

الوسيط في شرح القانون المدني

الدكتور / عبد الرازق السنهوري

الجزء الثالث : نظرية الالتزام بوجه عام

تم إخراج هذه النسخة بواسطة :

Mr-Gado

Copyrights © 2007- 2008 Mr-Gado

e-mail : mr_gado@yahoo.com

ترتيب البحث

١- الالتزام البسيط والالتزام الموصوف: عندما 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 ونفاذها 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 ويصبح وجودها غير محقق، ويسمى هذا الوصف بالشرط (*condition*). أو يتراخى نفاذ الرابطة إلى أجل، ويسمى هذا الوصف بالأجل (*terme*). فعندنا إذن لعنصر رابطة المديونية وصفان: الشرط والأجل.

وأما 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 تخييراً (*alternatif*)، أو بديلياً (*facultatif*). فعندنا إذن لعنصر المحل أوصاف ثلاثة: وصف الجمع في الالتزام متعدد المحل (*obligation conjointe*)، ووصف التخيير في الالتزام التخييري (*obligation alternative*)، ووصف البديل في الالتزام البديلي (*obligation facultative*).

وأما 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 الالتزام يكون غير قابل للتقسيم (*indivisible*). فعندنا إذن لعنصر طرفي الالتزام

(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 التبعي كالالتزام الكفيل، فهذه كلها التزامات بسيطة منجزة، وأن كان لكل منها خصوصية تميزه (أنظر في هذا المعنى بيدان ولاجاره ٨، فقرة ٦٩٣ - فقرة ٦٩٤).

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، لا سيما 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 غموض وإبهام، لا سيما في أسباب انقضاء الأجل، وفي تعجيل الوفاء بالدين، وفيما جرى به العرف من الدفع عند المقدرة أو الميسرة^(١).

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

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «خلا التقنين المصري الراهن (السابق) إلا من قلة من النصوص بشأن الشرط. وقد أسهب المشروع في هذا الصدد، رغم اقتضائه على القواعد الأساسية وأخذ كثيراً من الأحكام عن المشروع الفرنسي الإيطالي، وقد أتبع له بذلك أن يبقى على التصوير اللاتيني لفكرة الشرط، ولا سيما فيما يتعلق باستناد أثره. ولم يستحدث المشروع شيئاً جوهرياً فيما يتعلق بالأجل. ومع ذلك فهو لم يغفل في هذه الناحية عن ضبط حدود بعض الأحكام ضبطاً ينطوي بغير شك على تحسين أو تهذيب في نصوص التقنين الراهن (السابق)، وهي بعد أكثر اقتضاباً فيما يتعلق بالأجل منها فيما يتعلق بالشرط. فلم يفرد هذا التقنين لأحكام الأجل سوى نصين قاصرين بآثرين، لا يلحق فيهما أثر للكلف أو العناية بعرض صورة جامعة كاملة المعالم. وقد تناول المشروع هذه الأحكام، ونهج في تنظيمها نهجاً منطقياً. وعرض كذلك لطائفة من المسائل لم تكن النصوص القائمة بإزالة ما يكتنفها من الشك والابهام. وأخص هذه المسائل أسباب انقضاء الأجل وتعجيل الوفاء بالدين وما جرى به العرف من الاتفاق على الدفع عند المقدرة أو الميسرة، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥).

أوصاف ثلاثة: تعدد الطرفين في غير تضامن^(١)، وتعددهما بطريق التضامن، وعدم القابلية للانقسام^(٢).

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

الباب الأول - في الشرط والأجل.

الباب الثاني - في تعدد محل الالتزام: الالتزام متعدد المحل، والالتزام التخييري، والالتزام البدلي.

الباب الثالث - في تعدد طرفي الالتزام: التعدد بغير تضامن، والتعدد بطريق التضامن، وعدم القابلية للانقسام^(٣).

(١) ويتعدد الدائن والمدين، في غير تضامن أيضاً، في الدعوى المباشرة على النحو الذي بيناه عند الكلام في هذه الدعوى (الوسيط ٢ فقرة ٥٦٣ وما بعدها)، والوصف في هذه الحالة مصدره القانون.

(٢) والوصف أمر عارض (accidentel) يضاف إلى الالتزام بعد أن يستوفي هذا أركانه. فلورفع عنه لارتفاع دون أن يزول الالتزام، بل يبقى دون وصف في صورته البسيطة. فلو مس الوصف ركناً من أركان الالتزام لما كان أمراً عارضاً ولزال الالتزام بزواله، فلا يعتبر وصفاً. ويترتب على ذلك: (١) أن السبب إذا لم يوجد في الالتزام المجرد (obligation abstraite) فليس هذا وصفاً، إذ أن الأمر متعلق بركن في الالتزام. (٢) إن العقود الزمنية - كعقد الأيجار وعقد العمل وعقد التوريد - ليست عقوداً موصوفة، لأن الزمن عنصر من عناصر المحل، والوصف لا يكون عنصراً في الركن بل هو عنصر عارض كما قدمنا.

(٣) وقد رأينا في مستهل الجزء الثاني من الوسيط، عند الكلام في إقامة نظرية الالتزام على فكرة التصرف القانوني والواقعة المادية، أن ترتيب البحث على هذا الأساس يجعلنا 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 التخييري والالتزام البدلي عند الكلام في المحل وتعدده (الوسيط ٢ 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 تجوز 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.

الفصل الأول

الشرط (*)

(La Condition)

٤ - قيام الشرط والآثار التي تترتب عليه: تبحث في الشرط أمرين:

= النزاع وقد ساهم بمبلغ في تشييد البناء المقام عليها فإن ذلك البناء يكون ملكاً شاملاً مناصفة بينه وبين المطعون ضده، وإذ نص في البند الثالث من العقد موضوع النزاع على أن يتعهد الطرف الأول بتسديد مبلغ ... في خلال شهر واحد من موافقة المحكمة المختصة على هذا العقد ثم يلتزم بدفع الباقي وهو ... عند تسجيل العقد... الخ فإن مفاد ذلك أن عقد البيع معلق على شرط واقف من شأنه أن يوقف نفاذ العقد إلى أن تتحقق الواقعة المشروطة بموافقة المحكمة المختصة على هذا البيع باعتباره أمراً غير محقق الوقوع ليس مرتباً بإرادة طرفي الالتزام وإنما متصل بعامل خارجي هو إرادة المحكمة المختصة بالموافقة على البيع، وأن إذن محكمة الأحوال الشخصية السابق على العقد بتاريخ ١٩٧٥/١١/١٥ الذي اقتصر على الموافقة على بيع نصيب القصر في الأرض دون البناء المقام عليها لا ينصرف إلى عقد النزاع الذي تضمن بيع الأرض وما عليها من بناء كما أن إذن هذه المحكمة بتاريخ ١٩٧٩/٥/٢٩ ببيع نصيب القاصر ... في الأرض والبناء بشمن يزيد على المسمى في العقد يعد في حقيقته رفضاً له ومن ثم تخلف الشرط فيزول البيع ويصبح كأن لم يكن، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد شابه الفساد في الاستدلال والخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن ٢١٤٨ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩١/٤/٣٠)

(الطعن ٦٨ لسنة ٤٢ ق - جلسة ١٩٨٢/٤/١٥ من ٣٣ ص ٤١٧)

ج- مفاد نص المادتين ٢٦٥، ٢٧١ من القانون المدني، أنه وإن كان كل من الشرط والأجل وصفاً يلحق الالتزام، فإنهما يختلفان في قوامهما اختلافًا ينعكس أثره على الالتزام الموصوف فيبينما لا يكون الالتزام المعلق على شرط محققاً في قيامه أو زواله. إلا أن الالتزام المضاف إلى أجل يكون محققاً في وجوده ولكنه مؤجل النفاذ ومؤجل الانقضاء. ولما كان مفاد البند الخامس من عقدي الإيجار والذي يقضى بأن مدة العقد سنة واحدة تبدأ من تاريخ صدور الترخيص ويجوز تجديدها لمدة أخرى ويصرح الطرف الأول المؤجر للطرف الثاني المستأجر إلى حين أن يصدر الترخيص بإجراء التحسينات التي قد يرى الطرف الثاني إدخالها. على أنه لا يجوز للطرف الثاني أن يبدأ في افتتاح المكان المؤجر وتشغيله قبل الحصول على الترخيص. إن عقدي الإيجار معلق نفاذهما على شرط مؤقت غير محقق الوقوع هو الحصول على الترخيص الإداري اللازم لمباشرة المهنة أو الصناعة، باعتباره ليس مرتباً بإرادة أحد طرفي الالتزام وإنما متصل أيضاً بعامل خارجي هو إرادة الجهة الإدارية المختصة باصدار الترخيص.

(الطعن ٩١٤ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٨/١/١٨ من ٢٩ ص ٢٣٤)

(*) مراجع: أوبري ورو (Aubry et Rau) وبارتان (Bartin) طبعة سادسة ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٧ - ص ١٢٤ - بودري وبارد (Baudry et Barde) طبعة ثمانية ٢ فقرة ٧٤٣ - فقرة ٩٦٧ - بنكار (Bonnetcase)، فقرة ٦٢٦ وما بعدها - بلانيول وريبير وجابولد (Planiol, Ripert et

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 في المستقبل^(١)، ولكن الأجل محقق الوقوع، أما الشرط فوقوقعه غير محقق^(٢)(١).

وتتناول في فصلين متعاقبين الشرط والأجل.

(١) وكل من الشرط والأجل هو النافذة التي يطل منها النظام القانوني على المستقبل، فالنشاط القانوني لا يستطيع أن يقتصر على الحاضر، بل لا بد أن يمتد إلى المستقبل. فإن أبسط حاجات الإنسان تقتضى منه ذلك، وتدفعه إليه دفعا. وكثير من العلاقات القانونية لا يمكن البت فيها إلا في ظروف وملازمات غير محددة، والمستقبل وحده هو الذى يكشف عنها. ولا يصل القانون إلى تحقيق ذلك إلا عن طريق الشرط والأجل، فكلاهما أمر مستقبلي يرد إليه مصير العلاقات القانونية، وعن هذا الطريق يستطيع الإنسان أن يتحكم في المستقبل (أنظر في هذا المعنى اهرغ في روح القانون الرومانى ٤ ص ١٦٢ - ص ١٦٣).

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٥ - ص ٤٧٢.

(١) أ- المقرر - في قضاء محكمة التقض - أن مفاد النص في المادتين ٢٦٥، ٢٧١ من القانون المدني أنه وإن كان كل من الشرط والأجل وصفاً يلحق الالتزام إلا أنهما يختلفان في قوامهما اختلافًا ينعكس أثره على الالتزام الموصوف فيبينما الشرط أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله فإن الأجل لا يكون إلا أمراً مستقبلاً محقق الوقوع مما يجعل الالتزام الموصوف به حقاً كاملاً الوجود، وإن النص في المادة ٢٧١ من القانون المدني على أن ١ - يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبلي محقق الوقوع. ٢ - ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتملاً ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه، مما مؤداه أن الحق المقترن بأجل حق كامل الوجود وإنما يكون نفاذه مترتباً على حلول الأجل فإذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام إلى وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين فإن ذلك يعد اتفاقاً على أجل غير معين، للدائن الحق فى أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكول لإرادته أو يطلب من القاضى أن يحدد أجلاً معقولاً للقيام بهذا العمل، فإذا لم يقم المدين بالعمل خلال هذا الوقت المعلوم المحدد له من الدائن، أو الذى منحه القاضى له، أصبح الأجل معيناً بانتهاه هذا الوقت ويصير الالتزام نافذاً ويتعين على المدين تنفيذه إذا ما أعذرته الدائن، ويكون لهذا الأخير إجباره على القيام بما التزم به.

(الطعن رقم ٧٥٤٠ لسنة ٦٣ ق - جلسة ٢٠٠٢/٣/٢٤)

(الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٨/١/١٨ من ٢٩ ص ٢٣٤)

ب- لما كان مفاد نص المادتين ٢٦٥، ٢٧١ من القانون المدني أنه وإن كان كل من الشرط والأجل وصفاً يلحق الالتزام فإنهما يختلفان في قوامهما اختلافًا ينعكس أثره على الالتزام الموصوف، فيبينما الشرط أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله فإن الأجل لا يكون إلا أمراً مستقبلاً محقق الوقوع مما يجعل الالتزام الموصوف به كامل الوجود وإنما يكون نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على حلول الأجل، وكان الثابت بالأوراق أن مورث الطاعنين يمتلك النصف شاملاً فى أرض =

(أولاً) قيام الشرط، ونعني بذلك: (١) مقومات الشرط (٢) نوعي الشرط الواقف
فاسخ (٣) المصدر المنشئ للشرط وأي الحقوق يلحقها وصف الشرط.
(ثانياً) ما يترتب على الشرط بعد قيامه من الآثار.

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 مترتباً 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 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 للنظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام».

(Gabolde) طبعة ثانية ٧ فقرة ١٠٢٤ - فقرة ١٠٤٦ - بيدان ولاجار (beudant et Lagarde) طبعة ثانية ٨ فقرة ٧٢٣ - فقرة ٧٦٢ وفقرة ٧٧٨ - فقرة ٧٩٦ - جان دي جارو دي لا ميشيني (Jean du Gurreau de la Méchenie) في أنسيكلوبيدي دالوز (Encyclopédie Dalloz) ١ لفظ (Condition).

بارتان (Bartin) في نظرية الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب رسالة من باريس سنة ١٨٨٧ - لپتبيه (Lepelletier) في الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب رسالة من باريس سنة ١٨٨٩ - للوتر (Leloutre) رسالة من كان سنة ١٩٠٤ - دي لوان (De Loynes) في الملكية المعلقة على شرط فاسخ رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ - إيغو (Eygont) في الأثر الرجعي لتحقق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ - تيودرسكو (Théodoresco) في نظرية الشرط الإرادي في عقود المعاوضة رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ - فلدرمان (Filderman) رجعية الشرط في الاتفاقات رسالة من باريس سنة ١٩٣٥.

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

وتنص المادة ٢٦٧ على ما يأتي:

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

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٥٧/١٠٣ (٢).

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 (٣).

(١) تاريخ النصوص:

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

م ٢٦٦: ورد هذا النص ٢٨٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الذي استقر به في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة، وأصبح المادة ٢٧٨ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨ - ص ١٠).

م ٢٦٧: ورد هذا النص في المادة ٣٨٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الذي استقر به في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة، وأصبح المادة ٢٧٩ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١ - ص ١٣).

(٢) التقنين المدني السابق م ١٥٧/١٠٣: يجوز أن يكون التعهد معلقاً على أمر مستقبل أو غير محقق يترتب على وقوعه أو عدمه وجود ذلك التعهد أو تأييده أو منع وجوده أو زواله.

(ويلاحظ الخطأ المادى الوارد في هذا النص من أن التعهد المشروط هو الذي يكون معلقاً على أمر مستقبل أو غير محقق. والصحيح أنه يكون معلقاً على أمر مستقبل غير محقق. وقد تجنب التقنين المدني الجديد هذا الخطأ المادى، فلم يعطف الاستقبال على عدم تحقق الوقوع «بأمر»، بل جمع بين الوصفين للافصاح عن وجوب تلازمهما: المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٥ - والتون ٢ ص ٣٤٠ - استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٢).

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

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

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

التقنين المدني العراقي 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 معلقاً على خطر الوجود، لا محققاً ولا مستحيلاً.

ويستخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن للشرط مقومات ثلاثة: (١) فهو أمر مستقبل

م ٢٨٧-١: إذا علق العقد على شرط مخالف للنظام العام أو الآداب، كان باطلاً إذا كان هذا الشرط واقفاً، فإن كان فاسخاً كان الشرط نفسه لغواً غير معتبر. ٢: ومع ذلك يبطل العقد الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو للنظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للتعاقد.

(ولا فرق في الأحكام ما بين التقنينين المصري والعراقي، غير إن أسلوب التقنين العراقي مقتبس من تعبيرات الفقه الإسلامي، ولم يرد في التقنين العراقي نص في الشرط الإرادي المحض).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨١: الشرط عارض مستقبل غير مؤكد يتعلق عليه تولد الموجب أو سقوطه، ويكون له مفعول رجعي إلا إذا تحصل العكس من مشيئة الفريقين أو من ماهية الموجب. وفي الحالة الأولى المشار إليها في الفقرة السابقة يقال له شرط التعليق، وفي الحالة الثانية يسمى شرط الإنهاء. إن العارض الماضي أو الحاضر، وإن جهله الفريقان، لا يعد شرطاً بالمعنى المقصود في هذه المادة.

م ٨٢: إن اشتراط الشيء المستحيل أو المخالف للآداب أو للقانون باطل وبمبطل للاتفاق المعلق عليه. وإن صيرورة الشرط ممكناً فيما بعد من الوجه المادي أو الوجه القانوني لا تجعل الاتفاق صحيحاً. بيد أن الأمر يكون خلاف ذلك، أي أن الشرط المستحيل أو غير المباح يعد كأنه لم يكتب، إذا كان الفريقان لم يجعلوا له شأنًا جازماً ولم يكن له في التعاقد شأن السبب الدافع الحامل على إنشاء الموجب.

م ٨٣: باطل كل شرط من شأنه أن يقيد أو يمنع استعمال الحقوق المختصة بكل إنسان كاستعمال حقوقه في الزواج أو حقوقه المدنية. غير أن هذا الحكم لا يسرى على الحالة التي يحبس فيها أحد الفريقين نفسه عن ممارسة صناعة أو مهنة ما في زمن معين أو مكان محدود. إما شرط بقاء الترميل فيكون صحيحاً إذا وجد ما يصوبه من الأسباب المشروعة، وحق تقديرها يعود إلى القاضي.

م ٨٤: يكون الموجب باطلاً إذا جعل وجوده موقوفاً على إرادة الموجب عليه وحدها (وهو الشرط الإرادي 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.

م ٨٥: 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، عد الاتفاق كأنه لم يكن.

م ٨٦: إذا توفي قبل انقضاء المهلة الفريق الذي احتفظ لنفسه بحق الفسخ ولم يكن قد أفصح عن مشيئته، كان لورثته الحق في إبقاء العقد أو فسخه في المدة التي 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.

م ٨٧: إذا جن الفريق الذي احتفظ لنفسه بحق الفسخ أو فقد الأهلية الشرعية بسبب آخر، فالمحكمة، بناء على طلب الفريق الآخر أو غيره من ذوي العلاقة، تعين وصياً خاصاً لهذا الغرض، فيقرر بترخيص من المحكمة 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 ممثلي جماعة الدائنين.

(٢) غير محقق الوقوع (١) (٣) وغير مخالف للنظام العام ولا للآداب. وهناك مقوم رابع، هو أن الشرط أمر عارض إضافي يمكن تصور الالتزام بدونه. وهذه ظاهرة عامة في أوصاف الالتزام، ولكننا أثرتنا أن نذكرها في الشرط لأهميتها بالنسبة إليه، إذ هي التي تميز بين الحق المشروط والحق الاحتمالي.

ونستعرض الآن هذه المقومات الأربعة.

١- أمر مستقبل

٦- يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً: يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً (événement futur). فإذا وعد شخص آخر بجائزة إذا عشر على مال له مفقود، أو وعد أب ولده بجائزة إذا نجح في الامتحان، أو وعد الأب ابنه بأن يهب له منزلاً إذا تزوج ليهيئ له أمر سكناه، 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 تتفرغ لتربية أولادها منه فلا تتزوج بعده إلا 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 أن يكون الشرط أمراً ماضياً أو حاضراً: فلا بد إذن أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً. أما إذا كان أمراً ماضياً أو حاضراً فهو ليس بشرط، حتى لو كان طرفاً للالتزام يجهلان وقت التعامل ما إذا كان الأمر الماضي قد وقع أو لم يقع، أو ما إذا كان الأمر الحاضر

(والأحكام المقررة في التقنين اللبناني تتفق في جعلتها مع الأحكام المقررة في التقنين المصري، غير أن التقنين اللبناني جاء أكثر أفضاضاً في التفاصيل على ما رأينا، ولا سيما فيما يعرف في الفقه الإسلامي بخيار الشرط، فقد نظمه تنظيمياً تشريعياً مستفيضاً).

(١) الشرط وصف يرد على الرابطة القانونية بين الدائن والمدين. فيعدل من أثرها. فيجعل نفاذ الالتزام أو زواله معلقاً على تحققه فيكون شرطاً واقفاً في الأولى وفاسخاً في الثانية ومن ثم فهو تصرف قانوني أما مصدره العقد أو الإرادة المنفردة. فيخضع في إثباته إلى القواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية المدنية ومنها ما ورد في المادة ٦١ بند ١ من قانون الإثبات من عدم جواز إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة.

(الطعن رقم ١٨٥ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٤/١٨)

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، فالالتزام 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، فالالتزام الأب بإعطاء 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، فالالتزام الأب بالهبة يكون التزاماً منجزاً غير معلق على شرط، وهو واجب الوفاء في الحال (١).

واعتقاد الملتمزم، 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 هذا الأمر قد تحقق فعلاً قبل وجود الالتزام، أو في أن الالتزام غير موجود أصلاً لو كان هذا الأمر لم يتحقق (٢).

٨- قد يكون الأمر المستقبلي أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً - والأمر المستقبلي الذي ينطوي

(١) قارب بودري وبارد ٢ فقرة ٧٥٠ ص ٤ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «فإذا علق الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل، ترتب الالتزام منجزاً لا معلقاً، ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك: أنظر المادة ١١٨١ فرنسي والمادة ٨١ لبناني» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧).

وقد كان التقنين المدني السابق (٣٠٧/٢٤١) يجعل الهلاك على المشتري إذا كان المبيع مما يوزن أو يعد أو يكال أو يقاس، ووزن أو عد أو كيل أو قيس ولو قبل تسليمه إلى المشتري. وقد كان هذا الحكم شاذاً، إذ كان يخرج على القاعدة العامة التي تقضى 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 عملية لاعتبار الالتزام منجزاً إذا علق على أمر غير مستقبل في الفرض الآتي (ونقله عن الموجز ص ٤٧٣): شخص يبيع لآخر مائة قنطار من القطن تؤخذ من مخزنته، ويعلق التزامه على صدور قانون بجواز زراعة القطن في نصف الزمام، ويكون هذا القانون قد صدر فعلاً وقت البيع وهو مجهول ذلك. في مثل هذا الفرض يكون التزام البائع • وقد علق على شرط قد تم من قبل - التزاماً منجزاً، فلو احترق القطن بعد وزنه وقبل تسليمه للمشتري يكون الهلاك على المشتري (٣٠٧/٢٤١ 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 وهو صدور القانون وقد صار الوفاء بالالتزام مستحيلاً قبل تحقق الشرط، فلا يكون لتحقيق الشرط بعد ذلك تأثير (م ١٦٠/١٠٦ من التقنين المدني السابق) - قارب كولان وكايتان، فقرة ٦٤٧.

(٢) لكن إذا علم الطرفان أن الشرط قد تحقق أو هو متحقق، ومع ذلك علقا الالتزام عليه باعتبار أنه قد يقع مرة أخرى في المستقبل، وكانا واهمين في هذا الظن إذ أن الأمر لن يقع بعد ذلك، فإن الشرط يكون في هذه الحالة أمراً مستحيلاً (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٠ هامش رقم ٦).

عليه الشرط قد يكون أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً (١). فالأب الذي التزم بأن يهب ابنه داراً إذا تزوج قد علق التزامه على شرط هو زواج ابنه، وهذا أمر إيجابي. والزوج الذي يوصى لامرأته بدار على شرط ألا تتزوج بعده قد علق الوصية على شرط هو عدم زوج 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 السلبى 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 بودري وبارد (١) - 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 ملامهها، 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.

٢ - غير محقق الوقوع

٩- يجب أن يكون 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، لا محققاً ولا مستحيلاً». وهذا تعبير استعير من الفقه الإسلامى لهذا المقوم من مقومات الشرط. فالشرط يجب أن يكون أمراً غير محقق الوقوع، وهذا الشك في وقوع الأمر هو لب الشرط والتصميم فيه.

(١) ٢ فقرة ٧٧٦ - وانظر أيضاً ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٤.

(١) تعليق الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل. أثره ترتيب الالتزام منجزاً لا معلقاً ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك. المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني جاء بها أنه إذا علق الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل، ترتب الالتزام منجزاً لا معلقاً ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك، فإن تعليق التزام المطعون ضده (البائع) بنقل ملكية الشقة المباعة إلى المشتري (الطاعن) على تكوين اتحاد ملاك حين أن عدد شقق العقار المشتمل عليها وكذلك عدد مشتريها يجاوز خمسة، لا يغير عن كونه التزاماً منجزاً صالحاً للمطالبة.

(الطعن رقم ٥٤١٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٢/١٣)

فإذا كان الأمر محقق الوقوع، فإنه لا يكون شرطاً. وكذلك لا يكون شرطاً أمر مستحيل الوقوع. وإنما يكون الشرط أمراً محتمل الوقوع، لا محققاً ولا مستحيلاً^(١).

١٠- لا يكون شرطاً الأمر محقق الوقوع: فإذا كان الأمر مستقبلاً ولكنه محقق الوقوع، فإنه لا يكون شرطاً، بل يكون أجلاً كما سبق القول. فإذا أضاف الملتزم التزامه إلى موسم الحصاد، كان الالتزام مقترناً بأجل لا معلقاً على شرط، لأن موسم الحصاد في المألوف من شؤون الدنيا لا يد آت، فالأمر هنا محقق الوقوع، فيكون أجلاً لا شرطاً.

ويكون الأمر محقق الوقوع أجلاً حتى لو لم يكن موعد وقوعه محققاً، كالموت. فإذا التزم المشتري بأن يدفع للبائع ثمناً هو إيراد 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^(٢).

على أن الموت قد يكون شرطاً إذا اقترنت بملايسات تجعله غير محقق الوقوع في نطاق هذه الملايسات. 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 اقترنت بملايسات جعلته في كل منهما غير محقق الوقوع. هو محقق الوقوع في ذاته. ولكن أن يموت أحد الموهوبين لهما قبل الآخر هذا هو الأمر غير محقق الوقوع، فيصبح الموت في نطاق هذه الملايسات شرطاً لا أجلاً.

(١) فإذا كان التعهد معلقاً نفاذه على حادث في استطاعة كل من المتعاقدين أن يوجد أو يمنعه، لم يكن هذا الحادث شرطاً (محكمة الاستئناف الأهلية ٤ مايو سنة ١٩٠٥ المحاكم ١٦ ص ٣٤٩٩ - ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ١٧٠).

والاتفاق على أن يكون ميعاد استحقاق الكمبيالة هو اليوم التالي لمغادرة سفينة الميناء هو اتفاق معلق على شرط لا مضاف إلى أجل، لأن مغادرة السفينة الميناء أمر لا يمكن البت في وقوعه بتأ مطلقاً (محكمة الاستئناف المختلطة ٩ يناير سنة ١٩٢٨ سيره ١٩٢٩ - ٤ - ٦).

والاتفاق على أن يكون سريان وثيقة التأمين هو اليوم التالي لدفع القسط الأول اتفاق معلق على شرط. ويرتب على ذلك أن مبلغ التأمين يكون مستحقاً إذا وقع الحادث المؤمن عليه قبل دفع القسط الأول، إذا ثبت أن التأخر في دفع هذا القسط كان ناجماً عن خطأ من شركة التأمين نفسها. ذلك لأن تخلف الشرط كان بخطأ المدين، فيعتبر الشرط مستحقاً ويكون مبلغ التأمين مستحقاً (انظر ما يلي فقرة ٤٣ - وقارن بيدان ولاجار ٨ ص ٥٢٣ هامش رقم ٢).

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٩.

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 يتوقف 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 لهيئة أن تعد بمنح جائزة، إذا استطاع الموعود له أن يجد علاجاً لبعض الأمراض المستعصية التي لا يوجد لها علاج حتى اليوم.

وكما تكون الاستحالة طبيعية كما رأينا في الأمثلة المتقدمة، قد تكون أيضاً قانونية^(١). فالالتزام 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 يبيع التركة المستقبلية باطل، وباطل كذلك الزواج من المحرم، والطلاق محرم في شريعة المشتري عليه^(٢).

١٢- الشرط الارادي: وهناك شرط ممكن الوقوع، ولكن وقوعه يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام، الدائن أو المدين. ذلك أن الشرط - من حيث تعلقه بإرادة طرفي الالتزام -

(١) فمن التزم بإعطاء جائزة لسائح إذا عبر المحيط سباحة يكون قد علق التزامه على شرط مستحيل استحالة مادية، ومن التزم بإعطاء سمرة 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 آخر أن يأخذ عقاراً بالشفعة ولم يكن المشتري عليه من الشفعاء، فإن الشرط يكون مستحيلاً استحالة قانونية.

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

(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 ٤٢ - 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 المقروض أن المشتري نظر إلى احتمال تحقق هذه الظروف، فيكون الشرط في هذه الحالة صحيحاً (بودري وبارد ٢ فقرة ٧٥٨).

قد يكون شرطاً لا علاقة له بهذه الإرادة أصلاً، فهو شرط متروك للصدفة (condition casuelle)، مثل ذلك تعليق الالتزام على شرط وصول الطائرة سليمة إلى مطار الوصول. وقد يكون شرطاً متعلقاً بإرادة أحد طرفي الالتزام (condition potestative)، كالزواج فهو متعلق بإرادة من يشترط عليه الزواج. وقد يكون شرطاً مختلطاً (condition mixte) يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام ويعامل خارجي معها كمجرد الصدفة أو زيادة الغير، وذلك كالزواج من شخص معين فهذا شرط متعلق بإرادة من اشترط عليه الزواج وإرادة من اشترط الزواج منه^(١).

وكل من الشرط المتروك للصدفة والشرط المختلط شرط صحيح، لأنه أمر لا هو محقق الوقوع ولا هو مستحيل الوقوع، إذ أن وقوعه لا يتعلق بمحض إرادة تحكمية، وهو حتى إذا تعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام فإنه 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 بإرادة أحد طرفي الالتزام، ولكن هذه الإرادة ليست مطلقة، بل هي مقيدة بظروفها وملابساتها. فالزواج شرط إرادي يتعلق بإرادة الدائن أو المدين، ولكن إرادة المشترط عليه الزواج ليست مطلقة، إذ 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 بإرادة الدائن أو بإرادة المدين.

بقي الشرط الإرادي المحض، وهذا إما أن يتعلق بمحض إرادة الدائن أو بمحض إرادة المدين. فإن تعلق بمحض إرادة الدائن كان شرطاً صحيحاً، وكان الالتزام قائماً معلقاً على إرادة الدائن، إن شاء تقاضى المدين الشيء الذي ألزمه به، وإن شاء أحله من التزامه. أما أن تعلق الشرط بمحض إرادة المدين، فإن كان شرطاً فاسخاً^(١)، كأن يلتزم المدين حالاً ويجعل

(١) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٩.

(١) متى كان بين من نصوص عقد شركة من الشركات أن الشركة تكونت فعلاً منذ حرر عقدها وأصبح لها كيان قانوني وقامت فور توقيع الشركاء على العقد المنشئ لها، كما باشرت نشاطها منذ اليوم المحدد في العقد فإن الشرط الوارد بالعقد والذي يقضى بأنه في حالة تخلف أحد الشركاء عن دفع حصته في رأس المال في الموعد المحدد تسقط حقوقه والتزاماته، هذا الشرط لا يعدو أن يكون شرطاً فاسخاً يترتب على تحققه لمصلحة باقى الشركاء انفصال الشريك المتخلف من الشركة قضاء أو رضاء ولا يعتبر باقى الشركاء معلقاً على شرط واقف وهو قيام الشركاء بالدفع.

(جلسة ١٣/١٢/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ٩٧٥)

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 وأن 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 ٤٦ ص ٢٤٠ - كفر الشيخ ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ ص ٧٩ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٦٠ - قارن انسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ Condi-tion 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 القاضى (ديراتون ١١ فقرة ٢٣ - لارومبيير ٢ م ١١٧٤ فقرة ٣ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٣١٨ - والتون ٢ ص ٣٤٤). فإذا التزم صاحب المتجر لمستخدمه أن ينفحه آخر العام مبلغاً أن يترك تقدير هذا المبلغ لصاحب المتجر يعينه وفقاً للمألوف وفي حدود معقولة، لم يكن التزام صاحب المتجر معلقاً على شرط إرادي، وعند الخلاف يتولى القاضى تعيين الحدود المعقولة لتقدير هذه النفحة (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٦ - ص ٩٧).

بل يجوز أن يعلق المدين، في عقد ملزم للجانبين، وجود التزامه على محض إرادته، ما دام 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 حريم 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 معلقاً 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، والتزم المشتري أن يشتري إذا أراد، فإن التزام البائع ينقذ صحيحاً، ويظل 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 كمبيع 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 انعقدت من وقت البيع. وهذا بخلاف الوعد بالبيع، فهو لا يترتب أى التزام في جانب المشتري وإنما ينشئ له حقاً منجزاً، وإذا أعلن المشتري إرادته في اتمام الصفقة انعقدت ولكن من 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 عندما يريد، فإن الالتزام يكون صحيحاً لأنه ترتب في ذمته 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 معين لا بصدد شرط =

٣- 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.

وأمثلة الشروط المخالفة للنظام العام كثيرة متنوعة. فإذا علق الملتزم التزامه على ألا يتزوج الدائن إطلاقاً، كان الشرط مخالفاً للنظام العام إذا لم يكن هناك غرض مشروع يرمى إليه المشتري من وراء هذا الشرط. فإذا رُمي مثلاً إلى منع زوجته بعد موته من الزواج غيراً منه وأثره، فالشرط باطل لمخالفته للنظام العام. أما إذا رُمي إلى جعل زوجته بعد موته تتفرغ لتربية أولادها منه فلا يشغلها زوج آخر، فالشرط صحيح والالتزام قائم.

كذلك الشرط القاضي بألا يحترف المشتري عليه مهنة معينة يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام، ما لم يكن هناك غرض مشروع يرمى إليه المشتري، كأن تكون المهنة المحرمة مهنة وضيعة تزرى بالكرامة، أو أن يكون المشتري قد أراد أن يحمي نفسه حماية مشروعاً من منافسة المشتري عليه.

وإذا اشترطت الزوجة غير المسلمة أن يكون أولادها من زوجها المسلم على دينها هي لا على دين زوجها وإلا كان لها حق الطلاق من زوجها، فإن هذا الشرط باطل لمخالفته للنظام 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 تعنت. ولكن يجوز للزوجة أن تشتري 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

= وكان شرطاً فاسخاً، أو تعلق بإرادة المدين وكان شرطاً واقفاً مترتباً على عقد ملزم للجانبين، فإنه يكون شرطاً صحيحاً. ولا يبطل الشرط الإرادي المحض إلا إذا تعلق بإرادة المدين وكان شرطاً واقفاً غير مترتب على عقد ملزم للجانبين. وتقدير ما إذا كان الشرط هو هذا أو ذلك مسألة واقع لا معقب فيها على قاضي الموضوع، أما حكم الشرط بعد تعيين نوعه فمسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض.

وهناك من ينتقد التمييز ما بين الشرط الإرادي البسيط والشرط الإرادي المحض، معتبراً أن الكثرة الغالبة مما يسمى بالشروط الإرادية البسيطة هي في حقيقتها شروط مختلفة (انظر إيغو Eygout) في الأثر الرجعي لتحقيق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢). ولكن هذا التمييز قد استقر في الفقه وفي القضاء بحيث أصبح من المعتذر إغفاله (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٨ ص ٣٧٧ هامش رقم ١).

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 الوقوع بمشيئة المدين، وإن شاء جعله يتخلف ومن هنا يكون الشرط مستحيل الوقوع بمشيئة المدين أيضاً (١). ومن ثم يكون هذا الشرط باطلاً، ويسقط كل التزام معلق على شرط واقف هو محض إرادة المدين. وهذا ما تقرره المادة ٢٦٧ مدني، إذا تقول كما رأينا: فلا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم (٢).

= (انظر المادة ٢٧٢ مدني). ويعين القاضي، في الفرض الثاني، ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ومقتضياً منه عناية الرجل الحرص على الوفاء بالتزامه، ويحل الأجل حتماً يموت المدين (محكمة 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 للمؤلف ص ٤٧٤ هامش رقم ١ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٦٧). وقد يريد المتعاقدان أن تكون الميسرة شرطاً لا أجلاً، فعند ذلك لا يستحق الدين إلا إذا أيسر المدين، فلو لم يوسر حتى مات معسراً، فقد تخلف الشرط ولم يستحق الدين (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٦٧). وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يلي (انظر فقرة ٥٤).

(١) انظر في الشرط الإرادي المحض: مصر الأهلية ١٨ يولية سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ١٣١ - النيا 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 ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٤٣.

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر شرطاً إرادياً محضاً متعلقاً بإرادة المدين، ومن ثم يكون باطلاً، الاتفاق على ألا يأخذ الوارث - حقه من التركة إلا بعد توقيع عقد القسمة ما بين جميع الورثة، فإنه يكفي أن يمتنع أحد الورثة من توقيع عقد القسمة حتى يمتنع 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 باطلاً، فإذا لم يعلن الوكيل بالعمولة إسم الغير كان هو الملتزم شخصياً (استئناف مختلط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٦١ م ٢٩ ص ٢٢).

ويرد بيدان ولا جارد (٨ فقرة ٧٩٢) من الأمثلة على الشرط الإرادي المحض أن يعد المقرض بالمقرض إذا شاء، أو إذا قرر أن هذا ممكن، أو إذا وجد ذلك منقولاً، أو إذا رأى أن الصفقة مجزية. ويلاحظ بلائيول وريبير وبولانجي (٢ فقرة ١٣٥٣) إن الشرط الإرادي المحض ليس في حقيقته شرطاً، ولكنه عنصر من عناصر الالتزام ذاته، وهو عنصر إرادة الملتزم في أن يلتزم.

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢ - ١٣ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٩ والأحكام المشار إليها في ص ٤٧٥ هامش رقم ١. ويمكن القول، بعد ما قدمناه، إن الشرط الإرادي المحض إذا تعلق بإرادة الدائن، أو تعلق بإرادة المدين =

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.

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 كأن 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 معاينة غير زوجته أو أن يكف شخص عن التشهير بشخص آخر ونحو ذلك، فكل هذه شروط تعتبر مخالفة للآداب لأنها جزء مادي على القيام بالواجب، والواجب يتعين القيام به دون جزاء (٢).

٤- أمر عارض

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

(١) انظر في أمثلة أخرى الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٠ وص ٤٧٥ - ٤٧٦ وص ٤٧٦ هامش رقم ١.

(٢) لوران ١٧ فقرة ٤٩ - 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 عن طريق إعطائه مالا وبين أن يزجر شخص عن عدم القيام بالواجب عن طريق تغريمه المال، فالشرط في الحالة الأولى باطل لمنافاته للآداب، وهو في الحالة الثانية صحيح لأنه لا يناهض الآداب في شيء بل هو يقوم بالأخلاق ويصلح النفوس (كوليه دي سانتير ٥ فقرة ٩٢ مكررة - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٤ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٠٦ - فقرة ٣٠٧ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٨٣ - فقرة ٧٨٤ - أنسيكلويدى داللو ١ لفظ (condition) فقرة ١٩ - انظر عكس ذلك: لارومبيير ٢ م ١١٧٢ و ١١٧٣ فقرة ٩ - لوران ١٧ فقرة ٤٩ - هيك ٧ فقرة ٢٤٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٦٤). بل نحن نرى أنه إذا قصد باعطاء المال التشجيع على أداء الواجب، فإن الشرط قد يكون صحيحاً، كما إذا وعد شخص حارساً عنده بزيادة أجره إذا هو أحسن الحراسة.

ويترتب على أن الشرط يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق أن كلا من الحق المضمون برهن والحق غير معين القيمة والحق التبعي لا يعتبر حقاً معلقاً على الشرط، لأن الوصف هنا لا يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

أما أن الشرط أمر عارض فمعناه 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 بدونها. فالشرط إذن، باعتباره أمراً عارضاً، وقد يوجد ولا يوجد. وهو إذا وجد فالحق يصبح موصوفاً، وإذا لم يوجد فالحق يقوم بالرغم من ذلك، لأنه استكمل عناصره، ويكون حقاً غير موصوف أي حقاً بسيطاً منجزاً (١).

١٦- التمييز بين الحق المشروط والحق الاحتمالي: ومن هنا يجرى التمييز بين الحق المشروط (droit conditionnel) والحق الاحتمالي (droit éventuel). 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 الجوهري.

ومن الأمثلة على الحق الاحتمالي ما يأتي: (١) حق الشفيع قبل أن يعلن إرادته في الأخذ بالشفعة، إذ الشفيع قبل إعلان هذه الإرادة ليس له حق كامل، بل مجرد حق احتمالي. ولا يصبح هذا الحق الاحتمالي حقاً كاملاً إلا إذا أعلن الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة، 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 الموصى له قبل أن يموت الموصى، وهنا أيضاً لا يكون للموصى له إلا حق احتمالي قد نقصه عنصر من العناصر الجوهرية للحق الكامل هو موت الموصى. ولا يعتبر هذا الموت شرطاً، بل

(١) بلانبول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٤ ص ٣٧١ - الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٧٨ وص ١٨٨. ومع ذلك فإن هناك رأياً يذهب إلى أن كل ما يجعل وجود الالتزام أمراً مستقبلاً غير محقق فهو شرط، ولو كان عنصراً جوهرياً في 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 (انظر في هذا المعنى للوتر Le Loure رسالة من كان سنة ١٩٠٤ ص ١٦ وما بعد، ومقالاً له في المجلة الانتقادية سنة ١٩١٢ ص ٢٣٢ - أيجو Eygout في الأثر الرجعي لتحقق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ ص ١٦). وسنرى أن هناك رأياً يذهب، على النقيض من ذلك إلى أن الحق المشروط ليس إلا نوعاً من أنواع الحق الاحتمالي.

(٢) أنسيكلويدى داللو جان دي حارو دي لاميشيني Jean de Garreau de la Méchenie لفظ condition فقرة ٢ - ديمولومب ٢٥ ص ٣٦٠ وما بعدها - بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٣٧ وما بعدها - بلانبول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٣٥٠ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٤٨ - جوسران ٢ فقرة ٧٣٨ - بلانبول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٤ ص ٣٧١.

المبحث الثاني نوعا الشرط

الشرط الواقف والشرط الفاسخ ١ - الشرط الواقف (Condition suspensive)

١٧- ما هو الشرط الواقف: رأينا أن المادة ١/٢٦٥ مدني تنص على أن «يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع».

= 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 تحقق 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، ورهن الأموال المستقبلية يأخذ 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).

بقي 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 ينكروه أيضاً فردييه، فمن الصعب 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 جوهرى فيه فلا يكون له أثر رجعي، أو هو أمر عارض فيكون له هذا الأثر. وإذا قارنا بين حق الموعد 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 ٢٥٢ وص ٢٧٠ - ص ٢٧٣ من الرسالة المشار إليها).

على أن فردييه يسلم بأن هناك فرقاً واحداً بين الشرط والحادث الاحتمالي، فالشرط يقف نشوء الحق دون أن يقف نشوء العقد الذي هو مصدر هذا الحق، أما الحادث الاحتمالي فيقف نشوء الحق ونشوء العقد معاً (أنظر ص ٢٨٣ - وانظر ما تربيته على هذا الفرق من النتائج ص ٢٨٥ - ص ٢٨٨).

هو عنصر من عناصر الحق. (٣) الحق المترتب على حساب جار قبل أن يدفع صاحب الحساب أو يقبض شيئاً، فالحق هنا حق احتمالي ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية للحق الكامل هو الدفع أو القبض، ليتكون رصيد دائن أو مدين للحساب الجاري، فيصبح الحق كاملاً لا مجرد حق احتمالي. ولا يعتبر الدفع أو القبض شرطاً، بل هو عنصر من عناصر الحق.

ونرى من ذلك أن هناك فرقين أساسيين بين الحق المشروط والحق الاحتمالي: (أولاً) يمكن تصور قيام الحق المشروط دون الشرط، إذ الشرط أمر عارض كما قدمنا. أما الحق الاحتمالي فحق ينقصه 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 (١) الذي سنفصله فيما يلي. أما إذا استكمل الحق الاحتمالي العنصر الجوهرى الذي ينقصه فأصبح حقاً كاملاً، فانه يصبح حقاً كاملاً دون أثر رجعي. ومن ثم يوجد الحق الكامل من وقت استكمال العنصر الجوهرى، لا من وقت وجود الحق الاحتمالي (١).

(١) استناد أثر الشرط إلى الماضي على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدني (قديم) أنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن ارادة المتعاقدين، أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه أما فعله فلا لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر، وعلى هذا لا محل لتطبيق المادة ١٠٥ المذكورة في غير باب التعهد والعقود وبصفة خاصة لا محل لتطبيقها على ما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى ارادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية لان هذا النوع من الشروط باق على أصله فلا انسحاب لأثره على الماضي.

(جلسة ١٩٤٩/١٢/٢٢ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ال-٢٥ عاما - ٢٦-٧١١)

(جلسة ١٩٤٦/١١/٢١ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ال-٢٥ عاما - ٩٥ - ٢٧٣)

(١) بيدان ولا جارد ٨ ص ٥٣٤ هامش رقم ١.

هذا وقد ذهب جان موريس فردييه (Jean-Maurice Verdier) في رسالته القيمة في الحقوق الاحتمالية (Les droits éventuels) (باريس سنة ١٩٥٥) إلى أن الحق المشروط ليس إلا نوعاً من أنواع الحقوق الاحتمالية، وألا فرق في الطبيعة بين الحق المشروط والحق الاحتمالي، 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، فيبدأ حقاً حالاً في أن يكون للدائن الحق الاحتمالي. ثم إذا تحقق الحادث الاحتمالي الذي يتوقف عليه وجود الحق ينقضي هذا =

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⁽¹⁾. مثل ذلك أن يعلق الواهب هبته لابنه على شرط أن يتزوج، فالزواج هنا شرط واقف، إذا تحقق وتزوج الإبن فقد وجد التزام الأب بالهبة، وإذا تخلف للشرط ولم يتزوج الإبن فإن التزام الأب باعطاء هبة لابنه لا يوجد⁽²⁾.

(1) أ- إذا أذن القاضى باستبدال الوقف فان الاستبدال لا يتم ولا ينتج آثاره القانونية إلا إذا أوقعت المحكمة المختصة صيغة البديل الشرعية، ومن ثم فالتعاقد الحاصل بين وزارة الأوقاف وبين من يرسو عليه مزاد العين المراد استبدالها يعتبر معلقاً على شرط واقف هو توقيع هذه الصيغة بحيث إذا تخلف هذا الشرط بأن رفضت المحكمة توقيع صيغة البديل للراسى عليه المزاد فإن التعاقد يصبح كأن لم يكن ولا وجود له منذ البداية ولا يكون للراسى عليه المزاد إذا رفضت المحكمة توقيع صيغة البديل الشرعية له وأوقعها لغيره وانتقلت ملكية العقار إلى هذا الغير أن يرجع على وزارة الأوقاف بضمان الاستحقاق طبقاً لأحكام البيع أو أن يطالبها بالتعويض على أساس فسخ العقد ذلك أن الرجوع بضمان استحقاق المبيع لا يكون إلا على أساس قيام عقد البيع كما أن الفسخ لا يرد إلا على عقد كان له وجود.

(الظعن ٤٥٢ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٧٤/١٢/١١ من ٢٥ ص ١٤١٣)

(الظعن ٢٦٨ لسنة ٢٧ق - جلسة ١٩٦٣/١/١٧ من ١٤ ص ١٢٣)

ب- متى كان الحكم المطعون فيه وهو بصدد تكييف العقد موضوع الدعوى قرر أنه لا يمكن وصف العقد المبرم بين الطرفين (بيع أطيان موقوفة بأنه معلق على شرط احتمالي. ذلك لأن الشرط الاحتمالي هو الذي يتوقف حصوله على المصادفات المحضة دون أن يتعلق بإرادة إنسان، والصحيح أن الالتزامات الناشئة عن العقد المذكور قد علققت على شرط موقوف هو شرط موافقة هيئة التصرفات بالمحكمة الشرعية على البديل. فإن تكييف الحكم لالتزام البائع بأنه التزام معلق على شرط واقف إنما هو تكييف صحيح.

حق الدائن في الالتزام المعلق على شرط واقف هو مما ينظمه القانون ويحميه. ولئن كان هذا الحق لا يعد نافذاً إلا إذا تحقق الشرط، غير أن الشرط يعتبر قد تحقق - ولو لم يقع بالفعل - إذا حدث غش أو خطأ من جانب المدين للحيلولة دون تحققه.

(الظعن ٤٢٩ لسنة ٣١ق - جلسة ١٩٦٦/٦/٧ من ١٧ ص ١٣٢٣)

ج- من القواعد العامة في الاوصاف المعدلة لالتزام أنه إذا علق الالتزام على شرط هو الا 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 عندما يصبح مؤكداً عدم وقوع الأمر، وقد يكون ذلك بانقضاء مدة طويلة من الزمن يصبح معها عدم وقوعه أمراً يبلغ حد اليقين، وتقدير ذلك بأدلة تبرره عقلاً مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع.

(الظعن ٦٧٩ لسنة ٤٢ق - جلسة ١٩٧٦/٣/٣١ من ٢٧ ص ٨٢٨)

(2) التزام طرفي العقد بتنفيذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية على نحو ما نصت عليه المادة =

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.

١٩- الشرط الواقف الارادي المحض - احالة: وقد رأينا أن الشرط إذا تعلق بمحض إرادة المدين، وكان شرطاً واقفاً غير مترتب على عقد ملزم للجانبين، فإن الالتزام لا يوجد للأسباب التي قدمناها⁽¹⁾.

٢- الشرط الفاسخ (Condition résolutoire)

٢٠- ما هو 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 الفاسخ نزول الدائن

١/١٤٨ من القانون المدني. مؤداه. ليس للمدين تحت هذا الشرط القيام بعمل من شأنه منع الدائن من استعمال حقه عند تحقق الشرط. وكل تصرف من جانبه يحول دون تحقق الشرط يحقق خطأ يستوجب التعويض ولو لم يصل إلى حد الغش لما ينطوي عليه من إخلال بواجب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد، وخير تعويض للدائن في هذه الحالة هو التعويض العيني أي اعتبار الشرط متحققاً حكماً ولو لم يتحقق بالفعل فيصبح الالتزام الشرطي نافذاً بعد أن تغير وصفه من التعليق إلى التنجيز.

(الظعن رقم ٥٤١٤ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠١/٢/١٣)

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢.

(1) متى كان الحكم المطعون فيه وهو بصدد تكييف العقد موضوع الدعوى قرر أنه لا يمكن وصف العقد المبرم بين الطرفين (بيع أطيان موقوفة) بأنه معلق على شرط احتمالي، ذلك لأن الشرط الاحتمالي هو الذي يتوقف حصوله على المصادفات المحضة دون أن يتعلق بإرادة إنسان، والصحيح أن الالتزامات الناشئة عن العقد المذكور قد علققت على شرط موقوف هو شرط موافقة هيئة التصرفات بالمحكمة الشرعية على البديل فإن تكييف الحكم لالتزام البائع بأنه التزام معلق على شرط واقف إنما هو تكييف صحيح.

(جلسة ١٩٦٦/٦/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ١٣٢٣)

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 (١). والالتزام المعلق على شرط فاسخ يوجد في الحال وينفذ، ولكن زواله هو الذي يعلق على الشرط، فإذا تحقق الشرط زال الالتزام واعتبر كأن لم يكن (١)، أما إذا تخلف الشرط فقد أصبح الالتزام باتاً (٢). ونرى من ذلك أن الالتزام المعلق

(١) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٤. ومثل أيضاً الشرط المدون في عقد البيع بأن البيع لا يكون باتاً إلا بعد دفع قسطين من الثمن ويجوز بعد ذلك للمشتري التصرف في المبيع، 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 مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤).

(١) أ- الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتماً عند تحققه، وإذا كانت عبارة الشرط الواردة في عقد البيع أنه «إذا لم يدفع باقى الثمن فى المدة المحددة به يعتبر البيع لاغياً فان هذا الشرط لا يعدو أن يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين، ولما كانت محكمة الموضوع قد رأت فى حدود سلطتها التقديرية ألا تقضى بالفسخ استنادا إلى الشرط الفاسخ الضمنى الوارد بالعقد لما تنفيه من ان الباقي من الثمن بعد استنزال قيمة العجز فى البيع قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته فأنها لا تكون قد خالفت القانون.

(جلسة ١٩٧٣/١/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٤٩)

(جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ الطعن ٦٥٤ لسنة ٤٥ ق)

(جلسة ١٩٦٧/٣/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٨٥٩)

ب- الشرط الفاسخ الصريح، يسلب محكمة الموضوع كل سلطة تقديرية فى هذا الصدد بحيث لا يبقى لاعتبار العقد مفسوخاً إلا أن يتحقق فعلاً السبب الذى يترتب عليه الفسخ.

(جلسة ١٩٧٩/٥/١٧ الطعن ٧٩ لسنة ٤٣ ق)

(جلسة ١٩٧٨/٢/١٨ الطعن ٦٥٦ لسنة ٤٣ ق)

(جلسة ١٩٦٨/١٢/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ١٥٠٤)

(٢) وهناك ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمنى، وهو مفروض فى العقد الملزم للجانبين، فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد، وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام فى فسخ العقد (الوسيط جزء أول فقرة ٤٦٢ وما بعدها). وطبيعة الشرط الفاسخ الصريح الذى نحن بصدده تختلف كل الاختلاف عن طبيعة ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمنى، إذا الشرط الفاسخ الضمنى ليس فى حقيقته شرطاً. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الابتدائى قد بنى الفسخ الذى قضى به على الشرط الضمنى، ثم جاء الحكم الاستئنافى مقاماً من ناحية على قيام شرط فاسخ صريح ومن ناحية أخرى على أسباب الحكم الابتدائى، فإنه يكون متناقضاً لاختلاف حكم كل واحد من الشرطين عن حكم الآخر.

(نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمره ٥ رقم ١٦ ص ٣٥). وقضت أيضاً بأن شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى يختلفان طبيعة وحكما. فالشرط الفاسخ الضمنى (le pacte

على شرط فاسخ هو فى حقيقته التزام زواله معلق على شرط واقف، فان الشرط فى الواقع من الأمر واقف فى جميع الأحوال؛ يقف وجود الالتزام أو يقف زواله، ففى الحالة الأولى يسمى شرطاً واقفاً، وفى الحالة الثانية يسمى شرطاً فاسخاً (١).

(=commissioire tacite لا يستوجب الفسخ حتماً إذ هو خاضع لتقدير القاضى، وللقاضى أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ. أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضى به المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (القديم) موجب للفسخ حتماً، فلا يملك معه القاضى إمهال 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 الرسمى إلى الوفاء، بل قد يكون الفسخ الصريح موجباً للفسخ بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت صيغته صريحة فى 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 فى الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقاً فى طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمنى المقترض فى جميع العقود التبادلية، ثم جاءت محكمة الاستئناف فقالت أن الفسخ كان متفقاً عليه جزاءً للتخلف عن أداء الثمن وإذ قد ثبت لها تخلف المشتري فهى تقرر حق البائع فى الفسخ نزولاً على حكم الشرط الفاسخ الصريح عملاً بنص المادة ٣٣٤ مدنى (قديم)، ثم لم تلبث أن قالت فى آخر حكمها أنها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منه أسباباً لحكمها، فحكمها هذا يكون قد أقيم على أمرين واقعيين متغايرين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرط الفسخ الصريح والفسخ الضمنى طبيعة وحكماً، وهذا تعارض فى أسباب الحكم يعيبه ويستوجب نقضه (نقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥) وقضت أيضاً بأن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح فى معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (القديم). وعلى ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرفى عقد البيع قد اتفقا فى العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفى المشتري الثمن فى 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 أى 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 مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره ٥ رقم ٢٥٦ ص ٦٨٨). انظر أيضاً: نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمره ٤ رقم ١٩٢ ص ٥٤٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمره ٥ رقم ٢٣٧ ص ٤٩٨.

وقضت أخيراً محكمة النقض بأنه فى حالة الشرط الفسخ الصريح قد ينزل صاحب المصلحة عن التمسك بوقوع الفسخ من تلقاء نفسه وذلك بإنذاره للمدين، فلا يقع الفسخ من تلقاء نفسه بل يلزم لوقوعه أن يصدر به حكم وللمدين أن يتقيه بتنفيذ التزامه (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٥ ص ٩٢٣).

(١) ويقول اهرنج (Ihering) أن الشرط الواقف وحده هو الذى عرفه القانون الرومانى أولاً، ثم أتى الشرط الفاسخ بعد الشرط الواقف وعلى غراره، فهو شرط واقف يعلق على تحققه زوال الالتزام (اهرنج فى روح القانون الرومانى ٤ ص ١٦٤).

وقد تدق في بعض الأحوال معرفة ما إذا كان الشرط واقفاً أو فاسخاً، كما في البيع المعلق على شرط موافقة الغير على البضاعة المباعة، 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 (١).

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 ولدًا، كان مدينًا بالهبة تحت شرط فاسخ، فينفذ التزامه فوراً ويعطى الموهوب له الهبة، وكذلك الموهوب له يصبح مدينًا تحت شرط واقف هو نفس الشرط الفاسخ بالنسبة إلى الواهب. فإذا رزق الواهب ولدًا فتحقق الشرط، فان تحققه كشرط فاسخ يزيل التزام الواهب بالهبة فيسترددها 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، فإذا ما تحقق هذا الشرط فقد انفسخت ملكية الأول وقامت ملكية الثاني، أما إذا تخلف الشرط فقد سقطت ملكية الثاني وأصبحت ملكية الأول ملكية بانه (٢).

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».

(١) ديراتون ١٥ فقرة ٤٤- أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٨.

هذا وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط القاضي بأن من يرسو عليه المزداد في أطيان موقوفة تباع بقصد الاستبدال لا يستحق البيع إلا إذا وافقت المحكمة الشرعية على الاستبدال بعد مشترطاً 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).

(٢) لارومبيير ٣ م ١١٨٣ فقرة ١٦- ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٨١- هيك ٧ فقرة ٢٤٤ ص ٣٢٦- بودري وبارد ٢ فقرة ٧٧٥- بيدان ولاجاود ٨ فقرة ٧٣٥ ص ٥٣٧ وفقرة ٧٥٤- قارن ديراتون ١١ فقرة ٩١- أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٩ وهامش رقم ٤- بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٥ ص ٣٧٣.

ويتبين من هذا النص أن الشرط الفاسخ إذا كان مستحيلاً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب، كان باطلاً كما قدمنا (١). ولما كان الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزاماً نافذاً فوراً وزواله هو المعلق على الشرط الفاسخ، ولما كان هذا الشرط الفاسخ معتبراً كأنه لم يكن لبطالته، 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 (١)، 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 (٢)، فإذا التزم شخص بترتيب إيراد مدى الحياة لامرأة على أن تعاشره معاشرة غير

(١) استئناف أهلي ٩ يناير سنة ١٨٩٣ الحقوق ٧ ص ٣٨٥.

(١) أ- إذا كانت واقعة الدعوى هي أنه، حسماً للنزاع القائم بين فريق قبيلتي السناقرة والقطعان وبين فريق الجبيهاات بسبب حادثة قتل أحد أفراد السناقرة وآخر من القطعان واتهام قبيلة الجبيهاات فيهما، اتفق بعض أفراد الفريقين، بمقتضى كتابة موقع عليها منهم، على أن يحكموا في هذا النزاع قومسيون تحكيم مؤلفاً من حكمدار مديرية البحيرة رئيساً، وثمانية أعضاء محكمين اختار كل فريق أربعة منهم. وقرر الجميع أنهم قابلون للحكم الذي يصدر من هذا القومسيون مهما كان، وأنهم مستعدون لتنفيذه بكل الطرق، وأن قومسيون التحكيم المذكور أصدر حكمه بثبوت حصول القتل من قبيلة الجبيهاات وبالزام الموقعين عليه من أفراد هذه القبيلة أن يدفعوا إلى الموقعين عليه من أفراد قبيلتي السناقرة والقطعان مبلغ أربعمائة جنية دية عن كل واحد من القبيلتين بمجرد إتمام حلف أولياء كل قبيلة خمسة وخمسين يميناً بأن القتل حصل من قبيلة الجبيهاات، ووقع على هذا الحكم بعض أفراد هذه القبائل، فإن هذا الحكم يترتب على الموقعين عليه من أفراد قبيلة الجبيهاات تعهداً بدفع مبلغ ثمانمائة جنية للموقعين عليه من قبيلتي السناقرة والقطعان معلقاً على شرط حلف عدد معلوم من الأيمان، وهذا الشرط الذي قبل الطرفان تعليق تنفيذ التعهد على تحققه ليس مخالفاً للقانون بل له أصله في القسامة في مسائل الدية في الشريعة الإسلامية فهو إذن تعهد مستوف كل العناصر القانونية الواجب توافرها في التعهدات، وسببه، وهو حصول المتعهدين على الصلح بينهم هم وباقي أفراد قبيلتهم وبين المتعهد لهم وباقي أفراد القبيلتين الأخرين بخصوص حادثة القتل هو سبب صحيح جائز قانوناً، فالحكم الذي لا يعتبر هذا تعهداً ملزماً يكون مخالفاً للقانون.

(الطعن ١٤٧ لسنة ١١ ق - جلسة ١٨/٥/١٩٤٤)

ب- إن ضمان البائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع بعدم التعرض للمشتري في انتفاعه بالمتجر وبالامتناع عن كل عمل يكون من شأنه الانتقاص من هذا الانتفاع مما يتفرع عنه أن الالتزام بعدم المنافسة في شتى صورته ومنها حظر التعامل مع العملاء - لا يكون باطلاً إلا إذا تضمن تحريم الاتجار كلية على البائع لأنه يكون في هذه الحالة مخالفاً لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل وهما من النظام العام. أما إذا كان الشرط محددًا من حيث الموضوع ومن حيث الزمان أو المكان وكان التحديد معقولاً وهو ما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فانه يكون صحيحاً.

(الطعن ٣٨٧ لسنة ٢٦ ق - جلسة ٧/٦/١٩٦٢ ص ١٣ ص ٧٦٤)

(٢) يتبين من نص الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ مدني أن الشرط الفاسخ إذا كان مستحيلاً فإنه يعتبر =

شرعية، وعلى أن يفسخ التزامه إذا هي انقطعت عن معاشرته، كان الشرط الفاسخ هنا باطلا مخالفته للأداب، واعتبر غير قائم. وكانت القاعدة العامة تقتضي أن يبقى الالتزام بترتيب الإيراد قائماً، بعد سقوط الشرط. ولكن لما كان هذا الشرط في الفرض الذي نحن بصدده 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 المعاشر غير المشروعة والالتزام بترتيب الإيراد^(١).

غير قائم، ويبقى الالتزام بائناً غير معلق على شرط. ولم تستثن الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ إلا الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو الآداب إذا كان هو السبب الدافع إلى الالتزام، فيسقط الشرط والالتزام معاً. يبقى إذن الشرط المستحيل إذا كان هو السبب الدافع إلى الالتزام، والظاهر أن الاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ لا يشمل، ومن ثم يبقى خاضعاً للفقرة الأولى من المادة ٢٦٦. وينبنى على ذلك أن الشرط المستحيل يسقط ويبقى الالتزام بائناً غير معلق على شرط، حتى لو كان الشرط ليس المستحيل هو الدافع إلى التعاقد.

وقد اشتمل التقنين المدني الفرنسي على نصين في هذا الموضوع، فقضت المادة ١١٧٢ من هذا التقنين بطلان 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 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 المعاوضات والتبرعات - فإن الشرط والعقد يسقطان معاً، إما إذا كان ليس الشرط هو الدافع إلى التعاقد فإنه وحده هو الذي يسقط ويبقى العقد.

وهذا المبدأ المستخلص من القضاء الفرنسي هو الذي قننته 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 المعنى كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥١ وص ٤٤٣ - ص ٤٤٤ و ص ٤٤٣ هامش رقم ٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٥٦ - جوسران ٢ فقرة ٧٣٩). وقد نقل التقنين المصري الجديد هذا المبدأ عن المادة ١١١ من المشروع الفرنسي الإيطالي (أنظر المذكورة 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 ٣٢٧ - كاييتان في دالوز الأسبوعي سنة ١٩٢٧). ويلاحظ الأستاذ إسماعيل 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 تحققه فسخ العقد ذاته، فلا تتحقق 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، فمن الممكن أن يكون الشرط هنا شرطاً فاسخاً وأن يكون هو السبب الدافع إلى التعاقد، فيجرى في هذه الحالة حكم النص.

٢٢ - الشرط الفاسخ الإرادى المحض - احالة: 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 في الإبقاء عليه إن شاء أو في إسقاطه فيزول^(١).

المبحث الثالث

مصدر الشرط

وأى الحقوق يلحقها وصف الشرط

١ - مصدر الشرط

٢٣ - مصدر الشرط هو الإرادة أو التصرف القانوني: بعد أن عرفنا ما هو الشرط وما هي مقوماته وأنواعه، يبقى أن نبحث ما هي المصادر التي ينشأ عنها.

وقد رأينا في الأمثلة المتقدمة أن الشرط مصدره الإرادة، فالملتزم هو الذي 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). والشرط المتولد من

(١) ومن الأمثلة على الإرادة الضمنية ما يأتي: (أ) الاكتتاب في أسهم شركة تحت التأسيس مفروض فيه أن كل مكتتب إنما اكتتب في أسهمه بشرط أن تتم تغطية الأسهم، إذ الشركة لا يتم تأسيسها إلا بهذه التغطية (بيدان ولاجار ٨ فقرة ٧٣٣ ص ٥٣٤). (ب) إذا أصدرت بلدية سندات وطرحتها في السوق للاكتتاب، وصرحت بأن الغرض من هذا القرض هو انجاز مشروع معين، فإن الاكتتاب يعتبر في هذه الحالة عملية جماعية (acte collectif)، وكل اكتتاب يكون مشروطاً بتغطية جميع السندات (بيدان ولاجار ٨ فقرة ٧٣٣ - بيك في الشركات ٣ فقرة ١٦٢٦). (ج) عندما يرسل تاجر أوراقاً مالية (شيكات أو كمبيالات) لمصرفه لأضافتها إلى حسابه الجاري، فإن الأضافة تكون مشروطة بقبض قيمة الأوراق المالية (بيدان ولاجار ٨ فقرة ٧٣٣ ص ٥٣٥). (د) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر شرطاً ضمناً موافقة جميع الدائنين على صلح ودى مع المدين، إذ أن الصلح الودى لا يتم إلا بموافقة جميع الدائنين (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٢).

(١) إذا كان الإقرار وارداً فيه أنه وإذا حصل متى يبيع أو رهن لأحد خلافهم (إخوة المقر) فيكون لاغياً ولا يعمل به من الآن وقبل هذا التاريخ. وإذا طلبت البيع فيكون الثمن ستين جنيهاً عن كل =

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 القانون: 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 الموصى له بعد موت الموصى. 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 بدونها. أما في الأمثلة التي قدمناها، فالشرط عنصر من عناصر الحق ذاته، ولا يتصور قيام الحق بدونها. وإنما هو وضع معين يقرره القانون، ويرتب عليه نتائج معينة، وليس له أثر رجعي (٢).

فالشرط إذن ليس له مصدر إلا الإرادة (٣). ولكنه وصف يلحق الحق نفسه لا الإرادة

= فدان، فهذا القيد ليس من قبيل الشرط الإرادي الذي يكون تنفيذه متروكاً لمحض إرادة الملتزم فيه، وإنما هو قيد تقيد به المقر لمصلحة إخوته إذا ما اعتزم التصرف في ملكه.
(الطعن ٣ لسنة ١٠ ق- جلسة ١٨/٤/١٩٤٠)

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢.

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

(٣) انظر في هذا المعنى الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص ١٧٨ و١٧٩ هامش رقم ١ الأستاذ إسماعيل 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 جعل الوصية متوقفة على وفاة الموصى 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 المقروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة ولكنه يفقد ملكيته بعبء الاستعمال مدة خمس سنوات متتالية خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك». فهل =

التي هي مصدره، ومن ثم يكون جزءاً من نظرية الالتزام في ذاته لا من نظرية التصرف القانوني (١).

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 أي الحق الشخصي. ويلحق كذلك الحق العيني، فيكون هذا الحق معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ، ويكون للشرط في هذه الحالة كل خصائص الشرط الذي يلحق الحق الشخصي.

٢٦- الحقوق التي لا يلحقها وصف الشرط: على أن الحقوق التي يلحقها وصف الشرط هي الحقوق المالية. أما الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية فهي غالباً لا تقبل التعليق على الشرط. فالزواج وما ينشأ عنه من حقوق الزوجية ووجباتها لا تقبل التعليق على الشرط. والحجر والإذن بالتجارة للصبى المميز والنسب، كل هذه تنشئ حقوقاً وحالات قانونية لا يرد عليها الشرط وصفاً (٢).

= يمكن القول أن الملكية هنا معلقة على شرط فاسخ - مصدره القانون - هو عدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتالية خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك؟ (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 (حرف ج) من جواز فسخ الهبة إذا رزق الواهب بعد الهبة ولداً يظل حياً إلى وقت الفسخ (انظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٩٦٠ وما بعدها من التقنين المدني الفرنسي).

ويذهب بلانيول وريبير وبولانجيه (٢ فقرة ١٣٤٩) وبيدان ولاجارد (٨ فقرة ٧٣٣) إلى أن الشرط في مثل هذه الحالات مصدره القانون فعلاً. ولكن قارن بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٤ ص ٣٧١ - ٣٧٢. وفي رأينا أن «الشرط» في هذه الحالات ليس إلا وضعاً خاصاً قرره القانون، ورتب عليه نتائج. وسواء تحقق هذا الوضع أو تخلف، فليس له - كما للشرط بالمعنى الصحيح - أثر رجعي.

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي: «ويراعى أن التعليق يرد على الالتزام ذاته دون العقد أو التصرف القانوني بوجه عام... ولهذا كان نهج المذهب اللاتيني أدنى إلى التوفيق في هذا الصدد من منحنى المذهب الجرماني. ذلك أن الأول يفرد لأحكام الشرط مكاناً في نطاق النظرية العامة للالتزام، في حين أن الثاني يلحق هذه الأحكام بنظرية التصرف القانوني» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧).

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩١ هامش رقم ١٠- انظر أيضاً إهرنج في روح القانون الروماني ٤ ص ١٦٥.

الفرع الثاني

ما يترتب على الشرط من الآثار

٢٧- التمييز بين مرحلتين: حتى تبين بوضوح ما يترتب على الشرط من الآثار يجب أن نميز بين مرحلتين: (١) مرحلة التعليق، وهي المرحلة التي يكون فيها الشرط قائماً لا يعلم هل يتحقق أو يتخلف، ولذلك يكون الالتزام فيها معلقاً، ومن ثم سميننا هذه المرحلة بمرحلة التعليق. (٢) مرحلة ما بعد التعليق، وهي المرحلة التي يتبين فيها مآل الشرط هل تحقق أو تخلف، ولتحقيقه آثار تختلف عن آثار تخلفه في كل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ.

المبحث الأول

أثر الشرط في مرحلة التعليق

١- 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 يشمل 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 التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً طفيفاً جعل المطابقة تامة، وأصبح المادة ٢٨٠ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس 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 مصري).

التقنين المدني الليبي م ٢٥٥ (مطابقة للمادة ٢٦٨ مصري).

٢٩- مراتب الحق من حيث الوجود والنفاد: ويتبين من النص المتقدم الذكر أن الالتزام المعلق على شرط واقف (١)، وهو في مرحلة التعليق، لا يكون نافذاً، بل هو لا يكون موجوداً وجوداً كاملاً (٢). ويمكن القول إن الحق، من حيث الوجود والنفاد، يتدرج بين مراتب سبع: (١) مرتبة الحق المعدوم، 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)

= التقنين المدني العراقي م ٢٨٨: العقد 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 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 اللبناني 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، أحصاها قيد الرهن المؤمن دينه عند الاقتضاء وطلب تطبيق الخط ووضع الأختام وإنشاء المحاضر والجدول.

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 بأي 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.

(ويلاحظ أن التقنين اللبناني أكثر إيثاراً للتفصيلات من التقنين المصري، ولكن جميع التفصيلات الواردة في التقنين اللبناني يمكن الأخذ بها في القانون المصري تطبيقاً للقواعد العامة، ودون حاجة إلى نصوص خاصة في ذلك).

(١) انظر في هذا المعنى بيدان ولاجارده 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 بوتيه يذهب إلى أن الحق المعلق على شرط واقف وليس بحق وإنما هو مجرد أمل (بوتيه في الالتزامات فقرة ٢١٨ وقرة ٢٢٢).

(٢) المقرر في قضاء محكمة النقض أن تقدير ما إذا كان الالتزام منجزاً أو معلقاً على شرط من مسائل الواقع التي تخضع لسلطة محكمة الموضوع، كما أن لها سلطة البحث في حقيقة العقد المتنازع عليه وانتظار مدلوله بما تضمنته عباراته على ضوء الظروف التي أحاطت بتحريره وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات وذلك دون معقب متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها مأخذها الصحيح وكافياً لحمل قضائه.

