاً (٢) .

(١) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٢٦ ص ١١٠ .

(٢) ديمولوب ٢٦ فقرة ٤٤٢ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٦٦ — وتتقدم هذه الفوائد في رأينا بخمس سنوات لا بخمس عشرة سنة (انظر في هذه المسألة بودري وتيسيه فقرة ٧٨٤ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٦٧) .

ولا يرجع المدين المتضامن على المدينين الآخرين بالمصروفات التي حكم بها عليه للدائن إذا هو لم يف بالدين بمجرد مطالبة به ، لأنه هو الذي تسبب ، بتأخره في الوفاء بالدين ، —

ويرجع المدين المتضامن الذى وفى الدين بدعوى الحلول (١) ، أى بدعوى الدائن الذى وفاه الدين وقد حل محله فيه ، وهذا بموجب المادة ٣٢٦ مدنى وتنص على أنه : « إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية : (١) إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه... » . والمدين المتضامن الذى وفى الدين ملزم به مع المدينين الآخرين ، فاذا وفاه للدائن حل محله فيه عند الرجوع على المدينين الآخرين . ومزية دعوى الحلول هذه أن المدين المتضامن إذا رجع بها تكون له التأمينات ذاتها التى كانت الدائن ، بعد أن حل محله ، إذ هو يرجع بنفس الدين الذى وفاه بما له من ضمانات ، لا بدعوى شخصية مستمدة من الوكالة أو الفضالة . وهذا الحكم تنص عليه صراحة المادة ٣٢٩ مدنى إذ تقول : « من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن » .

على أن الدعوى الشخصية ، إذا كانت دعوى الحلول تمتاز عنها فى التأمينات ، تمتاز هى على دعوى الحلول فى أمرين : (١) إذا رجع المدين بالدعوى الشخصية كان له أن يتقاضى فوائد عن المبالغ التى دفعها للدائن زائداً على حصته فى الدين كما سبق القول . أما دعوى الحلول فلا يتقاضى فيها المدين إلا فوائد الدين الأصلية التى يكون قد دفعها للدائن ، إذا كان من شأن هذا الدين أن ينتج فوائد (٢) . (٢) يسرى التقادم بالنسبة إلى الدعوى الشخصية من وقت وفاء المدين الدين للدائن ، فواقعة الوفاء هذه هى مصدر الدعوى الشخصية . أما بالنسبة

= فى الحكم عليه بهذه المصروفات (ديمولوب ٢٦ فقرة ٤٤٣ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٨ - وقارن لارومبيير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٨) . ولكن إذا هو طالب بدوره المدينين الآخرين كلا بحصته ، وتأخر هؤلاء فى الوفاء ، حكم له هو أيضاً عليهم بالمصروفات بسبب تأخيرهم فى الدفع .

(١) استئناف أهل : ديسمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٧ ص ١٦٣ .
(٢) وقد تكون فوائد هذا الدين الأصلية هى فوائد قانونية استحققت من وقت أن طالب الدائن بحقه المدينين المتضامين مطالبة قضائية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٧) .

إلى دعوى الحلول ، فإن التقادم كان ساريا من وقت حلول الدين الذى وفاه المدين ، وبديهي أن هذا الوقت متقدم على وقت الوفاء ، فتتقدم دعوى الحلول قبل أن تتقدم الدعوى الشخصية لو كانت مدة التقادم المقررة قانونا لكل من الدعويين مدة واحدة (١) .

٢٠٦- انقسام الدين على المدينين المتضامنين وتعيين حصص كل منهم:

قدمنا أن التضامن لا يقوم إلا فى العلاقة ما بين الدائن والمدينين المتضامنين ، أما فى علاقة المدينين بعضهم ببعض فلا يقوم التضامن ، وإنما ينقسم الدين بينهم كل بقدر حصته (٢) .

وينقسم الدين على المدينين المتضامنين على الوجه المتقدم الذكر ، حتى لو كان المدين الذى وفى الدين « بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن » ، كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٩٧ مدنى . وقد كان منطق دعوى الحلول يقتضى أن يرجع المدين بما كان يرجع به الدائن نفسه ، أى يرجع بكل الدين على أى مدين متضامن آخر بعد أن يستنزل حصته هو من الدين . ولكن العمل بمقتضى هذا المنطق يؤدى إلى سلسلة من دعاوى الرجوع لا مبرر لها . فلو أن المدينين المتضامنين كانوا مثلا خمسة حصصهم فى الدين متساوية ،

(١) بأن تكون دعوى الدين الأصل (أى دعوى الحلول) تتقدم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة كما تتقدم دعوى الفضالة (م ١٩٧ مدنى) ، أو تتقدم بخمس عشرة سنة كما تتقدم دعوى الوكالة (م ٣٧٤ مدنى) — وبديهي أنه إذا اختلفت مدة التقادم ، فالدعوى التى تتقدم قبل الأخرى هى التى تكون مدة التقادم فيها أقصر .

وانظر فى الأساس القانونى لحق رجوع المدين المتضامن على المدينين الآخرين المذكور الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٩ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١١٥ مدنى (قديم) تنص على أنه إذا قام أحد المتضامنين فى الدين بأدائه ، جاز له الرجوع على باقى المدينين معه كل بقدر حصته فى الدين . ومفاد هذا أن تضامن المدينين قبل الدائن لا يلزم عنه تضامنهم بعضهم قبل بعض ، فالحكم الذى يقضى باعتبار المدينين متضامنين فيما بينهم لكونهم متضامنين قبل الدائن يكون مخالفاً للقانون ، متعباً نقضه (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٤ ص ٢٢٤) . انظر أيضاً : استئناف أهلى ٣٠ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٦ ص ٢٤٨ - ١٨ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٨٠ .

وكان الدين خمسمائة ، ووفى أحدهم كل الدين للدائن ، وحل محله فيه ، فان منطق دعوى الحلول يقتضى كما قلنا أن يرجع المدين الذى وفى الدين على أحد المدينين المتضامنين الأربعة بأربعمائة ، وهذا الثانى يرجع على الثالث بثلاثمائة ، وهذا الثالث يرجع على الرابع بمائتين ، وهذا الرابع يرجع على الخامس بمائة . فالأولى من الناحية العملية أن يقسم المدين الأول منذ البداية الدين على المدينين الأربعة ، ويرجع على كل منهم بمائة . ولاضرب عليه من هذا التقسيم ، فانه إذا وجد أحدهم معسراً رجع على الثلاثة الموسرين بنصيب كل منهم فى حصة المعسر كما سئرى . هذا إلى أن المنطق الذى أوردناه لدعوى الحلول يعارضه منطق آخر للدعوى نفسها . ذلك أن المدين الذى وفى الدين فى المثل المتقدم إذا رجع على أحد المدينين الأربعة بأربعمائة ، كان لهذا المدين الثانى بعد أن يدفع الأربعمائة للمدين الأول أن يحل هو أيضاً محل الدائن قبل هذا المدين الأول بالذات بعد أن يستنزل حصته من الدين ، فيرجع عليه بثلاثمائة . فيكون المدين الأول قد استوفى من المدين الثانى أربعمائة ثم وفاه ثلاثمائة فى دعوتين متتابعتين ، فخلص له من كل ذلك مائة ، فالأولى إذن أن يستوفى هذه المائة منذ البداية وفى دعوى واحدة(١).

إذن ينقسم الدين - سواء كان الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول - على المتضامنين كل بقدر حصته ، ولا يرجع المدين الذى وفى الدين كله على أى مدين آخر إلا بمقدار هذه الحصة . ويبقى بعد ذلك أن نرى كيف

(١) انظر فى هذا المعنى يوتيه فى الالتزامات فقرة ٢٨ . وانظر أيضاً بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٤ . ويقول جوسران فى هذا الصدد إن انقسام الدين على المدينين المتضامنين فى علاقتهم ببعضهم ببعض لا يفسر بالرغبة فى تجنب سلسلة من دعاوى الرجوع لا يبرر لها . فسواء رجع المدين الذى وفى كل الدين على المدين الثانى بكل الدين بعد استنزال حصته تم رجوع الثانى على الثالث بالباقي بعد استنزال حصته وهكذا ، وهذه هى دعاوى رجوع أربع ، أو رجوع المدين الأول منذ البداية على كل من المدينين الأربعة الآخرين بحصته فى الدين ، وهذه هى أيضاً دعاوى رجوع أربع ، فإن عدد دعاوى الرجوع واحد فى الحالتين . ويفسر جوسران انقسام الدين بأن التضامن ينتفى بمجرد استيفاء الدائن حقه . فينقسم الدين بانقضاء التضامن بعد أن أصبح الأمر مقتصرأ على علاقة المدينين بعضهم ببعض . فاذا حل المدين الذى وفى الدين محل الدائن ، حل فى دين منقسم ، فلا يرجع على الآخرين آخر إلا بمقدار حصته فى الدين (جوسران ٢ فقرة ٧٧٩) .

تعيين حصص المدينين المتضامنين في الدين . هنا تقول الفقرة الثانية من المادة ٢٩٧ مدني : « وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع . ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

فاذا وجد اتفاق بين المدينين المتضامنين ، منذ نشوء الدين ، على تعيين حصة كل منهم فيه ، وجب العمل بهذا الاتفاق . وقد يكون ضمناً ، كما إذا اشترى ثلاثة داراً في الشيوع ، للأول النصف وللثاني الثلث وللثالث السدس ، وتضامنوا في دفع الثمن للبائع ، فينقسم الدين بينهم بنسبة حصة كل منهم في الدار . ويجب على كل حال إثبات الاتفاق وفقاً للقواعد العامة في الإثبات ، فاذا أراد أحد المدينين إثبات مقدار حصة مدين آخر في الدين وكانت قيمة هذه الحصة تزيد على عشرة جنيهات ، وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها(١).

وإذا لم يوجد اتفاق ولكن وجد نص في القانون يرسم طريقة تعيين حصة كل مدين متضامن ، وجب اتباع النص . من ذلك أن الورثة إذا استدانوا للاتفاق على مصلحة التركة ، وكانوا متضامنين في الدين ، فالقانون يعين حصة كل منهم في الدين بقدر حصته في الميراث . ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١٦٩ مدني من أنه « اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي ، إلا اذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض » . فيجوز إذن للقاضي ، بموجب هذا النص القانوني ، أن يعين حصة كل من المسئولين عن العمل الضار في التعويض الذي يلتزمون به ، على حسب جسامه خطأ كل منهم ومدى ما أحدثه بفعله من الضرر(٢) .

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٥٦ .

(٢) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « والقاعدة أن الدين ينقسم بين المدينين بالنسبة المتفق عليها أو المحددة بمقتضى نص في القانون . من ذلك مثلاً نص المادة ٢٣٦/٢ من المشروع ، الخاص بدرجة جسامه الخطأ فيما يتعلق بالتضامن في المسئولية عن الفعل الضار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٨) . وانظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٥٩٩ وفقرة ٦٢٠ ص ٩٣٠ .

فاذا لم يوجد اتفاق أو نص في القانون يبين حصة كل من المدينين المتضامنين في الدين ، لم يبق إلا جعل حصص المدينين جميعاً متساوية ، إذ لا مبرر لاجل حصة أكبر من الأخرى ، ويفترض تساويهم في مصلحتهم المشتركة في الدين (١).

٢٠٧ - تحمل المورسرين من المدينين المتضامنين لحصة المعسرين منهم :

رأينا أن المادة ٢٩٨ مدني تنص على أنه : « إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذي وفي بالدين وسائر المدينين المورسين كل بقدر حصته » . وهنا تبرز فكرة التضامن ما بين المدينين ، فتلامس حتى علاقة المدينين فيما بينهم . ذلك أنهم ، حتى في علاقتهم بعضهم ببعض ، يتضامنون في تحمل حصة المعسر منهم . ولكن هذه الحصة تنقسم بينهم بنسبة الحصة الأصلية لكل منهم في الدين ، فلا يرجع المدين الذي وفي كل الدين على أي من المدينين المورسين إلا بمقدار حصته وبنصيبه فقط في حصة المعسر . فلو أن المدينين المتضامنين كانوا ثلاثة حصصهم في الدين متساوية ، وكان الدين ثلاثمائة ، ودفعه واحد منهم ، فانه يرجع على كل من الاثنين الآخرين بمائة . فلو كان واحد منهما معسراً رجع الدافع على المورس بمائة وخمسين ، مائة هي حصة المورس في الدين وخمسين هي نصيبه في حصة المعسر . وتحمل الدافع في النهاية هو أيضاً مائة وخمسين ، حصته في الدين ونصيبه في حصة المعسر (٢) . وقد قدمنا أنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن ، فان هذا المدين - ما لم يخله الدائن من المسؤولية - يتحمل هو أيضاً نصيبه في حصة المعسر وإلى هذا كله تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول : « وإذا أعسر أحدهم تحمل تبعة هذا الإعسار سائر المدينين ، حتى من قام منهم بالوفاء بالدين . وقد تقدمت الإشارة

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٩ - وانظر أيضاً بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٦ .

(٢) ولا يجوز أن يتحمل المدين الذي وفي بالدين وحده حصة المعسر كلها ، وإلا لجاز للدائن أن يتحكم ، ولتوقف على اختياره مديناً دون آخر في الرجوع بالدين أن يتحمل هذا المدين وحده تبعة الإعسار . هذا إلى أنه ليس من الإنصاف أن جزاء المدين الذي قام بالوفاء عن جميع المدينين ، فجعل لإبراء ذمتهم من الدين ، أن يتحمل وحده حصة المعسر منهم (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٠) .

إلى أن من أبرء من المدنيين المتضامنين من الدين أو من التضامن يتحمل نصيبه في تبعة الإعسار (٢) .

ويذهب الفقه في فرنسا إلى أن العبرة في قيام الإعسار تكون بالوقت الذي وفي فيه المدين المتضامن للدين للدائن ، فقد نشأ حقه في الرجوع على المدنيين المتضامنين ، بما في ذلك تقسيم حصة المعسر على الموسرين ، في هذا الوقت . فإذا كان المدنيون المتضامنون الآخرون موسرين جميعا وقت الوفاء للدائن ، وتأخر المدين الذي وفي الدين في الرجوع عليهم حتى أعسر واحد منهم ، فالمدين الذي وفي الدين هو وحده الذي يتحمل حصة هذا المعسر جزاء تأخره في الرجوع عليه (٢) . ويبدو أن هذا الرأي محل للنظر . فقد يطالب الدائن أحد المدنيين المتضامنين بالدين ، فيبادر هذا المدين إلى إدخال باقي المدنيين المتضامنين معه في الدعوى ليحكم على كل بحصته في الدين ، ويكون المدنيون جميعا موسرين وقت تنفيذ الدائن بالدين كله على أموال من دفع عليه الدعوى . ثم يعسر أحد المدنيين قبل أن يتمكن للمدين الذي وفي الدين من استيفاء حصة هذا المدين الذي أعسر . فهنا لا يمكن أن ينسب أى مسؤولية إلى المدين الذي وفي الدين ، وليس من العدل أن يتحمل وحده حصة المعسر . من أجل ذلك نرى التحفظ في الرأي الذي يذهب إليه الفقه الفرنسي ، فيكون الأصل في الإعسار أن يقوم وقت الوفاء للدائن ، فإذا وقع بعد هذا الوقت ، تحمل المدين الذي وفي الدين وحده حصة المعسر ، إلا إذا أثبت أنه لم يقصر إطلاقا في المحافظة على حقه ضد المدين المعسر (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٩ .

(٢) لارومبيير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٩ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٣ د — بودرى وبارد ٢

فقرة ١٢٦٠ — دى بلاج ٣ فقرة ٢٦٩ ص ٢٣٤ .

(٣) ويرى الأستاذ عبد الحى حجازى أن التقنين المدينى المصرى الجديد لم يأخذ بالرأى الذى يذهب إليه الفقه الفرنسى في هذه المسألة ، فيقول : « وليس في القانون المدينى المصرى الجديد ما يفيد أنه أخذ أو يميل إلى الأخذ بهذا الرأى . إن القانون يقول : إذا أعسر أحد المدنيين لتضامنين ... وهذا يفيد أنه يجب الاعتداد بالوقت الذى يحصل فيه الرجوع ، لا بالوقت الذى حصل فيه الوفاء . ومع ذلك فن الواضح أنه إذا ثبت أن المدين الموفى قد تلسكأ في الرجوع هل سائر المدنيين المتضامنين بما يجعله مقصراً ، وأنه لو كان قد بادر إلى الرجوع لما أصابه شيء من -

٢٠٨ - تحمل أصحاب المصلحة في الدين وعبرهم بكل الدين : رأينا

أن المادة ٢٩٩ مدني تنص على أنه « إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذي يتحمل به كله نحو الباقيين » . ويظهر من هذا النص أن هناك حالة لا يكون فيها المدينون المتضامنون جميعاً أصحاب المصلحة في الدين ، بل يكون واحد منهم أو أكثر (١) هم أصحاب المصلحة دون الآخرين . فإذا يكون ، في هذه الحالة ، شأن هؤلاء الآخرين الذين ليست لهم مصلحة في الدين ، أي ليسوا هم المدينين الحقيقيين ، ومع ذلك يتضامنون في الدين مع أصحاب المصلحة فيه ؟ إنهم يكونون لاشك كفلاء لأصحاب المصلحة ، وأصحاب المصلحة وحدهم هم المدينون الحقيقيون أو المدينون الأصليون . يبقى أن ننظر لماذا لم يبرز هؤلاء وأولئك في الوضع القانوني المألوف ، مدينين أصليين وكفلاء ، بل برزوا جميعاً مدينين متضامين ؟ يسوقنا هذا إلى إيراد عجالة سريعة في تاريخ الكفالة .

لم يكن القانون الروماني القديم يعرف الكفالة في وضعها الحديث ، ولم يكن متصوراً في صناعة هذا القانون أن شخصاً آخر يلتزم بنفس الدين الذي التزم به المدين دون أن يكون مديناً أصلياً معه ، لا مجرد مدين تابع . فلم يكن هناك بد ، إذا أريد أن يكون للمدين كفيل ، من أن يلتزم الكفيل بالدين التزاماً أصلياً كما التزم المدين . ولما كان التضامن معروفاً منذ زمن قديم وقد سبق الكفالة - بل هو الأصل الذي نشأت الكفالة عنه (٢) - فقد استخدم لتأدية أغراض الكفالة . فالكفيل كان إذن ، في القانون الروماني القديم ، مديناً متضامناً مع المدين

= جراء هذا الإعصار اللاحق ، عدلوا يتهير مخطئاً ، وينودي تطبيق التواعد العامة في هذه الحالة إلى عدم تحمل المدينين المتضامين هذا الإعصار اللاحق (الأستاذ عبد الحى حمجازى ١ ص ٢٥٨ هامش رقم ١) .

(١) فليس من الضروري أن يكون واحد فقط هو صاحب المصلحة ، وإذا كان النص قد جرى بأن أحد المدينين المتضامين هو وحده صاحب المصلحة ، فهذا لا يمنع من أن يكون صاحب المصلحة أكثر من واحد ، والمهم هو ألا يكون المدينون المتضامنون جميعاً شركاء في المصلحة (انظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ ص ٣٨١ - لارومبيير ٣ م ١٢١٦ فقرة ١) .
(٢) وهذا بخلاف الفقه الإسلامي ، فقد كانت الكفالة هي الأصل الذي نشأ عنه التضامن (انظر آنفاً فقرة ١٥٠ في الهامش) .

الأصل . ثم ما لبث القانون الرومانى أن تطور ، وبدت معالم الكفالة تنبئ شيئاً فشيئاً ، فأعطى للكفيل حق التقسيم إذا تعدد ، ثم أعطى له حق تجريد المدين ، ثم اعترف فى النهاية أن التزامه ليس التزاماً أصلياً بل هو التزام تابع لالتزام المدين المكفول (١) . على أن مقتضيات الائتمان استوجبت أن تتنوع الكفالة لتزيد توثيقاً للمدين ، فرجعت فى تنوعها إلى ما كانت عليه من قبل ، وأصبحت فى الوقت الحاضر تنطوى على صور متدرجة .

فأبسط صورها وأضعفها توثيقاً للمدين هى ، كما أشرنا إلى ذلك فى مكان آخر (٢) ، أن يكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه ، ودون أن يتضامن مع الكفلاء الآخرين . فيكون الكفيل فى هذه الصورة مديناً تابعاً ، له حق تجريد المدين الأصلي ، وله حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين .

ثم تأتى صورة ثانية للكفالة هى أقوى فى توثيق المدين ، فيكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه ، ولكنه يتضامن مع الكفلاء الآخرين . وهنا يبقى الكفيل مديناً تابعاً ، ويبقى له حق تجريد المدين ، ولكن ليس له حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين الذين تضامن معهم .

ثم تأتى صورة ثالثة للكفالة تزيد قوة فى توثيق المدين ، هى أن يكفل الكفيل المدين ويتضامن معه كما يتضامن مع الكفلاء الآخرين . وهنا يبقى الكفيل مديناً تابعاً ، ولكن ليس له حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين لأنه متضامن معهم ، وليس له كذلك حق تجريد المدين لأنه أيضاً متضامن معه .

ثم تأتى الصورة الأخيرة للكفالة ، وهى أقوى الصور جميعاً فى مراتب التوثيق . فيكفل الكفيل المدين فيما بينه وبين المدين ، ولكنه يتقدم إلى الدائن مديناً متضامناً مع المدين الأصلي ، ومتضامناً مع الكفلاء الآخرين ، الذين يتقدمون هم أيضاً مدينين متضامين مع المدين . وهكذا تعود الكفالة إلى ما كانت عليه فى عهدها القديم ، ولكن لأسباب لا ترجع إلى الصناعة القانونية كما كان الأمر فى القانون

(١) جبرار الطبعة الثالثة ص ٦٨٧ و ص ٧٤٤ . وانظر فى هذه المسألة وفى تطور الكفالة فى القانون الفرنسى القديم بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٤ .

الرومانى القديم ، بل ترجع إلى اعتبارات عملية هى الوصول فى توثيق الدين إلى أبعد غاياته . وهنا لا يكون للكفيل حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين ، ولا حق تجريد المدين ، بل هو لا يبقى مديناً تابعاً ، وإنما يكون مديناً أصلياً متضامناً مع المدين المكفول .

هذه الصورة الأخيرة هى التى تعيننا هنا ، إذ نرى أمامنا فيها مدينين متضامنين متعددين فى دين واحد . ولكن واحداً (أو أكثر) من هؤلاء المدينين هو صاحب المصلحة فى الدين ، أى هو المدين الأصلى ، والباقى ليسوا إلا كفلاء عنه ، ولكنهم تقدموا إلى الدائن بوصفهم جميعاً مدينين أصليين متضامنين (١) . والمبدأ الأساسى فى هذه الحالة هو التمييز ما بين علاقة هؤلاء المدينين المتضامنين بالدائن إذ تسرى قواعد التضامن ، وعلاقتهم بعضهم ببعض إذ تسرى قواعد الكفالة .

فى علاقتهم بالدائن ، تسرى قواعد التضامن دون قواعد الكفالة . ومن ثم لا يكون لهم حق تقسيم الدين بينهم ولا حق تجريد المدين الأصلى ، بل يكون كل منهم مسئولاً قبل الدائن عن كل الدين . كذلك لا يكون لأى منهم أن يتمسك بالدفع الخاصة بغيره ولو كان هذا الغير هو المدين الأصلى ، بل لا يتمسك إلا بالدفع الخاصة به وبالدفع المشتركة بينهم جميعاً (٢) . ولا تبرأ ذمة أى منهم بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من الضمانات ، كما تبرأ ذمة الكفيل

(١) ومن التطبيقات العملية لهذه الصورة الأخيرة : (أ) التابع والمتبوع ، فهما مسئولان بالتضامن قبل المضرور ، ولكن التابع وحده هو صاحب المصلحة فى الدين . (ب) من هو تحت الرقابة ومتولى الرقابة ، فهما مسئولان أيضاً بالتضامن قبل المضرور ، ولكن الأول منهما هو وحده صاحب المصلحة فى الدين . (ج) صاحب الكيالة والمسحوب عليه والمظهرون للكيالة وضامنوها كلهم مدينون متضامنون قبل حامل الكيالة ، ولكن صاحب المصلحة فى الدين منهم هو المسحوب عليه وحده إذا كان قد قبل الكيالة أو عنده مقابل للوفاء (Provision) ، وإلا فالمسحوب (ليون كان ورينو الطبعة الخامسة ٤ فقرة ٢٦٧ وفقرة ٣٩٠ وما بعدها — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٩٧ هامش رقم ١) .

(٢) فليس له من اد أن يتمسك بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالابراء أو بالتقادم إذا وقع شيء من ذلك مع مدين متضامن آخر ولو كان هو المدين الأصلى ، إلا بقدر حصه هذا المدين . ولو أجرينا أحكام الكفالة ، لكان له أن يتمسك بهذه الدفع فى كل الدين ، ما دام المدين الأصلى يستطيع أن يتمسك بها .

(م ٧٨٤ مدني ١). ولا تبرأ ذمة أى منهم إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين الأصلي خلال ستة أشهر من إندار الدائن بذلك ، كما تبرأ ذمة الكفيل (م ٢/٧٨٥ مدني) . ولا يستحق حق الدائن في الرجوع عليهم حتى لو أفلس المدين الأصلي ولم يتقدم الدائن في تفليسته . كما يسقط حقه في الرجوع على الكفيل (م ٧٨٦ مدني) . وإذا كان هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين ، جاز مع ذلك للدائن أن ينفذ على أمواله قبل التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين ، ولا يجوز بالنسبة إلى الكفيل التنفيذ على أمواله إلا بعد التنفيذ على الأموال المخصصة للتأمين (م ٧٩١ مدني ٢) .

(١) لارومبيير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ٤ — ديمولوب ٢٠ فقرة ٤٩٥ — فقرة ٥٠٠ — لوران ١٧ فقرة ٣٤٢ — هيك ١٢ فقرة ٢٥٢ — أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثا ص ٥٤ — ص ٥٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٨٩ — بيدان ولاجارد ٨ ص ٦١٥ هامش رقم ٣ — انظر عكس ذلك : ديرانتون ٢٨ فقرة ٣٨٢ في الهامش — تولى ٧ فقرة ١٧٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٥٠٩ ص ٥٢٠ هامش رقم ٣ ، وقد كنا من هذا الرأي العكسي في الموجز ، واعتمدنا في ذلك على حكم لمحكمة الاستئناف المختطة ، ولكن الصحيح هو الرأي الذي بطناه في المتن . وكانت محكمة الاستئناف المختطة قد قضت بأن المدينين المتضامين ، وهم كفلاء بعضهم لبعض ، تسرى عليهم أحكام الكفالة ، فيجوز لأى منهم أن يتمسك على الدائن بسقوط حقه بقدر ما أضاعه بخطأه من التأمينات (١٧ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٨٢) . ولكن هذه المحكمة رجعت عن هذا الرأي بعد ذلك ، فقضت بأن المدينين المتضامين ، وإن كانوا في علاقاتهم فيما بينهم كفلاء بعضهم لبعض ، إلا أنهم في علاقاتهم بالدائن يعتبر كل منهم مديناً أصلياً ، فليس له أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل ، وليس له بنوع خاص أن يتمسك باضاعة التأمينات (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧١) .

ويستثنى بودرى وبارد من القاعدة التي تقضى بأنه لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك على الدائن باضاعته التأمينات حالتيه : (١) إذا أضاع الدائن التأمينات بسوء نية ، بأن اتفق مثلاً مع المدين الذي قدم التأمينات أن ينزل له عنها في مقابل مبلغ من النقود ، وقصر رجوعه على المدينين الآخرين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٩٠) . (ب) إذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدينين المتضامين على أنه لا يجوز للدائن أن يضيع التأمينات بخطأه . وقد يكون هذا الاتفاق ضمناً ، بأن يكون الدائن مثلاً عالماً بأن المدينين المتضامين الآخرين لم يقبلوا التضامن إلا بعد أن قدمت هذه التأمينات (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٩١) .

(٢) على أنه إذا كان الدائن يعلم أن مديناً متضامناً هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، ثم أبرأه منه ، فليس له أن يرجع بعد ذلك بشئ على المدينين الآخرين . ذلك أنه إذا رجع على = (م ٢٤ — الوسيط)

أما في علاقتهم بعضهم ببعض ، فقواعد الكفالة هي التي تسرى دون قواعد التضامن . و قد قدمنا أنه يجب على أى منهم قبل أن يقوم بوفاء الدين أن يخطر المدين الأصلي ، وإلا سقط حقه في الرجوع على هذا المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطالان الدين أو بانقضائه . فإذا لم يعارض المدين الأصلي في الوفاء ، بقى لمن وفى الدين حقه في الرجوع عليه ، ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطالانه أو بانقضائه . وهذا هو نفس الحكم الذى يسرى على الكفيل ، من حيث وجوب إخطاره المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين (م ٧٩٨ مدنى) (١) . ولكن الذى يعيننا أن نبينه هنا - وهى المسألة التى نريد الوقوف عندها - هو أن هؤلاء المدينين المتضامنين ، وقد ارتدوا كفلاء في علاقتهم بالمدين الأصلي ، لا يتحملون بشيء من الدين شأن كل كفيل إذ لا مصلحة لهم فيه ، بل المدين الأصلي صاحب المصلحة هو الذى يتحمل بالدين كله . فإذا كان الدائن قد طالب المدين الأصلي بالدين فدفعه ، لم يرجع هذا المدين بشيء على المدينين المتضامنين معه إذ هم ليسوا إلا كفلاء عنه . أما إذا كان الدائن قد طالب أياً من هؤلاء المدينين المتضامنين غير المدين الأصلي بالدين فدفعه ؟ رجع الدافع بالدين كله على المدين الأصلي كما يفعل الكفيل الذى وفى المدين في رجوعه على المدين ، ولم ينقسم الدين على سائر المدينين المتضامنين . وهذا كما رأينا ، ما تنص عليه صراحة المادة ٢٩٩ مدنى ، إذ تقضى بأنه إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقيين . فيتحمل المدين الأصلي إذن بالدين كله ، سواء طالبه به الدائن فدفعه دون أن يرجع بشيء على المدينين الآخرين ، أو طالب به الدائن مديناً آخر فدفعه ورجع به كله على المدين الأصلي . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « ولكن إذا

= أحد منهم ، كان لهذا أن يرجع على صاحب المصلحة بالرغم من إبرائه فلم تعد هناك فائدة من هذا الإبراء . وما دام الدائن قد أبرأ صاحب المصلحة في الدين وهو عالم بذلك ، فالمفروض أنه أراد من الإبراء إبراء المدينين الآخرين . كذلك إذا ورث الدائن صاحب المصلحة في الدين ، لم يكن له أن يرجع بشيء على غير أصحاب المصلحة من المدينين المتضامنين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ ص ٣٨) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٤ في الهامش .

كان أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذى يتحمل به كله في صلته بالباقيين . فلو أقيم الدليل على أن مديناً من المدينين المتضامنين هو المدين الأصلي وأن الآخرين ليسوا سوى كفلاء - في حدود صلتهم بعضهم ببعض لا في حدود صلتهم بالدائن - وجب أن يتحمل هذا المدين الدين كله ، فإذا وفى لم يكن له حق الرجوع على الباقيين ، وإذا قام بالوفاء مدين آخر كان لهذا المدين أن يرجع عليه بالدين كله « (١) . ويخلص من هذه العبارة أنه يفترض في الأصل أن المدينين المتضامنين المتعددين كلهم أصحاب مصلحة في الدين ، فإذا ادعى أحد منهم أن واحداً أو أكثر من هؤلاء المدينين هم وحدهم أصحاب المصلحة في الدين ، فعليه يقع عبء الإثبات . وعليه أن يثبت ذلك وفقاً للقواعد العامة في الإثبات ، فلا يجوز أن يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها أن بعض المدينين المتضامنين في دين تزيد قيمته على عشرة جنيهات هم وحدهم أصحاب المصلحة فيه (٢) .

ويلاحظ أنه إذا كان أصحاب المصلحة في الدين أكثر من واحد ، فإن المدين الذى وفى الدين دون أن يكون ذا مصلحة فيه يرجع على أى من أصحاب المصلحة بكل الدين ، إذ كل من هؤلاء مدين أصلي . وهذا هو الحكم فيما إذا كان للمدينين المتضامنين المتعددين كفيل وفى الدين عنهم ، فقد نصت المادة ٨٠١ مدنى على أنه « إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين ، فلكفيل الذى ضمنهم جميعاً أن يرجع على أى منهم بجميع ماوفاه من الدين » (٣) . وينقسم الدين بين أصحاب المصلحة فيه ، فإذا وفى أحدهم الدين كله ، سواء بدفعه مباشرة للدائن أو بوفائه لمدين غير ذى مصلحة قام بدفعه للدائن ، رجع على الباقي من أصحاب المصلحة كل بقدر حصته في الدين .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٨ — ص ٩٩ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٣ .

(٣) ولكفيل الذى وفى الدين عن المدينين المتضامنين أن يرجع على أى منهم بكل الدين ، حتى لو كان المدين الذى رجع عليه قد اشترط على المدينين الآخرين أن يتحملوا هم وحدهم بكل الدين ، فإن هذا الشرط النافذ في علاقة هؤلاء المدينين بعضهم ببعض لا يسرى في حق الكفيل (بلانبول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٢) .

وإذا دفع مدين غير ذى مصلحة في الدين كل الدين للدائن بناء على مطالبته إياه ، وأراد الرجوع على أصحاب المصلحة في الدين فوجدهم جميعاً معسرين ، رجع عند ذلك على المدينين غير أصحاب المصلحة كل بقدر حصته في الدين (١) . فان لم يكن متفقاً على تعيين حصة كل منهم ، كانوا جميعاً متساوين في الحصص .

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٥١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ مكررة ١ ص ٣٨٣ الأستاذ عبد الحى — ١ — ص ٢٤٩ — وقد طبقنا هنا أحكام الكفالة . وقد ورد في هذا المعنى نص صريح في التقنين المدنى المصرى ، إذ تقضى المادة ٧٩٦ من هذا التقنين بأنه « إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله ، كان له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم » . وتنص المادة ٢٠٣٣ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه « إذا تعدد للكفلاء لمدين واحد في دين واحد ، فالكفيل الذى وفى الدين يرجع على الكفلاء الآخرين كل بقدر حصته » .

الفصل الثالث

الالتزام غير القابل للانقسام *

(Obligation indivisible)

٢٠٩ — **نفسيم الموضوع** : نبحث الالتزام غير القابل للانقسام ، كما بحثنا الالتزام التضامني . على الوجه الآتي : (أولا) أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام ، وهذا يقابل في الالتزام التضامني مصادر التضامن . (ثانياً) الآثار التي تترتب على قابلية الالتزام للانقسام (١) .

* **مراجع** : كاميل كليير (Camille Kleyer) في الالتزامات القابلة للانقسام وغير القابلة له رسالة من بروكسل سنة ١٨٧٣ — لويس جوترون (Louis Gotteron) في عدم قابلية الالتزامات للانقسام في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي رسالة من بوردو سنة ١٨٧٦ — بنكاز ٢ فقرة ٨٠٠ وما بعدها — حرفيه (Hervé) في التضامن وعدم القابلية للانقسام والكفالة رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣١٢ وما بعدها — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٦٣ وما بعدها — أوبري ورو ٦ فقرة ٣٠١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٨ وما بعدها — دى باج ٣ فقرة ٢٩٢ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٨٩٥ وما بعدها — كولان وكايبشان ٢ فقرة ٤٣٣ وما بعدها — جوسران ٢ فقرة ٧٩٢ وما بعدها .

(١) وقد كسب موضوع الالتزام غير القابل للانقسام شهرة بعيدة في التعقيد والغموض . وزاد في تعقيده وغموضه مؤلف وضعه ديمولان (Dumoulin) ، من أشهر فقهاء القانون الفرنسي القديم ، في القرن السادس عشر ، عالج فيه هذا الموضوع بافاضة ، وشبهه بتيه يضل فيه السارى ، وقد وضع له المفاتيح والخيوط التي يهتدى بها في اجتياز هذا التيه . ولخص بوتيه هذا المؤلف في بضع صفحات ، وعن بوتيه أخذ واضعو التفتين المدنى الفرنسي النصوص التسعة التي صاغوها في هذا الموضوع (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٨) .

الفرع الأول

أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام

٢١٠ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠٠ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« يكون الالتزام غير قابل للانقسام » :

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

« (ب) إذا تبين من الغرض الذي رعى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١١٦/١٧٢ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٠٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٨٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٧٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني، المادة ٧٠ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٠ - ص ١٠٢) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١١٦/١٧٢ : متى كان الوفاء بالتمهيد غير قابل للانقسام ، بالنسبة لحالة الأشياء المتهمة بها أو بالنسبة للغرض المقصود من التمهيد، فكل واحد من المتهمين ملزم بالوفاء بالكل ، وله الرجوع على باقي المتهمين معه . (ولا فرق في الحكم بين التقنينين القديم والجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٠٠ (مطابقة) .

التقنين المدني الليبي م ٢٨٧ (مطابقة) .

التقنين المدني العراقي م ٣٣٦ (مطابقة) .

ويتبين من هذا النص أن عدم القابلية للانقسام يرجع إما لطبيعة محل الالتزام، وإما للاتفاق (١).

٢١١ — عدم القابلية للانقسام يرجع الى طبيعة المحل : غنى

ديمولان (Dumoulin) ، وهو من فقهاء القانون الفرنسى القديم البارزين ، عناية خاصة بموضوع الالتزام غير القابل للانقسام ، وله فيه تقسيمات مشهورة ، لعلها ساعدت على تعقيد هذا الموضوع أكثر مما أدت إلى تبسيطه .

على أن من تقسيماته ما بقى حتى اليوم معمولاً به . من ذلك أنه يميز في عدم القابلية للانقسام الذى يرجع الى طبيعة المحل بين صورتين :

(الصورة الأولى) صورة عدم التجزئة المطلقة (indivisibilité absolue) أو عدم التجزئة الحتمية (indivisibilité nécessaire) ، وتحقق عندما يكون محل الالتزام بطبيعته غير قابل أصلاً للانقسام . فعدم الانقسام يرجع الى أصل الحلقة لا الى عارض من عمل الإنسان .

فاذا كان الالتزام محله نقل حق عيني ، فالأصل فيه أنه يكون قابلاً للانقسام ، إما انقساماً طبيعياً (division matérielle) كما إذا كان المدين ملتزماً بنقل ملكية عشرين أردباً من القمح فيمكن انقسام هذا الالتزام انقساماً طبيعياً الى أجزاء متعددة ، وإما انقساماً معنوياً (division intellectuelle) كما إذا كان المدين ملتزماً

= تقنين الموجبات والمقود البناني م ٧٠ : يكون الموجب غير قابل للتجزئة : أولاً — بسبب ماهية الموضوع حينما يكون شيئاً أو عملاً غير قابل لتجزئة مادية أو معنوية . ثانياً — بمقتضى صك إنشاء الموجب أو بمقتضى القانون حينما يستفاد من الصك أو من القانون أن تنفيذ الموجب لا يكون جزئياً .

ويلاحظ أن التقنين اثبتانى يضيف القانون الى أسباب عدم القابلية للانقسام . ولا محل لذكر القانون هنا ، فالنص الذى يقضى بعدم جواز تجزئة التنفيذ لا يجعل الالتزام ذاته غير قابل للانقسام ، ولكن يورد حكماً في تنفيذه ، مثل ذلك عندما ينص القانون على عدم جواز تجزئة الوفاء .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٠ .

بنقل ملكية منزل فان هذا الالتزام يمكن أن ينقسم انقساماً معنوياً إلى نقل ملكية نصف المنزل في الشيوع ورבעه وخمسه وهكذا (١). غير أن هناك حقين عيينين لا يقبلان الانقسام بطبيعتهما القانونية، وهما حق الارتفاق وحق الرهن.

(١) انظر في أمثلة لعدم القابلية للانقسام نظراً لطبيعة المحل : استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٦٤ — ١٥ أبريل سنة ٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٨ — ١٦ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٥٠٤ — وانظر في عدم القابلية للانقسام في رصيد الحساب الجاري : استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٥ — ١٧ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ١٢٤ — ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٠ — وانظر في عدم قابلية دعوى القسمة للانقسام : استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥١ — ٧ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٦ — وانظر في عدم قابلية دعوى بطلان المرافعة للانقسام : استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٨ — وفي عدم قابلية دعوى الصورية ودعوى البطلان للانقسام : استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٣٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن طلب ورثة المشتري لعقار صحة ونفاذ البيع الذي عقده مورثهم لا يجعل موضوع الدعوى في جميع الأحوال غير قابل للتجزئة ، إذ مثل هذه الدعوى التي يقصد بها أن تكون دعوى استحقاق مآلاً ، يعتبر في الأصل قابلاً للتجزئة ، لكل وارث أن يطالب بحصة في المبيع مساوية لحصته الميراثية ، وذلك ما لم يكن محل المدعى قابل للتجزئة لطبيعته أو لمفهوم قصد عقديه . وإذن فتي كان الواقع أن ورثة المشتري أقاموا دعواهم على ورثة البائع يطلبون الحكم بصحة ونفاذ البيع الصادر من مورث هؤلاء الآخرين عن قطعة أرض فضاء ، ولما قضى برفض الدعوى استأنف بعض الورثة دون البعض الآخر الحكم ، وكان الحكم الاستئنافي إذ قضى بقبول الاستئناف وإلغاء الحكم الابتدائي وصحة ونفاذ البيع استناداً إلى أن موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة ، لم يبين كيف توافر لديه الدليل على هذا ، فإنه يكتفي بقوله قد شابه قصور مبطل له في قضائه ، لأنه متى كان المبيع قطعة أرض فضاء فإنه لا يصح إطلاقاً القول بأن الموضوع غير قابل للتجزئة دون بيان سند لهذا القول (نقض مدني أول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٧٣ ص ٣٩٤) .

رقت محكمة النقض ، في خصوص دعوى الغصب ، بأنه إذا رفعت دعوى الغصب ، وكانت العين المنصوبة المطلوب ردها قابلة بذاتها للتجزئة ، بل مجزأة فعلاً ، وتحت يد كل من المدعى عليهم بالغصب جزء معين منها يستند في وضع يده عليه إلى عقد صادر له من ملكه ، وحكت المحكمة برفضها ، فاستأنف المدعى هذا الحكم في الميعاد ضد بعض المدعى عليهم الواضعي اليد على بعض أجزاء العين ، ثم استأنف بعد الميعاد ضد المدعى عليهم الواضعي اليد على بعض الأجزاء الأخرى . يتبل قول هذا المستأنف بأن موضوع الحق المطلوب غير قابل للتجزئة . وأنه خذ العلة يكفي أن يكون استئنافه قبل البعض صحيحاً ليكون الاستئناف قبل البعض الآخر صحيحاً ولو كان بعد الميعاد ، بل الحكم الذي يقبل هذا ويقرره في هذه الصورة يكون باطلاً متعيناً نقضه (نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٥ ص ٢٢٦) . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تكيفت الدعوى بأنها دعوى ملكية موضوعها =

فمن يلتزم بترتيب حق ارتفاق أو ترتيب حق رهن لا يستطيع أن يجزى التزامه .
ويكون الالتزام في هاتين الحالتين غير قابل للانقسام بصفة مطلقة أو بصفة
حتمية (١) .

وإذا كان الالتزام محله القيام بعمل كالاتزام بتسليم شيء ، فإنه قد يكون
بطبيعته قابلاً للانقسام : قد لا يكون . فإذا تعهد شخص بتسليم أرض . فإنه
يستطيع أن يجزى التزامه إذ الأرض قابلة بطبيعتها للتجزئة ، فيمكن أن يسلم
جزءاً من الأرض ثم يسلم جزءاً آخر وهكذا . أما إذا تعهد بتسليم حيوان حي .
حصان مثلاً ، فإنه لا يستطيع أن يجزى التزامه ، إذ الحيوان الحي كل لا يتجزأ
عند التسليم . صحيح أنه تجوز تجزئته في نقل ملكيته ، فتنقل ملكية نصف الحصان
أو رבעه . ولكن الالتزام بتسليم الحصان هو التزام غير قابل للانقسام ، وعدم
القابلية للانقسام هنا يرجع إلى أصل الحلقة فهو مطلق أو حتمي . كذلك التزام
البائع بضمان الاستحقاق التزام غير قابل للانقسام ، ويرجع ذلك إلى طبيعة محل
الالتزام . وقل مثل هذا في التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين
المؤجرة (٢) . وغنى عن البيان أن الالتزام بالقيام بعمل ، حتى إذا كان في طبيعته
غير قابل للانقسام ، يصبح قابلاً للانقسام إذا تحول إلى تعويض نقدي (٣) .

وإذا كان الالتزام محله الامتناع عن عمل ، فأكثر ما يكون أنه غير قابل
للانقسام ، إذ أي عمل يأتيه المدين مخالفاً لالتزامه يعتبر خرقاً للالتزام . فإذا
تعهد بائع المتجر لمشتريه ألا ينافس في حدود معينة ، فأية منافسة يقوم بها البائع

= ملكية منزل وأساساً فعل غصب ادعى به على عدة أشخاص ، أصبح موضوع الدعوى ، وهو
تثبيت الملكية للمنزل والتخلي عن تسليمه ، لا يتصل الانقسام ، وانتهى هذا الطلب المبني على
فعل الغصب غير قابل للتجزئة عند التنفيذ . وما دام المدعى عليهم جميعاً معتبرين غاصبين ، فلا
محل للفرقة بينهم . إذ يجوز للمدعى مقاضاتهم بهذه الصفة ، سواء أكانوا غاصبين بأنفسهم أم
حالين محل الغصب ، وسواء أكانوا حتى النية أم لا (استئناف مصر ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٢
الحجامة ١٣ رقم ٣٥٠ ص ٧٠٧) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٣ .

(٢) انظر في كل ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٣ .

(٣) نقض فرنسي ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ دالوز الأسبوعي ١٩٣٣ — ٢٣٤ — بلانيول

وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٣ .

في الحدود المتفق عليها تعتبر خرقاً للالتزام ، ولا يستطيع البائع أن يقوم بالتزامه من عدم المنافسة إلا قياماً غير مجزأ وغير قابل للانقسام بامتناعه أصلاً عن المنافسة . على أنه يمكن أن نتصور أن الالتزام بعدم المنافسة يكون قابلاً للانقسام استثناء . فإذا كانت أعمال المنافسة التي التزم بها البائع قد فصلت وقسمت إلى أعمال معينة يضمها كلها التزام واحد ، بأن اشترط المشتري مثلاً على بائع المتجر ألا يقيم متجراً آخر منافساً ، وألا يصرف عملاء المتجر عنه ، وألا ينتزع منه مستخدميه ، فن الممكن في هذه الحالة أن يقوم البائع بمجزء من التزامه ويخل بمجزء آخر ، فيمتنع مثلاً عن إقامة متجر مماثل ولكنه ينتزع مستخدمى المتجر ، ويكون الالتزام بالامتناع عن عمل في هذه الحالة قابلاً للانقسام (١) .

(الصورة الثانية) صورة عدم التجزئة النسبية (indivisibilité relative)

أو عدم التجزئة الطبيعية (indivisibilité naturelle) . وتتحقق عند ما يكون محل الالتزام غير قابل للانقسام لا بأصل خلقته ، بل لعارض من عمل الإنسان . مثل ذلك الالتزام بتسليم متجر ، فان المتجر وهو محل الالتزام إذا كان قابلاً للانقسام بطبيعته إذ تمكن تجزئة عناصره المختلفة من مكان و سلع و عملاء و حقوق و ديون وما إلى ذلك ، إلا أنه جعل بعمل الإنسان كلاً غير قابل للتجزئة ، فلا يمكن تسليم بعضه دون بعض . كذلك الالتزام ببناء منزل هو أيضاً التزام غير قابل للانقسام ، لا بأصل خلقته ، وإلا فن الممكن أن نتصور تجزئة بناء المنزل ، فيقوم بتشييد حيطانه مقاول ، ويقوم بعمل أبوابه ونوافذه مقاول ثان ، ويقوم بتجهيزه بالأدوات الصحية مقاول ثالث وهكذا . ولكن الالتزام عند ما يقع

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٧٤ ؛ — وقد عرضت المذكرة الإيضاحية لهذه الصورة الأولى ، صورة عدم التجزئة المطلقة أو الحتمية ، فقالت : « تناول المادة ٤٢٤ (م ٣٠٠ مدني) بيان حالتي عدم القابلية للانقسام : (١) فتعرض الأول حيث برد الالتزام على محل لا يقبل التجزئة بطبيعته ، كما هو الشأن في تسليم شيء معين بذاته يعتبر كلاً لا يحتمل للتبويض كجواد مثلاً ، أو في ترتيب أو نقل حق غير قابل للانقسام كالارتفاق مثلاً ، أو في التزام وضع لا يتصور فيه التفريق كالبقاء على موقف سلبى معين بمقتضى التزام بالامتناع عن عمل شيء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠١) .

على بناء منزل في مجموعه ، فقد جعل محل الالتزام كلا غير قابل للتجزئة ، ولا يعتبر الالتزام قد نفذ إلا إذا تم بناء المنزل بأكمله (١) .

٢١٢ - عدم قابلية الانقسام يرجع الى الاتفاق : ويكون

الالتزام أيضا غير قابل للانقسام ، كما تقول الفقرة (ب) من المادة ٣٠٠ مدني «إذا تبين من الغرض الذي رُمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك » . فمحل الالتزام يكون إذن بطبيعته قابلا للانقسام ، ولكن المتعاقدين أراداه غير قابل للانقسام بالاتفاق فيما بينهما . وعدم التجزئة هنا تسمى عدم تجزئة اتفاقية (indivisibilité conventionnelle) ، أو عدم تجزئة عرضية (indiv. accidentelle) ، أو عدم تجزئة في التنفيذ (indiv. solutione tantum) . والإرادة إما أن تكون صريحة أو ضمنية .

فالإرادة تكون صريحة إذا اشترط الدائن على المدين صراحة في العقد الذي أنشأ الالتزام ألا يجوز تنفيذه منقسما ، بل يجب تنفيذه باعتباره كلا غير قابل للتجزئة . وأكثر ما يقع ذلك في الالتزامات التضامنية عند ما يريد الدائن ألا ينقسم الالتزام على ورثة أحد من المدينين المتضامنين أو عند ما يريد الدائنون المتضامنون ألا ينقسم الالتزام على ورثة أى منهم ، فيشترط إلى جانب التضامن في الالتزام عدم قابلية للانقسام (٢) ، وقد رأينا في التضامن أن الالتزام ينقسم على الورثة ما لم يشترط عدم قابليته للانقسام . وكثيراً ما يشترط في نظم الشركات التجارية أن السهم يكون غير قابل للتجزئة بالنسبة إلى الشركة ، فلا يجوز أن يمثل السهم أمام الشركة ، إلا شخص واحد (٣) .

وتكون الإرادة ضمنية إذا تبين مثلاً أن الغرض الذي يرمى إليه المتعاقدان يجعل الالتزام غير قابل في تنفيذه للتجزئة . فن اشترى أرضاً لبنى عليها مدرسة

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٤ — وانظر أيضا بوتيه في الالتزامات فقرة ٢٩٢ .

(٢) ويكون الشرط هنا واقفاً على الالتزام ذاته فيجعله غير قابل للانقسام ، ولا يعتبر أنه تعاقداً على تركة مستقبلية (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢ ص ٤٧٥) .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢ ص ٤٧٦ .

أو مستثنى أو داراً ، وكان البناء يقتضى كل هذه المساحة من الأرض المبيعة ، وقد دخل ذلك فى حساب المتعاقدين ، فان الأرض وإن كانت قابلة للتجزئة بطبيعتها ، إلا أنها فى هذه الحالة لا تمكن تجزئتها بالنسبة إلى الغرض الذى رمى إليه المشتري ، وقد علم به البائع ، وكان محل اتفاق ضمنى بينهما . كذلك إذا تعهد شخص باقراض آخر مبلغاً من النقود ليسترد عيناً أو ليشفع فيها ، وكان هذا المبلغ كله ضرورياً للاسترداد أو للأخذ بالشفعة ، فان الالتزام هنا لا يتجزأ طبقاً للغرض الذى رمى إليه المتعاقدان (١) .

(١) بودرى وبارد ٢ فترة ١٣٢٧ ص ٥٣ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠١ — وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تجزئة الالتزام يصح تقريره بارادة المتعاقدين . وإذن ففى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن اشترى من المطعون عليه قطعتى أرض منفصلتين الواحدة عن الأخرى ولكن أفرغاً معاً فى محرر واحد ، وكان الحكم . إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها الطاعن بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين تأسيساً على أن التزامات الطاعن بالنسبة إلى القطعتين واحدة لا تقبل التجزئة وإنه قصر فى الوفاء بها ، قد أقام قضاؤه على أن الطاعن تعهد بوفاء دين قطعة مما يتبقى من ثمن الثانية وأن نية المطعون عليه وانسحة فى هذا من رغبته التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعتى الأرض على السواء لمشتري واحد يكمل من باقى ثمن إحداهما ما على الأخرى لنفس الدائن ، متى كان الحكم قد أقام قضاؤه على ذلك ، فإن ما ينمى عليه الطاعن من خطأ فى تطبيق القانون استناداً إلى أنه أوفى المطعون عليه بكامل ثمن القطعة التى طلب الحكم بصحة ونفاذ العقد بالنسبة إليها يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤)

هذا وينذهب بعض الفقهاء إلى جعل عدم التجزئة النسبية وعدم التجزئة الاتفاقية قسماً واحداً فكلهما يرجع إلى الجهة التى اعتبر من ناحيتها الالتزام (دى باح ٣ فترة ٢٩٨ وفترة ٣٠٠ وفترة ٣٠٤ — أوبرى ورو ٤ فترة ٣٠١ ص ٧٤ — بيدان ولاجارد ٨ فترة — ٨٨٠ — ٨٨٢ — كولان وكبيتان ٢ فترة ٧١٤) . ويستبقى فقهاء آخرون التمييز بين هذين النوعين (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فترة ١١٠١ — فترة ١١٠٢ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فترة ١٨٩٨ — فترة ١٩٠٤ — جوسران ٢ فترة ٧٩٥) . وانظر فى أن عدم القابلية للانقسام إنما يقع على محل الالتزام لا على الالتزام ذاته ، وأنه أقرب إلى أن يكون خصوصية فى تنفيذ الالتزام من أن يكون وسماً له : بيدان ولاجارد ٨ فترة ٨٦٥ .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام

٢١٣ - **نعمد المدينين أو نعمد المائنين** : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لا تظهر أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام إلا حيث يتعدد المدينون أو الدائنون . إما ابتداء عند إنشاء الرابطة القانونية ، وإما بعد ذلك إذا تعدد ورثة من كان بمفرده طرفاً من طرفي الالتزام . أما حيث لا يتعدد الدائن ولا المدين ، فيتعين الوفاء بالالتزام كاملاً دون تبعض : متسماً كان أو غير قابل للانقسام ، وللدائن أن يرفض الوفاء الجزئى (١) » .

والواقع من الأمر أنه ما دام كل من الدائن والمدين واحداً : فسواء كان الالتزام قابلاً للانقسام أو غير قابل له ، فليست هناك أية أهمية عملية لهذا التمييز ، إذ أن الالتزام - قابلاً للانقسام أو غير قابل له - يكون دائماً في تنفيذه غير قابل للانقسام . ولا يستطيع المدين أن يجزئ تنفيذه ، وأن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى ، ولو كان الالتزام قابلاً لهذه التجزئة . فإذا كان على المدين مبلغ من النقود ، وحل أجل الدين ، لم يستطع المدين أن يجبر الدائن على أن يقبل جزءاً من هذا المبلغ ، مع أن النقود قابلة للتجزئة (٢) .

ولمّا تلبين أهمية التمييز بين الالتزام القابل للانقسام والالتزام غير القابل له ، إذا تعدد المدين أو تعدد الدائن . فإذا تعدد المدين في التزام ، فالأصل أن ينقسم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٤ .

(٢) على أنه قد يكون كل من الدائن والمدين واحداً ويكون من المهم مع ذلك معرفة ما إذا كان الالتزام غير قابل للانقسام ، وذلك في حالة استعمال القاضي حقه في نظرة الميزة (م ٢/٣٤٦ مدنى) . فإذا كان الالتزام غير قابل للانقسام - بطبيعته عن الأقل - لم يستطع القاضي أن يجزئ الالتزام على أقساط ، وإن استطاع تأجيله كله (بيدان رلا جارد ٨ فقرة ١٦٦) . كما قد يترتب على اشتراط عدم الانقسام الربط بين التزامين منفصلين في الأصل ، فيصير التزام المدين واحداً لا يقبل التجزئة (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٣٠٦ هامش رقم ١ - نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤) .

الالتزام على المدينين (١) ، إلا إذا كان غير قابل للانقسام ، فعندئذ يكون كلا لا يقبل التجزئة . وعلى كل مدين أدائه كاملاً للدائن ، حتى لو لم يكن هناك تضامن بين المدينين . كذلك إذا تعدد الدائن ، فالأصل أيضاً أن ينقسم الالتزام على المدينين ، إلا إذا كان غير قابل للانقسام ، فعندئذ يستطيع كل دائن أن يطالب المدين بالدين كله ، حتى لو لم يقيم تضامن بين الدائنين .

ومن ثم يجب تعدد المدينين أو الدائنين ، حتى تظهر الآثار التي تترتب على عدم القابلية للانقسام . وهذا ما يدعو إلى جعل عدم القابلية للانقسام وصفاً متعلقاً ، لا بمحل الالتزام ، بل بأطرافه (٢) . والتعدد إما أن يوجد منذ البداية عند نشوء الالتزام ، وإما أن يطرأ بعد نشوء الالتزام وقبل تنفيذه ، بأن يموت الدائن أو المدين ويترك ورثة متعددين ، أو بأن يحول الدائن أو المدين جزءاً من الدين إلى محال له أو محال عليه ، فيتعدد الدائنون أو المدينون لاعتن طريق الميراث بل عن طريق الحوالة .

فنستعرض إذن : (أولاً) تعدد المدينين (ثانياً) تعدد الدائنين .

(١) انظر في انقسام الدين على المدينين المتعددين : استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٦ — ١٨ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٤٧ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٨ — ٢٩ يونيو ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٥٣ .

(٢) ذلك لأنه مادامت أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام لا تظهر إلا عند تعدد المدين أو الدائن ، فوصف عدم القابلية للانقسام إنما يدور مع هذا التعدد ، لا مع طبيعة المحل في ذاته ، فيلحق بأطراف الالتزام دون محله (انظر دي باج ٣ فقرة ٢٦٧ وفقرة ٢٧٢ وفقرة ٢٩٢ — فقرة ٢٩٣ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠١ ص ٧٦ — ص ٧٧ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٩) — وفي هذا المعنى تنص المادة ٧٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أن « الموجب القابل للتجزئة يجب تنفيذه فيما بين الدائن والمدين كما لو كان غير قابل لها ، ولا يلتفت إلى قابلية التجزئة إلا إذا كان هناك عدة دائنين لا يستطيع كل منهم أن يطالب إلا بحصته من الدين القابل للتجزئة ، أو إذا كان عدة مديونين لا يلزم كل منهم إلا بحظه من الدين . وتطبق القاعدة نفسها على الورثة ، فلا يمكن أن يطالبوا أو يطالبوا إلا بالحصصة التي تعود لهم أو عليهم من دين التركة » .

المبحث الأول

تعدد المدينين في الالتزام غير القابل للانقسام

٢١٤ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٠١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام ، كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً » .

« ٢ - وللمدين الذي وفى بالدين حق الرجوع على الباقيين ، كل بقدر حصته ، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٢٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ - إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام ، كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً ، وكذلك يكون الحكم بالنسبة لورثة كل مدين . ٢ - وللمدين الذى وفى الدين حق الرجوع على الباقيين ، كل بقدر حصته ، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك » . وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة « وكذلك يكون الحكم بالنسبة لورثة كل مدين » من الفقرة الأولى ، ولم تذكر اللجنة سبب الحذف ، ولكن الظاهر أن هذا السبب يرجع إلى أنه عدم مروت المدين تكون التركة مسؤولة عن التزامه حتى لو كان قابلاً للانقسام وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، ولا ينقسم على الورثة ، ومن ثم لم يبد هناك حاجة إلى النص على هذا الحكم في خصوص الالتزام غير القابل للانقسام . وقد أصبح النص بعد هذا الحذف مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٢١٣ في المشروع النهائى . وافق عليه مجلس النواب ، وكذلك لجنة مجلس الشيوخ وقد ذكرت في تقريرها ما يأتى : « اقترح أن يضاف إلى نصوص المواد ٣٠٠ وما بعدها الخاصة بالالتزام غير القابل للانقسام النص الآتى : تحرى أحكام التضامن على الالتزام غير القابل للانقسام ، وذلك بقدر ما تنفق هذه الأحكام مع طبيعته ، وذلك لبيان حكم التقادم والإبراء وما إلى ذلك من أحكام التقادم في خصوص الالتزام غير القابل للانقسام . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن أكثر أحكام التضامن تقوم على فكرة النيابة ، ومن الأحوط التحرز من بسط نطاق هذه الفكرة على الالتزام غير القابل للانقسام . أما بيان أحكام التي يشير إليها الاقتراح فيرجع فيها إلى القواعد العامة ، هذا فضلاً عن أن صيغة النص المقترح لا ترد القاضي إلى ضابط بين المعالم » . ثم وافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٣٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٢ - ١٠٦) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١١٦/١٧٢ (١) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٠١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٨٨ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٣٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٧١ و٧٣ و٧٤ و٧٧ - ٧٨ (٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ١٧٢/١١٦ : متى كان الوفاء بالتعهد غير قابل للانقسام بالنسبة لحالة الأشياء المتعهد بها أو بالنسبة للفرض المقصود من التعهد، فكل واحد من المتعهدين ملزم بالوفاء بالكل ، وله الرجوع على باقي المتعهدين معه . (والحكم واحد في التقنين القديم والجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٠١ (مطابقة) .

التقنين المدني الليبي م ٢٨٨ (مطابقة) .

التقنين المدني العراقي م ٣٣٧ (مطابقة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧١ : إذا تعدد المديونون في موجب غير قابل للتجزئة أمكن إلزام كل منهم بإيفاء المجموع ، على أن يكون له حق الرجوع على سائر المديونين . ويسرى هذا الحكم على ورثة من عقد مثل هذا الموجب إذ لا تصح فيه قاعدة التجزئة الأثرية خلافاً لدين التضامن . ويكون الرجوع على بقية المديونين إما بإقامة دعوى شخصية وإما بإقامة الدعوى التي كانت من حق الدائن مع ما يتبعها من وجوه التأمين .

م ٧٢ : إن المديون بدين لا يتجزأ والمدعى عليه بمجموع الموجب يمكنه أن يطلب مهلة لإدخال بقية المديونين في الدعوى ليحول دون صدور الحكم عليه وحده بمجموع الدين . أما إذا كان لا يمكن استيفاء الدين إلا من المديون المدعى عليه ، جاز صدور الحكم عليه وحده وله عندئذ حق الرجوع على سائر شركائه في الإرث أو في الموجب بما يناسب حصة كل منهم .

م ٧٤ : إن قطع أحد الدائنين لمرور الزمن في موجب لا يتجزأ يستفيد منه الآخرون ، كما أن قطعة على مديون ينفذ في حق سائر المديونين . وكذلك الأسباب الموقفة لمرور الزمن فإن حكمها يسرى على الجميع .

م ٧٧ : إن الدين القابل للتجزئة بين المديونين لا يتجزأ : أولاً - حينما يكون موضوع الموجب تسليم شيء معين بذاته موجود في حوزة أحد المدينين . ثانياً - حينما يكون أحد المديونين موكلًا وحده بتنفيذ الموجب إما بمقتضى عقد الإنشاء وإما بمقتضى عقد لاحق له . وفي كلتا الحالتين يمكن أن يطالب بمجموع الدين المديون الواضع يده على الشيء أو الموكل بالتنفيذ ، ويكون له عند الاقتضاء حق الرجوع على شركائه بالدين .

م ٧٨ : إن قطع مرور الزمن في الأحوال المبينة في المادة السابقة ، على المديون التي تمكن مطالبة بجميع الدين ، تسرى مفاعيله على سائر الموجب عليهم .

والأحكام واحدة في التقنين اللبناني والتقنين المصري، إلا أن نصوص التقنين اللبناني أكثر =

وحتى نقابل ما بين تعدد المدينين في الالتزام القابل للانقسام والتضامن بين المدينين ، نجرى في البحث هنا على الخطوة التي جريتنا عليها هناك ، فنبحث في الالتزام غير القابل للانقسام : (١) علاقة الدائن بالمدينين (٢) وعلاقة المدينين بعضهم ببعض .

المطلب الأول

علاقة الدائن بالمدينين

٢١٥ - **المبادئ الأساسية :** في علاقة الدائن بالمدينين يكون للالتزام

غير القابل للانقسام محل واحد لا يتجزأ . فوحدة المحل يشترك فيها الالتزام غير القابل للانقسام والالتزام التضامني ، ولكن الأول يزيد على الثاني في أن هذا المحل الواحد غير قابل للتجزئة .

ويترتب على فكرة وحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة ما يأتي :
أولاً - فيما يتعلق بالوفاء يستطيع الدائن أن يطالب أيًا من المدينين المتعددين بالدين كله ، فانه دين واحد غير قابل للتجزئة .

ثانياً - وفيما يتعلق بأسباب انقضاء الالتزام الأخرى غير الوفاء ، إذا انقضى الالتزام بأي سبب منها بالنسبة إلى أحد المدينين المتعددين ، فانه - نظراً لوحدة الالتزام وعدم قابليته للتجزئة - ينقضي بالنسبة إلى الآخرين ، وقد رأينا في التضامن أنه ينقضي بقدر حصة من قام به سبب انقضاء الالتزام .

- تفصيلاً ، فقد عرضت لعدم تجزئة الالتزام بالنسبة إلى ورثة المدين - وإن كان هذا غير دقيق وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية كما قدمنا - كما عرضت لتكليف دعوى رجوع المدين على سائر المدينين ، وإمكان المدين أن يطلب مهلة لإدخال بقية المدينين في الدعوى ، ولأثر قطع التقادم ووقفه بالنسبة إلى المدينين الآخرين . وهذا كله يمكن الأخذ به في مصر دون حاجة إلى نص لأنه تطبيق للقواعد العامة . وعرض التقنين البنائي إلى حالة خاصة للالتزام غير القابل للتجزئة - إذا تركز عدم التجزئة في أحد المدينين المتعددين بأن كان محل الالتزام تسليم شيء معين بالذات موجود في حيازة هذا المدين أو بأن كان هذا المدين موكولاً إليه وحده تنفيذ الالتزام - فعند ذلك يكون لهذا الالتزام بالنسبة إلى هذا المدين وحده أحكام الالتزام غير القابل للانقسام ، فتجوز مطالبته وحده بالالتزام كله ، وقطع التقادم بالنسبة إليه يعتبر قطعاً للتقادم بالنسبة إلى الآخرين .
(م ٢٥ - الوسيط)

ثالثاً - ولما كان المدينون المتعددون في الالتزام غير القابل للانقسام لا يربطهم بعضهم ببعض إلا أن المحل واحد غير قابل للتجزئة ، فهذه رابطة ترجع إلى طبيعة الأشياء ولا تقوم على أساس من النيابة التبادلية ، ومن ثم لا يترتب في عدم القابلية للانقسام ما كان يترتب في التضامن على النيابة التبادلية (١) .

ونتناول بالبحث كل مبدأ من هذه المبادئ الثلاثة .

٢١٦ - انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء - مطلبه

المطلب المطالبة أي صريح بالالتزام كله : يجوز للدائن أن يطالب أي مدين بالالتزام غير القابل للانقسام ، فإن محل هذا الالتزام واحد لا يتجزأ ، فأى مدين من المدينين المتعددین تعتبر ذمته مشغولة بالنسبة إلى الدائن بكل الالتزام (٢) .

(١) وقد تقدم أن لجنة مجلس الشيوخ ذكرت في تقريرها أن الأحوط التحرز من بسط نطاق فكرة النيابة التبادلية على الالتزام غير القابل للانقسام (انظر آتفاً فقرة ٢١٤ في الغامش) . وقد أحسنت اللجنة صنفاً في ذلك ، فإن النص الذي كان مقترحاً عليها ورفضت الأخذ به كان يقضي بمد أحكام التضامن فيما يقوم على النيابة التبادلية إلى الالتزام غير القابل للانقسام ، فكان هذا النص يدخل فكرة غريبة على التزام لا تتلام معها طبيعته . انظر مع ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، حيث ورد فيها ما يأتي : « وقد واجهت المادة ٤٢٥ حالة تعدد المدينين ، وفي هذه الحالة يلتزم كل مدين في حصة بالدائن بالوفاء بكل الالتزام كما هو الشأن في التضامن ، وتستبعد كذلك فكرة النيابة حيث يكون إعمالها ضاراً ، وتستبقى إذا كان في ذلك نفع للمدينين : انظر المادة ٧٤ من التقنين اللبناني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٤) . وهذه العبارة الأخيرة ، التي تشير إلى مد فكرة النيابة التبادلية إلى الالتزام غير القابل للانقسام فيما ينفع ، ليست صحيحة كما رأينا . والمادة ٧٤ من التقنين اللبناني ، إذا كانت تجعل قطع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحد المدينين يقطع التقادم أو يقف بالنسبة إلى الباقي ، فليس يرجع ذلك إلى قيام نيابة تبادلية . ولو كان الأمر كذلك ، لما انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إلى الباقي ، لأن النيابة التبادلية لا يجوز إعمالها فيما يضر كما مر . وإنما يرجع انقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى المدينين الآخرين إلى أن طبيعة المحل ، من حيث عدم قابليته للتجزئة ، تقتضي هذا الحكم كما سيجيء (قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢١٨) .

(٢) انظر الفقرة الأولى من المادة ٣٠١ مدني . ويترتب على ذلك أنه إذا جمع شخصين التزام غير قابل للانقسام ، وكان أحدهما رشيداً والآخر قاصراً ، أمكن الدائن أن يلزم الرشيد منهما بتنفيذ الالتزام كله . فإذا لم يقم هذا المدين بالتنفيذ ، أمكن الدائن أن يطلب فسخ العقد مع الحكم -

وكذلك يجوز لأي مدين أن يني بكل الالتزام للدائن ، ويجبر الدائن على قبول هذا الوفاء ، ولا يستطيع أن يقتصر على قبول حصة المدين في الالتزام إذا أراد هذا أن يني بكل الالتزام . ومتى وفى المدين الالتزام كله للدائن ، برئت ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن بهذا الوفاء .

وإذا طالب الدائن أحد المدينين المتعدين بكل الدين على الوجه الذى قدمناه ، كان هذا المدين أن يدخل فى الدعوى باقى المدينين حتى يحكم عليهم جميعاً بالدين ، إذا كان الالتزام يمكن لأي مدين تنفيذه ، أو كان لا يمكن تنفيذه إلا بوساطتهم جميعاً . وحتى إذا كان المدين المطالب بالدين هو وحده الذى يمكن استيفاء الدين منه ، كان له أيضاً أن يدخل بقية المدينين فى الدعوى ، حتى يستصدر عليهم أحكاماً يرجوعه على كل منهم بحصته فى الدين (١) .

ولكل مدين أن يدفع مطالبة الدائن له بكل الدين بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً ، كما فى التضامن . ولكن ، كما فى التضامن أيضاً ، لا يجوز له أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر غيره . فيجوز إذن للمدين أن يدفع بأنه كان ناقص الأهلية وقت عقد الدين ، أو أن إرادته قد شابها عيب من غلط أو تدليس أو إكراه ، وهذه أوجه دفع خاصة به . ويجوز له أيضاً أن يدفع بأن الدين قد انقضى بسبب

= عليه بالتعويض (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٣٧) . وقضت محلة النقض بأنه متى كان حكم التضامن وعدم التجزئة نافذاً على المدينين ، فلا محل لأن يسألوا نازع الملكية عن تنفيذ أجرى على أطيان أحدهم ، ما دامت هذه الأطيان داخلة فى الأطيان الموهونة التى تقرر عليها حق امتياز لنازع الملكية سابق فى المرتبة على من تند عليها ، مما يقتضاه أن نازع الملكية حتى إذا سككت عن استعمال حقه عندما أجرى هذا التنفيذ ، فإن حقه فى اقتضاء دينه كاملاً من مدينيه المتضامين معاً يترق قائماً ، وهؤلاء وشأنهم فى رجوعه بعضهم على بعض (نقش مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٨ ص ٤٢٠) .

(١) انظر المادة ٧٣ من نقتين الموجبات والعقود البنائى . وانظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٣٤ — فقرة ١٣٣٨ — هذا والمحكمة من تلقاء نفسها ، دون طلب من المدين ، أن تأمر بإدخال باقى المدينين فى الدعوى ، وتعين ميماداً لحضورهم ، وتكلف من يقوم من المحصور بإعلانهم (م ١٤٤ من نقتين المرافعات) . بل يجوز لباقى المدينين أن يتدخلوا هم من تلقاء أنفسهم فى الدعوى لرعاية حقوقهم (م ١٥٣ من نقتين المرافعات) . وقد قدمنا مثل ذلك فى حالة ما إذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامين بكل الدين (انظر آنفاً فقرة ١٨٤) .

من أسباب الانقضاء أو أنه باطل لسبب من أسباب البطلان ، أو أنه لم يحل أجله أو يتحقق شرطه ، وهذه أوجه دفع مشتركة بين المدينين . ولا يجوز للمدين أن يدفع بنقص أهلية أو غلط أو تدليس أو إكراه قام بمدين آخر غيره ، فإن هذه أوجه دفع خاصة بغيره من المدينين .

وإذا مات أحد المدينين ، فإن الدين لا ينقسم على ورثته كما كان في التضامن (١) ، ويكون كل وارث مسئولاً عن الدين بأكمله . ولنا في حاجة إلى هذا الحكم إذا طبقنا في الميراث أحكام الشريعة الإسلامية (٢) ، فإن هذه الأحكام تجعل التركة لا الورثة مسئولة عن الديون ، فيصبح الدين غير قابل للتجزئة سواء كان في أصله قابلاً أو غير قابل للانقسام (٣) .

هذا ويلاحظ أنه إذا استحال محل الالتزام غير القابل للانقسام إلى تعويض نقدي ، أصبح الالتزام قابلاً للانقسام ، وينقسم فعلاً على المدينين المتعدين ، فقد زالت العقبة التي كانت تحول دون انقسام الدين . أما في التضامن فيبقى الدين ، حتى لو استحال إلى تعويض نقدي ، غير منقسم ، وتجوز مطالبة أي مدين بكل التعويض . وإذا كان التعويض مقدراً في شرط جزائي ، فإنه ينقسم كذلك في الالتزام غير القابل للانقسام على المدينين المتعدين كما ينقسم التعويض الذي يقدره القاضي ، إلا أنه إذا كان أحد المدينين هو الذي صدر منه خطأ في الإخلال بالالتزام كان مسئولاً عن الشرط الجزائي بأكمله ، أما الباقيون فينقسم عليهم الشرط الجزائي (أنظر م ١٢٣٢ و ١٢٣٣ مدني فرنسي (٤)) .

(١) استئناف مخطوط ٢١ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٥٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ - ٢٥ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٨٠ ص ٩٩ .

(٢) وقد رأينا أن المشروع التمهيدي كان يشتمل على نص صريح يقضي بهذا الحكم ، فحذف هذا النص في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ هو نص تمليه طبيعة الأشياء ويمكن فيه تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية (أنظر آنفاً فقرة ٢١٤ في الهامش - ومع ذلك انظر آنفاً فقرة ١١٩ في الهامش) .

(٣) وحتى لو قسمت الديون المؤجلة على الورثة عند تصفية التركة وفقاً لأحكام المادة ٨٩٥ مدني ، فإن الدين غير القابل للانقسام لا يقسم بين الورثة ، بل يوضع في نصيب أحد الورثة فيختص به وحده نظراً لطبيعته غير القابلة للانقسام (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢١٩ ص ٣١٠ هامش رقم ٢) .

(٤) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠١ ص ٨٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٩ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٧٣ .

٢١٧ - انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء : ولما

كان محل الالتزام غير قابل للتجزئة كما قدمنا ، فان انقضاء الالتزام بأى سبب آخر غير الوفاء ، ولو بالنسبة إلى أحد المدينين ، يجعله منقضيّاً بالنسبة إلى المدينين الآخرين .

فاذا قام أحد المدينين بقضاء الالتزام عن طريق التجديد ، انقضى الالتزام بالنسبة إليه وبالنسبة إلى المدينين الآخرين .

وإذا وقعت مقاصة بين الدائن وأحد الدائنين ، فانقضى الالتزام بالمقاصة بالنسبة إلى هذا المدين ، انقضى أيضاً بالنسبة إلى باقى المدينين . ويستطيع أى من هؤلاء أن يدفع مطالبة الدائن له بالمقاصة التى وقعت مع المدين الأول ، وذلك فى كل الدين ، لا بمقدار حصة المدين الأول فقط كما هو الحكم فى التضامن .

وإذا اتحدت ذمة الدائن بذمة أحد المدينين ، انقضى الدين كله ، لا بالنسبة إلى هذا المدين وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى جميع المدينين . وكان هؤلاء ، فى التضامن ، لا يحتجون باتحاد الذمة إلا بمقدار حصة من اتحدت ذمته فقط .

وإذا أبرأ الدائن أحد المدينين من الالتزام غير قابل للانقسام ، برئت ذمة المدينين الآخرين ، لأن طبيعة الالتزام لا تحتل أن تبرأ منه ذمة مدين دون ذمة مدين آخر ما دام الالتزام غير قابل للتجزئة .

وكذلك إذا تقادم الدين غير المتجزئ بالنسبة إلى أحد المدينين المتعديدين ، تقادم أيضاً بالنسبة إلى المدينين الآخرين . أما فى التضامن فان كلا من المدينين المتضامنين لا يحتاج بالتقادم الحاصل لغيره ، إلا بمقدار حصة هذا المدين فقط (١) .

(١) قارن فى كل من المقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم الأستاذ عبد الحى حجازى ١

٢١٨ - عدم قيام نيابة نيابية بين المدينين في الالتزام غير

القابل للانقسام : ولما كانت الرابطة التي تربط ما بين المدينين المتعدين في التزام غير قابل للانقسام هي وحدة المحل غير القابل للتجزئة ، فلبس يقوم بينهم ، كما يقوم في التضامن ، نيابة تبادلية ، لا فيما يضر ولا فيما ينفع . ويترتب على ذلك ما يأتي :

(١) انقطاع التقادم أو وقفه : إذا انقطع التقادم أو ووقف بالنسبة إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام ، فإن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضي أن ينقطع التقادم أو يقف بالنسبة إلى المدينين الآخرين (١). أما في التضامن ، فلا ينقطع التقادم أو يقف كما قدمنا ، لانعدام النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما يضر .

(٢) خطأ خطأ أحد المدينين : وخطأ أحد المدينين المتعدين في التزام غير قابل للانقسام لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين ، بل يقتصر على المدين الذي ارتكب الخطأ فهو وحده يكون مسئولاً عنه . وهذا الحكم إنما يترتب على أن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضي أن يتعدى أثر الخطأ الصادر من أحد المدينين إلى المدينين الآخرين (٢). وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن ، إلا أنه

(١) استئناف مختلط ١٠ ماي سنة ١٩٢٨ م ٣٩ ص ٤٥٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٣٩ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٧ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٦٩ ص ٦٤٨ - دي باج ٣ فقرة ٣٥٦ ص ٢٩٤ - الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥ (وقارن بالنسبة إلى وقف التقادم ص ٢٦٥) - قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٣٠٧ هامش رقم ١ .

هذا وحتى لو قلنا بأن وقف التقادم يقتصر أثره على من قام به من المدينين سبب الوقف ، فلا مناص مع ذلك من القول بأن الدائن يرجع بكل الدين على من وقف التقادم بالنسبة إليه فلم ينقص دينه ، وهذا المدين يرجع على المدينين الآخرين الذين اكتمل التقادم بالنسبة إليهم كل بمقدار حصته (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٥) . فلا تبراؤ إذ ذمة هؤلاء المدينين الآخرين - - - - - مدينين بعضهم على بعض - باستكمالهم للتقادم ، مادام التقادم قد وقف بالنسبة إلى واحد منهم .

(٢) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٧٥ - الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٧ - ص ٢٦٨ .

يقوم هناك على أن النيابة التبادلية بين المدينين المتضامين لا أثر لها فيما يضر المدينين ، كما تقدم القول .

(٣) الإعذار والمطالبة القضائية : وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامين في الالتزام غير القابل للانقسام ، فإن هذا الإعذار لا يسرى في حق المدينين الآخرين ولا يعتبرون معذرين ، إذ لا توجد نيابة تبادلية فيما بينهم ولا تقتضى طبيعة المحل غير القابل للتجزئة أن يكون إعذار أحد المدينين إعذاراً للباقيين (١) وإذا أعذر أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام الدائن . لم يفد هذا الإعذار المدينين الآخرين ، لانعدام النيابة التبادلية حتى فيما ينفع ، ولعدم اقتضاء طبيعة المحل غير القابل للتجزئة هذا الحكم (٢) وقد رأينا في التضامن أن أعذار الدائن لأحد للمدينين المتضامين لا يكون أعذاراً للباقيين لعدم قيام النيابة التبادلية فيما يضر ، ورأينا أن إعذار أحد المدينين المتضامين للدائن يفيد المدينين الآخرين لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع .

ومطالبة الدائن لأحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام مطالبة قضائية لاتضر المدينين الآخرين ولا تجعل الفوائد تسرى عليهم (٣) ، لانعدام النيابة التبادلية ، ولأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى هذا الحكم (٤) . وقد رأينا في التضامن كذلك أن مطالبة أحد المدينين المتضامين لاتضر بالباقيين ، ولكن يرجع السبب في هذا إلى أن النيابة التبادلية في التضامن لا تقوم فيما يضر .

(٤) الصلح : وإذا صالح أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام الدائن ، فإن كان في الصلح إبراء من الدين ، أفاد منه المدينون الآخرون .

(١) بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٧٧ — الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٥ .

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .

(٣) وإن كانت تقطع التقادم بالنسبة إلى المدينين جميعاً ، فقد قدمنا أن قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام يعتبر قطعاً للتقادم أيضاً بالنسبة إلى باقى المدينين .

(٤) ديمولوب ٢٦ فقرة ٦٠٨ - ٦٠٩ - لوران ١٧ فقرة ٣٩١ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٣٧ ص ٤٦٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٧ - ص ٤٧٨ - انظر عكس ذلك كويليه دى سانتير ٥ فقرة ١٠٦ مكررة ١ — الموجز للمؤلف فقرة ٥١٢ ص ٥٢٥ .

ولكن ليس ذلك لأن هناك نيابة تبادلية فيما ينفع كما هو الأمر في التضامن ، بل لأن الإبراء من الدين وهو غير قابل للتجزئة يتضمن إبراء ذمة المدينين الآخرين (١).

وإذا كان الصلح يتضمن زيادة الالتزام أو تسوئة مركز المدين ، لم يتعد أثره إلى المدينين الآخرين إلا إذا قبلوه ، لأن الصلح عقد يقتصر أثره على المتعاقدين ، ولأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضي أن يتعدى أثر الصلح إلى المدينين الآخرين . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن ، ولكنه مبني على انعدام النيابة التبادلية فيما يضر كما قدمنا (٢).

(٥) الإقرار : وإذا أقر أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام ، فإن إقراره لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، ولأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضي أن يسرى الإقرار في حق المدينين الآخرين . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن ، ولكنه مبني على انعدام النيابة التبادلية فيما يضر كما رأينا .

وإذا أقر الدائن لأحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام ، فإن كان الإقرار غير متعلق بأمر خاص بهذا المدين بل يتناول الدين ذاته ، فإنه يسرى في حق المدينين الآخرين ، وذلك لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضي ذلك (٣). وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن ، ولكنه مبني على قيام نيابة تبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع .

(٦) اليمين : وإذا وجه الدائن اليمين إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام فحلفها ، وكان اليمين يتعلق بالدين ذاته ، فإن المدينين الآخرين يفيدون من ذلك ، ولكن ليس للسبب الذي ذكرناه في التضامن من أن هناك نيابة بين المدينين المتضامنين فيما ينفع ، ولكن لأن طبيعة المحل غير القابل

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .

(٣) قارب استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٢٨ .

للتجزئة تقتضى هذا الحكم . وإذا نكل المدين ، فان نكوله يكون إقراراً ، وقد قدمنا أن الإقرار لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين (١).

وإذا وجه أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام اليمين إلى الدائن فحلف ، فان توجيه يمين لا يضر بالمدينين الآخرين لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن يضر توجيه اليمين بالمدينين الآخرين ، وقد رأينا أن السبب في التضامن يرجع إلى عدم قيام النيابة التبادلية فيما يصر . وإذا نكل الدائن ، انتفع بنكوله المدينون الآخرون ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك ، لا لقيام نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفع كما هو الأمر في التضامن (٢).

(٧) الحكم : وإذا صدر حكم على أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام ، وكان الحكم مبنياً على أسباب ترجع إلى الدين ذاته ، فان أثر الحكم يسرى في حق المدينين الآخرين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك . وقد رأينا في التضامن أنه إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، لم يحتج بهذا الحكم على الباقيين ، وذلك راجع إلى انعدام النيابة التبادلية فيما يضر. هذا وإذا كان الحكم على المدين في الالتزام غير القابل للانقسام مبنياً على أسباب خاصة بهذا المدين ، فان أثر الحكم لا يسرى في حق الباقيين ، إذ لا تقتضى طبيعة المحل سريانه في حقهم (٣).

وإذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام ، أمكن الباقيين أن يحتجوا به ، لأن هذا هو ما تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة . وهذا هو أيضاً شأن التضامن ، ولكن ذلك يرجع إلى قيام نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفع كما سبق القول (٤).

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .

(٣) بلانيون وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٨ - بيدان ولاجارد ٨ ص ٨٧٨ .

(٤) ورفع الاستئناف على أحد المدينين في دين غير قابل للانقسام في الميعاد يغير إدخال

المدينين الآخرين في هذا الاستئناف ولو بعد الميعاد : استئناف مختلط ١٦ ارس سنة ١٩٣٧

م ٤٩ ص ١٤٦ - ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٠٨ - ٢٨ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١

ص ٢١٩ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان موضوع دعوى استرداد الحصة المبيعة بما =

المطلب الثانى

علاقة المدينين بعضهم ببعض

٢١٩ - انقسام الدين على المدينين : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٠١ مدنى تقضى بأن « للمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقيين ، كل بقدر حصته ، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك » . ولما كان الدين الذى وفاه أحد المدينين للدائن غير قابل للانقسام فرضاً ، فإن رجوع المدين على المدينين الآخرين كل بقدر حصته لا يكون بنفس الدين ، فانه غير قابل للانقسام ، ولكن بدين شخصى مصدره الوكالة أو الفضالة كما قدمنا فى التضامن . وحتى إذا رجع المدين بنفس الدين بمقتضى دعوى الحلول ، فإن الدين فى علاقة المدينين بعضهم ببعض يصبح قابلاً للانقسام ، فإن استعصت طبيعته على التجزئة كان رجوع المدين بحصة فى قيمة الدين لا بحصة فى عينه .

٢٢٠ - تعيين مهلة كل مدين : ويتبع فى تعيين حصة كل مدين ، فى رجوع المدين الذى وفى الدين على باقى المدينين ، القواعد التى قدمناها فى التضامن . فالأصل أن حصص المدينين جميعاً متساوية ، ما لم يوجد هناك اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

= لا يقبل التجزئة ، فإن إعلان الاستئناف الموجه من المسترد إلى البائع بعد الميعاد يكون صحيحاً متى كان المشتري قد أعلن به فى الميعاد (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص ٢٢ — ولم تأخذ المحكمة بهذا المبدأ فى دعوى الشفعة ، لأن القانون نص فى الشفعة على وجوب رفع الدعوى على الخصوم جميعاً فى ميعاد معين ، واستئناف الحكم فيها على جميع الخصوم كذلك فى ميعاد معين : تعليق الأستاذ محمد حاتم فى مجموعة عمر ٥ ص ٢٤ فى الهامش) . ورفع أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام طعنًا فى الحكم يفيد الباقيين ، كما أن الحكم لأحد المدينين يفيد سائرهم : استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢١٢ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٧ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٨ - ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٤ - ٥ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٣ - ١٣ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٢٩ - ٧ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٦ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٨٥ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٣٢ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤٨ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٦ .

وقد يتبين من الظروف - كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٣٠١ مدني - أن أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فيتحمله وحده . فإن كان هو الذي رجع عليه الدائن بكل الدين ، فلا رجوع له على أحد من المدينين الآخرين . وإن كان الدائن قد رجع على غيره ، فإن هذا المدين الأخير الذي وفي الدين يرجع به كله على الدائن صاحب المصلحة فيه دون أن يرجع بشيء على الباقيين . وقد تقدم تفصيل ذلك في التضامن .

٢٢١- **اعسار أحد المدينين :** كذلك إذا أعسر أحد المدينين في دين غير قابل للانقسام ، فإن المدينين الباقيين يتحمل كل منهم نصيباً في هذا الإعسار بنسبة حصته في الدين ، كما رأينا في التضامن .

فإذا كان محل الالتزام فرساً مثلاً ، وأداه للدائن أحد المدينين ، فإنه يرجع على كل مدين آخر بحصته في قيمة الفرس . فإذا كانت قيمته ستين ، وكان المدينون أربعة حصصهم متساوية ، وأدى الفرس للدائن أحد هؤلاء الأربعة ، فإنه يرجع على كل من المدينين الثلاثة الآخرين بخمسة عشر مقدار حصته في الدين . فإذا كان أحد الثلاثة معسراً ، تحمل سائر المدينين هذا الإعسار كل بنسبة حصته . فيرجع المدين الذي أدى الفرس للدائن على كل من المدينين الاثنين غير المعسرين بعشرين ، ويتحمل هو العشرين الباقية مثلهما ، ويكون الثلاثة قد اشتركوا في تحمل حصة المعسر بقدر متساو (١).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد رجوع المدين الذي وفي الدين على بقية المدينين : « أما بالنسبة للاقعة المدينين فيما بينهم ، فينقسم الالتزام ، وفقاً للقواعد التي تقدم ذكرها بصدد التضامن ، ويشتركون جميعاً في تحمل ثمة إعسار من يعسر من بينهم . وللمدين ، إذا طُلب بالالتزام بأسره أمام القضاء ، أن يطلب أجلاً لاختصاص سائر المدينين ، لا يدرأ عن نفسه تبعه الوفاء بالالتزام كاملاً ، بل ليحصل على حكم بشأن حقه في الرجوع على هؤلاء المدينين ، ولو كان الدين بطبيعته لا يتيسر الوفاء به إلا من هذا المدين : انظر المادة ٢٢٥ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١٦٤ من المشروع الفرنسي الإبطالي . ويكون الرجوع في هذه الحالة بمقتضى الدعوى الشخصية أو بمقتضى دعوى الحلول ، كما هو الشأن في التضامن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٤) .

المبحث الثاني

تعدد الدائنين في الالتزام غير القابل للانقسام

٢٢٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا تعدد الدائنون في التزام غير قابل للانقسام ، أو تعدد ورثة الدائن في هذا الالتزام ، جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً . فإذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك ، كان المدين ملزماً بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو بإيداع الشيء محل الالتزام » .

« ٢ - ويرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام ، كل بقدر حصته » (١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٠٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٨٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٣٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٢ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٢٦ عل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣١٤ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٦ - ص ١٠٨)

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٠٢ (مطابقة) .

التقنين المدني الليبي م ٢٨٩ (مطابقة) .

التقنين المدني العراقي م ٣٣٨ (مطابقة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٢ : إذا تعدد الدائنون في موجب غير قابل للتجزئة ولا تضامن بينهم ، فالمديون لا يمكنه أن يدفع إلا لجميع الدائنين معاً ، وكل دائن منهم لا يمكنه أن يطلب التنفيذ إلا باسم الجميع وبتفويض منهم . عل إنه يجوز لكل دائن أن يطلب لحساب =

ونبحث هنا أيضاً، كما بحثنا في التضامن بين الدائنين ، علاقة الدائنين بالمدين ثم علاقة الدائنين بعضهم ببعض .

المطلب الأول

علاقة الدائنين بالمدين

٢٢٣ - **المبادئ الأساسية :** في علاقة الدائنين بالمدين يراعى ، هنا

أيضاً ، أن الالتزام غير القابل للانقسام له محل واحد لا يتجزأ . ويترتب على فكرة وحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة ما يأتي :

أولاً - يستطيع أى دائن أن يطالب المدين بكل الدين ، فانه دين غير قابل للتجزئة . فاذا عارض أحد الدائنين ، وجب على المدين إما الوفاء لكل مجتمعين أو إيداع الشيء محل الالتزام على ذمة الدائنين .

ثانياً - إذا انقضى الالتزام بالنسبة إلى أحد الدائنين بسبب آخر غير الوفاء ، فنظراً لوحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة كان ينبغي أن ينتفى الالتزام أيضاً بالنسبة إلى سائر الدائنين . ولكن لما كان للدائنين أن يعارضوا في استيفاء أحدهم للدين كله ، فسرى أنه لا يحتج عليهم بسبب الانقضاء إلا بمقدار حصة من قام به هذا السبب على تفصيل سنورده فيما يلي .

ثالثاً - لا تقوم بين الدائنين المتعديدين في الالتزام غير القابل للانقسام نيابة تبادلية ، كما تقوم هذه النيابة بين الدائنين المتضامنين . وإنما الذى يربط الدائنين

- الجميع لإيداع الشيء الواجب أو تسليمه إلى حارس تعينه المحكمة إذا كان ذلك الشيء غير قابل للإيداع .

ويختلف التقنين اللبناني عن التقنين المصرى في أن الأصل في التقنين اللبناني أن أحداً من الدائنين لا يستطيع أن يستقل باستيفاء كل الدين ، بل يجب أن يفوضه باق الدائنين في ذلك ، وكل ما يستطيع وحده هو أن يطالب بإيداع الشيء أو تسليمه إلى حارس . أما في التقنين المصرى فيجوز لأى دائن ، ما لم يمتنع عليه دائن آخر ، أن يستقل باستيفاء الدين كله .

بعضهم ببعض هي وحدة محل الالتزام غير القابل للتجزئة . فهذا الاعتبار —
لا النيابة التبادلية — هو الذى نقف عنده .

ونتناول بالبحث كل مبدأ من هذه المبادئ الثلاثة .

٢٢٤ — انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء — اطاره

أى دائن مطالبه المدين بالالتزام كله : يجوز لأى دائن من الدائنين المتعدين
فى دين غير قابل للانقسام أن يطالب المدين بالدين كاملاً ، فان الالتزام محله واحد
لا يتجزأ ، فيعتبر المدين قد انشغلت ذمته به كله نحو أى دائن (م ١/٣٠٢ مدنى) .
ويستطيع المدين أن ينفى بالدين كله لأى دائن من الدائنين المتعدين . ومتى وفى
المدين الدين كله لأحد الدائنين ، فان ذمته تبرأ من الدين نحو الباقيين .

ولكن يلاحظ هنا — كما هي الحال فى التضامن الإيجابى — أنه يجوز لأى
دائن أن يعترض على أن يوفى المدين بكل الدين لدائن آخر . وتنبع فى شكل
الاعتراض وحكمه القواعد التى أسلفناها فى التضامن الإيجابى . ومتى وقع
الاعتراض صحيحاً ، فانه يتعين على المدين ، إذا أراد أن يكون الوفاء مبرئاً لذمته
نحو كل الدائنين ، أن ينفى بالدين لكل مجتمعين . فان تعذر عليه ذلك ،
وجب أن يودع الشيء محل الالتزام على ذمتهم جميعاً ، وفقاً للإجراءات
المقررة قانوناً .

وإذا مات أحد الدائنين المتعدين فى الالتزام غير القابل للانقسام ، فان
كان عدم القابلية للانقسام يرجع إلى الاتفاق ، انقسم الدين على ورثة هذا
الدائن ، لأن عدم القابلية للانقسام إنما تقررت اتفاقاً لمصلحة الدائن ، وقد
زالت هذه المصلحة بموته فأصبح من مصلحة ورثته أن ينقسم الدين عليهم (١) .
أما إذا كان عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل ، فالدين بطبيعته يستعصى
على أن ينقسم على الورثة ، فيبقى غير قابل للانقسام بالنسبة إلى ورثة كل دائن
كما هو غير قابل للانقسام بالنسبة إلى الدائنين جميعاً . وقد نص التقنين المدنى

(١) انظر فى هذا المعنى : بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٤ ص ٤٧٩ — بلانيول

وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩١٣ — جوسران ٢ فقرة ٨٠٠ .

صراحة على عدم الانقسام بالنسبة إلى ورثة الدائن إذا تعدد الدائنون ، وأغفل النص على عدم الانقسام بالنسبة إلى ورثة المدين إذا تعدد المدينون . والسبب في ذلك أن قواعد الشريعة الإسلامية في الميراث تغني عن النص في الحالة الأخيرة كما قدمنا . فان تركة المدين تكون هي المسئولة عن التزامه ، فيبقى الالتزام غير قابل للانقسام حتى لو تعددت ورثة المدين . أما في الالتزام غير القابل للانقسام إذا تعدد الدائنون ، فقواعد الشريعة الإسلامية في الميراث لا تغني عن النص ، فان هذه القواعد لا تمنع من انقسام حقوق التركة على الورثة . فاذا مات الدائن وترك ورثة متعددين ، فان الالتزام الذي له كان من الممكن أن ينقسم على ورثته ، لولا عدم قابليته للانقسام بطبيعته . فطبيعة الالتزام هي التي منعت من انقسامه وليست قواعد الميراث ، ومن هنا وجد النص على عدم الانقسام بالنسبة إلى الورثة في حالة تعدد الدائنين . ولم يوجد في حالة تعدد المدينين .

وبلاحظ أن الالتزام غير القابل للانقسام بطبيعته قد يوجد منذ البداية وله دائنون متعددون ، وهذا ما افترضناه حتى الآن . فاذا مات أحد هؤلاء الدائنين وترك ورثة متعددين ، بقي الالتزام غير قابل للانقسام لا بالنسبة إلى كل من الدائنين الأصليين فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى كل وارث من ورثة الدائن الذي مات . وقد يكون الالتزام غير القابل للانقسام بطبيعته له دائن واحد في بداية الأمر ، فلا تظهر أهمية عدم القابلية للانقسام ما دام هذا الدائن حياً ، فان الالتزام حتى لو كان قابلاً للانقسام يكون تنفيذه غير قابل للانقسام ما دام كل من الدائن والمدين واحداً كما مر القول . لكن إذا مات هذا الدائن الواحد وترك ورثة متعددين ، ظهرت الأهمية لعدم القابلية للانقسام ، إذ لا ينقسم الالتزام على ورثة الدائن ، بل يستطيع كل وارث أن يطالب المدين بالالتزام كله ، كما يستطيع المدين أن يوفيه كله لأي وارث .

وإذا طالب أي دائن المدين في دين غير قابل للانقسام بكل الدين ، فان المدين يستطيع أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً ، وكذلك بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن الذي يطالبه ، ولا يستطيع أن يدفع بأوجه الدفع

الخاصة بدائن آخر ، وذلك على الوجه الذى قدمناه فى التضامن الإيجابى (١) .
وإذا استحال الالتزام غير القابل للانقسام إلى تعويض نقدى ، زالت العقبة
التي كانت تحول دون انقسامه ، فينقسم فى هذه الحالة على الدائنين المتعدين كما
هى الحال فى الالتزام غير القابل للانقسام إذا تعدد المدينون فيما قدمنا ، وخلافاً
لما هى الحال فى التضامن الإيجابى فان التعويض النقدى لا ينقسم على الدائنين
المتضامين .

٢٢٥ — انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء :

لو كان لأى دائن فى الالتزام غير القابل للانقسام أن يطالب باستيفاء الدين
كاملاً رغم معارضة أى دائن آخر ، لوجب القول هنا — كما قلنا فى الالتزام
غير القابل للانقسام عند تعدد المدينين — أن انقضاء الدين بسبب غير الوفاء
ولو بالنسبة إلى أحد الدائنين ، يجعله منقضيًا بالنسبة إلى الباقي . ولكننا رأينا
أنه لا يجوز لأى دائن أن يطالب باستيفاء الدين كاملاً ، إذا عارض فى ذلك
دائن آخر . ومن ثم إذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء بالنسبة إلى أحد الدائنين ،
فان هذا السبب لا يحتج به على الدائنين الآخرين إذا عارضوا فيه ، إلا بقدر
حصة هذا الدائن الذى قام به سبب الانقضاء . فاذا جدد أحد الدائنين الدين ،
أو اتحدت ذمته مع المدين ، أو وقعت معه مقاصة ، أو صدر منه إبراء ، أو
اكتمل التقادم بالنسبة إليه ، فان شيئاً من هذا لا يحتج به على الدائنين الآخرين .
وليس للمدين أن يتمسك ضد هؤلاء الدائنين بالتجديد أو باتحاد الذمة أو بالمقاصة
أو بالإبراء أو بالتقادم ، إلا بقدر حصة الدائن الذى قام به هذا السبب . ولكن
لما كان المدين لا يستطيع إلا أن ينفى بالدين كله ، إذ الدين غير قابل للتجزئة ،
فهو إذا طالبه دائن آخر ، لا يجد بداً من أن يؤدي له الدين كله ، على أن
يرجع عليه بما يعادل حصة الدائن الذى قام به سبب الانقضاء (٢) . ثم يرجع

(١) انظر آتفا فقرة ١٣٦ .

(٢) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ٣٣١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٤

ص ٤٨٠ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩١٢ — دى باج ٣ فقرة ٣٠٧ —
بولانجيه فى أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ indivisibilité فقرة ٢٧ — وانظر الفقرة الثانية من
المادة ١٢٢٤ من التفتين المدنى الفرنسى .

المدين ، بعد ذلك ، على الدائن الذى قام به سبب الانقضاء بما حصل عليه هذا زيادة على حصته .

٢٢٦ - عدم قيام نيابة تبادلية بين الدائنين فى الالتزام فبر

القابل للانقسام : فى الدين غير القابل للانقسام لا يربط الدائنين إذا تعددوا - كما لا يربط المدينين إذا تعددوا - نيابة تبادلية ، ولا يرتبطون إلا بوضع طبيعى هو عدم قابلية الدين للانقسام . ويترتب على ذلك نتائج مشابهة لتلك التى رتبناها على عدم قابلية الانقسام عند تعدد المدينين ، ونوجزها فيما يلى :

(١) انقطاع التقادم أو وقفه : إذا قطع أحد الدائنين التقادم على المدين ، أو وقف التقادم بالنسبة إلى أحد الدائنين ، انتفع بذلك سائر الدائنين ، واعتبر التقادم مقطوعاً أو موقوفاً بالنسبة إليهم (١). وهذا هو أيضاً الحكم فى التضامن الإيجابى فيما يتعلق بانقطاع التقادم ، إلا أن علة هذا الحكم فى عدم القابلية للانقسام هى طبيعة الأشياء ، لأن الالتزام غير القابل للانقسام لا يتصور أن ينقطع التقادم فيه أو يقف بالنسبة إلى دائن دون آخر. وأما علة الحكم فى التضامن الإيجابى ، فقيام النيابة التبادلية بين الدائنين المتضامنين فيما ينفع .

(٢) خطأ أحد الدائنين : وإذا ارتكب أحد الدائنين خطأ استوجب مسئوليته ، فإن أثر هذا الخطأ لا يتعدى إلى غيره من الدائنين ، ذلك لأن طبيعة

= وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٧ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٠ - ص ٢٧٢ - وقارن : استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٦

(١) لارومبيير ٣ م ١٢٢٥ فقرة ١١ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٩٢٤ - لوران ١٧ فقرة ٣٩٦ - هيك ٧ فقرة ٣٦٠ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٣٢ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٤ ص ٤٨٠ - دى باج ٣ فقرة ٣٠٧ - الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣ - قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٨ ٣ هامش رقم ٢ .
وإذا نزل المدين عن التقادم بالنسبة إلى أحد الدائنين ، انتفع الباقى بذلك (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣) .

المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضي أن يتعدى أثر الخطأ إلى دائن آخر . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن الإيجابي ، ويرجع إلى انعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

(٣) الإعذار والمطالبة القضائية : وإذا أعذر أحد الدائنين المدين ، لم يكن المدين معذراً بالنسبة إلى الدائنين الآخرين ، لأن عدم القابلية للانقسام لا تقتضي ذلك حتماً (١) . أما في التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أن إعذار أحد الدائنين للمدين يجعل المدين معذراً بالنسبة إلى الباقيين ، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع . وإعذار المدين لأحد الدائنين المتعديدين في دين غير قابل للانقسام لا يسرى أثره في حق الدائنين الآخرين ، لأن هذا السريان لا يقتضيه حتماً طبيعة المحل غير القابل للتجزئة . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن الإيجابي لسبب آخر ، هو انعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

وإذا طالب أحد الدائنين في التزام غير قابل للانقسام المدين مطالبة قضائية ، فإن هذه المطالبة لا يسرى أثرها في حق الدائنين الآخرين (٢) . لأن مد هذا الأثر إلى هؤلاء لا تقتضيه حتماً طبيعة المحل غير القابل للتجزئة . والحكم عكس ذلك في التضامن الإيجابي ، فطالبه أحد الدائنين للمدين يسرى أثرها بالنسبة إلى باقي الدائنين ، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع .

(٤) الصلح : وإذا صالح المدين أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام ، وتضمن الصلح إضراراً بحقوق الدائنين الآخرين ، لم يسر عليهم الصلح ، لأن هذا السريان لا تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة ، ولأن الصلح عقد يقتصر أثره على من كان طرفاً فيه . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن الإيجابي ، ولكن لسبب آخر هو انعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

وإذا تضمن الصلح فائدة للدائنين الآخرين في دين غير قابل للانقسام ، لم ينتفعوا بذلك لأنهم لم يكونوا أطرافاً في هذا الصلح ، إلا إذا كان الدائن الذي

(١) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣ .

(٢) وإن كانت تقطع التقادم لمصلحة الدائنين جميعاً ، فقد قدمنا أنه إذا قطع أحد الدائنين التقادم انتفع بذلك دائر الدائنين .

عقد الصلح قد اشترط لمصلحتهم فتطبق قواعد الاشتراط لمصلحة الغير . أما في التضامن الإيجابي فالدائنون الآخرون يفيدون من الصلح ، على أساس قيام نيابة تبادلية فيما ينفع .

(٥) الإقرار : وإذا أقر أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام ، فإن إقراره لا يتعدى أثره إلى سائر الدائنين ، إذ أن هذا التعدي لا تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة ، ولأن الإقرار حجة قاصرة على المقر . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن الإيجابي ، ولكن لسبب آخر هو انعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

وإذا أقر المدين لأحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام ، وكان الإقرار يتناول الدين ذاته ، فإن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضي أن يتعدى أثر الإقرار إلى سائر الدائنين فينتفعوا به (١) . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن الإيجابي ، ولكن لقيام نيابة تبادلية فيما ينفع .

(٦) اليمين : وإذا وجه أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام اليمين للمدين فحلفها ، لم يتعد أثر ذلك إلى سائر الدائنين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضيه . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن الإيجابي ، لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر . أما إذا نكل المدين في الالتزام غير القابل للانقسام ، فإن نكوله يكون بمثابة إقرار . فإن كان متعلقاً بالدين ذاته تعدي أثره إلى سائر الدائنين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضي ذلك (٢) . والنكول في التضامن الإيجابي يفيد سائر المدينين ، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع .

وإذا وجه المدين اليمين إلى أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام فحلفها ، وكانت الواقعة متعلقة بالدين ذاته ، فإن الحلف يتعدى أثره إلى سائر الدائنين ، لأن هذا هو ما تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة . وهذا هو أيضاً الحكم في التضامن الإيجابي ، ولكن لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع . أما إذا نكل الدائن

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان المدين المحكوم عليه لصالح دائنين متعددين في دين غير قابل للانقسام قد أقر لمصلحة أحد هؤلاء الدائنين ، لم يجز له أن يستأنف الحكم بالنسبة إلى الباقى (استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٢٦ ص ١٢٨) .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٢ .

في دين غير قابل للانقسام ، فان نكوله يكون بمثابة إقرار لا يتعدى أثره إلى سائر الدائنين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضيه ، ولأن الإقرار حجة قاصرة على المقر (١) . وهذا هو أيضاً الحكم في التضامن الإيجابي ، ولكن لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

(٧) الحكم : وإذا صدر حكم على أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام : فان هذا الحكم يحتاج به في حق الدائنين الآخرين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضي ذلك (٢) . أما في التضامن الإيجابي ، فان هذا الحكم لا يسرى في حق الدائنين الآخرين ، لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

وإذا كان الحكم الذي صدر هو لصالح أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام ، فان سائر المدينين يفيدون منه ، لأن هذا هو ما تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة ، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه (٣) . وهذا هو أيضاً شأن التضامن الإيجابي ، ولكن لقيام نيابة تبادلية فيما ينفع (٤) .

المطلب الثاني

علاقة الدائنين بعضهم ببعض

٢٢٧- انقسام الدين على الدائنين : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ مدني تقضي بأن يرجع الدائنون ، كل بقدر حصته ، على الدائن الذي استوفى الالتزام . والرجوع هنا - كالرجوع في التضامن وكالرجوع في عدم

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣ .

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣ .

(٣) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٤ .

(٤) ورفع أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام استثناءً في الميعاد يفيد سائر الدائنين ، فيستطيعون الانضمام إليه ولو بعد فوات ميعاد الاستئناف بالنسبة إليهم ، بل ولو بعد رضائهم بالحكم الابتدائي (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ — دى باج ٣ فقرة ٣٠٨ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤٣٥) .

القابلية للانقسام عند تعدد المدينين - يكون إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . وإذا كان عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة الحل فان الدين ينقسم حصصاً بين الدائنين لا في عينه بل في قيمته .

٢٢٨ - تعيين مهة كل دائر : وتتعين حصة كل دائر وفقاً للقواعد التي أسلفناها في التضامن وفي عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين . فالأصل هو تساوى الحصص بين الدائنين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . وقد يكون أحد الدائنين هو صاحب المصلحة وحده في الدين ، ويكون الباقيون وكلاء عنه في القبض . فعند ذلك يستقل هذا الدائن بكل الدين في علاقته بالدائنين الآخرين . فان كان هو الذي استوفى الدين كله ، فلا يرجع عليه بشيء أحد من الدائنين الآخرين . وان كان غيره هو الذي استوفى الدين ، يرجع هو عليه بالدين كله دون أن يشاركه في الرجوع أحد من الدائنين الآخرين .

٢٩٩ - إحصاء أمر الدائنين أو إحصاء المدينين : وإذا استوفى أحد الدائنين الدين كله ، ثم أعسر إحصاراً جزئياً . فان هذا الإحصار يتحمله باقي الدائنين ، كما هو الأمر في التضامن الإيجابي فيما مر . فاذا كان الدين أربعائة بين أربعة من الدائنين بحصص متساوية ، واستوفاه أحدهم ثم أعسر بحيث لا يستطيع أن يؤدي إلا نصف ديونه ، فان كلا من الدائنين الثلاثة الآخرين يرجع على المدين المعسر بنصف حصته أي بخمسين (١) .

وكذلك يكون الحكم لو أن المدين نفسه هو الذي أعسر ، ولم يتيسر لمن طالبه من الدائنين إلا أن يستوفى منه نصف الدين وهو مائتان ، فلا يكون لكل من الدائنين الثلاثة الآخرين أن يرجعوا على هذا الدائن إلا بنصف حصتهم أي بخمسين .

(١) وبديهي أن الإحصار إذا كان كلياً ، لم يستطيع الدائنون الآخرون الرجوع بشيء على المدين المعسر . .

وهذا هو نفس الحكم الذى أوردناه فى التضامن الإيجابى (١).

• • •

مقابلة ما بين التضامن وعدم القابلية للانقسام

٢٣٠ - الموافقات والمفارقات : نوجز هنا ، بعد أن فرغنا من الكلام

فى التضامن وعدم القابلية للانقسام ، وجوه الموافقات ووجوه المفارقات ما بين هذين النظامين .

٢٣١ - وجوه الموافقات : (١) فى كل من النظامين تجوز مطالبة

الدائن لأى مدين بكل الدين ، أو مطالبة أى دائن للمدين بكل الدين . كذلك يجوز أن ينى أى مدين بكل الدين للدائن ، أو أن ينى المدين بالدين لأى دائن .

(٢) فى كل من النظامين ، بعد الوفاء بالدين ، يرجع المدين الذى وفاه على باقى المدينين ، أو يرجع الدائنون الذين لم يستوفوا الدين على الدائن الذى استوفاه ، كل بقدر حصته فى الدين ، ويكون الرجوع فى جميع الأحوال بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . وتتعين حصة كل على أساس التساوى ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، أو ما لم يكن أحدهم هو وحده صاحب المصلحة فى الدين . وإذا أعسر أحد منهم ، تحمل كل من الباقين نصيبه فى حصة المعسر بنسبة حصته فى الدين .

٢٣٢ - وجوه المفارقات : (١) التضامن الإيجابى مصدره الاتفاق ،

والتضامن السلبي مصدره الاتفاق أو القانون . أما عدم القابلية للانقسام فصدره طبيعة الحل أو الاتفاق .

(٢) فى التضامن ، إذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء ، فان كلا من

المدينين الآخرين أو الدائنين الآخرين لا يستفيد أو يضار من انقضاء الدين إلا بقدر حصة المدين أو الدائن الذى قام به سبب الانقضاء . أما فى عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين ، فإن كلا من المدينين الآخرين يستفيد من انقضاء الدين بمقدار الدين كله . وفى عدم القابلية للانقسام عند تعدد الدائنين ، لا يستفيد المدين من انقضاء الدين بالنسبة إلى أى من الدائنين الآخرين ، ولكنه يرجع على الدائن الذى يطالبه بوفاء الدين بما يعادل حصة الدائن الذى قام به سبب الانقضاء .

(٣) النيابة التبادلية فى التضامن قائمة فيما ينفع لا فيما يضر ، وهى غير قائمة أصلاً — لا فيما يضر ولا فيما ينفع — فى عدم القابلية للانقسام .

(٤) فى التضامن ينقسم الالتزام على الورثة ، ولا ينقسم فى عدم القابلية للانقسام .

(٥) فى التضامن ، إذا استحال الالتزام إلى تعويض نقدى ، بقى غير منقسم على المدينين المتضامنين أو على الدائنين المتضامنين . أما فى عدم القابلية للانقسام ، فإنه ينقسم على المدينين أو على الدائنين (١).

(١) وفى الفرقين الآخرين تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «ومهما يكن من أمر ما بين عدم القابلية للانقسام (السلبى) والتضامن (السلبى) من أوجه الشبه ، فثمة فارقان يمثل فيهما اختلاف هذين الوضعين : (١) فإحدى من ناحية أن عدم القابلية للانقسام قد تكون أقوى إلزاماً من التضامن ، باعتبار أن الالتزام الذى لا يقبل القسمة لا ينقسم بين ورثة المدين . ولهذا العلة يجرى المتعاملون على اشتراط التزام المدينين التزاماً تضامنياً غير قابل للانقسام ، انقضاء لتجزئة الدين بين الورثة فيما لو اقتصر الأمر على النص على التضامن فحسب . ولا يعرض مثل هذا الفرض فى الشريعة الإسلامية ، لأن الدين لا ينتقل من طريق الميراث ، فيكون بهذه المثابة غير قابل للانقسام ، ويستأدى بحملته من التركة . (ب) ويراعى من ناحية أخرى أن عدم القابلية للانقسام قد تكون أضعف إلزاماً عند قيامها على طبيعة المحل ، فهى تظل قائمة ما دام هذا المحل عصباً على التجزئة بطبيعته ، ولكن إذا اتفق أن استحال الالتزام إلى تعويض مالى ، زالت عدم قابلية الانقسام وانقسم مبلغ التعويض . أما المدينون المتضامنون فيظل كل منهم ، على نقيض ذلك ، ملزماً قسراً بالدائن بالدين بأسره ، ولو استحال الدين إلى تعويض مالى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٥) .

وتضيف المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فرقاً غير الفروق المتقدمة فيما يأتى : « ويتمثل اختلاف عدم القابلية للانقسام (الإيجابى) عن التضامن (الإيجابى) فى هذا الفرض فى الفارقين اللذين تقدمت الإشارة إليهما (١) فلكل وارث من ورثة الدائن أن يطالب بالدين بأسره ، ويسرى هذا الحكم فى الشريعة الإسلامية حيث ينتقل الحق من طريق —

مقابلة ما بين الدين المشترك

وعدم القابلية للانقسام عند تعدد الدائنين

٢٣٣ - من حيث المصدر : يتفق الدين المشترك والالتزام غير القابل للانقسام في أن مصدر كل منهما هو الاتفاق أو طبيعة الأشياء . ولكن الاتفاق في الدين المشترك إنما يقع على وحدة الصفقة واشتراك الدين ، أما الاتفاق في الالتزام غير القابل للانقسام فيقع على عدم قابلية الدين للتجزئة لا على مجرد أن يكون ديناً مشتركاً بين الدائنين . وكذلك طبيعة الأشياء في الدين المشترك إنما ترجع إلى سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين ، ولا ترجع إلى عدم قابلية الدين للتجزئة ، فإن الدين المشترك على العكس من ذلك يكون في طبيعته قابلاً للتجزئة . أما طبيعة الأشياء في الالتزام غير القابل للانقسام ، فيرجع إلى عدم قابلية الالتزام في طبيعته للتجزئة .

٢٣٤ - من حيث الآثار في معرفة الدائنين بالمدينين : في الدين المشترك لا يطالب أى من الدائنين المدين إلا بحصته في الدين . ولا تقوم بين الدائنين نيابة تبادلية .

أما في الالتزام غير القابل للانقسام ، فيجوز لأى من الدائنين أن يطالب المدين بكل الدين لأنه غير قابل للتجزئة ، وذلك ما لم يمانع الدائنون الآخرون فيجب عندئذ الوفاء لهم مجتمعين أو إيداع الشيء محل الدين لذمتهم جميعاً . ولكن يستوى الدين المشترك مع الالتزام غير القابل للانقسام في عدم قيام نيابة تبادلية بين الدائنين .

٢٣٥ - من حيث الآثار في معرفة الدائنين بعضهم ببعض : في الدين المشترك ، لكل دائن أن يرجع على من يقبض من الدائنين حصته في الدين

= الميراث . (ب) ويصبح الدين قابلاً للانقسام متى استحال إلى تمويض نقدي . ويراعى أنه عند تعدد المدينين والدائنين قد يتصور التضامن سلبياً أو إيجابياً ، أما عدم الانقسام الناشئ من طبيعة المثل فلا يتصور إلا من الناحيتين معاً ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٧) .

بنصيبه في هذه الحصة ، وله أن يترك الحصة لمن قبضها ويطالب المدين بحصته هو . فان كان هذا معسرا ، تحمل جميع الدائنين إعساره كل بنسبة حصته في الدين .

أما في الالتزام غير القابل للانقسام ، فان الدائن يستوفي كل الدين لعدم قابليته للتجزئة ، فيرجع عليه كل دائن آخر بحصته في الدين . فالرجوع في الالتزام غير القابل للانقسام يكون بالحصة ، أما في الدين المشترك فيكون في الحصة . ويستوى الدين المشترك مع الالتزام غير القابل للانقسام عند إعسار المدين ، ففي الحالتين يتحمل الدائنون جميعاً هذا الإعسار كل بنسبة حصته في الدين .

القِسْمُ الثَّانِي

انتقال الالتزام

(Transmission des Obligations)

تمهيد

١ - لمحة في التطور التاريخي لانتقال الالتزام

٢٣٦ - معنى انتقال الالتزام : يراد بانتقال الالتزام أن يتحول الالتزام ذاته - سواء نظر إليه باعتباره حقاً شخصياً من جهة الدائن أو نظر إليه باعتباره التزاماً من جهة المدين - من شخص إلى آخر : من دائن إلى دائن آخر باعتباره حقاً شخصياً ، أو من مدين إلى مدين آخر باعتباره التزاماً .

ويسمى تحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر بحالة الحق (cession de créance) ، وتحويله من مدين إلى مدين آخر بحالة الدين (cession de dette) . فانتقال الالتزام إذن هو حوالته من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين .

وسواء كانت الحوالة حوالة حق أو حوالة دين ، فإن الذي ينتقل بالحوالة هو الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه : صفاته و ضماناته ودفعه .

ينتقل الالتزام بجميع صفاته : فلو كان التزاماً تجارياً ، أو كان التزاماً قابلاً للتنفيذ بأن كان مستنداً إلى حكم قضائي أو إلى سند رسمي ، أو كان التزاماً تضامنياً أو غير قابل للانقسام ، أو كان التزاماً ينتج للدائن فوائد ، أو نحو ذلك ، فإنه ينتقل إلى الدائن الآخر أو إلى المدين الآخر بهذه الصفات ذاتها .

وينتقل الالتزام بجميع ضماناته : فلو كان التزاماً مضموناً برهن رسمي ، أو بحق اختصاص ، أو برهن حيازة ، أو بحق امتياز ، أو بكفالة شخصية ، فإنه ينتقل إلى الدائن الآخر أو إلى المدين الآخر مع التأمين الذي يضمه . غير أن الكفالة - شخصية كانت أو عينية - لا تنتقل ، فيما يتعلق بحوالة الدين ، إلا برضاء الكفيل كما سرى .

وينتقل الالتزام بجميع الدفعات التي ترد عليه : فلو كان المدين يستطيع أن يدفع الالتزام بسبب من أسباب البطلان ، كانهدام الرضا أو عدم قيام المحل أو عدم مشروعية السبب أو عدم استيفاء الشكل الواجب أو نقص العملية

أو عيب من عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو كان يستطيع أن يدفع الالتزام بسبب من أسباب الانقضاء كالوفاء أو التجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو الإبراء أو التقادم ، فإن هذا المدين يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع قبل الدائن الجديد في حوالة الحق ، كما يستطيع المدين الجديد في حوالة الدين أن يتمسك بهذا الدفع قبل الدائن .

٢٣٧ - كيف يتصور انتقال الالتزام : وانتقال الالتزام على الوجه المتقدم لا يمكن تصوره إذا كانت الفكرة في الالتزام هي الفكرة القديمة ، أى إذا كان الالتزام هو رابطة شخصية ما بين دائن ومدين . فالرابطة ، بحكم أنها تربط ما بين شخصين بالذات ، لا يتصور أن تنتقل عنهما أو عن أحد منهما دون أن تنجل . وقد كانت فكرة الرابطة الشخصية هي الفكرة السائدة في القانون الروماني ، ثم سادت بعد ذلك عصوراً طويلة في القوانين اللاتينية ، فلم يكن يمكن معها تصور انتقال الالتزام ، لا من دائن إلى دائن آخر . ولا من مدين إلى مدين آخر .

على أن استعصاء الالتزام على الانتقال لم يثبت في هذه القوانين القديمة إلا في انتقاله فيما بين الأحياء (entre vifs) . أما انتقال الالتزام إلى الوارث بسبب الموت (mortis causa) ، فإن هذه القوانين لم تلبث أن استساغته منذ عهد طويل .

٢٣٨ - انتقال الالتزام بسبب الموت : قلنا إن القوانين ، حتى القديمة منها ، استساغت انتقال الالتزام بسبب الموت منذ زمن بعيد . فينتقل الالتزام من الدائن عند موته إلى ورثته من بعده ، ويصبح هؤلاء هم الدائنون مكانه . وكذلك ينتقل الالتزام من المدين عند موته إلى ورثته من بعده ، ويصبح هؤلاء هم المدينون مكانه . والذي ساعد على هذا التصور أن تركة المورث تنتقل كمجموع من المال (universalité) إلى الورثة ، فيشتمل هذا المجموع من المال على الالتزامات حقوقاً وديوناً . وتعتبر شخصية الوارث إنما هي استمرار لشخصية المورث ، فكأن الالتزام لم ينتقل إلى شخص جديد بموت صاحبه ، بل بقى عند صاحبه ممثلاً في شخص الوارث .

هكذا كان تصور القانون الروماني، وما زال دذا هو تصور الشرائع الغربية. والشرعة الإسلامية نفسها تنقل الالتزام باعتباره حقاً من المورث إلى الوارث، أما الالتزام باعتباره ديناً فلا تنقله من المورث إلى الوارث، بل تبقى في تركة المورث حتى تنى به التركة، ثم تنتقل التركة بعد سداد الديون إلى الورثة بما تشتمل عليه من أعيان وحقوق.

ومهما يكن من أمر انتقال الالتزام بسبب الموت. فإن هناك حدوداً تقيد من هذا الانتقال، أو تحور من الالتزام بعد انتقاله. فهناك التزام يتصل بشخص طرفيه اتصالاً وثيقاً بحيث لا يمكن انتزاعه عنهما، فلا ينتقل هذا الالتزام بل ينقضى بموت الدائن أو بموت المدين. من ذلك التزامات الموكل والتزامات الوكيل والتزامات الشركاء في شركات الأشخاص، فإن كلا من عقد الوكالة وعقد شركة الأشخاص يقوم على اعتبارات شخصية، بحيث أن العقد بوجه عام ينقضى بموت أحد المتعاقدين، فلا ينتقل الالتزام - حقاً كان أو ديناً - من المورث إلى الوارث. كذلك قد يتم انتقال الالتزام من المورث إلى الوارث، ولكن الانتقال يحور من الالتزام. وقد يبدو أن الالتزام يتحور في الشرائع الغربية إذا هو انتقل من المدين إلى وارثه، وقبل الوارث الميراث محتفظاً بحق التجريد (bénéfice d'inventaire)، فيفصل أموال التركة عن أمواله الشخصية، ولا يكون مسئولاً عن ديون التركة إلا في المال الذي ورثه. فيصبح الالتزام، بعد أن انتقل إلى الوارث، لا يمكن التنفيذ به إلا على أموال التركة التي انتقلت إلى هذا الوارث. ولكن هذا التحوير ليس تحويراً حقيقياً، فالواقع من الأمر أن الالتزام بقي - من ناحية المال الذي يجوز التنفيذ عليه - كما كان في حياة المورث، فقد كان عندئذ لا يمكن التنفيذ به إلا على ماله. فبقى كما كان (١). والتحوير الحقيقي في الالتزام، وإن لم يكن تحويراً في أساسه، يقع إذا تعددت الورثة. فإن الالتزام، حقاً كان أو ديناً، ينقسم على الورثة كل بنسبة حصته

(١) وفي الشريعة الإسلامية يبقى الالتزام، باعتباره ديناً، في التركة حتى يؤدي من أموالها. فلا يتم في الشرائع الغربية إلا عن طريق الاحتفاظ بحق التجريد هو الأصل الذي يعمل به في الشريعة الإسلامية.

في التركة (١) ، وهذا ما لم يكن الالتزام في أصله غير قابل للانقسام (٢) كما سبق القول .

٢٣٩ - انتقال الالتزام ما بين الأحياء : أما انتقال الالتزام بالمعنى

الذي أسلفناه ، أى انتقال الالتزام ذاته بمقوماته وخصائصه ، ما بين الأحياء ، فلم يكن معروفاً في القانون الروماني ، إذ كانت الفكرة التي تصور الالتزام رابطة شخصية تقوم حائلاً دون ذلك كما قدمنا . وإذا كان قد أمكن ، في انتقال الالتزام بسبب الموت ، جعل الوارث خلفاً عاماً للمورث وتصوير هذه الخلافة العامة كأنها استمرار لشخصية المورث ، ففي انتقال الالتزام ما بين الأحياء حيث الخلافة خاصة ، لا يمكن تصوير هذه الخلافة الخاصة حال الحياة ، كما أمكن تصوير الخلافة العامة بعد الموت ، استمراراً لشخصية السلف . ذلك أنه إذا أمكن القول بأن المورث ، وقد زالت شخصيته بالموت ، يتصور استمرارها في شخص الوارث ، فانه يتعذر القول بأن السلف ، وهو لا يزال حياً ، تستمر شخصيته في شخص خلفه الخاص (٣) .

من أجل ذلك لم يكن ممكناً أن ينتقل الالتزام حال الحياة ، في القانون الروماني ، من دائن إلى دائن آخر ، أو من مدين إلى مدين آخر ، عن طريق حوالة الحق ، أو عن طريق حوالة الدين . ولم يكن ممكناً ، إذا أريد تغيير

(١) انظر في كل ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٦ - دي باج ٣ فقرة ٣٧٤ .

(٢) أما في الشريعة الإسلامية فقد رأينا أن الالتزام ينقسم إذا انتقل كحق إلى ورثة الدائن ، ويبقى في التركة غير منقسم إذا كان ديناً مات عنه المورث .

(٣) ويقول كولان وكايبثان إن انتقال الالتزام ما بين الأحياء كان أبسطاً ظهوراً في التاريخ من انتقاله بسبب الموت . وكذلك كان انتقال الحق الشخصي متأخراً في الظهور عن انتقال الحق العيني ، وبخاصة حق الملكية . ذلك أن صاحب حق الملكية إذا أراد تحويل حقه إلى نقود فإنما يفعل ذلك غالباً عن طريق بيعه ، أى عن طريق انتقال الحق العيني . أما الدائن في الالتزام فيحول حقه إلى نقود عادة عن طريق استيفائه ، أى عن طريق انقضاء الحق الشخصي . ويترتب على ذلك تقييدتان : (أولاهما) أن انتقال حق الملكية ظهر مبكراً في التاريخ ، ولم يظهر انتقال الحق الشخصي إلا متأخراً كثيراً عن ذلك . (والثانية) أن نظرية انقضاء الالتزام بلغت قدراً كبيراً من الأهمية ، بخلاف نظرية انقضاء الحق العيني فليست لها أهمية تذكر (كولان وكايبثان ٢ فقرة ٩٢٣ ص ٤٢٥) .

شخص الدائن ، إلا تجديد الالتزام بتغيير الدائن . أو أريد تغيير شخص المدين ، إلا تجديد الالتزام بتغيير المدين . وفي الحالتين ، لم يكن الالتزام ذاته ، بمقوماته وخصائصه ، هو الذي ينتقل من شخص إلى شخص آخر . بل كان الالتزام الأصلي ينقضي بالتجديد ، وينشأ مكانه التزام جديد بمقومات وخصائص غير المقومات والخصائص التي كانت للالتزام الأصلي ، وفي هذا الالتزام الجديد كان يتغير شخص الدائن أو يتغير شخص المدين . على أن الرومان كانوا يلجأون إلى طريقة أخرى لتحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر ، دون تدخل من المدين . فكان الدائن الأصلي يوكل من يريد تحويل الالتزام إليه في قبض الدين باسمه من المدين ، وكان هذا التوكيل (Procuratio in rem suam) وسيلة يستطيع بها الوكيل أن يقبض الدين من المدين دون حاجة إلى رضائه بتحويل الدين . ولكن هذه الطريقة لم تكن مأمونة ، فان الدائن الأصلي كان يستطيع أن يعزل الوكيل قبل أن يقبض الدين (١) .

وبقي القانون الروماني على هذه الحال ، دون أن يعرف لاحالة الحق ولا حوالة الدين . وبقيت الحوالة مجهولة مدة طويلة في القانون الفرنسي القديم ، يتحايلون عليها عن طريق التوكيل بقبض الدين الذي كان القانون الروماني يلجأ إليه ، حتى أصبح هذا الطريق مألوفاً . ومنه دخلت حوالة الحق في القانون الفرنسي القديم ، وأصبح مسلماً في هذا القانون إنه يجوز للدائن أن يحول حقه إلى دائن آخر دون حاجة إلى الحصول على رضاء المدين بالحوالة ، على غرار التوكيل بالقبض الذي أصبح مفترضاً دون نص ، وهذا بالرغم من أن التحليل

(١) دى باج ٣ فقرة ٣٧٥ ص ٣٤٠ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٢٢ ص ٤٢٥ . ويقول دى باج إن فكرة الالتزام في القانون الروماني القديم هي التي تفسر استحالة انتقال الالتزام . فالالتزام في هذا القانون لا ينقضي إلا بموجب أشكال وأوضاع معينة يقوم بها كل من المدين والدائن ، ومن شأن الالتزام أن يضع المدين تحت سلطة الدائن إلى حد بعيد . فكيف يمكن أن ينتقل الالتزام من دائن إلى دائن ، ومن مدين إلى مدين ، إلا بعد الالتجاء من جديد إلى هذه الأشكال والأوضاع ، وعندئذ تنحل عقدة الالتزام الأصلي ويحل محله التزام جديد ، وليست هذه بالحوالة وإنما هو التجديد (دى باج ٣ فقرة ٣٧٥ ص ٣٤٠) .
(م ٢٧ — الوسيط)

القانونى الدقيق — أو كما يقول بوتيه : selon la subtilité du droit (١) — يستعصى على أن ينتقل الالتزام وهو رابطة شخصية من دائن إلى دائن آخر (٢). وساعد على إمكان انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر أن فكرة الالتزام باعتباره رابطة شخصية أخذت تتطور ، وأخذ العنصر المادى فى الالتزام يبرز شيئاً فشيئاً . فأصبح من السهل أن نتصور أن الالتزام ، باعتباره قيمة مالية لا باعتباره رابطة شخصية ، وبالنسبة إلى موضوعه لا بالنسبة إلى أطرافه ، ينتقل من دائن إلى دائن آخر .

ولكن التطور فى القوانين اللاتينية وقف عند هذا الحد . ولم يصل القانون الفرنسى حتى اليوم إلى تنظيم حوالة الدين ، أى انتقال الالتزام من مدين إلى مدين آخر ، وليس هناك من سبيل إلى تغيير المدين فى الالتزام إلا عن طريق التجديد أو الإنابة فى الوفاء . ذلك أن شخصية المدين فى الالتزام أكبر خطراً من شخصية الدائن ، فعلى شخصية المدين ومقدار يساره وحسن استعداده للوفاء بدينه تتوقف قيمة الدين . فلم يكن من السهل التسليم بتحويل الالتزام من مدين إلى مدين آخر دون أن يكون الدائن طرفاً فى هذا التحويل عن طريق التجديد ، لأن الدائن بأبى أن يتغير عليه المدين دون رضائه ، ويعنيه من تغيير مدينه ما لا يعنى المدين من تغيير دائنه (٣) . فبقيت القوانين اللاتينية عند هذه المرحلة من التطور لم تستكمل إلى غايته (٤) ، وذلك مع استثناء التقنين المدنى الإيطالى الجديد فقد أقر حوالة الدين عند الكلام فى الإنابة فى الوفاء (انظر المادة ١٢٧٣ من هذا التقنين) .

(١) بوتيه فى البيع فقرة ٥٥١ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٣ ص ٨١ — ص ٨٣ — دى باج ٣ فقرة ٣٧٥ ص ٣٤٠ .

(٣) وإن كان المدين يعنيه هو أيضاً تغيير دائنه ، فمن الدائنين من هو أرحب جانباً وأيسر معاملة وأقل شدة . ولكن الاعتبارات التى تقتضى بتغيير الدائن أقل أهمية من تلك التى تقتضى بتغيير المدين .

(٤) انظر فى الاعتراضات التى توجه إلى إقرار حوالة الدين والرد عليها الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٦٨ — ص ٢٧١ — وسرى عند الكلام فى حوالة الدين كيف وقف تطور هذه الحوالة فى القانون الفرنسى .

أما التقنيات الجرمانية فقد سارت في التطور إلى نهاية الطريق. ومادامت فكرة الالتزام قد تطورت فأصبح الالتزام قيمة مادية أكثر منه رابطة شخصية (١)، ومادام قد أمكن تصور انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر، فما الذي يحول دون التسليم بانتقاله من مدين إلى مدين آخر! ومن ثم يعرف كل من التقنين المدني الألماني (م ١٤١٤ - ١٤١٩) وتقنين الالتزامات السويسري (م ١٧٥ - ١٨٣)، إلى جانب حوالة الحق، حوالة الدين (Schuldübernahme) (٢).

وقد تابع التقنين المدني المصري الجديد - ومعه التقنينات المدنية العربية الأخرى (٣) - هذا التطور. وبعد أن كان التقنين المدني السابق لا يعرف، على غرار التقنين المدني الفرنسي، إلا حوالة الحق، أصبح التقنين المدني الجديد يعرف حوالة الحق وحوالة الدين وقد خصص لهما - تحت عنوان انتقال الالتزام - الباب الرابع من الكتاب الأول في نظرية الالتزام (٤).

(١) ويستتبع ذلك أن تنتقل هذه القيمة المادية من دائن إلى دائن دون رضا المدين، ومن مدين إلى مدين دون رضا الدائن (د ج باج ٣ فقرة ٣٧٦ ص ٣٤١ - ص ٣٤٢).
(٢) وسنرى عند الكلام في حوالة الدين كيف نشأت هذه الحوالة في البلاد الجرمانية وكيف استكلت تطورها.

(٣) ويعرض تقنين الموجبات والمقود البناني لانتقال الالتزام بوجه عام، سواء بين الأحياء أو بسبب الموت، وسواء انتقل الحق أو انتقل الدين، فتنص المادة ٢٧٩ من هذا التقنين على ما يأتي: « تنتقل الموجبات بالوفاة أو بين الأحياء، ما لم يكن ثمة استحالة ناشئة عن نص قانوني أو عن كون الموجب شخصياً محضاً وموضوعاً بالنظر إلى شخص العاقد - ويخضع الانتقال بسبب الوفاة لقواعد الإرث بوصية أو بغير وصية - أما الانتقال بين الأحياء فخاضع لقواعد الآتية الموضوعة مع التمييز بين انتقال الموجبات منظوراً إليها من الوجهة الإيجابية (انتقال دين الدائن) وانتقال الموجبات منظوراً إليها من الوجهة السلبية (انتقال دين المدين) ».

(٤) ويذهب الأستاذ شفيق شحاته إلى أن الالتزام لا ينتقل، في الواقع من الأمر، من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين، بل الدائن أو المدين يستخلف شخصاً آخر - دائناً أو مديناً - على الالتزام. فهو يميز، من ناحية التعبير، ما بين انتقال الالتزام والاستخلاف عليه، ففي الحالة الأولى ينتقل الالتزام إلى شخص جديد، أما في الحالة الثانية فلا ينتقل الالتزام بل يستخلف شخص عليه شخصاً آخر. ويقول في هذا المعنى ما يأتي: « والواقع أن الذي وصلت إليه التشريعات الحديثة بعد تطور طويل هو إباحة الاستخلاف ما بين الأحياء في الحق الواحد، كما يحدث تماماً عند وفاة الشخص بالنسبة إلى مجموعة حقوقه. فالدائن الجديد يخلف الدائن القديم، وكذلك المدين الجديد يخلف المدين القديم، في الحق الشخصي. فلا ينشأ حق جديد، ولا ينتقل الحق القديم إلى شخص جديد، بل إن شخصاً يحل محل آخر في نفس الحق، من =

٢٤٠ — انتقال الالتزام في الفقه الاسلامي : ويجدر بنا أن ننظر ،

بعد هذه العجالة التاريخية ، ماذا كان موقف الفقه الإسلامي من انتقال الالتزام ، وما مدى التطور الذي بلغه في هذه المسألة (١) .

يعرف الفقه الإسلامي الحوالة ، ومن أهم المميزات له في تنظيمها هو التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة (٢) . يوجد في كل من الحوالتين دائن ومدين ثم أجنبي محال عليه ، وهذا الأجنبي المحال عليه هو الذي يتركز فيه التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة .

فإن كان هذا الأجنبي مديناً للمدين أو كان في يده له ودیعة أو عين مغصوبة ،

= طريق ما يسمى خطأ في القوانين الوضعية بالحوالة « (الأستاذ شفيق شحاته : حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٧) . وقد يقتضى المنطق كل هذه الدقة ، فلا يقال إن الالتزام انتقل من شخص قديم إلى شخص جديد ، بل إن شخصاً قديماً استخلف عليه شخصاً جديداً . ويوازن سالي بين العبارتين ، فيرى العبارة الثانية أدق ، إذ يقول : « إن استبدال شخص بآخر ، فيما يتعلق بالالتزام ، هو الذي يعادل انتقال الالتزام . ولكن لفظ الاستخلاف أدق من لفظ الانتقال . فإدام الالتزام لصيقاً بالشخص ، فنقله لا يعنى إلا أن شخصاً جديداً أصبح هو صاحب الالتزام وخلف عليه من نقله . بل إن التعبير الصحيح ، ليس أن يقال إن شخصاً قد استخلف على حق الغير ، بل أن يقال إن شخصاً خلف شخصاً آخر فيما يتعلق بهذا الحق » (سالي : بحث في النظرية العامة للالتزام في القانون الألماني فقرة ٧٤ ص ٦٤) . ومهما يكن من أمر ، فما لا شك فيه أنه عندما يقال إن الالتزام انتقل من شخص إلى شخص آخر ، يكون المقصود دائماً أن هذا الشخص الآخر قد خلف الشخص الأول على هذا الالتزام . فالانتقال هنا معناه الاستخلاف ، واستعمال لفظ الانتقال أيسر من الناحية العلمية . على أن الأستاذ شفيق شحاته أجاز في مكان آخر أن يقال « إن الحق وقد كان محله الشيء انتقل إلى شخص آخر وبقي محله نفس هذا الشيء » (النظرية العامة للحق المعنى ص ١١٤ وص ١١٥ وهامش رقم ١ في ص ١١٥) . ويعترض الأستاذة بلانيول وريبير وبولانجي على التمسك بهذا القدر من الدقة . ويذهبون إلى أن الحق ، وبخاصة حق الملكية والحق الشخصي من ناحيته الإيجابية ، ينتقل فعلاً من شخص إلى آخر (بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٨٥٩) .

(١) انظر في هذا الموضوع الدكتور صبحي الحمصاني : انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني — النظرية العامة للموجبات والمعقود في الشريعة الإسلامية ٢ ص ٣٤١ — ص ٣٥٦ .

(٢) هذا التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة مذكور في نصوص المذهب الحنفي دون نصوص المذاهب الأخرى . ولكنه تفريق جيوهري لفهم الحوالة في الفقه الاسلامي في المذاهب جميعاً لا في المذهب الحنفي وحده ، كما سنرى .

وأراد المدين عن طريق الحوالة الوفاء بالدين الذى فى ذمته للدائن بالحق الذى له فى ذمة الأجنبي ، فهذه هى الحوالة المقيدة (١) . وهى أقرب إلى أن تكون طريقاً من طرق الوفاء بالدين من أن تكون حوالة بالمعنى الدقيق . وتقرها المذاهب جميعاً ، على خلاف بينها فى الصياغة القانونية سنذكره فيما يلى :

أما إن كان الأجنبي غير مدين للمدين ، أو كان مديناً ولكن لم تقيد الحوالة بهذا الدين فى المذهب الحنفى ، فهذه هى الحوالة المطلقة . ويمكن فى الحوالة المطلقة . أن نتصور أن المدين يريد أن يحيل دينه على الأجنبي ، وهذه هى حوالة الدين بالمعنى الدقيق ، ولا يسلم بها الفقه الإسلامى خلافاً لما يقال عادة . وهى عنده أقرب إلى أن تكون كفالة أو تجديداً ، من أن تكون حوالة للدين . وقد قدمنا أن الكفالة فى الفقه الإسلامى هى الأصل فى التضامن ، والآن نراها الأصل أيضاً فى الحوالة . ويمكن كذلك فى الحوالة المطلقة أن نتصور أن الدائن هو الذى يريد أن يحيل حقه للأجنبي ، وهذه هى حوالة الحق بالمعنى الدقيق . وحوالة الحق أيضاً لا يسلم بها الفقه الإسلامى بوجه عام ، خلافاً لما يقال عادة . ذلك أن الحنفية والشافعية والحنابلة لا يسلمون بهذه الحوالة ، أما المالكية فيسلمون بها فى حدود معينة .

وقبل أن نفصل ما أملهنا ، يحسن أن نشير إلى خطأين شائعين ينسبان إلى الفقه الإسلامى فى خصوص الحوالة : (أولاً) ما يرد ذكره عادة فى الفقه والقضاء فى مصر على أنه حوالة الحق فى الفقه الإسلامى إنما هو حوالة الدين لا حوالة الحق . (ثانياً) ليس صحيحاً أن الفقه الإسلامى عرف حوالة الدين ولم يعرف حوالة الحق ، وإلا كان هذا بدعاً فى تطور القانون . فمن غير الطبيعى أن يعرف نظام قانونى حوالة الدين قبل أن يعرف حوالة الحق ، كما أنه من غير الطبيعى أن يسلم نظام قانونى بانتقال الدين بين الأحياء وهو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت . فالفقه الإسلامى كان فى تطوره طبيعياً كسائر النظم القانونية :

(١) وفى المذهب الحنفى لا تكون الحوالة مقيدة إلا إذا قيد المدين الحوالة بالدين الذى له فى ذمة المحال عليه ، فإذا كان للمدين دين فى ذمة المحال عليه ولم يقيد به الحوالة ، فإن الحوالة تكون مطلقة بالرغم من مديونية المحال عليه للمدين .

لم يعرف حوالة الدين ، لا بسبب الموت إذ الدين لا ينتقل إلى الورثة بل يبقى في التركة حتى تقوم بسداده ، ولا بين الأحياء إلا في صورة من صور الكفالة أو التجديد . وعرف حوالة الحق ، بسبب الموت حوالة كاملة إذ الحقوق الشخصية التي للتركة تنتقل إلى الورثة ، وبين الأحياء بقيود معينة وفي مذهب واحد هو المذهب المالكي (١) .

والآن ننتقل إلى تفصيل ما أجهلناه ، في غير إطالة إذ لا يتسع المقام هنا للإسهاب . وبتناول حوالة الدين وهي المعنية بلفظ « الحوالة » في الفقه الإسلامي فاذا ذكرت الحوالة قصد بها حوالة الدين دون غيرها ، ثم حوالة الحق ولا يعرف الفقه الإسلامي هذا التعبير ويسمى حوالة الحق بيع الدين أو هبة الدين .

حوالة الدين : يختلف ، في حوالة الدين ، المذهب الحنفي عن المذاهب الثلاثة الأخرى . على أن التمييز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة ، وإن كان غير منصوص عليه إلا في فقه المذهب الحنفي ، لا يقل أهمية في المذاهب الثلاثة الأخرى عنه في المذهب الحنفي ، بل لعله يزيد كما سنرى .

١ — ونبدأ بالمذهب الحنفي : ففي هذا المذهب تتم الحوالة المطلقة برضاء الأطراف الثلاثة ، الدائن والمدين والمحال عليه . ويجوز أن تتم برضاء الدائن والمحال عليه دون المدين (٢) ، ولكن لا يرجع المحال عليه في هذه الحالة على المدين ، إذا دفع الدين للدائن ، إلا إذا كانت الحوالة بأمر المدين . أما الحوالة المقيدة فلا بد فيها من رضاء الأطراف الثلاثة . وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة ،

(١) قارن الدكتور حسن الذنون ، وهو يقول : « والشرعية الإسلامية أقرت حوالة الدين دون حوالة الحق على رأى معظم الفقهاء » (أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢١٨ ص ٢٠٧) .

(٢) أما إذا اتفق المدين مع المحال عليه على الحوالة ، فإن هذا لا يكون ، بل لا بد أيضاً من قبول الدائن ، ولا تنعقد الحوالة إلا من وقت هذا القبول دون أثر رجعي . ويشترط أيضاً لانعقاد الحوالة بسرع ، لأنه يعتبر في مقام المتبرع . أما المدين والدائن فيمكن فيهما التمييز لانعقاد الحوالة ، ويشترط لنفاذها الإجازة ، فإذا كان المميز هو الدائن اشترط في الإجازة أن يكون المحال عليه أكثر ملاءة من المدين .

ويعتمد المذهب الحنفي — ومعه سائر المذاهب — في مشروعية الحوالة على حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : مطل الغنى ظم ، وإذا اتبع أحدكم على ملء فليتبّع .

فان الدائن يرجع على المحال عليه بالدين . فهل انتقل الدين إلى ذمة المحال عليه بالحوالة ؟ هنا تتضارب الآراء في المذهب الحنفى . فعند أبى حنيفة وأبى يوسف ، ينتقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه ، فلو أبرأ الدائن المحال عليه من الدين صح ذلك ولو أبرأ المدين لا يصح . ولكن الدين يعود إلى ذمة المدين إذا توى عند المحال عليه . وعند محمد ، تنتقل المطالبة وحدها دون الدين من المدين إلى المحال عليه ، ويبقى الدين دون المطالبة في ذمة المدين . فلو أراد هذا أن يقضيه للدائن ، لا يكون متبرعاً ، لأنه لا يزال مديناً ، ويجبر الدائن على الاستيفاء . ولو أبرأ الدائن المحال عليه ، لا يرتد الإبراء بالرد ، لأن الدائن إنما أسقط المطالبة لا الدين ، ولا يرجع المحال عليه على المدين ولو كانت الحوالة بأمره ، لأن الدائن لم يبرئ المحال عليه من الدين بل من مجرد المطالبة . وإذا توى الدين عند المحال عليه ، عادت المطالبة إلى المدين واجتمعت عنده مع الدين فيرجع عليه الدائن بالدين نفسه . ولو كان الدين قد انتقل إلى المحال عليه لما كان للدائن الرجوع بنفس الدين وإنما كان يرجع بالضمان . وعند زفر ، لا ينتقل الدين ولا المطالبة إلى ذمة المحال عليه . بل تضم ذمة المحال عليه إلى ذمة المدين في المطالبة ، فيكون المحال عليه كفيلاً للمدين .

ثم إن الدائن إذا طالب المحال عليه بالوفاء ، وجب هنا أن نميز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة . ففي الحوالة المطلقة ، إذا دفع المحال عليه الدين للدائن ، فانه لا يرجع على المدين إلا إذا كانت الحوالة بأمره كما قدمنا ، ويرجع بالدين نفسه لا بما أدى . وهذا يدل إما على أن الدين لا يزال باقياً في ذمة المدين كما يقول محمد ، فيرجع المحال عليه به . وإما على أن الدين قد انتقل مع المطالبة إلى المحال عليه كما يقول أبو حنيفة وأبو يوسف ، فأداه المحال عليه وحل محل الدائن فيه ، فيرجع به على المدين . وإما على أن الدين والمطالبة لم ينتقلا عن المدين كما يقول زفر ، ولهذا يرجع المحال عليه بنفس الدين ، كما يرجع الكفيل في الكفالة بما كفل لا بما أدى . أما إذا توى الدين عند المحال عليه - بأن مات هذا مفلساً أو أفلس وهو حي أو جحد الحوالة ولم تكن هناك بينة - فان الدائن يرجع على المدين بنفس الدين (١) كما سبق القول . وفي الحوالة المقيدة ينحصر

(١) ويرجع بنفس الدين لا بالضمان، وسرى أن هذا يمكن حمله على أن الحوالة تفسخ إذا-

الحق الذي للمدين في ذمة المحال عليه لوفاء الدين المحال به (١) ، دون أن ينتقل هذا الحق للدائن ، بل دون أن يكون رهناً عنده لسبيين : (١) إذا أفلس المدين قبل أن يؤدي المحال عليه الدين للدائن ، فليس الدائن أحق من سائر غرماء المدين بالدين الذي خصص له وقيدت به الحوالة . وعند زفر الدائن أحق من سائر الغرماء ، لأن الدين صار له بالحوالة رهناً (٢) . (٢) ولو توى هذا الدين

= توى الدين . ولكن قد يؤخذ هذا دليلاً على صحة قول محمد من أن الدين لا ينتقل بالحوالة ، بل يبقى في ذمة المدين ، وتعود المطالبة بالتوى فتجتمع مع الدين ، ومن ثم يرجع الدائن بنفس الدين على المدين ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(١) ونصوص المذهب الحنفي لا تشترط التساوي ما بين الدين المحال به والدين المحال عليه ، أما نصوص المذاهب الثلاثة الأخرى فتصرح بوجوب هذا التساوي كما سئرى . وفي الحوالة المقيدة في الفقه الحنفي يخصص الدين المحال عليه للوفاء بالدين المحال به كما يخصص مقابل الوفاء (provision) للنفع قيمة الكيالة . وقد عرف الفقه الإسلامي الكيالة فعلاً ، وسماها « السفتجة » ، وبني أحكامها على أسس الحوالة .

(٢) وقد أخذت « المجلة » بقول زفر في هذه المسألة ، إذ نصت المادة ٦٩٢ منها على ما يأتي : « ينقطع حق مطالبة المحيل بالمحال به في الحوالة المقيدة ، وليس للمحال عليه أن يبطي المحال به للمحيل . فان أعطاه ضمن ، وبعد الضمان يرجع على المحيل . ولو توفى المحيل قبل الأداء وكانت ديونه أزيد من تركته ، فليس لسائر الغرماء حق في المحال به » . ويقول الأستاذ سليم باز تعليقاً على هذا النص ما يأتي : « التمييز بالمحال به . . . غير مصيب ، إذ المقصود هنا ما في يد المحال عليه أو في ذمته من العين والدين كما هو ظاهر . أما أن المحال له أحق من سائر الغرماء في ذلك ، فلم يظهر لي وجهه ، مع أن عادة كتب المذهب قد صرحت بأن المحال له أسوة للغرماء ، لأن العين التي للمحيل في يد المحال عليه والدين الذي له في ذمته لم يصر مملوكاً للمحتال بعقد الحوالة ، لا يدا وهو ظاهر ، ولا رقبة لأن الحوالة ما وضعت للتملك بل للنقل ، فيكون بين الغرماء بالأسوة . أما المرتهن فلك المرهون يداً وحسباً ، فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره ، فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (درر) . أما لو كانت الحوالة مطلقة ، فالمحتال أسوة للغرماء عند الكل (رد مختار) . والظاهر أن جمعية المجلة لم تخالفهم إلا في الحوالة المقيدة فقط ، ولعلها أخذت بقول زفر ، فإن المحتال عنده أحق من سائر الغرماء ، لأن الدين صار له بالحوالة كالمرتهن بالرهن بعد موث الراهن (مجمع الأنهر) » (شرح المجلة للأستاذ سليم باز م ٦٩٢ ص ٢٧٩) . ولو أخذنا رأي زفر ، يكون الدين المحال عليه رهناً في الدين المحال به كما رأينا ، فلا تنتقل ملكية الدين المحال عليه إلى الدائن كما تنتقل في حوالة الحق بالمعنى المفهوم في القوانين الغربية . ومن ثم لا تكون الحوالة في رأي زفر ، حتى بالنسبة إلى الدين المحال عليه ، حوالة حق (انظر الأستاذ مصطفى الزرقا في الحقوق المدنية جزء ٢ ص ٣٠ في الهامش — الأستاذ أميل تيان في مقال له بمجلة كلية الحقوق ببيروت في حوالة الدين وحوالة الحق في الفقه الإسلامي علماً وعملاً — وقارن الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٥٨ هامش رقم ٣) .

عند المحال عليه (١) ، توى على المدين لا على الدائن ، ولا يسقط في مقابله شيء من الدين المحال به (٢) . وهذان السببان يبينان أن الدين الذى قيدت به الحوالة لا ينتقل إلى الدائن ولا يكون رهناً عنده .

هذه هي جملة أحكام حوالة الدين — المطلقة والمقيدة — في المذهب الحنفى ، أوجزناها متوخين إبراز المقومات الرئيسية لهذه الحوالة في هذا المذهب . ويبقى أن نضيف إلى ما قدمناه أن التأمينات التى كانت تكفل الدين المحال به وهو في ذمة المدين قبل الحوالة تنقضى بالحوالة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولا تنتقل لتكفل الدين في ذمة المحال عليه (٣) . وننظر بعد ذلك في تأصيل حوالة الدين في

(١) أو لم يستوف الدائن الدين لأى سبب آخر ، كأن كان ثمن مبيع ، أو كان دية ، فهلك . ولكن الحوالة تبطل في هذه الحالة ، لأن الدين الذى قيدت به يعتبر سبباً لها . وقد انعدم فاعدمت .

(٢) ولا كان الدين الذى قيدت به الحوالة رهنًا عند الدائن ، وتوى عند المحال عليه ، لسقط الدين المحال به بقدر ما توى من الرهن ، لأن المرهون إذا حلك سقط من الدين ما يقابله .

(٣) أما عند محمد فتبقى التأمينات على حالها لتكفل الدين الباقي في ذمة المدين ، وقد قدمنا أن الحوالة عند محمد لا تنتقل الدين وإنما تنتقل المطالبة وحدها . جاء في فتح القدير : « فعند أبي يوسف ينتقل الدين والمطالبة ، وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين . قال وقائد ، هذا الخلاف يظهر في مسألتين : إحداهما أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين ، فله أن يسترد الرهن عند أبي يوسف كما لو أبرأه عنه ، وعند محمد لا يسترده كما لو أحال الدين بعد الرهن . . . » (فتح القدير جزء ٥ ص ٤٤٦) . وجاء في البحر الرائق : « لو أحال المشتري البائع بالدين على رجل ، لم يملك (البائع) — من المبيع . وكذا لو أحال الراهن المرتهن ، لا يحبس (المرتهن) الرهن . ولو أحال الزوج المرأة بصداقها ، لم تحبس نفسها » (البحر الرائق ٦ ص ٢٦٨ وما بعدها) . وجاء في الزيلعي : « ثم اختلفوا في البراءة ، فقال أبو يوسف يبرأ عن الدين والمطالبة ، وقال محمد يبرأ عن المطالبة فقط ولا يبرأ عن الدين . وثمرة الخلاف تظهر في موضعين : أحدهما . . . والثاني أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين على إنسان ، كان للراهن أن يسترد الرهن عند أبي يوسف كما لو أبرأه عن الدين ، وعند محمد ليس له ذلك كما لو أجل الدين » (الزيلعي ص ١٧١) .

وكما أن التأمينات لا تنتقل لتكفل الدين في ذمة المحال عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، كذلك نحسب أن الدفع أيضاً لا تنتقل . فليس للمحال عليه أن يتمسك ضد الدائن بالدفع التى كان المدين يتمسك بها ضد الدائن ، بل ولا يجوز للمحال عليه أن يتمسك ضد الدائن بالدفع —

المذهب الحنفى ، أى فى التكليف القانونى الذى يساير المقومات الرئيسية السالفة الذكر . ونبادر إلى القول إن هذا التكليف لا يختلف باختلاف ما إذا كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة . وسنراه فى المذاهب الثلاثة الأخرى يختلف فى الحوالة المطلقة عنه فى الحوالة المقيدة ، وهذا يؤكد ما سبق أن قررناه من أن التمييز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة قد تزيد أهميته فى المذاهب الثلاثة الأخرى عنها فى المذهب الحنفى . وإنما يختلف التكليف فى المذهب الحنفى باختلاف ما اعتبر انتقاله بالحوالة إلى المحال عليه ، هل هو الدين والمطالبة معاً ، أو المطالبة وحدها ، أو أن المحال عليه لم ينتقل إليه بالحوالة لا الدين ولا المطالبة :

(١) أما عند زفر ، حيث لا ينتقل الدين ولا المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة

= المستمدة من علاقته هو بالمدين ، وهذا ما لم تكن الحوالة مقيدة وسقط الدين الذى تقيدت به أو هلكت الوديعة على النحو الذى قدمناه . فيعتبر التزام المحال عليه نحو الدائن التزاماً مجرداً ، فلا يتأثر لا بالعلاقة القائمة بين المدين والدائن ولا بالعلاقة القائمة بينه وبين المدين ، وإنما هى علاقة جديدة قامت بينه وبين الدائن مستقلة عن العلاقتين السالفتين الذكر . صحيح أن الدين الذى يقوم فى ذمة المحال عليه للدائن يشارك الدين الذى كان فى ذمة المدين للدائن فى صفته من حيث الحلول والتأجيل ، وقد جاء فى المادة ٨٩٦ من مرشد الخيران : « يتحول الدين على المحتال عليه بصفته التى على المحيل . فإن كان الدين على المحيل حالاً ، تكون الحوالة به على المحتال عليه حالة ، ويدفع المحتال عليه الدين المحال به معجلاً . وإن كان الدين على المحيل مؤجلاً ، تكون الحوالة به على المحتال عليه مؤجلة ، ولا يلزم بالدفع إلا عند حلول الأجل . فلو مات المحيل بقى الأجل ، وإن مات المحتال عليه صار الدين حالاً ويؤدى من التركة إن كان بها ما يوفى بأدائه ، وإلا رجع المحتال بالدين أو بما بقى له منه على المحيل ليؤديه عند حلول الأجل » . ولكن هذا لا يفيد أن المحال عليه يتمسك بالدفع التى كان يتمسك بها المدين . للمحال عليه طبعاً أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة ذاته إذ هو طرف فيه ، فإذا كان هذا العقد باطلاً جاز له أن يتمسك بطلانه . وله أيضاً أن يتمسك بالدفع التى يستمدّها من علاقته هو بالدائن ، فله أن يتمسك باتحاد ذمته مع الدائن ، وأن يتمسك بالمقاصة بينه وبين الدائن . أما أن يتمسك بالمقاصة بين الدائن والمدين ، فإن جاز له ذلك فإنما يحمل على أنه يتمسك بدفع مستمد من عقد الحوالة . ذلك أنه إذا كان الدين المحال به قد انقضى بالمقاصة بين الدائن والمدين قبل الحوالة ، فالحوالة باطلة ، لأن من شروط انعقادها أن يكون هناك دين قائم فى ذمة المدين للدائن ، فتسك المحال عليه بالمقاصة فى هذه الحالة إنما هو تمسك ببطلان الحوالة (قارن الدكتور صبحى المحمصانى فى النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ٢ ص ٣٥٥ — انتقال الالتزام فى القانون اللبناني ص ٥٨) .

المحال عليه . بل تضم ذمة المحال عليه إلى ذمة المدين في المطالبة ، فالأمر واضح ، ولا تعدو حوالة الدين أن تكون كفالة محضة كما قدمنا . فاذا حول المدين دينه حوالة مطلقة ، كان معنى هذا عند زفر أنه اتخذ من المحال عليه كفيلًا عاديًا له ، وبقيت ذمته هو مشغولة بالدين كما كانت . ويكون للدائن أن يرجع إما على المحال عليه وإما على المدين كما يشاء ، شأنه في ذلك شأن الدائن في الكفالة يرجع إما على الكفيل وإما على المدين . وإذا كانت الحوالة مقيدة ، بقي المحال عليه عند زفر كفيلًا للمدين ، وأضيف إلى ذلك أن الدين الذي تقيدت به الحوالة يصبح مرهونًا في الدين المحال به ، فيكون المدين قد قدم للدائن ضمانين : كفيلًا ورهنًا . (٢) وأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، حيث تنتقل المطالبة والدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه ، فهذا قول ينبغي ألا يؤخذ على علته . والصحيح أن الدين الأصلي قد انقضى ، ومما يقطع في انقضائه انقضاء التأمينات التي كانت تكفله . وحل محل الدين الأصلي دين جديد في ذمة المحال عليه ، لا تنتقل إليه تأميمات الدين الأصلي كما قدمنا . وتكون حوالة الدين ، مطلقة كانت أو مقيدة ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، ليست إلا نجدبدًا بتغيير المدين ، فقد استبدل المحال عليه بالمدين الأصلي (١) . فاذا توى الدين عند المحال عليه ، فسخ التجديد ، وعاد الدين إلى ذمة المدين الأصلي (٢) .

(٣) أما عند محمد ، حيث لا ينتقل الدين إلى ذمة المحال عليه وإنما تنتقل المطالبة وحدها ، وحيث لا تنقضي التأمينات بل تبقى على حالها تكفل الدين الباقي في ذمة المدين (٢) ، فإن حوالة الدين ، مطلقة كانت أو مقيدة ، أقرب إلى

(١) وفي الحوالة المقيدة تبرأ ذمة المحال عليه نحو المدين بقدر ما أدى من الدين للدائن .
(٢) ذلك أن المدين يضمن للدائن يسار المحال عليه ، بحيث تنسخ الحوالة إذا توى الدين عنده . وهذا بخلاف المذاهب الثلاثة الأخرى . نسرى أن المدين لا يضمن يسار المحال عليه ، إلا في مذهب مالك حيث يعتبر المدين قد غر الدائن إذا كان المحال عليه مفلسًا وقت الحوالة دون أن يعلم الدائن ذلك ويعلمه المدين .

(٣) وقد قدمنا أن التأمينات ، عند محمد ، تبقى على حالها تكفل الدين الباقي في ذمة المدين ، خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف : فتح القدير ٥ من ٤٤٦ - الزيلعي ٤ ص ١٧١ - ويفضى المنطق ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، بأن تعود التأمينات إذا نسخت الحوالة بالتوى وعاد الدين إلى ذمة المدين الأصلي ، ولكن لا يوجد في نصوص المذهب الحنفى نص صريح في هذا المعنى .

أن تكون كفالة محورة . ووجه التحوير فيها أن الدائن يرجع على المحال عليه (الكفيل) أولاً ، لأن المطالبة انتقلت إليه ولم تبق عند المدين . فإن توى الدين عند المحال عليه ، يرجع الدائن على المدين الأصلي ، إذ تعود المطالبة بالتوى إلى المدين لتنضم إلى الدين كما كانت . أما في الكفالة العادية فالدائن بالخيار إن شاء طالب المدين الأصلي أولاً وإن شاء طالب الكفيل (١) ، لأن المطالبة بقيت عند المدين وإنما ضمت فيها إلى ذمته ذمة الكفيل (٢) .

(ب) وننتقل الآن ، في حوالة الدين ، إلى المذاهب الثلاثة الأخرى ؛ المالكية والشافعية الحنابلة . وهنا يجب أن نميز ، منذ البداية ، بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة . وهذا تمييز جوهري لا تصرح به نصوص هذه المذاهب ، ويرجع ذلك في الغالب إلى أن الفرق بين هاتين الحوالتين كبير إلى حد أن إحداهما — وهى الحوالة المطلقة — ليست بحوالة أصلاً كما سنرى ، فلا تستحق هذه التسمية حتى لا تكون نوعاً ثانياً إلى جانب الحوالة المقيدة . وهذا يعود بنا مرة أخرى إلى تأكيد أهمية هذا التمييز في المذاهب الثلاثة .

ففي الحوالة المقيدة — أو الحوالة إطلاقاً لأن الحوالة المطلقة لا تدعى في العادة حوالة في المذاهب الثلاثة — يشترط أن يكون للمدين دين في ذمة المحال عليه معادل في الجنس ومساوٍ في المقدار للدين المحال به ، فيوفى المدين الدين الذي في ذمته للدائن بالدين الذى له في ذمة المحال عليه . ومن ثم وجب أن يكون الدين المحال به والدين الذى تقيدت به الحوالة متساويين ، كما قدمنا ، في الصفة

(١) بل إن الدائن في الكفالة العادية يقلب أن يرجع أولاً على الكفيل ، لأنه يختار عادة لكفالة الدين من هو أكثر ملاءمة من المدين الأصل ، فيكون الرجوع على الكفيل أسير من الرجوع على المدين . وهذا الذى يقع فعلاً في الكفالة العادية يقع قانوناً في حوالة الدين . فالذى تتميز به حوالة الدين إذن هو أن المدين في الحوالة يأمن رجوع الدائن عليه قبل رجوعه على الكفيل ، فالحوالة من هذا الوجه أقرب إلى أن تكون ضماناً للمدين منها ضماناً للدائن .

(٢) أو لعل حوالة الدين ، عند محمد ، هى ضرب من الأمانة القاصرة (délégation imparfaite) ، ينبى فيها المدين المحال عليه في الوفاء بالدين عن طريق نقل المطالبة إليه ، فيرجع الدائن (المتأب) هنا أيضاً على المحال عليه (المتأب لديه) أولاً ، فإن توى الدين عنده رجع على المدين (المتأب) . ويستوى في ذلك أن تكون الحوالة مطلقة أو مقيدة .

والمقدار (١) ، فان اختلفا في شيء من ذلك لم تصح الحوالة (٢) . ويشترط لانعقاد الحوالة المقيدة في المذاهب الثلاثة رضاء كل من الدائن والمدين ، أما رضاء المحال عليه فلا يشترط على الأرجح ، لأن الدائن يستوفي الدين منه كما كان يستوفيه المدين فلا يتضرر المحال عليه بذلك . بل إن رضاء الدائن عند الخنابلة لا يشترط هو أيضاً إذا كان المحال عليه ملبئاً ، فيكفي إذن عندهم في هذه الحالة إرادة المدين المنفردة . ومنى تمت الحوالة على هذا النحو ، برئت ذمة المدين نحو الدائن ، وبرئت ذمة المحال عليه نحو المدين ، وصار المحال عليه مديناً للدائن . ولا تنتقل تأمينات الدين المحال به بل تنقضي (٣) ، مما يقطع

(١) وهذا لا يمنع من أن يكون ما على المدين للدائن أكثر أو أقل مما على المحال عليه للمدين . فان كان أكثر ، جازت حوالة جزء منه يعادل في المقدار ما على المحال عليه للمدين ، وإن كان أقل ، جازت حوالة على جزء مما على المحال عليه للمدين يعادل له في المقدار . جاء في الشرح الصغير للدردير (جزء ٢ ص ١٤٣) : « وشرط لصحتها . . تساوى الدينين ، المحال به وعليه ، قدرأ وصفة . فلا تصح حوالة بعشرة على أكثر منها ولا أقل ، ولا بعشرة محمدية على عشرة يزيدية ولا عكسه . فليس المراد بالتساوى أن يكون ما على الخليل مثل ما على المحال عليه قدرأ وصفة ، لأنه يجوز أن يحيل بعشرة على عشرة من عشرين على غريمه ، وأن يحيل بخمسة من عشرة على خمسة على غريمه » .

(٢) وتشرح المالكية بأن الحوالة ، في حالة تساوى الدينين : هي « إحالة » الدين ، وليست بيع الدين بالدين . قال ابن جزى : « والشرط الثاني أن يكون الدين المحال به مساوياً للمحال فيه في الصفة والمقدار ، فلا يجوز أن يكون أحدهما أقل أو أكثر ، أر أدنى أو أعلى ، لأنه يخرج عن الأحالة إلى البيع ، فيدخله الدين بالدين » (القوانين الفقهية ص ٣٢٧) . أما عند الشافعية فالحوالة هي بيع دين بدين . جاء في المذهب : « لا تجوز الحوالة إلا على دين يجوز بيعه . . لأن الحوالة بيع في الحقيقة ، لأن المحتال يبيع ماله في ذمة الخليل بما له في ذمة المحال عليه . وال خليل يبيع ماله في ذمة المحال عليه بما عليه من الدين ، فلا تجوز إلا فيما يجوز بيعه » (المذهب جز أول ص ٣٢٧) .

(٣) جاء في أسنى المطالب شرح روض الطالب (جزء ٣ ص ٢٣٢) : « لا يعتبر التناهيما في الرهن ولا التمان ، بل لو أحاله بدين أو على دين به رهن أو ضمان ، بعتك الرهن وبرى الضامن ، لأن الحوالة كالقبض بدليل سقوط حبس المبيع والزوجة فيما إذا أحال المشتري بالثمن والزوج بالصدوق . ويفارق المحتال الوارث في نظيره من ذلك ، لأن الوارث خليفة مورثه فيما ثبت له من الحقوق » . وجاء في حاشية الشرقاوى على شرح التحرير (جزء ٢ ص ٢٦) . « فلو كان في أحد الدينين توثق برهن أو ضمان ، لم يؤثر ولم ينتقل الدين بصفة التوثق . بل يسقط التوثق ، لأن الحوالة كالقبض بدليل سقوط حبس المبيع والزوجة فيما إذا أحال المشتري بالثمن والزوج بالصدوق » . وجاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (جزء ٢ ص ٣٩٤) : « إن »

في أن هذا الدين قد انقضى، فليس هو الذي قام في ذمة المحال عليه للدائن . كذلك لا ينتقل إلى الدائن الحق الذي كان للمدين في ذمة المحال عليه للأسباب الآتية : (١) لا تنتقل أيضاً تأمينات هذا الحق لتكفل الحق الذي قام للدائن في ذمة المحال عليه (١) . (٢) لو كان حق المدين في ذمة المحال عليه قد انتقل إلى الدائن ، فقد كان ينبغي أن يكون للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن بالدفع التي كان يدفع بها مطالبة المدين ، دون الدفع المستمدة من علاقة المديونية ما بين المدين والدائن ، ولكن في بعض النصوص ما يصرح بعكس ذلك (٢) . (٣) ولو كان هذا الحق

= أطلق الحوالة ولم يتعرض لتعلق حقه بالرهن ، فينبغي أن تصح وجهاً واحداً وينفك الرهن ، كما إذا كان له به ضامن فأحال عليه به من له دين لا ضامن به صحت الحوالة وبرى الضامن ، لأنها معاوضة أو استيفاء وكل منهما يقتضي براءة الأصل فكذلك يقتضي فك الرهن . فان شرط بقاء الرهن ، فهو شرط فاسد تبطل به الحوالة إن قارنها .

(١) جاء في الفرر البهية شرح البهجة النوردية (جزء ٣ ص ١٤٤ وما بعدها) : « لو أحاله على دين به رهن أو ضامن ، انفك الرهن وبرى الضامن ، لأن الحوالة كالتبضع » . انظر أيضاً ما قدمناه من النصوص : أسنى المطالب شرح روض الطالب جزء ٣ ص ٢٣٢ — حاشية الشراوى على شرح التحرير جزء ٢ ص ٢٦ — نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج جزء ٣ ص ٣٩٤ . (٢) أما أنه ليس للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن بالدفع التي كان يدفع بها مطالبة المدين ما لم يكن الدين الذي في ذمته للمدين غير موجود أصلاً ، فقد جاء في المذهب (جزء أول ص ٣٣٨ ص ٣٣٩) : « وإن أحال البائع رجلاً على المشتري بالألف ، ثم رد المشتري المبيع بعيب ، لم تبطل الحوالة وجهاً واحداً ، لأنه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين وهو الأجنبي المحتال فلم يجوز إبطالها . وإن أحال البائع على المشتري رجلاً بألف ، ثم اتفقا على أن العبد كان حراً ، فإن كذبهما المحتال لم تبطل الحوالة ... فإن أقاما على ذلك بيئة لم تسمع ، لأنهما كذبا البيئة بدخولها في البيع . وإن صدقهما المحتال بطلت الحوالة ، لأنه ثبتت الحرية وسقط الثمن فبطلت الحوالة » . وهناك خلاف فيما إذا كان يجوز للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن بالدفع المستمدة من علاقة المديونية ما بين الدائن والمدين ، فقد جاء في المذهب : « وإذا اشترى رجل من رجل شيئاً بألف وأحال المشتري البائع على رجل بالألف . ثم وجد بالمبيع عيباً فرده ، فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو علي الطبري لا تبطل الحوالة فيطالب البائع المحال عليه بالمال ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن . لأنه تصرف في أحد عوضي البيع فلا يبطل بالرد بالعيب ، كما لو اشترى عبداً بثوب وقبضه وباعه ثم وجد البائع بالثوب عيباً فرده . وقال أبو اسحق تبطل الحوالة . فلا يجوز تبضع مطالبة المحال عليه ، لأن الحوالة وقعت بالثمن ، فإذا نسخ البيع خرج المحال به عن أن يكون ثمناً ، فإذا خرج عن أن يكون ثمناً ولم يتعلق به حق غيرهما وجب أن تبطل الحوالة ... ويخالف هذا إذا اشترى عبداً وقبضه وباعه ، لأن العبد تعلق به حق غير المتعاقدين وهو المشتري الثاني فلم يمكن إبطاله ، والحوالة لم يتعلق بها حق غيرهما وجب إبطالها » (المذهب جزء أول ص ٣٣٨)

قد انتقل إلى الدائن ، وكان المحال عليه معسراً وقت الحوالة أو أعسر بعد ذلك ، فقد كان ينبغي أن يرجع الدائن على المدين بالضمان ، ولكن الظاهر من النصوص أن المدين لا يضمن إعسار المحال عليه (١) . (٤) ولو كان مقدراً لهذا الحق أن ينتقل إلى الدائن ، ولكن لم يتمكن المدين من نقله ، كأن كان الحق ثمناً لمبيع استحق أو كان ودیعة فهلكت ، فقد كان ينبغي أن يرجع الدائن غير مستوف لدينه أو أن الحق لم ينتقل إليه ، فيبقى للدائن دينه في ذمة المدين . ولكن هذا الحكم لا يظهر في وضوح من النصوص .

ويستوقف النظر على كل حال أن الحوالة ، في المذاهب الثلاثة لا تكون إلا حيث يكون المدين دائناً في الوقت ذاته للمحال عليه بجنس ماعليه وبمقداره (٢) .

(١) جاء في القوانين الفقهية لابن جزی : « فإذا وقعت الإحالة ، برئت بها ذمة المحيل من الدين الذي كان عليه للمحال ، وانتقل إلى طلب المحال عليه . ولا رجوع للمحال على المحيل إن أفلس المحال عليه أو أنكر ، إلا أن يكون المحيل قد عثر الخال لكونه يعلم فإفس المحال عليه أو بطلان حقه قبله ولم يعلم المحال بذلك . وقال الشافعي لا يرجع على المحيل ، غره أو لا يغره » (القوانين الفقهية ص ٣٢٧) . وجاء في المذهب : « إذا أحال بالدين ، انتقل الحق إلى المحال عليه وبرئت ذمة المحيل ، لأن الحوالة إما أن تكون تحويل حق أو بيع حق . وأيهما كان وجب أن تبرأ به ذمة المحيل . وإن أحاله على ملء فأنفس أو جحد الحق وحلت عليه ، لم يرجع إلى المحيل ، لأنه انتقل حقه إلى مال يملك بيعه ، فسقط حقه من الرجوع ، كما لو أخذ بالدين سائمة ثم تلفت بعد القبض . وإن أحاله على رجل بشرط أنه ملء فبان أنه معسر ، فقد ذكر المزي أنه لا خيار له ، وأنكر أبو العباس هذا وقال له الخيار لأنه غره بالشرط فثبت له الخيار ، كما لو باعه عبداً بشرط أنه كاتب ثم بان أنه ليس بكاتب . وقال عامة أصحابنا لا خيار له ، لأن الإعسار نقص ، فلو ثبت به الخيار لثبت من غير شرط كالعيب في المبيع ، ويخالف الكتابة فإن عدم الكتابة ليس بنقص وإنما هو عدم فضيلة ، فاختلف الأمر فيه بين أن يشترط وبين ألا يشترط » (المذهب جزء أول ص ٣٢٨) . وجاء في الزم لأشاعري (جزء ٢ ص ٢٠٣) : « أخبرنا الربيع بن سليمان قال أخبرنا الشافعي إمامنا قال : والقول عندنا والله تعالى أعلم ما قال مالك بن أنس أن الرجل إذا أحال على الرجل بحق له ، ثم أفلس المحال عليه أو مات ، لم يرجع المحال على المحيل أبداً » . وجاء في المفتي : « فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت ، برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء . إذا ثبت أن الحق انتقل . ففى رضى بها المحتال ولم يشترط اليسار ، لم يعد الحق إلى المحيل أبداً ، سواء أمكن استيفاء الحق أم تعذر لمطل أو فليس أو غير ذلك » (المفتي ٥ ص ٥٨) .

(١) بل إن الفقه المالكي يشترط فوق ذلك أن يكون الدين المحال به حالا ، فإذا لم يكن حالا وجب على الأقل أن يكون الدين المحال عليه حالا وأن يقبضه المحال قبل التفريق ، وفي هذا =

أليس من البديهي أن يقال في هذه الحالة إن المدين إنما يوفى، عن طريق ما يسمى بالحوالة، الدين الذى عليه للدائن بالحق الذى له في ذمة المحال عليه؟ فهو بدلا من أن يستوفى حقه من المحال عليه، ثم يوفى بهذا الحق الذى استوفاه الدين الذى عليه للدائن، يختصر هاتين العمليتين في عملية واحدة، فيقضى الدين الذى عليه بالحق الذى له، دون أن يستوفى شيئا من مدينه أو يوفى شيئا لدائنه، بل يقتصر على أن يحيل دائنه على مدينه؛ هذا هو الظاهر الواضح. ولكن على أى أساس أجرى المدين كل ذلك؟ لا نرى أن المدين حول على مدينه الدين الذى في ذمته للدائن، لأن تأمينات هذا الدين لا تنتقل بل تنقضى كما قدمنا. وإنما هو وفي لدائنه ما عليه من الدين من طريق التجديد بتغيير المدين، فانقضى الدين الأصلي، وحل محله دين جديد استبدل فيه بنفسه المحال عليه، ومن ثم لم تنتقل التأمينات إلى هذا الدين الجديد. ولا نرى أن المدين حول لدائنه الحق الذى له في ذمة المحال عليه، لأن تأمينات هذا الحق لا تنتقل بل تنقضى كما قدمنا، وهذا إلى الأسباب الأخرى التى سبق ذكرها والتى تدعو إلى القول بأن هذا الحق لم ينتقل. وإنما هو استوفى من المحال عليه حقه هذا عن طريق التجديد بتغيير الدائن، فانقضى الحق الأصلي، وحل محله حق جديد استبدل فيه بنفسه الدائن، ومن ثم لم تنتقل التأمينات إلى هذا الحق الجديد. فهو باعتباره مدينا قد استبدل بنفسه مدينه، وهو باعتباره دائنا قد استبدل بنفسه دائنه. وخرج على هذا النحو عن المديونية والدائنية، فأسقط كلا من الدين والحق. وأنشأ التزاما جديدا، إذ وضع مدينه مكانه تجاه دائنه، كما وضع دائنه مكانه تجاه مدينه، واستطاع بهذا أن يصل بين مدينه ودائنه، فيجعل الأول هو المدين للثاني في هذا الالتزام الجديد (١).

= ما يبرز في وضوح أن الحوالة ليست إلا وفاء دين بدين. جاء في الشرح الكبير للدردير (جزء ٣ ص ٢٢٦ وما بعدها) : « شرط صحة الحوالة ... حلول الدين المحال به، وهو الذى على المحيل لأنه إذا لم يكن حالا أدى إلى تعبير ذمة بذمة فيؤدى إلى بيع الدين بالدين ... إلا أن يكون المحال عليه حالا ويقبضه قبل أن يتفرقا مثل الصرف فيجوز ».

(١) وما يؤيد أن الدين الذى قام في ذمة المحال عليه للدائن ليس هو نفس الدين الذى كان في ذمة المدين للدائن بل هو نظيره أى التزام جديد معادل له، ما جاء في كشف القناع محل ألفاظ أبي شجاع (جزء ٢ ص ٤٨) : « وتبرأ بالحوالة الصحيحة ذمة احميل عن دين المحتال، ويسقط دينه عن المحال عليه، ويلزم دين محتال محالا عليه أى يصير نظيره في ذمة ».

فالحالة المقيدة في المذاهب الثلاثة هي إذن ، في نظرنا ، وفاء دين بحق ، عن طريق إسقاط كل من الدين والحق ، وإنشاء التزام جديد يستوفي به المدين الحق وينبى بالدين . فتنتهى إلى تجديد بتغيير الدائن بالنسبة إلى استيفاء الحق ، وإلى تجديد بتغيير المدين بالنسبة إلى الوفاء بالدين .

أما ما يمكن أن نسميه بالحالة المطلقة في المذاهب الثلاثة ، حيث لا يكون للمدين دين في ذمة المحال عليه ، فهذه ليست حالة أصلاً ، حتى بالاسم ، فقد رأينا أن المذاهب الثلاثة لا تسميها حالة . فإذاحول المدين دائنه على أجنبي غير مدين له ، فهو إنما يجعل من هذا الأجنبي كفيلاً له . فالحالة هنا كفالة محضة لا تحوير فيها ، أو هي حالة كما تقول المالكية (١) . ولا بد من رضا الدائن والمدين والمحال عليه جميعاً بهذه الحالة . فإذا انعقدت ، اعتبر المحال عليه كفيلاً للمدين ، وكان الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب المحال عليه ، ولا يتعين أن يطالب المحال عليه أولاً كما يتعين ذلك في المذهب الحنفي فيما دعونه بالكفالة المحورة (٢) .

= ويخلص من كل ذلك أن حالة الدين في الفقه الإسلامي تدخل في منطقة الوفاء بالدين لا في منطقة بيعه أو انتقاله . ويقول ابن القيم نقلاً عن ابن تيمية في هذا المعنى : « إن الحالة من جنس إيفاء الحق لا من جنس البيع ، فإن صاحب الحق إذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاء ، فإذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدين عن الدين الذي في ذمة المحيل ... ووفاء الدين ليس هو البيع الخاص وإن كان فيه شرب المعاوضة » (إعلام الموقعين ١ ص ٣٤١) .

(١) يؤيد ذلك النصوص الآتية : جاء في الخطاب (جزء ٥ ص ٩١) : « قال في المذمة وإذا أحالك على من لمس قبله دين ، فليست حالة وهي حالة » . وجاء في الخرشي (جزء ٦ ص ١٧) : « ومن شروطها ثبوت دين للمحيل في ذمة المحال عليه ، وإلا كانت حالة عند الجمهور » . وجاء في المذهب (جزء أول ص ٣٣٧) : « ولا تحوز الحالة إلا على من له عليه دين ، لأن بيتنا أن الحالة بيع ما في الذمة بما في الذمة ، فإذا أحال على من لا دين له عليه كان بيع معدوم فلم تصح . ومن أصحابنا من قال تصح إذا رضى المحال عليه ، لأنه تحمل دين يصح إذا كان عليه مثله فيصح وأن لم يكن عليه مثله كالضمان . فعلى هذا يطالب المحيل بتخليصه ، كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه . فإن قضاء بإذنه رجع على المحيل ، وإن قضاء بغير إذنه لم يرجع » .

(٢) ويخلص من ذلك أن الحالة المطلقة في المذاهب الثلاثة تختلف في طبيعتها عن الحالة المقيدة ، فالأولى كفالة محضة ، والثانية تجديد بتغيير المدين وتجديد بتغيير الدائن . أما في المذهب الحنفي فالحالة المطلقة لا تختلف في طبيعتها عن الحالة المقيدة ، كلتاهما إما تجديد بتغيير = (م ٢٨ - الوسيط)

حوالة الحق : رأينا في حوالة الدين أن المذهب الحنفى يتميز عن المذاهب الثلاثة الأخرى . أما هنا ، في حوالة الحق ، فالمذهب المالكي هو الذى يتميز عن المذاهب الثلاثة الأخرى ، الحنفية والشافعية والحنابلة .

(١) فنبدأ بالمذهب المالكي : والظاهر أن هذا المذهب يقر حوالة الحق فيما يسميه بهبة الدين وبيع الدين . ويشترط لانعقاد هبة الدين من غير المدين — وهى حوالة حق عن طريق التبرع — ما يشترط لانعقاد الهبة بوجه عام . فيشترط إذن القبض ، ويتم بالإشهاد أو بتسليم سند الدين أو « ذكر الحق » كما يقول مالك (١) . ويشترط لانعقاد بيع الدين من غير المدين — وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة — ما يشترط لانعقاد البيع بوجه عام . ويشترط إلى جانب ذلك شروط أخرى . منها إقرار من عليه الدين بحق الدائن ، فلا يجوز بيع حق متنازع فيه . ومنها التعجيل بالثمن ، وأن يكون الدين المبيع غير طعام ، وأن يكون الثمن من غير جنس المبيع ، وأن يقع البيع لغير خصم المدين حتى لا يكون في البيع إعانات للمدين بتمكين خصمه منه (٢) . ولا تنتقل التأمينات التى كانت

= المدين إذا قلنا بانتقال المطالبة والدين جميعاً ، وإما كفالة محورة إذا قلنا بانتقال المطالبة وحدها دون الدين ، وإما كفالة محضة إذا قلنا بعدم انتقال أى من الدين والمطالبة . وإنما تزيد الحوالة المفيدة على الحوالة المطلقة ، في المذهب الحنفى ، بوجود دين في ذمة المحال عليه للمدين يخصص لوفاء الدين المحال به على قول الأئمة الثلاثة ، أو يكون مرهوناً فيه على قول زفر .

(١) وقد جاء في المدونة : « قلت أرأيت أن وهبت لرجل ديناً لى عليه كيف يكون قبضه ، قال إذا قال قد قبلت فذلك جائز له ، وهذا قبض لأن الدين عليه ، وهذا قول مالك ، وإذا قبل سقط . قلت فإن وهبت لرجل ديناً على رجل آخر ، قال قال مالك إذا أشهد له ، وجمع بينه وبين غريمه ، ودفع إليه ذكر الحق ، فهو قد قبض . قلت فإن لم يكن كتب عليه ذكر حق كيف يصنع ، قال إذا أشهد له وأحاله عليه فهذا قبض في قول مالك . قلت فإن كان الغريم غائباً ، فوهب لرجل ماله على غريمه وأشهد له بذلك ودفع إليه ذكر الحق وأحاله عليه ، أ يكون هذا قبضاً في قول مالك ، قال نعم . قلت أرأيت الدين إذا كان على الرجل وهو بأفريقية وأنا بالفسطاط ، فوهبت ذلك الدين الذى لى بأفريقية لرجل مسمى بالفسطاط ، وأشهدت له ، وقبل ، أ ترى ذلك جائزاً ، قال نعم . قلت لم أجزته في قول مالك ، قال لأن الدين هكذا تقبض ، وليس هو شيئاً بعينه يقبض ، إنما هو دين على رجل فقبضه أن يشهد له ويقبل الموهوب له الهبة » (المدونة الكبرى جزء ١٥ ص ١٢٦ — ١٢٧) .

(٢) وقد جاء في شرح التاودى للتحفة : « وإنما يجوز بيع الدين لغير من هو عليه ، مع حضور المدين وإقراره وإن كان عليه بينة ، لأنه قد يظن فيها أو يدعى القضاء فيكون من شراء =

للحق من رهن أو كفالة ، إلا بالشرط وباقرار الكفيل بالكفالة وإن كان لا يشترط رضاؤه بالحوالة (١) .

(ب) وننتقل الآن ، في حوالة الحق ، إلى المذاهب الثلاثة الأخرى ، الحنفية والشافعية والحنابلة . فهذه المذاهب جميعاً لا تقر حوالة الحق ، ولا تجز بيع الدين

= ما فيه خصومة وهو ممنوع على المشهور . وأجاز ابن القاسم في سماع موسى بن معاوية شراء الدين على الغائب ... مع تعجيل الثمن وإلا كان من بيع الدين بالدين ، وكونه ليس طعام من يبيع فإن كان الدين طعام من يبيع لم يجوز لما تقدم من منع بيع طعام المعاوضة قبل قبضة . وبیمه بغير جنس مرعى : فإن بيع بمنسه لم يجوز ، لأن الشأن في الدين أن يباع بأقل فيكون سلفاً بمنفعة . وسادس الشروط ألا يكون المشتري عدوا للمدين يقصد بالشراء إعناته ، وإلا رد البيع وفسخ « (التاودي على التحفة ٢ ص ٤٧) .

ونرى من هذا النص إنه لا يشترط لجواز بيع الدين لغير من هو عليه رضا المدين ، ولكن يجب مع ذلك توافر الشروط الآتية : (١) ألا يكون الدين حقاً متنازعا فيه ، لأن شراء ما فيه خصومة ممنوع . (٢) ألا يكون الدين طعاماً في ذمة المدين ، لأن بيع الطعام قبل قبضه ممنوع . (٣) ألا يكون الثمن من جنس الدين ، إذ المشتري يشتري الدين المؤجل عادة بأقل من قيمته فيكون سلفاً بمنفعة ويدخله الربا . (٤) أن يعجل الثمن ، وإلا كان من بيع للدين بالدين وهذا غير جائز . (٥) ألا يكون المشتري خصماً للمدين ، وإلا كان في هذا إعنات للمدين بتسليط خصمه عليه . (انظر في ذلك أيضاً المدونة الكبرى ٩ ص ١٢٨ — ص ١٣٠) . ويبدو أن بيع الدين من غير المدين في المذهب المالكي ، بالشروط المتقدمة الذكر ، أقرب إلى أن يكون وفاء مع الحلول أو وفاء للدين بمقابل صادراً من غير المدين . فالأجنبي يتقدم إلى الدائن ويوفيه دينه أو يوفيه مقابلاً من غير جنس الدين ، ويرجع بالدين على المدين . ولو كان هذا بيعاً لأمكن تأجيل الثمن . فمن المسلم أن البيع يجوز تأجيل الثمن فيه ، ولأمكن الأجنبي ، بدلاً من الوفاء بالدين أو بمقابل الدين في الحال ، وهذا هو التعجيل بالثمن ، أن يبقيه ديناً في ذمة . ولكن المقطوع به في مذهب مالك أنه لا يجوز بيع الدين من غير المدين بثمن مؤجل .

(١) وقد جاء في شرح التاودي للتحفة : « وإذا بيع الدين أو وهب أو تصدق به ، وكان فيه رهن أو حميل ، لم يدخل واحد منهما إلا بالشرط ، مع حضور الحميل وإقراره بالحامنة ، وإن لم يرض بالتحمل لمن ملكه . (تنبيه) من يبيع الدين المسألة المنقبة عند العامة يملك الرهن ، وهي أن يكون بيد الإنسان رهن أو دين مؤجل ، ويحتاج إلى دينه فيبيعه بما يباع به . ويجوز المشتري للدين محل بانه في حوز الرهن ، والمنفعة إن كانت المنفعة جعلت له ، وأبيع للرهن بالتفويض الذي جعل للبائع المرتهن ، وغير ذلك . ويكتب في ظهر وثيقة الدين أو في طرفها . فإن سكتا عن الرهن يدخل ، وإن اختلفا في اشتراطه حلفا وفسخ . وحيث دخل فتراهن جعله تحت يد أمين إن لم تشترط منفعة أو اشترطت ولحقه ضرر ، وألا فلا كلام له » (التاودي على التحفة ٢ ص ٤٨) .

إلا ممن عليه الدين ، لأن الدين غير مقدور التسليم إلا للمدين نفسه (١) . على أن في المذهب الحنفى حبلا تحقق كثيراً من الأغراض التى يراد الوصول إليها من وراء حوالة الحق (٢) .

وخلص من كل ذلك أن الفقه الإسلامى لم يقر حوالة الدين بالمعنى المفهوم فى الفقه الغربى فى أى مذهب من مذاهبه . وقد أقر حوالة الحق بشروط معينة فى أحد مذاهبه ، وهو مذهب مالك ، دون المذاهب الأخرى . فلم يكن الفقه

(١) والحنفية تجيز بيع الدين من عليه الدين : إما بشمن معجل ، ويبدو أن هذا أقرب إلى أن يكون وفاء للدين بمقابل . وإما بشمن مؤجل ، ويبدو أن هذا أقرب إلى أن يكون تجديدًا بتغيير محل الدين .

أما الشافعية فى أحد قولين فى مذاهبهم أنه يجوز بيع الدين من غير المدين ، بشرط قبض الدين والتمن فى المجلس . وهذا لا يعدو أن يكون بيعاً محضاً ، عجل فيه الثمن وسلم المبيع . فالبائع تقدم إلى الدائن بسلعته ، وباعها منه بشمن معادل للدين ، ووكله الدائن (المشتري) فى قبض هذا الدين . فقبض البائع الدين من المدين ، واحتجزه ثمناً ، وسلم المبيع إلى المشتري ، وذلك كله فى مجلس البيع .

وأما الحنابلة فلا يجيزون بيع الدين من غير المدين . ويجيزون بيعه من المدين بشمن معجل — وهذا وفاء بمقابل — لابشمن مؤجل . غير أن ابن تيمية وتلميذه ابن القيم يذهبان إلى جواز بيع الدين بالدين ولو بشمن مؤجل (إعلام الموقعين ١ ص ٣٤٠ — ص ٣٤١) ، ولا يمتنعان إلا ابتداء الدين بالدين ، أى أن يكون المبيع ديناً مؤجلاً فى الذمة ويكون الثمن كذلك ديناً مؤجلاً فى الذمة ، كبيع مقدار من القمح مؤجل التسليم فى مبلغ من النقود مؤجل الدفع . وهذا يخرج عن منطقة بيع الدين بالدين .

(٢) فيحتال على حوالة الحق بأحد طريقتين : (١) يوكل الدائن من يريد أن يحول له حقه فى قبض هذا الحق من المدين ثم يهبه إياه ، وهو الطريق الذى كان القانون الرومانى يلجأ إليه . ولكن يستطيع الموكل ، فى هذه الحالة ، عزل الوكيل قبل قبض الدين . (٢) يقر الدائن لمن يريد أن يحول له حقه بأن الحق له . وهذا الإقرار مقصور على العلاقة فيما بين المقر والمقر له ، أما المدين فلا يطالب بالدفع للمقر له . ولذلك يصحب الإقرار بتوكيل من الدائن للمقر له بقبض الدين ، أو يصدق المدين على الإقرار فيسرى فى حقه (انظر فى ذلك الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٦٢ — ص ٦٤ . أما ما يذكره الأستاذ شفيق شحاتة فى ص ٥٧ — ص ٦١ من المسائل التى يستدل بها على جواز حوالة الحق فى الفقه الحنفى ، فيبدو لنا أن التعامل فيها إنما يقع على حوالة الدين لا على حوالة الحق ، فتجرى أحكام حوالة الدين على الوجه الذى أسلفناه فى هذا المذهب ، أو أن الحوالة فى هذه المسائل إنما قصد بها التوكيل بقبض الدين وهذا مألوف فى المذهب الحنفى كما قدمنا : انظر فى هذا المعنى الأستاذ عيسوى أحمد عيسوى مجلة الأزهر ٢٧ ص ١٠١٤ — ص ١٠١٨ و ص ١١١٦ — ص ١١٢٠) .

الإسلامي إذن بدءاً في تطوره كما قدمنا ، ولم يقر حوالة الدين دون أن يقر حوالة الحق ، بل هو قد سار على السنن المألوفة في التطور ، إذ بدأ باقرار حوالة الحق بسبب الموت ، ثم باقرار هذه الحوالة بين الأحياء ولكن في مذهب واحد من مذاهبه . ثم وقف تطوره عند ذلك ، فلم يقر حوالة الحق بين الأحياء في المذاهب الأخرى ، ولم يقر حوالة الدين أصلاً لاسبب الموت ولا بين الأحياء (١) .

٢ — مقارنة الحوالة بالنظم القانونية التي تقرب منها

٢٤١ — النظم القانونية التي تقرب من الحوالة ونسبها : وقبل

أن نفصل أحكام الحوالة ، حوالة الحق وحوالة الدين ، نميزها عما يقرب منها في النظم القانونية ويشتهر بها . فهناك غير الحوالة التجديد (novation) والإنابة في الوفاء (délégation) والوفاء مع الحلول (paiement avec subrogation) .

(١) انظر في الحوالة بوجه عام في الفقه الإسلامي في مذاهب الأربعة : البدائع ٦ ص ١٥ — ١٩ — فتح القدير ٥ ص ٤٤٣ — ص ٤٥٢ — الزيلعي ٤ ص ١٧١ — ص ١٧٥ — الفتاوى الهندية ٣ ص ٢٩٥ — ص ٣٠٦ — ابن عابدين ٤ ص ٤٤٦ — ص ٤٥٩ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٥٠ — ص ٢٥٢ — الخرشي ٦ ص ١٦ — ص ٢١ — الخطاب ٥ ص ٩٠ — ص ٩٦ — القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٢٧ — المهذب ١ ص ٢٣٨ ص ٢٣٩ — المغني (الطبعة الثالثة) ٤ ص ٥٢١ — ص ٥٣٤ .

والذي يخلص من كل ذلك أن حوالة الدين هي إما تجديد أو كفالة محورة أو كفالة محضة في المذهب الحنفي ، وهي تجديد للدين بتغيير المدين وبتغيير الدائن في المذاهب الأخرى . فلم يسلم الفقه الإسلامي أصلاً بانتقال الدين ، لا فيما بين الأحياء ولا بسبب الموت ، لا عن طريق الخلافة الخاصة ولا عن طريق الخلافة العامة . وإنما سلم بانتقال الحق بسبب الموت ، عن طريق الخلافة العامة في الميراث ، وعن طريق الخلافة الخاصة في الوصية بالدين . ولا يكاد يسلم بانتقال الحق فيما بين الأحياء إلا عن طريق الحيلة في المذهب الحنفي ، وإلا في كثير من التردد في مذهب مالك . ولا عجب في ذلك ، فهذا هو السير الطبيعي في تطور الحالة . أما تسليمه بانتقال الحق بسبب الموت ، فيبدو أن ذلك قد قام على فكرة الخلافة : خلافة الوارث للمورث وخلافة الموصى له للموصى . وهي خلافة لا تتحقق عنده إلا بالموت ، فيختص شخص السلف ويحل محله شخص الخلف .

فنقول كلمة موجزة في التمييز بين هذه النظم ونظام الحوالة (١) ، أما تفصيل هذه النظم فمكانه القسم الثالث من هذا الكتاب عند الكلام في أسباب انقضاء الالتزام .

٢٤٢ - الحوالة والتجديد : سنرى أن الالتزام يتجدد ، إما بتغيير

الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد ، وإما بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد ، وإما بتغيير الدين إذا اتفق الدائن والمدين على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره (انظر م ٣٥٢ مدني) .

وبعينا هنا من هذه الصور الثلاث صورتان الأوليان : التجديد بتغيير الدائن ويقابل حوالة الحق ، والتجديد بتغيير المدين ويقابل حوالة الدين .
فيتفق التجديد مع الحوالة في أن التجديد يتضمن كالحوالة إما تغييراً للدائن وإما تغييراً للمدين .

ولكن التجديد يختلف عن الحوالة في أن التجديد يقضي الالتزام الأصلي ، وينشئ مكانه التزاماً جديداً يتغير فيه الدائن أو يتغير المدين . وهذا بخلاف الحوالة كما رأينا ، فإن الالتزام فيها ينتقل هو نفسه ، بجميع مقوماته وخصائصه ، من دائن إلى دائن آخر أو من مدين إلى مدين آخر . ففي الحوالة ينتقل الالتزام

(١) ويحسن التمييز أيضاً بين حوالة الحق والاشتراط لمصلحة الغير . فالاشتراط لمصلحة الغير لا يحول للغير حقاً له ، بل يشترط لمصلحته حقاً يلزم به المتهدد ، ينشأ للغير حق مباشر . يستمد من عقد الاشتراط ذاته دون أن ينتقل إليه من المشتري بطريق الحوالة . وقد قضت محكمة النقض في هذا الشأن بأنه إذا جعل شخص من شخص آخر مستحقاً لقيمة التأمين الذي تعاقد عليه مع شركة التأمين ، بطلب اشتراط لمصلحة الغير اشتراطه المؤمن له على الشركة لمصلحة المستحق ، لا يترتب حقاً للمستحق قبل المشتري أو ورثته من بعده بسبب إلغاء بوليصة التأمين لاستناع المشتري عن دفع أقساطه ، إلا إذا كان الاشتراط قد حصل مقابل حق للمستحق على المشتري . وليس هو حوالة من المشتري للمستحق تفيد بذاتها مديونية المشتري للمستحق بمقابل قيمتها (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٦ ص ٢٩٧) .

بضماناته وصفاته ودفعه ، أما في التجديد فيحل محل الالتزام الأصلي التزام جديد بضمانات وصفات ودفع قد تختلف عن تلك التي كانت للالتزام الأصلي (١). وقد نصت المادة ٣٥٦ مدني على أنه ١ - يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه ، وأن ينشأ مكانه التزام جديد . ٢ - ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك . ثم تنص المادة ٣٥٨ مدني على أنه « لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة ، عينية كانت أو شخصية ، ولا التضامن إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » .

ونرى من ذلك أن الحوالة أفضل بكثير من التجديد ، فهي تحتفظ بالالتزام ذاته دون تغيير فيه ، ويبقى لهذا الالتزام ضماناته وصفاته ودفعه لمصلحة كل من الدائن والمدين (٢) . وقد ذهب التقنين المدني الألماني ، بعد أن نظم كلا من حوالة الحق وحوالة الدين ، إلى حد إلغاء التجديد بتاتا ، سواء بتغيير الدين أو بتغيير الدائن أو بتغيير المدين ، واستعاض عن التجديد بتغيير الدين الوفاء بمقابل ، وعن التجديد بتغيير الدائن حوالة الحق ، وعن التجديد بتغيير المدين حوالة الدين (٣) . والواقع من الأمر أن التجديد لم يعد له ، إلى جانب الحوالة ، مكان يذكر ، فإن الحوالة تغطي عليه ويؤثرها الناس في تعاملهم . ولقد كان للتجديد مكان ملحوظ في التقنين المدني السابق ، لأن هذا التقنين لم يكن ينظم حوالة الدين كما سبق القول ، فكان التجديد بتغيير المدين يقوم إلى مدى محدود بمهمة هذا النوع من الحوالة . ولكن بعد أن نظم التقنين المدني الجديد حوالة الدين ، لم يعد للتجديد دور محسوس في التعامل .

(١) هذا إلى أن التجديد بتغيير الدائن يقتضي في انعقاده رضا المدين الأصل ، أما حوالة الحق فلا تقتضي في انعقادها رضا المحال عليه . والتجديد بتغيير المدين يتم باتفاق المدين القديم والمدين الجديد والدائن ، أما حوالة المدين فتتم باتفاق المدين القديم والمدين الجديد وحدهما ، أما قبول الدائن فلازم في نفاذ الحوالة لا في انعقادها . وقد يتم التجديد بتغيير المدين عن طريق اتفاق المدين الجديد والدائن وحدهما ، وتتفق حوالة الدين في ذلك مع التجديد .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٣ — دي باج ٣ فقرة ٣٧٢ .

(٣) أما في تقنين الالتزامات السويسري : فقد بقى التجديد ولكن بآثار محدودة ، ولم يخص له هذا التقنين إلا مادة واحدة هي المادة ١١٦ .

٢٤٣ - موالة الدين والائابة فى الوفاء : ويقابل حوالة الدين أيضاً

الإئابة فى الوفاء . وتم الإئابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين (م ١/٣٥٩ مدنى) . ويسمى المدين منيباً ، والدائن مناباً لديه ، والأجنبى مناباً .

فاذا كان المدين المنيب قد اتفق مع دائئه المناب لديه ومع الأجنبى المناب أن يتجدد الدين الذى فى ذمته للدائن بدين جديد يكون فى ذمة الأجنبى المناب للدائن المناب لديه ، فان هذا يكون تجديداً بتغيير المدين (م ٣٦٠/١ مدنى) ، وقد سبق أن ذكرنا الفرق بين هذا التجديد وحوالة الدين .

أما إذا لم يتفق المتعاقدون على التجديد ، فان الالتزام الذى فى ذمة المدين المنيب للدائن المناب لديه يبقى كما هو ، ويضاف إليه التزام جديد ينشأ فى ذمة المناب للمناب لديه (م ٢/٣٦٠ مدنى) .

ونرى من ذلك الفرق ما بين الإئابة فى الوفاء فى هذه الصورة الثانية وحوالة الدين . ففى حوالة الدين ينتقل الدين ذاته إلى ذمة مدين آخر ، وفى الإئابة فى الوفاء يبقى الدين القديم فى ذمة المدين الأصيل وينشأ إلى جانبه دين جديد فى ذمة مدين آخر . وهذا الدين الجديد مستقل عن الدين القديم فى مقوماته وخصائصه ، حتى أنه لا يتأثر بدفوع الدين القديم (١) .

٢٤٤ - موالة الحق والوفاء مع المحلول : ويقرب الوفاء مع المحلول من

حوالة الحق إلى حد كبير . فالوفاء مع المحلول هو أيضاً ، كالحوالة ، ينقل الالتزام من دائن إلى دائن آخر يحل محله ، والالتزام الذى ينتقل هو الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه من ضمانات وصفات ودفوع .

ولكن الوفاء مع المحلول هو وفاء للدين يقوم به غير المدين ، فيحل من وفى الدين محل الدائن فى نفس الالتزام الذى وفاه . أما حوالة الحق فلا تتضمن

(١) بلانيول وريبير وريدوان ٧ فقرة ١١٤٤ — دى باج ٢ فقرة ٢٧٢ .

معنى الوفاء ، بل معنى المضاربة إذا كانت بمقابل ، فإن الدائن ينقل الالتزام إلى دائن آخر في مقابل مال يأخذه عوضاً عن حقه ، فهو يبيع الحق لا يستوفيه . وتتضمن حوالة الحق معنى التبرع إذا كانت بغير مقابل ، فإن الدائن ينقل الالتزام إلى دائن آخر من غير عوض ، فهو يهب الحق لا يستوفيه . وعلى هذا الفرق الجوهرى تركز الفروق الأخرى ما بين حوالة الحق والوفاء مع الحلول ، من حيث قيام كل من الحوالة والحلول ، ومن حيث الآثار التى تترتب على كل منهما .

فن حيث قيام الحوالة والحلول ، تقوم حوالة الحق على اتفاق ما بين الدائن الأصلى والدائن الجديد بحول بموجبه الأول للثانى الحق الذى له ، وليس من الضرورى رضا المدين بالحوالة ويكفى إعلانه بها لتكون نافذة فى حقه . أما الحلول فتارة يكون بحكم القانون إذا قام بالوفاء شخص غير المدين فى حالات معينة (أنظر المادة ٣٢٦ مدنى وسيأتى تفصيلها فى موضعه) ، وطوراً يكون باتفاق بين الدائن الأصلى والدائن الجديد يستوفى بموجبه الأول حقه من الثانى ويحل محله فيه (م ٣٢٧ مدنى) ، أو باتفاق بين المدين والدائن الجديد بفترض بموجبه الأول مالا من الثانى يوفى به الدين ويحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ، على أن يذكر فى عقد القرض أن المال المقرض قد خصص لوفاء الدين وفى المخالصة أن وفاء الدين كان من هذا المال المقرض (م ٣٢٨ مدنى) .

ومن حيث الآثار التى تترتب على كل من الحوالة والحلول ، يرجع الدائن الجديد فى حوالة الحق على المدين بكل الحق ، لأنه يكون إما قد اشتراه من الدائن القديم ، أو وهب له منه . أما فى الوفاء مع الحلول ، فلا يرجع الدائن الجديد إذا كان قد وفى الحق بأقل من قيمته إلا بمقدار ما وفى وليس بكل الحق ، لأنه بعيد عن فكرة المضاربة ، فلا يأخذ إلا بمقدار ما أعطى (١) .

وسنعود ببيان أوفى إلى المقارنة بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق (٢) . وننتقل الآن ، بعد هذه المقارنات العاجلة ، إلى تفصيل أحكام الحوالة ، بادئين بحوالة الحق ، ونعقها بحوالة الدين .

(١) انظر فى كل ذلك دى باج ٢ فقرة ٣٧٧ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٤٠٦ — فقرة ٤٠٩ .

الباب الأول

حوالة الحق^(*)

(Cession de creance)

٢٤٥- أطراف حوالة الحق : في حوالة الحق ، يتفق الدائن مع أجنبي على أن يحول له حقه الذي في ذمة المدين ، فيحل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه كما قدمنا .

ويسمى الدائن محيلا (cédant) لأنه يحل الأجنبي بالحق الذي له على المدين . ويسمى الأجنبي وهو الدائن الجديد محالا له (cessionnaire) لأن الدائن أحاله بحقه .

ويسمى المدين محالا عليه (cédé) ، لأن الدائن الأصلي أحال عليه الدائن الجديد .

(*) مراجع : أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ وفقرة ٣٥٩ مكررة — بودرى وسينيا فقرة ٧٤٨ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٥ وما بعدها — بيدان ودي لاجريسيه ١١ فقرة ٣٥٢ وما بعدها — دي باج ٣ فقرة ٣٧١ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٣٦٨ — فقرة ١٣١٠ وفقرة ١٦٩٦ — فقرة ١٧٤٠ — كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ٦٢٢ — فقرة ٦٤١ — جوسران ٢ فقرة ٨٠٢ — فقرة ٨٢٦ — كامبيون (Campion) في علم الغير بحوالة الحق غير المعلنة رسالة من ليل سنة ١٩٠٩ — لاب (Lapp) بحث في حوالة المقدم الملزم للجانبين إلى خلف خاص رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٥٠ انسيكلوبيدي دالوز (Cession de Créance) .

الأستاذ شفيق شحاته في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية — الأستاذ عبد الحمى حجازي ٣ ص ٢٤١ — ص ٢٦٧ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٣١١ — ٣٢٢ . الموجز للمؤلف ص ٥٢٧ — ٥٤٨ — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت ص ٥٣٩ — ص ٥٦٠ .

٢٤٦ - الأغراض المختلفة لحوالة المحل : وحوالة الحق ، وإن كانت

صورتها واحدة لا تتغير ، متنوعة الأغراض والمقاصد . فقد يقصد الدائن أن يبيع حقه من المحال له الدائن الجديد ، وقد يقصد أن يهبه إياه ، أو يرهنه عنده ، أو يوفى به ديناً عليه لهذا الدائن الجديد فتكون الحوالة وفاء بمقابل لهذا الدين . والعبرة بالإرادة الحقيقية للمحيل والمحال له ، والتعرف على هذه الإرادة مسألة واقع تقدرها محكمة الموضوع دون تعقيب عليها من محكمة النقض (١) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٧ ص ٤٨٥ - أنسيكلوبيدي دالوز (Cession de Créance) فقرة ٧ - فقرة ٩ وفقرة ١٢ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الحوالة بالحق حاصلة بقصد الوفاء للمحتال ، فإنها تنقل إليه الملكية في الدين ، ويكول للمحتال أن يباشر بموجبها التنفيذ ... متى استخلصت المحكمة استخلاصاً سائغاً من أوراق الدعوى وظروفها أن المقصود من الحوالة إنما كان استيفاء المحتال حقاً له قبل المحيل من الدين المحال بطريق التنفيذ بمقتضى عقد الحوالة الرسمي الذي أحله محل الدائن في كل ماله من حقوق قبل المدين ، فإن المجادلة في ذلك لا تكون إلا مجادلة موضوعية (نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٩ ص ٢١٧) .

وأياماً كان الغرض من الحوالة ، فهناك قواعد عامة تنطبق على كل حوالة : يبدأ كانت أروبة أورهنا أو وفاء بمقابل أو غير ذلك ، كاتفاق المحيل مع المحال له على الحوالة وكيف تصبح الحوالة نافذة في حق المحال عليه وفي حق الغير . ثم يشترط بعد ذلك كل عقد بالقواعد الخاصة به ، فالبيع يقتضي الثمن والضمان ، والهبة تقتضي نية التبرع ، والوفاء بمقابل يقتضي وجود دين في ذمة المحيل للمحال له بوفاء بالحوالة ، والرهن يقتضي أيضاً وجود دين في ذمة محيل للمحال له يرهن فيه المحيل حقه عن طريق الحوالة . والأهلية اللازمة للحوالة هي الأهلية اللازمة للمقد الذي تنقل عليه فقد تكون أدلية انصرف أو أهلية التبرع بحسب الأحوال (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٧ ص ٤٨٥ - الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ١٧) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا السد ما يأتي : « وإذا كان الغالب في هذه الحوالة أن تتم في مقابل مبلغ من المال يؤدي بوصفه ثمن ، وأن تتوافر فيه مقومات البيع من هذا الوجه ، إلا أنها قد تنشأ أحياناً للاعتياض فتكون وفاء بمقابل ، وقد ينتش فيها المقابل فتكون هبة . وقد يقع أن يقصد منها إلى مجرد إنشاء تأمين خاص ، وفي هذه الحالة تنشأ للمحال رهناً ، ولا يترتب عليها نقل الملك في الحق المحال به . ومرجع الحكم في كل أولئك هو نية المتعاقدين . ويتفرع على هذا أن تعيين القواعد الواجب تطبيقها في هذا الشأن يناط بطبيعة التصرف الذي يزمع عقده . وإذا كان من بين هذه القواعد ما يتمين تطبيقه في جميع الأحوال دون تفریق ، كما هو الشأن فيما يتعلق بالإجراءات الخاصة بنفاذ الحوالة في حق الغير ، فثمة قواعد أخرى يختلف حفظها من التطبيق تبعاً لطبيعة المقصود ، ومن ذلك مثلاً قواعد الضمان . وغنى عن البيان أن الطائفة الأولى من تلك القواعد ترتفع عن الخصوصيات على نحو يؤهلها لأن -

قد يقصد المحيل أن يبيع حقه من المحال له ، وعند ذلك يتقاضى ثمناً لهذا الحق ، ويكون عليه ضمان البائع . وفائدته من ذلك أن يكون في حاجة عاجلة إلى المال ، فيحصل عليه من المحال له ثمناً لحقه الذي لم يحل أجله . وقد يكون الحق قد حل أجله ، ولكن قامت صعوبات عملية أمام المحيل للحصول على حقه من مدينه ، فيحول هذا الحق للمحال له ويكون هذا عادة أقدر على تقاضي الحق من المدين . أما فائدة المحال له من شراء الحق فهو ما يجنيه من الكسب ، إذ هو لا بد في تقدير الثمن مستنزل في القليل فوائده الحق إلى يوم حلوله ، وقد يستنزل مقداراً أكبر إذا قدر أن هناك صعوبات عملية في الحصول على الحق من المدين وأنه سيجشم جهداً ومالاً ووقتاً قبل أن يصل الحق إليه . فالمحال له يكون عادة في حالة البيع مدفوعاً بفكرة المضاربة (speculation) ، يستهدف بعض المخاطر سعياً وراء الربح والكسب .

وقد يقصد المحيل أن يهب الحق له ، وتختلف هذه الحالة عن سابقتها كل الاختلاف . فالمحيل مسوق بذية التبرع ، لم تدفعه حاجة إلى المال ، ولم يحفزته على النزول عن حقه صعوبات في الحصول عليه . وكذلك لا يكون المحال مطوباً على فكرة المضاربة ، فهو يتلقى تبرعاً لا يدفع فيه ثمناً .

وقد يقصد المحيل أن يرهن الحق عند المحال له (١)، فقد يكون في حاجة إلى المال وحقه في ذمة مدينه لم يحل أجله ولا يريد بيعه ، فيعتمد إلى اقتراض حاجته من المحال له رهنه عنده حقه . فإذا حل أجل القرض ، فأما أن يكون لمحيل مستطيعاً رده للمحال له فيفك الرهن عن حقه المرهون (٢)، وإما ألا

= تشغل مكاناً طبيعياً في نطاق النظرية العامة للالتزام . وهذه العلة اقتصر المشروع في هذا المقام على الوقوف لدى الأحكام الخاصة بانتقال الالتزام في ذاته (انظر المادة ١٣ من التقنين الألماني والمادة ٩٠٧٨ من التقنين البرازيلي) دون أن يعتد في ذلك بسبب الانتقال أو ترتيب الحق ، سيما كان أو هبة أو مقايضة أو شركة أو رهنه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٩ — ص ١١٠) .

(١) استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٢٦٤ ص ٥٤٤ — استئناف مخطوط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٩ — ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٧٠ .
(٢) استئناف مخطوط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١١٢ .

يكون مستطيعاً رد القرض فينفذ المحال له على الحق المرهون وفقاً للأحكام المقررة في رهن الدين (١) (م ١١٢٣ - ١١٢٩ مدني) . بل تجوز حوالة حق واحد مرتين . الأولى على سبيل الرهن والأخرى على سبيل البيع ، فيكون حق المحال له المشتري في الحوالة الثانية خاضعاً لحق المحال له المرتهن في الحوالة الأولى (٢).

وقد يكون على المحيل للمحال له دين سابق أو لاحق للحق الذي له في ذمة مدينه . ويحل أجل هذا الدين . فلا يجد المحيل أمامه طريقاً للوفاء بدينه للمحال له خيراً من أن ينزل له عن حقه في مقابل هذا الدين ، ويرضى المحال له بالحوالة ، فيكون قد استوفى حقه في ذمة المحيل بحق المحيل في ذمة المحال عليه . وهذا هو الوفاء بمقابل (٣) .

(١) وعلى المحال له المرتهن أن يحدد قيد الرهن الضامن للحق محل الحوالة حتى قبل أن تصح الحوالة نافذة في حق الغير (استئناف مخطط ١٧ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨) . أما إذا استوفى المحال له حقه الذي ارتهن فيه الحق محل الحوالة ، فالترام تجديد القيد يقع على المحيل بهد ذلك (استئناف مخطط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٧٠) . ويبدو للمحيل بوجه عام الصفة الكاملة في أن يتخذ أى إجراء بشأن الحق (استئناف مخطط نفس الحكم السابق) . وللمحال له المرتهن أن يستوفى كل الحق محل الحوالة ولو زاد على حقه المضمون بالرهن ، ثم يرد الزيادة إلى المحيل الراهن (استئناف مخطط ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١) . ولا يجوز للمحال له المرتهن أن يحول الحق محل الحوالة إلى محال له ثان بأقل من قيمته دون رضا المحيل الراهن (استئناف مخطط ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٧٠) .

(٢) استئناف مخطط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٣ .

(٣) استئناف مخطط ١٩ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٢٧ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣١ — أول أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٨ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٨٩ .

هذا وقد يقصد بالحوالة أغراض أخرى : فقد تكون الحوالة مقايضة ، فيحول المحال له إلى المحيل حقاً في مقابل الحق الذي حول له (هيك ١ فقرة ٢٦٦) . وقد تكون الحوالة قرضاً ، فيقبض المحال له الحق من المحال عليه على أن يرد مثله إلى المحال له في الأجل المضروب . وقد تكون الحوالة شركة . فيدفع المحيل حصته في الشركة احق الذي حوله لها . وقد تكون الحوالة وكالة بالقبض بقصد التحصيل ، فيكون المحال له وكيلاً عن المحيل في تحصيل الحق محل الحوالة ، وتقديم حساب عنه لمحيل (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٥ ص ٣٧٥) . فإذا كان سند الدين محرراً لأمر وإذن الدائن ، وحوله هذا نحويلاً لم يذكر فيه تاريخه ولا أن القيمة وصلت ، كان نحويلاً نافعاً لا يورث انتقال الملكية للمحال له ، بل يعتبر توكيلاً في قبض السند عملاً بالمادة ١٣٥ تجاري ، فيجوز أن توجه للمحال =

٢٤٧ — أركان حوالة الحق والآثار التي تترتب عليها : ونبحث في

حوالة الحق في فصلين متعاقبين : (أولا) أركان الحوالة — (ثانيا) الآثار التي تترتب عليها .

له جميع الدفع التي يجوز التمسك بها قبل المحيل : استئناف وطني ٨ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٢٥ ص ٢٩٣ — ٦ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٨ ص ٧٨ — ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٦٧ ص ١٢٣ — طنطا ٤ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٧٧ ص ٣٥٢ — مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٥ رقم ٥١ ص ١٠٦ العطارين ٥ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٢٢٢ ص ٤٤٦ — وقضى بأن اشتراط ذكر عبارة « القيمة وصلت » في التحويل ليكون تاما وإنما محله السندات التجارية : بني مزار ٢ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٨ ص ٥١٢ . وإذا اعتبر التحويل الحاصل من الدائن توكيلا فقط لعدم النص على وصول القيمة ، فإن هذا لا يمنع المحال له من رفع الدعوى باسمه الشخصي على المحال عليه وتفاضى الدين باسمه خاصة ، وكل ما للمدين في هذه الحالة هو أن يدفع قبل المحال له بالدفع التي له قبل المحيل (طنطا ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٩٣ ص ١٨٢) . وعدم ذكر ثمن للحوالة لا يجعلها باطلة ، فقد تكون هبة أو رهنا أو وفاء بمقابل أو غير ذلك ، وتعتبر في أقل تقدير وكالة بالقبض لتحصيل الحق محل الحوالة (استئناف مخطط ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ — ٢٩٣ — ١٤ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ — ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٦ — ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) . ولكن إذا كانت الحوالة ضماناً لاعتماد يفتح في مصرف ، وجب أن يذكر مقدار هذا الاعتماد حتى تكون الحوالة صحيحة ، لأن المحال له ليس له في الحوالة إلا هذا المقدار (استئناف مخطط ١٠ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٤) .

الفصل الأول

أركان حوالة الحق

٢٤٨ - أركانه حوالة الحق هي أركانه الاتفاق برهه عام : حوالة

الحق هي ، كما قدمنا ، اتفاق بين المحيل والمحال له على تحويل حق المحيل الذي في ذمة المحال عليه إلى المحال له . فأركان هذه الحوالة هي أركان أى اتفاق (convention) يتم بين طرفين ، وأركان الاتفاق هي نفس أركان العقد .

ومن ثم تكون أركان حوالة الحق هي التراضي والمحل والسبب . ولا بد أن صدر الرضاء من ذى أهلية له حسب العقد الذى تنطوى عليه الحوالة من بيع أو هبة أو رهن أو وفاء بمقابل أو غير ذلك ، وأن يكون خالياً من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال (١) . كذلك يجب أن تتوافر في المحل شرائطه العامة ، ومحل حوالة الحق هو الحق الذى في ذمة المحال عليه للمحيل ، وهناك شرائط خاصة بهذا المحل هي التى سنعرض لها هنا . والسبب في الحوالة هو الباعث الذى دفع المحيل والمحال له إلى إبرامها ، أى الباعث الذى دفعهما إلى البيع أو الهبة أو الرهن أو الوفاء بمقابل أو غير ذلك من الأغراض المختلفة التى تحققها الحوالة (٢) .

ونحيل في كل ما قدمناه على القواعد العامة التى سبق بسطها فيما يتعلق بالعقد ، فحوالة الحق ليست إلا عقداً أو اتفاقاً (٣) . ونكتفى هنا ببحث مسألتين :

(١) ويعتبر غلطاً جوهرياً أن يكون الرهن الضامن للحق المحال به قد سقط دون أن يعلم المحال بسقوطه (استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٢) . ويعتبر تدليساً ألا يطلع المحامى موكله على المركز الصحيح لحقه في قائمة التوزيع ، ليحمله بذلك على أن يحول له هذا الحق (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٢٢) .

(٢) وتعتبر الحوالة في القوانين الجرمانية مصدراً لالتزام مجرد .

(٣) والحوالة اتفاق لأنها تنقل الالتزام ، ولا تنشئه كالعقد . على أنه لا توجد أهمية عملية

في التمييز ما بين الاتفاق والعقد . وسنعود إلى هذه المسألة : أنظر ما قبل فقرة ٢٠٣ .

(١) محل الحوالة : وذلك لبحث الشرائط الخاصة بحوالة الحق التي سبقت الإشارة إليها . (٢) التراضي ، وذلك لتعدد أطراف الحوالة فبإذن ممن يصدر التراضي ، ومتى تنعقد الحوالة ، ومتى تنفذ في حق المحال عليه وفي حق الغير .

الفرع الأول

محل حوالة الحق

٢٤٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

«يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر ، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام . ويتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين .»

وتنص المادة ٢٠٤ على ما يأتي :

« لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٣٤٩/١ و٢ وطني

والمادة ٤٣٥ مختلط (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٠٣ : ورد هذا النص في المادة ٤٢٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٥ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١١ رص ١١٤) .

م ٣٠٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٢٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض اختلاف لفظي طفيف ، عدل في لجنة المراجعة ، وأصبح رقم النص ٣١٦ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٤ — ص ١١٥) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ١/٢٤٩ و٢ وطني (دكرينو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠) : لا تنتقل ملكية الديون والحقوق المبيعة ولا يعتبر بيعها صحيحاً إلا إذا رضى المدين بذلك بموجب كتابة . فإن لم توجد كتابة مشتملة على رضا المدين بالبيع ، لا تقبل أوجه ثبوت عليه غير ائمين . م ٤٣٥ مختلط : تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع إلى المشتري بمجرد تراضيهما . وسنعلق في مكان آخر على نصوص التقنين المدني السابق فيما يتعلق برضاء المدين .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادتين ٣٠٣ - ٣٠٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٩٠ - ٢٩١ - مدني
التقنين المدني العراقي المادتين ٣٦٢ و ٣٦٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني
المادتين ٢٨٠ - ٢٨١ (١).

ويتبين من السصوص المتقدمة أن حوالة الحق محلها حق الدائن ، فهذا الحق
الشخصي هو الذي ينتقل بالحوالة من الدائن الأصلي إلى اندائن الجديد .

والأصل أن كل حق شخصي قابل للحوالة ، ومع ذلك لا يكون قابلاً لها في
بعض حالات استثنائية . فنستعرض الأصل ، ثم نورد الاستثناءات .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٠٣ - ٣٠٤ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ - ٣٠٤ من
التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٢٩٠ - ٢٩١ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ - ٣٠٤ من
التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٦٢ و ٣٦٤ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ - ٣٠٤ من
التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٢٨٠ : يجوز للدائن أن يتفرغ لشخص آخر من دين
له ، إلا إذا كان هذا التفرغ ممنوعاً بمقتضى القانون أو بمقتضى مشيئة المتعاقدين أو لكون
الموجب شخصياً محضاً وموضوعاً بين شخصين معينين على وجه لا يقبل التغير .

م ٢٨١ : ويجوز التفرغ عن حقوق مطلقة بظرف ما وإن تكن استقبالية محضة . وبصح
التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى الأساس في شأنه ، بشرط أن يرضى المديون الذي
تفرغ الدائن عن دينه . وتبقى مفاعيل هذا التفرغ خاضعة من حيث الصلاحية لأحكام المادة
الثالثة من القانون الصادر في ١٧ شباط سنة ١٩٢٨ . على أنه لا يمكن التلمص من المتفرغ -
حين يكون لديه سب مشروع في إحرازه الحقوق المتنازع عليها ، كأن يكون وارثاً مع المتفرغ
أو شريكاً له في ملك أو دائناً له .

وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني المصري . ولما يتعلق ببيع الحقوق المتنازع
عليها الذي وردت أحكامه في الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ لبناني انظر المادتين ٤٦٩ - ٤٧٠
مصري ، وهي مسألة تخرج عن نطاق البحث . انظر في التقنين اللبناني الدكتور صبحي المحمصاني
في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ١٩ - ص ٢٥ .

§ ١ - الأصل العام - الحق الشخصي قابل للحوالة

٢٥٠ - كل من فهمى قابل في الأصل للحوالة : الحق الشخصي (créance) أياً كان محله ، قابل في الأصل للحوالة به من دائنه الأصلي إلى دائن جديد .

ويغلب في حوالة الحق أن يكون محل هذا الحق مبلغاً من النقود . ولكن يجوز أن يكون محل الحق أشياء مثلية غير النقود (١) . بل ويجوز أن يكون محل الحق عيناً معينة بالذات ، بشرط أن يكون الحق شخصياً لا عينياً (٢) . مثل ذلك الوعد ببيع دار ، يجعل للموعد له حقاً شخصياً قبل الواعد متعلقاً بهذه الدار ، فيجوز للموعد له أن ينزل عن هذا الحق لشخص آخر (٣) .

كذلك يجوز أن يكون محل الحق عملاً أو امتناعاً عن عمل (٤) . فيجوز للمستأجر ، وهو دائن للمؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة ، أن ينزل

(١) وذلك كسند تعهد موقعه بموجه أن يورد قطعاً لشونة الدائن ، فيجوز للدائن حوالة هذا السند (استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٢٠) .

(٢) أما التنازل عن الحقوق العينية فتخضع لإجراءات التبرير والتسجيل إذا كانت عقارية ، لا لإجراءات الحوالة (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٩ وهامش رقم ١٢ — بودري وسينيا فقرة ٧٥٥ — دي باج ٣ فقرة ٣٨١) .

(٣) أنسيكلويدى دالوز Cession de créance فقرة ٥٩ وما بعدها — والمشتري لمحصل مستقبل دائن قبل ظهور المحصول ، فإذا نزل عن حقه الشخصي اتبعت قواعد حوالة الحق . أما بعد ظهور المحصول ، فإن حق المشتري يصبح حقاً عينياً ، إذ تقتل ملكية المحصول للمشتري ولو قبل أن يتسلمه ، فإذا نزل عن حقه لشخص آخر اتبعت إجراءات نقل الحقوق العينية لا لإجراءات الحوالة (قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٤٨٩ هامش رقم ٣) .

ويجوز في البيع غير المسجل لمقار معين بالذات أن يحول المشتري حقه الشخصي وفقاً لإجراءات الحوالة لا لإجراءات التسجيل ، لأن البيع غير المسجل يقتصر على إنشاء حقوق شخصية ، فتكون قابلة للحوالة (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٥٩٤) .

(٤) لوران ٢٤ فقرة ٤٨٠ — هيك ١ فقرة ٣١٢ — جيلوار ٢ فقرة ٧٦٢ — بودري وسينيا فقرة ٧٥٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٢ — عكس ذلك أوبري ورو ٤ فقرة ٣٥٩ .

عن حقه إلى شخص آخر ، وهذا هو النزاع عن الإيجار نظمه التقنين المدني في المواد ٥٩٣ - ٥٩٥ و ٥٩٧ (١) . ويجوز لمشتري المتجر ، إذا اشترط على بائعه عدم المنافسة وهذا التزام بامتناع عن عمل ، أن ينزل عن المتجر الذي اشتراه لشخص آخر ، ويعتبر أنه قد نزل له في الوقت ذاته عن حقه الشخصي قبل البائع بعدم المنافسة . وإذا اشترط مالك العقار على جاره قيوداً في البناء ، كمنعه من مجاوزة حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته ، وكانت القيود حقوقاً شخصية ، وليست حقوق ارتفاق وفقاً للمادة ١٠١٨ مدني ، فإن هذه القيود تكون التزامات بالامتناع عن عمل ، ويجوز للمالك العقار عند نزوله عن عقاره لشخص آخر أن ينزل له عنها مع العقار ، بل هي تنتقل حتماً معه وفقاً لقواعد الخلافة الخاصة (م ١٤٦ مدني) .

ويستوى كذلك ، في القابلية للحوالة ، أن يكون الحق مدنياً أو تجارياً ، أو أن يكون الحق مدوناً في سند مكتوب - حكم قضائي أو سند رسمي أو سند غير رسمي - أو غير مدون أصلاً ، فتجوز حوالة الحقوق التي لا دليل عليها إلا البينة أو القرينة . وكذلك تجوز حوالة الأوراق التجارية من كبيالات وسندات وشيكات وحوالة الأسهم والسندات ، وإن كانت الحوالة في هذه الأوراق لها إجراءات خاصة كما سنرى .

ويستوى أخيراً ، في القابلية للحوالة ، أن يكون الحق منجزاً أو معلقاً على شرط (٢) أو مقترناً بأجل ، بل إن أكثر ما ترد الحوالة عليه هي الحقوق المؤجلة (٣) .

(١) أما الإيجار من الباطن فهو إيجار المستأجر لحقه لا نزوله عن هذا الحق ، فيختلف عن النزاع عن الإيجار (أنظر دي باج ٣ فقرة ٣٨٢) .

(٢) فيجوز للمسار أن ينزل عن حقه في السيرة إذا ما تمت الصفقة التي توجب له هذا الحق ، فهو في هذه الحالة ينزل عن حق معلق على شرط (أنسيكلوبيدي دالواز ١ cession de créanc فقرة ٥١)

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ١١٢ .

٣٥١ — الحقوق المستقبلية : وكما تجوز حوالة الحق المؤجل والحق

المعلق على شرط ، كذلك تجوز حوالة الحق المستقبل (١) . والفرق بين الحق المستقبل (créance future) والحق الشرطي (créance conditionnelle) هو : كما قدمنا عند الكلام في الشرط ، أن الحق الشرطي له وجود قانوني في الحال ، وإن كان هذا الوجود غير بات وغير كامل ، فإذا ما تحقق الشرط أصبح الوجود باتا كاملا وبأثر رجعي من وقت نشوء الحق . وأما الحق المستقبل أو الحق الاحتمالي فليس له وجود قانوني في الحال ، وإنما هو حق يحتمل وجوده في المستقبل ، وإذا وجد فليس لوجوده أثر رجعي ، بل يوجد من وقت تحقق الواقعة التي أنشأته . وقد قدمنا أن الشرط في الحق الشرطي أمر عارض ، وهو وصف يدخل على الحق بعد تمامه وبعد أن تتكامل عناصره . أما الحق الاحتمالي فالواقعة التي تحقق وجوده هي عنصر جوهرى فيه ، وليست أمراً عارضاً كالشرط . فالموصى له قبل موت الموصى حقه مستقبل احتمالي ، والشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه حقه كذلك مستقبل احتمالي (٢) .

ومن ثم كان تصور حوالة الحق المستقبل أو الحق الاحتمالي أصعب من تصور حوالة الحق الشرطي . ومن ثم أيضاً ذهب القضاء الفرنسى ، في بعض أحكامه ، إلى وجوب أن تتحقق عناصر الحق الاحتمالي ولو تحققاً جزئياً ، حتى يكون هذا الحق قابلاً للحوالة (٣) .

(١) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ من تقنين الموجبات والعقود اللباني صراحة على هذا الحكم ، فنصت بأنه « يجوز التفرغ عن حقوق معلقة بظرف ما ، وإن تكن استقبالية محضة » . والنص الفرنسى للعبارة الأخيرة هو ما يأتي : "quand bien même ils seraient purement éventuels" .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦ .

(٣) فلا يجوز المئات أن ينزل عن حقوقه قبل الناشر إلا بعد إمضاء عقد النشر ، ولا يجوز للمقاول أن ينزل عن حقه قبل صاحب العمل إلا بعد إبرام الصفقة معه (بحكمة النقض الفرنسية ٧ أغسطس سنة ١٨٤٣ سيرييه ٤٣ — ١ — ٧٧٥) .

وانظر بودرى سينا فقرة ٧٦٠ — فقرة ٧٦٢ — أنيكلوبيدى دالوز ١ cession de créance فقرة ٧٠ — فقرة ٧٧ .

ولكن الفقه الفرنسى بوجه عام ، ومعه كثير من أحكام القضاء فى فرنسا ، ذهب إلى جواز حوالة الحق الاحتمالى حتى قبل أن يتحقق أى عنصر من عناصره (١). وهذا هو رأى الصحيح ، فإن التعامل فى الأشياء المستقبلية جائز ، والحوالة ليست إلا ضرباً من ضروب التعامل ، فتجوز تأسيساً على ذلك حوالة الحق المستقبل أو الحق الاحتمالى .

ويؤيد هذا الرأى فى التقنين المدنى المصرى نصان : (أولهما) المادة ٩٤٨ وتنص على أن « يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة . . . إذا نزل الشفع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع » . فهنا النزول - وإن كان إسقاطاً لا حوالة - يرد على حق احتمالى . (والنص الثانى) المادة ١٠٤٠ وتقضى بأنه « يجوز أن يترتب الرهن ضماناً للدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى » . فهنا أيضاً للحق الاحتمالى كيان يسمح بأن يترتب له ضمان ، فيصح إذن أن يكون محلاً للتعامل (٢) . وقد ذهب القضاء فى مصر إلى جواز أن يحول مالك العقار مقدماً الربع الذى ينتجه عقاره فى المستقبل ، وتكون هذه الحوالة سارية حتى فى حق الدائنين المقيدين قبل الحوالة (٣) . وذهب أيضاً إلى جواز أن يحول المقلول إلى أحد المصارف الأجرة التى ستستحق له فى نظير الأعمال التى سيعهد بها إليه صاحب للعمل ، وذلك ضماناً لحساب جار يفتحه له المصرف (٤) .

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ص ١٣٣ - ميك ١ فقرة ١٥٩ وفقرة ١٧٥ - جيلوار ٢ فقرة ٧٥ - ديموج فى مقال له فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٥ و سنة ١٩٠٦ - قال فى تعليق له فى سيريه ١٨٩٦ - ٢ - ١٨٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٤ ص ٤٩٣ - ص ٤٩٤ - محكمة النقض الفرنسية ١٧ مارس سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥ - ١ - ٤٤٤ - ٢٩ يونيه سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٤٦٣ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ - ٦٠٥ .

(٢) انظر فى هذا المعنى الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ١٨ - وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٤٧ - أما الموصى له فلا يجوز أن يتصرف فى الوصية قبل موت الموصى ، لجواز رجوع الموصى فى الوصية ، ولأن هذا تعامل فى تركة مستقبلية لم يجزه القانون كما أجاز الوصية .

(٣) استئناف مخطوط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٧ .

(٤) استئناف مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤٥ - ويجب إعلان هذه الحوالة لصاحب العمل حتى تنفذ فى حقه ، ولا يكتفى إعلانها لوكيل عنه تقتصر وكالته على رقابة العمل ودفع الأقساط للمقلول (استئناف مخطوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٠٣) .

٢٥٢ - حوالة الحقوق الناشئة من عقود ملزمة للجانبين : في العقد

الملزم للجانبين يكون كل متعاقد دائناً ومديناً في وقت واحد . ففي عقد الإيجار مثلاً ، المستأجر دائن للمؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة ، ومدين له بالأجرة . وفي عقد التوريد ، المورد دائن بالثمن ، ومدين بتوريد ما تعهد بتوريده . وفي عقد المقاولة ، المقاول دائن بالأجرة ومدين بالعمل . وفي عقد التأمين ، المؤمن له دائن بمبلغ التأمين ، ومدين بالأقساط . وهكذا . فهل يجوز هؤلاء الدائنين المدينين أن يحولوا لغيرهم ما لهم من حقوق ، مع استبقاء ما في ذمتهم من التزامات ؟ .

لا شك في أنه يجوز لهم ، في التقنين المدني الجديد ، بفضل حوالة الحق وحوالة الدين معاً ، أن يحولوا العقد كله للغير ، فيحولوا حقوقهم وفقاً لأحكام حوالة الحق ، ويحولوا ديونهم وفقاً لأحكام حوالة الدين (١) .

ولكن هل يجوز لدائن من هؤلاء أن يقتصر على حوالة حقه مع استبقاء الدين في ذمته ؟ وهل يجوز للمستأجر أن يحول حقه بالنسبة إلى العين المؤجرة ، مع استبقاء الأجرة في ذمته ؟ وهل يجوز للمورد أن يحول حقه في الثمن ، مع بقائه ملتزماً بالتوريد ؟ وهل يجوز للمقاول أن يحول حقه في الأجرة ، مع بقائه ملتزماً بالعمل ؟ وهل يجوز للمؤمن له أن يحول حقه في مبلغ التأمين ، مع بقائه ملتزماً بدفع الأقساط ؟ .

في التقنينات التي تجيز حوالة الدين كما تجيز حوالة الحق ، كالتقنين المدني المصري الجديد ، لا تقوم حاجة عملية إلى حوالة الحق دون الدين ، فإن الأيسر على ذوي الشأن أن يحولوا المحقوق والديون جميعاً ، أي الالتزامات الناشئة من العقد الملزم من الجانبين . وقد نظم التقنين المدني المصري الجديد تنظيمًا

(١) وهذا ما يسميه الفقه الحديث في الوقت الحاضر بحوالة العقد ، وحوالة العقد ليست إلا حوالة مجموع الحقوق والالتزامات الناشئة من هذا العقد (انظر في حوالة العقد لاب Lapp في حوالة العقد الملزم بجانبين لخلف خاص رسالة من ستراسبوج سنة ١٩٥٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٧ مكررة - وانظر الأستاذ شفيق شعاعة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٤٨ ص ٤٢ - الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٢٤٥ - وانظر في التقنين المدني الإيطالي الجديد المواد ١٤٠٦ - ١٤١٠) .

تشريعباً حوالة أحد العقود الملزمة للجانبين ، وهو عقد الإيجار ، باسم التنازل عن الإيجار . فأجاز للمستأجر التنازل عن الإيجار ، ولكن أبقاه ضامناً للالتزامات المتنازل له إلا إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل أو استوفى الأجرة مباشرة من المتنازل له دون أن يبدى أى تحفظ فى شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلى (أنظر المواد ٥٩٣ و ٥٩٥ و ٥٩٧) مدنى (١) .

ولكن الحاجة العملية إلى الترخيص فى حوالة الحق دون الدين إنما تقوم فى التقنيات التى تنظم حوالة الحق دون أن تنظم حوالة الدين ، كالتقنين المدنى الفرنسى (٢) . فى هذه التقنيات لا يتيسر للمتعاقد ، وهو دائن ومدين فى وقت واحد ، أن يحول دينه ، فهل يستطيع مع ذلك أن يحول حقه ؟ دعا إلى التشكك فى هذا الأمر أن الحق والدين فى العقد الملزم للجانبين مرتبطان أحدهما بالآخر ارتباطاً وثيقاً ، حمل بعض الفقهاء على القول بأنه لا فكاك بينهما ، وأنه لا يجوز فصلهما بنحويل أحدهما واستبقاء الآخر (٣) .

والصحيح أنه تجوز حوالة الحق دون الدين فى الأحوال المتقدمة الذكر . وإذا كان الحق والدين مرتبطين أحدهما بالآخر فى العقد الملزم للجانبين ، فليس معنى ذلك أنهما غير قابلين للتجزئة (٤) . وغنى عن البيان أن حوالة الحق دون الدين جائزة فى التقنيات التى تنظم حوالة الدين كما تنظم حوالة الحق كالتقنين

(١) وقد ينظم التقنين تنظيمياً تشريعياً حوالة العقد الملزم للجانبين بما ينشئ من حقوق وديون ، حتى لو كان هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين ، وذلك بفضل ما للمشرع من سلطان تشريعى . وقد كان التقنين المدنى المصرى السابق لا ينظم حوالة الدين ، ومع ذلك نظم حوالة عقد الإيجار ، وأسماءها هو أيضاً « التنازل عن الإيجار » .

(٢) وحتى فى التقنيات التى نظمت حوالة الدين كما نظمت حوالة الحق ، كما هو شأن التقنين المدنى المصرى ، قد تقوم الحاجة إلى الترخيص فى حوالة الحق دون الدين . ذلك أن المتعاقد ، فى عقد ملزم للجانبين ، يستطيع باعتباره دائناً أن يحول حقه دون رضا المتعاقد الآخر ، ولكنه باعتباره مديناً لا يستغنى عن رضا هذا المتعاقد الآخر فى تحويل دينه حتى تنفذ حوالة الدين فى حق دائنه . فإذا لم يكن المتعاقد الآخر راضياً بالحوالة ، فلا مناص من أن يكتفى المتعاقد الأول بحوالة الحق دون الدين .

(٣) ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٨٢ .

(٤) بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٥

المدنى المصرى ، وإذا كانت حوالة كل من الحق والدين جائزة فى هذه التقييمات ، فأولى أن تجوز حوالة الحق وحده .

٢٥٣ — موالة الحقوق المتنازع فيها والحق الشخصى قابل للحوالة حتى لو كان حقاً بنازع فيه المدين . ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى (١) .

وإذا كانت حوالة الحق المتنازع فيه بيعاً . فقد اعتبر المشرع المشتري ، وهو يتصيد الحقوق المتنازع فيها ، مضارباً قد وصل فى المضاربة حداً لا نحمد معه مسابرة فيه . ومن ثم جعل للمدين الذى ينازع فى هذا الحق أن يتخلص من مطالبة المشتري ، إذا هو رد إليه الثمن الحقيقى الذى دفعه — ويكون عادة ثمناً بخساً — مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع (م ٤٦٩ مدنى) . إلا أنه استثنى من هذا الحكم حالات لا تسمح فيها فكرة المضاربة ، بل يكون للمشتري فى الصفقة التى عقدها مسوخ مشروع ، وذلك إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد ، أو إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر ، أو إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه فى ذمة أجنبى وفاء للدين المستحق فى ذمته ، أو إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار (٢) .

(١) استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٣ — وقد كان رضاء المدين ضرورياً لانقضاء الحوالة فى عهد التقنين المدنى الأهلى السابق حتى لو كان الحق متنازعا فيه : نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٥ ص ١٩٨ — استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢٤ ص ٦١ — ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٨٣ ص ١٩٨ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٥ ص ٢٩٣ — استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٧ — ١٢ مايو سنة ١٩٣١ م ٣٣ ص ٣٣١ .

(٢) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ من تقنين الموجبات والعقود للبنانى على ما يأتى : « ويصح التفرغ من حق متنازع عليه أقيمت دعوى الأساس فى شأنه بشرط أن يرضى المدينون الذى تفرغ الدائن عن دينه . وتبقى مفاعيل هذا التفرغ خاضعة من حيث الصلاحية لأحكام المادة الثالثة من القانون الصادر فى ١٧ شباط سنة ١٩٢٨ . على أنه لا يمكن التمسك من المتفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع فى إحرازه الحقوق المتنازع عليها كأن يكون وارثاً مع المتفرغ —

ولما كان بيع الحقوق المتنازع فيها ليس خاصا بالحقوق الشخصية ، بل هو عام يشمل الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء ، متى كانت حقوقاً متنازعة فيها على النحو الذى أسلفنا ذكره ، ثم هو مقصور على عقد البيع ، فإن هذه المسألة تخرج عن نطاق بحثنا ، فنكتفى هنا بما قدمناه ، وسنبحث المسألة فى تفصيل أوفى عند الكلام فى البيع .

٢٥٤ - الحقوق العينية لا تكون محلاً لحالة الحق : وقد قدمنا أن

الحق الذى يكون محلاً للحالة لا بد أن يكون حقاً شخصياً . أما الحقوق العينية فننتقل من صاحبها إلى غيره بطرق وإجراءات أخرى غير الطرق والإجراءات التى تتبع فى حالة الحقوق الشخصية .

وأهم فرق بين الحق العيني والحق الشخصى فى هذا الصدد أن الحق العيني لا يتعلق بذمة مدين معين بالذات ، ومن ثم يتم نقله وينفذ بالاتفاق بين صاحب الحق ومن يتعاقد معه . أما النفاذ فى حق الغير ، فلا يمكن أن يكون ذلك بإعلان الاتفاق إلى مدين معين كما هو الشأن فى حالة الحق ، ولكن بإجراءات أخرى . فإذا كان الحق العيني واقعاً على عقار ، حلت إجراءات التسجيل أو القيد محل إجراءات الإعلان . أما إذا كان الحق العيني واقعاً على منقول ، فإن القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية من شأنها أن تكفل لمن حاز المنقول حقه قبل الغير (١) .

« أو شريكاً له فى ملك أو دائناً له » . ويبدو من هذا النص أنه يجوز للمحال عليه « التمس » من الحق المتنازع فيه بدفع الثمن والفوائد والمصروفات ، ما لم يوجد عند التفرغ له سبب مشروع فى شرائه الحق المتنازع فيه ، كأن يكون وارثاً مع التفرغ أو شريكاً له فى ملك أو دائناً له كما يذكر النص . ومع ذلك فإن الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٨ .

(١) بودرى وسيفيا فقرة ٧٣٥ . وقد جاء فى المادة ٢٨٦ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى أن قواعد الحالة « لا تطبق على التفرغ عن دين الدائن فقط ، بل تطبق أيضاً على التفرغ عن حقوق بوجه عام ، إلا إذا كان فى القانون نص مخالف ، أو كان فى ماهية الحق ما يمنع تطبيقها » . ويعمل الدكتور صبحى المحمصانى فى هذا الصدد : « ولكن القانون اللبنانى ، خلافاً لسانن سوابين العربية ، اعتبر قواعد حالة الحق التى وضعها عامة تشمل أيضاً حالة »

§ ٢ - الاستثناءات - الحالات التي يكون فيها الحق

الشخصي غير قابل للحوالة

٢٥٥ - متى يكون الحق الشخصي غير قابل للحوالة: قدمنا أن المادة

٣٠٣ مدني تقضى بأن الأصل في الحق الشخصي أن يكون قابلاً للحوالة، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وأن المادة ٣٠٤ مدني تقضى بأنه لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز. فالحق الشخصي لا يكون إذن قابلاً للحوالة: (١) إذا كانت طبيعته تستعصي على الانتقال من دائن إلى دائن. (٢) إذا نص القانون على عدم قابليته للحوالة، ويعتبر النص على عدم قابلية الحق للحجز نصاً على عدم قابليته للحوالة بحكم المادة ٣٠٤ مدني. (٣) إذا اتفق المتعاقدان على أن الحق لا يجوز تحويله (١).

٢٥٦ - عدم القابلية للحوالة بسبب طبيعة الحق: قد يكون الحق

بسبب طبيعته متصلاً اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن، فلا يمكن في هذه الحالة أن

= جميع الحقوق. فنص على أن القواعد المتقدم ذكرها لا تطبق على التفرغ عن دين الدائن فقط، بل تطبق أيضاً على التفرغ عن الحقوق بوجه عام، إلا إذا كان في القانون نص مخالف أو كان في ماهية الحق ما يمنع تطبيقها: م ٢٨٦. ومن أسئلة الحقوق التي وضع لها القانون أحكاماً خاصة الحقوق العينية التي لا تنتقل إلا بتسجيلها في السجل العقاري وحقوق الملكية الصناعية والتجارية والفنية والأدبية التي يجب تسجيلها في الدائرة المختصة وما أشبهه (انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٢٣ — ص ٢٤). والظاهر أن نص التقنين اللبناني مأخوذ من المادة ٤١٣ من التقنين المدني الألماني (انظر في التعليق على هذه المادة التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٤١٣ ص ٥٩٦ — ص ٥٩٧). وانظر الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٨ — ص ٩.

أما الحقوق العينية اتبعية، كالرهن والاختصاص والامتياز، فننتقل تبعاً للحق الشخصي إلى من حول له هذا الحق، مع التأشير في القيد ليكون الانتقال نافذاً في حق الغير (استثناء مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٦٠ — ٢ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٩). (١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١١٣ — ص ١١٠.

ينزل عنه إلى شخص آخر . من ذلك حق الدائن في النفقة ، وحقه في التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق به ما دام لم يتحدد التعويض بمقتضى اتفاق أو يطالب به الدائن أمام القضاء (م ٢٢٢ / ١ مدني) . كذلك يعتبر حق الشريك في شركة الأشخاص ، وحق المزارع في المزارعة ، وحق المستأجر في إيجار اعتبرت فيه شخصيته ، ونحو ذلك من العقود المنظور فيها إلى شخصية المتعاقد (intuitu personae) ، كل هذه حقوق لا يجوز للدائن تحويلها إلى شخص آخر .

٢٥٧ - عدم قابلية الحق للعهر الزبني في انفائه أو تعويضه فبالجبر للمعجز

هناك حقوق شخصية على القانون بالنص صراحة على عدم جواز حوالتها ، لاعتبارات ترجع في الغالب إلى أنها تقتضي اتصالاً توثيقاً بشخص الدائن .

من ذلك حق المستعير في استعمال الشيء المعار ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٣٩ مدني على أنه لا يجوز للمستعير « أن يذن لمعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع » .

ومن ذلك حق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة . فقد نصت قوانين الإيجار الاستثنائية على عدم جواز تدارك المستأجر عن حقه في الإيجار بغير إذن كتابي صريح من المالك وإلا جاز للمؤجر طلب الإخلاء القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ المادة الثانية) ، وذلك لأن المشرع قد ضمن للمستأجر شخصياً السكن بأجرة مخفضة فلا يجوز لهذا اتخاذ هذه الميزة وسيلة للاستغلال بالنزول للغير عن الإيجار (١) .

ومن الحقوق التي لا تقبل الحوالة لطائفة معينة من الأشخاص ما نصت عليه المادة ٤٧١ مدني من أنه « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين

(١) الأستاذ سليمان مرقس في شرح قانون إيجار الأماكن طبعة ثانية فقرة ٤٦ ص ١٠٧ - وعلى العكس من ذلك ، قد يباح للمستأجر في حالات استثنائية أن ينزل عن الإيجار ويوكل ممنوعاً من ذلك بشرط في العقد . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٩٤ مدني على أنه « إذا كان الأمر خاصاً بإيجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر ، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر ، جاز للمحكمة ، بالرغم من وجود الشرط المانع ، أن تقضى بإبقاء الإيجار ، إذا قدم المشتري ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق » .

ولا لكتبة المحاكم أن يشتروا ، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلاً . فتحريم الحوالة هنا مقصور على عمال القضاء .

وقد قدمنا أن هناك حقوقاً تأتي طبيعتها أن تقبل الحوالة . وقد يتولى القانون بنص منه بيان هذه الحقوق . من ذلك ما نصت عليه المادة ٦٢٥ مدني من أنه « لا يجوز في المزارعة أن ينزل المستأجر عن الإيجار أو يؤجر من الباطن إلا برضاء المؤجر » . ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ مدني من أنه « يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » .

ويلحق بالحقوق غير القابلة للحوالة بنص القانون الحقوق غير القابلة للحجز عليها بنص القانون ، وذلك بمقتضى المادة ٣٠٤ مدني كما سبق القول . من ذلك ما نصت عليه المادة ٤٨٦ مرافعات من أنه « لا يجوز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتاً للنفقة أو للصرف منها في غرض معين ، ولا على المبالغ والأشياء الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة ، إلا بقدر الربع وفاء لدين نفقة مقررة » . ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٤٨٨ مرافعات من أنه « لا يجوز الحجز على أجور الخدم والصناع والعمال أو مرتبات المستخدمين إلا بقدر الربع ، وعند التزامهم ينحصر نصفه لوفاء ديون النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداها من الديون » . ومن ذلك ما قضى به القانون من عدم جواز الحجز على مرتبات الموظفين والمستخدمين إلا بقدر الربع في نفقة أو في دين مستحق للحكومة بسبب الوظيفة (١) . وغنى عن البيان أن الحق الذي يكون

(١) وقد ربط القانون في الحقوق الشخصية بين عدم القابلية للحجز وعدم القابلية للحوالة ، وهذا بخلاف الحقوق العينية ، فإن الأصل العام فيها أن مالا يجوز الحجز عليه من الأموال يجوز مع ذلك التصرف فيه . وينبئ على أن الحق الشخصي غير القابل للحجز لا يكون قابلاً للحوالة أن المبالغ المودعة في صندوق التوفير تصبح غير قابلة للحوالة ، لأن الحجز عليها ممنوع بنص القانون (الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٢٠) . وانظر : استئناف مخطوط ٢٥ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٧١ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣٠ .
رقدان الأستاذين أحمد نجيب الملل وحامد زكي في البيع فقرة ٦١٨ ص ٥٥٦ وص ٥٥٧ .

غير قابل للحجز عليه في شق منه فحسب ، لا تمتنع حوالته إلا في الحدود التي يكون فيها غير قابل للحجز (١) .

٢٥٨ — عزم قابلية الحق للحوالة بانفاق المتعاقدين : وقد يتفق

المتعاقدان ، الدائن والمدين ، على أنه لا يجوز للدائن حوالة الحق الذي في ذمة المدين ، أو على أن الحوالة لا تجوز إلا برضاء المدين . ولما كانت قابلية الحق للحوالة ليست من النظام العام ، فإن الاتفاق على عدم قابليته للحوالة جائز (٢) .

من ذلك اشتراط المؤجر على المستأجر ألا ينزل عن الإيجار لغيره ، وتنص المادة ٥٩٣ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن ، وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك » (٣) .

-
- (١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٤ .
 (٢) وكذلك كان الاتفاق — في عهد التقنين المدني الأهل السابق حيث كانت الحوالة لا تنعقد إلا برضاء المدين — على أن الحق يكون قابلاً للحوالة دون رضا المدين اتفاقاً جائزاً ، وكان النص في سند الدين على أنه تحت إذن الدائن بعد رضا مقدماً بقبول الخرافة . انظر في ذلك :
 بنى سويف ٢٩ مارس سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ٥٠ — الاسكندرية ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٧
 القضاء ٥ ص ٧٧ — جرجا ٢٤ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٠٦ ص ١٦٩ —
 طنطا ٥ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٣٤٩ ص ٤١٨ — بنى سويف ٢٨ يونيو سنة ١٩٣١
 المحاماة ١٢ رقم ٤٣٩ ص ٨٨٨ — استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦ —
 أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٤٦ — ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٤ —
 ٢٥ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١١ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١١ — ١٥ مايو
 سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٩ — ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٢٠ — ٣٠ يونيو
 سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٢٤ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٩ — ١٧ نوفمبر
 سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٣ — ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٤٥ — ١٤ يونيو
 سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٢ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٠٩ — ٢٨ يناير
 سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٠ — ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ — ١٢ مايو سنة ١٩٣٠
 م ٤٢ ص ٤٩٨ — ١٢ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٠ — ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٤ .
 (٣) انظر أيضاً استئناف مختلط ١٨ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٥ ، ويقضى الحكم
 بعدم جواز حوالة ما تودعه الشركة لحساب المستخدم في صندوق الادخار تحت شرط عدم جواز
 حوالته (الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٢١ هامش رقم ١) . =

وبعد أن جعل التقنين المدني الجديد حوالة الحق جائزة بغير رضا المدين ، أصبح للمدين ، إذا كان لا يريد الحوالة دون رضائه ، أن يشترط في عقد الاتفاق على المدين منذ البداية عدم جواز حوالة هذا الحق . وهذا الشرط جائز معتبر ، لأن النظام العام ، كما قدمنا ، لا يقتضى منعه (١) . وهذا بخلاف حق التصرف في الحقوق العينية ، فإن النظام العام يقتضى التضييق من منع التصرف فيها حتى يسهل تداول الأموال (٢) . ومن ثم كان شرط منع التصرف في المال مقيداً بوجوب قيامه على باعث مشروع وبقصره على مدة معقولة . وقد نصت المادة ٨٢٣ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « ١ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ، ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . ٢ - ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير . ٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو للغير » (٣) .

« ومن أمثلة عدم جواز الحوالة بموجب الاتفاق على ذلك عدم جواز النزول عن الاشتراك في السكة الحديدية وعدم جواز النزول عن تذكرة الإياب إذا أخذ المسافر تذكرة ذهاب وإياب معاً (الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٢١) .

(١) ويبدو أن شرط عدم جواز الحوالة يدخل ضمن الدفع التي يستطيع المدين أن يتمسك بها ضد المحال له كما يتمسك بها ضد المهيول ، ولو لم يكن المحال له عالماً بالشرط (م ٣١٢ مدني) . وقد كان المحال له يستطيع ، قبل التعاقد على الحوالة ، أن يستعلم من المدين عن الدفع التي له ضد الحق الذي يراد تحويله ، فإن كتم المدين عنه شيئاً من هذه الدفع ، أو لم يخبره أن الحق مشروط فيه عدم جواز حوالاته غشاً منه ، فعند ذلك لا يعتد بعدم قابلية الحق للحوالة ، لا لأن شرط عدم جواز الحوالة غير سار في حق المحال له ، بل للفشل الذي ارتكبه المدين (قارن الأستاذ عبد الحى حجازي ص ٢٤٩) .

(٢) المقصود بالمال هنا الملكية والحقوق العينية دون الحقوق الشخصية . ذلك أن من ينشئ حقاً شخصياً له أن ينشئه على الوجه الذي يرضيه ، فالحق لم يكن موجوداً قبل إنشائه ، فله أن يوجد غير قابل للحوالة . أما من ينقل حقاً عينياً ، فإنه يتعامل في شيء موجود في التداول ، وليس من حقه أن يقيد من تداوله إلا لمسوغ مشروع ولمدة معقولة .

(٣) قارن الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٢١ .

الفرع الثاني

التراضى فى حوالة الحق

٢٥٩- **النصوص القانونية:** رأينا أن المادة ٣٠٣ من التقنين المدنى تنص على أنه « يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر . . . وتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين » .
وتنص المادة ٣٠٥ على ما يأتى :

« لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها . على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ » (١) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٤٩ أهلى والمواد ٤٣٥-٤٣٧ مختلط (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٠٣ : سبق إيراد تاريخها (انظر آنفاً فقرة ٢٤٩ فى الهامش) .
م ٣٠٥ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة . وعدل النص فى لجنة المراجعة بحيث أصبح مطابقاً مطابقة تامة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقه ٣١٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٦ — ص ١١٧) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٤٩ أهلى : لا تنتقل ملكية الديون والحقوق المبيعة ، ولا يعتبر بيعها صحيحاً ، إلا إذا رضى المدين بذلك كتابة . فإن لم توجد كتابة مشتملة على رضا المدين بالبيع ، لا تقبل أوجه ثبوت عليه غير اليمين . وزيادة على ذلك لا يصح الاحتجاج بالبيع على غير المتعاقدين ، إلا إذا كان تاريخ الورقة المشتملة على رضا المدين به ثابتاً بوجه رسمى ، ولا يسوغ ذلك الاحتجاج إلا من التاريخ المذكور فقط ، وكل هذا بدون إخلال بأصول التجارة فيما يتعلق بالسندات والأوراق التى تنتقل الملكية فيها بتحويلها .

م ٤٣٥ مختلط : تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع إلى المشتري بمجرد تراضيهما .
م ٤٣٦ مختلط (معدلة بذكره ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠) : تنتقل الملكية بالنسبة لغير المتعاقدين : (أولاً) بإعلان المدين بتحويل ما عليه من الدين إعلاناً رسمياً . (ثانياً) بقبول =

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

= المدين الحوالة بكتابة مؤرخة تاريخاً ثابتاً بوجه رسمي، ولا يسرى مفعول الانتقال إلا من ذلك التاريخ فقط . أما بالنسبة للمدين فيعتبر الانتقال من تاريخ قبوله ، ولو لم يكن ذلك التاريخ ثابتاً بوجه رسمي ، وكل هذا بدون إحلال بأسول التجارة في حق الحوالة في السندات والأوراق التجارية . ومع ذلك فالتعهدات المدنية المحضة بين الأهالي لا يجوز تحويلها إلا برضاء المدين ، ولا يثبت الرضاء إلا بالكتابة أو بالنسكول عن اليمين .

م ٤٣٧ مختلط : في المواد التجارية ، تحويل الدين الذي لم يكن بسند تجارى يكون معتبراً بالنسبة للغير إذا ثبت إعلان التحويل للمدين أو قبوله له بمقتضى دفاتر محررة حسب القانون أو بأوجه الثبوت المقبولة في المواد التجارية .

وظاهر من هذه النصوص أن التقنين المدني السابق قد وضع حوالة الحق في باب البيع اعتباراً بما يقع غالباً في العمل ، مقتضياً في ذلك أثر التقنين المدني الفرنسي (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٩) .

وقد اشترط التقنين المدني الأهل السابق في انعقاد حوالة الحق رضاء المدين ، وجعل لإثبات هذا الرضاء لا يكون إلا بالكتابة أو بالإقرار أو باليمين . وكان هناك رأى خاطئ ، شاع في الفقه والقضاء في مصر ، يرجع هذا الشرط إلى الشريعة الإسلامية وإلى أنها هي أيضاً تشترط في حوالة الحق رضاء المدين (استئناف أهل ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٣٤٩ — استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٤ ص ٩١ — ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٩٩) . والصحيح أن الفقه الإسلامي في أكثر مذاهبه ، كما قدمنا ، لا يعرف حوالة الحق ، والمقصود بالحوالة فيه حوالة الدين . فنقل المشرع الأهل شرط رضاء المدين في حوالة الدين في الفقه الإسلامي (مع أنه ليس بشرط حتمي) إلى حوالة الحق . انظر في ضرورة إثبات رضاء المدين بالكتابة في التقنين الأهل السابق : استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٩ — وفي جواز أن يكون رضاء المدين بالحوالة متقدماً وقت نشوء الدين وبأن الحكم الصادر بشبوت هذا الدين يكون هو أيضاً قابلاً للحوالة دون رضاء جديد من المدين : نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٠ ص ٦١٣ — وفي عدم ضرورة رضاء المستأجر عندما يخلف المشتري المؤجر في حقوقه قبل المستأجر : نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٧ ص ٤٩٦ — وفي ضرورة رضاء المدين حتى في حوالة الحق المتنازع فيه : نقض مدني ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٥ ص ١٩٨ — وفي ضرورة رضاء المدين حتى لو كان الحق المحال به قد صدر به حكم : نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٣ ص ١٧٨ — ٧ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٤٧ ص ٩٧٣ — استئناف مصر ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٣٣ ص ٣٩ — أول يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٢٧٣ ص ٥٥٠ — ١١ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٩ ص ٢٢١ — استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢١١ — ٢١ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٢١ — ٢١ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٤ — ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٠ — ٤ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٦ .