(الطعن رقم ١٨٥ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٤/١٨)

مرتبة الحق المعلق على شرط واقف، وهو حق موجود فعلاً ولكنه غير كامل الوجود. (٤)
مرتبة الحق المؤجل، وهو حق موجود وجوداً 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 ينقضى بانقضاء هذا الأجل. (٧) مرتبة الحق المنجز، وهو حق موجود وجوداً كاملاً وهو نافذ إلى غير أجل.

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

٣٠- الحق معلق على شرط واقف حق موجود: وآية وجوده تظهر فيما 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

(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 ١٦٦-١٦٧). ثم يقول (ص ١٧٤) إن الحق ينشأ فوراً من مصدره، ولا يمكن أن يتخلل أي فراغ بين وجود المصدر ونشوء الحق، فمضى 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 المولود أية فترة من الزمن.

ويذهب شوس (Chausse) في مقاله في المجلة الانتقادية (سنة ١٩٠٠ من ٥٤٠-٥٤١) 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 وبولانجيه 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 يحميه القانون وينظمه (بلانيول وريبير وبولانجيه 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 الذي يميز بين الحق تحت شرط واقف وهو حق موجود كما قدمنا، والحق الاحتمالي وهو لا يزيد على مجرد أمل.

أنظر في المعنى الذي نقول به كولان وكايبستان ٢ فقرة ٦٥٣ - جوسران ٢ فقرة ٧٤٠ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٥٨. وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٨٢.

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 المادية اللازمة لصيانتته 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 التي 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 في القسمة ورفع دعاوى تحقيق الخطوط ووضع الحراسة على الأعيان (٢). بل يجوز أن يستعمل الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في هاتين الدعويتين (٣).

(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 وتعليق قبضه إياه على تحقق الشرط (٤). ويجوز أن يوزع المبلغ على الدائنين التاليين بشرط أن يقدموا كفالة

(١) بيدان ولاجار ٨ فقرة ٧٤٠ ص ٥٤٠.

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في 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 (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٨٢). ومن الأعمال التحفظية التي يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يقوم بها قطع التقادم ضد حائز العين. ذلك أن التقادم في 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 مالكا لها بالتقادم. ومن ثم جاز للمالك تحت شرط واقف أن يقطع التقادم قبل أن يتم توفيقاً 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 سنرى (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٥ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٢).

(٤) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٤ - تولييه ٦ فقرة ٥٢٨ - ويرانتون ١١ فقرة ٦٩ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٧٠ - لوران ١٧ فقرة ٨٩ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٣ - بيدان ولاجار ٨ فقرة ٧٤٠ ص ٥٤٠.

تضمن رده في حالة تحقق الشرط (١). ولكن لا يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف حجز ما لمدينه لدى الغير ولا أن يقوم بأى حجز تحفظي آخر، لأن حقه غير حال الأداء ولا محقق الوجود (م ٣١٩ و ٣٢٥ مرافعات)، ولكن إذا حجز دائن آخر على ما للمدين لدى الغير كان للدائن تحت شرط واقف أن يدخل في التوزيع على النحو الذي سبق ذكره (٢).

٣١- الحق المعلق على شرط واقف وجوده غير كامل: ولكن الحق المعلق على شرط واقف إذا كان موجوداً، فإن وجوده ناقص لم يتكامل، ولا يتكامل إلا إذا تحقق الشرط (١). 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 القهري وهو في حالة التعليق. فلا يستطيع الدائن تحت شرط واقف أن يقتضي جبراً من المدين الدين المعلق على هذا الشرط (٢). بل لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يستعمل الدعوى البوليصية وهي

(١) لوران ١٧ فقرة ٨٩.

(٢) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٢٣ - بودري وبارد ٢ فقرة ٨٤٤ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٥٩ هامش رقم ١.

(١) إذ كان الشرط الواقف من شأنه أن يوقف نفاذ الالتزام إلى أن تتحقق الواقعة المشروطة. فيكون الالتزام في فترة التعليق موجوداً، غير أن وجوده ليس مؤكداً مما يترتب عليه أنه لا يجوز للمستأجر خلالها أن يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبراً أو اختياراً طالما لم يتحقق الشرط، وكانت دعوى صحة التعاقد لا يقتصر موضوعها على محل العقد بل يتناول تنفيذه أيضاً. اعتباراً بأن الحكم الذي يصدره القاضي في الدعوى يقوم مقام تنفيذ العقد إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام وفقاً للمادة ٢١٠ من القانون المدني، فإن ما خلص إليه الحكم من أن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد مرتبطة باستصدار الترخيص ورتب على ذلك أن الدعوى مرفوعة قبل أوانها فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن رقم ١٨٠٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/٤/٥)

(الطعن رقم ١٧٦١ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٧)

(الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٨/١/١٨ ص ٢٩ ص ٢٣٤)

(٢) الشرط الواقف من شأنه أن يوقف نفاذ الالتزام إلى أن تتحقق الواقعة فيكون الالتزام في فترة التعليق موجوداً غير أن وجوده ليس مؤكداً وأحكام هذا الشرط الواقف إنما تقتصر على الشرط الذي ينشأ عن زيادة الملتزم، أما إذا كان القانون هو الذي فرض الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام فذلك لا يعتبر شرطاً بمعنى الصحيح، إذا الشرط أمر عارض لا يلحق الحق إلا بعد تكامل عناصره فيضاف إليه ويمكن تصور الحق بدون، وذلك بعكس الشرط الذي يكون القانون مصدره، لأنه في هذه الحالة يعد عنصراً من عناصر الحق ذاته ولا يتصور قيام الحق بدون ومن ثم لا يوجد الحكم المشروط ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه أما قبل ذلك فلا يثبت لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر، لما كان ذلك وكانت موافقة مجلس الوزراء أمر بشرطه القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ لإمكان نملك غير المصيرين للمعارات المبينة =

توطئة وتمهيد مباشر للتنفيذ القهري، فقد قدمنا أن حق الدائن في الدعوى البوليصية 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 يفي بالمدين قبل تحقق الشرط، ولا ما يمنع الدائن من تقاضى هذا الحق، ولكن هذا الوفاء يكون وفاء بغير المستحق، فإذا كان المدين قد وفى الدين وهو يعتقد خطأ أن الدين 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 (١).

(٤) إذا كان الحق المعلق على شرط واقف هو حق الملكية، كان لهذا الحق مالكان: مالك تحت شرط واقف وهو الذي انتقلت له الملكية معلقة على هذا الشرط، ومالك تحت شرط فاسخ وهو من انتقلت منه الملكية إلى المالك تحت شرط واقف (٢). فالمالك تحت

= والأراضي الفضاء فإن هذه الموافقة تعد من عناصر الحق ذاته لا يتصور قيامه بدونها. وبالتالي فإنه لا تشرىب على الحكم المطعون فيه إن هو لم يستجيب لطلب الطاعن وقف الدعوى أو تأجيلها لحين حصوله على موافقة مجلس الوزراء وتقديمها.

(الطعن ٢٠٧٠ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٥/١/٢٤ ص ٣٦ ص ١٤٢)

(الطعن ٢٠٦٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٣/٢٨)

(١) ديانتون ١٣ فقرة ٦٨٨ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٥٨ - لوران ١٧ فقرة ٩١ - بودري 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.

(I) أ- القاعدة سواء في التقنين المدني القديم أو القائم أن التقادم المسقط لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء مما يستتبع أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط موقوف إلا من وقت تحقق هذا الشرط. وإذا كان ضمان الاستحقاق إلزاماً شرطياً يتوقف وجوده على نجاح المتعرض في دعواه فإن لازم ذلك أن التقادم لا يسرى بالنسبة لهذا الضمان إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق بصور حكم نهائي به لا من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق.

(الطعن ١٣٢ لسنة ٣٢ ق - جلسة ١٩٦٦/٣/١٠ ص ١٧ ص ٥٦٤)

ب- جرى قضاء محكمة النقض على أن التقادم المسقط - سواء في ظل التقنين المدني القديم أو القائم - لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء، بما يستتبع أن التقادم، لا يسرى بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط موقوف، إلا من وقت تحقق هذا الشرط.

(الطعن ٢٠٠ لسنة ٣٧ ق - جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩ ص ٢٣ ص ٢٦١)

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 الذي يتحمل هلاك العين، ويستطيع دائنوه أن ينفذوا بحقوقهم عليها^(١).

٢- الشرط الفاسخ

٣٢- الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود نافذ: قدمنا أن الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود كاملاً، وهو في الوقت ذاته حق نافذ، ولكنه حق موجود على خطر الزوال^(١).

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 دائنوه أن ينفذوا بحقوقهم على العين المملوكة تحت شرط فاسخ ويكون هذا التنفيذ معلقاً إلغائه على تحقق الشرط^(٢).

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

(١) ولا يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يمنع هذا التنفيذ، ولكن إذا تحقق الشرط الواقف كان له أثر رجعي، فتزول الآثار التي ترتبت عليه (بودري وبارد ٢٢٤ 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 مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣).

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

(١) لما كان الالتزام قبل تحقق الشرط الفاسخ - وهو أمر مستقل غير محقق الوجود يترتب عليه وفقاً لحكم المادة ٢٦٥ من القانون المدني زوال الالتزام المعلق على هذا الشرط، يكون قائماً وناظراً في فترة التعليق ولكنه مهدد بخطر الزوال. إذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى أعمالاً بما تقضى به المادة ١/٢٦٦ من القانون المدني إلى بطلان الشرط الفاسخ لمخالفته للنظام العام وبقاء الالتزام بالدين قائماً فإنه لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٧٨/٤/٢٥ الطعن رقم ٦٦٥ لسنة ٤٤٤ ق)

ما تحقق الشرط رجعت العين، بعد أن تمت مدة التقادم، لا إلى المالك الأصلي بل إلى المالك تحت شرط واقف^(١).

ويستطيع 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 أي اعتداء يقع على ملكيته.

وإذا كانت العين المملوكة تحت شرط فاسخ نصيباً شائعاً؛ جاز للمالك تحت شرط فاسخ أن يطلب القسمة، فإذا ما تمت كانت نافذة في حقه وفي حق المالك تحت شرط واقف في حالة تحقق هذا الشرط. ذلك أن القسمة إجراء من إجراءات الإدارة التي تبقى قائمة حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ. ولكن يجوز للمالك تحت شرط واقف أن يتدخل في

(١) بودري وبارد ٢٢٤ 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 مدة، 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 بعد أن أكمل مدته خمس عشرة سنة» (الموجز فقرة ٤٧٨ ص ٤٨٦). ونلاحظ أيضاً هنا أن المشتري وفاء قد أكمل التقادم إما لحسابه هو إذا لم يسترد البائع، أو لحساب البائع إذا استرد. وفي حالة استرداد البائع للمبيع وفاء تعود إليه الملكية، ويعتبر أنه كسبها بالتقادم، فقد وضع يده اثنتي عشرة سنة أكملها المشتري إلى خمس عشرة.

وكما يسرى التقادم لمصلحة المالك تحت شرط فاسخ، كذلك يسرى التقادم ضده، فلو أن عقاراً باعه صاحبه تحت شرط واقف، فبقي هو مالكاً إياه تحت شرط فاسخ، ثم اغتصب العقار شخص آخر، فإن المعتصب يكسب الملكية بالتقادم ضد المالك تحت شرط فاسخ، ولا يقف التقادم لمصلحة المالك تحت شرط واقف (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٣). ويذهب كثير من الفقهاء (ديراتون ٩ فقرة ٣١٢ - لارومبيير ٢ م ١١٨١ فقرة ١٦ - لوران ١٧ فقرة ٩٥ - بودري وبارد ٢ فقرة ٨٢١ - فقرة ٨٢٢) إلى أن الحائز للعقار (المغتصب) يسرى تقادمه ضد المالك تحت شرط فاسخ أو ضد المالك تحت شرط واقف حسبما يتخلف الشرط أو يتحقق، لأن لتخلفه أو لتحققه أثراً رجعياً. فإذا تخلف الشرط اعتبر التقادم سارياً ضد المالك تحت شرط فاسخ الذي تأيدت ملكيته بتخلف الشرط، وإذا تحقق الشرط اعتبر التقادم سارياً ضد المالك تحت شرط واقف إذ يعتبر مالكاً منذ البداية بتحقق الشرط. ولا نرى في هذا الخلاف أهمية عملية ما دام الجميع متفقين أن سريان التقادم لا يوقف ضد المالك تحت شرط واقف إذا ما تحقق الشرط وصار مالكاً منذ البداية واعتبر التقادم 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 المخولة له بموجب حقه المعلق على شرط واقف (انظر آنفاً فقرة ٣٠ في الهامش).

إجراءات القسمة حتى يمنع أى غش أو تواطؤ بين الشركاء. ويستوى فيما قدمناه أن تكون القسمة قسمة قضائية أو قسمة رضائية^(١).

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

٣٣- ولكن الحق المعلق على شرط فاسخ موجود على خطر الزوال: على أن الحق المعلق على شرط فاسخ معرض للزوال، وهو يزول فعلاً بتحقق الشرط. فإذا كان الدائن تحت شرط فاسخ قد استوفى الدين من مدينه، ثم تحقق الشرط، جاز للمدين أن يسترد ما دفع وفقاً للقواعد العامة فى دفع غير المستحق^(٢).

ولا يستطيع صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ، كما قدمنا، أن يأتى من الأعمال ما من شأنه أن يعوق الجانب الآخر - صاحب الحق المعلق على شرط واقف - من استعمال حقه إذا نفذ هذا الحق بتحقق الشرط^(٣).

المبحث الثانى

أثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق

٣٤- مسائل البحث: إذا انتهت مرحلة التعليق فإن مآل الشرط يتبين، فهو إما أن

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٦٧ - فقرة ٨٧٢. ويجوز للمالك تحت شرط فاسخ أن يأخذ بالشفعة (المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧)، ويبقى حقه على العقار 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 العقار المرهون، ويكون التطهير باتاً ولو تحقق الشرط الفاسخ (بودرى ٢ فقرة ٨٧٣ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٥٩)، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. انظر 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 ستيت فقرة ٦٨٨ ص ٥١٥.

(٢) ولا تقع المقاصة بين دين معلق على شرط فاسخ ودين بات ما بقى 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 دالوز 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).

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

يتحقق وإما أن يتخلف. وسواء تحقق أو تخلف فلكل من ذلك أثره، فى حالتى الشرط الواقف والشرط الفاسخ. ويكون لتحقق الشرط، واقفاً كان أو فاسخاً، أثر رجعى فى الكثرة الغالبة من الأحوال.

فنتكلم إذن فى المسائل الآتية: (١) كيف يتحقق الشرط أو يتخلف. (٢) أثر تحقق الشرط أو تخلفه فى حالتى الشرط الواقف والشرط الفاسخ. (٣) الأثر الرجعى للشرط.

١ - كيف يتحقق الشرط أو يتخلف

٣٥- العبرة بارادة طرفى الالتزام فى تحقق الشرط أو تخلفه: تنص المادة ١١٧٥ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه «يجب أن يكون تحقق الشرط على الوجه الذى يظهر أن الطرفين قد أرادا وقصداً أن يكون^(١)». وليس لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى المصرى، ولكنه تطبيق للقواعد العامة، فيمكن الأخذ بحكمه فى مصر دون حاجة إلى نص فى ذلك.

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر الوجه الذى يريد الطرفان أن يكون عليه تحقق الشرط، وذلك بالرجوع إلى نيتهم، فيقضى بأن الشرط قد تحقق أو تخلف، ولا معقب على حكمه. فإذا 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 اعتبار ملحوظ، أو قصداً أن يقوم به أى شخص كما إذا كان عملاً لا عبرة فيه بشخصية القائم به. كذلك يقدر القاضى 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 متخلفاً. وقد يكون الشرط هو تحقيق غاية، كما إذا كان زواجاً اشترط على الدائن أن يعقده، فعلى الدائن أن يعقد هذا الزواج حتى يتحقق الشرط، وليس له أن يحتج بأنه قد بذل جهده فى عقد الزواج ولكنه لم يوفق، فالشرط هنا هو تحقيق غاية هى عقد الزواج، فإذا لم تتحقق هذه الغاية، مهما تكن هذه الأسباب لعدم تحققها ولو كانت أسباباً 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،

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

فقد تحقق الشرط ولو وقع الطلاق بعد ذلك. وإذا لم يتم الزواج في خلال المدة المعينة، فقد تخلف الشرط ولو تم الزواج بعد انتهاء هذه المدة^(١).

٣٦- الشرط الذي حدد لتحقيقه أو لتخلفه وقت معين: وتنص المادة ١١٧٦ من التقنين المدني الفرنسي على أنه «إذا علق الالتزام على شرط هو أن يقع أمر في وقت معين، فإن الشرط يعتبر متخلفاً إذا انقضى الوقت دون أن يقع هذا الأمر. فإذا لم يحدد لوقوع الأمر وقت، جاز أن يتحقق الشرط في أي وقت ولا يعتبر متخلفاً إلا إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع»^(٢). وتنص المادة ١١٧٧ 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 عندما يصبح مؤكداً عدم وقوع الأمر»^(٣). 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 يضره، فيقول إذا عاد ابني الغائب في خلال ثلاث سنوات مثلاً. وقد لا يعين ميعاداً، فيقتصر على أن يقول إذا عاد ابني الغائب. ومثل للشرط 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.

(١) أنظر في كل هذه المسائل بودري وبارد ٢ فقرة ٧٩٠ - فقرة ٧٩٧.

(٢) وهذا هو النص في أصله الفرنسي: 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.

(٣) 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.

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^(١). ويتخلف الشرط أيضاً، حتى قبل انقضاء المدة المعينة؛ متى أصبح من المؤكد أن الابن الغائب لن يعود، بأن يموت مثلاً قبل انقضاء المدة^(٢). 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 أي وقت، حتى لو كان ذلك بعد موت الملتزم؛ فإن 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 أي 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 وملاساته^(٣).

وما قدمناه ينطبق على الشرط السلبى: الا يقع أمر في خلال مدة معينة. فإذا علق الملتزم التزامه على شرط ألا يولد له ولد في خلال سنتين، فإن الشرط يكون قد تحقق إذا انقضت هذه المدة^(٤) 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، فإن 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، فإن الشرط يتخلف إذا رزق الملتزم ولداً في أي وقت إلى أن يموت. ويتحقق الشرط إذا أصبح من المؤكد ألا

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٩ - فقرة ٣٤٠ - تولىبه ٦ فقرة ٦٠٨ - لوران ١٧ فقرة ٧٥ - بودري وبارد ٢ فقرة ٧٩٩.

(٢) 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.

(٣) بودري وبارد ٢ فقرة ٨٠٠.

(٤) ولا تمد المدة ولا توقف ولا تقطع.

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

٣٧- تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الغش: 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 تجرى على الوجه الآتي: «١- يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذي له مصلحة في أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه. ٢- لا أثر للشرط الذي تحقق إذا كان تحققه قد وقع بغش الطرف الذي له مصلحة في أن يتحقق». والنص كما نرى أكثر استيعاباً وأوسع شمولاً من نص التقنين المدني الفرنسي^(٣). ولكنه حذف في لجنة المراجعة «لإمكان استخلاص حكمه من القواعد العامة»^(٤).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي:

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

(٢) وهذا هو النص في أصله الفرنسي: 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 الفرنسي والمادتين ٩١-٩٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني والمادة ١٦٢ من التقنين المدني الألماني (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ص ٤٠٨-٤٠٩).

وقد نصت المادة ٩٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي: «أن الشرط الموقوف تحقيقه على اشتراك شخص ثالث في العمل أو على فعل من الدائن يعد غير متحقق إذا نكل 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 المدين الملزم إلزاماً شرطياً قد منع بدون حق وقوع الحادث أو كان متأخراً عن إتمامه». ونصت المادة ٩٢ على أنه «لا معقول للشرط المتحقق إذا وقع الحادث بخدعة من الشخص الذي كان من مصلحته أن يقع هذا الحادث».

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١١ في الهامش.

وتواجه هذه المادة فرضين: أولهما يعرض حيث يحول ذو المصلحة في حالة تخلف الشرط دون تحققه بطريق الغش، كما هو الشأن في المدين بالتزام معلق على شرط موقف أو الدائن بالتزام معلق على شرط فاسخ. وفي 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. والثاني 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 يرتب تحقق الشرط في هذا الفرض أثراً ما، بل يبرأ المدين من التزامه، أو يظل مرتبطاً به نهائياً، رغم تحقق الشرط الموقف أو الفاسخ. ومن الواضح أن إقراراً هذا الحكم قصد به إلى قمع ما يقع من غش من المدين أو الدائن بحسب الأحوال^(١).

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^(٢)، أو الدائن تحت شرط فاسخ يحول دون تحقق هذا الشرط حتى يصبح حقه باتاً لا يفسخ، يكون قد عمل على نقض ما تم من جهته، ومن سعى إلى نقض ما تم من جهته فسيح مردود عليه. وكذلك الحال في ذي 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 واقف يعمل على تحقق الشرط حتى يصبح حقه نافذاً. في جميع هذه الأحوال يكون هناك خطأ من الطرف الذي عمل على تخلف الشرط أو على تحقيقه، فيجب عليه التعويض عن خطأه. وخير تعويض هو أن يعتبر الشرط الذي عمل على تخلفه قد تحقق، أو الشرط الذي عمل على تحقيقه قد تخلف، فهذا هو التعويض العيني للخطأ الذي ارتكبه.

ولكن لا بد أن يكون قد ارتكب خطأ في الحيلولة دون تحقق الشرط أو دون تخلفه، ولا يكفي أن يكون بمجرد عمله قد حال دون ذلك من غير أن ينطوي هذا العمل على خطأ. فلو أن المؤجر التزم نحو المستأجر أن يؤجر له طابقاً آخر من الدار إذا بقي في الطابق الأول الذي أجره له مدة معينة، ثم تأخر المستأجر عن دفع أجرة الطابق الأول مما دعا المؤجر أن يستصدر حكماً عليه بالإخلاء قبل انقضاء المدة المعينة، فلا يقال في هذه الحالة أن المؤجر قد عمل، بإخراج المستأجر من الطابق الأول، على تخلف الشرط مما يؤدي إلى اعتباره متحققاً. ذلك أن المؤجر لم يرتكب خطأ في إخراج المستأجر من الطابق الأول، بل المستأجر هو الذي ارتكب الخطأ بتأخره عن دفع الأجرة. وإذا التزم شخص نحو ابنه باعطائه مبلغاً

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١١ في الهامش.

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

من المال إذا لم يبين له داراً، فإن الأب يستطيع أن يبنى الدار للابن فيتخلف الشرط بذلك، ولا يعتبر الأب مخطفاً في العمل على تخلف الشرط^(١). وإنما يعتبر الطرف قد أخطأ في العمل على تحقق الشرط، ومن ثم يعتبر الشرط متخلفاً، في الفرض الآتي: شخص تعهد بإعطاء إيراد مرتب لشخصين طول حياتهما، على أن من يموت منهما قبل الآخر يرتد إيراده إلى صاحبه، فيجمع هذا بين الإيرادين. فإذا قتل أحد هذين الشخصين الآخر، فإنه يكون بذلك قد عمل غشاً على تحقيق الشرط الذي يترتب على تحققه أن يرتد له إيراد الشخص المقتول، ومن ثم يعتبر الشرط متخلفاً جزاءً له على غشه، ولا يرتد له هذا الإيراد^(٢). كذلك إذا أحرق المؤمن على الحريق المكان الذي آمنه، فإنه لا يستحق مبلغ التأمين.

على أنه ليس من الضروري، بعد أن حذف نص المادة ٣٨٨ من المشروع التمهيدي 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 خطأً، ويكون قد عمل على تحقيق الشرط بخطأ منه، فلا يستحق تعويضاً عن مصروفات انتقاله إلى المصنع بوسائله الخاصة^(٣).

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٦.

(٢) محكمة استئناف بواتيه أول فبراير سنة ١٨٨١ سيريه ٨٢-٢-٢٧- بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٨. وقريب من ذلك الوارث إذا قتل مورثه، فإنه لا يرث في الشريعة الإسلامية، وإن كان حق الوارث في الميراث ليس حقاً معلقاً على شرط كما سبق القول.

(٣) 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 لسمسار بأن يدفع له مبلغاً من النقود إذا توسط السمسار في بيع منزل مملوك للمتعهد بالثمن المناسب، ووجد السمسار مشترياً بثمن مناسب، وامتنع صاحب المنزل من بيعه عمداً أو أهمل حتى ضاعت الصفقة، فإن الشرط يعتبر متحققاً حكماً، ويجوز للسمسار أن يطالب بالمبلغ الذي وعد به. ولكن إذا كان المدين في منعه لتحقيق الشرط إنما كان يستعمل حقاً له دون أن يتعسف في استعماله، فلا يعتبر الشرط متحققاً حكماً في هذه الحالة. وقد ضرب بوتييه (الالتزامات فقرة ٢١٢) لذلك مثلاً: أوصى شخص لآخر بمنزل بشرط أن يدفع الوصي له مبلغاً من المال لشخص معين في مدة سنة وإلا بقي المنزل للوارث. فإذا منع الوارث الوصي له من تحقيق الشرط الذي علق عليه الوصية، بأن حجز على أمواله لدين شخصي في ذمة الوصي له للوارث، وجعل الوارث الوصي 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 =

ولا يطلب من الطرف ذي 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 ما دام الخطأ ليس هو السبب الحقيقي في تخلفه أو في تحققه^(٢).

٢- أثر تحقق الشرط أو تخلفه

٣٨- الشرط الواقف- النصوص القانونية: رأينا أن المادة ٢٦٨ من التقنين المدني المصري تنص في صدرها على ما يأتي: «إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط»^(٣).

فإذا تحقق الشرط الواقف إذن نفذ الالتزام المعلق عليه، وكان قبل تحقق الشرط موقوفاً

= حقاً ثابتاً له. وكما أن الشرط يعتبر متحققاً حكماً إذا منع المدين تحقيقه لسبب غير مشروع، فإنه كذلك يعتبر متخلفاً حكماً إذا حققه الدائن بعمل غير مشروع. فمن يتعاقد مع شركة تأمين على الحياة على أن الشركة تعطى وريثه مبلغاً من المال إذا مات، ثم يعجل بعد ذلك بموته بأن يتحرر 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 معلقاً 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).

(١) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٠.

(٢) لاروميير ٢ ١١٧٨م فقرة ١٠- لوران ١٧ فقرة ٧٦ ص ٩١- بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٧.

(٣) انظر تاريخ هذا النص والنصوص المقابلة له آنفاً فقرة ٢٨ في الهامش - وقد كانت المادة ١٥٨/١٠٤ من التقنين المدني السابق تنص على ما يأتي: «إذا كان فسخ التعهد معلقاً على أمر محقق فالتعهد باطل، ويبطل أيضاً إذا كان فسخه معلقاً على أمر مشكوك فيه في الأصل ثم تحقق. وأما إذا كان التعهد مشروطاً فيه أنه معلق على أحد الأمرين، فبوجود المعلق عليه يبطل الشرط ويثبت التعهد». وصدر هذه المادة يعرض للشرط الفاسخ، ويعرض العجز للشرط الواقف. والذي يعيننا هو الشرط الواقف، فإذا كان التعهد معلقاً عليه وتحقق الشرط - سواء كان محققاً منذ البداية أو كان مشكوكاً في تحقيقه ثم تحقق، ولا يعتبر في الحالة الأولى شرطاً بالمعنى الصحيح (الموجز للمؤلف ص ٤٨١ هامش رقم ١) - أصبح التعهد نافذاً، وهذا هو عين ما يقرره صدر المادة ٢٦٨ من التقنين المدني الجديد، فلا فرق إذن في الحكم ما بين النصين.

كما رأينا (١) (١). فيجوز بعد تحقق الشرط للدائن أن ينفذ بحقه اختياراً أو إجباراً، وله أن يستعمل الدعوى البوليسية تمهيداً لهذا التنفيذ. ولا يرد ما قبضه، لأنه قبض ما هو مستحق له. ويسرى التقادم في حق الالتزام منذ تحقق الشرط، وكان لا يسرى حال تعلقه. وقد تقدم بيان كل ذلك. هذا ويعتبر الالتزام بتحقيق الشرط موجوداً، لا منذ تحقق الشرط فحسب، بل منذ نشوء الالتزام (٢)، وهذا هو الأثر الرجعي لتحقيق الشرط وسيأتي بيانه. ويستخلص من ذلك أنه إذا تم العقد معلقاً على شرط واقف، لم يجز لأحد المتعاقدين أن يرجع في تعاقدته ما بين تمام العقد وتحقيق الشرط، فإن الشرط إذا تحقق اعتبر العقد قد تم وترتبت عليه جميع آثاره منذ انعقاده لا منذ تحقق الشرط (٣).

أما إذا تخلف الشرط الواقف، فإن الالتزام الذي كان معلقاً على هذا الشرط - وكان

(١) وقد كان للالتزام وقت تعلق الشرط وجود ناقص كما قدمنا، ويتحقق الشرط يتكامل هذا الوجود، ويصبح الالتزام كامل الوجود نافذاً.

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

(٣) بودري وبارد ٢ فقرة ٨٤٧.

(١) - إذا كان الاتفاق الذي بين المشتري والبايع بشأن تجديد التزامه، بالوفاء بالباقي من الثمن واستبدال التزام جديد به يكون مصدره عقد فرض - معلقاً على شرط واقف هو قيام المشتري برهن قدر من أطيانه رهناً تأميناً في المرتبة الأولى لصالح هذا البائع ضماناً لوفائه بدين القرض، وكان هذا الشرط قد تخلف بقيام هذا المشتري رهن هذه الأطيان ذاتها إلى أحد البنوك مما أصبح معه مؤكداً أن الأمر الذي علق الالتزام وبقاء الالتزام القديم - وهو التزام المشتري بدفع باقي الثمن - على أصله دون أن ينقضى واعتبار الالتزام الجديد كأن لم يكن.

(جلسة ١٢/١١/١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٥ ص ١٠٢٦)

ب- مفاد تعليق العقد على شرطين أن تخلف أحد الشرطين يكفي لعدم نفاذه، فإذا استند الحكم في استبعاد العقد إلى عدم تحقق أحد الشرطين كان ذلك كافياً وحده لحمل قضائه في هذا الخصوص.

(جلسة ١٤/٦/١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ١٣٥٩)

ج- إذا أذن القاضي باستبدال الوقف فإن الاستبدال لا يتم ولا ينتج آثاره القانونية إلا إذا أوقعت المحكمة المختصة صيغة البديل الشرعية، ومن ثم فالتعاقد الحاصل بين وزارة الأوقاف وبين من يرسو عليه مزاد العين المراد استبدالها يعتبر معلقاً على شرط واقف هو توقيع هذه الصيغة بحيث إذا تخلف هذا الشرط بأن رفضت المحكمة توقيع صيغة البديل للرأسي عليه المزاد فإن التعاقد يصبح كأن لم يكن ولا وجود له منذ البداية ولا يكون للرأسي عليه المزاد إذا رفضت المحكمة توقيع صيغة البديل الشرعية له وأوقعته لغيره وانتقلت ملكية العقار إلى هذا الغير أن يرجع على وزارة الأوقاف بضمان الاستحقاق طبقاً لأحكام البيع أو أن يطالبها بالتعويض على أساس فسخ العقد ذلك أن الرجوع بضمان استحقاق البيع لا يكون إلا على أساس قيام عقد البيع كما أن الفسخ لا يرد إلا على عقد كان له وجود.

(جلسة ١٧/١/١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ١٢٣)

(جلسة ١١/١/١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٤٩)

له وجود ناقص كما قدمنا - ينمحي ويصبح كأن لم يكن، ولا يعتبر له وجود، لا كامل ولا ناقص، منذ البداية، وهذا هو الأثر الرجعي لتخلف الشرط. وينبني على ذلك أن المدين إذا لم يكن قد وفي شيئاً من الالتزام كان غير ملزم بالوفاء أصلاً، وإذا كان قد وفي شيئاً فإنه يسترده (١). وينبني على ذلك أيضاً أن الدائن إذا كان قد تصرف في الشيء، فإن تخلف الشرط الواقف يلغى جميع تصرفاته لأنها جميعها كانت معلقة على هذا الشرط الواقف كما قدمنا (٢).

٣٩- الشرط الفاسخ - النصوص القانونية: تنص المادة ٢٦٩ من التقنين المدني على ما يأتي:

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

٢- على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط (٣).

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ٨٤٩.

(٢) على أن هناك أعمالاً إذا نفذت لم يحلها تخلف الشرط الواقف. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في هذا المعنى بأنه إذا دفع المقرض للمقترض جزءاً من القرض، على أن له الباقي إذا قدم المقترض 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).

(٣) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٣٩٠ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وفي لجنة المراجعة أقر النص بعد استبدال كلمة «استحال» بكلمة «تعذر» في الفقرة الأولى، وأصبح رقمه المادة ٢٨١ في المشروع النهائي. 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 و١٨).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق صدر المادة ١٥٨/١٠٤، وهو كما رأينا يقضي بأنه «إذا كان فسخ التعهد معلقاً على أمر محقق فالتعهد باطل، ويظل أيضاً إذا كان فسخه معلقاً على أمر مشكوك فيه في 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، أي ما دام مفسوخاً منذ البداية. أما في الحالة الثانية الواردة في النص، وهي حالة الشرط بالمعنى الصحيح، فإن الفسخ يكون معلقاً على أمر مشكوك فيه ثم يتحقق، ويتحقق الشرط يزول الالتزام. وهذا هو عين الحكم في التقنين المدني الجديد.

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري م ٢٦٩ (وهي مطابقة للمادة ٢٦٩ من التقنين المدني المصري). وفي التقنين المدني الليبي م ٢٥٦ (وهي مطابقة للمادة =

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. وينسخ 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 الالتجاء إلى القضاء^(١)، لا ليقضى بالفسخ كما يفعل في فسخ العقد الملزم للجانبين إذا أحل أحد المتعاقدين بالتزامه، 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 يتعقد من وقت إبرامه.

ويتحقق 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

= ٢٦٩ من التقنين المدني المصري). وفي التقنين المدني العراقي: م ٢٨٩-١-العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم. فإذا تحقق الشرط فسخ العقد، وألزم الدائن برد ما أخذه، فإذا استحال رده وجب الضمان. وإذا تخلف الشرط لزوم العقد. ٢- على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط. (ولا فرق في الحكم بين التقنين العراقي والتقنين المصري رغم اختلاف العبارة، ويرجع اختلاف العبارة إلى تأثر التقنين العراقي بتعابير الفقه الإسلامي - انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام فقرة ١٣٩).

وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني: 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، لزمه بدل 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 التي أجراها الدائن في خلال ذلك تصبح لغواً، ما عدا أعمال الإدارة فإنها تبقى ثابتة على كل حال. (ولا فرق في الحكم ما بين التقنين اللبناني والتقنين المصري رغم اختلاف العبارة).

(١) الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا تخلف عن الوفاء بغير حق فإن كان من حق المشتري قانوناً أن يجس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحاً، ولما كان التزام المشتري يدفع الثمن في عقد البيع يقابله التزام بنقل الملكية إلى المشتري، فإذا وجدت أسباب جديده يخشى معها إلا يقوم البائع بتنفيذ التزامه كأن يكون مالك للعقار المبيع كان من حق المشتري أن يوقف التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه، ولما كان الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام المحكمة بحقه في حبس باقي الثمن نظراً لأن المطعون ضده لم ينفذ التزامه بتسهيل نقل ملكية المبيع إليه إذا امتنع عن تسجيل عقد مشتراه من المالكين الأصليين أو تسليم هذا العقد إليه الأمر الذي يستحيل معه نقل الملكية باسمه مما يتهدده بنزع المبيع من تحت يده إذا ما تصرف فيه ملاكـه الأصليون أو المطعون ضده إلى الغير بعقد مسجل.

(جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠ الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٤٥٠ ق)

استوفى الدين، وتحقق الشرط الفاسخ، فعليه أن يرده للمدين، وإذا استحال الرد لغير سبب أجنبي، كان عليه أن يعرض المدين عما أصابه من الضرر. أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي، فقد انقضى الالتزام بالرد، ولا محل للتعويض في هذه الحالة. والالتزام بالرد مبني على أساس دفع غير المستحق، فإنه لما تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعي، تبين أن الشيء الذي دفعه المدين للدائن لم يكن مستحقاً، فكان له الحق في استرداده.

وإذا تخلف الشرط الفاسخ، فإن الالتزام الذي كان معلقاً عليه وكان على خطر الزوال يصبح باتاً غير معرض للزوال^(١)، وتصبح جميع تصرفات الدائن تحت شرط فاسخ هي أيضاً بائة غير قابلة للنقض. أما تصرفات الطرف الآخر التي كانت معلقة على شرط واقف، ولم يتحقق هذا الشرط بتخلف الشرط الفاسخ، فإنها 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.

٤٠ - 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 التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي:

«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 من ينبغي 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 إجازة مثلاً، وجب ألا تجاوز مدتها ثلاث سنوات»^(١).

والمثل المألوف لأعمال الإدارة هو الإيجار. ويدخل في أعمال الإدارة أيضاً قبض الأجرة وبيع الثمار والمحصولات وقيد الرهن وتحديد القيد وتسجيل العقد ونحو ذلك. بل يدخل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧.

(١) لما كان الالتزام قبل تحقق الشرط الفاسخ - وهو أمر مستقبل يترتب عليه وفقاً لحكم المادة ٢٦٥ من القانون المدني زوال الالتزام المعلق على هذا الشرط - يكون قائماً وناظراً في فترة التعليق ولكنه مهدد بخطر الزوال، إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى عملاً بما تقضى به المادة ١/٢٦٦ من القانون المدني إلى بطلان الشرط الفاسخ لمخالفته للنظام العام وبقاء الالتزام بالدين قائماً فإنه لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٧٨/٤/٢٥ الطعن رقم ٦٦٥ لسنة ٤٤٤ ق)

في أعمال الإدارة، فلا يفسخ بتحقق 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 تنسخ بتحقق 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^(١). كما تقدم القول.

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

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 اجراءها. 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، ما دام قد توافر فيها الشرطان المتقدمان.

٣- الأثر الرجعي لتحقق 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^(٢).

(١) انظر في هذا المعنى أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ Condition فقرة ٦٣- كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩. وانظر في أن هذه المسألة مختلف فيها: بودري وبارد ٢ فقرة ٨٧٣- بودري ولوان ٣ فقرة ٢٣٤٠ - فقرة ٢٣٤٦.

(٢) 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 ٢٨٢ من المشروع النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩ وص ٢١ - ص ٢٢).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ١٥٩/١٠٥ و ١٦٠/١٠٦ و ٢٦٩ مكررة/٣٤٠^(١). ولا فرق في الحكم بين التقنينين.

ويقابل النص في التقنينات 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 و ٩٦ و ٩٨ و ٩٩^(٢).

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

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

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 أبو ستيت فقرة ٦٨٨ ص ٥١٥).

(٢) 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 الشئ جميعه ولم يكن هلاكه ناشئاً عن فعل أو خطأ من المدين، فيبقى تحقق الشرط بدون مفعول ويعد الموجب كأنه لم يكن. وإذا كان هذا الموجب ناشئاً عن عقد متبادل فإن الشئ يهلك على المدين، بمعنى أنه لا يحق له أن يطالب الدائن بتنفيذ الشئ المقابل. وإذا تعيب الشئ أو نقصت قيمته بلا فعل ولا خطأ من المدين، وجب على الدائن قبوله بحاله دون تخفيض من الثمن. وإذا هلك الشئ جميعه بخطأ أو بفعل المدين، حق للدائن أن يطلب بدل العطل والضرر. وإذا تعيب الشئ أو نقصت قيمته بخطأ أو بفعل من المدين، كان للدائن أن يختار إما قبول الشئ 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 المعقودة على =

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.

وتتكلم، 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 - تقدير هذا المبدأ: أشرنا فيما قدمناه إلى أن لتحقق 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 (١).

= شرط الإلغاء، فيما يختص بالأعمال التي أجزاها ذلك الذي تلغى حقوقه بتحقق الشرط، ما خلا الحقوق المكتسبة شرعاً لشخص ثالث حسن النية.
م ٩٩: إذا تحقق شرط الإلغاء فإن الأعمال التي أجزاها الدائن في خلال ذلك تصبح لغواً، ما عدا أعمال الإدارة فإنها تبقى ثابتة على كل حال.

(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 يتمشى مع أحكام القانون المدني الفرنسي إلا في التيب والهالك الجزئي).

(١) لم يكن القانون الروماني في عهده المدرسي يجعل للشرط أثراً رجعياً في كل الصور. فقد كان الأثر الرجعي لتحقق الشرط الواقف مختلفاً فيه بين الفقهاء المدرسين، ولم يكن لتحقق الشرط الفاسخ في هذا العهد المدرسي أثر رجعي. وإنما جعل لتحقيق الشرط أثر رجعي في جميع الصور في عهد جوستينيان (جيزار 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 ٢٨٦ - 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 كايبتان ٣ ص ٢٤٢ وما بعدها.

(١) أ- إن استناد أثر الشرط إلى الماضي على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدني إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه أما قبله فلا، لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر.

وعلى هذا لا محل لتطبيق المادة ١٠٥ المذكورة في غير باب التمهيدات والعقود وبصفة خاصة لا محل لتطبيقها على ما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى إرادة الشارع، كشرط التسجيل لنقل الملكية لأن هذا النوع من الشرط باق على أصله فلا انسحاب لأثره على الماضي.

(الظمن ١٢٨ لسنة ١٥ق- جلسة ١٩٤٦/١١/٢١)

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

فمن الفقهاء من يذهب إلى أن الأثر الرجعي لتحقق الشرط ليس إلا مجرد افتراض وهمي (fiction) من جانب المشرع، الغرض منه تفسير بعض 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 لتحقق 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 لتحقق 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 بمنشئ 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 الشرط أثراً رجعياً، فلا يجوز أن يفسر هو نفسه هذا الأثر الرجعي (٣).

ويذهب كولان وكايبتان إلى أن الأثر الرجعي للشرط ليس إلا تطبيقاً للمبدأ القاضي بأن

= متى كان البيع معلقاً على شرط واقف هو رسو مزاد الاطيان الواردة به على البائع في جلسة المزادة أمام المحكمة وكان هذا الشرط قد تخلف برسو المزاد في تلك الجلسة على الطاعن (المشتري) دون البائع فإنه يترتب على ذلك عدم انعقاد البيع واعتباره كأن لم يكن، ولا يعيده إلى الوجود اجازة ضاحب المصلحة في التمسك بانعدامه ما دام أنه لم ينعقد أصلاً من البداية نتيجة لأعمال الأثر الرجعي لتخلف الشرط الواقف ومن ثم فاستلام الطاعن للأطيان محل النزاع وأقراره بشرائها وسداده أغلب ثمنها وتصرفه بالبائع في جزء منها كل ذلك ليس من شأنه أن يعيد إلى العقد وجوده.
(جلسة ١٩٦٢/١/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٤٩).

(١) أوبري ورو وبارتان ٤ 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 ٤ م ١١٧٩ فقرة ٥٥٨.

(٣) ويذهب إهرنج إلى أن القانون الروماني كان يقول بالأثر الرجعي، ويفسر ذلك باعتبارات عملية، وبأن الحق قد وجدت بذرتة منذ البداية كالجنين، وإن كان المنطق يقضي بالألا يكون هناك أثر رجعي، وأنه يجب التريص حتى يولد الحق (إهرنج في روح القانون الروماني ٤ ص ١٦٧).

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 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 يمنعه من أن ينقل ما يملك. وهو يملك حقاً معلقاً على شرط فاسخ، فيستطيع أن ينقله، حتى إذا ما تحقق الشرط لم ينتج أثره إلا من وقت تحققه لا منذ البداية. فالمبدأ القاضى بأن فاقد الشيء لا يعطيه لا يقتضى حتماً الأخذ بمبدأ الأثر الرجعي لتحقيق الشرط^(٢).

وقد ذهب بعض رجال الفقه الحديث إلى إنكار الأثر الرجعي للشرط، إذ يروونه مجافياً 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

(١) كولان وكايتان 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 وكايتان ٢ فقرة ٦٥٩). والفقيهان يعلنان الوضع بذلك، فإن الأصل هو الأثر الرجعي والعكس هو الاستثناء.

(٢) أنظر في هذا المعنى بلانبول وريبير وروان ٧ فقرة ١٠٣٧ ص ٢٨٩ - ص ٣٩٠.

(٣) كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٥٩ - بلانبول وريبير وبولانجيه 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 ونشاید (Winscheid)، إذ ذهبوا إلى أن الأثر الرجعي في نظرية الشرط يزيد يعيق الباحث (جبرار 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 التخلف لا قبل ذلك، لأن تحقق الشرط أو تخلفه هو العلة لهذا الأثر والمعلول لا يسبق العلة. ويدعم المذهب هذه الحجة المنطقية باعتبار تاريخية وعملية. فمن 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 بوتيه إلا (بالحالتين) يفسرهما بالأثر الرجعي. وقد نقل قانون نابليون نظرية الأثر الرجعي للشرط عن بوتيه، 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 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 موقوف ينتقل إلى الورثة لأن له وجوداً احتمالياً كما قدمنا، فينتقل بحالته هذه من المورث إلى الورث، ولا حاجة في =

الحديثة فعلاً إلى إنكار أن يكون لتحقيق الشرط أثر رجعي، كما فعل التقنين الألماني وتقنين الالتزامات السويسري^(١). ولم يستبق الأثر الرجعي إلا التقنينات اللاتينية، وقد سار على

= تفسير هذا الحكم إلى القول بالأثر الرجعي. (٢) والرهن الذي يضمن حقاً معلقاً على شرط موقوف يعتبر تاريخه من وقت الاتفاق على الرهن لا من وقت تحقق الشرط، لأن الحق كان له وجود احتمالي 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 موقوف 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 موقوف، 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 عندما استرد لم يكن هناك مترتب في ذمته يمنع من الاسترداد. ونظرية الأثر الرجعي ليست صحيحة بالنسبة للنتائج الآتية: (١) إذا كان الحق المعلق على شرط موقوف 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 ظهر 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 مالكاً للعقار المشفوع فيه. (٤) إذا كان الحق معلقاً على شرط موقوف، فلا يسرى 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 لا تقل 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 الأخرى (الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٠).

(١) انظر المواد ١٥٨ و ١٦٩ و ١٦١ من التقنين المدني الألماني. وهذه النصوص تقضى بأن الشرط، واقفاً كان أو فاسخاً، ليس لتحقيقه أثر رجعي، إلا إذا اتفق الطرفان على أن يكون لتحقيقه هذا الأثر في العلاقة فيما بينهما. والحقوق العينية التي تصدر، أثناء تعلق الشرط، من ناقل الملكية تحت شرط واقف أو من متلقيها تحت شرط فاسخ، تسقط بتحقيق الشرط، ولكن هذا لا يعني إطلاقاً أن لتحقيق الشرط أثراً رجعياً، فإن هذه الحقوق إنما تسقط من وقت تحقق الشرط، فلا يزيد أثر تحقيق الشرط هنا عن أثر حلول الأجل الفاسخ (بودري وبارد ٢ ص ٤١ - ص ٤٢).

نهجها التقنين المصري، القديم^(١) والجديد.

والصحيح في نظرنا أن فكرة الأثر الرجعي لتحقيق الشرط تستجيب في أكثر الأحوال لظروف التعاقد ولنية المحتملة للمتعاقدين. ذلك أن المتعاقدين لا يعرفان وقت التعاقد إن كان الشرط يتحقق أو لا يتحقق، ولو أنهما كانا يعرفان ذلك لما علقا العقد على الشرط ولجعلاه عقداً بسيطاً منجزاً^(٢). فيمكن إذن في 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 الرجعي من النظام العام فلا تجوز مخالفته، بل جعل للمتعاقدين الحق في أن يفصحا عن نيتهما، فإن كانا لا يريدان أن يجعلوا للشرط أثراً رجعياً فليس عليهما إلا أن يبينا ما أرادا، وعند ذلك لا يكون لتحقيق الشرط أثر رجعي، لأن النية الحقيقية للمتعاقدين قد تعارضت مع النية المحتملة، ولاشك في أن الأولى تنسخ الثانية. وليس على المتعاقدين ضمير من الأثر الرجعي ما دام يقصدان هذا الأثر، ولا على الغير ضمير من ذلك أيضاً ما دامت قواعد الشهر تحمي الغير من المفاجآت^(٣). ويستطيع المشرع أن يفرض أن أرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى الأثر الرجعي إلا إذا ظهر العكس، كما فعل التقنينات الفرنسية والمصرية. كما يستطيع أن يفرض أنهما أرادا الأثر الفوري إلا إذا ظهر العكس، كما فعل التقنينات الألمانية والسويسرية. والفروق العملية ما بين الطريقتين فروق محدودة، فكل طريقة تقرر أصلاً ثم تستثنى منه، وتكادان تتفقان على حدود الأصل والاستثناء. ولكن الأفضل التمشي مع النية المحتملة للمتعاقدين، وجعل الأصل هو الأثر الرجعي لتحقيق الشرط. لذلك نرى أن التقنين المدني الجديد لم يخطئ في استبقائه لمبدأ

= وأنظر المادتين ١٧١ و ١٧٤ فقرة ثانية من تقنين الالتزامات السويسرية وهما تنفيان الأثر الرجعي لتحقيق الشرط إلا إذا اتفق المتعاقدان على غير ذلك.

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

(٢) وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا المعنى: «وأنتصار هذا المذهب يدافعون عنه بأنه يترجم بأمانة عن النية الحقيقية للمتعاقدين، فإن هذين لو علما وقت الاتفاق هل يتحقق الشرط أو يتخلف لبنيا تعاقدتهما على هذا الحساب منذ الاتفاق. فإذا كان قد جهلا الغيب، ولم يعلمتا بتحقيق الشرط أو بتخلفه وقت الاتفاق، فليس هذا الجهل الاضطراري يمانع من أنهما يريدان إرجاع أثر الشرط إلى وقت الاتفاق، وقد كان يفعلان ذلك لو أنهما استطاعا أن يتبينتا مال الشرط منذ ذلك الوقت» (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٩ ص ٤٨٧ وهامش رقم ١).

(٣) انظر بيدان ولاجارو ٨ فقرة ٧٤١ - جوسران ٢ فقرة ٤٧٢ - فقرة ٧٤٣ - أنسيكلويدى داللوزا لفظ (Condition) جان دي جارو دي ميشيني (Jean de Garreau de la Méchenie) فقرة ٥٥ - وانظر المادة ١١٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي - وقارن كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩ ص ٤٥٠ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٨٩.

الأثر الرجعي على غرار التقنينات اللاتينية، مع تقييد هذا الأصل باستثناءات تقتضيها حاجات التعامل^(١). وهذا ما نتقل الآن إلى بيانه.

٤٣ - ما يترتب من النتائج على الأثر الرجعي لتحقيق 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^(٢). 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^(٣)(١)، ويترتب على ذلك أنه يعتبر مالكا للعين وقت أن باعها

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩ - ص ٢٠) في هذا الصدد ما يأتي: «ولم يحذ المشروع في هذا الشأن عما جرت عليه التقاليد اللاتينية، بل جعل الأصل في أثر الشرط أن يستند أو ينعطف إلى الماضي فيما عدا استثناءات معينة. فالقاعدة العامة هي انسحاب أثر تحقق الشرط الموقوف 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. ويتفرع على فكرة استناد أثر الشرط أن الدائن بالتزام معلق على شرط موقوف 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 الألماني والتقنين السويسري قد أعرضا عن فكرة استناد أثر الشرط وشابعتها في ذلك تقنينات كثيرة، فمن المحقق أن هذه التقنينات جميعاً لم تمض في هذا السبيل إلى القصي من غاياته. فهي تخفف من آثار عدم الاستناد إلى حد بعيد بمقتضى طائفة من التصرفات الخاصة (أنظر المواد ١٥٩ - ١٦١ من التقنين الألماني). والحق أن شقة الخلاف بين المذهب اللاتيني 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 أن يكون خلافاً في التصوير لا أكثر. فالمذهب اللاتيني يجعل من استناد أثر الشرط قاعدة عامة ويجيز مع ذلك الاتفاق على عكسها، بينما يجعل المذهب الجرمانى من عدم استناد هذا الأثر قاعدة عامة مع إباحة الخروج عليها».

(١) قائمة مزاد استبدال الأموال الموقوفة هي عقد بيع معلق على شرط واقف، هو اجازة الاستبدال من المحكمة الشرعية وصدور صيغته منها، وأنه يتحقق هذا الشرط يكون البيع نافذاً من وقت رسو المزاد ومؤدى ذلك أن قرار الموافقة على الاستبدال وصيغته لا يخرجان عن كونها اجازة للعقد بشروطه السابق الاتفاق عليها بين الطرفين على أساس من قائمة مزاد الاستبدال.

(جلسة ١٩٧٤/١٢/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ١٤١٣)

(٢) استئناف أهلى أول ديسمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٢٦ - بنى سويف ١٣ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص ٣٥.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن ما تضمنته قائمة مزاد استبدال الأبطال الموقوفة من أن من يرسو =

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^(١). وعكس ذلك هو الذي يترتب على الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الفاسخ. فلو أن مالكاً تحت شرط فاسخ تصرف في العين ببيع أو برهن، ثم تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعي فاعتبر أنه لم يكن مالكاً منذ البداية، فإن البيع الذي 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، في حالة المنقول، يخفف من حدته قاعدة أخرى هي القاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية. فلو كان المبيع أو المرهون منقولاً، وكان البائع أو الراهن مالكاً تحت شرط فاسخ، ثم تحقق الشرط بأثر رجعي، فزالت عن المالك الملكية منذ البداية، فإن المشتري أو الدائن المرتهن، وإن اعتبر أنه تعامل مع غير مالك فلا ينتقل إليه الحق بالعقد، ينتفع من جهة أخرى بقاعدة الحيازة في 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، فإن الأثر الرجعي لتحقيقه يجعل المشتري مالكاً منذ البيع لا منذ تحقق الشرط، فإن كان الدائن المرتهن الذي نزع

= عليه المزداد لا يستحق في البيع 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 الراسي عليه المزداد ملزم باحترام عقود التأجيل 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 المزداد لا من وقت توقيع الصيغة الشرعية (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٩ ص ٢٠٤).

(١) 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 البيع الثاني منه. وقد ذهب أوبري ورو إلى أن الشرط إرادي، فلا يجوز أن يكون له أثر رجعي بالنسبة إلى المشتري الثاني (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٩ وهامش رقم ٦٦ - انظر أيضاً: تولىيه ٦ فقرة ٥٤٦ - ترولوخ في الرهن الرسمية ٢ فقرة ٤٧٤). ولكن بودري 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 رجعي حتى بالنسبة إلى الغير، فيعتبر المشتري الثاني قد اشترى من غير مالك، وتكون ملكية الدار للمشتري الأول (بودري وبارد ٢ فقرة ٨٢٥ - وانظر أيضاً: لا رومبيير ٢ م ١١٧٩ فقرة ٢٥ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٨٦ - فقرة ٣٨٧ - لوران ١٧ فقرة ٨٦ - هيك ٧ فقرة ٢٥٦).

الملكية لم يقيد حقه إلا بعد تسجيل البيع، فإن نزع الملكية لا ينفذ في حق المشتري. أما إذا كان الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع، فإنه يكون نافذاً في حق المشتري، فينفذ في حقه أيضاً نزع الملكية^(١).

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^(٢).

(٣) إذا كان المدين تحت شرط واقف قد اعتقد خطأ أن الشرط قد تحقق فوفى بالدين، 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^(٣).

وعكس ذلك هو الذي يترتب على الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الفاسخ. فلو أن المدين أدى للدائن تحت شرط فاسخ حقه، فإنه يكون مؤدياً لدين 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 ضماناً لدينه، وقيد الرهن قبل تحقق الشرط، فإن مرتبة الرهن تكون من يوم قيده لا من يوم تحقق الشرط، إذ يعتبر الدين موجوداً وقت قيد الرهن بفضل الأثر الرجعي لتحقيق الشرط^(٤).

(١) بودري 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 في الوقت ذاته تحت شرط فاسخ - يعتبر بالنسبة إلى الرهن حائزاً للعقار المرهون. فإذا طهره 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 رومبيير ٢ م ١١٨١ فقرة ٧ - لوران ١٧ فقرة ٩٤ - بودري وبارد ٢ فقرة ٨١٩ ص ٤٦ هامش رقم ٢).

(٢) 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).

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٧١ - جوسران ٢ فقرة ٧٤٢.

(٤) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٧٠ - وجاء في الموجز للمؤلف: «فلو أن مديناً رتب على =

(٥) يعتبر عقد التأمين على الحياة عادة معلقاً على شرط واقف هو دفع القسط الأول من التأمين، فإذا 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 (١).

(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 (٢).

٤٤ - الاستثناءات من مبدأ الأثر الرجعي لتحقيق الشرط: هذه الاستثناءات ذكرتها النصوص صراحة، وهي أربعة (٣):

(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

=عقاره رهنأ يضمن التزاماً في ذمته معلقاً على شرط واقف وقبل تحقق الشرط رتب على نفس العقار رهنأ آخر يضمن التزاماً في ذمته 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 بودري 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 (بودري 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.

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ٨١٣.

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٥.

(٣) 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 شرطاً يعلق عليه حكماً من الأحكام، فذلك لا يعتبر شرطاً 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 عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٦٥).

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 (١). ومن أعمال الإدارة كما رأينا، الإيجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، وقبض الأجرة وقبض المحصولات والثمار (٢)، وبيعها، وقيد الرهن، وتجديد القيد، وقسمة العين الشائعة، وتطهير العقار المرهون (٣).

(٢) ثم أن المادة ٢٧٠ مدني أوردت، كما رأينا، ثلاثة استثناءات أخرى من مبدأ الأثر الرجعي لتحقيق الشرط: (أ) إذا تبين من إرادة المتعاقدين أنهما استبعدا الأثر الرجعي. (ب) إذا كانت طبيعة العقد تستعصي على الأثر الرجعي. (ج) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبي قبل تحقق الشرط.

أما أن إرادة المتعاقدين قد تستبعد الأثر الرجعي، فهذا هو الذي يتفق مع الأساس الصحيح الذي يقوم عليه الأثر الرجعي فيما قدمناه. فقد أسلفنا أن الأثر الرجعي إنما يقوم على نية المتعاقدين المحتملة، فإذا تعارضت هذه النية مع النية الحقيقية، فلا شك في أن النية الحقيقية هي التي يعمل بها. ومن ثم يكون للمتعاقدين أن يستبعدا، صراحة أو ضمناً، كل أثر رجعي للشرط. على أنه يجب التشدد في استخلاص النية الضمنية للمتعاقدين في استبعاد الأثر الرجعي، فإن القانون صرف نيتهما المحتملة إلى استبقاء هذا الأثر، ولا بد من قيام دليل واضح على أنهما قصد العكس (٤).

(٣) وأما ما يرجع إلى طبيعة العقد فأهم تطبيق لذلك هو العقد الزمني. ففي عقد الإيجار أو عقد العمل أو عقد التوريد إذا كان العقد معلقاً على شرط فاسخ، وبقي منفذاً مدة من الزمن ثم تحقق الشرط، فإن طبيعة الأشياء هنا تستعصي على الأثر الرجعي، إذ لا يمكن الرجوع في الزمن، وما تم من العقد يبقى، ولا يفسخ العقد إلا عن المستقبل (٥).

(١) انظر أنفا فقرة ٤٠.

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٤٠٠ وما بعدها - بودري، وبارد ٢ فقرة ٨٢٤ - انظر عكس ذلك: تولييه 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 دفع أقساط التأمين يعتبر من أعمال الإدارة (بيدان ولاجارد ٨ ص ٥٤٤ هامش رقم ١).

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

(٤) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٤.

(٥) انظر في العقد الزمني الوسيط جزء أول فقرة ٦٥ - فقرة ٦٦ - وانظر بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٤٧. وما تستعصي طبيعته على الأثر الرجعي أن يتعاقد شخص مع آخر على أنه إذا باشر الأول عملاً معيناً =

الفصل الثاني

الأجل*

(Le terme)

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

أمرين:

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

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

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

(٤) وأما ما يرجع إلى صيرورة تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبي قبل تحقق الشرط، فنميز بين ما إذا كان الشرط واقفاً أو فاسخاً. فان كان واقفاً، كما لو كان المالك لعين معينة قد باعها تحت شرط واقف وهلكت العين 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، فان 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 المباعة وهلكت في يده لسبب أجنبي، ثم تحقق الشرط الفاسخ، فان مقتضى الأثر الرجعي أن العين تعتبر عند هلاكها مملوكة للبائع فتهلك عليه، ولكن النص صريح في وجوب استبعاد الأثر الرجعي في هذه الحالة، وتهلك العين على المشتري لا على البائع.

= استخدم فيه الثاني، ويأشر الواعد هذا العمل المعين. فيستخدم الموعد له، ولكن منذ القيام بالعمل، لأن طبيعة التعاقد تستعصي على الأثر الرجعي. كذلك إذا وقف الدائن إجراءات التنفيذ تحت شرط فاسخ هو تأخر المدين في دفع أحد أقساط الدين، فإن تحقق الشرط الفاسخ، وتأخر المدين في دفع قسط، لا يكون له أثر رجعي بالنسبة إلى الزمن الذي وقفت فيه إجراءات التنفيذ. فإن الزمن هنا، كما في العقد الزمني، إذا مضى لا يعود (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١). والالتزام المعلق على شرط واقف لا يسرى في حقه التقادم إلا منذ تحقق الشرط، خلافاً لمبدأ الأثر الرجعي، ومطابوعة لطبائع الأشياء.

(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 الحي حجازي 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 التقنين المدني الفرنسي، وانظر أيضاً بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٤٤ - فقرة ٧٤٥.

(* مراجع: بنكاز (Bonnetcase) ٢ فقرة ٦٢٠ وما بعدها - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ - بودري وبارد ٢ فقرة ٩٦٨ وما بعدها - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٨ وما بعدها - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٩٨ وما بعدها - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٩١ وما بعدها - كولان وكابيتان ودي لاموراندبير 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 - دغو (Devcau) نظرة الميسرة في التقنين المدني والتشريعات المعاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - بتزييه (Ponsier) نظرة الميسرة رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٧ - كاريه سيرات (Carré Serat) تأجيل الديون (moratoires) ونظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - رولان تكسييه (Roland Texier) نظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - لورانس (Lorans) نظرة الميسرة ونسوية الديون رسالة من يوردو سنة ١٩٤٠ - داتري (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 محتملاً، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع

فيه.

وتنص المادة ٢٧٢ على ما يأتي:

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

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 و٢٩٧، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١٠٠^(٢).

(١) تاريخ النصوص:

م ٢٧١: ورد هذا النص في المادة ٣٩٢ من المشروع التمهيدي 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢- ص ٢٣ و ص ٢٥ - ص ٢٦).

م ٢٧٢: ورد هذا النص في المادة ٣٩٥ من المشروع التمهيدي 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦ و ص ٢٨).

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

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

ويستخلص من هذه النصوص أن الأجل الذي يقترن به الالتزام هو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه. فمقومات 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 أن يكون الاجل أمراً مستقبلاً: الأجل كالشرط يجب أن يكون أمراً مستقبلاً. وهو، كما يدل عليه اسمه، ميعاد يضرب لنفاذ الالتزام أو لانقضائه (١). ويكون عادة

= 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 تنجز 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 يؤكد 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 يعين أجل كان المقترض ملزماً بالرد عند أي طلب يأتيه من المقرض. وإذا اتفق الطرفان على أن المقترض لا يوفى إلا عند تمكنه من الإيفاء وحين تتسنى له الوسائل، فللمقرض عندئذ أن يطلب من القاضى تعيين موعد للإيفاء». ويمكن تعميم حكم هذه المادة على الالتزامات الأخرى الناشئة عن غير عقد القرض، إذ النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، فيكون حكم التقنين اللبناني متفقاً مع حكم التقنين المصري في هذه المسألة).

(١) إذا كان المدلول الظاهر للإلتفاق المبرم بين الطرفين هو إلتزام الطاعن باستغلال سينما لحساب المطعون عليه إلى أن يجد هو أو المطعون عليه خلال أجل محدد مستقلاً لها وعندئذ يتعهد الطاعن بدفع نصف الإيجار الذي يقدمه المستغل الجديد فإن مؤدى ذلك أن هذا الإلتزام مقيد بشرط وجود هذا المستغل خلال الأجل المتفق عليه بحيث ينتهي بانقضاء ذلك الأجل، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه =

تاريخاً معيناً يختار في التقويم. فإذا تعهد المقترض 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 المقترض بوفاء القرض والتزام المشتري بدفع الثمن والتزام المقاول بتسليم العمل مقترن بأجل أو بأجال يترتب على حلولها نفاذ الالتزام.

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

٤٨- لا يجوز أن يكون الأجل أمراً ماضياً أو حاضراً: والأجل، كالشرط أيضاً، لا يجوز أن يكون أمراً ماضياً أو حاضراً، وإلا فهو ليس بأجل، حتى لو كان طرفاً للالتزام بجهلان وقت التعامل أن الأجل الذي يضربانه للمستقبل هو أجل قد حل. فلو أن شخصاً ضرب أجلاً لنفاذ التزامه قدوم أول قافلة من الحجيج، وكان يجهل أن القافلة قد قدمت فعلاً قبل أن يلتزم، أو هي آخذة في القدوم وهو يلتزم، فإن 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، فإن الالتزام ينشأ في هذه الحالة منجزاً حال الأداء^(٢).

٢- أمر محقق الوقوع

٤٩- يجب أن يكون 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 كارثة تبيد الأرض ومن عليها فلا يأتي ذلك اليوم الموعود.

وكون الأجل أمراً محقق الوقوع هو الفرق الجوهرى ما بين الأجل والشرط، وهو الفرق الذى تتفرع 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

قد أسس قضاءه بالزام الطاعن بنصف الإيجار المدة التالية لانتهاؤ الأجل استناداً إلى عقد الاتفاق سالف الذكر يكون قد انحرف في تفسير الاتفاق عن المعنى الظاهر له ومسخه مما يستوجب نقضه.

(الطعن ٦٥٣ لسنة ٢٥ق - جلسة ١٩٦١/٥/٤ من ١٢ ص ٤٤٤)

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

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٣.

رجعى. أما الأجل فأمر محقق الوقوع، فالحق المقترن بأجل حق موجود كامل، وليس للأجل أثر رجعى^(١).

٥٠- يصح أن يكون ميعاد حلول الأجل مجهولاً: على أنه إذا كان ضرورياً أن يكون الأجل محقق الوقوع، فليس من الضروري أن يكون ميعاد وقوعه معلوماً. فقد يكون هذا الميعاد مجهولاً، ومع ذلك يبقى الأجل محقق الوقوع، فيكون أجلاً لا شرطاً. وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٧١ مدني فهي تقول: «ويعتبر الأجل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتملاً ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه». ويسمى الأجل في هذه الحالة أجلاً 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 يدري أحد متى يأتي^(١)، ومن ثم كان أجلاً 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 المقترض أن يرد مبلغ القرض عند موته، فيؤخذ من تركته، جاز ذلك، وكان التزامه برد القرض مقترناً بأجل واقف غير معين هو الموت. ولا يعتبر هذا تعاملاً في تركة مستقبلية فإن المقترض قد التزم في الحال وفي ماله الحاضر، وإنما ضرب أجلاً لتنفيذ التزامه هو موته، والموت كما قدمنا أجل غير معين^(٢).

ويمكن تصور أمثلة أخرى غير الموت للأجل غير المعين. فهناك أمور محقق وقوعها في 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 وعلق التزامه على رجوع الدائن من الحج، فهذا شرط لا أجل، إذ أن رجوع حاج بالذات من الحج أمر غير محقق الوقوع، فقد يموت في الطريق.

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤.

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

(١) الموت وإن كان لا يدري أحد متى يأتي إلا أنه محقق الوقوع ومن ثم كان أجلاً غير معين وهو ما عنته الفقرة الثانية من المادة ٢٧١ من القانون المدنى بما جرى به نصها من أنه «ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتملاً، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه».

(الطعن رقم ١٩٠٤ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٢٧)

كذلك إذا التزم أحد الموردین 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 في المعتاد من شؤون الحياة، ولكن مواعده غير معلوم على وجه التحقيق.

والالتزام 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).

والالتزام 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.

والفرق بين الشرط والأجل غير المعين واضح، فالشرط أمر غير محقق الوقوع،

(١) وقد يكون الأجل غير المعين موكولاً بتعيينه إلى إرادة الدائن، كما إذا اتفق على حلول الدين بعد إخطار الدائن المدين بثلاثة أشهر أو سنة 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 ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٥). وكذلك الحال في السندات الواجبة الدفع عند التقديم (à vue) (قارن بيدان ولا جارد ٨ فقرة 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 ميعاد التغطية أو لم يعين، ولا يحل الأجل إلا عند الدعوة إلى التغطية (استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٥٢). والالتزام برصيد الحساب الجاري هو التزام مقترن بأجل غير معين، إذ أن الرصيد يحل أجله متى أبدى الدائن للرصيد رغبته في اقفال 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 ١٦٦-١٦٧ 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 ينعي 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 معدوماً. 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 يمكن تسميته بالأجل التعجيلي، لأن الغرض منه تعجيل تنفيذ الالتزام وليس تأجيله (انظر الأستاذ عبد الحى حجازي في عقد المدة ص ١٧ - ص ١٨).

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.

فإذا التزم شخص إلى أجل، فإن التزامه يكون قد استوفى جميع عناصره الجوهرية، من رابطة ومحل وسبب. قبل أن يضاف إليه الأجل. ثم يأتي الأجل بعد ذلك يقترن به، ويعدل 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 متراخياً النفاذ إلى وقت معين (١)، وإما بأن يجعل الالتزام محدود البقاء غير دائم الأثر.

(١) وقد أورد الأستاذان كولان وكايتان مثلاً لأجل غير معين يشته بالشرط: يهب رجل امرأة أو يوصي لها بإيراد مرتب إلى اليوم الذي 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 وكيف الوصف، عند الشك، بأنه أجل غير معين تصحيحاً للتصرف (كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٦٧).

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاق الذي يؤخر حلول الدين إلى وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين يعتبر اتفاقاً على أجل غير معين لا على شرط إرادي 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 قطنه عند أحد المصارف في نظير مبلغ معجل من المال، على أن يبيع المصرف القطن في الميعاد الذي يعينه المدين، لم يجز للمدين أن يسرف في تأجيل ميعاد البيع، بل يجب أن يعين للبيع ميعاداً معقولاً (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤). وإذا وضع مهندس معماري تصميماً لبناء، وعين وقت البدء في هذا البناء ميعاداً لدفع باقي أتعابه، فإن هذا يعتبر أجلاً غير معين ويحل هذا الأجل إذا بيعت الأرض التي كان مقدرًا للبناء أن يشيد عليها، إذ أن بيع الأرض يتضمن حتماً العدول من هذا البناء، ومن ثم يحل ميعاد دفع باقي الأتعاب (استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩).

(١) الاتفاق على مشاركة الطاعن والمطعون عليه الثاني للمطعون عليه الأول في الصفقة محل عقد بيع آخر. بشرط قيام هذا الأخير ببيع عقار التداوي بعد تفويضها له في ذلك واشتمال صحيفة الدعوى المبتدأة على دعوى الطاعن لمدينة للقيام ببيع هذا العقار خلال شهر. تكييف محكمة الموضوع هذا الاتفاق أنه التزام لأجل غير معين ورفض الدعوى على قالة أن هذا الالتزام لا يخول =

٥٢- الاجل 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، أي إلى الشيء الذي ينتجه العمل، كان حقيقة مكانية، ولكن إذا نظر إليه في ذاته فلا يمكن تصوّره 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 المحل 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. فمحل 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 في كل 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^(٢)».

= الدائن التنفيذ الجبري ضد مدينه دون بحث أثر الانذار في تعجيل الأجل أو تعيين أجل معقول للمدين لتنفيذه إذا قدرت عدم كفاية الأجل الذي حدده الطاعن. خطأ.

(جلسة ١٩٩٦/١١/٢٤ الطعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٥٨ق)

(١) فقرة ٦٥.

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

وقد درج الفقه على اعتبار هذه العقود الزمنية عقوداً مقترنة بأجال فاسخة. ولكننا إذا طبقنا القاعدة التي تقضي 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^(١)، وقد سبق ذكر ذلك عند الكلام في الشرط.

وأية 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 التقنين 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 ثالثاً 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 تقضي به المادة ١٩٧٤ من التقنين المدني الفرنسي، فهي تنص على أن «كل إيراد رتب مدى الحياة لمصلحة شخص يكون قد مات وقت العقد لا يكون له أي أثر^(٢)». بل تضيف المادة ١٩٧٥ من نفس التقنين ما يأتي: «وكذلك يكون الحكم إذا رتب العقد إيراداً لمصلحة شخص أصيب بمرض مات بسببه في خلال عشرين يوماً من وقت العقد^(٣)».

ويترتب على ما تقدم أن الآجال الفاسخة - والأجل الفاسخ يكون عادة في عقد زمني - 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 في الأجل الفاسخ.