م ٣٠٣ و ٣٠٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٢٩٠ و ٢٩٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ٣٦٢ - ٣٦٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٨٠ و ٢٨٢ - ٢٨٣ (١).

= وقد عدل التقنين المدني الجديد عن مذهب التقنين الأهل السابق، ولم يشترط رضا المدين في انعقاد حوالة الحق، بل ذكر صراحة، كما رأينا، أن هذه الحوالة تتم دون حاجة إلى رضا المدين، مقتدياً في ذلك بالتشريعات الحديثة (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٣ - الموجز للمؤلف فقرة ٥١٥).

أما التقنين المدني المختلط السابق فلم يكن، كما هو واضح من نص المادة ٤٣٥ منه، يشترط رضا المدين لانعقاد حوالة الحق، بل كان يكفي تراضى الدائن الأصل والدائن الجديد. وقد صدر ذكره ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ يجعل العبرة، في عهد التقنين المدني السابق، بنشوء الحق، فإن نشأ بين وطنيين وجب رضا المدين ولو كانت الحوالة لأجنبى، وإن نشأ بين أجنبيين أو بين مصرى وأجنبى فلا يجب رضا المدين ولو كانت الحوالة لمصرى (الموجز للمؤلف فقرة ٥١٧ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٢٤ - الأستاذ أحمد نجيب الهلالي في البيع فقرة ٦٢٩ فقرة ٦٣٢ - استئناف أهل ٢٥ أغسطس سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ٢٣١ - استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٩١ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٨ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٢).

ويظهر مما قدمناه أن التقنين المدني الجديد لم يغير في نظام حوالة الحق بالنسبة إلى الحقوق التي كانت خاضعة لنظام التقنين المختلط، فكل حق نشأ بين مصرى وأجنبى أو بين أجنبيين قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كان، ولا يزال، في غير حاجة إلى رضا المدين في انعقاد حوالاته. أما الحقوق التي نشأت بين وطنيين قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، فهذه تبقى في حوالاتها خاضعة للتقنين المدني الأهل السابق، ومن ثم يكون رضا المدين ضرورياً في انعقاد الحوالة. وما نشأ من الحقوق منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أيا كان طرفا الدين، مصريان أو أجنبيان أو مصرى وأجنبى - يخضع للتقنين المدني الجديد، فلا يكون رضا المدين ضرورياً في انعقاد حوالاته.

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٠٣ و ٣٠٥ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدني المصرى).

التقنين المدني الليبي م ٢٩٠ و ٢٩٢ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدني المصرى).

التقنين المدني العراقي م ٣٦٢ و ٣٦٣ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدني المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٨٠ (سبق لإيرادها انظر فقرة ٢٤٩ في الهامش).
م ٢٨٢ : يتم التفرغ بين المتعاقدين منذ حصول الاتفاق بينهم، إلا إذا كان هذا التفرغ مجانياً فعينئذ يجب أن تراعى قواعد الشكل المختصة بالهبة بين الأحياء.
- (م ٣٠ - الوسيط)

ويتبين من هذه النصوص أن الحوالة تتم بترضى المحيل والمحال له دون حاجة إلى رضا المدين (المحال عليه) . ولكن لا تنفذ في حق المحال عليه إلا إذا قبلها أو أعلن بها ، ولا في حق الغير إلا من تاريخ إعلان المحال عليه أو من التاريخ الثابت لقبوله .

فنبحث أمرين : (١) انعقاد الحوالة (٢) نفاذ الحوالة في حق المدين (المحال عليه) وفي حق الغير .

§ ١ - انعقاد الحوالة

٢٦٠ - نراضى المحيل والمحال له طاف في انعقاد الحوالة - لامامة

إلى رضا المدين : يكفي في انعقاد الحوالة تراضى المحيل والمحال له ، أى الدائن الأصلي والدائن الجديد . فاذا رضى الدائن الأصلي أن يحول حقه الذى فى ذمة مدينه إلى شخص آخر ، وقبل هذا الشخص الآخر ، فقد انعقدت الحوالة ، وصار الدائن الأصلي محيلاً والدائن الجديد محالاً له ، وكل ذلك دون حاجة إلى رضا المدين الذى فى ذمته الحق ، بل يصبح هذا بانعقاد الحوالة محالاً عليه . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٠٣ مدنى كما رأينا ، بجانب فى ذلك مذهب التقنين الأهلى السابق حيث كان يشترط رضا المدين ، ومتمشية مع التقنين المختلط السابق وسائر التقنينات الحديثة حيث لا يشترط هذا الرضا (١) .

م ٢٨٣ : إن الانتقال لا يعد موجوداً بالنظر إلى شخص ثالث ، ولا سيما بالنظر إلى المدين الذى تفرغ الدائن عن دينه ، إلا بإبلاغ هذا التفرغ إلى المدين أو بتصريح المدين فى وثيقة ذات تاريخ مسجل بأنه قبل ذلك التفرغ . وما دامت إحدى هاتين المعاملتين لم تتم ، يصح للمدين أن يبرئ ذمته لدى المتفرغ . وإذا كان المتفرغ قد أجرى فرائغين متتابعين لدين واحد ، فالتفرغ له الذى سبق إلى العمل بمقتضى القانون يفضل على الآخر ، حتى لو كان تاريخ عقده أحدث عهداً .

وهذه الأحكام تنفذ فى أحكام التقنين المدنى المصرى (انظر فى وضع المحال عليه فى التقنين اللبناني وفى أنه يعتبر من الغير الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبناني ص ٢٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٣ .

والسبب في عدم الحاجة إلى رضا الدين أن انتقال الحق من دائن إلى آخر ليس من شأنه الإضرار بالمدين إضراراً يستوجب تحميم رضائه لانعقاد الحوالة . ففي أكثر الأحوال يستوى لدى المدين أن يطالبه شخص أو آخر بالدين الذي في ذمته . وفي أحوال قليلة قد يعنى المدين أن يطالبه دائنه الأصلي دون أى شخص آخر ، لأنه إنما تعامل معه ، أو لاحتمال أن يكون غيره أشد إلحافاً في المطالبة . ولكن الضرر الذي ينجم عن ذلك أقل بكثير من الضرر الذي يصيب الدائن من جراء منعه من حوالة حقه عندما تقوم به الحاجة إلى ذلك ، أو عندما يرى في ذلك فائدة . وما على المدين ، وقت نشوء الدين ، إذا كان يحرص ألا يتغير عليه دائنه ، إلا أن يتفق مع الدائن على عدم جواز الحوالة إلا برضائه ، وقد تقدم القول في ذلك . أما نفاذ الحوالة في حق المدين فلا يكون إلا برضائه أو باعلانه كما سيأتى (١) .

٢٦١ — الحوالة اتفاق رضائي لا يشترط فيه شكل خاص إلا

في الرهبة : والحوالة ، ما لم تكن هبة صريحة ، اتفاق رضائي (٢) . فلا يشترط

(١) أما في حوالة الدين فتغير المدين على دائنه أشد خطراً ، إذا أن قيمة الدين تتوقف إلى حد كبير على شخص المدين وملاءته ومبلغ مسارعته إلى الوفاء بما في ذمته من الديون ، ومن ثم كان شأن الدائن في حوالة الدين أهم من شأن المدين في حوالة الحق كما سئرى . هذا ويصح أن ينقل الدائن حقه إلى آخر بطريق الرصية ، والوصية تصرف قانوني كالحوالة . وفي هذه الحالة تتبع أحكام الوصية لا أحكام الحوالة ، فتتم الوصية بالحق بإرادة الموصي وحده ، وتكون قابلة للرجوع فيها إلى أن يموت ، وترد برد الموصى له ، ولا تنفذ إلا في ثلث التركة ، إلى غير ذلك من أحكام الوصية . ولكن متى انتقل الحق بالوصية إلى الموصى له ، أصبح هو الدائن مكان الموصي ، وصار خفياً خاصاً على هذا الحق ، شأنه في ذلك شأن الحال له في الحوالة ما بين الأحياء ، لا سيما في الحوالة التي تتم بطريق الهبة .

انظر في انتقال الحق الشخصي من دائن إلى آخر ، لا عن طريق تصرف قانوني كالحوالة والوصية والحلول الاتفاقي ، بل عن طريق واقعة مادية كال ميراث والحلول القانوني ، وكذلك في التزام الدائن بإحلال دائنه محله في بعض الأحوال كما إذا باع وارث المودع عنه الشيء المودع وهو حسن النية فعليه لمالكه التنازل له عن حقوقه قبل المشتري (م ٧٢٣ مدني) : الأستاذ شفيق شحاته في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ١٠ — ص ١١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٠ — ١٨ يونيو سنة ١٩٤٠

لانعقادها شكل خاص ، بل تنعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول (١) ، ومن ثم لا يوجد ما يمنع من حوالة حق غير ثابت بالكتابة (٢) . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى ، هو المادة ٤٢٨ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ١ - لا يشترط فى انعقاد الحوالة شكل خاص ، حتى لو كان الحق المحال به مضموناً برهن رسمى أو بأى عيني آخر . ٢ - ولكن لا يجوز التمسك قبل الغير بحوالة تأمين عيني إلا إذا حصل التأشير بذلك على هامش القيد الأصيل لهذا التأمين (٣) » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، « لأن الفقرة الأولى منه يمكن استخلاصها من القواعد العامة ، ولأن الفقرة الثانية ورد حكمها فى مكان آخر (٤) » . وغنى عن البيان أنه إذا لم يؤثر بالحوالة فى هامش القيد الأصيل للتأمين ، وانتقلت العين المرهونة إلى حائز ، جاز

(١) واستخلاص قيام الحوالة مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٦ ص ١٤) .

(٢) بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٦ ص ٤٩٦ — وانظر آنفاً فقرة ٢٥٠ .

(٣) انظر فى أن حوالة الحق المضمون برهن رسمى أو بأى تأمين عيني آخر تتم بمقد رضائى ، والتأشير على هامش القيد الأصيل للتأمين إنما هو للتمسك به قبل الغير : استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤١ — ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٤ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٥٩ — ١٧ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨ — ١٠ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣١٣ ، ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣١ — ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٢ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢١ — ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٤٥ . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الشأن ما يأتى : « جعل المشروع من حوالة الحق عقداً رضائياً ، ولم يروجها لاشتراط شكل معين بالنسبة لها بالذات . ومؤدى هذا أنها تخضع فى انعقادها للأحكام العامة التى تسرى بشأن العقود الرضائية جميعاً . ولم يستثن المشروع من نطاق تطبيق هذه القاعدة حوالة الحق المضمون برهن رسمى أو بأى تأمين عيني آخر بل اعتبر التأمين فى هذه الحالة من توابع الحق ، وألحقه بأصله تفرعاً على هذا الوصف . ولكنه اشترط لجواز التمسك قبل الغير — وهم خليفون بالحماية — بهذا التأمين ، باعتباره حقاً عينياً ، التأشير بمثل هذه الحوالة فى هامش القيد الأصيل للتأمين . ويتم انعقاد الحوالة متى اتفق المهيول والمحال له فيما بينهما ، بيد أن المدين قد يجهل هذا الاتفاق ، بل والغالب فيه أن يجهله ، ولهذا العلة يقع وفاؤه للمحيل صحيحاً ما بقى جاهلاً بالحوالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٢ فى الإلمام) .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٢ فى الإلمام .

لهذا الحائز أن ينقذ الدين وفاء صحيحاً للدائن الأصلي ، إذ المفروض أنه مجهول وقوع الحوالة ما دام لم يؤشر بها على هامش القيد (١) .

أما إذا تمحضت حوالة الحق هبة مباشرة ، فإنها بكل هبة يجب أن تفرغ في شكلها الرسمي . ولا تنعقد إلا إذا كانت في ورقة رسمية . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة في الهبة (٢) .

٢٦٢ - وجوب مراعاة قواعد الإثبات : على أنه يجب مراعاة

القواعد العامة في إثبات الحوالة . فإذا حول دائن حقه ، وهو مائة جنيه مثلاً ، إلى آخر يضمن قدره تسعون جنيهاً ، وذلك بالتراضي بينهما ، فإن المحيل لا يستطيع إثبات التزام المحال له بالثمن ، ولا المحال له يستطيع إثبات التزام المحيل بنقل هذا الحق ، إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، ولا يجوز الإثبات بالبينه أو بالقرائن (٣) ، لأن كل التزام من هذين يزيد على عشرة جنيهات . أما إذا كان الحق المحال به هو اثنا عشر جنيهاً وكان ثمن الحوالة عشرة جنيهات مثلاً ، فإن المحيل يستطيع إثبات التزام المحال له بالثمن بالبينه والقرائن لأن الثمن لا يزيد على عشرة جنيهات ،

(١) قارن استئناف مخطوط ٥ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٠ — كذلك إذا حول الدائن الأصلي حقه مرة أخرى ، ولم يكن المحال له الأول قد أشر باحوالة الأولى على حاشي القيد ، وأشر المحال له الثاني على هذا الهامش بالحوالة الثانية ، فإن حوالة التأمين العيني بموجب الحوالة الأولى لا يحتج بها على المحال له الثاني ولو كانت الحوالة الأولى للحق الشخصي نافذة في حقه (الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ١٥ — شين الكوم ١٤ يناير سنة ١٩٣٥ الحامسة ١٥ رقم ٣٠٨ ص ٦٦٧) .

(٢) وقد نصرت تقنين الموجبات والعقود التبليغي صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول المادة ٢٨٢ من هذا القانون : « يتم التفريع بين المتعاقدين منذ حصول الاتفاق بينهم ، إلا إذا كان هذا التفريع مجانياً حينئذ يجب أن تراعى قواعد الشكل المختصة بالهبة بين الأحياء » .

وإذا كانت حوالة الحق على سبيل الرهن ، والرهن رهن حيازة ، فلا يشترط لانقضاء الحوالة في هذه الحالة شكل خاص . ولكن لا يكون الرهن نافذاً إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله إياه ، ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا بحيازة الدائن المرتهن للدين المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول (انظر م ١١٢٣ مدني) .

(٣) ولكن في المواد التجارية يجوز الإثبات بالبينه والقرائن . وقد يعتبر تسليم سند الدين إلى المحال له قرينة على وقوع الحوالة . وحتى في المواد المدنية قد يكون هذا التسليم قرينة تعزز مبدأ ثبوت بالكتابة (انظر أنسيكلوبيد ، دالوز ١ لفظ cession de créance فقرة ١٥٥) .

ولكن المحال له لا يستطيع إثبات التزام المحيل بنقل الحق إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها لأن الحق تزيد قيمته على عشرة جنيهات (١).

ونبقى هذه القواعد العامة للإثبات هي المعمول بها ، حتى لو أريد إثبات حوالة حق ثابت في سند اسمي أو في سند تحت الإذن ، لأن الإجراءات الخاصة بحوالة هذه الحقوق ليست ضرورية إلا لجعل الحوالة نافذة في حق للغير ، فهي ليست ضرورية لا لانعقاد الحوالة ولا لإثباتها بعد الانعقاد .

٢٦٣ - تكيف الانقراض الذي تتم به الحوالة : والاتفاق الذي تتم به

الحوالة ما بين المحيل والمحال له هو الذي ينقل الحق من الأول إلى الثاني . ولذلك سمي اتفاقاً (convention) ولم بسم عقداً (contrat) ، إذ يذهب بعض الفقهاء إلى أن الاتفاق أعم من العقد ، فهو ينشئ الحقوق وينقلها ويعدلها ويقضيها ، أما العقد فيقتصر على إنشاء الحقوق (٢) . ولما كانت الحوالة تنقل حقاً شخصياً موجوداً من قبل ، ولا شأن لها في إنشاء هذا الحق ، فهي اتفاق لا عقد . ولكن أكثر الفقهاء لا يرون أهمية عملية للتمييز بين الاتفاق والعقد (٣) .

على أنه يمكن القول من جهة أخرى أن الاتفاق على الحوالة ما بين المحيل والمحال له يبدأ بانشاء التزام في ذمة المحيل بنقل حقه الشخصي إلى المحال له ، ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الحق إلى المحال له . فاذا صح هذا التكيف ، كانت الحوالة عقداً حتى عند من يذهبون إلى التمييز بين العقد

(١) وإذا قيل أن قيمة الحق المحال به في هذه الحالة هي ثمنه الذي بيع به وليست قيمته في ذاته — وهذا ما لا نميل إلى الأخذ به لأن العبرة هي بقيمة الالتزام في ذاته ولو زادت هذه القيمة على الثمن الذي بيع به — فإن كلا من المحيل والمحال له يستطيع إثبات الحوالة بالبينة وبالقرائن .

(٢) انظر في هذا المعنى أيضاً المادة ١٦٥ من تقنين الموحيات والعقود اللبناني .

(٣) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يورد تعريفاً للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق . وقد حذف هذا التعريف في المشروع النهائي ، ولم يكن الحذف هدواً من عدم التمييز بين الاتفاق والعقد ، بل كان مجارة لسياسة تشريعية هي تجنب الإكثار من التعريفات الفقهاء (الوسيط جزء أول فقرة ٣٧ - مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩ - ص ١١ في المامش) .

والاتفاق ، إذ أنها تبدأ بانشاء التزام بنقل الحق ثم ينتقل الحق تنفيذاً لهذا الالتزام (١) .

٢٥ - نفاذ الحوالة في حق المدين وفي حق الغير

٢٦٤ - معنى صيرورة الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير :

قدمنا أن الحوالة تنعقد بالتراضي بين المحيل والمحال له ، دون حاجة إلى رضا المدين . ولكن انعقاد الحوالة لا يكفي لجعلها نافذة في حق المدين أو في حق الغير .

أما أن انعقاد الحوالة لا يكفي لجعلها نافذة في حق المدين ، فذلك لأن الحوالة تنعقد دون حاجة إلى رضائه ، فيصح أن يكون جاهلاً بوقوعها ، فيعامل دائته الأصلي على أنه دائته الوحيد ، ويبقى له بالمدين أو يقضيه معه بأي سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة والإبراء . وينبغي أن يقع هذا التعامل صحيحاً ، وأن يستطيع المدين الاحتجاج به على المحال له ، ومعنى ذلك أن الحوالة لا تكون نافذة في حق المدين . وإنما تنفذ الحوالة في حقه إذا كان عالماً بها ، وعندئذ يصبح المحال له هو دائته الوحيد ، ولا يجوز له التعامل مع الدائن الأصلي أو الوفاء له بالمدين . فهذا هو معنى صيرورة الحوالة نافذة في حق المدين .

أما معنى صيرورتها نافذة في حق الغير ، فهذا يقتضى أولاً تحديد معنى « الغير » هنا . يمكن اعتبار المدين « غيبراً » من وجه ، وطرفاً في الحوالة من

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠ في الهامش . ويعترض الأستاذ شفيق شحاتة على هذا التصوير (حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ١٣ - ص ١٤) . ولا مانع من القول معه بأن عقد الحوالة نفسه هو الذى ينقل الحق مباشرة من المحيل إلى المحال له ، دون حاجة إلى افتراض نشوء التزام سابق بنقل هذا الحق يتم تنفيذه بمجرد نشوئه . وتبقى الحوالة مع ذلك عقداً ، لعدم الحاجة إلى التمييز ما بين العقد والاتفاق كما سبق القول . ولكن قيام حق عيني يترتب على حق شخصى - وهو ما يباه الأستاذ شفيق شحاتة ويتخذ من تنفيذه حجة رئيسية لرفض التصوير المتقدم الذكر - لا شك في إمكانه ، بل هو يقع كثيراً في العمل . ويكفى أن نشير إلى إمكان وهن الحق الشخصى وإلى إمكان أن يترتب عليه حق انتفاع ، في الحالة الأولى رتبنا حقاً عينياً تبعياً على حق شخصى . وفي الحالة الثانية رتبنا على الحق للشخصى حقاً عينياً أصلياً (انظر أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة هامش رقم ١) .

وجه آخر . وعلى كل حال فان المدين له وضع خاص في الحوالة يجعله بين بين (١) .
أما الأشخاص الذين يتمحضون « غيرا » في الحوالة فهم كل شخص كسب
حقاً من جهة المحيل على الحق المحال به ، يتعارض مع حق المحال له . فيكون
غيراً محال له آخر غير المحال له الأول ، يتنازع الحق المحال به ، أو يوهب له
أو يرتبته مثلاً . كما يكون غيراً دائن المحيل إذا وقع حجزاً على الحق المحال به
تحت يد المحال عليه . كذلك إذا شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره ، فدائنه
يصبحون من الغير بالنسبة إلى المحال له (٢) . ومعنى صيرورة الحوالة نافذة في
حق هؤلاء الأغيار هو أنه عند تراحم المحال له مع أحد منهم — محال له ثان أو
دائن حاجز أو دائن المفلس أو المعسر — يقدم المحال له إذا كان تاريخ نفاذ
حوالته في حق هذا الغير سابقاً على تاريخ نفاذ الحوالة الثانية أو الحجز أو
الإفلاس أو الإعسار في حقه هو .

٢٦٥ - اعتراف المدين بالحوالة أو قبوله لها ضروري لنفاذ الحوالة

في منه وفي من الغير : لا بد إذن ، لنفاذ الحوالة في حق المدين المحال عليه ،
من أن يعلم بها . وقد اختار القانون لإعلامه بها أحد طريقتين : إما إعلانه بهذه
الحوالة ، وإما قبوله لها . وقد نصت على ذلك المادة ٣٠٥ مدني ، كما رأينا .

(١) انظر في اعتبار المدين غيراً : استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٩٤ -
١٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢٢ . ولكن انظر في اعتبار أن دائي المدين ليسوا من الغير :
استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٥ - ٤ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦
ص ٢٥٩ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٦ .

أما تقنين المرجعيات والمعقود اللبناني (م ٢٨٣) فيعتبر المدين « غيراً » ، شأنه في ذلك شأن
سائر الأغيار ، ويشترط لنفاذ الحوالة في حقه بقبوله لها أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ .
ويقول الأستاذ صبحي المحمصاني في هذا الصدد : « ولا بد من الإشارة إلى فارق مهم بين القانون
اللبناني وسائر القوانين المدنية العربية . فالقانون اللبناني ، على غرار القانون الفرنسي ، اعتبر
المدين من فئة الغير في الحوالة ، وعاملهم جميعاً معاملة واحدة لجهة إجراءات الإعلان اللازمة
في الحوالة ، فليس من أن الحوالة لا تعد موجودة بالنظر إليهم إلا بإجراء إحدى طريقتي الإعلان
المبيتين . ولكن باقي القوانين العربية لم تستبر المدين من فئة الغير ، وفرقت بينه وبين هؤلاء
في المعاملة لجهة إجراءات الإعلان ، فلم تشترط ثبوت التاريخ لقبول المدين بالحوالة إلا لتجاء
الغير » (انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢ .

ولا فرق بين الطريقتين ، فأى منهما يكفي لجعل الحوالة نافذة في حق المدين (١) .
غير أن النتائج التي تترتب على قبول المدين للحوالة قد تكون في بعض الأحوال
أبعد مدى من تلك التي تترتب على مجرد الإعلان . من ذلك ما نصت عليه
المادة ٣٦٨ مدني من أنه : ١ - إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة
دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان
له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل .
٢ - أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة
من أن يتمسك بالمقاصة . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يأتي .

أما لنفاذ الحوالة في حق الغير ، فانه يجب أيضا إما إعلان المدين بالحوالة
ولما كان قبوله لها . ولما كان إعلان المدين بالحوالة لا يصح إلا بورقة رسمية كما
سنرى ، فان هذا الإعلان له تاريخ ثابت حتما ، ويكون نفاذ الحوالة ، في حق
الغير ، كنفادها في حق المدين ، من هذا التاريخ . فإذا تراحم المحال له مع محال
آخر أو مع دائن حاجز مثلا ، وكانت الحوالة نافذة في حق الغير من طريق
إعلانها للمدين ، فتاريخ هذا الإعلان هو الذي يحدد مرتبتها بالنسبة إلى الحوالة

(١) وليس هناك ميعاد محدد يجب في خلاله إعلان الحوالة أو قبولها ، وسنرى فيما يأتي
(انظر فقرة ٢٦٦) أن الإعلان أو القبول ينتج أثره ، ويجعل الحوالة نافذة في حق المدين وفي
حق الغير ، أيا كان الوقت الذي صدر فيه بعد صدور الحوالة . ولا يكون الإعلان أو القبول
متأخرا ، فلا ينتج أثره ، إلا إذا سبقه إعلان أو قبول لحوالة أخرى أو توقيع حيز تحفظي
نحت يد المدين أو شهر إفلاس المحيل أو شهر إحصاره .

وحوالة الحق المعلق على شرط يجوز إعلانها أو قبولها قبل تحقق الشرط (بودري وسبيا
فقرة ٧٨٦ ، وانظر في حوالة الحق المستقبلي بودري وسبيا فقرة ٧٨٧) .

وموت المحيل (الدائن الأصل) لا يحول دون الإعلان أو القبول ، فيجوز للمدين أن يقبل
الحوالة بعد موت المحيل ، كما يجوز للمحال له ولورثة المحيل إعلانها بالحوالة . كذلك موت المحال
له لا يمنع ورثته ولا الحياز من إعلان الحوالة ، ولا يمنع المدين من قبولها .

أما إذا كان الحق ميراثا في تركة ، وجعل بعد التهمة في نصيب أحد الورثة دون الآخرين ،
فلا يعتبر الحق قد حول من باقي الورثة إلى هذا الوارث حتى تحتاج الحوالة إلى إعلان المدين
أو قبوله ، بل يكون للقسم أثر كاشف ويعتبر الحق قد انتقل كله إلى الوارث بطريق الميراث
لا بطريق الحوالة ، فلا حاجة إذن إلى إعلان المدين أو قبوله (استئناف مختلط ٣١ يناير
سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٢) .

الثانية أو إلى الحجز . أما إذا كان نفاذ الحوالة في حق الغير من طريق قبول المدين لها ، فليس من المحتم أن يكون لهذا القبول تاريخ ثابت ، ومن ثم لا تكون الحوالة نافذة في هذه الحالة في حق الغير إلا من الوقت الذي يكون فيه للقبول تاريخ ثابت . وزى من ذلك أن الحوالة ، إذا كان نفاذها من طريق قبول المدين ، تكون نافذة في حق المدين من وقت هذا القبول ولو لم يكن له تاريخ ثابت ، ولا تكون نافذة في حق الغير إلا من وقت أن يكون للقبول تاريخ ثابت ، فهي إذن قد تكون نافذة في حق المدين دون أن تكون نافذة في حق الغير . وهذا ما نصت عليه المادة ٣٠٥ مدني ، فهي تقضي كما رأينا بأنه « لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها . على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ » . وسنعود إلى تفصيل ذلك عند الكلام في العلاقة ما بين المحال له والغير .

والغرض من هذه الإجراءات — إعلان المدين أو قبوله — مراعاة مصلحة المدين أولاً وذلك حتى يعلم بالحوالة فيمتنع من معاملة الدائن الأصلي ولا يعامل إلا الدائن الجديد ، ومراعاة مصلحة الدائن الجديد ثانياً وذلك حتى يصبح بعد الإعلان أو القبول هو وحده صاحب الحق المحال به تجاه المدين والغير ، ومراعاة مصلحة الغير أخيراً إذ أنه لا يمكن تركيز شهر الحوالة في جهة خير من جهة المدين ، فهو الذي يطالبه المحال له بالحق ، وهو الذي يستطيع أن يخبر الغير الذي يريد أن يتعامل في هذا الحق بما إذا كان الدائن قد تصرف فيه من قبل أو أن حجزاً وقع على الحق تحت يده ، ما دام قد قبل هذا التصرف السابق أو أعلن به أو بالحجز ، فيمتنع الغير بعد ذلك عن التعامل مع الدائن في هذا الحق (١).

(١) انظر بودري وسينيا فقرة ٧٢٧ — أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٤٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٧ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٢٧ .

وأي حق شخصي ، ولو كان حقاً تجارياً ، يحوله صاحبه إل غيره ، تخضع الحوالة فيه ، حتى تكون نافذة في حق المدين والغير ، لأحد هذين الإجرائين الاعلان أو القبول . ومع ذلك توجد حقوق تقتضي إجراءات أخرى بجانب الاعلان أو القبول ، كما في حوالة الأجرة التي لم تستحق لمدة تزيد على ثلاث سنوات فإنها لا تكون نافذة في حق الغير إلا بالتسجيل . كما توجد —

٢٦٦ — أهمية المدين بالحوالة: يصدر هذا الإعلان إما من المحيل

أو من المحال له . ولما كان الحال له هو الذى يعنيه قبل غيره أن تكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير ، وهو الذى يخشى إن أبطأ فى ذلك أن يعمد المحيل إلى التصرف فى حقه مرة أخرى أو إلى استيفائه من المدين ، لذلك كان الغالب أن يكون هو — لا المحيل — الذى يتولى إعلان الحوالة للمدين (١) . وقد يعنى المحيل إعلان الحوالة ، حتى لا يوقع أحد دائنيه حجزاً تحفظياً تحت يد المدين قبل إعلانها ، فيصبح الحجز نافذاً فى حق المحال له ، ويرجع هذا عليه بالضمان ، ومن ثم يكون المحيل نفسه هو الذى يبادر بإعلان الحوالة درءاً لهذا الخطر (٢) .

ويمكن إعلان المدين بالحوالة فى أى وقت بعد صدورها . ولا يكون الإعلان متأخراً ، إلا إذا سبقه إجراء يمنع من جعله مفيداً . مثل ذلك أن تصدر من المحيل حوالة أخرى تعلن للمدين أو يقبلها ، فمن وقت إعلان الحوالة الثانية أو قبولها لم يعد من المفيد إعلان الحوالة الأولى . ومثل ذلك أيضاً توقيع حجز من دائن المحيل تحت يد المدين ، فمن يوم توقيع هذا الحجز لم يعد إعلان الحوالة إلا بمثابة حجز جديد كما سنرى . ومثل ذلك أخيراً شهر إفلاس المحيل أو شهر

« حقوق تقتضى إجراءات غير الاعلان أو القبول ، كالحقوق الثابتة فى سندات إسمية أو تحت الأذن أو لحاملها ، وسيأتى بيان ذلك .

والإعلان أو القبول لازم لتنفاذ الحوالة ، سواء كان الحق المحال حقاً منفرداً (droit isolé) أو كان عنصراً فى مجموع من المال (universalité) . وقد نصت المادة ٧٤٤ مدنى على أنه « إذا بيعت تركة ، فلا يسرى البيع فى حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة . فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات » .

(١) وإذا تعدد المحال لهم فى الحوالة الواحدة ، كان عليهم جميعاً أن يقرسوا بإعلان الحوالة ، وقد يقوم أحدهم بإعلانها ، أصالة عن نفسه وبالوكالة عن الآخرين . بل يجوز فى هذه الحالة أن يعلنها باسمه خاصة ، إذا هو أرفق بالاعلان صورة الحوالة حيث يبين منها أنها صادرة له ولآخرين هو الوكيل عنهم (استثناءات مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٩٦) . وإذا كان المحال لهم متضامنين ، صح لأى منهم إعلان الحوالة ، ويفيد سائر المحال لهم من هذا الإعلان ، إذ يسرى عمل أحد الدائنين المتضامنين فى حق الباقيين إذا كان هذا العمل نافعاً لهم ، وقد سبق بيان ذلك .

إعساره ، فمن ذلك الوقت لا يكون إعلان الحوالة ، ولو صدرت منه قبل شهر الإفلاس أو الإعسار ، مفيداً ، إذ لا يمكن الاحتجاج بالحوالة في هذه الحالة على دائني المفلس أو المعسر . ومن ذلك نرى أن للمحال له مصلحة في التعجيل بإعلان الحوالة إلى المدين ، حتى لا يستقر الإعلان بإجراء مماثل لما قدمناه فيعطل حقه ويجعل الحوالة غير نافذة في حق الغير (١) .

ويجب أن يكون إعلان المدين إعلاناً رسمياً على يد محضر (٢) . فلا يكفي الإعلان الشفوي ، بل ولا الإعلان المكتوب ولو في كتاب مسجل (٣) . وليس من الضروري أن يتضمن الإعلان نص الحوالة ، بل يكفي أن يشتمل على ذكر وقوع الحوالة مع بيان لشروطها الأساسية (٤) . ومن ثم جاز إعلان الحوالة على هذا الوجه حتى لو كانت شفوية غير مدونة في ورقة مكتوبة (٥) . وأية ورقة رسمية تشتمل على هذه البيانات وتعلن للمدين تقوم مقام الإعلان ، فيقوم مقام الإعلان صحيفة الدعوى التي يرفعها المحال له على المدين مطالباً إياه بوفاء الحق المحال به ، ومن وقت وصول صحيفة الدعوى إلى المدين يعتبر هذا معلناً بالحوالة فتنفذ في حقه وفي حق الغير (٦) . وبغنى أيضاً عن الإعلان

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٤٨ — ص ١٤٩ . وانظر في شهر إفلاس الحبل بودري وسينيا فقرة ٧٨٣ . وانظر في شهر إعساره المادة ٢٥٧ مدني ، وهي تجعل أثر الإعسار يسرى من وقت تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

(٢) ويقول الدكتور صبحي الخمصاني : « أما في لبنان ، فليس في القانون ما يوجب هذا التشديد . والظاهر أنه يجب الرجوع إلى قواعد الإنذار العامة ، التي تكفي بأن يكون ذلك بأية طريقة كانت ، بشرط أن تكون خطية ثابتة ، كالكتاب المضمون أو البرقية أو الإخطار الصادر من دائرة رسمية كدائرة الإجراء مثلاً) أو استحضار الدعوى ولو تقدم أمام محكمة غير مختصة (م ٢٧٥) » (انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٢) .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٧٠ .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٨ — ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥

ص ١٣٦ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٠ .

(٥) بلانزي و... وردوان ٧ فقرة ١١١٨ ص ٤٩٦ — وقارب آنفاً فقرة ٢٥٠ .

(٦) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨٤ — ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢

ص ٢٤٣ — ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٠ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٤ —

٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٥ — ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧٦ — ٢٨ مايو

سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٢٨ — ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٠ — ٣ يناير سنة ١٩٤٥ =

التنبيه (١) ، والتقدم في توزيع (٢) ، وتوقيع المحال له حجراً تحفظياً تحت يد المدين (٣) .

ويوجه إعلان الحوالة إلى المدين (٤) ، أو إلى نائبه كممثل الجمعية أو مدير الشركة أو الولي أو الوصي أو القيم ، أو إلى أى شخص تكون له صفة في وفاء الحق عن المدين (٥) . وإذا كان الحق المحال به حقاً مستقبلاً ، جاز توجيه

= م ٥٧ ص ٧٣ انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١١٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٨ ص ٤٩٧ .

(١) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٢ .

(٢) استئناف مختلط ١١ يولييه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٨ - ٤ فبراير سنة ١٩٤١

م ٥٣ ص ٧٩ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨٣ - ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٨ .

(٣) والمحال له يستطيع مطالبة المدين باسمه الشخصي ، فهو في غير حاجة إلى توقيع حجز تحفظي تحت يده ، فإن فعل ، عد هذا بمثابة إعلان للحوالة ، ولا يكون في حاجة بعد ذلك إلى طلب تثبيت الحجز التحفظي (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٩) .

(٤) ويكون إعلان الحوالة في الموطن الحقيقي للمدين ، لا في الموطن المختار . ذلك أن الموطن المختار إنما يكون للإعلانات المتعلقة بتنفيذ التصرفات القانونية ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٣ مدني على أنه « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين » . والحوالة ليست تنفيذاً للحق ، بل هي نقل له إلى دائن جديد (هيك ٢ فقرة ٣٢٦ - جيلوار ٢ فقرة ٧٧٤ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٤٥ - بودري وسينيا فقرة ٧٦٩ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ ص ٤٩٨ - عكس ذلك أي جواز الإعلان في الموطن المختار : ديمولومب ١ فقرة ٣٢١) .

وإذا تعدد المدينون المحال عليهم في الحوالة الواحدة ، فسواء كانوا متضامنين أو غير متضامنين لا بد من إعلان كل منهم . فإن كانوا غير متضامنين أعلن كل منهم بالنسبة إلى نصيبه في الدين ، لأن الدين ينقسم عليهم . وإن كانوا متضامنين أعلن كل منهم في كل الدين ، إذ هو مشمول عنه ، ولأن المدينين المتضامنين لا يمثل بعضهم بعضاً كما قدمنا إلا فيما يفيد وليس إعلان الحوالة مما يفيد . فإذا أعلن أحد المدينين المتضامنين بالحوالة دون الآخرين ، كانت الحوالة نافذة في حق من أعلن دون غيره (قارن بودري وسينيا فقرة ٧٧٢) .

(٥) فإذا كان الحق المحال به مضموناً برهن ، وبيعت العين المرهونة في المزاد بناء على طلب الدائن الأصلي ، فإن الحوالة في هذه الحالة لا تملن إلى المدين بعد أن نزع ملكيته ، بل تملن إلى الراعي عليه المزاد إذا كان الثمن لا يزال في ذمته ، أو تملن إلى خزانة المحكة إذا كان الثمن قد أودع فيها (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ ص ٤٩٩ - انظر أيضاً : بودري وسينيا فقرة ٧٧٤ ص ٨١٩ - ص ٨٢٠ - أنسيكلوبيدي دالتوز ١ لفظ Cession de créance فقرة ٢١٤ - فقرة ٢١٩) .

الإعلان إلى جميع الأشخاص الذين يحتمل أن يكونوا مدينين بهذا الحق (١) .

٢٦٧ — قبول المدين للحوالة : والطريق الثاني لصيرورة الحوالة نافذة

في حق المدين هو قبوله لها . فإذا صار للقبول تاريخ ثابت ، أصبحت الحوالة نافذة أيضاً في حق الغير كما سبق القول .

والوقت الذي يصح في خلاله هذا القبول هو نفس الوقت الذي يصح في خلاله إعلان الحوالة ، فيكون القبول متأخراً إذا سبقه إعلان حوالة أخرى أو حجز تحفظي تحت يد المدين أو قبول منه لحوالة أخرى أو شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره . ويصح صدور القبول وقت صدور الحوالة نفسها وفي نفس الورقة التي دونت فيها الحوالة ، كما يصح صدوره بعد ذلك على الوجه الذي قدمناه ، ولكن لا يصح صدوره قبل صدور الحوالة (٢) .

(١) ومثل الحق المستقبل الثمن الذي سيرسره المزارد في عين تعرض للبيع بالمزاد ، فيجوز لصاحب هذا الحق أن يحوله إلى شخص آخر ، وتعلن الحوالة في هذه الحالة إلى الأشخاص الذين يحتمل أن يرسو المزاد عليهم ، وبخاصة الشركاء في العين الممروضة للبيع إذا كانت هذه العين مملوكة على الشيوع . انظر في كل ذلك : بودرى وسينيا فقرة ٧٧٣ — فقرة ٧٧٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ — فقرة ١١٢٠ .

هذا وإذا كان المستحق في الوقف هو في الوقت ذاته الناظر ، وحول استحقاقه في الوقف إلى شخص آخر ، فلا حاجة إلى إعلان الحوالة إليه باعتباره ناظراً للوقف ، لأن تحويله استحقاقه باعتباره مستحقاً يتضمن علمه بالحوالة باعتباره ناظراً (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٨) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٧٧٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢١ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ — الأستاذ شفيق شحاتة في الحوالة في قوانين البلاد العربية فقرة ٤٥ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٢٤ ص ٣١٥ — عكس ذلك : هيك فقرة ٣٤٣ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٢٢٧ ص ٤٢٧ — الدكتور صبحي الخمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني الثاني ص ٣٣ . ومن الصعب التسليم بأن القبول الذي يجعل الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير يصح صدوره قبل صدور الحوالة ، لأن هذا القبول لا يتحصل به العلم بالحوالة ، رغم أن المدين بالحوالة له أمر جوهري لنفاذ الحوالة في حقه وفي حق الغير . والقبول الذي يجوز صدوره قبل صدور الحوالة إنما هو القبول اللازم لانعقاد الحوالة ، لا لنفاذها ، في القوانين التي تشترط رضا المدين في انعقاد الحوالة كما كان الأمر في التقنين المدني الأهل السابق (انظر المرجع المختار فقرة ٤١٥ ص ٥٣١) .

ولا يتضمن قبول المدين للحوالة نزولا منه عن الدفع التي كان له أن يدفع بها مطالبة المحيل ، فهو بالرغم من قبوله للحوالة يستبقى هذه الدفع ، ويجوز له أن يتمسك بها قبل المحال له كما سنرى . فقبول المحال له للحوالة لا يعنى أكثر من أنه علم بوقوع الحوالة ، فأصبحت سارية في حقه ، وصار واجبا عليه أن يدفع الدين للمحال له لا للمحيل ، ولكن في الحدود التي يجب عليه فيها دفع هذا الدين للمحيل . ويستثنى من ذلك أمر واحد سبقت الإشارة إليه ، هو أن الدفع بالمقاصة الذي كان المدين يستطيع أن يتمسك به قبل المحيل لا يجوز التمسك به قبل المحال له إذا قبل المدين الحوالة دون تحفظ (م ١/٣٦٨ مدني) . ولكن هذا لا يمنع المدين من أن يتضمن قبوله للحوالة نزولا عن الدفع التي كانت له قبل المحيل ، فيصبح بهذا القبول البعيد المدى ملتزما بدفع الدين للمحال له ، ولا يجوز له التمسك قبله بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل . ولكن مثل هذا القبول لا يفترض ، بل لا بد أن يكون الإطلاق فيه على هذا الوجه واضحا ، فان قام ثمة شك فسر القبول لصالح المدين ، واعتبر قبولاً للحوالة مع الاحتفاظ بما للمدين من دفع كان له أن يتمسك بها قبل المحيل (١) .

فالقبول إذن ، بهذا التحديد ، لا يفيد أكثر من إقرار (٢) من جانب المدين بأنه علم بوقوع الحوالة كما تقدم القول ، ولا يفيد أن المدين أصبح طرفاً في عقد الحوالة ، فقد أسلفنا أن هذا العقد يتم دون حاجة إلى قبوله . ومن ثم إذا رفض المدين أن يقبل الحوالة ، أمكن الاستغناء عن قبوله بإعلان الحوالة إليه ، فالإعلان كالقبول يفيد حتماً علم المدين بوقوع الحوالة ، وهذا هو المقصود من كل من القبول والإعلان .

ويصدر القبول من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر يمكن أن يوجه إليه الإعلان فيما لو كانت الحوالة قد أعلنت . وقد تقدم بيان من يوجه

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢١ ص ٥٠١ - ص ٥٠٢ .

(٢) ومن ثم يكون القبول إخباريا لا إنشائيا (الأستاذ عبد الحى حجازى ص ٢٥٠ -

ص ٢٥١) ومع ذلك يقتضى القبول أهلية الالتزام (هيك ٣ فقرة ٢٤٢ - أنسيكلوبيدي دالورز ١ لفظ Cession de créance فقرة ٢٨٣ - وقارن بودرى وسيبيا فقرة ٧٧٧) .

إليه إعلان الحوالة (١) .

وليس للقبول شكل خاص . فيصح أن يكون في ورقة رسمية (٢) ، كما يصح أن يكون في ورقة عرفية ثابتة التاريخ ، أو في ورقة عرفية غير ثابتة التاريخ . بل يصح ألا يكون مكتوباً أصلاً ، فيكون قبولاً شفوياً . وقد يكون قبولاً ضمنياً ، كما يقع فيما إذا دفع المدين بعض أقساط الدين للمحال له ففي هذا قبول ضمنى للحوالة (٣) ، وكما يقع فيما إذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له عن الإيجار دون أن يبدى أى تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي (م ٥٩٧ ثانياً مدني) . ويخضع القبول في هذه الحالة ، إذا أنكر المدين صدوره منه ، للقواعد العامة في الإثبات ، فيجوز إثباته بالبينة والقرائن إذا كان الحق المحال به لا يتجاوز عشرة جنيهات ، وإلا فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٤) . كل هذا لنفاذ الحوالة في حق المدين ، أما لنفاذها في حق الغير ، فقد قدمنا أن القبول يجب أن يكون في ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ .

٢٦٨ — هل يقوم علم المدين بصور الحوالة مقام الاعتراف

أو القبول : رأينا فيما قدمناه أن المقصود من إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها

(١) وكما لا يعتبر إعلان أحد المدينين المتضامين بالحوالة إعلاناً للباقي (أنظر آتفا فقرة ٢٦٦ في الهامش) كذلك لا يعتبر قبول أحد المدينين المتضامين بالحوالة قبولاً بها من الباقي . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن قبول أحد المدينين المتضامين للحوالة إنما هو تنازل فردي عن حقه الشخصي ، ولا يسرى على غيره من المدينين الذين لم يرضوا بالحوالة ، ولا يمكن أن يعتبر وكلاء عنهم في هذا الشأن (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٩ ص ٢٢١) . وليس من الضروري أن يعلم الخيل أو المحال له بقبول المدين للحوالة ، بل ينتج القبول أثره قبل علم أحد من هذين به ، إذ القبول هنا إرادة غير موجهة إلى شخص معين (بودرى وسينيا فقرة ٧٨٠) .

(٢) وفي فرنسا يجب أن يكون القبول ثابتاً في ورقة رسمية حتى تكون الحوالة نافذة في حق الغير (م ١٦٩٠ من التفتين المدنى الفرنسى) .

(٣) استئناف مخطوط ١٥ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٠ . ومن باب أولى لو دفع المدين كل الدين للمحال له : استئناف مخطوط ٢٩ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٧٠ .

(٤) أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ Cession de créance فقرة ٣٠١ . أما في المسائل التجارية فيجوز الإثبات بجميع الطرق : استئناف مخطوط ٣٠ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٨ .

هو إثبات علمه بوقوعها ، فهل يستخلص من ذلك أنه متى ثبت علم المدين بالحوالة ، ولو من طريق آخر غير الإعلان أو القبول ، تكون الحوالة نافذة في حقه ؟

قد يعلم المدين بوقوع الحوالة دون أن يعلن بها على يد محضر ودون أن يصدر منه قبول بها . فقد يكون الحق المحال به مضموناً برهن رسمي وأشر المحال له على هامش القيد بالحوالة ، فعلم المدين بها من هذا الطريق (١) . وقد يكون المدين قد حضر مجلس العقد وقت صدور الحوالة ، فعلم بصدورها . وقد يكون أجنبي أخطره ، شفويّاً أو كتابة ، بوقوع الحوالة . وأبسر من هذا كله أن يكون المحال له أو المحيل هو الذي تولى بنفسه إخطار المدين بصدور الحوالة ، ولكن لا بإعلان رسمي ، بل شفويّاً أو كتابة ولو بكتاب مسجل . فما دام المدين لم يعلن رسمياً على يد محضر ، وما دام لم يصدر منه قبول بالحوالة ، فحتى الكتاب المسجل الذي يخطر فيه المحال له أو المحيل بصدور الحوالة لا يجعل علمه حاصلًا من أحد الطريقين اللذين رسمهما القانون لذلك .

في جميع هذه الأحوال لا يكون علم المدين بوقوع الحوالة ، كما قدمنا ، حاصلًا بالطريق الذي رسمه القانون . فلا يكون هذا العلم ، مهما استطاع ذو المصلحة أن يثبته ، بل ولو أقر به المدين نفسه ، كافياً في جعل الحوالة نافذة في حقه (٢) . ذلك أن القانون متى رسم طريقاً محدداً للعلم بتصرف معين ، فلا يجوز استظهار العلم إلا بهذا الطريق . فالتسجيل مثلاً طريق لشهر انتقال الحقوق العينية العقارية الأصلية ، فلا يكون انتقال هذه الحقوق نافذاً في حق الغير إلا من طريق التسجيل . والقيد طريق لشهر إنشاء الحقوق العينية العقارية التبعية ، فلا تنفذ هذه الحقوق في حق الغير إلا بالقيد . وكذلك الإعلان أو القبول طريق لشهر انتقال الحقوق الشخصية ، فلا تكون الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير إلا بالإعلان أو القبول (٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٧٩١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٩ .

(٣) جيلوار ٢ فقرة ٧٧٨ — بودرى وسينيا فقرة ٧٩١ — فقرة ٧٩٢ — بلانيول

وربيير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ .

هذه هي القاعدة ، ولا نحتمل استثناء إلا في حالة الغش ، فان الغش بطبيعة الحال يفسد أى تصرف (fraus omnia corrumpit) . وصورة الغش هنا أن يكون المدين عالماً بوقوع الحوالة عن طريق غير طريق الإعلان والقبول ، ثم يعتمد غشاً ، متواطئاً مع المحيل ، إلى الوفاء له بالدين إضراراً بحقوق المحال له ، وقد يحصل في مقابل ذلك على منفعة من المحيل كأن ينزل له عن جزء من الدين . فالوفاء بالدين للمحيل هنا باطل ، أبطله الغش والتواطؤ . ويجوز في هذه الحالة للمحال له ألا يعتد بهذا الوفاء ، وأن يعلن الحوالة للمدين فتصبح نافذة في حقه ، ثم يطالبه بعد ذلك بالحق المحال به ، فيوفيه المدين مرة ثانية للمحال له ، وهو في هذا إنما يتحمل نتيجة غشه ، وليس له إلا الرجوع على المحيل بما دفعه له أول مرة . كذلك الحال فيما إذا حول الدائن حقه إلى شخص آخر ، وقبل إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها تواطئاً المحيل مع شخص ثالث وحول له الحق مرة أخرى ، وبادر المحال له الثاني إلى إعلان المدين بالحوالة أو حمله على قبولها ، علم المدين بالحوالة الأولى أو لم يعلم . ففي هذه الحالة أيضاً تواطئاً المحيل مع المحال له الثاني ، وتحايلاً على جعل الحوالة الثانية نافذة في حق الغير قبل نفاذ الحوالة الأولى ، فيجوز للمحال له الأول ألا يعتد بالحوالة الثانية التي وقعت غشاً له (١) ، ويبادر إلى إعلان الحوالة الأولى للمدين ويطالبه بدفع الحق المحال به . فاذا لم يكن المدين قد وفى الحق للمحال له الثاني ، فعليه أن يوفيه للمحال له الأول لأن الحوالة الثانية وقعت باطلة للغش كما قدمنا . أما إذا كان المدين قد وفى الحق للمحال له الثاني ، فان كان شريكاً في الغش ، فان هذا الوفاء لا يعتد به وعليه أن يني الحق مرة أخرى للمحال له الأول على الوجه الذى قدمناه . أما إذا لم يكن شريكاً في الغش ، حتى لو كان مقصراً كل التصدير في عدم اتخاذ ما ينبغى الاحتياط (٢) ، فان وفاءه الحق للمحال له الثاني يكون مبرئاً لذمته بعد

(١) استثنائات مختلط ٧ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٨ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص ٥٠٤ هاشم رقم ٢ — قارن أوبري ورره فقرة ٣٠٢ ص ١٤٧ — أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ (cession de créance) فقرة ٣٠٢ وما بعدها — ويلاحظ أن القاعدة المطبقة هنا هي القاعدة العامة التي تفضى بأن الغش يفسد التصرفات ، وليست حتماً الدعوى البولصية بشروطها الدقيقة ، خلافاً لما صرح به بودرى وسينيا (انظر فقرة ٧٩٢ ص ٨٣٦ وفقرة ٧٩٣ ص ٨٣٩ وص ٨٤٢) .

أن أصبحت الحوالة الثانية نافذة في حقه قبل نفاذ الحوالة الأولى ، ولا يجبر على الدفع مرة أخرى للمحال الأول . وليس أمام هذا إلا الرجوع بالتعويض على كل من المحيل والمحال له الثاني للذين تواطأ على الإضرار بحقوقه (١) .

(١) وتختلف نصوص التقنينات الألمانية والسويسرية والإيطالية الجديدة عن نصوص التقنين المصري . فنصوص التقنين المدني المصري صريحة في أن الحوالة لا تكون نافذة في حق المدين إلا بالإعلان أو القبول . أما التقنين المدني الألماني (م ٤٠٧) وتقنين الالتزامات السويسرية (م ١٦٧) والتقنين المدني الإيطالي الجديد (م ٢/١٢٦٤) فتتفق بأن وفاة المدين الدين للمحيل لا يكون مبرراً لذمته إلا إذا تم بحسن نية ، فإن أثبت المحال له أن المدين كان يعلم بوقوع الحوالة وقت أن وفى الدين للمحيل ، ولو من غير طريق الإعلان أو القبول ، فإن الوفاء لا يكون صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين (انظر في التقنين المدني الألماني التعليقات على هذا التقنين المادة ٣٩٨ ص ٥٦٧ — ص ٥٦٩ والمادة ٤٠٧ ص ٥٧٩) . ويذهب الأستاذ شفيق شحاتة إلى تفسير نصوص التقنين المدني المصري بما يعمل هذا التقنين في هذه المسألة متفقاً في الحكم مع التقنينين الألماني والسويسري (حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٣٣ — ص ٣٦) . ولا نتفق معه في هذا الرأي ، فإن نصوص التقنين المدني المصري صريحة في أن الحوالة لا تكون نافذة في حق المدين إلا بالإعلان أو بالقبول ، فإذا لم يعلن المدين بالحوالة ولم يصدر منه قبول بها ، فإنها لا تكون نافذة في حقه ، حتى لو علم بها من طريق آخر ، إلا إذا ارتكب غشاً في الوفاء للمحيل فإن الغش حينئذ يجعل الوفاء غير مبرئ لذمته (انظر من الرأي الذي اختاره الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٢٥٢ — ص ٢٥٥ والأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٣٠ ص ٣١٩ — ٣٢٠) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً يجعل علم المدين بوقوع الحوالة من غير طريق الاعلان أو القبول ، ووفاءه بالدين مع ذلك للمحيل ، في حكم الغش . فكانت المادة ٤٣٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « ١ — تبرأ ذمة المدين إذا لم يقبل الحوالة ووفى الدين للمحيل قبل أن يعلن بهذه الحوالة . ٢ — ومع ذلك لا تبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء إذا أثبت الدائن المحال له أن المدين كان يعلم وقت الوفاء بصدور الحوالة » . وهذا النص هو الذى يتفق مع نصوص التقنينات الألمانية والسويسرية والإيطالية ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في شأنه ما يأتى : « يصح التساؤل في ظل أحكام التقنين القائم (السابق) عما إذا كان في الوسع أن يتخذ من الأمر الواقع بديل من الاجراءات التى تتطلبها القانون . فلو فرض أن المدين علم بانعقاد الحوالة فعلاً ، فهل يجوز له أن يتمسك بعدم نفاذها في حقه استناداً إلى أنه لم يعلن بها ؟ جرى أكثر الفقهاء في فرنسا ، وشايمهم في ذلك الفضاء ، على أن علم المدين بحوالة لم يعلن بها ولم يقبلها يجعل وفاءه للمحيل فاسداً ، وفقاً لما هو مأثور من أن كل ما يترتب على الغش فاسد . وكذلك الشأن في ائحال له الثاني إذا تواطأ مع المحيل وعمد إلى الاغتياب على حق المحال له الأول ، فجواته هذه تعتبر باطلة وتنفذ في حقه الحوالة الأولى . وبراعى من ناحية أخرى أن فريفاً كبيراً من الفقه والنقض الفرنسيين يستند إلى المادة ١٣٨٢ —

ولكن ليس من الضروري أن يكون علم المدين بوقوع الحوالة ، من خبر الطريقين اللذين رسمهما القانون وشما الإعلان والقبول ، سبباً في ثبوت الغش في جانبه . فقد يصل إلى علمه أن الدائن قد حول حقه إلى آخر ، ولكن لا يعلن بالحوالة ولا تعرض عليه لقبولها ، ثم يطالبه الدائن بالدين ، فيقع في نفسه أن الحوالة التي سمع بها لاحقة لها ، فيوفي الدين للدائن : ولا يكون قد ارتكب

٢ (١٥١ / ٢٠٢ مصرى) ويرفع عليها بطلان كل تصرف يقع إخلالاً بحوالة لم نعلن ولم تقبل متى كان المتصرف قد علم فعلاً بذلك الحوالة ، وصدر في تصرفه هذا عن خطأ أو رهونة . رسدى ذلك أن البطلان يعتبر تعويضاً من هذا الخطأ أو تلك الرهونة وفقاً لقواعد المسؤولية التفسيرية . وقد نصت المادة ١٦٧ من تقنين الالتزامات السويسرى على أن ذمة المدين تبرا على الوجه الصحيح إذا أوفى بالدين بحسن نية لدائنه السابق قبل أن يقرم الهيل أو المحال له بإبلاغه بالحوالة . فالتقنين السويسرى ، والحال هذه ، يقع بالعلم بالعمل ، ولا يتطلب الدليل على عثر أو تدليس ، بل هو لا يفترض توافر الخطأ . على أن هذا التقنين لم يكن مبتدعاً فى هذه الناحية ، فقد سبقه التقنين الألمانى إلى ذلك ، ونص على المبدأ نفسه صراحة فى المادتين ٤٠٧ و ٤٠٨ . وقد اختار المشروع هذا المبدأ باعتباره نتيجة طبيعية منطقية للتصوير الفرنسى فى هذا الشأن « مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٨ هامش رقم ١) . ولكن نص المادة ٤٢٢ حذف فى لجنة المراجعة « لأنه يتضمن حكماً تفصيلياً رضى الاكتفاء فيه بتطبيق القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٨ هامش رقم ١) . والواقع من الأمر أن الحكم ليس بتفصيل ، وقد كان المراد به العدول عن التصوير الفنى الفرنسى الذى يقتضى بأن علم المدين بالحوالة لا يمتد به إلا إذا كان حاصلاً عن طريق الإعلان أو القبول ، إلى التصوير الفنى للتقنينات الأخرى (الألمانى والسويسرى والإيطالى) الذى يجعل العلم بالفعل يغنى عن العلم القانونى على أن يحمل المحال له عبء إثبات هذا العلم الفعلى . وليس دقيقاً ما تقرره المذكرة الإيضاحية من أن هذا التصوير الأخير هو نتيجة طبيعية منطقية للتصوير الفرنسى . ولوربى نص المشروع التمهيدى ولم يحذف ، لأمكن القول فى التقنين المدينى المصرى أن العلم بالفعل يغنى عن العلم القانونى . ولكن بعد حذف هذا النص ، وأمام سراحة نص المادة ٣٠٥ مدنى التى تقضى بأن « لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ... » ، لم يبق مجال للقول فى التقنين المدينى المصرى أن العلم بالفعل يغنى عن العلم القانونى . فلا بد لتنفاذ الحوالة فى حق المدين وفى حق الغير من أن يعلم بها المدين علماً قانونياً — دون أن يكفى العلم الفعلى — عن أحد طريقين ، الإعلان أو القبول . ويستثنى من هذه القاعدة حالة الغش بطبيعة الحال . وقد لوحظ اتجاه من القضاء المصرى إلى التوسع فى هذا الاستثناء ، وافترض الغش إذا ثبت أن المدين قد حصل له العلم بالحوالة « علماً خاصاً شخصياً » ، حتى يكاد الاستثناء يستغرق القاعدة ، ويقلل من أهمية ما يشترطه القانون من شكلية فى وجوب تحصيل العلم القانونى عن طريق الإعلان أو القبول (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص ٥٠٥) .

غشاً في هذا الوفاء^(١). بل قد يعلم المدين حق العلم بوقوع الحوالة ، من غير الإعلان أو القبول ، ومع ذلك يطالبه الدائن بالدين ويلج في الطلب ، ولا يكون لدى المدين دليل على صدق الحوالة ، فلا يسعه — بعد أن يخطر المحال له إن كان يعرفه ثم لا يفعل هذا شيئاً لجعل الحوالة نافذة — إلا أن يني بالدين للدائن ، فلا يكون قد ارتكب غشاً في هذه الحالة ، ويكون وفاؤه مبرئاً لذمته بالرغم من علمه بالحوالة (٢).

كذلك ليس من الضروري أن يكون علم المحال له الثاني بصدور الحوالة الأولى ، من غير طريق الإعلان أو القبول ، سبباً في ثبوت الغش من جانبه . فقد يظن ، من جراء إبطاء المحال له الأول في جعل الحوالة نافذة ، أن الحوالة الأولى قد نقضت بفسخ أو إبطال أو مقابلة أو نحو ذلك . بل قد يكون المحال له الثاني موقناً كل التيقن من صدور الحوالة الأولى ومن أنها لا تزال قائمة ، ولكن لا يثبت الغش مع ذلك في جانبه ، بأن يكون قد اتفق مع المحيل على الحوالة الثانية قبل أن يعلم بالحوالة الأولى ، ثم يعلم بها . فلا يسعه في هذه الحالة إلا أن يبادر إلى المحافظة على حقوقه بأن يجعل الحوالة الثانية نافذة بإعلانها إلى المدين أو بحمله على قبولها ، وهو في ذلك لم يرتكب غشاً ، ولم يرد الإضرار بحقوق المحال له الأول ، وإنما أراد دفع الضرر عن نفسه . وهذا هو أيضاً شأن الدائن العادي للمحيل إذا كان حقه ثابتاً قبل صدور الحوالة ، فانه إذا بادر إلى توقيع حجر تحفظي تحت يد المدين ، حتى بعد علمه بصدور الحوالة ، لا يكون قد ارتكب غشاً للإضرار بالمحال له ، وإنما هو يسعى لدفع الضرر عن نفسه (٣) .

(١) ماركاديه ٦ المادتان ١٦٨٩ و ١٦٩٠ فقرة ١ — هيك ٢ فقرة ٢٤٨ وما بعدها — جيلوار ٢ فقرة ٧٨١ — فقرة ٧٨٢ — بودرى وسبيل فقرة ٧٩٣ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص ٥٥٥ — ويجوز أيضاً أن يكون الحق المحال به قد توافرت فيه الشروط اللازمة للمقاصة القانونية في حق مقابل تربي في ذمة المحيل للمدين ، ولم يقبل المدين الحوالة ولم يعلن بها قبل وقوع المقاصة ، وإن كان قد علم سابقاً بذلك ، فعليه الفعل بالحوالة لا يمنع من وقوع المقاصة ، ولا يعتبر هذا العلم غشاً في جانبه (بودرى وسبيل فقرة ٧٩٣ ص ٨٤٠) .

(٣) بودرى وسبيل فقرة ٧٩٣ — ٧٩٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ .

٣٦٩ - إجراءات خاصة لجعل حوالة بعض الحقوق نافذة في حق

المدين والفير : ماقدمناه من وجوب الإعلان أو القبول لنفاذ الحوالة ينطبق ، كما أسلفنا ، على الحقوق المدنية والتجارية على السواء .

إلا أن هناك أوضاعاً خاصة ، هي في الأصل أوضاع تجارية ، إذا أسبغت على الحق ، تجارياً كان أو مدنياً ، أصبحت له إجراءات خاصة لتكون حوالة نافذة في حق الغير . فقد يكون سند الحق سنداً اسمياً (titre nominatif) ، أو سنداً إذنياً (titre à ordre) ، أو سنداً لحامله (titre au porteur) .

أما السند الإسمي فيشمل الأسهم (actions) والسندات (obligations) التي تتخذ هذا الوضع ، وهي إما أسهم وسندات للشركات المساهمة أو سندات على الدولة . وحوالة هذه السندات الإسمية تنعقد فيما بين المحيل والمحال له بالتراضي كما هي القاعدة العامة ، إلا أن هذه الحوالة لا تكون نافذة في حق المدين أو في حق الغير إلا بقيد الحوالة في دفتر خاص يحتفظ به المدين : الشركة أو الدولة .

وأما السند الإذني فيشمل الكمبيالات (lettres de change) والسندات الإذنية (billets à ordre) والشيكات الإذنية (chèques à ordre) ، ويشمل كذلك ماورد في شأنه نص خاص كبوليصة التأمين (police d'assurance) وبوليصة الشحن (connaissance) وبوليصة التخزين (récépissé, warrant) . وتنعقد حوالة السند الإذني فيما بين المحيل والمحال له بالتراضي وفقاً للقواعد العامة . ولكنها لا تكون نافذة في حق المدين وفي حق الغير إلا بالتظهير (endossement) ، وذلك بأن يضع صاحب السند توقيعه في ظهر السند . ومتى تم تظهير السند الإذني : (١) فالمدين لا يجوز له أن يوفي بالمدين إلّا لحامل السند بالتظهير لا إلى الدائن الأصلي . (٢) وإذا تنازع حامل السند بالتظهير مع آخر حول له السند عن طريق الإعلان أو القبول ، فإن الأول هو الذي يتقدم ، ولو تأخر تاريخ التظهير عن تاريخ الإعلان أو القبول . (٣) ولا يجوز لدائني المظهر (أى الدائن

الأصلى) أن يوقعوا حجزاً تحفظياً تحت يد المدين (١) .

وأما السند لحامله فيشمل الأسهم والسندات التى تحرر ابتداء لحاملها أياً كان . ويجوز لإضفاء وضع السند لحامله على أى حق تجارى أو مدنى ، وبخاصة على الشيكات . وتنعقد الحوالة فيما بين المحيل والمحال له فى السند لحامله بالتراضى . وتكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير بالتسليم المادى ، فالسندات لحاملها تلحق إذن بالمنتولات المادية (٢) .

ونقتصر على هذا القدر فى هذه المسألة التى تعد من مباحث القانون التجارى .

(١) انظر فى عدم جواز التمسك بالدفع فى السند الإذنى الذى ينتقل بالتظهير بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٧ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً فى هذه المسألة ، فكانت المادة ٤٤٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : ١ - يجوز لإثبات حق مدنى فى سند اسمى أو سند إذنى أو سند لجامله . وفى هذه الحالة تم حوالة هذا الحق بالنقل أو التظهير أو التسليم . ٢ - ويجوز لصاحب السند فى هذه الحالة أن يحتج بجميع الدفع التى يجوز للمحال عليه أن يحتج بها وفقاً لما جاء بالمادة ٤٣٩ هـ . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : هـ لا يشترط اتخاذ الإجراءات المقررة فى المادة ٤٣٠ فى الحالات التى يواجهها هذا النص . فالقاعدة هى اتباع الأوضاع المقررة فى قانون التجارة فى حوالة الحق ولو كان مدينياً ، متى أثبت شكلاً فى سند اسمى أو سند إذنى أو سند لحامله . وتسرى على المحال عليه ، فى هذه الحالة ، أحكام المادة ٤٣٩ فيما يتعلق بما يجوز له التمسك به من الدفع أو أوجه الدفع العادية هـ . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة هـ اكتفاء بتطبيق القواعد العامة هـ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٣ — ص ١٣٤ فى الهامش) .

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على حوالة الحق

٢٧٠ - تطبيق القواعد العامة - عمومات متنوعة : حوالة الحق

عقد أو اتفاق يخضع في تكوينه وفي الآثار التي تترتب عليه للقواعد العامة التي تخضع لها العقود والاتفاقات . وقد رأينا ذلك في تكوين الحوالة ، وهذا هو الأمر أيضاً في الآثار التي تترتب عليها .

فإن كانت حوالة الحق معاوضة - بيعاً أو وفاء بمقابل أو رهناً أو هبة بعوض - فإن الآثار التي تترتب عليها هي الآثار التي تترتب على أى من هذه العقود اشتملت عليه الحوالة . ففي البيع يلتزم المحيل بنقل الحق وبضمان الاستحقاق ، ويلتزم المحال له بدفع الثمن . وقس على ذلك الوفاء بمقابل والرهن والهبة بعوض .

وإن كانت حوالة الحق تبرعاً مخضاً ، أى هبة بغير عوض ، تترتب عليها من الآثار ما يترتب على الهبة ، فيلتزم المحيل بنقل الحق وبضمانه إذا أخفى سبب الاستحقاق ، ولا يلتزم المحال له بإداء عوض ما .

هذا هو تطبيق القواعد العامة . غير أن الحق الشخص الذي هو محل الحوالة تقتضى طبيعته الخاصة أن تقوم علاقات متنوعة تتناول المحال له والمحيل والمحال عليه والغير .

فهناك علاقة تقوم بين المحال له والمحيل ، وأخرى تقوم بين المحال له والمحال عليه ، وثالثة تقوم بين المحيل والمحال عليه ، ورابعة تقوم بين المحال له والغير ممن استمد حقاً من المحيل .

فنبحث على التعاقب كلا من هذه العلاقات الأربع .

الفرع الأول

علاقة المحال له بالمحيل

٢٧١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن ، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط »

وتنص المادة ٣٠٨ على ما يأتي :

١ - إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بذلك .

٢ - أما إذا كانت الحوالة بغير عوض ، فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق .

وتنص المادة ٣٠٩ على ما يأتي :

١ - لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان .

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

وتنص المادة ٣١٠ على ما يأتي :

« إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وتنص المادة ٣١١ على ما يأتي :

« يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان » (١).

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٠٧ : ورد هذا النص في المادة ٤٣٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تشمل حوالة الحق توابه كالكفالة والامتياز والرهن الرسمى، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط » وفى لجنة المراجعة حذفت كلمة « الرسمى » الواردة بعد كلمة « الرهن » ليدخل الرهن الرسمى وغيره من الرهون ، واستبدلت بكلمة « توابه » كلمة « ضماناته » تنسيقاً بين هذه المادة والمادة ٣١٨ ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقم المادة ٣١٩ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٣٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٠ - ص ١٢٢) .

م ٣٠٨ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى كانت تتضمن فى آخرها عبارة « ما لم يتفق على غير ذلك ». وفى لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة « حتى يتمشى حكم هذه الفقرة مع حكم المادة ٤٣٧ من المشروع (وتقابل المادة ٣١٠ من التقنين المدنى الجديد)، لأن المحيل بغير عوض لم يستول على شيء حتى يردّه فى حالة الضمان المتفق عليه » . فأصبح نص المادة مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها المادة ٣٢٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٢ - ص ١٢٣) .

م ٣٠٩ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢١ من المشروع النهائى ، فجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٤ - ص ١٢٥) .

م ٣١٠ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٢ من المشروع النهائى . وقد ذكر فى هذه اللجنة ، بعد أن تسامل أحد الأعضاء عما إذا كان المقصود من الحكم الأخير منع الربا « أن المقصود من هذا الحكم أن يتحمل المحال له الفهم والغرم ، لأن الحوالة تنطوى على معنى المضاربة » . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٦) .

م ٣١١ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا خلافاً لفظياً طفيفاً أزالته لجنة المراجعة ، فأصبح التطابق تاماً ، وصار رقم المادة ٣٢٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ - ص ١٢٨) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٣٥١ - ٣٥٣/٥٣٩ - ٤٤١ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٣٠٧ - ٣١١ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٩٤ - ٢٩٨ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٣٦٥ و ٣٦٨ - ٣٧١ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٢٨٤ - ٢٨٥/١ (٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤٣٩/٣٥١ : لا يضمن البائع للمشتري إلا وجود الحق المبيع في وقت البيع ، وضمانه تكون قاصرة على ثمن المبيع والمصاريف .
م ٤٤٠/٣٥٢ : لا يضمن الهيل يمار المدين في الحال ولا في الاستقبال إلا إذا وجد شرط صريح لكل من الحالتين المذكورتين .
م ٤٤١/٣٥٣ : إذا باع شخص مجرد دعوى بدين أو بمجرد حق ، فلا يكون مسئولاً عن وجود الدين ولا عن وجود ذلك الحق .
وأحكام التقنين المدني السابق لا تختلف عن أحكام التقنين المدني الجديد .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدني السوري : م ٣٠٧ - ٣١١ (مطابقة للمواد ٣٠٧ - ٣١١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٢٩٤ - ٢٩٥ و ٢٩٧ - ٢٩٨ (مطابقة للمواد ٣٧٠ - ٣٠٨ و ٣١٠ - ٣١١ من التقنين المدني المصري) .

م ٢٩٦ (مطابقة لفقرة الأولى من المادة ٣٠٩ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي : م ٣٦٥ و ٣٦٨ و ٣٧٠ (مطابقة للمواد ٣٠٧ و ٣٠٨ و ٣١٠ من التقنين المدني المصري) .

م ٣٦٩ (مطابقة لفقرة الثانية من المادة ٣٠٩ من التقنين المدني المصري) .
م ٣٧١ : يضمن الهيل تعديه حتى لو كانت الحوالة بغير عوض ، وحتى لو اشترط عدم الضمان (وهي موافقة في الحكم للمادة ٣١١ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٢٨٤ : يجب على المتضرغ أن يسلم إلى المتضرغ له سند الدين ، وأن يخوله ما لديه من الوسائل لإثبات الحق المتضرغ منه والحصول عليه . وهو يضمن للمتضرغ له - فيما خلا التضرغ الهباني - وجود الحق المتضرغ منه وقت إجراء التضرغ مع صحة هذا الحق ، غير أنه لا يضمن ملاءة المدين . أما إذا كان الاتفاق ينص على العكس فيما يخص ملاءة المدين ، فيجب أن يكون النص الراجع إليها مقتصرأ على الملاءة الحاضرة ، وأن تقتصر النتيجة على قيمة بدل التضرغ ، إلا إذا كان هناك تصريح مخالف .

م ١/٢٨٥ : إن التضرغ ينقل إلى المتضرغ له الدين مع جميع ملحقاته ، كالكفالة والامتياز والرهن والتأمينات المبنية غير المنقولة ، وفقاً للصيغ والشروط المنصوص عليها في قانون الملكية والحقوق المبنية ، كما ينقل جميع الميوب المتصلة بالدين والخصائص اللازمة له . =

ويتبين من هذه النصوص أنه في العلاقة ما بين المحال له والمحيل : (١) ينتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد انعقاد الحوالة ، وينتقل هذا الحق كما هو بما له من صفات وما يشتمل عليه من ضمانات وتوابع وما يلحق به من دفع (١). (٢) يلتزم المحيل نحو المحال له بالضمان .

أما ما يلتزم به المحال له نحو المحيل فيختلف باختلاف الحوالة . فإن كانت الحوالة بيعاً ، اتزم المحال له بدفع الثمن . وإن كانت مقايضة أو وفاء بمقابل ، التزم المحال له بأداء العوض (٢) . وإن كانت هبة ، لم يلتزم المحال بأداء أى عوض ، إلا إذا كانت هبة بعرض فيلتزم بأداء هذا العوض . وإن كانت رهناً ، التزم المحال له - بمقتضى مصلر آخر لا بعقد الحوالة - أن يوفى المحيل الحق الذى يضمه الرهن ؛ وهكذا . فالتزام المحال له نحو المحيل يختلف إذن باختلاف الحوالة ، ودراسة هذا الالتزام تدخل فى دراسة العقد الذى اشتملت عليه الحوالة ، فلا شأن لنا به هنا .

ولنأينا يعيننا أن نبحث ما يلتزم به المحيل نحو المحال له : انتقال الحق المحال به والضمان .

= وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن التقنين اللبنانى، وإن كان يحل رجوع المحال بالضمان على المحيل مقصوراً فى الأصل على استرداد ما دفع مع الفوائد والمصروفات ، إلا أنه يجيز الاتفاق على غير ذلك ، فيصح أن يشترط المحال له فى عقد الحوالة أن يرسل الحق . أما التقنين المدنى المصرى فيجزم أن يكون الرجوع مقصوراً على استرداد ما دفع مع الفوائد والمصروفات ، ولا يبيح الاتفاق على غير ذلك (انظر الدكتور صبحى الحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٢٩) .

(١) على أنه إذا كانت الحوالة على سبيل الرهن ، فإن ملكية الحق لا تنتقل إلى المحال له ، بل ينتقل إليه حق عينى عليه هو حق الرهن .

(٢) ولا يكون الرجوع وفاء دين ، فإذا نزل شريك لشريكه عن نصيبه فى الشركة فى مقابل دفع ديون الشركة التى تخصه ، كانت هذه حوالة صحيحة (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٢٠) .

المبحث الأول

انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له

٢٧٢ - انتقال الحق بصفاته وتوابعه : قلنا إن الحق المحال به ينتقل بالحوالة من المحيل إلى المحال له . والحق الذي ينتقل هو نفس الحق الذي كان في ذمة المحال عليه للمحيل ، فينتقل إذن بصفاته ودفعه ، ثم تنتقل معه أيضاً توابعه (١) .

المطلب الأول

انتقال الحق بصفاته ودفعه

٢٧٣ - انتقال نفس الحق بمجرد انعقاد الحوالة : بمجرد أن تنعقد الحوالة بين المحيل والمحال له ، أى حتى قبل أن تكون نافذة في حق المدين وفي حق الغير بالإعلان أو القبول ، ينتقل نفس الحق المحال به من المحيل إلى المحال له (٢) ، وينتقل بكل قيمته حتى لو كان المحال له دفع فيه ثمناً أقل كما هو الغالب (٣) . ذلك أن الحق المحال به ، وإن كان حقاً شخصياً ، يعتبر منقولاً معيناً بالذات ،

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع انتهت في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢١ .

(٢) استئناف مخطوط ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٨ .

(٣) وقد قضت محكمة دمياط بأنه إذا اشترى المحال له الدين بأقل من قيمته الإسمية ، كان له الحق في مطالبة المدين بكامل الدين (٧ يناير سنة ١٩٣١ - المجموعة الرسمية ٣٢ - رقم ١٥٠ ص ٣١٠) . هذا ما لم يكن الدين متنازَعاً فيه ، فعند ذلك يجوز للمدين التخلص من الدين برده الثمن الذي دفعه المحال له للمحيل والمصروفات والفوائد من وقت الدفع ، وقد تقدم بيان ذلك (انظر آنفاً فقرة ٢٥٣) .

ولا يرجع المحال له على المدين بمصروفات الحوالة ذاتها ، فهذه يتحملها هو (استئناف مخطوط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٥ - ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١١) .

فتنتقل ملكيته فيما بين المتعاقدين - أى فيما بين المحيل والمحيل له - بمجرد العقد دون حاجة إلى أى إجراء آخر (١) .

والحق الذى ينتقل هو نفس الحق الذى كان فى ذمة المدين للمحيل ، فيصبح - بعد أن تصبح الحوالة نافذة فى حق المدين - فى ذمة المدين للمحال له . ولما كان الذى ينتقل هو نفس الحق ، فإنه ينتقل بماله من صفات وما عليه من دفع . فإن كان حقاً مدنياً أو تجارياً ، انتقل بصفته هذه إلى المحال له . وإن كان حقاً قابلاً للتنفيذ بموجب حكم أو سند رسمى ، انتقل إلى المحال له بهذه الصفة أيضاً . وإن كان حقاً ينتج فوائد ، انتقل بقابليته لإنتاج الفوائد . وهكذا .

كذلك ينتقل الحق بما عليه من دفع ، فيجوز للمدين أن يتمسك قبل المحال له بنفس الدفع التى كان يصح له أن يتمسك بها قبل المحيل ، وسيأتى بيان ذلك .

ويترتب على ما قدمناه أنه بعد انعقاد الحوالة ، وقبل صيرورتها نافذة فى حق المدين ، يمتنع على المحيل أن يطالب المدين بالحق المحال به . فاذا وفاه المدين الدين وهو حسن النية لا علم له بالحوالة ، فإن الوفاء يكون صحيحاً مبرئاً للذمة من جانب المدين ، ولكن المحيل يكون مسئولاً قبل المحال له بالضمان .

٢٧٤ - تسليم سند الحق ووسائل إثباته : وانتقال الحق إلى المحال

له يقتضى أن يلتزم المحيل بتسليم المحال سند هذا الحق والوسائل التى تؤدى إلى إثباته . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٤٣٤ من هذا المشروع (٢) تجرى على الوجه الآتى :

« يجب على المحيل أن يسلم إلى المحال له سند الحق المحال به ، وإن يقدم له وسائل إثبات هذا الحق وما هو ضرورى من بيانات لتمكينه من حقه » . وقد

(١) وقد سبقت الإشارة إلى أنه يحسن القول بأن الحق ينتقل بالحوالة ، دون القول بأن الحوالة تنشئ التزاماً بنقل الحق يتم تنفيذه بمجرد نشوئه (انظر آنفاً فقرة ٢٦٣) .

(٢) انظر أيضاً المادة ٣٦٧ من التقنين المدنى العراقى والمادة ٢٨٤ من تقنين الموجبات والمقود اليابانى .

حذف هذا النص في لجنة المراجعة (١) ، ولكن حذفه لا يفيد أن حكمه قد نسخ ، ففي تطبيق القواعد العامة غناء عنه .

والذى يقع عادة أن سند الحق هو الذى تدون فيه الحوالة ، ويسلمه المحيل إلى المحال له كمستند لصدور الحوالة ذاتها وكمستند للحق المحال به فى وقت واحد . فإذا كان الحق المحال به غير ثابت بالكتابة ، صححت مع ذلك حوالته كما قدمنا ، وعلى المحيل أن يهيئ للمحال له وسائل إثبات هذا الحق من بينة وقرائن وغير ذلك .

وإذا كان المحال به هو جزء من الحق ، بقى السند مشتركاً بين المحيل والمحال له (٢) .

وسنرى أن توابع الحق تنتقل معه . فإذا كان هناك ضمان للحق المحال به ، وجب على المحيل تمكين المحال له من هذا الضمان ، بأن يعاون فى التأشير على هامش القيد إذا كان الضمان هو رهن رسمى أو رهن حيازى عقارى أو حق امتياز عقارى أو حق اختصاص ، وبأن يسلم للمحال له سند الكفالة إذا كان الضمان هو كفيل شخصى .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٠ فى الهامش — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن تسليم الحقوق المبيعة يكون باعطاء سنداتها للمشتري بالترخيص له فى الانتفاع بها إذا لم يوجد مانع من الانتفاع (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجلد الرسمية ٣٠ رقم ١٢٧ ص ٣٠٧) . وإذا كانت الحوالة بمقابل ، ولم يدفع المحال له هذا المقابل للمحيل ، كان لهذا الأخير أن يحبس سند الدين حتى يستوفى المقابل . وقد نصت محكمة استئناف مصر بآ ، التنازل عن الدين يعتبر بمثابة عقد بيع بمقتضى المادة ٣٤٨ مدنى ، فتسرى عليه قواعد البيع ، ويكون للبائع حق حبس المبيع إذا لم يكن سلمه إلى المشتري ، كما يجوز له أن يسترد المبيع إذا كان قد سلمه إليه (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجلد الرسمية ٣٠ رقم ١٢٧ ص ٣٠٧) . وإذا لم يوف المحال له القسط الأخير من مقابل الحوالة للمحيل ، وكان المحيل قد اشترط فى هذه الحالة أن يكون له حق تقدم على الحق المحال به فيما يتبقى من المقابل ، لم يميز تسجيل أن ينسخ الحوالة ، وحل محل المحال له فى جزء من الحق المحال به بمقدار ما تبقى من المقابل (استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٣) .

(٢) ويمكن إيداع السند عند أمين لحساب كل من المحيل والمحال له . وإذا كان السند ورقة رسمية ، جاز استخراج صورة منها للمحال له أو للمحيل (بودرى وسينيا فقرة ٨٠٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٥) .

المطلب الثاني

انتقال توابع الحق المحال به

٢٧٥ - انتقال ضمانات الحق : قدمنا أن المادة ٣٠٧ مدني تقضى بأن

تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن . وهذا طبيعي ، فان ضمانات الحق هي من توابعه ، ومن شأنها أن تؤكد وتقر به . ولا شك في أن المحال له اعتمد عليها عندما حول له الحق . فما لم يكن هناك اتفاق خاص بين المحيل والمحال له على عدم انتقال هذه الضمانات أو بعضها ، فانها تنتقل من غير حاجة إلى ذكر ذلك في عقد الحوالة بحكم أنها من توابع الحق المحال به (١) .

وقد ذكر النص الكفالة والامتياز والرهن ، ولم يذكر ذلك على سبيل الحصر ، بل على سبيل التمثيل . فكل ضمانات الحق المحال به تتبعه وتنتقل معه إلى المحال له ، سواء كانت هذه الضمانات عينية كالرهن الرسمي وحتى الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز ، أو كانت شخصية كالكفالة والتضامن وعدم القابلية للانقسام .

فاذا كان للحق المحال به كفيل شخصي ، بقي هذا الكفيل ضامناً للحق للمحال له كما كان ضامناً إياه للمحيل ، ولا حاجة لرضائه بالحوالة (٢) إذ هو يكفل المدين ، وشخص المدين هو الذي يعنيه والمدين لم يتغير وإنما تغير الدائن ، شأنه في ذلك شأن المدين نفسه وقد تغير عليه الدائن دون حاجة إلى رضاه . على أنه لا بد من إعلان الكفيل بالحوالة أو قبوله لها حتى يعلم بها ، فانه إذا كان لا يعلم بالحوالة ووفى الدين عن المدين كان الوفاء صحيحاً مبرئاً لذمته .

وإذا كان المدينون في الحق المحال به متعددين وكانوا متضامنين ، فان الحق ينتقل إلى المحال له قبل هؤلاء المدينين المتضامنين جميعاً ، ولا بد من إعلانهم

(١) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٥٩ .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٥ .

كلهم بالحوالة أو قبولهم لها حتى تنفذ في حقهم كما سبق القول . وكذلك الأمر لو كان الدين غير قابل للانقسام وكان مدينوه متعددين (١) .

٢٧٦ - انتقال ما حل من فوائد وأقساط : وتقول المادة ٣٠٧ مدني

أيضاً إن حوالة الحق تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط . وقد قدمنا أن الحق ينتقل بصفاته إلى المحال له ؛ فلو كان حقاً مقسطاً أو كان حقاً ينتج فوائد ، انتقل على هذه الصفة . ويكون للمحال له في هذه الحالة الحق في قبض الفوائد والأقساط التي لم تحل ، ولو كان ذلك عن مدة سابقة على عقد الحوالة . فلو أن حقاً ينتج فوائد قسط أقساطاً سنوية ، ويحل القسط الأول منه هو والفوائد في آخر عام ١٩٥٧ ، وحول الحق في آخر شهر يونيه سنة ١٩٥٧ ، فإن المحال له يستحق أقساط الحق وفوائده ، ويدخل في ذلك القسط الأول ولو أن بعضه عن نصف سنة سابقة على صدور الحوالة ، ويدخل في ذلك أيضاً فوائد الحق جميعها ولو أن بعضها مستحق عن نصف السنة السابقة على الحوالة .

بل إن المحال له يستحق ما حل فعلاً وقت صدور الحوالة من فوائد وأقساط مادام المحيل لم يقبضه . فلو أن الحوالة في المثل المتقدم صدرت بعد آخر عام ١٩٥٧ ، ولم يكن القسط الأول والفوائد قد دفعت قبل صدور الحوالة ، فإن المحال له يستحقها جميعاً ولو أنها مستحقة عن مدة كلها سابقة على الحوالة . ذلك أنها تعتبر من توابع الحق المحال به ، فما لم يحتفظ المحيل بها صراحة أو ضمناً ، فإن المفروض أنه قبل أن تنتقل مع الحق المحال به إلى المحال له ، شأنها في ذلك شأن التوابع الأخرى (٢) .

(١) وتنتقل أيضاً مع الحق المحال به كل ميزة أخرى متصلة بالحق ولو لم تكن ضماناً له . فلو أن مستأجراً حصل من المؤجر في عقد الإيجار على وعد ببيع العين المؤجرة ، ثم نزل المستأجر من الإيجار لآخر ، فإن المتاثل له ينتقل إليه حق المستأجر في الإيجار ومعه الحق في الوعد بالبيع الصادر من المؤجر (انظر في هذا المعنى بودرى وسينيا فقرة ٨١١) .

(٢) دهرانتون ١٦ فقرة ٥٠٧ — هيك ٢ فقرة ٤٤٨ — بودرى وسينيا فقرة ٨١٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص ٥١٢ — ص ٥١٣ — انظر حكيم ذلك لوران ٢٤ فقرة ٥٣٣ .

٢٧٧ — انتقال الدعاوى التى تؤكد الحق المحال به دونه الدعاوى

النسبة: وقد يصحب الحق المحال به دعاوى بعضها تؤكد وبعضها تنافيه ،
فالدعاوى التى تؤكد هى التى تنتقل معاً إلى المحال له لأنها تعتبر من توابع الحق ،
أما الدعاوى التى تنافيه فهى تتعارض معه ولا تعتبر من توابعه فلا تنتقل إلا
باتفاق خاص بين المحيل والمحال له .

ولإيضاح ذلك نفرض أن البائع قبل أن يستوفى الثمن من المشتري حول هذا
الحق إلى آخر وكان البائع يحق له أن يبطل هذا البيع لسبب يرجع أما إلى نقص
فى الأهلية أو إلى عيب فى الإرادة كغلط أو تدليس أو إكراه . فهنا يصحب الحق
المحال به دعويان : الأولى دعوى الفسخ لعدم وفاء المشتري بالثمن ، والأخرى
دعوى الإبطال لنقص الأهلية أو للعيب فى الإرادة .

أما دعوى الفسخ فن شأنها أن تؤكد الحق المحال به ، إذ هى بمثابة ضمان
للبيع لاستيفاء حقه من المشتري ، وتعديل حق الامتياز على المبيع . وإذا كان
حق الامتياز يكفل للبائع أن يستوفى الثمن ببيع العين المبيعة جبراً على المشتري ،
فإن دعوى الفسخ تكفل للبائع أن يسترد العين المبيعة ذاتها ، وقد يكون
مجرد التهديد بها كافياً لدفع المشتري إلى الوفاء بالثمن (١) . ومن ثم تنتقل دعوى
الفسخ بالحوالة من المحيل إلى المحال له (٢) ، ويستطيع هذا إذا لم يستوف من
المشتري الثمن المحال به أن يفسخ البيع كما لو كان هو البائع ويأخذ العين المبيعة
بدلاً من الثمن (٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨١٢ ص ٨٥٣ — ص ٨٥٤ .

(٢) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٢٩ ص ٣١٨ .

(٣) استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣٧ — انظر عكس ذلك لوران ٢٤

فقرة ٥١٥ — الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ٤٨ ص ٤٢ .
على أن هناك حالات لا يستطيع فيها المحال له أن يفسخ البيع ويأخذ المبيع من المشتري ،
وذلك عندما يكون المبيع متصلاً اتصالاً وثيقاً بملك البائع ، كما إذا كان حق ارتفاع رتبة البائع
للمشتري على أنه أم حائظاً جعله البائع مشتركاً بينه وبين المشتري . ففى مثل هذه الحالات
مقتضى الفسخ أن يزول الارتفاق ولكن لمصلحة البائع لا لمصلحة المحال له ، أو أن ترجع الحائظ
ملكاً خالصاً ولكن للبائع لا للمحال له ، فلا يفيد المحال شيئاً من الفسخ . ومن ثم تستعصى طبائع
الأشياء على أن يكون للمحال له دعوى الفسخ ، فلا تنتقل هذه الدعوى مع الحق المحال به إلى
المحال له (انظر فى هذا المعنى بودرى وسينيا فقرة ٨١٣) .

وأما دعوى الإبطال فانها تنافي الحق المحال به . ذلك أن البائع إذا حول الثمن ، فهو بهذه الحوالة يؤكد وجوده في ذمة المشتري ، ومما ينافي هذا التأكيد إبطال البيع - وهو مصدر الالتزام بالثمن - لنقص في الأهلية أو لعيب في الإرادة . والبائع : عند الحوالة بالثمن ، إما أن يكون عارفاً بوجود دعوى الإبطال ، فاقدامه على حوالة الثمن يعتبر إجازة ضمنية للبيع ، وإما أن يكون غير عارف بوجود هذه الدعوى ، فلا يمكن افتراض أنه أراد تحويلها . ومن ثم لا تنتقل دعوى الإبطال مع الحق المحال به ، لأنها لا تعتبر من توابع هذا الحق ، إذ هي لا تؤكد وجوده بل تنفي هذا الوجود . كل ذلك ما لم يكن هناك اتفاق خاص بين المحيل والمحال له على انتقال دعوى الإبطال مع الحق المحال به (١) .

المبحث الثاني

إلتزام المحيل بضمان الحق المحال به للمحال له

٢٧٨ - مسألتاه : إذا استعرضنا نصوص المواد ٣٠٨ - ٣١١ مدني السالف ذكرها ، وهي النصوص الخاصة بالتزام المحيل بضمان الحق المحال به ، وجدنا أن هناك مسألتين : (١) ما يضمنه المحيل للمحال له (٢) وما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق الضمان .

المطلب الأول

ما يضمنه المحيل للمحال له

٢٧٩ - مآلات مختلفة : أول ما يضمن المحيل أفعاله الشخصية ، فان المادة ٣١١ مدني تنص كما رأينا ، على أن « يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان » .

(١) انظر في هذا المعنى أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة هامش رقم ٩ ؛ - جيلوار ٢ فقرة ٨١٩ - ميك ٢ فقرة ٤٤٩ - بودري وسينيا فقرة ٨١٢ ص ٨٥٢ - ص ٨٥٣ - وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص ٥١٠ .

ثم هو بوجه عام يضمن — عدا أفعاله الشخصية — وجود الحق الذى حوله ، وهذا هو الضمان بحكم القانون (garantie de droit) . ويجب التمييز فى ذلك بين ما إذا كانت الحوالة بعوض أو كانت بغير عوض .

وقد يتفق مع المحال له على ضمان أخف أو أشد من هذا الضمان الذى يفرض عليه بحكم القانون ، وهذا هو الضمان الانتفاق أو الضمان الواقعى (garantie de fait) . وهنا أيضاً يجب التمييز بين الحوالة بعوض والحوالة بغير عوض .

فتجتمع لنا بذلك الحالات الآتية : (١) ضمان المحيل لأفعاله الشخصية . (٢) الضمان فى الحوالة بعوض بحكم القانون . (٣) الضمان فى الحوالة بعوض بحكم الاتفاق . (٤) الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم القانون . (٥) الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم الاتفاق .

٢٨٠ — ضمان المحيل لأفعاله الشخصية : يضمن المحيل للمحال له

جميع الأفعال التى تصدر منه بعد صدور الحوالة ويكون من شأنها الانتقاص من الحق المحال به أو زواله .

فيكون مسئولاً ، بحكم هذا الضمان ، إذا هو بعد الحوالة ، وقبل صيرورتها نافذة فى حق المدين ، استوفى الحق من هذا الأخير ، سواء كان متواطئاً معه أو غير متواطئ ، وسواء كان المدين يعلم بصدور الحوالة أو لا يعلم . فإن فعل ذلك ، رجع عليه المحال له بالضمان على الوجه الذى سنبينه ، لأن المحيل مسئول عن الفعل الشخصى الذى صدر منه بعد صدور الحوالة ، وهذا الفعل هو استيفاء الحق من المدين .

ويكون مسئولاً أيضاً ، بحكم هذا الضمان ، إذا هو بعد الحوالة ، وقبل صيرورتها نافذة فى حق الغير ، تصرف فى الحق المحال به تصرفاً مناقضاً للحوالة الأولى ، بأن باعه مرة أخرى أو وهبه أو رهنه أو أجرى فيه أى تصرف آخر . فإذا عمداً قبل من الحوالة الأولى إلى تحويل الحق مرة أخرى إلى محال له ثان ، واستطاع هذا المحال له الثانى جعل حوالته نافذة فى حق المحال له الأول ، رجع المحال له الأول على المحيل بالضمان من جراء فعل شخصى صدر منه ، هو تصرفه فى الحق المحال به بعد أن حوله .

ويكون مسئولاً كذلك ، بحكم هذا الضمان ، إذا عمد أحد دائنيه ، بعد صدور الحوالة وقبل صيرورتها نافذة في حق الغير ، إلى توقيع حجز تحفظي على الحق المحال به وصار هذا الحجز نافذاً في حق المحال له . فإن المحال له في هذه الحالة يرجع بالضمان على المحيل بسبب أن الحجز التحفظي ، وإن لم يكن عملاً شخصياً صادراً من المحيل نفسه ، هو عمل صادر من جهته وبسبب الدين الذي في ذمته للدائن الحاجز .

والمحيل يستل عن أفعاله الشخصية التي تصدر بعد الحوالة على النحو الذي قدمناه ، ما دامت هذه الأفعال تلتصق من الحق المحال به أو تلتصق من توابعه كرهن أو أى ضمان آخر (١) . ويستوى في ذلك أن تكون الحوالة بعوض أو بغير عوض ، وأن يكون الضمان بحكم القانون أو بحكم اتفاق يشده أو يخفف من مسؤولية المحيل ، بل تحقق المسؤولية على النحو المتقدم حتى لو اشترط المحيل عدم الضمان . فالمسؤولية هنا ناشئة من خطأ تقصيري ، ولا يبرز الاتفاق على الاستبعاد أو تعديل المسؤولية . وهذا ما نصت إليه صراحة المادة ٣١١ (٢) ، كما رأينا ، إذ تقول : « يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الخسارة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان » (٢) .

(١) استئناف غخط ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٤٨ .

(٢) وقد يقال أن المسؤولية هنا ناشئة عن عقد الحوالة ، وأن المادة ٣١١ مدني ليست تقريراً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ، بل هي تعرض على المحيل التزاماً بضمان أفعاله الشخصية نشأ من تعاونه مع المحال له . ولكن يفترض هذا القول أنه لا يصح لجأ المحيل إلى عدم الضمان من فعله الشخصي الذي لا يعتبر غشاً أو خطأ جسيماً ، إذ يبرز الفارق في المسؤولية العقدية أن يشترط اعتدائه من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزام التعاقدي إلا ما ينشأ من غشه أو عن خطئه الجسيم (م ٢١٧/٢ مدني) ، في حين أن المادة ٣١١ مدني تبطل اشتراط عدم الضمان عن أى خطأ ، دون تمييز بين خطأ وخيلاً . ونوماً بين من أمر ، فإنه إذا انحلت مسؤولية المحيل عن أفعاله الشخصية ، كان ملتزماً بتبريض المحال له تمويشاً كاملاً ، ولا يقتصر على رد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات . وهذا الحكم ينشئ ، لا فحسب مع قواعد المسؤولية التقصيرية ، بل أيضاً مع قواعد المسؤولية العقدية . أما ما نصت عليه المادة ٣١٠ مدني من أن التزام المحيل بالضمان يقتصر على رد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك ، فإن هذا لا يشمل مسؤولية المحيل عن أفعاله الشخصية ، إذ أن هذه المسؤولية لا يتناولها حكم المادة ٣١٠ مدني كما سيأتي (انظر فقرة ٢٨٥) .

٢٨١ - الضمان في الحوالة بعرض . حكم القانون : إذا كانت

الحوالة بعرض ، ولم يكن هناك اتفاق خاص على الضمان بين الهيل له ، فإن الهيل يضمن للمحال له ، بحكم القانون (١) ، وجود الحق المحال به وقت الحوالة (٢) . وهذا هو ما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٣٠٨ مدني ، فقد رأينا أنها تنص على أنه « إذا كانت الحوالة بعرض ، فلا يضمن الهيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة (٣) » .

ويكون الحق المحال به غير موجود وقت صدور الحوالة ، فيجب على الهيل

(١) نقول بحكم القانون ، أي دون أن تكون هناك حاجة إلى اتفاق خاص ، وإلا فإن الالتزام بالضمان مصدره عقد الحوالة ، الذي التزم الهيل بموجبه أن ينقل الحق المحال به إلى المحال له ، ولم يحم بالترامه . تبقى حالة ما إذا كان الحق المحال به غير موجود أصلاً ، إذ قد يقال إن الحوالة في هذه الحالة تكون باطلة لانعدام محلها ، والعقد الباطل لا ينشئ التزاماً بالضمان ، إذ لا يترتب أثر على العقد الباطل . والقول بأن أساس الالتزام بالضمان في هذه الحالة هو الخطأ عند تكوين العقد (انظر الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٢٦ هامش رقم ١) يمارضه أن المشرع المصري قد استبعد هذه النظرية بعد أن كان المشروع التمهيدى (م ٢٠٤ من المشروع) قد نص عليها . فلا يبقى إذن إلا القول بأن المسؤولية هنا مسئولية قانونية ، حدد القانون (م ٣٠٨ مدني) نطاقها ، فجعل الجزاء فيها مقصوراً على رد الثمن والمصروفات ولم يجعله تعويضاً كاملاً ، وأجاز استبعادها باتفاق خاص . أما إذا قلنا بأن المسؤولية لا تزال مسئولية عقدية ، فلا بد من افتراض أن عقد الحوالة إذا وقع على حق غير موجود يبقى قائماً من حيث إلزام الهيل بالضمان . فكأن الحوالة تفترض وجود عقد آخر إلى جانبها يلزم الهيل بالضمان إذا كان الحق المحال به غير موجود ، فإذا كانت الحوالة باطلة لانعدام محلها ، فإن هذا العقد الآخر يبقى قائماً وهو مصدر الالتزام بالضمان (ويؤيد ذلك أن الحوالة في التقنين الألماني تشمل على اتفاق ناقل للالتزام وهذا عقد مجرد واتفاق منشئ لالتزامات شخصية : انظر ما يل فقرة ٣١٣ في الهامش) . أو يقال إن عقد الحوالة الباطل قد تحول هو ذاته إلى عقد منشئ للالتزام بالضمان ، طبقاً لنظرية تحول العقد : انظر المادة ١٤٤ مدني ، وانظر في هذا المعنى فيما يتعلق ببيع ملك الغير الأستاذ سليمان مرقس والأستاذ محمد علي امام في عقد البيع فقرة ٢٨١ ص ٤٦١ — ص ٤٦٢ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٢ — مصر مستعجل ٢٨ يوليو سنة ١٩٣٧ الهامة ١٩ رقم ١٨١ ص ٤١٨ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ .

الضمان ، إذا كان مصدر هذا الحق عقداً باطلاً (١) . فإذا كان مصدر الحق عقداً قابلاً للإبطال لمصلحة المدين الذي ترتب الحق في ذمته ، وأبطله هذا فعلاً ، صار الحق غير موجود ووجب الضمان على المحيل ، حتى لو كان الحكم بالإبطال قد صدر بعد صدور الحوالة ، لأن للإبطال أثراً رجعياً فيعتبر الحق كأنه لم يوجد أصلاً ، ومن ثم لا يكون موجوداً وقت صدور الحوالة (٢) . ويجب الضمان أيضاً على المحيل إذا كان الحق المحال به قد انقضى قبل صدور الحوالة بأي سبب من أسباب الانقضاء ، كأن يكون المحيل قد استوفاه أو قضاه بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالإبراء أو أن يكون الحق قد انقضى بالتقادم . أما إذا كان الحق قد انقضى بعد صدور الحوالة بفعل المحيل ، كما إذا كان قد استوفاه أو جرده أو أبرأ منه ذمة المدين بعد أن صدرت منه الحوالة ، فإنه يكون ملتزماً بالضمان ، ولكن بسبب فعل شخصي قد صدر منه على النحو الذي قدمناه . ويصح أيضاً أن يكون الحق المحال به قد انعدم وقت صدور الحوالة ، فيجب الضمان على المحيل ، إذا كان هذا الحق معلقاً على شرط فاسخ ولا يعلم المحال له بهذا الشرط ، ثم تحقق الشرط الفاسخ قبل صدور الحوالة أو بعد صدورهما ، فينعدم الحق بأثر رجعي ويتبين أنه لم يكن موجوداً وقت الحوالة ، فيكون المحيل ملتزماً بالضمان . أما لو كان المحال له يعلم أن الحق معلق على شرط فاسخ وقبل الحوالة على هذا الوصف ، ثم تحقق الشرط بعد صدور الحوالة ، فإنه لا يرجع بالضمان على المحيل . كذلك يكون الحق غير موجود قبل صدور الحوالة ، فيجب على المحيل الضمان ، إذا ظهر أن المحيل كان قد تصرف فيه قبل حوالاته ، بأن كان مثلاً ، بموجب حوالة سابقة ، قد باعه أو وهبه أو رهنه وأصبحت هذه الحوالة السابقة

(١) ومثل ذلك أيضاً إذا أعطى صراف عميلاً ورقة « بنكنوت » مزورة ، ولو كان الصراف يجهل تزويرها ، فإن تسليم الورقة إلى العميل يعد بمثابة حوالة حق غير موجود ، فيلتزم الصراف بالضمان (بودرى وسينيا فقرة ٨١٩) . وكان في عهد التقنين المدني الأهل السابق يجب الضمان على المحيل إذا لم يقبل المدين الحوالة (استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٥٨) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨١٩ — ولكن إذا كان الحق المحال به في ذمة قاصر ، وحوله الدائن إلى محال له يعلم بأن الحق قابل للإبطال بسبب قصر المدين ، لم يكن للمحال له الرجوع بالضمان على المحيل إذا طلب القاصر إبطال للمقد (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٥٦) .

نافذة في حق الغير . أما إذا كان التصرف قد صدر بعد انعقاد الحوالة ولكنه أصبح نافذاً قبل نفاذها ، فإن المحيل يكون ملتزماً بضمان فعله الشخصي على النحو الذي قدمناه (١) .

وكما يكون المحيل ملتزماً بضمان وجود الحق ، يكون أيضاً ملتزماً بضمان وجود توابعه التي تنتقل معه . فإن كان للحق المحال به تأمين ، كرهن أو امتياز أو كفالة ، ضمن المحيل للمحال له ، بحكم القانون ودون حاجة إلى اتفاق خاص ، هذا التأمين (٢) . وهو لا يضمن إلا وجود التأمين في ذاته ، أي وجود الرهن أو الامتياز أو الكفالة ، دون أن يضمن كفاية الرهن أو الامتياز أو ملاءة السكفيل إلا إذا كان بينه ومن المحال له اتفاق خاص على ذلك ، وفي هذه الحالة نخرج من نطاق الضمان بحكم القانون إلى نطاق الضمان الاتفاق (٣) .

وضمان وجود الحق وتوابعه بحكم القانون إنما ينصب على هذا الوجود وقت انعقاد الحوالة . فإذا كان كل من الحق وتوابعه موجوداً في ذلك الوقت ، فقد برئت ذمة المحيل من الضمان ، ولو انقضى الحق أو شيء من توابعه بعد ذلك بسبب لا يرجع إلى المحيل . مثل ذلك أن يكون الحق قد بدأ التقادم يسرى ضده

(١) كذلك إذا تبين أن دائناً للمحيل قد حجز حجزاً تحفظياً على الحق المحال به قبل صدور الحوالة ، فإن المحيل يكون ملتزماً بالضمان . أما إذا كان الحجز قد وقع بعد صدور الحوالة ولكنه قبل نفاذها في حق الدائن ، فإن المحيل يكون مسئولاً عن ضمان فعله الشخصي كما سبق القول . وللمحال له ، إذا كان قد اشترى الحق المحال به ورثى من استحقاقه ، أن يجبس الثمن حتى يزول التعرض أو حتى يقدم المحيل كفيلاً ، لأن المحال له يكون في مركز المشتري (م ٤٥٧ / ٢ مدني) . ويتحقق ذلك ، فيجوز للمحال له حبس الثمن ، إذا وقع المدين حجزاً تحفظياً تحت يده نفسه قبل نفاذ الحوالة في حقه (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٢) . ويمكن أن يكون الحق المحال به معرضاً لخطر الاستحقاق ، دون أن يكون قد استحق فعلاً (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٣) .

(٢) وقد قضت محكمة طعننا بأن الضمان يشمل وجود الدين والتأمينات المتعلقة به والتي تعتبر من توابعه ، فإذا ثبت أن العين المرهونة رهن تأمين لدين محول لآخر لم تكن مملوكة للراهن بل مملوكة لغيره من وقت البيع ، كان التحويل لاغياً ، وترتب عليه إلزام المحيل برد القيمة للمحال له (٢٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٦١ ص ٢٢٤) .

(٣) استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٤ — بلانيول وريبير وردوان

قبل صدور الحوالة دون أن يكتمل . فالحق يكون موجوداً وقت الحوالة ولا ضمان على المحيل ، حتى لو أن التقادم اكتمل بعد ذلك وسقط الحق (١) . كذلك لو كان للحن المحال به تأمين هو رهن رسمي مقيد ، ولم يكن قد مضى على القيد وقت الحوالة عشر سنوات ، فإن الرهن يكون محفوظاً وقت صدور الحوالة ، فلا ضمان على المحيل ، حتى لو انقضت العشر السنوات بعد صدور الحوالة نستقط القيد قبل أن يجدده المحال له (٢) .

وما دام المحيل لا يضمن إلا بجرد الحق وترابعه ، فهو لا يضمن يسار المدين (٣) ، إلا إذا كان هناك اتفاق بينه وبين المحال له على هذا الضمان ، وعندئذ نخرج من نطاق الضمان بحكم القانون إلى نطاق الضمان الاتفاق . ومع ذلك يضمن المحيل يسار المدين دون أن يدخل في نطاق الضمان الاتفاق ، إذا كان يعلم أن المدين معسر وقد أخفى غشاً هذا الإعسار عن المحال له ، وهنا يكون الضمان ناشئاً عن الغش لا عن عقد الحوالة (٤) .

وغنى عن البيان أن المحيل إنما يضمن وجود الحق إذا كان غير متنازع به .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التزام المحيل باعتباره ضامناً بالاتفاق هو كالتزام كل كفيل بالتزام تبعي ، فإذا زال الدين بمنفى المدة سقط تبعاً التزام المحيل (١٠ شباط سنة ١٩٤٩ المجموعة الرسمية ٧/٤٦ و ٨ و ٩ و ١٠ / ١٣٦) . ويمكن تخرج هذا الحكم على أساس أن مدة المحيل قد برئت من الضمان لوجود الحق وقت صدور الحوالة ، دون حاجة إلى تشبيه المحيل بكفيل للمدين .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨٢١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢ — المؤيد للمؤلف فقرة ٥٦٠ . لكن إذا كان سبب زوال التأمين يرجع إل وقت سابق على الحوالة ، فإن المحيل يكون ضامناً لزوال التأمين . مثل ذلك أن يحول البائع الشيء بما يضمنه من حق امتياز ، ثم يشهر إفلاس المشتري ويحكم ببطلان الامتياز لحصول القيد في المدة المشتبه فيها (période suspecte) وهي سابقة على الحوالة . ففي هذه الحالة يرجع سبب بطلان الامتياز إل وقت سابق على الحوالة ، إذ المفروض أن البيع الذي مر بصدور الامتياز قد صدر قبل الحوالة ، وأبطل الامتياز بعد الحوالة ولكن لسبب يرجع إل وقت سابق عليها ، فيلتزم المحيل بالضمان . وهذا بخلاف ما إذا كانت الحوالة قد صدرت قبل المدة المشتبه فيها ، ف يرجع سبب بطلان الامتياز إل سبب لاحق لصدور الحوالة ، فإن المحيل لا يلتزم في هذه الحالة بالضمان (بودرى وسينيا فقرة ٨٢١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢) .

(٣) استئناف مخطط ٢٧ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٦٦ .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٨٢٣ و فقرة ٨٢٩ .

أما إذا كان الحق متنازعا فيه وقد حوله بهذا الوصف، فإنه لا يضمن للمحال له وجوده، إذ أنه إنما حول مجرد إدعاء يحق ولم يحول حقاً يحقق الوجود، فالحوالة هنا عقد احتمالي (١).

٢٨٢ - الضمان في الحوالة بعرض. حكم الاتفاق : وما قدمناه

هو الضمان بحكم القانون في الحوالة بعرض. ولكن قد يتفق المحيل والمحال له على تخفيف هذا الضمان أو على تشديده.

يتفقان على تخفيف الضمان إذا اشترط المحيل مثلاً أنه لا يضمن توابع الحق المحال به. فإذا كان هذا الحق مضموناً برهن، واشترط المحيل عدم ضمان هذا الرهن، فإنه لا يكون مسئولاً إذا تبين أن الرهن باطل، أو أنه قابل للإبطال وأبطله الراهن، أو أنه غير موجود لأي سبب آخر. وتوابع الحق المحال به تنتقل معه كما قدمنا دون حاجة إلى ذكر ذلك في عقد الحوالة، ويضمن المحيل، دون حاجة إلى ذكر ذلك أيضاً، وجود هذه التوابع. فإذا أراد المحيل ألا يضمن وجودها، فلا بد في ذلك من اتفاق خاص مع المحال له يقضى بعدم ضمان توابع الحق، وفي هذا الاتفاق تخفيف للضمان بحكم القانون كما هو ظاهر.

بل قد يصل الاتفاق على تخفيف الضمان بحكم القانون إلى محوه أصلاً، فيشترط المحيل ألا يضمن وجود الحق المحال به ذاته. ويقع ذلك غالباً إذا كان المحيل غير مستوثق من أن الحق الذي يحوله هو حقه، فيشترط عدم الضمان حتى إذا تبين أن الحق ليس له لم يكن مسئولاً عن الضمان، أو يكون المحيل غير متأكد من أن الحق الذي يحوله غير خال من العيوب، فيصطنع الحيلة ويشترط عدم الضمان (٢). ولا شك في أن المحيل، باشرطه عدم الضمان على هذا الوجه،

(١) وفي هذه الحالة يجوز للمدين أن يتخلص من مطالبة المحال له إذا هورد إليه الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع (م ٤٦٩ مدني)، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

(٢) وفي مثل هذه الأحوال يكون المفروض أن المحيل إنما يحتاط لأمره، فإذا تحققت مخاوفه وظهر أن الحق غير موجود أو أن به عيوباً تشوبه، لم يكن مسئولاً عن تعريض المحال له، وإنما يبقى ملتزماً برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات كما سئرى. ولكن قد يصل الاتفاق على =

يعرض المحال له لخطر له عادة ما يقابله ، فيغلب أن يكون الثمن الذى يتقاضاه أقل بكثير من قيمة الحق المحال به . وقد يستخلص شرط عدم الضمان من الظروف ، فاذا باع المحيل حقاً متنازعا فيه ، سواء رفعت به الدعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى ، وكان المحال له يعلم شأن هذا النزاع ، فالمفروض - مالم يتفق على غير ذلك - أن البائع لا يضمن وجود الحق . ويؤكد هذا الافتراض أن يبيع المحيل الحق المتنازع فيه بثمن بخس ، يدخل فى تقديره احتمال خسارة الدعوى (١) .

ويقع كثيراً أن الاتفاق على الضمان بين المحيل والمحال له يكون الغرض منه التشديد من أحكام الضمان المقررة بحكم القانون ، بدلا من التخفيف فيها . وأكثر ما يكون ذلك فى اشتراط المحال له على المحيل أن يضمن له ، لا وجود الحق المحال به فحسب ، بل أيضاً يسار المدين . وقد رأينا أن المادة ٣٠٩ مدنى تنص على أنه « لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا

= محور الضمان إلى حد أن تصبح الحوالة عقداً احتمالياً ، فيشترط المحيل ألا يكون ضامناً لوجود الحق وأنه غير ملتزم برد شيء إلى المحال له إذا ظهر أن الحق غير موجود ، وفى هذه الحالة يكون الحق المحال به هو مجرد إدعاء قد يثبت وقد لا يثبت ، فاذا لم يثبت لم يرجع المحال له على المحيل بشيء ولا يلتزم المحيل حتى يرد ما استولى عليه . ولكن مثل هذا الشرط لا يفترض ، بل يجب أن يكون واضحاً لا شك فيه . وأكثر ما يقع ذلك فى حوالة الحقوق المتنازع فيها (بودرى وسينيا فقرة ٨٢٥ ص ٨٦٤ - ص ٨٦٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ - ص ٥٢٨ ص ٥٢٩ - وانظر أيضاً : استئناف مخطوط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٩ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢٦) .

(١) ومثل هذه الحوالة تسرى عليها أحكام بيع الحقوق المتنازع فيها (م ٤٦٩ - ٤٧٢ مدنى) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٤٤٣ من المشروع تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان الحق المحال به متنازعا فيه ، فتسرى على الحوالة أحكام المواد الخاصة باسترداد الحقوق المتنازع عليها » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، إذ أن حكمه يستفاد بداهة من وجود نصوص خاصة ببيع الحقوق المتنازع فيها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٤ فى الهامش) .

وما يقع فى العمل من الحوالات التى يشترط فيها عدم الضمان أن السنديك أو المصنى ، بعد أن يستوفى الحقوق الثابتة والحقوق التى يسجل استيفائها ، يبيع الحقوق الأخرى جملة واحدة مع اشتراط عدم الضمان (بودرى وسينيا فقرة ٨٢٧) .

الضمان . ٢ - وإذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ، مالم يتفق على غير ذلك « (١) .

فاذا اشترط المحال له على المحيل ضمان يسار المدين (٢) ، ولم يبين أى يسار يعنى ، فان اليسار المضمون ينصرف إلى يسار المدين وقت انعقاد الحوالة ، وذلك تفسيراً للشرط بما هو فى مصلحة الملتزم وهو هنا المحيل . فاذا كان المدين موسراً وقت انعقاد الحوالة ، فان ذمة المحيل تبرأ من الضمان ، حتى لو أعسر المدين بعد ذلك ولو قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حقه . وغنى عن البيان أن ضمان المحيل ليسار المدين وقت الحوالة لا يكون إلا باتفاق خاص ، ومن غير هذا الاتفاق لا يضمن المحيل إلا وجود الحق ، فلا يضمن يسار المدين أصلاً ولو وقت انعقاد الحوالة ، وحتى لو كان عالماً بأعساره . فما دام لم يضمن اليسار باتفاق خاص ، فان علمه بهذا الأعسار لا يقوم مقام الاتفاق (٣) . وعلى المحال له قبل أن يقدم على قبول الحوالة أن يتحرى عن حالة المدين ومقدار ملاءمته ، فاذا لم يستطع أن يتثبت من ذلك فى القليل كان الواجب عليه أن يشترط على المحيل ضمان اليسار . فاذا هو لم يفعل ، لا هذا ولا ذاك ، كان التقصير فى جانبه ولا يلوم من إلا نفسه (٤) . على أنه إذا أخفى المحيل غشاً

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع النهيى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣

ص ١٢٧ .

(٢) ولا يكتفى اشتراط الضمان إطلاقاً ، فإن هذا ينصرف إلى الضمان بحكم القانون ، بل يجب تعيين الواجبة المضمونة ، فيشترط ضمان اليسار (بودرى وسينيا فقرة ٨٢٠ - فقرة ٨٣١) . انظر فى بعض عبارات مالدونى اشتراط الضمان وفى تفسير هذه العبارات : أوبرى رور ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٥ - ص ١٦٦ - بودرى وسينيا فقرة ٨٣٢ - فقرة ٨٣٣ - أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ cession de créance فقرة ٥١٤ وما بعدها .

(٣) وقد جاء فى الموجز للمؤلف : « ويلاحظ أن هذا التشديد يجب أن يكون باتفاق صريح ، فلا يمكن افتراضه ، كما إذا أعطى المدين على نفسه سنداً مدينياً تحت إذن الدائن متبناً فى ذلك الشكل التجارى . فاذا حول الدائن هذا السند المدينى إلى آخر ، فإنه لا يكون ضامناً ليسار المحال عليه إلا بشرط صريح ، ولا يكتفى أن نقيس هذا السند المدينى ، ولو كان قد اتخذ الشكل التجارى ، سى السند التجارى المحض الذى يضمن فيه المحيل يسار المحال عليه وقت الوفاء . مل أن هذا الحكم ليس محل اتفاق » (الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٠ ص ٥٣٨ هامش رقم ١) .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٨٢٩ .

عن المحال له إعسار المدين ، كان مسئولاً ، لا بموجب عقد الحوالة ، بل بسبب الغش ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) .

فاذا أراد المحال له أن يضمن المحيل يسار المدين في الاستقبال ، أى عند حلول ميعاد الوفاء بالحق المحال به ، وجب عليه أن يبين ذلك في الشرط الذى يأخذه على المحيل ، فلا يكتفى باشتراط ضمان اليسار دون تعيين . واشتراط يسار المدين عند حلول الحق المحال به هو الذى يقع في الكثير من الأحوال ، لأنه هو الذى يكفل للمحال له أكبر قدر من الضمان (٢) . وعند ذلك يكون المحيل مسئولاً إذا طالب المحال له المدين بالحق عند حلوله ، فوجده معسراً (٣) وليس من الضروري أن تكون المطالبة في اليوم نفسه الذى يحل فيه الحق ، بل يجوز أن تكون المطالبة في خلال مدة معقولة من يوم الحلول ، فاذا كان المدين قد أعسر خلال هذه المدة المعقولة ، فان المحيل يكون مسئولاً عن إعساره بموجب شرط الضمان . لكن إذا تأخر المحال له مدة طويلة بعد حلول ميعاد الوفاء في مطالبة المدين ، وكان المدين موسراً خلال المدة المعقولة ثم أعسر بعد ذلك ، لم يكن المحيل مسئولاً ، لأن المحال له قد قصر بتأخره في مطالبة المدين في وقت كان فيه موسراً (٤) . ومن باب أولى لا يكون المحيل مسئولاً عن إعسار المدين

(١) شبين الكوم ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحامة ١٢ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٦ — انظر آنفاً
فقرة ٢٨١ .

(٢) بردرى وسينيا نفرة ٨٣٢ — فقرة ٨٣٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة
١١٣٣ ص ٥٣٠ هامش رقم ١ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف أريوط بأن مركز المحيل في حال الضمان الاتفاق ليس إلا مركز ضامن تتحدد مدى التزاماته بعبارة الضمان الواردة في الحوالة ، فقد يكون ضامناً ليسار المدين وقت الحوالة ، وقد يكون ضامناً ليساره في المستقبل ، وقد يكون ضامناً بسيطاً . وقد يكون متضامناً . عل أن في هذه الصور كلها لا يمدو صفة الضامن ، وإن كان في بعض التنوع القانونية أقل مسئولية منه (استئناف أسيوط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٦ : رقم ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ ص ١٣٦) .

(٤) وقد قضت محكمة طنطا بأن ضمان المحيل يسار المدين في الاستقبال ينصرف إلى موعد استحقاق الدين ، فانه فيه يلتزم بالوفاء ويفسمنه مجموع ماله ، وعلى المحال له أن يسمى لاستيفاء قيمة الدين . فاذا أعسر المدين بعد ذلك ، فلا يضمن المحيل ذلك الإعسار ، الا إذا كانت الفترة التي وقعت بين موعد السداد والإعسار قليلة — لاتنضم لاستيفاء المحال به . فلا يملك المحال له =

لو أن هذا الإعسار كان بفعل المحال له نفسه ، كما لو كان للحق المحال به ضمان فنزل عنه المحال باختباره بأن شطب الرهن مثلاً أو أبرأ ذمة الكفيل (١) .

وحتى يستطيع المحال له الرجوع على المحيل بضمان اليسار ، يجب عليه أولاً أن يثبت أن المدين معسر . ولا يتسنى له ذلك إلا إذا كان قد رجع فعلاً على المدين وعلى جميع الضمانات التى تكفل الدين (٢) ، فلم يتهياً له أن يستوفى حقه . ومن ثم يكون للمحيل أن يطالب المحال له بتجريد المدين قبل أن يرجع عليه بضمان

= تأجيل السداد صراحة باعطاء المدين مهلة أخرى ، أو ضمناً باهمال اتخاذ الإجراءات التحفظية أو التنفيذية على مال المدين . فان فعل ، وأعسر المدين فى هذه الأثناء ، فلا رجوع على المحيل . وإذا كان تأجيل الدائن سداد الدين لا يبرىء الكفيل من الكفالة بينما يبرىء المحيل من الضمان ، فلاذن للكفيل الحق قانوناً فى مطالبة المدين بالوفاء عند حلول أجل الاستحقاق فتوافر لديه بذلك الوسيلة لانتقاء إعسار المدين ، فاذا لم يفعل فيجب أن يتحمل النتيجة . أما المحيل فلا يملك ذلك بداهة ، فانه لم يعد دائناً بعد الحوالة (طنطا ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٧ ص ٥٥٤) . ومن هذا الحكم يتبين الفرق بين مركز المحيل الضامن ليسار المدين وقت حلول الحق المحال به ومركز الكفيل . فان ذمة الكفيل لا تبرا لجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الإجراءات أو لجرد أنه لم يتخذها ، وانما تبرا ذمته — طبقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد (م ٧٨٥/٢) — إذا لم يتم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً . هذا إلى أن مصدر التزام الكفيل هو عقد الكفالة ، وهذا العقد يفترض عادة قيام علاقة وكالة أو فضالة بين الكفيل والمدين ، فإن دفع الكفيل الدين عن المدين رجع عليه بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة . أما مصدر التزام المحيل بالضمان فصدره عقد الحوالة نفسه الذى ورد فيه شرط الضمان ، ولا يفترض هذا الشرط عادة قيام علاقة وكالة أو فضالة بين المحيل والمدين ، فان دفع المحيل الدين للمحال له وفاء لالتزامه بالضمان ، فالغالب ألا يجد أمامه للرجوع على المدين بما دفعه إلا دعوى الإثراء بلا سبب .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨٣٧ — فقرة ٨٣٨ .

(٢) وهذا فرق آخر بين مركز المحيل الضامن ليسار المدين ومركز الكفيل . فالكفيل ليس له فى الأصل إلا أن يطلب تجريد المدين نفسه ، فاذا كان للدين كفالة عينية ، كان للدائن أن يرجع على الكفيل الشخصى دون الكفيل العينى ، وعند ذلك يحل الكفيل الشخصى محل الدائن فى الرجوع على الكفيل العينى . أما المحيل الضامن ليسار المدين فله أن يطلب من المحال له الرجوع على الكفيل العينى للحق المحال به قبل الرجوع عليه هو . وسنرى حالاً أن الكفيل ، دون المحيل الضامن ليسار ، يلتزم بتقديم مصروفات التجريد . ومن ذلك يتبين أن التزام المحيل الضامن ليسار هو بوجه عام أيسر من التزام الكفيل .

البسار (١) . وليس على المحيل أن يقدم للمحال له مصروفات التجريد ، فهو ليس بكفيل للمدين حتى يلتزم بذلك . على أن للمحال له ، في أثناء تجريده للمدين ، أن يتخذ ما يلزم من إجراءات تحفظية ضد المحيل ، حتى يتيسر له الرجوع عليه عند ما يثبت بوجه قاطع إعسار المدين (٢) .

و إذا ضمن المحيل يسار الدين وقت حلول الحق المحال به ، فإنه لا يستطيع أن يأتي عملاً من شأنه أن يناقض هذا الضمان . وإلا كان ساعياً في نقض ما تم من جهته ، وكان سعيه مردوداً عليه . ويتضح ذلك في الحالة الآتية : إذا كان حق الدائن مقداره ألف ، وقد حول منه خمسمائة واستبقى لنفسه خمسمائة ، ولم يكن قد ضمن يسار المدين ، فإن كلا من المحيل والمحال له يطالب المدين بخمسمائة مقدار حصنه في الحق . فإذا لم يكن عند المدين إلا خمسمائة ، فليست هناك أفضلية للمحال له على المحيل (٣) ، ولا يبقى إلا أن يقتسم الاثنان ما عند المدين اقتسام الغرماء ، فيأخذ كل منهما مائتين وخمسين . أما إذا كان المحيل قد ضمن للمحال له يسار المدين وقت حلول الحق المحال به . فعند ذلك لا يستطيع أن يزاحم المحال له في الخمسمائة التي عند المدين ، بل يتقدم عليه المحال له ويأخذ كل الخمسمائة .

(١) وقد قضى بأن حق المحال له في الرجوع على المحيل بالضمان مقيد بحصول تجريد أموال المدين تجريداً فعلياً بالبيع عقب استحقاق الوفاء ، إذ قبل ذلك لا يتحقق الإعصار . وهذا البيع يجب أن يشمل المدين وملك الغير المرتهن وفاء للسداد إذا كان هناك شيء من ذلك . وبمعنى آخر يجب أن يستنفذ المحال له جميع وسائل السداد قبل الرجوع على المحيل (استئناف مصر ٨ يونيو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٠ ص ٥٤٣ — طنطا ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٧ ص ٥٥٤) .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٦ — بودري وسينيا فقرة ٨٣٩ — فقرة ٨٤٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ ص ٥٢٩ — ص ٥٣٠ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الأسكندرية بأن شرط الرجوع على المحيل بالضمان قد جاء من إنه كفيل وضامن للمدين في تحصيل الدين وتسببه ، ويجوز في هذه الحالة أن يطلب المحيل . إذا لم يكن ضامناً متضامناً ، رجوع المحال له أولاً على المدين بطلب حق التجريد إذا توافرت شروطه ، وأيسرها ألا يكون المحيل ضامناً متضامناً ، وبته ط أن يرشد المحيل إلى أموال المدين ، وأن يقدم للمحال له مصروفات التجريد والمستندات الخاصة بذلك ، وأن يطب ذلك صراحة قبل التكلم في موضوع الدعوى (الأسكندرية ٢٣ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥٠٣ ص ١١٩٠) .

(٣) كذلك لا ترجح أفضلية للمحيل على المحال له كما توجد هذه الأفضلية للدائن الأصلي الذي حل محله شخص آخر في جزء من الدين : انظر الفقرة الأولى من المادة ٣٣٠ .

ذلك أن مزاحمة المحيل للمحال له تناقض ضمانه ليسار المدين ، وما دام المحال له لم يستوف كل حقه بقي ضمان المحيل قائماً ، فلا يستطيع المحيل إذن أن يأخذ أى شيء من مال المدين قبل أن يستوفى المحال له كل حقه كما قدمنا (١) .

٢٨٣ - الضمان في الحوالة بغير عوض . محكم القانون : رأينا أن

الفقرة الثانية من المادة ٣٠٨ مدني تقضى بأنه إذا كانت الحوالة بغير عوض « فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق » . وقد كان المشروع التمهيدى لهذا النص بضيف عبارة « ما لم يتفق على غير ذلك » (٢) . فحذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة حتى يتمشى حكم النص مع حكم المادة ٣١٠ مدني ، وهي تقضى كما رأينا بأنه إذا رجع المحال له بالضمان لم يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك . والمحيل بغير عوض لم يستول على شيء حتى برده ، فلا يجوز إذن أن يلزم ولو باتفاق خاص أن يرد شيئاً إلى المحال له (٣) .

وقد يفهم مما قدمناه أن المحيل بغير عوض لا يضمن شيئاً للمحال له ، لا بحكم القانون ولا بموجب الاتفاق . إلا أننا مع ذلك لا نسلم بهذا الحكم على إطلاقه ، إذ يجب تنسيق أحكام التقنين وتكميل نصوصه بعضها ببعض . فهناك المادة ٤٩٤ مدني ، وهي تضع القاعدة العامة في ضمان الواهب لاستحقاق الشيء الموهوب ، وتجري على الوجه الآتي : « ١ - لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب ، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض . وفي الحالة الأولى يقدر القاضي للموهوب له تعويضاً عادلاً عما أصابه من الضرر ، وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض . كل هذا ما لم يتفق على غيره . ٢ - وإذا استحق الشيء الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيها له من حقوق ودعاوى » .

فحتى يمكن التوفيق بين نصوص التقنين المدني ، نرى أن نطاق تطبيق

(١) أوبري ورو ه فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٧ - بودري وسينيا فقرة ٨٤٣ - بلانيول وريبير وردوأن ٧ فقرة ١١٢٧ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش - مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٣ .

المادة ٣١٠ هي الحوالة بعوض ويدخل في ذلك الهبة بعوض ، لأن النص صريح في أن المحيل قد استولى على شيء من المحال له في مقابل الحوالة ، وهذا الشيء هو الذي برده مع المصروفات والفوائد في حالة تحقق الضمان . أما المادة ٤٩٤ مدني فنطاق تطبيقها الحوالة بغير عوض ، أي الحوالة الصادرة على سبيل الهبة المحضة من غير أي عوض مقابل .

فاذا كانت الحوالة هبة بعوض ، ضمن المحيل بحكم القانون وجود الحق المحال به وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٠٨ . فاذا كان هذا الحق غير موجود وقت الحوالة ، على الوجه الذي قدمناه ، وجب الضمان على المحيل ، ورجع المحال له بهذا الضمان وفقاً للمادة ٣١٠ مدني ، فلا يلزم المحيل إلا برده ما استولى عليه من عوض مع الفوائد والمصروفات على الوجه الذي سنبينه فيما يلي .

وأما إذا كانت الحوالة هبة محضة لا عوض فيها ، فإن الذي ينطبق هو نص المادة ٤٩٤ مدني . فاذا استحق الحق المحال به ، كأن كان المحيل وارثاً ظاهراً لهذا الحق مثلاً ، أو تبين أن الحق غير موجود أصلاً ، لم يجب الضمان على المحيل (الواهب) إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو إلا إذا كان عالماً بانعدام الحق المحال به وأخفى ذلك غشاً عن المحال له . فعند ذلك يقدر القاضي - كما أقرر الفقرة الأولى من المادة ٤٩٤ مدني - للمحال له (الموهوب له) تعويضاً هادلاً عما أصابه من الضرر . فيجب إذن أن يكون هناك ضرر أصاب الموهوب له من جراء استحقاق الحق المحال به أو من جراء انعدامه . ويبدو أنه لا يكفي أن يكون هذا الضرر مجرد فوات الحق الموهوب له ، وإلا لوجب الضمان دائماً في التبرعات وجوبه في المعاوضات . وإنما يجب أن يكون الضرر خسارة إيجابية لحقت الموهوب له ، بأن يكون مثلاً قد اعتمد على الحق الموهوب في سداد دين أو في القيام بمشروع ، فلما فات عليه هذا الحق تحمل خسارة من جراء ذلك . وفي هذه الحالة يقدر القاضي تعويضاً عادلاً للموهوب له من الضرر ، ملاحظاً في ذلك أن المحيل متبرع ، فلا يكون للتعويض مدى مماثل للتعويض الذي يدفعه المحيل لو كانت الحوالة بعوض . ومصدر التعويض هنا ليس هو عقد الحوالة ، وإنما هو الخطأ الذي ارتكبه المحيل باخفائه عمداً سبب الاستحقاق أو انعدام الحق حتى ألحق الضرر بالمحال له .

ثم إن الفقرة الثانية من المادة ٤٩٤ مدني تقضى بأنه « إذا استحق الشيء الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى » . ونفرض ، لتطبيق هذا النص ، أن البائع قبل أن يسلم المبيع وهب الثمن المستحق في ذمة المشتري إلى آخر عن طريق الحوالة ، ثم هلك المبيع قبل تسليمه للمشتري بفعل أجنبي . فالثمن في هذه الحالة يسقط عن المشتري ، ولا يستطيع المحال له الرجوع عليه بشيء . ولكن لما كان الأجنبي متعدياً في هلاك الشيء ، فإن للبائع أن يرجع عليه بدعوى تعويض ، فهذه الدعوى قد حلت محل الثمن المحال به ، ومن ثم يحل المحال له محل المحيل (البائع) في هذه الدعوى قبل الأجنبي .

٢٨٤ - الضمان في الحوالة بغير عوض . محكم الاتفاق : ولما كانت

الفقرة الأولى من المادة ٤٩٤ مدني عندما رتبت الضمان على الواهب إذا هو أخفى سبب استحقاق الشيء الموهوب ذكرت بعد ذلك أن هذا الحكم يسرى « ما لم يتفق على غيره » ، فانه يجوز إذن أن يتفق المحيل مع المحال له ، إذا كانت الحوالة بغير عوض أصلاً ، أنه في حالة استحقاق الحق المحال به أو في حالة انعدامه ، يرجع المحال له على المحيل بتعويض عادل ، حتى لو كان المحيل يجهل أن الحق المحال به مستحق للغير أو منعدم . وفي هذا تشديد للضمان الذي قرره القانون والذي بسطنا أحكامه فيما تقدم ، فإن المحيل لا يكون ملتزماً طبقاً لهذه الأحكام إلا إذا كان يعلم بانعدام الحق أو باستحقاقه للغير ثم يتعمد إخفاء ذلك على المحال له . على أنه لا يجوز أن يكون هذا الاتفاق على الضمان مصدر ربح غير مشروع للمحال له ، فلا يجوز مثلاً أن يتفق المحال له مع المحيل على ضمان الاستحقاق في الحوالة بغير عوض حتى لو لم يصب المحال له أى ضرر .

ثم إنه لا يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان الواجب بحكم القانون في ذمة المحيل المتبرع للمحال له ، فلا يصح أن يتفق الاثنان على ألا يكون المحيل مسئولاً عن الضرر الذي يصيب المحال له ، حتى لو تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو أخفى غشاً انعدام الحق . ذلك أنه لا يجوز لشخص أن يشترط عدم المسؤولية عن خطأه التقصيرى .

المطلب الثاني

ما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق الضمان

٢٨٥ - الفبرء العام : رأينا أن المادة ٣١٠ مدنى تنص على أنه : إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

فالمبدأ العام إذن هو أنه عند تحقق الضمان ، يكون أقصى ما يرجع به المحال له على المحيل هو أن يسترد منه ما دفعه له عوضاً عن الحق المحال به ، مع الفوائد من يوم الدفع بالسعر القانونى ، ومع المصروفات التى يكون قد أنفقها فى إبرام الحوالة أولاً ثم فى مطالبة المدين ثانياً ثم فى الرجوع بالضمان على المحيل أخيراً . وهذا سواء كان الضمان بحكم القانون ولم يجد المحال له الحق موجوداً ، أو كان بحكم الاتفاق ولم يجد المحال له المدين موسراً .

ويجوز أن يرجع المحال له بأقل من ذلك ، إذا وجد شرط يخفف من الضمان . بل يجوز ألا يرجع بشيء أصلاً ، إذا اشترط المحيل عدم الضمان وكان الحق المحال به هو مجرد ادعاء قد يثبت وقد لا يثبت ورضى المحال له بذلك ، كما أسلفنا القول .

ولكن لا يجوز أن يرجع المحال له بأكثر من استرداد ما دفعه مع الفوائد والمصروفات ، إلا فى حالة واحدة هى حالة ضمان المحيل لأفعاله الشخصية . فان التعويض فى هذه الحالة الأخيرة يكون مصدره خطأ تقصيرياً فى جانب المحيل ، فوجب أن يكون كاملاً يشمل قيمة الحق المحال به كلها ولو زادت على ما دفعه المحال له للمحيل ، ويشمل أيضاً التعويض عن أى ضرر آخر . ويبقى هذا الحكم صحيحاً حتى لو قلنا إن التعويض مصدره عقد الحوالة لا الخطأ التقصيرى ، فان التعويض فى المسئولية العقدية يتناول كل الضرر المباشر المتوقع ، فيشمل قيمة الحق المحال به كما يشمل التعويض عن أى ضرر آخر يكون مباشراً متوقعاً . وإذا كانت المادة ٣١٠ مدنى قد قصرت الرجوع بالضمان على إلزام المحيل برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولم تجز الاتفاق على غير ذلك ، فان هذا

الحكم خاص بالضمان الذي لا يرجع إلى أفعال المحيل الشخصية ، وهو الضمان المنصوص عليه في المادتين ٣٠٨ و ٣٠٩ مدني . ونص المادة ٣١٠ مدني صريح في هذا المعنى ، ولا يتناول مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية المنصوص عليها بعد ذلك في المادة ٣١١ مدني (١) .

وفي غير حالة مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية ، لا يجوز للمحال له ، في التزامه المحيل بالضمان ، أن يرجع عليه بأكثر مما دفعه له مع الفوائد والمصروفات . فلا يجوز له أن يرجع عليه بقيمة الحق المحال به كله إذا كانت هذه القيمة أكثر مما دفعه ، حتى لو اتفق معه على ذلك . فالمبدأ الذي يضع الحد الأقصى لمقدار ما يرجع به المحال له هو إذن من النظام العام ، لا يجوز الاتفاق على مخالفته .

وقد أخذ التقنين المدني المصري الجديداً هذا الحكم عن المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٢٦٨ من هذا المشروع) (٢)، وقصد به إلى قطع السبيل على المراءين

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٠ في الهامش .

(٢) أما التقنين المدني الفرنسي فقد أغفل النص على وضع حد أقصى لضمان المحيل بحكم القانون ، ولكنه وضع هذا الحد لضمان المحيل بحكم الاتفاق . فنصت المادة ١٦٩٤ من هذا التقنين على أن المحيل لا يكون مسئولاً عن يسار المدين إلا إذا التزم بذلك ، وفي حدود الثمن الذي تناضاه عن الحق . فانقسم الفقه الفرنسي في المقدار الذي يرجع به المحيل له على المحيل عند تحقق الضمان بحكم القانون . ففريق يذهب إلى أن المحال له لا يرجع على المحيل إلا بالثمن الذي دفعه ، قياساً على الرجوع في حالة ضمان اليسار بموجب المادة ١٦٩٤ السالفة الذكر (ديكرانتون ١٦ فقرة ٥١٢ — ترويلوج في البيع ٢ فقرة ٩٤٣ — ديكرجيه في البيع ٢ فقرة ٢٦٣ — أوبري ورو ، فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٤ — جيلوار في البيع والمقايضة ٢ فقرة ٨٣٦) . وفريق آخر يجعل الرجوع في الضمان بحكم القانون بقيمة الحق كله لا بالثمن وحده ، قياساً على ضمان الاستحقاق في عقد البيع . ويوجهون هذا الرأي بأن الضمان بحكم القانون هو ضمان لوجود الحق ، فإذا اشترى المحال له حقاً غير موجود كان له أن يرجع بقيمة الحق على المحيل ، لأنه لم يضارب على وجود الحق بل يضارب على يسار المدين . فإذا كان الحق موجوداً ، ولكن المدين كان معسراً ، لم يكن له أن يرجع على المحيل إلا بالثمن الذي دفعه حتى لو اتفق معه على الرجوع بقيمة الحق كله . لما ضارب على يسار المدين فقد تحمل تبعه إعساره ، فإن كان المدين معسراً فقد خلص له كل الحق ، وإن كان معسراً فليس له إلا الرجوع بالثمن على المحيل (كوليه دي سانتير ٧ فقرة ١٣٩ مكررة — لوران ٢٤ فقرة ٥٤٩ — هيك ٢ فقرة ٤٩٢ — بودري وسينيا فقرة ٨٢٢ — أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ (cession de créance) =

الذين يستغلون حاجة الناس فيشترون حقوقهم بأبخس الأثمان ، ثم يكفلون لأنفسهم حق الرجوع بها كاملة عليهم إذا لم يستوفوها كاملة من الحال عليهم . فاذا اشترى المرابي حقاً قيمته مائة ثمانين ، ثم اشترط ضمان المحيل ليسار المدين بقيمة الحق كله ، وأجيز هذا الشرط ، لكان المرابي واثقاً من الحصول على مائة في الثمانين التي دفعها ، إما من المدين إذا كان موسراً ، وإما من طريق الرجوع بالضمان على المحيل . وهذا هو عين الربا المحظور . ففصر حقه في الرجوع بالضمان على الثمانين التي دفعها مع الفوائد والمصروفات ، حتى إذا أخذ أكثر مما أعطى في حالة استثناء الحق من المدين ، لم يأخذ إلا بمقدار ما أعطى في حالة الرجوع بالضمان على المحيل ، فيمتنع عليه أن يأخذ في الحالين أكثر مما أعطى . وقد قيل في لجنة المراجعة في صدد هذا الحكم إن المقصود به « أن يحصل الخسر له العزم والخسر ، لأن الخسارة تنطوي على معنى المفارقة » (١) .

ونرى من ذلك أن هناك حكامين من أحكام ضمان دعوى أن من النظام العام . أولها هو هذا الحكم . والثاني هو الحكم القاضي بمسؤولية المحيل عن الأداء .

فقرة ٢٧٦) . ويذهب بلانيول وريبير وردوان إلى أن الحال لا يرجع على المحيل ، حالة الغبن القانوني ، بقيمة الحق كله ، إلا على سبيل التعريض ، ويجب عليه إذا ثبت أن الضرر الذي لحقه يعادل قيمة الحق ، ولا يتأتى له ذلك إلا إذا ثبت أن المدين موسر ولو أن السبب كان موجوداً لاستطاع أن يتفاداه كله من المدين (بلانيول وريبير وردوان ١١٣٢ فقرة ١١٣٢ ص ٥٢٨) . ويذهب الأستاذ شفيق شحاتة لهذا الرأي (حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٢٢) .

أما ضمان المحيل ليسار المدين ، فإن نص المادة ١٦٩٤ من التقنين الفرنسي . كما رأينا ، صريح في أنه يقتصر على استرداد الحال له للثمن الذي دفعه . واختلف الفقهاء في فرنسا هل يعتبر هذا الحكم من نظام العام . فتريق يذهب إلى أنه من النظام العام فلا يستد بالاتفاق المخالف ولا يرجع الحال له على المحيل إلا بالثمن ولو اتفق منه على أن يرجع عليه بكل قيمة الحق (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ — بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٧١٧ . جوسران ٢ فقرة ٨١١) . وفريق آخر يذهب إلى أن هذا الحكم ليس من النظام العام ، وأنه يجوز للمحال له أن يتفق مع المحيل الذي ضمن يسار المدين على أن يرجع عليه ، في حالة تحقق هذا الضمان ، بقيمة الحق كله لا بالثمن وحده (بودرى وسينيا فقرة ٨٣٦ — انظر أيضاً المادة ٢٨٤ من تقنين الموجبات والعقود البناني وقد سبق ذكرها آنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش) . (١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٦ — وانظر آنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش .

الشخصية فلا يستطيع التخلص من هذه المسؤولية ولو باتفاق خاص (١) .

ينبغي أن نعرف الحكم فيها إذا كان المدين معسراً إعساراً جزئياً بحيث يتمكن المحال له من استيفاء بعض حقه منه ، وأن نعرف الحكم فيها إذا كان المحال له قد حول الحق إلى محال له نال بعوض يختلف عن العوض الذى دفعه هو للمحيل . ثم نعرف بعد ذلك مقدار ما يرجع به المحال له إذا كانت الحوالة بغير عوض وتحقق الضمان .

٢٨٦- مائة إعسار المدين إعساراً جزئياً : يقع فى بعض الحالات

أن يتمكن المحال له من استيفاء بعض حقه من المدين الذى لا يكون معسراً إلا إعساراً جزئياً ، فإذا كان الحق المحال به مائة مثلاً ، واستوفى منها المحال له خمسين ولم يستطع استيفاء الخمسين الباقية ، وكان قد اشترى الحق من المحيل بثمانين ، فما مقدار ما يرجع به على المحيل بدعوى الضمان ؟ .

يمكن أن نتصور حلولاً ثلاثة :

(الحل الأول) أن يرجع المحال له على المحيل بكل الخمسين التى نقصته ، فان المحيل ملزم فى حالة تحقق الضمان أن يرد للمحال له كل خسارته بحيث لا تزيد على الثمانين التى قبضها منه ثمناً للحوالة . وعيب هذا الحل أنه يمكن المحال له من أن يستوفى قيمة الحق المحال به كاملاً عند تحقق الضمان ، وفى هذا مخالفة صريحة لنص المادة ٣١٠ مدنى التى تقضى بأن المحال له لا يسترد عند تحقق الضمان أكثر مما دفعه ، فلا يجوز أن تخلص له قيمة الحق كاملة .

(الحل الثانى) أن يرجع المحال له على المحيل بثلاثين لاجنسين ، ذلك أنه لا يجوز له كما قدمنا أن يسترد فى حالة تحقق الضمان أكثر مما دفعه ، أى أكثر

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى، وهى تقول فى هذا الصدد : « على أن إعمال مبدأ سلطان الإدارة يرد عليه فى هذا النطاق قيودان . فإيرامى من ناحية أن مدى التزام المحيل بالضمان لا يجاوز على وجه الاطلاق رد ما أدى إليه فملا مع الفوائد والمصروفات . وقد قصد من نص المشروع على عدم جواز الاتفاق على خلاف هذا الحكم إلى قطع السبيل على المرابين . وإيرامى من ناحية أخرى أن اشتراط الإعفاء من المسؤولية من ضمان الاستحقاق يقع باطلاً إذا كان هذا الاستحقاق يرجع إلى فعل المحيل نفسه . . وليس هذا الحكم سوى تطبيق للقواعد المقررة بشأن ضمان الاستحقاق بوجه عام » (مجموعة الأعمال للجمعية ٣ ص ١٢٧ — ص ١٢٨) .

من ثمانين . وقد استوفى من هذه الثمانين خمسين من المدين ، فيبقى له ثمانون هي التي يرجع بها على المحيل بدعوى الضمان .

(الحل الثالث) أن يرجع المحال له على المحيل بأربعين لا بخمسين ولا بثلاثين . ذلك أن المحال له ، في حالة إعسار المدين إعساراً كلياً ، يسترد من المحيل ما دفعه له من الثمن ، وهو ثمانون . ففي حالة إعسار المدين إعساراً جزئياً ، يكون من العدل أن يسترد من المحيل نسبة مما يتبقى له تعادل النسبة ما بين الثمن الذي دفعه وقيمة الحق . وقد دفع ثمانين في حق قيمته مائة ، فيكون قد اشترى الحق بأربعة أخماس قيمته . وتبقى له خمسون لم يدفعها المدين لإعساره ، فيرجع بأربعة أخماسها على المحال له ، أي يرجع عليه بأربعين .

وقد تردد الفقه الفرنسي بين الحل الثاني والحل الثالث (١) . ونحن نؤثر الحل الثالث ، لأنه يميز بين إعسار المدين إعساراً كلياً وإعساره إعساراً جزئياً ، فيكون الضرر الذي يصيب المحال له من الإعسار الجزئي أقل من الضرر الذي يصيبه من الإعسار الكلي . وهو بعد لم يسترد من المحيل إلا جزءاً مما دفعه ثمناً للحوالة يتناسب مع الجزء الباقي له من حقه ، فبقى بذلك في الحدود التي رسمتها المادة ٣١٠ مدني .

٢٨٧ - حالة وقوع حوالة تالية بموضى يقل أو يزيد : وقد يقع

أن المحال له يحول حقه إلى محال له تال بثمان أقل أو أكثر من الثمن الذي دفعه هو للمحيل ، فهل يكون رجوع المحال له الثاني بدعوى الضمان مقبداً بما دفعه هو للمحال له الأول أو بما دفعه المحال له الأول للمحيل ؟

نفرض أن المحيل قد قبض في الحق وقيمته مائة ثمناً مقداره ثمانون ، ثم حول المحال له هذا الحق نفسه إلى محال له تال وقبض ثمناً له مقداره سبعون . ولما طالب المحال له الثاني المدين وجده معسراً . في هذه الحالة يجوز للمحال له

(١) من يقولون بالحل الثاني بودري وسيبيا فقرة ٨٣٤ ، وبلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ . وكنا نقول به أيضاً في الموجز فقرة ٥٢٠ ص ٥٣٨ هامش رقم ١ . ومن يقولون بالحل الثالث هيك فقرة ٧٤٢ .

الثاني أن يرجع بالضمان إما على المحال له الأول وإما على المحيل . فان رجع على المحال له الأول ، استرد السبعين التي دفعها له . وكذلك لا يجوز أن يسترد إلا السبعين التي دفعها ، حتى لو رجع على المحيل ، إذ لا يجوز له أن يسترد بدعوى الضمان أكثر مما دفعه .

أما إذا كان المحال له الثاني دفع ثمناً للحوالة تسعين لاسبعين ، فانه يرجع بالتسعين على المحال له الأول ، إذ هو قد دفعها له فيستردها منه . ولكن إذا أراد الرجوع على المحيل ، فانه لا يسترده منه إلا الثمانين التي استولى هذا عليها ، ذلك أن المحيل لا يلزم إلا برد ما استولى عليه (١) .

٢٨٨- حالة الحوالة بغير عوض : وفي كل ما قدمناه افترضنا أن الحوالة بعوض ، ولذلك جعلنا رجوع المحال له على المحيل مقبداً بمقدار هذا العوض ، ويستوى في ذلك أن تكون الحوالة بيعاً أو هبة بعوض .

أما إذا كانت الحوالة بغير عوض ، وتحقق الضمان على الوجه الذي قدمناه ، فان المحال له لم يدفع شيئاً حتى يسترده . لذلك لا يكون له ، كما سبق القول ، إلا أن يرجع بتعويض عادل عن الضرر الذي أصابه ، يقدره القاضي على الوجه الذي أسلفناه (٢) .

الفرع الثاني

علاقة المحال له بالمحال عليه

٢٨٩- النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجوز قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل إليه » .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨٤١ .

(٢) انظر آنفاً فترق ٢٨٣ و ٢٨٤ .

وتنص المادة ٣١٢ على ما يأتي :

« للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة (١) .

ولا مقابل لهذين النصين في التقنين المدني السابق ، ولكن أحكامهما كان معمولاً بها دون نص لأنها تطبق للقواعد العامة .

ويقابل النصان في التقنين المدني السابق : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٠٦ و ٣١٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٩٣ و ٢٩٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٦٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٨٥/٢ (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٠٦ : ورد هذا النص في المادة ٤٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٨ — ص ١١٩)

م ٣١٢ : ورد هذا النص في المادة ٤٣٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « يجوز للمدين أن يحتج على المحال إليه بالدفع التي كان له ، وقت نفاذ الحوالة في حقه ، أن يحتج بها على المحيل ، كما يجوز له أن يحتج بالدفع الخاصة بالمحال إليه وحده » . وفي لجنة المراجعة عدل النص بما جعله مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٢٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٩ — ١٣١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٠٦ و م ٣١٢ (مطابقتان للمادتين ٣٠٦ و ٣١٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٢٩٣ و م ٣٠٠ (مطابقتان للمادتين ٣٠٦ و ٣١٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٦٦ (تطابق المادة ٣١٢ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا المباشرة الأخيرة فهي تجري في التقنين العراقي على الوجه الآتي : « كما يجوز له أن يحتج بالدفع الخاصة بالمحال له وحده . ولا مقابل في التقنين العراقي للمادة ٣٠٦ من التقنين المصري ، =

ويؤخذ من هذه النصوص أن علاقة المحال له بالمحال عليه (المدين) تتأثر كثيراً بالوقت الذي تصبح فيه الحوالة نافذة في حق المحال عليه بالإعلان أو بالقبول . فقبل هذا الوقت لا تكون علاقة المحال له بالمحال عليه إلا علاقة دائنية مستقبلية، إلا أنها علاقة تسمح ببعض آثار محدودة ، أهمها أن المحال له يستطيع أن يتخذ إجراءات تحفظية للمحافظة على حقه المستقبلي قبل المحال عليه كما يمتنع على المحال عليه أن يأتي من الأعمال ما يضر بهذا الحق. ومنذ إعلان الحوالة أو قبولها يصبح المحال له هو وحده الدائن - الحالى لا المستقبل - للمحال عليه، وتقوم بينهما علاقة المديونية كاملة بما يترتب عليها من آثار .

المبحث الأول

علاقة المحال له بالمحال عليه قبل إعلان الحوالة أو قبولها

٣٩٠ - **دائنية المحال له للمحال عليه دائنية محدودة :** قبل إعلان الحوالة أو قبولها يبقى الحيل دائماً للمحال عليه ، لأن الحوالة لم تنفذ بعد في حق المحال عليه . أما المحال له فدائنيته للمحال عليه كامنة ينقصها النفاذ ، فهي دائنية محدودة لا تولد آثاراً كاملة ، ولكنها تولد بعض الآثار على كل حال .

فيستطيع المحال له من جانبه ، أن يتخذ للمحافظة على حقه لإجراءات تحفظية . ومن جانب المحال عليه يجب أن يمتنع ؛ إذا كان قد علم بالحوالة فعلاً

= ولكن حكمها متفق مع القواعد العامة : انظر الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني المرقى فقرة ٢٥٢ - فقرة ٢٥٤) .

تقنين الموجبات والعقود البنائي م ٢/٢٨٥ : فيحق إذن للمدين أن يدلي بأسباب الدفع والدفاع ، التي كان يحق له أن يدلي بها ، تجاه المتفرغ له . ويجرى الأمر بالمعكس إذا كان المدين قد وافق على الانتقال بلا قيد ولا شرط ، فهو يعد إذن عادلاً عن وسائل الدفاع التي كان يملكها إلى ذلك الحين .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني المصري : انظر للدكتور صبحي المحصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني البنائي ص ٣٥ - ص ٣٧) .

دون أن يقبلها ودون أن تعلن إليه ، من أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بحق المحال له .

٢٩١ - إجراءات التحفظ التي يخزها المحال له : يستطيع المحال

له ، قبل إعلان المدين بالخرالة أو قبوله لها ، أن يتخذ من الإجراءات التحفظية ما هو واجب للمحافظة على الحق المحال به . وهذا مانصت عليه صراحة المادة ٣٠٦ مدني ، فقد رأيناها تقضي بأنه « يجوز قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل إليه » (١).

فيجوز للمحال له أن يقطع التقادم ، إذا رأى أنه أوشك أن يتكامل . وبدلاً من أن يبدأ بإعلان الحوالة إلى المحال عليه لجعلها نافذة في حقه ، ثم يطالب بعد ذلك بالحق مطالبة قضائية ليقطع التقادم وقد لا يكون هناك وقت كاف قبل تكامل التقادم للقيام بهذين الإجراءين المتتاليين ، يعتمد منذ البداية إلى مطالبة المحال عليه مطالبة قضائية تقطع التقادم فوراً ، فيحفظ المحال له بذلك حقه من السقوط . والمطالبة القضائية تتضمن بطبيعة الحال إعلاناً للحوالة ، فهي تحدث الأثرين معاً في وقت واحد : تقطع التقادم وتجعل الحوالة نافذة في حق المحال عليه وفي حق الغير . ويستطيع المحال له أن يتلقى من المحال عليه اعترافاً بالحق في ذاته فينقطع التقادم ، وذلك قبل أن يكون المحال عليه مستعداً لقبول الحوالة ، فهو يقر بالحق الذي في ذمته ، ويريد أن يترى في قبول الحوالة تحوطاً منه للنتائج التي تترتب على هذا القبول ، وبخاصة أثر القبول في منع التمسك بالمقاصة .

ويجوز للمحال له أيضاً أن يبادر إلى قيد رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الحق المحال به ، فليس هذا إلا إجراء تحفظياً يستطيع القيام به قبل إعلان الحوالة أو قبولها . كما يستطيع أن يجدد القيد إذا كان قد مضى على القيد السابق عشر سنوات ، ويكون القيد أو تجديده باسمه هو لا باسم المحيل (٢) .

ويجوز للمحال له أن يوقع حجزاً تحفظياً تحت يد مدين المحال عليه ، ويتابع

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٩ .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٨٥١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢٠ .

لإجراءات هذا الحجز حتى يصل إلى الحكم بصحة الحجز . فيقف عند هذا الحد ، إذ يصبح الحجز عندئذ إجراء تنفيذياً لا إجراء تحفظياً ، فلا يستطيع المحال له الاستمرار فيه قبل أن يجعل الحوالة نافذة في حق المحال عليه (١) .

ويجوز كذلك للمحال له ، إذا باع المحال عليه عقاراً مرهوناً في الحق المحال به وأراد الحائز أن يطهر العقار ، أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره باعتباره دائماً مرتباً إذا هو أودع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمراد ، وذلك طبقاً للمادتين ١٠٦٧ - ١٠٦٨ من التقنين المدني (٢) .

وقد قيس المحال له قبل إعلان الحوالة أو قبلها على الدائن تحت شرط واقف قبل تحقق الشرط ، فكل منهما يجوز له اتخاذ الإجراءات التحفظية (٣) .

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٤ — ص ١٥٥ — بودري وسينا فقرة ٨٥١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢٠ — ولا يقع المحال له حجراً تحفظياً تحت يد المحال عليه ، فإن هذا ليس مديناً لمدينه بل هو مدينه المباشر . وإن فعل ، عد هذا بمثابة إعلان للحوالة ، ومن ثم لا يكون في حاجة إلى طلب تثبيت الحجز التحفظي (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٩ — وانظر آنفاً فقرة ٢٦٦ في الهامش) .

(٢) جيلوار ٢ فقرة ٨٠٦ وما بعدها — أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٥ — بودري وسينا فقرة ٨٥١ ص ٨٨٥ — عكس ذلك : ديسرجيه ٢ فقرة ٢٠٥ — لوران ٢٤ فقرة ٥١٨ وما بعدها .

وهناك شك فيما إذا كان المحال له يستطيع أن يظن باسمه في حكم مندر ضد المحيل لصلة المحال عليه قبل صيرورة الحوالة نافذة في حق المحال عليه (انظر فيما يتعلق بالظن بالنقص بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٥٢٠ هامش رقم ٣) . ومنزى أن المحال له يستطيع ذلك دون خلاف بعد صيرورة الحوالة نافذة في حق المحال عليه (انظر فقرة ٢٩٤ في الهامش) .

(٣) ويقول بلانيول وريبير وردوان إن هذا قياس مع الفارق ، فالمحال له لا وجود لحقه تجاه المحال عليه قبل صيرورة الحوالة نافذة في حق هذا الأخير ، أما الدائن تحت شرط واقف فتحقه موجود حتى قبل تحقق الشرط . ولكنهم يرون مع ذلك أن هذا الحكم تبرره فائدته العملية فهو يتمجّل بعض آثار الحوالة في حق المدين من غير أن يلحق به كبير ضرر (بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٥٢١) .

وإذا كان المحال له يستطيع اتخاذ إجراءات تحفظية ضد المحال عليه ، فهذه الإجراءات يستطيع أيضاً ، ومن باب أولى ، أن يتخذها المحيل ، لأنه لا يزال دائماً للمحال عليه مادامت لم تصبح نافذة في حق هذا الأخير . ومن ثم يكون للمحال عليه ، بالنسبة إلى الإجراءات التحفظية ، دائنان في وقت واحد : المحيل والمحال له (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢٠ — ص ٥٢١ — وانظر أيضاً فلاتيه في المقود لحساب الغير) .

٢٩٢ - امتناع المحال عليه من الإضرار بحقوق المحال له: وبديهي

أن المحال عليه ، الذي لم يقبل الحوالة ولم يعلن بها ، إذا كنا لا نعلم مثلاً بمسمرهما ، يستطيع أن يعامل المحيل - وهو لا يزال الدائن له - في شأن الحق المحال به ، فيوفيه إياه ، أو يجرده معه ، أو يجعله قصاصاً في دين له عليه ، أو يستبرئه منه . وعلى هذا النحو أيضاً يعامل المحال عليه محالاً له ثانياً يكون قد قبل حوالة أو أعلنت به ، فهذا المحال له الثاني ، الذي حوالة نافذة قبل الحوالة الأولى ، هو وحده صاحب الحق بالنسبة إلى المحال عليه ، علم هذا بالحوالة الأولى أو لم يعلم .

أما إذا علم المحال عليه بالحوالة الأولى مثلاً ، ولو قبل أن تصبح نافذة في حقه بالإعلان أو بالقبول ، فمن راجبه حينئذ أن يمتنع من إثبات أى عمل بتطوير على غش ويكون من شأنه الإضرار بحقوق المحال له . فليس له أن يوفى الحق المحال به للمحيل غشاً وتواطؤاً منه . أما إذا أثيرد المحيل على الوفاء فلا حيلة له ، وقد تقدم بيان ذلك . وليس له أن يتراض غشاً مع محال له قال للمحال له الأول . فيقبل الحوالة الثانية حتى يجعلها نافذة قبل الحوالة الأولى . بل إنه يستطيع ، قبل إعلان الحوالة أو قبولها ، أن يوفى الحق المحال له للمحال له ، ويستبر هذا الوفاء بمثابة قبول منه للحوالة (١) . كما يستطيع المحال له أن يطالبه بالحق المحال به مطالبة قضائية ، وتعتبر هذه المطالبة بمثابة إعلان لحوالة (٢) .

ونرى من ذلك أنه من وقت صدور الحوالة إلى وقت إعلانها أو قبولها ، يكون للمحال عليه دائنان في دين واحد ، هما المحيل والمحال له . ولكل منهما أن يطالبه بالدين ، وله أن يوفى الدين لأى منهما ، وهما مع ذلك ليسا بدائنين متضامين (٣) .

(١) بوردو، وسينيا فقرة ٨٥١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٢١٠

وهامش رقم ٣ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٢١٠ - وانظر آنفاً فقرة ٢٩١ .

(٣) ومن ثم لا يكون للإعلان أو القبول شأن على كبير في العلاقة ما بين المحال له والمحال عليه ، وهذا بعكس الغير من محال له ثان أو دائن حاجز أو دائن عادي في حالة إفلاس المحيل -

المبحث الثاني

علاقة المحال له بالمحال عليه بعد اعلان الحوالة أو قبولها

٢٩٣ - نفاذ الحوالة في من المحال عليه : باعلان الحوالة أو قبولها تصبح نافذة ، كما قدمنا ، في حق المحال عليه ، ويصبح الأثر الأول للحوالة - انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له - نافذاً بالنسبة إلى المحال عليه . ويرتب على ذلك نتيجتان رئيسيتان :

(الأولى) أن يحل المحال له محل المحيل ، بالنسبة إلى المحال عليه ، في نفس الحق المحال به في الحالة التي يكون عليها وقت إعلان الحوالة أو قبولها . أما انتقال الحق فيما بين المحيل والمحال له فيكون بالحالة التي كان عليها وقت صدور الحوالة .

(الثانية) أن يكون للمحال عليه - وهذه نتيجة مترتبة على النتيجة الأولى - التمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت الإعلان أو القبول ، وكذلك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة .

أو إعساره ، فإن للإعلان أو القبول شأناً حاسماً بالنسبة إلى هؤلاء . ونرى من ذلك أن المحال عليه في مركز وسط بين أطراف الحوالة والغير ، فهو لا يتممخص غيراً ولا يخلص طرفاً في الحوالة (بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٥٢٣ هامش رقم ١) .

وهناك تياران متضاربان في تقدير أهمية إجراءات الإعلان والقبول ، وهي الإجراءات التي تجعل الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير : تيار ينزع إلى خفض من شأن هذه الإجراءات والتقليل من أهميتها وهذا هو المذهب الجرمانى ، وتيار ينزع إلى الإكبار من شأنها وجعلها بمنزلة إجراءات للشهر كالتسجيل والقيود وهذا هو المذهب اللاتينى (قارب في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢١ - ص ٥٢٣ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٧٠٨)

على أن هذه الإجراءات لا تستكمل مقوماتها كإجراءات للشهر فعالة ، إلا إذا كان المدين المحال عليه ملزماً قانوناً باخطار الغير ، متى طلب منه ذلك ، بما يعلمه من حوالات سابقة عن طريق قبوله لها أو إعلانها ، فيكون المحال عليه هو الجهة التي يتركز فيها الشهر (انظر اقتراحاً في هذا المعنى لجمعية الدراسات التشريعية في مجلتها سنة ١٩٣٧ ص ٣٤٠ والتقرير الذى وضعه بولانجييه في هذا الشأن) .

١٩٤ - مآل المحال له محل المحيل في نفس المحل المحال به : ينتقل ،

بالنسبة إلى المحال عليه ، الحق المحال به من المحيل إلى المحال له ، كما قدمنا .
وينتقل بالحالة التي يكون عليها وقت إعلان الحوالة أو قبولها (١) .

فمن هذا الوقت لا يكون للمحال عليه إلا دائن واحد هو المحال له ، وقد حل محل المحيل الدائن السابق ، وأصبح هو دون المحيل صاحب الحق بالحالة التي يكون عليها وقت الإعلان أو القبول . فلو أن هذا الحق كان موجوداً وقت صدور الحوالة ، ولكنه انقضى قبل الإعلان أو القبول بأن استوفاه المحيل مثلاً أو قضاه بأي سبب من أسباب الانقضاء ، فإن المحال له لا ينتقل إليه شيء قبل المحال عليه ، لأن الحق أصبح غير موجود وقت الإعلان أو القبول .

وينتقل الحق إلى المحال له بالصفات التي تكون له وقت الإعلان أو القبول . فلو كان الحق ثابتاً في سند تنفيذي في هذا الوقت ، ولو لم يكن ثابتاً في هذا السند وقت صدور الحوالة ، فإن الحق ينتقل إلى المحال له قابلاً للتنفيذ بفضل هذا السند التنفيذي . ولو كان الحق تجارياً أو ينتج فوائد أو كانت له صفات أخرى غير ذلك ، فإنه ينتقل بنفس هذه الصفات إلى المحال له قبل المحال عليه .

وينتقل الحق إلى المحال له بالضمانات التي تكفله وقت الإعلان أو القبول (٢) . فلو أن الحق المحال به كان مضموناً برهن أو اختصاص أو امتياز أو كفيل ، فإنه ينتقل بهذه الضمانات إلى المحال له قبل المحال عليه وقبل الكفيل . ولو كان الضمان الذي يكفل المحال به موجوداً وقت صدور الحوالة ، ولكنه انقضى قبل إعلانها أو قبولها ، فإنه يعتبر غير موجود ولا ينتقل مع الحق إلى المحال له ، كما لو سقط قيد الرهن أو أبرأ المحيل الكفيل قبل الإعلان أو القبول ، وإنما يرجع المحال له على المحيل بالضمان وفقاً للقواعد التي قدمناها .

(١) وقد تقدم الكلام في انتقال الحق فيما بين المحيل والمحال له (انظر آنفاً فقرة ٢٧٢ - ٢٧٧) ، ونحن الآن في صدد انتقال الحق إلى المحال له بالنسبة إلى المحال عليه .

(٢) وكما ينتقل الحق بضماناته ينتقل أيضاً بما يشق له من تكاليف ، فينتقل حق المقاول إلى المحال له مثلاً بامتياز المقاول من الباطن (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٦١ : دوائر مجتمعة - ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٢) .

وما دام الحق نفسه قد انتقل من المحيل إلى المحال له بالنسبة إلى المحال عليه ، فقد أصبح المحال عليه ليس له ، كما قدمنا ، إلا دائن واحد هو الذى يجب أن يوفيه الحق . فلا يجوز له أن يوفى الحق ، بعد الإعلان أو القبول ، إلى المحيل ، ويكون هذا الوفاء غير مبرىء لدمته ، ويستطيع المحال له أن يستوفى الحق منه مرة ثانية ، ولا يبقى للمحال عليه إلا الرجوع على المحيل بما دفعه إليه دون حق . ويجوز للمحال له ، بعد الإعلان أو القبول ، أن يجبر المحال عليه على الوفاء له بالحق كاملاً (١) ، كما يجوز له أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء (٢) .

(١) ولا يقتصر على استيفاء الموضع الذى دفعه مقابلًا للحق ، إلا إذا كان متنازعاً فيه ، وقد تقدم بيان ذلك .

(٢) ويجوز للمحال له أن يأخذ حق اختصاص بمحكم حول له (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٧) ، كما يجوز له أن يرفع استئنافاً عن حكم صدر ضد المحيل (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ١٠ — ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣٠ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ١٢) . وبالجمله يستطيع المحال له أن يتخذ الإجراءات للقضائية ضد المحال عليه باسمه خاصة (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦١ — ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٢ — ١٢ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٧) .

وبالنسبة إلى الإجراءات القضائية يمكن تلخيص موقف المحال له في المبادئ الآتية :
(أولاً) للمحال له رفع الدعوى باسمه ضد المحال عليه لمطالبته بالحق المحال به (محكمة مصر ١١ أبريل سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٨٨ ص ١٦٩) ، وله أن يدخل المحيل ضماناً في الدعوى (استئناف مصر ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٩ رقم ٥٣٣ ص ٨٥٥) .
(ثانياً) إذا وجدت قضية قائمة ببر المحيل والمحال عليه في خصوص الحق المحال به ، وجب على المحال له أن يأخذ مكان المحيل فيها ، بأن يتدخل في الدعوى في أية حالة كانت عليها (استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٥ ص ٧١٧ — استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٤) . (ثالثاً) يعتبر المحيل وكيلًا عن المحال له في مواجهة دفاع المحال عليه ، فالاستئناف المرفوع منه يفيد المحال له (استئناف مختلط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٤٧) ، وكذلك يستفيد المحال له من الطلبات التى وجهها المحيل إلى المحال عليه ، فالطلبات التى كانت موجهة من المحال في الدعوى الابتدائية تعتبر قائمة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٤٣ ص ٦٩٠) . (رابعاً) للمحال له الحق في التنفيذ باسمه ولو كانت الحزالة في ورقة عرفية ، مادام الحق المحال به قد استجمع الشرائط القانونية ليكون قابلاً للتنفيذ بأن كان ثابتاً في ورقة رسمية أو صدر به حكم قابل للتنفيذ (مصر مستعجل ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٣٣ ص ٦٦٣) .

ولا يستطيع المحيل ، بعد الإعلان أو القبول ، أن يتصرف في الحق المحال به مرة ثانية ، لا يبيع ولا يبرهن ولا بأي نوع آخر من أنواع التصرفات (١) ، كما لا يجوز أن يوقع أحد دائني المحيل حجزاً تحفظياً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه بعد الإعلان أو القبول . وعلى العكس من ذلك ، يستطيع المحال له ، بعد الإعلان أو القبول ، أن يتصرف في الحق بحوالة تالية ، كبيع أو هبة أو رهن ، ويجوز لدائنيه أن يوقعوا حجزاً تحفظياً على الحق تحت يد المحال عليه .

على أن حلول المحال له محل المحيل قبل المحال عليه ليس من شأنه أن ينقل الصفات للصيغة بشخص أحدهما إلى شخص الآخر . فلو أن المحيل كان زوجة المحال عليه ، ومن ثم يكون سريان التقادم موقوفاً لمصلحة الزوجة ، لم ينتقل أثر هذه الظروف الشخصية إلى المحال له ، ويبدأ سريان التقادم من وقت أن تصبح الحوالة نافذة في حق الزوج المحال عليه (٢) .

٢٩٥ - الدفوع التي للمحال عليه أنه يتمسك بها قبل المحال له :

رأينا أن المادة ٣١٢ مدني تنص على أن « للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه ، كما

(١) ومن باب أولى لا يستطيع المحيل أن يبرئ ذمة المحال عليه من الدين إذا كان إعلان الحوالة للمحال عليه سابقاً على إعلان الإبراء (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٤) . كذلك لا يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له ، في حوالة الأجرة ، بحق في إنقاص الأجرة قبل المحيل إذا كان هذا الحق لم يستعمل إلا بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حقه (استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٦٠) . ولا يستطيع المحيل بعد نفاذ الحوالة في حق المحال عليه أن يصالحه (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣) . ولا يحتاج على المحال له بالاتفاقات التي تكون قد تمت بين المحيل والمحال عليه بعد إعلان الحوالة للمحال عليه (نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٤١٢) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص ٥١٤ - ص ٥١٥ - وعلى العكس من ذلك ، إذا حول الحق لزوج المدين ، وقف سريان التقادم لمصلحتها ، ولم يكن موقوفاً من قبل لمصلحة المحيل (أوبري ورو د فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٠ - بودري وسينيا فقرة ٨٤٦) . وإذا حول الوارث حقاً لتركة انتقل إليه بالميراث ، وأصبح المحال له خلاً خاماً في هذا الحق ، لم يصبح بالحوالة مسئولاً عن شيء من ديون التركة ، بل يبقى الوارث المحيل هو المسئول عن هذه الديون في حدود حصته في الميراث (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٢١) .

(م - ٣ - الوسيط)

يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة . وهذه نتيجة منطقية مترتبة على كون الحق المحال به هو الذى ينتقل من المحيل إلى المحال له قبل المحال عليه ، كما قدمنا . فما دام الحق نفسه هو الذى ينتقل ، فانه ينتقل بالدفع التى عليه كما انتقل بالصفات والضمانات التى له . فيستطيع المحال عليه إذن أن يتمسك بهذه الدفع قبل المحال له ، كما كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل (١) . ويستطيع أيضاً أن يتمسك بالدفع التى يستمدها من عقد الحوالة ذاته ، وهو العقد الذى نقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له .

يستطيع المحال عليه أولاً أن يتمسك قبل المحال له ، بالنسبة إلى الحق المحال به ، بالدفع التى كان يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل وقت إعلان الحوالة أو قبولها . فاذا كان هناك ، فى هذا الوقت ، دفع يمكن أن يدفع به هذا الحق قبل المحيل ، فان هذا الدفع يصلح للتمسك به قبل المحال له . والدفع قد ترجع إلى انقضاء الحق أو إلى بطلانه أو إلى انفساخه . فيجوز أن يكون الحق المحال به قد انقضى وقت إعلان الحوالة أو قبولها ، حتى لو كان موجوداً وقت صدور الحوالة . فيصح مثلاً للمحال عليه أن يدفع بأن الحق قد انقضى إما بالوفاء (٢)

(١) نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٥٩٤ — استئناف أهل ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢٩ ص ٧٩ — ٢١ مايو سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٣٠ ص ٢٦٩ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٦ ص ٨٧ — ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٤١٦ ص ٥١٢ — استئناف مصر ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤١ ص ١٨٧ — ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٧٠ ص ١٦٦ — ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٥ ص ٧١٧ — استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٩٣ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٣٧ — ٢ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠٥ — ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧١ — ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٠ — ٢٠ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٠٣ — ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٧ — ٢٣ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٧ — ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٦ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٦ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٨ — ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٣ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٧ — ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٤ .

(٢) وليس من الضروري أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ لأمكان أن يتمسك بها المحال عليه قبل المحال له ، ولكن للمحال له أن يثبت عدم جديتها (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧١ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٣ — بودرى وسينيا فقرة ٨٤٧ ص ٨٨٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ١٧ هامش رقم ٤) .

أو بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالإبراء أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء ، سواء كان الانقضاء سابقاً على صدور الحوالة أو تالياً له ، ما دام الحق قد انقضى قبل إعلان الحوالة أو قبولها (١) . ويجوز كذلك أن يكون الحق قد انقضى بتصرف المحيل فيه لمحال له آخر ونفذت الحوالة الثانية قبل نفاذ الحوالة الأولى ، ففي هذه الحالة يدفع المحال عليه مطالبة المحال له الأول بأن الحوالة الثانية هي النافذة في حقه وفي حق المحال له الأول على السواء . ويجوز أن يكون أحد دائئي المحيل قد وقع حجزاً تحفظياً تحت يد المحال عليه قبل إعلان الحوالة أو قبولها ، وعندئذ يكون للمحال عليه أن يدفع مطالبة المحال له بالحق كله بأن الدائن الحاجز يشاركه فيه . كل هذه دفعات ترجع إلى انقضاء الحق ، كان المحال عليه يستطيع أن يدفع بها مطالبة المحيل ، فيجوز له أن يتمسك بها قبل المحال له . وهناك دفعات ترجع إلى بطلان الحق المحال به أو إلى انفساخه ، كأن يكون الحق مصدره عقد باطل أو عقد قابل للإبطال أو عقد قابل للفسخ ، أو يكون الحق معلقاً على شرط واقف لم يتحقق أو معلقاً على شرط فاسخ تحقق (٢) . كل هذه دفعات كان المحال عليه يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل ، ليستطيع كذلك أن يتمسك بها قبل المحال له (٣) .

(١) انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٦٠ — وقارن الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد السورية فقرة ٥٢ وفترة ٥٤ .
(٢) المذكرة الايصاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٩ — ص ١٣٠ .

(٣) كذلك يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالفوائد الربوية التي دفعها للمحيل ويطلب استزائها من أصل الدين (بودرى وسينيا فقرة ٨٤٧ ص ٨٨١) .
أما إذا كان الحق ما بين المحيل والمحال عليه سورياً ، وحوله المحيل إلى آخر فإن المحال له يعتبر من الغير في الصورية إذا كان حسن النية ، ولا يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبله بانعدام الحق لصوريته . وقد قضت محكمة النقض بأن نيس للمدين في حوالة مدنية قبلها المدين والضامن قبولاً ناقلاً للملك أن يقيم الدليل في وجه المحال له على صورية السبب الظاهر في ورقة الدين ، متى كان المحال له يجهل المعاملة السابقة التي أخفى سببها عليه ، وكان يعتقد أن السبب الظاهر حقيقى ، وكان المدين لم يدفع بعلم هذا المحال له للسبب الحقيقى وقت احتياله بالدين ، ولأن إخفاء السبب الحقيقى تحت ستار السبب المتحلل لا يمكن الاحتجاج به على غير المتعاقدين ومنهم المحال له (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٧ ص ٦٨٤ — انظر أيضاً: استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٠٣ ص ٢٩٣ — استئناف ..

على أن هناك دفعين يخرجان على القواعد التي قدمناها ، هما الدفع باتحاد
الذمة والدفع بالمقاصة . فإذا كان المحال عليه هو وارث المحيل ، وبعد صدور
الحوالة ، ولكن قبل إعلانها أو قبولها ، مات المحيل فورثه المحال عليه وانقضى
الحق المحال به باتحاد الذمة ، فقد كان ينبغي أن يستطيع المحال عليه أن يدفع
مطالبة المحال له بعد إعلان الحوالة بانقضاء الحق . ولكنه لما وارثاً للمحيل ،
وكان للمحال له أن يرجع بالضمان على المحيل أو على تركته التي يمثلها الوارث ،
فان الأمر ينتهي إلى أن المحال عليه لا يجوز أن يتمسك بهذا السبب من أسباب
الانقضاء (١) . كذلك إذا كان هناك حق للمحال عليه في ذمة المحيل بحيث
ينقضى الحق المحال به بالمقاصة ، ولكن المحال عليه قبل الحوالة دون تحفظ ،
فانه لا يستطيع أن يدفع مطالبة المحال له بالمقاصة (٢) كما كان يستطيع دفعها
بالدفع الأخرى . فقد رأينا أن المادة ٣٦٨ مدني تنص على أنه « ١ - إذا
حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين
أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ،
ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل . ٢ - أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة
ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة » (٣) .

= مخطط ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٩ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٧ -
٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٥ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٧ - ٢٦
فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٥٩ - وانظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩٠
هامش رقم ١) .

(١) هيك ٢ فقرة ٣٧٨ - بودري وسينيا فقرة ٨٤٧ ص ٨٨٠ - ص ٨٨١ .

(٢) استئناف مخطط ١١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤ .

(٣) أما تقنين الموجبات والعقود اللبناني فيعم حكم المقاصة على جميع الدفع الأخرى ،
فتنص المادة ٢/٢٨٥ منه ، كما رأينا ، على أنه يجوز « للمدين أن يدلي بأسباب الدفع والدفاع
التي كان يحق له أن يدلي بها تجاه المتفرغ له . ويجرى الأمر بالعكس إذا كان المدين قد وافق
على الانتقال بلا قيد ولا شرط ، فهو يعد إذن عادلاً عن وسائل الدفاع التي كان يملكها إلى ذلك
الحين » . وهذا الحكم منتقد ، وهو يخالف للمعنى الذي ينطوي عليه قبول الحوالة ، إذ لا يعدو
هذا المعنى أن يكون إقراراً من المحال عليه بعلمه للحوالة ، ولا يتضمن هذا القبول نزولاً منه عن
الدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل (انظر في هذا المعنى بودري وسينيا فقرة ٨٤٨ -
الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٥١ ص ٤٥ - الدكتور
صبحي الحمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٦ - ص ٣٧) . على أن =

ويستطيع المحال عليه ثانياً أن يتمسك بالدفع التي ترجع إلى عقد الحوالة ذاته . مثل ذلك أن يكون عقد الحوالة باطلاً ، وهو سند المحال له في الرجوع على المحال عليه ، فلهذا أن يدفع ببطلانه أو يجوز أن يتمسك بانبطلان كالذي مصلحة . أما إذا كان عقد الحوالة قابلاً للإبطال لمصلحة المحيل فإن المحيل وحده هو الذي يستطيع أن يتمسك بإبطال الحوالة ، ولا يستطيع المحال عليه ذلك لأن الإبطال لم يتقرر لمصلحته ، بل ولا يستطيع أن يتمسك بالإبطال باسم المحيل لأنه ليس دائئاً له بل مدينأ . فلا يبقى أمامه إلا أن يدخل المحيل خصماً في الدعوى التي يرفعها عليه المحال له ، ويطلب منه إما أن يتمسك بإبطال العقد وإلا دفع المحال عليه الحق المحال به للمحال له معتبراً سكوت المحيل عن التمسك بإبطال العقد إجارة ضمنية منه للحوالة . وهذا هو أيضاً شأن ما إذا كان عقد الحوالة قابلاً للفسخ . فإذا كانت الحوالة في مقابل ثمن لم يدفعه المحال له للمحيل ، وكان للمحيل أن يفسخ العقد لعدم دفع الثمن ، فليس للمحال عليه أن يتمسك بالفسخ ، فإن الذي يتمسك به هو المحيل . وللمحال عليه أن يدخل المحيل خصماً في الدعوى ، حتى إذا رأى هذا أن

= قبول المحال عليه للحوالة قبولاً لا تحفظ فيه، ومتضمناً معنى أنه قد ألزم شخصياً نحو المحال له، قد يفيد نزوله من الدفع التي كان يستطيع أن يدفع بها مطالبة المحال له ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك بأي دفع من هذه الدفع ، ويجب عليه أن ين بالحق المحال به للمحال له ، ثم يرجع بعد ذلك على المحال . إن كان ذلك وجه للرجوع (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٨ — الأسكندرية ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ رقم ٢٢٦ ص ٤٥٠ — بودري وسينيا فقرة ٨٤٩ — فقرة ٨٥٠ — قارن الموسكى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٨٠ ص ٥٥٠) . ولكن تفسير قبول المحال عليه للحوالة معنى النزول عن الدفع التي كانت له قبل المحيل لا يفترض ، بل لا بد أن يكون هذا المعنى واضحاً من قبول الحوالة ، فإن قام شك فسر القبول لمصلحة المحال عليه ، لأنه هو المدين ، واعتبر قبولاً للحوالة مع الاحتفاظ بما للمحال عليه من دفع كان له أن يتمسك بها قبل المحيل (بودري وسينيا فقرة ٨٤٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢١ ص ٥٠١ — ٥٠٢ — وانظر آتفا فقرة ٢٦٧) . ويعرض التقنين المدني الألماني لدفع المحال عليه بالمقاصة ، فنص المادة ٤٠٦ من هذا التقنين على ما يأتي : « يجوز للمدين أيضاً أن يتمسك بالمقاصة قبل الدائن الجديد (المحال له) في حق ثبت له في ذمة الدائن السابق (المحيل) ، إلا إذا كان وقت أن كسب هذا الحق قد أحاط علماً بوقوع الحوالة، وإلا إذا كان حقه لم يحل إلا بعد علمه بالحوالة، ويشترط في هذه الحالة الأخيرة ألا يكون هذا الحق قد حل إلا في وقت لاحق لخلول الحق المحال به . » وانظر في التعليق على هذا النص التعليقات على التقنين المدني الألماني ١ م ٤٠٦ ص ٥٧٦ — ص ٥٧٨ .

بطالب بفسخ العقد فعل ، وإلا كان المحال عليه ملزماً بدفع الحق المحال به للمحال له ، ثم يطالب المحيل المحال له بثمن الحوالة (١) . وقد يكون عقد الحوالة صورياً ، فيجوز للمحال عليه أن يدفع بصورته (٢) ، وأن يثبتها بجميع الطرق ، حتى بالبينة وبالقرائن (٣) ، لأنه ليس طرفاً في الصورية . ولكنه لا يعتبر غيراً فيها ، إذ هو ليس بدائن ولا بخلف خاص لأى من طرفي الصورية ، فاذا وفى الحق المحال به للمحال له معتقداً بحسن نية أن الحوالة جدية ، كان الدفع صحيحاً مبرئاً للذمة ، لا لأنه من الغير في الصورية ومن حقه أن يتمسك بالعقد الصورى ،

(١) ويدوم ما قدمناه أن من الأسراف القول بأن للمحال عليه أن يتمسك بالدفع الذى ترجع إلى عقد الحوالة ذاته ، فقد رأينا لا يستطيع أن يتمسك بإبطال العقد أو بفسخه ، ويجب عليه أن يدخل المحيل خصماً فى الدعوى ليتولى بنفسه التمسك بذلك . وإذا كان المحال عليه يستطيع التمسك ببطلان العقد ، فإن ذلك لا يرجع إلى قواعد الحوالة بل إلى قواعد البطلان المطلق ، إذ يستطيع التمسك بالبطلان المطلق كل ذى مصلحة . وسرى حالا أن المحال عليه يستطيع أن يتمسك بصورية الحوالة ، ولكن هذا أيضاً يرجع إلى قواعد الصورية لا إلى الحوالة ، فإن الصورية كالبطلان المطلق يستطيع كل ذى مصلحة أن يتمسك بها . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٣١٢ مدنى ، وهو النص الذى يميز للمحال عليه أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة ، يجرى على الوجه الآتى : « كما يجوز له أن يحتج بالدفع الخاصة بالمحال إليه وحده » ، أى يستطيع المحال عليه أن يتمسك ضد المحال له مثلاً بمقاصة وقعت بين الحق المحال به وحق آخر مقابل ترتب فى ذمة المحال له للمحال عليه . فكان النص مستقيماً على هذا الوجه . إلا أنه عدل فى لجنة المراجعة ، لتنسيقه مع المادة ٣٢٠ الواردة فى حوالة الدين ، مع أن هناك فرقاً واضحاً بين حوالة الدين وحوالة الحق فى هذا الصدد . فى حوالة الدين — دون حوالة الحق — يكون المحال عليه دائماً طرفاً فى عقد الحوالة ، فمن حقه إذن أن يتمسك بالدفع المستمدة من هذا العقد . (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٩ — ص ١٣١ — انظر آنفاً فقرة ٢٨٩ فى الهامش) . وكان الأولى إبقاء النص على أصله دون تعديل ، وهذا ما وقع فى التقنين المدنى العراقى فى المادة ٣٦٦ ، فقد بقيت هذه المادة على أصلها فى المشروع التمهيدى المصرى دون تعديل كما بينا ذلك آنفاً فى فقرة ٢٨٩ فى الهامش . (انظر فى هذا المعنى الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية فقرة ٥٥ — الدكتور صبحى المحمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى اللبناني ص ٣٧ — وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٦٠) .

(٢) قارن استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ — ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ ٣ ص ٣٦٠) .

(٣) ولا يكتفى لإثبات صورية الحوالة أن المقابل المدفوع يعادل قيمة الحق المحال به مع أن هذا الحق لا ينتج فوائد ومع أن استيفاءه يقتضى وقتاً وإجراءات طويلة (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٥) .

بل لأنه وفي الحق إلى الدائن الظاهر بحسن نية (١) . على أنه إذا تمسك المحال عليه بصورية الحوالة ، جاز مع ذلك اعتبار الحوالة الصورية توكيلاً من المحيل للمحال له في قبض الحق المحال به من المحال عليه ، فيصح للمحال له باعتباره وتوكيلاً إلزام المحال عليه بدفع الحق المحال به ، كما يجوز للمحيل الرجوع في هذا التوكيل (٢) .

الفرع الثالث

علاقة المحيل بالمحال عليه

٢٩٦ - التمييز بين مرحلتين : في علاقة المحيل بالمحال عليه يجب أن تميز بين مرحلتين: (١) المرحلة التي تسبق إعلان الحوالة أو قبولها (٢) ثم المرحلة التي تلي الإعلان أو القبول .

٢٩٧ - المرحلة التي تسبق إعلان الحوالة أو قبولها : في هذه المرحلة لا تزال الحوالة غير نافذة في حق المحال عليه ، ولا يزال صاحب الحق بالنسبة إليه هو المحيل . فيستطيع المحيل إذن أن يقوم باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية اللازمة ، كأن يقطع التقادم وأن يقيد الرهن وأن يجدد القيد وأن يتقدم في التوزيع ونحو ذلك (٣) . وما ينتج من أثر يفيد بطبيعة الحال المحال له . وقد رأينا فيما قدمناه أن هذه الإجراءات التحفظية يستطيع المحال له أيضاً ، في هذه المرحلة نفسها ، أن يتخذها باسمه .

كذلك يستطيع المحيل ، في المرحلة التي نحن بصدددها ، أن يجاوز الأعمال التحفظية إلى الأعمال التنفيذية ، فهو بالنسبة إلى المحال عليه لا يزال صاحب

(١) الوسيط جزء ٢٠ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩٠ هامش رقم ١ .

(٢) استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٩ . وانظر في إمكان أن تكون

الحوالة وكالة بالقبض بقصد التحصيل ما ذكرناه آنفاً فقرة ٢٤٦ في الهامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٩١ في الهامش .

الحق كما قدمنا . فله أن يستوفي الحق من المحال عليه ، وله أن يجبره على الوفاء . وليس للمحال عليه في هذه الحالة الأخيرة إلا أن يبادر إلى قبول الحوالة حتى يجعلها نافذة في حقه فلا يوفى الحق المحال به إلا للمحال له ، أو أن يدخل المحال له خصماً في الدعوى ويدعوه إلى تحديد موقفه من الحوالة . كذلك يستطيع المحيل أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء ، كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء ، ولا يكون للمحال له في هذه الحالة إلا الرجوع عليه بالضمان . إن كان هناك محل للرجوع (١) .

ويستطيع المحيل أيضاً أن يتصرف في الحق المحال به ، فهو لا يزال صاحبه بالنسبة إلى المحال عليه وبالنسبة إلى الغير ، فيحول الحق مرة أخرى إلى محال له ثان على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك . ويجوز لدائى المحيل أن يحجزوا حجزاً تحفظياً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه (٢) . فالمحال له إذن يخلص له الحق المحال به بالحالة التى يكون عليها وقت الإعلان أو القبول ، لا بحالته وقت صدور الحوالة . وإذا انتقص الحق بفعل المحيل ، في الفترة ما بين وقت صدور الحوالة ووقت إعلانها أو قبولها ، فليس للمحال له إلا الرجوع على المحيل (٣) .

٢٩٨ - المرحلة التى تلى إعطائه الحوالة أو قبولها : فإذا ما أعلنت

الحوالة أو قبلت ، فقد رأينا أنها تصبح نافذة في حق المحال عليه وفي حق الغير ، وتصبح المحيل أجنبياً بالنسبة إلى المحال عليه .

ومن ثم لا يستطيع المحيل في هذه المرحلة أن يفعل شيئاً مما كان يستطيع أن يفعله في المرحلة الأولى . لا يستطيع أن يستوفي الحق من المحال عليه ، وإن استوفاه كان الوفاء غير مبرىء لذمة المحال عليه كما قدمنا . ولا يستطيع بالأولى

(١) بودرى وسبينا فقرة ٨٥٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ .

(٢) ولكن لا يجوز لدائى المحال له أن يوقعوا حجزاً تحفظياً تحت يد المحال عليه ، لأن هذا لا يعتبر قبل الإعلان أو القبول مديناً لمدينهم .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٨ — ص ٥١٨ — وقد رأينا فيما قدمناه أن المحال له هو أيضاً يستطيع أن يقوم بإجراءات تحفظية وإجراءات تنفيذية في المرحلة التى نحن بمسدها ، بحيث يكون للحق المحال به صاحبان في وقت واحد .

إلزام المحال عليه بالوفاء ، كما لا يستطيع أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب
الانقضاء ، لا بالتجديد ولا بالمقاصة (١) ولا باتحاد الذمة ولا بالإبراء
ولا بغير ذلك .

كذلك لا يستطيع المحيل أن يتصرف فى الحق المحال به بعد إعلان الحوالة
أو قبولها ، لا ببيع ولا بهبة ولا برهن ولا بغير ذلك من التصرفات ، فقد أصبح
المحال له هو صاحب الحق كما سبق القول . ولا يجوز فى هذه المرحلة لدائى
المحيل أن يحجزوا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، والحجز بعد إعلان
الحوالة أو قبولها لا يسرى فى حق المحال له . والذين يستطيعون أن يوقعوا الحجز
تحت يد المحال عليه هم دائئو المحال له ، فقد أصبح الحق ملك مدينهم وحده (٢) .

الفرع الرابع

علاقة المحال له بالغير

٢٩٩ - النصرة القانونية : تنص المادة ٣١٣ من التقنين المدنى
على ما يأتى :

« إذا تعددت الحوالة بحق واحد ، فصلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها
نافذة فى حق الغير » .

وتنص المادة ٣١٤ على ما يأتى :

« ١ - إذا وقع تحت المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق
الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر » .

(١) وإذا كان الحق المحال به مضافاً إلى أجل ، وكان الأجل فى صالح المحيل ، لم يستل
هذا ، بعد الإعلان أو القبول ، أن ينزل عن الأجل متى يتمسك بالمقاصة فى دين كان قد حل
فى ذمته للمحال عليه . وإذا كان الأجل فى صالح المحال عليه ، لم يستطيع هو أيضاً ، بعد
الإعلان أو القبول ، أن ينزل عن الأجل ليتسك بالمقاصة (بلانيول وردوان ٧ فقرة ١١٢٨
ص ٥١٨ هامش رقم ٣) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨٥٢ - بلانيول ورينير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٨ .

٢ - وفي هذه الحالة إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير ، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة (١) .

وليس للنص الأول مقابل في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص لا تطابقه على القواعد العامة . أما النص الثاني فيقابله في تقنين المرافعات السابق المادة ٤٣٣/٤٩٥ (٢) .

وبقابل النصان في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣١٣ - ٣١٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٠٠ - ٣٠١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٣٧٣ - ٣٧٤ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المواد ٦٤٧ - ٦٤٩ (٣) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣١٣ : ورد هذا النص في المادة ٤٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣١ - ١٣٢) .

م ٣١٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٤١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٣ - ١٣٥) .

(٢) تقنين المرافعات السابق م ٤٣٣/٤٩٥ : إذا وقع الحجز على مال المدين عند الغير ، ثم أحال المدين أجنبياً بالزائد له عند المحجوز لديه أو بعضه وأعلنت الحوالة إعلاناً صحيحاً ، ثم ظهر بعد ذلك مدينون آخرون ووقعوا الحجز ، فهؤلاء يتحاصون مع الحاجزين السابقين ومع المحتال بشرط أن ينقص من حصة كل من الحاجزين المتأخرين قدر ما ينقص بإتمام مبلغ الحوالة ، كل منهم بحسب ما يخصه بالنسبة لدينه . (وهذا الحكم يتفق مع الحكم الوارد في المادة ٣١٤ من التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣١٣ - ٣١٤ (مطابقتان للمادتين ٣١٣ - ٣١٤ من التقنين المدني المصري) .

وقد عرضت هذه النصوص لطائفتين من الغير ، لتقرر لمن يكون التقدم إذا تزامن الحال له مع الغير . وهاتان الطائفتان هما : (١) محال له آخر بنفس الحق المحال به أولاً ، سواء تضمنت الحوالة بيعاً أو هبة أو رهناً أو غير ذلك من التصرفات . (٢) دائن حاجز من جهة المحيل يكون قد حجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه .

وقد رأينا فيما تقدم (١) أن الغير في الحوالة يشمل هاتين الطائفتين ويشمل أيضاً طائفة ثالثة هي دائنو المحيل إذا شهر إفلاسه أو إعساره . ورأينا أن العبرة

= التقنين المدني الليبي م ٣٠٠ — ٣٠١ (مطابقتان للمادتين ٣١٣ — ٣١٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٧٣ — ٣٧٤ (مطابقتان للمادتين ٣١٣ — ٣١٤ من التقنين المدني المصري) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٦٤٧ : إن التفرغ عن الدين المطلوب المحجوز عليه يحمل الحجز باطلاً إذا جرى هذا التفرغ قبل إبلاغ ورقة الحجز إلى الشخص الثالث المحجوز لديه .

م ٦٤٨ : إذا حدث بعد الحجز لدى شخص ثالث ، وقبل كل حكم بإثبات الحجز وكل قرار بحصر امتياز الحجز ، أن المدينون تفرغ لأحد عن الدين المحجوز لدى الشخص الثالث ، فإن التفرغ يكون باطلاً بهذه الصفة ، بيد أن المتفرغ له يصبح تجاه الحاجز الأول بمنزلة حاجز ثان ، ويشترك معه على نسبة ماله من الدين .

م ٦٤٩ : إذا حدث بعد أول حجز لدى شخص ثالث ، وقبل كل حكم بإثبات الحجز وكل قرار بحصر امتياز الحجز ، أنه جرى أولاً تفرغ عن الدين ثم حجز ثان ، فإن المتفرغ له يأخذ نصيبه وقت التوزيع مع الحاجز الأول ويكون مقدماً على الحاجز الثاني . ويتم التوزيع على الوجه الآتي : تحدد أولاً حصة الحاجز الأول بإجراء توزيع نسبي بين ذوى الشأن الثلاثة ، ثم تعطى الزيادة للمتفرغ له بالأفضلية على الحاجز الثاني .

وهذه النصوص تتفق أحكامها مع أحكام التقنين المصري . أنظر مع ذلك الدكتور صبحي محمصاني ، وهو يقول : « إن الفرق واضح في الأحكام ما بين التقنين اللبناني والتقنينات العربية ، فإن أفضلية المحال له بالنسبة للحاجز الثاني محدودة بقيمة الحوالة في هذه القوانين ، على حين أن الأفضلية مطلقة في القانون اللبناني » (انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٩) . ولا نظن ، مهما تكن الأفضلية مطلقة في التقنين اللبناني ، أن المحال له يحصل في التوزيع على أكثر من قيمة الحوالة ، وهذا هو الحكم أيضاً في التقنينات العربية الأخرى .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٤ .

في نفاذ الحوالة في حق هؤلاء الأغيار — أى الطوائف الثلاثة — بالتاريخ الثابت لإعلان المحال عليه بالحوالة أو لقبوله بها .

ولا تقوم صعوبة في تطبيق هذا المبدأ بالنسبة إلى طائفتين من هذه الطوائف الثلاث ، وهما طائفة دائن المحيل المفلس أو المعسر وطائفة المحال له الثاني . وإنما تقوم الصعوبة في تطبيق المبدأ بالنسبة إلى الدائن الحاجز . فنبحث أولاً الطائفتين الأولين ، ثم نفرد بعد ذلك بمبحثا خاصا بالدائن الحاجز .

المبحث الثامن

التزام بين المحال له وبين دائن المحيل المفلس أو المعسر أو محال له آخر

٣٠٠ — التزام بين المحال له وبين دائن المحيل المفلس أو المعسر:

إذا صدرت الحوالة من المحيل ، وقبل أن تصبح نافذة في حق الغير بالإعلان أو القبول شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره ، فإن دائن المحيل في هذه الحالة يصبحون من الغير بالنسبة إلى المحال له ، وذلك من وقت صدور الحكم بالإفلاس أو من وقت تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

أما فيما يتعلق بالإفلاس ، فقد نصت المادة ٢١٦ من التقنين التجارى على أن « الحكم بإشهار الإفلاس يوجب بمجرد صدوره رفع يد المفلس من تاريخ هذا الحكم عن إدارة جميع أسوائه ... » . ومن المجمع عليه في الفقه التجارى أن غل يد المفلس من تاريخ صدور الحكم بالإفلاس لا يقتصر فحسب على إدارة الأموال ، بل هو يشمل أيضا ، ومن باب أولى ، التصرف في هذه الأموال (١) . ومن النتائج التي يربتها فقهاء القانون التجارى على هذا المبدأ أنه « إذا اشترط القانون لسريان التصرف على الغير إتمام إجراءات أو أشكال معينة ، فلا يعتبر التصرف بالنسبة إلى جماعة الدائنين قد كمل إلا إذا تمت الإجراءات أو الأشكال المذكورة قبل صدور حكم الإفلاس . فاذا لم تكن قد

(١) الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٤٤ ص ٣٣٨ .

تمت حتى هذا الوقت ، فلا يجوز إجراؤها بعد ذلك ، ومن ثم لا يحتج بالنصرف على جماعة الدائنين لأنها من الغير (١) . وتطبيقاً لهذا المبدأ ، إذا حول الدائن قبل شهر إفلاسه الحق الذي له في ذمة مدينه إلى شخص آخر ، ولم يكن التاريخ الثابت لإعلان هذه الحوالة إلى المدين أو لقبوله إياها سابقاً على تاريخ الحكم بشهر الإفلاس ، فإن دائني المحيل المفلس يعتبرون من الغير بالنسبة إلى هذه الحوالة ، ولما كان تاريخ نفاذها تالياً لصبروررتهم من الغير ، فإن الحوالة لا تنفذ في حقهم . وفي هذه الحالة يبقى الحق المحال به في « روكية » المحيل المفلس تتناوله إجراءات الإفلاس ، ويدخل المحال له ضمن دائني التفليسة بما له من حق الرجوع على المحيل ، ويقاسم هؤلاء الدائنين قسمة الغرماء (٢) .

(١) الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٥٥ ص ٣٥٨ . ويشير إلى حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٣٣ .

(٢) ليون كان ورينو ٧ فقرة ٧٠٣ — الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٥٥ ص ٣٥٩ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدفع بعدم جواز إعلان الحوالة للمدين المحال عليه بعد إفلاس المحيل لا يجوز التمسك به إلا من دائني هذا الأخير الذين تتكون منهم جماعة الدائنين (٢٧ مارس ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٥ — وانظر أيضاً: استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢) . ويقول الأستاذ محسن شفيق في هذا الصدد : « ويسرى ذات الحكم إذا كان الحق مما يتداول بالطرق التجارية ، أي بطريق التسليم إذا كان لحامله ، أو التظهير إذا كان إذنيًا ، أو القيد في دفاتر المحال عليه إذا كان اسمياً ، لأن التسليم أو التظهير أو القيد في الدفاتر يقوم مقام الإجراءات الخاصة بالحوالة المدنية . وعلى هذا الأساس إذا تنازل المفلس عن ورقة تجارية أو مالية لحاملها ، ولم يقع التسليم حتى صدور حكم الإفلاس ، فلا يحتج بالتنازل في مواجهة جماعة الدائنين . وإذا تنازل عن ورقة تجارية أو مالية إذنية ولم توضع صيغة التظهير الناقل للملكية على الورقة حتى صدور حكم الإفلاس ، فلا يجوز ضمها بعد ذلك ، ولا يكون للمتنازل إليه أن يحتج بالتظهير في مواجهة جماعة الدائنين ولو كان الصك في حيازته ، ومن هنا تبدو أهمية تاريخ التظهير . ولما كان القانون لا يتطلب أن يكون هذا التاريخ ثابتاً بوجه رسمي ، فقد أراد أن يعوض ذلك بتوقيع العقوبة على الكذب فيه ، وعلى الأخص إذا كان هذا الكذب بتقديمه ، ففرض في المادة ١٣٦ تجاري بأن تقديم التواريخ في التعاويل ممنوع ، وإن حصل بعد تزويراً . وإذا تنازل المفلس عن سهم أو سند أسى ، ولم تتم إجراءات التنازل في دفاتر لشركة حتى وقت صدور حكم الإفلاس ، فلا يجوز بعد ذلك إتمامها ، ولا يحتج بالتنازل في مواجهة جماعة الدائنين ، فيكون لها أن تعتبر السهم أو السند لا يزال في ملكية المفلس : استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٣٣ . (الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٥٥ ص ٣٥٩ — ص ٣٦٠) .

وأما فيما يتعلق بالإعسار، فقد نصت المادة ٣٥٧ مدني على أنه «منى سجلت صحيفة دعوى الإعسار، فلا يسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، كما لا يسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين». ومتبين من هذا النص أنه بعد شهر إعسار المدين، كل تصرف يصدر منه منذ تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، ويكون من شأنه أن ينقص من حقوقه كالبيع والهبة والرهن ويدخل في ذلك حوالة الحق على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن، أو يزيد في التزاماته كالقرض، وأى وفاء يقوم به ولو لدين حال، يكون غير سار في حق الدائنين، وذلك دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين فهو ثابت بحكم شهر الإعسار، ودون حاجة إلى إثبات سوء نية المدين أو سوء نية المتصرف إليه ولو كان التصرف معاوضة. وهذه الوقاية تفضل العلاج الذي تقدمه الدعوى البوليصية (١). وكما أن الحوالة التي صدرت بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا تسرى في حق دائني المعسر إذ يعتبرون من الغير بالنسبة إليها، كذلك إذا لم تتم الإجراءات اللازمة لجعل الحوالة نافذة في حق الغير قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، فإن الحوالة لا تسرى في حق دائني المعسر باعتبارهم من الغير. فإذا صدرت الحوالة من المحيل ولو قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، ولكن التاريخ الثابت لإعلانها أو لقبولها لاحق لتسجيل صحيفة دعوى الإعسار، فإن الحوالة لا تنفذ في حق دائني المعسر، ويبقى الحق المحال به داخلان الضمان العام لجميع الدائنين، ومنهم المحال بما له من حق الرجوع بالضمان على المحيل، فيكون أسوة الدائنين الآخرين في التنفيذ على أموال المدين المعسر، وذلك وفقاً للمادة ٢٥٦ مدني.

٣٠١ - التزامهم بين محال له ومحال له آخر: رأينا أن المادة ٣١٣

مدني تنص على أنه «إذا تعددت الحوالة بحق واحد، فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير». فالمفروض أن المحيل قد حول حقه مرة أولى، ثم حول نفس الحق مرة أخرى، سواء كانت الحوالة في أية مرة من

(١) الوسيط جز ٢٠ فقرة ٧٠٨ ص ١٢٣٢.

المرتین على سبیل البیع أو الهبة أو الرهن أو غیر ذلك ، فتزاحم المحال له الأول مع المحال له الثاني ، فأيهما يقدم على الآخر ؟

يقول النص إن الحوالة التي تصبح قبل غیرها نافذة في حق الغير هي التي تفضل . ولا تنفذ الحوالة في حق الغير ، كما قدمنا ، إلا إذا أعلنت إلى المحال عليه أو إلا إذا قبلها وكان لهذا القبول تاريخ ثابت . فمن من المحال لها سبق الآخر إلى إعلان الحوالة للمحال عليه ، أو سبق الآخر إلى الحصول على قبول ذي تاريخ ثابت من المحال عليه للحوالة ، كان هو المقدم (١) . فالعبرة إذن ، عند تزاحم هذين ، في المفاضلة بينهما ، ليس بتاريخ صدور الحوالة ، بل بالتاريخ الثابت لإعلانها أو لقبولها من المحال عليه (٢) .

وقد يقع أن يحول الدائن جزءاً من حقه إلى محال له أول ، والجزء الباقي إلى محال له ثان . فهنا لا يقوم تزاحم بين المحال لهما ، إذ كل منهما قد حول بجزء من الحق غير الجزء الذي حول به الآخر . فيرجع كل منهما بالجزء المحول به على المحال عليه ، ويستوفيه منه كاملاً . فلو كان الحق مائة ، وحول كل من المحال لهما بخمسين ، رجع كل منهما على المحال عليه بالخمسين التي له دون

(١) ولو كان المحال له الأسبق في التاريخ الثابت قد انتقل إليه الحق المحال به ببيع أو هبة مثلاً ، فإنه يجب للمحال له المتأخر ، سواء كان هذا قد كسب الحق أو اقتصر على رهنه . أما إذا كان المحال له المتقدم لم ينتقل إليه الحق إلا على سبيل الرهن ، وكان المحال له المتأخر قد كسب الحق ببيع أو هبة مثلاً ، فإن المحال له الأول لا يجب للمحال له الثاني إلا في حدود حق الرهن ، فينتقل الحق المحال به إلى المحال له الثاني مثلاً بحق الرهن الثابت للمحال له الأول . فإذا استوفى المحال له الأول الحق المضمون بالرهن من الحق المحال به المرهون ، وبقي شيء من هذا الحق الأخير ، فإن الباقي يؤول إلى المحال له الثاني .

(٢) استئناف محتلط ٢٠ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٧٩ — المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣١ — هذا ويشترط في تفصيل صاحب التاريخ الثابت المتقدم أن يكون حسن النية (استئناف محتلط ٧ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٨ — الوسيط جزء ٢ فقرة ١٢٤ ص ٢٣٣) . وهذا بخلاف التسجيل في شهر الحقوق العينية الأصلية ، فإن الذي يسجل أولاً يفضل على من سجل بعد ذلك ولو كان هذا الأخير قد تلقى التصرف قبل الأول ، ولا يشترط فيمن سجل أولاً ، حتى يفضل ، أن يكون حسن النية . بل إن القضاء المصري قد ذهب في بعض أحكامه إلى تفضيل من سجل أولاً ولو كان متراطاً مع من صار منه التصرف (الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٨٨ ص ١٠٣٠ هامش رقم ٤) .

تراحم . وإنما يقع التراحم إذا كان المحال عليه معسراً إعساراً جزئياً ، فإذا فرضنا في المثل المتقدم أنه لم يخلص للمحال لهما من مال المحال عليه إلا خمسون ، فلكل منهما خمسة وعشرون ، إذ لا وجه لتفضيل أحدهما على الآخر في هذه الحالة ، ولو كانت حوالته نافذة في حق الغير قبل نفاذ حوالة الآخر ، لأننا لسنا في مقام تراحم بين حوالتين بحق واحد ، بل في مقام تراحم دائنتين لا يستطيعان أن يستوفيا الحق كاملاً فيقسم مال المدين بينهما قسمة غرماء . وقد رأينا أن هذا الحكم ينطبق أيضاً فيما إذا كان المحيل قد حول جزءاً من حقه إلى محال له واستبقى لنفسه الجزء الآخر ، فإذا كان مال المحال عليه لا يني بحق كل منهما ، قسماً هذا المال بينهما قسمة الغرماء هنا أيضاً ، وهذا ما لم يكن المحيل قد ضمن للمحال له يسار المحال عليه وقت حلول الحق المحال به ، ففي هذه الحالة يتقدم المحال له على المحيل (١) .

على أن من الجائز ، عند تحويل الدائن جزءاً من حقه ، أن يتفق مع المحال له ، وقت الحوالة أو بعدها ، على أن يكون هذا الجزء مقدماً في الاستيفاء على الجزء الباقي ، سواء استبقى هذا الجزء الباقي لنفسه أو حوله إلى محال له آخر . ففي هذه الحالة يسرى الاتفاق على المحيل إذا كان قد استبقى لنفسه الجزء الباقي ، وعلى المحال له الآخر إذا كان قد حول له هذا الجزء الباقي لأنه يكون قد علم — أو من المفروض أنه علم — بأسبعية الجزء المحول أولاً على الجزء الذي حول له أخيراً بالاستعلام عن ذلك من المحال عليه وقت صدور الحوالة له . ومن ثم يتقدم الجزء الأول المحال به في الاستيفاء على الجزء الباقي . أما إذا أراد الدائن أن يجعل الأسبقية للجزء الباقي من الحق فلا بد أن يحتفظ له بهذه الأسبقية عند إجراء حوالة الجزء الأول (٢) .

(١) أنظر أيضاً لفظة ٢٨٢ في آخرها .

(٢) أوبري ورو : لفظة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٧ — ص ١٦٨ — بودري وسينيا

المبحث الثاني

التزام بين المحال له والدائنين الحاجزين

٣٠٢ - **مادت ٣١٤** : رأينا أن المادة ٣١٤ مدني تنص على أنه :

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

ويوحى هذا النص بأنه يجب التمييز بين حالات ثلاث : (١) بعد صيرورة الحوالة نافذة في حق الغير عمد أحد دائني المحيل إلى توقيع حجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، فقام التزام بين المحال له والدائن الحاجز . (٢) قبل صيرورة الحوالة نافذة في حق الغير بادر أحد دائني المحيل إلى توقيع الحجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، فقام التزام بين الدائن الحاجز والمحال له . (٣) قبل صيرورة الحوالة نافذة في حق الغير ، بادر أحد دائني المحيل إلى توقيع الحجز ، ثم بعد صيرورتها نافذة في حق الغير وقع دائن آخر حجزاً ثانياً ، فقام التزام بين الدائن الحاجز الأول والمحال له والدائن الحاجز الثاني . ولكل من هذه الحالات الثلاث، حكمها الخاص .

٣٠٣ - **التزام بين المحال له والدائنين المحاجزين** : نفرض في هذه

الحالة أن الحوالة قد صارت نافذة في حق الغير قبل توقيع الحجز ، بأن استطاع المحال له أن يعلن المحال عليه بها قبل أن يعلنه الدائن بالحجز ، أو استطاع أن يحصل من المحال عليه على قبول ذي تاريخ ثابت سابق على تاريخ إعلان الحجز للمحال عليه .

لم يرد في هذه الحالة نص لوضوحها (١). فن البدهي أن الحوالة وقد نفذت في حق الغير - أي في حق الدائن الحاجز - قبل تاريخ إعلان الحجز ، فقد انتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بالنسبة إلى الدائن الحاجز قبل توقيع الحجز . فيكون الحجز وقت توقيعه قد وقع على حق غير مملوك للمدين ، فيقع باطلا لانعدام المحل . ومن ثم يتقدم المحال له في هذه الحالة على الدائن الحاجز ، ويستولى أولا على قيمة حوالته (٢) . فان كانت الحوالة بكل الحق ، أخذها كله من المحال عليه ، ولا يبقى للدائن الحاجز شيء . وإن كانت الحوالة بجزء من الحق ، استولى المحال له على هذا الجزء كاملا قبل الدائن الحاجز ، وما يبقى من الحق بعد ذلك يستوفى منه الدائن الحاجز حقه أو بعض حقه بحسب الأحوال (٣) .

٣٠٤ - التزام بين الدائن الجاهز والمحال له : نفرض في هذه الحالة

أن الدائن الحاجز قد سبق المحال له ، فأعلن الحجز للمحال عليه قبل أن يعلن المحال له الحوالة أو قبل أن يحصل على قبول بها ذي تاريخ ثابت . من المحال عليه (٤) .

لا شك في أن الحجز هنا وقع على الحق المحال به في وقت كان هذا الحق في ملك المدين ، فالحجز صحيح منتج لأثره . ولكن الحوالة المتأخرة تعتبر هي نفسها بمثابة حجز متأخر ، فان المحال له دائن بالضمان السحيل ، وباعلانه الحوالة أو بقبولها من المحال عليه يكون كأنه أوقع محقه في الضمان حجزاً آخر تحت يد المحال عليه . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣١٤

(١) ورد في تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني نص صريح في هذا المعنى ، هو المادة ٦٤٧ من هذا التقنين (انظر آنفاً فقرة ٢٩٩ في الهامش) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٧ — ٢٤ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٠٣ — ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٧ .

(٣) بودري وسينيا فقرة ٨٥٦ .

(٤) وهذا حتى لو كان حق الدائن الحاجز متأخراً عن صدور الحوالة ، ما دام إعلان الحجز سابقاً على الإعلان أو التاريخ الثابت للقبول .

مدنى ، فهى تقول : « إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر (١) » .

ولما كان الحجز المتقدم لا يفضل على الحجز المتأخر ، بل كل من الدائنين الحاجزين يزاحم الآخر ويقسم مال المحيل بينهما قسمة الغرماء ، فإن وجد مال عند المحال عليه بنى بكل من الحجز كاملاً والحوالة كاملة ، أخذ كل منهما جميع حقه . أما إذا ضاق المال الذى للمحيل عند المحال عليه عن ذلك ، فإن هذا المال يقسم بين الحاجز والمحال له قسمة غرماء كما قدمنا . فلو كان حق الحاجز مائتين ، والحوالة بثلاثمائة ، ولم يوجد عند المحال عليه للمحيل إلا أربعمائة ، أخذ الحاجز خمسى هذا المبلغ أى مائة وستين ، وأخذ المحال له ثلاثة الأخماس الباقية أى مائتين وأربعين (٢) .

٣٠٥ - التزام بين الدائنين الحاجز الأول والمحال له والدائنين

الحاجز الثانى: نفرض فى هذه الحالة أن الحاجز الأول أعلن حجزه قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حقه ، ثم صارت الحوالة نافذة فى حق الغير ، وبعد

(١) أما إذا كان الحجز باطلاً، بأن كان لم يعلن أو لم تعقبه دعوى بصحة الحجز ، فلا يمتد به ، وتكون الحوالة نافذة فى حق الحاجز (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٦ ص ١٦) .

(٢) أما إذا كان الدائن الحاجز قد استطاع الحصول على حقه بصحة الحجز قبل إعلان الحوالة أو قبولها ، ولم يقع الإعلان أو القبول إلا بعد انقضاء خمسة عشر يوماً من يوم تقرير المحجوز لديه بما فى ذمته وقلم كتاب المحكمة (م ٥٦١ مرافعات) ، فإن الدائن الحاجز يكون فى هذه الحالة بمثابة محال له سابق ، ويتقدم على المحال له فى استيفاء حقه من الحق المحجوز عليه . ويفهم هذا الحكم من نص المادة ٥٦٧ مرافعات ، إذ تقضى بأنه « يجب على المحجوز لديه بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره (بما فى ذمته) أن يدفع إلى الحاجز المبلغ الذى أقر به أو ما يبقى منه بحق الحاجز ، وذلك متى كان حقه وقت الدفع ثابتاً بسند تنفيذى وكانت الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٤٧٤ قد روعيت . فإذا وقع حجز جديد بعد انقضاء الميعاد المذكور ، فلا يكون له أثر إلا فيما زاد على دين الحاجز الأول . وإذا تعدد الحاجزون مع عدم كفاية المبلغ لوفاء حقوقهم جميعاً ، وجب على المحجوز لديه إيداعه حزاثة المحكمة لتقسيمه » (انظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى بودرى وسينيا فترة ٨٥٨) .

ذلك أعلن الحاجز الثاني حجزه . فعندنا إذن حاجز متقدم ، ثم محال له ، ثم حاجز متأخر (١) .

لولم يوجد نص صريح في هذه المسألة ، لكان الحكم الذى يتفق مع القواعد العامة هو على الوجه الآتى : لا محل للاعتداد بالحجز المتأخر ، فإن الحجز الذى يتأخر عن الحوالة يكون باطلا لانعدام محله . ولا محل إذن للقول بمزاحمة الحاجز الثانى للحاجز الأول باعتبار أن كلا منهما دائن حاجز ، فقبل القول بهذه المزاحمة يجب أن يكون كل من الحجزين قد وقع صحيحاً . وهنا قد وقع الحجز الثانى باطلا ، فلا محل للقول بالتزام بين حجز صحيح وحجز باطل . ويترتب على ذلك أنه يجب استبعاد الحاجز المتأخر إذا كانت الحوالة المتقدمة عليه حوالة بكل الحق ، ثم يقسم هذا الحق بين الحاجز المتقدم والمحال له قسمة غرماء ، كما فعلنا فى الحالة الثانية (٢) .

ولكن التقنين المدنى الجديد أراد أن يحتفظ بالحل الذى كان منصوباً عليه فى تقنين المرافعات السابق (٣) ، توخياً لاستقرار التعامل فى مسألة حسم التردد والاضطراب فيها بنص تشريعى فى العهد السابق . فنصت الفقرة الثانية من المادة ٣١٤ مدنى على أن « الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قسمة الحوالة » .

فاذا فرضنا أن الحق الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه هو تسعمائة ، وكان حق الحاجز المتقدم ثلثمائة ، وحق المحال له ستمائة أى أن المحال له حول بجزء

(١) وغنى عن البيان أن الحوالة إذا تأخرت عن الحجز الثانى ، فتراحم الدائن الحاجز الأول والدائن الحاجز الثانى والمحال له بهذا الترتيب ، اعتبرت الحوالة بمثابة حجز ثالث ، وقسم الحق المحجوز على الجميع قسمة غرماء .

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٠ ص ٥٢٤ — بلانبول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٧٢٩ — وقارن بودرى وسينيا فقرة ٨٦٠ ص ٨٩١ — ص ٨٩٢ .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٧ ص ٥٤٧ — ص ٥٤٨ — المذكرة الإيضاحية للنشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٤ .

من الحق ، وحق الحاجز المتأخر ثلثمائة ، فأننا أولاً نقسم الحق وقيمته تسعمائة بين الثلاثة قسمة غرماء . فبنال الحاجز المتقدم ٢٢٥ ، والمحال له ٤٥٠ ، والحاجز المتأخر ٢٢٥ ، ثم تستكمل حصة المحال له إلى ٦٠٠ من حصة الحاجز المتأخر حتى يستوفى قيمة الحوالة كلها ، فنزّل حصة الحاجز المتأخر إلى ٧٥ . وتكون حصص الثلاثة نهائياً على الوجه الآتي : للحاجز المتقدم ٢٢٥ ، وللمحال له ٦٠٠ ، وللحاجز المتأخر ٧٥ .

والعلة في هذا الحكم المنصوص عليه أن المشرع أراد أن يجعل الحاجز المتأخر يزاحم الحاجز المتقدم إذ لا محل لتفضيل أحدهما على الآخر ، وأراد في الوقت ذاته ألا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً قبل أن يستوفى المحال له كل حقه لأن الحوالة المتقدمة تجبُّ الحجز المتأخر ، فأدى تطبيق هاتين الفكرتين معاً — مزاحمة الحاجز المتأخر للحاجز المتقدم وجبُّ الحوالة المتقدمة للحجز المتأخر — إلى هذا الحل التشريعي . والخطأ في هذا الحل واضح ، فقد كان ينبغي ألا يزاحم الحاجز المتأخر وحجزه باطل الحاجز المتقدم وحجزه وحده هو الصحيح ، وكان الواجب أن المحال له وحده هو الذي يزاحم الحاجز المتقدم (١) .

(١) ولا يقال إن هذا الحل التشريعي يستقيم إذا كانت الحوالة بكل الحق ، فتجبُّ الحوالة الحجز المتأخر ولا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً . فلا يزال الحاجز المتأخر — وحجزه باطل — يزاحم الحاجز المتقدم . وهذه المزاحمة غير الحقّة من شأنها أن تنقص حصة الحاجز المتقدم من جهة ، وأن تزيد في حصة المحال له من جهة أخرى . ففى المثل الذى أوردناه ، لو كانت الحوالة بكل الحق أى بتسعمائة ، فإن حصة الحاجز المتقدم على أساس تزاحم الدائنين الثلاثة تكون ١٨٠ . وتحدد حصة كـ من المحال له والحاجز المتأخر مبدئياً على أساس هذا التزاحم ، فتكون حصة المحال له ٥٤٠ ، وحصة الحاجز المتأخر ١٨٠ . ثم تستكمل حصة المحال له من حصة الحاجز المتأخر حتى يستوفى المحال له قيمة الحوالة ، فيستغرق ذلك حصة الحاجز المتأخر كلها دون أن يصل المحال له إلى استيفاء كل القيمة ، وتصبح حصة المحال له نهائياً ٧٢٠ ، ولا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً . هذا هو الحل التشريعي ، وهو لا يزال متحيفاً للحاجز المتقدم ومحايياً للمحال له ، إذ ينبغي بعد استبعاد الحاجز المتأخر لبطون حجزه ، ألا يزاحم الحاجز المتقدم غير المحال له . فيأخذ الحاجز المتقدم ٢٢٥ بدلا من ١٨٠ ، ويأخذ المحال له ٦٧٥ بدلا من ٧٢٠ .

وإذا كان ينبغي ألا يضار المحال له بالحجز المتأخر وهو حجز باطل ، فلا يزاحم مع الحاجز المتقدم الحاجز المتأخر لنزّل حصته إلى ٥٤٠ ، فإنه ينبغي أيضاً ألا يحايى المحال له بسبب هذا الحجز الباطل ، فيزاحم الحاجز المتأخر الحاجز المتقدم وينقص من حصته ما يضيفه إلى المحال له فترتفع هذه الحصة إلى ٧٢٠ . فالمحال له إذا نزلت حصته إلى ٥٤٠ يكون قد خسر دون حق —

ومهما يكن من أمر ، فإن هذا الحل التشريعى أقل عيباً من حل آخر ساد
الفقه والقضاء فى فرنسا (١) ، ويقضى بأن الحاجز المتقدم يزاحمه كل من المحال له
والحاجز المتأخر كما فى الحل الأول . ثم تحدد حصة المحال له على أساس ألا يزاحمه
إلا الحاجز المتقدم إذ الحاجز المتأخر لا يزاحم الحوالة المتقدمة ، وما يتبقى بعد
ذلك يأخذه الحاجز المتأخر . فلو أن الحق الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه هو
تسعمائة حوله كله إلى محال له ، وتقدم الحوالة حجز بثلاثمائة ، وتأخر عنها حجز
بثلثمائة أخرى ، فإن حصة الحاجز المتقدم تحدد على أساس تزاحم الدائنين الثلاثة ،
فتكون ١٨٠ . ثم تحدد حصة المحال له على أساس تزاحمه مع الحاجز المتقدم
وحده ، فتكون ٦٧٥ . وما يتبقى بعد ذلك يعطى للحاجز المتأخر ، فتكون حصته
٤٥ (٢) . ويجمع هذا الحل بين عيب الحل الأول بجعله الحاجز المتأخر وهو باطل

= بسبب حجز باطل ، وإذا ارتفعت حصة إلى ٧٢٠ يكون قد كسب دون حق بسبب هذا الحجز الباطل .
والواجب هو ألا يخسر ولا يكسب ، فتكون حصته ٦٧٥ ، لا تنزل إلى ٥٤٠ ، ولا ترتفع إلى ٧٢٠ .
(١) هيك ٢ فقرة ٤٠١ — بودرى وسينيا فقرة ٨٦١ — كولان وكايبثان ٢ فقرة
٦٣٢ ص ٤٣٠ — ص ٤٣١ — وانظر القضاء الفرنسى فى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة
١١٣٠ . ولم يتضمن التشريع الفرنسى حلاً تشريعياً لهذه المسألة ، كما تضمن التشريع المصرى .
(٢) وقد يتفق هذا الحل مع الحل الأول فى النتائج النهائية ، إذا كان المحال له قد حول
بجزء من الحق يستطيع أن يستوفيه بالرغم من مزاحمة الحاجز المتقدم له ، كما هو الأمر فى المثل
الذى فرضناه فى إفصاح الحل الأول . وقد جاء فى المرجع فى هذا الصدد ما يأتى : « ويمكن أن
نصور فرضاً يتفق فيه الحلان - الحل المأخوذ به فى فرنسا والحل الذى أخذ به الشرع المصرى -
فى النتيجة العملية على ما بينهما من خلاف ، ويتكفى فى ذلك أن نجعل المحال له يستوفى كل حقه
دون حاجة إلى أن يستكمل هذا الحق من نصيب الحاجز الثانى ، فيكون نصيب المحال له واحداً
فى الحلين ، ولما كان نصيب الحاجز الأول واحداً فى الحلين أيضاً ، فيتحدد نصيب الحاجز الثانى
كذلك . ونوضح ذلك بمثال : نجعل فى ذمة المدين ستمائة ، ونوقع حجراً أولاً بمبلغ ثلاثمائة ، ثم
حوالة بمبلغ ثلاثمائة ، ثم حجراً ثانياً بمبلغ ثلاثمائة ، فالحل الفرنسى يقضى بأن المحال له يزاحم
ولا يزاحم ، فيأخذ كل حقه وهو ثلاثمائة ، ثم يأخذ الحاجز الأول مائتين على اعتبار أن الثلاثة
قسموا المبلغ فيما بينهم قسمة الغرماء ، ويأخذ الحاجز الثانى الباقى وهو مائة . وهذه هى النتيجة
التي يؤدى إليها الحل المصرى ، فهو يقضى باعطاء الحاجز الأول مائتين على اعتبار قسمة الغرماء ،
ثم يكل المائتين اللتين تصيبان المحال له من قسمة الغرماء حتى يستوفى كل حقه يأخذ ثلاثمائة ،
ويأخذ الحاجز الثانى الباقى وهو مائة . هذا ويلاحظ أن المثال المتقدم هو الذى ينطبق على حرفية
المادتين ٤٣٣/٤٩٥ من قانون المرافعات ، وقد جاء فيهما : ثم أحال المدين أجنبياً بالزائد له
عند المحجوز لديه ، فكان المشرع المصرى أراد الوصول إلى النتيجة العملية - حوذاً بها فى فرنسا
ولكن من طريق آخر » (الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٧ ص ٥٤٨ هامش د)

يزاحم الحجز المتقدم وهو وحده الحجز الصحيح ، وبين عيب آخر إذ يجعل للحجز المتأخر حصة مع الحوالة المتقدمة وينبغي ألا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً حتى يستوفى المحال له كل حوالته (١) .

-
- (١) وهناك حلول فقهية أخرى كثيرة لهذه المسألة المعروفة ، نذكر منها ما يأتي :
- ١ — نفرض أن الحق المحال به هو ٣٠٠ ، وقد توسطت الحوالة حجزين قيمة كل منهما ١٥٠ . فيقسم الحق المحال به بين الحاجز الأول والمحال له قسمة غرماء ، فيصيب الأول ١٠٠ ، ويصيب الثاني ٢٠٠ . ثم يقسم ما يصيب الحاجز الأول — وهو ١٠٠ — بينه وبين الحاجز الثاني قسمة غرماء ، فيصيب كلاهما ٥٠ . وعيب هذا الحل أنه يجعل الحاجز الأول مشواية تأخر الحاجز الثاني في الحجز ، ولا يجعل الحوالة المتقدمة تحجب الحجز المتأخر .
- ٢ — يقسم المبلغ قسمة أول ، كما في الحل الأول ، بين الحاجز الأول والمحال له ، فيصيب الأول ١٠٠ ، ويصيب الثاني ٢٠٠ . ثم يقسم كما في الحل الأول أيضاً ، ما يصيب الحاجز الأول — وهو ١٠٠ — بينه وبين الحاجز الثاني فيصيب كلاهما ٥٠ . ثم يرجع الحاجز الأول على المحال له بالخمسين التي نقصته من جراء مزاحمة الحاجز الثاني له ، فتكون الأرصدة في النهاية : ١٠٠ للحاجز الأول و ١٥٠ للمحال له و ٥٠ للحاجز الثاني . وعيب هذا الحل أنه يجعل المحال له مسئولية تأخر الحاجز الثاني في الحجز ، ثم لا يجعل الحوالة المتقدمة تحجب الحجز المتأخر .
- ٣ — يقسم المبلغ بين الثلاثة جميعاً قسمة غرماء ، فيصيب الحاجز الأول ٧٥ ، ويصيب المحال له ١٥٠ ، ويصيب الحاجز الثاني ٧٥ . وعيب هذا الحل أنه يجعل الحجز الثاني الباطل يزاحم الحجز الأول الصحيح ، ثم لا يجعل الحوالة المتقدمة تحجب الحجز المتأخر .
- (انظر في هذه الحلول المختلفة : أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٨ هامش رقم ٤٤ — بودري وسينيا فقرة ٨٥٩ — فقرة ٨٦١ — أنيكلويدي دالوز ١ لفظ cession de créance فقرة ٧١٣ — فقرة ٧١٨ — الأستاذ أحمد نجيب اللال في البيع فقرة ٦٤٩ — الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٧) .

الباب الثاني

حوالة الدين (*)

(Cession de dette)

٣٠٦ - أطراف موالة الدين : في حوالة الدين ، يتفق المدين مع أجنبي على أن يتحمل عنه الدين الذي في ذمته للدائن ، فيحل الأجنبي محل المدين في هذا الدين نفسه بجميع مقوماته وخصائصه وضمائنه ودفوعه . وقد رأينا في حوالة الحق أن الدائن هو الذي يتفق مع أجنبي على أن يحول له الحق الذي في ذمة المدين ، فيحل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق نفسه .

وفي حوالة الدين يسمى المدين محيلا (cédant) ، لأنه يحيل على الأجنبي الدين الذي في ذمته . أما المحيل في حوالة الحق فهو الدائن .

(*) مراجع: سالى في نظرية الالتزام في مشروع التقنين المدنى الألمانى (فقرات ٨١ و ١٠٥ وما بعدها) — سالى في حوالة الدين (مقال في حويلات القانون التجارى سنة ١٨٩٠) — التقنين المدنى الألمانى مع التعليقات الجزء الأول ص ٥٩٨ — ص ٦٢٣ — جودمييه (Gaudemet) بحث في حوالة الدين كاستخلاف خاص رسالة من ديجون سنة ١٨٩٨ — بنريه (Benrey) في حوالة الدين رسالة من جنيف سنة ١٩١٠ — الأستاذان شيرون (Chéron) ومحمد صادق فهمى في حوالة الدين في التشريعات الأوروبية وفي الشريعة الإسلامية (مقال في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٣٧ — ص ٦٦ و ص ١٣٧ — ص ١٩٠) — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٨ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤١ وما بعدها — دى باج ٣ فقرة ٣٨٤ — فقرة ٣٨٨ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٣١٢ — فقرة ١٣١٦ — كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٦٤٢ — فقرة ٦٤٦ — جوسران ٢ فقرة ٨٢٧ — فقرة ٨٣١ — أنسيكلويدى دالوز لفظ Cession de dette .

الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٦٨ — ص ٢٨٨ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٣٢ — فقرة ٢٣٩ (ص ٣٢٣ — ص ٣٢٩) — الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٨ — فقرة ٥٣٢ (ص ٥٤٩ — ص ٥٥١) — الأستاذ أحمد حشمت أبو سميت فقرة ٧٤٠ — فقرة ٧٤٢ (ص ٥٦٠ — ص ٥٦٣) .

ويسمى الأجنبي محالاً عليه (cessionnaire) ، لأن المدين أحال عليه الدين .
والمحال عليه في حوالة الحق هو المدين .

ويسمى الدائن محالاً (cédé) ، لأن المدين أحاله على الأجنبي . والمحال -
أو المحال له - في حوالة الحق هو الأجنبي .

على أن التقنين المدني لم يستعمل من هذه المصطلحات في حوالة الدين
إلا المصطلح الخاص بالأجنبي الذي يتحمل الدين عن المدين الأصلي ، فأسماء
المحال عليه . واستبقى لكل من الدائن والمدين الأصلي اسميهما . فأطراف الحوالة
إذن هم المدين الأصلي والمحال عليه والدائن . وسنتابع التقنين فيما فعل ، حتى
لأنحرف عن نصوصه .

ويصح أن تتم حوالة المدين - بل هذا هو الأصل فيها - باتفاق بين الدائن
والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلي ، فيتفق الدائن مع أجنبي على أن يتحمل
هذا الأجنبي الدين عن المدين الأصلي ، وتبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة
إلى رضاه . وسنعود إلى كل ذلك فيما يلي :

٣٠٧ - الأغراض المختلفة التي نفى بها حوالة المدين : وحوالة

الدين ، كما لحوالة الحق ، أغراض مختلفة تنفي بها . ونذكر من هذه الأغراض
ما يأتي :

(١) يحدث كثيراً أن شخصاً يكون طرفاً في عقد ملزم للجانبين ، إيجار
أو وكالة أو مقالة أو عقد أو توريد أو غير ذلك ، ويكون في حاجة إلى أن
ينزل إلى الغير عن هذا العقد بما أكسبه من حقوق وما رتب في ذمته من
التزامات . يريد المؤجر مثلاً أن ينزل عن عقد الإيجار ، بعد أن باع العين
المؤجرة ، إلى المشتري ، فيقتضيه الأمر أن ينزل للمشتري عن حقوقه وعن
التزاماته الناشئة من عقد الإيجار . يتفق الوكيل مع آخر على أن يقوم بعقد
الوكالة نيابة عنه ، فيقتضيه الأمر أن ينزل له عن حقوقه والتزاماته الناشئة
من عقد الوكالة . وكذلك يريد المقاول أن ينزل عن عقد المقولة لمقاول من
الباطن بما له من حقوق وما عليه من التزامات . والمتعهد بالتوريد ينزل إلى مورد
من الباطن عن عقد التوريد بما أنشأه من حقوق والتزامات . في جميع هذه
الفروض يتيسر النزول عن الحقوق عن طريق حوالة الحق . وينبغي أن يتيسر

أيضاً النزول عن الالتزامات عن طريق حوالة الدين . فإذا لم يفتح باب حوالة الدين للوفاء بهذا الغرض ، كان هذا حجر عثرة في طريق ما تقتضيه حاجات التعامل من مرونة (١) .

(٢) ومثل ذلك أيضاً أن تنتقل عين من شخص إلى آخر ويتصل بالعين التزام يجب أن ينتقل معها وفقاً لقواعد الخلافة الخاصة ، كما في المنزل المؤمن عليه من الحريق ينتقل من البائع إلى المشتري وتنتقل معه التزامات البائع نحو شركة التأمين . فيجب إذن أن تكون حوالة الدين مباحة منظمة حتى تيسر الوفاء بهذا الغرض .

(٣) وقد تتصل الالتزامات بمجموع من المال ، كمنجر أو حصة في إرث ، فانتقال هذا المجموع من المال من شخص إلى آخر يقتضي أن تنتقل الالتزامات ، كما تنتقل الحقوق ، من المالك الأصلي إلى المالك الجديد . ولا يتيسر ذلك إلا عن طريق حوالة الدين ، فيجب أن تباح هذه الحوالة وأن تنظم (٢) .

(٤) وقد يتصل التزام بالعين أوثق الاتصال ، فيكون من المرغوب فيه أن ينتقل هذا الالتزام مع العين ، لا وفقاً لقواعد الخلف الخاص إذ هي ليست منطبقة ، بل مطاوعة لاعتبارات عملية . والمثل البارز لذلك هو بيع العين المرهونة ، فإذا كان هناك عقار مرهون رهناً رسمياً ، وباعه صاحبه ، فإن العقار ينتقل إلى المشتري مثقلاً بحق الرهن ، ويصبح المشتري مسئولاً مسئولية عينية عن الدين المضمون بالرهن دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن هذا الدين الذي لم ينتقل إليه . ويبقى بائع العقار هو المسئول شخصياً عن الدين ، مع أن العقار الضامن لهذا الدين قد خرج من ملكه . فيكون من المرغوب فيه أن ينتقل الدين أيضاً مع العقار المرهون من البائع إلى المشتري ، ولا يتيسر ذلك إلا عن طريق حوالة الدين . وقد أفرد التقنين المدني الجديد نصاً خاصاً ، هو المادة ٣٢٢ مدني ، لهذه المسألة لأهميتها العملية .

(١) بلانيول ويبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٧ مكررة — دي باج ٣ فقرة ٣٨٨ .

(٢) دي باج ٣ فقرة ٣٨٨ ص ٣٦٠ .

(٥) وقد يقع أخيراً أن المدين لا يجد عنده مالا يفي بدينه ، ويكون لدائنه دائن . فينتفق مع دائنه على أن يحل محله في الدين الذي في ذمته لدائن الدائن ، ويكون هذا الحلول بمثابة وفاء لدينه هو نحو دائنه . ولا يتيسر ذلك إلا عن طريق حوالة الدين . فاذا فرض مثلاً أن (ا) مدين بمائتين للدائن (ب) أخذها منه قرضاً ، وأن (ب) مدين بمائتين هو أيضاً للدائن (ج) التزم بها ثمناً لمبيع اشتراه منه ، فإن (ا) يستطيع أن يتحمل ، عن طريق حوالة الدين ، بالدين الذي للدائن (ج) على (ب) ، وفاء للدين الذي في ذمته لدائنه (ب) . وقد يقال إن (ب) يستطيع أن يحول حقه قبل (ا) إلى دائنه (ج) ، فيصل عن طريق حوالة الحق إلى ما يريد أن يصل إليه عن طريق حوالة الدين . ولكن حوالة الحق ، في هذا المثال ، غير حوالة الدين . فإن (ج) قد لا يرضى بتحويل مبلغ القرض إليه وفاء بضمن المبيع ، ويرضى بأن يحل (ا) محل (ب) مديناً بضمن المبيع ، إذ يحتفظ عن طريق حوالة الدين بامتياز البائع ولا يحتفظ بهذا الامتياز عن طريق حوالة الحق (١) .

٣٠٨ - حوالة الدين نظام استمرارية التقنين المدني الجبرير -

النظم الوافرى الذى طانت تقوم مقامه : ولم يكن التقنين المدني السابق ، كما قدمنا ، يعرف حوالة الدين ، وكان لا يعرف إلا حوالة الحق ، شأنه في ذلك شأن التقنينات اللاتينية القديمة كالتقنين المدني الفرنسى .

وكان التقنين السابق ، كالتقنين الفرنسى ، يمد هذا النقص عن طريق التجديد بتغيير المدين ، وعن طريق الإنابة في الوفاء ، وعن طريق الاشتراط لمصلحة الغير . ولكن هذه الطرق ليس فيها غناء عن حوالة الدين ، فقد بينا الفروق الجوهرية ما بين حوالة الدين من جهة والتجديد بتغيير المدين (٢) والإنابة في الوفاء (٣) من جهة أخرى . أما الاشتراط لمصلحة الغير ، فينبه

(١) بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٣١٤ — وانظر في أن حوالة الدين تهدر شخص

المدين ولا تعد إلا بالقيمة المادية للالتزام كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٤٣ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٤٢ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢٤٣ .

هو أيضاً وبين حوالة الدين فروق جوهرية . وذلك أن المدين إذا اشترط على شخص آخر أن يني بدينه للدائن ، فيكسب الدائن من وراء هذا الاشتراط حقاً مباشراً قبل المتعهد أن يوفى له الدين ، فلا يزال المدين الأصلي ملزماً هو أيضاً بالدين ولم تبرأ ذمته منه ، بل انضم إليه مدين جديد بموجب الاشتراط لمصلحة الدائن . هذا إلى أن الدين نفسه ، بصفاته وضمائنه ودفعه ، لم ينتقل من مدين إلى مدين ، بل وجد إلى جانب الدين الأصلي دين جديد بصفات وضمائنه ودفعه مستقلة (١) .

وفيما عدا حالات خاصة نص عليها ، كحلول المشتري للعين المؤجرة محل المؤجر في التزاماته نحو المستأجر وكحلول المتنازل عن الإيجار محل المستأجر (٢) ، أو قامت بها نظريات فقهية كحلول الخلف الخاص محل السلف في الالتزامات

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٥ — دي باج ٣ فقرة ٣٨٧ ص ٣٥٨ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٧١ — ص ٢٧٣ — وقد جاء في الموجز في هذا المعنى ما يأتي : « ... فيتولد من هذا الاشتراط حق مباشر للدائن قبل المدين الجديد ، وبذلك يتحقق غرض من الغرضين اللذين تحققهما حوالة المدين . أما الغرض الآخر ، وهو براءة ذمة المدين القديم ، فلا يتحقق من وراء الاشتراط لمصلحة الدائن ، لأن المدين القديم يبقى ملزماً قبل الدائن ما لم يبرئه الدائن باتفاق آخر . على أن الغرض الأول ، وهو التزام المدين الجديد مباشرة نحو الدائن ، لا يتحقق في الاشتراط لمصلحة الغير على النحو الذى يتحقق به في حوالة الدين . وذلك لأن حوالة الدين تنقل إلى ذمة المدين الجديد نفس الدين الذى كان في ذمة المدين القديم بتأميناته ودفعه كما قدمنا . أما الاشتراط لمصلحة الغير فيوجد في ذمة المدين الجديد ديناً جديداً مستقلاً عن الدين القديم في التأمينات والدفع » (الموجز للمؤلف فقرة ٥٣٠) .

والحالات العملية التى كان الاشتراط لمصلحة الغير يستخدم فيها ليقوم مقام حوالة الدين كثيرة . منها حلول شركة محل أخرى عند التصفية ، فتصبح الشركة الأولى ملزمة نحو دائنى الشركة الأخرى بموجب الاشتراط لمصلحتهم ، ولهذا أن يرجعوا مباشرة على الشركة الأولى . وكذلك الأمر عندما تحمل شركة تأمين محل شركة تأمين أخرى . فيرجع المؤمن لهم عند الشركة الأخرى مباشرة على شركة التأمين الأولى . وبيع المتجر يحمل دائنيه ، بموجب الاشتراط لمصلحتهم ، يرجعون مباشرة على مشتريه . وبيع العقار المرهون في دين يحمل الدائن المرتهن ، بفضل الاشتراط لمصلحته ، يرجع مباشرة بدين شخصى ، لا بالرهن فحسب ، على مشتري العقار (انظر في ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٦) .

(٢) انظر المادة ٤٧٤/٣٨٩ مدنى سلبقى فيما يتعلق بحلول المشتري محل المؤجر ، والمادة ٤٥١/٣٦٨ مدنى سابق فيما يتعلق بحلول المتنازل له عن الإيجار محل المستأجر .

المتعلقة بالعين التي انتقلت إليه (١)، فإن طريق حوالة الدين كان مسدوداً . وقد حاول كثير من الفقهاء في فرنسا أن يفتحوا هذا الطريق ، بالرغم من سكوت التشريع ، متوسلين في ذلك بمبدأ سلطان الإرادة ، فيجوز لذوى الشأن أن يتفقوا على حوالة الدين ويكون اتفاقهم ملزماً منتجاً لآثاره ما دام لا يخالف النظام العام أو الآداب (٢) ، ولكن محاولاتهم لم تحقق الغرض المنشود .

لذلك كان تنظيم التقنين المدني المصرى الجديد لحوالة الدين تنظيمًا تشريعيًا خطوة موفقة سدت ثغرة كان من الضروري سدها من الناحية العملية . وقد استمد التقنين الجديد قواعد هذا التنظيم من التقنيات الجرمانية (٣) ومن الفقه

(١) وقد قرر التقنين المدني الجديد هذا الحكم في نص تشريعى هو المادة ١٤٦ .
(٢) وقد ذهب بودرى وبارد إلى إمكان الاتفاق على حوالة الدين في القانون الفرنسى ، فإن هذا القانون إذا كان لم ينظم حوالة الدين ، فهو يحكم مبدأ سلطان الإرادة لم يقفل الباب دونها . ولا ينبغي أن يحول التقنين دون تطور النظم القانونية واستكمال ما يكون ناقصاً في التقنين ، وهذا هو عمل الفقه . ثم بوردان مثل التقنين المدنى النمساوى ، فإن هذا التقنين ، كالتقنين المدنى الفرنسى ، لم ينظم حوالة الدين . ومع ذلك لم يمنع سكونه من هذا التنظيم من أن تكون حوالة الدين معمولاً بها في النمسا بالقدر الذى أقره التقنين المدنى الألمانى ذاته ز بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٦ ص ٩٣ — ص ٩٤) . ويشير جوسران إلى كثير من النظم التى أدخلها العمل في القانون قبل أن يتولى المشرع تنظيمها ، كمقود التأمين والمؤسسات وعقد النشر . فلا شيء يمنع إذن من إدخال نظام حوالة الدين ، أسوة بهذه النظم (جوسران ٢ فقرة ٨٣٠ ص ٤٤٩ — ص ٤٥٠ — فقرة ٨٣١) . أنظر أيضاً في هذا المعنى : سالى في الالتزامات فقرة ٨٣ — وفي حوالة الدين ص ٣٩ — جوديه ص ٣٠٤ و ص ٥٣٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٧ — دى پاچ ٣ فقرة ٣٨٦ — أنيكلويدي دالوز ١ لفظ cession de dette فقرة ٤٣ — فقرة ٤٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٥٣٠ ص ٥٥١ .

على أنه قد لا يتيسر في بعض الحالات أن ينتقل ، بمجرد الاتفاق ودون حكم القانون ، الدين بصفة لصيقة به من المدين الأصل إلى مدين جديد . فالدين التجارى يصعب نقله بصفته التجارية إلى المدين الجديد ليكون من اختصاص القصاص التجارى ، فإن الاختصاص النوعى يعتبر من النظام العام (أنظر في هذا المعنى الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهى في المقال المنشور بمجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٣٨) . كذلك إذا كان هناك حكم صادر ضد المدين الأصل ، فإنه يصعب ، في نقل الدين إلى المدين الجديد ، أن ينتقل معه الحكم ليكون نافذاً ضد هذا المدين الأخير .

(٣) رأينا فيما قدمناه (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٩) أن التقنيات الجرمانية هى التى سارت في تطور الحوالة إلى نهاية الطريق ، فأقرت حوالة الدين إقرارها لحوالة الحق . وكان القانون =

= الروماني - ولم يكن يقر كما رأينا انتقال الالتزام من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين - هو العقبة التي أعاققت وقتاً طويلاً المضي في هذا التطور ، سواء في البلاد اللاتينية أو في البلاد الجرمانية . وكان التطور قد بلغ في البلاد اللاتينية حد إقرار حوالة الحق دون حوالة الدين . ثم ظهر التقنين المدنى الفرنسى فوقف من هذا التطور ، إذ نظم حوالة الحق دون أن ينظم حوالة الدين . وبقيت التقنينات اللاتينية التي اقتبست من التقنين المدنى الفرنسى ، ومعها التقنين المدنى المصرى السابق ، يشوبها هذا النقص ، فهي مثله تنظم حوالة الحق دون حوالة الدين . أما في ألمانيا - ولم يظهر التقنين المدنى الألمانى إلا في آخر القرن التاسع عشر ومستهل القرن العشرين - فقد استمرت حركة التطور طوال القرن التاسع عشر . وإذا كان قد قاومها في بداية الأمر الفقهاء الألمان الذين يشايعون القانون الروماني ، من أمثال ميلها نبريك (Mulhenbrich) وسافيني ، فإنها ما لبثت ، منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر ، أن تغلبت على هذه العقبة التي أقامتها مبادئ القانون الروماني دون إقرار حوالة الدين . وقد تعاقب على هذا العمل الفقهي عدة من الفقهاء الألمان المعروفين :

فبدأ دلبريك (Delbrüch) ، الأستاذ بجامعة برلين ، بنشر كتاب في سنة ١٨٥٣ حاول فيه أن يوفق بين الفكرة الرومانية وإمكان الحوالة . فيز بين الالتزام ، حقاً كان أو ديناً ، وهو رابطة شخصية لا يمكن أن تنتقل من شخص إلى آخر وهذا ما عناه القانون الروماني ، وبين ما ينتج عن الالتزام من قيم مادية (produits économiques) ، فهذه من ناحيتها الإيجابية والسلبية يمكن أن تنتقل من ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى . وقد أحدثت نظرية دلبريك حركة فقهية قوية في ألمانيا ، واعترض الفقهاء على التمييز الذي يقول به فلا فرق بين الالتزام وبين قيمته المادية ، ولكنهم انقسموا فيما إذا كان الالتزام قابلاً للانتقال أو غير قابل قابل ، وإذا كان قابلاً فبأي أداة ينتقل .

وجاء كينتز (Kuntze) بعد دلبريك ، ولكنه ظل أميناً على تقاليد القانون الروماني . فلم يجوز نقل الدين ، ولكنه سلم بأن الدائن يستطيع أن يوجد مديناً آخر إلى جانب مدينه الأول كما في الإنابة ، أو يقضى الدين الأول ويحل محله ديناً جديداً كما في التجديد . ثم لجأ بير (Bähr) إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، ففى الاتفاق ما بين المدين الأصلي والمحال عليه يشترط الأول على الثاني لمصلحة الدائن أن يؤدي له الدين ، فينشأ للدائن من هذا الاشتراط حق مباشر في ذمة المحال عليه ، ولكن يبقى المدين الأصلي بالإضافة إلى المحال عليه ملتزماً نحو الدائن .

وذهب فقهاء ثلاثة — ساليبس (Salpius) وجاريس (Gareis) ومنزل (Menzel) — إلى أن القانون الروماني لا يستصحب على حوالة الدين ، وتصوروا هذه الحوالة على النحو الآتي : يقدم المدين الأصلي والمحال عليه إيجاباً مشتركاً إلى الدائن ، فإن قبله الدائن أصبح المحال عليه هو المدين مكان المدين الأصلي ، وبرت ذمة المدين الأصلي . على أن أول هؤلاء الفقهاء — ساليبس — يجعل الحوالة تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه .

أما وندشايد (Windcheid) فقد عارض القانون الروماني صراحة ، وقال إن الالتزام قد تطور منذ عهد الرومان ، وأصبح المعبر فيه هو النسبة المادية لا الرابطة الشخصية ، وبذلك نقضى التقاليد الجرمانية مناقضة في ذلك التقاليد الرومانية . ومن ثم يجوز أن ينتقل الالتزام ، باعتباره قيمة مادية ، من ذمة مدين إلى ذمة مدين آخر باتفاق بين المدينين . ولما كان المحال عليه =

الإسلامي (١). وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « استحدث المشروع فى هذا الفصل نظاماً جديداً هو نظام حوالة الدين . ويراعى أن هذا النظام إسلامى بحت ، وإن كان له نظير فى التشريعات الجرمانية . وغنى عن البيان أن نفعه من الناحية العملية يقتضى إقراره فى نطاق التشريع (٢) » .

٣٠٩ — أركان حوالة الدين والآثار التى تترتب عليها : ونبحث

فى حوالة الدين ، كما بحثنا فى حوالة الحق ، أركان الحوالة والآثار التى تترتب عليها .

= إنما يتصرف فى مال مملوك للغير — أى للدائن — فقد وجب أن يقر الدائن هذا التصرف ، فإذا ما أقره أصبح سارياً فى حقه بأثر رجعى من وقت اتفاق المدينين لا من وقت إقراره .
وظهر التقنين المدنى الألمانى فى أعقاب هذه الحركة الفقهية ، فأقر حوالة الدين إقراره لحوالة الحق كما قدمنا ، وصاغ لها الأداة الفنية اللازمة . وقد أخذ بنظرية وندشايد ونظرية دلبريك فى صورة الحوالة التى تم باتفاق ما بين المدين الأصل والمحال عليه ، وبنظرية سالييس فى صورة الحوالة التى تم باتفاق بين الدائن والمحال عليه .

(أنظر فى كل ذلك : التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ٤١٤ ص ٥٩٨ — ص ٥٩٩ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٧٦٣ — ص ٨٣ — ص ٨٦ — مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٤٣ — ص ٥١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣١٥ .

هذا ويمرّف التقنين المدنى الألمانى طرقاً خمسة لإحلال مدين جديد محل مدين قديم أو لإقامة مدين آخر إلى جانب المدين الأول . (١) الإنابة : فيها يقوم مدين آخر إلى جانب المدين الأول . (٢) التمهيد بالوفاء ، وفيه يتمهد شخص للمدين الأصل أن يؤدى الدين عنه للدائن ، ويقتصر أثر هذا التمهيد على العلاقة فيما بين الاثنين ، لا يجاوزها إلى الدائن . (٣) التمهيد بالوفاء مع الاشتراط لمصلحة الدائن ، ويزيد على سابقه بأن يكون هناك اشتراط لمصلحة الدائن ، فينشئ التمهيد حقاً مباشراً للدائن يستطيع بموجبه أن يرجع مباشرة على التمهيد . (٤) حوالة الدين باتفاق يتم بين الدائن والمحال عليه . (٥) حوالة الدين باتفاق يتم بين المدين الأصل والمحال عليه ، ويتوقف نفاذه فى حق الدائن على إقراره . أنظر فى ذلك التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ٤١٤ ص ٦٠٠ — ص ٦٠٣ .

(١) أنظر فى الفقه الإسلامى ما قدسناه آنفاً فقرة ٢٤٠ — وقد رأينا أن الفقه الإسلامى لا يسلم بحوالة الدين بمعناها الدقيق ، خلافاً لما يقال عادة ، ولا يسلم بحوالة الحق إلا فى المذهب المالكى وفى حدود معينة . على أن الفقه الإسلامى ، فى قواعده التفصيلية ، يصلح للاقتباس منه فى بعض أحكام حوالة الدين . وقد أمكن تحويره فى التقنين المدنى العراقى ، فأقر هذا التقنين حوالة الدين بالمعنى المفهوم فى التقنينات الجرمانية .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٦ .

الفصل الأول

أركان حوالة الدين

٣١٠ - أركان حوالة الدين هي أركان الاتفاق بوجه عام :

حوالة الدين اتفاق بين طرفين على تحويل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة مدين جديد يحل محله . فأركان هذه الحوالة ، كأركان حوالة الحق ، هي أركان أى اتفاق (convention) يتم بين طرفين . ومن ثم تكون هذه الأركان هي التراضي والمحل والسبب .

ولا بد أن يصدر التراضي من ذى أهلية ، خالياً من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال .

كذلك يجب أن تتوافر في المحل شرائطة العامة ، ومحل حوالة الدين هو الدين الذى يحول من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المدين الجديد . وترد حوالة الدين على جميع الديون ، لا فرق في ذلك بين ما يكون منها مؤجلاً أو معلقاً على شرط أو مستقبلاً . وهى تنعقد صحيحة في الدين المستقبل ، ولكنها لا تنفذ إلا بوجود الدين (١) .

وللسبب في حوالة الدين هو الباعث الذى دفع إلى عقدها ، ويختلف باختلاف الأغراض المتنوعة التى تنى حوالة الدين بها ، وقد سبق بيان ذلك . وفى القوانين الجرمانية تعتبر حوالة الدين ، كحوالة الحق ، مصدراً للالتزام مجرد .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٨ . وتوجد حالات يكون فيها الدين غير قابل للحوالة . ومن هذه الحالات ما نصت عليه المادة ٧٢١ مدنى من إنه « ليس للمودع عنده أن يحل غيوه محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع ، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئه عاجلة » . كذلك المدين في عقد روعيت فيه شخصيته . كالإعارة وشركة الأشخاص ، لا تجوز له حوالة دينه بغير رضا الدائن .

فنجيل في كل ذلك إل القواعد العامة المتعلقة بنظرية العقد . ونكتفي هنا
ببحث الصورتين اللتين تم في أحدهما حوالة الدين :

الصورة الأولى : اتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، وبقر الدائن هذا
الاتفاق ليكون نافذاً في حقه .

والصورة الثانية : اتفاق بين الدائن والمحال عليه ، دون تدخل المدين
الأصلي بل ودون حاجة إلى رضائه . وهذه الصورة أكثر تمشياً مع إرادة الدائن ،
إذا الدائن فيها يتدخل مباشرة لإبرام الحوالة ، ولا يقتصر على إقرارها كما
في الصورة الأولى .

الفرع الأول

اتفاق المدين الأصلي والمحال عليه

٣١١ - انعقاد حوالة الدين ونفاذها في حق المدين : في الصورة

التي تم فيها حوالة الدين باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه يجب التمييز
بين أمرين : (١) انعقاد الحوالة ، وتنعقد بمجرد الاتفاق بين المدين الأصلي
والمحال عليه . (٢) ونفاذها في حق الدائن ، ولا تنفذ في حقه إلا إذا أقرها .

المبحث الأول

انعقاد حوالة الدين

٣١٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣١٥ من التشريع المدني

على ما يأتي :

« تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين » (١) .

(١) تاريخ النص ورد هذا النص في المادة ٤٤٤ من المشروع التمهيدى كفقرة أولى تبليها

مصر . ثانية على الوحد الآتي : « لا تكور الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها » . وفي =
(م ٣٦ - الوسيط)

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، إذ لم ينظم هذا التقنين حوالة الدين .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣١٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠٢ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٣٣٩ و ١/٣٤٠ و ٣٤٢ - ٣٤٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٨٧/١ و (١) .

= لجنة المراجعة نقلت هذه الفقرة الثانية لتكون الفقرة الأولى من المادة التالية « لأن هذا هو المكان المناسب » ، وأصبح نص المادة النهائي مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمها ٣٢٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٦ - ص ١٣٨) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣١٥ (مطابقة للمادة ٣١٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٠٢ (مطابقة للمادة ٣١٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٣٩ : ١ - حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه . ٢ - وتكون مطلقة إذا أحال المدين بدينه غريمه على المحال عليه حوالة غير مقيدة بأدائه من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه ، أو من العين التي له عنده وديعة أو منصوبة ، أو أحال على شخص ليس له شيء عليه أو عنده . ٣ - وتكون مقيدة إذا أحال المدين بدينه من غريمه على المحال عليه حوالة مقيدة بأدائه الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه ، أو من العين التي له عنده أمانة أو منصوبة .

م ١/٣٤٠ : الحوالة التي تمت بين المحيل والمحال عليه تنمقد موقوفة على قبول المحال له .

م ٣٤٢ : يشترط لصحة الحوالة أن يكون إخیل مدينأ للمحال له ، وإلا فهي وكالة .

م ٣٤٣ : كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة ، بشرط أن يكون معلوماً .

م ٣٤٤ : تصح إحالة المستحق في الوقف غريمه حوالة مقيدة باستحقاقه على متولى الوقف ، إذا كانت غلة الوقف متحصلة في يده ، قبل الحوالة . ولا تصح الحوالة بالاستحقاق إذا لم تكن الغلة متحصلة في يد المتولى .

م ٣٤٥ : قبول الأب أو الوصي الحوالة على الغير جائز إن كان فيه خير للصغير ، بأن يكون المحال عليه أملاً من المحيل ، وغير جائز إن كان مقارباً أو مساوياً له في اليسار .

ونصوص التقنين العراقي مأخوذة بوجه عام من الفقه الإسلامي ، لا سيما المذهب الحنفي ، مع تعديل يجعل حوالة الدين في التقنين العراقي حوالة دين بالمعنى المفهوم في التقنينات الجرمانية ، إذ حوالة الدين في المذهب الحنفي هي ، كما قدمنا ، أقرب إلى أن تكون صورة خاصة من الكفالة . وأول تعديل هام هو ما قررته الفقرة الأولى من المادة ٣٣٩ من أن حوالة الدين هي نقل الدين -

ويتبين من هذا النص أن حوالة الدين تتم باتفاق بين المدين والمحال عليه ،
أى بين المدين الأصلي والمدين الجديد . أما رضا الدائن فليس بضرورى لانعقاد
الحوالة ، وإن كان ضرورياً لنفاذها فى حقه كما سنرى .

٣١٣ — انعقاد الحوالة بالاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه :

يكفى فى انعقاد حوالة الدين أن يتفق المدين الأصلي مع المدين الجديد وهو المحال
عليه على نقل الدين من ذمة الأول إلى ذمة الثانى . وهذا الاتفاق ، ككل اتفاق
آخر ، يقتضى وجود التراضى والمحلى والسبب ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .
والأهلية الواجبة فى المدين الأصلي هى أهلية التعاقد بوجه عام ، أما أهلية المحال
عليه فهى أهلية الالتزام معاوضة أو تبرعاً تبعاً للعلاقة التى تقوم بينه وبين
المدين الأصلي .

= والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، وهذه مسألة تختلف فيها فى المذهب الحنفى ، ونقل
الدين والمطالبة معاً هو الذى يلائم حوالة الدين بمعناها الصحيح . ثم إن انعقاد الحوالة موقوفة على
قبول المحال له (م ١/٣٤٠ عراقى) واشترط أن يكون المحيل مديناً للمحال له (م ٣٤٢ عراقى)
يتفق مع أحكام التقنين المصرى . وما ورد غير ذلك من أحكام خاصة بالفقه الإسلامى ، من
تقسيم الحوالة إلى مطلقة ومقيدة (م ٢/٣٣٩ و ٣ عراقى) ، ومن أن كل دين نصح به الكفالة
تصح به الحوالة (م ٣٤٣ عراقى) ، فهى لا تتعارض مع أحكام التقنين المصرى . بقيت
الإحالة على متولى الوفاء (م ٣٤٤ عراقى) وقبول الولى أو الوصى الحوالة نائباً عن المحجور
(م ٣٤٥ عراقى) ، فهذه هى أحكام الفقه الإسلامى فى موضوعين لصيقين به — الوفاء
والولاية — ولا مانع من نقلهما عن هذا الفقه فى نصوص مأخوذة عنه فى مجموعها ، وهى على
كل حال لا تتعارض مع أحكام التقنين المصرى : انظر الدكتور حسن الذنون فى أحكام الالتزام
فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٢٤ و فقرة ٢٢٧ — فقرة ٢٢٩) .

تقنين الموجبات والعقود البنائى م ٢٨٧/٢٠١ : ١ — انتقال دين امديون يحصل إما
بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه ، وإما بالاتفاق بين هذا والمديون . ٢ — وفى
الحالة الثانية يبقى مفعول الاتفاق موقوفاً على إجازة الدائن ، ويستطيع المتناقدان ، مادامت
الإجازة لم تمط — أن يعدلا اتفاقهما أو ينياه .

ويبدو أن هذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى : إلا أن التعبير بأن مفعول الاتفاق
يبقى موقوفاً على إجازة الدائن يتعارض مع إلتاج الاتفاق لأثار قانونية إذا لم يجزه الدائن (انظر
الدكتور صبحى محمصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى البنائى ص ٤٢ — ص ٥٠ —
وانظر ما يلى فقرة ٣٤٢ فى الهامش) .