(١) الأستاذ عبد الحي حجازي في عقد المدة ص ١١٢. وانظر فيما إذا كان التزام المستأجر بدفع الأجرة على أقساط يعتبر التزاماً زمنياً أو هو التزام مقترن بأجل واقف أو آجال واقفة: الأستاذ عبد الحي حجازي في عقد المدة ص ١١٧ - ١٢٢.

(٢) وهذا هو النص في أصله الفرنسي: Tout contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet.

(٣) وهذا هو النص في أصله الفرنسي: 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.

المبحث الثاني نوعاً الأجل ١- الأجل الواقف (Terme suspensif)

٥٣- ما هو الاجل الواقف: رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٧١ مدني 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 (١) (١).

والأمثلة على الأجل الواقف كثيرة (٢). فالمقتضى يقترن التزامه برد القرض إلى المقرض

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

(١) أ- مفاد نص المادة ٢٧١ من القانون المدني أن الحق المقترن بأجل حق كامل الوجود، وإنما يكون نفاذه مترتباً على حلول الأجل.

(الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٣٣ق - جلسة ١٩٦٨/٢/٢٧ ص ١٩ ص ٣٧٦)

ب- النص في المادة ٢٧١ من القانون المدني على أن «١- يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه، مؤداً أن الحق المقترن بأجل حق كامل الوجود وإنما يكون نفاذه مترتباً على حلول الأجل. فإذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام إلى وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين فإن ذلك يعد اتفاقاً على أجل غير معين، للدائن الحق في أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكل لإرادته أو يطلب من القاضى أن يحدد أجلاً معقولاً للقيام بهذا العمل، فإذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام إلى هذا الوقت المعلوم المحدد له من الدائن، أو الذي منحه القاضى له، أصبح الأجل معيناً بانتهاء هذا الوقت، ويصير الالتزام نافذاً، ويتعين على المدين تنفيذه إذا ما أعذرته الدائن. ويكون لهذا الأخير اجباره على القيام بما التزم به».

(الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٣٣ق - جلسة ١٩٦٨/٢/٢٧ ص ١٩ ع ٣٧٦)

(الطعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٦٦/١١/٢٤)

(وذات المعنى في الطعن رقم ٧٥٤٠ لسنة ٦٣ق - جلسة ٢٠٠٢/٣/٢٤)

(٢) أ- إذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام إلى وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين فإن ذلك يعد اتفاقاً على أجل غير معين، للدائن الحق في أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكل لإرادته أو يطلب من القاضى أن يحدد أجلاً معقولاً للقيام بهذا العمل.

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٧ الطعن ٣٢٢ لسنة ٣٣ق مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٣٧٦)

ب- مؤدى المادة ٢٧١ من القانون المدني أن الحق المقترن بأجل حق كامل الوجود وإنما يكون نفاذه مترتباً على حلول الأجل، فإذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام إلى وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين =

بأجل واقف. وكل من المستأجر والمستعير والمودع عنده يقترن بالتزامه برد العين المؤجرة أو المعارة أو المودعة بأجل واقف، غير أن الأجل في الوديعة لمصلحة الدائن وهو في العارية لمصلحة المدين وفي الإيجار لمصلحة الاثني 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 بأجل واقفة متعاقبة. وكذلك إذا تعهد المقاول أن يسلم ما تعهد بعمله إلى رب العمل في وقت معين، كان التزامه هذا مقترناً بأجل واقف. وقد سبقت الإشارة إلى كل ذلك.

٥٤- التزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المقدرة التزام مقترن بأجل واقف: رأينا أن المادة ٢٧٢ مدني تنص على أنه «إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضى ميعة ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعيماً 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 الميسرة أو المقدرة، وعند ذلك يصبح الوفاء بدينه معلقاً على شرط واقف. وهو أمر غير محقق الوقوع، فإذا أيسر وتحققت مقدرته على الوفاء، تحقق الشرط ووجب أن يفى بالدين. أما إذا لم يوسر ولم تتحقق مقدرته على الوفاء طول حياته، فقد تخلف الشرط وسقط عنه الالتزام بالوفاء (٣). 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 يفى بدينه على كل

= فإن ذلك يعد اتفاقاً على أجل غير معين، للدائن الحق في أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكل لإرادته أو يطلب من القاضى أن يحدد أجلاً معقولاً للقيام بهذا العمل، فإذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام إلى هذا الوقت المعلوم المحدد له من الدائن، أو الذي منحه القاضى له، أصبح الأجل معيناً بانتهاء هذا الوقت، ويصير الالتزام نافذاً، ويتعين على المدين تنفيذه إذا ما أعذرته الدائن، ويكون لهذا الأخير اجباره على القيام بما التزم به.

(جلسة ١٩٩٦/١١/٢٤ الطعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٥٩ق)

(١) وهذا مع ملاحظة أن الرهن ينقضى، 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 لاستصاء طبيعة التعامل على هذا الأثر.

(٢) وهذا النص مأخوذ من المادة ١٩٣ من تقنين الالتزامات البولوني. أنظر 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 الإيطالي. وانظر بلاتينول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٩، والمذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧.

(٢) أنظر في هذا المعنى محكمة الاسكندرية الوطنية ٥ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٢ ص ١٠٦٣ - شبين الكوم في ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٤٤ ص ٩٠٥.

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 الوفاء أو أراد تعليق الوفاء على شرط، فالمفروض أنه قصد الأجل لا الشرط، لأن العقد يقسر عند الغموض بما يعطيه الأثر الأقوى^(١). 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 يتلمس من ظروف القضية وملاساتها موعداً يحدده، هو الموعد الذي يقدر فيه أن المدين أصبح موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه^(٢).

وقد أمدته المادة ٢٧٢ مدني ببعض عناصر التقدير، فذكرت من بين هذه العناصر: (١) موارد المدين الحالية، أما ما عند المدين من مال موجود فعلاً وقت النظر في الدعوى. (٢) موارد المدين المستقبلية، أي ما يتوقع القاضي أن يكون عند المدين من مال في المستقبل، فإن كان له إيراد يكسبه من عمل أو وظيفه أو مهنة، قدر القاضي هذا الإيراد في المستقبل مسترشداً بالماضي. (٣) أن يقتضي من المدين عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه، وهذا عنصر معنوي بخلاف العنصرين المتقدمين فهما من العناصر المادية. وهو بالرغم من أنه معنوي عنصر موضوعي لا ذاتي، فالقاضي لا يقتضي 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^(٢). فإذا عجز القاضي، في أي وقت من حياة المدين، عن تحديد موعد الوفاء بتعيين

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٥٧٧ - لوران ١٧ فقرة ١٧٥ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ - ص ١٢٤ - ص ١٢٥ - بودري وبارد ٢ فقرة ٩٦٩.

ويخلص من ذلك أن المدين إذا أبرأه دائته من الدين، فتعهد على أثر هذا الإبراء أن يفى بالدين لدائته إذا تمكن من ذلك في المستقبل، فإن دلالة هذه الظروف تتوجه إلى أن يحمل تعهده هذا على أنه تعهد مدني - مبني على التزام طبيعي - وقد جعله المدين، لا مقترناً بأجل، بل معلقاً على شرط التحكمن من وفاء الدين (قارب بودري وبارد ٢ ص ١٤٨ هامش رقم ٣).

(٢) استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٧ - منوف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٩٥ ص ٩٠٢.

(٣) فإذا كان هناك ما يؤمن الدائن على استيفاء حقه، اكتفى القاضي بذلك. وقد قضت محكمة طهطا بأن الشرط الذي ينص فيه، في عقد غاروقة، على أن المدين يقوم بسداد الدين عند اقتداره هو بمثابة اشتراط أجل لمصلحته، فلا يمكن إجباره على الدفع قبل حلول الأجل ما لم يكن قد أضعف التأمينات (طهطا في ١٥ أغسطس سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ ص ١٤٧: أي لا يحل أجل الدين ما دامت الغاروقة في يد الدائن ولم تضعف أو يضعفها المدين).

اليوم الذي يصبح فيه المدين موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه، تریص به حتى الموت^(١). فإذا مات المدين حل دينه حتماً، وقد مات معسراً فيشارك سائر الدائنين في استيفاء حقه من التركة مشاركة الغرماء^(٢).

وتعيين ميعاد يصبح فيه المدين موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه مسألة واقع لا يخضع فيها قاضي 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 الاجل الفاسخ: رأينا أن الالتزام يكون لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع (م ١/٢٧١ مدني). ورأينا أن نفاذ الالتزام إذا كان هو المترتب على الأجل، فالأجل يكون واقفاً. ونقول الآن إنه إذا ترتب على حلول الأجل انقضاء الالتزام - لا نفاذه - فالأجل يكون فاسخاً.

ولما كان الأجل بنوعيه ليس له أثر رجعي، وكانت كلمة «الفاسخ» في عبارة «الأجل الفاسخ» قد تشعر بأن للأجل الفاسخ أثراً رجعياً كما في الشرط الفاسخ، فقد تجنب الفرنسيون هذه الكلمة وأطلقوا على الأجل الفاسخ عبارة «الأجل المنهي»^(٣) (terme extinctif). أما التقنين المدني المصري فقد استبقى عبارة «الأجل الفاسخ» (انظر المادة ٢/٢٧٤ مدني).

٥٦- هل يوجد أجل فاسخ؟: أما أن التقنين المدني المصري قد تصور وجود الأجل الفاسخ، فهذا ما لا ريب فيه. فقد وردت الإشارة إليه في موضعين: ففي الفقرة الأولى من

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

(٢) 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 إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٦٧.

(٣) وسار على هذا التعبير الأستاذ عبد الحي حجازي في رسالته في عقد المدة وفي كتابه في النظرية العامة للالتزام. انظر أيضاً الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٧٥ ص ٢٤٨.

المادة ٢٧١ مدني 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» في الفقرة الثانية من المادة ٢٧٤، إذ قال أنه «يترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام» (١).

وإذا استعرضنا الأمثلة التي تورد عادة على أنها أمثلة للأجل الفاسخ نجد أنها واردة في العقود الزمنية. فالمؤجر الذي يتعهد بتسكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة الإيجار، والعامل الذي يلتزم بحورب العمل أن يعمل مدة معينة، ومن يتعهد بتوريد 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 (٢).

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 بأجل فاسخ 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 المصري.

ونذكر الأمثلة التي تحضرنا لهذه العقود:

(١) إذا فتح مصرف لعميله اعتماداً بمبلغ معين لمدة سنة مثلاً، فمبلغ الاعتماد هنا، وهو محل العقد، لا يقاس بالزمن أى بالسنة التي فتح فيها الاعتماد، إذ هو لا يتغير بتغير هذا الزمن فلا يزيد إذا زاد ولا ينقص إذا نقص. وفي رأينا أن العقد هنا ليس عقداً زمنياً إذ

(١) وانظر أيضاً النصوص المقابلة في التقنينات المدنية العربية الأخرى أنفاً فقرة ٤٦ في الهامش. أما التقنين المدني الفرنسي فلا يتكلم إلا عن الأجل الواقف، والفقهاء الفرنسي مضطرب في هذا الصدد. فمن الفقهاء من يعترف بالأجل الفاسخ وصفاً للعقد لا وصفاً للالتزام (ديمولومب 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).

(٢) أنظر أنفاً فقرة ٥٢ - وينفى الأستاذ عبد الحى حجازى، فى شئ من التردد، عن الأجل الفاسخ (أو الأجل المنهى كما يدعوه) أنه وصف للالتزام (أنظر رسالته فى عقد المدة ص ٢٣٠، وكتابه فى النظرية العامة فى الالتزام ١ ص ١٧١ - وبنوع خاص ص ١٧٦ - ص ١٧٧). وينفى 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 فى حقيقته الطريق الطبيعى لإنهاء الالتزام الزمنى، فهو يحدد مدة بقاء ذلك الالتزام» (أحكام الالتزام فقرة ١٦٨).

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 بدونه. ويكون المصرف فى هذه الحالة ملتزماً بوضع المبلغ تحت تصرف العميل فوراً، وبأخذ 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، ففي هذه الحالة قد تعهد المصرف بالخصم بالإضافة فى الحساب الجارى عن المبالغ التي تضم وتخصم لحساب المقاول المذكورة، وقرن التزامه بأجل فاسخ هو مدة السنة الأشهر. وليست هذه المدة عنصراً جوهرياً فى الالتزام، بل العنصر الجوهرى هو المقاول المعينة التي فتح من أجلها الحساب الجارى. فيكون العقد هنا عقداً غير زمنى، ومع ذلك قد اقترن بأجل فاسخ (٢).

(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 بحساب المدة بل بحساب مرات العلاج. فالزمن هنا ليس مقياساً للمعقود عليه، وهو مع ذلك أجل فاسخ (٣).

(١) أنظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٤٧ - ص ٤٨. وهو يسلم أن المدة فى هذا العقد ليست وظيفتها أن تحدد كم المبلغ الموضوع تحت تصرف العميل، فهو محدد فى ذاته بدون فكرة الزمن، لا يزيد كنه ولا ينقص حسب طول المدة أو قصرها. ولكنه يضيف ما يأتى: «ومع ذلك فللزمن دور أصيل فى هذا العقد، إن العقد ينص على المدة التي يجب فى خلالها أن يظل البنك ملتزماً بوضع مبلغ الاعتماد تحت تصرفه المعتمد، وبالتالي المدة التي يكون المعتمد فى خلالها واقفاً 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 لهو الذى يحقق الفائدة التي يبرجوها المعتمد من هذا العقد، وتلك فائدة تقاس بالزمن، تزيد معه إذ تزيد، وتنقص معه إذ ينقص. وهذا كاف لإدراج هذا العقد ضمن طائفة عقود المدة».

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

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

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

(٤) إذا تعهدت شركة بصيانة سيارة أو مصعد أو نحو ذلك من الآلات التي تحتاج إلى الصيانة مدة سنة مثلاً، على أن تتقاضى أجرها عن كل عملية من عمليات الصيانة، فإن الالتزام هنا يكون مقترناً بأجل فاسخ ليس عنصراً جوهرياً فيه^(١).

(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 في تكييف هذا العقد، ومن رأى بعض الفقهاء أن العقد ليس بالعقد الزمني، ومع ذلك فقد اقترن بأجل فاسخ^(٢).

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 في هذه الحالة عقداً زمنياً، ويكون الأجل الذي اقترن به العقد أجلاً فاسخاً بالمعنى الصحيح. ونحن إذ نتكلم فيما يلي عن الأجل الفاسخ ينصرف قولنا إلى هذه العقود على وجه التخصيص. على أنه لا مانع من إطلاق تعبير «الأجل الفاسخ» على المدة في العقود الزمنية، في شيء من التجوز، فإن الأحكام لا تتغير سواء اعتبر الأجل الفاسخ في العقود الزمنية أصلاً أو اعتبر وصفاً.

المبحث الثالث

مصادر الأجل

وأى الحقوق يلحقها وصف الأجل

١ - مصادر الأجل

٥٧ - مصادر الأجل الاتفاق والقانون والقضاء: يغلب أن يكون مصدر الأجل هو الاتفاق. ويتميز الأجل عن الشرط في أن له مصدرين آخرين: القانون والقضاء.

وفي الفقه الفرنسي ينتظم الأجل الذي مصدره الاتفاق والأجل الذي مصدره القانون اسم واحد، فيطلق عليهما معاً «الأجل المستحق قانوناً» *terme de droit* ليقابل الأجل الذي مصدره القضاء ويسمى «الأجل المتفضل به» *terme de grâce*^(٣)، أو «نظرة المسيرة» وهي التسمية التي درج عليها الفقه المصري.

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 في مواعيد يتفق عليها، أو يتفقان على تأخير تسليم المبيع إلى أجل^(١). ويتفق المؤجر مع المستأجر على أن تكون مدة الإيجار وقتاً معيناً ينتهي بانقضاءه العقد، وهذا هو الأجل الفاسخ في العقد الزمني، ولا يعتبر أجلاً بالمعنى الصحيح كما قدمنا.

وقد تفرض الأكثرية الأجل الاتفاقي على الأقلية في بعض حالات استثنائية، كما إذا اتفقت أغلبية دائني التفليسة على تأجيل بعض ديون المفلس.

وكما يكون الاتفاق مصدر الأجل صريحاً، يصح أن يكون كذلك ضمناً يستخلص من الظروف والملاسات. 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 القاضي في تعيين هذه المدة، عند النزاع، إلى المألوف في 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 القاضي عند النزاع بالمدة المألوفة لنقل هذه البضاعة بالوسائل التي يملكها عامل النقل^(٢).

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 مدني) في الإراد المرتب مدى الحياة فقد جعل له أجلاً هو الموت، وكما فعل (م ٧٥٤ مدني وما بعدها) في التأمين على الحياة فبالموت يحل دفع مبلغ التأمين عادة، وكما فعل (م ١/٩٩٣ مدني) في حق المنفعة فإنه ينقضي حتماً بالموت إن لم ينقض 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 ٤٤٠ من تقنين المرافعات بالزام الراسي عليه المزداد في التنفيذ العقاري بأن يودع كامل الثمن خزنة المحكمة حال انعقاد الجلسة فإن لم يودع الثمن

(١) 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 (استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١٢).

وقد يمنح الدائن المدين أجلاً على سبيل التسامح والتفضل، فيصح له أن يسدد الدين أقساطاً، ولكن ذلك لا يمنعه من مطالبة المدين في أي وقت بكل الدين دون أن يحتج عليه المدين بالأجل الممنوح له على سبيل التسامح (استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٣).

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٠ - ويصح أن يكون مصدر الأجل لإرادة المدين المنفردة، وليس إتفاقاً بينه وبين الدائن. ويقع ذلك كثيراً إذا صدر من أحد العاقدين إيجاب وحدد لالتزامه بالبقاء علو الإيجاب ميعاداً، أو استخلص هذا الميعاد ضمناً من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة (أنظر المادة ١٣ مدني).

(١) قارن الأستاذ عبد الحى حجازي في عقد المدة ص ٣٨ - ص ٣٩.

(٢) انظر الأستاذ عبد الحى حجازي في عقد المدة ص ٥٥ - ص ٥٦ والمرجع التي أشار إليها.

(٣) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ - بودري وبارد ٢ فقرة ٩٧٢ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٨ - بيدان ولاجار ٨ فقرة ٧١٨ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٦١ - جوران ٢ فقرة ٧٢٢.

كاملاً وجب عليه ايداع خمس الثمن على الأقل وإلا أعيدت المزايدة على ذمته في نفس الجلسة. 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 معينة 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. ونصت 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 فستة 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 الشروع، فنصت المادة ٨٣٤ مدني على أن «لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشروع بمقتضى نص أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لا يجاوز 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 آجالاً (1)، أو توقف الوفاء بالديون moratoires (1)، ويكون ذلك عادة عقب نشوب حرب يكون من

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

(1) أفصح المشرع في القانونين رقمي ٢٦٩ و ٢٧٢ لسنة ١٩٦٠ عن إرادته في التدخل بسبب ظروف اقتصادية خاصة قرر إزاءها وقف المطالبة بالديون المستحقة على شركات الأدوية المستولى لديها خلال مدة معينة، وهذه المدة إنما تعتبر أجلاً محددًا قانونيًا يتوقف على حلوله نفاذ الالتزام، بمعنى أن الالتزام نشأ منجزاً ولكنه تحول أثناء التنفيذ إلى التزام مؤجل بناء على تدخل المشرع moratorium. وإذا أراد المشرع بصريح عبارة القانونين المذكورين، مجرد تأجيل الديون المستحقة بعد سريان القانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٠ دون أن يتدخل في تعديل الاتفاق على الفوائد المعتبر شريعة المتعاقدين، وكان المشرع قد قرر بالقانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٠ الاستيلاء على المستحضرات الطبية لدى شركات =

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- القضاء مصدر الأجل: 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 أجلاً أو أجلاً معقولة يفى 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، كتنظيرة 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 (1).

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 يفى الدين في ميعاده إلا إذا نظره القاضي إلى أجل (2).

= القطاع الخاص التي تتجر في الأدوية ونظم أحكام هذا الاستيلاء تمثياً مع سياسة الدولة الاشتراكية حتى لا تتضخم أرباح هذه الشركات على حساب السواد الأعظم من أبناء الشعب بالتحكم في السوق ورفع الأسعار، فإن أثر هذا التأجيل يقتصر - أخذاً بالعملة التي أرادها المشرع وبالقدر الذي توخاه منها - على أصل الدين دون إيقاف سريان فوائده وإلا لكان في ذلك مغنم لهذه المنشآت الأمر الذي لم يدر في خلد المشرع بل ويتعارض مع أهدافه.

(الطعن ٤١٢ لسنة ٣٥ - جلسة ١٩٦٩/١٢/٣٠ من ٢٠ ص ١٣٦٣)

(1) الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٩ ص ٤٩٩.

(2) وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص يعدد مصادر الأجل، هو المادة ٣٩٢ 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 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» (أنظر المذكرة الإيضاحية في مجموعة =

٢ - 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).

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

= الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣ في الهامش). وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص، بعد أن نقلت الفقرة الثانية منه (الخاصة بنظرة المسرة) 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 اللبناني على ما يأتي: «الأجل المؤجل إما قانوني أو ممنوح. فالقانوني هو المثبت في عقد إنشاء الموجب أو في عقد لا حق له أو المستمد من القانون. والأجل الممنوح هو الذي يمنحه القاضى». 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 اقتزان الملكية بأجل» (أنظر عكس ذلك الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٥٤ ص ١٤٩).

ينقضى 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 إفساره واستند في ذلك إلى سبب معقول».

٢٥- 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 يقضى بها كان معمولاً بها دون حاجة إلى نص.

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^(٢).

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

(٢) 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 يتوسل بكل الوسائل الاحتياطية لصيانة حقوقه وأن يطلب كفالة أو غيرها من وجوه التأمين أو أن يعمد إلى حجز 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.

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

المبحث الأول الآثار قبل حلول الاجل

١- الاجل الواقف

٦٥- الحق المقترن باجل واقف هو حق موجود وهو كامل الوجود: والحق المقترن باجل 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 باجل واقف فهو كامل الوجود (١).

ويترتب على وجود الحق المقترن باجل 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 يأتي:

(١) ينتقل هذا الحق من صاحبه إلى الغير بالتصرف والميراث وغير ذلك من أسباب انتقال الحقوق، على التفصيل الذي 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 بأي عمل من شأنه أن يمنع استعمال الحق عند حلول أجله أو يزيده صعوبة، وذلك كله على التفصيل الوارد في الحق المشروط.

(ورغم إفاضة التقنين اللبناني في التفصيلات فإن الأحكام واحدة في التقنين المصري واللبناني فيما عدا ما يأتي: (١) لا يجيز التقنين اللبناني رد الدين المؤجل إذا كان قد وفي قبل حلول الاجل، ويجيز التقنين المصري ذلك على تفصيل سيأتي (م ١٨٣ مصري) - (٢) يجيز التقنين اللبناني حجز التحفظ بالدين المؤجل، أما تقنين المرافعات المصري فيشترط في الحجز التحفظية أن يكون الدين محقق الوجود حال الأداء (م ٣١٩ و ٣٢٥ 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).

(١) الحق المقترن باجل هو حق كامل الوجود ولكن نفاذه يكون مترتباً على حلول الاجل.

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٧ الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٣٣ سنة ١٩٦٨ ص ٣٧٦)

(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 البوليصية لأن الحق غير مستحق الأداء. وله بوجه خاص - كما تقول المادة ١/٢٧٤ مدني - أن يطالب بتأمين إذا خشى - مستنداً في ذلك إلى سبب معقول ولا يكفي مجرد الخشية الذاتية إذا لم تكن مستندة إلى سبب يبررها - إفلاس المدين أو إعساره. فإذا لم يقدم المدين التأمين، ترتب على ذلك سقوط الاجل، قياساً على حكم المادة ٢٧٣ مدني وسيأتي ذكرها (٢). وقد قدمنا كل ذلك في الحق المشروط (٣).

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

ومن النتائج المستمدة من كمال الوجود - ويزيد فيها الحق المقترن باجل على الحق المشروط - ما يأتي:

(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 الاجل، إذ لو جاز ذلك لاستطاع للدائن أن يحصل على الرهن العام عند حلول الاجل، وهذا يخالف العقد القائم ما بين الطرفين، فإن المدين لم يرض أن يعطى للدائن رهناً 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 لاروميبيير ٣ م ١١٨٦ م ٢٤ 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 ٣٧ - ص ٣٨).

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

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

(٢) بل إن المدين إذا أضعف بفعله التأمينات التي أعطاها للدائن، أو لم يقدم ما وعد به من التأمين، 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، يكفي 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 في الشرط. فإذا هلكت العين المؤجرة في يد المستأجر قبل حلول أجل ردها، أو هلكت الوديعة في يد حافظ الوديعة قبل انقضاء أجل الوديعة، كان الهلاك على الدائن، أي المؤجر أو المودع. أما إذا كان العقد بيعاً فقد رأينا أن العين تهلك على البائع، فإذا حدد أجل لتسليم العين المبعة إلى المشتري، وهلكت العين قبل التسليم، فالهلاك على البائع لا على المشتري أي على المدين لا الدائن^(١)، وهذا هو حكم العقد إذا كان ناقلاً للملكية.

٦٦ - ولكنه حق غير نافذ: على أن الحق المقترن بأجل واقف، إذا كان حقاً موجوداً كامل الوجود، فإنه مع ذلك حق غير نافذ. وتقول 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، فإن هذا الدين لا يقبل التنفيذ الجبري ما دام الأجل قائماً^(٢).

(١) والتون ٢ ص ٣٦٥ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٦ ص ٤٩٥.

(٢) ويترتب على ذلك: (أ) إذا رفع الدائن الدعوى يطالب بوفاء الدين قبل حلول الأجل، رفضت دعواه، حتى لو تعهد أنه لا ينفذ الحكم إلا عند حلول الأجل (لوران ١٧ فقرة ١٨٤ - أوبري ررو 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 يدفع دين لم يحل أجله لا يجوز ويكون واجباً نقضه (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٠٨ - أوبري ررو ٤ فقرة ٣٠٣ وهامش رقم ١١ - بودري وبارد ٢ فقرة ٩٩٠ - ولكن قارن دريدا Derrida في أنسيكلوبيدي 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 ١١٨٦م فقرة ٢٦ - بارتان على أوبري ررو ٤ 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 =

٢ - وكذلك لا يقبل الدين المؤجل التنفيذ الاختياري، فإذا أداء 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 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 الاتفاقية عن المدة التي كانت باقية لحلول الأجل. وقد كان هناك رأى في عهد التقنين المدني 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 المدني الجديد حسم هذا

= قد استحق أثناء نظر الدعوى، غير أنه يجعل المصروفات على الدائن إذ تعجل في رفع الدعوى قبل حلول الأجل، وذلك اقتصاداً في مجهود التقاضي (أنظر تولىيه ٦ فقرة ٦٦٤). وفي القضاء المختلط حكمان متعارضان في هذه المسألة، فقد قضت محكمة القضاء المستعجل بالاسكندرية بأن دعوى إخلاء العين المؤجرة أمام القضاء المستعجل تكون غير مقبولة فيها قبل الأوان، إذ 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 لرفعها قبل الأوان (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٤٣).

(١) أنظر في هذا المعنى الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٦ ص ٤٩٤ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٦ ص ٥٠٦ (وانظر في أن العبرة 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 - ٣٦٤ (ويذهب إلى أن الدين المؤجل إذا دفع عن بينه لا يسترد، وإذا دفع عن غلط استرد).

وفي الفقه الفرنسي وقع خلاف في هذه المسألة، فأغلبية الفقهاء يذهبون إلى عدم جواز استرداد ما دفع عن غلط قبل حلول الأجل، لأن التقنين المدني الفرنسي يشتغل على نص في هذا المعنى هو المادة ١١٨٦، وتقضي بأن ما كان غير مستحق الوفاء إلا بعد أجل لا تجوز المطالبة به إلا عند حلول الأجل، ولكن ما عجل الوفاء به لا يسترد (تولىيه ١١ فقرة ٥٩ - أوبري ررو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٦ - لارومبيير ٣ م ١١٨٦م فقرة ٣٤ - لوران ١٧ فقرة ١٨٥ - هيك ٧ فقرة ٢٨٤ - بودري وبارد ٢ فقرة ٩٨٨ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٩ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٧ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٩٧ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٦٣ ص ٤٥٢ - جوسران ٢ فقرة ٧٢٧). ولكن بعض الفقهاء يفسرون 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 (ماركاديه ٤ 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 يجيز للمدين أن يسترد من الدائن ثمار =

الخلاف بنص صريح، 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 بقيام 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). ويسر 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 سرى، 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 الجبري ممتنع في الدين المؤجل والمقاصة القانونية ضرب من التنفيذ الجبري^(٣).

٤- ولما كان الدين المؤجل غير مستحق الأداء، فإنه لا يجوز للدائن صاحب هذا الحق أن يوقع به حجزاً تحفظياً تحت يد مدين مدينه، ولا يجوز أن يوقع به أى حجز تحفظي

آخر^(١)، فإن الحجوز التحفظية، طبقاً لصريح نص المادتين ٣١٩ و ٣٢٥ من تقنين المرافعات، تقتضى أن يكون الدين المحجوز به محقق الوجود حال الأداء، والدائن المؤجل إذا كان محقق الوجود فهو غير حال الأداء^(٢).

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

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

٧- كذلك لا يجوز للدائن إذا كان حقه مؤجلاً أن يحبس حقاً للمدين عنده، فإن الحبس لا يكون إلا لدين مستحق الأداء، وقد سبق بيان ذلك^(٤).

٢- الأجل الفاسخ

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

(١) وقد كان هذا هو أيضاً الحكم في عهد التقنين المدني السابق (استئناف مختلط 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 الفرنسي في هذه المسألة إلى نفس الحكم الذي قطعت به عندنا النصوص الصريحة المشار إليها في تقنين المرافعات (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦١٠- لارومبيير ٢ ١١٦٦ م ٢١ فقرة ١٧- لوران ١٧ فقرة ١٨٧- بودرى وبارد ٢ فقرة ٥٩٥- بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٥ ص ٣٤٤- جارسونية الطبعة الثانية ٤ فقرة ١٣٨٩ ص ٣٣٦). لكن الرأي الراجح في الفقه الفرنسي أن نظرة 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 تعيينه إلى إرادة الدائن، كما إذا اتفق على حلول الدين بعد إخطار الدائن المدين بثلاثة أشهر مثلاً، فإن التقادم يسرى في حق هذا الدين من وقت وجوده لا من وقت حلول الأجل الموكول إلى إرادة الدائن، وإلا كان غير قابل للتقادم (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٥- وأنظر آنفاً فقرة ٥٠ في الهامش).

(٤) الوسيط ٢ فقرة ٦٤٢ ص ١١٤٣.

= ما دفعه قبل الأجل دون أن يسترد الأصل (ديراتيون ١١ فقرة ١١٣- مورلون فقرة ١٢٢٢- لوران ١٧ فقرة ١٨٦)، وبعض آخر لا يجيز للمدين أن يسترد الأصل ولا الشمار (توليه ١١ فقرة ٥٩- أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش رقم ١٠- لارومبيير ٣ ١١٨٦ م ٣٥- هيك ٧ فقرة ٢٨٥- بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨٩- بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٩ ص ٣٤٨- بيدان ولاجار ٨ فقرة ٧٠٥- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٩٨).

(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 التمهيدى 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 الذي 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 يستند 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).

وتمكن المقارنة ما بين الحق المقترن بأجل فاسخ والحق المعلق على شرط فاسخ في أنهما يتفقان في الوجود والنفاد، 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 مدة 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 يستطيع 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، أي بطريق التنفيذ الاختياري أو بطريق التنفيذ القهري وله أن يوقع حجزاً للمدين لدى الغير والحجوز التحفظية الأخرى، وأن يستعمل الدعوى البوليسية، وأن يحبس ما تحت يده للمدين حتى يستوفي حقه. ولما كان هذا الحق واجب الأداء، فإن التقادم المسقط يسرى ضده منذ نشوئه^(١).

٦٨- ولكن الحق المقترن بأجل فاسخ مؤكد الزوال: وهذا هو المعنى الجوهرى للأجل الفاسخ، فالحق المقترن به حق مؤقت بطبيعته، وينتهي حتماً بانتهاء الأجل.

ويترتب على ذلك أن جميع تصرفات صاحب الحق المقترن بأجل فاسخ تكون مقيدة بحدود هذا الحق، فهي مؤقتة مثله، إذ لا يستطيع الشخص أن ينقل إلى غيره أكثر مما له.

المبحث الثاني

الآثار عند حلول الأجل

١- كيف يحل الأجل

٦٩- أسباب ثلاثة لحلول الأجل: يحل الأجل بأحد أسباب ثلاثة: (١) بانقضائه (٢)

(١) ولا تثار بالنسبة إلى الحق المقترن بأجل فاسخ ما أثير بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط فاسخ من مسائل التطهير والشفعة والتقدم المكسب والمقاصة القانونية، فإن الحق المقترن بأجل فاسخ حق نصيره حتماً إلى الزوال، فلا يقوى على مثل هذه الأوضاع القانونية.

أو يسقطه (٣) أو بالنزول عنه ممن لهم مصلحة فيه^(١).

ولا يتصور في الأجل، كما أمكن التصور في الشرط، أنه قد يتخلف، فالأجل كما علمنا أمر محقق الوقوع.

٧٠- حلول الاجل بانقضائه: أول سبب لحلول الأجل - واقفاً كان الأجل أو فاسخاً - هو انقضاؤه، وهذا هو السبب الطبيعي المألوف^(١). وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص في هذه المسألة، هو المادة ٣٩٤ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتي: «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 الذي 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، فإنه ينقضى في اليوم الذي يتفق في تسميته أو في تاريخه مع اليوم الذي بدأ فيه الميعاد، فإن لم يوجد مثل هذا اليوم في الشهر الأخير فإن الأجل ينقضى في 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»^(٢).

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 الذي ضرب أجلاً، كرجوع القافلة الأولى من الحجيج وقد قدمت في يوم معين، فيحل الأجل بوجوعها في هذا اليوم.

وإنما يحل الأجل عادة بانقضاء الميعاد المضروب، لأن الأجل أكثر ما يكون تاريخاً في التقويم كما قدمنا. فإذا حدد تاريخ معين - يوم أول يناير سنة ١٩٥٨ مثلاً - فإن الأجل

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «والأصل أن ينقضى الأجل بالحلول أو السقوط أو التنازل. على أن لانقضاء الأجل أسباباً أخرى تعرض في أحوال خاصة: كانقضاء الأجل بالموت في حالة تصفية التركة، وسقوط الأجل القضائي بوقوع المقاصة أو بقيام دائن آخر بالتنفيذ على أموال المدين أو بتحقيق الاقتدار على الوفاء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ في الهامش).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ في الهامش - وقارب المادة ٢٠ من قانون المرافعات.

(١) إذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام إلى وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين فإن ذلك يعد اتفاقاً على أجل غير معين، للدائن الحق في أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكل لإرادته أو يطلب من القاضى أن يحدد أجلاً معقولاً للقيام بهذا العمل.

(الطعن ٣٢٢ لسنة ٣٣ق- جلسة ١٩٦٨/٢/٢٧ ص ١٩ ص ٣٧٦)

يحل في مثل هذا اليوم بالذات، ولكن يحدث أن يحدد الأجل بوقت معين ينقضي من وقت وقوع أمر معين، كعشرة أيام من وقت بيع القطن، فلا يحسب اليوم الذي بيع فيه القطن، وتعد عشرة أيام من بعده، وعند انتهاء اليوم العاشر يحل الأجل.

وقد يجعل الأجل أياماً أو أسابيع أو شهراً أو سنين. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذه المسألة ما نكتفي بنقله هنا: «ويراعى أن أخص ما يعرض في هذا الشأن تعيين مبدأ سريان الأجل وموعد انقضائه. فلا يدخل في حساب الأجل اليوم الذي يقع فيه الأمر الذي يضاف إليه بدء سريانه. فإذا جعل الأجل مثلاً ثلاثة أيام بعد الوصول من رحلة، فلا يدخل يوم الوصول في حساب هذا الأجل. ولتعيين موعد انقضاء الأجل يحسب اليوم من منتصف الليلة إلى منتصف الليلة التالية إذا كان الميعاد بالأيام. أما إذا كان الميعاد بالأسابيع أو بالشهور أو بالسنين، فإنه ينقضي في اليوم الذي يتفق في إسمه (الخميس مثلاً) أو في تاريخه (كأول يناير مثلاً) مع اليوم الذي بدأ فيه الميعاد، بعد حساب عدد الأسابيع أو الشهور أو السنين. فإذا جعل الأجل مثلاً ثلاثة أسابيع تبدأ من الخميس الثاني 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 في ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠، لأن اليوم المقابل لليوم الذي بدأ فيه سريان الميعاد لا نظير له في الشهر الأخير، وعلى هذا النحو ينقضي الميعاد في آخر يوم من فبراير أي في اليوم التاسع والعشرين لوقوع هذا الشهر في سنة كبيسة. وإذا كان الأجل نصف شهر، اعتبرت مدته خمسة عشر يوماً مهما كان عدد أيام الشهر. فإذا جعل الأجل نصف شهر يبدأ من منتصف ليل أول فبراير، اعتبر منقضيًا في منتصف ليل ١٥ فبراير. وإذا جعل بدء سريان هذا الأجل منتصف ليل يوم ٢٠ مارس، انقضى في منتصف ليل ٤ أبريل. ويراعى في 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 ينقضي الميعاد إلا في اليوم التالي (١)».

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ في الهامش - وقد خاض تقنين الموجبات والعقود اللبناني في كل هذه التفاصيل، فأورد النصوص الآتية: م ١٠٢ - إن مهلة الأجل تبتدئ من تاريخ العقد إذا لم يعين الفريقان أو القانون تاريخاً آخر. أما في الموجبات الناشئة من جرم أو شبه جرم فتبتدئ مهلة الأجل من تاريخ الحكم الذي يعين الواجب على المدين. م ١٠٣ - إن اليوم الذي يكون مبدأ مدة الأجل لا يحسب. وإن الأجل المحسوب بالأيام ينتهي بانتهاء آخر يوم من مدة الأجل. 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، أرجئ إلى اليوم التالي الذي لا عطلة فيه.

٧١- حلول الاجل بسقوطه - نص قانوني: وقد يحل الأجل، قبل انقضائه، بالسقوط. وتنص المادة ٢٧٣ من التقنين المدني في هذا الصدد على ما يأتي: «ويسقط حق المدين في الأجل».

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 لا دخل لإرادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً».

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

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٥٦/١٠٢، وتكاد الأحكام تكون واحدة في التقنينين (٢).

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

على 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 يوم عطلة لا تطبق إلا في مواد الاجراءات التي وردت فيها، فلا تطبق إذن على الأجل المتفق عليه في العقد (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٤٦).

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

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

(٢) التقنين المدني السابق م ١٥٦/١٠٢: إذا تعهد المدين بشئ لأجل معلوم وظهر إفلاسه أو فعل ما يوجب ضعف التأمينات التي كانت محلاً لوفاء التعهد، فيستحق ذلك الشئ فوراً قبل حلول الأجل.

«ونص التقنين المدني الجديد أوفى من الوجوه الآتية: (١) أضاف شهر الإعسار إلى شهر الإفلاس، وكان الإعسار في عهد التقنين المدني السابق سبباً لإسقاط الأجل، ولكن لم يكن خاضعاً لنظام =

ويقابل في التقنيات 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 والعقود اللبناني المادتين ١١٣-١١٤ (١).

= 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 الرهن (م ٦٨٦/٥٦٢) 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).

(١) التقنيات 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، فما عدا أن التقنين الليبي لم يذكر شهر الإعسار بين مسقطات الأجل لأنه لا يعرف نظام الإعسار).

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

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 الشركة، وقد استمد التقنين المدني العراقي هذا الحكم من الفقه الإسلامي ومن تقنين الموجبات والعقود اللبناني).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١١٣: إن المدين الذي يستفيد من الأجل يسقط حقه في الاستفادة منه: (١) إذا أفلس أو أصبح غير ملق. (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 المدين فيه مختاراً، حق للدائن أن يطلب زيادة التأمين، فإذا لم ينلها حق له أن يطلب تنفيذ الموجب حالاً. (٣) إذا لم يقدم المدين 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 ملق. وغني عن البيان أن المدين إذا أضعف التأمينات بفعله، جاز للدائن، في التقنين اللبناني، بدلاً من سقوط الأجل، أن يطالب بتكملة التأمينات كما هو الأمر في التقنين المصري).

م ١١٤: إن وفاة المدين 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).

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 بإعسار المدين إعساراً فعلياً (٢)، لأن هذا التقنين لم يكن يعرف نظام الإعسار القانوني (٣). 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 (٤).

والآن بعد أن نظم التقنين المدني الجديد حالة الإعسار القانوني ووضع لها إجراءات ظاهرة، أصبح من اليسير في هذا التقنين تطبيق الحكم القاضي باسقاط الأجل في حالة الإعسار كما يطبق الحكم القاضي باسقاط الأجل في حالة الإفلاس (٥).

(١) أنظر فيما يلي فقرة ٧٨ في الهامش.

(٢) استئناف مختلط ٢٤ يونيو سنة ١٨٧٦ المجموعة الرسمية المختلطة ١ ص ١٢٥ - الزقازيق ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١١٨ - طلخا ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣/٢٢٣ ص ٢٥٦ - المنيا ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٨ ص ٦١ - شبين الكوم ٢٢ إبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٣/٥٤٩ و ٣ - 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.

(٣) جاء في الموجز للمؤلف: «ويلحق بالإفلاس بالنسبة للتاجر الإعسار بالنسبة لغير التاجر. وحتى يثبت الإعسار يجب أن يصدر به حكم قضائي، ويكون الإعسار ثابتاً من وقت صدور الحكم أو على أبعد تقدير من وقت رفع الدعوى لإثبات الإعسار» (الموجز فقرة ٤٨٨ - وانظر أيضاً الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة 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 إضعاف لتأمين خاص: استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٧.

(٤) أنظر في سقوط الأجل بالإعسار الفعلي في القانون الفرنسي وهو أيضاً لا ينظم الإعسار القانوني بوردى وبارد فقرة ١٠١٢ - فقرة ١٠١٣ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٠٨ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٦٤ - جوسران ٢ فقرة ٧٢٢ - فقرة ٧٢٣.

(٥) 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 مزاحمة سائر

ويلاحظ أن المادة ٢٥٥ مدني تقضي، عندما يحل الدين بشهر الإعسار، بخصم مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل، وتقضي كذلك بأنه يجوز للقاضي أن يحكم، بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوى الشأن من دائيه، بإبقاء 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 يكفي لإسقاط الأجل، بل لابد من أن يكون الإعسار إعساراً قانونياً قد شهر بموجب الإجراءات التي قررها القانون في هذا الصدد.

٧٣- سقوط الاجل لضعاف التأمينات: ويشترط في هذا السبب من أسباب سقوط الأجل أن يكون للمدين المؤجل تأمين خاص، فلا يكفي أن يضعف المدين الضمان العام للدائنين، وهو يتناول أمواله في جملتها^(٢)، بأن يتصرف في بعض من ماله^(٣) ولو إلى حد

= الدائنين بالباقي من هذا الحق (بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٠٨ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة 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 يحل بإفلاس الشركة. ولكن المؤمن على حياته يبقى ملتزماً بدفع أقساط التأمين إلى آخر حياته، ولما كان لا يستولي إلا على جزء من مبلغ التأمين بسبب إفلاس الشركة، فسيجد أن مصلحته هي فسخ عقد التأمين حتى لا يعرض نفسه للخسارة (بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٠٩).

(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 المجموعة 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 إذا باعت هذه الشركة بعض خطوطها، فأضعفت بذلك التأمين العام لحملة هذه السندات. وكذلك لا يحل أجل الدين المترتب في ذمة شركة تجارية، ولم يستند الدائن فيه إلا على ملاءة 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 الفرنسي بودري 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 في التقنين المدني المصري فيبدو أن الدين المؤجل لا يحل بتصفية الشركة، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٣٦ من هذا =

الإعسار، فإن علاج ذلك هو 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 البوليصية ما دام الأجل قائماً لم يسقط، فقد قدمنا أن الدعوى البوليصية تقتضى أن يكون الحق مستحق الأداء.

فلا بد إذن من أن يكون هناك للمدين المؤجل تأمين خاص^(١)، كرهن أو امتياز. ولا يهم مصدر هذا التأمين، فقد يكون نفس العقد الذي نشأ منه الدين المؤجل، بأن يكون رهناً رسمياً أو رهن حيازة أخذه الدائن ضماناً لحقه في العقد الذي أنشأ هذا الحق. وقد يكون مصدر الرهن عقداً لاحقاً لعقد الدين أو لمصدره أياً كان هذا المصدر، بأن اتفق الدائن مع مدينه بعد ثبوت الدين في ذمة المدين على رهن لضمان هذا الدين^(٢). وقد يكون مصدر التأمين الخاص القانون، كحق امتياز يكون ضماناً للمدين المؤجل^(٣)، كما إذا كان البائع قد أجل الثمن وله امتياز على المبيع فأضعف المشتري هذا التأمين الخاص^(٤). ولا يتصور أن يكون هذا التأمين

= التقنين على أن تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعاً، وذلك بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم، وبعد استنزال المبالغ اللازمة لوفاء الديون التي لم تحل أو الديون المتنازع فيها، وبعد رد المصروفات أو القروض التي يكون أحد الشركاء قد باشرها في مصلحة الشركة.

وإذا اقترض شخص مالا لأجل، لتمويل مشروع معين، ثم باع هذا المشروع وهو الضمان الوحيد للقرض، فإن أجل القرض يحل ببيع المشروع (أوبري 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 يولييه سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٢٢٥ - الزقازيق 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 - شبين الكوم ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ١/٥٤٩ ص ١٠٧٥ - مصر الكلية ١٤ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١/١٧٩ ص ٣٤١.

(٢) يدل نص المادة ٢٧٣ من القانون المدني على أن حق المدين في الأجل لا يسقط إذا كان اضعاف التأمينات بفعل الدائن نفسه وللدائن المرتهن - شأنه شأن صاحب أى حق عيني آخر - أن ينزل عن رهنه دون أن يرجع في ذلك إلى إرادة المدين الراهن.

(جلسة ١٩٦٩/٢/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٣٠٣)

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

(٤) وتشترط المادة ٢/١١٨٨ من التقنين المدني الفرنسي أن يكون التأمين الخاص بمصدره العقد، ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى أن إضعاف تأمين خاص بمصدره القانون كحق الامتياز يكفي لإسقاط الأجل (ديراتون ١١ فقرة ١٢٥ - لارومبيير ٣ م ١١٨٨ فقرة ١١ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٨٥ - أنظر عكس ذلك: لوران ١٧ فقرة ٢٠٢ - هيك ٧ فقرة ٢٨٨). ويذهب فقهاء آخرون إلى =

الخاص هو حق اختصاص مصدره القضاء، فإن المفروض فيما نحن بصدده 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^(١).

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 التمهيدي للتقنين المدني الجديد^(٢). إما أن يضعف ضعفاً يسيراً، ويبقى بالرغم من ذلك كافياً لضمان الدين كفاية ملحوظة، فذلك لا يبرر سقوط الأجل^(٣).

= التمييز بين حق امتياز يكون أساسه عقداً كرهن الحيازة وحق امتياز البائع فيكون إضعافه سبباً لإسقاط الأجل، وحق امتياز ليس أساسه العقد فلا يكون في إضعافه إسقاط للأجل (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٠٦ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٤ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٠ ص ٥١٩ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٦٤ - جوسران ٢ فقرة ٧٣٤).

(١) ومن ذلك نرى أن ما ورد في المذكرة الإيضاحية من المشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١) من أن التأمين الخاص يصبح أن يكون حق اختصاص ليس بصحيح. قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ ص ٢٤٤.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢ - وانظر آنفاً فقرة ٧١ في الهامش - فيعد إضعافاً للتأمين أن يهدم المنزل المرهون (استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٤ ص ٥٠٥) أو أن يباع المنزل المرهون ويعرض ثمنه للتوزيع (استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٣٤).

(٣) فلا يعد إضعافاً للتأمين أن يرتب المدين على العين المرهونة لضمان الدين المؤجل رهناً آخر، حتى لو قيد الرهن الثاني قبل قيد الرهن الأول بإهمال الدائن ذي الدين المؤجل، لأن إهماله لا فعل المدين هو الذي 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 المرتهن الثاني ليعجل هذا قيد رهنه قبل قيد الرهن الأول، كان هذا إضعافاً للتأمينات بفعل المدين، بل بغشه وتواطئه، فيسقط الأجل.

ولا يعد 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 تجزئه العقار - في حالة البيع الجزئي - إضعاف فعلي للتأمين، وهذه مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع، فيترتب على هذا الإضعاف الفعلي إسقاط الأجل. وقد يترتب على البيع - الكلي أو الجزئي - أن يعمد الحائز للعقار إلى تطهير الرهن، فلا يحصل الدائن المرتهن ذو الدين المؤجل على كل حقه، فيكون التطهير سبباً في إضعاف التأمين، ويكون إضعاف التأمين سبباً في 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 يعد إضعافاً للتأمين أن يزرع المدين الأرض المرهونة قطناً مرة كل سنتين مخالفاً بذلك ما جرت =

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

(١) فأما أن يكون هذا الإضعاف قد حدث بفعل المدين، أو بخطئه. ولا يشترط أن يعتمد المدين إضعاف 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 بالمطالبة بتأمين كاف، بل يطلب تكملة التأمين الأصلي، فقد كان هذا التأمين من حقه والمدين هو الذي أضعفه بخطئه. وهذا الخيار مرهون بإرادة الدائن لا بإرادة المدين، فإذا اختار الدائن تكملة التأمين وأكمله المدين بقي الأجل على حاله ولم يسقط، أما إذا اخترت تكملة التأمين الأجل يسقط ويحل الدين^(٢). ومن ثم يكون التزام المدين في هذه الحالة التزاماً تخييرياً، الخيار فيه للدائن، فإن الدائن يكون بالخيار إما أن يطالب المدين بالدين فوراً لسقوط الأجل وإما أن يطالب بتكملة التأمين^(٣). ويلاحظ أن الدين الذي حل بسقوط

به العادة من زرعها مرة كل ثلاث سنوات، وبخاصة إذا كانت قيمة الأرض تغطي الدين إلى مدى بعيد (استئناف مختلط ٢ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٧٧).

(١) ويعتبر المدين قد أضعف بخطئه التأمين الخاص إذا هو أدخل في 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، وفي أثناء القسمة رسماً مزاد العقار كله على الشريك الآخر غير المدين الراهن، فإن الرهن في هذه الحالة يزول ولكن لا يعتبر أنه قد زال بفعل المدين إلا إذا كان المدين هو الذي طلب القسمة، أو كان عنده سبب جدي، لمعارضتها ولم يتقدم به، أو كان قد تواطأ 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، وتطبيق الأحكام التي تنفق مع هذه الحالة وسندكرها فيما يلي (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٦ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٦).

(٢) وتذهب الأغلبية في الفقه الفرنسي إلى أن سقوط الأجل لا يكون إلا بموجب حكم قضائي له أثر منشيء، لا مجرد أثر كاشف، فهو الذي يسقط الأجل، ولا يسقط الأجل بحكم القانون (ديمولومب ٢٥ فقرة ٧٠١ - لوران ١٧ فقرة ٤١٥ - ماركاويه ٤ فقرة ٨٢٧ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٧ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٣٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص 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 منشيء (هيك ٦ فقرة ٢٨٩ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٠ ص 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 منشيء.

(٣) أنظر المادة ٢٧٨ مدني وسيأتي تفصيلها. وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في

الأجل في هذا الفرض لا ينتقص منه ما يقابل الأجل، لأن سقوط الأجل هنا كان بسبب خطأ المدين (١).

(٢) وأما أن يكون إضعاف التأمين الخاص يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه. هو لم يحدث بخطأ منه، بل حدث بفعل أجنبي أو بقوة قاهرة أو حادث فجائي. فعند ذلك سقط الأجل أيضاً كجزء على ضعف التأمينات إلى هذا الحد الكبير الذي سبقته إشارة إليه، إلا أن المدين يستطيع أن يتوقى سقوط الأجل بأن يقدم للدائن تأميناً كافياً لديه يعرض عليه ما ضعف من التأمينات الأولى (٢). والالتزام هنا تخييري أيضاً، ولكن خيار فيه للمدين لا للدائن على عكس الصورة السابقة (٣). والسبب واضح، فإن ضعف التأمينات لم يكن بخطأ المدين، فترك الأمر مرهوناً بإرادته، فاما أن يسلم بسقوط الأجل وإما أن يختار تقديم تأمين كافٍ. والمطلوب من المدين هنا هو تقديم هذا التأمين الكافي، وليس كملة التأمين الأصلي كما في الحالة السابقة. فقد يكون التأمين الأصلي تزيد قيمته كثيراً

= مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص 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 ينحصر 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 ص ٢٤٤ هامش رقم ٣). وفي رأينا أن القانون، عندما يسقط الأجل بإضعاف التأمينات فيحل الدين، ينشئ في الوقت ذاته إلى جانب محل الالتزام الأصلي محلاً آخر يمكن للدائن أن يختاره، وهو تكملة التأمين الأصلي.

(١) بودري وبارد ٢ 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 تخصم من مبلغ الدين، حتى لا يجمع الدائن بين الانتفاع بالمدة التي سقطت من الأجل وبين الفوائد عن هذه المدة نفسها (ديمولوب ٢٥ فقرة ٦٩٧- لوران ١٧ فقرة ٢١١- لارومبيير ٣ م ١١٨٨م فقرة ٢٧- بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٣٤).

(٢) استئناف مختلط ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٧- ويمكن استخلاص هذا الحكم من المبادئ العامة دون الحاجة إلى نص خاص، وهذا ما يفعله الفقه الفرنسي، دون أن يكون في التقنين المدني الفرنسي نص يقابل الجزء الأخير من الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدني مصري وهو الذي ينص على حالة ضعف التأمينات بسبب لا دخل لإرادة المدين فيه (ديمولوب ٢٥ فقرة ٦٩٠- فقرة ٦٩٣- أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش رقم ١٣- بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٢٥- بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٥).

ويصدر حكم قضائي بسقوط الأجل في هذه الحالة كما في حالة إضعاف التأمينات بخطأ المدين، ويكون هذا الحكم منشأً أو كاشفاً على الخلاف الذي سبق أن أوردناه.

(٣) قارن بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٢- وقارن أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧.

على الدين، فلا يطلب من المدين أن يبلغه الحد الذي كان عليه، بل يكفي أن يبلغه حداً يجعله تأميناً كافياً ولو لم يصل إلى حد التأمين الأصلي. وقد كان المشروع التمهيدي يقتضي أن يكمل المدين التأمين الأصلي، ولكن لجنة المراجعة عدلت النص واكتفت بأن يقدم المدين ضماناً كافياً (١). ويلاحظ أن الدين الذي حل بسقوط الأجل، في هذه الحالة، ينتقص منه ما يقابل الأجل، لأن سقوط الأجل لم يكن بخطأ المدين (٢).

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 تشتمل على نفس الحكم) على ما يأتي: ١٥- إذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك العقار المرهون أو تلفه، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو أن يستوفى 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 يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل (٣). وفي الحالة الأخيرة إذا لم يكن للمدين 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 كافٍ 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 تسرى على رهن الحيازة أحكام المادة ١٠٤٨ سالفه الذكر.

٧٤- سقوط الأجل لعدم تقديم المدين لتأمين وعد به: وهنا يسقط الأجل بخطأ المدين، إذ يكون قد التزم للدائن بتقديم تأمين خاص لدينه، ثم أخل بهذا الالتزام ولم يقدم التأمين الموعد به (٤). فيسقط الأجل في هذه الحالة دون أن ينتقص من الدين شيء في مقابلة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢- وانظر آنفاً فقرة ٧١ في الهامش.

(٢) أنظر أيضاً المادة ١٨٣ مدني وقد سبق ذكرها - هذا وإذا كان إضعاف التأمينات بفعل الدائن نفسه، كما إذا كان دائناً مرتهنناً رهن حيازة وأتلف العين المرهونة، فغنى عن البيان أن الأجل لا يسقط لأن الدائن هو المسئول عن إضعاف التأمينات، بل ويجوز للمدين أن يرجع عليه بتعويض إذا كان له محل.

(٣) 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 بتكملة التأمين الأصلي ولو كانت قيمة هذا التأمين أعلى بكثير من الدين، وفي الحالة الثانية لا يطالب إلا بتقديم تأمين كافٍ.

(٤) وفي التقنين المدني السابق لم يكن يوجد نص في هذه الحالة، ولكن الحكم كان مطبقاً دون نص لانفاقه مع القواعد العامة (استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٨- مصر الكلية =

سقوط الأجل، لأن الأجل، كما قدمنا، قد سقط بخطأ المدين. ويستطيع الدائن، بعد سقوط الأجل وحلول الدين واستصدار حكم واجب 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 يفى 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). فإذا 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 بصددنا. وأياً كان مصدره، فإن الإخلال به يكون سبباً في سقوط الأجل (٢).

٧٥- سقوط الأجل لأسباب أخرى: قدمنا أن موت المدين (٣) قد يكون سبباً لسقوط الأجل. وقد ورد نص صريح في كل من التقنين المدني العراقي (م ٢٩٦) وتقنين الموجبات

=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 حالة إضعاف التأمين الخاص. ذلك أن من لم يقدم تأميناً خاصاً وعد به لا يكون فحسب قد أضعف التأمين، بل هو قد أعده أصلاً، فمن باب أولى يسقط الأجل (ديراتون ١١ فقرة ١٢٣- ماركاديه ٤ فقرة ٥٧٦- أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٩- لارومبيير ٣ ١١٨٨م 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 بإرادته 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- لارومبيير ٣ ١١٨٨م 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- جوسران ٢ فقرة ٧٣٥).

(١) أنظر أنفاً فقرة ٦٥.

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

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

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 وتعيين 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 وم ٥٤٤ مدني). أما إذا لم تجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل، فإن الدين يبقى مؤجلاً على حاله، وتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة على الورثة، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلاً لصافي حصته في الإرث (١).

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. وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في نظرة الميسرة (٢).

وهناك حالة هي عكس الحالة التي يسقط فيها الأجل، إذ فيها يحل الأجل فعلاً

(١) أنظر المادة ٨٩٥ فقرة أولى 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 استحال تحقيق ذلك، ولو بإضافة ضمان تكميلي يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى، رتب المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها.

(٢) هذا ويجوز للدائن أن ينزل عن حقه في التمسك بسقوط الأجل، ويعتبر نزولاً ضمناً أن يكون سبب ضعف التأمينات متوقفاً قبل حصوله. فالدائن الذي يرتهن نصيباً شائعاً، ويتوقع تبعاً للظروف والملاسات طلب القسمة من أحد الشركاء غير المدين وما ينطوي عليه هذا الطلب من احتمال زوال الرهن، يكون قد نزل نزولاً ضمناً عن حقه في التمسك بسقوط الأجل إذا تحقق هذا الاحتمال (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٣ ص ٣٥٠ وفقرة ١٠١٥ ص ٣٥٦- استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٢ ص ٢٥).

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

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، فإن 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، فإنه 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. وتنص المادة ٧٥٧ مدني 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 على تخريض
 منه. فإذا 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- حلول الأجل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه: وقد يحل الأجل قبل انقضائه،
 لا بسقوطه في الأحوال التي تقدم ذكرها، بل النزول 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 (٢).

(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.

(٢) 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 العقد غير لازم =

وقد كان المشرع التمهيدى يشتمل 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 (١). وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة «لأن حكمها مستفاد من تطبيق
 المبادئ العامة» (٢)، 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
 إيراده فيما يلي: «قد يضرب الأجل لمصلحة الدين وحده، كما هو الشأن في عارية الاستهلاك
 بغير فائدة وعارية الاستعمال، أو لمصلحة الدائن وحده، كما هي الحال في الوديعة» (٣). أو
 لمصلحة الدائن والمدين معاً، كما يقع ذلك في القرض بفائدة. ويفترض عند الشك أن

= 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 ملزماً 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).

(١) ويقابل هذا النص المادة ١٥٥/١٠١ من التقنين المدني السابق، وكانت تجرى على الوجه الآتي: «إذا
 كان للتعهد أجل، جاز للمتعهد الوفاء قبل حلوله إلا إذا كان العقد يمنع ذلك». وبالرغم من غموض
 هذا النص، فإنه كان يفسر بالمعنى الواضح الذي أتى به التقنين المدني الجديد.

ويقابل النص في التقنين المدني العراقي المادة ٢٩٤ وهي مطابقة لنص التقنين المدني المصري.
 ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني النصوص الآتية: م ١٠٩ إن الأجل المؤجل 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 الاختياري للموجب.

م ١١٢- إن الفريق الذي يستفيد وحده من الأجل يمكنه أن يتنازل عنه بمجرد مشيئته.
 م ١٢٣- لا يجوز إجبار الدائن على قبول الإبقاء قبل الأجل، إلا إذا كان موضوعاً لمصلحة المدين
 وحده.

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني المصري).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠ في الهامش.

(٣) ومع ذلك فإن المادة ٧٢٢ مدني 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 يتسلم الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع» (أنظر الأستاذ
 إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٧١ ص ٢٤٢ هامش رقم ٢- وانظر في القانون المدني العراقي
 الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٥٢).

الأجل مضروب لمصلحة المدين وحده^(١). ومع ذلك فقد استفاد من العقد كما يقع ذلك في القرض بفائدة^(٢)، 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 مضروباً لمصلحة الدائن والمدين معاً، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتنازل عنه، بل يشترط لذلك تراضيهما. أما إذا كان الأجل على تقيض ذلك مضروباً لمصلحة أحد الطرفين، فلمن شرط الأجل لمصلحته، دائناً كان أو مديناً، أن ينزل عنه بإرادته المنفردة. وتقريراً 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^(٣).

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 القانونون 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 يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان. (٤) أن يؤدي الدائن للمدين فوائد ستة أشهر 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 برغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه، على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان. ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلاً من أي نوع بسبب تعجيل الوفاء، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض في الرد أو الحد منه^(٢)».

(١) حتى لو كان الدين تجارياً، وإن كانت الديون التجارية يستخلص فيها بسهولة أن الأجل لمصلحة الطرفين معاً (بودري وبارد ٢ فقرة ٩٨٢ - فقرة ٩٨٣ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٣ - وانظر عكس ذلك وأن الأجل في الديون التجارية مفروض فيه أنه لمصلحة الطرفين معاً: تولييه ٦ فقرة ٦٧٩ - لارومبيير ٣ ١١٨٧ فقرة ٤). وقد نصت المادة ١٤٥ من التقنين التجاري على أنه لا يجبر حامل كميالة على استلام قيمتها قبل الاستحقاق. وانظر نفس القاعدة، في السندات تحت الإذن والسندات لحاملها، في المادة ١٨٩ من التقنين التجاري وهي تحيل على القواعد المطبقة في الكميالات. ففي الكميالات والسندات، دون غيرها من المسائل التجارية، يفرض القانون أن الأجل مشروط لمصلحة الطرفين.

وإذا أصدرت شركة أو شخص معنوي 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 المعينة 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 يستخلصها قاضي الموضوع من الظروف دون رقابة عليه من محكمة النقض (أنظر في هذه المسألة بودري وبارد ٢ فقرة ٩٨٤ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٢ ص ٣٤١ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٣٠٣ ص ٥١٣ هامش رقم ١ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٤٩٩ - جوسران ٢ فقرة ٧٢٥ ص ٣٩٧).

(٢) قارن بودري 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 قاضي 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، فالمشترى بشمن مؤجل وبفائدة قد يكون لأجل لمصلحته وحده، فله في هذه الحالة أن ينزل عن الأجل وأن يعجل الثمن فلا يدفع الفائدة عن المدة الباقية من الأجل (بودري وبارد ٢ فقرة ٩٨١ والهامش رقم ٢).

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

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

(٢) 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 المعين بمقتضى العقد أو العرف، وإنما يجوز له أن يرد قبل الأجل ما لم يكن هذا الرد مضرًا بمصلحة المقرض.

هذا ويلاحظ أن الأجل إذا كان لمصلحة المدين، وكان المدين معسراً إعساراً فعلياً (وإلا فإن الإعسار القانوني يسقط الأجل)، لم يجوز له أن ينزل عن الأجل، وإذا وفي الدائن قبل حلول الأجل فإن هذا الوفاء لا يسرى في حق باقي الدائنين. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ صراحة على هذا الحكم فقالت: «وإذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلاً الوفاء، فلا يسرى هذا الوفاء في حق باقي الدائنين».

٢- ما يترتب من الأثر على حلول الأجل

٧٧- الاجل الواقف: إذا حل الأجل الواقف، بانقضائه أو بسقوطه أو بالنزول عنه على النحو الذي بيناه، أصبح الحق نافذاً، ووجب على المدين القيام بتنفيذه بعد أن يعذره الدائن (١)، لأن حلول الأجل وحده لا يكفي لأعذار المدين كما سبق القول (٢).

ويترتب على أن حق الدائن يصبح نافذاً بحلول الأجل عكس النتائج التي رتبناها على عدم نفاذ الحق قبل حلول الأجل. فيجوز للدائن أن يجبر المدين على أداء الدين، ويقبل من المدين الوفاء الاختياري فلا يسترد ما دفعه لأنه دفع ديناً مستحق الأداء، وتقع المقاصة القانونية بينه وبين دين آخر مقابل له مستحق الأداء، ويجوز للدائن أن يحجز بموجبه تحت يد مدين المدين كما يجوز له توقيع الحجوز التحفظية الأخرى، وله أن يستعمل الدعوى

(١) استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ٥ ص ١١ - الاسكندرية الوطنية ١٦ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٩ ص ٤٦ - مصر الوطنية ٦ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٨ ص ١٣٨ - وذلك ما لم يشترط حلول الأجل بمجرد انقضائه دون حاجة إلى إعدار (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠). ولا يكفي إعدار المدين لحلول الأجل إذا كان وقت الأعدار قد حول الدائن حقه إلى آخر، فلم يعرف المدين على وجه التحقيق من هو الدائن الذي يجب الوفاء له (استئناف مختلط ٢١ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٩).

وإذا اشترط الدائن أنه عند حلول أجل قسط من الدين دون أن يدفع تحمل باقي الأقساط دون حاجة إلى إعدار، عمل بهذا الشرط وحلت باقي الأقساط بمجرد تأخر المدين عن دفع قسط في ميعاده، ولا يمنع من ذلك أن تضاف عبارة «على حسب اختيار الدائن»، فإن هذه العبارة لا تعني إلا أن الدائن له أن ينزل عن التمسك بهذا الشرط وله أن يتمسك به (استئناف مختلط ١٦ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٤٠١ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ جازيت ١٥ رقم ٢٠٢ ص ١٢٤ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٩٣ - المحلة ٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٥ ص ١٩٥). ولكن ليس للدائن أن يتمسك بتأخر المدين في دفع قسط مدة قليلة، إذا ثبت أن المدين دفع الأقساط السابقة في مواعيدها، وأن الدائن كان يتساهل في استيفاء بعض هذه الأقساط متأخرة مدة قليلة (استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥١). كذلك إذا بدا تساهل من الدائن، فتعود المدين أن يؤخر دفع القسط دون أن يطالبه الدائن بدفع باقي الأقساط، فليس للدائن أن يباغت المدين بمطالبته بدفع باقي الأقساط إذا جرى المدين على عادته في التأخر عن دفع قسط منها (استئناف أهلي ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ ص ٢٣٩ - كفر الشيخ ٢٨ مايو سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٠ ص ١١ - استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢). بل يجب في هذه الحالة قبل أن يعتبر الدائن أن بقية الأقساط قد حلت أن يعذر المدين أنه معتزم العودة إلى التمسك بشرطه بكل دقة فلا يسمح للمدين بأي تأخر في مواعيد دفع الأقساط (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١). وفي حالة نزول الدائن عن بعض الدين إذا دفع المدين الأقساط الباقية في مواعيدها، المدين هو المكلف بالثبات أنه قام بالشرط حتى ينفذ تنازل الدائن، وليس على الدائن أن يعذر المدين (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٥٩).

(٢) الوسيط جزء ثان فقرة ٤٦٤.

البوليصة، ويسرى في حق الدين الذي حل أجله التقادم المسقط، وللدائن أن يحبس به ديناً في ذمته للمدين (١).

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 (٢).

٧٨- الاجل الفاسخ: وهنا أيضاً نتجوز فاعتبر أن العقود الزمنية مقترنة بأجل فاسخ. فإذا حل الأجل، بانقضائه أو بسقوطه (٣) أو بالنزول عنه، فإن الحق ينقضي من تلقاء نفسه بحلول الأجل دون حاجة إلى حكم يصدر بذلك (٤). ويجوز للطرفين مد الأجل غير مرة، ولكن المد يكون باتفاق جديد (٥).

(١) وإذا حل الأجل فليس الدائن ملزماً أن يطالب المدين بالدين فوراً، بل يستطيع أن يتريص فيطالب المدين في أي وقت يختاره، ومع مراعاة أن التقادم يسرى في حق الدين من وقت حلول الأجل، فإذا تمت مدة التقادم لم يعد الدائن يستطيع المطالبة بالدين. وإذا كان للمدين كفيل وحل أجل الدين ولم يطالب به الدائن فوراً، فليس للكفيل أن يتضرر من ذلك، لكن له أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من هذا الإنذار، وإلا برئت ذمة الكفيل ما لم يقدم المدين له ضماناً كافياً. وقد نصت المادة ٧٨٥ مدني على هذه الأحكام صراحة فقالت: ١- لا تبرأ ذمة الكفيل بمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات أو بمجرد أنه لم يتخذها. ٢- على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقدم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً. أنظر في الفقه الفرنسي: ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٥٠ - لوران ١٧ فقرة ١٩٣ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٠٠ - ويلاحظ أن المادة ٢٠٣٩ من التقنين المدني الفرنسي تقضي بأن للدائن أن يتفق مع المدين على مد أجل الدين دون أن تبرأ ذمة الكفيل بذلك، ولكن يجوز للكفيل في هذه الحالة أن يقاضي المدين لإجباره على الوفاء.

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٩.

(٣) ويمكن تصور سقوط الأجل الفاسخ، إذا تجاوزنا وسلمنا بهذا الأجل في العقود الزمنية، في بعض الحالات الخاصة، نذكر منها على سبيل المثال: (أ) إذا مات المستأجر، فإنه يجوز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم (م ٢/٦٠١ 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 العارية 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 انعقاد العارية أو كان معسراً قبل ذلك دون علم من المعير (م ٦٤٤ مدني). ٤- تنتهي العارية بموت المستعير ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك (م ٦٤٥ مدني).

(٤) ديمولومب ٢٥ فقرة ٥٦٩ - لوران ١٧ فقرة ١٧٩ - هيك ٧ فقرة ٢٨٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ٩٧٣.

(٥) هيك ٧ فقرة ٢٨٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ٩٧٣.

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. ويزول الحق بحلول الأجل حتى لو كان قد انتقل من الدائن إلى خلف عام أو إلى خلف خاص.

ويكون انقضاء الحق بحلول الأجل دون أثر رجعي، بخلاف ما قررناه في تحقق الشرط الفاسخ، فيعتبر الحق قد انقضى من وقت حلول الأجل لا من وقت الاتفاق، وبذلك يتميز الحق المقترن بأجل فاسخ عن الحق المعلق على شرط فاسخ، فالحق الأول يعتد 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 والاجل: 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^(١).
- (٢) الحق المعلق على شرط واقف حق موجود ولكنه ناقص، أما الحق المقترن بأجل واقف فحق موجود كامل الوجود.

(١) أنظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤-٣٥.

(١) مفاد نص المادتين ٢٦٥، ١/٢٧١ من القانون المدني، أنه وإن كان كل من الشرط والأجل وصفا يلحق الالتزام فأنهما يختلفان في قوامهما اختلافاً يعكس أثره على الالتزام الموصوف فيبينما لا يكون الالتزام المعلق على شرط محققاً في قيامه أو زواله، إذ بالالتزام المضاف إلى أجل يكون محققاً في وجوده مؤجل النفاذ ومؤجل الانقضاء، ولما كان مفاد البند الخامس من عقدي الإيجار أن مدة العقد سنة واحدة تبدأ من تاريخ صدور الترخيص، فإن عقدي الإيجار يكونان نفاذهما معلق على شرط موقف غير محقق الوقوع هو الحصول على الترخيص الإداري اللازم لمباشرة المهنة أو الصناعة، باعتباره مرتين بارادة أحد طرفي الالتزام وأتوا متصل أيضاً بعامل خارجي هو إرادة الجهة الإدارية المختصة باصدار الترخيص.

(جلسة ١٩٧٨/١/١٨ الطعن ٩١٤ لسنة ٤٣ ق السنة ٢٩ ص ٢٣٤)

- (٣) الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود على خطر الزوال، أما الحق المقترن بأجل فاسخ فحق مؤكد الزوال.
- (٤) لتحقق الشرط، كقاعدة عامة، أثر رجعي، أما حلول الأجل فليس به هذا الأثر.

وترد 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 تؤولاً 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 متعدد 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) الالتزام متعدد المحل (obligation conjointe) (٢) والالتزام تخييري (obligation alternative) (٣) والالتزام بدلي (obligation facultative) (٢).

فالالتزام متعدد المحل هو التزام واحد ولكنه ذو محل متعدد^(١)، كالمقايض يلتزم باعطاء

(١) أما إذا كان المدين ملزماً بأداءات (prestations) متعددة، كل منها متميز عن الآخر، كان هناك التزامات متعددة، وليس محلاً متعددة لالتزام واحد، حتى لو كان لهذه الالتزامات المتعددة مصدر واحد، وذلك كعقد 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 ٤ 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 تتفرق أجزاءه، كبيع كتاب من أجزاء متعددة، ويكون الالتزام هنا من باب أولى ذا محل لا يتجزأ. ويلاحظ إن عدم تجزئة المحل في صورتين المتقدمتين ليس هو عدم التجزئة الذي سنبحثه في تعدد أطراف الالتزام، فإن عدم تجزئة المحل لا يكون وصفاً في الالتزام يقتضي 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 يتعدد فليس إلا تعبيراً آخر للقول بأن الوفاء الجزئي لا يجوز، وهذا أيضاً صحيح حتى لو كان محل الالتزام شيئاً واحداً، تفرقت أجزاؤه أو لم تتفرق (أنظر في هذا المعنى دى باج ٣ فقرة ٢٦٧ وقررة 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 ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٨ هامش رقم ١).

(I) متى كان الواقع في الدعوى هو أن عقد البيع الابتدائي قد ورد على حصة مقررة محددة مقدارها ٣٦ فدانا وفقاً لوضع يد البائع مع تحديد سعر الوحدة للقدان بمبلغ معين فلما قامت إجراءات الشهر العقاري حائلاً دون تسجيل العقد على هذا الوجه حور الطرفان اتفاقهما في العقد النهائي دون المساس بجورهه بأن جعلوا البيع منصبا على الحصة الشائعة بحسب النصيب الشرعي ومقدارها ٣٠ فدانا والتي لا تجادل المساحة في جواز ورود العقد عليها كما جعلوا منصبا أيضاً على القدر المفرز الوارد في العقد الابتدائي وحرصاً على النص على سعر الوحدة للقدان الواحد بمبلغ معين في كلتا الحالتين، وكان المفهوم من هذا التحوير اللاحق في العقد النهائي أن البيع شمل محلين الأول بيع النصيب الشائع والآخر بيع هذا النصيب حسب وضع اليد وأن العلاقة بينهما تسوى على أساس المحل الذي يصح به =

المقايض معه أرضاً ومعدلاً (soulte) للمقايضة هو مبلغ من النقود في مقابل أن يعطيه المقايض الآخر داراً. فهنا يلتزم المقايض الأول باعطاء المقايض معه أرضاً ومبلغاً من النقود، فالالتزام واحد مصدره عقد المقايضة، وهو في الوقت ذاته متعدد المحل لأن المدين ملتزم أن يعطي شيئاً لا شيئاً واحداً: الأرض ومبلغ النقود. وليس لهذا النوع من الوصف أثر كبير في الالتزام، ولا توجد فروق هامة ما بين الالتزام متعدد المحل والالتزام 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 رضاء 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 المقايض الآخر - وقد التزم باعطاء دار - عقاراً. أما الالتزام ذو المحل المتعدد فيكون عقاراً أو منقولاً تبعاً لطبيعة المحال المتعددة جميعاً، وقد يكون بعضها عقاراً أو بعضها 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).

=العقد، وكانت مصلحة الشهر العقاري قد نقلت أولاً ملكية القدر الشائع دون المحدد وجرت المحاسبة في العقد على ثمن هذا القدر وحده ثم تبين بعد ذلك أن المحل قد استقام أمره وهو الـ ٣٦ المحددة ببيع المشتري له دون اعتراض من الشهر العقاري - فإنه يكون للبائع الحق في الرجوع على المشتري بثمن الفرق على أساس الوحدة المتفق عليه، ويكون الحكم المطعون فيه إذ اعتبر البيع جزافاً بالثمن المحدد للحصة الشائعة قد خالف في تفسيره الثابت بالأوراق.

(الطنن ١٠٦ لسنة ٢٢٢ق - جلسة ١٢/٥/١٩٥٥)

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٩.

(٢) لا رومبيير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٥ - لوران ١٧ فقرة ٢٢٤ - فقرة ٢٢٥ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٧ - جوسران ٢ فقرة ٧٤٤.

والفقه الإسلامي يعني عناية خاصة بالالتزام ذي المحل المتعدد، ويميز تمييزاً واضحاً بين التزام محله أشياء متعددة كلها واجبة الأداء وبين التزام محله أشياء متعددة أحدها 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 الأسهاب، ويحرص فيه بوجه خاص على عدم تفريق الصفقة، ثم إذا هي تفرقت يحرص على عدم جهالة الثمن فيما تفرقت الصفقة فيه. فإذا أوجب (البائع) في العبدن قبيل (المشتري) =

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

= في أحدهما، إن قال البائع للمشتري بعث منك هذين العبدتين بألف درهم، فقال المشتري قبلت في هذا العبد وأشار إلي واحد معين، لا يتعدى، 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 الردئ إلى الجيد ترويحاً للردئ بواسطة الجيد، فلو ثبت للمشتري ولاية التفريق لقبول في الجيد دون الردئ، 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 بعث منك هذين الكرئين بعشرين، بيع كل كر بعشرة لثمانين الكرئين. وكذلك إذا قال بعث منك هذين العبدتين بألف درهم، فقبل المشتري في أحدهما وبين ثمنه، فقال البائع بعث، 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 العبدتين، فإن قال بعث منك هذين العبدتين بألف درهم. فأما إذا بين بأن قال بعث منك هذين العبدتين هذا بألف وهذا بخمسمائة، فقبل المشتري في أحدهما دون الآخر، جاز البيع لانعدام تفريق الصفقة من المشتري، بل البائع هو الذي فرق الصفقة حيث سمي 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).

وبعنى الفقه الإسلامى - 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. وعندهما (أى عند أبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة) يجوز في العصير والعبد والذكية، ويطلق في الحر والخمر والميتة... وجه قولهما أن الفساد بقدر الفساد لأن الحكم يثبت بقدر العلة، والمفسد 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 فسدت في أحدهما فلا تصح في الآخر، والدليل على أن الصفقة واحدة أن لفظ البيع والشراء لم يتكرر والبائع واحد والمشتري واحد، وتفريق الثمن وهو التسمية لكل واحد منهما لا يمنع اتحاد الصفقة، دل على أن الصفقة واحدة، وقد فسدت في أحدهما يبقين لخروج الحر والخمر والميتة عن محلية البيع يبقين؛ فلا يصح في الآخر لاستحالة كون الصفقة الواحدة صحيحة وفاسدة، ولهذا لم يصح إذا لم يسم لكل واحد منهما ثمناً فكذا إذا سمي لأن التسمية وتفريق الثمن لا يوجب تعدد الصفقة لاتحاد البيع والعاقدين... 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 =

الواجب الإداء، لا المحال جميعاً كما في الصورة السابقة. فإذا التزم شخص لآخر بإعطائه 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. فإذا التزم شخص لآخر بإعطائه 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 للوفاء بالتزامه، ولا يستطيع الدائن أن يرفض هذا الوفاء.

ونرى مما تقدم أن هناك تدرجاً تصاعدياً في تعدد المحل ما بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري والالتزام ذى المحل المتعدد. ففي الالتزام البدلي محل الالتزام (objet in obligation)، 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).

= 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 صاحبين) فهل يثبت الخيار فيه؟ إن علم بالحرام يثبت لأن الصفقة تفرقت عليه، وإن لم يعلم لا لأنه مضى بالتفريق» (البدائع جزء ٥ ص ١٤٥ - ص ١٤٦).

وتفرقت الصفقة أيضاً هي التي يعنى بها الفقه الإسلامى في تقرير أحكام العقد بعد انعقاده صحيحاً، فإذا 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، وهلاك كل المعقود عليه يوجب انفساخ البيع في الكل وسقوط كل الثمن، فهلاك بعضه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره. والمشتري بالخيار في الباقي، إن شاء أخذ بحصته من الثمن، وإن شاء ترك لأن الصفقة قد تفرقت عليه» (البدائع جزء ٥ ص ٢٣٩). وللبيع حبس المبيع حتى يستوفى 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 أبرأ من حصة أحدهما، فله حبس الكل لاستيفاء الباقي لما ذكرنا» (البدائع جزء ٥ ص ٢٥٠).

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

(١) أنظر في ذلك دى باج ٣ فقرة ٢٦٨.

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^(١). والذي يجب أن يفرد بالبحث - لأن الوصف فيه ذو أثر بالغ - هو الالتزام التخييري ثم الالتزام البدلي، ونبحثهما في فصلين متعاقبين.

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 أي مصدر ينشأ، ومن من طرفي الالتزام يثبت له الخيار. ثم نعرف بعد ذلك ما هي أحكام الالتزام التخييري. فنبحث إذن مسألتين: (١) قيام وصف التخيير (٢) أحكام الالتزام التخييري^(١).

الفرع الأول

قيام وصف التخيير

٨٢- النصوص القانونية: تنص المادة ٢٧٥ من التقنين المدني على ما يأتي: «يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك»^(٢).

(*) مراجع: بنكاز Bonnacase نكلمة بودري ٢ فقرة ٧٦٠ وما بعدها - مقال له في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ١٠٩٢ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٠ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٤٢ - فقرة ١١٠٦ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٨ - فقرة ١٠٥١ - بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨٠٠ - فقرة ٨٠٣ - دي باج ٣ فقرة ٢٧٣ - ٢٨٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣١٩ - فقرة ١٣٢٢ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ٦٧٨ - جوسران ٢ فقرة ٧٤٥ - فقرة ٧٤٦.

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

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٣٩٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، غير أن النص في المشروع التمهيدي كان مقسوماً إلى فقرتين، فاندمجت 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 حكمه من المبادئ العامة، وأصبحت المادة رقمها ٢٨٧ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧ و ص ٣٩).

(١) ويميز تقنين الموجبات والعقود اللبناني، في «الموجبات ذات المواضيع المتعددة»، «بين الموجب المتلازم» وهو الذي ندعوه بالالتزام ذي المحل المتعدد، «والموجب التخييري» أي الالتزام التخييري، «والموجب الاختياري» أي الالتزام البدلي. فتنص المادة ٥٣ من هذا التقنين على «أن الموجبات ذات المواضيع المتعددة تكون متلازمة أو تخييرية أو اختيارية». وتنص المادة ٥٤ على أن «الموجب المتلازم هو الذي يكون موضوعه مشتملاً على جملة أشياء تجب معا بحيث لا تبرأ ذمة المدين إلا بإدائها كلها». وتنص المادة ٥٥ على «أن الموجبات المتلازمة خاضعة للأحكام المختصة بالموجب البسيط».

ويقابل هذا النص المادة ١٥٠/٩٦ من التقنين المدني السابق (١).

ويقابل 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 (٢).

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

١ - متى يقوم وصف التخيير

٨٣- (أ) تحديد منطقة الالتزام التخييري: ليكون الالتزام تخييراً 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 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

(١) وخيار التعيين في الفقه الإسلامي - وهو الذي يقابل التخيير في الالتزام التخييري - لا يجوز أن يقع على أكثر من أشياء ثلاثة، ويلتزم فيه ذكر المدة التي يتم فيها الخيار على خلاف في الرأي، ويكون الخيار إما للمشتري أو للبائع حسب الشرط. جاء في المبسوط للسرخسي (جزء ١٣ ص ٥٥): «ولو اشترى ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم، على أنه بالخيار ثلاثة أيام يمسك 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 تفضي إلى المنازعة لأنه شرط الخيار لنفسه، وحكم خياره يستند بالتعيين، والجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد... فقد يشتري الإنسان لعماله ثوباً ولا يعجبه 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 حمل الثلاثة إلى أهله تم المقصود. فأخذنا فيما زاد على ذلك بالقياس لعدم الحاجة فيه.. ثم نص في هذا الموضوع على تقدير الخيار بثلاثة أيام، وهو الصحيح، لأن هذا خيار نبت بالشرط فلا بد فيه من إعلام المدة، وإن أطلق ذلك في غير هذا الموضوع». 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 فما دونها 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 =

(١) التقنين المدني السابق م ١٥٠/٩٦: إذا كان التعهد بعمل أحد شيئين فأكثر، فالخيار للمتعهد، إلا إذا وجد نص صريح في التعهد أو في القانون يقضي بخلاف ذلك.

ولا فرق في الأحكام ما بين التقنينين الجديد والقديم. وقد كان التقنين القديم يغفل ذكر الالتزام البدلي، ويكثر 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 له الحق في مباشرته، ووضع نظاماً أدنى إلى المنطق في آثار استحالة التنفيذ. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «عمد المشروع - فيما تعلق بالأوصاف الخاصة بتعدد محل الالتزام - إلى الجمع بين الالتزام التخييري والالتزام البدلي في الفصل المعقود لهما، مقتدياً بذلك بالتقنين اللبناني. ولعل في دقة التفريق بين هذين الضربين من الالتزام ما يمتنع معه الأعضاء عن إهمال التقنين المصري والتقنين الفرنسي، بل والمشروع الفرنسي الإيطالي، للالتزامات البدلية. ومع أن أحكام الالتزام التخييري ظفرت بحظ موفور من التفصيل في نصوص التقنين الحالي (السابق) - إذا 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 محلي التخيير إذا امتنع من ثبت له هذا الحق من العاقدين عن مباشرته، ووضع لآثار استحالة التنفيذ نظاماً أدنى إلى المنطق» (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٦).

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٢٧٥ (مطابقة للمادة ٢٧٥ من التقنين المدني المصري).

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

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 نمة 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 نمة نص مخالف، والمقصود بالنص هنا الانفاق (stipulation) كما يفهم من الرجوع إلى الأصل الفرنسي للمادة ٥٦، أما نص القانون فمن البديهي أنه إذا وجد وجعل الخيار للدائن فإنه يجب اتباعه).

يكون شيئاً غير معين بالذات كالنقود، أو عيناً معينة عقاراً أو منقولاً. ويصح أن يجمع التعدد هذه كلها، فيكون محل الالتزام نقوداً وعقاراً ومنقولاً. بل يصح أن يكون محل

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 الغبن 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 والأرفق لأن المبيع كان معه قبل البيع وهو أرفق بما لاءمه منه، فيرد جانب البائع إلى القياس، فهذا نص في المجرى على أنه لا يجوز في جانب البائع. وذكر الكرخي أنه يجوز استحساناً، لأن 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 يردهما جميعاً، لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية، فيمنع لزوم المالك، فكان محتملاً للفسخ. وهذا لأن جواز هذا النوع من البيع إنما يثبت بتعامل الناس لحاجتهم إلى ذلك لما بينا فيما تقدم، ولا تعدم حاجتهم إلا بعد اللزوم لأنه عسى لا يوافق كلاهما جميعاً فيحتاج إلى ردهما». وجاء أيضاً (ص ٢٦٢) 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 يلزمهم البيع، ويبقى لهم خيار التعيين وحده دون خيار الشرط. وهذا ما يعلل أيضاً أن الشئيين إذا تعييا معاً في يد المشتري، وكان له خيار التعيين، فللمشتري أن يأخذ أيهما شاء بشئيه وليس له أن يردهما جميعاً، لأن خيار الشرط المقترن بخيار التعيين هو الذي يظل بتعيب الشئيين ويبقى خيار التعيين على حاله. وفي هذا يقول صاحب البدائع (جزء ٥ ص ٢٦٢): «ولو تعييا جميعاً، فإن كان على التعيب تعيين الأول للبيع ولزومه ثمنه ويرد الآخر لما قلنا، ولا يفرغ بحدوث العيب شيئاً لما قلنا إنه أمانة. وإن تعييا معاً لا يتعين أحدهما للبيع لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر، وللمشتري أن يأخذ أيهما شاء بشئيه، لأنه إذا لم يتعين أحدهما للبيع بقي المشتري على خياره. إلا أنه ليس له أن يردهما جميعاً، لأن البيع قد لزم في أحدهما بتعيبهما في يد المشتري وبطل خيار الشرط، وهذا يؤيد قول من يقول من المشايخ إن هذا البيع فيه خياران، خيار التعيين وخيار الشرط، ولا بد له من رتبة معلومة، إذ لو لم يكن للملك ردهما جميعاً كما لو لم يتعيب أحدهما أصلاً، ولكنه لم يملك لأن ردهما جميعاً =

الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل. ويصح أن يجتمع كل هؤلاء في الالتزام الواحد، فيلتزم الشريك مثلاً بتقديم حصته للشركة مبلغاً من النقود أو أرضاً 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 الاداءات 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 للتعيين، 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 الشئ 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 الحكم إذ تقول: «يكون الالتزام بسيطاً، ولو عقد في صورة التزام تخييري، إذا كان أحد الشئيين محل الالتزام

= قبل التعيب ثبت حكماً لخيار الشرط، وقد بطل خيار الشرط بعد تعييبهما معاً فلم يملك ردهما، وبقي خيار التعيين فيملك رد أحدهما... ولا يبطل هذا الخيار بموت المشتري بل يورث بخلاف خيار الشرط، لأن خيار التعيين إنما يثبت للمورث لثبوت الملك له في أحدهما غير عين، وقد قام الوارث بمقامه في ذلك الملك فله أن يختار أيهما شاء دون الآخر، إلا أنه ليس له أن يردهما 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 فيبطل الحكم المختص به وهو ولاية ردهما جميعاً».

(١) ديانتون 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 يرضا إلى جانبه على طريق التخيير محلاً آخر مشروعاً يكون المقصود منه أن يصبح جزءاً 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).

لا يمكن أن يكون محلاً له^(١). وتنص المادة ٦١ من تفنين الموجبات والعقود اللبناني على الحكم فيما إذا كان شئ واحد من الأشياء المتعددة هو الذي يمكن تنفيذه دون الأشياء الأخرى، فتقول: «إذا كان أحد المواضيع وحده قابلاً للتنفيذ، فالموجب يكون أو يصبح من الموجبات البسيطة». والحكم كما نرى ظاهر البدهة، فلا حاجة للنص عليه، إذ يمكن استخلاصه في يسر من تطبيق القواعد العامة.

والعبارة، في معرفة ما إذا كانت الشروط الواجبة متوافرة في الأداءات المتعددة للالتزام التخييري، تكون بوقت نشوء هذا الالتزام. فان توافرت الشروط في هذا الوقت، كان الالتزام تخييرياً، حتى لو أصبحت الأداءات بعد ذلك لا تصلح كلها أو بعضها محلاً للالتزام. وعلى النقيض من ذلك، إذا لم تتوافر الشروط إلا في أداء منها، كان الالتزام بسيطاً منذ البداية ومحل هذا الأداء الذي توافرت فيه الشروط، ولا ينقلب تخييرياً حتى لو أصبحت الأداءات الأخرى بعد ذلك متوافراً فيها الشروط الواجبة^(٢).

٨٦- (٣) محل واحد من المحال المتعددة هو الواجب الاداء: وإذا كان للالتزام التخييري محال متعددة (in obligatione)، فان محلاً واحداً منها فقط هو الواجب الاداء (in debitione)، أو كما تقول المادة ٢٧٥ مدني في صدرها: «تبراً ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها»^(١).

وينبني على ذلك أمران: (أولهما) أنه قبل اختيار المحل الواجب الاداء، يكون كل من المحال المتعددة ممكناً طلبه، فيقوم التضامن بين هذه المحال على غرار التضامن الذي يقوم بين المدينين المتضامنين. فكما إن كل مدين متضامن تمكن مطالبته بكل الدين فإذا وفاه انقضى، كذلك أي محل من المحال المتعددة للالتزام التخييري تمكن المطالبة به فإذا وفي انقضى الالتزام. فالتخير إذن هو ضرب من التضامن ما بين الأشياء شبيه بالتضامن ما بين الأشخاص،

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

(٢) ديمولومب ٢٦ فقرة ١٢- بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٤٦- وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨.

(١) مؤدى ما نصت عليه الفقرة (د) من المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أن المشرع ألقى على عاتق المالك المرخص له بهدم ميناء لاعادة بنائه بشكل أوسع بالالتزام تخييرياً قبل كل من مستأجرى وحدات هذا المبنى، وهو أن يوفر له مكان مناسب بأجر مماثل لأجر الوحدة التي كان يستأجرها بالمبنى المرخص بهدمه وإما بتعويضه تعويضاً نقدياً على الوجه المبين بالنص، وجعل الخيار في ذلك للمالك بإعتباره المدين بهذا الالتزام التخييري.

(الطنن ٢٠١٣ لسنة ٥٦ق- جلسة ١٩٩١/١١/٢٠)

هو تضامن عيني موضوعي (solidarité réelle et objective) إلى جانب تضامن المدينين الشخصي الذاتي (solidarité personnelle et subjective). والتضامن العيني من شأنه، كالتضامن الشخصي، أن يقوى ضمان الدائن، فإذا أصبح تنفيذ محل من المحال المتعددة للالتزام التخييري مستحيلاً جاز أن ينفذ محل آخر، فيتسع بذلك مجال التنفيذ ويقوى ضمان الدائن^(١). (والأمر الثاني) أنه بعد اختيار المحل الواجب الاداء 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 في الكثرة الغالبة من الأحوال متعادلة في قيمتها، ما دام أن تنفيذ أي محل منها يغني عن تنفيذ المحال الآخر. غير أن هذا ليس بضروري، فقد تتفاوت 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٪ أو خمسمائة بفوائد سعرها ٦٪. 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 في الحالتين ٥٪^(٢).

٨٧- (ب) تمييز الالتزام التخييري عن حالات أخرى تشبه به: وحتى يتم تحديد منطقة الالتزام التخييري في وضوح، نورد بعض الحالات التي تشبه بالالتزام التخييري وليست إياه. فنستعرض الشرط الجزائي والالتزام المعلق على شرط واقف والالتزام بشئ 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- (أ) التمييز بين الالتزام التخييري والشرط الجزائي: الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقى للتعويض المستحق، إذا أخل المدين بالتزامه ولم يتم تنفيذه 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 محلي التزام تخييرياً. ذلك أنه في الالتزام التخييري يمكن للمدين أو للدائن، بحسب الأحوال، أن يختار أحد المحلين فيوفيه للطرف

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ٨- بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٤٤- فقرة ١٠٤٥- بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٨- دي باج ٣ فقرة ٢٧٤.

(٢) ديانتون ١١ فقرة ١٣٩- لارومبيير ٣ م ١١٨٩م فقرة ٩- ديمولومب ٢٦ فقرة ٥- بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٤٣.

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 تخييرى، بل إن له مقوماته الذاتية، وقد سبق بيان ذلك في الجزء الثاني من الوسيط.

وما يبرز الفرق بين الالتزام التخيري والالتزام المصحوب بشرط جزائي أنه إذا كان الالتزام المصحوب بشرط جزائي قد أصبح تنفيذه العيني مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن الالتزام ينقضي ولا يكون الشرط الجزائي مستحقاً. أما في الالتزام التخيري، إذا أصبح تنفيذ أحد محلي 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 التخيري، فإنه إذا كان أحد محليه لا يصلح أن يكون محلاً للالتزام أصبح المحل الآخر هو المستحق^(١).

٨٩- (٢) التمييز بين الالتزام التخيري والالتزام المعلق على شرط واقف: ولا يجوز أن يكيف الالتزام التخيري بأن كلا من محاله المتعددة واجب الأداء معلقاً على شرط اختياره، وقد كان بعض الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى ذلك^(٢). ذلك أن الالتزام المعلق على شرط واقف قد علق على أمر غير محقق الحصول، أما الاختيار في الالتزام التخيري - اختيار محل ما - فهو أمر محقق لا بد من حصوله، وإذا هو لم يحصل ممن له حق الاختيار بالذات، فإنه لا بد حاصل ممن أقامه القانون مقامه: القاضى في حالة ما إذا كان الخيار للمدين، والمدين في حالة ما إذا كان الخيار للدائن^(٣).

وينبنى على ما تقدم أن الالتزام التخيري هو التزام محقق الوجود منذ البداية، أما الالتزام المعلق على شرط واقف فالالتزام غير محقق الوجود وهو لن يوجد فعلاً إذا ما تحقق الشرط. وهناك فرق آخر ما بين الالتزامين، فإنه إذا هلك محل الالتزام الشرطى بسبب أجنبي قبل تحقق الشرط كانت تبعة الهلاك على المدين كما سبق القول، أما التبعة في هلاك أحد محال الالتزام التخيري فهي على الدائن^(٤).

(١) بودرى وبارد ٢٠٧٥ فقرة ١٠٧٥.

(٢) أنظر ماركاديه ٤ فقرة ١١٨٩ - كولى دى سانتير ١١٥ فقرة ١١٥ مكررة - ديمولومب ٢٦ فقرة ٦٣.

(٣) أنظر المادة ٢٧٦ مدنى، وسيأتى بيان ذلك. فلا يكون إذن اختيار أحد محال الالتزام التخيري شرطاً ما دام محقق الحصول، بل هو أجل معين أو غير معين على حسب الأحوال (أنظر قريباً من هذا المعنى بودرى وبارد ٢٠٧٥ فقرة ١٠٥٢).

(٤) أنظر بودرى وبارد ٢٠٧٥ فقرة ١٠٥٣.

٩٠- (٣) التمييز بين الالتزام التخيري والالتزام بشئ غير معين بالذات: والالتزام التخيري ليس التزاماً بشئ غير معين بالذات. فقد يلتزم شخص أن يبيع لآخر مائة أردب من القمح، ومحل الالتزام هنا هو شئ غير معين بالذات حتى لو عين البائع المخزن الذى أودع فيه قمحه وذكر أن مائة الأردب ستؤخذ من هذا القمح. كذلك يعتبر التزاماً بشئ غير معين بالذات التزام من يبيع فرساً غير معين من خيوله الموجودة بالأصطبل، أو يبيع بقرة غير معينة من قطع 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 التخيري - وبين أن يلتزم باعطاء شئ غير معروف من بين أشياء معروفة، أن الأشياء محل الالتزام التخيري هي أشياء معينة بالذات، 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 هي معينة فى الالتزام التخيري، بل هي قد عينت بأنها الخيول التى فى الأصطبل دون أن تعين هذه الخيول فرساً فرساً، أو هي قطع البقر الذى يملكه البائع دون أن يعين رؤوس هذا القطيع رأساً رأساً^(١).

وينبنى 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 التخيري، 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 لا من وقت البيع. أما فى الالتزام التخيري، فله إذا اختير محل الالتزام، انتقلت ملكيته من وقت البيع لا من وقت الاختيار، وسرى أن الاختيار يستند إلى الماضى^(٣). (٣) فى الالتزام بشئ غير معين بالذات، إذا كان أحد الخيول مثلاً هو ملك المشتري، ولكنه عندما فرز ليكون هو الفرس المبيع لم يعد ملكاً له، فإن البيع يصح. أما فى الالتزام التخيري، إذا باع شخص فرساً من بين عدة خيول معينة بذواتها، وكان أحدها ملكاً للمشتري ثم لم يعد ملكاً له، واختير ليكون محلاً للالتزام، فإن الالتزام لا يصح لأن

(١) لارومبيير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٨ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٣٥ - بودرى وبارد ٢٠٧٥ فقرة ١٠٥٥ - فقرة ١٠٥٥.

(٢) قارب بودرى وبارد ٢٠٧٥ فقرة ١٠٦٥.

(٣) لارومبيير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٧ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٧ - فقرة ٨ - بودرى وبارد ٢٠٧٥ فقرة ١٠٥٤ ص ٢١٢.

(١) لارومبيير ٣ م ١١٩٢ فقرة ١ - ديمولومب ٢٦ فقرة ١٢ - بودرى وبارد ٢٠٧٥ فقرة ١٠٥٦. ويقع كثيراً أن

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».

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

ولكن يجوز أن يتفق الطرفان على أن يكون الخيار للدائن لا للمدين، وهذا يقتضي اتفاقاً خاصاً فلا يصح افتراضه. على أن هذا الاتفاق قد يكون صريحاً أو ضمناً، فلا يشترط التقنين المدني المصري الاتفاق الصريح^(٣).

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 مدني على أنه

إذا أضعف المدين بفعله تأميناً خاصاً، فللدائن الخيار بين أن يطالب باستيفاء حقه قبل حلول أجله أو أن يطالب بتكملة التأمين^(١). ففي هذا الالتزام التخييري ينص القانون على أن الخيار للدائن.

ومتى كان الخيار للمدين فإنه يستطيع أن يعرض الوفاء بالمحل الذي 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 بأي محل يختاره الدائن^(٢).

ولا نرى ما يمنع من أن يتفق الطرفان على أن يكون الخيار لأجنبي، ويكون الأجنبي في هذه الحالة إما خبيراً فنياً يستشير أحد الطرفين فيكون الخيار في الحقيقة لهذا الطرف يستعمله بعد استشارة الخبير، أو يكون الأجنبي 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 المصري لا يقول - كما تقول المادة ١١٩٠ من التقنين المدني الفرنسي - إن الخيار للمدين ما لم يتفق المتعاقدان على أن يكون الخيار للدائن، بل تقول إن الخيار للمدين ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك^(٣).

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 بتكملة التأمين. أما إذا كلن إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً^(٤). ورأينا أن الفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٠٤٨ مدني تطبقان هذه

تعقد الشركات الكبيرة قروضاً في الأسواق العالمية، فتصدر سندات وتتعهد بدفع رأس المال والأرباح بعملة مختلفة، حتى يتهيأ للمقرضين حاملي هذه السندات أن يقبضوا حقوقهم كل بعملة بلده، فهل يعتبر التزام الشركة المقرضة في هذه الحالة التزاماً تخبيرياً محاله المتعددة هي هذه العملات المختلفة؟ انقسم الفقهاء في هذه المسألة: ففريق يذهب إلى أن الالتزام بسيط، ومحلّه هو مبلغ من النقود يحسب في كل بلد بعملة، والدائن هنا هو الذي يختار عملة بلده (بارتان على أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٩ وهامش رقم ٣ مكرر - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٢٠ - 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 ضمناً على أن يكون الخيار في هذا الالتزام للدائن لا للمدين، أي لحاملي السندات لا للشركة (أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Obligation فقرة ٤٩ - دي باج ٣ فقرة ٢٧٦). وسواء 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).

(٣) أما التقنين المدني الفرنسي فقد نص في المادة ١١٩٠ على أن يكون الاتفاق صريحاً، وبالرغم من ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى جواز أن يكون الاتفاق ضمناً (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠١ - أنسيكلوبيدي دالوز لفظ Obligation فقرة ٥٥ - دي باج ٣ فقرة ٢٧٨).

(١) أنظر أيضاً المادة ١٠٤٨ فقرة أولى مدني.

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٦٠ - فقرة ١٠٦١.

(٣) أنظر في إمكان أن يكون الخيار للغير في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٧٧.

(٤) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧ - ص ٣٨.

الفرع الثاني أحكام الالتزام التخييري

٩٣- تعيين محل الواجب الاداء وتحمل التبعة: يشير الالتزام التخييري من ناحية ما يجب أن يسرى عليه من أحكام، مسألتين: (١) كيف يتم تعيين محل الواجب الاداء من بين المحال المتعددة للالتزام. (٢) ماذا يكون الحكم لو أن بعض هذه المحال أو كلها هلك قبل أن يتم اختيار محل الواجب الاداء.

فتتكلم إذن في تعيين محل الواجب الاداء وفي أحكام الهلاك.

١- تعيين محل الواجب الاداء

٩٤- النصوص القانونية: تنص المادة ٢٧٦ من التقنين المدني على ما يأتي:

«١- إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم، جاز للدائن أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام.»

«٢- أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، عين القاضى أجلاً إن طلب المدين ذلك، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين (١).»

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق (٢).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤٠٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار، جاز للدائن أن يطلب من القاضى تحديد أجل للمدين يختار فيه، حتى إذا لم يفعل تولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام. ٢- أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار، حدد القاضى له أجلاً إن طلب المدين ذلك، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين.» وفي لجنة المراجعة عدلت المادة، بناء على طلب محكمة مصر، للنص على حالة تعدد المدينين أو تعدد الدائنين ولم يتفقوا على الاختيار، وأصبح النص بعد 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).

(٢) لم يكن التقنين المدني السابق يشتمل على نص يبين الحكم فيما إذا رفض من له الخيار، مديناً كان أو دائناً، إعمال حق خياره، أو كان من لهم الخيار متعددين ولم يتفقوا على أمر واحد. لذلك كان الحكم موكولاً إلى تطبيق القواعد العامة، وتقضى هذه بأن يوكل أمر التعيين إلى القضاء. وقد ورد في الموجز للمؤلف (ص ٥٠٢) في هذا الصدد ما يأتي: «فإذا انقضت مدة الخيار دون أن يستعمله =

الأحكام على الرهن الرسمي فتنصان على أنه ١- إذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك العقار المرهون أو تلفه، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً. ٢- فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل (١). ونرى من ذلك أن هذه النصوص تنشئ التزامين تخييريين: (١) الالتزام الأول هو التزام المدين الذى أضعف بفعله ما أعطى الدائن من تأمين خاص، فيلتزم إما بدفع الدين فوراً أو بتكملة التأمين، والخيار هنا للدائن بنص القانون. (٢) والالتزام الثانى هو التزام المدين، إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب أجنبي، بدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين كاف، والخيار هنا للمدين بنص القانون كذلك (٢). وقد تقدم بيان هذا عند الكلام فى الأجل (٣).

(١) أنظر أيضاً المادة ١١٠٢ فقرة ثانية مدنى فى رهن الحياة.

(٢) أنظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٥- وقارن، فيما يتعلق بالالتزام المدين بدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب أجنبي، المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ و ص ٣١، حيث تفيد أن هذا الالتزام التزم بدلى، والصحيح أنه التزام تخييري كمنظيره الذى ينشأ إذا كان إضعاف التأمين راجعاً إلى خطأ المدين، ولكن الخيار فى الالتزام الأول للمدين، وهو فى الالتزام الثانى للدائن.

(٣) أنظر أنفاً فقرة ٧٣.

ومثل الالتزام التخييري الذى مصدره القانون أيضاً ما قضت به المادة ٢٧٤ مدنى من أن المدين، إذا خشي الدائن إفلاسه أو إعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول، يخير بين وفاء الدين فوراً أو تقديم تأمين (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧- ص ٣٨). وانظر أمثلة أخرى للالتزام التخييري الذى مصدره القانون فى نص المادة ٤٢٥ مدنى «الغبن فى البيع، وتقابلها المادة ١٦٨١ من التقنين الفرنسى وهذه تنشئ التزاماً بدلياً لا التزاماً تخييرياً»، وفى نص المادة ١١٩ من التقنين التجارى (عدم قبول الكمبيالة، وتقابلها المادة ١٢٠ من التقنين التجارى الفرنسى وتنشئ التزاماً بدلياً لا التزاماً تخييرياً).

وقضت المادة ٩٢٤ مدنى بأن من يقيم منشآت على أرض غيره وهو يعلم أن الأرض ليست ملكه، ويطلب صاحب الأرض استبقاء المنشآت، فإن له أن يستبقئها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت. فقد يقال أن فى ذمة صاحب الأرض التزاماً تخييراً، إما بدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، أو بدفع ما زاد فى ثمن الأرض. ولكن لما كان صاحب الأرض سيختار دون شك أقل هاتين القيمتين، فالظاهر أن الالتزام هنا يعتبر التزاماً بسيطاً له محل واحد هو أقل القيمتين (أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٣). 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 له أن يستبقئ المنشآت، ويخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل، أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت - وفيما تقضى به بوجه عام المادة ١٧٩ مدنى، من أن المشترى على حساب غيره يلتزم بدفع أقل القيمتين، قيمة ما أثرى به وقيمة ما افتقر به الدائن.

ويقابل هذا نص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٦، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦٣، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٩٩-٣٠٠، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٥٧-٦٠ و٦٤-٦٥ (١).

=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 فيقضي بهذا الحل، كما رأينا، في حالة ما إذا كان الخيار للمدين ولم يختر أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم. أما إذا كان الخيار للدائن ولم يختر أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، فإن التقنين المدني الجديد يقضي بأن ينتقل الخيار في هذه الحالة إلى المدين. وانتقال الخيار إلى المدين يقتضي نصاً خاصاً، ومن ثم يكون هذا الحكم مستحدثاً فلا يسرى إلا على الالتزامات التخيرية التي نشأت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩.

ويقضي التقنين المدني الألماني (م ٢٦٤) بأنه إذا لم يستعمل صاحب الخيار - دائناً كان أو مديناً - حقه في الخيار، انتقل الخيار إلى الطرف الآخر.

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٢٧٦ (مطابقة للمادة ٢٧٦ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي م ٢٦٣ (مطابقة للمادة ٢٧٦ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ٢٩٩: ١- يلزم في خيار التعيين 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 التعيين ينتقل إلى الوارث.

(والتقنين المدني العراقي يتفق في أحكامه مع أحكام التقنين المدني المصري، غير أن التقنين العراقي لم يورد الحكم فيما إذا كان من لهم 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 التعيين ينتقل إلى الوارث، وهذا هو حكم الفقه الإسلامي، وهو حكم يتفق مع تطبيق القواعد العامة في مصر - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٦٧- فقرة ١٧١).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني: 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 تخيرية 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 الصلح 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 =

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 التخيري منذ البداية التزاماً بسيطاً ذا محل واحد هو المحل الذي تم اختياره. فتكلم في كل من هذه المسائل الثلاث.

٩٥- التعيين إذا كان الخيار للمدين: إذا كان الخيار للمدين، فإنه يستعمل خياره، وفقاً للقواعد العامة، بإعلان إرادته في أنه اختار محلاً معيناً من المحال المتعددة لالتزامه التخيري. وهذه الإرادة تعتبر تصرفاً قانونياً من جانب واحد، وهي ككل إرادة لا تحدث أثرها إلا إذا وصلت إلى علم الدائن (م ٩١ مدني). 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).

=الدائنين (masse des créanciers). وإذا لم يتفق الوارثون أو الدائنون، كان للفريق الآخر أن يطلب تحديد مهلة لهم 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 مدينون لم يتفقوا على الاختيار، حق للدائن أن يطلب من القاضي تحديد مهلة لهم 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 ليتحكم من الجزم في الأمر، فإذا انقضت المهلة قبل وقوع اختياره أصبح هذا الحق للمدين.

(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 وتقضي بأنه في حالة عدم اتفاق ورثة المدين أو دائنيه على اختيار محل الالتزام ينتقل حق الخيار للدائن، وبين المادة ٦٤ وتقضي بأنه في حالة رفض المدين اختيار محل الالتزام أو عدم اتفاق المدينين المتعددين على اختياره يتولى القاضي تعيينه. (٢) تقضي المادة ٥٩ بأنه إذا شغل 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، فإنه 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، فإن لم يتفقوا بعد تحديد مهلة لهم انتقل الحق إلى الطرف الآخر كما تذكر المادة ٥٩).

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٨- ص ٣٩.

كذلك يستطيع المدين أن يكشف عن إرادته في تعيين المحل الواجب الأداء في عن طريق التنفيذ. فهو متى عمد إلى تنفيذ محل من المحال المتعددة لالتزامه التخيري، 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 يمضي في التنفيذ ما دام قد بدأه، ولا يستطيع العدول عن تنفيذ محل إلى تنفيذ محل آخر. وكالتنفيذ الفعلي العرض الحقيقي، فإذا عرض المدين على الدائن عرضاً حقيقياً، وفقاً للإجراءات المقررة، أحد محال الالتزام التخيري، اعتبر هذا العرض إعمالاً لحق الخيار. وحتى لو رجع المدين في العرض، بقي التعيين قائماً، باعتبار أن العرض قد تضمن التعيين النهائي لمحل الالتزام (١).

= ولا محل للبحث فيما إذا كان يجوز لدائني المدين استعمال حقه في الخيار إذا امتنع هو عن استعماله، فالقانون يقضي بأن القاضي في هذه الحالة يتولى الاختيار بنفسه. ولكن يجوز لدائني المدين أن يطعنوا بالدعوى البوليصة في اختيار المدين - والاختيار تصرف قانوني مفقود - إذا تواطأ مع الدائن إضراراً بحقوقهم وتوافرت شروط الدعوى البوليصة الأخرى.

(١) أنظر عكس ذلك بودري وبارد ٢٠٧٩. فقرة ٢. ذلك أن الفقه الفرنسي يذهب إلى أن المدين لا يستطيع استعمال خياره إلا عن طريق تنفيذ أحد محال الالتزام، ولا يكفي أن يعلن إرادته في الاختيار دون أن يسلم إلى الدائن ما اختاره، حتى لا تنتقل تبعه الهلاك إلى الدائن بمجرد إعلان المدين إرادته في اختيار محل الالتزام، فإن تبعه الهلاك فيما يجب نقل ملكيته، في القانون الفرنسي، تكون على الدائن حتى قبل التسليم متى انتقلت إليه الملكية. والفقه الفرنسي، في مذهبه هذا، يعتبر أن التخيير في الالتزام التخيري ينطوي على ضرب من الضمان للدائن يتوقى به أن يحمل تبعه هلاك الشيء، فينبغي أن يؤتى هذا الضمان ثمرته، ولا ينتقل تبعه الهلاك إلى الدائن إلا إذا تسلم فعلاً الشيء الواجب الأداء. ومن ثم لا يستطيع المدين أن يعمل اختياره لهذا الشيء إلا عن طريق التنفيذ الفعلي، بأن يسلم الدائن الشيء الذي وقع عليه اختياره (لارومبيير ٣ م ١١٩٠ - فقرة ٣ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٨ - كوليه دي سانتير ٥ فقرة ١٢٤ - بودري وبارد ٢٠٦٢ - فقرة ١٠٤٩ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠١ - دي 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 المصري، فتبعه الهلاك قبل التسليم لا تنتقل إلى الدائن عندنا حتى لو انتقلت إليه ملكية الشيء. فالقول بأن المدين يستطيع أن يختار بإعلان إرادته وقبل التسليم ليس من شأنه، في القانون المصري، أن ينقل تبعه الهلاك إلى الدائن، بل تبقى التبعة على المدين حتى يتم التسليم. ومن ثم لا يوجد محذور في القانون المصري، كما وجد في القانون الفرنسي، من القول بأن المدين يستطيع أن يعجل الخيار عن طريق إعلان إرادته، فلا تزال تبعه الهلاك بعد ذلك عليه، وبهذا يتوافر للدائن الضمان المنشود من الالتزام التخيري. هذا إلى أن القول بإمكان استعمال الخيار عن طريق إعلان المدين إرادته هو الذي يتفق مع القواعد العامة، وقد أخذ به التقنين المدني الألماني (م ٢٦٣) والتقنين المدني الأسباني (م ١١٣٣).

ويشير بودري وبارد في هذه المناسبة مسألة تعيين المحل في الالتزام بشئ غير معين بالذات (obligation de genre)، فهل يتعين بالفرز وتنتقل الملكية من هذا الوقت ومعها تبعه الهلاك (في القانون الفرنسي) إلى الدائن، أو لا يتعين المحل إلا بالتسليم فلا تنتقل الملكية وتبعه الهلاك إلا =

ويغلب أن يحدد الطرفان ميعاداً يستعمل في خلاله الخيار. بل إن التقنين المدني العراقي يوجب تحديد ميعاد، فإن الفقرة الأولى من المادة ٢٩٩ من هذا التقنين تنص على أنه «يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار». فإذا حدد ميعاد، وجب أن يعلن المدين اختياره فيه، فإذا 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، فإن خياره يجب أن يقع على واحد من المحال المتعددة لالتزامه التخيري، ولا يجوز أن يعدوها جميعاً إلى شئ آخر. ويجب، إلى ذلك، أن يختار واحداً بأكمله من هذه المحال، فلا يجوز أن يختار جزءاً من أحدها وجزءاً من محل آخر، فإن هذا التلغيق 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 الشئ الآخر» (٢). وهذا الحكم يدهي، ويمكن استخلاصه من تطبيق القواعد العامة دون حاجة إلى نص (٣).

= من ذلك الوقت؟ فالقائلون بأن المحل يتعين بالفرز يسلمون بأن الالتزام يتحول قبل تنفيذه إلى التزام بشئ معين بالذات، والقائلون بأن المحل يتعين بالتسليم يابون أن يتحول الالتزام ما دام قائماً عن طبيعته فيصبح التزاماً بشئ معين بالذات (بودري 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 الذي يعين المحل ولو تم قبل التسليم: بودري وبارد ٢ ص ٢١٨ هامش رقم ٣). ومهما يكن من أمر فإن مسألة تعيين محل الالتزام بشئ غير معين بالذات غير مسألة تعيين محل الالتزام التخيري، ولا يتحتم أن تقاس المسألة الثانية على المسألة الأولى. فقد يصح أن يقال أن الالتزام بشئ غير معين بالذات يبقى على طبيعته ما دام التزاماً قائماً، أما الالتزام التخيري فلا يوجد مانع من وقوعه على محل معين بالذات، فلو كان هذا المحل المعين بالذات هو الذي وقع عليه الاختيار، لم يكن من شأن هذا التعيين أن يقلب طبيعة الالتزام، فالالتزام منذ البداية محله معين بالذات. على أن إهرنج، وهو القائل بوجوب التسليم لتعيين محل الالتزام بشئ غير معين بالذات، يقول في الوقت نفسه إن إعلان المدين إرادته يكفي لتعيين محل الالتزام التخيري (أنظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٦٦ ص ٢٢٠ - ص ٢٢١).

(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 التمهيدى ما يأتي: «وقد عنى التقنين البولوني بتقرير =

وإذا كان الالتزام التخييري التزاماً زمنياً أو التزاماً ينفذ في آجال دورية، 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 صنفاً معيناً في أجل تقيده به الآجال التالية. وهذا الحكم أيضاً يدهى 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 قرره العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٧٦ مدني (٣): أن يتولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام فالدائن يطلب إلى القاضي 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 القاضي بنفسه اختيار المحل الواجب الأداء، مسترشداً في ذلك بإرادة الطرفين المشتركة، وبخاصة إرادة المدين إذا 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

=حكم آخر.. فنص في الفقرة الثانية من المادة ٢٢ على أنه لا يجوز للدائن أو المدين أن يقتصر على الوفاء بشق من أحد محلي التخيير وشق من المحل الآخر: أنظر كذلك المادة ١١٩١ من التقنين الفرنسي والمادة ٦٠ من التقنين اللبناني والمادة ١٢١ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ٤٦/٥٦ من التقنين التونسي والمراكشي والمادة ١١٧٧ من التقنين الإيطالي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨).

(١) أنظر المادة ٥٨ من هذا التقنين. وأنظر: تولى به ٦ فقرة ٢٩٣ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٢ - لوران ١٧ فقرة ٢٤٤ - هيك ٧ فقرة ٢٩١ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٠ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٨٠ - وقارن ديرانتون 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.

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 يفتر من تحكم المدين ما لا يفتر من تحكم الدائن (٢).

٩٦- التعيين إذا كان الخيار للدائن: وما قدمناه من الأحكام فيما إذا كان الخيار للمدين يسرى، فيما عدا مسائل قليلة، على الحالة التي يكون فيها الخيار للدائن، إذا كان مشترياً مثلاً، واحتفظ لنفسه بحق اختيار شئ اشتراه من بين عدة أشياء، بأن تكون هذه الأشياء من أصناف أو أحجام أو ألوان مختلفة ويريد أن ينتقى الصنف أو الحجم أو اللون الذي يلائمه. فيستطيع أن يعمل خياره عن طريق إرادة يعلنها إلى المدين، وتحدث أثرها عندما 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 يصبح في حل من التصرف في سائر محال الالتزام التي لم يقع عليها اختيار الدائن، ولا يحتجز الدائن إلا المحل الذي وقع عليه الاختيار (٣).

(١) بودري 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 القاضي التعيين. ويقضى التقنين المدني الألماني (م ٢٦٤) كما رأينا بأن الخيار ينتقل إلى الدائن.

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص نص المادة ٢٧٦ مدني ما يأتي: «يتناول هذا النص حكم امتناع من يعهد إليه بالاختيار عن استعمال حقه. فإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الإفصاح عن رأيه، ضرب له القاضي أجلاً يختار فيه. وللقاضي أن يعين في الحكم نفسه ما يلزم المدين بالوفاء به من دين من بين ما يرد التخيير عليه، فيما لو امتنع المدين عن الاختيار في هذا الأجل. وقد يعترض بأن القاضي في هذا الوضع يخرج عن حدود المؤلف في وظيفته، ويقوم نفسه مقام المدين في تنفيذ التزامه. بيد أن مثل هذا الاعتراض غير ظاهر الوجهة، فقد تقدم أن القاضي يتدخل في تنفيذ العقود، بل وفي تكوين بعضها، إذا اقتضت ذلك ضرورة قاهرة أو ملحة. والحق أن تدخل القاضي في هذه الحالة بخصوصها حتم لا محيص عنه، فليس في الوسع خلع حق الخيار عن المدين وإسناده إلى الدائن، لأن ذلك يفضي إلى تحكم الثاني في 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 في الأجل الذي حدده القاضي له، فليس ثمة ما يحول دون إسناد الخيار إلى المدين. هذا وقد يتعدد من يعهد إليهم بالخيار، كما هو الشأن في تعدد المدينين أو خلفاء المدين، أو تعدد الدائنين أو خلفاء الدائن، وفي هذه الحالة يتعين اتفاق أولئك أو هؤلاء جميعاً على الخيار وإلا تولى القاضي. وقد استظهرت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي هذا الحكم فنصت على أنه «إذا كان الخيار لأشخاص متعددين، فللقاضي أن يضرب لهم أجلاً للاتفاق وإعلان اختيارهم، فإن لم يعلنوا ذلك في خلال الأجل المحدد، تولى القاضي الاختيار» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١).

(٣) والفقه الفرنسي هنا يسلم بجواز أن يعمل الدائن حق الخيار عن طريق إعلان إرادته، فإن امتناع هذا =

كذلك يستطيع الدائن أن يعمل حقه في الخيار عن طريق التنفيذ الفعلي، بأن يقبض من المدين محلاً معيناً من المحال المتعددة أو يطالبه بأداء محل معين. ويعتبر التنفيذ الجزئي - بأن يقبض جزءاً من محل معين مثلاً - بمثابة التنفيذ الكلي من حيث إعمال حق الخيار، فلا يستطيع الدائن بعد أن قبل التنفيذ الجزئي في محل معين إلا أن يمضي في التنفيذ إلى غايته في نفس هذا المحل.

ولا بد أن يختار الدائن في الميعاد المحدد إذا حدد ميعاد، وإلا ففي ميعاد معقول. فإن امتنع عن الاختيار، جاز للدائن أن يلجأ إلى القضاء على الوجه الذي سنبينه.

كذلك يجب أن يختار الدائن محلاً من المحال المتعددة للالتزام التخييري، فلا يختار شيئاً آخر خارجاً عن هذا النطاق. وليس له أن يختار جزءاً من محل وجزءاً من محل آخر، حكمه في ذلك حكم المدين الذي يكون له الخيار.

وإذا كان الالتزام التخييري زمنياً أو ينفذ في آجال دورية، جاز للدائن - المدرسة أو المستشفى في مثل مورد الأغذية الذي سبق إيراده - أن يختار صنفاً في أجل وصنفاً آخر في أجل بعده، على النحو الذي بيناه في حالة ما إذا كان الخيار للمدين.

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 معه 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،

=الطريق على المدين إذا كان هو الذي له الخيار إنما تقرر رعاية لمصلحة الدائن حتى لا يكون هناك انتقاص للضمان الذي قصد إليه من الالتزام التخييري، أما إذا كان الدائن هو الذي له الخيار واختار عن طريق إعلان إرادته فلا بد أن يكون قد اختار طريقاً لا يتعارض مع مصلحته (لوران ١٧ فقرة ٢٣٧ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٦٧ - ومع ذلك أنظر ديمولومب ٦٢ فقرة ٤٩ - وقارن كذلك أنسيكلوبيدي داللو ٣ لفظ obligation فقرة ٥٥).

(١) أنظر أيضاً المادة ٦٥ من تقنين الموجبات والعقود 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 يتحدد العقد أو القانون على من يكون له الخيار (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٦).

ولوجب - كما هو الأمر في القانون الفرنسي^(١) - أن يتولى القاضي هنا أيضاً الاختيار بنفسه^(٢).

ويلاحظ أن الخيار إذا كان لأجنبي، طبقت في حقه الأحكام المتقدمة. لكن إذا امتنع الأجنبي عن الخيار، تولى القاضي الاختيار بنفسه تطبيقاً للقواعد 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: وأياً كان الشخص الذي يثبت له حق الخيار، فإنه متى أعمل حقه واختار المحل الواجب الأداء على النحو الذي قدمناه، صار هذا المحل وحده هو محل الالتزام، وانقلب الالتزام التخييري التزاماً بسيطاً ذا محل واحد هو المحل الذي وقع عليه الاختيار^(٣).

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٧٢ - قارن لوران ١٧ فقرة ٢٣٩ - عكس ذلك ديمولومب ٢٦ فقرة ٤١.

(٢) وكان القاضي هو الذي 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 ستيت فقرة ٦٩٣، وأنظر أيضاً فقرة ٩٤ في الهامش). وقد سبق أن ذكرنا أن العبرة في سريان التقنين الجديد بوقت نشوء الالتزام، فإن نشأ الالتزام التخييري الذي 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 الذي يسرى ويتولى القاضي تعيين محل الالتزام بنفسه. أما إذا نشأ الالتزام في وقت غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، فالتقنين الجديد هو الذي يسرى وينتقل الخيار من الدائن إلى المدين (أنظر أيضاً فقرة ٩٤ في الهامش). وقد قدمنا أن التقنين المدني الألماني (م ٢٦٤) يجعل الخيار ينتقل من الدائن إلى المدين ومن المدين إلى الدائن على حد سواء.

(٣) وقد يقع من له حق الاختيار - المدين أو الدائن - في غلط، فيؤدى أو يستأدى شيئاً وهو جاهل أن له حق الخيار في تأدية أو استثناء هذا الشيء أو في تأدية أو استثناء شيء آخر غيره.

فيقع الغلط من المدين فيما إذا كان وارثاً مثلاً للمدين بالتزام تخييري وهو يعتقد أن التزام مورثه التزام بسيط ذو محل واحد، فيؤديه للدائن، ثم ينكشف له الغلط. ففي هذه الحالة يجوز له - إذا اختار أن يؤدي الشيء الآخر - أن يسترد من الدائن الشيء الذي سبقت له تأديته في مقابل أن يؤدي له الشيء الذي اختار أداءه (توليبه ٦ فقرة ٦٩٢ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٤ بودري 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 الثاني الذي اختار المدين أداءه (توليبه ٦ فقرة ٦٩٢ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٥ - وبودري وبارد ٢ فقرة ١٠٨١). أما إذا كان الوارث الذي وقع في الغلط يعتقد أن الواجب هو أداء الشئين معاً، بأن ظن أن الالتزام متعدد المحل وليس بتخييري، كان من حقه بعد أن يتكشف له الغلط أن يسترد أياً من الشئين يختاره. فإذا كان أحد الشئين قد هلك في يد الدائن بسبب أجنبي، لم يعد للمدين أن يسترد الشيء الآخر فقد تركزت محلية الالتزام فيه (توليبه ٦ فقرة ٦٩٢ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٧ - فقرة ٥٩ - لوران ١٧ فقرة ٢٣٤ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٨١ ص ٢٣١).

ويستند هذا التعمين بأثر رجعي 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 يرجع إلى أن المحل المعين كان محلاً للالتزام معلقاً على شرط واقف هو أن يقع عليه الاختيار، فقد قدمنا أن الالتزام التخيري 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 الألماني بالتركز (concentration)، ويفسرون به الاستناد إلى الماضي، مفرقين بين الالتزام التخيري والالتزام الشرطى. فعند الألمان ليس للشرط بوجه عام أثر رجعي، كما قدمنا، أما التعمين فى الالتزام التخيري فله أثر رجعي (٢).

ويترتب على هذا الأثر الرجعي والاستناد إلى الماضي نتائج هامة نذكر منها ما يأتى:

(١) تتحدد طبيعة الالتزام التخيري منذ البداية بالتعمين الذى سيتم بعد نشوء الالتزام، والذى يستند إلى وقت نشوئه. فإذا كانت محال الالتزام التخيري بعضها عقار وبعضها منقول أو بعضها قابل للتجزئة وبعضها غير قابل لها، ثم تعين من بينها المحل الواجب الأداء فإذا هو عقار مثلاً أو هو شئ غير قابل للتجزئة، اعتبر الالتزام التخيري منذ البداية التزاماً بسيطاً عقارياً أو التزاماً بسيطاً غير قابل للتجزئة (٣).

(٢) إذا كانت محال الالتزام التخيري نقل ملكية أشياء متعددة، ووقع الاختيار على شئ واحد من هذه الأشياء، وكان نقل الملكية يتم بمجرد نشوء الالتزام كما فى المنقول

= ويقع الغلط من الدائن فيما إذا اعتقد - هو أو وارثه - أن الالتزام بسيط وأن الشئ الذى أداه له المدين هو المحل الوحيد للالتزام، وكان يجهل أن الالتزام تخيري وأن له (أى للدائن) حق الخيار. فمتى انكشف له الغلط، جاز - إذا اختار الشئ الآخر - أن يرد الشئ الذى أداه له المدين، وأن يطالب بأداء الشئ الذى اختاره هو (لارومبير ٣ م ١١٩٠م - ٦ - ديمولومب ٢٦ - ٥٦ - بودرى وبارد ٢ - ١٠٨١ - ص ٢٢٣).

(١) ويقول بالالتزام الشرطى ماركاديه ٤ - ١١٨٩. وانظر أيضاً بيدان ولاجارد ٨ - ٨٠٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ - ٦٧٨ - ص ٤٦٢.

(٢) سالى بحث فى النظرية العامة للالتزام فى القانون الألماني - ١٠ - ص ١٠ - بودرى وبارد ٢ - ١٠٧٤ - ١٠٧٤ - جوسران ٢ - ٧٤٦ - الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام - ١٩١ - ص ٢٦٩ - وانظر عكس ذلك فى أن التعمين لا يستند إلى الماضي وليس له أثر رجعي: لوران ١٧ - ٢٤٠ - ٢٤١ - هيك ٧ - ٢٩١ - دى باج ٣ - ٢٧٧ - ٢٨١ - ٢٨٢ - كولان وكايتان ٢ - ١٩٨ - ٤١٠ - الأستاذ عبد الحى حجازى ١ - ص ١٩٨.

(٣) بودرى وبارد ٢ - ١٠٧٥.

المعين بالذات، فإن ملكية الشئ الذى وقع عليه الاختيار تعتبر قد انتقلت منذ نشوء الالتزام لا منذ إعمال حق الخيار، ويعتبر الدائن مالكا للشئ منذ البداية (١).

(٣) إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره فى الفترة ما بين نشوء الالتزام وإعمال حق الخيار، فما دام الدائن يعتبر مالكا للشئ منذ نشوء الالتزام، فإنه يستطيع أن يسترده من التفليسة أو من مال المعسر دون أن يشاركه فيه سائر دائتى المدين (٢).

(٤) إذا تصرف الدائن فى الشئ فى الفترة ما بين نشوء الالتزام وإعمال حق الخيار، ثم وقع الاختيار على هذا الشئ، اعتبر الدائن أنه قد تصرف فى ملكه منذ تاريخ هذا التصرف. وإذا كان الشئ عقاراً وسجل التصرف قبل إعمال حق الخيار، انتقلت الملكية إلى المتصرف إليه بالتسجيل وفى تاريخ سابق على إعمال حق الخيار (٣).

٢ - أحكام الهلاك

٩٨ - النصوص القانونية: تنص المادة ٢٧٧ من التقنين المدني 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 فيما يتعلق

(١) بودرى وبارد ٢ - ١٠٧٦ - انظر عكس ذلك: لوران ١٧ - ٢٢١ - ٢٢٣ - تولييه ٦ - ٦٩٥ - لارومبير ٣ م ١١٩٣ - ١١٩٤ - ٢ - ٢.

والظاهر أن نقل الملكية فى خيار التعمين فى الفقه الإسلامى يستند إلى الماضى فى حالة ما إذا كان الخيار للمشتري أى للدائن. جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٦١ - ص ٢٦٢) فى خصوص ما إذا كان الخيار للمشتري: «فحكمه ثبوت الملك للمشتري فى أحد المذكورين غير عين... والآخر يكون ملك البائع أمانة فى يده إذا قبضه لأنه قبضه باذن المالك لا على وجه التمليك ولا على وجه الثبوت فكان أمانة.. ولو تصير البائع فى أحدهما فتصرفه موقوف، إن تعين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لأنه تبين أنه تصرف فى ملك غيره، وإن تعين ما تصرف فيه للأمانة نفذ تصرفه لأنه ظهر أنه تصرف فى ملك نفسه فنفذ». أما فى خصوص ما إذا كان الخيار للبائع، فالظاهر أن الخيار يمنع زوال السلعة عن ملكه، فلا يجوز للمشتري أن يتصرف فى أى من الشئتين. جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٦٣) فى هذا الصدد: «فلا يجوز للمشتري أن يتصرف فيهما ولا فى أحدهما، لأن أحدهما ليس بمبيع يقيين والآخر مبيع لكن لبائعه فيه خيار وخيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه. ولو تصرف البائع فى أحدهما جاز تصرفه فيه، ويتعين الآخر للبيع، وله خيار الإلزام فيه والقسخ. ولو تصرف فيهما جميعاً، جاز تصرفه فيهما، ويكون فسحاً للبيع، لأن تصرفه فيهما دليل إقرار الملك فيهما فيتضمن فسح البيع كما فى المبيع المعين».

(٢) بودرى وبارد ٢ - ١٠٧٧.

(٣) بودرى وبارد ٢ - ١٠٧٧ - ص ٢٢٧.

بواحد من هذه الأشياء، كان ملزماً بأن يدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه» (١).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق فيض من النصوص تبسط فيها هذا التقنين، مفصلاً أحكام تحمل تبعه الهلاك، وهي المواد ١٥١/٩٧ و ١٥٣/٩٩ و ١٠٠ و ١٥٤ (٢).

ويقابل النص في التقنينات 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 و ٦٦-٦٧ (٣).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤٠١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا خلافاً لفظياً طفيفاً. وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً لفظياً فتمت المطابقة، وأصبحت المادة رقمها ٢٨٩ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣ و ص ٤٦).

(٢) التقنين المدني 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، فتح الخيار للمتعهد له لم يزل باقياً بين التعويضين المعينين لعدم الوفاء.

(وهذه حالات مختلفة، أجرى عليها التقنين المدني 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 الحاليتين اللتين أوردهما التقنين الجديد - ولم يعرض لهما التقنين القديم - هما الحاليتان الجديرتان بالذكر، لأن الحل الذي ينتهي إليه فيهما تطبيق القواعد العامة في حاجة إلى التجلية والبيان).

(٣) التقنينات 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 خيار التعيين للمدين، وهلك أحد الشئيين في يده، كان له أن يلزم الدائن بالثاني، فان هلكا معاً انفسخ العقد. وإذا كان المدين مسؤولاً عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من الشئيين، فيكون ملزماً بدفع قيمة آخر شيء هلك.

(والتقنين العراقي عرض للصورة التي عرض لها التقنين المصري، وجعل لها نفس الحل. وأضاف صورتين أخريين طبق فيهما القواعد العامة، فانتهى إلى حلول يمكن الأخذ بها في مصر دون نص. انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٧٢ - فقرة ١٧٤).

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 التي اشتمل عليها محل الالتزام التخييري. وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، بياناً لذلك، ما يأتي: «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 التقنينات اللاتينية على الإسهاب بشأنه، فأوردت نصوصاً كثيرة ليست في جملتها إلا تطبيقات بينة للقواعد العامة. على أن المشروع لم ير مجازاة هذه التقنينات، 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، وستأتي الصورة التي عرض لها النص ضمن هذه الصور.

وتوخياً للوضوح نفرض أن هذه الأشياء المتعددة هما شيئان معينان بالذات، وأن عينا منهما أو الاثنتين معاً قد هلكا. وما نقوله فيما إذا كان المحل أحد عينين معينين بالذات يصلح لما إذا كان الحل يشمل أكثر من عينين أو يشمل عملاً أو امتناعاً عن عمل. ومن ثم نحصر

= تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦١: إذا كان أحد المواضيع وحده قابلاً للتنفيذ، فالموجب يكون أو يصبح من الموجبات البسيطة (هذا الحكم يتفق مع المبادئ العامة ويمكن تطبيقه في مصر).

م ٦٢: يسقط الموجب التخييري إذا أصبحت مواضيع الموجب كلها مستحيلة في وقت واحد بدون خطأ من المدينون 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 المدينون 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 مستحيلة بخطأ من المدينون أو بعد تأخره، حق للدائن أن يطالب بالموضوع الذي بقي 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 مستحيلة بخطأ الدائن، يعد كأنه اختار هذا الموضوع، فلا يمكنه أن يطالب بما بقي ممكناً من المواضيع (كان تطبيق القواعد العامة يقضى بأن الدائن في هذه الحالة يختار بين أن يعتبر نفسه قد اختار المحل الهالك وبين أن يطالب بالشئ الباقي مع دفع تعويض عما تسبب في هلاكه بخطأه. وهذا هو الحل الواجب الاتباع في مصر، ما دام التقنين المصري لا يتضمن نصاً كتص التقنين اللبناني).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣ - ص ٤٤.

الصور المنطقية فيما يأتي: (١) هلاك الشيعين معاً بسبب أجنبي، سواء كان الخيار للمدين أو الدائن. (٢) هلاك الشيعين أو أحدهما والخيار للمدين. (٣) هلاك الشيعين أو أحدهما والخيار للدائن. وفي الصورتين الأخيرتين المفروض طبعاً أن نستبعد من كل منهما حالة ما إذا هلك الشيطان معاً بسبب أجنبي، فهذه حالة قد استفرقتها الصورة الأولى.

٩٩- هلاك الشيعين معاً بسبب أجنبي: هذه الحالة تتخفف منها منذ البداية، لأن تطبيق القواعد العامة فيها واضح كل الوضوح. فما دام الشيطان - أو الأشياء جميعاً - قد هلكت بسبب أجنبي، فقد استحال تنفيذ الالتزام، وانقضى الالتزام التخييري بسبب هذه الاستحالة (م ٣٧٣ مدني، سواء في ذلك كان الخيار للمدين أو كان الخيار للدائن).^(١)

١٠٠- هلاك الشيعين أو أحدهما والخيار للمدين: نستبعد بدهاء حالة ما إذا هلك الشيطان معاً بسبب أجنبي، فقد مضى القول فيها. وتبقى إذن الصور الآتية:

(١) هلاك أحد الشيعين دون الآخر بسبب أجنبي: مقتضى تطبيق القواعد العامة أن الالتزام يتركز محله في الشئ الباقي، فليس للمدين إلا أن يختاره إذ ليس أمامه غيره^(٢). وإذا شمل المحل عدة أشياء هلك أحدها، كان للمدين أن يعين محل الالتزام شيئاً من بين الأشياء الباقية.

(٢) هلاك أحد الشيعين دون الآخر بخطأ المدين: ما دام المدين هو الذي له حق الخيار، فلا مناص من اعتبار الشئ الذي هلك بخطأه هو الشئ الذي لم يختره، فلا يبقى أمامه إلا الشئ الباقي - أو أحد الأشياء الباقية يتولى اختياره - فيؤديه للدائن محلاً للالتزام^(١).

(٣) هلاك أحد الشيعين دون الآخر بخطأ الدائن: ما دام الخيار بيد المدين، فقد كان له أن يختار الشئ الذي هلك بخطأ الدائن أو الشئ الآخر، فيبقى على خياره ما بين تأدية الشئ الآخر - أو شئ من الأشياء الأخرى في حالة التعدد - للدائن مع الرجوع عليه بقيمة الشئ الذي هلك بخطأه، أو أن يعتبر الشئ الذي هلك بخطأ الدائن هو الشئ الواجب الأداء فببناً ذمته من الدين ولا يرجع على الدائن بشئ^(٢).

(٤) هلك الشيطان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ المدين: إذا هلك الشئ الأول بخطأ المدين، وكان الخيار له، فإن هلاك هذا الشئ بخطأه يجعل محل الالتزام يتركز في الشئ الآخر. فإن هلك هذا الشئ الآخر بسبب أجنبي، فلا يزال هناك خطأ منسوب إلى المدين، إذ هو بخطأه الأول جعل الالتزام متركزاً في الشئ الآخر، ولو أنه لم يرتكب هذا الخطأ لما هلك

=الباقي وبين دفع قيمة الشئ الهالك، ولكن يعترض على هذا المحل بأنه لو سلم به لوجب، فيما إذا هلك الشئ الباقي هو أيضاً بسبب أجنبي، أن يفى المدين بقيمة أي من الشيعين يختاره مع أن ذمته تبرا عند هلاك الشيعين بسبب أجنبي ولو هلكا على التوالي كما تقدم القول. بقي أن يقال أن المدين يرى نفسه مضطراً أن يفى بالشئ الباقي مع احتمال اختياره للشئ الهالك لو لم يهلك بسبب أجنبي، فله إذن بعد أن يفى بالشئ الباقي أن يسترد من الدائن الفرق في القيمة ما بين الشيعين فيما إذا كان الشئ الباقي أعلى قيمة من الشئ الهالك (أنظر بودري وبارد ٣ فقرة ١٠٨٧ ويشير إلى لايه في بحث له في بعض الصعوبات المتعلقة بهلاك الشئ الواجب الأداء وباتخاذ الذمة ص ٥٣ وما بعدها). ولكن إذا جاز للمدين إجبار الدائن على تقاضي الشئ الهالك لو أنه بقي قائماً، فإنه لا يجوز له أن يجبره على تقاضي الشئ الباقي مع استرداد الفرق ما بين القيمتين، فقي هذا تجوز لا تبيحه علاقة المديونية فيما بينهما.

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ١٥١/٩٧ من التقنين المدني السابق والمادة ١١٩٣ فقرة أولى من التقنين المدني الفرنسي. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «أما إذا اقتضت الاستحالة على أحد محلي التخيير دون الآخر، وكانت راجعة إلى خطأ المدين، فيتعين عليه الوفاء بما يقوم به وصف الامكان حتى لا يفيد من خطأه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٥).

(٢) لارومبيير ٣ م ١١٩٣ - ١١٩٤ فقرة ١١ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٩٧ - بودري وبارد ٢ فقرة ١١٠٠ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «وإن اقتضت الاستحالة على أحد محلي التأخير، فللمدين وقد ثبت له خيار التعيين، أن يختار الوفاء بالآخر، وفي هذه الحالة يكون له أن يطالب الدائن بقيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطأه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٤).

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ١١٩٥ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبثاني. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «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 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 ص ٤٥).

وينقضى الالتزام لاستحالة التنفيذ في الصورة التي نحن بصددنا سواء هلك الشيطان 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 الشيعين، ثم ينقضى بهلاك الشئ الآخر. أما في الحالة الأولى فينقضى الالتزام وهو تخييري دون أن يصبح بسيطاً قبل انقضائه (بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٨٢ ص ٢٣٢ هامش رقم ٢).

(٢) أنظر في هذا المعنى المادة ١٥١/٩٧ من التقنين المدني السابق والمادة ١١٩٣ فقرة أولى من التقنين المدني الفرنسي. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «أما إذا اقتضت الاستحالة على أحد محلي التخيير، فيسقط خيار المدين، ولا يكون له إلا الوفاء بالآخر، وليس ثمة معدى عن إمضاء هذا الحكم، فهو حتم تقتضيه طبيعة الأشياء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٤).

على أنه يمكن التساؤل عما إذا كان يحق للمدين في هذه الصورة أن يختار بين الوفاء بالشئ =

الشيء الأول ولبقى بعد هلاك الشيء الآخر محلاً للالتزام. 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 الشيطان 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 فقرة ١٠٩٠ - فقرة ١٠٩١ - الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص ١٩٧. أما لو هلك الشيء الآخر - في الحالة التي نحن بصددنا - بخطأ الدائن، فيكون الدائن بمثابة من استوفاه، ولا يرجع على المدين بشيء.

(٢) انظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٨٩ - أما إذا كان هلاك الشيء الأول - في الحالة التي نحن بصددنا - بخطأ الدائن، وهلك الشيء الثاني بخطأ المدين، فالمدين إما أن يختار الشيء الأول وقد هلك بخطأ الدائن فبئراً 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 التمهيدي ما يأتي: «أما إذا كانت الاستحالة قد حدثت من جراء خطأ المدين، وكانت شاملة لجميع الأمور التي يرد التخيير عليها - وهذا هو الفرض الذي عني المشروع بالنص على حكمه - فقد يتبادر إلى الذهن أن المدين، بوصفهم المتصرف في الخيار، يستطيع أن يرى ذمته بأداء قيمة ما يختاره، لا سيما أن هذا هو حكم تحقق استحالة جميع الأمور التي يرد عليها التخيير في آن واحد. ولكن ينبغي التفريق في هذا الصدد بين فروض عدة: فإذا استحال الوفاء بأحد محلي التخيير قبل تحقق الاستحالة في الآخر، وجب أن يستبعد الأول من نطاق التخيير، ويستوى في هذا المقام أن تكون الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أم إلى حادث فجائي، ذلك بأن المدين لا يسوغ له أن يفيد من خطأه في الحالة الأولى، وهو ملزم بتحمل التبعة في الحالة الثانية، ولهذا العلة يتعين عليه أداء ما طرأت عليه استحالة التنفيذ أخيراً (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤ - ٤٥).