ومتى تم الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فقد انعقدت الحوالة . وسرى أن المحال عليه يصبح ملتزماً بهذا الاتفاق ، فلا يجوز له الرجوع فيه إلا باتفاق آخر بينه وبين المدين الأصلي ، بشرط أن يتم هذا الاتفاق الآخر قبل أن يقر الدائن الحوالة . وقد ورد هذا الحكم صراحة في التقنين المدني الألماني ، إذ نصت المادة ٤١٥ من هذا التقنين على أنه « يجوز للطرفين تعديل الاتفاق أو إلغاؤه إلى حين إقرار الحوالة (١) » .

وسرى أيضاً أن الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه على حوالة الدين يرتب في ذمة المحال عليه التزامات شخصية نحو المدين الأصلي ، وهو في الوقت ذاته ينقل الدين — في العلاقة ما بين المدين الأصلي والمحال عليه — من ذمة الأول إلى ذمة الثاني (٢) . أما نقل الدين بالنسبة إلى الدائن فلا يتم إلا بإقرار الدائن للحوالة كما سيأتي .

وهذه آثار بعيدة المدى . ولم يكن الاتفاق على حوالة الدين ما بين المدين الأصلي والمحال عليه يصل إلى هذا الحد في مبدأ تطور الحوالة في القوانين الجرمانية . فقد كان هذا الاتفاق في البداية أثره مقصور على تعهد من قبل المحال عليه للمدين الأصلي بأداء الدين للدائن ، فلم يكن يكسب الدائن أى حق .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص ، هو المادة ٤٤٩ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتى : « يجوز لطرفي الحوالة ، إلى أن يصدر إقرار الدائن ، أن يعدلا فيها أو أن يبدلا عنها » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأنه « مجرد تطبيق للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ في الهامش) .

(٢) وقد جاء في التعليقات على التقنين المدني الألماني أن الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ينتج أثرين ، أحدهما شخصي والآخر عيني . فهو كاتفاق منشئ لروابط شخصية يرتب التزامات بين المدين الأصلي والمحال عليه تصل من المدى إلى ما يبلغه التعهد بتأدية الدين المنصوص عليه في المادة ٣٢٩ من التقنين المدني الألماني ، وبخاصة يرتب التزاماً في ذمة المحال عليه أن يؤدي الدين بدلاً من المدين الأصلي ، فيضمن لهذا أية مطالبة يوجهها إليه الدائن ولكن دون أن يلتزم بالحصول على إبراء ذمة المدين الأصلي قبل حلول الدين . أما الأثر العيني فهو انتقال الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه . والاتفاق — من حيث أنه ناقل للدين لا من حيث أنه منشئ للالتزامات شخصية — هو عقد مجرد ، ويكون صحيحاً بقطع النظر عن سببه ، على غرار حوالة الحق تطبيقاً للمادة ٤١٣ من التقنين المدني الألماني (التعليقات على التقنين المدني الألماني ١ ص ٦٠٦ — ص ٦٠٧) .

ثم تطور بعد ذلك ، فأصبح اتفاقاً يكسب الدائن حقاً في أن يستوفى الدين من المحال عليه ، مع بقاء المدين الأصلي مديناً إلى جانب المحال عليه . وفي آخر مراحل التطور أصبح هذا الاتفاق ناقلاً للدين فيما بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فإذا ما أقره الدائن انتقل الدين أيضاً بالنسبة إلى هذا الأخير ولم يعد للدائن إلا مدين واحد هو المحال عليه وقد حل محل المدين الأصلي (١) .

٣١٤ - لا بد من تحمل الدائن على كل حال : على أن حوالة

الدين ، وهي تحمل مدينًا جديدًا محل المدين الأصلي ، لا يمكن تصورهما دون

(١) وقد ائتمن التقنين المدنى المصرى الجديد أثر التقنين المدنى الألمانى فى هذا التصوير الفنى : أنظر المادة ١٥٤ من التقنين المدنى الألمانى .

أما فى تقنين الالتزامات السويسرى ، فحوالة الدين لا تتم إلا على مرحلتين : (المرحلة الأولى) يتم فيها اتفاق بين المدين الأصل والمحال عليه ، يتعهد بموجبه هذا الأخير نحو المدين الأصل بأن يتحمل بالدين ، إما بوفائه للدائن وإما بالاتفاق مع الدائن على أن يلتزم هو به نحوه . (والمرحلة الثانية) يقوم فيها المحال عليه بتنفيذ التزامه بموجب الاتفاق الأول ، فيعقد اتفاقاً آخر مع الدائن ، وهذا الاتفاق الآخر هو الذى ينتقل الدين من ذمة المدين الأصل إلى المحال عليه . ولا ينتقل الدين إلا من وقت تمام الاتفاق الثانى ، أما فى التقنين الألمانى والمصرى فينتقل الدين من وقت الاتفاق بين المدين الأصل والمحال عليه إذا أقر الدائن هذا الاتفاق لأن لإقراره أثراً رجعياً . ويترتب على ذلك أن المحال عليه ، فى تقنين الالتزامات السويسرى ، إذا فقد الأهلية بعد إتمام الاتفاق الأول وقبل إبرامه الاتفاق الثانى ، لا يستطيع أن يعقد الاتفاق الثانى ، فإن الدين لا ينتقل ، ولكن يبقى الاتفاق الأول ملزماً للمحال عليه .

وهذا ما تنص عليه المادتان ١٧٥ و ١٧٦ من تقنين الالتزامات السويسرى . فقد نصت المادة ١٧٥ على أن « التعهد الذى يصدر من المحال عليه للمدين بأن يتحمل بالدين يلزم المحال عليه أن يبرى ذمة المدين ، إما بوفائه الدين للدائن ، وإما بنقله الدين إلى ذمته برضاء الدائن » . ونصت المادة ١٧٦ على أن « الحلول محل المدين الأصلي أو إبراء ذمته يتم باتفاق بين المحال عليه والدائن . ويصح استخلاص الإيجاب لأبرام هذا الاتفاق من تبليغ يصدر للدائن من المحال عليه أو من المدين الأصلي بترخيص من المحال عليه ، بما تم من اتفاق بين هذين الأخيرين . ويجوز أن يكون قبول الدائن لهذا الإيجاب صريحاً أو ضمناً يستخلص من الظروف . ويكرن القبول ضمناً إذا قبل الدائن دون تحفظ الوفاء من المحال عليه ، أو قبل منه أى عمل آخر يقوم به باعتباره مدينًا » .

وأنظر فى ذلك مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فوهى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ .

تدخل الدائن ، إما لانعقادها بالذات ، وإما فى القليل لنهاذا فى حقه . ذلك أن تغير المدين فى حوالة الدين له شأن أخطر بكثير من تغير الدائن فى حوالة الحق . وإذا كان تغير الدائن على المدين ليس بأمر ذى خطر ، فإن تغير المدين على الدائن أمر بالغ الخطورة . إذ العبرة فى الالتزام بشخص المدين لا بشخص الدائن ، فالمدين هو الذى يحدد قيمة الالتزام من الناحية العملية ، وتتوقف هذه القيمة على ملاءته وعلى ما يبيده من يسر فى الوفاء أو مماطلة ، فلا بد إذن من رضا الدائن بتغير مدينه .

ومن ثم كانت الصورة الأولى من صورتى حوالة الدين فى التقنين المدينى الألمانى هى الصورة التى تم فيها الحوالة باتفاق بين الدائن نفسه والمحال عليه (م ٤١٤ مدينى ألمانى) ، دون حاجة إلى رضا المدين الأصلى إذ حوالة الدين تتمحض لمصلحته ، فىكون رضا الدائن ضرورياً فى هذه الصورة لانعقاد الحوالة لنهاذا فى حقه فحسب . ولكن التقنين المدينى المصرى الجديد قدم الصورة الثانية التى تم فيها الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه - وهى الصورة التى نحن بصدددها - على الصورة الأولى التى كانت أولى بالتقديم ، مراعاة للتنسيق بين حوالة الدين وحوالة الحق . فحوالة الحق تتم باتفاق بين الدائن الأصلى والدائن الجديد ، وكذلك حوالة الدين تتم هى أيضاً باتفاق بين المدين الأصلى والمدين الجديد (١) .

٣١٥ - مركز المدين الأصلى من كل من الدائن والمحال عليه :

وحوالة الدين - فى كل من صورتها - تفترض أن هناك ديناً فى ذمة المدين الأصلى للدائن هو الذى جعل محلاً للحوالة ، وبدون هذا الدين لا تقوم الحوالة إذ ينعدم محلها . فإذا أحال شخص آخر ، دون أن يكون مديناً له ، ليقبض ديناً من شخص ثالث ، فهذه ليست حوالة ، بل هى وكالة ، إذ يكون المحيل

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « تعرض أول صورة من صور حوالة الدين حيث يتم التعاقد مباشرة بين المدين الأصلى والمحال عليه ، وهو من يتحمل الدين . وفى هذه الحالة يعمد المدين إلى التصرف فى مركزه بوصفه هذا ، شأنه شأن الدائن عند التصرف فى مركزه من طريق حوالة حقه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٧) .

قد وكل المحال له في قبض الدين . وهذا ما يقرره التقنين المدني العراقي صراحة ،
إذ تنص المادة ٣٤٢ من هذا التقنين على أنه « يشترط لصحة الحوالة أن يكون
المحيل مدينًا للمحال له ، وإلا فهي وكالة » .

أما مركز المدين الأصلي بالنسبة إلى المحال عليه ، فليس من الضروري أن
يكون الثاني مدينًا للأول . فإذا لم يكن مدينًا ، أو كان مدينًا ولم يقيد المحيل
الحوالة بهذا الدين ، فالحوالة تعتبر في الفقه الإسلامي حوالة مطلقة . وإذا كان
مدينًا وقيد المحيل الحوالة بالدين ، فهي حوالة مقيدة (١) .

المبحث الثاني

نفاذ الحوالة في حق الدائن

٣١٦ - « محرم القانونية : تنص المادة ٣١٦ من التقنين المدني
على ما يأتي :

« ١ - لا تكون لحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها » .

« ٢ - وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن ،
وعين له أجلاً معقولاً ليقرر الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار ،
اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة » .

وتنص المادة ٣٢٢ على ما يأتي :

« ١ - لا يستتبع بيع العقار المرهون رهناً رسمياً انتقال الدين المضمون
بالرهن إلى زمة المشتري ، إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك » .

(١) أنظر المادة ٣٣٩/٢ و ٣ من التقنين المدني العراقي ، وقد تقدم ذكر النص (أنظر
أنفاً فقرة ٣١٢ في الهامش) .

٢ - فاذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين ، وسجل عقد البيع ،
تعين على الدائن متى أعلن رسمياً بالحوالة أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يجاوز
سنة أشهر ، فاذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته
إقراراً (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣١٦ : ورد هذا النص في نصوص عدة من المشروع التمهيدى : (١) في الفقرة الثانية من
المادة ٤٤٤ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ولا تكون الحوالة نافذة
في حق الدائن إلا إذا أقرها » . (٢) وفي الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ من المشروع ،
وكانت تجرى على الوجه الآتى : « على أنه لا يجوز للدائن أن يرفض الإقرار إذا كان حقه
بعد الحوالة مكفول الوفاء » . (٣) وفي المادة ٤٤٧ من المشروع ، وكانت تجرى على الوجه
الآتى : « إذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة للدائن ، وحدد له أجلاً معذولاً
ليقر الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة »
— وفي لجنة المراجعة أدمجت هذه النصوص كلها في مادة واحدة من فقرتين على الوجه الآتى :
« (١) لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها . على أنه لا يجوز للدائن دون مبرر
أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء . (٢) وإذا قام المحال عليه أو
المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن ، وعين له أجلاً معقولاً ليقر الحوالة ، ثم انقضى الأجل
دون أن يصدر الإقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة » . وأصبحت المادة رقمها ٣٢٨ في
المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على نظرية إجبار
الدائن على قبول الحوالة . ولو كان الحق بعد الحوالة مكفول الوفاء . فرد على هذا الاعتراض بأن
هذه النظرية تتضمن قاعدة شرعية وردت في حديث شريف عن النبى صلى الله عليه وسلم :
« فإذا أحيل أحدكم على ملء فليحتل » . فأجيب على هذا الرد بأن « مجال تطبيق القاعدة الشرعية
قد تغير الآن ، فأصبحت النفوس مليئة بالشر والمكر فهناك أشخاص أغنياء لا يمكن التعامل
معهم ، وبالتالي لا يمكن اقتضاء الحقوق منهم » . وانتهى الأمر إلى أن حذفت من الفقرة الأولى
عبارة « على أنه لا يجوز للدائن دون مبرر أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول
الوفاء » ، « لأن هذه العبارة تفتح باب المنازعات ، وقد تسبب أضراراً كبيرة للدائن الذى
ارتضى أن يعامل المدين دون غيره لأسباب متعددة . فرأت اللجنة أن من الأنسب لذلك كله سد
هذا الباب ، وهذا لا تكون حوالة الدين نافذة إلا إذا أقرها الدائن » . وأصبح رقم المادة
٣١٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٩
و ص ١٤١ — ص ١٤٣) .

م ٣٢٢ : ورد هذا النص في المادة ٤٥٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر
عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا عبارة وردت في آخر الفقرة الثانية في المشروع التمهيدى
على الوجه الآتى : « وتنفذ الحوالة في حقه حتى لو رفضها الميعاد المحدد إذا لم يستند في رفضه إلى =

ولا مقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق ، لأن هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين كما سبق القول .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣١٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٠٣ و ٣٠٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٤٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٨٧ (١) .

= أسباب معقولة ، وفيما عدا فقرة ثالثة كانت في المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ولا يجوز للمشتري إذا انتقل الدين إلى ذمته أن يطهر العقار المرهون أو أن يتخلل عن هذا العقار » ، وفيما عدا أن الميعاد الذى ورد في المشروع التمهيدى لإقرار الحوالة أو رفضها كان ثلاثة أشهر لا ستة . وفي لجنة المراجعة أقر النص ، وصار رقه ٢٣٤ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة التى وردت في آخر الفقرة الثانية تمثيلاً مع تعديل مماثل في المادة ٣١٦ مدنى ، وحذفت الفقرة الثالثة لأن المشتري بقبوله الحوالة يصبح مدينًا أصلياً فلا يجوز له طبقاً للقواعد العامة تطهير العقار المرهون أو التخلية ، رجعل ميعاد الإقرار أو الرفض ستة أشهر بدلا من ثلاثة . ذاصبح نص المادة بذلك مطابقاً تماماً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقها ٢٢٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٠ و ص ١٦٤ - ص ١٦٥) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣١٦ (مطابقة للمادة ٣١٦ من التقنين المدني المصرى - ولا مقابل في التقنين المدني السوري للمادة ٢٢٢ من التقنين المدني المصرى) .
التقنين المدني الليبي : م ٣٠٣ و م ٣٠٩ (مطابقتان للمادتين ٣١٦ و ٢٢٢ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٤٠ : ١ - الحوالة التى تمت بين المحيل وأحوال عليه تمنع موقوفة على قبول المحال له . ٢ - وإذا قام المحيل أو المحال عليه بإبلاغ أحوالة للمحال له ، وحدد له أجلاً معقولاً لقبول الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر القبول ، اعتبر سكوت المحال له رفضاً للحوالة .

وهذا الحكم يتفق مع حكم المادة ٣١٦ مصرى . ولا يوجد في التقنين العراقى مقابل للمادة ٢٢٢ من التقنين المصرى .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٨٧ : انتقال دين المدينون يحصل إما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه ، وإما بالاتفاق بين هذا والمدينون - وفي الحالة الثانية يبقى مفعول الانتقال موقوفاً على إجازة الدائن . ويستطيع المتعاقدان ، مادامت الإجازة لم تعط ، أن يعدلا اتفاقهما أو يلغياه - وإذا لم يجرز الدائن الانتقال بطل . وإذا أجاز له مفعول

٣١٧ - مسائل أربع : ويتبين من هذه النصوص أن إقرار الدائن للحوالة ضروري حتى تنفذ في حقه . فنبحث في هذا الصدد مسائل أربعاً :
(١) متى يصدر إقرار الدائن (٢) وكيف يصدر هذا الإقرار (٣) وإلى أى مدى يلتزم الدائن بإقرار الحوالة ، وسنرى أنه حر في الإقرار أو في الرفض (٤) وما هو الأثر الذي يترتب على إقرار الدائن للحوالة أو على رفضه إياها .

٣١٨ - متى يصدر إقرار المدين : وإقرار الدائن كما رأينا ضروري لنفاذ الحوالة في حقه ، حتى لا يتغير عليه المدين — وشخصه جوهرى في الدين — دون رضاه . والإقرار إرادة منفردة تصدر من الدائن ، ولا تنتج أثرها إلا إذا وصلت إلى علم من توجه إليه هذه الإرادة وفقاً للقواعد العامة . ونرى أنه يكفي أن يصل الإقرار إلى علم أى من المحال عليه أو المدين الأصلي لينتج أثره ، ولا يجوز بعد ذلك لذين الأخيرين أن يتفقا على العدول عن الحوالة أو التعديل فيها (١) . ولكن قبل وصول الإقرار إلى علم أى منهما ، يجوز لهما أن يتفقا معاً على أن يعدلا عن الحوالة فلا يكون لهما أثر حتى لو صدر إقرار الدائن بعد علمه بهذا العدول ، ويجوز لهما كذلك أن يدخلوا على الحوالة من التعديل ما يتفقان عليه .

وبصح أن يصدر الإقرار في أى وقت بعد انعقاد الحوالة . وليس من الضروري ، في التقنين المدني المصري ، أن يترتب إقرار الدائن بإقراره حتى يعلنه المحال عليه أو المدين الأصلي بالحوالة ، بل يجوز أن يقر الدائن الحوالة قبل أن

= رجمى منذ اليوم الذى تم فيه الاتفاق بين المدين ومن انتقل إليه الدين — ولا يجوز إعطاء الأجازة إلا بعد أن يبلغ المتعاقدون الانتقال إلى الدائن . ويجب اعطاؤها في خلال المهلة المعينة في البلاغ ، وإذا لم تعين مهلة ففي خلال المدة التي تعتبر كافية للاختيار . وإذا انقضت المدة عدت الإجازة مرفوضة .

وتتفق هذه الأحكام مع أحكام المادة ٣١٦ من التقنين المصري ، فيما عدا عدم جواز صدور الإقرار قبل إعلان الحوالة في التقنين اللبناني ، وهو حكم مأخوذ من التقنين المدني الألماني . ولا مقابل في التقنين اللبناني للمادة ٣٢٢ من التقنين المصري .
(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٢٧ ص ٣٢٧ .

يعلن بها (١) . أما في التقنين المدني الألماني فقد ورد نص صريح في هذا الصدد يقضى بأن الدائن لا يجوز له أن يقر الحوالة إلا بعد أن يعلن بها (٢) ، وذلك لكي يبقى زمام الحوالة في يد المدين الأصلي والمحال عليه ، فيستطيع أن يعدلها عنها أو يعدلها فيها قبل أن يعلنها للدائن .

إذن ليس في التقنين المدني المصري بداية لميعاد صدور الإقرار إلا وقت انعقاد الحوالة . وكذلك ليس لهذا الميعاد نهاية ، فيجوز للدائن أن يقر الحوالة في أي وقت بعد انعقادها . على أنه يستطيع أي من المحال عليه أو المدين الأصلي أن يضع حداً لهذا الموقف غير المستقر ، بأن يتولى إعلان الحوالة إلى الدائن ويعين له في الوقت ذاته أجلاً معقولاً ، يقدره هو تحت رقابة قاضي الموضوع ، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يقر الدائن الحوالة ، اعتبر سكوته رفضاً (٣) . وعند ذلك يبقى عقد الحوالة قائماً في العلاقة ما بين المدين الأصلي والمحال عليه ، منتجاً لالتزامات شخصية فيما بينهما ، دون أن ينتقل الدين إلى ذمة المحال عليه في العلاقة ما بينه وبين الدائن ، وسيأتي بيان ذلك .

٣١٩ -- مائة بيع العقار المرهون : على أن هناك حالة خاصة ، نصت

عليها المادة ٣٢٢ مدني ، عدل فيها الحكم المتقدم الذكر ، وهذه هي حالة بيع العقار المرهون رسمياً . ففي هذه الحالة لا ينتقل الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشتري إلا باتفاق خاص بين البائع والمشتري على حوالة هذا الدين - وإلى هنا

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وقد أجاز المشروع للدائن إقرار الحوالة متى اتصلت بعلمه ، حتى قبل أن يقوم المدين أو المحال عليه بإعلانه بها . ولكن ليس للدائن أن يتسلط بالحوالة مادام إقراره لم يصل إلى المدين أو المحال عليه . وعلى هذا الاعتبار يكون لطرفي الحوالة أن يعدلوا فيها أو يعدلوا عنها قبل وصول هذا الإقرار إلى أحدهما » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠) . وانظر أيضاً الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٧٨ .

(٢) فقد نصت المادة ٤١٤ من التقنين المدني الألماني على أن « هذا الإقرار لا يجوز صدوره إلا بعد أن يعلن المدين أو الأجنبي الحوالة للدائن » . وعلى نهج التقنين المدني الألماني سارتقنين الموجبات وللعقود اللبناني (أنظر المادة ٢٨٧/٤ من هذا التقنين الأخير آنفاً فقرة ٣١٨ في الهامش) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٠ .

لا جديد ، فان الحوالة لا تفترض ، وبيع العقار المرهون ليس من شأنه افتراض حوالة الدين المضمون بالرهن ، بل لابد أن يكون هناك اتفاق خاص على هذه الحوالة . فاذا ماعقد هذا الاتفاق بين البائع والمشتري — أى بين المدين الأصلي والمحال عليه — ثم سجل عقد البيع ، وأعلن الحوالة أى من البائع أو المشتري إعلاناً رسمياً للدائن ، فان المادة ٣٢٢ مدنى قد تكفلت بتحديد الميعاد الذى يجب فيه أن يقر الدائن الحوالة أو يرفضها . وهذا الميعاد هو ستة أشهر من وقت إعلانه بالحوالة ، فاذا انقضى هذا الميعاد دون أن يقر الحوالة أو يرفضها . اعتبر سكوته إقراراً للحوالة لا رفضاً لها (١) .

ونرى من ذلك أن النص قد انخرط بهذه الحالة الخاصة عن الأحكام التى تقدم ذكرها فى أمرين : (١) قد تكفل بتحديد المدة المعقولة ، وهى ستة أشهر كما قدمنا ، ولم يتركها لتقدير أحد طرفى الحوالة . (٢) وجعل سكوت الدائن بعد انقضاء هذه المدة إقراراً للحوالة لا رفضاً لها (٢) ، وهذا عكس للحكم الذى تقرر فى غير هذه الحالة الخاصة .

(١) وقد استمدت المادة ٣٢٢ مدنى مصرى من المادة ٤١٦ من التقنين المدنى الألمانى . وكان المشروع الأول للنص الألمانى يجعل الدائن المرتهن مخيراً بين إقرار الحوالة أو اتخاذ إجراءات تنفيذ الرهن فى مدى ستة أشهر ، سواء لا يظل المدين الراهن معلقاً مدة طويلة بعد أن باع العقار المرتهن . ولكن النص الثانى عدل عن ذلك ، وجعل للدائن المرتهن الحق فى رفض الحوالة إذا أعلن الرفض للمدين الراهن ، حتى لا يضطر الدائن المرتهن إلى اتخاذ إجراءات تنفيذ الرهن فى وقت قد لا يكون ملائماً . على أن النص الألمانى فى عورته النهائية يختلف عن النص المصرى فى أن إعلان الحوالة يصدر ، وفقاً للنص الألمانى ، من المدين الراهن وحده ، فلا يجوز صدوره من المشتري لتقار المرهون ، وفى أن رفض الحوالة يجب إعلانه لهذا المدين الراهن (التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٤١٦ ص ١١٢ — ص ١١٣ — رانظر أيضاً مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهسى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٧ — ص ٥٨ — رانظر فيما يتعلق بتقنين الالتزامات السوميرى المادة ١٨٣ والمقال المشار إليه ص ٦٦ . وانظر فيما يتعلق بالتقنين المدنى المصرى المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٢ — ص ١٦٣) .

(٢) وقد يعلن الدائن المرتهن بالحوالة قبل تسجيل عقد البيع ، فهل يكون الإعلان فى هذه الحالة باطلا لا يترتب عليه أى أثر ، أو يبقى صحيحاً ولكن لا يترتب عليه أثره — أى لا يسرى ميعاد ستة أشهر — إلا من تاريخ التسجيل ؟ نرجع الرأى الثانى ، لأن الأخذ به =

ويسوغ هذا الانحراف اعتبارات عملية . فمن المصلحة ، بعد أن انتقل العقار المرهون إلى ملك المشتري ، وأصبح هذا ملزماً بالدين عينياً بحكم ملكيته للعقار ، أن ينتقل الدين إلى ذمته حتى تتفق مسئوليته الشخصية ، مع مسئوليته العينية . ومن ثم شجع النص على الوصول إلى هذه النتيجة ، بأن تولى تحديد ميعاد ، ليس بالطويل ، يكون انقضاؤه مع سكوت الدائن إيذاناً باقرار الحوالة لارفضها (١) .

= من شأنه إعمال إعلان الحوالة ، وإعمال التصرفات خير من إعمالها (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٨٧ — ص ٢٨٨) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « فإحدى من ناحية أنه لا يجوز إعلان الحوالة قبل التسجيل . وينهض لتوجيه هذا القيد أن المشروع قد قصد إلى تحاشي الفصل بين المسئولية الشخصية والمسئولية العينية عن الدين ما أمكن ، وإن من مصلحة المشتري أن تمتنع على الدائن مطالبة بمقتضى المسئولية الشخصية قبل أن تترتب مسئولية العينية ، فيما لو أعلن بالحوالة من قبل . أما فيما يتعلق بالجزء الذى يكفل نفاذ هذا الحكم ، فقد تعرض للذهن صورتان : فيجوز أن يعتبر الإعلان السابق على التسجيل غير ذى أثر في بدء سريان الميعاد الحتمى المنصوص عليه في هذه المادة ، وعلى هذا لا يبدأ سريان هذا الميعاد إلا من تاريخ التسجيل — ويجوز أن يعتبر هذا الإعلان غير ذى أثر بالنسبة للمشتري . بيد أن الصورة الأولى هي الأولى بالقبول ، نظراً لتمشيتها مع وجوب إعمال التصرفات القانونية كلما تيسر ذلك (مجموعة الأعمال التمهيدية ٣ ص ١٦٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في صدد المادة ٣٢٢ مدى ما يأتى : « تتناول هذه المادة صرورة عملية بالغة الأهمية ، تعرض عند التصرف في عقار مرهون ، مع تحمل الخلف بالدين الذى أذن الرهن لضمان الوفاء به . فالواقع إن إنشاء رهن رسمى لضمان الوفاء بالدين يجعل عنصر المسئولية العينية أغلب من عنصر المسئولية الشخصية ، وبعبارة أخرى يصبح حق الرهن الرسمى في هذه الحالة أصلاً ، ولا يكون لمسئولية المدين الشخصية عن الدين إلا منزلة الفرع من حيث النجبة . والغالب أن من يتصرف في العقار المرهون يقصد إلى نقل الدين إلى الخلف ، والتحلل من المسئولية عنه ، فليس أسوأ من مركز مدين يظل مسئولاً عن الدين شخصياً في خلال فترة طويلة بعد أن يكون قد تصرف في العقار الذى رهن لضمان الوفاء بهذا الدين . فإذا انصرف نية المتصرف إلى التخلص من الدين ، أمكن أن يترتب على الحوالة التى تتم على هذا الوجه أن يصبح الخلف مسئولاً عن الدين مسئولية عينية ومسئولية شخصية في آن واحد . وهو بهذه المثابة يسأل في جميع أمواله ، إذا لم يكن العقار المرهون الذى آل إليه كافياً الوفاء بحق الدائن . بيد أن مثل هذا الوضع ، رغم ما ينطوى فيه من نزوع إلى التمشي مع مقتضيات العمل ، والنزول على حكم المنطق ، قد يستتبع أحياناً تعريض الدائن لخطر جدى ، ولا سيما إذا كان متأخراً في الترتبة وكان في شك من استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون . فأولى به في هذه الحالة أن يبقى على دعواه قبل مدينه الأصل ، متى كان مأوون اليسار ، من أن =

٣٢٠ - كيف يكون الإقرار : والإقرار تعبير عن الإرادة ، وليس

له شكل خاص ، فأى لفظ أو كتابة أو موقف يدل على رضا الدائن بالحوالة يكفي . وقد يكون صريحاً كما يكون ضمنياً . ويكون إقرار الدائن للحوالة إقراراً ضمنياً إذا استوفى الدين أو جزءاً منه من المحال عليه دون تحفظ ، أو قبل منه أى عمل آخر يقوم به على اعتبار أنه هو المدين (١) .

= يرجع بهذه الدعوى على الخلف وقد لا يتوافر فيه من ضمانات الملاءة ما يتوافر لدى الأصل . ومودى هذا أن مصالح الدائن قد تستهدف للخطر كلما كان نصيب المسؤولية الشخصية من الأهمية أعظم من نصيب المسؤولية العينية ، كما هو الشأن في الحالة الأخيرة . وقد قصر المشروع إلى التوفيق بين مصلحة الدائن ومصلحة المتصرف - ومن الواجب أن يصنى مركزه ما أمكن حتى لا يطول أمد بقاء مسؤوليته عن الدين المضمون بالرهن بعد بيع العقار المرهون - فقضى باعتبار الدائن مقرأ بالحوالة ، إذا لم يتم برضاها صراحة خلال ثلاثة أشهر (أصبحت ستة أشهر) من إعلانه بها استثناء من أحكام القواعد العامة « مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦١ - ص ١٦٢ » . ويبدو من الأسباب التي علل بها الحكم الذي نحن بصدده أن هذا الحكم منطبق أيضاً في حالة ما إذا كان العقار المبيع مثقلاً بتأمين عيني آخر غير الرهن الرسمي ، كحق امتياز أو حق اختصاص .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٤٤٥ من هذا المشروع تجري على الوجه الآتى : « يكون إقرار الدائن للحوالة صريحاً أو ضمنياً . ويعتبر الدائن قد أقر بالحوالة إذا وفى المحال عليه الدين بصفته مديناً وقبل الدائن دون تحفظ هذا الوفاء ، أو قبل أى عمل آخر يقوم به المحال عليه بصفته مديناً » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « للدائن أن يتخذ من الحوالة مواقف مختلفة : (أ) فله أن يقرها ، وقد يكون الإقرار صريحاً أو ضمنياً . وقد يفترض الإقرار إذا قبض الدائن دون تحفظ ما أوفى به المحال عليه - كالوفاء الجزئى بأصل الدين أو الوفاء بالفوائد - أو إذا قبل من المحال عليه أداء تكليف يقع على المدين ، كما هو الشأن في التجديد . بيد أنه يشترط في هذه الحالة أن يكون المحال عليه قد أوفى بالدين ، أو أدى تكليفاً آخر مما يجب على المدين ، وأن يكون قد أضاف الوفاء أو الأداء إلى نفسه لا إلى المدين ، إذ في هذا الوضع فحسب يكون الدائن قد اعتبر المحال عليه مديناً له . وقد يستفاد إقرار الدائن للحوالة من مطالبته للمحال عليه بالتزام ، أو من إنظاره إلى أجل معلوم . على أن القرينة التي تستخلص من تلك الظروف ليست بقاطعة ، بل يجوز إسقاط دلالتها بإثبات العكس ، كما إذا كان التحفظ ذاته مستفاداً من واقع الحال . (ب) وله أن يرفضها فتكون غير نافذة في حقه » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة من المشروع ، « لأنها ليست إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة ، بدليل أنه لا مقابل لها في الفصل الخاص بحوالة الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٧ - ص ١٣٨ في الهامش) .

وبُثبت إقرار الدائن للحوالة بجميع الطرق ، وفقاً للقواعد العامة ، لأنه إرادة منفردة .

٣٢١ — الدائن حر في إقرار الحوالة أو في رفضها : وانقاعدة أن

الدائن حر في إقرار الحوالة أو في رفضها ، فإن أقرها انتقل بالنسبة إليه الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه كما سئرى ، وإن رفضها بقي المدين الأصلي مديناً له كما كان ولم ينتقل الدين بالنسبة إلى الدائن من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه . ولا شيء يجبر الدائن على إقرار الحوالة ، مهما يكن المحال عليه مليئاً ، حتى لو كان أكثر ملاءة من المدين الأصلي ، أو كان له مال ظاهر أيسر في التنفيذ عليه . فليس الدائن ملزماً أن يغير مدينه حتى إلى مدين أفضل ، فهذا أمر يرجع تقديره إليه هو ، وإذا رفض إقرار الحوالة فلا بد أن يكون لديه من الأسباب ما يبرر في نظره هذا الرفض ، وهذا كاف ولا تعقيب عليه في تقديره ، بل هو لا يسأل عن أسباب رفضه .

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن حكماً يخالف هذا الحكم ، فقد كانت المادة ٤٤٦ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : ١ - إذا رفض الدائن الإقرار ، كانت الحوالة غير نافذة في حقه . ٢ - على أنه لا يجوز للدائن أن يرفض الإقرار ، إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء . وكان يستفاد من هذا الحكم أن الدائن إذا أحيل على شخص ملئ مقتدر بحيث يكون حقه مكفول الوفاء ، فليس له أن يرفض إقرار الحوالة ، وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه في الرفض ، فيرد عليه قصده . ولا حاجة في هذه الحالة لإقراره ، بل لا عبرة برفضه ، لتكون الحوالة نافذة في حقه (١) . ولما عرض هذا النص

(١) أنظر في هذا المعنى المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٩ — ص ١٤٠ — وقد جاء فيها ما يأتى : « والمشهور عند الحنفية هو ضرورة رضا الدائن . ومن رأيهم أن قوله عليه السلام في الحديث : فإذا أحيل أحدكم على ملء فليحتل ، يفيد في ظاهره معنى الأمر ، ولكنه أمر استحباب أو إباحة ، لأن المدينين رغم يسارهم قد تتفاوت ذممهم في حسن القضاء والمطل . وهذه العلة قد يحصر الدائن على عدم إبدال مدينه . ويضيف ابن الهمام إلى ذلك أن الدائن قد يضار إذا أجبر على ستيقاه دينه من مدين لا يوفيه : —

على لجنة مجلس الشيوخ ، قام اعتراض على فكرة إجبار الدائن على إقرار الحوالة ولو كان الحق بعد الحوالة مكفول الوفاء (١) ، فوافقت اللجنة على حذف النص (٢) .

= فتح القدير ٦ ص ٣٤٧ — والكاساني ٦ ص ١٦ — ولم يعرض مرشد الحيران لهذه المسألة ، ولكن المادة ٦٨٣ من المجلة نصت صراحة على أن « الحوالة التي أجريت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له » . وانواع أن تعاقب المدين والمحال عليه يعتبر ، في اصطلاح الفقه الحنفى ، عقداً موقوفاً . وهو بهذه المثابة غير لازم بالنسبة لكل من المتعاقدين : أنظر الكاساني في البدائع ج ٥ ص ١٧٨ — ولم يرد المشروع أن يلتزم حدود هذا التصور ، ولو أن له شبيهاً في أحكام التقنين الصيني (م ٣٠٢) . أما الحنابلة فلا يشترطون رضا الدائن . ولذهبهم في هذه الناحية طابع خاص ، فن رأيهم — فيما عدا حالة الإعسار — أن الأمر المستفاد من الحديث الذي تقدمت الإشارة إليه أمر وجوب ينطوي على تكليف الدائن باستيفاء حقه من قبل تحمل الدين ، ما دام المدين الأصل قد أحال عليه . ويعتبر الدائن ، وفقاً لهذا الرأي ، غير محق في الممانعة في اتفاق لا يضار منه . فإن فعل ، كان متعنتاً ، وكان للقاضي أن يجبره على إمضاء حكم هذا الاتفاق إن اقتضى الحال ذلك : منصور بن إدريس في كشف القناع ج ٢ ص ١٨٧ « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٠ — ص ١٤١) .

(١) وقد رأينا في بيان تاريخ نص المادة ٣١٦ أن هذا الاعتراض ، لما قام في لجنة مجلس الشيوخ ، قيل في الرد عليه أن النص يتضمن قاعدة شرعية وردت في حديث شريف عن النبي صلى الله عليه وسلم : فإذا أحيل أحدكم على ملء فليحتل . فأجيب بأن مجال تطبيق القاعدة الشرعية قد تغير ، وأصبحت النفوس مليئة بالشر والمكر ، فهناك أشخاص أغنياء لا يمكن التعامل معهم ولا يمكن اقتضاء الحقوق منهم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٢ . وأنظر آنفاً فقرة ٣١٦ في الهامش) .

(٢) وقد رأينا أن لجنة مجلس الشيوخ ذكرت في تقريرها في هذا الصدد ما يأتي « حذفت من الفقرة الأولى عبارة : على أنه لا يجوز للدائن دون مبرر أن يرفض الاقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء — لأن هذه العبارة تفتح باب المنازعات ، وقد تسبب أضراراً كبيرة للدائن الذي ارتضى أن يعامل المدين دون غيره لأسباب متعددة . رأت اللجنة أن من الأنسب لذلك كله سد هذا الباب ، وهذا لا تكون حوالة الدين نافذة إلا إذا أقرها الدائن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٣ — وأنظر آنفاً فقرة ٣١٦ في الهامش) .

هذا وهناك حالة واردة في المشروع التهديد ، هي حالة بيع المتجر بماله من حقوق وما عليه من ديون ، ولم يكن المشروع التهديد يشترط فيها رضا الدائن . فقد كانت المادة ٤٥٧ من سبب المشروع تجرى على الوجه الآتي « ١ - إذا بيع متجر بماله من حقوق وما عليه من ديون ، كان المشتري مسؤولاً عن الديون بقدر ما كسب من حقوقه ٢ - ومع ذلك يبقى لمدين لأصل ملزماً هو أيضاً بالديون مدة ثلاث سنوات . وحسب هذه المدة بالنسبة للدائن التي حلت من وقت الذي يقوم فيه الجاني بإخطار الدائنين بالاحالة وبالنسبة للدين التي لم يحل قد حلت =

٣٢٢ — الأمر المترتب على إقرار الدائن للحالة أو على رفضها :

قدمنا أن الحالة تنعقد بمجرد تراضى المحال عليه والمدين الأصلي عليها ، وذلك قبل إقرار الدائن لها . فالإقرار الذى يصدر من الدائن إنما يلحق عقداً كامل التكوين ، لا يساهم الإقرار فى تكوينه ، بل كل ما له من أثر هو فى نفاذ الحالة فى حق الدائن . ومن ثم لا يعتبر الإقرار قبولاً ينتج أثره من وقت

— وقت هذا الأخطار من وقت حلولها . . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « تتناول هذه المادة حكم حالة الديون عند تفرعها على الاستخلاف على محتويات ذمة من الذم جملة واحدة ، برصفها جزافاً ، كما هو الشأن فى بيع شركة أو متجر أو حصة فى هذه أو تلك . ولا يشترط فى الاستخلاف على محتويات الذمة أو المتجر شكل خاص بل تطبق القواعد العامة فى العقود . بيد أنه لا يثير للاستخلاف أن ينفذ التزامه بنقل عناصر الذمة أو المتجر إلى الخلف جملة واحدة وإنما يتعين عليه أن ينقل إليه كل عنصر من تلك العناصر إن كانت من قبيل الحقوق وفقاً للأوضاع الخاصة بانتقال هذه الحقوق . وقد استثنى المشروع من نطاق تطبيق القواعد العامة حكم حالة الديون عند الاستخلاف على محتويات ذمة أو متجر ، فلم يشترط رضا الدائن لانعقادها ، معتداً فى ذلك بما شرع من ضمانات لحماية الدائن . وقد نص على احتفاظ الدائن بحقه فى الرجوع على المدين الأصل بوصفه مديناً متضامناً مع من يخلفه ، فى خلال ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ إخطار الدائنين بالحالة بالنسبة للديون التى حلت ومن تاريخ حلول الديون غير المستحقة الأداء . فإذا انقضت مدة السنوات الثلاث ، سقط حق الدائن فى الرجوع على المدين الأصل . وغنى عن البيان أن فى هذا الأجل فسحة تكفل للدائن حسن القيام على مصالحه . ولا يسأل المحال عليه عن الديون إلا بنسبة ما آل إليه ، فنزلت به تنحصر على هذا الوجه فى حدود عناصر الذمة التى استخلف عليها ، فإذا لم تكن جميع الأموال قد انتقلت إليه ، جاز تأسيس هذه المسؤولية على ما يكون له من حقوق أو دعاوى فى تلك الأموال . ويسرى حكم هذا النص متى اعتبرت محتويات الذمة التى يقع الاستخلاف عليها جزافاً ، ولا يهم فى ذلك أن تكون بعض الأموال قد أخرجت منها فرادى لاحتفاظ المدين الأصلي بها ، لأن الدائن يستبقى حقه فى الرجوع على هذا المدين فى خلال ثلاثة سنوات كما تقدم بيان ذلك . » . هذا وقد اقترح فى لجنة المراجعة حذف هذا النص ، فوافقت اللجنة على حذفه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦١) . وكانت المادة ٤٥٧ من المشروع التمهيدى مأخوذة من المادة ٤١٩ من التقنين المدنى الألمانى (انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٤١٩ ص ٦٢١ — ص ٦٢٣ — وانظر أيضاً مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٨ — ص ٥٩ — وانظر فى حالة بيع المتجر المادتين ٢٥ و ٢٦ من التقنين التجارى الألمانى — وانظر فى تقنين الالتزامات السويسرى المادتين ١٨١ و ١٨٢ ومقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى المشار إليه ص ٦٥ — ص ٦٦) .

صدوره ، بل هو إقرار لا تضاق تم من قبل ، فيكون له أثر رجعي يستند إلى وقت انعقاد الحوالة لا إلى وقت صدور الإقرار .

ويترتب على أن للإقرار أثراً رجعياً أنه إذا كان أحد طرفي الحوالة - المدين الأصلي أو المحال عليه - فقد أهليته في الفترة ما بين صدور الحوالة وصدور الإقرار ، فإن هذا لا يمنع من صدور الإقرار . وهذا بخلاف ما إذا لم يكن للإقرار أثر رجعي ، فإنه يجب في هذه الحالة أن يكون كل من المدين الأصلي والمحال عليه باقياً على أهليتهما إلى وقت صدور الإقرار .

ومتى صدر إقرار الدائن على النحو الذي سبق بيانه : أصبحت الحوالة نافذة في حقه ، وانتقل الدين بالنسبة إليه من المدين الأصلي إلى المحال عليه . وسنبين ذلك تفصيلاً فيما يلي :

أما إذا رفض الدائن إقرار الحوالة ، بقيت الحوالة قائمة بين المدين الأصلي والمحال عليه على الوجه الذي سنبينه . غير أنها لا تنفذ في حق الدائن ، فلا يكون المحال عليه مدينأً له مباشرة ، ولا يحق للدائن أن يجبره على الوفاء (١) . ثم إن الدائن ، إذا رفض إقرار الحوالة ، لا يستطيع العودة إلى إقرارها بعد الرفض .

الفرع الثاني

اتفاق الدائن والمحال عليه

٣٢٣ - النصري القانونية : تنص المادة ٣٢١ من التقنين المدني

على ما يأتي :

(١) وقد كان المشروع القمهيدي يشتمل على نص في هذا المعنى ، هو الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « إذا رفض الدائن الإقرار ، كانت الحوالة غير نافذة في حقه » . فحذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأنه مجرد تكرار للفقرة الأولى من المادة ٣١٦ مدني ، إذ تنص هذه الفقرة على أنه « لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ٣ ص ١٣٧ - ص ١٣٨ في الهامش) .

١ - يجوز أيضاً أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه بتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلي في التزامه .

٢ - وتسرى في هذه الحالة أحكام المادتين ٣١٨ و ٣٢٠ (١) .
ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، لأن هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين كما قدمنا .

وبقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٢١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠٨ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٤١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١/١٨٧ (٢) .
ويتبين من هذا النص أن هناك صورة ثانية لانعقاد الحوالة . بل إن هذه هي الصورة الأصلية ، لأن رضا الدائن فيها يساهم في تكوين الحوالة ، لا في نفاذها فحسب . وهذه الصورة هي اتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه ، دون حاجة إلى رضا المدين الأصلي لا في انعقاد الحوالة ، بل ولا في نفاذها في حق هذا المدين .

فتبين إذن : (١) كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه على الحوالة
(٢) وما أثر هذا الاتفاق بالنسبة إلى المدين الأصلي .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٤٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣٣ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٧ و ص ١٥٩) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٢١ (مطابقة للمادة ٣٢١ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٣٠٨ (مطابقة للمادة ٣٢١ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٣٤١ : يصح عقد الحوالة بين الدائن والمحال عليه . ويلزم المحال عليه بالأداء ، ولكن ليس له الرجوع على المدين الأصلي إلا إذا أقر المدين الحوالة .
(وهذا الحكم يطلق مع حكم التقنين المصري . غير أن رجوع المحال عليه على المدين الأصلي في التقنين المصري جائز بقاعدة الإبراء بلا سبب حتى لو لم يقر المدين الحوالة) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٢٨٧ : تنقل دين المدين يحصل إما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه ، وبما بالاتفاق بين هذا والمدين .
(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصري) .

٣٢٤ — كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه : هذه الصورة

الثانية لحالة الدين تمتاز عن الصورة الأولى في أن الدائن — وهو صاحب الدين — هو الذى يتولى بنفسه تحويل الدين الذى له من ذمة مدينه الأصل إلى ذمة المحال عليه (١) . فالاتفاق يتم إذن مباشرة بين الدائن والمدين الجديد ، وبموجبه يتحول الدين من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد ، دون حاجة إلى رضا المدين القديم .

وليس للاتفاق شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة يكتفى . وقد يكون تراضى الطرفين صريحاً ، كما يكون ضمناً . فاذا عرض المحال عليه على الدائن الوفاء بجزء من الدين باعتباره هو المدين ، لا باعتباره نائباً عن المدين الأصل ، وقبل منه الدائن دون تحفظ هذا الوفاء ، فقد انعقدت حوالة الدين بتراضى ضمنى ، وتحويل الدين إلى ذمة المحال عليه ، ولزمه أن ينى للدائن بالباقى منه .

ويجب أن يقع اتفاق الحوالة على الدين ذاته ، حتى ينتقل الدين بجميع ضماناته وصفاته وبجميع دفعه إلى المدين الجديد ، وذلك تطبيقاً للمادتين ٣١٨ و ٣٢٠ مدنى اللتين تسريان فى الصورة التى نحن بصدددها ، كما تنص على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٣٢١ مدنى (٢) .

ومن ثم يجب أن يكون الاتفاق متمحضاً بنية الحوالة . إذ يصح أن يتفق الطرفان ، لا على حوالة الدين ، بل على تجديده . وقد عرفنا الفرق بين الحوالة والتجديد ، ففى الحوالة ينتقل الدين نفسه إلى ذمة المدين الجديد ، أما فى التجديد فينقضى الدين الأصل ويحل محله دين جديد . ونية الحوالة هى التى تميز الاتفاق على حوالة الدين عن الاتفاق على التجديد ، فان التجديد يتم أيضاً ، كما سنرى ،

(١) أما فى الصورة الأولى ، فإن المدين هو الذى يحول الدين من ذمته إلى ذمة المدين الجديد ، ولذلك اقتضت هذه الصورة رضا الدائن حتى تكون الحوالة نافذة فى حقه . ولم تقتض الصورة الثانية التى نحن بصدددها رضا المدين الأصل ، ولو لتكون الحوالة نافذة فى حقه ، فإن الحوالة تمنع فى هذه الصورة الثانية نافذة فى حق المدين الأصل بمجرد انعقادها ودون حاجة إلى رضائه كما سنرى .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٨ .

باتفاق بين الدائن والمدين الجديد . وقد كان هذا التمييز نهاية لتطور طويل في القانون ، إذ كان الاتفاق على التجديد هو المعروف وحده ، ثم عرف بعد ذلك التعهد بوفاء الدين (expromissio) ، وتطور هذا التعهد إلى أن أصبح اتفاقاً على الحوالة (١) .

كذلك يجب التمييز بين الاتفاق على الحوالة على النحو الذى قدمناه والاتفاق على أن يكون المدين الجديد مضافاً إلى المدين الأصلي ومتضامناً معه في الدين ، ففي هذه الحالة الأخيرة لا ينتقل الدين إلى ذمة المدين الجديد ، بل يبقى في ذمة المدين الأصلي ، ويتضامن معه فيه مدين جديد (٢) .

٣٢٥ - أثر الاتفاق بالنسبة إلى المدين الأصلي : قدمنا أن هذا

الاتفاق لا يقتضى اشتراك المدين الأصلي فيه ولا إقراره له ، فرضاؤه غير ضرورى لالانعقاد الحوالة ولا لنهاذا في حقه . ذلك أنه من القواعد المقررة أنه يجوز لأجنبي أن يني بالدين دون رضا المدين (المادة ٣٢٣ مدنى) ، ومتى قبل الدائن الوفاء ، ولو عارض المدين ، انقضى الدين ، وكان للأجنبي الذى وفاه الرجوع على المدين الأصلي بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب إذا كان الوفاء بغير علمه أو برغم إرادته . ويقاس على الوفاء الحوالة ، والأجنبي هنا - وهو المحال عليه أو المدين الجديد - لم يف بالدين فعلاً ، بل اتفق مع الدائن على أن ينقله إلى ذمته . فينتقل الدين بهذا الاتفاق ، وتبرأ ذمة المدين الأصلي . رضى بالحوالة أو لم يرض ، علم بها أو لم يعلم ، فالاتفاق يسرى في حقه دون أن

(١) أنظر في هذا المعنى التعليقات على الترتيب المدنى الألمانى جزء أول م ٤١٤ ص ٦٠١ - ص ٦٠٢ .

(٢) وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « ولا يشترط لانعقاد الحوالة في هذه الصورة شكل خاص ، بل تسرى القواعد العامة بشأن إثبات انعقادها ، كما أن الرضاء فيها قد يكون سريخاً أو ضيقاً . بيد أنه يشترط على أى حال أن يفرغ رضا الطرفين بحيث يتيسر للدائن أن يفهم أن المحال عليه لم يقصد إلى الاشتراك في المسئولية عن الدين ، أو إلى الالتزام به على سبيل التضامن ، بل إلى إحلال نفسه محل المدين الأصلي في أدائه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٧ - ص ١٥٨) .

يكون طرفاً فيه بل ودون أن يقره ، لأنه يتمحض لمصلحته (١) . ومن ذلك نرى أن الحوالة في هذه الصورة الثانية ، بخلاف الصورة الأولى ، تنعقد نافذة فوراً في حق المدين الأصلي بمجرد انعقادها ودون حاجة إلى إقرار هذا المدين .

بيد أن عدم اشتراك المدين الأصلي في الحوالة يظهر أثره في أمرين : (الأمر الأول) رجوع الحال عليه على المدين الأصلي بما وفاه للدائن . ففي الصورة الأولى التي تم برضاء المدين الأصلي بموجب اتفاق بينه وبين الحال عليه ، يحدد هذا الاتفاق كيف يرجع الحال عليه على المدين الأصلي بما يوفيه للدائن على النحو الذي سنبينه فيما يلي . أما هنا في الصورة الثانية التي نحن بصددتها فالمدين الأصلي لم يتدخل في الحوالة ، فيكون رجوع الحال عليه بالمدين الذي وفاه عنه غير قائم على أى اتفاق بينهما ، فلا يبقى إلا أن يرجع عليه بقاعدة الإثراء بلا سبب . (والأمر الثاني) ضمان المدين الأصلي ليسار الحال عليه . ففي الصورة الأولى التي تم باتفاق بين المدين الأصلي والحال عليه ، تقضى المادة ٣١٩ مدني بأن « يضمن المدين الأصلي أن يكون الحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » . أما في الصورة الثانية التي نحن بصددتها ، حيث لا يتدخل المدين الأصلي في الحوالة ، فلا ضمان عليه ، وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٣٢١ مدني تقضى ، في هذه الصورة الثانية ، بسريان المادة ٣١٨ (انتقال الدين بضماناته) والمادة ٣٢٠ (انتقال الدين بدفعه) دون المادة ٣١٩ (ضمان اليسار) . وهذا أمر طبيعي ، ف ضمان المدين الأصلي ليسار الحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة لا يكون إلا إذا كان هذا المدين قد اشترك في الحوالة ورضى بها ، أى في الصورة الأولى . أما إذا لم يشترك فيها ، كما هي الحال في الصورة الثانية ، فلا محل لهذا الضمان .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا المعنى ما يأتي : « ولا يشترط رضاء المدين الأصلي بالحوالة في هذه الصورة ، فهي تنعقد صحيحة سواء أقرها أو مانع فيها ، وذلك أنها تتمحض لمنفعته ، إذ يتربط عليها أن تبرأ ذمته من الالتزام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥٨) .

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على حوالة الدين

٣٢٦ - **مرفقات متنوعة:** هنا أيضاً ، كما في حوالة الحق ، إذا انعقدت حوالة الدين تقوم علاقات متنوعة تتناول كلا من الدائن والمدين الأصلي والمحال عليه .

وتختلف حوالة الدين عن حوالة الحق في أن هذه العلاقات لا تتناول الغير . ذلك أن الغير في حوالة الحق هو ، كما قدمنا ، كل شخص كسب حقاً على الحق المحال به ، كحال له ثان أو دائن حاجز ، ولا يتصور « غير » على هذا النحو في حوالة الدين (١) .

فنتعرض: (١) علاقة الدائن بالمحال عليه (٢) علاقة الدائن بالمدين الأصلي (٣) علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه .

(١) وإذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه وأقر الدائن الحوالة ، فقد انتقل الدين إلى ذمة المحال عليه بالنسبة إلى الدائن نفسه بمجرد إقراره . فإذا فرض أن المدين الأصلي اتفق مع شخص آخر على أن يحول له الدين ، بعد الاتفاق الأول الذي أقره الدائن ، فإن الدين ، وقد سبق أن تحول إلى ذمة المحال عليه الأول بالحوالة الأولى ، لا يمكن أن يتحول مرة أخرى إلى ذمة المحال عليه الثاني ، لأن المدين الأصلي وقت الحوالة الثانية لم يكن مديناً .

وغنى عن البيان أن المدين الأصلي إذا عقد حوالتين متعاقبتين مع شخصين مختلفين ، فأية حوالة مهما يقرها الدائن أولاً هي التي تسرى ولا عبرة بالحوالة الثانية بالنسبة إلى الدائن ، وإن كانت هذه الحوالة الثانية تبقى قائمة بين المدين الأصلي والطرف الآخر فيها وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا عقدت حوالتان متعاقبتان ، أحدهما أو كليهما باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فأية حوالة مهما رضى الدائن بها أو أقرها أولاً هي التي تسرى .

الفرع الأول

علاقة الدائن بالمحال عليه

٣٢٧ — مسائل مبروت : نفرض هنا أن الحوالة قد انعقدت ونفذت

في حق الدائن، إما بأن تكون قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ثم أقرها الدائن (١) كما هو الأمر في الصورة الأولى، وإما بأن تكون قد انعقدت نافذة فوراً في حق الجميع وذلك باتفاق بين الدائن والمحال عليه كما هو الأمر في الصورة الثانية.

في هذا الفرض ينتقل الدين، كما قدمنا، من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه. فيستخلف المدين الأصلي المحال عليه في الدين نفسه، ومن ثم تنتقل مع الدين ضماناته ودفعه.

فعندنا إذن مسائل ثلاث : (١) استخلاف المحال عليه في الدين، أي حلول المحال عليه محل المدين الأصلي في الدين (٢) انتقال الدين بضماناته (٣) انتقال الدين بدفعه.

المبحث الأول

حلول المحال عليه محل المدين الأصلي في الدين

٣٢٨ — ما يترتب على هذا المحلول : متى صارت حوالة الدين نافذة

في حق الدائن، يحل بالنسبة إليه المحال عليه محل المدين الأصلي في الدين. ويترب على ذلك : (١) أن تبرأ ذمة المدين الأصلي قبل الدائن (٢) وأن ينتقل الدين نفسه إلى المحال عليه.

(١) أما قبل إقرار الدائن، فقد قدمنا أن الحوالة لا تكون نافذة في حق، ويكون المحال عليه أجنياً بالنسبة إليه، ويبقى المدين الأصلي هو المدين تجاه الدائن.

٣٢٩ - براءة ذمة المدين الأصلي قبل الرأى : براءة ذمة المدين

الأصل قبل الدائن هي النتيجة الحتمية المترتبة على انتقال الدين من ذمته إلى ذمة المحال عليه . ويتم براءة الذمة هذه من وقت انعقاد الحوالة في كل من صورتيها . ذلك أن الحوالة إذا انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فإنها تنعقد نافذة مباشرة في حق الدائن ، فتبرأ ذمة المدين الأصلي من وقت انعقاد الحوالة . وإذا هي انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فإنها لا تصبح نافذة في حق الدائن إلا باقراره كما قدمنا ، ولكن هذا الإقرار ينسحب أثره إلى وقت انعقاد الحوالة كما سبق القول ، فتستند براءة ذمة المدين الأصلي في هذه الصورة أيضاً إلى وقت انعقاد الحوالة (١) .

وغنى عن البيان أن ذمة المدين الأصلي تبرأ على النحو الذي قدمناه دون حاجة إلى أن يصرح الدائن بذلك ، فإن هذا المعنى مستفاد من رضائه بالحوالة في الصورة الأولى ومن إقراره لها في الصورة الثانية (٢) .

ويرتب على أن ذمة المدين الأصلي تبرأ من وقت انعقاد الحوالة نتيجتان هامتان :

(١) تعتبر هذه البراءة نهائية من وقت انعقاد الحوالة . فلو أن المحال عليه ، وقد انتقل الدين إلى ذمته من هذا الوقت ، أعسر بعد ذلك ولم يستطع الدائن أن يستوفي منه الدين ، فإن الدائن لا يستطيع الرجوع بالدين على المدين الأصلي بعد أن برئت ذمته من الدين كما قدمنا . وهذا ظاهر في حالة انعقاد الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فإن المدين الأصلي لا يكون مسئولاً حتى

(١) وقد كان المشروع التمهيدى التقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً في هذا المعنى هو المادة ٤٥٠ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : ١ - إذا أثر الدائن الحوالة ، برئت ذمة المدين الأصلي ، وحل محله المحال عليه . ٢ - وينسحب أثر الإقرار ليوم الذى تم فيه الاتفاق بين المدين الأصل والمحال عليه . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ هامش رقم ١) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣

عن ضمان يسار المحال عليه كما قدمنا . أما في حالة الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فسنرى أن المدين الأصلي يضمن للدائن أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة (م ٣١٩ مدني) . فلو أعسر المحال عليه بعد انعقاد الحوالة وقبل إقرار الدائن لها ، فإن الدائن ، وإن كان لا يرجع على المدين الأصلي بالمدين ذاته ، إلا أنه يرجع عليه بالضمان . وإذا كان إعسار المحال عليه تالياً لإقرار الدائن للحوالة ، فليس للدائن بغير اتفاق خاص أن يرجع حتى بالضمان على المدين الأصلي (١) .

(٢) تبرأ ذمة المدين الأصلي من وقت انعقاد الحوالة ، وتنشغل ذمة المحال عليه بالمدين من هذا الوقت ، بحيث لو زالت عن المحال عليه أهليته بعد انعقاد الحوالة وقبل الإقرار ، في إحدى صورتى الحوالة ، لم يكن لذلك أثر في صحة التزامه بالمدين قبل الدائن ولا في براءة ذمة المدين الأصلي ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ومن باب أولى لو أن الحوالة انعقدت ، في الصورة الأخرى ، باتفاق بين الدائن الأصلي والمحال عليه ، وفقد المحال عليه أهليته بعد ذلك ، فإن فقدانه لأهليته لا يؤثر في صحة التزامه نحو الدائن بعد أن تم التعاقد بينهما على انتقال الدين إلى ذمته . ولو نشأ دين ، في الفترة ما بين انعقاد الحوالة وإقرار الدائن لها في الصورة الأولى من صورتى الحوالة ، لصالح المدين الأصلي في ذمة الدائن ، فإن المقاصة ، بعد إقرار الدائن للحوالة واستناد هذا الإقرار إلى وقت انعقادها ، لاتقع بين الحق المحال به وهذا الدين الذي نشأ . ذلك أن الدين المحال به يكون قد انتقل بإقرار الدائن للحوالة إلى ذمة المحال عليه فلم تعد ذمة المدين الأصلي مشغولة به ، ويستند هذا الأثر إلى وقت انعقاد الحوالة أى إلى وقت سابق على نشوء الدين لصالح المدين الأصلي في ذمة الدائن ، فلا تقع المقاصة بين الدينين . ومن باب أولى لو أن الحوالة انعقدت ، في الصورة الثانية ، باتفاق بين الدائن الأصلي والمحال عليه ، فإن الدين المحال به ينتقل بمجرد هذا الاتفاق إلى ذمة

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وتعتبر البراءة نهائية ، فلو أعسر المدين الجديد فيما بعد ، فليس للدائن أن يرجع على الأصيل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٢) .

المحال عليه ولا تعود ذمة المدين الأصلي مشغولة به ، فلو نشأ دين بعد ذلك لصالح المدين الأصلي في ذمة الدائن لم تقع مقاصة بينه وبين الدين المحال به (١) .

٣٣٠ — انتقال الدين نفسه الى المحال عليه : براءة ذمة المدين الأصلي

عن الدين إنما هي نتيجة ترتبت على انتقال هذا الدين نفسه إلى ذمة المحال عليه كما قدمنا . والدين الذي ينتقل هو نفس الدين الذي كان في ذمة المدين الأصلي ، وينتقل بصفاته وضمائنه ودفعه . وسرى فيما يلي كيف تنتقل الضمانات والدفع .

أما انتقال الدين بصفاته ، فمثله أن يكون الدين معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ، فينتقل بشرط أو أجله (٢) . ومثله أيضاً أن يكون الدين تجارياً فينتقل على هذا الوصف ، أو أن يكون منتجاً لفوائد فينتقل منتجاً للفوائد بنفس السعر وبنفس الشروط ، أو أن يكون قد بدأ سريان التقادم ضده فينتقل والتقادم مستمر في سريانه إلى أن يعترضه وقف أو انقطاع ، أو أن يكون مقترناً بسند تنفيذي كحكم قابل للنفاذ أو ورقة رسمية فينتقل قابلاً للتنفيذ بهذا السند نفسه .

وينتقل الدين على هذا النحو إلى ذمة المحال عليه من الوقت الذي تبرأ فيه ذمة المدين الأصلي ، أي من وقت انعقاد الحوالة على الوجه الذي قدمناه .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « متى أقر الدائن الحوالة بجرى الحكم كما لو كان هذا الدائن قد اشترك في التعاقد الذي تم من قبل بين المدين والمحال عليه ... ويرامى أن أثر براءة ذمة المدين الأصلي والتزام المدين الجديد قبل اندثاره ينسحب إلى هذا التاريخ ، فلو زالت عن المحال عليه أهليته بعد انعقاد الحوالة وقبل الإقرار ، فلا يكون لذلك أثر في صحة التزامه قبل الدائن ، لأن الدائن يعتبر طرفاً في التعاقد السابق . ولو نشأ سبب من أسباب المقاصة لصالح المدين الأصلي في هذه الفترة ، فلا يجوز التمسك بمثل هذا السبب ، إذ المفروض أن الأصل قد برئت ذمته من قبل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٢) .

(٢) وتنص المادة ٣٤٧ من التقنين المدني العراقي في هذا المعنى على ما يأتي : « يتحول الدين على المحال عليه بصفته التي على المدين ، فإن كان حالاً تكون الحوالة به حالة ، وإن كان مؤجلاً تكون مؤجلة » .

ومن هذا الوقت لا يستطيع الدائن أن يستوفي الدين إلا من المحال عليه (١) .
وليس له أن يطالب المدين الأصلي بشيء (٢) . وللدائن أن يستوفي الدين من المحال
عليه بأي سبب من أسباب الاستيفاء : بالوفاء ، أو بالمقاصة ولو نشأ الدين
الجديد في ذمة الدائن لصالح المحال عليه في الفترة ما بين انعقاد الحوالة وإقرار

(١) وفي الفقه الإسلامي ، يوجد ، كما قلنا ، ضرب من الحوالة يعرف بالحوالة المقيدة .
وصورتها أن يتفق كل من المدين الأصلي والمحال عليه والدائن على أن يستوفي الدائن الدين الذي
في ذمة المدين الأصلي من دين في ذمة المحال عليه لهذا المدين الأصلي ، فتقيد حوالة الدين باستيفائه
من دين آخر للمدين الأصلي في ذمة المحال عليه . وقد ورد في التقنين المدني العراقي طائفة من
النصوص في هذه الحوالة المقيدة ، نكتفي بإيرادها فيما يلي :

م ٣٥٢ عراقي : إذا اشترط المحيل في الحوالة أن يبيع المحال عليه عيناً مملوكة للمحيل ويؤدى
الدين المحال به من ثمنها وقبل المحال له الحوالة بهذا الشرط ، صحت الحوالة ، ولا يجبر المحال
عليه على الدفع قبل البيع ، ويجبر على البيع وتأدية الدين من الثمن .

م ٣٥٣ عراقي : ١ - إذا سقط الدين الذي قيدت به الحوالة بأمر عارض بعدها ، فلا يسل
الحوالة . فلو أحال البائع غريمه على المشتري بشن المبيع ، فهلك المبيع عند البائع قبل تسليمه
للمشتري وسقط الثمن منه ، أورد المبيع بخيار عيب أو غيره ، فلا تبطل الحوالة ، ويكون
للمحال عليه بعد الأداء الرجوع بما آداه . ٢ - أما إذا سقط الدين الذي قيدت به الحوالة بأمر
سابق عليها ، وتبينت براءة المحال عليه منه ، فإن الحوالة تبطل . فلو أحال البائع غريمه على
المشتري بشن المبيع ، ثم استحق المبيع للغير ، بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل .

م ٣٥٤ عراقي : في كل موضع ورد فيه استحقاق المبيع الذي أحيل بشنّه ، إذا أدى المحال
عليه الثمن ، كان له الخيار في الرجوع ، إن شاء رجع على المحال له القابض ، وإن شاء رجع
على المحيل .

م ٣٥٥ عراقي : ١ - إذا أحال المدين غريمه على الوديع حوالة مقيدة بالعين المودعة عنده ،
فهلكت الوديعة قبل أدائها للمحال له بلا تعد من الوديع ، بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل .
واستحقاق الوديعة للغير يبطل للحوالة كهلاكها . ٢ - فإن كان ملاك الوديعة بتقصير الوديع
أو تعديه ، فلا تبطل الحوالة .

م ٣٥٦ عراقي : ١ - إذا أحال المدين غريمه على الغاصب حوالة مقيدة بالعين المنصوبة ،
فهلكت العين في يد الغاصب قبل أدائها للمحال له ، فلا تبطل الحوالة . ٢ - فإن استحققت العين
المنصوبة للغير ، بطلت الحوالة وعاد المحال له بحقه على المحيل .

أنظر أيضاً الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٣٣٩ عراقي وقد سبق ذكرهما : آنفاً فقرة ٣١٢
في الهامش .

(٢) وتنص المادة ٣٤٦ من التقنين المدني العراقي في هذا المعنى على ما يأتي : « إذا قبل
المحال له الحوالة ورضى المحال عليه بها ، برىء المحيل من الدين ومن المطالبة معاً ، وثبت للمحال
له حق مطالبة المحال عليه » .

الدائن لها ، أو بالتجديد ، أو باتحاد الذمة ، أو بالإبراء ، أو بغير ذلك (١) .

المبحث الثاني

انتقال الدين الى المحال عليه بضماناته

٣٣١ - النصرة القانونية : تنص المادة ٣١٨ من التقنين المدني

على ما يأتي :

(١) وتنص المادة ٣٥٠ من التقنين المدني العراقي في هذا المعنى على ما يأتي : « تبرأ ذمة المحال عليه من الدين بأداء المحال به ، أو بحركاته إياه على آخر ، أو بالإبراء أو باتحاد الذمة ، أو بأي سبب آخر يقضى الالتزام » .

وإذا أراد الدائن استيفاء الدين من المحال عليه ، فوجده معسراً إعساراً جزئياً ، زاحم بقية دائني المحال عليه ، وما بقي له من الدين بعد ذلك يرجع به على المدين الأصلي إن كان له حق الرجوع عليه بالضمان ، وذلك فيما إذا أعسر المحال عليه قبل إقرار الدائن للحالة (م ٣١٩ مدني) . وفي هذا المعنى تنص المادة ٣٥١ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي : « إذا مات المحال عليه مديناً ، يقسم ماله بين الغرماء وبين المحال له بالخصص ، وما بقي للمحال له بعد القسمة يرجع به على المحيل إذا كان له حق الرجوع » .

وبديهى أن نص التقنين العراقي السالف الذكر لا يمرض لحالة ما إذا كان الدين المحال به مضموناً برهن أو بامتيار أو بأي تأمين آخر . فإن كان مضموناً بشيء من ذلك ، فإن مزاحمة دائني المحال عليه للدائن لا تنقطع فيما يتعلق بمال المحال عليه ، وتنقطع بداهة فيما يتعلق بالضمان فلا يزاحم دائنو المحال عليه الدائن في المال المشغل برهن أو امتياز أو نحو ذلك . والتريب أن الأستاذ حسن الذنون يأخذ على المادة ٣٥١ من التقنين المدني العراقي أنها لم تذكر هذا الأمر البديهي ، وهي لو ذكرته لكان هذا فضولاً ليس له مبرر وتزييداً لا محل له . والأغرب من ذلك أن الأستاذ ينمى في هذه المناسبة على التقنين المدني العراقي أنه لم يوفق في الجمع بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي ، فيقول في صدد هذا النص : « وهذا مثل آخر من أمثلة كثيرة جداً (كذا) تدل دلالة واضحة على عدم توفيق المشرع في الجمع بين الفقهين الإسلامي والمدني جمعاً غير متناظر ولا متناقض » (أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٣٦) . ونحسب أن الأستاذ حسن الذنون قد تسرع في تقديمه بهذا الحكم ، وكان واجب الأنصاف يقتضيه أن يكون أدق نظراً وأوسع أحاطة قبل أن ينمى على التقنين المدني العراقي تناقضاً لا وجود له . أما المسألة التي أثارها في خصوص حق الامتياز العام ، كامتياز المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال وكل أجير آخر وامتياز النفقة المستحقة في ذمة المدين ، وقد جزم الأستاذ أن هذا ينتقل باعتباره وصفاً للدين إلى مال المحال عليه بعد الحوالة ، فهذه مسألة لا تزال محللاً للنظر ، وسنشير إليها فيما يلي (أنظر فقرة ٢٣٢ في الهامش) .

١ - تبقى للدين الحال به ضماناته .

٢ - ومع ذلك لا يبقى الكفيل ، عينياً كان أو شخصياً ، ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، لأن هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين كما سبق القول .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣١٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٤٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٨٨ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٥١ من المشروع التمهيدى على وجهه السابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا عبارة وردت في آخر الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى هذا نصها : « بالرغم من تغيير شخص المدين » . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة لعدم ضرورتها ، وأصبح النص كامل التطابق ، وصار رقمه ٣٣٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٦ - ص ١٤٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣١٨ (مطابقة للمادة ٣١٨ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني الليبي م ٣٠٥ (مطابقة للمادة ٤١٨ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٣٤٨ : ١ - تبقى للدين الحال به ضماناته بالرغم من تغيير شخص المدين ، فإذا أقال الراهن المرتهن بالدين على آخر أو أقال المشتري البائع بالثمن على آخر ، فلا يسقط حق المرتهن في الرهن ، ولا حق البائع في حبس المبيع . أما إذا أقال المرتهن غريماً له على الراهن ، فإن حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهناً للمحال له ، وكذا إذا أقال البائع غريماً له على المشتري بالثمن يسقط حقه في حبس العين المبيعة . ٢ - على أن من كفل الدين المحال به كفالة شخصية أو عينية لا يكفل الحال عليه ، إلا إذا رضى الكفيل بالحوالة .

(وهذا النص حكمه يتفق مع حكم نص التقنين المصرى . وسنعرض فيما يلى إلى الحالة التى يحلها الدائن فيها على مدينه ديناً فى ذمته لدائن له ، فيحيل المرتهن غريماً له على الراهن أو يحيل البائع غريماً له على المشتري بالثمن ، وسنرى أن الحكم المنصوص عليه في الفقرة الأولى من مادة ٣٨٤ من التقنين المدني العراقي خاصاً بهذه الحالة ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٨٨ : إن التأمينات العينية تبقى قائمة بعد انتقال الدين . أما التأمينات الشخصية فتسقط ، إلا إذا وافق المسئولون على الاتفاق الذى عقد .

والنصر ، كما نرى ، يعرض للتوعين من الضمانات : (١) الضمانات العينية
التي تأتي من جهة المدين الأصلي (٢) والضمانات الشخصية أو العينية التي يقدمها
كفيل من المدين الأصلي للدائن .

٣٣٢ - الضمانات العينية التي تأتي من جهة المدين الأصلي :

قد يكون المدين الأصلي قدم للدائن ضماناً للمدين ، رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً .
أو يكون الدين مضموناً بحق امتياز أو حق اختصاص يشغل عيناً مملوكة للمدين .
فتنتقل كل هذه الضمانات العينية مع الدين لمصلحة الدائن (١) .

= (وهذا النص حكمه يتفق في جملته مع حكم التقنين المصري ، إلا أن عبارة «التأمينات العينية»
الواردة في التقنين اللبناني واسعة ، فهي تشمل الكفيل العيني ، والكفيل العيني في التقنين
المصري لا يضمن المحال عليه إلا إذا رضى بالحالة : انظر الدكتور صبحي محمصاني في انتقال
الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٥) .

(١) أما التقنين المدني الألماني ، فإن المادة ٤١٨ منه تقضي بأن حوالة الدين تنهى الكفالة
ورهن الحيازة اللذين كانا يضمنان الدين قبل الحوالة . وإذا وجد رهن رسمي كان ضماناً للمدين
قبل حوالة ، فإن رضاء الدائن بالحوالة يكون بمثابة نزول منه عن هذا الرهن . ولكن هذه
الأحكام لا تسري إذا كان الكفيل الشخصي ، أو من كان مالكا وقت الحوالة للعين المرهونة
في الدين ، قد رضى بالحوالة . وإذا كان للمدين امتياز التقدم على غيره من الديون عند إفلاس
المدين ، فإن هذا الامتياز لا يجوز التمسك به في مال المحال عليه إذا أفلس - ويقول المعلقون
على التقنين المدني الألماني في صدد هذا النص ما يأتي : ١ - إن الرهن الذي رتبته المدين على عين
مملوكة له ضماناً للمدين يبقى ضماناً له بعد الحوالة ، إذا كان المدين هو الذي عقد الحوالة مع المحال
عليه وأقرها الدائن . أما إذا كانت الحوالة قد تمت باتفاق بين الدائن والمحال عليه ولم يشترك فيها
المدين ، فرضا الدائن بالحوالة مع عدم اشتراك المدين فيها يعد نزولاً منه عن الرهن . (٢) في حالة
ما إذا رتب المدين رهناً رسمياً على عقار مملوك له لضمان الدين ، ثم انتقلت ملكية العقار إلى
أجنبي (حائز للعقار) قبل الحوالة ، فإن الرهن لا يكون ضماناً للمدين بعد الحوالة ، ولو
انعقدت بالاتفاق مع المدين الأصلي ، إلا إذا رضى الحائز للعقار أيضاً بهذه الحوالة . ذلك أن
قبول الدائن للحوالة دون أن يرضى بها الحائز للعقار يعد بمثابة نزولاً من الدائن عن الرهن .
٣ - لا يضمن الكفيل ، شخصياً كان أو عينياً ، الدين بعد انتقاله بالحوالة إلى ذمة المحال عليه ،
إلا إذا رضى بهذه الحوالة . ٤ - حق الامتياز الذي يكون ضماناً للدائن قبل الحوالة ، ولو كان
حق امتياز عام ، لا ينتقل إلى مال المحال عليه بعد الحوالة . ذلك أن حق الامتياز أسبقية يقرها
القانون للمدين الممتاز ، فلا يصح أن يسبق الدائن المحال دائي المحال عليه في مال هذا الأخير
بمقتضى أسبقية قررها القانون في مال آخر غير هذا المال . انظر في كل ذلك التعليقات على التقنين
المدني الألماني جزء أول م ٤١٨ ص ٦١٧ - ص ٦٢١ .

فاذا كان المدين الأصلي قدم عقاراً مرهوناً رهنًا رسمياً أو عيناً مرهونة رهن حيازة ضماناً لدينه ، ثم تحول الدين إلى ذمة المحال عليه - سواء كان ذلك باتفاق المدين الأصلي مع المحال عليه وإقرار الدائن أو كان باتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه (١) - بقی هذا الدين مضموناً بالرهن الرسمي أو رهن الحيازة كما كان وهو في ذمة المدين الأصلي . ويصبح المدين الأصلي في هذه الحالة بمثابة

= وأما تقنين الالتزامات السويسرى، فتقضى المادة ١٧٨ منه، على العكس من التقنين المدنى الألمانى ، بأن التأمينات التى كانت تضمن الدين قبل الحوالة تبقى ضامنة له بعدها ، ومع ذلك لا يكون الكفيل ، شخصياً كان أو عينياً ، ضامناً للدين بعد حوالاته إلا إذا رضى بالحوالة . ونرى من ذلك أن الأحكام التى تضمنها تقنين الالتزامات السويسرى هى التى سار عليها التقنين المدنى المصرى .

ويقول الأستاذان شيرون ومحمد صادق فهمى فى مقالهما فى مجلة مصر المعاصرة : (١) : التقنينين الألمانى والسويسرى يتقاربان فى الواقع ، ولو أن كلا منهما أخذ بمبدأ يخالف المبدأ الذى أخذ به الآخر . ذلك أن كلا منهما أدخل من الاستثناءات على المبدأ الذى أخذ به ما جعل التقارب يتحقق بين التقنينين . فالتقنين الألمانى بدأ بتقرير أن التأمينات لا تنتقل ، ولكنه استثنى الرهن الذى رقبه المدين على عين مملوكة له ثم رضى بالحوالة ، واستثنى كذلك الكفيل ، شخصياً كان أو عينياً ، إذا رضى بالحوالة . والتقنين السويسرى بدأ بتقرير أن التأمينات تنتقل ، ولكنه استثنى الكفيل ، شخصياً كان أو عينياً ، إذا لم يرض بالحوالة . (٢) إن حق الامتياز العام الذى كان ضامناً للدين قبل الحوالة ينبغى أن ينتقل إلى مال المحال عليه بعد الحوالة ، ذلك أن الامتياز العام ليس إلا وصفاً للدين ، والحوالة تنقل الدين بالوصف الذى هو عليه . أنظر فى كل ذلك مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٦ و ص ٦٤ - ص ٦٥ .

ويتبين مما تقدم أن الأحكام التى أخذ بها كل من تقنين الالتزامات السويسرى والتقنين المدنى المصرى تختلف عن الأحكام التى أخذ بها التقنين المدنى الألمانى فيما يأتى : (١) الرهن الذى يرقبه المدين الأصلي على عين مملوكة له ضماناً للدين ، فى التقنين الألمانى ، لا يبقى بعد الحوالة ضامناً له إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون اشتراك المدين الأصلي . أما فى التقنينين المصرى والسويسرى ، فإن هذا الرهن يبقى ضامناً للدين . (٢) إذا انتقل العقار المرهون رهنًا رسمياً فى الدين إلى أجنبى (حائز للعقار) ، فى التقنين الألمانى ، فإن الرهن لا يضمن الدين بعد حوالاته إلا إذا رضى الحائز للعقار بالحوالة . أما فى التقنينين المصرى والسويسرى ، فإن هذا الرهن يبقى ضامناً للدين ولو لم يرض الحائز للعقار بالحوالة . (٣) حق الامتياز العام الذى كان يضمن الدين قبل حوالاته لا ينتقل ، بنص صريح فى التقنين الألمانى ، إلى مال المحال عليه بعد الحوالة . ولا يوجد نص فى هذه المسألة فى أى من التقنينين المصرى والسويسرى .

(١) وقد رأينا أن التقنين المدنى الألمانى لا يجعل الرهن فى هذه الحالة ضامناً للدين بعد الحوالة إذا انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون اشتراك المدين الأصلي .

كفيل عيني ، فان ذمته قد برئت من الدين بالحوالة ولكن ماله بقي مرهوناً لضمان الدين . وإذا انتقلت ملكية العين المرهونة إلى أجنبي ، فانها تبقى مثقلة بالرهن ضماناً للدين وهي في يد هذا الحائز للعقار (١) .

وإذا كان الدين المحال به قد صدر به حكم نهائي واستطاع الدائن أن يأخذ حق اختصاص على عقار للمدين ، ثم تحول الدين إلى المحال عليه ، فان حق الاختصاص يبقى ضامناً للدين على النحو الذي قدمناه في الرهن ، وتبرأ ذمة المدين الأصلي من الدين بالحوالة ولكن عقاره المأخوذ عليه حق اختصاص يبقى مثقلاً بهذا الحق ضماناً للدين .

وإذا كان الدين المحال به مضموناً بحق امتياز ، بأن كان مثلاً ثمن مبيع ، وحول المشتري الثمن الذي في ذمته إلى مدين جديد ، فان الدائن يبقى محتفظاً بحق امتيازته على العين المباعة وهي في يد المشتري ، كما في الرهن وحق الاختصاص ، ولو أن ذمة المشتري قد برئت من الدين (٢) .

كذلك يبقى الدائن محتفظاً بحقه في حبس العين المباعة إذا لم يكن قد سلمها للمشتري ، إلى أن يستوفي الثمن من المحال عليه الذي انتقل الدين إلى ذمته . ويلحق هنا الحق في الحبس بالضمانات العينية ، وإن لم يكن هو نفسه ضماناً عينياً في التقنين المدني الجديد (٣) . وهذا الحكم قد ورد صراحة في الفقرة الأولى

(١) وقد رأينا أن التقنين المدني الألماني لا يجعل الرهن في هذه الحالة ضماناً للدين إلا إذا رضى الحائز للعقار بالحوالة .

(٢) أما إذا كان هناك حق امتياز عام ، كامتياز المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال والمبالغ المستحقة عما تم توريده المدين ولمز يعوله من مأكل وملبس والنفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه (م ١١٤١ مآل) ، فقد رأينا أن التقنين المدني الألماني (م ١٨٨) ينص صراحة على أنه لا ينتقل إلى مال المحال عليه بعد الحوالة ، ورأينا الأستاذين شبرون ومحمد صادق فهمي في مقالهما بمجلة مصر المعاصرة يذهبان إلى أن هذا الامتياز ينبغي أن ينتقل إلى مال المحال عليه . وإذا قسمنا حق الامتياز العام على حقوق الامتياز الخاصة ، ولم نقل إن حق الامتياز العام هو مجرد وصف في الدين المميز ، وبسبب القول بأن هذا الحق لا ينتقل إلى مال المحال عليه ، ولكنه يبقى في مال المدين الأصلي ، كما كان قبل الحوالة ، ضامناً للدين الذي انتقل إلى ذمة المحال عليه .

(٣) أنظر الوسيط الجزء الثاني فقرة ٦٣٩ .

من المادة ٣٤٨ من التقنين المدني العراقي (١) .

٣٣٣ — الضمانات الشخصية أو العينية التي يفرضها كفيل المدين

للمدين : وقد يكون الدين المحال به مكفولاً بشخص غير المدين الأصلي كفالة شخصية أو كفالة عينية ، بأن يكون للمدين كفيل شخصي ، أو كفيل عيني قدم رهنًا لضمان الدين . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣١٨ مدني في هذه الحالة ، كما رأينا ، على أنه « لا يبقى الكفيل ، عينيًا كان أو شخصيًا ، ملتزمًا قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة » .

(١) انظر نص هذه المادة آنفاً فقرة ٣٣١ في الهامش — وقد ورد في آخر الفقرة الأولى من هذه المادة العبارة الآتية : « أما إذا أحال المرتهن غريمًا له على الراهن ، فإن حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهنًا للمحال له ، وكذا إذا أحال البائع غريمًا له على المشتري بالتثمن يسقط حقه في حبس العين المبيعة » . وواضح أن الحوالة هنا حوالة دين لا حوالة حق ، ولو كانت حوالة حق لما سقط حق الرهن أو الحق في حبس العين المبيعة . ففي حالة الدائن المرتهن ، المفروض أن لهذا الدائن غريمًا أي دائنًا ، فأراد أن يوفيه حقه ، فوفاه إياه عن طريق إحالته على مدينه الراهن . وهذه حوالة دين ، فإن الدائن المرتهن نقل الدين الذي في ذمته إلى ذمة مدينه الراهن في مقابل الدين الذي له في ذمة هذا المدين وهو الدين المضمون بالرهن ، فانقضى الدين المضمون بالرهن قصاصاً وسقط الرهن تبعاً لذلك . وبرئت ذمة الدائن المرتهن من الدين الذي كان في ذمته لدائنه . وأصبح هذا الدائن الأخير دائنًا للمدين الراهن ، ولكن لا بالدين المضمون بالرهن فهذا الدين قد انقضى كما قدمنا ، بل بالدين الذي كان في ذمة الدائن المرتهن ثم حول إلى ذمة المدين الراهن ، ومن ثم لا يكون هذا الدين مضمونًا بالرهن — وهذا هو الأمر في حالة البائع الذي أحال غريمه على المشتري بالتثمن ، فقد نقل البائع الدين الذي في ذمته لغريمه إلى ذمة المشتري في مقابل الثمن الذي له ، فسقط الثمن قصاصاً وانقضى بسقوطه الحق في حبس العين المبيعة . وأصبح دائن البائع هو الدائن للمشتري ، ولكن لا بدين الثمن الذي كان للبائع فقد سقط هذا الدين كما قدمنا ، بل بالدين الذي كان في ذمة البائع لدائنه وقد حوله البائع إلى ذمة المشتري .

ويتبين في وضوح مما تقدم أنه لا شك في أن الحوالة التي نحن بصدددها هي ، كما سبق القول ، حوالة دين لا حوالة حق . وقد طعن الأستاذ حسن الذنون (أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٢٣) أنها حوالة حق ، فقال عند الكلام في الفقرة الأولى من المادة ٣٤٨ عراقي ما يأتي : « على أن هذه الفقرة تقرر في قسمها الأخير بأنه إذا أحال الدائن المرتهن غريمًا له على الراهن فإن حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهنًا للمحال له ، وكذلك إذا أحال البائع غريمًا له على المشتري فقد سقط حقه في حبس العين المبيعة . وواضح جداً ألا علاقة لهذه الأمثلة بحوالة الدين ، فهي حوالة حق . وهذا مظهر من مظاهر الخلط والارتباك اللذين وقع فيهما المشرع العراقي كثيراً عندما حاول التوفيق بين فقه القانون المدني وفقه الشريعة الإسلامية » (انتهى فتأمل !)

وهذا الحكم طبيعي ، فان الكفيل ، ولو كان عينيًا ، أجنبي عن الحوالة . وهو إنما رضى بكفالة المدين الأصلي بالذات ، كفالة شخصية أو كفالة عينية . فاذا تحول الدين إلى ذمة شخص آخر غير المدين الأصلي ، أى إلى المحال عليه ، وجب أن يرضى الكفيل بهذه الحوالة أيضاً حتى يعتبر كفيلًا لشخص غير المدين الأصلي الذى رضى أن يكفله .

ويستوى فى ذلك أن يكون الكفيل متمتعاً بحق تجريد المدين الأصلي أو محروماً من هذا الحق ، وأن يكون غير متضامن مع المدين الأصلي أو متضامناً معه . ولا يعترض على ذلك بأن الكفيل ، فى حالتي الحرمان من حق التجريد والتضامن ، يمكن الرجوع عليه قبل الرجوع على المدين الأصلي ، فلم يعد يعنيه شخص هذا المدين مادام الدائن يستطيع أن يتمخطاه وأن يرجع على الكفيل أولاً . فان هذا الاعتراض يمكن دفعه بأن الكفيل ، حتى إذا جاز الرجوع عليه أولاً ، لا يزال معتمداً على شخص المدين الأصلي ، لأنه إن دفع الدين كان له الرجوع به على هذا المدين ، فيبقى شخصه هاماً بالنسبة إليه ، ولا يجوز أن يتغير عليه عن طريق الحوالة إلا إذا رضى بذلك (١) .

ويدعو هذا إلى بحث نوع من الكفالة الشخصية هو التضامن . فلو فرضنا

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « لما كانت حوالة الدين تقتصر على إبدال المدين مع بقاء الدين ذاته ، فن الطبيعي أن يظل ما يتبع هذا الدين من التأمينات ملحقة به ... بيد أن كفيل المدين الأصلي ، شخصياً كان أو عينياً ، قد لا يرتضى كفالة المدين الجديد ، كما لو كان أقل ملاءة . ولهذا عنى المشروع بحمايته . فاشتراط فى الفقرة الثانية من المادة (٥١) (م ٣١٨ مدنى) رضاه بالحوالة ، وبلا برئت ذمته من الكفالة . وقد يقال إن تنازل الكفيل عن حق التجريد يفيد أنه ارتضى أن توجه إليه المطالبة قبل توجيهها إلى المدين ، وأنه لم يعلق أهمية خاصة على شخص المدين وملاءته ، وبهذا تنفى ضرورة اشتراط رضائه بالحوالة لبقاء الكفالة . بيد أنه يراعى أن الكفيل لا يكفل معتمداً على ثقته وفاء دين من ماله فحسب ، بل وعلى ثقته فى قيام هذا المدين بالوفاء عند حلول الأجل وانتفاء الحاجة إلى الرجوع عليه تفريماً على ذلك . فعلة الكفالة ، وأحال هذه ، هى الثقة الشخصية ، وهذه لا تتأثر فى قليل أو كثير بالنزول عن حق التجريد . وصفوة القول أن التزام الكفيل لا يظل قائماً فى جميع الأحوال إلا إذا رضى بالحوالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٢ - ص ١٥٣) . ويضاف إلى ما جاء فى المذكرة الإيضاحية ما قدمناه أن الكفيل يعتمد فى كل حال على ماله من حق الرجوع على المدين الأصلي ، فشخص هذا المدين له أكبر الأثر فى قبوله الكفالة .

أن المدين الأصلي الذى حول دينه إلى مدين جديد كان معه مدينون متضامنون فى هذا الدين ، فهل يبقى هؤلاء المدينون متضامين مع المدين الجديد (المحال عليه) كما كانوا متضامين مع المدين الأصلي ؟ لاشك فى أنهم إذا رضوا بالحوالة أصبحوا متضامين مع المدين الجديد ، وسرت الحوالة فى حقهم لرضائهم بها . أما إذا لم يرضوا بالحوالة ، فيبدو أنها لا تسرى فى حقهم فيما يضرهم ويستطيعون التمسك بها فيما ينفعهم ، تطبيقاً لمبدأ أساسى قررناه فى التضامن . فاذا طالب الدائن أحدهم بالدين ، كان لهذا المدين أن يدخل المحال عليه فى الدعوى للحكم عليه بحصته فى الدين . وإذا وفى هذا المدين الدين كله للدائن دون أن يدخل المحال عليه فى الدعوى ، ورأى أن المدين الأصلي أكثر ملاءة من المحال عليه ، كان له أن يرجع عليه هو - لا على المحال عليه - بحصته فى الدين (١) .

المبحث الثالث

انتقال الدين إلى المحال عليه بدفعه

٣٣٤ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٢٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفع التى كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها . كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة (٢) .

(١) أما إذا حول الدائن حقه قبل أحد المدينين المتضامين إلى محال له واستبق المدينين الباقين ، فقد قدمنا أنه يصبح هو والمحال له ، بالنسبة إلى هؤلاء المدينين ، دائنين بالتضامن ، هل غرار المدينين بالتضامن (انظر آنفاً فقرة ١٢٧ فى الهامش) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ - للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان للمدين الأصلي من دفع متعلقة بذات الدين ، وليس له أن يتمسك بما كان منها خاصاً بشخص المدين ، وإنما يجوز له أن يتمسك بالدفع الخاصة بشخصه هو . ٢ - وله أيضاً أن يتمسك قبل الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التى كانت تربطه بالمدين الأصلي إذا كانت تلك الرابطة هى السبب فى حوالة الدين وكان الدائن يعلم ذلك » . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات فى الفقرة الأولى تجعل المعنى أدق ، -

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق الذي لم ينظم حوالة الدين كما مر .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري
المادة ٣٢٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠٧ - وفي التقنين المدني العراقي
المادة ٣٤٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٨٩ (١) .

ونستعرض في هذا الصدد: (١) الدفع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك
بها (٢) الدفع المستمدة من عقد الحوالة (٣) الدفع المستمدة من العلاقة
مابين المدين الأصلي والمحال عليه .

٣٣٥ - الدفع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها : لما كان

الدين الذي ينتقل إلى ذمة المحال عليه هو نفس الدين الذي كان في ذمة المدين
الأصلي ، وقد أصبح المحال عليه خلفاً للمدين الأصلي في هذا الدين ، فانه يترتب
على ذلك أن جميع الدفع التي كان المدين الأصلي يستطيع أن يدفع بها هذا الدين
يجوز للمحال عليه أن يتمسك بها قبل الدائن .

= وحذفت الفقرة الثانية لعدم ضرورتها ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني
الجديد ، وصار رقمه ٣٣٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت
رقم ٣٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٨ - ص ١٤٩ و ص ١٥٦) .
(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٢٠ (مطابقة للمادة ٣٢٠
من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٠٧ (مطابقة للمادة ٣٢٠ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٣٤٩ : للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بما كان له حيل من
دفع متعلقه بذات الدين ، وليس له أن يتمسك بما كان من الدفع خاصاً بشخص المحيل ،
ولمّا يجوز له أن يتمسك بما كان خاصاً بشخصه هو . (وهذا النص يطابق نص المشرع التمهيدى
من التقنين المدني المصري في فقرته الأولى ، ويتفق في الحكم مع التقنين المدني المصري - انظر
الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٣٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٨٩ : إن أسباب الدفع ووسائل الدفاع الملازمة للدين
تنتقل من المدين إلى من انترم الدين . أما الوسائل المختصة بشخص المدين السابق ، فلا يحق
للمدين الجديد أن يتذرع بها ، بل يحق له أن يدلي بأسباب الدفع ووسائل الدفاع المختصة بشخصه
(وهذا النص يتفق في الحكم مع نص التقنين المصري - انظر الأستاذ صبحي محمصاني في انتقال
الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٧ - ص ٥٩) .

وهذه الدفوع كثيرة متنوعة ، منها ما يرجع إلى بطلان الدين ، ومنها ما يرجع إلى فسخه ، ومنها ما يرجع إلى انقضائه .

فمن أوجه البطلان أن يكون الدين ناشئاً من عقد باطل لسبب يرجع إلى التراضي ، أو يرجع لعدم توافر الشروط اللازمة في المحل ، أو يرجع لعدم مشروعية السبب . أو يكون الدين ناشئاً من عقد قابل للإبطال بسبب نقص الأهلية أو بسبب الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال . ولكن يلاحظ أنه إذا كان الدين ناشئاً من عقد قابل للإبطال بسبب نقص الأهلية ، فمن ناحية قد يكون هذا الدفع شخصياً للمدين الأصلي وليس للمحال عليه أن يتمسك بدفع خاص بشخص المدين الأصلي (١) ، ومن ناحية أخرى أن الحوالة إذا انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه فقد يعتبر انعقادها برضاء المدين الأصلي إجازة للبطلان المستمد من نقص الأهلية . كذلك إذا كانت أوجه البطلان راجعة إلى الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال ، وعلم المدين الأصلي بسبب البطلان ، وبالرغم من علمه هذا اتفق على الحوالة مع المحال عليه ، فإن هذا الاتفاق قد يعتبر إجازة ضمنية لسبب البطلان . أما إذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، وكانت هناك أوجه البطلان ترجع إلى عيوب في إرادة المدين الأصلي ، فإنه لا يمكن القول في هذه الحالة أن الحوالة - ولم يكن المدين الأصلي طرفاً فيها - تعتبر إجازة ضمنية للبطلان ، بل يجوز للمحال عليه أن يتمسك من هذه الأوجه بما كان يستطيع المدين الأصلي أن يتمسك به . وكذلك لو كان وجه البطلان نقصاً في أهلية المدين الأصلي ، وتمت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلي ، فما لم يكن المحال عليه وقت الحوالة عالماً بنقص الأهلية حيث يمكن القول إنه قد نزل بقبوله الحوالة عن التمسك بهذا الدفع ، فإنه يبدو أن المحال عليه يستطيع أن يتمسك قبل الدائن بنقص أهلية المدين الأصلي . وإن كان هناك رأى يذهب

(١) انظر المشروع التمهيدى لنص المادة ٣٢٠ وانظر تاريخ هذا النص آنفاً فقرة ٣٣٤ في الهامش - وهذا ما يقضى به تقنين الالتزامات السويسرى (م ١٧٩/٢) بخلاف التقنين المدنى الألمانى (انظر فى ذلك مقال الأستاذين شيرن ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٦٣ - ص ٦٤) .

إلى أن الدفع بنقص الأهلية خاص بشخص المدين الأصلي فلا يجوز للمحال عليه أن يتمسك به في أية حال .

ومن الدفع ما يرجع إلى فسخ الدين . ويتحقق ذلك مثلاً إذا كان الدين المحال به ثمناً في عقد بيع تم بين الدائن والمدين الأصلي ، ثم لم يسلم الدائن المبيع إلى المدين الأصلي . فإن هذا المدين كان له - لو بقي الثمن في ذمته ولم يحل به على غيره أن يدفع بالمطالبة بفسخ البيع ، وكذلك يستطيع المحال عليه أن يطالب بفسخ البيع مكانه (١) .

ومن الدفع أخيراً ما يرجع إلى انقضاء الدين . فقد يكون الدين انقضى بالوفاء ، ويتحقق ذلك إذا كانت الحوالة قد تمت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلي ويكون هذا قد وُفي بالمدين . فيجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بانقضاء الدين عن طريق الوفاء . ومثل الوفاء التجديد واستحالة الوفاء والإبراء والتقادم . أما المقاصة التي تكون بين الدين المحال به ودين للمدين الأصلي في ذمة الدائن ، فالظاهر أن المحال عليه في إحدى صورتى الحوالة لا يستطيع أن يتمسك بها قبل الدائن ، ويستطيع التمسك بها في الصورة الأخرى . ذلك أن المقاصة لا تنفع إلا إذا تمسك بها المدين الأصلي (م ٣٦٥ مدني) ، ويجوز له النزول عن التمسك بها . فإذا كان هو الذي عقد الحوالة مع المحال عليه ، فهذا دليل على أنه لا يريد التمسك بالمقاصة ، فحول الدين الذي في ذمته إلى المحال عليه ليطالب بالدين الذي له في ذمة الدائن ، فلا يجوز في هذه الصورة أن يتمسك المحال عليه بالمقاصة بعد أن نزل عنها المدين الأصلي . أما إذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه قبل أن يتمسك المدين الأصلي بالمقاصة ، فيبدو لنا أن المحال عليه يستطيع في هذه الصورة أن يتمسك بالمقاصة كما يستطيع المدين الأصلي أن يتمسك بها ، إذ أن كلا منهما له مصلحة في ذلك (٢) .

(١) ويستطيع المشتري كذلك أن يدفع بوقف تنفيذ العقد ، فيجوز للمحال عليه أن يدفع بذلك هو أيضاً ، إلا إذا قيل إن الدفع بوقف التنفيذ دفع خاص بشخص المدين .

(٢) أما التقنين المدني الألماني ، فيقضى بنص صريح (م ٤١٧) ، بأن المحال عليه لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة التي كان المدين الأصلي يستطيع أن يتمسك بها ، وذلك لأن المقاصة ، في هذا التقنين لا تنفع إلا بإعلان عن الإرادة كما سيأتي (انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني =

وهذا ما لم يكن المحال عليه يعلم بسبب المقاصة وقت أن قبل الحوالة ، فقد يستخلص من هذا العلم أنه نزل بذلك عن التمسك بالمقاصة . ولكن هذا لا يمنع المدين الأصلي من التمسك بها ، فإذا ما فعل أمكن المحال عليه بعد ذلك أن يدفع بسقوط الدين بالمقاصة .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى (م ٤٥٣ / ١ من هذا المشروع) ينص على أن « للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان للمدين الأصلي من دفع متعلقة بذات الدين ، وليس له أن يتمسك بما كان منها خاصا بشخص المدين ، وإنما يجوز له أن يتمسك بالدفع الخاصة بشخصه هو » (١) . وبالرغم من تعديل هذا النص ، فإن الأحكام التي وردت فيه صحيحة . وقد رأينا أنه لا يجوز

= جزء أول م ٤١٧ ص ٦١٥) - وهذا هو الحكم أيضاً في القانون السويسرى ، دون أن يرد نص صريح بذلك في تقنين الالتزامات السويسرى كما ورد في التقنين المدنى الألمانى (انظر في هذا المعنى مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٦٢) .

وقد رأينا ، في حوالة الحق ، أن الفقرة الثانية من المادة ٣٦٨ مدنى تقضى بأنه « إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة » . ويظهر الفرق واضحاً في هذه المسألة بين حوالة الحق وحوالة الدين فيما لو كانت حوالة الدين قد انقضت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فإن المدين في حوالة الدين رضى بالحوالة فنزل عن المقاصة كما قدمنا ، أما المدين في حوالة الحق فلم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا يمكن القول هنا بأنه نزل عن المقاصة كما أمكن القول بذلك في حوالة الدين . بقيت الحالة التي تنعقد فيها حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل من المدين الأصلي ، فإن المدين الأصلي في هذه الحالة لم يقبل الحوالة حتى يفترض أنه قد نزل بهذا القبول عن المقاصة . وقد قدمنا أن المحال عليه يستطيع في هذه الحالة أن يتمسك بالمقاصة لأن له مصلحة في ذلك . وكذلك المدين الأصلي يبقى محتفظاً بحقه في التمسك بالمقاصة . فإذا تمسك بها سقط الدين الذى كان في ذمته للدائن قصاصاً في الدين الذى كان في ذمة الدائن له ، وذلك بأثر رجعى من وقت تلاقى الدينين أى في وقت سابق على الحوالة . فيستطيع المحال عليه من هذا الطريق أيضاً أن يدفع بسقوط الدين بالمقاصة إذا طالبه به الدائن ، ويمتنع عليه الرجوع بشئ على المدين الأصلي لأنه لم يدفع شيئاً لحسابه ، وهذه هى المصلحة التي تدفع المدين الأصلي إلى التمسك بالمقاصة . ونحن في هذا رأى الذى نقول به إنما نقيس المدين الذى يتمسك بالمقاصة بعد حوالة دينه على المدين الذى يتمسك بالمقاصة بعد تقادم حقه (انظر م ٣٦٦ مدنى) ، فكلاهما يتمسك بالمقاصة في دين أو حق قد سقط عنه - الدين بالحوالة والحق بالتقادم - مادام التلاقى بالحق أو الدين المقابل قد تم في وقت سابق على هذا السقوط .

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ مدنى آنفاً فقرة ٣٣٤ في الهامش .

للمحال عليه أن يتمسك بالدفع الخاصة بشخص المدين الأصلي ، كالدفع باتحاد الذمة أو بالحق في الحبس (١) ، وكالدفع بنقص الأهلية وبوقف تنفيذ العقد في رأى . أما الدفع الخاصة بشخص المحال عليه ، فيستطيع هذا بداهة أن يتمسك بها ، ومن ثم يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بمقاصة وقعت بين الدين المحال به ودين له في ذمة الدائن ، كما يستطيع أن يتمسك باتحاد الذمة بينه وبين الدائن (٢) .

٣٣٦ - الدفوع المستمرة من هبة الحوالة : كذلك للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بجميع الدفوع المستمرة من عقد الحوالة . ذلك أن الحوالة ، كما رأينا إما أن تتم باتفاق من المدين الأصلي والمحال عليه ، وإما أن تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه .

فان تمت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، ثم أقرها الدائن ، فان حق الدائن في مطالبة المحال عليه بالدين مستمد من هذا الاتفاق الذي أقره . فان كان للمحال عليه دفع مستمد من هذا الاتفاق ، فمن حقه أن يتمسك به قبل الدائن . مثل ذلك أن يدفع المحال عليه ببطلان الحوالة لانعدام التراضي ، أو لعدم مشروعية المحل بأن كان الدين المحال به دين قمار مثلاً ، أو لعدم مشروعية السبب بأن قبل الحوالة مثلاً لاستدامة علاقة جنسية غير مشروعة . ومثل ذلك أيضاً أن يطالب المحال عليه بإبطال الحوالة لنقص في أهليته أو لغيب

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وعلى نقيض ذلك لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بالدفع الخاصة بشخص الأصيل ، كالدفع باتحاد الذمة أو بالحق في الحبس . وقد يقصد إشار الأصيل شخصياً بالإبراء من الدين أو بامتداد الأجل وعندئذ يمنع التمسك بهما على المحال عليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤) .

(٢) وقد يقال إنه مادامت الحوالة لا تنعقد في كل من صورتينها إلا برضاء المحال عليه ، ومادام المحال عليه قد رضى بأن يتحول الدين إلى ذمته ، فإنه يكون قد أقر بوجود الدين ، فينبغى أن يرتبط بهذا الإقرار ، ومن ثم لا يجوز له التمسك بأى دفع ولو كان متعلقاً بذات الدين وغير خاص بشخص المدين . وهذا اعتراض يمكن دفعه بأن رضاه المحال عليه بالحوالة انما ينصرف إلى قبوله تحمل الدين في حدود التزام المدين الأصلى به ، فاذا قبل أن يتنزم إلى مدى أمد من هذه الحدود ، وجب أن يكون ذلك باتفاق خاص (انظر في هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤ - للتعليقات على التفتين المذكورين الألفاني جزء أول م ٤١٧ ص ٦١٤)

وقع في إرادته ، أو أن يطالب بانعدام الحوالة إذا كانت معلقة على شرط فاسخ
تحقق أو شرط واقف لم يتحقق .

وإن تمت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فمن باب أولى يجوز للمحال
عليه أن يتمسك قبل الدائن - الذي كان طرفاً في العقد - بجميع العيوب التي
تتلحق بهذا الاتفاق ، من تراض معدوم ، أو محل غير مشروع ، أو سبب غير
مشروع ، أو نقص في الأهلية ، أو عيب في الإرادة ، أو تحقق شرط فاسخ ،
أو عدم تحقق شرط واقف .

٣٣٧ - الدفوع المستمدة من المعرفة ما بين المدين الأصلي

والمحال عليه : يحدث كثيراً أن يكون سبب الحوالة موجوداً في العلاقة التي
تقوم ما بين المدين الأصلي والمحال عليه . مثل ذلك أن يبيع شخص عقاراً مرشوناً
رهنأ رسمياً إلى آخر ، وفي عقد البيع ذاته يحول إلى المشتري الدين المضمون
بالرهن حتى ينتقل إليه مع العقار المرهون (٣٢٢ مدني) . ومثل ذلك أيضاً
أن يبيع صاحب المتجر متجره ، ويحول إلى المشتري في عقد البيع ذاته
الديون التي على المتجر . فالمحال عليه في هذين المثالين هو المشتري : مشتري
العقار المرهون أو مشتري المتجر : وعلاقته بالمدين الأصلي - وهو البائع -
يحددها عقد البيع : بيع العقار أو بيع المتجر . وفي هذه العلاقة بالذات
يقوم سبب الحوالة ، فلولا البيع لما كانت الحوالة . فاذا فرضنا أن البيع قد
فسخ لسبب يقتضي الفسخ ، بأن أحل البائع بأحد التزاماته مثلاً ، فهل
يستطيع المشتري المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بفسخ البيع ، فيمتنع عن
دفع الدين المحال به الذي ما كان ليقبل نفاه إلى ذمته لولا أنه اشترى العقار
المرهون أو المتجر ؟

تجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدى - وهي أصل
المادة ٣٢٠ مدني - على هذا السؤال بما يأتي : « وله (أى للمحال عليه) أيضاً
أن يتمسك قبل الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التي كانت
تربطه بالمدين الأصلي ، إذا كانت تلك الرابطة هي السبب في حوالة الدين وكان

الدائن يعلم ذلك» (١). ويستخلص من مفهوم هذا النص أن الدائن إذا كان يعلم وقت الحوالة أن المحال عليه ما كان ليقبل الحوالة لولا أنه اشترى العقار المرهون أو اشترى المتجر ، فإنه يكون من حق المحال عليه عندئذ أن يتمسك قبله بفسخ البيع ، فيمتنع عن الوفاء له بالدين المحال به . وبمقتضى مفهوم العكس ، إذا لم يكن الدائن قد علم وقت الحوالة بهذا السبب ، لم يجوز للمحال عليه أن يتمسك قبله بفسخ البيع ، بل يبقى ملتزماً أن يفي بالدين المحال به بالرغم من هذا الفسخ ، وله الرجوع على المدين الأصلي بما يدفع للدائن (٢) .

وهذا هو الحكم الذى نرى الأخذ به فى هذه المسألة الدقيقة . وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدى ، وهى النص الذى نستمد

-
- (١) انظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ مدنى آتية فقرة ٣٣٤ فى الهامش .
- (٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد عرضت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ لحكم حوالة الدين من حيث إمكان اعتبارها تصرفاً قانونياً مجرداً ينمزل عن سببه ، كما هو الشأن فى حوالة الحق . ويراعى أن وجه الحكم بين لا سبيل إلى الشك فيه متى انمقدت حوالة الدين بين الدائن والمحال عليه مباشرة بمعزل عن الأصيل . فالواقع أن الحوالة تكون فى هذه الحال مستقلة كل الاستقلال عن رابطة المدين الأصيل بالمدين الجديد ، ولا يكون للمحال عليه أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التى كانت تربطه بالمدين الأصيل . ولكن وجه الحكم يختلف عن ذلك من كانت هذه الرابطة قد قامت مقام السبب من الحوالة ، كما هو الشأن فى بيع محل تجارى أو بيع عقار مع حوالة الديون المضمونة برهون عقارية على المشتري ، فإن الحوالة تستبر شقاً من البيع . وغنى عن البيان أن هذه الحالة تختلف كل الاختلاف عن حالة انعقاد الحوالة بين الدائن والمحال عليه مباشرة ، إذ أن هذا التعاقد مستقل من كل وجه عن علاقة المحال عليه بالمدين الأصيل . أما الحالة الثانية فيعرض فيها وضع مركب ، فعلاقات المدينين التى تعتبر سبباً قانونياً لالتزام المحال عليه قبل الدائن . ولو قيل بغير ذلك لندر أن يتصدى شخص لتحمل دين عن شخص آخر فى مثل هذه الحالة . وللمحال عليه وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ ، أن يحتج على الدائن بالدفع بعدم الوفاء استناداً إلى تخلف الأصيل عن الوفاء بالتزامه فى بيع عقد بينهما ، وإنه كذلك أن يحتج عليه بالتقابل فى هذا البيع . على أنه يشترط لتمسك بمثل هذه الدفوع أن يكون الدائن - والمفروض أنه - يظل بمعزل عن الحوالة - قد علم بشروطها . وليس ينبغى أن يغيب عن البال أن هذه القاعدة مفسرة أومتمة فلامتعادين ملء الخيار فى الخروج عليها . ويراعى من ناحية أخرى أنه إذا خصص دين كان المحال عليه ملتزماً به قبل المدين الأصيل ، وكان هذا الدين باطلاً ، فلا يكون المحال عليه ملتزماً قبل الدائن بأكثر من التزامه قبل المدين الأصيل ، ويكون له أن يتمسك قبل الدائن ببطان دينه قبل المدين الأصيل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤ - ص ١٥٥) .

منه هذا الحكم ، قد حذفت في لجنة المراجعة ، فهي لم تحذف لأن الحكم المستمد منها غير صحيح ، بل لعدم ضرورتها (١) ، إذ يغني عنها تطبيق القواعد العامة . وإذا رجعنا إلى القواعد العامة في نظرية السبب ، رأينا أن سبب الحوالة فيما قدمناه من الأمثلة ، أى الباعث الذى دفع المحال عليه إلى قبول الحوالة ، هو شراؤه للعقار المرهون أو للمتجر ، وهو سبب فرضنا أن الدائن يعلم به . فاذا فسخ بيع العقار أو المتجر ، انعدم السبب ، وبطلت الحوالة . ولا يمكن أن نجرد التزام المحال عليه من سببه ، فيكون التزاماً مجرداً (obligation abstraite) ، إلا بنص صريح . وهذا النص قد وجد في كل من التقنين المدنى الألمانى (م ٤١٧) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٧٩) ، فكان التزام المحال عليه في هذين التقنينين التزاماً مجرداً ، ولا يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفع المستمدة من العلاقة بينه وبين المدين الأسمى والتي كانت سبباً لالتزامه (٢) . أما في التقنين المدنى المصرى ، فلا يوجد نص بهذا المعنى . بل كان قد وجد نص بعكسه ، ولم يحذف هذا النص إلا لعدم الحاجة إليه ، واكتفاء بتطبيق القواعد العامة . وقد رأينا أن تطبيق هذه القواعد في نظرية السبب يؤدي إلى الحكم الذى نقول به (٣) .

(١) انظر مجموعة الأسال التحضيرية ٢ ص ١٥٦ - وانظر تاريخ نص المادة ٢٢٠ مدنى آنفاً فقرة ٣٣٤ في الهامش .

(٢) فإذا اشترى شخص داراً ، وتحمل في عقد البيع بدين على البائع كان هذا قد اقترضه من آخر ، فإن المشتري المحال عليه يستطيع في التقنين المدنى الألمانى ، أن يحتج على الدائن المقرض بالدفع المستمدة من عقد القرض وهو مصدر الدين المحال به ، ولكنه لا يستطيع أن يحتج على هذا الدائن بالدفع المستمدة من الرابطة التى قامت بينه وبين المدين الأسمى ، وهى رابطة البيع ، فلا يجوز مثلاً أن يحتج على الدائن المقرض بسبب خلى في الدار المبيعة (مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٥ - وانظر فيما يتعلق بتقنين الالتزامات السويسرى مثل ذلك أيضاً في نفس المقال ص ٦٤) .

وانظر في التقنين المدنى الألمانى التعليقات على هذا التقنين جزء أول م ٤١٧ ص ٦١٥ - ص ٦١٦ .

(٣) وهذا بخلاف الإنابة في الوفاء (délégation) ، فنرى أن المناب لا يحتج على المناب لديه بالدفع التى يستطيع أن يحتج بها على المنيب ، فالإنابة تصرف مجرد في هذه الناحية ، وذلك -

الفرع الثاني

علاقة الدائن بالمدين الأصلي

٣٣٨ - **النصوص القانونية:** تنص المادة ٣١٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، إذ لم ينظم هذا التقنين حوالة الدين كما قدمنا .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣١٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠٦ - وفي التقنين المدني العراقي

= بموجب نص صريح ورد في القانون هو المادة ٣٦١ مدني (أنظر فقرة ٥٢٤ فيما يلي) . وقد فرضنا في الأمثلة التي قدمناها أن حوالة الدين انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ثم أقرها الدائن ، فأمكنه بذلك أن يتصل بالسبب الذي التزم من أجله المحال عليه بتحمل الدين ، وأن يعلم به . أما إذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون اشتراك المدين الأصلي ، فلا مناص من القول بأن العلاقة التي تربط المدين الأصلي بالمحال عليه لا شأن لها بهذا الاتفاق ، بل هي أجنبية عنه ، فلا يجوز إذن لسحال عليه أن يحتج على الدائن بدفع يستمدها من هذه العلاقة . وهذا هو الحكم أيضاً في حوالة الحق ، فإن المحال عليه لا يحتج على المحال له بدفع يستمده من العلاقة التي تقوم بين المحال له والمحيل : أنظر آنفاً فقرة ٢٩٥ . وأنظر في كل ذلك ماسبق أن أوردناه من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤ - ص ١٥٥ - وأنظر آنفاً فقرة ٣٣٧ في الخاضع .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣١ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٧ - ص ١٤٨) .

المادتين ٣٥٧ - ٣٥٨ - ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١) .
ويمكن تلخيص العلاقة ما بين الدائن والمدين الأصلي في مسألتين : (١) براءة

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣١٩ (مطابقة للمادة ٣١٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣٠٦ (مطابقة للمادة ٣١٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٥٧ : ١ - لا يرجع المحال له بدينه على المحيل ، إلا إذا اشترط في الحوالة خيار الرجوع أو بطلت الحوالة المقيدة بسقوط الدين أو هلاك العين أو استحقاتها وفقاً للأحكام السابقة . ٢ - أما مجرد تعذر استيفاء الدين من المحال عليه وتفليس له ولو بأمر المحكمة ، فلا يوجبان بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل .

م ٣٥٨ : الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة عارية من حق التجريد ، وللمحال له في هذه الحالة أن يطالب أيأ شاء من المحيل والمحال عليه .

ويلاحظ أن حوالة الدين في التقنين المدني العراقي تسمى في نصوصها على غرار الفقه الحنفي . ولما كانت حوالة المدين في هذا الفقه أقرب إلى أن تكون كفالة كما قدمنا ، إذ يجوز للدائن إذا وجد المحال عليه معسراً أن يرجع بالمدين نفسه على المدين الأصلي ، فكأن هذا الدين لم ينتقل من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه وإنما انتقل حق المطالبة ، فقد أراد التقنين المدني العراقي في هذا الموضع أن ينحرف عن الفقه الحنفي ، ليمشي الفقه الغربي ويميز بين الحوالة والكفالة . فنص على أن مجرد تعذر استيفاء الدين من المحال عليه وتفليس له ولو بأمر المحكمة لا يوجبان بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل . ولكنه أجاز للدائن أن يشترط في الحوالة خيار الرجوع على المدين الأصلي ، والرجوع هنا يكون لأبالمدين نفسه كما يوهم النص ، بل بالضمان ، وهذا يضاهي في التقنين المدني المصري ضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه . كذلك أجاز رجوع الدائن بالضمان على المدين الأصلي ، إذا كان هذا قد قيد الحوالة بحق له في ذمة المحال عليه أو بعين فسمط هذا الحق أو ملكت العين أو استحققت ، فإن المفروض في هذه الحالة أن الدائن عندما أجاز هذه الحوالة المقيدة قد احتفظ لنفسه بحق الرجوع بالضمان على المدين الأصلي . أما إذا أصر الدائن على استبقاء الدين في ذمة المدين الأصلي واشترط عدم براءته من هذا الدين — وهذا غير اشتراطه الرجوع بالضمان الذي رأيناه في الأرض المتقدم فإنه هنا يشترط الرجوع بنفس الدين — فإن الحوالة تكون في هذه الحالة كفالة يستطيع الدائن فيها أن يطالب أيأ شاء المدين الأصلي أو الكفيل (المحال عليه) ، فهي كفالة عارية من حق التجريد ، وهذا ما حرص التقنين المدني العراقي على أن يذكره صراحة في المادة ٣٥٨ (انظر الأسناذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٣٨ — فقرة ٢٣٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا يوجد نص في هذا التقنين يقابل النص الذي نحن بصدده . ويبدو أن المدين الأصلي ، في التقنين اللبناني ، لا يضمن يسار المحال عليه إلا باتفاق خاص . وإذا كان في الحوالة تدليس أو غلط ، فإن الحوالة تكون في هذه الحالة قابلة للإبطال لمصلحة الدائن (انظر الأستاذ صبحي محمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٧) .

ذمة المدين الأصلي نحو الدائن (٢) وضمان المدين الأصلي للدائن يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة في الصورة التي تنعقد بها الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه .

٣٣٩ - براءة ذمة المدين الأصلي نحو المرائين : إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المحال عليه والدائن مباشرة دون تدخل المدين الأصلي ، فإن ذمة هذا المدين تبرأ من الدين بمجرد انعقاد الحوالة كما قدمنا دون حاجة إلى رضائه بذلك . فإن الأجنبي يستطيع وفاء الدين عن المدين دون علمه ودون قبوله ، فيستطيع كذلك أن يلتزم عنه بالدين ، ومن ثم تبرأ ذمة المدين ، وقد تقدم بيان ذلك . أما إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فلا تبرأ ذمة المدين الأصلي نحو الدائن إلا إذا أقر الدائن الحوالة ، فإن الحوالة لا تسرى في حقه إلا باقراره ، فاذا لم يقرها بقي المدين الأصلي بالنسبة إليه ، دون المحال عليه ، هو المدين . أما بعد الإقرار فتبرأ ذمة المدين الأصلي من الدين نحو الدائن ، ويصبح المحال عليه هو المدين (١) .

ويترتب على ذلك أنه من وقت صيرورة الحوالة نافذة في حق الدائن - سواء بعقدها معه مباشرة أو باقراره لها - تبرأ ذمة المدين الأصلي ، فلا يستطيع الدائن أن يطالبه بالدين المحال به ، ولا يطالب بهذا الدين إلا المحال عايه الذي انتقل الدين إلى مته .

٣٤٠ - ضمان المدين الأصلي لبسار المحال عليه : هنا يجب التمييز

بين صورتى الحوالة .

فان انعقدت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه مباشرة دون تدخل المدين الأصلي ، فان المدين الأصلي لا يضمن للدائن شيئاً ، إذ هو لم يتدخل

(١) وقد سبق القول أن الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ من المشروع التمهيدى كانت تنص على أنه « إذا أقر الدائن الحوالة ، برئت ذمة المدين الأصلي وحل محله المحال عليه » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة (مجموعة الأعراس التحضيرية ٣ ص ١٤٤ في الهامش — وانظر أيضاً فقرة ٣٢٩ في الهامش) .

في الحوالة ، بل انعقدت دون رضائه ، والذي عقدها هو الدائن ، وعقدها مباشرة مع المحال عليه ، فعلى الدائن في هذه الحالة أن يتحمل إعسار المحال عليه ما دام هو الذي اختار الاتفاق معه (١) . وإنما تبرأ ذمة المدين الأصلي من الدين ، كما تقدم القول ، بالرغم من عدم ضمانه ليسار المحال عليه .

أما إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه وأقرها الدائن ، ففي هذه الصورة يكون المدين الأصلي هو الذي عقد الحوالة ، وهو الذي اختار المدين الجديد ، ودعا الدائن إلى إقرار الحوالة . فافترض القانون أن المدين الأصلي قد أخذ على نفسه في هذه الحالة أن يضمن للدائن يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة ، كما تقرر ذلك صراحة المادة ٣١٩ مدني التي تقدم ذكرها .

ولا شك في أن هذا النص يقتصر على تفسير نية المتعاقدين ، فيجوز الاتفاق على غير هذا الحكم ، كما ورد ذلك في النص ذاته . ومن ثم يجوز للمدين الأصلي أن ينحلي نفسه من هذا الضمان في هذا الاتفاق الذي يتم بينه وبين المحال عليه ويدعو الدائن إلى إقراره ، أو في اتفاق خاص بعد ذلك ولكن قبل إقرار الدائن للحوالة . فإذا اشترط المدين الأصلي عدم ضمانه ليسار المحال عليه ، ورضى الدائن بهذا الشرط ، فلا ضمان على المدين الأصلي .

كذلك يجوز - على النقيض مما تقدم - أن يشدد المدين الأصلي على نفسه الضمان ، فيضمن يسار المحال عليه ، لا وقت إقرار الدائن للحوالة فحسب ، بل وقت حلول الدين المحال به ، فيكون في هذه الحالة بالنسبة إلى المحال عليه في موقف يشبه موقف الكفيل .

لكن إذا لم يذكر المدين الأصلي في الحوالة شيئاً عن الضمان ، فالمفروض أنه يضمن دون شرط يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة كما تقدم القول . فإذا كان الدين المحال به وقت إقرار الدائن للحوالة حالاً ، فعلى الدائن أن يبادر إلى استيفائه . فإن وجد المحال عليه معسراً ، رجع بالضمان على المدين الأصلي .

(١) على أنه لا يوجد ما يمنع ، بالرغم من أن الحوالة تكون قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلي ، من أن يتفق الدائن مع المدين الأصلي اتفاقاً مستقلاً عن عقد الحوالة ، يلتزم به المدين الأصلي بضمان يسار المحال عليه .

وهو في رجوعه على المدين الأصلي لا يرجع بالدين المحال به نفسه (١) ، فان هذا الدين قد انتقل نهائياً بالحوالة إلى ذمة المحال عليه ، وإنما يرجع بدين جديد نشأ من عقد الحوالة ، وهو عقد يرتب في ذمة الدين الأصلي التزاماً بضمان يسار المحال عليه . ولا يرجع الدائن على المدين الأصلي بالضمان إلا بعد أن يرجع أولاً على المحال عليه فيجده معسراً ، فان رجع مباشرة على المدين الأصلي ، كان لهذا أن يطلب منه البدء بتجريد المحال عليه . ولا يكلف بأن يدل الدائن على مال للمحال عليه يستوفي منه الدائن حقه ، كما يكلف الكفيل بذلك ، فان المدين الأصلي لا يكون مسئولاً إلا إذا أثبت الدائن أنه رجع على المحال عليه أولاً فوجده معسراً .

أما إذا تراخى الدائن في مطالبة المحال عليه حتى أعسر ، وذلك بالرغم من حلول الدين ، فان المدين الأصلي لا يكون مسئولاً مادام المحال عليه كان موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة . وللدائن هو المقصر ، فقد كان الدين حالاً وقت إقراره للحوالة وكان المحال عليه موسراً ، فبتراخيه وإهماله ترك المحال عليه حتى أعسر ، فيرجع باللائمة على نفسه ، ولا يرجع على المدين الأصلي بشيء .

بقيت حالة ما إذا كان الدين المحال به لم يخل وقت إقرار الدائن للحوالة ، وكان المحال عليه في هذا الوقت موسراً ثم أعسر عند حلول الدين . في هذه الحالة أيضاً لا يكون المدين الأصلي مسئولاً ، فان الضمان بحكم القانون يقتصر كما قدمنا على ضمان اليسار وقت إقرار الدائن للحوالة ، وقد كان المحال عليه موسراً فعلاً في هذا الوقت ، فتبرأ ذمة المدين الأصلي من التزامه بالضمان حتى لو أعسر المحال عليه بعد ذلك عند حلول الدين . وإذا أراد الدائن أن يجعل المدين الأصلي ضامناً ليسار المحال عليه وقت حلول الدين ، فعليه أن يشترط ذلك صراحة قبل إقراره للحوالة .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي :
« تقضى الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ بأن إقرار الدائن للحوالة يستتبع براءة ذمة المدين الأصلي وإحلال المحال عليه محله . بيد أن حكم هذه البراءة لا يجري على إطلاقه ، فاذا أقيم الدليل على أن المحال عليه كان معسراً عند انعقاد الحوالة

(١) أما في المذهب الحنفى ، فقد قدمنا أن الدائن يرجع بالدين نفسه على المدين الأصل .
(م ٣٩ - الوسيط)

(الصحيح عند إقرار الدائن للحوالة) ، وأن الدائن كان مجهل هذا الإعسار ، فلا تبرأ ذمة المدين الأصلي في هذه الحالة . ونسرى هذه القاعدة من باب أولى متى كان الجهل راجعاً إلى تدليس أو إلى عيب من عيوب الرضاء » (١) ويؤخذ على ما جاء في هذه المذكرة ما يأتي : (١) أنها ، على ما يبدو ، تجعل ذمة المدين الأصلي في حالة الضمان مشغولة بالدين المحال به ذاته . والصحيح أن الدين المحال به قد انتقل إلى ذمة المحال عليه ، أما المدين الأصلي فمستوليته قائمة على التزامه بالضمان . وهو التزام مستقل عن الدين المحال به ، ولكل منهما مصدر يختلف عن مصدر الآخر . فمصدر الالتزام بالضمان عقد الحوالة ، أما الدين المحال به فمصدره سبب آخر ، قد يكون عقداً وقد يكون غير عقد ، وفي جميع الأحوال ليس هو عقد الحوالة . (٢) يبدو أن المذكرة الإيضاحية تشترط ، في ضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه ، أن يكون الدائن جاهلاً أن المحال عليه معسر . والصحيح أن علم الدائن بهذا الإعسار أو جهله يباه لا شأن له بضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه وقت إقرار الحوالة ، فهذا الضمان مقرر بصريح النص . أما علم الدائن بإعسار المحال عليه ، فغايته أنه قد يؤخذ قرينة على أن الدائن قد نزل عن هذا الضمان ، والنزول عن الضمان لا يستخلص إلا إذا كانت نية الدائن واضحة في ذلك (٢) . (٣) في حالة ما إذا كان جهل الدائن لإعسار المحال عليه راجعاً إلى تدليس أو إلى عيب آخر من عيوب الرضاء ، يكون المدين الأصلي ضامناً ليسار المحال عليه ، ولكن لا يرجع هذا الضمان إلى ما شاب الرضاء من عيب ، وإنما يرجع إلى حكم القانون نفسه ، فقد أوجب على المدين الأصلي بمقتضى عقد الحوالة ضمان يسار المحال عليه . فإذا كان الدائن قد أوقع في تدليس جعله يظن أن المحال عليه موسر بينما هو معسر ، فإنه يستطيع في هذه الحالة أن يرجع بتعويض للتدليس فوق رجوعه بالضمان (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٥ .

(٢) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٨١ — ص ٢٨٢ — والأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٣٨ .

(٣) ولا يوجب التقنين المدنى الألمانى ، ولا تقنين الالتزامات السويسرى ، ضمناً ليسار المحال عليه في جانب المدين الأصلي (انظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٢٤ ص ٨٨ — ومقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٥) .

الفرع الثالث

علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه

٣٤١ - التمييز بين ماالتبع : نميز هنا بين حالتين :

(الحالة الأولى) حالة الحوالة غير النافذة في حق الدائن ، بأن تكون قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، ولم يصدر إقرار لها من الدائن ، أو صدر رفض منه لها .

(الحالة الثانية) حالة الحوالة النافذة في حق الدائن ، ويتحقق ذلك إما بأن تنفذ الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ويقرها الدائن ، وإما بأن تنعقد رأساً بين الدائن والمحال عليه فإن الحوالة تنعقد في هذه الحالة نافذة فوراً في حق الدائن .

المبحث الأول

الحوالة لم تنفذ في حق الدائن

٣٤٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣١٧ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« ١ - ما دام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقراراً أو رفضاً ، كان المحال عليه ملزماً قبل المدين الأصل بالوفاء للدائن في الوقت المناسب ، ما لم يوجد انفساق يقضى بغير ذلك . ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة » .

« ٢ - على أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ،

ما دام هو لم يتم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة « (١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، لأن هذا التقنين كما قدمنا
لم ينظم حوالة الدين .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٣١٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠٤ - ولا مقابل له لا في التقنين
المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٢) .

ويتبين من النص المتقدم الذكر :

(١) إن الاتفاق ما بين المحال عليه والمدين الأصلي على حوالة الدين يلزم
الأول نحو الثاني أن يني بالدين المحال به للدائن في الوقت المناسب ، سواء
أقر الدائن الحوالة أو رفضها ، وذلك ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

(٢) ولكن هناك فرقاً بين هذا الاتفاق وبين الاشتراط لمصلحة الغير ،

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٤٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة مثل عن تحديد معنى عبارة « في الوقت
المناسب » ، فأجيب بأن المفروض على المحال عليه أن يدرا عن المدين الأصلي كل مطالبة ، ووافقت
اللجنة على النص تحت رقم ٢٢٩ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ
تحت رقم ٣١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ - ص ١٤٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣١٧ (مطابقة للمادة ٣١٧

من التقنين المدني المصري) .

التنين المدني الليبي م ٣٠٤ (مطابقة للمادة ٣١٧ من انتقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لم يرد نص مقابل ، ولكن الحكم الذي يستخلص من نص التقنين
المدني المصري متفق مع القواعد العامة ، فلا مانع من تطبيقه في العراق . أما ما ورد في التقنين
المدني العراقي من نصوص في علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه ، فكلها تفترض أن الحوالة نافذة
في حق الدائن ، وسنذكرها في موضعها .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لم يرد نص مقابل . على أنه قد ورد في صدر الفقرة الثالثة

من المادة ٢٨٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني العبارة الآتية « وإذا لم يجز الدائن الانتقال
بطل » . ويفهم من هذا النص أن التقنين اللبناني ، خلافاً للتقنين المصري ، يفرض أن نية المدين
الأصلي والمحال عليه ، في اتفاقهما على الحوالة ، قد انصرفت إلى عدم ترتيب أى أثر على هذا
الاتفاق إذا لم يقره الدائن .

فان المدين الأصلي لم يشترط لمصلحة الدائن أن يفي له المحال عليه بالدين ، بل ذهب إلى مدى أبعد من ذلك واشترط تخليص ذمته هو من الدين ، بأن اتفق مع المحال عليه على نقل الدين إلى ذمته وذلك فيما بينهما .

(٣) وهذا الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه على الحوالة هو كل لا يقبل التجزئة ، فاذا كان المدين الأصلي قد التزم بشيء نحو المحال عليه في نظير التزام المحال عليه نحوه ولم يقم بالتزامه ، لم يكن له أن يطالب المحال عليه أن يقوم هو بالتزامه .

(٤) والاتفاق على النحو الذي فصلناه هو على كل حال قابل للتعديل فيه أو للعدول عنه باتفاق آخر بين الطرفين ، وذلك إلى أن يصدر إقرار الدائن للحوالة .
ونعالج هذه المسائل متعاقبة .

٣٤٣ - الاتفاق على الحوالة يلزم المحال عليه نحو المدين الأصلي :

قدمنا أن المفروض في الحالة التي نحن بصدددها أن الحوالة انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه . فقبل أن يصدر الدائن إقراره ، يكون هذا الاتفاق ملزماً للمحال عليه نحو المدين الأصلي . والذي يلتزم به المحال عليه هو التزام بعمل (obligation de faire) ، إذ يلتزم بتخليص ذمة المدين الأصلي من الدين في الوقت المناسب . والوقت المناسب هو عادة وقت حلول الدين المحال به . ولا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن يكون الوقت المناسب غير ذلك ، كأن يكون وقت مطالبة الدائن للمدين الأصلي بالدين . وإذا لم يذكر الطرفان شيئاً في هذا الخصوص ، فاللزم هو أن يدرأ المحال عليه عن المدين الأصلي كل مطالبة من الدائن (١) .

وقيام المحال عليه بالتزامه هذا يكون عادة بوفائه الدين المحال به للدائن . ويجوز أن يسلم المحال عليه مقدار الدين للمدين الأصلي ليقوم هذا بنفسه بالوفاء

(١) أنظر ما دار في لجنة المراجعة هذا الصدد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٥ - وانظر تاريخ نص المادة ٣١٧ مدني آنفاً فقرة ٢٤٢ في الهامش) .

لدائنه ، فان ذلك يكفي لتخليص المدين الأصلي من مطالبة الدائن (١) .

فاذا لم يرق المحال عليه بالتزامه هذا ، كان للمدين الأصلي أن يرجع عليه بالتعويض، وفقاً للقواعد العامة (٢) . فهو لا يرجع عليه بالدين المحال به ذاته ، بل يرجع عليه بتعويض من جراء إخلاله بالتزامه من درء مطالبة الدائن . ويجوز للمدين الأصلي أن يتفق مع المحال عليه أن يقدم له تأمينات خاصة ، كرهن أو كفيل ، لضمان الوفاء بهذا الالتزام ، أما التأمينات التي تكفل الدين المحال به فهي لا تكفل رجوع المدين الأصلي بالتعويض على المحال عليه (٣) .

وهذا الالتزام في ذمة المحال عليه نحو المدين الأصلي يبقى قائماً حتى لو رفض الدائن إقرار الحوالة ، فان عدم إقرار الدائن للحوالة لا يستتبع سقوط الاتفاق على حوالة الدين بين المدين الأصلي والمحال عليه . بل يبقى المحال عليه ملتزماً نحو المدين الأصلي ، بعد رفض الدائن إقرار الحوالة ، بأن يخلصه من مطالبة الدائن . وله ، في الوفاء بالتزامه هذا ، إما أن يني بالدين فعلاً للدائن - وليس للدائن

(١) وليس من الضروري أن يخلص المحال عليه ذمة المدين الأصلي من الدين نحو الدائن فوراً عقب الاتفاق . كما أنه لا يكفي أن يرد المحال عليه إلى المدين الأصلي ما دفعه للدائن عقب مطالبة هذا إياه ، فإن المدين الأصلي باتفاقه على الحوالة مع المحال عليه أراد أن يدرأ عن نفسه هذه المطالبة . بل الواجب أن يقوم المحال عليه بوفاء الدين عندما يطالب الدائن به المدين الأصلي ، أو أن يسلم للمدين الأصلي مقدار الدين ليدفعه للدائن فيدرأ مطالبة (أنظر في هذا المعنى مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة ٣ ص ١٥٠) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولا يستتبع التزام المحال عليه بقضاء حق الدائن عند الاستحقاق تخويل المدين حق مطالبة المحال عليه بأن يعمل على إبراء ذمته قبل الدائن فور الوقت . بل كل ما هناك أن هذا الالتزام ينحول للمدين ، إذا طالبه الدائن قضائياً ، حق الرجوع على المحال عليه باعتبار أنه قد تعهد بالوفاء عنه ليجنبه هذه المطالبة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥٠) .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٨٠ .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وإذا تخلف المحال عليه عن الوفاء بالتزامه ، فللمدين الأصلي متى طوّل بالدين أن يرجع عليه بالتعويضات . وينص تقنين الالتزامات السويسرى (م ١٧٥/٣) على أن للمدين المحيل أن يطلب إلى المحال عليه تقديم تأمينات خاصة لضمان الوفاء بالتزامه . وبديهي أن للمتعاقدين أن يشترطا ذلك في عقد الحوالة دون حاجة إلى نص في القانون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠) .

أن يرفض قبول الوفاء فهو مجبر على قبوله ولو من أجنبي - وإما أن يعطى للمدين الأصلي مقدار الدين لدفعه للدائن (١) .

هذا هو الأثر الذي يترتب على الاتفاق بين المحال عليه والمدين الأصلي على حوالة الدين ، من حيث إلزام المحال عليه نحو المدين الأصلي . وغنى عن البيان أن الطرفين يستطيعان في عقد الحوالة الاتفاق على غير ذلك ، إذ أن لها الحرية الكاملة في تحديد العلاقة التي تقوم بينهما بموجب هذا العقد . فلهما مثلاً أن يتفقا على أنه إذا لم يقر الدائن الحوالة ، فإن الاتفاق الذي كان قائماً بينهما يسقط تبعاً لذلك ، ولا يعود المحال عليه ملزماً لا نحو الدائن ولا نحو المدين الأصلي نفسه بأداء الدين المحال به ولا بتخليص المدين الأصلي من مطالبة الدائن . ولهما كذلك أن يتفقا على أن عقد الحوالة لا ينتج أثره منذ البداية إلا إذا أقره الدائن ، بحيث لا يترتب هذا العقد في ذمة المحال عليه ، قبل إقرار الدائن له ، أى التزام نحو المدين الأصلي ، فاذا ما صدر إقرار الدائن أصبح المحال عليه ، ليس ملزماً فحسب بتخليص المدين الأصلي من مطالبة الدائن ، بل ملزماً أيضاً نحو الدائن مباشرة بوفاء الدين له (٢) . ونفرض فيما قدمناه أن الاتفاق المخالف قد ورد في عقد الحوالة ذاته . «سنرى فيما يلي أن للطرفين ذوق ذلك ،

(١) وقد ورد في التعليقات على التقنين المدني الألماني في هذا الصدد ما يأتي : « ويجب أن يلاحظ أخيراً أن رفض الدائن إقرار الحوالة ، إذا لم يوجد اتفاق مخالف ، يبطل العقد العيني الذي ينقل الدين ، ولكنه يبقى قائماً العقد المنثني لالتزامات شخصية الذي تنطوي عليه الحوالة ، ومن ثم تبقى التزامات المحال عليه نحو المحيل » (التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٤١٥ ص ٦٠٨) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « من المسلم أن للمتعاقدين كامل الخيار في تحديد ما يترتب بينهما من الآثار بمقتضى تعامد صريح . فلهما أن يشترطا اعتبار الحوالة غير قائمة إلى أن يتم إقرارها ، كما أن لها أن يشترطا اقتصار الحوالة على إنشاء مجرد التزام على حائق المحال عليه بقضاء حق الدائن . ويختلف الحكم باختلاف التشريعات عند سكوت المتعاقدين عن اشتراط أمر معين . فالتقنين اللباني (م ٢٨٧/٣) والتقنين الصيني (م ٣٠٢) يفترضان أن نية المحيل والمحال عليه تنصرف ، في هذه الحالة ، إلى هدم ترتيب أى أثر لتعاقدتهما إذا لم يقره الدائن . أما المشروع (م ٤٤٨/١) ، فقد اقتصرت ، على نقيض ذلك ، أثر التقنين الألماني (م ٤١٥/٣) ، واختار الحكم الوارد في النص طبقاً لبداً إعمال التصرفات القانونية ما وجد سبيل إلى ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٩) .

بعد إبرام عقد الحوالة وفي اتفاق مستقل ، أن يعدلا في هذا العقد أو أن يعدلا عنه .

٣٤٤ - الفرق بين الاتفاق على الحوالة والاشتراط لمصلحة الغير :

وقد يقال ، بعد تحليلنا للاتفاق الذي يتم على الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه على النحو الذي قدمناه ، أن هذا الاتفاق فيه اشتراط لمصلحة الغير ، فقد اشترط المدين الأصلي على المحال عليه لمصلحة الدائن أن يني له بالدين المحال به ، ومن ثم يتولد من هذا الاتفاق حق مباشر للدائن يصبح باقراره غير قابل للنقض ، وذلك وفقاً للقواعد المعروفة في الاشتراط لمصلحة الغير .

ولكن هذا التأصيل لا يتفق مع التأصيل الصحيح للاتفاق على الحوالة ما بين المدين الأصلي والمحال عليه ، وذلك من وجهين :

(الوجه الأول) ليس الغرض من هذا الاتفاق أن يشترط المدين الأصلي على المحال عليه لمصلحة الدائن أن يني له بالدين المحال به . بل الغرض أن يشترط المدين الأصلي لمصلحة نفسه هو ، لا لمصلحة الدائن ، أن يخلصه المحال عليه من الدين الذي في ذمته للدائن بأن يدرأ عنه أية مطالبة من هذا الدائن .

(الوجه الثاني) وعندما يقر الدائن هذا الاتفاق الذي تم بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فليس يفعل ذلك كما يفعل المنتفع في إقراره الاشتراط لمصلحته ليصبح نافذاً في حقه . ذلك أن الاتفاق ما بين المدين الأصلي والمحال عليه ليس اشتراطاً لمصلحة الغير كما قدمنا ، بل هو أبعد مدى من ذلك . هو اتفاق ينقل الدين المحال به فعلاً من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه في العلاقة فيما بينهما ، فهو اتفاق ناقل للدين منذ البداية . فاذا أقره الدائن ، أصبح انتقال الدين سارياً في حقه هو أيضاً ، وأصبح المحال عليه ، ليس فحسب في علاقته بالمدين الأصلي بل أيضاً في علاقته بالدائن ، هو الملزم وحده بالدين .

وهذا التصوير هو تصوير التقنين المدني الألماني ، نقله عنه التقنين المدني المصري الجديد (١) .

(١) وقد أوردت التعليقات على التقنين المدني الألماني التصويرات الفنية لحوالة الدين في المراحل المختلفة التي مر عليها المشروعان الأول والثاني للتقنين المدني الألماني . في المشروع =

= الأول صورت حوالة الدين التصوير الفنى الذى قال به وندشايد (Windcheid) (انظر آنفاً
فقرة ٣٠٨ فى الهامش) على النحو الآتى: كما أن الدائن فى حوالة الحق يتصرف فى الحق بإحالة
إلى غيره ، كذلك المحال عليه فى حوالة الدين يتصرف فى الدين بإحالة إلى ذمته . ولكن الدائن
فى حوالة الحق يتصرف فى حق مملوك له ، أما المحال عليه فى حوالة الدين فيتصرف فى دين مملوك
لغيره وهو الدائن . ومن ثم وجب أن يقر الدائن هذا التصرف ، حتى يكون نافذاً فى حقه .
على أن الاتفاق الذى تم بين المحال عليه والمدين الأصلي ، وهو تسرى ناقل الدين ، ينطوى
فى الوقت ذاته على عقد منثى لالتزامات شخصية ، منها التزام فى ذمة المحال عليه أن يحصل
على إقرار الدائن للتصرف . وقد هوجم هذا التصوير أمام اللجنة الثانية للمشروع ، ووجه
بتصوير آخر ، هو أن المحال عليه والمدين الأصلي باتفاقهما على الحوالة قد صدر منهما إيجاب
مشترك موجه إلى الدائن . والاتفاق على الحوالة ، فى هذا التصوير الآخر ، ليس إلا عقداً
منشأً لالتزامات شخصية . وليس بعقد ناقل للدين ، كما أنه لا يرتب فى ذمة المحال عليه التزاماً
بالحصول على إقرار الدائن للحوالة . وما دام المحال عليه إما يعرض على الدائن إيجاباً مشترك
فيه مع المدين الأصلي ، فإنه يجوز له العدول عن هذا الإيجاب قبل صدور الإقرار من الدائن .
وحق إذا صدر الإقرار فإن الدين ينتقل من وقت صدوره ، ولا يستند بأثر رجعى إلى وقت
الاتفاق على الحوالة الذى تم بين المحال عليه والمدين الأصلي . وقد رفضت اللجنة الثانية هذا التصوير
الآخر بأغلبية كبيرة ، إذ هو لا يستجيب إلى مقتضيات التعامل فى أمرين جوهريين : فهو يجوز
للمحال عليه أن يرجع فى الحوالة بعد اتفاقه عليها مع المدين الأصلي ، وهو يؤخر انتقال الدين
إلى وقت إقرار الدائن للحوالة . فأدخلت تعديلات على هذا التصوير الثانى انتهت به إلى تصوير
ثالث ، يكون فيه الاتفاق على الحوالة بين المحال عليه والمدين الأصلي اتفاقاً منشأً لالتزامات
شخصية كما هو الأمر فى التصوير الثانى ، وليس بعقد ناقل للدين على خلاف التصوير الأول ،
ولكن الإيجاب المشترك المعروض على الدائن مستخلصاً من هذا الاتفاق هو إيجاب ملزم لا يجوز
الرجوع فيه . وبذلك زال أحد الاعتراضين الجوهريين الموجهين إلى التصوير الثانى ، وأصبح
لايجوز للمحال عليه أن يرجع فى الحوالة بعد اتفاقه عليها مع المدين الأصلي . ولكن بقى الاعتراض
الثانى ، وهو الوقت الذى ينتقل فيه الدين . فى التصويرين الثانى والثالث ، ما دام الاتفاق على
الحوالة بين المحال عليه والمدين الأصلي هو مجرد إيجاب مشترك معروض على الدائن ، فإن
انتقال الدين لا يتم إلا من وقت إقرار الدائن ، ولا يستند بأثر رجعى إلى وقت الاتفاق .
من أجل ذلك رجعت اللجنة إلى التصوير الأول بعد أن أعادت النظر فيه . فى هذا التصوير
الأول يعتبر الاتفاق على الحوالة بين المحال عليه والمدين الأصلي تصرفاً فى الدين صادراً من المحال
عليه ، فرأت اللجنة أن هذا التصرف ليس صادراً من المحال عليه فحسب ، بل هو صادر أيضاً
من المدين الأصلي ، ومن ثم لا محل لقيام التزام فى ذمة المحال عليه نحو المدين الأصلي للحصول
على إقرار الدائن للحوالة ، وقد كان قيام هذا الالتزام هو الاعتراض الجوهرى على التصوير
الأول . ومنذ عدل التصوير الأول على هذا الوجه قبلته اللجنة نهائياً كتصوير فى حوالة الدين على
الإساس الآتى : بعد الاتفاق على الحوالة الذى تم بين المحال عليه والمدين الأصلي مشتملاً على -

٣٤٥ - الاتفاق على الحوالة كل لا يقبل التجزئة - عزم الوفاء

بالتزام يستتبع عزم الوفاء بالتزام المقابل : وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣١٧ مدني تنص على ما يأتي : « على أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ، ما دام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة » . فالاتفاق على الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه قد يكون اتفاقاً ملزماً للجانبين . مثل ذلك أن يبيع المدين الأصلي للمحال عليه داراً ، وفي مقابل ثمنها يتحمل المحال عليه بدين في ذمة البائع . في مثل هذه الحالة يكون التزام المحال عليه بتحمل الدين هو في مقابل الدار التي اشتراها ، فإذا لم يقم البائع بتسليم الدار إلى المحال عليه أو بنقل ملكيتها إليه وفقاً للقواعد المقررة ، لم يكن له أن يطالب المحال عليه بوفاء الدين المحال به للدائن ، ما دام هو - البائع - لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه (١) .

ويلاحظ أن ما قدمناه لا يسرى فحسب في علاقة المحال عليه بالمدين الأصلي ، بل هو يسرى أيضاً في علاقة المحال عليه بالدائن فيما إذا أقر الدائن الحوالة . فقد رأينا أنه يجوز للمحال عليه أن يحتج على الدائن بالدفع المستمدة من العلاقة بينه وبين المدين الأصلي ، إذا كان الدائن عالماً بهذه العلاقة وبما يترتب عليها من الدفع ، وفقاً للقواعد العامة في نظرية السبب (٢) . ففي المثل

« عقدين ، ١ - عقد منشيء لالتزامات شخصية ، فالمحال عليه قد التزم نحو المدين الأصل أن يخلص ذمته من الدين المحال به ، دون أن يلتزم بالحصول على إقرار الدائن للحوالة ودون أن يلتزم بتخليص ذمة المدين الأصلي قبل حلول الدين المحال به ، ٢ - وعقد ناقل للدين ، وهو عقد مجرد (contrat abstrait) ، قد نقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه في حدود العلاقة فيما بينهما ، دون اعتداد بسبب هذا العقد إذ هو عقد مجرد كما سبق القول . فإذا ما أقر الدائن هذا العقد ، أصبح انتقال الدين نافذاً في حقه لا من وقت الإقرار فحسب ، بل مستنداً بأثر رجعي إلى وقت قيام العقد ، أي إلى وقت الاتفاق بين المحال عليه والمدين الأصلي . وإذا لم يقر الدائن العقد الناقل للدين ، بطل هذا العقد وحده ، وبقي المقصد الأول المنشئ لالتزامات شخصية قائماً بين المحال عليه والمدين الأصلي (انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٤١٥ ص ٦٠٢ - ص ٦٠٨) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٣٧ .

المتقدم إذا طالب الدائن المحال عليه بالدين المحال به بعد إقراره للحوالة ، وكان يعلم أن المحال عليه إنما التزم بالحوالة في مقابل الدار التي اشتراها من المدين الأصلي ، جاز للمحال عليه أن يمتنع عن الوفاء ما دام المدين الأصلي لم يسلم له الدار التي باعها إياه ، انتهى كان ثمنها هو السبب في الحوالة .

٣٤٦ - الاتفاق على الحوالة قابل للتعديل فيه وللعدول عنه

باتفاق آهمر : هذا وإذا كان الاتفاق على الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه ملزماً للمحال عليه على النحو الذي قدمناه ، فإنه من جهة أخرى قابل للتعديل فيه أو للعدول عنه . ولكن ذلك لا يكون بارادة المحال عليه وحدها ، لأنه عند التزم نهائيا بموجب الاتفاق فلا يستطيع أن ينصل من التزامه . وإنما يجوز ، باتفاق جديد بينه وبين المدين الأصلي ، أن يعدل في الاتفاق الأول أو أن يلغيه أصلا فتزول الحوالة (١) .

وكل هذا جائز إلى أن يقر الدائن الحوالة . فإذا ما أقرها تعلق حقه بها ، ولم يعد يجوز ، حتى باتفاق كل من المدين الأصلي والمحال عليه ، تعديل الاتفاق أو العدول عنه . بل يصبح انتقال الدين المحال به من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه بالنسبة إلى الدائن انتقالا نهائيا ، ويستند بأثر رجعي إلى وقت الاتفاق على الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه . وللدائن مطالبة المحال عليه بالدين المحال به ، بل ليس له أن يطالب به غيره إذ قد برئت ذمة المدين الأصلي منه بموجب الحوالة ، وذلك حتى لو اتفق المدين الأصلي والمحال عليه بعد إقرار الدائن للحوالة على إلغائها (٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠ .

(٢) انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٤١٥ ص ٦٠٧ .

المبحث الثاني

الحوالة نافذة في حق الدائن

٣٤٧ - الحالتان اللتان التي تكون الحوالة فيهما نافذة في حق الدائن :

قدمنا أن هناك حالتين تكون الحوالة فيهما نافذة في حق الدائن : (أولاهما) حالة ما إذا تمت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه وأقرها الدائن . و (الحالة الثانية) حالة ما إذا تمت الحوالة رأساً باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل من المدين الأصلي ، ففي هذه الحالة تنعقد الحوالة نافذة فوراً في حق الدائن ، كما قدمنا ، إذ هو نفسه كان طرفاً فيها .

٣٤٨ - بضمير المحال عليه قد أدى المخرج الأصلي التزاماً بقيمة الحوالة :

ومنذ أصبحت الحوالة نافذة في حق الدائن ، فإن المحال عليه يكون ملتزماً نحوه بالدين المحال به ، وتبرأ ذمة المدين الأصلي من هذا الدين . ويترتب على ذلك أن المدين الأصلي يكون قد أفاد من الحوالة بمقدار الدين المحال به ، وقد حصل على هذه الفائدة منذ برئت ذمته من الدين ، أي منذ أصبحت الحوالة نافذة في حق الدائن فالتزم المحال عليه بالدين نحوه . فكان المحال عليه قد أدى للمدين الأصلي التزاماً بقيمة الدين المحال به ، وأداه منذ أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الدائن ، أي منذ أن أصبح هو ملتزماً نحو الدائن بالدين المحال به ، دون حاجة إلى أن يني فعلاً بهذا الدين (١) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥١ - وقارن مقال الأستاذين شيرون ومحمد صائق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٤ . وهذا بخلاف التقنين المدنى العراقى فى الحوالة المطلقة ، فقد ورد فى شأن هذه الحوالة نصان فى هذا التقنين ، هما المادتان ٣٥٩ و ٣٦٠ . فنص المادة ٣٥٩ على أنه « إذا أحال المحيل حوالة مطلقة ، فإن لم يكن عند المحال عليه دين أو عين مودعة أو مفصوبة ، فله أن يطالب المحال عليه بعد الحوالة إلى أن يؤدى المحال عليه الدين للمحال له ، فإن أداه سقط ما عليه قصاصاً بقدر ما أدى » . وواضح من ذلك أن التقنين المدنى العراقى يفرض فى الحوالة المطلقة أنه مادام المدين -

وقد يكون المحال عليه، في تأديته للمدين الأصلي التزاماً بقيمة الدين المحال به ، قد قصد أن يؤدي هذه القيمة على سبيل القرض ، ففي هذه الحالة يرجع على المدين الأصلي بما أقرضه إياه طبقاً لشروط القرض الذي تم بينهما . وقد يكون قاصداً أن يفي للمدين الأصلي بدين ترتب في ذمته قبله (١) كضمن لم يتم أدائه ، ففي هذه الحالة تبرأ ذمة المحال عليه من الثمن بمجرد قيام الدين المحال به في ذمته للدائن وقبل الوفاء بهذا الدين . وقد يكون قاصداً أن يتبرع للمدين الأصلي بقيمة الدين الذي تحمل عنه به ، ففي هذه الحالة تكون العلاقة بينهما علاقة تبرع تطبق في خصوصها القواعد العامة في التبرع . والأمر بعد متعلق بنية الطرفين ، فقد تنصرف إلى خلاف ما قدمناه ، وقد يشترط المحال عليه الرجوع على المدين الأصلي بما التزم به نحو الدائن ، ولو قبل الوفاء للدائن ، بل ولو كان في ذمته للمدين الأصلي دين يصلح للمقاصة (٢) .

— الأصل لم يقيد الحوالة بالدين أو العين ، فقد احتفظ لنفسه بالحق في المطالبة بهما حتى بعد الحوالة ، إلى أن يؤدي المحال عليه الدين المحال به للدائن ، فمتى تقع المقاصة بين ما على المدين الأعلى للمحال عليه وماله عنده . ولو أراد هذان أن ينقطع بعد الحوالة حق المحال عليه في مطالبة المدين الأصلي بالدين أو بالعين ، فأمامهما الحوالة المقيدة وقد وردت فيها نصوص كثيرة في التقنين المدني العراقي ، فاعليهما إلا أن يقيدا الحوالة بما للمدين الأصلي في ذمة المحال عليه . وتنظيم الحوالة المقيدة إلى جانب الحوالة المطلقة في التقنين المدني العراقي هو الذي يبرر الحكم المتقدم . على أنه ليس هناك إطلاقاً ما يمنع المشرع — من ناحية السياسة التشريعية التي يخططها — من أن يرجع رجوع المحال عليه على المدين الأصلي إلى وقت وفاة المحال عليه بالدين للدائن ، فيفترض أن نية الطرفين قد انصرفت إلى هذا الحكم ما لم يوجد اتفاق مخالف (انظر في هذا المعنى مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٤ — وقارن الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٤٠ ص ٢٢٢ ، وهو ينمى هنا أيضاً ، دون مبرر ، على المادتين ٣٥٩ و ٣٦٠ من التقنين المدني العراقي التعقيد والغموض !) .

ويلاحظ أخيراً أن المحال عليه يرجع على المدين الأصلي ، في التقنين العراقي ، بالدين المحال به لا بما أدى ، أي يرجع بدعوى الحلول ، والحلول هنا قانوني إلا إذا كان متفقاً عليه قبل وفاة الدين المحال به .

(١) وهذا هو ما يعرف بالحوالة المقيدة في الفقه الإسلامي وسيأتي ذكرها . وللتمييز بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة في الفقه الإسلامي أهمية بالغة سبقت الإشارة إليها (انظر آنفاً بفقرة ٢٤٠) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يقصد المحال عليه من نحمل الدين إلى النتيجة التي كان يصل إليها لو إنه التزم قبل المدين بأداء تكليف معادل لقيمة هذا —

فرجوع المحال عليه على المدين الأصلي ، بعد أن يلتزم بالدين المحال به نحو الدائن ، يتوقف على العلاقة التي قامت بينه وبين المدين الأصلي . وهذه العلاقة هي التي تحدد متى يكون هناك رجوع ، وكيف يكون .

٣٤٩ - الحوالة المقيدة : ونفرض أن المحال عليه كان في ذمته دين

للمدين الأصلي ، وأن الحوالة حين تمت بينهما تمت على أساس أن يؤدي المحال عليه الدين المحال به من الدين الذي في ذمته للمدين الأصلي . وهذا ما يعرف في الفقه الإسلامي بالحوالة المقيدة ، فهي حوالة قيدت بوفاء الدين المحال به من الدين الذي في ذمة المدين الأصلي .

وحكم الفقه الحنفي في هذه الحوالة المقيدة أن الدين الذي في ذمة المحال عليه للمدين الأصلي يكون مخصصاً لأداء الدين المحال به . وينقطع حق المدين الأصلي في مطالبة المحال عليه بهذا الدين ، ويكون هذا الدين بمنزلة الرهن عند الدائن ، وإن لم يكن رهناً لسببين : (١) إذا أفلس المدين الأصلي قبل أن يؤدي المحال عليه الدين المحال به للدائن ، فليس الدائن أحق من سائر الغرماء بالدين الذي تقيدت به الحوالة . (٢) ولو توى هذا الدين عند المحال عليه ، لا يسقط الدين المحال به في مقابلة هلاك الرهن ، خلافاً لقواعد الرهن المقررة في الفقه

= الدين . فلو فرض أن المحال عليه تحمل من المدين ديناً مقداره ١٠٠ جنيه ، فهو يقصد من ذلك إما إلى إقراض المدين مثل هذا المبلغ ، وإما إلى التبرع له به ، وإما إلى الوفاء له بدين ترتب في ذمته من قبل كباقى ثمن لم يتم أدائه . ويراعى أن نية المحال عليه تنصرف ، في هذه الحالة الأخيرة ، إلى الوفاء بباقى الثمن من طريق تحمل الدين عن المحيل ، وبهذا تبرأ ذمته على الفور من المطالبة بمقتضى عقد البيع ... بيد أن إرادة المتعاقدين قد تنصرف إلى خلاف ذلك ، فالأمر لا يعدو والحال هذه مجرد التنويه بقاعدة مفسرة أو متعامة ، للأفراد مطلق الخيار في الخروج عليها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠ — ص ١٥١) .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً هو المادة ٤٥٢ من هذا المشروع ، وكان يجرى حل الوجه الآتى : « إذا أقر الدائن حوالة الدين ، اعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الأصلي التزاماً بقيمتها » . فحذفت هذه المادة في لجنة المراجعة « لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٦ في الهامش) .

الإسلامي (١). ويستخلص من ذلك أن ملكية الدين الذي تقيدت به الحوالة لم تنتقل إلى الدائن ، بل ان هذا الدين ليس رهناً عنده (٢).

وهذه الأحكام المقررة في الفقه الحنفي تخالف القواعد العامة عندنا ، فان المدين الأصلي إذا تبرأ الحوالة بدين له في ذمة المحال عليه ، فالمفروض أنه قد انصرفت نيته في ذلك إلى جعل المحال عليه نبي بالدين المحال به من الدين الذي تقيدت به الحوالة . فبمجرد أن تصبح الحوالة نافذة في حق الدائن ، ويصبح المحال عليه ملتزماً نحوه بالدين المحال به ، فان المحال عليه يكون قد أدى للمدين الأصلي التزاماً بقيمة هذا الدين ، أى يكون قد أدى الدين الذي تقيدت به الحوالة . فتبرأ ذمته منه نحو المدين الأصلي ، كما تبرأ ذمة المدين الأصل من الدين المحال به نحو الدائن . ولو أعسر المدين الأصلي قبل أداء المحال عليه الدين المحال به للدائن ، فليس لدائن المدين الأصلي أن يشاركوا الدائن في الدين الذي تقيدت به الحوالة . ونظير ذلك مقابل الوفاء (provision) في الكمبيالة ، فان قواعد القانون التجارى تقضى بجعل مقابل الوفاء هذا بمثابة الدين الذي تقيدت به الكمبيالة والكمبيالة نفسها بمثابة حوالة . ويعتبر صاحب الكمبيالة هو المدين الأصلي ، والمسحوب عليه هو المحال عليه ، وحامل الكمبيالة هو الدائن . ونصوص التقنين التجارى صريحة في أن مقابل الوفاء يكون ملكاً لحامل الكمبيالة ، فقد نصت المادة ١١٤ من هذا التقنين على أن « مقابل الموجود تحت يد المسحوب عليه ، سواء وجد عنده في وقت تحرير الكمبيالة أو في وقت انتقال ملكيتها لشخص آخر أو بعد ذلك ، يكون ملكاً لحاملها ، ولو لم يحصل تعيينه لدفع قيمة تلك الكمبيالة أو لم يحصل القبول من المسحوب عليه » . فيكفى إذن أن يكون لساحب الكمبيالة (المدين الأصلي) دين في ذمة المسحوب عليه (المحال عليه) ليتعلق حق حامل الكمبيالة (الدائن) بهذا الدين ، ويترتب على ذلك أن إفلاس الساحب قبل حلول ميعاد استحقاق الكمبيالة لا يؤثر في حق حامل الكمبيالة ، فيكون لهذا وحده دون

(١) وقد سبق بحث هذه المسألة تفصيلاً في الفقه الإسلامى انظر آنفاً فقرة ٢٤٠ .

(٢) ولكن لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة — كما إذا كان الدين ثمن مبيع فاستحق المبيع أو كان وديعة فهلك — فإن الحوالة تبطل ، لأن الدين الذي قيدت به يعتبر سبباً لها ، وقد انعدم فأنعدمت .

سائر دائني الساحب الاستيلاء على مقابل الوفاء (١). وقد نصت المادة ١١٤ من التقنين التجارى على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا أفلس الساحب ولو قبل حلول ميعاد دفع قيمة الكبيالة ، يكون لحاملها دون غيره من مدايني الساحب المذكور الحق في الاستيلاء على مقابل الوفاء المعطى للمسحوب عليه بالطرق المقررة » .

وعلى هذا الوجه حورت أحكام الفقه الحنفى في الحوالة المقيدة في التقنين المدنى العراقى ، حتى تتفق هذه الأحكام مع القواعد العامة المقررة في كل من التقنينين المصرى والعراقى . فنصت المادة ٣٦١ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى :

« ١ - إذا كانت الحوالة مقيدة بدين للمحيل على المحال عليه أو عين مودعة أو مغصوبة ، فلا يملك المحيل بعد الحوالة مطالبة المحال عليه ، ولا المحال عليه الدفع للمحيل ، فلو دفع له ضمن للمحال له ويكون له الرجوع على المحيل » .
« ٢ - ولو أعسر المحيل قبل أداء المحال عليه الدين ، فليس لسائر الغرماء أن يشاركوا المحال له » .

ويلاحظ أن الأحكام المتقدمة التى نص عليها التقنين المدنى العراقى إنما هي نتيجة مستخلصة من تطبيق القواعد العامة ، فتسرى دون نص ، فيما يتعلق

(١) الأستاذ محمد صالح فى شرح القانون التجارى جزء ٢ فقرة ٣٥ هـ — أما فى التقنين التجارى المختلط ، فقد كان حامل الكبيالة لا يملك مقابل الوفاء إلا فى حالتين : حالة تخصيص المقابل (وهذا التخصيص هو الذى يضامى فى الفقه الإسلامى تقييد الحوالة) وحالة قبول المسحوب عليه للكبيالة . وكانت المادة ١٢٠ من التقنين المدنى المختلط تجرى فى هذا المعنى على الوجه الآتى : « ومع ذلك يكون مقابل الوفاء ملكاً لحامل الكبيالة فى يوم استحقاق دفع قيمتها إذا كان عين خصيصاً لوفائها ، وكان المسحوب عليه قد قبل مع علمه هذا التعيين أو أخبر به قبل إفلاس الساحب سواء كان باخبار الساحب أو بعمل بروتستو عدم التبول أو عدم الدفع ولو كان عمله بعد الميعاد . أما إذا لم يحصل التعيين المذكور فيدخل مقابل الوفاء فى روكية غرماء الساحب إذا كان القبول لم يحصل قبل علم القابل بالإفلاس » . ومن هذا يتبين أن مقابل الوفاء يكون مملوكاً لحامل الكبيالة فى التقنين التجارى الوطنى ، سواء كانت الحوالة مقيدة أو مطلقة . وكذلك كان الحكم فى التقنين التجارى المختلط ، فإن مقابل الوفاء فى هذا التقنين كان يعتبر مملوكاً لحامل الكبيالة فى حالة التخصيص وهذه هى الحوالة المقيدة ، وفى حالة قبول الكبيالة من المسحوب عليه وهذا هو شأن كل حوالة ، مقيدة كانت أو مطلقة ، فإن قبول المحال عليه ضرورى لانهقاد الحوالة فى جميع الأحوال .

بالحوالة المقيدة على الوجه الذى حددناه ، فى البلاد العربية الأخرى : مصر
وسورية وليبيا ولبنان (١).

٣٥٠ — مازة ابطال الحوالة : والأحكام التى قدمناها فى تحديد العلاقة
ما بين المدين الأصلي والمحال عليه إنما تسرى إذا بقيت الحوالة قائمة ، فإنها
مبنية على التزام المحال عليه بموجب الحوالة بالدين المحال به نحو الدائن .
فاذا عرض للحوالة ما يبطلها — سواء كانت باتفاق بين المدين الأصلي
والمحال عليه وأقرها الدائن أو كانت باتفاق بين الدائن والمحال عليه — فإن
التزام المحال عليه بالدين المحال به نحو الدائن يزول بزوال الحوالة ، ويعود الدين
إلى ذمة المدين الأصلي بجميع توابعه ، دون إخلال بحقوق الغير (٢). وينتضى الدائن
من المحال عليه أو من المدين الأصلي تعويضاً فى مقابل ما لحقه من الضرر ،
إما بسبب فقد تأمينات سبق ترتيبها وإما لآى سبب آخر ، ما لم يثبت المحال عليه
أو المدين الأصلي أنه لا بد له فى إبطال الحوالة (م ١٨٠ من تقنين الالتزامات
الدويسرى) . ومتى أبطلت الحوالة ، وعاد الدين المحال به إلى ذمة المدين الأصلي
كما قدمنا ، لم يعد للمحال عليه رجوع على المدين الأصلي ، فقد كان حقه
فى الرجوع قائماً على أساس التزامه بالدين المحال به نحو الدائن ، وقد زال
هذا الالتزام بابطال الحوالة ، فزال تبعاً لذلك حقه فى الرجوع (٣).

(١) قارن الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام والفقير المثنى العراقى فقرة ٢٤١ .
(٢) وذلك ككفيل عيى لم يرص بالحوالة ، فزال الرهن المترتب على ماله ، ثم عاد الرهن
بإبطال الحوالة ، وكان هذا الكفيل قد رتب للغير حقاً على المال المرهون فى الفترة ما بين انقضاء
الحوالة وإبطالها .

(٣) ونقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « وتطبق القواعد
العامّة عند إبطال الحوالة ، فبإعنى أولاً أن الدين القديم يعود سيرته الأولى بجميع توابعه ، دون
إخلال بحقوق الغير ، وإعنى من ناحية أخرى أن الدائن يكون له أن يقتضى من المحال عليه
تعويضاً فى مقابل ما لحقه من الضرر ، إما بسبب فقد تأمينات سبق ترتيبها وإما لآى سبب آخر ،
ما لم يثبت المحال عليه أن بطلان الحوالة والضرر الحادث يرجعان إلى سبب لا بد له فيه : انظر
المادة ١٨٠ من تقنين الالتزامات الدويسرى والمادة ٢/٤٥٣ من المشروع . ويلاحظ أخيراً
أنه لا يجوز للمدين الأصلي فى الشريعة الإسلامية أن يطالب المحال عليه بما له قبله إلا فى حدود
ما يربو على الدين المحال به » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥١) .

القسم الثالث

انقضاء الالتزام

(Extinction des Obligations)

تمهيد

تحديد أسباب انقضاء الالتزام وتقسيم هذه الأسباب

٣٥١ - مصير الالتزام منحا الى الانقضاء : الحق الشخصى

أى الالتزام ، بخلاف الحق العيني ، مصيره حتما إلى الزوال ، فلا يجوز أن يبقى المدين ملتزماً للدائن إلى الأبد، فان ذلك يتعارض مع الحرية الشخصية . والأصل براءة الذمة، أما شغلها بالالتزام فأمر عارض، والعارض لا بدوم . وهذا لا يمنع بطبيعة الحال أن يكون المدين ملتزماً مدى حياة الدائن - لامتد حياته هو - كما فى الإيراد المرتب مدى الحياة . أما إذا التزم المدين فعلا طول حياته، فان القانون يعالج هذا الموقف بطريقة أو بأخرى حتى لا يجعل الالتزام أبدياً . فمثلا إذا تعهد شخص بأن يؤدي على الدوام إلى شخص آخر وإلى خلفائه من بعده دخلا دائما (م ٥٤٥ مدنى)، فان هذا الدخل الدائم يكون قابلا للاستبدال فى أى وقت شاء المدين ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك (م ١/٥٤٦ مدنى) . وإذا جاز الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال ما دام مستحق الدخل حياً، أو على ألا يحصل قبل انقضاء مدة لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة (م ٢/٥٤٦ مدنى)، فانه لا يجوز الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال ما دام المدين بالدخل حياً، فان هذا تأييد للالتزام فلا يجوز .

وإذا كان عند الشركة غير معين المدة ، انتهت الشركة بانسحاب أحد الشركاء ، على أن يعلن الشريك إرادته فى الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله ، وألا يكون انسحابه عن غش أو فى وقت غير لائق (م ١/٥٢٩ مدنى) . وعقد الإيجار يلزم كلا من المؤجر والمستأجر لمدة محدودة ، فإذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة ، أو عقد لمدة غير معينة ، اعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة ، وينتهى بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالإخلاء فى مواعيد بينها القانون (م ٥٦٣ مدنى) . وعقد العمل يبرم نخامة معينة أو لمدة معينة ، فإذا أبرم لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر (م ٦٧٨ مدنى) .

وهكذا نستطيع أن نعدد الأمثلة التي تدل على أن الالتزام لا يجوز أن يكون أبدياً ، بل إن مصيره حتماً إلى الزوال .

وفي هذا يختلف الالتزام ، كما قدمنا ، عن الحق العيني . فإن أهم الحقوق العينية ، وهو حق الملكية ، حق مؤبد بطبيعته ، ولا يصح إلا أن يكون مؤبداً ، حتى إذا انتقل إلى مالك آخر فإنه يتأبد بهذا الانتقال . والحقوق العينية المنفردة عن حق الملكية - كحق الانتفاع وحق الارتفاق - بعضها قد يكون مؤبداً ، كحق الارتفاق إذا لم تحدد له مدة فإنه يتأبد مع حق الملكية الذي يلزمه ، وحق الانتفاع مدى الحياة ، وبعضها قد يكون مؤقتاً ، كما إذا حددت معينة لحق الانتفاع أو لحق الارتفاق .

ومن ثم كانت نظرية انقضاء الحقوق العينية محدودة الأهمية ، بعكس نظرية أسباب كسب الحقوق العينية فإن لها المكان الأول من الأهمية . وعلى النقيض من ذلك الالتزام ، فإن نظرية أسباب انقضائه قد لا تنقل في الأهمية عن نظرية مصادره ، بل إن هناك تقابلاً ملحوظاً بين مصادر الالتزام وأسباب انقضائه ، فالالتزام ينشأ وينقضي بالتصرف القانوني وبالواقعة المادية ، ولا بد له من مصدر ينشئه كما لا بد له من سبب يقضيه .

٣٥٢ - تحديد أسباب انقضاء الالتزام : ونرى من ذلك الأهمية

البالغة لمعرفة متى ينقضي الالتزام ما دام أنه حتماً سينقضي ، فلا بد إذن من تحديد أسباب انقضاء الالتزام .

وقد حددها التقنين المدني الجديد في ثمانية أسباب : (١) الوفاء (٢) الوفاء بمقابل (٣) التجديد والإنابة في الوفاء (٤) المقاصة (٥) اتحاد الذمة (٦) الإبراء (٧) استحالة التنفيذ (٨) التقادم .

وكثيراً ما تختلط هذه الأسباب بأسباب لا تمت لها بصلة ، كالإبطال والفسخ والرجوع ونحو ذلك من أسباب زوال العقد . فهناك فرق واضح بين زوال العقد - وهو مصدر الالتزام - وزوال الالتزام ذاته . غير أنه قد يكون هناك تفاعل ما بين الشئين ، إذ قد يزول العقد بسبب من أسباب زواله فتنتضي بذلك تبعاً للالتزامات الناشئة من هذا العقد ، وقد تزول الالتزامات الناشئة من العقد بسبب

من أسباب انقضائها فينقضى العقد تبعاً لذلك أو يصبح غير ذى موضوع (١).
على أنه من الخير أن نفصل ما بين أسباب انقضاء الالتزام وأسباب زوال
العقد ، كما فصلنا ما بين الالتزام والعقد ، إذ أن الخلط بين الشئين من شأنه
أن يورث الغموض والاضطراب (٢).
فنتنصر إذن على أسباب انقضاء الالتزام الثمانية التى حددها التقنين المدنى ،
وننظر كيف يمكن تقسيم هذه الأسباب .

٣٥٣ - طريقاه لتقسيم أسباب انقضاء الالتزام : ويمكن تقسيم
هذه الأسباب من وجوه عدة . ولكننا نقف عند تقسيمين اثنين ، أحدهما
تقسيم علمى ، والآخر تقسيم عملى (٣). وبالتقسيم العلمى أخذ التقنين المدنى
المصرى الجديد ، وسنتابعه فى الأخذ به .

٣٥٤ - التقسيم العلمى - التصرف القانونى والواقعة المادية :
والتقسيم العلمى لأسباب انقضاء الالتزام هو نفس التقسيم العلمى لمصادره ،
كما سبق القول . فنتقسم أسباب الانقضاء ، كما تنقسم المصادر ، إلى التصرف

(١) دى باج ٣ فقرة ٣٩١ .

(٢) وقد ينقضى الالتزام بتحقق الشرط الفاسخ أو عدم تحقق الشرط الواقف ، ولكن
الشرط وصف فى الالتزام كما رأينا لا سبب لانقضائه . وله أثر رجمى ، فيعتبر الالتزام كأنه
لم يوجد بتحقيق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف ، والفرق واضح بين التزام لم
يوجد والتزام وجد ثم انقضى . أما الأجل الفاسخ فى الالتزام الزمنى فقد رأينا أنه عنصر الزمن
الجوهري فى الالتزام ، بل هو محل الالتزام ، فانقضائه هو استيفاء للالتزام فيكون انقضاء
الالتزام آتياً عن طريق الوفاء .

والموت قد يكون سبباً فى انتهاء العقد فينقضى بانتهائه الالتزام ، كما فى الوكالة وعقد العمل
والإيراد المرتب مدى الحياة .

(٣) وهناك تقسيمات أخرى ، نشير منها إلى اثنين : (١) هناك أسباب تنقضى الالتزام
بطريق غير مباشر عن طريق انقضاء العقد بالإبطال أو الفسخ أو الرجوع أو نحو ذلك .
وأسباب تنقضى الالتزام بطريق مباشر كالوفاء والتجديد والإبراء والتفادى (بيدان ولا جارد ٩
فقرة ٩٩٠) . (ب) أسباب انقضاء الالتزام ترجع إما لإرادة المتعاقدين كما فى الأجل الفاسخ
والإبراء ، وإما لانعدام أحد أركان الالتزام كما فى اتحاد الدمة وحلاك الخل ، وإما للتنفيذ بمقابل
كما فى الوفاء بمقابل والمقاصة ، وإما شتتفادى (بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ١٩٨٣) .
أنظر أيضاً فى تقسيم أسباب الالتزام دى باج ٣ فقرة ٣٩٠ — فقرة ٣٩١ .

القانوني (acte juridique) والواقعة المادية (fait matériel) . وقد سبق أن ميزنا ، في الجزء الأول من الوسيط ، بين التصرف القانوني والواقعة المادية ، فلا نعود إلى ذلك . ونقتصر هنا على بيان ما يعتبر من أسباب الانقضاء واقعة مادية ، وما يعتبر منها تصرفاً قانونياً .

فأسباب الانقضاء التي تعتبر واقعة مادية هي : (١) اتحاد الذمة ، ويتلخص في واقعة اجتماع صفتي المدين والدائن في شخص واحد . (٢) استحالة التنفيذ ، فالسبب الأجنبي الذي يجعل الالتزام ينقضي هو واقعة مادية لا تنسب إلى خطأ المدين . فاذا استحال تنفيذ الالتزام بخطأ المدين ، فان الخطأ ، وهو أيضاً واقعة مادية ، لا يقضي الالتزام ، بل يحوله إلى تعويض . (٣) التقادم ، وهو واقعة مادية هي انقضاء زمن معين ، فينقض الالتزام بانقضائه . (٤) المقاصة إذ هي تقابل دينين من نوع واحد بشروط معينة . وتقترن هذه الواقعة المادية ، في التقنين المدني الجديد ، على غرار التقنين الألماني والسويسري ، بتصرف قانوني هو إعلان أحد طرفي المقاصة لإرادته في التمسك بها ، فالمقاصة إذن واقعة مركبة (fait complexe) ، كالشفعة في أسباب كسب الملكية . أما في التقنين المدني السابق وفي التقنين المدني الفرنسي ، فالمقاصة واقعة مادية محضة تقع بمجرد تقابل الدينين دون حاجة إلى التمسك بها .

وأسباب الانقضاء التي تعتبر تصرفاً قانونياً هي : (١) الوفاء ، وهو واقعة مختلطة (fait mixte) ، إذ هو مزيج من تصرف قانوني وعمل مادي ، ولكن التصرف القانوني هو النائب . (٢) الوفاء بمقابل ، وهو مثل الوفاء . (٣) التجديد ، إذ هو اتفاق بين أطراف متعددين كما سنرى . (٤) الإبراء ، إذ هو إرادة منفردة ، وقد كان اتفاقاً في التقنين المدني السابق .

٣٥٥ - التسمية لهذا التقسيم السامي محدودة : وهذا التقسيم يعين على تفهم حقيقة علمية هي أن جميع مصادر الحقوق وأسباب انقضائها تنحصر في التصرف القانوني والواقعة المادية . ولكن نظرية التصرف القانوني والواقعة المادية لم تعد بعد مراحلها الأولى في الفقه ، ولم يحن الوقت لاتخاذ هذا التقسيم أساساً لبحث الموضوع ، كما بينا ذلك في الجزء الثاني من الوسيط .

والجميع بين أسباب الانقضاء التي هي تصرف قانوني في جهة ، وبين أسباب الانقضاء التي هي واقعة مادية في جهة أخرى ، أهميته محدودة . ويمكن القول بوجه عام أن الأسباب التي هي تصرفات قانونية تشترك جميعاً في أنها تعبير عن الإرادة ، يقتضى أن تتوافر أهلية معينة ، وأن يكون خالياً من عيوب الإرادة ، وأن يكون له محل وسبب . ولا كذلك الأسباب التي هي وقائع مادية فهذه لا تخضع لنظرية التصرف القانوني ، وهي مجرد وقائع مادية لا تقتضى أهلية ، ولا تدخلها عيوب الإرادة ، ولا أهمية فيها للمحل ، ولا يقوم بها سبب .

وسنعرض لذلك عند الكلام في كل سبب من أسباب الانقضاء ، ولكننا لا نتخذ هذا التقسيم العلمى أساساً لبحث الموضوع لما قدمناه ، ونؤثر أن تتبع التقسيم العملى الذى سار عليه التقنين المدنى الجديد ، وننتقل الآن إليه .

٣٥٦ - التقسيم العملى - انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً أو بتنفيذه

بمقابل أو دوره تنفيذ : ويقسم التنفيذ المدنى الجديد - ومثله تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١) - أسباب انقضاء الالتزام أقساماً ثلاثة :

(القسم الأول) ويتضمن انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً ، أى بقضاء نفس محل الالتزام ، وهذا القسم لا يشمل إلا الوفاء (païement) . وهو الطريق المألوف لقضاء الدين ، وما عداه ليس أصلاً مثله بل بديلاً عنه .

(القسم الثانى) ويتضمن انقضاء الالتزام بتنفيذه ، لا بالوفاء عيناً ، بل بما

(١) أنظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ٨٣٣ .

هذا وتنص المادة ٢٩٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتى : « تسقط الموجبات أولاً - بتنفيذها وهو الوجه الطبيعى لسقوطها (الإيفاء) . ثانياً - بتدبير أو حادث يضمن للدائن الحصول على منفعة غير التى يحق له أن يطلبها (كالإيفاء بأداء العوض وتجديد الموجب والمقاصة واتحاد الذمة) . ثالثاً - بأسباب تسقط الموجب أو يمكن أن تسقطه مع قطع النظر عن حصول الدائن على منفعة ما (كاستحالة التنفيذ والإبراء من الدين ومروور الزمن) . وتنص المادة ٢٩١ من نفس التقنين على ما يأتى : « إن سقوط الموجب الأصلى يؤدى إلى سقوط الموجبات الفرعية والتأمينات المنقولة التى كانت محتصة بالدين . وينشأ عنه حق نحو القيود المحتصة بالتأمينات غير المنقولة » .

يعادل الوفاء . ويشمل : (١) الوفاء بمقابل (dation en paiement) (٢) والتجديد (novation)، فهو يقضى التزاماً قديماً بالتزام جديد. (٣) والمقاصة (compensation) ، فهو يقضى التزاماً بالتزام يقابله . (٤) واتحاد الذمة (confusion) ، فهو يقضى الدين عن طريق أن يصبح المدين نفسه دائناً بهذا الدين .

(القسم الثالث) ويتضمن انقضاء الالتزام دون أن ينفذ لا عيناً ولا بمقابل . ويشمل : (١) الإبراء (remise de dette) ، إذ ينزل الدائن عن حقه دون مقابل . (٢) استحالة التنفيذ بسبب أجنبي (impossibilité d'exécution due à une cause étrangère) ، إذ يقضى السبب الأجنبي للالتزام دون تعويض أو أى مقابل آخر . (٣) التقادم المسقط (prescription extinctive) ، إذ ينقضى الالتزام بمضى مدة معينة دون أن ينفذ لا عيناً ولا بمقابل (٢) .
ونتناول في أبواب ثلاثة متعاقبة هذه الأقسام الثلاثة لأسباب الانقضاء .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع النهمي و مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٦ .

الْبَيْتُ الْأَوَّلُ

انقضاء الالتزام بتنفيذه عينا

الوفاء (*)

(LE PAIEMENT)

مقدمة

التكييف القانوني للوفاء

وما يترتب على هذا التكييف

٣٥٧ — التكييف القانوني للوفاء : الوفاء واقعة مختلطة (fait mixte) كما قدمنا ، فهو يجمع بين التنفيذ المادى للالتزام ، كتسليم مبلغ من النقود

* مراجع : أوبرى ورو ٤ — بودرى وبارد ٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ — بيدان ولا جارد ٨ — دي باج ٣ .

جونكو (Jonesco) في الآثار القانونية للوضع الظاهر في القانون الخاص رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٢٧ — لاباتى (Labatut) في نظرة الميسرة رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧ — ميلرياك (Miloac) في نظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ — ديفو (Deveau) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — بيسييه (Pansier) رسالة من مونبيلييه سنة ١٩٣٧ — ساراكاريه (Sarah Carré) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — رولان تكسييه (Roland Texier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — لورين (Laurain) رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ — الدكتور عبد الباسط جعيتي في الوضع الظاهر رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٥ .

ديمونتيس (Demontès) الوفاء بطريق الشيكات في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٦ — واهل (Wahl) في الوقت الذي يعتبر فيه الإيراد المذخور بطريق الشيكات قد قضى من ناحية الضريبة على الإيراد في مجلة دافنى الضرائب نوفمبر سنة ١٩٣٤ .

أو إقامة بناء أو الامتناع عن المنافسة ، وبين الاتفاق على قضاء الدين والاتفاق تصرف قانوني (١) .

ولكن الوفاء إذا كان واقعة مختلطة ، فإنه يغلب فيه عنصر التصرف القانوني ؛ ولذلك يلحق عادة بالتصرفات القانونية . وقد يكون من الممكن أن نكفيه بأنه تصرف قانوني عيني (acte juridique réel) ، إذ هو تصرف لا يتم إلا بعمل مادي هو التنفيذ (٢) .

٣٥٨ - ما يترتب على هذا التكليف : وبمخلص مما تقدم أن الوفاء هو اتفاق على قضاء الدين . ومن ثم يكون هناك أمران : (أولاً) أن الوفاء اتفاق . و (ثانياً) أنه اتفاق على قضاء الدين .

(١) والوفاء والتنفيذ المبني للالتزام هما في الواقع شيء واحد ، وقد عمدت بعض التشريعات الحديثة ، كتقنين الالتزامات السويسري وتقنين الالتزامات البولوني ، إلى عدم الفصل بينهما وإدماجهما جميعاً في مكان واحد . ولكن جرت التقاليد على أن يقسم هذا الموضوع قسمين ، فاما يتعلق بكيفية التنفيذ العيني يذكر في آثار الالتزام ، واما يتعلق بالتنفيذ باعتباره سبباً لانقضاء الالتزام — ويتناول ذلك تعيين من يقوم بالوفاء ولمن يكون الوفاء وما هو محل الوفاء — يذكر في أسباب انقضاء الالتزام . وقد نزل التقنين المدنى الجديد على هذه التقاليد . وبعض الفقهاء يعالجون الوفاء في باب تنفيذ الالتزام (أنظر على سبيل المثال بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٥٩) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « جرى المشروع على التقليد اللاتيني ، فنزل الأحكام المتعلقة بالوفاء عن الأحكام المتعلقة بآثار الالتزام ، مع ما بين هذه وتلك من وثيق الصلات في نواح عدة . وقد بلغ من أمر هذه الصلات أن عمد بعض التقنينات ، كالتقنين السويسري والتقنين البولوني ، إلى الخروج على ذلك التقليد وجمع هاتين الطائفتين من الأحكام تحت عنوان مشترك هو تنفيذ الالتزامات . على أن اختيار مذهب الفصل قد اقتضى المشروع عناية خاصة لتجنب التكرار ، حيث لا يؤمن توقيه إزاء ما بين هذه الأحكام جميعاً من قوة الارتباط » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٦ — ص ١٦٧) .

(٢) ويشير بيدان ولا جارد إلى أن فكرة الاتفاق بين الدائن والمدين على الوفاء تخفى عادة تحت ستار عمل مادي هو تسلم الدائن من المدين ما يوفى هذا به الدين . على أن فكرة الاتفاق هذه تبرز إذا وقع نزاع بين الطرفين على صحة الوفاء . وتسلم الدائن ما يعطيه المدين وفاء لدينه هو قبول لهذا الوفاء ، ومن شأنه أن ينقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن . فقبل هذا التسلم كان المدين هو المكلف بإثبات إنه عرض على الدائن وفاء صحيحاً ، ولكن بعد التسلم يكون الدائن هو المكلف بإثبات أن الوفاء الذى قبله من المدين لم يكن وفاء صحيحاً . ذلك أن قبول الدائن الوفاء عن طريق تسلمه ما أعطاه إياه المدين قرينة على أن الوفاء صحيح ، فإذا ادعى الدائن عكس ذلك فعليه هو يقع عبء الإثبات (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٦١ - ٤٦٣) .

ونتناول بالبحث كلا من هذين الأمرين .

١٥ - الوفاء اتفاق

٣٥٩ - ما يترتب على أنه الوفاء اتفاق : ما دام الوفاء اتفاقاً

(convention) بين الموفى والموفى له ، فهو إذن تصرف قانونى (acte juridique) يجرى عليه ، من الأحكام ما يجرى على سائر التصرفات القانونية (١) .

فلا بد فيه من التراضى ، أى تراضى الموفى والموفى له على وفاء الالتزام . والتراضى يكون بالتعبير عن الإرادة على النحو المقرر قانوناً . ويغلب أن يكون التنفيذ المادى للالتزام هو نفسه تعبير عن هذه الإرادة ، فتسليم الموفى الشيء الذى التزم به هو إيجاب ، وتسلم الموفى له هذا الشيء على أنه وفاء للدين هو القبول .

ويشترط فى هذا التراضى أن يكون صادراً من ذى أهلية ، وسنتكلم فى أهلية الموفى وأهلية الموفى له فيما يلى . ويشترط أيضاً أن يكون خالياً من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه (٢) واستغلال ، فإذا داخل الوفاء شيء من ذلك كان قابلاً للإبطال . ومن ثم فإن الموفى إذا وقع فى غلط واعتقد بحسن نية أنه يوفى ديناً عليه ولا دين ، فإنه يستطيع استرداد ما وفى به عن طريق إبطال هذا التصرف القانونى المشوب بالغلط وهو الوفاء . وهذا هو المبدأ المعروف باسترداد غير المستحق ، يقوم على هذا الأساس القانونى . وكذلك الأمر لو أكره الموفى على وفاء دين انقضى ، ثم وجد فى أوراقه الخاصة التى تثبت أنه هو أو مورثه كان قد وفى بالدين ، فإنه يستطيع هنا أيضاً استرداد غير المستحق عن طريق إبطال الوفاء المشوب بالإكراه (٣) .

(١) ببيان ولا جارد ٨ فقرة ٤٦٠ .

(٢) استئناف مخطط ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١ .

(٣) استئناف مخطط ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥١ — ١١ مارس سنة ١٩٤٨

كذلك يجب أن يكون للوفاء - شأنه في ذلك شأن كل تصرف قانوني - محل وسبب .

فمحل الوفاء هو نفس محل الدين الذي يوفى به ، وسيأتى الكلام فيه تفصيلاً .
وسبب الوفاء هو قضاء الدين ، وهذا هو الباعث الرئيسى لهذا التصرف القانوني (١) . فإذا كان الدين غير مشروع ووفاه المدين بالرغم من عدم مشروعيته ، فإن سبب الوفاء يكون هنا غير مشروع ، ومن ثم يقع باطلاً ، ويجوز للموفى أن يسترد ما دفعه ، ولا يعترض ذلك القاعدة القديمة التى كانت تقضى بأن المحل غير المشروع إذا وفى به لا يسترد (٢) .

ثم إن الوفاء ، باعتباره تصرفاً قانونياً ، يخضع للقواعد العامة فى إثبات التصرفات القانونية . ولما كان هذا الحكم فى حاجة إلى شيء من التفصيل ، فنتناوله الآن بالبحث .

٣٦٠ - إثبات الوفاء - النصوص القانونية : قدمنا عند الكلام

فى الإثبات (٣) أن إثبات الوفاء بالالتزام يقع عبؤه على المدين (٤) ، ويثبت بالطرق التى يثبت بها قيام الالتزام ، فلا بد من الكتابة أو ما يقوم مقامها فيما زادت قيمته على عشرة جنيهات ، وإلا جازت البينة والقرائن .

غير أن التقنين الجديد أورد نصاً خاصاً فى إثبات الوفاء ، هو المادة ٣٤٩ ، وتجرى على الوجه الآتى :

« ١ - لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بمحصول هذا الوفاء . فإذا وفى الدين كله ، كان له أن يطلب

(١) والوفاء يفترض وجود دين سابق يوفى به ، فسبب الوفاء إذن مفروض . وإذا ادعى الموفى أنه لم يكن يوجد دين سابق وأن الوفاء كان عن غلط وقع فيه ، فعليه هو إثبات ذلك (بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ١٥٤٠ - بلانيول وريبير وردران ٧ فقرة ١١٤٩) .

(٢) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٣٣٨ .

(٣) انظر الجزء الثانى من الوسيط .

(٤) استئناف مخطط ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣١٩ .

رد سند الدين أو إلغائه ، فإن كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضيايع السند .

٢ - فإذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١ - لمن قام بالوفاء أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بمحصل هذا الوفاء ، ويكون كل ذلك على نفقته . فإذا انقضى الدين كله ، كان له أن يطلب رد سند الدين أو إلغائه ، فإن كان السند قد ضاع ، كان له أن يطلب من الدائن إقراراً كتابياً بضيايع السند . ويجب أن يكون توقيع الدائن على الإقرار مصدقاً عليه ، وتكون نفقة التصديق على الدائن . ٢ - فإذا رفض القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً . وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة « ويكون كل ذلك على نفقته » الواردة فى الفقرة الأولى اكتفاء بالحكم الوارد فى المادة السابقة الذى يقضى بأن تكون نفقات الوفاء على المدين ، وأصبح رقم المادة ٣٦١ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت من آخر الفقرة الأولى عبارة « ويجب أن يكون توقيعهم على الإقرار مصدقاً عليه ، وتكون نفقة التصديق على الدائن » لأنها قد تصرف الذهن إلى أن عدم التصديق يسقط حجية الإقرار ، فضلاً عما يفتش عن بقائها من حرج وإشكالات فى المعاملات ، وأصبح رقم المادة ٣٤٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣١ - ص ٢٣٣) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٣٤٧ (مطبقة للمادة ٣٤٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٣٦ (مطابقة للمادة ٣٤٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل فيه ، ولكن يمكن العمل بهذا الحكم فى العراق لاتفاقه مع القواعد العامة (انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام والقانون المدنى العراقى فقرة ٣٠١) .

تقنين الموجبات والمقود للبناء م ٣٠٥ : يثبت الإيفاء عادة بسند الإيصال الذى يعطيه الدائن للمدين ، وهو مثبت لتاريخه بنتمه بالنظر إلى المتعاقدين أنفسهم . وهذا لم يكن هناك سند إيصال فىمكن استخراج البيئة إما من قيود سجلات الدائن وأوراقه البيتية ، وإما من القيود التى كتبها الدائن ذيلًا أو هامشاً على سند الدين .

م ٣٠٦ : يعق للمدين الذى قام بالإيفاء أمام أن يطلب ، علاوة على سند الإيصال ، تسليم السند نفسه إليه أو إتلافه . أما إذا كان الإيفاء حزئياً فيمكنه أن يطلب ، علاوة على سند الإيصال ، ذكر ما دفعه على سند الدين المحفوظ عند الدائن .

ولا نعيد هنا ما قدمناه في إثبات الوفاء بالالتزام (١) من جواز إثبات الوفاء بمخالصة مكتوبة ، ومن أن المخالصة يجوز أن تسرى في حق الغير ولو لم تكن ثابتة التاريخ (م ٢/٣٩٥ مدني) . كذلك نشير هنا إلى ما قدمناه في قسم الإثبات من أن الدفاتر والأوراق المنزلية تكون حجة على من صدرت منه إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (م ٣٩٨ بند أ مدني) ، وإلى أن التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعاً منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته ، وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين (م ٣٩٩ مدني) .

على أن نص المادة ٣٤٩ المتقدم الذكر يضيف شيئاً جديداً إلى ما سبّر أن ذكرناه . فالأصل أن المدين إذا وفى بالدَيْن أو بجزء منه ، فمن حقه أن يحصل من دائنه على دليل لإثبات هذا الوفاء . فان كان القانون يتطلب سنداً مكتوباً ، فمن حقه أن يحصل من دائنه على مخالصة مكتوبة ، وهذا هو الدليل المألوف لإثبات الوفاء الكلي أو الجزئي . إلا أن المادة ٣٤٩ مدني أضافت إلى ذلك أن من حق المدين أيضاً ، بالإضافة إلى هذه المخالصة ، أن يطلب من الدائن رد السند الأصلي للمدين أو إعدام هذا السند أو إلغائه إذا كان الوفاء كلياً ، فان كان الوفاء جزئياً كان للمدين أن يطلب التأشير على السند بما وفاه . والغرض من ذلك إمعان في الاحتياط للتزود بمختلف الأدلة على الوفاء ، فان المخالصة قد تضيع فلا يبقى عند المدين دليل لإثبات الوفاء . أما إذا رد السند الأصلي للمدين أو ألغى في حالة الوفاء الكلي ، أو أشر عليه بالوفاء الجزئي ، فقد امتنع على الدائن أن يطالب بالمدين أو بما وفى منه مرة أخرى ، حتى لو ضاعت المخالصة من المدين . ونفقة كل ذلك على المدين ، فان نفقات الوفاء عليه (م ٣٤٨ مدني) ، وقد كان المشروع التهديد يشتمل على نص في هذا المعنى فحذفته لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه (٢) .

(١) انظر الجزء الثاني من الوسيط .

(٢) انظر تاريخ نص المادة ٣٤٩ في نفس النقرة في الهامش .

وإذا كان السند الأصلي الدين قد ضاع من الدائن، أو ادعى الدائن ضياعه، فعلى الدائن في هذه الحالة أن يقر كتابة بضياع السند. وليس من الضروري أن يكون هذا الإقرار مصدقاً على الإمضاء فيه، ولكن التصديق يجعل المدين في مأمن من إنكار الدائن لتوقيعه إلا عن طريق الطعن بالتزوير (١).

وقد أوجب القانون على الدائن أن يعطى لمدينه المخالصة، وإن يرد له في الوقت ذاته السند أو يعدمه أو يلغيه أو يؤثر عليه بالوفاء الجزئي أو يكتب له إقرار بضياعه، إلى حد أنه لو امتنع من ذلك، جاز للمدين أن يلجأ في وفاء دينه إلى طريق العرض الحقيقي بما يتضمنه هذا العرض من مصروفات تكون على حساب الدائن لا متناعه بغير حق من تمكين المدين من طرق إثبات الوفاء التي قررها القانون.

ويلاحظ أن الجمع بين المخالصة وتسليم السند أو إعدامه أو إلغائه أو التأشير عليه بالوفاء الجزئي أو الإقرار المكتوب بضياعه ليس ضرورياً، وإنما هو كما قلنا إمعان في الاحتياط. فيجوز للمدين أن يكتفي بالمخالصة، وتكون دليلاً كاملاً على الوفاء الكلي أو الجزئي. كما يجوز له أن يكتفي باسترداد السند أو إعدامه أو إلغائه، ولكن هذا كما يكون قرينة على الوفاء قد يكون أيضاً قرينة على الإبراء (٢). أما التأشير بالوفاء الجزائي فهو دليل كامل على هذا الوفاء، ولا يخشى عليه من الضياع، فانه لا يضيع إلا إذا ضاع سند الدين نفسه (٣).

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص ينص بأن يكون الإقرار مصدقاً عليه وبأن تكون نفقة التصديق على الدائن، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذا النص، حتى لا ينصرف الذهن إلى أن عدم التصديق يسقط حجية الإقرار، ولتجنب تعقيد الإجراءات (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٩ في نفس الفقرة في الهامش).

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠١.

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٢، والمادة ٨٨ من تقنين الالتزامات السويسرى.

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا فسرت محكمة الموضوع كلمة «مناولة» الواردة في وصول بأنها لا تقطع بأن الموفى دفع الدين من ماله الخاص، فإنها لا تكون قد انحرفت عن المعنى الذى تزديه هذه العبارة ولم تخطئ في تطبيق القانون إذا هي أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن المبلغ قد دفع من مال الملتزم بهذا الوصول (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣ ص ٤٥).

٢٥ - الوفاء اتفاق على قضاء الدين

٣٦١ - الوفاء اتفاق له مقومات خاصة : على أن الوفاء ، إذا كان اتفاقاً ، فهو اتفاق له مقوماته الخاصة . فهو اتفاق على قضاء دين قائم ، له أطراف معينة ومحل معلوم . فهو ليس كالاتفاق الذي ينشئ الالتزام ، وإن كان يقابله . ذلك أن الاتفاق الذي ينشئ الالتزام ابتداءً أساسه الحرية الكاملة للمتعاقدين . لهما أن يتفقا ولا يتفقا ، فإبرام العقد الذي ينشئ الالتزام ليس مفروضاً عليهما . وإذا اختارا الاتفاق ، فلهما الحرية الكاملة في أن يعبنا محل الالتزام الذي يكون موضوع اتفاقهما ، يستطيعان أن يعبنا هذا المحل أو ذاك ، ويستطيعان بعد ذلك أن يعدلا فيه فيزيده أو ينتقصاه أو يستبدلا به محلاً آخر .

أما الوفاء فهو اتفاق على قضاء دين قائم كما قدمنا . فهو حتم مفروض على كل من المدين والدائن ، ومحله هو نفس محل الدين الذي يوفى به لا يزيد ولا ينقص ولا يتحور (١).

فهناك إذن مسألتان : (١) الوفاء اتفاق مفروض على كل من المدين والدائن . (٢) وهو اتفاق محله مفروض أيضاً على الطرفين ، إذ هو نفس محل الدين القائم .

- وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدعى عليه يستند في إثبات براءة ذمته من الدين لا إلى تصرف قانوني بل إلى واقعة مادية هي استيلاء المؤجر على الزراعة التي كانت قائمة بالعين المؤجرة ، وأن قيمة ما استولى عليه يزيد على قيمة الإيجار المطالب به ، فإنه لا تثريب على المحكمة إن هي أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذه الواقعة ، حتى لو كان الإيجار الذي يتسلك المستأجر ببراءة ذمته منه يزيد على نصاب البينة (نقض مدني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٤ ص ٥٥)

والمخالصة بقسط متأخر قرينة الوفاء بالأقساط المتقدمة على هذا القسط ، إلا إذا أثبت الدائن غير ذلك . وتقول المادة ٥٨٧ مدني في هذا المعنى إن « الوفاء بقسط من الأجرة قرينة الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط ، حتى يقوم الدليل على العكس » (استئناف مخطط ٢٨ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٦٠) . وتسليم سند الدين للمدين قرينة على الوفاء بالدين ، إلا إذا أثبت الدائن غير ذلك (استئناف مخطط ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٧ - ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٧) .

(١) أنظر ما يقارب هذا المعنى في بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٦٠ .

٣٦٢ - الوفاء اتفاق مفروض على كل من المدين والدائن :

لما كان الوفاء هو اتفاق على قضاء دين واجب ، فليس ثمة محيص لكل من المدين والدائن من إبرام هذا الاتفاق ، والوجوب هنا مستمد من وجوب قضاء الدين . فالوفاء اتفاق مفروض أولاً على المدين . ذلك أنه يجب عليه وفاء الدين ، فالاتفاق مع الدائن على هذا الوفاء يكون واجباً عليه . وإذا لم يقم بهذا الواجب ، كان الجزاء هو إجباره على وفاء التزامه عن طريق التنفيذ القهرى ، وإجراءات التنفيذ لإجراءات مادية فى مجموعها .

ثم إن الوفاء اتفاق مفروض بعد ذلك على الدائن نفسه ، فلا يملك الدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء . ولو عرض المدين الدين على الوجه الواجب قانوناً ، وامتنع الدائن عن قبوله ، فانه يجبر على القبول من طريق إجراءات العرض الحقيقى التى سيأتى تفصيلها . وحينئذ يصبح الوفاء الذى يشتمل عليه للعرض الحقيقى تصرفاً قانونياً بإرادة منفردة (acte juridique unilatéral) هى إرادة المدين ، وليس اتفاقاً (convention) بين المدين والدائن . ومن ذلك نرى أن الوفاء يكون فى الأصل اتفاقاً ما بين المدين والدائن ، إلا إذا رفض الدائن دون حق قبول الوفاء وعرض المدين الدين عرضاً حقيقياً ، فعندئذ يصبح الوفاء تصرفاً قانونياً بإرادة منفردة هى إرادة المدين وحده (١) .

٣٦٣ - الوفاء اتفاق محله هو نفس محل الدين الواجب الوفاء :

ولا يملك الطرفان ، كما قدمنا ، أن يغيرا محل الوفاء ، فهذا المحل يجب أن يكون هو نفسه محل الدين الواجب الوفاء . فان كان المحل نقداً ، وجب أن يكون الوفاء بهذا النقد . وإن كان عيناً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل ، وجب أن يكون الوفاء بهذا نفسه دون أى تحوير . ولا يستطيع المدين أن يجبر الدائن على أن يقبل الوفاء بغير محل الدين ولو كان ما يبنى به أكثر مما التزم ، وكذلك لا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على أن يبنى له بغير محل الدين ولو كان هذا أقل من قيمة

(١) قارب دى باج ٣ فقرة ٣٩٦ - وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٨ -

الدين . فلا خيار إذن لا للمدين ولا للدائن في تعيين محل الوفاء ، بل يجب أن يكون هو عين محل الدين الواجب الأداء . أما إذا وفي المدين بغير محل الدين ، فليس هذا وفاء بل هو وفاء بمقابل ، وهو يقتضى اتفاق المدين والدائن ، ولا يتم بارادة أحدهما دون الآخر كما سئرى .

ويتبين من ذلك أن المقومات الخاصة للوفاء هي أنه مفروض على طرفيه ومفروض في محله . فنتكلم في الوفاء : (١) على طرفيه (٢) ثم على محل الوفاء ، متابعين في ذلك الترتيب الذى سار عليه التقنين المدنى الجديد (١) .

(١) ولم يستحدث التقنين المدنى الجديد شيئاً كثيراً في الوفاء عما كان عليه التقنين المدنى السابق ، فيما خلا أن التقنين المدنى الجديد قد ضبط حدود بعض الأحكام ، كما فعل في النصوص الخاصة بتعيين من يصح الوفاء منه والنصوص المتعلقة بالوفاء مع الحلول وما يترتب عليه من آثار وما ينشأ في شأنه من نزاع . كذلك عرض التقنين الجديد للقواعد الموضوعية المتعلقة بالعرض الحقيق والإيداع ، وترك الإجراءات الشكلية لتقنين المرافعات (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٧ — ص ١٦٨) .

الفصل الأول

طرفا الوفاء

٣٦٤ - الموفى والموفى له : طرفا الوفاء هما الموفى وبغلب أن يكون هو المدين نفسه وقد يكون غير المدين ، والموفى له وبغلب أن يكون الدائن وقد يكون غير الدائن .

الفرع الأول

الموفى (Solvens)

٣٦٥ - بشرط لصحة الوفاء من الموفى الملكية وأهلية التصرف -

النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفى به ، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه .

٢ - ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣٧ من المشروع النهائي ، فجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٤ - ١٧٥) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ١٦٥/٢٢٨ و ١٦٦/٢٢٩ (٢).
وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٣٢٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١٢ - وفي التقنين المدني العراقي
المواد من ٣٧٦ إلى ٣٧٨ - ولا مقابل لها في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٢٨/١٦٥ : يشترط لصحة الوفاء أن يكون المدين أهلاً
للتصرف والدائن أهلاً للقبول .

م ٢٢٩/١٦٦ : ومع ذلك يزول الدين بدفعه من ليس أهلاً للتصرف إذا كان مستحقاً عليه ولم
يعد عليه ضرر من دفعه - (واتفق أحكام التقنين المدني السابق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .
(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٢٤ (مطابقة للمادة ٣٢٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣١٢ (مطابقة للمادة ٣٢٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٧٦ : يشترط لتنفيذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مائلاً

لما دفعه ، فإن استحق بالبينة وأخذه صاحبه أو هلك وأخذ بدله ، فللدائن الرجوع بدينه على غريمه .
م ٣٧٧ : إذا كان المدين صغيراً بمرزاً ، أو كبيراً معتوهاً ، أو مجبوراً عليه لسفه أو غفلة ،
ودفع الدين الذي عليه ، سح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضرراً بالمؤدى .

م ٣٧٨ : لا يصح للمدين أن يوفى دين أحد غرمائه في مرض موته إذا أدى هذا إلى الإضرار
ببقية الدائنين .

(وهذه النصوص تتفق في أحكامها مع أحكام التقنين المصري . وسياغتها تسير وفقه
الإسلامي كما هو ظاهر . وقد جاء في المادة ٣٧٦ أن المدفوع إذا استحق بالبينة كان للدائن الرجوع
بدينه على المدين ، تميزاً من أن يكون المدفوع قد استحق بإقرار الدائن فلا رجوع له في هذه
الحالة لأن الإقرار حجة تأسرة على المقر . وجاء في المادة ٣٧٨ أن المدين إذا وفى ديناً وهو
في مرض موته ، وكان ماله لا يسع الوفاء بجميع ديونه ، فأدى الوفاء بالدين إلى الإضرار ببقية
الدائنين ، فإن الوفاء لا يصح . وليس ذلك إلا تطبيقاً لفقه الإسلام في تصرفات المريض مرض
الموت . وهذا الحكم يصح تطبيقه في مصر على أساس أن الوفاء في هذه الحالة تصرف صدر من
مدين مريض ، ما دام الوفاء قد أدى إلى الإضرار ببقية الدائنين ، فلا يسرى في حقهم إذا كان
قد تم نتيجة توافق بين المدين والدائن الذي استوفى حقه (م ٢٤٢/٢ مدني) . انظر الأستاذ
حسن الزبون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٨٣ . وهو يذهب إلى أن هناك
تعارضاً بين القول بصحة الوفاء الصادر من ناقص الأهلية إذا لم يلحق به ضرراً والقول بأن
تصرفات ناقص الأهلية موقوفة على الإجازة . ونرى أن هذا التعارض - إن وجد - لا يجوز
أن يمنع المشرع من تصحيح الوفاء الصادر من ناقص الأهلية ما دام هذا التصرف لم يلحق به
ضرراً ، فهو في هذه الحالة تصرف نافع إذ قضى الدين الذي في ذمته) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل فيه . ولكن نص التقنين المصري ليس إلا تطبيقاً
لقواعد العامة ، فيصح تطبيق حكمه في لبنان دون حاجة إلى نص .

ويستخلص من هذا النص أنه يشترط لصحة الوفاء ، سواء كان الموفى هو المدين نفسه أو كان غير المدين ، أمران : (١) ملكية الموفى للشيء الذى وفى به (٢) وأهليته للتصرف فى هذا الشيء .

وغنى عن البيان أن هذين الشرطين يفترضان أن محل الالتزام شيء لم تنتقل ملكيته إلى الدائن بمجرد نشوء الالتزام أو عين معينة تراخى نقل الملكية فيها . أما إذا كان محل الالتزام نقوداً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل ، فإن النص لا ينطبق (١) .

٣٦٦ - ملكية الموفى للشيء الذى وفى به : لا بد أن يكون الموفى

مالكاً للشيء الذى وفى به الدين ، لأن المقصود بالوفاء هو نقل ملكية هذا الشيء للدائن ، ولا يستطيع الموفى أن ينقل للدائن ملكية شيء لا يملكه ، فتتخلف الغاية من الوفاء ، ويكون الوفاء قابلاً للإبطال على غرار بيع ملك الغير (٢) .

ويبقى الوفاء قابلاً للإبطال حتى لو انتقلت ملكية الشيء إلى الدائن بسبب عارض غير الوفاء ، كما لو كان الشيء منقولاً وكان الدائن حين تسلمه من المدين حسن النية فملكه بسبب الحيازة ، أو كان عقاراً وملكه بالتقادم القصير مع حسن النية (٣) ، ففى مثل هذه الأحوال لا يكون الدائن مجبراً على التمسك بالحيازة أو بالتقادم إذا كان ضميره يأبى عليه أن يتمسك بذلك ، وله أن يرد الشيء على صاحبه ، وأن يطالب المدين بالوفاء مرة ثانية إذ وقع الوفاء الأول باطلاً كما قدمنا (٤) .

والذى يتمسك ببطلان الوفاء فى الأصل هو الدائن الذى تقرر البطلان

(١) أوبرى ودو ٤ فقرة ٣١٦ ص ٢٢٣ — ديمولومب ٢٧ فقرة ٨٦ — هيك ٨ فقرة ١٤ — لوران ١٧ فقرة ٤٩٣ .

(٢) وقد ورد فى بيع ملك الغير نص يقضى بأن يكون قابلاً للإبطال ، وكذلك الوفاء بملك الغير فإن نص المادة ٣٢٥ مدنى يقضى بعدم صحته ، وتكيف عدم الصحة هنا هو القابلية للإبطال .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٥ .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١٢ وفقرة ١٤١٣ — بلانيسول وريبير وردوان ٧

لمصلحته . ولما كان هذا الوفاء لا يسرى في حق المالك الحقيقي للشيء الموفى به ، فان لهذا أن يسترده من الدائن بدعوى استحقاق لأن الوفاء لم ينقل ملكية الشيء إلى الدائن كما قدمنا ، فبقى الشيء على ملك صاحبه فله إذن أن يسترده ، وذلك ما لم يكن الدائن قد ملك الشيء بالحيازة أو بالتقادم كما سبق القول . وكما يستطيع المالك أن يسترد الشيء يستطيع على العكس من ذلك أن يجبر الوفاء فيزول بطلانه ، قياساً على صحة بيع ملك الغير باجازه المالك الحقيقي ، فتنقل ملكية الشيء إلى الدائن بهذه الاجازة ، وينقلب الوفاء صحيحاً وينقضى به الدين (١).

وإذا أجاز الدائن الوفاء زال بطلانه أيضاً ، ولكن مادام المالك لم يجزه يبقى الوفاء غير سار في حقه ولا تنتقل ملكية الشيء إليه ، فيبقى الدين دون وفاء . بل إن للمدين ، سواء أجاز الدائن الوفاء أو لم يجزه ، أن يطلب استرداد الشيء ليرده على صاحبه ، ولكن بشرط أن يوفى الدائن شيئاً معادلاً له تماماً قبل أن يسترده (٢) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١١ .

(٢) ويضطرب الفقه في تكييف هذه الدعوى التي يسترد بها المدين الشيء من الدائن . فهي ليست بدعوى استحقاق ، لأن المدين ليس مالِكاً للشيء . وهي ليست بدعوى استرداد غير المستحق لأن الدائن عندما تسلّم الشيء من المدين كان دائناً له فعلاً . وقد ذهب البعض إلى أن المدين يتسكك ببطلان الوفاء كما يتسكك به الدائن نفسه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٩) ، ولكن الوفاء إنما هو قابِلٌ للإبطال لمصلحة الدائن لا لمصلحة المدين ، فالذي يتسكك ببطلانه هو الدائن دون المدين . وذهب بعض آخر إلى أن هذه دعوى من طبيعة خاصة ، تقوم على أساس مصلحة المدين في وضع حد لوفاء غير صحيح قام به فأصبح مسئولاً عن رد الشيء إلى صاحبه ، وهو يتعجل استرداد الشيء حتى يتمكن من رده (بلازيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٢ ص ٥٥٣ — رقارن بلازيول وريبير وبراينيه ٢ فقرة ١٥٤٥ ص ٥١٢) .

ويبدو أن استرداد المدين الشيء من الدائن إنما هو محض تصحيح للوفاء غير الصحيح الذي قام به من قبل . وقد رأينا أن المدين لا يستطيع أن يسترد الشيء من الدائن قبل أن يسلمه بدلاً منه شيئاً معادلاً له تماماً ، حتى لو أن الشيء الذي كان قد وفى به أولاً أعلى من الصنف المتوسط الذي كان يحق له أن يختاره لم يستطع أن يسترد هذا الشيء إلا بعد أن يسلم للدائن شيئاً من نفس الصنف الأعلى لا من الصنف المتوسط ، وحتى لو كان الالتزام تخييرياً واختار المدين أحد الشيئين لم يستطع استرداده إلا بعد أن يسلم للدائن شيئاً معادلاً له تماماً دون الشيء الآخر (انظر في هذا المعنى ديمولوب ٢٧ فقرة ١٠٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١٨) . فاذا كان الدائن يتسلم شيئاً معادلاً تماماً للشيء الذي أخذه ، فليست له أية مصلحة في منع المدين من تصحيح العمل الخاطئ =

ونفرض في هذا كله أن الشيء الموفى به لا يزال باقياً في يد الدائن . أما إذا كان الدائن قد استهلكه ، وهو وقت تسلمه له ووقت استهلاكه إياه كان حسن النية ، أو اختلط بملكه اختلاطاً لا يمكن معه تمييزه وكان حسن النية على الوجه المتقدم (١) ، فإنه يصبح بحكم الواقع مستوفياً لدينه ، وليس له أن يطالب بالوفاء به مرة أخرى . أما المالك الحقيقي فلا يستطيع الرجوع عليه بدعوى الاستحقاق لأن الشيء لم يعد موجوداً ، ولا بدعوى تعويض لأنه حسن النية ولم يصدر منه أى خطأ . وإنما يرجع المالك على المدين ، إما بدعوى تعويض إذا كان المدين سيئ النية ، أو بدعوى الإثراء بلا سبب إذا كان حسن النية .

لكن إذا هلك الشيء في يد الدائن بسبب أجنبي ، فإن هلاكه في هذه الحالة لا يمنع الدائن من طلب إبطال الوفاء . فيطالب المدين بالوفاء مرة أخرى ، ولا يكون مشغولاً عن رد الشيء الذي تسلمه لأنه هلك بسبب أجنبي (٢) . ولا يرجع المالك على المدين في هذه الحالة إلا إذا كان المدين سيئ النية .

وغنى عن البيان أن الدائن لو علم منذ البداية ، وقبل أن يتسلم الشيء الموفى به ، أن هذا الشيء ليس بملك الموفى ، فإن له أن يمتنع عن أخذه ، ولا يستطيع الموفى أن يجبره على تسلمه (٣) .

مع الذى قام به ، فيجب أن يرد له الشيء بعد أن يأخذ ما يعادله . وهذا حكم الشائكة فيه وجه ظاهر .

ورئيس على أن للمدين الحق في استرداد الشيء من الدائن بعد أن يطالبه شيئاً يعادله ما يأتى :
١ — إذا كان الشيء مشغولاً مثلاً وملكه الدائن حسن النية بسبب الخيانة ، لم يستطيع المالك استرداده منه . ولكن المدين يستطيع الاسترداد كما قلنا ، متى استرد جاز للمالك في هذه الحالة أن يسترد الشيء من المدين بعد أن كان لا يستطيع استرداده من الدائن . ٢ — في النسخ المتقدم إذا تأخر المدين عن استرداد الشيء من الدائن ، جاز للمالك — باعتباره دائناً بالتعويض للمدين — أن يستعمل دعوى المدين في استرداد الشيء من الدائن ، بعد أن يحل عن استرداده بدعوى مباشرة (انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فترة ١٤١٧ من ٥١٧ — ص ٥١٨) .

(١) بودرى وبارد ٢ فترة ١٤٢١ .

(٢) ماركاديه ٤ فترة ٦٨٤ — ديجوريوب ٢١ فترة ٩٦ — لردان ١٧ فترة ٤٩٧ —
هيك ٨ فترة ١٥ — بودرى وبارد ٢ فترة ١٤١٦ — عكس ذلك ديرانتون ١٢ فترة ٣٢ .

(٣) بودرى وبارد ٢ فترة ١٤٠٨ .

٣٦٧ - أهلية الموفى للتصرف في الشيء الموفى به : ويجب لصحة

الوفاء كذلك أن يكون الموفى أهلاً للتصرف في الشيء الموفى به . فلا يكفي إذن أن يكون مالكا للشيء ، بل يجب أن يكون مالكا وأهلاً للتصرف . وأهلية التصرف تقتضى بلوغ سن الرشد وألا يكون الموفى محجوراً عليه .

فاذا كان الموفى مالكا للشيء الموفى به ولكنه غير أهل للتصرف فيه ، بأن كان مثلاً قاصراً أو محجوراً عليه ، فإن الوفاء يكون هنا أيضاً قابلاً للإبطال ، ولكن لسبب نقص الأهلية لا لسبب انعدام الملكية . وتختلف القابلية للإبطال هنا عن القابلية للإبطال هناك فيما يأتى :

(١) القابلية للإبطال هنا مقررة لمصلحة ناقص الأهلية ، فلا يتمسك بها إلا الموفى ، ولا يجوز أن يتمسك بها الدائن مادام كامل الأهلية وقد استوفى حقه استيفاء صحيحاً . وقد رأينا فى حالة انعدام الملكية أن الدائن هو الذى يتمسك فى الأصل بإبطال الوفاء إذ هو مقرر لمصلحته ، أما الموفى فيسترد الشيء بدعوى خاصة لا بدعوى الإبطال لأعتبارات تتعلق بالعدالة .

(٢) وإذا هلك الشيء بسبب أجنبي فى يد الدائن ، كان الهلاك عليه ، إذ ليس له حق التمسك بإبطال الوفاء كما قدمنا ، وليس من المعقول فى هذه الحالة أن المدين يتمسك بإبطال الوفاء وإلا لما استرد الشيء بعد أن هلك بسبب أجنبي ولوجب عليه الوفاء بالمدين مرة أخرى . وقد رأينا فى حالة انعدام الملكية أن الشيء إذا هلك بسبب أجنبي لم يهلك على الدائن ، بل له أن يتمسك بإبطال الوفاء وأن يطالب المدين بالوفاء مرة أخرى .

(٣) ويمكن القول بوجه عام إن المدين إذا لم تتحقق له مصلحة فى إبطال الوفاء ، بأن كان الوفاء لم يلحق به أى ضرر ، فإن له أن يبقى الوفاء قائماً فينقضى به الدين : لا يطلب إبطاله إذ لا مصلحة له فى ذلك ، ولا يستطيع الدائن الدائن إبطاله إذ لاحق له فى التمسك بالإبطال . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ مدنى إذ تقول : « ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى » .

على أنه قد يحدث أن تكون للمدين مصلحة في التمسك بإبطال الوفاء ، فعند ذلك يكون من حقه أن يبطله ، وأن يسترد الشيء الموفى به على أن يني الدين بعد ذلك وفاء صحيحاً . ويتحقق ذلك بنوع خاص إذا كان المدين قد أدى للدائن صنفاً أعلى من الصنف الواجب أدائه ، فيسترده ثم يني بالصنف الأقل ، أو كان في التزام تخييرى اختار أعلى الشئين قيمة فوفى به فيسترده ثم يني بالشيء الأقل قيمة (١) .

يبقى فرض ما إذا كان الدائن الذى تسلم الشيء من الموفى ناقص الأهلية قد استهلكه أو تصرف فيه ولو بحسن نية ، أيجوز في هذا الفرنس أن يتمسك الموفى ناقص الأهلية بإبطال الوفاء لتحقيق مصلحة له في هذا الإبطال على النحو الذى قدمناه ، أم أن حقه في الإبطال يكون قد زال باستهلاك الدائن للشيء أو بالتصرف فيه بحسن نية ، كما هو الحكم في حال انعدام الملكية ؟ إن الفقرة الثانية من المادة ١٢٣٨ من التقنين المدنى الفرنسى صريحة في زوال حق الموفى ناقص الأهلية في التمسك بإبطال الوفاء في هذه الحالة (٢) . أما في التقنين المدنى المصرى ، فإن الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ تقتصر ، كما رأينا ، على القول بأن الوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى ، فاشترط النص لمنع الموفى ناقص الأهلية من التمسك

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التويلدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٧٥ - ويلاحظ أنه قد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما إذا عجل المدين الوفاء وأراد أن يسترد لينتفع بنسعة الأجل ، وإذا مثل لا يحتاج فيه إلى أن يكون الموفى ناقص الأهلية ، فحتى لو كان كامل الأهلية ووفى الدين قبل الأجل فإنه يستطيع الاسترداد (م ١/١٨٣ مدنى) .

(٢) وهذا ما ننص عليه المادة ١٢٣٨ من التقنين المدنى الفرنسى : ١٥ - حتى يكون الوفاء صحيحاً ، يجب أن يكون الموفى مالكاً لشيء الموفى به وأهلاً للتصرف فيه . ٢ - ومع ذلك فالوفاء بمبلغ من النقود أو بشيء يستهلك بالاستعمال لا يسترد من الدائن إذا كان قد استهلكه بحسن نية ولو كان الرافى بالشئ قد وقع من غير مالكه أو من شخص غير أهل للتصرف فيه .

وننقل الأصل الفرنسى فيما يأتى :

Art. 1238 : Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner. 2. Néanmoins le paiement d'une somme d'argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le paiement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable de l'aliéner.

بالإبطال ألا يلحقه من الوفاء ضرر . وفي الفرض الذي نحن بصدده لا يتحقق هذا الشرط إذا كان الشيء الموفى به أعلى قيمة من الدين على الوجه الذي أشرنا إليه ، إذ يصيب الموفى ضرر من الوفاء . فله إذن أن يتمسك بالإبطال ، خلافاً للحكم الوارد في التقنين المدني الفرنسي ، وهو حكم منتقد من الفقه الفرنسي (١) . ومن فني التقنين المدني المصري يجوز للموفى ناقص الأهلية أن يتمسك بإبطال الوفاء ، حتى لو كان الدائن قد استملك الشيء الموفى به أو تصرف فيه بحسنة ، وله أن يطالبه بالتعويض ، ثم يبق له بعد ذلك بالدين ، فيفيد من الفرق ما بين القيمين .

٣٦٨ - الموفى قد يكون المدين وقد يكون غير المدين : وقد قدمنا أن الأصل في الموفى أن يكون هو المدين نفسه ، ولكن يصح أن يكون غير المدين . فإذا كان الموفى غير المدين ، كان له الرجوع على المدين بما وفاه . فتتكمّل إذن في المسألتين الآتيتين : (أولاً) من يقوم بالوفاء (ثانياً) رجوع الموفى الذي ليس بمدين على المدين .

المبحث الأول

من يقوم بالوفاء

٣٦٩ - النصرة القانونية : تنص المادة ٣٢٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة في هذا الوفاء ، وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨ .

٢ - ويصح الوفاء أيضاً مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة

(١) انظر دمولوب ٢٧ فقرة ١٣١ - لوران ١٧ فقرة ٥٠٩ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣١ .

في هذا الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض ، (١) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ١٥٩ / ٢٢٢ و ١٦٠ / ٢٢٣ (٢) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٢٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠١ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٧٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٩٢ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٥٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٥ من المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت عبارة « من الغير » الواردة في آخر الفقرة الثانية بسبب « أن للدائن لا يستطيع أن يرفض الوفاء من الغير إذا كانت له مصلحة في القيام بهذا الوفاء » ، ووافق مجلس النواب على النص كما عدله لجته . وفي لجنة مجلس الشيوخ أعيدت عبارة « من الغير » ، لأن المقصود « بالغير » هنا شخص لا مصلحة له في الوفاء كما هو مفهوم من سياق الفقرة الثانية ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجته تحت رقم ٢٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٩ — ص ١٧٧) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٢٢ / ١٥٩ : لا يجوز الوفاء إلا من المتعهد مادام يظهر من كيفية التعهد أن مصلحة المتعهد له تستدعي ذلك .

م ٢٢٣ / ١٦٠ : إذا كان المتعهد به سداداً عن مبلغ من النقود ، فيجوز وفاؤه من شخص أجنبي ولو على غير رغبة الدائن أو المدين . (والحكم واحد في التقنين السابق والجديد ، ولو أن عبارات التقنين السابق لا تخلو من الاضطراب وليست في وضوح التقنين الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٢٢ (مطابقة للسادة ٣٢٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣١٠ (مطابقة للمادة ٢٢٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٧٥ : ١ - يصح وفاء الدين من المدين أو نائبه ، ويصح وفاؤه من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء كالكفيل والمدين المتضامن ، مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٥٠ . ٢ - ويصح أيضاً وفاء الدين من أجنبي لا مصلحة له في الوفاء بأمر المدين أو بغير أمره ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض . (ويتفق حكم التقنين العراقي مع حكم التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٩٢ : يجب على المدين أن ينفذ بنفسه الموجب حينما =

ويتضح من النص المتقدم أن الذى يقوم بالوفاء إما أن يكون : (١) المدين أو نائبه . (٢) أو شخصاً له مصلحة فى وفاء الدين . (٣) أو أجنبياً لمصلحة له فى الوفاء .

٣٧٠ - الموفى هو المدين أو نائبه : الأصل فى الموفى هو أن يكون المدين ذاته كما تقدم القول ، لأنه هو الذى يجبر على الوفاء ، وله المصلحة الأولى فيه . وما لم يوجد شخص آخر يبنى بالدين ، فعبد الوفاء يقع على المدين . فالمدين إذن له حق الوفاء بالدين ، وعليه فى الوقت ذاته واجب هذا الوفاء . بل إنه فى بعض الحالات يتعين على المدين بالذات أن يقوم هو نفسه بالوفاء ، ولا يجوز لأحد غيره ذلك ، فقد نصت المادة ٢٠٨ مدنى على أنه : « فى الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين » (١) .

وفى غير هذه الحالات يجوز أن يقوم بالوفاء نائب المدين ، والوفاء كما رأينا تصرف قانونى يجوز أن يتم بطريق النيابة ككل تصرف قانونى آخر . ونائب المدين هو وكيله فى وفاء الدين ، وكالة عامة إذا كان الوفاء من أعمال الإدارة (٢) ، ووكالة خاصة إذا كان من أعمال التصرف . وإذا كان المدين ناقص الأهلية أو محجوراً ، فانه لا يحق له كفاعدة عامة أن يقوم هو نفسه بالوفاء إذ تنقصه أهلية الأداء ، والذى يقوم بالوفاء فى هذه الحالة هو ولى المدين أو وصيه أو القيم عليه . وإذا كان المدين مفقوداً ، كان لوكيله المعين قانوناً أن يقوم عنه بالوفاء . كذلك يجوز للحارس على أموال المدين ، أو للسنديك فى حالة

« يستفاد من نص المقتد أو من ماهية الدين أن من الواجب عليه أن يتسلم هو نفسه بالتنفيذ . أما فى غير هذه الأحوال فيصح أن يقوم بالتنفيذ أى شخص كان عن غير علم من المدين وبدون أن يحق للدائن الاعتراض على هذا التدخل .

(ويتفق حكم البنين البناني مع حكم التقنين المصرى) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٩ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا دفع الخادم دين مخدومه يفترض أنه دفعه

من مال المخدوم الذى تحت يده أو فى تصرفه حتى يثبت خلاف ذلك (٢٥ مارس سنة ١٨٩٠

الحقوق ١٥ ص ١٠٦) .

إفلاس المدين ، أن يقوم بالوفاء ، وكلاهما في ذلك يعتبر نائباً عن المدين .
وقد يوكل المدين مصلحة البريد في وفاء الدين ، فيتم الوفاء عن طريق
حوالة البريد . ويكون المدين مسئولاً عن كل خطأ يقع من مصلحة البريد ،
مسئولية الموكل عن وكيله (١) . كذلك قد يوكل المدين مصرفاً في وفاء
الدين ، عن طريق الدفع لحساب الجارى للدائن في هذا المصرف . فاذا أخطأ
المصرف وأضاف ما دفعه المدين إلى حساب شخص آخر ، كان المدين مسئولاً
عن خطأ المصرف (٢) .

٣٧١ - المرفى هو شخص له مصلحة في الوفاء : وإذا لم يكن الوفاء

متعيناً على المدين بالذات ، جاز أن يقوم بالوفاء لا المدين ولا نائبه ، بل شخص
آخر له مصلحة في هذا الوفاء ، ويقوم حقه في الوفاء على هذه المصلحة .

ومن له مصلحة في وفاء الدين المدين المتضامن ، والمدين مع غيره في دين غير
قابل للانقسام ، والكفيل الشخصي سواء كان متضامناً مع المدين أو مع شركاء
الآخرين أو غير متضامن مع أحد ، والكفيل العيني ، والجائز لمقتار المرهون .
كل هؤلاء لهم مصلحة في وفاء الدين ، لأنهم إما ملزمون بالدين مع المدين أو
ملزمون بوفائه عنه . ومن ثم يكون لهم حق الوفاء ، ويقع عليهم في الوقت ذاته
واجب الوفاء ، مثلهم في ذلك مثل المدين نفسه . وسنرى أنهم عند ما يقومون
بوفاء الدين ، يحلون حلولاً قانونياً محل الدائن في الرجوع على المدين (٣) .

ولما كان هؤلاء الذين لهم مصلحة في الوفاء يقع عليهم واجب الوفاء كما قدمنا ،
فانه لا يجوز للدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء بناء على اعتراض من المدين

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٠ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٠ ص ٥٥٢ هامش رقم ١ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٠ -
وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا دفع الخصم المحكوم لصالحه مصروفات الدعوى حتى
يحصل على صورة الحكم الصادر لصالحه ، حل قانوناً محل قلم الكتاب ، وأصبح له مال قلم
الكتاب من الحقوق ضد المدعى عليه بشأن المصروفات (٦ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤
رقم ١٠٥ ص ٢٠٢) .

يبلغه إياه ، بل وحتى بناء على اتفاق بينه وبين المدين . ذلك أن اتفاق المدين والدائن على قبول الوفاء إنما يصح وينتج أثره ، كما سنرى ، إذا كان الموفى شخصاً أجنبياً ليست له مصلحة في الوفاء ، فإن الأجنبي لا يقع عليه واجب الوفاء كالشخص ذي المصلحة فيه ، ومن ثم جاز منعه من الوفاء باتفاق بين الدائن والمدين .

٣٧٢ - الموفى هو أجنبي ومصلحته في الوفاء : وقد يكون الموفى

أجنبياً أصلاً عن المدين ، ليس هو المدين ولا نائبه ، وليست له مصلحة قانونية في وفاء الدين ، ومع ذلك يتقدم لوفائه . فقد يكون من أقرباء المدين ، أو صديقاً له ، تقدم عنه لوفاء الدين خوفاً عليه من إجراءات التنفيذ وما تهدده به من خسائر . وقد يكون شريكاً للمدين في التجارة ، ويخشى ما يحدث التنفيذ الجبرى على المدين من أثر في تجارتها المشتركة . وهو على كل حال يغلب أن يكون ، من الناحية القانونية ، فضولياً يقوم بمصلحة عاجلة للمدين دون أمر منه ، إذ لو وفى الدين بأمر المدين كان وكيلاً عنه في الوفاء . ويبقى فضولياً حتى لو تقدم لوفاء الدين بغير علم المدين ، بل إن هذا هو الأصل في الفضولى (١) .
ويصح للأجنبي أن يقوم بالوفاء حتى لو كان ذلك رغم إرادة المدين ، بأن نهاه المدين عن الوفاء فلم ينته ، وقيل الدائن منه الوفاء . فإن الوفاء في هذه الحالة يكون مبرئاً لذمة المدين ، ولكن الموفى لا يرجع عليه بدعوى الفضولى بل بدعوى الإثراء بلا سبب .

ذلك أن الأصل أن يكون لكل شخص حق الوفاء بدين غيره ، ولو كان أجنبياً عن المدين . وليس للدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء ، إذ ليست له مصلحة في ذلك ما دام يستوفى حقه استيفاءً صحيحاً . وسيان أن يستوفيه من مدينه نفسه أو من غير مدينه ، ما لم تكن طبيعة الدين أو اتفاق الطرفين يقضى بأن المدين

(١) ولا يكون للأجنبي الذى وفى الدين ، في هذه الحالة ، أن يحل محل الدائن حلولاً قانونياً في الرجوع على المدين . وإنما يجوز له الحلول بالاتفاق كما سنرى ، إما باتفاق مع الدائن وإما باتفاق مع المدين (انظر دى باج ٣ فقرة ٤٠٦ ص ٢٨١) .

نفسه هو الذى يقوم بالوفاء، كما قضت بذلك المادة ٢٠٨ فيما مر . وفى غير هذا الاستثناء الوارد فى المادة ٢٠٨ يتعين على الدائن أن يقبل الوفاء ، ولا يجوز له أن يمتنع عن قبوله إلا بشروط ثلاثة : (١) أن يكون الموفى أجنبياً عن الدين ليست له مصلحة قانونية فى وفائه . (٢) وأن يكون المدين معترضاً على وفاء الأجنبى بالدين وقد أبلغ الدائن هذا الاعتراض . (٣) وأن يكون الدائن نفسه لا يريد أن يستوفى الدين من الأجنبى . فإذا اختل شرط من هذه الشروط الثلاثة ، تعين على الدائن قبول الوفاء . فلو كان للموفى مصلحة قانونية فى الوفاء ، وجاء الاعتراض من جانب المدين وحده ، ولكن الدائن قبل الوفاء من الأجنبى ، فإن هذا الوفاء يبرىء ذمة المدين كما سبق القول . وكذلك لو كان الموفى ليست له مصلحة فى الوفاء ، وجاء الاعتراض من جانب الدائن وحده ، دون أن يعترض المدين ، فإن الدائن يجبر على قبول الوفاء ويكون هذا الوفاء مبرئاً لذمة المدين (١) .

المبحث الثانى

رجوع الموفى على المدين

٣٧٣ — دعويانه — الدعوى التخصية ودعوى الحلول : إذا كان

الموفى هو المدين أو نائبه ، فقد برئت ذمة المدين من الدين ، ولا رجوع له على أحد لأنه إنما وفى دين نفسه ، ولا رجوع لأحد عليه لأنه قام بوفاء دينه بنفسه .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٠ . هذا ويجب على الأجنبى أن يعرض وفاء الدين دون أن يقيد عرضه بأى شرط . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن العرض الحاصل من غير المشتري على البائع بوفاء الثمن غير مقبول قانوناً ، إذا قيد الأجنبى عرضه بشروط تقضى على البائع أن يقبل التعاقد مع آخرين . ولا عبء بتمسك المشتري ومن معه بأنه يجوز لشخص أجنبى أن يدفع عن المدين ولو على غير رغبة الدائن ، لأن هذا لا يصح إلا إذا كان العرض حاصلًا بدون قيد ولا شرط (١٠ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٢ ص ٥٤) . كذلك لا يجوز للأجنبى أن يجعل الوفاء عن طريق المقاصة بين الدين وحق له فى ذمة الدائن ، فإن المقاصة لا تكون إلا فى دينين متقابلين (استئناف محتلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦ — وقارن ١٢ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢) . (م ٤٢ — الوسيط)

وأما إذا وفى الدين غير المدين ، سواء كان للموفى مصلحة فى الوفاء أو لم تكن له مصلحة ، فانه ، مالم يكن متبرعاً بوفاء الدين وهذا لا بد فيه من ظهور نية واضحة لأن التبرع لا يفترض ، يجوز له أن يرجع على المدين بما وفاه عنه عن طريق دعوى شخصية (action personnelle) يعرضها القانون إياه ، وتتكيف هذه الدعوى بحسب الظروف . وقد يكون له فوق ذلك ، أى غير الدعوى الشخصية ، دعوى الدائن نفسه الذى وفاه حقه فيحل محله فيه ، ومن ثم سميت هذه الدعوى الأخرى بدعوى الحلول (action en subrogation) .

فهناك إذن دعويان للموفى (١) يرجع بهما على المدين : (١) الدعوى الشخصية (٢) ودعوى الحلول .

٣٧٤- الدعوى الشخصية - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٧٤

من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ - إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر مادفعه » .

« ٢ - ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً ، إذا أثبت أن له أية مصلحة فى الاعتراض على الوفاء (٢) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٢٢٤/١٦١ و ٢٢٦/١٦٣ (٣) .

(١) وعنى عن البيان أنه لا بد أن يسبق ذلك وفاء الدين وفاء ميراثاً للذمة (استئناف مغلط ١٤ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يتضمن عبارة « بقدر ما دفعه » الواردة فى آخر الفقرة الأولى . وفى لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة ، وأصبحت المادة رقمها ٣٣٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٢ - ص ١٧٣) .

(٣) التقنين المدنى السابق : م ٢٢٤/١٦١ : من دفع دين شخص فله حق الرجوع عليه بقدر ما دفعه ومطالبته ببناء على ما حصل له من منفعة بمداد الدين .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٢٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١١ - ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١) .

ويخلص من هذا النص أن الموفى لدين غيره ، سواء كانت له مصلحة في الوفاء أو لم تكن له مصلحة ، يستطيع ، ما لم يكن متبرعاً كما قدمنا ، أن يرجع بدعوى شخصية على المدين يسترد بها مقدار مادفعه وفاء للمدين (٢) .

وقد تكون هذه الدعوى الشخصية قائمة على أساس عقد قرض ، بأن يقرض الغير للمدين مبلغاً من المال يكفي لوفاء دينه ، ويقوم المدين نفسه بوفاء الدين من هذا القرض ، فيرجع الغير على المدين بموجب عقد القرض . ولكن الموفى للمدين في هذه الحالة إنما يكون المدين نفسه ، أو المقرض كنائب عن المدين وبوكالة منه (٣) .

على أن الغالب هو أن يوفى الغير الدين بنفسه للدائن ، ففي هذه الحالة يرجع على المدين بدعوى شخصية ، قوامها إما الفضالة وإما الإثراء بلا سبب .

= م ٢٢٦/١٦٣ : إذا دفع إنسان دين آخر بغير إرادته ثم رجع عليه ، فالمدين المذكور الحق في عدم قبول ما دفع عنه كله أو بعضه إذا أثبت أن مصلحته كانت تقتضي امتناعه عن الدفع للدائن الأصل .

(والحكم واحد في التقنين السابق والجديد كما نرى) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٢٣ (مطابقة للمادة ٣٢٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣١١ (مطابقة للمادة ٣٢٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل فيه للنص — هذا والرجوع بالدعوى الشخصية على الدائن

في التقنين العراقي لا يكون إلا بدعوى الإثراء بلا سبب ، ما لم يكن الموفى مأموراً من المدين بوفاء الدين فيرجع عليه بدعوى الوكالة ويكون نائباً عنه في الوفاء بالمدين . أما الرجوع بدعوى الفضالة فلا يجوز ، لأن التقنين العراقي لم يجعل الفضالة مصدراً للالتزام متأثراً في ذلك بالفقه الإسلامي .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل فيه للنص — ولكن نص التقنين المصري ليس

إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ به في لبنان دون نص .

(٢) استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٢٩ ص ٥١٥ .

(٣) بلائييل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٩ .

ويكون قوامها الفضالة إذا كان الغير قد وفى الدين بعلم المدين لكن دون تفويض أو وكالة ، أو بغير علمه ولكن دون معارضته ، ويرجع الغير بمقدار مادفعه وفاء للدين مع الفوائد من يوم الدفع وفقاً لقواعد الفضالة .

وتكون الدعوى الشخصية قوامها الإثراء بلا سبب إذا كان الغير قد وفى الدين رغم معارضة المدين ، ففي هذه الحالة لا تتوافر شروط الفضالة ولا يبقى أمام الغير إلا الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب . ويرجع بأقل القيمتين مقدار ما دفع ومقدار ما وفى من الدين ، ويغلب أن تكون القيمتان متعادلتين ، إلا أنه قد يوفى الدين بمبلغ أقل من مقداره فلا يرجع على المدين بمقدار الدين بل بمقدار ما وفى .

وسواء رجع الموفى على المدين بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب ، فإنه لا يستطيع الرجوع بشيء إلا إذا كان الوفاء نافعاً للمدين . فإذا كان قد وفى ديناً انتضى كله أو بعضه ، أو كان للمدين دفع ضد الدين ، وكان الوفاء بغير أمر المدين ، كان الموفى مسئولاً عن ذلك . فلو أن المدين كان قد وفى الدين قبل أن يوفيه الغير (١) ، أو وفى قسطاً منه ثم وفاه الغير كله دون اعتبار للقسط الذى دفع ، فإن الغير فى الحالة الأولى لا يرجع بشيء على المدين لأن هذا كان قد وفى الدين كله فلم ينفذ شيئاً من الوفاء الذى قام به الغير ، ويرجع فى الحالة الثانية بالباقي من الدين بعد استئزال القسط الذى وفاه المدين لأن هذا هو القدر الذى أفاد منه المدين . ولو أنه كان للمدين دفع ضد الدين وقت وفاء الغير له ، بأن كان له مثلاً فى ذمة الدائن دين مماثل له وكان يستطيع أن يتمسك بالمقاصة فينتضى الدين دون حاجة إلى الوفاء ، أو لو كان الدين قد انتضى بسبب آخر غير المقاصة كالتجديد أو الإبراء أو التقادم (٢) ومع ذلك وفاه الغير ، فإن الغير

(١) وكذلك إذا كان الغير قد وفى الدين قبل وفاء المدين له ، ولكن لم يخطر المدين بهذا الوفاء فوفى المدين الدين مرة أخرى ، فلا رجوع للموفى على المدين لأن المدين لم ينفذ شيئاً من هذا الوفاء ، وإنما يرجع الموفى على الدائن ليسترد منه ما أخذ دون حق (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٠) .

(٢) بل إن الدين إذا كان لم يستطع بعد بالتقادم ، ولكن بقيت مدة قليلة لتتمام التقادم بحيث لو لم يوف الغير الدين لا نقصت هذه المدة ولسقط الدين بالتقادم ، فإن المدين يستطيع -

لا يرجع بشيء على المدين لأن الوفاء الذى قام به لم يفد المدين منه شيئاً . ولو أن المدين كان يستطيع أن يطعن فى الدين بالإبطال لنقص الأهلية أو لعب في الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو كان يستطيع أن يطعن فيه بالبطلان لانعدام الإرادة أو لعب في المحل أو في السبب أو في الشكل ، أو كان يستطيع أن يتمسك بالفسخ لتحقيق شرط فاسخ أو أن يتمسك بعدم النفاذ لعدم تحقق شرط واقف أو لعدم حلول الأجل ، أو كان يستطيع أن يتمسك بأي دفع آخر ، فإن هذا كله يكون محل اعتبار عند رجوع الموفى على الدين ، فلا يرجع الأول على الثاني إلا بقدر ما أفاد الثاني من الوفاء (١) .

٣٧٥ - دعوى الحلول : وقد يكون للموفى ، إلى جانب الدعوى

الشخصية ، كما قدمنا ، دعوى الحلول . فيحل محل الدائن في نفس الدين الذى وفاه ، ويرجع على المدين بهذا الدين نفسه ، لا بمدين جديد كما يفعل في الدعوى للشخصية (٢) .

= أن يتمسك بهذا الدفع إذا رجع الموفى عليه ، لأنه لولا وفاء الغير للدين لسقط بالتقادم ، فكان المدين لم يفد شيئاً من الوفاء (انظر في هذا المبنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٩٩ ص ٥٠٥) .
(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٢ - ولكن يجب أن يكون الاعتراض الذى يقيمه المدين اعتراضاً جدياً . فإذا كان المبلغ المدفوع صادراً به أحكام نهائية ومأخوذاً به اختصاص على عقار المحكوم عليه ، لم يلتفت إلى قول المدين من أنه يتنازع المدفوع إليه في مقدار الدين أمام محكمة أخرى (استئناف أدن ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٣٤٤) . وللمير أن يذبح مطالبة الغير بما كان يدفع به مطالبة الدائن (استئناف مخطوط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧٥) . وإذا دفع الغير ديناً على تركة ، رجع على الورثة في حدود أموال التركة (استئناف مخطوط ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٨٩) .

(٢) وترجع دعوى الحلول في أصلها إلى القانون الرومانى . فقد كان هذا القانون يقضى بأن ينزل الدائن عن دعواه لمن يوفيه حقه في حالات كثيرة ، فإذا رفض النزول عن دعواه كان لمن وفى له حقه أن يواجهه بدفع في خصوص ذلك (cedendarum actionum) ، بل كان يفترض في بعض الحالات أن النزول عن الدعوى قد تم فعلاً . وكان القانون الرومانى ، من جهة أخرى ، يجعل لمن يوفى ديناً مضموناً برهن الحق في أن يخلف الدائن في هذا الرهن (successio in locum creditoris) ، أو في مرتبته (جبرار طبعة ثالثة ص ٧٥٤ - ص ٧٥٧ - ص ٧٧٦ هوامش ٢ و ٥ و ٦ و ٧) .

وحلول الموفى محل الدائن إما أن يكون بحكم القانون ويقال له الحلول القانونى ، وإما أن يكون بموجب الاتفاق ويقال له الحلول الاتفاقى . ولدعوى الحلول ، قانونياً كان الحلول أو إتفاقيا ، أحكام خاصة تميزها عن الدعوى الشخصية . فعندنا إذن مسألتان : (١) مصدر الحلول (٢) أحكام الرجوع بدعوى الحلول .

المطلب الأول

مصدر الحلول

§ ١ - الحلول القانونى

(Subrogation légale)

٣٧٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٦ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

« إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية » :

« أ - إذا كان الموفى ملزماً بالمدين مع المدين ، أو ملزماً بوفائه عنه . »

« ب - إذا كان الموفى دائئاً ووفى دائئاً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عينى ، ولو لم يكن للموفى أى تأمين . »

- وحلول الموفى محل الدائن نافع من كل الوجوه . فهو نافع للموفى ، إذ ييسر له سبيلا مهدداً للرجوع بحقه ، ويهيئ له أسباباً لاستغلال ماله . وهو نافع للدائن ، إذ يستطيع بفضل الحلول أن يجد من يوفى له حقه فى وقت يكون المدين فيه غير قادر على الوفاء . وهو نافع للمدين ، إذ يترقى أن يجعل الدائن بالتنفيذ ضده ، ويغلب أن يتمكن من استمهال الدائن الجديد الذى وفى الدين . ثم إن الحلول لا يضر أحداً ، فإن الدائن الجديد لم يزد على أن حل محل الدائن القديم ، فلا يتأذى من ذلك الدائنون الآخرون ولا الكفلاء ، إذ لم يتغير عليهم من الدائن غير اسمه (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٦ ص ٦١٦ - ص ٦١٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٩ ص ٦٢٦ - ص ٦٢٧) .

« ج - إذا كان الموفى قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم » .

« د - إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول » (١) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٥/١٦٢ (٢) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٢٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١٣ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٧٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣١٠ إلى ٣١٢ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٨ و مشروع الهافى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٧ - ص ١٧٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٢٥/١٦٢ : التأييدت التي كانت على الدين الأصل تكون تأمينا لمن دفعه في الأحوال الآتية فقط : أولا . . . ثانياً - إذا كان الدافع مازماً بالدين مع المدين أو بوفاته عنه . ثالثاً - إذا كان الدافع دائناً ووفى لدائن آخر مقدم عليه بحق الامتياز أو الرهن العقاري ، أو أدى ثمن عقار اشتراه للدائنين المرتهنين لذلك العقار . رابعاً - إذا كان القانون مصرحاً بحلول من دفع الدين محل الدائن الأصل .

(ومن هذا يقين أن أحوال الحلول القانوني في التقنين المدني السابق هي نفس أحواله في التقنين المدني الجديد . ويبدو من عبارات التقنين السابق أن هذا التقنين يعتبر الدين الذي ووفى قد انقضى ، فيرجع الموفى بدين جديد تشتغل إليه تأييدات الدين القديم . أما في التقنين الجديد ، فواضح أن الرجوع يكون بنفس الدين وتأييداته ودفعه ، كما سئرى) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٢٥ (مطابقة للمادة ٣٢٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣١٣ (مطابقة للمادة ٣٢٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٧٩ (مطابقة للمادة ٣٢٦ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٣١٠ : يكون الإيفاء مستقطاً للمدين إسقاطاً مطلقاً نهائياً بالنظر إلى جميع أصحاب الشأن . ويجوز أن يكون الإيفاء مقتصرأ على نقل الدين إذا كان مقترناً باستبدال . فيقدر عندئذ أن الدين موفى كله أو بعضه من قبل شخص لا يجب أن يحمل كل العبء بوجه الهافى ، فيحل محل الدائن الذى استوفى حقه . ليتمكن من الرجوع على المدينون الأصل أو على الشركاء في الموجب

م ٣١١ : إن الاستبدال يكون إما بمقتضى القانون وإما بمشيئة الدائن أو المدينون -

وبمخلص من هذا النص أن هناك حالات معينة للحلول القانوني نص عليها القانون (١) ، ولا يمكن أن يكون هناك حلول قانوني دون نص . ونستعرض هذه الحالات .

٣٧٧- الموفى ملزم بالدين مع المدين أو ملزم منه: وهذه الحالة

هي أهم حالات الحلول القانوني ، إذ الحالات الأخرى ليست إلا ذات نطاق محدود ، بل إن الحالة الثالثة منها - حالة ما إذا كان الموفى حائزاً للعقار المرهون - ليست إلا تطبيقاً خاصاً من تطبيقات الحالة الأولى كما سنرى . ثم إن علة الحلول القانوني هنا واضحة ، فالموفى ملزم بالدين مع المدين أو عنه ، فله مصلحة كبرى في أدائه ، بل هو يجبر على هذا الأداء ، ومن ثم حق له في رجوعه على المدين أن يرجع عليه بدعوى الدائن بعد أن يحل محله .

- م ٣١٢ : يكون الاستبدال قانونياً في الأحوال الآتية : أولاً - لمصلحة الدائن العادي، والمرتبة أو صاحب التأمين الذي يوفى حقوق دائن آخر له حق الأولوية عليه . غير أن الاستبدال فيما يختص بالحقوق الخاضعة للقيد في السجل العقاري لا يكون له مفعول إلا بعد إتمام هذا القيد . ثانياً - لمصلحة الملتزم بالإيفاء مع الآخرين (كما في الموجبات المتضامنة أو غير المتجزئة) أو الملتزم بالإيفاء من أجل آخرين (كالكفيل أو الشخص الثالث محرز العقار المرهون) إذا أجب على الإيفاء أو كان الإيفاء من مصلحته . ثالثاً - لمصلحة الوارث الذي أوفى من ماله ديون التركة .

(وأحوال الحلول القانوني في التقنين اللبناني مماثلة لأحواله في التقنين المصري، فيما عدا حالة الوارث).
(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص المادة ٣٢٦ مدني ما يأتي :
« استقر المشروع هذا النص من المادة ١٦٢/٢٢٥ من التقنين الحالي (السابق) مع تعديل صياغتها تعديلاً استلهم فيه على وجه الخصوص عبارة المادة ١٨٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي . بيد أنه شذ عن مذهب هذا التقنين في التفريق بين الحلول القانوني وهو ما يقع بحكم القانون والحلول الاتفاقي وهو ما يقع برضاء الدائن . وقد نقلت أحوال الحلول القانوني جميعاً عن التقنين القائم ، وهو يورد منها ما جرت سائر التقنينات على إيرادها (أنظر المادة ١٢٥١ من التقنين الفرنسي والمادة ١٨٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ٣١٢ من التقنين اللبناني ، ومطابق لمعنى النص المادة ١٢١٠ من التقنين الأسباني والمادة ٧٧٩ من التقنين البرتغالي والمادة ١١٠ من تقنين الالتزامات السويسري والمادة ٩٨٥ من التقنين البرازيل ، وتكلم المادة ٢٦٨ من التقنين الألماني عن انتقال الحق أو تحويله لا عن الحلول) . ويراعى أن الموفى ، في جميع أحوال الحلول القانوني ، يكون غيراً له مصلحة في الوفاء بالدين . فله ، والحال هذه ، أن يوفى رغم إرادة المدين والدائن على حد سواء ، وبذلك يتم له الحلول بحكم القانون محل للدائن الذي استوفى حقه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٨) .

ويكون الموفى ملزماً بالدين مع المدين إذا كان مديناً متضامناً (١) ، أو مديناً مع المدين في دين غير قابل للانقسام ، أو كفيلًا متضامناً مع كفلاء آخرين في علاقته هؤلاء الكفلاء .

ويكون الموفى ملزماً بالدين عن المدين إذا كان كفيلًا شخصياً ، أو كفيلًا عينياً ، أو حائزاً للعقار المرهون (٢) .

فأى من هؤلاء وفي الدين رجع على المدين بدعوى الدائن بعد أن يحل محله بحكم القانون .

فإذا وفي المدين المتضامن كل الدين للدائن ، جاز له أن يرجع بدعوى الحلول على كل مدين متضامن معه بقدر حصته في الدين ، وقد مر بيان ذلك في التضامن . وإذا وفي المدين في دين غير قابل للانقسام الدين للدائن ، جاز له أيضاً أن يرجع بدعوى الحلول على كل مدين معه في هذا الدين بقدر حصته من الدين ، وقد مر بيان ذلك في الالتزام غير القابل للانقسام . وإذا وفي أحد الكفلاء المتضامين الدين كله للدائن ، رجع على كل كفيل بدعوى الحلول بمقدار نصيبه في كفالة الدين ، وهذه غير دعوى الحلول التي يرجع بها على المدين .

وإذا وفي الكفيل الشخصي أو العيني الدين عن المدين : جاز له الرجوع بدعوى الحلول على المدين بكل مادفعه ، لأن المدين يجب أن يتحمل الدين كله (٣) . وكذلك إذا انتقلت ملكية عقار مرهون إلى شخص ، بالبيع أو الهبة

(١) حتى لو كان المدين الذي تضامن معه أبرئاً من التضامن ومع ذلك رجع الدائن على المدين المتضامن بكل الدين (استئناف مخطوط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ من ٧٥) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٨ — وإذا دفع وارث ديناً على التركة ، حل محل الدائن في الرجوع على بقية الورثة (استئناف مخطوط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٧) .

(٣) وقد جاء في الموجز المؤلف : « والكفيل ، سواء كان كفيلًا شخصياً أو عينياً ، وسواء كان الكفيل الشخصي متضامناً مع المدين أو غير متضامن ، يحل محل الدائن إذا وفي له الدين فإذا كان الكفيل كفيلًا شخصياً متضامناً مع الدين ، ودفع الدين عنه ، فإنه يرجع عليه بكل ما دفعه ، ويحل في هذا الرجوع محل الدائن في كل ماله من تأييدات . وكذلك الأمر لو كان الكفيل الشخصي غير متضامن مع المدين . غير أنه يلاحظ في الحالتين أن الكفيل إذا حل محل —

أو المقايضة أو أى سبب آخر لانتقال الملكية ، فانه يصبح ملزماً بالدين عن المدين . فاذا وفى الدين حل محل الدائن قانوناً ، ورجع بدعوى الحلول على المدين بكل مادفعه . وقد أفرد القانون هذه الحالة بالذكر كحالة خاصة من حالات الحلول القانونى ، وستكون محلاً للبحث فيما يلى .

كذلك يمكن القول إن المتبوع مسئول عن التابع ، فاذا كان التابع مؤمناً على مسئوليته مثلاً ، ورجع المصاب على المتبوع فوفى هذا دين التابع ، فانه يحل محل الدائن - المصاب - فى التأمين ، ويرجع بدعوى الحلول هذه على شركة التأمين (١) .

= الدائن فى الرجوع على كفلاء آخرين ، فإنه لا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته من الدين بمقتضى حق التقسيم . وإذا كان الكفيل كفيلًا عينياً ، ودفع الدين عن المدين ، فإنه يرجع على المدين بكل مادفعه ، ويحل محل الدائن فيما له من تأمينات . فإذا كانت هذه التأمينات كفيلًا شخصياً ، رجع الكفيل العيني على الكفيل الشخصى بقدر حصة هذا الأخير ، ويقسم الدين بينهما على أساس أن الكفيل الشخصى قد كفل الدين وأن الكفيل العيني قد كفل الدين بقدر قيمة العين التى قدمها رهناً ، فيكون تقسيم الدين بينهما بهذه النسبة . فلو كان الدين ثلثمائة ، وضمن الكفيل الشخصى كل الدين ، وقدم الكفيل عيناً قيمتها مائة ، فإن الدين يقسم بين الكفيلين بنسبة ثلثمائة (قدر ما ضمنه الكفيل الشخصى) إلى مائة (قدر ما ضمنه الكفيل العيني) ، فتكون حصة الكفيل الشخصى مائتين وخمسة وعشرين وتكون حصة الكفيل العيني خمسة وسبعين . وإذا كانت التأمينات كفيلًا عينياً آخر ، قسم الدين بينهما بنسبة قيمة ما قدمه كل منهما ضماناً للدين « (الموجز فقرة ٥٥٦) .

(١) وقد كشف العمل هن أشاة أخرى يكون فيها الموفى ملزماً بالدين فيحل محل الدائن ، ويرجع بدعوى الحلول على المدين . من ذلك شركة التأمين عن الإصابات ، فهى مسئولة عن تعويض المصاب ، فإذا وفت التعويض حلت محله فى الرجوع على المسئول عن الإصابة . ومن ذلك الوكيل بالعمولة ، إذا وفى من ماله ثمن البضاعة التى اشتراها لعميله ، حل محل البائع الذى وفاه حقه فى الرجوع بالثمن على هذا العميل . ومن ذلك من يقوم بتخليص البضائع من « الجمرك » ، إذا دفع الرسوم المستحقة ، حل محل مصلحة الجمارك فى الرجوع بهذه الرسوم على صاحب البضاعة (انظر فى ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٨ ص ٦٣٤) .

أما إذا كان الموفى غير ملزم بالدين ووفاء ، لم يكن من حقه الرجوع بدعوى الحلول . فالولى أو الوصى أو القيم ، إذا وفى دين الصغير أو المحجور ، لم يحل محل الدائن فى الرجوع عليه ، ومن تعهد عن الغير وأقر الغير تعهده ، إذا وفى قيمة هذا التعهد للدائن ، لم يحل محله فى الرجوع على الغير ، لأن المتعهد بعد إقرار الغير لم يعد ملزماً بالتعهد (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد فقرة ١٥٦٠ إلى فقرة ١٥٦٠ مكررة ثانياً) .

٣٧٨ - الموفى دائن وفى دائناً مقدرماً عليه : وبحل الموفى محل

الدائن ، فيرجع على المدين بدعوى الحلول ، « إذا كان الموفى دائناً ووفى دائناً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عيني ، ولو لم يكن للموفى أى تأمين » .

ويفرض القانون أن هناك دائنين لمدين واحد ، أحدهما متقدم على الآخر بموجب تأمين عيني (١) ، أى أن المدين قد رهن عقاراً مملوكاً له لأحد الدائنين ثم رهنه للآخر ، فصار الأول متقدماً على الثانى . بل يجوز أن يكون الدائن الثانى لم يرهن العقار وظل دائناً شخصياً ، فان الدائن الأول متقدم عليه بما له من حق الرهن . بل يجوز أيضاً أن يكون التأمين الذى يتقدم به الدائن الأول على الدائن الثانى ليس حق رهن رسمى ، بل حق رهن حيازة ، أو حق امتياز ، أو حق اختصاص ، فكل هذه تأمينات عينية تجعله متقدماً على الدائن الثانى . ففى جميع هذه الأحوال قد يكون للدائن المتأخر مصلحة محققة فى الوفاء بدين الدائن المتقدم والحلول محله فى هذا الدين ، وتحقق هذه المصلحة فى فرضين :

(أولاً) قد يرى الدائن المتقدم أن ينفذ على العقار المرهون ، ويكون الوقت غير مناسب للتنفيذ ، فيتوقع الدائن المتأخر أن يباع العقار فى المزاد العلنى بأبخس الأثمان . وقد لا يعنى الدائن المتقدم ذلك ، إذ يكون متأكداً من أنه

= هذا وإذا دفع أحد المدينين المتضامنين الدين كله ، كان له أن يوجه دعوى الحلول إلى المدينين المتضامنين الآخرين وإلى الدائنين المرتهنيين المتأخرين فى المرتبة عن الدائن الذى وفى حقه (استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤١٩) .

(١) وليس من الضروري أن يكون للدائنين مدين واحد ، بل يكفى أن يكون كل من الدائنين له تأمين عيني على نفس العقار وأحدهما متقدم على الآخر ، فيصح أن يكون صاحب العقار مديناً لأحدهما وقد رهن له عقاره وكفيلاً عينياً للدائن الآخر ، كما يكفى أن يكون صاحب العقار كفيلاً عينياً لكل من الدائنين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة) .

هذا وإذا كانت العين قد بيعت لشخصين ، ودفع أحدهما حصته من الثمن ، وبقي امتياز البائع ضامناً للباقى من الثمن وهو حصته المشتري الآخر ، ثم بيعت العين فى المزاد للوفاء بهذه الحصته ، فما استوفاه البائع من ثمن العين مما يقع فى نصيب المشتري الأول يحل فيه هذا المشتري محل البائع فى حق امتياز ، لأنه يكون فى حكم الدائن الذى وفى دائناً مقدماً عليه (استئناف مخطوط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٠٤) .

=

سيستوفى حقه مهما بلغ ثمن العقار المرهون ، وإنما تعود الخسارة على الدائن المتأخر فهو الذى سوف لا يدرك من ثمن العقار ما يكفى للوفاء بحقه . فيكون من مصلحة الدائن المتأخر أن يوفى الدائن المتقدم حقه ، فيحل محله فى رهنه ، ويمنع بهذا الحلول التنفيذ فى وقت غير مناسب تحيئاً لفرصة يبيع فيها العقار المرهون بثمن يكفى لوفاء الدين المتقدم والدين المتأخر جميعاً .

(ثانياً) قد يرى الدائن المتأخر أن العقار المرهون لا يكفى لوفاء الدينين المتقدم والمتأخر معاً، مهما بلغ ثمن هذا العقار وفى أى وقت يبيع ، ولكن يكون للدائن المتقدم تأمين على عقار آخر مملوك للمدين أو لكفيل عيني . فيوفى حق الدائن المتقدم حتى يحل محله فى رهنه المتقدم وفى تأمينه الآخر ، ويستطيع بذلك أن يستوفى الدينين معاً من العقار المرهون ومن هذا التأمين الآخر . من أجل ذلك أجاز القانون للدائن المتأخر أن يحل محل الدائن المتقدم إذا وفى له دينه (١) ، فيحقق لنفسه مصلحة مشروعة ، وذلك دون أن يضار

== أما إذا كان العقار مرهوناً لدائنين أحدهما مقدم على الآخر ، ثم رسا مزاده عند التنفيذ على المرتين الثاني : فاستوفاه المرتين الأول من ثمن العقار المترتب فى ذمة المرتين الثاني لا يعتبر مدفوعاً من المرتين الثاني حتى يحل محل المرتين الأول فيه ، لأن المرتين الثاني إنما وفى المرتين الأول ديناً ترتب فى ذمته وهو الثمن الذى رسا به المزاد عليه (استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٨) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى دوائرها المجتمعة فى هذا المعنى أيضاً بأنه إذا كان لدائن رهنان على عقارين ، تسد على أحدهما هذين العقارين واستوفى حقه من ثمنه ، فأضر ذلك بدائن مرتين متأخر لنفس العقار ، فإن الدائن المتأخر لا يحل محل الدائن المتقدم فى الرهن الذى لهذا الدائن على العقار الآخر لأنه لم يوفه حقه من ماله (٢٨ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٣٨١) . ولكن إذا كان هناك دائنتان مرتبتان أحدهما مقدم على الآخر ، وكان الدائن المتقدم له رهن على عقار آخر ، ووفى الدائن المتأخر الدائن المتقدم حقه ، فإنه يحل محله فى الرهنين معاً ، لأنه يكون قد وفى الدائن المتقدم حقه من ماله لا من ثمن العقار (استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٢) .

(١) ويصح أن يوفيه جزءاً من دينه إذا قبل الموفى له هذا الوفاء الجزئى ، فيحل محله فى هذا الجزء (انظر فى مناقشة هذه المسألة بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة ثانياً) . ولكن لا يجوز أن يترتب للدائن المتأخر حتى ينزع الدائن المتقدم ملكية العين المرهونة ، ويتقدم فى التوزيع فى مرتبة أعلى ، وعند ذلك يأتى الدائن المتأخر يريد أن يوفى الدائن المتقدم ليحل محله (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٦ - ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٤ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٩٤ - ٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٢) .

الدائن المتقدم إذ هو يستوفي حقه كاملاً ، ودون أن يضار المدين فإن الموقف بالنسبة إليه لا يتغير : ولا يؤوده في شيء أن يحل دائن محل آخر ما دام يحل في نفس الدين .

ويشترط فيما قدمناه شرطان : أن يكون الموفي دائناً لنفس المدين ، وأن يكون الموفي له دائناً متقدماً بما له من تأمين عيني .

فيجب أولاً أن يكون الموفي دائناً لنفس المدين . فلا يجوز لأجنبي غير دائن للمدين أن يوفي حقاً لدائن له تأمين عيني ليحل محله حلولاً قانونياً في هذا التأمين (١) . والذي يجوز هنا هو الحلول الاتفاقى لا الحلول القانونى : فيتفق الأجنبي مع الدائن أو مع المدين على الحلول بالطرق التي قررها القانون على النحو الذي سنبينه في الحلول الاتفاقى . فإذا كان الموفي دائناً للمدين ، فقد توافر الشرط المطلوب ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون للموفي هو أيضاً تأمين عيني متأخر أو أن يكون دائناً شخصياً ليس له أى تأمين (٢) ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

ويجب ثانياً أن يكون الموفي له دائناً متقدماً على الموفي بما له من تأمين عيني . فلو كان الموفي له دائناً متأخراً عن الموفي في تأمينه العيني أو ليس له تأمين عيني أصلاً ، فلا محل هنا للحلول القانونى ، لأن مصلحة الموفي في هذا الحلول ، وهو متقدم على الموفي له أو مساو ، ليست واضحة . قد تكون له مصلحة محدودة في منع هذا الدائن من القيام بإجراءات التنفيذ في وقت غير مناسب ، ولكن هذا الدائن إذا فعل ذلك أضرب نفسه أيضاً لأنه غير متقدم على الدائن الأول . وقد تكون للدائن المتقدم مصلحة في منع الدائن المتأخر من المعارضة في الديون ، حتى لا تقف إجراءات التوزيع أو حتى يتيسر إجراء تسوية ودية ، ولكن هذه المصلحة جد محدودة لم ير القسانون أن يرتب عليها حلولاً قانونياً .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٢ مكررة ثالثاً - بلاتيل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠

ص ٦٣٧ - ص ٦٢٨

(٢) ديرانتون ١٢ فقرة ١٤٩ وفترة ١٥٣ - لا روبير ٤ م ١٢٥١ فقرة ٥ -

ديمولوب ٢٧ فقرة ٤٥٨ - فقرة ٤٥٩ - لوران ١٨ فقرة ٦٩ - بودرى وبارد ٢

فقرة ١٥٤٢ مكررة أولاً - بلاتيل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠ .

هذا إلى أنه من اليسر على الدائن المتقدم في مثل هذا الفرض أن يوفى الداس المتأخر حقه بعد أن يحصل منه على حلول اتفاقى ، بل دون اتفاق على حلول أصلاً ، فإن الوفاء بحق الدائن المتأخر يبعده عن التوزيع فيتيسر للدائن المتقدم أن يمضى فيه أو أن يجرى التسوية الودية التى ينشدها كما لو كان هناك حلول (١) .

ولا بد ، كما قدمنا ، أن يكون الموفى له متقدماً على الموفى بما له من تأمين عيني . فاذا لم يكن للموفى له تأمين عيني ، ولو كانت له ميزة أخرى تضاهى التأمين العيني كدعوى فسخ أو حق فى الحبس ، فإن نص التشريع أضيق من أن يتسع لهذا الفرض ، فلا يكون هناك حلول قانونى . فلو أن الموفى له بائع لم يقبذ حق امتيازاه واكتفى بدعوى الفسخ ، فلا يحق للدائن آخر وفاه الثمن أن يحل محله فى دعوى الفسخ . ولو أن الموفى له دائن ليس له تأمين عيني بل له حق فى حبس عين للمدين ، لم يجز للدائن آخر وفاه حقه أن يحل محله فيحبس العين (٢) .

(١) قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٤ - وإذا كان للدائن المتأخر رهن على عين أخرى بالإضافة إلى رهته المتأخر على العين الأولى ، فإن الدائن المتقدم - باعتباره دائناً عادياً بالنسبة إلى العين الأخرى - يعتبر دائناً متأخراً ، فله أن يوفى حق الدائن على هذه العين الأخرى ويحل محله فى الرهن إذا كانت له مصلحة فى ذلك (انظر فى هذا المعنى الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٤٨ - وقارب : استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٨) . = وهذا وقد يكون للدائن الموفى له حقان ، أحدهما متقدم على حق الدائن الموفى والآخر متأخر . ويذهب القضاء الفرنسى فى هذه الحالة إلى أن الدائن الموفى يجب عليه أن يوفى الدائن الموفى له بالحقين معاً ، المتقدم والمتأخر ، لأنه لو اقتصر على الوفاء بالحق المتقدم ، فإن الموفى له يكون بدوره ، ومقتضى حقه المتأخر ، جائزاً له أن يوفى الموفى حقه ليحل محله هو الآخر ، وفى هذا دور يريد القضاء تجنبه (محكمة النقض الفرنسية ٢ أغسطس سنة ١٨٧٠ سيرة ٧١ - ١ - ٢٥ - وانظر أيضاً : ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٧٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة خامساً وما بعداً - يلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠ ص ٦٢٧ هامش رقم ٥) . وتطبيقاً لهذا المبدأ ، إذا كان لدائن رهنان فى المرتبة الأولى على عقارين ، وكان له إلى جانب ذلك دين آخر مضمون برهن متأخر على العقار الثانى ، لم يجز للدائن متأخر مرتته للمقار الأول أن يوفيه الدين المضمون بالعقارين ليحل محله فيهما ، وذلك لأن الدائن المتقدم هو فى الوقت ذاته دائن متأخر بالنسبة إلى العقار الثانى ، فيحق له أن يوفى بدوره الدائن الآخر حقه ليحل محله ، ومن هنا يأتى الدور (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة ثانياً) .

(٢) ولو أراد الموفى أن يحل محل الموفى له ، وجب عليه أن يحصل على حلول اتفاقى بالتراضى ، لأن الحلول القانونى ممنوع كما قدمنا (انظر فى تأكيد هذا الحكم بودرى وبارد ٢ =

٣٧٩ — الموفى اشترى عقاراً ودفع ثمنه لدائنين فمضى العقار

لضمانه مفقودهم : هذه الحالة سبقت الإشارة إليها كتطبيق من تطبيقات الحالة الأولى . ذلك أن المشتري لعقار مثقل بتأمين عيني — رهن أو امتياز أو اختصاص — يصبح حائزاً للعقار (tiers détenteur) ، فيكون مسئولاً عن الدين بحكم انتقال ملكية العقار له . ومن ثم يكون ملزماً بالدين عن المدين ، فيدخل ضمن الحالة الأولى من حالات الحلول القانوني ، وهي الحالة التي سبق بيانها (١) .

وحتى نتبين ، فيما نحن بصددده ، كيف تتحقق للموفى مصلحة في أن يحل محل الموفى له نفرض أن عقاراً مرهوناً باعه صاحبه . فالمشتري للعقار المرهون يستطيع بطبيعة الحال أن يطهر العقار المرهون فيتخلص من الرهن ، ولا يحتاج إلى الحلول محل الدائن المرتهن . ولكنه مع ذلك قد تكون له مصلحة في أن يوفى الدائن المرتهن حقه (٢) فيحل محله ويصبح مرتهناً لملك نفسه ، في الفرضين الآتين :

= فقرة ١٥٤٥ — فقرة ١٥٤٦ ، وفي انتقاده بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠ ص ٦٣٩ — ص ٦٤٠) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذه الحالة الثانية من حالات الحلول القانوني ما يأتي : « أما الحالة الثانية فهي حالة الوفاء من أحد الدائنين لدائن آخر مقدم عليه بماله من تأمين عيني . فلو فرض أن عقاراً رهن الدائنين على التوالي ، فللدائن المتأخر مصلحة في الوفاء بحق الدائن المتقدم والحلول محله فيه . فقد يوفق بذلك إلى وقف إجراءات التنفيذ إذا كانت قد بوشرت في وقت غير ملائم ، على أن يعود إلينا متى استقامت الأحوال . وقد يتيسر له أحياناً أن ينتفع من تأمينات أخرى خصصت لضمان الدين الذي قام بأدائه . وقد يكون من مصلحة أحد الدائنين المتأخرين أن يقوم بالوفاء بدين الدائنين المرتهين حتى يزيل من مزايها الحلول . ويراعى أن الدائن المتقدم في الرتبة لا يحل حلولاً قانونياً إذا ولى دائناً متأخراً عنه حتى يتيسر له وقف إجراءات التنفيذ لعدم سلامة الظروف ، فالحلول لا يتم في هذه الحالة إلا بالتراضي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٨ — ص ١٧٩) .

(١) استئناف مخطط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٥ — ٨ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٥ .

(٢) ويجب أن يوفى المشتري الدائن المرتهن مباشرة ، أما إذا دفع الثمن للبائع ثم استعمل البائع الثمن في الوفاء للدائن المرتهن ، فإن المشتري لا يحل حلولاً قانونياً محل الدائن المرتهن . ولكن يجوز أن يقبض البائع الثمن من المشتري على ذمة دفعه للدائن المرتهن بتفويض من المشتري ،

أولاً - قد يتوفى بذلك إجراءات التطهير الطويلة المعقدة ، وذلك بأن يكون ثمن العقار المرهون معادلاً لقيمته ، بحيث إذا بيع العقار في المزاد العلني لن يبلغ ثمنه في المزاد أكثر من الثمن الذي التزم به المشتري . فإذا فرض أن العقار مرهون لأكثر من دائن ، وكان الثمن الذي التزم به المشتري لا يكفي إلا لوفاء الدائن المرتهن الأول ، كان للمشتري أن يدفع الثمن لهذا الدائن فيوفيه حقه ، ويحل محله في رهنه الأول . ولا تصبح هناك مصلحة للدائنين المرتهنيين المتأخرين في بيع العقار ، فلن يصل ثمنه إلى أكثر من الثمن الذي دفعه المشتري وحل به محل الدائن المرتهن الأول ، ولن يصيبهم شيء في التوزيع بعد أن يستولي المشتري على الثمن الذي دفعه . فيستطيع المشتري ، بفضل هذا الحلول القانوني ، أن يوقف عملياً الدائنين المرتهنيين المتأخرين عن مباشرة التنفيذ على العقار الذي اشتراه .

ثانياً - قد يكون للمشتري مصلحة في أن يحل محل الدائن المرتهن إذا كان البيع الصادر له معرضاً للإبطال أو للفسخ ، فحلوله محل الدائن المرتهن يحقق له تأميناً عينياً عند رجوعه بالثمن في حالة إبطال البيع أو فسخه (١) .

وغنى عن البيان أن المشتري ، إذا وفي الدائن المرتهن حقه وحل محله بمقتضى القانون ، فإنه يحل محله في جميع ماله من التأمينات . فإذا كان لهذا الدائن المرتهن

= فيحل المشتري في هذه الحالة محل الدائن المرتهن ، لأنه يكون هو — عن طريق وكيله البائع — الذي وفي الدائن المرتهن حقه (أنظر في هذه المسألة بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٥٢) . وإذا وفي المشتري للدائن المرتهن حقه ، حل محله دون حاجة إلى رضائه أو إلى رضا المدين (استئناف مخطوط ١٣ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٣١) .

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٥٠ مكررة أولاً — ويورد بودري وبارد فرضاً ثالثاً يتحقق فيه للمشتري مصلحة في أن يحل محل الدائن المرتهن ، وذلك إذا اشترى العقار من غير مالك ، وأراد المالك الحقيقي أن يسترد منه العقار ، فعندئذ يكون المشتري آمناً على الثمن الذي دفعه للدائن المرتهن وحل به محله ، إذ أن المالك الحقيقي عندما يسترد العقار يسترده مرهوناً للمشتري بمقدار هذا الثمن (بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٥٠) . وقد يترض على ذلك بأن المشتري من غير مالك لا يصبح مالكاً للعقار المرهون ، فلا يكون مسئولاً عن الدين ، وإذا دفعه للدائن المرتهن لم يحل محله حلولاً قانونياً . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن المشتري من غير مالك ، إذا دفع الدين للدائن المرتهن ، حل محله في الرهن (استئناف مخطوط ٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٥) .

تأمين عيني آخر ، حل المشتري محله فيه ، وقد تتحقق مصلحة له في ذلك فيما إذا كان العقار الذي اشتراه لم يعد يبنى بالتمن الذي دفعه ، فيكمل التأمين الآخر ضمانه (١) .

ويستوى ، في وفاء المشتري لحق الدائن المرتهن والحلول محله ، أن يفعل المشتري ذلك اختیاراً من تلقاء نفسه أو أن يفعله وهو ملزم به ، بأن يكون للبائع قد ألزمه في شروط البيع أن يدفع الثمن للدائن المرتهن ، أو أن يكون الدائن المرتهن قد بدأ في اتخاذ إجراءات التنفيذ فاضطر المشتري أن يوفى له حقه ليتوفى هذه الإجراءات (٢) . ويستوى كذلك أن يكون المشتري قد اشترى العقار ممارسة أو اشتراه في مزاد جبرى (٣) .

٣٨٠ - وجود نص خاص بفر الحلول للموفا من الحلول : وقد جاء

في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وثمة أحوال أخرى يخول القانون الموفا فيها حق الحلول بنص خاص ، فمن ذلك مثلاً حلول موفا

(١) استئناف مخطوط ١١ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٠ — ١٤ إبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٩ ص ٦٣٦ — ص ٦٣٧ .

وإذا كان المشتري قد اشترى حصة شائعة ، ودفع الدين لفك الرهن الموقع على العين جميعها ، حل محل الدائن في مواجهة البائع وجميع الشركاء في الشيوع بمقدار ما ولى عنهم من الدين (استئناف مخطوط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٦٣ — أنظر أيضاً : استئناف مخطوط ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٦٥) .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٢ مكررة أولاً — فقرة ١٥٥٢ مكررة ثانياً .

(٣) استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٩ مكررة أولاً .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذه الحالة الثالثة من حالات الحلول القانونى ما يأتى : « أما الحالة الثالثة فتتعلق حيث يكون الموفا قد اشترى عقاراً وأدى ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم ، كما هو الشأن في الخاثر . فقد يتاح للموفا في هذه الحالة أن ينتفع من تأمينات أخرى خصصت لضمان الدين الذى أداه . وقد تكون له مصلحة في أداء هـن العقار للدائنين المرتهين المتقدمين في المرتبة دون أن يقوم بتطهيره ، متى وثق من أن الثمن الذى يرسو به مزاده لا يكتفى لوفاء بديون من وفاهم وحل محلهم فيما لو باشر إجراءات التنفيذ غيرهم من الدائنين المتأخرين في المرتبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٩) .

الكيميالة بطريق التوسط محل الحامل في حقوقه « (١) .

ذلك أن المادة ١٥٧ من التقنين التجارى تنص على ما يأتى : « الكيميائية المعمول عنها البروتستو يجوز دفع قيمتها من أى شخص متوسط عن صاحبها أو عن أحد محيلها ، وبصير إثبات التوسط والدفع فى ورقة البروتستو أو فى ذيلها » . ثم تنص المادة ١٥٨ من هذا التقنين على أن : « من دفع قيمة كيميالة بطريق التوسط يحل محل حاملها ، فيحوز ماله من الحقوق ويلزم بما عليه من الواجبات فيما يتعلق بالإجراءات اللازمة استيفاؤها . فإذا حصل هذا الدفع عن الساحب تبرأ ذمة جميع المحيلين ، أما إذا كان عن أحدهم فتبرأ ذمة من بعده منهم » .

ويتبين من هذه النصوص أن دفع الكيميائية بطريق التوسط عن الساحب أو عن أحد المحيلين يجعل المتوسط الذى دفع قيمة الكيميائية يحل حلولاً قانونياً محل الدائن — أى حامل الكيميائية — فى الرجوع على صاحب الكيميائية ومحيلها . فإذا كان المتوسط قد دفع عن الساحب ، فلا رجوع إلا على الساحب دون المحيلين لأن ذمة هؤلاء تبرأ بهذا الدفع . أما إذا كان قد دفع عن أحد المحيلين ، فإنه يرجع على الساحب وعلى المحيلين الذين يسبقون المحيل الذى دفع عنه ، أما المحيلون الذين بلون هذا المحيل ، فقد برئت ذمتهم بالدفع . فهذه حالة من حالات الحلول القانونى ورد فيها نص خاص فى التقنين التجارى (٢) .

وهناك مثل آخر للحلول القانونى الذى ورد فيه نص خاص ، فقد نصت المادة ٧٧١ مدنى على ما يأتى : « يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٩ .

(٢) ويلاحظ أن المتوسط ، فى الحالة التى نحن بصددنا ، عندما دفع قيمة الكيميائية لم يكن مسئولاً عن هذا الدين ، وإنما جعل له القانون الحلول محل الدائن توثيقاً للإثبات ، وتوسيعاً لسبل الوفاء بسندات الإثبات التجارية ، فيتيسر الوفاء بهذه السندات من طرق مختلفة . هذا إلى أن المتوسط الذى دفع الكيميائية عن الساحب أو عن المحيل يغلب أن يكون صديقاً ينتظر منه إهمال من دفع عنه ، وما يغريه بهذا الإهمال أن يحل قانوناً محل الدائن (انظر فى هذا المبنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٦) .

الذى نجمت عنه مسئولية المؤمن ، مالم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه في معيشة واحدة ، أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله . وهذا النص يقضى بأن شركة التأمين إذا أمنت مكاناً من الحريق ، ثم احترق المكان المؤمن بخطأ شخص معين ، فإن الشركة تدفع مبلغ التأمين للمؤمن له ، وتخل محله قانوناً في حقه ضد المسئول عن هذا الحريق (١) ، وذلك مالم يكن هذا المسئول متصلاً اتصالاً وثيقاً بالمؤمن له ، بأن كان قريبه أو صهره وكان مقياً معه في معيشة واحدة ، أو كان ولده أو شخصاً تحت رعايته ممن يعتبر هو مسئولاً عنهم . ولو جاز لشركة التأمين أن ترجع على هؤلاء ، وهذا هو مبلغ صلتهم بالمؤمن له ، لكان رجوعها هذا بمثابة الرجوع على المؤمن له نفسه ، فتكون الشركة قد سلبته بالشمال ما أعطته باليمين .

(١) ويلاحظ هنا أيضاً أن شركة التأمين ، عندما دفعت مبلغ التأمين للمؤمن له وحلت محله في الرجوع بالتعويض على المسئول ، لم تكن مسئولة عن هذا التعويض مع المسئول . ومن ثم يجب أن يقوم الحلول الثاني في هذا على نص خاص ، إذ أن شركة التأمين عندما دفعت مبلغ التأمين للمؤمن له إنما دفعت ديناً شخصياً في ذمتها له بموجب عقد التأمين . فليس من حقها أن ترجع على المسئول عن الحريق بمقتضى القواعد العامة إلا إذا نزل لها المؤمن له من دعواه قبل هذا المسئول ، فالحلول هنا أقرب إلى أن يكون نزولاً عن هذه الدعوى إلى شركة التأمين بما يجب نص خاص في القانون (انظر في المعنى الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٥١) . وبخاص من ذلك أن حلول شركة التأمين محل المؤمن له مقصور على الحالة التي نحن بصدد دعاها ، لورود النص في شأنها . وقد ورد نص آخر في القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ بشأن إصابات العمل ، فقد قضت المادتان ٧ و ٩ من هذا القانون بأنه إذا كانت إصابة العامل ترتب مسئولية شخص آخر غير صاحب العمل ، وأن صاحب العمل مؤمناً على حوادث العمل (وقد أصبح هذا التأمين إجبارياً بموجب القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢) ، فإن شركة التأمين التي دفعت قيمة التعويض تخل محل صاحب العمل في حقوقه قبل الشخص المسئول . وفيما هذا هذه الحالات التي وردت فيها نصوص خاصة ، لا يوجد نص عام يقضى ، في التأمين على الحوادث ، بحلول شركة التأمين محل المصاب في الرجوع على المسئول . وكثيراً ما نعلم شركات التأمين إلى الاحتفاظ بحقوقها في الرجوع على المسئول بموجب شرط صريح في وثيقة التأمين ، ويكون هذا الشرط بمثابة اتفاق على حوالة حق محتمل ، فينفذ في حق المسئول بإعلانه بالحوالة وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق (انظر في هذا المعنى الأستاذ محمد على عرفه في التأمين طبعة ثانية ص ١٨٤ — ص ١٩٢ — وقارن بلانيول وريبير وردران فقرة ١٢٣٣ ص ٦٤٢ — ص ٦٤٣) .

٢ - الحلول الاتفاق

(Subrogation conventionnelle)

١ - الحلول باتفاق الموفى مع الدائن

٣٨١ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٣٢٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ، ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٦٢/٢٢٥ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٦ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٤ - وفى التقنين المدنى العراقى

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى :

« للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله حتى لو لم يقبل المدين ذلك . ويكون الاتفاق بورقة رسمية ، ولا يصح أن يتأخر عن وقت الوفاء » . وفى لجنة المراجعة حذفت الحكم الخاص بجعل الاتفاق فى ورقة رسمية لعدم ضرورة ذلك ، وأصبحت المادة رقمها ٣٣٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٠ - ص ١٨١) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٢٢٥/١٦٢ : التأمينات التى كانت على الدين الأصل تكون تأميناً لمن دفعه فى الأحوال الآتية فقط : أولاً - إذا قبل الدائن عند الأداء له انتقال التأمينات لمن دفع الدين إليه ...

(والحكم واحد فى التقنينين السابق والجديد ، إلا فيما يتعلق بالتصوير الفنى للحلول فقد قدمنا أنه يهدر من عبارات التقنين السابق أن هذا التقنين يعتبر الدين الذى وفى قد انقضى فيرجع الموفى بدين جديد فتقتل إليه تأمينات الدين القديم ، أما فى التقنين الجديد فالرجوع يكون بنفس الدين وتأميناته ودفعه : انظر آتياً فقرة ٣٧٦ فى الهامش) .

المادة ١/٣٨٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣١٣ (١) .

وبمخلص من هذا النص أن الحلول هنا يجب أن يكون باتفاق بين الموفى والدائن ، ويجب ألا يتأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء . ولا بشرط . في الاتفاق شكل خاص ، ويخضع في إثباته للقواعد العامة (٢) .

٣٨٢ - اتفاق بين الموفى والدائن : إذا لم يكن الموفى في حالة

من حالات الحلول القانوني التي سبق ذكرها ، وأراد الوفاء بدين غيره على أن يحل محل الدائن ، فسييله إلى ذلك أن يتفق مع الدائن على هذا الحلول . ذلك أنه ما دام باب الحلول القانوني غير مفتوح للموفى ، فليس أمامه إلا الحلول الاتفاق ، فيتفق إما مع الدائن وإما مع المدين .

وما على الدائن ، حتى يستوفى حقه ، إلا أن يتفق مع الموفى على إحلاله محله . وهو لا يخسر شيئاً من هذا الإحلال ، بل يكسب أن يستوفى حقه في ميعاد حلوله أو حتى قبل هذا الميعاد إذا اتفق الموفى على ذلك . وليس المدين طرفاً في هذا الاتفاق ، فرضاؤه غير ضروري ، والحلول يتم بغير إرادته ، بل بالرغم عن إرادته . على أنه يفيد فائدة محققة من هذا الوفاء ، فدينه يقضى ويتخلص بذلك من مطالبة الدائن . وإذا كان قد استبدل بالدائن القديم دائناً جديداً ،

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٢٦ (مطابقة للمادة ٣٢٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣١٤ (مطابقة للمادة ٣٢٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١/٣٨٠ (مطابقة للمادة ٣٢٧ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أنها تشترط أن يكون الاتفاق بورقة رسمية ، كما كان الأمر في المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري الجديد) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣١٣ : إن الدائن الذي قبل الإيفاء من شخص ثالث يمكنه أن يحل محله في حقوقه ، ويجب حينئذ أن يحصل الاستبدال صراحة عن الإيفاء على الأكثر . أما تاريخ سند الإيصال المشتمل على الاستبدال فلا يعد ثابتاً بالنسبة إلى الأشخاص الآخرين إلا من يوم صيرورة هذا التاريخ صحيحاً . (والحكم واحد في التقنين اللبناني والمصري) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٠ -

فيغلب أن يكون هذا الدائن الجديد أكثر تساهلاً معه وأسرع إلى التيسير عليه في وفاء دينه ، وإلا لما تطوع مختاراً لوفاء الدين . وهذا هو الدور الذي يقوم به الموفى لدين غيره ، فهو من جهة يسدى خدمة إلى المدين بوفائه للدين وإمهاله حتى يتمكن من الوفاء ، وهو من جهة أخرى يستوثق لضمان حقه قبل المدين بحلولة محل الدائن .

والدائن حر في قبول إحلال الموفى محله أو عدم إحلاله (١) . وهو حر أيضاً في تحديد مدى هذا الإحلال ، فقد يحله محله في بعض ضمانات الدين دون بعض ، فيحله في الرهن والامتياز دون أن يحله في الكفالة (٢) .

ولا يشترط في الاتفاق شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة له معنى الحلول يكفي . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشترط ورقة رسمية نظراً لما للحلول من خطر ، ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا الشرط (٣) .

٣٨٣ — عدم تأخر الانقضاء عن وقت الوفاء : ولا يجوز أن يتأخر

هذا الاتفاق عن وقت الوفاء (٤) . والغالب أن يكون الاتفاق والوفاء بالدين حاصلين في وقت واحد ، فيتقدم الموفى إلى الدائن ويتفق معه على وفاء حقه مع حلولة محله في هذا الحق ، ويثبتان الاتفاقين معاً — الاتفاق على الوفاء

(١) ويجوز لوكيل الدائن أن يحل الموفى محل الدائن ، ولو كانت الوكالة عامة (بودرى وبارد ٢ فترة ١٥٢٧) — وإذا أرسل الدائن محضراً لقبض الدين ، فوكالة المحضر مقصورة على القبض . فإذا اتفق مع الموفى على أن يحل محل الدائن ، لم يسر هذا الاتفاق في حق الدائن إلا إذا أقره (بودرى وبارد ٢ فترة ١٥٢٧ — فترة ١٥٢٧ مكررة) .

(٢) لوران ١٨ فترة ٣٢ — بودرى وبارد ٢ فترة ١٥٢٩ .

(٣) انظر آنفاً فترة ٣٨١ في الهامش فيما يملن بتاريخ نص المادة ٣٢٧ مدني — والتقنين المدني الفرنسي وتقنين الموجبات والعقود اللبناني يشترط كل منهما أن يكون الاتفاق صريحاً (expres) ، ولكن ذلك لا يعنى اشتراط لفظ خاص . قارن في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٠٦ .

(٤) استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٧ — ٢١ يناير سنة ١٩٣٢

والاتفاق على الحلول - في مخالصة واحدة (١). ولكن لا شيء يمنع من أن يكون الاتفاق على الحلول سابقاً على الوفاء ، فيتفق الموفى والدائن مقدماً على الحلول ، ثم يدفع الموفى الدين بعد ذلك (٢).

والذي لا يجوز هو أن يكون الوفاء بالدين أولاً ، ثم يليه الاتفاق على الحلول (٣). ذلك أنه إذا تم الوفاء بالدين أولاً ، وتراخى الاتفاق على الحلول إلى ما بعد ذلك ، فإن هذا يفتح الباب للتحايل . فقد يكون المدين وفي دينه وفاء بسجطاً ، وانقضى الدين ، فانقضى بانقضائه رهن في المرتبة الأولى كان يضمه ، وترتب على ذلك أن الرهن الذي كان في المرتبة الثانية أصبح في المرتبة الأولى . ثم يتواطأ المدين بعد ذلك مع الدائن الذي استوفى دينه ، ويجعله بصطنع اتفاقاً مع أجنبي يذكر فيه أن هذا الأجنبي هو الذي وفي الدين وهو الذي حل محله فيه . فيعود الرهن الذي كان في المرتبة الأولى وكان قد انقضى ، ليحل الأجنبي محل الدائن فيه ، وذلك إضراراً بالرهن الذي يليه والذي أصبح في المرتبة الأولى بعد انقضاء الرهن الأول (٤).

(١) ولكن يجب أن يدفع الموفى الدين للدائن حتى يحل محله فيه . وليس من الضروري أن يدفعه من ماله ، والمهم ألا يكون الوفاء من مال المدين . فلو أن أجنبياً أقرض المدين مالا ليوفى به دينه ، فوق المدين الدين من هذا القرض ، لم يحل الأجنبي محل الدائن ، حتى لو ذكر الدائن في مخالصة الدين أنه يقبل إحلال المقرض محله ، ما دام الدين قد وفى من مال المدين بعد أن أقرضه . والذي يمكن في هذه الحالة هو الحلول باتفاق مع المدين لا مع الدائن ، إذا استوفيت الشروط الواجبة ، وسيأتى بيانها (انظر في هذا المعنى لارومبيير ٤ م ١٢٥٠ فترة ٧ - هيك ٨ فترة ٥٧ - ديمولومب ٢٧ فترة ٣٥٨ - بودرى وبارد ٢ فترة ١٥٢٦ - انظر عكس ذلك : بلانيول وريبير وردوان ٧ فترة ١٢٢٢ ص ٦٢٨ - ص ٦٢٩) .

(٢) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٨

(٣) ولكن إذا اتفق على الحلول قبل الوفاء بالدين أو معه ، كان الحلول صحيحاً حتى لو أعطيت المخالصة المثبتة للحلول بعد الوفاء بالدين ، فالعبرة بتاريخ الاتفاق هل الحلول لا بتاريخ إعطاء المخالصة (ديمولومب ٢٧ فترة ٣٧٢ - هيك ٨ فترة ٥٨ - بودرى وبارد ٢ فترة ١٥٢٥ مكررة أولاً) .

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « والثاني إتمام الاتفاق على الحلول وقت الوفاء على الأكثر ، وقد قصد من هذا الشرط إلى درء التحايل ، فقد يتواطأ الدائن مع المدين بعد أن يكون هذا قد استوفى حقه ، فيتفقان غشاً على حلول أحد -

٣٨٤ - إثبات الاتفاق على الحلول : ويخضع لإثبات الاتفاق

على الحلول للقواعد العامة في الإثبات . فإذا كانت القيمة التي وفي بها الدين تزيد على عشرة جنيهات لم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، وإلا جاز الإثبات بالبينة والقرائن .

إلا أنه يلاحظ أن المخالصة بالدين المتضمنة الاتفاق على الحلول يجب أن تكون ثابتة التاريخ حتى تكون نافذة في حق موف آخر حل محل الدائن ، أو في حق محال له بالحق ، أو في حق دائن للدائن حجز تحت يد المدين . فهؤلاء الأغيار يتنازعون الأسبقية مع الموفى للدين ، فإن كانوا هم السابقين في الوفاء أو في الحوالة أو في الحجز كان الدين لهم ، وإلا فهو للموفى . ومن ثم يجب أن يكون السند الذي يتمسكون به هو أيضاً ثابت التاريخ ، فإذا كان تاريخ الوفاء الواقع من الموفى الثاني أو تاريخ نفاذ الحوالة في حق المدين تاريخاً ثابتاً - أما تاريخ الحجز فهو ثابت بطبيعة الحال - وجب أن يكون للمخالصة المتضمنة الاتفاق على الحلول تاريخ ثابت أسبق . أما بالنسبة إلى المدين وورثته ، فليس من الضروري أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ (١) .

- الأغيار لتفويت حق دائن مرتين ثان متأخر في الرتبة ، فيما لو أقر النص صحة الاتفاق على الحلول بعد الوفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨١) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٨ مكررة - بلافيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٣ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٤١ .

هذا وقد يتمسك الغير ، ويدخل فيهم دائن مرتين في المرتبة الثانية كان يصبح في المرتبة الأولى لو أن الوفاء كان بسيطاً دون حلول ، بأن الدين كان قد وفى قبل الاتفاق على الحلول ، فيكون الحل بطلاً وفقاً لما قدسناه . فإذا ادعوا أن الذى وفى الدين هو نفس المتمسك بالحلول وأنه وفى الدين أولاً تراطأ مع الدائن والمدين على الحلول ، جاز لهم إثبات أسبقية الوفاء على الحلول بجميع الطرق ، لأنهم ينسبون النفس للمتمسك بالحلول . وإذا ادعوا أن الذى وفى الدين هو المدين أو شخص آخر غير المتمسك بالحلول ، دون أن ينسبوا غشاً إلى هذا الأخير ، لم يجز لهم إثبات أسبقية الوفاء على الحلول إلا بتاريخ ثابت للوفاء يسبق التاريخ الثابت للمخالصة المتضمنة الاتفاق على الحلول (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٢٦٩) .

ب - الحلول باتفاق الموفى مع الدين

٣٨٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجوز أيضاً للمدين ، إذا اقترض مالا وفى به الدين ، أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ، ولو بغير رضاء هذا الدائن ، على أن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدني السابق المادة ١٦٤/٢٢٧ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدني السوري المادة ٣٢٧ - وفى التقنين المدني الليبي المادة ٣١٥ - وفى التقنين المدني العراقي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص المادة ٤٦٣ من المشروع التمهيدي بطريق الخبرة على أحد الوجهين الآتين : (١) « ويجوز أيضاً للمدين ، إذا اقترض مالا سدد به الدين ، أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ، ولو بغير رضاء هذا الدائن ، على أن يكون الحلول بورقة رسمية ، وأن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد » - (٢) « ويجوز أيضاً للمدين ، ولو بغير رضاء الدائن الذى استوفى حقه ، أن يحل شخصاً آخر محل هذا الدائن ، على أن يكون الحلول بورقة رسمية ، وأن يكون التأشير به على هامش القيد الأصل قد تم قبل أن يسجل تنبيه عقارى صدر من دائن آخر » . وقد آثرت لجنة المراجعة النص الأول ، وأقرته بعد حذف الحكم الخاص بحمل الحلول بورقة رسمية لعدم ضرورته ، وأصبح رقم المادة ٣٤٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٢ و ص ١٨٤) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ٢٢٧/١٦٤ : يجوز للمدين أن يقترض بدون واسطة تدابنه من شخص آخر ما يكون منه وفاء المتعهد به ، وأن ينقل لذلك الشخص التأمينات التى كانت للدائن الأصل — وأضافت المادة ٢٢٧ من التقنين المختلط ما يأتي : بشرط أن يكون الاقتراض واشتغل ثابتين بسند رسمى .

(والحكم واحد فى التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا وجوب الورقة الرسمية فى التقنين المختلط ، فقد جرى التقنين الجديد التقنين الأهل السابق فى حذف هذا الشرط) .

المادة ٢/٣٨٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود البناني المادة ٣١٤ (١) .

٣٨٦ - الحلول بالاتفاق مع المدين تبرره أغراض عمالية :

هنا أيضاً ، كما في الحلول بالاتفاق مع الدائن ، لا يكون الموفى في حالة من حالات الحلول القانوني ، فلا يستطيع إذن أن يحل محل الدائن بحكم القانون ، ويلزمه في هذا الحلول أن يتفق عليه مع المدين . ولكن إذا كان الحلول بالاتفاق مع الدائن ، ولو برغم إرادة المدين ، يبدو طبيعياً على أساس أن الدائن هو الذي يتصرف في حقه ، فإن الحلول بالاتفاق مع المدين ، ولو برغم إرادة الدائن ، لا يبدو طبيعياً أصلاً ، فإن الذي يتصرف في حق الدائن ليس هو الدائن نفسه صاحب الحق ، بل هو المدين وبرغم إرادة الدائن صاحب الحق . ومهما يكن من غرابة ذلك من الناحية النظرية ، فإن الناحية العملية تبرره . ذلك أن الحلول بالاتفاق مع المدين فيه كل النفع للمدين ، ولا ضرر فيه على الدائن ولا على الدائنين الآخرين . أما أن فيه كل النفع للمدين ، فإن تمكن المدين من إحلال المقرض محل دائنه ولو بغير رضاء هذا الدائن يتيح أن يجد في يسر من يقرضه المال اللازم للوفاء بدينه ، مادام سيقدم للمقرض

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٢٧ (مطابقة للمادة ٣٢٨ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي : م ٣١٥ (مطابقة للمادة ٣٢٨ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي : م ٢/٣٨٠ (مطابقة للمادة ٣٢٨ من التقنين المدني المصري ، فيما
هذا أن التقنين العراقي يشترط أن يكون الحلول بورقة رسمية كما كان عليه الأمر في المشروع التمهيدى
للتقنين المصري الجديد) .

تقنين الموجبات والعقود البناني : م ٣١٤ : يكون الاستبدال صحيحاً عندما يقترض المدينون
مبلغاً من المال لإيفاء ما عليه ، فيمنح مقرضه ، لكي يؤمنه على ماله ، جميع الحقوق التي كانت
لدائنه الأول الذي أوفى دينه . وفي مثل هذه الحالة يجب : (أولاً) أن يكون لسند الاقتراض
ولسند الإيصال تاريخ صحيح (ثانياً) أن يصرح في سند الاقتراض بأن المال إنما اقترض بقصد
الإيفاء ويصرح في سند الإيصال بأن الإيفاء إنما كان من المال المقرض . (ثالثاً) أن يصرح
بأن المقرض حل محل الدائن الموفى دينه فيما له من الحقوق — ولا يشترط رضاء الدائن لصحة
هذا التعامل .

(والحكم واحد في التقنينين البناني والمصري) :

نفس الضمانات التي كانت للدائن . فينتفع كل من المدين والمقرض ، المدين بالتخفيف من وطأة الدين وبما يمد له المقرض من أسباب التيسير في الوفاء به ، والمقرض باستثمار ماله في ترشيد مكفول بضمانات قائمة . ولا ضرر في ذلك على الدائن ، فانه استوفى حقه ، وما دام قد استوفاه فقيم بضيره أن تنتقل الضمانات إلى الدائن الجديد ! ولا ضرر في ذلك على الدائنين الآخرين ، فان هؤلاء لم تتغير أوضاعهم من مدينهم ، فهم هم في ترتيبهم القائم ، سواء بقي الدائن السابق أو حل محله دائن جديد .

لكل هذه الاعتبارات العملية أجاز القانون أن يكون الحلول باتفاق بين الموفى والمدين ، ولو بغير رضاء الدائن . على أن الدائن ، وهو يعلم أن رضاه غير ضروري ، سيبادر في الغالب إلى الرضاء ، فيتم الحلول باتفاق بين الموفى والدائن نفسه ، وهذا هو الذي يقع عادة في العمل (١) .

٣٨٧ - شروط الحلول بالاتفاق مع المدين : ويشترط في هذا

الحلول شرطان :

(أولا) أن يكون القرض بغرض الوفاء بالدين ، فيذكر في عقد القرض أن المال المقرض قد خصص لهذا الوفاء . ولا يهم ممن يصدر هذا البيان ، من المقرض وهو المدين أم من المقرض نفسه ، والمهم أن يذكر البيان في نفس عقد القرض (٢) . وتفترض صحة البيان حتى يقام الدليل على عدم صحته (٣) .

(١) لوران ١٨ فقرة ٣٨ — ديمولومب ٢٧ فقرة ٣٩٣ — بودزي وبارد ٢ فقرة ١٥٣٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٤ — وأنظر كيف دخل الحلول بالاتفاق مع المدين في القانون الفرنسي القديم عقب إزال سعر الفائدة في الإيرادات المرتبة من ١/٣ إلى ١/٨ . مما جعل المدينين يقبلون على الاقتراض بالسعر المنخفض وإحلال مفرضهم محل دائنيهم الأصليين ، إلى بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٣١ .

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٣٣ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٥ ص ٦٣١ — ولا يشترط أن يكتب عقد القرض وقت القرض نفسه ، بل قد تتأخر كتابة هذا العقد . بل ويجوز الاتفاق على فتح حساب جار للمقرض نفسه ، ثم يتسلم المدين القرض بعد ذلك من الحساب الجاري لوفاء الدين . أنظر في ذلك بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٣٣ .

(ثانياً) أن يذكر في المخالصة عند الوفاء أن المال الموفى به هو مال القرض . ولا يهم هذا أيضاً ممن يصدر هذا البيان ، فقد يصدر من المدين وهو يفي دينه وهذا هو الغالب ، وقد يصدر مع الدائن وهو يستوفى حقه وهذا جائز ، وقد يصدر من الاثنين معاً ويقع هذا كثيراً (١) . وتفترض صحة البيان حتى يقام الدليل على عدم صحته (٢) .

وليس من الضروري أن تتعاقب العمليتان ، عملية القرض فعملية الوفاء ، بل يجوز أن تكونا متعاصرتين . ففي ورقة واحدة يثبت عقد القرض ويذكر فيه أن المال المقرض خصص للوفاء ، ثم يذكر في الورقة نفسها أن الوفاء قد تم من مال القرض . ولو تم الأمر على هذا النحو لكان هذا أكثر استجابة لأغراض القانون (٣) ، ولما قامت صعوبات عملية من ناحية ثبوت التاريخ كما سنرى .

ولكن يصح أن تتعاقب العمليتان ، بشرط أن تسبق عملية القرض عملية الوفاء . إذ لو كانت عملية الوفاء هي السابقة ، لتبين أن الوفاء لم يكن من مال القرض ، فلا يحل المقرض محل الدائن . ومن ثم كان لا بد ، عند تعاقب العمليتين ، من أن تكون كل عملية منهما ثابتة التاريخ ، حتى يستطاع إثبات أن عملية القرض سابقة على عملية الوفاء (٤) .

والسبب في ذلك هو توقي خطر النواطز ، كما رأينا في الحلول بالاتفاق مع الدائن . فقد ينبي المدين بدينه وفاء بسيطاً ، فينقضي الرهن الذي يضمنه . ثم يخطر له إحياء هذا الرهن لإضراراً بمرتته آخر كان متأخراً في المرتبة وتقدم بعد زوال هذا الرهن الأول ، فيتواطأ مع أجنبي ومع الدائن ، ويصور الأجنبي

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٣ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٥ ص ٦٣١ .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٤ .

(٤) أما إذا اقتصر المدين وسدد الدين من القرض ، دون أن يذكر في عقد القرض أن القرض خصص لوفاء الدين أو دون أن يذكر في المخالصة أن المال الموفى به هو مال القرض ، فلا حلول ، إلا إذا دفع المقرض الدين مباشرة للدائن وكان في حالة من حالات الحلول القانوني (استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٠) .

مقرضاً أقرضه المبلغ الذى وفى به الدين وأحلّه بهذا الوفاء محل الدائن ، فيحيا الرهن الأول . فسد القانون طريق هذا التحايل ، بأن اشترط أن تسبق عملية القرض عملية الوفاء ، عن طريق التاريخ الثابتة ، فلا يستطاع التحايل بتقديم تاريخ القرض إذا كان متأخراً فعلاً عن تاريخ الوفاء .

على أن القوانين الجرمانية لا تلقى بالآلى إلى شىء من ذلك ، بل هى تجيز فى صراحة أن يبنى المدين دينه ويستبقى عند الوفاء ضمانات هذا الدين قائمة يستطيع أن يفيد منها ، فيعطىها لمقرض بقرضه المال بعد الوفاء لقاء هذه الضمانات ، ولا ضرر يصيب الدائنين الآخرين من جراء ذلك ، فإن أوضاعهم لم تتغير ، وإنما تغير عليهم اسم الدائن المتقدم ، وقد كان متقدماً عليهم فى كل حال . وهذا ما يسمى فى القوانين الجرمانية بالشهادات العقارية (cédules hypothécaires) . وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً على طريق الخبرة فى هذا المعنى ، ولكن لجنة المراجعة جذفته وآثرت البقاء على التقاليد اللاتينية فى الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع المدين ، فالشرط إذن أن يسبق القرض الوفاء أو يعاصره على الأكثر (١) .

(١) انظر تاريخ المادة ٣٢٨ آنفاً فقرة ٣٨٥ فى هامش — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد قصد إلى إفساد ضروب التحايل . فأوجب المشروع أن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء بالدين ، وأن يذكر فى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه للدائن الجديد . ويراعى أن هذا القيد يحول بين المدين وبين الإفادة من تأمينات من يقوم بإبقاء حقه من الدائنين ، من طريق إحلال أحد الأغيار محله . وقد يصح التنازل عما إذا كان فى تقييد حق المدين على هذا النحو ما يفوت عليه فرصة الانتفاع من استغلال مايولى له من الائتمان على أساس الرهن الأول ، مع أن احتفاظ الدائن المرتهن المتأخر بمرتبه هذه لا يجعل له فيما لو رفع التقييد وجهاً للشكوى (قارن نظام صكوك الرهن العقارى أوتيسير الائتمان فى المقارنات الزراعية فى التقنينات الجرمانية) . وقد رأى إفساح المجال للاختيار فشفعت المادة ٦٣ بصفة أخرى تنزل منزلة للبدل من صحتها الأولى . وقد نص فى هذه الصيغة الأخرى على أن للمدين أن يحمل من أقرضه محل الدائن على أن يكون الحلول بورقة رسمية ، دون اشتراط اتمام عقد القرض فى وقت سابق على الوفاء أو معاصره له . وغاية ما هنالك إنه اشترط أن يكون التأشير بهذا الحلول على هامش القيد الأصل قد تم قبل أن يسجل تنبيه هدارى صدر من دائن آخر ، لأن من حق هذا الدائن ألا يستد بآلى قيد تال لتسجيل ذلك التنبيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٢) .

وإذا سبق القرض الوفاء ، فلا يهم مقدار الوقت الذى يتخلل العمليتين ، فقد يقصر هذا الوقت أو يطول . ولكنه إذا طال إلى أمد أبعد من المألوف ، ألغى هذا البعد ظلاً من الشك فى أن مال القرض لم يستعمل لوفاء الدين ، وكان هذا مدعاة للطعن فى الحلول (١) .

٣٨٨ — مال يشترط فى الحلول بالاتفاق مع المدين : ولا يشترط

التقنين المدنى الجديد غير الشرطين المتقدمى الذكر فى الحلول بالاتفاق مع المدين . فلا يشترط إذن :

(أولاً) — أن يكون القرض أو المخالصة فى ورقة رسمية . ويشترط التقنين المدنى الفرنسى (م ١٢٥٠ بند ٢) أن يكون كل من القرض والمخالصة فى ورقة رسمية . وكان التقنين المدنى المختلط السابق يشترط أيضاً هذا الشرط فى القرض ونقل التأمينات (٢) . والذى يشترط فى التقنين المدنى الجديد هو ثبوت تاريخ كل من القرض والمخالصة عند تعاقبهما ، وإلا لم يسر الحلول فى حق مقرض آخر له حق الحلول ، أو فى حق محال له ، أو فى حق دائن حاجز ، أو فى حق دائن مرتين متأخر . ولكن يسرى ، بالرغم من عدم ثبوت التاريخ ، فى حق المدين نفسه وخلفه العام ، وفى حق الدائن الذى استوفى حقه (٣) .

(ثانياً) أن ينص صراحة على حلول المقرض محل الدائن ، وهذا بخلاف الحلول بالاتفاق مع الدائن ، فلا بد أن ينص صراحة على حلول الموفى محل الدائن . أما هنا ، فمجرد ذكر أن مال المقرض خصص لوفاء الدين وأن الوفاء حصل بمال القرض كاف لاستخلاص حلول المقرض محل الدائن عن طريق الاقتضاء .

(ثالثاً) أن يرضى الدائن بهذا الحلول . فسواء رضى الدائن أو لم يرض ، فإن حلول المقرض محله فى حقه يتم بمجرد الاتفاق على ذلك مع المدين كما سبق

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٤ مكررة — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٥

س ٦٣١ .

(٢) انظر آتفا فقرة ٣٨٥ فى الهامش .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٨ .

القول . ولما كانت عملية الحاول هذه تقتضى تدخل الدائن ، فهو لا بد أن يتبل الوفاء وأن يذكر في المحالصة أن الوفاء تم بمال القرض ، فانه إذا أبى أن يفعل هذا أو ذلك ، كان لكل من المقرض والمدين الوسيلة القانونية لإجباره على ذلك ، عن طريق العرض الحقيقى والإيداع . فبم ذلك ما كان الدائن يأباه ، فان قبل الدائن العرض تم الحلول ، وإن أباه أودع المال على ذمته وحكم بعد ذلك بصحة الإيداع على النحو الذى سنبينه ، فبم الحلول أيضاً على هذا النحو (١) .

المطلب الثانى

أحكام الرجوع بدعوى الحلول

٣٨٩ - مسألتاه : أياً كان الحلول ، حلولا قانونياً كان أو حلولا اتفاقياً ، فانه متى تم كانت له نفس الآثار . وكان له نفس التكييف القانونى . فعندنا إذن فى الحلول ، أياً كان مصدره ، مسألتان : (أولاً) الآثار التى تترتب على الحلول (ثانياً) التكييف القانونى للحلول .

§ ١ - الآثار التى تترتب على الحلول

٣٩٠ - ملول الموفى محل الدائن وما يرد على هذا الحلول من القيود : الحلول يجعل الموفى فى مكان الدائن ، فيصبح له حق الدائن يباشره كما لو كان هو الدائن نفسه . وهذا هو الحكم بوجه عام ، غير أنه يرد على هذا الحكم قيود من شأنها أن تجعل الموفى يعامل معاملة أدنى من معاملة الدائن الأصلى من بعض الوجوه .

فنبحث إذن (١) حلول الموفى محل الدائن . (ب) ما يرد على حلول الموفى محل الدائن من قيود .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٦ .

١ — حلول الموفى محل الدائن

٣٩١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٩ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع . ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن (١) . ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٢٨ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١٦ — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٨١ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣١٥ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٥ — ص ١٨٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٢٨ (مطابقة للمادة ٣٢٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣١٦ (مطابقة للمادة ٣٢٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٨١ (مطابقة للمادة ٣٢٩ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٣١٥ : إن الاستبدال القانوني أو الاتفاق يحمل الدائن البديل محل في الحقوق محل الدائن الموفى دينه ، ولكن لا يكسب صفة المتفرغ له ولا مركزه — ولا يحق له إقامة دعوى الضمان على الدائن الموفى دينه — ولا يحل محله إلا بقدر المال الذي دفعه وبنسبته — وإذا كان ملزماً مع غيره ، فلا يحق له مقاضاة شركائه في الموجب إلا على قدر حصة كل منهم ونصيبه — ويحق للدائن البديل ، فضلاً عن حق إقامة الدعاوى الناجمة عن الاستبدال ، أن يقيم الدعوى الشخصية الناشئة عن تدخله بصفة كونه وكيلًا أو فسخياً .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري ، وسرى ذلك عند الكلام في القيود التي ترد على الحلول وفي مقارنة الحلول بمحوالة الحق) .

ويخلص من هذا النص أن الموفى حل محل الدائن في حقه : (١) بما لهذا الحق من خصائص (٢) وما يلحقه من نوابع (٣) وما يكفله من تأمينات (٤) وما يرد عليه من دفع .

٣٩٢ - يكون للموفى من الرائن بماله من خصائص : محل الموفى

محل الدائن في نفس حقه ، بما لهذا الحق من مقومات وخصائص . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فالحق ينتقل إلى من تم الحلول له بما له من خصائص ، كما إذا كان تجارياً ، أو كانت له مدد تقادم خاصة ، أو كان السند المثبت له واجب التنفيذ (١) » .

فالحق الذى حل فيه الموفى محل الدائن إذا كان إذن حقاً تجارياً ، انتقل إلى الموفى على هذه الصفة حقاً تجارياً ، وقد يقتضى ذلك أن يكون التقاضى فيه من اختصاص المحاكم التجارية (٢) . وإذا كان حقاً يسقط بالتقادم بانقضاء مدة قصيرة ، خمس سنوات أو أقل ، فإنه ينتقل إلى الموفى قابلاً للسقوط بالتقادم بهذه المدة القصيرة . وقد تكون المدة أو شكت على الانقضاء ، فلا تلبث أن تنقضى بعد انتقال الحق إلى الموفى ، وهذا عيب في دعوى الحلول لا يوجد في الدعوى الشخصية كما سيأتى . وقد يكون الحق الذى انتقل إلى الموفى ثابتاً في سند رسمى أو في حكم ، فيكون سنداً قابلاً للتنفيذ في يد الموفى كما كان في يد الدائن الأصلي .

بل إن الحق قد تقرر به خصائص أخرى فنتقل جميعها مع الحق إلى الموفى . فقد يكون الدائن الأصلي قد قاضى بحقه وسار في إجراءات التقاضى شوطاً بعيداً ، فلا يحتاج الموفى إلى تجديد هذه الإجراءات ، بل يسير فيها من حيث وجدها (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من كفل سنداً إذنيّاً ووفاه لدائن ، يجوز له بعد ذلك أن يحوله إلى الغير كما لو كان هو الدائن (٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٧) .

(٣) بلانبول وريبير وردوان ٧ فترة ١٢٣٥ ص ٦٤٥ .

٣٩٣ - يكونه للموفى من الدائن بما يلحقه من توابع : فلو كان الحق الذى انتقل إلى الموفى ينتج فوائد بسعر معين ، فإن الحق ينتقل منتجاً لهذه الفوائد بهذا السعر ، ويكون للموفى الحق فى تقاضى هذه الفوائد ما استحق منها وما يستحق (١) .

ويعتبر تابعاً للحق ، فينتقل منه إلى الموفى ، دعوى فسخ تقترن بالحق ، كما إذا كان الموفى قد وفى البائع الثمن المستحق له . فإن الموفى يحل محل البائع فى حقه ، بما له من تأمين عيني وهو حق الامتياز ، وما يلحق به من تابع وهو دعوى الفسخ . فيجوز للموفى ، إذا لم يستوف من المشتري الثمن الذى دفعه للبائع ، أن يطلب فسخ البيع ، وأن يتسلم المبيع من المشتري وفاء بحقه (٢) .

ويعتبر أيضاً تابعاً للحق أن يكون للدائن حق الطعن فى تصرف المدين بالدعوى البولصية ، فإذا انتقل الحق إلى الموفى انتقل معه حق الطعن بهذه الدعوى (٣) .

ويعتبر تابعاً كذلك الحق فى الحبس ، فتنقل العين المحبوسة من الدائن إلى الموفى ، ويكون له الحق فى حبسها حتى يستوفى الدين من المدين .

٣٩٤ - يكونه للموفى من الدائن بما يكفله من تأمينات : وينتقل إلى الموفى مع حق الدائن ما يكفل هذا الحق من تأمينات عينية وتأمينات شخصية .

(١) محكمة طنطا ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٢٥٧ ص ٢٣٧ - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٥ ص ٦٤٥ - وإذا أجب الموفى إلى طلبه من فسخ البيع وتسلم المبيع من المشتري ، انتقلت ملكية المبيع إلى الموفى انتقالاً مبدئياً تستحق عليه الرسوم الكاملة لانتقال الملكية . بخلاف ما إذا كان البائع هو الذى طلب فسخ البيع واسترد المبيع من المشتري ، فإن ملكية المبيع تعود إلى البائع بأثر رجعى ، وتعتبر كما لم تنتقل منه ، لا أنها انتقلت إليه بأثر مبدئياً (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٠) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٥

مثل التأمينات العينية الرهن الرسمي والرهن الحيازي (١) ، سواء كان الراهن هو المدين نفسه أو كان كفيلًا عينيًا . ومثل هذه التأمينات أيضاً حقوق الامتياز ، خاصة كانت أو عامة ، على عقار أو على منقول . ومثل التأمينات الشخصية أن يكون للحق كفيل شخصي ، فيبقى هذا الكفيل ضامناً للحق بعد انتقاله إلى الموفي (٢) ، ولا حاجة في ذلك إلى رضاء الكفيل لأن المدين الذي يكفله لم يتغير ولا عبء بتغير الدائن (٣) . ومثل التأمينات الشخصية أيضاً أن يكون للحق مدينون متضامنون متعددون ، أو له مدينون متعددون وهو غير قابل للانقسام ، فينتقل إلى الموفي على هذا الوصف . ومن ثم يجوز للموفي أن يرجع به ، لا على المدين الذي وفى دينه فحسب ، بل أيضاً على سائر المدينين المتضامين في حالة التضامن أو سائر المدينين المتعدين في حالة عدم القابلية للانقسام (٤) .

٣٩٥ - يكون للموفي من المرائن بما يرد عليه من دفع : وكما تنتقل

مع الحق مزاياء من خصائص وتوابع وتأمينات ، ينتقل أيضاً معه ما يرد عليه من دفع ، « كاسباب البطلان والانقضاء . مالم يكن الأمر متعلقاً بواقعة غير منفكة عن شخص الدائن ، كالدفع بقصر الدائن ، فهو لا يظل قائماً بعد الحلول متى كان من تم الحلول له كامل الأهلية » (٥) .

(١) استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٤ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤١٥ .

(٣) انظر الأصل التاريخي - في القانون الفرنسي القديم - في رجوع الموفي على الكفيل : بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٧ مكررة أولاً .

(٤) والحلول في التأمينات يقع بحكم القانون ، فلا يحتاج الموفي إلى اتفاق مع الدائن على إحلال محله في رهن أو في أي تأمين آخر أو في أي طلب للدخول في التوزيع بدلا منه (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٣٨ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٦ - ٢٥ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٨ - ٢٢ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٧ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٩٢ - ٢ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٦٥ - ٢٩ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٣٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٧ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٣٦) . ولا يجوز للدائن أن ينزل عن الرهن أو عن مرتبة هذا الرهن إضراراً بحق الموفي الذي حل محله في هذا الرهن (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٦٤) .

(٥) المفكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٦ .

فاذا كان الحق مصدره عقد باطل أو عقد قابل للإبطال ، جاز للمدين أن يتمسك بهذا الدفع تجاه الموفى كما كان له ذلك تجاه الدائن الأصلي . وإذا كان الحق قد انقضى بالوفاء أو بأى سبب آخر كالتجديد أو المقاصة أو الإبراء أو التقادم ، جاز للمدين أن يدفع بانقضاء الحق تجاه الموفى كما كان يجوز له ذلك تجاه الدائن الأصلي . وإذا كان الحق معلقاً على شرط واقف لم يتحقق ، أو على شرط فاسخ تحقق ، أو كان حقاً مؤجلاً ولم يحل الأجل ، جاز للمدين أن يدفع بكل ذلك : لاتجاه الدائن الأصلي فحسب ، بل أيضاً تجاه الموفى الذى حل محله .

أما إذا كان الدائن الأصلي قاصراً ، فجاز للمدين أن يمتنع عن الوفاء له شخصياً لعدم صحة الوفاء في هذه الحالة ، فانه لا يستطيع أن يدفع بهذا الدفع الخاص بشخص الدائن تجاه الموفى إذا كان هذا متوافراً فيه الأهلية لاستيفاء الدين .

ب - ما يرد على حلول الموفى محل الدائن من قيود

٣٩٦ - في حالات خاصة لا يحل الموفى محل الدائن من جميع الوجوه :

على أنه إذا كان الأصل أن يحل الموفى محل الدائن في حقه من جميع الوجوه ، فان هناك حالات لا يكسب فيها الموفى جميع المزايا التي كانت للدائن :

(١) وأولى هذه الحالات أن الموفى إذا وفى الدين للدائن بمبلغ أقل من قيمته ، فانه لا يرجع على المدين إلا بمقدار مادفع للدائن ، أما الدائن فانه كان يرجع على مدينه بكل الدين .

(٢) وإذا كان الموفى مديناً متضامناً ووفى الدائن فحل محله حلولاً قانونياً على النحو الذى قدمناه ، فانه لا يرجع على كل من المدينين المتضامين الآخرين إلا بقدر حصته من الدين ، وكان الدائن يرجع بكل الدين على أى من المدينين المتضامين .

(٣) وإذا كان الموفى هو حائز العقار المرهون ووفى الدائن فحل محله حلولاً قانونياً على النحو الذى قدمناه ، لم يكن له بموجب هذا الحل أن يرجع على

حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بنسبة ما حازه من عقار ، وكان الدائن يرجع على أى حائز لعقار مرهون بكل الدين .

(٤) كذلك لا يرجع حائز العقار المرهون ، إذا هو وفى الدين للدائن ، على الكفيل لنفس الدين ، وكان الدائن يرجع على الكفيل .

(٥) وإذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فإن الدائن الأصلي في استيفاء ما بقى من حقه يكون مقدماً على الموفى ، فهنا قلت حقوق الموفى عن حقوق الدائن .

ونستعرض هذه المسائل الخمس متعاقبة .

٣٩٧ - مجموع الموفى على المدين بمقدار ما أداه من ماله لا بمقدار

المدين : رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٣٢٩ من التقنين المدنى تقضى بأن الموفى إذا وفى الدين للدائن بقيمة أقل من مقدار الدين ، فإن رجوعه على المدين يكون بمقدار ما أداه لا بمقدار الدين . وفى هذا نرى الموفى يعامل معاملة أقل من معاملة الدائن ، فإن الدائن إذا كان الغير لم يوفه حقه كان له أن يرجع بكل حقه على المدين . أما وقد قبل الدائن أن يستوفى من الغير حقه منقوصاً ، ونزل عن جزء منه ، فإن هذا النزول يكون في مصلحة المدين لا في مصلحة الموفى ، وكأن الدائن قد نزل عن جزء من الدين للمدين ، ومن ثم لا يرجع الموفى على المدين إلا بمقدار ما دفعه لوزاء الدين (١) .

والسبب في ذلك أن الموفى وهو بنى بالدين للدائن إنما يقوم بوفاء الدين ، بعيداً عن فكرة المضاربة التى رأيناها في حواله الحق بسببه بمن يشتري الدين . وقد أحاطت الوفاء هنا ملابسات اقتضت أن ينزل الدائن عن جزء من الدين ويستوفى الباقي ، فليس للموفى أن يرجع على المدين بأكثر مما وفى ، إذ هو لا يقصد المضاربة فيما قام به من وفاء ، وهو في الغالب صديق للمدين أراد إسعافه ، أو ملتزم بالدين أراد الوفاء بالتزامه . ولو كان يقصد المضاربة ويريد الرجوع بكل الدين ،

(١) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٦ ص ٨٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧

فقرة ١٢٣٦ ص ٦٤٦ .

فسيله إلى ذلك أن يشتري الدين من الدائن بالمقدار الذى دفعه ، وعند ذلك ينتقل إليه الدين كاملاً عن طريق حوالة الحق ، ويرجع به كله على المدين .

٣٩٨ - الموفى مدين متضامن : وإذا كان الموفى مديناً متضامناً ،

أو كان مديناً مع آخرين فى دين غير قابل للانقسام ، أو كان أحد الكفلاء المتضامين ، ثم وفى الدين كله للدائن فحل محله فيه حلولاً قانونياً ، فقد كان ينبغى أن يكون مدى رجوعه معادلاً لمدى رجوع الدائن . ولما كان الدائن يستطيع أن يرجع بكل الدين على أى مدين متضامن أو على أى مدين فى دين غير قابل للانقسام أو على أى كفيل متضامن ، فقد كان ينبغى للموفى أن يفعل ذلك هو أيضاً . ولكن الموفى لا يرجع على أى من المدينين المتضامين الآخرين ، أو على أى من المدينين المتعديدين الآخرين فى الدين غير القابل للانقسام ، أو على أى من الكفلاء المتضامين الآخرين ، إلا بقدر حصة من يرجع عليه ، وذلك تفادياً من تكرار الرجوع . إذ لو رجع بالدين بعد استئزال حصته على أى من هؤلاء ، لكان للدافع أن يرجع هو أيضاً على أى من الباقين بما بقى من الدين مستزلاً منه حصته ، وهكذا ، فيتكرر الرجوع ، فقصر حق الموفى فى الرجوع على مقدار حصة من يرجع عليه تبسيطاً لإجراءات الرجوع ، ولأن الدين إذا كان لا ينقسم فى علاقة الدائن بالمدينين فإنه ينقسم فى علاقة المدينين بعضهم ببعض ، وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فى التضامن .

٣٩٩ - الموفى مأز العقار المرهونه ويرجع على مأز لعقار مرهونه

آمر - النصوص القانونية : وتنص المادة ٣٣١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحل أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار » (١)

(١) تلخيص النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٦٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٣ فى المشروع =

والمفروض هنا أن الدين مضمون برهون متعددة على عقارات مختلفة ، وقد بيع كل عقار فأصبح في يد حائز لعقار مرهون . ولما كان كل من هؤلاء الحائزين ملتزماً بالدين عن المدين ، فانه إذا وفي أحدهم الدين للدائن حل محله قانوناً . وكان ينبغي أن يرجع بالدين ، بعد أن يستنزل منه حصته بحسب قيمة ما حازه من عقار ، على أى من الحائزين الآخرين ، وكان الدائن يرجع بكل الدين على أى منهم لأن الرهن غير قابل للتجزئة . ولكن النص يقضى بأن يرجع الموفى على كل من الحائزين الآخرين بقدر حصته في الدين بحسب قيمة ما حازه من عقار ، حتى لا يتكرر الرجوع ، وذلك لنفس الاعتبارات التي سبق لإيرادها في خصوص التضامن (١) .

- النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩٠ - ص ١٩١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص . ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني الليبي المادة ٣١٨ وهي مطابقة للمادة ٣٣١ من التقنين المدني المصري . ولا مقابل للنص في التقنين المدني السوري ، ولا في التقنين المدني العراقي ، ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، ولكن الحكم يمكن العمل به دون نص .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « فإذا قام أحد المدينين المتضامنين بالوفاء بالدين بأسره ، كان له أن يرجع على الباقيين كل بقدر حصته ... ولو كان رجوعه هذا مؤسساً على دعوى الحلول ... وقد طبقت القاعدة نفسها فيما يتعلق بالحائز عند وفاته بكل الدين الذي رهن العقار لضمان الوفاء به . فلمثل هذا الحائز أن يرجع بدعوى الحلول على الحائزين الآخرين ، سواء في حالة تعدد العقارات المرهونة في دين واحد ، أو في حالة تعدد المشترين للعقار المرهون ، ولكن ليس له أن يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه في الدين حسب قيمة ما يكون حائزاً له » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٠ - ص ١٩١) . وتقول محكمة استئناف مصر إن هذا هو الحل الذي تمليه العدالة حفظاً للتوازن في الحقوق والواجبات بين جميع الحائزين ، لأن القاسون يحول كلا منهم حق الحلول محل الدائن الأصلي في حقوقه متى وفى الدين ، وله بهذه المثابة أن يرجع على سواء من الحائزين ومنهم من دفع أولاً . فخير وسيلة لحفظ الموازنة بين الجميع هي أن يجعل رجوع بعضهم على بعض متناسباً مع قيمة ما يحوزون (استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٨٠) . وانظر : استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٦ - ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٣٠ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٥ - ٣٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٢ .

٤٠٠ - الموفى مائز للعقار المرهون ولا يرجع على الكفيل : إذا كان

للدين كفيل شخصى أو عيى ، فأصبح مسئولاً عن الدين ، فانه إذا وفى الدين للدائن حل محله فيه قانوناً . وكان له أن يرجع - كما كان يرجع الدائن - على أى عقار مملوك للمدين ومرهون فى الدين ، ولو انتقل العقار إلى يد حائز . فإذا رجع الكفيل على هذا العقار المرهون واستوفى منه ما دفعه وفاء للدين ، لم يرجع عليه أحد ، لا المدين صاحب العقار المرهون ولا الحائز لهذا العقار ، لأنه إنما كان مسئولاً عن الدين تجاه الدائن ، لا تجاه المدين ولا تجاه خلفه الخاص حائز العقار المرهون .

أما العكس فغير صحيح . فلو كان الموفى هو الحائز للعقار المرهون ، وحل محل الدائن حلولاً قانونياً ، فانه لا يستطيع الرجوع على الكفيل ، إذ لو رجع عليه ، لكان للكفيل أن يرجع هو أيضاً بدوره على هذا الحائز بدعوى الحلول . فلا فائدة إذن من رجوع الحائز للعقار المرهون على الكفيل ، لأن هذا الحائز مسئول عن الدين تجاه الكفيل بمقتضى الرهن . أما الكفيل فقد رأينا أنه يرجع على الحائز للعقار المرهون ، لأنه غير مسئول عن الدين تجاه هذا الحائز كما قدمنا (١) .

٤٠١ - الموفى لم يوف الا جزءاً من الدين - النصوى القانونية :

تنص المادة ٣٣٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ - إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء مابقى له من حق مقدماً على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

« ٢ - فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيمابقى له من حق ، رجع من حل

(١) لكان لكان الحائز للعقار المرهون الدين بأكثر من الثمن الذى اشترى به العقار ، اعتبر فيما زاد على الثمن بمثابة كفيل عيى ، وانقسم الدين عليه وحل الكفلاء ، فيرجع على كل كفيل بقدر حصته فيما زاد على الثمن (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٢٣٨) وانظر فى أن الحائز للعقار المرهون لا يرجع على الكفيل : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤١ .

أخيراً هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له ، وتقاسما قسمة الغرماء (١) .

والمفروض هنا أن الموفى وفي جزءاً من الدين ، فحل محل الدائن في هذا الجزء . فإذا كان المدين قد رهن عقاراً في الدين ، وليس بفي العقار بكل الدين ، وليس للمدين أموال أخرى ، فإن الموفى وقد وفي جزءاً من الدين والدائن الأصلي ولا يزال دائئاً بالجزء الباقي لا يجدان أنهما غير هذا العقار ليستوفي كل حقه منه ، ويتقدمان معاً على سائر الغرماء بما لهما من حق الرهن . ولكن فيما بينهما كان ينبغي أن يتعادلا ، فإن كلا منهما دائن بجزء من دين واحد ، فلا محل لتفضيل أحدهما على الآخر . ولكن النص - وهو في ذلك يترجم عن الإرادة المحتملة للطرفين - يفترض أن الدائن لم يكن يرضى باستيفاء جزء من حقه إلا وهو مشروط على الموفى أن يتقدم عليه في استيفاء الجزء الباقي ، وعلى هذا الأساس قد قبل وفاء جزئياً ما كان الموفى يستطيع أن يجبره عليه .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٢ ، فجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٨ - ص ١٨٩) .

ويقابل في التقنين المدني السابق المادة ٤٠٥/٦١٧ ، وهذا نصها : « إذا دفع الكفيل الدين عند حلول الأجل ، فله الرجوع على المدين بجميع ما أداه ، ويحل محل الدائن في حقوقه . لكن لا تجوز له المطالبة إلا بعد استيفاء الدائن دينه بتمامه إذا كان الكفيل لم يدفع إلا جزءاً من الدين . » (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

في التقنين المدني لسوري المادة ٣٢٩ (وهي مطابقة للسادة ٢٣٠ من التقنين المدني المصري) .

في التقنين المدني الليبي المادة ٣١٧ (وهي مطابقة للسادة ٢٣٠ من التقنين المدني المصري) .

في التقنين المدني العراقي المادة ٣٨٢ (وهي مطابقة للسادة ٢٣٠ من التقنين المدني المصري) .

في تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣١٦ : في حالة الإيفاء الجزئي يشترك البديل مع الدائن

في استعمال الحقوق المختصة بكل منهما على نسبة ما يجب لكل واحد ، ويوفى دينهما من أموال المدينين على نسبة حصة كل منهما . (وهذا النص يخالف نص التقنين المصري ، فهو يفترض أن إرادة الدائن وإرادة الموفى بجزء من الدين قد انصرفت إلى أن يكونا على قدم المساواة ، فيتقاسما مال المدين قسمة الغرماء) .

ومن ثم يتقدم الدائن الأصلي على الموفى في الغرض الذي نحن بصددده ، ويستولى أولاً الجزء الباقي له من الدين ، وما بقي بعد ذلك من ثمن العقار يأخذه الموفى فلا يستوفى به كل حقه (١) .

ونرى من ذلك أن الموفى ، وقد حل محل الدائن في جزء من حقه ، لم يعامل معاملة الدائن ، بل فضل الدائن عليه . على أن هذه القاعدة يحدها منها قيود ثلاثة :

(١) أنها ليست إلا افتراضاً لما أراده الدائن والموفى *Nemo contra se subrogasse censetur* ، فهي ليست قاعدة من النظام العام . ومن ثم يجوز للدائن والموفى أن يتفقا على غير ذلك ، فلهما أن يتفقا على أنهما يتعادلان ويتقاسمان مال المدين قسمة الغرماء . بل لهما أن يتفقا على أن الموفى هو الذي يتقدم الدائن فيستوفى أولاً الجزء من الدين الذي وفاه ، وما بقي بعد ذلك يأخذه الدائن . وهذا ما يقع غالباً ، فإن الموفى وهو يني للدائن بحقه يكون عادة هو الجانب الأقوى الذي يعملي شروط الوفاء ، فسرعان ما يشترط أن يتقدم الدائن في استيفاء حقه من المدين (٢) .

(٢) وحتى لو لم يتفق الدائن والموفى على شيء يخالف القاعدة المتقدمة الذكر ، وتقدم الدائن على الموفى فهذه ميزة شخصية للدائن وحده ، لا تنتقل منه إلى شخص آخر يني له بالجزء الباقي من حقه ويحل محله فيه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٣٠ مدني صراحة على هذا الحكم كما رأينا ، فقضت بأنه : « إذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق ، رجع من حل أخيراً »

(١) استئناف مختلط ٢٥ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٨ — ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٥ — وقد طبقت المادة ٧٩٩ من التقنين المدني الجديد هذا الحكم في الكفالة ، فنصت على إنه « إذا وني الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بما أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين » . انظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٦١٧/٥٠٥ من التقنين المدني السابق وقد سبق ذكرها .

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٧٥ — بلافيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٧ ص ٦٤٨ . هذا ويلاحظ أن تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٣١٦) وضع القاعدة على خلاف ذلك كما تنص ، فافتراض أن الدائن والموفى أرادا أن يتعادلا وأن يتقاسما مال المدين قسمة الغرماء .

هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له ، وتقاسما قسمة الغرماء (١). ولا يستطيع الدائن ، وهو يستوفى الجزء الباقي من حقه من هذا الشخص الآخر أن يتفق معه على أن يجعله متقدماً على الموفى الأول ، إذ أن الموفى الأول ليس طرفاً في هذا الاتفاق فلا يسرى في حقه . وإنما يجوز للدائن ، عند استيفاء جزء من حقه من الموفى الأول ، أن يشترط عليه أنه هو أو من يخلفه في الجزء الباقي يتقدم على الموفى الأول . وعند ذلك يكون للدائن وهو يستوفى الجزء الباقي ، أن يتفق مع الموفى الثاني على أن يتقدم على الموفى الأول ، وهذا هو ما رضى به الموفى الأول مقدماً عند اتفاقه مع الدائن (٢) .

(٣) وما قدمناه من أن الموفى بجزء من الدين يتأخر عن الدائن عندما يريد هذا استيفاء الجزء الباقي ، إنما يصح إذا تمسك الموفى بدعوى الحلول . أما إذا تمسك بالدعوى الشخصية ، فلا وجه لتفضيل الدائن عليه . فإذا فرض في المثل المتقدم أن المدين لم يرهن عقاراً لضمان الدين ، ووفى الغير الدائن جزءاً من حقه ، ولم يكن عند المدين مال يبنى بكل الدين ، فإن رجوع الموفى بالدعوى الشخصية على المدين يجعله يزاحم الدائن في رجوعه على المدين بما بقي من حقه ويتقاسمان مال المدين قسمة غرماء . ذلك أن الموفى إنما يرجع ، لا بدعوى الدائن عن طريق الحلول حتى يتقدم الدائن عليه ، بل بدعوى شخصية خاصة به تعادل دعوى الدائن ، فلا محل لتفضيل أحدهما على الآخر (٣) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٩ وهذا الحكم هو المتبع في القانون المدنى الفرنسى ، مستمداً من التقاليد دون نص على ذلك (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٧٣) .

(٢) أما إذا كان الدائن الذى بقى له جزء من حقه - ودو مقدم فيه على الموفى - قد حول هذا الجزء الباقي إلى آخر حوالة حق ، فإن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مقترناً بحق التقدم الذى كان للدائن المحيل (انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٧٤) .

(٣) بودرى وبارد فقرة ١٥٧١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٨ ص ٦٤٩ - وإذا رجع من وفى جزءاً من الدين على كفيل للدين بالدعوى الشخصية لا بدعوى الحلول ، لم يتقدم عليه الدائن عند رجوع هذا على الكفيل بالجزء الباقي من الدين ، للأسباب ذاتها (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٧٢) .

وإذا كان للدائن رهنان متاليان على عقار واحد يضمنان دينين مختلفين ، ووفى الغير للدائن جزءاً من الدين المضنون بالرهن الأول ، وتقدم الدائن على الموفى في استيفائه لجزءه الباقي من -

§ ٢ - التكيف القانوني للحلول

٤٠٢ - صعوبة هذا التكيف وسبب ذلك : يقوم في سبيل التكيف القانوني للحلول صعوبة جوهرية : فان حلول الموفى محل الدائن معناه كما رأينا انتقال حق الدائن نفسه بمقوماته وخصائصه وتوابعه وتأميناته ودفعه من الدائن إلى الموفى، ثم إن هذا الحلول لا يكون إلا بوفاء الموفى لهذا الحق ، والوفاء سبب من أسباب انقضاء الحق بل هو أهم أسبابه ، فاذا كان الموفى قد وفى للدائن حقه فقد انقضى هذا الحق ، فكيف ينقضى الحق بالوفاء ومع ذلك ينتقل إلى الموفى فيبقى بانتقاله ! كيف ينقضى الحق ويبقى في وقت واحد ! .

أمام ذلك لجأ الفقه الفرنسي التقليدى إلى القول بأن بقاء الحق بعد انقضائه بالوفاء إنما هو افتراض قانونى (fiction légale) لا أساس له من الواقع ، فان الواقع من الأمر أن الحق قد انقضى بالوفاء ، ولكن القانون يفترض مع ذلك بقاءه للأغراض العملية التي ترخاها من إحلال الموفى محل الدائن فيه . وقد انقسم الفقه التقليدى في شأن هذا الافتراض القانوني . فبدأ فريق بالقول إن الذي يبقى ليس هو الحق نفسه فانه قد انقضى بالوفاء ، وإنما تبقى تأمينات الحق وهي التي تنتقل لتكفل حق الموفى في الرجوع على المدين . ولكن الفكرة التي تغلبت في الفقه التقليدى هي أن الحق يبقى افتراضاً وتنتقل مع الحق تأميناته وتوابعه وما إلى ذلك .

ثم بدأ الفقه الحديث ينبذ فكرة الافتراض ويواجه المسألة مواجهة جديدة ، فيجعل الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن وانتقالاً للحق بالنسبة إلى المدين . فيشبه من وجه حوالة الحق ، ولكن يبقى الوفاء مع الحلول مع ذلك متميزاً عن حوالة الحق ، ويظهر ذلك عند بيان الفروق ما بين هذين النظامين . فنحن نبسط أولاً النظريات الثلاث المختلفة في التكيف القانوني للوفاء مع الحلول ، ثم نبرز الفروق ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق .

- هذا الدين ، فإن الموفى يتقدم على الدائن عند ما يريد الدائن استيفاء الدين الآخر المضمون برهن متأخر في المرتبة (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٨) .

١ - النظريات الثلاث المختلفة في التكيف القانوني للوفاء مع الحلول

٤٠٣ - بقاء التأمينات ومبرها دور المحض : يذهب فريق من الفقهاء

إلى أن الوفاء مع الحلول يقضى الحق الموفى به ، لأن الحق لا يمكن أن يبقى بعد الوفاء . وإنما يستبقى القانون ، افتراضاً بسلطان منه ، التأمينات التي تكفل الحق ، وينقلها إلى حق الموفى في الرجوع على المدين بما وفاه من دينه . فكأن دعوى الحلول ، في هذه النظرية ، هي نفسها الدعوى الشخصية التي يرجع بها الموفى على المدين ، وتقوم على الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب ، وإنما نقل القانون إليها التأمينات التي تكفل حق الدائن بعد انقضاء هذا الحق بالوفاء . فالوفاء مع الحلول ليس إذن إلا وفاء ، أو هو ضرب من ضروب الوفاء . ويكون الوفاء نوعين : وفاء بسيطاً (paiement pur et simple) ووفاء موصوفاً (paiement avec modalité) هو الوفاء مع الحلول .

ويبدو أن التقنين المدني السابق كان يشير إلى هذه النظرية في النصوص التي وضعها للوفاء مع الحلول ، إذ كان يقول في المادة ١٦٢/٢٢٥ : « التأمينات التي كانت على الدين الأصلي تكون تأميناً لمن دفعه في الأحوال الآتية . . . » ، وكان يقول في المادة ١٦٤/٢٢٧ : « يجوز للمدين أن يقترض بدون واسطة مديانه من شخص آخر ما يكون منه وفاء المتعهد به ، وأن ينقل لذلك الشخص التأمينات التي كانت للدائن الأصلي . . . » . على أن الفقه والقضاء في مصر ، في عهد التقنين المدني السابق ، لم يكونا يسيران هذا الاتجاه وكانا يذهبان إلى أن الحق نفساً هو الذي ينتقل إلى الموفى (١) .

٤٠٤ - بقاء المحض ثم وانتقاله إلى الموفى : ذلك أن الفريق الأكبر

من الفقه الفرنسي التقليدي لم يسلم بانقضاء الحق الموفى به مع بقاء تأمينه ، وانتقالها إلى الموفى . وخجتهم في ذلك أنه إذا كان المنطق المحض يقتضي أن ينقضى الحق بالوفاء ، فكذلك المنطق المحض يقتضي أن تزول تأمينات الحق

بزوال هذا الحق . فاذا كنا استبقينا التأمينات بالرغم من زوال الحق ونقلناها إلى الموفى ، فليس ذلك إلا عملاً افتراضياً محضاً . وما دمنا قد لجأنا إلى الافتراض في استبقاء التأمينات ونقلها إلى الموفى ، فلماذا لا نلجأ إلى نفس الافتراض في استبقاء الحق نفسه بتوابعه وخصائصه لننقله إلى الموفى (١) ؟

والفرق كبير بين الاقتصار على نقل التأمينات مع القول بزوال الحق ، وبين نقل الحق نفسه إلى الموفى بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع . والثاني لا الأول هو حكم الوفاء مع الحلول (٢) ، كما تقضى بذلك صراحة المادة ٣٢٩ مدنى على الوجه الذى قدمناه .

ويبدو الفرق واضحاً بين القولين . فالقول ببقاء الحق نفسه وانتقاله إلى الموفى لا يخلط بين حق الموفى الشخصى الذى استمده من واقعة الوفاء ، ومصدره الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب ، وحق الموفى الذى استمده من حلوله محل الدائن وهو حق الدائن نفسه كما قدمنا . فينتقل إلى الموفى بموجب الحلول حق الدائن بمقوماته وخصائصه ، كما لو كان الحق تجارياً أو كان مقترناً بسند تنفيذى أو كانت له مدد تقادم خاصة . وينتقل بتوابعه ، كالفوائد ودعوى الفسخ والدعوى البولصية . وينتقل بتأميناته ، كالرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز والكفالة . وينتقل بدفعه ، كأسباب البطلان وأسباب الفسخ وأسباب الانقضاء . أما لو قلنا بالاقتصار على نقل التأمينات مع القول بزوال الحق ، فأننا لا نجعل للموفى إلا حقاً واحداً هو حقه الشخصى الذى استمده من الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب . فلا ينتقل إلى الموفى نفس حق الدائن ، بل ينقضى هذا الحق بالوفاء بما له من خصائص وما يلحقه من توابع وما يرد عليه من دفع . ولا يبقى إلا حق الموفى الشخصى كما قدمنا ، تضاف إليه التأمينات

(١) انظر فى هذا المسمى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٨ ص ٦٢٠ .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤ و ص ٢٧٠ هامش رقم ٢١ .

بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٨ ص ٦١٨ — ص ٦١٩ .

التي كانت تكفل حق الدائن الأصلي (١) . وظاهر أن القول الأول دون الثاني هو القول الصحيح .

٤٠٥ - الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة الى الدائن وانتقال

للحق بالنسبة الى المدين : والفقه الحديث لا يميل في تكيف الوفاء مع الحلول تكيفاً قانونياً الى فكرة الافتراض القانوني (fiction légale) ، بل هو يواجه هذه العملية المركبة مواجهة صريحة ويحللها الى عناصرها الأولية .

فالعلمية من شقين : (١) هي أولاً وفاء للحق (paiement) بالنسبة الى الدائن ، إذ الدائن يستوفي حقه من الموفي فينقضي هذا الحق بالنسبة اليه . (٢) ثم هي انتقال للحق (transfert) بالنسبة الى المدين ، إذ المدين لم يوف الحق بنفسه بل وفاء عنه غيره ، فلا ينقضي بالنسبة الى المدين بل ينتقل الى الموفي لأنه هو الذي وفي الحق في مقابل أن يحل محل الدائن فيه (٢) .

ووجه الدقة في هذه العملية أن هناك وفاء للحق ، ولكن لم يقم به المدين . فمن حيث أن هناك وفاء للحق ، ينقضي الحق بالنسبة الى من استوفاه وهو الدائن . ومن حيث أن المدين ليس هو الذي قام بالوفاء ، يبقى الحق في ذمته ولكن لدائن آخر حل محل الدائن الأصلي ، هو ذلك الموفي الذي ما وفي الحق إلا ليحل محل الدائن الأصلي فيه (٢) .

(١) بل إن من هذه التأمينات ما يعتبر صفة في الدين لا في الدائن ، كحق الامتياز ، فينبغي ألا تنتقل حقوق الامتياز بعد انقضاء حق الدائن إذا قلنا بالنظرية التي تؤدي الى انقضاء الحق مع بقاء التأمينات (انظر في هذا المعنى بوردو وبوردو ٢ فقرة ١٥١٩) .

(٢) استئناف مخطط ١٢ يناير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١٢٨ .

(٣) انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٤ — في باج ٣ مرة ٥٥٣ — فقرة ٥٥٤ وفترة ١٣ — فقرة ٥١٤ وقرن فقرة ٣٢٧ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٧ — بدل ولا جارد ٨ فقرة ٥٥٥ — فقرة ٥٥٢ ، ولكمما يذهب الى أن انتقال الحق افتراض قانوني — كولان وكايتان ودي لاوورنديير ٢ فقرة ١٥٥ ، رغم ذلك كانوا يذهبون بفكرة الافتراض القانوني ، إلا أنهم يذهبون الى أن الاعتبارات العملية هي وحدها التي اقتضت أن ينظر الحق بالوفاء وهو مع ذلك يبقى بانتقاله الى الموفي ، فالاختبارات العملية هنا قد غلبت عن الصيغة القانونية . وقرن الأت د عبد الحى حجازي ٣ ص ٣٥ — ص ٣٦ . ويذهب الى أن هناك =

ومن ثم فإن الوفاء مع الحلول ، من حيث أنه ينقل الحق نفسه من الدائن إلى الموفى ، يقترب كثيراً من حوالة الحق . فلا بد من إبراز الفروق ما بين هذين النظامين المتقاربين ، حتى يتبين في وضوح أنهما نظامان لا يختلطان ، بل يتميز أحدهما عن الآخر . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في إيجاز (١) .

ب - الفروق ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق

٤٠٦ - افتراض الغرض العملية : شرع الوفاء مع الحلول

لغرض عملي هو التيسير على المدين في وفاء دينه ، فالموفى هو عادة صديق يتقدم لوفاء دين صديقه لينقذه من مطالبة الدائن الملحة ، ثم يترفق به فلا يرجع عليه إلا عند الميسرة . ولو أراد الموفى أن يرجع مباشرة على المدين ، لكان

شبهاً بين من يوفى بدين على الغير وبين من يقوم بعمل لمصلحة الغير ، فلا يجوز أن يشكر على الموفى حقه في التمسك بما أداء لصالح المدين ، وبذلك كان الحلول وسيلة يمنع بها الشارع جهده المستطاع أن يكون الموفى ضحية سفيه في الخير !

هذا ويؤيد تكييف الوفاء مع الحلول على أنه وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن وانتقال للحق بالنسبة إلى المدين ، ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «الأصل في الالتزام أن ينقضى بالوفاء ، ومتى انقضى على هذا الوجه انقضى تبعاً لذلك ما يتصل به من الماحقات وأخصها التأمينات الشخصية والعينية والفوائد التي تم استحقاقها من قبل : انظر المادة ١١٤ من تفهين الالتزامات السويسرى . على أن هذا الحكم لا يجرى على إطلاقه ، بل يجب التحفظ في شأنه فيما يتعلق بالوفاء مع الحلول حيث تظل التأمينات قائمة ، بل يظل الالتزام قائماً لصالح من تم الحلول له . ينحصر أثر الحلول ، قانونياً كان أو اتفاقياً ، في إحلال الموفى محل الدائن في الحق الذى استوفاه ، وعلى هذا النحو يظل الحق قائماً بعد الوفاء ، وهو أمر يشق توجيهه من الناحية الفقهية . ومهما يكن من شيء فلفكرة الحلول نصيبها من التراكم : فهي تبدو عند إمعان النظر فيها وفاء تترتب عليه براءة الذمة في صلة الدائن بالمدين . وهى تتمثل في صور الاستخلاف على الحق في صلة الدائن بالموفى ، حتى لتكاد تشبه بالحوالة . على أن بين الحلول والحوالة من دقيق الفوارق ما يمنع معه هذا الاشتباه ، كما سيأتى بيان ذلك . والخلاصة أن الدين في الحلول يظل قائماً بعد الوفاء ، دون أن يستبدل به دين جديد (قارن م ١٦٢/٢٢٥) ، ولا يعتبر هذا مجرد افتراض ، بل هو حقيقة واقعة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٥ - ١٨٦) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٤ .

سبيله إلى ذلك ، ليس الوفاء مع الحلول ، بل حوالة الحق ، فيشتري الحق من الدائن ويرجع به مباشرة على المدين . ولكن الموفى ، كما قدمنا ، لا ينبغي من تدخله كسباً ، بل يقدم يد المعونة يسديها الصديق للصديق (office d'ami) . وهو إذا كان لا ينبغي كسباً ، فهو لا يريد أن يتجشم خسارة . ومن ثم فهو يحل محل الدائن في حقه بما لهذا من الحق من تأمينات ، حتى يستوثق من جدوى الرجوع على المدين . على أنه لا يطالب في الرجوع على المدين إلا بمقدار ما أدى لوفاء الدين ، حتى لو كان هذا المقدار أقل من قيمة الدين . ويبقى هذا هو الغرض العملى من الوفاء مع الحلول حتى لو كان الموفى مجبراً على الوفاء ، بأن كان ملزماً بالدين مع المدين أو عنه ، فقد قبل منذ البداية أن يلتزم بالدين ، فهو لا يزال في موقف الصديق . والوفاء مع الحلول لا يكون إلا لدين قد حل . فيتقدم الموفى لقضائه .

وهذا بخلاف حوالة الحق . فمن يشتري حقاً يشتره عادة بأقل من قيمته ، إما لأن الحق لم يحل أجل الوفاء به ، وإما لأن استيفاء الحق تحيط به صعوبات قبولت المخاطرة في مواجهتها بخفض في قيمة الحق . ويرجع الحال له بعد ذلك على المدين بكل قيمة الحق . فالحال له ، بخلاف الموفى ، مضارب يعقد صفقة ينبغي من ورائها كسباً في مقابل ما يربص به من وقت أو ما يواجهه من مخاطرة لاستيفاء الحق . ولا يقتصر على توفى الخسارة ، كما يقتصر الموفى في الوفاء مع الحلول (١) .

(١) والقضاء مضطرد في أنه لأجل التمييز بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق ، يجب الرجوع إلى غرض من تعامل مع الدائن . فإن كان غرضه أداء خدمة للمدين بوفاء دينه ، فهذا هو الوفاء مع الحلول . وإن ظهر من ظروف الدعوى أنه لم يكن يرى إلى هذا الغرض ، وجب اعتبار العقد حوالة حق . انظر : أسبوط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٣٩ ص ١٢٥ — ١٦ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٠٥ ص ١٣٨ — استئناف أهل ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٣٨ ص ٢٢٤ — استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٥ ص ٢٩٣ — الاسكندرية ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٢١ ص ٤٢٤ — أسبوط ٧ يولييه سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٢٥ ص ٢٥٢ — استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١٠ ص ٢٦٧ — استئناف مخطط ٦ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٣٠ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٨ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٥٣٩ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٧٥ .

على أن الموفى ، فى الحلول الاتفاقى ، قد يبنى أيضاً أن يستثمر ماله ، فهو يقوم بالعملين معاً ، يسدى خدمة ويستثمر مالا . فتقارب الأغراض العملية ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق ، فى هذه الحالة ، يجعل النظامين مختلطان أحدهما بالآخر . ولعل الذى أبقي الوفاء مع الحلول إلى جانب حوالة الحق أن الوفاء مع الحلول قد يتم بغير إرادة الدائن ، أما حوالة الحق فلا تتم إلا إذا كان الدائن راضياً لحوالة . ومن ثم كان هناك محل للوفاء مع الحلول إلى جانب حوالة الحق فى الحالات التى يتعذر فيها الحصول على رضاء الدائن بالنزول عن حقه ، بما يكفل هذا الحق من تأمينات (١).

٤٠٧ - الفروع منه حيث شروط الانقضاء والنفاذ : رأينا أن

حوالة الحق تنعقد باتفاق بين الدائن المحيل والمحال له ، فلا بد إذن فيها من رضاء الدائن . أما الوفاء مع الحلول فهو أكثر تنوعاً ومرونة . فقد يتم برضاء الدائن إذا اتفق مع الموفى . ولكنه قد يتم أيضاً بغير رضاء الدائن ، ويكفى أن يتفق المدين والموفى على النحو الذى بسطناه فيما تقدم حتى يتم الحلول . بل هو قد يتم دون رضاء أى من الدائن والمدين ، فيتحقق بإرادة الموفى وحده فى الحالات التى نص فيها على أن يكون الحلول بموجب القانون (٢). ونرى من ذلك فائدة الوفاء مع الحلول إلى جانب حوالة الحق ، فحوالة الحق لا تصب إلا فى قالب واحد لا تستطيع منه فكاً كذا ، أما الوفاء مع الحلول فقوابله كثيرة متعددة ، وهذا التنوع هو الذى يكسبه مرونة تجعل لوجوده معنى إلى جانب حوالة الحق . ثم إن نفاذ حوالة الحق فى حق المدين وفى حق الغير لا يكون إلا برضاء المدين أو بإعلانه بالحوالة بالطرق المقررة التى سبق بيانها . أما الوفاء مع الحلول فهو نافذ فى حق المدين وفى حق الغير دون أى إجراء (٣). ويترتب على ذلك أن

(١) انظر بردرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٥ .

(٢) فإذا كان الحق غير قابل للنزول عنه ولا للحجز عليه ، لم يستطع الدائن حوالته . ولكنه يستطيع استيفاءه من الغير ، ويحل الغير محله فيه (بونسار فى أنسيكلوبيدى دالوز ه لفظ subrogation فى ٢٠٦) .

(٣) على أن الحيلة تقتضى أن يخطر الموفى المدين بأنه وفى الدين ، خشية أن يوفى المدين الدين للدائن قبل علمه بالوفاء السابق ، فلا يستطيع الموفى فى هذه الحالة إلا أن يرجع على الدائن (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٢٧٠ وهامش رقم ٢٢) .

الدائن إذا كان قد استوفى حقه من الغير عن طريق الوفاء مع الحلول ، ثم حول بعد ذلك الحق لمحال له وأعلن هذا الحوالة للمدين ، فإن الوفاء مع الحلول وقد سبق حوالة الحق يكون نافذاً — دون إعلان ودون أى إجراء آخر — فى حق كل من المدين والمحال له على السواء ، ولا يستطيع المحال له فى هذا الفرض أن يتمسك بالحوالة فى مواجهة الموفى مع الحلول . وهذا بخلاف ما إذا كان الدائن قد حول حقه أولاً بدلا من استيفائه ولم يعلن المحال له بالحوالة ، ثم عمد الدائن إلى تحويل حقه مرة ثانية إلى محال له أعلن الحوالة للمدين ، فى هذا الفرض يستطيع المحال له الثانى أن يتمسك بالحوالة التى أعلنها فى مواجهة المحال له الأول الذى لم يعلن حوالته (١).

٤٠٨ — الفروع من حيث الآثار — الدعوى الشخصية : هناك

فرق جوهرى ، يظهر بادىء ذى بدء ، بين الموفى مع الحلول والمحال له . فالمحال له ليس له إلا دعوى واحدة ، هى دعوى الحق الذى انتقل إليه ، ولا يستطيع أن يرجع على المدين بغير هذه الدعوى . أما الموفى مع الحلول فله دعويان : دعوى الحق الذى انتقل إليه يطالب فيها بحق الدائن كما يطالب المحال له ، ثم الدعوى الشخصية الناشئة من واقعة الوفاء ومصدرها الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب . فللموفى إذن دعويان ، دعوى الحلول والدعوى الشخصية ، ولكل من الدعويتين ميزات على الدعوى الأخرى .

فمن ميزات دعوى الحلول على الدعوى الشخصية ، أن الموفى إذا رجع بدعوى الحلول ، كان له جميع تأمينات الحق الذى وفاه عيضة كانت أو شخصية ، وكان له أيضاً جميع مقومات هذا الحق وخصائصه فقد يكون حقاً تجارياً أو يكون مقترناً بسند تنفيذى ، وقد تقدم بيان ذلك .

ولكن الدعوى الشخصية قد تكون لها ، من جهة أخرى ، ميزات على دعوى الحلول . ونذكر من هذه الميزات ثلاثاً :

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٠ ص ٦٢٤ — ٦٢٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٦ ص ٦٥٦ .

أولاً - لما كان الموفى يرجع في الدعوى الشخصية على أساس الوكالة أو الفضالة في أغلب الأحوال ، فإنه يستحق الفوائد القانونية على جميع ما دفعه للدائن وفاء للدين وذلك بحكم القانون . أما في دعوى الحلول فإنه يرجع بحق الدائن ، فإذا لم يكن هذا الحق ينتج فوائد ، فإن الموفى لا يتقاضى أية فوائد من المدين .

ثانياً - إذا رجع الموفى بالدعوى الشخصية ، فإن مصدرها هو واقعة الوفاء كما قدمنا ، ويكون حقه قد نشأ منذ ذلك الوقت . فلا يتقدم - بخمس عشرة سنة في الوكالة وبثلاث سنوات في الفضالة وفي الإثراء بلا سبب - إلا بانقضاء هذه المدة وتسرى من وقت الوفاء . أما إذا رجع الموفى بدعوى الحلول ، فإنه يرجع بنفس الحق الذي انتقل إليه من الدائن ، وقد يكون تقدم هذا الحق سارياً منذ مدة طويلة ويوشك أن يتم ، فلا يكاد الموفى بهم برفع دعوى لحلول حتى يكون الحق قد انقضى بالتقدم .

ثالثاً - إذا كان الموفى قد وفى الحق وفاء جزئياً ، وأراد الرجوع بدعوى الحلول ، فقد رأينا أنه يتأخر عن الدائن حتى يستوفى الدائن من المدين الباقي من حقه . أما إذا رجع الموفى بالدعوى الشخصية ، فإنه يتعادل مع الدائن ولا يتقدم الدائن عليه ، ويتقاسمان مال المدين قسمة الغرماء . وقد سبق بيان ذلك (١) .

٤٠٩ - الفروق بين الأسماء - دعوى الحلول : فإذا نحن تركنا

الدعوى الشخصية واقتصرنا على دعوى الحلول بالنسبة إلى كل من الموفى والمحال له ، فلا تزال هناك فروق هامة بين الاثنين ، ترجع في أساسها إلى أن الموفى صديق يسدى يداً لا يقصد من ورائها كسباً ، أما المحال له فضارب يبغي الكسب . ونذكر من هذه الفروق ما يأتي :

أولاً - يرجع الموفى على المدين بمقدار ما دفع من ماله وفاء للدين ، فلو أنه

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠١ - وانظر في كل ما تقدم بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢١

ص ٦٢٢ - ٦٢٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٥ وفقرة ١٢٤٢ .

دفع مبلغاً أقل من قيمة الدين فانه لا يرجع على المدين إلا بهذا المبلغ الأقل ، وقد تقدم بيان ذلك . أما المحال له فلو اشترى الحق بأقل من قيمته - ويقع ذلك غالباً - فانه يرجع على المدين بكل الحق ، إذ هو مضارب ببغى الكسب (١).

ثانياً - إذا قام الموفى بوفاء الدين ، ثم أثبت المدين أن الدين غير موجود ، كأن كان باطلاً أو كان قد انقضى ، فان الموفى لا يرجع على الدائن بدعوى الضمان ، إذ أن الدائن لم ينقل حقاً ولكنه استوفاه ، فلا يجب عليه الضمان . وإنما يرجع الموفى في هذه الحالة على الدائن بدعوى استرداد غير المستحق ، فقد تبين أنه وفى حقاً غير موجود فله أن يسترده . أما إذا رجع المحال له على المدين بالحق المحال به وتبين أن الحق غير موجود ، فان المحال له يرجع بالضمان على الدائن ليعوضه كل ما فقدته بسبب انعدام الحق (٢) .

ثالثاً - إذا قام الموفى بوفاء الدين وفاء جزئياً وأراد الرجوع بدعوى الحلول على المدين ، فقد رأينا أن الدائن يتقدم عليه فيستوفي الجزء الباقي من حقه أولاً ، ثم يأخذ الموفى ما بقي بعد ذلك وقد لا يكون كافياً للوفاء بما دفع . أما المحال له فاذا كان قد اشترى جزءاً من الحق وأراد الرجوع به على المدين ، فان الدائن لا يتقدم عليه ، بل يتعادل معه ويتقاسمان مال المدين قسمة غرماء .

رابعاً - وقد رأينا أن الموفى إذا قام بوفاء جزء من الحق ، وقام شخص آخر بوفاء الباقي ، فان الموفى الأول والموفى الثاني يتعادلان في رجوعهما على المدين ، ويتقاسمان ماله قسمة الغرماء (م ٢/٣٣٠ مدني) . أما إذا كان

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ - وهذا إلا إذا كانت الحوالة بحق متنازع فيه ، فيجوز للمدين في هذه الحالة أن يتخلص من مطالبة المحال له إذا هورد إليه الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع (م ١/٤٦٩ مدني) .

(٢) ففى دعوى الضمان يرد الدائن للمحال له قيمة الحق كله مع الفوائد والمصروفات والتعويض عن أى ضرر آخر أصاب المحال له ، أما فى دعوى استرداد غير المستحق فلا يرد الدائن للموفى إلا ما قبضه منه وفاء للدين ولا يكون مشلولاً عن الفوائد إلا إذا كان سيئ النية وقت القبض (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٠ ص ٦٢٣ - ص ٦٢٤ - بلانيرل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٣) .

الدائن ، بعد أن استوفى من الموفى جزءاً من حقه ، حول الجزء الباقي إلى محال له ،
فان هذا الجزء الباقي في انتقاله للمحال له يبنى محتفظاً بميزة التقدم ، فيتقدم
المحال له على الموفى .

الفرع الثانى

الموفى له

(Accipiens)

٤١٠ — بنم الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له أو بإرادة الموفى وحده :
رأينا أن الوفاء هو في الأصل اتفاق على قضاء الدين بين الموفى والموفى له ،
ولكن قد يرفض الموفى له دون حق قبول الوفاء ، فيستطيع الموفى بإرادته وحده
أن يجبره على قبوله عن طريق العرض الحقيقي . وسواء كان الوفاء اتفاقاً
أو بإرادة الموفى المنفردة ، فهو تصرف قانونى (acte juridique) كما سبق
القول .

ونستعرض في مبحثين متعاقبين : (١) حالة ما إذا كان الوفاء باتفاق
بين الموفى والموفى له . (٢) حالة ما إذا كان الوفاء بإرادة الموفى المنفردة ، وهذا
هو العرض الحقيقي مع الإيداع (offre réelle et consignation)

المبحث الأول

الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له

٤١١ — الموفى له هو الدائن وقد يكونه غير الدائن : الموفى له يكون
عادة هو الدائن أو نائبه . وقد يكون غير الدائن في بعض حالات استثنائية .

المطلب الأول

الموفى له هو الدائن أو نائبه

٤١٢- النصوص القانونية : تنص المادة ٣٣٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يكون الوفاء للدائن أو لنائبه . ويعتبر ذات صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً (١) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٦٧/٢٣٠ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٨٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١/٢٩٣ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان في فقرتين . فأدبجتهما لجنة المراجعة في فقرة واحدة تحت رقم ٢٤٤ من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٢ (مجرعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٢ و ص ١٩٤) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٣٠/١٦٧ : يجب أن يكون الوفاء للدائن أو لوكيله في ذلك أو لمن له الحق في الشيء المتعهد به . (ويتفق الحكم في التقنينين السابق والجديد - انظر في أن المقصود ، في رأى البعض ، بعبارة « أو لمن له الحق في الشيء المتعهد به » هو الناس الظاهر : الموجز للمؤلف ص ٥٥٨ هامش رقم ١٢) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٣٠ (مطابقة سادة ٣٣٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣١٩ (مطابقة للمادة ٣٣٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٨٣ : ١ - يصح دفع الدين للدائن أو وكيله إن كان غير محجور .

فإن كان محجوراً فلا يصح دفع الدين إليه ، بل يدفع لمن له حق قبضه من ولى أو وصى أو قيم .
٢ - فإن دفع المدين الدين إلى الدائن المحجور ، فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين . بل إذا هلك ما دفعه أو ضاع من المحجور ، فللولى أو الوصى أو القيم مطالبة المدين بالدين . (وهذه =

وبمخلص من هذا النص أن الأصل في الوفاء، حتى يكون مبرثاً لذمة المدين، أن يكون للدائن. أو لنائبه .

١٥ - الوفاء للدائن

٤١٣ - الوفاء لمن يكونه دائناً وقت استيفاء المدين : الأصل أن يكون الوفاء للدائن كما قدمنا ، لأنه هو الذى له حق استيفاء الدين وإبراء ذمة المدين منه . وليس من الضروري أن يكون الدائن هو الذى كان دائناً وقت نشوء الدين ، بل المهم أن يكون هو الدائن وقت استيفاء الدين . ذلك أن الدائن قد يتغير في الفترة ما بين إنشاء الدين واستيفائه ، كأن يموت الدائن الأصلي فيكون الوفاء لورثته إذ هم الدائنون وقت الاستيفاء ، أو يحول الدائن الأصلي حقه إلى محال له فيكون الوفاء لهذا الأخير إذ هو الدائن وقت الاستيفاء. فالوفاء إذن يكون للدائن أو خلفه ، عاماً كان هذا الخلف كالورثة ، أو خاصاً كالمحال له (١) .

٤١٤ - أهلية المدين لاستيفاء المدين : ويجب ، حتى يكون الوفاء للدائن صحيحاً مبرثاً للذمة ، أن يكون الدائن أهلاً لاستيفاء الدين . فإذا كان قاصراً أو محجوراً، لم يجز الوفاء إلا لنائبه، أما الوفاء له شخصياً فلا يكون صحيحاً كما قدمنا . ومع ذلك ينقلب هذا الوفاء صحيحاً إذا أصبح الدائن أهلاً للاستيفاء، بأن بلغ سن الرشد أو رفع عنه الحجر، وأجاز الوفاء عند صيرورته أهلاً . وكذلك إذا أصاب الدائن الذى لا يزال غير أهل للاستيفاء منفعة من الوفاء، فإن الوفاء

= الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدق المصري: انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدق المراقى فقرة ٢٨٥ - فقرة ٢٨٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٢٩٣ : يجب التنفيذ بين يدي الدائن أو وكيله الحاصل على تفويض قانوني أو الشخص الذى عينه لهذا الغرض . (وتتفق الأحكام في التقنين اللبناني والمصري) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١:٣٣ .

يكون صحيحاً بقدر هذه المنفعة . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذا المعنى هو المادة ٤٦٨ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « إذا كان الدائن غير أهل لاستيفاء الدين ، فلا يصح الوفاء له ، إلا إذا أجاز هذا الوفاء بعد أن يصبح أهلاً لاستيفاء الدين . على أنه إذا أصاب الدائن منفعة من الوفاء ، كان هذا الوفاء صحيحاً بقدر هذه المنفعة . » وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يشترط لصحة الوفاء توافر أهلية الاستيفاء فى الدائن . فإذا لم تتوافر فى الدائن هذه الأهلية ، وقع الوفاء له قابلاً للبطلان ، وكان له وحده أن يتمسك بالبطلان . ولا تبرأ ذمة المدين فى هذه الحالة إلا فى حدود ما يعود على الدائن من منفعة من هذا الوفاء . على أن للدائن أن يجيز الوفاء فى هذه الحالة بعد أن يصبح أهلاً لاستيفاء الدين ، فيصح بهذه الإجازة . » وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة « لأنها حكم تفصيلى يكفى فيه تطبيق القواعد العامة (١) » .

والموفى هو المكلف باثبات أن الوفاء عاد بمنفعة على الدائن غير الأهل للاستيفاء . ويستطيع أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، لأن حصول المنفعة واقعة مادية . ويكفى فى ذلك أن يثبت أن الدائن قد أنفق ما أخذه فى الشؤون المعتادة ، كأن قام باصلاحات ضرورية أو نافعة فى عقار يملكه . كما يكفى أن يثبت أن الدائن قد استغل ما أخذه استغلالاً نافعاً ، كأن اشترى عيناً ، فتبرأ ذمة المدين بقدر قيمة هذه العين إذا كانت هذه القيمة أقل مما استوفاه الدائن ، أو تبرأ ذمته من الدين كله إذا كانت قيمت العين مساوية للدين المستوفى أو أكثر . وليس من الضرورى أن يبقى النفع الذى عاد على الدائن قائماً ، مادام النفع قد حصل فعلاً للدائن . فإذا هلكت العين التى اشتراها أو تهدمت الإصلاحات التى أجراها ، وكان ذلك لا يرجع إلى سوء تدبير منه ، فإن ذمة المدين تبرأ بقدر المنفعة بالرغم من زوالها بعد ذلك (٢) .

(١) أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٢ — ص ١٩٣ فى الهامش .

(٢) تولى ٧ فقرة ١٤ — ديمولومب ٢٧ فقرة ١٩٤ — فقرة ١٩٦ — لوران ١٧

فقرة ٤١ : — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٤ .

فاذا لم يعد الوفاء بنفع على الدائن ، بأن أضاع ما أخذ أو بدده أو صرفه في غير ما يفيد ، فان هذا الوفاء لا يبرئ ذمة المدين ، لأن الوفاء وقد حصل لناقص الأهلية يكون قابلاً للإبطال . فاذا أبطل ، اعتبر الوفاء كأن لم يكن وبقي الدين في ذمة المدين ، وليس هناك نفع عاد من الوفاء على ناقص الأهلية حتى يرجع الموفى به عليه (١) .

وللموفى ، إذا لم يستطع إثبات أن الوفاء قد عاد بالنفع على الدائن ناقص الأهلية ، وكان الشيء الذي دفعه لا يزال قائماً في يد الدائن ، أن يطالب ولي الدائن باجازه الوفاء أو برد ما دفعه للدائن (٢) .

٢٥ — الوفاء لنائب الدائن

٤١٨ — الوفاء للولي أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب :

فاذا كان الدائن قاصراً أو محجوراً ، فقد قدمنا أن الوفاء له شخصياً لا يكون صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين . وإنما يكون الوفاء في هذه الحالة لنائب الدائن ، وهو هنا الولي أو الوصى للقاصر ، والقيم للمحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، والوكيل للغائب المفقود .

والوفاء لأي من هؤلاء يعتبر وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة ، لأن ولايتهم على ناقص الأهلية تشمل فيما تشمل قبض الحقوق ، والقبض يعتبر من أعمال الإدارة فليس في حاجة إلى إذن من المحكمة .

كذلك يجوز لأي من هؤلاء ، إذا لم يحصل الوفاء له مباشرة ، أن يجيز الوفاء الصادر من الموفى ، كما لو وفي المدين الدين لناقص الأهلية نفسه ثم يجيز النائب الوفاء على النحو الذي بسطناه فيما تقدم .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٤ ص ٢٩٥ .

(٢) ديمولومب ٢٧ فقرة ١٩٩ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٥ — عكس ذلك :

لوران ١٧ فقرة ٥٤٢ — هيك ٨ فقرة ٢٦ .

٤١٦ - الوفاء للسريك وللحارس الفضائي : والسند بك يعتبر نائباً عن المفلس ، فله الصفة في قبض حقوق المفلس في ذمة الغير .

وكذلك الحارس القضائي ، بما له من حق في إدارة الأموال الموضوعة تحت حراسته ، له صفة في قبض حقوق الموضوع تحت الحراسة في ذمة الغير .

٤١٧ - الوفاء للرئيس الرائن عند استعمال الدعوى غير المباشرة : ويجوز للدائن الدائن أن يستعمل حقوق الدائن عن طريق الدعوى غير المباشرة ، ويكون في هذه الحالة نائباً عن الدائن نيابة قانونية (م ٢٣٦ مدني) ، ويحق له بحكم هذه النيابة أن يقبض ما للدائن في ذمة المدين . على أن ما يقبضه لا يختص به وحده ، بل يتقاسمه مع سائر دائني الدائن قسمة غرماء ، وفقاً لقواعد الدعوى غير المباشرة (١) .

٤١٨ - الوفاء للمحضر : والمحضر الموكول إليه تنفيذ حكم أو سند رسمي يعتبر نائباً عن الدائن في قبض الدين الذي ينفذ به . فما دام قد وكل صراحة في مباشرة إجراءات التنفيذ للحصول على هذا الدين ، فقد وكل توكيلاً ضمناً في قبض هذا الدين نيابة عن الدائن ، فان التنفيذ الجبري يقتضي قيام الصفة في قبض الدين (٢) .

٤١٩ - الوفاء لحساب جار باسم الدائن في مصرف : ويجوز للدائن أن يوفي الدين بدفعه لحساب الدائن في مصرف يكون له فيه حساب جار ، ويخطره بالإيداع ، على أن يتحمل الوفي تبعه الخطأ إذا هو أودع المبلغ خطأ في حساب جار لغير الدائن .

(١) وقد جاء في الموجز للمؤلف : « وقد يطالب بالوفاء دائن الدائن ، إما باستعمال الدعوى غير المباشرة باسم الدائن ، أو بالخبر تحت يد المدين ، والطريقة الأخيرة هي الأكثر وقوراً في العمل » (الموجز فقرة ٣٧) .

(٢) أوبري ورد ٤ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٧ وهامش رقم ٦ - كذلك تسليم المحضر سنداً إثباتاً أو كميالة لعمل البروتستو يتضمن توكيلاً ضمناً للمحضر في قبض قيمة السند أو الكميالة من المدين (بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٣٩ مكررة أولاً) .

٤٢٠ - **الوفاء لوكيل المرائع** : ويجوز الوفاء لوكيل الدائن ، ويكون عادة وكيلًا في قبض الدين ، فيكون قبضه صحيحاً ومبرئاً لذمة المدين . وقد تكون الوكالة عامة بالإدارة ، فتتضمن قبض الديون (١) . وقد تكون الوكالة خاصة ببيع أو إيجار ، فلا تتضمن حتماً وكالة بقبض الثمن أو بقبض الأجرة ، ولكنها تتضمن عادة ، وتبعاً للظروف ، وكالة في قبض المعجل من الثمن أو المعجل من الأجرة (٢) .

وعلى الموفى أن يتثبت من صحة الوكالة ، فاذا دفع لغير وكيل ، أو لوكيل انتهت وكالته وكان ينبغي أن يعلم بانتهاء الوكالة (٣) ، فإن الوفاء لا يكون صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين . وللموفى أن يطلب من وكيل الدائن أن يبرز السند الذي يثبت هذه الوكالة . وقد جاء في المادة ٣٣٢ مدني ، كما رأينا ، أنه « يعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً » . فوجود مخالصة بالدين صادرة من الدائن في يد وكيل الدائن قرينة على قيام الوكالة ، وذلك ما لم يكن متفقاً بين الدائن والمدين على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً ، فللمدين في هذه الحالة ألا يني بالدين إلا للدائن ، ولكنه إذا وفى لمن بيده المخالصة كان الوفاء صحيحاً مبرئاً للذمة (٤) .

(١) أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٦ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٥٥٠ وإذا كانت الوكالة بالقبض ممضاة بيد الدائن ومصدقاً فيها على الامضاء ، كان الوفاء لهذا الوكيل مبرئاً لذمة المدين ، ولا يكفي أن ينكر الدائن صحة صدور الوكالة منه دون أن يطمئن فيها بالتزوير (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٢٥) .

(٢) ديرانتون ١٢ فقرة ٥١ — لارومبيير ٤ م ١٢٣٩ فقرة ٧ — ديمولومب ٢٧ فقرة ١٤٨ — فقرة ١٥٢ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٤٢ .

(٣) بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٣٨ .

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « الأصل أن الدائن هو ذو الصفة في استيفاء الدين ، وله أن ينيب عنه وكيلًا في ذلك ، يكفي فيه التفويض بتوكيل عام . ويتعين على الوكيل في مثل هذه الحالة أن يقيم الدليل على صفته وفقاً للأحكام العامة في الوكالة . على أن المشروع قد جمل من التقدم بمخالصة صادرة من الدائن قرينة كافية في ثبوت صفة استيفاء الدين لمن يحمل تلك المخالصة ، ما لم تنف دلالة هذه القرينة بالاتفاق على =

هذا والدائن أن يعزل الوكيل بالقبض عن الوكالة بشرط أن يخطر المدين بذلك ، فلا يكون الوفاء للوكيل المعزول صحيحاً طبقاً للقواعد المقررة في الوكالة . ولكن يجوز أن تكون الوكالة بالقبض متفقاً عليها بين المدين والدائن في العقد المنشئ للدين ، فلا يجوز عزل الوكيل في هذه الحالة إلا باتفاق جديد بين المدين والدائن ، ما لم يثبت الدائن ألا مصلحة للمدين في الوكالة فعند ذلك يجوز له عزله وحده وإلزام المدين أن يوفى الدين له هو شخصياً أو لوكيل غير الوكيل الأول . وقد يكون الوكيل المعين بالاتفاق بين المدين والدائن له هو نفسه مصلحة في الوكالة ، كأن يكون دائناً للدائن ويرى من وراء قبض الدين أن يستوفي حقه ، فعند ذلك لا يجوز عزله ولو باتفاق بين المدين والدائن (١) .

المطلب الثاني

الموفى له غير الدائن

٢١١ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٣٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا

= وجوب الوفاء للدائن شخصياً . فإذا اتفق على ذلك ، كان للمدين أن يرفض الوفاء لمن يتقدم له بالمخالصة الصادرة من الدائن حتى يستوثق من ثبوت صفته في استيفاء الدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٢) .

وكثيراً ما يعطى المالك للبواب مخالصات بالأجرة ، فيتقدم البواب بها إلى السكان ، وتكون له بذلك صفة في قبض الأجرة (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٤٥ ص ٣٣٤) . وقد قضت محكمة الأزبكية بأن البواب الذي يمينه المالك ، ويكلفه بتحصيل الأجرة من السكان يعتبر خادماً عند المالك ، فتبرأ ذمة السكان بدفع الأجرة له (٣ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ؛ رقم ١٩٠ ص ٢٦٠) .

أنظر في التمييز بين الوكيل بالقبض وعامل التنفيذ (agent d'exécution) دى باح ٣ فقرة ٢٤٤ ص ٤٠٣ — ص ٤٠٤ .

(١) أوبري ورو ؛ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٨ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٤٣ — دى باح ٣ فقرة ٤٢٧ .

أقر الدائن هذا الوفاء ، أو عادت عليه منفعة منه وبقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٠ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٨٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢/٢٩٣ (٢) .

ونخلص من هذا النص أن الوفاء لغير الدائن أو نائبه لا يكون صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين ، إلا أنه مع ذلك يكون صحيحاً استثناءً ويبرئ ذمة المدين في أحوال ثلاثة ذكرها النص ، ونضيف إليها حالة رابعة وردت في تقنين المرافعات . وهذه الأحوال الأربع هي :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٩ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٥ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٥ - ص ١٩٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٣١ (مطابقة للمادة ٣٣٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٢٠ (مطابقة للمادة ٣٣٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٨٤ : إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهراً كالوارث الظاهر . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري . وقد أغفل التقنين العراقي ذكر صحة الوفاء إذا عادت منفعة على الدائن وبقدر هذه المنفعة ، لأنه لا يعترف بالفضالة ، ولكن يمكن تطبيق قواعد الإثراء بلا سبب في هذه الحالة ، وهي قواعد أقرها التقنين العراقي - قارن الأستاذ حسن الانون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٨٨ وانظر فقرة ٢٨٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢/٢٩٣ : عل أن التنفيذ لشخص غير ذى صلاحية

لا يبرئ ذمة المدين إلا في الأحوال الآتية : أولاً - إذا وافق الدائن . ثانياً - إذا استفاد الدائن من التنفيذ غير الصحيح ، وتكون براءة المدين بقدر استفادة الدائن . ثالثاً - إذا جرى الإيفاء بنية حسنة لشخص عد حائزاً صفة الدائن كالوارث الظاهري . (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري) .

(أولاً) إذا أقر الدائن الوفاء .

(ثانياً) إذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء ، وبقدر هذه المنفعة .

(ثالثاً) إذا تم الوفاء للدائن الظاهر .

(رابعاً) إذا تم الوفاء لدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين . وهنا لا يتقدم

دائن الدائن بصفته نائباً عن الدائن كما يفعل في الدعوى غير المباشرة ، بل مباشر حقاً شخصياً له هو حق الحجز تحت يد الغير .

٤٢٢ — إقرار الدائن الوفاء : قد يوفى المدين الدين لغير الدائن

أو نائبه ، كأن يوفيه لوكيل انتهت وكالته أو عزل عن الوكالة وكان ينبغي على المدين أن يعلم ذلك ، ففي هذه الحالة لا يكون الوفاء صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين ، كما سبق القول . ومع ذلك إذا أقر الدائن الوفاء ، فإن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، ويصبح الوفاء صحيحاً مبرئاً لذمة المدين (١) .

وإقرار الدائن للوفاء في هذه الحالة له أثر رجعي ، فيعتبر الوفاء صحيحاً من وقت أن تم لا من وقت الإقرار فحسب . والمكلف باثبات صدور الإقرار من الدائن هو المدين أو الموفى ، فعليه أن يثبت أن الدائن قد أقر الوفاء وفقاً لقواعد الإثبات المقررة في التصرفات الصادرة من جانب واحد (٢) .

٤٢٣ — منفعة تعود على الدائن من الوفاء : وقد يوفى المدين الدين

لغير الدائن ، ولا يقر الدائن هذا الوفاء . فعند ذلك ينظر إلى عمل الموفى له ، فإن توافرت فيه شروط الفضالة ، بأن كان قد قبض الدين عن الدائن لإسداء

(١) استئناف مصر ٦ يناير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢١١ — ذلك أن الوفاء وهو تصرف قانوني ، قبل إقرار الدائن ، لا يسرى في حقه ، فهو موقوف على الإجازة . وإذا أجزى سرى في حق الدائن ، وانقلب من قبض الدين وكيلاً بالإقرار . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويكون من أثر هذا الإقرار أن ينقلب الغير وكيلاً بعد أن بدأ فضولياً ، ويتعين عليه تفريعاً لذلك أن يقدم حساباً للدائن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٦) . قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٤ .

(٢) قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٤ .

خدمة له عاجلة ، ثم أدى الدين له بعد ذلك ، فان للوفاء بكون صحيحاً في هذه الحالة ، لأن الفضولى يعتبر نائباً عن الدائن ، فالوفاء هنا يكون لنائب الدائن وهو صحيح كما تقدم القول .

ولكن قد لا تتوافر شروط الفضالة في عمل الموفى له ، بأن يكون قبض الدين ليس عملاً عاجلاً ، فعند ذلك لا يكون الوفاء صحيحاً ، إلا إذا عادت منفعة على الدائن من هذا الوفاء وبقدر هذه المنفعة . ويمكن تصور منفعة تعود على الدائن من مثل هذا الوفاء إذا كان الموفى له أدى الدين فعلاً للدائن ، فيكون الدائن قد قبض حقه كاملاً ، ولا تعود له مصلحة من التمسك بإبطال الوفاء ، فينقلب الوفاء صحيحاً ويبرىء ذمة المدين . كذلك لو كان الموفى له دائناً للدائن وقد قبض الدين استيفاء لحقه في ذمة الدائن ، وكان هذا الحق واجب الوفاء فوراً ومقدماتاً على غيره من ديون الدائن ، أو أدى الموفى له بما استوفاه ديناً على الدائن تتوافر فيه هذه الشروط ، فهنا عادت منفعة على الدائن من الوفاء وذلك بسداد دين في ذمته واحب السداد فوراً ، فتبرأ ذمة المدين بقدر هذه المنفعة . ذلك أن الدائن إذا رجع على المدين بالدين ، فان المدين يرجع على الموفى له ، والموفى له يرجع على الدائن بقدر ما عاد عليه من المنفعة ، فلا محل لهذه السلسلة من الرجوع ، ويكون الوفاء في هذه الحالة صحيحاً مبرئاً لذمة المدير بقدر ما عاد على الدائن من المنفعة (١) .

٤٢٤ - الوفاء للرأى الظاهر* : قد يوفى المدير الدين لدائن ظاهر

ليس هو الدائن الحقيقي ولا نائبه . والدائن الظاهر هو الذى لا يملك الدين حقيقة ، ولكن الدين يوجد في حيازته . ذلك أن الحيازة ، كما تشمل الأشياء المادية ، تشمل الحقوق المعنوية ، فتقع على الحقوق العينية غير حق الملكية ، وكذلك تقع على الديون .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ٣ ص ١٩٦ .

* مراجع : جونسكو (Jonesco) في الآثار القانونية للأوضاع الظاهرة رسالة من

ستراسبورج سنة ١٩٢٧ - الدكتور عبد الباسط جيمى في نظرية الأوضاع الظاهرة رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٦ (غير مطبوعة) .

ويمكن أن نتصور وجود الدائن الظاهر في فروض مختلفة . من ذلك أن يحول الدائن حقه ، ثم يتضح بعد ذلك أن الحوالة باطلة أو قابلة للأبطال أو الفسخ ، فتبطل أو تفسخ ، ويتبين بذلك أن المحال له لم يكن في يوم من الأيام مالكا للحق المحال به ولكنه مع ذلك كان يحوزه ، فهو دائن ظاهر (١). كذلك إذا فرضنا أن الحوالة صورية واعتقد المدين أنها حوالة جدية ، فالحال له الصوري يعتبر هنا أيضا دائناً ظاهراً (٢). ويكون دائناً ظاهراً الشخص الذي وصل إلى حيازته دون حق سند لحامله ، فان مجرد حمل هذا السند يجعل الحامل يظهر بمظهر المالك له فهو دائن ظاهر (٣). ويعتبر دائناً ظاهراً الوارث الظاهر

(١) ويكون المحال له في هذه الحالة دائناً ظاهراً حتى لو لم يكن قد قام بالإجراءات اللازمة لجعل الحوالة نافذة في حق المدين ، فإدام المدين وهو حسن النية قد وفاه الدين ، فإن الوفاء يكون صحيحاً مبرئاً للذمة ، حتى بعد إبطال الحوالة أو فسخها . ولكن إذا حول الدائن الحق حوالة ثانية وكانت الحوالة صحيحة ، وأعلن المحال له الثاني الحوالة للمدين ، فإن الوفاء الحاصل للمحال له الأول حتى لو كان سابقاً على لإعلان لا يسرى في حق المحال له الثاني . ويستوفى المحال له الثاني الدين من المدين ، ويرجع المدين على المحال له الأول لاسترداد ما دفعه له دون حق (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٧) . كذلك إذا قبض الدائن الدين من المدين ، بعد أن حوله وقبل أن يعلن المحال له الحوالة ، كان الوفاء هنا للدائن الحقيقي لا للدائن الظاهر ، ويرجع المحال له على الدائن بدعوى الضمان (دى باج ٣ فقرة ٤٢٢) .

(٢) أما إذا كانت الحوالة مزورة ، فحامل هذه الحوالة لا يعتبر دائناً ظاهراً . ذلك إنه مما يكون محل اعتبار في الدائن الظاهر أن يكون موقف الدائن الحقيقي منطقياً على شيء من التقصير يؤدي إلى ترك الدائن الظاهر يستولى على حيازة حقه . وهنا لا يمكن أن ينسب أى إهمال للدائن الحقيقي إذا زور شخص عليه حوالة مصطنعة (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٧ مكررة - دى باج ٣ فقرة ٤٣٢) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٦ ص ٥٤٠ - كذلك من أدرج اسمه من الدائنين في توزيع وأصبح في يده أمر صرف واجب التنفيذ ، ولم يكن دائناً حقيقياً ، يعتبر دائناً ظاهراً ، فإذا وفاه الراسي عليه المزداد كان الوفاء صحيحاً مبرئاً للذمة (بونسار في أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ paiement فقرة ٧٦) - وحامل الكبيالة ، إذا لم يكن هو الدائن الحقيقي ، يكون الدائن الظاهر . ومادام المدين لم يرتكب تقصيراً ووفاه قيمة الكبيالة بحسن نية ، فإن الوفاء يكون صحيحاً مبرئاً للذمة . وقد نصت المادة ١٤٤ من التقنين التجارى على أن « من يدفع قيمة الكبيالة في مباد استحقاق دفعها ، بدون معارضة من أحد في ذلك ، يعتبر دفعه صحيحاً » (انظر المادة ١٤٥ من التقنين التجارى الفرنسى ، وانظر أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٨٨) .

فاذا آلت التركة إلى شخص ، ولم يكن هو الوارث الحقيقي بل كان هناك مثلاً وارث يحجبه ، فإن الوارث الظاهر يعتبر دائماً ظاهراً بجميع ما للتركة من حقوق في ذمة الغير . وإذا أوصى شخص بدين له في ذمة آخر ، ووضع الموصى له يده على هذا الدين بعد موت الموصى ، ثم أبطلت الوصية لسبب ما ، فإن الموصى له يكون دائماً ظاهراً بالدين الموصى به (١). وإذا دفعت الإدارة تعويضاً عن نزع الملكية إلى حائز لعقار باعتبار أنه المالك ، ولم يكن في الحقيقة مالكا ، فقد أوفت بالدين إلى الدائن الظاهر (٢). وقد يستبر المستحق في وقف دائناً ظاهراً ، فإذا وزعت وزارة الأوقاف ريع وقف معين على المستحقين كل بحسب الحصة التي قررها مفتيها دون أن يصدر أى اعتراض من أصحاب الشأن ، ثم تبين بعد ذلك بحكم شرعى نهائى أن حصة أحد المستحقين تزيد عما كان يتناوله ، لم يجز له أن يرجع على الوزارة بقيمة الفرق ، لأن هذه القيمة دفعت إلى مستحق آخر كان قبل الحكم الشرعى هو الدائن الظاهر (٣).

ونرى من ذلك أن الدائن الظاهر هو الشخص الذى لا يكون دائماً حقيقياً ، ولكن الدين موجود فى حيازته بحيث يقع فى روع الناس أنه هو الدائن الحقيقي ، فهذا المظهر ، وإن كان يتعارض مع الحقيقة ، قد اطمأنت إليه الناس ، فوجبت حماية من يتعامل بحسن نية ، على مقتضاه حتى يستقر التعامل (٤). وليس من الضروري أن يكون الدائن الظاهر هو نفسه حسن النية ، أى يعتقد أنه الدائن الحقيقى . وإذا كان يغلب فعلاً أن يكون حسن النية ، إلا أنه يبقى

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٨ - سى باج ٣ فقرة ٤٣٢ .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٨٢ .

(٣) استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٦ ص ٧٨١ - والتون ٢

ص ٤٦٣ - الموجز للمؤلف ص ٥٥٨ هامش ٢ .

(٤) ويقول الدكتور عبد الباسط جيمى : « إن مناط تحقق صفة الدائن الظاهر ينحصر فى قيام مظهر له من الجسامة ما يكفى لتكوين الاعتقاد لدى المدين اليقظ بأن صاحب ذلك المظهر هو الدائن الحقيقى ، أو بعبارة أخرى فى انتفاء الخطأ عن المدين اليقظ فى اعتقاده هذا ، لوجود ظروف يتولد من اجتماعها ذلك المظهر الجسيم » (نظرية الأوضاع الظاهرة ص ٣٠٢ وانظر أيضاً ص ٢٩٥) - ولذلك يبنى صحة الوفاء للدائن الظاهر على نظرية المظهر أو الأوضاع الظاهرة (ص ٣٠٧ - ص ٣٠٨) .

دائناً ظاهراً حتى لو أصبح سيء النية بعد أن كشف حقيقة أمره ، بل حتى لو كان سيء النية منذ البداية أى منذ وضع يده على الدين . ذلك أن القانون لا يحمي الدائن الظاهر نفسه ، بل هو يحمي الذين تعاملوا معه ما داموا هم حسن النية (١) .

ويتبين مما تقدم أن الوفاء للدائن الظاهر ، حتى يكون صحيحاً ، يجب أن يقتصر بحسن نية الموفى (٢) . فمن وفى الدين ، سواء كان المدين أو الغير (٣) ، لدائن ظاهر ، واعتقد بحسن نية أنه هو الدائن الحقيقي وقد وفاه الدين على هذا الاعتبار ، برئت ذمته بهذا الوفاء (٤) . ويرجع الدائن الحقيقي على الدائن الظاهر بما استوفاه هذا من الدين دون حق طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب (٥) ، بل يستطيع الدائن الحقيقي أن يرجع بتعويض على الدائن الظاهر إذا كان هذا سيء النية وقت استيفاء الدين (٦) .

-
- (١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٩ - دى باج ٣ فقرة ٤٣٢ ص ٤١٤ - ص ٤١٥ .
 - (٢) وإذا كان الموفى هو نائب المدين ، رجب توافر حسن النية في كل من المدين ونائبه (الدكتور عبد الباسط جيمى في نظرية الأوضاع الظاهرة ص ٢٨٩) . وحسن نية الموفى وكون الدين في حيازة الدائن الظاهر من المسائل المؤجلة ، يثبت فيهما قاصر الموضع دون تعقيب عليه من محكمة النقض (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤١) .
 - (٣) وسواء كان الغير ملتزماً بالدين أو غير ملتزم به ، وسواء كان الوفاء بسيطاً أو كان وفاء مع الحلول (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٢) .
 - (٤) نقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٢ ص ٥٩٦ - استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٣ - ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨١ .
 - (٥) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ١٣ .
 - (٦) المذكرة الإيضاحية للمشروع التميدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٦ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٤٦ ص ٣٣٥ - سدا وقد قضت محكمة النقض بأن من صدر عليه حكم نهائى يدفع ثمن عقار إلى شخص معين ، وأبقى هذا الثمن بعد صدور الحكم للحكوم له ، فقد برئت ذمته ، لأنه لا يستطيع عدم الوفاء لهذا الشخص المعين بعد صدور هذا الحكم . ولا يمكن الادعاء ببطلان هذا الوفاء لانقضاء حسن نيته فيه بعلة وجود منازع آخر ينازع في هذا العقار ويدعى ملكه لنفسه ، خصوصاً إذا كان هذا المنازع قد حاول الدخول في الدعوى فنضت المحكمة بناء على طلب من صدر له الحكم النهائى (نقض مدنى ١٤ يونيو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٧ ص ٤٣٨) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن قيام المستأجر بالوفاء إلى من صدر الحكم الاستئنافية لصالحهم صحيح رغم اختصاصه في الطعن بالنقض ، لأن هذا الطعن لا يوقف =

والذى يكون صحيحاً مبرئاً للذمة هو الوفاء للدائن الظاهر ، للاعتبارات العملية التى تقدم ذكرها . أما غير الوفاء من أسباب انقضاء الالتزام فلا يكون صحيحاً إذا صدر من الدائن الظاهر . ومن ثم إذا أبرأ الدائن الظاهر المدين من الدين ، أو اتفق معه على تجديده ، فإن كلا من الإبراء والتجديد لا يكون صحيحاً ، ولا يسرى فى حق الدائن الحقيقى (١) .

٤٢٥ - الوفاء لرئيس الدائن الحاجز تحت يد المدين : لا يعيننا من

موضوع حجز ما للمدين لدى الغير - وهو من مباحث المرافعات - إلا القدر الذى نبين به متى يكون الوفاء للدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة . ذلك أنه يجوز للدائن الدائن أن يحجز تحت يد المدين ، فيمنع المدين بذلك من أن يوفى الدين للدائن ، بل ويجبره بعد إجراءات معينة على أن يوفى الدين له هو ويكون هذا الوفاء صحيحاً مبرئاً للذمة المدين .

فيجوز إذن للدائن الدائن بدين محقق الوجود حال الأداء أن يحجز تحت يد مدين الدائن ، سواء كان بيد دائن الدائن سند تنفيذى أو لم يكن بيده هذا السند . فإذا لم يكن بيده سند تنفيذى ، أو كان دينه غير معين المقدار ، واجب أن يحصل على أمر بالحجز من قاضي الأمور الوقفية بالمحكمة التابع لها الدائن المحجوز عليه ، ويقدر أمر الحجز دين الحاجز تقديراً مؤقتاً (أنظر المادتين ٥٤٣ و ٥٤٥ من تقنين المرافعات) .

ومنذ يوقع الحجز تحت يد مدين الدائن على النحو المتقدم الذكر ، لا يستطيع هذا المدين أن يوفى الدين للدائن أو نائبه (٢) ، ولكنه يستطيع الوفاء بالإبداع

= نفاذ الحكم الاستئنافى (استئناف أسبوط ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢٣٦) - وقد يكون المالك الظاهر دائناً ظاهراً بحكم ملكيته الظاهرة ، كالحائز للعين المؤجرة يقبض أجرتها ، ولا يشترط فى هذه الحالة أن تكون الحيازة مستوفية للشروط اللازمة للتقدم (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٦ ص ٥٥٧ - ص ٥٥٨) .

(١) هيك ٨ فقرة ٢٥ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٠ - عكس ذلك بالنسبة إلى التجديد :

ديمولومب ٢٨ فقرة ١٨٨ .

(٢) وإذا وفى للدائن أو نائبه ، كان الوفاء باطلاً ، ولم تبرأ ذمته من الدين . ويكون للدائن الحاجز أن يستوفى الدين مرة أخرى من المدين ، وتبقى الضمانات التى تكفل الدين من رهن أو امتياز أو غير ذلك (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٣ ص ٥٤٥) .

في خزانة المحكمة التي يتبعها (١) (م ٢/٥٥٥ مرافعات) .

فاذا لم يودع المدين المحجوز لديه ما في ذمته في خزانة المحكمة ، وجب عليه خلال خمسة عشر يوماً من إعلانه بالحجز التقرير بما في ذمته للدائن في قلم كتاب المحكمة التي يتبعها (٢) (م ٥٤٨ مرافعات) .

وفي الأحوال التي يكون فيها الحجز بأمر من قاضي الأمور الوقفية - أى إذا لم يكن بيد الحاجز سند تنفيذى أو كان حقه غير معين المقدار - يجب أن تشمل ورقة إبلاغ الحجز أو إعلانه إلى المحجوز عليه على تكليفه الحضور أمام المحكمة التي يتبعها لسماع الحكم عليه بثبوت الدين المحجوز من أجله وصحة إجراءات الحجز ، وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن (م ١/٥٥٣ مرافعات) .

ومتى كان لدى دائن الدائن سند تنفيذى ، أو حصل على هذا السند عقب الحكم بصحة الحجز ، فإن المدين المحجوز لديه يجب عليه أن يوفى الدين ، لا إلى دائنه المحجوز عليه ، بل إلى دائن الدائن الحاجز (٣) . وتنص المادة ٥٦٧ مرافعات في هذا الصدد على ما يأتي : « يجب على المحجوز لديه بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره أن يدفع إلى الحاجز المبلغ الذى أقر به أو ما يبنى منه بحق الحاجز ، وذلك متى كان حقه وقت الدفع ثابتاً بسند تنفيذى وكانت الإجراءات

(١) وقد مكن المدين من الرقابة بطريق الإيداع ، في خزانة المحكمة ، لاحتمال أن تكون له مصلحة في ذلك ، بأن يكون الدين قد حل ويبرء الرقابة به حتى يتخلص من الفوائد ، وهو لا يستطيع الرقابة به للدائن بسبب الحجز ، ولا للدائن الدائن لأن إجراءات التقرير بما في الذمة لم تستوف ولا حتمال ألا يكون دائن الدائن قد حصل بعد على سند تنفيذى بحقه (أنظر بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٥ ص ٢٢٠ - ص ٢٢١) .

(٢) ويذكر في التقرير مقدار الدين الذى في ذمته للدائن المحجوز عليه وسببه وأسباب انقضائه إن كان قد انقضى ، ويبين جميع الحجز المرفقة تحت يده ، ويودع الأوراق المؤيدة لتقريره أو صوراً منها مصدقاً عليها (م ١/٥٦١ مرافعات) . هذا والحجز تحت يد مدين الدائن يتناول كل دين ينشأ للدائن المحجوز عليه في ذمة المدين المحجوز لديه إلى وقت التقرير بما في ذمته ، ما لم يكن الحجز مرقماً على دين بعينه فقط (م ٥٦٣ مرافعات) .

(٣) فإذا دفع إلى دائنه ، لم يستطع أن يسترد منه ما دفعه بدعوى استرداد غير المستحق ، لأن دائنه لا يزال دائناً بالرغم من الحجز ، وقد قبض المستحق . ولكن عند إجبار المدين على الدفع ثانية إلى دائن الدائن ، فإنه يكون قد أبرأ بهذا الدفع ذمة دائنه نحو دائن دائنه ، فيستطيع عندئذ أن يرجع على دائنه بدعوى الإثراء بلا سبب (دى باج ٣ فقرة ٤٤٣) .

المنصوص عليها في المادة ٤٧٤ قد روعيت . فاذا وقع حجز جديد بعد انقضاء الميعاد المذكور ، فلا يكون له أثر إلا فيما زاد على دين الحاجز الأول . وإذا تعدد الحاجزون مع عدم كفاية المبلغ لوفاء حقوقهم جميعاً ، وجب على المحجوز لديه إيداعه خزانة المحكمة لتقسيمه .

على أن الدائن يستطيع ، دون أن ينتظر الانتهاء من إجراءات الحجز الطويلة ، إذا كان الحق الذي له في ذمة مدينه أكبر من الحق الذي في ذمة لدائنه الحاجز ، أن يخصص لذمة الدائن الحاجز مبلغاً مساوياً لحقه ، فيتمكن بذلك أن يستوفي الباقي من مدينه . وقد رسم تقنين المرافعات طريقين لذلك . فنص في المادة ٥٥٩ على أنه « إذا أودع في خزانة المحكمة مبلغ مساو للدين المحجوز من أجله وخصص للوفاء بمطلوب الحاجز عند الإقرار له به أو الحكم له بثبوت ، زال قيد الحجز عن المحجوز لديه . وإذا وقعت حجوز جديدة على المبلغ المودع ، فلا يكون لها أثر في حق الحاجز » . ثم نص في المادة ٥٦٠ على أنه « يجوز للمحجوز عليه أيضاً أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة ، في أية حالة تكون عليها الإجراءات ، تقرير مبلغ يودعه خزانة المحكمة على ذمة الوفاء للحاجز . وينتهي أثر الحجز بالنسبة إلى المحجوز لديه من وقت تنفيذ هذا الحكم بالإيداع ، ويصبح المبلغ المودع مخصصاً للوفاء بمطلوب الحاجز عند الإقرار له به أو الحكم له بثبوت » . والنص الأخير مستحدث في تقنين المرافعات الجديد ، وقد أخذ عن تشريع فرنسي في هذا المعنى صادر في ١٧ من يولييه سنة ١٩٠٧ معدلاً للمادة ٥٦٧ من تقنين المرافعات الفرنسي . وهو يعالج حالة ما إذا امتنع المدين المحجوز لديه عن إيداع مبلغ مساو للدين المحجوز من أجله في خزانة المحكمة وفقاً للمادة ٥٥٩ مرافعات ، معطلاً بذلك حق الدائن المحجوز عليه من استيفاء الباقي له في ذمة مدينه بعد استئصال الدين المحجوز من أجله ، فيتمكن الدائن المحجوز عليه من إجبار مدينه على هذا الإيداع من طريق الالتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة (١) .

(١) أما إذا لم يودع خزانة المحكمة مبلغ مساو للدين المحجوز من أجله ، عن أحد الطريقين المتقدم ذكرهما ، فإن جميع الدين المحجوز عليه تحت يد المدين يبقى معطلاً لا يستطيع الدائن المحجوز عليه أن يستوفي منه شيئاً ، مهما كانت قيمته أكبر من قيمة الدين المحجوز من أجله . -

فاذا لم يخصص مبلغ مساو للدين المحجوز من أجله للوفاء بمطلوب الدائن الحاجز ، بقى كل الدين محجوزاً تحت يد المدين المحجوز لديه . والذين يفيدون من هذا الحجز هم دائنو الدائن الذين وقعوا الحجز تحت يد مدين الدائن . فاذا تصرف الدائن فيما بقى من حقه بعد استئزال المطلوب لهؤلاء ، نفذ تصرفه فى حق دائنيه الآخرين إذا جاء حجزهم لاحقاً لنفاذ هذا التصرف (١) . أما الدائنون المحجزون قبل نفاذ التصرف فيتعادلون فيما بينهم ، ولا يتقدم واحد منهم على الآخرين حتى لو كان حجزه هو المتقدم (٢) .

والحكم بصحة الحجز هو وحده الذى يخصص للحاجز حقه ، ويقدمه على سائر الحاجزين الذين لم يوقعوا حجوزهم إلا بعد إعلان الحكم بصحة الحجز إلى المدين (٣) .

المبحث الثانى

الوفاء بإرادة الموفى وحده

(العرض الحقيقى والإيداع)

٤٢٦ - متى يجوز للمدين العرض الحقيقى والإيداع - النصومى

القانونية : تنص المادة ٣٣٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ،

= ذلك أن مجرد الحجز على الدين تحت يد المدين لا ينتقل الدين . إلى دائن الدائن الحاجز ، بل لا يجعل لهذا الدائن أى امتياز عليه ، فيستطيع سائر دائنى الدائن المحجوز عليه أن يشاركوه شركة الضمائم . فالى يخصص جزء من الدين المحجوز عليه للوفاء بمطلوب دائن الدائن الحاجز ، وجب أن يبقى كل الدين للوفاء بمطلوبه وبمطلوب من يشاركه من الدائنين الآخرين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٦) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٦ ص ٦٢٢ - ص ٦٢٣ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٧ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٨ .

أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، اعتبر أنه قد تم إعداره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض باعلان رسمي .

وتنص المادة ٣٣٨ على ما يأتي :

« يكون الإيداع أو ما يقوم مقامه من إجراء جائزاً أيضاً إذا كان المدين مجهول شخصية الدائن أو موطنه ، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء ، أو كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص ، أو كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الإجراء » (١).

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذه الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٣٢ و ٣٣٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٢١ و ٣٢٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٣٨٥ و ٣٨٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٩٤/١ (٢).

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٣٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٧٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يقتصر في تسجيل رفض الدائن على الكتابة دون ضرورة . لإعلان رسمي . وفي لجنة المراجعة أقر نص المشروع التمهيدى تحت رقم ٢٤٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « بإعلان رسمي » بكلمة « بالكتابة » حسب المنازعات ، وأصبحت المادة رقها ٣٣٤ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٧ - ص ١٩٩).

م ٣٣٨ : ورد هذا النص في المادة ٤٧٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٠ في المشروع النهائي . م وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٣٢ و ٣٣٦ (مطابقتان للمادتين ٣٣٤ و ٣٣٨ من التقنين المدني المصري) .

ويخلص من هذه النصوص أن للمدين الوفاء بارادته المنفردة عن طريق عرض الدين عرضاً حقيقياً على الدائن ثم إيداعه بعد ذلك ، أو عن طريق إيداعه مباشرة دون عرض ، في الحالتين الآتيتين : (١) إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء أو قام بعمل يعدل هذا الرفض ، وهنا يجب العرض أولاً فإذا رفضه الدائن وجب الإيداع . (٢) إذا تعذر على المدين الوفاء للدائن لسبب جدى ، وهنا لا محل للعرض الحقيقى بل يتم الإيداع مباشرة دون عرض .

٤٢٧ - رفض الدائن قبول الوفاء : يجد المدين نفسه مضطراً

إلى الوفاء بدينه بارادته المنفردة ، وذلك باتخاذ إجراءات العرض والإيداع ، إذا هو اصطدم برفض الدائن لاستيفاء دينه دون مبرر ، أو إذا قام الدائن بعمل مماثل لهذا الرفض .

والدائن يرفض استيفاء الدين إذا هو اعتقد أن المدين لا يوفيه له كاملاً أو لا يوفيه له وفاء صحيحاً أو نحو ذلك ويعتقد المدين أنه يقوم بوفاء صحيح ، فأمام هذا الخلاف لا يجد المدين بدءاً من عرض الدين وإيداعه . وقد يكون الدائن

التقنين المدنى اليابى م ٣٢١ و ٣٢٥ (مطابقتان للمادتين ٣٣٤ و ٣٣٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٣٨٥ : ١ - إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ، أو رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدينها ، أو إذا أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، فيجوز للمدين أن ينذر الدائن بوجوب استيفاء حقه فى مدة مناسبة يحددها الإصدار . ٢ - ولا يتم إصدار الدائن إلا إذا أودع المدين الشيء على ذمة الدائن بعد انقضاء هذه المدة وأنذره بهذا الإيداع . (ويختلف هذا النص فى الحكم عن نص التقنين المصرى فى أن إصداره الدائن وما يترتب عليه من النتائج لا يتم فى التقنين العراقى إلا بعد الإيداع ، أما فى التقنين المصرى فيتم بمجرد تسجيل رفض الدائن قبول الوفاء بإعلان رسمى وبرقير العرض الحقيقى والإيداع : انظر الأستاذ حسن الدنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٠٣ - فقر ٣٠٦) .

م ٣٨٦ (مطابقة للمادة ٣٣٨ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والمقود البنائى م ١/٢٩ : إن الدائن الذى يرفض لمبر سبب مشروع الإيفاء المعروض عليه بشروط منطبقة على الأصول يعد من جراء ذلك فى حالة التأخر منذ تحقق رفضه بصك رسمى . (وهذا النص يتفق فى الحكم مع نص المادة ٣٣٤ من التقنين المدنى المصرى) .

متعنتاً في رفضه لاستيفاء الدين ، فهنا أيضاً ، ومن باب أولى ، يحق للمدين أن يعرض الدين ويودعه (١) .

وبماثل رفض الدائن لاستيفاء الدين أن يقتضى الوفاء تدخل الدائن فيمتنع عن ذلك ، كما لو كان الدين واجب الوفاء في موطن المدين وأبى الدائن أن يسعى إليه في هذا الموطن .

وقد يسبق الدائن الحوادث فيعلن ، قبل أن يعرض المدين الوفاء ، أنه لن يقبله إذا عرض عليه ، فعندئذ يحق للمدين أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً ثم يودعه (٢) .

٢٨ — تعذر الوفاء للرئيس : وقد يجد المدين نفسه في حالة يتعذر

معها أن يوفى دينه للدائن مباشرة ، ويتحقق ذلك في الفروض الآتية :

أولاً — إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه . مثل ذلك أن يكون الدائن الأصلي قد مات عن ورثة انتقل إليهم الدين ، ولكن المدين يجهل من هم هؤلاء الورثة أو أين موطنهم ، وقد حل الدين ويريد المدين أن يتخلص منه بالوفاء ، فلا يعرف لمن يوفيه . عند ذلك لا يسعه إلا أن يودع الدين على ذمة صاحبه ، دون عرض حقيقى أو إعدار ، إذ يجهل من هو الدائن الذى يعرض عليه الدين . أو أين هو (٣) .

(١) ويعتبر تعنتاً من الدائن أن يرفض الوفاء لتأخر المدين قليلاً عن دفع ثمن الأرض التى اشتراها ، أملاً في فسخ البيع بعد أن ارتفعت قيمة الأرض (استئناف مختلط ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٨) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويسجل الإعدار على الدائن رفض الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً دون مبرر ، أو امتناعه عن القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها كاستناع المشتري عن التصديق على امضائه لإجراء تسجيل عقد البيع ، أو تصريحه بأنه لا يقبل الوفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠) .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩ — وقد يعرف المدين ورثة الدائن ، ولكن هؤلاء الورثة لا يتفقون جميعاً على شطب الرهن (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٥) .

ثانياً - إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ، ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء . وقد يكون الدائن عديم الأهلية أو ناقصها منذ نشوء الدين ويبقى على هذا الوضع إلى أن يجل ، فلا يجد المدين بداً من إيداع الدين على ذمة هذا الدائن دون أن يعرضه عليه عرضاً حقيقياً ، إذ ليست للدائن أهلية الاستيفاء . وقد يجد المدين نفسه ، بعد أن كان دائنه كامل الأهلية ثم مات عن وارث قاصر ، أمام هذا الوارث وليس له نائب يقبل عنه الوفاء ، فيضطر أيضاً في هذه الحالة إلى إيداع الدين على ذمته .

ثالثاً - إذا كان الدين متنازِعاً عليه بين عدة أشخاص . وهنا أيضاً لا يجد المدين من الحكمة أن يحمل التبعة في حسم هذا النزاع فيوفى الدين لمن يعتقد أنه على حق من المتنازعين ، وإلا كان مسئولاً عما قد يقع فيه من الخطأ . فلا يجد بداً من إيداع الدين على ذمة أى من المتنازعين يكون هو الدائن الحقيقي ، دون أن يسبق هذا الإيداع عرض للدين . ومثل التنازع على الدين أن يستوفى الدائن حقه من الغير فيحل الغير محله فيه ، ويحول في الوقت ذاته هذا الحق لمحال له يعلن الحوالة للمدين ، فيتنازع الدين الموفى والمحال له كل منهما يدعى أنه الأولي بالدين (١) . ومثل ذلك أيضاً أن يموت الدائن ، فيتنازع الدين الوارث ومرصى له بالدين إذ يطعن الوارث في الوصية بالبطلان .

رابعاً - إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر هذا الإجراء . فتتقاسم سبب جدى يمنع المدين من عرض الدين على الدائن وهو مع ذلك يريد الوفاء به ، فليس أمامه إلا أن يودعه على ذمة الدائن . مثل ذلك أن يريد المشتري الوفاء بالثمن للبائع ، ولكن البائع يمتنع عن القيام بما يجب للتصديق على إمضائه في عقد البيع ، فلا يجد المشتري بداً من إيداع الثمن على ذمة البائع بشرط ألا يقبضه إلا بعد التصديق على الإمضاء ، ثم يعتمد بعد ذلك إلى رفع دعوى بثبوت البيع . ومثل ذلك أيضاً أن يريد المدين الوفاء بدين لغير الدائن حتى فيه ،

(١) أما إذا كان كل من المتنازعين في الدين محالاً له ، وسبق أحدهما الآخر في إعلان الحوالة للمدين ، فالأولى منهما بداهة هو من سبق إلى هذا الإعلان ، ولا يحق للمدين في هذه الحالة أن يمتنع من الوفاء له بالدين مكتفياً بالإيداع ، إذ النزاع هنا غيرى جدى لوضوح حق السابق .

ولا يستطيع المدين أن يحصل على مخالصة من هذا الغير ، فلا يسعه في هذه الحالة إلا أن يودع الدين (١) .

وفي هذه الفروض المتقدمة التي يتعذر فيها على المدين الوفاء للدائن ، ليس على المدين إلا أن يودع الدين ، دون حاجة إلى عرض حقيقي كما قدمنا ، فتبرأ ذمته من الدين (٢) .

وإذ فرغنا من بيان الأحوال التي يجوز فيها للمدين إيداع الدين بعد عرض حقيقي أو دون عرض ، يبقى أن نبحث مسألتين : (١) إجراءات العرض الحقيقي والإيداع (٢) ما يترتب على القيام بهذه الإجراءات من الآثار (٣) .

(١) استئناف مختلط ٣ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٨ - وأنظر في هذه الفروض الأربعة المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٥ .

(٢) أما في الفروض التي يرفض فيها الدين استيفاء الدين أو التي يقوم فيها بعمل مماثل ، فلا بد أن يسبق الإيداع عرض حقيقى للدين كما قدمنا . وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد إرسال خطاب موسى عليه من المدين للدائن يقول عنه المدين أنه كان به حوالة يريد بمبلغ الدين ، ويقول الدائن إنه حين لم يقبل تسلمه لم يكن يعلم بما احتواه - ذلك ، حتى مع صحة قول المدين ، لا يعتبر طريق وفاء قانونية ، وخصوصاً إذا لم يثبت أن الدائن كان يعلم باحتواء الخطاب لهذا المبلغ . ولقد كان من الواجب على المدين لكي تبرأ ذمته أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً (نقض مدنى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٧ ص ٤٣٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من أراد أن يخلى عقاراً هو ملزم بتخليته ، يجب عليه أن يعرض التخلية عرضاً حقيقياً (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٠٦) . وقضت أيضاً بأن المدين الذى يعلن أنه يريد الوفاء ، ولا يقرن هذا الإعلان بإجراءات العرض الحقيقى ، يكون ملزماً بالفوائد حتى يتم العرض (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٢٠) ، ويحكم عليه بالمصروفات (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٢) .

(٣) وطريقة العرض الحقيقى والأبداع ، التي سار عليها التقنين المدنى وتقنين المرافعات فيما يستخلص من مجموع نصوصهما ، هي الطريقة المتبعة في القوانين اللاتينية . أما التقنين الألماني (م ٢٩٣ -) . تتبع طريقة أبسط ، إذا اكتفى بمجرد إعداد الدائن (أنظر في المقابلة ما بين الطريقتين كولان وكايبثان ودى لامورانديير ٢ فقره ٤٩٩ - دى باج ٣ فقرة ٤٩٣) . على أن التقنين المدنى الجديد ، كما سنرى ، أخذ عن التقنين المدنى الألماني بعض أحكامه فيما رتبته من النتائج على إعداد الدائن .

المطلب الأول

إجراءات العرض الحقيقي والإيداع

٤٢٩ - وجوب التفسير بين نصوص التقنين المدني ونصوص

تقنين المرافعات : تضمن التقنين المدني طائفة من النصوص في خصوص العرض الحقيقى والإيداع ، وأحال في بقية المسائل على تقنين المرافعات . ولكن تقنين المرافعات لم تنسق نصوصه مع نصوص التقنين المدني ، ويبدو لأول وهلة أن هناك شيئاً من التنافر بين هاتين الطائفتين من النصوص . فلا بد إذن من التوفيق ما بين التقنينين ، وإعمال نصوص كل منهما بحيث لا يتعارض ذلك مع إعمال نصوص التقنين الآخر .

٤٣٠ - مراحل ثلاث : ويبدو - للتوفيق ما بين التقنينين - أن هناك

مراحل ثلاثا :

(المرحلة الأولى) مرحلة إعداد الدائن ، وما يترتب على هذا الإعداد من نتائج قانونية . وهذه المرحلة انفرد بذكرها التقنين المدني .

(المرحلة الثانية) مرحلة عرض الدين عرضاً حقيقياً على الدائن . وهي مرحلة انفرد برسم إجراءاتها تقنين المرافعات .

(المرحلة الثالثة) مرحلة إيداع الدين على ذمة الدائن . وهذه مرحلة اشترك في رسم إجراءاتها كل من التقنين المدني وتقنين المرافعات .

٤٣١ - (١) مرحلة اعذار الدائن : يبدأ المدين بعرض الوفاء على

الدائن عرضاً فعلياً صحيحاً . والعرض الصحيح هو أن يعرض المدين الوفاء طبقاً للقواعد القانونية لئلا يتردد في شأنه . فيعرض لديه وله لحقاته غير منقوصة ، ويعرضه في وقت حلوائه ، وفي مكان الوفاء ، ويكون المدين أهلاً لوفاء الدين

ويكون الدائن أهلاً لاستيفائه (١). وليس من الضروري أن يكون هذا العرض الفعلي على يد محضر، فتدخل المحضر إنما يكون عند إعذار الدائن وعند العرض الحقيقي للدين. ويمكن أن يبدأ استعداده، إذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر، لوفاء الدين للدائن. ويتم ذلك بأية طريقة تفي بهذا الغرض، فيصح أن يتم بالكتابة لتيسير الإثبات؛ ويحسن أن تكون الكتابة مسجلة موسى عليها حتى لا يقع نزاع في تسلمها.

فاذا رفض الدائن قبول الوفاء على هذا الوجه، فعلى المدين عندئذ أن يسجل على الدائن رفضه بإعلان رسمي على يد محضر (٢). ويعتبر هذا الإعلان إعذاراً للدائن برفضه للوفاء.

٤٣٢ — ما يترتب على إعذار الدائن من النتائج — النصوص

القانونية: ويترتب على إعذار الدائن على الوجه المتقدم الذكر نتائج خطيرة، كانت تترتب في عهد التقنين المدني السابق على العرض الحقيقي والإيداع، وقد رتبها التقنين المدني الجديد على مرحلة سابقة للعرض والإيداع، هي مرحلة إعذار الدائن. فنصت المادة ٣٣٥ من هذا التقنين على ما يأتي:

« إذا تم إعذار الدائن، تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه، ووقف سريان الفوائد، وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر (٣).

(١) انظر المادة ١٢٥٨ من التقنين المدني الفرنسي وما ورد في شأنها في بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٩٧ - فقرة ١٦١١ - بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٨.

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يكتفي في هذا الإعذار بمجرد الكتابة، كما كان يكتفي بمجرد الكتابة أيضاً في إعذار المدين. ولكن لجنة مجلس الشيوخ عدلت النصوص فجعلت الإعذار، سواء بالنسبة إلى المدين أو بالنسبة إلى الدائن، بإعلان رسمي على يد محضر (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠ - وانظر تاريخ نص المادة ٣٣٤ آنفاً فقرة ٤٢٦ في الهامش).

(٣) تاريخ النص. ورد هذا النص في المادة ٤٧١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٧ في المشروع النهائي، ثم وافق عليه مجلس النواب، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٩ - ص ٢٠١).

ويتبين من هذا النص أن النتائج التي يربتها القانون على إعدار المدين للدائن هي ما يأتي :

أولاً- يتحمل الدائن تبعه هلاك الشيء أو تلفه ، وذلك فيما إذا كان الهلاك أو التلف مما يحمل المدين تبعته قبل إعدار الدائن . مثل ذلك أن يعرض البائع تسليم المبيع على المشتري عرضاً صحيحاً تتوافر فيه الشروط التي قدمناها ، فيأبى المشتري تسلم المبيع دون مبرر . عند ذلك يسجل البائع رفض المشتري لتسلم المبيع عن طريق إعلان رسمي على يد محضر . ومنذ وصول هذا الإعلان للمشتري يصبح هو الذي يتحمل تبعه هلاك المبيع أو تلفه ، وكان الذي يتحمل هذه التبعة قبل الإعلان هو البائع لا المشتري . وقد نصت المادة ٤٣٧ مدني على هذا الحكم صراحة ، فقضت بأنه « إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع » .

ثانياً - يقف سريان الفوائد فيما إذا كان الدين فتوداً تنتج فوائد ، سواء

= ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن المادة ١٧٤/٢٣٧ من هذا التقنين كانت ترتب للمدين حقاً في التعويض إذا امتنع الدائن عن قبول الوفاء ، وكان النص يجري على الوجه الآتي : « لا تبرأ ذمة من تعهد بعمل شيء بمجرد عرضه على المتعهد له أنه ستمتد لعمله ، إنما له عند امتناع المتعهد له عن قبول العمل وقت العرض أن يطالبه بتعويض الضرر المترتب على امتناعه » .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣٣ (وهي مطابقة للمادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري) - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٢٢ (وهي مطابقة للمادة ٢٣٣ من التقنين المدني المصري) - ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي ، وقد قدمنا أن التقنين العراقي لا يجعل الدائن ممدراً إلا بإيداع المدين الشيء على ذمة الدائن : انظر المادة ٣٨٥ مدني عراقي - وفي تقنين الموجبات والتقود اللبناني المادة ٢٩٤ ، وتجري على الوجه الآتي : « إن الدائن الذي يرفض لغير سبب مشروع الإبقاء المعروف عليه بشروط منطبقة على الأصول يعد من جراء ذلك في حالة التأخر منذ تحقق رفضه بصك رسمي - ومن ذلك حين يصبح خطر هلاك الشيء أو تعييه على عهدة هذا الدائن ، وينقطع حكم الفائدة عن الدين . وعلاوة على ذلك يحق عندئذ للمدين إيداع موضوع الموجب وتحميل الدائن عبء النفقة والمخاطر ، وتبرأ ذمته على هذا الوجه من الموجب » . ويتفق هذا الحكم مع الحكم الوارد في المادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري .

كانت هذه الفوائد اتفاقية أو قانونية (١) . ولا حاجة ، في وقف سريان الفوائد ، للعرض الحقيقي والإيداع ، بل يكفي إعداز الدائن على الوجه المتقدم الذكر . ووجه هذا الحكم ظاهر ، إذ المفروض أن الدائن يرفض استيفاء الدين دون مبرر ، والمدين يعرض الوفاء حتى يتخلص من الدين وفوائده ، فالدائن هو المتعنت ويكون من العدل وقف سريان الفوائد .

ثالثا - جواز عرض المدين للدين على الدائن عرضاً حقيقياً وإيداعه إياه بعد ذلك على نفقة الدائن . ونص المادة ٣٣٥ من التقنين المدني بقول في هذا الصدد : « وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن » ، فلا ينكلم عن العرض الحقيقي ، وكأن التقنين المدني قد استعاض عن العرض الحقيقي بالإعداز . ولكن تقنين المرافعات نص في المادة ٧٨٦ على أن « للمدين إذا أراد تبرئة ذمته مما هو مقربه ، نقداً كان أو غيره ، أن يعرضه فعلياً على دائته على يد محضره . وهذا هو العرض الحقيقي الذي لا بد أن يسبق الإيداع . ثم إن التقنين المدني نفسه يشير إشارة عارضة إلى العرض الحقيقي والإيداع ، ويحيل في الإيداع على تقنين المرافعات ، فيقول في المادة ٣٣٩ : « يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات ... » وكذلك تشير المادة ٣٤٠ في فقرتها إلى العرض (٢) .

من أجل ذلك نرى - للتوفيق بين التقنين المدني وتقنين المرافعات - أن تجعل مرحلة إعداز الدائن سابقة على مرحلة العرض الحقيقي ، دون أن تغني عنها .

ولكننا نرى ، من جهة أخرى ، أن المدين يستطيع أن يستغنى عن مرحلة الإعداز ، وأن يقوم مباشرة بالعرض الحقيقي وفقاً للقواعد المقررة في تقنين

(١) استئناف مغتلط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٤٨ .

(٢) ومن ذلك أيضاً ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، في خصوص النتائج التي تترتب على إعداز الدائن ، أن من بين هذه النتائج « تحويل المدين حق اتخاذ إجراءات العرض الحقيقي وإتباع هذا العرض بالإيداع على نفقة الدائن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠) ، وهذا صريح في أن الإعداز يليه عرض حقيقى ، ثم يل للعرض الحقيقي الإيداع . فتتسجم بذلك نصرة التقنين المدني مع نصرة تقنين المرافعات .

المرافعات . غير أن النتائج التي كانت تترتب على الإعذار والتي بسطناها فيما تقدم ، تتأخر في هذه الحالة إلى حين العرض الحقيقي .

على أن الإعذار ، إلى جانب أنه يعجل بالنتائج التي تترتب عليه ، يكون دليلاً قاطعاً على أن الدائن قد رفض استيفاء الدين ، فتكون نفقات العرض الحقيقي ثم نفقات الإبداع في هذه الحالة على الدائن ، كما تقول المادة ٣٣٥ مدني فيما قدمناه .

رابعاً - مطالبة المدين للدائن بتعويضه عن الضرر الذي أصابه من جراء امتناع الدائن دون مبرر عن استيفاء الدين . فإلى جانب تحمل الدائن تبعة هلاك الشيء ، وإلى جانب وقف سريان الفوائد وتحميل الدائن نفقات العرض الحقيقي والإبداع ، قد يصيب المدين ضرر آخر ، كأن يكون محل الدين عيناً معينة بالذات ، ويمتنع الدائن دون مبرر عن تسليمها فتبقى شاغلة للمكان الذي هي فيه مدة طويلة . فيكون للمدين في هذه الحالة أن يطالب الدائن بتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك ، ويتمثل هذا التعويض عادة في أجرة هذا المكان طول المدة التي شغلته فيها العين دون مبرر (١) .

٤٣٣ - (ب) مرحلة العرض الحقيقي : وتلي مرحلة إعذار الدائن

مرحلة العرض الحقيقي كما قدمنا . وتقتضي المرافعات هو الذي تكفل برسم إجراءات هذه المرحلة على الوجه الآتي :

إذا كان الشيء محل الدين نقوداً أو شيئاً آخر مما يمكن تسليمه للدائن في موطنه ، فعلى المدين أن يعرضه عرضاً فعلياً على الدائن في موطنه على يد محضر (م ٧٨٦ مرافعات) (٢) . أما ما لا يمكن تسليمه للدائن في موطنه ، كالعقارات

(١) أوبري ودرو في فقرة ٢٢٢ ص ٣٠٦ - انظر في كل ما تقدم المذكورة الإنشائية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأسال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠ .

(٢) وإذا كان الدين نقوداً ، وجب عرض جميع المبالغ المستحقة والفوائد والمصروفات التي صفت وبلغ إجمالاً حساب المصروفات التي لم تصنف ، ولا يجوز أن تكون المبالغ المعروضة أقل من ذلك ، إلا إذا كان الفرق ضئيلاً ويرجع إلى تعذر تحديد المبالغ المستحقة على وجه الدقة أو إلى مجرد خطأ في الحساب (استئناف مخطوط ٣ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٩٩ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤١ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣) .
(م ٤٧ - الوسيط)

أو المنقولات التي لا يتيسر نقلها إلا بمشفقة ومؤونة ، فيحصل عرضها عرضاً حقيقياً على الدائن بمجرد تكليفه على يد محضر (٧٨٧ مرافعات) . ويجب أن يشتمل محضر العرض أو ورقة التكليف على بيان جنس النقود وعددها وبيان الشيء المعروض بياناً دقيقاً وعلى شروط العرض وذكر قبول المعروض أو رفضه (م ٧٨٨ مرافعات) .

وقد نصت المادة ٧٩٢ من تقنين المرافعات على نوع خاص من العرض الحقيقي باجراءات مختصرة ، هو العرض حال المرافعة أمام المحكمة . فقضت بأنه يجوز العرض الفعلي حال المرافعة أمام المحكمة بدون إجراءات أخرى إذا كان من يوجه إليه العرض حاضراً . وتسلم النقود المعروضة عند رفضها لكاتب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة ، ويذكر في محضر الإيداع ما أثبت بمحضر الجلسة من تقارير الخصوم خاصاً بالعرض ورفضه . وإذا كان المعروض في الجلسة من غير النقود ، تعين على المعارض أن يطلب إلى المحكمة تعيين حارس عليه لحفظه كما ذكر ، ولا يقبل الطعن في الحكم الصادر بتعيين الحارس . وللمعارض أن يطلب على الفور الحكم بصحة العرض .

هذا وإذا قبل الدائن العرض ، ذكر المحضر ذلك في محضره ، وقبض الدائن الدين من يد المحضر . وبذلك يتم الوفاء له بالدين . وكان عليه هو مصروفات العرض (١) ، إلا إذا تبين أنه لم يكن التسبب في هذه الإجراءات وأن المدين كان متسرعاً في الالتجاء إليها . وإن لم يقبل الدائن العرض ، ذكر المحضر ذلك في محضره ، وانتقل بعد ذلك إلى مرحلة الإيداع (٢)

(١) ولكن لا يجوز للمدين أن يستنزل مقدماً من المبالغ المعروضة مصروفات العرض ، فإن هذه المصروفات لا تكون على الدائن إلا إذا كان العرض صحيحاً (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣٤ ص ٧٢٥) .

(٢) ولا بد ، كما قدمنا ، من العرض الحقيقي قبل الإيداع ، وإلا فالإيداع وحده لا يكون مبرئاً للذمة (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٠ - ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٢ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٩) ، وذلك ما لم يكن العرض الحقيقي متعذراً كأن كان المدين يجهل ورثة الدائن على وجه التحقيق (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٤٣٤ - (ج) رمز الإيداع - نصوص قانونية : تكفل تقنين

المرافعات أيضاً برسم إجراءات هذه المرحلة ، وجاء في التقنين المدني بعض نصوص في خصوصها . وتتلخص أحكام مرحلة الإيداع ، كما وردت في نصوص التقنين ، فيما يأتي :

المعروض إما أن يكون نقوداً أو غير نقود .

فإن كان من النقود ، ورفض الدائن العرض ، قام المحضر بإيداع هذه النقود خزانة المحكمة في اليوم التالي لتاريخ محضر العرض على الأكثر . وعلى المدعي إعلان الدائن بصورة من محضر الإيداع (١) في ظرف ثلاثة أيام من تاريخه (٧٨٩ مرافعات) .

وإن كان المعروض من غير النقود ، ورفض الدائن العرض ، جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس لحفظه في المكان الذي يعينه (م ٧٩٠ مرافعات) .

وقد ورد في التقنين المدني في هذا الخصوص نصان يكملان نصوص تقنين المرافعات .

فنصت المادة ٣٣٦ مدني على أنه : « إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات ، وكان الواجب أن يسلم في المكان الذي يوجد فيه ، جاز للمدين ، بعد أن ينذر الدائن بتسلمه ، أن يحصل على ترخيص من القضاء في إيداعه . فإذا كان هذا الشيء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة (٢) » . وهذا النص ، للتوفيق بينه وبين المادة ٧٩٠ مرافعات ،

(١) والعبرة فيما إذا كان الإيداع قد تم مع التخصيص (dépôt effectué avec affectation spéciale) ، بمحضر الإيداع لا بمحضر العرض (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٨ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠١ - ص ٢٠٢) .

يجب أن يجعل مفصلاً لأحكام هذه المادة . ويجب إذن أن نميز في غير النفود بين ما يمكن نقله وإيداعه كمجوهرات وعروض بسيرة النقل ، وبين ما هو معد للبقاء حيث وجد كالعقارات وبعض المنقولات العسيرة النقل والتي هي معدة لتبقى حيث هي كالألات الزراعية والسيارات والمؤن وأدوات العمارة (١) ونحو ذلك . فإذا كان المعروض مما يتيسر نقله ، جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة وفقاً للمادة ٧٩٠ مرافعات ، أو أن يطلب بعريضة من قاضي الأمور الوقفية وفقاً للمادة ٣٣٦ مدني ، أمراً بتعيين حارس لحفظ الشيء في المكان الذي يعينه القاضي (٢) ، وقد يكون هذا المكان هو خزانة المحكمة إذا تيسر ذلك كما هو الأمر في إيداع المجوهرات والأوراق المالية ونحوها . أما إن كان المعروض مما لا يتيسر نقله بل كان معداً للبقاء حيث وجد ، جاز

= وقد جاء في التقنين المدني السابق (م ١٧٦ / ٢٣٩) في هذا الخصوص ما يأتي : « تبرأ ذمة المتعهد بتسليم عقار إذا استحصل على تعيين أمين حارس للعقار المذكور بحكم يصدر بمواجهة المتعهد له أو في غيبته بعد تكليفه بالحضور أمام المحكمة » .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٢٤ (وهي مطابقة له) - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٣ (وهي أيضاً مطابقة له) - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٨٧ / ١ ، وتجري على الوجه الآتي : « إذا كان محل الوفاء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد ، وطلب المدين من المحكمة وضعه تحت يد عدل ، قام تسليمه الشيء للعدل مقام الإيداع » (والحكم متفق مع حكم المادة ٣٢٦ مصري) - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٩٥ ، وتجري على الوجه الآتي : « إذا كان موضوع المرجب عملاً ما ، لا تسليم شيء ، يحق للديون منذ وجود الدائن في حالة التأخر أن يفسخ العقد وفقاً للأحكام المختصة بتأخر المدين » . وهذا النص لا مقابل له في التقنين المصري ، ولكن يمكن العمل بحكمه في مصر لاتفاقه مع التواعد العامة . وليس هذا من باب العرض والإيداع ، وإنما يقوم الحكم على أنه إذا كان على المدين واجب عرض الوفاء ، فعلى الدائن كذلك واجب قبوله ، فإذا لم يتم الدائن بواجبه كان للمدين أن يفسخ العقد ليتخلص هو أيضاً من القيام بواجبه : انظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٢٦ .

وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ .

(١) نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٢ ص ٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط أن يكون المدين قد حصل مبدئياً على حكم بإيداع السيارة المعروضة على الدائن في جراج ، بل يصح أن يودع السيارة الجراج على أن يعرض الأمر بعد ذلك على القضاء ليقول كلمته فيما إذا كان هذا العرض صحيحاً وهل يعتبر إجراء مائلاً للإيداع (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ ص ١٠٢٢) .

للمدين ، بالطريقة نفسها ، أن يطلب تعيين حارس لحراسته حيث يوجد دون أن ينقل . وفي جميع هذه الأحوال تقوم الحراسة ، في المكان الذي يعين أو في المكان الذي يوجد فيه المعروض ، مقام الإيداع .

على أن الأشياء المعروضة قد تكون مما يسرع إليه التلف كالسمن والزيت والدقيق ونحو ذلك ، أو تكون مما يكلف نفقات باهظة في إيداعه أو حراسته كالماشى وبعض المحصولات الزراعية ، فهذه وتلك عرضت لها المادة ٣٣٧ من التقنين المدني فنصت على ما يأتي : « ١ - يجوز للمدين ، بعد استئذان القضاء ، أن يبيع بالمزاد العلني الأشياء التي يسرع إليها التلف ، أو التي تكلف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها ، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة . ٢ - فإذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق ، أو كان التعامل فيه متداولاً في البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٩ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ اقترح أن يضاف إلى النص بعد عبارة « استئذان القضاء » عبارة « بأمر على عريضة » ، ورفضت اللجنة هذا الاقتراح إذ مادام الأمر يتعلق بسلطة القاضى الولائية فإن مفهوم ذلك بداهة أن يتم الاستئذان باستصدار أمر على عريضة ، ووافقت اللجنة على النص دون تعديل تحت رقم ٣٣٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٣ - ص ٢٠٤) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى المادة ٣٣٥ (وهى مطابقة له) - وفي التقنين المدنى الليبى المادة ٣٢٤ (وهى أيضاً مطابقة له) - وفي التقنين المدنى العراقى المادة ٢/٣٨٧ ، وتجرى على الوجه الآتى : « وإذا كان شيئاً يسرع إليه التلف أو يكلف نفقات باهظة في إيداعه ، فإنه يجوز للمدين ، بعد استئذان المحكمة ، أو دون استئذان عند الضرورة ، أن يبيعه بسعره المعروض في الأسواق ، فإن تعذر ذلك فبالمزاد العلنى ، ويقوم إيداع الثمن مقام إيداع الشيء نفسه » . وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى ، إلا أن التقنين العراقى يبيح عند الضرورة عدم استئذان القضاء في بيع الشيء - وفي تقنين الموجبات والمقود اللبنانى المادة ٢/٢٩٦ ، وتجرى على الوجه الآتى : « أما إذا كان الشيء غير قابل للإيداع كأن يكون مثلاً قابلاً للتلف ، أو يكون حفظه مدعاة لنفقات باهظة ، جاز للمدين ، بعد استئذان القاضى ، بيعه علناً وإيداع الثمن » . وهذا حكم يتفق مع حكم التقنين المصرى .

انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ .

وقارب استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٠ .

فاذا ما أودع الشيء - بعد عرضه عرضاً حقيقياً على الدائن - على النحو السابق ، كان للعرض والإيداع آثار قانونية تنتقل الآن إلى بيانها .

المطلب الثاني

ما يترتب على العرض والإيداع من الآثار

٤٣٥ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٣٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء ، إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات ، أو تلاه أى إجراء مماثل ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٨/١٧٥ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٦ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٨٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني العبارة الأخيرة من المادة ٢/٢٩٤ والمادة ٢٩٨ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧٥ من المشروع التهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٩ (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٢٠٧ - ص ٢٠٨) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٣٨/١٧٥ : رجع ذلك إذا كان الدين عبارة عن عقود أو منقولات ، فتنبرأ ذمة المدين بعرضه الدين على الدائن عرضاً حقيقياً بالتطبيق للقواعد المبينة في قانون المرافعات .

وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصري الجديد .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٣٧ (مطابقة للمادة ٣٣٩ من التقنين المدني المصري) .

ويتبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين فرضين: (أولاً) العرض والإيداع بعد قبول الدائن أو بعد صدور حكم نهائي بصحة العرض . (ثانياً) العرض والإيداع قبل القبول أو صدور الحكم .

١٥ - أثر العرض والإيداع بعد قبول الدائن أو بعد

صدور حكم بصحة العرض

٤٣٦ - قبول الدائن للعرض : قد يقبل الدائن العرض في النهاية ، وذلك بعد أن يكون قد رفضه وبعد أن يكون الإيداع قد تم بناء على هذا الرفض . ويجب أن يعلن قبوله للمدين حتى ينتج القبول أثره ، وإلا جاز للمدين قبل وصول القبول إلى علمه أن يرجع في العرض (١) على الوجه الذي سنبينه .

ويجب أيضاً ، حتى يجوز للدائن أن يقبل عرضاً سبق له رفضه ، أن يثبت المودع لديه (أو خزانة المحكمة) أنه أخبر المدين بإعلان رسمي على يد محضر أنه سيسلم الشيء المودع للدائن ، وذلك قبل حصول التسليم فعلاً بثلاثة أيام

- التقنين المدني الليبي م ٢٢٦ (مطابقة للمادة ٢٣٩ من التقنين المدني المصري) .

للتقنين المدني العراقي م ٢٨٦ : ١ - يقوم الإيداع مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم بصحته . ٢ - وفي هذه الحالة تكون نفقات الإيداع على الدائن ، وهو الذي يتحمل تبعه ذلك الشيء من وقت الإيداع ، ومن هذا الوقت أيضاً يقف سريان الفوائد . (ويضيق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري ، إلا أن التقنين العراقي يربط ، كما قلنا ، على الإيداع الآثار التي يرتبها التقنين المصري على إغذار الدائن) .

تقنين الموجبات والعقود البنائي م ٢٩٤/٢ (البابرة الأخيرة) : وتبرأ ذمته على عدا الوجه من الموجب (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري ، غير أن نص التقنين اللبناني لا يذكر صراحة قبول الدائن للعرض أو الحكم بصحته ، ولكن القواعد العامة تقتضي ذلك ، كما أن هذا الحكم يستنتج من المادة ٢٩٧ لسنة) .

م ٢٩٨ : إن نفقة الإيداع على الدائن حتماً يكون الإيداع شروهاً (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري) .

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٢٢ .

على الأقل . وعند تسليم الشيء للدائن ، يجب عليه أن يسلم المودع لديه صورة محضر الإيداع التي تسلمها مع مخالصة بما قبضه .

وقد نصت على هذه الأحكام صراحة المادة ٧٩٤ من تقنين المرافعات ، إذ تقول : « يجوز للدائن أن يقبل عرضاً سبق له رفضه ، وأن يتسلم ما أودع على ذمته ، إذا لم يكن المدين قد رجع في عرضه ، وأثبت المودع لديه أنه أخبر مدينه على يد محضر بعزمه على التسليم قبل حصوله بثلاثة أيام على الأقل . ويسلم الدائن المودع لديه صورة محضر الإيداع المسلمة إليه مع مخالصة بما قبضه » (١) .

٤٣٧ - الحكم بصحة العرض والإيداع : فإذا لم يقبل الدائن العرض

بعد الإيداع ، فإن للمدين أن يطلب الحكم بصحة العرض والإيداع ، كما أن للدائن دون أن ينتظر رفع هذه الدعوى أن يبادر هو إلى رفع دعوى بطلان العرض والإيداع . وتنص المادة ٧٩١ مرافعات في هذا الصدد على أنه : « يجوز طلب الحكم بصحة العرض أو بطلانه ، وبصحة الإيداع أو عدم صحته ، بالطرق المعتادة لرفع الطلبات الأصلية أو العارضة » .

وفي دعوى صحة العرض والإيداع ، لا يجوز الحكم بصحة العرض وحده إذا لم يعقبه إيداع أو أى إجراء مماثل كوضع المعروض تحت الحراسة على النحو الذى قدمناه . ولا يقتصر الأمر على إيداع المعروض وحده ، بل يجب أن يعرض مع فوائده التى استحققت إلى يوم الإيداع . وقد وردت هذه الأحكام فى الفقرة الأولى من المادة ٧٩٣ من تقنين المرافعات ، إذ تنص على أنه : « لا يحكم بصحة العرض الذى لم يعقبه إيداع إلا إذا تم إيداع المعروض مع فوائده التى استحققت لغاية يوم الإيداع » (٢) .

(١) ويجوز أيضاً لدائن الدائن أن يقبل للعرض باسم الدائن ، عن طريق استئصال حقوق مدينه ، وأن يحجز على الشيء المودع تحت يد المودع لديه . فلا يجوز بعد الحجز للدائن أن يتسلم الشيء ، ولا للمدين أن يرجع فى العرض ، وذلك فى حدود ما لدائن الدائن من حق (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣١ مكررة أولاً) .

(٢) وترفع دعوى صحة العرض أمام محكمة موطن الدائن (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٩٦) . ومصرفات الإهذار وللعرض . الإيداع ، إذا حكم بصحة العرض ، -

٤٣٨ - ما يترتب من الأثر على قبول الدائن أو صدور حكم نهائي

بمضمون العرض والإيداع : فإذا ما قبل الدائن العرض والإيداع على النحو المتقدم الذكر ، أو صدر حكم نهائي بصحة العرض والإيداع وفقاً للقواعد التي أسلفناها ، قام العرض في هاتين الحالتين مقام الوفاء ، وبرئت ذمة المدين من الدين . ولا تتأخر براءة ذمة المدين إلى يوم الإيداع ، بل تبرأ ذمته من يوم العرض ، فإن النص صريح في أن الذي يبريء ذمة المدين هو العرض إذا تلاه الإيداع ، فالإيداع إذن شرط في إنتاج العرض لأثره ، وإذا تحقق استند هذا الأثر إلى يوم العرض . وهذا ما تنص عليه المادة ٣٣٩ مدني فيما قدمناه ، فهي تقضي بأن يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه

- تكون على الدائن (استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩) ، ولكن لا يجوز للمدين ، كما قدمنا ، أن يستنزل مقدماً من المبالغ المعروضة هذه المصروفات ، وذلك إلى أن يحكم بصحة العرض ويخصم بعد ذلك رسم الإيداع من الدين (نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩) . ولا يجوز أن تكون المبالغ المعروضة أقل من المبالغ المستحقة ، إلا إذا كان الفرق ضئيلاً كما سبق القول (استئناف مخطط ١٨ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٠١ - ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٧ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩ - ٣ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٩٩ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤١ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣) . ولا يجوز أن يكون الإيداع مقيداً بشروط (استئناف مخطط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٣٦ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢٦ - ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٢ - ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٥) ، إلا إذا كانت شروطاً يستلزمها الدين المعروض ، وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا حرص المدين الأدوات والمهمات المحكوم عليه بتسليمها إلى المدعين ، وقيد عرضه بأن يدفعوا له المبلغ الذي حكم له به نهائياً قبلهم بمقتضى نفس الحكم الذي ألزمه بتسليم الأشياء المعروضة ، فهذا العرض صحيح ، ومثل هذا الشرط لا يبطله ، لأن للمدين أن يشترط ما يكفل له حقه المحكوم له به (نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٢ ص ٢) . ولا يجوز عرض جزء من الدين هو الجزء الذي يقر به المدين إلى أن يحسم النزاع في الجزء الباقي ، فإذا حكم للدائن في هذا النزاع كان على المدين دفع فوائد كل الدين دون استئصال الفوائد عن الجزء الذي عرضه (استئناف مخطط ٣ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣) . وإذا حكم بصحة العرض والإيداع ، فلا محل في الحكم لإلزام المدين البريء بالذمة بالسداد ، بل ينص الحكم فقط على السماح للدائن بأن يسحب مما هو مودع على ذمته ما يبادل حقه (استئناف أهل ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١/١٥٥ ص ٢١٠) .

إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات أو تلاه أى إجراء مماثل ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته . وأيد هذا النص نص آخر فى تقنين المرافعات صريح فى أن براءة ذمة المدين إنما تكون من يوم العرض ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٩٣ مرافعات على ما يأتى : « ونحكم المحكمة مع صحة العرض ببراءة ذمة المدين من يوم العرض » (١) .

ومتى برئت ذمة المدين ، فقد برئت ذمة المدينين المتضامين معه والشركاء فى الدين والكفلاء وسقطت التأمينات العينية التى كانت تكفل الدين .

وبرراءة ذمة المدينين المتضامين والشركاء والكفلاء وسقوط التأمينات العينية هو أثر نهائى لقبول الدائن العرض أو للحكم النهائى بصحته ، فلا يجوز بعد ذلك أن ترجع ذمة هؤلاء مشغولة بالدين أو أن تعود التأمينات العينية ، حتى لو رجع المدين فى العرض وقبل الدائن منه هذا الرجوع . وهذا ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٤٠ مدنى ، إذ تقول : « فإذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامن » . والأصل فى ذلك أنه إذا قبل الدائن العرض ، أو حكم بصحته حكماً نهائياً ، لم يجوز للمدين بعد ذلك أن يرجع فيما عرض ، ويختص الدائن وحده بالشئ المعروض ولا يشاركه فيه سائر الغرماء . وقد نصت المادة ٧٩٦ من تقنين المرافعات على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « لا يجوز الرجوع عن العرض ، ولا استرداد المودع ، بعد قبول الدائن لهذا العرض أو بعد صدور الحكم بصحة العرض وصيرورته نهائياً . غير أنه إذا قبل الدائن من المدين رجوعه فى عرضه بعد قبول الدائن للعرض أو بعد الحكم النهائى بصحته ، فإن قبول الدائن لرجوع المدين فى العرض يكون أثره مقصوراً على العلاقة فيما بينه وبين المدين ، ولا يتجاوز ذلك إلى الغير من شركاء فى الدين وكفلاء وأصحاب حقوق عينية على العقار المرهون فى الدين ، فهؤلاء ينفيدون نهائياً

(١) ويقضى التقنين المدنى الفرنسى (م ٢/١٢٥٧) بمكس ذلك ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا من يوم الإيداع (أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٢٨ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١١ ص ٦١٦) .

من براءة ذمة المدين . ومن ثم تبرأ ذمة الشركاء والكفلاء كما قدمنا ، وبحق لأصحاب الرهون التالية في المرتبة للدائن الذى برئت ذمة مدينه عدم الاعتداد بالرهن الذى كان متقدماً على رهونهم وكان يكفل الدين (١) . أما في العلاقة ما بين الدائن والمدين ، بعد رجوع المدين في العرض وقبول الدائن لهذا الرجوع ، فان الدين الذى كان معروضاً ينقضى بقبول الدائن للعرض أو بالحكم نهائياً بصحته ، ولكن لما كان الدائن قد قبل من المدين الرجوع في هذا العرض ، فان ذمة المدين ترجع مشغولة بدين جديد معادل للدين القديم الذى انقضى . وإذا أريد أن يكفل هذا الدين الجديد كفلاء أو رهون ، فلا بد من الاتفاق على ذلك من جديد بين الدائن والمدين والكفلاء ، وتقوم هذه التأمينات من وقت هذا الاتفاق لا قبل ذلك (٢) .

٢٥ — أثر العرض والايدياع قبل قبول الدائن

وقبل صدور حكم بصحة العرض

٤٣٩ — النصرة القانونية : تنص المادة ٣٤٠ من التقنين المدني على ما يأتى :

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « متى قبل العرض المشفوع بالإيداع أو بإجراء مماثل له ، أو حكم بصحته ، أصبح لازماً وامتنع الرجوع فيه . ويكون لمثل هذا العرض حكم الوفاء ، ويمتد أثره إلى الماضي ، فيعتبر أنه تم وثبت إعلان العرض (وقد ورد خطأ : وقت إعلان الإيداع) ، وتعتبر ذمة المدين والملتزمين معه بالدين والكفلاء قد برئت من هذا الوقت . على أن الدائن أن يرفض رجوع المدين في عرضة الختير ، بعد القبول أو بعد صدور الحكم بصحته ، وعندئذ يعتبر الوفاء كأن لم يكن ، دون أن يخل ذلك بحقوق الملتزمين مع المدين بالدين أو الكفلاء ، فهؤلاء تبرأ ذمتهم نهائياً ، ولا يكون لهذا الرجوع أثر بالنسبة لهم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ — ص ٢١٠) .

وسرى أن ماورد في المذكرة الإيضاحية من أن الوفاء يعتبر كأن لم يكن ليس دقيقاً . ففى قبل الدائن العرض أو حكم نهائياً بصحته فقد تم الوفاء على وجه بات وانقضى الدين المعروض . فإذا رجع المدين بعد ذلك في العرض وقبل الدائن ذلك منه ، كان هذا بمثابة اتفاق على دين جديد تنشغل به ذمة المدين نحو الدائن ، كما سيأتى .

(٢) انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣٣ — بلانيسول وريبير وردوان ٧

فقرة ١٢١١ ص ٦١٧ .

« ١ - إذا عرض المدين الدين وأتبع العرض بإيداع أو باجراء مماثل ، جاز له أن يرجع في هذا العرض مادام الدائن لم يقبله أو مادام لم يصدر حكم نهائي بصحته . وإذا رجع ، فلا تبرأ ذمة شركائه في الدين ولا ذمة الضامين » .
 « ٢ - فإذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أو يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامين (١) » .
 وليس لهذا النص مقابل في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان منصوصاً عليه في المادتين ٦٩٣ - ٦٩٤ من تقنين المرافعات القديم .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٨٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٩٧ (٢)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
 « ١ - إذا عرض المدين الدين ، وأتبع العرض بإيداع أو إجراء مماثل ، جاز له أن يرجع في هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله أو ما دام لم يصدر حكم نهائي بصحته . ٢ - فإذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات » . وفي لجنة المراجعة أضيف حكم عدم براءة ذمة الشركاء في الدين والضامين إلى الفقرة الأولى في حالة رجوع المدين في عرضه قبل قبول الدائن للعرض وقبل الحكم بصحته ، وأضيف حكم براءة ذمة الشركاء في الدين والضامين في الفقرة الثانية في حالة رجوع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته إذا كان هذا الرجوع بموافقة الدائن . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٣٥٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ - ص ٢١١) .
 (٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٣٨ (مطابقة للمادة ٣٤٠ من التقنين المدني المصري) .

للتقنين المدني الليبي م ٣٢٧ (مطابقة للمادة ٣٤٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٨٩ (مطابقة للمادة ٣٤٠ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٩٧ : للمدينون أن يسترد الشيء المودع ما دام الدائن لم يصرح بقبوله الإيداع ، وفي هذه الحالة يعود الدين بجميع ملحقاته . (وهذا النص يتفق في الحكم مع نص التقنين المصري ، وإن لم يذكر في نص التقنين اللبناني إلا قبول الدائن بمرض ، وأغفل ذكر صدور الحكم بصحته ، ولكن صدور الحكم بصحة العرض يمنع في لبنان رجوع المدين في العرض وفقاً لقواعد العامة) .

ونصت المادة ٧٩٥ من تقنين المرافعات الجديد على ما يأتي : « ويجوز للمدين أن يرجع عن عرض لم يقبله دائته ، وأن يسترد من خزانة المحكمة ما أودعه ، متى أثبت أنه أخبر دائته على يد محضر برجوعه عن العرض وكان قد مضى على إخباره بذلك ثلاثة أيام » .

ويجب استكمال نص التقنين المدني بنص تقنين المرافعات للتوفيق ما بين النصين ، وليكون هناك تنسيق وانسجام ما بين النصوص . وهذا ما نسير عليه فيما يأتي :

٤٤٠ - متى يجوز للمدين الرجوع في العرض : للمدين ، بعد العرض والإبداء ، أن يرجع في العرض (١) إذا توافر شرطان :

(الشرط الأول) ألا يكون قد صدر قبول من الدائن للعرض ووصل هذا القبول إلى علم المدين ، وألا يكون في الوقت ذاته قد صدر حكم نهائي بصحة العرض .

(الشرط الثاني) أن يكون قد مضى ثلاثة أيام من رقت إبلاغ المدين الدائن على يد محضر برجوعه في العرض . فإذا اقتصر المدين على مجرد إعلان إرادته في الرجوع ، ولو أبلغ الدائن ذلك بكتاب مسجل أو بأية طريقة أخرى غير الإعلان الرسمي على يد المحضر ، جاز للدائن ألا يعتد بهذا الرجوع ، وأن يقبل العرض على الوجه المبين في المادة ٧٩٤ مرافعات وقد سبق بيان ذلك . فعندئذ يصبح العرض نهائياً ، ولا يمكن للمدين بعد ذلك أن يرجع فيه ولو أبلغ الرجوع للدائن على يد محضر . كذلك إذا رجع المدين في العرض ، وأبلغ الدائن رجوعه على يد محضر ، فإن للدائن ، في خلال ثلاثة أيام من يوم إبلاغه برجوع المدين أن يقبل العرض بعد تهيئة الطريق لهذا القبول وفقاً للمادة ٧٩٤ مرافعات ، وعندئذ

(١) وحق رجوع المدين في العرض حق متصل بشخصه ، فلا يجوز لدائنيه أن يستعملوه باسمه . فإذا وقع هؤلاء حجزاً على الشيء المرص ، ولم يرجع المدين في العرض ، كان المحرر باطلاً (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣١) . ولكن لما كان العرض يعتبر وفاة للمدين ، فلدائني المدين أن يطمئنا فيه بالدعوى البولصية وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ مدني .

لا يكون لرجوع المدين عن العرض أثر، وبصبح العرض نهائياً بقبول الدائن له .
ولا يعود بعد ذلك للمدين حق في الرجوع ، إلا بقبول الدائن لهذا الرجوع على
الوجه المبين في الفقرة الثانية من المادة ٣٤٠ مدني ، وقد سبق بيان ذلك .

٤٤١ - الأمر الذي ينترتب على رجوع المدين في العرض : فإذا

رجع المدين في العرض بعد توافر الشرطين المتقدمي الذكر على الوجه المبين
آنفاً ، فإن العرض يعتبر كأن لم يكن (١) ، وتكون مصروفات العرض
والإبداع على المدين لأنه هو الذي رجع فيما عرض (٢) .

وتبقى ذمة المدين مشغولة بالدين وملحقاته . وكذلك تبقى مشغولة بالدين ذمة
المدينين المتضامين الآخرين والشركاء في الدين والكفلاء ، كما تبقى التأمينات
العينية التي تكفل الدين (٣) . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة
٣٤٠ مدني فيما قدمنا . أما إذا كان رجوع المدين في العرض بعد قبول الدائن له
أو بعد الحكم بصحته ، وكان الرجوع بموافقة الدائن ، فقد رأينا أن المدينين
المتضامين والشركاء في الدين والكفلاء تبرأ ذمتهم ، وأن التأمينات العينية التي
كانت تكفل الدين تزول .

و يجوز ، بعد رجوع المدين في العرض وقبل استرداده للشيء المعروض من
خزانة المحكمة أو من تحت يد الحارس ، أن يوقع دائنوه - ومنهم نفس
الدائن الذي كان الدين معروضاً عليه - الحجز على هذا الشيء . أما قبل رجوع
المدين في العرض ، فلا يجوز للدائنين الآخرين غير الدائن المعروض عليه الدين
أن يوقعوا الحجز على الشيء المعروض أو أن يشاركوا فيه هذا الدائن الأخير
مشاركة الغرماء ، حتى لو كان ذلك قبل قبول العرض وقبل صدور حكم بصحته .

(١) وقد قفست محكمة النقض بأن الإبداع الحاصل على ذمة أحد دائني المدين لا يخرج به
المبلغ المودع عن ملكية المودع إلا بقبول الدائن له ، فقبل ذلك يستطيع المدين أن يوجه
المبلغ الذي أودعه أية جهة أخرى (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٧
ص ٣٣٣ . وأنظر أيضاً : استئناف مختلط ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٩) .

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٣٤ ص ٧٢٥ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٠ في الحامش .

الفصل الثاني

محل الوفاء

٤٤٢ - على أى شىء يقع الوفاء ومنى وأين يكونه : نبهت هنا موضوعين :

أولاً - على أى شىء يقع الوفاء وما يتبع هذا الشىء من ملحقات .
ثانياً - الزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء .

الفرع الأول

على أى شىء يقع الوفاء وما يتبع هذا الشىء من ملحقات

المبحث الأول

على أى شىء يقع الوفاء

٤٤٣ - الوفاء بنفس الشىء المستحق دونه تجزئة - هاتين نقطتين

المعبر به : الوفاء يكون بنفس الشىء المستحق ، وهو الشىء محل الالتزام . ولا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى ، بل يجب عليه أن يبنى بالشىء المستحق كاملاً دون تجزئة . وقد تعدد الديون التى فى ذمة المدين فبنى ببعضها ، ويتعين تحديد بأىها وفى .

فعندنا إذن مسائل ثلاث : (١) الوفاء بنفس الشىء المستحق (٣) الوفاء بكل الشىء المستحق فلا يجوز الوفاء الجزئى (٣) تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون .

المطلب الأول

الوفاء بنفس الشيء المستحق

٤٤٤ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤١ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« الشيء المستحق أصلاً هو الذي به يكون الوفاء ، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ، ولو كان هذا الشيء مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى » (١) .
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢١٣/١٦٨ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٨ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٣٩٠ - ٣٩١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٩٩ و ٣٠١ و ٣١٧ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٣ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٢ - ص ٢١٣) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ٢٣١/١٦٨ : يجب أن يكون الوفاء على الوجه المتفق عليه بين المتعاقدين . (وانكم مقدر مع حكم التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٣٩ (مطابقة للمادة ٣٠١ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني الليبي : م ٣٢٨ (مطابقة للمادة ٣٤١ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٩٠ : ١ - إذا كان الدين مما يتمين بالتمين ، فليس للدين أن يدفع غيره بدلا عنه بدون رضا الدائن ، حتى لو كان هذا البدل مساوياً في القيمة للشيء المستحق أو كانت له قيمة أعلى . ٢ - أما إذا كان مما لا يتمين بالتمين وعين بالقدر ، فلمدين دفع مثله وإن لم يرض الدائن .

م ٣٩١ : رب الدين إذا ظفر مرضاً بجنس حقه من مال مدينه ، وهو على صفته ، فله الاحتفاظ به .

والشيء المستحق أصلاً إما أن يكون شيئاً معيناً بالذات أو شيئاً غير معين إلا بنوعه أو نقوداً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل .

٤٤٥ - الشيء المستحق شيء معين بالذات : إذا كان الشيء المستحق

هو شيء معين بالذات ، كدار أو سيارة معينة أو حصان معين ، فالوفاء يكون بهذا الشيء بالذات لا بغيره ، ولو كان غيره من جنسه ونوعه ويساويه أو يزيد عليه . ولا يجبر الدائن على قبول غير الشيء المستحق ، ولو كان أزيد في القيمة . كما لا يجبر المدين على الوفاء بغير الشيء المستحق ، ولو كان أقل في القيمة . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٤١ كما رأينا .

وهذا لا يمنع بداهة من أن يتفق الدائن والمدين على أن يكون الوفاء بشيء غير المستحق أصلاً ، وهذا هو الوفاء بمقابل (١) . ولكنه غير الوفاء ، وله أحكام خاصة به سيرد ذكرها فيما يلي .

= (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري . ولا يوجد ما يمنع من تطبيق حكم المادة ٣٩١ عراقى - وهى مأخوذة من الفقه الإسلامى - فى مصر ، إذ هو حكم لا يتعارض مع القواعد العامة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٢٩٩ : يجب إيفاء الشيء المستحق نفسه ، ولا يجبر الدائن على قبول غيره وإن كان أعلى قيمة منه - وإذا كان الشيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا يجب على المدينون تقديمه من النوع الأعلى ، ولكن لا يجوز له تقديمه من النوع الأدنى . م ٣٠١ : عندما يكون الدين مبلغاً النقود يجب إيفاءه من عملة البلاد . وفى الزمن العادى ، حين لا يكون التعامل اجبارياً بعملة الورق ، بظل المتعاقدون أحراراً فى اشتراط الإيفاء نقوداً معدنية أو عملة أجنبية .

م ٣١٧ : إن الإيفاء بواسطة التحويل (الشيك) يبق خاضعاً لأحكام القانون الصادر فى ٧ نيسان سنة ١٣٣٠ (١٩١٤) الذى لا يزال مرعى الأجراء .

(وهذه الأحكام تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصري) . (١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للشرع التمهيدى فى هذا الصدد : « ينبغى أن يقع الوفاء على الشيء المستحق أصلاً ، سواء أكان الالتزام به التزاماً بنقل حق عيني أم التزاماً بعمل أم التزاماً بالامتناع عن عمل . فلا يجوز أن يستبدل بهذا الشيء شيء آخر ولو كان أهل منه قيمة ، إلا أن يرتضى الدائن الاعتياض (الوفاء بمقابل) ، أو أن يكون ظاهر التمنت » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٢) . ويستفاد من ذلك أن الدائن ليس له أن يرفض استيفاء شيء أعلى قيمة ، ولا المدين أن يرفض إيفاء شيء أدنى قيمة ، إذا كان فى الرفض تمت ظاهر ، وهذا تطبيق للنظرية العامة فى التعصف فى احتمال الحق .

ويجب تسليم الشيء المعين بالذات المستحق أصلاً في الحالة التي هو عليها وقت التسليم . فإذا كان قد هلك أو أصابه تلف وهو في يد المدين قبل تسليمه إلى الدائن ، وكان الهلاك أو التلف بسبب أجنبي ، فإن تبعة ذلك تقع على الدائن (١) . أما إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ من المدين ، فإن الدائن يرجع بالتعويض على المدين . ولبس في هذا كله إلا تقرير للقواعد العامة (٢) .

٤٤٦ — الشيء المستحق شيء غير معين إلا بنوعه : وقد يكون الشيء

المستحق شيئاً غير معين إلا بنوعه ، كخمس قنطاراً من القطن ومائة أردب من القمح . فإذا لم تعين درجة الشيء من حيث جودته ، أو لم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف

(١) وذلك ما لم يكن الدين ناشئاً من عقد ملازم للجانبين . وإذا كان هناك رجوع على الغير بتعويض أو بمبلغ تأمين وجب على المدين أن ينزل عن التعويض أو عن مبلغ التأمين إلى الدائن ، بعد أن حل هذا أو ذلك حلولاً عينياً محل الدين المستحق (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٦٨) . على أن المدين ، إذا أعذره الدائن ، يكون مشلولاً عن الهلاك أو التلف ، ولو كان ذلك بسبب أجنبي ، ما لم يثبت أن الشيء كان يهلك في يد الدائن لو كان قد قبضه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٦٦) .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً ، هو المادة ٤٧٩ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتى : « إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، برئت ذمة المدين إذا قام بتسليمه بالحالة التي يكون عليها وقت التسليم ، حتى لو أصاب الشيء تلف بعد نشوء الالتزام ، على ألا يكون هذا التلف راجعاً إلى خطأ المدين ، أو أن يكون المدين قد أعذر قبل حصول التلف ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغيره » . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص ما يأتى : « الأصل في المدين أن يلزم بتسليم الشيء بالحالة التي يكون عليها وقت التسليم ، إذا ورد الالتزام على شيء معين بالذات . فهو لا يسأل عما يصيب الشيء من تلف بعد الالتزام ، ما لم يكن قد أعذر قبل حدوث التلف ، أو ما لم يكن هذا التلف راجعاً إلى خطأه أو خطأ من يسأل عنهم . ويقع عبء الإثبات في حالة المسئولية التعاقدية على المدين . على أن هذه القاعدة العامة لا تنطبق حيث يتفق المتعاقدان على الخروج عليها ، أو حيث يقضى بالتانن بمخالفتها . فمن ذلك مثلاً اتفاق المشتري والبائع على أن تكون حالة المبيع حسنة عند التسليم ، وقد نص المشروع على وجوب تسليم العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تؤولها لأن تنجز بما أعدت له من المنفعة : م ٧٦٢ من المشروع » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة « لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٤ في الهامش) .

متوسط (م ١٣٣/٢ مدني) (١) . على أنه إذا كان الشيء المستحق يؤخذ من جملة أشياء محصورة في ذواتها ، كما إذا التزم المدين باعطاء صندوق من صناديق موضوعة في مخزن ، جاز للمدين أن يعطى أى صندوق من هذه الصناديق ، ولا يلتزم باعطاء صندوق منها يكون من صنف متوسط (٢) .

٤٤٧- الشيء المنصنف نقود : وإذا كان الشيء المستحق نقوداً ، لم يجبر الدائن على أخذ غير النقود المستحقة . فلا يجوز الوفاء دون رضا الدائن بشيء غير النقود ، كعروض ولو كانت قيمتها تساوى النقود المستحقة أو تزيد عليها . كما لا يجوز الوفاء دون رضا الدائن بكميالة أو بشيك (٢) أو بحوالة

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ .

(٢) ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٥٤ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٣ .

(٣) فلا يجبر الدائن على استيفاء حقه بشيك ، وإن كانت بعض التشريعات الأخيرة في فرنسا تبيح للمدين في حالات معينة أن يفي دينه بشيك ، بل تجبره على ذلك ، حتى لا تتضمن كيات أوراق النقد التي تطرح في الأسواق للتعامل (انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٨) . ولما كان الوفاء بالشيكات هو الغالب في المعاملات المدنية ، فإن الدائن لا يعتبر مستوفياً حقه إلا عند قبض قيمة الشيك من البنك (استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٠٥ - ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٩) ، فلا ينتفى الدين بمجرد تسليم الدائن للشيك من طريق التجديد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أعطى شيك ثمناً لمبيع مع إثبات التخالف بالتمن في عقد البيع ، فإن إعطاء هذا الشيك يعتبر وفاء بالتمن لا استبدالاً له ، وعلى ذلك فإنه إذا حكم بفسخ البيع فلا يبقى لتحصيل قيمة الشيك محل (نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة حمراء رقم ٦٩ ص ١٥٦) . وإمضاء الدائن على الشيك بأنه قد تسلم قيمته يكون بمثابة مخالصة بالدين ، أو هو في القليل مبدأ ثبوت بالكتابة على أنه إنما استوفى ديناً ولم يقبض قيمة الشيك لغرض آخر ، فيستطيع تملكه بالينة أو بالقرائن . وحيازة البنك لشيك حامله دليل على أنه صرف قيمة هذا الشيك ، ولو لم يوقع صاحب الشيك على ظهره (استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١) . ويتربط على أن الوفاء لا يتم إلا بقبض قيمة الشيك لا بمجرد تسلمه أن شركة النقل ، إذا كلفت بتسليم بضاعة لقاء استيفاء ثمنها (contre remboursement) وتسلمت شيكاً في مقابل الثمن ، تبقى مسئولة عن الثمن إلى وقت قبض قيمة الشيك (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٨) .

وقد غلب التعامل بالشيكات إذ يجنب مشقة التعامل في كيات كبيرة من أوراق النقد ، وهو في الوقت ذاته يهيئ طريقاً ميسراً لإثبات الوفاء فإن إمضاء الدائن على الشيك بأنه قد تسلم قيمته تكون بمثابة مخالصة كما قدمنا (بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٥٠٧) .

بريد (١) أو بأسهم أو بسندات أو بغير ذلك من الأوراق المالية ، فإن هذه الأوراق ديون على الغير وليست نقوداً ، ولا يجبر الدائن على أخذها في مقابل النقود .

وتفصي المادة ١٣٤ مدني بأنه « إذا كان محل الالتزام نقوداً ، ألزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » . ويخلص من ذلك أنه إذا ارتفعت قيمة النقود كان ارتفاعها لمصلحة الدائن ، وإذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة المدين .

وقد رأينا ، في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن العملة الورقية إذا تقرر لها سعر قانوني (cours légal) وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك ، وحتى لو لم يكن لهذه العملة سعر إلزامي (cours forcé) . على أن المسألة ليست لها أهمية عملية إذا لم يكن للعملة الورقية سعر إلزامي ، فإن الدائن الذي يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلا ورقاً يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق في أى وقت شاء . فإذا تقرر للعملة الورقية سعر إلزامي ، واستوفى الدائن حقه ورقاً ، فإنه لا يستطيع أن يستبدل به ذهباً لقيام

= وكالشيكات الكبيالات والإضافة إلى الحساب الجارى (virement bancaire du compte à compte) ، لا يتم الوفاء بها إلا بقبض القيمة أو بالإضافة الفعلية إلى الحساب الجارى . ومن ثم يتحمل المدين التبعة إلى وقت قبض الدائن القيمة بالفعل ، فإذا صرفت القيمة إلى غير الدائن أو إلى غير حسابه الجارى دون خطأ منه لم يكن مستوفياً حقه وتحمل المدين تبعة ذلك . ولا يجبر الدائن على إعطاء مخالصة إلا عند القبض الفعل ، فإن أعطى مخالصة قبل ذلك جاز أن يحمل هذا منه على أنه رضى أن يستوفى الدين بمقابل (دى باج ٣ فقرة ٤٧٦ - وانظر أيضاً بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٦٨ - فقرة ٤٧٢ - وفترة ٤٨٤ - فقرة ٤٨٥) .

(١) وإذا قبل الدائن حوالة البريد ، فلا يتم الرفاء إلا بقبض قيمتها فعلاً . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وفى المدين الدين بحوالة بريد ، ولكنه لم يقطع سند التسليم منها ويرسله إلى الدائن ليتسلم بموجبه قيمة الحوالة ، لم يكن هذا وفاء مبرئاً للذمة (١٨ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٣) . ويتحمل المدين تبعة ضياع حوالة البريد وهى في طريقها إلى الدائن ، كما يتحمل تبعة صرف الحوالة إلى غير الدائن إذا تم ذلك دون خطأ من الدائن (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٨) .

(٢) فقرة ٢٢٤ - فقرة ٢٢٥ .

السعر الإلزامى ، وقد تكون قيمة الورق قد نزلت نزولاً فاحشاً فتصيبه خسارة جسيمة من وراء ذلك . ولا سبيل إلى اشتراط أن يكون الوفاء بالذهب (clause d'or) أو بما يعادل قيمة الذهب ، فإن الشرط يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام . ويكون العقد الذى تضمن هذا الشرط باطلاً كذلك ، إذا تبين أن الشرط كان هو الباعث الرئيسى على التعاقد . ذلك أن الغرض من تقرير السعر الإلزامى هو إعطاء الورق قيمة قانونية إلزامية معادلة لقيمة الذهب ، فينعدم الفرق بين الورق والذهب فى نظر القانون ، ويجب أيضاً أن ينعدم فى نظر الأفراد ، لأن القانون إنما أراد هذا حماية لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد فى البلد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها .

ورأينا أيضاً ، فى الجزء الأول من الوسيط (١) . أن القضاء المصرى مر فى هذه المسألة على مرحلتين : (المرحلة الأولى) فى ظل المرسوم (القانون) الصادر فى ١٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، وقد قضى بأن يكون للعملة الورقية التى يصدرها البنك الأهلى قيمة الذهب (السعر القانونى) ، وبأن البنك لا يجبر على إبدال الرق بالذهب (السعر الإلزامى) ، وبأن ما يدفع من هذه الأوراق يكون دفعاً صحيحاً مبرئاً للذمة كما لو كان الدفع حاصلًا بالذهب ، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك . وبالرغم من صراحة هذا النص انقسم الفقهاء المصرى فى شأن شرط الذهب ، فبعض الأحكام قضى بطلانه ، وبعضها قضى بصحته ، وبعضها جرى على نهج القضاء الفرنسى فميز بين المعاملات الداخلية حيث يكون الشرط باطلاً والمعاملات الخارجية حيث يكون الشرط صحيحاً (٢) . (المرحلة الثانية) فى ظل المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، وقد صرح بأن شرط الذهب باطل فى المعاملات الخارجية بطلانه فى المعاملات الداخلية ، فنص على أنه تبطل شروط الدفع ذهباً فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية ، والتى تكون قد قومت بالجنيهات المصرية أو الاسترلينية أو بنقد أجنبى آخر كان متداولاً فى مضر (الفرنك والجنيه التركى) ، ولا يترتب عليها أى أثر .

(١) فقرة ٢٢٦ .

(٢) انظر الأحكام المشار إليها فى الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٦ ص ٢٩٣ هامش رقم ١ .

ومنذ صدور هذا القانون استقر قضاء المحاكم المصرية على بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء (١).

٤٤٨ - الشيء المنعوق عمل أو امتناع عن عمل - امانة : فاذا كان

محل الوفاء عملاً ، فقد رأينا في الجزء الثاني من الوسيط أن الالتزام بعمل ينقسم أقساماً ثلاثة : (١) التزاماً ببذل عناية (٢) و التزاماً بتسليم شيء (٣) و التزاماً بانجاز عمل معين . وقد استعرضنا هناك كلا من هذه الأقسام الثلاثة ، ورأينا كيف يقوم المدين بتنفيذ التزامه في كل منها ، فنكتفي هنا بالإحالة على ذلك (٢).

كذلك إذا كان محل الوفاء امتناعاً عن عمل ، رأينا في الجزء الثاني من الوسيط كيف يفي المدين بالتزامه ، فهو قائم بتنفيذه تنفيذاً عينياً مادام ممتنعاً عن العمل الذي التزم بالامتناع عنه . فاذا أتى العمل الممنوع ، أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً ، ولا يكون هناك مجال إلا للتعويض . ونكتفي هنا أيضاً بالإحالة على ما سبق أن ذكرناه في هذا الصدد (٣).

(١) أنظر الأحكام المشار إليها في الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٦ ص ٢٩٦ هامش رقم ١ .
يضاف إليها : استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٤٦ - ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤ - ومع ذلك قارن : استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥ - ٦ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٧ - وأنظر في تحديد سعر الصرف في تاريخ الاستحقاق لافي تاريخ المطالبة : نقض مدني ٩ ديسمبر ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .

وأنظر في فرنسا التمييز ما بين الشروط التي تهم مركز العملة (clauses à caractère monétaire) كالدفع بالذهب أو بقيمة الذهب أو بعملة أجنبية وهذه باطلة في المعاملات الداخلية ، والشروط ذات الصبغة الاقتصادية (clauses à caractère économique) وهذه لا تنم عن عدم الثقة بمركز العملة القومية ، وذلك كالدفع بالبضائع (clauses de paiement en marchandises) أو بقيمة البضائع (clauses de paiement valeur-marchandise) أو الدفع بمعدل متحرك (clauses d'échelle mobile) ، ومن ثم تكون هذه الشروط صحيحة : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٦٦ - فقرة ١١٨٥ - بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٠٣ - فقرة ٥٢٢ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٥٩٩ - فقرة ١٦٣١ - كولان وكابيتان ودی لامورانديير ٢ فقرة ٨٤ - فقرة ٤٩٤ - جرسران ٢ فقرة ٨٥٦ - فقرة ٨٦٠ مكررة - وأنظر في بلجيكا : دي باج ٣ فقرة ٦٢ - فقرة ٦٩ .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٤ - فقرة ٤٣٧ .

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٨ - فقرة ٤٤٠ .

المطلب الثاني

الوفاء بكل الشيء المستحق

عدم جواز تجزئة الوفاء

٤٤٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢ - فإذا كان الدين متنازعا في جزء منه وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٦٨/٢٣١ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٩٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٠٠ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧٨ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة . وفي لجنة المراجعة أزيلت هذه الفروق ، وأصبحت المادة رقمها ٣٥٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٣ - ص ٢١٦) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ٢٣١/١٦٨ : يجب أن يكون الوفاء . . . وألا يكون ببعض المستحق . . .

(وتنفق الأحكام في التقنينين السابق والجديد)

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٤٠ (مطابقة للمادة ٣٤٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣٢٩ (مطابقة للمادة ٣٤٢ من التقنين المدني المصري) . -

وبمخلص من هذا النص أن القاعدة هي عدم جواز تجزئة الوفاء ، ويرد على هذه القاعدة استثناءات بعضها يرجع إلى الاتفاق وبعضها يرجع إلى أحكام القانون .

٤٥٠ - القاعدة - عدم جواز تجزئة الوفاء : لما كان الوفاء يجب أن يكون بنفس الشيء المستحق ، وجب تبعاً لذلك أن يكون بكل الشيء المستحق .

فلا يصح ، من جهة ، أن يجبر المدين الدائن على أن يقبل استيفاء جزء من الدين ، إذا كان كل الدين حالاً واجب الأداء . ولا يصح ، من جهة أخرى ، أن يجبر الدائن المدين على الوفاء بجزء من الدين واستبقاء الجزء الآخر في ذمته . كل هذا حتى لو كان الدين نفسه قابلاً للتجزئة ، فإن الدين فيما بين الدائن والمدين يصبح غير قابل للتجزئة ولو كانت طبيعته تقبل التجزئة (١) .

وغنى عن البيان أن عدم جواز تجزئة الوفاء لا ينطبق إلا على الدين الواحد . فإذا تعددت الديون ، وحلت جميعها ، فليس للدائن أن يمتنع عن استيفاء أى من هذه الديون إذا أراد المدين الوفاء به ، بدعوى أن المدين لا ينفى بالديون جميعاً فهو يجزئ الوفاء ، إذ أن المدين لا يجزئ الوفاء في الدين الواحد .

= التقنين المدني المراقى : م ٣٩٢ : إذا كان الدين حالاً ، فليس للمدين أن يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض ، ولو كان قابلاً للتبعض .
(والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والنفود القينى م ٣٠٠ : لا يجوز للمدين إجبار الدائن على قبول الإيفاء بجزءاً وإن كان الموجب قابلاً للتجزئة ، لأن الإيفاء بهذا المعنى لا يندرج - وتجوز مخالفة هذه القاعدة بإجراء أحكام المقاصة أو باستعمال حق التجزئة فيما يختص بالكفلاء . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى) .

(١) ولو جزأنا الدين ، فيما بين الدائن والمدين ، لأصبح الدين الواحد ديوناً متعددة (لاروسبيير ٤ م ١٢٤٤ فقرة ١ - ديمولوب ٢٧ فقرة ٢٣٧ - لوران ١٧ فقرة ٥٦٦ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٨) - هذا إلى ما في التجزئة من ضرر يصيب الدائن ، فإنه إذا استوفى حقه كاملاً مرة واحدة استطاع أن يستثمره استثماراً أكمل مما لو استوفاه بجزءاً (بونيه في الالتزامات فقرة ٥٣٤ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٨) .

وعلى الدائن في هذه الحالة أن يقبل استيفاء الديون التي يعرضها المدين ، ثم يجبر المدين بعد ذلك على الوفاء بالديون التي لم يف بها (١) .

٤٥١ - الاستثناءات - جواز تجزئة الوفاء : وتقتضي الفقرة الأولى

من المادة ٣٤٢ مدني ، فيما رأينا ، بجواز الخروج على قاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء ، إما بحكم الاتفاق وإما بحكم القانون :

(١) فقد يتفق الدائن والمدين على تجزئة الوفاء ، فتجوز التجزئة عند ذلك نزولاً على اتفاقهما ، لأن قاعدة عدم التجزئة ليست من النظام العام .

وقد يكون هذا الاتفاق سابقاً على الوفاء . ويكون صريحاً أو ضمناً ، ويعتبر اتفاقاً ضمناً على تجزئة الوفاء أن يتفق الطرفان على أن يكون وفاء الدين في مكانين مختلفين ، في القاهرة وفي الاسكندرية مثلاً ، فيخلص من ذلك حتماً أن الطرفين اتفقا على تجزئة الدين إلى جزئين أحدهما يدفع في القاهرة والآخر في الاسكندرية ، وإذا لم يعينا مقدار كل جزء كان الجزءان متساويين (٢) .

وقد يكون الاتفاق واقعاً وقت الوفاء نفسه دون أن يكون هناك اتفاق سابق ، فإذا وفي المدين بعد حلول الدين الدائن بجزء منه ، وقبل الدائن هذا الوفاء الجزئي ، صح ذلك ، ويكون هناك اتفاق على تجزئة الوفاء وقع عند الوفاء نفسه .

(٢) وقد يقضي القانون بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل في المقاصة . فانه إذا توافرت شروطها ، سقط الدينان بقدر الأقل منهما . ومعنى ذلك أن الدين الأكبر ، الذي لم يسقط إلا جزء منه في مقابلة الدين الأصغر ، يكون قد وفي وفاء جزئياً على هذا النحو (انظر م ٢/٣٦٥ مدني) .

(١) بردرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٨ مكررة ثانياً - ويترتب على ذلك إنه إذا كان المستحق عدة أشياء ، فن المهم معرفة ما إذا كان الدين واحداً فلا يتجزأ الوفاء به ، أو أن هناك ديوناً متعددة لا يجوز للدائن أن يمنع عن استيفاء ما يمرض المدين الوفاء به منها . فإذا كان أحد الأشياء المتعددة هو الشيء الأصل وكان الباقي تبعاً له ، كمرأس المال والفوائد والمصروفات ، فإن الدين يكون واحداً لا تجوز تجزئته عند الوفاء . أما إذا كانت الأشياء المتعددة كلها أصلية ، كاقساط تستحق تباعاً أو أجرة تحال مدة بعد مدة ، فهذه ديون متعددة كل منها يجوز الوفاء به فل حدة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٦٢ ص ٥٦٥) .

(٢) بردرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٩ .

(٣) وقد يقضى القانون أيضاً بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل في الدفع بالتقسيم فيما بين الكفلاء . فانه إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد في الدين الواحد ، ولم يكونوا متضامنين ، قسم الدين بينهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بجزء من الدين هو نصيبه فيه ، وفي هذا إيجابار للدائن على الوفاء الجزئي . وقد نصت المادة ٧٩٢ مدني في هذا المعنى على ما يأتي : ١ - إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة . ٢ - أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم .

(٤) وقد يقضى القانون أيضاً بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل في نظرية الميسرة عند ما أجاز للقاضي أن يقسط الدين على المدين إلى آجال معقولة (م ٣٤٦/٢ مدني) . وسنتناول هذه المسألة تفصيلاً عند الكلام في زمان الوفاء (١) .

(٥) وقد يقضى القانون أيضاً بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل في الفقرة الثانية من المادة ٣٤٢ مدني فيما رأينا . فإن هذه الفقرة تقضى بأنه « إذا كان الدين متنازِعاً في جزء منه وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء » . ذلك أنه كما لا يستطيع المدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي ، كذلك لا يستطيع الدائن ، كما قدمنا ، أن يجبر المدين على هذا الوفاء . ومع ذلك إذا كان الدين متنازِعاً في جزء منه ، فالدائن يدعى أنه مائة ويدعى المدين أنه خمسون ، فللدائن أن يجبر المدين على الوفاء بالخمسين وهو الجزء الذي يعترف به ، على أن يحسم النزاع بعد ذلك في الجزء الباقي المتنازع عليه . وليس للمدين أن يرفض هذا الوفاء الجزئي ، ويأبى أن يدفع شيئاً حتى يحسم النزاع في الجزء المتنازع عليه ، أو يأبى أن يدفع الخمسين إلا بعد أن يقرر له الدائن أن هذا هو كل الدين (٢) .

(١) وقد يقضى القانون بتجزئة الوفاء في حالة ما إذا مات الدائن وانقسم حقه على ورثته ، فكل وارث يستوفي جزءاً من الدين هو حصته فيه (انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٤ - ص ٢١٥) .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « وقد -

المطلب الثالث

تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون

٤٥٢ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٤٤ من التقنين المدني

على ما يأتي :

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

وتنص المادة ٣٤٥ على ما يأتي :

إذا لم يعين الدين على الوجه المبين في المادة السابقة ، كان الخصم من حساب الدين الذي حل ، فإذا تعددت الديون الحالة فن حساب أشدها كلفة على المدين ، فإذا تساوت الديون في الكلفة فن حساب الدين الذي يعينه الدائن (١) .

= يتصور إعمال قاعدة عدم تجزئة الوفاء إعمالاً عكسياً لمصلحة المدين ، فيكون له أن يصر على أداء الدين بأسره ، ولو قبل الدائن الاقتصار على استيفاء جزء منه . أما إذا كان الدين متنازعا فيه ، وأقر المدين بجزء منه ، فليس له أن يمتنع عن الوفاء بهذا الجزء متى طالب به الدائن ، بدعوى التريث حتى يحسم النزاع في الجزء الآخر ويتيسر له قضاء حق الدائن كاملاً : انظر في هذا المعنى م ١١٦٩ من التقنين الأسباني ، والمادة ٧٢٢ من التقنين البرتغالي ، والمادة ٧٧٧ من التقنين الأرجنتيني ، والمادة ٢/٦٩ من تقنين الالتزامات السويسري (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٥) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٤٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٨١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد وذلك في الفقرة الأولى من المادة ٤٨١ من المشروع . وكانت هذه المادة تتضمن فقرة ثانية نصها ما يأتي : « فإذا لم يعين المدين الدين ، خصم ما أداه من حساب الدين الذي يعينه الدائن في المحالصة ، إلا إذا اعترض المدين فوراً على هذا التعيين أو كان التعيين قد صدر عن غش أو عن مباغة من الدائن » . وقد وافقت لجنة المراجعة على المادة بفقرتها تحت رقم ٣٥٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية « لأنها تتناول مسألة تفصيلية وتقرر حلاً لم تزل اللجنة الأخذ به ، بل أثرت ترك الأمر =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٧٢/٢٣٥ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادتين ٣٤٢ - ٣٤٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٣١ - ٣٣٢ -
وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٩٣/١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني
المواد ٣٠٧ - ٣٠٩ (٢) .

« للقواعد العامة، لا سيما أن المادة التالية وضمت من القواعد ما يكنى في هذا الشأن » ، وأصبح
النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته
تحت رقم ٣٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٩ - ٢٢١) .

م ٣٤٥ : ورد هذا النص في المادة ٤٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « فإذا لم
يتمين الدائن أو المدين الدين تعييناً صحيحاً ، كان الخصم من حساب الدين الذى حل ، فإذا تعددت
الديون الحالة فن حساب أشدها كلفة على المدين ، فإذا تساوت الديون فى الكلفة فن هذه الديون
جميعاً بنسبة كل منها » . ووافقت لجنة المراجعة على المادة تحت رقم ٣٥٧ فى المشروع النهائى .
ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ قام نقاش حول حكم العبارة الأخيرة وهى :
« فإذا تساوت الديون فى الكلفة فن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها » ، وقيل فى الاعتراض
عليها أنه لا يجرى فى العمل عند الوفاء أن يحصل الخصم من جملة الديون بنسبة كل منها ، فن المصلحة
إثبات الحكم القانونى عندما تتساوى أعباء دينين إذ قد يكون أحدهما وشيك السقوط بمضى المدة
ولا يقبل أى الدينين قد وفى . ورأت اللجنة أن أمامها حلولاً ثلاثة : (١) أما أن تحذف عبارة
« فإذا تساوت الديون فى الكلفة فن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها » ، فإذا حصل إشكال
فأمر ذلك يكون محل تقدير القاضى . (٢) وأما أن تعدل هذه الفقرة فتكون : « فإذا تساوت
الديون فى الكلفة فن حساب الدين الذى يمينه الدائن » . (٣) وأما أن تنص على أن الوفاء يكون
للدائن المتأخر . وبعد مناقشة هذه الحلول رأت أغلبية اللجنة الأخذ بالحل الثانى . وفى هذه الحدود
حسّر النص ما يبق للدائن من خيار ، وهو بعد صاحب المصلحة فى الاستيفاء . ووافق مجلس
الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢١ -
ص ٢٢٤) .

(١) التقنين المدني السابق : م ٢٣٥/١٧٢ : تستنزل المدفوعات فى حالة تعدد الديون من
الدين الذى عينه المدين ، وإن لم يمين استنزلت من الدين الذى له زيادة منفعة فى وفائه . (والحكم
واحد فى التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا أن التقنين الجديد أضاف أنه إذا تساوت الديون
فى الكلفة فالمدفوع يكون من حساب الدين الذى يمينه الدائن . ويعمل بهذه الإضافة من وقت
نفاذ التقنين الجديد - أى من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ - والمبرة بوقت الدفع ، فإن كان قبل
١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين القديم هو الذى يسرى ، وإلا فالتقنين الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويخلص من هذه النصوص أن الحاجة إلى تعيين الدين المدفوع أو إلى تعيين جهة الدفع إنما تقوم إذا كان على المدين ديون متعددة لدائن واحد (١) ، وكانت هذه الديون جميعاً من جنس واحد ، وكان المبلغ المدفوع لا يني بجميع الديون (٢) . فيجب عند ذلك أن يتعين أى من هذه الديون المتعددة تم وفاؤه بالمبلغ المدفوع .

= التقنين المدني السوري : م ٣٤٢ - ٣٤٣ (مطابقتان للمادتين ٣٤٤ - ٣٤٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣٣١ - ٣٣٢ (مطابقتان للمادتين ٣٤٤ - ٣٤٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ١/٣٩٣ : إذا دفع المدين أحد دينين واجبين في ذمته ، وكان أحدهما مطلقاً والآخر مشمولاً بكفالة أو برهن ، أو كان أحدهما قرضاً والآخر ثمن مبيع ، أو كان أحدهما مشتركاً والآخر خاصاً ، أو كان الدينان متباينين بوجه من الوجوه ، واختلف الطرفان في وجهة الدين ، يعتبر قول المدين في تعيين جهة الدفع . (وهذا الحكم يتفق في مجموعه مع حكم التقنين المصري : أنظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٩٥ - فقرة ٢٩٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٣٠٧ : إذا كان على المدين الواحد عدة ديون لدائن واحد ، فللمدين أن يصرح عند الإيفاء بالدين الذي يريد إيفاءه - وإذا لم يصرح ، فالخيار للدائن بشرط أن يعتمد إليه بلا تأخير في سند الإيصال نفسه ، ما لم يعترض عليه المدين . (وهذا النص يتفق في حكمه مع نص التقنين المصري في مشروعه التمهيدى) .

م ٣٠٨ : لخيار المدين بعض القيود : فهو إذا لم يتفق مع الدائن لا يمكنه عند الإيفاء الجزئي أن يجعل هذا الإيفاء لرأس المال قبل أن يوفى الفوائد ، ولا أن يفضل إيفاء دين غير مستحق الأداء على دين مستحق . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري) .

م ٣٠٩ : إذا يكن هناك تخصيص صريح من قبل أحد المتعاقدين وجب أن يعد الإيفاء مختصاً بالدين المستحق الأداء لا بالدين الذي لم يحل أجله ، وإذا وجدت عدة ديون مستحقة الأداء فيخصص الإيفاء بالدين الذي يكون من مصلحة المدين أن يوفيه قبل غيره ، وإلا فبالدين الذي يكون أثقل عبئاً من سواه . وعند انتفاء كل سبب آخر للتقدير يشمل الإيفاء الديون على اختلافها بنسبة مقاديرها .

(ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري في مشروعه التمهيدى) .

(١) فلا بد من سبق وجود الدين (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٠) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الخاصة باستئصال الديون لا تسمى إلا في حالة =

وظاهر من النصوص المتقدمة الذكر أن تعيين الدين المدفوع يوكل أولاً للمدين ، ثم للقانون وقد وضع لتعيينه قاعدة الدين الحال الأشد كلفة ، ثم للدائن (١) .

٤٥٣ — تعيين الدين المدفوع بواسطة المدين : لما كان المدين يملك

أن يجبر الدائن على استيفاء الدين مادام الوفاء صحيحاً ، فانه إذا تعددت الديون ، ووفى المدين بعضاً منها ، ملك بطبيعة الحال أن يعين أيّاً من هذه الديون هو المدفوع . ذلك أن الدين الذى يعينه يملك كما قدمنا أن يجبر الدائن على استيفائه ، فيملك أن يعين أنه هو الدين المدفوع (٢) .

فالمدين إذن هو الذى يعين الدين المدفوع عند الوفاء ، وكلمته هى العليا فى هذا التعيين (٢) . ونسكن ذلك مقيد بأن يكون التعيين حاصلًا وقت الدفع ، وبألا يكون هناك مانع اتفاق أو قانونى يحول دون هذا التعيين كما تقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٤ . ويقوم المانع الاتفاق إذا كان ، عند الدفع ، اتفق الدائن والمدين على أن المدفوع هو دين معين ، فلا يملك أى من المدينين ولا الدائن ، بارادته المنفردة ، أن يعين ديناً آخر (٤) . وكذلك يقوم المانع الاتفاق إذا كان المدين والدائن قد اتفقا مقدماً قبل الوفاء على ترتيب الديون فى الدفع ، فيجب حينئذ على المدين أن يسير فى دفع ديونه على هذا الترتيب ،

١٠ تعدد الديون التى تكون مستحقة لدائن واحد . أما إذا تراحم دائنون متجددون على مبلغ واحد قبل أن يحصل عليه أحدهم فعلاً ، فالأمر فى ذلك . يخضع لأحكام التوزيع بين الدائنين أو قسمة الغرماء (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٧ ص ٣٣٣) .

(١) ولا يجوز أن يترك التعيين لمحض تحكم أحد الطرفين بحسب الظروف (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٠) .

(٢) استئناف مختلط ٥ يوبه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٣ .

(٣) وكالمدين فى تعيين جهة الدفع الكفيل (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٥) .

(٤) استئناف وطنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ١ ص ٢٣٣ — استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٣٣ .

ولا يملك عند الوفاء أن يعين ديناً غير الدين الواجب الدفع وفقاً للترتيب المتفق عليه (١) .

أما المانع القانوني فيقوم في الأحوال الآتية (٢) : (١) لا يجوز للمدين أن يعين جهة الدفع ديناً لم يخل أجله إذا كان الأجل لمصلحة الدائن ، فإن الدائن لا يجبر في هذه الحالة على استيفاء الدين ما دام الأجل لمصلحته ولم يقبل النزول عنه . (٢) ولا يجوز للمدين أن يعين جهة الدفع ديناً أكبر قيمة من المبلغ المدفوع ، لأنه يكون في هذه الحالة قد أجبر الدائن على قبول وفاء جزئي ، والدائن لا يجبر كما قدمنا على قبول الوفاء الجزئي . (٣) ولا يجوز أخيراً ، إذا كان الدين المدفوع يشتمل على فوائد ومصروفات ، أن يجعل المدين المبلغ المدفوع من أصل الدين أولاً قبل المصروفات والفوائد ، فسرى أن الواجب قانوناً في هذه الحالة أن يستنزل المبلغ المدفوع أولاً من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين (٣) .

فاذا لم يوجد مانع اتفاق أو قانوني ، كان المدين حراً في تعيين الدين المدفوع . فله أن يصرح وقت الوفاء أن الدين الذي يدفعه هو الدين الذي ينتج فوائد دون الدين الذي لا ينتج فوائد طبقاً لمصلحته ، أو أنه الدين المضمون برهن أو كفالة دون الدين غير المضمون . وقد يعين الدين الذي لا ينتج فوائد إذا قدر أن مصلحته في ذلك ، بأن يكون هذا الدين مثلاً مضموناً برهن أو كفالة ، أو بأن تكون مدة التقادم فيه مدة أطول من المدة التي يتقادم بها دين آخر . وقد يعين ديناً ينتج فوائد دون دين مضمون برهن أو كفيل . وزى من ذلك أن المدين ، في تعيينه الدين المدفوع ، ليس مقيداً بمراعاة مصلحة الغير ، فليس عليه أن يقدم في الدفع ديناً يشترك معه فيه مدينون متضامنون ، أو ديناً غير قابل للتجزئة ،

(١) استئناف محتلط ٣٠ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥٨ — ويجوز للطرفين ، بعد أن اتفقا على تعيين جهة الدفع ، أن يغيرا هذا تعيين باتفاق جديد فيعيننا ديناً آخر جهة الدفع ، على ألا يكون في ذلك إضرار بالغير . فإذا كان الدين الذي تم الاتفاق عليه أولاً مضموناً بكفيل شخص أو عيني ، وانقضت الكفالة بتعيين هذا الدين جهة الدفع ، لم يجوز للطرفين باتفاق جديد أن يعينا ديناً آخر جهة الدفع ، لأن ذلك يترتب عليه إحياء الدين الأول ورجوع الكفالة من جديد فيتضرر الكفيل (أوبري ورو : فقرة ٣٢٠ ص ٢٦١) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٩ .

(٣) استئناف محتلط ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٩ .

أو ديناً له فيه كفيل (١). فصلحته ، لامصلحة الغير ، هي التي يرعاها ، وله أن يقدم في الدفع على هذه الديون جميعاً ديناً ينتج فوائد إذ هو أثقل عبئاً عليه (٢) .

٤٥٤ — تعيين الدين المدفوع بواسطة القانون : فإذا لم يعين المدين

وقت الدفع أى دين هو الدين المدفوع ، فقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يكل التعيين إلى الدائن بشروط معينة (٣) ، ولكن عدل ذلك في لجنة مجلس الشيوخ ، ووكل التعيين إلى القانون ، مادام المدين وقت الدفع لم يعين بنفسه الدين المدفوع ، وعلى هذا سار التقنين الجديد .

(١) استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٨٤ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٥ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٦٨ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٠٦ .

(٢) وكل هذا مقيد بالا يتصف في استعمال حقه في تعيين الدين المدفوع لإضراراً بحقوق الغير ، ككفيل شخصى أو عيى (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٣ ص ٦١٠) . وقد قدما أن المدين يجب أن يعين جهة الدفع عند الوفاء لابعده ، وإلا كانت جهة الدفع هي التي يعينها القانون ، أى الدين الحال الأشد كلفة على المدين (استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧٨ — ٨ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٦٢) .

ومنى عين جهة الدفع ، فلا يجوز له أن يعدل عن هذا التعيين ليعين جهة أخرى دون رضا الدائن أو إضراراً بحقوق الغير (استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٧) .

(٣) وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٨١ من المشروع التمهيدى كانت تنص على ما يأتى : « فإذا لم يعين المدين الدين ، خصم ما أداه من حساب الدين الذى يعينه الدائن في الخلاصة ، إلا إذا اعترض المدين فوراً على هذا التعيين ، أو كان التعيين قد صدر عن غش أو مباغطة من الدائن » (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٤ مدنى آنفاً فقرة ٥٢ في الهامش) . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذه الفقرة الملغاة ما يأتى : « فإذا لم يعين المدين الدين الذى يريد قصاه ، كان للدائن نفسه أن يتولى التعيين في الخلاصة مثلاً ، إلا أن هذا التعيين لا يقيد المدين إلا إذا سكت عن الاعتراض عليه . بيد أنه يتعين على الدائن ألا يتوسل بالندس أو المباغطة لا بتمات هذا السكوت ، أو القبول الضمى بمباراة أخرى — ويتضح من ذلك أن تعيين المدين يعتبر من قبيل ما ينمقد من التصرفات بإرادة منفردة ، في حين أن تعيين الدائن تعاقد لا يتم إلا بعلاقى إرادتين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٩ — ص ٢٢٠) . وهذه الفقرة الملغاة كانت تتمضن الحكم الذى تضمنته المادة ١٢٥٥ من التقنين المدنى الفرنسى (انظر في تفسير هذه المادة في التقنين الفرنسى - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٨٤ — فقرة ١٥٨٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٤) .

وقد وضع هذا التقنين قاعدة لتعيين الدين المدفوع في هذه الحالة ، فقرر في المادة ٣٤٥ أنه إذا لم يعين المدين الدين المدفوع ، كان الخصم من حساب الدين الذي حل ، فاذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين (١) .

ونرى من ذلك أن الديون المتعددة إذا كان بعضها قد حل وبعضها لم يحل ، فإن القانون يفترض ، متمشياً في ذلك مع الإرادة الضمنية لكل من الدائن والمدين ، أن الدين المدفوع هو الدين الذي حل أجله لا الدين الذي لم يحل (٢) ، سواء في ذلك كان الأجل لمصلحة الدائن أو لمصلحة المدين أو لمصلحتهما معاً . والقانون لا يشترط في تأخير الدين المؤجل أن يكون الأجل لمصلحة الدائن إلا في حالة ما إذا تولى المدين وقت الوفاء تعيين الدين المدفوع ، فقد رأينا أنه لا يستطيع أن يعين ديناً لم يحل أجله إذا كان الأجل لمصلحة الدائن .

فاذا تعددت الديون الحالة (٣) ، افترض القانون أن المدين ، وهو الذي يملك في الأصل تعيين الدين المدفوع ، قد دفع الدين الأشد كلفة عليه لأن هذه هي مصلحته . ومعرفة أي الديون أشد كلفة على المدين مسألة واقع تقدرها محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض (٤) . والواضح أن الدين الذي ينتج فائدة هو أشد كلفة على المدين من الدين الذي لا ينتج فائدة . وبين الديون

(١) استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٤٩ - ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٠٦ - استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٥٨ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٦ - ذلك أن المفروض هو أن المدين أراد الوفاء بالدين الحال فهو الذي يستطيع الدائن أن يطالب به ، والمفروض كذلك أن الدائن أراد استيفاء الدين الحال فهو الذي يستطيع إجبار المدين حل دفعه . ومن ثم لا يصح أن تكون جهة الدفع التزاماً طبيعياً ، لأن الالتزام الطبيعي لا يمكن إجبار المدين حل دفعه . كذلك تكون جهة الدفع هي الدين الحال حتى لو كان هذا الدين لا ينتج فوائد وكان الدين غير الحال هو الذي ينتجها ، ولا عبرة هنا بمصلحة المدين أو بالدين الأشد كلفة ما دامت جهة الدفع تدور بين دين حال ودين غير حال (ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٦ - ميك ٨ فقرة ٨٤ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٨٩) .

(٣) أو كانت الديون كلها لم تحل ، وعندئذ لا يجاز لتقديم دين حال ، وإنما يقدم الدين الأشد كلفة على المدين ، لا الدين الذي يحل أولاً ، لأن هذه هي مصلحة المدين فتصرف إليها إرادة المدين المفترضة (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٠ مكررة ثانياً) .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٠ مكررة أولاً .

التي تنتج فوائد أشدها كلفة الدين المضمون بكفيل أو برهن أو بأى تأمين آخر ، لأن المدين إذا وفى هذا الدين لم يقتصر على إبراء ذمته نحو الدائن ، بل هو يعبرىء ذمته فى الوقت ذاته نحو الكفيل أو هو بفك الرهن أو بزيل التأمين (١) . وكذلك الدين المضمون بدعوى فسخ ، كضمن المبيع ، أشد كلفة من الدين المطلق غير المضمون بهذه الدعوى ، كدين قرض غير مضمون بتأمين . والدين الذى لا يتقدم إلا بمدة طويلة أشد كلفة من الدين الذى يتقدم

(١) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٩ - ١٢ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩١ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٢٢ . أما إذا كان الدين مضموناً فى جزء منه دون الجزء الآخر ، فإن جهة الدفع تنصرف إلى الجزء غير المضمون . ذلك أن الدائن ما كان ليقبل الوفاء الجزئى ، وهو لا يجبر عليه ، لو أن الوفاء وقع على الجزء المضمون . فهو إذا قبل هذا الوفاء الجزئى ، فلائنه يستوفى به الجزء غير المضمون من الدين ، مستقبلاً الجزء المضمون إذ هو موثق بالضمان (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٦ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٣٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٩٠) . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد يقع أن يكون شق من الدين مضموناً بتأمين خاص ، وفى هذه الحالة يخصم ما يؤدى من حساب هذا الشق أو من حساب الشق المضمون وفقاً لنية المتعاقدين . فإذا لم تكن نية صريحة أو ضمنية ، فالمفروض أن الدائن لا يقبل الوفاء الجزئى إلا على أن يخصم من حساب الشق غير المضمون . وقد أقرتقنين الالتزامات السويسرى هذا الحكم ، فنص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٥ على أنه : إذا كان الدائن قد حصل على كفالة أو رهن أو أى تأمين آخر لضمان شق من الدين ، فليس للمدين أن يخصم الوفاء الجزئى من حساب الشق المضمون من هذا الدين أو من حساب الشق الأوفى ضماناً منه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٧) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الدين مكفولاً فى جزء منه ، فإن جهة الدفع فى الوفاء الجزئى إنما تنصرف إلى الجزء غير المكفول (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٧) . على أن هذا الحكم مقصور على ما إذا كان الدين مضموناً فى جزء منه . أما إذا كان هناك دينان مستقلان أحدهما عن الآخر ، وكان دين منهما مضموناً والآخر غير مضمون ، فجهة الدفع تنصرف إلى الدين المضمون ، لأن المدين كان يستطيع إجبار الدائن على استيفاء هذا الدين ، بخلاف الجزء المضمون من الدين فلم يكن المدين يستطيع إجبار الدائن على استيفائه إذ يكون هذا وفاء جزئياً لا يجبر الدائن على قبوله . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك دينان مستقلان أحدهما مكفول والآخر غير مكفول ، كان الوفاء للدين المكفول (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٦) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الدين المكفول أشد كلفة (٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٢٤٩) - وقضت أيضاً بأن الدين المضمون بحق اختصاص أشد كلفة (١٣ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٦ ص ٢٠٢) .

بمدة قصيرة . والدين الثابت في سند تنفيذي أشد كلفة من الدين الذي ينقصه هذا السند (١) . على أن تقديم أى الديون هو أشد كلفة على المدين يرجع فيه إلى شرف المدين ذاتها ، ومن ثم يكون الأمر موكولا إلى محكمة الموضوع كما تقدم القول .

٤٥٥ — تعيين الدين المدفوع بواسطة الدائن : فاذا تعددت الديون

الحالة ، وتعادلت جميعاً في عبثها على المدين فلم يمكن استخلاص أيها أشد كلفة عليه ليكون هو الدين المدفوع ، فقد جعل القانون القول في تعيين الدين المدفوع للدائن ، إذ تقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٥ مدني : « فاذا تساوت الديون في الكلفة فن حساب الدين الذي يعينه الدائن » . والمفروض في ذلك أن المدين لم يعين وقت الوفاء الدين المدفوع ، ولم يكن هناك ترتيب متفق عليه بينه وبين الدائن ، وقد تساوت الديون في الحلول وتعادلت في العبء على المدين . فوكل القانون للدائن في هذه الحالة أن يعين الدين المدفوع ، بعد أن تخلى المدين عن هذه المهمة ولم تكن له مصلحة ظاهرة في أن يعين ديناً دون آخر ، إذ قد يكون للدائن مصلحة في استيفاء دين دون آخر . وتعيين الدائن الدين المدفوع لا يكون وقت الوفاء بل يكون بعد ذلك ، فقد قلنا أن المدين

(١) كذلك الدين المضمون بشرط جزائي أشد كلفة من الدين غير المصحوب بهذا الشرط ، والدين المرفوع به دعوى أشد كلفة من دين لم يطالب به الدائن ، ودين لا نزاع فيه أشد كلفة من دين فيه نزاع (انظر في هذا كله : استئناف مختلط ٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٣ - تولى ٧ فقرة ١٧٩ - دبرالتون ١٢ فقرة ١٩٩ - لوران ١٧ فقرة ٦٠٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٩٠) - وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا كان المدين عليه دينان يتضمن في أحدهما مع الغير ، فالدين الأشد كلفة هو الدين الآخر ، لأن الدين التضامني قد لا يقصد هو أولاً في الوفاء به (٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٩٥ ص ٢٥٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا دفع المستاجر بعض الأقساط المتأخرة ، فالمفروض أن الدائن لم يقبل الوفاء إلا خصاً من الأقساط الأقدم ، ما لم يثبت المدين غير ذلك (١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٣) .

هو الذى يعين الدين المدفوع وقت الوفاء ، فان لم يعينه فى هذا الوقت تكفل القانون بتعيينه وفقاً للقواعد التى أسلفناها . ثم يأتى دور الدائن فى التعيين أخيراً ، أى بعد وقت الوفاء لا فى هذا الوقت .

وقد كان المشروع التمهيدى يجعل الخصم فى الحالة التى نحن بصدددها من الديون جميعاً بنسبة كل منها ، وهذا هو الحكم الذى سار عليه التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٢٥٦ ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ عدلت عن هذا الحكم إلى جعل التعيين للدائن (١) .

والتعيين فى هذه الحالة يكون للدائن ، دون اعتبار لقدم الدين أو لحدائته (٢) ، ودون اعتبار لميعاد حلوله (٣) ، أما التقنين المدنى الفرنسى (م ١٢٥٦) فيجعل الدين المدفوع هو الدين الأقدم (la dette la plus ancienne) ، أى السابق فى الوجود لا السابق فى الحلول ، فإذا تساوت الديون فى الوجود جعل التقنين المدنى الفرنسى الخصم من الديون جميعاً بنسبة كل منها كما قدمنا (٤) .

(١) وقد رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٤٨٢ من المشروع التمهيدى كانت تجرى أعلى الوجه الآتى : « فإذا تساوت الديون فى التكلفة ، فن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها » (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٥ آنفاً فقرة ٤٥٢ فى الهامش) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه العبارة ما يأتى : « فإن لم تتفاوت فى الشدة فن حسابها جميعاً بنسبة كل منها . وغنى عن البيان أن هذه القوانين تنمى مع المعقول ، وهى بعد مقرر فى نصوص التقنين الحالى (السابق) . وقد وردت فى نصوص بعض التقنينات قرآن أخرى ، منها ما يجعل البداية للدين الأقل ضماناً ، ومنها ما يجعلها للدين الأقدم نشوءاً أو استحقاقاً ، ولكن هذه القوانين تستهدف جميعاً لتنفذ من وجوه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢) .

(٢) قارن : استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٩٩ - ومع فقد قضت محكمة استئناف مصر فى عهد التقنين المدنى السابق أن الديون التى للمدين زيادة منفعة فى وفائها الديون التى قد يجبر على أدائها بالحبس أو الديون المقرر عليها فائدة أكبر أو التى لها حق امتياز أو حق رهن . ومن المقرر أيضاً أنه فى حالة تعارض جملة ديون ، للمدين زيادة منفعة فى أدائها ، يجب أن يحصل الاستئصال من أقدمها (٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨ الحاماة ٩ رقم ٤٣ ص ٦٤) . انظر أيضاً : استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٥ - ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٥ - وقارب : ٥ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٢ .

(٣) انظر : استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧٨ .

(٤) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٣ - فقرة ١٥٩٤ - بلانيول وريبير وردوان

المبحث الثاني

ما يتبع الشيء الموفى به من ملحقات

٤٥٦ — الفوائد والمصروفات ونفقات الوفاء — النصوص القانونية:

وقد يتبع الشيء الموفى به ملحقات ، وهذه هي الفوائد والمصروفات ، ولا بد من وفائها مع أصل الدين على نحو معين نص عليه القانون . كذلك يحمل القانون المدين نفقات الوفاء ، فلا بد من دفعها مع الدين ذاته . ونورد هنا النصوص القانونية الخاصة بهذه المسائل :

تنص المادة ٣٤٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا كان المدين ملزماً بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد ، وكان ما أداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات ، خصم ما أدى من حساب المصروفات ، ثم من الفوائد ، ثم من أصل الدين ، كل هذا ما لم يتفق على غيره (١) » .

— ولا يكون دليلاً على تقديم دين في الدفع أن يكون المبلغ المدفوع معادلاً لهذا الدين (بوردى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٢) .

ويلاحظ أن المادة ١٨٤٨ مدني فرنسي تقضي بأنه إذا كان الشريك هو والشركة معاً دائنين لمدين واحد ، وقبض الشريك مبلغاً من المدين ، وجب أن يخصم هذا المبلغ من الدين الذي له والدين الذي للشركة بنسبة مقدار كل منهما ، حتى لو كتب في مخالصة أن المبلغ كله يخصم من الدين الذي له . أما إذا كتب أن المبلغ كله يخصم من الدين الذي للشركة ، صح ذلك . ويرى هذا الحكم في شأن كل نائب يكون هو والأصيل دائنين لمدين واحد (بنسار Ponsard في أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ paiement فقرة ٢٢٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٥ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٦ — ص ٢١٨) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٧٣/٢٣٦ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « يبدأ الاستنزال بالمصاريف والفوائد قبل الخصم من رأس المال » . وهو حكم مطابق لحكم التقنين المدني الجديد .

وتنص المادة ٣٤٨ على ما يأتي :

« تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك (١) » .

٤٥٧ — الفرائر والمصروفات : إذا تضمن الشيء الموفى به ملحقات — وأكثر ما تكون هذه الملحقات هي الفوائد والمصروفات — أصبح الدين

« ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٠ (وهي مطابقة للمادة ٣٤٣ من التقنين المدني المصري) — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٠ (وهي أيضاً مطابقة للمادة ٣٤٣ من التقنين المدني المصري) — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٩٣/٢ (وهي كذلك مطابقة للمادة ٣٤٣ من التقنين المدني المصري) — وفي تقنين الموجبات والمقود البناني المادة ٣٠٨ ، وتجرى على الوجه الآتي : « لخيار المدين بعض القيود : فهو إذا لم يتفق مع الدائن لا يمكنه عند الإيفاء الجزئي أن يحمل هذا الإيفاء لرأس المال قبل أن يوفى الفوائد . . . » (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري ، وإن أغفل ذكر المصروفات ، ولكن المصروفات تدفع قبل الفوائد طبقاً للقواعد العامة) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :

« تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق يقضى بغير ذلك . على أنه إذا زادت هذه النفقات لسبب يرجع إلى الدائن ، فهو الذي يتحمل هذه الزيادة » . وفي لجنة المراجعة حذفت العبارة الأخيرة من المادة لأنها « حكم تفصيلي مستفاد من القواعد العامة » . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٠ — ص ٢٣١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٤/١٧١ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « مصاريف الوفاء تكون على المنهد » . وهو حكم متفق مع حكم التقنين المدني الجديد . ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٦ (وهي مطابقة للمادة ٣٤٨ من التقنين المدني المصري) — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٥ (وهي أيضاً مطابقة للمادة ٣٤٨ من التقنين المدني المصري) — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٩٨ ، وتجرى على الوجه الآتي : « نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو عرف أو نص يقضى بغير ذلك » . والحكم متفق مع حكم التقنين المصري — وفي تقنين الموجبات والمقود البناني المادة ٣٠٤ ، وهي تجرى على الوجه الآتي : « تكون نفقات الإيفاء على عاتق المدين » . والحكم متفق مع حكم التقنين المصري ، وما ورد في هذا التقنين الأخير من جواز الاتفاق أو النص على ألا تكون نفقات الإيفاء على عاتق المدين يعمل به دون شك في لبنان ، دون حاجة إلى نص خاص ، لأنه تطبيق للقواعد العامة .

وملحقاته كلا لا يقبل التحزنة ، ولم يجز للمدين بغير رضا الدائن أن يوفى بأصل الدين وحده أو بالفوائد وحدها أو بالمصروفات وحدها ، فان هذا كله يكون وفاء جزئياً لا يجبر الدائن على قبوله . بل يجب على المدين ، إذا كان أصل الدين قد حل مع فوائده ، أن يدفع الدين والفوائد والمصروفات جميعاً في وقت واحد لأن هذا كله دين واحد لا يتجزأ عند الوفاء (١) .

على أن الدائن قد يقبل من المدين وفاء جزئياً . وفي هذه الحالة ، إذا لم يوحد اتفاق على ترتيب آخر ، يخضم المبلغ المدفوع من الدين وفوائده ومصروفاته على الترتيب الآتي : (١) يخضم أولاً من المصروفات (٢) . (٢) فان بقي شيء من المبلغ المدفوع بعد الوفاء بالمصروفات ، خضم من الفوائد (٣) . (٣) فان بقي بعد ذلك شيء من المبلغ المدفوع ، خضم من أصل الدين (٤) . تلك هي مصلحة الدائن ، والمفروض أن الدائن لم يتبل الوفاء الجزئي إلا وفقاً لمصلحته هو لا وفقاً لمصلحة المدين (٥) .

٤٥٨ — نفقات الوفاء : ونفقات الوفاء غير نفقات الدين ، فهذه قد

صرفت في سبيل إنشاء الدين ، أما الأولى فقد صرفت في سبيل الوفاء به . والاثنتان يتحملهما المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . وعلى المدين أن يني بالدين وفوائده ومصروفاته ومصروفات الوفاء جملة واحدة ، فاذا لم

(١) وهذا بخلاف ما إذا كانت هناك ديون متعاقبة ، كأقساط أو أجرة من مدد متتالية ، فالديون هنا متعددة ، ويجوز للمدين إجبار الدائن على استيفاء كل منها على حدة (أنظر آنفاً فقرة ٤٥٠) .

(٢) استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٣٥ — وتشمل المصروفات نفقات فك الرهن الضامن للمدين المدفوع (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٤ مكررة ثالثاً) .

(٣) وتشمل الفوائد التأخيرية منها والتعويضية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٨٠) .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٧ .

(٥) استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥ — ١٩ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١١٧ — وإذا دفع المدين مبلغاً لخصمه من المصروفات والفوائد ، وراد المبلغ المدفوع على ما هو مستحق من ذلك ، خضم الزائد من أصل الدين فلا يسترده المدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٨٢ ص ٦٨٦) .

يؤف بها كاملة لم يجبر الدائن على قبول هذا الوفاء الجزئي .
ومن أمثلة نفقات الوفاء نفقات إرسال الدين إلى الدائن ، ونفقات المخالصة ،
ونفقات الشيك أو حوالة البريد ، ونفقات الوزن والعد والكيل ، فهذه كلها
يتحملها المدين ما لم يتفق على أن الدائن هو الذي يتحملها (١) .
وكما قد يقضى الاتفاق بأن تكون نفقات الوفاء على الدائن . كذلك قد
يقضى القانون بهذا . مثل ذلك حالة ما إذا عرض المدين على الدائن الدين
عرضاً حقيقياً وأودعه على ذمته ، فإن نفقات العرض والإيداع تكون على
الدائن : انظر المادة ٣٣٥ مدني وقد سبق ذكرها (٢) .

الفرع الثاني

الزمان والمكان اللذان يتم فيهما الوفاء

المبحث الأول

الزمان الذي يتم فيه الوفاء

٤٥٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤٦ من التقنين المدني

على ما يأتي :

- (١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٠ —
بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٢ — بلايوك ريبير وردوان ٧ فقرة ١١٦٥ ص ٥٦٧ —
وإذا كانت نفقات التسليم على المدين ، فإن نفقات التسليم على الدائن (بودرى وبارد ٢ فقرة
١٥١٣) . فإذا كان الدين واجب الدفع فى موطن المدين ، فإن نفقات إرساله إلى موطن
الدائن تكون على الدائن (تشاف مخطط ٨ مارس سنة ١٩٤٣ - ٥٦ ص ٨) .
(٢) ومثل ذلك أيضاً ما إذا زادت النفقات بسبب الرجوع إلى الدائن ، فإن القانون يقضى فى
هذه الحالة بأن الدائن هو الذى يتحمل هذه الزيادة لأنه هو المتسبب فيها بخطئه . فإذا أضعاف الدائن
الشيك الذى حرره له المدين ، واقتضى الأمر الإعلان عن الشيك الضائع وتحرير شيك جديد ،
فإن المصروفات الزائدة تكون على الدائن . وقد كان المشروع التمهيدى يشمل على عبارة فى هذا
المدنى حذفت فى لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (أنظر تاريخ نص المادة ٣٤٨
أنفاً فقرة ٤٥٦ فى الهامش) .

١ - يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢ - على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم (١) .
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣١/١٦٨ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٣ - وفي التقنين المدني العراقي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
« يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص بغير ذلك ، ومع مراعاة ما للقاضي من حق في إمهال المدين » . وفي لجنة المراجعة جعلت المادة من فقرتين ، وخصصت الفقرة الثانية لنظرة الميسرة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٢٥٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة الشيوخ اعترض على الفقرة الأولى بأنها تحتم الرقابة فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، مع أنه من الجائز أن يترتب الدين في ذمة المدين ولكن لا يحل أجله بسبب تعلقه بشرط أو أجل . فأجيب على هذا الاعتراض بأن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى قد واجهت لأنه إذا وجد اتفاق معلق على شرط أو مقرون بأجل فلا يتحتم الوفاء إلا بعد حلول الأجل أو تحقق الشرط . ثم اعترض على الفقرة الثانية بأنها تعطى للقاضي رخصة منح أجل للمدين للوفاء بالتزامه إذا لم يلحق الدائن من هذا الأجل ضرر جسيم ، فالنص على قيد الضرر الجسيم يلغي الرخصة التي أعطيت للقاضي في منح المدين حسن النية سميء الحظ أجلاً للسداد ، ويحتم ترك الأمر للقاضي يقارن بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين في هذه الحالة . فأجيب على الاعتراض بأن تأخير الوفاء إلى أي أجل قد يضر بالدائن ضرراً جسيماً ، كأن يكون معولاً على استيفاء هذا الدين وإلا كان معرضاً للافلاس ، وفي مثل هذه الحالة نكون قد أصبحنا صاحب الحق بضرر جسيم وفقاً للمدين المطالب بالالتزام . ووافقت اللجنة على بقاء المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ٣٤٦ ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٦) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ٢٣١/١٦٨ : يجب أن يكون الوفاء على الوجه المطلق عليه بين المتعاقدين ، وأنه يحصل في الوقت والمحل المبينين ، وألا يكون ببعض المستحق . إنما يجوز للقضاة في أحوال استثنائية أن يأذنوا بالوفاء على أقساط بميعاد لائق ، إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين . (والحكم متفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

المادتين ٣٩٤ - ٣٩٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناي المواد ٣٠٣ و ١١٥-١١٦ (١) .