(٦) هلك الشيطان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ الدائن: ومن ثم يكون هلاك الشيء الآخر بسبب أجنبي. فإن كان الشيء الذي هلك أولاً هو الشيء الذي هلك بسبب أجنبي، فقد تركز محل الالتزام في الشيء الآخر الذي هلك بخطأ الدائن، ولما كان الدائن قد أهلكه بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه، وبئراً ذمة المدين من الالتزام (١). أما إذا كان الشيء الذي هلك أولاً هو الشيء الذي 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 الذي هلك بخطأه.

(٧) هلك الشيطان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ الدائن: للمدين في هذه الصورة أن يختار الشيء الذي يؤديه فتكون ذمته برئت بهلاكه، ويرجع بقيمة الشيء الآخر على الدائن، ولو تعددت الأشياء اختار المدين الشيء الذي بهلاكه تبرأ ذمته، ويرجع بقيمة بقية الأشياء على الدائن (٣).

١٠٩ - هلاك الشيطان أو أحدهما والخيار للدائن: هنا أيضاً نستبعد حالة ما إذا هلك الشيطان معاً بسبب أجنبي، فقد بينا حكمها فيما تقدم، وعرفنا أن الالتزام ينقضي بسبب هذا الهلاك. فتبقى الصور المقابلة للصور التي عالجتنا في حالة ما إذا كان الخيار للمدين:

(١) هلك أحد الشيطان 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 (٤).

(١) وهذا هو أيضاً الحكم فيما لو كان الشيء الذي هلك أو لا هلك بخطأ المدين، فإن محل الالتزام في هذه الحالة أيضاً يتركز في الشيء الآخر الذي هلك بخطأ الدائن، ولما كان الدائن قد أهلكه بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه وبئراً ذمة المدين من الالتزام.

(٢) ونفرض، في الحالة التي نحن بصددنا، أن الشيء الذي هلك أولاً هلك بخطأ الدائن، وهلك الشيء الآخر بخطأ المدين لا بسبب أجنبي. فللمدين، وله الخيار، أن يختار أي الشيطان. فإن اختار الشيء الأول الذي 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 الذي هلك بخطأه، فعليه أن يؤدي قيمته للدائن، ثم يرجع عليه بقيمة الشيء الأول.

(٣) بودري وبارد ٢ فقرة ١١٠١ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «وإذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى خطأ الدائن، وكانت تتناول جميع الأمور التي يرد التخيير عليها، فللمدين وهو صاحب الخيار أن يعين الأمر أو التكليف الذي يعتبر أن ذمته قد برئت بسبب الهلاك الحادث من جراء هذا الخطأ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤).

(٤) انظر في هذا المعنى المادة ١٥١/٩٧ من التقنين المدني السابق والمادة ١١٩٤ الفقرة الثانية من التقنين المدني الفرنسي. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما =

(٢) هلك أحد الشيعين دون الآخر بخطأ المدين: ما دام الدائن هو الذي له حق الخيار، فله أن يختار الشئ الهالك فيرجع بقيمته، أو يختار الشئ أو أحد الأشياء الباقية فيستأديها عيناً من المدين^(١).

(٣) هلك أحد الشيعين دون الآخر بخطأ الدائن: للدائن أن يختار، فإن اختار الشئ الذي هلك بخطأه فقد برئت ذمة المدين بهلاكه. وأن اختار الشئ الآخر، فعليه أن يدفع قيمة الشئ الهالك للمدين^(٢).

(٤) هلك الشيطان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ المدين: إذا اختار الدائن الشئ الذي هلك بخطأ المدين، رجع عليه بقيمته. أما إذا اختار الشئ الذي هلك بسبب أجنبي، لم يرجع بشئ على المدين إذ برئت ذمته بهلاك الشئ بالسبب الأجنبي. لذلك لا يتردد الدائن في اختيار الشئ الذي هلك بخطأ المدين، حتى يرجع عليه بقيمته^(٣).

(٥) هلك الشيطان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ المدين: لما كان الخيار للدائن، فله أن يختار أحد الشيعين فيرجع بقيمته على المدين إذ هلك بخطأه^(١).

(٦) هلك الشيطان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ الدائن: إذا اختار الدائن الشئ الذي هلك بخطأه، برئت ذمة المدين من الدين ولم يرجع على الدائن بشئ. أما إذا اختار الدائن الشئ الذي هلك بسبب أجنبي^(٢)، فقد برئت ذمة المدين أيضاً بهلاك الشئ بالسبب الأجنبي ثم يرجع المدين على الدائن بقيمة الشئ الذي هلك بخطأه. ومن ثم لا يتردد الدائن في اختيار الشئ الذي هلك بخطأه حتى لا يرجع عليه المدين بشئ.

(٧) هلك الشيطان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ الدائن: لما كان الخيار للدائن، فله أن يختار أحد الشيعين، وإذا هلك الشئ الذي اختاره بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه وتبرأ ذمة المدين. ثم يرجع المدين بقيمة الشئ الآخر على الدائن إذ هلك هو أيضاً بخطأه^(٣).

يأتي: «أما إذا اقتضت استحالة على أحد محلي التخيير، فليس للدائن ألا أن يختار الوفاء بالآخر ما دام هذا الوفاء ممكناً. وليس شك في أن إمضاء هذا الحكم حتم تقتضيه طبيعة الأشياء، كما هي الحال عندما يعهد للمدين بالخيار» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥).

(١) انظر في هذا المعنى المادة ١٥٣/٩٩ من التقنين المدني السابق والمادة ١١٩٤ الفقرة الثانية من التقنين المدني الفرنسي والمادة ٦٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «فإن اقتضت الاستحالة على أحد محلي التخيير، فللدائن أن يطالب بالوفاء بالآخر ما دام هذا الوفاء ممكناً، أو أن يطالب بقيمة الأول وهو الذي أصبح تنفيذه مستحيلاً من جراء خطأ المدين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥).

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «أما إذا اقتضت الاستحالة على أحد محلي التخيير، فللدائن - وهو صاحب الخيار - أن يختاره، ويكون بذلك قد استوفى حقه. وله كذلك أن يختار استيفاء ما بقي الوفاء به ممكناً، على أن يؤدي في هذه الحالة قيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطأه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥).

هذا وتقنين الموجبات والعقود اللبناني (٦٧م) يفرض على الدائن أن يختار الشئ الذي هلك بخطأه، فتراها ذمة المدين بهذا الهلاك.

(٣) أما المادة ١١٩٤ فقرة ثالثة من التقنين المدني الفرنسي فتقضي بأن للدائن الرجوع على المدين بالقيمة التي يختارها من إحدى قيمتين: قيمة الشئ الذي هلك بخطأ المدين وقيمة الشئ الذي هلك بسبب أجنبي. ويتخذ الفقه الفرنسي هذا الحكم، ويرى في الخيار الذي أعطى للدائن ضرباً من العقوبة فرضها القانون على المدين (لارومبيير ٣ م ١١٩٣ فقرة ٩ - ديانتون ١١ فقرة ١٤٨ - ماركاديه ٤ فقرة ٥٨٦ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٨٨ - لوران ١٧ فقرة ٢٥٠ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٩٥) أما إذا كان هلاك أحد الشيعين - في الحالة التي نحن بصددنا - بخطأ الدائن وهلاك الشئ الآخر بخطأ المدين لا بسبب أجنبي، فللدائن - وله الخيار - أن يختار أحد الشيعين. فإن اختار الشئ الذي هلك بخطأه يكون بمثابة من استوفاه، وإن اختار الشئ الذي هلك بخطأ المدين رجع عليه بقيمته وأدى له قيمة الشئ الذي هلك بخطأه.

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ١٥٤/١٠٠ من التقنين المدني السابق والمادة ١١٩٤ فقرة ثالثة من التقنين المدني الفرنسي. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «فإذا كانت استحالة التنفيذ ناشئة عن خطأ المدين، وكانت شاملة لجميع الأمور التي يرد التخيير عليها، فللدائن - وهو المتصرف في الخيار - أن يطالب المدين بقيمة ما يقع عليه اختياره» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥).

(٢) أما إذا هلك الشئ بخطأ المدين لا بسبب أجنبي، رجعنا إلى حالة سبق بيان حكمها، وللدائن أن يختار الشئ الذي هلك بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه، أو الشئ الذي هلك بخطأ المدين فيستأدى قيمته ويؤدي قيمة الشئ الذي هلك بخطأه.

(٣) بودري وبارد ٢ فقرة ١١٠٣ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «وإذا نشأت استحالة التنفيذ عن خطأ الدائن، وتناولت الأمور التي يرد التخيير عليها، أصبح هذا الدائن مسئولاً عن هلاك الشئ الذي 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 في خيار التعيين في الفقه الإسلامي فالضابط فيها أنه إذا كان الخيار للبائع (أي للمدين) فإن الخيار يمنع زوال السلعة عن ملكه، وإذا كان الخيار للمشتري (أي للدائن) فإن الخيار يثبت الملك له في أحد الشيعين غير عين والآخر يكون ملك البائع أمانة في يده إذا قبضه. وفي جميع الأحوال يقترن خيار الشرط بخيار التعيين. وترتب على ذلك ما يأتي:

(أ) إذا كان الخيار للبائع: ١ - قبل القبض: وهلك إحداهما 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، فيهلك على ملك البائع أي أن الهالك يهلك أمانة - ويتعين الباقي للبيع وله فيه خيار الشرط، وليس للبائع أن يلزم المشتري الشئ الهالك لأنه هلك أمانة - وإن هلكا جميعاً بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيمينين. ٢ - بعد القبض: وهلك إحداهما يهلك أمانة أيضاً كما لو هلك قبل القبض، ويتعين الباقي للمبيع وللبيع فيه خيار الشرط، إن شاء ألزمه المشتري وإن شاء فسخ البيع فيه. وتعليل ذلك أن خيار البائع يمنع زوال =

الفرع الأول قيام وصف البديل

١٠٣- النصوص القانونية: تنص المادة ٢٧٨ من التقنين المدني المصري على ما يأتي:
١- يكون الالتزام بدلياً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا 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 اللبنانيين المادتين ٦٨ - ٦٩ (٢).

ويستخلص من النص المتقدم أن وصف البديل يقوم متى شمل محل الالتزام شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئاً آخر، وأن خيار البديل يكون دائماً للمدين بخلاف الالتزام التخييري فالخيار فيه يكون للمدين أو للدائن.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤٠٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٠ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس 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 بدلياً إذا لم يكن محله إلا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئاً آخر. ٢- والأصل لا البديل هو وحده محل الالتزام، وهو الذي يحدد طبيعته. (ويطابق هذا النص في الحكم نص المادة ٢٧٨ من التقنين المدني المصري).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٨: يكون الموجب اختيارياً حين يجب أداء شيء واحد مع تحويل المديون الحق في إبراء ذمته بأداء شيء آخر. والشئ الواجب الأداء هو، في نظر الشرع، موضوع الموجب الذي تتعين به ماهيته، لا الشئ الآخر الذي يستطيع المديون أن يبرئ ذمته بأدائه.

م ٦٩: يسقط الموجب الاختياري إذا هلك الشئ الذي يكون موضوعاً له بغير خطأ من المديون وقبل تأخره، ولا يسقط إذا هلك الشئ الذي جعل تسليمه اختيارياً.

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري، وقد زاد التقنين اللبناني أن أورد حكم هلاك الشئ الأصلي وحكم هلاك البديل بما يتفق مع القواعد العامة).

الفصل الثاني

الالتزام البدلي (*)

(obligation facultative)

١٠٢- قيام وصف البديل وأحكامه: نبحث هنا - كما بحثنا في الالتزام التخييري - قيام وصف البديل 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.

= السلعة عن ملكه، فيهلك الهالك على ملك البائع وليس له أن يلزمه المشتري لأنه هلك أمانة، ويتعين 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 يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض يتعين. 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 لا بد فيه من ذكر المدة على خلاف في الرأي، ولا يزيد على الثلاث.

(٢) إذا مضت المدة في خيار التعيين، ولم يختصر من له حق الخيار، نقض البيع (الخطاب ٤ 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 أي الشئتين عن ملكه.

(٤) يجتمع مع خيار التعيين خيار الشرط، فلا يلزم البيع من له الخيار إلا بعد أن يتم تعيين الشئ الواجب الأداء.

(*) مراجع: بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٠٨ - فقرة ١٠٥١ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٢ - فقرة ١٥٠٣ - بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨٠٤ - فقرة ٨٠٥ - دي باج ١ فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٦ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٢٣ - فقرة ١٣٢٦ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٧٩ - جوسران ٢ فقرة ٧٤٧ - فقرة ٧٤٨.

فنبحت إذن: (١) متى يقوم وصف البديل (٢) ثبوت خيار البديل للمدين ومصدر هذا الخيار.

١ - متى يقوم وصف البديل

١٠٤ - تحديد منطقة الالتزام البدلي: حتى يكون الالتزام بدلياً 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 بدلاً 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).

ويجب أن يتوافر في المحل الأصلي جميع الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام، وإلا كان الالتزام باطلاً. 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 تشبه به: وفي تحديد منطقة الالتزام البدلي يحسن أن نميز ما بين هذا الالتزام والتزامات أخرى تشبه به. وأول هذه التزامات 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 بالالتزام بدلياً، فإنه لا يستطيع المطالبة إلا بالمحل الأصلي، فهو وحده محل الالتزام. وعند ذلك يجوز للمدين أن يؤدي هذا المحل الأصلي، وله إن شاء أن يؤدي عوضاً عنه الشيء البديل، فتبرأ ذمته بتأديته كما تبرأ بتأدية المحل الأصلي. أما المدين فله أن يعرض على الدائن إما المحل الأصلي وإما الشيء البديل، وهو إذا عرض ابتداءً الشيء البديل كان عرضه صحيحاً ميرثاً للذمة. وقد رأينا في الالتزام التخييري أن الخيار إذا كان للدائن فله أن يطالب بأى من محال الالتزام، وإذا كان للمدين فله أن يعرض أيّاً منها.

(٢) إذا هلك في الالتزام البدلي المحل الأصلي بسبب أجنبي فقد انقضى الالتزام، ولا يمنع من انقضائه أن البديل لا يزال قائماً ممكناً تأديته، ذلك أن محل الالتزام هو المحل الأصلي لا الشيء البديل، وقد هلك المحل الأصلي فانقضى الالتزام بهلاكه. أما إذا هلك الشيء البديل، فإن الالتزام يبقى قائماً على محله الأصلي، ولكن المدين يفقد ميزة البديل في الوفاء، وينقلب الالتزام البدلي التزاماً بسيطاً (١). وهذا بخلاف الالتزام التخييري، فإنه إذا هلك فيه أحد الشئيين محل الالتزام بسبب أجنبي لا ينقضى، كما ينقضى الالتزام البدلي، بل تتركز المحلية في الشيء الآخر.

وهذا هو الفرق أيضاً ما بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري فيما إذا كان المحل الأصلي منذ البداية لا يصلح أن يكون محلاً لهلاكه أو لاستحاله أو لعدم توافر أى شرط من شروط المحل فيه، فيسقط الالتزام البدلي. أما الالتزام التخييري فينقلب إلى التزام بسيط ذي محل واحد، إذ تتركز المحلية في الشيء الآخر الذي توافرت فيه شروط المحل (٢).

(٣) في الالتزام البدلي تتحدد طبيعة الالتزام بطبيعة المحل الأصلي لا بطبيعة الشيء البديل، فيكون الالتزام البدلي منذ البداية عقاراً أو منقولاً، قابلاً للتجزئة أو غير قابل لها، تبعاً

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ٦٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٧١.

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧.

(٢) أنظر فى أمثلة أخرى بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨٠٤ ص ٥٩٢.

لما إذا كان المحل الأصلي عقاراً أو متقولاً، 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 أعمال 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 بدلا من القاضي، فله إذن طبيعة التعويض. والتعويض ليس بالالتزام التخييري، لأن الدائن لا يستطيع اختياره إذا عرض المدين التنفيذ العيني، كما لا يستطيع المدين اختياره إذا اختار الدائن التنفيذ العيني وكان ممكناً. وليس التعويض كذلك بالالتزام البدلي، فإن المدين لا يستطيع أن يؤدي التعويض بدلا من التنفيذ العيني إذا كان التنفيذ العيني لا يزال ممكناً، وهذا هو الفرق ما بين الالتزام البدلي والشرط الجزائي^(٤)، وقد تقدم بيان ذلك.

١٠٨- الالتزام البدلي والعربون: أما العربون فهو والالتزام البدلي، في رأينا، سواء، ولا فرق بينهما إذا كان العربون قد اتفق عليه ليكون ومنبلة للرجوع في العقد لا للتأكيد البتات.

(١) الموجز للمؤلف لفقرة ٤٩٨- الأستاذ أحمد حشمت أبو سبيت فقرة ٦٩٦- الأستاذ عبد الحمى حجازي ١ ص ٢٠٠- الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٩٢.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «وبناط الحكم على طبيعة الالتزام البدلي بالتكليف الأصيل الذي يرد عليه ويعتبر محلاً له على وجه الأفراد، دون البديل الذي يكون للمدين أن يبرئ ذمته بأدائه. ويتفرع على ذلك أن الالتزام البدلي ينقض 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 التقنين اللبناني). وكذلك يرجع في اعتبار الالتزام البدلي عقارياً أو متقولاً، وفي التقاضي بشأن هذا الالتزام، ولا سيما فيما يتعلق بتقدير القيمة والاختصاص، إلى محله الأصيل دون البديل، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧- ص ٤٨).

(٢) الأستاذ عبد الحمى حجازي ١ ص ١٩٩- الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٩٢.

(٣) أنظر في هذه الفروق: أوبري ورد ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٧٠- بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٥١- بلانيرول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٣.

(٤) جوسران ٢ فقرة ٧٤٨.

ذلك أن العربون في هذه الحالة يتيح الفرصة للمدين أن يؤديه بدلا من التزامه الأصلي، فتبرأ ذمته بتأديته، ويقوم العربون في الوفاء مقام المحل الأصلي. فالمشتري مثلاً، إذا كان قد دفع عربوناً، يكون ملتزماً التزاماً أصلياً بتنفيذ الصفقة فيعطى الثمن ويأخذ المبيع، ويستطيع أن يبرئ ذمته من هذا الالتزام بتركة العربون للبائع، أي بتأدية العربون بدلا عن تأدية المحل الأصلي للالتزام. وكذلك البائع، إذا كان قد أخذ عربوناً، يكون ملتزماً التزاماً أصلياً بتنفيذ الصفقة، فيعطى المبيع ويأخذ الثمن، ويستطيع أن يبرئ ذمته من هذا الالتزام برد العربون ومبلغ معادل له للمشتري، أي أنه يؤدي المبلغ المعادل للعربون بدلا عن تأدية المحل الأصلي للالتزام^(١). وقد سبق أن بينا كل ذلك^(٢).

٢- ثبوت خيار البديل للمدين ومصدر هذا الخيار

١٠٩- ثبوت خيار البديل للمدين: خيار البديل يكون دائماً للمدين كما قدمنا، وهذا بخلاف خيار التعيين في الالتزام التخييري فقد رأينا أنه قد يكون للمدين أو للدائن أو لأجنبي. وثبوت خيار البديل للمدين مستفاد من تعريف الالتزام البدلي، فهو التزام يستطيع فيه المدين أن يبرئ ذمته بوفاء شيء بديل عن المحل الأصلي. فهو وحده - لا الدائن - الذي يختار محل الوفاء، إذ هو يفي بالمحل الأصلي إن لم يختار 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^(٣).

ففي كثير من الأحوال يكون مصدر خيار البديل هو الاتفاق، ويتحقق ذلك بنوع خاص في العربون كما قدمنا.

وقد يكون مصدر الالتزام البدلي 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 جامع، بأن للقاضي، بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. ثم تضيف الفقرة الثالثة من نفس المادة ما

(١) استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٩٥- وأنظر من هذا الرأي الأستاذ محمود أبو عافية: محاضرات في الالتزامات ص ١١٥- وقارن الأستاذين سليمان مرقس ومحمد علي إمام في عقد البيع ص ٦١- ص ٦٣.

(٢) الوسيط ١ فقرة ١٤٢ ص ٢٦٣- ص ٢٦٤ و ص ٢٦٤ هامش رقم ١- الوسيط ٢ فقرة ٤٩٠.

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧.

يأتي: «ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن».

ويؤخذ من ذلك أن المتعاقد الذى استغل صاحبه يصبح مديناً بالتزام أصلى، هو إعادة ما أخذ - بعد إبطال العقد - واسترداد ما دفع. ولكن القانون هياً للمدين هنا بديلاً إذا وفى به قام هذا الوفاء مقام تأدية المحل الأصلى، فللمدين أن يتوقى دعوى الإبطال إذا هو عرض ما يراه للقاضى كافياً لرفع الغبن، وهذا القدر الكافى لرفع الغبن ليس إلا البديل الذى قرره القانون ليقوم الوفاء به مقام الوفاء بالمحل الأصلى.

(٢) تنص المادة ٤٤١ مدنى على أن «يثبت حق المشتري فى الضمان (ضمان استحقاق المبيع) ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل. كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه». وتضيف المادة ٤٤٢ مدنى ما يأتى: «إذا توقى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شئ آخر، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات». فهنا للمشتري، بعد استحقاق المبيع، أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق، ويصبح البائع مديناً للمشتري بهذا الضمان، وهذا هو المحل الأصلى لالتزامه. ويستطيع أن يسرى ذمته من هذا الدين إذا هو أدى، بدلا منه، ما دفعه المشتري للمستحق توكياً لاستحقاق المبيع كله أو بعضه، ويعتبر هذا الأداء هو الشئ البديل الذى يقوم مقام المحل الأصلى فى الوفاء.

(٣) تنص المادة ٤٦٩ فقرة أولى مدنى على أنه «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 الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع». فهنا المدين يحق متنازع فيه ملتزم التزاماً أصلياً نحو المتنازل له بمحل الدين المتنازل عنه، وهذا هو المحل الأصلى. ولكنه يستطيع أن يسرى ذمته بأداء بديل عن هذا المحل الأصلى، هو مقدار ما دفعه المتنازل له من ثمن ومصروفات مع فوائد الثمن من وقت الدفع.

(٤) تنص المادة ٨٤٥ مدنى على أنه «١- يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة. ٢- ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته». فهنا المتقاسم الذى غبن المتقاسم معه بأكثر من الخمس ملتزم التزاماً أصلياً بأن يرد العين المقسومة إلى الشيوخ بعد نقض القسمة. ولكن القانون هياً له بديلاً من هذا المحل الأصلى لالتزامه، هو أن يكمل للمتقاسم المغبون نقداً أو عيناً ما نقص من حصته،

فاذا أدى ما نقص قام الوفاء به مقام الوفاء بالمحل الأصلى.

(٥) تنص المادة ١١١٩ مدنى فقرة أولى على أنه «إذا كان الشئ المرهون مهتداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شئ آخر يقوم بدله، جاز للدائن أو الراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى 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 الأصلى^(٢).

(١) إذ يلاحظ أن للراهن حقاً كما أن عليه التزاماً. فمن حقه أن يطالب هو ببيع العين المرهونة خوفاً عليها من التلف، إذا تأخر الدائن فى التقدم بهذا الطلب.

(٢) أما ما قضت به المادة ٢٧٣ مدنى من أن المدين، إذا ضعف التأمين لسبب أجنبى، يلتزم بدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين، فهذا التزام تخييرى الخيار فيه للمدين كما سبق القول. وما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١ و ص ٤٧) من أنه التزام بدلى فقير 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 تخييرية لا بديلية (أنظر المادة ١٦٨١ من التقنين المدنى الفرنسى وتقابلها المادة ٤٢٥ من التقنين المدنى المصرى، وأنظر المادة ١٢٠ من التقنين التجارى الفرنسى وتقابلها المادة ١١٩ من التقنين التجارى المصرى): أنظر بودرى وباردو فقرة ١٠٤٩.

وقد يكون البديل أكثر من شئ واحد، ويكون للمدين أن يختار من هذه الأبدال البديل الذى يرتضيه عوضاً عن الوفاء بالمحل 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 الحائز أن يقضى الديون المقيدة، أو يظهر العقار من الرهن، أو يتخلى عن هذا العقار، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ فى 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 واحدة. ويستفاد من هذا النص أن الحائز للعقار المرهون يكون ملتزماً التزاماً أصلياً بتحمل إجراءات نزع الملكية (أنظر أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ obligation فقرة ٦١ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٧ 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) التخلي عنه. فهنا البديل تخييرى، وللمدين أن يختار ما بين هذه الأمور الثلاثة، إذا لم يرغب فى الوفاء بالمحل الأصلى وهو تحمل إجراءات نزع الملكية.

الفرع الثاني أحكام الالتزام البدلي

١١١- تعيين محل الاداء وتحمل التبعة: بالرغم من أهمية الالتزام البدلي، فإن أحكامه ليست من التعقيد بالقدر الذي رأيناه في أحكام الالتزام التخييري. لذلك لن يطول القول في تعيين محل الاداء وفي أحكام الهلاك في الالتزام البدلي، كما طال في الالتزام التخييري.

١- تعيين محل الاداء

١١٢- ما الذي يطالب به الدائن: ليس للدائن أن يطالب في الالتزام البدلي، كما رأينا، إلا بالمحل الأصلي. وليس له أن يطالب بالبديل، فإن هذا البديل ليس محلاً للالتزام حتى تجوز المطالبة به.

ومن ثم تتعين منذ البداية طبيعة الالتزام البدلي، فهو عقار أو منقول بحسب طبيعة المحل الأصلي، وهو قابل للتجزئة أو غير قابل لها بحسب طبيعة هذا المحل أيضاً، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

وتتبع ذلك اختصاص المحكمة منذ البداية، فالدائن يطالب بالمحل الأصلي إذا كان عقاراً أمام محكمة العقار وتبعاً لقيمة هذا الشيء، حتى لو كان البديل منقولاً وأياً كانت قيمة هذا البديل.

١١٣- ما الذي يدفعه المدين: أما الذي يدفعه المدين فهو في الأصل أيضاً المحل الأصلي الذي يطالب به الدائن. ولكنه يستطيع، كما قدمنا، أن يبرئ ذمته بدفع البديل، ومتى دفعه فقد انقضى الالتزام.

ولكن لا يجوز للمدين أن يدفع جزءاً من المحل الأصلي وجزءاً من البديل، كما لا يجوز ذلك في الالتزام التخييري. وللدائن أن يرفض الوفاء على هذا الوجه، فاما أن يأخذ المحل الأصلي بأكمله، واما أن يأخذ البديل بأكمله.

وإذا مات الدائن، فليس لورثته المطالبة إلا بالمحل الأصلي كموثقتهم، ولكن يجوز للمدين أن يفي لهم بالبديل كما كان يستطيع ذلك مع موثقتهم. أما إذا مات المدين، فإن لورثته الحق في الوفاء بالبديل وتبرأ التركة من الدين بالوفاء به، كما كان المدين يستطيع ذلك حين حياته (١).

(١) وإذا كان المحل الأصلي غير قابل للتجزئة، فإن البديل لا ينقسم على ورثة المدين حتى لو كان قابلاً للتجزئة. فلو التزم المدين بالإيراد أن يعطى رهناً لضمانه وإلا رد رأس المال، فإن إعطاء الرهن يكون =

وإذا كان الالتزام البدلي التزاماً زمنياً أو دورياً، فإن المدين يستطيع في كل أداء أن يفي بالبديل عوضاً عن المحل الأصلي أو يؤدي المحل الأصلي كما يشاء. وإذا وفى بالبديل مرة، فله أن يؤدي المحل الأصلي مرة ثانية، ثم يوفى بالبديل مرة ثالثة، وهكذا. وذلك كله ما لم يتبين من إرادة الطرفين ومن الظروف والملايسات أن المدين إذا أدى المحل الأصلي أو وفى بالبديل مرة فقد تقيّد 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 يوفى بالبديل عند الوفاء.

ولا يمكن القول، إذا وفى 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 محله البديل منذ البداية، بل إن الالتزام البدلي يبقى بالرغم من الوفاء بالبديل التزاماً بدلياً، وليس البديل إلا مقابلاً للوفاء فيه.

٢- أحكام الهلاك

١١٤- هلاك المحل الأصلي: إذا هلك المحل الأصلي بسبب أجنبي، فقد انقضى الالتزام ورثت ذمة المدين. ولا تتركز المحل في البديل، كما تركزت، فيما يتعلق بالالتزام التخييري، في الشيء الباقي على ما أسلفنا.

أما إذا هلك المحل الأصلي بخطأ المدين، فإن الدائن لا يطالب المدين إلا بالتعويض عن هذا المحل، دون أن يستطيع المطالبة بالبديل، فليس البديل كما قدمنا محلاً للالتزام. وإنما يجوز للمدين أن يتوقى دفع التعويض بأن يوفى بالبديل، فيبرئ هذا الوفاء ذمته من الدين، وقد كان قادراً على أن يفعل ذلك قبل هلاك المحل الأصلي، فهو على فعله بعد الهلاك أقدر.

= 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 دالوز ٣ لفظ Obligation ققرة ٦٣).

وإذا هلك البديل بعد هلاك المحل الأصلي، سواء كان هلاك البديل بخطأ المدين أو خطأه، فإن الواجب على المدين هو التعويض عن المحل الأصلي لا التعويض عن البديل، المحل الأصلي هو وحده محل الالتزام، والبديل لا يقوم مقامه في الوفاء إلا إذا كان موجوداً وإذا هلك المحل الأصلي بخطأ الدائن، فإن الدائن يكون بمثابة من استوفى حقه. وله يجوز للمدين في هذه الحالة أن يوفى بالبديل، ثم يطالب الدائن بقيمة المحل الأصلي الذي هلك بخطأه.

١١٥ - هلاك البديل: أما إذا هلك البديل بسبب أجنبي أو بخطأ المدين، فإن الالتزام ينقضي كما قدمنا، بل يبقى قائماً على محله الأصلي. فإن المحل الأصلي وحده هو محل الالتزام، وهو باق فيبقى معه الالتزام. ولكن الالتزام البدلي يتقلب 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 لا قيمة البديل على النحو الذي بيناه فيما تقدم.

وإذا هلك البديل بخطأ الدائن، بقي الالتزام قائماً، على محله الأصلي، فيطالب الدائن المدين بهذا المحل، ويرجع المدين على الدائن بقيمة البديل الذي هلك بخطأه. ولكن لما كان المدين يستطيع أن يوفى بالبديل عوضاً عن المحل الأصلي، فإنه في 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 طرفى الالتزام

١١٦ - صور التعدد - الالتزام متعدد الاطراف والالتزام التضامنى والالتزام غير القابل للانقسام: قد يلحق الالتزام وصف التعدد فى طرفيه، أحدهما أو كليهما. ولهذا التعدد صور ثلاث:

(١) فاما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما فى غير تضامن ما بين الأطراف المتعددين، فيتعدد الدائن، أو يتعدد المدين، أو يتعدد كل من الدائن والمدين، دون أن تربط الأطراف المتعددين رابطة خاصة تجعلهم متضامنين فى الحق أو فى الدين. ويسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام متعدد الأطراف (obligation conjointe).

(٢) وإما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما فى تضامن ما بين الأطراف المتعددين. ويسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام التضامنى (obligation solidaire). فإذا كان المتعدد هو الدائن، كان هناك تضامن ما بين الدائنين وهو تضامن إيجابى (solidarité active). أما إذا كان المتعدد هو المدين، وهذا هو الغالب، كان هناك تضامن ما بين المدينين وهو تضامن سلبى (solidarité passive).

(٣) وإما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما فى التزام لا يتجزأ تنفيذه. ويسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام غير القابل للانقسام (obligation indivisible) (١).

والصورتان الثانية والثالثة - التضامن وعدم القابلية للانقسام - لا يتحققان بمجرد تعدد الأطراف، بل لابد من توافر شروط خاصة لتحقق كل منهما. أما الصورة الأولى فتتحقق

(١) وهناك التزام تتعدد أطرافه لا على سبيل الجمع بل على سبيل التخيير، فيكون الدائن متعدداً على أن يكون أحد هؤلاء المتعددين دون الباقي هو الدائن وحده، أو يكون المدين متعدداً على أن يكون أحد هؤلاء المتعددين دون الباقي هو المدين وحده - ويسمى الالتزام الذى تتعدد أطرافه على سبيل التخيير بالالتزام التخييري الطرف، ويدعى فى فرنسا بعبارة (obligation disjoints). فكما يتعدد المحل فى الالتزام التخييري المحل على أن يكون أحد المحال المتعددة هو وحده محل الالتزام، كذلك تتعدد الأطراف فى الالتزام التخييري الطرف على أن يكون أحد الأطراف المتعددة هو وحده الدائن أو المدين. ويتحقق ذلك أكثر ما يتحقق فى الوصية، فيوصى الشخص لفلان ثم لفلان إن مات الأول قبله. على أنه نادر الوقوع فى العمل، ولم يبحثه فى فرنسا إلا بعض فقهاء القرن التاسع عشر (أنظر ديمولومب ٢٦ فقرة ١٠١ - فقرة ١٠٤ - وأنظر فى المعنى الذى 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 فى الوقت ذاته تخييرياً من حيث المحل وتضامنياً من حيث الأطراف (دى باج ٣ فقرة ٢٨٧).

الفصل الأول الالتزام متعدد الأطراف (Obligation conjointe)

١١٧- وحدة المصدر وتعدد الأثر: إذا تعدد في الالتزام طرفه ولم تتحقق فيه شروط التضامن أو شروط عدم القابلية للانقسام، كان التزاماً متعدد الأطراف كما قدمنا. والالتزام متعدد الأطراف هو التزام واحد من حيث المصدر، متعدد من حيث الأثر فينقسم على أطرافه. وهذا بخلاف الالتزام التخييري، فهو واحد من حيث المصدر وواحد أيضاً من حيث الأثر فيتوحد بالنسبة إلى محله (١).

فتتكلم 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 متعددون هم الورثة، وسرى أن الحق في هذه الحالة ينقسم على الورثة كل بقدر نصيبه في الميراث (٢). كذلك إذا مات المدين وترك ورثة متعددين، فان الدين - في القانون الفرنسي لا في الشريعة الإسلامية (٣) - ينتقل إلى ورثته، فيصبح ذا مدينين متعددين ينقسم عليهم الدين كل بقدر نصيبه في الميراث.

(١) أنظر في هذا المعنى دى باج ٣ ص ٢٨٠ هامش رقم ٢.

(٢) وهذه حالة من حالات الدين المشترك في الفقه الإسلامي، ونظام الدين المشترك أخذ به التقنين المدني العراقي دون التقنين المدني المصري كما سنرى.

(٣) ومع ذلك يصور الأستاذ إسماعيل غانم انتقال الديون إلى ورثة المدين في الشريعة الإسلامية على النحو الآتي: «إن أموال المورث وديونه تنتقل جميعاً إلى الوارث بمجرد الوفاة فيصبح مالكا لتلك الأموال ومديناً بالديون. غير أن مسؤوليته عن هذه الديون ليست مسؤولية شخصية تمتد إلى كافة =

بمجرد تعدد طرفي الالتزام الناشئ من مصدر واحد. ومن ثم كان الأصل في الالتزام الذي تعدد 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.

وقد ينص القانون، في غير الميراث، على تعدد أطراف الالتزام. من ذلك ما تقضى 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 يعفى 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 لا تفي 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 أورده. 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 مدني، أكدت هذا الحكم مع تحوير فيه إذ قضت بما يأتي: «١- لا تضامن بين الشركاء

=أمواله الموروث منها وغير الموروث، وإنما هي مسؤولية عينية محددة تنحصر فيما تلقاه عن مورثه من أموال، فتنتقل إليه هذه الأموال محملة بحق عيني تبعي لمصلحة الدائنين يخول لهم استيفاء ديونهم منها بالأفضلية على دائني الوارث الشخصيين، كما يخول 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 الفرنسي إذا توفي المدين عن عدة ورثة، فينقسم الدين بينهم كل بقدر حصته في التركة. أما في القانون المصري، 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 المصري يقتضي التسليم بأن أموال المتوفى وديونه تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة، ولكن ذلك لا يعني أن الالتزام ينقسم بين الورثة في علاقتهم بالدائن، فمن المسلم أن الورثة، ومسئوليتهم عن ديون المورث مسئولية عينية محددة بالأموال التي تركها، لا يتلقون تلك الأموال خالصة، بل محملة بحق عيني تبعي 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 أي 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 تبعي يكفل له ضماناً لا يقبل التجزئة. وليس للوارث، إذا وفي الدين كاملاً أو استوفى الدين جبراً عليه من العين التي اختص بها في القسمة، إلا أن يرجع على الورثة الآخرين بما زاد على 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 بخصومه من مديونية ومسئولية، ولكن المسؤولية محدودة بما أصابه الوارث من مال التركة، أما عدم انقسام الدين على ورثة المدين فيرجع إلى هذا الحق العيني التبعي الذي يشغل كل أموال التركة وهو حق غير قابل للانقسام.

فيما يلزم كل 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 أي منهم، بالرغم من انقسام الالتزام عليهم. فإذا أعسر أحدهم وزعت حصته على الباقيين، كل بقدر نصيبه في تحمل الخسارة.

ويلاحظ 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 متعددين. فإذا قبض أحد الورثة غلة التركة، كان مديناً لسائر الورثة بأنصبتهم في هذه الغلة، فينشأ الدين ابتداء 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. فإذا باع الشركاء في الشروع 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 الشروع 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.

٢- 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 المتعددين أو على المدينين المتعددين، كل بالقدر المتفق عليه أو بالقدر الذي

يعينه القانون. فالاتفاق يعين نصيب كل مشتر من المشترين المتعددين للدار إذا اشتروها صفقة واحدة دون تضامن فيما بينهم، فيلتزم كل منهم بحصة من الثمن تساوي 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 المتعددين، لم يبق إلا أن ينقسم الالتزام عليهم بحسب الرؤوس أى بأصبة متساوية^(٢).

ومتى انقسم الالتزام على الدائنين أو المدينين المتعددين، أصبح بموجب هذا الانقسام التزامات متعددة لصالح الدائنين المتعددين أو في ذمة المدينين المتعددين، 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.

(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، فينقطع التقادم أو يقف لصالحه وحده، ويعتبر المدين معذراً 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

(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 بأصبة متساوية، لا فحسب 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) وسرى في الالتزام التضامنى 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 بالثمن 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 ١١١١- ديمولومب ٢٦ فقرة ١١٣- فقرة ١١٤).

حقوق الباقيين، بل يبقى كل منهم دائماً بقدر نصيبه، ولا ينتقل إليهم نصيب الدائن الذي أبطل دينه أو فسخ.

(٤) إذا وفى المدين أحد الدائنين ثم أعسر، لم يرجع باقى الدائنين الذين لم يستوفوا أنصبتهم على الدائن الذى 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 مسؤولين عن نصيب من أبطل دينه أو فسخ أو يكونون مسؤولين عن خطأه. وإذا كان هناك شرط جزائى يتناول جميع الدين، فالمسئول من المدينين بموجب هذا الشرط الجزائى هو وحده الذى يطالب به وبمقدار نصيبه منه فقط.

(٤) إذا أعسر أحد المدينين، لم يتحمل إعساره الباقيون، والدائن هو الذى يتحمل هذا الإعسار^(١).

وانقسام الدين، بما يجر 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^(٢).

(١) أنظر فى كل هذه النتائج أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ ص ٢٣- بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١٢- فقرة ١١١٣- بلانيول وريبير وجابولدى ٧ فقرة ١٠٥٧- دى باج ٣ فقرة ٢٩٠.

وقد ورد فى تقنين الموجبات والعقود اللبناى من النصوص فى هذا الصدد ما يأتى:
م ٩: يجوز أن يختص الموجب الواحد بعدة أشخاص موجب لهم أو موجب عليهم. وتنقسم الموجبات من هذا القبيل إلى موجبات متقارنة وموجبات متضامنة.

م ١٠: إن توزيع المنافع والتكاليف فى الموجبات المتقارنة يتم حتماً على قاعدة المساواة بين الدائنين والمدينين، ما لم يكن العقد يقضى بخلاف ذلك. فيكون فى الحقيقة عدد الديون بقدر عدد الدائنين أو المدينين، وهو الأمر الذى يجب الاعتداد به، ولا سيما فى: ١- ما يتعلق بحق المداعاة، إذ لا يمكن أحد الدائنين أن يستعمل هذا الحق، كما لا يمكن استعماله على أحد المدينين، إلا بقدر النصيب الذى يكون للدائن أو النصيب الذى يكون على المدين من ذلك الموجب. ٢- ما يختص بإنذار كل من المدينين أو بنسبة الخطأ إليه، فإن الإنذار ونسبة الخطأ يتحان فى شأن كل مدين على حدة. ٣- ما يتعلق بتقدير أحوال البطلان التى يمكن أن تكون شخصية لكل ذى شأن فى الموجب. ٤- ما يختص بالأعمال التى تقطع حكم مرور الزمن بالأسباب التى توقف سريانه.

(٢) دى باج ٣ فقرة ٢٩٠.

والتضامن بنوعيه يقتضى بوجه عام أن تكون هناك شركة أو فى القليل اشتراك فى المصلحة (communauté d'intérêts) بين الأطراف المتضامنين، وهذه المصلحة المشتركة هى التى تبرر أحكام التضامن^(١).

ويصح أن يجتمع فى التزام واحد تضامن الدائنين وتضامن المدينين، فيكون الالتزام متعدد الدائنين مع تضامنهم ومتعدد المدينين مع تضامنهم أيضاً. ويجوز فى هذه الحالة لأى دائن أن يطالب أى مدين بكل الدين، كما يجوز لأى مدين أن يفى لأى دائن بكل الدين، فالوفاء من أى مدين لأى دائن يقضى الدين بالنسبة إلى سائر المدينين وإلى سائر الدائنين^(٢).

الفرع الأول

التضامن بين الدائنين

(Solidarité entre créanciers - Solidarité active)

١٢٤ - مباحث ثلاثة: نبحث فى التضامن بين الدائنين:

(أولاً) مصدر هذا التضامن.

(ثانياً) والآثار التى تترتب عليه.

(ثالثاً) ثم نعرض لصورة خاصة لدين يقوم فيه ضرب من التضامن بين الدائنين، وهى الصورة المعروفة فى الفقه الإسلامى بالدين المشترك، وقد نقلها عنه التقنين المدنى العراقى دون التقنين المدنى المصرى^(٣).

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١٩.

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١٦.

(٣) 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 سنفعله فيما يلى. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتى: «التزم التقنين الراهن (السابق) ما عهد فيه من الاقلال والاقضاب فيما يتعلق بأحكام التضامن، مع مالها من عظيم الخطر. فلم يكن بد من أن يعمد المشروع إلى تنظيم صورتى 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 بتصوص حفظها من التطبيق العملى جد يسير» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٩).

الفصل الثانى

الالتزام التضامنى^(*)

(obligation solidaire)

١٢٣ - التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين: قدمنا أن الطرف المتعدد فى الالتزام التضامنى قد يكون هو الدائن فيكون هناك تضامن بين الدائنين، وقد يكون هو المدين فيكون هناك تضامن بين المدينين. والتضامن بين المدينين هو الأكثر وقوعاً فى العمل.

وسواء كان التضامن بين الدائنين أو بين المدينين، فهو أحد طرق الضمان للدين، بل هو أبلغ فى الضمان من الكفالة. ذلك أن الدائن فى الكفالة - إذا لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين - لا يستطيع أن يرجع إلا على المدين الأصلى أولاً، فإذا لم يستوف حقه منه رجع على الكفيل. أما فى 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 مبرئ لذمته بالنسبة إلى سائر الدائنين^(١)، وهذا ما يجعل التضامن ما بين الدائنين أقرب إلى أن يكون ضماناً للمدين منه ضماناً للدائن كما سنرى.

(*) مراجع: بيلون (Pilon) فى النظرية العامة فى النيابة فى الالتزامات رسالة من كان سنة ١٨٩٧ - يوانيد (Ioanid) فى التضامن ناقص رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ - ديشون (Duchon) فى النيابة فى التضامن رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ - هامل (Hamel) رسالة من بواتيه سنة ١٩٠٨ - أودينو (Oudinot) فى النيابة الناقصة فى القانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ - هواج هاى (Huang-Hai) فى التضامن السلبى رسالة من باريس سنة ١٩٣٤ - فرانسوا (I. François) فى التمييز بين الالتزام التضامنى والالتزام التضامنى (in solidum) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ - دراكيديس (Drakidis) فى المبدأ القاضى بأن التضامن لا يفترض رسالة من باريس سنة ١٩٣٩. هرفيه (Hervé) فى التضامن وعدم القابلية للانقسام والكفالة رسالة من بورجو سنة ١٩٤٠ - كايتر (Kayser) رسائل فى التضامن فى المسئولية عن العمل غير المشروع المجلد الانتقادية سنة ١٩٣١ ص ١٩٧ - فانسان (Vincent) توسع القضاء فى فكرة التضامن السلبى المجلد الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٦٠١.

أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٩٨ وما بعدها - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠٧ وما بعدها - بنكاز ٢ فقرة ٧٨٤ وما بعدها - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٩ وما بعدها - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ١١٠٧ وما بعدها - دى باج ٣ فقرة ٣١١ وما بعدها - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٤١ وما بعدها - كولان وكايتان ٢ فقرة ٤١١ وما بعدها - جوسران ٢ فقرة ٧٥٤ وما بعدها.

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٩ ص ٤١٤.

المبحث الأول

مصدر التضامن بين الدائنين

١٢٥- النصوص القانونية: تنص المادة ٢٧٩ من التقنين المدني المصري على ما يأتي:
«التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في قانون» (١).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ١٦١/١٠٧ و ١٦٢/١٠٨ (٢).

ويقابل في التقنينات 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 (٣).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤٠٣ من المشروع التمهيدي على وجه مقارب لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، ثم حور تحويراً طفيفاً في لجنة المراجعة فأصبح مطابقاً لما استقر عليه، وأصبحت المادة رقمها ٢٩١ من المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١ - ص ٥٢).

(٢) التقنين المدني السابق م ١٦١/١٠٧: إذا تضمن التعهد التفويض 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.

م ١٦٢/١٠٨: لا يلزم كل واحد من المتعهدين بوفاء جميع المتعهد به إلا إذا اشترط تضامنهم لبعضهم في العقد أو أوجبه القانون، وفي هذه الحالة يعتبر المتعهدون كفلاء لبعضهم بعضاً ووكلاء عن بعضهم بعضاً في وفاء المتعهد به، وتتبع 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، مقتصرًا على التطبيقات التشريعية التي أتت بها وهي تخرج في بعض الأحوال على هذه الأحكام).

(٣) التقنينات 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 مصدرًا 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، بل يجب أن ينشأ عن عقد قانوني أو عن القانون أو عن ماهية العمل.

١٢٦- التضامن بين الدائنين مصدره الاتفاق أو الإرادة بوجه عام: بالرغم من أن نص المادة ٢٧٩ سالفة 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 (١).

والتضامن بين الدائنين نادر الوقوع في العمل. وأكثر ما يقع عندما يكون هناك مدينون متضامنون ثم ينقلون إلى دائنين متضامنين. مثل ذلك أن يبيع ثلاثة ستمين 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 متضامنين في هذا الرجوع. ويصح أن يكون مصدر تضامن الدائنين الوصية، فيوصي شخص لأشخاص متعددين بمبلغ من النقود يستوفونه من تركته ويجعلهم متضامنين في المطالبة بهذا المبلغ (٢)، وهنا نشأ التضامن الإيجابي منذ البداية ولم ينعكس عن تضامن سلبي (٣).

= (وهنا أيضاً نجد التقنين اللبناني يشير إلى القانون مصدرًا لتضامن الدائنين دون أن يورد مثلاً لذلك).

(١) أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ص ٢٤ - بودري وبارد ٢ فقرة ١١٢٢ ص ٢٥٢ وفقرة ١١٢٦ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٠ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٤٦ - جوسران ٢ فقرة ٧٥٧ ص ٤١٢ - ويقول بيدان ولاجارد أنه لا توجد أية حالة للتضامن الإيجابي يكون مصدرها القانون، وإذا كان يذكر 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 التمهيدي حيث تقول: «قد يكون مصدر التضامن السلبي والإيجابي تعبيراً عن الإرادة». ثم تقول: «هذا وقد يكون نص القانون مصدرًا للتضامن السلبي» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١) - قارن مع ذلك التقنين المدني العراقي المادة ٣١٥ وتقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١٢.

(٢) ديمولومب ٢٦ فقرة ١٣٣ وفقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٠ - لوران ١٧ فقرة ٢٥٤ وفقرة ٢٧٦ - بودري وبارد ٢ فقرة ١١٢٣ وفقرة ١١٢٦.

(٣) وعند الفرنسيين صورة عملية للتضامن بين الدائنين، ألقوها مدة من الزمن للتهرب من ضريبة الشركات. وذلك بأن يودع المورث والوارث المحتمل - زوج وزوجته أو ابن وابنه أو نحو ذلك - النقود باسميهما في أحد المصارف على أن يكونا دائنين متضامنين لهذا الحساب المشترك (compte joint)، فيتمكن بذلك أي منهما أن يسحب من المصرف كل المبلغ بمفرده، فإذا مات أحدهما وورثه الآخر سحب الوارث المبلغ كله، فيفلت بذلك من ضريبة الشركات. غير أن قانونين صدرتا في ٣١ مارس سنة ١٩٠٣ و ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ اعتبرتا هذا الحساب المشترك ملكاً مشتركاً للدائنين، فإذا مات أحدهما اعتبر نصيبه تركة تستحق عليها الضريبة. على أن باب التحايل لا يزال مفتوحاً عن طريق إخفاء العنوان الحقيقي، وعن طريق إيداع الحساب المشترك أحد المصارف الأجنبية حيث لا =

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 أي 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 أي دائن منهم يستطيع أن يقبض الدين كله، فتبراً ذمة المدين بهذا الوفاء، وليس لسائر الدائنين إلا الرجوع كل بنصيبه على الدائن الذي استوفى الدين، فإذا هو أعسر تحمّلوا 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 المدني الجديد قد تخفف بعض الشيء من مضار التضامن بين الدائنين، بأن نص في الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ على جواز ممانعة الدائنين في أن يوفى المدين الدين لأحدهم، كما لو كان التضامن ينطوي على وكالة يجوز الرجوع فيها، وسيأتي بيان ذلك.

يسرى عليه التشريع الفرنسي (أنظر في ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦١ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١١ ص ٥٩٧ - ص ٥٩٨ - دي باج ٣ فقرة ٣٢٧) - أما في مصر ففتح الحساب الجاري المشترك نادر الوقوع، وترفضه المصارف عادة خشية النزاع الذي يقع بين ورثة من يموت من أصحاب الحساب ومن بقي من هؤلاء حياً (الأستاذ محسن شفيق في القانون التجاري ٢ ص ٣٤٩ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٧٥ هامش رقم ٢).

كذلك صدر في فرنسا قانون في ١٦ يولييه سنة ١٩٢٤ وقانون آخر في ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥ يجعلان حملة سندات الفرض الواحد في موقف قريب من موقف الدائنين المتضامنين، فحامل السند إذا قطع التقادم بالنسبة إلى الأرباح أفاد من ذلك حملة السندات الآخرين: وكذلك إذا هو حصل على حكم أفاد منه الآخرون ولو لم يكونوا طرفاً فيه. وهذا الضرب من التضامن الإيجابي الخاص يصح أن يقال بأن مصدره القانون (أنظر في ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦١ - ص ٤١٦ - ص ٤١٧).

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ١١٢٩ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٠ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١١ ص ٥٩٦ - دي باج ٣ فقرة ٣٢٦ - هذا ويبدو الفرق واضحاً ما بين تضامن الدائنين والوكالة. فقد يوكل الدائن عنه شخصاً في 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 (بودري وبارد ٢ فقرة ١١٢٨).

والتضامن بين الدائنين إذا كان نافعاً فهو أنفع للمدين منه للدائنين المتضامنين، إذ يتمكن المدين أن يوفى الدين كله لأي من هؤلاء الدائنين فيبراً ذمته نحو الباقيين، فبهى التضامن له بذلك طريقاً ميسراً للوفاء بالدين، ولا حاجة به أن يقسم الدين على الدائنين فيعطى لكل نصيبه، وفي هذا من الكلفة والمشقة ما فيه. وقد كان التضامن بين الدائنين نافعاً في القانون الروماني من ناحية خاصة بهذا القانون، إذ كان يفتح الطريق لحوالة الحق بأن يضم الدائن من يريد أن يحول له الحق دائناً متضامناً معه، فيجوز بذلك للمدين أن يوفى الدين كله لهذا الدائن المتضامن (بودري وبارد ٢ فقرة ١١٢٩ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧).

١٢٧ - التضامن بين الدائنين لا يفترض: ولما كان التضامن بين الدائنين مصدره الإرادة أو الاتفاق، فانه لا يجوز افتراض وجوده، وما لم توجد إرادة واضحة لاختفاء فيها بانشاء هذا التضامن فانه لا يقوم. فإذا باع مثلاً ثلاثة أشخاص داراً لهم في الشروع، ولم يشترطوا على المشتري التضامن بينهم في وضوح، فلا يستخلص من شيوخ الدار بين البائعين أنهم متضامنون في تقاضي الثمن، بل ينقسم الثمن عليهم كل بقدر نصيبه في الدار المباعة. كذلك إذا كان المشتري قد اشترط على البائعين التضامن في التزاماتهم نحوه، فان 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 والملاسات^(٢) (١)، ولكن يجب ألا يكون هناك شك في أنه مشروط.

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي: «ومن الأصول المقررة أن التضامن بنوعيه 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 لنفي التضامن لا لإثباته»^(٣). وليس من الضروري، في الشرط الصريح، أن يستعمل لفظ «التضامن»، فأى لفظ يؤدي هذا المعنى يكفي، كأن يشترط الدائنون أن يكون لأي دائن منهم أن

(١) لارومبيير ٣ م ١١٩٧م فقرة ١٨ - ديمولومب ٢٦ فقرة ١٣٨ - لوران ١٧ فقرة ٢٥٦ - بودري وبارد ٢ فقرة ١١٢١. على أنه يصح أن يستخلص ضمناً من الظروف والملاسات أن التضامن في الالتزامات يستتبع التضامن في الحقوق (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٠).

(٢) على أنه يجب استخلاصه حتماً من الظروف والملاسات، فإذا قام في شأنه شك أو لم يتيسر إثباته، فإنه لا يفترض، ويتعين استبعاده في هاتين الحالتين (دي باج ٣ فقرة ٤١٤ ص ٢٩٩).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١.

(١) من المقرر عملاً بالمادة ٢٧٩ من القانون المدني أن التضامن لا يفترض ولكن ينبغي أن يرد إلى نص في القانون أو اتفاق صريح أو ضمنى وعلى قاضي الموضوع إذا استخلصه من عبارات العقد وظروفه أن يبين كيف افادته هذه العبارات والظروف.

(جلسة ١٩٦٣/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٨٣٤)

(الطعون ١٤٩٨، ١٤٧٤، ١٥٢١ سنة ٥٢ ق جلسة ٨٥/٣/٢٥ ص ٣٦ ص ٤٨٤)

ب- لا يفترض التضامن ولا يؤخذ فيه بالظن ولكن ينبغي أن يرد إلى نص في القانون أو إلى اتفاق صريح أو ضمنى وعلى قاضي الموضوع إذا استخلصه من عبارات العقد وظروفه أن يبين كيفية افادته هذه العبارات والظروف.

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ لسنة ١٥٦٥)

(جلسة ١٩٦٣/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٨٣٤)

يطالب المدين بكل الدين، أو يشترط المدين أنه يستطيع الوفاء بكل الدين لأي من الدائنين.

ولا يفترض التضامن بين الدائنين حتى في المسائل التجارية، بل يجب اشتراطه في وضوح (١). وحتى في شركة التضامن، إذا كان كل الشركاء يديرون الشركة، وأمکن لكل منهم أن يستوفي من مديني الشركة ما عليهم من ديون لها، فإن ذلك لا يعنى أن الشركاء دائنون بالتضامن، بل إن كل شريك إنما يعمل باسم الشركة، والشركة وحدها هي التي تستوفي ديونها عن طريق وكيل عنها هو أحد الشركاء (٢).

١٢٨- وحدة المحل وتعدد الروابط: والتضامن بين الدائنين على النحو الذي 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 التي تربط المدين بالدائنين المتضامنين الآخرين، فتعدد الدائنين المتضامنين يستتبع تعدد الروابط. وأما أن الالتزام يكون موحد المحل، فذلك هو الذي يحفظ للالتزام وحدته بالرغم من تعدد الدائنين، ولو أن الدائنين المتعددين لم يكونوا متضامنين لما احتفظ الالتزام بوحدته وكان التزاماً متعدد الأطراف ينقسم على الدائنين المتعددين التزامات مستقلة بعضها عن بعض كما بينا فيما تقدم (٣). وبحسبنا هنا أن نبين أهم المظاهر لتعدد الروابط بالرغم من وحدة المحل (٤):

(١) يجوز أن تكون الرابطة التي تربط أحد الدائنين المتضامنين بالمدين موصوفة وتكون الروابط الأخرى بسيطة. فيجوز أن يكون أحد الدائنين المتضامنين دائناً تحت شرط أو إلى أجل، ويكون سائر الدائنين المتضامنين حقوقهم منجزة. كما يجوز أن تكون إحدى

(١) ليون كان ورينو ٣ فقرة ٣٨- بودري وبارد ٢ فقرة ١١٢٧- دريدافى أنسيكلوبيدي دالوز ٥ لفظ (solidarité) فقرة ٨.

(٢) ليون كان ورينو ٢ فقرة ٢٩٥- بودري وبارد ٢ فقرة ١١٢٧.

وإذا كان للدائن مديون 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 في هذه الحالة من الظروف؟ الظاهر 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 وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٣ ص ٤١٨).

أما إذا نزل الدائن عن حقه لمحال له دون أن يستبقى المدينين الآخرين، فإن المحال له وحده هو الذي يصبح الدائن مكان الدائن الأصلي، وتتبقى علاقة الدائن الأصلي بالمدينين المتضامنين.

(٣) انظر في الدفاع عن فكرة تعدد الروابط ووحدة المحل فيما يتعلق بالتضامن السليبي بوتييه في الالتزامات فقرة ٣/٢٦٣.

(٤) ديمولومب ٢٦ فقرة ٢٤- بودري وبارد ٢ فقرة ١١١٧.

الروابط معلقة على شرط، ورابطة أخرى مقترنة بأجل. وإلى هذا تشير الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدني إذ تنص على أنه «يجوز للدائنين المتضامنين، 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 المتضامنين قاصراً فتكون رابطة قابلة للإبطال لنقص الأهلية، أو يجوز أن تكون إرادته قد شابها غلط أو تدليس أو إكراه فتكون رابطة قابلة للإبطال لهذا العيب دون الروابط الأخرى، أو يجوز أخيراً أن تكون إحدى الروابط دون غيرها قابلة للفسخ.

(٣) يجوز أن تنقضى إحدى الروابط وتبقى مع ذلك الروابط الأخرى، وسيأتي تفصيل ذلك فيما يلي.

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على تضامن الدائنين

١٢٩- العلاقة ما بين الدائنين والمدين والعلاقة فيما بين الدائنين بعضهم ببعض:

يجب، في بيان الآثار التي تترتب على تضامن الدائنين، التمييز بين أمرين: (١) العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين. (٢) وعلاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض.

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 لأي منهم، إلا إذا مانع أحدهم في 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 في ذلك ما يلحق 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 باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قبله.
- ٢- ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين^(١).

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٧/١٦١(٢).

(١) تاريخ النصوص:

م ٢٨٠: ورد هذا النص في المادة ٤٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما يتعلق بالفقرة الثانية. أما الفقرة الأولى فقد كان نصها في 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». وفي لجنة المراجعة حذف الحكم الخاص بمطالبة كل من الدائنين بأداء كل الدين لأن هذا الحكم منصوص عليه في المادة التالية، وحذفت عبارة «وفاء صحيحاً» إذ لا ضرورة لها، وأصبحت المادة رقمها ٢٩٢ في المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب. وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «إلا إذا مانع أحدهم في 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، وفي 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 في 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 في المادة ٤٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٣ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٥ - ص ٥٦).

م ٢٨٢: ورد هذا النص في المادة ٤٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٤ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٧ - ص ٥٩).

(٢) التقنين المدني السابق م ١٠٧/١٦١: «إذا تضمن التمهيد التفويض من كل من المتعهد لهم للباقي في استيفاء الشئ المتعهد به، يكون كل منهم قائماً مقام الباقي في ذلك. وفي هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل». وقد سبق إيراد هذا النص. ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق، وإن كان التقنين السابق قد أحال على أحكام الوكالة جملة واحدة دون التفصيل الذى أتى به التقنين الجديد. هذا وقد أشار بودرى وبارد (جزء ٢ فقرة ١١٦٨)، وهو يعرض لبعض القوانين الأجنبية، إلى أن التقنين المدني المختلط السابق يقيم التضامن بين الدائنين على فكرة الوكالة، فلا يجوز لأى دائن أن يقضى الدين بتجديد أو إبراء وإلا جاوز حدود الوكالة.

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السورى المواد ٢٨٠ - ٢٨٢، وفي التقنين المدني الليبى المواد ٢٦٧ - ٢٦٩، وفي التقنين المدني العراقى المواد ٣١٦ - ٣١٨، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناى المواد ١١ و ١٣ - ١٩^(١).

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السورى م ٢٨٠ - ٢٨٢ (مطابقة للمواد ٢٨٠ - ٢٨٢ من التقنين المدني المصرى).

التقنين المدني الليبى م ٢٦٧ - ٢٦٩ (مطابقة للمواد ٢٨٠ - ٢٨٢ من التقنين المدني المصرى).

التقنين المدني العراقى م ٣١٦ - ٣١٨ (متفقة فى مجموعها مع أحكام التقنين المدني المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبناى م ١١: يوجد التضامن بين الدائنين حين يكون شخصان أو عدة أشخاص أصحاباً لدين واحد يحق لكل منهم أن يطلب دفع هذا الدين بجملته، كما يحق من جهة أخرى للمدين أن يدفع الدين إلى أى كان منهم، وهذا ما يسمونه تضامن الدائنين. على أن الدائن المتضامن لا يحق له أن يتصرف فى مجموع الدين، بل يعد مفوضاً من قبل سائر الدائنين فى المحافظة على القسم الذى يتجاوز مبلغ حصته وفى استيفائه من المدينين.

م ١٣: إن موجب التضامن يسقط تجاه كل الدائنين بالإيفاء أو بأداء العوض أو بأداء الشئ المستحق أو بالمقاصة أو بتحديد التعاقد تجاه أحد الدائنين. إن المدين الذى يوفى أحد الدائنين المتضامنين حصته فى موجب يبرى ذمته تجاه الآخرين على قدر هذه الحصة.

م ١٤: إن إسقاط أحد الدائنين المتضامنين الدين لا يسرى على الآخرين ولا يبرى المدين إلا من حصة هذا الدائن. وإن اجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص أحد الدائنين المتضامنين وفى شخص المدين لا يسقط الموجب إلا بالنظر إلى هذا الدائن.

م ١٥: إن مرور الزمن الذى تم على حق أحد الدائنين المتضامنين لا يسرى على الآخرين. وخطأ أحد الدائنين المتضامنين أو تأخره لا يضر ببقية الدائنين.

م ١٦: إذا أندر أحد الدائنين المدين أو أجرى حكم الفائدة على المدين، فسائر الدائنين يستفيدون من نتيجة عمله.

م ١٧: إن الأعمال التى تقطع مرور الزمن بالنظر إلى أحد الدائنين المتضامنين يستفيد منها الآخرون. أما الأسباب التى تقف سريان مرور الزمن فتبقى شخصية ومختصة بكل من الدائنين.

م ١٨: إن الصلح الذى يعقد بين أحد الدائنين والمدين يستفيد منه الدائنون الآخرون حينما يكون متضامناً 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 المتضامنين المدين مهلة، فلا يسرى ذلك على الآخرين، ما لم يستنتج العكس من صلح إنشاء الموجب أو من القانون أو من ماهية القضية.

وهذه الأحكام التفصيلية الواردة فى التقنين اللبناى تتفق مع ما أجمله التقنين المصرى فى نصوصه الثلاثة، إلا فى أن التجديد والمقاصة بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين يبرئان ذمة المدين نحو سائر الدائنين فى التقنين اللبناى، ولا يبرئانه إلا بقدر حصة الدائن الذى وقع منه التجديد أو المقاصة فى التقنين المصرى. وهذا وقد أجمل 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 =

١٣١ - استخلاص المبادئ الأساسية: ويستخلص من هذه النصوص المبادئ الأساسية الثلاثة الآتية:

أولاً- لأى دائن متضامن مطالبة المدين بكل الدين، وللمدين أن يفي بكل الدين لأى دائن متضامن، والوفاء بكل الدين لأى دائن متضامن يبرئ 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 المتضامنين، اقتصر أثرها على حصة هذا الدائن، ولا يحتج المدين بأى سائر الدائنين إلا بمقدار هذه الحصة (م ١/٢٨٢ مدنى).

ثالثاً- ولا يجوز لأى من الدائنين المتضامنين أن يأتى عملاً من شأنه أن يضر بسائرتهم، ولكن إذا أتى عملاً من شأنه أن يفيدهم أفادوا منه (م ٢/٢٨٢ 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، فيكون استيفاءه للدين مبرئاً لذمة المدين نحو سائر الدائنين. أما فى أسباب الانقضاء الأخرى، فليس الدائن نائباً عن الدائنين الآخرين، بل هو أصيلاً 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 شأنه أن يفيد هؤلاء الدائنين، دون الأعمال التى يكون من شأنها أن تضر بهم (١).

= 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 رأى 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).

(١) بين بودرى وبارد كيف تطورت هذه المبادئ من القانون الرومانى حتى وصلت إلى التقنين المدنى الفرنسى. ففى القانون الرومانى كان كل دائن متضامن يستطيع أن يتصرف فى الدين كما لو كان هو الدائن الوحيد، فيستوفيه ويقضيه بأى سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم، فتبرأ ذمة المدين نحو سائر الدائنين. ولا يرجع الدائنون على الدائن الذى قام من جهته سبب الانقضاء إلا إذا أثبتوا أن هناك مصلحة مشتركة بين جميع الدائنين، فيرجع كل دائن بنصيبه فى هذه المصلحة المشتركة. أما فى القانون الفرنسى القديم فقد كان الحكم هو أيضاً كالحكم فى القانون الرومانى، إلا أن المصلحة المشتركة بين الدائنين كانت مفترضة، فكان كل دائن يرجع بنصيبه بحكم القانون. وتغير هذا الحكم فى التقنين المدنى الفرنسى، 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 يسرى فى حق الدائنين الآخرين إلا بقدر نصيب الدائن الذى قام من جهته سبب الانقضاء. ويكون كل دائن متضامن ممثلاً لسائر الدائنين لا فى الوفاء فحسب، بل أيضاً فى كل عمل من شأنه تثبيت الدين وتقويته، دون الأعمال التى يكون من شأنها إسقاط الدين أو إضعافه (بودرى وبارد ٢٦ فقرة ١١٣٢).

فعدنا إذن مسائل ثلاث نتناولها بالبحث على التعاقب: (١) انقضاء الدين بالوفاء (٢) انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء (٣) أعمال الدائن التى من شأنها أن تفيد سائر الدائنين أو أن تضر بهم.

١ - انقضاء الدين بالوفاء

١٣٢ - للمدين أن يوفى أى دائن كل الدين: وهذا ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ مدنى كما رأينا، إذ تقول: «إذا كان التضامن بين الدائنين، جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم». فللمدين إذن أن يختار أى دائن من الدائنين المتضامنين 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 هى الميزة الجوهرية للتضامن بين الدائنين، فإن هذا التضامن كما قدمنا أقرب أن يكون ضماناً للمدين منه ضماناً للدائنين المتضامنين، إذ يستطيع المدين 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 أو تمت 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 يفي 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).

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ١٥٥ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٥.

(٢) أنظر فى هذا المعنى المادة ١٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبائى. 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).

١٣٣ - ما لم يمانع أحد الدائنين: وتقضى الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ مدني، كما رأينا، بأنه يجوز للمدين أن يفي بكل الدين لأي من الدائنين «إلا إذا مانع أحدهم في ذلك». وقد كانت هذه العبارة الأخيرة الواردة في النص نتيجة تخوير غريب في لجنة مجلس الشيوخ، كان من شأنه أن يقلب المعنى الذي كان المشروع التمهيدى قد قصد إليه. فقد كان نص هذا المشروع على الوجه الآتى: «... جاز للمدين أن يوفى الدين وفاء صحيحاً لأي من الدائنين المتضامنين، إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات تمنع المدين من ذلك». وكان المقصود من هذه العبارة هو عين ما ذهب إليه التقنين المدني الفرنسى فى الفقرة الأولى من المادة ١١٩٨، وهى تنص على أنه «يكون للمدين الخيار فى أن يوفى الدين لواحد أو لآخر من الدائنين المتضامنين، ما دام لم يمنعه من ذلك مطالبة أحد الدائنين له بالوفاء^(١)». فيكون المعنى المقصود فى المشروع التمهيدى أن للمدين أن يوفى كل الدين لأي دائن يختاره من الدائنين المتضامنين، إلا إذا طالبه بالدين دائن آخر، واتخذ هذا الدائن إجراءات للمطالبة تمنع المدين من الوفاء لغيره^(٢). ويؤكد ذلك ما ورد فى هذا الشأن فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، فهى تقول: «وليس يقتصر الأمر على تخويل كل من الدائنين المتضامنين حق اقتضاء الدين بأسره من المدين، بل للمدين كذلك أن يبرىء ذمته بالوفاء لأيهما، ما لم يقيم أحدهم بما يحول دون ذلك. فإذا اتخذ أحد الدائنين قبل المدين إجراءات المطالبة، تعين عليه أن يقوم بالوفاء لمن يشر هذه الإجراءات وغيره من الدائنين الذين أصبحوا طرفاً فيها^(٣)».

ولكن لجنة مجلس الشيوخ لم تلتفت إلى المعنى المقصود، وظنت أن عبارة «إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات تمنع المدين من الوفاء» يقصد بها مجرد الممانعة من دائن آخر أن يفي المدين للدائن الذى اختاره وذلك عن طريق إجراءات يتخذها الدائن الممانع، فحورت العبارة

(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 البرازيلى. وانظر عكس ذلك المادة ٤٢٨ من التقنين المدنى الألماني وانظر فى هذه النصوص المذكورة 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.

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 بإجراءات 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 التحويل 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 لأي دائن آخر أن يعترض على هذا الوفاء فيمنعه. ولكن ذلك لا يعنى أن المدين يتعين عليه أن يوفى الدين له للدائن المعترض، 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 المعترض، 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 المعترض من جهة وحق الدائن الذى اختاره المدين من جهة أخرى^(٢). وقد زال بهذا التحويل غير المقصود عيب من عيوب التضامن بين الدائنين، وأصبح لأي 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 - عندما تعارض 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 المدنى الألماني الذى يقدم رغبة المدين على رغبة الدائن، فأن هذا التقنين

(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 بإبداع الشئ 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 المعترض نصيبه منه ويعطى للدائن الذى اختاره المدين. ولما كان هذا الحل مستحيلاً فى الالتزام غير القابل للانقسام وممكناً فى الالتزام التضامنى، فقد استبعده المشرع فى الأول ولم يستبعده 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.

الأخير في المادة ٤٢٨ منه لا يمنع المدين من أن يوفى الدين كله للدائن الذي اختاره بالرغم من مطالبة دائن آخر باستيفاء الدين (١).

والاعتراض الذي يصدر من الدائن الممانع لا يشترط فيه شكل خاص، كما تذكر لجنة مجلس الشيوخ، فيصح أن يكون بانذار رسمي على يد محضر، ويصح أن يكون مجرد إخطار كتابي أو شفوي، على أن يكلف الدائن الممانع باثباته، ويكون الإثبات خاضعاً للقواعد العامة التي تتطلب الكتابة فيما إذا كان نصيب الدائن الممانع يزيد على خمسمائة جنيه. ويوجه الاعتراض إلى المدين، حتى يمتنع من وقت وصول الاعتراض إليه من دفع نصيب الدائن المعارض إلى أي 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 المتضامن: 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 يختص 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 يفي لأحد الورثة من الدين كله إلا بنسبة نصيبه في الميراث، ولا يستطيع هذا الورث أن يطالب المدين بالوفاء إلا بنسبة هذا النصيب. فلو أن

(١) ولعل هذا يحدد نزعة كل من التقنينات الثلاثة: فالتقنين الفرنسي - إذا تعارض ما في التضامن الإيجابي من ضمان للدائن مع ما فيه من ضمان للمدين - يضحى بضمان المدين. والتقنين الألماني يضحى بضمان الدائن. والتقنين المصري يوفق بين الأمرين، بأن يستبقى ضمان المدين، مع إعطاء الدائن نصيبه في الدين رعاية لمصلحته المشروعة.

وفي ضوء هذا الاعتبار، نرى أنه إذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء، في التقنين المصري، ويكون المدين قد اختار أن يوفى الدين لغيره من الدائنين، تعين على المدين أن يوفى أولاً الدائن المطالب نصيبه في الدين، ثم يوفى للدائن الذي اختاره بقية الدين بعد استنزال نصيب الدائن المطالب. فيتبادل على هذا النحو الدائن الذي يطالب بوفاء الدين له مع الدائن الذي يمانع في وفاء الدين لغيره. وقد رأينا أن التقنين الفرنسي والتقنين الألماني يقفان في هذه المسألة موقفين متعارضين: فالتقنين الفرنسي يحتم على المدين أن يوفى الدين كله للدائن المطالب، والتقنين الألماني يجيز للمدين أن يوفى بالدين كله للدائن الذي اختاره.

ولكن يجب أن يلاحظ أنه إذا رجع أحد الدائنين المتضامنين على المدين يطالبه بكل الدين في التقنين المصري، لم يجوز أن يقتصر المدين على إعطاء هذا الدائن نصيبه، مكتفياً بالقول إنه اختار دائناً آخر للوفاء له ببقية الدين. بل يجب على المدين في هذه الحالة أن يوفى كل الدين للدائن المطالب، ما لم يكن قد دفع فعلاً - ولو بعد هذه المطالبة - باقي الدين إلى دائن آخر، وقدم ما يثبت ذلك.

الدائنين المتضامنين كانوا أربعة، وكان الدين ستمائة، ومات أحد الدائنين المتضامنين عن ورثة ثلاثة بأنصبة متساوية في الميراث، فإن كل واحد 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).

هذا إذا كان الدين قابلاً للانقسام. أما إذا كان غير قابل له، فإنه لا ينقسم على الورثة، بل يجوز للمدين أن يوفى الدين كله لأي وارث من ورثة الدائن المتضامن الذي مات، كما يجوز لأي وارث أن يطالب المدين بكل الدين. فإذا استوفى أحد الورثة الدين كله، أعطى منه لكل دائن متضامن الحصة التي له في الدين، ثم أعطى لكل وارث نصيبه في الأثر من حصة المورث. ففي المثل المتقدم، إذا قبض أحد الورثة الدين كله وهو ستمائة، أعطى لكل من الدائنين المتضامنين الثلاثة الآخرين مائة وخمسين، فيبقى معه مائة وخمسون هي حصة مورثه، يعطى منها خمسين لكل من الوارثين الآخرين، ويستبقى لنفسه خمسين هي نصيبه في الأثر من حصة مورثه.

وكثيراً ما يشترط في التضامن بين الدائنين أن يكون الدين قابل للانقسام (٢)، توكيلاً من انقسامه على ورثة الدائنين، وتيسيراً على المدين أن يوفى الدين كله لأي من الدائنين المتضامنين ولأي من ورثة هؤلاء (٣).

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «وتظل وحدة الدين مكفولة ما بقي 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 متكافئين الفرض، فلا يجوز لأيهما أن يطالب المدين إلا بمبلغ ١٥٠ جنيهاً (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٩).

هذا ويلاحظ أن أحد الورثة، إذا طالب المدين بنصيبه مطالبة قضائية، فقطع التقادم وجعل الفوائد تسري، فأنما يقطع التقادم ويجعل الفوائد تسري، لا لصالح الورثة الباقين فقد انقسم الدين عليهم، بل لصالح الدائنين المتضامنين الآخرين وفي حدود نصيب الوارث فقط، أي أن التقادم يقطع والفوائد تسري بالنسبة إلى الدائنين المتضامنين الآخرين، في المثل المذكور في المذكرة الإيضاحية، في حدود مائة وخمسين فقط لا في الدين كله وهو ثلثمائة (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١٦ ص ٦٠٢ - ص ٦٠٣ و ص ٦٠٢ هامش رقم ١).

(٢) أما مجرد اشتراط التضامن فلا يفيد وحده اشتراط أن الدين غير قابل للانقسام (استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٨).

(٣) انظر في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢١٧ ص ٣٠٥ - وكثيراً ما يشترط في الأسهم والسندات أنها لا تقبل التجزئة، فإذا مات صاحبها عن عدة ورثة لم ينقسم الحق عليهم، ويجوز للشركة أن توفي أيّاً من الورثة كل الأرباح وكل الفوائد (بلانويول وريسير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢).

١٣٥- ولأى دائن مطالبة المدين بكل الدين: وكما يجوز للمدين أن يوفى الدين كله لأى دائن متضامن على النحو الذى سبق بيانه وهذه هي فائدة التضامن بالنسبة إلى المدين، كذلك يجوز لأى دائن متضامن أن يطالب المدين بالدين كله وهذه هي فائدة التضامن بالنسبة إلى الدائنين المتضامنين. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدنى، كما رأينا صراحة على هذا الحكم إذ تقول: «يجوز للدائنين المتضامنين، مجتمعين أو منفردين، مطالبة المدين بالوفاء^(١)، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين».

(١) أ- التضامن فى القانون معناه أن يكون كل من المطالبين به ملزماً للمطالب - واحداً أو أكثر - بكل المبلغ المطالب به.

(جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠ الطعن رقم ٣٦٣٥ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٥٩/١/٢٧ جنائى مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ١٩٩١)

ب- مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ من القانون المدنى أنه يجوز للدائنين المتضامنين مجتمعين أو منفردين مطالبة المدين بالوفاء.

(الطعن رقم ١٥٧٩ سنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٧/١١/٢٢)

ج- متى كان الحكم قد اعتبر الطاعة بمقتضى الاقرار الموقوع منها والتي تعهدت فيه بسداد جميع دين البنك قبل زوجها، مدينه منضمة إلى زوجها المدين الأصلي ورتب على ذلك جواز مطالبة البنك الدائن لأى منهما بكل الدين، فإن هذا الذى قرره الحكم لا خطأ فيه إذ ليس فى القانون ما يمنع من مسئولية مدينين متعددين عن دين واحد فيكون هؤلاء المدينون متضامنين فى هذا الدين دون أن يكون هناك تضامن بينهم ويكون كل منهما مسئولاً عن كل الدين ويستطيع الدائن التنفيذ به قبل أيهما.

(جلسة ١٩٦٨/٣/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٥٦٩).

د- التضامن بين المدينين لا يجوز افتراضه ويجب ألا يكون محل شك فى العبارة التى تضمنته فإذا لم يكن واضحاً بجلاء فسرت العبارة لمصلحة المدينين لأن الأصل هو عدم تضامنهم، ومؤدى ذلك مرتبطاً بنص الفقرة الأولى من المادة ٢٦ من القانون ٥٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن الضريبة على العقارات المبينة أن يكون مالك الأرض التى أقيم عليها البناء المطالب بضرئته كفيلاً متضامناً مع مالك البناء فى أداء هذه الضريبة باعتبار التزام مالك الأرض التزاماً تابعاً لالتزام مالك البناء المدين أصلاً بالضريبة.

(جلسة ١٩٦٩/١/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٢٠).

هـ- الحكم الذى يصدر على الكفيل المتضامن لا يعتبر حجة على المدين إذا لم يكن مختصاً فى الدعوى وذلك سواء فى القانون المدنى الملقى أو فى القانون القائم فقد استقر قضاء محكمة النقض فى ظل القانون الملقى على أن حكم المادة ١١٠ منه الذى يقضى بأن مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وأقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقى المدينين، هذا الحكم لا يسرى إلا فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض ولا يجوز أن يسرى فى حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصيره مديناً أصلياً بل يبقى التزامه تبعياً، أما القانون القائم فقد نصت المادة ٢٩٦ منه على أنه إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين =

فإذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء، وجب على المدين أن يوفى له بالدين كله، ويجوز لهذا الدائن إجبار المدين على ذلك. ومتى استوفى الدائن الدين، فإن ذمة المدين تبرا منه بالنسبة إلى الدائن الذى استوفى الدين وبالنسبة إلى سائر الدائنين. ذلك أن التضامن، كما قدمنا، يجعل لكل دائن صفة فى استيفاء الدين كله، بالأصالة عن نفسه وبالوكالة عن غيره من الدائنين المتضامنين. والمخالصة التى يعطيها من استوفى الدين من الدائنين تنفذ فى حقهم جميعاً، ولو لم تكن ثابتة التاريخ.

وللدائنين المتضامنين أن يطالبوا مجتمعين المدين بالوفاء، وفى هذه الحالة يتعين على المدين أن يوفى كلا منهم نصيبه فى الدين.

وعندما يطالب الدائن المتضامن المدين بكل الدين، يجب عليه، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدنى، أن يراعى ما يلحق رابطته بالمدين من وصف يعدل من أثر الدين. فإذا كانت هذه الرابطة معلقة على شرط واقف أو مقترنة بأجل، وجب على الدائن إلا 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، والثانى لا يطالب به إلا عند حلول الأجل، وللثالث أن يطالب به فوراً^(١).

١٣٦- أوجه الدفع التى يحتج بها على الدائن المطالب: تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ مدنى، كما رأينا، على ما يأتى: «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 الذى يبيانه

= فلا يحتج بهذا الحكم على الباقيين ومقتضى ذلك أنه حتى فيما بين المدينين المتضامنين أنفسهم لا يعتبر الحكم الصادر ضد أحدهم حجة على باقيهم ومن باب أولى لا يكون الحكم الصادر على الكفيل المتضامن حجة على المدين.

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٣٢٧)

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وقد تلحق رابطة بعض الدائنين المتضامنين بالمدين وصف يختلف عن الوصف الذى تتسم به رابطة البعض الآخر، كأن يكون الدين معلقاً على شرط بالنسبة لفريق منهم، ومضافاً إلى أجل بالنسبة للباقيين. وفى هذه الحالة يتعين على كل منهم أن يعتد 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 للوفاء بالدين، وفى 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 فى القانون: انظر م ١٩ من التقنين اللبنانى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٨).

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، فمثلها أن تكون الرابطة التي تربط المدين بهذا الدائن مشوبة بعيب في رضا 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، وسرى تفصيلها فيما يلي.

وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً، فمثلها أن يكون العقد الذي أنشأ الالتزام التضامني باطلاً في الأصل أو قابلاً للإبطال لنقص 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 وفي 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).

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 وكليلاً 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 وكليلاً عن سائر الدائنين، بل يكون أصيلاً عن

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «أما فيما يتعلق بالوفاء، فلكل دائن من الدائنين المتضامنين أن يستأدى المدين كل الدين. ولهم، مجتمعين أو منفردين، مطالبة المدين بالوفاء أمام القضاء. ولا يجوز له إذا عمد أحدهم إلى مطالبته 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 منهم، فيمتنع عليه الاحتجاج بها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٨).

(١) فالوفاء يجعل في حيازة الدائن مبلغ الدين، ومن ثم يستطيع الدائنون الآخرون أن يحجزوا عليه لاستيفاء

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 تفيد 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 في العمل كما قدمنا (٢).

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 الذي وقع منه التجديد، فلا تبرأ ذمة المدين إذن نحو سائر الدائنين إلا بقدر حصة هذا الدائن (٣). فإذا ما رجع 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 الذي وقع منه التجديد، فيرجع على هذا الدائن بما دفعه في المرة الأخرى فان هذا هو القدر الذي دفعه زائداً على ما في ذمته.

وهذا الحكم يختلف قليلاً عن الحكم المقابل له في التضامن السليبي، حيث تنص

حقوقهم، ويأمنون بذلك إلى حد كبير خطر إعساره إذا هم لم يتهاونوا في رجوعهم عليه. أما أسباب الانقضاء الأخرى فبعضها لا يجعل في حيازة الدائن مبلغ الدين إلا حكماً كما في التجديد واتحاد الذمة والمقاصة، وبعضها لا يجعل في حيازة الدائن أى شئ على الإطلاق كما في الإبراء والتقادم (انظر في هذا المعنى لوران ١٧ فقرة ٢٦٨ ص ٢٧٤ وقارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٥).

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «لعل تعيين صلة الدائنين المتضامنين بالمدين أسبق ما يعرض من المسائل بصدد التضامن الإيجابي. وقد عنيت 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 في صلة الدائنين بالمدين بعبارة أعم، فسيشار عند تفصيل الأحكام الخاصة بالتضامن السليبي، وهو أوفر حظاً من الأهمية في نطاق العمل، إلى تطبيقات تلك الأحكام في نطاق التضامن الإيجابي. ومع ذلك فمن المستطاع بادئ ذي بدء تقرير قاعدة عامة أفرغت في المادة ٤٠٦ من المشروع في العبارة الآتية: 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، ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتي عملاً من شأنه الأضرار بالدائنين الآخرين (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٧ - ٥٨).

(٣) ديراتون ١١ فقرة ١٧٦ - ماركاديه ٤ فقرة ٥٩٨ - لارومبيير ٣ فقرة ١١٩٨ - فقرة ١٣ - ديمولومب ٢٦ فقرة ١٨٣ - لوران ١٧ فقرة ٢٦٩ - هيك ٧ فقرة ٣٠٤ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٥٦ - بلانويل وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٣ ص ٤١٨.

المادة ٢٨٦ مدني على أنه «يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقي المدينين، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم»^(١). وسيأتي تفصيل ذلك فيما يلي.

١٣٩- المقاصة: وإذا وقعت مقاصة ما بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين، فإن هذه المقاصة لا تقضي الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذي وقعت معه المقاصة. فلا يجوز إذن للمدين أن يتمسك قبل الدائنين بالمقاصة التي وقعت مع واحد منهم إلا بقدر حصة هذا الدائن^(٢)، ثم يرجع المدين على الدائن الذي وقعت معه المقاصة بما دفعه للدائنين الآخرين زائداً عما في ذمته. وهذا هو أيضاً حكم المقاصة في التضامن السلبي (انظر م ٢٨٧ مدني).

١٤٠- اتحاد الذمة: وإذا اتحدت ذمة أحد الدائنين المتضامنين بذمة المدين، بأن ورث المدين أحد هؤلاء الدائنين، فإن اتحاد الذمة لا يقضي الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذي وقع معه اتحاد الذمة، فلا يتمسك المدين باتحاد الذمة إلا بقدر حصة هذا الدائن^(٣).

(١) ويتفق حكم تقنين الموجبات والعقود اللبناني في التضامن الإيجابي مع حكمه في التضامن السلبي من حيث التجديد، فالتجديد كقاعدة عامة مبرئ لذمة الجميع في الحالتين كالوفاء. وتنص المادة ١/١٣ من هذا التقنين على «أن موجب التضامن يسقط تجاه كل الدائنين بالإيفاء أو بأداء العوض أو بإيداع الشيء المستحق أو بالمقاصة أو بتجديد التعاقد تجاه أحد الدائنين». ثم تنص المادة ٣١ من نفس التقنين على «أن تجديد موجب بين الدائن وأحد الموجب عليهم يبرئ ذمة الآخرين، إلا إذا رضی هؤلاء بالتزام الموجب الجديد. أما إذا اشترط الدائن قبول المدينين وامتنع هؤلاء، فالموجب السابق لا يسقط».

(٢) ماركادييه ٤ فقرة ٤٩٨- لوران ١٧ فقرة ٢٦٨. ولكن أنظر عكس ذلك: دايرنتون ١١ فقرة ١٧٨- لاروميبيير ٣ م ١١٩٨م فقرة ٨- ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩٢- هيك ٧ فقرة ٣٠٥. وانظر أيضاً عكس ذلك المادة ١٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

ولا مجال في مصر لهذا الخلاف في الرأي لأن نص الفقرة الأولى من المادة ٢٨٢ مدني صريح في تقرير الحكم (مع ذلك انظر العكس: الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص ٢١٩). وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «وتسرى القاعدة نفسها على التضامن الإيجابي، فليس للمدين أن يحتج على الدائنين المتضامنين بالمقاصة التي تقع بينه وبين دائن آخر إلا بقدر حصة هذا الدائن: المادة ١٥٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي. وليس لمن انقضى دينه من الدائنين المتضامنين بطريق المقاصة أن يرجع على المدين، وللدائنين الآخرين أن يرجعوا على هذا الدائن كل بقدر حصته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٠).

هذا ويحتج المدين بالمقاصة في حدود حصة من وقعت معه حتى لو كانت المقاصة جزئية، ولا يعترض على ذلك بعدم جواز الوفاء الجزئي، فإن الوفاء الجزئي جائز في المقاصة (ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩٤- بودري وبارد ٢ فقرة ١١٤٦).

(٣) ومن ثم يجبر على دفع الباقي من الدين لأي دائن آخر، وتبقى التأمينات الأصلية التي كانت تضمن الدين كله ضامنة للباقي منه (بودري وبارد ٢ فقرة ١١٦٣ ص ٢٨٣).

وهذا هو أيضاً حكم اتحاد الذمة في التضامن السلبي (انظر م ٢٨٨ مدني^(١)).

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 أي دائن آخر على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل نصيب هذا الدين. وهذا هو أيضاً حكم الإبراء في التضامن السلبي (انظر المادة ١/٢٨٩ مدني^(٢)).

١٤٢- التقادم: وإذا تقادم الدين بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامنين ولم يتقدم

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي 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 ٥/١٤ من التقنين اللبناني والمادة ١٥٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ١٥٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ٢/٤٢٩ 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 بحصة الدين بعد استنزال حصة الدائن الذي خلف المدين. وإن خلف المدين الدائن، فلكل من الدائنين الآخرين أن يرجع عليه بحصة الدين بعد استنزال حصة هذا الدائن. ويراعى أن الصورة الأولى يمتنع تحققها في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، فإذا توفي المدين وورثه دائن من الدائنين المتضامنين فيظل لهذا الدائن حقه في الرجوع بحصة الدين على التركة شأنه في ذلك شأن أي دائن آخر» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٢).

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «ولا يجوز أن يحتج في التضامن الإيجابي بالإبراء الصادر من أحد الدائنين المتضامنين على الباقي، فلكل من هؤلاء أن يرجع على المدين بحصة الدين بعد استنزال حصة من صدر الإبراء منه: انظر المادة ١/١٤ من التقنين اللبناني والمادة ١٥٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ٢/١١٨٨ من التقنين الفرنسي والمادة ٣/٤٢٩ من التقنين الألماني والمادة ٢٠ من التقنين البولوني» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٠).

وتضيف المذكرة الإيضاحية، في شأن جواز الإبراء من التضامن الإيجابي على غرار الإبراء من التضامن السلبي، ما يأتي: «ومن الميسور أن يتصور الإبراء من التضامن بصدد التضامن الإيجابي أيضاً، فإذا ارتضى أحد الدائنين المتضامنين أن يستوفى نصيبه من الدين، برئت ذمة المدين بقدر هذه الحصة بالنسبة للدائنين الآخرين: المادة ٢/١١٣ من التقنين اللبناني. ويجوز أيضاً أن يصدر الإبراء من التضامن من أحد الدائنين المتضامنين دون أن يستوفى حصته من الدين فعلاً، وفي هذه الحالة يكون لسائر الدائنين الذين لم يرتضوا هذا الإبراء حق الرجوع على المدين بكل الدين. فلو فرض أن دائنين أربعة تضامنوا في استيفاء دين مقداره ١٢٠٠ جنيه، وأبرأ أحدهم المدين من الدين، فلكل من الثلاثة الباقيين 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).

النسبة إلى الآخرين - بأن كان الآخرون مثلاً قد علق حقهم على شرط واقف أو ضيف إلى أجل، فلم يسر التقادم بالنسبة إليهم إلا بعد سريانه بالنسبة إلى الدائن الأول ذي الحق المنجز، فانقضى حق هذا بالتقادم دون أن تنقضى حقوق أولئك - فان المدين لا يحتج على سائر الدائنين الذين لم ينقص حقهم بالتقادم إلا بقدر حصة الدائن الذي قضى التقادم حقه (١). وهذا هو أيضاً حكم التقادم في التضامن السلبى (انظر المادة ١/٢٩٢ مدنى) (٢).

٣- أعمال الدائن التي من شأنها نفع سائر الدائنين أو الاضرار بهم

١٤٣- المبدأ العام (تذكرة): رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٨٢ مدنى 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 أى عمل من شأنه أن يضر بهم. وهذا جد معقول، فان الدائنين المتضامنين إذا وكل كل منهم الآخر فأنما يوكله فيما ينفعه لا فيما يضره. والمبدأ ذاته متبع أيضاً في التضامن السلبى كما سئرى.

ونطبقه الآن - كما طبقه المشرع في صدد التضامن السلبى - على نوعين من الأعمال: (١) أعمال من شأنها نفع الدائنين الآخرين فيسرى أثرها في حقهم، ونستعرض منها قطع التقادم ووقفه وإعذار المدين ومطالبته بمطالبة قضائية والصلح معه صلحاً يفيد الدائنين وإقراره بالدين والحكم الذى يصدر لصالح أحد الدائنين. (٢) وأعمال من شأنها الأضرار بالدائنين الآخرين فلا يسرى أثرها في حقهم، ونستعرض منها إعذار الدائن والخطأ الذى يصدر منه والصلح مع المدين صلحاً يضر الدائنين ونكول الدائن عن اليمين وتوجيه اليمين للمدين والحكم الذى يصدر لصالح المدين.

١٤٤- الاعمال النافعة: إذا قطع أحد الدائنين المتضامنين التقادم ينقطع لصالح سائر

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في 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 انقضاء 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 أجنبي، فإنها تنقض 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)).

الدائنين المتضامنين، لأن الدائن الذى قطع التقادم يعتبر وكيلاً عنهم فى هذا العمل الذى يفيدهم جميعاً (١). وعكس ذلك هو حكم قطع التقادم فى التضامن السلبى، إذا قطع الدائن التقادم ضد أحد المدين المتضامنين، فان قطع التقادم ضده لا يضر بالمدين الآخرين (انظر المادة ٢/٢٩٢ مدنى). وإذا كان سريان التقادم موقوفاً بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامنين، بأن كان مثلاً ناقص الأهلية وليس له ولى، فانه لا يوقف بالنسبة إلى باقى الدائنين ممن لا يقوم بهم سبب لوقف التقادم (٢).

وإذا أعذر أحد الدائنين المتضامنين المدين، اعتبر المدين معذراً لصالح سائر الدائنين المتضامنين، لأن الإعذار عمل يفيدهم جميعاً. وكذلك إذا طالب الدائن المدين بمطالبة قضائية بالفوائد، فان الفوائد تسرى أيضاً لصالح سائر الدائنين. والحكم عكس ذلك فى التضامن السلبى، فان ما يعتبر مفيداً للدائن يكون ضاراً بالمدين (انظر المادة ٢/٢٩٣ مدنى).

وإذا صالح أحد الدائنين المتضامنين المدين، وتضمن الصلح إقرار المدين بالدين أو رتب فى ذمته التزاماً أو زاد فى التزامه، فان هذا الصلح يفيد منه باقى الدائنين (٣). (انظر فى التضامن السلبى المادة ٢٩٤ مدنى).

وإذا أقر المدين لأحد الدائنين المتضامنين بالدين، أفاد سائر الدائنين من هذا الإقرار، بخلاف ما إذا أقر أحد الدائنين للمدين فان هذا الإقرار لا يسرى فى حق الباقيين (انظر فى التضامن السلبى المادة ١/٢٩٥ مدنى).

وإذا صدر حكم على المدين لصالح أحد الدائنين المتضامنين، جاز للدائنين المتضامنين الباقيين أن يتمسكوا بهذا الحكم لصالحهم، إلا إذا كان الحكم مبنياً على

(١) وإذا انقسم الدين على ورثة أحد الدائنين المتضامنين، على الوجه الذى 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 فى حدود نصيب الورث الذى قطع التقادم لأنه متضامن مع هؤلاء الدائنين، وقد سبق ذكر ذلك (انظر أنفاً فقرة ١٣٤ فى الهامش - وانظر ديانتون ١١ فقرة ١٨٠ - لارومبيير ٣ ص ١١٩٩ فقرة ٤ - لوران ١٧ فقرة ٢٦٣ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٨ - بيدان ولاجارده ٨ فقرة ٨١٦ ص ٦٠٢ - ص ٦٠٣ و ص ٦٠٢ هامش رقم (١)).

(٢) ماركاديه ٤ فقرة ٥٩٩ - لوران ١٧ فقرة ٢٦٤ - هيك ٦ فقرة ٣٠٧ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٩ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٣ ص ٤١٨ عكس - ذلك: ديانتون ١١ فقرة ١٨٠ - لارومبيير ٣ ص ١١٩٩ فقرة ٣ - ديمولومب ٢٦ فقرة ١٧١.

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد: «إذا صالح أحد الدائنين المتضامنين مع المدين، أفاد من هذا الصلح باقى الدائنين، متى كان صلحه هذا يتضمن إقراراً بالحق أو بالدين. أما إذا كان ينطوى على إبراء من الدين أو يسرى إلى مركزهم، فلا ينفذ فى حقهم ما لم يرتضوا ذلك: انظر المادتين ١٨ و ١٩ من التقنين اللبنيانى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩).

سبب خاص بالدائن الذي صدر الحكم لصالحه (انظر في التضامن السلبي المادة ٢/٢٩٦ مدني) (١).

١٤٥- الاعمال الضارة: أما إذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامنين، فإن هذا الإعذار لا يسرى في حق الباقيين، لأن هذا عمل من شأنه الأضرار بهم وهم لم يוכלوا الدائن المعذر في عمل يضرهم (انظر في التضامن السلبي المادة ٢/٢٩٣ مدني).

وإذا ارتكب أحد الدائنين المتضامنين خطأ استوجب مسؤوليته قبل المدين، فإن هذا الخطأ لا يتعدى أثره إلى سائر الدائنين المتضامنين ولا يكونوا مسؤولين عنه، ولا يكون أي دائن متضامن مسؤولاً إلا عن فعله (انظر في التضامن السلبي المادة ١/٢٩٣ مدني).

وإذا صالح أحد المتضامنين المدين وكان الصلح ينطوي على نزول من الدائن عن بعض حقه، فإن هذا الصلح لا يسرى في حق الدائنين المتضامنين الآخرين، ولا يعد هؤلاء نازلين عن بعض حقوقهم إلا إذا قبلوا هذا الصلح (انظر في التضامن السلبي المادة ٢٩٤ مدني) (٢).

وفي توجيه اليمين، إما أن يوجه المدين اليمين لأحد الدائنين المتضامنين أو يوجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين للمدين. ففي الحالة الأولى، إذا حلف الدائن المتضامن أفاد من حلفه الباقيون، وإذا نكل لم يضار الباقيون بنكوله. وفي الحالة الثانية، إذا حلف المدين لم يضار الدائنون الآخرون بحلفه، وإذا نكل أفاد من نكوله الدائنون الآخرون (انظر في التضامن السلبي المادة ٢٥٩ / ٢ و ٣ مدني).

وإذا صدر حكم ضد أحد الدائنين المتضامنين لصالح المدين، فإن هذا الحكم لا يحتاج به ضد سائر الدائنين المتضامنين (انظر في التضامن السلبي المادة ١/٢٩٦ مدني) (٣).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «تسرى القاعدة أيضاً على التضامن الإيجابي، فإذا حكم لصالح أحد الدائنين المتضامنين على المدين، أفاد من هذا الحكم باقي الدائنين، أما إذا قضى لصالح المدين فلا يضار الباقيون بهذا الحكم. وإذا ألقى الحكم الصادر لصالح أحد الدائنين، زال أثره بالنسبة لباقي الدائنين، ولكن إذا كان جميع الدائنين قد اختصموا في الدعوى ثم قضى بإلغاء الحكم بالنسبة لأحدهم فلا يضار بذلك الباقيون. ولا يترتب على إعلان الحكم لأحدهم سريان المواعيد المقررة للطعن في الأحكام بالنسبة للباقيين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٤).

هذا وإذا ارتكب المدين خطأ يستوجب مسؤوليته، فإنه يكون مسؤولاً قبل جميع الدائنين المتضامنين.

(٢) انظر ما سبق ذكره من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩ (أنفاً فقرة ١٤٤ في الهامش).

(٣) انظر ما سبق ذكره في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٤ (أنفاً فقرة ١٤٤ في الهامش). وانظر لوران ١٧ فقرة ٢٧١. وانظر عكس ذلك في القانون الفرنسي لاروميبيير ٣ م ١١٩٨ فقرة ١٥ - ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩١ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٥٩، =

وهكذا يضطرد المبدأ الذي قدمناه: ما كان من عمل يفيد سائر الدائنين فإنهم يفيدون منه، وما كان من عمل يضرهم فإنهم لا يضارون به.

المطلب الثاني

علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض

١٤٦- النصوص القانونية: تنص المادة ٢٨٣ من التقنين المدني على ما يأتي:

«١- كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من المدين يصير من حق الدائنين جميعاً ويتحصون فيه».

«٢- وتكون القسمة بينهم بالتساوي، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» (١).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٦١/١٠٧ (٢).

ويقابل في التقنينات 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 (٣).

١٤٧- انقسام الدين في علاقة الدائنين بعضهم ببعض: إذا كان الدين لا ينقسم في علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين، بل يجوز لأي دائن استيفاء كل الدين من المدين ويجوز

= ولكن يسلم الفقهاء الفرنسيون بأن الحكم الصادر ضد الدائن لسبب خاص به، كنكوله عن اليمين أو إقراره أو توجيهه اليمين للمدين فيحلفها، لا يسرى في حق الدائنين الآخرين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٠ - ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩١).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٢ في المشروع النهائي. ثم وافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٠ - ص ٦٢).

(٢) التقنين المدني السابق م ١٦١/١٠٧ (ونعيد ذكرها): إذا تضمن التعهد التفويض من كل من المتعهد لهم للباقي في استيفاء الشئ المتعهد به، يكون كل منهم قائماً مقام الباقي في ذلك. وفي هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل.

(وما دامت قواعد الوكالة هي التي تطبق، فهي تسرى أيضاً في علاقة الدائنين بعضهم ببعض، ويعتبر من استوفى الدين من الدائنين وكبلاً عن كل من الآخرين في قبض نصيبه، فعليه أن يسلمه إياه. وهذا هو نفس الحكم الذي قرره التقنين المدني الجديد).

(٣) التقنينات 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).

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 ولاشك شركاء في مصلحة واحدة. فقد يكونون ملاكاً على الشروع لدار باعورها 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 وتوكيله. فإذا أمكن استخلاص ذلك - وهو ممكن في أكثر الأحوال - كان أساس الرجوع هو عقد الوكالة الضمنية 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.

وسرى في التضامن السلبي 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 محله الدائن في هذا الرجوع، ولا شيء من ذلك فيما نحن فيه.

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي 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 الدعوى الشخصية، وهي تؤسس على ما يكون بين هؤلاء الدائنين من علاقات سابقة، قد يكون مصدرها وكالة أو فضالة (٢)».

١٤٩ - كيف تتعين حصة كل دائن متضامن: يقلب أن يكون هناك اتفاق سابق بين

للمدين دفع الدين كله لأي دائن، فإن الدين في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ينقسم. وما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً، منقسماً بينهم لكل منهم حصته (م ٢٢٨٣ مدني).

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 يفي له بحصته وحده في الدين، فقد قدمنا أن هذا الاتفاق يصح، وتبرأ ذمة المدين بقدر هذه الحصة، ويكون لأي دائن آخر أن يطالب المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذي استوفى حصته (٢)، وإن كان هناك رأي 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).

= 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 لحصته، 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 يسند إلى خطأ هو مسئول تجاه الدائنين الآخرين على قدر حصصهم.

(والأحكام واحدة في التقنين اللبناني والمصري، سواء من حيث المبدأ أو من حيث التفاصيل التي أوردها التقنين اللبناني ويمكن استخلاصها من تطبيق القواعد العامة في مصر دون حاجة إلى نص).

(١) انظر المادة ٢٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني. أما الاستيفاء بطريق الصلح الذي يشير إليه التقنين اللبناني فيجب فيه التمييز بين ما إذا كان الصلح سارياً 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 سار في حق سائر الدائنين فيكون لأي دائن منهم الرجوع على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذي وقع منه الصلح.

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٢.

(٣) لا رومبير م ١١٩٧ فقرة ٢٩ - ديمولومب ٢٦ فقرة ١٥٦ - فقرة ١٥٨ - بودري وبارد ٢ فقرة ١١٣٦ وقرة ١١٦٦.

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٣٢ في الهامش - هذا وتنص المادة ٢٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على =

= وأن الدائن المتضامن الذي لا يتمكن بعد الاستيفاء من تقديم المال المستوفى لسبب يسند إلى خطأ 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 الوكيل أو مسئولية الفضولي - قبل الدائنين الآخرين. فإذا كان الدين مثلاً عيناً قبضها من المدين ثم هلكت بخطأه، كان مسئولاً عن تعويض كل دائن آخر بقدر حصته في العين المقبوضة.

(١) وعلى هذا الأساس كان التقنين المدني السابق (م ١٦١/١٠٧)، كما رأينا، يبنى التضامن.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦١.

الدائنين المتضامنين يعين لكل دائن حصته في الدين. وقد يتولى القانون هذا التعيين إذا لم يكن هناك اتفاق. فإذا أغفل البائعون في الشئوع مثلاً تعيين نصيب كل منهم في الثمن، فإن القواعد القانونية تقضى بأن الثمن ينقسم بينهم كل بنسبة حصته في الدار الشائعة المبيعة.

بل إن القواعد القانونية قد تقضى بأن يكون أحد الدائنين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين، وذلك إذا كان الدائنون الآخرون ليسوا إلا وكلاء سخرهم للعمل بالنيابة عنه، وجعلهم دائنين متضامنين 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 في الدين يرجع عليه بكل ما قبض، لأنه هو وحده صاحب الدين^(١).

فإذا لم يوجد اتفاق بين الدائنين أو نص في القانون، لم يبق إلا اعتبار الدائنين المتضامنين متساوين جميعاً في حصصهم، وقسم الدين بينهم بحسب الرؤوس (parts viriles)، وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٨٣ مدنى^(٢). «فلو فرض - كما تقول في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي - أن أحد دائنين ثلاثة استوفى كل الدين، وكان مقداره ٣٠٠ جنيه، تعين انقسام المبلغ بينهم بالتساوى، فيكون لكل من الدائنين الآخرين أن يرجع على الدائن الأول بمبلغ مائة جنيه. ولو فرض أن هذا الدائن أعسر إعساراً جزئياً لا يتاح معه إلا أداء نصف ديونه، تحمل الدائنان الآخران تبعة هذا الإعسار كل بنسبة نصف نصيبه (فيحصل كل منهما على خمسين جنيهاً بدلا 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

(١) وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «يعتبر الدين وحدة لا تقبل التجزئة في صلة الدائنين بالمدين، ولكنه على نقيض ذلك ينقسم في صلة الدائنين بعضهم ببعض. ويتفرع على ذلك أن كل ما يستوفى أحد الدائنين من الدين يصير من حق هؤلاء الدائنين جميعاً، ويتحاصون فيه بنسبة أنصبتهم، وفقاً لما اتفقوا عليه صراحة أو ضمناً. فإذا كان أحدهم هو صاحب المصلحة في الدين وحده، وكان الباقي مجرد وكلاء سخرها في 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 - ٦١).

(٢) 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 في الإثبات، فلا يجوز إثبات الاتفاق إذا كانت قيمة الحصص تزيد على خمسمائة جنيه إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٥ ص ٢٨٥).

خمسین جنيهاً، وعلى هذا النحو يتحمل الدائنون الثلاثة تبعة هذا الإعسار كل بنسبة النصف في 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 دون التقنين المدنى المصرى وسائر التقنينات المدنية العربية: وهناك صورة خاصة من التضامن بين الدائنين لا تصل إلى المدى الذى رسمناه فيما تقدم، بل تقصر عنه فى بعض النواحي، وهذه الصورة الخاصة هى ما يعرفه الفقه الإسلامى تحت اسم «الدين المشترك»^(٢). وقد نقلها الفقه الإسلامى - وعن المجلة بنوع خاص - التقنين المدنى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦١ - وانظر فى بعض التشريعات الأجنبية فى التضامن من ما بين الدائنين بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٧ - فقرة ١١٦٩.

(٢) 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 بالثمن إذا باع أحدهم مالا للشركة، ويعتبرون كذلك دائنين متضامنين بالتعويض إذا اغتصب شخص مالا 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 كمدنيين، فالشركاء مدينون متضامنون فى التزامهم بالعمل فيكونون دائنين متضامنين فى حقهم فى الأجر.

والتضامن بين المدينين يقوم بين الشركاء فى شركة المفاوضة، ولو نشأ الدين عن غير أعمال التجارة، ما دام ذا صيغة 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 الشئ المسلم لهم، ولو كان الهلاك منسوباً لخطأ أحدهم دون الآخرين. وهناك أيضاً تضامن اتفاقى 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 =

العراقي، ولم ينقلها التقنين المدني المصري ولا التقنينات المدنية العربية الأخرى. ومن ثم يكون هذا البحث مقصوراً، من ناحية التطبيق، على التقنين المدني العراقي دون غيره من التقنينات المدنية العربية.

ونبحث الدين المشترك كما بحثنا التضامن بين الدائنين، فنستعرض : (أولاً) مصدر الدين المشترك (ثانياً) الآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين.

المطلب الأول

مصدر الدين المشترك

١٥١- نص في التقنين المدني 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 الصفقة أو لسبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين».

سنرى، ويجوز للدائن أن يرجع على أي مدين بكل الدين بصفته أصيلاً عن نفسه وكفيلاً للمدينين الآخرين، وكذلك يجوز لأي مدين أن يقى الدائن الدين كله بصفته أصيلاً وكفيلاً. وإذا وفي أحد المدينين الدين كله للدائن، رجوع على المدينين الآخرين ككفيل إذا كانت الكفالة بأمرهم، وله أن يرجع على كل منهم بحصته، كما له أن يرجع على أي منهم بحصته وينصيبه في حصص الآخرين ثم يرجعان معاً بالباقي على سائر المدينين. فلو كان الدين ثلاثمائة، وكان المدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية، ووفى أحدهم الدين كله للدائن، فإنه إما أن يرجع على كل من المدينين الآخرين بمائة، وإما أن يرجع على أحدهما بمائة وهي حصته 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 السلسبي في الفقه الإسلامي، وساعد على ذلك أن الكفيل لا يملك حق التجديد في الفقه الإسلامي، فللدائن أن يطالب بالدين كله أياً شاء المدين الأصلي أو الكفيل، فتمشتت أحكام الكفالة على هذا النحو مع أحكام التضامن إلى مدى بعيد. أما تاريخ الكفالة في الفقه العربي فهو على العكس من ذلك، إذ التضامن هو الذي 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 الإسلامي، وهو أكثر بروزاً من نظام التضامن، فقد أفاض الفقه الإسلامي في تفصيل قواعده، وجعله نظاماً أصيلاً تقوم مبادئه على فكرة الاشتراك.

٢٥- فيعتبر ديناً مشتركاً ثمن المبيع المشترك بين اثنين أو أكثر، وثمن 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 لا يتعدد. ويجب إلى جانب ذلك أن يكون هناك اشتراك في الدين بين الدائنين، فما لم يوجد هذا الاشتراك انقسم الدين على الدائنين المتعددين وأصبح ديناً متعدد الأطراف (obligation conjointe) على النحو الذي قدمناه.

والاشتراك في الدين إما أن يرجع إلى طبيعة الأشياء بأن يكون المال الذي نشأ عنه الدين مالاً مشتركاً (أي شائعاً) بين الدائنين فينشأ الاشتراك في الدين من سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين، وإما أن يرجع إلى اتفاق المتعاقدين إذا تعدد الدائنون وانفقوا 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. فنتناولها 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 وأبناً وبناتاً - فكان للزوج الربع وللأبن 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 بالثمن الذي نشأ عن هذا المال الشائع يكون ديناً مشتركاً بين الورثة المتعددين. وقد يكون سبب الشيوع في العين سبباً آخر غير الميراث ويبيع الملاك في الشيوع العين صفقة واحدة، فيكون الدين بالثمن هنا أيضاً ديناً مشتركاً بين البائعين المتعددين. وإذا كانت العين الشائعة بين الملاك المتعددين قد أتلّفها شخص فوجب عليه التعويض لملاك العين، فالدين بالتعويض الذي نشأ عن هذا المال الشائع يكون ديناً مشتركاً بين الملاك المتعددين. وإذا أقرض الملاك المتعددون شخصاً مالاً شائعاً بينهم، فالدين

(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).

برد القرض وقد نشأ عن مال شائع يكون ديناً مشتركاً بين المقرضين المتعددين^(١).

ونرى من الأمثلة المتقدمة أن الدين المشترك في الصورة التي نحن بصدددها هو دين قابل للتجزئة، ولكن طبيعة الأشياء - أي سبق الاشتراك في المال - اقتضت أن يبقى الدين مشتركاً بين الدائنين المتعددين.

١٥٣ - وحدة الصفقة: وقد لا يرجع الاشتراك في الدين إلى طبيعة الأشياء، أي إلى سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين على النحو الذي قدمناه، بل يرجع إلى الاتفاق. مثل ذلك أن يبيع شخصان، أحدهما يملك 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^(٢). فهنا اتفاق ضمنى بين البائعين والمشتري على أن يكون الدين بالثمن ديناً مشتركاً بين البائعين، يدل على هذا الاتفاق أن البيع صدر صفقة

(١) وقد ذكرنا في بيع المال الشائع - سواء صدر البيع من الورثة أو من الملاك في الشروع - أن البيع يجب أن يصدر صفقة واحدة، ولم نذكر ذلك في دين التعويض عن إتلاف ملل مشترك ولا في التزام المقرض برد المال المشترك الذي اقترضه. ذلك أن التعويض في حالة الإتلاف، والمال الذي يرد المقرض في حالة القرض، إنما هو بديل عن المال المشترك الذي كان سبباً في نشوء الدين، فيتخذ صفته ويكون مالا مشتركاً مثله. أما الثمن، في حالة بيع المال المشترك، فلا يتخذ صفة المال المشترك إلا إذا كان المبيع قد بيع على أنه مال مشترك أي بيع صفقة واحدة، لاحتتمال أن يبيع كل مالك على الشروع نصيبه في المال الشائع على حدة فتتعدد الصفقة وينقسم الثمن على البائعين فلا يكون ديناً مشتركاً.

ويقول الأستاذ شفيق شحاته في مناسبة القرض والعمل غير المشروع ما يأتي: «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 الطبيعي أن يبقى المردود مشتركاً كما كان المأخوذ، ولذلك لا يكون المردود مشتركاً إذا لم يكن المأخوذ كذلك، أي 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 في الواقع عبارة عن إقراض فيأخذ حكمه. وفي جميع ما تقدم نشأ الدين عن تعاقد. وقد نشأ كذلك عن ضرر ويكون متعدد، وهو يعتبر ديناً واحداً في 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 في الحالة الأخيرة، ويعتبر كذلك في الحالة الأولى» (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ٢٩٩ - فقرة ٣٠٠ والنصوص الفقهية المشار إليها).

(٢) 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 الإسلامي قد لا يكون نقوداً (الأستاذ شفيق شحاته في النظرية العامة في الالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ٢٩٦ والنصوص الفقهية المشار إليها). وهذا على رأي أبي يوسف ومحمد =

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^(١). ومن هذا نرى أن إرادة المتعاقدين، لا طبيعة الأشياء، هي التي اقتضت في هذه الصورة أن يبقى الدين مشتركاً بين الدائنين المتعددين.

١٥٤ - مقارنة بين الاشتراك في الدين والتضامن بين الدائنين من حيث المصدر: ونرى مما تقدم ان مصدر الاشتراك في الدين أما أن يكون سبق الاشتراك في المال وهذا وضع قانوني، وأما أن يكون وحدة الصفقة وهذا وضع اتفاقي، أي أن مصدر الدين المشترك هو القانون أو الاتفاق. أما التضامن بين الدائنين فقد رأينا أن مصدره يكون دائماً الاتفاق الصريح أو الضمني ولا يكون القانون أبداً. ثم إن الاتفاق على التضامن غير الاتفاق على الاشتراك في الدين، فالدائنون إذا اتفقوا على التضامن فيما بينهم يكونون قد 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 أي دائن منهم أن يرجع على المدين إلا بحصته في الدين، يستوفيهما بأي طريق من طرق الاستيفاء، أي يقتضيها بأي سبب من أسباب الانقضاء. وفي هذا يختلف الاشتراك في الدين عن التضامن بين الدائنين اختلافاً بيناً، فقد رأينا أن الدائن المتضامن يستطيع الرجوع على المدين بكل الدين، بحصته وبحصص شركائه، وهؤلاء يرجعون عليه بعد ذلك كل منهم بحصته. وبيناً أن هذا هو موضع الضعف في التضامن، فهو ضمان للمدين أكثر منه ضماناً

= وهو الرأي الراجح في المذهب الحنفي، ويذهب أبو حنيفة إلى جواز أن تكون الصفقة واحدة مع تعيين حصة من الثمن لكل من البائعين.

(١) والمراد ألا يذكر حين البيع حصة كل شريك من الثمن لا من المبيع... وقولهم مال مشترك قيد اتفاقي، إذ لو كان لكل منهما عين على حدة، فباعها صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما، كان الثمن أيضاً مشتركاً بينهما (شرح المجلة لسليم باز م ١٠٩٥ ص ٦١١).

للدائن، إذ المدين تبرأ ذمته بدفع الدين كله لأحد الدائنين، فإذا ما استوفى هذا كل الدين تعرض شركاؤه لخطر إعساره عند رجوعهم عليه بحصصهم.

وينبى على أن الدائن في الدين المشترك لا يرجع على المدين إلا بحصته أن كثيراً من مسائل التضامن في الحالات التي ينقضى فيها الالتزام التضامني بسبب غير الوفاء، كالمقاصة والتجديد واتحاد الذمة والإبراء والتقدم، 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، على المدين بما بقي لهم في

(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 يتملك؛ ولهذا الحق نظائر في الشرع» (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ٣٢١ - فقرة ٣٢٢ والنصوص الفقهية المشار إليها في الهوامش).

ويدوننا أنه يمكن القول إن حصة كل دائن في الدين المشترك هي ملك الدائن خاصة في العلاقة بينه وبين المدين، وهي 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 استوفى كل من الدائنين على حصته اختص بها، حتى في علاقة هؤلاء الدائنين بعضهم ببعض. وإذا تصرف الدائن في حصته التي =

ذمته. وللدائنين الآخرين أن يتركوا الدائن الذي قبض حصته ويتبعوا المدين بحصصهم، فإذا كان المدين معسراً عند مطالبتهم إياه كان من حقهم أن يرجعوا على الدائن الذي قبض حصته ليحملوه نصيبه من التبعة عن إعسار المدين. وفي هذه القواعد يتمثل الضمان الذي ينطوي عليه نظام الدين المشترك. فكل دائن إذا قبض حصته لم تخلص له، بل يبقى ضامناً للدائنين الآخرين بحصصهم ويتحمل معهم تبعة إعسار المدين^(١). وللدائنين الآخرين في هذا

=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.

(١) ويستخلص الأستاذ شفيق شحاته الطبيعة القانونية للدين المشترك على الوجه الآتي: «الدين المشترك قد ورد ذكره في النصوص على أنه ملك مشترك، فهو إذن في نظر الفقهاء عبارة عن شيء مملوك 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 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 بعضهم ببعض. وانقسامه على الدائنين في علاقتهم بالمدين هو الذي يجب نظام الدين المشترك عيوب نظام التضامن بين الدائنين، أما عدم انقسامه على الدائنين في علاقتهم بعضهم ببعض فهو الذي يحقق للنظام هدفه الأول وهو أن يكون ضامناً للدائنين.

ويقول الأستاذ منير القاضي في محاضراته في القانون المدني العراقي 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. وهي مبنية في رأي من يعد الدين ما لا يقبل القسمة.. على أن أحد الدائنين له حق المطالبة بحصته بناء على قبول الدين القسمة فهو يطالب بقسمة، فإذا قبض حصته كان لشركائه الرجوع عليه بأنصبتهم مما قبض لأن قسمة المشترك لا تتم إلا برضاء الشركاء أو بحكم القضاء بالقسمة، فإذا لم يرض الشركاء بهذه القسمة التي تولاهما القابض =

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 لا يقول به في الفقه الإسلامي إلا عدد قليل من الفقهاء، ولكن التقنين المدني العراقي اختار هذا القول لما فيه من مزية واضحة. ويقول الأستاذ منير القاضي في هذا الصدد: «لم يجوز الفقه الحنفي 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 تمثيلها 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 تجافى تلك النظرية ومال إلى رأى 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 فيها غيره بوجه من الوجوه، فيخرج الدين عن كونه مشتركاً (محاضرات في القانون المدني العراقي في معهد الدراسات العربية العالية ص ٦٤-٦٥).

ومن أعلام الفقهاء الذين يقولون بجواز الاتفاق على استبعاد الاشتراك في الدين ابن القيم، ويقول في هذا الصدد: «يجوز قسمة الدين المشترك بميراث أو عقد أو إلتاف، فينفرد كل من الشريكين بحصته ويختص بما قبضه، سواء كان في ذمة واحدة أو في ذم 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 تقتضى تقدم أحدهما على الآخر وقد تسلم المنفعة إلى نوبة الشريك وقد تتوى. والدين في الذمة يقوم مقام العين، ولهذا تصح المعاوضة عليه من الغريم وغيره، ويحب على صاحبه زكاته إذا تمكن من قبضه، ويجب عليه الاتفاق على أهله وولده ورقيقه منه، ولا يعد فقيراً معدماً، فاقسامه يجرى 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 يهدما بذلك قاعدة من قواعد الشريعة ولا استحلالاً ما حرم الله ولا خالفاً نص كتاب الله ولا سنة رسوله ولا قول صاحب ولا قياساً شهد له الشرع بالاعتبار. وغاية ما يقدر عدم تكافؤ 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 تعيين ما في الذمة لا يمنع القسمة فإنه يتعين تقديراً، ويكفى في إمكان القسمة التعيين بوجه فهو معين تقديراً ويتعين بالقبض تحقياً. وأما قول أبي الوفاء بن عقيل لا تختلف الرواية عن أحمد 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 =

وسيلتان: فاما أن يشاركوه في حصته التي قبضها، وإما أن يرجعوا عليه بالضمان إذا طالبوا المدين بخصصهم فوجدوه معسراً. وهذا ما يسبغ 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 الحصاة كما قدمنا، ولا يستطيع أن يطعن 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 الرأى، جاز للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبض كل بنسبة حصته. ورأينا كذلك أن المدين إذا أعسر تحمل كل الدائنين تبعاً 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 ما ينطوي عليه نظامه من مزايا وعيوب، فإنه يجوز أن يتفق ذوى 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 ذوى 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 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 تقضى 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 الحصاة حتى لو أعسر المدين بعد ذلك، فلا يكون للدائنين حق الرجوع عليه لتحمله نصيبه في هذا الإعسار. ومن ثم ينقسم الدين المشترك قسمة تامة على الدائنين، ويصبح ديناً متعدد الأطراف (obligation conjointe) كل دائن له جزء من الدين مستقل به ولا يشاركه فيه الدائنون الآخرون بوجه

=وحده بقي ما قبضه مشتركاً بينهم، وظل الباقي في ذمة المدين مشتركاً بينهم أيضاً، وإذا رضوا بهذه القسمة سلمت له حصته التي قبضها.

١ - العلاقة ما بين الدائنين والمدين في الدين المشترك

١٥٧- المسائل الرئيسية: قدمنا أن كل دائن في علاقته بالمدين يطالبه بحصته في الدين وحدها، فيستوفيهما بطريق من طرق الوفاء، ومن ثم ينقسم الدين على الدائنين في علاقتهم بالمدين حقاً 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 (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 يفي لأي دائن بحصته في الدين دون زيادة (٢)، فتبرأ ذمته من هذه

ما يمنعهما، وعلى هذا فلا يحتاج إلى حيلة 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 المقبوض من ضمانته 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 وفي شريكه نظيره لم يقل انتقل إلى القابض الأول ما كان ملكاً للشريك، فدل على أنه إنما يصير ملكاً له بالمحاسبة 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.

(١) وقد تكون حصة أحد الدائنين مؤجلة، وحصة ثان حالة، وحصة ثالث معلقة على شرط. ولكن إذا نشأ الدين حالاً 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 يتعدى 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 يفي أحد الدائنين كل الدين، ولا تبرأ ذمته من حصص باقي الدائنين بهذا الوفاء، بل لهؤلاء 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 ليعلمك 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».

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» (١). وحصة كل دائن في الدين تتحدد باتفاق بين الدائنين، 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.

(١) 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 ما بقي 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 المعجلة بالنسبة إلى الدائنين جميعاً. وقد جاء في البدائع (جزء ٧ ص ١٩٦): «لو كان الدين في الأصل منهما جميعاً مؤجلاً، فأخذ أحدهما شيئاً قبل حلول الأجل شاركه فيه صاحبه، لأنه لما أخذ شيئاً قبل حلول 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 رأي أبي حنيفة، كما قدمنا، وقد نصت المادة ١١١٢ من المحلة 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 الحصصتين 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 كلاً أو بعضاً، ثم قبض الشريك الآخر بعض الدين من المدين، فللشريك الذي أجل أن يشاركه فيما قبض وإن لم يحل الأجل، لأن الأجل باطل». أما الصاحبان فقد رأينا أنهما يجيران أن يؤجل الدائن حصته دون حصة شريكه. وقد أخذ مرشد الحيران برأي 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 بعقد 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 تعرضان لأحكام خاصة بالشركة وبالقرض لا بالدين المشترك في ذاته (انظر الأستاذ شفيق شحاته في النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ٢٩٩).

وقد يستوفى الدائن حصته من كفيل أو محال عليه، بأن يكون للمدين كفيل فيرجع عليه الدائن بحصته، أو يحيل المدين الدائن بحصته على مدين آخر. 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 يستوفى الدائن حصته بأن يحيل هو شخصاً آخر بهذه الحصة على المدين، والحوالة هنا تكون حوالة حق لا حوالة دين.

وللدائن كذلك أن يستوفى حصته في الدين عن طريق الوفاء بمقابل، فيأخذ من المدين مالا آخر بحصته، يشتره أو يستأجره. وهذا ما تنص عليه المادتان ٣٠٧ و ٣٠٨ من التقنين المدني العراقي. فتتص المادة ٣٠٧ على أنه «إذا اشترى أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك مالا من المدين، فشركاؤه مخيرون إن شاءوا ضمنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه، وإن شاءوا رجعوا بخصصهم على المدين». وتنص المادة ٣٠٨ على أنه «إذا استأجر أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك شيئاً، صار قابضاً لحصته، ولشركائه الخيار في تضمينه ما أصاب حصصهم وفي اتباع المدين».

١٥٩ - انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء: وقد ينقضى التزام المدين بحصة الدائن بسبب آخر غير الوفاء. فينقضى الالتزام بالتجديد، بأن يتفق الدائن مع المدين على تجديد هذه الحصة في الدين بتغيير محل أو السبب أو الدائن أو المدين. وينقضى 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 مالا فيجب عليه التعويض (م ١/٣١٢ عراقي)، أو نشأ عن أي مصدر آخر، وتوافرت شروط المقاصة القانونية، فإن الدينين يتلاقيان قصاصاً فينقضيان. وينقضى الالتزام باحتداد الذمة، بأن يموت الدائن ويرثه المدين. وينقضى الالتزام بالإبراء أو بالهبة، بأن يبرئ الدائن المدين من حصته في الدين أو يهبه إياها (م ٣١٣ عراقي)، فينقضى الدين بالإبراء أو بالهبة. وينقضى الالتزام بالتقادم، وقد تتقادم حصة أحد الدائنين دون أن تتقادم 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 أي 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.

وسرى، عند الكلام في علاقة الدائنين بعضهم ببعض، كيف يرجع الدائنون الآخرون على الدائن الذي انقضت حصته بسبب غير الوفاء.

١٦٠ - عدم 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. فإذا 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، فإنه لا يقف تبعاً لذلك بالنسبة إلى الآخرين.

وكل دائن مشغول 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، فإن الإقرار يقتصر أثره على المقر، ولا يفيد الدائنين الآخرين ولا يضرهم (١).

واليسمين 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 (٢).

٢ - 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 عيناً، أو أن يتبعوا المدين فإن

(١) وقد نقل الأستاذ شفيق شحاته عن محمد في الميسوط (ص ١/٣٨٥): «قال أبو حنيفة إن أقر أحد الشريكين في هذا أن الدين كان إلى سنة وقال الآخر كان حالاً، فإن حصة الذي أقر بالأجل إلى ذلك الأجل، وحصة الآخر حالة» (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ٢٣٧ هامش رقم ٦٧).

(٢) قارن الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٨٢ ص ١٧٤.

(١) وقد رأينا أنه إذا قبض أحد الدائنين كل الدين، جاز لشركائه أن يرجعوا عليه كل بحصته، فبئراً ذمة

كان معسراً رجعوا على الدائن الذي قبض حصته فحملوه نصيبه في أعسار المدين. فتكلم في حالة ما إذا شارك الدائنون الآخرون الدائن، ثم في حالة ما إذا رجعوا عليه بنصيبه في إعسار المدين.

١٦٢ - مشاركة الدائنين الآخرين للدائن في حصته: تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٤ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي: «إذا قبض أحد الشركاء شيئاً من الدين المشترك، فالشركاء الآخرون بالخيار، إن شاءوا شاركوه فيما قبض عينا ويتبعون هم والقابض المدين بما بقي لكل منهم في ذمته، وإن شاءوا تركوا للقابض ما قبضه واتبعوا المدين بحصته». ويتبين من هذا النص أنه إذا قبض أحد الدائنين من المدين شيئاً من الدين المشترك، سواء كان ذلك بمقدار حصته أو بأقل أو بأكثر^(١)، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبضه عينا كل بنسبة حصته في الدين، فلو فرضنا أن الدين المشترك تسعمائة وأن الدائنين ثلاثة بحصص متساوية، وقبض أحدهم من المدين حصته وهي ثلثمائة، كان لكل من الدائنين الآخرين أن يشارك الدائن الأول فيما قبض ف يأخذ 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 ف يأخذ 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 ف يأخذ منه خمسين. وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائتين، ويبقى له مائة. وهكذا كلما قبض أحد الدائنين من المدين ما بقي من حصته أو جزءاً من ذلك، جاز للدائنين الآخرين أن يشاركوا فيما قبض على النحو المتقدم الذكر، حتى يستوفى كل من الثلاثة حصته بأكملها^(٢).

المدين من الدين كله (انظر آنفاً فقرة ١٥٨ في الهامش).

(٢) وإلى هذا العيب 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 جدية 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 يعنى أبداً عن المطالبة المشتركة، إذ يبقى دائماً رصيد لا تصل إليه إلا المطالبة المشتركة».

على أن هذا العيب لم يخل منه نظام تضامن الدائنين، فقد قدمنا أن أحد الدائنين المتضامنين إذا قبض جزءاً من الدين شاركه الآخرون فيما قبض، ثم إذا قبض جزءاً آخر شارك فيه، وهكذا ومهما

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 حصته 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 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 أيضاً كانت كيفية استيفاء الدائن لما قبض، فقد يقبض عن طريق وفاء المدين له للجزء الذي قبضه، وقد يقبض عن طريق رجوعه على كفيل المدين أو من أحال عليه المدين الدين (م ٣٠٦م عراقي).

أما إذا قبض أحد الدائنين مقابلاً لحصته، فليس للدائنين الآخرين أن يشاركوه عينا فيما قبض من المقابل، بل كان ما لهم هو أن يرجعوا عليه بالضمان بنسبة حصته كل منهم. فإذا اشترى أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك مالا من المدين، فشاركوه مخيرون، 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 ٣٠٧م عراقي). وإذا استأجر أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك شيئاً، صار قابضاً لحصته، ولشركائه الخيار في تضمينه ما أصاب حصصهم أو اتباع المدين (م ٣٠٨م عراقي).

يمكن من أمر فإنه من الممكن في نظام الدين المشترك، من الناحية العملية، توقي هذا العيب بأن ينزل الدائنون الآخرون عن حقهم في الرجوع على الدائن الذي قبض حصته، مع استبقاء حقهم في تحميله نصيبه من إعسار المدين.

(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 الهالك 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 فاخترتوا الرجوع يكونون قد أجازوا قبضه، فتكون حصصهم أمانة في يده، فلا يستحقون عليه ضماناً بهلاك ما قبض لأن الأمين لا يضمن بلا تعدد، فكان الأوجه اعتبار المقبوض بعد هلاكه من حصته القابض» (محاضرات في القانون المدني العراقي لمعهد الدراسات العربية العالية ص ٦٣).

وإذا صالح أحد الدائنين المدين عن حصته من الدين المشترك، فإن كان بدل الصلح من جنس الدين، فشاركاه إن شاءوا شاركوه في المقبوض وإن شاءوا 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 عراقي).

وإذا مات المدين وورثه أحد الدائنين^(٢)، فالدائنون الآخرون يطالبون تركة المدين كل منهم بمقدار حصته في الدين. فإن لم تف التركة بحصصهم، قسمت على الدائنين جميعاً وفيهم الدائن الذي ورث المدين، بنسبة حصة كل منهم (م ٣١٠ عراقي)^(٣). وبذلك يتحمل كل من الدائنين نصيبه في إعمار المدين كما سئرى.

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 للمدين، وللدائنين الآخرين أن يشاركوه 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 أتلّف أحد الشركاء في دين مشترك مالا للمدين وتقاصبا بحصته ضماناً فلشركائه أخذ نصيبهم منه^(١).

(١) وقد جاء في المبسوط للسرخسي (جزء ٢١ ص ٤١): «إن مبنى الصلح على الإغماط والتجاوز بدون الحق، فمن حجة المصالح... أن يقول إنما توصلت إلى نصيبي لأنى تجاوزت بدون حق، فإن أردت أن تشاركنى بما تجاوزت 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 بإتخاذ الذمة، ويرجع الدائنون الآخرون كل بحصته على المدين، ولا محل لمشاركتهم في الحصة التى 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 تنقض حصة الدائن الوارث بإتخاذ الذمة لأنه غير مسئول 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 ابن الجعد عن أبي يوسف أنه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه، وترك مالا ليس فيه وفاء، اشتركاً بالحصص، لأن الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين، رقب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك إلى الوارث، فلا يسقط دينه، وكان دين الوارث والأجنبي سواء».

هذا هو نص المادة ٣١٠ عراقي: «إذا مات المدين في دين مشترك، وترك مالا ليس فيه وفاء للمدين، وكان أحد الشركاء وارثاً له، فجميع الشركاء يشتركون في المال الذى تركه المدين على حسب حصة كل منهم».

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). كذلك إذا كان الدين المشترك قد ثبت في ذمة المدين قبل أن يثبت حقه في ذمة الدائن، ولكن هذا الحق الذى 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 الذى كفله، فلا رجوع للدائنين الآخرين على شريكهم، وإذا رجع الدائن على المكفول عنه وقبض منه مبلغ الضمان لم يكن لشركائه أن يشاركوه فيه^(٣). ومثل ذلك أيضاً ما إذا كان الدائن قد وهب حصته في الدين المشترك للمدين أو أياً

(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 شحاته 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 عن 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 الرأى إذ يقول: «الرأى عندى أن النص العراقى للمادة ٣١٢ يشعر بالترفة بين الضرر الواقع على النفس وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن الثانى 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 أتلّف أحد الشركاء في دين مشترك مالا للمدين وتقاصبا بحصته ضماناً فلشركائه أخذ نصيبهم منه. فالنص قاصر على جواز الرجوع في حالة ما إذا أتلّف الدائن مالا للمدين. أما في حالة إتلاف النفس أو ما هو دون النفس، فالنص ساكت عن بيان حكمه، وإذن فلا مندوحة من الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى وهى المصدر التى اقتبست عنه هذه النصوص. وبالرجوع إلى أحكام هذا الفقه نجد أن الفقهاء لا يجيزون الرجوع في هذه الحالة، أى في حالة إتلاف النفس أو ما هو دون النفس. وعندى أن هذه التفرقة متقدمة، وكان الأجدر بالمشرع العراقى أن يجيز 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 المدني العراقى فقرة ١٩٠ ص ١٨٠) - ونرى أن ذكر النص لإتلاف الشريك مالا للمدين لم يقصد به الاقتصار على حالة إتلاف المال دون إتلاف النفس، بل إن النص بإشارته إلى إتلاف المال قد ذكر ما يقع غالباً في العمل، فيقاس على إتلاف المال إتلاف 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 التقياً قصاصاً أن يصير الأول مقضياً بالثانى لأنه كان واجب القضاء قبل الثانى، وإذا لم يكن مستوفياً للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى».

(٣) جاء في الفتاوى الهندية (جزء ٢ ص ٣٤٠): «وفى المنتقى عن أبى يوسف لو ضمن أحد الطالبين للمطلوب مالا عن رجل، صارت حصته قصاصاً به، ولا شئ لشريكه عليه. فان اقتضى من المكفول عنه ذلك المال، لم يكن لشريكه أن يرجع عليه أيضاً فيشاركه في ذلك، كذا في المحيط».

ذمتها منها، فانه 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 وتقاصاً 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 وإبراءه 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 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، فللداين 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 يضمنه لشركائه، ويعتبر الدائن قد استوفى حصته هو، ولا يبقى لشركائه إلا أن يتبعوا المدين بحصصهم (١).

(١) ونقل هنا ما جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٦٧-٦٨) تأكيداً لما استخلصناه من هذه المبادئ: «ولو كان الدين بين شريكين على امرأة، فتزوجها أحدهما على نصيبه 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 =

ويمكن أن نستخلص من المبادئ المتقدمة حلولاً لمسائل لم يرد فيها نص. من ذلك أن التقنين المدني العراقي قد أغفل النص على حالتى التجديد والتقدم. ويمكن القول بأنه إذا

= 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 يضمن 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 بالعقد، فأشبه البيع، وكذا الذي سلم له وهو المنفعة قابل للشركة، فكان له أن يضمنه. وروى بشر عن أبي يوسف أن أحد الطالبين إذا شح المطلوب موضحة عمداً، فصالحه على حصته، لا يلزمه شيء لشريكه، لأنه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه، لأن الصلح عن جناية عمد ليس في مقابلته بدل مضمون، فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه، فلا يلزمه شيء. وأما إذا استهلك أحد الطالبين 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 لهما عليه الدين، فصار ما عليه قصاصاً بما لأحد الطالبين، فلا 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 مقتضياً 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 لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص، فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم، كان ذلك جائزاً، وبرئ من حصة القاتل من الدين، وكان لشريك القاتل أن يشركه فيأخذ منه نصف الخمسمائة، وكذلك لو تزوج المرأة الغريمة على خمسمائة مرسلة، أو استأجر الغريم بخمسمائة مرسلة. 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، وإنه 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 علي 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 لقوله تعالى «من بعد وصية يوصى بها أو دين»، وتب 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 يضمنه، لأن قبض الرهن قبض استيفاء، وبهلاك الرهن يصير مستوفياً للدين حكماً، فكان كالاستيفاء حقيقة. ولو غصب أحد الشريكين المطلوب عبداً فمات عنده، فلشريكه أن يضمنه، لأنه صار ضماناً لقيمة العبد من وقت الغصب فملك المنصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد. ولو ذهبت إحدى عيني العبد بأفة سماوية في ضمان الغاصب فرده، لم يرجع شريكه عليه بشيء، لأنه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه. وكذلك العبد المرهون إذا ذهبت إحدى عينيته بأفة سماوية. وكذا لو اشترى أحد الشريكين من الغريم عبداً يبعاً فاسداً وقبضه، فمات في يده أو باعه أو أعتقه، إنه يضمن لشريكه كما يضمن في الغصب. ولو ذهبت عينة بأفة سماوية فرده، لم يضمن لشريكه شيئاً، ويجب عليه من حصته من الدين خاصة.

انقضت حصة أحد الدائنين في الدين المشترك عن طريق التجديد، فإن الدائن يكون قد قبض حصته ولكن من غير جنس الدين، فيرجع عليه شركاؤه بالضممان، ويكون له الخيار إن شاء سلم إليهم أنصبتهم 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 عراقي). وإذا انقضت حصة أحد الدائنين بالتقادم دون أن تنقضي حصص الدائنين الآخرين، فإن الدائن لا يكون قد قبض شيئاً، ومن ثم لا يرجع عليه شركاؤه بشيء، ويتبعون المدعي بحصصهم.

١٦٣- رجوع الدائنين الآخرين على الدائن بنصيبه في اعسار المدعي: وقد يختار الدائنون الآخرون ألا يشاركوا الدائن في حصته التي قبضها من الدين المشترك، فيتركوها له ويتبعوا المدعي بحصصهم. فإن اختاروا متابعة المدعي - 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، تسعمائة، وكان الدائنون ثلاثة بحصص متساوية، وقبض أحدهم حصته من الدين وهي ثلثمائة، ولم يختار الدائنان الآخران أن يشاركوا الدائن الأول في هذه الحصة وتركها له، طالب كل منهما المدعي بحصته في الدين وهي ثلثمائة. فإن استوفى كل منهما حصته انقضى الدين جميعاً، وبرت ذمة المدعي نحو الدائنين الثلاثة، وخلص للدائن الأول حصته التي قبضها كما خلت لكل من الدائنين الآخرين حصته. أما إذا كان المدعي قد أعسر عند مطالبة الدائنين الآخرين له بحصصتهما في الدين المشترك، تحمل الدائنون الثلاثة إعسار المدعي كل بنسبة حصته، ومن ثم يرجع الدائنان الآخران بالضممان على الدائن الأول الذي قبض ثلثمائة، فيأخذ كل منهما مائة من هذا الدائن - مثلاً لا عيناً لأنهما يرجعان بالضممان لا بالمشاركة في عين المقبوض - ويبقى للدائن مائة مثلهما. وإذا كان إعسار المدعي إعساراً جزئياً بحيث أن الدائنين الآخرين لم يخلص لكل منهما إلا نصف حصته أي مائة وخمسون، فإن الدائنين الثلاثة يتحملون هنا أيضاً إعسار المدعي كل بنسبة حصته، فيرجع الدائنان الآخران بالضممان على الدائن الأول الذي قبض ثلثمائة، فيأخذ كل منهما خمسين من هذا الدائن، ويكون كل من الدائنين الثلاثة قد خلت له من حصته في الدين مائتان بدلاً من ثلثمائة بسبب إعسار المدعي هذا الاعسار الجزئي.

ويستوي أن تنقضي حصة أحد الدائنين في الدين المشترك بطريق الوفاء أو بأي طريق آخر يستوفى به الدائن مقابلاً لحصته كالوفاء بمقابل والمقاصة والتجديد، ففي جميع هذه الأحوال يرجع الدائنون الآخرون على هذا الدائن الذي استوفى حصته كاملة بنصيبه في إعسار المدعي (١).

وقد يقع أن شركاء الدائن الذي قبض حصته أو أخذ ما يقابلها، عند رجوعهم عليه لتحمله نصيبه في إعسار المدعي، يجدونه هو أيضاً معسراً، فلا مناص في هذه الحالة من أن يستقلوا هم دونته بتحمل إعسار المدعي. ومثل ذلك ما إذا وجد الشركاء شريكهم معسراً عندما أرادوا مشاركته في حصته التي قبضها، ثم لما طالبوا المدعي بحصصهم وجدوه هو أيضاً معسراً، فلا مناص من أن يتحملوا وحدهم، هنا أيضاً، إعسار المدعي.

الفرع الثاني

التضامن بين المدينين

(Solidarité entre débiteurs - Solidarité passive)

١٦٤- أهمية الموضوع لكثرة وقوعه في العمل: التضامن بين المدينين يقع كثيراً في الحياة العملية. وهو، وإن كان يعتبر من الناحية النظرية وضعاً استثنائياً إذا الأصل كما قدمنا إذا تعدد المدينون إلا يكونون متضامنين إلا أن الاستثناء من الناحية العملية قد طغى على الأصل من الناحية العملية قد طغى على الأصل، وقل أن نجد دائناً له مدينون متعددون في التزام واحد ولا يشترط تضامنهم، بل إن كثيراً ما تتولى نصوص القانون نفسه مهمة إنشاء هذا التضامن.

والواقع من الأمر أن التضامن بين المدينين يعتبر أقوى ضرب من ضروب الكفالة الشخصية. فالدائن إذا أخذ كفيلاً بحقه، وكان الكفيل غير متضامن 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. فإذا اشترط الدائن تضامن الكفيل مع المدين، وصل إلى مرتبة أعلى من الكفالة الشخصية، لأنه يستطيع أن يرجع ابتداءً على الكفيل، ولكن لا يزال التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين الأصلي، وهذا يجر إلى نتائج تنزل بالكفيل في درجة المديونية عن الأصل. فإذا جعل الدائن الاثنين مدينين أصليين واشترط تضامتهما، وصل بذلك إلى المرتبة العليا من الكفالة الشخصية، إذ يستطيع أن يرجع ابتداءً على أيهما شاء مع تعادلها 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 يعدلها إلا كثرة وقوع التضامن بين المدينين. على أن كلا من

= أو انقضت هذه الحصة بالتقادم، فيبدو أن الدائن في هذه الحالة لا يحمل نصيباً في إعسار المدعي، فهو لم يأخذ مقابلاً في حصته حتى يشارك في بقية الإعسار.