٤٦٠ - الأصل في الالتزام أنه يؤدي فوراً : الأصل أن الالتزام متى ترتب في ذمة المدين على وجه بات نهائي ، فانه يكون واجب الأداء فوراً . ففي عقد البيع يترتب في ذمة المشتري التزام بدفع الثمن ، ويترتب في ذمة البائع التزام بتسليم الشيء المبيع ، وكلا الالتزامين يترتبه في ذمة المدين يكون واجب الأداء في الحال ، مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك . ولا يعتبر الالتزام قد ترتب نهائياً في ذمة المدين إذا كان معلقاً على شرط

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٤٤ (مطابقة للمادة ٣٤٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣٣٣ (مطابقة للمادة ٣٤٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٩٤ : ١ - إذا أجل الدين أو قسط إلى أقساط معلومة ، فلا يجوز

للدائن مطالبة المدين بالدين أو بالقسط قبل حلول أجله . ٢ - فإذا لم يكن الدين مؤجلاً ، أو حل أجله ، وجب دفعه فوراً . ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة ، إذا لم يمنحها نص في القانون ، أن تنظر المدين إلى أجل مناسب إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم .

م ٣٩٥ : ١ - إذا كان الدين مؤجلاً ، فللمدين أن يدفعه قبل حلول الأجل إذا كان الأجل متمصفاً لمصلحته ، ويجبر الدائن على القبول . ٢ - فإذا قضى المدين الدين قبل حلول الأجل ، ثم استحق المقبوض ، عاد الدين كما كان .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المدني المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٠٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناي : م ٣٠٣ لا يجوز إجبار الدائن على قبول الايفاء قبل

الأجل إلا إذا كان موضوعاً لمصلحة المديون وحده — وإذا لم يكن هناك أجل معين أو استفاد ضمناً من ماهية القضية ، فيمكن تنفيذ الموجب وطلب هذا التنفيذ بلا تأخير — ويجب التنفيذ في يوم الاستحقاق مع مراعاة أحكام المادة ١٠٥ (المادة ١٠٥ : إذا كان الاستحقاق واقعاً في يوم عطلة قانونية ، أرجىء إلى اليوم التالي للذي لا عطلة فيه) .

م ١١٥ : للقاضي أن ينظر بعين الاعتبار إلى حالة المديون إذا كان حسن النية ، فيمنحه مع الاحتياط الشديد مهلاً معتدلة لايفاء الموجب ، ويأمر بتوقيف المدعاة مع إبقاء كل شيء على حاله ، مالم يكن ثمة نص قانوني مخالف .

م ١١٦ : خلافاً للأجل القانوني لا يحول الأجل الممنوح دون إجراء المقاصة عند الاقتضاء .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

واقف ، بل يجب انتظار تحقق الشرط . فاذا ما تحقق ، فقد أصبح الالتزام نافذاً في الحال ، ووجب أدائه فوراً . أما الالتزام المعلق على شرط فاسخ ، فهو نافذ في الحال ، ويجب أدائه فوراً . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في الشرط وفي الأجل .

٤٦١- متى ينضم الوفاء بالالتزام - انقضاء أو نص في القانون:

وتقرر الفقرة الأولى من المادة ٣٤٦ مدني ، كما رأينا ، فورية أداء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

أما الاتفاق فيمتنع كثيراً ، وبموجبه يكون للالتزام واجب الأداء بعد ترتيبه في ذمة المدين بمدة معينة ، وهذا ما يسمى بالأجل الواقف (١) ، وقد سبق بحثه تفصيلاً عند الكلام في الأجل .

وأما نص القانون فنثله ميعاد استحقاق الفوائد التأخيرية ، فقد نصت المادة ٢٢٦ مدني على أنه : « إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب ، وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها ٤ ٪ في المسائل المدنية و ٥ ٪ في المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » . فميعاد استحقاق الفوائد التأخيرية قد عينه القانون هنا ، وهو وقت المطالبة القضائية بهذه الفوائد ، ومن هذا الوقت ترتب الفوائد في ذمة المدين ويجب الوفاء بها فوراً يوماً بيوم .

ومثل آخر لنص في القانون يعين وقت الوفاء بالالتزام النص الخاص بدفع أجرة المحكر . فقد نصت المادة ١٠٠٣ مدني على ما يأتي : « ١ - على المحكر

(١) والمفروض فيه أنه لمصلحة المدين ، فيجوز له النزول عنه والوفاء بالالتزام فوراً ، إلا إذا تبين من الظروف أنه لمصلحة الطرفين معاً ، ففي هذه الحالة لا يجوز للمدين أن يوفى الالتزام ولا للدائن أن يطلب استيفاءه إلا عند حلول الأجل (استثناء مختلط ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٩٥) . وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام في الأجل .

أن يؤدي الأجرة المتفق عليها إلى المحكر . ٢ - وتكون الأجرة مستحقة الدفع في نهاية كل سنة ، ما لم ينص عقد التحكيم على غير ذلك .

وقد يكل القانون تحديد وقت الوفاء إلى العرف ، كما فعل في تحديد مواعيد دفع الأجرة . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٨٦ مدني على أنه « يجب على المستأجر أن يقوم بوفاء الأجرة في المواعيد المتفق عليها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب وفاء الأجرة في المواعيد التي يعينها عرف الجهة » .

٤٦٢ - تحديد القاضى وقت الوفاء - نظرة الميسرة (*) : وكما

يتكفل الاتفاق أو القانون أو العرف بتحديد وقت الوفاء ، كذلك القاضى قد يقوم هو نفسه بتحديد ميعاد الوفاء إذا أعطى للمدين أجلاً أو آجالاً يني فيها بالدين . وهذا ما يسمى بنظرة الميسرة (délai de grâce) .

وقد وضعت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدني المبدأ العام والشروط الواجب توافرها لنظرة الميسرة ، وسنفصل ذلك فيما يلي . وطبقت المادة ٩٨٢ مدني نظرة الميسرة تطبيقاً خاصاً فيما يتعلق باسترداد المصروفات ، فنصت على أنه « يجوز للقاضى بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها » . وطبقت المادة ٩٢٧ مدني نفس الحكم في التعويض

* مراجع : لاباتى (Labatut) في نظرة الميسرة رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧ - جودان دى لاجرانج (Gaudin de Lagrange) في أزمة العقد ومهمة القاض رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٥ - ميلويك (Miloac) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ - دفو (Deveau) في نظرة الميسرة في التقنين المدنى وفي التشريع المعاصر رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - بانزيه (Pansier) في نظرة الميسرة رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٧ - سارا كاريه (Sarah Carré) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - رولان تكسيه (Roland Texier) في نظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - لورين (Laurain) في نظرة الميسرة وتدريب الديون رسالة من بورده سنة ١٩٤٠ .

المستحق لمن أقام منشآت بمواد من عنده على أرض مملوكة للغير .
ونبحث نظرة الميسرة في مسائل ثلاث : (١) شروط منح القاضى لنظرة
الميسرة (٢) الآثار التى تترتب على نظرة الميسرة (٣) سقوط الأجل فى نظرة
الميسرة (١) .

٤٦٣ - شروط منح القاضى نظرة الميسرة : يتبين من نص الفقرة
الثانية من المادة ٤٣٦ مدنى أن هناك شروطاً أربعة ، إذا توافرت جاز للقاضى
أن يمنح المدين نظرة الميسرة . ويتبين أيضاً أن الأمر فى نظرة الميسرة يرجع
إلى تقدير قاضى الموضوع ، وأن القاضى قد يمنح المدين نظرة الميسرة سواء أثناء
نظر الدعوى التى يرفعها الدائن على المدين يطالبه بالدين أو أثناء إجراءات التنفيذ
التي يباشرها الدائن بموجب سند رسمى ، وأن جواز منح القاضى لنظرة الميسرة
أمر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على سلب القاضى إياه .

أما الشروط الأربعة الواجب توافرها حتى يجوز للقاضى منح المدين نظرة
الميسرة فهى :

(١) أن تكون حالة المدين تستدعى أن يمنحه القاضى نظرة الميسرة . فيجب
أن يكون حسن النية فى تأخره فى الوفاء بالتزامه ، بأن يكون عاثر الحظ لا متعمداً
عدم الوفاء ولا مقصراً فى ذلك . ولا يجوز أن يكون معسراً ، ولا فلا جدوى
من منحه هذه النظرة . بل يجب أن يكون عنده من المال ما يكتفى للوفاء بالتزامه ،
وليس فى مقدوره مؤقتاً أن يبيع هذا المال ليقوم بالوفاء ، كأن يكون المال عقاراً
أو منقولاً يتعذر بيعه فى الحال ، فيطلب المدين مهلة حتى يتسع له الوقت اللازم
لذلك . أو يكون للمدين موارد يقتضيها فى مواعيد متعاقبة ، كأجر عمله أو ريع
ملكه ، وهى كافية الوفاء لو قسط القاضى عليه الدين (٢) .

(١) انظر فى تاريخ نظرة الميسرة فى القانون الفرنسى القديم وكيف انتقلت إلى التقنين المدنى
الفرنسى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٢ - فقرة ١٤٨٤ .

(٢) ويقول بودرى وبارد إن العناصر الرئيسية التى يقدر القاضى بمقتضاها حالة المدين ،
ليتمتع هل تستدعى هذه الحالة نظرة الميسرة ، هى حسن نية المدين ، ورغبته فى الوفاء بدينه ،
وأن الضيق الذى أحاط به أمر مؤقت ، وأن موارده كافية فى النهاية لتوفاء بدينه ، وأنه يتخذ =

(٢) ألا يصيب الدائن من جراء منح المدين نظرة المبصرة ضرر جسيم .
فاذا كان في نظرة المبصرة ما يصيب الدائن بضرر جسيم ، كأن يكون قد اعتمد
على استيفاء الدين لئلا هو ديناً عليه لا يستطيع التأخر في الوفاء به ، أو كانت
نظرة المبصرة تفوت عليه صفقة يعود فوائدها عليه بضرر جسيم ، فليس من العدل
إغاثة المدين عن طريق الإضرار البليغ بالدائن (١) .

(٣) ألا يقوم مانع قانوني من نظرة المبصرة . ومن النصوص القانونية
التي تحول دون منح نظرة المبصرة ما نصت عليه المادة ١٥٨ مدني من أنه « يجوز
الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي
عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعنى من الإعذار
إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه » . ففي هذه الحالة لا يجوز
للقاضي أن يمنح المدين أجلاً للوفاء . ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه
المادة ٤٦١ مدني من أنه « في بيع العروض وغيرها من المنقولات ، إذا اتفق
على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخاً ، دون حاجة إلى
إعذار ، إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد ، إذا اختار البائع ذلك ، وهذا
مالم يوجد اتفاق على غيره » . فهذا النص يمنع القاضي من منح المشتري
نظرة المبصرة إن تأخر في دفع الثمن عند حلول الميعاد . ومثل ذلك أخيراً
مانص عليه التقنين التجاري من عدم جواز منح نظرة المبصرة للمدين بموجب
كبيالة ، فقد نصت المادة ١٥٦ من هذا التقنين على أنه « لا يجوز للقضاة أن
يعطوا مهلة بدفع قيمة الكبيالة » . ويسرى هذا الحكم أيضاً على السندات
الإذنية والسندات لحاملها (م ١٨٩ تجاري) .

(٤) أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين في نظرة المبصرة أجلاً

= من التدابير ما يبسر له هذا الوفاء ، وأنه وفي فعلاً ما أمكنه الوفاء به من الدين ، وأن الوفاء
فوراً بكل الدين يلحق به ضرراً جسيماً ، وأنه قدم للدائن الضمان الكافي للحصول على حقه ،
ثم ما عسى أن يوجد بين المدين والدائن من وشائج القرابة أو الصهر أو المودة ، وما عسى أن
يكون للمدين عند الدائن من أياد سابقة (بودري وبارد ٢ فترة ١٤٩١ ص ٥٨٨ - ص ٥٨٩) .
(١) استئناف وطني ١١ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاباة ٤ رقم ٢٣ ص ٣٠ - بودري وبارد ٢
فترة ١٤٩١ ص ٥٨٩ .

معقولا . فلا يجوز أن يمنح القاضي المدين أجلا طويلا يعطل فيه على الدائن حقه ، بل يجب أن يقاس الأجل بقدر ما هو ضروري ليتمكن المدين من الوفاء . وقد حدد التقنين المدني الفرنسي - ٢/١٢٤٤ من هذا التقنين بعد تعديلها (١) - هذا الأجل بمالا يزيد على سنة واحدة . ولا يوجد في التقنين المدني المصري نص يضع هذا الحد الأقصى للأجل ، ومن ثم فالأمر متروك لتقدير القاضي . ولكن السنة أجل يبلغ من الطول قدراً لا يظن معه أن القاضي في مصر يمنح أجلا أطول ، إلا إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية خاصة . هذا ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا متعاقبة لا أجلا واحداً ، بأن يقسط الدين على أقساط يلاحظ في مواعيدها وفي مقاديرها قدرة المدين على الوفاء .

فإذا ما توافرت هذه الشروط الأربعة (٢) ، جاز للقاضي أن يمنح المدين هذا الأجل أو هذه الآجال المعقولة . والأمر في النهاية يرجع إلى تقديره ، فهو الذي ينظر ، حتى بعد توافر هذه الشروط ، إن كان ثمة ما يستدعي منح المدين نظرة الميسرة . وتقديره في ذلك تقدير نهائي ، لا معقب عليه من محكمة النقض (٣) .

ولا ينال المدين من القاضي نظرة الميسرة إلا في أثناء الدعوى التي يرفعها

(١) وقد عدل هذا النص بقانون ٢٥ مارس ١٩٣٦ ، ثم بقانون ٢٠ أغسطس سنة ١٩٣٦ . وهذا القانون الأخير هو الذي جعل الأجل الممنوح للمدين لا يجوز أن يزيد على سنة واحدة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠١٨ ص ٣٥٨ - ص ٣٥٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٥٢٢ - فقرة ١٥٢٣) .

(٢) ولا يجوز دون منح المدين نظرة الميسرة أن يكون الدين قد صدر به حكم مشلول بالنفاذ الممجل ، ويسرى هذا النفاذ العاجل بعد انقضاء الأجل الممنوح من القاضي (استئناف أسيوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣١٨ ص ٥٢٣) .

(٣) نقض مدني ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٣٧٣ - ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤ - وما دام الأمر متروكاً لتقدير القاضي ، فليس من الضروري أن يسبب حكمه برفض منح المدين نظرة الميسرة ، بل ليس من الضروري أن يرفض صراحة الطلب الذي يتقدم به المدين في هذا الشأن ، فإدام لم يجبه إليه فإن ذلك يكون بمثابة رفض لهذا الطلب (بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٩١ مكررة أولا ص ٥٩١) .
وغنى عن البيان أن القاضي لا يستطيع أن يمنح المدين نظرة الميسرة إلا إذا توافرت الشروط الأربعة السابق ذكرها ، فإن لم تتوافر ومنح القاضي المدين نظرة الميسرة بالرغم من عدم توافرها ، فإن الحكم يكون قد ارتكب خطأ في تطبيق القانون ويتعين نقضه .

الدائن يطالبه فيها بالدين ، أو في أثناء مباشرة الدائن لإجراءات التنفيذ بموجب سند رسمي . ففي الحالة الأولى يستطيع المدين أن يطلب من القاضي أثناء الدعوى منحه نظرة الميسرة على النحو الذي قدمناه ، بل يجوز للقاضي من تلقاء نفسه ودون طلب من المدين أن يمنحه نظرة الميسرة ، ففسرى أن هذه القاعدة تعتبر من النظام العام (١) . وفي الحالة الثانية ، إذ لا يتيسر للمدين أن يطلب نظرة الميسرة في دعوى مقامة عليه ، لا يبقى أمامه إلا أن يستشكل في التنفيذ ويطلب من قاضي الإشكال منحه نظرة الميسرة بالشروط المتقدم ذكرها (٢) . أما في غير هاتين الحالتين ، أى في حالة ما إذا كان الدائن يباشر التنفيذ بموجب حكم قابل للتنفيذ ، فانه لا يجوز للمدين أن يستشكل ليرفع نظرة الميسرة ، إذ يكون الوقت قد فات وكان الواجب أن يطلب ذلك في أثناء الدعوى وقبل صدور الحكم . فإذا ما صدر الحكم دون أن يمنح المدين نظرة الميسرة ، فليس ثمة سبيل إلى ذلك ، إذ الحكم يجب تنفيذه كما هو ، ولا يجوز لتناض آخر أن يعدله إلا إذا كان ذلك عن طريق الطعن فيه بالأوجه المقررة قانوناً (٣) .

والقاعدة التي تقضى بجواز منح المدين نظرة الميسرة تعتبر قاعدة من النظام العام ، فلا يجوز للطرفين أن يتفقا على ألا يكون للقاضي هذا الحق (٤) . فإذا اتفقا على ذلك ، كان الاتفاق باطلاً ، وجاز للقاضي بالرغم من هذا الاتفاق أن يمنح المدين نظرة الميسرة . ويجوز للمدين أن يتقدم بهذا الطلب في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، كما يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أن يمنح المدين نظرة الميسرة وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٦ .

(٢) انظر في مناقشة هذه المسألة بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٩ - فقرة ١٤٩٠ .

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٩ ص ٢٥٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٨ - وفي فرنسا جعل قانون ٢٥ مارس سنة ١٩٣٦ الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة في منح نظرة الميسرة ، ومن ثم يجوز للمدين ، مع صدور حكم عليه بوفاء الدين ، أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة ليرفع نظرة الميسرة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠١٩ ص ٣٦٠ - ص ٣٦١ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٥٢٥) .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٤ - فقرة ١٤٨٥ .

٤٦٤ — الاستمارة التي تترتب على نظرة الميسرة : يترتب على منح

نظرة الميسرة ما يترتب على الأجل الواقف بوجه عام :

(١) فيوقف التنفيذ حتى ينقضى الأجل الذي منحه القاضى للمدين . وإذا كان الدائن ينفذ بموجب سند رسمي ، ثم منح المدين نظرة الميسرة ، وجب وقف إجراءات التنفيذ ، وإذا استمر الدائن فيها كان ما باشره منها بعد نظرة الميسرة باطلا ولكن ما تم من إجراءات التنفيذ ، قبل منح المدين نظرة الميسرة ، يبقى قائماً حافظاً لآثاره (١) . فإذا ما انقضى الأجل الذي منحه القاضى للمدين ، ولم يوف المدين الدين (٢) ، فإن الدائن يتابع إجراءات التنفيذ من حيث تركها موقوفة ، ولا يحتاج إلى إعادته هذه الإجراءات من جديد فذلك يحشمه عناء لا محل له ويكلف المدين نفقات لا داعى لها (٣) .

وإذا كان القاضى قد قسط الدين عن المدين ، بأن منحه آجالاً متعاقبة ، فإن تأخر المدين فى أى قسط من هذه الأقساط يجعل جميع الأقساط الباقية حالة ، ويستطيع الدائن أن ينفذ بها (٤) .

(٢) ولكن يجوز للدائن أن يتابع الإجراءات التحفظية ، كقطع التقادم وقيد الرهن وتجديد قيده ونحو ذلك ، فإن الأجل الواقف لا يمنع من اتخاذ هذه الإجراءات كما رأينا ، فن باب أولى لا يمنع منها الأجل الممنوح من القاضى (٥) . وما اتخذ من إجراءات تحفظية ، كاعذار المدين (٦) ، يبقى حافظاً لآثاره .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٢ .

(٢) ويلاحظ إنه إذا كان الدين واجب التنفيذ فى موطن المدين ، فإنه يصبح بعد نظرة الميسرة واجب التنفيذ فى موطن الدائن . ذلك أن المدين مدعو إلى تنفيذ التزامه فى أى وقت خلال الأجل الممنوح له من القاضى ، وليس الأجل إلا حداً أقصى لموعد التنفيذ ، فيجب عليه إذن أن يسمي بالتنفيذ إلى موطن الدائن ، لا أن ينتظر حتى يأتى الدائن إلى موطنه (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١ ص ٣٦٤) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٢ .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٨ .

(٥) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٤ .

(٦) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١ .

وهناك خلاف فيما إذا كان يجوز للدائن ، بعد منح المدين نظرة الميسرة ، أن يعذر المدين (١) وأن يحجز على ما لمدينه لدى الغير (٢) .

(٣) لنظرة الميسرة أثر نسبي ، فهو مقصور على المدين الذي منح الأجل دون غيره من المدينين ولو كانوا متضامنين معه ، مادام هؤلاء لم يمنحوا مثله نظرة الميسرة (٢) . ولكن كفيل المدين : إذا منح المدين نظرة الميسرة ، ينتفع بذلك ، وإلا لجاز للدائن أن يرجع على الكفيل لبتقاضى منه الدين ، ولرجع الكفيل على المدين بما وفاه للدائن ، فلا تكون هناك فائدة من منح المدين نظرة الميسرة (٤) . وأثر نظرة الميسرة مقصور كذلك على الدائن الذي حكم في مواجهته بها ، فلا يتعدى إلى الدائنين الآخرين ولو كانوا متضامنين مع الدائن الأول ، لأن الحكم على أحد الدائنين المتضامنين لا يضر بالباقي . والواجب على المدين أن يدخل كل الدائنين المتضامنين في الدعوى ، ليحصل على حكم في مواجهتهم جميعاً بمنحه نظرة الميسرة .

٤٦٥ — سقوط الأجل في نظرة الميسرة : والأجل في نظرة الميسرة يسقط بما يسقط به الأجل الاتفاقى (٥) . فيسقط ، كما يسقط الأجل الاتفاقى

(١) انظر في عدم جواز إضرار المدين لأن الإعذار يسوى مركزه إذ يحمله تبعه الهلاك ويحمله مسئولاً عن التعويض : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١ .

(٢) فيقول بعض الفقهاء بعدم جواز حجز ما للمدين لدى الغير ، لأن هذا الحجز ليس حجزاً تحفظياً نحسب بل هو أيضاً في نهايته حجز تنفيذى ، ولأن الحجز يعطل ما للمدين لدى الغير وقد يكون في حاجة إليه لتدبير موقفه من حيث الوفاء بالتزامه (لوران ١٧ فقرة ٥٨٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٥) . ويذهب فقهاء آخرون إلى جواز الحجز (توليه ٦ فقرة ٦٧٣ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١) . وعلى كل حال لا يفك الحجز التحفظى الذى يكون موقفاً قبل منح المدين نظرة الميسرة ، فلا يفك حجز تحفظى موقع تحت يد ناظر وقف على حصة المستحق وهو المدين (استئناف وطنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٣ الحقوق ٢٠ ص ٢٣١) .

(٣) وهذا على خلاف القاعدة التى تقضى بأن ما يفيد أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقي ، ذلك لأن نظرة الميسرة إنما تمنح للمدين نظراً لظروفه الشخصية ، فلا يتعدى أثرها إلى غيره من المدينين من ليست لهم هذه الظروف .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٦ .

(٥) انظر في الأسباب الممتدة التى يسقط بها الأجل في نظرة الميسرة في القانون الفرنسى :

بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢٢ .

وفقاً للمادة ٢٧٣ مدني ، في الأحوال الآتية :

(١) إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره وفقاً لنصوص القانون .

(٢) إذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا مالم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط مالم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً .

(٣) إذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد بتقديمه من التأمينات .

على أن الأجل في نظرة الميسرة ، خلاف الأجل الاتفاق ، يسقط بسبب جديد ، هو توافر شروط المقاصة ما بين الدين الذي منحت فيه نظرة الميسرة ودين ينشأ في ذمة الدائن للمدين . ذلك أن المدين الذي حصل من القاضى على نظرة الميسرة ، إنما حصل على هذا الأجل لأنه لم يكن في مكنه وفاء الدين في الحال ، فنظرة القاضى إلى ميسرة . ثم جداً بعد ذلك أن حل دين في ذمة الدائن للمدين من جنس الدين الأول ، سواء نشأ هذا الدين قبل منح المدين نظرة الميسرة أو نشأ بعد ذلك . ففي هذه الحالة يستطيع المدين أن يوفى الدين والذي عليه بالدين الذي له . فلا مبرر إذن لانتظار انقضاء الأجل الذي منحه القاضى للمدين في نظرة الميسرة مادام المدين قد أصبح قادراً على الوفاء بدينه . ومن ثم يكون توافر شروط المقاصة على النحو الذي قدمناه مسقطاً للأجل في نظرة الميسرة (١) . وقد نص التقنين المدني على هذا الحكم صراحة ، فنقضت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٢ مدني بأنه « لا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن » .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٣ - ويخلص من ذلك إنه حيث يثبت أن المدين الذي منح نظرة الميسرة قد أصبح قادراً على الوفاء بالدين . حتى قبل انقضاء الأجل الذي منحه للقاضى إياه ، فإنه يجوز للدائن أن يطالبه بالدين .

المبحث الثاني

المكان الذي يتم فيه الوفاء

٤٦٦ — النهرى فى القانونية : تنص المادة ٣٤٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

« ٢ — أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى وجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال (١) » .
ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٢٣٢/١٦٩ و ٢٣٣/١٧٠ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٤٥ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٣٤ — وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٩٦ — ٣٩٧ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٠٢ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٩ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٨ — ٢٢٩) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٢٣٢/١٦٩ : محل الوفاء هو المكان الموجود فيه عين الشيء .
المقتضى تسليمه إذا لم يشترط المتعاقدان غير ذلك .
م ٢٣٣/١٧٠ : إذا كان المتعهد به عبارة عن نقود أو أشياء معين نوعها ، فيعتبر الوفاء شترطاً حسوله فى محل المتعهد .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٤٥ (مطابقة للمادة ٣٤٧ من التقنين المدنى المصرى) .

وبمخلص من النص المتقدم الذكر أن الوفاء يكون في المكان الذي اتفق عليه الطرفان، فإن لم يكن هناك اتفاق، ففي العين المعينة بالذات يكون الوفاء في المكان الذي كانت موجودة فيه وقت نشوء الالتزام، وفي غيرها يكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال .

٤٦٧ - اتفاق الطرفين على مكان الوفاء : كثيراً ما يتفق الدائن

والمدين على المكان الذي يكون فيه وفاء الدين ، وفي هذه الحالة يتقيد الطرفان بهذا الاتفاق . فلا يجوز للمدين أن يوفي بالدين إلا في هذا المكان ، كما لا يجوز للدائن أن يطالب المدين بالوفاء إلا فيه . وقد يكون هذا الاتفاق وقت نشوء الدين كما هو الغالب ، وقد يكون اتفاقاً خاصاً لاحقاً لنشوء الدين .

وفي جميع الأحوال قد يكون الاتفاق صريحاً ، ولا يشترط في الاتفاق الصريح ألفاظ خاصة . وقد يكون ضمناً . ومثل الاتفاق الضمني أن يكون هناك التزامات متقابلة ناشئة من عقد ملزم للطرفين ، ويتفق الطرفان على أن يتم الوفاء

— التقنين المدني الليبي م ٣٣٤ (مطابقة المادة ٣٤٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٩٦ : ١ - إذا كان الشيء الملتزم بتسليمه مما له حمل ومزونة ، كالمسكيات والموزونات والمروض ونحوها ، وكان العقد مطلقاً لم يمين فيه مكان التسليم ، يسلم الشيء في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت العقد ٢ - وفي الالتزامات الأخرى يكون الوفاء في موطن المدين وقت وحب الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه محل أعماله إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال ، ما لم يتفق على غير ذلك .

م ٣٩٧ : إذا أرسل المدين الدين مع رسوله إلى الدائن ، فهلك في يد الرسول قبل وصوله ، هلك من مال المدين . وإن أمر الدائن المدين بأن يدفع الدين إلى رسول الدائن ، فدفعه إليه وهلك في يده ، فهلاكه من مال الدائن ويبرأ المدين من الدين .

(والمادة ٣٩٦ تتفق أحكامها مع أحكام التقنين المصري . أما أحكام المادة ٣٩٧ فتتفق مع القواعد العامة ، ويمكن تطبيقها في مصر دون نص : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فترة ٢٩٨ - فترة ٢٩٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٠٢ : يجب إيفاء الدين بالمكان المعين في العقد . وإذا لم يوضع شرط صريح أو ضمني في هذا الشأن ، وجب الإيفاء في محل إقامة المدين . أما إذا كان موضوع الموجب عيناً معينة ، فيجب التنفيذ حيث كان الشيء عند إنشاء العقد . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري) .

في وقت واحد ، فيستخلص من ذلك اتفاق ضمني على أن يكون مكان الوفاء هو أيضاً مكان واحد (١) . وقد طبقت المادة ٤٥٦ مدني هذا الحكم في عقد البيع إذ نصت على ما يأتي : « ١ - يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ، بما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك . ٢ - فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن » . ففي الفقرة الأولى افترض أن تسليم المبيع ودفع الثمن يجب أن يتأ في وقت واحد ، فخلص من ذلك أن دفع الثمن يكون في المكان الذي يتم فيه تسليم المبيع . وفي الفقرة الثانية افترض أن الثمن غير مستحق وقت تسليم المبيع ، فرجعنا إلى القاعدة العامة في مكان الوفاء بمبلغ من النقود ، وهو موطن المدين وقت استحقاق الدين . وإذا كان الوفاء بشيك أو بحوالة ، استخلص من هذا اتفاق ضمني على أن يكون مكان الوفاء هو الجهة التي يقبض فيها الدائن قيمة الشيك أو حوالة البريد (٢) ، وقد قدمنا أن الوفاء لا يتم في هذه الحالة بمجرد تسليم الشيك أو الحوالة ، وإنما يتم بقبض القيمة .

وقد يتفق الطرفان على أن يكون مكان الوفاء هو موطن الدائن ، والأصل ألا يكون موطن الدائن هو مكان الوفاء إلا باتفاق صريح أو ضمني . فإذا تم الاتفاق على ذلك ، فإن موطن الدائن وقت الاتفاق أو موطنه وقت الوفاء إذا تغير هذا الموطن يكون هو مكان الوفاء تبعاً للاتفاق الذي تم (٣) . فإن لم يكن الاتفاق واضحاً في ذلك ، فالمفروض أن الطرفين قد اتفقا على أن يكون مكان الوفاء هو موطن الدائن وقت الاتفاق ، لأنه هو الموطن الذي كان معروفاً عندهما وقت ذلك (٤) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩ .

(٢) انظر دى باج ٣ فقرة ٤٧٢ ص ٤٥٥ .

(٣) نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .

(٤) ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٧٣ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٠٥ - أنسيلكوبيدى دالوز ٣

لفظ (paiement) فقرة ١٣٧ - انظر عكس ذلك دى باج ٣ فقرة ٤٧٢ - وقار هيلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٧٨ .

وقد ينسخ هذا الاتفاق أن يرسل الدائن محصلاً لاستيفاء الدين في موطن المدين ، فيكون هذا الموطن هو مكان الوفاء (استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٢٣) .

٤٦٨ - مكان الوفاء في المبنى المعينة بالزات هو مكان وجودها

وقت نشوء الالتزام : وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٤٧ مدني تنص على أنه « إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك » . فإذا لم يوجد اتفاق على أن يكون مكان الوفاء في غير مكان وجود العين وقت نشوء الالتزام ، ولم يوجد نص يقضي بغير ذلك كما رأينا في النص الذي يقضي بأن يكون دفع الثمن في مكان تسليم المبيع (م ٤٥٦ مدني) ، فإن مكان الوفاء هو المكان الذي توجد فيه العين وقت نشوء الالتزام (١) وهذا الحكم مبني على أن هناك اتفاقاً ضمنيّاً ما بين الطرفين على هذا المكان . فينسخ هذا الاتفاق الضمني اتفاقاً ضمنيّ معارض ، أو اتفاق صريح ، أو نص في القانون .

ويغلب أن يكون الشيء لم ينتقل من مكانه من وقت نشوء الالتزام إلى وقت الوفاء ، فإذا انتقل فالعبرة كما قدمنا بالمكان الذي توجد فيه العين وقت نشوء الالتزام ، وهو المكان الذي كان معروفاً من الطرفين (٢) . على أن المفروض في كل ذلك أن الشيء محل الالتزام مستقر في مكانه لا يمكن نقله في سر . فإذا كان الشيء بطبيعته سهل الانتقال من مكان إلى آخر ، كسيارة أو فرس ، فالغالب أن يكون الطرفان قد أراد ضمناً أن يكون مكان الوفاء ليس هو المكان المعارض الذي يوجد فيه الشيء وقت نشوء الالتزام ، بل هو موطن المدين وهو المكان الذي يوجد فيه الشيء عادة . وهنا نرى أن الاتفاق الضمني الذي قام عليه مكان وجود الشيء وقت نشوء الالتزام قد عارضه اتفاق ضمني أكثر وضوحاً فنسخه (٣) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩ .

(٢) ويرجع الدائن على المدين في هذه الحالة بنفقات نقل الشيء من مكان وجوده وقت الوفاء

إلى مكان وجوده وقت نشوء الالتزام (ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٧٣ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٠٦) .

(٣) ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٧٨ - لوران ١٧ فقرة ٥٩٠ - هيك ٨ فقرة ٤٢ -

بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٠٤ ص ٦٠٢ .

٤٦٩ - مكان الوفاء في غير المعين بالذات هو موطن المدين

أو مركز أعماله : فإذا لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني على مكان الوفاء (١) ، ولم يكن محل الوفاء عيناً معينة بالذات ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٧ مدني ، كما رأينا ، على أن « يكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال (٢) » .

ويسرى هذا الحكم على كل التزام ليس محله عيناً معينة بالذات ، وأكثر ما يسرى على الالتزام الذي يكون محله مبلغاً من النقود . ويسرى كذلك على كل التزام محله عين غير معينة بالذات ، كالتزام بتسليم مائة أردب من القمح أو خمسين قنطاراً من القطن . ويسرى أخيراً على كل التزام محله عمل أو امتناع عن عمل . ففي هذه الالتزامات جميعاً ، إذا لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني على مكان الوفاء ، فالمكان هو موطن المدين وقت الوفاء ، أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال . ومن ثم نرى أن الالتزام هنا يسعى له الدائن (quérable) ، ولا يسعى به المدين (portable) . وليس في هذا إلا تطبيق للمبدأ العام الذي يقضي بأن الالتزام يفسر بما فيه مصلحة المدين (٣) .

وإذا غير الدائن موطنه أو مركز أعماله في الفترة ما بين نشوء الالتزام وبين الوفاء ، فالعبرة بالموطن أو بمركز الأعمال وقت الوفاء لا وقت نشوء الالتزام . ذلك أن القاعدة إنما تقوم ، لا على افتراض إرادة الطرفين فيقال إن هذه الإرادة قد انصرفت إلى الموطن أو مركز الأعمال وقت نشوء الالتزام ، وإنما تقوم على مصلحة المدين ، ومصلحته تقتضي أن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله وقت الوفاء (٤) .

(١) استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩ .

(٣) على أن المدين يسعى بالدائن إلى موطن الدائن في حالة المرض الحقيقي والإيداع ،

وقد سبق بيان ذلك .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٠٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٨٦ —

على أن المدين يستطيع بعد نشوء الالتزام أن ينزل عن حقه في أن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله ، إذا تصرف تصرفاً من شأنه أن يستخلص منه هذا النزول . فإذا كان الدين أقساطاً ، وأدى المدين أكثر الأقساط في موطن الدائن ، فالمفروض أن الأقساط القليلة الباقية يجب الوفاء بها أيضاً في موطن الدائن ، وأن المدين قد اتفق اتفاقاً ضمناً مع الدائن على ذلك . ولكن مجرد دفع قسط أو قليل من الأقساط في موطن الدائن لا يستفاد منه حتماً أن المدين قد نزل عن حقه في أن يكون مكان الوفاء بسائر الأقساط هو موطنه لا موطن الدائن (١) . فلو أن المؤمن له دفع بعض أقساط التأمين في موطن الشركة (٢) ، فلا يستفاد من ذلك حتماً أنه نزل عن حقه في أن يكون الوفاء بسائر الأقساط في موطنه هو (٣) . وعلى العكس من ذلك ، إذا اشترطت شركة التأمين على أن يكون الوفاء بالأقساط في موطنها (٤) ، ثم استوفت بعض هذه الأقساط في موطن المدين . فلا يستفاد من ذلك حتماً أنها نزلت عن حقها في أن يكون الوفاء ببقية الأقساط في موطنها ، لا سيما إذا ذكرت ذلك صراحة في وثيقة التأمين ، وهذا ما لم يكن قد اضطرر استيفاؤها لأقساط التأمين في موطن المدين واستقر تعاملها معه على ذلك (٥) .

= وكما يستطيع المدين أن يتمسك بأن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله وقت الوفاء كذلك يستطيع الدائن أن يجبر المدين على قبول الوفاء في هذا المكان دون أى مكان آخر (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٠٩) .

(١) نيمولومب ٢٧ فقرة ٢٧١ — هيك ٨ فقرة ٤٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٠ .
(٢) وقد جرت العادة أن يكون الوفاء بالنقطة الأولى في موطن الشركة ، وكذلك يكون مكان الوفاء هو موطن الشركة في بيع الأقساط التي حلت وأُعذر في شأنها المؤمن له (بلانيول وريبير وبسون ١١ فقرة ١٣٠٨ ص ٦٩٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٨٧ — بلانيول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ١٥٨٠) .

(٣) وكذلك إذا دفع المستأجر أقساط الأجرة من وقت إلى آخر في موطن المؤجر لم يعد هذا حتماً نزولاً منه عن أن الوفاء بالأجرة يكون في موطنه هو لا في موطن المؤجر (استثناء مختلط د يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٦٠) .

(٤) ولا يجوز ، طبقاً للقانون الصادر في فرنسا في ١٣ يولييه سنة ١٩٣٠ (م ١٦) ، أن يكون هذا الشرط ضمن الشروط المطبوعة (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٢٤ — بلانيول وريبير وبسون ١١ فقرة ١٣٠٨ ص ٦٩٠) .

(٥) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١١ — وتفسير نية الشركة في أنها أدخلت تعديلاً ضمناً في مكان الوفاء ، فجعلته موطن المؤمن له لا موطنها هي ، مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١١ ص ٦٠٧ هامش رقم ١) .

٤٧٠ — نصصرى خاصة بتعيين مظهر الوفاء فى بعض العقود المسماة :

وقد أشارت المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إلى أنه « قد أنشأت بعض النصوص أحكاماً خاصة بشأن الوفاء فى بعض العقود المعينة كالبيع والإجارة (١) ».

وقد رأينا فعلاً أن الفقرة الأولى من المادة ٤٥٦ مدنى فى البيع تنص على أن « يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . ونصت المادة ٤٣٦ مدنى ، فى البيع أيضاً ، على أنه « إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

ونصت المادة ٥٦٦ مدنى ، فى الإيجار ، على أن « يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المبيعة من الأحكام ، وعلى الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها » .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٤٢ مدنى ، فى العارية ، على أنه « يجب رد الشيء فى المكان الذى يكون المستعير قد تسلمه فيه ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

ونصت المادة ٦٥٥ مدنى ، فى المقاولة ، على أنه « متى أتم المفاوض العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات . وإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسليم رغم دعوته إلى ذلك بانذار رسمى ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه » .

ونصت المادة ٦٩٠ مدنى ، فى عقد العمل ، على أن « يلتزم رب العمل أن يدفع للعامل أجرته فى الزمان والمكان اللذين يحددهما العقد أو العرف ، مع مراعاة ما تقضى به القوانين الخاصة فى ذلك » .

الباب الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

٤٧١ - أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء : قدمنا أن الالتزام قد ينقضي، لا بالوفاء به عيناً، بل بما يعادل الوفاء، ويشمل هذا ما يأتي:

(١) الوفاء بمقابل (Dation en paiement) .

(٢) التجديد (Novation) .

(٣) المقاصة (Compensation) .

(٤) اتحاد الذمة (Confusion)

ففي الوفاء بمقابل يعتاض الدائن عن استيفاء الدين عيناً بشيء يعادله . وفي التجديد يستوفي الدائن الدين الأصلي بدين جديد . وفي المقاصة يستوفي الدائن الدين الذي له بدين مقابل في ذمته للمدين . وفي اتحاد الذمة يستوفي الدائن الدين الذي له بنفس هذا الدين بعد أن يصبح مديناً به .

الفصل الأول

الوفاء بمقابل (*)

(Dation en paiement)

٤٧٢ - أركان ونكيفة القانوني والالتزام التي تترتب عليه :

قدمنا أن الدائن يستوفي محل الدين عينه ، فلا يجبر على استيفاء شيء آخر في مقابل دينه ، ولو كان هذا الشيء أكبر قيمة من الدين . ومع ذلك إذا اتفق الدائن مع المدين على أن يستوفي شيئاً آخر في مقابل دينه . واستوفي فعلاً هذا الشيء الآخر ، فإن الدين ينتضى وتبرأ ذمة المدين ، ولكن لا عن طريق الوفاء (paiement) ، بل عن طريق الوفاء بمقابل (dation en paiement) .

ومن ثم يجب أن نبحث : (أولاً) ماهي الأركان التي يقوم عليها الوفاء بمقابل وما هو نكيفة للقانوني . (ثانياً) وما هي الآثار التي تترتب عليه .

الفرع الأول

أركان الوفاء بمقابل ونكيفة القانوني

المبحث الأول

الأركان التي يقوم عليها الوفاء بمقابل

٤٧٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٠ من التقنين المدني

على ما يأتي :

* مراجع : سيجوني (Segogne) في الوفاء بمقابل في القانون الروماني والقانون الفرع من رسالة من باريس سنة ١٨٨٠ - جيمو (Guimbaud) النظرية العامة في الوفاء بمقابل في القانون الروماني والقانون الفرنسي رسالة من پواتيه سنة ١٨٨٩ .

« إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق ،
قام هذا مقام الوفاء (١) » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به
دون نص (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٣٤٨ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٧ — وفي التقنين المدني العراقي
المادة ٣٩٩ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣١٨ (٣) .

٤٧٤ — **ركناه** : ويمكن أن يستخلص من النص المتقدم الذكر أن هناك
ركنين للوفاء بمقابل :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٢ في المشروع
النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٠ (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٣ ص ٢٣٥ — ٢٣٦) .

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « أغفل التقنين القائم (السابق)
الاعتياص — الوفاء بمقابل — في نصصره تركل أمره بذلك إل القواعد العامة . بيد أن
المشروع أثر أن يختص ببعض النصوص إزاء ما هو ملحوظ من ازدواج أثره ، وتراكب
طبيعته ، في فقه القانون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٤) . وأنظر أيضاً الموجز
للمؤلف فقرة ٥٤٣ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٤٨ (مطابقة للمادة ٣٥٠ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني الليبي م ٣٣٧ (مطابقة للمادة ٣٥٠ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٣٩٩ (مطابقة للمادة ٣٥٠ من التقنين المدني المصرى — وانظر

الاستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٢٥ — فقرة ٣٢٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣١٨ : يسقط الدين إذا قبل الدائن عرضاً عن التنفيذ ،

أداء شيء غير الذى كان يجب له — وإذا بدا شك ولم يعترض الدائن أو لم يبد تحفظاً عند الايفاء
بأداء العوض ، فالدائن يعد ، إلى أن يقوم برهان على العكس ، قابلاً لذلك الايفاء ومبرئاً لذمة
المدين . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى) .

(الركن الأول) اتفاق بين الدائن والمدين (١) على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن .
(الركن الثاني) تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلاً ، فتنبراً ذمة المدين .

٤٧٥ - اتفاق على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية

شيء آخر : يتفق الدائن مع المدين على أن يستعاض عن الوفاء بمحل الالتزام الأصلي الوفاء بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن ، فإذا كان محل المدين الأصلي ألفاً من الجنيهات مثلاً ، فإن الطرفين يتفقان على أن يبيع المدين للدائن بدلاً من الألف من الجنيهات مائة قنطار من القطن الأشعوي أو مائتي أردب من القمح الهندي أو أن ينقل إليه ملكية سيارة من طراز معين أو قطعة أرض معينة أو دار بالذات أو نحو ذلك . وقد يقع العكس ، فيكون في ذمة المدين أن ينقل للدائن مائة قنطار من القطن أو مائتي أردب من القمح أو ملكية سيارة أو أرض أو دار ، فيتفقان على أن يعطى المدين للدائن بدلاً من ذلك ألفاً من الجنيهات (٢) . ولما كان الدائن ، في هذه الأحوال ، يستوفي في دينه محلاً ليس هو عين محل الدين ، فلا بد إذن لهذا الوفاء بمقابل من اتفاق بين الدائن والمدين يكون لاحقاً لنشوء الدين ، وفي الغالب يكون لاحقاً أيضاً لميعاد استحقاقه . والاتفاق يستدعي حتماً رضاء الدائن أن يستوفي الدين بمقابل ، فلا يجوز حمل الدائن على أخذ غير محل

(١) ولا نرى ما يمنع من أن يتفق الدائن مع غير المدين على أن يستوفي الدين منه بمقابل . فينقل الغير إلى الدائن ملكية شيء مملوك للأول وفاء للدين . ثم يرجع الغير على المدين ، إذا لم يكن هناك اتفاق بينهما ، بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب ، بحسب الأحوال . وفي حالة الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب يطالب الغير المدين بأقل القيمتين ، مقدار الدين وقيمة الشيء الذي أعطاه للدائن مقابلاً للوفاء .

(٢) انظر جوسران ٢٦٦ - ٩٢٦ - الموجز المؤلف فقرة ٥٤٣ - وقد يعطى المدين للدائن ، مقابلاً للوفاء ، ديناً له في ذمة الغير . ولكن هذا يتم عادة لا عن طريق الوفاء بمقابل ، بل عن طريق حوالة هذا الحق (cession de créance) للدائن ، أو إنابة الغير في الوفاء للدائن (délégation) : انظر في هذا المعنى بلانجيل وريبير وبولانجيه ٢٠١٨ - فقرة ٢٠١٨ - وقارن جوسران ٢٦٦ - ٩٢٦ ص ٤٩٢ .

الدين إجباراً ، ولا يتم ذلك إلا برضائه (١) .

ولما كان الوفاء بمقابل اتفاقاً (convention) ، فهو ككل اتفاق يقتضى توافق إرادتين ، إرادة الدائن وإرادة المدين . ولبس الوفاء بمقابل عقداً (contrat) ، بل هو اتفاق كما قدمنا ، كالوفاء ، لأنه لا ينشئ التزاماً ، بل يقضى هذا الالتزام . ويجب أن تتوافر الأهلية الواجبة في كل من الطرفين . فتتوافر في الدائن أهلية استيفاء الدين على النحو الذى قدمناه في الوفاء ، لأن الوفاء بمقابل ينطوى على معنى استيفاء الدين . وتتوافر في المدين ، لا أهلية الوفاء بل الدين فحسب ، بل أيضاً أهلية التصرف ، فانه يوفى دينه عن طريق نقل ملكية شيء إلى الدائن ، فالوفاء بمقابل بالنسبة إليه ينطوى على معنى الوفاء وعلى معنى نقل الملكية في وقت واحد .

ويجب أن تكون إرادة كل من الطرفين خالية من العيوب ، فلا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال (٢) .

ويجب أن يكون للاتفاق محل وسبب . أما السبب فهو الوفاء بالدين الأصلي . وأما المحل فهو الاستعاضة عن المحل الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن . فلا بد إذن في المحل من توافر شرطين : ١ - ألا يكون داخلاً في نطاق الالتزام الأصلي ، بل هو شيء جديد يستعاض به عن المحل الأصلي

(١) وقد يعطى المدين الدائن شيئاً غير محل الدين ، ولكن لا للوفاء بالدين بل كضمان له ، كما إذا اتفق الطرفان على مد أجل الدين في مقابل أن يعطى المدين للدائن رهناً . وفي هذه الحالة لا ينتضى الدين بداهة ، بل يبقى قائماً ، ويكون الشيء الذى أعطاه المدين للدائن ليس مقابل للوفاء بل هو رهن في يد الدائن لضمان الدين . ويرجع فيما إذا كان الشيء الذى أعطاه المدين للدائن مقابل للوفاء أو رهناً لنية الطرفين (دى باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٨٤ :) . فلا يكون هناك وفاء بمقابل إلا إذا اتفق الطرفان في وضوح على نقل ملكية الشيء إلى الدائن . وقد قصت محكمة الاستئناف المختطة بأنه إذا سلم المستأجر محصولات الأرض إلى المؤجر وفاء بالأجرة بعد عمل الحساب ، فلا يعنى ذلك إنه نقل ملكية محصولات إلى المؤجر ، بل أودعها عنده ضماناً للأجرة ، ووكله في بيعها ليستوفى الأجرة منها . فلا يجوز للمؤجر التمسك ببطان حجز وقعه أحد دائني المستأجر على هذه محصولات بدعوى أن ملكيتها انتقلت إليه (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩١٥ ص ١٠٧) .

(٢) دى باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٨٦ .

للاللتزام . ومن ثم لا ينطوى الالتزام التخييري ولا اللتزام البدلى على وفاء بمقابل ، لأن المدين إذا اختار أحد محال اللتزام فى اللتزام التخييرى ، أو اختار البدل فى اللتزام البدلى ، فأدام ، فانما يؤدى محلاً داخلاً فى نطاق اللتزام الأصلى متفقاً عليه منذ نشوء هذا اللتزام ، فليس هو شيئاً جديداً خارجاً عن نطاق اللتزام الأصلى يستعاض به عن محل هذا اللتزام (١) .

٢ — أن يكون نقل ملكية (datio) ، فلا يجوز أن يكون التزاماً بعمل أو التزاماً بامتناع عن عمل (٢) . وإذا اتفق المقرض والمقرض على أن يستعاض عن رد القرض بأن يقوم المقرض بنسخ كتاب معين يطلبه منه الدائن ، فان هذا لا يكون وفاء بمقابل ، بل يكون فى الغالب تجديداً (novation) بتغيير محل الدين (٣) .

ويثبت الاتفاق على الوفاء بمقابل وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات . فلا يجوز ، فيما يزيد على عشرة جنهات ، الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها . على أنه إذا ثبت أن الدائن قد قبل تسليم شيء غير المستحق له دون تحفظ ، فانه يفترض — حتى يقوم الدليل على العكس — أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء (٤) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٤ — دى باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٤٨٥ .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٥٨ .

(٣) وإذا قبل الدائن استيفاء الدين بشيك أو بكبيالة أو بأية ورقة ماثلة ، لم تبرأ ذمة المدين من الدين إلا إذا قضى الدائن فعلاً قيمة الشيك أو الكبيالة أو الورقة المالية . وعندئذ ينقضى الدين ، لا بالوفاء بمقابل ، بل بالوفاء هنا كما سبق القول . (دى باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٤٨٥ — ص ٤٨٦) .

(٤) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣١٨ من تقنين الموجبات والعقود البنائى على هذا الحكم صراحة ، فقضت بأنه «إذا بدا شك ما ، ولم يعترض الدائن أو لم يبد تحفظاً عند الايفاء بأداء الموعود ، فالدائن يبد ، إلى أن يقوم برهان على العكس ، قابلاً لذلك الايفاء ومعتقفاً بكونه مبرئاً لذمة المدين » . انظر أيضاً المادة ٣٦٤/٢ من التقنين المبنى الألمانى .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما فيما يتعلق بالإثبات ، فيفترض فى الدائن ، إذا قبل الوفاء بغير ما هو مستحق له دون تحفظ ، أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء من المدين ، إلا أن يقوم دليل يسقط هذه القرينة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧) .

٤٧٦ - تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعمل الى المرائع : ولا يكفى

الاتفاق على مقابل الوفاء ، بل يجب أيضاً تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلاً من المدين إلى الدائن (١) . فإذا كان المقابل مائة قنطار من القطن أو مائة أردب من القمح ، وجب إفراز هذه المقادير حتى تنتقل ملكيتها إلى الدائن . وإذا كان المقابل سيارة وجب تعيينها بالذات ، أو كان دار أو أرضاً وجب تسجيل الاتفاق على الوفاء بمقابل ، حتى تنتقل ملكية السيارة أو الدار أو الأرض من المدين إلى الدائن (٢) .

وهذا ما يميز الوفاء بمقابل عن التجديد (٣) ، ففي التجديد محل التزام جديد محل التزام قديم ، فينقضى الالتزام القديم بقيام الالتزام الجديد . أما في الوفاء بمقابل فلا يكفى قيام الالتزام الجديد ، أى الالتزام بنقل الملكية ، بل يجب تنفيذه أى نقل الملكية فعلاً إلى الدائن . فإذا اقتصر الطرفان على إنشاء التزام بنقل الملكية محل محل الالتزام الأصلي ، فانما يكون ذلك تجديداً بتغيير محل الدين لا وفاء بمقابل (٤) .

المبحث الثاني

التكييف القانوني بالوفاء بمقابل

٤٧٧ - تضارب الفقه في التكييف القانوني للوفاء بمقابل :

بعد أن بسطنا أركان الوفاء بمقابل ، بقى أن نبين ما هو التكييف القانوني لهذا

-
- (١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧ .
(٢) ويترتب على ذلك أن الوفاء بمقابل لا يمكن أن يتم من طريق الوصية ، بأن يوصى المدين لدائنه بمال للوفاء بالدين . وذلك لأن الوصية يجوز الرجوع فيها دائماً ، ولا تنتقل ملكية الموصى به في حياة الموصى (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٨ ص ٩٥) .
كذلك لا يتم الوفاء بمقابل إذا احتفظ المدين لنفسه بحق استرداد العقار الذى سلمه وفاء الدين (استئناف مخطوط ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩) .

- (٣) الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٥٩ .
(٤) كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٩٨٨ ص ٦٤٩ - جوران ٢ فقرة ٩٢٦ ص ٤٩٢ .

السبب من أسباب انقضاء الالتزام . وقد تضارب الفقه في هذا التكييف ، حتى أصبحت هذه المسألة الغامضة في حاجة إلى شيء من التجلية والوضوح .

وهناك تكييف يتبادر إلى الذهن لأول وهلة ، هو أن يكون الوفاء بمقابل بيعاً فيكون المقابل قد بيع بالدين . وكان للقانون الفرنسي القديم تكييف آخر ، هو أن الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء (paiement) يتميز بأن الحل الأصلي فيه قد تغير . وهناك تكييف ثالث ، هو الذي أخذ يتغلب الآن في الفقه ، يجعل الوفاء بمقابل عملاً مركباً من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية .

٤٧٨ - الوفاء بمقابل بيع ثلثه مقاصد : يتبادر إلى الذهن

لأول وهلة أن الوفاء بمقابل ينتهي إلى التحليل الآتي : اتفق الدائن مع المدين على أن يشتري الأول من الثاني المقابل الذي يقدمه الثاني - القطن أو القمح أو السيارة أو الأرض أو الدار الخ - بثمن يعادل قيمة الدين الذي في ذمته . فتتم صفقة البيع أولاً ، ويصبح الدائن مديناً بثمن هو معادل في الجنس والمقدار للدين الذي له . فتقع مقاصة قانونية ما بين هذا الدين والثمن ، فينقضى كلاهما بالمقاصة . ويبقى المدين بعد ذلك ملتزماً نحو الدائن بنقل ملكية المقابل (١) .

وعيب هذا التكييف أنه يقف بالوفاء بمقابل عند المرحلة الأولى ، ولا يستلزم أن تنتقل الملكية فعلاً إلى الدائن . فلو فرضنا أن متبايل الوفاء هو مقادير من القطن أو من القمح ، فيكفي ، طبقاً لهذا التكييف ، أن يلتزم المدين للدائن بنقل ملكية هذه المقادير حتى يتم الوفاء بمقابل وتبرأ ذمة المدين من الدين الأصلي . وقد قدمنا أن الوفاء بمقابل لا يتم إلا إذا انتقلت الملكية فعلاً إلى الدائن ، ولا تبرأ ذمة المدين من دينه الأصلي إلا عند نقل هذه الملكية . أما إذا وقفنا عند هذه المرحلة الأولى ، فانما نراه تجديد محض للدين لا وفاء بمقابل كما سبق القول .

(١) انظر في بسط هذا الرأي بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧

٤٧٩ - الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء تقبیر فی المحل الاصلی :

وهذا هو التكييف الذى كان سائداً فى القانون الفرنسى القديم ، وكان يقول به دوما وبوتييه ، ولا يزال يقول به بعض فقهاء القانون الفرنسى الحديث .

ففى القانون الفرنسى القديم كان الوفاء بمقابل ضرباً من الوفاء ، استعيض فيه عن الشئ ، المستحق أصلاً بشئ آخر ، وذلك باتفاق الطرفين . فهو كالوفاء بقضى الدين ذاته بطريق مباشر ، ولكن يقضيه بمقابل الشئ المستحق لبالشئ المستحق نفسه . أما فى التكييف الأول فقد رأينا أن المقابل يقضى الدين ذاته ، ولكن بطريق غير مباشر ، بأن يجعل ثمنه قصاصاً فى هذا الدين . وسنرى فى التكييف الثالث أن المقابل لا يقضى الدين ذاته ، ولكن ديناً آخر نشأ من طريق التجديد .

ويترتب على هذا التكييف الثانى أن الدائن ، إذا استحق فى يده مقابل الوفاء ، لم يرجع على المدين بدعوى ضمان الاستحقاق التى يرجع بها المشتري على البائع . فهو لم يشتر المقابل كما هو التصور فى التكييف الأول ، بل استوفى به الدين الذى له فى ذمة المدين . فاذا استحق المقابل فى يده بطل الوفاء ، واستتبع ذلك رجوع الدين الاصلى ، فيعود فى ذمة المدين بجميع ما كان له من ضمانات ، ويرجع الدائن على المدين لادعوى ضمان الاستحقاق بل بدعوى هذا الدين نفسه (١) .

وكان هذا التكييف القانونى يستقيم ، ويتفق مع إرادة الطرفين ، لولا أنه

(١) دوما فى القوانين المدنية القسم الأول الكتاب الثالث الباب الأول الفرع السابع فقرة ٦ - بوتيه فى الالتزامات فقرة ٤٠٦ - وانظر فى فقهاء القانون الفرنسى الحديث : سيجونى Segogne فى الوفاء بمقابل فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٨٨٠ ص ٨٢ - ص ١٠٠ - جيمز Guimbaud فى الوفاء بمقابل فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى رسالة من بواتيه سنة ١٨٨٩ ص ١٨٥ - ص ٢٠٦ - وقارب بلانبول وويبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠١٩ . ويقرب من هذا التكييف ما يذهب إليه الأستاذ عبد الحى حجازى (جزء ٣ ص ٦٢) من أن الوفاء بمقابل عقد عيني تنتقل به ملكية شئ من ذمة المدين إلى ذمة الدائن ويترتب عليه الوفاء بالتزام سابق .

ويتحس فى الدفاع عن هذا التكييف من الفقهاء المعاصرين دى باج : انظر الجزء الثالث فقرة ٥١١ .

من المقرر أن الوفاء بمقابل يقضى التأمينات التي كانت للدين الأصلي ولو استحق المقابل . انقضاء التأمينات هذا مقرر في الفقه الفرنسي ، ويؤيده نص صريح في التقنين المدني الفرنسي خاص بالكفالة ، فقد نصت المادة ٢٠٣٨ من هذا التقنين على أن قبول الدائن باختياره عقاراً أو أى عرض استيفاء للدين الأصلي يبرىء الكفيل ، حتى لو استحق الشيء في يد الدائن (١) . ويقس الفقه الفرنسي على الكفالة سائر التأمينات . أما في مصر فالنص واضح في أن التأمينات التي كانت للدين الأصلي تزول ، وسرى أن المادة ٣٥١ مدني تقضى بأن يسرى على الوفاء بمقابل « من حيث أنه يقضى الدين ، أحكام الوفاء ، وبالأخص مانع من بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات (٤) » . ثم طبق التقنين المدني المصري هذا الحكم تطبيقاً خاصاً في الكفالة ، فنص في المادة ٧٨٣ - وهي المقابلة للمادة ٢٠٣٨ مدني فرنسي - على أنه « إذا قبل الدائن أن يستوفى في مقابل الدين شيئاً آخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء » .

ولا شك في أن انقضاء التأمينات إلى غير رجعة لا يتفق مع التكييف القانوني

(١) ويذهب سيجوني Segogne ، في الرسالة التي أسلفنا الإشارة إليها ، إلى أن بوتيه قرر هذا الحكم في خصوص الكفيل وحده ، دون سائر التأمينات ، لاعتبارات خاصة بالكفيل . فإن الدائن ، بعد أن استوفى دينه بمقابل للوفاء ، وبعد أن برئت ذمة الكفيل ، لا يفكر في الرجوع على الكفيل ، إذا استحق المقابل في يده ، إلا إذا كان الدين معسراً . فيضار الكفيل بهذا الإعتبار ، ويكون من حقه أن يدفع رجوع الدائن عليه ، ما دام الدائن هو الذي قبل أن يستوفى دينه بمقابل وترك المدين حتى أصغر ، ففوت على الكفيل الفرصة في أن يرجع على المدين إذا وفى عنه الدين (بوتيه في الالتزامات فقرة ٤٠٧) . وقد نقل التقنين المدني الفرنسي هذا الحكم عن بوتيه ، وقصره على الكفيل (سيجوني ص ٨٨ - ص ٩٠) .

ويرد بودرى وبارد على هذه الحجة بأن التقنين المدني الفرنسي في المادة ٢٠٣٨ جعل براءة الكفيل ، حتى لو استحق المقابل في يد الدائن ، حكماً عاماً ، ولم يقصره على حالة ما إذا كان المدين معسراً . وهذا يدل على أن الوفاء بمقابل من شأنه تجديد الدين الأصلي ، فينقضى هذا الدين بالتجديد وتنقضى معه تأميناته والكفالة من بينها . ويظهر ذلك في رصوح تام عند الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الفرنسي ، فقد وردت فيها عبارات صريحة كل الصراحة في هذا المعنى (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٥ ص ٧٩١ - ص ٧٩٢ - وانظر في الرد على بودرى وبارد : دى باج ٣ فقرة ٥١١ ص ٤٩١) .

(٤) انظر عكس ذلك في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٩

الذى نحن بصددده ، فان من مقتضيات هذا التكييف أن يعود الدين الأصلي إذا أبطل الوفاء بمقابل أو استحق المقابل في يد الدائن ، ومتى عاد الدين الأصلي عادت معه جميع التأمينات التي كانت تكفله .

١٨٠ - الوفاء بمقابل عمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق

نقل الملكية : والتكييف القانوني الذي أخذ يتغلب في الفقه المعاصر ، وهو التكييف الذي يسائر النصوص التشريعية في مصر وفي فرنسا ، هو أن الوفاء بمقابل عمل مركب . فهو مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية ، وتتلاقى فيه عناصر من كل ذلك ، فيجمع في أحكامه بين كل منها .

فالوفاء بمقابل هو أولاً تجديد بتغيير محل الدين . إذ الدائن والمدين يتفقان بادئ ذي بدء على تغيير المحل الأصلي للدين بمحل جديد هو المقابل للوفاء ، ومتى دخل في الدين هذا التعديل الجوهرى فقد أصبح ديناً جديداً يحل محل الدين القديم ، وهذا هو التجديد . ويترتب على هذه الخطوة الأولى أن الدين الأصلي ينقضى ، وتنقضى معه تأميناته ، عن طريق التجديد ، لا عن طريق الوفاء كما هو الأمر في التكييف الثانى ، ولا عن طريق المقاصة كما هو الأمر في التكييف الأول . ثم إن الدين الجديد - وهو دائماً التزام بنقل ملكية المقابل الذى استعويض به عن المحل الأصلي للدين - ينفذ عن طريق الوفاء (paiement) . فتنقل الملكية فعلاً إلى الدائن كما قدمنا ، وبذلك يتم الوفاء بمقابل . وفي هذه الخطوة الثانية ينطوى الوفاء بمقابل على معنيين : (أولاً) معنى الوفاء ، إذ الدين الجديد يوفى به عيناً فينقضى ، وهو هنا ينقضى بالوفاء (paiement) . كما انقضى الدين القديم بالتجديد (novation) فيما قدمنا . (ثانياً) ومعنى نقل الملكية ، إذ الوفاء بالدين الجديد معناه نقل ملكية المقابل إلى الدائن كما تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري . ونرى من ذلك أن هذه الخطوة الثانية تكسب الوفاء بمقابل مقوماته الجوهرية : تكسبه معنى الوفاء فيأخذ أحكامه ، وتكسبه معنى نقل الملكية فيأخذ أيضاً بعض أحكامه ، وهذا كله إلى معنى التجديد الذى رأيناه في الخطوة الأولى والذى انقضى الدين الأصلي به (١) .

(١) انظر في هذا المعنى أوبري وروم ، فترة ٣١٨ هامش رقم ١ وفترة ٣٢٤ هامش رقم ٤٨ -

لوران ١٨ فترة ٣٢٣ و ٣١ فترة ٣٦٣ - ديمولومب ٢٧ فترة ٢٣٠ و ٢٨ فترة ٢٨٨ -

ويخلص من هذا التكييف القانوني أمران : (١) أن الدين الأصلي في الوفاء بمقابل لا ينقضى بالوفاء ولا بالمقاصة، وإنما ينقضى بالتجديد . أما الدين الجديد الذي حل محل الدين الأصلي فينقضى بالوفاء عيناً ، لا بمقابل الوفاء (١) . (٢) إن الوفاء بمقابل يجمع في أحكامه بين معنى الوفاء ومعنى نقل الملكية (٢) ، وهذا ما تنتقل الآن إليه .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الوفاء بمقابل

٤٨١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥١ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« وما بعدها — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٥ ص ٧٨٨ — ص ٧٨٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٩ ص ٦٥٩ وفترة ١٢٥٠ ص ٦٥٩ — ص ٦٦٠ — بيدان لاجارد ٨ فقرة ٤٩٤ — جوسران ٢ فقرة ٩٢٨ ص ٤٩٣ .

وانظر في هذا المعنى أيضاً الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٨١ .

وانظر انتقاداً لا يخلو من المبالغة لهذا التكييف في دي باج ٣ فقرة ٥١٠ - فقرة ٥١١ . (١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويراعى أن الوفاء بالدين القديم لا يتم بمقتضى الإدلاء بالمعوض : وإنما ينشأ التزام جديد يحل محل هذا الدين ، وهذا الالتزام هو الذى ينقضى بالوفاء فور الوقت من طريق انتقال حق الملك في ذلك المعوض . فالاعتياض والحالة هذه ليس إلا تجديداً يقبض بالوفاء بالالتزام الجديد على الفور » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧) .

(٢) فالوفاء بمقابل هو إذن تصرف قانونى مركب (acte juridique complexe) من تجديد ونقل ملكية ووفاء . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « بيد أن المشروع أثر أن يختصه (الوفاء بمقابل) ببعض النصوص إزاء ما هو ملحوظ من ازدواج أثره وتراكب طبيعته في فقه القانون : فيراعى من ناحية أن الإدلاء بمعوض ينقل ملكية ما يؤدى في مقابل الوفاء ، وفي هذه الحدود تطبق أحكام البيع . ويراعى من ناحية أخرى أنه يهيب للمدين طريقاً لإبراء ذمته من الدين ، وفي هذا النطاق تطبق قواعد الوفاء . وقد يقال أخيراً إن الاعتياض ينتهى أمره إلى تجديد يعقبه الوفاء مباشرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٤) .

« يسرى على الوفاء بمقابل ، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى في مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه ، من حيث أنه يقضى الدين ، أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات » (١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢).

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٨ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٠٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣١٩ (٣).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا العبارة الآتية التي وردت في المشروع التمهيدى : « يسرى على الوفاء بمقابل ، من حيث إنه ينقل ملكية الشيء الذى أعطى في مقابلة الدين ... » ، وفيما عدا عبارة « احتساب الخصم » في المشروع التمهيدى . وفي لجنة المراجعة عدلت عبارة : « من حيث أنه ينقل ملكية الشيء الخ » بعبارة « فيما إذا كان ينقل ملكية شيء » . وكانت عبارة المشروع التمهيدى أدق في المعنى من عبارة لجنة المراجعة ، لأن العبارة الأخيرة توهم أن الوفاء بمقابل قد لا ينقل الملكية في بعض صوره ، وقد رأينا إنه ينقل الملكية في جميع الصور (قارن مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٨) . وأصبح رقم المادة ٣٦٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت عبارة « احتساب الخصم » بعبارة « تعيين جهة الدفع » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٩ و ٢٣٨ - ص ٢٣٩) .

(٢) الموجز للدولف فقرة ٥٤٣ - الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٧١٣ - فقرة ٧٩٤ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٤٩ (مطابقة للمادة ٣٥١ من التقنين المدني المصرى) .
التقنين المدني الليبي م ٣٣٨ (مطابقة للمادة ٣٥١ من التقنين المدني المصرى) .
التقنين المدني العراقي م ٤٠٠ (مطابقة للمادة ٣٥١ من التقنين المدني المصرى - وانظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٢٧ - فقرة ٣٢٨) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣١٩ : إن قواعد البيع تطبق مبدئياً على الإيفاء بأداء =

ويخلص من هذا النص أن الوفاء بمقابل مزدوج الأحكام ، فتسرى عليه أحكام البيع باعتباره ناقلاً للملكية ، وتسرى عليه أحكام الوفاء باعتباره أنه يقضى الدين .

٤٨٢ - الوفاء بمقابل باعتباره نافذاً للملكية : لما كان الوفاء بمقابل

ينقل ملكية المقابل من المدين إلى الدائن ، فانه يسرى عليه من هذه الناحية أحكام البيع وأحكام نقل الملكية بوجه عام .

وقد ذكر النص من هذه الأحكام ثلاثة على وجه التخصيص (١) :

١ - أهلية المتعاقدين : وقد قدّمنا أنه يشترط في المدين أن تتوفر فيه ، لا أهلية الوفاء فحسب ، بل أيضاً أهلية التصرف . وكذلك يشترط في الدائن أهلية الالتزام (٢) .

٢ - ضمان الاستحقاق . وإذا استحق المقابل في يد الدائن ، رجع على المدين . ولا يرجع بالدين الأصلي ، فان هذا الدين قد انقضى بالتجديد كما قدّمنا ، وقد انقضت تأميناته معه ، فلا يعود ولا تعود . وإنما يرجع بضمان الاستحقاق كما يرجع المشتري على البائع ، لأنه إنما يطقن في التصرف الخاص بنقل الملكية لا التصرف الخاص بالتجديد . إذ التجديد قد أصبح باتاً لا رجوع فيه ، وهو الذي قضى الدين الأصلي بتأميناته ، وأقام مقامه الدين الجديد الذي يستوجب تنفيذه نقل الملكية (٣) .

الموضع ، ولا سيما القواعد المختصة بالضمان وبأهلية المتعاقدين - على أن قواعد الإيفاء تطبق بالقياس وبقدر المستطاع ، ولا سيما فيما يختص بتعيين جهة الإيفاء . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري ، وإذا كان نص التقنين اللبناني لم يذكر انقضاء التأمينات صراحة ، إلا أن هذا الانقضاء يستخلص بداهة من قواعد الوفاء الواجبة التطبيق) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧ .

(٢) جوسران ٢ فقرة ٩٢٩ .

(٣) وقد يقال إنه مما يتفق مع نية الطرفين ، في حالة ما إذا لم تخلص ملكية المقابل للدائن ، أن يفسخ الوفاء بمقابل في مجموعه ، بما ينطوى عليه من تجديد ووفاء ونقل ملكية ، ويعود الدين الأصلي إلى ذمة المدين . وقد جاء في هذا المعنى في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يكون للدائن في هذه الحالة إلا حق الرجوع بدهوى الضمان ، ما لم يطلب الحكم بفسخ الاعتياض ذاته : قارن المادة ٩٩٨ من التقنين البرازيل ، وهي تقضى بأن الدين القديم يعود -

ولما كان الدائن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق كما قدمنا ، فإنه يرجع ، طبقاً لأحكام هذا الضمان ، بما يأتي : (١) قيمة المقابل وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . (٢) قيمة الثمار التي ألزم الدائن بردها لمن استحق المقابل . (٣) والمصروفات النافعة التي لا يستطيع الدائن أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان المدين سيء النية . (٤) وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان الدائن يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المدين بالدعوى . (٥) وبوجه عام التعويض عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المقابل (١) .

ولا شك في أن الرجوع بضمان الاستحقاق أرجح للدائن من الرجوع بالدين الأصلي ، ولكن تأمينات الدين الأصلي تزول كما قدمنا فلا تكفل ضمان الاستحقاق .

٣ - ضمان العيوب الخفية : فإذا لم يستحق المقابل ، ولكن الدائن كشف فيه عيباً خفياً ، فإنه يرجع على المدين بضمان العيوب الخفية ، كما يرجع المشتري على البائع ، طبقاً لأحكام المواد ٤٤٧-٤٥٤ مدني . ويخلص من هذه النصص أن العيب لو أثر في المقابل إلى حد لو علمه الدائن لما رضى بهذا المقابل ، كان له أن يرده إلى المدين وأن يطالبه بالتعويض على النحو الذي ينشأ في ضمان الاستحقاق . أما إذا اختار الدائن استبقاء المقابل ، أو كانت الخسارة لم تبلغ

= إلى الوجود ويؤثر المخالفة الخاصة به متى استحق العرض (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧ - ٢٣٨) . انظر أيضاً المادة ١٩٧/٢ من التقنين المدني الإيطالي الجديد - والأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٦٤ - ص ٦٥ .

ولكن القول برجوع الدين الأصلي ، عن طريق فسخ الوفاء بمقابل في مجموعته ، يقتضي أن يرجع مع الدين الأصلي تأميناته التي كانت تكفله ، وهذا يتعارض مع نص القانون الصريح من أن التأمينات تنقضي . ومن ثم لا يكون للدائن ، في حالة استحقاق المقابل ، إلا الرجوع بضمان الاستحقاق على الوجه الذي سنبسطه ، ولا يجوز له فسخ التجديد . فيبقى الدين الجديد قائماً ، ولا يعود الدين الأصلي ولا تعود تأميناته (انظر في هذا المعنى أوبري ورو ٤ فقرة ٢٢٤ ص ٢٢٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٤ - كولان وكابيتان ودي لا مورانديير ٢ فقرة ٩٨٨) .

(١) انظر المادة ٤٤٣ من التقنين المدني في ضمان الاستحقاق .

الحد المتقدم الذكر ، لم يكن له إلا أن يطالب المدين بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (م ٤٥٠ و ٤٤٤ مدني) (١) .

ولما كان نص المادة ٣٥١ مدني لم تحصر أحكام البيع التي تسري على الوفاء بمقابل في الأحكام الثلاثة المتقدمة الذكر ، بل ذكرتها على سبيل التمثيل والتخصيص ، فانه يبدو أن بعض أحكام البيع الأخرى — كحق امتياز البائع إذا كان هناك معدل (soulté) يدفعه الدائن للمدين (٢) ، وحق الفسخ إذا لم يوف الدائن بهذا المعدل ، وحق تكملة الثمن للغبن فيما إذا كان الدائن قاصراً وكان المقابل عقاراً نقل قيمته عن أربعة أخماس الدين (٣) ، تسري على الوفاء بمقابل (٤) .

٤٨٣ — الوفاء بمقابل باعتباره وفاء : ثم إن الوفاء بمقابل ، باعتباره وفاء ، يقضى الدين الجديد الذي حل محل الدين الأصلي كما قدمنا . أما الدين الأصلي فقد انقضى بالتجديد ، كما سبق القول .

ومن ثم ترتب للنتائج الآتية (٥) :

١ — نزول التأمينات التي كانت للدين الأصلي ، ولا تعود حتى لو استحق

(١) كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ٩٨٨ ص ٦٤٩ — أنسيلكوييدي دالوز ٢ لفظ *datation en paiement* فقرة ١٧ .

(٢) كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ٩٣٧ — أنسيلكوييدي دالوز ٢ لفظ *datation en paiement* فقرة ١٦ .

(٣) كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ٩٣٧ — أنسيلكوييدي دالوز ٢ لفظ *datation en paiement* فقرة ١٥ — تارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٨٧ مكررة أولاً — فقرة ١٦٨٨ . وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٣ و فقرة ١٢٥٥ .

(٤) وكذلك تدفع رسوم انتقال الملكية في الوفاء بمقابل بنفس المقدار الذي تدفع به في البيع (استئناف مخطط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣١٧ — وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٣) .

(٥) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧ — ص ٢٣٨ .

المقابل في يد الدائن ، على النحو الذى قدمناه . وهذه النتيجة مترتبة على أن الدين الأصيل قد انقضى وانقضت معه تأميناته عن طريق التجديد (١) .

٢ - تتبع الأحكام المتعلقة بتعيين جهة الدفع (imputation du paiement) فيما إذا كان في ذمة المدين للدائن عدة ديون من جنس واحد وقد دفع المدين مقابلا للوفاء ببعضها دون بعض ، فيكون له وقت الدفع أن يبين الدين الذى دفع مقابله . فان لم يبين ، كان الدين المدفوع له المقابل هو الدين الحال ، ثم الدين الأكثر كلفة على المدين . فان تعادلت الديون في الحلول وفي الكلفة على المدين ، كان للدائن أن يعين الدين الذى استوفى مقابله .

٣ - إذا تبين أن المدين قد دفع مقابلا لدين لا وجود له ، اتبعت أحكام الوفاء لا أحكام نقل الملكية . ومن ثم لا يرجع المدين على الدائن بمقدار الدين ، ولكن يسترد منه المقابل الذى دفعه بدعوى استرداد غير المستحق (٢) .

٤ - يجوز لدائني المدين أن يطعنوا بالدعوى البولصية في الوفاء بمقابل باعتبار أنه وفاء . فاذا وفى المدين المعسر ، وفاء بمقابل ، أحد دائنيه قبل

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٢ - جوسران ٢ فقرة ٩٢٩ .

(٢) أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٨ - ويمكن القول أيضا إن الذى أعطى المقابل ، وقد تبين أنه غير مدين ، يكون بمثابة البائع الذى لم يستوف الثمن من المشتري . فيفسخ البيع ويسترد المبيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي أن الدائن ومدينه اتفقا على أن يبيع المدين إلى الدائن قدراً من أطيانه مقابل مبلغ ما كان باقياً عليه من دين سبق أن حوله الدائن إلى أجنبى ، وتعهد الدائن باحضار مخالصة من ذلك الأجنبى عند التصديق على عقد البيع ، وحرر بين الطرفين في تاريخ هذا الاتفاق عقد بيع عن الأطيان الواردة به ، ثم تم التوقيع على عقد البيع النهائي ، ولم يحضر الدائن المخالصة من الأجنبى ، بل إن هذا الأخير استمر في إجراءات التنفيذ بالنسبة إلى باقى الدين فنزع ملكية المدين من أطيان أخرى حتى بيعت بالمزاد ، فترأت المحكمة من هذا أنه مع قيام الأجنبى بالتنفيذ على هذه الأطيان الأخرى للحصول على باقى الدين تكون الأطيان المبيعة للدائن تحت يده من غير مقابل ، وعلى هذا قضت بفسخ العقد ، فإنها تكون قد أُنشئت ، لأنه بالقياس على البيع يكون للمدين - الذى هو في مركز البائع - الحق في فسخ العقد إذا حال الدائن الذى أخذ الأطيان وفاء لدينه دون حصول المقاصة عن هذا الدين بمقتضى التنفيذ وفاء لدينه ، إذ يكون الدائن والحالة هذه كأنه مشتر لم يدفع الثمن (نقض منى ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر : رقم ١٣٩ ص ٢٨٥) .

انقضاء الأجل الذى عين أصلاً للوفاء ، لم يسر هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين .
وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء بمقابل ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ،
إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى المقابل (١) .

(١) وذلك كله قياساً على المادة ٢/٢٤٢ مدنى ، وقد وردت فى خصوص الطعن بالدعوى
البولصية فى الوفاء ، فيمكن قياس الوفاء بمقابل على الوفاء . انظر : استئناف مخطط ١٧ أبريل
سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧ - ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ - ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م
٢٨ ص ٤٣٣ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٦٦ .

الفصل الثاني

التجديد والائابة فى الوفاء (*)

(Novation et délégation)

الفرع الأول

التجديد

(Novation)

٤٨٤ - التجديد نظام قانونى محدود الأهمية - شروط والاستار

تترتب عليه : التجديد هو استبدال دين جديد بدين قديم ، فيكون سبباً فى قضاء الدين القديم وفى نشوء الدين الجديد . فالتجديد إذن هو سبب لانقضاء الالتزام ، وهو فى الوقت ذاته مصدر لنشوء الالتزام . فهو اتفاق (convention) على قضاء الالتزام القديم ، وعقد (contrat) لإنشاء الالتزام الجديد ، وهو فى الحالتين تصرف قانونى (acte juridique) . ويتميز الدين الجديد عن الدين القديم إما بتغيير فى الدين (أى فى محله أو فى صدره) ، وإما بتغيير المدين ، وإما بتغيير الدائن .

والتجديد كنظام قانونى أصبح اليوم محدود الأهمية خلافاً لما كان عليه الأمر

(*) مراجع : بول جيد (Paul Gide) دراسة فى التجديد وحالة الحق فى القانون الرومانى سنة ١٨٧٩ - بيتي (Petit) نظرات (réflexions) فى الحوالة : المجلة الانتدابية سنة ١٩٣٠ ص ٩٥ - هجر (Hubert) بحث فى النظرية القانونية للإئابة رسالة من بواتييه سنة ١٨٩٩ - نجر (Nègre) شروط الانقضاء والصحة فى التجديد رسالة من إكس سنة ١٩٢٠ - ثالير (Thaller) الصيغة القانونية لسند الائتمان : حوليات القانون التجارى سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧ - كابيتان (Capitant) فى السبب .

في القانون الروماني (١) ، وقل الالتجاء إليه في التعامل . فالتجديد بتغيير الدين أصبح يغني عنه الوفاء بمقابل ، وتغني حوالة الدين عن التجديد بتغيير المدين ، وحوالة الحق عن التجديد بتغيير الدائن . ومن ثم اختفى التجديد في بعض التقنيات الحديثة كاللتمين الألماني (٢) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ونبحث في التجديد : (أولاً) شروطه (ثانياً) الآثار التي تترتب عليه .

(١) لم تكن حوالة الحق ولا حوالة الدين معروفة في القانون الروماني على ما قدمنا ، فكان التجديد يقوم مقام الحوالة . على أن التجديد في القانون الروماني كان يختلف في جوهره عن التجديد في القوانين الحديثة . فهو لم يكن يغير من محل الدين ، بل كان يغير شكله ، فيفرغه غالباً في عقد لفظي (stipulatio) وأحياناً في عقد كتابي (litteris) ، فيكسبه جدة ويزيد في قوته . وقد يكون التجديد بسمير الدائن أو بتغيير المدين ليقوم مقام حوالة الحق أو حوالة الدين ، بل قد يكون بتغيير عنصر غير جوهري في الالتزام كإضافة أجل أو توثيق الدين بضمان ، لا يعتبر تجديدًا في القوانين الحديثة . فالتجديد في القانون الروماني كان أقرب إلى المساس بصورة الالتزام وشكله منه إلى تغيير موضوعه وطبيعته . أما التجديد في القوانين الحديثة فيجري على أساس النية لا الشكل ، ويغير في الالتزام الأصلي تغييراً جوهرياً إلى حد استبدال التزام جديد به . ومن ثم كان التجديد في القانون الروماني مسألة شكلية تتصل بصورة الالتزام ، والتجديد في القوانين الحديثة مسألة موضوعية تتصل بحرية التعاقد وسلطان الإرادة (انظر في هذا المعنى بودري وبارد ٢٢ فقرة ١٦٨٩ وفقرة ١٧١١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٦) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يختلف مذهب التقنينات اللاتينية عن مذهب التقنينات الجرمانية فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بالتجديد . فقد جرت الأولى على إفراد مكان لهذه الأحكام في النصوص ، متأثرة بما كان لها من منزلة في القانون الروماني ، وقد كان هذا القانون يجهل حوالة الحق وحوالة الدين على حد سواء ، فألجئ بذلك إلى الاستعاضة بالتجديد عن هذا وتلك . أما الثانية فتعمل التجديد على نقيض ذلك ، وتستعوض عنه بحوالة الحق وحوالة الدين ، وهما بطبيعهما أدنى إلى التمشي مع التصدير المادى للالتزام . على أن الفوارق بين هذين المذهبين أقرب إلى المساس بالعرض منها إلى المساس بالجوهر ، فالتقنينات اللاتينية تقر صراحة حوالة الحق ، ولا تمنع على وجه الإطلاق في حوالة الدين . والتقنينات الجرمانية (وردت خطأ : اللاتينية) لا تضييق بالتجديد حيث تمنح جدواه كما هو الشأن في التجديد بتغيير الدين بوجه خاص . ولم ير المشروع أن يشذ عن التقليد اللاتيني ، ولا سيما أن الإنابة مع أهميتها تفتقر بالتجديد باعتبارها مجرد وصف من أوصافه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٠) .

ولم يغفل التقنين المدني الجديد شأن التجديد ، لا اتصاله بالإنابة من ناحية ، ولأن التجديد بتغيير الدين لا تزال له أهمية كبيرة في العمل من ناحية أخرى (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٦ ص ٦٦٤) . فعرض لأحكام التجديد ، وتولاها بشيء من الضبط =

المبحث الأول

شروط التجديد

٤٨٥ - شروط ثلاثة : يمكن رد شروط التجديد إلى ثلاثة . إذ التجديد يفترض وجود التزامين متعاقبين الجديد منهما يحل محل القديم ، على أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في أحد عناصره ، وعلى أن تتوافر عند الطرفين نية التجديد (١) .

فشروط التجديد إذن هي : (١) تعاقب التزامين ، قديم حل محله جديد (٢) اختلاف ما بين الالتزامين في أحد العناصر (٣) نية التجديد .

المطلب الأول

تعاقب التزامين قديم حل محله جديد

٤٨٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

= والتحديد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وقد عرض المشروع لبعض الأحكام الخاصة بالتجديد ذاته بشيء من الضبط والتحديد ، لاسيما ما تعلق منها بتجديد الالتزام الباطل أو القابل للبطلان ، وبالتطبيقات العملية لفكرة عدم افتراض التجديد ، وبانتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٠) . وجاء في موضع آخر : « يعتبر التجديد طريقاً من طرق انقضاء الالتزام ومصدراً من مصادر إنشائه في آن واحد . وليس شك في أن الحوالة والإبابة والحلول تحقق الغرض المقصود من هذا النظام ، وتفضله من وجوه . وهذا هو ما حدا بالتقنينات الجزائية إلى أغفاله : انظر مع ذلك المواد ١٣٧٥ - ١٣٧٧ من التقنين النمساوى . بيد أن تجديد سزايا ما تزال باقية تتجلى قيمتها عند ما يراد استبدال محل الالتزام أو مصدره : انظر المادة ٢٦٣ من التقنين البولونى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٣) .

ويعرض التقنين المدني الإيطالي الجديد في تفصيل لتنظيم التجديد بتغيير الدين وهو التجديد الموضوعي ، ولا يشمل إلا على نص واحد في التجديد بتغيير المدين وهو التجديد الشخصي ، ويسكت عن التجديد بتغيير الدائن (الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٧٠ - ص ٧١) .

(١) أسبوط ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحللة ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٢ المحللة ١٣ رقم ٥٦٢ ص ١١٢٨ .

« ١ - لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان » .

« ٢ - أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال ، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله » (١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢) .

ويقابل النص في للتقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٥١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٤٠ - ولا مقابل في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٢ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٠٠ من المشروع التمهيدى عل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما هذا بعض فروق لفظية طفيفة ، أزيلت في لجنة المراجعة فأصبح التطابق تاماً ، ووافقت اللجنة عل المادة تحت رقم ٣٦٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٤٤ - ص ٢٤٦) .

(٢) المرجع للمؤلف فقرة ٥٧٤ - فقرة ٥٧٥ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٥١ (مطابقة للمادة ٣٥٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٤٠ (مطابقة للمادة ٣٥٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل للنص ، والسبب هو اختلاف نظرية البطلان في التقنين العراقي عنها في التقنين المصري ، ومع ذلك فالأحكام واحدة رغم هذا الاختلاف (انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٢٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٢٢ : لا يتم التجديد إلا إذا كان الموجبان القديم والحديث موجودين حقيقة وليس بهما سبب للإبطال الطائى - أما مجرد قابلية الإبطال لهذا الدين أو لذلك فلا يحول دون التجديد . بل تبقى مفاعله موجودة مادام الإبطال لم يحكم به . وإن الدين القابل للإبطال يجوز استبداله بموجب صحيح إذا كان صاحب دعوى الإبطال عالماً بالحالة ، فيعد حينئذ عادلاً عن حق إقامتها - والموجب الطبيعي يجوز استبداله بواسطة التجديد بموجب مدنى . (وتنطبق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري ، إلا في تجديد الالتزام الطبيعي ، فو التقنين المصري لا يكون هذا تجديداً وإنما هو إنشاء لالتزام مدنى سببه الالتزام الطبيعي ، وقد سبق ذكر ذلك في الجزء الثانى من الوسيط عند الكلام في الالتزام الطبيعي) .

ويخلص من هذا النص أنه حتى يتم التجديد، يجب أن يوجد التزام قديم خالٍ من أسباب البطلان، ثم يعقبه ليحل محله التزام جديد خالٍ هو أيضاً من أسباب البطلان.

٤٨٧ - وهو التزام قديم : يفترض التجديد وجود التزام سابق ، هو الذى يقوم عليه التجديد فيقضيه ، وندعوه هنا بالالتزام القديم .

فاذا لم يكن هذا الالتزام القديم موجوداً فعلاً بل ظن وجوده توهماً ، وكذلك إذا كان هذا الالتزام قد انقضى بسبب سابق على التجديد ، فلا يمكن أن يكون هناك تجديد ولو اتفق الطرفان على إنشاء التزام جديد يحل محل الالتزام الموهوم . ذلك أن الالتزام الجديد إنما يستمد قوامه من أنه حل محل التزام قديم ، فاذا لم يوجد هذا الالتزام القديم لم يقم تبعاً لذلك الالتزام الجديد (١) .

وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد باطل لأى سبب من أسباب البطلان ، كعدم تعيين المحل أو عدم مشروعيته أو عدم مشروعية السبب ، فإن الالتزام القديم يكون معدوماً فى هذه الحالة إذ العقد الباطل لا ينتج فى الأصل أثراً ، فلا يمكن أن يكون هناك تجديد لهذا الالتزام المعدوم (٢) .

وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد قابل للإبطال ، لنقص فى الأهلية أو لعب فى الإرادة ، فالأصل أن تجديد مثل هذا الالتزام لا يكون صحيحاً ، بل يبقى مهسداً بالإبطال . فاذا ما طلب ذو الشأن إبطال العقد انعدم الالتزام القديم ، فانهدم لذلك الالتزام الجديد ، وبطل التجديد (٣) . على أن الفقرة الثانية

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٨ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « يشترط لصحة التجديد ألا يكون أحد الالتزامين ، القديم أو الجديد ، مطلق البطلان . فاذا كان الالتزام القديم باطلاً ، استتب ذلك بطلان الالتزام الجديد لتخلف سببه . وإذا كان الالتزام الجديد باطلاً ، بقى الالتزام القديم قائماً لاستتاع أثر التجديد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥) .

(٣) وقد لا يكون الالتزام القديم قابلاً للإبطال ، ولكنه يكون خاضعاً لحكم خاص تقرر قبل التجديد أو بعده ، فلا يقرى التجديد على حجب هذا الحكم ، بل ينتقل أثر الحكم إلى الالتزام الجديد . من ذلك ماقتضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا داخل الالتزام القديم ربا فاحش ، - (م ٥٢ - لم يسط)

من المادة ٣٥٣ مدني أوردت استثناء على هذا الأصل، فنصت كما رأينا على ما يأتي :
 « أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال ، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله » . فإذا كان الطرف الذي له حق إبطال العقد مصدر الالتزام القديم قد أصبح في حال يستطيع معها إجازة هذا العقد ، ثم أقدم على تجديد الالتزام وهو على بصيرة من الأمر ، فإن التجديد ذاته يعتبر إجازة للعقد . فينقلب الالتزام القديم صحيحاً ، ويصح تبعاً لذلك الالتزام الجديد ، فيحل محل الالتزام القديم ، ويتم التجديد (١) . وقد يتم التجديد دون أن يكون هناك قصد إلى إجازة العقد ، بأن يكون العاقد الذي وقع في غلط مثلاً لم يكشف العيب ، فيبقى التجديد ، كما قدمنا ، مهدداً بالإبطال . ولكن يصح أن يحجز العاقد العقد بعد تمام التجديد وبعد كشفه للعيب ، فينقلب العقد صحيحاً ، وتستتبع صحة العقد صحة التجديد (٢) . وقصد إجازة العقد ، سواء قارن التجديد أو أعقبه ، يتوقف الأمر فيه على نية صاحب الشأن . وهي نية موكل كشفها لقاضي الموضوع ، ولا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض .

وإذا كان العقد القديم قابلاً للفسخ وفسخ فعلاً ، فقد سقط الالتزام القديم وسقط معه التجديد (٣) .

= فإن تجديد الالتزام لا يمنع من المطالبة بتخفيض الفوائد إلى الحد المسموح به قانوناً (استثناء مختلط ٤ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٧ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٧ - ١١ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٨٩ - ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٤ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٣) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به محكمة أسبوت من أنه إذا استبدل دين بدين ، ثم صدر بعد الاستبدال قانون يعطى للمدين الحق في خصم جزء من الدين الأول ، جاز للمدين أن يتسك بهذا القانون ، إذ هو لم يدخل في تقديرة وقت الاستبدال ، ولم يحصل تقصير منه في عدم التمسك به (أسبوت أول مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢١٦ ص ٤٣٠) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥ .
 (٢) وهذا كله لو اشترك العاقد الذي له حق إبطال العقد في التجديد . أما إذا لم يشترك فيه ، وتقدم مدين جديد يتعاقد مع الدائن ليحل محل المدين الأصلي الذى له حق إبطال العقد ، فإن هذا المدين الأصلي يبقى على حقه في طلب إبطال العقد ، حتى لو كان المدين الجديد عالماً بسبب الإبطال . فيسقط التجديد أو يصح ، تبعاً لمسا إذا أبطل المدين الأصلي العقد أو أجازه (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٢) .

(٣) طنطا ٨ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١١٦ ص ٣٠٠ .

وإذا كان الالتزام القديم معلقاً على شرط ، واقفاً كان الشرط أو فاسخاً ، فان التجديد يكون هو أيضاً معلقاً على هذا الشرط . فإذا تحقق الشرط الواقف ، أو لم يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبح التجديد باتاً . إما إذا لم يتحقق الشرط الواقف ، أو تحقق الشرط للفاسخ ، فانهدم الالتزام القديم ، انعدم تبعاً له الالتزام الجديد ، وسقط التجديد (١) .

وإذا كان الالتزام القديم التزاماً طبيعياً ، فقد قدمنا في الجزء الثاني من الوسيط عند الكلام في الالتزام الطبيعي ، أن الالتزام الطبيعي لا يكون محلاً للتجديد ، وإنما يكون سبباً (cause) يقوم عليه الالتزام الجديد (٢) .

٤٨٨ - انشاء التزام جديد : ويفترض التجديد أيضاً قيام التزام جديد ، هو الذي يقع عليه التجديد فينشئه ، ويحل الالتزام الجديد محل الالتزام القديم الذي يكون قد انقضى بالتجديد .

ويجب ، حتى يتم التجديد ، أن ينشأ هذا الالتزام الجديد صحيحاً ، فان الدائن لم يقبل انقضاء الالتزام القديم إلا في مقابل إنشاء الالتزام الجديد . ويصدر هذا الالتزام الجديد هو التجديد ذاته ، أى العقد الذي أبرم ما بين الدائن والمدين . فإذا كان هذا العقد باطلاً ، لم ينشأ الالتزام الجديد ، وسقط التجديد تبعاً لذلك ، وبقي الالتزام على أصله دون أن ينقضى .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص ٣٢١ - ص ٣٢٢ - ومع ذلك قد تنصرف نية الطرفين إلى بقاء التجديد حتى لو زال الالتزام القديم بحكم الشرط ، كما إذا جدد الطرفان التزاماً معلقاً على شرط قيمته مائة فأحلا محله التزاماً باتاً تبينه خسون ، فيصبح التجديد باتاً تحقق الشرط أو تخلف (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٩ - وأنظر : بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٨) .

(٢) انظر المسادة ٢٠٢ مدني - وانظر عكس ذلك المادة ٣/٢٢٢ من تقنين الموجبات والمقود اللبناني .

وإذا انقضت مدة التقادم في الترام معين ، فقبل التمسك بالتقادم يبقى الالتزام قائماً ، ويجوز تجديده ، ويعتبر التجديد زولاً عن حق التمسك بالتقادم . أما بعد التمسك بالتقادم ، فإن الالتزام يسقط ، ويتخلف عنه التزام طبيعي ، لا يكون قابلاً للتجديد ، ولكن يجوز اتخاذه سبباً لإنشاء التزام مدني (دي باج ٣ فقرة ٥٧٠) .

وإذا كان عقد التجديد قابلاً للإبطال ، فإن مصير التجديد يبقى مهدداً (١) .
فاذا ما أبطله صاحب الحق في الإبطال ، زال الالتزام الجديد ، وعاد الالتزام القديم بأثر رجعي ، إذ يعتبر التجديد كأن لم يكن (٢) . أما إذا أجزع عقد التجديد ، فقد انقلب التجديد صحيحاً ، وبني الالتزام الجديد قائماً على وجه بات يحل محل الالتزام القديم .

وإذا كان عقد التجديد معلقاً على شرط واقف أو شرط فاسخ ، ظل التجديد معلقاً على هذا الشرط (٣) . فإن تحقق الشرط الواقف ، أو لم يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبح لإنشاء الالتزام الجديد نهائياً وتم التجديد على وجه بات . أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فإن الالتزام الجديد يزول ويعود تبعاً لذلك الالتزام القديم بأثر رجعي ، ويعتبر التجديد كأن لم يكن (٤) .

المطلب الثاني

اختلاف ما بين الالتزامين في أحد العناصر

٤٨٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يتجدد الالتزام :

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وإن كان الالتزام الجديد هو القابل للبطلان ، يظل التجديد قائماً حتى يقضى ببطلان هذا الالتزام : انظر المادة ٣٢٢ من التقنين المدني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥) .

(٢) وقد يقبل الدائن الالتزام الجديد القابل للإبطال على علته ، معتمداً على أن صاحب الحق في الإبطال سيجوز عقد التجديد ولا يبطله ، فيرضى بانقضاء الالتزام القديم على وجه بات حتى لو أبطل عقد التجديد . فن هذه الحالة ، إذا أبطل عقد التجديد على خلاف ما أمله الدائن ، فإن الالتزام القديم لا يموذ بالرغم من سقوط التجديد ، ويكون الدائن عندما قبل التجديد على هذا النحو قد أبرم في الواقع من الأمر عقداً احتالياً (ديمولوب ٢٨ فقرة ٥٢١ - لوران ١٨ فقرة ٢٥٢ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٩) .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٥ .

(٤) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص ٣٢٢ - وهذا كله ما لم يقصد الطرفان أن يبقى الالتزام -

« أولاً - بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره » .

« ثانياً - بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى رضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد » .

« ثالثاً - بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٨٧/٢٥١ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٥٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٠١ و ٤٠٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٣ (٣) .

- الجديد قائماً حتى لو زال الالتزام القديم بتحقق الشرط القاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف ، فإن زال الالتزام القديم على هذا النحو بقي الالتزام الجديد قائماً وفقاً لإرادة الطرفين ، ولكن لا يكون هذا تجديداً (بودري وبارد ٣ فقرة ١٦٩٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٩) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٤ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٤) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١٨٧/٢٥١ : يحصل الاستبدال بأحد الأمور الآتية : أولاً - إذا اتفق الدائن والمدين على استبدال الدين الأصلي بدين جديد أو على تغيير سبب الدين الأصلي بسبب آخر . ثانياً - إذا اتفق الدائن مع شخص على انتقال الدين لذمته وبراءة ذمة المدين الأصلي بدون احتياج لرضاء بذلك ، أو استحصل المدين على رضاء دائته باستيفاء دينه من شخص آخر ملتزم بأدائه بدلا عن المدين . ثالثاً - إذا اتفق الدائن مع مدينه على دفع الدين لشخص آخر وارضى الشخص المذكور ذلك .

(٣) ولا فرق في هذا ما بين التقنينين القديم والجديد : انظر الموجز لمؤلف فقرة ٥٧٥) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٥٠ (مطابقة للمادة ٣٥٢ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني الليبي م ٣٣٩ (مطابقة للمادة ٣٥٢ من التقنين المدني المصرى) .

٤٩٠ - لابر من مخالفة الالتزام الجبري للالتزام القديم في عنصر

هام: ويخلص من النص المتقدم الذكر أنه حتى يكون هناك تجديد ، لا بد أن يخالف الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة . أما إذا كان الالتزام الجديد لا يغير الالتزام القديم ، فلا يعدو الأمر أن يكون هذا إقراراً (reconnaissance) بالالتزام القديم كما هو دون تغيير ، أو إقراراً (ratification) له حتى يسرى في حق الغير ، أو إجازة (confirmation) له حتى يزول البطلان ، أو نحو ذلك ، ولكنه لا يكون على كل حال تجديداً .

كذلك إدخال تعديل غير جوهري (١) على الالتزام القديم لا يعد تجديداً (٢) .

- التقنين المدني المراقى م ٤٠١ : يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين ، على أن يستند بالالتزام الأصل التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره .

م ٤٠٢ : يجوز تجديد الالتزام أيضاً بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي هل أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد ، أو بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه ، أو إذا قبل شخص أجنبي أن يكون المدين الجديد وحصل المدين الأصلي على إجازة الدائن لذلك . (وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري: انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني المراقى فقرة ٢٣٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٢٣ : لا يكون التجديد إلا بإدخال عنصر جديداً في الموجب . ويتناول التبدل ، إما شخص أحد المتعاقدين ، وإما موضوع الموجب ، وإما السند القانوني الذي يستند منه الموجب .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري ، رغم اقتضاب نص التقنين اللبناني) .
(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن استبدال الالتزام عقد يتفق فيه الطرفان على أن يقضيا على التزام سابق وعلى أن يحل محله التزاماً آخر يختلف عن الأول بأحد عناصره الهامة : العاقدين أو الموضوع أو السبب القانوني . ومن المتفق عليه علماً وقضاء أن التعديلات التي تطرأ على قيمة الالتزام ، أو أجله ، أو طريقة الدفع ، أو التأمينات ، أو شكل النقد بأن كان النقد رسمياً فأصبح عرفياً أو العكس ، لا تكفي لإحداث الاستبدال القانوني (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٠ ص ١٧) ، إلا إذا وجد من الظروف ما يدل على أن نية الطرفين قد اتجهت إلى تجديد الدين (استئناف مصر ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٣٩) .

(٢) استئناف مغلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٣ : مجرد تعيين طريق الوفاء (mode de règlement) مع التصريح بأن ليس هناك تجديد لا يعتبر تجديداً .

فاضافة أجل الى الالتزام القديم ، أو مد أجل قائم ، أو إلغاء أجل موجود (١) ، كل ذلك لا يعد تعديلاً جوهرياً بحيث يكون الالتزام الجديداً مغايراً للالتزام القديم إلى حد أن يكون هناك تجديد (٢) . كذلك إضافة شرط جزائي إلى الالتزام ، أو تقديم تأمين عيني أو شخصي ، أو إلغاء هذا التأمين ، أو تعديل مكان الوفاء ، أو تعديل سعر الفائدة بخفضها أو رفعها ، أو تغيير مقدار الدين بزيادته أو نقصه ، كل ذلك لا يعد تعديلاً جوهرياً يترتب عليه تجديد الالتزام (٣) . وهذا كله ما لم يصرح الطرفان أنهما أرادا تجديدًا ، فيتم التجديد ، وتعتبر هذه التعديلات عندئذ تغييراً في محل الدين (٤) .

أما تعليق التزام منجز على شرط واقف أو شرط فاسخ ، أو بالعكس إلغاء شرط واقف أو فاسخ كان الالتزام معلقاً عليه فأصبح التزاماً منجزاً ، فإن هذا يعد تعديلاً جوهرياً في الالتزام إلى حد أن يكون تجديدًا له بتغيير محل الدين (٥) .

(١) استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٣٨ - ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٩ - ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٤ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٣ : إبدال ورقة تجارية (كبيالة مثلاً) بورقة أخرى لمدة الأجل لا يعد تجديدًا .

(٣) انظر المادة ٢/٣٥٤ مدني وسيأتي ذكرها فيما يلي فقرة ٤٩٧ — وانظر بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٥ .

(٤) قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٧٢ .

(٥) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤ — ولا يعد تجديدًا الصلح مع المفلّس ، أو تغيير العملة التي يكون بها الوفاء ، أو تعيين وكيل لقبض الدين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٤ - فقرة ١٧٠٩ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص ٣٢٨ - ص ٣٢٩ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٥) . أما تعديل الالتزام البسيط إلى التزام تخيري ، أو بالعكس تعديل الالتزام التخييري إلى التزام بسيط ، فيعد تجديدًا ، لأن التعديل تناول ذاتية محل الالتزام . بخلاف ما إذا عدل الالتزام البسيط ، إلى التزام بدلي ، أو عدل الالتزام البدلي إلى التزام بسيط ، فإن هذا ليس بتجديد ، لأن التعديل لم يتناول إلا طريقة من طرق تنفيذ الالتزام (انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٢) . كذلك صدور حكم بالدين لا يعد تجديدًا لهذا الدين ، بل يبقى الدين المحكوم به كما هو بمقوماته وضمائنه ، وكل ما تغير فيه أنه صار مقترناً بسند تنفيذي هو الحكم . أما في القانون الروماني فقد كانت الصناعة فيه تقتضي أن يكون الحكم تجديدًا للدين (انظر في هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٤ - ص ٨٥) .

ويمكن حصر التعديلات الجوهرية التي يتم بها التجديد ، كما هو ظاهر نص المادة ٣٥٢ مدني السابق ذكرها ، في ثلاثة : (١) تعديل بتغيير الدين في محله أو في مصدره ، ويكون هذا تجديداً بتغيير الدين (novation par changement d'objet) (٢) تعديل بتغيير شخص الدائن (novation par changement de créancier) (٣) تعديل بتغيير شخص المدين (novation par changement de débiteur) (١)

٤٩١ - التجديد بتغيير الدين في محله أو في مصدره : تقرر المادة ٣٥٢

مدني ، كما رأينا ، أن الالتزام يتجدد بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره (٢).

ويختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في المحل إذا كان محل الالتزام القديم نقوداً مثلاً ، فانفق الطرفان على أن يكون الالتزام الجديد محله بضاعة أو عروض أو منقول أو عقار كمقادير من القطن أو الحنطة أو كسيارة أو أرض أو دار . وقد يكون محل الالتزام القديم بضاعة أو عروضاً أو منقولا أو عقاراً ، فيتجدد بالالتزام يكون محله نقوداً (٣) . وقد يكون محل الالتزام مبلغاً مقطوعاً من المال ، فيتجدد إلى التزام محله لإيراد موقت أو لإيراد مؤبد ، أو العكس يكون المحل لإيراداً موقئاً أو مؤبداً فيتجدد إلى محل هو مبلغ مقطوع . ويمكن أن تتغير طبيعة المحل ، فيكون تجديداً لإبدال دين تجاري بدين مدني أو دين مدني

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٣ - ولا يوجد ما يمنع من أن يتم التجديد بتعديل أكثر من عنصر واحد من هذه العناصر الثلاثة ، أو بتعديلها جميعاً (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٧) . وقد رأينا أن حوالة الدين المقيدة في بعض مذاهب الفقه الإسلامى هى تجديد بتغيير المدين وتجديد بتغيير الدائن في وقت واحد (انظر آنفاً فقرة ٢٤٠) .

(٢) استئناف مخطوط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٠٤ .

(٣) وقد رأينا أنه إذا نفذ الالتزام الجديد فوراً كان هذا وفاء بمقابل لا تجديداً ، وأن للذي يميز بين الوفاء بمقابل والتجديد هو التنفيذ الفوري أو المتراخي للالتزام الجديد . فإن كان التنفيذ فورياً انقضى الالتزام الأصلي عن طريق الوفاء بمقابل (أى بتجديد ثم وفاء) ، وإن تراخى التنفيذ انقضى الالتزام الأصلي عن طريق التجديد .

بدین تجاری (١). ویغلب أن بتعادل المحل الجديد مع المحل القديم فی القيمة ، ولكن هذا التعادل غير ضروري لصحة التجديد ، فقد یزید أحدهما عن الآخر أو ینقص .

ویختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فی المصدر إذا اتفق البائع والمشتري مثلاً علی أن یرقی الثمن فی ذمة المشتري علی سبیل القرض ، فبعد أن كان مصدر الالتزام عقد بیع أصبح مضمره عقد قرض (٢). كذلك إذا جدد حافظ الوديعة التزامه برد الوديعة فاقترضها والتزم بردها كقرض لا كوديعة ، أو بالعکس جعلها بعد القرض وديعة ، كان هذا تجديداً بتغير مصدر الالتزام ، فبعد أن كان مصدره وديعة أصبح المصدر قرضاً ، أو بعد أن كان المصدر قرضاً صار وديعة . كذلك إذا استبدل المستعير أو حافظ الوديعة بالتزاماته التزامات المستأجر ، فأصبح مستأجراً لما استعاره أو لما استودع إياه ، كان هذا تجديداً بتغير المصدر ، فقد أصبح المصدر إيجاراً بعد أن كان عارية أو وديعة (٣).

٤٩٢ - التجديد بتغير الرأى : وتقرر المادة ٣٥٢ مدنی أيضاً ،

كما رأينا ، أن الالتزام يتجدد بتغير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي علی أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد . فيجب إذن اتفاق الأطراف الثلاثة : المدين والدائن القديم والدائن الجديد . فالمدين يتفق مع الدائن القديم علی انقضاء الالتزام السابق ، ويتفق مع الدائن الجديد علی إنشاء الالتزام الجديد الذى يحل محل الالتزام السابق . وبذلك يتم التجديد بتغير الدائن ، فينقضى التزام سابق ويحل محله التزام جديد يختلف عن الالتزام السابق

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠١ .

(٢) استئناف مخطط ١٧ يرنیه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ع ٤٤٢ - بلانيول وريبير وردوان

٧ فقرة ١٢٦٣ .

(٣) وقد يكتب المستأجر بالأجرة المتأخرة سنداً إذنيّاً أو سنداً عادياً ، يقسط فيه الأجر؛ بعد أن يحط جزءاً منها ويشترط براءة ذمته من الأجرة ، فيكون هذا تجديداً بتغير مصدر الدين : استئناف مخطط ه مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٤١ - وانظر أيضاً : استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٠٤ .

بأن الدائن قد تغير (١) .

ونقارن هنا عملية التجديد هذه بعمليتين أخرتين يتغير فيهما الدائن أيضاً :
حوالة الحق والحلول الاتفاق . ونقتصر في المقارنة على الكيفية التي تتم بها
كل عملية من هذه العمليات الثلاث ، مرجعين المقارنة من حيث الأثر الذي
يترتب على كل عملية إلى مكان آخر (٢) . فقد رأينا أن التجديد بتغيير الدائن
لا يتم إلا باتفاق بين المدين والدائن القديم والدائن الجديد . أما حوالة الحق فقد
تقدم القول أنها تتم باتفاق بين الدائن القديم والدائن الجديد دون حاجة إلى رضا
المدين ، وبكفي إعلانه بالحوالة لا لانعقادها بل لتنفيذ في حقه . ذلك أن الحق
الذي انتقل إلى الدائن الجديد في حوالة الحق هو نفس الحق الذي في ذمة المدين ،
فليس هناك حق جديد يلتزمه المدين فيقتضي رضاه بهذا الالتزام ، ولم يقع إلا أن
المدين قد تغير عليه دائته وهذا ليس من الخطر بحيث يستلزم رضا المدين .
أما في التجديد بتغيير الدائن فقد انقضى دين قديم وحل محله دين جديد شغل
ذمة المدين ، فلا بد في انعقاد هذا الدين الجديد من اتفاق بين المدين والدائن
الجديد ، ومن ثم كان لا بد من رضا المدين .

وفي الحلول الاتفاق رأينا أن دائناً جديداً يحل محل دائن قديم في نفس الدين ،
فالحلول من هذه الناحية يتفق مع الحوالة ويختلف عن التجديد . ثم إن الحلول
يتضمن وفاء الدين من جهة وانتقاله إلى دائن جديد من جهة أخرى كما سبق .
وكل من الوفاء وانتقال الدين لا يقتضي اتفاقاً إلا بين طرفين اثنين ، لا بين
الأطراف الثلاثة . فاما أن يتفق الدائن الجديد مع الدائن القديم على أن يوفيه
الدين ويحل محله فيه ، وإما أن يتفق الدائن الجديد مع المدين على الوفاء بالدين
للدائن القديم وعلى قبول المدين إياه دائناً جديداً محل الدائن القديم . فأحد

(١) فيجب إذن اتفاق الأطراف الثلاثة على أن يحل الدائن الجديد محل الدائن القديم في دين
جديد . فلا يكون هناك تجديد إذا انضم الدائن الجديد إلى القديم في نفس الدين ، بل يكون
هناك اتفاق على تضامن ما بين الدائنين . ولا يكون هناك تجديد إذا لم يتفق على أن يكون الشخص
الجديد دائناً ، بل وكيعلاً عن الدائن في قبض الدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦١) .

(٢) انظر فقرة ٥٠٢ فيما يل .

الطرفين في الحلول إذن هو الدائن الجديد، والطرف الثاني إما أن يكون الدائن القديم وإما أن يكون المدين .

٤٩٣ — التعبير بتغيير المدين : وتقرر المادة ٣٥٢ مدني أخيراً ، كما رأينا ، أن الالتزام يتجدد بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى رضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد .

فالتجديد بتغيير المدين يتم إذن باحدى طريقتين تقابلان الطريقتين اللتين سبق ذكرهما في حوالة الدين . فاما أن يتفق المدين القديم والمدين الجديد والدائن على التجديد ، بحيث ينقضى الدين القديم ويحل محله دين جديد يكون المدين فيه هو المدين الجديد . وهذه الطريقة تقابل ما رأيناه في حوالة الدين من اتفاق المدين القديم مع المدين الجديد على الحوالة وإقرار الدائن لهذه الحوالة حتى تنفذ في حقه . وهناك لا يشترط رضاء الدائن في انعقاد الحوالة وإنما يشترط هذا الرضاء في نفاذ الحوالة في حق الدائن ، أما معنا في التجديد فيشترط رضاء الدائن في انعقاد التجديد لا في نفاذه فحسب . والسبب في ذلك أن التجديد يتضمن قضاء دين قديم أحد طرفيه الدائن ، وإنشاء دين جديد أحد طرفيه هو الدائن أيضاً ، فكان لا بد من رضائه لقضاء الدين القديم وإنشاء الدين الجديد . أما حوالة الدين فتنتقل نفس الدين من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد ، فكان لا بد من رضائهما ، ولا ضرورة لرضاء الدائن مادام الدائن هو هو لم يتغير ، ولكن لما كان سيتغير عليه مدينه فقد اشترط رضاؤه لنفاذ الحوالة في حقه لا في انعقادها (١) .

(١) وتغير المدين على الدائن أشد خطراً من تغير الدائن على المدين ، لأن قيمة الدين تتأثر بشخص المدين أكثر من تأثرها بشخص الدائن . ولذلك وجب رضاء الدائن في نفاذ حوالة الدين ، لأن المدين قد تغير وإن كان الدائن لم يتغير . ولم يجب رضاء المدين في حوالة الحق ، لأن المدين لم يتغير وإن تغير الدائن . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

والطريقة الثانية في تجديد الدين بتغيير المدين تكون باتفاق الدائن والمدين الجديد على أن يأخذ هذا المدين مكان المدين الأصلي ، ولا حاجة لرضاء المدين الأصلي لا في انعقاد التجديد ولا في نفاذه (١) . وهذه الطريقة تماثل تماماً الطريقة الأخرى في حوالة الدين ، حيث يجوز أن تتم الحوالة باتفاق بين الدائن والمدين الجديد دون حاجة لرضاء المدين الأصلي . والعلة واحدة ، في عدم اشتراط رضاء المدين الأصلي ، في حالتي التجديد والحوالة . فالمدين الجديد في التجديد يني الدين القديم عن المدين الأصلي عن طريق إنشاء دين جديد في ذمته هو ، ومعروف أن من الجائز أن أجنبياً يني الدين عن المدين دون حاجة إلى رضائه . والمدين الجديد في حوالة الدين يتفق مع الدائن على أن يتحمل هو بالدين مكان المدين الأصلي ، وهو في ذلك ليس في حاجة إلى رضاء المدين الأصلي إذ هو يستطيع أن يبرئ ذمة هذا المدين دون رضائه كما قدمنا . ولكن يلاحظ أن الدائن عند ما يتفق مع المدين الجديد على التجديد فإنه يتفق معه على قضاء الدين القديم وإنشاء دين جديد كما سبق القول ، أما عند ما يتفق الدائن

(١) وإذا تعامل دائن التركة مع الورثة ، بصفتهم الشخصية ، كان هذا تجديدًا للدين بتغيير المدين ، فقد اتفق الدائن مع الوارث وهو المدين الجديد على أن يأخذ هذا مكان المدين القديم وهي التركة . فيجوز لدائن شخصي للوارث ، في هذه الحالة ، أن يحتج على دائن التركة بهذا التجديد ، ويمتنعه قد أصبح هو أيضاً بعد التجديد دائناً شخصياً للوارث ، فيزاحمه مزاحمة الغرماء في نصيب الوارث في التركة (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٢٤ م ٤٦ ص ١٩٨ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٢ ص ١٥٦ - أول ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٧ - ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٨ : التنفيذ على مال الوارث الخاص يعتبر بمثابة تجديد) . وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢١ .

وأكثر ما يكون التجديد بتغيير المدين في العمل أن يحدد دائن التركة حقه بتغيير مدينه فيتخذ الوارث مديناً له بدلاً من التركة ، أو أن يكون المدين الجديد مديناً للمدين القديم فيثوب ، للوفاء بهذا الدين ، عن المدين القديم في الوفاء بحق الدائن (بلانيون وريبير وبولانجي ٢ فترة ١٨٠٥) . ولكن لا بد ، في هذه الحالة الأخيرة ، من الاتفاق على التجديد في وضوح . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن مجرد مطالبة الدائن بدين مدينه من مدين آخر ، سواء كانت المطالبة برضاء المدين الأصلي أو بغير رضاه ، لا يعد استبدال دين بغيره مبرراً للذمة الكفيل ، ولا يبرأ الكفيل إلا بعد حصول الدائن على دين مدينه هذا ويتبرره فقط (٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ المحقوق ١٢ ص ٣٣٦ - انظر أيضاً : استئناف مصر ٤ يناير سنة ١٩٣٤ الحاشية ١٤ رقم ٣٢١ ص ٦١٦)

مع المدين الجديد على حوالة الدين فإنه يتفق معه على تحويل نفس الدين إلى ذمته لا على إنشاء دين جديد .

وإذا تم التجديد بتغيير المدين باتفاق بين الدائن والمدين الجديد دون اشتراك المدين الأصلي ، فإن المدين الجديد يكون في حكم من بتعهد بدلا من المدين الأصلي ، ولذلك يسمى التجديد في هذه الحالة بالتعهد بدلا من المدين (expromission) (١) . أما إذا تم التجديد باتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد والدائن ، فإن المدين الأصلي يكون قد أناب المدين الجديد عنه في وفاء الدين عن طريق إنشاء دين جديد مكانه ، ولذلك يسمى التجديد في هذه الحالة بالإنابة في الوفاء (délégation) . وهي هنا إنابة كاملة (délégation parfaite) لأن الدين القديم ينقضى ويحل محله دين جديد . وقد تكون الإنابة - كما سنرى - قاصرة (délégation imparfaite) ، وفيها يبقى المدين الأصلي ، فلا ينقضى دينه كما في الإنابة الكاملة ، وإنما ينضم إليه المدين الجديد فيصبح هو أيضاً مديناً بدين آخر لنفس الدائن ، ومن ثم يصبح للدائن مدينان أحدهما مدين بالدين الأصلي والآخر مدين بدين جديد ، ومتى قضى أحدهما دينه برئت ذمة الآخر . وسنعود إلى تفصيل ذلك عند الكلام في الإنابة .

وسواء تم التجديد بتغيير المدين بطريقة أو بأخرى ، فقد رأينا أن رضاه

(١) أما إذا انضم المدين الجديد إلى المدين القديم بصفته كفيلا له أو مديناً متضامناً معه ، دون أن ينقضى الالتزام الأصلي ، فإن هذا لا يعد تعهداً بدلا من المدين ، بل يكون تعهداً عن المدين في حالة الكفالة أو تعهداً مع المدين في حالة التضامن . وكان الرومان يميزون بين الحالين ، فيدعون التمهيد بدلا من المدين expromissio ، ويدعون التعهد عن المدين أو معه adpromissio .

ولا يجوز تحليل التمهيد بدلا من المدين expromissio على أنه اشتراط فصلحة الغير ، اشترط فيه المدين الجديد على الدائن إرارة ذمة المدين الأصلي في مقابل إنشاء التزام جديد في ذمة المدين الجديد للدائن . إذ لو كان هذا التحليل صحيحاً لرتب عليه أن المدين الأصلي ، وهو المنتفع في هذا الاشتراط ، يكون له الحق في إقرار الاشتراط أو عدم إقراره ، فيتوقف مصير التجديد على رضاه ، مع أن التجديد بالطريقة التي نحن في صددنا لا يحتاج أصلاً كما قدما لرضاه المدين الأصلي لا لوجود التجديد ولا لإقراره بعد وجوده (انظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧١٧) .

كل من الدائن (١) والمدين الجديد . ثم تختلف الطريقتان بعد ذلك ،
ففي طريقة منهما نكتفي برضاء هذين الاثنين ، وفي الطريقة الأخرى لابد أن ينضم
إلى رضاها رضا المدين الأصلي (٢) .

المطلب الثالث

نية التجديد

٤٩٤ — النص في القانونية : تنص المادة ٣٥٤ من التقنين المدني

على ما يأتي :

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

(١) ولا بد أن يرضى الدائن بتجديد الدين وإبراء ذمة المدين القديم ، فإن لم يجرى ذمه
واستبقاه مديناً كان هذا إنابة قاصرة كما قدمنا (استئناف مخطط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١
ص ١٨٧ - ٣ يونيو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٧٩ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ١٩ -
٣ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٨ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٩ - ١٣ مايو
سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١٤ - ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١١٤ - ٨ يونيو سنة ١٩١٠
م ٢٢ ص ٣٥٦ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٥ - ٢٦ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤
ص ٤١٨ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٠ - ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٧ -
٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٧٢ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٢٨ - ١٥ يناير
سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٥٢ - ٢٩ أكتوبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦ - ٢٠ مايو سنة ١٩٢٤
م ٣٦ ص ٣٧٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ - ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢
ص ١٤٠ - ٦ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٤ - ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٢ -
٢٢ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٩ - أول مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٥ - ٢٠ ديسمبر
سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٧١ - ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٩١) .

(٢) ويجب أن ينصب رضا المدين الأصلي على قضاء الدين القديم وإنشاء دين جديد ، فإن
انصب على انتقال نفس الدين من ذمه إلى ذمة المدين الجديد كان هذا حوالة دين لا تجديداً . وإن
انصب على بقاء الدين في ذمه مع انتقاله إلى دائن جديد ، لم يكن هذا أيضاً تجديداً ، بل هو
حوالة حق . وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن رضا المدين بحوالة الحق التي أجراها دائمه
لا يترتب عليه تجديد الدين (استئناف مخطط ١٤ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٢٣ - ١١ فبراير
سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤) .

٢ - وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

وتنص المادة ٣٥٥ على ما يأتي :

« ١ - لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار . »

٢ - وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . على أنه إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص لاتفاقها مع القواعد العامة .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٥٢-٣٥٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٤١-٣٤٢ - وليس لها مقابل في التقنين المدني العراقي - وتقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٢٠ - ٣٢١ و ٣٢٤ (٢) .

١) تاريخ النصوص :

م ٣٥٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٩١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٦ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٧ - ص ٢٤٩) .

م ٣٥٥ : ورد هذا النص في المادة ٤٩٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٩ - ص ٢٥١) .

٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٥٢ - ٣٥٣ (مطابقتان للمادتين ٣٥٤ - ٣٥٥ من التقنين المدني المصري) .

وهذه النصوص قائمة على أن التجديد عقد يستلزم الرضاء والأهلية ككل عقد آخر . ويتميز بأن الرضاء لابد أن يشتمل على نية التجديد، ويجب أن تكون هذه النية واضحة في العقد، لأن التجديد لا يفترض . ومن ثم لا يستفاد التجديد من مجرد تغيرات في الالتزام لانتمس جوهره ، ولا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار .

٤٩٥ — التجديد عقد: وواضح مما قدمناه أن التجديد عقد (contrat)

واتفاق (convention) في وقت واحد . فهو اتفاق حيث يقضى الالتزام القديم ، وهو عقد حيث ينشئ الالتزام الجديد ، وهو في الحالتين تصرف قانوني (acte juridique) ، وقد تقدم ذكر ذلك (١) . وأطراف هذا التصرف تختلف باختلاف صور التجديد . ففي التجديد بتغيير الدين محلاً أو مصدراً يكون طرفا التصرف هما الدائن والمدين . وفي التجديد بتغيير الدائن تكون أطراف التصرف هم الدائن والمدين والدائن الجديد . وفي التجديد بتغيير المدين تكون أطراف التصرف تارة هم الدائن والمدين والمدين الجديد ، وطورا هما الدائن والمدين الجديد وحدهما . وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً .

والتجديد ، ككل التصرفات القانونية ، يقتضى رضاء أطرافه رضاء خالياً

— التقنين المدني الليبي : م ٣٤١ - ٣٤٢ (مطابقتان للمادتين ٣٥٤ - ٣٥٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل . ولكن يمكن العمل بأحكام التقنين المدني المصري لاتئانها مع القواعد العامة : انظر في هذا المعنى الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام المدني العراقي فقرة ٣٣٦ - فقرة ٣٣٧) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٣٢٠ : التجديد هو استبدال الموجب الأول بموجب جديد . وتجديد الموجب لا يقدر وجوده ، بل يجب أن يستفاد من العقد صراحة . م ٣٢١ : يجب أن يكون الدائن أهلاً للتصرف في حقه ، والمديون أهلاً للالتزام . م ٣٢٤ : لا يستنتج التجديد من تغيير صفة الموجب أو تغيير محل الإيفاء ولا من وضع سند قابل لاطع ولا من انضمام أشخاص آخرين إل الموجب عليهم . (وأحكام التقنين اللبناني والمصري متفقة) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٤ .

من عيوب الإرادة ، ومجلا هو إنهاء الالتزام القديم وإنشاء الالتزام الجديد ،
وسبباً هو إبدال التزام بالتزام حتى ينقضى الالتزام القديم (١) .

٤٩٦ - الأهلية في التجديد : ويجب ، كما في كل التصرفات
القانونية ، أن تتوافر الأهلية اللازمة في أطراف التجديد .

في الدائن ، وهو يقضى الالتزام القديم وينشئ التزاماً جديداً ، لا يكفي
أن تتوافر أهلية الاستيفاء ، بل يجب أيضاً أن تتوافر فيه أهلية الالتزام
والتصرف (٢) . ومن ثم لا يجوز للوصى ولا للقيم أن يحدد ديناً لمحجوره إلا
بإذن من المحكمة . ولا يجوز للقاصر ولا للمحجور أن يحدد ديناً له إلا بإجازة
وليه وإذن المحكمة .

وفي المدين ، وهو يقضى التزاماً قديماً وينشئ التزاماً جديداً ، لا يكفي أن
تتوافر أهلية وفاء الدين ، بل يجب أيضاً أن تتوافر فيه أهلية الالتزام (٣) .

وفي الدائن الجديد ، في حالة التجديد بتغيير الدائن ، لا تشترط إلا أهلية
التعاقد والإدارة لأنه لا يلتزم بشيء ، بل هو دائن في الدين الجديد . فيكفي

(١) استئناف مخطط ٢٧ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٨٢ - وثبت التجديد وفقاً للقواعد
العامة ، فإذا زاد الدين الجديد على عشرة جنيهات وجب الإثبات بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة
مميزاً بالبيئة أو بالفرائن (استئناف مخطط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٨) . وانظر في
أن البيئة لا تجوز فيما يخالف المكتوب : استئناف مخطط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٦٤ .
(٢) انظر المادة ٣٢١ من تقنين الموجبات والعقود البناني (آنفاً فقرة ٤٩٤ في الهامش) -
ديمولومب ٢٨ فقرة ٢٦٣ - لوران ١٨ فقرة ٢٥٥ - ٢٥٦ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٢٧ .
وقد قدمنا في التفسر أنه إذا جدد أحد الدائنين المتضامنين الدين ، إما بتغيير محل الدين
أو مصدره أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن نفسه ، فإن هذا التجديد يقضى حصة الدائن في الدين
بالنسبة إلى سائر الدائنين . ولأى دائن آخر أن يرجع على المدين بالدين منقوصاً من حصة الدائن
الذى صدر منه التجديد ، فلا تبرأ ذمة المدين إذن نحو سائر الدائنين إلا بمقدار حصة هذا المدين .
فإذا رجع دائن آخر على المدين بالدين على الوجه المذكور ، كان للمدين الرجوع على الدائن الذى
صدر منه التجديد بما دفعه إليه زائداً على حصته (انظر آنفاً فقرة ١٣٨) .

(٣) انظر المادة ٣٢١ من تقنين الموجبات والعقود البناني (آنفاً فقرة ٤٩٤ في الهامش) -
وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٦ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام
فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٥ .

أن يكون مميزاً ، ما لم يكن قد دفع عوضاً للدائن للقديم أو نزل عن دين له في ذمته فعند ذلك تشترط أهلية التصرف .

وفي المدين الجديد ، في حالة التجديد بتغيير المدين ، يجب أن تتوافر أهلية الالتزام لأنه يلتزم بالدين الجديد ، فلا يكفي أن يكون مميزاً ، بل يجب أن يكون قد بلغ سن الرشد غير محجور عليه .

٤٩٧ - وضوح نية التجديد: وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة

٣٥٤ مدني تنص على أن « التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف » . فليس أى تغيير في الالتزام القديم يكفي لإظهار نية التجديد . ونية التجديد لا تفترض ، إذ الأصل ألا يكون هناك تجديد حتى يقوم الدليل على العكس . فلا بد إذن من أن تكون نية التجديد صريحة في العقد ، أو في القليل لا بد أن تكون واضحة بحيث لا يكون هناك مجال للشك فيها . وعند الشك فيما إذا كان يراد التجديد أو لا يراد ، فإن الشك يفسر ضد التجديد ، ولا يعتبر أن هناك تجديداً (١) .

(١) نقض مدني ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص ٦٧٣ - استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٠ ص ١٧ - استئناف مختلف ٦ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٣٨ - ٤ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٢ - ٢٩ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٠٠ - ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٢ - ١٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٠٧ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٧٦ - ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٠٤ - ٣ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٨ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ - ١٨ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٦ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٥ - ١٩ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ .

ويجب أن تكون نية التجديد من الوضوح بحيث تتعارض الظروف مع احتمال بقاء الالتزام القديم (بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٣١) . فظهور مدين جديد أو دائن جديد لا تستفاد منه ضرورة نية التجديد ، إذ قد يكون هذا المدين الجديد قد انضم إلى المدين الأصلي مديناً متضامناً أو كفيلًا ، أو يكون هذا الدائن الجديد قد انضم إلى الدائن الأصلي دائناً متضامناً أو غير متضامن (بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٣١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٥) . وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٠ . وإذا كان واحد من المدينين المتضامنين بالذات هو الذى يتعامل دائماً مع الدائن ويراجع الحساب ويدفع الفوائد والأقساط ، فليس في هذا دليل على التجديد إذ هو بصفته مديناً متضامناً مسئول عن كل ذلك (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٥) .

تجارية أخرى ، كابدال كميالة بكميالة أخرى أو سند إذنى بكميالة أو كميالة بسند إذنى ، بغرض مد أجل الدين ، أو تغيير سند الدين بكميالة أو سند إذنى ، لا يعد تجديداً (١) . وكذلك تحرير كميالة أو سند إذنى بضمن المبيع لا يعد تجديداً للضمن ، بل يكون ضرباً من التوثيق له ، ويبقى امتياز البائع قائماً حتى بعد كتابة الكميالة أو السند ، وهذا ما لم يتفق على غيره . فإذا باع شخص لآخر داراً أو سيارة ، وقبض البائع الثمن كميالات أو سندات إذنية ، فلا يعد هذا تجديداً للضمن ، ويبقى للبائع حق الامتياز وحق الفسخ (٢) ، وهذا ما لم يتفق على

= عرنى ، أو تأجيل الوفاء ، أو تقسيطه ، أو مشابه ذلك ، لا يعتبر تجديداً للتعهد . ويعتبر تجديداً تغيير التعهد سبب الالتزام . كما إذا كتب بمناخر الأجرة سند تحت الإذن وذكر فيه أنه قرض (أسيرط ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤) - انظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٧ .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يعتبر استبدال الدين اتفاق الدائن مع المدين على تقسيط الدين وتحرير سندات بالتسطة ، فلا يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل من الدين (١٤ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٨ ص ٨٩٥) . وقضت أيضاً بأن التوقيع على كيالات جديدة بدلا من كيالات سابقة فندت أو أهدمت لا يعتبر استبدالاً للدين يبنى عليه زوال التأمينات ، وإنما يعد ذلك إقراراً بدين سابق (٩ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٠ ص ٦٤) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مجرد تغيير سند الدين بكميالة أو بسند أذنى لا يعتبر تجديداً ، ويجوز للدائن أن يطالب المدين إما بموجب السند الأصلي فيرد السند الجديد ، أو بموجب السند الجديد فيأخذ السند الأصلي ، وهذا كله ما لم تظهر نية التجديد بوضوح (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٠٥ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩٤ - وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٣٨ - ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٨٢ - ١٥ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٩ - ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٩ - ٩ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٧٩ - ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢ - ٧ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠٣ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٨ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٤٩ - ١٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٨) .

ولا يعد تجديداً تغيير سند الدين بكميالة أو سند أذنى حتى لو أعطى الدائن مخالصة بالدين ، إذ المفروض أنه جمل هذه المخالصة مشروطة بسداد الكميالة أو السند الأذنى . ومن باب أولى لا يكون هناك تجديد إذا ذكر الدائن في الكميالة أو السند السبب الذى من أجله حرر السند الجديد : انظر في هذه المسألة ديمولومب ٢٨ فقرة ٢٩٧ لوران ١٨ فقرة ٢٨٣ - هيك ٨ فقرة ١١٣ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٢ - بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤ ص ٦٧٠ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا ذكر في عقد بيع عقار أن باقى الثمن تحرر به -

التجديد ، وبعد اتفاقاً على التجديد أن يقر البائع أنه تسلم الثمن نقداً (١) . ولا يعتبر تجديداً الإقرار بدين بعد صدور حكم به ولو قبل في الإقرار إنه في حالة عدم الوفاء ينفذ الحكم (٢) ، ولا الإقرار المكتوب الصادر من المستأجر بالتجمد في ذمته من الأجرة فيبقى امتياز المؤجر ويتقدم الدين بخمس سنوات (٣) .

== سند تحت الإذن ، وذكر بالسند أن القيمة باقى ثمن عقار ، كان هذا دليلاً على أن العائدين لم يقصدا استبدال الدين ، ومن ذلك لا تستقطب الضمانات المترتبة لصالح الدين (١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤١ ص ١٨٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا استصدر البائع من المشتري أو من المشتريين من المشتري سندات لأمره وإذنه . ثم احتفظ بضمائم المشتري منه ، دل هذا على أن نية الاستبدال معدومة . ولو استصدر البائع السندات من المشتريين من المشتري منه ولم يحل ذمة المشتري الأصلي من باقى الثمن ، فلا يكون هناك استبدال معق عن شرط قيام المشتريين الجديد بسداد الدين فإن لم يسدده بقي الالتزام الأصلي عالقاً بذمة المشتري الأول (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٤ ص ٥٤٧) . وقضت أيضاً بأن مجرد تحرير سند مستقل بالثمن لا يفيد أن البائع قصد اعتبار أن الثمن قد دفع وأن التأمينات التي كانت قدسنته قد سقطت ، بل إن قصد المتعاقدين كان إيجاد أداة جديدة لدفع الثمن ، فبعد أن كان ثابتاً بالمقد أصبح ثابتاً بالسند (١٦ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢٨ ص ١٢٢٢) - انظر أيضاً : استئناف وطنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧٦ ص ١٥٨ - استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٥ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٠٥ - ١٧ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٣ - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا حرر الغير سندات بالثمن للبائع ، لم يكن هذا تجديداً بتغيير الدين ، بل إنابة في الوفاء إنابة قاصرة ، ويكون الغير مدينّاً للبائع بدين جديد إلى جانب الدين الذى فى ذمة المشتري (٥ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٣) .

(١) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٩ .

(٢) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣١١ .

(٣) نقض مدنى ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ١٦ ص ٥٦ - وقضت محكمة مصر بأنه إذا حصلت محاسبة واتفاق بين المتعاقدين من دين الإيجار ، وتمهد المستأجر بدفع الباقي لإذن المؤجر على نفس ورقة المحاسبة ، فلا يعتبر هذا السند استبدالاً ، لأنه قد ذكر فيه بصريح العبارة أن سبب تحرير هذا السند هو دين الإيجار السابق ، وهذا يظهر بجملة أن المتعاقدين احتفظا بسبب الدين الأصل . أما التمهيد بأن يدفع المستأجر الباقي لإذن المؤجر ، فهذا من قبيل التسهيل في الوفاء ، بدليل أن كثيراً من عقود الإيجار ينص فيها على قابليتها للتحويل ولا تفقد طبيعتها (٨ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢١٨ ص ٤٣٤) .

هذا والأصل في الصلح ألا يكون تجديداً للدين . وقضت محكمة استئناف مصر بأن الصلح مندرج للحقوق لا منتهى لها ، فهو لا يغير من طبيعة الدين المتصالح عليه ، وتبقى جميع التأمينات التي كانت للحق الذى وقع عليه الصلح على حالتها للوفاء بالصلح ، فلا يعتبر الصلح استبدالاً للدين المتصالح عليه . ولا عبرة كذلك بعدم ذكر قابلية الدين للتحويل في محضر الصلح ، لأن العبرة =

وإثبات نية التجديد يتبع فيه القواعد العامة للإثبات (١) . وعبء الإثبات يقع على عاتق من يدعى التجديد ، لأن التجديد كما قدمنا لا يفترض (٢) . واستخلاص نية التجديد من الظروف مسألة واقع تترك لقاضي الموضوع ، ولا معقب عليه في ذلك ، ولا يخضع تقديره لرقابة محكمة النقض (٣) .

٤٩٨ — تغيير الالتزام في حساب جار : وقد رأينا أن المادة ٣٥٥ مدني

تنص على أنه لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار ، وإنما يتجدد

في ذلك بسند الدين الأصلي إلا إذا حصل العدول عنه صراحة ، (٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٥ ص ٧١٧) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الصلح مع المفلس لا يجدد الدين (١٢ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٢٣١) ، إلا إذا ظهرت نية التجديد بوضوح (٨ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٥٢) ، وقضت أيضاً بأن الصلح على حكم بإدخال بعض تعديلات فيه والنزول عن جزء منه لا يعد تجديداً ، فإذا لم ينفذ المدين الصلح كان للدائن أن ينفذ عليه الحكم (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٩) .

وقد قدمنا أن الدفع بطريق الشيك لا يعتبر تجديداً ، بل هو لا يعتبر وفاء إلا بعد قبض قيمة الشيك (استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١١ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٠ والمادة ٢٦٥ من تقنين الالتزامات البولونى — وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فترة ١٢٦٤ ص ٦٧٠ — دى باج ٣ فترة ٤٦٤ وفترة ٦١١) .

وقد تتضمن تصفية الحساب تجديداً ، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه عند تصفية الحساب قد يكون الرصيد تجديداً للدين إذا ظهر ذلك بوضوح من نية الطرفين ، وتستظهر هذه النية إذا كان الحساب متعلقاً بمقدار البيع ونزل البائع بعد تصفية الحساب عن امتياز (٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢ ص ١٥٥) .

(١) بيدان ولا جارد ٦ فترة ٩٩٨ — فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها فيما يزيد على عشرة جنيهات ، ولا لا يزيد على عشرة جنيهات يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن . وكون التجديد لا يفترض ليس معناه عدم جواز إثباته بالقرائن فيما لا يزيد على عشرة جنيهات ، بل معناه أنه إذا قام شك لا يعتبر أن هناك تجديداً (ديمولومب ٢٨ فترة ٢٧٠ — لوران ١٨ فترة ٢٦١ — بودرى وبارد ٣ فترة ١٧٢٣) .

(٢) بودرى وبارد ٣ فترة ١٧٣٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فترة ١٧٦٥ ص ٦٧٢ .

(٣) نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ ص ٩٣ — بودرى وبارد ٣ فترة ١٧٣٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فترة ١٧٦٥ ص ٦٧٢ — ولكن إذا كانت عناصر التجديد موجودة وفقاً لما ذهب إليه قاضي الموضوع في تفسير نية الطرفين ، وجب تطبيق أحكام التجديد ، وللمحكمة النقض الرقابة على قاضي الموضوع في ذلك (بودرى وبارد ٣ فترة ١٧٣٤ ويشيران إلى حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ دالو ١٩٠٣ — ١ — ١٢٢) .

الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره ، على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص فإن هذا التأمين يبقى مالم يتفق على غير ذلك . ويخلص من هذا النص أن مجرد تقييد الالتزام في حساب جار لا يكون تجديداً لهذا الالتزام . والسبب في ذلك أن التجديد لا يكون إلا حيث يحل التزام جديد محل التزام سابق ، ومجرد تقييد الالتزام في الحساب الجارى قبل قطع رصيد الحساب لا ينشئ التزاماً جديداً ليحل محل الالتزام الذى أجرى تقييده ، ومن ثم لا يتم التجديد . ولكن ذلك لا يمنع من أن الالتزام الذى أجرى تقييده في الحساب الجارى ، وفقاً للقواعد المقررة في الحسابات الجارية وهى قواعد تقتضيها طبيعة الحسابات ، تفنى ذاتيته باندماجه في الحساب الجارى وصيرورته قلماً من أقال في الجهة الدائنة ، والجهة المدينة بحسب الأحوال . ومن ثم ينقضى الالتزام قبل أن يتم تجديده ، والذي يحل محله ليس التزاماً جديداً فإن هذا لا يكون إلا بعد قطع رصيد حساب كما قدمنا ، ولكن في حساب (article de crédit - élément de comptabilité) هو الدائنة والمديونية التى يمثلها الالتزام في الحساب الجارى (١) . ويترتب على أن الالتزام ينقضى حتى قبل أن يتم التجديد أن تزول عنه صفته المدنية إذا كان ديناً مدنياً ، ولا يعود يخضع لسريان التقادم والذي يتقادم إنما هو رصيد الحساب بعد قطعه (٢) . وكان ينبغي ، إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، أن ينقضى هذا التأمين بانقضاء الالتزام ، حتى قبل التجديد . ولكن النص صريح ، كما رأينا ، في أن التأمين يبقى مالم يتفق على غير ذلك (٣) .

(١) انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٣ فترة ١٧١٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فترة ١٢٦٢ ص ٦٦٨ وهامش رقم ٥ والمراجع والأحكام المشار إليها - بيدان ولاجارد ٩ فترة ٩٩٨ ص ٨٥ - دى باج ٣ فترة ٥٦٤ مكررة - وقارن ديموج في المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة ١٩٠٦ ص ٣١٦ .

(٢) ولا يتقادم الرصيد إلا بخمس عشرة سنة ، حتى لو كانت الالتزامات المقيدة تتقادم بأقل من هذه المدة (استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٦٧ ص ١٠٤ - ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٨٥ ص ١١٤) .

(٣) وقد كانت محكمة الاستئناف المختلطة تقضى بهذا المعنى في عهد التقنين المدنى السابق بالرغم من أن هذا التقنين لم يكن يشتمل على نص في ذلك : استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٥٤ - ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣٥ .

فاذا ما قطع رصيد الحساب الجارى وتم إقراره ، فان الرصيد يكون حقاً لأحد طرفى الحساب وديناً فى ذمة الآخر . وعند ذلك يتم تجديد جميع الالتزامات المقيدة فى الحساب الجارى ، ويصبح هذا الرصيد هو الالتزام الجديد الذى حل محل الالتزامات المقيدة (١) . وينتقل إلى الرصيد التأمين الخاص الذى كان يكفل الالتزام المقيد ، والذى رأيناه يبقى بالرغم من انقضاء هذا الالتزام . ذلك أن القانن يفترض أن نية الطرفين قد انصرفت إلى استبقاء التأمين الخاص بعد تقييد الالتزام ، فاذا ما قطع الرصيد انتقل التأمين إليه فأصبح مكفولاً به . وغنى عن البيان أن هذا مجرد افتراض يجوز إسقاط دلالة عن طريق اتفاق الطرفين على زوال التأمين بمجرد تقييد الالتزام فى الحساب وانقضائه على هذا الوجه (٢) .

(١) قارن استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٩ - وانظر فى هذه المسألة الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٨٢ - ص ٨٤ : وهو يقول بأن الالتزام يفقد ذاتيته من وقت تقييده فى الحساب الجارى ، ولكن يذهب إلى أن التفتين الجديد على العكس من ذلك يجعله محتفظاً بذاتيته ، ويستدل بالنص الذى ينقضى بأن مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار لا يكون تجديدًا . وغنى عن البيان إنه لا يوجد أى تمارض بين عدم تجديد الالتزام بمجرد تقييده فى الحساب الجارى وبين فناء ذاتيته باندماجه فى هذا الحساب ، فقد قلنا أن الالتزام بتقييده فى الحساب الجارى ينقضى قبل أن يتجدد . والذى نص عليه التفتين الجديد هو أن الالتزام لا يتجدد بمجرد تقييده فى الحساب الجارى ، وهذا صحيح ، ولكنه لا يمنع من فناء ذاتيته وانقضائه بهذا التقييد .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يتجدد الالتزام بمجرد رصده فى الحساب الجارى ، ما دام هذا الحساب لم يقطع . فإن قطع هذا الحساب وتم إقراره ، استتبع ذلك التجديد . وقد نص ، استثناء من حكم القواعد العامة ، على بقاء الرهن التأمينى الذى ينشأ لضمان الوفاء بالالتزام ، رغم تجديده بسبب قطع رصيد الحساب الجارى . إلا أن هذا الاستثناء أقيم على قرينة بسيطة ، يجوز إسقاط دلالتها بإثبات العكس : أنظر المادة ١١٧ من من تفتين الالتزامات السويسرى والمادة ٤٩٢ من المشروع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٠) .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على التجديد

٤٩٩ - انقضاء الالتزام الأصلي وملوول التزام جديد -

التأمينات : قدمنا أن التجديد يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد يحل محله . أما التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي ، فالأصل فيها أنها تزول مع هذا الالتزام الذي كانت تكفله ، إلا أنه يجوز استثناء نقلها إلى الالتزام الجديد .

فنتكلم إذن في مسألتين : (١) انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد .
(٢) انتقال التأمينات استثناء إلى الالتزام الجديد .

المطلب الأول

انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد

٥٠٠ - النص من القانونية : تنص المادة ٣٥٦ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« ١ - يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد » .

« ٢ - ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية

المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك (١) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٤٩/١٨٦ و ٢٥٢/١٨٨ (٢) .
وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٣٥٤ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٤٣ — وفي التقنين المدني العراقي
المادتين ٤٠٣ و ٤٠٤ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٥/١ (٣) .
ويخلص من هذا النص أن التجديد يقضي الالتزام الأصلي وينشئ التزاماً

(١) تاريخ النص : ورد هذا في المادة ٤٩٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يتضمن عبارة « إلا
بنص في القانون » . وفي لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة لتواجه انتقال التأمينات بنص
القانون في حالة قطع رصيد الحساب الجارى مثلاً ، فإن المادة ٣٥٤ تنقل التأمين الخاص الذى
قد يكون الالتزام مكافئاً به إلى هذا الرصيد . وأصبحت المادة رقمها ٣٦٨ في المشروع النهائى .
ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣
ص ٢٥٢ — ص ٢٥٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٤٩/١٨٦ : استبدال الدين يترتب عليه زواله وإيجاد دين
غيره بدله ، ويكون الاستبدال بمقد .
م ٢٥٢/١٨٨ : التأمينات التى كانت على الدين القديم لا تكون على الدين الجديد ، إلا إذا
تبين من العقد أو من قرائن الأحوال قصد المتعاقدين انتقالها على الدين الجديد .
(ولا فرق بين التقنينين السابق والجديد في الحكم : الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٧ — فقرة
٥٧٩) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٥٤ (مطابقة للمادة ٣٥٦ من التقنين المدني المصرى) .
التقنين المدني الليبي : م ٣٤٣ (مطابقة للمادة ٣٥٦ من التقنين المدني المصرى) .
التقنين المدني العراقي : م ٤٠٣ : إذا جدد الالتزام ، سقط الالتزام الأصل ، وحل محله
الالتزام جديد .
م ٤٠٤ : إذا كان الدين الأصل مكفولاً بتأمينات شخصية أو عينية ، وصار تجديده ،
سقطت التأمينات ، إلا إذا جددت هى أيضاً .
(وحكم التقنين العراقي متفق مع حكم التقنين المصرى : أنظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام
الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٣٨ و فقرة ٣٤٠) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٣٢٥ : إن التجديد يسقط الموجب أصلاً وفرعاً تجاه
الجميع . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

جديداً يحل محله ، وهذا هو الفرق الجوهرى مابين التجديد من جهة وبين الحوالة والحلول من جهة أخرى .

٥٠١ - انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد : التجديد ،

كالوفاء ، يقضى الالتزام الأصلي ، فيزول هذا الالتزام بمقوماته وصفاته ودفعه وما يلحق به من التأمينات .

والتجديد فى الوقت ذاته ينشئ التزاماً جديداً يحل محل الالتزام المنقضى . وانقضاء الالتزام الأصلي منوط بنشوء الالتزام الجديد ، فلا ينقضى ذاك إلا إذا نشأ هذا ، ولا ينشأ هذا إلا إذا انقضى ذاك (١) . ولا بد أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام الأصلي ، كما قدمنا ، فى عنصر من عناصره الجوهرية . والالتزام الجديد على كل حال التزام غير الالتزام الأصلي ، له مقوماته الذاتية (٢) ، وصفاته ودفعه وتأميناته . فقد يكون الالتزام الأصلي تجارياً ، وينشأ الالتزام الجديد مدنياً . وقد يكون الالتزام الأصلي غير منتج لفوائد ، وينتج الالتزام الجديد فوائد . وقد يكون الالتزام الأصلي غير ثابت فى سند قابل للتنفيذ ، ويثبت الالتزام الجديد فى ورقة رسمية فيكون قابلاً للتنفيذ . وقد يكون الالتزام الأصلي معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ، ويكون الالتزام الجديد منجزاً لا شرط فيه ولا أجل . وقد يتقادم الالتزام الأصلي بمدة قصيرة ، ويتقادم الالتزام الجديد بمدة أطول . وقد يكون الالتزام الأصلي مصدره عقد قابل للإبطال فيجوز دفعه بإبطائه ، ويكون الالتزام الجديد مرتباً على تجديد هو إجازة للعقد القابل للإبطال فلا يجوز دفعه بهذا الدفع . وقد يكون الالتزام الأصلي مكفولاً بتأمينات عينية أو شخصية ، فزول هذه التأمينات مع زواله ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا بنص فى القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك (٣) . وإذا لم تنتقل تأمينات الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد ، بقى الالتزام الجديد عارياً عن التأمينات ، إلا إذا كفّل هو

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٨ .

(٢) استئناف وطنى ١٠ أغسطس سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٢٤٥ .

(٣) وسنبين فيما يلى كيف تنتقل التأمينات إلى الالتزام الجديد بالاتفاق . أما انتقالها بنص القانون فقله ما ورد فى المادة ٣٥٥ مدنى من أن الالتزام إذا قيد فى حساب جار فإنه لا يتجدد =

أيضاً بتأمينات مستقلة عن تأمينات الالتزام الأصلي . وقد يكون الالتزام الأصلي مكفولاً بدعوى فسخ ، فلا تنتقل الدعوى إلى الالتزام الجديد (١) .

٥٠٢ - مقابله بين التجديد من جهة والحلول والوفاء

بمقابل من جهة أخرى : وانقضاء الالتزام الأصلي مع نشوء التزام جديد هو المميز الجوهرى الذى يفرق من حيث الأثر بين التجديد من جهة والحالة والحلول من جهة أخرى ، وقد سبق أن رأينا الفروق ما بين هذه النظم من حيث التكوين (٢) .

ففى حوالة الحق والوفاء مع الحلول ، لا ينقضى الحق بل ينتقل بمقوماته وصفاته ودفعه وتأميناته من دائن قديم إلى دائن جديد . أما فى التجديد بتغيير الدائن فقد رأينا أن الحق الأصلي ينقضى بمقوماته وصفاته ودفعه وتأميناته ، ويحل محله حق جديد بمقومات وصفات ودفع وتأمينات أخرى ، ولا ينتقل نفس الحق من الدائن الأصلي إلى الدائن الجديد .

وفى حوالة الدين ينتقل نفس الدين ، على النحو المتقدم ، من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المدين الجديد . أما فى التجديد بتغيير المدين فالدين الأصلي ينتضى على الوجه الذى قدمناه ، ويحل محله دين جديد (٣) .

أما التجديد بتغيير الدين فلا يقابل لا بالحالة ولا بالحلول ، وإنما يقابل بالوفاء بمقابل . وقد قدمنا أن الفرق بين النظامين أن الوفاء بمقابل يقتضى أن

= إلا إذا قطع رصيد الحساب ، فإذا كان مكفولاً بتأمين خاص فإن هذا التأمين يبق ما لم يتفق على غير ذلك . فهنا انتقل التأمين الخاص من الالتزام إلى رصيد الحساب بحكم القانون (انظر تاريخ نص المادة ٣٥٦ آنفاً فقرة ٥٠٠ فى الهامش) .

(١) وقد يكون المدين فى الالتزام الأصلي معذراً فيتحمل تبعه الهلاك ، ولا يكون معذراً فى الالتزام الجديد فلا يتحمل هذه التبعة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٩٢ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٨ - ص ٢٥٩ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٢

تنتقل الملكية فوراً إلى الدائن حتى يتم الوفاء، وأما في التجديد بتغيير الدين فالوفاء يكون عن طريق إنشاء التزام جديد لا يكون واجب التنفيذ فوراً (١).

المطلب الثاني

إنتقال التأمينات من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد

٥٠٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلي ، فإن الاتفاق على نقل التأمينات إلى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية » :

« (أ) إذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضرراً بالغير » .

« (ب) إذا كان التجديد بتغيير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة إلى رضا المدين القديم » .

« (ج) إذا كان التجديد بتغيير الدائن ، جاز للمتعاقدين ثلاثهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات » .

« ٢ - ولا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد ، هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل » .
وتنص المادة ٣٥٨ على ما يأتي :

« لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة ، عينية كانت أو شخصية ، ولا التضامن ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون (٢) » .

(١) بيدان ولا جارد ٩ فترة ٩٩٢ - جوسران ٢ فترة ٩٠٣ - انسيكلولبيدي والوز ٣ لفظ Novation فترة ٣١ .

(٢) تاريخ النصوص :

م ٣٥٧ : ورد هذا النص في المادة ٩٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٥٣/١٨٩ -
٢٥٥/١٩١ (١) .

= عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا خلافا في إحدى العبارات وفيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشترط ألا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا كان بورقة رسمية . وفي لجنة المراجعة حذف هذا الشرط ، وأصبحت المادة رقمها ٣٦٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « في الحدود التي لا تلحق ضرراً بالغير » بعبارة « ما لم يترتب على ذلك زيادة في هذا الالتزام تلحق ضرراً بالغير » التي كانت واردة في المشروع ، « لأنها في عمومها أشمل من العبارة الأولى ، ولأنها تبرز المعنى المقصود » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٥ - ص ٢٥٧) .

م ٣٥٨ : ورد هذا النص في المادة ٤٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٠ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٨ - ص ٢٦٠) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٥٣/١٨٩ : ومع ذلك لا يجوز الاتفاق على خلاف ما هوأت : في الحالة الأولى من الأحوال السالف ذكرها يجوز للمدين والدائن أن يتفقا على أن التأمينات العينية ، كالاقتيازات و رهن العقار وحبس العين ، تكون تأميناً على الدين الجديد إذا لم تكن فيه زيادة تضر بحقوق الغير . وفي الحالة الثانية يجوز للدائن وللمحل المدين الأصلي أن يتفقا على بقاء التأمينات العينية ولو بغير رضا المدين الأصلي . وفي الحالة الثالثة يجوز للمتعاقدين الثلاثة أن يتفقا على بقاء التأمينات العينية .

م ٢٥٤/١٩٠ : لا يصح في أي حال من الأحوال السالفة نقل التأمينات الشخصية ، كالكفالة والتضامن ، إلا برضاء الكفلاء والمتضامين .

م ٢٥٥/١٩١ : الاتفاق على نقل التأمينات المذكورة بالمادة السابقة لا ينفذ على غير المتعاقدين إلا إذا كان حاصله مع الاستبدال في آن واحد برؤية رسمية .

(ويتفق التقنينان السابق والجديد إلا في المسائل الآتية : (١) ذكر التقنين السابق التأمينات العينية كالاقتيازات و رهن العقار وحبس العين ، بتعميم خصمه التقنين الجديد بالتأمينات التي قدمها المدين ، فلا تدخل حقوق الاقتياز ولا حقوق الاختصاص ، وسنسط ذلك فيما يلى . (٢) اقتصر التقنين السابق في التأمينات التي يقدمها الغير على "تأمينات الشخصية" ، أما التقنين الجديد فنص على التأمينات الشخصية والعينية . (٣) أوجب التقنين السابق في المادة ٢٥٥/١٩١ أن يكون الاتفاق على نقل التأمينات المذكورة بالمادة السابقة - وهذا خطأ مادي والمقصود المادة قبل السابقة - بورقة رسمية حتى ينفذ في حق الغير . أما التقنين الجديد فقد حذف هذا الشرط بعد أن كان وارداً في المشروع التمهيدى : انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادتين ٣٥٥ - ٣٥٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٤٤ - ٣٤٥ - ولا مقابل لنا في التقنين المدني العراقي - وتقابل في تقنين الموجبات والعقود البنائي المادة ٣٢٥/٢ و (١) .

وبخلاص من النصوص المتقدمة الذكر أن التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي إما أن تكون تأمينات عينية قدمها المدين نفسه وهذا هو الغالب ، وإما أن تكون تأمينات عينية أو شخصية قدمها الغير ككفيل غني أو كفيل شخصي .
فنستعرض كلا من هاتين الحالتين .

= الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩ ، وانظر المرجع للدولف فقرة ٥٧٨ والأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٠٤ . هذا والعبرة في تطبيق التقنين الجديد في شأن نقل التأمينات التي قدمها المدين دون غيرها وفي شأن أن يكون الاتفاق على هذا النقل يصح ولو في ورقة غير رسمية بتاريخ الاتفاق على نقل التأمينات ، فإن كان هذا التاريخ سابقا على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ صح نقل كل التأمينات ولو لم يكن المدين هو الذي قدمها ووجب أن يكون الاتفاق في ورقة رسمية وذلك تطبيقاً لأحكام التقنين السابق ، وإلا فتطبق أحكام للتقنين الجديد .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٥٥ - ٣٥٦ (مطابقتان للمادتين ٣٥٧ - ٣٥٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٤٤ - ٣٤٥ (مطابقتان للمادتين ٣٥٧ - ٣٥٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل - ويبدو أن التأمينات في التقنين العراقي لا تنتقل بمرتبها الأصلية ، بل تجدد فتأخذ مرتبتها من وقت تجديدها : انظر عكس ذلك الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٣٩ .

تقنين الموجبات والعقود البنائي م ٣٢٥/٢ : وينسأ استكثاء وسائل الموجب عليهم أن يدخلوا برضام تحت أحكام الموجب الجديد - ويجوز وضع نص صريح يشترط به إلحاق الرهون والحقوق الممتازة وrehon المنقولات بالدين الجديد على الشرط نفسها التي كانت ضامنة للموجب الساقط ، ولا يكون ذلك إلا إذا رضى بهذا الإلحاق صاحب ذلك المرتب عليه حق الرهن أو الامتياز : (ويختلف حكم التأمين البنائي عن حكم التقنين المصري في مسائلتين : (١) تشمل التأمينات حقوق الامتياز في التقنين البنائي بالنص الصريح ، أما في التقنين المصري فالتأمينات التي قدمها المدين لا تشمل حقوق الامتياز . (٢) في التجديد بتغيير المدين إذا كان هذا المدين قدم تأميناً على ملك له وأريد نقله إلى الالتزام الجديد وجب رضاه بذلك في التقنين البنائي ، ولا يشترط هذا الرضا في التقنين المصري)

§ ١ — التأمينات العينية التي قدمها المدين

٥٠٤ — انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد فیه خروج على القواعد

العامّة — مبرراته : ولا شك في أن انتقال التأمينات من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد أمر استثنائي . ذلك أن الالتزام الأصلي الذي كانت هذه التأمينات تكفله قد انقضى ، فكان الواجب أن تنقضى بانقضائه . أما أن تبقى بعد انقضاء الالتزام ، وتنتقل بمرتبها الأصلية إلى الالتزام الجديد ، فذلك فيه خروج ظاهر على القواعد العامة ، ولا يبرره إلا اعتبارات عملية محضة ، دعت القانون إلى أن يبيح الاتفاق على استبقاء هذه التأمينات مع نقلها إلى الالتزام الجديد .

وتتلخص هذه الاعتبارات العملية في أن انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد فيه فائدة كبيرة للدائن ، إذ تبقى له تأميناته القديمة حافظة لمرتبها الأصلية ، ولولا ذلك لما كان غالباً يرضى بالتجديد . هذا إلى أن انتقال هذه التأمينات لا يضر بالمدين ، فهو قد سبق له أن قدمها لكفالة الالتزام الأصلي ، فلا عليه أن يستبقها لكفالة الالتزام الجديد في حدود الالتزام الأصلي . ولا يضر هذا الانتقال بالغير ، فسرى أن الغير قد كفل القانون مصلحته فلا يضار بهذا الانتقال (١) .

ونلاحظ هنا أمرين : (أولاً) أن هذه التأمينات لا تنتقل إلى الالتزام الجديد بحكم القانون ، بمجرد الاتفاق على التجديد . بل لابد من اتفاق خاص على انتقالها ، وذلك إلى جانب الاتفاق على التجديد . فإذا لم يوجد هذا الاتفاق الخاص ، ولم يكن هناك إلا الاتفاق على التجديد ، انقضت التأمينات بانقضاء الالتزام الأصلي ، فلا تنتقل إلى الالتزام الجديد (٢) . (ثانياً) وقد يقال مادام

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٩ .

(٢) وهذا ما يستتق أهمية التمييز بين الحوالة والتجديد . ففي الحوالة تنتقل التأمينات بمجرد الحوالة دون حاجة إلى اتفاق خاص : أما في التجديد فقد رأينا أنها لا تنتقل بمجرد الاتفاق على التجديد بل لابد من اتفاق خاص .

لابد من اتفاق خاص ، فأين وجه الخروج على القواعد العامة ، وفيم النص على إباحة استبقاء التأمينات ، وكان أصحاب الشأن يستطيعون الاتفاق على ما يشاؤون من تأمينات دون حاجة إلى نص في القانون يبيح لهم ذلك ؟ ولكن لا وجه لهذا القول ، فالتأمينات التي أباح النص الاتفاق على استبقائها هي التأمينات الأصلية ، تنتقل إلى الالتزام الجديد بمرتبها الأصلية . ولولم يبح القانون ذلك ، لما أمكن أصحاب الشأن أن يتفقوا إلا على تأمينات جديدة ، بعد أن تكون التأمينات الأصلية قد انقضت بالتجديد . ولكانت مرتبة هذه التأمينات الجديدة من وقت الاتفاق عليها ، فلا تكون لها مرتبة التأمينات الأصلية . هذا إلى أنه في صورة خاصة من صور التجديد — التجديد بتغير المدين — أباح النص للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على انتقال التأمينات الأصلية دون رضا المدين الأصلي مع أنه هو المالك للمال المثل بالتأمين ، ولولا هذا النص لما أمكن الاتفاق على نقل هذه التأمينات دون رضائه .

٥٠٥ — حماية الغير : وقد عني القانون بحماية الغير حتى لا يضار بانتقال

التأمينات ، وذلك من ناحيتين : (أولا) نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٥٧ مدني ، كما رأينا ، على أنه « لا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد ، هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل » . ذلك أنه لو تم التجديد قبل الاتفاق على نقل التأمينات ، لانقضى الالتزام الأصلي وانقضت معه هذه التأمينات ، ولأفاد من انقضائها الغير ، وهو هنا دائن له تأمين عيني متأخر عن التأمين الذي كان يكفل الالتزام الأصلي ، فزوال هذا التأمين المتقدم يفيد الغير صاحب التأمين المتأخر . فلا يجوز أن يضار بعد ذلك بالاتفاق الذي يعقب التجديد على نقل التأمين المتقدم ، الذي كان قد زال بالتجديد ، إلى الالتزام الجديد . ومن ثم لم يحجز القانون نقل التأمينات العينية التي كانت تكفل الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد ، إلا إذا تم هذا الانتقال مع التجديد في وقت واحد (١) . ويراعى فوق ذلك الأحكام

(١) ومن ثم يجب أن يكون الاتفاق على نقل التأمينات ، لنفاذه في حق الغير ، ثابت التاريخ . إذ لرجاز أن يكون الاتفاق غير ثابت التاريخ ، لأنك تقديم تاريخه حتى يكون معاصراً للتجديد =

المتعلقة بالتسجيل ، فيؤثر على هامش القيد الذى يشهر التأمين العيني بأن هذا التأمين أصبح يكفل الالتزام الجديد ، يذكر المحل الجديد للالتزام إذا كان التجديد بتغيير الدين ، ويذكر اسم المدين الجديد إذا كان التجديد بتغيير المدين ، أو الدائن الجديد إذا كان التجديد بتغيير الدائن . (ثانياً) لا يجوز أن يكفل التأمين من الالتزام الجديد إلا بمقدار ما كان يكفل من الالتزام الأصلي . فلو كان الالتزام الجديد أكبر قيمة من الالتزام الأصلي ، وكفل التأمين الالتزام الجديد كله ، لتضرر الغير صاحب التأمين المتأخر إذ يرى التأمين المتقدم عليه قد زاد عبؤه عن ذى قبل . وهذا المحذور إنما يتحقق فى التجديد بتغيير الدين ، دون التجديد بتغيير المدين أو بتغيير الدائن ، ولذلك قضت الفقرة الأولى من المادة ٣٥٧ مدنى بأنه « إذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد فى الحدود التى لا تلحق ضرراً بالغير » ، أى فى حدود الالتزام الأصلي (١) .

٥٠٦ - ما المقصود بالتأمينات العينية التى قدمها المدين : ونرى

أن المقصود بالتأمينات العينية التى قدمها المدين التأمينات الاتفاقية التى ارتضاها لكفالة دينه الأصلي . فيدخل فى ذلك الرهن الرسمى ، ورهن الحيازة سواء كان على عقار أو على منقول . أما حقوق الامتياز فلا تدخل ، لأنها تأمينات لم يقدمها المدين باختياره ، بل هى تأمينات رتبها القانون وبنائها على صفة فى الالتزام فهى لصيقة بهذه الصفة ، فإذا كان الالتزام الأصلي قد قرر له القانون امتيازاً نظراً لصفته الخاصة ، فلا يجوز الاتفاق على نقل هذا الامتياز إلى الالتزام

= ولو كان الاتفاق لاحقاً ، فتبقى التأمينات ضامنة للدين الجديد وكان ينبغى أن تنقضى (الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٨ ص ٦٠٢ - ص ٦٠٣ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٨٧ - ص ٨٨ - الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٧٥) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩ وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نوعاً ثالثاً من الحماية للغير ، إذ كان يشترط لنتقال التأمينات العينية فى حق الغير أن يكون الاتفاق فى ورقة رسمية ، وقد حذف هذا الشرط فى لجنة المراجعة أنظر تاريخ نص المادة ٣٥٧ من أنشأ ندية ٥٠٣ فى الهامش .

الجديد وهو لم تتوافر له الصفة التي دعت إلى تقرير حق الامتياز (١). وهذا التفسير الذي يستخلص في يسر من عبارة التقنين مجنبنا عيباً وقع فيه التقنين المدني الفرنسي، إذ نصت المادة ١٢٧٨ من هذا التقنين على أن، حقوق الامتياز والرهون التي كانت للدين القديم لا تنتقل إلى الدين الذي حل محله، إلا إذا اشترط الدائن صراحة الاحتفاظ بها (٢). ويعيب الفقه الفرنسي على هذا النص أنه يبيح اشتراط انتقال حقوق الامتياز والرهون القانونية، مع أن هذه الحقوق لم تقرر إلا لصفة في الدين الأصلي، فكان ينبغي ألا يجوز اشتراط انتقالها إلى دين آخر ليست له هذه الصفة (٣).

وعلى التفسير الذي نقول به ينبغي ألا يجوز الاتفاق على نقل حق الاختصاص من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد، لأن حق الاختصاص تأمين لم يقدمه المدين اختياراً، بل ربه القاضي على عقار المدين بموجب حكم واجب التنفيذ. والقانون إنما أباح، استثناء، الاتفاق على نقل التأمين الذي قدمه المدين، والاستثناء لا يقاس عليه. فالتأمين الذي لم يقدمه المدين، كحق الاختصاص، يبقى في حكمه على الأصل، فيزول بالتجديد، ولا يجوز الاتفاق على نقله إلى الالتزام الجديد.

٥٠٧ - كيف يتم انتقال التأمينات من الالتزام الأصلي إلى

الالتزام الجديد: أما كيف يتم انتقال التأمينات التي قدمها المدين من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد، على النحو الذي قدمناه، أي في حدود الالتزام الأصلي وبشرط أن يتم مع التجديد في وقت واحد، فذلك يختلف

(١) فإذا جدد البائع التزام المشتري، باق المثل إلى التزام جديد ناشئ من عقد قرض مثلاً، لم يجوز الاتفاق على نقل امتياز البائع إلى هذا الالتزام الجديد.

(٢) وهذا هو النص في أصله الفرنسي: Art. 1278: Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.

(٣) أنظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٢٧.

باختلاف صور التجديد (١) .

فاذا كان التجديد بتغيير الدين ، تم نقل التأمينات بالطريق الذى يتم به التجديد ذاته ، أى باتفاق بين الدائن والمدين .

وإذا كان التجديد بتغيير الدائن ، تم نقل التأمينات أيضاً بالطريق الذى يتم به التجديد ذاته ، أى باتفاق بين المدين والدائن الأصلي والدائن الجديد ، فتتفق ثلاثهم على أن تبقى التأمينات التى قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلي حتى تكفل الالتزام الجديد .

وإذا كان التجديد بتغيير المدين ، فقد رأينا أن التجديد فى هذه الصورة يتم تارة باتفاق بين الدائن والمدين الجديد، ويتم طوراً باتفاق بين الدائن والمدين الأصلي والمدين الجديد . ونص القانون - المادة ٣٥٧ مدنى الفقرة الأولى حرف ب - لم يفرق بين الحالتين ، بل قضى بأنه « إذا كان التجديد بتغيير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة إلى رضاء المدين القديم » . فلا حاجة إذن إلى رضاء المدين القديم ، سواء اشترك فى التجديد أو لم يشترك ، لنقل التأمينات إلى الالتزام الجديد . وبصبح المدين القديم - بعد انقضاء دينه بالتجديد مع بقاء التأمينات تثقل ماله لكفالة المدين الجديد - بمثابة كفيل عيني لهذا المدين . وقد حسم التقنين المصرى بهذا النص خلافاً لا يزال قائماً فى القانون الفرنسى ، فالفقه فى فرنسا منقسم ، فى انتقال التأمين إلى الالتزام الجديد ، بين اشتراط رضاء المدين وعدم اشتراط هذا الرضاء (٢) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩ .

(٢) أنظر فى ذلك بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٢٨ ومن الفقهاء الذين يقولون بعدم ضرورة رضاء المدين توليه ٧ فقرة ٣١٢ وما بعدها - ديوانتون ١٢ فقرة ٣١١ - كوليه دى سانتير ٥ فقرة ٢٢٦ مكررة - لا رومبيير ٥ م ١٢٧٩ فقرة ٢ - ديمولومب ٢٧ فقرة ٣٥٦ - فقرة ٣٥٧ . ومن الفقهاء الذين يقولون بضرورة رضاء المدين ماركاديه ٤ م ١٢٧٩ فقرة ٣ - لوران ١٨ فقرة ٣٣٢ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٢٨ - جوسران ٣ فقرة ٩١٤ .

§ ٢ — التأمينات الشخصية والعينية التي قدمها الغير

٥٠٨ — **وموجب رضا الغير بنقل هذه التأمينات :** وقد يكون الغير هو الذى قدم التأمينات التى تكفل الالتزام الأصيل . وهذا الغير إما أن يكون قد قدم تأميناً شخصياً ، بأن كان كفيلاً للالتزام الأصيل أو مدينأ متضامناً فيه ، وإما أن يكون قد قدم تأميناً عينياً ، بأن يكون كفيلاً عينياً رتب رهناً على مال مملوك له لضمان الالتزام الأصيل .

ففى جميع هذه الأحوال لايجوز انتقال التأمين الشخصى أو العبنى إلا برضاء الغير الذى رتب هذا التأمين . فلا يكفى إذن، حتى يكفل الكفيل الالتزام الجديد بعد أن كان يكفل الالتزام الأصيل ، أن يتفق على ذلك الدائن والمدين ومعهما المدين الجديد أو الدائن الجديد، بل لابد من رضا الكفيل أيضاً . فانه لم يكفل إلا التزاماً بعينه هو الالتزام الأصيل ، فحتى يكفل التزاماً غيره ، ولو كان أقل قيمة ، لابد من رضائه بذلك (١) .

وإذا كان الالتزام الأصيل التزاماً تضامياً ، فقد رأينا عند الكلام فى التضامن (٢) ، أن المادة ٢٨٦ مدنى تنص على أن « يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامين أن تبرأ ذمة باقى المدينين ، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم » . ورأينا أن باقى المدينين المتضامين الذين لم يشتركوا فى إجراء التجديد لا يكونون متضامين فى الالتزام الجديد إلا برضاهم . فاذا اتفق الدائن مع المدينين المتضامين جميعاً على تجديد الالتزام الأصيل ، ظلوا جميعاً متضامين فى الالتزام الجديد . أما إذا اتفق الدائن مع سائر المدينين المتضامين غير المدين الذى أجرى التجديد على أن يبقوا متضامين فى الدين القديم ، أو احتفظ بحقه قبلهم دون ضرورة للاتفاق معهم ، فان هؤلاء المدينين لا يلتزمون ولو غير متضامين ، بالالتزام الجديد ، بل يبقون ملزمين بالتضامن بالدين الأصيل بعد حط حصة المدين الذى أجرى التجديد . وإذا كان الدائن

(١) مصر استثنائى ١٨ بوليه سنة ١٩٠٥ الاستقلال ؛ ص ٤٧٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٠ .

أراد أن ينقل التضامن إلى الدين الجديد ، واشترط ألا يتم التجديد إلا على هذا الأساس ، ورفض باقي المدينين أن يلتزموا متضامين بالدين الجديد ، فإن التجديد لا يتم إذ تخلف شرطه ، ويظل الالتزام التضامني الأصلي على حاله . أما إذا كان الدائن لم يتفق مع باقي المدينين لا على أن يبقوا ملتزمين بالدين الأصلي ولا على أن يتضامنوا في الدين الجديد مع المدين الذي أجرى التجديد ، ولم يحتفظ بحقه قبلهم ، بل أجرى التجديد دون قيد ولا شرط ، فقد افترض المشرع في المادة ٢٨٦ مدني السالفة الذكر افتراضاً معقولاً أن نية الدائن قد انصرفت إلى إبراء ذمتهم من الدين الأصلي لأنه انقضى بالتجديد ولم يحتفظ بحقه قبلهم ، ومن الدين الجديد لأنهم لم يقبلوا الالتزام به . وقد سبق أن بينا ذلك تفصيلاً عند الكلام في التضامن (١) .

وإذا كان الغير قد قدم تأميناً عينياً لكفالة الالتزام الأصلي ، أي كان كفيلاً عينياً لهذا الالتزام ، فإن التأمين الذي قدمه بالمرتبة التي هو عليها لا ينتقل إلى كفالة الالتزام الجديد إلا برضائه . وإذا كان قد رتب تأميناً عينياً لدائن آخر متأخراً في المرتبة عن التأمين الذي قدمه لكفالة الالتزام الأصلي ، وجب أيضاً ألا ينتقل تأمين الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد إلا في حدود الالتزام الأصلي حتى لا يضار الدائن المتأخر في المرتبة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٥٠٩ - جوانب نقل هذه التأمينات بعد إجراء التجديد : والتأمينات

التي قدمها الغير ، شخصية كانت أو عينية ، بخلاف التأمينات العينية التي قدمها المدين ، لا يشترط أن يكون نقلها مع التجديد في وقت واحد ، بل يجوز أن يتفق على نقلها بعد إجراء التجديد (٢) . فيجوز إذن ، بعد إجراء التجديد ، أن يتفق أطرافه مع الكفيل الشخصي أو الكفيل العيني أو المدينين المتضامين على نقل

(١) انظر آنفاً فقرة ١٩٠ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « أما التأمينات التي تقدم من الغير - كالكفالة العينية أو الشخصية أو التضامن - فلا تنتقل إلا برضاء هذا الغير كفيلاً كان أو مديناً متضامناً ... ويجوز أن يصدر هذا الرضاء بعد انقضاء التجديد ، في غير إخلال بحقوق الغير » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩) .

هذه التأمينات الشخصية أو العينية إلى الالتزام الجديد ، وذلك في غير إخلال بحقوق الغير .

والمراد بالغير هنا دائن له تأمين عيني متأخر في المرتبة . فاذا تم التجديد قبل الاتفاق على نقل الرهن المتقدم إلى كفالة الالتزام الجديد ، فقد انقضى هذا الرهن المتقدم بانقضاء الالتزام الأصلي المضمون بالرهن . فلا يجوز ، بعد أن استفاد الدائن المتأخر في المرتبة من زوال الرهن المتقدم على هذا النحو ، أن تتفق أطراف التجديد مع الكفيل العيني على أن ينتقل الرهن إلى الالتزام الجديد ، فيضار الدائن المتأخر في المرتبة بأحياء رهن متقدم على تأمينه بعد أن كان هذا الرهن قد انقضى .

الفرع الثاني

الانابة في الوفاء

(Délégation)

٥١٠ - عمدة الانابة في الوفاء بالتجديد : قد تنطوي الانابة

في الوفاء على تجديد بتغيير المدين ، بل وعلى تجديد بتغيير الدائن أيضاً ، كما سنرى . ولكنها قد لا تنطوي على أى تجديد ، فتكون الانابة في الوفاء نظاماً مستقلاً كل الاستقلال عن التجديد ، ولا علاقة تقوم بين النظامين (١) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧١ — دي باج ٣ فقرة ٦٠٣ .
وقد أرجع ثالير (Thaller) أحكام الأوراق التجارية (effets de commerce) وهي مائتي لأن بسندات الائتمان المصرفية (titres de crédit) — وهي الكيالات (lettres de change) والسندات الإذنية (billets à ordre) والشيكات (chèques) — إلى قواعد الانابة في الوفاء (حوليات القانون التجاري سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧ — القانون التجاري الطبية السابعة فقرة ١٦٣٩) . وكذلك أرجعت إلى قواعد الانابة في الوفاء أحكام أوراق الاعتماد (lettres de crédit) والتحويل من حساب جار إلى حساب آخر (virement bancaire) . على أن الفقه المعاصر تحول من هذا الاتجاه . فالشيك ليس إلا أمراً يصدره صاحب (tireur) إلى المصرف المسحوب عليه (tiré) يدفع قيمة الشيك لحامله (bénéficiaire direct ou endossataire) ، والمصرف ليس إلا وكيل صاحب ينفذ ما وكله فيه ، وهذا هو أيضاً الحكم في التحويل من =

ولم يعرض التقنين المدني السابق للإنابة في الوفاء إلا بإشارة عابرة دون أن يذكر اسمها ، أما التقنين المدني الجديد فقد عني بها وأفرد لها نصوصاً خاصة (١) .

وسنرى أولاً كيف تتم الإنابة في الوفاء ، سواء انطوت على تجديد أو لم تنطو . ثم نرى بعد ذلك ماهي الآثار التي تترتب على الإنابة في الوفاء في صورتها ، صورة التجديد وصورة النظام القانوني المستقل عن التجديد .

المبحث الأول

كيف تتم الإنابة في الوفاء

٥١١- النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين » .

== حساب جار إلى حساب جار آخر (أنظر في هذا المعنى دى باج ٣ فقرة ٦١١ و فقرة ٦١١ مكررة) . وتخضع الكبيالات والسندات الإذنية لأحكام خاصة بها أنشأتها وطورتها المعاملات التجارية ، ولا تنسج لها قواعد الإنابة في الوفاء التي ترجع في أصلها إلى القانون الروماني (أنظر في هذا المعنى بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠١٨ ص ١٠٠ - بولانجي في أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ (délégation) فقرة ٢ و فقرة ٥ - فقرة ٦) . وأنظر في نظام قريب من الإنابة ، كان معروفاً في القانون الفرنسي القديم تحت اسم (rescription) ، وكان يتسع لتأصيل الأوراق التجارية ونحوها لو أن الفقه الفرنسي الحديث احتفظ به كما احتفظ به الفقه في ألمانيا وفي سويسرا إلى كاييتان في السبب فقرة ١٧٧ .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أما الإنابة فلم يعرض لها التقنين القائم (السابق) إلا بمجرد إشارة عابرة في بعض الأحكام الخاصة بالتجديد بتغيير المدين ، دون أن يعنى بذكر اسمها . ولكن المشروع أفرد لها نصوصاً خاصة استظهر فيها سمتها الذاتية من حيث التجديد ، وعرض صورتها ، فتناول الإنابة الكاملة وهي في حقيقتها ليست سوى تجديد بتغيير المدين ، والإنابة القاصرة وهي لا تستتبع التجديد وهي بذلك أعظم أهمية من الناحية العملية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٠) .

٢ - ولا تقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة مدين المدين والأجنبي (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٣٥٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٤٦ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٠٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٦/٢ و١ (٣) .

٥١٢ - الإنابة تفرض أخصاصاً محدودة: ويستخلص من النص

المقدم الذكر أن الإنابة تقتضى وجود أشخاص ثلاثة: (١) المنيب (délégant) وهو المدين الذى ينيب الشخص الأجنبي ليني الدين إلى الدائن ، ومن ثم سمي منيباً . (٢) المناب (délégué) وهو هذا الشخص الأجنبي الذى ينيبه المدين ليني الدين إلى الدائن ، ومن ثم سمي مناباً . (٣) المناب لديه (délégataire)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٩٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦١) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٨٠٠ وما بعدها - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٠٦ وما بعدها .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٥٧ (مطابقة للمادة ٣٥٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٤٦ (مطابقة للمادة ٣٥٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٠٥ (مطابقة للمادة ٣٥٩ من التقنين المدني المصري - وانظر الأستاذ

حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٤١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٢٦/٢ و١ : إن التفويض هو توكيل يعطى من شخص

(يدعى المفوض) لشخص آخر (يدعى المفوض إليه) ليمقذ التزاماً تجاه شخص ثالث (يسمى

المفوض لديه) - وهو لا يفيد بحكم الضرورة وجوب موجب سابق بين المتعاقدين . (وحكم

التقنين اللبناني متفق مع حكم التقنين المصري) .

وهو الدائن الذى ينيب المدين الشخص الأجنبي لديه لينى له الدين ، ومن ثم سمي منابا لديه .

٥١٣- ما يمكن أنه يقوم من مديونية ما بين هؤلاء الأشخاص المتضمنة:

والغالب أن يكون المنيب مديناً للمناب لديه ، ولذلك ينيب المناب فى وفاء هذا الدين . والغالب أيضاً أن يكون المنيب دائئاً للمناب ، ولذلك اختاره ليقوم بوفاء دينه للمناب لديه ، فيتخلص المناب بهذا الوفاء من الدين الذى فى ذمته للمنيب (١) .

على أنه ليس من الضرورى أن يكون المنيب مديناً للمناب لديه ، كما أنه ليس من الضرورى أن يكون المناب مديناً للمنيب .

فقد يكون المنيب غير مدين للمناب لديه ، وإنما أراد أن يتبرع له بمال ليس عنده أو يقرضه إياه فقصده المناب ، سواء كان هذا مديناً له أو غير مدين ، وطلب إليه أن يلتزم باعطاء هذا المال للمناب لديه . ولكن هذا الفرض نادر ، إذ يكون المنيب فى الكثرة الغالبة من الأحوال مديناً للمناب لديه ، ويريد عن طريق الإنابة أن ينى بهذا الدين (٢) .

وقد يكون المناب غير مدين للمنيب ، ومع ذلك يرضى بأن ينوب عنه فى الوفاء بدينه للمناب لديه ، على أن يرجع عليه بعد ذلك بما وفاه عنه . وقد يكون متبرعاً ، فلا يرجع على المنيب . ولما كانت مديونية المناب للمنيب ليست حتمية ، بل وليست غالبية فى العمل كما تغلب مديونية المنيب للمناب لديه ،

(١) فإذا باع شخص عقاراً مرهوناً لدائن ، وأصبح البائع دائئاً بالتمن للمشتري ، جاز للبائع أن ينى الدين المضمون بالرهن من طريق الإنابة فى الوفاء . ويتم ذلك بأن ينيب البائع المشتري فى الوفاء بهذا الدين للدائن المرتهن ، ويكون البائع منيباً والمشتري مناباً والدائن مناباً لديه . وتكون هناك علاقة مديونية أولى بين المناب والمنيب إذ المشتري مدين بالتمن للبائع ، وعلاقة مديونية ثانية بين المنيب والمناب لديه إذ البائع مدين للدائن المرتهن (انظر استئناف مخطوط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٢) . وقد وجدت علاقة مديونية ثالثة بين المناب والمناب لديه ، إذ المشتري يصبح مديناً مديونية مباشرة للدائن المرتهن (استئناف مخطوط ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٢) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ مقرة ١٢٧١ .

فقد تولت الفقرة الثانية للمادة ٣٥٩ مدنى إبراز هذا الوضع ، فنصت كما رأينا على أنه «لا تقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبي» ، أى ما بين المنيب والمناب (١) .

٥١٤ - قد تقتضى الإنابة تجديداً وقد لا تقتضى - الإنابة الكاملة

والإنابة القاصرة : والإنابة ، على النحو الذى بيناه ، قد تتضمن تجديداً بتغيير المدين ، وقد تنطوى فوق ذلك على تجديد بتغيير الدائن . فإذا كان المنيب مديناً للمناب لديه ، ولم يكن المناب مديناً للمنيب أو كان مديناً له ، وافق الثلاثة على تجديد دين المنيب للمناب لديه عن طريق تغيير المدين ، بأن يقبل المناب أن يكون مديناً للمناب لديه مكان المنيب ، سميت الإنابة فى هذه الحالة إنابة كاملة (délégation parfaite) ، لأنها تتضمن تجديداً بتغيير المدين . وقد تنطوى هذه الإنابة الكاملة فوق ذلك على تجديد آخر بتغيير الدائن ، إذا كان المناب مديناً للمنيب وجدد هو الآخر دينه فجعل دائته هو المناب لديه بدلا من المنيب ، فيكون المنيب قد جدد دينه نحو المناب لديه بتغيير المدين ، ويكون المناب قد جدد دينه نحو المنيب بتغيير الدائن (٢) .

فإذا لم تتضمن الإنابة تجديداً بتغيير المدين ، بل بقى المنيب مديناً للمناب لديه إلى جانب المناب ، وصار للمناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد ، المنيب وهو مدينه الأصل والمناب وهو المدين الجديد ، سميت الإنابة فى هذه الحالة بالإنابة القاصرة (délégation imparfaite) . وهى قاصرة إذ هى لم تبرىء ذمة المنيب نحو المناب لديه ، بينما الإنابة الكاملة قد أبرأت ذمة المنيب نحو المناب لديه عن طريق التجديد . والإنابة القاصرة هى التى يغلب وقوعها

(١) وقد يعنى المنيب الإنابة على شرط فاسخ أو شرط واقف ، إذا كان الدين الذى له فى ذمة المناب مطلقاً على هذا الشرط ، فإذا فسخ الشرط انفسخت الإنابة او نفذت بحسب الأحوال (استئناف مخطوط ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ م ١٠ ص ٣٧٣) .

(٢) وهذه الإنابة الكاملة التى تتضمن تجديداً بتغيير المدين وتجديداً بتغيير الدائن هى التى رددنا إليها الحوالة فى الفقه الإسلامى فى ذمات المالكية والشافعية والمناظرة فيما قدمناه (انظر آتياً فقرة ٢٤٠) .

في العمل ، فان المناب لديه قل أن يقبل إبراء ذمة المنيب ، وبأبي إلا أن يستبقيه مديناً أصلياً ويضيف إليه المناب مديناً جديداً . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٠ مدني ، كما سنرى ، على ما يأتي : « ومع ذلك لا يفترض التجديد في الإنابة ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول » . فنية التجديد يجب ، كما قدمنا ، أن تكون واضحة لا غموض فيها . فاذا قام شك ، اعتبرت الإنابة قاصرة لا تتضمن تجديداً (١) .

والعبرة في معرفة ما إذا كانت الإنابة كاملة أو قاصرة هي بأن تتضمن تجديداً بتغيير المدين أو لا تتضمن ، فان تضمنت هذا التجديد كانت كاملة ، وإلا فهي قاصرة . أما التجديد بتغيير الدائن فليس من شأنه أن يجعل الإنابة كاملة ، فقد لا يتفق على التجديد بتغيير المدين ، فتكون الإنابة قاصرة حتى لو اتفق على التجديد بتغيير الدائن . على أن الغالب أن الإنابة إذا تضمنت تجديداً ، كان التجديد من الجهتين ، بتغيير المدين وبتغيير الدائن في وقت واحد (٢) .

٥١٥ — الإنابة القاصرة والاشتراط لمصلحة الغير : ويمكن الوصول

إلى الإنابة القاصرة عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير . ويكون ذلك بأن يشترط المنيب على المناب أن يقوم بوفاء دينه للمناب لديه ، فينشأ عندئذ للمناب لديه حق مباشر يستطيع بموجبه أن يستوفي حقه من المناب . فيكون له بذلك مدينان : المنيب وهو مدينه الأصلي ولم تبرأ ذمته بالاشتراط ، والمناب وهو المتعهد في الاشتراط فترتب في ذمته التزام مباشر نحو المناب لديه .

(١) دمنهور تجارى ٦ ديسمبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٤٥٧ ص ١٣٧٤ — هذا ولا ضرورة في الإنابة ، كاملة كانت أو قاصرة ، لأي إجراء لتكون نافذة في حق الغير ، ويمكن في ذلك رضا أطراف الإنابة . ذلك أن الإنابة لا تنطوي على حوالة حق ، لتكون في حاجة إلى إعلان . فالمناب لديه يصبح دائناً للمناب دون أن ينتقل إليه حق المنيب في ذمة المناب ، إذ يبقى هذا الحق في ذمة المناب للمنيب ما لم يكن قد انقضى بالتجديد (بودرى وباردو فقرة ١٧٤٦ — بلانيزول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٣) — ويصح أن يكون رضا المناب لديه ضمناً ، كما إذا قبل استيفاء الدين من المناب (استئناف مخطط ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٨) . ويجوز ، قبل رضا المناب لديه ، إذا اتفق المنيب والمناب على الإنابة ، أن يرجع كل منهما فيها (استئناف مخطط ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٢) .

(٢) انظر بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢١ .

بل إن الاشتراط لمصلحة الغير أبسر من الإنابة القاصرة ، إذ دو يتم بمجرد اتفاق المنيب والمناب ، ومن وقت هذا الاتفاق . أما رضاء المناب لديه فليس ضرورياً إلا لجعل الاشتراط غير قابل للنقض . وهذا بخلاف الإنابة القاصرة ، فإنها لا تتم إلا في الوقت الذي يجتمع فيه رضاء كل من المنيب والمناب والمناب لديه (١) . على أن الإنابة القاصرة تفضل الاشتراط لمصلحة الغير في أن المناب لديه لا يحتاج عليه بالدفع المستمدة من العلاقة ما بين المنيب والمناب ، أما المنتفع في الاشتراط فيحتاج عليه بالدفع المستمدة من عقد الاشتراط الذي تم بين المنيب والمناب (٢) .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على الإنابة في الوفاء

٥١٦ - التمييز بين صورتى الإنابة في الوفاء : هنا يجب التمييز بين صورتى الإنابة في الوفاء : الإنابة الكاملة (أى التجديد بتغيير المدين) والإنابة القاصرة .

المطلب الأول

الإنابة الكاملة أو التجديد بتغيير المدين

٥١٧ - النصوص القانونية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٩ - والقضاء في فرنسا يتردد بين النظامين ، فهو تارة يطبق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير وبخاصة فيما بين الورثة إذا اتفقوا على أن يتحمل أحدهم دين على التركة ، وطوراً يطبق أحكام الإنابة وبخاصة في إنابة البائع للمشتري أن يدين على البائع . وأمام هذا التسابق بين النظامين ، يرجع الفقه أن يكون السبق للاشتراط لمصلحة الغير (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٩ ص ٦٨٣ - وأنظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٧) .

(٢) بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٢٠ .

« إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة على أن يستبدلوا بالالتزام سابق التزاماً جديداً ، كانت هذه الإنابة تجديدًا للالتزام بتغيير المدين ، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه ، على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحاً وألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة » .

وتنص المادة ٣٦١ على ما يأتي :

« يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره (١) » .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص (٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ١/٣٥٨ و ٣٥٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ١/٣٤٧ و ٣٤٨ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ١/٤٠٦ و ٤٠٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٧ (٣) .

(١) تاريخ النصوص :

م ١/٣٦٠ : ورد هذا النص في المادة ١/٤٩٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في "تقنين المدني الجديد" . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١/٣٧٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١/٣٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٣) .

م ٣٦١ : ورد هذا النص في المادة ٤٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٣ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٨١ - الأستاذ أحمد حشمت أبوسيت فقرة ٨٠٧ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١/٣٥٨ و ٣٥٩ (مطابقتان للمادتين ١/٣٦٠ و ٣٦١ من التقنين المدني المصري) .

ونتناول ، في بسط الآثار التي تترتب على الإنابة الكاملة ، العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه ، ثم العلاقة ما بين المنيب والمناب ، وأخيراً العلاقة ما بين المناب لديه والمناب .

٥١٨ - العرف ما بين المنيب والمناب لمريم : لما كانت الإنابة الكاملة

هي كما قدمنا تجديد بتغيير المدين لالتزام المنيب قبل المناب لديه ، فإن التجديد يقضى هذا الالتزام ، فتبرأ ذمة المنيب . ويشترط لانقضاء الالتزام ، كما هو الأمر في كل تجديد ، أن ينشأ الالتزام الجديد المترتب في ذمة المناب للمناب لديه صحيحاً . ولذلك لا تضيف الفقرة الأولى من المادة ٣٦٠ مدني في هذا الصدد جديداً .

ولكنها تضيف جديداً عند ما تشترط ألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة . ذلك أن الأصل في تجديد الدين بتغيير المدين أنه متى نشأ الالتزام الجديد صحيحاً ، فقد انقضى الالتزام القديم ، ولا يرجع الدائن إلا على المدين الجديد . فإذا كان هذا معسراً ، سواء كان معسراً عند التجديد أو أعسر بعد ذلك ، فإن الدائن هو الذي يتحمل تبعه هذا الإعسار ، ولا رجوع له على المدين الأصلي إلا إذا اشترط عليه ذلك عند التجديد . أما في الإنابة الكاملة ، فقد جعل القانون للدائن -

= التقنين المدني الليبي : م ٣٤٧ و ٣٤٨ (مطابقتان للمادتين ١/٣٦٠ و ٣٦١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ١/٤٠٦ : إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة على أن يستبدلوا التزاماً جديداً بالالتزام الأول ، كانت الإنابة تجديدًا للالتزام بتغيير المدين . (ونص التقنين العراقي لا يشترط ، كما يشترط ، نص التقنين المصري ، ألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة : أنظر مع ذلك الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٤٣) . م ٤٠٧ (مطابقة للمادة ٣٦١ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والمقود البناني م ٣٢٧ : إذا كان قصد المتعاقدين إبدال الموجب أو الموجبات السابقة بموجب جديد (تفويض كامل) فتبرأ في الحال ذمة المفوض تجاه المفوض لديه ، حل شرط أن يكون الالتزام الجديد الذي التزمه المفوض إليه صحيحاً وأن يكون المفوض إليه ملتبساً عند التفويض . (وهذا الحكم متفق مع حكم التقنين المدني المصري . ولا مقابل في التقنين البناني للمادة ٣٦١ من التقنين المصري ، فهل يمكن العمل بحكم هذه المادة في لبنان واعتبار التزام المفوض إلـب تجاه المفوض لديه التزاماً مجرداً ، بالرغم من انعدام النص على ذلك ؟) .

المنايا لليه - حق الرجوع على المدين - المنيب - إذا كان المدين الجديد - المنايا - معسراً وقت الإنابة، وذلك دون حاجة إلى اشتراط ذلك عند الإنابة. فقد افترض القانون أن هذه هي نية ذرى الشأن، وأن المنايا لليه لم يقبل الإنابة مع التجديد، وما يستتبع ذلك من براءة ذمة المنيب، إلا وهو محاسب أن المنايا موسر وقت الإنابة على الأقل. فاذا تبين أنه كان معسراً في هذا الوقت، رجع المنايا لليه على المنيب، ولكن لا بدعوى ضمان، بل بدعوى الدين الأصل. ذلك أن المنايا لليه وقع في غلط جوهري، عند ما رضى بالإنابة حاسباً أن المنايا غير معسر. فاذا ما أبطل الإنابة للغلط، رجع الالتزام الأصلي الذي كان له في ذمة المنيب بما كان يكفله من تأمينات (١).

٥١٩ - التصرف ما بين المنيب والمنايا : قد لا تكون هناك مديونية

سابقة ما بين المنيب والمنايا كما قدمنا. فعند ذلك، وبعد أن أصبح المنايا مديناً للمنايا لليه، يستطيع الرجوع على المنيب بدعوى شخصية، هي دعوى الوكالة إن كانت الإنابة بتفويض من المنيب، أو هي دعوى الفضالة، أو في

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع المتهدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٧ - وعلى المنايا لليه أن يثبت إفسار المنايا حتى يستطيع الرجوع على المنيب (بودري وبارد ٣ فقر ١٧٤٨).

ويذهب بعض الفقهاء إلى التمييز بين الإنابة الكاملة حيث يرجع المنايا لليه على المنيب بدعوى الدين الأصل إذا كان المنايا معسراً وقت الإنابة وذلك عن طريق إبطال الإنابة للغلط، وبين التجديد بتغيير المدين إذا اشترط الدائن على المدين الأصل إفسار المدين الجديد وقت التجديد حيث يرجع الدائن على المدين الأصل بدعوى الضمان لا بدعوى الدين الأصل إذا كان المدين الجديد معسراً وقت التجديد (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٥٤ ص ٣٨٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٨٣٠ - بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٢٢). ويرى الأستاذ بلانيول وريبير وردوان أنه يمكن اعتبار التجديد بتغيير المدين المشروط فيه إفسار المدين الجديد تجديدًا معاقاً على شرط هذا الإفسار. فإذا تخلف هذا الشرط، وتبين أن المدين الجديد كان معسراً وقت التجديد، انفسخ التجديد، ورجع الدائن على المدين الأصل بدعوى الدين الأصل لا بدعوى الضمان، فلا يكون هناك محل للتمييز بين الإنابة الكاملة والتجديد بتغيير المدين المشروط فيه إفسار المدين الجديد (بلانيول وريبير وردوان ١٢٧٧ ص ٦٨١ - ص ٦٨٢ - وانظر أيضاً بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٥٠).

القليل دعوى الإثراء بلا سبب . وهذا كله ما لم يكن المناب قد انصرفت نيته إلى التبرع ، فعندئذ لا يرجع بشيء على المنيب .

أما إذا كان المناب مدينًا للمنيب ، فالغالب أن يكون قد قصد من قبوله الإنابة أن يحدد الدين الذي في ذمعه للمنيب عن طريق تغيير الدائن ، ويكون قد وفى هذا الدين بالالتزام الجديد الذى نشأ في ذمته للمناب لديه ، فلا يرجع على المنيب بشيء (١) . وقد لا يقصد المناب تجديد دينه بتغيير الدائن . فعند ذلك تبقى الإنابة كاملة كما قدمنا ، لأن العبرة في كونها كاملة هي بانطوائها على تجديد بتغيير المدين لا على تجديد بتغيير الدائن . ولما كان التجديد بتغيير المدين قد أنشأ في ذمة المناب التزاماً جديداً نحو المناب لديه ، فإن المناب يرجع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب . وقد تقع مقاصة — إذا توافرت شروطها — ما بين حق الرجوع هذا وبين الدين الذى في ذمة المناب للمنيب ، فينقضى هذا الدين عن طريق المقاصة إن كان لا ينقضى عن طريق التجديد .

٥٢٠ — المعرفة ما بين المناب لمدين والمناب : رأينا أن التجديد بتغيير

المدين الذى تضمنته الإنابة الكاملة قد أنشأ التزاماً جديداً في ذمة المناب للمناب لديه ، حل محل الالتزام الأصلي الذى كان في ذمة المنيب للمناب لديه والذى انقضى بالتجديد . ومن ثم يكون للمناب لديه حق الرجوع على المناب بهذا الالتزام الجديد . فإن وجدته معسراً ، وكان الإعسار قائماً وقت الإنابة ، فقد رأينا أن التجديد يجوز لإبطائه ، فيرجع المناب لديه على المنيب بدعوى الدين الأصلي . أما إذا كان الإعسار قد حدث بعد الإنابة ، تحمل المناب لديه تبعه هذا الإعسار ، ولا رجوع له على المنيب بسببه إلا إذا كان قد اشترط ذلك عليه في عقد الإنابة .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويقضى تحديد صلة المنيب والمناب شيئاً من التفصيل : فإن كان للمنيب في ذمة المناب دين سابق ، انطوت الإنابة على تجديد بتغيير الدائن . وإن لم يكن بينهما مثل هذا الدين ، ثبت للمناب حق الرجوع على المنيب ، ما لم تكن نيته قد انصرفت إلى التبرع له » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٤) .
(م د ه — الوسيط)

وعند رجوع المناب لديه على المناب بالالتزام الجديد ، لا يستطيع الثاني أن يحتج على الأول بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب في الدين الذي للمنيب في ذمة المناب ، فانه لا توجد علاقة بين هذا الدين وبين الالتزام الجديد الذي نشأ في ذمة المناب للمناب لديه . ويعتبر الالتزام الجديد التزاماً مجرداً (obligation abstraite) بالنسبة إلى الالتزام الذي في ذمة المناب للمنيب . ولذلك رأينا المادة ٣٦١ مدني تنص على أن « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ، ولو كان التزاه قبل المنيب باطلاً ، أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره » . فإذا لم يجعل المناب ، باتفاق واضح ، التزاه نحو المناب لديه خاضعاً لالتزاه نحو المنيب ، ولم يبين عند قبوله الإنابة أنه لم يرض بها إلا بسبب أنه مدين للمنيب وأنه إنما بقي بهذا الدين عن طريق التزاه نحو المناب لديه ، كان التزاه نحو المناب لديه منبت الصلة بالتزاه نحو المنيب . ويترتب على ذلك أنه يبقى ملتزماً نحو المناب لديه عن طريق التجديد ، حتى لو ثبت أن التزاه نحو المنيب باطل لأي سبب من أسباب البطلان ، أو أن هذا الالتزام قد انقضى لأي سبب من أسباب الانقضاء ، أو أن هناك أي دفع آخر يمكن أن يدفع به هذا الالتزام (١) . ويجب عليه في كل حال أن يفي بالتزاه نحو المناب لديه ، ثم إذا ثبت أن التزاه نحو المنيب لا وجود له لبطلانه أو لانقضائه أو لأي سبب آخر ، رجع بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإبراء بلا سبب على المنيب ، كما كان يرجع لو لم تكن بين الاثنين مديونية سابقة (٢) .

(١) استئناف مخطط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٥ — وهذا من العلاقة ما بين الالتزام الجديد والالتزام الذي يكون في ذمة المناب للمنيب . أما فيما بين الالتزام الجديد والالتزام الأصل الذي كان في ذمة المنيب للمناب لديه ، فالعلاقة وثيقة ، فإن الأول قد حل محل الثاني عن طريق التجديد . ويكون انقضاء الالتزام الثاني متوقفاً على نشوء الالتزام الأول صحيحاً ، كما أن نشوء الالتزام الأول متوقف على انقضاء الالتزام الثاني ، وهذا هو الأمر في شأن كل تجديد .

المطلب الثاني

الإنبابة القصاصرة

٥٢١ - **النصوص القانونية** : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٦٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ومع ذلك لا يفترض التجديد في الإنبابة ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد ، قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول » (١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢)

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢/٣٥٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢/٣٤٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢/٤٠٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣/٣٢٦ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢/٤٩٧ من المشروع التمهيدى مل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٣٧٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيخ تحت رقم ٢/٣٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٣) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٢ - الأستاذ أحمد حشمت أبو سنيب فقرة ٨٠٧ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٣٥٨ (مطابقة للمادة ٢/٣٦٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٣٤٧ (مطابقة للمادة ٢/٣٦٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢/٤٠٦ (مطابقة للمادة ٢/٣٦٠ من التقنين المدني المصري : انظر

الأستاذ حسن الانون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٤٤ - فقرة ٣٤٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣/٣٢٦ : وهذا التعامل لا يقدر تقديرًا (ne se présume

pas) ، ولا يفرض إلى تجديد موجب سابق كان يربط المفوض بالمفوض إليه أو المفوض بالمفوض

لديه . وإذا لم يكن هناك نص خاص ، فالموجب الجديد يندمج (vient se juxtaposer) بجانب

الموجبات السابقة (وهذا ما يسمى التفرغض للنقص) .

(وحكم التقنين اللبناني متفق مع حكم التقنين المصري) .

وقد قدمنا أن التجديد لا يفترض في الإنابة ، فإذا لم يشترط أو قام شك في اشتراطه ، فالمفروض أن أطراف الإنابة لم يقصدوا تجديداً ، بل قصدوا أن يضيف المناب لديه إلى المنيب مدينه الأصلى مديناً جديداً هو المناب .

فنتناول هنا ، كما تناولنا في الإنابة الكاملة ، العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه ، ثم العلاقة ما بين المنيب والمناب ، ثم العلاقة ما بين المناب لديه والمناب .

٥٢٢ — المعرفة ما بين المنيب والمناب لدرج : في الإنابة القاصرة يبقى

المنيب مديناً للمناب لديه ، ولا تبرأ ذمته إلا إذا وفى المناب الالتزام الجديد الذى فى ذمته للمناب لديه ، أو إلا إذا وفى المنيب نفسه للمناب لديه الدين الأصلى الذى فى ذمته . وبمجرد أن يقوم أحدهما — المناب أو المنيب — بالوفاء للمناب لديه ، تبرأ ذمة الآخر . وللمناب لديه أن يرجع على المنيب بالدين الأصلى بما يكفله من تأمينات (١) قبل أن يرجع على المناب ، كما أن له أن يرجع على المناب بالالتزام الجديد قبل أن يرجع على المنيب ، فليس يلتزم فى الرجوع على أيهما بترتيب معين .

٥٢٣ — المعرفة ما بين المنيب والمناب : إذا لم تكن هناك

مديونية سابقة بينهما ، وقد أصبح المناب مديناً للمناب لديه ، فإنه إذا وفاه هذا الدين قبل أن يوفيه المنيب الدين الأصلى ، كان للمناب حق الرجوع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال ، ما لم يكن متبرعاً فلا يرجع بشئ .

أما إذا كان المناب مديناً للمنيب ، فيجوز أن يكون قد قصد تجديد هذا الدين عن طريق التزامه نحو المناب لديه ، فينقضى التزامه نحو المنيب فى مقابل الالتزام الذى نشأ فى ذمته للمناب لديه ، ويكون هذا تجديداً بتغيير الدائن . فإذا ما وفى المناب الدين للمناب لديه ، لم يرجع على المنيب بشئ . أما إذا كان المنيب هو الذى وفى الدين الأصلى للمناب لديه ، فإنه يرجع على المناب بما كان

(١) بولانجيه فى أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ (délégation) فقرة ١٤ .

له من دين في ذمته ، لأن ذمة المناب نحو المناب لديه تكون قد برئت بالوفاء الحاصل من المنيب ، فينفسخ التجديد ، ويعود الدين الذي كان في ذمة المناب للمنيب .

وقد لا يقصد المناب تجديد دينه قبل المنيب ، فيبقى هذا الدين قائماً في ذمته . ويرجع به عليه المنيب ، إذا كان هو الذي قام بالوفاء للمناب لديه . أما إذا كان المناب هو الذي قام بالوفاء للمناب لديه ، كان له حق الرجوع على المنيب . وقد تقع مقاصة — إذا توافرت شروطها — ما بين حق الرجوع هذا وبين الدين الذي في ذمة المناب للمنيب .

٥٢٤ — المعروف ما بين المناب لدينه والمناب : هذه هي السمة البارزة

في الإنابة القاصرة ، فإن المناب يكون مديناً جديداً للمناب لديه ، فيكون إذن للمناب لديه مدينان : مدينه الأصلي وهو المنيب ، والمدين الجديد وهو المناب . ويستطيع المناب لديه ، كما رأينا ، أن يرجع على أيهما دون أن يلتزم بترتيب معين ، فإذا وفاه أحدهما برئت ذمة الاثنين معاً نحوه . ثم يرجع المناب على المنيب أو لا يرجع بحسب الأحوال ، طبقاً للقواعد التي أسلفناها . ويترتب على ما قدمناه أنه إذا كان المناب مديناً للمنيب ، فالتزم نحو المناب لديه في مقابل الدين الذي في ذمته للمنيب ، اجتمعت ديون ثلاثة : دين المنيب للمناب لديه ، ودين المناب للمنيب ، ودين المناب للمناب لديه . فإذا قضى المناب الدين للمناب لديه ، انقضت هذه الديون الثلاثة في وقت واحد (١) .

ويلاحظ أنه إذا كان للمناب لديه مدينان ، فإن كل مدين منهما مصدر

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « أما إذا بقي المنيب ملزماً بالدين قبل المناب له رغم الإنابة ، فيكون للدائن مدينان عوضاً عن مدين واحد ، وهذا هو الفرض الغالب لأن التجديد لا يفترض في الإنابة . فلو فرض في هذه الحالة أن كان للمنيب دين سابق في ذمة المناب ، استتبع الإنابة وجود دين ثالث يترتب للمناب لديه في ذمة المناب ويضم إلى الدينين الأولين ، وهما دين المناب له قبل المنيب ودين المنيب قبل المناب ، فإذا قام المناب بقضاء حق المناب له ، انقضت هذه الديون الثلاثة . وإذا تخلف عن الوفاء ، كان للمناب له أن يرجع على المنيب والمناب ، دون أن يكونا متضامنين . فإن وفاه الأول كان لهذا أن يرجع بدينه على المناب ، وإن انتصف من الثاني انقضت الديون الثلاثة كما تقدم بيان ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٤ — ص ٢٦٥) .

دينه مستقل عن مصدر دين الآخر : مصدر دين المتب هو مصدر الالتزام الأصلي ، ومصدر دين المتاب هو عقد الإنابة . ومن ثم لا يكون هناك تضامن بين المدينين (١). كذلك لا يعتبر المتاب كفيلة للمتب ، فقد قدمنا أن للمتاب لديه أن يرجع عليه أولاً وليس له أن يدفع بحق التجريد (٢).

والدين الذي أنشأته الإنابة في ذمة المتاب للمتب لديه هو دين مجرد (obligation obstraitة) ، لا يتأثر بالدين الذي يكون في ذمة المتاب للمتب ، شأن الإنابة القاصرة في ذلك هو شأن الإنابة الكاملة فيما قدمناه . فإذا كان الدين الذي في ذمة المتاب للمتب باطلاً ، أو كان قد انقضى ، أو كان يصح أن يدفع بأى دفع آخر ، فليس لأى شيء من هذا أثر في الدين الذي في ذمة المتاب للمتب لديه (٣). ذلك أن المتاب لديه عندما اتخذ المتاب مدينًا جديدًا إلى جانب مدينه

(١) ولما كان الدينان لهما محل واحد بالرغم من اختلاف المصدر ، يدل على ذلك أن الوفاء بأحدهما يبرئ من الآخر (انظر دى باج ٣ فقرة ٦١٢ ص ٥٨٤) ، أمكن القول بأنه إذا لم يكن هناك تضامن بين المدينين ، فهناك تضامن بينهما ، فهما مدينان بالتضامن (in solidum) لا بالتضامن (انظر آنفاً فقرة ١٧٧ - وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٨ - ص ٦٨٢ هامش رقم ١) .

(٢) فالإنابة القاصرة ضمان للدائن أكثر منها ضماناً للمدين ، والغرض منها أن يتمكن المدين من تقديم ضمان لدائته، فيما إذا أراد مد أجل الدين أو فيما إذا وقع عند الدائن شك في يساره ، فيأتى بمدين آخر إلى جانبه يستطيع الدائن أن يرجع عليه أولاً إذا شاء . وهذا من شأنه أن يبعث الاطمئنان إلى نفس الدائن ، وأن يمكن المدين من استخدام ما عسى أن يكون له من دين في ذمة المتاب ليكون أداة ائتمان يوثق بها دينه نحو دائته (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٨ ص ٦٨٢ هامش رقم ١ - وانظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٣ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٥٤) . ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى أن تفسير النية المعقولة لأطراف الإنابة يؤدى إلى القول بأن المتاب لديه يرجع أولاً على المتاب ، فإن لم يدفع الدين في الحال رجع المتاب لديه فوراً على المتب دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات أخرى . ويكون شأن الإنابة القاصرة في المسائل المدنية هو شأن الكفيلة في المسائل التجارية ، ففي الكفيلة إذا لم يمتثل صاحبها حقه من المسحوب عليه رجع فوراً على الساحب (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٤ ص ١٠٥ - وانظر أيضاً في هذا المعنى بولانجي في أنسيكلويدى دالورز ٢ لفظ délégation فقرة ١٥ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٨٣٢) .

(٣) على أنه قد تنتقل التأمينات التي كانت لدين المتب في ذمة المتاب عند رجوع المتاب لديه على المتاب إذا كانت هذه هي نية أصحاب الشأن ، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه -

الأصل لم يدخل في اعتباره أن هذه المديونية الجديدة لها أية صلة بالمديونية ما بين المناب والمنيب . وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في الإنابة الكاملة ، وأوردنا نص المادة ٣٦١ مدني التي تقضي بأن « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً ، أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره » . وهذا النص يسرى على الإنابة القاصرة كما يسرى على الإنابة الكاملة ، فهو لا يميز في عموم عباراته بين هاتين الصورتين (١) . وإذا وفي المناب الدين للمناب لديه ، وكان التزامه هو نحو المنيب باطلاً أو كان قد

= إذا أناب بائع العقار المشتري في الوفاء بدين على البائع بما على المشتري من الثمن وكانت هذه الإنابة شرطاً في البيع ، انتقل للمناب لديه حق امتياز البائع على العقار وهو في يد المشتري (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٢) .

(١) ومن الحق أن يرجع المناب لديه على المناب ، دون أن يمتد بالمديونية بين المناب والمنيب . فهو في الإنابة القاصرة قد ضم المناب مديناً إلى جانب المنيب لقاء مزية أولاه ، كأن يكون قد مد في أجل الدين . وهو في الإنابة الكاملة قد أبرأ ذمة المنيب وجعل مكانه المناب مديناً ، فلا يجوز بعد أن فقد حق الرجوع على المنيب ألا يستطيع الرجوع بعد ذلك على المناب (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٤ - وانظر أيضاً بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٥٦ - وأنظر استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ م ٤٨ ص ١٩١ - راجع ذلك انظر في أن المناب يستطيع أن يحتج على المناب لديه بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب وذلك في إنابة القاصرة ذات الإنابة الكاملة : استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١) .

وإذا كان المناب مديناً للمنيب وقبل الإنابة فأصبح مديناً للمنيب لديه ، فإن مركزه يختلف في الإنابة عنه في حالة الحق فيما إذا كان المنيب ، بدلاً من الاتجاه إلى الإنابة ، عمد إلى حوالة الحق الذي له في ذمة المناب إلى دائن جديد . فتختلف عندئذ حوالة الحق عن الإنابة من الوجوه الآتية : (١) من حيث الانعقاد : لا تقتضي الحوالة رضا المدين ، وتقتضي الإنابة رضا المناب . (٢) من حيث النفاذ : تقتضي الحوالة إعلان المدين أو قبوله ، ولا تقتضي الإنابة إعلان المناب إذ هو رضى بالإنابة فلا حاجة إلى إعلانه بها . (٣) من حيث الآثار : في الحوالة ينتقل إلى الدائن الجديد نفس الحق بصفاته وتأميناته ودفعه ، وفي الإنابة يترتب للمناب لديه في ذمة المناب حق جديد ليست له صفات الحق الذي للمنيب على المناب ولا تأميناته ولا دفعه . ويتبين من ذلك أن الإنابة تمتاز على الحوالة من الناحية الآتية : لا يستطيع المناب أن يحتج على المناب لديه بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب ، أما في حوالة الحق فعمل التقيض من ذلك يستطيع المدين أن يحتج على المحال له بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها على الدائن الأصل!

انقضى، فانه يرجع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال، كما هو الأمر فيما لو لم تكن هناك مديونية سابقة بينهما. وغنى عن البيان أن للمتاب أن يشترط في الإنابة جعل التزامه نحو المنيب سبباً لالتزامه نحو المتاب لديه، وعندئذ يسقط التزامه نحو المتاب لديه إذا تبين أن التزامه نحو المنيب كان باطلاً أو كان قد انقضى أو كان يمكن دفعه بأى دفع آخر (١).

وإذا كان الدين الذى للمتاب لديه على المتاب لا يتأثر بالدين الذى للمنيب على المتاب، فانه على النقيض من ذلك يتأثر بالدين الذى للمتاب لديه على المنيب، إذ أن محل الدينين محل واحد كما قدمنا، فالدفوع التى يمكن أن يدفع بها أحدهما يدفع بها الآخر. ذلك أن المتاب لما اتخذ مدينين، المنيب والمتاب، لم يقصد أن يضاعف الدين بسبب له، ولا وجه لهذه المضاعفة. بل هو قصد أن يتقاضى الدين الذى له من أى المدينين، فاذا تقاضاه من أحدهما برئت ذمة الآخر. فالدينان متصلان أحدهما بالآخر أوثنى الاتصال، وإذا كان الدين الذى للمتاب لديه على المنيب باطلاً أو قابلاً للإبطال أو كان يمكن أن يدفع بأى دفع آخر، جاز للمتاب فى الدين الآخر الذى فى ذمته للمتاب لديه أن يدفع رجوع هذا عليه بكل هذه الدفوع (٢).

(١) الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٧٩ ص ٣٥٩.
(٢) أنظر فى هذا المعنى فيما يتعلق بالإنابة الكاملة كايثان فى السبب فقرة ١٧٩ ص ٣٩٨ هامش رقم ٢ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٢ — وفى القانون الألمانى يميز الفقهاء، فى الإنابة الكاملة والإنابة القاصرة على حد سواء، بين ما إذا كان المتاب قد التزم نحو المتاب لديه التزاماً مجرداً فعند ذلك لا يستطيع أن يحتج عليه بالدفوع التى كان يستطيع المنيب أن يحتج بها، أو التزم التزاماً غير مجرد وعندئذ يستطيع أن يحتج بهذه الدفوع (كايثان فى السبب فقرة ١٨٣ ص ٤٠٩ هامش رقم ٣). وغنى عن البيان أن المتاب، فى التقنين المصرى، لا يلتزم نحو المتاب لديه التزاماً مجرداً إلا فيما يتعلق بالدفوع التى كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب (م ٣٦١ مدنى)، أما الدفوع التى كان المنيب يستطيع أن يحتج بها على المتاب لديه فلا يوجد نص يجعل التزام المتاب فيها مجرداً.

انظر حكم هذا رأى — أى لا يجوز للمتاب أن يحتج على المتاب لديه بالدفوع التى تكون للمنيب فى مواجهة المتاب لديه — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٩٤ — ص ٩٥ بالنسبة إلى الإنابة القاصرة وص ٩٧ بالنسبة إلى الإنابة الكاملة — وانظر أيضاً الأستاذ محمود أبو مافية —

الفصل الثالث

المقاصة (*)

Compensation

٥٢٥ — المقاصة أدارة وفاء وأدارة ضمانة : إذا أصبح المدين دائناً

لدائنه ، وكان محل كل من الدينين المتقابلين — ما في ذمة الدين للدائن وما في

— في التصرف القانوني المجرد (للنسخة العربية) فقرة ٦١ ص ٢٢٠ — ص ٢٢١ (ويذهب إلى حد أنه إذا قام المنيب بوفاء الدين بعد الإجابة ، لم تبرأ ذمة المتأخر ولا يجوز له أن يحتج على المتأخر لديه بهذا الوفاء) .

والقضاء المختلط قد اضطرد في المعنى الذي نقول به ، فقد قضى : (أولاً) بأنه لا يجوز للمتأخر أن يحتج على المتأخر لديه بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب ، فهذا يكون التزام المتأخر بمجرد (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ — ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ ، ومع ذلك انظر استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١) . (ثانياً) بأنه يجوز للمتأخر أن يحتج على المتأخر لديه بالدفع التي تكون للمنيب في مواجهة المتأخر لديه ، فهذا لا يكون التزام المتأخر بمجرد (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٢٨ — ٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٤ — أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٨) .

على أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى قد ورد فيها ما يفيد عدم جواز احتجاج المتأخر على المتأخر لديه بالدفع التي للمنيب في مواجهة المتأخر لديه ، فقد جاء فيها ما يأتي : « بيد أن الفكرة الجوهرية في الإجابة هي أن تعهد المتأخر قبل المتأخر له تمهد مجرد . وأهم ما يتفرع على هذه الفكرة من الناحية العملية عدم جواز احتجاج المتأخر على المتأخر له (وردت المنيب خطأ في المذكرة الإيضاحية) بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المنيب ، أو بالدفع التي كان للمنيب أن يتمسك بها قبل المتأخر له » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٥) . ونرى عدم التقيد بما جاء في المذكرة الإيضاحية في هذه المسألة .

(*) مراجع : جوسلين (Jousselin) في المقاصة القانونية والمقاصة القضائية رسالة من

باريس سنة ١٩٠٠ — كاسان (Cassin) الدفع المستخلص من عدم التنفيذ في الروابط التبادلية رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — نيكيت (Nicket) مفعول المقاصة (Du jeu de la compensation) رسالة من مونتيلييه سنة ١٩٣٤ — نستياني (Nestianu) في المقاصة في القانون المدني الألماني رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — لير (Lair) في المقاصة والدعاوى الفرعية —

ذمة الدائن للمدين — نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة ، وكان كل من الدينين خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاء ، انقضى الدينان بقدر الأقل منهما عن طريق المقاصة . فالمقاصة إذن هي أداة وفاء ، وهي في الوقت ذاته أداة ضمان (١) .

أما أنها أداة وفاء ، فذلك ظاهر مما قدمناه . فتقابل دينين توافرت فيهما شرط معينة يقضى كلا الدينين بقدر الأقل منهما ، فيكون كل مدين قد وفى الدين الذى عليه بالدين الذى له ، ومن هنا كانت المقاصة أداة وفاء أو سبباً من أسباب انقضاء الالتزام . بل هي أداة تبسيط في الوفاء ، فهي تقضى دينين في وقت معاً دون أن يدفع أى مدين من المدينين إلى دائته شيئاً ، إلا من كان دينه أكبر فيدفع لدائته ما يزيد به هذا الدين على الدين لآخر . وبذلك يقتصد المدين من نفقات الوفاء ، ولا يتجشم عناء إخراج النقود أو غيرها من المبررات وإرسالها للدائن وما ينطوى عليه ذلك من مخاطر وتبعات (٢) . ومن ثم كان للمقاصة شأن كبير في المعاملات التجارية حيث الحاجة تشتد إلى السرعة في التعامل والاقتصاد في الإجراءات . وهذا الحساب الجارى ، وهو من دعائم

في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم والحديث باريس سنة ١٨٦٢ — ألبير ديباردين (Albert Desjardins) في المقاصة والدعاوى الفرعية في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم والحديث باريس سنة ١٨٦٤ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا المعنى : « ويتفرع على ذلك أن المقاصة تنطوي على معنيين : أولهما معنى الوفاء ، فكل من الدينين يقاس وفاء بالدين الآخر . والثاني معنى الضمان ، لأن من يتمسك بها ، لتلاق ما رجب في ذمته بما وجب له في ذمة هذا الدائن من حيث القصاص ، يضمن استيفاء دينه مقدماً على سائر الدائنين . وقد تذاخت التقنيات الهرمانية في أعمال فكرة الضمان هذه ، فقضت المادة ١٢٣ من تقنين الالتزامات السويسري مثلاً بأن للدائنين عند إفلاس المدين أن يقاسوا ديونهم ، ولو لم تكن مستحقة الأداء ، فيما يجب في ذمتهم من ديون للمفلس . وغنى عن البيان أن هذا النص يجعل للمقاصة حقيقة الامتياز ، وهو أمر غير ميسور القبول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤) .

ويلاحظ أن فكرة الضمان هي الغالبة في القوانين الهرمانية فالمقاصة فيها ضرب من التأمين (garantie) ، وفكرة الوفاء هي الغالبة في القوانين اللاتينية فالمقاصة فيها وفاء مبسط . (paiement abrégé) . انظر في هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٥ وفقرة ١٠٤٨ ص ١٢١ هائش رقم ٢ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٧٦ . (٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨١ .

التجارة ، يقوم على أساسين ، المقاصة ثم التجديد . فتقع المقاصة أولاً بين الحساب الدائن والحساب المدين ، ثم يتخلف عن المقاصة رصيد هو الذى يقع فى شأنه التجديد . وهذه غرف المقاصة (chambres de compensation) ، تقوم عملياتها على إجراء المقاصة بين ما للمصارف وما عليها ، فيستغنى بذلك عن نقل العملة من مصرف إلى مصرف ثم ردها بعد ذلك إلى المصرف الذى خرجت منه (١) .

وأما أن المقاصة أداة ضمان ، فذلك ظاهر أيضاً من أن الدائن الذى يستوفى حقه من الدين الذى فى ذمته لمدينه إنما يختص بهذا الدين الذى فى ذمته دون غيره من دائنى المدين ، فيستوفى حقه منه متقدماً عليهم جميعاً . وهو ، وإن كان دائماً هادياً ، فى حكم الدائن المرتهن أو الدائن ذى حق الامتياز ، والدين الذى فى ذمته فى حكم المال المرهون المخصص لوفاء حقه . ومن ثم تكون المقاصة من شأنها أن تقدم للدائن تأميناً ، فهى من هذا الوجه أداة ضمان (٢) .

٥٢٦ - المقاصة والرفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس ، والمقاصة ،

كأداة للضمان على الوجه الذى ينشأ ، تقرب فى مهمتها من نظامين قانونيين آخرين ، هما الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس . فقد رأينا أن أى طرف فى العقد الملزم للجانبين له أن يمتنع عن تنفيذ ما عليه من التزام حتى يستوفى ماله من حق مقابل ، ورأينا كذلك أن الدائن له أن يحبس تحت يده ما لمدينه عنده حتى يستوفى حقاً مرتبطاً بالشئ المحبوس . ففى هاتين الحالتين وضع القانون تحت تصرف الدائن أداة ضمان تكفل له الوفاء بحقه ، فيمتنع عن تنفيذ التزامه أو يحبس ما تحت يده . والمقاصة تؤدى نفس الغرض ، فالدائن لا يدفع الدين الذى عليه استيفاء للحق الذى له . بل إن المقاصة تصل إلى مدى أبعد فى تأدية هذا الغرض ، إذ الدائن لا يقتصر على الامتناع عن تنفيذ التزامه أو على حبس الدين الذى عليه ، بل هو يقضى الدين الذى عليه قضاء تاماً بالحق الذى له فى

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨١ .

(٢) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٤ — فقرة ١٠٣٥ — دى باج ٣ فقرة ٩١٧ —

الموجز للبؤلف فقرة ٥٨٣ .

ذمة دائته (١) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام في الدفع بعدم التنفيذ في الجزء الأول من الوسيط-، وفي الحق في الحبس في الجزء الثاني .

٥٢٧ - منشأ المقاصة في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي

القديم : وما يوثق العلاقة ما بين المقاصة والحق في الحبس - والدفع بعدم التنفيذ ليس إلا صورة من صور الحق في الحبس كما قدمنا - أن منشأهما واحد في القانون الروماني ، فقد كان كلاهما يقوم على الدفع بالغش (exception de dol) .

فقد رأينا عند الكلام في الحق في الحبس (٢) أن منشأ هذا الحق يرجع إلى عهد القانون الروماني ، فقد كان الحائز لعين غير مملوكة له وهو يعتقد أنها ملكه ، إذا أنفق مالا في حفظها أو في تحسينها ، وأراد المالك أن يسترد العين ، أعطى البريطور الروماني للحائز دعواً بالغش (exceptio doli) يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه في حفظ العين وفي تحسينها . وكذلك أعطى هذا الدفع بالغش في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة ، إذا أنفق المودع عنده مالا على الوديعة وكان له الحق في استرداد ما أنفق . وكان هذا الدفع مفهوماً ضيقاً في العقود الملزمة للجانبين ، وبموجبه يستطيع كل من المتعاقدين أن يقف تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهذا ما سمي بعد ذلك في القانون الفرنسي القديم بالدفع بعدم تنفيذ العقد .

أما المقاصة فقد تأخر ظهورها في القانون الروماني ، إذ حال دونها في أول الأمر مبدأ كان معروفاً في القانون الروماني القديم هو مبدأ وحدة الدعوى . فالدعوى الواحدة كانت لا تتضمن إلا طلباً واحداً ، وكان لا يجوز دفعها إلا بنعم أو لا ، أي بالإقرار أو الإنكار . فإذا طالب الدائن مدينه بالدين ، وأراد المدين أن يدفع الطلب بالمقاصة في دين له في ذمة الدائن ، امتنع ذلك عليه ،

(١) بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٠٢ ص ١٣١ - ص ١٣٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٠ .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٣٦ .

لأنه لا بد أن يجيب أولاً بأن الدين الذى يطالب به الدائن هو فى ذمته حقاً ، ولا يستطيع أن يضيف إلى هذه الإجابة أن له أيضاً ديناً فى ذمة الدائن ، وقعت به المقاصة . فكان يحكم عليه أولاً بالدين الذى لدائه فى ذمته ، وله بعد ذلك أن يرفع دعوى مستقلة على دائئه يطالبه فيها بالدين الذى له فى ذمته . ولا يجوز أن يتقدم بهذه الدعوى كدعوى فرعية فى الدعوى الأولى التى رفعها الدائن ، لأن مبدأ وحدة الدعوى كان يحول دون ذلك . ثم أقر القانون الرومانى بعد ذلك استثناءات معينة من هذا المبدأ ، وانتهى الأمر إلى وضع قاعدة عامة هى إعطاء المدين الذى له دين فى ذمة دائئه دفْعاً بالغش (excentio doli) يدفع به دعوى الدائن إذا لم يجز المقاصة بين ما له وما عليه ، فكان المدين يتمكن بذلك من إجبار دائئه على إجراء المقاصة . ونرى من ذلك أن هناك أصلاً مشتركاً بين المقاصة والحق فى الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد هو الدفع بالغش . ثم تطور القانون الرومانى ، وفى عهد جوستينيان كانت المقاصة تجرى بحكم القانون (ipso jure) ، ولكن ذلك لم يكن يعنى أن المقاصة كانت قانونية ، فقد بقيت مقاصة قضائية لا بد من التمسك بها أمام القضاء ويجوز للقاضى ألا يحكم بها إذا رأى أن البت فى الدين المقابل يستغرق وقتاً طويلاً . إجراءات معقدة . وإنما أريد بذلك أن التمسك بالمقاصة لم يعد يقتضى الدفع بالغش (١) .

وانتقلت المقاصة إلى القانون الفرنسى القديم بعد تطور بطيء طويل المدى ، وكانت مقاصة قضائية فى بعض الجهات وقانونية فى الجهات الأخرى . ثم تغلبت المقاصة القانونية التى تتم بمجرد تلاقى الدينين دون حاجة إلى حكم قضائى ، بل ودون علم الطرفين بوقوعها (٢) ، وذلك أخذاً بتفسير خاطيء للقانون الرومانى فى عهد جوستينيان حيث وردت عبارة (ipso jure) كما قدمنا .

ومن القانون الفرنسى القديم انتقلت المقاصة القانونية على الوجه الذى بيناه إلى التقنين المدنى الفرنسى ، نتيجة لهذا الفهم الخاطيء للقانون الرومانى (٣) .

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٤ ص ١٣٦ - ص ١٣٧ .

(٢) بوتييه فى الالتزامات فقرة ٦٣٥ .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٤ ص ١٤٣ - دى باج ٣ فقرة ٦١٦ .

٥٢٨ - المقاصة في التقنيات الرومانية وفي التقنيات الجرمانية :

وهكذا انتقلت المقاصة من القانون الروماني ، حيث كانت مقاصة قضائية ، إلى التقنيات اللاتينية مقاصة قانونية .

وهناك فرقان جوهريان بين المقاصة القانونية والمقاصة القضائية : (١) فالمقاصة القانونية تتم كما قدمنا بتلاقى الدينين المتقابلين ، فينقضيان معاً بمجرد هذا التلاقى وبحكم القانون . ولا يملك القاضي إلا أن يقضى بالمقاصة بمجرد توافر شروطها ، دون أن يكون له الحق في رفضها بدعوى أن التحقق من الدين المقابل يقتضى وقتاً وإجراءات طويلة . بل عليه أن يتحقق من وقوع المقاصة مهما طالَّت الإجراءات ، فإذا تحقق من ذلك وجب أن يقضى بها . أما المقاصة القضائية فلا تتم بتلاقى الدينين المتقابلين ، بل هي لا تقع إلا إذا صدر حكم القاضي بها . فلا بد إذن من أن يتمسك بها الخصم أمام القضاء ، وللقاضي أن يرفض الحكم بها إذا رأى أن البت في الدين المقابل يقتضى وقتاً وإجراءات طويلة . بل وله حق التقدير في أن يقضى بها أو لا يقضى ، فقد يستصوب عدم القضاء بها بالرغم من تحقق شروطها ، تاركاً لذى الشأن أن يرفع دعوى مستقلة بالحق الذى له . (٢) المقاصة القانونية تقتضى شروطاً معينة يجب توافرها جميعاً حتى تقع بحكم القانون ، فإذا ما توافرت هذه الشروط وقعت ولا مناص من وقوعها ، وإذا تخلف شرط مهما كان شأنه لم تقع . أما المقاصة القضائية فأكثر مرونة ، إذ هي موكولة إلى تقدير القاضي ، فقد لا يقضى بها مع توافر شروطها ، كما قدمنا ، وقد يقضى بها مع تخلف بعض الشروط .

أما التقنيات الجرمانية - كتقنين الالتزامات السويسرى (١) والتقنين الألمانى (٢)

(١) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣٨ من تقنين الالتزامات السويسرى على ما يأتى « لا تقع المقاصة إلا إذا أعلن المدين للدائن بنيت في التمسك بها ، فينقضى الدينان عندئذ بمقدار الأقل منهما ومن اللحظة التى كان فيها الدينان صالحين للمقاصة » .

(٢) وقد نصت المادة ٣٨٧ من التقنين المدنى الألمانى على ما يأتى : « إذا كان شخصان مدينين ، كل منهما للآخر ، بدين من جنس واحد ، جاز لكل منهما أن يقاص حقه في الحق الذى للآخر ، من الوقت الذى يستطيع أن يطالب فيه بحقه وأن يزى الحق الذى عليه » . ونصت المادة ٣٨٨ على ما يأتى : « تتم المقاصة بإعلان من الإرادة يوجه للطرف الآخر ، =

والتقنين الياباني (١) - فلم تأخذ لا بالمقاصة القانونية التي أخذ بها التقنين المدني الفرنسي ، ولا بالمقاصة القضائية التي كان يأخذ بها القانون الروماني . بل جعلت المقاصة رهينة باعلان عن الإرادة (déclaration de volonté) يصدر من أحد الطرفين للآخر ، فتقع المقاصة بموجب هذه الإرادة المنفردة متى كانت شروط المقاصة متوافرة . وتعتبر المقاصة قد وقعت بأثر رجعي من وقت توافر هذه الشروط ، لا من وقت الإعلان عن الإرادة ، دون أن يكون للقاضي حق التقدير . فالمقاصة على هذا الوجه ليست قانونية ، لأنها لا تقع بحكم القانون بل باعلان عن الإرادة . وليست قضائية ، لأن التمسك بها أمام القضاء ليس ضرورياً بل يصح أن يصدر هذا الإعلان خارج القضاء ، ثم إن القاضي لا يملك إلا الحكم بها متى توافرت شروطها وليس له حق التقدير . ومن ثم تصبح المقاصة في التقنينات الجرمانية تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد (٢) ، ولهذا التصرف أثر رجعي يستند إلى وقت تلاقى الدينين متوافرة فيهما شروط المقاصة . وهذا الأثر الرجعي في التقنينات الجرمانية يقربها كثيراً من المقاصة القانونية في التقنينات اللاتينية ، ففي النظامين تتم المقاصة وينقضي الدينان من وقت تلاقيهما .

على أنه لا تزال هناك فروق بين النظامين . ففي النظام اللاتيني تنص المادة ١٢٩٠ من التقنين المدني الفرنسي على أن « المقاصة تتم من تلقاء نفسها وبحكم القانون ، ولو بغير علم المدينين . فينقضي الدينان على وجه التقابل ، في اللحظة

« ولا تصح إذا علق كل شرط أو أضيف إلى أجل » . ونصت المادة ٣٨٦ على ما يأتي :
« يترتب على المقاصة أن الحقين ، بالمقدار الذي يتعادلان فيه ، يعتبران منقضين من وقت تواجدهما أحدهما تجاه الآخر صالحين للمقاصة » .

(١) وقد نصت المادة ٥٠٦ من التقنين المدني الياباني على ما يأتي : « ١ - تتم المقاصة بإعلان عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر . ولا يجوز مع ذلك أن يعلق هذا الإعلان على شرط أو يقتصر بأجل . ٢ - والإعلان عن الإرادة المذكور في الفقرة السابقة يستند إلى الوقت الذي كان فيه الدينان صالحين للمقاصة على وجه التقابل » .

(٢) أنظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٨٨ .

التي يتلاقيان فيها ، في حدود ما يتعادل من مقدار كل دين (١) ، . ويتبين من ذلك أن المقاصة القانونية في التقينات اللاتينية تختلف عن المقاصة في التقينات الجرمانية من الوجوه الآتية :

أولاً — تقع المقاصة القانونية من تلقاء نفسها وبحكم القانون ، ولو دون علم أحد من الطرفين . وإذا كان أحدهما قد تمسك بالمقاصة ، فهذا التمسك لا يجعلها تتم ، إذ هي قد تمت قبل ذلك . وإنما هو يتمسك بواقعة ترتب عليها أثرها ، كما لو كان يتمسك بالوفاء أو بأى سبب آخر من أسباب انقضاء الالتزام (٢) . أما المقاصة في التقينات الجرمانية فلا تقع من تلقاء نفسها بحكم القانون ، وإنما تقع بإعلان عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر كما تقدم القول ، فهي إذن لا يمكن أن تقع دون علم من الطرفين . وإذا لم يعلن أحد من الطرفين إرادته في إجراء المقاصة ، فالمقاصة لا تقع ، ولا يستطيع القاضى أن يجبرها بنفسه ، ويتقاضى كل من الطرفين الدين الذى له من الآخر .

ثانياً — إذا كانت المقاصة تستند في كل من النظامين إلى وقت تلاقى الدينين ، إلا أن ذلك لا يمنع من أن إعلان الإرادة في التقينات الجرمانية إجراء لا بد منه في المقاصة وله أثره البالغ . ذلك أنه يجب ، في التقينات الجرمانية ، أن تكون شروط المقاصة متوافرة إلى وقت إعلان الإرادة . فإذا كانت هذه الشروط متوافرة عند تلاقى الدينين ، ثم تخلف شرط منها عند إعلان الإرادة ، فإن الأثر الرجعى لا يفيد ، ولا يمكن إعلان الإرادة في إجراء المقاصة إلا إذا كانت شروطها متوافرة وقت الإعلان . وهذا بخلاف المقاصة القانونية ، فإنها تقع بمجرد تلاقى الدينين متوافرة فيهما الشروط ، حتى لو تخلف أحد هذه الشروط عند التمسك بها . ونورد مثلاً : دفع أحد الطرفين دينه بعد أن تلاقى الدينان

(١) وهذا هو النص في أصله الفرنسى : Art. 1290 : La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent à l'instant ou elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

(٢) وهذا ما كان يقوله بوتيه في عهد القانون الفرنسى القديم : بوتيه في الالتزامات

متوافرة فيهما شروط المقاصة ، وهو يجهل ذلك . ففي النظام الجرماني ، إذا كان هذا الدفع سابقاً على إعلان الإرادة ، لم يجوز صدور الإعلان بعد ذلك ، لأن المقاصة وقت الدفع لم تكن قد وقعت ، فوقع الدفع صحيحاً عن دين قائم لم ينقض بالمقاصة . ولا يبقى للطرف الذي دفع الدين الذي عليه إلا أن يتقاضى من الطرف الآخر الدين الذي له . أما في النظام اللاتيني ، فبمجرد تلاقى الدينين متوافرة فيهما الشروط تقع المقاصة دون حاجة إلى إعلان ، فإذا دفع أحد الطرفين دينه بعد ذلك فقد دفع ديناً انقضى بالمقاصة ، وله أن يسترد ما دفعه للطرف الآخر بموجب قواعد استرداد غير المستحق ، لا أن يطالب الطرف الآخر بالدين الذي له كما هو الأمر في النظام الجرماني . وهذا ما لم يكن قد نزل عن المقاصة ، فله في هذه الحالة أن يطالب الطرف الآخر بالدين الذي له (١) .

ثالثاً — إذا كان أحد الدينين قد سقط بالتقادم وقت إعلان الإرادة ، فقد كان ينبغي في التقنينات الجرمانية ألا يجوز صدور هذا الإعلان ، حتى لو كان الدين لم يسقط بالتقادم عند تلاقيه بالدين المقابل ، لأن أحد شروط المقاصة قد تخلف وقت الإعلان . أما في التقنينات اللاتينية ، فانه بمجرد تلاقى الدينين ينقضيان بالمقاصة ، حتى لو أن أحدهما كان قد انقضت مدة التقادم بالنسبة إليه وقت التمسك بالمقاصة . ومن الغريب أن التقنين الألماني قد أورد في المادة ٣٩٠ حكماً في هذه المسألة يخالف منطق التقنينات الجرمانية ويتفق مع منطق التقنينات اللاتينية ، إذ تنص هذه المادة على ما يأتي : « لا يمنع التقادم من قوع المقاصة إذا كان الحق الذي تم تقادمه لم يكن قد انقضى بالتقادم وقت إن كانت المقاصة ممكنة بينه وبين الحق الآخر (٢) » . وقد أورد التقنين المدني

(١) انظر المادة ١٢٩٩ من التقنين المدني الفرنسي . وانظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٨٧ فقرة ثانية وم ٣٨٩ فقرة ثانية .

(٢) انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٨٩ فقرة ثانية . ويملل الفقه الألماني هذا الخروج على منطق التقنين الألماني باعتبارات عملية . فإن الدائن الذي يصبح مديناً لمدينه يعتبر نفسه عادة قد استوفى حقه ، فلا يعنيه بعد ذلك أن يقطع سريان التقادم بالنسبة إلى حقه مادام قد استوفاه . فإذا سقط حقه بالتقادم قبل أن يعلن إرادته في إجراء المقاصة . لم يعامل بمقتضى منطق القانون فيصبح عليه حقه ويجبر على الوفاء بدينه ، بل يعامل بمقتضى مقتضى المألوف بين الناس فيمذر في سكوته عن قطع التقادم قبل إعلان إرادته في إجراء المقاصة (التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣ فقرة رابعة) .

المصرى الجديد هذا الحكم في المادة ٣٦٦ ، إذ تنص على أنه « إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ، ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة » . ولكن ورود هذا الحكم في التقنين المدني المصرى الجديد يتفق مع منطق هذا التقنين ، فقد أخذ بالمقاصة القانونية المعروفة في التقنينات اللاتينية كما سئرى .

رابعاً - لما كانت المقاصة في التقنينات الجرمانية لا تفع إلا باعلان الإرادة ، وجب أن يكون من أعلن إرادته في إجراء المقاصة أهلاً لوفاء الدين واستيفائه ، لأن التصرف القانوني الذي صدر منه هو وفاء لدينه واستيفاء لحقه . أما في التقنينات اللاتينية ، فالمقاصة تقضى الدينين بمجرد تلاقيهما ، وذلك بحكم القانون ودون حاجة إلى إعلان عن الإرادة . فالمقاصة في هذه التقنينات واقعة مادية وليست تصرفاً قانونياً ، ومن ثم لا تشترط أية أهلية في أى من الطرفين ، بل تقع المقاصة بحكم القانون في دينين متقابلين ، حتى لو كان كل من المدينين غير مميز (١) .

خامساً - في حوالة الدين ، هل يجوز للمدين الجديد أن يتمسك بمقاصة بين الدائن والمدين القديم ؟ إذا أخذنا بالنظرية الجرمانية ، لم يجوز ذلك ، لأن المقاصة لا تتم إلا باعلان عن الإرادة ، والمفروض أن المدين القديم لم يصدر منه هذا الإعلان فلم تقع المقاصة ، فانتقل الدين قائماً إلى المدين الجديد ، فليس لهذا أن يدفع بمقاصة لم تقع . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤١٧ من التقنين المدني الألماني : « لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بمقاصة مع حق للمدين السابق (٢) » . أما إذا أخذنا بالنظرية اللاتينية ، وجب القول بأن المقاصة قد

(١) لوران ١٨ فترة ٣٨٢ - بيدان ولاجار ٩ فترة ١٠٤٩ ص ١٢١ - دى باج ٣ فترة ٦١٨ ص ٥٩٣ .

(٢) وهذا بخلاف حوالة الحق في التقنين المدني الألماني ، فقد نصت المادة ٤٠٦ من هذا التقنين على ما يأتي : « يجوز للمدين أيضاً أن يتمسك تجاه الدائن الجديد بمقاصة في حق له في ذمة الدائن السابق ... » والسبب في هذا الخلاف أن المدين في حوالة الحق قد يفاجأ بهذه الحوالة قبل أن يعلن إرادته في إجراء المقاصة بين الحق المحال وحق له في ذمة المحيل ، فلم يرد القانون أن =

وقعت بين دين المدين القديم ودين الدائن منذ تلاقيهما ، فالدين يكون إذن قد انقضى بالمقاصة قبل حوالته ، وللمدين الجديد أن يتمسك بهذه المقاصة قبل الدائن (١) .

هذا وقد اختار التقنين المدني المصري في المقاصة النظام اللاتيني ، جرباً على تقاليده ، فأخذ بالمقاصة القانونية كما هي معروفة في التقنين المدني الفرنسي . وإذا كان قد نص في الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ مدني على ألا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، فسرى أن المقصود بهذا النص أن يفتنى عن المقاصة أنها من النظام العام ، فلا يصح للقاضي أن يقضى بها من تلقاء نفسه ، بل لا بد أن يتمسك بها ذو المصلحة فيها .

= يحرمه من إعلان إرادته في إجراء المقاصة حتى بعد الحوالة . أما في حوالة الدين ، فالمدينان القديم والجديد ، باتفاقهما حل الحوالة قبل إجراء المقاصة ، قد جعلوا المقاصة مستحيلة باختيارهما (انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ١٧ § فقرة ٢) . انظر في هذه المسألة المادة ٣٦٨ من التقنين المدني المصري والمادة ١٢٩٥ من التقنين المدني الفرنسي . وانظر آنفاً فقرة ٣٣٥ في المسامش .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٣٥ - وقد قدمنا أن كلا من المدين الجديد والمدين القديم ، في التقنين المدني المصري ، يستطيع أن يتمسك بالمقاصة . وهذا ما لم تكن حوالة الدين قد انعدت باتفاق بينهما ، فإن هذا يدل على أن المدين القديم قد نزل عن المقاصة ولا يريد التمسك بها ، فعول الدين الذي في ذمته إلى المدين الجديد ليطالب بالدين الذي له في ذمة الدائن .

هذا وما قدمناه من الفروق بين المتقاصة في القوانين الجرمانية والمقاصة في القوانين اللاتينية ترجع كلها إلى أن المقاصة في القوانين الأولى تقع بإعلان عن الإرادة ، وتقع في القوانين الأخرى من تلقاء نفسها بحكم القانون . وهناك فروق ترجع إلى أن الفكرة الغالبة في المقاصة في القوانين الجرمانية هي فكرة الضمان ، وهي في القوانين اللاتينية فكرة الوفاء ، ونذكر منها فرقتين : (١) لا تشترط القوانين الجرمانية في وقوع المقاصة أن يكون الدينان خاليين من النزاع مستحق الأداء لأن فكرة الضمان لا تقتضي ذلك ، وتنطفيء فكرة الوفاء فكان شرطاً في القوانين اللاتينية . (٢) إذا أفلس أحد المدينين قبل وقوع المقاصة ، امتنع وقوعها في القوانين اللاتينية ، لأن وفاء ديون المفلس تنقيد بشروط وبإجراءات تتعارض مع وقوع المقاصة . أما في القوانين الجرمانية فالإفلاس لا يحول دون وقوع المقاصة ، بل إن فكرة الضمان تستدعي وقوع المقاصة عند الإفلاس أكثر مما تستدعي في الأحوال الأخرى (انظر في ذلك كولان وكايبشان ٢ فقرة ٥٧٦) .

٥٢٩ — المقاصة القانونية والمقاصة القضائية والمقاصة الاختيارية :

رأينا فيما تقدم أن هناك إلى جانب المقاصة القانونية مقاصة قضائية هي المقاصة التي كانت معروفة في القانون الروماني . ويوجد إلى جانب هذين النوعين من المقاصة ما يعرف بالمقاصة الاختيارية ، وهي مقاصة تتم بإرادة أحد الطرفين أو بإرادتهما معاً ، إذا نزل صاحب الشأن عن شرط من شروط المقاصة لم يتوافر مادام هذا الشرط مقررًا لمصلحته .

وأهم هذه الأنواع الثلاثة هي المقاصة القانونية ، وهي التي عنى المشرع ببسط أحكامها تحت عنوان « المقاصة » ، وقصد بهذا التعبير المقاصة القانونية دون غيرها . فنبداً ببحثها ، ثم نبحث بعد ذلك النوعين الآخرين : المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية .

الفرع الأول

المقاصة القانونية

(Compensation légale)

٥٣٠ — المسائل التي يتناولها البحث : نبحث في المقاصة القانونية —

وكثيراً ما نطلق فنقول المقاصة فينصرف اللفظ إلى المقاصة القانونية — موضوعين رئيسيين :

(أولاً) الشروط الواجب توافرها حتى تنفع المقاصة .

(ثانياً) كيف يكون لإعمال المقاصة ، وما هي الآثار التي تترتب عليها (١) .

(١) ولا يختلف التقنين المدني الجديد عن التقنين المدني السابق في أحكام المقاصة — عدا النص الوارد في التقنين الجديد قاصداً بوجوب التمسك بالمقاصة — إلا في مسائل تفصيلية أشارت إليها المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما يأتي : « وقد عمد المشروع ، فوق علاج هذه المسألة الكلية (وجوب التمسك بالمقاصة) ، إلى تدارك عيوب التقنين الراهن (السابق) ، ولا سيما فيما يتعلق بالقصاص في الديون المتنازعة أو الديون المستحقة الأداء في أمكنة مختلفة . ثم أنه جمع النصوص المتعلقة بالمقاصة جمعاً أدنى إلى العقل والمنطق . ونص كذلك على أن سقوط —

المبحث الأول

شروط المقاصة

٥٣١ — ما يدخل في الشروط وما لا يدخل — الربوه التي لا تنفع

فبها المقاصة: يشترط ، حتى تقع المقاصة بين دينين متقابلين ، أن يكون محل كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة ، وأن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء ، وأن يكونا خاليين من النزاع مستحقى الأداء .

ولا يشترط أن يتحد مكان الوفاء ، كما لا يشترط اتحاد مصدر الدينين .

وتقع المقاصة في الديون أياً كان مصدرها ، إلا في ديون معينة لا تقع فيها المقاصة نظراً لاعتبار خاص فيها .

فنبحث : (أولاً) ما يدخل في الشروط وما لا يدخل (ثانياً) الديون التي لا تقع فيها المقاصة .

المطلب الأول

ما يدخل في الشروط وما لا يدخل

١٥ — ما يدخل في الشروط

٥٣٢ — النصوص القانونية: تنص المادة ٣٦٢ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١٥ — للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له

= الدين بالتقادم لا يحول دون وقوع المقاصة ما دام هذا السقوط لم يكن قد تم في الوقت الذي أصبح فيه القصاص ممكناً ، وليس هذا الحكم إلا نتيجة منطقية لقاعدة استناد أثر المقاصة إلى وقت توافر شروط القصاص في الدينين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٦ — ص ٢٦٧) . وانظر في التقنين المدني السابق الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٣ — فقرة ٥٩٣ .

قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين ، إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة ، وكان كل منهما خالياً من النزاع ، مستحق الأداء ، صالحاً للمطالبة به قضاء .

٢ - ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن (١) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدنى السابق المادتين ١٩٢ / ٢٥٦ و ١٩٤ / ٢٥٨ (٢) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى المادة ٣٦٠ - وفي التقنين المدنى الليبى المادة ٣٤٩ - وفي التقنين المدنى العراقى المادتين ٤٠٨ - ٤٠٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٢٨ - ٣٣٠ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية بسيطة . ووافقت لجنة المراجعة على النص مع تعديل لفظى طفيف ، تحت رقم ٣٧٤ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ احتبدلت كلمة « النوع » بكلمة « الجنس » لأنها أخص من الجنس ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلت لجنته تحت رقم ٣٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٨ و ص ٢٧٠) .

(٢) التقنين المدنى السابق : م ٢٥٦ / ١٩٢ : المقاصة هى نوع من وفاء الدين يحصل حتماً بدون علم المتعاملين إذا كان كل منهما دائناً ومديناً للآخر .

م ٢٥٨ / ١٩٤ : لا تقع المقاصة إلا إذا كان الدينان خاليين من النزاع ومستحق الطلب ، وكانا من النقود أو من أشياء من جنس واحد يقوم بعضها مقام بعض بالنسبة لنوعها وقيمتها ، وبشرط أن يكونا واجبي الأداء في مكان واحد .

(والأحكام متفقة في التقنينين القديم والجديد ، فيما عدا وجوب الأداء في مكان واحد فقد كان شرطاً في المقاصة في التقنين السابق ، وهو في التقنين الجديد ليس بشرط كما سنرى — انظر مع ذلك في وحدة مكان الوفاء في التقنين السابق وكيف فسرت بما يتفق مع التقنين الجديد : الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٩ — والتون ٢ ص ٥٢١ — ص ٥٢٢ — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت ص ٢٦٥ هامش رقم ١) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٦٠ (مطابقة للمادة ٣٦٢ من التقنين المدنى المصرى) .

وبمخلص من النص المتقدم الذكر أن هناك شروطاً خمسة يجب توافرها حتى تقع المقاصة بين دينين : (١) التقابل ما بين الدينين (٢) التماثل في المحل ما بين الدينين (٣) صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء (٤) خلو الدينين من النزاع (٥) استحقاق الدينين للأداء (١). ونضيف شرطاً سادساً هو أن يكون كل من الدينين قابلاً للحجز عليه ، وهو شرط يؤخذ من الحالات الواردة في المادة ٣٦٤ مدني ، حيث تقرر هذه المادة أن المقاصة لا تقع « إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز ». ولما كان الاعتبار الذي امتنعت من أجله المقاصة هنا يرجع إلى طبيعة الدين لا إلى مصيره ، فيحسن جعل هذه الحالة ضمن شروط المقاصة ، وانتزاعها من الحالات الأخرى التي ترجع إلى مصدر الدين لا إلى طبيعته .

ونبحث هذه الشروط الستة تباعاً .

== التقنين المدني الليبي م ٢٤٩ (مطابقة للمادة ٣٦٢ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٤٠٨ : المقاصة هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه .

م ٤٠٩ : ١ — المقاصة إما جبرية تحصل بقوة القانون ، أو اختيارية تحصل بتراضي المتدينين . ٢ — ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنساً ووصفاً وحلولاً وفترة وضخفاً ، ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية . فإن كان الدينان من حدين مختلفين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين أو أحدهما حالاً والآخر مزجلاً أو أحدهما قريباً والآخر بعيداً ، فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضي المتدينين ، سواء اتحد سببهما أو اختلف .
(والحكم متفق مع حكم التقنين المصري : أنظر الأستاذ حسن القانون في أحكام الالتزام في القانون المدني فقرة ٣٥١ — فقرة ٣٥٥) .

تقنين المرجبات والعقود اللبناني م ٣٢٨ : إذا وجد شخصان وكل منهما دائن ومدين للآخر ، حق لكل واحد منهما أن يقاض الآخر بما له قبله على قدر المبلغ الأدنى من الدينين .
م ٣٢٩ : لا تجري المقاصة إلا بين الديون التي يكون موضوعها تنوداً أو أشياء ذات نوع واحد من المثليات .

م ٣٣٠ : لا يدخل في المقاصة إلا الديون المحررة والمستحقة الأداء . على أن المهلة المشروحة من القاضي لا تحول دون المقاصة . وليس من الضرورة أن يكون الدينان واجبي الأداء في مكان واحد . على أن الأحوال التي تحول دون الإيفاء تحول مبدئياً دون المقاصة .
(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٢ .

٥٣٣ - الشرط الاول - التقابل ما بين الدينين : يجب لوقوع

المقاصة أن يكون هناك دينان متقابلان (réciprouques) ، أى أن يكون كل من طرفي المقاصة مديناً بشخصه للآخر وفي الوقت ذاته دائناً بشخصه له . فيتقابل الدينان ، وينقضيان بالمقاصة . فاذا كان (١) قد أقرض (ب) ألفاً ، ثم اشترى منه سيارة بألف ، وقعت المقاصة بين مبلغ القرض و ثمن السيارة .

ويترتب على ذلك أنه لا يكون هناك محل للمقاصة إذا كان أحد الطرفين مديناً للآخر بصفته الشخصية ودائناً له بصفته ولياً أو وصياً أو قفياً أو وكيلاً أو وارثاً ، أو كان الأمر على العكس من ذلك (١) . ولا تقع المقاصة بين دين الشركة في ذمة أجنبي ودين لهذا الأجنبي في ذمة أحد الشركاء ، إذ الأجنبي مدين للشركة ودائن لأحد الشركاء والشركة غير أحد الشركاء فيها (٢) . ولا تقع المقاصة بين دين للدائن في ذمة المدين ودين لكفيل غير متضامن في ذمة الدائن ، إذ الدينان هنا غير متقابلين ، فأحدهما في ذمة المدين للدائن والآخر في ذمة الدائن للكفيل لا للمدين (٣) . ولكن الكفيل يستطيع أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي كفله ودين للمدين في ذمة الدائن ، لأن مديونية تابعة

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تجوز المقاصة في دين على الوصي شخصياً لما بين القاصر المشمول بوصايته ، ولا في دين على القاصر لمدين الوصي عليه ، ولا في دين مستحق على الدائن لموكل المدين أو لكفيله ، ولا فيما لمدين شركة قبل أحد الشركاء المساهمين ، ولا فيما لمدين شركة قبل أحد الورثة ، ولا فيما لأحد الورثة قبل أحد دائني التركة (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٩ ص ١١٦٧ - انظر قريباً من هذا المعنى : نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٠ ص ٥٢٣) .

(٢) نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٩ ص ١١٦٧ - استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٨٥ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٧٥ - بودري وبارد ٣ فترة ١٨١١ .

(٣) ولكن يجوز للكفيل إذا طالبه الدائن أن يتمسك بالمقاصة في دين له على الدائن ، إذ هو يدين بالمكفول عن طريق المقاصة ، ولكن المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا ينقضي الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة . ولا يجوز للدائن أن يرجع على المدين بعد ذلك فقد استوفى حقه من الكفيل ، وإذا رجع جاز للمدين أن يدفع رجوعه بالمقاصة التي تمسك بها الكفيل . وإنما يرجع الكفيل على المدين ، بعد أن وفي دينه عن طريق المقاصة (بودري وبارد ٣ فترة ١٨١٤) .

لمديونية المدين ، فاذا تخلص المدين من مديونيته عن طريق المقاصة تخلص الكفيل تبعاً لذلك (١). ولا تقع المقاصة بين ثمن الأوراق المالية التي اشتراها شخص في البورصة بواسطة الوكيل بالعمولة وبين دين للمشتري في ذمة البائع لهذه الأوراق ، وذلك لأن الوكيل بالعمولة يتوسط بين البائع والمشتري ، فيكون هو الدائن بالثمن وليس البائع ، فلا يكونان الدينان متقابلين (٢). ولا تجوز المقاصة في دين على الوقف لمدين المستحق فيه ، ولا في دين على المستحق في الوقف لمدين الوقف (٣).

ومنى وجد دينان متقابلان لشخصين كلاهما دائن للآخر ومدين له ،

(١) وقد نصت المادة ١٢٩٤ من التتئين المدني الفرنسي على هذه الأحكام صراحة إذ تقول : « يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للمدين الأصلي ، ولكن لا يجوز للمدين الأصلي أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للكفيل » . وهذا هو النص في أصله الفرنسي : Art. 1294 : La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal. Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.

(٢) قارب استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٢٢ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨١٩ .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٩٦ — على أنه قد قضى بوقوع المقاصة في دين للوقف على دائن المستحق الوحيد فيه (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٤) .

ولا تجوز المقاصة بين دين للدوكل ودين على الوكيل بقبض الدين الأول (استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣٥) . وإذا اشترط البائع على المشتري دفع الثمن للغير ، أصبح المشتري مديناً لهذا الغير بالثمن ، فلا يستطيع أن يقاس الثمن بدين له في ذمة البائع (استئناف مختلط ٩ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٦) . ولا مقاصة بين دين لدائن دين لأجنبي على هذا الدائن (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦) ، ولكن يستطيع الأجنبي أن يقبل حوالة الدين الذي للدائن برضاة هذا الدائن ، فيصبح مديناً للدائن ودائناً له ، فتقع المقاصة . ولا يستطيع الدائن الظاهر أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الظاهر الذي له على المدين ودين للمدين في ذمته (دى باج ٣ فقرة ٦٣١) . وإذا لم يصبح المدين دائناً لدائنه إلا بعد أن حول دائنه الحق الذي له في ذمة المدين ، لم تجز المقاصة بين الدينين ، لأن المدين قد أصبح بالحوالة مديناً للمحال له ثم صار دائناً للدائن ، فلا تقابل بين الدينين (بلانيسول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٤ ص ٦٨٧) . انظر أمثلة أخرى : استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٠ — ٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٢٥ .

وقعت المقاصة بين هذين الدينين (١) ، حتى لو كان أحد الطرفين أو كلاهما لم تتوافر فيه لا أهلية الوفاء ولا أهلية الاستيفاء (٢) . ذلك أن المقاصة واقعة مادية يرتب عليها القانون انقضاء الدينين . وليست تصرفاً قانونياً يتطلب أهلية معينة كما هو الأمر في القوانين الجرمانية على ما قدمنا (٣) .

٥٣٤ - الشرط الثاني - التماس في المحل ما بين الدينين : ويجب

أن يكون محل كل من الدينين نقوداً أو أشياء مثلية من نوع واحد ومن درجة واحدة في الجودة : وذلك حتى يتمكن كل من الطرفين أن يستوفي حقه عن طريق المقاصة من نفس الشيء الواجب الأداء . فإذا كان لشيء على آخر مائة جنيه ، وعليه له مائة جنيه ، فإنه بذلك يستطيع أن يستوفي المائة التي له بالمائة التي عليه . ولما كان المحلان متماثلين ، فقد استوفى كل من الطرفين حقه

(١) على أنه يلاحظ أن المقاصة لا تقع ، حتى لو كان الدينان متقابلين ، إذا تعلق بأحد الدينين حق للغير أقوى من حق الطرف الآخر . وسرى ذلك في حالة الحجز التحفظي (م ٣٦٧ مدني) وفي حالة قبول المدين لحالة الحق (م ٣٦٨ مدني) فيما يأتي . ونذكر هنا ، تطبيقاً للقاعدة الصالفة الذكر ، أن إذا بيع مال المدين في المزاد وفاء لديونه ، فرسا المزاد على أحد الدائنين ، لم تقع المقاصة بين الدين الذي لهذا الدائن والدين الذي عليه ، لأن الثمن قد تعلق به سقروق الدائنين الآخرين : فيجب أن يقسم بينهم قسمة الغرماء . وهذا ما لم يكن للدائن الراسي عليه المزاد رهن أو أخبار يجعله مقدماً على سائر الدائنين ، فتقع المقاصة عندئذ بين الدين الذي له والدين الذي عليه ، إذ لم يتعلق بالثمن حق للدائنين أقوى من حقه ، بل حقه هو الأقوى : انظر في هذا المعنى استئناف مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٢٨ — ٢٨ مايو سنة ١٩١٨ م ٢٠ ص ٤٥٠ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٣ — ١٠ يونيو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٣٥ — ١٨ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٢٣ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٩٢ — ١٨ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٤٨ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٨ — ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦١ — ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٢ — ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٧ — ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩ — وقارن بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٢٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٤ ص ٦٨٨ .

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٦ ص ٣٤٦ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٨٢١ — لوران ١٨ فقرة ٣٨٢ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٤٩ ص ١٢١ — دي باج ٣ فقرة ٦١٨ ص ٥٩٣ .
(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٢٨ .

من نفس الشيء الواجب الأداء . ومن ثم تقع المقاصة بين دينين محل كل منهما قطن من نوع الكرنك ومن مرتبة « جودفير » ، أو قح هندي من صنف متوسط ، أو سيارات من ماركة بويك موديل سنة ١٩٥٧ ، وهكذا . وتنصح المقاصة كذلك في الأسهم والسندات وسائر الأوراق المالية ، إذا كانت متماثلة (١) .

ولا تجوز المقاصة في دينين محل أحدهما قطن من نوع الكرنك ومحل الآخر قطن من نوع الأشموني ، ولا في دينين محل أحدهما قح هندي ومحل الآخر قح استرالي . ومن باب أولى لا تجوز المقاصة في دينين محل أحدهما قطن ومحل الآخر قح ، ولا في دينين محل أحدهما نقود ومحل الآخر قح أو قطن ، ولو كان سعر هذه المثليات محددًا في الأسواق أو في البورصات (٢) .