(١) أما إذا انقضت حصة الدائن في الدين المشترك دون أن يقبض شيئاً، كما إذا أبرأ المدعي من حصته =

هذين النوعين من التضامن يقوم على أسس واحدة: وحدة الالتزام مع تعدد الروابط، وكفالة متبادلة مصحوبة بمصلحة مشتركة، تسوغ قيام وكالة هي أيضاً متبادلة ولكن فيما ينفع لا فيما يضر^(١). ومن ثم سنتوخى في بحث التضامن بين المدينين نفس الخطة التي اتبعناها في بحث التضامن بين الدائنين، فنتكلم: (١) في مصدر التضامن بين المدينين (٢) ثم في الآثار التي تترتب 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 النوع من التضامن يكون مصدرها القانون. أما التضامن بين المدينين، فمصدره إما الاتفاق وإما نص في القانون. وهناك كثير من حالات التضامن السلبي القانون هو الذي تولي بنفسه إنشاء التضامن فيها بين المدينين المتعددين في التزام واحد، دون أن يكون لإرادة طرفي الالتزام دخل في ذلك.

ولذلك تكون المادة ٢٧٩ من التقنين المدني - وهي التي تقضى بأن التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون^(٢) - أكثر انطباقاً على التضامن السلبي منها على التضامن الإيجابي، ففي التضامن السلبي نجد أن

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٩ - ص ٥٠.

(٢) سبق أن أوردنا تاريخ هذا النص عند الكلام في التضامن بين الدائنين، وذكرنا ما يقابله في التقنين المدني السابق وما يقابله في التقنينات المدنية العربية الأخرى، (انظر آنفاً فقرة ١٢٥ في الهامش). ولم يبق إلا أن نذكر هنا نصوص التقنين المدني العراقي وتقنين الموجبات والعقود اللبنانية الخاصة بالتضامن السلبي:

التقنين المدني العراقي م ٢٢٠: التضامن بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون. (وهذا النص مطابق لنص المادة ٢٧٩ من التقنين المدني المصري فيما يخص التضامن السلبي).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني 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 في الموجبات المعقودة بين التجار في شؤون تجارية، إذا لم يتحصل العكس من عقد إنشاء الموجب أو القانون.

(والتقنين اللبناني يتفق في أحكامه مع التقنين المصري، ويزيد أن نص على التضامن في المسائل التجارية، فالتقنين اللبناني أكثر توسعاً في التضامن السلبي من سائر التقنينات المدنية العربية).

المصدر حقاً هو الاتفاق أو نص القانون، أما التضامن الإيجابي فلا مصدر له إلا الاتفاق، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١).

(١) أ- النص في المادة ٢٧٩ من التقنين المدني على أن التضامن بين الدائنين والمدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون، والنص في الفقرة الأولى من المادة ٢٨٥ من ذات القانون على أن يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين... يدل على أن التضامن لا يفترض ويكون مصدره الاتفاق أو نص القانون وإن كلا من المدينين المتضامنين ملتزم في مواجهة الدائن بالدين كاملاً غير منقسم وللدائن أن يوجه مطالبته إلى من يختاره منهم على انفراد أو إليهم مجتمعين. (الظمن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٢/٤/٨٢ ص ٢٣ ص ٣٩٠)

ب- التضامن لا يفترض ولا يؤخذ بالظن ولكن ينبغي أن يرد إلى نص في القانون أو اتفاق صريح أو ضمنى، ويتمين على الحكم الذي يرتب المسؤولية التضامنية أن يبين في غير غموض الأساس الذي استند إليه في ذلك، فالحكم الذي يلزم جميع المحكوم عليهم بالتضامن دون أن يبين سنده في ذلك يكون خاطئاً لقصور أسبابه.

(الظمنان ٦٦٨/٦٤١ سنة ٦٠ ق جلسة ٢٨/٤/١٩٩١)

ج- المقرر أنه إذا عيّن العقد المنشئ للالتزام المتعدد في طرفيه نصيب كل من الدائنين أو المدينين ولم ينص على التضامن بين هؤلاء أو أولئك فإن الالتزام يكون قابلاً للانقسام بحسب نصيبهم التي عينها العقد وكان الواقع في الدعوى حسبما افصحت عنه الأوراق وسجله الحكم المطعون فيه ان عقد البيع محل النزاع صدر من الطاعن الأول والمرحوم... وورد فيه اسم المرحومة... ضمن فريق البائعين دون أن توقع عليه وتضمن بيع قطعة أرض شائعة تبين أن حقيقة مساحتها ١ فدان و ١٩ قيراط و ٤ سهم إلى المطعون ضدهم كل بقدر حصته المذكورة في العقد وكذلك المرحوم الذي اشترى بصفته ولياً طبيعياً على ابنتيه القاصرتين... و... من هذه المساحة حصة مقدارها ١٠ قيراط و ١٨ سهم وإذا كان العقد قد خلا من النص على التضامن في الالتزام بالبيع فإن الالتزام يكون قابلاً للانقسام على البائعين والمشتريين كل بقدر حصته المعينة في العقد. متى كان ذلك وكان الثابت من تقرير الخبير المنتدب ان عقد البيع انصب على مساحة تملكها الخصمة المتدخلة في الدعوى من الأرض المباعة مقدارها ٥ قيراط و ١٠ أسهم وثلاثة أرباع سهم وكانت هذه الخصمة لم يصدر منها بيع فإنه يتعين استبعاد هذا المقدار من حصص المشتريين جميعاً دون إلزام البائعين اللذين وافقوا على البيع بتعويض المطعون ضدهم من المقدار المستبعد عيناً، طالما كان الالتزام بالبيع قابلاً للانقسام، ولا يغير من هذا النظر القول باتساع ملكية البائعين بما يفي بالمساحة التي انصب عليها كاملة، لما في الأخذ به من خروج على أحكام قابلية الالتزام المتعدد طرفيه للانقسام وافترض قيام تضامن بين البائعين في التزامهم بالبيع وتنفيذه تنفيذاً عينياً خلافاً لما هو مقرر من أن التضامن لا يفترض ولا يؤخذ فيه بالظن ولكن ينبغي أن يرد إلى نص في القانون أو إلى الاتفاق لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر بعدم استبعاد المساحة التي تملكها الخصمة المتدخلة في البيع من الحصص المشتراه من أرض النزاع جميعها رغم تسك الطاعنين بذلك في دفاعهم وقضى بصحة ونفاذ عقد البيع عن حصص المطعون ضدهم كاملة قولاً منه بأن ملكية البائعين تتسع لها. مما لا يصلح رداً، فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون والقصور في التسبيب.

(الظمن رقم ١٥٢٠ سنة ٥٧ ق جلسة ٢٨/٤/١٩٩٠)

المطلب الأول

الاتفاق كمصدر للتضامن بين المدينين

١٦٦- الاتفاق على تضامن المدينين لا يفترض: أكثر مما يقوم تضامن المدينين على

اتفاق بينهم وبين الدائن، عندما يكونون جميعاً ملتزمين بدين واحد، فيشترط عليهم الدائن تضامنهم جميعاً في هذا الدين. ويصح أن يكون ذلك في العقد ذاته الذي أنشأ الدين، أو بعد ذلك. فإذا 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 الذي أنشأ الدين أو كان تالياً له، فإنه لا يجوز افتراض وجود التضامن دون الاتفاق على ذلك اتفاقاً واضحاً لا شك فيه (٢) (١)، كما هي الحال في التضامن بين الدائنين فيما قدمنا. فلو أن البائع في المثل المتقدم باع الدار في الشيوخ الثلاثة 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 لا يفترض، ولوجب القول عند عدم تعيين حصة كل منهم أن الثلاثة متساوون في الحصص، فلكل منهم ثلث الدار في الشيوخ، وعلى كل منهم ثلث الثمن بعد انقسام الدين عليهم. فإذا أراد البائع أن يكونوا متضامنين، وجب عليه أن يشترط التضامن بينهم في وضوح لاخفاء فيه، فإن التضامن أمر خطير، فإذا لم يشترطه الدائن في جلاء تام، فسر العقد لمصلحة المدينين وكان الأصل هو عدم تضامنهم (٣).

(١) ويصح أن يكون مصدر التضامن هو الوصية - وهي إرادة منفردة لا اتفاق - فيوصي المورث بمبلغ من النقود لشخص، ويجعل الورثة متضامنين في أدائه للموصى له. وهذا ظاهر في القانون الفرنسي (بودرى وبارد ٢١٧٢ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥). أما في مصر فالتركة، طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، مسئولة عن الوصية، إذ الوصية مقدمة على الميراث، فسواء اشترط الموصي تضامن الورثة في أداء الوصية أو لم يشترط، فإن الموصى له يأخذ الوصية كاملة من التركة قبل الورثة ما دامت لا تخرج عن 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 ٢١٩٤ فقرة ١١٩٤ مكررة (٢) - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥ ص ٤٢١ - ٤٢٢.

(١) لا يفترض التضامن ولا يؤخذ فيه بالظن ولكن ينبغي أن يرد إلى نص في القانون أو إلى اتفاق صريح أو ضمنى وعلى قاضي الموضوع إذا استخلصه من عبارات العقد وظروفه أن يبين إفادته هذه العبارات والظروف. (الظن رقم ١٨ سنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ م ١٩ ص ١٥٦٥)

ولا يفهم هنا في التضامن بين المدينين، كما لا يفهم هناك في التضامن بين الدائنين على الوجه الذي سبق بيانه، أن التضامن لا بد أن يرد فيه شرط صريح، بل يصح أن يكون الشرط ضمنياً (١)، ولكن يجب أن يكون هذا الشرط الضمني 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 أي منهم بكل الدين، أو أن جميع المدينين متكافلون في الدين جميعه على وجه التساوي، أو نحو ذلك من العبارات التي لا تدع شكاً في أنه قصد الاتفاق معهم على التضامن (٣).

وقد يكون شرط التضامن ضمناً كما قدمنا. والشرط الضمني 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 وياشرف 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 يهتمهم على أن يقدم الحساب في نهاية كل سنة، إذا هي استخلصت من عبارات هذا الاتفاق على ضوء ما ذكرته من الاعتبارات والظروف القائمة في الدعوى أن فلانا المذكور لم يكن وكيلاً عن الشريكين الآخرين، وأن الأخوين يجب لذلك اعتبارهما مسئولين قبلهما عن المبالغ التي حصلها هذا الوكيل ولو لم يكونا قد قبضاها منه، 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 باقي الشركاء بأن يتحمل كل منهما المسؤولية المترتبة على ما يقع من هذا الوكيل، فإن هذا الاستخلاص يكون سائغاً والحكم عليهما بالتضامن يكون في محله (٤). وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تعهد شخصان بدين واحد لدائن واحد وكان تعهد كل

(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 ولاجارد ٨ فقرة ٨٠٩

ص ٥٩٥ وهامش رقم ٢.

(٤) نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٢ ص ٤٨٨.

منهما بعقد على حدة، كانا ملزمين بذلك الدين بالتضامن^(١). على أنه لا يكفي لاستخلاص الشرط الضمني 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 زيدا قد أدار الأطيان التي اشتراها بكر باذن شفوي صدر منه في حضرة أحد أبنائه (عمرو) مقابل أجر معين، وأنه لما توفي بكر عند منتصف السنة الزراعية استمر زيد بتكليف من عمرو وحده في إدارتها لنهاية السنة، ولم يقل عمرو إنه كان وكيلا عن أختيه الوارثتين الأخريين حين كلف زيدا 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^(٢).

(١) استئناف وطني ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٢ ص ١١. وقضى أيضاً بأن تعهد كل مدين بنفس الدين في التزام مستقل يستخلص منه التضامن (المجلة ٢١ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٥٨ ص ١٣١٣).

(٢) نقض مدني ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٦ ص ٣١٥. وقضى أيضاً بأنه إذا استدان شخصان مبلغا بعقد 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 (بني سويف ٢٠ يناير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٢٣٩). ولا يكون هناك تضامن بين الطرفين دون اتفاق في الالتزام نحو السمسار في 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 في قيام التضامن: استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥ - 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 جازيت ١٠ - ٩ - ١ - ١١ يونيو سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ - 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 اشتراطه 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 يزول لنفي التضامن لا لإثباته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١ وانظر آنفاً فقرة ١٢٧).

ويصح أن يستخلص من الظروف وقائع الدعوى أن الطرفين إنما أرادا من ذكر التضامن أن يكون =

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 المدنين، دون أن يبين مصدر هذا التضامن، وهل هو اتفاق أو نص في القانون، وإذا كان اتفاقاً هل هو اتفاق صريح أو اتفاق ضمني، وإذا كان اتفاقاً ضمناً كيف استخلص قاضي الموضوع من عبارات التعاقد وظروف وجوده الذي لا شك فيه، يكون حكماً قاصراً يتعين نقضه^(١).

١٦٧- اثبات الاتفاق مصدر التضامن: وشرط التضامن، صريحاً كان أو ضمناً، يجب إثباته، وعلى الدائن الذي يدعى تضامن مدنيه عبء هذا الإثبات^(٢) (١).

= الملزم كفيلاً لمدين أصلي لا مديناً متضامناً معه، كما يصح أن يستخلص أنه كفيلاً متضامناً لا مدين متضامن (بودري وبارد ٢ فقرة ١١٧٧ - فقرة ١١٧٨).

(١) بلانبول وريسير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥ - نقض فرنسي أول ديسمبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٤٢٠ - أول فبراير سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٣٣ - أول يونيو سنة ١٩٣٨ سيريه ١٩٣٨ - ١ - ٢٥٣.

(٢) وقد يقع عبء إثبات التضامن على أحد المدنين المتضامنين إذا وقع الدين كله للدائن وأراد الرجوع على المدنين الآخرين كل بنصيبه، فأنكر عليه أحدهم حق الرجوع ونفى وجود التضامن.

(١) أ- لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتضامن على المدعى عليهم إلا إذا طلب المدعى الحكم بذلك، ولا يقضى عن وجوب ابداء هذا الطلب مجرد الإشارة في صحيفة افتتاح الدعوى إلى أن مسؤولية المدعى عليهم تضامنية.

(جلسة ١٩٧٤/٢/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ٣٨٩)

ب- لمن كان طلب الحكم بالتضامن يشتر طلباً جديداً لا يجوز ابدائه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف تطبيقاً لنص المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات، إلا أن النعي بشأنه غير منتج ولا يحق للطاعنين سوى مصلحة نظرية صرفه لأن الحكم المطعون فيه انتهى إلى رفض هذا الطلب ولا تعود عليهما أية فائدة من نقض الحكم في هذا الخصوص.

(جلسة ١٩٧٧/٥/١٠ الطعن رقم ٧٢٤ لسنة ٤٢ ق السنة ٢٨ ص ١١٥٨)

(جلسة ١٩٦١/٤/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص ٣٥٣)

ج- المقرر أن العقوبة الجنائية تمر بمرحلتين الأولى مرحلة القضاء بالعقوبة والثانية مرحلة تنفيذها وبالنسبة للمرحلة الأولى فإنه يحكمها مبدأ شخصية العقوبة وبالنسبة للمرحلة الثانية فإنه وإن كان الأصل هنا أيضاً هو سريان مبدأ شخصية العقوبة بحيث لا تنفذ إلا على من صدر عليه في نطاق مسئوليته ولا تصيب غيره، إلا أن المشرع نص في حالات محدودة على سبيل الحصر - وبالنسبة لعقوبة الغرامة وحدها - على التضامن في المسئولية بين المحكوم عليهم أي أنه إذا حكم على أكثر من شخص في جريمة واحدة كل بعقوبة الغرامة فللدولة اقتضاء مبالغ الغرامات المحكوم بها عليهم جميعاً من واحد منهم فقط، ويكون لهذا الأخير أن يرجع على شركائه المتضامنين معه - تطبيقاً للقواعد العامة للمسئولية التضامنية في القانون المدني - كل بما آداه عنه مما قضى عليه به من غرامة، والتضامن في هذا المقام لا يقصد به توقيع جزاء عقابي ولكن مجرد تحقيق مصلحة مالية بحتة =

ويثبت شرط التضامن طبقاً للقواعد العامة في الإثبات. فإن كان الالتزام المدعى التضامن فيه بين المدنيين يزيد على خمسمائة جنيه، لم يجز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها. فإن وجد مبدأ ثبوت بالكتابة مثلاً، جازت تكملته بالبينة أو بالقرائن. وإذا كان الالتزام لا يزيد على خمسمائة جنيه، جاز الإثبات في هذه الحالة بالبينة 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 فمعناه أن شرط التضامن موجود فعلاً وأن وجوده ثابت بالقرائن (١).

١٦٨ - التضامن بين المدنيين في المسائل التجارية: والتضامن بين المدنيين 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

للخزاة العامة بما يتيح لها من يسر في تحصيل الغرامات المقضى بها في خصوص أنواع معينة من الجرائم تستلزم طبيعتها الخاصة اتخاذ مثل هذا الاجراء الوقائي وخروجاً على المبادئ العامة، ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة ٨٧ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ من أنه يكون أصحاب العمل مسئولين بالتضامن فيما بينهم عن أية مخالفة لاحكام هذا الفصل، لما كان ذلك وكانت المادة ٢٢١ من القانون المذكور تنص على أنه يعاقب كل من يخالف احكام الفصل الثاني من الباب الثاني في شأن عقد العمل الفردى والقرارات الصادرة تنفيذاً له بغرامة لا تقل عن مائتي قرش ولا تجاوز ألفي قرش، ومفاد نص المادتين ١/٨٧، ٢٢١ سالفتي الذكر، أنه إذا حكم بالغرامة على أكثر من شخص لمخالفته احكام الفصل الثاني من الباب الثاني من قانون العمل فأنهم يكونوا متضامنين في أداء هذه العقوبة، أي يكون للدولة اقتضاء مجموع مبلغ الغرامات المحكوم بها من أي واحد منهم، دون أن يفيد ذلك بحال من الأحوال الحكم بتقسيم مبلغ الغرامة المحكوم بها على مرتكبي الجريمة بحسب عددهم.

(جلسة ١٩٧٢/٥/١٤ جنائي مجموعة احكام النقض الجنائية السنة ٢٣ ص ٦٩٦)

(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 وكايتان ٢ ص ٢٠٠ - ليون كان وريينو ٣ فقرة ٣٨ - 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 قيام

جميعاً إلى أن التضامن يفترض في المسائل التجارية على خلاف المسائل المدنية. فإذا اشترى تاجران صفقة تجارية واحدة دون أن يشترط عليهما البائع أن يكونا متضامنين، فإنهما 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، نزولاً على مقتضيات الائتمان التجاري وما يستتبع ذلك من توفير أسباب الثقة بالتجار، فيحصلون من وراء هذه الثقة على الضمان الكافي (١).

ولا يزال هناك خلاف بين الفقهاء الفرنسيين (٢) هل التضامن في العقود التجارية مصدره العرف التجاري القديم فيقوم التضامن بمجرد أن العقد تجارى (٣)، أو أن هذا التضامن

=شركة تجارية بين المدنيين المتضامنين، فكان يقضى بقيام التضامن بين تاجر اشترى شيئاً مشتركاً، 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 الصدد 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 أزلت كل هذه القيود، وأصبحت تقضى في عبارة عامة بقيام التضامن في المسائل التجارية، لأن هذا ما تقتضيه مصلحة الدائن والمدين معاً تقوية للائتمان التجاري، وذلك ما لم يستبعد التضامن باتفاق صريح أو ضمنى يستظهره قاضى الموضوع (بلانيول وريبير وجابولد 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 الفرنسي القديم التي تثبت أن العرف التجاري كان يقضى بقيام التضامن بين التجار في المسائل التجارية، ويوردان كذلك الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الفرنسي التي تؤيد هذا المعنى.

وتنص المادة ٢٤ من تقنين الموجبات والعقود اللباني صراحة على قيام التضامن في المسائل التجارية، فتقول: «على أن التضامن يكون حتماً في الموجبات المفقودة بين التجار في شؤون تجارية إذا لم يتحصل العكس من عقد إنشاء الموجب أو من القانون».

أما التقنين المدني الألماني فيذهب إلى مدى أبعد من ذلك، فهو يفترض قيام التضامن حتى في الالتزامات المدنية التي يكون مصدرها العقد (م ٤٢٧ من هذا التقنين)، فعمم بهذا النص الحكم الذي كان وارداً في المادة ٢٨٠ من التقنين التجاري الألماني القديم. على أن التقنين المدني الألماني يضيق من جهة أخرى من الآثار التي تترتب على التضامن، ولا يتوسع فيها توسع التقنينات اللاتينية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٦).

(٢) انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٤١.

(٣) هاميل (Hamel) في تعليقه على حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢٢ - ١ - ٢٠٣ - داركيدس (Drakidès) ص ٥٥ وما بعدها.

نما 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 نيتها انصرفت إلى قيام التضامن بينهما (١).

ولا يقتصر الأمر في فرنسا على افتراض التضامن في العقود التجارية، بل هناك من الفقهاء من يتوسع فيه فيمده إلى كل التزام تجاري، أي كان مصدره، عقد أو عمل غير مشروع أو إلقاء بلا سبب، فإن هذا التوسع هو الذي تقتضيه حاجات الائتمان التجاري (٢).
على أن التضامن عن العمل غير المشروع مقرر في فرنسا كقاعدة تقليدية لا في المسائل التجارية فحسب، بل أيضاً في المسائل المدنية. وقد ساير القضاء الفرنسي هذه النزعة في التوسع (٣)، وظهر ذلك بنوع خاص في توسعه في تقرير التضامن بين أعضاء مجالس إدارة الشركات (٤).

أما في مصر فقد كان الرأي الغالب في الفقه والقضاء في عهد التقنين المدني السابق هو أن التضامن لا يفترض حتى في المسائل التجارية (٥). ولا نرى أن التقنين المدني الجديد قد

(١) ريبير في القانون التجاري فقرة ٣٢٨ وفي القانون البحري فقرة ٢٤١٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٥٣.

(٢) هاميل (Hamel) في المرجع السابق الإشارة إليه في سيريه ١٩٢٢-١-٢٠١ - قارن دي باج ٣ فقرة ٣٢٨.

(٣) انظر أمثلة لتوسع القضاء الفرنسي في بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٤٢ - أما التضامن بين الدائنين فإنه لا يفترض، لا في مصر ولا في فرنسا، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ١٢٧).

(٤) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٤٣ - ص ٤٤٤. على أن محكمة النقض الفرنسية قضت حديثاً بأن الشركاء في خطأ مشترك، وإن كان يجوز الحكم على كل منهم بتعويض كل الضرر الناجم عن هذا الخطأ، إلا أنهم لا يكونون متضامنين (نقض فرنسي ١٠ مايو سنة ١٩٤٨ J.S. ١٩٥٠ ص ٩٢).

(٥) وقد كتبنا في الموجز في هذا الصدد ما يأتي: «والقاعدة التي تقضي 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، وجارتهم في ذلك أخيراً محكمة النقض الفرنسية. أما في مصر فنزعة القضاء تتجه 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 مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦ - ١١ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٩ - وقضت محكمة المنشية 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 رأي 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 =

استحدثت جديداً في هذا الصدد، فلا تزال القاعدة التي تقضي 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 بمفهوم 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 (١).

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. وإنما يقوم التضامن بين التجار في الحالات التي ورد فيها نص في القانون، وقد وردت نصوص مختلفة بهذا المعنى في التقنين التجاري سنداً أهمها فيما يلي. كذلك يقوم التضامن في الالتزامات المدنية والتجارية على السواء التي يكون مصدرها عملاً غير مشروع، وتقضي بذلك المادة ١٦٩ مدني كما سيأتي، ويسرى هذا الحكم بوجه خاص على المسؤولية التقصيرية لأعضاء مجالس إدارة الشركات (٢).

وفيما عدا الحالات التي ورد فيها نص في القانون يقضي بالتضامن، لا يقوم التضامن بين التجار في مصر، كما قدمنا، دون شرط يقضي به. على أن هذا الشرط الذي يقضي

= التسامح في استنباط الدليل على قيام رابطة التضامن أو تقرير قرينة مبدئية لمصلحة الدائن، وهو دليل يحتل الجدل وقرينة يصح 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 وقرة ٦٦٢ ص ٢٥٢ - استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٨ - ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ٢٩٣.

(١) ويذهب الأستاذ إسماعيل 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 المحي حجازي ١ ص ٢٢٧.

(٢) ذلك أن وكالة مجلس إدارة الشركة المساهمة هي وكالة قانونية لا اتفاقية، ومن ثم تكون مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة أمام الشركة والمساهمين والغير مسؤولية تقصيرية، فيكون جميع أعضاء مجلس الإدارة متضامنين في هذه المسؤولية (م ١٦٩ مدني). على أن المسؤولية تكون فردية إذا قام أحد الأعضاء بمفرده بعمل ضار بالشركة أو بالغير، دون أن يشترك معه الآخرون في هذا الخطأ، ودون أن يقصروا في واجبه من الرقابة (انظر رسالة الدكتور مصطفى كمال وصفي في المسؤولية المدنية لأعضاء مجالس الإدارة في شركات المساهمة - القاهرة سنة ١٩٥١ ص ٣٦ - ص ٤٠).

بالتضامن يمكن استخلاصه في المسائل التجارية بأيسر مما يستخلص في المسائل المدنية، وذلك لسببين: (أولاً) إذا أراد الدائن إثبات شرط التضامن في المسائل التجارية، فإن جميع طرق الإثبات تكون مفتوحة أمامه، فيستطيع أن يثبت بالبينة، بل بالقرائن وحدها، ولو زادت قيمة الالتزام على خمسمائة جنيه، وذلك وفقاً للقواعد العامة للإثبات في المواد التجارية. (ثانياً) وعندما يريد الدائن أن يثبت شرط التضامن عن طريق القرائن، فمن أهم هذه القرائن أن يكون الالتزام قائماً بين التجار في مسألة تجارية، فإن هذا وحده يمكن اعتباره قرينة هامة، إذا عززتها قرائن أخرى أمكن قاضي الموضوع أن يستخلص قيام التضامن في المسائل التجارية في كثير من اليسر.

المطلب الثاني

نص القانون كمصدر للتضامن بين المدينين

١٦٩- نصوص متناثرة في التقنينات والتشريعات المختلفة: وليس الاتفاق وحده هو مصدر التضامن السلبي، بل كثيراً ما يقوم التضامن بين المدينين بموجب نص في القانون كما قدمنا. وإذا قام التضامن على نص في القانون لم يجز أن يقاس عليه غيره، فإن أحوال التضامن القانوني المذكورة على سبيل الحصر^(١).

والنصوص التي تقيم التضامن السلبي كثيرة متناثرة في نواحي التقنينات والتشريعات المختلفة. وأهم هذه النصوص نجدتها في التقنين المدني والتقنين التجاري والتقنين الجنائي وتقنين المرافعات. ونورد طائفة منها على سبيل التمثيل.

ففي التقنين المدني نجد المادة ١٦٩ الخاصة بالتضامن في المسؤولية عن العمل غير المشروع، والمادة ١٩٢ الخاصة بتضامن الفضوليين إذا تعددوا، والمادة ٦٥١ الخاصة بتضامن المهندس والمقاول في مسؤوليتهما عن تهدم 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 في الكفالة القضائية وفي الكفالة القانونية.

وفي التقنين التجاري القديم نجد المواد ٢٢، ٢٣، ٢٩، ٣٠ - وقد أبقى عليها قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وهي خاصة بتضامن الشركاء في شركات التضامن، والمادة ١٤ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة وهي خاصة برجوع المكتب على

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٥٠٥ ص ٥١١.

المؤسسين في الشركة المساهمة، على سبيل التضامن، بالتعويض عند الاقتضاء إذا مضت مدة سنة على تاريخ الاكتتاب دون البدء في اتخاذ اجراءات تأسيس الشركة، والمواد ٣٩٠، ٣٩٥، ٤١٨، ٤٤٢ من قانون التجارة الجديد وهي خاصة بضمان الساحب للكيميالة والمظهر لها والضامن الاحتياطي وكافة الأشخاص المتزمين بها، والمادة ٥٧٤ من ذات القانون وهي خاصة بتضامن أمناء التفليسة عند التعدد، وفي قانون التجارة البحرية الجديد رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ نجد المادة ٢٢ وهي خاصة بالمسؤولية التضامنية عن الديون الناشئة عن الشروع في استغلال السفينة في حالة تعدد المديرون المالكون المشتاعون وحالة المالكون غير المديرين ما لم يتفق على خلاف ذلك، ونجد المادة ٣/٢٩٧ من ذات القانون وهي خاصة بتضامن السفن المخطئة، إذا نشأ التصادم عن الخطأ المشترك بينهما في المسؤولية قبل الغير إذا ترتب على الخطأ وفاة شخص أو إصابته بجروح.

وفي تقنين المرافعات نجد المادة ١٨٤ وهي خاصة بالتضامن في مصروفات الدعوى، إذا كانوا متضامنين في أصل التزامهم المقضى فيه.

وفي التقنين الجنائي نجد المادة ٤٤ وهي خاصة بالتضامن في الغرامات النسيية.

ونكتفي بهذا القدر من النصوص. ويمكن تقسيم الالتزامات التضامنية التي تشمل عليها إلى التزامات مدنية والتزامات 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 ١/٦٥١ و٢ على ما يأتي: «(١) يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده 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

(١) هذا ويلاحظ أن الالتزامات المدنية التي يقيم فيها القانون التضامن بنص 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.

نصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها هديد متانة البناء وسلامته. وظاهر أن مسؤولية كل من المهندس المعماري والمقاول نحو 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 القول، فكان لا بد من شرط في عقد المقاولة أو نص في القانون ليقوم التضامن بين المهندس المعماري والمقاول في هذه المسؤولية، فوجد النص المتقدم الذكر وهو يخفى 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 ١/٧٠٧ مدني على أنه «إذا تعدد الوكلاء كانوا مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام، أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك (١). على أن الوكلاء، ولو كانوا متضامنين؛ لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة أو متعسفاً في تنفيذها». وهنا التزامات الوكيل ومسئوليته 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 بمجاوزة 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 ١/٧٠٨ مدني على أنه «إذا أُناب 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

(١) مفاد نص المادة ١/٧٠٧ من القانون المدني أن الوكلاء لا يكونون متضامنين في التزاماتهم قبل الموكل إلا إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام أو كان الضرر الذي أصاب الموكل وقع نتيجة خطأ مشترك بين الوكلاء جميعاً.

(جلسة ١٩٧٧/٥/٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص ١١١٨)

تعيين نائب فلا يربط النائب بالموكل عقد ما، وتكون مسؤوليته نحو الموكل مسؤولية تقصيرية. وكان مقتضى أن تكون مسؤولية الوكيل تعاقدية ومسؤولية النائب تقصيرية ألا يقوم بينهما تضامن (solidarité) بل يقوم تضامن (obligation in solidum) على ما سنرى، ولكن النص صريح في إنشاء التضامن بين الوكيل ونائبه بما يستتبع التضامن من نتائج أصلية ونتائج ثانوية (١). وتنص أخيراً المادة ٧١٢ مدني على أنه «إذا وكل أشخاص متعددون وكيلاً واحداً في عمل مشترك، كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة، ما لم يتفق على غير ذلك». وهنا نرى أن الالتزام بتنفيذ الوكالة والقيام بهذا العمل المشترك مصدره عقد الوكالة، فالتضامن دون شرط في العقد لا يقوم إلا بنص في القانون، وهو النص المتقدم الذكر (٢).

١٧١ - التزامات مدنية مصدرها العمل غير المشروع: تنص المادة ١٦٩ مدني على أنه «إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض». وهذا نص من النصوص الجوهرية في التضامن، له أهمية بالغة ومدى واسع في التطبيق، فهو يقضى بالتضامن في المسؤولية عن أي عمل غير مشروع. وواضح أن العمل غير المشروع قد أصبح في العصر الحاضر مصدراً هاماً من مصادر الالتزام، وهو يكاد يداني العقد في أهميته. فوضع النص مبدأ عاماً هو التضامن في المسؤولية التقصيرية، بخلاف المسؤولية التعاقدية وجميع الالتزامات الناشئة عن العقد فقد رأينا أن التضامن فيما لا

(١) وتقضى الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٨ مدني بوجود دعوى مباشرة للموكل قبل نائب الوكيل، وهذا أدعى لتقرير التضامن دون التضامن، فإن الموكل يستطيع أن يطالب كلا من الوكيل ونائبه بدعوى مباشرة بنفس الدين، وهذا هو التضامن كما سنرى.

ثم إن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٨ مدني تقضي، إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه، ألا يكون مسئولاً إلا عن خطأه في اختيار نائبه أو عن خطأه فيما أصدر له من تعليمات. فهل يكون، إذا تحققت مسؤوليته على هذا النحو، متضامناً مع نائبه؟ لم يصرح النص بالتضامن هنا كما صرح به في الفقرة الثانية، وليست المسؤولية في هذا القرض ناشئة عن خطأ مشترك يوجب التضامن، ومن ثم نرى أن المسؤولية هنا تكون بالتضامن لا بالتضامن.

(٢) استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٨١ - ٤ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢١٨ - ١٧ يونيو 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 في قضية مشتركة، كانوا جميعاً متضامنين في التزامهم بدفع الأتعاب للمحامي (بودري 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 (بودري وبارد ٢ فقرة ١١٨٦).

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

(١) أما في فرنسا فلا يوجد نص عام يقابل نص المادة ١٦٩ مدني مصري، ولكن يوجد نص في التقنين الجنائي الفرنسي (م ٥٥) يقضى بالتضامن في الغرامة والرد والتعويض والمصروفات المحكوم بها على عدة أشخاص أدبوا في جناية أو جنحة مشتركة. ولا بد من أن يكون المحكوم عليهم قد اشتركوا جميعاً في الجناية أو الجنحة التي حكم من أجلها، ويقوم التضامن بينهم بحكم القانون دون حاجة لذكره في الحكم بالإدانة (بلانبول 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. وتنبط جذور هذه القاعدة التقليدية إلى أغوار بعيدة من الماضي السحيق، إذ يرجع عهدها إلى القانون الروماني في مبادئه الخاصة بالغش والإكراه. فقد كانت هذه المبادئ تقضى بأنه إذا اشترك عدة أشخاص في ارتكاب إحدى هاتين الجريمةتين، كان كل منهم مسئولاً عن تعويض كل الضرر الناجم عن هذا العمل، إذ لا يخفف من مسؤولية الشخص عن خطئه أن غيره أخطأ معه. ولكن إذا قام أحد الشركاء بتعويض الضرر برئت 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 التقنين الجنائي الفرنسي لم تقم التضامن إلا في حالة الحكم على شركاء في جناية أو جنحة، فخرج من نطاقها الاشتراك في خطأ مدني بل والاشتراك في جناية أو جنحة 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 التقنين الجنائي عن طريق القياس. وتنتقل القضاء الفرنسي في تأصيل قاعدته - وهي تقضى بمسؤولية 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 التضام (انظر بلانبول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٩ - فقرة ١٠٧٠) - وانظر في انقسام الفقه الفرنسي في هذه المسألة بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٠١ - فقرة ١٣٠٢.

(١) أ- مفاد نص المادة ٢٩٦ من القانون المدني ان التضامن - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا ينال من استقلال كل من المتضامنين عن الآخر في الخصومة وفي الطعن في الحكم الصادر فيها ولا مجال في هذا الوضع للقول بنباية المسئولين بالتزام تضامني عن بعضهم البعض في إجراءات الخصومة واعتبار الاستئناف المرفوع من احدهم بمثابة استئناف مرفوع من الآخر.

(الطعن رقم ٨٠٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ٨٣/١٢/٨ ص ٣٤ ص ١٧٧٩)

ب- متى تنازل المدعي أمام محكمة أول درجة عن طلب التضامن فإنه لا يملك العودة إلى طلب التضامن في الاستئناف إذ يعد هذا الطلب طلباً جديداً لا يجوز ابدائه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ذلك وفقاً للمادة ١/٤١١ مرافعات (قديم).

(جلسة ١٩٦١/٤/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص ٣٥٣).

التضامن فيه على نص في القانون، ذلك أن افتراضه في العقد بموجب نص لا يمنع من جواز الاتفاق على استبعاده، إذ لا يعتبر التضامن هنا من النظام العام. فيجوز إذن أن يشترط في عقد المقاولة 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 عالجتنا التضامن في المسؤولية التقصيرية^(٢)، فنجتزئ هنا بالإشارة إلى أنه حتى يقوم التضامن بين المسئولين المتعددین 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 بخطئه هو ذات الضرر الذي أحدثه الآخرون، أي أن يكون الضرر الذي وقع منهم هو ضرر واحد^(٣). ولا يلزم بعد ذلك أن يكون هناك تواطؤ ما بين المسئولين، أو أن ترتكب الأخطاء في وقت واحد^(٤). ولا ضرورة لأن تكون الأخطاء عملاً واحداً أو جريمة واحدة^(٥)، فقد تكون أحدهما عمداً والآخر غير عمد، وقد تختلف جسامة الأخطاء فيقترب خطأ جسيم بخطأ يسير،

ج- مفاد ٤٨ من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢، أن الشارع وضع التزاماً على رب العمل الجديد والذي آلت إليه المنشأة بمسؤوليته بالتضامن مع رب العمل السابق قبل العمال - ومن مقتضى الالتزام التضامني أنه لا يتعين توجيه الطلب الخاص به ابتداءً إلى رب العمل السابق.

(جلسة ١٩٦٢/٥/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٧١٦)

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ٢٤٧ - فقرة ٢٤٨ - لوران ١٧ فقرة ٢٩٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ١١٨٠ - بلانبول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٨ ص ٤٣٠.

(٢) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٠: وقد ذكرنا نوع خاص أن التضامن في المسؤولية التقصيرية كان مقرراً 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 المصري بخلاف القانون الفرنسي مسؤولة تضامنية (الوسيط جزء أول ص ٩٢٠ هامش رقم ١).

(٣) فإذا سرق أحد المصوص عجلة السيارة، ثم جاء لص آخر فسرق بعض الآلات، لم يكن اللصان متضامنين، لأن كلا منهما أحدث بخطئه ضرراً غير الضرر الذي أحدثه الآخر (الوسيط جزء أول ص ٩٢٦).

(٤) فإذا حاول لص سرقة منزل فنقب فيه نقياً ثم ذهب ليستحضر ما يستعين به على السرقة، فأثى 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 والآخر إخفاء لأشياء مسروقة، أو يكون الخطأ الأول جناية قتل والخطأ الآخر جنحة ضرب (انظر في قضاء محكمة النقض في هذه المسائل الوسيط جزء أول ص ٩٢٦ هامش رقم ٣).

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.

ومتى تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع على هذا النحو، كانوا جميعاً متضامنين في المسؤولية، فيستطيع المضرور أن يطالبهم جميعاً بالتعويض، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء ويطلبه بالتعويض كاملاً (١). ويرجع من دفع التعويض على الباقي، كل بقدر نصيبه حسب جسامه الخطأ الصادر منه (٢). فإن تعادلت الأخطاء في الجسامه، أو لم يمكن تعيين

(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 جزء أول ص ٩٢٧).

(٢) وقد يكون أحد المسؤولين 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 المسؤولية وحده (استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٩).

(١) التضامن لا يفترض ولا يؤخذ فيه بالظن ولكن ينبغي أن يرد إلى نص في القانون أو إلى إتفاق صريح أو ضمني وإذا كانت المادة ١٦٩ من التقنين المدني تقضي بتضامن المسؤولين عن العمل الضار في التزامهم بتعويض الضرر إلا أن ذلك مشروط بأن يكون الضرر المطلوب التعويض عنه هو ذات الضرر الذي أسهم خطأ المسؤولين في إحداثه دون أن يكون في الوسع تعيين من أحدث الضرر حقيقة من بينهم أو تحديد نسبة مساهمة كل منهم في إحداثه.

(الطعنان ٦٧٢/٥٩٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ٨٢/٦/١٥ ص ٣٣ ص ٧٥٧)

ب- إذا كان الغصب في ذاته فعلاً ضاراً، وكان الربح - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يعتبر بمثابة تعويض لصاحب العقار المتغصب مقابل ما حرم من ثماره، وكان من المقرر طبقاً لنص المادة ١٦٩ من القانون المدني أنه إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، فإن الحكم إذ أيد الحكم المستأنف فيما قضى به من إلزام الطاعنين متضامنين بالربح يكون قد التزم صحيح القانون.

(الطعن رقم ٩٤٤ سنة ٤٥ ق جلسة ٨٠/٣/٤ ص ٣١ ص ٧٠١)

ج- إذا كان الحكم قد اعتبر الشركة الطاعنة (شركة التأمين) ملتزمة بالتعويض بموجب عقد التأمين بين الشركة المطعون ضدها الثانية ملزمة به نتيجة «الفعل الضار» فإنهما يكونان ملتزمين يدين واحد له مصدران مختلفان ومن ثم تتضام ذمتهما في هذا الدين دون أن تتضامن إذ أن الالتزام التضامني يقتضي وحدة المصدر.

(الطعن رقم ٣٠٦ سنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ ص ١٧ ص ٣٢٩)

د- لم يقرر القانون التضامن في الالتزام بتعويض الضرر إذا تعدد المسؤولون عنه الا عندما تكون مسؤوليتهم عن عمل غير مشروع. واذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه بمسؤولية الطاعنين «التابعين» عن الضرر الذي لحق المضرور على ان الوزارة التي يتبعها الطاعنان مسؤولية عن =

مقدار الجسامه في كل خطأ، كان نصيب كل منهم في التعويض مساوياً لنصيب الآخر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي (١) (١).

ويلحق بالتضامن في المسؤولية 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. ما لم ينص الحكم على خلاف 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 ١٠٣ من قانون العقوبات على أن «كل موظف عمومي طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية لأداء عمل من أعمال وظيفته يعد مرتشياً. ويعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تزيد على ما أعطى أو وعد به. ونصت المادة ١٠٣ مكرراً المعدلة بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٦٢ «يعتبر مرتشياً ويعاقب بنفس العقوبة المنصوص عليها في المادة السابقة كل موظف عمومي طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو

الضرر مسؤولية تعاقدية كما أنها مسؤولة عن اعمالهما بوصفهما تابعين لها مسؤولية وصفها الحكم بانها مسؤولية التابع للمتبوع وان من شأن هذه المسؤولية ان تلتزم الوزارة والطاعنان بالتضامن بتعويض ذلك الضرر فان الحكم المطعون فيه إذ رتب مسؤولية الطاعنين على مجرد وجود تعاقد بين متبوعها - وزارة التربية والتعليم - وبين المضرور وولي امره يجعل الوزارة ملتزمة بتعويض الضرر الذي اصاب المضرور ولم يكن الطاعنان طرفاً في هذا التعاقد، وعلى قيام التضامن بين الطاعنين وبين الوزارة دون ان يسجل عليهما وقوع أى خطأ شخصي من جانبهما وبين ماهيته ونوعه فان هذا الحكم يكون قد بنى قضاءه بمسؤولية الطاعنين على أساس فاسد.

(الطعن رقم ٥١٦ سنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ ص ١٥ ص ١٠٢٢)

(١) استئناف مختلط ٢٢ إبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٧٢ - على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت في بعض أحكامها بأن المتبوع مسؤول مع التابع مسؤولية تضامنية لا مسؤولية تضامنية (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٧٥).

(١) الاصل في المسؤولية التضامنية عن العمل الضار ان تقسم على المسؤولين في إحداث الضرر إلى حصص متساوية بين الجميع أو بنسبة خطأ كل منهم.

(الطعن رقم ١٥٢ سنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٨/٤/٢ ص ١٩ ص ٧١٩)

أخذ وعداً أو عطية لأداء عمل يعتقد خطأ أو يزعم أنه من أعمال وظيفته أو للامتناع عنه. وقضت المادة ١٠٤ بان كل موظف عمومي طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية للامتناع عن عمل من أعمال وظيفته أو للإخلال بواجباتها أو لمكافأته على ما وقع منه من ذلك يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة وضعف الغرامة المذكورة في المادة ١٠٣ من هذا القانون.

ونصت المادة ١٠٤ مكرراً المعدلة بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٦٢ على أن «كل موظف عمومي طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية لأداء عمل من أعمال وظيفته أو يعتقد خطأ أو يزعم أنه من أعمال وظيفته أو للامتناع عنه أو للإخلال بواجبات الوظيفة يعاقب بعقوبة الرشوة المنصوص عليها في المواد الثلاثة السابقة حسب الأحوال حتى ولو كان يقصد عدم القيام بذلك العمل أو عدم الامتناع عنه أو عدم الإخلال بواجبات الوظيفة. ومع ذلك قد تكون الغرامة النسبية عقوبة أصلية فقد نصت المادة ٢٠٤ مكرراً ثالثاً المضافة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ «كل من حبس عن التداول أي عملة من العملات المعدنية المتداولة قانوناً أو صهرها أو باعها أو عرضها للبيع بسعر أعلى من قيمتها الاسمية أو أجرى أي عمل فيها ينزع عنها صفة النقد المقررة، يعاقب بالحبس مع الشغل وغرامة تساوي عشرة أمثال قيمة العمل محل الجريمة وبمصادرة العملة أو المعادن المضبوطة. فإذا 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 للقاضي، فإن لم ينص عليه كان التضامن قائماً بين المحكوم عليهم بحكم القانون. إلا أنه يلاحظ في جريمة الرشوة أنه يتعين على القاضي أن يحكم على كل من المرتشى والرائشي والوسيط بغرامة تساوي قيمة الرشوة، فهنا التضامن إجبارى من جهة، ومن جهة أخرى لا تنقسم الغرامة الواحدة المحكوم عليهم بل كل منهم يدفع الغرامة كاملة ولا يرجع بشئ منها على أحد من شركائه.

١٧٢ - التزامات مدنية مصدرها الاثراء بلا سبب: وتنص الفقرة الثالثة من المادة ١٩٢ مدني على ما يأتي: «وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد، كانوا متضامنين في المسؤولية». وهذا التضامن نظير للتضامن الذي قرره المادة ١/٧٠٧ إذا تعدد الوكلاء فيما مر، والفضولي أقرب ما يكون إلى الوكيل. وعلى الفضولي التزامات أربعة: المضي في العمل الذي بدأ به، وإخطار رب العمل بتدخله بمجرد أن يستطيع ذلك، وبذل عناية الشخص المعتاد في القيام بالعمل، وتقديم حساب رب العمل مع رد ما استولى عليه بسبب الفضالة. وأغلب هذه الالتزامات مصدرها القانون، بناها على عمل مادي صدر من الفضولي^(١). ولكن يوجد بين

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٨٧٧.

هذه الالتزامات التزام - هو رد الفضولي لما استولى عليه بسبب الفضالة - يمكن القول بأن مصدره هو الإثراء بلا سبب. ففي هذا الالتزام لو تعدد الفضولي يقوم التضامن بين الفضوليين المتعددين بموجب النص المتقدم الذكر. وفي الالتزامات الأخرى التي مصدرها القانون يقوم التضامن بين الفضوليين المتعددين بموجب النص نفسه^(١)، وهذه أمثلة على الالتزامات المدنية التي مصدرها القانون تضاف إلى أمثلة أخرى سنوردها فيما يلي.

وتنص المادة ٧٩٥ مدني على أنه «في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين». والكفالة القانونية هي ما ينص القانون على وجوب تقديمها، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٢٨٩ من تقنين المرافعات من أن «النفاد المعجل واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة في المواد التجارية، سواء قابلة للمعارضة أم للاستئناف أم طعن فيها بهاتين الطريقتين، وذلك بشرط تقديم كفالة». والكفالة القضائية هي ما يجعل القانون للقاضي جواز أن يحكم بها، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٢٩٠ من قانون المرافعات من أنه «يجوز الأمر بالنفاد المعجل بكفالة أو بغير كفالة في الأحوال الآتية: (١) الأحكام الصادرة بأداء النفقات والأجور والمرتبات. (٢) إذا كان الحكم قد صدر تنفيذاً لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي أو مشمول بالنفاد المعجل بغير كفالة أو كان مبنياً على سند رسمي لم يطعن فيه بالتزوير وذلك متى كان المحكوم عليه خصماً في الحكم السابق أو طرفاً في السند. (٣) إذا كان المحكوم عليه قد أقر بنشأة الالتزام. (٤) إذا كان الحكم مبنياً على سند عرفي لم يجحده المحكوم عليه. (٥) إذا كان الحكم صادراً لمصلحة طالب التنفيذ في منازعة متعلقة به. (٦) إذا كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له. فالمادة ٧٩٥ مدني سالفه الذكر، في كل من الكفالة القانونية والكفالة القضائية، نصت على تضامن الكفيل مع المكفول (أي طالب التنفيذ) وعلى تضامن الكفلاء فيما بينهم إذا تعددوا. وظاهر أن مصدر الالتزام بتقديم الكفيل، قانونياً كان أو قضائياً، هو القانون. أما مصدر التزام الكفيل نفسه فهو عقد كفالة بينه وبين المكفول له أي 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 بالنفاد المعجل فيما إذا ألغى هذا الحكم، ومصدر هذا الالتزام هو الإثراء بلا سبب.

١٧٣ - التزامات مدنية مصدرها القانون: نضيف إلى التزامات الفضولي التي مصدرها القانون فيما قدمناه التزام المحكوم عليهم بمصروفات الدعوى. فقد نصت المادة ١٨٤ من

(١) ويلاحظ أن القانون لم ينص على تضامن أرباب العمل إذا تعددوا كما نص على تضامن الموكلين عند التعدد في المادة ٧١٢ مدني. والسبب في ذلك أن الموكلين قد جمعهم عقد واحد فالتضامن بينهم مستساغ، أما أرباب العمل فلم يجمعهم رابطة إلا عمل الفضولي نفسه فقل أن توجد بينهم رابطة تسوغ قيام التضامن (الوسيط جزء أول فقرة ٨٩٧ ص ١٢٦٩).

قانون المرافعات على أنه «يجب على المحكمة عند إصدار الحكم الذي تنتهي به الخصومة أمامها أن تحكم من تلقاء نفسها في مصاريف الدعوى ويحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ويدخل في حساب المصاريف مقابل أتعاب المحاماة، وإذا تعدد المحكوم عليهم جاز الحكم بقسمة المصاريف بينهم بالتساوي، 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 فيه. 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، فمتى كانوا متضامنين في هذا الالتزام كانوا أيضاً متضامنين في مصروفات الدعوى التي قضى فيها عليهم بوفاء التزامهم^(١). وفي غير هذه الحالة تنقسم المصروفات عليهم دون تضامن، كل بنسبة مصلحته في الدعوى حسب تقدير المحكمة أو بالتساوي فيما بينهم^(٢).

١٧٤- التزامات تجارية وبحرية: وهناك التزامات نص فيها التقنين التجاري وقانون التجارة البحرية على قيام التضامن بين المدينين.

ففي الشركات نصت المادة ٢٢ من التقنين التجاري القديم والتي ابقى عليها قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ 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

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٣٣ من تقنين المرافعات السابق (المادتان ١٥٧، ١٥٨ من قانون الاثبات) 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 المحكوم له في الدعوى بأتعاب الخبير بالتضامن مع المحكوم عليه بالمصروفات (نقض مدني ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠١ ص ٢٦٥). ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الخصم الذي طلب تعيين الخبير والخصم المحكوم عليه بأتعاب الخبير 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 بها جميعاً على كل من المحكوم عليهم كجزء من التعويض (بلانويول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٣).

(٢) 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 سنتين يوماً من تاريخ حصوله، ويكون كل من التنازل والتنازل له مسؤولاً بالتضامن عما يستحق من ضرائب على المنشأة المتنازل عنها إلى تاريخ التنازل» (انظر الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٢٨).

مسؤولون بالتضامن في أموالهم الشخصية عن جميع التزامات الشركة^(٢)(١). ونصت المادة ٢٣ تجاري من ذات القانون على أن «شركة التوصية هي الشركة التي تعقد بين شريك واحد أو أكثر مسؤولين ومتضامنين وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب أموال فيها وخارجين عن الإدارة ويسمون موصيين». ونصت المادة ٢٩ تجاري على أنه «إذا أذن أحد الشركاء الموصيين بدخول اسمه في عنوان الشركة، خلافاً لما هو منصوص عليه في المادة ٢٦، فيكون ملزماً على وجه التضامن بجميع ديون وتعهدات الشركة». ففي شركة التوصية إذن يوجب شركاء مسؤولون بالتضامن عن جميع ديون الشركة، ويدخل في هؤلاء الشركاء الموصون إذا أذنوا بدخول أسمائهم في عنوان الشركة. وتضيف المادة ٣٠ تجاري حالة أخرى يكون فيها الشركاء الموصون مسؤولين بالتضامن عن ديون الشركة فتقول: «وكذلك إذا عمل أي واحد من الشركاء الموصيين عملاً متعلقاً بإدارة الشركة يكون ملزماً على وجه التضامن بديون الشركة وتعهداتها التي تنتج من العمل الذي 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 ١٤ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ باصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة على أن «إذا لم يتم تأسيس الشركة بسبب خطأ مؤسسها في خلال ستة أشهر من تاريخ طلب الترخيص بانشائها، جاز لكل مكتب أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين من يقوم برد الأموال المدفوعة وتوزيعها على المكتتبين. ويكون للمكتب أن يرجع على المؤسسين - على سبيل التضامن - بالتعويض عند الاقتضاء، كما يجوز لكل من اكتتب أن يطلب استرداد قيمة ما اكتتب به في رأس مال الشركة تحت التأسيس إذا مضت مدة سنة على تاريخ الاكتتاب دون البدء في اتخاذ إجراءات تأسيس الشركة». هذا ويلاحظ أن الشركة المدنية لا تضامن بين الشركاء فيها فيما

(١) وهناك من يذهب إلى أن دائن الشركة يرجع بجميع حقه على الشركة أو على أي من الشركاء في ماله الخاص، فالشركة والشركاء متضامنون جميعاً في ديون الشركة. وهناك من يذهب إلى أن الدائن لا يرجع على أي 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 إعادتها، إذ الشركاء متضامنون فيما بينهم ولكنهم غير متضامنين مع الشركة بل ويعتبرون في حكم الكفلاء لها.

(٢) الشريك المتضامن يسأل في أمواله الخاصة عن كافة ديون الشركة فيكون مديناً متضامناً مع الشركة ولو كان الدين محل المطالبة ثابتاً في ذمة الشركة وحدها، ومن ثم يكون للدائن مطالبته على حدة بكل الدين.

اجلسة ١٩٧٣/٦/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ١٢٨٥

وفي المسؤولية قبل الغير عن الضرر البدني الناجم عن التصادم الناشئ عن الخطأ المشترك للسفن نصت المادة ٣/٢٩٧ من ذات القانون الجديد على أنه «وتكون المسؤولية قبل الغير بالتضامن إذا ترتب على الخطأ وفاة شخص أو إصابته بجروح، ويكون للسفينة التي تدفع أكثر من حصتها الرجوع بالزيادة على السفن الأخرى».

المطلب الثالث

وحدة المحل وتعدد الروابط - الالتزام التضامني

(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 السليبي هي نفس مظاهرها في روابط الدائنين بالمدين في التضامن الإيجابي، على ما مر. وترتب على ذلك:

(١) يجوز أن تكون إحدى هذه الروابط موصوفة والأخرى بسيطة، كما يجوز أن يلحق إحدى الروابط وصف ويلحق رابطة أخرى ووصف آخر. ومن ثم يصح أن يكون أحد المدينين المتضامن 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 مدني إذ تقول: «يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، ويراعى في 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- وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «ويناط تفسير القواعد الخاصة بالتضامن السليبي والإيجابي على حد سواء بفكرتين استنبطهما الفقه، هما فكرة وحدة الدين وفكرة تعدد الروابط. فلكل مدين متضامن أن يوفي الدين بأسره ويكون وفاؤه هذا مبرراً لذمة الباقيين. وعلى هذا النحو لا يكون من حق الدائن أن يطالب بالوفاء بكل الدين فحسب، بل ويكون من واجبه كذلك أن يقبل أداءه، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك في التضامن الإيجابي» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦).

(٢) بلانبول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٦ ص ٤٤٥.

يلزم كلا منهم من ديون الشركة ما لم يتفق على خلاف ذلك (م ١/٥٢٤ مدني).

وفي الكمبيالات تنص المادة ١/٣٩٠ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على ما يأتي: «يضمن صاحب الكمبيالة قبولها ووفاءها. وهذه المادة تقابلها المادة ١١٧ من القانون القديم التي كانت تنص على أن صاحب الكمبيالة والمحيلون المتناقلون لها يكونون مسئولين على وجه التضامن عن القبول والدفع في ميعاد الاستحقاق. كما تقول المادة ٣٩٥ من ذات القانون أنه: يضمن المظهر قبول الكمبيالة ووفاءها ما لم يشترط غير ذلك. وهذه المادة تقابلها المادة ١١٧ سالفه البيان والمادة ١٣٧ من القانون القديم التي كانت تنص على أن صاحب الكمبيالة وقابلها ومحيلها ملزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن».

وجعلت المادة ٤١٨ من ذات القانون الجديد الضامن ضمناً احتياطياً مسئولاً على وجه التضامن فنصت على أن:

١- يجوز ضمان وفاء مبلغ الكمبيالة كله أو بعضه من ضامن احتياطي.

٢- ويكون هذا الضامن من أي شخص ولو كان ممن وقعوا الكمبيالة.

وهذه المادة كان يقابلها في قانون التجارة القديم المادتان ١٣٨، ١٣٩ ونصت المادة ١/٤٤٢ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن: ١- الأشخاص الملتمزمون بموجب كمبيالة مسئولون بالتضامن قبل حاملها.

وفي الافلاس نصت المادة ٥٧٤ من ذات القانون على أن: ١- إذا تعدد أمناء التفليسة وجب أن يعملوا مجتمعين ويسألون بالتضامن عن ادارتهم.

٢- ويجوز لقاضي التفليسة أن يقسم العمل بينهم أو أن يعهد إلى أحدهم بعمل معين، وفي هذه الحالة لا يكون أمين التفليسة مسئولاً إلا عن العمل الذي يكلف به.

٣- ويجوز لأمناء التفليسة أن ينيبوا بعضهم البعض في القيام بالأعمال المعهود بها إليهم، ولا يجوز لهم إنابة الغير إلا بإذن من قاضي التفليسة، وفي هذه الحالة يكون أمين التفليسة ونائبه مسئولين بالتضامن عن الأعمال المذكورة.

وفي المسؤولية التضامنية عن الديون الناشئة عن الشروع في استغلال السفينة نصت المادة ٢٢ من قانون التجارة البحرية الجديد رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ على أنه «إذا كان المدير من المالكين في الشروع، كان مسئولاً في جميع أمواله عن الديون الناشئة عن الشروع، وإذا تعدد المديرين كانوا مسئولين في جميع أموالهم بالتضامن فيما بينهم، وكل اتفاق على خلاف ذلك لا يحتج به على الغير. ويسأل المالكون غير المديرين في جميع أموالهم وبالتضامن فيما بينهم عن الديون الناشئة عن الشروع ما لم يتفق على غير ذلك، ولا يحتج بهذا الاتفاق فيما بينهم على الغير إلا من تاريخ شهره في صحيفة تسجيل السفينة».

(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 قابلاً للإبطال وبعضها صحيحاً. فكل رابطة من الروابط المتعددة تستقل بعبوبها. 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. وسرى ذلك في أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء، فتتنقضي 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 المحل، فالروابط متعددة والمحل واحد. ووحدة المحل هذه هي التي تحتفظ للالتزام بوحده رغمًا من تعدد المدينين، وإلا لانقسم الدين على هؤلاء المدينين ولكان التزاماً متعدد الأطراف (obligation conjointe) من ناحية المدين كما سبق القول. وتعدد الروابط ووحدة المحل في التضامن السلي هما، كما في التضامن الإيجابي، المحور الذي تدور عليه جميع أحكام التضامن كما سرى.

١٧٦ - الالتزام التضامني (obligation in solidum): وإذا كان الالتزام التضامني obligation solidaire متعدد الروابط ولكنه موحد المحل، فانه أيضاً موحد المصدر. فإذا كان التضامن مصدره الاتفاق، فان الالتزام التضامني الذي يجمع ما بين المدينين المتضامنين هو التزام محله واحد وهو الدين، ومصدره واحد وهو العقد. وإذا كان التضامن مصدره نص في القانون، كما في التزام الوكلاء المتعددين أو الالتزام عن عمل غير مشروع، فان مصدر لالتزام التضامني هو عقد وكالة واحد أو عمل غير مشروع صدر من أشخاص متعددين فأحدث ضرراً واحداً (٢).

ولكن قد يتعدد مصدر الالتزام مع بقاء محله واحداً. مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٩٢ مدني من أنه «إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فان كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم». فهنا وجد

(١) سميناه في الجزء الأول من الوسيط «المسئولية المجتمعة»، ونؤثر الآن أن نسميه «الالتزام التضامني» (obligation in solidum) لنقابل به «الالتزام التضامني» (obligation solidaire).

(٢) وقد رأينا فيما يتعلق بالعمل غير المشروع أنه قد يتعدد الخطأ، ولكن ما دام الضرر يجب أن يكون واحداً، والضرر هو أحد أركان المسئولية التقصيرية، فوحدة الضرر قد تتغلب على تعدد الخطأ، فيتوحد المصدر وتكون المسئولية تضامنية إذا وجد نص في القانون يقضي بالتضامن، كما فعل التقنين المدني المصري (م ١٦٩). وقد يتغلب تعدد الخطأ على وحدة الضرر فيتعدد المصدر وتكون المسئولية تضامنية ما دام لا يوجد نص في القانون يقضي بالتضامن، كما هي الحال في القانون الفرنسي.

كفلاء متعددون، وكل منهم قد التزم في عقد مستقل بكفالة دين واحد، فالروابط التي تربط الكفلاء المتعددين بالدائن روابط متعددة إذ كل كفيل منهم تربطه بالدائن رابطة مستقلة، ومصدر التزام كل كفيل هو أيضاً متعدد إذ التزام 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 ملزماً بنفس الدين، فقد تضامت ذمهم جميعاً في هذا الدين الواحد دون أن تضامن، فالالتزام يكون التزاماً تضامياً (obligation in Solidum) لا التزاماً تضامنياً (obligation solidaire) (١).

(١) بدأ الفقه في فرنسا بالتمييز بين التضامن الكامل (solidarité parfaite) والتضامن الناقص (solidarité imparfaite)، وانقسم الفقهاء في تحديد فيصّل 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 ذهب 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 ٣٥ وتعليق بارتان في هامش رقم ٦).

ولكن ما لبث الفقه الفرنسي أن هجر هذا التمييز بين تضامن كامل وتضامن ناقص، إذ لا يوجد إلا نوع واحد من التضامن هو التضامن الكامل. أما ما يسمى بالتضامن الناقص فليس نوعاً آخر من التضامن، بل هو نظام قانوني مستقل كل الاستقلال عن نظام التضامن (solidarité)، وتمكن 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 متضامنين في هذا الدين دون أن يكون هناك تضامن بينهم. وليس الالتزام التضامني هو في الأصل التزام تضامني نزل درجة بعد أن استبعدت منه فكرة النية التبادلية، بل إن للالتزام التضامني منطقة خاصة به وللالتزام التضامني منطقة أخرى لا تتلاقى مع المنطقة الأولى. والنظامان مستقلان أحدهما عن الآخر، وليس الثاني مشتقاً من الأول. وإذا كانت المصلحة المشتركة بين المدينين المتعددين منعدمة في 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 بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٩٦ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٩ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٤٧ وما بعدها - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٨٤ - جوسران ٢ فقرة ٧٧١). ويشور دي باج على فكرة الالتزام التضامني ثورة عنيفة (انظر دي باج ٣ فقرة ٣٣٠)، بينما يدافع عنها دريدا (Derrida) دفاعاً قوياً (انظر أنسيكلويدى داللو ٥ لفظ solidarité فقرة ١٣١ - فقرة ١٥٧).

والذي يميز الالتزام التضامني عن الالتزام التضامني أن المدينين المتضامنين في الالتزام الأول لا تجمعهم وحدة المصلحة المشتركة كما تجمع المدينين المتضامنين في الالتزام الثاني. ذلك أن التضامن يقتضي كما قدمنا وحدة المصدر، ووحدة المصدر هذه هي التي تفترض وجود المصلحة المشتركة بين المدينين المتضامنين. أما في الالتزام التضامني فالمصدر متعدد، فلا محل إذن لافتراض وجود مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامنين. وفي 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 في تعيين الآثار التي تترتب على التضامن في الالتزام وتلك التي تترتب على التضامن فيه. أما الآثار التي تترتب على التضامن فتقتصر على ما تقتضيه طبيعة الموقف، إذ كل من المدينين مدين بنفس الدين وبكل الدين. فيتربط على ذلك بدهاء أن الدائن يستطيع أن يطالب أي مدين منهم بكل الدين، وإذا هو استوفاه من أحدهم برئت ذمة الآخرين (1). كذلك يستطيع أي مدين منهم أن يوفي الدائن كل الدين، فتبرأ

(1) أ- مقتضى التضامن نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحداً، أنه يجوز للدائن أن يطالب أي مدين بكل الدين ولا يجوز للمدين الذي دفع الدين أن يرجع على مدين آخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما ولأنه إنما دفع عن نفسه.

(الطعن رقم ٢٤٧ سنة ٣٠ ق جلسة ٦٧/١١/٢١ ص ١٨ من ١٧١٧)

(وراجع ١٩٦٦/٢/١٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص ٣٢٩)

ب- متى كان الحكم قد اعتبر الطاعة بمقتضى الاقرار الموقع منها والذي تعهدت بسداد جميع دين البنك قبل زوجها، مدينة منضمة إلى زوجها المدين الأصلي وترتب على ذلك جواز مطالبة البنك الدائن لأي منهما بكل الدين، فإن هذا الذي قرره الحكم لا خطأ فيه إذ ليس في القانون ما يمنع من مسؤولية مدينين متعددين عن دين واحد فيكون هؤلاء المدينون متضامنين في هذا الدين دون أن يكون هناك تضامن بينهم ويكون كل منهما مسؤولاً عن كل الدين ويستطيع الدائن التنفيذ به كله قبل أيهما.

(الطعن رقم ٨٩ سنة ٣٤ ق جلسة ٦٨/٣/٢١ ص ١٩ من ٥٦٩)

ج- معنى التضامن نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحداً أنه يجوز للدائن أن يطالب كل مدين بكل الدين ولا يجوز للمدين الذي دفع الدين أن يرجع على مدين آخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما ولأنه إنما دفع عن نفسه، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن مسؤولية الطاعن تستند إلى مسؤوليته عن فعل الغير المقررة بنص المادة ١٧٤ من القانون المدني ومن ثم يكون مسؤولاً عن تابعه السابق - عن تعويض الضرر بالتضامن معه وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بالزامهما بالتعويض بالتضامن مع اختلاف الأثر القانوني المترتب على كل منهما على النحو السالف ايضاحه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه جزئياً في هذا الخصوص.

(الطعن رقم ٢٠٢٠ سنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٥)

د- الالتزام التضامني ولئن اتفق مع الالتزام التضامني في أنه يجوز للدائن أن يطالب أي مدين =

بذلك ذمة الآخرين. أما فيما يتعلق برجوع المدينين المتضامنين 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 الذي دفع الدين أن يرجع بدعوى الحلول عليهم ليطالب كلا منهم بحصته في الدين، كما يجوز له أن يرجع بكل الدين على المدين الأصلي. أما إذا وفي المدين الدين لدائته فإنه لا يرجع على أحد من الكفلاء، لأنه إنما دفع دين نفسه.

والآثار التي تترتب على التضامن في الالتزام، حيث يفترض وجود المصلحة المشتركة ما بين المدينين المتضامنين، أبعد مدى من ذلك. فسرى أن أي مدين متضامن تمكن مطالبته بكل الدين، وإذا وفاه برئت ذمة الآخرين، ويكون له في الغالب حق الرجوع عليهم كل بقدر نصيبه. ولا يقتصر الأمر على ذلك، إذ أن هناك مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامنين كما قدمنا، وهذه المصلحة هي التي تبرر مبدأ أساسياً في التضامن يقضي 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 في الالتزام التضامني حتى فيما ينفع، إذ لا توجد مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامنين. فإذا أعذر أحد الكفلاء المتوالتين الدائن، لم يكن الدائن معذراً بالنسبة إلى الكفلاء الآخرين. وإذا صدر حكم لمصلحة أحد هؤلاء الكفلاء لم يستفد منه الباقيون. وقل مثل ذلك في سائر الآثار التي تدعى بالآثار الثانوية (effets secondaires) للتضامن، والتي سيأتي بيانها تفصيلاً فيما يلي (١):

١٧٧- أمثلة للالتزام التضامني في القانون المصري: وقد أوردنا مثالا واحداً للالتزام التضامني، هو التزام الكفلاء المتعددين بعقود متوالية، ونعزز هذا المثال بأمثلة أخرى:

(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 متضامنين، لأنهم جميعاً مسؤولون عن دين واحد. فالحل 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.

=بكل الدين فان الالتزام الأول يختلف عن الالتزام الثاني في أنه لا يجوز للمدين الذي دفع الدين أن يرجع على مدين آخر بذات الدين إلا إذا سمحت بذلك طبيعة العلاقة بينهما.

(الطعن رقم ٥٠٠٨ لسنة ٦٨ ق- جلسة ٢٠٠٠/٥/٣)

(١) استئناف وطني ١٩ أكتوبر سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص ١٣.

(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 ٨٠ من قانون التجارة البحرية الجديد رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ أنه «يسأل مالك السفينة أو تجهزها مدنياً عن أفعال الریان والبحارة والمرشد وأي شخص آخر في خدمة السفينة متى وقعت منهم أثناء تأدية وظائفهم أو بسببها كما يسأل عن التزامات الریان الناشئة عن العقود التي يبرمها في حدود سلطاته القانونية. فقد قرر هذا النص مسؤولية مالك السفينة عن أعمال الریان غير المشروعة وعن التزاماته التعاقدية فيما يختص بالسفينة وتسفيرها. أما مسؤولية مالك السفينة عن أعمال الریان غير المشروعة فهذه مسؤولية المتبوع عن التابع في نطاق المسؤولية التقصيرية، ولذلك يكون الاثنان متضامنين في هذه المسؤولية عن العمل غير المشروع وفقاً لأحكام المادة ١٦٩ مدني، ويكون هذا مثلاً للتضامن في الالتزام لا للتضامن فيه. ولكن مسؤولية مالك السفينة عما يبرمه الریان من عقود خاصة بالسفينة وتسفيرها، فهذه مسؤولية تضامنية لا تضامنية، لأن التضامن في المسؤولية العقدية لا بد فيه من نص القانون، والنص هنا مقصور على جعل مالك السفينة مسئولاً عن وفاء ما التزم به الریان ولم يصرح بقيام التضامن بينهما، أي أنه اقتصر على جعل كل من المالك والریان مسئولاً عن نفس الدين وهذا هو التضامن.

(٣) كذلك يقوم الالتزام التضامني في المسؤولية العقدية عن الغير. وتحقق هذه المسؤولية إذا استخدم المدين بعقد شخصاً غيره في تنفيذ التزامه العقدى، فيكون مسئولاً مسؤولية عقدية عن خطأ هذا الشخص في تنفيذ العقد^(١). فالمؤجر مسئول عن تنفيذ التزاماته العقدية الناشئة عن عقد الإيجار نحو المستأجر، وقد يعهد إلى بواب بتنفيذ بعض هذه الالتزامات. فإذا قصر البواب في تنفيذها، بأن أهمل مثلاً فتسبب عن إهماله أن سرق المستأجر، أو أضاع المراسلات الموجهة إلى هذا المستأجر، كان هذا خطأً يستوجب مسؤولية البواب. ولما كان المؤجر مسئولاً هو أيضاً عن هذا الخطأ مسؤولية عقدية، فالالتزام بتعويض المستأجر في هذه الحالة واجب على البواب بخطأه، ثم إن نفس الالتزام واجب أيضاً على المؤجر بمقتضى مسؤوليته عن البواب. فهذا التزام واحد، له مدينان. ولا يمكن القول بأنهما متضامنان، فالتضامن مع المؤجر في مسؤوليته العقدية لا بد فيه من نص. ولكن مميزات الالتزام التضامني 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 التقصيري، أما مصدر التزام المؤجر فمسؤوليته العقدية عن الغير^(٢).