ولا تجوز المقاصة بداهة في دينين محل كل منهما عمل أو امتناع عن عمل ، أو محل أحدهما عمل ومحل الآخر امتناع عن عمل من باب أولى ، وذلك مهما تشابهت الأعمال ، وحتى لو لم يكن من الضروري أن يقوم المدين نفسه بالعمل الذي التزم به . فلا بد إذن لإمكان المقاصة أن يكون محل كل من الدينين التزاماً بنقل الملكية (obligation de donner) (٣) .

ولا تجوز المقاصة في دينين أحدهما بسيط والآخر تخيري أو بدلي ، حتى لو كان أحد محل الاختيار في الالتزام التخيري ، أو كان المحل الأصلي أو البدل في الالتزام البدلي ، مماثلة في النوع والجودة للمحل في الدين البسيط . ذلك لأنه إذا وقعت المقاصة هنا ، حرم في الالتزام التخيري صاحب الاختيار من حق اختياره ، أو حرم المدين في الالتزام البدلي من أن يؤدي الأصل أو البدل (٤) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٥ .

(٢) قارن الفقرة الثانية من المادة ١٢٩١ من التقنين المدني الفرنسي .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٥ .

(٤) بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٢٣ - فقرة ١٨٢٤ - أما إذا اختار صاحب الاختيار في الالتزام التخيري المحل الذي يؤديه ، أو اختار المدين في الالتزام البدلي أن يؤدي الأصل أو أن يؤدي البدل ، وكان المحل الذي وقع عليه الاختيار مماثلة في النوع والجودة للمحل في الدين البسيط ، فإن المقاصة يمكن وقوعها حيثل بين الدينين .

٥٣٥ - الشرط الثالث - صلوبة كل من الدينين للمطالبة به

قضاء : ولا بد ، لوقوع المقاصة ، أن يكون كل من الدينين صالحاً للمطالبة به قضاء . فإذا كان أحد الدينين أو كلاهما غير صالح للمطالبة به قضاء ، لم تجز المقاصة . فالالتزام الطبيعي لا يقبل المقاصة في التزام مدني ، بل ولا في التزام طبيعي مثله ، لأن المقوم الرئيسي للالتزام الطبيعي هو أن المدين فيه لا يجبر على الوفاء ، والمقاصة وفاء إجباري للمدين ، فتعارض مع طبيعة الالتزام الطبيعي .

وإذا كان أحد الدينين قد مضت عليه مدة التقادم ، فإنه لا يصلح للمقاصة ، حتى قبل أن يتمسك المدين بالتقادم فيصبح التزاماً طبيعياً ، فإن الدين الذي مضت عليه مدة التقادم لا يصلح للمطالبة به قضاء ، لأنه قابل للدفع بالتقادم (١) . ولا يصلح الدين الذي مضت عليه مدة التقادم للمقاصة به في دين آخر ، حتى

= هذا ولا يمنع المقاصة أن يكون أحد الدينين أو كلاهما مسحوباً بشرط جزائي ، فإن الشرط الجزائي لا يغير من محل الالتزام ، بل هو مجرد تقدير للتعويض عند عدم الوفاء (بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٢٥) .

(١) ويمكن استخلاص هذا الحكم بطريق المفهوم العكسي من المادة ٣٦٦ مدني ، إذ تنص على أنه « إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم مادامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة » . فيفهم من هذا النص ، بطريق عكسي ، إنه لو تمت مدة التقادم في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة ، ولو قبل التمسك بالمقاصة ، فإن ذلك يمنع من التمسك بها . هذا إلى أن المقاصة وفاء إجباري ، والدين الذي مضت عليه مدة التقادم لا يجبر المدين على الوفاء به ، إذ يمكنه أن يتمسك بسقوطه بالتقادم .

وقد اشترط التقنين المدني المصري في الدين أن يكون « صالحاً للمطالبة به قضاء » ، فيدخل الدين الذي مضت عليه مدة التقادم قبل التمسك بالتقادم على ما رأينا ، لأنه دين غير صالح للمطالبة به قضاء . أما في التقنين المدني الفرنسي فلم يرد هذا الشرط ، ويدمج الفقه الفرنسي عادة في شرط استحقاق الدين للإداء ، فالالتزام الطبيعي لا يصلح للمقاصة عند الفقه الفرنسي لأنه دين غير مستحق الأداء (بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٣٩) . ومن ثم وقع خلاف في الدين الذي مضت عليه مدة التقادم قبل التمسك بالتقادم ، هل يصلح للمقاصة أو لا يصلح . فن الفقهاء من يقول بصلاحيته (لارومبيير م ٥ ١٢٩١ فقرة ٢٥ - ديمرلوب ٢٨ فقرة ٥٤٤ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٣٩ - دي باج ٣ فقرة ٢٢٦) ، ومنهم من يقول بعدم صلاحيته (دلفنكور ٢ فقرة ٥٨١ - ديرانتون ١٢ فقرة ٤٠٨ - ماركاديه ٤ فقرة ٨٢٦) .

لو كان هذا الدين الآخر هو نفسه قد مضت عليه مدة التقادم . بل الذى يقع فى مثل هذه الحالة أن كل مدين يتمسك بسقوط دينه بالتقادم ، فيسقط الدينان معاً ، ولكنهما يسقطان بالتقادم لا بالمقاصة . وما تخلف عن كل منهما من التزام طبيعى لا يصلح للمقاصة فى الالتزام الطبيعى الذى تخلف عن الالتزام الآخر ، لما سبق أن قدمناه من أن الالتزام الطبيعى لا يقاس فى التزام طبيعى مثله .

وقد وضع السبب الذى من أجله يشترط فى الدين ، ليكون صالحاً للمقاصة ، أن يكون صالحاً للمطالبة به قضاء . فالمقاصة وفاء إجبارى كما قدمنا ، والدين الذى لا يصلح للمطالبة به قضاء لا يجوز إجبار المدين على الوفاء به ، فتعارض طبيعته مع طبيعة المقاصة .

ولا يستخلص من هذا الشرط أنه إذا كان هناك دين أقوى من دين آخر ، أنجز المقاصة بين هذين الدينين ، إذا كان المقصود بالدين الأقوى أن يكون أكثر توثيقاً أو أبعد مدى ونفاذاً من ناحية الواقع لا من ناحية الطبيعة القانونية . فالمقاصة تقع بين دينين أحدهما أقوى من الآخر بهذا المعنى ، ما دام الدينان صالحين للسطالبة بهما قضاء . فيقاس الدين المكفول بتأمينات فى دين لا تأمين له ، والدين الذى ينتج فائدة فى دين لا ينتجها ، والدين المشمول بسند قابل للتنفيذ كحكم أو ورقة رسمية فى دين غير مشمول بهذا السند (١) . أما إذا كان التفاوت فى القوة راجعاً إلى الطبيعة القانونية للدين ، كما رأينا فى الدين الطبيعى والدين المدنى ، وكما سنرى فى الحق القابل للحجز والحق غير القابل له ، فإن المقاصة تصبح غير ممكنة .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٢٦ ص ٢٤٦ - وتصح المقاصة فى دين قابل للإبطال أو قابل للإسقاط - مادام لم يبطل أو يفسخ - ولو فى دين غير قابل لذلك ، ولا يرجع التفاوت فى القوة هنا إلى طبيعة الدين . فإذا ما أبطل الدين أو فسخ ، انتقضت المقاصة واعتبرت كأنها لم تكن . استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٩ - وانظر أيضاً أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٢٦ ص ٢٤٣ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٨ وفترة ١٨٤٠) .

٥٣٦ - الشرط الرابع - خلو الدين من النزاع : ويجب، لوقوع

المقاصة ، أن يكون كل من الدينين خالياً من النزاع (liquide) . والمراد بخلو الدين من النزاع أمران : (أولاً) أن يكون هذا الدين محققاً لا شك في ثبوته في ذمة المدين . (ثانياً) أن يكون الدين معلوم المقدار .

ولا بد من اجتماع هذين الأمرين في كل من الدينين (١) ، لأن المقاصة تتضمن معنى الوفاء الإجماعي، ولا يجبر المدين على دفع دين متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار (٢) .

١ - والدين لا يكون خالياً من النزاع إذا قامت فيه من المدين منازعة جدية . وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت المنازعة تعتبر جدية قائمة على أساس ليكون الدين متنازعا فيه ، أو هي ممسوحة من المدين يريد بها وقف إجراء المقاصة وتقاضي الدين الذي له قبل الوفاء بالدين الذي عليه بزعم أن هذا الدين متنازع فيه (٣) . وليس من الضروري ، حتى يكون الدين متنازعا فيه أن ترفع به

(١) نقض مدني ١٥ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ - استئناف وطني ٨ فبراير سنة ١٨٩٢ المحقوق ٦ ص ٤٠٩ - ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٥٤ - استئناف مخطط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٣ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٦ - ١٦ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٠٢ .

(٢) وفي القوانين الجرمانية لا يشترط لإمكان وقوع المقاصة خلو الدين من النزاع ، لأن المعتبر في المقاصة في هذه القوانين هو معنى التأمين أكثر من معنى الوفاء ، ومعنى التأمين يبقى قائماً حتى لو كان الدين غير خال من النزاع . ويذكر سالي في هذا الصدد أن الوفاء الفعلي بدين غير خال من النزاع هو الذي يكون غير مأمون العاقبة ، فقد لا يكون الدين موجوداً ثم يتعذر على المدين استرداده من الدائن . أما الوفاء بدين متنازع فيه عن طريق المقاصة فليس فيه أي حرج ، وإذا تبين أن الدين غير موجود فليس في ذلك ضرر على أحد ، إذ أن شيئاً لم يدفع فيخشى من تعذر استرداده (سالي : بحث في النظرية العامة للالتزام في مشروع التقنين المدني الألماني فقرة ٦٥ - وانظر رداً على ما يقوله سالي في بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٣١ ص ١٦٩) .

(٣) ولا يعتبر الدين متنازعا فيسه حتى لو لم يقدم الدائن الدليل عليه في الحال ، ما دام يستطيع أن يقدم هذا الدليل في وقت مناسب دون طويل لإبطاء (لارومبيير ٥ م ١٢٩١ فقرة ١٥ - ديمولومب ٢٨ فقرة ٤١٧ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٣٢ ص ١٧٠ - ص ١٧١) . ولا يمتد بالتنازع إذا كان الأمر لا علاقة له بالمقاصة (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٢ رقم ٤٩٣ ص ٩٩٨) .

دعوى أمام القضاء . بل يكفى أن تقوم فى شأنه منازعة جديدة ولو خارج القضاء . وكل دين غير محقق الوجود يكون فى حكم الدين المتنازع فيه ، إذ يجمع بين الاثنين معنى التسك فى وجود الدين . فالدين المعلق على شرط واقف هو دين غير محقق الوجود ، فلا تقع المقاصة بينه وبين دين آخر ، ولو كان هذا الدين الآخر هو أيضاً معلق على شرط واقف . ذلك أن أحد الدينين أو كليهما قد يوجد وقد لا يوجد ، والمقاصة تتضمن معنى الوفاء الإيجابى كما قدمنا ، ولا جبر فى وفاء دين معلق على شرط واقف قبل أن يتحقق الشرط (١) . أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين محقق الوجود وإن لم يكن محقق البقاء ، فتقع المقاصة بينه وبين دين آخر ، فإذا ما تحقق الشرط الفاسخ زالت المقاصة وعاد الدين المقابل إلى الوجود بأثر رجعى (٢) .

ب — ولا يكفى أن يكون الدين محقق الوجود ، بل يجب أيضاً أن يكون معلوم المقدار . فالدين الذى لا يكون معلوم المقدار لا يصلح للمقاصة ، ومن ثم لا يجوز للمضروب فى عمل غير مشروع أن يقاس حقه فى التعويض قبل تقديره فى دين عليه للمستول (٣) . ولا يعتبر الدين معلوم المقدار إذا كان تعيين مقداره يتوقف على تسرية معقدة (٤) ، أو على تقدير خبير ،

= وإذا صدر حكم بالدين، وكان الحكم غير نهائى ، بقى الدين متنازعا فيه . فإذا أسيد الحكم بهائياً ، صار الدين خالياً من النزاع . وقد نالت محكمة الاستئناف الرطنية بأن الدين كالتاب مقتضى حكم نهائى يكون خالياً من النزاع (١١ أكتوبر سنة ١٨٨٧ الحقوق ٢ ص ٣١٧) . ونقضت محكمة سوحاج بأنه لا تجوز مقاصة دين بحكم نهائى فى دين بحكم ابتدائى ، لاحتال إلغاء الحكم الابتدائى أو تعديله (١٨ مارس سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ١٠٠) .

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٢ ص ١٦٩ — استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٣٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٣٥ فى الهامش .

(٣) ولكن إذا كان المستول نفسه هو الذى يتسك بالمقاصة ، فليس للمضروب أن يتسك بعدم وقوعها بسبب عدم تقدير حقه (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤٣) . ولكن المقاصة هنا تكون اختيارية أو قضائية ، ولا تكون مقاصة قانونية .

(٤) كما يقع أحياناً فى تصفية شركة أو تصفية تركة أو تصفية حسابات الأوصياء (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٦ ص ٦٩١ وهامش رقم ٣) .

ولا يصبح معلوم المقدار إلا بعد إجراء التسوية أو بعد الحكم في تقدير الخبير (١).

(١) وقضت محكمة استئناف مصر بأن المقاصة القانونية لا تكون إلا حيث يخلو المبلغان المتقاص بهما من كل نزاع يتعلق بأصلهما وتصفيتهما (٢٢ يونيو سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ٩٦ ص ١٥). فلا يمكن عمل المقاصة بين دين ثبت بكيفية واجبة الدفع عند الطلب وبين ثمن أقطان مدعى بتوريدها إذا كانت قيمتها متنازعا منها (استئناف ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٤٢ ص ٧٢)، ولا المصروفات القضائية إذا كانت غير مقررة (عابدين ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ ص ٢٧٦). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدين غير الخالي من النزاع لا تجوز فيه المقاصة (٦ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٨)، فلا تجوز مقاصة أجرة ثابتة في دين متنازع فيه (١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦)، ولا دين ثابت في دين لا يزال في حاجة إلى حكم لتصفيته (٥ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٤٢)، ولا أجرة ثابتة في تعويض لم يقدر عن عجز مدعى في الأرض المؤجرة (٢٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٦٧)، ولا دين ثبت في دين لا يزال أمام القضاء (٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٨٠ - ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٤٤ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٢١)، ولا دين ثابت في تعويض لم يقدر بعد، ومن باب أولى في دينين متقابلين لا يزالان أمام القضاء (٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٣)، ولا دين ثابت بمقدار صلح في دين لم يصدر به حكم نهائي (١١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤)، ولا أجرة ثابتة في تعويض عن أعمال أجراها المستأجر لم تقدر بعد (٦ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٣٤)، ولا دين ثابت بسند في تعويض لم يقدر (٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠)، ولا دين معترف به في دين لم يقطع فيه الحساب (٤ فبراير سنة ١٩٠٣ م ٥ ص ١٣٢)، ولا دين ثابت بكيفية في دين صدر به حكم غيابي (٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٨)، ولا دين معترف به في دين لا يزال في حاجة إلى إثبات (٤ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٣٣)، ولا أجرة ثابتة في تعويض لم يقدر (٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥١)، ولا دين ثابت في أصلهم متنازع فيها وغير معلومة المقدار (١٢ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٨٤)، ولا دين ثابت في دين احتمالي (١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨١)، ولا دين ثابت في دين محول متنازع فيه (٢٢ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٧)، ولا تجوز المقاصة في دين غير مقدر (٢٣ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٥)، أو تعويض غير مقدر (٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠)، أو دين يحتاج في تقديره إلى خبير (١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨١ - ١١ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٥)، أو بوجه عام دين متنازع فيه (١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٥ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٢٠ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥١ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٨ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٨ - ٣٠ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٧ - ٢٨ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤١ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣٤ - ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٦ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢٧ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢١ - ٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٥).

ولكن إذا كان تعيين مقدار الدين إنما يتوقف على عملية عناصرها ثابتة لا خلاف فيها ، وهى بعد سهلة الأجراء ، كأجرة عيادة الأطباء وكحساب جار محدد العناصر ولا ينقصه لتحديد الرصيد إلا عملية حسابية بسيطة ، فإن الدين يعتبر معلوم المقدار وتنصح فيه المقاصة (١) .

وإذا كان تعيين مقدار الدين يتوقف على مسألة موضوعية ، كان التعيين أمر واقع بترك لتقدير قاضى الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمقاصة أجرة ثابتة فى محصول ورده المستأجر للمؤجر بكميات محددة وبمخالفات من المؤجر (١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٦) . وقد يكون الدين بعضه ثابت وبعضه متنازع فيه أو غير معلوم المقدار ، فيجوز للقاضى أن يحكم بالمقاصة فى الجزء الثابت ، ويستبقى الجزء الآخر حتى يتم تقديره . ويجوز للقاضى كذلك فى الدين المتنازع فيه أن يحدد مقداراً منه هو الحد الأدنى ما يعتبره القاضى ثابتاً فى ذمة المدين ، ويقضى بالمقاصة فى هذا المقدار مقاصة قانونية لا مذمة قضائية ، إذا لم ير ضرورة للانتظار حتى يفصل فى الدين كله (انظر فى هذا المعنى بوردى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٣ مكررة أولاً ص ١٧٣) . وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً يقرر هذا المبدأ ، هو المادة ٥٠٠ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان الدين الذى طلبت المقاصة فيه غير خال من النزاع ، وكان الفصل فيه ميسوراً ، جاز للقاضى أن يجرى المقاصة فيما ثبت له وجوده من هذا الدين » . وقد أقرت لجنة المراجعة هذه المادة ، كما أقرها مجلس النواب ، ولكن لجنة الشيوخ حذقتها « لأنها تتناول نقطة تفصيلية يحسن تركها للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٨ فى الهامش) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن هذه المادة ما يأتى : « فى رأى من ناحية أنه (المشروع) أجاز المقاصة ولو كان دين المدين متنازهاً ، وجعل للقاضى أن يجرىها فيما ثبت له وجوده من هذا الدين . ولا يعتبر هذا الإجراء صورة من صور المقاصة القضائية ، لأن أثر القصاص فى هذه الحالة ينسحب إلى وقت تلاقى الدينين ولا يترتب من وقت صدور الحكم فحسب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤) .

وهناك طريقة يستطيع من كان له دين متنازع فيه أن يلجأ إليها إلى أن يفصل فى النزاع ، فتقع المقاصة . وذلك أن يوقع حجزاً تحت يد نفسه بالدين الذى له وهو الدين المتنازع فيه على الدين الذى فى ذمته لمدينه والذى يرمى إلى إجراء المقاصة فيه . ويجوز أحجز هنا بدين متنازع فيه على أن يقدر القاضى الدين تقديرأ مؤقتاً . فإذا فصل فى مقدار الدين فى دعوى تثبيت الحجز ، أصبح الدين خالياً من النزاع ، ووقعت المقاصة . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا حجز المدين تحت يد نفسه بدين له على الدائن ، فبمجرد تثبيت الحجز تقع المقاصة بين الدينين (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٠) .

أما إذا كان تعيين المقدار ينوقف على مسألة قانونية كمقدار نصيب الوارث في التركة ، فإن التعيين يكون من مسائل القانون ويخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

٥٣٧ - الشرط الخامس - استحقاق الدينين للوفاء : ويجب ،

لوقوع المقاصة ، أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء ، لأن المقاصة وفاء إجباري كما قدمنا ، ولا يجبر المدين على الوفاء إلا عند استحقاق الدين .

والدين لا يكون مستحق الأداء إذا كان مضافاً إلى أجل واقف . فلا تجوز المقاصة بين دين مؤجل ودين حال ، ولا بين دينين كلاهما مؤجل ، إذ يكون المدين قد أجبر بذلك على الوفاء قبل حلول الأجل (٢) . على أن نظرة الميسرة التي يمنحها القاضي للمدين ، وهي أجل ، لا تمنع من المقاصة كما قدمنا . إذ أن القاضي قد منحها للمدين نظراً له ، على اعتبار أنه غير قادر على الوفاء بدينه

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٢٢ مكررة ثانياً .

(٢) وقد يكون للمدين الحق في حبس الدين المستحق الأداء ، فيكون الحبس بمثابة الأجل ، ولا يكون الدين في هذه الحالة مستحق الأداء ، فلا يصلح للمقاصة . فإذا اشترى الدائن من مدينه عقاراً مرهوناً لغيره ، كان من حقه أن يحمس الثمن ليوفى حق الدائن المرتهن . فلا يستطيع البائع اعتقار أن يتسكك بالمقاصة بين هذا الثمن والدين الذي عليه للبشترى . ولكن المشتري يستطيع أن ينزل عن حقه في حبس الثمن ، وأن يتسكك هو بالمقاصة بين الثمن والدين الذي في ذمة البائع ، فإذا ما رجع الدائن المرتهن على العقار المرهون واستوفى حقه منه ، رجع المشتري على البائع بالضمان . والقضاء الفرنسي يمنع ، في هذه الحالة ، التمسك بالمقاصة ، سواء من جانب البائع أو من جانب المشتري ، بدعوى أن أحد الدينين ، وهو الثمن ، قد ترتب عليه حق للغير ، وهو الدائن المرتهن . وقد طبقنا هذا المبدأ الذي يقول به القضاء الفرنسي في حالة ما إذا بيع مال المدين في المزاد وفاء لديونه ، فرسا المزاد على أحد الدائنين ، فلا تقع المقاصة بين الدين الذي لهذا الدائن والثمن الذي عليه ، لأن الثمن قد تعلق به حقوق الدائنين الآخرين ، فيجب أن يقسم بينهم قسمة الترماء (انظر آنفاً فقرة ٥٣٣ في الهامش) . ولكن المزاد الجبري في هذه الحالة الأخيرة قد طهر العقار من الرهون إن كان مرهوناً ، وهو على كل حال جعل حقوق الدائنين تتعلق بالثمن الذي رسا به المزاد ، فلم يعد الثمن بعد أن تعلقت به حقوق الغير صالحاً للمقاصة ، أما في بيع العقار المرهون بيعاً اختيارياً ، فإن حق الدائن المرتهن لم يتعلق بالثمن ، بل هو لا يزال متعلقاً بالعقار المرهون (انظر في هذه المسألة بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٧ مكررة ثالثاً - لوران ١٨ فقرة ٤٢ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٤٨ - وقارن ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٣٥ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٦ هامش رقم ٣ - بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٣٩) .

فوراً ، فاذا تبين أنه قادر على الدفع عن طريق المقاصة ، أى عن طريق الوفاء بحق له استجد في ذمة دائته ، فلا وجه لانتظار انقضاء الأجل الذى يمنحه القاضى ، بل تقع المقاصة قبل انقضاء هذا الأجل . ومثل نظرة المبصرة الأجل الذى تبرع به الدائن ، فهو أيضاً لا يمنع من وقوع المقاصة ونحو قبل انقضائه ، لنفس الأسباب التى قدمناها في نظرة المبصرة . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٢ مدنى ، كما رأينا ، على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن » .

فاذا كان الدين مضافاً إلى أجل ، فانه لا يصلح للمقاصة كما قدمنا ، ولا بد من حلول الأجل حتى يصبح صالحاً (١) . ويحل الأجل بانقضاء مدته ، أو بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه . فاذا انقضت مدة الأجل ، أو نزل عنه من له مصلحة فيه من الطرفين (٢) ، فقد أصبح الدين صالحاً للمقاصة (٣) .

ويحل الأجل أيضاً بسقوطه . ويستط بشره إفلاس المدين أو شهر إعساره ، وكذلك إذا ضعفت التأمينات إلى حد كبير أو لم يقدم المدين للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات (م ٢٧٣ مدنى) . فاذا سقط الأجل للسببين الأخيرين - ضعف التأمينات أو عدم تقديم التأمين الموعود به - فقد حل الدين وأصبح صالحاً للمقاصة . أما إذا سقط الأجل بسبب إفلاس المدين أو إعساره ، فان الدين يحل أيضاً ، ولكنه لا يكون صالحاً للمقاصة . وذلك أن المدين بعد

(١) ولا يعتبر الرصيد في الحساب الجارى قد حل قبل قطع الحساب ، ومن ثم لا تجوز مقاصة رصيد حساب جار لم يقطع في دين آخر (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٦ ص ٦٩٣) .
(٢) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٧٧ .

(٣) فاذا كان حل المستأجر أجرة لم تحل ، استطاع أن ينزل من الأجل وهو في مصلحة ، وأن يتمسك بالمقاصة بين دين الأجرة الذى لم يحل ودين له في ذمة المؤجر . ولكن إذا كان المؤجر قد حول الأجرة قبل حلولها إلى محال له ، وذلك قبل أن ينزل المستأجر عن الأجل ويتمسك بالمقاصة ، فإن المقاصة بعد ذلك لا تقع ، وعلى المستأجر أن يدفع الأجرة إلى المحال له ويتقاضى من المؤجر الدين الذى في ذمته (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٥) .

وقد يحل الأجل قبل انقضائه بناء على اتفاق سابق ، كما إذا اشترط الدائن على المدين أن تحل جميع الأقساط إذا تأخر المدين في دفع قسط منها . فإذا حلت على هذا الوجه ، أمكن الدائن أن يقاص بها ديناً في ذمته للمدين (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠) .

شهر إفلاسه أو إعساره يمتنع عليه الوفاء بديونه ، والمقاصة ضرب من الوفاء ، فلا تقع بعد الإفلاس أو الإعسار (١) .

٥٣٨ - الشرط السادس - قابلية كل من الدينين للحجز :

تقرر المادة ٣٦٤ مدني أن المقاصة لا تقع « إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز » . فلا بد إذن ، وقوع المقاصة ، من أن يكون كل من الدينين قابلاً للحجز ، لأن المقاصة وفاء إجباري ، والحق غير القابل للحجز لا يمكن إجبار صاحبه على رفاء دينه به لعدم قابليته للحجز .

فاذا كان أحد الدينين أو كلاهما غير قابل للحجز ، لم تقع المقاصة . مثل ذلك أن يكون للمدين دين نفقة في ذمة دائته ، فلا يستطيع الدائن أن يمتنع عن دفع دين النفقة لمدينه بدعوى المقاصة بين هذا الدين والدين الذي له في ذمة المدين . ذلك أنه لا يستطيع أن يستوفي حقه من دين النفقة ، وهو دين غير قابل للحجز . كذلك لا يمكن المقاصة بين المرتبات بالقدر غير القابل للحجز ودين مقابل ، كما إذا كان صاحب العمل دائئاً للعامل بما قدمه له من مأكل ولباس وسكنى ونحو ذلك ، فلا يستطيع صاحب العمل أن يمتنع عن دفع القدر غير القابل للحجز من أجرة العامل بدعوى المقاصة بين هذه الأجرة وتلك الديون (٢) .

(١) ولا يكون الدين صالحاً للمقاصة بعد إيداع التاجر دفاتره للحصول على صلح واثق استئناف مخطوط ٧ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٦) . ولكن إذا كان الدينان المتقابلان كلاهما لا يقبل التجزئة ، كما في الحساب الجاري وفي حساب الوصى وفي الحساب ما بين الوكيل والموكل وفي أى حساب آخر ما بين شخصين ، فإن المقاصة تقع حتى بعد إفلاس أحد المدينين : استئناف مخطوط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٨ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٣ . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا كان الدينان لهما مصدر واحد كمقد ملزم للجانبين : استئناف مخطوط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٢٣ . وهذا المبدأ هو الذي يسير عليه القضاء الفرنسي (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٧ - فقرة ١٢٨٧ مكررة) . وفي القانون الفرنسي إذا كان الإفلاس يحول دون المقاصة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٦) ، فإن الإعسار لا يحول (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٧) لأنه لم ينظم كما نظم في التقنين المصري الجديد .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٩ مكررة - ولا تحوز المقاصة بين حق رب العمل في ذمة العامل وحق العامل في التمويض عن إصابات العمل ، لأن قانون إصابات العمل قد -

٢٥ - ما لا يدخل في الشروط

٥٣٩ - وحدة المصدر بين الدينين ليست بشرط : رأينا أن الفقرة

الأولى من المادة ٣٦٢ مدني تقرر إمكان المقاصة ولو اختلف سبب الدينين . والمقصود بسبب الدين هو مصدره . فتجوز إذن المقاصة بين دين مصدره عقد ودين مصدره عمل غير مشروع ، كما تجوز المقاصة بين دين مصدره عمل غير مشروع ودين مصدره إثراء بلا سبب ، أو دين مصدره نص في القانون ودين مصدره عمل غير مشروع ، وهكذا ، كل ذلك إذا توافرت شروط المقاصة على الوجه الذي بيناه .

فالقاعدة العامة أن كل دين توافرت فيه شروط المقاصة تجوز المقاصة فيه ، أياً كان مصدره ، كما أسلفنا القول . إلا أن هناك ديوناً تنشأ من مصادر معينة لا تجوز المقاصة فيها ، وسنتناولها بالبحث في المطلب التالي .

٥٤٠ - وحدة مطالب الوفاء بين الدينين ليست بشرط - النصوص

الفانوية : تنص المادة ٣٦٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين ، ولكن يجب عليه في هذه الحالة أن يعرض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ما له من حق أو الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي عين لذلك (١) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٥٨/١٩٤ (٢) .

= نص في المادة ٢/٨ على عدم جواز الجزاء على المبالغ المستحقة تعريضاً للعامل المصاب . (الأستاذ حلمي مراد ٢ ص ٥٣٣ وما بعدها - الأستاذ عبد الحمى حجازي ٣ ص ١٠٨ - ص ١٠٩) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما

استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٧٦ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧١ - ص ٢٧٢) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ٢٥٨/١٩٤ : وبشرط أن يكونا واجبي الأداء

في محل واحد .

(ونرى من ذلك أن التقنين المدني السابق يشترط وحدة مكان الوفاء في الدينين ، عللاً بالتضيق =

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٦١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٥٠ - ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢/٣٣٠ (١) .

وبمخلص من هذا النص أنه لا ضرورة ، لوقوع المقاصة ، أن يكون الدينان المتقابلان واجبي الوفاء في مكان واحد (٢) . فاذا فرض أن شخصاً دائن لآخر

= المدني الجديد فقد ألغى هذا الشرط صراحة - ومع ذلك قارن الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٩ ووالتون ٢ ص ٥٢١ - ص ٥٢٢ ، وانظر آنفاً فقرة ٥٣٢ في الهامش - وإذا سلمنا أن وحدة مكان الوفاء كانت شرطاً في التقنين السابق ، فإن العبارة في تطبيق أحكام التقنين الجديد تكون بالوقت الذي تم فيه المقاصة ، أي بالوقت الذي يتلاقى فيه الدينان المتقابلان متوافرة فيهما شروط المقاصة . فإن كان هذا الوقت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وجب تطبيق أحكام التقنين السابق ، وإلا طبقت أحكام التقنين الجديد فلا تشترط وحدة المكان . على أنه يلاحظ أن وحدة المكان إذا لم تكن متوافرة قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم استمر الدينان متقابلين بعد هذا التاريخ مع تخلف هذا الشرط ، كان التقنين الجديد هو الذي يسرى ، فلا تشترط وحدة المكان وتقع المقاصة بالرغم من تخلف هذا الشرط . ولكنها لا تقع إلا في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وقت سريان التقنين الجديد ، ولا تقع قبل ذلك عند تلاقى الدينين حيث كان التقنين القديم هو الذي يسرى) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٦١ (مطابقة للمادة ٣٦٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٥٠ (مطابقة للمادة ٣٦٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل فيه للنص . ولكنه لم يذكر اتحاد مكان الوفاء ضمن شروط المقاصة ، فيستخلص من ذلك أنه ليس بشرط ، ويتفق التقنين العراقي مع التقنين المصري إذن في هذا الحكم) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢/٣٣٠ : وليس من الضرورة أن يكون الدينان واجبي الأداء في مكان واحد .

(وحكم التقنين اللبناني يتفق مع حكم التقنين المصري) .

(٢) انظر في هذا المعنى المادة ١٢٩٦ من التقنين المدني الفرنسي ، وتجري على الوجه الآتي : إذا كان الدينان غير واجبي الوفاء في مكان واحد ، لم يجز التمسك بالمقاصة إلا بعد حساب مصروفات النقل . وهذا هو النص في أصله الفرنسي : Art. 1296 : Lorsque les dettes ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise.

وانظر أيضاً في هذا المعنى المادة ١/٣٩١ من التقنين المدني الألماني والتعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٩١ فقرة ٢ - فقرة ٣ .

بألف واجب الدفع في القاهرة ، والآخر دائن للأول بألف واجب الدفع في باريس ، وقد توافرت شروط المقاصة في الدينين ، وتمسك الأول بالمقاصة ، لم يحل اختلاف مكان الوفاء دون وقرعها . غير أن الدائن الآخر الذي كان يجب أن يستوفي حقه في باريس قد حرم من جراء المقاصة ، أن يكون عنده الألف في هذه المدينة ذاتها . فيستطيع ، بالرغم من وقوع المقاصة ، أن يرجع على الأول بمصروفات نقل هذا المبلغ من القاهرة إلى باريس . وإذا فرض أن الآخر هو الذي تمسك بالمقاصة ، وهو مدين بألف في القاهرة ودائن بألف في باريس ، جاز للأول أن يرجع عليه بمصروفات نقل الألف من باريس إلى القاهرة (١).

المطلب الثاني

الديون التي لا تقع فيها المقاصة

٥٤١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٦٤ من القانون المدني

على ما يأتي :

« تقع المقاصة في الديون أيا كان مصدرها ، وذلك فيما عدا الأحوال الآتية : »

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويراعى من جهة أخرى أنه (أى التقنين الجديد) أجازها (أى المقاصة) كذلك ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين . بيد أنه يتعين على من يتمسك بالمقاصة في هذه الحالة أن يعرض الدائن عما خففه من ضرر لعدم تمكنه ، من جراء هذه المقاصة ، من استيفاء ماله من حق ، أو للوفاء بما عليه من دين ، في المكان الذى حدد لذلك . فلو فرض أن أحد الدينين واجب الوفاء في القاهرة ، وأن الدين الآخر واجب الوفاء في باريس ، وأن الدائن الذى اشترط الوفاء في باريس قد تحمل خسارة من جراء عدم استيفائه لحقه في هذه المدينة بسبب المقاصة ، كان لهذا الدائن أن يرجع بنفقات نقل المبلغ إذا كان قد ألجأ إلى ذلك : انظر المادة ١٢٩٦ من التقنين القديم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤ - ص ٢٧٥) .

ويذهب بودرى وبارد إلى أنه كان من الممكن ، من الناحية التشريعية ، عدم اشتراط استحقاق الدينين للأداء ، كما لم تشترط وحدة مكان الوفاء . وإذا كان اختلاف مكان الوفاء أمكنت مواجهته من طريق حساب نفقات النقل ، فقد كان من الممكن كذلك مواجهة اختلاف زمان الوفاء من طريق استئزال ما يقابل الوقت الباقى للاستحقاق من الدين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٤٩ ص ١٨٧) .

« (أ) إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكه ، وكان مطلوباً رده . »

« (ب) إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال ، وكان مطلوباً رده . »

« (ج) إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٥٩/١٩٥ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري المادة ٣٦٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٥١ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٤١٠ - ٤١٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٣١ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٠٢ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة تقضى بعدم جواز وقوع المقاصة أيضاً « عندما يتنازل المدين مقدماً عن المقاصة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٣٧٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « عندما يتنازل المدين مقدماً عن المقاصة » نظراً لأن « البنوك في معاملاتها مع الأفراد تتمسك في عقودها معهم بالنص على عدم جواز تمسكهم بالمقاصة ، وفي هذا ضرر ببلغ هؤلاء الأفراد ، ويجب أن يضمن مشروع هذا القانون نصاً يمنع النزول مقدماً عن التمسك بالمقاصة » . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلت لجنته تحت رقم ٣٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٣ وص ٢٧٥ - ص ٢٧٦) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ٢٥٩/١٩٥ : لا محل للمقاصة إذا كان أحد الدينين غير جائز الحجز عليه ، أو عبارة عن مبلغ مودع أو أشياء مودعة يمكن قيام بعضها مقام بعض . (ولم يورد التقنين المدني السابق ، بين الديون التي لا تقع المقاصة فيها ، الشيء المنزوع دون حق من يد مالكه والشيء المعار . ففيما يتعلق بهذين تكون العبارة بوقت تلاقى الدينين ، فإن كان سابقاً على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين السابق فتقع المقاصة ، وإلا سرت أحكام التقنين الجديد فلا تقع) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٦٢ (مطابقة للمادة ٣٦٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣٥١ (مطابقة للمادة ٣٦٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤١٠ : إذا كان الوديع دين على صاحب الوديعة ، والدين والوديعة من جنس واحد ، أو كان الغاصب دين على صاحب عين المنصوبة من جنسها ، فلا نصير -

والنص يمنع المقاصة في ديون ينظر في بعضها إلى مصادرها ، وينظر في بعض آخر إلى طبيعة الدين وهي عدم القابلية للحجز . وقد فصلنا هذه الحالة عن بقية الحالات ، وألحقناها بما يجب أن يتوافر من الشروط لإمكان وقوع المقاصة فيما قدمناه . فلم تبين إلا الحالتان اللتان فيهما ينظر القانون إلى مصدر الدين . فتارة يراه اعتداء من المدين لا يصح تشجيعه فيمنع المقاصة ، وهذه هي حالة نزع الشيء دون حق من يد مالكه . وطوراً يراه لإخلالاً بواجب الأمانة والثقة اللتين وضعهما الدائن في المدين بحيث يكون إمكان المقاصة متعارضاً مع هذا الواجب ، وهذه هي حالة ما إذا كان مصدر الدين ودبعة أو هاربة استعمال (٦) . فتتكمّل في هاتين الحالتين (٧) .

٥٤٢ - أصل المدينين شيء نزع دونه من يد مالكه : والصورة العملية لهذه الحالة أن يكون للدائن دين محله نقود أو مثليات كقطن أو قمح ،

- الوديعة أو العين المنصوبة قصاصاً بالدين ، إلا إذا تقاصر الطرفان بالتراخي .
م ٤١١ : إذا أتلّف الدائن شيئاً من مال المدين ، وكانت من جلس الدين ، سقطت قصاصاً ، وإن كانت خلافه فلا تقع المقاصة دون تراخيها .

م ٤١٢ : إذا كان الكفيل المحروم من حق التجريد دين حلّ للدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به ، فالدينان يلتقيان قصاصاً من غير رضاها . وإن كانت من غير جنس الدين المكفول به ، فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضي الدائن المكفول له مع الكفيل لأمع المدين .
(والتفتين التراقي يورد حاتّي الفصب والوديعة ، وينفل حالة العارية . وأما التمييز من التلف ، فقد أجرى عليه حكم القواعد العامة . وخالف التفتين المصري في المقاصة القانونية التي تقع بين دين الكفيل والدين المكفول به) .

تقنين الموجبات والمقود البنائي م ٣٣١ : مجرى المقاصة أية كانت أسباب أحد الدينين ، فيما خلا الأحوال الآتية : ١ - عند المطالبة برد شيء نزع بلا حق من يد مالكه . - ٢ - عند المطالبة برد وديعة أو هاربة استعمال . ٣ - إذا كان هناك دين غير قابل للحجز . ٤ - إذا عدل المديون مقدماً عن المقاصة .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين البنائي يجبر للزول مقدماً عن المقاصة كما كان يفعل المشروع التمهيدى لتقنين المصري) .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤ .
(٢) أما التفتين المدعى الألماني فلم يورد إلا حالة واحدة لا تجوز فيها المقاصة ، هي أن يكون مصدر الدين عملاً غير مشروع ارتكبه عدماً ، فلا يجوز للمدين في هذا العمل أن يقاس دينه هذا بدين له في ذمة المضرور : انظر التعليلات حلّ التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٩٣ .

ويمنع المدين عن وفاء دينه في ميعاد استحقاقه ، فيعمد الدائن ، بدلا من أن يقاضى المدين ويطالبه بحقه ، إلى أن ينتزع منه ما يماثل دينه من النقود أو المثليات ، قاصداً بذلك أن يستوفي حقه بيده . ولا شك في أن انتزاع الشيء عنوة من يد المدين دون رضائه لا يعتبر وفاء (١) ، ويصبح الدائن مديناً ، بموجب العمل غير المشروع ، برد النقود أو المثليات التي انتزعها . ولما كانت هذه معادلة لدينه ، فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن تقع فيها المقاصة مع الدين الذى له في ذمة المدين (٢) . ولكن القانون منع المقاصة هنا ، إمعاناً منه في الضرب على أيدي الدائنين الذين ينتزعون حقوقهم بأيديهم من مدينهم وكان الواجب عليهم أن يلجأوا إلى القضاء .

وانتزع الدائن الشيء دون حق من يد المالك يتم بطرق مختلفة . فقد يكون بطريق السرقة خفية ، أو بطريق النصب ، أو بطريق خيانة الأمانة ، وهذه كلها جرائم معاقب عليها . وقد يتم لا بطريق جريمة معاقب عليها ، ولكن بطريق عمل غير مشروع يرتب الالتزام بالرد ، وذلك بأن يختصب الدائن من مدينه الشيء ، لا خفية ولا نصباً ولا تبديداً ، ولكن عنوة . وقد يخبره

(١) وقد ورد في المادة ٣٩١ من التقنين المدني العراقي : « رب الدين إذا ظفر عرضاً بجنس حقه من مال مدينه وهو حل صفته ، فله الاحتفاظ به » . وقد اعتبر القانون هنا ظفر الدائن مرضاً بجنس حقه من مال مدينه وفاء ، لأن الدائن لم يستول عليه عنوة ولم ينتزعه اغتصاباً ، بل ظفر به مرضاً .

(٢) ويذهب بودرى وبارد إلى أن القواعد العامة لا تنفذ في هذه الحالة بوقوع المقاصة ، إلا إذا انتزع الدائن من مدينه نقوداً استهلك أو اختلطت بمال الدائن فأصبحت ديناً في ذمته ، أما إذا انتزع نقوداً لم تستهلك ولم تختلط بماله فاحتفظت بدائيتها ، أو انتزع مثليات ، فقد تعينت وأصبحت بانتزاعها عيناً معينة بالذات ، فتمنع المقاصة بموجب القواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص ، لأن العين المعينة بالذات لا تمكن المقاصة فيها . وإذا استهلك الدائن المثليات غير التفرد التي انتزعها من مدينه ، فإنه لا يستطيع أيضاً أن يتمسك ، في التعويض الذى يترتب في ذمته ، بالمقاصة ، لأن التعويض يكون في هذه الحالة ديناً غير معاوم المقدار ، فتمنع المقاصة طبقاً للقواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٨٥٤ - وانظر أيضاً : ديمولومب ٢٨ فقرة ٥٨٨ و ٥٩٠ - لوران ١٨ فقرة ٤٤٥ - هيك ٨ فقرة ١٥٩) .

وهو يغتصب الشيء أنه إنما يستوفى به حقه ، ذلك أن الاستيفاء لا يكون عن طريق الغصب (١) .

٥٤٣ — أمر الدين في مودع أو معار عارية استعمال : وهذه

حالة نادرة الحصول في العمل ، نقلها التقنين المدني الفرنسي عن دوما وبوتيه في القانون الفرنسي القديم (٢) ، ثم نقلها عن التقنين المدني الفرنسي التقنين المدني المصري (٣) .

وصورة الوديعة ، كما يمكن أن تقع في العمل ، هي أن يودع المدين عند دائئه نقوداً لا يأذن له في استعمالها (م ٧٢٦ مدني) وهذا ما يسمى بالوديعة الناقصة (dépôt irrégulier) ويكون دين الدائن في ذمة مدينه نقوداً أيضاً ، فتتوافر شروط المقاصة بين هذا الدين والدين الذي في ذمة الدائن لمدينه من رد الوديعة . فلا يجوز للدائن ، بالرغم من توافر شروط المقاصة ، أن يتمسك بها فيمتنع عن رد الوديعة . ذلك أن المدين قد ائتمنه على وديعته ووضع ثقته فيه ، فلا يجوز الإخلال بهذه الثقة ولو عن طريق التمسك بالمقاصة (٤) . وإنما يجب على الدائن أن يرد الوديعة للمدين ، ثم يطالبه بعد ذلك بالدين الذي في ذمته (٥) . ويمكن أيضاً أن تتحقق صورة الوديعة ، حتى لو كانت وديعة كاملة ، في الفرض الآتي : يودع المدين عند دائئه عيناً معينة بالذات ، فهلك بقصير من الدائن ، فيكون الدائن مديناً بالتعويض لمدينه ، ويةدر هذا التعويض اتفاقاً أو قضاء . فهذا الفرض يتسع له النص إذ يقول : « إذا كان أحد الشئيين شيئاً مودعاً .

(١) لا رومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ٢ — ديملوب ٢٨ فقرة ٢٨٩ — لوران ١٨ فقرة ٤٤٤ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٣ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ ص ١٩٦ — ص ١٩٧ .

(٣) وكان التقنين المدني السابق ، كما رأينا ، قد اقتصر في نقلها على الوديعة دون العارية . والوديعة وحدها هي التي تكلم فيها بوتيه ، ودوماهو الذي تكلم في العارية .

(٤) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ — المنصورة ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحامة ١٩ رقم ٥٤٠ ص ١٤٤٨ . وقد تكون الوديعة أسهماً أو سندات فلا تجوز فيها المقاصة (استئناف وطني ٤ مايو سنة ١٩٠٩ المحقوق ٢٤ ص ١٧٧) .

(٥) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ ص ١٩٤ .

وكان مطلوباً رده ، ، فان مطالبة المدين للدائن بالتعويض عن هلاك الوديعة تدخل في المطالبة بالرد . فاذا تم الأمر على هذا الوجه كانت شروط المقاصة متوافرة ، وبالرغم من توافرها لا يجوز للدائن أن يتمسك بها لأن أحد الدينين وهو التعويض مصدره عقد وديعة (١) .

أما العارية فهي أصعب تصوراً من الوديعة . ولا بد أن نفرض أن المدين بمبلغ من النقود قد أعار دائنه عيناً معينة بالذات لأن المثليات لا تعار بل تقرض — فهلك بتقصير من الدائن ، فأصبح مسئولاً عن التعويض . ثم قدر هذا التعويض انفاقاً أو قضاء ، وأصبحت شروط المقاصة متوافرة ما بين الدين الذي في ذمة المدين للدائن والتعويض الذي في ذمة الدائن للمدين . وبالرغم من توافر شروط المقاصة لا يجوز للدائن أن يتمسك بها ، وليس له أن يمتنع عن دفع التعويض للمعبر . ذلك أن المعبر قد ائتمنه على الشيء المعار ، بل نزل له عن منفعته دواً أجز ، فلا يكون جزاءه على ذلك أن يمتنع المستعبر عن دفع التعويض المستحق ولو عن طريق التمسك بالمقاصة . فعلى المستعبر أن يدفع التعويض للمعبر ، ثم يطالبه بعد ذلك بالدين الذي له في ذمته .

وغنى عن البيان أن النص مقصور على عقدي الوديعة والعارية ، فلا يتعدى إلى غيرها من العقود كعقد الوكالة مثلاً (٢) .

(١) تارن بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ ص ١٩٥ - ص ١٩٦ .
(٢) فإذا تسلّم الوكيل نقوداً لحساب الموكل ، وقمت المقاصة ، إذا توافرت شروطها ، بين هذه النقود وبين ما قد يكون للوكيل في ذمة الموكل من دين يتعلق بالمصروفات التي أنفقها في تنفيذ الوكالة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ مكررة أولاً) .

المبحث الثاني

كيف يكون إعمال المقاصة وما هي الآثار التي ترتب عليها

المطلب الأول

كيف يكون إعمال المقاصة

٥٤٤ - النصوص القانونية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥

من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها (١) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٥٦/١٩٢ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في العبارة الأولى من المادة ٥٠٣ من المشروع التمهيلي ونصها كالآتي : « لا تقع المقاصة إلا إذا طلبها من له مصلحة فيها » . وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتي : « لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها » ، وأصبح رقم المادة ٣٧٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدل النص أولاً على النحو الآتي : « لا يقضي بوقوع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها » ، وذلك « لإبراز المعنى انصراف النص إلى حالة التمسك بالمقاصة أمام القضاء . . . وقد رأت اللجنة . . أن المقاصة طريق من طرق الاستيفاء ، ومن الخير ألا يتنازل صاحب الحق عنه إلا بعد ترتيبه » . ثم عدل النص بعد ذلك في اللجنة نفسها على النحو الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأعيدت عبارة « لا تقع المقاصة » بدلا من عبارة « لا يقضي بوقوع المقاصة » ليكون الحكم مطلقاً لا يرتبط بالتفاضل . ردت تقع المقاصة خارج دائرة التقاضي » ، وأصبحت المادة رقمها ٣٦٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٧ - ص ٢٨١) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٥٦/١٩٢ : المقاصة هي نوع من وفاء الدين يحصل حتما بدون علم المتعاملين إذا كان كل منهما دائناً ومديناً للآخر .

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين الجديد ، إذ كان العمل جارياً في عهد التقنين السابق على وجوب التمسك بالمقاصة : الموجز للمؤلف فقرة ٥٩١) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ١/٣٦٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٣٥٢ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤١٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود البنائي العبارة الأخيرة من المادة ٣٣١ والعبارة الأولى من المادة ٣٣٢ (١).

وهذا النص يعالج مسألتين: (أولاً) أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له الحق فيها. (ثانياً) وأنه لا يجوز النزول عنها إلا بعد ثبوت الحق فيها.

٥٤٥ - وجوب التمسك بالمقاصة: لا تزال المقاصة قانونية في التقنين المدني الجديد، كما كانت في التقنين المدني السابق، وكما هي في التقنينات اللاتينية وبخاصة التقنين المدني الفرنسي. غنى ليست مقاصة قضائية كما كان الأمر في القانون الروماني، ولا هي مقاصة تقع باعلان عن الإرادة كما هو الأمر في التقنينات الجرمانية. وقد بسطنا الفروق الجوهرية التي تميز المقاصة القانونية في القوانين اللاتينية عن المقاصة باعلان عن الإرادة القوانين الجرمانية (٢). ولكن التقنين المدني الجديد أوجب على ذي المصلحة في المقاصة أن

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ١/٣٦٣ (مطابقة للمادة ١/٣٦٥ من التقنين المدني المصري).
التقنين المدني الليبي م ١/٣٥٢ (مطابقة للمادة ١/٣٦٥ من التقنين المدني المصري).
التقنين المدني العراقي م ٤١٣: تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها.

(ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري. ولم يذكر التقنين العراقي، كما ذكر التقنين المصري، أنه لا يجوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها. فيجوز القول في القانون العراقي أنه يجوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها تبملاً للرأي السائد في الفقه الفرنسي: انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٥٩).

تقنين الموجبات والعقود البنائي م ٣٣١: تجرى المقاصة... فيما خلا الأحوال الآتية:...

٤ - إذا عدل المديون مقدماً عن المقاصة.

م ٣٣٢: لا تجرى المقاصة حتماً، بل بناء على طلب أحد الفريقين.

(والحكم متفق مع حكم التقنين المصري، فيما عد أنه يجوز في التقنين اللبائي النزول مقدماً

عن المقاصة وذلك بصريح النص).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٢٨.

بتمسك بها (١). و التمسك بالمقاصة هنا ليس هو إعلان الإرادة في إجراء المقاصة كما رأينا ذلك في التقنيات الجرمانية ، بل إن المقاصة تقع بحكم القانون لا بإعلان عن الإرادة ، وتقع بمجرد تلاقى الدينين ولو من غير علم أصحاب الشأن . ووجوب التمسك بالمقاصة قصد به رفع شبهة ، إذ أراد التقنين الجديد أن يؤكد أن المقاصة ليست من النظام العام بل هي مقررة لمصلحة الطرفين ، وأن القاضى لا يجوز له أن يقضى بها من تلقاء نفسه حتى لو علم بوقوعها وإنما يجب على ذى المصلحة أن يتمسك بها (٢). فإذا لم يتمسك بها صاحب المصلحة مع علمه بوقوعها ، أمكن تأويل ذلك على أنه قد نزل عنها بعد ثبوتها ، وهذا جائز كما سرى .

و التمسك بالمقاصة يصح في أية حالة كانت ، عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (٣). بل يصح التمسك بالمقاصة حتى بعد صدور حكم نهائى ،

(١) دى باج ٣ فقرة ٦١٩ - وذو المصلحة في المقاصة هو أحد المدينين . وقد يكون مديناً متضامناً يتمسك بمقاصة تمت بين الدائن ومدين متضامن آخر ، أو كفيلاً يتمسك بمقاصة تمت بين المدين والدائن (انظر الأستاذ اسماعيل غام في أحكام الالتزام فقرة ٢٩١) .

(٢) وهذا هو الذى يميز التقنين المدنى الجديد عن القوانين اللاتينية . ففى هذه القوانين تقع المقاصة أيضاً بحكم القانون ، وبمجرد تلاقى الدينين ، وبغير علم من ذى المصلحة ، بل وعلى الخصم أن ينبه القاضى إلى وجوب تقرير وقوعها لأن القاضى لا يعلم بوقوعها فى أغلب الأحيان فيجب تنبيهه إلى ذلك . ولكن - وهنا تفرق القوانين اللاتينية عن التقنين المصرى الجديد - إذا لم القاضى عرضاً بوقوع المقاصة ، كأن وقف على ذلك من واقع ملف الدعوى والمستندات ، حكم من تلقاء نفسه بوقوعها فى القوانين اللاتينية (ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٤٣ - لوران ١٨ فقرة ٣٨١ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦١) ، أما فى التقنين المصرى الجديد فالتنص صريح فى أنه لا يجوز للقاضى أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء نفسه بل لا بد من التمسك بها . على أن هناك رأياً فى الفقه الفرنسى يذهب هو أيضاً إلى وجوب التمسك بالمقاصة وإلى أنه لا يجوز للقاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه (بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٠٥٤ - كولان وكاينتان ٢ فقرة ٥٦٢ - جوسران ٢ فقرة ٩٣٦ ص ٤٩٧ - أنسيكلوبيدى دالورز ١ لفظ compensation فقرة ٧) .

(٣) استئناف مخطوط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ - ٨ ابريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٩ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٨ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٥ - دى باج ٣ فقرة ٦١٨ ص ٥٩٤ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٨٢ - ولكن لا يجوز التمسك بالمقاصة لأول مرة أمام محكمة النقض (أنسيكلوبيدى دالورز ١ لفظ compensation فقرة ١٠) .

وفي أثناء إجراءات التنفيذ (١). ذلك أن المقاصة تقع بحكم القانون (٢) كما قدمنا دون حاجة إلى إعلان عن الإرادة ، والتمسك بها ليس إلا إعلاناً للقاضي أن ذا المصلحة فيها يطلب الحكم بوقوعها ، إذ القاضي من جهة لا يستطيع أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء نفسه ، وإغفال الخصم التمسك بها قد يؤول من جهة أخرى على أنه قد نزل عنها بعد ثبوتها (٣).

(١) ويطلب الخصم وقف إجراءات التنفيذ حتى يحكم قاضي الموضوع في وقوع المقاصة (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٩ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ compensation فقرة ١٣) ، وذلك حتى لو لم تقع المقاصة إلا بعد صدور الحكم النهائي (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٩). وصدر حكم نهائي بالدين لا يتعارض مع التمسك بعد ذلك بالمقاصة ، فالمطلوب من المدين أن يوفى الدين المحكوم به تنفيذاً للحكم النهائي ، ووفاء الدين قد يكون عن طريق المقاصة به في دين آخر ولو كان هذا الدين لاحقاً للحكم النهائي، فتعتبر المقاصة في حكم الوفاء من حيث تنفيذ الحكم (بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٦٣). (٢) أما حكم القاضي فليس إلا كاشفاً عن وقوع المقاصة. على أنه لو كان الدين متنازلاً فيه ، ثم حسم النزاع بحكم ، وتمسك ذو الشأن بالمقاصة القانونية ، اعتبرت المقاصة واقعة من وقت حسم النزاع. (انظر ما يلي فقرة ٥٥٢ - ولقارن استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١٦ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٤٩).

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لم يختار المشروع مذهب التقنين الألماني (م ٣٨٨) في وقوع المقاصة بمقتضى إعلان يصدر من جانب واحد ، بل التزم على فقيض ذلك التصوير اللاتيني في ترتيب أثرها بحكم القانون. وكل ما هنالك أنه نص على وجوب طلبها ، تأكيداً لنفي ارتباطها بالنظام العام أو تحويل القضاء سلطة الحكم بها من تلقاء نفسه. ويراهى أن هذا الطلب لا يختلف عن الإعلان الذى يتطلبه التقنين الألماني من حيث الشكل فحسب ، بل وكذلك من حيث الآثار. فلو فرض أن طلب المقاصة أنرغ في صورة إعلان صدر في غير مجلس القضاء ، فلا يكون من أثر ذلك محور الفوارق الجوهرية بين المذهب الجرمانى والمذهب اللاتينى في هذا الصدد. فإذا وفى أحد الطرفين عند تلاقى الدينين ، فالظاهر وفقاً للمذهب الجرمانى أن الإعلان بالمقاصة يصبح بمنزلة ويكون الوفاء صحيحاً ، في حين أن الوفاء في هذه الحالة يعتبر وفقاً للمذهب اللاتينى وفاء بدين تم انقضاؤه ويكون للموفى حق المطالبة برد ما أداه : تعليقات على التقنين الألماني جز أول ص ٥٤٢ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٢).

وجاء أيضاً في مكان آخر : « يختلف مذهب التقنينات اللاتينية عن مذهب التقنينات الجرمانية فيما يتعلق بالمقاصة. فالمقاصة القانونية تقع ، وفقاً لمذهب التقنينات اللاتينية ، بحكم القانون وبمقتضى هذا الحكم وحده ولو كان المدين غير عالم بأمرها : المادة ١٢٩٠ من التقنين الفرنسى وانظر كذلك المادة ٢٥٦/١٩٢ من التقنين المصرى. أما التقنينات الجرمانية فلا تتم فيها المقاصة بحكم القانون ، بل بمقتضى تعبير عن الإرادة يصدر من جانب واحد : المادة ٣٨٨ من التقنين الألماني. على أن اختلاف هذين المذهبين وما يتعلق بالمتابعة العامة لا يلبث أن يتضاءل إلى حد -

بل ويمكن التمسك بالمقاصة خارج مجلس القضاء ، ولا يعتبر هذا التمسك تصرفاً قانونياً كما في القوانين الجرمانية ، إنما هو إشعار للطرف الآخر بوقوع المقاصة (١) .

٥٤٦ - جواز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها : قلنا إن

المقاصة ليست من النظام العام ، بل هي مقررّة لمصلحة الطرفين . فيجوز إذن لمن تقررت لمصلحته أن ينزل عنها بعد ثبوت حقه فيها (١) .

والذي ينزل عن المقاصة هو ذو المصلحة فيها . وقد يكون نزوله عنها ضمناً ، ويكون ذلك عادة بعدم التمسك بها مع علمه بوقوعها . فهو ، دون أن يذكر شيئاً عن الدين الذي له في ذمة دائئه ، يتصرف إلى دفع مطالبة الدائن بدفع غير المقاصة ، أو يقر بحق الدائن دون أن يتمسك بالمقاصة . ويعتبر نزولاً ضمناً عن المقاصة وفاء المدين طوعاً بحق الدائن ، كما يعتبر نزولاً ضمناً أن يكون

= بعيد عند مواجهة التفاصيل ، فيراعى من ناحية أن التقنيات اللاتينية تستلزم طلب المقاصة ، وهي بهذا تحتم صدور تعبير عن الإرادة كما هو الشأن في التقنيات الجرمانية . ويراعى من ناحية أخرى أن التقنيات الجرمانية تستند أثر التعبير عن الإرادة ، فينقضي الدينان المتقابلان بالمقاصة من وقت توافر شروط القصاص بالنسبة لهما كما هي الحال في التقنيات اللاتينية . وقد اختار المشروع مذهب التقنيات اللاتينية ، إلا أنه تحاشى التعبير بوقوع المقاصة بحكم القانون دون علم المدينين ، والحق أن في هذا التعبير مدخلاً للشك في طبيعة المقاصة ، فضلاً عن مجانبته للمصلحة . ذلك أن المقاصة ليست من النظام العام ، وليس للقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه . إزاء هذا احتذى مثال المشروع الفرنسي الإيطالي ، ونص على أن المقاصة لا تنفع إلا إذا طلبها من له مصلحة فيها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٦) .

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٦٥ آنفاً فقرة ٥٤٤ في الهامش - وانظر الأستاذ عبد الحى

حجازى ٣ ص ١١١ .

(٢) استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية : ٤ رقم ٨٣ - وفي القانون الفرنسي ، كما سنرى ، يجوز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها وقبل ثبوت هذا الحق . والنزول بعد ثبوت الحق أشد إشكالا ، في نظر الفقه الفرنسي ، من النزول قبل ثبوته . ذلك أن المقاصة بعد ثبوت الحق ، تكون قد قصت الدينين من وقت تلاقيهما بحكم القانون ، فكيف يمكن بعد ذلك النزول عن المقاصة وعودة الدينين بعد انقضاءهما ! (انظر في هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٥٠) .

الدين حالاً فيقبل الدائن إضافته إلى أجل فينزل بذلك عن مقاصته في دين عليه لمدينه (١).

والنزول عن المقاصة لا يفترض ، فجرد سكوت المدين عن التمسك بها لا يفيد حتماً النزول عنها ، بل له كما قدمنا أن يتمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف . ومجرد مطالبة الدائن المدين بالدين لا يتضمن حتماً نزول هذا الدائن عن حقه في مقاصة هذا الدين بدين في ذمته لمدينه ، ما دام لم يستوف حقه فعلاً من المدين . كذلك يجب تفسير النزول عن المقاصة في أضيق الحدود ، فمن استوفى جزءاً من حقه لا يعد متنازلاً عن المقاصة بباقي حقه في دين عليه لمدينه (٢).

ومتى نزل صاحب المصلحة في المقاصة عن حقه التمسك بها (٣) ، فإن له أن يتقاضى حقه من مدينه كاملاً ، وعليه أن يؤدي الدين الذي في ذمته لهذا المدين . فبعد أن كانت المقاصة قد قضت الدينين معاً منذ تلاقيهما ، فإن النزول عن المقاصة يعيد الدينين إلى الوجود بما كان لهما من تأمينات ، وذلك دون إضرار بحقوق الغير . فلو أن أحد الدينين كان مضموناً بكفيل شخصي أو كفيل عيني ، فانتقضت الكفالة بالمقاصة ، ثم نزل المدين في هذا الدين عن التمسك بالمقاصة ، فإن الدين يعود ، ولكن لا تعود الكفالة . ذلك أن الكفيل كان قد تخلص من الكفالة منذ أن انقضى الدين بالمقاصة ، فلا يضار بنزول المدين عن مقاصة الدين المكفول (٤).

أما قبل ثبوت الحق في المقاصة - أى قبل توافر شروطها أو قبل تلاقى

(١) وكل طلب يتقدم به المدين ، أو دفع يتمسك به ، ويكون متعارضاً مع وقوع المقاصة ، يمكن اعتباره نزولاً ضمناً عن التمسك بها (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٤٩) .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٧ ص ٢٠٩ .

(٣) وقد ينزل أحد المدينين عن المقاصة ولكن يتمسك بها المدين الآخر ، فتقع المقاصة بالرغم من نزول المدين الأول عنها . فيكنى إذن لوقوع المقاصة أن يتمسك بها أحد المدينين ، وإذا أريد للمقاصة ألا تقع وجب أن ينزل عنها المدينان معاً .

(٤) والنزول عن المقاصة يقطع سريان التقادم ، لأنه يكون بمثابة إقرار بالدين ، فيعود الدين ويسرى في حقه تقادم جديد (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٨٦٨ ص ٢١٠) .

الدينين - فانه لا يجوز لدى الشأن أن ينزل مقدماً عن الحق في التمسك بها ، لأن هذا الحق لم يثبت بعد حتى يمكن النزول عنه . كذلك لا يصح للمدين ، وقت أن يعقد الدين ، أن ينزل مقدماً عن جواز انقضاء هذا الدين بالمقاصة . وعدم جواز النزول مقدماً عن المقاصة حكم ورد صريحاً في الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ مدني ، فقد رأيناها تقضي بأنه لا يجوز النزول عن التمسك بالمقاصة قبل ثبوت الحق فيها . أما في فرنسا فلا يوجد نص مقابل للنص المتقدم الذكر ، ومن ثم يجنح أكثر الفقهاء إلى القول بجواز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها (١) . ويوجه الحكم الذي أخذ به التقنين المصري ، من عدم جواز النزول مقدماً عن المقاصة ، أن المقاصة شرعت لتحقيق أغراض جبرية ، فهي ذات إجباري مبسط ، وهي في الوقت ذاته تأمين للدين . فلا يجوز تفريغ هذه الأغراض الهامة بالنزول مقدماً عن المقاصة ، وإلا أصبح النزول شرطاً مألوفاً في التعامل (clause de style) . ثم إن الواجب ألا يصح النزول إلا عند ثبوت الحق في المقاصة ، حتى يتبين من ينزل عن حقه موقفه ، فينزل وهو على بصيرة من أمره (٢) .

(١) انظر في هذا المعنى ماركاديه ٤ فقرة ٨٣٣ - كولين دى سانتير ٥ فقرة ٢٤١ مكررة ثالثاً - أوبري وور ٤ فقرة ٢٢٧ ص ٣٥٢ وهامش رقم ٨ - لاروسبيير ٥ م ١٢٩٥ فقرة ١ - ديمولوب ٢٨ فقرة ٦٠٤ . وانظر أيضاً المادة ٣٣١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، وهي تصرح بجواز النزول مقدماً عن المقاصة (انظر آنفاً فقرة ٥٤١ في الهامش) . وانظر عكس هذا الرأي فلا يجوز النزول مقدماً عن المقاصة : ترويه ٧ فقرة ٣٠٣ - لوران ١٨ فقرة ٤٥٦ .

وإذا أجزنا النزول مقدماً عن المقاصة ، أمكن الغير العلم بذلك ، فيكون النزول سارياً في حقه . وهذا بخلاف النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها ، فقد قدمنا أن هذا النزول لا يفسار به الغير ولا يكون سارياً في حقه (بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٨١ ص ٢٢٠) .

(٢) وقد ورد في الأعمال التحضيرية تعليلاً لعدم جواز النزول عن المقاصة قبل ثبوتها ، كلاهما ذكر في لجنة مجلس الشيوخ : ١ - « للقضاء على محاولة الدائنين التحكم في المدين عند نشوء الدين للحصول مقدماً على الرضاء بالتنازل من هذا الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٨) . ٢ - « وقد راعت اللجنة أن المقاصة طريق من طرق الاستيفاء ، ومن الخير ألا يتنازل صاحب الحق عنه إلا بعد ترتيبه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٩) . وقد قدمنا أن المشروع التهيدى كان يتضمن نصاً يفضي بعدم جواز المقاصة عندما يتنازل المدين مقدماً عنها ، فمكست لجنة مجلس الشيوخ هذا الحكم ، ولم تجز التنازل عن المقاصة : ل ثبوت الحق فيها ، نظراً لأن « البنوك في معاملاتها مع الأفراد تلتزم بالنص على عدم -

٥٤٧ - حالة من حالات النزول الضمني عن المقاصة بعد تبورها -

نص قانوني : وهناك حالة من حالات النزول الضمني عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها ، ورد في شأنها نص خاص في التقنين المدني هو المادة ٣٦٩ ، ونجرب على الوجه الآتي : « إذا وفي المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك بإضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق (١) » . وهذا النص يفرض أن المدين وفي دينه للدائن ، بالرغم من وجود حق له في ذمة الدائن كان من الممكن أن يقاص به دينه فلم يفعل . وهنا يجب التمييز بين حالتين :

أولاً - حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يعلم بوجود حق له يمكن أن

= جواز تمسكهم بالمقاصة ، وفي هذا ضرر بليغ هؤلاء الأفراد » (انظر تاريخ المادة ٣٦٤ آنفاً فقرة ٥٤١ في الهامش) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى اشتمل في آخر النص على عبارة « وكان له في ذلك عذر مقبول » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٣٨٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « وكان له في ذلك عذر مقبول » ، اكتفاء بواقعة جهل المدين لوجود حقه ، وحسباً للمنازعات التي تنشأ من تقدير ما يعتبر مقبولا أو غير مقبول من الأعذار ، وترك أمر الإثبات للقواعد العامة . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها بلجته تحت رقم ٣٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٩ - ٢٩٠) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٦٦/١٩٨ - وكانت تجرى على الوجه الآتي : « إذا اجتمع صفتا دائن ومدين في شخص واحد ، ودفع ما عليه من الدين بغير التفات إلى المقاصة المستحقة له ، ثم طالب بماله من الدين ، وكان لمدينه كفلاء فيه أو شركاء متضامنون أو مدانيون متأخرون عن المطالب المذكور في درجة الامتياز أو الرهن أو مالك لمنقول مرهون تأميناً على الدين المطالب به ، فلكل واحد من هؤلاء التمسك عليه بالمقاصة التي لم يلتفت إليها ، إلا إذا كان له عذر صحيح منعه وقت الوفاء عن العلم بوجود دينه الذي كانت تمكن به المقاصة » . والحكم في هذا النص لا يختلف عن الحكم في نص التقنين الجديد .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٦٧ (وهي مطابقة) - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٥٦ (وهي مطابقة) - وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٦٦ : (وهي مطابقة مع إضافة عبارة « وكان له في ذلك عذر مقبول » التي كانت واردة في المشروع التمهيدى للتقنين المصري) - وفي تشريع المرحيات والعقود اللبناني لا يوجد نص مقابل ، فيجب تطبيق القواعد العامة .

يقاىص به الدين ، فلم يتمسك مع ذلك بالمقاصة ودفع الدين . وهنا يجب تأويل عدم تمسك المدين بالمقاصة مع علمه بجواز التمسك بها أن هذا نزول ضمنى منه عن التمسك بحقه فى المقاصة بعد ثبوتها ، وهذه هى الحالة التى أشرنا إليها فيما تقدم . ومن ثم ينقضى الدين الذى كان فى ذمة المدين بالوفاء ، ويعود للمدين حقه الذى كان قد انقضى بالمقاصة بعد أن نزل عنها . ولا يعود من التأمينات التى كانت تكفل هذا الحق ما تضر عودته بالغير ، فلا تعود الكفالة الشخصية أو العائلية ، ولا يضار دائن مرتين متأخر فى المرتبة عن مرتبة الرهن الذى كان يكفل الحق ، وقد تقدم بيان ذلك (١) .

ثانياً - حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يجهل وجود حق له يمكن أن يقاىص به الدين ، وعليه هو يقع عبث إثبات ذلك (٢) . فهنا لا يمكن القول بأن المدين ، وهو يجهل وجود حقه ، أنه نزل عن التمسك بالمقاصة فى هذا الحق . وكان مقتضى تطبيق القواعد العامة أن يقال إن المقاصة قد وقعت بحكم القانون ، فانقضى بها دين المدين ، فاذا دفعه بعد ذلك يكون قد دفع ديناً انقضى ، فيسترد ما دفع وفقاً لقواعد استرداد غير المستحق . ولا يرجع بحقه وبما يكفل هذا الحق من تأمينات ، لأن هذا الحق قد انقضى أيضاً بالمقاصة وانقضت تأميناته . ولكن القانون جعل من جهل المدين بوجود حقه المكفول بتأمينات عذراً مقبولاً ، فحفظ له قصده ، واعتد بالوفاء الصادر منه على أنه وفاء لدين قائم فى ذمته لا على أنه وفاء لدين قد انقضى بالمقاصة . وما دامت المقاصة لم تقع ، فإن حق المدين فى ذمة الدائن يبقى بما له من تأمينات ، ولو كانت هذه التأمينات كفالة شخصية أو كفالة عينية فأضر بقاؤها بالغير ، وذلك كله رعاية لحسن نية المدين (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٤٦ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٣ . وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المدنى الجديد يقضى بأن يثبت المدين أيضاً أنه كان له عذر مقبول فى جهله بوجود حقه ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة التى كانت تقضى بذلك ، « اكتفاء بواقعة جهل المدين لوجود حقه » ، وحسباً للنزاعات التى تنشأ عن تقدير ما يعتبر مقبولا أو غير مقبول من الأعذار » (انظر تاريخ نص المادة ٣٦٩ فى هذه الفقرة فى الهامش) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٩ -

وانظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٢ .

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على المقاصة

٥٤٨ - فيما بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير : إذا وقعت المقاصة

بين دينين متقابلين على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم ، انقضى الدينان بقدر الأقل منهما ، وهذا فيما بين الطرفين . أما بالنسبة إلى الغير ، فلا يجوز أن تقع المقاصة لإضراراً بحقوق كسبها هذا الغير .

§ ١ - أثر المقاصة فيما بين الطرفين

٥٤٩ - النصوص القانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٦٥

من التقنين المدني على ما يأتي :

« ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، منذ الوقت الذي

= ونص المادة ٣٦٩ مدني يقابله في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٢٩٩ وتتضمن نفس الحكم. والفقه الفرنسي يجعل مع ذلك كلا من المدين والدائن مخيراً ، فالمدين مخير بين الرجوع بحقه بما كان يكفله من تأمينات ، أو يرجع بدعوى استرداد غير المستحق وقد تكون له مصلحة في ذلك إذا كان الدائن قد استوفى الحق وهو سيء النية فيرجع المدين عليه بالفوائد (ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٢٣ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٩ ص ٣٥٧ - ص ٣٥٨ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٧٢ - انظر مع ذلك لوران ١٨ فقرة ٤٦٤) . ولا نرى ما يمنع من العمل بهذا الحكم في مصر ، فإن المادة ٣٦٩ مدني إنما تقرر أمراً لمصلحة المدين حسن النية ، فله أن يرجع إلى تطبيق القواعد العامة إذا رأى أن تطبيقها أصح له (انظر في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٤) . وكذلك الدائن ، إذا استوفى الحق وهو يجهل إنه انقضى بالمقاصة ، مخير بين الوفاء بدينه بما كان يكفله من تأمينات ، أو يرد ما استوفاه للمدين ويتمسك بالمقاصة التي تمت وهو يجهلها (ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٢٥ - فقرة ٦٢٦ - لوران ١٨ فقرة ٤٦٤ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٩ هامش رقم ٨ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٧٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ compensation فقرة ١٨٠) . وهنا أيضاً لا يوجد ما يمنع من الأخذ بهذا الحكم في مصر ، فإن المدين إذا لم يستبق حقه بما كان يكفله من تأمينات ، يكون قد استرد فعلاً ما وفاه للدائن ، فوصل إلى حقه كاملاً من طريق أقرب .

يصبحان فيه صالحين للمقاصة . ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء .

وتنص المادة ٣٦٦ على ما يأتي :

« إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة » (١).

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٥٧/١٩٣ و ٢٦٠/١٩٦ (٢).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢/٣٦٣ و ٣٦٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢/٣٥٢ و ٣٥٣ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤١٣ - ٤١٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود

(١) تاريخ النصوص :

م ٢/٣٦٥ : ورد هذا النص ضمن المادة ٥٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا تحويرات لفظية بسيطة . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٨ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ قسم النص إلى فقرتين ، اشتملت الفقرة الثانية منهما على النص الذي نحن بصدده على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقم المادة ٣٦٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٧ - ٢٨١) .

م ٣٦٦ : ورد هذا النص في المادة ٥٠٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « إذا كان الدين قد سقط بالتقادم وقت طلب المقاصة ، فلا يمنع سقوطه من وقوع المقاصة فيه ، مادام هذا السقوط لم يكن قد تم في الوقت الذي أصبحت المقاصة فيه ممكنة » . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٧٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فحل محل الشيوخ تحت رقم ٣٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨١ و ص ٢٨٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٥٧/١٩٣ : تحصل المقاصة بقدر الأقل من الدينين .

م ٢٦٠/١٩٦ : يحصل التسديد بالمقاصة كما يحصل في حالة الوفاء بالدفع عند تعدد الديون .
(والتقنينان السابق والجديد حكمهما واحد . ولم يرد في التقنين السابق ما يقابل نص المادة ٣٦٦ من التقنين الجديد ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص لأنه متفق مع القواعد العامة : انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٠ - فقرة ٥٩١ - الأستاذ أحمد حشمت أبو سنيت فقرة ٨١٩ - فقرة ٨٢٠) .

البناني المواد ٣٣٢ - ٣٣٤ و ٣٣٦ (١).

ويخلص من هذه النصوص أن المقاصة، كالوفاء، تقضى الدينين بقدر الأقل منهما، ذلك أن كل دائن يستوفى حقه من الدين الذي في ذمته . ويعتبر انقضاء الدينين قد تم من وقت تلاقيهما متوافرة فيهما شروط المقاصة، لا من وقت التمسك بالمقاصة . وإذا تعددت الديون التي تصح فيها المقاصة، كان تعيين جهة الدفع في

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٢/٣٦٣ و ٣٦٤ (مطابقتان للمادتين ٢/٣٦٥ و ٣٦٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٢/٣٥٢ و ٣٥٣ (مطابقتان للمادتين ٢/٣٦٥ و ٣٦٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤١٣ : تقع المقاصة بقدر الأول من الدينين ، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها .

م ٤١٤ : إذا كان الدين لا تسقط فيه الدعوى لمرور الزمن وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يقع ذلك من وقوع المقاصة ما دامت المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة .

(وحكم التقنين العراقي يتفق مع حكم التقنين المصري) .

تقنين المورجات والعقود البناني : م ٣٣٢ : لا تجرى المقاصة حتما بل بناء على طلب أحد الفريقين ، وهي تسقط الدين في اليوم الذي تتوافر فيه الشروط اللازمة لإمكان التذرع بها مع قطع النظر عن الأمور التي تكون قد وقعت فيما بعد كسقوط أحد المرجعين بمرور الزمن .

م ٣٣٣ : إن المقاصة في الأساس تفعل عند الإدلاء بها فعل الإيفاء ، ولكن بقدر الدين الأقل . وهي تسقط ملحقات المدين (كزمن العقار والمنقول والكفالة الخ) على نسبة إسقاطها للموجب نفسه . على أن سقوط الحقوق الخاصة للقيد في السجل العقاري لا يتم إلا بمحو ذلك القيد .

م ٣٣٤ : يجوز للكفيل أن يطلب المقاصة بما يجب على الدائن للمدين الأصلي ، ولكن لا يجوز لهذا المدين أن يطلب المقاصة بما يجب على الدائن للكفيل . كما أنه لا يجوز للمدين التضامن أن يحتج بوجود دين آخر لأحد شركائه في الدين مترتب على الدائن . أما إذا احتج بالماتاصة الكفيل أو المدين التضامن بعد أن يصبحا دائنين للدائن ، فالمقاصة تسقط الدين عن المدين الأصلي أو عن سائر المدينين ، ويحق لهؤلاء الإدلاء بالمقاصة .

م ٣٣٦ : متى وجدت بين شخصين عدة ديون قابلة للمقاصة ، تطبق القواعد الموضوعة لتعيين جهة الإيفاء .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري إما بالنص أو بتطبيق القواعد العامة ، فيما هذا التضامن : ففي التقنين البناني إذا وقعت المقاصة بين أحد المدينين المتضامنين والدائن دون أن يتمسك هذا المدين بها ، لم يجوز لأي مدين متضامن آخر أن يحتج بهذه المقاصة ، أما في التقنين المصري فقد رأينا أن أي مدين آخر يحتج بالمقاصة لا بقدر حصة من وقعت معه) .

حالة المقاصة كتعيينها في حالة الوفاء . ونبحث كلاماً من هذه المسائل الثلاث .

٥٥٠ - المقاصة تنقضي الدينين بغير الأقل منهما : المقاصة لها أثر

الوفاء في كل من الدينين المتقابلين ، إذ كل دين قد استوفى من الدين المقابل . فينقضي الدينان إذن ، إذا كانا متساويين .

ويترتب على انقضاءهما أنه لو كان أحدهما أو كلاهما ينتج فائدة ، فإن الفوائد تنقطع من وقت الانقضاء ، أي من وقت تلاقى الدينين لا من وقت التمسك بالمقاصة فحسب . وقد تتعادل منفعة كل من المدينين من وراء انقطاع الفوائد ، وقد لا تتعادل . فإذا كان كل من الدينين ينتج فائدة سعرها معادل لسعر الفائدة في الدين الآخر ، ففي هذا الفرض ، والدينان متساويان وسعر الفائدة متحد ، تتعادل منفعة كل من المدينين بانقطاع الفوائد ، ولا يكسب أحدهما بانقطاعها أكثر مما يكسب الآخر . أما إذا كان أحد الدينين ينتج فائدة سعرها أكبر من سعر الفائدة التي ينتجها الدين الآخر ، أو كان أحد الدينين ينتج فائدة والدين الآخر لا ينتج فائدة ما ، فإن انقطاع الفوائد يفيد المدين الذي ينتج ديناً فائدة ، أو ينتج فائدة أكبر ، أكثر مما يفيد المدين الآخر .

ويترتب على انقضاء الدينين أيضاً أن التأمينات التي كانت تكفل أياً منهما تنقضي معه . فلو كان أحد الدينين مكفولاً بكفيل شخصي أو بكفيل عيني أو برهن أو استيلاء أو اختصاص أو بغير ذلك من التأمينات الشخصية أو العينية ، فإن هذه التأمينات تزول بمجرد انقضاء الدين المكفول . ولكن يجب التأشير على هامش القيد بزوال التأمين ، حتى يكون زواله سارياً في حق الغير (١) . ومن أجل ذلك يجوز للكفيل الشخصي أن يتمسك بالمقاصة الواقعة بين المدين المكفول ودائته ، لأن هذه المقاصة تنقضي الدين المكفول فتنتفي الكفالة بانقضائه (٢) . وهذا صحيح حتى لو كان الكفيل الشخصي متضامناً مع المدين ، فإن تضامن الكفيل مع المدين لا يخرج عنه أن يكون كفيلاً التزامه

(١) انظر الفقرة الأخيرة من المادة ٣٣٣ من تقنين الموجبات والمقود البناني .

(٢) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والمقود البناني - وكذلك يجوز للكفيل العيني

أن يتمسك بالمقاصة الواقعة بين المدين ودائته ، إذ المقاصة تنقضي الدين المكفول ، فينقضي الرهن الواقع على مال الكفيل العيني .

تابع لالتزام المدين الأصلي فتنقضي الالتزام الأصلي انقضى التزام الكفيل (١). أما المدين الأصلي فليس له أن يطلب المقاصة بما في ذمة الدائن للكفيل (٢)، لأنه هو المدين وليس له أن يني دينه من مال الكفيل . ولكن يجوز للكفيل ، إذا رجع عليه الدائن ، أن يدفع بالمقاصة بين الدين المكفول ودين له في ذمة الدائن (٣)، وله بعد ذلك أن يرجع على المدين الأصلي بما وفاه من دينه على هذا النحو (٤). أما المدين المتضامن فقد رأينا ، عند الكلام في التضامن ، أنه يستطيع أن يدفع بالمقاصة الواقعة بين الدائن ومدين متضامن آخر ، ولكن بقدر حصة هذا المدين (٥).

هذا كله إذا كان الدينان المتقابلان متساويين . فإذا كانا غير متساويين ، ونفرض أن أحدهما ألف ينتج فوائد بسعر ٥ ٪ وله تأمينات تكفله والدين الآخر خمسمائة لا تنتج فوائد وليس لها تأمينات ، فإن المقاصة تقضي الدينين بقدر الأقل منهما ، أي بقدر خمسمائة . فينقضي الدين الآخر كله ، وينقضي الدين

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٥ .

(٢) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والعقود البناني — وانظر آنفا فقرة ٥٣٣ .

(٣) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والعقود البناني — وتكون المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا ينقضي الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة (انظر آنفا فقرة ٥٣٣ في الهامش) .

(٤) أما التقنين المدني العراقي فتقضى المادة ٤١٢ منه ، على النقيض من ذلك ، بما يأتي : « إذا كان لكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به ، فالدينان يلتقيان قصاصاً من غير رضاهما » . فالمقاصة في التقنين العراقي قانونية لا اختيارية (انظر آنفا فقرة ٥٤١ في الهامش) .

(٥) قارن المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والعقود البناني وهي لا تجيز للمدين المتضامن أن يحتج بالمقاصة أصلاً ولو بقدر حصة المدين المتضامن الذي وقعت معه المقاصة ، وقارن أيضاً المادة ٣/١٢٩٤ من التقنين المدني الفرنسي وهي في معنى التقنين البناني .

ونستدرك هنا خطأ في شأن التقنين البناني ورد في مناسبة المادة ٣٧ من هذا التقنين (انظر آنفا ص ٣١٥ في الهامش) . فقد قلنا هناك إن التقنين البناني يجعل لكل مدين متضامن الحق في إسقاط الدين كله بالمقاصة . والصحيح أنه لا يستطيع ذلك إلا إذا وقعت المقاصة معه هو ورجع عليه الدائن فتمسك بها ، وفي هذا يتفق التقنين البناني مع سائر التقنينات العربية ومع التقنين الفرنسي . أما إذا تمسك المدين المتضامن بمقاصة وقعت مع مدين متضامن آخر دون أن يتمسك هذا المدين الآخر بها ، فإن هذا التمسك لا يفيد التمسك أصلاً ولا يستطيع هذا أن يستنزل من الدين حتى حصة المدين الذي وقعت معه المقاصة . وفي هذا يتفق التقنين البناني مع التقنين الفرنسي ، ويخالف التقنينات العربية الأخرى .

الأول بقدر خمسمائة ، فيبقى منه خمسمائة تستمر في إنتاج الفوائد بسعر ٥ ٪ . وتستمر مكفولة بالتأمينات التي كانت تكفل الدين كله . وهنا نرى أن صاحب الدين الأول قد استوفى بحكم المقاصة جزءاً من دينه ، فهو قد أجبر على الاستيفاء الجزئي . ولكن ليس له أن يشكو من ذلك ، فإنه لو استوفى حقه كاملاً وهو ألف ، لوجب عليه أن يؤدي منه في الحال خمسمائة للطرف الآخر ، فلا يبقى له إلا خمسمائة . وهذا هو عين المبلغ الباقي له في ذمة الطرف الآخر بعد إعمال المقاصة ، وله أن يستوفيه فوراً (١) .

٥٥١ - انقضاء الدينين منذ الوقت الذي يصحجه فيه صاحبه

للمقاصة : قدمنا أن المقاصة تقع من وقت تلاقى الدينين المتقابلين صاحبين للمقاصة ، أي متوافرة فيهما شروطها . فهي لا يتأخر وقوعها إلى وقت التمسك بها ، بل هي مقاصة قانونية تقع بحكم القانون ، ولو بدون علم صاحب الشأن ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) .

فالمقاصة إذن تقع منذ تلاقى الدينين المتقابلين متوافرة فيهما شروطها (٣) . فإذا كان أحد الدينين أو كلاهما محلاً للنزاع أو غير معلوم المقدار ، وقعت المقاصة من وقت حسم النزاع أو من وقت تحديد مقدار الدين . وإذا كان أحد الدينين

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ ص ٢٠٥ — ويلاحظ أنه إذا كان أحد الدينين المطلوب القصاص فيهما دون نصاب الاستئناف والدين الآخر يبلغ النصاب ، جاز رفع استئناف عن الحكم الصادر في الدين الأول بالرغم من أنه لم يبلغ النصاب ، لأن الحكم تناول الدين الآخر وهو يبلغه (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠) .

(٢) وحتى المقاصة التي تقع باعلان عن الإرادة ، كما هو الأمر في التقنيات الجرمانية ، فإنها تستند إلى وقت تلاقى الدينين كما قدمنا .

(٣) وإذا رما المزداد على الدائن المرتهن للمقار ، وكان مقدماً على سائر الدائنين ، فوقعت المقاصة بين الثمن الذي في ذمته الراسي به المزداد والحق الذي له المكفول بالرهن ، فإن المقاصة تقع وقت النطق بحكم مرسى المزداد ، ففي هذا الوقت يثبت الثمن ديناً حالاً في ذمة الدائن المرتهن ، فيتلاقى الدينان متوافرة فيهما شروط المقاصة . ومن ثم لا يكون الدائن المرتهن في حاجة إلى أن يارج اسمه في قائمة التوزيع بعد أن انقضى حقه بالمقاصة ، ويستطيع أن يتسلك بالمقاصة عن طريق المعارضة في قائمة التوزيع النهائي (استئناف مختلط ١٣ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣١) .

أو كلاهما مؤجلا ، وقعت المقاصة من وقت حلول الأجل . وقس على ذلك سائر الشروط . وينقضى الدينان بقدر الأقل منهما بمجرد وقوع المقاصة ، ويكون للمقاصة نفس الأثر الذى للوفاء فى انقضاء كل من الدينين .

ونبقى المقاصة واقعة والدينان منقضين ، حتى لو تخلفت الشروط أو بعضها بعد ذلك عند التمسك بالمقاصة . وقد أوردت المادة ٣٦٦ مدنى مثلاً على ذلك ، فنصت على أنه : إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ، ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة . والنص يفترض أن هناك دينين متقابلين تلاقيا ، متوافرة فيهما شروط المقاصة ، قبل أن تمضى عليهما بطبيعة الحال مدة التقادم . وعند التمسك بالمقاصة كانت مدة التقادم قد انقضت بالنسبة إلى أحد الدينين . ولما كانت العبرة فى وقوع المقاصة بالوقت الذى تلاقى فيه الدينان صاحبين للمقاصة ، لا بوقت التمسك بالمقاصة ، فإن الدينين فى وقت تلاقيهما لم يكن قد مضت على أى منهما مدة التقادم ، ف وقعت المقاصة بينهما وانقضيا . ومن ثم يجوز التمسك بالمقاصة ، حتى لو كان وقت التمسك بها قد تقادم أحد الدينين وتمسك المدين بالتقادم ، لأن العبرة كما قلنا بوقت تلاقى الدينين لا بوقت التمسك بالمقاصة . وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (١) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٢٨ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التميدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٢ - وقد كان هذا هو الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق ، بالرغم من عدم احتمال هذا التقنين على نفس المائل لنص المادة ٣٦٦ فى التقنين المدنى الجديد ، وذلك لأن الحكم ليس إلا تطبيقاً للقاعدة العامة التى تقضى بأن المقاصة تقع من وقت تلاقى الدينين . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أحد الدينين قد استحق فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ والآخر فى آخر ديسمبر سنة ١٩٢٨ ، فإنه فى هذا الوقت الأخير لم يكن الدين الأول قد سقط الحق فى المطالبة به بمضى المدة ، فيتقابل الدينان فيه وتقع المقاصة بقدر أقلهما . ولا يمنع من حصول هذه المقاصة أن يكون قد طلبها صاحب الدين الأول بعد دعوى خصمه صاحب الدين الثانى عليه موما استطالت المدة ، لأن المقاصة تقع حتماً بدون طلب من ذوى الشأن ، فالتمسك بها بعد رفع دعوى الخصم إنما هو تمسك بأمر قد وقع فعلاً بقوة القانون (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٢١ ص ٥٠ - انظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٩) .

أما إذا كان قد مضى على كل من الدينين ، وقت التمسك بالمقاصة ، مدة التقادم ، فقد يرى الطرفان أنهما في غير حاجة إلى التمسك بالمقاصة ، لأن كلا منهما يستطيع أن يتمسك بالتقادم . ولكن لا يزال لهما حق التمسك بالمقاصة مادامت شروطها قد توافرت قبل انقضاء مدة التقادم ، والتمسك بالمقاصة خبر لهما من التمسك بالتقادم ، لأن التمسك بالتقادم يتخلف عنه التزام طبيعي لا يتخلف عن التمسك بالمقاصة (١) .

٥٥٢ - تعيين جهة الدفع في المقاصة : وقد يتلاقى دين صالح للمقاصة من جهة مع ديون متعددة متقابلة معه من جهة أخرى هي أيضاً صالحة للمقاصة ، بأن يكون في ذمة أحد المدينين للآخر مثلاً ألف ، وفي ذمة الآخر له دينان أحدهما ألف غير مكفولة والدين الآخر ألف مكفولة بتأمين عيني . وتتلاقى هذه الديون جميعاً ، فتقع المقاصة بين الدين الأول وأحد الدينين المقابلين له ، فأى هذين الدينين هو الذى تقع فيه المقاصة ؟ تجيب على ذلك العبارة الأخيرة من المادة ٣٦٥ مدنى بما يأتى : « ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء » . ومن ثم يجب تطبيق قواعد تعيين جهة الدفع (imputation des paiements) التى مرت بنا عند الكلام في الوفاء ، إذ المقاصة كما قدمنا ضرب من الوفاء (٢) .

على أنه يجب أن يستبعد من هذه القواعد ما يرجع التعيين فيه إلى إرادة المدين

(١) هذا وقد يتلاقى الدينان متوافرة فيهما شروط المقاصة ، ثم يطراً بعد ذلك على أحد الدينين ما يجعله ينقض بسبب آخر غير التقادم الذى نحن بصدد ، كأن يعمد أحد المدينين إلى تجديد دينه . ففي هذه الحالة إذا كان المدين قد جدد دينه وهو عالم بمجواز التمسك بالمقاصة ، كان هذا التجديد بمثابة نزول ضمنى من المقاصة يكون له حكم النزول وقد تقدم بيانه . أما إذا كان لا يعلم بوقوع المقاصة ، فإن التجديد يكون باطلاً ، لأن الدين المراد تجديده يكون قد انقضى بالمقاصة فلا يكون هناك محل للتجديد .

(٢) وتطبيقاً لهذه القواعد إذا تقابل دينان ، أحدهما خمسمائة مثلاً والآخر خمسمائة تضاف إليه مائة هي المصروفات والفوائد ، وقعت المقاصة في الدين الآخر في المصروفات والفوائد أولاً ثم في رأس المال . فينقضى الدين الأول كله . وينقضى من الدين الآخر المصروفات والفوائد أولاً وهي المائة ، ثم أربعمائة من رأس المال ، وتبقى مائة من رأس المال .

أو إلى إرادة الدائن ، فالمقاصة وفاء إجباري يقع لا بإرادة المدين ولا بإرادة الدائن (١) . ويبقى من هذه القواعد ما يرجع التعيين فيه إلى حكم القانون . وفي المثل المتقدم أحد الدينين غير مكفول والدين الآخر مكفول بتأمين هينى ، فهذا الدين الآخر - وهو الدين الأشد كلفة على المدين (م ٣٤٥ مدنى) - هو الذى تقع فيه المقاصة (٢) .

وغنى عن البيان أننا نفترض فى المثل المتقدم أن الدينين المقابلين فى جهةٍ وجداً أولاً - متعاقبين أو متعاصرين - ثم وجد الدين المقابل فى الجهة الأخرى . أما إذا وجد أحد الدينين أولاً ثم وجد الدين المقابل ، أو وجد الدين المقابل أولاً ثم وجد أحد الدينين ، فقد تلاقى عند ذلك دينان متقابلان وانقضى بالمقاصة . فإذا وجد الدين الآخر بعد ذلك لم يكن الدين الذى ينقضى بالمقاصة ، حتى لو كان هو الدين المكفول . فلا بد إذن من أن يكون الدينان المتقابلان من جهة قائمين معاً وقت تلاقيهما مع الدين المقابل من جهة أخرى ، حتى يكون هناك محل لتطبيق القواعد المتعلقة بتعيين جهة الدفع . أما إذا كان أحد الدينين المقابلين هو الذى كان قائماً وحده ، فإنه هو الدين الذى ينقضى بالمقاصة سواء كان هو الدين المكفول أو الدين غير المكفول (٣) .

(١) ولما كانت المقاصة من القوانين الإجرامية تتم بإعلان عن الإرادة كما قدمنا ، فهنا يتسع المجال لمن أعلن عن إرادته فى إيقاع المقاصة أن يعين أياً من الديون المتعددة يريد إيقاع المقاصة فيه . وقد نسبت المادة ٣٩٦ من التقنين المدنى الألمانى فى هذا المعنى على ما يأتى : « إذا كان أحد الطرفين له حقوق متعددة تسلم كلها للمقاصة ، فللطرف الذى يوقع المقاصة أن يعين أياً من هذه الحقوق يريد أن تقع فيه . فإذا وقعت المقاصة دون هذا التعيين ، أو حصل التعيين ولكن للطرف الآخر اعترض عليه دون إبطاء ، وجب تطبيق أحكام النقرة الثانية من المادة ٣٦٦ » . (أنظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ٣٩٦ فقرة ١ - فقرة ٣) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٢ - وأنظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ ص ٢٠٦ .

(٣) ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٥٥ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ ص ٢٠٦ - ويترتب على ذلك أنه إذا قام دين من جهة ، ثم قام دينان متعاصران (أى فى وقت واحد) متقابلان له من جهة أخرى ، فإن هذين الدينين يكونان قائمين معاً وقت تلاقيهما مع الدين المقابل ، ويكون هناك محل لتطبيق القواعد المتعلقة بتعيين جهة الدفع ، فينقضى الدين المكفول ويبقى الدين غير المكفول .

٢٤ — أثر المقاصة بالنسبة إلى الغير

٥٥٣ — **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٦٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

- « ١ — لا يجوز أن تقع المقاصة لإضراراً بحقوق كسبها الغير .
« ٢ — فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة لإضراراً بالحاجز .

وتنص المادة ٣٦٨ على ما يأتي :

- « ١ — إذا حول الدائن حقه للغير ، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل .
« ٢ — أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٦٧ : ورد هذا النص في المادة ٥٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٤ - ٢٨٥) .

م ٣٦٨ : ورد هذا النص في المادة ٥٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من النص في المشروع التمهيدى كانت تنتهى بالعبارة الآتية : « إلا إذا كان الحق الذي يريد انتفاضة به ثبت في ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٣٨١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة السالفة الذكر ، لأنه بعد إعلان الحوالة ينتقل الحق من المحيل إلى المحال له ، فإذا ثبت في ذمة المحيل للمدين دين بعد ذلك ، لم يكن هناك محل للمقاصة ، ففي القواعد العامة ما ينفي عن هذه العبارة . وأصبحت المادة رقمها ٣٦٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٥ و ص ٢٨٧ - ص ٢٨٨) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق للمادتين ٢٦١/١٩٧ و ١٩٩/٢٦٢ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٦٥ - ٣٦٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٥٤ - ٣٥٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤١٥ و ٤١٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٣٥ (٢) .

وبمخلص من هذه النصوص أن المبدأ العام هو عدم جواز وقوع المقاصة لإضراراً بحقوق كسبها الغير (٣) . وقد أورد التقنين المدني تطبيقين هامين لهذا

(١) التقنين المدني السابق م ٢٦١/١٩٧ : إذا أحال الدائن آخر بدين وقعت فيه المقاصة ، وقبل المدين الحوالة ، فلا يصح له بعد ذلك التمسك بالمقاصة على المحتال ، إنما له أن يطالب المحيل بدينه .

م ٢٦٢/١٩٩ : وضع الحجز على ما في ذمة المدين يمنع المدين المذكور من طلب المقاصة التي تحدث بعد الحجز . (وأحكام التقنين المدني السابق متفقة مع أحكام التقنين المدني الجديد) .
(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٦٥ - ٣٦٦ (مطابقتان للمادتين ٣٦٧ - ٣٦٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٥٤ - ٣٥٥ (مطابقتان للمادتين ٣٦٧ - ٣٦٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤١٥ (مطابقة للمادة ٣٦٧ من التقنين المدني المصري) .

م ٤١٧ : (مطابقة للمادة ٣٦٨ من التقنين المدني المصري مع إضافة عبارة « إلا إذا كان الحق الذي يريد المقاصة به ثبت في ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة » التي كان يتضمنها المشروع التمهيدى للتقنين المصري — والحكم في التقنين العراقي متفق مع الحكم في التقنين المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فترة ٣٦١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٣٥ : إن المقاصة لا تؤثر في حقوق شخص ثالث مكتسبة من قبل .

(وقد اقتصر التقنين اللبناني على إيراد المبدأ دون النص على تطبيقاته . ولكن هذه التطبيقات بعمل بها في لبنان لأنها مستمدة من هذا المبدأ) .

(٣) وقد سبق أن بينا أن المادة ٣٦٩ مدني تقرر مبدأ مكرراً لهذا المبدأ ، هو أن النزول عن المقاصة لا يجوز أن يضر بالغير ، فإذا وفي المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك بإضرار بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه (أنظر آنفاً فقرة ٥٤٧) . فلا يجوز إذن الأضرار بحقوق كسبها الغير ، لا من طريق التمسك بالمقاصة ، ولا من طريق النزول عنها .

المبدأ : (أولها) توقيع الحجز التحفظى على أحد الدينين المتقابلين . (والثانى) حوالة أحد الدينين المتقابلين وقبول المدين للحوالة دون تحفظ .

٥٥٤ - توقيع الحجز التحفظى على أحد الدينين المتقابلين : إذا تلاقى

دينان متقابلان صالحان للمقاصة ، ف وقعت المقاصة بينهما ، فلا يحول دون ذلك أن يوقع حجز تحفظى على أحد هذين الدينين أو على كليهما ، حتى قبل التمسك بالمقاصة ، مادام الدينان قد توافرت فيهما شروط المقاصة قبل توقيع الحجز التحفظى . فالعبرة كما قلنا بوقت تلاقى الدينين صالحين للمقاصة ، لا بوقت التمسك بالمقاصة .

أما إذا وقع الحجز التحفظى على دين قبل نشوء دين مقابل صالح للمقاصة به (١) ، فإن الدين المحجوز عليه يصبح غير قابل للمقاصة حماية لحق الدائن الحاجز . ونشوء دين مقابل لهذا الدين صالح للمقاصة بعد توقيع الحجز التحفظى على الدين لا يغير من عدم قابليته للمقاصة بعد أن تعلق به حق الغير ، إذ المقاصة لا تقع لإضراراً بحقوق كسبها الغير .

فلو أن شخصاً فى ذمته دين لشخص آخر ، ووقع حجز تحفظى على هذا الدين من دائن للدائن ، ثم نشأ بعد ذلك دين للمدين فى ذمة الدائن صالح للمقاصة بالدين الأول ، فلا تقع المقاصة بالرغم من ذلك . ذلك أن وقوعها لإضراراً بحق الدائن الحاجز ، وهو من الغير فى المقاصة . وكما أن المدين الذى وقع تحت يده الحجز لا يستطيع أن يوفى الدين المحجوز عليه للدائن بعد توقيع الحجز ، كذلك هو لا يستطيع أن يوفيه بعد توقيع الحجز بحق له فى ذمة الدائن عن طريق المقاصة .

على أنه يجوز للمدين الذى وقع الحجز تحت يده ، فامتنعت عليه المقاصة ،

(١) ويستوى أن ينشأ الدين المقابل بعد توقيع الحجز أو قبله ، مادام لم يصلح للمقاصة إلا بعد توقيع الحجز (المذكرة الإيضاحية لمشروع التبيين فى مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٨٦ — استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ م ص ١٠٢ — وأذهر أيضاً المسادة ٣٩٢ من التقنين المدنى الألمانى وآثاره ليقفات حل التقنين المدنى الألمانى ١ م ٣٩٢ فقرة ١ — فقرة ٢) .

أن يوقع هو أيضاً حجزاً تحفظياً تحت يد نفسه ، فيشترك بذلك مع الدائن الحاجز الأول في اقتضاء حقه من الدين الذى فى ذمته ، ولكنه يشترك فى ذلك مع الدائن الحاجز الأول شركة الغرماء (١) .

٥٥٥ — هوالة أصد الربيعين المتقابلين وقبول المدين الحوالة دونه تحفظ :

والتطبيق الثانى الذى أورده التقنين المدنى للمبدأ القاضى بعدم جواز وقوع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير ، هو حالة ما إذا وقعت حوالة لأحد الدينين المتقابلين ، فتعلق بهذا الدين حق الغير وهو المحال له (٢) . وهنا يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن تكون الحوالة قد سرت فى حق المدين بقبوله لها . فإذا قبل المدين الحوالة مع وجود حق له فى ذمة المحيل كان يستطيع أن يقاوم به الدين موضوع الحوالة ، وكان قبوله للحوالة دون تحفظ ، فقد تعلق بالدين المحال به حق المحال له ، ولا يجوز بعد ذلك أن تقع المقاصة إضراراً بهذا الحق . ويستوى فى ذلك أن يكون المدين المحال عليه عالماً وقت قبوله الحوالة بالحق الذى له فى ذمة المحيل وبإمكان المقاصة به أو غير عالم بذلك (٣) . فان كان عالماً ،

(١) استئناف . مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٠ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويعرض أول هذين التطبيقين عند توقيع حجز تحت يد المدين ، فإذا ترتب لهذا لمدين دين فى ذمة دائئه المحجوز على ماله ، بعد توقيع ذاك الحجز ، امتنع عليه التمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز . ومزى هذا أن الدين المحجوز لا يجوز القصاص فيه ، شأنه من هذا الوجه شأن الدين غير القابل للحجز . ولا يشترط فى هذه الحالة أن يترتب دين المدين فى ذمة دائئه بعد الحجز ، بل تمتنع المقاصة كذلك ولو كان هذا الدين قد نشأ من قبل ما دامت شروطها لم تتوافر عند توقيعه : قارن المادة ٣٩٢ من التقنين الألمانى . ويراعى أخيراً أن للدائن الذى تمتنع عليه المقاصة فى هذه الحالة أن يحجز تحت يد نفسه ، فيتيسر له بذلك أن يشترك مع الحاجز الأول فى اقتسام الدين المحجوز عند التوزيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٦) .

(٢) استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ .

(٣) ومع ذلك يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ، ولو كان قد قبل الحوالة أو كان محجوزاً تحت يده قبل نشوء حقه ، إذا كان هذا الحق الذى يقاوم دينه به نشأ من نفس المصدر الذى نشأ منه الدين وكان من شأنه أن يحدده . ففى عقد البيع إذا كان البائع مديناً بفهمان عيب ودائناً

وقبل مع ذلك الحوالة دون تحفظ ، بل ذلك منه على أنه قد نزل عن المقاصة بعد ثبوت حقه فيها ، وهذا جائز كما قدمنا . وفي هذه الحالة لا يجوز له التمسك بالمقاصة ضد المحال له بعد أن نزل عنها . ويعود له بطبيعة الحال حقه نحو المحيل الذى كان قد انقضى بالمقاصة قبل النزول عنها ، إلا أن التأمينات التى كانت تكفل هذا الحق لا تعود ، قياساً على الحكم الوارد فى المادة ٣٦٩ مدنى السابق ذكرها ، وهى تقضى بعدم جواز عودة التأمينات لإضراراً بحقوق الغير بعد النزول عن المقاصة . أما إذا كان المدين وقت قبوله للحوالة دون تحفظ غير عالم بالحق الذى له فى ذمة المحيل ، فإن المقاصة مع ذلك تمتنع أيضاً ، لأنه قبل الحوالة دون تحفظ ، فتعلق حق الغير بالمدين ، والمقاصة لاتنع لإضراراً بحق كسبه الغير كما قدمنا . ولكن يعود للمدين ، مع حقه نحو المحيل الذى عاد له ، التأمينات التى كانت تكفل هذا الحق ، لأن المدين لا يعتبر متنازلاً عن مقاصة كان لا يعلم بوقوعها ، وهذا كله قياساً أيضاً على المادة ٣٦٩ مدنى السالفة الذكر وهى تجيز عودة التأمينات إذا كان المدين يجهل وجود الحق الذى كان يصح أن يقاص به دينه .

(والفرض الثانى) أن تكون الحوالة قد سرت فى حق المدين باعلانها له لا بقبوله إياها . وفى هذا الفرض لم يكن فى استطاعة المدين تلافى الإضرار بالغير ، كما كان يستطيع فى الفرض الأول الذى قبل فيه الحوالة دون تحفظ . فقد كان يستطيع فى الفرض الأول ، إذا كان عالماً بوجود الحق ، أن ينبه المحال له إلى وقوع المقاصة ولا يقبل الحوالة . وإذا لم يكن عالماً بوجود الحق ، فإن قبوله للحوالة دون تحفظ من شأنه أن يوهم المحال له أن الحوالة وقعت على محل قابل له ، فوجب أن يتحمل تبعه القبول الصادر منه دون تحفظ (١) . أما فى الفرض الثانى الذى نحن بصددده ، وهو لم يصدر منه قبول للحوالة بل أعلن بها ، فلا ذنب له ،

= بالتمن ، ووقعت المقاصة بين الدينين ، ولكن البائع حول التمن إلى أجنبى وقبل المشتري الحوالة ، أو وقع دائن للبائع حيزاً على التمن تحت يد المشتري قبل وقوع المقاصة ، فتقبل المشتري للحوالة أو توقيع الحيز التحفظى تحت يده لا يمنعه من التمسك بالمقاصة بين التمن وضمان العيب (استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٥ - ٧ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٧) .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٣ ص ٣٦٩ .

إذ هو لم يقبل الحوالة فيجبر قبوله المحال له إلى الوهم الذى وقع فيه فى الفرض الأول . ومن ثم وجب إعمال المقاصة بين الدينين بعد أن تلاقيا صاحلين لها قبل صدور الحوالة ، وتكون الحوالة واردة على حق انتضى بالمقاصة ، فتقع باطلة . وبسطيع المدين إذن أن يحتج بالمقاصة على المحال له فى هذا الفرض ، ولا يمنعه من ذلك إلا أن يكون الحق الذى يقاص به ديناً قد ثبت بعد إعلان الحوالة له ، فى هذه الحالة لاتقع المقاصة لأن الدين المحال به لم يتلاق مع الدين المقابل ، بل انتقل إلى المحال له قبل ذلك ، فأصبح غير صالح للمقاصة (١) .

الفرع الثانى

المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

٥٥٦ — سكوت التقنين المبنى على المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية:

والتقنين المدنى ، عندما عرض للمقاصة ، لم يقصد إلا المقاصة القانونية التى سبق أن بسطنا أحكامها . أما المقاصة الاختيارية (٢) ، وأما المقاصة القضائية ،

(١) أنظر تاريخ المادة ٣٦٨ مدنى آنفاً فقرة ٥٥٣ فى الهامش — وأنظر ديرانتون ١٢ نقرة ٤٣٤ — فقرة ٤٣٦ — ماركاديه ٤ فقرة ٨٤٢ — ديموارب ٢٨ فقرة ٥٧٥ — فقرة ٥٧٩ — لوران ١٨ فقرة ٤٦٧ — هيك ٨ فقرة ١٦٥ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٨ ص ٣٤٧ — برودى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٥ — فقرة ١٨٨٠ .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما التطبيق الثانى فيتحقق إذا تحول الدين حقاً للغير وقبل المدين هذه الحوالة دون تحفظ . فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالخارج له ، ولو كان له أن يتمسك بها من قبل . ولا يمكن لمن يفوت عليه التمسك بالمقاصة على هذا الوجه إلا أن يرجع بدئته على المحيل ، دون أن يكون له أن يتمسك بالتأمينات التى أدرجت لضمان الرضاء بهذا الدين إضراراً بالغير . ولكن إذا كان المدين قد أعلن بالحوالة دون أن يقبلها ، فلا يحول هذا الإعلان بينه وبين التمسك بالمقاصة . وغنى عن البيان أنه لا يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة بين دين وجب له فى ذمة دائته وبين الدين المحال به ، إذا كان دينه هو قد ترتب بعد إعلان الحوالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٦) .

(٢) ورد فى التقنين المدنى المراقى نص فى المقاصة الاختيارية ، هو نص المادة ٤٠٩ من هذا التقنين (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٢ فى الهامش) . ولم يرد له نظير ، لا فى التقنين المدنى المصرى ، ولا فى التقنينات المدنية العربية الأخرى .

فقد سكت عنهما ، وترك أحكامهما تسرى عليها القواعد العامة ، وبخاصة قواعد قانون المرافعات فيما يختص بالمقاصة القضائية .

وسنورد في إيجاز أحكام كل من هذين العنصرين من المقاصة ، مستمدين إياها من القواعد العامة .

المبحث الأول

المقاصة الاختيارية

(Compensation facultative ou conventionnelle)

٥٥٧ - الأموال التي تجري فيها المقاصة الاختيارية : قد يوجد دينان ولكن لا تتوافر فيهما كل شروط المقاصة القانونية التي أوردناها .

فقد لا يكون هناك تقابل ما بين الدينين ، بأن يكون أحد الدينين في ذمة الدائن للكفيل والدين الآخر في ذمة المدين للدائن ، وقد علمنا أن المقاصة القانونية لا تقع في دين للكفيل في ذمة الدائن . وقد يكون الدين في ذمة المدين للدائن والدين الآخر في ذمة الدائن لأجنبي ، فلا تقع المقاصة القانونية ما بين الدينين لأنهما غير متقابلين .

وقد لا يكون هناك تماثل في المحل ما بين الدينين ، فقد يكون محل أحد الدينين مقداراً معيناً من القطن ويكون محل الدين الآخر نقوداً أو مقداراً معيناً من القمح ، فلا تجري المقاصة القانونية ما بين الدينين لعدم التماثل في المحل .

وقد يكون أحد الدينين غير صالح للمطالبة به قضاءً بأن يكون التزاماً طبيعياً يقابله التزام مدني ، فلا تجري المقاصة القانونية ما بين هذين الالتزامين .

وقد يكون أحد الدينين غير خال من النزاع أو غير معلوم المقدار ، فتمتنع المقاصة القانونية ما بين الدينين .

وقد يكون أحد الدينين غير مستحق الأداء بأن كان مضافاً إلى أجل ، فلا تجرى المقاصة القانونية بينه وبين دين مقابل مستحق الأداء .

وقد يكون أحد الدينين غير قابل للحجز كدين النفقة ، فتمتنع المقاصة القانونية بينه وبين دين مقابل قابل للحجز .

وقد يكون أحد الدينين مما لا تجرى فيه المقاصة القانونية استثناء ، كأن يكون شيئاً نزع دون حق من مالكة أو شيئاً مودعاً أو معاراً .

وقد استعرضنا فيما قدمناه الأسباب المختلفة التي تمنع من وقوع المقاصة القانونية ، سواء كان ذلك يرجع لاختلال شرط من شروط هذه المقاصة أو يرجع لعدم صلاحية الدين نفسه للمقاصة لاعتبار خاص فيه .

وهذه الأسباب المختلفة ترجع إلى رعاية مصلحة أحد الطرفين أو إلى رعاية مصلحتهما معاً ، لأن المقاصة القانونية إنما شرعت لمصلحة خاصة ، فهي ليست من النظام العام كما قدمنا .

فاذا تبين أن سبباً منها يرجع إلى رعاية مصلحة أحد الطرفين ، ونزل هذا الطرف عن حقه ، فيكفي أن يعلن إرادته في إجراء المقاصة حتى تجرى ، ولكنها تجرى مقاصة اختيارية لا مقاصة قانونية . وإذا تبين أن السبب يرجع إلى رعاية مصلحة كل من الطرفين ، فلا بد أن يتفق كلاهما على إجراء المقاصة ، ولا يكفي رضا أحدهما ، فاذا اتفقا أجريت المقاصة اختيارية لا قانونية (١) .

ولنستعرض الآن مرة أخرى الأحوال التي قدمناها ، لنرى كيف تتم المقاصة الاختيارية في كل منها ، أتم بارادة أحد الطرفين أم لاتتم إلا باتفاقهما .

فأما إذا لم يوجد تقابل بين الدينين ، كأن يكون أحد الدينين في ذمة الدائن للكفيل أو في ذمة الدائن لأجنبي ، فانه إذا لم يجز للمدين أن يتمسك بالمقاصة

(١) على أن للمقاصة الاختيارية حدوداً لا تتخطاها إرادة الطرفين ، وهذه هي منطقة النظام العام . فهي لا تجوز بعد شهر الإفلاس ، بل ولا في المدة المشتبه فيها . كذلك لا يجوز أن يجبرها رب العمل في الديون التي له على العمال يقاس بها مرتباتهم وأجورهم (بلانيول وريبير ورموان ٧ فقرة ١٢٩٤) .

بين الدين الذى فى ذمته للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن للكفيل ، فان الكفيل له أن يتمسك بالمقاصة بين الدين المكفول والدين الذى له فى ذمة الدائن ، وبذلك تتم مقاصة اختيارية مابين الدينين أجراها الكفيل بارادته وحده ، وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحته فنزل عن هذه المصلحة (١) . كذلك إذا لم يجز للمدين أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذى فى ذمته للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن للأجنبي ، فان الأجنبي يستطيع بارادته وحده أن يجرى مقاصة اختيارية بين الدين الذى فى ذمة الدين للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن له ، وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحته فنزل عن هذه المصلحة (٢) .

وإذا لم يوجد تماثل فى المحل مابين الدينين ، كأن يكون محل أحدهما قطعاً ومحل الآخر قمحاً أو نقوداً ، كان من الممكن إجراء المقاصة الاختيارية ، بأن يتفق الطرفان معاً على إجراء هذه المقاصة مابين الدينين وإن لم يتماثل المحل فيهما . وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحة كل من الطرفين ، فنزلا عن هذه المصلحة باتفاقهما (٣) .

وإذا كان أحد الدينين غير صالح للمطالبة به قضاء ، كالالتزام الطبيعى ، جاز للملتزم بارادته وحده أن يجرى المقاصة الاختيارية بين هذا الالتزام الطبيعى الذى عليه لدائته والتزام مدنى فى ذمة دائته له . ذلك أن المقاصة القانونية إنما امتنعت رعاية لمصلحته وحده ، وقد نزل عن هذه المصلحة .

وإذا كان أحد الدينين غير خال من النزاع ، أمكن المدين فى هذا الدين

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٣٣ فى الهامش وفترة ٥٥٠ .

(٢) بل يستطيع الأجنبي أن يحول حقه قبل الدائن إلى المدين ، ويكن إعلان الدائن لتسكون الحوالة نافذة فى حقه . فاذا تمت الحوالة أصبح المدين دائناً لدائته ، فوقعت المقاصة القانونية بين الدينين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٥ ص ٢٢٥) — أنظر فى ذلك : لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ١٨ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٦ — فقرة ٧٧ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٥ — عكس ذلك : ديرانتون ١٢ فقرة ١٧ — لوران ١٨ فقرة ١٢٠ . وكذلك يستطيع الأجنبي أن يقبل حوالة الدين الذى فى المدين إلى ذمته ، برضاء الدائن أو بإقراره وفقاً للقواعد المقررة فى حوالة الدين ، فيصبح مديناً للدائن ودائناً له ، فتقع المقاصة (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٣ فى الهامش) .

(٣) أنظر تطبيقاً تشريعياً فى التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ٢/١٢٩١ من هذا التقنين . وأنظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٣ .

أن ينزل عن المنازعة فيه ، فيجربى بارادته وحده المقاصة الاختيارية بين الدينين .
كذلك إذا كان أحد الدينين غير معلوم المقدار ، أمكن الطرفين معاً أن يحددا
مقداره ، وأن يجربيا المقاصة الاختيارية بين الدينين باتفاقهما .

وإذا كان أحد الدينين مضافاً إلى أجل والدين الآخر مستحق الأداء ،
فمن كان الأجل في مصلحته له أن ينزل عنه . فان كان هو المدين أو كان هو
الدائن ، أجرى المقاصة الاختيارية بارادته وحده . وإن كان الأجل لمصلحة
الطرفين معاً ، أجريت المقاصة الاختيارية باتفاقهما .

وإذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز ، كأن كان على الدائن بالنفقة دين
في ذمته لمدينه ، جاز لهذا الدائن أن يجربى المقاصة الاختيارية بارادته وحده
بين دين النفقة الذى له و" - الذى في ذمته .

وإذا كان أحد الدينين مما لا تجرى فيه المقاصة القانونية ، كأن كان شيئاً زرع
دون حق من مالكة أو كان شيئاً مودعاً أو معاراً ، جاز لمن زرع منه ملكه
أو للمودع أو للمعير أن يجربى المقاصة الاختيارية بارادته وحده بين الدينين .

ونرى من ذلك أن المقاصة الاختيارية يمكن إجرائها حيث يقوم مانع من
وقوع المقاصة القانونية ، ويكون هذا المانع قد روعيت فيه مصلحة أحد
الطرفين أو كليهما . فينزل من روعيت مصلحته عن هذه المصلحة ، فيتم إجراء
المقاصة الاختيارية بارادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معاً بحسب الأحوال (١).

٥٥٨ - الآثار التى تنترتب على المقاصة الاختيارية : رأينا أن

المقاصة القانونية تقع بمجرد تلاقى الدينين . بل إن المقاصة التى تتم بإعلان عن
الإرادة ، فى القوانين الجرمانية ، تقضى الدينين من وقت تلاقيهما بأثر رجعى .
وهذا بخلاف المقاصة الاختيارية ، فانها لا تنتج أثرها إلا من وقت إعلان
صاحب المصلحة إرادته فى إجرائها . فلا تستند إلى الماضى ، ولا ينقضى الدينان
من وقت تلاقيهما ، بل من وقت إعلان الإرادة فى إجرائها ، إرادة أحد

الطرفين أو إرادة كل منهما بحسب الأحوال (١).

وتقضى المقاصة الاختيارية الدينين معاً كما تقضيها المقاصة القانونية ،
فتنقطع الفوائد ، وتزول التأمينات . ولا يجوز الرجوع في المقاصة الاختيارية ،
ولو كانت قد تمت بإرادة أحد الطرفين ، إلا باتفاقهما معاً . وإذا اتفق الطرفان
على الرجوع فيها ، لم يضار الغير بذلك ، فلا تعود التأمينات التي تكون
قد زالت ، توقفاً للإضرار بحقوق الغير (٢).

ولا يجوز أن تتضمن المقاصة الاختيارية وفاء جزئياً يجبر عليه الدائر .
فلا يجوز إجراء مقاصة اختيارية بين دينين غير متساويين ، إلا برضاء الدائن
بالدين الأكبر ، وقد قدمنا أن الوفاء الجزئي لا يجوز إلا برضاء الدائن (٣).

المبحث الثاني

المقاصة القضائية

(Compensation judiciaire ou reconventionnelle)

٥٥٩ - الأموال التي تجري فيها المقاصة القضائية : تجري المقاصة

القضائية أمام القضاء بدعوى عارضة من المدعى عليه كما سئرى . ولا بد أن

(١) نقض مدني ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٧ ص ١٤٤ - ديمولومب
٢٨ فقرة ٦٧١ - فقرة ٦٧٣ - لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ١٦ - لوران ١٨ فقرة
٤٦٩ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٨٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٥ .
وإذا وقع نزاع في صحة إجراء المقاصة الاختيارية ، حكم القاضي النزاع . ولكن لا تنقلب
المقاصة الاختيارية بذلك إلى مقاصة قضائية ، فإن القاضي لا يملك في المقاصة الاختيارية سلطة
تقديرية ، بل يتعين عليه أن يقضى بوفوعها إذا كانت شروطها متوافرة . وهو يملك هذه السلطة
التقديرية في المقاصة القضائية ، كما سئرى . وإذا رفع الدائن على المدين دعوى الدين ، وأراد
المدين إجراء المقاصة الاختيارية ، لم يكن في حاجة إلى رفع دعوى فرعية كما هو الأمر في المقاصة
القضائية على ماسئرى ، بل يكفي أن يقدم إلى المحكمة طلباً بذلك (بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٨٦) .

(٢) بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٨٦ ص ٢٢٦ .

(٣) ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٦٤ - هيك ٨ فقرة ١٧٢ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٨٤ -

عكس ذلك لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ١٤ .

تكون في دينين متقابلين (١) تمتنع فيهما على المدعى عليه المقاصة القانونية ، وتتعذر المقاصة الاختيارية . ذلك أنه لو كانت المقاصة القانونية جائزة ، لوقعت من تلقاء نفسها بحكم القانون ومن وقت تلاقى الدينين ، ولما احتاج المدعى عليه أن يرفع بها دعوى عارضة ، بل لاقتصر على الدفع بالمقاصة القانونية ، ولتحتم على القاضى الحكم بها متى ثبت له وقوعها . وكذلك لو كانت المقاصة الاختيارية ممكنة للمدعى عليه لاستطاع بإرادته وحده أن يجرى هذه المقاصة فتقع من وقت إعلان هذه الإرادة ، ولما احتاج إلى دعوى عارضة ، بل اقتصر على الدفع بوقوع المقاصة الاختيارية ، فتحتم على القاضى الحكم بها .

فالمقاصة القضائية تكون إذن في الأحوال التى لا تتوافر فيها شروط المقاصة القانونية ، ويكون الشرط أو الشروط المتخلفة ليست من الشروط التى روعيت فيها مصلحة المدعى عليه وحده وإلا لأمكن هذا أن ينزل عنها وأن يجرى المقاصة الاختيارية بدلا من الانتجاع إلى المقاصة القضائية الأكثر تعقيداً . ويبدو أن المقاصة القضائية تكون حيث يتخلف من شروط المقاصة القانونية أحد شرطين : الحلو من النزاع ومعلومية المقدار (٢) . فتقابل الدينين وصلاحيتهما للمطالبة بهما قضاء وقابليتهما للحجز واستحقاقهما للأداء (٣) ، كل

(١) ولا يشترط أن يكون بين الدينين أية رابطة (لارومبيير م ٥ ١٢٩٣ فقرة ٢٠ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٨٩ — فقرة ٦٩٠ — لوران ١٨ فقرة ٤٨١) . ولكن القضاء البلجيكي يشترط وجود رابطة بين الدينين (أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٤٠) .

(٢) ولما كان التقنين المبنى على المقاصة القانونية في الديون غير الخالية من النزاع (انظر آنفاً فقرة ٥٣٦ في الهامش) ، فقد أصبحت المقاصة القضائية ليس لها إلا محل محدود جداً في هذا التقنين (انظر التعليقات على التقنين المبنى على المقاصة في الجزء الأول م ٢٨٧ فقرة ٢ — فقرة ٣) .

(٣) على أن هناك طريقة عملية لمقاصة دين مؤجل في دين مستحق الأداء ، إذا رأى القاضى في ظروف معينة أن هذه المقاصة عادلة . وسيله إلى ذلك أن يمنح المدين في الدين المستحق الأداء نظرة الميسرة ، ويجهل النظرية تمتد إلى وقت حلول الأجل في الحق الذى للمدين على الدائن . فتنتفى نظرة الميسرة في الدين في الوقت الذى يحل فيه الأجل في الحق ، فيصبح الدينان مستحق الأداء ، فيتقاسمان (انظر في ذلك بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٩ — أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٤٢) .

هذه شروط لابد من توافرها حتى في المقاصة القضائية ، ولا يتصور أى نوع من المقاصة بدونها . كذلك التماثل في المحل ما بين الدينين لابد منه حتى في المقاصة القضائية ، فبدون التماثل لا يمكن القاضي أن يستنزل أحد الدينين من الدين الآخر ، وليس أمامه إلا أن يقضى بالدينين جميعاً ، وهذه ليست مقاصة (١). فلا يبقى إذن إلا أن يكون الدينان خاليين من النزاع معلوم المقدار وهذان شرطان يمكن أن يتخلف أحدهما أو كلاهما ، وهنا يلجأ المدعى عليه إلى المقاصة القضائية ، إذا تعدت عليه المقاصة الاختيارية بأن يكون حسم النزاع في الدين أو تحديد مقداره متوقفاً على رضا الطرف الآخر وبأبي هذا أن يتفق معه .

فاذا رفع المدعى دعوى يطالب فيها المدعى عليه بدين معلوم المقدار بموجب سند مكتوب ، فادعى المدعى عليه أن له في ذمة المدعى تعويضاً وطلب المقاصة به فنزاع المدعى في التعويض أو سلم به ولكنه دفع بأنه تعويض لم يقدر ، فهنا لا يستطيع المدعى عليه أن يدفع دعوى المدعى . لا بالمقاصة القانونية لأن شروطها لم تتوافر ، ولا بالمقاصة الاختيارية لأن الشرط المتخلف لا يستطيع المدعى عليه وحده أن ينزل عنه بل لابد من رضا المدعى وهو يأبى . فلا يبقى أمام المدعى عليه إلا المقاصة القضائية ، يلجأ إليها على الوجه الذى نتولى الآن بيانه (٢).

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٦ — جوسران ٢ فقرة ٩٤٤ — دى باج ٣ فقرة ٦٦٧ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ١٠٠ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٦ .

(٢) وقد يكون الدين الذى للمدعى هو أيضاً محل نزاع أو غير معلوم المقدار ، ومن أجل ذلك رفع به الدعوى . فإذا تنازع شخصان ، ورفع كل منهما على الآخر دعوى تعويض ، جاز للقاضي أن يجرى المقاصة القضائية بين الطرفين . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تطاول كل من طرفي الخصوم على صاحبه بالقذف ، وطلب كلاهما من الآخر تعويضاً ، جاز للمحكمة الحكم بسقوط حق كل منهما قبل الآخر لتكافؤ السيئات (١٢ مايو سنة ١٩٠٠ المحبوبة الرسمية ٢ ص ٥٢) .

٥٦٠ - كيف تجري المقاصة القضائية وما يترتب عليها من الآثار:

لأن تكون المقاصة القضائية إلا في صورة دعوى أمام القضاء ، وهي عادة تكون عارضة (demande reconventionnelle) يرفعها المدعى عليه على المدعى يدفع بها الدعوى الأصلية (١) . وقد نصت المادة ١٥٢ من تقنين المرافعات على هذه الدعوى صراحة ، إذ تقول : « للمدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة : (١) طلب المقاصة القضائية . . . » .

ويطلب المدعى عليه في هذه الدعوى العارضة من القاضي أن يسقط قصاصاً الدين المطلوب منه في دين يدعيه على المدعى ، بأن يفيض النزاع في خصوص هذا الدين الذي يدعيه على المدعى إذا كان الدين متنازعا فيه ، أو أن يعين مقدار هذا الدين إذا لم يكن معلوم المقدار ، ثم يجري المقاصة القضائية بعد ذلك (٢) .

وللقاضي حرية كاملة في تقدير هذا الطلب الذي يتقدم به المدعى عليه في دعواه العارضة . فقد يرى منذ البداية أن هذه الدعوى العارضة ليس لها أساس واضح ، فيرفض النظر فيها ويقتصر على النظر في الدعوى الأصلية ، ويبقى للمدعى عليه أن يرفع دعوى مستقلة بما يدعيه من الدين إذا شاء . وقد يرى القاضي أن الدعوى العارضة لها أساس ، ولكنها من التعقيد والغموض بحيث تكون في حاجة إلى تحقيق واسع وإجراءات طويلة من شأنها أن تعطل الفصل في الدعوى الأصلية ، فيرفض هنا أيضاً النظر فيها ، مع الدعوى الأصلية ،

(١) ويجوز أن يبادر الطرف صاحب الحق المتنازع فيه أو غير معلوم المقدار إلى رفع دعوى أصلية بحقه ، دون أن ينتظر رفع دعوى عليه من الطرف الآخر ، وذلك حتى يصل من طريق القضاء إلى حسم النزاع في حقه أو إلى تحديد مقداره ، تمهيداً لإجراء المقاصة . وفي هذه الحالة يحسن به أن يحتاط ، فيبادر عند رفع الدعوى إلى توقيع حجز تحت يد نفسه على الدين الذي في ذمته للطرف الآخر ، حتى لا يمد هذا إلى التصرف فيه ، كأن يحوله إلى آخر قبل أن تصبح المقاصة ممكنة (بوجدي وبأرد ٣ فقرة ١٨٩٦) .

(٢) ولا يجوز للمدعى أن يدفع هذه الدعوى العارضة بدعوى عارضة أخرى ، إلا إذا كانت الدعوى العارضة الأولى من شأنها إذا نجحت ألا تقتصر على استنفاد الدين الذي له ، بل تزيد على هذا الدين فتجعل المدعى مديناً للمدعى عليه (بوجدي وبأرد ٣ فقرة ١٨٩٢ — أنسيكلوبيدي دالور ١ لفظ compensation فقرة ٢٠٢) .

مستقبلياً إياها للفصل فيها فيما بعد ، أو تاركاً للمدعى عليه أن يرفع بطلبه دعوى مستقلة (١) . وقد يرى القاضى أخيراً أن الدعوى العارضة مما يتيسر البت فيه مع الدعوى الأصلية ، فينظر الدعويين معاً (٢) ، وقد يرفض إحداها دون الأخرى ، أو يرفضهما معاً ، أو يقبلهما معاً ، بحسب الأدلة التى تتقدم بها الخصوم . وإلى كل ذلك تشير المادة ١٥٥ من تقنين المرافعات ، إذ تنص على أن « نحكم المحكمة على وجه السرعة فى كل نزاع يتعلق بقبول الطلبات العارضة أو التدخل . ولا يترتب على الطلبات العارضة أو التدخل ارجاء الحكم فى الدعوى الأصلية متى كانت صالحة للحكم فيها . ونحكم المحكمة فى موضوع الطلبات العارضة أو طلبات التدخل مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك ، وإلا استبقت الطلب العارض أو طلب التدخل للحكم فيه بعد تحقيقه (٣) » .

(١) فلا يعطل القاضى دون مقتضى الفصل فى الدعوى الأصلية ، وبخاصة إذا كان غير مختص بنظر الدعوى العارضة اختصاصاً نوعياً (استئناف مخطوط ١٨ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٢٣٧) ، أو رأى أن الدعوى العارضة إنما أريد بها تعطيل الدعوى الأصلية : استئناف مخطوط ١٥ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٧ — ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٥٢ — ٩ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٢٥ — ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٧ — ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ١٤٠ — ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٤٦ — ٢ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٦٦ — ٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٦٨ — ١٠ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤١٤ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٩ — ٥ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٢٥ — ١٧ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٨ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٦ ص ٣٣٠ — ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٢٨ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٢٣ ص ٦٧ — ١١ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٢ ص ٣٩١ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٣ — ١٤ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٢ — ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٩ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١ . ولا تقبل دعوى عارضة للمقاصة فى حق الملكية مرفوعة به دعوى أصلية : استئناف مخطوط ٣١ مارس ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٠٤ .

(٢) وبخاصة إذا كانت الدعوى العارضة مرتبطة بالدعوى الأصلية ارتباطاً وثيقاً ، فإن هذا يهيئ جواً مناسباً لقبول النظر فيها ، والفصل فى الدعويين معاً لإجراء المقاصة إن كان لها وجه : استئناف مخطوط ٢١ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣١٠ . وأنظر أيضاً : استئناف مخطوط ١١ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٢١ — ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ٩٩ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٩ — ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٢ .

(٣) وقد يؤلف القاضى الدعوى الأصلية ، حتى يترك للمدعى عليه فرصة لتصفية الحق الذى له فى ذمة المدعى ، تمهيداً لإجراء المقاصة : استئناف مخطوط ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ =

فاذا قبل القاضى كلا من الدعوى الأصلية والدعوى العارضة، بعد أن فض النزاع فى شأن الدين الذى يدعيه المدعى عليه فى ذمة المدعى أو بعد أن عين مقداره ، فانه يجرى المقاصة القضائية بين الدينين بعد أن أصبحت المقاصة ممكنة . فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما ، كما فى المقاصة القانونية . فاذا كان دين المدعى هو الأكبر ، قصى له بما زاد به دينه . وإذا كان دين المدعى عليه هو الأكبر ، قضى للمدعى عليه بالزيادة . وإذا كان الدينان متساويين ، قضى بإيقاع المقاصة فى كل من الدينين وبانقضائهما معاً .

وحكم القاضى هو الذى ينشئ المقاصة القضائية، ومن ثم لاتقع هذه المقاصة إلا من وقت صدور الحكم بها، لا من وقت رفع الدعوى العارضة ، لأن الحكم هنا منشىء وليس كاشفاً . وفى هذا تختلف المقاصة القضائية عن كل من المقاصة القانونية التى تقع من وقت تلاقى الدينين ، والمقاصة الاختيارية التى تقع من وقت إعلان الإرادة فى إجرائها (١) .

= ص ١٩٦ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٨ . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن ليس للدائن الذى دينه معلوم المقدار أن يجرى تنفيذ حكمه ، بل يجب عليه الانتظار حتى يصنئ الدين الذى لمدينه فتحصل المقاصة (٢١ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٣١ ص ١٢٢) .

(١) لوران ١٨ فقرة ٤٧٦ — هيك ٨ فقرة ١٧٣ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٤ — فقرة ١٨٩٥ — عل أن عدداً كبيراً من الفقهاء يذهبون إلى أن المقاصة القضائية كاشفة لامنشة فتستند إلى وقت رفع الدعوى العارضة (لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ٢٦ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٩١ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٨ ص ٣٩٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٧) . ويذهب البعض إلى جعل المقاصة القضائية كاشفة فيما بين الطرفين ، ومنشة بالنسبة إلى الغير من كسب حقاً على أحد الدينين (أنسيكلوبيدى داللو ١ لفظ compensation فقرة ٢٣٨) .

وكان القضاء المختلط منقسماً فى هذه المسألة ، فبعض الأحكام تذهب إلى أن المقاصة القضائية كاشفة تستند إلى وقت تلاقى الدينين (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٨٢ — ١١ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٧) ، وأحكام أخرى تذهب إلى أنها منشة تحدث أثرها وقت صدور الحكم (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨١ — ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٩) . وهناك حكم يقضى بأنه إذا كان النزاع فى الدين مما يسهل فضه ، وجب اعتبار الدين غير متنازع فيه ويصلح للمقاصة القانونية (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٧) . ولعل هذا الحكم هو الذى يرفع التعارض ما بين الأحكام المتقدمة الذكر . فاذا كان النزاع مما يسهل فضه فى سر وسرعة أغبر الدين غير متنازع فيه ، وكانت المقاصة قانونية =

ويترتب على إجراء المقاصة القضائية من الآثار ما يترتب على المقاصة القانونية . فينقضى الدينان المتقابلان بقدر الأقل منهما كما بينا ، وتنقطع الفوائد وذلك من وقت صدور الحكم بالمقاصة ، ونزول التأمينات التي كانت تكفل أيا من الدينين وذلك أيضا من وقت صدور الحكم ، ولكن لا يسرى زوال التأمينات في حق الغير إلا بالتأشير بذلك في هامش القيد .

= ترجع إلى يوم تلاق الدينين، أما إذا كان النزاع لا يسجل فحسب اعتبر الدين متنازعا فيه وكانت المقاصة قضائية تحدث أثرها وقت صدور الحكم النهائي . على أنه يلاحظ — بفرض التسليم أن القاضي في المقاصة القضائية إنما يقتصر على استكمال شروط المقاصة القانونية ، وأنه متى توافرت هذه الشروط وقعت المقاصة بحكم القانون — أن هذه الشروط لا تستكمل فعلا إلا وقت صدور الحكم ، فلا تقع المقاصة إلا في هذا الوقت ، سواء اعتبرت مقاصة قضائية أو مقاصة قانونية (قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٦ ص ٢٧٢) .

الفصل الرابع

اتحاد الذمة (*)

(Confusion)

٦٥١ - مقارنة بين اتحاد الذمة والمقاصة : يتحقق اتحاد الذمة إذا

اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد (١). فالمفروض إذن أن هناك ديناً واحداً ، فورث الدائن المدين أو ورث المدين الدائن ، أو تحقق أى سبب قانوني آخر غير الميراث نقل إلى الدائن صفة المدين أو نقل إلى المدين صفة الدائن ، فاجتمع بذلك في شخص أحد طرفي الدين صفتا الدائن والمدين . وتعذر إذن على هذا الشخص أن يمارس حقه ، إذ هو دائن ومدين ، ولا يستطيع أن يطالب نفسه بالدين . ومن ثم ينتقض الدين ، أو في الصحيح يقف نفاذه ، لهذا الضرب من الشلل الذي اعتراه (٢)، كما سنرى .

* مراجع : مولان (Moulin) شراء الشركة لأسهمها رسالة من باريس سنة ١٩٣١ —

لاجارد (Lagarde) شراء الشركة لأسهمها — لابييه (Labbé) بحث في بعض الصعوبات الخاصة بضباع الشيء المستحق وباتحاد الذمة في القانون الروماني .

(١) وكما يتحقق اتحاد الذمة (confusion) في الديون ، يتحقق أيضاً في الحقوق العينية ويسمى بالتجمع أو الإدغام (consolidation) . فينتهي حق الارتفاق باجتماع المقار المرتفق به والمقار المرتفق في يد مالك واحد (١٠٢٦ مدني) . وينتهي حق الرهن الحيازي إذا اجتمع مع حق الملكية في يد شخص واحد (م ١١١٣ مصري) . وينتهي حق الانتفاع إذا اجتمع مع حق الرقبة في يد شخص واحد ، بأن مات صاحب الرقبة وورثه صاحب حق الانتفاع . انظر بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٩٧ ص ٢٣٣ . وانظر في القانون المدني العراقي في هذه المسألة مقالا للأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٠ وص ٢٠٨ — ص ٢١١ .

(٢) وقد جاء في المفكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والواقع أن هذا الأثر أقرب في حقيقته إلى شل حكم الاستحقاق ، وهو المطالبة ، منه إلى معنى الانقضاء . فالالتزام يمود إلى الوجود ، إذا زال سبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة زوالاً مستنداً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩١ . او انظر أيضاً ص ٢٩٢ — ص ٢٩٣) .

ويتبين مما تقدم أن هناك فرقاً جوهرياً بين اتحاد. الذمة والمقاصة . ففي اتحاد الذمة لا يوجد إلا دين واحد^(١) اجتمع في أحد طرفيه صفتا الدائن والدين ، فوقف نفاذه . أما في المقاصة فقد رأينا أنه يوجد دينان متقابلان لا دين واحد ، ولكن الدائن في الدين الأول هو المدين في الدين الآخر والدائن في الدين الآخر هو المدين في الدين الأول . فيوجد إذن في المقاصة شخصان : دائن هو مدين ، ومدين هو دائن . أما في اتحاد الذمة بعد تحققها فلا يوجد إلا شخص واحد ، هو دائن ومدين في وقت واحد . والمقاصة تقضى الدينين المتقابلين ، كما في الوفاء . أما اتحاد الذمة فلا يقضى الدين الواحد الذي اتحدت الذمة فيه ، بل يقف نفاذه^(٢).

٥٦٢ - الأهمية المحرورة لاتحاد الذمة : وتقول المذكرة الإيضاحية

للمشروع التمهيدى : « ليس لاتحاد الذمة حظ موفور من الأهمية من الناحية العملية . وقد أغفله التقنين الألماني ، ولو أنه أقره بطريق ضمني . ذلك أن واضعى هذا التقنين اعتبروه سبباً طبيعياً لانقضاء الالتزام من حيث هو حتم تقتضيه طبيعة اجتماع صفتي الدائن والمدين في الشخص الواحد ، وانتهوا إلى أن أثره يتفرع لزماً على جوهر الالتزام ذاته : تعليقات على التقنين الألماني ١ (ص ٥٥١) (٣).

وهناك سبب آخر - في مصر - يجعل اتحاد الذمة محدود الأهمية من الناحية

(١) قارن المادة ١٣٠٠ من التقنين المدني الفرنسي وهي تتحدث في اتحاد الذمة من دينين خطأ (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٧ ص ٢٣٤ - بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٦٣) .
(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٢ - وجاء في الموجز : « والذي يحدث الشبهة هو أن الشخص الواحد ، في كل من اتحاد الذمة والمقاصة ، يصبح دائناً ومديناً . لكن يلاحظ أن الشخص في اتحاد الذمة يصبح دائناً ومديناً في دين واحد ، أما في المقاصة فإنه يكون دائناً في دين ومديناً في دين آخر » (الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٤ ص ٦١٦) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٢ - وقد أغفل التقنين الألفى ذكر سببين لانقضاء الالتزام كان من المؤلف ذكرهما منذ عهد قانون الرومان ، وهما التجديد واتحاد الذمة . وكان اتحاد الذمة مذكوراً في المشروع الأول من التقنين الألماني ، ولكنه حذف في المشروع الثاني باعتبار أنه أمر تقتضيه طابع الأشياء ، فلا حاجة إلى ذكره (تعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول ص ٥١١) .

العملية . ذلك أن اتحاد الذمة يتحقق ، أكثر ما يتحقق ، عن طريق الميراث . وله صورتان : (الصورة الأولى) حيث يرث المدين الدائن ، فتكون التركة هي الدائنة للمدين ، ويرث المدين هذا الحق الذي للتركة ، فتتحد الذمة في الدين . وهذا صحيح في مصر ، لأن قواعد الفقه الإسلامي - وهي التي تطبق في الميراث - تقره ، فتنقل إلى الورثة الحقوق التي للتركة . (والصورة الثانية) حيث يرث الدائن المدين ، فتكون التركة هي المدينة للدائن ، والدائن هو الوارث . وهنا تأبى قواعد الفقه الإسلامي أن تتحد الذمة في الدين ، إذ أن الدائن لا يرث الدين الذي على التركة ، فالديون لا تورث ، ولا تركة إلا بعد سداد الدين . فتبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسدد دينها لهذا الدائن ، ثم يرث الدائن بعد ذلك من التركة ما يبقى بعد سداد الديون ، فلا يكون هناك مجال لاتحاد الذمة في هذه الصورة . ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « ورغم أن نصيب هذا النظام من الأهمية في مصر بعد ضئيل ، إذ أن الشريعة الإسلامية لا تقر أحد تطبيقه الرئيسيين ، فقد أفرد له المشروع مادتين (أدجنا بعد ذلك في مادة واحدة) ، تناول في أولهما تحديد نطاقه ، واستظهر في الثانية معنى الأثر المترتب عليه » (١).

فنبحث إذن في اتحاد الذمة موضوعين :

(أولاً) كيف يتحقق اتحاد الذمة ، فنحدد بذلك نطاقه .

(ثانياً) الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة .

الفرع الأول

كيف يتحقق اتحاد الذمة

٥٦٣ - عن طريق الميراث : أكثر ما يتحقق اتحاد الذمة عن طريق

الميراث كما قدمنا . فيكون هناك شخص مدين لآخر ، وهو في الوقت ذاته وارثه . فإذا مات الدائن ، أصبحت تركته دائنة للمدين بمبلغ الدين . فإذا

فرضنا أن المدين هو الوارث الوحيد للدائن ، فانه يرث كل الدين الذى للتركة فى ذمته ، فيصبح دائناً فى هذا الدين نفسه ، وتجتمع فيه صفتا المدين والدائن ، فينقضى الدين أو يقف نفاذه عن طريق اتحاد الذمة . وإذا كان المدين هو أحد وارثين يرث كل منهما النصف ، فقد ورث من الدين نصفه ، فاتحدت الذمة فى هذا النصف ، فانقضى أو وقف نفاذه . أما النصف الآخر من الدين ، فيبقى المدين ملتزماً به نحو الوارث الآخر .

وإذا كان الدائن هو الوارث للمدين ، ومات المدين ، فقد أصبحت تركته مدينة للدائن . وسواء كان الدائن هو الوارث الوحيد للمدين أو هو أحد الورثة ، فانه طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية وهى التى تسرى فى الميراث ، وإن كان يرث الدين الذى للتركة ، لا يرث الدين الذى على التركة . ومن ثم لا بد من سداد الدين أولاً ، فيستوفى الدائن هذا الدين من التركة . وعند ذلك نصبح التركة خالية من الديون ، فيرثها الدائن وحده أو مع غيره . ومن أجل ذلك لا يتبأ فى هذه الصورة ، كما قدمنا ، أن تتحد الذمة فى الدين الذى على التركة . بل يتقاضى الدائن حقه أولاً من التركة ، فينقضى بطريق الوفاء لا بطريق اتحاد الذمة ، ثم يرث الدائن التركة بعد ذلك خالية من الديون (١) . وهذا بخلاف القانون الفرنسى ، إذ يرث الدائن فى هذه الصورة الدين الذى على التركة إذا كان قد قبل الميراث دون قيد، فتتحد الذمة فى الدين كما فى الصورة الأولى (٢) . أما إذا

(١) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ .

(٢) وقد جاء فى الموجز : « وإذا كان الفرق بين القانون الفرنسى والشريعة الإسلامية واضحاً فى هذه المسألة ، فيتحقق اتحاد الذمة فى القانون الفرنسى ولا يتحقق فى الشريعة الإسلامية ، فإن النتيجة واحدة فى الشريعتين . ونوضح ذلك بمثل : تركة المورث قدرها ألفان ، وله وارثان لكل منهما النصف ، وعليه دين لأحد الوارثين قدره ألف . فى القانون الفرنسى يرث الوارث الدائن ألفاً ، ويرث إلى جانب ذلك نصف الدين (أى خمسمائة) ، وتتحد ذمته فى هذا النصف ، ويرجع بالنصف الباقى من الدين على الوارث الثانى . فيكون مجموع ما ناله هو الألف التى ورثها والخمسمائة التى رجع بها على الوارث الثانى . وهذا ما يناله أيضاً فى الشريعة الإسلامية . دون أن يكون هناك اتحاد ذمة فى نصف الدين . فإن الوارث فى هذه الشريعة يبدأ باستيفاء حقه من التركة ، فينال ألفاً باعتباره دائناً ، والألف الباقية ينال منها خمسمائة باعتباره وارثاً . لكن يلاحظ أن الوارث فى القانون الفرنسى قد نال ألفاً باعتباره وارثاً وخمسمائة باعتباره دائناً ، أما فى الشريعة =

قبل الميراث مع اشتراط الجرد (sous bénéfice d'inventaire) ، فانه يصبح في وضع مماثل لوضع الوارث في الشريعة الإسلامية ، فلا تتحد الذمة ، بل يتقاضى الدائن أولاً الدين من التركة ، ثم يرث التركة بعد تصفيتها من الديون (١).

٥٦٤ — عن طريق الوصية : وقد يتحقق اتحاد الذمة عن طريق الوصية ، ويكون الموصى له إما خلفاً عاماً وإما خلفاً خاصاً .

فيكون الموصى له خلفاً عاماً إذا أوصى الدائن لمدينه بثلاث تركته مثلاً ، فيصبح المدين الموصى له بعد موت الموصى مديناً للتركة بالدين وموصى له بثلاث التركة . فينتقل إليه من الدين ثلثه ، ويكون مديناً به بحكم المديونية السابقة ودائناً له بحكم الوصية . فتتحد الذمة في ثلث الدين ، ويبقى ثلثاها في ذمته ديناً للتركة . أما إذا كان المدين هو الذي أوصى للدائن بثلاث تركته ، فان الدائن الموصى له يكون بعد موت الموصى دائناً للتركة بمبلغ الدين وموصى له بثلاث التركة . ويجب ، طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية ، سداد دين التركة أولاً ، فيستوفي الدائن منها مبلغ الدين . وينقضى الدين بالوفاء لا باتحاد الذمة ، ثم يستولى الدائن بعد ذلك عن طريق الوصية على ثلث التركة خالية من الديون .

ويكون الموصى له خلفاً خاصاً إذا أوصى الدائن لمدينه بالدين الذي له في

= الإسلامية فقد نال أئناً باعتباره دائناً وخمسائة باعتباره وارثاً . وقد يترتب على ذلك بعض النتائج العملية . من ذلك أن الوارث في الشريعة الإسلامية قد يحرم من الميراث ، لقتله المورث مثلاً ، فيحرم من الخمسائة التي نالها باعتباره وارثاً ، لامن الألف التي نالها باعتباره دائناً . ومن ذلك أيضاً أن الوارث إذا رجع ضريبة على الميراث ، بدفع الضريبة باعتباره أن ما ورثه خمسائة لا ألف» (الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٤ ص ٦١٦ وهامش رقم ١) . وانظر في هذا المعنى في القانون المدني العراقي مقالاً للأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٤ — ص ٢٠٦ .

(١) وإذا كانت الدولة هي الوارثة لانعدام الوارث ، وجب اعتبارها في وضع الوارث الذي قبل الميراث مع اشتراط الجرد . فتسدد أولاً الديون التي على التركة من أموال التركة ، وما بقى من هذه الأموال بعد سداد الديون تملكه الدولة . فإذا كانت الدولة دائنة للتركة ، تقاضت أولاً الدين الذي لها . فإذا كانت التركة لائق بالدين ، رجعت بالباقي على الكفلاء (تولىه ٧ فقرة ٣٤ — ديرانتون ١٢ فقرة ٤٧٩ — لوران ١٨ فقرة ٤٩٣ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٠٢) .

ذمته . فيكون المدين ، بعد موت الدائن ، مديناً للتركة بحكم مديونيته السابقة ، ودائناً في نفس الدين بحكم الوصية . فتجتمع فيه صفتا المدين والدائن ، وتتحد الذمة في الدين . ولا يتصور هنا أن يوصى المدين للدائن بالدين الذي في ذمته له ، إذ هو دين عليه ، لا حق له ، حتى يوصى به .

٥٦٥ - عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء : وقل أن

تجتمع صفتا الدائن والمدين في الشخص الواحد عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء . ومع ذلك فهناك مثل أورده المشرع ، إذ نص في الفقرة الأولى من المادة ٦٩٩ : « إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » . فهذا دين متنازع فيه في ذمة المدين للدائن . وقد حوله الدائن بمقابل إلى شخص آخر ، فيستطيع المدين أن يحول الصفقة إليه عن طريق رد الثمن والفوائد إلى المحال له . فيصبح المدين ، بفضل هذا الاسترداد ، دائناً لنفسه ، وتتحد الذمة في الدين . والواقعة التي أدت إلى اتحاد الذمة هنا هي تصرف قانوني ما بين الأحياء ، فان استرداد (retrait) المدين للدين ينطوي كالشفعة على تصرف قانوني .

والمثل الآخر الذي يورده الفقه عادة لتصرف قانوني ما بين الأحياء يكون سبباً لاتحاد الذمة هو مثل الكميالة التي قبلها المسحوب عليه ، فأصبح مديناً بقيمتها . وقبل حلول ميعاد استحقاقها يشتريها المسحوب عليه ، فتصبح ملكاً ، ومن ثم يصير دائناً لنفسه . فتجتمع صفتا المدين والدائن ، وتتحد الذمة في الدين . وسبب اتحاد الذمة هنا هو شراء المسحوب له للكميالة ، وهذا تصرف قانوني ما بين الأحياء (١) .

(١) لاهوميير ٥ م ١٣٠٠ فقرة ٥ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٩٨ ص ٢٣٥ .
ويتحقق اتحاد الذمة أيضاً بتصرف قانوني ما بين الأحياء إذا اشترى المستأجر العين المؤجرة ، فيصبح دائناً ومديناً بالأجرة (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٦٤) . لكن إذا كان المستأجر قد رهن حقه الشخصي الثابت بموجب عقد الإيجار قبل أن يشتري العين المؤجرة ، فإن شراء العين =

٥٦٦ - كل الربوة قابلة للتقضاء بالمهاد الزمة : وكل دين قابل

لاتحاد الزمة فيه على الوجه الذى بيناه . تستوى فى ذلك كل الديون ، أياً كان مصدرها . فسواء كان الدين مصدره عقد أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نص فى القانون ، فهو قابل لاتحاد الزمة فيه ، متى اجتمعت صفتا الدائن والمدين فى شخص واحد . وتستوى أيضاً فى ذلك كل الديون ، أياً كان الوصف الذى يلحق بها . فيصح اتحاد الزمة فى الدين البسيط ، وفى الدين المضاف إلى أجل ، وفى الدين المعلق على شرط واقف ، وفى الدين المعلق على شرط فاسخ . إلا أنه إذا لم يتحقق الشرط الواقف ، أو تحقق الشرط الفاسخ ، فقد زال الدين ، وزال معه اتحاد الزمة (١) .

ويصح أن تتحد الزمة فى الدين المدنى وفى الدين الطبيعى . وفى الدين الطبيعى ، إذا ورث المدين الدائن ، فقد اجتمعت صفتا المدين والدائن فيه ، فاتحدت الزمة ، شأنه فى ذلك شأن الدين المدنى (٢) . ولا يقال إن فى هذا أثراً جديداً يترتب على الالتزام الطبيعى ، فان اتحاد الزمة ليس إلا استجابة لطبائع الأشياء ، فيخضع له كل التزام (٣) .

= - وما استنبه من اتحاد الزمة - لا يضر بحق الدائن المرتهن (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٢ - بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٧٠) .

ومن الأمثلة على تحقق اتحاد الزمة بتصرف قانونى ما بين الأحياء ، ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه إذا حصل البيع للمشول عن الضمان ، اتحدت ذمته بهذا البيع باجتماع صفتى دائن بحق الضمان ومدين به فى شخصه (٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٥٥٥ ص ١١١٥) . ويمكن اعتبار بيع الدين من عليه الدين ، فى الفقه الإسلامى ، إذا لم يكن وفاء بمقابل ، مثلاً لتحقق اتحاد الزمة بتصرف قانونى ما بين الأحياء ، هو عقد البيع . فالمدين قد اشترى الدين الذى فى ذمته من دائنه ، فأصبح دائناً ومديناً فى وقت واحد ، وتتحد الزمة فى الدين .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٠ .

(٢) أما إذا ورث الدائن المدين ، فقد رأينا أن قواعد الشريعة الإسلامية تمنع من اتحاد الزمة .

(٣) انظر فى ذلك بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٩ .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة

٥٦٧ - النص المصمى القانوني : تنص المادة ٣٧٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة .

٢ - فإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٠٢/٢٦٦ و ٢٠٣/٢٦٧ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ٥٠٨ و ٥٠٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : م ٥٠٨ - إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن والمدين ، انقضى الالتزام لاتحاد الذمة ، وبالقدر الذي اتحدت فيه - م ٥٠٩ - إذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته ، بالنسبة لذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، وأجريت تعديلات في الفقرة الأولى تجعل التمييز بين المقاصة واتحاد الذمة واضحاً ، وأبدلت كلمة الالتزام في الفقرة الثانية بكلمة الدين لتنسيق الصياغة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٨٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٢ - ص ٢٩٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٠٢/٢٦٦ : اتحاد الذمة هو عبارة عن اجتماع صفتي دائن ومدين في شخص واحد بدین واحد ، ويترتب على ذلك زوال الصفتين المذكورتين بمقابلة أحدهما للآخرى .

م ٢٠٣/٢٦٧ : اتحاد الذمة يبرئ الكفلاء في الدين ، ولا يخل المدينين المتضامنين إلا بقدر ما يخص من اتحدت فيه الذمة من الدين .

وأحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد . وإذا لم يوجد مقابل في التقنين الجديد للمادة ٢٠٣/٢٦٧ من التقنين السابق إلا فيما يتعلق بالتضامن ، فإن النص كله ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فالمعمل بأحكامه ليس في حاجة إلى نص : انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٤ - فقرة ٥٩٥ - الأستاذ أحمد حشمت أبو سنيت فقرة ٨٢٤ - فقرة ٨٢٥) .

وبقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٦٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٥٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤١٨ - ٤١٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٣٧ (١) .
وبخلص من هذا النص أنه يجب التمييز ، في الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة ، بين فرضين :

- (١) الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة مادام السبب الذي أدى إليه قائماً .
- (٢) ما يترتب من الأثر على زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعي .

المبحث الأول

الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة مابقي السبب الذي أدى إليه قائماً

٥٦٨ - كلف بنقضي الدين بأحكام الذمة : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ مدني ، كما رأينا ، على أنه إذا تحقق اتحاد الذمة في الدين

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٦٨ (مطابقة للمادة ٣٧٠ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٢٥٧ (مطابقة للمادة ٣٧٠ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٤١٨ : في الدين الواحد ، إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين ، انقضى الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذي اتحدت فيه .
م ٤١٦ : إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً ، وينتج اتحاد الذمة كأن لم يكن . (وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري - وانظر في اتحاد الذمة في القانون المدني العراقي مقالا للأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٠ - ص ٢١٣ .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٣٧ : عندما تجتمع الصفتان المتعارضتان ، صفة الدائن وصفة المديون ، في موجب واحد وفي شخص واحد ، ينشأ عن اجتماعهما اتحاد يسقط الموجب على نسبة هذا الاتحاد . وإذا زال سبب الاتحاد ، وكان لزواله مفعول رجعي ، عاد الدين مع كل ملحقاته بالنظر إلى الجميع ، وعاد اتحاد الذمة كأنه لم يحصل قط .
(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

« انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة » . فالدين إذن ينقضى باتحاد الذمة ، وبالقدر الذى اتحدت فيه الذمة . فان كان المدين الوارث ، فى الأمثلة التى قدمناها ، لم يرث إلا نصف الدين ، فان هذا النصف وحده هو الذى ينقضى باتحاد الذمة كما سبق القول . وانقضاء الدين باتحاد الذمة غير انقضائه بالوفاء أو بالتجديد أو بالمقاصة . ففى هذه الحالات الأخيرة ينقضى الدين حقيقة ، ولا يعود له وجود . أما انقضاء الدين عن طريق اتحاد الذمة فليس بانقضاء حقيقى ، بل إن الدين يقف نفاذه ، كما قدمنا ، لارتطامه بعقبة طبيعية تجعل هذا النفاذ مستحيلاً . فقد اتحدت صفتا الدائن والمدين فى شخص واحد ، وأصبح من المستحيل أن يطالب الشخص نفسه بالدين ، ومن ثم يقف نفاذ الدين من ناحية المطالبة وحدها (١) . ولكن الدين ، وهو موقوف على هذا النحو ، يبقى مع ذلك معتداً به من نواح أخرى (٢) .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٨ من ٣٧٣ — وقارن الأستاذ عبا الحى حجازى ٣ ص ٢٩٨ — ص ٣٠٠ .
ويذهب بيدان ولاجارد إلى أن اتحاد الذمة يقضى الدين قضاء تاماً على النحو الذى يقضى به الوفاء الدين ، ويستمرضان الأحوال المختلفة لاتحاد الذمة ، ويستظهران أن كثر منها أن الدين قد انقضى ولم يقتصر الأمر فيه على أنه وقف نفاذه (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧١ — فقرة ١٠٧٦ — انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٩٣ — ص ٣٠٠ والأستاذ ساء شيت خطاب مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٢ — ٢٠٣ — فى مناقشة الرايين ، بمرد وقت النفاذ والانقضاء التام) .

ويذهب بلانيول وريبير وبولانجيه إلى أن التمييز فى الالتزام بين عنصر المسؤولية وعصر المديونية قد يكون نافماً هنا ، فاتحاد الذمة ينقضى المطالبة أو المسؤولية (Haftung) ، ويستبقى المديونية (Schuld) : بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠٠٩ .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٢٦٠ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٠٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١١ — واتحاد الذمة كالمقاصة وقعة مادية ، هى واقعة اجتماع صفتى الدائن والمدين فى الدين الواحد فى شخص واحد . وقد رأينا أن المقاصة هى أيضاً واقعة مادية ، إذ هى واقعة تلاقى دينين متقابلين توافرت فيهما شروط خاصة . أما المقاصة فى القوانين الجرمانية فهى تصرف قانونى لا واقعة مادية ، كما سبق القول ، وهى من هذه الناحية كالوفاء والوفاء بمقابل والتجديد ، فهذه كلها تصرفات قانونية . وهى تصرفات قانونية تصدر من الجائنين ، إلا الوفاء عن طريق العرض الحقيقى والمقاصة فى القوانين الجرمانية فهما تصرفان قانونيات يصدران من جانب واحد .

٥٦٩ - نواح يقضى فيها الدين المنقضى باتحاد الزمة معتراب -

حساب الدين في نصاب الوصية : فاذا اعتبر الدين باتحاد الزمة . منقضياً - أو موقوفاً - من ناحية المطالبة به ، فهناك نواح أخرى غير المطالبة يعتد فيها بالدين . من ذلك حساب نصاب الوصية . فاذا مات الدائن وورثه المدين ، وكانت قيمة الدين ألفاً وخمسمائة مثلاً ، فإن الدين يعتبر منقضياً من ناحية المطالبة ، فلا يستطيع المدين ، وقد ورث الدين فأصبح دائناً ، أن يطالب به نفسه . ولكن الدين يعتد به إذا ترك الدائن وصية ، وأريدت معرفة ما إذا كانت هذه الوصية لا تتجاوز النصاب حتى تكون صحيحة . فيجب اعتبار الدين الذي انقضى باتحاد الزمة قائماً في حساب هذا النصاب . فلو كانت التركة بغير الدين ثلاثة آلاف ، وجب لحساب الثلث الذي تجوز فيه الوصية ، أن تضاف قيمة الدين وهي ألف وخمسمائة إلى ثلاثة آلاف ، فتكون قيمة التركة كلها أربعة آلاف وخمسمائة ، ويكون ثلثها الجائز الإيصاء به هو ألف وخمسمائة . أما إذا اعتبرنا الدين منقضياً باتحاد الزمة من جميع النواحي ، وجب حساب قيمة التركة ثلاثة آلاف لا أربعة آلاف وخمسمائة ، ولكان ثلثها ألفاً ، وليس ألفاً وخمسمائة كما هو الحساب الصحيح (١) .

٥٧٠ - الاعتداد بالدين عند اتحاد زمة الكفيل والرائس : وإذا

مات الدائن وورثه الكفيل ، فاتحاد الزمة ما بين الدائن والكفيل إذا كان يقضى

(١) ديمولومب ٢٨ فقرة ٧١٨ - فقرة ٧١٩ - هيك ٨ فقرة ١٧٧ - لوران ١٨ فقرة ٤٨٨ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦١ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٠٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١١ - دي باج ٣ فقرة ٦٩٥ - كولان وكايبتيان ٢ فقرة ٥٧٨ ص ٤٠٢ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٨ - الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٥ .

وكذلك بحسب الدين الذي انقضى باتحاد الزمة ضمن التركة ، في تقدير قيمتها لحساب ما يجب عليها من الضرائب (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٦٦ ص ١٣٥) .

ويقول بلانيول وريبير وبولانجييه إن اعتبار الدين المنقضى باتحاد الزمة قائماً ، لتقدير نصاب الوصية ولتقدير الضريبة ، يمكن تفسيره بأن التركة تقدر قيمتها باعتبار العناصر الموجودة وقت الموت ، واتحاد الزمة لا يتحقق إلا بعد ذلك (بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٠٠٧) .

التزام الكفيل ، فليس ينقضى على النحو الذى ينقضى به لو أن الكفيل وفى للدائن .
فان الكفيل إذا وفى الدين للدائن ، ينقضى الدين ، وتبرأ ذمة المدين الأصلي ،
ويرجع الكفيل على المدين الأصلي بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول .
أما إذا ورث الكفيل الدائن ، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة ، لم ينقض الدين
الأصلى ، وبطالب الكفيل الذى أصبح دائناً المدين بهذا الدين ذاته .

وإذا اتحدت ذمة المدين الأصلي والدائن ، فان الدين ينقضى باتحاد الذمة ،
وتبرأ بذلك ذمة الكفيل . ذلك أن المدين الأصلي - وقد أصبح باتحاد الذمة
دائناً - إذا حاول أن يرجع باعتبار أنه دائن على الكفيل ، فان الكفيل
يرجع عليه باعتباره مديناً ، فيشل هذا الرجوع الأخير الرجوع الأول . وقد
كانت المادة ٢٠٣/٢٦٧ من التقنين المدنى السابق تقضى بأن اتحاد ذمة الدائن
والمدين الأصلي يبرىء ذمة الكفلاء (١) .

٥٧١ - الاعتراض بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلي :

وإذا ورث الكفيل المدين الأصلي ، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة ، فان
انقضاء التزام الكفيل على هذا النحو لا يكون إلا من حيث المطالبة ، بمعنى أنه
إذا أدى الكفيل باعتباره كفيلاً الدين للدائن ، لم يستطع - وقد أصبح مديناً
أصلياً بالميراث وذلك فى القانون الفرنسى دون القانون المصرى - الرجوع
على نفسه . ولكن التزامه ككفيل يبقى مع ذلك معتداً به فى غير هذه
المطالبة . ويترتب على ذلك أنه إذا كان لهذا الكفيل كفيل ، فان التزام
كفيل الكفيل يبقى قائماً مستنداً إلى التزام الكفيل بالرغم من انقضاء هذا
الالتزام الأخير باتحاد الذمة . فيجوز للدائن ، فى هذه الحالة ، إذا لم يستطع
استيفاء حقه من الكفيل الذى أصبح فى الوقت ذاته مديناً أصلياً ، أن يرجع
على كفيل الكفيل . ولهذا الأخير ، إذا وفى الدين ، أن يرجع على الكفيل
بما وفاه للدائن بالرغم من اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلي . وقد نصت
المادة ٢٠٣٥ من التقنين المدنى الفرنسى صراحة على هذا الحكم ، إذ نقول :

(١) انظر أيضاً المادة ١/١٣٠١ من التقنين المدنى الفرنسى . وانظر فى القانون المدنى

العراق مقال الأستاذ ضياء شيت خطاب فى مجلة القضاء ببغداد لسنة ١٥ ص ٢٠٨ .

« اتحاد الذمة الذى يتحقق بين شخص المدين الأصلي وكفيله : عندما يرث أحدهما الآخر ، لا يقضى دعوى الدائن ضد من كفل الكفيل » (١) .

وإذا كفل الكفيل مدينين متضامنين متعددين وورث أحدهم ، فصار فى القانون الفرنسى كفيلاً ومديناً متضامناً فى وقت واحد ، فان وفى الدين باعتباره كفيلاً ، رجع على أى من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد استئزال حصة مورثه . أما إذا وفاه باعتباره مديناً متضامناً ، لم يستطع الرجوع على باقى المدينين المتضامنين الا بقدر حصة كل منهم فى الدين (٢) .

٥٧٢ - الاعتماد بالدين - ضم اتحاد ذمة أهم المدينين المتضامنين

والرائع : رأينا ، عند الكلام فى التضامن ، أن المادة ٢٨٨ مدنى تنص على أنه « إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، فان الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن (٣) » . فإذا ورث أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فان الدين ينقضى باتحاد الذمة ، ولكنه لا ينقضى على النحو الذى ينقضى به فيما إذا وفى المدين المتضامن الدين للدائن . فان المدين المتضامن ، إذا وفى الدين الدائن ، رجع على باقى المدينين المتضامنين كل بقدر حصته فى الدين . أما إذا ورث المدين المتضامن الدائن ، فالدين لا ينقضى إلا بقدر ما يقتضيه اتحاد الذمة ، إذ أن حصة المدين المتضامن فى الدين هى وحدها التى تنقضى ، لأن المدين المتضامن قد أصبح دائماً بهذه

(١) وهذا هو النص فى أصل الفرنسى : Art. 2035 : La confusion qui s'opère : dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution.

انظر ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٣٥ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٠ ص ٢٤٣ - ص ٢٤٤ وقارن بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠١ ص ٧١٣ هاش رقم ١ .

وإذا كان الكفيل - الذى أصبح مديناً أصلياً على النحو المتقدم - قد قدم رهناً لتأمين الدين ، فإن اتحاد الذمة لا يكون من شأنه أن يقضى هذا الرهن (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٠) .

(٢) ديرانتون ١٢ فقرة ٧٧ ؛ - لارومبيير ٥ م ١٣٠١ فقرة ١٤ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١١ .

(٣) انظر أيضاً المادة ٢٠٣/٢٦٧ من التقنين المدنى السابق .

الحصة لنفسه . والباقي من الدين ، بعد استنزاف هذه الحصة ، يرجع به المدين المتضامن - الذى أصبح دائئاً بالميراث - على أى من المدينين المتضامنين الباقين (١) .

وقد رأينا كذلك ، فى التضامن الإيجابى ، أنه إذا ورث المدين أحد الدائنين المتضامنين ، فإن اتحاد الذمة لا يقضى من الدين إلا بقدر حصة هذا الدائن المتضامن (٢) . ذلك أن المدين يصبح دائئاً متضامناً ، ولو استوفى الدين كله بهذه الصفة لرجع عليه باقى الدائنين بحصصهم ، فلا يبقى فى يده إلا حصته . فهذه الحصة وحدها هى التى يصبح فيها دائئاً ومدينأً فى وقت واحد ، فتتحد فيها الذمة . ويستطيع بعد ذلك أى من الدائنين المتضامنين الآخرين أن يرجع على المدين بالباقى من الدين (٣) .

(١) وغنى عن البيان أن المدين المتضامن ، الذى أصبح دائئاً بالميراث ، يستطيع أن يعتبر نفسه مدينأً فى دينه بطريق اتحاد الذمة ، لا دائئاً استوفى حقه بهذا الطريق . ولكنه ، على الاعتبار الأول ، لا يرجع على المدينين الآخرين إلا بقدر حصة كل منهم . فهو يؤثر بطبيعة الحال الاعتبار الآخر ، حيث يستطيع أن يطالب أى من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستزل حصته هو (انظر فقرة ١٩٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٠ .

(٣) أما إذا ورث أحد المدينين المتضامنين مدينأً متضامناً آخر ، فلا محل هنا لاتحاد الذمة ، بل يرجع الدائن على هذا المدين بصفته الأصلية ، أو بصفته وارثاً للمدين المتضامن الآخر بما قد يكون هناك من تأييدات . وله أن يرجع عليه بالصفتين معاً ، ليطالبه بحصتين من الدين بدلا من حصة واحدة (تولىه ٧ فقرة ٤٣٣ - ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٣٧ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٣) .

وما يدل على أن اتحاد الذمة يقف نفاذ الحق دون أن يمتصه أن الحائز للعقار المرهون إذا دفع ثمنه للدائن المرتهن المتقدم فى المرتبة ، وحل محله فى الرهن ، أصبح فى دعوى الرهن دائئاً ومدينأً فى وقت واحد ، فتتحد فيها الذمة . على أن هذا لا يعنى أن حق الرهن المتقدم قد انقضى ، وكل ما يعنيه أن الحائز لا يستطيع استعمال هذا الحق ضد نفسه ، ولكن يستطيع أن يستعمله ضد الدائن المتأخر فى المرتبة ، إذا أراد هذا الدائن التنفية على العقار ، فيتقدم الحائز على الدائن المتأخر فى المرتبة بفضل حق الرهن المتقدم . وهذا يدل على أن حق الرهن المتقدم لم ينقض باتحاد الذمة . بل وقف نفاذه حيث تمذر استعماله ، فلما أمكن استعماله عاد إلى الظهور والنفاذ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢) . كذلك مستأجر العقار - وتعطيه قوانين الإيجار الاستثنائية حق مد الإيجار بعد انقضائه - إذا اشترى العقار ، فوقف باتحاد الذمة حته كمتأجر ، =

المبحث الثاني

ما يترتب من أثر

على زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعي

٥٧٣ - عودة الدين إلى الظهور : وكل ما قدمناه هو أثر اتحاد الذمة إذا بقى سببه قائماً . فيبقى الدين معتداً به من بعض النواحي ، ويقف نفاذه من ناحية المطالبة ، إذ تصبح مستحيلة باجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد .

فاذا زال بأثر رجعي السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، اعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن ، وعاد الدين إلى الظهور والنفاذ بعد أن كان موقوفاً من ناحية المطالبة . ويعود الدين بمقوماته الأصلية ، فيرجع ديناً مدنياً أو تجارياً ، منتجاً لفوائد أو غير منتج لها ، مشمولاً بسند تنفيذي أو غير مشمول به ، بحسب الأحوال . ونعود أيضاً بالتأمينات التي كانت تكفله ، وذلك بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، من كفيل شخصي وكفيل عيني ورهن وغير ذلك .

مثل ذلك أن يكون السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة وصية ، فأوصى الدائن بالدين للمدين ، ومات الدائن فاتحدت الذمة في الدين . ثم تبين بعد ذلك أن الوصية قابلة للإبطال ، فأبطلت ؛ وزال بأثر رجعي هذا السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة . عند ذلك يعود الدين في ذمة المدين للتركة ، ويعود كما كان بصفاته ودفعه وتأميناته ، ويرجع الكفيل - شخصياً كان أو عينياً - ملتزماً

= يعود حقه إلى الظهور رغم اتحاد الذمة ضد شخص حصل على وعد بإيجار العقار له بعد انتهاء الإيجار الأول (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٠ - دلائير وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٧٨ ص ١ - جوسران ٢ فقرة ٩٤٧ ص ٥٠٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ confusion فقرة ٣٢) .

بالكفالة . وتطالب التركة المدين بالدين ، بعد أن كانت قد كفت عن المطالبة بسبب اتحاد الذمة (١) .

ومثل ذلك أن يقبل الكميالة المسحوب عليه ، وبشرطها بعد ذلك بعقد قابل للإبطال ، ثم يبطل العقد . ومثل ذلك أيضاً أن يشتري المستأجر العين المؤجرة بعقد قابل للإبطال ، ثم يبطل العقد . ومثل ذلك أخيراً أن يتخلص المدين من دين متنازع فيه بدفعه الثمن والفوائد ، ثم يتبين بعد ذلك أنه كان قاصراً وقت تخلصه ، فيبطل التصرف . في هذه الأحوال جميعاً يعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن بعد أن زال سببه بأثر رجعي ، ويعود الدين إلى الظهور والنفاذ بصفاته ودفعه وتأميناته (٢) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٠ مدني ، كما رأينا ، على هذه الأحكام ، إذ تقول : « وإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن » .

٥٧٤- زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر غير رجعي :

وقد يزول بأثر غير رجعي السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة . ويمكن تصور ذلك إذا ورث المدين الدائن ، فاتحدت الذمة في الدين ، ثم اتفق الوارث ،

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٣ - أوبرى ورو٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢ - مل أنه إذا عاد الدين كما كان ، فإن التقادم الذي كان سارياً ضده يعتبر موقوفاً باتحاد الذمة ، ولا يعود إلى السريان إلا بعد زوال اتحاد الذمة (أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ confusion فقرة ٤٩) .

(٢) أما إذا كان الالتزام نفسه الذى اتحدت الذمة فيه مطلقاً على شرط فاسخ أو واقف ، ثم تحقق الشرط الفاسخ أو لم يتحقق الشرط الواقف ، فإن اتحاد الذمة يعتبر كأن لم يكن ، لا لأن سببه قد زال بأثر رجعي ، بل لأنه تبين أن الالتزام الذى اتحدت الذمة فيه غير موجود أصلاً ، وغير الموجود لا تتحد فيه الذمة .

باعتباره دائئاً ، مع شخص آخر فحول الدين له (١) . ففي هذه الحالة يعود الدين إلى الظهور في ذمة الوارث باعتباره مديناً ويصبح المحال له دائئاً للوارث (٢) .

ولكن لا يضار الغير بعودة الدين على هذا الوجه . ففي المثل الذي نحن بصددده ، إذا كان للدين كفيل شخصي أو عيني ، وبرئت ذمة هذا الكفيل باتحاد الذمة ، ثم عاد الدين بعد أن زال بأثر غير رجعي السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، فإن الكفالة لا تعود . ولا يستطيع المحال له أن يرجع على الكفيل ، لأن الكفيل من الغير في الاتفاق الذي تم بين المحال له والوارث ، وقد برئت ذمته من الكفالة كما قدمنا ، فلا يضار بسبب اتفاق لم يكن هو طرفاً فيه (٣) .

(١) أو باع الوارث التركة بمالها من ديون (vente d'hérédité) ، أو باعت التركة أسهمها التي سبق أن اشترتها (بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٧٤ ص ١٣٩) .
انظر في هذا المعنى في القانون المدني العراقي مقال الأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء بيفداد السنة ١٥ ص ٢١٣ .

(٢) بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢ .
(٣) أوبري ورو : فقرة ٣٣٠ ص ٢٢٢ — ديللوب ٢٨ فقرة ٧٣٩ — لوران ١٨ فقرة ٥٠٧ — هيك ٨ فقرة ١٧٩ — بودري وبارد ٣ فقرة ١٩١٥ — الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣٠٥ — ص ٣٠٧ — وقارن جوسران ٢ فقرة ٩٤٨ .

البُجْة الثَّلَاثَة

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

٥٧٥ — أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به : قدمنا أن الالتزام قد ينقضى دون الوفاء به أصلاً ، ويتحقق ذلك في أسباب الانقضاء الآتية :

١ — الإبراء من الدين (Remise de dette) .

٢ — استحالة التنفيذ (Impossibilité d'exécution) .

٣ — التقادم المسقط (Prescription extinctive) .

ففي هذه الأسباب جميعاً تبرأ ذمة المدين من الدين دون أن يكون قد أدى للدائن شيئاً أصلاً ، لا الدين ذاته ولا ما يعادله .

ففي الإبراء قد نزل الدائن عن حقه مختاراً دون مقابل ، وهو الذي ارفضى ذلك .

وفي استحالة التنفيذ قد اضطر الدائن ألا يستوفي حقه ، لأن الوفاء به قد أصبح مستحيلاً .

وفي التقادم المسقط قد حال القانون دون أن يستوفي الدائن حقه ، وأبرأ ذمة المدين لاعتبارات تمت للمصلحة العامة .

الفصل الأول

الإبراء (*)

(Remise de dette)

٥٧٦ - كيف يتم الإبراء وما يترتب عليه من الآثار : الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل ، فهو تصرف تبرعى حتماً . وإذا استوفى الدائن عين حقه كان هذا وفاء ، وإذا استوفى مقابلاً في حقه كان هذا وفاء بمقابل (١) ، وإذا نزل عن حقه فلم يستوفه لا عيناً ولا بمقابل كان هذا إبراء . والإبراء تصرف قانوني يصدر من جانب واحد هو الدائن (٢) ، ومتى صدر متوافرة شروطه انقضى به الدين وبرئت ذمة المدين .

فتكلم إذن في مسألتين : (١) كيف يتم الإبراء (٢) الآثار التي تترتب عليه .

الفرع الأول

كيف يتم الإبراء

٥٧٧ - النص من القانونية : تنص المادة ٣٧١ من التقنين المدني على ما يأتي :

(*) مراجع : ليسونا (Lesona) بحث في نظرية عامة للتنازل في القانون المدني : المجلة التحليلية للقانون المدني سنة ١٩١٢ ص ٣٧٦ — رينر (Raynaud) التنازل عن الحقوق : المجلة الفعلية للقانون المدني سنة ١٩٣٦ ص ٧٦٣ .

(١) ومن تبيل الوفاء بمقابل أو بما يعادل الوفاء التجديد والمقاصة واتحاد الذمة ، وقد تقدم بيان ذلك .

(٢) أما الوفاء فقد قدمنا أنه تصرف قانوني صادر من الجانبين ، وقد يصدر من جانب واحد إذا أخذ صورة العرض الحقيقي مع الإيداع . وذكرنا أيضاً أن كلا من الوفاء بمقابل (dation en paiement) والتجديد تصرف قانوني صادر من الجانبين ، وأن كلا من المقاصة واتحاد الذمة واقعة مادية وليس تصرفاً قانونياً .

« ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً . ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده » .

وتنص المادة ٣٧٢ على ما يأتي :

« ١ - يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع » .

« ٢ - ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المعاهدان » (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٤٣/١٨٠ (٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

المادتين ٣٦٩ - ٣٧٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٥٨ - ٣٥٩ -

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٧١ : ورد هذا النص في المادة ٥١٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم الدين ولم يعترض عليه » . وفي لجنة المراجعة أبدلت عبارة « ولم يعترض عليه » بعبارة « ويرتد برده » ، وذكر في اللجنة أن هذا النص مقصود به أن يقع الإبراء بإرادة منفردة أخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية ، وفيها يتم الإبراء بإرادة الدائن وحده ويرتد بالرد من المدين ، ويعتبر الرد بمنزلة التبرع فلا يقبل من لا تتوفر فيه أهلية التبرع . وأصبحت المادة رقمها ٣٨٤ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . ثم وافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ ، على أن يكون المفهوم من كلمة « مختاراً » ألا يكون الإبراء مظنة النش أو الإكراه لأن الاختيار في الإبراء هو العنصر البارز . ووافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦) .

م ٣٧٢ : ورد هذا النص في المادة ٥١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٥ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٧ - ص ٢٩٨) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٤٣/١٨٠ : يسقط الدين عن المدين بإبراء ذمته من الدائن إبراء اختياريًا إذا كان في الدائن أهلية التبرع . (أحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد ، فيما عدا أن الإبراء في التقنين الجديد يتم بإرادة الدائن المنفردة ، أما في التقنين السابق فكان لا يتم إلا باتفاق بين الدائن والمدين : الموجز للمؤلف فقرة ٩٧ : — فقرة ٥٩٨ — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٨٢٧ — فقرة ٨٢٩ — وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٤) .

وفي التقنين المدني العراقي المواد ٤٢١ - ٤٢٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللباني المواد ٣٣٨ - ٣٤٠ (١).

ونخلص من هذه النصوص أن للإبراء مميزات ، هي أن يتم بإرادة منفردة من جانب الدائن ، وأنه تصرف قانوني تبرعى . ثم إنه يشترط لصحة الإبراء شروط ترجع إلى الموضوع لا إلى الشكل .

فنبحث إذن : (١) مميزات الإبراء (٢) الشروط الواجب توافرها فيه .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٦٩ - ٣٧٠ (مطابقان للمادتين ٣٧١ - ٣٧٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٥٨ - ٣٥٩ (مطابقان للمادتين ٣٧١ - ٣٧٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٢١ : يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرء أهلاً للتبرع .

م ٤٢٢ : ١ - لا يتوقف الإبراء على قبول المدين ، لكن إذا رده قبل القبول ارتد ، وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته . ٢ - ويصح إبراء الميث من دينه .

م ٤٢٣ : يصح تعليق الإبراء . فإن علق الدائن إبراء مدينه من بعض الديون بشرط أداء البعض الآخر وأداء الدين برىء ، وإن لم يؤده فلا يبرأ ويبقى عليه الدين كله .

(وهذه الأحكام بعضها يتفق وبعضها لا يتعارض مع أحكام التقنين المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٦٧ - فقرة ٣٧١) .

تقنين الموجبات والعقود اللباني :

م ٣٣٨ : إن الإبراء من الدين أوتنازل الدائن عن حقوقه لمصلحة المدين لا يكون إلا بمقتضى اتفاق إذ يفترض في الإبراء اتفاق أصحاب الشأن .

م ٣٣٩ : إن الإبراء لا يخضع لقواعد الشكل المختصة بالتبرع ولو أجراه الدائن بدون أية منفعة تقابله . لكنه يخضع في هذه الحال لقواعد الأساس المختصة بالتبرع ، وخصوصاً ما يتعلق منها بأهلية أصحاب الشأن .

م ٣٤٠ : يكون عقد الإبراء سريعاً أو ضمناً ، فهو يستفاد من كل عمل أو كل حالة تتبين منهما جلياً عند الدائن نية التنازل عن حقوقه ، وعند المدين نية الاستنادة من هذا التنازل . إن التسليم الاختياري للسند الأصل الذي كان في حوزة الدائن يقدر معه حصول الإبراء إلى أن يثبت العكس . ولا يكون رد الدائن للشيء المودع على سبيل التأمين (donnée en nantissement) لبن عليه مثل هذا التقدير . (وتتفق أحكام التقنين اللباني مع أحكام التقنين المصري ، إلا في أمرين :

(١) الإبراء في التقنين اللباني اتفاق لا إرادة واحدة . (٢) جعل التقنين اللباني التسليم الاختياري للسند الأصل قرينة قانونية حل الإبراء ، وقد كانت هذه القرينة القانونية موجودة في التقنين المصري السابق - م ٢١٩ - ٢٢٠ / ٢٨٤ - ٢٨٥ - ولم ينقلها التقنين الجديد .

المبحث الأول

مميزات الإبراء

٥٧٨ - الإبراء يتم بإرادة واحدة من جانب المرائع : الإبراء

تصرف قانوني (acte juridique) . وقد كان في التقنين المدني السابق ، ولا يزال في التقنين المدني الفرنسي ، اتفاقاً (convention) يتم بين الدائن والمدين على قضاء الدين دون مقابل (١) . فكان لا يكتفى في الإبراء بإرادة الدائن ، بل لابد أيضاً من قبول المدين حتى يتم ، وقبل هذا القبول كان الدائن يستطيع أن يعدل عن الإبراء وفقاً للقواعد العامة . وقد قبل في توجيه هذا التكييف إن الالتزام رابطة ما بين شخصين ، فلا بد في قضائها من تدخل هذين الشخصين معاً ، وهذا بخلاف الحق العيني فانه سلطة على شيء معين فيجوز لصاحب هذه السلطة أن ينزل عنها بإرادته المنفردة (٢) .

وقد عدل التقنين المدني الجديد عن هذا التكييف التقليدي ، وصرح في المادة ٣٧١ مدني ، كما رأينا ، بأن الإبراء يتم متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده . ومعنى ذلك أن الإبراء يتم بإرادة الدائن وحده ، لا باتفاق بين الدائن والمدين كما كان الأمر في التقنين المدني السابق (٣) . وقد اقتبس التقنين المدني الجديد هذا التكييف المستحدث من الفقه الإسلامي ، ففيه يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة ويرتد بالرد . وقد غلب في هذا التكييف الطابع المادي للالتزام على الطابع الذاتي ، فالالتزام قيمة مالية تدخل في حوزة الدائن ضمن العناصر الإيجابية التي تشمل عليها ذمته المالية ، فيستطيع الزول عنه بإرادته المنفردة كما يستطيع الزول من

(١) وهو أيضاً اتفاق لا إرادة واحدة في التقنين المدني الألماني : انظر المادة ٢٩٧/١ من هذا التقنين .

(٢) بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٦٧ - دي باج ٣ فقرة ٦٧٤ .

(٣) الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣٠٩ - ص ٣١٠ - وتكتفى بإرادة الدائن المنفردة في الإبراء ، حتى لو كان الالتزام الذي يبرىء الدائن منه التزاماً من عقد ملزم للجانبين .

الحق العيني (١) . ولما كان الدائن لا يستطيع أن يفرض على المدين هذا النزول ، فقد يتحرج المدين من تفضل لا يريده من الدائن ، وقد يصبر على الوفاء بالرغم من رغبة الدائن في إبرائه ، فقد أعطى القانون الحق للمدين في أن يرد الإبراء متى وصل إلى علمه ، وذكر أن الإبراء يرتد بالرد (٢) .

وهناك فروق واضحة بين أن يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة وأن يتم باتفاق بينه وبين المدين ، نذكر منها ما يأتي :

١ - في التقنين المدني الجديد حيث يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة ، يكفي أن تصل هذه الإرادة إلى علم المدين حتى يتم الإبراء ، ويتم من وقت هذا العلم . أما في التقنين المدني السابق فهذا لا يكفي ، بل يجب أيضاً أن يصدر قبول من المدين للإبراء ، ولا يتم الإبراء إلا من وقت هذا القبول .

٢ - ويترتب على ما تقدم أنه إذا أعلن الدائن إرادته في إبراء المدين ووصل هذا الإعلان إلى علم المدين ، لم يستطع الدائن ، في التقنين المدني الجديد ، أن يعدل عن الإبراء بعد أن تم . وإذا مات أو فقد أهليته قبل أن يصل الإعلان إلى علم المدين ، فإن ذلك لا يمنع من تمام الإبراء عند اتصال الإعلان بعلم المدين بعد موت الدائن أو فقدته لأهليته (م ٩٢ مدني) . أما في التقنين المدني السابق ، فما دام المدين ، حتى بعد علمه بإرادة الدائن في الإبراء ، لم يصدر منه قبول ، فقد كان يجوز للدائن أن يعدل عن هذا الإبراء . وإذا مات الدائن أو فقد أهليته قبل صدور القبول ، فقد كان الإيجاب يسقط (٣) ، ولا يجوز للمدين أن يقبل

(١) المرجع للمؤلف ص ٦١٨ هامش رقم ١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ٢٩٥ - وانظر المادة ٣٥٣ من التقنين التونسي - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٩ .

(٣) رينبي على ذلك أنه إذا مات الدائن ، وترك سند الدين مؤشراً عليه بعدم مطالبة المدين به ، لم يجوز في التقنين المدني السابق أن يقبل هذا الإبراء بعد موت الدائن ، وكان لتركة الدائن الحق في مطالبة المدين بالدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٤ ص ٧١٥ هامش رقم ٢) . وهذا ما لم يثبت المدين أنه يعلم بهذا التأشير وأنه صادر من الدائن على سبيل الإقرار بأن ذمة المدين قد برئت بالوفاء أو بإبراء قد تم وتقبل المدين ، أو يثبت أن التأشير صادر من الدائن على سبيل الوصية . أما في التقنين المدني الجديد ، فهذا التأشير على سند الدين كاف متى وصل إلى علم المدين .

الإبراء بعد ذلك (١) .

٣ - إذا رد المدين الإبراء في التقنين المدني الجديد ، كان بهذا الرد يفقر نفسه . ذلك أن ذمته تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلى علمه ، فبرده للإبراء يعود إلى ذمته بعد أن كان قد انقضى . ومن ثم لا بد أن تتوافر في المدين أهلية التبرع حتى يستطيع رد الإبراء (٢) ، وكذلك يجوز لدائنيه أن يطعنوا في رده للإبراء بالدعوى البولصية لأن هذا الرد زاد في التزاماته إذ عاد الدين بالرد بعد انقضائه . أما في التقنين المدني السابق ، فإن رد المدين للإبراء لا يعتبر افتقاراً ، إذ الإبراء لا يتم إلا بقبوله . فهو برده للإبراء لم يفقر نفسه ، وائدين لا يعود بالرد بعد انقضائه ، إذ هو لم ينقض ما دام المدين لم يقبل الإبراء . وإنما رد المدين للإبراء امتناع منه عن أن يثرى ، ومن ثم لا يشترط في الرد أن تتوافر في المدين أهلية التبرع ، ولا يجوز لدائنيه أن يطعنوا في رده للإبراء بالدعوى البولصية .

من أجل هذه الفروق وغيرها تجب معرفة متى تسرى أحكام التقنين المدني الجديد في الإبراء . والعبرة في ذلك بوقت علم المدين بالإبراء . فإن كان قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ - موعد سريان التقنين الجديد - فإن الإبراء تسرى عليه أحكام التقنين المدني السابق ، فلا يتم إلا بقبول المدين (٣) . وإلا فإن أحكام التقنين المدني الجديد هي التي تسرى ، فيكتفى علم المدين بالإبراء وعدم رده له حتى يتم .

(١) . وإذا مات المدين قبل أن يقبل الإبراء ، فإن الإبراء لا يتم في التقنين المدني السابق ، ويؤخذ الدين من تركة المدين . أما في التقنين المدني الجديد ، فإنه إذا مات المدين دون أن يرد الإبراء ، تم الإبراء ولم يؤخذ الدين من تركة المدين . ينص التشريع العراقي (م ١/٤٢٢) على هذا الحكم صراحة ، إذ يقول : « وإن مات قبل القبول ، فلا يراد الدين من تركته » . ونص هذا التشريع (م ٢/٤٢٢) أيضاً على أنه « يسمح لإبراء الميت من دينه » ، أي أن الدائن يبرئ تركة المدين من الدين . وهذا جائز أيضاً في القانون المصري .

(٢) . والرد كالإبراء تصرف قانوني صادر من جانب واحد ، ولكنه يصدر من المدين ، أما الإبراء فيصدر من الدائن . وهو كالإبراء أيضاً في أنه تصرف تبويعي ، فلا يقبل من أمين إذا لم تتوافر فيه أهلية التبرع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٥ وانظر تاريخ المادة ٢٧١ آنفاً فقرة ٥٧٧ في الهامش - الأستاذ عبد الحمى حجازي ٣ ص ٢١٧) .

(٣) حتى لو صدر القبول بعد سريان التقنين المدني الجديد .

٥٧٩ - الإبراء تصرف تبرعى : وقد قدمنا أن الإبراء يصدر من الدائن اختياراً دون مقابل ، فهو ينزل عن حقه دون عوض . ومن ثم يكون الإبراء تصرفاً تبرعياً محضاً من جانب الدائن .
وهذا هو الذى يميز الإبراء عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة ، كالتجديد والصلح .

فيجب تمييز الإبراء عن التجديد . ففى التجديد يبرى الدائن ذمة المدين من الدين ، وهذا هو وجه المشابهة بالإبراء . ولكن الطرفين فى التجديد يتفقان على إنشاء دين جديد يحل محل الدين الأصلى ، فليس الإبراء من الدين الأصلى تبرعاً ، بل يقابله إنشاء دين جديد .

ويجب تمييز الإبراء عن الصلح . فقد يتضمن الصلح إبراء ، ولكنه إبراء بمقابل . فان كلا من المتصلحين ينزل عن بعض ما يدعيه ، فى مقابل التسليم له بالبعض الآخر (١) .

ويجب تمييز الإبراء أخيراً عن صلح الدائنين مع مدينهم المفلس (concordat) . فالدائنون عند ما يرثون ذمة مدينهم المفلس من جزء من الديون لا يتبرعون ، ولكنهم يأملون من وراء هذا الإبراء أن يحصلوا على أكبر حصة ممكنة من حقوقهم ، وهم ييسرون على المدين السبل التى تؤدى إلى ذلك ومنها إبراءه من جزء من ديونه . ويخالف الصلح مع المفلس الإبراء ، لافى انعدام نية التبرع فحسب ، بل أيضاً من وجوه أخرى . منها أن ليس من الضروى فى الصلح مع المفلس أن يقبل جميع الدائنين الصلح ، بل يكفى أن تقبله أغلبية معينة من الدائنين فتفرضه على الأقلية ، أما الإبراء فلا بد من رضا الدائن به مختاراً . ومنها أن الدائنين فى الصلح مع المفلس لا يرثون المدين إلا من جزء من الدين ابتغاء

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٨ — بلانيول . ريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٤ ص ٧١٥ — ص ٧١٦ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٥ — دى باج ٣ فقرة ٦٧١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٨٠ — الأستاذ عبد المولى حجازى ٣ ص ٢١٠ — وقارن بلانيول ريبير وبولانجه ٢ فقرة ١٩٩٠ — چوسران ٢ فقرة ٩٥١ .

الحصول على الباقي (١)، أما في الإبراء فان الدائن ينزل غالباً عن كل حقه وإن كان ليس هناك ما يمنع من أن يكون الإبراء مقصوراً على جزء من الدين . ومنها أن الصلح مع المفلس يتخلف عنه التزام طبيعي في ذمة المدين بالجزء من الديون الذي أبرىء منه لأن الدائنين لم يرضوا بهذا الإبراء مختارين ، أما في الإبراء فقد رضى الدائن بالنزول عن حقه مختاراً فتراً ذمة المدين أصلاً ولا يتخلف عن الإبراء أى التزام طبيعي في ذمته (٢) .

فمنطقة الإبراء تتحدد إذن بما قدمناه من أنه نزول اختياري من الدائن عن حقه على سبيل التبرع ، أما التصرفات الأخرى التي تقاربه فهي ليست تصرفات تبرعية ولا تشترط فيها أهلية التبرع بل تكفي أهلية التصرف (٣) .

المبحث الثاني

الشروط الواجب توافرها في الإبراء

٥٨٠ - ليست هناك شروط من ناحية الشكل : رأينا أن الفقرة

الثانية من المادة ٣٧٢ مدني تقضي بأنه لا يشترط في الإبراء شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان . فالإبراء إذن تصرف قانوني رضائي (consensuel) وليس بشكلي

(١) وإذا لم يف المدين المفلس بما تعهد به أنسخ الصلح ، لأن الصلح مع المفلس معلق دائماً على شرط فاسخ هو وفاء المفلس بما تعهد به لدائنيه ، فإن تخلف هذا الشرط أنسخ الإبراء ورجع الدين كاملاً في ذمة المفلس لدائنيه (استئناف مختلط ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٩٨) .

(٢) بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٧٤ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٣ — دي باج ٣ فقرة ٦٧٢ — ردوان في أنسيكلويدى دالوز ٤ لفظ Remise de dette فقرة ٤٨ .
يضاف إلى ما قدمناه أن إبراء المدين يبرىء ذمة الكفيل ، أما إبراء المدين المفلس في الصلح معه فلا يبرىء ذمة الكفيل .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص ٧١٧ .

(solennel) ، ينعقد بارادة الدائن دون حاجة إلى أن تفرغ هذه الإرادة في ورقة رسمية أو في أى شكل خاص .

وهذا صحيح ، بالرغم من أن الإبراء تصرف تبرعى كما قدمنا ، لأن الإبراء يعتبر هبة غير مباشرة ، والهبات غير المباشرة لا تشترط في انعقادها الرسمية التي تشترط في الهبات المباشرة (١). وهذا صحيح أيضاً ، ولو وقع الإبراء على التزام مصدره عقد شكلى ، سواء كان الشكل مفروضاً بحكم القانون أو متفقاً عليه من المتعاقدين . فلو وعد شخص آخر بأن يهبه مبلغاً من النقود ، فانه لا يلتزم بموجب هذا الوعد إلا إذا كان الوعد مكتوباً في ورقة رسمية بمقتضى حكم القانون (م ٤٩٠ مدنى) . فاذا فرضنا أن الوعد كتب في ورقة رسمية ، وترتب عليه التزام الواعد باعطاء هذا المبلغ من النقود للموعد له ، فإن الموعد له وهو الدائن يستطيع أن يبرىء الواعد وهو المدين من التزامه ، دون حاجة إلى أن يفرغ الإبراء في ورقة رسمية . فالوعد إذن ليس ملزماً إلا إذا كتب في ورقة رسمية ، ولكن يمكن الإبراء منه دون حاجة إلى هذه الورقة . كذلك إذا اتفق المتبايعان على أن يكتبوا عقد البيع في ورقة رسمية ، فإن التزام المشتري بدفع الثمن ، ومصدره عقد شكلى ، والشكلية هنا بمقتضى الاتفاق ، يمكن البائع إبرائه منه دون حاجة إلى أن يكون الإبراء في ورقة رسمية (٢) .

وهذا كله لو صدر الإبراء من الدائن تصرفاً قانونياً حال الحياة . أما إذا كان الدائن قد أوصى بإبراء مدينه ، فالإبراء هنا يكون وصية ، وتسرى أحكام الوصية في الشكل وفي الموضوع . فلا بد من إفراغه في صورة وصية في الشكل الواجب قانوناً ، ولا ينفذ إلا من ثلث التركة ، ويجوز للموصى الرجوع فيه قبل موته ، ويسقط إذا مات الموصى له قبل موت الموصى (٣) . على أن الإبراء إذا صدر من الدائن وهو في مرض الموت ، لم يشترط فيه أن يكون في شكل الوصية ، ولكن يسرى عليه حكم الوصية من حيث الموضوع ، إذ أن المادة ٩١٦ مدنى

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٥ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٧ .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٥ .

تقضى بأن كل تصرف قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف .

هذا وإذا كان لا يشترط في الإبراء شكل خاص ، فإن ذلك لا يمنع من أن المدين الذي يدعى أن دائئه أبرأه من الدين يقع عليه عبء إثبات هذا الدين ، وتسرى في ذلك القواعد العامة في الإثبات . فإذا كان الالتزام الذي يدعى المدين أن الدائن أبرأه منه تزيد قيمته على عشرة جنهات ، لم يجوز له إثبات الإبراء إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، ولو أن الإبراء تصرف قانوني صادر بإرادة منفردة ، لأن وجوب الإثبات بالكتابة يسرى على جميع التصرفات القانونية ولو كانت صادرة بإرادة منفردة (١) . أما إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على عشرة جنهات ، جاز للمدين إثبات الإبراء بالبينة أو بالقرائن . وقد كان التقنين المدني السابق يشتمل على نصوص تقيم قرينة قانونية لإثبات التخلص من الدين ، إما من طريق الإبراء أو من طريق الوفاء . فكانت المادة ٢٨٤/٢١٩ تنص على أن « إثبات التخلص من الدين يكون بتسليم سنده أو صورته الواجبة التنفيذ إلى المدين » . وكانت المادة ٢٨٥/٢٢٠ تنص على ما يأتي : « ومع ذلك يجوز للدائن أن يثبت بالبينة أن وجود السند تحت يد المدين كان لسبب آخر غير تخلصه من الدين » . فكان تسليم الدائن للمدين سنده أو صورته الواجبة التنفيذ قرينة قانونية ، قابلة لإثبات العكس ، على براءة ذمة المدين من الدين ، إما عن طريق الوفاء وإما طريق الإبراء (٢) . ولم يستبق التقنين المدني الجديد هذه النصوص ، فنزلت هذه القرينة القانونية إلى مرتبة القرينة القضائية (٣) . والعبرة بتاريخ تسليم السند أو صورته الواجبة التنفيذ ، وهي

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ١٩٢ .

(٢) الأستاذ اسد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٩ .

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ١٨٠ ص ٣٣٨ - ص ٣٣٩ - هذا وقد اشتمل التقنين المدني الفرنسي على نصين ، الأول منهما (م ١٢٨٢) يقضى بأن تسليم الدائن السند الأصل العرفي تسليماً اختيارياً إلى المدين يستدل به على تخلص المدين من الدين . ويعتبر الفقه الفرنسي هذه القرينة القانونية قاطعة لا تقبل لإثبات العكس ، وهي قرينة إما على الوفاء وإما على الإبراء . -

الواقعة المادية التي تستخلص منها القرينة . فان كان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، كانت واقعة التسليم هذه قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ، تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى السابق ، وإلا فهي قرينة قضائية تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد .

٥٨١ - الشروط الموضوعية الواجب توافرها في الإبراء : وقد رأينا

أن الفقرة الأولى من المادة ٣٧٢ مدنى تنص على أنه « يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع » .

ومن ثم فالإبراء لا بد فيه من صدور إرادة من الدائن ، ليس لها شكل خاص كما قدمنا ، للنزول عن حقه دون مقابل . وأى تعبير عن هذه الإرادة يكفي ، سواء كان التعبير صريحاً أو ضمنياً (١) . إلا أن الإبراء لا يفترض ، لأنه نزول عن الحق ، فعند الشك لا يكون هناك محل لتفسير إرادة الدائن بأنه قصد الإبراء (٢) . وهذه الإرادة يجب أن تصدر من دائن ذى أهلية كاملة ، والأهلية

= والنص الثانى (م ١٢٨٣) يقضى بأن التسليم الاختيارى للصورة الواجبة التنفيذ من السند الرسمى يكون قرينة إما على الإبراء وإما على الوفاء ، إلا إذا قام دليل العكس . والقرينة القانونية قابلة لإثبات العكس بصريح النص . وفى مناسبة هاتين القرينتين القانونيتين يسبب الفقه الفرنسى فيما يسميه بالإبراء الضمنى (remise tacite de dette) . انظر فى هذه المسألة : بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٦ - فقرة ١٧٨٨ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٧ - فقرة ١٣١٢ - دى باج ٣ فقرة ٦٧٦ - فقرة ٦٨٣ .

أما فى مصر فكل هذه القرائن تعتبر قرائن قضائية موكولة إلى تقدير القاضى . وقد نقل تقنين الموجبات والمقود البنائى (م ٢/٣٤٠) عن التقنين المدنى الفرنسى القرينة للقانونية التى اشتملت عليها المادة ١٢٨٢ من هذا التقنين (انظر آنفاً فقرة ٧٧ فى الهامش) . (١) انظر المادة ٣٤٠ من تقنين الموجبات والمقود البنائى - ولا يشترط فى التعبير الصريح أن ينصب مباشرة على الإبراء ، فالخاتمة الصورية التى يعطيها الدائن للمدين تكون تعبيراً صريحاً عن الإبراء (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٥ - دى باج ٣ فقرة ٦٧٥ ص ٦٣٤) . ويكون تعبيراً ضمنياً عن الإبراء ، فى عقد ملزم للجانبين لم يبدأ تنفيذه ، أن ينزل أحد المتعاقدين من حقه الناشئ من هذا العقد ، فيعتبر هذا النزول إبراءً ضمنياً من جانب المتعاقد الآخر عن حقه المقابل ، ويرجع فى ذلك إلى نية المتعاقدين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٢) .

(٢) استئناف وطنى ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٣٥٣ - ١٧ أغسطس سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٨٧ - استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٢ - ٨ مايو =

هنا هي أهلية التبرع ، لأن الإبراء تصرف تبرعى كما قدمنا (١) . فلا يجوز للقاصر ولا للمحجور إبراء المدين من الدين ، لأن أهلية التبرع غير متوافرة فيهما . ولا يجوز للولى ولا للوصى ولا للقيم إبراء مدين الصغير أو المحجور من الدين ، لأنهم لا يملكون ولاية التبرع فى مال محجورينهم . بل لا يجوز لهم ذلك حتى باذن من المحكمة ، فالمحكمة لا تملك ولاية التبرع فى مال المحجور . والإبراء فى جميع هذه الأحوال يكون باطلا . فيجب إذن أن يكون الدائن بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، حتى يصلر منه الإبراء صحيحاً (٢) . كذلك يجب أن تكون إرادة الدائن خالية من العيوب ، فيجب ألا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، وإلا كان الإبراء قابلاً للإبطال . وأكثر ما يشوب الإبراء هو الإكراه ، لأن الدائن لا يرى مدينه عادة ، وإنما هو فى الكثير من الأحوال يكون مكرهاً على ذلك . ومن ثم عنت المادة ٣٧١ مدنى فى صدرها أن تبرز وجوب نخلو الإرادة من الإكراه وأن تكون إرادة مختارة ، نصت على أن

سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٩ - انظر أيضاً المادة ٤٢٤ من التقنين المدنى العراقى فقرة ٥٨٢ فيما يلى فى الهامش .

فلا تبرأ ذمة الكفيل بحصول الدائن على تأمين حتى ، لأن الإبراء يفسر فى أحقيق الحدود (امتتناف وطى ٢٧ ترقيم سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٦٧ ص ٢١٨) . وإذا رد الدائن التأمين الذى أخذه لضمان دينه إلى المدين لم يفد ذلك أنه أبرأ المدين من الدين ، وإن كان قد يستفاد منه أنه نزل عن التأمين (انظر المادة ٣/٢٤٠ من تشنين المراجعات والتفريد البنائى) . وتأجير الدائن المرتهن العين المرهونة للمشتري ، وتعهده هذا المشتري بدفع الدين للدائن المرتهن ، لا يعتبر إبراء للمدين الأصل (المحلة ٢١ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٢ رقم ٦٥٨ ص ١٣١٢) . وإذا أوصى الدائن لمدينه بعين فى تركته ، لم يفد ذلك أنه أبرأ من الدين (بوردى وبارد ٢ فقرة ١٧٧٥ ص ١٠١ - ودوان فى أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Remise de dette فقرة ١٨) .

(١) انظر المادة ٤٢١ من التقنين المدنى العراقى (آنفاً فقرة ٥٧٧ فى الهامش) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٧ - ولا يصدر الإبراء إلا من الدائن أو وكيله فى الإبراء . فإذا كان هناك دائنون متضامنون ، وأبرأ أحدهم المدين ، وقع هذا الإبراء على حصة الدائن الذى صدر منه الإبراء ، وجزاء لكل من باو الدائنين المتضامنين أن يرجع على المدين بالدين بعد استئزال حصة هذا الدائن (انظر آنفاً فقرة ١٤١) .

و ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً (١) .

وللإبراء ، ككل تصرف قانونى ، محل . ومحل الإبراء هو الالتزام الذى يبرىء الدائن منه المدين . ويصح أن يقع الإبراء على أى التزام (٢) ، ما لم يكن ذلك مخالفاً للنظام العام (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٦ - وانظر آنفاً فقرة ٥٧٧ فى الهامش .
ويصح أن يكون الإبراء معلقاً على شرط فإذا كان الشرط فاسخاً أصبح الدين نفسه معلقاً على شرط واقف ، وإذا كان الشرط واقعاً أصبح الدين معلقاً على شرط فاسخ (ديمولومب ٢٨ فقرة ٣٨١ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٧ ص ٩٦ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣١٤) . وقد ورد فى للتقنين المدنى النراق نص صريح يبيح تعليق الإبراء على الشرط ، مخالفاً فى ذلك الفقه الإسلامى (انظر م ٢٤٣ من مرشد الخيران) ، فنصت المادة ٤٢٣ من هذا التقنين على أنه « يصح تعليق الإبراء ، فإن علق الدائن إبراء مدينه من بعض الدين بشرط أداء البعض الآخر وأداء المدين برىء ، وإن لم يؤده فلا يبرأ ويبقى عليه الدين كله » . ويقرب هذا الفرض من فرض الصلح مع المفلس ، فنية التبرع هنا غير واضحة ، إذ أن الدائن إنما أبرأ المدين من بعض الدين ليضمن استيفاء البعض الآخر .

(٢) والغالب أن يقع الإبراء على التزام بمنقول غير معين ، وبخاصه على التزام بدفع مبلغ من النقود ، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يقع على التزام بعين معينة بالذات . ولكن إذا كانت ملكية هذه العين تنتقل فى الحال بمجرد قيام الالتزام ، لم ينفصح المجال للإبراء من التزام تم تنفيذه . وكل ما يمكن عمله فى هذه الحالة هو أن تعاد الملكية إلى صاحبها الأصل ، ولكن لا عن طريق الإبراء بل بعقد جديد ، وتعود الملكية مشغولة بالحقوق العينية التى ترتبت للذير (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧١ وفقرة ١٧٧٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص ٧١٧) .

ولا يجوز النزول عن حق قبل كسبه ، وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن القانون يقضى بعدم صحة التنازل عن الحقوق قبل وجودها وكسبها ، إذ الإنسان إنما يتنازل عما يثبت له (٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ٢٢٥) . وقضت بأنه لا يجوز لأحد طريقاً الخصوم التنازل عن حق أكسبه إياه حكم ، إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة الفريق الثانى ، بأن يكون ذلك الحكم نفسه قاضياً لهذا الفريق الثانى بحق آخر مقابل للحق الذى قضى به للفريق الأول (٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ١٥٦) .

ويصح للدائن فى التزام طيعى أن يبرىء ذمة مدينه من هذا الالتزام ، فإذا وفى المدين الالتزام بعد الإبراء جاز له استرداده (الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣١٢ - ص ٣١٣) .

(٣) فلا يجوز النزول عن حقوق الولاية والنسب ونحو ذلك من الحقوق المتعلقة بالنظام العام . كما لا يجوز النزول عن الحق فى النفقة ، وإن كان يجوز إبراء المدين من نفقة متجدة فى ذمته (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٣ ص ٣٠٧ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧١) .

وللإبراء أخيراً ، ككل تصرف قانوني ، سبب . والسبب هو الباعث الدافع إلى الإبراء . فان كان هذا الباعث مشروعاً ، صح الإبراء ، وإلا كان باطلاً (١) . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الإبراء

٥٨٢ - الإبراء يقضي المدين : الإبراء سبب من أسباب انقضاء الالتزام . فاذا أبرأ الدائن مدينه من الدين الذي في ذمته ، فقد انقضى هذا الدين بالإبراء كما ينقضى بالوفاء ، وبرت ذمة المدين . وهذا ما يقضى به صدر المادة ٣٧١ مدني ، إذ يقول : « ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً (٢) » . على أن الإبراء يرتد بالرد ، وفي هذا يقول عجز المادة ٣٧١ مدني : « ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده » . فاذا وصل الإبراء إلى علم

(١) كذلك إذا ثبت أن الإبراء كان له باعث معين ، ثم تخلف هذا الباعث ، سقط الإبراء — والإبراء في القانون الألماني نصرف مجرد (acte abstrait) ، فلا يتأثر بالباعث . فاذا أبرأ الدائن مدينه ، انقضى الدين وزالت التأمينات التي كانت تكنت . وإذا تبين بعد ذلك أن الباعث على الإبراء قد تخلف ، لم يسقط الإبراء ، ولم تعد التأمينات ، وإنما يرجع الدائن على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب (انظر في هذه المسألة التعليقات على التقنين المدني الألماني ١ م ٣٩٧ ص ٥٦٣ — ص ٥٦٤ — جوسران ٢ فقرة ٩٥١) .

(٢) وينص التقنين المدني العراقي في المادة ٤٢٠ على ما يأتي : « إذا أبرأ الدائن المدين ، سقط الدين » . ثم جاء في المادة ٤٢٤ من نفس التقنين : « ١ - إذا اتصل بالصلح إبراء خاص بالمصالح عنه ، فلا تسمع الدعوى في خصوص ذلك وتسمع في غيره . وإذا اتصل بالصلح إبراء عام عن الحقوق والدعوى كافة ، فلا تسمع على المبرأ دعوى في أي حق كان قبل الصلح ، وتسمع على الحق الحادث بعده » . ٢ - وحكم البراءة المنفردة عن الصلح كحكم البراءة المتصلة به في الخصوص والعموم » .

وهذا النص ليس إلا تطبيقاً لقاعدة عامة سبقت الإشارة إليها تقضي بأن الإبراء وهو نزول عن الحق يجب أن يقصر في أضيق الحدود (انظر آنفاً فقرة ٨١ - وانظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٧٣٠ ص ٣٢٧) .

المدين ، ولم يردده في المجلس الذي علم فيه (١) ، لم يستطع أن يردده بعد ذلك .
أما إذا رده في المجلس ، فانه يرتد ويزول أثره ، ويعود الدين إلى ذمة المدين
بعد أن كان قد انقضى بالإبراء ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ونرى مما تقدم أن الإبراء ، وهو يقضى الدين ، تصرف قانوني يفقر الدائن
إذ ينقص من حقوقه . وكذلك الرد ، وهو يعيد الدين إلى ذمة المدين بعد
انقضائه ، تصرف قانوني يفقر المدين إذ يزيد في التزاماته (٢) .

ولما كان يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع ،
فان أحكام الدعوى البولصية تسرى على الإبراء كما تسرى على أى تبرع (٣) .

(١) ولما كان تكليف الإبراء بأنه تصرف قانوني من جانب واحد يرتد بالرد مأخوذاً من
الفقه الإسلامي ، وجب الرجوع إلى الفقه الإسلامي لتحديد الوقت الذي يجوز فيه رد الإبراء .
فالرد يكون في مجلس الإبراء ، أى في المجلس الذي يعلم فيه المدين بالإبراء ، فلورد المدين الإبراء
بعد انقضاء هذا المجلس بيق الإبراء نافذاً ولا يرتد . كذلك لو رد المدين الإبراء بعد قبوله إياه
لا يرتد ، والقبول إذا لم يكن ضرورياً لقيام الإبراء بمجمله مع ذلك غير قابل للرد . وقد نصت
المادة ١٥٦٨ « المجلة على أنه لا يتوقف الإبراء على القبول ، ولكن يرتد بالرد . فإذا أبرأ
واحد آخر ، فلا يشترط قبوله . ولكن إذا رد الإبراء في ذلك المجلس بقوله لا أقبل ، ارتد
ذلك الإبراء ، يعنى فلا يبق له حكم . ولكن لو رد الإبراء بعد قبوله ، فلا يرتد » . ويقول
الأستاذ سليم باز في التعليق على هذا النص : « مفاده أنه يشترط أن يكون الرد في مجلس الإبراء ،
فلورده بعد التفرق لا يصح الرد ، ويبقى الإبراء نافذاً » (شرح المجلة للأستاذ سليم باز
م ١٥٦٨ ص ٨٥٣ - ص ٨٥٤) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٧٨ - والرد يعيد الدين كما كان ، بجميع مقوماته وصفاته ودفعه
وتأثيراته .

(٣) م ١/٣٧٢ مدني - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال
التحضيرية ٣ ص ٢٩٧ - ومن الأحكام الموضوعية التي تسرى على التبرعات جواز الرجوع في
الهبة لعذر مقبول (م ٥٠٠ مدني) ما لم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٢ مدني) . ويعتبر
هذراً مقبولا للرجوع في الهبة لجهود الموهوب له ، وصيرورة الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه
أسباب المعيشة ، وأن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً أو أن يكون له ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا
به حي (م ٥٠١ مدني) . والظاهر أن هذه الأحكام الموضوعية تسرى على الإبراء كما تسرى على
الهبة (المرجع للمؤلف فقرة ٥٩٧ ص ٦١٩ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٧
ص ٦٣٣ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣١٣ - وانظر أيضاً في القانون الفرنسى حيث
يجوز الرجوع في الهبة لجهود الموهوب له أو لأن الموهوب له قد رزق ولداً وسريان هذه الأحكام -

وبترتب على ذلك أمران : (أولا) يجوز لدائني الدائن الذي صدر منه الإبراء أن يطعنوا في هذا الإبراء بالدعوى البولصية ، كما يطعنون في أى تبرع صادر من مدينهم . فسد في حاجة إلا إلى إثبات إعسار الدائن الذي صدر منه الإبراء أو زيادة إعساره بسبب هذا الإبراء ، ولا ضرورة لإثبات تواطؤ المدين معه ، بل ولا لإثبات سوء نية الدائن نفسه ، وذلك تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ مدني ، وهي تقضى بأنه « إذا كان التصرف تبرعاً ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً » . (ثانياً) وكذلك إذا رد المدين الإبراء ، فإن هذا التصرف من جانبه يكون مفقراً إذ يزيد في التزاماته كما تقدم القول . فيجوز لدائني المدين أن يطعنوا فيه بالدعوى البولصية كما سبق أن بينا (١) ، إذا أثبتوا أن رد الإبراء قد سبب إعسار المدين أو زاد في إعساره ، دون حاجة إلى إثبات تواطؤ الدائن معه ، بل ولا سوء نية المدين .

٥٨٣ - وتنقضى مع الدين تأميناته : وإذا ينقضى الدين بالإبراء ، فإنه ينقضى معه ما كان يكفله من تأمينات ، كرهن أو امتياز أو اختصاص أو كفالة . وحتى يكون زوال التأمينات سارياً في حق الغير ، يجب شطب القيد طبقاً للقواعد المقررة .

وقد أورد التقنين المدني السابق ، في شأن الكفالة الشخصية ، سلسلة من النصوص لم ينقلها التقنين المدني الجديد ، لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فتسرى أحكامها دون حاجة إلى نص . من ذلك أن نصت المادة ١٨١/٢٤٤

= على الإبراء . بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٦٩ ص ٩٨ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص ٧١٧ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٦ - دي باج ٣ فقرة ٦٧٥) . وقد يقال إن الإبراء في الفقه الإسلامي إسقاط ، والساقط لا يعود (انظر شرح المجلة للأستاذ سليم باز م ٥١ ص ٤٠ و م ١٥٦٢ ص ٨٤٨ - ٨٤٩ و م ١٥٦٨ ص ٨٥٣) . ولكن لما كان نص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٢ مدني صريحاً في أنه « يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع » ، فالظاهر أن هذا النص يقضى بمرئان أحكام الرجوع في الهبة على الإبراء . (١) انظر آنفاً فقرة ٥٧٨ .

على أن « إبراء ذمة المدين من الدين يترتب عليه إبراء ذمة ضامنيه أيضاً » .
فتبرأ ذمة الكفيل الشخصى ببراءة ذمة المدين ، لأن التزام الكفيل تابع لالتزام
المدين ، فاذا زال الأصل زال التبع (١) . ويستثنى من ذلك الإبراء الذى يتضمنه
الصلح مع المفلس ، فانه لا يبرىء ذمة الكفلاء كما رأينا ، بل إن فائدة الكفالة
لا تظهر إلا عند إفلاس المدين فقد أراد الدائن أن يستوثق لحقه من ذلك (٢) .
أما إبراء ذمة الكفيل فلا يبرىء ذمة المدين الأصلية ، لأن زوال التبع لا يستوجب
زوال الأصل ، وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٤٧/١٨٤ من التقنين المدنى
السابق على أنه « لا تبرأ ذمة المدين بإبراء ذمة ضامنه » . وإذا تعدد الكفلاء ،
وأبرأ الدائن أحدهم ، فإن ذلك لا يعنى أنه أبرأ الباقين ، بل يجوز له مطالبة
باقى الكفلاء كل بقدر الحصة التى كفلها إذا كان الكفلاء غير متضامين ،
أو أى منهم بالدين بعد استئصال حصة الكفيل الذى أبرأه إذا كان الكفلاء
متضامين (٣) . هذا كله ما لم يكن الكفيل الذى أبرأه الدائن قد كفل الدين
بعد أن كفله الكفلاء الآخرون ، فهو إذا كان متأخراً عنهم لا يكونون قد
اعتمدوا على كفالته ، فاذا أبرأه الدائن لم يجوز للكفلاء المتقدمين أن يستنزّلوا
حصته . بل يرجع الدائن على كل منهم بعد تقسيم الدين كله بينهم
دون الكفيل المتأخر إذا كانوا غير متضامين ، أو يرجع على أى منهم

(١) ولا يجوز للدائن أن يبرىء ذمة المدين الأصل مع استبقائه الكفيل ملتزماً بالدين ،
فإن حق التجريد المعطى للكفيل يمنع من ذلك . ولكن يظهر أنه يجوز للدائن الاحتفاظ بالكفيل
إذا كان كفيلًا متضامناً مع المدين أو كان كفيلًا عينياً ، مع إبراء ذمة المدين الأصل (بيدان
ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤١ — بودرى وبارد ٣
فقرة ١٧٩٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٢ — ويذهب بودرى وبارد (٣)
فقرة ١٧٩٤) إلى أن الجزء من الديون الذى أبرأه منه المفلس يبق التزاماً طبيعياً فى ذمته ،
ويصلح هذا الالتزام الطبيعى أن يكون التزاماً أصلياً تستند إليه الكفالة . وقد رأينا أن الالتزام
الطبيعى لا يمكن كفالته إلا بالالتزام الطبيعى مثله (انظر الوسيط جديد ٢ فقرة ٤٠٣) . على أننا
لسنا فى حاجة إلى تأصيل بقاء الكفيل ملتزماً بجميع ديون المفلس حتى ما أبرأه منه بالصلح
مع الدائنين ، فإن هذا هو الوضع الطبيعى للكفيل ، فهو لم يكفل إلا هذا الإفلاس بالذات ،
فاذا تحقّق الإفلاس كان للدائنين حق الرجوع على الكفيل .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٩٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٢ .

بكل الدين إذا كانوا متضامنين . فرجوع الكفلاء على الكفيل الذى أبراه الدائن ، بمقدار حصته ، منوط بأن تكون ضمانة هذا الكفيل سابقة لضمائهم أو مقارنة لها . وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٤٨/١٨٥ من التقنين المدنى السابق على أنه : إذا تعدد الضامنون فى دين ، وأبرأ الدائن ذمة أحدهم ، جاز للباقي مطالبته بالضمان إذا كانت ضمانته سابقة على ضمائهم أو مقارنة لها (١) .

(١) لارومبيير ٥ م ١٢٨٧ فقرة ٤ — ديمولوب ٢٨ فقرة ٤٦٨ — ديرانتون ١٢ فقرة ٣٧٥ — ماركاديه ٤ فقرة ٨٠٩ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٩٧ مكررة — الموجز المؤلف فقرة ٥٩٨ — انظر عكس ذلك لوران ١٨ فقرة ٧٣ — هيك ٨ فقرة ١٤٠ .
وتنص المادة ١٢٨٨ من التقنين المدنى الفرنسى على أن : ما أخذه الدائن من الكفيل لإبراء ذمته من الكفالة يستزل من الدين ، وتبرأ بمقداره ذمة المدين الأصل وذمة الباقي من الكفلاء . وهذا هو النص فى أصله الفرنسى Art. 1288: Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions.
وهذا نص ينتقده الفقه الفرنسى لمخالفتة للقواعد العامة، إذ أن نية الطرفين — الدائن الكفيل — قد انصرفت فى هذه الحالة إلى أن الكفيل دفع مقابلاً لإبراء ذمته من الكفالة ، وقد رضى الدائن بذلك معرضاً نفسه لخطر ألا يستوفى الدين كله أو بعضه من المدين الأصل . فالعقد بين الدائن والكفيل عقد احتمال ، قد يكون مصدر ربح للدائن فيما إذا استوفى كل حقه من المدين الأصل ، وقد ينتهى به إلى الخسارة فيما إذا لم يستوف حقه أو لم يستوف إلا جزءاً منه . فإخذ من الكفيل هو المقابل لهذا الخطر الذى عرض نفسه له ، فهو ضرب من التأمين (ديرانتون ١٢ فقرة ٣٧٩ — لارومبيير ٥ م ١٢٨٨ فقرة ٢ — ديمولوب ٢٨ فقرة ٤٦٩ — فقرة ٤٧١ — لوران ١٨ فقرة ٣٧٤ — هيك ٨ فقرة ١٤١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٢ ص ٧٢٤ — ص ٧٢٥) . ولم ينقل التقنين المصرى هذا النص ، فيجب تطبيق القواعد العامة . ومقتضى تطبيقها أن تكون العبارة بنية الطرفين ، الدائن والكفيل . فإن قصداً أن يفندى الكفيل ذمته بما دفعه للدائن من المقابل ويكون للدائن بعد ذلك أن يرجع حل المدين بكل الدين ، برئت ذمة الكفيل ، ولا يرجع عليه الدائن إذا لم يستوف كل حقه من المدين ولا يرجع هو حل المدين بما أعطاه للدائن ، وكذلك لا يرجع حل الدائن حتى لو استوفى هذا كل حقه من المدين . وإن قصداً أن يستنزى المقابل من الدين ، لم تبرأ ذمة الكفيل من باقى الدين ، ويرجع عليه الدائن إذا لم يستوف من المدين ما بقى من حقه ، ويرجع هو حل المدين بما أعطاه للدائن . وعند الشك يكون المفروض أن الدائن بأخذه المقابل من الكفيل أراد إبراء ذمته من الكفالة ، ويكون الدائن قد احتفظ بحقه فى الرجوع بكل الدين حل المدين ، إذ لو أراد استنزى المقابل من الدين ، لاستبقى الكفيل يرجع عليه فيما إذا لم يستوف من المدين الباقي من حقه .

٥٨٤ - إبراء الدائن للمدين المتضامن - املأه : وقد

يبرئ الدائن أحد المدينين المتضامين ، فلا تبرأ ذمة المدينين المتضامين الباقيين ، وللدائن أن يطالب أياً منهم بالدين بعد استئصال حصة المدين الذي أبرأه . وهذا ما لم يكن الدائن قد صرح أنه أراد بذلك إبراء جميع المدينين المتضامين فتبرأ ذمتهم جميعاً ، أو ما لم يكن على النقيض من ذلك قد احتفظ بحقه في الرجوع على أى من المدينين المتضامين الباقيين بكل الدين رغم إبراء أحدهم (١) . وقد يبرئ الدائن أحد المدينين المتضامين من التضامن فحسب ، فيبقى حقه في الرجوع على أى من المدينين الباقيين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك (٢) . وفي جميع الأحوال التى يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامين ، سواء كان الإبراء من الدين أو من التضامن ، يكون لباقي المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا الدين بتصيبه في حصة المعسر منهم ، إلا إذا أدخل الدائن المدين الذي أبرأه من كل مسئولية عن الدين ، فيتحمل هو نصيب هذا المدين في حصة المعسر (٣) . وقد نقدم بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في التضامن (٤) .

(١) م ٢٨٩ مدنى - وانظر أيضاً المادة ١٨٢/٥ من آئتين المدنى السابق .

(٢) م ٢٩٠ مدنى .

(٣) م ٢٩١ مدنى - وانظر أيضاً المادة ١٨٣/٦ من آئتين المدنى السابق .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٩٣ .

الفصل الثاني

استحالة التنفيذ (*)

(Impossibilité d'exécution)

٥٨٥ — مسأله : متى أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا ، فانه لا محالة ينقضى . وهذا ما تقتضيه طبائع الأشياء ، إذ لا التزام بمستحيل :
(à l'impossible nul n'est tenu) .
ونتكلم هنا في مسألتين : (١) متى تتحقق استحالة التنفيذ (٢) الآثار التي
تترتب على هذه الاستحالة .

الفرع الاول

متى تتحقق استحالة التنفيذ

٥٨٦ — النص من القانونية : تنص المادة ٣٧٣ من التقنين المدني
على ما يأتي :
« ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلا لسبب أجنبي
لا يدل له فيه (١) » .

* مراجع : ردوان (Radouant) في الحادث الفجائي والقوة القاهرة رسالة من باريس
سنة ١٩٢٠ — لبريه (Lebret) في وقف العقود ونسخها : المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٤
ص ٥٨١ وما بعدها — ساروت (Sartraute) في وقف تنفيذ العقود رسالة من باريس
سنة ١٩٢٩ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٦ من المشروع
النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية
٣ ص ٢٩٩ — ص ٣٠٠) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٢٤٠/١٧٧ و ٢٤١/١٧٨ و ٢٤٢/١٧٩ (١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٧١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٦٠ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٢٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٤١/٣٤٢ (٢).

(١) التقنين المدني السابق م ٢٤٠/١٧٧ تزول التهودات بالفسخ إذا صار الوفاء بعد وجودها غير ممكن .

م ٢٤١/١٧٨ : إذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين ، أو حدث عدم الامكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفاً رسمياً ، ألزم بالتأمينات .

م ٢٤٢/١٧٩ : إذا انسخ التمهيد بسبب عدم إمكان الوفاء ، تنسخ أيضاً كافة التمهيدات المتعلقة به ، بدون إخلال بما يلزم من التأمينات لمستحقيها في نظير ما حصل عليه غيرهم من المنفعة دون حق ، ولا يترتب على الفسخ إخلال بحقوق الدائنين المرتهنين الحسن النية (انظر قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣) .

(وأحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد ، وقد أسهب التقنين السابق في التفريع على الموضوع الأصل . وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « لم يفرد المشروع لاستحالة التنفيذ سوى مادة واحدة ، قرر فيها قاعدة انقضاء الالتزام متى أصبح تنفيذه مستحيلاً من جراء سبب أجنبي . أما انقضاء الالتزامات المتقابلة في العقود التبادلية ، وحق الدائن في انتفاء التمويض عند رجوع الاستحالة إلى فعل المدين ، فلم يشغل المشروع بهما نصوص هذا الفرع على نحو ما فعل التقنين الراهن (السابق) غافلاً عن انتفاء وجه المناسبة . وبهذا وفق المشروع إلى التوسط ، فخفف من هذه النصوص دون أن يغفلها كل الإغفال ، كما فعل المشروع الفرنسي الإيطالي : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٨ - وانظر في التقنين المدني السابق الموجز للزلف فقرة ٥٩٩ - فقرة ٦٠٢ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٣٠ - فقرة ٨٣٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٧١ (مطابقة للمادة ٣٧٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٦٠ (مطابقة للمادة ٣٧٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٢٥ (مطابقة للمادة ٣٧٣ من التقنين المدني المصري) - وانظر

الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٧٢ - فقرة ٣٧٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٤١ : يسقط الموجب إذا كان ، بعد نشأته ، قد أصبح

موضعه مستحيلاً من الوجه الطبيعي أو الوجه القانوني بدون فعل أو خطأ من المدين .

م ٣٤٢ : يجب على المدين أن يقيم البرهان على وجود القوة القاهرة ، ويبقى مع ذلك -

ويخلص من هذا للنص أن هناك شرطين حتى تتحقق استحالة التنفيذ التي تقضى الالتزام : (١) أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً (٢) وأن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أحبي لا يد للمدين فيه .

٥٨٧ - الشرط الاول - تنفيذ الالتزام يصبح مستحيلاً :

يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام ، بعد نشوئه ، مستحيلاً استحالة فعلية أو استحالة قانونية . ولا يكفي أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً ، ما دام لا يزال ممكناً .

فيجب أولاً أن ينشأ الالتزام ممكناً ، فلا نظراً الاستحالة إلا بعد نشوئه . ما إذا كان تنفيذ الالتزام منذ البداية مستحيلاً ، فانه لا ينشأ أصلاً ، ولا محل للقول بانقضاء مالم يوجد . وإنما يكون العقد الذي رتب الالتزام المستحيل باطلا لعدم توافر الشروط اللازمة في المحل ، فمن شروط المحل أن يكون ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل ، وأن يكون موجوداً إذا كان عيناً معينة بالذات .

ويجب ، بعد أن ينشأ الالتزام ممكناً ، أن يطرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلاً . أما إذا طرأت حوادث جعلت تنفيذه مرهقاً ، مع بقائه ممكناً ، فلا ينقضى الالتزام . وإنما تنتقل في هذه الحالة إلى نظرية الحوادث الطارئة (théorie de l'imprévision) وأثر الحادث الطارئ في الالتزام ، وهو ما تقرره الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدني إذ تقول : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي ، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلاً كل اتفاق عن خلاف ذلك » . وقد سبق تفصيل القول في نظرية الحوادث الطارئة (١) .

= لدائن متسع لكي يثبت أن الطارئ الذي وقع بمنزل عن المدين كان سبباً أو مصحوباً بخطأ ارتكبه المدينون كإبطاء في التنفيذ جملة في حالة التأخر ، وفي مثل هذا الموقف يظل الموجب قائماً .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣١٤ - فقرة ٤٢٣ .

فيجب إذن ، حتى ينقضي الالتزام ، أن يطرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلاً استحالة فعلية أو استحالة قانونية في الوقت الذي يجب فيه تنفيذه . فلو طرأ ما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مؤقتة ما بين وقت نشوئه ووقت التنفيذ ، ثم زال هذا الطارئ عند حلول ميعاد التنفيذ فأصبح تنفيذ الالتزام ممكناً في هذا الوقت ، فإن الاستحالة السابقة التي زالت لا أثر لها في الالتزام ، بل يبقى الالتزام قائماً واجب التنفيذ . وحتى لو كان الالتزام مستحيلاً تنفيذه وقت حلول ميعاد التنفيذ ، ولكن هذه الاستحالة ليست دائمة ، وأمكن أن تزول في وقت يكون تنفيذ الالتزام فيه غير متعارض مع الغرض الذي من أجله وجد الالتزام ، فإن هذه الاستحالة المؤقتة ليس من شأنها أن تفضي الالتزام ، بل هي تقتصر على وقفه إلى أن يصبح قابلاً للتنفيذ فينفذ (١) .

أما أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة فعلية ، فهذه مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع تقديرأ نهائياً لا معقب عليه من محكمة النقض . فالالتزام بنقل حق عيني ، إذا وقع على عين معينة بالذات ، يصبح تنفيذه مستحيلاً إذا هلك هذا الشيء ، أو تلف تلفاً يجعله في حكم الهالك ، أو فقد بحيث لا تتمكن معرفة مكانه (٢) . وإذا وقع الالتزام على شيء غير معين إلا بنوعه ومقداره ، فمن الصعب أن نتصور استحالة تنفيذ هذا الالتزام ، لأن الشيء غير المعين بالذات يوجد بجنسه ، والجنس لا يندم (genera non pereunt) (٣) . ومع ذلك فقد يقع في بعض الأحوال الاستثنائية أن يتعذر التنفيذ ، كما إذا كان المدين ملتزماً بتوريد أزهار نادرة أو شيء بطل صنعه فلم يستطع العثور على ما التزم به (٤) . والالتزام بعمل ، كالالتزام المصور برسم صورة ، يصبح تنفيذه مستحيلاً إذا أصيب هذا الفنان بفتق يصره أو بتر يده فلم يعد قادراً على الرسم (٥) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٦ .

(٢) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٨ .

(٣) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٣١ ص ٣٦٦ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٥ ص ٧٢٧ - دي باج ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٦٥٦ .

(٥) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٨٢ ص ١٤٥ - وإذا تمهد ممثل بالتمثيل في وقت معين ، وأصيب بمرض في هذا الوقت يقعه عن التمثيل ، أصبح تنفيذ التزامه مستحيلاً (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٨٨) .

والالتزام بالامتناع عن عمل يصبح تنفيذه مستحيلا إذا اضطر المدين إلى إتيان هذا العمل الذي التزم بالامتناع عنه .

وأما أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة قانونية ، فهذه مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض . من ذلك أن يكون المدين ملتزماً بنقل ملكية أرض ، فتزاع ملكيتها قبل التنفيذ للمصلحة العامة ، فيتعذر تعذراً قانونياً تنفيذ الالتزام . ومن ذلك أيضاً أن يكون المدين ملتزماً بتوريد شيء ، ثم يحرم القانون صنعه ، فيصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة قانونية (١) .

٥٨٨ - السُّرْطُ الثَّانِي - استحالة التنفيذ ترمع إلى سبب أجنبي

ويجوز للسريع فيه : ولا يكتفى أن يستحيل تنفيذ الالتزام على النحو الذي قدمناه حتى ينقضي ، بل يجب أيضاً أن تكون هذه الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه .

فإن كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين ، لم ينقُض الالتزام . ولكن لما كان تنفيذه العيني أصبح مستحيلا ، وجب تنفيذه عن طريق التعويض . وحيث يستحيل التنفيذ العيني وينسب التعويض مكانه ، فإنه لا يجوز القول بأن الالتزام الأصلي قد انقضى وحل محله التزام جديد محله التعويض . بل إن الالتزام باق بعينه ، وإنما تحول محله من التنفيذ العيني إلى التعويض . وهذا التحول يجري بحكم القانون تمشياً مع مقتضى إرادة الطرفين ، فليس مما يتعارض مع إرادتهما ، إذا تعذر التنفيذ العيني بخطأ المدين ، أن يتحول محل الالتزام إلى تعويض . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) . ولهذا التكييف أهمية عملية كبيرة . فلو قلنا إن الالتزام الأصلي قد انقضى وحل محله التزام جديد ، لترتب على ذلك انقضاء التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي وانقطاع مدة التقادم التي

(١) ومنذ حرم الرق أصبح التعامل في الرقيق مستحيلا استحالة قانونية (برودي وبارد ٢ فقرة ١٩١٧ ص ٢٥٠ - بيدان رلاجارد ٩ فقرة ١٠٧٩ ص ١٤٣) . وإذا قيدت ، أثناء الحرب مثلاً ، الكميات التي تستهلك من البنزين أو الغاز أو الكهرباء ، أصبح الالتزام الذي يتعارض تنفيذه مع هذه القيود مستحيلا استحالة قانونية (بيدان رلاجارد ٩ فقرة ١٠٨٢) .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٠٩ .

كانت تسرى ضد هذا الالتزام ، ولترتب على ذلك أيضاً أن الالتزام بالتعويض الذى ينشأ من عدم تنفيذ العقد يكون التزاماً جديداً ليس مصدره العقد بل يكون المصدر خطأ تقصيراً من المدين . أما إذا أخذنا بالرأى الصحيح وقلنا إن الالتزام يبقى بعينه مع تحول محله ، لترتب على ذلك أن التأمينات التى كانت تكفل التنفيذ العيني لا تنقضى ، بل تتحول إلى كفالة التعويض . ولترتب على ذلك أيضاً أن مدة التقادم لا تنقطع ، بل تبقى سارية ضد الالتزام بعد أن تحول محله من تنفيذ عيني إلى تعويض . فلو كانت المدة التى انقضت أربع عشرة سنة مثلاً ، ثم استحال تنفيذ الالتزام بخطأ المدين فتحول محله إلى تعويض ، فإن حق الدائن فى التعويض يسقط بالتقادم بعد انقضاء سنة واحدة وهى التى تكمل المدة التى انقضت إلى خمس عشرة سنة ، لا بانقضاء مدة تقادم جديدة فيما لو قلنا إن الالتزام بالتعويض هو التزام جديد . ولترتب على ذلك أخيراً أن الالتزام بالتعويض الذى ينشأ من عدم تنفيذ العقد هو عين الالتزام الذى نشأ من العقد منذ البداية ، فيكون مصدره العقد لا خطأ تقصيراً من المدين (١) .

أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي (٢) - والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائى (cas fortuit) أو القوة القاهرة (force majeure) ، وخطأ الدائن (faute du créancier) ، وفعل الغير (fait d'un tiers) - فإن الالتزام ينقضى أصلاً ، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يتحول محله إلى تعويض ، فالتعويض لا يكون مستحقاً ما دامت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي ولا ترجع إلى خطأ المدين . وعب إثبات السبب الأجنبي يقع على المدين ، إذ بعد أن يثبت الدائن وجود الالتزام يجب على المدين أن يثبت تخلصه منه وفقاً للقواعد العامة ، وهنا لا يستطيع المدين أن يتخلص من الالتزام إلا إذا أثبت

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٨ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٩١٦ ص ٧٢٨ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٨ ص ١٤٣ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٩ ولكن قارن فقرة ٦٠١ ص ٦٢٢ .

(٢) ويلاحظ أن السبب الأجنبي الذى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فيقضى إنما ينطبق بالأخص على الالتزامات المعقّدة . أما الالتزام الذى ينشأ عن عمل غير مشروع ، فهو لا ينشأ أصلاً - وبالأولى لا ينقضى - بالسبب الأجنبي ، لأن السبب الأجنبي يزيل رابطة السببية فلا يتولد الالتزام (دج باج ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٦٥٧) . والذى ينقضى بالسبب الأجنبي إنما هو الالتزام القانونى العام ألا يضر شخص آخر بعمل غير مشروع ، إذا جاز أن يعد هذا التزاماً

استحالة التنفيذ وأنها راجعة إلى سبب أجنبي (١) .

هذا وقد يرجع السبب الأجنبي إلى خطأ من المدين ، كما إذا كانت العين التي التزم بها قد احترقت أو سرقت وكان ذلك مصحوباً بتقصير من المدين . فلا يعتد في هذه الحالة بالسبب الأجنبي ، بل تعتبر استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ المدين ، ولا ينقضى الالتزام ، بل يتحول محله من تنفيذ عيني إلى تعويض (٢) . وعبء إثبات خطأ المدين يقع في هذه الحالة على الدائن .

وقد يتحمل المدين تبعه السبب الأجنبي ، فلا ينقضى الالتزام حتى لو استحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، ويتحول محله إلى تعويض . ويكون المدين في هذه الحالة لزاماً الدائن بمثابة المومن ، يؤمنه من الحوادث التي ترجع إلى القوة القاهرة (٣) .

كذلك إذا استحالت تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي ، ولكن الدائن كان قد أعذر المدين قبل استحالة التنفيذ ، فإن الإعذار يجعل المدين مسئولاً عن استحالة التنفيذ كما لو كانت هذه الاستحالة ترجع إلى خطئه ، فلا ينقضى الالتزام بل يتحول محله إلى تعويض . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٠٧ مدني على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا أذن المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقرم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم ولم يتم بتسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن (٤) » . على أن الالتزام ينقضى ، حتى لو كان المدين قد أعذر قبل استحالة التنفيذ ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٧ مدني على هذا الحكم صراحة

(١) بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢٢ - بلانبول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٢١٨ - وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي تخلفه محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية ، ما دامت قد أقامت قضاها على أسباب سائفة (نفس مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ ص ١٠٢٢) ، وما دامت الشروط اللازمة قانوناً لقيام القوة القاهرة متوافرة .

(٢) بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢٢ - وانظر المادة ٣٤٢ من تشريع الموجبات والعقود البنائي (آنفاً فقرة ٥٨٦ في الهامش) .

(٣) نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٣ ص ٧٤٦ .

(٤) الوسيط جزء ٢٠ فقرة ٤٣٢ .

إذ تقول : « ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولو أعلر ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة (١) » . بل إنه إذا كان الالتزام مترتباً في ذمة السارق برد الشيء المسروق ، فإنه لا ينقضى حتى لو هلك الشيء بسبب أجنبي ، وحتى لو لم يكن السارق معذراً قبل هذا الهلاك ، وحتى لو أثبت السارق أن الشيء كان يهلك عند صاحبه لو أنه رده إليه . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٢٠٧ مدني إذ تقول : « على أن الشيء المسروق إذا هلك أوضاع بأية صورة كانت ، فإن تبعة الهلاك تقع على السارق (٢) » .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على استحالة التنفيذ

٥٨٩ - انقضاء الالتزام وتوابعه : يترتب على استحالة تنفيذ

الالتزام بسبب أجنبي على النحو الذي قدمناه أن ينقضى هذا الالتزام ، إذ التنفيذ قد أصبح مستحيلاً ، والمدين غير مسئول عن هذه الاستحالة ، فلا مناص من القول بانقضاء الالتزام (٣) .

وينقضى الالتزام بتوابعه ، وبخاصة تنقضي جميع التأمينات العينية والشخصية

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٢ - دي باج ٣ فقرة ٧٠٢ .

(٢) توليه ٧ فقرة ٤٨٦ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧

فقرة ١٣٢٣ - جوسران ٢ فقرة ٩٦٢ - دي باج ٣ فقرة ٧٠٢ - وقارن أوبري ورو ٤

فقرة ٣٣١ ص ٣٦٥ هامش رقم ٦ - ديرانتون ١٢ فقرة ٥٠٦ - وانظر في كل ذلك الوسيط

جزء ٢ فقرة ٤٣٢ ص ٧٨٨ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٩ -

وإذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً بسبب أجنبي ، تخلص المدين من الالتزام بتسليمه إلى الدائن الجزء

غير المالك (بودري وبارد ٣ فقرة ١٩١٦) ، ويجوز للدائن في هذه الحالة أن يرفض تسلم الجزء

غير المالك لأنه لا يجبر على الوفاء الجزئى (بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٠١٣ -

أنسيلكويدي دالوز ٣ لفظ perte de la chose due فقرة :) .

التي كانت تكفله . فاذا كان هناك رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الالتزام قبل استحالة تنفيذه ، فإن هذه الحقوق العينية تنقضي بانقضاء الالتزام ، ويجب على الدائن أن يقوم بالاجراءات الواجبة لشطب القيد الذي كان يشهر هذه التأمينات .

وإذا كان للالتزام كفيل شخصي ، ثم استحال تنفيذه بسبب أجنبي فانقضى ، وبرئت ذمة المدين منه ، فإن ذمة الكفيل الشخصي تبرأ تبعاً لبراءة ذمة المدين . وقد يكون الالتزام مترتباً في ذمة مدينين متضامنين متعددين ، ثم يستحيل تنفيذه بسبب أجنبي فينقضي ، فتبرأ ذمة جميع المدينين المتضامنين . أما إذا استحال التنفيذ خطأ أحد المدينين المتضامنين دون الباقي ، فإن خطأ هذا المدين لا يتعدى أثره إلى باقي المدينين المتضامنين ، ويكون هذا المدين وحده هو المسؤول عن التعويض . أما الباقي فيعتبر خطأ المدين بالنسبة إليهم من قبيل فعل الغير ، أي يعتبر سبباً أجنبياً ، فينقضي الدين بالنسبة إليهم ، وتبرأ ذمتهم منه . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في التضامن (١) .

كذلك إذا كان الالتزام مترتباً في ذمة المدين لمصلحة عدد من الدائنين المتضامنين ، واستحال تنفيذه لسبب أجنبي ، فإنه ينقضي بالنسبة إلى جميع الدائنين المتضامنين .

ومنى انقضى الالتزام وتوابعه ، فإن المدين يلتزم أن ينزل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن الشيء الذي هلك . فاذا كان الشيء مؤمناً عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين ، أو كان هلاك الشيء بفعل أجنبي

(١) انظر آنفاً فقرة ١٨٩ ص ٣٠٩ هامش رقم ٢ - وقارن المادة ١٢٠٥ من القانون المدني الفرنسي وبودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢١ .

هذا وإذا استحال تنفيذ الالتزام خطأ المدين ، فإن الحل يتحول إلى تعويض كما قدمنا ، ولا تبرأ ذمة المدين . كذلك لا تبرأ ذمة الكفيل بل يبقى كفيلاً للتعويض ، وكذلك لا تنقضي التأمينات بل تبقى ضامنة للتعويض (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢١ ص ٢٥٥) .

أما إذا هلك الشيء بفعل الكفيل ، فإن ذمة المدين الأصل تبرأ من الدين ، إذ يعتبر فعل الكفيل سبباً أجنبياً بالنسبة إلى المدين الأصل (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢١ ص ٢٥٥) . وتبرأ ذمة الكفيل - باعتباره كفيلاً - ببراءة ذمة المدين الأصل . ولكن الكفيل يكون مسؤولاً من فعله كدين أصل نحو الدائن .

فاستحق المدين التعويض ، وجب على المدين أن ينقل إلى الدائن حقه في مبلغ التأمين أو حقه في التعويض . وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً في هذا المعنى ، هو نص المادة ٢٨٣ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « في الالتزام بنقل حق عيني ، إذا هلك الشيء أو ضاع أو خرج من التعامل بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، التزم المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن هذا الشيء » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن الحكم الوارد فيه حكم تفصيلي يكفي فيه تطبيق القواعد العامة (١) . وورد في تقنين الموجبات والعقود اللبناني نص صريح في هذا الحكم ، هو نص المادة ٣٤٣ (٢) .

٥٩٠ - **تحمل النسيئة في العقد وفي الملك** : وإذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي فقد انقضى دون أن يستوفى الدائن حقه ، لا عيناً ولا بمقابل .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ هامش رقم ١ - وانظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٢ ص ٧٨٧ هامش رقم ١ . ويشتمل التقنين المدني الفرنسي على نص بقرار هذا الحكم هو المادة ١٣٠٣ . وهذا النص ينتقده الفقه الفرنسي . فهو قد كان مفهوماً في ضوء تقاليد القانون الماضية وأحكام القانون الروماني ، إذ كان البيع لا ينتقل الملكية . فيظل البائع مالكا للشيء ، فإذا هلك كان البائع هو الذي يملك دعوى التعويض ، ومن ثم وجب أن ينقلها إلى المشتري . أما الآن فالبيع ينتقل الملكية إلى المشتري ، ودعوى التعويض يملكها المشتري مباشرة ، دون حاجة إلى أن ينقلها إليه البائع . عل أن النص لا يزال مفيداً في الحالات التي يتراخى فيها نقل الملكية إلى المشتري ، فهلك الشيء قبل أن تنتقل الملكية إليه (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٣١ ص ٣٦٥ هامش رقم ٥ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢٦ - فقرة ١٩٢٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٩ - دي باج ٣ فقرة ٧٠٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠١٤ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٨٨ - أنسيكلوبيدي واللوز ٣ لفظ *perte de la chose due* فقرة ٧ - فقرة ٨ . وانظر المادة ٣٧ من قانون ١٣ يولييه سنة ١٩٣٠ في فرنسا الخاص بالتأمين .

(٢) ويجرى هذا النص على الوجه الآتي : « لا تبرأ ذمة المدين من أجل القوة القاهرة إلا بقدر استحالة التنفيذ ، فيمكن إذن ألا يكون سقوط الموجب إلا جزئياً . وفي جميع الأحوال ، حتى في حالة سقوط الموجب كله ، يلزم المدين أن يتنازل للدائن عن الحقوق والدعاوى المختصة بالتعويض بما يتعلق بالموجب السابق ، كما يلزمه أن يسلم إليه ما بقى من الشيء الهالك إن كانت هناك بقية » . وانظر في وجوب تسليم بقية الشيء الهالك : بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢٧ ص ٣٦٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٩ ص ٧٣١ .

ومن ثم إذا نظر إلى هذا الالتزام وحده ، كان الدائن هو الذى يتحمل تبعه استحالة التنفيذ ، إذ عليه هو الغرم دون المدين . ويصدق ذلك ، فيتحمل الدائن وحده تبعه استحالة التنفيذ ، إذا كان الالتزام الذى استحال تنفيذه ناشئاً من عقد ملزم لجانب واحد . ذلك أن المدين فى هذا العقد تبرأ ذمته وينقضى التزامه باستحالة تنفيذه ، دون أن يكون للدائن تعويض مقابيل ، إذ العقد لا ينشئ إلا هذا الالتزام فى جانب المدين . أما إذا كان الالتزام ناشئاً من عقد ملزم للجانبين ، واستحال تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين بسبب أجنبي ، فانقضى هذا الالتزام ، فإن الالتزام المقابل ينقضى تبعاً لانقضاء الالتزام الأول . وقد نصت المادة ١٥٩ مدنى على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انتقضت معه الالتزامات المقابلة له ، وينسخ العقد من تلقاء نفسه (١) » . ويترتب على ذلك أن المدين فى العقد الملزم للجانبين ، إذا انقضى التزامه لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي يتحمل مع ذلك تبعه استحالة التنفيذ ، ولا يتحملها الدائن كما يتحملها فى العقد الملزم لجانب واحد . ذلك أن المدين ، إذا كان قد تخلى عن تنفيذ التزامه بسبب استحالة تنفيذه ، يجد فى الوقت ذاته الالتزام الذى له فى ذمة الدائن - وهو الالتزام المقابل - قد انقضى هو أيضاً بسبب انتضاء الالتزام الأول ، وانفسخ العقد ، فيقع عليه الغرم ، ومن ثم كان هو الذى يتحمل التبعة . وهذه هى نظرية تحمل التبعة فى العقد ، وهى كما نرى ترتبط ارتباطاً وثيقاً بانقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، وقد سبق أن عالجناها فى الجزء الأول من الوسيط (٢) .

- وهناك إلى جانب تحمل التبعة فى العقد تحمل التبعة فى المثلث . وقد انفرد التقنين المدنى العراقى بالنص على تحمل التبعة فى المثلث ، عقب النص الذى أورده فى خصوص انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي . ونقتصر هنا

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٩ - فقرة ٤٩٠ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٩ - فقرة ٤٩٠ - وانظر أيضاً دى باج ٣ فقرة ٦٩٩ ص

٦٥٧ - ص ٦٥٨ - أنميكلويدى داتوز ٣ لفظ *perte de la chose due* فقرة ٦ - الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٢ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٢ ص ٣٤٣ - ص ٢٤٧ - الأستاذ إسماعيل

غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٣٠٠ ص ٣٧٢ .

على إيراد النصوص التي اشتمل عليها هذا التقنين في هذه المسألة ، مع التعليق عليها في إيجاز (١) .

نصت المادة ٤٢٦ من التقنين المدني العراقي على أنه « إذا انتقل الشيء إلى يد غير يد صاحبه ، بعقد أو بغير عقد ، وهلك دون تعد أو تقصير ، فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد ، وإن كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه » . ونصت المادة ٤٢٧ على أنه « ١ - تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه ، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك . ٢ - وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان ، إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك ، قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه » .

وتفرض هذه النصوص أن شيئاً قد انتقل من يد مالكة إلى يد غير المالك ، سواء انتقل بعقد كعارية أو وديعة أو إيجار ، أو انتقل بغير عقد كحيازة بحسن نية أو بسوء نية أو غصب . ثم يهلك الشيء في يد غير المالك بسبب أجنبي . فإذا كان هناك التزام مترتب في ذمة غير المالك برد الشيء إلى صاحبه ، وقلنا إن هذا الالتزام ينقضي باستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، فإن المالك هو الذي يتحمل تبعه هلاك الشيء وقد هلك في غير يده . وهنا يميز التقنين المدني العراقي - أخذاً بأحكام الفقه الإسلامي - بين يد الضمان ويد الأمانة . فإن كانت يد غير المالك يد ضمان ، فإن التزامه برد الشيء إلى المالك لا ينقضي باستحالة تنفيذه ، بل يتحول هذا الالتزام إلى تعريض ، ويتحمل هو تبعه هلاك الشيء . أما إن كانت يد غير المالك يد أمانة ، فإن التزامه برد الشيء إلى المالك ينقضي باستحالة تنفيذه ، ويتحمل المالك إذن تبعه هلاك الشيء وإن كان قد هلك في غير يده ، لأنه هلك في يد هي يد أمانة . ثم يضع التقنين العراقي معياراً ليد الضمان وليد الأمانة ، فيد الضمان هي يد غير المالك إذا حاز الشيء بقصد تملكه ، ويد الأمانة هي يد غير المالك إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك . فالغاصب ، والحائز بقصد التملك لاسيما إذا كان سيء النية ،

(١) والتقنين المدني العراقي وحده هو الذي أورد هذه النصوص ، كما قدمنا ، فلم ترد في التقنين المدني المصري ، ومن ثم يجب في مصر تطبيق القواعد العامة في هذه المسائل .

ومن أخذ الشيء على سوم الشراء ، كل هؤلاء يدهم على الشيء يد ضمان . فان هلك بسبب أجنبي ، وجب عليهم الضمان ، وتحملوا هم دون المالك تبعة الهلاك . أما المستعير والمودع عنده والمستأجر ومن أخذ الشيء على سوم النظر ، فهؤلاء يدهم يد أمانة . فان هلك الشيء في يدهم بسبب أجنبي ، هلك على مالكة ، وانقضى التزام الحائز برد الشيء إلى مالكة لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي .

ومع ذلك فان يد الأمانة تنقلب إلى يد ضمان ، فتكون تبعة الهلاك في هذه الحالة على الحائز لا على المالك ، إذا كان الحائز ، وبده قد بدأت يد أمانة ، قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق ، أو أخذه بغير إذنه ، ولر كان قد غفل هذا أو ذاك بغير قصد التملك . ذلك أن الحائز ، في هاتين الحالتين ، يكون بمثابة المدين المعذر الذي يتحمل تبعة هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي .

بقى بعد كل ذلك موقف البائع لعين معينة بالذات ، قبل تسليم هذه العين للمشتري . فهو من وجه يحوز الشيء بعد البيع لا بقصد تملكه ، وهو من وجه آخر يلتزم بتسليم الشيء إلى المشتري وهذا الالتزام مكمل لنقل الملكية ولم يتم بعد بتنفيذ التزامه . فان هلك الشيء في يده قبل التسليم ، فهل تكون يده يد أمانة ولا يهلك الشيء عليه اعتباراً بأنه لا يحوز الشيء بقصد تملكه ، أم تكون يده يد ضمان ويهلك الشيء عليه اعتباراً بأنه لم يتم بعد بواجب التسليم وهو التزام مكمل لنقل الملكية ؟ تجيب المادة ٤٢٨ من النقيض المدني العراقي على هذا السؤال بما يأتي : « إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد ، كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان ، وتنقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس » . ومعنى ذلك أن المبيع يهلك على البائع قبل التسليم ، لأن يده تعتبر يد ضمان وإن كان غير مالك ، إذ لا يزال مترتباً في ذمته واجب التسليم ولم يتم به وهو التزام مكمل لنقل الملكية . أما إذا قام سبب لحبس البائع المبيع في يده ، بأن كان لم يستوف ثمنه الواجب الأداء ، فامتنع واجب التسليم بسبب قيام سبب الحبس ، فان يد البائع ، وقد كانت يد ضمان كما رأينا ، تنقلب إلى يد أمانة . فاذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، وهو محبوس في يده بسبب عدم استيفاء الثمن ، لم يهلك عليه بل يهلك على المشتري .

الفصل الثالث

التقادم المسقط (*)

(Prescription extinctive)

تمهيد

٥٩١ - التقادم المسقط والتقادم المكسب - وجوب الفصل بينهما:

جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد : « وفق التقنين الحالى (السابق) فى المبادعة بين أحكام التقادم المسقط وبين أحكام التقادم المكسب ، وقد تبعه المشروع فى ذلك . والحق أن هذين النظامين يختلفان كل الاختلاف من حيث الغاية والتطبيق والمشخاصات الذاتية (١) » . فالتقنين المدنى الجديد قد فصل إذن - كما فصل التقنين المدنى السابق - ما بين التقادم

* مرجع : جوسار (Gossart) فى التقادم المسقط فى الدعوى رسالة من باريس سنة ١٨٨٦ - جندارد (Gondard) فى وقف التقادم وقاعدة وقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطع سريانه رسالة من باريس سنة ١٩٠٤ - جبرى (Guery) فى تقادم الدعوى العامة والدعوى المدنية رسالة من رن سنة ١٩٠٥ - بكنيو (Péquignot) فى التقادم الاتفاقى رسالة من ديجون سنة ١٩٠٥ - جوردان (Jourdan) فى التقادم فى التقنين المدنى الألمانى رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ - بشرل (Becherel) فى تقادم الحقوق المعلقة على شرط رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ - روشفور (Rocheffort) فى تقادم الحقوق المعلقة على شرط رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - هوليو (Holleaux) فى تطور القواعد الخاصة بمدد التقادم القصيرة القائمة على قرينة الوفاء - رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ - مونتل (Montel) بعض اعتبارات فى مسألة تفتيح التقادم : المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٦ ص ٦٣٧ - كاربونيه (Carbonnier) فى قاعدة وقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطع سريانه : المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ١٥٥ - تعليقات على التقادم المسقط : المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٢ ص ١٧١ - فاسير (Vasseur) فى مواعيد السقوط ومواعيد التقادم ومواعيد المرافعات : المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة ١٩٥٠ ص ٤٣٩ - الأستاذ عبد المنعم البدراوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٠ .

المسقط فجعل مكانه بين أسباب انقضاء الالتزام ، وبين التقادم المكسب فجعل مكانه بين أسباب كسب الحقوق العينية .

والفرق بين هذين النوعين من التقادم ظاهر . فالتقادم المسقط يقضى الحقوق الشخصية والعينية (١) على السواء ، إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة حددها القانون . أما التقادم المكسب - وتفتقر به الحيازة دائماً - فيكسب الحائز ما حازه من حقوق عينية بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة حددها القانون . وزى من ذلك أن التقادم المسقط لا يقتصر بالحيازة ، ويستط الحقوق العينية كما يسقط الحقوق الشخصية . وهذا بخلاف التقادم المكسب ، فإنه يقتصر بالحيازة ، ويكسب الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية . والتقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع ، فإذا رفع صاحب الحق الذى سقط بالتقادم دعواه أمكن المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط . أما التقادم المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع وعن طريق الدعوى على السواء ، فللحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك بالتقادم المكسب ، كما أن له إذا انتزعت منه الحيازة أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ويتمسك قبله بالتقادم المكسب . ثم إن التقادم المكسب يعتد فيه بحسن النية ، إذ الحائز حسن النية يملك الحق فى مدة أقصر من المدة التى يملكه فيها الحائز سيئ النية . أما فى التقادم المسقط فلا يعتد بحسن النية ، والمدة التى يحددها القانون لسقوط الحق تقصر أو تطول تبعاً لطبيعة هذا الحق ، لا تبعاً لثبوت حسن النية أو انتفائه (٢) .

ونقتصر هنا على الكلام فى التقادم المسقط للحقوق الشخصية . أما الكلام فى

(١) فيما عدا حق الملكية .

(٢) عل أن كلا من التقادم المسقط والتقادم المكسب يخضع لقواعد واحدة فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به . وهذا مادعا التقنين المدنى الفرنسى إلى الجمع بين النوعين فى باب واحد ، صدر بهذه القواعد المشتركة . وينتقد الفقه الفرنسى هذا المسلك ، ويميب على التقنين المدنى الفرنسى جمعه بين نظامين يختلفان اختلافًا جوهرياً فى الغاية والنطاق والمقومات . ولم يشأ بوتيه أن يجمع بينهما ، فقد أفرد للتقادم المكسب كتاباً خاصاً ووضع التقادم المسقط فى كتاب الالتزامات (الأستاذ عبد الحميد الجدر أوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٣٠ - فقرة ٣١) .

التقادم المسقط للحقوق العينية (١) والتقادم المكسب لهذه الحقوق فيكون عند الكلام في الحقوق العينية .

٥٩٢ - الأساس الذي يرتكز عليه التقادم المسقط : يرتكز التقادم

المسقط على اعتبارات تمت للمصلحة العامة بسبب وثيق ، فان استقرار التعامل يقوم إلى حد كبير على فكرة التقادم . ويكفي أن نتصور مجتمعاً لم يدخل التقادم في نظمه القانونية ، لنذكر إلى أي حد يتزعزع فيه التعامل وتحل الفوضى محل الاستقرار (٢) . فإذا كان للدائن أن يطالب مدينه بالدين مهما طالت المدة التي مضت على استحقاقه ، وكان على المدين أن يثبت براءة ذمته من الدين بعد أن يكون قد وفاه فعلاً وحصل على مخالصة به ، أليس من الإرهاق أن يكلف المدين بالمحافظة على هذه المخالصة إلى وقت لانهاية له ، حتى يستطيع إبرازها في أي وقت شاء الدائن أن يطالبه فيه بالدين ! ويقع كثيراً أن يكون المدين قد مات ، أياكون للدائن أن يطالب الورثة بإبراز المخالصة أو الوفاء بالدين ! أليس من حق المدين ومن حق ورثته من بعده أن يواجهوا الدائن ، وهو يطالب بدين مضت على استحقاقه

(١) فالحقوق العينية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق ، تسقط بعدم الاستعمال ، أي بالتقادم المسقط . وذلك فيما عدا حق الملكية فإنه لا يسقط بعدم الاستعمال وإن كان يكسب بالتقادم ، ومجرد ترك العين أو إهمالها ، مهما يطل الزمن ، من غير أن يتعرض لها أحد أو يقتصبها وينكر حق مالكها فيها ، لا يترتب عليه البتة - لافي الشريعة الإسلامية ولا في غيرها من الشرائع - لا سقوط حق ملكيتها ولا منع سماع الدعوى بها لو تعرض لها متعرض بعد زمن الإهمال المديد (نقض مدني ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٩ ص ٦٩٤ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٨ - وانظر أيضاً بالنسبة إلى عدم سقوط الدعوى بملكية الوقف : نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة ١ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥١ و ٣٥٢ ص ١٠٩٧ و ص ١٠٩٨ - ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٢ ص ٤٥٣ - أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٣ ص ٥٧٢ - أو إذا غصب الوقف غاصب وبقيت حياته ثلاثاً وثلاثين سنة : أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٤ ص ٥٧٤) . ولكن إذا استحال حق الملكية إلى تعويض ، كأن أتلغ الحائز ملك الغير الذي في حياته ، فإن دعوى التعويض تسقط بالتقادم ، وإن كانت الملكية ذاتها لو بقى الشيء ولم يتلف لم تكن لتسقط (استئناف مختلطه ١ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥) .

(٢) لوران ٣٢ فقرة ٥ .

مدة طويلة ليس من المألوف أن يسكت فيها، لا بمخالصة بالدين لم تيسر المحافظة عليها بعد انقضاء هذه الأعوام الطوال فضاغت أو خفى مكانها ، بل بطلب إسقاط دعواه بعد أن سكت عنها طوال هذه المدة (١) ؛ أليس واجباً لاستقرار التعامل أن يفترض في الدائن الذى سكت مدة طويلة عن المطالبة بدينه أنه قد استوفاه ، أو فى القليل قد أبرأ ذمة المدين منه بعد هذا السكوت الطويل ؟ وكما يجب وضع حد للمنازعة فى الحقوق وذلك بتقرير قوة الأمر المقضى ، كذلك يجب وضع حد للمطالبة بالحقوق وذلك بتقرير مبدأ التقادم . ولا بد أن تستقر الأوضاع فى الحاليتين . فلا يتجدد النزاع فى كل وقت ولا يبقى حق الدائن فى المطالبة إلى غير نهاية (٢) .

فالتقادم المقسط لا يقوم على قربنة الوفاء . أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة . التى مضى عليها من الزمن مايكفى للاطمئنان إليها وإحاطتها بسياج من الثقة المشروعة (٣) . ووجوب احترام الأوضاع المستقرة هو الذى يحتم علينا أن نتساءل إلى متى يستطيع الدائن أن يطالب بالدين دون أن يواجه بتقادمه ؟ عشرين عاماً ، أو ثلاثين ، أو مائة ؟ لا بد من تحديد وقت ما ، إذا انقضى لا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين . وإلا ظلت الناس يطالب بعضهم بعضاً بديون مضت عليها أجيال طويلة . والمشرع يختار مدة لا يكون من شأنها إرهاب المدين بجعله معرضاً للمطالبة وقتاً أطول مما يجب ، ولا مباغتة الدائن بإسقاط حقه فى وقت أقصر مما يجب . وقد اختار المشرع الفرنسى ثلاثين عاماً ، واختار المشرع المصرى خمسة عشر عاماً وهى المدة التى لا يجوز بعدها سماع الدعوى فى الفقه الإسلامى . فإذا انقضت المدة التى يتم بها التقادم ، وادعى المدين براءة ذمته ، وأصر الدائن على المطالبة بالدين ، فالأولى بالرعاية هو المدين لأن الدائن . ذلك أن الدائن إذا لم يكن قد استوفى حقه فعلاً ، ولم يكن قد أبرأ ذمة المدين من الدين بسكوته عن المطالبة به هذه المدة الطويلة ، فلا أقل من أنه قد أهمل إهمالاً لا عذر له فيه بسكوته حقبة طويلة من الدهر ثم مباغتة المدين بعد ذلك

(١) جوسران ٢ فقرة ٩٦٧ .

(٢) بودرى ونيسيه فقرة ٣٣ .

(٣) بودرى ونيسيه فقرة ٢٨ - فقرة ٢٩ وفترة ٣٣ .

بالمطالبة . وبين مدين اطمأن إلى وضع ظاهر مستقر ، ودائن أقل ما يؤخذ به الإهمال الذى لا مبرر له ، المدين دون ريب هو الأولى بالرعاية . وقد دلت التجارب على أن طائفة من الدائنين يدعون بعد انقضاء مدة التقادم أنهم لم يستوفوا حقوقهم ، ولا يصدق فى دعواه منهم إلا القلة النادرة . أفمن أجل هذه القلة ، وهم بعد قد أهملوا إهمالاً لا عذر لهم فيه ، تضحى الكثرة الغالبة من المدينين الذين قد برئت ذمتهم حقاً من ديونهم وتعذر عليهم استيفاء الدليل على براءة ذمتهم بعد انقضاء هذه المدة الطويلة (١) !

من أجل كل هذه الاعتبارات شرع التقادم . وقد أخذت به جميع الشرائع ، حتى أن الشرائع التى لم تأخذ به بطريق مباشر فنسقط الدين بالتقادم ، أخذت به بطريق غير مباشر فتمنع سماع الدعوى بعد انقضاء مدة التقادم .

وإذا كانت الاعتبارات التى قدمناها هى الأساس الذى يرتكز عليه التقادم المسقط بوجه عام ، فهناك اعتبارات أخرى تتعلق بحالات خاصة من هذا التقادم . فتقادم الدين الدورى المتجدد بخمس سنوات يقوم على أساس آخر غير استقرار التعامل . ذلك أن هذا الدين يدفعه المدين عادة من ريعه لا من رأس ماله ، فإذا تراكم المستحق منه لمدة أطول من خمس سنوات ، اضطر المدين أن يدفع الدين من رأس المال لا من الربح ، فكان هذا مرهقاً له . فإذا أضيف إلى ذلك أن الدائن قد أهمل المطالبة بحقه مدة تزيد على خمس سنوات ، كان من الانصاف للمدين أن يسقط القانون من هذه الديون ما مضى على استحقاقه أكثر من هذه المدة . ومن ثم قضت المادة ٣٧٥ مدنى بأن هذه الديون تتقادم بخمس سنوات ولو أقر بها المدين ، فليس التقادم هنا إذن مبنياً على قرينة الوفاء ، بل ولا على استقرار التعامل ، وإنما بنى على الاعتبارات التى تقدم ذكرها .

أما حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها ، وحقوق العمال والخدم والأجراء من أجور ون ثمن ما قاموا به من توريدات ، فتتقادم بسنة واحدة (م ٣٧٨ مدنى) . والتقادم هنا مبنى رأساً على قرينة الوفاء ، إذ ليس من

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٥ .

المألوف أن يسكت هؤلاء الدائنون عن استيفاء حقوقهم أكثر من عام ، فإذا كانوا قد سكتوا طول هذه المدة عن المطالبة بها فالمفروض أنهم قد استوفوها . ومن ثم أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٨ مدنى على المدين الذى يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا ، فان نكل فقد انتقضت قرينة الوفاء ، وبقي الحق قائماً للدائن أن يستوفيه (١) .

٥٩٣ - لمحة تاريخية : تأخر التقادم المسقط فى القانون الرومانى عن التقادم المكسب فى الظهور.. فقد كانت الدعاوى فى هذا القانون ، إلى عهد طويل ، أبدية لا تقادم . والدعاوى التى كانت تتوقت بمدة معينة هى الدعاوى البريطورية ، إذ كان البريطور يمنحها لمدة سنة واحدة . ثم أصدر الإمبراطور ثيودوس Théodose ، فى سنة ٤٢٤ ، قانوناً معروفاً قرر فيه أن الدعاوى ، شخصية كانت أو عينية ، تقادم فى الأصل بثلاثين سنة ، وبعضها يتقادم استثناء بأربعين . وخلط جوستينيان فى مجموعاته بين التقادم المسقط والتقادم المكسب ، وكانا قبله منفصلين أحدهما عن الآخر . وانتقل هذا الخلط إلى الثقنين المدنى الفرنسى نفسه ، وكان مصدراً لكثير من الاضطراب والتشويش فى تفهم أحكام التقادم ، سواء فى القانون الرومانى أو فى القانون الفرنسى (٢) .

وأخذ التقادم الثلاثينى الذى عرفه القانون الرومانى طريقه إلى القانون الفرنسى القديم . على أن العادات الجرمانية وبعضها كان يجعل التقادم سنة واحدة ، والقانون الكنسى وقد عمل كثيراً على تعديل أحكام القانون الرومانى فى التقادم باقامته على قرينة الوفاء (٣) ، والأوامر الملكية وقد خلقت كثيراً

(١) كذلك التقادم الخمسى الخاص بالدعاوى الناشئة من الكيالات والسندات الإذنية ونحوها من الأوراق التجارية (م ١٩٤ تجارى) يقوم على قرينة الوفاء ، ويحلف المدين اليمين هل أنه أدى الدين . وتقادم دعاوى البطلان ، لنقص الأهلية أو لعيوب الرضاء ، بثلاث سنوات يقوم على قرينة أن العاقد قد أجاز العقد .

(٢) بوردى وتيسيه فقرة ١٣ - فقرة ١٤ .

(٣) وقد حاول قانون الكنيسة كثيراً أن يضمف من نظام التقادم الرومانى ، إذ رأى مخالفاً لما تقتضيه نزاهة التعامل . فهو فى نظره يقر الاغتصاب ، ويجيز للمدين أن يبرىء ذمته دون أن يوفى دينه . فأكثر من أسباب وقف التقادم ، وأقام التقادم المسقط على قرينة الوفاء لعل أساس -

من مدد التقادم القصيرة واحتفظ ببعضها التقنين المدني الفرنسي ، وما منح لبعض الهيئات كالكنيسة وأملاك التاج من ميزة في ألا يجري في حقها التقادم أو في أن يجري تقادم أطول ، كل هذا زاحم نفوذ القانون الروماني وعدل من أحكامه في التقادم .

فالمصادر التاريخية للتقادم في التقنين المدني الفرنسي هي إذن القانون الروماني وقانون الكنيسة والعادات الجرمانية والأوامر الملكية (٣) .

٥٩٤ - التمييز بين التقادم المسقط والسقوط (déchéance) :

ومواعيد التقادم المسقط تشبه بمواعيد أخرى يقال لها المواعيد المسقطة (délais de déchéance) . والمواعيد المسقطة هذه لها مهمة غير المهمة التي لمواعيد التقادم . فهي قد سمعها القانون ، لا كما في مواعيد التقادم المسقط لحماية الأوضاع المستقرة أو للجزاء على إهمال الدائن أو لتقوم قرينة على الوفاء ، بل لتعيين الميعاد الذي يجب أن يتم فيه حتماً عمل معين ، وبخاصة لتحديد الوقت الذي يجب فيه استعمال رخصة قررها القانون . فهي مواعيد حتمية ، لا بد أن يتم العمل المعين في خلالها ، وإلا كان باطلاً . ولذلك فهي تختلف عن مواعيد التقادم ، لا في المهمة التي تقوم بها فحسب ، بل أيضاً في كيفية إعمالها . فيجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أن يتمسك الخصم بها ، ولا تنقطع ، ولا يقف سريانها ، ولا يتخلف عنها التزام طبيعي . وهذا بخلاف التقادم ، فسرى أن الخصم يجب أن يتمسك به ، ويجوز أن ينقطع سريانه ، كما يجوز أن يقف هذا السريان ، ويتخلف عن التقادم التزام طبيعي . وسرى أيضاً أن الحق المتقادم إذا لم يصلح أن يكون طلباً فإنه يصلح أن يكون دعواً إذ الدفوع لا تقادم ، أما الحق الذي سقط لعدم استعماله في الميعاد فلا يصلح لأطلباً ولا دعواً (٤) .

= استقرار التعامل ، وأدخل في التقادم المكسب عنصر حسن النية ، وبذل جهداً كبيراً في عرقلة هذا النظام (بودرى وتيسيه فقرة ١٩) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٢٢ .

(٤) أوبري وروو فقرة ٧٧١ ص ٥٣٢ - ص ٥٣٨ - بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٩٠ -

كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٢١ - جوسران ٢ فقرة ١٠٠٤ - فقرة ١٠٠٦ - وقارن بودرى -

ويحدث أن يقرر القانون ميعاداً تقوم الشبهة في شأنه ، هل هو ميعاد تقادم أو هو ميعاد مسقط ، ويكون من المهم التعرف إلى طبيعة هذا الميعاد لما بين مواعيد التقادم والمواعيد المسقطة من الفروق التي تقدم ذكرها . ويغلب أن تكون المواعيد المسقطة قصيرة ، على خلاف مواعيد التقادم . ويغلب أيضاً أن يتولى النص التشريعي نفسه بيان ما إذا كان الميعاد ميعاد تقادم ، أو هو ميعاد مسقط . غير أن هاتين العلامتين الماديتين لا يمكن الاعتماد عليهما دائماً . فالعلامة الأولى قد لا تصدق ، إذ أن من مواعيد التقادم ما هو قصير ، ومن المواعيد المسقطة ما يصل في الطول إلى الحد الذي يبلغه بعض مواعيد التقادم . والعلامة الأخرى قد تتخلف ، ويسكت النص عن بيان طبيعة الميعاد (١) . وبغير معيار للتعرف على ما إذا كان الميعاد ميعاد تقادم أو ميعاداً مسقطاً ، هو تبين الغرض الذي قصد إليه القانون من تقرير هذا الميعاد . فان كان لحماية الأوضاع المستقرة أو لغير ذلك من أغراض التقادم (٢) ، فهو ميعاد تقادم . وإن كان لتحديد

= وتبسيه فقرة ٣٩ ص ٣٩ - ص ٤٠ - ويلعب بودرى وتبسيه إلى أن المواعيد المسقطة ليست إلا مواعيد تقادم تخضع لأحكام خاصة ، فلا تنقطع ولا يقف سريانها (بودرى وتبسيه فقرة ٤٠ - وانظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٣١٧ - فقرة ١٨٨ .

وانظر في الآراء المختلفة في التمييز بين مواعيد التقادم والمواعيد المسقطة الأستاذ عبد المنعم البدر في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٤٠ - فقرة ٤٩ .

(١) وما يزيد في دقة التمييز أن هناك مواعيد تقضى النصوص بجواز انقطاع سريانها دون جواز وقف السريان ، وذلك كالتقادم الذي لا تزيد مدته على خمس سنوات (م ٢/٣٨٢ مدني) . والأصل في هذه المواعيد أن تكون مدد تقادم ما لم يكن الغرض الأصل من تقريرها أن تكون مواعيد مسقطة (بلانيول وريبير ودوان ٧ فقرة ١٤٠٣ ص ٨٢٠ - ص ٨٢١ - وانظر أيضاً بودرى وتبسيه فقرة ٣٩ ص ٣٧ - ص ٣٩) .

(٢) فن أغراض التقادم أيضاً أن يكون قرينة على الوفاء ، فالدين الذي مضت عليه مدة التقادم يغلب في الواقع أن يكون قد وُفي ، والمشرع يجعل هذا الغالب الواقع حقيقة قانونية . فالتقادم طريق للإثبات ، أو بالأحرى إعفاء من الإثبات ، أكثر منه سبباً لانقضاء الالتزام . أما في المواعيد المسقطة فالمشرع لا يضع قرينة ولا يفترض أمراً ، بل هو يحتم على صاحب الحق أن يستعمله في وقت معين وإلا سقط . فسقوط الحق لا يقوم على قرينة الوفاء ، بل هو عقوبة على عدم استعمال الحق في الوقت المحدد (انظر في هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ١٠٠٤) .

الوقت الذى يجب فى خلاله استعمال حق أو رخصة ، فهو ميعاد مسقط (١) .
ونأتى بأمثلة على ما قدمناه من نصوص التقنين المدنى المصرى . فالمواد
من ٣٧٤ إلى ٣٧٨ مدنى صريحة فى أن المواعيد المبينة فيها هى مواعيد تقادم :
خمس عشرة سنة للتقادم العادى (م ٣٧٤) ، وخمس سنوات لتقادم الحقوق
الدورية المتجددة وحقوق أصحاب المهن الحرة (م ٣٧٥ - ٣٧٦) ، وثلاث سنوات
لتقادم الضرائب والرسوم (م ٣٧٧) ، وسنة لتقادم حقوق التجار والصناع
والعمال والخدم ومن إليهم (م ٣٧٨) . كذلك المادة ١٤٠ فى تقادم دعاوى

(١) ومن ثم يكون الميعاد المسقط عنصراً من عناصر الحق يدخل تكوينه ولا يتم الحق بدونه ، ولا بد فى الحق حتى يكون تاماً من رفع الدعوى فى المدة المضروبة . وقد قضت محكمة الإسكندرية التجارية فى هذا المدعى بأن الفرق بين مدة التقادم المسقط ومدة السقوط أن الحق الأصل فى الأولى مقرر من قبل وتام الوجود ، وأما الحق فى الثانية فهو لم يكن تام الوجود والتكوين بل لا بد فيه حتى يكون تاماً من رفع الدعوى فى المدة المضروبة . ولذلك فالمدة فى أحوال السقوط لازمة لتكوين الحق ، بخلاف مدة التقادم فهى ليست لازمة لتكوينه لأنه سبق أن تكون من قبل . فإذا طالب المالك فى حالة مدة التقادم بحقه ، فإنما يطلب حقاً مقررأ كاملاً . أما فى الأحوال المقرر لها مدة السقوط ، فالمدعى ملزم برفع الدعوى فى غضون المدة حتى يظهر حقه كاملاً ، وبدون رفع الدعوى لا يكون الحق موجوداً بتمامه . ولذلك كان الحق الكامل الموجود بتمامه فى مدة التقادم يبنى الشارع بحمايته ، من حيث القطع والإيقاف فى المدة . وأما شبه الحق فى مدة السقوط فهو ليس جذيراً بحماية الشارع له بقطع أو إيقاف ، بمعنى أن مدة السقوط لا تقبل تقديراً بإيقاف سريانها أو قطعها فى مصاحبة المدعى ، لأن الحق لم يولد كاملاً بعد حتى يتقرر له حق الحماية (أول أغسطس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٣٥) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن مواعيد السقوط تختلف عن مواعيد التقادم فى أن الأولى تقوم هل فكرة وجود أجل قانونى يتناول أصل الحق ويسقطه ، بخلاف الثانية فإنها تقوم على إيقاع جزاء على إهمال صاحب الشأن فيها . وينترتب على ذلك ألا تطبق فى الأولى قواعد وقف المدة أو انقطاعها ، فهى تم فى الميعاد المحدد ولو كان يوم عيد ، حتى لو اعترض الموعد حالة من حالات القوة القاهرة ، بخلاف مواعيد التقادم . وكذلك لا يجوز تعديل مواعيد السقوط بإرادة ذوى الشأن لا بالامتداد ولا بالإنقاص ، بخلاف مواعيد التقادم فإن هذا جائز فى شأنها إذ يجوز أثناء النزاع التنازل عن المدة السابقة ويجوز التسامح فى مدتها لمدة جديدة . وكذلك لا يجوز للتنازل عن مواعيد السقوط بعد سريانها ، وعلى القاضى أن يراعى ذلك من تلقاء نفسه ، ويجزم عليه القانون وجوب احترامها بغير أن يدفع أحد طرفى الخصومة . ومتى تم سريان ميعاد السقوط انقضى الحق بصفة مطلقة ، بخلاف الحال فى التقادم (٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ١٨١) .

الإبطال بثلاث سنوات، والمادة ١٧٢ في تقادم دعوى التعويض الناشئة عن عمل غير مشروع، والمواد ١٨٠ و ١٨٧ و ١٩٧ في تقادم دعاوى الإثراء بلا سبب واسترداد غير المستحق والفضالة، صريحة هي أيضاً في أن المواعيد مواعيد تقادم (١).

ولكن النقرة الثانية من المادة ١٢٩ مدني، في خصوص دعوى الاستغلال، تنص على أنه « يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة ». فهنا الميعاد ميعاد مسقط، لا ميعاد تقادم (٢). وتنقضي الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ مدني، في خصوص الوعد بجائزة، بأن « تسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور ». فالميعاد هنا ميعاد مسقط. ومن المواعيد المسقطة ما نصت عليه

(١) وتصرح المادة ٤٢٦ مدني بأن دعوى تكملة الثمن للفين الفاحش تتقادم بثلاث سنوات، وكان التقنين السابق (م ٣٣٧/٤٠) يحمل المدة مدة مسقطة لا تقادم ويحددها بسنتين. وكذلك تصرح المادة ٤٥٢ مدني بأن دعوى الضمان للعيب الحق في المبيع تتقادم بسنة من وقت تسليم المبيع، وكان التقنين السابق (٤٠٢/٣٢٤) يحملها تسقط — لا تقادم — بثمانية أيام من وقت كشف العيب. وكذلك تصرح المادة ٤٣٤ مدني بأن دعوى النجز والزيادة في مقدار المبيع تتقادم بسنة من وقت تسليم المبيع، وكان النقص والقضاء في عهد التقنين السابق يفسران النص المقابل (م ٣٧٠/٢٩٦) بأن مدة السنة من وقت العقد هي مدة سقوط لا تقادم، وهذا بالرغم من أن الأصل الفرنسي لهذا النص ذكر لنظر التقادم (se prescrivent) : انظر الموجز للدولف فقرة ٦٠٥ ص ٦٢٨ — ص ٦٢٩.

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٠٩ وقارن فقرة ٣٢٢ ص ٤٤٤ حيث وردت عبارة « مدة التقادم في الاستغلال » وصحتم المدة المسقطة — الأستاذ عبد الحى حجازي ص ٣٢٣ — ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض — في ميعاد مشابه — بأنه فيما يتعلق بالمدة المبينة لرفع دعوى منع التمرض، فإن مدة السنة، المشترط في المادة ٢٦ مرافعات (قديم ويقابلها م ٩٦١ مدني جديد) عدم مضيقها على الفعل الصادر من المدعى عليه، هي مدة تقادم خاص تسرى عليه قواعد الانقطاع التي تسرى على التقادم المسقط العادي. فإذا رفع واضع اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طالباً إزالة الد موضوع النزاع وتمكينه من رى أطيافه، فإن هذا الطلب، إذ يعتبر بمناء ومناء طلباً بمنع التمرض، يقطع مدة دعوى وضع اليد ولو حكمت المحكمة المستعجلة بعدم اختصاصها، لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع المدة (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة مهر ٥ رقم ٨ ص ١٣).

المادة ٢٤٨ (١) ، والمادة ٣٢٢ (٢) ، والمادة ٤٥٥ (٣) ، والمادة ٧٣٩ (٤) ،
والمادة ٨٤٥ (٥) ، والمادة ٩٤٨ (٦) ، والمادة ٩٦١ (٧) ، والمادة ٩٧٧ (٨) .

(١) وتنص على ما يأتي : « يجوز لحابس الشيء ، إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضة ، أن يطلب استرداده إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه » .

(٢) وتنص في بيع المقار المرهون على ما يأتي : « إذا اتفق البائع والمشتري على حوالة للدين المضمون بالرهن ، وسجل عقد البيع . تمين على الدائن ، متى أعلن رسمياً بالحوالة ، أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوتة إقراراً » .

(٣) وتنص على ما يأتي : « إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ثم ظهر خلل في المبيع ، فمل المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره ، وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار ، وإلا سقط حقه في الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره » .

(٤) وتنص على ما يأتي : « ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك » .

(٥) وتنص على ما يأتي في خصوص دعوى نقض للقصة للغبن : « ويجب أن ترفع الدعوى في خلال السنة التالية للقصة » .

(٦) وتنص على ما يأتي : « يسقط الحق في الأخذ بالشفعة إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع » . انظر في أن هذا الميعاد ميعاد سقوط : نقض مدني ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥ — وكذلك يعتبر ميعاد الخمسة عشر يوماً لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (م ٩٤٠) ، وميعاد الثلاثين يوماً لإيداع الثمن خزانة المحكمة ولرفع دعوى الشفعة (م ٩٤٢ - ٩٥٣) ، من المواعيد المسقطة (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) .

(٧) وتنص على ما يأتي : « من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة ، ثم وقع له تعرض في حيازته ، جاز أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع التعرض » .

(٨) وتنص على ما يأتي : « يجوز للمالك المنقول أو السند لحامله ، إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة » - انظر الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣٢٣ - ص ٣٢٤ .

وتحدد المادة العاشرة من القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الخاص بإصابات العمل ستة أشهر لرفع الدعوى ، والمدة مدة مسقطة لا تنقطع (نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٨ ص ٣٣٩) .

وفي التنين التجاري ، كما في التنين المدني ، مواعيد تقادم ومواعيد مسقطة . فن أمثلة مواعيد التقادم ما نصت عليه المادة ٦٥ في خصوص الدهاوى الناشئة عن أعمال الشركات ، وما نصت =

وبلاحظ أن من المواعيد المسقطة ما يعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على إطالته أو تقصيره ، ومنها لا يعتبر من النظام العام فيجوز فيه الاتفاق على ذلك (١) .

= عليه المادة ١٠٤ في خصوص الدعاوى التي ترفع على الوكيل بالعمولة وعلى أمين النقل بسبب التأخر في نقل البضاعة أو بسبب ضيائها أو تلفها (انظر نفص مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٩ ص ١٥٦) ، وما نصت عليه المادة ١٩٤ في خصوص دعاوى الكيالات والسندات الإذنية والسندات لحاملها . ومن أمثلة المواعيد المسقطة ما نصت عليه المادة ١٢٤ في خصوص ميعاد قبول الكيالة ، وما نصت عليه المادة ١٦٠ في خصوص طلب دفع قيمة الكيالة أو قبولها ، وما نصت عليه المادة ١٦٢ في خصوص ميعاد عمل البروتستو . وما نصت عليه المادة ٢٨٩ في خصوص ميعاد تقدم الدائنين في التفليسة .

(١) بودري وتسييه فقرة ٣٩ ص ٣٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٤٠٣ ص ٨٢٠ - وقد رأينا في بعض النصوص المتقدمة ما يصرح بذلك . فالمادة ٤٥٥ مدني ، وهي تحدد ميعاد الشهر لإخطار البائع بالخلل الذي في المبيع وميعاد ستة الشهور لرفع الدعوى ، تقول بعد ذلك : كل هذا ما لم يتفق على غيره . فليست هذه المواعيد إذن من النظام العام ، بل يجوز الاتفاق على إطالتها أو على تقصيرها . والمادة ٧٣٩ مدني ميعاد ثلاث للسنوات لاسترداد الخاسر في مقامرة أو رهان ما خسر ، تقول بعد هذا : ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . فالميعاد هنا يعتبر من النظام العام ، ولا يجوز الاتفاق على إطالته أو تقصيره . وسائر المواعيد المسقطة تكون من النظام العام أو لا تكون ، تبعاً لما إذا كانت تحقق مصلحة عليا للجمع أو كانت مقصورة على حماية مصالح الأفراد . فيماد دعوى الاستغلال مثلا يمكن اعتباره من النظام العام ، أما ميعاد دعوى فقص القسمه للغبين فيبدو أنه لا يعتبر من النظام العام .

هذا وإلى جانب المواعيد المسقطة توجد مواعيد المرافعات (délais de procédure) ، كمواعيد الحضور ومواعيد الطعن في الأحكام ، فهذه أيضاً لها أحكامها الخاصة المعروفة في قانون المرافعات ، وهي أيضاً لا تنقطع ولا يقف سريانها - وتوجد أيضاً المواعيد التنظيمية (délais de police juridique) . نذكر منها ما نصت عليه المادة ٢٦٢ مدني من أنه « تنتهى حالة الإعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإصدار » ، وما نصت عليه المادة ٥٤٤ مدني من أنه « إذا اتفق على الفوائد ، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العتد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان » ، وما نصت عليه المادة ٦٥١ مدني من أنه « يضمن المهندس الممارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهم كى أو جزئى فيما شيدوه » (قارن الأستاذ عبد المنعم البدرأوى في أثر مضى ائدة في الالتزام ص ٦٧ - أما المادة ٦٥٤ مدني فتحدد ميعاد تقادم مسقط للدعوى ثلاث سنوات من وقت حصول التهم أو انكشاف العيب) ، وما نصت عليه المادة ٨٧٤ مدني في خصوص تملك الأراضى المباحة بالاستيلاء من أن واضع اليد « يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للملك » . وهذه أيضاً مواعيد لا تنقطع ولا يقف سريانها . انظر بودري وتسييه فقرة ٣٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٤٠٣ ص ٨٢٢ .

٥٩٥ - **فظة البحث** : وسنجرى في بحث التقادم كما حرينا في بحث المقاصة ، فنبحث الموضوعين الآتين : (أولا) المدد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم ، فنبحث مدد التقادم المختلفة ، وكيفية حساب المدة ، ووقف التقادم ، وانقطاعه . (ثانياً) كيف يجب إعمال التقادم ، وما هي الآثار التي تترتب عليه (١) .

الفرع الأول

المدد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم

البحث الأول

مدد التقادم المختلفة

٥٩٦ - **القاعدة العامة والاستثناءات - النصوص القانونية :**

تنص المادة ٣٧٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) ولم يستحدث التقنين المدني الجديد تعديلات كثيرة في أحكام التقادم . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع الذي لهذا التقنين في هذا الصدد ما يأتي : « وقد جعل المشروع مدة التقادم المعتادة خمس عشرة سنة ، كما هو الشأن في التقنين الراهن (السابق) . ولم يرتفع المدد المقررة في هذا التقنين ، فيما عدا نصوصاً معينة أخصها ما تعلق بالتقادم الثلاثي في المسؤولية التقصيرية والإثراء بلا سبب وغيوب الرضا ونقص الأهلية . وعلى ذلك اقتصر الأمر على تعديل مدة التقادم الحولي ، فجعلت سنة بدلا من ثلاثمائة وستين يوما ، حتى يرتفع من التقنين الحال (السابق) ذلك التناقض الملحوظ بين النصوص المتعلقة بالتقادم والنصوص الخاصة بحقوق الامتياز . وقد ضبط المشروع حدود بعض الأحكام ، كما استحدث أحكاماً أخرى فيما يتعلق باحتساب مدد التقادم وأسباب وقفه وانقطاعه وآثاره ، ثم إنه عين بدء سريان المدة ، ولا سيما فيما يتعلق بالديون التي يتوقف استحقاقها على إرادة الدائن . ويراعى أن النصوص الخاصة بوقف التقادم لا تحول دون سريان المدة بالنسبة لنقص الأهلية ، إلا إذا لم يكن له نائب يمثل قانوناً . كما أنها تقضى بعدم سريان المدة ، كقاعدة عامة ، كلما وجد مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه في الوقت المناسب ، ولو كان هذا المانع أدبياً . ويراعى من ناحية أخرى أن =

« بتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة ، فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية (١) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٢/٢٠٨ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٧٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٦١ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٢٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٤٤ و ٣٤٩ (٣) .

« نصوصاً أخرى قد تناولت أسباب انقطاع التقادم ، واثيرت لذلك ... رفع الدعوى أو أى إجراء مائل . أما آثار التقادم فقد فصلت تفصيلاً واضحاً ، فنص على وجوب تمسك المدين به كما نص على استناد أثر انقضاء الالتزام بالتقادم وتحلف التزام طيبى في ذمة المدين من بعد . وأخيراً قضى المشروع بعدم جواز الاتفاق على تعديل مدد التقادم بأي حال ، فلم يحز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، وإنما أجاز التنازل بعد ثبوت هذا الحق في غير إخلال بحقوق الدائنين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٠ - ٣٠١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥١٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد مع تحديد لفظي لا يغير المعنى . وفي لجنة المراجعة جمل النص مطابقاً كل المطابقة ، وأصبح رقمه ٣٨٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٢ - ص ٣٠٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٧٢/٢٠٨ : جميع التعهدات والديون تزول بمضى مدة خمس عشرة سنة ، ما عدا الاستثناءات الآتية بعد والأحوال المخصوصة المصرح بها في القانون . (ويتفق الحكم في التقنينين السابق والجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٧٢ (مطابقة للمادة ٣٧٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٦١ (مطابقة للمادة ٣٧٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٢٩ : الدعوى بالالتزام ، أياً كان سببه ، لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة ، مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة . (والتقنين العراقي أخذ عن الشريعة الإسلامية مبدأ عدم سماع الدعوى لا سقوط الحق : انظر مقالاً للأستاذ ضياء شيت في التقادم المسقط في التسانون المدني العراقي منشوراً في مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشر ص ٤٥ - ص ٥٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٤٤ : تسقط الموجبات بتقاعد الدائن الذي يتخا

التذرع بحقوقه صحابة مدة من الزمان .

م ٣٤٩ : إن مرور الزمن يتم في الأساس بعد انقضاء عشر سنوات .

ويخلص من هذا النص أن القاعدة العامة في مدة التقادم أن تكون خمس عشرة سنة ميلادية (١) ، وهذه المدة تسرى بالنسبة إلى كل التزام لم ينص القانون في خصوصه على مدة أخرى . والمدة في التقنين المدني الفرنسي هي ثلاثون سنة كما رأينا (٢) ، ولكن التقنين المدني المصري الجديد استبقى مدة التقادم كما كانت في التقنين المدني السابق ، وهي مدة أخذت عن الشريعة الإسلامية في نظامها المعروف من منع سماع الدعوى ، وقد روعى في تحديدها أنها مدة مناسبة ، لا هي بالطويلة بحيث ترهق المدين ، ولا هي بالقصيرة بحيث تباغت الدائن ، ثم هي المدة التي ألفتها الناس منذ حقبة طويلة (٣) .

ويرد على هذه القاعدة العامة استثناءات كثيرة ، بعضها متناثر في نصوص متفرقة وقد سبقت دراسة أكثرها ، وبعضها في نصوص أعقبت مباشرة النص الذي أورد القاعدة العامة وستكون دراستها في هذا المكان .

٥٩٧ - القاعدة العامة - صفة التقادم خمس عشرة سنة : قدمنا

أن القاعدة العامة في مدة التقادم أن تكون خمس عشرة سنة ، فما لم يرد نص

= (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري، فيما عدا أن مدة التقادم المعتادة في التقنين اللبناني عشر سنوات وهي خمس عشرة سنة في التقنين المصري) .

(١) ذلك أن القاعدة العامة تقضى بأن « تحسب المواعيد بالتقويم الميلادي ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » (م ٣ مدني) .

(٢) وينتقد الفقه الفرنسي طول مدة التقادم في التقنين المدني الفرنسي ، وقد قدمت مقترحات لتقصيرها إلى عشرين سنة أو أقل ، ولكن التقنين الفرنسي لم يعدل حتى الآن في هذه المسألة . والقوانين الأجنبية تحدد مدة أقصر للتقادم ، ففي النرويج والسويد والدنمارك حددت مدة التقادم بعشرين سنة بموجب قوانين خاصة ، والتقنين الأسباني (م ١٩٦٣) يحدد مدة التقادم بخمس عشرة سنة ، وتقنين الالتزامات السويسري (م ١٤٦) والتقنين المدني الإيطالي الجديد (م ٢٩٤٦) وتقنين الموجبات والالتزامات اللبناني (م ٣٤٩) تحدد مدة التقادم بعشر سنوات . انظر في انتقاد طول مدة التقادم في فرنسا بودري وتيسيه فقرة ٨٧ مكررة - وينتقد بلانيول وريبير وردوان (جزء ٧ فقرة ١٣٢٧) تنوع مدد التقادم تنوعاً يوقع في الخلط والارتباك ، ولكنهم (جزء ٧ فقرة ١٣٢٩) مع ذلك يرون استبقاء الثلاثين سنة مدة للتقادم كقاعدة عامة ، حتى يتسع الوقت للدائن للمطالبة بحقه ، فلا يكون انتقاد وسيلة لاغتصاب الحقوق .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٢ .

خاص بقرر مدة أقل أو أكثر بالنسبة إلى التزام معين ، فإن مدة تقادم هذا الالتزام تكون خمس عشرة سنة .

على أن هناك حقوقاً غير قابلة للتقادم ، وهى الحقوق التى لا يجيز النظام العام التعامل فيها ، كالحقوق المتعلقة بالحالة المدنية (إلا ما تفرع عنها من حقوق مالية ، (١) والحقوق المتعلقة بالاسم (٢) .

ويجب التمييز بين الحق ومجرد الرخصة (pure faculté) فإذا كان الحق يتقادم فإن الرخصة لا تقبل التقادم . ومن ثم لا يتقادم حق الفرد فى اتخاذ المهنة التى يريد لها ما دام قد استوفى شرائطها ، ولا حقه فى أن يبنى أو يغرس فى أرضه ، ولا حقه فى أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، ولا حقه فى المرور بأرض مجاورة إذا كانت أرضه محبوسة عن الطريق العام ، ولا حقه فى الشرب والمجرى والمسيل ، ولا حقه فى طلب قسمة المال الشائع . فكل هذه رخص تتعلق بالحرية الشخصية أو بحق الملكية ، وهذا وتلك لا يقبلان التقادم (٣) .

ودعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، سواء رفعت من أحد المتعاقدين أو من الغير ، لأن المطلوب فيها هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له ، وهى حقيقة قائمة مستمرة ليس من شأن التقادم أن يؤثر فيها (٤) .

وكان ينبغى أن دعوى البطلان المطلق تكون غير قابلة للتقادم ، لأن العقد الباطل معدوم والعدم لا ينقلب وجوداً مهما طال عليه الزمن (٥) . ولكن التقنين

(١) فالق فى النسب لا يسقط بالتقادم ، ولكن يسقط بالتقادم ما ترتب على النسب من حقوق مالية كنفقة متجمدة ونصيب الوارث فى التركة .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ١٥٧ - فترة ١٥٩ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ١٦٣ - فقرة ١٧٢ . ودعوى طلب إثبات صحة التوقيع لا تتقادم لأنها رخصة وليست التزاماً (سوهاج ٥ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٤ ص ١٣٩٧) - وحكم مرسى المزداد لا يتقادم كسبب ناقل للملكية ، ولا يتعدى أثر التقادم إلا إلى الصيغة التنفيذية (استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٩) .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢٧ .

(٥) انظر فى هذا المعنى نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٨ ص ٢٧١ - ٧ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٩ ص ٩٤٤ .
(م ٦٤ - الوسيط)

المدنى الجديد ، تمثيلاً مع القضاء الفرنسى ومع بعض الفقهاء الفرنسيين ، نص في الفقرة الثانية من المادة ١٤١ على ما يأتى : « وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد (١) » . أما الدفع بالبطلان المطلق ، فلا يسقط بالتقادم (٥). ويناقش الفقه فى فرنسا ما إذا كان الدفع بوجه عام يسقط بالتقادم كالدعوى ، أو لا يسقط ، وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى (٢) .

وإذا أخذ الدائن رهناً حيازياً ضماناً لحقه ، فما دام هذا الرهن فى يده فإن حقه لا يتقادم ، ذلك أن وجود الرهن فى حيازته يعتبر قطعاً مستمراً للتقادم (٣). أما حق الراهن فى استرداد الرهن ، وكذلك حق المودع فى استرداد الوديعة ، فإنهما يسقطان بالتقادم . ولكن يستطيع الراهن أو المودع الاسترداد ، لا بموجب الدعوى الشخصية التى تقادمت ، ولكن بموجب دعوى الاستحقاق العينية القائمة على حق الملكية فهذه لا تتقادم ، بل لا يعارضها تقادم مكسب من جانب المرتهن أو المودع عنده فأنهما لم يحوزا الشيء إلا حيازة عارضة (٤) .

وإذا كانت هناك حقوق تقادم بمدد خاصة بموجب نصوص تشريعية ، وجب تفسير هذه النصوص تفسيراً ضيقاً بحيث لا تسرى إلا على الحالات بالذات التى تضمنتها . وما خرج عن هذه الحالات فإنه يرجع إلى أصل القاعدة ، وتكون مدة تقادمه خمس عشرة سنة (٥) .

(١) انظر فى هذه المسألة الوسيط جزء أول فقرة ٣١٩ - بودرى وتيسيه فقرة ٥٨٩ - فقرة ٥٩١ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٣٢٠ .

(٣) انظر فقرة ٦٦٩ فيما يلى - وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٦٠٩ - فقرة ٦١٢ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٨ .

(٥) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقره ١٣٢٨ .

(٥) فإذا وفى شخص بالوكالة عن المدين ديناً يتقادم بمدة قصيرة ، كالفوائد تسقط بخمس سنوات ، وكالضرائب تسقط بثلاث سنوات ، ورجع بدعوى الوكالة على المدين ، فإن هذه الدعوى لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة (استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٦٤ ص ١١٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٠٠) . ودعوى الموكل على الوكيل بتقديم حساب دعوى شخصية تسقط بخمس عشرة سنة (استئناف وطنى ١٥ يناير سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٤٦ - استئناف مخطط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥) ، ولو كان ذلك عن نصيب الموكل فى ميراث (استئناف مخطط ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٩) . -

٥٩٨ - الحالات التي ورد فيها نص خاص - امانة : والحالات

التي ورد فيها نص خاص متناثرة في نواحي التقنين المدني ، بل وفي تقنينات أخرى . وتقتصر هنا على الإشارة إلى أهم هذه الحالات ، وبعضها سبق أن عالجنه في الجزئين الأولين من الوسيط ، وبعضها يعالج في موضعه .

فقد نصت المادة ١٤٠ مدني على أن ١ - يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . ٢ - ويبدأ سريان هذه المدة في

= وكذلك التزام الفضولي بتقديم حساب يتقدم ، في التقنين المدني السابق ، بخمس عشرة سنة (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٧) ، أما في التقنين المدني الجديد فيتقدم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة (انظر م ١٩٧ مدني) . ودعوى الحساب ورصيد الحساب الجاري لا يسقطان إلا بخمس عشرة سنة (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٥٩) . وإذا كانت صيغة العقد تدل على أنه ودیعة موضوعها مبلغ من المال ، فإن العقد لا يكون عقد ودیعة تامة ، بل هو عقد ودیعة ناقصة وأقرب إلى عارية الاستهلاك منه إلى الوديعة ، وكل ما يكون المودع هو المطالبة بقيمة ماله ، وهذا حق شخصي يسقط كسائر الحقوق الشخصية بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ الالتزام بالرد (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص ٤٧ - استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٠٢) ، وإذا حصل تكليف بالوفاء فإن مدة التقادم تبدأ من جديد خمس عشرة سنة (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠) . والحق في المماش (لافي أنساط المماش الدورية) يسقط بخمس عشرة سنة (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٠٤ - ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٢) . ولا يكون ثمن استبدال العين المرقوفة معتبراً وقدراً بمنزلة العين المبيعة حتى تشتري به عين أخرى ، إلا إذا دفع الثمن وحفظ ودیعة على ذمة الوقف . أما إذا لم يدفع ، فإنه يعتبر ديناً بسيطاً يسقط بخمس عشرة سنة ، لا بثلاث وثلاثين (الاسكندرية ٤ يناير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٨٧ ص ١٤٣) . والحق في أخلا سنة أو تسلمه من شركة حق شخصي يسقط بالتقادم (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٢٢٥ - ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٥) . انظر أيضاً ريبير في القانون التجاري فقرة ٢٤٤٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٣٠ .

ويلاحظ أخيراً أنه لا عبرة بحسن النية أو بسوء النية في التقادم المستند القائم على أساس استقرار التعامل ، وهذه هي حال التقادم بخمس عشرة سنة . فهذا كان المدين سييء النية ، متى انقضى على استحقاق دينه خمس عشرة سنة فقد سقط الدين بالتقادم ، حتى لو اعترف الدين وهو يتمسك بالتقادم أنه لم يدفع الدين . وقد كان قانون السكينة يشترط حسن نية المدين ابتداء وبقاء ، ثم تغلبت مبادئ القانون الروماني على مبادئ القانون السكيني لاعتبارات عملية (برودري ونيسيه فقرة ٦١٦ - فقرة ٦١٩) .

حالة نقص الأهلية ، من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه . وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد . وهذا النص يقرر مدة تقادم خاصة - ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة - لدعوى إبطال العقد، وقد سبق أن عاجلنا هذه المسألة عند الكلام فى البطلان (١) .

ونصت المادة ١٧٢ مدنى على أن « ١ - تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ٢ - على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية » . وهنا أيضاً وضع القانون مدة تقادم خاصة - ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة - للدعوى الناشئة عن العمل غير المشروع ، وقد سبق بحث ذلك فى الجزء الأول من الوسيط (٢) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣٢٢ - ويلاحظ أن دعوى الإبطال فى حالة نقص الأهلية لها ميعاد تقادم واحد هو ثلاث سنوات من اليوم الذى يزول فيه نقص الأهلية . ولا تتقادم هذه الدعوى بخمس عشرة سنة من وقت تمام العقد، لأن هناك احتمالاً ألا يزول نقص الأهلية، فلا يرتفع الحجر ولا يبلغ القاصر سن الرشد ، إلا بعد مدة طويلة تستنفد الخمس عشرة سنة أو تكاد ، فتتقادم الدعوى أو توشك أن تتقادم قبل زوال نقص الأهلية . فأراد المشرع أن يبق لناقص الأهلية مدة بعد استكمال أهليته يرفع فيها دعوى الإبطال ، وهى ثلاث سنوات كاملة بعد استكمال الأهلية .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٥ - ولما كان أساس مسئولية الإدارة عن قراراتها الباطلة هو الخطأ، أى العمل غير المشروع (انظر فى هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الأولى العدد الأول ص ٢١٤) ، فإنه يترتب على ذلك أن دعوى التعويض عن قرار إدارى باطل تتقادم بثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . قارن مع ذلك حكماً آخر للمحكمة الإدارية العليا فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الأولى العدد الأول ص ٢١٩) ، وتذهب المحكمة فى هذا الحكم إلى أن تعويض من قرار باطل يفصل عامل اليومية =

ونصت المادة ١٨٠ مدني على أن : تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض ، وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق . ونصت المادة ١٨٧ مدني على أن : تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد ، وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق . ونصت المادة ١٩٦ مدني على أن : تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه ، وتسقط كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق . وفي جميع هذه النصوص نرى القانون قد وضع مدة تقادم خاصة - ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة - للدعوى الناشئة عن استرداد ما دفع بغير حق والفضالة والإثراء بلا سبب بوجه عام ، وقد عالجنا هذه المسألة في الجزء الأول من الوسيط (١) .

= قبل من الخامسة والستين ليس مصدره العمل غير المشروع ، بل مصدره القانون مباشرة . وما ذهبت إليه المحكمة من ذلك لا يخلو من التعارض مع ما ذهبت إليه في الحكم الأول الذي سبقت الإشارة إليه . هذا إلى أنه لو صح ما ذهبت إليه من أن مصدر المسؤولية هنا هو القانون مباشرة ، لوجب أن تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة ، ما دام لا يوجد نص خاص - كما وجد قانون خاص في فرنسا يجعل مدة التقادم أربع سنوات في هذه الحالة - يحدد مدة أخرى . ولكن المحكمة جعلت مدة التقادم خمس سنوات ، وتؤسس ذلك على أن التعويض عن حرمان الموظف من مرتبه بسبب فصله بدون وجه حق تكون مدة للتقادم فيه هي مدة التقادم المسقطة للمرتب ، إذ « أن التعويض المترتب على الإخلال بالالتزام هو من طبيعة الحق الناشئ عن هذا الالتزام ، لأنه هو المقابل له ، فتسرى بالنسبة للتدويض مدة التقادم التي تسرى بالنسبة للحق الأصل » . ولا نرى أن هناك علاقة ، من حيث مدة التقادم ، بين المرتب والتعويض . فالالتزام بالمرتب التزام دوري متجدد ، مصدره القانون على أساس العلاقة التنظيمية العامة التي تربط الحكومة بموظفيها . أما الالتزام بالتعويض فالتزام بمبلغ من النقود تقدره المحكمة جزافاً ، لا يدور ولا يتجدد ، ومصدره ليس هو القانون كما تقول المحكمة في حكمها هذا ، بل هو العمل غير المشروع كما تقول في حكمها الأول .

ونصت المادة ٢٤٣ مدنى على أن « تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه » . وهذه هى أيضاً مدة خاصة لتقادم الدعوى البولصية عاجلناها عند الكلام فى هذه الدعوى فى الجزء الثانى من الوسيط (١) .

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٦ مدنى على أن « تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع » . وهذه مدة خاصة للتقادم قررها القانون فى خصوص دعوى الغبن ، ومكانها عند الكلام فى البيع .

ونصت المادة ٤٥٢ مدنى ، فى خصوص دعوى ضمان العيب فى البيع ، على أن « تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ، ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول . ٢ — على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة تمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه » . وهذه مدة خاصة لتقادم دعوى ضمان العيب الحفى ، مكانها عند الكلام فى البيع .

ونصت المادة ٦٥٤ مدنى ، فى خصوص دعاوى ضمان المهندس المعمارى والمقاول المعمارى ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم فيما أقاموه من منشآت ، على أن « تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب » . ومكان هذا التقادم الخاص عند الكلام فى عقد المقاولة .

ونصت المادة ٦٧٢ مدنى — للانحراف أو الغلط الذى يقع عند تطبيق تعريفه الأسعار التى قررتها السلطة العامة فى التزام المرافق العامة على العقود الفردية ، سيكون الحق للعميل فى استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة ، ويكون للملتزم بالمرق العام الحق فى استكمال ما نقص من الأسعار المقررة — على أن « يسقط الحق فى الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التى لا تتفق مع

الأسعار المقررة ، . ومكان هذا التقادم الخاص عند الكلام في التزام المرافق العامة .

ونصت المادة ٦٩٨ مدني على أن « ١ - تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة من وقت انتهاء العقد ، إلا فيما يتعلق بالعمالة والمشاركة في الأرباح والنسب المثوية في جملة الإيراد فان المدة فيها لا تبدأ إلا من الوقت الذي يسلم فيه رب العمل إلى العامل بياناً بما يستحقه بحسب آخر جرد . ٢ - ولا يسرى هذا التقادم الخاص على الدعاوى المتعلقة بانتهاك حرمة الأسرار التجارية أو تنفيذ نصوص عقد العمل التي ترمى إلى ضمان احترام هذه الأسرار » . وهذا التقادم الخاص مكانه عقد العمل .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٧٢٨ مدني على أن « تسقط بالتقادم دعوى المسافر قبل صاحب الفندق أو الخان بانقضاء سنة أشهر من اليوم الذي يغادر فيه الفندق أو الخان » . وهذا التقادم الخاص مكانه عقد الوديعة .

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٧٥٢ مدني على أن « تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة من عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى » . وهذا التقادم الخاص مكانه عقد التأمين .

ونصت المادة ١٩٤ من التقنين التجاري على أن « كل دعوى متعلقة بالكمبيالات أو بالسندات التي تحت إذن وتعتبر عملاً تجارياً أو بالسندات التي لحاملها أو بالأوراق المتضمنة أمراً بالدفع أو بالخواتم الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية يسقط الحق في إقامتها بمضي خمس سنين اعتباراً من اليوم التالي ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم عمل البروتستو أو من يوم آخر مرافعة بالمحكمة إن لم يكن صدر حكم أو لم يحصل اعتراف بالدين بسند منفرد . وإنما على المدعي عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلفهم اليمين على أنه لم يكن في ذمتهم شيء من الدين إذا دعوا للحلف ، وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا يميناً على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شيء مستحق من الدين (١) » . ونصت المادة ٦٥ من التقنين التجاري على أن

(١) ويسرى هذا التقادم على الكمبيالات وتعتبر دائماً أعمالاً تجارية . ويسرى أيضاً على السندات تحت الإذن أو لحاملها ، بشرط أن تكون محررة من تجار أو بسبب أعمال تجارية . =

= ويسرى أخيراً على الكيالات التي ينقصها بعض الشروط - وهي التي عنها النص بعبارة الأوراق المتضمنة أمراً بالدفع أو الأحوال الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية . - بشرط أن تكون هي أيضاً محررة من تجار أو بسبب أعمال تجارية حتى تكون من الأعمال التجارية . والدعاوى التي تسقط بهذا التقادم هي الدعاوى التي يرفعها الحامل على المسحوب عليه القابل للكيالة أو على محرر السند تحت الإذن ، والدعاوى التي ترفع على الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء ، والدعاوى التي ترفع على المظهرين ، ودعاوى رجوع المتزمين بالوفاء بعضهم على بعض ، والدعاوى الناشئة بين الموقعين على الورقة التجارية بسبب علاقاتهم القانونية التي أفضت إلى إنشاء الورقة أو تظهيرها .

أما بقية الديون التجارية الأخرى ، غير الديون المتقدمة وغير ما نصت عليه المادتان ١٠٤ و ١٠٥ تجارى الآتي ذكرهما في المئن ، فتسقط كالديون المدنية بخمس عشرة سنة ، ويدخل في ذلك رصيد الحساب الجارى (استئناف مصر ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ ص ١١٤) .

ويسرى التقادم الحسى بالنسبة إلى الأوراق التجارية من اليوم التالى ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم عمل البرونستر أو من يوم آخر مرافعة في المحكمة . وإذا كانت الكيالة أو السند الإذنى مستحق الدفع عند الطلب ، سرى التقادم من تاريخ إنشاء الكيالة أو السند . وإذا انقطع التقادم وسرى تقادم جديد ، كانت مدته التقادم الجديد خمس سنوات أيضاً ، إلا إذا صدر حكم بالدين فإن هذا الحكم لا يسقط إلا بخمس عشرة سنة (استئناف مصر ١٦ يونيو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ ص ٢٤٨ - استئناف مختلط ١٤ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٨٢) ، أو إلا إذا اعترف المدين بالدين بسند منفرد فيعتبر هذا تجديداً للدين بشرط أن يكون التجديد لاحقاً لاستحقاق الورقة التجارية فلا يسقط الدين الجديد إلا بخمس عشرة سنة (الأستاذ محمد صالح في شرح القانون التجارى ٢ ص ٦٥٥ - ص ١٦٥ - الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٨) . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٩٤ من التقنين التجارى بقولها « وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية » إنما عنت الأوراق التجارية الصادرة لعمل تجارى ، لا الأوراق غير التجارية ولو كانت صادرة لعمل تجارى . وأخص خصائص الورقة التجارية صلاحيتها للتداول ، ولازم كونها كذلك أن تكون ورقة مستقلة بنفسها ، وأن يبين فيها بمجرد الاطلاع عليها أن قيمتها مقدرة على وجه نهائى لا يدع محلاً لمنازعة . فإذا كانت الورقة تحمل الدعوى متصلة بكشف حساب وكانت نهائية قيمتها معلقة على خلو الكشف من السهو والغلط ، فإنها لا تكون ورقة تجارية ، وذلك دون الحاجة إلى النظر فيما إذا كانت الورقة قد حررت لعمل تجارى أم لغيره (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٢ ص ٣١١) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لكي يسقط حق المطالبة بكيالة تحت الإذن بمضى خمس سنوات يجب أن يكون سبب الدين تجارياً ، أما إذا كان السبب غير تجارى فتطبق قواعد القانون المدنى (استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٢٧ ص ٢٠٤ - وانظر أيضاً استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢١٧ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٤) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية أيضاً بأن التزام الموقعين على كيالة بعضهم قبل بعض يعتبر مدنياً لا يسقط إلا بخمس عشرة سنة ولو كانت الكيالة تجارية ، ويسقط الحق فيها =

« كل مانشأ عن أعمال الشركة من الدعاوى على الشركاء الغير مأمورين
بتصفية الشركة أو على القائمين مقامهم يسقط الحق في إقامته بمضى خمس
سنين من تاريخ انتهاء مدة الشركة إذا كانت المشاركة المبينة فيها مدتها
أعلنت بالكيفية المقررة قانوناً ، أو من تاريخ إعلان الاتفاق المتضمن
فسخ الشركة . وتتبع في ذلك القواعد العمومية المقررة لسقوط الحق بمضى
المدة ، مع مراعاة القواعد المقررة لانقطاعها » . ونصت المادة ١٠٤ من
التقنين التجارى على أن « كل دعوى على الوكيل بالعمولة وعلى أمين النقل
بسبب التأخير في نقل البضائع أو بسبب ضياعها أو تلفها تستط بمضى
مائة وثمانين يوماً فيما يختص بالإرساليات التى تحصل فى داخل الأقطر المنسرى ،
وبمضى سنة واحدة فيما يختص بالإرساليات التى تحصل للبلاد الأجنبية . ويبدأ
الميعاد المذكور فى حالة التأخير أو الضياع من اليوم الذى وجب فيه نقل البضائع ،
وفى حالة التلف من يوم تسليمها ، وذلك مع عدم صرف النظر عما يوجد
من الغش والحيانة » . ومكان بحث هذه النصوص القانون التجارى .

= بالنسبة إلى الدائن بمرور خمس سنوات (استئناف وطنى ٢٣ مارس سنة ١٩٠٥ الحق رقم ٢٠
ص ١٣٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان السند الإذنى موقفاً عليه من تاجر ،
كان عملاً تجارياً بمقتضى نص المادة ٢ من قانون التجارة ، إلا أن هذه القرينة ليست قاطعة ،
فيجوز نفيها وإثبات أن سبب الدين مدنى محض تسرى عليه أحكام القانون المدنى خصوصاً فيما
يتعلق بسقوط الحق فى المطالبة بالدين (استئناف مصر ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤١
ص ١٨٧) . وقضت محكمة استئناف مصر أيضاً بأنه إذا حرر التاجر سند دين لعمل غير خاص
بتجارته كان السند مدنياً ، فلا يسقط الحق فى المطالبة به بمضى خمس سنوات (استئناف مصر
١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١١ ص ٦١٦ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨
رقم ٤٠٠ ص ٨٦٧) . وقضت محكمة مصر بأن السند يكون تجارياً من ناحية الدائن إذا كان هذا
الأخير تاجراً ولم يقم دليل من جانبه على مدنية سبب السند ، وإذا كان السند تجارياً من ناحية
الدائن فإن حقه فى المطالبة بقيته يسقط بمضى خمس سنوات ، سواء كان المدين تاجراً أو غير
تاجر » (مصر ٩ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٥ ص ٦٣٧) .
هذا والنص على جواز توجيه اليمين إلى المدين دليل على أن هذا التقادم قائم على قرينة الوفاء
(استئناف مصر ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٤٣ ص ٥٠٥ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٠
المحاماة ١٠ رقم ٢٣٨ ص ٦٧٦ - مصر ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٧
ص ١٠٧٢) . ولا توجه اليمين إلا للمدين أو ورثته ، فلا توجه للكفيل (استئناف مصر
٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٩٤ ص ٢٢٦) .

ويلاحظ أن المشرع قد قصر مدد التقادم في الدعاوى الناشئة عن غير العقد - العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب - لأن الدين مفروض على المدين بحكم القانون لا بإرادته . وقصر أيضاً مدد التقادم في الدعاوى الناشئة عن العقد حيث يكون هناك مبرر للتقصير بسبب طبيعة الدعوى ، وذلك كدعاوى الإبطال والدعوى البولصية ودعوى تكملة الثمن للغبين ودعوى العيب الخفي في البيع والدعاوى الناشئة عن عقد العمل أو عن عقد التأمين أو عن الكمبيالات ، والأوراق التجارية أو عن بعض العقود التجارية ، فهذه كلها دعاوى تستوجب التعجيل في رفع الدعوى ، فقصر المشرع مدد التقادم فيها على نحو ما رأينا . أما الدعاوى الناشئة عن العقد فيما لا يستوجب التعجيل في رفع الدعوى ، فهذه لا تتقادم عادة إلا بخمس عشرة سنة ، لأن الالتزامات التي ترفع بها هذه الدعاوى قد ارتضاها المدين بإرادته مختاراً .

٥٩٩ - الاستثناءات التي أوردتها القانون . (١) الحقوق الدورية

المفجدة - النصوص القانونية : وهناك إلى جانب هذه النصوص الخاصة باستثناءات أخرى أوردتها التقنين المدني عقب إيرادها للقاعدة العامة في مدة التقادم . وأول هذه الاستثناءات يتعلق بالحقوق الدورية المتجددة . فقد نصت المادة ٣٧٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين ، كأجرة المباني والأراضي الزراعية ومقابل الحكر ، وكالفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات » .

« ٢ - ولا يسقط الربيع المستحق في ذمة الحائز سيء النية ولا الربيع الواجب على ناظر الوقف أدائه للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :

« ١ - يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ، كالأجرة في المباني وفي الأراضي الزراعية وكالفوائد والأقساط والمرنجات والأجور والمعاشات . ويتقادم الحق حتى لو أقر به المدين بعد سقوطه بالتقادم . ٢ - ومع ذلك لا يسقط الربيع المستحق في ذمة الحائز سيء النية ولا الديون الثابتة في ذمة ناظر الوقف للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » . وفي لجنة المراجعة أضيف « مقابل الحكر » ضمن الحقوق التي تسقط بخمس سنوات . أصبحت المادة رقمها ٣٨٨ في المشروع =

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٥/٢١١ (١) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٦٢ - وفي التقنين المدني العراقي

= النهائي . وفي مجلس النواب عدل النص بحيث أصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة مجلس الشيوخ تقدمت مقترحات عدة لم تأخذ بها اللجنة ، وقالت عنها في تقريرها ما يأتي : اقترح حذف عبارة « ولو أقر به المدين » من المادة ٣٧٥ وحذف الفقرة الثانية منها ، لأن التقادم الخمسي لا يعتبر من النظام العام ولأن ما تنص عليه الفقرة الثانية لا يعتبر من قبيل الديون الدورية بالنسبة إلى المدينين الوارد ذكرهم فيها ، فضلاً عن أنه لا محل لأفراد نص لم دون أمثالهم من الأوصياء والوكلاء والمصنفين ... ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح : لأن النص ليس معناه أن المحكمة تقضى بالتقادم ولو أقر المدين بالدين إقراراً ينطوي على معنى التنازل عن التمسك بالدفع بالتقادم ، بل هو يقرر القاعدة المسلمة المنفردة على عدم قيام هذا النوع من التقادم على قرينة الرضاء ، ومؤداها أن إقرار المدين بترتب الدين في ذمته لا يمنعه في الوقت ذاته من أن يتمسك بالتقادم ، ولا يحول دون القضاء بتقادم الدين على أساس هذا التمسك . هذا ويراعى أن الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ وردت لحسم خلاف أثير في صدد الحالتين اللتين خصتهما بالذكر ، وليس من الخير أن يترك باب الخلاف منسوحاً مع أن في الوسخ منه . واقترح الاستعاضة عن عبارة « حق وحقوق » الواردة في المواد ٣٧٥ و ٣٧٦ و ٣٧٨ بعبارة « دين وديون » ، لأن الانقضاء لا يرد على الحق وإنما يرد على الدين . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن الذي ينقضى هو الالتزام ، وهو رابطة تنشئ في ذمة الدائن حقاً وفي ذمة المدين ديناً ، فلا يقبل أن يقال إن أحد وجهي هذه الرابطة هو الذي يقبل الانقضاء دون الآخر ، وإنما يرد الانقضاء على الرابطة بوجهيها جميعاً ، فيصح في لغة التشريع أن يقال انقضاء الحق وانقضاء الالتزام وانقضاء الدين ، وكلها صحيح وكلها بمعنى واحد . ولذلك استعمل التقنين الحالي (السابق) الاصطلاحين معاً ، فعبّر أحياناً بسقوط « المبالغ المستحقة » أي الحقوق ، وعبر أحياناً بسقوط « الديون » . والفقه والقضاء جميعاً لا يكرهان شيئاً من ذلك . واقترح أن يضاف إلى أحكام التقادم النص الآتي : « تقادم الدعوى بذات المدة المقررة لتقادم الدين المطلوب فيها » . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن النظام الذي اتبعه التقنين لا يفرق بوجه عام بين الحق والدعوى على غرار ما هو معروف في الفقه الإسلامي . أما إذا أريد بالدعوى الخصومة أمام القضاء ، فهذا ما تشتمل بالنص على التقادم فيه مشروع قانون المرافعات » . ووافقت اللجنة على النص كما هو تحت رقم ٣٧٥ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٤ و ص ٣٠٦ - ص ٣١٠) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٧٥/٢١١ : المرتبات والفوائد والمنشآت والأجر ، وبالجمل

كافة ما يستحق دفعه سنوياً أو بمواعيد أقل من سنة ، يسقط الحق في المطالبة به بمضي خمس سنوات هلالية » . (والحكم واحد في التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا أن التسنين تحسب ميلادية في التقنين الجديد) .

المادة ٤٣٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٥٠ (١) .

٦٠٠ - الضابط هو الدورية والتجديد : وقد أورد المشرع بصريح

النص الضابط لهذه الحقوق التي تتقادم بخمس سنوات ، فوصفها بأنها « كل حق دورى متجدد » . والدورية (périodicité) هي أن يكون الحق مستحقاً في مواعيد دورية ، كل شهر أو كل ثلاثة أشهر أو كل سنة ، أو أقل أو أكثر . والتجديد (renouvellement) هو أن يكون الحق بطبيعته مستمراً لا ينقطع .

والأمثلة التي أوردها المشرع توضح هاتين الخصيصتين . فأجرة المباني والأراضي الزراعية دورية : تدفع أجرة المباني في العادة كل شهر أو كل ثلاثة أشهر أو كل سنة ، وتدفع أجرة الأراضي الزراعية عادة كل سنة قسماً واحداً أو قسطين . وهي في الوقت ذاته متجددة بطبيعتها ، إذ هي مستمرة لا تنقطع ،

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٧٣ (مطابقة للمادة ٣٧٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٦٢ (مطابقة للمادة ٣٧٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣٠ : ١ - كل حق دورى متجدد ، كالأجرة والفوائد والرواتب والإيرادات المرتبة ، لاتسمع الدعوى به على المدين بعد تركها من غير عذر شرعى خمس سنوات . ٢ - أما الربح المستحق في ذمة الخائن سبب النية ، والربح الواجب على متولى الوقف أداؤه للمستحقين ، فلا تسمع الدعوى بهما على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة . (وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي ، على غرار الفقه الإسلامى ، لا يميز سماع الدعوى بدلا من أن يسقط الحق بالتقادم . انظر الأستاذ حسن للذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٨٢ - فقرة ٣٨٤ - وانظر مقالا في التقادم المسقط في القانون المدني العراقي للأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشرة : ص ٥٠ - ص ٥٣) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٥٠ : تكون مدة مزور الزمن خمس سنوات في المستحقات المتأخرة والفوائد وحصص الأسهم من الأرباح وأجور المباني والأراضي الزراعية ، وبوجه عام في الموجبات التي تسحق الأداء كل سنة أو أقل . وتكون مدة مرور الزمن خمس سنوات أيضاً في الدعاوى بين الشركاء أو بين هؤلاء وأشخاص آخرين من أجل الموجبات الناشئة عن عقد الشركة . وتبتدىء هذه المدة من يوم إعلان حل الشركة أو إعلان خروج أحد الشركاء . (والفقرة الأولى من النص تتفق أحكامها مع أحكام التقنين المدني المصري . وانظر في الفقرة الثانية من النص المادة ٦٥ من التقنين التجارى المصري) .

فان المالك يستأدى الأجرة في العادة مستمرة دون انقطاع ، والمستأجر يدفعها مستمرة دون انقطاع . وهي إذا كانت تنقطع بانتهاء عقد الإيجار ، إلا أنها تقاس بالزمن ، وتتجدد بتجديده ، ما دام عقد الإيجار قائماً (١) . وليست أجرة المباني والأراضي الزراعية وحدها هي الدورية المتجددة ، بل إن كل أجرة يلحقها هذا الوصف . فأجرة الأرض الفضاء ، وأجرة الغرف المفروشة ، وأجرة المنقولات كالسيارات إذا استؤجرت لمواعيد دورية « والذهبيات » « والعوامات » وغيرها ، كل هذه حقوق دورية متجددة تتقادم بخمس سنوات . غير أن المشرع أورد أجرة المباني والأراضي الزراعية على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ، لأنها هي الغالبة في التعامل (٢) .

ومقابل الحكر هو أيضاً أجرة دورية متجددة (٣) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٠٣ مدني على أن تكون هذه الأجرة « مستحقة الدفع في نهاية كل سنة ، ما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك » . ومقابل الحكر الأجرة السنوية للأرض المساوية لأجرة المثل في عقد الإيجارين (م ١٠١٣ مدني) ، والأجرة الثابتة في عقد خلو الانتفاع (م ١٠١٤ مدني) ، فكل هذه حقوق دورية متجددة

(١) ويفرق الأستاذ عبد الحى حجازي بين الحق المتجدد كالأجرة والحق المتجزئ كالحق المسقط ، فيقول : « الحق المتجدد تتمتع مرات تجديده على أساس المدة ، أما الحق المتجزئ على الزمن فان المدة تتحدد على أساس عدد الأجزاء . ولهذا فإن الدين المتجزئ لا يستقط إلا بالتقادم الطويل ، وذلك لاختلاف صفة التجدد فيه ، بل إن صفة الدورية فيه ليست ناشئة من كونه منوطاً بالمدة ، لأنه ليس منوطاً بالمدة ، وإنما المدة ناشئة من تقسيمه عدة أجزاء ووضع كل جزء في نطاق زمن معين » (الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣٥٥) .

(٢) ولأن في إطلاق « الأجرة » شيئاً من عدم الدقة ، فسرى أن أجرة الغرفة في الفندق تتقادم بسنة واحدة لا بخمس سنوات (م ٣٧٨ مدني) .

هذا وليس كل التزام ينشأ عن عقد الإيجار يتقادم بخمس سنوات ، فالتمويض عن تلف العين المؤجرة ينشأ عن عقد الإيجار ولا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة . وإنما تقادمت الأجرة بخمس سنوات لأنها دورية متجددة ، لا لأنها ناشئة عن عقد الإيجار (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٢٣٣٤ ص ٧٤٢) .

(٣) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ١٠٣ — ١٢ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٦٥ — مصر ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٦ ص ١٤٨ — ٧ يناير سنة ١٩٠٨ المجبوعة الرسمية ٩ رقم ٩١ ص ٢٠٨ .

تتقدم بخمس سنوات (١) .

والفوائد هي أيضاً حقوق دورية متجددة ، إذ هي تدفع كل سنة عادة ، وهي ريع متجدد لرأس المال . وتتقدم بخمس سنوات أياً كان مصدرها ، فقد تكون فوائد اتفاقية كما في القرض وثنن المبيع ، وقد تكون فوائد قانونية طوب بها مطالبة قضائية (٢) . ويدخل في الفوائد فوائد الأسهم والسندات (الكوبونات) (٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أقر المستأجر في عقد الإيجار أنه إذا زرع أكثر من ثلث الأرض قطعاً أو كرر الزراعة القطنية فيما سبقت زراعته قطعاً ، يكون ملزماً بمثل الأجرة ، وجعل لنظارة الوقف حق خصم ما يجب من ذلك التعويض من كل مبلغ دفعه أو يدينه المستأجر ، ووقع الاتفاق على أن يسرى هذا الحكم ويتكرر في سني الإيجار ، فإن الظاهر من هذا العقد أن الطرفين أنزلا التعويض المذكور منزلة الأجرة قدرأ واستحقاقاً وتكراراً ، ومتى قام بالالتزام بالتعويض المترتب على مخالفة المستأجر لالتزاماته الأصلية وصف كونه مقدراً تقدير الأجرة ومستحقاً استحقاقها ودائراً معها عن مدة الإيجار ، فقد جاز عليه حكم السقوط بالتقدم الخمسي سقوط الأجرة (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٤ ص ١٠٧٢ - وانظر أيضاً : نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٠ ص ٥٤٨) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بسقوط الفوائد التي حل أجلها وانقضت على استحقاقها خمس سنوات أياً كان نوعها ، سواء أكانت الفوائد مثقفاً عليها أم كانت سارية بحكم القانون أو محكوماً بها من المحاكم (١٦ يونه سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١١٤ ص ٢٤٨ - وانظر : استئناف مخطوط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ ص ٣٨ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٥٩ - ٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٢٠) .

وقضت أيضاً بأنه يبدأ في استئصال ما دفع من الدين من الأقساط بالمصروفات والفوائد المستحقة على الدين قبل الخصم من رأس المال . فإذا ردد في الإيصالات المقدمة من المستأنف أن خصم الأقساط التي دفعها يكون من المطلوب للدائن بدون تفصيل ، انصرف هذا السداد إلى أنه واقع على الفوائد أولاً . ومتى ثبت ذلك تكون هذه الدفعات خصماً من الفوائد المستحقة سنوياً ، ويتفرغ على هذا أن سدادها قاطع لسريان مدة تقادمها في كل تاريخ من تواريخ الإيصالات التي قدمها الخصم (استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١٢١) .

(٣) أما إذا كانت الفوائد مستحقة على سبيل التعويض ، فإنها لا تكون دورية متجددة ، وتتقدم بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا لم يشترط دفع فوائد عن الباقي من الثمن في ذمة المشتري ، واستولى المشتري على الأرض المبيعة رانفع بها ، وجب عليه دفع فوائد على سبيل التعويض في مقابل الانتفاع بالأرض ، وهذه الفوائد لا تخضع للتقدم الخمسي (١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧) .

والإيرادات المرتبة هي أيضاً حقوق دورية متجددة تتقدم بخمس سنوات. ويستوى في ذلك الإيرادات المرتبة مدى الحياة فهي دورية تنجدد مدى الحياة، والإيرادات الدائمة فهي دورية تنجدد على الدوام. وتتقدم الإيرادات بخمس سنوات إما باعتبارها إيرادات مرتبة، وإما باعتبارها فوائد مستحقة على رأس المال الذي دفعه صاحب الإيراد للمدين به (انظر ٢/٥٤٥ مدني).

والمهايا والأجور والمعاشات (١) هي أيضاً حقوق دورية متجددة تتقدم بخمس سنوات، وتدفع عادة كل شهر، وتتجدد باستمرار. ولا يدخل في ذلك أجور العمال والخدم والأجراء، سواء كانت يومية أو أسبوعية أو شهرية، فهذه كما سنرى تتقدم بسنة واحدة. فالذي يتقدم إذن بخمس سنوات هي مهايا وأجور ومعاشات الموظفين والمستخدمين دون العمال والخدم. ويلحق بالمهايا والأجور والمعاشات دين النفقة، فهو أيضاً يتقدم بخمس سنوات (٢)، والدائن بالنفقة إذا هو أهمل في المطالبة بها أكثر من هذه المدة، فالطالب أن يكون ذلك راجعاً إلى عدم حاجته لها، ويكون غير مستحق إياها.

ويكفي أن يكون الحق دورياً متجدداً ليتقدم بخمس سنوات، فليس من الضروري إذن أن يكون حقاً ثابتاً لا يتغير مقداره. فمن الحقوق الدورية المتجددة ما يتغير مقداره. من وقت إلى آخر، كريع الأسهم (dividendes) ومقابل الحكر وهو يزيد أو ينقص كلما بلغ التغير في أجر المثل حداً يجاوز الخمس زيادة أو نقصاً على أن يكون قد مضى ثمانى سنوات على آخر تقدير (م ٢/١٠٠٤ مدني)، وكأقساط التأمين في جمعيات التأمين التعاونية (assurance mutuelle) فهذه أيضاً متغيرة بحسب الحوادث التي تقع كل سنة وقد لا تقع حوادث أصلاً فلا تستحق أقساط ما. فهذه الحقوق الدورية المتجددة، التي تتغير مقاديرها من وقت إلى آخر، تتقدم مع ذلك بخمس سنوات. وهذا على خلاف ما جرى

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن المادتين ٢١١ مدني (قديم) و ٢٤ من لائحة المعاشات الخاصتين بسقوط الحق في المرتبات بخمس سنوات لا تنطبقان إلا على معاش تمت نسيته (٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٢٣).

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة طنطا بأن النفقة لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة (٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص ٥٨).

عليه القضاء الفرنسى ، فهو يقضى بوجوب أن يكون مقدار الحق الدورى المتجدد ثابتاً لا يتغير ، فتتقدم أقساط التأمين فى جمعيات التأمين التعاونية بثلاثين سنة لا بخمس سنوات .

٦٠١ - الأساس الذى يقوم عليه تقادم الحقوق الدورية المتجددة :

وتصعد قاعدة التقادم الخمسى لحقوق الدورية المتجددة ، فى أصلها التاريخى ، للقانون الفرنسى القديم (١) . وقامت منذ البداية على الاعتبار الرئيسى الآتى : إن هذه الحقوق الدورية المتجددة يدفعها المدين عادةً من ريعه الدورى المتجدد ، فالمستأجر يدفع الأجرة من إيراده الشهرى أو السنوى ، والمقترض يدفع الفوائد من ريع أمواله ، بل إن الحكومة وأرباب الأعمال يدفعون ماهيات الموظفين والمستخدمين وأجورهم ومعاشاتهم من ميزانياتهم السنوية وهى ميزانيات دورية متجددة (٢) . فإذا أهمل الدائن فى المطالبة بهذه الحقوق الدورية المتجددة مدة طويلة من الزمن ، فتراكت على المدين ، وكان للدائن أن يتقاضاها لمدة التقادم العادى ، أى لمدة خمس عشرة سنة خلت ، اضطر المدين أن يدفعها من رأس ماله ، وقد يجر هذا عليه الإفلاس والخراب . من أجل ذلك وضع

(١) وبالتحديد إلى عصر لويس الثانى عشر ، إذ أصدر هذا الملك الفرنسى أمراً ملكياً (ordonnance) ، فى يونيه سنة ١٥١٠ ، قضى فيه بأن من يشتري إيراداً مرتباً - والإيراد المرتب فى ذلك الوقت هو الفائدة على رأس المال - لا يجوز له أن يطالب بتأخرات الإيراد لأكثر من خمس سنوات ، وذلك حتى لا تتراكم التأخرات على المدين بالإيراد ، فترهقه وتوقعه فى الإفلاس والخراب (بودرى وتيسيه فقرة ٧٦٧) .

(٢) وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن التقادم الخمسى يقوم على افتراض أداء المدين للديون الدورية المتجددة من إيراده ، وأن تراكمها أكثر من خمس سنوات تكليف بما يجاوز السعة ، وهذه القرينة لا تقبل إثبات الدليل العكسى . وشخزاة العامة حق الانتفاع بحكها رغم ملاتها . ومنازعة المدين فى أصل المرتب لا تمنع من سريان هذا التقادم (١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٥ الهامة ٣٦ رقم ٤٤٨ ص ١٣٢٨ - وانظر حكماً آخر من نفس المحكمة فى ٣٦ نوفمبر سنة ١٩٥٥ الهامة ٣٧ رقم ٧٠ ص ٦٨) . وقضت محكمة الإسكندرية بأن القول بوجوب أن تكون المبالغ التى يسرى عليها التقادم الخمسى بعينة المتدار عند التعاقد قول لا سند له من القانون ، لأن الخطر من تراكم الديون غير المعبئة المقدار لا يقع على حساب المدين المعلوم مقدارها (٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ١٠٦) .

القانون حداً لتراكم هذه الديون ، خمس سنوات ميلادية لا تزيد ، فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين بما تأخر منها لأكثر من خمس سنوات ، لأن ما مضى على استحقاقه منها أكثر من خمس سنوات يكون قد انقضى بالتقادم . ومن ثم لا يجبر المدين على دفع هذه الديون المتجددة الدورية إلا لمدة خمس سنوات فقط سابقة على يوم المطالبة (١) ، فلا يكون في هذا من الإرهاق ما يصل به إلى حد الإعنت .

هذا من جهة . ومن جهة أخرى - ولكن هذا اعتبار ثانوى بجانب الاعتبار الرئيسى الذى قدمناه - فإن الدائن بهذه الحقوق الدورية المتجددة يعتبر عادة هذه الحقوق لإيراداً ينفق منه فى شؤون حياته اليومية ، فلا يسكت عن المطالبة بها أكثر من خمس سنوات . وبغلب ، فى الحقوق التى مضى على استحقاقها أكثر من خمس سنوات ، أن يكون الدائن قد استوفأها . ولا يستطيع المدين عادة أن يحتفظ بمخائنصات دورية لإثبات هذا الوفاء لمدة تزيد على خمس سنوات ، فيتعذر عليه إثبات الوفاء عن مدة أبعد . فىأتى القانون لإسعاد المدين ، ويقضى بتقادم الديون التى ترجع إلى أبعد من خمس سنوات ، ويقوم التقادم على قرينة الوفاء .

على أن هذا الاعتبار الثانى هو ، كما قدمنا ، اعتبار ثانوى بجانب الاعتبار الرئيسى الأول ، وهو تجنب المدين الإرهاق والعنت ، فلا يجبر على دفع هذه الحقوق الدورية المتجددة لمدة تزيد على خمس سنوات ، حتى لا يضطر إلى دفعها من رأس ماله . فهذا الاعتبار الأول متحقق دائماً ، أما الاعتبار الثانى فقد يتحقق ولا يتحقق . فإذا لم يتحقق ، فإن الاعتبار الأول كافٍ وحده

(١) وقد لا يستطيع الدائن المطالبة بالدين إلا لمدة أقل من خمس سنوات ، ويتحقق ذلك فى الفرض الآتى : يهمل الدائن بإيراد مرتب مدى الحياة تقاضى الإيراد مدة خمس سنوات ، ثم يموت فينقضى الإيراد بالموت . ثم تطالب الورثة بما تراكم من الإيراد لمورثهم ، وتأخر المطالبة إلى سنة مثلاً بعد موت صاحب الإيراد . فى هذه الحالة لا تستطيع الورثة المطالبة بكل إيرادات الخمس السنوات المتراكمة ، لأن إيراد السنة الأولى منها يكون قد تقادم بخمس سنوات بعد انقضاء سنة على موت صاحب الإيراد قبل المطالبة . ومن ثم لا يستطيع الورثة أن يطالبوا بأكثر من إيرادات الأربع السنوات الأخيرة ، فهذه وحدها هى التى لم تقادم بخمس سنوات (بدورى وتيسيه فقرة ٧٩٩) .

لتأسيس التقادم الخمسى . ويترتب على ذلك أن هذه الديون تتقادم بخمس سنوات ، حتى لو أقر المدين أنه لم يوف بها (١) ، وتمسك مع ذلك بالتقادم تفادياً من إرهابه بوفاء ما تراكم منها لمدة أكثر من خمس سنوات . وقد ورد هذا الحكم صراحة في النص ، إذ جاء في صدر الفقرة الأولى من المادة ٣٧٥ مدني : « يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ، ولو أقر به المدين » .

وبلاحظ أن إقرار المدين بعدم وفاء ما انقضى على ميعاد استحقاقه أكثر من خمس سنوات ، قد يفسر بأنه نزول منه عن التمسك بالتقادم (٢) . ولما كان النزول عن التقادم بعد تمامه جائزاً ، فإن الإقرار بعدم الوفاء على هذا النحو يمنع من تقادم الدين ، ويجبر المدين في هذه الحالة على الوفاء بكل ما تراكم من الديون ، ولورجع استحقاقه إلى عهد أبعد من خمس سنوات . أما إذا كان ما صدر من المدين هو مجرد تقرير للواقع ، فهو لا ينكر أنه لم يوف بما تراكم من هذه الديون ، ولكنه مع ذلك يتمسك بالتقادم ، فلا يعتبر إقراره على هذا النحو نزولاً منه عن التقادم ، وله أن يتمسك به على النحو الذى قدمناه (٣) .

٦٠٢ - الديون التى لم تستوف شرطى الدورية والتجدد تتقادم

بخمس عشرة سنة : والتقادم الخمسى لا يكون إلا في الديون الدورية المتجددة على النحو الذى قدمناه . فإذا لم يستوف الدين هذين الشرطين معاً ، كان تقادمه بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات .

(١) قارن استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يوفية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٥ .

(٣) انظر ما جاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ في هذا المعنى ، وقد تقدم ذكره عند إيراد تاريخ نص المادة ٣٧٥ مدني (انظر آنفاً فترة ٥٩٩ في الهامش) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى « ولا يقوم التقادم الخمسى على قرينة الوفاء ، كما هو الشأن فيما عداه من ضروب التقادم ، وإنما يرجع في أساسه إلى أن المدين يفترض فيه أداء الديون الدورية المتجددة من إرادته ، فلو أجبر على الوفاء بما تراكم من هذه الديون بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ استحقاقه ، لأفضى ذلك إلى تكليفه بما قد يجاوز السعة . وقد جعل للمدين ، تقريراً على هذا التوجيه ، أن يتمسك بالتقادم بانقضاء تلك المدة ولو بعد إقراره بوجوب الدين في ذمته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥) .

فهناك ديون قد استوفت شرط الدورية دون أن تستوفي شرط التحدد ، كما هي الحال في دين مقسط أقساطاً دورية . فهذا الدين دورى لأنه يدفع في مواعيد دورية ، ولكنه غير متجدد لأنه لا يتجدد بتجدد الزمن ، بل ينقضى بدفع آخر قسط منه . ومن ثم تكون مدة التقادم هنا خمس عشرة سنة لخمس سنوات (١) . كذلك لا يستوفى شرط التجدد وإن استوفى شرط الدورية نتاج المناجم والمحاجر ، فهذا نتاج دورى لكنه يستنزف الأصل — المنجم أو المحجر — فهو بطبيعته غير متجدد . زمن ثم إذا ترتب ديناً في ذمة شخص ، لم يتقادم هذا الدين إلا بخمس عشرة سنة ، ولا يتقادم بخمس سنوات .

وتفقد الديون الدورية المتجددة طبيعتها هذه إذا تحولت من ريع إلى رأس مال عن طريق قانونى . مثل ذلك أن يقرض شخص المدين ما يفي به فوائد دينه أو أجرة مسكنه أو يبنى به ديوناً دورية متجددة أخرى ، فان دين القرض هذا — وإن كان سببه هذه الديون الدورية المتجددة — قد أصبح رأس مال مصدره عقد القرض ، فلا يتقادم بخمس سنوات وإنما يتقادم بخمس عشرة سنة . كذلك إذا دفع المستأجر الأجرة للمؤجر ، وتبين بعد ذلك أنه دفع مبالغ غير مستحقة من هذه الأجرة ، فانه يستردها . ويعتبر دين المؤجر الخاص برد هذه المبالغ غير المستحقة رأس مال لاديناً دورياً متجدداً (٢) ، فلا يتقادم بخمس سنوات ،

(١) استئناف مخطط ٨ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٧٨ — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : " يرد التقادم الحسى على الالتزامات الدورية المتجددة . . أما أقساط الديون المنتجة فيسقط كل منها بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاقه ، لأنها ليست بالمتجددة وإن كانت دورية " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥) .

(٢) استئناف مخطط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٨ — ١٨ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٩٦ — سواهج ١٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٤١٧ ص ١٠٢٦ — وإذا دفع المستأجر من المؤجر الأموال الأميرية ، فرجوعه عليه بها يتقادم تقادم الإثراء دون سبب بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة ، لا تقادم الأموال الأميرية بثلاث سنوات (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٧ ص ١٩٠ ، وقارب استئناف مخطط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٩) . ولكن إذا استبقى المستأجر من الأجرة المستحقة عليه مبلغاً معيناً ليدفعه في الأموال الأميرية المقررة على العين المؤجرة ، لم يخرج المبلغ المستبقى عن طبيعته ، وهى أنه دين أجرة سبب الالتزام به عقد الإجارة ، وتخصيصه ليدفع في الأموال الأميرية لا يعد تبديلاً =

ولمّا يتقادم تقادم رد غير المستحق بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة (١)

٦٠٣ - الرابع المنصوص في ذمة الحائز سبيء النية والرابع الواجب

على ناظر الوقف أدائه للمستهفيين : تنص المادة ٩٧٩ مدني على أن « يكون الحائز سبيء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سبيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها ، غير أنه يجوز أن يسرد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار » .

وبخلص من هذا النص أن الحائز سبيء النية ملتزم برد ثمرات الشيء الذي حازه من يوم أن أصبح سبيء النية ، وبعتبر سبيء النية حتماً من يوم رفع الدعوى على الأقل (٢) . فهذه الثمرات ، فيما بين الحائز والمالك ، لا تعتبر ديوناً دورية متجددة ، بل هي قد تحولت في ذمة الحائز من ربح إلى رأس مال واجب الأداء للمالك .

= للالتزام ، وإذن فدة السقوط المقررة له هي خمس سنوات (نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠ ص ٢٢) . كذلك إذا تجدد دين الأجرة بانتهاء مدة الإيجار ، فإنه لا يفقد صفتي الدورية والتجدد . وقد قضت محكمة النقض بأن الدورية والتجدد هما صفتان لاحقتان بدين الأجرة ، وهما مفترضان نية مابق حافظاً لوضعه ، ولو تجدد بانتهاء مدة الإيجار وأصبح في الواقع مبلغاً ثابتاً في الذمة لا يدور ولا يتجدد (نقض مدني ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص ٦٧٣) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٣٨ ص ٧٤٨ — ردوان في أنبكلوبيدي دالوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ٣١٧ — وانظر ماقدمناه من أن الحقنوق التي تتقادم بمدد خاصة تفسر تنسيراً ضيقاً ، وما خرج عنها يرجع إلى أصل القاعدة فيتقادم بخمس عشرة سنة (أنفاً فقرة ٥٩٧) .

وإذا أدمجت الفوائد في رأس المال ، أصبحت هي أيضاً رأس مال ، وفقدت صفتي الدورية والتجدد ، فلا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن الكيالة المطالب بقيمتها حررت عن أجرة سنة وفوائد متجمدة صفيت ، واستبدل بها مبلغ واحد هو المبلغ الوارد بالكيالة ، فإن هذا المبلغ يكون قد زالت عنه صفة الدورية والتجدد ، فلا يستط الحق فيه بخمس سنوات (نقض مدني ٢٧ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٦ ص ١٧٩) . وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٣٣٩ ص ٨٣٠ — استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٣٨ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٥ — ١٤ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٦١ — أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١٦ — ٢ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧٧ — ٥ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٩١ — ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٩٩ .

(٢) انظر المادة ٣/١٨٥ مدني .

ومن ثم تتقادم هذه الثمار بخمس عشرة سنة لاجل خمس سنوات ، فاذا طالب المالك بها الحائز قبل انقضاء خمس عشرة سنة ، ولو بعد انقضاء خمس سنوات ، لم يجوز للحائز أن يدفع هذه المطالبة بالتقادم (١).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويراعى أن التزام الحائز بسيء النية برد الثمرات لا يعتبر من قبيل الديون الدورية المتجددة ، ولذلك نص على أن هذا الالتزام لا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، ويسرى الحكم نفسه على الفوائد المتجددة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥) .

هذا وإذا كان الربيع مستحقاً في ذمة من تسلم غير المستحق لأنه سيء النية (انظر م ١٨٥ مدني) فإنه يلحق برأس المال الذى سلم دون حق ، ويتقادم هو ورأس المال بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة وفقاً لأحكام التقادم المقررة في الالتزام برد غير المستحق (انظر م ١٨٧ مدني) . وقد كان القضاء ، في عهد التقنين المدنى السابق ، منقسماً في هذه المسألة . ولكن الكثرة الغالبة من الأحكام كانت تقضى بتقادم الربيع المستحق في ذمة الحائز سيء النية بخمس عشرة سنة : نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ - استئناف وطني ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٩٢ ص ١٨٧ - أول يناير سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٢٤ - ١٦ يونيو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤١٤ ص ٢٥٢ - ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ١٩٨ ص ١٨٣ - ١٥ يونيو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٣٥ ص ٣٠٨ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١١٣ ص ٣٧٠ - استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٩ ص ٢٦٦ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٨ ص ٢٢٥ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٤٢ ص ٢٣٩ - ٢٨ مارس ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٠٢ ص ٦٣٧ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٣ ص ٧٥٩ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٨٣ ص ١٩١ - استئناف مخطط ٢٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٨٠ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٧ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٣ - ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٢ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٧ - ١٧ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٩٩ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٦ - ٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٩٢ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣٣ - ١٦ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢٠ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٦٦ .

ومع ذلك فقد كانت هناك أحكام تقضى بتقادم الربيع المستحق في ذمة الحائز سيء النية بخمس سنوات : استئناف وطني ١٩ مايو سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٣٨٦ - ٦ يونيو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٤٦٣ - ١٩ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٧ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٥٠ ص ٩٣ - ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٤ ص ٢٧٣ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٧٤ ص ٣٣٤ - ٦ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦١٤ ص ٧٤٤ - استئناف مخطط ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ١٢ .

انظر في هذه المسألة الموجز للمؤلف لفرة ٦٠٧ ص ٦٣٢ هامش رقم ١ .

كذلك الربيع الواجب على ناظر الوقف أدائه للمستحقين ، وهو مقدار استحقاقهم في الوقف ، لا يعتبر ديناً دورياً متجدداً ، فلا يتقدم إلا بخمس عشرة سنة . وقد تردد القضاء في هذه المسألة في عهد التقنين المدني السابق (١) ، ثم قضت محكمة استئناف مصر في دوائرها المجتمعة بأن غلة الوقف تظل ملكاً للمستحق ولا يتقدم حقه ، فإذا اختلطت بمال الناظر واستهلكها الناظر بتعديه أو بتقصيره أصبحت رأس مال واجباً في ذمته للمستحق ، ومن ثم تتقدم بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات (٢).

وقد أراد التقنين المدني الجديد بالنص صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ مدني على تقدم الربيع المستحق في ذمة الحائز سبب النية والربيع الواجب على ناظر الوقف أدائه للمستحقين بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات على ما رأينا (٣) ، أن يحسم

(١) فقضت محكمة الاستئناف الوطنية في بعض أحكامها بأن نص المادة ٢١١ مدني (قديم) يقضى بصيغة عامة بسقوط الحق في المطالبة بكل ما هو مستحق دفعه سنوياً بمضى خمس سنوات هلالية ، ولم يفرق بين الوقف وغير الوقف ، فإذا حكم لمستحق في الوقف باستحقاقه لحصة من الربيع ، فلا يكون له حق الرجوع على الناظر إلا بربع السنوات الخمس السابقة لرفع الدعوى فقط (١٦ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية رقم ١١٢ ص ٢٤٤ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٦٦ ص ٤٩٤ - ٢٧ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٢٠ ص ٣٠٤) . وقضت في أحكام أخرى بأن ناظر الوقف هو وكيل المستحقين ، فإن قبض غلة الوقف اعتبرت أمانة تحت يده لحسابهم ، وعلى ذلك فلا يسقط حقهم في المطالبة بها إلا بمضى خمس عشرة سنة (١٦ أبريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٣ ص ٢٢٩ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٨٩ ص ١٩٢ - ٢٧ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٢ ص ٢٦٣ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٩٥ ص ٢١١) .

انظر في هذه المسألة الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٧ ص ٦٣٢ - ص ٦٣٣ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٣٩ .

(٢) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٢٧٤ - انعامات ١١ ص ٣٩ .

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما ما يثبت للمستحق في الوقف من ديون في ذمة الناظر ، فقد حسم المشروع ما أثبت من الخلاف في القضاء بشأن تقدمه ، واختار ما قضت به محكمة الاستئناف الأهلية بدوائرها المجتمعة - ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٢٧٤ رقم ١٠٦ - وقد بنت هذه المحكمة قضاها على أن غلة الوقف تظل ملكاً للمستحق ، ولا يتقدم حقه فيها ما بقيت مفرزة في يد الناظر غير مختلطة بماله ، لأن هذه اليد أمانة لا تملك . ولكن إذا كان الناظر قد استهلك هذه الغلة بتعديه =

في هاتين المسألتين خلافاً قد نشب في عهد التقنين المدني السابق وتمثل في أحكام متضاربة أصدرها القضاء في ذلك العهد (١).

٦٠٤ - (٢) حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين - النص المصالح القانوني:
تنص المادة ٣٧٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« تتقدم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبلوه من مصروفات (٢).

= أو بتقصيره ، أصبح مسئولاً عن فعله قبل المستحق ، وكان لهذا أن يطالب بحقه باعتباره ديناً لا يتقدم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . وقد تقدم أن المشرع أجاز تقدم الديون الترتيبية على الفعل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات في بعض الصور ، وبانقضاء خمس عشرة سنة في صور أخرى . بيد أنه رأى استبعاد التقدم الثلاثي في هذه الحالة ، حتى لا يتقدم دين المستحق في الوقف بمدة أقل من مدد تقدم الديون الدورية المتجددة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥ - ٣٠٦) .

(١) انظر ما جاء في تقرير لجنة محاسن الشيوخ . وقد سبق ذكره عند إيراد تاريخ نفس المادة ٣٧٥ (انظر آنفاً فقرة ٥٩٩ في الحاشية) .

(٢) تاريخ النص : ردد هذا النص في المادة ٥١٥/١ من المشرع التمهيدى على الوجه الآتي :

« ١ - تتقدم بسنة واحدة الحقوق الآتية : (١) - حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين ، وبوجه عام حق كل من يزاول مهنة حرة ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل وما تكبلوه من مصروفات . وفي لجنة المراجعة أفرد هذا النص بمادة مستقلة هي المادة ٣٨٩ من المشرع النهائي . ورفعت مدة التقدم إلى خمس سنوات بدلاً من سنة واحدة . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « وبوجه عام حق كل من يزاول مهنة حرة » ، وجاء في تقرير اللجنة في خصوص هذا الحذف ما يأتي : حذفت من هذه المادة عبارة « وبوجه عام حق كل من يزاول مهنة حرة » ، وبهذا أصبح النص قاصراً على من ذكروا فيه . وقد رأت اللجنة أن في العبارة المحذوفة توسعاً يجعل الحكم غير منضبط ، ويحسن في مدد التقدم الخاصة أن تعين الحقوق التي تتقدم بانقضاء هذه المدد تعييناً نافياً للشبهة . وأضافت اللجنة بعد كلمة « عمل » عبارة « من أعمال مهنتهم » ، زيادة في البيان المقصود . وأصبحت المادة رقمها ٣٧٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٠ - ص ٢١٣) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٣/٢٠٩ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٧٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٦٣ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٣١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٥١ - ٣٥٢ (٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٧٣/٢٠٩ : المبالغ المستحقة للأطباء وللأفوكاتية وللمهندسين أجرة سميهم ، وللباعة أثمان المبيعات لغير التجار مطلقاً ولهم فيما عدا ما يتعلق بتجارهم ، وللمؤدبي الأطفال والمعلمين على تلاميذهم ، وللخدمة ماهية لهم ، تزول بمضى ثلثائة وستين يوماً ، ولو استعقت ديون جديدة من قبيل ما ذكر في ظرف الثلثائة والستين يوماً المذكورة . (وهذه الأحكام تختلف عن أحكام التقنين الجديد فيما يأتي : (١) اقتصر التقنين السابق على ذكر الأطباء والمحامين والمهندسين ومؤدبي الأطفال والمعلمين من أصحاب المهن الحرة . أما التقنين الجديد فقد زاد على هؤلاء الصيادلة والخبراء ووكلاء التفتيشية والسامسة والأساتذة . (٢) جعل التقنين السابق مدة التقادم ثلثائة وستين يوماً . أما التقنين الجديد فجعلها خمس سنوات . وسرى كيف يسرى بالنسبة إلى الزمان أحكام التقنين الجديد فيما خالف أحكام التقنين السابق عند شرح النص) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٧٣ (مطابقة للمادة ٣٧٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٦٣ (مطابقة للمادة ٣٧٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣١ : ١ - لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى سنة واحدة في الحقوق الآتية : (١) حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والأساتذة والمعلمين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفتيشية والسامسة ، وبوجه عام كل من يزاول مهنة حرة ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل وما تكبدوه من مصروفات .

٢ - ولا تسمع الدعوى في هذه الحقوق حتى لو بقى الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات .

٣ - ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى مرور سنة واحدة أن يحلف يميناً توجيهاً للحكمة من تلقاء نفسها على أن ذمته غير مشغولة بالدين . وتوجه اليمين إلى ورثة المدينين أو أوليائهم ، إن كانوا محجورين ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين .

٤ - لكن إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري ، إلا فيما يأتي : (١) عدم جواز سماع الدعوى في الحقوق المذكورة بدلا من سقوط الحق . (٢) مدة التقادم في التقنين العراقي سنة واحدة كما كان الأمر في المشروع التمهيدى للتقنين المصري ، وذلك بدلا من خمس سنوات في التقنين المصري (٣) عمم التقنين العراقي النص فجعله يشمل كل من يزاول مهنة حرة ، كما كان الأمر في المشروع =

٦٠٥ - الدبرية المستحقة لطائفة من أصحاب المهن الحرة تتقدم

خمسة سنوات : وزى مما تقدم أن هناك طائفة من أصحاب المهن الحرة - هم البارزون في أصحاب هذه المهن - رأى المشرع أن تتقدم الحقوق المستحقة لهم بسبب مهنتهم بمدة أقصر من خمس عشرة سنة ، فجعل مدة التقدم فيها

= التمهيدى للتقنين المصرى . (١) أوجب التقنين العراقى على المدين أن يحلف يميناً على أن ذمته غير مشغولة بالدين ، كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى . أما أن التقدم يسرى حتى لو بق الدائن مستمراً فيما يقوم به ، وأما أن تحرير سند بالدين يجعل مدة التقدم خمس عشرة سنة ، فالحكم فيها واحد فى التقنينين العراقى والمصرى : انظر فى التقنين المصرى المادة ٣٧٩ وسيأتى ذكرها - وانظر الأستاذ حسن اللانوى فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٨٩ - ومقالا فى التقدم المسقط فى القانون المدنى العراقى للأستاذ ضياء شيت خطاب فى مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشرة ص ٥٣ - ص ٥٥ .

تقنين الموجبات والعقود البنائى م ٣٥١ : يسقط بحكم مرور الزمن بعد سنتين : ...

(٢) حق دعوى المعلمين والأساتذة وأرباب معاهد التعليم الداخلية العامة والخاصة فيما يتعلق بالمرتبات المستحقة لهم من قبل تلاميذهم وباللوازم التى قدمت لطلول التلاميذ . وتبتدىء مدة مرور الزمن منذ حلول الأجل المعين لاستحقاق المرتبات ...

م ٣٥٢ : يسقط أيضاً مرور الزمن بعد سنتين : (١) حق دعوى الأطباء والجراحين والمولدين وأطباء الأسنان والأطباء البيطريين من أجل عياداتهم والعمليات التى أجروها والقوازم والمسلقات التى قدموها ، وتبتدىء مدة مرور الزمن من تاريخ العيادة أو للمصلحة الأخيرة . (٢) حق دعوى الصيدليين من أجل الأدوية التى قدموها ، وتبتدىء مدة مرور الزمن من تاريخ تقديمها . (٣) حق دعوى المحامين ووكلاء الدعاوى من أجل أجورهم ورسالتهم . وتبتدىء المدة المشار إليها منذ صدور الحكم النهائى أو من تاريخ عزلهم من الوكالة . (٤) حق دعوى مهندسين البناء والمساحة وسائر المهندسين والخبراء من أجل الخطط التى يرسمونها أو الأعمال التى يجرؤونها أو المسلفات التى يقدمونها ، وتبتدىء المدة من تاريخ تسليم الخطط أو إتمام الأعمال أو أداء المسلفات . (٥) حق دعوى الوسطاء فيما يخص بأداء بدل الوسمة ، وتبتدىء المدة من تاريخ اتمام الاتفاق .

م ٣٥٣ : فى الأحوال الممينة فى المادتين ٣٥١ و ٣٥٢ يجرى حكم مرور الزمن ولو تواصل تقديم اللوازم أو التسليم أو الخدمة أو العمل .

(وأحكام التقنين البنائى تنفق مع أحكام التقنين المصرى ، لا فيما يأتى : (١) التقدم فى التقنين البنائى سلتان بدلا من خمس سنوات فى التقنين المصرى . (٢) لم يذكر فى التقنين البنائى ، كما ذكر فى التقنين المصرى : وكلاء التفليسة . (٣) أفاض التقنين البنائى فى بعض التفصيلات التى أغفلها التقنين المصرى مقتصرأ عليها على تطبيق القواعد العامة) .

خمس سنوات فقط ، وذلك لسببين : (أولاً) أن العادة قد جرت بأن هؤلاء الدائنين يتقاضون حقوقهم عقب انتهاء خدماتهم ، ولا يسكتون طويلاً عن المطالبة بأجورهم لأنها مصدر معاشهم . فإذا مضى على استحقاقهم هذه الحقوق خمس سنوات ولم يطالبوا بها ، فالغالب أن ذلك يرجع إلى أنهم استوفوا هذه الحقوق ، وقل أن يحتفظ المدينون بمخالصات عن ديون مضى على استحقاقها أكثر من خمس سنوات . (ثانياً) وحتى لو ثبت أن هؤلاء الدائنين لم يستوفوا حقوقهم التي مضى على استحقاقها أكثر من خمس سنوات ، فمن الإرهاق لمدينهم أن يجبروا على دفع ديون مضت عليها هذه المدة وأهمل أصحابها في المطالبة بها . ويترتب على ذلك أنه يكفي أن يتمسك المدين بالتقادم حتى ينقضى الدين ، ولا يصح أن توجه إليه يمين أن ذمته لم تعد مشغولة بالدين كما يصح ذلك في الديون التي تتقادم بسنة واحدة على ما سنرى .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على عبارة عامة تناول جميع من يزاول المهن الحرة ، ولكن هذه العبارة حذفت في لجنة مجلس الشيوخ ، لأن فيها « توسعاً يجعل الحكم غير منضبط ، ويحسن في مدد التقادم الخاصة أن تعين الحقوق التي تتقادم بانقضاء هذه المدة تعييناً نافياً للشبهة (١) » . ومن ثم أصبح النص مقصوراً على من يأتي من بين أصحاب المهن الحرة (٢) .

١ - **الطباء** : ويشمل هذا اللفظ كل طبيب ، سواء كان متخصصاً أو غير متخصص ، ويدخل الجراحون والمولدون وأطباء الأسنان والبياطرة (٣) . ولكن لا يدخل من ليس بطبيب وإن كان يباشر العلاج أو يساعد فيه ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ٣١٢ — وانظر تاريخ نص المادة ٢٧٦ مدني آنفاً
فقرة ٦٠٤ في الهامش .

(٢) أما غيرهم فيرجع فيه إلى الأصل وتكون مدة التقادم خمس عشرة سنة . ومن ثم فحق المؤلف قبل الناشر لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٣٠٥ من ٣٨٢) . وحق المحاسب في أتعاب عمله ، وحق صاحب الجريدة في ثمن الإعلان في جريدته ، وحق المصور والفنان بوجه عام في الأجر على عمل معين من أعمال الفن ، كل هذه حقوق تتقادم بخمس عشرة سنة .

(٣) انظر المادة ٣٥٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني (آنفاً فقرة ٦٠٤ في الهامش) .

فلا يدخل الأطباء النفسانيون ولا الممرضون (المرجبة) ولا المولدرات غير الطبييات ولا المدربون على الألعاب الرياضية لأغراض صحية. والديون المستحقة للأطباء التي تتقدم بخمس سنوات هي الأجور التي يستحقونها على علاج مرضاهم، وما عسى أن يكونوا قد تكبدوه من مصروفات أثناء العلاج كمصروفات الانتقال والتحليلات وإقامة المريض ليكون تحت ملاحظة الطبيب. وإذا اقتضى العلاج في المرض الواحد زيارات عدة، بحسب الأجر عن مجموع هذه الزيارات كأنه دين واحد، ولا يبدأ سريان التقادم إلا عند انتهاء آخر زيارة، حتى لو طال المرض (١)، وهذا ما لم يكن العلاج على فترات منفصلة فيحسب أجر عن زيارات كل فترة من هذه الفترات (٢). فإذا استحق دين لطبيب على هذا النحو، ولم يطالب به مدة تزيد على خمس سنوات، فإن الدين ينتفى بالتقدم، حتى لو كان الطبيب مستمراً في علاج نفس المريض ولكن في مرض آخر غير المرض الذي استحق من أجله الدين المتقدم (انظر م ١/٣٧٩ مدني وسيأتي ذكرها). وإذا حرر المدين للطبيب سنداً مكتوباً بالدين، انقطعت مدة التقدم بهذا السند المكتوب (٣)، وبدأت مدة تقدم جديدة مقدارها

(١) وقد قضت محكمة أسبوط بأن مبدأ التقدم لا يبرى بالنسبة إلى أتعاب الطبيب، حتى في حالة الأمراض المزمنة، إلا من تاريخ شفاء المريض أو وفاته أو انقطاع علاجه لسبب آخر (٣١ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ رقم ٣٢٥ ص ٦٣٤).

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٦ ص ٧٧٠ - ص ٧٧١ - وإذا هالج الطبيب مريضين في أسرة واحدة وفي وقت واحد، ترتب له دينان مستقلان أحدهما من الآخر، قد يختلف مبدأ سريان التقدم في كل منهما، وقد يتقدم أحدهما دون الآخر. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: « فإذا قام طبيب بعلاج مريضين في أسرة واحدة على التوالي، ترتب له دينان قائمان بذاتهما. ولكن تكرار العيادة لأحد المريضين يعتبر كلاً لا جزءاً، ولا يصبح الدين الواجب بسببه مستحق الأداء إلا بعد انتهاء هذه العيادة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨ - ص ٣١٩).

(٣) وإذا حرر المدين السند بعد انتهاء مدة التقدم، أمكن تفسير ذلك على أنه زول منه من مدة التقدم بعد أن تمت، وبدأت مدة تقدم جديدة مقدارها خمس عشرة سنة. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن كتابة المدين للسند يقطع التقدم إذا كان لا يزال سارياً، ويعتبر أنه تنازل عنه إذا كان قد تم، وفي الحالتين تكون المدة الجديدة التي تسرى هي خمس عشرة سنة (١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٨٤).

خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الدين المدون في السند (انظر ٢/٣٧٩) وسيأتى ذكرها .

٢ - **الصيادلة** : وأغلب ما تكون حقوقهم التي تتقدم بخمس سنوات هي أثمان الأدوية والعقاقير التي يبيعونها لعملائهم ، وكل صفقة تعتبر قائمة بذاتها ، والدين الناشئ عنها يكون مستحق الأداء ويسرى عليه التقادم الخمسى منذ تمام الصفقة ، حتى لو استمر الصيدلى بعد ذلك يقدم أدوية أخرى (م ١/٣٧٩ مدنى) . وقد يقوم الصيدلى بخدمات ويتكبد مصروفات ، فهذه رتلك تعتبر ديوناً يسرى عليها التقادم الخمسى منذ استحقاقها . فاذا لم يطالب الصيدلى العميل بما يستحقه من دين في ذمته على النحو المتقدم الذكر ، وانقضى على استحقاق الدين أكثر من خمس سنوات ، فانه ينقضى بالتقادم . وإذا حرر العميل للصيدلى سنداً بالدين ، فان التقادم ينقطع ، ويحل محله تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدنى) .

٣ - **المحامى** : وهؤلاء يستحقون أتعابهم عند موكلهم ، سواء ما اتفق عليه بينهم أو ما قدر بمعرفة المحكمة (١) ، فتتقدم هذه الأتعاب بخمس سنوات من وقت استحقاقها . وتستحق الأتعاب بالنسبة إلى المعجل منها من وقت الاتفاق ، وبالنسبة إلى المؤجل من وقت صدور الحكم ، أو من وقت انقضاء الوكالة ولو بعزل الوكيل (٢) . وقد يستحق للمحامى في ذمة موكله مصروفات ورسوم قضائية

(١) أما ما قدره المحكمة كأتعاب محاماة الخصم الذى كسب الدعوى ، وهو تمويل له من المصروفات التي تكبدها في تعيين محام عنه ، فلا تسقط إلا بخمس عشرة سنة (دمنهور ٧ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ٣٦ - الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٩ ص ٦٣٨ هامش رقم ٢) .

(٢) انظر المادة ٣٥٢ من تقنين الموجبات والنفود البناني (آنفاً فقرة ٦٠٤ في الهامش) - وقد قضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأن سريان التقادم لا يبدأ إلا من وقت انقضاء التوكيل ، وقالت في أسباب حكمها أن المحامى وكيل ، والتقدم في الوكالة لا يبدأ إلا من تاريخ انقضاء التوكيل ، فإذا وكل محام لمباشرة نزاع معين وجب اعتباره كل ما يتصل بهذا النزاع من إجراءات وما يرتبط به من قضايا متعددة كلاً لا يتقبل التجدد ، وحساب مدة التقادم ابتداء من انقضاء

يدفعها عنه ويرجع عليه بها ، فهذه أيضاً ديون تتقادم بخمس سنوات من وقت انقضاء التوكيل . فاذا لم يطالب المحامي موكله بهذه الديون ، وانقضى على استحقاقها خمس سنوات ، فانها تسقط بالتقادم ، حتى لو استمر المحامي يباشر قضايا أخرى لموكله غير القضية التي نشأ بسببها الديون المتقادمة (١/٣٧٩ مدني) . أما إذا حرر الموكل للمحامي سنداً بهذه الديون ، فان التقادم ينقطع ، ويبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدني) .

٤ - **المهندسون** : ويستحقون أجورهم عند عملهم من أجل التصميمات التي يقومون بها ومن أجل الإشراف على تنفيذ التصميمات ، وقد يتكبدون مصروفات ويدفعون لحساب العميل مبالغ لتنفيذ الأعمال المعهود بها إليهم . فكل هذه ديون في ذمة العميل تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاقها ، حتى لو بقي المهندس قائماً بأعمال أخرى للعميل (م ١/٣٧٩ مدني) . فاذا حرر العميل للمهندس سنداً بالدين ، انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدني) .

٥ - **الخبير ووكلاء التفليسة والسمارة** : والخبير يستحق عند العميل أتعاب خبرته ، وقد يتكبد مصروفات لحساب العميل أثناء القيام بأعمال الخبرة . ووكيل التفليسة (أنسنديك) يستحق أتعابه من مال التفليسة ، وقد يتكبد هو أيضاً مصروفات لحسابها . والسمارة يستحق عند العميل السمسرة المتفق عليها أو المقضى بها ، وقد يتكبد مصروفات لحساب العميل . فكل هذه ديون تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاقها (٣) ، ولو بقي الخبير أو وكيل التفليسة أو

= التوكيل بالنسبة إلى هذا النزاع المعين ، أي بإنعام العمل أو العزل أو الاستقالة أو الوفاة (١٨ يونيو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٩٥ - وانظر الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٩ ص ٦٣٨ هامش رقم ٢) .

وقد قُضت المادة ٥٠ من قانون المحاماة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ بأن حق المحامي في مطالبة موكله ، عند عدم وجود سند بالأتعاب ، يتقادم بمضي خمس سنوات ميلادية . (٣) وكان التقنين المدقّق لا يذكر الخبراء ولا وكلاء التفليسة ولا السمارة ، فكانت أتعابهم لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة (الأزيكية ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٦١ ص ٢٤٥) .

السمسار يقوم بأعمال أخرى غير التي استحق من أجلها الأجر المتقادم (م ١/٣٧٩ مدني). فاذا حرر المدين سنداً بالدين، انقطع التقادم، وبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدني).

٦ — الأساتذة والمعلمون : وهؤلاء قد يستحقون أجراً على التدريس للطلبة أو للتلاميذ، كالأجور الدراسية في المدارس الحرة وأجور الدروس الخاصة. ويدخل أيضاً ضمن الديون التي يستحقونها ثمن الأدوات والكتب التي يعطونها للطلبة أو للتلاميذ، و ثمن الأغذية التي تقدم لهؤلاء، وما إلى ذلك. فهذه كلها ديون تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاقها، ولو بقي الأستاذ أو المعلم مستمراً في القيام بخدمات أخرى غير التي استحق من أجلها الأجر المتقادم (م ١/٣٧٩ مدني). فاذا ما حرر المدين سنداً بالدين، انقطع التقادم، وبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدني).

٦٠٦ — سر يانه التقنين المدني الجديد : ويلاحظ أن التقنين المدني الجديد قد استحدث تعديلات في التقنين المدني السابق في خصوص هذه المسائل تتلخص فيما يأتي :

١ — زاد التقنين المدني الجديد في أصحاب المهن الحرة الصيادلة والخبراء ووكلاء التفليسة والسماصرة والأساتذة فهؤلاء كانت ديونهم، في عهد التقنين المدني السابق، تتقادم بخمس عشرة سنة، فأصبحت الآن تتقادم بخمس سنوات، أي بمدة أقصر. وتنص المادة ٨ من التقنين المدني الجديد على أنه « ١ — إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم، حسمت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك. ٢ — أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي ». ويخلص من ذلك أن ديون الصيادلة والخبراء ووكلاء التفليسة والسماصرة والأساتذة إذا كانت قد تقادمت في عهد التقنين المدني السابق بانقضاء خمس عشرة سنة، فقد انقضت. أما إذا كان التقادم قد بدأ يسرى في حقها ولم يتم قبل العمل بالتقنين المدني الجديد، فاذا كان الباقي من الخمس عشرة سنة

خمس سنوات أو أكثر ، سرى التقادم الخمسى من وقت العمل بالتقنين الجديد .
أما إن كان الباقي من مدة التقادم القديم أقل من خمس سنوات ، فإن هذا الباقي هو الذى تتقادم به هذه الديون .

٢ — جعل التقنين المدنى الجديد ، فيما يتعلق بديون الأطباء والمحامين والمهندسين والمعلمين ، مدة التقادم خمس سنوات ، بعد أن كانت فى التقنين المدنى السابق ثلثمائة وستين يوماً توجه بعد انقضائها اليمين إلى المدين . فمدة التقادم هنا أطول مما كانت ، ولم يعد القانون يسمح بتوجيه اليمين إلى المدين . فاذا كان دين من هذه الديون قد انقضت بالنسبة إليه مدة التقادم القديمة — ثلثمائة وستون يوماً — قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، فقد انقضى الدين بالتقادم ، ولم يبق إلا توجيه اليمين للمدين عملاً بأحكام التقنين المدنى السابق . أما إذا كانت هذه المدة القديمة لم تنقض قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، فبنفاذ هذا التقنين تطول مدة التقادم إلى خمس سنوات تبدأ من وقت أن سرت فى عهد التقنين المدنى السابق . فاذا كان قد مضى على استحقاق الدين نصف سنة مثلاً وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد ، فإن مدة التقادم تطول أربع سنوات ونصفاً أخرى غير نصف السنة التى انقضت . ومتى يتم التقادم على هذا النحو ينقضى الدين ، ولا يجوز عندئذ توجيه اليمين للمدين وفقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد .

٦٠٧ — (٣) حقوق التجار والصناع والعمال والحرفم والاهراء —

النصوص القانونية : وقد قدمنا هذه الحقوق على ما قبلها من الحقوق المذكورة فى المادة ٣٧٧ مدنى (الضرائب والرسوم المستحقة للدولة) حتى تعقب حقوق أصحاب المهن الحرة ، فقد كانت هذه الحقوق جميعاً تتقادم بمدة سنة واحدة فى المشروع التمهيدى ، وفصل ما بينها التقنين المدنى الجديد فى صورته الأخيرة . وبقيت أحكام مشتركة ما بين هذين النوعين من الحقوق هى المذكورة فى المادة ٣٧٩ مدنى ، فنورد هنا نص المادتين ٢٧٨ و ٣٧٩ :

تنص المادة ٣٧٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :

« (١) حقوق التجار والصناع وردها لأشخاص لا يتجرون

في هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم » .

« (ب) حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات » .

« ٢ - ويجب على من يتسك بأن الحق قد تقدم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً ، وهذه اليمين بوجهها القاضى من تلقاء نفسه ، وتوجه إلى ورثة المدين ، أو أوصيائهم إن كانوا قصرأ ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء » .

وتنص المادة ٣٧٩ على ما يأتى :

« ١ - يبدأ سريان التقدم ، في الحقوق المذكورة في المادتين ٣٧٦ و٣٧٨ ، من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقديماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقديمات أخرى » .

« ٢ - وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقدم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة (١) » .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٧٨ : ورد هذا النص في المادة ١٥١/١ والمادة ١٦٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، مع اشتغال النص على مادتين منفصلتين إحداهما من الأخرى ، ومع خلاف في نص الفقرة الثانية من المادة ١٦٥ من المشروع التمهيدى وكانت تجرى على الوجه الآتى : « وتوجه اليمين إلى من بقى حياً من الزوجين ، وإلى ورثة المدين وأوصيائهم إن كانوا قصرأ ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين » . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة للارتباط ما بين الأحكام ، وحذفت عبارة « إلى من بقى حياً من الزوجين » لأنه داخل في عداد الورثة ، وأصبحت المادة رقمها ٣٩١ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو يعلمون بحصول الوفاء » في نهاية الفقرة الثانية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٧ - ص ٣٢٠) .

م ٣٧٩ : ورد هذا النص في المادة ١٥١/٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « وتقدم هذه الحقوق ، حتى ولو بقى الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات » . وفي لجنة المراجعة عدل النص وأضيفت إليه فقرة ثانية ، فأصبح =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٧٣/٢٠٩ و ٢٧٦/٢١٢ و ٢٧٧/٢١٣ (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادتين ٣٧٥ - ٣٧٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٦٥ - ٣٦٦ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٣١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٥١ و ٣٥٣ (٢).

= مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٢ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢١ - ص ٣٢٢).

(١) التقنين المدني السابق م ٢٧٣/٢٠٩ : المبالغ المستحقة .. لباعة أمان المبيعات لغير التجار مطلقاً ولم فيما عدا ما يتعلق بتجارهم .. وللخدمة ما هيته ثم ، زول بمعنى ثلثائة وستين يوماً ، ولو استحققت ديون جديدة من قبيل ما ذكر في ظرف الثلثائة والسعين يوماً المذكورة .

م ٢٧٦/٢١٢ : في حالة ما إذا كانت المدة المقررة لنسقوط الحقوق لثلثائة وسعين يوماً فأقل ، لا تبرأ ذمة من يدمى التخلص بمضى المدة إلا بعد حلفه اليمين على أنه أدى حقيقته ما كان في ذمة ...

م ٢٧٧/٢١٣ : وأما الأراطل والورثة والأوصياء فينخلصون بحلفهم أنهم لا يمدون أن المدمى به مستحق .

() وتختلف أحكام التقنين المدني السابق عن أحكام التقنين المدني الجديد فيما يأتي : ١ - مدة التقادم في التقنين المدني السابق ثلثائة وستون يوماً ، وبست سنة كما هي في التقنين المدني الجديد .

٢ - لم ينص التقنين المدني السابق على المال والأجراء ، واكتفى بذكر الخدم . كما أنه لم ينص على أصحاب الفنادق والمطاعم ٣ - لم ينص التقنين المدني السابق على انقطاع التقادم ، بتحرير سند بالدين ، وبده تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٧٥-٣٧٦ (مطابقتان للمادتين ٣٧٨-٣٧٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٦٥ - ٣٦٦ (مطابقتان للمادتين ٣٧٨ - ٣٧٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣١ : ١ - لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها ، من غير عذر شرعى ، سنة واحدة في الحقوق الآتية : (أ) (ب) حقوق التجار والصناع عز. أشياء ورودها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء : وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجرة الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه . لحساب عملائهم . (ج) حقوق العملة والخدم الأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .
م ٦٠ - الوسيط

٦٠٨ - التقادم في هذه الحقوق يقوم على قرينة الوفاء : ويخلص من النصوص المتقدم ذكرها أن حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق

٢ - ولا تسح الدعوى في هذه الحقوق حتى لو يق الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات .

٣ - ويجب على من يتسك بعدم سماع الدعوى ، بمرور سنة واحدة ، أن يحلف يمينا ، توجهها الحكمة من تلقاء نفسها ، على أن ذمته غير مشنولة بالدين . وتوجه اليمين إلى ورثة المدينين ، أو أوليائهم إن كانوا محجورين ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين .

٤ - ولكن إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . (وأحكام التقنين العراقي تنفق مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي يقرر عدم جواز سماع الدعوى بدلا من سقوط الحق - انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٨٧ - فقرة ٣٨٨ - وانظر مقالا في التقادم المسقط في القانون المدني العراقي للأستاذ ضياء شيت خطاب منشورا في مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشرة ص ٥٥ - ص ٥٨) .

تقنين الموجبات والمقود البناني م ٣٥١ : يسقط بحكم مرور الزمن بعد سنتين : ١ - حق دعوى الباعة وماتزى تقديم البضائع وأصحاب المعامل فيما يختص بالأشياء التي يقدمونها . ٢ - حق دعوى المزارعين ومنتجي المواد الأولية فيما يختص بالأشياء التي يقدمونها إذا استعملت في حاجات المدين البيتي . وتبتدىء مدة مرور الزمن من يوم تقديم هذه الأشياء . . . ٤ - حق دعوى الخدام المختصة بما لهم من الأجور والمسلقات وسائر الموجبات المستحقة لهم ، بمقتضى عقد الاستئجار ، وكذلك حق السيد على خدامه فيما يختص بالمال المثلث لهم بصفة كونهم خداما . ٥ - حق دعوى العمال والتدربين فيما يختص بأجورهم ولوازمهم وبممتلكاتهم والمال الذي أسلفوه من أجل خدمتهم ، وكذلك حق دعوى المستخدم أو رب العمل فيما يختص بالمال المثلث لعماله بصفة كونهم عمالا . ٦ - حق دعوى أصحاب الفنادق والمطاعم فيما يختص بتقديم السكن والطعام لمعاملهم وبالمال المثلث لهم . ٧ - حق دعوى مؤجري الأثاث والأشياء المنقولة من أجل بدل إيجارها . ٩ - حق دعوى العملة الأجورين فيما يختص بالتعويضات التي يمكنهم أن يطالبوا بها حسب المادتين ٦٥٢ و ٦٥٦ من القانون المذكور .

م ٣٥٣ : في الأحوال المبينة في المادتين ٣٥١ و ٣٥٢ يجري حكم مرور الزمن وإن تواصل تقديم القوارم أو التسليم أو الخدمة أو العمل .

(وتختلف أحكام التقنين البناني عن أحكام التقنين المصري فيما يأتي : (١) مدة التقادم في التقنين البناني سنتان لا سنة واحدة . (٢) يشمل نص التقنين البناني حقوق المزارعين ومنتجي المواد الأولية ، وحق السيد على الخدم في القروض التي يقدمها لهم باعتبارهم خداما ، وحق رب العمل في القروض التي يقدمها لعماله ، وحق مؤجري الأثاث والأشياء المنقولة ، وحق العملة فيما يختص بتعويضاتهم ، ولم ينص التقنين المصري على شيء من ذلك . (٣) لم ينص التقنين البناني على أن تحرير سند بالدين يقطع التقادم ويجري تقادما جديدا مدته خمس عشرة سنة ، كما فعل التقنين المصري) .

والمطاعم والعمال والخدم والأجراء تتقدم كلها بسنة واحدة ، وهى مدة قصيرة لأن المألوف فى التعامل أن هؤلاء الدائنين يتقاضون حقوقهم فور استحقاقها ، وإذا أمهلوا المدين فلا يمهّلونه أكثر من عام ، لأن هذه الحقوق هى مورد عيشهم . فإذا مضت سنة ميلادية كاملة دون أن يطالبوا بها ، فرض القانون أنهم استوفوها فعلا ، ولا يطالب المدينين بتقديم ما يثبت براءة ذمتهم ، بل يجعل هذه الحقوق تنقض بالتقادم .

ولكن لما كان القانون يفرض هنا — نظراً لقصر مدة التقادم — أن المدين قد وفى الحق فى خلال سنة من وقت استحقاقه ، فقد جعل هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ولكن بطريق واحد هو توجيه القاضى اليمين ، من تلقاء نفسه ، إلى المدين ، فيحلف على أنه أدى الدين فعلا . فإذا حلف فقد سقط الدين بالتقادم ، ولا يسمح للدائن ، ولو قبل حلف اليمين ، أن يثبت أن المدين لم يدفع الدين . والطريق الوحيد لإثبات ذلك هو أن ينكل المدين عن الحلف عند توجيه القاضى اليمين له على النحر الذى قدمناه . فان نكل المدين ، ثبت الدين فى ذمته ، ووجب عليه وفاؤه . ولا يتقادم الدين بعد ذلك إلا بخمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم ، أو من وقت النكول إذا لم يصدر حكم .

وقد قلنا ، فى الجزء الثانى من الوسيط (١) ، أن اليمين فى هذه الحالة هى يمين الاستيثاق . فالقانون بعد أن جعل مدة التقادم سنة واحدة ، وجعل من هذا التقادم قرينة على الوفاء ، أراد أن يعزز هذه القرينة — وقد اعتبرها دليلاً غير كامل — بيمين منتمة بحلفها المدين على واقعة شخصية له هى أدائه الدين فعلا . فإذا كان قد مات ، حلفت الورثة ، أو أوصياؤهم إن كانوا قصرأ ، يمين عدم العلم بأنهم لا يعلمون بوجود الدين ، أو يمين العلم بأنهم يعلمون حصول الوفاء (٢) .

وقد ذكرنا فى صدد هذه اليمين ما يأتى : وخصائص يمين الاستيثاق فى الحالة التى نحن بصدددها أنها يمين إجبارية ، ولا بد للقاضى أن يوجهها إلى المدين

(١) الوسيط جزء ثان فقرة ٣١٧ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٩ .

أو إلى ورثته . وتوجه إلى هؤلاء ، دون الدائن . وإذا حلفها من وجهت إليه ، كسب الدعوى حتما . على أنها تبقى بعد كل ذلك في نظرنا يميناً متممة لا يميناً حاسمة ، فهي تختلف اختلافاً جوهرياً عن اليمين الحاسمة في أنها ليست هي الدليل الوحيد في الدعوى ، بل هي دليل تكملي يعزز الدليل الأصلي وهو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء سنة على وجود الدين . على أن هناك رأياً يذهب إلى أن اليمين هنا يمين حاسمة إجبارية بوجهها القاضي من تلقاء نفسه في حق تقادم بمدة قصيرة . والتقادم يقوم على قرينة الوفاء ، فهي قرينة قانونية قاطعة لا يجوز دحضها إلا بالإقرار أو بالنكول عن هذه اليمين (١) .

٦٠٩ - تفصيل الحقوق التي يتقادم بسنة واحدة : والدائنون في

الحقوق التي يتقادم بسنة واحدة فريقان .

(الفريق الأول) التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم . ويستحق التاجر أو الصانع حقه في ذمة العميل عن الأشياء التي وردها له من تجارته أو صناعته ، بشرط ألا يشتري العميل هذه الأشياء ليتجر بها هو نفسه ، وإلا كان ديناً تجارياً يتقادم في الغالب بخمس عشرة سنة . ويستوى أن يكون العميل تاجراً أو غير تاجر ، ما دام يشتري الأشياء لا للتجارة بها ، بل لاستهلاكه الخاص هو وأسرته . فقد يشتري العميل ، من الخبز أو المطحن أو البقال أو الجزار أو صاحب مصنع الأحذية أو صاحب مصنع المنسوجات ، ما يحتاج إليه في استهلاكه الخاص ، من خبز أو دقيق أو أغذية أو لحم أو أحذية أو ملابس أو غير ذلك . فسواء كان هذا العميل تاجراً أو غير تاجر ، فإن الدين الذي يترتب في ذمته للتاجر أو الصانع يتقادم بسنة واحدة ، لأن مثل هذه الديون لا تبقى عادة في ذمة المدين أكثر من هذه المدة . ويتقادم الدين حتى لو استمر الدائن في توريد أشياء أخرى للمدين ، فكل صفقة قائمة بذاتها يتقادم الدين فيها مستقلاً عن غيره من الديون في الصفقات الأخرى . والعبرة في تميز الصفقة عن الصفقات الأخرى بالمألوف المعتاد ، فمن الناس من تعود « الاستمرار »

(١) الوسيط جزء ثان ٢ فقرة ٣١٧ ص ٥٨٩ - ص ٥٩٠ - وانظر أيضاً فقرة ٣٣٥

طوال الشهر ويدفع شهراً فشهرأ ، ومنهم من يدفع أسبوعاً فأسبوعاً ، ومنهم من يدفع يوماً فيوماً . فتن تحت الضففة واستحق الدين بحسب المألوف في التعامل بين المدين والدائن ، بدأ سريان التقادم (١) . وإذا أراد الدائن أن يمنع تقادم الدين في هذه المدة القصيرة ، فما عليه إلا أن يجعل المدين يحرج له سنداً بالدين ، فينقطع التقادم ، ويبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة .

أما أصحاب الفنادق والمطاعم فيستحقون ديونهم في ذمة عملائهم عن أجر الإقامة في الفندق ، وما يستهلكه العميل عادة في الفندق من طعام وشراب ، وما يترتب في ذمته من أجر للخدمات التي يقدمها الفندق من غسيل وكى ونحو ذلك ، وما يقدمه الفندق للعميل من سلف . وصاحب المطعم يستحق في ذمة العميل ثمن الطعام والشراب اللذين تناولهما العميل ، وما عسى أن يصرفه صاحب المطعم لحسابه . كل هذه ديون تدفع عادة عقب الانتهاء من الإقامة في الفندق ، وعقب الانتهاء من تناول الطعام والشراب في الفندق . فيسرى عليها تقادم السنة من هذا الوقت ، حتى لو عاد العميل إلى الفندق أو المطعم مرة أو مرات أخرى وترتبت في ذمته ديون جديدة ، فكل دين من هذه الديون يتقادم بسنة من وقت استحقاقه . وإذا أراد الدائن أن يمنع هذا التقادم القصير ، فعليه أن يجعل المدين يحرج سنداً بالدين ، فيبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة . هذا ويلاحظ أنه لا يدخل في هذه الديون أجر الغرف المفروشة في غير الفنادق ، فهذه ديون دورية متجددة تتقادم بخمس سنوات كما تقدم القول (٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وأذالب في الديون التي يرد عليها التقادم الحولى أن ترتب على عقود تقتضى نشاطاً مستمراً أو متجدداً ، كخدمات الأجراء وعمل من يزاولون المهن الحرة وتوريد البضائع وما إلى ذلك . بيد أن كل دين من هذه الديون يعتبر قائماً بذاته رغم استمرار نشاط الدائن وتجده ، ويسقط بانقضاء سنة متى اكتمل ذاتيته وأصبح مستحق الأداء .. ويستحق أداء ثمن ما يورده التاجر عادة لعميله كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر ، وفقاً للعرف الجارى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨ - ٣١٩) .

(٢) انظر المادة ٣٥١ من تقنين الموجبات والمقود البناني (آنفاً فقرة ٦٠٧ في الهامش) وتعمل حق مؤجر الأثاث والأشياء المنقولة تتقادم بسنتين .

هذا وقد يستأجر العميل غرفة في فندق ويدفع أجرها شهراً فشهرأ ، فالأجرة هنا ، وإن كانت دورية تتجدد كأجرة الغرف المفروشة ، تدخل ضمن حقوق أصحاب الفنادق التي تتقادم بسنة واحدة بصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٨ مدني .

(والفريق الثاني) هم العمال والخدم والأجراء ، عما يستحقونه من أجور عند أرباب العمل ، وعما قاموا به من توريدات لخدمهم . والعمال هم عمال المصانع والمتاجر والمزارع . والخدم والأجراء هم الطهاة والسواقون « والسفرجية » والبوابون « والجنائنية » وخدم المنازل والفنادق والمطاعم . ويدخل ضمن الأجراء صغار الصناع من سباكين وحدادين ونجارين وميكانيكيين ونحوهم ، وإذا لم يدخلوا ضمن الأجراء دخلوا ضمن الصناع ، فحقوقهم في جميع الأحوال تتقدم بسنة واحدة . والحقوق التي ترتب لمثل هؤلاء الدائنين تدفع عادة في مواعيد استحقاقها ، إذ هي مورد عيشهم . فإذا تأخر الدائن عن المطالبة بها مدة سنة كاملة ، تقدم حقه وسقط ، حتى لو بقي مستمراً في توريد خدماته للمدين . فإذا بقي العامل في المصنع ، تقدم أجره بحسب ميعاد استحقاقه ، يوماً فيوماً أو أسبوعاً فأسبوعاً ، أو شهراً فشهرًا . وإذا بقي الخادم في المنزل ، تقدم حقه شهراً فشهرًا بحسب ميعاد الاستحقاق . أما الأجير العارض ، كالنجار والحداد ، فيستحق أجره بمجرد انتهاء عمله ، ويبدأ سريان التقدم من هذا الوقت . وإذا أراد الدائن منع هذا التقدم القصير ، جعل المدين يخرج سنداً بالدين ، فيبدأ تقدم جديد مدته خمس عشرة سنة . هذا ويلاحظ أن أجور الموظفين والمستخدمين ومهاياهم ومرتباتهم ومعاشاتهم غير أجور العمال والخدم والأجراء ، فقد رأينا أنها تتقدم بخمس سنوات .

٦١ - سريانه التقنين المرمي الجرمير : رأينا أن التقنين المدني

الجديد جعل من التقدم في الحقوق المتقدمة الذكر سنة ميلادية كاملة بدلا من ثلثمائة وستين يوماً وهي مدة التقدم في التقنين المدني السابق . أما الدائنون في التقنين المدني السابق فكانوا « الباعة » عن أثمان مبيعاتهم ، ويمكن إدخال التجار والصناع في عموم هذا اللفظ ، فلا خلاف إذن بين التقنينين في هذا الصدد . ولم يذكر التقنين السابق أصحاب الفنادق والمطاعم ، ولا يمكن إدخال هؤلاء ضمن « الباعة » ، فيكون التقنين الجديد قد استحدث هؤلاء الدائنين . وكذلك العمال والأجراء لم يذكرهم التقنين السابق ، ومن الصعب إدخالهم ضمن « الخدمة » الذين ذكرهم ، فيمكن القول إذن أن التقنين الجديد قد استحدث أيضاً هؤلاء الدائنين .

فيكون الدائنون الذين استحدثهم التقنين المدني الجديد هم أصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والأجراء ، فهؤلاء كانت حقوقهم وفقاً لأحكام التقنين السابق تتقدم بخمس عشرة سنة ، فأصبحت وفقاً لأحكام التقنين الجديد تتقدم بسنة واحدة . فمن كان من هؤلاء له حق سرى ضده التقدم في عهد التقنين المدني السابق ، ولم يتكامل بل بقي على تكامله سنة أو أكثر ، فإن هذا الحق ، منذ سريان التقنين الجديد ، يسرى ضده التقدم ، الجديد ومدته سنة واحدة ، حتى لو كانت المدة الباقية من التقدم القديم تبلغ أربع عشرة سنة . أما إذا كانت المدة الباقية من التقدم القديم أقل من سنة ، فإن هذه المدة الباقية هي التي يتقدم الحق بانقضائها . فلو أن الحق كان قد مضى على استحقاقه أربع عشرة سنة ونصف ، فإنه يتقدم بعد انقضاء نصف سنة فقط من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ (أنظر المادة ٨ من التقنين المدني الجديد وقد تقدم ذكرها) . أما إذا كان التقدم قد تكامل خمس عشرة سنة قبل نفاذ التقنين الجديد ، فإن الحق يكون قد انقضى في عهد التقنين السابق ، ولا عمل إذن للقول بتقدم جديد .

أما بقية الدائنين من الصناع والتجار والخدم . فقد كانت حقوقهم تتقدم بثلاثة وستين يوماً في عهد التقنين المدني السابق ، فطالت مدة التقدم في عهد التقنين المدني الجديد إلى سنة كاملة ، أي زادت نحو خمسة أيام . فالحق الذي كان التقدم قد تكامل بالنسبة إليه ، أي انقضى على استحقاقه ثلاثة وستون يوماً قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، يكون قد سقط بالتقدم وفقاً لأحكام التقنين السابق . أما إذا كان الحق لم ينقض على استحقاقه قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ بثلاثة وستون يوماً ، فإنه لا يتقدم إلا بانقضاء سنة كاملة من وقت سريان التقدم القديم . فلو أن حقاً كان قد انقضى على استحقاقه عند نفاذ التقنين الجديد تسعة أشهر ، فإن مدة التقدم الباقية تكون ثلاثة أشهر تبدأ من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ (١) .

(١) وقد كان هناك تعارض ملحوظ في أحكام التقنين المدني السابق ، إذ كانت مدة التقدم في حقوق الخدم ثلاثة وستين يوماً ، وكانت مدة امتياز هذه الحقوق سنة كاملة ، فكان الحق =

٦١١ - (٤) الضرائب والرسوم المستحقة للدولة - النصوص

القانونية : تنص المادة ٣٧٧ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

١ - يتقدم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة ، ويبدأ سريان التقادم في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التي تستحق عنها ، وفي الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي حررت في شأنها هذه الأوراق أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة .

٢ - ويتقدم بثلاث سنوات أيضاً الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ، ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها .

٣ - ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة (١) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢١٠ / ٢٧٤ (٢) .

= يسقط بالتقادم قبل تكامل مدة امتياز (الموجز المؤلف فترة ٦٠٩ ص ٦٣٩ - الأستاذ أحمد حننت أبو ستيت فترة ٨٤١ فقرة ص ٦٤٦) . وقد تولى التقنين المدني الجديد هذا التعارض ، فجعل مدة التقادم سنة كاملة ومدة الامتياز ستة أشهر فقط . فالحق يكون لسته أشهر حقاً ممتازاً ، ويكون لسته أشهر أخرى ديناً عادياً ، ثم يسقط بالتقادم .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويرامى من ناحية أخرى أن المشروع قد عدل مدة التقادم المنصوص عليها في التقنين الحالي (السابق) : م ٢٠٩ / ٢٧٣ ، فجعلها سنة ميلادية بعد أن كانت ثلاثاً وستين يوماً ، وبذلك وفق إلى نحو التناقض الملحوظ في نصوص هذا التقنين بين أحكام هذه المدة وأحكام مدة امتياز ديون الأجراء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨) .

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدى ، ولجنة المراجعة هي التي أنشأته على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد : وأصبح رقمه ٣٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيخ تحت رقم ٣٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢١٠ / ٢٧٤ : المبالغ المستحقة للمحضرين وكتابة المحاكم عن رسوم أوراق يسقط حق المطالبة بها بمضى مدة ثلاثين وستين يوماً اعتباراً من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي تحررت في شأنها الأوراق المذكورة أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل المرافعة .

ولا مقابل له في التقنيات المدنية العربية الأخرى ، فيما عدا التقنين الليبي
فتقابله المادة ٣٦٤ (١) .

وبخلص من النص المتقدم الذكر أن مدة التقادم في الضرائب والرسوم
المستحقة للدولة هي بوجه عام ثلاث سنوات (٢) ، ما لم يرد في قوانين الضرائب

— (وقد كان هذا النص مقعماً في التقنين المدني السابق ، وقد أخذ عن التقنين المدني الفرنسي :
م ٢٢٧٢ / ١ ، حيث لا يعتبر المحضرون مواطنين في الدولة ، بل يتقاضون أتعاباً على أعمالهم
تتقدم بسنة واحدة . ولذلك لم ينقل المشروع التمهيدي هذا النص ، وورد في مذكرته الإيضاحية
في هذا الصدد ما يأتي : « وقد أغفل المشروع ذكر عبارة المبالغ المستحقة للمحضرين وكتبة
المحاكم في البيان الوارد في المادة ٥١٥ ، مراعيًا في ذلك أن التقنين الحالي - السابق - أخطأ
في إقحام هذه العبارة في نص المادة ٢١٠ / ٢٧٤ . والواقع أن المحضرين والكتبة يعتبرون وفقاً
لنظام الإدارة في مصر ضمن موظفي الحكومة على نقيض ما هو متبع في فرنسا . وعلى هذا الأساس
تكون المبالغ التي تستحق لأولئك ودولاه ، بسبب ما يؤدون من أعمال رسمية للمقاضين ، ديناً
للحكومة يدخل في حساب الرسوم القضائية : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٨ - ثم صدر
بعد ذلك قانون رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ يعدل المادة ٢١٠ / ٢٧٤ - وسيأتي ذكره - وهذا التعديل
هو الذي نقله التقنين المدني الجديد - انظر المرجع للمؤلف لفقرة ٦٠٩ ص ٦٣٩ - من ٦٤٠ -
الأسرة أحمد حشمت أوبرتيت فقرة ٨٤٦) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري (لا مقابل - وتسمى القوانين الخاصة) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٤ (مطابقة للمادة ٣٧٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي (لا مقابل - وتسمى القوانين الخاصة) .

تقنين الموجبات والنفوذ البناني (لا مقابل - وتسمى القوانين الخاصة) .

(٢) كانت الضرائب تتقدم — قبل الأمر العالي الصادر في ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ —
بخمس سنوات هجرية ، باعتبارها ديوناً دورية تجدد تطبيقاً للمادة ٢١١ / ٢٧٥ من التقنين
المدني السابق (استثناف مخطط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦ - ١٧ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧
ص ١٧٠) . ثم صدر الأمر العالي السالف الذكر ، ففُضى بسقوطها بعد مضي ثلاث سنوات
ميلادية لا يوقف سريانها ولا ينقطع . ثم صدر قانون رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ يعدل المادة ٢١٠ / ٢٧٤
من التقنين المدني السابق ، ويحدد مدة ثلاث سنوات ميلادية لسقوط الحق في الضرائب والرسوم
المستحقة لقم الكتاب والمصروفات القضائية ، وهذا يضع حداً للبلبلة القائمة ، ويوحد
أحكام سقوط الحق في مواد الضرائب والرسوم والمصاريف القضائية وأي رسوم أخرى ، سواء
كان صاحب الحق هو خزينة الحكومة أو أفراد الناس (من المذكرة الإيضاحية للمادة ٢١٠
المعدلة) . وقد عدل نص المادة ٢١٠ / ٢٧٤ من التقنين المدني السابق على الوجه الآتي : « يسقط
الحق في المطالبة بالمبالغ المستحقة بصفة ضريبة أو رسم بمضي ثلاث سنين ميلادية من تاريخ —

والتوانين الخاصة الأخرى نصوص تقضى بغير ذلك (١) .

فما لم يرد إذن نص مخالف ، تكون مدة التقادم فى الضريبة العقارية (٢) على الأراضى الزراعية والمباني ، وفى ضرائب الأموال المنقولة كضريبة كسب العمل وضريبة المهن الحرة وضريبة الأسهم والسندات والأموال المنقولة ، وفى ضريبة الإيراد العام ، وفى ضريبة الخفر ، وفى غير ذلك من الضرائب (٣) ، هى ثلاث سنوات تبدأ من نهاية السنة التى تستحق عنها الضريبة ، فمن هذا

استحقاقها . ولا يبدأ سريان هذه المدة بالنسبة للضرائب أو الرسوم السنوية إلا من نهاية السنة التى تستحق عنها تلك الضرائب والرسوم . وفيما يتعلق بالرسوم التى تستحق عن أوراق قضائية فيبدأ سريان هذه المدة بالنسبة لها من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت بشأنها تلك الأوراق أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل المرافعة .. ويسقط الحق فى المطالبة برد المبالغ التى دفعت بغير حق بمضى ثلاث سنين من يوم دفعها . وكل ذلك مع عدم الإخلال بأحكام القانونين رقمى ١٤ لسنة ١٩٣٩ و ٤٤ لسنة ١٩٣٩ . (انظر الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٤٢) . وهذا التعديل الصادر فى سنة ١٩٤٠ هو الذى نقل عنه التقنين المدنى الجديد كما سبق القول .

(١) وقد وردت فعلا نصوص مخالفة فى بعض قوانين الضرائب . من ذلك الفقرة الأولى من المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، وهى تقضى بسقوط حق الحكومة فى المطالبة بما هو مستحق لها بموجب هذا القانون بمضى خمس سنوات . ثم عدلت هذه المدة إلى عشر سنوات بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ والنسبة إلى الضرائب المستحقة عن سنوات ١٩٣٨ - ١٩٤٠ . وتبدأ المدة من وقت وضع الإيراد تحت تصرف الممول (نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٤ ص ١٢١١) . ولا تنقطع بخطاب موصى عليه من مصلحة الضرائب ، ولكن بصور الورد على النموذج رقم ٤ ضرائب (نفس الحكم) .

(٢) والضريبة العقارية دين فى ذمة الممول يجوز ، ما لم يسقط بالتقادم ، تقاضيه من أمواله الأخرى ، وحق امتياز الحكومة على العقار المستحق هذا الدين بسببه ليس إلّا ضماناً للوفاء به . وقد قضت محكمة النقض بأن دين الضريبة العقارية يسقط بمضى ثلاث سنوات ميلادية تبدأ من آخر السنة التى استحق فيها هذا الدين ، سواء بيع العقار المستحق هذا الدين بسببه أو بقى ملكاً للمدين . ذلك أن دين الضريبة هو دين شخصى ثابت فى ذمة المدين . وامتياز الحكومة على العقار المستحق هذا الدين بسببه ليس إلّا ضماناً للوفاء به ، وبيع الضمان أو هلاكه ليس من شأنه أن يؤثر فى خصائص الدين المضمون . ذلك أنه إذا بيع الضمان ، فإن ذلك لا يحول دون استيفاء الدين من أموال المدين الأخرى قبل سقوطه بالتقادم (نقض مدنى أول مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٩ ص ١٠٠٨) .

(٣) أما الموائد المستحقة للبلديات ولجالس المديريات وللأشخاص المعنوية العامة الأخرى فغير الدولة فلها فى تقادمها أحكامها الخاصة .

الوقت لإذن يبدأ سريان التقادم .

وكذلك الرسوم المستحقة للدولة ، كرسوم النخلة ورسوم البريد ورسوم القضايا والأوراق القضائية ، تتقادم بثلاث سنوات من وقت استحقاقها . وتستحق الرسوم عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي حُررت في شأنها هذه الأوراق ، فإن لم تحصل مرافعة فن تاريخ تحريرها ، ويبدأ سريان التقادم من هذا الوقت أو ذاك .

وكما يسرى تقادم ثلاث السنوات في حقوق الدولة قبل الممولين في الضرائب والرسوم ، كذلك يسرى تقادم ثلاث السنوات في حقوق الممولين قبل الدولة إذا دفع الممولون ضرائب أو رسوماً أكثر من المستحق وجاز ضم استرداد الزيادة . ومدة التقادم هذه تعادل مدة التقادم المقررة في استرداد دفع غير المستحق بوجه عام (أنظر م ١٨٧ مدني) ، إلا أن التقادم في استرداد الزيادة في الضرائب والرسوم يسرى من يوم دفع غير المستحق سواء كان الممول يعلم بحقه في الاسترداد أو لا يعلم . فإذا كان لا يعلم فليست هناك مدة تقادم أخرى متدارها خمس عشرة سنة تسرى من وقت الدفع ، إذ مدة التقادم هنا واحدة لا تتغير ، وهي ثلاث سنوات تسرى من وقت الدفع كما قلنا . وهذا بخلاف التقادم في استرداد غير المستحق في غير الضرائب والرسوم ، فإن تقادم ثلاث السنوات يسرى من وقت علم الدائن بحقه في الاسترداد ، ويسقط هذا الحق على كل حال بخمس عشرة سنة من وقت الدفع . ومن ثم تكون أحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٧٧ مدني مخصصة للأحكام العامة الواردة في المادة ١٨٧ مدني (١) .

(١) وإذا وجب على الدولة رد غير المستحق للمول ولم يسقط هذا الحق بالتقادم ، فإن الدولة لا تلزم بدفع فوائد عن المبالغ غير المستحقة التي ترددها ، فقد صدر القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ يقضى بعدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد عن المبالغ التي يحكم عليها بردها للمولين . وقد كانت محكمة النقض تقضى باستحقاق هذه الفوائد قبل العمل بالقانون سالف الذكر ، أما منذ نفاذ هذا القانون فانصهر سريع في عدم استحقاق هذه الفوائد (انظر الوسيط جز ٢٠٥٧ فقرة ٥٠٧ ص ٨٩٤ هامش رقم ٤) .

٦١٢- لا يجوز الاتفاق على أنه يتم التقادم في مرة مختلف
عن المرة التي غيرها القانون - النصوص القانونية تنص الفقرة الأولى
من المادة ٣٨٨ من التقنين المدني على ما يأتي :
« لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها
القانون (١) » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ١/٣٨٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٣٧٥ - وفي التقنين المدني
العراق المادة ١/٤٤٣ - وفي تقنين المروجبات والعقود اللبناني المادة ١/٣٤٦ (٢) .
ويخلص من هذا النص أنه لا يجوز الاتفاق مقدماً على تعديل مواعيد التقادم
التي قررها القانون ، لا بالزيادة ولا بالنقص . وقد كان التقنين المدني السابق
لا يشتمل على نص في هذه المسألة ، فكان الفقه والقضاء يسيران على ما جرى عليه
القضاء في فرنسا (٣) . ويحرم القضاء الفرنسي الاتفاق على إطالة مدة التقادم ،
إذ هو ضد مصلحة المدين ، وقد يكون فوق ذلك وسيلة إلى النزول عن التقادم
قبل أن يتم ، كما إذا اتفق الطرفان على إطالة مدة التقادم إلى خمسين سنة
أو إلى مائة ، فيكون هذا بمثابة النزول مقدماً عن التقادم من الناحية العملية (٤) .
ولكن القضاء الفرنسي يجيز الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، بشرط أن تكون
المدة المتفق عليها كافية لأن يطالب الدائن بحقه ، فلا تكون قصيرة إلى حد

(١) تاريخ النص : انظر ما يلي فقرة ٦٥٥ في الهامش .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : انظر ما يلي فقرة ٦٥٥ في الهامش — وأحكام
هذه التقنينات في هذه المسألة متفقة مع أحكام التقنين المدني المصري .

(٣) استئناف مخطوط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٢٤ - الموجز للمؤلف فقرة ٦١٢
ص ٦٤٣ - الأستاذ أحمد حشمت أبر ستيت فقرة ٨٥١ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٠ - ولكن هذا لا يمنع من أن يقطع الدائن
التقادم أو أن يقوم سبب لوقف سريانه ، فتطول مدة التقادم حتماً من جراء قطعه أو وقفه
(بلانيول وريبير وردوان فقرة ١٣٥٠) .

لا تمكنه من ذلك عملياً، وكثيراً ما كان يتفق على تقصير مدد التقادم في عقود النقل وفي عقود التأمين (١). وحجة القضاء في ذلك أن تقصير المدة هو مصلحة المدين، ولكن هذه الحجة ليست حاسمة، فانه يقع كثيراً أن يكون المدين هو الجانب الأقوى كما في عقود الإذعان ومنها عقود النقل وعقود التأمين. ومن ثم حرم قانون ١٣ يولييه سنة ١٩٣٠ الذي نظم عقد التأمين في فرنسا أى اتفاق على تقصير مدة التقادم، بل وعلى إسقاط حق المؤمن له إذا لم يقوم بأعمال معينة في مدد قصيرة كالتبليغ عن الحادث وتقديم المستندات (٢).

أما التقنين المدني المصري الجديد فقد أتى، كما رأينا، بنص صريح في المسألة، استمده من المشروع الفرنسي الإيطالي. فنص على تحريم الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو تقصيرها، واعتبر مدة التقادم التي حددها القانون ملزمة للطرفين فلا يجوز لهما أن يتفقا على تعديلها. فتكون مدد التقادم إذن من النظام العام، ولا يجوز أن يترك تحديد لها لمشيئة الأفراد (٣). ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق الطرفان على تقصير مدة التقادم العادي، وهي خمس عشرة سنة، إلى عشر سنوات أو خمس مثلاً، لم يعتد بهذا الاتفاق بل تكون المدة خمس عشرة سنة كاملة. وإذا اتفق الطرفان على إطالة مدة السنة المحددة لتقادم بعض الديون إلى سنتين أو ثلاث مثلاً، كان هذا الاتفاق باطلاً، وتبقى مدة التقادم سنة كما حددها القانون. وسنرى فيما يلي أن النزول عن التقادم مقدماً قبل أن يكتمل غير جائز كإطالة مدة التقادم، والجائز إنما هو النزول عن التقادم بعد أن يكتمل.

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٤٩ ص ٧٦٢.

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٤٩.

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «نهج المشروع نهج المشروع الفرنسي الإيطالي، فحظر كل تعديل اتفاق في مدة التقادم المقررة في القانون. ويفرق البعض بين الاتفاقات الخاصة بمد المدة والاتفاقات الخاصة بقصرها، يلحقون البطلان بالأولى دون الثانية. بيد أنه لم ير وجه للأخذ بهذه التفرقة، لأن إقرار صحة الاتفاق على قصر المدة لا يؤمن معه الاعتساف، ولا سيما في عقود التأمين. وقد اتفق واضعوا المشروع الفرنسي الإيطالي فيما بينهم على إقرار قاعدة حظر تعديل المدد المقررة في القانون على المتعاقدين إطلاقاً، لأن حكم التقادم يتعلق بالنظام العام، ولا ينبغي أن يترك تطبيقه لمشيئة الأفراد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥).

وانظر ما يلي فقرة ٦٥٨: «...»

وقد كان الاتفاق على تقصير مدة التقادم جائزاً في عهد التقنين المدنى السابق، وفقاً لما جرى عليه القضاء الفرنسى فيما قدمناه . ومن ثم تنفذ الاتفاقات التى تكون قد عقدت فى ذلك العهد ، إذا كانت مدة التقادم التى اتفق على تقصيرها قد اكتملت قبل نفاذ التقنين الجديد . أما إذا كانت لم تكتمل ، فالظاهر أن الاتفاق على تقصير مدة التقادم تسرى عليه أحكام التقنين الجديد وهى هنا من النظام العام ، فلا يعتد بهذا الاتفاق وتبقى مدة التقادم كاملة دون تقصير كما حددها القانون .

المبحث الثانى

كيفية حساب مدة التقادم

٦١٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٨٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات . ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها » .

وتنص المادة ٣٨١ على ما يأتى :

١ - لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء » .

٢ - وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق ، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت ينقضى فيه الأجل » .

٣ - وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن، سرى التقادم

من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً به بها دون نص لاتفاقها مع القواعد العامة (٢) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٧٧ - ٣٧٨ - وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٦٧ - ٣٦٨ - وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٣٢ - ٤٣٤ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٤٨ (٣) .

وتعرض هذه النصوص لمسألتين : (١) حساب مدة التقادم (٢) مبدأ سريان التقادم .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٨٠ : ورد هذا النص فى المادة ٥١٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تحسب مدة التقادم بالتقويم الهجرى ، وتكون بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم فيها » . وفى لجنة المراجعة حذف النص على الحساب بالتقويم الهجرى حتى يكون الحساب بالتاريخ الميلادى طبقاً للقاعدة العامة التى نص عليها فى الباب التمهيدى ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقم المادة ٢٩٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣) .

م ٣٨١ : ورد هذا النص فى المادة ٥١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما هذا أن الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى لم تكن تشتمل على عبارة « فيما لم يرد فيه نص خاص » . وقد أضيفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة ، نكل تطابق النص ، وأصبح رقم المادة ٢٩٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٤ و ص ٢٢٥) .

(٢) ولكن التقويم الهجرى كان هو المعمول به فى حساب مدد التقادم فى عهد التقنين المدنى السابق ، أما التقنين المدنى الجديد فتقضى نصوصه بأن يكون حساب مدد التقادم بالتقويم الميلادى .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٧٧ - ٣٧٨ (مطابقتان للمادتين ٣٨٠ - ٣٨١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣٦٧ - ٣٦٨ (مطابقتان للمادتين ٣٨٠ - ٣٨١ من التقنين المدنى المصرى) .

٦١٤ - حساب مدة التقادم . تقول المادة ٣٨٠ مدني : « تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات » . ذلك أننا لو حسبنا المدة بالساعات ، لاقتضى ذلك أن نعرف في أية ساعة على وجه الدقة بدأ سريان التقادم . وهذا أمر تتعذر معرفته ، فإن التاريخ الذي يكتب في الأوراق ويؤخذ هادة مبدأ لسريان التقادم لا تذكر فيه الساعة بل اليوم (١) . فوجب إذن حساب المدة من يوم إلى يوم ، ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل التالي ، وفقاً للتقويم الميلادي (٢) . ويقتضى هذا عدم حساب اليوم الأول ، لأنه يكون يوماً ناقصاً أو جزءاً من يوم (٣) . ذلك أنه إذا لم يكن سريان التقادم قد بدأ عند منتصف الليل تماماً ، وهذا أمر نادر لا يدخل في الحساب ، وأردنا أن نحسب ما تقدم من الساعات على منتصف الليل ، لاقتضى ذلك أن نحسب المدة بالساعات ، من الساعة التي بدأ فيها على وجه الدقة سريان التقادم ، وهذا أمر تتعذر معرفته كما سبق القول .

= التقنين المدني العراقي م ٤٣٢ : إذا ترك السلف الدعوى مدة ، وتركها الخلف مدة أخرى ، وبلغ مجموع المدين الحد المقرر لعدم سماع الدعوى ، فلا تسمع .
م ٤٣٣ : تحسب المدة التي تمنح من سماع الدعوى بالتقويم الميلادي ، وتكون بالأيام لا بالساعات .

م ٤٣٤ : ١ - يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى من اليوم الذي يصبح فيه الالتزام مستحق الأداء . ٢ - ففي دعوى الدين المؤجل تبدأ المدة من وقت حلول الأجل ، وفي دعوى الدين المعلق هل شرط من وقت تحقق الشرط ، وفي دعوى ضمان الاستحقاق من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق . ٣ - وإذا كان تحديد ميعاد الرجاء متوقفاً هل إرادة الدائن ، سرى مرور الزمن من الوقت الذي يتسكن فيه الدائن من إعلان إرادته .

(أحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٩٠ - فقرة ٣٩١) .

تقنين الموجبات والمقود البناني م ٣٤٨ : لا يبتدىء حكم مرور الزمن إلا يوم يصبح الدين مستحق الأداء . وتحسب المدة بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب يوم البداية . وتعد مدة مرور الزمن تامة عند انقضاء آخر يوم فيها . (وأحكام التقنين البناني تنفق مع أحكام التقنين المصري) .
(١) وإذا لجأنا إلى الشهادة لتحديد الساعة التي بدأ فيها سريان التقادم ، وهذه واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة ، تعذر على الشهود أن يحددوا على وجه الدقة اليوم الذي بدأ فيه سريان التقادم بله الساعة (بودري ونيسيه فقرة ٥٧٩) .

(٢) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٧ ص ٣١ .

(٣) استئناف مخطوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٧١ .

فالحساب بالأيام يقتضى إذن إغفال اليوم النقص ، ثم حساب مدة التقادم يوماً فيوماً ، حتى نصل إلى منتصف الليل من اليوم الذى يتم به مدة التقادم السنين التى حددها القانون ، ولا يتم التقادم إلا عند منتصف هذا الليل . ونقول المادة ٣٨٠ مدنى : « ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها » .

ويدخل فى الحساب ما يتخلل هذه الأيام من مواسم وأعياد ، وإذا كان التقادم لا يكتمل إلا بانقضاء آخر يوم منه ، فإنه يقع صحيحاً ما يتخذ من الإجراءات بشأن قطع التقادم فى هذا اليوم . فإن كان اليوم الأخير يوماً من أيام الأعياد أو المواسم ، وتعذر اتخاذ إجراء فيه لقطع التقادم ، فإن سريان التقادم يوقف بالقوة القاهرة إلى اليوم التالى أو إلى أول يوم صالح لاتخاذ الإجراء ، ولا يكتمل التقادم إلا بانقضاء هذا اليوم دون أن يقطع الدائن سريانه (١) .

هكذا وفى حساب المدة تضم مدة السلف إلى مدة الخلف . فلو أن الدائن قد مات بعد استحقاق الدين بسبع سنوات ، وكانت مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فلا يبقى أمام وارث الدائن إلا ثمانى سنوات للمطالبة بالدين . فإن انقضت هذه المدة دون أن يطالب الوارث بالدين ، سقط الدين بالتقادم ، لأن مدة المورث ضمت إلى مدة الوارث فى الحساب . ولو أن الدائن نزل عن الدين المحال له بعد سبع سنوات من استحقاقه ، فإن المحال له لا يبقى أمامه للمطالبة بالدين إلا ثمانى سنوات ، لأن مدة سلفه تضم إلى مدته فى حساب التقادم ، على نحو ما رأينا فى ضم مدة المورث إلى مدة الوارث . فالخلف ، سواء كان خلفاً عاماً أو خلفاً

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع النهي فى هذا الصدد ما يأتى : « تحسب مدة التقادم ، أيّاً كانت ، بالأيام لا بالساعات . ويتفرع على ذلك أن اليوم الأول لا يدخل فى الحساب ، فى حين يدخل فيه ما يعرض خلال هذه المدة من أيام المواسم والأعياد . وينبنى لاستكمال مدة التقادم أن ينقضى آخر يوم فيها ، ولذلك يقع صحيحاً ما يتخذ من الإجراءات بشأن التقادم فى هذا اليوم ، كإجراءات قطع المدة مثلاً . وإذا وقع آخر أيام المدة فى عطلة عيد أو موسم لا يتيسر اتخاذ الإجراءات فى خلالها ، كان ذلك من قبيل القوة القاهرة ، ووقف سريان التقادم : انظر المادة ١٩/٢ من المشروع ومادة ٥٦٣ من التقنين البرتغالى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥) .

ونظر فى هذا المعنى المادة ١٩٣ من التقنين المدنى الألمانى — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٢٠ — ويذهب بودرى وتيسيه إلى عكس ذلك ، وإلى أن التقادم يكتمل بانقضاء اليوم الأخير حتى لو كان يوم عطلة (بودرى وتيسيه فقرة ٥٨٣)

خاصاً ، تحسب عليه مدة سلفه وتضم إلى مدته لاكتمال التقادم (١) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص على حساب مدة التقادم بالتقويم الهجرى (٢) ، كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كان القضاء يحسب مدة التقادم ، وهى مأخوذة من الشريعة الإسلامية ، بالتقويم الهجرى (٣) . ولكن التقنين المدنى الجديد حذف النص على الحساب بالتقويم الهجرى ، فوجب الحساب بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام المادة ٣ مدنى ، وتنص على أن « تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك (٤) » . من أجل هذا قد يقع أن تكون مدة التقادم بحسب التقويم الهجرى مكتملة قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى قبل يوم ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فيسقط بالتقادم حتى لو لم تكن المدة قد اكتملت بحسب التقويم الميلادى . أما إذا كانت المدة لم تكتمل بالتقويم الهجرى قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن التقادم يستمر سارياً ، ولكن تحسب المدة من أولها بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد . فلو أن المدة التى انقضت قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ كانت خمس عشرة سنة هجرية إلا يوماً واحداً ، فإن التقادم فى هذه الحالة يحسب من أوله بالتقويم الميلادى ، ويبقى على اكتمال المدة ، لا يوم واحد فحسب ، بل هذا اليوم مضافاً إليه عدد آخر من الأيام هو الفرق ما بين خمس عشرة سنة ميلادية وخمس عشرة سنة هجرية . فتكون المدة الباقية لاكتمال التقادم فى الحالة التى نحن بصدددها هى مائة وتسعة وستون يوماً بدلاً من يوم واحد ، إذا حسبنا فى الخمس عشرة سنة ميلادية ثلاث سنوات كبيسة على الأقل (٥) .

(١) انظر فى هذا المعنى المادة ٤٣٢ من التقنين المدنى العراقى (آنفاً فقرة ٦١٣ فى الهامش) - وانظر أيضاً الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٥ ص ٦٢٦ .

(٢) انظر تاريخ نص المادة ٣٨٠ مدنى (آنفاً فقرة ٦١٣ فى الهامش) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٥ - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥ .

(٤) انظر تاريخ نص المادة ٣٨٠ مدنى (آنفاً فقرة ٦١٣ فى الهامش) .

(٥) ذلك أن هناك فرقاً هو أحد عشر يوماً ما بين السنة الميلادية والسنة الهجرية ، فيكون مجموع الفرق خمس عشرة سنة ميلادية هو مائة وخمسة وستون يوماً . يضاف إلى ذلك ثلاثة =

٦١٥ - مبدأ سريان التقادم - القاعدة العامة واستثناءاتها :

تضع الفقرة الأولى من المادة ٣٨١ مدنى القاعدة العامة في تحديد مبدأ سريان التقادم ، فقد رأيناها تنص على أنه « لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء » . فالقاعدة إذن أن يبدأ سريان التقادم من وقت استحقاق الدين ، إذ أن الدائن لم يكن يستطيع المطالبة بالدين قبل استحقاقه ، وينبغى أن يكون الدائن خلال مدة التقادم قادراً على مطالبة المدين ولم يفعل ، فيتقادم الدين جزاء له على إهماله . وتفريعاً على ذلك ، إذا كان الدين غير مستحق الأداء إلا بعد مدة معينة ، لم يسر التقادم إلا من وقت استحقاق الدين للأداء ، مادام الدائن كان لا يستطيع المطالبة بالدين قبل ذلك (١) .

= أيام من السنوات الكبيرة الثلاث ، كما يضاف اليوم الذى كان باقياً لا اكتمال التقادم قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، فيكون مجموع كل ذلك هو مائة وتسعة وستون يوماً .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٢ - وقارن بودرى وتيسيه فقرة ٣٨١ و فقرة ٣٨٨ ومع ذلك انظر فقرة ٣٨٤ مكررة .

ومن ثم يبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى دعوى التعويض التى يرغمها المالك على مغتصب باع الملك الذى اغتصبه ، لا من وقت الاغتصاب ، بل من وقت البيع (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٣ - ١٦ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٥٥) .
ويبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الضرائب من تاريخ انتقال ميزانية الممول أو المنشأة ، لا من تاريخ تقديم الممول أو المنشأة للإقرار (المويس ١٤ أبريل سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٧١ ص ٢٦٥) .

ويسرى التقادم بالنسبة إلى الأرباح التجارية من يوم إمكان المطالبة بالدين (استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٧ ص ٣١) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى حق الكفيل في الرجوع على المدين ، من تاريخ وفاة الكفيل لهذا الدين ، لا من تاريخ استحقاق الدين المكفول (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٢ ص ١٤٣) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى دعوى تقديم الحساب هل منى الشركة ، من وقت انتهاء مهمة المصنق (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٤ م ١٧ ص ١٢) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى التزام الدين المرتهن برد الشيء المرهون حيازة ، من وقت انقضاء الدين وصيرورة الشيء المرهون وجب الرد (بودرى وتيسيه فقرة ٣٨٤) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى حق الفصول في استرداد المصروفات التى صرفها فى أعمال الفضالة ، من وقت قيامه قصداً بالعمل الذى ترتب عليه منفعة رب العمل (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩ ص ٧٦) .

هذا ما لم يرد نص خاص يجعل مبدأ سريان التقادم غير يوم استحقاق الدين .
وهناك فعلا نصوص خاصة ، بعضها يجعل مبدأ سريان التقادم بعد يوم استحقاق
الدين ، وبعضها يجعله قبل يوم الاستحقاق .

فمن النصوص التي تجعل مبدأ سريان التقادم بعد يوم استحقاق الدين ماورد
خاصاً بالتقادم الثلاثي بالنسبة إلى الالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع
أو الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق أو الفضالة فهذه الالتزامات جميعاً
لايسرى في حقها تقادم ثلاث السنوات لإلّا من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بقيام
الدين وبالشخص المسئول عنه ، وقد يتأخر هذا اليوم عن اليوم الذي يستحق
فيه الدين وهو اليوم الذي وقع فيه العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو
دفع غير المستحق أو الفضالة (١) . كذلك يجري التقادم الثلاثي بالنسبة إلى
دعاوى إبطال العقد لنقص الأهلية أو الغلط أو التدليس أو الإكراه من اليوم
الذي يزول فيه نقص الأهلية أو ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو يتقطع فيه
الإكراه ، وهذا اليوم يتأخر عادة عن اليوم الذي يمكن فيه رفع دعوى
الإبطال (٢) . كذلك يسرى التقادم الثلاثي بالنسبة إلى الدعوى البولصية من
اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وهذا اليوم يتأخر عادة
عن اليوم الذي يمكن فيه رفع الدعوى وهو اليوم الذي وقع فيه التصرف
المطعون فيه (٣) .

ومن النصوص التي تجعل مبدأ سريان التقادم قبل يوم استحقاق الدين
ماورد في الفقرة الثالثة من المادة ٣٨١ مدني ، وتقضي كما رأينا بأنه « إذا كان
تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة المدين ، سرى التقادم من الوقت الذي

= ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى دعوى مسئولية أمين النقل ، من اليوم الذي يجب أن يتم
فيه النقل (نقض مدني ٧ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٩ ص ٤٠٢ —
٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٨ ص ٦٤٢) .

(١) أنظر م ١٧٢ مدني بالنسبة إلى العمل غير المشروع ، وم ١٨٠ مدني بالنسبة إلى الإثراء
بلا سبب ، وم ١٨٧ مدني بالنسبة إلى دفع غير المستحق ، وم ١٩٧ مدني بالنسبة إلى الفضالة .

(٢) أنظر م ١٤٠ مدني .

(٣) أنظر م ٢٤٣ مدني .

يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته . فالدين هنا لا يستحق إلا إذا أعلن الدائن فعلاً إرادته في استيفائه ، ومع ذلك يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليه من اليوم الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته ولو لم يعلنها بالفعل ، أى فى يوم سابق على استحقاق الدين . كذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ من مدني على أنه « إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات » ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات . فهذا النص يجعل الفوائد والملحقات تتقادم بتقادم الحق نفسه ، وقد يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق قبل استحقاق الفوائد والملحقات ، ومن ثم يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الفوائد والملحقات قبل استحقاقها .

٦١٦ - مبدأ سريانه التقادم بالنسبة الى دين معلق على شرط

وبالنسبة الى ضمانه الاستحقاق : وتطبيقاً للقاعدة العامة من أن مبدأ سريان التقادم يكون من وقت استحقاق الدين ، يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين المعلق على شرط واقف من وقت تحقق هذا الشرط ، لأن هذا الدين لا يستحق إلا من هذا الوقت ، وقبل تحقق الشرط الواقف لم يكن من الممكن معرفة ما إذا كان الدين يستحق أو لا يستحق . وإذا كان لتحقيق الشرط الواقف أثر رجعى ، فيعتبر الالتزام موجوداً لا من وقت تحقق الشرط فحسب بل من وقت قيام مصدر الالتزام ، إلا أن الالتزام لا يكون نافذاً إلا من وقت تحقق الشرط ، والعبرة في مبدأ سريان التقادم بنفاذ الالتزام لا بوجوده (١) .

ويترتب على ذلك أن مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق هو من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بحكم نهائى ، ذلك أن التزام البائع بضمان

(١) استئناف مخطط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٣٠٢ — ويملل بعض الفقهاء تأخر سريان التقادم إلى وقت تحقق الشرط تعليلاً آخر ، فيذهبون إلى أن سريان التقادم يكون موقوفاً بموجب القاعدة التى تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطع (Contra non valentem agere non currit praescriptio) ، ومنعروض لهذه القاعدة فيما يلى . وقد بين بودرى وتيسيه خطأ هذا رأى ، فان الدائن يستطيع قطع التقادم قبل تحقق الشرط ، لأن قطع التقادم من الأعمال التحفظية التى يستطيع أن يقوم بها الدائن تحت شرط واقف (بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٩) .

استحقاق المبيع هو التزام معلق على شرط واقف ويتحقق الشرط بثبوت استحقاق المبيع ، فيبدأ سريان التقادم من وقت ثبوت استحقاق المبيع بالحكم النهائي (١) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨١ مدني ، كما رأينا ، على الأحكام المتقدم ذكرها ، فقالت : « وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق (٢) » .

(١) استئناف وطني ٢٠ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٨ ص ١١٨ — استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٢٣ — بودري وتيسيه فقرة ٣٩٢ .
أما ضمان التعرض فيبدأ سريان التقادم فيه من وقت حصول التعرض (نقص مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ — استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٣ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨ — ١٣ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٩٢) .
وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن حق المشتري في رفع دعوى الضمان هل البائع (أي ضمان التعرض) لا يتوقف وجوده على صدور حكم نهائي بنزع ملكية المشتري من العقار المبيع ، بل يكفي (شئ) هذا الحق أن يحرم المشتري فعلاً من العقار المبيع لأي سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه أو ليس في مقدوره دفعه . وإذا كانت مدة التقادم المسقط للحق لا تبث في وقت وجود هذا الحق ، كان التقادم في دعوى الضمان يسرى من تاريخ المنازعة في الملك هل المعنى السابق بيانه (نقص مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩) . ونرى من ذلك أن التقادم بالنسبة إلى ضمان التعرض يسرى أولاً ، فإذا أعقب التعرض استحقاق سري تقادم جديد بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق من وقت صدور الحكم النهائي باستحقاق المبيع ، حتى لو كان التقادم بالنسبة إلى ضمان التعرض قد اكتمل قبل ذلك .

وأما ضمان الميب الحق فثبدا مدة السقوط فيه من وقت العلم اليقيني بالعيب وذلك في عهد التقنين المدني السابق : م ٤٠٢/٣٢٤ (نقص مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٧ ص ٣٠٧) ، ويسرى التقادم فيه في عهد التقنين المدني الجديد من وقت تسليم المبيع إلى المشتري (انظر المادة ٤٥٢ من التقنين المدني الجديد) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي : « ويبدأ سريان التقادم من الوقت الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء، وتحتسب المدة من أول يوم كامل يلي هذا الوقت . ولا يسرى التقادم طبقاً لهذه القاعدة ، بالنسبة لدين معلق على شرط موقوف ، إلا من وقت تحقق الشرط . وكذلك يكون الحكم في ضمان الاستحقاق بوصفه التزاماً شرطياً ، يتوقف وجوده على نجاح المتعرض في دهواه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥) .

أما الدين المعلق على شرط فاسخ ، فانه نافذ منذ وجوده . ويبقى نافذاً إلى أن يتحقق الشرط الفاسخ ، فاذا تحقق الشرط زال الالتزام بأثر رجعى . ويرتب على ذلك أن مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين المعلق على شرط فاسخ يكون من وقت نفاذه ، أى قبل تحقق الشرط الفاسخ . فاذا اكتمل التقادم قبل تحقق الشرط ، سقط الالتزام بالتقادم سواء تحقق الشرط أو لم يتحقق . أما إذا لم يكتمل التقادم وتحقق الشرط الفاسخ ، فقد زال الالتزام بأثر رجعى كما قدمنا . واذا تبين أن الشرط الفاسخ لن يتحقق وأصبح الالتزام بائناً ، بقى التقادم سارياً منذ بدأ ، إلى أن يتكامل أو إلى أن ينقطع (١) .

٦١٧ - مبدأ سريانه التقادم بالنسبة إلى دين مؤجل : وتطبيقاً

للقاعدة العامة أيضاً فى مبدأ سريان التقادم ، يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين المؤجل من وقت حلول الأجل ، بانقضائه أو بسقوطه أو بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه . ذلك أن الدين يصبح مستحقاً من وقت حلول الأجل ، فمن هذا الوقت يبدأ سريان التقادم . ويسترى فى ذلك أن يكون الأحل صريحاً أو ضمنياً ، معيناً أو غير معين ، اتفاقياً أو قانونياً أو قضائياً .

فاذا كان الدين مقسطاً ، فكل قسط يعتبر ديناً مستقلاً بذاته ، ويسرى التقادم بالنسبة إلى كل قسط من وقت حلول هذا القسط . (٢) .

كذلك الديون الدورية بوجه عام ، كالأجر والأجور والفوائد وأقساط الإيراد ، فهى تحل فى مواعيد دورية . وكل دفعة منها تحل ، يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها من وقت حلولها . ولا يتوقف سريان التقادم بالنسبة إلى أية دفعة على سريانه بالنسبة إلى الدفعات الأخرى ، بل كل دفعة تعتبر ديناً قائماً بذاته مستقلاً بالنسبة إلى التقادم وإلى مبدأ سريانه (٣) . وقد طبنت الفقرة

(١) بلانيول وريبير وردوان ١ فقرة ١٣٥٤ .

(٢) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٣٢٤ .

(٣) استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٣١٠ - ٧ مايو سنة ١٩٢٦ م ٤٨

ص ٢٥٨ - وذلك حتى لو وجد شرط بحلول الأقساط جميعها عند التأخر فى دفع قسط منها وتحقق الشرط ، فإن التقادم لا يسرى فى حق الأقساط الباقية إلا عند حلول مواعيدها الأصلية ، -

الأولى من المادة ٣٧٩ مدني هذا المبدأ ، بالنسبة إلى حقوق أصحاب المهن الحرة وحقوق التجار والصناع والعمال والخدم والأجراء ، فنصت كما رأينا على أن « يبدأ سريان التقادم في الحقوق المذكورة في المادتين ٣٧٦ و ٣٧٨ من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى (١) » .

والالتزام بدفع إيراد مرتب غير الالتزام بدفع أقساط هذا الإيراد . فالالتزام بدفع كل قسط من أقساط الإيراد يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليه من وقت حلول هذا القسط كما قدمنا . أما الالتزام بدفع الإيراد ، في ذاته ، دون نظر إلى أقساطه ، فيتقادم من وقت وجوده ، لأنه من ذلك الوقت يكون نافذاً ، حتى قبل حلول أى قسط من أقساطه . فاذا انقضى منذ وجود الالتزام بدفع الإيراد مدة التقادم ، سقط الالتزام (٢) . والمفروض في هذه الحالة أن أى قسط من أقساط هذا الإيراد لم يدفع ، لأنه لو دفع قسط منها فقد انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد يسرى منذ الانقطاع دون حاجة لانتظار حلول قسط تال . ويلاحظ أيضاً أن مدة التقادم تبدأ في هذه الحالة منذ وجود الالتزام بالإيراد دون حاجة لانتظار حلول أول قسط منه ، فقد لا يحل إلا بعد سنة ، فيتقادم الالتزام بالإيراد بعد خمس عشرة سنة من وجوده ، أى بعد أربع عشرة سنة من حلول أول قسط (٣) . ويتقادم كل قسط من أقساط الإيراد ،

= واشترط حلولها عند التأخر في دفع قسط إنما هو شرط في مصلحة الدائن ، فلا يضاربه بتقادم مبدأ سريان التقادم (استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٦ — ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٧ — الزقازيق ١٥ أكتوبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٢٨ ص ٨٩ — انظر عكس ذلك : استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٥٩) .
(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويسرى التقادم في الديون الدورية — كالفوائد وأقساط الديون — من تاريخ استحقاق كل دين منها بذته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٦) . وانظر أيضاً بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٦ ص ٧٦٩ — ص ٧٧٠ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٣٨٢ .

(٣) انظر في هذا المعنى لوران ٣٢ فقرة ١٣ — جيللارد ٢ فقرة ٧٥ — بودرى وتيسيه فقرة ٣٨٢ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٠٧ — ويذهب فقهاء آخرون إلى أن التقادم بالنسبة إلى الالتزام بالإيراد لا يبدأ سريانه إلا من وقت حلول أول قسط ، لأن الالتزام بالإيراد إنما يشمل في أقساطه ، فلا يستلزم الدائن أن يطالب بشيء إلا بعد حلول أول قسط ، =

وهى ديون دورية ، بانقضاء خمس سنوات من وقت حلول القسط .

وقد يكون تحديد الأجل موكولاً إلى تقدير القاضي ، كما إذا اتفق الدائن والمدين على أن يكون الدفع عند المقدرة ، فعند ذلك يحدد القاضي الأجل الذى يعتبر الدين حالاً بعد انقضائه . فلا يسرى التقادم فى هذه الحالة إلا اذا حدد القاضي الأجل وانقضى الأجل المحدد ، فنذا انقضائه يبدأ سريان التقادم (١) .

٦١٨ - مبدأ سريانه التقادم اذا طاه ميعاد الاستحقاق متوقفاً

على ارادة الراسى : وقد عفى المشرع بالنص على مبدأ سريان التقادم إذا

= فن هذا الوقت فقط يصبح الالتزام - تحقق الأداء (كوابه دى ساتير ٨ فقرة ٢٧٠ مكررة رابعاً - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٢) .

(٧) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فإذا كان تحديد الأجل موكولاً إلى القاضي - كما هى الحال فى الالتزام بالدفع عند الاقتدار - تعين التوثيق حتى يتم هذا التحديد وتنقضى المدة المحددة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٥) . وقد يكون تحديد الأجل موكولاً إلى القيام بإجراء معين ، كما فى دعوى إعادة البيع على الراسى عليه المزداد ، فلا يسرى التقادم بالنسبة إلى هذه الدعوى إلا من وقت إعلان الراسى عليه المزداد بقائمة التوزيع مع التنبيه عليه بالدفع وإلا أعيد البيع عليه (استئناف مختلط ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٩٧) .

وإذا لم يعين للقرض أجل يرد بعد انقضائه ، اعتبر حالاً ، وبدأ سريان التقادم فيه من يوم وجوده (استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ١/٩١ ص ١٦١) . ومتى أصبح الدين مستحق الأداء ، فلا يحول دون سريان التقادم صعوبة فى استيفائه ، ما لم تكن هذه الصعوبة من شأنها أن تقف سريان التقادم . وقد قضت محكمة النقض بأن دين الأجرة الذى يستحق دفعه على المستأجر وضامنيه فى تاريخ انتهاء العقد تبدأ مدة التقادم بالنسبة إليه من اليوم التالى لذلك التاريخ . ولا يؤثر فى ذلك تملل المؤجر (وزارة الأوقاف) الذى وضعت الأرض المؤجرة تحت حراسته لعدم سداد الأجرة بأنه لم يكن متمكناً من المطالبة بالدين لعدم معرفه حقيقة مقداره بسبب عدم تصفية حساب الحراسة ، فإن هذا لا يعد قوة قاهرة منته من المطالبة بالدين (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٢ ص ٢٧٣) . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تعين المؤجر حارساً تصافياً على تعين المؤجرة ، لم يبدأ ميعاد سقوط الحق بالمطالبة بالأجرة إلا من تاريخ انتهاء الحراسة . وليس للمستأجر أن يدفع بسقوط الحق لمضى أكثر من خمس سنوات من تاريخ عقد الإيجار ، لأن التقادم لا يبدأ إلا من الوقت الذى يمكن للدائن فيه أن يطالب بحقه ، ولا يستطيع المؤجر اتخاذ إجراءات تنفيذية عن دين الأجرة ما دامت عمالية الحراسة لم تنته (٢٨ مايوسنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٣ ص ٣٩٧ - المحاماة ١١ رقم ٩٦ ص ١٥٨) .

كان ميعاد استحقاق الدين متوقفاً على إرادة الدائن ، كما هو الأمر في سند مستحق الأداء عند تقديمه (à vue) ، أى عند ما يتقدم به الدائن للمدين مطالباً بالوفاء . فنصت الفقرة الثالثة من المادة ٣٨١ مدني ، كما رأينا ، على أنه « إذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن ، سرى التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته » . ذلك أنه إذا تأخر مبدأ سريان التقادم إلى الوقت الذي يختاره الدائن لتقديم السند إلى المدين ومطالبته بوفائه ، كان أمر سريان التقادم موكولاً إلى محض إرادة الدائن ، وهذا لا يجوز ، وإلا أمكن أن يكون الدين غير قابل للتقادم (١) . فجعل النص مبدأ سريان التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من المطالبة بالوفاء (٢) ، سواء طالب فعلاً بالوفاء أو لم يطالب ، حتى لا يتحكم في الوقت الذي يبدأ فيه سريان التقادم . والوقت الذي يتمكن فيه الدائن من المطالبة بالوفاء يكون عادة وقت إنشاء الالتزام (٣) ، ما لم يثبت الدائن أنه لم يكن في استطاعته المطالبة بالوفاء

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٠ في الهامش وفقرة ٦٦ في الهامش - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٢ ص ٧٦٧ .

(٢) استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٩٦ ص ١٥٨ .

(٣) استئناف مخطط ٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٨٧ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٤ - طنطا ٢٠ يناير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٧١ ص ١٦٨ - وقد قضت محكمة الاسكندرية بأن مدة سقوط الدوائع تبرا من يوم حلول الأجل إن كانت لأجل أو تحقق الشرط إن كانت معلقة على شرط ، أو من يوم فض النزاع إن كانت متنازعا فيها . وفي غير ذلك يبدأ سقوط الحق في طلب ردها من يوم الإيداع (١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٨٤ ص ٧٧٩) .

هذا وقد يتفق على أن المدين يتعين عليه الوفاء بالدين في خلال مدة معينة من مطالبة للدائن له بالوفاء ، وفي هذه الحالة أيضاً يبدأ سريان التقادم من وقت وجود الالتزام ، وإلا تحكم الدائن في تحديد الوقت الذي يبدأ فيه سريان التقادم (بودرى وتيسيه فقرة ٣٩٠ - وانظر آنفاً فقرة ٥٠ في الهامش وفقرة ٦٦ في الهامش) . وهناك رأى يذهب إلى أن الالتزام في هذه الحالة لا يعتبر مستحق الوفاء إلا بعد انقضاء المدة المعينة التي يتعين على المدين الوفاء في خلالها ، فتضاف هذه المدة إلى مدة التقادم ، على ألا تكون هي ذاتها مدة تقادم ، بل تكون أجلاً لاستحقاق الدين ، فلا تنقطع ولا يقف سريانها (انظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٣ ص ٤٥١ هامش رقم ٨ - جيلوارد فقرة ٧٢ وفقرة ١٣٣ - وانظر المادة ١٩٩ من التقنين المدني الألماني وسأل في التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول مادة ١٩٩ ص ٢٨٢ فقرة ٦) .

إلا في تاريخ لاحق (١) .

وبمخلص مما تقدم أن مبدأ سريان التقادم لا يجوز أن يترك لمحض إرادة الدائن يتحكم في تحديده كما يشاء . كذلك لا يجوز أن يترك مبدأ سريان التقادم حتى إلى اتفاق يتم بين الدائن والمدين ، إذ لو جاز ذلك لاستطاعا أن يوصلا بطريق غير مباشر إلى النزول عن التقادم قبل اكتماله ، بأن يؤخرا مبدأ السريان مستمرين على تأخيريه ، والنزول عن التقادم قبل اكتماله لا يجوز كما سنرى .

ولأنما الجائز هو أن يتفق الدائن والمدين على اعتبار سلسلة من الصفقات مرتبطة بعضها ببعض كأنها صفقة واحدة لا تتجزأ ، فلا يسرى التقادم إلا بعد أن تتم حلقات هذه السلسلة . وبذلك يتأخر مبدأ سريان التقادم بالاتفاق حتى تتم آخر حلقة من هذه الصفقات (٢) . وقد يستخلص هذا الاتفاق من طبيعة الوضع القائم ، فالالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة لا يبدأ سريان التقادم فيها إلا من وقت انقضاء هذا العقد (٣) .

٦١٩ - مبدأ سريانه التقادم بالفضبة الى الدينه الاحتمالية :

والدين يكون احتمالياً ، كما قدمنا ، إذا كانت عناصر وجوده لم تتكامل . فالالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع يبقى احتمالياً حتى لو وقع العمل غير المشروع ما دام الضرر لم يتحقق ، فإذا ما تحقق الضرر اخلب الالتزام من التزام احتمالي إلى التزام محقق . والالتزام بالرصيد في الحساب الجارى يبقى التزاماً احتمالياً حتى يقفل الحساب ويتعدد الرصيد لمصلحة أحد الطرفين ، فعند ذلك ينقلب الالتزام إلى التزام محقق .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وإذا كان الأجل متوقفاً على إرادة الدائن - كما هو الشأن في سند مستحق الوفاء عند الاطلاع - بدأ سريان التقادم من اليوم الذى يتمكن فيه الدائن من الإفصاح عن هذه الإرادة ، أى من يوم إضاه الالتزام ما لم يقدم الدليل على أنه لم يكن فى استطاعته أن يطالب بالدين إلا في تاريخ لاحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥ - ص ٣٢٦)

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٨ .

(٣) استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٨٩٤ م - ص ٣٠٠ - ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧

ص ٨٩ - ٢ يويه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٢ - ٩ أبريل سنة ١٩٠٠ م ٥٢ ص ٢١٩ .

وغنى عن البيان أن التقادم لا يمكن أن يسرى بالنسبة إلى الالتزام الاحتمالى ، لأنه التزام غير نافذ ، بل هو التزام غير موجود حالا وان احتمل وجوده استقبالا . ولا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليه ، إلا من وقت أن يتقلب من التزام احتمالى إلى التزام محقق . ومن ثم لا يبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى الالتزام الاحتمالى بالتعويض ، إلا من وقت تحقق الضرر . ولا يبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى الالتزام الاحتمالى بدفع رصيد الحساب الجارى ، إلا من وقت إقفاله وترصيده (١) .

المبحث الثالث

وقف التقادم

(Suspension de la prescription)

٦٢٠ - التمييز بين وقف سريانه التقادم وتأخير سريانه التقادم: قد يعرض من الأسباب ما يقف سريان التقادم بعد أن يكون قد بدأ ، وعند ذلك لا تحسب المدة التى وقف فيها سريان التقادم ، وتحسب المدة التى سبقت والمدة التى تلت . فوقف سريان التقادم يفترض إذن أن التقادم قد بدأ سريانه ، ثم وقف لسبب معين . أما تأخير سريان التقادم فيفترض أن التقادم لم يبدأ سريانه لعدم استحقاق الدين ، وسيبدأ السريان بمجرد الاستحقاق ، وهذا ما عرضنا له عند الكلام فى بدء سريان التقادم .

ولكن من الجائز أن يقوم سبب يقف سريان التقادم منذ البداية ، أى قبل أن يبدأ السريان ، فعند ذلك يختلط وقف سريان التقادم بتأخير سريانه .

(١) استئناف مخطوط ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٣٠ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أما الحساب الجارى فلا يبدأ سريان التقادم فيه إلا من تاريخ ترصيده » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٦) . وانظر أيضاً بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٥ .

على أنه لا يزال هناك فرق بين الأمرين حتى في هذه الحالة . ففي صورة وقف سريان التقادم تنتهى المدة التى وقف فيها السريان بزوال سبب الوقف ، أما في صورة تأخير سريان التقادم فلا تنتهى المدة إلا بحلول الميعاد الذى يستحق فيه الدين (١) .

ومهما يكن من أمر ، فإن وقف التقادم إذا صح أن يعترض التقادم بعد بدء سريانه أو يقع منذ البداية ، فإن تأخير سريان التقادم لا يقع إلا منذ البداية ولا يتصور وقوعه معترضاً سريان التقادم بعد أن بدأ .

٦٢١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٨٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

- ١ - لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً . وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب .
- ٢ - ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثل قانوناً (٢) .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٨٥ وفترة ٤١٦ - ويميز بودرى وتيسيه بين الأمرين ، فى التقادم المكسب ، ويوضحان ذلك بمثل خاص بالتقانون الفرنسى . فيفرضان أن شخصاً وضع يده على عقار مملوك نبذ قاصر ، تزوجت بعد ذلك تحت نظام « الدوطة » . فلو قيل إن التقادم بدأ سريانه ثم وقف ، فإنه يستأنف السريان بمجرد بلوغ الزوجة سن الرشد ، لأن التقادم يسرى على « الدوطة » متى كان قد بدأ قبل الزواج (لم ١٥٦١ فرنسى) . أما إذا قيل إن التقادم تأخر سريانه ولم يبدأ قبل الزواج ، فإنه لا يسرى ببلوغ الزوجة سن الرشد ، ولا يسرى إلا عند انقضاء الزواج (بودرى وتيسيه فترة ٤١٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥١٩ من المشروع التمهيدى للرجع الآتى :

« ١ - لا يسرى التقادم فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية إذا لم يكن له نائب يمثل قانوناً . ومع ذلك يسرى التقادم فى حقه إذا كانت المدة خمس سنوات أو أقل . ٢ - ولا يسرى التقادم كذلك فيما بين الأصيل والنائب ، ولا فيما بين السيد والخدام . وبوجه عام لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ، ولو كان المانع أدبياً . وفى لجنة المراجعة عدل النص على نحو جملته مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من المشروع كانت تتضمن فى آخرها العبارة الآتية : « ومع ذلك يسرى التقادم -

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ١١٢/٨٣ و ١١٤/٨٥ و ٢٦٩/٢٠٥ (١) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٧٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٦٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٣٥ - ٤٣٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٥٤ - ٣٥٦ (٢) .

= في حقه إذا كانت المدة خمس سنوات أو اقل ، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية ، لأن حكمها مستفاد بطريق القياس العكسي من سائر أجزاء النص ، وأصبح رقم المادة ٣٨٢ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٧ - ص ٢٣١) .

(١) التقنين المدني السابق م ١١٢/٨٣ : لانتثب الملكية مطلقاً بمضى المدة الطويلة ولا يتمبر

حكمها بين الموكل والوكيل في جميع ما هو داخل ضمن التوكيل .

م ١١٤/٨٥ : وكذلك لا تسمى على مفقود الأهلية المذكورة أحكام ما عدا ذلك من أنواع التملك بمضى المدة الطويلة ، متى كان المعتبر فيها أزيد من خمس سنوات .

م ٢٦٩/٢٠٥ : القواعد المقررة للتملك بمضى المدة ، من حيثية أسباب انقطاعها أو إيقاف سريانها ، تتبع أيضاً في التخلص من الدين بمضى المدة .

(وتختلف أحكام التقنين المدني السابق عن أحكام التقنين المدني الجديد فيما يأتي : ١ - كان التقادم يقف في التقنين المدني السابق حتى لو كان لناقص الأهلية نائب يمثل قانوناً . ٢ - كانت أسباب وقف التقادم في التقنين المدني السابق محصورة في نقص الأهلية وعلاقة الوكالة بحسب النص ، فأق التنتين المدني الجديد بنص عام يبرجه يتمف التقادم كلما وجد مانع ، ولو أدبي ، يتمذر معه على الدائن أن يطالب بحقه) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنينات المدني السوري م ٣٧٩ (مطابقة للمادة ٣٨٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٦٩ (مطابقة للمادة ٣٨٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣٥ : ١ - تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعدر الشرعي ،

كان يكون المدعى صغيراً أو محجوراً وليس له ولي ، أو غائباً في بلاد أجنبية نائية ، أو أن تكون الدعوى بين الزوجين ، أو بين الأصل والفروع ، أو أن يكون هناك مانع آخر يستحيل معه على المدعى أن يطالب بحقه . ٢ - والمدة التي تمضى مع قيام العذر لا تعتبر .

م ٤٣٦ : إذا ترك بعض الورثة الدعوى بين مورثهم من غير عذر المدة المقررة ، وكان لباقي الورثة عذر شرعي ، تسمع دعوى هؤلاء بغير حصتهم من الدين .

(وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي يقف التقادم النسبة إلى ناقص الأهلية إذا لم يكن له نائب يمثل قانوناً في جميع مدد التقادم ، لا في المدة =

وبخلاص من هذا النص أن التقنين المدنى الجديد قد استحدث تعديلا هاماً في أسباب وقف التقادم ، فبعد أن كانت هذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر في التقنين المدنى السابق أسوة بالتقنين المدنى الفرنسى ، أصبحت في التقنين الجديد سبباً عاماً يندرج تحته كثير من الأسباب ، فكلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، يقف سريان التقادم ، ولو كان هذا المانع أدبياً .

وحتى ندرك مدى العموم الذى استحدثه التقنين الجديد ، يحسن أن نستعرض أولاً أسباب وقف سريان التقادم في التقنين المدنى الفرنسى ، ثم ننتقل بعد ذلك إلى أسباب الوقف في التقنين المدنى المصرى .

٦٢٢ - أسباب وقف التقادم في التقنين المدنى الفرنسى :

عدد التقنين المدنى الفرنسى أسباب وقف التقادم على سبيل الحصر (١) ، وهى طائفتان من الأسباب :

= التى تزيد على خمس سنوات فحسب . انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدنى العراقى فقرة ٣٩٢ - فقرة ٣٩٣) .

تقنين الموجبات والعقود البنائى م ٣٥٤ : لا يسرى حكم مرور الزمن ، وإذا كان سارياً وقف : ١ - بين الزوجين في مدة الزواج . ٢ - بين الأب والام وأولادها . ٣ - بين فاقد الأهلية أو الشخص المعنوى من جهة ، والوصى أو القيم أو ولى الإدارة من جهة أخرى ما دامت لم تنقطع مهمتهم ولم يزدوا حساب إدارتهم على وجه نهائى . ٤ - بين السيد والخدام ما دام عقد الاستخدام قائماً .

م ٣٥٥ : إن حكم مرور الزمن ، في حق القاصرين غير المحررين ومثّر ففدى الأهلية الذين ليس لهم وصى أو مشرف قضائى أو ولى ، يقف إلى ما بعد بلوغهم سن الرشد أو تحريرهم أو إقامة وكيل شرعى عنهم .

م ٣٥٦ : ويقف أيضاً حكم مرور الزمن بوجه عام لمصلحة الدائن الذى استحاله عليه قطعه لسبب لم يكن فيه مختاراً .

(وأحكام التقنين البنائى تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقادم يقف لصالح ناقضى الأهلية الذين ليس لهم نائب يمثلهم قانوناً في جميع مدد التقادم ، وليس فحسب في المدد التى تزيد على خمس سنوات كما هو الأمر في التقنين المصرى) .

(١) والمادة ٢٢٥١ من التقنين المدنى الفرنسى هى التى تبين أن أسباب وقف التقادم مذكورة في نصوص القانون على سبيل الحصر (بودرى ونيسيه فقرة ٣٦٦) ، وإن اختلف القضاء مع الفقه ، في فرنسا ، على تحديد معنى الحصر ، كما سنرى .

(الطائفة الأولى) هم القصر والمحجورون (١) (م ٢٢٥٢ مدنى فرنسى) ،
فهؤلاء لا يسرى فى حقهم التقادم إذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات ،
ما دام نقص الأهلية قائماً . ويستوى أن يكون للقصر والمحجورين من يمثلهم
قانوناً كولى أو وصى أو قيم أو لم يكن لهم ممثلون ، فى الحالين يقف سريان
التقادم فى حقهم . وينتقد الفقه الفرنسى هذا الحكم ، ويؤثر ألا يقف سريان
التقادم فى حق القصر والمحجورين ، أو فى القليل لا يقف سريانه إذا كان لهم
من يمثلهم قانوناً إذ وجد من يستطيع المطالبة بحقوقهم ، فان أهمل من يمثلهم
فى المطالبة بحقوقهم استطاعوا الرجوع عليه بالتعويض . هذا إلى أن الأساس
الذى يقوم عليه التقادم إنما هو تثبيت الأوضاع التى بقيت قائمة زمناً طويلاً
حتى يستقر التعامل ، وليس غرضه الجوهرى عقاب الدائن المهمل ، فتتحقق
حكته سواء كان الدائن كامل الأهلية أو ناقصها (٢) .

(الطائفة الثانية) هم الطائفة الذين تستوجب علاقتهم بالمدينين وقف سريان
التقادم فى حقهم ، وهؤلاء هم : ١ - الزوجان (م ٢٢٥٣ مدنى فرنسى) ،
ولا يسرى التقادم فيما بينهما ، وإلا لاضطر كل منهما أن يقاضى الآخر حتى
يقطع التقادم ، فيتعكر صفو السلام فى الأسرة (٣) . ٢ - الوارث الذى قبل
الميراث مع الاحتفاظ بحقه فى الجرد sous bénéfice d'inventaire (م ٢٢٥٨
مدنى فرنسى) . فهذا الوارث إنما قبل الميراث على أن تفصل أموال التركة
عن أمواله الشخصية ، وعلى ألا يكون مسئولاً عن ديون التركة إلا بقدر ما لها
من حقوق . فإذا كان دائناً للتركة ، فان حقه لا يزول بانحداد الذمة ، لأنه لم يرث
ديون التركة بعد أن انفصلت عن أمواله . وما دام حقه لا يزول ، فقد أصبح
هذا الحق عرضة للتقادم ، إلا إذا قاضى الوارث التركة مطالباً به . وقد رأى
المشرع الفرنسى ، فى سبيل منع الوارث من مقاضاة التركة وما فى ذلك من تعارض
مع واجباته باعتبار أنه هو المدير للتركة والممثل لها ، وتوقياً لمصروفات المقاضاة

(١) ويسرى التقادم فى حق المرأة المتزوجة ، إلا فى حالات محصورة حددها القانون
(انظر المواد ٢٢٥٤ — ٢٢٥٦ من القانون المدنى الفرنسى) .

(٢) بؤدرى وتيسيه فترة ٣٦٨ .

(٣) بؤدرى وتيسيه فترة ٤٤٤ — فترة ٤٤٦ مكررة .

مما يضر بمصلحة الدائنين الآخرين ومصلحة الوارث نفسه ، أن يقف سريان التقادم في حق هذا الوارث حتى لا يضطر إلى مقاضاة التركة (١) .

هذه هي أسباب وقف التقادم في التقنين المدني الفرنسي ذكرت على سبيل الحصر ، فلا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها . وبخاصة لا يجوز ، في نظر الفقه الفرنسي ، الرجوع إلى قاعدة تقليدية كانت معروفة في القانون الفرنسي القديم ، وكانت تقضي بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه (contra non valentem agere non currit praescriptio) ، فأى مانع يتعذر معه على الدائن أن يقطع التقادم يكون سبباً لوقف سريانه . ولم ينقل التقنين المدني الفرنسي هذه القاعدة ، بل هو على العكس من ذلك ، أدركها في وضوح عند ما قرر في المادة ٢٢٥١ أن التقادم يسرى في حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بمقتضى نص في القانون (٢) . ولكن القضاء الفرنسي لم يساير

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٤٤٧ : - ولكن سريان التقادم لا يتغذى فيما لتركته من حقوق في ذمة الوارث ، على أن الوارث - وهو المكلف بإدارة التركة ومن ذلك قطع التقادم - لا يستطيع أن يتمسك باكتمال تقادم كان من واجبه أن يقطعه ، ولا يجوز له أن يفيد من خطأ هو المسئول عنه (بودرى وتيسيه فقرة ٤٥٣) .

(٢) وهذا هو النص في أصله الفرنسي Art. 2251 : La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi.

ويأبى الفقه الفرنسي الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة ، فلا يسلم بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه . فإن هذه القاعدة قامت في القانون الفرنسي القديم على أساس أن التقادم إنما وجد لعقاب الدائن المهمّل ، وقد ثبت أنه لم يهمل ، بل كان من المتعذر عليه أن يطالب بحقه ، فلم يعد هناك محل لسقوط حقه بالتقادم . وكان الفقه الأولون الذين قالوا بهذه القاعدة في القانون الفرنسي القديم يقصرونه على الموانع القانونية التي تحول دون أن يطالب الدائن بحقه ، ولكن مالمثل القاعدة أن اتسعت حتى شملت الموانع القانونية والموانع المادية جميعاً ، فأنطوى في القاعدة جميع الأحوال التي يتعذر فيها على الدائن أن يطالب الدائن بحقه ، من قصر وجنون وحجر وشرط وأجل وقيام حرب وانقطاع مواصلات وغيبة منقطعة وحيل بالحق وقوة قاهرة وحادث فجائي وغير ذلك . وكان للقانون الكنسي ، وقد قدمت أنه كان ينزع إلى التضييق من نطاق التقادم ، أثر كبير في توسيع القاعدة . ويذهب للفقه الفرنسي إلى أن التقنين المدني الفرنسي أراد القضاء على هذه القاعدة القديمة بما تجرّه من اضطراب ومنازعات ، فنص في المادة ٢٢٥١ على أن التقادم يسرى في حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بمقتضى نص في القانون . فأسباب وقف التقادم إذن مذكورة في نصوص القانون على سبيل الحصر ، - (م ٦٨ - الوسيط)

الفقه فيما ذهب إليه ، بل قصر نص المادة ٢٢٥١ على أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى حالة الشخص كما هو ظاهر النص ، فهذه الأسباب المذكورة على سبيل الحصر في نصوص القانون . أما الأسباب التي لا ترجع إلى حالة الشخص ، بل ترجع إلى ظروف خارجية ، فهي غير مذكورة على سبيل الحصر ، بل كان القضاء الفرنسي في شأنها أميل إلى تطبيق القاعدة التقليدية المشار إليها ، فأى مانع خارجي يتعذر معه على الدائن أن يقطع التقادم يكون سبباً لوقف سريانه (١) .

— وليست متفرعة عن قاعدة عامة كالقاعدة السالفة الذكر ، وأيا كان المانع الذي يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، فإن هذا المانع لا يكون سبباً لوقف التقادم إلا إذا ورد به نص صريح في القانون . ويدعم الفقه الفرنسي منطقته في هذه المسألة بأن التقادم لم يعد يقوم على فكرة عقاب الدائن المهمل ، وهي الفكرة التي تعتبر من أقوى المبررات للقاعدة التقليدية القديمة ، بل يقوم التقادم على فكرة تثبيت الأوضاع القائمة ودعم الثقة المشروعة حتى يستقر التعامل . وهي فكرة يستوى عندها أن يقوم مانع يحول دون أن يطالب الدائن بحقه أو لا يقوم ، ففي الحالتين ينبغي أن يسقط الحق بالتقادم حتى تتولد الثقة المشروعة وتستقر الأوضاع القائمة — انظر في هذا المعنى تيسيه فقرة ٣٦٧ — فقرة ٣٦٨ — لوران ٣٢ فقرة ٣٧ — هيك ١٤ فقرة ٤١٥ — وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩) . ويذهب أوبري ورو مع ذلك إلى الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة ، بشرط أن تكون مقصورة على الموانع القانونية وحدها ، فلا يعتد بالموانع المادية أسباباً لوقف التقادم إلا إذا ورد بها نص صريح في القانون (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٤ وهوامش ٢٩ إلى ٣٣) .

(١) وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن المقصود بالمادة ٢٢٥١ مدني فرنسي هو القضاء على الامتيازات التي كان يتمتع بها بعض الأشخاص في القانون الفرنسي القديم ، كالكنيسة والهيئات العامة وأمالك التاج ، فكان لا يجري التقادم في حقها أو يجري تقادم أطول (انظر آنفاً فقرة ٥٩٣) . فنقض النص بأن التقادم يجري في حق كل شخص ، دون تمييز بين شخص وآخر ، ما لم يرد نص خاص يقف سريان التقادم بالنسبة إلى طائفة معينة من الأشخاص نظراً لحالة شخصية قائمة بها ، كما وردت المسألة ٢٢٥٢ مدني فرنسي في خصوص القصر والمحجورين . أما إذا كان المانع الذي يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه لا يرجع إلى حالة شخصية ، فهذا أمر آخر لم تعرض له المادة ٢٢٥١ . ويطبق القضاء الفرنسي القاعدة القديمة . هذا النطاق ، بعد أن يخرج الموانع التي ترجع إلى حالة شخصية فيجعلها خاضعة للمادة ٢٢٥١ . فنتده إذا تعذر على الدائن أن يطالب بحقه ، بسبب حرب أو غزو أو ثورة أو انقطاع المواصلات أو إقفال المحاكم أو غيبة منقطعة أو جهل الدائن بحقه جهلاً مفتقراً أو غير ذلك ، كان هذا كافياً لوقف سريان التقادم (انظر في القضاء الفرنسي بودرى وتيسيه فقرة ٣٦٩ — فقرة ٣٧٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩) . وهذا الاتجاه الذي سار فيه القضاء الفرنسي ، ومن شأنه أن يخفف من حدة ما قد ينطوي عليه التقادم من انكار لحقوق ثابتة ، هو الذي أخذ به التقنين المدني المصري الجديد كما سنرى .

٦٢٣ - أسباب وقف التقادم في التقنين المرنى المصرى : وإذا كان

التقنين المدنى المصرى السابق قد حذا حذو التقنين المدنى الفرنسى فى حصر أسباب وقف التقادم كما قدمنا ، فان التقنين المدنى المصرى الجديد قد عدل عن هذه المحاذاة ، وجعل التقادم يقف لا بالنسبة إلى ناقصى الأهلية والمحجورين فحسب ، ولا فيما بين الأصيل والنائب فحسب ، بل بوجه عام يقف سريان التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبياً . وجاءت هذه العبارة من حيث العموم والشمول بحيث تذكر بالقاعدة التقليدية فى القانون الفرنسى القديم التى سبقت الإشارة إليها ، والتى تنضى بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « بيد أن أهم جديد أتى به المشروع فى هذا الصدد هو النص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على المدين أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ، ولو كان هذا المانع أدبياً . ولم ير لإيراد الموانع على سبيل الحصر - كالحرب وحالة الأحكام العرفية والأسر وصلة الزوجية والخدمة - على غرار ما فعلت بعض تقنينات أجنبية . بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقتضى به العقل ، ولا سيما أن ضبط حدوده من طريق التطبيق غير عسير . وتطبيقاً لهذا الحكم يقف سريان التقادم بين الزوج وزوجه ما بقيت الزوجية قائمة ، وبين المحجور ومن ينوب عنه قانوناً ما بقى قائماً على الإدارة ، وبين الشخص المعنوى ونائبه ما بقى النيابة قائمة ، وبين الموكل والوكيل فيما يدخل فى حدود التوكيل ، وبين السيد والخدام طوال مدة التعاقد ، لأن بين كل من أولئك وكل من هؤلاء على التوالى صلة تبعث على الاحترام والثقة أو الرهبة يستحيل معها على الدائن أدبياً أن يطالب بحقه . وتجدر الإشارة إلى أن اتحاد الذمة مانع طبيعى من موانع سريان الذمة ، فاذا زال السبب الذى أفقضى إلى اجتماع صفتى الدائن والمدين زوالاً مستنداً ، وعاد الدين إلى الوجود ، اعتبر التقادم قد وقف طوال الفترة التى تحقق الاتحاد فى خلالها (١) . »

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٩ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٢

يضاف إلى الاعتبارات التي تقدم ذكرها في المذكرة الإيضاحية أن التقنين المصرى، وقد أخذ مدة التقادم عن الشريعة الإسلامية وجعلها خمس عشرة سنة، وهى مدة لا تبلغ إلا نصف المدة المقررة في التقنين المدنى الفرنسى، لم ير بأساً من أن تطول هذه المدة بالعدر الشرعى، وهو ما أخذت به الشريعة الإسلامية أيضاً عند ما قررت عدم جواز سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى (١). ذلك أن مدة التقادم والعدر الشرعى أمران متلازمان، وقد أخذ التقنين الجديد فيهما معاً بأحكام الشريعة الإسلامية. وما العذر الشرعى لإقبا المانع الذى يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، والعذر الشرعى والمانع كلاهما يمكن تقريبه من القاعدة الفرنسية القديمة التى كانت تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه.

على أنه من المصلحة أن تضبط، من ناحية التطبيق، حدود المانع الذى تعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه. ويجب أن يكون هذا الضبط محكماً، حتى لا تنفذ ثغرات إلى أحكام التقادم تخل بالأساس الذى قام عليه. فالتقادم إنما شرع لصيانة الأوضاع القائمة المستقرة، فلا يجوز إهدار هذه الصيانة فى سبيل صيانة مصلحة الدائن عن طريق وقف التقادم. فالأولى مصلحة عامة والأخرى مصلحة خاصة، والمصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة. ومن ثم يجب التشدد فى ضبط أسباب وقف التقادم، «ولاسيما» كما تقول المذكرة الإيضاحية (٢) — أن ضبط حدوده من طريق التطبيق غير عسير.

وقد ورد من أسباب وقف التقادم — فى نص التقنين المصرى وفى المذكرة الإيضاحية وفى التقنينات الأجنبية — نقص الأهلية والحجر، والعلاقة ما بين الأصيل والنائب، والعلاقة ما بين الزوجين، والعلاقة ما بين الأصول والفروع، والعلاقة ما بين الشخص المعنوى ومديره، والعلاقة ما بين المخدم والخادم، وحالة ما إذا كان الدائن غائباً غيبة اضطرارية فى سفر أو أسر أو نحو ذلك،

(١) انظر فى التقادم المسقط فى الفقه الإسلامى فى مذاهبه المختلفة وفى مجلة الأحكام العدلية مقال الأستاذ ضياء شيت خطاب المنشور فى مجلة القضاء ببيقادات السنة الخامسة عشرة ص ٤٥ —

وحالة اتحاد الذمة . وهذه كلها أسباب تتعلق بالشخص : شخص للدائن كما في القصر والحجر والغيبة والأسر واتحاد الذمة ، أو العلاقة بينه وبين المدين كما في العلاقة بين الزوجين وبين الأقارب وبين المخدم والخادم . وبعض هذه الموانع مادية ، وبعضها موانع أدبية .

وقد تقوم موانع يتعذر معها أن يطالب الدائن بحقه وترجع ، للأسباب تتعلق بالشخص ، بل لظروف مادية أقرب ما تكون إلى القوة القاهرة ، كقيام حرب أو نشوب فتنة أو إعلان الأحكام العرفية أو انقطاع المواصلات أو ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية .

ونستعرض الآن كلا من هذين النوعين من أسباب وقف التقادم في التقنين المدني المصري (١) : (١) أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص (٢) وأسباب وقف التقادم التي ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية .

(١) وما استحدثه التقنين الجديد من أسباب وقف التقادم يسرى من وقت العمل بهذا التقنين . فإذا كان التقادم سارياً في ظل التقنين السابق ، ثم جد سبب لوقفه في يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك ، طبقاً لأحكام التقنين الجديد ، فإن التقادم ينفذ سريانه ، حتى لو لم يكن هذا السبب في عهد التقنين السابق يترتب عليه وقف التقادم . وعلى العكس من ذلك إذا كان هذا السبب قد اعترض التقادم في عهد التقنين السابق ، ولم يكن من شأنه أن ينفذ التقادم طبقاً لأحكام هذا التقنين وإن كان يقفه طبقاً لأحكام التقنين الجديد ، فإنه لا يعتبر واقفاً للتقادم في المدة التي سبقت العمل بالتقنين الجديد .

عل أن القضاء والفقهاء في عهد التقنين السابق كانوا يتوسعان في أسباب وقف التقادم إلى حد مشاركة القاعدة الفرنسية التي تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطع سريانه : استئناف مخطوط ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٣ (يقف التقادم بالنسبة إلى دائن مدرج في قائمة التوزيع حتى لو بقيت هذه القائمة مدة طويلة بسبب معارضة فيها خاصة بدائنين آخرين) - ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٢ (وصية تنفذها يتوقف على الحكم في قضية فيوقف التقادم حق إصدار الحكم) - ٢٧ أبريل سنة ١٩٦٢ م ٣٤ ص ٣٧٣ (دائن استوفى حقه عن طريق نزع ملكية مال مدينه، ثم أبطلت إجراءات نزع الملكية فيعتبر التقادم موقوفاً طوال مدة الإجراءات الباطلة) - ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٦ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢١٦ - وانظر أيضاً الموجز للمؤلف فقرة ٩٠٥ ص ٦٢٨ - الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٨٤٦ ص ٦٥١ - ص ٦٥٢ .

وأكثر ما يجري القضاء الفرنسي القاعدة التي تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن طع سريانه ، إنما يكون عندما يقوم المانع في آخر مدة التقادم، فتكتمل المدة والمانع لا يزال -

٦٢٤- أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص : أهم هذه الأسباب هو السبب المتعلق بناقصي الأهلية والمحجورين . وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ مدني تنص على أنه « لا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثلته قانوناً » . فدد التقادم التي لا تزيد على خمس سنوات لا يقف سريانها إذن في حق القصر والمحجورين ، ولو لم يكن لهم من يمثلهم قانوناً من ولي أو وصي أو قيم . والحكمة في ذلك أن مدد التقادم التي لا تزيد على خمس سنوات يقوم التقادم فيها على اعتبارات يستوى عندها القاصر والمحجور بالبالغ الرشيد . فالديون الدورية المتجددة تتقادم بخمس سنوات حتى لا تتراكم على المدين فترهقه ، وهذا الاعتبار قائم بالنسبة إلى المدين سواء كان دائنه بالغاً رشيداً أو كان قاصراً أو كان محجوراً ، وسواء كان للقاصر والمحجور من يمثلته قانوناً أو لم يكن ، فلا يكون القصر أو الحجر في هذه الحالة سبباً لوقف التقادم . وحقوق أصحاب المهن الحرة تتقادم بخمس سنوات ، والتقادم يقوم على قرينة الوفاء وعدم إرهاب المدين في وقت

= قائماً . عند ذلك يعتبر هذا المانع قوة قاهرة ، حالت دون أن يتخذ الدائن الإجراءات القانونية للمطالبة . أما إذا قام المانع في وسط مدة التقادم ، ثم زال وبقيت مدة طويلة بعد زواله وقبل أن يكتمل التقادم ، لم يمتد بهذا المانع ، ولم يعتبر التقادم موقوفاً أثناء قيامه ، فقد كان عند الدائن مدة طويلة بعد زوال المانع يستطيع في خلالها المطالبة بحقه (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فترة ١٣٧٩) . وهذا هو عين ما كان القضاء يجري عليه في مصر في عهد التقنين السابق . فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المانع الوقتي لا يقف سريان التقادم ، ولكن للقاضي أن يعنى صاحب الحق من الحكم بالتقادم إذا باشر حقوقه بمجرد زوال المانع . أما إذا زال المانع الوقتي ولا يزال أمام الدائن مدة كافية لاستعمال حقه ، وأهل استعماله حتى انتهت جميع المدة ، فإن الحق يسقط بالتقادم (٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٩ ص ٧٦٢) . وقضت محكمة مصر الوطنية بأن الاستحالة التي تنق سريان التقادم هي الاستحالة المطلقة التي تكون مانعة منعاً كلياً من مباشرة الحقوق كالأسر في حرب أو إعلان الأحكام العرفية في البلد . أما إبعاد شخص من الديار المصرية ومنعه من العودة لأسباب سياسية ، فيعتبر مانعاً وقتياً ، ولا يترتب عليه وقف سريان المدة . ولكن للقاضي أن يعنى صاحب الحق من آثار مضي المدة التي سرت ضده ، إذا باشر حقه بمجرد زوال المانع (١٢ فبراير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٧٤ ص ١٣٢) .

واحد، وهذه الاعتبارات متوافرة ولو كان الدائن قاصراً أو محجوراً ، على أنه قل أن يكون أحد من أصحاب هذه المهن الحرة قاصراً أو محجوراً . وحقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء تتقدم بسنة واحدة ، والتقدم يقوم على قرينة الوفاء ، وهذا الاعتبار قائم ولو كان الدائن قاصراً أو محجوراً ، على أنه قل - في غير العمال والخدم والأجراء - أن يكون الدائن قاصراً أو محجوراً . والضرائب والرسوم تتقدم بثلاث سنوات ، والدائن هنا هو الدولة لا يلحقها قصر ولا حجر ، فلا محل في هذه الحالة لوقف التقدم . وهناك مدد تقدم أخرى وردت في نصوص متفرقة ، كتقدم دعاوى الإبطال ودعاوى العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والدعوى البولصية بثلاث سنوات ، وإذا وقف سريان التقدم للقصر أو للحجر في هذه الأحوال لم يتحقق الغرض الذي أراده المشرع من تقصير مدد التقدم ، وهو استقرار الأوضاع بعد انقضاء مدة معقولة (١) . فإذا زادت مدة التقدم على خمس سنوات - وهي لا تكون حينئذ إلا خمس عشرة سنة - وجب التمييز بين ما إذا كان المقاصر أو المحجور له نائب يمثله أو ليس له نائب . ففي حالة ما إذا كان له نائب ، لا يقف سريان التقدم ، وعلى النائب أن يقطع التقدم وأن يطالب بحق محجوره ، وإلا كان هو المسئول نحو المحجور . وهذا حكم استحدثه التقنين المدني الجديد ، أخذاً عن بعض التفنينات الأجنبية ، ونضيفاً من أسباب وقف التقدم باغفال ما لا تقوم الضرورة لتبريره (٢) . أما التقنين المدني السابق فكان يقف سريان

(١) على أن المشروع قد لا حظ حالة القصر أو الحجر في دعاوى الإبطال المبنية على نقص الأهلية ، فأخر سريان التقدم إلى اليوم الذي يزول فيه نقص الأهلية (انظر الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ مدني) . وفعل مثل ذلك في دعوى تكملة الثمن لفن في بيع عقار شخص لا تتوفر فيه الأهلية ، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٢٦ مدني على أن « تسقط بالتقدم دعوى تكملة الثمن بسبب الفن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع » .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « استحدث المشروع حكماً عاماً بشأن وقف التقدم بالنسبة لعدم الأهلية وناقصها ، ففرض بأن هذا الوقف لا يقع على وجه الإطلاق لمصلحة أولئك وهؤلاء متى كان لهم من ينوب عنهم قانوناً : انظر المادة ٤٩٩ من التقنين البرتغالي . ذلك أن النائب يحل محل الأصل المحجور ، فيتمتع عليه أن يتول أمر المطالبة عنه ، فإذا لم يفعل كان مسئولاً من ذلك . أما إذا لم يكن لعدم الأهلية أو ناقصها من ينوب عنه ، -

التقادم ، ولو كان للقاصر أو المحجور نائب عنه (١) .

وقد يقوم مانع ، غير القصر والحجر ، يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه . من ذلك الغيبة الاضطرارية لسجن أو أسر أو نحو ذلك (٢) ، وهذه غير الغيبة المنقطعة التي يقام من أجلها وكيل للغائب والتي تدخل في أسباب الحجر السالفة الذكر . فيقف سريان التقادم ، إلى أن تنهياً للدائن أسباب العودة إلى مباشرة أعماله . وتقرير ما إذا كان هذا المانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه مسألة واقع ، تترك لتقدير قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض (٣) .

وحالة اتحاد الذمة مانع طبيعي من أن يطالب الدائن بحقه ، كما تقول المذكورة الإيضاحية (٤) . فإذا ما زال سبب اتحاد الذمة ، وانفصلت صفة الدائن عن صفة المدين بأثر رجعي ، فهذا الأثر الرجعي لا شأن له بما وقف

== فمتدنف يقف سريان مدة التقادم بالنسبة له ، ما لم تكن المدة خمس سنوات أو اقل . ويشمل هذا الحكم الغائب والمحكوم عليه بمقوبة مقيدة للحرية . فالواقع أن الغرض من التقادم الحمسي دوره خطر تراكم الديون الدورية المتجددة ، وليس يتأثر هذا الغرض بما يتصل بشخص الدائن من أوصاف ولو كان القصر من بينها . ثم إن ما يستقط من الحقوق بانتفاء خمس سنوات يتهافت تهافتاً يمتنع معه التسليم بوقف سريان المدة ... أما التقادم الحولي فقد بني على قرينة الوفاء ، وهي نطل سليمة الدلالة ولو كان الدائن قاصراً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٨ - ص ٣٢٩) .

(١) فإذا كان للقاصر أو المحجور نائب يمثله ، ووقف سريان التقادم في عهد التتئين المدنى السابق ، اعتبر التقادم موقوفاً إلى يوم نفاذ التتئين المدنى الجديد . ومنذ هذا اليوم تسرى أحكام هذا التتئين ، فيزول سبب الوقف ويعود التقادم إلى السريان في حق القاصر أو المحجور ما دام له نائب يمثله . أما إذا لم يكن للقاصر أو المحجور نائب يمثله ، ووقف سريان التقادم في عهد التتئين المدنى السابق ، فإنه يبقى موقوفاً حتى بعد نفاذ التتئين المدنى الجديد ، ويستمر موقوفاً إلى أن يعين للقاصر أو المحجور نائب يمثله ، فمتدنف يعود التقادم إلى السريان ولو لم يرفع الحجر لبقاء نقص الأهلية .

(٢) انظر استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٥٣ (جندى أسرى السودان) .

(٣) أما إفلاس الدائن فليس سبباً لوقف التقادم ، وعلى السنديك أن يقوم بمطالبة المدين

(استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧٣٧) .

(٤) انظر آفناً فترة ٦٢٣ - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٩ .

من سريان التقادم ، ولا تحسب المدة الى قام في خلالها اتحاد الذمة ضمن مدة التقادم (١) .

وقد يكون المانع من أن يطالب الدائن بحقه هي العلاقة القائمة بينه وبين المدين . فالعلاقة ما بين الزوجين مانع أدبي لأى منهما أن يطالب الآخر بحقه ، وإلا تعكر صفو السلام في الأسرة . فوجب وقف سريان التقادم ما دامت علاقة الزوجية قائمة ، ويعود التقادم إلى السريان بمجرد أن تنفصم عرى الزوجية لموت أو طلاق أو غير ذلك . وقد قدمنا أن التقنين المدني الفرنسى (م ٢٢٥٣) يشتمل على نص صريح في هذا الحكم (٢) .

والعلاقة ما بين الأصول والفروع هي أيضاً مانع أدبي . وقد يكون مانعاً أدبياً علاقة القرابة أيا كانت ، ما دامت علاقة وثيقة واقرنت بملاسات تؤكد

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٧٨ .

(٢) وقد كان القضاء في عهد التقنين المدني السابق يتردد في جعل علاقة الزوجية سبباً في وقف التقادم . فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن مرور الزمن المسقط للحقوق يسرى بين الزوجين ، بخلاف ما جاء بالقانون الفرنسى بالمادة ٢٢٥٣ التى أساسها أن للزوج حق إدارة أموال زوجته بقوة القانون ، فهو وكيل قانونى عنها ، وهذه الصفة غير مقررة في القانون المصرى (٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠) . ولكن محكمة النقض قضت بعبد ذلك بأن اعتبار علاقة الزوجية مانعة من المطالبة بالحق أو غير مانعة من الأمور الموضوعية التى تختلف في الدعاوى بحسب ظروفها ، والتمضاء فيها لا يخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص ٤٧ - وانظر : استئناف مصر ٩ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٤٥ ص ٨٨ - عابدين أول يولييه سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١١ ص ١٢) - أما في التقنين الجديد ، حيث النص صريح في وقف سريان التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً ، فترى أن تكون علاقة الزوجية في الأصل مانعاً أدبياً من سريان التقادم . فإذا استأجر الزوج مثلاً أرضاً من زوجته ، لم يستطع أن يتمسك بالتقادم الحسى لإسقاط الأجرة المستحقة في ذمته لها ما دامت علاقة الزوجية قائمة . ولكن له أن يثبت أنه وفاها الأجرة بجميع طرق الإثبات ، دون حاجة إلى الكتابة ، بسبب هذه العلاقة نفسها . على أنه قد يقع أن يتفصل الزوجان ، ويقوم الشقاق بينهما ، مع بقاء الزوجية قائمة ، فلا يعود هناك محل للخشية من تكثير صفو السلام في الأسرة بعد أن تمكر فعلاً ، لا سيما إذا كانت هناك قضايا مرفوعة بين الزوجين . في هذه الحالة يمكن القول بأن سبب وقف التقادم قد زال ، وهذه مسألة وائع لا معقب فيها حل تقدير قاضى الموضوع .

معنى المنع ، كالعلاقة ما بين الأشقاء ، وعلاقة الأعمام والأخوال بأولاد الأخ أو أولاد الأخت . وهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع .

والعلاقة ما بين المخدم والخادم مانع أدبى ، ما دامت علاقة الخدمة قائمة .

والعلاقة ما بين الأصيل والنائب مانع يقف سريان التقادم ، وقد ورد نص صريح فى ذلك فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ مدنى ، كما رأينا . ويدخل فى ذلك العلاقة ما بين الموكل والوكيل ما دامت الوكالة قائمة ، وذلك فى حدود أعمال الوكالة (١) . كما تدخل العلاقة ما بين الولى أو الوصى أو القيم بالمحجور ، ما دام الحجر قائماً (٢) . وكذلك تدخل العلاقة ما بين الشخص المعنوى والمدير ، ما دامت صفة الإدارة قائمة . ففى كل هذه الأحوال يقف سريان التقادم فى الحقوق التى لأى طرف على الآخر انتظاراً لتصفية العلاقة القائمة ، إذ لا يحسن

(١) استئناف مخطط ٢١ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٧ - ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٥٢ - وحيازة الوكيل ملك موكله تكون حيازة عارضة ، ولا يسرى التقادم المسقط بالنسبة إلى حق الموكل الشخصى فى الرجوع على الوكيل إلا من وقت أن يغير الوكيل حيازته من حيازة عارضة إلى حيازة المالك (استئناف مخطط ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٩) . على أنه إذا قام نزاع بين الوكيل والموكل ، فقد تكدرت العلاقة بينهما ، ولم تعد مانعاً أدبياً من سريان التقادم . ولا يقف التقادم فى هذه الحالة قيام نزاع بينهما على منصر من عناصر الحساب ، إذا كان قد سبق للوكيل تقديم الحساب فى قضية أخرى . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا قررت المحكمة أن قيام النزاع بين الموكل والوكيل على منصر من الحساب بينهما لا يعتبر عائقاً يمنع من المطالبة بتقديم الحساب ويقف مدة تقادم دعوى طلبه ، واستدلت على ذلك بأن الوكيل سبق له تقديم الحساب فى قضية أخرى عن مدة سابقة قبل تصفية ذلك النزاع ، فلا يكون حكمها مخالفاً للقانون (نقض مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٧ ص ٦٤٥) .

(٢) وإذا استأجر المشرف على الوصية أطيان القصر ، فليس له أن يتسلق قبل القصر بسقوط الحق فى الأجرة بمضى خمس سنوات ، لأنه وإن كان بصفته مستأجراً يستفيد من التقادم الخمسى ، إلا أن من واجبه مراقبة الوصية فى اتخاذ اللازم نحو الحصول على حقوق القصر ومنع أى إهمال يؤدى إلى سقوط تلك الحقوق أو ضياعها ، وواجبه هذا يتعارض مع استفادته من إهمال الوصية فى مطالبته والتسك بسقوط حقوق القصر بمضى المدة (استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ الحامى ١٣ رقم ٤٣١ ص ٨٧٨) .

أن يقاضى أحد الطرفين الآخر مع وجود علاقة بينهما تقوم على الثقة والائتمان (١).
ويقف سريان التقادم في جميع الموانع التي قدمناها ، أيا كانت مدة التقادم ،
خمس سنوات أو أكثر أو أقل ، وذلك فيما عدا القصر والحجر فقد رأينا
أن التقادم لا يقف فيهما إلا إذا كانت مدته أكثر من خمس سنوات .

٦٢٥ - أسباب وقف التقادم التي نرجم إلى ظروف مادية

اضطرارية : وقد يرجع المانع ، لا إلى اعتبار يتعلق بالشخص ، بل إلى ظرف
مادى اضطرارى ، أقرب ما يكون إلى القوة القاهرة (٢) ، بتعذر معه على
الدائن أن يطالب بحقه . فيقف سريان التقادم ، أيا كانت مدته ، خمس
سنوات أو أكثر أو أقل (٣) . من ذلك قيام حرب مفاجئة أو نشر فتنة أو

(١) ولا تعد علاقة الموظف بالحكومة مانعاً أدبياً من شأنه وقف التقادم (محكمة القضاء
الإدارى ٢٠ مايو سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ٩١٥ ص ١٧٣٩) . كذلك لا يكون شعار
الوقف من الأسباب القانونية التي تقف سريان التقادم (استئناف مصر ١٠ يونيو سنة ١٩٢٩
المحاماة ٩ رقم ٥٩١ ص ١٠٨٧ - المادتان ٥٩٤ و ٦١٩ من قانون العدل والأنصاف) .
(٢) ولم نقل القوة القاهرة ، إذ لا يشترط في المانع ما يشترط في القوة القاهرة . ويمكن في
المانع أن يقوم دون أن يكون مصدره خطأ الدائن ، حتى يقف سريان التقادم . فيحترج جهل
الدائن بوجود حقه عن غير تقصير منه مانعاً يقف التقادم (استئناف مخطوط ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣
م ٥٦ ص ١٢) ، وقد لا يكون هذا الجهل قوة قاهرة بالمعنى الدقيق . وقد قضت محكمة النقض
بأن الجهل باغتصاب الحق قد يكون من الأسباب الموقفة للتقادم ، إذا لم يكن ناشئاً عن إهمال
صاحب الحق ولا تقصيره . فإذا كان الحكم قد نفي عن صاحب الحق كل إهمال أو تقصير من جانبه
في جهله باغتصاب ملكه ، فإنه لا يكون مخطئاً إذ اعتبر مدة التقادم لا تحتسب في حقه إلا من
تاريخ علمه بوقوع الغصب على ملكه (نفس مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥
رقم ٣٠٣ ص ٦٠٢) . ويلاحظ هنا أن التقادم قد وقف قبل أن يبدأ سريانه (انظر آنفاً
فقرة ٦٢٠) .

ومن ثم يحسن فصل الفكرتين - المانع والقوة القاهرة - إحداهما عن الأخرى . والأمر في
تقدير المانع يترك لقاضى الموضوع ، ولا معقب عليه من محكمة النقض (قانون استئناف مخطوط
٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٨٠ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٤٢) .
(٣) ومن ذلك نرى أن أسباب الوقف ترد على التقادم أيا كانت مدته ، ولو كانت هذه المدة
خمس سنوات أو أقل ، وذلك فيما عدا الأسباب التي ترجع إلى عدم توافر الأهلية أو الغيبة المنقطعة
أو الحكم بعقوبة جنائية فهذه كما رأينا لا تقف سريان التقادم إلا إذا كانت مدته أكثر من
خمس سنوات .

إعلان الأحكام العرفية ، إذا كان شيء من هذا قد منع المحاكم من مباشرة أعمالها ، فلا يتمكن الدائن من المطالبة القضائية بحقه (١) .

ومن ذلك أيضاً انقطاع المواصلات بحيث لا يتمكن الدائن من اتخاذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بحقه ، فيقف سريان التقادم لهذا المانع (٢) .
والمسألة موكولة إلى تقدير قاضي الموضوع ، ولا معقب على هذا التقدير من محكمة النقض .

ومن ذلك أخيراً ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية . فقد نصت المادة ١٧٢ مدني على أن ١ - تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط مدة الدعوى ، في كل حال ،

(١) انظر المادة ٢٠٣ من التفتين المدني الألفاني .

(٢) ومن الموانع التي رأت محكمة النقض أنها تقف سريان التقادم ، حتى في عهد التفتين المدني السابق ، ما قضت به من إنه إذا باع المدين الدائن عيناً أداها لدينه ثم حكم ببطلان هذا البيع ، فإن تقادم الدين يقف إلى صدور الحكم بالبطلان . وإذا أقر البائع (المدين) للمشتري (الدائن) بأجازة البيع بعد ذلك ثم قضى ببطلان هذه الإجازة ، فهذه الإجازة تقف التقادم إلى أن يتمضي ببطلانها (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٢٧) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به من أنه متى كانت المورثة قد أوصت بكل أملاكها العقارية والمنقولة لبناتها ومن بينهن المطعون عليها ، وأقرت في الوصية لمن بديون ، فإنه بحسب الحكم ، ليستقيم قضاؤه برفض الدفع بسقوط حق المطعون عليها في المطالبة بدينها لمضي خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاقه حتى تاريخ المطالبة به ، تقريره أن قيام الوصية كان مانعاً يستحيل معه على المطعون عليها المطالبة بالدين موضوع الإقرار حتى فصل نهائياً ببطلانها ، متى كان ثابتاً في الحكم أن المقرة أوصت بما أوصت للمطعون عليها في مقابل دينها . وتقدير المانع في هذه الحالة موكول أمره إلى محكمة الموضوع دون معتب عليها متى اعتمدت على أسباب سائفة (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٣ ص ٦٩٣) . ومن ذلك أخيراً ما قضت به من أن النزاع على عقد أمام القضاء من شأنه وقف سريان التقادم في حق الالتزامات المترتبة على هذا العقد ، لا انقطاعه ، متى كان لم يتوافر سبب من أسباب الانقطاع القانونية (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٥ ص ٣٧٥) . أما الدعوى التي يرفعها الغير بطلب استرداد الشيء المبيع فلا يعتبر سبباً قانونياً لوقف التقادم الخاص بحق المشتري في التضمينات مقابل ما فاتته من ربح بسبب عدم تنفيذ عقد البيع (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٠ ص ٢٩٠) .

بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ٢ - على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية . فلو فرضنا أن جنائية وقعت وعلم المجني عليها وبالشخص المسئول عنها وقت وقوعها ، فإن الدعوى المدنية بالتعويض تتقدم بثلاث سنوات من وقت وقوع الجنائية . ولكن لما كانت الدعوى الجنائية لا تسقط في الجنايات إلا بعشر سنوات من وقت وقوع الجنائية (م ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية) ، فلو فصلنا ما بين مدتي التقدم ، لنتج عن ذلك موقف شاذ هو سقوط الدعوى المدنية بثلاث سنوات قبل سقوط الدعوى الجنائية بعشر سنوات . فيكون من الممكن إيقاع عقوبة على الجاني بعد انقضاء ثلاث سنوات إذ تكون الدعوى الجنائية لم تتقدم ، دون التمكن من إلزامه بالتعويض إذ تكون الدعوى المدنية قد تقدمت ، مع أن التعويض أقل خطراً من العقوبة الجنائية . هذا المحذور أراد المشرع أن يتفاداه ، فنص على أن الدعوى المدنية لا تتقدم في هذه الحالة بثلاث سنوات ، بل تبقى قائمة مع الدعوى الجنائية ولا تسقط إلا بسقوطها ، حتى يستطيع المضرور في الوقت الذي يعاقب فيه الجاني أن يتقاضى منه التعويض المدني (١) . والمفروض في كل ذلك أن الدعوى الجنائية لا تزال قائمة ، فتقوم معها الدعوى المدنية ، وتسقط بسقوطها . أما إذا انفصلت الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية ، وانقضت الدعوى الجنائية بصدور حكم فيها ، فقد فصمت هري الارتباط ما بين مدتي التقدم ، فنستقل الدعوى المدنية بمدة تقدمها الأصلية وهي ثلاث سنوات . فإذا فرضنا أن المجني عليه لم يرفع دعوى التعويض أمام محكمة الجنايات ، بل تربص بالجاني حتى يحكم عليه جنائياً ، ودامت المحاكمة الجنائية أكثر من ثلاث سنوات ثم انتهت بإدانة الجاني ، فإنه يكون قد مضى على الدعوى المدنية بالتعويض أكثر من ثلاث سنوات ، فهل تكون قد تقدمت بانقضاء هذه المدة ؟ لا نتردد في القول بأن سريان التقدم بالنسبة إلى الدعوى المدنية يقف طوال المدة التي دامت فيها

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٥ ص ٩٣٩ .

المحاكمة الجنائية ، ولا يعود التقادم إلى السريان إلا عند صدور الحكم النهائي بإدانة الجاني أو عند انتهاء هذه المحاكمة بسبب آخر . ذلك أن من حق المجني عليه أن يختار الطريق المدني دون الطريق الجنائي في دعواه المدنية بالتعويض . فإذا اختار هذا الطريق ، وقف النظر في دعواه المدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية ، لأن الطريق الجنائي يقف الطريق المدني (le criminel tient le civil en état) . فهناك إذن سبب لوقف سريان التقادم في حق الدعوى المدنية ، وهو سبب قانوني ، إذ القانون يمنع نظر الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية . ويترتب على ذلك أن المجني عليه يستطيع أن يرفع دعواه المدنية بالتعويض أمام المحاكم المدنية بعد انتهاء المحاكمة الجنائية ، ولا تكون هذه الدعوى المدنية قد تقادمت ، لأن التقادم في حقها يكون قد وقف سريانه طوال المدة التي دامت فيها المحاكمة الجنائية (١) .

٦٢٦ - الأثر الذي يترتب على وقف التقادم : ومتى وقف
سريان التقادم لسبب أو لآخر من الأسباب التي تقدم ذكرها ، فإن الأثر الذي يترتب على وقف التقادم واضح . ذلك أن المدة التي وقف سريان التقادم في خلالها لا تحسب ضمن مدة التقادم ، وتحسب المدة السابقة والمدة التالية (٢) .
نذكر أن الدائن ترك حقه الذي يتقادم بخمس عشرة سنة دون أن يطالب به المدين

(١) انظر في أن وقف النظر في الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية ، بمقتضى القاعدة التي تقضى بأن الطريق الجنائي يقف الطريق المدني ، هو سبب قانوني لوقف سريان التقادم في حق الدعوى المدنية : بودرى وتيسيه فقرة ٣٧٧ .

(٢) ويذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى أن قيام مانع من شأنه أن يقف التقادم إنما يقفه إذا قام في الوقت الذي يوشك فيه التقادم أن يكتمل (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٤ ص ٤٦٨ - وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ . وانظر آتفاً فقرة ٢٢٣ في الهامش فيما جرى عليه القضاء في مصر في عهد التقنين المدني السابق) . ولكن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به في مصر . حيث النص صريح في أن المانع أياً كان يقف التقادم . ولم تذكر أسباب محدودة على سبيل الحصر لوقف التقادم كما فعل التقنين المدني الفرنسي ، مما دعا القضاء والفقهاء في فرنسا ، في الموانع التي لم يرد بها نص ، إلى اعتبار هذه الموانع بمثابة القوة القاهرة ، فلا يكون لها أثر إلا إذا قامت في آخر مدة التقادم ، فنعت الدائن من المطالبة بحقه قبل اكتمال هذه المدة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٤٣ - ص ٣٤٤) .

اثنى عشرة سنة ، ثم مات وورثه قاصر لم يعين له نائب يمثله قانوناً ، فوقف سريان التقادم سنتين إلى أن عين للقاصر وصى وعاد التقادم إلى السريان ، فان مدة السنتين التي وقف في خلالها سريان التقادم لا تحسب ، ونحسب الاثنتا عشرة سنة التي تقدمتها . فيبقى للقاصر من وقت تعيين وصى له ثلاث سنوات أخرى - لا سنة واحدة - قبل أن يتقادم حقه (١) .

المبحث الرابع

انقطاع التقادم

(Interruption de la prescription)

٦٢٧ - أسباب انقطاع التقادم وما يترتب عليه من الأثر :

كما يعرض للتقادم أن يقف سريانه للأسباب التي قدمناها ، يعرض له أيضاً أن ينقطع بسبب من أسباب الانقطاع . فتكون المدة التي انقضت قبل انقطاع التقادم كأنها لم تكن ولا تدخل في حساب مدة التقادم ، حتى إذا بدأ سريان التقادم من جديد بعد انقطاعه ، يعقب التقادم الذي زال بالانقطاع تقادم جديد تسرى عليه الأحكام العامة للتقادم .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا العدد : « وقد رُوى أن أثر وقف التقادم أظهر من أن يحتاج إلى نص خاص ، فالفترة التي يقف التقادم في خلالها لا تحسب ضمن المدة المسقط : المادة ٢٠٥ من التقنين المدنى الألمانى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٩) . هذا ولا يقف التقادم ، إذا كان سبب الوقف يتعلق بالشخص . إلا بالنسبة إلى الشخص الذى قام به هذا للسبب ، فلا يستفيد دائن متضامن من قصر دائن متضامن معه لوقف التقادم بالنسبة إلى الاثنين ، بل يقف التقادم بالنسبة إلى القاصر فقط إذا لم يكن له من يمثله قانوناً (بودرى وتبسيه فقرة ٤٦٣) . وإذا وقف سريان التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين ، لم يميز للدائن أن يتسلك به قبل باقى المدينين (م ٢/٢٩٢ مدنى) .

وإذا وقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام ، فإن طبيعة عدم تجزئة المحل تقتضى وقف سريان التقادم بالنسبة إلى باقى المدينين (انظر آنفاً فقرة ٢١٨) . وكذلك إذا وقف التقادم لصالح أحد الدائنين في التزام غير قابل للانقسام ، انتفع بذلك سائر الدائنين نظراً لما تقتضيه طبيعة عدم التجزئة (انظر آنفاً فقرة ٢٢٦) .

فنبحث إذن مسألتين : (١) أسباب انقطاع التقادم . (٢) الأثر الذي يترتب على انقطاع التقادم .

المطلب الأول

أسباب انقطاع التقادم

٦٢٨ — **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٨٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة ، وبالتنبيه ، وبالحجز ، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع ، وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه في إحدى الدعاوى . »
وتنص المادة ٣٨٤ على ما يأتي .

١ — ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً .
٢ — ويعتبر إقراراً ضمناً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين (١) .

(١) تاريخ النصوص .:

م ٣٨٣ : ورد هذا النص في المادة ٢٠ هـ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على عبارة « عن غلط مغتفر » بعد عبارة « ولو رفعت الدعوى » . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة ، وأضيفت فقرة ثانية نصها كالآتي : « وينقطع التقادم أيضاً بالإلذار الرسمي » . وأصبحت المادة رقماً ٣٩٦ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية التي أضافتها لجنة المراجعة « لأن ما ينقطع التقادم يجب أن يكون التنفيذ أو مقدماته وليس الإلذار ، ولكي تكون أسباب قطع التقادم أكثر دلالة على رغبة صاحب الحق في اقتضائه وتحفظه لذلك ، فلا يكفي مجرد إرسال إنذار رسمي من حين إلى آخر » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣١ - ص ٣٣٤) .

م ٣٨٤ : ورد هذا النص في المادة ٢١ هـ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا الفقرة الثانية من المشروع التمهيدى حيث ورد فيها : —

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٨٢ فقرة ثالثة / ١١١ و ٢٠٥/٢٦٩ (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٨٠ - ٣٨١ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٧٠ - ٣٧١ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٣٧ - ٤٣٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٥٧ - ٣٥٨ (٢).

« ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن منقولاً أو عقاراً . . . وفي لجنة المراجعة اكتفى بكلمة « مال » لأنها تشمل المنقول والعقار ، وقيدت بأن المال المرهون يكون ملكاً للمدين ، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥ - ص ٣٢٦) .

(١) التقنين المدني السابق م ٨٢ فقرة ثالثة / ١١٦ : تنقطع المدة المقررة لتلك بوضع اليد إذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبي ، وتنقطع المدة المذكورة أيضاً إذا طلب المالك استرداد حقه بأن كلف واضع اليد باخضور المرافعة أمام المحكمة أو نبه عليه بالرد تنبيهاً رسمياً مستوفياً للشروط اللازمة ولو لم يستوف المدعى دعواه ، وإنما يشترط في ذلك عدم سقوط الدعوى بمضى الزمن .

م ٢٠٥/٢٦٩ : القواعد المقررة لتلك بمضى المدة من حيث أسباب انقضاءها أو إيقاف سريانها تنفع أيضاً في التخلص من الدين بمضى المدة .

(ويلاحظ على هذه النصوص ما يأتي : ١ - المقصود بالتنبيه بالرد تنبيهاً رسمياً مستوفياً للشروط اللازمة هو التنبيه : un commandement régulier en la forme . ٢ - أغفل التقنين السابق ذكر الحجز ، والطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تغليب أو في توزيع ، وأي عمل يقوم به الدائن لتسلك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى . ولكن هذا كله كان معمولاً به في عهد التقنين السابق ، تطبيقاً للقواعد العامة . ٣ - لم يذكر التقنين السابق ضمن أسباب قطع التقادم إقرار المدين بحق الدائن ، ولكن هذا الحكم أيضاً كان معمولاً به دون نص في عهد التقنين السابق . وقد استوفى التقنين الجديد هذا النقص) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٠ - ٣٨١ (مطابقة للمادتين ٣٨٢ - ٣٨٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٧٠ - ٣٧١ (مطابقتان للمادتين ٣٨٢ - ٣٨٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣٧ : ١ - تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة عن غلط متفر . فإن طالب الدائن غريمه في المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة ، فإنها تسمع بعدها . ٢ - وكالمطالبة القضائية التي = (م ٦٩ - الوسيط)

ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن الأسباب التي تقطع التقادم إما أن تكون صادرة من الدائن وذلك بالمطالبة القضائية أو بما يقوم مقامها (١) ، وإما أن تكون صادرة من المدين وذلك باقراره بحق الدائن .

§ ١ - الأسباب الصادرة من الدائن

٦٢٩ - المطالبة القضائية : ينقطع التقادم بمطالبة الدائن المدين بحقه بمطالبة قضائية (demande judiciaire) أى باقامة دعوى بحقه (citation en justice) . فلا بد إذن أن يصل الدائن ، حتى يقطع التقادم ، إلى حد المطالبة القضائية .

= يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو توزيع ، وبرجه عام أى عمل يقوم به الدائن لتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى .

م ٤٣٨ : ١ - تنقطع أيضاً المدة المقررة لعدم صانع الدعوى إذا أقر المدين بحق الدائن صراحة أو دلالة ، ما لم يوجد نص بخلاف ذلك . ٢ - ويعتبر المدين قد أقر دلالة بحق الدائن إذا هو ترك تحت يده مالا مرهوناً بالمدين رهن حيازة .

(والقنين العراقي يتفق في أحكامه مع التقنين المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدنى العراقى فقرة ٣٩٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٥٧ : ينقطع حكم مرور الزمن : ١ - بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية ذات تاريخ صحيح من شأنها أن تحمل المديون في حالة التأخر عن تنفيذ المرجب ، ولوقدمت لمحكمة لاصلاحية لها أو حكم بفسادها شكلا . ٢ - بطلب قبول الدائن في تفليسة المدين . ٣ - بحمل احتياطي يتناول أملاك المديون أو بعريضة ترمى إلى نيل الإذن في إجراء عمل من هذا النوع .

م ٣٥٨ : ينقطع مرور الزمن باعتراف المديون بحق الدائن .
(وتختلف أحكام التقنين اللبناني عن أحكام التقنين المصرى فيما يأتى : ١ - يكتفى التقنين اللبناني بمجرد الإنذار ذى التاريخ الصحيح لقطع التقادم . ٢ - ويكتفى أيضاً بعمل احتياطي يتناول أملاك المدين أو بعريضة ترمى إلى نيل الإذن في إجراء عمل من هذا النوع . ٣ - لا تفقد المطالبة القضائية في التقنين اللبناني أثرها في قطع التقادم ولو حكم بفسادها شكلا ، وفي مصر تفقد هذا الأثر . أما المطالبة القضائية المقدمة لمحكمة غير مختصة فتقطع التقادم في كلا التقنينين . هذا ولم يذكر التقنين اللبناني من أسباب قطع التقادم النيبه والحجز والتقدم في توزيع وأى عمل يقوم به الدائن لتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى ، ولكن لا شك في أن كل هذه الأعمال تقطع التقادم في لبنان ما دام مجرد الإنذار ذى التاريخ الصحيح يكتفى لقطعه) .
(١) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٢٤ رقم ٢٦ ص ٣١ .

فلا تكنى المطالبة الودية ، ولو بكتاب مسجل (١) .

بل ولا يكنى الإنذار الرسمي على يد محضر (٢) (sommation) . وقد كانت لجنة المراجعة أضافت نصاً يجعل الإنذار الرسمي كافياً لقطع التقادم ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذا النص ، لأن ما يقطع التقادم يجب أن يكون التنفيذ أو مقدماته وليس الإنذار ، ولكي تكون أسباب قطع التقادم أكثر دلالة على رغبة صاحب الحق في اقتضائه ونحفزه لذلك ، فلا يكنى مجرد إرسال إنذار رسمي من حين إلى آخر (٣) .

ولا يكنى لقطع التقادم مجرد اتخاذ إجراءات تحفظية ، كطلب وضع الأختام ، وكوضعها بالفعل ، وكفقد الرهن ، وكتجديد القيد (٤) .

كذلك لا يكنى لقطع التقادم المطالبة القضائية أمام قاضي الأمور المستعجلة ، فإن الذى يطلبه الدائن من المدين أمام قاضي الأمور المستعجلة إنما هي إجراءات

(١) استئناف مخطط ١١ مايو سنة ١٨٩٧ - ٩٠ ص ٣٣٥ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥٧ - ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٣ .

(٢) قارن استئناف مخطط ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٦ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٤ - وانظر تاريخ نص المادة ٣٨٢ مدى آنذاً
فقرة ٦٢٨ في الغامش - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « وليس يكنى مجرد الإنذار لترتيب هذا الأثر ، ولو تولى إعلانه أحد المحصرين . وقد اكتفى المشروع بمنع الإبطال في قطع التقادم بكل ما يصلح وسيلة لإعذار المدين : المادة ٢٤٣ ، وهو هذا يجتزى بالكتابة أي كانت صورتها . بيد أن مثل هذا الحكم يكاد يحمل تقادم الديون مستحيلاً »
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٢) . ويقال في تقرير عدم الاكتفاء بالإنذار الرسمي لقطع التقادم إن من وجه إليه هذا الإنذار ليس مضطراً بل الرد عليه ، فقد يعتقد أنه غير جدى ما دام صاحبه لم يفرغه في صورة مطالبة قضائية من شأنها أن تجبر المدعى عليه على رفع الدعوى ، وقد يعتقد أن صاحب الإنذار بعد أن كتب عن المطالبة عن طريق رفع الدعوى قد عدل عن ادعائه بعد أن تبين أنه غير محق في طلبه (انظر بودرى ونيسيه ، فقرة ٤٧٨) - وانظر : نقص مدى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص ٤٢٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ لمحكمة ٢٠ رقم ٢٩٩ ص ٧١٢ .

وكلا لا يكنى الإنذار الرسمي في قطع التقادم ، كذلك لا يكنى البروتستو لأنه ليس إلا إنذاراً من نوع خاص (السيدة ٢٨ يناير سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٨) .

(٤) أما حجز ما للمدين لدى الغير فيقطع التقادم ، لأنه حجز لا مجرد إجراء تحفظي ، وخرى أن الحجز يقطع التقادم ولو كان حجزاً تحفظياً .

وقتية عاجلة لا تمس موضوع الحق ، فلا تمس المطالبة القضائية بها تقادم الحق نفسه . ويترتب على ذلك أن دعوى إثبات الحالة لا تقطع التقادم بالنسبة إلى موضوع الحق (١) .

ولا يكفي أيضاً لقطع التقادم طلب المعافاة من الرسوم القضائية ، ولو انتهى الأمر إلى قبول الطلب ، فإن هذا لا يعتبر مطالبة قضائية بالحق ذاته (٢) .

كذلك لا يكفي لقطع التقادم التظلم المرفوع إلى سلطة إدارية ، فإن هذا التظلم لا يعتبر مطالبة قضائية (٣) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٣ - بودرى وتيسيه فقرة ٤٩٤ - وإذا تضمنت المطالبة القضائية أمام القضاء المستعجل ، عن خطأ ، طلبات فى موضوع الحق ، أمكن اعتبار المطالبة القضائية فى هذه الحالة مطالبة بموضوع الحق مرفوعة أمام محكمة غير مختصة ، فتقطع التقادم . وقد يكون من المعقول أن تقطع المطالبة القضائية أمام القضاء المستعجل سريان التقادم إذا تلاها فى خلال مدة معينة مطالبة قضائية بالحق أمام محكمة الموضوع ، ولكن هذا الحكم لا يمكن العمل به إلا بموجب نص تشريعى ، وهذا النص غير موجود (بودرى وتيسيه فقرة ٤٩٥) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٣ - فقص مدق ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٧ ص ١٠ - استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحامة ١٢ رقم ٤٩٠ ص ٩٨٣ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحامة ١٤ رقم ٢١٨ ص ٤١٨ - ١٣ مايو سنة ١٩٣٤ المحامة ١٥ رقم ١١٦ ص ٢٣٨ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحامة ٢٠ رقم ٢٩٩ ص ٧٧٢ .

(٣) استئناف مخطط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٣ - بودرى وتيسيه فقرة ٤٧٩ - ولكن المطالبة أمام لجنة إدارية ذات اختصاص قضائى تقطع التقادم . وقد قضت لجنة طعن الضرائب بالقاهرة بأن المشرع لم يقصد بالمطالبة القضائية معناها الحرفى المتعارف عليه ، وإنما قصد كل إجراء قانونى يتضمن إظهار نية الدائن فى تمسكه بحقه ضد من يبرى التقادم فى مصلحته . وليست المطالبة القضائية مقصورة على التكليف بالحضور أمام محكمة تتألف من قضاة بالمعنى الذى قصده قانون استقلال القضاء ، بل يجب أن تمتد إلى المطالبة التى يتضمنها كل تكليف بالحضور أمام أية هيئة عهد إليها المشرع بنظر خلاف معين ومن اختصاصها إصدار قرار أو حكم ملزم يمكن التنفيذ بمقتضاه ، تمشياً مع ما تطورت إليه النظم الاجتماعية والاقتصادية واستحدثت من القوانين الحالية . وإنه بناء على ذلك تكون إحالة الموضوع إلى لجنة الطعن بناء على طلب الطاعن قاطماً للتقادم ، لأن هذه الإحالة تتضمن لا محالة تمسكاً من جانب المصلحة بحقوقها ، ومعلوم أن التمسك بالحق قاطع للتقادم (أول أبريل سنة ١٩٥٢ المحامة ٣٣ رقم ٣٩٧ ص ٩٢٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن لجان التقدير القديمة هى هيئات مختصة فى مسائل الضرائب ، -

ولا يكتفى لقطع التقادم بإداع شروط البيع دون إعلانها للمدين (١).

وإذا حول الدائن حقه إلى محال له ، فإن إعلان المدين بالحوالة ، سواء صدر من المحيل أو من المحال له ، لا يقطع التقادم (٢) :

فالواجب إذن ، لقطع التقادم ، أن يطالب الدائن المدين بمطالبة قضائية بالحق الذي له في ذمته (٣) . وتصدر المطالبة القضائية - صحيفة الدعوى - من الدائن ، أو من نائبه كوكيل أو ولى أو وصى أو قيم أو فضولى أو دائن للدائن يستعمل حقوق مدينه (٤) . ولما كان قطع التقادم لا يقتضى أهلية التقاضى ،

= وكل إليها المشرع دون غيرها أمر إجراء التقدير لأرباح الشركات غير المساهمة والأفراد ، وأن ولايتها في ذلك ولاية أصيلة ، وأن رفع الأمر إليها يعتبر مطالبة قضائية تقطع التقادم طبقاً للمادة ٢٨٣ مدنى ، ولأن الخطاب الموصى عليه يعلم الوصول الذى بمقتضاه تحيل مصلحة الضرائب الممول على لجنة التقدير تكون له قوة الإعلان الذى يتم بالطرق القانونية العادية . ويقطع التقادم ان كان لم يكتشل بعد (٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٧ ص ٣١) . وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٤٧ - ٣٤٨ . وانظر المادة ٢٢٠ من التقنين المدنى الألمانى .

(١) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٦ . ولا يقطع التقادم تحصر تحديد يوم البيع (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر ١٩٤٨ م ٦١ ص ٤٢) .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٤٨٠ .

هذا ولا يوجد ما يمنع من أن يتفق الدائن مع المدين على أن التقادم ينقطع بمجرد إنذار رسمى أو غير رسمى ، أو بأى عمل من الأعمال التى قدما أنها لا تقطع التقادم ، ويكون الاتفاق صحيحاً فينقطع التقادم بالعمل الذى اتفقا على أن يكون له هذا الأثر (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٨) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٢ - ويرامى أن المطالبة القضائية تشمل الدعوى والدفع على حد سواء (انظر المادة ١٣٥ / ٢ من تقنين الالتزامات السويسرى) .

ولا يؤثر في قطع التقادم أن الدعوى لم تقيد في الجنول ، لأن كل ما يترتب على عدم تقييدها إنها لا تنظر في الجلسة المحددة ، وللمدعى أن يعيد إعلانها (بنى سريف ٢٥ يولييه سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١١٣ ص ٢٥١) . والمطالبة القضائية تقطع التقادم وان لم تعقبها إجراءات (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٩) .

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٤٨٢ - أما إذا كان من رفع الدعوى هو المدين نفسه ، وقد رفعها على الدائن يطلب الحكم ببرائة ذمته من الدين أو بطلانه أو بانتقائه بأى سبب ولو -

بل تكفى فيه أهلية مباشرة الإجراءات التحفظية ، لذلك يجوز للقاصر ولمن تتوافر فيه أهلية الإدارة أن يقوم بالمطالبة القضائية التى تقطع التقادم (١) . وتوجه المطالبة القضائية إلى المدين الذى ينتفع بالتقادم ، أو إلى من ينوب عنه ، فلو وجهت المطالبة إلى مستأجر عنده ليست له صفة فى تمثيله فإنها لا تقطع التقادم (٢) .

٣ بالتقادم ، ورفضت هذه الدعوى ، فإنها لا تقطع التقادم (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦١ ص ٧٧٤ - ص ٧٧٥ - وانظر عكس ذلك تعليق لاييه على حكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٣ يناير سنة ١٨٧٩ سيرييه ٧٩ - ١ - ٤٤١ - ويميز بودرى وتيسيه فقرة ٥٠٩ بين ما إذا كان الحكم برفض دعوى المدين صدر فى غيبة الدائن ودون إبداء دفاع منه فلا يقطع التقادم أو صدر فى حضور الدائن وبعد أن أبدى دفاعه فيكون مؤيداً لحقه وقاطعاً للتقادم) . وقد قضت محكمة النقض بأن المدين إذا رفع دعوى ببراءة ذمتهم من الدين ، فإن ذلك لا يعتبر منه اعترافاً بالدين ، ولا ينقطع التقادم (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٤ ص ٤٢٨) . وقضت أيضاً بأن رفع الدعوى من المدين ببراءة ذمتهم من الدين لانقضائه بالتقادم ينافى اعتباره معترفاً بالدين اعترافاً يقطع مدة التقادم التى لم تكن قد تكاملت : كما أن تمسك الدائن بدينه فى تلك الدعوى ليس هو التنبيه الرسمى المنصوص عليه فى المادة ٨٢ من القانون المدنى (القديم) ، وهو لا يغنى عن التنبيه ولا عن التنفيذ ، لأنهما هما وحدهما اللذان يصلحان لقطع سريان التقادم (نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤ ص ٥٠) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن الدعوى التى يرفعها المدين ضد الدائن بسقوط الدين أو بطلانه لا تقطع التقادم (١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٣٧) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدعوى التى يرفعها المدين على الدائن بأن الدين انتضى بالتقادم لا تقطع التقادم حتى لو كان وقت رفع الدعوى لم يتكامل (٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤ - وقارن ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٨ - ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٧) . وقضت أيضاً بأن الكتاب الذى يرسله أمين النقل إلى صاحب البضاعة يحظره فيه أن بضاعته أرسلت إلى غير جهتها ، وأنه أعطى تعليمات لإرسالها إلى الجهة الصحيحة ، ليس من شأنه أن يقطع التقادم أو أن يغير من مبدأ سريانه (١٠ يونيه سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٨٥) .

(١) فتصح المطالبة القضائية من حيث أثرها فى قطع التقادم . لكن يجب للاستمرار فى التقاضى من التوفر على أهلية التقاضى ، ومن ثم يجب أن يتدخل فى الدعوى ولي القاصر لتصحيح الإجراءات ولاستبقائها قائمة . ويجوز لمن له حق إدارة الشركة أن يرفع الدعوى ، قبل الحصول على الإذن الواجب من مجلس الإدارة ، فيقطع التقادم ، ثم يحصل بعد ذلك على الإذن الواجب للاستمرار فى الدعوى وتصحيح الإجراءات (بودرى وتيسيه فقرة ٤٨٤) .

(٢) لوزان ٣٢ فقرة ٩١ - بودرى وتيسيه فقرة ٤٨٣ - ولا يعتبر البائع مثلاً للمشتري فى الدعاوى اللاحقة للتاريخ الثابت لعقد البيع (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ -

وقد جاء في صدر المادة ٣٨٣ مدني أنه « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة ». فإذا أخطأ الدائن ورفع الدعوى على المدين أمام محكمة غير مختصة ، فإن المطالبة القضائية تقطع التقادم بالرغم من عدم اختصاص المحكمة (١) ، وذلك لسببين : (الأول) أن القواعد التي يقوم عليها اختصاص المحاكم قد تكون معقدة في بعض الأحوال ، فيلتبس الأمر على الدائن ويرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة عن خطأ مغتفر . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن النص الآتى : « حتى لو رفعت الدعوى عن غلط مغتفر إلى محكمة غير مختصة ». ولكن لجنة المراجعة حذفت عبارة « عن غلط غير مغتفر (٢) » ، فلم يصبح من الضروري أن يثبت الدائن لقطع التقادم أن رفعه الدعوى أمام محكمة غير مختصة كان عن خطأ مغتفر . بل إن مجرد رفع الدعوى ولو أمام محكمة غير مختصة يكفي لقطع التقادم ، ويفرض القانون أن الدائن لم يرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا عن خطأ مغتفر ، إذ لا مصلحة له في تكبد المصروفات وإضاعة الوقت في رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا إذا كان قد وقع في هذا الخطأ . و (السبب الثانى) أن الدائن ، وقد رفع الدعوى على المدين يطالبه بحقه ، قد أظهر بذلك نيته المحققة في أنه يريد تقاضى هذا الحق ، ويستوى في ظهور هذه النية أن تكون الدعوى مرفوعة أمام محكمة مختصة أو أمام محكمة غير مختصة ، وهذه النية من جانب الدائن هى الأصل في قطع التقادم (٣) . ويستوى أن تكون المحكمة غير مختصة اختصاصاً محلياً

= رقم ٤٧ ص ٩٩) . وتوجه الدعوى في الوقت إلى ناظره ، وفي التركة إلى أحد الورثة . وقد قضت محكمة النقض بأن دائن الوقف إذا رفع الدعوى ضد ناظر الوقف قطع التقادم (نقض مدني ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٧ ص ٧٣٩) . وقضت محكمة سوهاج بأن مطالبة أحد الورثة بدين على التركة بقطع التقادم بالنسبة إلى جميع الورثة (١٠ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٢٩) .

(١) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٣٠ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٣ - وانظر تاريخ نص المادة ٣٨٣ مدني آنفاً
فقرة ٦٢٨ في الهامش .

(٣) استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٣ - ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٩٤ - بودرى ونيسيه فقرة ٤٩٦ .

أو غير مختصة اختصاصاً نوعياً ، ففي الحالتين ينقطع التقادم (١) : وبظل منقطعاً طوال المدة التي تستغرقها الدعوى المقامة ، ثم يسرى من يوم صدور الحكم النهائي بعدم الاختصاص تقادم جديد له صفات التقادم الذي قطع ومدته ويكون خاضعاً لنفس القواعد التي تسرى عليه (٢) .

وتنص المادة ٢٢٤٧ من التقنين المدني الفرنسي على أنه : « إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لغيب في الشكل ، أو ترك المدعى الخصومة ، أو جعلها تسقط بمضي المدة ، أو رفضت دعواه ، فإن انقطاع التقادم يعتبر كأن لم يكن (٣) » . وليس في التقنين المدني المصري مقابل لهذا النص ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بأحكامه في مصر (٤) .

فصحيفة الدعوى ، أي المطالبة القضائية ، إذا كانت باطلة لغيب في

(١) ويبدو أن رفع الدعوى إلى محكمة لا ولاية لها (défaut de juridiction) يقطع التقادم لنفس السببين اللذين تمنّاهما في رفع الدعوى إلى محكمة لا اختصاص لها ، فمسائل الولاية أشد تمقيداً في بعض الأحوال من مسائل الاختصاص ، ونية الدائن في المطالبة بالدين محققة (قارب نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥) . لكن إذا كان عدم ولاية المحكمة أو عدم اختصاصها من الرضوح بحيث لا يكون هناك أي محل للبس ، فالظاهر أن التقادم لا ينقطع . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رفع الدعوى ابتداءً إلى محكمة الاستئناف لا يقطع التقادم (١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤٤) .

(٢) نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٨ ص ١٣ - ونقض المادة ٢١٢ من التقنين المدني الألماني بأن التقادم لا ينقطع بالمطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة إلا إذا رفع الدائن الدعوى أمام المحكمة المختصة في خلال ستة أشهر من يوم صدور الحكم بعدم الاختصاص ، أو من يوم سحب القضية من المحكمة غير المختصة .

(٣) وهذا هو النص في أصله الفرنسي : Art. 2247 : Si l'assignation est nulle pour défaut de forme, si le demandeur se désiste de sa demande, s'il laisse périmer l'instance, ou si sa demande, est rejetée, l'interruption est regardée comme non avenue.

(٤) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٣ - ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٩ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٧ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٣ - ٢٢ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٥٠ - ١٨٠ - أما سقوط الحكم النهائي فلا يترتب عليه لوال أثر انقطاع المدة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٣) .

الشكل ، فليس لها وجود قانوني ، ولا يترتب عليها أى أثر ، ومن ثم لا تقطع التقادم (١) .

كذلك إذا كان الدائن ، بعد أن رفع الدعوى على المدين فقطع التقادم ، ترك الخصومة « باعلان منه للمدين على يد محضر ، أو بتقرير منه في قلم الكتاب ، أو ببيان صريح في مذكرة موقع عليها منه أو من وكيله مع اطلاع خصمه عليها ، أو بإبدائه شفويّاً بالجلسة وإثباته في المحضر » (م ٣٠٨ مرافعات) ، مع ملاحظة وجوب قبول المدين لترك الدائن للخصومة إذا كان المدين قد أبدى طلباته في الدعوى قبل صدور الترك من الدائن (م ٣٠٩ مرافعات) (٢) . فانه « يترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك صحيفة الدعوى ، والحكم على التارك بالمصاريف . ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى ، (م ٣١٠ مرافعات) . ويخلص من ذلك أنه إذا ترك الدائن الخصومة على النحو الذى قدمناه ، ترتب على هذا الترك إلغاء صحيفة الدعوى وإلغاء ما ترتب عليها من آثار ، ومن ذلك انقطاع التقادم ، فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن . ويعتبر التقادم ، الذى كان قد بدأ سريانه ، مستمراً أبداً فى السريان . فاذا

(١) استئناف مخطوط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ - ١٦ ص ١٠٥ - ٢٦ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٩ - ومع ذلك قارن ١٢ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٠٥ - وينتقد الفقه الفرنسى التاراض ما بين الحكم القاسى بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة تقطع التقادم والحكم القاضى بأن المطالبة القضائية الباطلة شكلاً لا تقطع التقادم . مع أن البطلان فى الحالة الأول يرجع إلى الدائن وفى الحالة الأخرى قد يرجع إلى المحضر (ماركاويه م ٢٢٤٢ فترة ٣ - لوران ٣٢ فترة ٩٧ - جيللوار فترة ٢٠٩ - وانظر المادة ٣٥٧ من تشين الموجبات والمعقود اللبناني آنفاً فترة ٢٢٨ فى الهامش) . ويدافع بودرى وتيسيه عن هذه التفرقة بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة لا تمنع إطلاقاً من ظهور نية الدائن المحققة فى تقاضيه لحقه كاسبق القول ، أما المطالبة القضائية الباطلة شكلاً فكثيراً ما يرجع بطلانها إلى غرض هذه النية أو إلى عدم جديتها ، فوجب الرجوع فى شأنها إلى الأصل وهو اندامها وعدم جواز ترتيب أى أثر عليها (بودرى وتيسيه فترة ٤٩٨ ص ٣٧٦) .

(٢) وتمضى المادة ٣٠٩ مرافعات فنقول : « ومع ذلك لا يلتفت لاعتراضه (أى اعتراض المدين) على الترك ، إذا كان قد دفع بعدم اختصاص المحكمة ، أو بإحالة القضية إلى محكمة أخرى ، أو بطلان صحيفة الدعوى ، أو طلب غير ذلك مما يكون المقصد منه منع المحكمة من المضى فى سماع الدعوى » .

كان التقادم وقت ترك الخصومة قد اكتمل ، فان الحق يسقط بالتقادم . أما إذا كان التقادم لم يكتمل ، فان ترك الخصومة لا يمس الحق المرفوعة به الدعوى ، ولكن التقادم يستمر في سريانه إلى أن يكتمل فيسقط الحق ، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبتدىء تقادم جديد (١) . على أن ترك الخصومة ، إذا كان سببه رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، لا يكون من شأنه أن يلغى الأثر الذي ترتب على صحيفة الدعوى من قطع التقادم ، فقد تقدم القول بأن المطالبة القضائية تقطع التقادم ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة (٢) .

وإذا قضى بسقوط الخصومة لانقضاء سنة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضى دون أن يسار في الدعوى بفعل الدائن أو امتناعه ، وذلك وفقاً للمواد ٣٠١ - ٣٠٣ من تقنين المرافعات ؛ فان الحكم بسقوط الخصومة - كما تقول المادة ٣٠٤ من تقنين المرافعات - « يترتب عليه سقوط الأحكام الصادرة فيها بإجراء الإثبات وإلغاء جميع إجراءات الخصومة ، بما في ذلك صحيفة الدعوى ، ولكنه لا يسقط الحق في أصل الدعوى ، ولا في الأحكام القطعية الصادرة فيها ولو كانت غيائية ، ولا في الإجراءات السابقة لتلك الأحكام أو الإقرارات الصادرة من الخصوم أو الأيمان التي حلفوها » . وبمخلص من هذا النص أن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما ترتب عليها من الآثار ، ومن ذلك قطع التقادم . فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية . فان كان قد اكتمل وقت الحكم بسقوط الخصومة ، سقط الحق . وإن كان لم يكتمل ، فان الحكم بسقوط الخصومة لا يسقط الحق نفسه ، ولكن التقادم يستمر في سريانه إلى أن يكتمل فيسقط الحق ، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبتدىء تقادم جديد (٣) .

(١) وفي التتئين المدنى الألمانى (م ٢١٢) ، إذا ترك الدائن الخصومة ، لم يعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن إلا إذا لم يرفع الدائن دعوى جديدة فى خلال ستة أشهر .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٥٠٢ .

(٣) وتنص المادة ١/٣٠٥ مرافعات على أنه « متى حكم بسقوط الخصومة فى الاستئناف ، اعتبر الحكم المستأنف انتهائياً فى جميع الأحوال » . فإذا كان الحكم الابتدائى الذى أصبح انتهائياً قد قضى برفض طلب الدائن ، فإن انقطاع التقادم الذى كان قد ترتب على صحيفة دعواه الابتدائية يعتبر كأن لم يكن . فلو أن رفض الدعوى الابتدائية كان راجعاً إلى سبب لا يتصل -

فاذا وقف السير في الدعوى أكثر من سنة ولم يطلب ذور المصلحة من الخصوم الحكم بسقوط الخصومة ، انقضت الخصومة في جميع الأحوال بمضى خمس سنوات على آخر إجراء صحيح فيها (٣٠٧ مرافعات) . وانقضاء الخصومة يقع بحكم القانون ، بمجرد انقضاء الخمس السنوات ، دون حاجة إلى صدور حكم بذلك . ومنى انقضت الخصومة على هذا النحو ، فقد ألغيت جميع إجراءاتها ، وألغيت صحيفة الدعوى وما ترتب عليها من الآثار ، ويدخل في ذلك انقطاع التقادم . فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية (١) . فان كان قد اكتمل وقت انقضاء الخصومة ، فقد سقط الحق . وإن كان لم يكتمل ، بقي الحق قائماً إلى أن تكتمل المدة فيسقط ، أو إلى أن ينقطع التقادم بعمل آخر فيبتدىء تقادم جديد .

بقي الفرض الأخير ، وهو زوال انقطاع التقادم برفض الدعوى . وقد يقال ما دام الدائن قد رفضت دعواه ، فهو لا يستطيع رفعها من جديد ، وإلا دفعها المدين ، لا باكتمال التقادم بعد أن زال ما أصابه من انقطاع ، ولكن بقوة الأمر المقضى . فلا حاجة إذن إلى البحث في زوال انقطاع التقادم ، واحتمال تكامله بعد هذا الزوال . ولكن الفقه الفرنسي يجيب على ذلك بأن هناك أحوالاً يفيد فيها القول بأن التقادم قد زال انقطاعه ، وأنه مستمر في سريانه منذ البداية . ويتحقق ذلك في الفرضين الآتين : (١) قد يرفع الدائن الدعوى على المدين فيقطع التقادم ، ثم ترفض دعواه لسبب لا يرجع إلى موضوع الحق . فقد ترفض دعواه مثلاً بالحالة التي هي عليها ، فيستطيع رفعها من جديد بعد أن يستوفي الشروط التي كانت غير متوافرة . فاذا رفعت الدعوى الجديدة ، لم يستطع المدين أن يدفعها بقوة الأمر المقضى ، ولكن له أن يدفعها بالتقادم إذا كان قد تكامل . ولا يستطيع الدائن أن يعترض على ذلك بأن التقادم قد

= موضوع الحق ، وجاز رفع الدعوى من جديد ، أمكن المدين أن يحتج بالتقادم إذا كان قد تكامل . ولا يعترض عليه الدائن بأن التقادم قد انقطع بصحيفة الدعوى الأولى ، فقد زال أثر الانقطاع برفض الدعوى .

(١) استئناف مخطوط ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٢٣ ، ص ١٤٧ (وانقضاء الخصومة في تقنين المرافعات السابق كان يقع بانقضاء خمس عشرة سنة) .

انقطع برفع الدعوى الأولى ، فان الدعوى الأولى بعد أن رفضت قد زال أثرها في قطع التقادم (١) . (٢) قد يرفع أحد الدائنين المتضامنين الدعوى على المدين ، فيقطع التقادم ويفيد من ذلك سائر الدائنين المتضامنين (٢) . ثم ترفض الدعوى ، فلا يضار برفعها سائر الدائنين المتضامنين (٣) . فاذا رفع أحد هؤلاء الدعوى على المدين ، لم يستطع هذا أن يدفع الدعوى بقوة الأمر المقضى . وإنما يستطيع أن يدفعها بتقادم الحق ، إذا كانت مدة التقادم قد اكتملت . ولا يستطيع الدائن الذى رفع الدعوى الجديدة أن يعترض بأن التقادم قد انقطع برفع الدعوى الأولى ، فقد زال هذا الانقطاع برفض هذه الدعوى (٤) .

٦٣٠ - التنبيه : ويلجأ الدائن إلى قطع التقادم عن طريق المطالبة القضائية ، إذا لم يكن بيده سند واجب التنفيذ . أما إذا كان بيده هذا السند - حكم أو سند رسمى - فانه لا يرفع دعوى على المدين ، بل يبادر إلى التنفيذ على ماله بموجب السند الذى بيده . ويسبق إجراءات التنفيذ تنبيه (commandement) نص عليه تقنين المرافعات ، فهذا التنبيه يقطع التقادم (٥) ، وأثره فى ذلك هو نفس الأثر الذى يترتب على رفع الدعوى (٦) .

ويجب أن يكون التنبيه صحيحاً حتى يقطع التقادم . كذلك يجب أن يكون صحيحاً السند الواجب التنفيذ الذى يستند إليه التنبيه . ويعقب التنبيه عادة التنفيذ ، ويكون بطريق الحجز على أموال المدين .

-
- (١) بودرى وتيسيه فقرة ٥٠٥ .
(٢) ذلك أن الدائن المتضامن الذى قطع التقادم يتبر نائباً عنهم فيما يفيدهم ، فيعتبر التقادم قد انقطع لمصلحتهم هم أيضاً (انظر آنفاً فقرة ١٤٤)
(٣) ذلك أن الدائن المتضامن لا يبر نائباً عنهم فيما يضرهم ، فلا يتمدى إليهم أثر الحكم برفض الدعوى (انظر آنفاً فقرة ١٤٥) .
(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٥٠٤ .
(٥) استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٤ - ٢٥ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ١١ - ٨ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٤ .
(٦) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٢ .

ولكن لا يشترط ، حتى يقطع التنبيه التقادم ، أن يعقبه الحجز (١) . وإذا ما أعقبه فعلا ، فلا يشترط أن يكون الحجز صحيحاً فقد يعقب التنبيه حجز باطل ، أو لا يعقبه حجز ما ، ومع ذلك يبقى حافظاً لأثره من قطع التقادم . ولكن يسرى في هذه الحالة تقادم جديد ، إذا اكتملت مدته قبل أن ينقطع تقادم القديم (٢) .

ويقوم مقام التنبيه في قطع التقادم الإنذار الذي يوجهه الدائن المرتهن لحائز العقار المرهون بالدفع أو التخلية (م ٦٢٦ مرافعات) ، فهو من مقدمات التنفيذ ، والسند الذي يجرى التنفيذ بموجبه هو عقد الرهن الرسمي .

وإذا أراد الحائز تطهير العقار المرهون ، جاز للدائن المرتهن أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره (م ١٠٦٧ مدني) ، ويكون الطلب باعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق . فهذا الاعلان يقوم هو أيضاً مقام التنبيه في قطع التقادم بالنسبة إلى دعوى الرهن .

٦٣١ - الحجز وتقضى المادة ٣٨٣ مدني ، كما رأينا ، بأن التقادم

ينقطع أيضاً بالحجز (saisie) . فالحجز إذن يقطع التقادم ، سواء كان حجزاً تنفيذياً أو حجزاً تحفظياً . غير أن الحجز التنفيذي يسببه تنبيه هو أيضاً يقطع التقادم ، أما الحجز التحفظي فلا يسبقه هذا التنبيه ، ومن ثم لا ينقطع التقادم إلا من وقت توقيع الحجز التحفظي بالذات .

ففي التنفيذ على العقار ، يبدأ التنفيذ بالتنبيه ، والتنبيه يقطع التقادم كما رأينا . ثم يسجل التنبيه في خلال ميعاد معين وإلا اعتبر كأن لم يكن (م ٦١٣ مرافعات) ، رفقد أثره في قطع التقادم . ويرتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً (م ٦١٥ مرافعات) ، فيعود التسجيل وهو بمثابة حجز إلى قطع التقادم مرة أخرى . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٦١٥ مرافعات على أن

(١) استئناف مخطط ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥٠ - ٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٢٧

ص ١٤٣ .

(٢) استئناف مخطط ٢٣ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٥١ .

« يسقط هذا التسجيل ويحصل شطبه بمجرد طلبه بعريضة تقدم إلى مكتب الشهر ، إذا لم يعقبه خلال المائتين والأربعين يوماً التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الإخبار بإيداع قائمة شروط البيع أو صدور أمر قاضى البيوع بمد هذا الميعاد » . فإذا شطب التسجيل على هذا النحو ، زال أثره فى قطع التقادم . ثم إن سقوط التسجيل يجعل التنبيه نفسه كأن لم يكن (١) فيزول كذلك أثر التنبيه فى قطع التقادم . ومن ثم لا يعتبر التقادم قد انقطع لا بالحجز ولا بالتنبيه ، ويبقى مستمراً فى سريانه منذ البداية (٢) .

وفى الحجز التنفيذى على المنقول ، يسبق الحجز تنبيه (م ٤٩٨ مرافعات) ينقطع به التقادم . ثم يوقع الحجز ، فينقطع به التقادم مرة أخرى . وتنص المادة ٥١٩ مرافعات على أن « يعتبر الحجز كأن لم يكن إذا لم يتم البيع خلال ستة أشهر من تاريخ توقيعه ، إلا إذا كان البيع قد وقف باتفاق الخصوم أو بحكم المحكمة أو بمقتضى القانون . ومع ذلك لا يجوز الاتفاق على تأجيل البيع لمدة تزيد على ستة شهور من تاريخ الاتفاق » . فإذا اعتبر الحجز كأن لم يكن على هذا النحو ، زال أثره فى قطع التقادم . ولكن يبقى مع ذلك أثر التنبيه الذى

(١) وذلك إذا كان التسجيل قد شطب فى وقت لا يتمكن معه الدائن من إعادته فى الميعاد القانونى ، أى إذا كان التسجيل قد شطب بعد انقضاء ستين يوماً على إعلان التنبيه (م ٦١٣ مرافعات) .

(٢) وقد نصت المادة ٦٣٢ مرافعات على أنه « يجب على قلم الكتاب خلال خمسة عشر يوماً التالية لإيداع قائمة شروط البيع أن يخبر به المدين والحائز والدائنين الذين سجلوا تنبياتهم والدائنين أصحاب الرهون الحيازية والرسمية وحقوق الاختصاص والامتياز الذين قيدت حقوقهم قبل تسجيل التنبيه ... » . ثم تنص المادة ٦٣٦ مرافعات على أن « يحظر المحضر الذى قام بإعلان ورقة الإخبار بإيداع قائمة شروط البيع مكتب الشهر بحصول ذلك خلال ثمانية الأيام التالية . ويوقع الموظف المختص على أصل الإعلان بما يفيد علمه بحصوله ، ويؤشر بذلك على هامش تسجيل التنبيه » . وتنص المادة ٦٣٧ على أن « جميع الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه وجميع الدائنين الذين سجلوا تنبياتهم يصبحون ، من تاريخ التأشير بحصول الإعلان المشار إليه فى المادة السابقة ، طرفاً فى الإجراءات . ولا يجوز بعد ذلك شطب التسجيلات والتأشيرات المتعلقة بالإجراءات إلا برضا هؤلاء الدائنين جميعاً أو بمقتضى أحكام نهائية عليهم » .

ويخلص من هذه النصوص أن الدائنين المقيدين على المقار يصبحون طرفاً فى الإجراءات من وقت معين ، ومن ذلك الوقت ينقطع التقادم السارى لهم بالنسبة إلى حقوقهم (انظر فى هذا المعنى بودرى وتيسيه فقرة ٥٢٣) .

سبق الحجز في قطع التقادم ، ويعتبر التقادم الجديد سارياً من وقت هذا التنبيه ، وكان قبل إلغاء الحجز منقطعاً بسبب هذا الحجز (١) .

وفي حجز ما للمدين لدى الغير ، إذا كان الحجز تحفظياً ، ينقطع التقادم بتوقيع الحجز تحت يد مدين المدين (م ٥٤٧ مرافعات) . ولا يسبق هذا الحجز تنبيه ينقطع به التقادم قبل ذلك كما رأينا في الحجز التنفيذي ، لأن الدائن يوقع الحجز بمقتضى أمر من قاضي الأمور الوقفية أو بموجب حكم غير واجب النفاذ (م ٥٤٥ مرافعات) . وينقطع التقادم بهذا الحجز التحفظي ، ليس فحسب بالنسبة إلى الدين الذي في ذمة المدين للدائن ، بل أيضاً بالنسبة إلى الدين الذي في ذمة مدين المدين للمدين ، وفي كل هذا الدين لا فيما يعادل دين الدائن في ذمة المدين فقط (٢) .

٦٣٢ - الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو

في توزيع وأى عمل يقوم به الدائن المتمسك بحقه أثناء السير في امرى
الرهاوى : وقد قضت المادة ٣٨٣ مدني ، كما رأينا ، بانقطاع مدة التقادم
« بالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع وبأى عمل
يقوم به الدائن المتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى » .

وقد نصت المادة ٢٨٨ من التقنين التجاري على أنه « يجب على المدينين ،
ولو كانوا ممتازين أو أصحاب رهون على عقار أو منقول أو متحصلين

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الحجز على المنقولات يقطع مدة التقادم ، ولو لم
يتم التنفيذ بسبب رفع دعوى استرداد (١٦ يونيو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٤
ص ٢٤٨) .

(٢) استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢١ - استئناف مختلط
٢٧ فبراير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٧٢ - ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٨٩ - ١٢ يناير
سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٩ - ١٢ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٤ - وانظر بودرى
وتيسيه فقرة ٥٢٠ - وقارن أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ هامش رقم ٣٢ - لوران ٣٢
فقرة ١١٦ .

انظر أيضاً في الحجز التحفظي على المنقول المواد ٦٠١ وما بعدها من تقنين المرافعات .
وقارن بودرى وتيسيه فقرة ٥١٣ .

على الاختصاص بعقارات المفلس وفاء لديونهم ، أن يسلموا من تاريخ الحكم
باشهار الإفلاس سنداتهم إلى المحكمة مع كشف بيان ما يطلبونه من المبالغ
فالدائن الذى يتقدم فى تفليسة مدينه بسند دينه على النحو المتقدم ، يعتبر مطالباً
بحقه مطالبة قضائية ، ومن ثم يقطع التقادم (١) . وإذا كان مجرد تقدم الدائن
فى تفليسة مدينه يعتبر مطالبة قضائية بحقه تقطع التقادم ، فن باب أولى إذا كان
الدائن قد تقدم بنفسه طالباً شهر إفلاس مدينه (م ١٩٦ تجارى) ، أو طالباً شهر
إعساره (م ٢٥٠ مدنى) ، اعتبر هذا من الدائن مطالبة قضائية بحقه ، ويكون
طلب شهر إفلاس المدين أو شهر إعساره قاطعاً للتقادم (٢) . كذلك قبول الدائن
فى التفليسة ، حتى لو يتقدم إليها بنفسه ، يعتبر بمثابة إقرار بحقه ، ويقطع
التقادم كما يقطعه إقرار المدين بحق الدائن (٣) .

وينقطع التقادم أيضاً بتقدم الدائن فى توزيع لأموال المدين ، سواء كان
تقسياً بالمحاصة أو توزيعاً بحسب درجات الدائنين . وقد نصت المادة ٧٣١
من تقنين المرافعات فى صدد التقسيم بالمحاصة على ما يأتى : « على كاتب المحكمة ...
إعلان الدائنين الحاجزين فى موطن كل منهم المختار. المبين بمحاضر المحجز ليقدموا
إلى قلم الكتاب خلال ثلاثين يوماً طلباتهم فى التقسيم ومستنداتهم » . ثم نصت
المادة ٧٣٣ من تقنين المرافعات على أنه « لا يقبل طلب من أحد بعد مضى
ثلاثين يوماً من تاريخ وصول آخر إعلان . ويسقط حق من لم يتقدم من الدائنين
فى التقسيم مهما تكن صفته أو صفة دينه ، وذلك بغير إخلال بحقه فى الرجوع على
المتسبب بالتضمينات ، ولا بحقه فى الدخول بدينه فى تقسيم أو توزيع آخر » .
فهذا الطلب الذى يتقدم به الدائن فى التقسيم على النحو المبين فى النصوص
المتقدمة الذكر يكون قاطعاً للتقادم ، لأنه يكون بمثابة مطالبة قضائية من الدائن
بحقه . ويلاحظ أنه قبل أن ينقطع التقادم بهذا الطلب ، قد انقطع بالحجز ،
ولكن الطلب يقطع التقادم من جديد . ونصت المادة ٧٦٤ من تقنين المرافعات

(١) استئناف مخطوط ١٧ ابريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٣ .

(٢) ويسرى تقادم جديد إذا لم يتخذ الدائن إجراءات من شأنها أن تستبق انقطاع التقادم

الأول (استئناف مخطوط أول فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٠) .

(٣) بودرى ونبيهه فقرة ٥١٠ .

في صدد التوزيع بحسب درجات الدائنين على أن يقدم الطلب في التوزيع بعريضة يعين فيها الطالب موطناً مختاراً له في البلدة التي بها مقر المحكمة ، مشفوعة بالأوراق المؤيدة للطلب . وكل دائن لا يقدم طلبه في التوزيع على الوجه الصحيح في الميعاد يسقط حقه في الاشتراك في إجراءات التوزيع
فهذا الطلب الذي يتقدم به الدائن للاشتراك في التوزيع على النحو المبين في النص المتقدم ، يعتبر منه بمثابة مطالبة قضائية بحقه ، فيقطع التقادم (١) . ولما كان الدائنون الذين يتقدمون بطلباتهم في التوزيع بعضهم دائنون عاديون

(١) وكان القضاء المختلط في عهد تقنين المرافعات السابق يجعل دخول الدائن في التوزيع قاطعاً للتقادم ، وذلك لأنه كان يوجب إعلان المدين بإجراءات التوزيع . أما القضاء الوطني فلم يكن يوجب هذا الإعلان ، ومن ثم لم يكن دخول الدائن في التوزيع قاطعاً للتقادم .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدخول في إجراءات التوزيع أمام المحاكم المختلطة يقطع التقادم (استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥ - ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩٠ - ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٠٣ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١٣ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٧ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤ - ٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٢٠ - ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٨٠) . ولكن التقدم في توزيع سقط بعد فتحه لا يقطع التقادم (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٦) .

وقضت محكمة النقض بأن طلب فتح التوزيع لا يوجه قبل المدين ، فهو إذن لا يقطع سرمان التقادم (نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٨ ص ٢٩٢) . وقضت كذلك بأنه متى كان المقرر في القضاء المختلط وجوب إعلان المدين بإجراءات التوزيع لدى المحاكم المختلطة ، صبح اعتبار دخول الدائن في التوزيع مطالبة قضائية منه بالمدين قاطعة للتقادم . وإذن فلي كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى برفض الاستئناف واستمرار التنفيذ على أساس عدم سقوط الدين المحكوم به بالتقادم ، أقام قضاءه على أن العلاقة بين الطرفين نشأت في ظل القانون المختلط وهو الذي يحكمها ، مما يتحقق معه حل المحكمة أن تستبدل في قضائها بما جرت عليه أحكام المحاكم المختلطة في شأن النزاع القائم بين الطرفين ، وأن هذا القضاء قد استقر على أن دخول الدائن في توزيع مفتوح ضد مدينه قاطع للتقادم تأسيساً على أن النظام الذي جرى عليه قضاء هذه المحاكم كان يحتم إعلان المدين بإجراءات التوزيع وإعلانه بالحضور للاطلاع على القائمة المرفقة ، وأنه لا محل لاتباع قضاء المحاكم الوطنية في هذا الشأن لأن أساس هذا القضاء هو أن المدين لا يعلن بالتوزيع المفتوح أمام المحاكم المذكورة ، فإن ما قرره هذا الحكم هو تطبيق صحيح للأحكام الواجب اتباعها في هذا الخصوص (نقض مدني ٥ يوليو سنة ١٩٥٢ م ٤٠ ص ٣ أحكام النقض رقم ١٨٥ ص ١١٧٥ - وانظر أيضاً : نقض مدني ١٥ مارس سنة ١٩٥٢ م ١٠ ص ٣ أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص ٦٧٣)

حاجزون على الثمن وبعضهم دائنون أصحاب رهون أو حقوق امتياز أو حقوق اختصاص ولو لم يكونوا حاجزين ، فإن التقادم يكون قد انقطع لمصلحة الحاجزين منهم بالحجز ثم أعيد قطعه بطلب الاشتراك في التوزيع ، وينقطع التقادم لمصلحة أصحاب الرهون أو حقوق الامتياز أو حقوق الاختصاص لأول مرة بالطلبات التي يتقدمون بها للاشتراك في التوزيع .

وقد رأينا أن آخر عبارة في المادة ٣٨٣ مدني تقضى بانقطاع التقادم بأي عمل يقوم به الدائن لتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى . ومن هذه الأعمال الطلبات العارضة المقدمة من الدائن إذا كان مدعى عليه ، وتدخل الدائن في دعوى سبق رفعها (١) . فإذا رفع المدين دعوى على الدائن يطالبه فيها بحق له في ذمته ، ورفع الدائن الدعوى مطالباً بحقه الذي له في ذمة مدينه وطالباً بإجراء المقاصة القضائية بين الحق الذي له والدين الذي عليه ، فإن الدائن بهذا الطلب العارض يكون قد قطع التقادم ؛ لأنه يكون قد تمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى (م ١٥٢ مرافعات) . كذلك إذا تدخل الدائن في دعوى يكون مدينه فيها أحد الخصوم ، مطالباً في تدخله المدين بحقه في ذمته ، فإنه يكون بهذا التدخل قد قطع التقادم ، إذ قد تمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى (م ١٥٣ مرافعات) (٢) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٣ .
(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن مواجهة الخصم لخصمه في مرافعته ومذكراته بدينه باعتباره مستحق الأداء تعتبر قاطعة للتقادم ، بشرط أن تكون مصحوبة بطلب إلزام المدين بالدين ، سواء أكان ذلك في صحيفة الدعوى أم في المرافعة أم في المذكرات (٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٩ ص ٧٢٢) . وقضت أيضاً بأن إعلان تعديل الطلبات قاطع للتقادم (٤ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٧٢ ص ٣٤٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إجراءات التنفيذ تقطع التقادم (٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥) ، وأن إعلان الحكم الابتدائي بما يتضمنه من طلب الدين يقطع التقادم ولو رفع استئناف عن الحكم (١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٩) ، وأن الصلح يقطع التقادم (٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٢) ، ولكن الصلح على أحد الطلبات المقدمة في الدعوى لا يقطع التقادم بالنسبة إلى الطلبات الأخرى التي لم يتنازلها الصلح وهي مستقلة عن الطلب الأول (٣ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٨) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن المفاوضات التي تجري بين الخصوم توصلها للصلح لا تنقطع التقادم ، إلا إذا اعترف المدين في خلالها بصحة الدين اعترافاً يمكن اعتباره تنازلاً عن التمسك بالتقادم ، =

٢٥ - الأسباب الصادرة من الدين - إقراره بحق الدائن

٦٣٣ - تكييف الإقرار الصادر من الدين هو الدائن :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٤ مدني تنص على أن « ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً » . فإذا منست مدة على استحقاق الدين دون أن يتكامل التقادم ، ثم أقر المدين بأن الدين لا يزال في ذمته ، فانه يكون بهذا الإقرار قد نزل عما انقضى من مدة . ولما كان النزول عن مدة التقادم كلها بعد تكاملها جائزاً ، كذلك يجوز النزول عن بعض مدة التقادم بعد انقضائها (١) . ويؤدي ذلك إلى انقطاع التقادم الذي كان سارياً وعدم الاعتداد بالمدة التي انقضت ، وابتداء تقادم جديد يسرى من وقت صدور الإقرار .

وليس الإقرار بالدين القاطع للتقادم هو مجرد تقرير للواقع من جانب المدين ، وإلا لكان عملاً مادياً (fait matériel) ، ولما كان من شأنه أن

على أن هذه المفاوضات إذا أدت إلى الإقرار بالدين من جانب بعض ورثة المدين فان الإقرار يكون حجة فاصرة على المقر (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٨١ ص ١٧٢) . وقضت محكمة طنطا بأنه إذا رفعت دعوى بالمطالبة بإيجار قبل مضي خمس سنوات على استحقاقه وتم الصلح فيها ، فيعتبر التقادم منقطعاً حتى يوم التصديق على محضر الصلح ، وليس من شأن القضاء بطلان محضر الصلح لسبب ما أن يزال أثر الإجراءات السابقة عليه وما ترتب عليها قانوناً من انقطاع التقادم (٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٦٣ ص ٤٣٢) .

ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن تمسك الدائن بحقه في تحكيم (compromis) يقطع التقادم كما يقطعه تمسك الدائن بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى (تولوج فقرة ٥١١ وفقرة ٥٩٤ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ - لوران ٣٢ فقرة ١١٩ - جيلوار فقرة ٢٠٢ - بودري وتيسيه فقرة ٥١١ - وانظر أيضاً المادة ٢٢٠ من التقنين المدني الألماني) . ولا مانع من الأخذ بهذا الرأي في مصر ، فإن إجراءات التحكيم نظمها تقنين المرافعات على نحو يجعلها متصلة اتصالاً وثيقاً بالحاكم والإجراءات القضائية ، ويجعل للقضاء إشرافاً عليها (انظر لواء ٨١٨ - ٨٥٠ من تقنين المرافعات) . فيجوز إذن اعتبار تمسك الدائن بحقه في خلال إجراءات التحكيم عملاً قاطعاً للتقادم ، ويبتدىء تقادم جديد من وقت انتهاء مهمة المحكمين . ويعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن إذا رفض طلب الدائن أو أبطلت إجراءات التحكيم (انظر المادتين ٨٤٩ - ٨٥٠ مرافعات) (١) انظر ما يلى فقرة ٦٦٣ .

يقطع التقادم (١). فان تقرير المدين أن الدين باق في ذمته ، كأمر واقع ، لا يتعارض في طبيعته مع استمرار سريان التقادم . ولكن الإقرار هنا ينطوى على نزول المدين عن الجزء الذى انقضى من مدة التقادم ، فهو عمل مادى ينطوى على تصرف قانونى (٢) (acte juridique) . وهو كإقرار المدين أمام القضاء ، فقد قدمنا أن الإقرار أمام القضاء واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى هو نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه باثبات ما يدعيه (٣) .

ولما كان الإقرار ، على التكييف الذى قررناه ، ليس نزولا عن الحق نفسه ، بل نزولا عن مدة التقادم التى انقضت ، لذلك لا يشترط في المدين الذى صدر منه الإقرار أهلية التصرف في الحق ، بل يكفي أن تتوافر فيه أهلية الإدارة (٤) . فالصبي المميز لإقراره صحيح وقاطع للتقادم ، في حدود أهليته للإدارة (٥) . كذلك يستطيع الولي أو الوصي أو القيم أن يقر بدين في ذمة القاصر أو المحجور ، ويكون لإقراره هذا قاطعاً للتقادم الذى بدأ يسرى في مصلحة القاصر أو المحجور ، بينما هو لا يستطيع أن ينزل عن حق للصغير أو للمحجور ولو باذن المحكمة .

وإقرار المدين بالدين ، على النحو الذى بيناه ، تصرف صادر من جانبه وحده . فلا حاجة لقبول الدائن لهذا الإقرار ، ولا يجوز للمدين بعد الإقرار أن يرجع فيه .

-
- (١) استئناف وطنى ٢١ يناير سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ١٩٧ .
(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٤ وفقرة ١٣٦٦ ص ٧٧٩ هامش رقم ١ - وقارن سالى في تعليقه على التفتين المدنى الألمانى م ٢٠٨ هامش ١ - بودرى وتيسيه فقرة ٥٢٨ ص ٣٩٢ - ص ٣٩٣ .
(٣) الوسيط جزء ثان فقرة ٢٤٩ .
(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ وهامش رقم ٤٥ - جيلوار فقرة ٢٥٢ - بودرى وتيسيه فقرة ٥٣٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٧ - وقارن لوران ٣٢ فقرة ١٢٥ .
(٥) ولكن إقرار الممتوه لا يمتد به في قطع التقادم (قارب نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر د رقم ١٩ ص ٣٧) .

٦٣٤ - الإقرار الصريح والإقرار الضمني : وقد يكون الإقرار من المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو إقراراً ضمناً (١) .

والإقرار الصريح لا يشترط فيه شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى الإقرار بالمدين يكفي . وقد يكون مكتوباً أو غير مكتوب ، في صورة رسالة أو في غير هذه الصورة ، موجهاً إلى الدائن أو غير موجه إليه . وقد يكون في صورة اتفاق بين المدين والدائن ، أو في صورة اتفاق بين المدين والغير ، أو صادراً من جانب المدين وحده دون أى اتفاق (٢) .

والإقرار الضمني يستخلص من أى عمل يمكن أن يفيد معنى الإقرار . فيكون الإقرار ضمناً إذا دفع المدين قسطاً من الدين ، أو دفع فوائده ، أو قدم رهناً أو كفالة لضمانه ، أو طلب مهلة للوفاء به ، أو عرض مقاضته في دين مقابل (٣) . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان العمل الذى صدر من

(١) استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٢ - ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩١ .

(٢) وقد يرد الإقرار الصريح في محضر جرد لمصر شركة الدائن ، أو في إيجاب صادر من المدين دون أن يقبله الدائن ، أو في قبول الدين في قسمة المدين ، أو في بيع يصدر من المدين للغير مع إنابة المشتري في دفع الثمن للدائن وفاء بالدين ، أو في توكيل يصدر من المدين للغير للوفاء بالدين ، أو في مذكرات يتقدم بها المدين في قضية لا يكون الدائن خصماً فيها ، أو في عقد قسمة ، أو في تصفية شركة ، أو في تصرف قانوني حكم بطلانه دون أن يمس البطلان الإقرار الصريح بالدين المراد في هذا التصرف (بودرى وتيسيه فقرة ٥٢٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إقرار المستأجر بالأقساط المتأخرة من الأجرة والتعهد بدفعها في ميعاد معين يقطع التقادم ويسرى تقادم جديد مدته ١٥ سنة (١٢ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٢٠٩) - وقضت أيضاً بأنه إذا قضت تسوية إقراراً بالدين ثم أيدت التسوية ، بلى الإقرار قطعاً للتقادم (٢١ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨٧) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التقيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٥ - ٣٣٦ - وانظر أيضاً المادة ١/١٣٥ من تقنين الالتزامات السويسري .

ويعتبر إقراراً ضمناً مفاوضة المدين للدائن في مقدار الالتزام لا في وجوده ، وعرض المدين على الدائن تعويضاً عن الالتزام ، وإجراء المدين تسوية مع الغير بقصد الوفاء بالدين . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الكتاب الذى يرسله المدين للدائن بطلب مهلة للسداد يقطع التقادم -

المدين ينطوى على إقرار ضمنى ، ولا معقب على تقديره من محكمة النقض (١).

= (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٦٧ ص ١٠٤) . وقضت أيضاً بأن سداد جزء من الدين اعتراف ضمنى به فيقطع التقادم ، ويتفرع على ذلك أن المدين إذا قام بسداد أقساط الدين في خلال سنوات متوالية يكون قد قطع التقادم في تاريخ كل دفعة قام بسدادها إلى الدائن وفي كل تاريخ من تواريخ الإيصالات ، وينقطع التقادم أيضاً بالنسبة إلى الفوائد في خلال السنوات المتعاقبة (٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ١٢١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سداد قسط من الدين إقرار ضمنى به فيقطع التقادم (٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٨) .

ولا يعتبر إقراراً ضمنياً مجرد أن يذكر الدائن وفاء المدين بقسط من الدين (استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٢) . ورفع الدعوى من البائع ضد المتعرض أو مدعى الملكية لا يعتبر إقراراً ضمنياً بحق الضمان ، إذ يجب ألا يشوب الاعتراف لبس أو تأويل (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٦٦ ص ٣١٤) . ورد المدين على الدائن يعترف بأصل الدين ويقر في الوقت ذاته براءة ذمته منه لا يقطع التقادم ، لأن الإقرار القاطع للتقادم هو الإقرار ببقاء الدين في ذمة المدين (استئناف مصر ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٠ ص ٩١١) . وإذا عرض المدين أن يدفع مبلغاً على سبيل الصلح ، لم يعتبر هذا العرض إقراراً ضمنياً بالدين ، إذ أن رغبة المدين في الصلح وحسم النزاع لا يستخلص منها حقاً أنه يقر بالدين في ذمته (نقض فرنسي ١٤ مايو سنة ١٩١٨ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ٢٠٤) . والمقاصة القانونية التي تقع بين جزء من الدين ودين مقابل لا تفيد الإقرار الضمني بالجزء الباقي من الدين ، لأن المقاصة القانونية قد تقع بدون إرادة المدين (بودرى وتيسيه فقرة ٥٣٠) . وقبول المدين محالصة من الدائن يحتفظ فيها بسائر حقوقه في عبارة عامة مبهمة لا يعد اعترافاً ضمنياً من المدين يدين معين ولا يقطع التقادم (بودرى وتيسيه فقرة ٥٢٩ ص ٣٩٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار القاطع للتقادم مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٥ ص ١٥٦٧) . وقضت أيضاً بأن المسائل المتعلقة بانقطاع مدة التقادم مناط خضوعها لرقابة محكمة النقض هو التفرقة بين ما إذا كان قطع مدة التقادم مترتباً على اعتراف واضح اليد أو المدين بالحق المطالب هو به اعترافاً يجب الرجوع في استفادته إلى فعل مادي محتاف على دلالته أو إلى ورقة مقدمة في الدعوى مختلف على دلالتها الصريحة أو الضمنية كذلك ، وبين ما إذا كان مترتباً على ورقة الطلب المقدم للمحكمة بالحق المطلوب استرداده أو اقتضائه . في الحالة الأولى لا رقابة لمحكمة النقض ، لأن حكم القاضي فيها يكون مبنياً على ما استنتجه من الأفعال أو الأوراق المقدمة المتنازع على دلالتها العقلية . أما في الحالة الثانية فيكون النزاع قائماً على ما لورقة الطلب من الأثر القانوني في قطع التقادم ، وعلى متى تكون الورقة قاطعة ، وفيم تكون ، أي على ما اشترطه القانون في ورقة الطلب (demande en justice) من الشرائط القانونية . فيكون فصل القاضي في ذلك فصلاً في مسألة قانونية يخضع فيه لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة مصر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٤ مدني ، كما رأينا ، على أنه و يعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهنًا حيازياً تأمينا لوفاء الدين . وقد قدمنا أن مجرد تقديم رهن تأمينا لوفاء الدين يعتبر إقراراً ضمنياً . أما إذا كان الرهن رهن حيازة ، وكان المرهون مالا مملوكاً للمدين ، فإن ترك المدين ماله في حيازة الدائن تأمينا لوفاء للدين هو إقرار ضمنى مستمر بالدين . ويبقى هذا الإقرار الضمني المستمر قائماً بعد استحقاق الدين ، مهما طالت المدة التي مضت على استحقاقه ، ويبقى التقادم منقطعاً ما دام المال المرهون في حيازة الدائن (١) . وهذا بخلاف الرهن الرسمي وحق الاختصاص وحق الامتياز ، فإن ثبوت حق من هذه الحقوق للدائن تأمينا لوفاء بالدين لا يعتبر إقراراً مستمراً من المدين بدينه . ولا ينقطع التقادم بقيد حق من هذه الحقوق ، ولا بتجديد القيد ، فإن القيد والتجديد أعمال صادرة من الدائن لا من المدين ،

(١) بودري وتيسيه فقرة ٥٣٠ - ولا يبدأ سريان التقادم الجديد إلا إذا خرج المال المرهون من حيازة الدائن (نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة مصر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ - استئناف وطني ٥ أبريل سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٢/٩١ ص ١٦١ - ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١١٧ ص ٣٧٤ - مصر ٨ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٤٢ - استئناف مخطط ٣١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٠٥ - ١٦ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦٥ - ٣٦ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٣) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأنه إذا قبل المدين أن يترك للدائن المرتهن الانفعاع بالمقار المرهون رهنًا رسمياً والاستيلاء على ريعه لسداد الفوائد ، فالاستيلاء على الربيع يقطع التقادم بالنسبة إلى الفوائد (استئناف مخطط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٥٦) . وقضت كذلك بأن التأمين الذي يودعه المستأجر لضمان الأجرة عند المؤجر يعتبر بمثابة أجرة مدفوعة مقدماً ، فلا يسرى في حقها التقادم ، وإنما يسرى على ما يتبقى من الأجرة بعد خصم التأمين (استئناف مخطط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٠٦) . ولكنها قضت من جهة أخرى بأن الحبس لا يمنع من سريان التقادم ضد الدين المضمون بالحبس (استئناف مخطط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٤) . ولعل ذلك يرجع إلى أن الحبس ، بخلاف رهن الحيازة ، لا يجيز للدائن أن يتقاضى حقه من غلة العين المحبوسة . ولكن رهن الحيازة يستبقى التقادم منقطعاً بمجرد أن العين المرهونة قد خرجت من يد المدين وانتقلت إلى حيازة الدائن ، وفي هذا يشترك الحبس مع رهن الحيازة . أما أن الدائن يتقاضى حقه من غلة العين المرهونة فهذا يقطع التقادم أيضاً ، ولكنه ليس ضرورياً لذلك ، بل يمكن لقطع التقادم انتقال للعين إلى حيازة الدائن .

فلا تنطوى على إقرار ضمنى من المدين . أما ترك المدين ماله المرهون حيازة في يد الدائن فعلى سبيل صادر من المدين ، ومن ثم يكون منطويا على إقرار ضمنى بالمدين (١) .

٦٣٥ - إثبات الإقرار : ولما كان الإقرار واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى ، ويغلب فيها معنى التصرف القانونى كما هو الأمر فى الوفاء ، فإن إثبات الإقرار يخضع للقواعد العامة فى إثبات التصرف القانونى ولو كان من جانب واحد . فيجوز الإثبات بجميع الطرق إذا كانت قيمة الالتزام الذى يراد قطع تقادمه لا تزيد على عشرة جنيهات ، فإن زادت وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٢) . وعبء الإثبات يقع على الدائن الذى يدعى انقطاع التقادم .

كذلك إذا استخلص الإقرار الضمنى من تصرفات قانونية ، كوفاء قسط من الدين أو دفع الفوائد أو الوعد بتقديم ضمان ، وجب إثبات هذه التصرفات وفقاً للقواعد العامة المتقدم ذكرها ، فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة الالتزام على عشرة جنيهات ، ولو كان الجزء الموفى به من الدين

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يراعى أن ترتب رهن الحيازة بنفرد بأن أثره لا يقتصر على قطع التقادم ، بل يجاوز ذلك إلى استدامة هذا الأثر ما بقى الشيء المرهون فى يد المرتب . فجرد ترك الدائن للشيء المرهون فى يد المرتب ، وترخيصه لهذا المرتب فى انتضاء حقه من إبراده ، يعتبر إقراراً نسبياً دائماً أو متجدداً : قارن مادة ١٤٠ من ننتين الالتزامات السويسرية والمادة ٢٧٥ من التقنين البولونى . أما وجود الرهن الرسمى والامتياز والاختصاص ، وتيد هذه الحقوق وتجديد قيدها ، فليس من شأنها جميعاً قطع التقادم ، لأن المدين لا ينسب إليه فى هذه الحالة أمر ماضى ينطوى على إقرار ضمنى بالمدين ، ويجرد وجود تأمين يكفل حق الدائن لا يمكن فى هذا الشأن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٦) .

(٢) وإذا كانت الورقة التى تتضمن الإقرار بالمدين ورقة هرفية ، وجب أن تكون ثابتة التاريخ حتى تسرى فى حق الغير (لوران ٢٢ فقرة ١٣٣ - ماركاديه ٢٢٤٨ فقرة ١٠ - بودرى وقيسيه فقرة ٥٣٨ ص ٤٠٣) . فإذا انقضى بالتقادم دين مضمون برهن متقدم ، لم يجوز الاحتجاج على دائن مرتب متأخر بأن التقادم قد انقطع بإقرار المدين ، فلم ينقض الدين من أجل ذلك وبقي الرهن المتقدم لإضراراً بالدائن المرتب المتأخر ، وذلك ما لم يكن الإقرار بالمدين ثابت التاريخ فى وقت لم يكن فيه التقادم قد اكتمل .

أو الفوائد المدفوعة أو الضمان الموعود بتقديمه قيمته أقل من هذا المبلغ (١) .

وقد ثبت الإقرار القاطع للتقادم بسند مؤيد (acte récongnitif) ، وهو سند يتضمن إقراراً بحق سبق تدوينه في محرر يسمى بالسند الأصلي (acte primordial) .

وقد سبق بحث السند المؤيد عند الكلام في الإثبات (٢) . وقدّمنا هناك أن السند المؤيد يصلح من الناحية القانونية لقطع التقادم ، ومن الناحية العملية لتهيئة دليل للإثبات عند فقد السند الأصلي إذا كان هذا معرضاً للضياع . ويغلب أن يكون ذلك في الديون الطويلة الآجال وفي الإيرادات المؤبدة ، حيث يحتاج الدائن من وقت إلى آخر أن يحصل على سند مؤيد لسنده الأصلي ، فيقطع التقادم ويجدد الدليل (٣) .

المطلب الثاني

الأثر الذي يترتب على انقطاع التقادم

٦٣٦- النصرة القانونية : تنص المادة ٣٨٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

- ١ - إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول .
- ٢ - على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي ، أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه باقرار المدين ، كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة ، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمناً للالتزامات دورية

(١) لوران ٢٢ فقرة ١٣٠ وما بعدها - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ - بودرى تيسيه فقرة ٥٣٨ .

(٢) الوسيط ٢ فقرة ١٢٩ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٥ .

متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٩/٨١ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة

٣٨٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٧٢ - وفي التقنين المدني العراقي المادة

٣٤٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٥٩ (٣) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أنه إذا انقطع التقادم ، زال أثره ، وأصبحت المدة التي انقضت قبل انقطاعه كأن لم تكن ، فلا يعتد بها في حساب

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٢ من المشروع التمهيدى حل نحر مطابق لما

استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يشتمل على عبارة « وانقطع تقادمه بإقرار المدين » بعد عبارة « إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة » الواردة في الفقرة الثانية . وفي لجنة المراجعة أدخل « قيد واجب حل الديون التي تتقادم بسنة واحدة » ، فهذه إذا انقطع التقادم فيها بإقرار المدين انتفت طلة التقادم بسنة واحدة ، لأن الإقرار يهدم قرينة الوفاء ، أما إذا انقطع التقادم بالمطالبة القضائية فإن مدة التقادم الجديدة تبقى سنة واحدة ، لأن قرينة الوفاء لا تزال قائمة » . وأصبحت المادة رقمها ٣٩٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٧ - ص ٣٢٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١٠٩/٨١ : إذا انقطع التوالى في وضع اليد ، فلا تحسب المدة

السابقة على انقطاعه . (ويلاحظ أن هذا الأثر لانقطاع التقادم الوارد في التقادم المكسب ينطبق أيضاً على التقادم المسقط : م ٢٦٩/٢٠٥ - والحكم واحد في التقنينين الجديد والسابق ، إلا أن التقنين الجديد أكثر ضبطاً للأحكام ، فقد حدد مبدأ سريان التقادم الجديد متى يختلف التقادم الجديد عن التقادم المنقطع ، وقد كان هذا معمولاً به في عهد التقنين السابق دون نص) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٢ (مطابقة للمادة ٣٨٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٧٢ (مطابقة للمادة ٣٨٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣٩ : ١ - إذا انقضت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، بدأت

مدة جديدة كالمدة الأولى . ٢ - هل إنه إذا حكم بالدين ، وحاز الحكم درجة البتات ، أو إذا كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى سنة واحدة وانقضت بإقرار المدين ، كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة . (والحكم واحد في التقنينين المصري والعراقي . وما ورد في التقنين المصري من جعل الدين المحكوم به ، فيما تضمن من التزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم ، يتقادم بخمس سنوات لا بخمس عشرة سنة ، ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيؤخذ به في العراق) .

التقادم الجديد الذى يلى التقادم المنقطع . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وفى هذا يختلف انقطاع التقادم عن وقف التقادم ، فقد قدمنا فى وقف التقادم أن المدة التى سبقت الوقف تبقى ويعتد بها ونحسب فى مدة التقادم عند ما يعود إلى السريان بعد زوال سبب الوقف .

ثم إنه إذا زال التقادم المنقطع ، حل محله تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع (١) . والأصل أن يكون هذا التقادم الجديد ، فى مدته وفى طبيعته ، مماثلاً للتقادم الأول الذى انقطع ، فيما عدا حالات استثنائية نص عليها القانون . ولا يمتد أثر الانقطاع فى الأصل إلا إلى الدائن الذى قطع التقادم ، وقد يمتد إلى غيره استثناء . ولا يتناول فى الأصل إلا الالتزام الذى انقطع فيه التقادم ، وقد يتناول غيره استثناء أيضاً .

فنبحث إذن المسائل الآتية : (١) مبدأ سريان التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم المنقطع . (٢) متى يختلف التقادم الجديد عن التقادم المنقطع . (٣) متى يمتد أثر الانقطاع إلى غير الدائن الذى قطع التقادم . (٤) متى يتناول أثر الانقطاع غير الحق الذى قطع فيه التقادم .

٦٣٧ - مبدأ سريانه التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم المنقطع :
قدمنا أن تقادماً جديداً يحل محل التقادم الذى انقطع . ومبدأ سريان هذا التقادم

تقنين الموجبات والعقود البناني م ٣٥٩ : إذا انقطع حكم مرور الزمن على وجه قانوني ، فالوقت الذى قصرم قبل وقوع الفعل الذى قطعه لا يدخل فى حساب المدة اللازمة لمرور الزمن . وهذه المدة ، الباقية على حالها ، تعود فتسرى مبدئياً منذ توقف العمل القاطع لمرور الزمن من إنتاج مفاعيله . وإذا جرى الاعتراف بالدين فى صك أو أثبت هذا الدين بحكم ، فالمهلة الجديدة لمرور الزمن تبقى عشر سنوات .

(وحكم التقنين البناني متفق مع حكم التقنين المصرى ، فيما عدا أن الاعتراف المكتوب بالدين فى التقنين البناني يحول مدة التقادم الجديد إلى عشر سنوات - ومضى المعادلة لمدة الخمس عشرة سنة فى التقنين المصرى - دون تمييز بين دين ودين . أما فى التقنين المصرى ، فهذا مقصور على الديون التى تتقادم بسنة واحدة وعلى ديون أصحاب المهن الحرة التى تتقادم بخمس سنوات) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لا يقتصر أثر انقطاع التقادم على اخلولة دون سريان المدة ، بل يجاوز ذلك إلى محو ما انقضى من هذه المدة قبل تحقق سببه ، وهذا هو ما يفرقه عن الوقف ، فإذا كف الإجراء القاطع عن ترتيب أثره ، بدأ سريان تقادم جديد من هذا الوقت » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٨) .

الجديد يختلف باختلاف السبب الذى قطع التقادم السابق .

فان كان السبب الذى قطع التقادم السابق هو المطالبة القضائية ، بقی أثر الانقطاع قائماً ما دامت الدعوى قائمة (١) . فان انتهت بحكم نهائى يقضى للدائن

(١) استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٨ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٤ ص ٦٩ - ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٩ - ٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٨٨ - ١٧ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٠٦ - ١٣ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٢٩ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة ، مع تسليحها برفع الدعوى التى لم تقيد ، لم تشرى بين التقادم المسقط للحق نفسه والتقدم المسقط للدعوى (أى المسقط للمطالبة القضائية) المرفوعة بشأنه ، فاعتبرت أن قطع التقدم الحسمى الذى ينشأ عن رفع الدعوى لا يستمر إلا لمدة التقدم المسقط للحق ذاته ، فإنها تكون قد أخطأت . إذ أن لكل من تقدم الحق وتقدم الدعوى حكماً خاصاً . فالتقدم الحسمى ينقطع برفع الدعوى ، وبطل هذا الانقطاع مستمراً ، ما دام سببه قائماً . وإذا كان سبب الانقطاع هو الدعوى ، فيبقى التقدم منقطعاً إلى أن تسقط هى بالتقدم المسقط لها ومدته ١٥ سنة طبقاً لحكم المادة ٨٢ من القانون المدنى (السابق ، وفى تقنين المرافعات الجديد المدة خمس سنوات فقط) . وما دامت هذه المدة لم تنقض ، فيبقى أثر الانقطاع قائماً . فإذا تحركت الدعوى فى أثناءها ، فيكون تحريكها صحيحاً لعدم سقوط الحق المرفوعة به (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٢ ص ٤٦٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا صدر حكم بالدين ، ثم رفع المحكوم له دعوى تزعم ملكية ضد المدين ، وطلب الدائن بعد صدور الحكم بنزع الملكية تعيين يوم البيع ، فعين لذلك يوم ، وأجل البيع عدة مرات للنشر ، ثم استبعدت القضية من الرول لعدم دفع مصاريف النشر ، وظلت مستبعدت حتى طلب الدائن تعيين يوم لبيع معين ، ولما لم يحصل نشر قررت المحكمة رفع الدعوى عملاً بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٣٧ الخاص بحماية الثروة العقارية ، فإن طلب الدائن تعيين جلسة لبيع ، وتعيين القاضى جلسة بناء على هذا الطلب ، وتداول الدعوى فى الجلسات إلى أن استبعدت من الرول ، ثم طلب الدائن تعيين جلسة لبيع بعد ذلك ، وتأشير القاضى على الطلب بإحالة الدعوى لنظرها أمام قاضى البيع بالمحكمة التى نقل الاختصاص إليها ، ثم عرض هذا الطلب على قاضى البيع بالمحكمة المختصة وتعيين جلسة بناء على هذا الطلب ، ثم طلب الدائن تعيين يوم لبيع بعد وقف الدعوى عملاً بقانون حماية الثروة العقارية - كل أولئك لا شك فى أنه من إجراءات دعوى نزع الملكية التى يترتب على حصولها قيام الدعوى ومنع سقوطها بالتقدم ، ما دام لم يمض بين أى إجراء منها والذى يليه ولاهلى آخر لإجراء المدة المسقط للدعوى (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٧ ص ٥٨٢) . وقضت كذلك بأنه إذ كان يترتب على إعلان صحيفة الدعوى بطلب الفوائد انقطاع التقدم بالنسبة إليها ، فإن أثر هذا الانقطاع يمتد إلى أن يصدر الحكم النهائى فى الدعوى . وينبنى على ذلك أن مضى المدة من تاريخ صدور الحكم الابتدائى حتى تاريخ استئنافه ، =

بطلباته ، بدأ سريان تقادم جديد من وقت صدور هذا الحكم . وسرى أن مدة هذا التقادم الجديد تكون دائماً خمس عشرة سنة ، ولو كان التقادم السابق مدته أقصر من ذلك . أما إذا انتهت الدعوى برفض طلبات الدائن ، أو ترك الدائن الخصومة ، أو حكم بسقوطها بعد سنة ، أو انقضت بمضى خمس سنوات ، فقد قدمنا أن ذلك يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما ترتب عليها من الآثار ، ومنها قطع التقادم . فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية ، فلا يكون هناك محل للكلام في تقادم جديد يحل محله ويسرى من وقت معين (١) . وقد تنهى الدعوى ، إذا رفعت إلى محكمة غير مختصة ، بحكم نهائي بعدم الاختصاص . وفي هذه الحالة تبنى صحيفة الدعوى حافظة لآثارها من قطع التقادم ، فقد قدمنا أن المطالبة القضائية تقطع التقادم ولو رفعت أمام محكمة غير مختصة (٢) ، ولا يسرى التقادم الجديد إلا من وقت صدور الحكم النهائي بعدم الاختصاص (٣) .

وإن كان السبب الذي قطع التقادم السابق هو التنبيه ، فإن التقادم الجديد يسرى فوراً عقب التنبيه ، ويبقى سارياً إلى أن يقطعه الحجز الذي يلي التنبيه .

والحجز ، إذا كان هو السبب في قطع التقادم السابق ، يدوم أثره في قطع التقادم ما دامت إجراءاته متعاقبة على النحو الذي قرره القانون ، حتى يصل إلى التقسيم أو إلى التوزيع . فإذا أقفل التقسيم أو التوزيع ، بدأ سريان التقادم الجديد من هذا الوقت .

= مهما طال ما دام باب الاستئناف ما زال مفتوحاً ، لا يترتب عليه سقوط الحق في استئنافه ، كما أن الحق في الفوائد يبقى محفوظاً بحكم انقطاع المدة بعريضة الدعوى الابتدائية . وإذن فالحكم الذي يقضى برفض الدفع بسقوط حق الاستئناف بالنسبة إلى الفوائد التي لم يقض بها الحكم الابتدائي استناداً إلى أنه ما دام باب الاستئناف مفتوحاً فتعتبر الدعوى المستأنف حكماً بجميع طلباتها قائمة فلا تسرى أثناءها المدة المقررة لسقوط الحق المطالب به بخمس سنوات ، إذ القاعدة العامة أن طلب الحضور أمام القضاء يحفظ حقوق المدعى بأن ينقطع سريان مدة التقادم فيستبدل بالمدة التي كانت سارية من قبل المدة الطويلة المقررة في سقوط جميع الحقوق - هذا الحكم صحيح في القانون ولا غبار عليه (نقض مدني ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩ ص ٤٨) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٢٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٢٩ .

(٣) استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٢ ص ٣٩٣ .

وإذا كان سبب انقطاع التقادم السابق هو التقدم في تفليس أو في توزيع ،
بقي أثر الانقطاع قائماً إلى أن تنفل التفليسة أو التوزيع ، وعند ذلك يبدأ سريان
التقادم الجديد .

وكذلك الحال في كل عمل يقوم به الدائن للمسك بحقه أثناء السير في إحدى
الدعوى ، فبقي انتهى الأثر المترتب على هذا العمل ، بدأ سريان التقادم
الجديد . فدعوى المدعى عليه مثلاً بقي أثرها في قطع التقادم قائماً إلى أن تنتهي
الدعوى بحكم بالقبول أو بالرفض ، أو إلى أن تنقضي الخصومة بالترك أو
بالسقوط ، على النحو الذي قدمناه في دعوى المدعى . والتدخل كذلك يبقى
أثره قائماً في قطع التقادم ، إلى أن ينتهي هذا التدخل (١) .

وإذا كان سبب قطع التقادم هو إقرار المدين بحق الدائن ، بدأ سريان التقادم
الجديد فوراً عقب هذا الإقرار . هذا إلا إذا كان الإقرار مستخلصاً من حالة
مستمرة ، كما إذا كان في يد الدائن على سبيل الرهن الحيازي عين مملوكة
للمدين ، فقد قدمنا أن التقادم يبقى منقطعاً ما دامت العين المرهونة في يد
الدائن ، ولا يبدأ سريان التقادم الجديد إلا عند خروج العين من يده (٢) .

٦٣٨ - متى يختلف التقادم الجديد عن التقادم القديم : والأصل ،
كما قدمنا ، أن التقادم الجديد الذي يحل محل التقادم الذي انقطع يكون مماثلاً
للمدة التقادم السابق في مدته وفي طبيعته (٣) . ويستثنى من هذه القاعدة حالتان ،
يختلف فيها التقادم الجديد عن التقادم السابق :

(الحالة الأولى) إذا انتهى السبب الذي قطع التقادم السابق بحكم حاز قوة

(١) فينقطع التقادم ، ويبقى منقطعاً طوال الوقت الذي يدوم فيه أثر السبب في انقطاعه .
ويبدو عند ذلك أن التقادم قد انقطع ثم أعقب انقطاعه وقف لسريانه . والصحيح أن التقادم
قد انقطع ، ويبقى منقطعاً إلى أن زال أثر السبب في انقطاعه . ووضح أن بقاءه منقطعاً شيء ،
ووقف سريانه شيء آخر (بودري وتيسيه فقرة ٥٤٣) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٣٤ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مدة التقادم تبقى كما كانت عندما تعود إلى
السريان بعد أن انقطعت عن طريق التنبيه (١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٦) .

الأمر المقضى أى بحكم نهائى . ففى هذه الحالة ، أياً كانت مدة التقادم السابق ، تكون مدة التقادم الجديد الذى يبدأ سريانه منذ صدور هذا الحكم النهائى خمس عشرة سنة كاملة ، ولو كانت مدة التقادم السابق أقصر كأن كانت خمس سنوات أو ثلاثاً أو سنة واحدة (م ٢/٣٨٥ مدنى) . ذلك أن الحكم النهائى يقوى الالتزام ، ويمجده بسبب جديد للبقاء ، فلا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم (١) . فإذا كان هذا الالتزام مما كان تقادمه السابق يقوم على قرينة الوفاء ، كحقوق أصحاب المهن الحرة والتجار والصناع والعمال والخدم والأجراء ، فإن هذه القرينة تزول نهائياً بصدور الحكم مثبتاً الدين فى ذمة المدين . فتكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، وهى مدة التقادم فى الأصل ، وذلك بعد أن انتفتت قرينة الوفاء التى تأسست عليها المدة القصيرة فى التقادم السابق . وحتى لو كان الالتزام دورياً متجدداً ، وصدر حكم نهائى به ، فإن هذا الالتزام يزول عنه صفتا الدورية والتجدد ، فتكون مدة تقادمه هى المدة العادية وهى خمس عشرة سنة (٢) . وقد يتضمن الحكم فرق ذلك التزامات لم تزل عنها صفتا الدورية والتجدد ، كما إذا قضى للمؤجر بالمستحق من الأجرة وما يستجد منها منذ صدور الحكم إلى يوم التنفيذ . فإن الالتزام بالمستحق من الأجرة قد فقد صفتى الدورية والتجدد ، لأنه مستحق يوم صدور الحكم ، فلا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة . أما الالتزام بما يستجد من الأجرة إلى يوم

(١) وإدراج الدائن فى قائمة التوزيع وصبرورة هذه القائمة نهائية يكون بمثابة الحكم النهائى بالدين ، فيسرى بالنسبة إلى هذا الدين تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (استئناف مخطوط ١٨ سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٣٥) .

(٢) استئناف مخطوط ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٨ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٩٤ .

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه وإن كان الحكم القاضى بالدين لا يصلح لأن يكون أساساً لنزع الملكية ، لإغفاله النص فى منطوقه على مقدار الدين ، إلا أنه يترتب عليه بالرغم من ذلك تغيير سبب الدين ، فتصبح المدة اللازمة لسقوط الحق هى مدة خمس عشرة سنة ، ولو كان من الممكن قبل صدور الحكم التمسك بسقوط الدين بمضى خمس سنوات إذا كان موضوعه مثلاً ريع حكر (١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٤ ص ٥) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مدة التقادم خمس عشرة سنة بعد صدور حكم نهائى ، مهما كانت مدة التقادم للدين الأصل (٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٩ ص ٦٠ - ١٦ يونيو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٩ ص ٥٢٦) .

التنفيذ ، فيبقى محتفظاً لصفتي الدورية والتجدد بالرغم من صدور حكم به ، لأنه غير مستحق يوم صدور الحكم ، بل هو يستحق على أقساط دورية متجددة ، فيتقدم كل قسط منها بخمس سنوات تسري من الوقت الذي يحل فيه هذا القسط (١) .

(الحالة الثانية) هي ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ مدني ، إذ تقول : « على أنه ... إذا كان الدين مما يتقدم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين ، كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة » . ونحن نعلم أن الديون التي تتقدم بسنة واحدة هي حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء (٣٧٨ مدني) . فهذه الحقوق إذا صدر بها حكم ، فالحكم لا يتقدم إلا بخمس عشرة سنة كما سبق القول . ثم إذا انقطع التقادم فيها عن طريق إقرار المدين بها ، فقد انتفت قرينة الوفاء التي يقوم عليها التقادم الحولي ، كما انتفت في حالة الحكم بهذه الحقوق ، فيكون التقادم الجديد الذي يحل محل التقادم المنقطع بالإقرار مدته خمس عشرة سنة (٢) ، كمدة التقادم الجديد الذي يحل محل التقادم المنقطع بالحكم . ولكن إذا انقطع التقادم في هذه الحقوق بغير

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي : « يستبدل التقادم بانقضاء خمس عشرة سنة بالتقدم الخمسي كذلك إذا صدر حكم بالدين الدوري المتجدد حاز قوة الشيء المحكوم فيه . ذلك أن الدين يحدد نهائياً بصدور هذا الحكم ، وتزول عنه صفة الحلول الدوري ، فيسقط بانقضاء المدة المادية . فإذا تضمن الحكم فوق ذلك التزامات لم تزل عنها صفتها الدورية ، أي التزامات تصبح مستحقة الأداء في المستقبل - كالحكم بما يستحق في المستقبل من الإيجار - ظلت هذه الالتزامات خاضعة للتقدم الخمسي » (مجرعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٨) .

(٢) انظر في أن تحول مدة التقادم من مدة قصيرة إلى مدة طويلة يقوم في القضاء الفرنسي حل فكرة التجديد novation ، وفي انتفاء ذلك : دلائيل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٠ ص ٧٨٢ - ص ٧٨٣ .

وغنى عن البيان أن الدين إذا جدد، فأياً كانت مدة تقادم الدين القديم ، تكون مدة تقادم الدين الجديد مستقلة عنها ، وتكون عادة خمس عشرة سنة تسري من وقت التجديد ، أي من وقت نشوء الدين الجديد . وقد نعتت محكمة النقض بأن الأصل في انقطاع التقادم أنه لا يغير مقدار المدة التي حددها القانون لزال الالتزام ، ما لم يرد نص على غير ذلك أو يصدر حكم بالدين أو يحصل تجديده . فإذا انقطع التقادم بإقرار المدين ، يكون الحكم في تعديل المدة بسبب الإقرار منوطاً بما يستخلصه قاضي الموضوع من واقع الدعوى عن المقصود بإثبات الالتزام في سند جديد، هل هو من قبيل تجديد الدين أم لا . فإذا تبين له ما ينفي نية التجديد ، وأقام قضاؤه على أسباب مستساغة ، فلا معقب عليه فيه . وكذلك إذا ما ادعى الدائن تجديد الدين بدخوله في حساب جار بينه وبين =

الحكم وبغير إقرار المدين ، كأن ينقطع بالتبنيه أو بالحجز أو بالمطالبة القضائية التي تنتهى إلى حكم بعدم الاختصاص مثلاً أو بالتقدم في تفليس أو توزيع ، فإن التقدم الجديد الذى يحل محل التقدم السابق يكون مماثلاً له في مدته وطبيعته (١) ، فتكون مدة التقدم الجديد سنة واحدة ، ويقوم هذا التقدم الجديد على قرينة الوفاء (٢) .

= مدته ، فإن المرحل في هذا أيضاً يكون حل ما يحصله قاضى الموضوع من الوقائع المطروحة عليه من وجود الحساب الجارى أو عدمه (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٨ ص ٦٨٩) .

فإذا انقطع التقدم دون أن ينطوى انقطاعه على تجديد ، ودون أن يكون الانقطاع من طريق الحكم النهاى أو عن طريق الإقرار بالدينون التي تقدم بسنة واحدة ، فإن الانقطاع ، ولو جاء عن طريق الإقرار ، لا يغير ما بين مدة التقدم الجديد والتقدم السابق (استئناف وطنى ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٧ ص ١٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨٩ - وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ ققرة ١٣٧٠ ص ٧٨٢ هامش رقم ٢ .

(٢) وقد ورد تحول مدة التقدم من مدة قصيرة إلى مدة طويلة في مكان آخر في حالة خاصة من حالات إقرار المدين بالدين ، هي حالة تحرير سند بالدين . ففقت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدنى بأنه إذا حرر سند بحق من الحقوق المتقدمة الذكر - وهي حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والمحال والخدم والأجراء التي تقدم بسنة واحدة - فلا يتقدم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، وقد مر بيان ذلك . وهذا للنص يؤكد الحكم العام في صورة خاصة من صوره ، فتتحول للسنة إلى خمس عشرة سنة إذا أقر المدين بالحق بوجه عام ، وبخاصة إذا أقر به عن طريق تحرير سند .

والفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدنى تشمل أيضاً حقوق أصحاب المهن الحرة - الأطباء والمصادلة والمحامين والمهندسين والخبراء وكلاء التفليسة والسامرة والأساتذة والمعلمين - فتحول مدة التقدم في هذه الحقوق من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة إذا حرر المدين سنداً بها . فلا يكتفى هنا بمجرد الإقرار ، بل يجب أن يكون الإقرار في صورة سند مكتوب . فإذا أقر المدين بالدين شفهاً ، أو كان الإقرار إقراراً ضمناً ، فانقطع التقدم ، لم تنغير مدة التقدم الجديد ، بل تبقى كدة التقدم السابق خمس سنوات . وكان الواجب أن تشير الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ مدنى إلى هذه الحقوق التي تتحول مدة التقدم فيها من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة إذا حرر بها سند مكتوب ، كما أشارت إلى الحقوق الأخرى التي تتحول مدة التقدم فيها إلى خمس عشرة سنة لصدور حكم بها لمر صدور إقرار من المدين . والسبب في عدم الإشارة إليها أنها كانت في المشروع التمهيدى تتقدم بسنة واحدة ، فكانت تندمج في الحقوق التي تتحول مدة التقدم فيها من سنة واحدة إلى خمس عشرة سنة لصدور إقرار بها من المدين ، فلم تكن في حاجة إلى إشارة خاصة . ولما عدلت = (م ٧١ - الوسيط)

٦٣٩ - متى يمتد أثر الانقطاع الى غير الدائن الذى قطع التقادم :

والأصل أن انقطاع التقادم وسريان تقادم جديد على النحو الذى بيناه فيما تقدم لا يتعدى أثره الدائن الذى قطع التقادم (١) . فإذا كان الدين لعدة من الورثة ، ونجزاً عليهم ، وقطع أحدهم التقادم ضد المدين ، لم ينقطع التقادم لمصلحة الورثة الآخرين ، بل يقتصر أثر القطع على الوارث الذى قطع التقادم (٢) . كذلك إذا قطع الدائن التقادم ضد الكفيل ، لم ينقطع التقادم ضد المدين الأصلي (٣) . وإذا قطع التقادم ضد المدين الأصلي ، لم ينقطع التقادم ضد الكفيل (٤) . وإذا قطع الدائن التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين ، فإن التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى باقى المدينين المتضامين ، وقد نصت الفقرة

« مدة التقادم فيها فارتمعت إلى خمس سنوات ، لم يلاحظ إدخال ما يقتضيه هذا للتعديل من تعديل مقابل في نص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ مدني .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأثر المترتب على رفع الدعوى من جهة قطع التقادم لا يمتد إلى رافعها ومن رفعت عليه . وإذا أحال الدائن أجنبياً دينه ، فرفع هذا الأجنبى الدعوى بالدين أمام المحكمة المختلطة ، فقضت بعدم اختصاصها على أساس أن التحريل صوري ، فاستأنف الحكم ، ثم تنازل عن الاستئناف وطلب شطب الدعوى ، فحكمت بالشطب ، ثم رفع الدائن الأصلي الدعوى بدينه أمام المحكمة الأهلية ، فدفع الدين بسقوط الحق في المطالبة بمضى المدة ، فإن رفع الدعوى أمام المحكمة المختلطة لا يمكن أن يتعدى أثره رافعها الأجنبى ، فيقطع التقادم بالنسبة إلى غيره (نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ : مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ من ٥٣٥) .

(٢) كذلك إذا تقادم الدين الذى لأحد الورثة ، لم يستتبع ذلك أن يتقادم الدين الذى للوارث الآخر . وقد نصت المادة ٤٣٦ من القانون المدني العراق على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم ، من غير طعن ، المدة المقررة ، وكان لباقي الورثة عذر شرعى ، تسع دعوى هؤلاء بقدر حصصهم من الدين » . ويخلص من ذلك أيضاً أن وقف سريان التقادم بالنسبة إلى حصص بعض الورثة لا يقفه بالنسبة إلى حصص الآخرين .

(٣) ويترتب على ذلك أن التقادم قد لا يكتمل بالنسبة إلى الكفيل بسبب انقطاعه ، ويكتمل التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي إذ هو لم ينقطع بانقطاع التقادم ضد الكفيل . فعند ذلك يسقط دين المدين الأصلي بالتقادم ، ويسقط تبعاً له التزام الكفيل بالرغم من عدم تقادمه ، إذ هو التزام تبعي يسقط بسقوط الالتزام الأصلي (بودرى وقبسيه فقرة ٥٦٦) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن مطالبة المدين واستصدار حكم عليه بالدين لا يغير مدة التقادم بالنسبة إلى الكفيل المتضامن إذا كان لم يطالب ولم يحكم عليه به (نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٤٠ : مجموعة عمر ٣ رقم ٦٧ من ٢٣٩) . انظر عكس ذلك المادة ٢٢٥٠ من القانون المدني الفرنسى ، وينتقد النسخ الفرنسى ما ورد في هذا النص (بودرى وقبسيه فقرة ٥٦٥) .

الثانية من المادة ٢٩٢ مدني صراحة على هذا الحكم ، فقالت : « وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين (١) » .

ولكن يستثنى من ذلك حالة ما إذا كان أحد الدائنين المتضامين ، قد قطع التقادم ضد المدين ، فإن هذا يفيد باقي الدائنين المتضامين ، وينقطع التقادم لمصلحتهم هم أيضاً ضد المدين (٢) .

٦٤٠ - متى يتناول أثر الانقطاع غير المحي الذي قطع فيه

التقادم : والأصل أيضاً أن انقطاع التقادم لا يتناول إلا الحق الذي نطع فيه التقادم ، فلا يتناول أثر الانقطاع غيره من الحقوق (٣) . فإذا كان للدائن

(١) أما إذا قطع للدائن التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام ، فإن طبيعة عدم تجزئة المثل تقتضي حتماً أن ينقطع التقادم بالنسبة إلى باقي المدينين (انظر آنفاً فقرة ٢١٨) .

(٢) انظر المادة ٢/٢٨٢ مدني عن طريق الاستنتاج العكسي ، انظر آنفاً فقرة ١٤٤ - وانظر عكس ذلك في القانون الفرنسي بودري وتيسيه فقرة ٥٦١ - كذلك إذا قطع التقادم أحد الدائنين في التزام غير قابل للانقسام ، انتفع بذلك سائر الدائنين ، كما في التضامن ، لأن طبيعة عدم التجزئة تقتضي ذلك (انظر آنفاً فقرة ٢٢٦) .

وإدخال المدعى عليه لضمان في الدعوى يقطع التقادم ، لا لمصلحة المدعى عليه فحسب ، بل أيضاً لمصلحة المدعى في وجوهه بالضمان على الضامن (لوران ٣٢ فقرة ١٥٦ - جيلوار فقرة ٢٧٤ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢٢٥ - بودري وتيسيه فقرة ٥٦٩) .

وقد قضى قانون ١٦ يولييه سنة ١٩٣٤ في فرنسا بأنه إذا أصدرت هيئة عامة أو خاصة سندات بقروض ، وقطع أحد حامل هذه السندات تقادم الفوائد ، انقطع التقادم أيضاً لمصلحة الباقي من حامل السندات .

(٣) والتابع يلحق الأصل في قطع التقادم ، والجزء يلحق الكل . فإذا انقطع التقادم بالنسبة إلى الدين ، انقطع أيضاً بالنسبة إلى الفوائد . كذلك إذا انقطع التقادم بالنسبة إلى الفوائد ، انقطع أيضاً بالنسبة إلى الدين . والمطالبة القضائية بجزء من دين حل بأكمله يقطع التقادم بالنسبة إلى الدين كله ، ويقطع التقادم أيضاً بالنسبة إلى فوائد هذا الدين (بودري وتيسيه فقرة ٥٧٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة للتقادم إلا في خصوص هذا الحق أو ما التحق به من توابه ، مما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه . فإن تقاير الحقان أو تغير مصدرها ، فالطلب الحاصل بأحدها لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة -

دينان في ذمة المدين، وقطع التقادم بالنسبة إلى أحد الدينين، فإن التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى الدين الآخر (١). وفي الاشتراط لمصلحة الغير، إذا قطع المنتفع التقادم بالنسبة إلى حقه في ذمة المتعهد، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى حق المشتري في ذمة المتعهد (٢). وفي العلاقة ما بين الوصي والصغير عندما يبلغ سن الرشد، إذا طعن الثاني بالبطلان في المخالصة التي صدرت منه للوصي فقطع التقادم بالنسبة إلى هذه المخالصة، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى الدعوى بتقديم حساب عن مدة الوصاية (٣).

ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان حق واحد ينشئ دعويين مختلفتين ضد مدين واحد، فإن قطع التقادم في إحدى الدعويين يقطع التقادم في الدعوى الأخرى (٤). مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٤٣٨ مدني من أنه «إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى المبيع مع إنقاص الثمن». فهاتان دعويان نشأتا من سبب واحد هو نقص قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، فإذا قطع المشتري التقادم بالنسبة إلى دعوى الفسخ، انقطع التقادم تبعاً لذلك بالنسبة إلى دعوى إنقاص الثمن، أو قطعه بالنسبة إلى دعوى إنقاص الثمن فقد انقطع بالنسبة إلى دعوى الفسخ (٥). كذلك إذا رفعت

«إلى الحق الآخر (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤). وقضت محكمة استئناف مصر بأن انقطاع التقادم بالنسبة إلى الدين يسرى أيضاً بالنسبة إلى الفوائد وبالعكس، لأن الفوائد فرع عن الدين، والفرع يتبع الأصل حكماً. فإذا سقط الحق في المطالبة بالدين، لا يسوغ منطقياً المطالبة بفوائده. كما أنه إذا ظل قائماً، يستحق عليه الفوائد القانونية، إلا إذا سقط الحق في المطالبة بها استقلالاً بعد مضي خمس سنوات (٢ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ١٢١). وقارب أيضاً استئناف مخطط أول أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٧.

(١) استئناف مخطط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١١.

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٥٧٣ ص ٤٢٥.

(٣) نقض فرنسي أول مايو سنة ١٨٥٠ دالوز ٥٠ - ١ - ١٥١ - لوران ٣٢

فقرة ٨٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ - بودري وتيسيه فقرة ٥٧٤.

(٤) بودري وتيسيه فقرة ٥٧٤.

(٥) انظر كذلك في أن وحدة السبب مع الدعوى تجعل الحكم بالرفض في إحدى هذه

الدعوى حجة الأمر المنقضي بالنسبة إلى باقي الدعوى: الرسيط جزء ٢ فقرة ٣٧٨.

دعوى بصحة عقد زمني ينشئ التزامات متعاقبة ، فان رفع الدعوى يقطع التقادم بالنسبة إلى الالتزامات التي نشأت قبل رفع الدعوى ، وكذلك بالنسبة إلى الالتزامات التي لم تنشأ إلا بعد رفع الدعوى (١) .

الفرع الثاني

كيف يجب إعمال التقادم وما هي الآثار التي تترتب عليه

المبحث الأول

كيف يجب إعمال التقادم

٦٤١ - وجوب التمسك بالتقادم وموانئ النزول عنه بعد اكتنازه :

إذا اكتملت مدة التقادم ، بعد مراعاة أسباب الوقف والانقطاع على النحو الذي تقدم ذكره ، فان الالتزام مع ذلك لا يسقط بالتقادم من تلقاء نفسه ، بل لا بد للمدين من أن يتمسك بالتقادم لسقوط الالتزام . بل إنه يجوز للمدين ، بعد تكامل مدة التقادم ، ألا يتمسك به وأن ينزل عنه ، فيبقى الالتزام قائماً ولا يسقط بالتقادم .

فنبحث إذن مسألتين : (١) وجوب التمسك بالتقادم أو الدفع بالتقادم
(٢) النزول عن التقادم .

(١) نقض فرنسي ٢٩ يونيو سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٨ - ٤٦٩ - بلانجول وريبير
ورديوان ٧ فترة ١٣٧٣ ص ٢٨٨ - ص ٧٨٩ و ص ٧٨٩ هامش رقم ١ .

المطلب الأول

وجوب التمسك بالتقادم

(الدفع بالتقادم)

٦٤٢ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٨٧ من التقنين

المدني على ما يأتي :

١ - لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين .

٢ - ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو أمام محكمة الاستئناف (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٦٨/٢٠٤ و ٢٧٠/٢٠٦ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية في المشروع التمهيدى كانت تنتهى بالمعبارة الآتية « إلا إذا تبين من الظروف أن الشخص الذى يتمسك بالتقادم أراد بذلك أن يتنازل عنه » . وفي لجنة المراجعة عدلت هذه العبارة الأخيرة على الوجه الآتى : « إلا إذا تبين من الظروف أن الشخص الذى يتمسك بالتقادم أراد بعدم تمسكه به من قبل أن يتنازل عنه » ، وأصبحت المادة رقمها ٤٠٠ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة المشار إليها ، لأن حكمها يستفاد من القواعد العامة ، وترك الأمر للقواعد العامة في التنازل عن الحقوق وكيفية قيام الدليل عليه ، فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ - ص ٣٤٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٦٨/٢٠٤ : مضى المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التعمد واعتبار براءة المتهم منه إذا تمسك بذلك .

م ٢٧٠/٢٠٦ : إذا كان لمدين واحد مدة دائنين ، وانقضت المدة المقررة لتخلصه من -

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٧٤ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٤٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٤٥ و ٣٤٧ (١) .
وبمخلص من هذا النص ما يأتي : (١) لا تقضى المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل لا بد من التمسك به . (٢) ويتمسك بالتقادم المدين وكل ذي مصلحة . (٣) ويجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى .

١٥ - لا تقضى المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها بل لا بد من التمسك به

٦٤٣ - لا بد من التمسك بالتقادم : التقادم يسقط الدين بحكم القانون كالمقاصة ، فليس للقاضي سلطة تقديرية في أن يحكم بسقوط الدين بالتقادم

= دين أحدهم ، فليأتى الدائنين أن يتسكروا بنص تلك المادة ، ولو لم يتسك بها المدين المذكور تدليلاً منه وإضراراً بحقوقهم .
(والأحكام متفقة في التقنين السابق والجديد) .
(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٤ (مطابقة للمادة ٣٨٧ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٣٧٤ (مطابقة للمادة ٣٨٧ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٤٤٢ : ١ - لا يجوز للمحكمة أن تمتنع من تأدية نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب دائنيه أو أى شخص آخر له مصلحة في هذا الدفع ولو لم يتمسك به المدين . ٢ - ويجوز التمسك بالدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية ، إلا إذا تبين من الظروف أن المدعى قد تنازل عن الدفع .
(والأحكام متفقة في التقنين العراقي والمصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٩٨) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٤٥ : لا يجري حكم مرور الزمن حتماً ، بل يجب أن يدل به من تم في مصلحته . ويمكنه الإدلاء به في جميع أطوار المحاكمة ، حتى في الاستئناف للمرة الأولى . ولا يجوز للقاضي أن يطبق من تلقاء نفسه أحكام مرور الزمن .
م ٣٤٧ : يحق لكل مدين متضامن والكفيل الإدلاء بمرور الزمن تجاه الدائن ، كما يحق لدائن آخر للمدين أن يدل به على الطريقة غير المباشرة . (والأحكام متفقة في التقنين اللبناني والمصري) .

أو لا يحكم . ولكنه ، كما في المقاصة أيضاً ، لا يستطيع أن يحكم من تلقاء نفسه بسقوط الدين بالتقادم ؛ بل يجب على ذى المصلحة أن يتمسك بذلك (١) . فإذا ما تمسك ذو المصلحة (٢) ، وجب على القاضي أن يحكم بتقادم الدين (٣) .

وليس المقصود من التمسك بالتقادم أن يعلن ذو المصلحة إرادته في أن يجرى التقادم ، كما يعلن ذو المصلحة إرادته في أن يجرى المقاصة في القوانين الجرمانية ، بل إن التقادم يقع من غير هذا الإعلان كما نفع المقاصة في القوانين اللاتينية والقانون المصري . وإنما أريد من وجوب التمسك بالتقادم أن يكون التقادم دفعاً (exception) يدفع به المدين دعوى الدائن ، وهو كالدفع بحجية الأمر المقضى (٤) لا يعتبر من النظام العام ، فلا يستطيع القاضي أن يأخذ به من تلقاء نفسه بل يجب أن يتمسك به المدين (٥) كما قلنا .

وبخلص من ذلك أمران . (أولاً) أن التمسك بالتقادم ليس تصرفاً قانونياً (acte juridique) قائماً على إرادة المدين المنفردة (volonté unilatérale du débiteur) كما هو الأمر في التمسك بالمقاصة في القوانين الجرمانية ، بل هو دفع يدفع

(١) استئناف بمخلط ١٢ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٥٠٢ .

(٢) وليس للتمسك بالتقادم شكل خاص ، فأية عبارة تدل بوضوح على أن المدين يتمسك بالتقادم تكفي . وإذا تمسك المدين بالتقادم أمام محكمة أول درجة ففقت له بذلك ، فحسبه أمام محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف حتى يعتبر متمسكاً بالتقادم أمام هذه المحكمة . أما إذا تمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة ولكنه كسب الدعوى دون نظر إلى التقادم ، فلا يكفي في محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف ، بل لا بد له من التمسك بالتقادم من جديد (انظر في كل ذلك بودرى وتيسيه فقرة ٤٢ - فقرة ٤٣ وفقرة ٤٥) .

ولا يكفي أن يتمسك المدين بالتقادم في مرافقته الشفوية دون أن يضمن ذلك طلباته الختامية ، ولا يعتبر ما كان هاماً من طلباته الختامية - كالتردد إلى المحكمة في أن تأخذ بما ترى الأخذ به من الدفوع - متمسكاً بالتقادم (بودرى وتيسيه فقرة ٤٤) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٢ .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٣٤٥ .

(٥) ويجب أن يقع التمسك بالتقادم أمام القضاء ، فلا يكفي التمسك به أثناء محاولات الصلح . فالمدعى عليه الذى تمسك بالتقادم الخمسى خلال محاولات التوفيق ، ثم نفيب أمام محكمة أول درجة ، لا يستطيع أن يحتج بأن المحكمة كان واجباً عليها القضاء بالتقادم (الأستاذ عبد المنعم البدرادى في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٧١) .

به المدين مطالبة الدائن كما هو الأمر في التمسك بالمقاصة في القوانين اللاتينية والقانون المصرى . (ثانياً) وهذا الدفع لا يثبته القاضى من تلقاء نفسه ، بل لابد أن يتمسك به ذو المصلحة ، لأنه لا يعتبر من النظام العام وإن كان يمت للمصلحة العامة . فهو من هذه الناحية كالدفع بالمقاصة والدفع بحجية الأمر المقضى (١) .

٦٤٤ - الأسباب التى ترفعها الى وجوب التمسك بالتقادم : وقد أوجب القانون على ذى المصلحة أن يتمسك بالتقادم للأسباب الآتية :

(١) ليس سقوط الدين بالتقادم من النظام للعام كما قدمنا ، فهو وإن كان مبنيًا على اعتبارات تمت للمصلحة العامة لضمان الأوسماع المستقرة ، إلا أنه يتصل مباشرة بمصلحة المدين الخاصة (٢) . فالمدين وشأنه ، إن رأى أن يتمسك بالتقادم كان له ذلك ، وإن أراد النزول عن هذا الدفع صح نزوله .

(٢) هذا إلى أن التمسك بالتقادم أمر يتصل اتصالاً وثيقاً بضمير المدين . فان كان المدين مطمئناً إلى أن ذمته غير مشغولة بالدين ، ذفع بالتقادم ليوفر على نفسه مشقة إثبات براءة ذمته بعد هذه المدة الطويلة . أما إن كان يعلم أن ذمته مشغولة بالدين ، وتخرج من التلذذ بالتقادم ، فقد فتح له القانون الباب للنزول عنه عن طريق عدم التمسك به (٣) .

(٣) يضاف إلى ما تقدم أن التقادم من شأنه أن يثير وقائع كثيرة لا يتيسر للقاضى أن يستخلصها من تلقاء نفسه من واقع الأوراق والمستندات ، فلا بد من أن يثبته الخصوم ويكون محلاً لمناقشتهم حتى يتمحص وجه الحق فيه (٤) .

(١) وهناك تمييز قديم ، فى أسباب انقضاء الالتزام ، بين أسباب حتمية (ipso jure) وأسباب تنوقف على الدفع بها (ope exceptionis) . فالتقادم والمقاصة مبيان لانقضاء الالتزام ، لا ينتجان أثرهما إلا عن طريق الدفع بهما . انظر الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٥٨ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٤١ ص ٤٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٠ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٤١ ص ٤٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٠ .

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٤١ ص ٤٢ .

(٤) ثم إن التقادم لو أسقط الدين دون أن يتمسك به المدين، ثم رأى المدين أن ضميره يدعوه إلى عدم التذرع بالتقادم لأن ذمته مشغولة بالدين، فأراد النزول عنه، كان هذا النزول بعد أن سقط الدين بالتقادم بمثابة هبة للدائن أو بمثابة التزام جديد ارتبط به نحوه. وهذا ما لم يقل به أحد، إذ المدين عند ما ينزل عن التقادم ويوفى الدين، إنما يوفى ديناً واجباً في ذمته، سواء علم بالتقادم أو لم يعلم. فهو لا يتبرع، ولا يعقد التزاماً جديداً (١).

٦٤٥ - هل هناك استثناءات للقاعدة العامة: ويذكر الفقه، في بعض الأحيان، للقاعدة التي تقضى بوجوب التمسك بالتقادم بعض استثناءات:

(١) فن ذلك ما قرره المادة ١٦ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ الصادر في ٣ أغسطس سنة ١٩٤٤ من أنه، عند تقرير ضريبة التركات، تعتبر الديون التي على التركة ومضت عليها مدة التقادم قد سقطت دون حاجة إلى الدفع بذلك، وذلك ما لم يظهر أن التقادم قد انقطع لأي سبب من الأسباب. فيجب إذن، عند حساب الضريبة المستحقة على التركة، عدم استئزال هذه الديون التي تقادمت من موجودات التركة، لأنها ديون اعتبرت منقضية بالتقادم، ونحسب الضريبة كما لو كانت هذه الديون غير موجودة. ويدلل الفقه بهذا المثل على أن ديون التركة قد سقطت بالتقادم، دون حاجة إلى التمسك بهذا الدفع (١). ولكن يلاحظ أن الورثة، بالرغم من عدم استئزال الديون المتقادمة من موجودات التركة، عند حساب الضريبة المستحقة، يستطيعون ألا يتمسكوا بالتقادم في مواجهة الدائنين، إذا دعتهم ضمائرهم إلى ذلك وأيقنوا أن هذه الديون لا تزال في ذمة مورثهم، فيدفعوا من التركة حقوق هؤلاء الدائنين. وهم يتحملون، في سبيل إراحة ضمائرهم، ما يضطرون إلى دفعه من زيادة في الضريبة بسبب هذه الديون. فالدائنون لا تسقط ديونهم إذن إلا إذا تمسك الورثة بالتقادم طبقاً للقاعدة العامة، فإذا نزل الورثة عن التمسك

(١) بودرى وتبسيه فقرة ٤١ ص ٤٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٠.

(٢) انظر في هذا المعنى في فرنسا المادة ٧ من قانون ٢٥ فبراير سنة ١٩٠١ - بودرى

وتبسيه فقرة ٤١ ص ٤٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨١.

بالتقادم وجب الوفاء بهذه الديون . ومن ثم نرى أن التقادم في هذه الحالة ، إذا وقع دون تمسك به ، فانما يقع لصالح الخزانة لا لصالح المدين . أو قل أن الخزانة هي التي تتمسك بهذا الدفع في حقها عند حساب الضريبة وإن لم تتمسك به الورثة ، أما في حق الدائنين فلا بد من أن يتمسك الورثة بالتقادم . فليس في هذه الحالة إذن خروج عن القاعدة العامة (١) .

(٢) ومن ذلك أيضاً ما قضت به المادة ٢٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ من أنه تؤول إلى الدولة جميع المبالغ التي أصابها التقادم ، متى كانت هذه المبالغ تمثل أرباح وفوائد الأسهم والسندات التي لم يطالب بها أصحابها ، وكذلك قيمة الأسهم والسندات نفسها والودائع والسندات المودعة لدى البنوك والمبالغ المعطاة على سبيل الضمان . وهذا الحكم مبني على اعتبارات ترجع إلى مصلحة خزانة الدولة . فقد رأى المشرع أن في استطاعة الشركات والمصارف التمسك بالتقادم في هذه المبالغ فتؤول إليها ، فكان بين أن يتركها تؤول إلى الشركات والمصارف من غير ظهور وجه المصلحة في ذلك ، وبين أن يجعلها غير قابلة للتقادم وفي هذا خروج على القواعد العامة لا مبرر له . فرأى الخبير في أن تؤول لخزانة الدولة ، تصرفها فيما يعود بالنفع على المصلحة العامة (٢) . وليس في هذا الحكم خروج على القاعدة العامة التي تقضي بوجوب التمسك بالتقادم حتى ينتج أثره . فلو أن التقادم هنا قد أنتج أثره دون التمسك به ، لآلت المبالغ إلى الشركات والمصارف بمجرد اكتمال مدة التقادم . ولكن المشرع لم يقبل هذه النتيجة ، بل هو قد عمد إلى نقل ملكية هذه المبالغ بمجرد تقادمها إلى الخزانة العامة ، وهذا بحكم نص تشريعي ، لاعتبارات ترجع إلى المصلحة العامة كما قدمنا .

(٣) ومن ذلك أخيراً ما لا يزال محل نقاش في الفقه الفرنسي من أنه إذا تقادمت الديون التي في ذمة القصر والمحجورين والغائبين ، ولم يتمسك ممثلهم القانونيون بالتقادم ، جاز للنياية العامة - وهي طرف منضم في الخصومة - أن

(١) الأستاذ عبد المنعم البدرأوى في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٦٨ .

(٢) وسرى فيما يل أن هذا التشريع متقيد (انظر فقرة ٦٧١ فيما يل) .

تتمسك هي بالتقادم (١). فان طائفة كبيرة من الفقهاء في فرنسا لا يجيزون للنيابة العامة ، وهي مجرد طرف منضم ، أن تتمسك بالتقادم (٢). أما في مصر فان تقنين المرافعات الجديد (م ١٠٠) أجاز للنيابة العامة أن تتدخل ، كخصم منضم ، أمام محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية في القضايا الخاصة بالقصر وعديمي الأهلية والغائبين . والنيابة تمنح ، بناء على طلبها ، ميعاد ثمانية أيام على الأقل ، لتقديم مذكرة باقوالها (م ١٠٣ مرافعات) . والظاهر أن النيابة لا تتدخل كخصم منضم إلا لإبداء رأيها ، فهي ليست بخصم أصيل تبدى طلبات مستقلة أو تضيف إلى الطلبات الأصلية . ومهما يكن من أمر ، فان التقادم ، حتى في هذه الحالة ، لا بد من التمسك به ، إما من الممثلين القانونيين للقصر والمحجورين ، وإما من النيابة العامة إذا كان هذا الأمر يدخل في اختصاصها . فاذا لم يتمسك أحد من هؤلاء بالتقادم ، لم يكن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة التي أسلفنا ذكرها (٣).

٦٤٦ - التمسك بتقادم الدعوى المدنية اذا ارتبطت بالدعوى

الجنائية : وقد ترتبط دعوى التعويض المدنية عن عمل غير مشروع بالدعوى الجنائية عن نفس العمل إذا كان جريمة في قانون العقوبات . فاذا فرضنا أن الدعوى المدنية نظرت أمام المحكمة الجنائية مع الدعوى الجنائية ، وكانت مدة التقادم قد مضت على الدعويين (٤) ، فمن المسلم أن للقاضي الجنائي أن يحكم من تلقاء نفسه بتقادم الدعوى الجنائية ، دون حاجة إلى أن يتمسك المتهم بالتقادم .

(١) انظر في هذا المعنى ديرانتون ٢١ فقرة ١٣٥ — كوليه دي سانتير ٨ فقرة ٣٣٠ مكررة — بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٠٩٨ .

(٢) من هؤلاء الفقهاء هيك ١٤ فقرة ٣٣٠ — وجيلوار ١ فقرة ٣٠٢ — وبودرى وتيسيه فقرة ٤٦ — وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨١ .

(٣) انظر في هذه المسألة الأستاذ عبد المنعم البدواي في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٦٥ - فقرة ٦٦ .

(٤) وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٧٢ مدني تنص على ما يأتي : « هل أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط إلا بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية » .

ويذهب الفقه في فرنسا إلى أن القاضى الجنائى فى هذه الحالة يحكم أيضاً من تلقاء نفسه بتقادم الدعوى المدنية ، دون حاجة إلى أن يتمسك المدعى بالتقادم ، وذلك أسوة بما يفعله فى الدعوى الجنائية (١) . فإذا سلمنا فى مصر بهذا الرأى (٢) ، كان هذا الحكم استثناء حقيقياً من القاعدة التى تفضى بوجوب التمسك بالتقادم . ذلك أن القاضى هنا قد حكم بتقادم الدعوى المدنية ، كما حكم بتقادم الدعوى الجنائية ، دون حاجة إلى أن يتمسك المدعى أو المتهم بالتقادم (٣) .

٦٤٧ - لا يغنى التمسك بنوع من التقادم عن التمسك بنوع آخر :

وفى عدا هذا الاستثناء الذى أسلفنا ذكره ، يجب القول إنه لا بد دائماً من التمسك بالتقادم ، فلا يجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه . بل إن المدعى عندما يتمسك بنوع من التقادم ، كما إذا تمسك بالتقادم الحولى وتبين أن التقادم المنطبق على الدين هو التقادم الخمسى ، لا يغنيه تمسكه بالتقادم الخاطيء عن التمسك بالتقادم

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٢ ص ٨٠٠ - ص ٨٠١ .

(٢) انظر الأستاذ عبد المنعم البدر وادى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٧٤ ص ٩٢ .

(٣) أما إذا رفعت الدعوى المدنية إلى المحاكم المدنية ، فانفصلت بذلك عن الدعوى الجنائية ، لن الفقهاء فى فرنسا من يقول بوجوب الرجوع إلى القاعدة الأصلية ، فلا يجوز للقاضى أن يحكم من تلقاء نفسه بتقادم الدعوى المدنية ، بل لا بد من أن يتمسك المدعى بالتقادم (أوبرى وردو ١٢ فقرة ٧٧٥ وهامش رقم ١١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٢) . ومنهم من يذهب إلى عكس ذلك ، فيجيز للقاضى أن يحكم بتقادم الدعوى المدنية من تلقاء نفسه ، دون حاجة إلى أن يتمسك المدعى بالتقادم (جيلوار ١ فقرة ٣٠٥ ونقرة ٣١٣ - بورى وتيسية ٣ فقرة ٦٣٢) . ونميل إلى الأخذ بالرأى الأول ، فهو الذى يتفق مع النص الصريح من وجوب التمسك ، ولا شبهة فى وجوب إعمال هذا النص أمام القضاء المدنى . أما ما يخشاه المشرع من محذور : عند قيام الدعويين الجنائية والمدنية عن عمل واحد ، من أن تسقط الدعوى المدنية مع قيام الدعوى الجنائية (انظر الفقرة الثانية من المادة ١٧٢ مدنى) ، فإن هذا الاحتمال لا يمكن أن يتحقق . ذلك أن المدعى فى الدعوى المدنية إما أن يتمسك بالتقادم أمام القضاء المدنى ، فيحكم القاضى بسقوط الدعوى المدنية فتسقط هى والدعوى الجنائية معاً ، لأن القضاء الجنائى يحكم بسقوط الدعوى الجنائية من تلقاء نفسه . وإما أن المدعى لا يتمسك أمام القضاء المدنى بالتقادم ، فتبقى الدعوى المدنية مع سقوط الدعوى الجنائية ، وهذا غير محذور ، والمحذور هو بقاء الدعوى الجنائية مع سقوط الدعوى المدنية .

الصحيح . فلا بد إذن من أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم الصحيح ، فإن كان أمام محكمة الاستئناف وأقفل باب المرافعة ، فإنه يكون قد غوت على نفسه فرصة التمسك بالتقادم (١) .

٢٥ - يتمسك بالتقادم المدين وكل ذى مصلحة

٦٤٨ - تمسك المدين بالتقادم : الأصل أن المدين هو الذى يتمسك بالتقادم ، فهو الذى يريد أن يبرىء ذمته من الدين عند مطالبة الدائن به . ثم إن المدين هو الذى يعلم إن كانت ذمته قد برئت من الدين ، فيقدم وهو مطمئن الضمير على الدفع بالتقادم دون حاجة إلى تحمل العبء فى إثبات براءة الذمة ، أو أن الدين باق فى ذمته فقد لا يطاوعه ضميره أن يدفع بالتقادم (٢) .

وغنى عن البيان أن خلف المدين ، عاماً أو خاصاً ، يستطيع كالمدين أن يتمسك بالتقادم . فوارث المدين ، إذا طولبت تركة المدين بالدين ، له أن يدفع بالتقادم . ويطمئن ضميره إلى هذا الدفع إن كان يعلم أن المورث قد برئت ذمته من الدين دون أنه يوجد فى أوراقه ما يدل على براءة الذمة ، أو فى القليل إن كان لا يعلم أن ذمة المورث لا تزال مشغولة بالدين إذ من حقه أن يقدر أن

(١) بلانيول وريبير وردوا ٧ فقرة ١٣٨٢ : ولا يلحقون سى بأن التمسك بتقادم الدين بعد تمسكاً بتقادم الزائد . وقارن بودرى وتيسيه فقرة ٢٣ ص ٤٤ - ص ٤٥ : ويذهبان إلى أن المدين إذا تمسك بتقادم قصير كالتقادم الحولى ، فنق بذلك ملزوميته بدفع دين مضى على استحقاقه سنة واحدة ، فهو لا شك ينق - ومن باب أولى - ملزوميته بدفع الدين إذا كان قد مضى على استحقاقه مدة أطول . فالتمسك بتقادم قصير يتضمن التمسك بتقادم أطول . ويذهب الأستاذ عبد المنعم البدر أوى ، بنفس هذا المنطق ، إلى أن التمسك بالتقادم العادى لا يتضمن التمسك بالتقادم القصير ، ولكن التمسك بالتقادم القصير يتضمن التمسك بالتقادم العادى (أثر مضى المدة فى الالتزام فترة ٧٣) .

(٢) ويتمسك المدين بالتقادم لا فى مواجهة الدائن فحسب ، بل أيضاً فى مواجهة أى شخص آخر تكون للمدين مصلحة فى مواجهته بالتقادم . فيجوز له أن يتمسك بالتقادم فى مواجهة شخص رقى عنه الدين دون حله قبل اكتمال المدة بوقت قصير ، ويريد الرجوع عليه بعد اكتمالها (بودرى وتيسيه فقرة ١٠٥) .

المورث لا بد أن يكون قد وفى الدين فى خلال مدة التقادم . وكذلك الحال عليه بالدين له أن يدفع بالتقادم كما كان المحيل يستطيع أن يفعل ، وقد تقدم بيان ذلك . والمدة التى انقضت على استحقاق الدين وهو فى ذمة السلف تنضم إلى المدة التى تنقضى بعد انتقال الدين إلى ذمة الخلف .

٦٤٩ - التمسك بالتقادم من كل زى مهنمة : وإلى جانب المدين

وخلفه ، يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالتقادم ، كما تنص على ذلك صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى المتقدمة الذكر .

ومن ذوى المصلحة الذين يحق لهم التمسك بالتقادم :

(١) الكفيل : فإذا كان دين الأصيل قد انقضت عليه مدة التقادم ولم تنقض المدة على دين الكفيل ، بأن يكون الدائن مثلاً قطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل دون أن يقطعه بالنسبة إلى الأصيل ، فالكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بأن دين الأصيل قد سقط بالتقادم ، فتكون ذمة الأصيل قد برئت من الدين فتبرأ تبعاً لذلك ذمة الكفيل (١) . وظاهر أن للكفيل هنا مصلحة فى التمسك بالتقادم ولو لم يتمسك به الأصيل ، ومن حقه أن يقدر أن ذمة المدين قد برئت من الدين بعد انقضاء مدة التقادم ، وليس عليه من حرج فى ذلك . فان كان المدين يعلم أن ذمته لم تبرأ من الدين ، فما عليه إلا أن يرفيه ، فتبرأ ذمته وذمة الكفيل جميعاً .

(٢) المدين المتضامن : وله أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين . فإذا فرض أن الدين ثمانية فى ذمة مدينين متضامين ثلاثة ، وقطع الدائن التقادم بالنسبة إلى اثنين منهم دون الثالث ، فسقط الدين بالتقادم بالنسبة إلى هذا الثالث دون أن يسقط بالنسبة إلى الاثنين الآخرين ، ورفع الدائن الدعوى على أحد مدينين يطالبه بكل الدين ، كان لهذا المدين أن يدفع بتقادم دين الثالث بقدر حصته وهى مائة ، ولا يدفع للدائن إلا مائتين (م ٢٩٢ مدنى) . وظاهر أن له مصلحة فى أن يدفع بتقادم دين

(١) انظر آتياً فقرة ٢٣٩ فى الهامش .

المدين الثالث ، إذ أن ذلك يبرىء ذمته نحو الدائن بقدر حصته هذا المدين .
فان كان هذا المدين يعلم أن الدين لا يزال في ذمته ، وبأنى فهمه أنه يستطيع
الدفع بالتقادم من جانب المدين الذى رفعت عليه الدعوى ، فما عليه إلا أن يولى
الدائن المائة الباقية له من الدين .

(٣) الحائز للعقار المرهون : وله أن يدفع بتقادم الدين المضمون بالرهن .
فلو فرض أن المدين رهن عقاراً ضماناً للوفاء بدينه ، ثم باع هذا العقار ، ومضت
على الدين مدة التقادم ، ومع ذلك رجع الدائن على حائز العقار بطلبه بالدين ،
فللحائز أن يدفع الدين بالتقادم . وله مصلحة في ذلك ، إذ أن هذا يخلصه من
مطالبة الدائن . فان كان المدين يعلم أن الدين لا يزال في ذمته ، ونخرج من أن
الحائز دفعه بالتقادم ، فما عليه إلا أن يوفيه للدائن ، فهو المدين الأصلي الذى
يجب عليه الوفاء (١) .

٦٥٠ - التمسك بالتقادم من دائئى المدين : وقد يقع أن يكون

للمدين دائئان ، ويتقادم دين أحدهما ، فيكون للدائن الآخر الحق في التمسك
بهذا التقادم ، ولولم يتمسك به المدين . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧
مدنى ، كما رأينا ، على هذا الحكم بصراحة إذ قالت : « . . . بل يجب أن
يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائئيه . . . » والدائن الذى
يتمسك بالتقادم إنما يتمسك به هنا نيابة عن المدين بطريق الدعوى غير المباشرة
وفقاً للمادة ٢٣٥ مدنى . ومصلحته في ذلك ظاهرة ، فانه يستبعد عن طريق
الدفع بالتقادم ديناً قد يكون متقدماً على دينه بسبب رهن أو امتياز أو غير ذلك ،
أو في القليل يستبعد ديناً يزاحم دينه . ويجب في هذه الحالة أن يكون تقدم
الدين المتقادم أو مزاحمته من شأنه أن يضر بالدائن الذى يتمسك بالتقادم . فاذا
كان مال المدين ألفاً ، وكان الدين المتقادم ثلثمائة ، ودين الدائن الذى يتمسك
بالتقادم تسعمائة ، فلو قدرنا أن الدين المتقادم يتقدم على الدين الآخر ، كانت
مصلحة الدائن الآخر في التمسك بالتقادم هي أن يستبعد هذا الدين ، فهو إذا لم

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٢ -
الأستاذ عبد المنعم بدرادى في أثر مضى المدة في الالتزام فقرة ٩٩ .

يستبعد لم يخلص للدائن الآخر من الدين الذي له إلا سبعمائة . ولو قدرنا أن الدين المتقدم لا يتقدم على الدين الآخر بل يزاحمه ، لبقيت للدائن الآخر مع ذلك مصلحة في دفعه بالتقادم ، إذ لو زوحم لما نال من الدين الذي له إلا سبعمائة وخمسين . أما إذا كان مال المدين يسع الدينين جميعاً ، بأن كان ألفاً ومائتين أو أكثر ، لم يكن للدائن الآخر مصلحة في الدفع بالتقادم ، وترك الأمر للمدين يدفع بالتقادم أو لا يدفع بحسب ما يملكه عليه ضميـره .

ولا يعترض على تمسك الدائن الآخر بالتقادم ، نيابة عن المدين ، بأن هذا التمسك حق متصل بشخص المدين ، فلا يجوز للدائن استعماله . ذلك أن من حق الدائن أن يقدر أن الدين قد انقضى بالتقادم فلا يتحمل مزاومة عدا الدين . ومهما يكن من أمر ، فالنص صريح في جواز أن يستعمل الدائن حق مدينه في التمسك بالتقادم (١) .

هذا وسرى أنه كما ثبت للدائن أن يستعمل حق مدينه في التمسك بالتقادم وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني ، كذلك يثبت له ، إذا لم يقتصر المدين على الامتناع عن التمسك بالتقادم بل خطأ خطوة إيجابية ونزل عن التقادم ، أن يطعن في هذا النزول بالدعوى البولصية وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدني . فللدائن إذن أن يستعمل حق مدينه في التمسك بالتقادم وفقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة إذا سككت المدين عن التمسك بالتقادم . وله كذلك ، إذا نزل المدين عن التقادم ، أن يطعن في هذا النزول بالدعوى البولصية ، حتى إذا نجح في طعنه عمد بعد ذلك إلى التمسك بالتقادم نيابة عن المدين . فهو إذا طعن بالدعوى البولصية ، لم يكن له بد ، بعد أن ينجح في طعنه ، من الانتقال إلى الدعوى غير المباشرة .

(١) وقد يمتنع أيضاً بأن التمسك بالتقادم رخصة وليست حقاً ، والرخص لا يستعملها الدائن باسم المدين . ولكن النص هنا صريح في جواز أن يستعمل الدائن رخصة مدينه في التمسك بالتقادم (انظر ما قدمناه في هذه المسألة في الدعوى غير المباشرة : الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٤٢) .

٣٥ - يجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى

٦٥١ - التمسك بالتقادم أمام المحكمة الابتدائية : ولما كان التمسك

بالتقادم دفعا موضوعيا ، فان للمدين أو لذي المصلحة أن يتمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى (١) . فله أن يتمسك به منذ البداية ، وقبل الدخول في أي دفع شكلي أو موضوعي . وله أن يؤخره إلى أن يستنفد جميع دفعوه الأخرى الشكلية والموضوعية ، فاذا لم ينجح فيها عمد بعد ذلك إلى الدفع بالتقادم (٢) .

وكل ما ينبغي أن يحتاط له أمران : (١) ألا ينطوي تأخير الدفع بالتقادم على معنى النزول عنه ضمنا ، فإنه إذا نزل عنه لم يستطع بعد ذلك أن يعود إليه . ومن ثم كان من المناسب ، وهو يبدى أوجه دفاعه الأخرى ، أن يذكر أن عنده دفعا بالتقادم يؤخره إلى ما بعد أن ينتهي من أوجه الدفاع التي يبدىها (٢) . (٢) ألا يؤخر الدفع بالتقادم إلى ما بعد إقفال باب المرافعة ، فإنه إذا أقفل هذا الباب فليس له بعد ذلك أن يبدى أي طلب (٤) .

(١) استئناف مخطوط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٩ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٩ - ولكن يلاحظ أن التقادم المبني على قرينة الوفاء لا يجوز التمسك به بعد التمسك بدفع يتضمن معنى عدم الوفاء بالدين ، كدفع بالمقاصة أو بالتجديد أو بالإبراء أو نحو ذلك ، فإن هذا التعارض الواضح يمنع من قبول الدفع بالتقادم (الأستاذ عبد المنعم البدراوي في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٧٧) .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى ، ومن بعده المشروع النهائي ، يتضمن نصا في هذا المعنى ، وكان يجرى على النحو الآتي : « إلا إذا تبين من الظروف أن الشخص الذى يتمسك بالتقادم أراد بعدم تمسكه من قبل أن يتنازل عنه » . وقد حذفت هذه العبارة في لجنة مجلس الشيوخ « لأن حكمها يستفاد من القواعد العامة ، وترك الأمر للقواعد العامة في التنازل عن الحقوق وكيفية قيام الدليل عليه » (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٣ ، وانظر تاريخ نص المادة ٣٨٧ ملقى آنفا فقرة ٦٤٢ في الهامش) .

(٤) بودرى وتبسيه فقرة ٤٨ - فقرة ٤٩ - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ - كذلك لا يجوز التمسك لتقادم بعد أن صدر حكم موضوعى يلزم المدين بالدين ، ولم يبق أمام المحكمة إلا الفصل في مقدار هذا الدين (بودرى وتبسيه فقرة ٩ :) .

٦٥٢ - التمسك بالتقادم أمام محكمة الاستئناف: فإن فاته الدفع

بالتقادم أمام محكمة أول درجة على الوجه السابق بيانه ، سواء لأنه كان بجهله أو كان يعلمه ولكنه لم يتمكن من إبدائه قبل إقفال باب المرافعة لسهو أو لتعذر الحصول على الأدلة المثبتة لوقوع التقادم أو لغير ذلك من الأسباب ، فإنه يستطيع - ما لم ينظر زكه للدفع أمام المحكمة الابتدائية على معنى النزول عنه - أن يدفع بالتقادم لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى ، مع مراعاة ما قدمنا من وجوب الحيلة ، فلا ينطوي تأخيرها للدفع بالتقادم على معنى النزول عنه ضمناً ، ولا يؤخر الدفع إلى ما بعد إقفال باب المرافعة أمام محكمة الاستئناف (١) .

٦٥٣ - التمسك بالتقادم أمام محكمة النقض : فإذا لم يدفع المدين

بالتقادم لا أمام المحكمة الابتدائية ولا أمام محكمة الاستئناف ، نبيس له أن يدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض ، فإن محكمة النقض لا تستطيع أن تنظر أوجهاً جديدة لم يسبق الدفع بها أمام محكمة الموضوع. وليس الدفع بالتقادم ، كما قدمنا ، معتبراً من النظام العام ، حتى يجوز لمحكمة النقض أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها . فهو كالدفع بالمقاصة وكالدفع بحجية الأمر المقضى ، لا يجوز أن يثار لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) .

٦٥٤ - التمسك بالتقادم أمام محكمة الاستئناف: لكن إذا استطاع

المدين أن يحصل على حكم من محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه لسبب

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ - بودرى وتيسيه فترة ٥٠ - فقرة ٥٢ - استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٩ ص ١٥٤ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٥٦ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٢ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٨ - ٦ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥٣ - أول فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٠ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٤١ - ١٢ يناير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٤٤ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ - بودرى وتيسيه فترة ٥٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى في أثر منى المدة في الالتزام فترة ٨٢ - نقض ملف ١٥ يونيو ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ .

غير التقادم ، كخلل في الإجراءات أو خطأ في تطبيق القانون في مسألة أخرى ، وأحالت محكمة النقض الدعوى على دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف ، فانه يجوز المدين أمام محكمة الاحالة - وهي محكمة موضوع - أن يدفع بالتقادم لأول مرة ، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى . وعليه أن يحتاط كما قدمنا ، فلا ينطوى تأخير الدفع بالتقادم على معنى النزول عنه ، ولا يؤخر الدفع إلى ما بعد إقفال باب المرافعة أمام محكمة الاحالة (١) .

المطلب الثاني

النزول عن التقادم

٦٥٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٨٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الانفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون » .

« ٢ - وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إلزاماً بهم (٢) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ١٠٨/٨٠ و ٢٧٠/٢٠٦ (٣) .

(١) بودرى ونيسيه فقرة ٥٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٨٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٠١ ، في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٤ - ص ٣٤٦) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ١٠٨/٨٠ : لا يجوز ترك الحق في التملك بمضى المدة الطويلة قبل حصوله ، وإنما يجوز ذلك بعد حصوله لكل شخص يتصف بأهلية التصرف في حقوقه .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٧٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٤٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٤٦ (١) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر قاعدتان أساسيتان : (القاعدة الأولى) عدم جواز النزول عن التقادم مقدماً قبل ثبوت الحق فيه ، ويلحق بهذه القاعدة عدم جواز الاتفاق على مدة للتقادم تختلف عن المدة التي عينها القانون . (القاعدة الثانية) جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ؛ ويلحق بهذه القاعدة جواز النزول عن المدة التي انقضت أثناء سريان التقادم ولو لم تكتمل مدة التقادم كلها .

- (وهذا النص الوارد في التقادم المكسب كان يطبق أيضاً في التقادم المسقط) .
م ٢٧٠/٢٠٦ : إذا كان لمدين واحد عدة دائنين ، وانقضت المدة المقررة لتخلصه من دين أحدهم ، فلباق الدائنين أن يتمسكوا بمضى تلك المدة ولو لم يتمسك بها المدين المذكور تدليلاً منه وإضراراً بحقوقهم (وهذا النص الوارد في الدعوى غير المباشرة كان يطبق أيضاً في الدعوى البولصية) .

(وأحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .
(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٥ (مطابقة للمادة ٣٨٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٧٥ (مطابقة للمادة ٣٨٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٤٣ : ١ - لا يجوز التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمروور الزمان قبل ثبوت الحق في هذا الدفع ، كما لا يجوز الاتفاق على عدم جواز سماع الدعوى بعد مدة تختلف عن المدة التي حددها القانون . ٢ - وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل ، ولو دلالة ، عن الدفع بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي في فقرة ٣٩٥ ، ويذهب إلى جواز الاتفاق على تنصير مدة التقادم على خلاف النص الصريح) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٤٦ : لا يجوز للدائن (صحته المدين) أن يعدل مقدماً حكم مرور الزمن ولا أن يطيل أو يقصر مدته ، وإنما يجوز له أن يعدل منه بعد الحصول عليه . ويكون عدوله صريحاً أو ضمناً . وإذا كان لعدوله صفة الاحتيال ، جاز لدائنيه أن يحصلوا على إبطال ذلك العدول بإقامة الدعوى البولصية .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

١٥ - عدم جواز النزول عن التقادم مقدماً قبل ثبوت الحق فيه

٦٥٦ - الأسباب التي ترعوها إلى حرمان جواز النزول مقدماً

عن التقادم : ينص القانون صراحة على عدم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه . فلا يجوز إذن أن يتفق الدائن والمدين على عدم إمكان تقادم الدين بعد اكتمال مدة التقادم التي عينها القانون . وليس ذلك راجعاً إلى أن التقادم يعتبر من النظام العام ، وإلا لما جاز أيضاً النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه . وإنما يرجع ذلك إلى أنه لو أُجيز للدائن أن يشترط على المدين عدم إمكان تقادم الدين ، لاستطاع الدائنون أن يفرضوا هذا الشرط على المدينين ، ذ الدائن هو الذي يملئ على المدين شروط الدين ، ولأصبح هذا الشرط شرطاً مألوفاً في التعامل (clause de style) ، ولترتب على ذلك أن ينهدم نظام التقادم من أساسه (١) .

أما إذا اكتملت مدة التقادم ، وصار المدين هو سيد الموقف يستطيع أن يدفع بسقوط الدين لتقادمه ، ثم أراد بالرغم من ذلك أن ينزل بطوعه من التمسك بالتقادم بعد ثبوت حقه فيه ، فليس في هذا النزول إهدار للحماية التي أرادها القانون للأوضاع المستقرة . بل إن ترك المدين لضميره يملئ عليه واجبه هو خير ما يفعله القانون ، للتوفيق بين استقرار الأوضاع ونزاهة التعامل .

٦٥٧ - حرمان جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه

يسرى على جميع أنواع التقادم : وحظر النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ينطبق على جميع أنواع التقادم ، أيأ كانت مدته . فالتقادم العادي

(١) هذا إلى أنه يصعب على المدين ، وقت التعاقد على الدين ، أن يرفض شرط الدائن من أن الدين لا يتقادم . فهو لا يستطيع أن يقول للدائن إنه يأبى إلا أن الدين يسقط بالتقادم ، ولو لم يوف به . وإذا كان القانون قد أغل المدين بحمايته ، فهو لم يفضل ذلك لمصلحة المدين ، ولا للأضرار بالدائن ، ولكن تثبيتاً للأوضاع المستقرة . فلا يملك الطرفان أن يهدرا هذه الاعتبارات ، ولو باتفاق يتم بينهما على ذلك .

بخمسة عشرة سنة لا يجوز النزول عنه مقدماً للاعتبارات التي قدمناها . ولا يجوز كذلك النزول عن تقادم الحقوق الدورية المتجددة بخمسة سنوات ، فان الغرض من التقادم في هذه الحالة هو عدم تراكم الديون على المدين كما قدمنا ، وهذا سبب يكفي وحده لتبرير تحريم النزول مقدماً عن هذا التقادم . وهذا السبب نفسه هو الذي يبرر تحريم النزول مقدماً عن تقادم حقوق أصحاب المهن الحرة بخمسة سنوات . أما تقادم حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء بسنة واحدة فيقوم على قرينة الوفاء ، ومن ثم كان النزول عنه مقدماً مصادرة لقرينة معقولة قبل أن تتحقق . وتصدق الاعتبارات المتعلقة باستقرار التعامل في تبرير تحريم النزول مقدماً عن تقادم الثلاث السنوات في دعاوى الإبطال ودعاوى العمل غير المشروع ودعاوى الإثراء بلا سبب .

٦٥٨ - عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو على

تقصيرها - امالة : وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ مدني تقول أيضاً إنه « لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون » . فلا يجوز الاتفاق إذن على إطالة مدة التقادم ولا على تقصيرها . وقد سبق أن بينا (١) أن مدد التقادم من النظام العام ، ولا يجوز أن يترك تحديدها لمشئته الأفراد (٢) . ولو أننا أبحنا إطالة مدة التقادم ، أياً كانت هذه

(١) انظر آنفاً فقرة ٦١٢ .

(٢) ومع ذلك قد يجيز القانون في بعض الحالات الاستثنائية الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو على تقصيرها . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٥٢ مدني من أنه « تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول » . ومن ذلك ما راعاه المشرع من حماية المؤمن له والمستفيد في عقد التأمين ، فأجاز في المادة ٧٥٣ مدني لاتفاق على ما يخالف النصوص السابقة على هذا النص إذا كان ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد . ومن هذه النصوص التي تجوز مخالفتها بالاتفاق نص المادة ٧٥٢/١ ويقضي بأن « تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة من عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى » . ومن ثم يجوز الاتفاق على إطالة هذه المدة أو على تقصيرها ، إن كان ذلك في مصلحة المؤمن له أو في مصلحة المستفيد . انظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٣٠٨ .

المدة لجواز اتخاذ هذه الإباحة وسيلة إلى النزول عن التقادم قبل أن يتم . وما على الطرفين إلا أن يطبلا مدة التقادم إلى أجل أو إلى آجال بعيدة ، في اتفاق واحد أو في اتفاقات متعاقبة ، ويؤدي هذا عملاً إلى نزول المدين مقدماً عن التقادم قبل ثبوت حقه فيه ، وهذا ما لا يجوز . كذلك لا يجوز الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، لأن إقرار صحة هذا الاتفاق لا يؤمن معه الاعتساف ، وبخاصة في عقود النقل وفي عقود التأمين . وقد قدمنا أن الاتفاق على تقصير مدة التقادم كان جائزاً في عهد التقنين المدني السابق ، وفقاً لما جرى عليه القضاء الفرنسي . ونكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه هناك (١) .

٦٥٩ - كيف تطول مدة التقادم بطرق أخرى : على أن ما قررناه

من عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم لا يمنع من أن مدة التقادم قد تطول فعلاً بطرق أخرى . فاذا وقف سريان التقادم ، طالت مدته بمقدار المدة التي وقف فيها عن السريان . وإذا انقطعت مدة التقادم ، طال التقادم بمقدار المدة التي انقطع في آخرها وهي المدة التي أصبحت لا يعتد بها ، وبمقدار المدة التي يبقى فيها سبب الانقطاع نافذ الأثر .

وقد قدمنا أنه يجوز للدائن والمدين أن يتفقا على تأخير مبدأ سريان التقادم عن طريق اعتبار سلسلة من الصفقات مرتبطة بعضها ببعض ، فكأنها صفقة واحدة لا تتجزأ . وعند ذلك لا يسرى التقادم إلا بعد أن تتم حلقات هذه السلسلة ، فيتأخر مبدأ سريان التقادم إلى أن تتم آخر حلقة من هذه الصفقات (٢) . فاذا ما تأخر مبدأ سريان التقادم على النحو المتقدم الذكر ، فقد طالمت مدته بقدر ما تأخر مبدأ سريانه (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦١٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦١٨ .

(٣) ويجيز القضاء الفرنسي أن يتفق الطرفان على وقف سريان التقادم لمدة معينة لأسباب تستوجب ذلك ، كما إذا اتفقا على وقف التقادم خلال مدة تحقيق جنائي أو تحقيق إداري أو خلال المدة التي تدور فيها مفاوضات للصلح . ومن ثم تطول مدة التقادم بقدر ما وقف من سريانه . ويقول الأستاذان بودرى وتيسيه أنه ليس في هذا الاتفاق ما ينشئ أسباباً جديدة لوقف التقادم ، وإنما هو تطبيق لحرية التعاقد فيما لا يعطد مع النظام العام . وليس في النظام العام ما يمنع من -

٢٥ - جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه

٦٦٠ - النزول الصريح والنزول الضمني : قدمنا أنه إذا اكتملت

مدة التقادم ، وثبت حق المدين في التمسك به ، فإن نزوله عنه بعد ثبوت حقه فيه جائز . فهو لا يخشى عندئذ من ضغط الدائن ما كان يخشاه قبل أن يبدأ التقادم أو قبل أن يكتمل ، فإن هو اختار مع ذلك أن ينزل عن التقادم وأن يوفي الدين ، فهو لم يفعل ذلك بضغط من الدائن بل استجابة لداع من الضمير .

وقد يكون نزول المدين عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه صريحاً . ولا يشترط في النزول الصريح شكل معين أو عبارات خاصة ، فكل تعبير عن الإرادة يفيد معنى النزول يعنده به . وقد يكون النزول الصريح مكتوباً ، كأن يحرر المدين على نفسه سنداً بالدين بعد تقادمه ويكتب في السند أنه نزل عن التمسك بالتقادم فيه . كما يكون النزول الصريح شفويّاً باللفظ ، ولكن يجب في إثبات هذا النزول - وهو تصرف قانوني - اتباع القواعد العامة في الإثبات ، فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة الدين المتقادم على عشرة جنهات .

وقد يكون النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ضمناً . وأكثر ما يكرن ذلك في دعوى الدين برفعها الدائن على المدين ، فيتعهد المدين لإغفال الدفع بالتقادم ، بحيث يفهم من موقفه ، أنه لا يريد الالتجاء إلى هذا الدفع (١) . ولكن ليس من الضروري أن يستخلص من تأخير المدين الدفع بالتقادم أنه قد نزل عنه ، فقد قدمنا أن للمدين أن يدفع بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ، ما لم يستخلص من ظروف تأخيره للدفع أنه قد نزل عنه . وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان

- الاتفاق على تأخير رفع الدعوى أو هل وقف سريان التقادم لتحقيق مصلحة أو لقيام ضرورة ، فقد أجاز القانون إضافة أجل للدين لكن الطرفين بذلك من وقف التقادم إلى حلول هذا الأجل (بودوى وتيسيه فقرة ٦٣ - فقرة ٦٩) .

(١) المذكرة لإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٥ .

يستخلص من موقف المدين ما يستفاد منه حتماً أنه قد نزل عن الدفع بالتقادم ، ولا يفترض ذلك عند الشك فان النزول عن الحق لا يفترض (١). وقد يستخلص النزول الضمني من طلب المدين مهلة من الدائن لدفع الدين بعد تقادمه ، أو من تقديمه للدائن كفالة بالدين أو رهناً بعد اكتمال التقادم ، أو من دفعه قسطاً من الدين أو دفعه جزءاً من فوائده أو نحو ذلك من الأعمال التي تعتبر إقراراً بالدين ، وتكون أثناء سريان التقادم سبباً لقطعه ، وبعد اكتماله نزولاً ضمناً عنه (٢).

٦٦١ - الأهلية الراجعة للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه:

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدني : « وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل » . فالأهلية الراجعة إذن للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه هي أهلية التصرف . فلا تكفي أهلية الإدارة ، ولا تلزم أهلية التبرع (٣).

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المنازعة في وجود الدين لا تمنع من التمسك بالتقادم ، فهو دفع يجوز التمسك به احتياطياً كما يجوز التمسك به أصلاً ، ولا يفهم من المنازعة في وجود الدين أنها تتضمن نزولاً عن التمسك بالتقادم (٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٣٥) .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٧٦ ص ٥٧٢ - ص ٥٧٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٩ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رضاء المدين بالجزء هل ماله ويبيعه يعتبر نزولاً ضمناً عن التمسك بالتقادم (١٦ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٥) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الاتفاق الحاصل أمام المحكمة بين المدعى والمدعى عليه على أن الأخير يقدم حساباً عن المبلغ المطلوب ، والإقرار بعد ذلك منه أنه قدم الحساب فعلاً ، ينقطع المدة الطويلة إذا حصل أثناء سريانها ، ويمنع حكمها إذا تم بعد انتهائها (٨ يونيو سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٩٩) . والنزول عن التقادم يجب أن يكون واضحاً لا غموض فيه (استئناف مخطط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٩) . فسكوت المدين عن التمسك بالتقادم بالنسبة إلى الفوائد في محكمة أول درجة لا يعتبر نزولاً ضمناً عن التقادم ، إذا كان قد أنكر أصل الدين ذاته (استئناف مخطط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٥٢) .

وإذا كان قديمين دائنون متعددون بدين واحد قابل للتقسام ، وكان الدائنين غير متضامنين ، فنزول المدين عن التقادم بالنسبة إلى أحدهم لا يعتد به بالنسبة إلى الباقين (استئناف مخطط ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٣٤) .

(٣) وبالرغم من أن النص صريح في أن الأهلية الراجعة هي أهلية التصرف لا أهلية التبرع ، فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى ما يأتي : « ويمتد التنازل بمنزلة التبرع ، وإن -

أما أن أهلية التبرع لا تلزم ، فذلك لأن الدين لا يسقط بمجرد اكتمال مدة التقادم ، بل لا بد من أن يتمسك المدين بالتقادم كما قدمنا . وهو لم يتمسك به ، بل نزل عن حقه فيه ، فدينه إذن باق لم يسقط . ولو كان دينه قد سقط بمجرد اكتمال مدة التقادم ، ثم لما نزل عن التمسك بالتقادم نشأ دين جديد في ذمته ، لكان متبرعاً بإنشاء هذا الدين الجديد ، ولوجب توافر أهلية التبرع فيه . ولكنه ، كما قلنا ، لا ينشئ ديناً جديداً في ذمته ، بل يستبقى ديناً قديماً ، وهذا الدين القديم وجب في ذمته من قبل فهو لا يتبرع بإنشائه من جديد .

وأما أن أهلية الإدارة لا تكفى ، فذلك لأن المدين ، باستبقائه في ذمته ديناً قديماً كان يستطيع إسقاطه لو أنه لم ينزل عن حقه في التمسك بالتقادم ، لا يقوم بعمل مألوف من أعمال الإدارة ، بل هو يقوم بعمل أكبر خطراً من ذلك . فهو في موقف من يلتزم ، إذ يبقى التزاماً كلن في استطاعته أن يتخلص منه ، فلا تكفى إذن أهلية الإدارة ، بل تجب أهلية التصرف .

ويرتب على ذلك أن الصغير والمحجور لا يستطيع أى منهما أن ينزل عن حقه في التمسك بالتقادم . كذلك لا يستطيع الوصى أو القيم أن ينزل عن حق الصغير أو المحجور في التمسك بالتقادم ، من غير إذن المحكمة . ولا يستطيع الوكيل النزول عن التمسك بالتقادم ، إلا إذا أعطى توكيلاً خاصاً في ذلك .

٦٦٢ — أثر النزول على التقادم بعد ثبوت الحق فيه : وإذا نزل

المدين عن التقادم صراحة أو ضمناً على النحو الذى قدمناه ، كان نزوله هذا تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد ، لا حاجة فيه إلى قبول الدائن ، وكان ملزماً له لا يستطيع الرجوع فيه (١) .

وينبنى على ذلك أن الدين الذى اكتملت مدة التقادم فيه يبقى في ذمة المدين

١ لم تنطو فيه حقيقة الافتقار . ويتفرع على ذلك وجوب توافر أهلية التبرع فيمن يصدر من التنازل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٥) . وإذا تعارض النص الصريح مع المذكرة الإيضاحية ، وجب الأخذ بالنص الصريح .

على نموذجات ، بعد أن كان مهدداً بالسقوط عن طريق الدفع بالتقادم ، ويجب على المدين الوفاء به للدائن .

ومن وقت النزول عن التقادم يبدأ تقادم جديد ، كما هو الأمر في انقطاع التقادم . والأصل أن تكون مدة التقادم الجديد هي نفس مدة التقادم القديم الذي نزل عنه المدين ، ولكن قد تختلف المدتان . فلو كانت مدة التقادم الذي نزل عنه المدين خمس عشرة سنة ، فإن مدة التقادم الجديد تكون دون شك خمس عشرة سنة أخرى تبدأ من وقت نزول المدين عن التقادم الأول . فلو أن المدين نزل عن الدين بعد أن انقضى على تكامله سنتان ، فإن مدة الخمس عشرة سنة الأخرى تبدأ من وقت انقضاء سنتين على تكامل التقادم الأول ، أى بعد سبع عشرة سنة من مبدأ سريان هذا التقادم ، ومن ثم تطول مدة تقادم الدين إلى اثنتين وثلاثين سنة من أول وقت استحقاقه . ولو كانت مدة التقادم خمس سنوات ، في حقوق دورية متجددة ، ونزل المدين عن التقادم بعد تكامله ، كانت مدة التقادم الجديد خمس سنوات أيضاً ، حتى تتحقق الحكمة من هذا النوع من التقادم وهي عدم تراكم الديون في ذمة المدين . ولو كانت مدة التقادم خمس سنوات ، في حقوق أصحاب المهن الحرة ، ونزل المدين عن التقادم بعد تكامله ، كانت مدة التقادم الجديد خمس سنوات أيضاً ، ما لم يكن نزول المدين عن التقادم جاء عن طريق تحرير سند بالدين ، ففي هذه الحالة تكون مدة التقادم الجديد خمس عشر سنة . قياساً على حالة ما إذا حرر المدين سنداً بالدين في أثناء سريان التقادم ، وتطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدني . ولو كانت مدة التقادم سنة واحدة ، في حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء ، ونزل المدين عن التقادم بعد تكامله ، فإن في نزوله هذا دحضاً لقريضة الوفاء التي قام عليها التقادم في هذه الحقوق ، فتكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة . ويستبى في ذلك أن يكون النزول عن التقادم بعد تكامله جاء عن طريق تحرير سند بالدين أو جاء عن أى طريق آخر ، وتقاس هذه الحالة على حالة التقادم الذي يسرى ضد الحكم النهائي الصادر بهذه الحقوق ، فإن مدة التقادم حينئذ تكون خمس عشرة سنة كما سبق القول .

وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدني : « على أن هذا النزول لا يثبت في حق الدائنين إذا صدر لإضرار بهم » . وفي هذا تطبيق

لقواعد الدعوى البولصية على تصرف قانوني صدر من المدين ، هو نزوله عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه . وتدرأينا من قبل تطبيق قواعد الدعوى غير المباشرة في نص الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني ، وهو نص قاطع للشك في جواز استعمال الدائنين لحق مدينهم في التمسك بالتقادم . وإذا كان هذا النص الأخير ضرورياً ، إذ يزيل الشبهة في جواز استعمال الدائنين لحق متصل بشخص مدينهم بل لرخصة لم ترق إلى مرتبة الحق (١) ، فإن نص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدني هو أيضاً نص ضروري ، إذ يزيل الشبهة في جواز الطعن بالدعوى البولصية في تصرف للمدين لا ينقص من حقوقه ولا يزيد في التزاماته ، بل يقتصر به المدين على الامتناع عن إنقاص التزاماته ، فكان الواجب لولا النص ألا يقع تحت طائلة الدعوى البولصية (٢). وفي هذه المسألة وحدها يخرج القانون على قواعد الدعوى البولصية ، أما في المسائل الأخرى فتبقى هذه القواعد سارية . ومن ثم يشترط أن يكون نزول المدين عن التمسك بالتقادم ، حتى يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، سبباً في إعسار المدين أو في زيادة إعساره (م ٢٣٧ مدني) . فإذا كان المدين موسراً حتى بعد النزول عن التقادم ، فلا شأن لدائنيه في هذا النزول ما دامت حقوقهم مكفولة . ولما كان نزول المدين عن التمسك بالتقادم لا يعتبر تبرعاً كما قدمنا ، فإنه يشترط ، لعدم نفاذ هذا النزول في حق الدائنين ، أن يكون منظوياً على غش من المدين وأن يكون الدائن الذي صدر النزول لمصلحته على علم بهذا الغش . ويكفي في ذلك ، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ مدني ، أن يكون النزول قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر وأن يكون الدائن الذي صدر النزول لمصلحته على علم بهذا الإعسار (٢) . وهذه

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٥٠ . وانظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٤٢ .

(٢) انظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٧٩ .

(٣) ولما كان نزول المدين عن التمسك بالتقادم اعتبر في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تبرعاً ، حل خلاف النص الصريح كما قدمنا ، فقد اقتضى ذلك من المذكرة الإيضاحية ألا تشترط ، لجواز الطعن بالدعوى البولصية في هذا النزول ، لا غش الدائن ولا غش المدين ، فقالت في هذا الصدد : « ويعتبر التنازل بمنزلة التبرع وإن لم تنطو فيه حقيقة الافتقار . ويتفرع على ذلك ... جواز طعن الدائنين على هذا التنازل بطرين الدعوى البولصية ، دون أن يكون ثمة محل لإقامة الدليل على غش الدائن الذي وقع التنازل لمصلحته فضلاً عن غش المدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٥) .

المسائل مختلف عليها كل الاختلاف في فرنسا (١)، أما عندنا فالنصوص صريحة لا تسمح بتريد صدى هذا الاختلاف (٢).

— انظر في المعنى الذي نقول به الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٣١٦ ص ٣٩١ - وانظر : استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٤٤ ص ٢٥ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البدرابوي في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ١٨١ ، واستئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٤٨ م ١٠ ص ١٠٨ .

(١) ذلك أن التقنين المدني الفرنسي لم يشتمل إلا على نص واحد في هذا الموضوع ، هو نص المادة ٢٢٣٥ . وهذا النص يقضى بجواز أن يتمسك الدائنون بالتقادم ، حتى لو نزل المدين عن التمسك به . وقد تشعبت المذاهب الفقهية في تفسير هذا النص ، ويمد بودرى وتيسيه من هذه المذاهب أربعة : ١ - فن الفقهاء من ذهب إلى قصر هذا النص على الدعوى غير المباشرة دون الدعوى البولصية - فيجوز للدائنين التمسك بالتقادم إذا لم يتمسك به المدين ، وهذا هو معنى نزول المدين عن التمسك بالتقادم الوارد في النص كما يفسرونه . ولكن إذا نزل المدين عن التقادم فهذه مسألة ترجع إلى ضيقه ، وهو بعد أن اتخذ هذا الموقف الإيجابي ونزل عن التقادم لا يجعل للدائنين سبيلاً إلى الطعن في هذا النزول ، لا سيما أنه لا يجوز الطعن بالدعوى البولصية في تصرف لا يعد افتقاراً بل هو امتناع من الإثراء . ٢ - ومن الفقهاء من ذهب إلى أن النص يشمل للدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية معاً ، ولكن يشترطون لجواز الطعن بالدعوى البولصية إثبات غش المدين في نزوله عن التمسك بالتقادم (ترولوج فقرة ١٠٦ وما بعدها - ماركاديه م ٢٢٢٥ فقرة ٢ - جيلوار فقرة ٣٤٢) . ٣ - ومن الفقهاء من ذهب إلى جواز الطعن بالدعوى البولصية حتى لو لم يثبت غش في جانب المدين ، ويكفي أن يكون نزوله عن التقادم قد سبب إعساره أو زاد في هذا الإعصار . ويقول بودرى وتيسيه إن هذا للرأى هو الذي رجح في الفقه وفي القضاء (دبرانتون ٢١ فقرة ١٥٠ - ديمولومب ١٩ فقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٣ - أدري ورو ٤ فقرة ٣١٣ هامش رقم ١٨ - كولين دي سانتير ٨ فقرة ٣٣٢ مكررة خامساً) . ٤ - ومن الفقهاء أخيراً من ذهب إلى جواز الطعن بالدعوى البولصية ، حتى لو لم يثبت غش في جانب المدين ، وحتى لو لم يثبت أن نزوله عن التقادم قد سبب إعساره أو زاد في هذا الإعصار (لوران ٣٢ فقرة ٢٠٩ - فقرة ٢١٠ وفقرة ٢٢٠ - هيك ١٤ فقرة ٣٣٣ - فقرة ٣٣٤) . ويقول بودرى وتيسيه أنه يصعب الدفاع عن هذا الرأى فهو يتعارض مع أحكام الدعوى البولصية ومع أحكام التقادم . انظر في هذه الآراء المختلفة بودرى وتيسيه فقرة ١١٣ - فقرة ١١٩ .

وقد قدمنا أن التقنين المدني المصري وضع نصاً للدعوى غير المباشرة (م ١/٢٨٧) ونصاً آخر للدعوى البولصية (م ٢/٣٨٨) ، ففصل بين الدعويين ، حيث جمعهما التقنين المدني الفرنسي في نص واحد فأورث الحكم كل هذا الغموض .

(٢) وإذا نزل المدين عن التمسك بالتقادم في الدعوى المرفوعة عليه من الدائن ففضى عليه بالدائن ، وفات دائنيته أن يتدخلوا في الدعوى ليظعنوا في نزول المدين بالدعوى البولصية ، فإن لم أن يظعنوا في الحكم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة ، بشرط أن يثبتوا غش مدنيهم -

وقد قدمنا أن الدائنين إذا نجحوا في الطعن في نزول المدين عن التمسك بالتقادم تطبيقاً لأحكام الثانية من المادة ٣٨٨ مدني ، فإن عليهم بعد ذلك أن يتمسكوا بالتقادم نيابة عن مدينهم تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني (١) .

٦٦٣ - موانع النزول عن المدة التي انقضت في تقادم لم تكتمل :

وقد يقع أن المدين ينزل عن التقادم ، لا قبل سريانه فيكون نزولاً عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون باطلاً ، ولا بعد تكامله فيكون نزولاً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون صحيحاً ، ولكن أثناء السريان . وهذا النزول يكون صحيحاً فيما يتعلق بالمدة التي انقضت لأنه نزول عن حق في مدة قد انقضت فعلاً ، وباطلاً فيما يتعلق بالمدة الباقية لاكتمال التقادم لأنه نزولاً عن مدة مستقبلية لم يثبت للمدين حق فيها . ومن ثم نزول المدة التي انقضت بالنزول عنها ، ولا يعتد بها في حساب التقادم . ويبدأ تقادم جديد يسرى من وقت النزول عن المدة التي انقضت ، لا من وقت اكتمال التقادم السابق .

والتكييف الصحيح لهذا النوع من النزول إنما هو قطع التقادم عن طريق إقرار المدين بحق الدائن . ذلك أن المدين ، إذا نزل عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل ، إنما يقر بحق الدائن ، فيقطع الإقرار التقادم ، ولا يعتد بالمدة

= وتواظف مع الدائن الذي نزل له عن التمسك بالتقادم (انظر المادة ٤٠٠ : من تقنين المرافعات - بودري وتيسيه فقرة ١٢٠) .

(١) وإذا كان الحق يتقادم بسنة واحدة ويقوم التقادم فيه على قرينة الوفاء وتوجه فيه اليمين إلى التمسك بالتقادم ، وجب التمييز بين حالتين : (أ) حالة ما إذا اقتصر المدين على عدم التمسك بالتقادم ، فتسلك به الدائنون نيابة عن مدينهم عن طريق الدعوى غير المباشرة ، ففي هذه الحالة يوجه القاضي اليمين إلى المدين لا إلى الدائنين (أنسيكيويدي دالوز ، لفظ prescription civile فقرة ٨٤ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البدراوى في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ١٨٢) . (ب) وحالة ما إذا لم يقتصر المدين على عدم التمسك بالتقادم ، بل نزل عنه نزولاً إيجابياً ، ففي هذه الحالة لا يجوز للدائنين الطعن في هذا النزول بالدعوى البولصية ، لأن التقادم هنا مبني على قرينة الوفاء ، وقد انتفتت هذه القرينة بنزول المدين عن التقادم (الأستاذ عبد المنعم البدراوى في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ١٨٢)

التي انقضت ، كما سبق القول عند الكلام في انقطاع التقادم بالإقرار (١) .

ويترب على هذا التكييف أمران : (١) أن التقادم الجديد الذي يعقب التقادم السابق يكون مدته هي مدة التقادم السابق أو تختلف عنها ، وفقاً للأحكام التي قدمناها عند الكلام في انقطاع التقادم . فتكون المدة خمس عشرة سنة بدلاً من خمس في حقوق أصحاب المهن الحرة إذا كان نزول المدين عن طريق تحرير سند بالدين ، وبدلاً من سنة واحدة في حقوق التجار والصناع والعمال ومن إليهم بمجرد الإقرار بحق الدائن عن طريق النزول عن المدة التي انقضت ، سواء كان الإقرار عن طريق تحرير سند بالدين أو عن أى طريق آخر . (٢) وما دام النزول عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل إنما هو قطع للتقادم ، فالأهلية الواجبة فيه ليست هي أهلية التصرف كما في النزول عن التقادم المكتمل (٢) ، بل هي أهلية الإدارة وهي الأهلية الواجبة في قطع التقادم كما سبق القول (٣) .

المبحث الثاني

الآثار التي ترتب على التقادم

٦٦٤ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٨٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يرتب على التقادم انقضاء الالتزام . ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي .

٢ - وإذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٣٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦١ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٣٣ . وانظر بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٩ مكررة .

الملحقات ، ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٦٨/٢٠٤ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٧٣ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٤٠ - ٤٤١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٦٠ - ٣٦١ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٩ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيخ تحت رقم ٣٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٠ - ص ٣٤١) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٦٨/٢٠٤ : مضى المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط العهد واعتبار براءة المتهم منه إذا تمسك بذلك . (وتتفق أحكام التقنين المدني السابق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٣ (مطابقة للمادة ٣٨٦ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني الليبي م ٣٧٣ (مطابقة للمادة ٣٨٦ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٤٤٠ : لا يسقط الحق بمرور الزمان ، فإذا أقر المدعى عليه بالحق

أمام المحكمة أخذ بإقراره ، ما لم يوجد نص يقتضى بغير ذلك .

م ٤٤١ : إذا لم تسمع الدعوى بالحق لمرور الزمان ، فلا تسمع الدعوى بالفوائد وغيرها من الملحقات ، حتى لو لم تكمل المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بهذه الملحقات .

(ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصرى في أن المدين ، في التقنين العراقي ، إذا أقر بالحق أمام المحكمة بعد تكامل مدة التقادم - سواء تمسك بالتقادم أو لم يتمسك به - أخذ بإقراره وذلك في غير الحقوق التى يقوم التقادم فيها على غير قرينة الوفاء كالحقوق الدورية المتجددة ، فهذه لا يجوز سماع الدعوى فيها حتى لو أقر المدين : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في التقنين المدني العراقي فقرة ٣٩٩ . أما في مصر ، إذا أقر المدين بالحق بعد اكتمال مدة التقادم ، فإن كان ذلك قبل التمسك بالتقادم ، جاز اعتبار الإقرار نزولاً عن التمسك به . وإن كان بعد التمسك بالتقادم ، في غير تقادم السنة ، فالتقادم يسقط الحق رغم هذا الإقرار) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٦٠ : إن حكم مرور الزمن بعد بمثابة برهان على إبراء

ذمة المدين ، وقرينة الإبراء الناشئة عنه لا ترد ولا تقبل برهاناً على العكس .

م ٣٦١ : إن حكم مرور الزمن لا يقتصر على إسقاط حق الدائن في إقامة الدعوى ، بل -

(م ٧٣ - الوسيط)

وبمخلص من هذا النص أن الالتزام ينقضى بالتقادم . ويجب في هذا الصدد أن نميز ، عند اكتمال مدة التقادم ، بين حالتين : (١) قبل التمسك بالتقادم (٢) بعد التمسك به .

٦٦٥ - التزام اكتملت مدة تقادمه قبل التمسك بالتقادم :

فاذا كان الالتزام قد اكتملت مدة تقادمه ، ولكن المدين لم يتمسك بعد بالتقادم ، فهو في هذه الفترة التزام مدني قائم كما كان أثناء سريان مدة التقادم . ولا تتغير طبيعة الالتزام بمجرد تكامل هذه المدة ، لأن التقادم لا يقضى الالتزام إلا إذا تمسك به المدين (١) .

وبمخلص مما تقدم أن الالتزام يكون في هذه الفترة التزاماً مدنياً واجب الوفاء . ويترتب على ذلك نتائج هامة نذكر منها ما يأتي :

(١) إذا وفي المدين بالالتزام في هذه الفترة ، فانه يوفي بالتزام مدني مستحق الأداء . فهو لا يستطيع بعد أن وفي به للدائن أن يسترده منه ، بدعوى أنه دفع ديناً انقضى بالتقادم ، وهذا حتى لو كان الوفاء صدر عن غلط ، وكان المدين وقت أن وفي بالمدين لا يعلم باكتمال مدة التقادم ، وظن أن المدة لا تزال سارية دون أن تكتمل (٢) .

= يسقط أيضاً الموجب نفسه ، فلا يمكن بعد ذلك الاستفادة منه بوجه من الوجوه ، لا بإقامة دعوى ولا بتقديم دفع . على أن المديون الذي أبرأه مرور الزمن من الوجبة المدنية يظل مقيداً بموجب طبيعى يمكن اتخاذه سبباً للإيفاء .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري . وقد جعل التقنين اللبناني التقادم قرينة على براءة ذمة المدين ، وكان الأولى ترك الأساس الذي يقوم عليه التقادم للفقه ، فيطور في مرونة لا يعوقها نص تشريعي . ونص التقنين اللبناني صراحة على عدم صلاحية الحق المتقادم لأن يكون دفناً ، فخرج بذلك على قاعدة أبدية الدفع . ولم يعرض التقنين المصري لهذه المسألة بل تركها للفقه ، والرأى الغالب في الفقه هو الأخذ بقاعدة أبدية الدفع) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا ينقضى الالتزام قبل التمسك بالتقادم بمجرد انقضاء المدة المسقطة ، بل يظل التزاماً مدنياً إلى أن يدفع بتقادمه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤١) .

(٢) وهذا هو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية وما نص عليه صراحة التقنين المدني الألماني . فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المدين لا يسترد ما وفاه وهو جاهل باكتمال التقادم ، مادام =

(٢) إذا قدم المدين كفيلاً للدين الذى اكتملت مدة تقادمه دون أن يتمسك بالتقادم ، سواء علم باكتمال المدة أو لم يعلم ، صحت الكفالة ، إذ الكفيل يضمن التزاماً مدنياً قائماً . فإذا كان المدين يعلم ، عند ما قدم الكفيل ، بأن المدة قد اكتملت ، اعتبر تقديمه للكفيل نزولاً منه عن حقه فى التمسك بالتقادم . أما إذا كان لا يعلم باكتمال المدة ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم فيسقط الدين ، وجاز لكفيله فى هذه الحالة أن يدفع هو أيضاً بسقوط الدين للتقادم (١).

(٣) إذا ترتب فى ذمة الدائن للمدين دين توافرت فيه شروط المقاصة بالدين الذى له فى ذمة المدين ، فإن المقاصة تقع بين الدينين إذا تمسك الدائن بالمقاصة قبل أن يتمسك المدين بالتقادم . ذلك أن تمسك الدائن بالمقاصة يجعل الدينين ينقضيان بمجرد تلاقيهما ، وقد تلاقيا فى وقت كان فيه الدين الذى اكتملت مدة تقادمه لا يزال ديناً مدنياً ، إذ لم يكن المدين قد تمسك بالتقادم عند ما تمسك الدائن بالمقاصة ، فتوافرت شروط المقاصة وانقضى الدينان . فإذا جاء المدين بعد ذلك وتمسك بالتقادم ، فانه يكون قد فعل ذلك متأخراً ، إذ وقت أن تمسك بالتقادم كان الدين قد انقضى بالمقاصة (٢) . وحكم

= الوفاء كان تلقائياً كان باختياره دون ضغط من الدائن أو تهديد منه باتخاذ إجراءات قضائية نقض فرنسى ١٧ يناير سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٤٠ - ١ - ٥٧ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٥ - ١٣ - ٢١ فبراير سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٤٩ - ٢٠٨ - وانظر بلانيول وريبير. وردوان ٧ فنية ١٣٩٣) . وقضت محكمة البرشك بأن المدين إذا طرلب بدين ظن أنه ملازم به مدنياً فدفعه ، فى حين أن هذا الدين كان قد سقط الحق فيه بمضى المدة ، لم تقبل منه دعوى استرداد هذا المبلغ لأنه دفعه بإرادته (١٨ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٩٨ ص ١٤٢) . وتنص المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى الألمانى على أنه « إذا اكتملت مدة التقادم ، كان للملتزم الحق فى رفض الوفاء بالدين . ولكن ما دفعه وفاء لمطالبة تنافست لا يجوز له استرداده ، حتى لو كان الوفاء قد تم وهو جاهل بالتقادم . ويسرى هذا الحكم أيضاً فى حالة ما إذا صدر من الملزم إقرار تعاقدى بالدين ، أو تقدم بصحة لكفاله » . انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ٢٢٢ فقرة ١ - فقرة ٢ .

(١) قارن المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى الألمانى والتعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ٢٢٢ فقرة ٢ .

(٢) والمفروض هنا أن الدينين وقت أن تلاقيا كان أحدهما قد اكتملت مدة تقادمه دون أن يتمسك المدين بالتقادم ، ولذلك وجب أن يكون تمسك الدائن بالمقاصة سابقاً على تمسك المدين بالتقادم . أما إذا كان الدين لم تكتمل مدة تقادمه وقت أن تلاقيا بالدين المتقابل ، فإنه يسقط =

المقاصة هنا هو حكم الوفاء بالدين المتقادم قبل التمسك بتقادمه ، لأن المقاصة ضرب من الوفاء .

٦٦٦ - التزام اكتملت مرة تقادمه بعد التمسك بالتقادم : ويتغير الحكم إذا اكتملت المدة وتمسك المدين بالتقادم ، فانه بمجرد أن يتمسك المدين بالتقادم على النحو الذى فصلناه يسقط الدين وتوابعه . وهناك رأى يذهب إلى أن التقادم يلحق الدعوى دون الحق ، ولكن الظاهر هو أن التقادم يسقط الحق نفسه هو ودعواه جميعاً . وأياً كان رأى فى سقوط الدعوى دون الحق أو فى سقوط الدعوى والحق معاً ، فانه يتخلف عن الالتزام المدنى التزام طبيعى ، فان سقطت الدعوى دون الحق فقد أصبح الحق مجرداً من الدعوى وانحدر الالتزام المدنى إلى التزام طبيعى ، وإن سقط الحق والدعوى معاً فقد بقى فى ذمة المدين واجب أدبى ارتقى إلى مرتبة الالتزام الطبيعى .

فهناك إذن ثلاث مسائل نبحثها على التعاقب : (١) سقوط الدين وتوابعه عند التمسك بالتقادم (٢) تأصيل هذا السقوط وهل يلحق الدعوى دون الحق أو يلحق الدعوى والحق جميعاً (٣) تخلف التزام طبيعى عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم .

المطلب الأول

سقوط الدين وتوابعه عند التمسك بالتقادم

٦٦٧ - سقوط الدين وتوابعه : إذا تمسك المدين بالتقادم على النحو الذى بسطناه ، فان الدين يسقط ، ولا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على أدائه (١) .

= بالمقاصة حتى لو كان التمسك بها لاحقاً لتمسك المدين بالتقادم . وقد رأينا أن المادة ٣٦٦ مدنى تنص على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ، مادامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة » . انظر آنفاً فقرة ٥٥١ .

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٠ -

ويسقط مع الدين توابعه من كفالة ورهن رسمى وحق امتياز وحق اختصاص وما إلى ذلك ، فتراز ذمة الكفيل وينقضى الرهن والامتياز والاختصاص بانقضاء الدين الأصلى بالتقادم (١) ، فان التابع يزول بزوال الأصلى (٢) .

كذلك يسقط مع الدين ما استحق من فوائد وملحقاته باعتبارها نوابع للدين ، حتى لو لم تكن هذه الفوائد والملحقات قد سقطت هى ذاتها استقلالاً بالتقادم . ذلك أنه يمكن أن ننصور سقوط الفوائد والملحقات بالتقادم استقلالاً دون سقوط الدين الأصلى ، فاذا مضى على استحقاق الفوائد مثلاً خمس سنوات سقطت ، وقد لا يسقط الدين الأصلى إلا بخمس عشرة سنة : فنسقط الفوائد دون أن يسقط الدين . أما إذا سقط الدين بالتقادم ، فان الفوائد والملحقات تسقط حتماً معه ، حتى لو لم يمض عليها مدة التقادم الخاص بها . فاذا تقادم الدين وسقط ، سقط معه ، ليس فحسب الفوائد التى مضى على استحقاقها خمس سنوات فهذه تسقط بالتقادم استقلالاً عن الدين ، بل تسقط أيضاً الفوائد التى لم يمض على استحقاقها خمس سنوات . وهذه تسقط تبعاً لسقوط الدين الأصلى ، وقد سقط هذا بأثر رجعى كما سنرى ، فنسقط تلك بسقوطه سقوطاً يستند إلى الماضى . وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ مدنى تنص على هذا الحكم

-
- (١) استئناف وطنى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ التضاء ٣ ص ٣٤٢ .
(٢) ويبقى التابع ما بقى الأصلى ، فإذا كان الدين الأصلى باقياً ، بقيت ضماناته ولو اكتملت بالنسبة إليها مدة التقادم ، مادام الدين الأصلى - بسبب انقطاع التقادم مثلاً - لم يتقادم (بردرى وتيسيه فقرة ٦١٢ مكررة) .

وتنقضى المادة ٢٢٣ من التقنين المدنى الألمانى بأن تقادم الدين لا يبنى رهن الحيازة ولا الرهن الرسمى ، بل يبقى الرهنان منتجين لأثرهما بالرغم من تقادم الدين (سالى م ٢٢٣ ص ٣٢٩) . وهذا الحكم يمكن التسليم به فى القوانين اللاتينية ، فى رهن الحيازة دون الرهن الرسمى ، فإن رهن الحيازة ، كما قدمنا ، يمنع من تقادم الدين ، فبقى الدين قائماً ما دام الشئ المرهون فى حيازة الدائن . أما فى القانون الألمانى فيمكن تعليل بقاء كل من رهن الحيازة والرهن الرسمى بالرغم من تقادم الدين بأن التقادم ، فى الفقه الجرمانى ، إذا أسقط عنصر المسؤولية فى الالتزام ، فإنه يبقى عنصر المديونية ، وإلى هذا المنصر يستند رهن الحيازة والرهن الرسمى (انظر ما يلى فقرة ٦٧٢ فى الهامش) .

صراحة إذ تقول : « وإذا سقط الحق بالتقادم ، سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات (١) » .

٦٦٨ - سقوط الدين بأثر رجعي : وإذا سقط الدين بالتقادم ،

سقط بأثر رجعي ، واستند سقوطه إلى الوقت الذي بدأ فيه سريان التقادم ، لا إلى الوقت الذي اكتملت فيه مدة التقادم (٢) . يدل على ذلك في وضوح سقوط الحق في الفوائد والملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بها . ولو كان الدين الأصلي الذي انقضى بالتقادم سقط من وقت اكتمال مدة التقادم لا من وقت مبدأ سريانه ، لبقيت آثار هذا الدين إلى وقت اكتمال المدة قائمة : ومن ثم كانت تبقى الفوائد والملحقات التي أنتجها الدين ، ولا تسقط إلا إذا تقادمت هي مستقلة عن الدين . ولكن لما كان الدين ينقضى بأثر رجعي من وقت مبدأ سريان التقادم ، فإنه يعتبر غير موجود خلال مدة سريان التقادم ، وتعتبر الفوائد التي أنتجها خلال هذه المدة ولم تدفع غير موجودة ، وهكذا تسقط بسقوط الدين (٣) .

على أنه لا يستخلص من سقوط الدين بأثر رجعي أن المدين إذا كان قد دفع منه للدائن أقساطاً أو فوائد مستحقة قبل أن تكامل مدة التقادم يستطيع أن يستردها (٤) ، بدعوى أن الدين يعتبر غير موجود من وقت مبدأ سريان التقادم

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال الحفيرية ٣ ص ٣٤١ .
 (٢) ويقول بودرى وتيسيه إن استناد التقادم بأثر رجعى إلى وقت مبدأ سريانه ينقض به طبيعة نظام التقادم والهدف الذى يرى هذا النظام إلى تحقيقه . فالأوضاع المستقرة التي يقصد بنظام التقادم إلى احترامها وحمايتها قد استقرت منذ مبدأ سريان التقادم ، فإلى هذا الوقت يجب الرجوع في تحديد أثر التقادم (بودرى وتيسيه فقرة ١٠٣ مكررة) .
 (٣) وقد كان هذا الحكم معمولاً به دون نص في عهد التقنين المدنى السابق (الموجز للمؤلف فقرة ٦١٣ - الأستاذ أحمد خشت أبو سنيت فقرة ٨٥٥) .

(٤) ويلعب بلانيول وريبير وردوان إلى أن عدم استطاعة المدين أن يسترد ما دفع قبل تقادم الدين من أقساط وفوائد دليل على أن التقادم ليس له أثر رجعى (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٩٣ ص ٨٠٩ . وانظر أيضاً كولان وكايبثان ٢ فقرة ٦١٥) . ولكن لا يمكن أن نفسر بدون الأثر الرجعى سقوط الفوائد التي لم تمض عليها مدة التقادم بسقوط الدين الأسلى . -

فلم توجد الأقساط ولم تستحق الفوائد . ذلك أن المدين وقت أن دفع هذه الأقساط والفوائد ، كان الدين لم يتكامل تقادمه . فكان ديناً مدينياً مسحاً في ذمته بأقساطه وفوائده ، فيكون وقت الدفع قد دفع المستحق في ذمته ، فلا يستطيع أن يسترده بدعوى دفع غير المستحق . وإذا كان الدائن لا يستطيع أن يتمسك بوجود الدين بعد تقادمه عن طريق الدعوى ، فإنه يستطيع أن يتمسك بوجوده بعد تقادمه عن طريق الدفع . وهذا ما ننتقل الآن إليه .

٦٦٩ - سقوط الدين بالتقادم عن طريق الدعوى لا يمنع من

التمسك بوجوده عن طريق الدفع : رأينا أن المدين إذا تمسك بالتقادم الدين ، فإن الدين يسقط ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب به المدين . ولكن إذا كان الدائن لا يستطيع أن يتمسك بوجود الدين المتقادم عن طريق الدعوى (action) ، فإنه يستطيع أن يتمسك بوجوده عن طريق الدفع (exception) . وقد كانت القاعدة في القانون الفرنسي القديم أن الدعوى إذا كانت تنقض بالتقادم ، فإن الدفع دائم لا يتقادم (quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum) وقد انتقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسي الحديث ، وقال بها الفقه والقضاء في فرنسا (١) ، ولا مانع من الأخذ بها في مصر ، فهي تتماشى مع طبيعة الدفع .

ويقال عادة في تبرير هذه القاعدة إن التقادم إنما يرد على الدعوى ولا يرد على الدفع . فالدعوى هي التي كان صاحبها يستطيع أن يرفعها خلال مدة التقادم ، فإذا لم يرفعها حتى انقضت هذه المدة ، سقط الحق أما الدفع فهو

= أما عدم استطاعة المدين أن يسترد ما دفع قبل تقادم الدين من أقساط وفوائد فيمكن تفسيره ، كما سنرى ، بأن الدين المتقادم إذا كان لا يمكن التمسك بوجوده عن طريق الدعوى ، فإن هذا لا يمنع من جواز التمسك بوجوده عن طريق الدفع .

(١) تولى ٧ فقرة ٦٠٠ وما بعدها - ترو لوج فقرة ٨٢٧ وما بعدها - دي موليوب ٢٩ فقرة ١٣٦ - جيلوار ١ فقرة ٥٣ - فقرة ٥٤ - لاروميير م ١٣٠٤ فقرة ٣٤ وما بعدها - أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٧١ ص ٥٢٩ - ص ٥٣١ - وقارن : كوليه دي سانتير م ١٣٠٤ فقرة ٢٦٥ مكررة سادساً وسابعاً - لوران ١٩ فقرة ٥٧ وما بعدها و ٣٢ فقرة ٣٧٢ - بودرى . تيسيه فقرة ٦١٢ .

طبيعته موضوع لمعارضة طلب يوجه ضد صاحب الدفع . وما دام هذا الطلب لم يوجه ، فكيف يتسنى لصاحب الدفع أن يتمسك به ؟ وجب إذن ، مطاوعة لطابع الأشياء ، أن يبنى الدفع ما بنى الطلب ، حتى لو انقضت على الدفع مدة التقادم . وهذا هو تفسير ما يقال من أن الدفع لا يتقادم .

ونأتى ببعض تطبيقات لهذه القاعدة :

(١) دعوى البطلان تتقادم بخمس عشرة سنة من وقت العقد (م ٢/١٤١ مدني) ، ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالت المدة . فاذا باع شخص أرضاً ، وكان البيع باطلاً ، وسلم البائع الأرض للمشتري ، استطاع البائع أن يرفع دعوى البطلان في خلال خمس عشرة سنة من وقت صدور البيع . وهو إذا لم يرفع دعوى البطلان في خلال هذه المدة ، سقط حقه ، بعد أن قصر في رفع الدعوى طوال هذا الوقت . أما إذا لم يسلم البائع الأرض للمشتري ، فهو ليس في حاجة إلى رفع دعوى البطلان ما دامت الأرض في يده . ولا يمكن أن يعتبر مقصراً إذا هو اطمأن إلى أن البيع باطل وإلى أن الأرض لم تخرج من حيازته . فاذا ما طالب المشتري بتسليم الأرض ، أمكنه أن يدفع هذا الطلب ببطلان البيع . ولكن متى يستطيع التمسك بهذا الدفع ؟ لا يمكنه بطبيعة الحال أن يتمسك به إلا عند ما يرفع المشتري عليه دعوى المطالبة بالتسليم . فاذا فرض أن المشتري أمكنه أن يرفع دعوى التسليم بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، بأن قطع تقادم هذه الدعوى مثلاً ، فانه يجب أن يتمكن البائع من الدفع ببطلان البيع ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم ، لأنه ما كان يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع إلا بعد رفع دعوى التسليم . وزى من ذلك أنه إذا كانت دعوى البطلان تسقط بالتقادم ، فان الدفع بالبطلان لا يتقادم (١) .

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٣٢٠ - وإذا كان الدفع ببطلان العقد لا يتقادم ، فإن الدفع بإبطال العقد يتقادم ، كدعوى الإبطال نفسها ، بثلاث سنوات (الوسيط جزء أول فقرة ٣٢١) . وقد جاء في الجزء الأول من الوسيط في تبرير هذه التفرقة ما يأتي : « ويلاحظ أن الدفع بالإبطال في العقد القابل للإبطال يختلف عن الدفع بالبطلان في العقد الباطل في أن الدفع في الحالة الأولى هو في حقيقته دعوى وكذلك هو في صورته ، إذ يستخذ من ناحية الإجراءات صورة دعوى فرعية يقيسها المدعى عليه ويطلب فيها إبطال العقد . أما الدفع في الحالة الثانية فهو -

(٢) في بيع باطل أجل فيه دفع الثمن ، إذا لم يسلم البائع المبيع إلى المشتري وسكت المشتري عن المطالبة بالمبيع وعن دفع الثمن اعتماداً على بطلان البيع ، فلا يمكن اعتباره مقصراً إذا هو لم يرفع دعوى بطلان البيع في خلال خمس عشرة سنة . فإذا رفع البائع بعد انقضاء هذه المدة دعوى الثمن على المشتري ، وكانت هذه الدعوى لم تتقدم بسبب تأجيل الثمن ، كان من حق المشتري أن يدفع ببطلان البيع ، ولو أن هذا الدفع قد مضى عليه أكثر من خمس عشرة سنة ، لأنه ما كان يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع قبل رفع دعوى الثمن (١) .

(٣) إذا تقدم الدين فسقط من وقت مبدأ سريان التقادم . وإذا كان الدين قد دفع أثناء سريان التقادم بعض أقساط الدين ، فإنه لا يستطيع بعد سقوط الدين بالتقادم أن يسترد من الدائن ما دفعه . فهو إذا رفع دعوى استرداد غير المستحق ، استطاع الدائن أن يدفع هذه الدعوى بوجود الدين رغم تقدمه ، فتكون الأقساط المدفوعة مستحقة لا يجوز استردادها (٢) . وزي من ذلك أن الدائن إذا كان لا يستطيع التمسك بوجود دين متقدم عن طريق الدعوى ، فإنه يستطيع التمسك بوجود هذا الدين عن طريق الدفع . وإذا كانت الدعوى تسقط بالتقادم ، فإن الدفع لا يتقدم .

= دفع محض، من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات . ومن ثم فالدفع بالإبطال يتقدم ، لأنه دعوى والدعاوى يرد عليها التقادم . أما الدفع بالبطلان فلا يتقدم ، لأنه دفع والدفع لا يتقدم (الوسيط جزء أول فقرة ٣٢١ ص ٥٢٣ م.م.ش رقم ١) .

وقاعدة أبدية الدفع أو عدم تقدمه لا تنطبق في الأحوال الآتية : ١ - في الدعاوى المعارضة ودعاوى المدعى عليه ، كما رأينا . فهذه ليست بدفع وإما هي دعاوى ، والدعاوى تتقدم (بودرى وتيسيه فقرة ٦١١) . ٢ - فيما إذا كان الدفع رداً على دفع سبقه ، فدفع المدفع إما هو دعوى لا دفع . ذلك أن من يدفع الدفع لا يزال في موقفه مهاجماً لصاحب الدفع الذي التزم موقف الدفاع ، فدفع الدفع ملحق بالدعوى وبهذا الاستمرار يتقدم (بودرى وتيسيه فقرة ٦١٠ ص ٤٥٩) . ٣ - في المواعيد المعلقة (délais de déchéance) فهذه متى انقضت ، سقط الحق لعدم استعماله في الميعاد ، فلا يصلح لا طلباً ولا دعواً (انظر آنفاً فقرة ٥٩٤) .

(١) قارن بودرى وتيسيه فقرة ٦٠٩ ص ٤٥٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى في أثر مضى

لمدة في الالتزام فقرة ٢٧٦ ص ٢٥٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦٨ .

٦٧٠ - تقادم الدين قرر بغير غير الدين : وإذا انقضى الدين بالتقادم ، فإن المدين هو الذى يفيد من هذا الانقضاء إذ تبرأ ذمته من الدين . وقد يفيد من انقضاء الدين غير المدين .

فالكفيل له أن يتمسك بتقادم دين المدين الأصلي كما قدمنا ، فيفيد من انقضاء هذا الدين وإن كان دينه هو لم ينقض بالتقادم . ذلك أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين ، فتنى سقط الالتزام الأصلي بالتقادم سقط معه الالتزام التابع .

والمدين المتضامن يفيد أيضاً من تقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر ، بقدر حصة هذا المدين (١) . وقد قدمنا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ مدنى تنص على أنه « إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين ، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين » .

وكذلك الدائن المتضامن يحتج عليه المدين بتقادم الدين بالنسبة إلى دائن متضامن آخر ، بقدر حصة هذا الدائن ، وقد تقدم بيان ذلك (٢) .

وإذا تقادم الدين غير المتجزىء بالنسبة إلى أحد المدينين المتعدددين ، أفاد من التقادم المدينون الآخرون فى كل الدين لأنه غير متجزىء ، ولو لم تكتمل مدة التقادم بالنسبة إلى هؤلاء المدينين (٣) .

كذلك إذا تقادم الدين غير المتجزىء بالنسبة إلى أحد الدائنين المتعدددين ، فإن طبيعته غير القابلة للتجزئة تجعله متقادماً بالنسبة إلى باقى الدائنين ولو لم تكتمل مدة التقادم بالنسبة إليهم ، ويستطيع المدين أن يحتج على أى دائن بالتقادم الذى اكتمل بالنسبة إلى دائن آخر (٤) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٩٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٤٢ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٢٥ - وانظر أيضاً كيف يفيد الحائز للعقار المرمون من تقادم الدين

المضون بالرهن آنفاً فقرة ٦٤٩ .

٦٧١ - انتقال الدين المتقادم الى خزنة الدولة في حالات بنص

عليها القانون: والأصل أن الدين إذا سقط بالتقادم ، برئت منه ذمة المدين . ولكن قد يقضى القانون في بعض حالات استثنائية بأن الدين المتقادم يضيع على الدائن ، ولكن لا تبرأ منه ذمة المدين . بل ينتقل الدين إلى الدولة ، فيدفعه المدين للخزنة العامة . وقد رأينا أن المادة ٢٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ تقضى بأن تؤول إلى الدولة جميع المبالغ التي أصابها التقادم ، متى كانت هذه المبالغ تمثل أرباح وفوائد الأسهم والسندات التي لم يطالب بها أصحابها ، وكذا قيمة الأسهم والسندات نفسها والودائع والسندات المودعة لدى البنوك والمبالغ المعطاة على سبيل الضمان . وقد منا (١) أن هذا الحكم منى على اعتبارات ترجع إلى مصلحة خزنة الدولة ، فبدلاً من أن تؤول هذه المبالغ إلى الشركات والبنوك عن طريق التقادم ، رأى المشرع أن تؤول إلى خزنة الدولة ، تصرفها فيما يعود بالنفع على المصلحة العامة . فعمد ، بنص تشريعي ، إلى نقل ملكية هذه المبالغ بمجرد تقادمها إلى الخزنة العامة .

والتشريع المصرى مأخوذ من تشريع فرنسى هو المادة ١١١ من قانون ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٠ ، ويقضى هذا التشريع في فرنسا بأن تؤول إلى خزنة الدولة الديون الآتية : ١ - ما يصيبه التقادم الخمسى أو التقادم الاتفاقي من الكوبونات والفوائد والأرباح الناتجة من الأسهم وحصص المؤسسين والسندات المتداولة التي أصدرتها شركات تجارية أو مدنية أو أية هيئات أخرى عامة أو خاصة . ٢ - ما يصيبه التقادم الثلاثيني أو التقادم الاتفاقي من الأسهم وحصص المؤسسين والسندات وجميع الأوراق المالية الأخرى كأوراق النصيب وسندات الخزنة ذات الأجل القصير وبوالص التأمين التي أصدرتها الشركات والهيئات المتقدمة الذكر . ٣ - جميع الودائع والمبالغ المودعة في البنوك أو مؤسسات الاثمان أو غيرها من المؤسسات التي تتسلم نقوداً كودائع أو كحسابات جارية ، إذا أصابها التقادم . ٤ - جميع السندات والأوراق المالية المودعة

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٤٥ .

في البنوك أو غيرها من المؤسسات التي تتسلم أوراقاً مالية على سبيل الوديعة أو لأي سبب آخر ، إذا أصابها التقادم .

وينتقد الفقه الفرنسي هذا التشريع ، ويعتبر أنه ينطوي على مصادرة لأموال الأفراد في غير الأحوال التي تجوز فيها المصادرة (١) . وقد أصاب التشريع المصري ، كالتشريع الفرنسي ، حظه من الانتقاد (٢) .

(١) ويقول الفقه الفرنسي إن هذا التشريع الغريب يستند إلى أن المبالغ التي نقل ملكيتها إلى خزانة الدولة قد أصبحت بتقادمها مالا مباحاً لا مالك له (biens vacants et sans maître) . وهذا غير صحيح ، لا من ناحية قواعد المال المباح ولا من ناحية قواعد التقادم ، للأسباب الآتية : ١ - إن المال المباح إذا كان منقولاً لا يكون ملك الدولة ، بل يكون لمن يستولى عليه . ٢ - على أن هذه المبالغ ليست مالا مباحاً أصلاً ، فهي ديون لها أصحابها ، وقد تقادمت ، والتقادم لا يقتضي الدين إلا إذا تمسك به المدين . فإذا لم تمسك المصارف والشركات بالتقادم ، بقيت هذه الديون لأصحابها وهم الدائنون . ٣ - وحتى لو تمسكت المصارف والشركات بالتقادم ، فإن القاعدة هي أن الديون التي تسقط بالتقادم تبرأ منها ذمة المدين . أما هنا فقد نقلها المشرع من دائن إلى دائن آخر لا شأن له بها إطلاقاً ، ولم يبرئ منها ذمة المدين .

ويقول الفقه الفرنسي إن المشرع بتشريعه هذا لم ينقل ملكية مال بسبب سائق من أسباب نقل الملكية ، بل هو قد عمد إلى مصادرة أموال الأفراد في غير الأحوال التي تجوز فيها المصادرة . ثم إنه قد أتى الاضطراب واللبلة في قواعد التقادم ، إذ أخضع طائفة من الأموال إلى نظام خاص يشذ عن نظام التقادم ، فأثار كثيراً من الصعوبات والمسائل الشائكة . فهل يجوز مثلاً للمدين في الحالات التي عرض لها التشريع ، أن يقر بالدين فيقطع التقادم ؟ وهل يقف سريان التقادم إذا قام سبب يستوجب وقف السريان ؟ وهل إذا دفع الدائن الدين بعد تقادمه إلى المدين ، يجوز له استرداده ؟ وهل يتخلف عن الدين بعد تقادمه التزام طبيعي ؟ وهل يجوز للقاضي أن يحكم بالتقادم من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك به المدين ؟ كل هذه صعوبات أثارها هذا التشريع الشاذ ، وبذلك على مبلغ الفوضى والاضطراب التي يلقيها المشرع في المعاملات بين الناس عندما يشرع وهو مشغول باعتبارات مالية تتعلق بالخزانة !

انظر في كل ذلك : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٤٠١ - جويران ٢ فقرة ١٠٠٠ ص ٥٢٧ .

(٢) وقد كتبنا عن التشريع المصري ، في مقال لنا عن مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، ما يأتي : « وقبل أن نترك قوانين الضرائب نشر إلى نص ورد في القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ الخاص بضرائب الدخل . وهو نص لا يخلو من غرابة ، وقد أقحمه المشرع في المكان الذي وضعه فيه دون مبرر ، ويذهب أن يكون منظوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية . فقد قضت المادة ٢٨ من القانون المشار إليه بأن الأرباح والفوائد على الأسهم والسندات والودائع النقدية وودائع الأوراق المالية وغيرها من الديون التي تكون مستحقة =

المطلب الثاني

تأصيل سقوط الدين بالتقادم

٦٧٢ - الرأى الدول - التمييز بين المديونية والمسئولية (المذهب

الجرماني) : يذهب الفقه الجرماني إلى التمييز بين عنصرين في الالتزام : ١ - عنصر المديونية (Schuld, Debitum) ٢ - وعنصر المسئولية (Haftung, Obligation). فالمديونية هي الواجب القانوني الذي يفرض على المدين ، وينقضى بالوفاء . فإذا لم يقم المدين بالوفاء ، ظهر العنصر الآخر وهو المسئولية ، وبموجبه يجبر المدين على الوفاء (١) .

= للأفراد في ذمة الشركات والمصارف ونحوها نقول إلى الحكومة إذا لحقها التقادم . وقد قيل في تعليل هذا النص ، الذي يخرج على أصول القانون المدني ، إن التقادم مبني على قرينة الوفاء ، وهذه القرينة منتفية إذا كان المدين شركات أو مصارف لها من انتظام حساباتها ما يقطع فيما إذا كان الدائن قد استوفى حقه منها أو لم يستوفه . فإن كان لم يستوفه فعلا فلا محل لقيام قرينة على الوفاء . ولكن هذا التعليل لا يستلزم أن تحمل الحكومة محل الدائن بانقضاء مدة التقادم . ومادامنا قد أبقينا الحق ولم نسقطه بانقضاء هذه المدة ، ببقينا من أن الدائن لم يستوفه ، فإن الوضع السليم هو أن يبقى الحق لصاحبه ، لا أن تستولي الحكومة عليه دون مقابل ، فتكون قد نزع ملكية الغير المنفعة العامة بدون تبرؤ (مجلة مجلس الدولة السنة الثالثة يناير سنة ١٩٥٢ ص ٨٢ - ص ٨٣) .

(١) ويذهب فقهاء الألمان في تحليل هذين العنصرين إلى مدى بعيد . فتقدم أن المديونية هي علاقة قانونية تتضمن واجبا قانونيا (rechtliches Sollen) ، ويميزون في هذه العلاقة بين واجب المدين في الوفاء وواجب الدائن في قبول الوفاء . ولا يظهر عنصر الجبر في أي من هذين الواجبين ، وهو لا يظهر إلا بوجود علاقة المسئولية . وهذه العلاقة هي التي تجعل للدائن سلطانا ، يمارسه عادة عن طريق الدعوى والتنفيذ الجبري . فن الناحية الإيجابية تمثل المسئولية سلطانا للدائن ، ومن الناحية السلبية تمثل خضوعا من المدين . ثم يميز الفقه الألماني بين المسئولية الشخصية والمسئولية المالية والمسئولية الدينية . ففي المسئولية الشخصية يخضع شخص المسئول لسلطان الدائن ، وكانت هذه المسئولية تقع في القديم على جسم المدين ، ثم أصبحت الآن تقع على ذمته المالية . وفي المسئولية المالية لا يكون المدين مسئولا . مسئولية شخصية في مجموع ذمته . بل يكون مسئولا مسئولية مالية في ذمة محددة تحديدا ماديا ، وذلك كمسئولية الوارث عن ديون المورث فالتركة وحدها هي المسئولة ، ومسئولية المرأة المتزوجة في أموالها الخاصة عن الديون التي لا تكون =

ويجتمع العنصران عادة في الالتزام . ولكن يحدث أحياناً أن توجد المسؤولية دون المديونية ، كما في التزام الكفيل ، فهو مسئول عن الدين المكفول دون أن يكون هذا الدين في ذمته . ويحدث أحياناً أن توجد المديونية دون المسؤولية ، كما في الالتزام الطبيعي ، فالمدين بهذا الالتزام لا يجبر على الوفاء به . ومن ثم يجرى سقوط الالتزام بالتقادم عن طريق انفصال عنصر المسؤولية عن عنصر المديونية في الالتزام ، واختفاء العنصر الأول بالتقادم مع بقاء العنصر الثاني . فلا يبقى إذن ، في الالتزام المتقادم ، عنصر المسؤولية ومن ثم لا يجبر المدين على الوفاء به . ولكن يبقى عنصر المديونية ، ومن ثم إذا وفي المدين مختاراً الالتزام الذي سقط بالتقادم فإنه يوفي ديناً مترتباً في ذمته ، ولا يكون متبرعاً ، فلا يستطيع استرداد ما وفي به (١) .

= الأموال المشتركة مسجلة عنها . وفي المحسولة العينية تخضع عين معينة من أموال المدين لسلطان الدائن ، وذلك كما في الرهن والتكاليف العينية والدين العقاري والإيراد العقاري .

انظر الأستاذ عبد المنعم البدرأوى في أثر منقضى المدة في الالتزام فقرة ٢٢٤ - فقرة ٢٣٢ . (١) ويؤيد ذلك أن المادة ٢٢٢ من التقنين المدني الألماني تنص ، كما رأينا (انظر آنفاً فقرة ٦٦٥ في الهامش) ، على ما يأتي : « إذا اكتملت مدة التقادم ، كان للملتزم الحق في رفض الوفاء بالدين . ولكن ما دفعه وفاء لمطالبة تقادمت لا يجوز له استرداده ، حتى لو كان الوفاء قد تم وهو جاهل بالتقادم . ويسرى هذا الحكم أيضاً في حالة ما إذا صدر من الملتزم إقرار تماقدي بالدين ، أو تقدم بضمان لكفالاته » . وثقضى المادة ٢٢٣ من التقنين المدني الألماني بأن تقادم الدين لا ينهى رهن الحيازة ولا الرهن الرسمي ، بل يبقى الرهنان منتجين لأثرهما بالرغم من تقادم الدين . فبقاؤهما يستند إذن إلى عنصر المديونية الذي بقى بعد زوال عنصر المسؤولية (انظر آنفاً فقرة ٦٦٧ في الهامش) . كذلك يجوز أن يعود عنصر المسؤولية إذا صدر من المدين بالاتفاق مع الدائن إقرار بالدين بعد تقادمه ، أو إذا قدم المدين تأميناً لضمان الدين .

على أن التقنين المدني الألماني يميز بين الحق وحق الادعاء والدعوى . والفرق بين حق الادعاء والدعوى أن حق الادعاء (prétention, Anspruch) ينشأ بنشوء الحق وقبل الإخلال به ، أما الدعوى فلا تنشأ إلا عند الإخلال بالحق ، فالدعوى هي الجزاء على حق الادعاء . والتقادم يقضى حق الادعاء دون الحق نفسه ، وإذا انقضى حق الادعاء فإن الدعوى لا يمكن أن تنشأ (انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني م ١ م ١٩٤ فقرة ١ وم ١٩٨ فقرة ١) . وتنص المادة ١/١٩٤ من التقنين المدني الألماني على أن « الحق في اقتضاء عمل أو امتناع عن عمل من شخص آخر (حق الادعاء) يخضع للتقادم » . ثم تنص المادة ١٩٨ من نفس التقنين على أنه « يبدأ سريان التادم من اليوم الذي ينشأ فيه حق الادعاء . فإذا كان محل هذا الحق امتناعاً عن عمل ، بدأ سريان التقادم من الوقت الذي يخل فيه المدين بهذا الحق » .

وهذه النظرية الجرمانية ، التي تفسر بعض النظم القانونية الموجودة في التقنين المدني الألماني كالدين العقاري والإيراد العقاري والرهن ، لم يقبلها إلا قليل من الفقهاء في فرنسا (١) ، ولم تسد في الفقه الفرنسي ولا في الفقه اللاتيني بوجه عام (٢) .

٦٧٣ - الرأي الثاني - التفادم بسقط الدعوى دونه الحق -

لا تتميز النظرية التقليدية كثيراً بين الحق والدعوى ، فالفرق بينهما ليس إلا الفرق بين السكون والحركة في الجسم الواحد ، والدعوى ليست إلا الحق متحركاً أمام القضاء ، أو هي جزء الحق . ولا يوجد حق بدون دعوى ، كما لا توجد دعوى بدون حق . ومحل الدعوى هو نفسه محل الحق . وتشارك الدعوى الحق في مميزاته وخصائصه ، فتكون مثله عينية أو شخصية ، عقارية أو منقولة .

ولكن النظرية الحديثة أخذت تميز تمييزاً دقيقاً بين الحق والدعوى (٣) . فتميز الدعوى عن الحق في السبب ، وسبب الحق هو الواقعة القانونية أو التصرف القانوني الذي أنشأ الحق ، أما الدعوى فسببها النزاع بين المدعى والمدعى عليه حول وجود الحق . وتتميز عن الحق كذلك في المحل ، فقد يكون محل الدعوى ، ليس فحسب القيام بعمل أو الامتناع عن عمل كما في الحق ، بل

(١) ويؤيد بوبا (Popa) في رسالته في المديونية والمسئولية في القانون المدني الفرنسي الحديث (باريس سنة ١٩٣٥) الأخذ بالتمييز بين عنصرى المديونية والمسئولية في الفقه الفرنسي والفقه اللاتيني بوجه عام ، فيميز في الفقه الفرنسي بين المنصرين ، بحيث يصح أن يوجد أحدهما دون الآخر . فتوجد المديونية دون المسئولية في الالتزامات الطبيعية ، ومنها ما ينحدر عن التزام مدني منحل كالالتزام المفلس بحد الصلح والتزام ناقص الأهلية بحد إبطال العقد والالتزام الذي سقط بالتقادم ، ومنها ما ينشأ التزاماً طبيعياً منذ البداية كالالتزام الوارث بتنفيذ الوصية الباطلة شكلاً والالتزام بالنقطة على الأقارب في غير الأحوال التي نص عليها القانون . وقد توجد المسئولية دون المديونية ، كما هي الحال في مركز الخائر للفقراء الرهون وفي مركز الكفيل العلى .

(٢) انظر في انتقاد إدخال هذا التمييز في الفقه اللاتيني الأستاذ عبد المنعم البدرأوى في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٢٤٤ - فقرة ٢٤٥ .

(٣) انظر . ورييل (Morel) موجز المرافعات سنة ١٩٤٩ ص ٢٦ وما بعدها - جلاسون وتيسبيه في شرح المرافعات ١ فقرة ٨٣١ - جابيو (Japiot) في الحقبة انفصلية للقانون المدني سنة ١٩١٤ ص ٦٧٩ وسنة ١٩١٥ ص ٤١٩ .

أيضاً الاعتراف بحالة واقعة أو اتخاذ إجراء وقتي أو إجراء تحفظي . وتميز الدعوى عن الحق أخيراً في الأثر ، فالدعوى تضيف إلى الحق عنصراً جديداً يحدد حق الدائن ، كما هي الحال في الحق الناشئ عن العمل غير المشروع حيث يحدد الحكم طبيعة التعويض ومقداره .

فالتقادم يسقط الدعوى ، دون أن يسقط الحق ، ويبقى الحق بعد التقادم دون دعوى تحميه ، ولكنه مع ذلك يبقى . ولما كان التقادم يلحق الدعوى دون الحق ، فلا بد إذن للمدين من أن يتمسك به ، وله أن ينزل عنه ، ولا يسرى التقادم من وقت نشوء الحق بل من وقت نشوء الدعوى (١) .

وهذا المذهب يقرب كثير من المذهب الذي اختاره الفقه الإسلامي ، فالتقادم في الفقه الإسلامي لا يسقط الحق ذاته ، ولكنه يقتصر على أن يمنع سماع الدعوى .

٦٧٤ - الرأي الثالث - التقادم بسقط الدعوى والحق معا :

والرأي الذي يتفق مع نصوص التقنين المصري هو أن التقادم لا يقتصر على إسقاط الدعوى ، بل يسقط الدعوى والحق جميعاً (٢) . فالنصوص صريحة في أن التقادم يقضي الحق نفسه ، وليس سقوط الدعوى بالتقادم إلا نتيجة لسقوط الحق . ومما يقطع في أن الحق ذاته هو الذي يسقط ، بعد تمسك المدين بالتقادم ، أن المدين - في غير الديون التي يقوم فيها التقادم على محض قرينة الوفاء - لو أقر أمام القضاء بعد أن تمسك بالتقادم أن الدين باق في ذمته ، فإن إقراره هذا لا يلزمه بالدين ، إذ الدين يكون قد سقط (٣) . أما في الفقه الإسلامي حيث

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٧٥ ص ٥٦٤ - ص ٥٦٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٥ ص ٧٣٤ - وفقرة ١٣٩٣ - جوسران ٢ فقرة ٩٩٥ ص ٥٢٤ - الأستاذ عبد المنعم البدر في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٢٦٨ - فقرة ٢٧٥ - الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣١٩ و ص ٣٥١ - ص ٣٥٢ .

(٢) انظر في هذا المعنى بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٨٨ - استئناف مصر أول يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٩٣ ص ٣٩٦ .

(٣) بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١١٠٩ - وقارن الموجز للمؤلف ص ٦٢٤ هامش رقم ١ .

لا يسقط الدين ، فان المنع من سماع الدعوى لا يكون إلا عند الإنكار ، فاذا أقر المدين بالدين سمعت عليه الدعوى وألزم بالوفاء .

بل إن من الفقهاء من ذهب إلى أن التقادم يقضى الدعوى والحق معاً كما تقضيها الأسباب الأخرى لانقضاء الالتزام ، فلا يتخلف عن الدين المتقادم التزام طبيعي (١). ولكن هذا الرأي لم يسد . والرأي الصحيح هو أنه يتخلف عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم التزام طبيعى . وقد نص على هذا الحكم صراحة التقنين المدنى المصرى فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ ، فقد رأيناها تقول : « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى » . والنص صريح فى أمرين : (أولاً) فى أن التقادم يقضى الالتزام ذاته ، ولا يقتصر على أن يقضى الدعوى . (وثانياً) فى أن الالتزام للذى ينقضى بالتقادم يتخلف عنه فى ذمة المدين التزام طبيعى .

ومهما يكن من أمر تأصيل التقادم ، وهل هو زوال عنصر المسؤولية مع بقاء عنصر المديونية ، أو هو يلحق الدعوى دون الحق ، أو هو يلحق الدعوى والحق معاً ، فإنه يبدو لنا أن هذه الآراء لها أهميتها الفقهية ، ويمكن النتيجة العملية واحدة فيها جميعاً . فان قلنا إن التقادم يسقط عنصر المسؤولية ويستبقى عنصر المديونية ، فهذا معناه أن الحق يبقى مقصوراً على عنصر المديونية وحده ، وهذا هو الالتزام الطبيعى . وإن قلنا إن التقادم يستط الدعوى دون الحق ، فهذا معناه أن الحق يصبح بعد التقادم مجرداً من دعوى تحميه ، وهذا هو أيضاً الالتزام الطبيعى . وإن قلنا إن التقادم يسقط الدعوى والحق معاً ، فلا شك فى أنه يتخلف هنا أيضاً عن سقوط الدعوى وحق التزام طبيعى يحل محل الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم . ففى جميع هذه المذاهب يتخلف عن تقادم الحق التزام طبيعى ، وهو التزام قد انحدر من مرتبة الالتزام المدنى فى المذهبين الأولين ، وارتفع عن مرتبة الواجب الأدبى فى المذهب الثالث .

فننظر الآن فى الآثار التى تترتب على هذا الالتزام الطبيعى .

(١) ترولونج ١ فقرة ٢٩ - لوران ٢٢ فقرة ٢٠٥ - ميك ١٤ فقرة ٨٢٨
(م ٧٤ - أنوسيط)

المطلب الثالث

تخلف التزام طبيعي عن الالتزام المدني الذي سقط بالتقادم

٦٧٥ - الأسماء التي تترتب على الالتزام الطبيعي المتخلف عن

الالتزام المتقادم: رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ مدني تنص صراحة على تخلف التزام طبيعي عن الالتزام المدني المتقادم . والآثار التي تترتب على الالتزام الطبيعي هي نفس الآثار التي تترتب على أي التزام طبيعي .

وقد رأينا (١) أن آثار الالتزام الطبيعي ينظر إليها من نواح خمس: (١) من ناحية إمكان الوفاء به (٢) ومن ناحية صلاحيته ليكون سبباً لإنشاء التزام مدني (٣) ومن ناحية المقاصة (٤) ومن ناحية الكفالة (٥) ومن ناحية الحق في الحبس .

٦٧٦ - الوفاء - يجوز الوفاء بالالتزام الطبيعي المتخلف عن التزام

مدني متقادم بنفس الشروط التي يجوز بها الوفاء بأي التزام طبيعي آخر . فيشترط إذن أن يكون الوفاء عن بيئة واختيار . والوفاء يكون عن بيئة إذا لم يشبه غلط أو تدليس ، وعن اختبار إذا لم يشبه إكراه . فإذا كان المدين ، بعد التمسك بالتقادم وإسقاط الالتزام المدني ، قد استجاب لداعي ضمير : فوفى عن بيئة واختيار الالتزام الطبيعي الذي تخلف عن الالتزام المدني ، كان هذا التنفيذ وفاء لا تبرعاً . فلا يشترط في الوفاء شكل خاص ، ولا نشترط أهلية التبرع ، ولا يجوز للمدين أن يسترد ما وفاه (٢) .

وغنى عن البيان أن الالتزام الطبيعي لا يتخلف عن الالتزام المدني الذي سقط بالتقادم ، إلا إذا كان المدين لم يوف الدين الذي عليه ، واعتمد في التخلص من مطالبة الدائن على التمسك بالتقادم . فيكون ضميره الرقيب عليه

(١) انظر الوسيط الجزء الثاني فقرة ٣٩٩ وما بعدها .

(٢) انظر في هذه النتائج وفي غيرها الوسيط الجزء الثاني فقرة ٤٠٠ .

في هذه الحالة ، وإذا كان قد أغفل الوفاء بدينه المدني ، فقد يحرص على الوفاء بالتزامه الطبيعي . أما إذا كان قد وفى الدين فعلاً للدائن ، ثم تمسك بعد ذلك بالتقادم تخففاً من عبء إثبات الوفاء ، فلا محل لنقول بتخلف التزام طبيعي ، بل ينقضى الدين بالتقادم دون أن يتخلف عنه شيء . فالأمر إذن موكل إلى ضمير المدين ، يهديه إلى ما يجب عليه أن يفعله .

وقد قدمنا أن الدين قبل التمسك بالتقادم يبقى التزاماً مدنياً بالرغم من اكتمال المدة ، فإن وفاء المدين حتى عن غلط لم يجز له استرداده . أما بعد التمسك بالتقادم فإنه يتحول إلى التزام طبيعي ، وإن وفاه المدين عن غلط - بأن وفاه الوارث مثلاً وهو يجهل أن المورث قد تمسك بالتقادم - جاز له أن يسترده .

٦٧٧ - انشاء التزام مدني : ويجوز كذلك اتخاذ الالتزام الطبيعي

المتخلف عن التزام مدني متقادم سبباً صحيحاً لإنشاء التزام مدني جديد غير الالتزام المدني الذي سقط بالتقادم . فإذا كان المدين - بدلاً من أن يفي بهذا الالتزام الطبيعي - يتعهد بأن يفي به ، فإنه ينشئ بهذا التعهد التزاماً مدنياً في ذمته يجبر على الوفاء به . ويجب أن يكون قد قصد أن يلتزم بالوفاء التزاماً مدنياً ، فلا يكفي مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته (١) .

والالتزام المدني الجديد ، الذي أنشئ على أساس سبب صحيح هو الالتزام الطبيعي ، يتميز عن الالتزام المدني القديم الذي سقط بالتقادم . فهو التزام مدني جديد مصدره الوعد الذي صدر من المدين بوفاء الالتزام الطبيعي (٢) ، ويسرى في حقه تقادم جديد (٣) يبدأ من وقت استحقاقه .

(١) انظر الوسيط الجزء الثاني فقرة ٤٠١ .

(٢) والوعد هنا عقد يتم بيجاب وقبول من المدين والدائن .

(٣) ومدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، حتى لو كانت مدة التقادم السابق أقل من ذلك .

٦٧٨ - المقاصة : ولا تجوز المقاصة القانونية في الالتزام الطبيعي

المتخلف عن التزام مدنى متقادم ، فان المقاصة القانونية تنطوى على وفاء إجبارى للدائن ، وهذا لا يجوز في الالتزام الطبيعى (١) .

وغنى عن البيان أن المقاصة القانونية جائزة في الالتزام قبل التمسك بتقادمه ، إذ يكون الالتزام في هذه الحالة لا يزال التزاماً مدنياً لم يسقط بالتقادم . فإذا كانت مدة تقادمه قد اكتملت جازت المقاصة فيه إذا تمسك الدائن بالمقاصة قبل أن يتمسك المدين بالتقادم (٢) . أما إذا كانت مدة التقادم لم تكتمل ، وقعت المقاصة ، حتى لو لم يتمسك بها الدائن إلا بعد اكتمال المدة وتمسك بها بعد تمسك المدين بالتقادم . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٦٦ مدنى ، وقد سبق بيان ذلك (٣) .

ويلاحظ أنه إذا كان الذى يتمسك بالمقاصة هو المدين فى دين عليه بدأ فيه سريان التقادم ، فان تمسكه بالمقاصة يعتبر إقراراً منه بالدين . ويكون هذا الإقرار إذا صدر أثناء سريان التقادم قاطعاً له ، وإذا صدر بعد اكتمال المدة نزولاً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه .

٦٧٩ - الكفالة : ولا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى المتخلف عن

التزام مدنى متقادم ، إذا قصد بالكفالة أن يترتب فى ذمة الكفيل التزام مدنى يضمن الإلتزام الطبيعى (٤) .

ولكن إذا كفل الكفيل هذا الإلتزام الطبيعى وهو يعتقد أنه التزام مدنى ، فان التزامه يكون التزاماً طبيعياً مثل الإلتزام الأصيل ، إذ لا يصح أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين (٥) .

(١) الوسيط الجزء الثانى فقرة ٤٠٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٥١ وفقرة ٦٦٥ .

(٤) انظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٤٠٣ .

(٥) قارب المادة ٧٨٠ مدنى . وانظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٤٠٣ .

وإذا كفل الكفيل الالتزام قبل التمسك بالتقادم ولكن بعد اكتمال مدته ، فإن كان المدين هو الذى اتفق مع الكفيل على أن يكفله ، عد ذلك منه زولاً عن حقه فى التقادم بعد ثبوته ، فيبقى التزامه مدنياً نصح كفاله : ويكون التزام الكفيل التزاماً مدنياً صحيحاً (١) . وإن كان الكفيل هو الذى تقدم للكفالة بدون أمر المدين ، فلا يعتبر المدين قد نزل عن حقه فى التقادم ، فله أن يتمسك به فيسقط التزامه ويسقط التزام الكفيل تبعاً لذلك ويتخلف عن كل منهما التزام طبيعى ، بل وللکفيل أن يتمسك بالتقادم ولو لم يتمسك به المدين فيسقط التزامه ويتخلف عنه التزام طبيعى (٢) .

٦٨٠ - الحبس - القاعدة العامة أنه لا يجوز للدائن فى التزام طبيعى

أن يحبس فى يده عيناً للمدين حتى يستوفى حقه ، لأن الالتزام الطبيعى لا يجوز الحبس من أجله ، وإلا كان فى هذا جبر على تنفيذه ، وهذا لا يجوز (٣) .

ولكن هذه القاعدة يرد عليها استثناء إذا اقترنت بالقاعدة التى تقضى بأن الدفع ابدية لا تقادم ، وهى القاعدة التى سبق ذكرها (٤) . ونفرض ، لبيان ذلك ، أن شخصاً باع عقاراً لآخر ، واتفقا على دفع الثمن فى الحال وهى أن يكون تسليم المبيع بعد سنة ، ولم ينفذ العقد أى من الطرفين . ففى هذه الحالة ، يسقط بالتقادم حق البائع فى استيفاء الثمن قبل سقوط حق المشتري فى تسليم العقار المبيع . فإذا رفع المشتري دعوى يطالب البائع بتسليم العقار المبيع ، وذلك بعد سقوط حق البائع فى استيفاء الثمن ، فإن البائع يستطيع استبقاء العتار المبيع محبوساً فى الثمن عن طريق الدفع ، وإن كان حقه فى الثمن قد تقادم عن طريق الدعوى (٥) . فيكون الحق فى الحبس فى هذه الحالة ضامناً لحق سقط بالتقادم ، إذ حبس الدائن فى التزام طبيعى عيناً للمدين فى يده ، على خلاف القاعدة التى تقدم ذكرها .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٦٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦٥ .

(٣) انظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٦٤٢ ص ١١٤٣ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٦٦٩ .

(٥) انظر فى هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فى اثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٢٣٩ .

أما إذا كان الدين المحبوس من أجله هو عبارة عن مصروفات أنفقت على عين في يد المدين ، فإن حق المدين في اقتضاء هذه المصروفات لا يتقادم ما دام حابساً العين في يده (١) . ذلك أن الحبس هنا ، كحبس العين المرهونة رهناً حيازياً ، يعتبر قاطعاً للتقادم على وجه مستمر ، والتقادم لا يكتمل ما دام منقطعاً . ولا بد من أن يقبل المدين رد العين إلى صاحبها حتى يزول الانقطاع ، فيسرى التقادم من جديد ، وينتهي له بذلك أن يكتمل .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٣٤ - وقارن: استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٤ .

فهرس

لمشهور الكتاب

القسم الأول

أوصاف الالتزام

منحة	ترتيب البحث
٢	

الباب الأول

الشرط والأجل

٦	الفرق بين الشرط والأجل
---	------------------------------

الفصل الأول

الشرط

٨	قيام الشرط والآثار التي تترتب عليه
٩	الفرع الأول — قيام الشرط
٩	المبحث الأول — مقومات الشرط
١٢	§ ١ — أمر مستقبل
١٢	يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً
١٢	لا يجوز أن يكون الشرط أمراً ماضياً أو حاضراً
١٤	قد يكون الأمر المستقبل أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً

صفحة

١٥	§ ٢ — غير محقق الوقوع
١٥	يجب أن يكون الشرط أمراً غير محقق الوقوع.....
١٥	لا يكون شرطاً الأمر محقق الوقوع
١٦	لا يكون شرطاً الأمر مستحيل الوقوع
١٧	الشرط الإرادى
٢١	§ ٣ — غير مخالف للنظام العام أو الآداب
٢١	الشرط المخالف للنظام العام
٢٣	الشرط المخالف للآداب
٢٣	§ ٤ — أمر عارض
٢٣	الشرط أمر عارض
٢٤	التمييز بين الحق المشروط والحق الاحتمالى
٢٦	المبحث الثانى — زعماً الشرط : الشرط الواقف والشرط الفاسخ
٢٦	§ ١ — الشرط الواقف
٢٦	ماهو الشرط الواقف
	الشرط الواقف المستحيل والشرط الواقف المخالف للنظام
٢٧	العام أو الآداب
٢٨	الشرط الواقف الإرادى المحض - إحالة
٢٨	§ ٢ — الشرط الفاسخ
٢٨	ما هو الشرط الفاسخ
	الشرط الفاسخ المستحيل والشرط الفاسخ المخالف للنظام
٣١	العام أو الآداب
٣٣	الشرط الفاسخ الإرادى المحض - إحالة
٣٣	المبحث الثالث — مصدر الشرط وأى الحقوق يلحقها وصف الشرط
٣٣	§ ١ — مصدر الشرط
٣٣	مصدر الشرط هو الإرادة أو التصرف القانون
٣٤	هل يكون الشرط مصدره القانون ؟
٣٦	§ ٢ — الحقوق التى يلحقها وصف الشرط
٣٦	يلحق الشرط الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء
٣٦	الحقوق التى لا يلحقها وصف الشرط
٣٦	الفرع الثانى — ما يترتب على الشرط من الآثار
٣٦	التمييز بين مرحلتين
٣٧	المبحث الأول — أثر الشرط فى مرحلة التعلق
٣٧	§ ١ — الشرط الواقف
٣٨	مراتب الحق من حيث الوجود والنفاد

صفحة

٤٠	الحق المعلق على شرط واقف حق موجود
٤١	الحق المعلق على شرط واقف وجوده غير كامل
٤٣	§ ٢ — الشرط الفاسخ
٤٣	الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود نأذ
٤٥	ولكن الحق المعلق على شرط فاسخ موجود على خطر الزوال
٤٦	المبحث الثاني — أثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق
٤٦	§ ١ — كيف يتحقق الشرط أو يتخلف
٤٦	المبرة بإرادة طرفي الالتزام في تحقق الشرط أو تخلفه ...
٤٧	الشرط الذي حدد لتحقيقه أو لتخلفه وقت معين ...
٥٠	تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الفسخ
٥٤	§ ٢ — أثر تحقق الشرط أو تخلفه
٥٤	الشرط الواقف
٥٥	الشرط الفاسخ
٥٧	أعمال الإدارة في حالة تحقق الشرط الفاسخ
٥٩	§ ٣ — الأثر الرجعي لتحقيق الشرط
	الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي - تقدير
٦١	هذا المبدأ
٦٧	ما يترتب من النتائج على الأثر الرجعي لتحقيق الشرط ...
٧١	الاستثناءات من مبدأ الأثر الرجعي لتحقيق الشرط

الفصل الثاني

الأجل

٧٤	قيام الأجل والآثار التي تترتب عليه
٧٥	الفرع الأول — قيام الأجل
٧٥	المبحث الأول — مقومات الأجل
٧٧	§ ١ — أمر مستقبل
٧٧	يجب أن يكون الأجل أمراً مستقبلاً
٧٧	لا يجوز أن يكون الأجل أمراً ماضياً أو حاضراً
٧٨	§ ٢ — أمر محقق الوقوع
٧٨	يجب أن يكون الأجل محقق الوقوع
٧٨	يصح أن يكون ميعاد حلول الأجل مجهولاً

صفحة

٨١	 أمر عارض	§ ٣ —
٨١	 الأجل عنصر عارض في الالتزام لا عنصر جوهرى	
٨٢	 الأجل في العقود الزمنية	
٨٤	 المبحث الثانى — نوعا الأجل : الأجل الواقف والأجل الفاسخ	
٨٤	 § ١ — الأجل الواقف	
٨٤	 ما هو الأجل الواقف	
	التزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المقدرة التزام مقترن	
٨٥	 بأجل واقف	
٨٨	 § ٢ — الأجل الفاسخ	
٨٨	 ما هو الأجل الفاسخ	
٨٨	 هل يوجد أجل فاسخ ؟	
٩٢	 المبحث الثالث — مصادر الأجل وأى الحقوق يلحقها وصف الأجل	
٩٢	 § ١ — مصادر الأجل	
٩٢	 مصادر الأجل الاتفاق والقانون والقضاء	
٩٢	 الاتفاق مصدر للأجل	
٩٣	 القانون مصدر للأجل	
٩٥	 القضاء مصدر للأجل	
٩٦	 § ٢ — الحقوق التى يلحقها وصف الأجل	
٩٦	 الحقوق الشخصية والحقوق العينية عدا حق الملكية	
٩٧	 الحقوق التى لا يلحقها وصف الأجل	
٩٧	 الفرع الثانى — ما يترتب على الأجل من الآثار	
٩٩	 قبل حلول الأجل وعند حلول الأجل	
٩٩	 المبحث الأول — الآثار قبل حلول الأجل	
٩٩	 § ١ — الأجل الرائف	
٩٩	 الحق المقترن بأجل واقف حق موجود وهو كامل الوجود...	
١٠١	 ولكنه حق غير نافذ	
١٠٦	 § ٢ — الأجل الفاسخ	
١٠٦	 الحق المقترن بأجل فاسخ موجود ونافذ	
١٠٧	 ولكن الحق المقترن بأجل فاسخ مؤكد الزوال	
١٠٧	 المبحث الثانى — الآثار عند حلول الأجل	
١٠٧	 § ١ — كيف يحل الأجل	
١٠٨	 حلول الأجل بانقضائه	
١١٠	 حلول الأجل بسقوطه :	
١١٢	 سقوط الأجل لشهر إفلاس المدين أو إعساره	

صفحة	
١١٤	سقوط الأجل لإضعاف التأمينات
١٢٠	سقوط الأجل لعدم تقديم المدين تأمين وعد به
١٢٢	سقوط الأجل لأسباب أخرى
١٢٤	حلول الأجل بالنزول منه من له مصلحة فيه
١٢٨	§ ٢ — ما يترتب من الأثر على حلول الأجل
١٢٨	الأجل الواقف
١٣٠	الأجل الفاسخ
١٣١	مقارنة بين الشرط والأجل

الباب الثاني

تمدد محل الالتزام

١٣٣	الالتزام بتعدد المحل والالتزام التخييري والالتزام البدل
-----	---

الفصل الأول

الالتزام التخييري

١٣٨	قيام وصف التخيير وأحكامه
١٣٨	الفرع الأول — قيام وصف التخيير
١٤٠	§ ١ — متى يقوم وصف التخيير
١٤٠	(أ) تحديد منطقة الالتزام التخييري :
١٤٠	تمدد محل الالتزام
١٤٣	توافر الشروط في كل من الأداءات المتعددة
١٤٤	محل واحد من المحال المتعددة هو الواجب الأداء ...
١٤٥	(ب) تمييز الالتزام التخييري عن حالات أخرى تشبه به :
١٤٦	التمييز بين الالتزام التخييري والشرط الجزائي
	التمييز بين الالتزام التخييري والالتزام المعلق على
١٤٧	شرط واقف
	التمييز بين الالتزام التخييري والالتزام بشيء غير
١٤٧	معين بالذات

صفحة

١٤٩	§ ٢ — من له خيار التعين ومصدر هذا الخيار
١٤٩	من له خيار التعين
١٥١	مصدر الخيار
١٥٣	الفرع الثاني — أحكام الالتزام التخييري
١٥٣	§ ١ — تعيين محل الواجب الأداء
١٥٦	التعين إذا كان الخيار للمدين
١٦٠	التعين إذا كان الخيار للدائن
١٦٣	استناد تعيين محل إلى الماضي
١٦٦	§ ٢ — أحكام الهلاك
١٦٨	هلاك الشئين معاً بسبب أجنبي
١٦٩	هلاك الشئين أو أحدهما والخيار للمدين
١٧٣	هلاك الشئين أو أحدهما والخيار للدائن

الفصل الثاني

الالتزام البدلي

١٧٦	قيام وصف البدل وأحكامه
١٧٧	الفرع الأول — قيام وصف البدل
١٧٨	§ ١ — متى يقوم وصف البدل
١٧٨	تحديد منطقة الالتزام البدلي
١٧٩	تمييز الالتزام البدلي عن حالات أخرى تشبه به :
١٧٩	التمييز بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري
١٨١	التمييز بين الالتزام البدلي والشرط الجزائي
١٨٢	الالتزام البدلي والمربون
١٨٢	§ ٢ — ثبوت خيار البدل للمدين ومصدر هذا الخيار
١٨٢	ثبوت خيار البدل للمدين
١٨٣	مصدر خيار البدل
١٨٦	الفرع الثاني — أحكام الالتزام البدلي
١٨٦	§ ١ — تعيين محل الأداء
١٨٦	ما الذي يطالب به الدائن
١٨٦	ما الذي ينفعه المدين

صفحة

١٨٨	 أحكام الهلاك	§ ٢ —
١٨٨	 هنالك المحل الأصل	
١٨٨	 هلاك البديل	

الباب الثالث

تعدد طرفي الالتزام

صور التعدد : الالتزام متعدد الأطراف والالتزام التضامني والالتزام غير القابل

١٩٠	 للانقسام
-----	----------------

الفصل الأول

الالتزام متعدد الأطراف

١٩٢	 وحدة المصدر وتعدد الأثر
١٩٢	 § ١ — مصدر التعدد في الالتزام متعدد الأطراف
١٩٢	 القانون مصدر التعدد
١٩٥	 الإرادة مصدر التعدد
١٩٥	 § ٢ — الأثر الذي يترتب على التعدد في الالتزام متعدد الأطراف
١٩٥	 انقسام الالتزام على أطرافه
١٩٦	 النتائج التي تترتب على انقسام الالتزام

الفصل الثاني

الالتزام التضامني

١٩٩	 التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين
٢٠٠	 الفرع الأول - التضامن بين الدائنين
٢٠١	 المبحث الأول - مصدر التضامن بين الدائنين
٢٠٢	 للتضامن بين الدائنين مصدره الاتفاق أو الإرادة بوجه عام
٢٠٥	 التضامن بين الدائنين لا يفترض
٢٠٦	 وحدة المحل وتعدد الروابط

صفحة

٢٠٧	 المبحث الثاني — الآثار التي تترتب على تضامن الدائنين
٢٠٨	 المطلب الأول — العلاقة ما بين الدائنين المتضامين والمدين
٢١٢	 § ١ — انقضاء الدين بالوفاء
٢١٢	 للمدين أن يوفى أى دائن كل الدين
٢١٣	 ما لم يمانع أحد الدائنين
٢١٧	 لا يحول التضام دون انقسام الدين بين ورثة الدائن المتضامن
٢١٨	 ولأى دائن مطالبة المدين بكل الدين
٢٢٠	 أوجه الدفع التي يحتج بها على الدائن المطالب
٢٢١	 § ٢ — انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء
٢٢٢	 التجديد
٢٢٣	 المقاصة
٢٢٣	 اتحاد الدمة
٢٢٤	 الإبراء
٢٢٥	 التقادم
	 § ٣ — أعمال الدائن التي من شأنها فسخ سائر الدائنين أو
٢٢٦	 الإضرار بهم
٢٢٦	 الأعمال النافعة
٢٢٨	 الأعمال الضارة
٢٢٩	 المطلب الثاني — علاقة الدائنين المتضامين ببعضهم ببعض
٢٣٠	 انقسام الدين في علاقة الدائنين بعضهم ببعض
٢٣٢	 الأساس القانوني لرجوع كل دائن بحصته
٢٣٣	 كيف تقسم حصة كل دائن متضامن
٢٣٤	 المبحث الثالث — صورة خاصة من التضامن بين الدائنين (الدين المشترك)
	 الدين المشترك صورة خاصة من التضامن بين الدائنين
	 يعرفها الفقه الإسلامي والتقنين المدني العراقي دون التقنين
٢٣٤	 المصري وسائر التقنينات المدنية العربية
٢٣٦	 المطلب الأول — مصدر الدين المشترك
٢٣٧	 سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين
٢٣٩	 وحدة الصفقة
	 مقارنة بين الاشتراك في الدين والتضامن بين الدائنين من
٢٣٩	 حيث المصدر
٢٤٠	 المطلب الثاني — الآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين
٢٤٣	 جواز الاتفاق على استبعاد الاشتراك في الدين
٢٤٥	 § ٢ — العلانة ما بين الدائنين والمدين في الدين المشترك

صفحة

٢٤٦	 الوفاء
٢٤٨	 انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء
٢٤٩	 — عدم قيام النيابة التبادلية بين الدائنين
٢٥٠	 § ٢ — علاقة الدائنين بعضهم ببعض في الدين المشترك
٢٥٠	 مشاركة الدائنين الآخرين للدائن في حصته
٢٥٨	 رجوع دائنين الآخرين على الدائن بنصيبه في اعمار المدين
٢٥٩	 الفرع الثاني — التضامن بين المدينين
٢٦٠	 المبحث الأول — مصدر التضامن بين المدينين
٢٦١	 المطلب الأول — الاتفاق كصدر للتضامن بين المدينين
٢٦١	 :الاتفاق على تضامن المدينين لا يفترض
٢٦٥	 إثبات الاتفاق مصدر التضامن
٢٦٦	 التضامن بين المدينين في المسائل التجارية
٢٧١	 المطلب الثاني — نص القانون كصدر للتضامن بين المدينين
٢٧٢	 التزامات مدنية مصدرها العقد
٢٧٤	 التزامات مدنية مصدرها العمل غير المشروع
٢٧٩	 التزامات مدنية مصدرها الإثراء بلا سبب
٢٨٠	 التزامات مدنية مصدرها القانون
٢٨١	 التزامات تجارية وبحرية
٢٨٤	 المطلب الثالث — وحدة المحل وتعدد الروابط — الالتزام التضامى
٢٨٤	 وحدة المحل وتعدد الروابط
٢٨٥	 الالتزام التضامى (obligation in solidum)
٢٨٨	 أمثلة للالتزام التضامى في القانون المصرى
٢٩٤	 المبحث الثاني — الآثار التي تترتب على تضامن المدينين
٢٩٤	 المطلب الأول — العلاقة بين الدائن والمدينين
٢٩٥	 § ١ — انقضاء الدين بالوفاء
٢٩٨	 لأي مدين متضامن أن يوفى الدائن كل الدين
٢٩٩	 وللدائن أن يستوفى الدين كله من أى مدين متضامن
٣٠٠	 مراعاة ما يلحق رابطة كل مدين من وعده
٣٠١	 إدخال المدينين المتضامنين الآخرين في الدعوى ودخولهم فيها
٣٠٣	 مطالبة مدين بعد آخر
٣٠٤	 مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين
٣٠٥	 هل ينقسم الدين بين ورثة المدين المتضامن ؟
٣٠٧	 أوجه الدفع التي يحتج بها المدين المتضامن

صفحة

٣٠٨		§ ٢ — انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء
٣١٠		التجديد
٣١٣		المقاصة
٣١٧		اتحاد الذمة
٣١٩		الإبراء
٣٢٥		التقادم
٣٢٨		§ ٣ — الآثار الثانوية للتضامن بين المدينين
٣٢٨		المبدأ العام
٣٣١		انقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين
٣٣٦		خطأ أحد المدينين المتضامنين في تنفيذ التزامه
٣٣٨		الإعذار والمطالبة القضائية
٣٤١		الصلح مع أحد المدينين المتضامنين
٣٤٣		إقرار أحد المدينين المتضامنين أو إقرار الدائن
٣٤٤		حلف اليمين أو التكول عنها
٣٤٧		صلور حكم على أحد المدينين المتضامنين أو لصلحه
٣٥١		المطلب الثاني — علاقة المدينين المتضامنين بعضهم بعض
		مق يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين
٣٥٤		المتضامنين الآخرين
		الأماس للقانون في الرجوع المدين — الدعوى الشخصية
٣٥٨		ودعوى الحلول
٣٦١		انقسام الدين على المدينين المتضامنين وتعيين حصة كل منهم
٣٦٤		تحمل المورسين من المدينين المتضامنين لحصص المورسين منهم
٣٦٦		نحمل أصحاب المصلحة في الدين وحدهم بكل الدين

الفصل الثالث

الالتزام غير القابل للانقسام

٣٧٤		الفرع الأول — أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام
٣٧٥		عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل
٣٧٩		عدم القابلية للانقسام يرجع إلى الاتفاق

صفحة

٣٨١	الفرع الثاني — الآثار التي تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام ...
٣٨٣	المبحث الأول — تعدد المدينين في الالتزام غير القابل للانقسام
٣٨٥	المطلب الأول — علاقة الدائنين بالمدينين
٣٨٥	المبادئ الأساسية
	انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء — إمكان الدائن
٣٨٦	مطالبة أى مدين بالالتزام كله
٣٨٩	انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء
	عدم قيام نيابة تبادلية بين المدينين في الالتزام غير القابل
٣٩٠	للانقسام
٣٩٢	المطلب الثاني — علاقة المدينين بعضهم ببعض
٣٩١	انقسام الدين على المدينين
٣٩٤	تعيين حصة كل مدين
٣٩٥	إعصار أحد المدينين
٣٩٦	المبحث الثاني — تعدد الدائنين في الالتزام غير القابل للانقسام
٣٩٧	المطلب الأول — علاقة الدائنين بالمدين
٣٩٧	المبادئ الأساسية
	انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء — إمكان أى
٣٩٨	دائن مطالبة المدين بالالتزام كله
٤٠٠	انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء
	عدم قيام نيابة تبادلية بين الدائنين في الالتزام غير القابل
٤٠١	للانقسام
٤٠٤	المطلب الثاني — علاقة الدائنين بعضهم ببعض
٤٠٤	انقسام الدين على الدائنين
٤٠٥	تعيين حصة كل دائن
٤٠٥	إعصار أحد الدائنين أو إعصار المدين
٤٠٦	مقابلة ما بين التضامن وعدم قابلية للانقسام
٤٠٦	وحده الموافقات
٤٠٦	وجوه المنازعات
	مقابلة ما بين الدين المشترك وعدم قابلية للانقسام عند تعدد
٤٠٨	الدائنين
٤٠٨	من حيث المصدر
٤٠٨	من حيث الآثار في علاقة الدائنين بالمدين
٤٠٩	من حيث الآثار في علاقة الدائنين بعضهم ببعض
	(م ٧٥ — الوسيط)

القسم الثانى

انتقال الالتزام

تمهيد

صلحة

- ١ — لمة فى التطور التاريخى لانتقال الالتزام ٤١٣
- معنى انتقال الالتزام ٤١٣
- كيف يتصور انتقال الالتزام ٤١٤
- انتقال الالتزام بسبب الموت ٤١٤
- انتقال الالتزام ما بين الأحياء ٤١٦
- انتقال الالتزام فى الفقه الإسلامى ٤٢٠
- حوالة الدين فى المذهب الحنفى ٤٢٢
- حوالة الدين فى المذاهب الأخرى ٤٢٨
- حوالة الحق فى المذهب المالكى ٤٣٤
- حوالة الحق فى المذاهب الأخرى ٤٣٥
- ٢ — مقارنة الحوالة بالنظم القانونية التى تقرب منها ٤٣٧
- الحوالة والتجديد ٤٣٨
- حوالة الدين والإنابة فى الوفاء ٤٤٠
- حوالة الحق والوفاء مع الحلول ٤٤٠

الباب الأول

حوالة الحق

- أطراف حوالة الحق ٤٤٢
- الأغراض المختلفة لحوالة الحق ٤٤٣

الفصل الأول

أركان حوالة الحق

صفحة

- أركان حوالة الحق هي أركان الاتفاق بوجه عام ١٤٧
- الفرع الأول - محل حوالة الحق ١٤٨
- § ١ - الأصل العام : الحق الشخصي قابل لحوالة ٢٥٠
- كل حق شخصي قابل في الأصل لحوالة ١٥٠
- الحقوق المستقبلية ١٥٢
- حوالة الحقوق الناشئة من عقد ملزمة للجانبين ١٥٤
- حوالة الحقوق المتنازع فيها ١٥٦
- الحقوق المبنية لا تكون عدا لحوالة الحق ١٥٧
- § ٢ - الاستثناءات - الحالات التي يكون فيها الحق الشخصي غير قابل لحوالة ١٥٨
- متى يكون الحق الشخصي غير قابل لحوالة ١٥٨
- عدم قابلية الحوالة بسبب طبيعة الحق ١٥٨
- عدم قابلية الحق لحوالة بنص في القانون أو لعدم قابليته للحجز ١٥٩
- عدم قابلية الحق لحوالة باتفاق المتعاقدين ١٦١
- الفرع الثاني - التراضي في حوالة الحق ١٦٢
- § ١ - انعقاد الحوالة ١٦٦
- تراضي المهيمل والمحال له كاف في انعقاد الحوالة - لا حاجة إلى رضا المدين ١٦٦
- الحوالة اتفاق رضائي لا يشترط فيه شكل خاص ولا في الجهة وجوب مراعاة قواعد الإثبات ١٦٩
- تكييف الاتفاق الذي تتم به الحوالة ١٧٠
- § ٢ - نفاذ الحوالة في حق المدين وفي حق الغير ١٧١
- معنى صيرورة الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير ١٧١
- ← إعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها ضروري لنفاذ الحوالة في حقه وفي حق الغير ١٧٢
- إعلان المدين بالحوالة ١٧٥
- قبول المدين لحوالة ١٧٨

صفحة

- ٤٨٠ هل يقوم علم المدين بصنوبر الحوالة مقام الإعلان أو القبول ؟
إجراءات خاصة لجمل حوالة بعض الحقوق نافذة في حق
٤٨٦ المدين والغير

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على حوالة الحق

- ٤٨٨ علاقات متنوعة
- ٤٨٩ الفرع الأول - علاقة المحال له بالمحيل
- ٤٩٣ المبحث الأول - انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له
- ٤٩٣ المطلب الأول - انتقال الحق بصفاته ودفعه
- ٤٩٣ انتقال نفس الحق بمجرد انقضاء الحوالة
- ٤٩٤ تسليم سند الحق ووسائل إثباته
- ٤٩٦ المطلب الثاني - انتقال توابع الحق المحال به
- ٤٩٦ انتقال ضمانات الحق
- ٤٩٧ انتقال ما حل من فوائد واقساط
- انتقال الدعاوى التي تؤكد الحق المحال به دون الدعاوى التي
- ٤٩٨ تنافيه
- ٤٩٩ المبحث الثاني - التزام المحيل بضمان الحق المحال به للمحال له
- ٤٩٩ المطلب الأول - ما يضمنه المحيل للمحال له
- ٥٠٠ ضمان المحيل لأفعاله الشخصية
- ٥٠٢ الضمان في الحوالة بمعرض بحكم القانون
- ٥٠٦ الضمان في الحوالة بمعرض بحكم الاتفاق
- ٥١٢ الضمان في الحوالة بغير عرض بحكم القانون
- ٥١٤ الضمان في الحوالة بغير عرض بحكم الاتفاق
- ٥١٥ المطلب الثاني - ما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق الضمان
- ٥١٥ المبدأ العام
- ٥١٨ حاله إصدار المدين إصهاراً جزئياً
- ٥١٩ حالة وقوع حوالة تالية بمعرض يقتل أو يزيد
- ٥٢٠ حالة الحوالة بغير عرض - إحالة
- ٥٢٠ الفرع الثاني - علاقة المحال له بالمحال عليه
- ٥٢٢ المبحث الأول - علاقة المحال له بالمحال عليه قبل إعلان الحوالة أو قبورها

صفحة

٥٢٢	دائنية المحال له للمحال عليه دائنية محدودة
٥٢٣	الإجراءات التحفظية التي يتخذها المحال له
٥٢٥	امتناع المحال عليه من الإنسار بحقوق المحال له
٥٢٦	المبحث الثاني — علاقة المحال له بالمحال عليه بعد إعلان الحوالة أو قبوطها ...
٥٢٦	نفاذ الحوالة في حق المحال عليه
٥٢٧	حلول المحال له محل المحيل في نفس الحق المحال به
٥٢٩	الدفع التي للمحال عليه أن يتسك بها قبل المحال له ...
٥٣٥	الفرع الثالث — علاقة المحيل بالمحال عليه
٥٣٥	التمييز بين مرحلتين
٥٣٥	المرحلة التي تسبق إعلان الحوالة أو قبوطها
٥٣٦	المرحلة التي يلي إعلان الحوالة أو قبوطها
٥٣٧	الفرع الرابع — علاقة المحال له بالغير
	المبحث الأول — التزام بين المحال له وبين دائن المحيل المفلس أو الممر
٥٤٠	أو محال له آخر
٥٤٠	الالتزام بين المحال له وبين دائن المحيل المفلس أو الممر ...
٥٤٢	الالتزام بين محال له ومحال له آخر
٥٤٥	المبحث الثاني — التزام بين المحال له والدائنين الحاجزين
٥٤٥	الالتزام بين المحال له والدائن الحاجز
٥٤٦	الالتزام بين الدائن الحاجز والمحال له
	الالتزام بين الدائن الحاجز الأول والمحال له والدائن
٥٤٧	الحاجز الثاني (حوالة بين حجزين)

الباب الثاني

حوالة الدين

٥٥٢	أطراف حوالة الدين
٥٥٣	الأغراض المختلفة التي توفى بها حوالة الدين
	حوالة الدين لنظام استحدثه التقنين المدني الجديد — النظم
٥٥٥	الأخرى التي كانت تقوم مقامه :
	لتجديد بتغيير الدين — الإنابة في الوفاء — الاشتراط
٥٥٥	لمصلحة الغير

الفصل الأول

أركان حوالة الدين

- ٥٦٠ أركان حوالة الدين هي أركان الاتفاق بوجه عام
- ٥٦١ الفرع الأول - اتفاق المدين الأصلي والمحال عليه
- ٥٦١ المبحث الأول - انعقاد حوالة الدين
- ٥٦٣ انعقاد الحوالة بالاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ...
- ٥٦٥ لابد من تدخل الدائن على كل حال
- ٥٦٦ مركز المدين الأصلي من كل من الدائن والمحال عليه
- ٥٦٧ المبحث الثاني - نفاذ الحوالة في حق الدائن
- ٥٧٠ متى يصدر إقرار الدائن
- ٥٧١ حالة بيع العقار المرهون
- ٥٧٤ كيف يكون إقرار الدائن
- ٥٧٥ الدائن حر في إقرار الحوالة أو رفضها
- ٥٧٧ الأثر المترتب على إقرار الدائن للحوالة أو على رفضها ...
- ٥٧٨ الفرع الثاني - اتفاق الدائن والمحال عليه
- ٥٨٠ كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه
- ٥٨١ أثر الاتفاق بالنسبة إلى الدائن الأصلي

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على حوالة الدين

- ٥٨٢ علاقات متنوعة
- ٥٨٤ الفرع الأول - علاقة الدائن بالمحال عليه
- ٥٨٤ المبحث الأول - حاول المحال عليه محل المدين الأصلي في الدين
- ٥٨٤ ما يترتب على هذا الحلول :
- ٥٨٥ براءة ذمة المدين الأصلي قبل الدائن
- ٥٨٧ انتقال الدين نفسه إلى المحال عليه
- ٥٨٩ المبحث الثاني - انتقال الدين إلى المحال عليه بضماناته
- ٥٩١ الضمانات المبنية التي تأتي من جهة المدين الأصلي

صفحة

الضمانات الشخصية أو العينية التي يقدمها كفيل المدين	
الدائن	٥٩٤
المبحث الثالث — انتقال الدين إلى المحال عليه بدفعه	٥٩٦
الدفع التي كان للمدين الأصل أن يتمسك بها	٥٩٧
الدفع المستمدة من عقد الحوالة	٦٠١
الدفع المستمدة من العلاقة ما بين المدين الأصل والمحال عليه	٦٠٢
الفرع الثاني — علاقة الدائن بالمدين الأصلي	٦٠٥
براءة ذمة المدين الأصل نحو الدائن	٦٠٧
ضمان المدين الأصل ليسار المحال عليه	٦٠٧
الفرع الثالث — علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه	٦١١
المبحث الأول — الحوالة لم تنفذ في حق الدائن	٦١١
الاتفاق على الحوالة يلزم المحال عليه نحو المدين الأصل ...	٦١٣
الفرق بين الاتفاق على الحوالة والاشتراط لمصلحة للغير ...	٦١٦
الاتفاق على الحوالة كل لا يقبل التجزئة — عدم الوفاء	
باللزام يستتبع عدم الوفاء باللزام المقابل	٦١٨
الاتفاق على الحوالة قابل للتعديل فيه وللمدول عنه باتفاق آخر	٦١٩
المبحث الثاني — الحوالة نافذة في حق الدائن	٦٢٠
يعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الأصل التزاماً بقيمة الحوالة	٦٢٠
الحوالة المقيدة	٦٢٢
حالة إبطال الحوالة	٦٢٥

القسم الثالث

انقضاء الالتزام

تمهيد

تحديد أسباب انقضاء الالتزام وتقسيم هذه الأسباب

مصير الالتزام حتماً إلى الانقضاء	٦٢٩
تحديد أسباب انقضاء الالتزام	٦٣٠
طريقان لتقسيم أسباب الالتزام :	٦٣١

صفحة

٦٣١	التقسيم العلوى : التصرف القانونى والواقعة القانونية ...
	التقسيم الممل : انقضاء الالتزام بتنفيذ عيناً أو بتنفيذ
٦٣٣	بمقابل أو دون تنفيذ

الباب الاول

انقضاء الالتزام بتنفيذ عيناً

الوفاء

٦٣٥	مقدمة — التكيف القانونى للوفاء وما يترتب على هذا التكيف
٦٣٥	التكيف القانونى للوفاء
٦٣٦	ما يترتب على هذا التكيف :
٦٣٧	§ ١ — الوفاء اتفاق
٦٣٧	ما يترتب على أن الوفاء اتفاق
٦٣٨	إثبات الوفاء
٦٤٢	§ ٢ — الوفاء اتفاق على قضاء الدين
٦٤٢	الوفاء اتفاق له مقررات خاصة
٦٤٣	الوفاء اتفاق مفروض على كل من المدين والدائن
٦٤٣	الوفاء اتفاق محله هو نفس محل الدين الواجب الوفاء ...

الفصل الاول

طرق الوفاء

٦٤٥	الفرع الأول — الموفى
٦٤٥	يشترط لصحة الوفاء من الموفى الملكية وأهلية التصرف :
٦٤٧	ملكية الموفى للشيء الذى وفى به
٦٥٠	أهلية الموفى للتصرف فى الشيء الموفى به
٦٥٢	الموفى قد يكون المدين وقد يكون غير المدين
٦٥٢	المبحث الأول — من يقوم بالوفاء
٦٥٤	الموفى هو المدين أو نائبه
٦٥٥	الموفى هو شخص له مصلحة فى الوفاء ..
٦٥٦	الموفى هو أجنبى لا مصلحة له فى الوفاء

صفحة

٦٤٧	المبحث الثاني — رجوع الموفى على المدين
٦٥٨	الدعوى الشخصية
٦٦١	دعوى الحلول :
٦٦٢	المطلب الأول — مصدر الحلول
٦٦٢	§ ١ — الحلول التقاضي
٦٦٤	الموفى ملزم بالدين مع المدين أو ملزم عنه
٦٦٧	الموفى دائن وفي دائناً مقاماً عليه
	الموفى اشترى عقاراً ودفع ثمنه لدائنين لمخصص العقار لضمان
٦٧١	حقوقهم
٦٧٣	وجود نص خاص يقرر للموفى حق الحلول
٦٧٦	§ ٢ — الحلول الاتفاق
٦٧٦	(١) الحلول باتفاق الموفى مع الدائن
٦٧٧	اتفاق بين الموفى والدائن
٦٧٨	عدم تأخر الاتفاق عن وقت الوفاء
٦٨٠	إثبات الاتفاق على الحلول
٦٨١	(ب) الحلول باتفاق الموفى مع المدين
٦٨٢	الحلول باتفاق مع المدين تبرره أغراض عملية
٦٨٣	شروط الحلول بالاتفاق مع المدين
٦٨٦	مالاً يشترط في الحلول بالاتفاق مع المدين
٦٨٧	المطلب الثاني — أحكام الرجوع بدهوى الحلول
٦٨٧	§ ١ — الآثار التي تترتب على الحلول
٦٨٧	حلول الموفى محل الدائن وما يرد على هذا الحلول من القيود
٦٨٨	(١) حلول الموفى محل الدائن
٦٨٩	يكون للموفى حق الدائن بماله من خصائص
٦٩٠	يكون للموفى حق الدائن بما يلحقه من توابع
٦٩٠	يكون للموفى حق الدائن بما يكفله من تأمينات
٦٩١	يكون للموفى حق الدائن بما يرد عليه من دفع
٦٩٢	(ب) ما يرد على حلول الموفى محل الدائن من قيود
	رجوع الموفى على المدين بمقدار ما أداه ماله لا بمقدار
٦٩٣	الدين
٦٩٤	الموفى مدين متضامن
	الموفى حائز للعقار المرهون ويرجع على حائز للعقار
٦٩٤	مرهون آخر
٦٩٦	الموفى حائز للعقار المرهون ولا يرجع على الكفيل
٦٩٦	الموفى لم يوف إلا جزءاً من الدين

صفحة

٧٠٠	 — ٢ § — التكيف القانوني للحلول
٧٠٠	 صعوبة هذا التكيف وسبب ذلك
	(١) النظريات الثلاث المختلفة في التكيف القانوني للوفاء
٧٠١	 مع الحلول
٧٠١	 بقاء التأمينات وحدها دون الحق
٧٠١	 بقاء الحق نفسه وانتقاله إلى الموفى
	الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن وانتقال
٧٠٣	 للحق بالنسبة إلى المدين
٧٠٤	 (ب) الفروق ما بين اتوفاء مع الحلول وحالة الحق
٧٠٤	 اختلاف الأضرار العملية
٧٠٦	 الفروق من حيث شروط الانعقاد والنفاد
٧٠٧	 الفروق من حيث الآثار - الدوى الشخصية
٧٠٨	 الفروق من حيث الآثار - دوى الحلول
٧١٠	 ← الفرع الثاني - الموفى له
٧١٠	 المبحث الأول — الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له
٧١١	 المطلب الأول — الموفى له هو الدائن أو نائبه
٧١٢	 ١ § — الوفاء للدائن
٧١٢	 الوفاء لمن يكون دائنا وقت استيفاء الدين
٧١٢	 أهلية الدائن لاستيفاء الدين
٧١٤	 ٢ § — الوفاء لنائب الدائن
٧١٤	 الوفاء للولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل من الغائب ...
٧١٥	 الوفاء للسنديك وللمحارس القضائي
٧١٥	 الوفاء لدائن الدائن عند احتمال الدعوى غير المباشرة
٧١٥	 الوفاء للمحضر
٧١٥	 الوفاء لحساب جار باسم الدائن في مصرف
٧١٦	 الوفاء لوكيل الدائن
٧١٧	 المطلب الثاني — الموفى له غير الدائن
٧١٩	 إقرار الدائن للوفاء
٧١٩	 منفعة تعود على الدائن من الوفاء
٧٢٠	 الوفاء للدائن الظاهر
٧٢٤	 الوفاء لدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين
٧٢٧	 المبحث الثاني — الوفاء بإرادة الموفى وحده (المرض الحقوق والإيداع)
٧٢٧	 متى يجوز للمدين المرض الحقيقي والإيداع :

صحة

٧٢٩	 رفض الدائن قبول الوفاء
٧٣٠	 تملذ الوفاء للدائن
٧٣٣	المطلب الأول — إجراءات المرض الحقيقي والإيداع
	وجوب التنسّق بين لصرص التقنين المدنى ولصرص تقنين
٧٣٣	 المرافعات
٧٢٣	 مراحل ثلاث :
٧٣٣	(أ) مراحل إمدار الدائن :
٧٣٤	 ما يترتب على إمدار الدائن من النتائج
٧٣٧	 (ب) مرحلة المرض الحقيقي
٧٣٩	 (ج) مرحلة الإيداع
٧٠٢	المطلب الثانى — ما يترتب على المرض والإيداع من الآثار
	§ ١ — أثر المرض والإيداع بعد قبول الدائن أو بعد صدور حكم
٧٤٣	 بصحة المرض
٧٤٣	 قبول الدائن للمرض
٧٤٤	 الحكم بصحة المرض والإيداع
	ما يترتب من الأثر على قبول الدائن أو صدور حكم نهائى
٧٤٥	 بصحة المرض والإيداع
	§ ٢ — أثر المرض والإيداع قبل قبول الدائن وقبل صدور حكم
٧٤٧	 بصحة المرض
٧٤٩	 متى يجوز للمدين الرجوع فى المرض
٧٥٠	 الأثر الذى يترتب على رجوع الدائن فى المرض

الفصل الثانى

محل الوفاء

٧٥١	الفرع الأول — على أى شىء يقع الوفاء وما يتبع هذا الشىء من ملحقات
٧٥١	المبحث الأول — على أى شىء يقع الوفاء
٧٥٢	المطلب الأول — الوفاء بنفس المستحق
٧٥٣	 الشىء المستحق شىء معين بالذات
٧٥٤	 الشىء المستحق لغير معين إلا بنوعه
٧٥٥	 الشىء المستحق نقود
٧٥٨	 الشره المستحق عمل أو امتناع من عمل — إحالة

صفحة

المطلب الثاني — الوفاء بكل الشيء المستحق — عدم جواز تجزئة الوفاء	٧٥٩
القاعدة — عدم جواز تجزئة الوفاء	٧٦٠
الاستثناءات — جواز تجزئة الوفاء	٧٦١
المطلب الثالث — تعيين جهة الدفع عند تعدد المدينين	٧٦٣
تعيين الدين المدفوع بواسطة المدين	٧٦٦
تعيين الدين المدفوع بواسطة القانون	٧٦٨
تعيين الدين المدفوع بواسطة الدائن	٧٧١
المبحث الثاني — ما يتبع الشيء الموفى به من ملحقات	٧٧٣
الفوائد والمصروفات	٧٧٤
نفقات الوفاء	٧٧٥
الفرع الثاني — الزمان والمكان اللذان يتم فيهما الوفاء	٧٧٦
المبحث الأول — الزمان الذي يتم فيه الوفاء	٧٧٦
الأصل في الالتزام أن يؤدي فوراً	٧٧٨
مق يتراخى الوفاء بالالتزام — اتفاق أو نص في القانون	٧٧٩
تجديد القاضى وقت الوفاء — نظرية الميسرة :	٧٨٠
شروط منح القاضى لنظرية الميسرة	٧٨١
الآثار التي تترتب على نظرية الميسرة	٧٨٥
سقوط الأجل في نظرية الميسرة	٧٨٦
المبحث الثاني — المكان الذي يتم فيه الوفاء	٧٨٨
اتفاق الطرفين على مكان الوفاء	٧٨٩
مكان الوفاء في العين المعينة بالذات هو مكان وجودها وقت نشوء الالتزام	٧٩١
مكان الوفاء في غير العين المعينة بالذات هو موطن المدين أو مركز أعماله	٧٩٢
نصوص خاصة بتعيين مكان الوفاء في بعض العقود المسماة	٧٩٤

الدعوى

الباب الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء	٧٩٥
--	-----

الفصل الاول

الوفاء بمقابل

- الفرع الأول - أركان الوفاء بمقابل وتكييفه القانوني، ٩٦٧
- المبحث الأول - الأركان التي يقوم عليها الوفاء بمقابل ٧٩٦
- اتفاق حل الاستعاضة عن محل الوفاء الأصل بنقل ملكية
فيء آخر ٧٩٨
- تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلا إلى الدائن ٨٠١
- المبحث الثاني - التكييف القانوني للوفاء بمقابل ٨٠١
- الوفاء بمقابل بيع ثليه مقاساة ٨٠٢
- الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء تغير فيه المحل الأصل ٨٠٣
- الوفاء بمقابل حمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق
نقل الملكية ٨٠٥
- الفرع الثاني - الآثار التي تترتب على الوفاء بمقابل ٨٠٦
- الوفاء بمقابل باعتباره نقلا للملكية ٨٠٨
- الوفاء بمقابل باعتباره وفاء ٨١٠

الفصل الثاني

التجديد والإنابة في الوفاء

- الفرع الأول - التجديد ٨١٣
- المبحث الأول - شروط التجديد ٨١٥
- المطلب الأول - تعاقب التزامين قديم حل محل جديد ٨١٥
- وجود التزام قديم ٨١٧
- إنشاء التزام جديد ٨١٩
- المطلب الثاني - اختلاف ما بين الالتزامين في أحد العناصر ٨٢٠
- لابد من مخالفة الالتزام الجديد للالتزام القديم في عنصر هام ٨٢٢
- للتجديد بتغيير الدين في محله أو مصدره ٨٢٤
- التجديد بتغيير الدائن ٨٢٥
- التجديد بتغيير المدين ٨٢٧

صفحة

المطلب الثالث — نية التجديد	٨٣٠
التجديد عقد	٨٣٢
الأهلية في التجديد	٨٣٣
وضوح نية التجديد	٨٣٤
تقييد الالتزام في حساب جار	٨٣٨
المبحث الثاني — الآثار التي تترتب على التجديد	٨٤١
المطلب الأول — انقضاء الالتزام الأصل ونشوء التزام جديد	٨٤١
الالتزام الجديد غير الالتزام الأصل	٨٤٣
مقابلة بين التجديد من جهة والحوالة والحلول والوفاء بمقابل	
من جهة أخرى	٨٤٤
المطلب الثاني — انتقال التأمينات من الالتزام الأصل إلى الالتزام الجديد	٨٤٥
§ ١ — التأمينات المبنية التي قدمها المدين	٨٤٨
انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد فيه خروج على القواعد	
العامة — مبرراته	٨٤٨
حماية الغير	٨٤٩
ما المقصود بالتأمينات المبنية التي قدمها المدين	٨٥٠
كيف يتم انتقال التأمينات من الالتزام الأصل إلى الالتزام	
الجديد	٨٥١
§ ٢ — التأمينات الشخصية والمبنية التي قدمها الغير	٨٥٣
وجوب رضا الغير بنقل هذه التأمينات	٨٥٣
جواز نقل هذه التأمينات بعد إجراء التجديد	٨٥٤
الفرع الثاني — الإنابة في الوفاء	٨٥٥
علاقة الإنابة في الوفاء بالتجديد	٨٥٥
المبحث الأول — كيف تتم الإنابة في الوفاء	٨٥٦
الإنابة تفترض أشخاصاً ثلاثة	٨٥٧
ما يمكن أن يقوم من مديونية ما بين هؤلاء الأشخاص الثلاثة	٨٥٨
— قد تتضمن الإنابة تجديداً وقد لا تتضمن — الإنابة الكاملة	
والإنابة القاصرة	٨٥٩
الإنابة انقاصرة والاشتراط لمصلحة الغير	٨٦٠
المبحث الثاني — الآثار التي تترتب على الإنابة في الوفاء	٨٦١
المطلب الأول — الإنابة الكاملة أو التجديد بتغيير المدين	٨٦١
العلاقة ما بين المنهيب والمناب لديه	٨٦٣
العلاقة ما بين المنهيب والمناب	٨٦٤

صفحة

٨٦٥	 العلاقة ما بين المناب لديه والمناب
٨٦٧	 المطلب الثاني — الإجابة القاصرة
٨٦٨	 العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه
٨٦٨	 العلاقة ما بين المنهب والمناب
٨٦٩	 العلاقة ما بين المناب لديه والمناب

الفصل الثالث

المقاصة

٨٦٣	 المقاصة أداة وفاء وأداة ضمان
٨٧٥	 المقاصة والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس
٨٧٦	 منشأ المقاصة في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم
٨٧٨	 المقاصة في التقنينات اللاتينية وفي التقنينات الألمانية.....
٨٨٤	 المقاصة القانونية والمقاصة القضائية والمقاصة الاختيارية
٨٨٤	 الفرع الأول — المقاصة القانونية
٨٨٥	 المبحث الأول — شروط المقاصة.....
٨٨٥	 المطلب الأول — ما يدخل في الشروط وما لا يدخل
٨٨٥	 § ١ — ما يدخل في الشروط :
٨٨٨	 الشرط الأول — التقابل ما بين الدينين
٨٩٠	 الشرط الثاني — التماثل في المحل ما بين الدينين
٨٩٢	 الشرط الثالث — صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء
٨٩٤	 الشرط الرابع — خلو الدينين من النزاع
٩٠٠	 الشرط السادس — قابلية كل من الدينين لتجزئ
	 § ٢ — ما لا يدخل في الشروط :
٩٠١	 وحدة المصدر بين الدينين ليست بشرط
٩٠٣	 وحدة مكان الوفاء بين الدينين ليست بشرط
٩٠٣	 المطلب الثاني — الديون التي لا تقع فيها المقاصة
٩٠٥	 أحد الدينين شيء نزاع دون حق من يد مالكه
٩٠٧	 أحد الدينين شيء مودع أو معار هارية احتمال
٩٠٩	 المبحث الثاني — كيف يكون إعمال المقاصة وما هي الآثار التي تترتب عليها
٩٠٩	 المطلب الأول — كيف يكون إعمال المقاصة
٩١٠	 وجوب التمسك بالمقاصة
٩١٣	 جواز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها
٩١٦	 حالة من حالات النزول الضمني عن المقاصة بعد ثبوتها

صفحة

٩١٨	المطلب الثاني — الآثار التي تترتب حل المقاصة
٩١٨	§ ١ — أثر المقاصة فيما بين الطرفين
٩٢١	المقاصة تقضى الدينين بقدر الأقل منهما
٩٢٣	انقضاء الدينين منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة
٩٢٥	تعيين جهة الدفع في المقاصة
٩٢٧	§ ٢ — أثر المقاصة بالنسبة إلى الدين
٩٢٩	ترقيع الحجز التحفظي على أحد الدينين المتقابلين
٩٣٠	حوالة أحد الدينين على الغير وقبول المدين الحوالة دون تحفظ
٩٣٢	الفرع الثاني — المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية
٩٣٣	المبحث الأول — المقاصة الاختيارية
٩٣٣	الأحوال التي تجرى فيها المقاصة الاختيارية
٩٣٦	الآثار التي تترتب حل المقاصة الاختيارية
٩٣٧	المبحث الثاني — المقاصة القضائية
٩٣٧	الأحوال التي تجرى فيها المقاصة القضائية
٩٤	كيف تجرى المقاصة القضائية وما يترتب عليها من الآثار

الفصل الرابع

اتحاد الذمة

٩٤٤	مقارنة بين اتحاد الذمة والمقاصة
٩٤٤	الأهمية المحدودة لاتحاد الذمة
٩٤٦	الفرع الأول — كيف يتحقق اتحاد الذمة
٩٤٦	عن طريق الميراث
٩٤٨	عن طريق الوصية
٩٤٩	عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء
٩٥٠	كل الديون قابلة للانقضاء باتحاد الذمة
٩٥١	الفرع الثاني — الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة
	المبحث الأول — الآثار التي تترتب حل اتحاد الذمة مابق السبب الذي أدى إليه قائماً
٩٥٢	كيف ينقضى الدين باتحاد الذمة
٩٥٤	نواح يبق فيها الدين المنقضى باتحاد الذمة معتداً به

صفحة	
٩٥٤	حساب الدين في نصاب الوصية
٩٥٤	الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصل ...
٩٥٥	الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصل ...
٩٥٦	الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة أحد المدينين المتضامنين والدائن
	المبحث الثاني — ما يترتب من أثر على زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة
٩٥٨	بأثر رجعي
٩٥٨	عودة الدين إلى الظهور
٩٥٩	زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر غير رجعي ...

الباب الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

٩٦١	أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به
-----	---

الفصل الأول

الإبراء

٩٦٢	كيف يتم الإبراء وما يترتب عليه من الآثار
٩٦٢	الفرع الأول — كيف يتم الإبراء
٩٦٩	المبحث الأول — مميزات الإبراء
٩٦٥	الإبراء يتم بإرادة واحدة من جانب الدائن
٩٦٨	الإبراء تصرف تبرعي
٩٦٩	المبحث الثاني — الشروط الواجب توافرها في الإبراء
٩٦٩	ليست هناك شروط من ناحية الشكل
٩٧٢	الشروط الموضوعية الواجب توافرها في الإبراء
٩٧٥	الفرع الثاني — الآثار التي تترتب على الإبراء
٩٧٥	الإبراء يقضى الدين
٩٧٧	وتنقضى مع الدين تأميناته
٩٨٠	إبراء الدين لأحد المدينين المتضامنين — إحالة

الفصل الثاني

استحالة التنفيذ

صفحة

- الفرع الأول - متى تتحقق استحالة التنفيذ ٩٨١
- الشرط الأول - تنفيذ الالتزام يصبح مستحيلا ٩٨٣
- الشرط الثاني - استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي ٩٨٥
- الفرع الثاني - الآثار التي تترتب على استحالة التنفيذ ٩٨٨
- انقضاء الالتزام وتوابعه ٩٨٨
- تحمل التبعة في العقد وفي الملك ٩٩٠

الفصل الثالث

التقادم المسقط

- تمهيد - : ٩٩٤
- التقادم المسقط والتقادم المكسب - وجوب الفصل بينهما ٩٩٤
- الأساس الذي يركز عليه التقادم المسقط ٩٩٦
- لغة تاريخية ٩٩٩
- التمييز بين التقادم المسقط والسقوط ١٠٠٠
- الفرع الأول - المدد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم ١٠٠٦
- المبحث الأول - مدد التقادم المختلفة ١٠٠٦
- القاعدة العامة والاستثناءات ١٠٠٦
- القاعدة العامة - مدة التقادم خمس عشرة سنة ١٠٠٨
- الحالات التي ورد فيها نص خاص - إحالة ١٠١١
- الاستثناءات التي أوردها القانن - ١ - الحقوق ١٠١١
- الدورية المتجددة : ١٠١٨
- الضابط هو الدورية والتجدد ١٠٢٠
- الأساس الذي يقوم عليه تقادم الحقوق الدورية المتجددة ١٠٢٤

صفحة

الديون التي لم تستوف شرطى الدورية والتجدد تتقادم	
بخصم عشرة سنة	١٠٢٦
الربيع المستحق في ذمة الحائز سبب النية والربيع الواجب على	
فاطر الوقف أداؤه للمستحقين	١٠٢٨
٢ — حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء	
ووكلاء التفليسة والسفارة والأساتذة والمعلمين :	١٠٢١
الديون المستحقة لطائفة من أصحاب المهن الحرة تتقادم	
بخصم سنوات	١٠٣٣
سريان التقنين المدنى الجديد	١٠٣٨
٣ — حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والبال	
والخدم والأجراء :	١٠٣٦
التقادم في هذه الحقوق يقوم على قرينة الوفاء	١٠٤٢
تفصيل الحقوق التي تتقادم بسنة واحدة	١٠٤٤
سريان التقنين المدنى الجديد	١٠٤٦
٤ — الضرائب والرسوم المستحقة للدولة	١٠٤٨
لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة	
التي عينها القانون	١٠٥٢
المبحث الثاني — كيفية حساب مدة التقادم	١٠٥٤
حساب مدة التقادم	١٠٥٦
مبدأ سريان التقادم	١٠٥٩
مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط بالنسبة	
إلى ضمان الاستحقاق	١٠٦١
مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى دين مؤجل	١٠٦٣
مبدأ سريان التقادم إذا كان ميعاد الاستحقاق متوقفاً على	
إرادة المدين	١٠٦٥
مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الديون الاحتمالية	١٠٦٧
المبحث الثالث — وقف التقادم	١٠٦٨
التمييز بين وقف سريان التقادم ووقف سريان التقادم ...	١٠٦٨
أسباب وقف التقادم في التقنين المدنى الفرنسى	١٠٦١
أسباب وقف التقادم في التقنين المدنى المصرى :	١٠٧٥
أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص	١٠٧٧
أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية	
الأثر الذي يترتب على وقف التقادم	١٠٨٦

صفحة

١٠٨٧	المبحث الرابع — انقطاع التقادم
١٠٨٧	أسباب انقطاع التقادم وما يترتب عليه من الأثر
١٠٨٨	المطلب الأول — أسباب انقطاع التقادم
١٠٩٠	§ ١ — الأسباب الصادرة من الدائن :
١٠٩٠	المطالبة القضائية
١١٠٠	التنبيه
١١٠١	الحجز
	الطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع وأى عمل يقوم به الدائن لتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعوى
١١٠٣	§ ٢ — الأسباب الصادرة من المدين — إقراره بحق الدائن
١١٠٧	تكييف الإقرار الصادر من المدين بحق الدائن
١١٠٩	الإقرار الصريح والإقرار الضمنى
١١١٢	إثبات الإقرار
١١١٣	المطلب الثانى — الأثر الذى يترتب على انقطاع التقادم
١١١٥	مبدأ مريان التقادم الجديد الذى يحل محل نحل التقادم المنقطع
١١١٨	مقارنة مختلف التقادم الجديد عن المقادم القديم
١١٢٢	مقارنة أثر الانقطاع إلى غير الدائن الذى قطع التقادم
١١٢٣	مقارنة أثر الانقطاع غير الحق الذى قطع فيه التقادم
	الفرع الثانى — كيف يجب لإعمال التقادم وما هى الآثار التى تترتب عليه
١١٢٥	المبحث الأول — كيف يجب لإعمال التقادم
١١٢٥	وجوب التمسك بالتقادم رجواز الزوال عنه بعد اكتماله
١١٢٦	المطلب الأول — وجوب التمسك بالتقادم (الدفع بالتقادم)
١١٢٧	§ ١ — لا تنفى الحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها بل لابد من التمسك به
١١٢٩	الأسباب التى تدعو إلى وجوب التمسك بالتقادم
١١٣٠	هل هناك استثناءات للقاعدة العامة ؟
١١٣٢	التمسك بتقادم الدعوى المدنية إذا ارتبطت بالدعوى الجنائية
١١٣٣	لا يفنى التمسك بنوع من التقادم عن التمسك بنوع آخر
١١٣٤	§ ٢ — يتمسك بالتقادم المدين وكل ذى مصلحة
١١٣٤	تمسك المدين بالتقادم

صفحة

١١٣٥	 التمسك بالتقادم من كل ذى مصلحة
١١٣٦	 التمسك بالتقادم من دائى المدين
١١٣٨	§ ٣ — يجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ...
١١٣٨	 التمسك بالتقادم أمام المحكمة الابتدائية
١١٣٩	 التمسك بالتقادم أمام محكمة الاستئناف
١١٣٩	 التمسك بالتقادم أمام محكمة النقض
١١٣٩	 التمسك بالتقادم أمام محكمة الإحالة
١١٤٠	المطلب الثانى — النزول عن التقادم
١١٤٢	§ ١ — عدم جواز النزول عن التقادم بعدما قبل ثبوت الحق فيه
١١٤٢	الأسباب التى تدعو إلى عدم جواز النزول مقدما من التقادم
	عدم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه يسرى على
١١٤٢	جميع أنواع التقادم
	عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو على تقصيرها —
١١٤٣	 إحالة
١١٤٤	 كيف تطول مدة التقادم بطرق أخرى
١١٤٥	§ ٢ — عدم جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه
١١٤٥	للنزول الصريح والنزول التضمنى
١١٤٦	الأهلية الواجبة للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ...
١١٤٧	أثر النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه
١١٥١	جواز النزول عن المدة التى انتهت فى تقادم لم يكتمل ...
١١٥٢	المبحث الثانى — الآثار التى ترتب على التقادم
١١٥٤	التزام اكتملت مدة تقادم قبل التمسك بالتقادم
١١٥٦	التزام اكتملت مدة تقادمه بعد التمسك بالتقادم
١١٥٦	المطلب الأول — سقوط الدين وتوابعه عند التمسك بالتقادم
١١٥٦	 سقوط الدين وتوابعه
١١٥٨	 سقوط الدين بأثر رجعى
	سقوط الدين بالتقادم عن طريق الدعوى لا يمنع من التمسك
١١٥٩	 بوجوده عن طريق الدفع
١١٦٢	 تقادم الدين قد يفيد غير المدين
	انتقال الدين المتقادم إلى خزانة الدولة فى حالات ينص
١١٦٢	 عليها القانون

- المطلب الثاني — تأصيل سقوط الدين بالتقادم ١١٦٥
الرأى الأول — التمييز بين المديونية والمسئولية (المذهب
الجرماني) ١١٦٥
الرأى الثاني، — التقادم يسقط الدعوى دون الحق ١١٦٧
الرأى الثالث — التقادم يسقط الدعوى والحق معاً ١١٦٨
المطلب الثالث — تخلف التزام طبيعى عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم
الآثار التى تنترتب على الالتزام الطبيعى المتخلف عن
الالتزام المتقادم ١١٧٠
الوفاء ١١٧٠
إنشاء التزام مدنى ١١٧١
المناصفة ١١٧٢
الكفالة ١١٧٢
الحبس ١١٧٣