(٤) في المثليين المتقدمين رأينا أن شخصين يلتزمان بدين واحد بموجب مصدرين مختلفين^(١). فمالك السفينة مسئول عن تنفيذ العقد الذي أبرمه الریان، وهنا التابع - أي الریان - هو الذي أبرم العقد، فيصبح المتبوع مسئولاً عن تنفيذه. والمؤجر مسئول عن خطأ البواب في تنفيذ عقد الإيجار، وهنا - على خلاف الحالة الأولى - المتبوع هو الذي أبرم العقد والتابع هو الذي ينفذه. ويمكن أن تتصور 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 تقصيري. «فاذا تعاقد عامل فني مع صاحب مصنع - كما كتبنا في الجزء الأول من الوسيط - أن يعمل في مصنعه مدة معينة، وأخل بتعهد فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل في مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه، كان العامل الفني 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 الفني مسئول عن تعويض كامل لأنه أخل بالتزامه العقدى، وصاحب المصنع المنافس مسئول أيضاً عن تعويض كامل لأنه ارتكب خطأً جعله مسئولاً. فيكون كل منهما مسئولاً عن تعويض ضرر واحد تعويضاً كاملاً. وهذه ليست مسؤولية بالتضامن (solidarité) بل هي مسؤولية مجتمعة (تضامنية in solidum)^(١). وكذلك يكون الحكم إذا كان كل من الخطأ العقدى والخطأ التقصيري غير عمد، كما إذا ارتكب

خطأ هؤلاء الأشخاص الذى أضر بالدائن في الالتزام العقدى. فيوجد إذن المسئول وهو المدين في الالتزام العقدى، والمضروب وهو الدائن في الالتزام، والغير وهم الذين استخدمهم المدين في تنفيذ التزامه. وتقوم المسؤولية 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 المسؤولية العقدية عن الغير: الحد الأول أن يكون هناك بين المسئول والمضروب عقد صحيح، والحد الثاني أن يكون الغير معهوداً إليه في تنفيذ هذا العقد. ويجب أن يكون الغير قد أحدث الضرر في حال تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذه. فيكون الغير مسئولاً عن تعويض هذا الضرر مسؤولية تقصيرية إذ لا عقد يربطه بالمضروب، أما المرتبط بالعقد فمسئول نحو المضروب مسؤولية عقدية عن الغير، ويكون الاثنان مسئولين عن دين واحد هو التعويض دون أن يكونا متضامنين في هذا الدين (انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٣١ وفقرة ٤٣٢).

(١) التزام كل منهم بتعويض الضرر سواء كان خطأً ثابتاً أو خطأً مفترضاً. تعدد مصدر الالتزام بالتعويض بأن كان أحد الخطأين عقدياً والآخر تقصيرياً. مؤداه تضامناً ذمتها في هذا الدين دون أن تضامناً.

(الطعن رقم ٢٠٢٠ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٥)

(١) أما في فرنسا فيقوم بين العامل وصاحب المصنع المنافس تضامن (solidarité) لا تضامناً فحسب، وذلك بموجب المادة الثالثة من قانون ٥ فبراير سنة ١٩٣٢، بل كان القضاء الفرنسى يقضى بالتضامن حتى قبل صدور هذا القانون (بلائيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٨ من ٤٢٦ وفقرة ١٠٧٢).

(١) انظر في المسؤولية العقدية عن الغير الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٣١ - فقرة ٤٣٣.

(٢) وقد بينا عند الكلام في المسؤولية العقدية عن الغير في الجزء الأول من الوسيط أن هذه المسؤولية قد تتحقق إذا استخدم المدين أشخاصاً غيره في تنفيذ التزامه العقدى، فيكون مسئولاً مسؤولية عقدية عن

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 تقصيري غير عمد، ومع ذلك يكون أمين النقل والغير مسئولين معاً مسئولية مجتمعة (تضامية). ويلاحظ في المثليين المتقدمين أن مرتكب الخطأ العقدي لا يكون مسئولاً إلا عن الضرر المتوقع، أما مرتكب الخطأ التقصيري فيكون مسئولاً أيضاً عن الضرر غير المتوقع ما دام ضرراً مباشراً. فالمسئولية المجتمعة (التضامية) 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 (التضامية in solidum) أن التضامن يختص بأحكام لا تشاركه فيها المسئولية المجتمعة (التضامية)، فالمسئولون بالتضامن يمثل بعضهم بعضاً فيما ينفذ 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 اليمين أو وجه إلى الدائن يميناً حلقها فلا يضر 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 يحتج 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 التضامنية دون المسئولية المجتمعة (التضامية)، ومن ثم تقوم هذه الفروق بين المسئوليتين (١).

(٥) وفي الدعاوى المباشرة (actions directes) نجد أيضاً الدائن له مدينان، يرجع

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٢٠ ص ٩٢٨ - ص ٩٢٩ - وإذا أحل المتعاقدان في عقد واحد بمسئوليتيها 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 بلانبول وريبير وجابولد إلى اعتبار المسئولية هنا، في القليل، مسئولية تضامية، إن لم يمكن اعتبارها مسئولية تضامنية (بلانبول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧١). ولكن الالتزام التضامني يشترط فيه - على ما نرى - أن يكون المصدر متعدداً، وهنا المصدر عقد واحد.

على كل منهما بنفس الدين، دون أن يكون المدينان متضامنين، فيكون الالتزام بهذا الدين الواحد التزاماً تضامياً لا تضامياً (١). مثل ذلك ما نصت 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 ينذره 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. ففتوافر بذلك عناصر الالتزام التضامني: 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. وقل 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).

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على تضامن المدينين

١٧٨ - العلاقة بين الدائن والمدينين وعلاقة المدينين بعضهم ببعض: هنا أيضاً نبحت، كما بحثنا في تضامن الدائنين، أمرين: (١) العلاقة بين الدائن والمدينين (٢) وعلاقة المدينين بعضهم ببعض.

(١) انظر دريدا (Derrida) في أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ solidarité فقرة ١٤٦ - فانسان Vincent في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٩ ص ٣٦ - ص ٣٨ و ص ٦٤ - وقارن كولان وكايتان ٢ ص ٤٦٧ هامش رقم ١.

(٢) الوسيط الجزء الثاني فقرة ٥٥٥ فقرة ٥٦٦.

هذا ويمكن لإراد أمثلة أخرى للمسئولية التضامنية. فمسئولية النيب والنايب في الإنابة القاصرة هي مسئولية تضامنية (بلانبول وريبير ودوان ٧ ص ٦٨٢ هامش رقم ١ - كولان وكايتان 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 مسئوليتيها عن هذا الدين مسئولية تضامنية. مثل ذلك أن يبيع المقرض عيناً، ويشترط على المشتري أن يدفع الثمن للمقرض وفاء للقرض. فهنا يوجد شخصان مسئولان عن وفاء القرض: المقرض وسبب مسئوليته عقد القرض، والمشتري وسبب مسئوليته عقد البيع بما يشتمل عليه من اشتراط لمصلحة الغير (استئناف مختلط ٢٩ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٥٣)، فلا يقوم تضامن بين المقرض والمشتري، ولكن يكون هناك تضامن بينهما (انظر الموجز للمؤلف ص ٥١٥ هامش رقم ١).

المطلب الأول

العلاقة بين الدائن والمدينين

١٧٩- المبادئ الأساسية: المبادئ الأساسية التي تقوم عليها العلاقة ما بين الدائن والمدينين في التضامن السلبى هي نفس المبادئ التي تقوم عليها العلاقة ما بين المدين والدائنين في التضامن الإيجابى:

(أولاً) فللدائن مطالبة أى مدين متضامن بكل الدين. ولأى مدين متضامن الوفاء بكل الدين للدائن. ووفاء أحد المدينين بكل الدين يبرى 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 يفى بالكل، لأن الكل فى هذه الحالة شئ واحد.

(ثانياً) أما أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء، من تجديد ومقاصة واتخاذ ذمة وإبراء وتقادم، فانها إذا تحققت بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين اقتصر أثرها عليه دون أن تعدى إلى سائر المدينين، ولا يحتج أى من هؤلاء بها إلا بقدر حصة المدين الذى قام به سبب الانقضاء (م ٢٨٦ - ١/٢٩٢ مدنى). ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة تعدد الروابط، فكل مدين تربطه بالدائن رابطة تتميز عن روابط المدينين الآخرين، فإذا 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 بياقى 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) وقد كان التقنين المدنى السابق يقيم التضامن السلبى على فكرتى الكفالة والوكالة (م ١٦٢/١٠٨). انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨٣. ويفسر بيدان ولاجارد جميع المبادئ الثلاثة بفكرة النيابة التبادلية (بيدال 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 دالوز ٥ لفظ solidarité فقرة ٦١).

١- انقضاء الدين بالوفاء

١٨٠- النصوص القانونية: تنص المادة ٢٨٤ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«إذا كان التضامن بين المدينين، فإن وفاء أحدهم بالدين مبرئ لذمة الباقيين».

وتنص المادة ٢٨٥ على ما يأتى:

«١- يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامين بالدين مجتمعين أو منفردين، وبراعى 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 الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً» (١).

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ١٦٢/١٠٨ - ١٦٤ و ١٦٥/١٠٩ و ١١٢/١٦٨ (٢).

(١) تاريخ النصوص:

م ٢٨٤: ورد هذا النص فى المادة ٤٠٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى: ١٥- إذا كان التضامن بين المدينين، كان كل منهم ملزماً بالدين جميعه، وكان وفاء أحدهم بالدين مبرئاً لذمة الباقيين. 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣ - ٦٤).

م ٢٨٥: ورد هذا النص فى المادة ٤٠٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافق عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٩٧ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٥ - ٦٧).

(٢) التقنين المدنى السابق ١٦٢/١٠٨ - ١٦٤: لا يلزم كل واحد من المتعهدين بوفاء جميع المتعهد به إلا إذا اشترط تضامنهم لبعضهم فى العقد أو أوجبه القانون. وفى هذه الحالة يعتبر المتعهدون كفلاء لبعضهم بعضاً وكلاء عن بعضهم بعضاً فى وفاء المتعهد به، وتتبع القواعد المتعلقة بأحكام الكفالة والتوكيل.

م ١٦٥/١٠٩: يجوز للدائن أن يجمع مدينه المتضامين فى مطالبتهم بدينه أو يطالبهم به منفردين، ما لم يكن دين بعض المدينين المذكورين مؤجلاً لأجل معلوم أو معلقاً على شرط.

م ٢٦٨/١١٢: لكل من المدينين المذكورين الحق فى التمسك بأوجه الدفع الخاصة بشخصه وبالأوجه العامة لجميعهم.

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادتين ٢٨٤ - ٢٨٥، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٧١ - ٢٧٢، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٣٢٢ - ٣٢٣، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٣ و ٢٥ - ٢٩ (١).

(وأحكام التقنين القديم والجديد واحدة في هذه المسائل بالرغم من اختلاف الأسلوب. وقد قدمنا أن التقنين المدني السابق صرح بالأساس الذي تبنى عليه أحكام التضامن السليبي، فذكر أن المدينين يعتبرون كغلاء بعضهم لبعض ووكلاء بعضهم عن بعض في وفاء الدين وأن تتبع أحكام الكفالة والوكالة والأولى عدم ذكر هذه الأسس الفقهية في التشريع، لا سيما أنه ليس صحيحاً أن جميع أحكام الكفالة والوكالة تنطبق في التضامن السليبي).

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٢٨٤ - ٢٨٥ (مطابقتان للمادتين ٢٨٤ - ٢٨٥ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي م ٢٧١ - ٢٧٢ (مطابقتان للمادتين ٢٨٤ - ٢٨٥ من التقنين المدني المصري).
التقنين المدني العراقي م ٣٢١: ١ - إذا كان المدينون متضامين، فللدائن 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 بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر إلا بقدر نصيب هذا المدين إذا كان قد انقضى بوجه من الوجوه، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به هو وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً.

م ٣٢٢: إذا قضى أحد المدينين المتضامين الدين بتمامه عيناً أو بمقابل أو بطريق الحوالة، يرثت ذمته ويرأ منه المدينون الآخرون.

(وهذه النصوص تتفق في أحكامها مع أحكام التقنين المدني المصري وإن اختلفت في العبارة والأسلوب: انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٠٤ وما بعدها).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٣: يكون الموجب متضامناً بين المدينين حين يكون عدة مدينين ملزمين بدين واحد وكل منهم يجب اعتباره في علاقته بالدائن كمديون بمجموع هذا الدين، فيقال إذ ذاك «تضامن المدينين». على أن التضامن لا يحول دون قسمة الدين بين ورثة المدينين المتضامن.

م ٢٥: إذا وجد موجب التضامن بين المدينين، فإن جميع هؤلاء ملزمون بالشئ 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 المتضامين أن يدلى بأسباب الدفاع المختصة به والمشاركة بين جميع المدينين.

م ٢٧: إن أسباب الدفاع المختصة بكل من المدينين هي التي يمكن أن يدلى 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 (الأجل أو الشرط) الذي لا يشمل ما التزمه الجميع. ٣ - أسباب سقوط الموجب التي لم تحدث للجميع.

١٨١ - لأي مدين متضامن أن يوفى الدائن كل الدين: وهذا ما تنص عليه المادة ٢٨٤ مدني، كما رأينا، إذ تقول: إذا كان التضامن بين المدينين، فإن وفاء أحدهم بالدين مبرئ لدمة الباقيين. فأى مدين إذن يستطيع أن يفي الدين كله للدائن، ولا يستطيع الدائن أن يرفض الاستيفاء، كما لا يستطيع أن يفرض على المدين ألا يوفيه إلا حصته في الدين إذا أصر المدين على الوفاء بالدين كله (١). وهذا ما لم يتفقا على أن يدفع المدين للدائن حصته في الدين فقط، فعند ذلك يكون للدائن أن يرجع على أي مدين آخر بالدين من استنزال حصة المدين المدفوعة (٢). وكما لا يجبر المدين على أن يوفى حصته فقط، كذلك لا يستطيع هو أن يجبر الدائن على استيفاء هذه الحصة إذا أصر الدائن على أن يستوفي الدين كله.

م ٢٨: أسباب الدفاع المشتركة هي التي يمكن أن يدلى بها جميع المدينين بالموجب المتضامن وهي على الخصوص: ١ - أسباب البطلان (كموضوع غير مباح وكفقدان الصيغ المطلوبة شرعاً الخ) التي تشمل ما التزمه الجميع. ٢ - الشكل أو الأجل أو الشرط الشامل لما التزم به الجميع. ٣ - أسباب الإسقاط التي أفضت إلى سقوط الدين عن الجميع.

م ٢٩: إن الإبقاء أو أداء العوض أو إيداع الشئ المستحق أو المقاصة التي جرت بين أحد المدينين والدائن كلها تبرئ ذمة سائر الموجب عليهم.

(وهذه نصوص تتفق في أحكامها بوجه عام مع أحكام التقنين المدني المصري فيما عدا حكم المقاصة، فلا يحتج بالمقاصة في التقنين المصري إلا بمقدار نصيب من وقعت المقاصة معه. والتقنين اللبناني يزخر، كما نرى، بالأساليب والتفصيلات الفقهية).

(١) لارومبير ٣ م ١٠٢٤م ٤ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٨ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٠٩.

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٢١١. ويلاحظ أن المادة ٢٩٠ مدني تقضي بأنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامين من التضامن، بقي حقه في الرجوع على الباقيين بكل الدين، ما لم يتفق على غير ذلك.

والفرق بين صورة الإبراء هذه وصورة استيفاء الدائن لحصة أحد المدينين أن المفروض في الصورة الثانية أن الدائن قد استوفى فعلاً هذه الحصة، فلم يعد له إلا باقي الدين يرجع به على أي مدين متضامن آخر. أما في الإبراء فالمفروض أن الدائن قد اقتصر على الإبراء من التضامن دون أن يستوفي 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 يد فيه من إرادتين متوافقتين، أما الإبراء فتكفي فيه إرادة الدائن وإن كان يرتد برد المدين (م ٣٧١ مدني).

وكل مبلغ يدفعه أحد المدينين المتضامين 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 مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٢)، وهذا ما لم يكن المدين قد اتفق مع الدائن على أنه إنماد يدفع له حصته في الدين أو جزءاً منها كما سبق القول (انظر تفصيل ذلك فيما يلي فقرة ٢٠٤ في الهامش).

وإذا وفي المدين الدين كله للدائن، برئت ذمة سائر المدينين المتضامنين. ويكون للمدين الذى وفي 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 أن 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» (١). فللدائن أن يختار أى مدين متضامن - أكثرهم ملاءة أو أسرهم وفاء أو من يشاء منهم فكلهم متضامنون فى الدين - ويطلبه 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

(١) مصر الوطنية ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٩٣- استئناف مختلط ١٦ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٩٤- ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٩٨- ١٧ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٤٢- ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٦.

(I) أ- إذا أقام الدائن دعواه يطلب الدين على المدينين المتضامنين مجتمعين وصدر فيها الحكم لصالحه، فان الاستئناف المرفوع من المحكوم عليهم بالتضامن لا يتعدد بتعدد مدعيهم، والحكم الصادر برفض هذه الاستئنافات وتأيد الحكم الابتدائى، انما هو بمثابة حكم جديد بذات حق الدائن الذى لا يتعدد بتعدد المسئولين عن الالتزام التضامنى، بل يقوم على وحدة المحل كما يقوم المدينون المتضامنون بعضهم مقام البعض فى الاحتجاج على الدائن بأوجه الدفع المشتركة بينهم جميعاً، وينصب استئناف كل منهم على نفس طلبات الآخرين وهو ما يجعلها فى حكم الاستئناف الواحد.

(الظعن رقم ٤٨٣ سنة ١٩٧١/٤/٢٢ ق جلسة ٣٦ ص ٢٢ ص ٥٤٩)

ب- من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا رفعت الدعوى بطلب الحكم على المدعى عليهم بالتضامن كان كل منهم مستقلاً عن الآخر فى الخصومة كما أنه من المقرر فى قضائها فى ظل قانون المرافعات السابق انه لا يجب اختصاص جميع المحكوم عليهم بالتضامن فى الطعن المرفوع من احدهم.

(الظعن رقم ١١٩ سنة ١٩٧١/١٢/٢٨ ق جلسة ٣٧ ص ٢٢ ص ١١٣٣)

ج- لا ينال التضامن - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - من استقلال كل من المتضامنين عن الآخر فى الخصومة وفى الطعن فى الحكم الصادر فيها.

التضامن فى القانون معناه أن يكون كل من المطالبين به ملزماً للطالب - واحداً أو أكثر - بكل المبلغ المطالب به.

(الظعن رقم ٣٦٣٥ لسنة ٥٩ ق - جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠)

مقرر فى الأصل لمصلحة الدائن، بل هو يفوق فى الضمان الكفالة ولو كان الكفيل متضامناً كما سبق القول (١).

ويبقى للدائن حقه فى الرجوع بكل الدين على أى مدين يختاره حتى لو كان له تأمين عينى 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 (٢). ذلك أن القانون لم يحتتم على الدائن أن يرجع أولاً على العين المحملة بالضمان العيني (٣)، فقد يجد الدائن أن الدعوى الشخصية التى يطلب بها المدين المتضامن بالدين كله أسر حملاً وأقل كلفة وأبسط فى الإجراءات من الدعوى العينية التى يرجع بها بمقتضى التأمين العيني (٤).

وليس للمدين إذا طالبه الدائن بالدين كله، أن يقتصر على دفع حصته فى الدين (٥)، فانه بالنسبة إلى الدائن قد انشغلت ذمته بكل الدين ولا يستطيع أن يجزئ الوفاء. وقد رأينا نظيراً لهذا الحكم فى حالة ما إذا كان المدين هو الذى يتقدم من تلقاء نفسه، ومن غير مطالبة من الدائن، يدفع حصته فى الدين، فان الدائن لا يجبر على قبول الوفاء الجزئى (٦).

١٨٣- مراعاة ما يلحق رابطة كل مدين من وصف: ولما كان الالتزام التضامنى، إلى جانب أنه موحد المحل، متعدد الروابط، فان هذه الروابط المتعددة قد يكون بعضها موصوفاً والبعض غير موصوف، وقد يكون الوصف الذى يلحق رابطة منها غير الوصف الذى يلحق الرابطة الأخرى، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك. فيجوز أن يكون أحد المدينين المتضامنين مديناً

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٤.

(٢) ولا يخل هذا الحكم بجواز الاتفاق على أن يرجع الدائن على المدينين المتضامنين بترتيب معين، أو على أن يرجع الدائن أولاً بالتأمين العيني (لارومبيير م ١٢٠٣ فقرة ٣- هيك ٧ فقرة ٣١٦- ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٥- بودرى وبارد فقرة ١٢٠٧).

(٣) وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً يحتم ذلك، ولكنه حذف.

(٤) بودرى وبارد فقرة ١٢٠٨، بل لا يجوز للمدين الذى يطلبه الدائن بكل الدين أن تؤخر الوفاء، بدعوى أن هناك نزاعاً لا يزال منظوراً أمام القضاء بينه وبين المدينين الآخرين بشأن حصة كل منهم فى الدين، وأنه يخشى لو دفع الدين كله أن يتحمل إعسار أحد من هؤلاء المدينين (بودرى وبارد فقرة ١٢٠٨).

(٥) وحق اقتصار المدين على دفع حصته فى 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.

(٦) 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 أى منهما بدعوى أنها يملكان معاً نصاب الحجر (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٣).

تحت شرط واقف، ويكون مدين آخر دينه مضافاً إلى أجل، ويكون مدين ثالث دينه منجز. ففي هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأول 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: «وإرعى في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين». وقد تقدم مثل ذلك في التضامن الإيجابي.

وقد يطرأ الوصف على الرابطة بعد تمام التعاقد، فيمنح الدائن أحد المدينين المتضامنين 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 المتضامنين في حق الدائنين الآخرين^(١). وإذا كان الدائن، عندما يسرى أحد المدينين المتضامنين 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- ادخال المدينين المتضامنين الآخرين في الدعوى ودخولهم فيها: وإذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بكل الدين على الوجه الذي أسلفناه، كان لهذا المدين أن يدخل في الدعوى باقي المدينين المتضامنين أو بعضهم، حتى إذا حكم عليه بكل الدين حكم له على كل من الآخرين بقدر حصته^{(٢)(١)}. ولا يجوز للدائن أن يعارض في ذلك، فقد نصت المادة ١١٧ من تقنين المرافعات على أن «للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها، ويكون ذلك بالاجراء المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة مع مراعاة حكم المادة ٦٦»^(٣). ويتعين على المحكمة إجابة المدين إلى طلبه وتأجيل

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٥ وانظر المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٨ - وانظر أيضاً المادة ١٩ من تقنين المراجبات والعقود اللبناني.

(٢) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٨-٣ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٩٥.

(٣) ديراتون ١١ فقرة ٢١٥ - لارومبيير ٣ م ١٢٠٣ فقرة ٤ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٦ - هيك ٧ فقرة ٣١٦ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٠٤ - بيدان ولاجار 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 - دي باج ٣ فقرة ٢٤٣ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٠٦.

ولكن لا يجوز أن يطالب المدين الدائن بإدخال بقية المدينين في الدعوى، لأنه مسئول نحو الدائن عن كل الدين، فإذا أراد أن يدخل باقي المدينين في الدعوى، فعليه هو لا على الدائن أن يدخلهم (بيدان لا جار ٨ فقرة ٨١٨ ص ٦٠٦).

(١) يجوز للدائن مطالبة أحد المدينين المتضامنين بكل الدين ولا يكون لهذا الأخير طلب ادخال المدينين المتضامنين معه لاقتسام الدين وإنما يجوز اختصاصهم للرجوع عليهم بما يؤديه من الدين كل بقدر نصيبه.

(الظمن رقم ٥٠٠٨ لسنة ١٩٨٦ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٣)

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 جوازياً للمحكمة (م ١١٩ 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 للتثبيت من حصة كل مدين في الدين» (م ١٢٠ مرافعات).

بل إن للمحكمة من تلقاء نفسها، دون طلب من المدين، أن تأمر بإدخال باقي المدينين المتضامنين في الدعوى، فقد نصت المادة ١١٨ من تقنين المرافعات على أن «للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال لمصلحة العدالة أو لأظهار الحقيقة. وتعين المحكمة ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من تأمر بإدخاله ومن يقوم من الخصوم بإدخاله ويكون ذلك بالاجراء المعتادة لرفع الدعوى». وهذا حكم مستحدث في تقنين المرافعات الجديد.

وكما يجوز إدخال باقي المدينين المتضامنين في الدعوى، يجوز كذلك أن يتدخلوا هم من تلقاء أنفسهم، ليرعوا حقوقهم وليمنعوا ما قد يقع من تواطؤ بين الدائن والمدين المرفوعة عليه الدعوى. وقد نصت المادة ١٢٦ من تقنين المرافعات على أنه «يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضمماً لأحد الخصوم أو طالباً للحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى». وتنص المادة ١٢٧ من نفس التقنين على أن «تتحكم المحكمة في كل 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 أمكن ذلك، وإلا استبقت الطلب العارض أو طلب التدخل للحكم فيه بعد تحقيقه»^(١).

١٨٥- مطالبة مدين بعد آخر: وإذا اختار الدائن مديناً متضامناً 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 خصماً في الدعوى الأولى ويطلب الحكم على الاثنين بالدين متضامنين فيه، وله أن

(١) انظر في هذا المعنى لارومبيير ٣ م ١٢٠٣ فقرة ٤ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٧ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٠٥.

يترك دعواه الأولى ويرفع دعوى جديدة على المدين الآخر يطالبه فيها وحده بكل الدين (١) (١).

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 استئصال الجزء الذى استوفاه من المدين الأول. وهذا هو الحكم حتى لو كان المدين الآخر يرجع عليه الدائن مقلّسا، فإن الدائن لا يدخل فى التفليسة إلا بالباقي من الدين بعد استئصال 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 الصلح مع المقلّس. كذلك يدخل فى التفليسة المدين المتضامن الذى وفى الدين بقدر ما وفاه عن المقلّس. وهذه الأحكام كانت تنص عليها صراحة المادة ٣٤٩ من التقنين التجارى القديم إذ كانت تقول: «إذا استوفى المدين الحامل لسند متضامن فيه المقلّس وغيره بعضا من دينه قبل الحكم بإشهار الإفلاس، فلا يدخل فى روكية التفليسة إلا بالباقي بعد استئصال ما استوفاه ويبقى حقه فى المطالبة بالباقي محفوظا له على الشريك أو الكفيل، ويدخل الشريك أو الكفيل المذكور فى روكية المقلّس بقدر ما دفعه وفاه عنه. وللمدائين مطالبة الشركاء فى الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المقلّس» (٢).

وقد صدر قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ونصت مادته ٦١٠ على أنه إذا وجد جملة ملتزمين بدين واحد وشهر إفلاس أحدهم فلا يترتب على هذا الإفلاس أثر بالنسبة إلى الملتزمين الآخرين ما لم ينص القانون على غير ذلك. ٢- وإذا تم الصلح مع الملتزم الذى أفلس فلا تسرى شروطه على الملتزمين الآخرين، كما قضت المادة ٦١١ من القانون المذكور بأنه «إذا استوفى الدائن من أحد الملتزمين بدين واحد جزءا من الدين ثم أفلس باقى الملتزمين أو أفلس أحدهم فلا يجوز للدائن أن يشترط فى التفليسات إلا بالباقي من دينه ويبقى محتفظا بحقه فى مطالبة الملتزم غير المقلّس بهذا الباقي، ويجوز لهذا الملتزم أن يشترك فى كل تفليسة بما وفاه عنها». كما نصت المادة ٦١٢ من ذات القانون على أنه «إذا أفلس جميع الملتزمين بدين واحد دفعه واحدة، جاز للدائن أن يشترك فى كل تفليسة بكل دينه إلى أن يستوفيه، بتمامه. من أصل وعوائد ومصاريف... ٣- وإذا كان مجموع ما حصل عليه الدائن يزيد على دينه وتوابعه عادت الزيادة إلى تفليسة من يكون مكفولا من الآخرين بحسب ترتيب التزاماتهم بالدين فإذا لم يوجد هذا الترتيب عادت الزيادة إلى التفليسات التى دفعت أكثر من حصتها فى الدين.

١٨٦- مطالبة المدينين المتضامين مجتمعين: وإذا كان للدائن أن يطالب أى مدين متضامن منفردا بكل الدين، فمما لا شك فيه أن له أيضا أن يطالبهم جميعا بكل الدين فيوجه إليهم المطالبة مجتمعين (١). وتقول المادة ٢٨٥ مدنى، كما رأينا، فى هذا الصدد:

(١) أ- إذا رفعت الدعوى بطلب الحكم على المدعى عليهما بالتضامن فإن كلا منهما يكون مستقلا عن الآخر فى الخصومة وفى مسلكه فيها والطمع على ما يصدر فيها من أحكام. ولا مجال فى هذا الوضع للقول بنبابة المستولين بالتزام تضامنى عن بعضهم البعض فى اجراءات الخصومة واعتبار الاستئناف المرفوع من احدهما بمثابة استئناف مرفوع من الآخر.

(الطمع رقم ٣٩٩ سنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٨/١/٢٣ ص ٩ ص ١١١)

ب- تفسير القواعد الخاصة بالتضامن السلبى والايجابى منوط بفكرتين هما وحدة الدين، وتعدد الروابط ومن مقتضى الفكرة الأولى فى التضامن السلبى ان يكون كل من المدينين والمتضامين ملتزمين فى مواجهة الدائن بالدين كاملا غير منقسم وللدائن أن يوجه مطالبته إلى من يختاره منهم على انفراد أو اليهم مجتمعين وإذا وجهها إلى أحدهم ولم يفلح فى استيفاء الدين منه كله أو بعضه فله أن يعود لمطالبة المدينين الآخرين وأى واحد منهم يختاره بما بقى من الدين كما ان له إذا ما طالبهم مجتمعين أمام القضاء ان يتنازل عن بعضهم ويحصر مطالبته بجملة الدين فى احدهم أو فى بعضهم دون أن يسوغ لهؤلاء أن ياتلبوه باستئصال حصة من حصص التنازل عن مطالبته منهم. ومن مقتضى الفكرة الثانية ان كل مدين تربطه بالدائن رابطة مستقلة و متميزة عن الروابط التى تربط المدينين الآخرين بهذا الدائن فإذا شابته رابطة أحد المدينين المتضامين بالدائن عيوب خاصة بها مع بقاء الروابط الأخرى منها التى تربط هذا الدائن بالمدينين الآخرين سليمة فان عيوب رابطة منها لا تعداها إلى رابطة أخرى وإذا زال الالتزام بالنسبة للمدين الذى اعترى رابطته الفساد فان زوال هذا الالتزام لا يمس التزام المدينين الآخرين فيظل كل واحد منهم ملتزما قبل الدائن بالدين بأسره ويكون للمدين الذى تعيبت رابطته وحده الحق =

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٠- بيدان وجابولده ٨ فقرة ١٠٨١.

(٢) أما إذا كان كل من المدينين المتضامين مقلّسين، فإن الدائن يدخل فى كل تفليسة بمقدار كل الدين. وكانت المادة ٣٤٨ من التقنين التجارى السابق تنص فى هذا الصدد على ما يأتى: «إذا كانت بيد أحد المدينين سندات دين مضمّنة أو محولة أو مكفولة من المقلّس وآخرين ملتزمين معه على وجه التضامن ومقلّسين أيضا، 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. ولا حق لتفليسات الملتزمين بدين واحد فى مطالبة بعضها بعضا بالحصص المدفوعة منها، إلا فى حالة ما إذا كان مجموع تلك الحصص المدفوعة من روكيات هذه التفليسات يزيد على قدر أصل الدين وما هو تابع له، ففى هذه الحالة تقرر الزيادة لمن كان من المدينين المقلّسين مكفولا من الآخرين على حسب ترتيب التزامهم بالدين». والفقرة الأولى من هذا النص تقابلها المادة ٥٤٢ من التقنين التجارى الفرنسى. انظر فى هذا النص ما يشير من مسائل مختلف عليها وهى تدخل فى نطاق القانون التجارى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١١.

(١) إذا نص فى عقد القرض المضمون برهن عقارى على شرط التضامن وعدم التجزئة بين المدينين ثم نزع دائن لأحد المدينين ملكية أطيان من الداخلة فى الرهن وسكت الدائن المرتهن عن استعمال حقه فى الحصول على ثمن هذه الاطيان المنزوعة ملكيتها باعتباره مقدما فى الدرجة على نازع الملكية فان الدائن المرتهن لا يسأل عن هذا السكوت فله الحق فى اقتضاء دينه كاملا من جميع المدينين المتضامين وهم وشأنهم فى الرجوع بعضهم على بعض.

(١٩/٣/١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ ٢٥- ٩٨- ٢٧٤).

«يجوز للدائن مطالبة المدينين التضامنين بالدين مجتمعين... ويستطيع أيضاً أن يوجه المطالبة إلى فريق منهم دون فريق (١)». 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 التضامنون أو بعضهم فى الدعوى، فإن الحكم يصدر عليهم بالدين متضامنين فيه (٢)، فيستطيع الدائن بموجب هذا الحكم أن ينفذ 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 أى محكمة تكون مختصة بنظر الدعوى بالنسبة إلى واحد منهم أياً كان، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ١/٤٩ من تقنين المرافعات على أنه «إذا تعدد المدعى عليهم، كان الاختصاص للمحكمة التى يقع

= فى التمسك بالعيب الذى شاب رابطة ولا يكون له أن يطالب باستنزال حصة المدين الذى تعينت رابطته فهذه الحصة لا تستنزى ما دام العيب قاصراً على رابطة دون غيرها - وكل هذا تطبيق لما نصت عليه المادة ٢٨٥ من القانون المدنى.

(الظعن رقم ٥٨٢ سنة ٢٥ ق جلسة ١٦/٣/١٩٦١ من ١٢ ص ٢٣٤)

ج- جرى قضاء محكمة النقض فى ظل القانون المدنى القديم بان مؤدى نص المادة ١١٠ منه ان مطالبة أى واحد من المدينين التضامنين تسرى فى حق باقى المدينين كما ان مطالبة أى واحد من الكفلاء التضامنين تسرى فى حق سائر زملائه لاتحادهم فى المركز والمصلحة اتحاداً اتخذ منه القانون اساساً لافتراض نوع من الوكالة بينهم فى مقاضاة الدائن لهم ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ سالف الذكر سارياً فيما بين المدينين التضامنين بعضهم وبعض وفيما بين الكفلاء التضامنين بعضهم وبعض وتكون مطالبة الدائن لبعض الكفلاء التضامنين بالدين مطالبة منه للآخرين ويكون الحكم الصادر ضد هذا البعض حجة على باقى الكفلاء التضامنين وقاطعاً لمدة التقادم بالنسبة لهم.

(الظعن رقم ٣٩ سنة ٣١ ق جلسة ١٠/٢/١٩٦٦ من ١٧ ص ٢٧٩)

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ٢٢١ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢.

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم يطلب التضامن فى صحيفة الدعوى الابتدائية ولا أثناء نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة، فلا يقبل إيدأؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ ص ١٦٩). ولكن إذا لم يقدم طلب التضامن للقضاء للفصل فيه ضمن الدعوى الأصلية، فلا مانع من رفع دعوى جديدة به (أسيوط الكلية ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٣ ص ١٠٦٤).

هذا وهناك فرق بين مطالبة المدينين مجتمعين فى التزام متعدد الأطراف (obligation conjointe) ومطالبتهم مجتمعين فى التزام تضامنى (obligation solidaire). ففى الحالة الأولى يحكم على كل من المدينين بحصته فى الدين فحسب، أما فى الحالة الثانية فيحكم على كل من المدينين بكل الدين متضامناً فيه مع الآخرين.

بدائرتها موطن أحدهم. أما إذا رفع الدعوى على كل منهم فى المحكمة التى بها موطنه فترقت الدعاوى، 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 التضامنين 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 التضامن: 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 التضامنين، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام» (٣). وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٨٤ (٤) تنص الفقرة الثانية منه، فى صدد التضامن السلبي، على ما يأتى: «ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد المدينين التضامنين، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام» (٥)، فكان هناك تقابل بين النصين. ولكن إذا كان هذا التقابل يصح فى القانون الفرنسى، حيث ينتقل الدين إلى ورثة المدين وينقسم عليهم كل بقدره حصته فى الميراث (٦)، فانه لا يصح فى مصر حيث تقضى مبادئ الشريعة الإسلامية بأن الدين لا ينتقل إلى ورثة المدين، بل تبقى التركة مسؤولة عنه جميعه إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين. من أجل ذلك حذف لجنة المراجعة الفقرة الثانية المشار إليها فى التضامن السلبي «لأنها لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث» (٧).

فإذا مات أحد المدينين التضامنين، بقيت تركته مشغولة بالدين جميعه (١)، ويجوز

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢ ص ٣٢٤.

(٢) لارومبيير ٣ م ١٢٠٤ فقرة ٢ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢ ص ٣٢٤.

(٣) انظر أنفا فقرة ١٣٤.

(٤) وهى المادة ٤٠٨ من هذا المشروع.

(٥) انظر أنفا فقرة ١٨٠ فى الهامش.

(٦) بلانيول ريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٩.

(٧) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣ وانظر أنفا فقرة ١٨٠ فى الهامش. وانظر أيضاً فقرة ١١٩ فى الهامش حيث نقلنا كيف يصور الأستاذ إسماعيل غام انتقال الدين إلى ورثة المدين.

(١) مؤدى قاعدة «لا تركة إلا بعد سداد الدين» أن تركه المدين تشغل بمجرد الوفاء بحق عينى لدائنى المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد أى وارث أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم ما دام ان الدين قائم دون أن يكون لهذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة.

(جلسة ٧/٦/١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٧٧٤)

للدائن أن يرجع عليها به كاملاً (1) (1)، ثم ترجع الشركة على باقي المدينين المتضامين كل بقدر حصته في الدين كما كان يفعل المورث لو بقي حياً (2). ومن ثم يكون الدين في التضامن السلبي، بفضل القاعدة الشرعية التي تقضي بالألّا تركة إلا بعد سداد الدين، غير منقسم على ورثة المدين، دون حاجة إلى أن يكون الدين نفسه غير قابل للانقسام (3).

١٨٨- أوجه الدفع التي يحتج بها المدين المتضامن: وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨٥ مدني، كما رأينا، على ما يأتي: «ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به والأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً». وقد رأينا نصاً مقابلاً لهذا النص في التضامن الايجابي (3).

(١) 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 ١٤٢). ولكن لا تضامن بين الورثة كما قدمنا، فإذا اتخذ الدائن إجراءات 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).

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي الذي احتوى النص الملغى ما يأتي: «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، وتوفي أحدهم عن وارثين متكافئين القرض، فليس للدائن أن يطالب كلا منهما إلا بمبلغ ١٥٠ جنيه». ثم ما لبثت المذكرة الإيضاحية أن استدركت فقالت: «وهذا الحكم لا يتبع في الشريعة الإسلامية إذ هي لا تبیح انتقال الدين من طريق الميراث» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٦). وهذا ما دعا لجنة المراجعة إلى حذف النص الذي كان يقضي بانقسام الدين على ورثة المدين كما سبق القول.

(٣) انظر أنفاً فقرة ١٣٦.

(١) الشركة منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وللدائنين عليها حق عيني تبعي بمعنى أنهم يتفاوضون منها ديونهم قبل أن يؤول شيء منها للورثة وبصرف النظر عن نصيب كل منهم فيها. (جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٣٨٤).

(٢) للدائن أن يرجع على المدين المتضامن بالدين جميعه باعتبار أن ذمة المدين قد أنشغلت بكل الدين ولا يستطيع أن يجزئ الوفاء وتبقى تركته بعد وفاته مشغولة بهذا الدين، شأنها في ذلك شأن المدين لو بقي حياً، فإنه يتعين استبعاد هذا الدين بأكمله من وعاء ضريبة الشركات، ولا يحول دون ذلك أن يكون للوارث الذي أوفى بالدين حق الرجوع على المدينين المتضامين كل بقدر حصته، لأن المعول عليه في تحديد وعاء هذه الضريبة هو انشغال ذمة المتوفى بالدين قبل الدائن وليس بحصته فيه قبل باقي المدينين.

(جلسة ٧٣/٢/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٣٠٧)

فإذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامين بالوفاء، كان لهذا المدين أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به ويأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً (١)، ولكن ليس له أن يحتج 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 يحتج بها المدين الذي قام السبب من جهته ويدفع بها مطالبته الدائن كما سنرى.

وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً فكأن 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 وفى الدين كله فبرئت ذمة الجميع، ويكون لكل منهم أن يحتج بهذا الوفاء على الدائن.

ولا يحتج المدين المطالب بالوفاء بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين المتضامين (١)،

(١) استئناف وطني ١٨ أبريل سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٩٨ - استئناف أسيوط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٤ ص ٥٥٠.

(١) النية المتبادلة التي افترضها القانون بين المتضامين تقوم في أحوالها الواردة بالتقنين المدني الحالي على أن كل مدين يمثل سائر المدينين المتضامين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم، وأنه وإن كان التقنين المدني السابق يتضمن قيام هذه النية فيما ينفع وفيما يضر إلا ما يزيد من عبء الالتزام اعتباراً بأن ما يتخذ في سبيل المحافظة على الالتزام واستبقائه هو من نتائجه الطبيعية التي تسرى في حقهم ولو كانت ضارة بهم كما هو الشأن في قطع التقادم إلا أن هذه النية المتبادلة على اختلاف سمعتها في القانونيين لا تمتد حدودها في كل منهما إلى ما يعتبر زيادة في عبء الالتزام على بعض المدينين المتضامين بفعل الآخرين منهم، كما أن المادة ٢٠٧ من القانون المدني القديم إذ تنص على أن «ترك أحد المدينين حقاً في التمسك بمضى المدة لا يضر بالباقيين» فإن مؤدى هذا النص أن أقرار أحد المدينين المتضامين بالدين بعد أن اكتملت مدة سقوطه لا يسرى في حق الباقيين.

(الظعن رقم ١٦٨ سنة ٣٢٢ جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢ ص ١٧ ص ١٧٠٥)

كما إذا وقع تدليس أو إكراه على غيره أو وقع غيره في غلط فلا يحتج هو بذلك^(١). وكما إذا كان غيره ناقص الأهلية فلا يحتج 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 يحتج هو بهذا السبب إلا بقدر حصة هذا المدين على الوجه الذي سنفصله فيما يلي^(٢).

٢ - انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء

١٨٩ - المبدأ العام: في التضامن السليبي، كما في التضامن الإيجابي، إذا برئت ذمة أحد المدينين التضامنين قبل الدائن بسبب غير الوفاء، لم تبرأ ذمة الباقيين إلا بقدر حصة المدين الذي برئت ذمته^(٣). وقد وضع التقنين المدني الجديد هذا المبدأ العام في صدد التضامن الإيجابي، واقتصر عليه فيما يتعلق بهذا النوع من التضامن دون أن يطبقه تفصيلاً على الأسباب المختلفة لانقضاء الالتزام. أما في التضامن السليبي فقد عمد، دون أن يصرح بالمبدأ، إلى تطبيقه تطبيقاً تفصيلاً على هذه الأسباب، لما لهذا التطبيق التفصيلي من أهمية عملية.

وقد قدمنا أن الأصل في ذلك أن روابط الدائن بالمدينين التضامنين روابط متعددة، وقد تنقضي رابطة منها بسبب غير الوفاء ولا تنقضي الروابط الأخرى إلا بقدر حصة من انقضت

(١) 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 (لارومبير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ١٠ - لوران ١٧ فقرة ٣٠٠ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٤٤).

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «للدائن في التضامن السليبي أن يطالب كلا من المدينين التضامنين 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 يحتج 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 الدفع الخاصة بغيره من المدينين - كالغلط أو الغش أو الإكراه الذي شاب رضاه هؤلاء دون أن يؤثر في رضائه - فيمتنع عليه الاحتجاج بهاء (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٥ - ص ٦٦). وقد فصل تقنين المرحبات والعقود اللبناني في المواد ٢٥ إلى ٢٨ أوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً وأوجه الدفع الخاصة بأحدهم (انظر أنفاً فقرة ١٨٠ في الهامش).

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.

(٣) وذلك فيما عدا التجديد، فسرى أنه يرى ذمة باقى المدينين التضامنين إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم.

رابطته، فلا يستطيع باقى المدينين أن يحتجوا على الدائن إلا بقدر هذه الحصة، ويقومون ملزمين بدفع باقى الدين.

ونستعرض مع التقنين المدني الجديد أسباب انقضاء الالتزام المختلفة غير الوفاء مع النصوص التشريعية الخاصة بكل سبب. وأسباب الانقضاء التي عرض لها التقنين الجديد هي التجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقدم^(١).

(١) وهناك، غير هذه الأسباب، الوفاء بمقابل واستحالة التنفيذ.

ففي الوفاء بمقابل، إذا استوفى الدائن من أحد المدينين التضامنين مقابلاً للدين، انقضى الدين أصلاً كما ينقضى بالوفاء، وبرتت ذمة المدينين الآخرين، فيستطيع كل مدين منهم أن يحتج بهذا السبب متمسكاً بانقضاء كل الدين ولا يقتصر على استنزال حصة من وفى المقابل. وهذا الحكم يختلف عن الحكم الذي أوردناه في الوفاء بمقابل لأحد الدائنين التضامنين في التضامن الإيجابي (انظر أنفاً فقرة ١٣٨ في الهامش). والسبب في هذا الاختلاف أن في التضامن السليبي لا يوجد إلا دائن واحد، وقد قبل أن يستوفى مقابلاً للدين، فانقضى الدين بهذا القبول. أما في التضامن الإيجابي فيوجد دائنون متعددون، ولم يقبل الوفاء بمقابل إلا أحد هؤلاء الدائنين، فلا يتقيد الدائنون الآخرون بقبوله فيما يجاوز حصته (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٢٩).

واستحالة التنفيذ لسبب أجنبي لا يد لأحد المدينين التضامنين 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 استحال التنفيذ بخطاء أحد المدينين التضامنين أو بعد إعداره - كأن يكون البائعون متضامنين في الالتزام بتسليم المبيع ثم هلك المبيع بخطاء 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 قبل التسليم (انظر م ٤٣٧ مدنى). وتقضى المادة ١٢٠٥ من التقنين المدنى الفرنسى بأن باقى المدينين يكونون مسئولين عن رد الثمن دون التعويض، ولكن الفقه الفرنسى ينتقد هذا الحكم (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٢٤)، لأن البائع فى القانون الفرنسى لا يتحمل تبعه هلاك المبيع بسبب أجنبي قبل التسليم، وهلاك الشيء بخطاء أحد المدينين التضامنين يجب اعتباره هلاكاً بسبب أجنبي بالنسبة إلى الباقيين (انظر الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٠٤ ص ٢٩١ هامش رقم ١ وانظر ما يلى فقرة ١٩٧).

وقد يحول الدائن حقه قبل أحد المدينين التضامنين إلى محال له دون أن يستبقى حقه قبل المدينين الآخرين. والظاهر أنه عند تمام الحوالة فى هذه الحالة يحل المحال له مكان الدائن الأصلي، لأن الحق ينتقل إليه مع ضماناته والتضامن من أهمها، فيصبح المدينون التضامنون جميعاً مدينين للمحال له، ولأى منهم أن يتمسك بالحوالة قبل الدائن الأصلي (انظر فى هذا المعنى دريدا Derrida أنسيكلويدى داللو ٥ لفظ *solidarité* فقرة ٨٠). أما إذا حول الدائن حقه قبل أحد المدينين التضامنين واشترط استبقاء حقه قبل المدينين الآخرين، فقد سبقت الإشارة إلى أن الدائن الأصلي فى هذه الحالة يستبقى علاقته هؤلاء المدينين، ويصبح هو والمحال له دائنين لهم بالتضامن (انظر أنفاً فقرة ١٢٧ فى الهامش).

(١) النص فى المادة ٣٧٠ من القانون المدنى على أنه ١ - إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا =

١٩٠- التجديد: 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).

ونفرض هنا أن الدائن اتفق مع أحد المدينين المتضامنين 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 رضائه 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 ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد (م ١/٣٥٦ مدني). وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣٥٦ مدني على ما يأتي (١): «ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي

=الدائن والمدين بالنسبة لدين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اُخِذت فيه الذمة. ٢- وإذا زال السبب الذي أدى لانحدار الذمة، وكان لزوجاته أثر رجعي، عاد الدين إلى الوجود هو ملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً. ويعتبر انحاد الذمة كأن لم يكن». يدل وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية للقانون المدني على أن انحاد الذمة ليس في الحقيقة سبباً من أسباب انقضاء الالتزام بل هو مانع طبيعي يحول دون المطالبة به من جراء انحاد صفة الدائن والمدين في ذات الشخص، فإذا زال هذا المانع عاد الالتزام إلى الوجود مرة أخرى.

(الطعن رقم ٦٦٩ لسنة ٦٣ ق. جلسة ٢٠٠٠/٥/٢)

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤١٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٨ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٧-٦٩).

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١٥٤/١٩٠ ونصها ما يأتي: «لا يصح في أي حال من الأحوال السالفة نقل التأمينات الشخصية كالكفالة والتضامن إلا برضاء الكفلاء والمتضامنين». والتقنين السابق يشترطه قبول المدينين المتضامنين بالتجديد يتفق في الحكم مع التقنين الجديد.

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٢٨٦ (وهي مطابقة) - التقنين المدني الليبي م ٢٧٣ (وهي مطابقة) - التقنين المدني العراقي م ٣٢٣ (وهي مطابقة) - تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣١٠ ونصها ما يأتي: «إن تجديد الموجب بين الدائن وأحد الموجب عليهم يبرئ ذمة الآخرين إلا إذا رضی هؤلاء بالتزام الموجب الجديد. أما إذا اشترط الدائن قبول المديونية وامتنع هؤلاء، فالموجب السابق لا يسقط». (والتقنين اللبناني يتفق في الحكم مع التقنين المصري).

(١) أ- تجديد الالتزام وفقاً للمادة ٣٥٤ من القانون المدني لا يستفاد من كتابة سند بدين موجود =

كانت تكفل 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 رضی بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون».

ونرى من هذه النصوص 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 المتضامنين جميعاً: لا ذمة المدين الذي أجرى التجديد مع الدائن فحسب، بل أيضاً تبرأ ذمة باقي المدينين المتضامنين.

وهذه نتيجة بعيدة المدى، يبررها أن التجديد حاسم في قضاء الدين القديم بكل شخصاته ومقوماته، وفي إحلال دين جديد محله لا يشترط مع الدين القديم في شيء من هذه الشخصات والمقومات. ويستخلص من ذلك أن الدائن الذي جدد الدين مع أحد المدينين المتضامنين يفترض فيه أن نيته قد انصرفت إلى قضاء الدين القديم وما يستتبع ذلك من براءة ذمة جميع المدينين المتضامنين، واقتصر على الدين الجديد يحل محل الدين القديم. فإذا كان يريد استبقاء الدين القديم في ذمة باقي المدينين المتضامنين، أمكنه قبل أن يجري التجديد أن يتفق مع هؤلاء المدينين على بقاء الدين القديم في ذمتهم. وعند ذلك لا ينقضي 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 استئزال حصة المدين الذي أجرى معه التجديد، فيتفق التجديد عندئذ في الحكم مع سائر أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء على ما سنرى. بل يتفق حكمه هنا في التضامن السليبي مع حكمه هناك في التضامن الإيجابي، وقد رأينا في التضامن الإيجابي أنه إذا جدد الدين بين أحد الدائنين المتضامنين

قبل ذلك، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو كفيته كما أن تجديد الالتزام لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة وأن يستخلص من الظروف.

إجلسة ١٩٧٧/٦/٣٠ مجموعة أحكام النقص السنة ٢٨ ص ١٥٤٣

(جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ مجموعة أحكام النقص السنة ٢٤ ص ٥٧٠)

(جلسة ١٩٧١/١/٢١ مجموعة أحكام النقص السنة ٢٢ ص ١١٣)

ب- استبدال الدين أمر موضوعي يستقل قاضي الموضوع بالفصل فيه متى كانت الأسباب التي أقامت المحكمة عليها حكمها من شأنها أن تؤدي إلى القول بذلك.

(جلسة ١٩٧٧/٦/٣٠ مجموعة أحكام النقص السنة ٢٨ ص ١٥٤٣)

(جلسة ١٩٦٥/٢/١١ مجموعة أحكام النقص السنة ١٦ ص ١٥٥)

والمدين فلا يجوز للمدين أن يحتج بهذا التجديد على باقى الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذى أجرى التجديد معه (١).

وإذا أراد الدائن أن ينقل التضامن إلى الدين الجديد، فعليه أن يحصل على موافقة باقى المدينين المتضامنين على أن يلتزموا متضامنين بهذا الدين. فإذا لم يوافقوا على ذلك وكان الدائن قد اشترط لتتمام التجديد موافقتهم، فإن التجديد لا ينعقد، ويظل الالتزام التضامنى القديم قائماً (٢).

أما إذا كان الدائن لم يتفق مع باقى المدينين، لا على أن يبقوا ملتزمين بالدين القديم، ولا على أن يتضامنوا فى 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 التضامنى القديم. على أن هذا الافتراض قابل للدحض، فيجوز للدائن وقت إجراء التجديد أن يفصح عن نيته بأنه لا يقصد من هذا التجديد أن يسرى ذمة باقى المدينين المتضامنين، بل قصد أن يسرى 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. فسواء 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 الباقيين، ويكون للدائن أن يرجع على أى من هؤلاء بالدين بعد استئصال 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 (٣).

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٨. والفرق بين التضامن الإيجابى والتضامن السلبى فى حكم التجديد يرجع إلى أن التجديد لا يتم فى أية حالة من حالاته الثلاث إلا برضاء الدائن، ولما كان الدائن متعدداً فى التضامن الإيجابى فلا يجوز أن يسرى التجديد الذى قبله أحد الدائنين فى حق الباقيين الذين لم يقبلوه إلا بقدر حصة الدائن الذى قبل.

(٢) انظر فى هذا المعنى المادة ٣١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى.

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «يترب على اتفاق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الدين أو استبداله انقضاء الالتزام القديم وبراءة ذمة باقى المدينين منه، ما لم يرفض هؤلاء الأرباط بالتعهد 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 التونسي والمراكشى والمادة ٣١ من التقنين اللبنانى والمادة ١٣٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى».

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» (١)(٢).

ويختلف الحكم بعض الاختلاف فيما يتعلق بالتضامن الإيجابى، فالتجديد الذى ينعقد بين دائن من الدائنين المتضامنين والمدين لا يسرى 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 استئصال حصة الدائن الذى ارتضى هذا التجديد: انظر المادة ١٥٥ من المشروع الفرنسى الإيطالى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٨).

(١) المادة ١١٥ من القانون المدنى القديم إذ نصت على أنه «إذا قام أحد المتضامنين فى الدين بأدائه أو وفائه بطريق المقاصة جاز له الرجوع على باقى المدينين كل منهم بقدر حصته» فقد أفادت بذلك - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أنه يشترط لرجوع المدين المتضامن على المدين المتضامن معه أن يكون قد أوفى أكثر من نصيبه فى الدين.

(جلسة ١٩٦٨/٤/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٦٨٩)

(١) 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 المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٩ - ص ٧١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ١٦٩/١١٣ و ٢٦٥/٢٠١، وهذا نص كل منهما: م ١٦٩/١١٣: «لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين لبعضهم فى الدين أن يحتج بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين مع الدائن. وإذا التحدت الذمة بأن اتصف الدائن أو أحد المدينين الضامنين لبعضهم بصفتى دائن ومدين فى آن واحد بدين واحد، جاز لكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التى تخص شريكهم فى الدين». ويفهم من هذا النص ضمناً، وبمفهوم المخالفة، أن المقاصة - خلافاً لاتحاد الذمة - لا يحتج بها المدينون الآخرون حتى بقدر حصة المدين الذى وقعت المقاصة معه. غير أن المادة ٢٦٥/٢٠١ تنص على ما يأتى: «ولا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقى المدينين المذكورين إلا بقدر حصتهم فى الدين». وهذا الحكم القاضى بأن للمدينين الآخرين أن يحتجوا بالمقاصة بقدر حصة المدين الذى وقعت المقاصة معه يتعارض مع الحكم السابق الذى تقضى به المادة ١٦٩/١١٣ سالفه الذكر. وقد ذهبنا فى عهد التقنين المدنى السابق، أمام هذا التناقض، إلى أعمال المادة ٢٦٥/٢٠١ دون المادة ١٦٩/١١٣، وتخويل المدينين المتضامنين الباقيين الحق فى أن يتمسك كل منهم بالمقاصة بقدر حصة المدين الذى وقعت معه هذه المقاصة، وكتبتنا فى الموجز فى هذا الصدد ما يأتى: «أما المقاصة فقد تقع بين أحد المدينين المتضامنين والدائن. فإذا كان (أ) و(ب) مدينين متضامنين يميلغ ثلثمائة جنيه، ثم أصبح (أ) دائناً يميلغ ثلثمائة جنيه للدائن نفسه، وأراد هذا الدائن الرجوع على (أ)، فلا شك فى أن (أ) يستطيع أن يتمسك بالمقاصة، ولكن هب أن الدائن لم يرجع على (أ) ورجع على (ب)، فهل يستطيع (ب) أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت بين الدائن والمدين (أ)؟ تجيب المادتان ١٦٩/١١٣ بما يأتى: «لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين لبعضهم فى الدين أن يحتج بالمقاصة الحاصلة لغيره من

والمفروض هنا أن مقاصة قانونية وقعت بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين في الالتزام التضامني. ونفرض لتصور ذلك أن هذا الالتزام مقداره 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 - فوُقت المقاصة بينه وبين الدائن.

فإذا 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.

= 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 ولا بالنسبة لحصّة (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). ويؤيد أيضاً أن العبارة الأخيرة في المادتين ١٦٩/١١٣ تجيز في حالة إلتحاد الذمة، مغايرة لحالة المقاصة، أن يتمسك المدين المتضامن بإلتحاد الذمة بقدر الحصّة التي تخص شريكه في الدين كما سنرى. إلا أن التفريق بين المقاصة وإلتحاد الذمة لا مسوغ له، وما دام للمدين المتضامن أن يتمسك بإلتحاد الذمة بقدر الحصّة التي تخص شريكه في الدين، وجب أيضاً أن يكون للمدين المتضامن حق التمسك بالمقاصة بقدر حصّة المدين الذي وقعت منه هذه المقاصة، فيجوز في الفرض المتقدم أن يتمسك (ب) بالمقاصة بقدر حصّة (أ) في الدين، ولا يرجع عليه الدائن إلا بنصف الدين. وهذا هو الحكم الصحيح الذي يجب أن نقف عنده، والذي أراه المشرع المصري، فنص عليه في المادتين ٢٦٥/٢٠١: «ولا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقي المدينين المذكورين إلا بقدر حصّتهم في الدين». فرجع بذلك عن الحكم الذي نص عليه في المادتين ١٦٩/١١٣. ونحن نرى أمام هذا التناقض أن المادتين ٢٦٥/٢٠١ تنسخان المادتين ١٦٩/١١٣ (الموجز للمؤلف ص ٥١٦ - ص ٥١٧).

وتقابل المادة ٢٨٧ من التقنين المدني المصري في التقنينات 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 ٣٧ ونصها ما يأتي: «إذا وجد التضامن بين المدينين، أمكن كلا منهم أن يبرئ ذمة الآخرين جميعاً: ١ - ٢ - بإجراء المقاصة على دين له في ذمة الدائن مقابل مجموع الدين». ومن ذلك نرى أن التقنين اللبناني - خلافاً للتقنينات العربية الأخرى - يجعل الحق للمدين المتضامن آخر فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت مع مدين غيره ولو بقدر حصّة هذا المدين وذلك طبقاً للمادة ٣٢٤ من هذا التقنين. والتقنين اللبناني يتفق في هذين الحكمين مع التقنين الفرنسي، ويتفق كذلك مع سائر التقنينات العربية في الحكم الأول ولكنه يخالفها في الحكم الثاني.

أما إذا اختار الدائن أن يطالب بالدين أحد المدينين الآخرين، فليس للمدين المطالب أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت مع المدين الأول إلا بقدر حصّة هذا المدين (١)، أي بمقدار مائة من ثلثمائة، وعليه أن يوفى الدائن مائتين، ثم يرجع على المدين الثالث بمائة هي حصته في الدين، ولا يرجع على المدين الأول بشيء لأنه لم يدفع شيئاً لحسابه (٢). فيكون المدين الثاني في نهاية الأمر قد تحمل حصته في الدين وهي مائة، وكذلك المدين الثالث قد تحمل مائة، حصته في الدين،، برجع 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. فينتهي أمر الدائن مع المدين الأول إلى الوضع الآتي: عليه لهذا المدين ثلثمائة، وله مائة هي التي استنزلها من الالتزام التضامني، فتقع المقاصة بمقدار المائة، ويبقى للمدين الأول على الدائن مائتان. فيستوفى المدين الأول المائتين من الدائن، بعد أن نزل له عن مائة هي حصته في الدين الذي تضامن فيه مع شريكه (٣).

(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 الانقضاء إلا بقدر حصّة 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 (انظر آنفاً فقرة ١٣٧ في الهامش).

(٢) 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 حصّة هذا المدين. والفقهاء الفرنسيون الذين يؤيدون هذا الحكم يعللونه بكرهية المشرع لأن يتدخل المدين في شؤون مدين آخر تدخلاً 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 وكايتان ٢ فقرة ٧٠٠ ص ٤٧٤ - بلانيول وريبير وبولانجي 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 حصّة المدين الذي وقعت معه المقاصة عند رجوع الدائن على المدينين الآخرين (ديراتون ١٢ فقرة ٤٢٩ - فقرة ٤٣٠ - توليه ٦ فقرة ٧٢٣ و ٧ فقرة ٣٧٧ - ماركاديه ٥ فقرة ٨٣٩ - لاروميير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ٥).

(٣) وقد جاء في المدكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «تبرأ ذمة من يوفق 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 منهم جملة الدين بعد استنزال حصّة 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).

١٩٢ - اتحاد الذمة: تنص المادة ٢٨٨ من التقنين المدني على ما يأتي: «إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدنيه المتضامنين، فإن الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن» (١).

وقد تتحد الذمة بين الدائن وأحد مدنيه المتضامنين (١)، ونستعرض فى ذلك صورتين: (الصورة الأولى) أن يموت الدائن فيرثه هذا المدين. ونفرض أن الدين ثلثمائة، وأن

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المدة ٤١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٠٠ من المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧١ و ص ٧٣).

ويقابل النص فى التقنين المدني السابق المادة ١٦٩/١١٣ والمادة ٢٦٧/٢٠٣. وتنص المادة ١٦٩/١١٣ على ما يأتى: «... وإذا اتحدت الذمة بأن تصف الدائن أو أحد المدينين الضامنين لبعضهم بصفى دائن ومدين فى آن واحد بدين واحد، جاز لكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التى تخص شريكهم فى الدين». وتنص المادة ٢٦٧/٢٠٣ على ما يأتى: «اتحاد الذمة يبرى الكفلاء فى الدين، ولا يخلى المدينين المتضامنين إلا بقدر ما يخص من اتحدت فيه الذمة من المدينين». والحكم واحد، كما نرى، فى التقنين القديم والجديد.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدني السورى المادة ٢٨٨ (مطابقة) - وفى التقنين المدني الليبى المادة ٢٧٥ (مطابقة) - وفى التقنين المدني العراقى المادة ٣٢٥ (مطابقة) - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبناى المادة ٣٥ ونصها ما يأتى: «إن اجتماع صفى الدائن والمدين فى شخص الدائن أو فى شخص أحد المدينين لا يسقط الموجب إلا فيما يخص بحصة هذا المدين». وهذا الحكم مطابق لحكم التقنين المدني المصرى.

(١) شراء المستأجر للعين المؤجرة بعقد عرفى لا ينقل إليه ملكيتها ولا يحل به محل المؤجر فلا تقوم به حالة اتحاد الذمة فى مواجهة من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر شراء الطاعنين لأطيان النزاع بالعقد العرفى المؤرخ ١٩٦٩/١٠/١٥ تتوافر به اتحاد الذمة فى مواجهة المطعون ضدهما الأولين فينقضى عقد الإيجار الذى يتمسكون به فى مواجهتهما فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيقه وإذ حجبه هذا التقرير الخاطى عن بحث قيام العلاقة الإيجارية التى يتمسك بها الطاعنون وأثرها فى طلب المطعون ضدهما الأولين الزامهم بتسليم أطيان النزاع فإنه يكون مشوباً أيضاً بالقصور فى التسيب.

(الطعن ٤٣٢٩ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧)

(الطعن رقم ٣٧٤٠ لسنة ٥٩ ق، ١٥٧ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٤/٧)

(الطعن رقم ٢٦٠٢، ٢٦٨٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٩ السنة ٤٣ ع ١ ص ٢٥٥)

(الطعن رقم ٨٢٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٨/١/٦)

(الطعن رقم ٢٢١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٢/٥/٥ السنة ٣٣ ع ١ ص ٤٨٤)

(الطعن رقم ٦٠١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ السنة ٢٨ ع ١ ص ٨٧٧)

(الطعن رقم ٦٧ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١١/٣٠ السنة ١٦ ع ٣ ص ١١٦٥)

المدينين المتضامنين الثلاثة حصصهم متساوية كما فى المثال السابق، وأن المدين الذى ورث الدائن هو الوارث الوحيد. فتكون الذمتان قد اتحدتا فى شخص المدين، وانقضى الدين بالاتحاد الذمة. فإذا اعتبر المدين نفسه مديناً قد وفى الالتزام التضامنى عن نفسه وعن المدينين الآخرين عن طريق اتحاد الذمة، كان له أن يرجع على شريكه كل بمقدار حصته، فيرجع بمائة على كل منهما. وإذا اعتبر المدين نفسه قد ورث الدائن فأصبح دائماً مكانه فى 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 ما يقضى به نص المادة ٢٨٨ سالفه الذكر.

(الصورة الثانية) أن يموت المدين فيرثه الدائن. لو كان الوارث ينتقل إليه دين مورثه، لا تتحد الذمتان، ولكنهما تتحدان هنا فى شخص الدائن ويقدر 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 بالاتحاد الذمة وبقيت التركة مسؤولة عنه؛ لا يستطيع أن يطالب أياً من المدينين المتضامنين الآخرين بأكثر من مائتين، إذ لو طالبه بكل الدين وهو ثلثمائة لجاز للمدين أن يطلب استنزال مائة هى حصة التركة التى ورثها الدائن (١).

١٩٣ - الإبراء: تنص المادة ٢٨٩ من التقنين المدني على ما يأتى:

(١) وإذا كانت التركة معسرة إعساراً 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: «بواجه هذا النص حكم اتحاد الذمة بين الدائن وأحد مدنيه 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 بجملة الدين بعد استنزال حصته بوصفه دائماً 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 بجملة الدين بعد استنزال 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).

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 يبرأ 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:

٢٨٩م: 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 فمجلس الشيوخ، تحت رقم ٢٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٤-٧٥).

٢٩٠م: ورد هذا النص في المادة ٤١٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٠٢ في المشروع النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٦).

٢٩١م: 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: «على 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 «توخياً لإيراد الحكم في صورته الموضوعية دون أن تختص مسألة الإثبات بالذكر». وأصبحت المادة رقمها ٣٠٣ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٧ و ص ٨١).

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق النصوص الآتية:

١٧٠/١١٤م: إذا أبرأ الدائن ذمة أحد مدينيه المتضامنين، ساغ لغيره من المدينين التمسك بذلك بقدر حصة من حصل أبرأه ذمته فقط، ما لم يكن الإبراء عاماً للجميع ثابتاً إذ لا يحكم فيه بالظن.

وهذه النصوص تواجه حالتين:

(الحالة الأولى) أن يبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين. فإذا اقتصر الدائن

٢٤٥/١٨٢م: وإبراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يعتبر قاصراً على حصته فقط، وينقض الدين بقدرها فقط.

٢٤٦/١٨٣م: لا يجوز لباقي الشركاء المتضامنين في الدين أن يطالبوا شريكهم الحاصل له الإبراء إلا بقدر حصة 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 عراقى - 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 اللبناني والنصوص الآتية: م ٣٢- إن إسقاط الدين على أحد المديونين 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 حصة المديون المبرأ ذمته (وفي هذا يختلف التقنين اللبناني 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 اللبناني فإبراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يبرأ ذمة الباقيين، ما لم يصرح الدائن أنه لم يرد إلا

إبراء المدين بقدر حصته - م ٣٣: إن الدائن الذي يرضى بتجزئة الدين لمصلحة أحد المديونين يبقى له حق الادعاء على الآخرين بمجموع الدين، إذا لم يشترط العكس (هذا النص موفق في الحكم للمادة ٢٩٠ مصرى) - م ٣٧: إذا وجد التضامن بين المديونين أمكن كلاً منهم أن يبرأ ذمة الآخرين جميعاً... بأن ينال من الدائن إسقاط مجموع الدين (ولا يختلف الحكم في القانون المصري عن هذا

الحكم) - م ٤٢: يزول التضامن حين يسقطه الدائن - م ٤٣: يكون إسقاط التضامن إما عاماً وشاملاً لجميع المديونين، وإما شخصياً بمختصاً بواحد أو بعدة منهم. فإذا شمل الإسقاط جميع المديونين، يقسم الموجب فيما بينهم كما يقسم الموجب المتقارن. وإذا كان الإسقاط شخصياً بمختصاً بواحد أو بعدة من المديونين، فإن الدائن لا يمكنه أن يطالب الذين أسقط التضامن عنهم إلا بتصيبهم، وإنما يحق له أن يقاضي سائر المديونين على وجه التضامن بمبلغ الدين كله. وإذا وقع لأحد المديونين الذين لم يشملهم إسقاط التضامن إن أصبح غير ملئ، فإن سائر المديونين، وفي جملتهم الذين استفادوا من هذا الإسقاط، يتحملون إيفاء ما يجب عليه من الدين (والمادتان ٤٢ و ٤٣ من التقنين اللبناني توافقتان في الحكم

المادتان ٢٩٠ و ٢٩١ من التقنين المصري).

على هذا الإبراء، ولم يصرح بغير ذلك، افترض أنه أراد إبراء ذمة هذا المدين وحده⁽¹⁾، فلا يستطيع أن يطالبه بشئ بعد هذا الإبراء، ولكنه يستطيع أن يطالب كلا من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصة المدين الذي أبرأه⁽¹⁾. ففي المثال السابق - الدين ثلاثمائة والمدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية - إذا أبرأ الدائن أحد المدينين، كان له أن يطالب أياً من المدينين الآخرين بمائتين، ومن وفي منهما المائتين يرجع على الآخر بمائة هي حصته من الدين⁽²⁾. فإذا كان هذا الآخر معسراً، كان للمدين الذي وفي المائتين أن يرجع على المدين الذي أبرأه الدائن بنصيبه في حصة المعسر وهو خمسون، ما لم يتضح أن الدائن عندما أبرأ هذا المدين أراد أن يخليه من كل مسؤولية عن الدين، ففي هذه الحالة يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين في حصة المعسر، ولا يستطيع مطالبة المدين غير المعسر بالمائتين كلها بل يطالبه بمائة وخمسين.

ولكن يجوز للدائن عند إبرائه المدين أن يصرح بما انصرفت إليه نيته بالنسبة إلى المدينين الآخرين⁽²⁾. فقد يصرح أنه أراد بإبرائه لأحد المدينين أن يسرى الباقيين، وعند ذلك ينقضى

(1) استئناف وطني ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٩٣ - استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٧١.

(2) نقض مدني ١٠ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٩ ص ١٩٥ - على أنه إذا أفلس أحد المدينين المتضامين، وتصلح معه الدائن على جزء من المدين وأبرأه من الباقي، فللدائن أن يرجع على أي المدينين المتضامين الآخرين بكل الدين دون أن يستنزل حصة المدين المفلس في الجزء الذي أبرأه منه الدائن. وهذا ما كانت تنص عليه المادة ٣٤٩ من التقنين التجاري السابق إذ تقول: «وللمدين مطالبته الشركاء في الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس (انظر الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٦٥١ - وانظر المادة ٥٤٥ من التقنين التجاري الفرنسي وكولان وكايبان ٢ فقرة ٧٠٠ ص ٤٧٤)».

(1) إسقاط الحق بوصفه تعبيراً عن إرادة صاحبه في التخلي عن منفعة يحميها القانون أو ينهى عنها لا يكون إلا صريحاً أو باتخاذ موقف لا تدع ظروفي الحال شكاً في دلالة على قصد الإسقاط حسبما تقضى بذلك المادة ٩٠ من القانون المدني وعلى ذلك فإن سكوت المؤجر عن استخدام حقه في طلب فسخ عقد الايجار يخالفه المستأجر للشرط المانع من التنازل الوارد به لا يعد قبولا ينطوي على النزول عن ذلك الحق لانقضاء اللازم بين هذا الموقف السلبي والتعبير الايجابي عن الإرادة.

(الظمن رقم ٧٨٦٢ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٨)

(الظمن رقم ٢٤٠١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٠/٤/٥ ص ٤١ ع ١٤ ص ٩٤٨)

(الظمن رقم ١٠٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٤/٢٨ ص ٣٠ ع ٢٤ ص ٢١٧)

(2) التنازل الذي يتضمن إبراء الدائن مدينه من التزام ما انما هو وسيلة من وسائل اقتضاء الالتزامات، ومن ثم فإنه متى صدر التنازل نهائياً فإنه ينشئ مركزاً قانونياً ثابتاً، ويحق للمتنازل إليه أن يطلب في أي وقت إعمال الآثار القانونية لهذا التنازل ومن بينها ما اتخذ المتنازل من اجراءات بالمخالفة لتنازله.

(الظمن ٤٣٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٥/٢٨ السنة ١٥ ص ٧٣١)

الدين بالإبراء بالنسبة إليهم جميعاً، ولا يستطيع الدائن بعد ذلك أن يطالب أحداً منهم بشئ، ولا رجوع لأحد منهم على الآخرين. وقد يصرح، على النقيض من ذلك، أنه لم يرد بإبرائه للمدين أن يسرى 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 بشئ، لكنه يستطيع أن يطالب أياً من المدينين الآخرين بكل الدين، أي 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 يعفى المدين من دفع حصته، ولكن لا للدائن، بل للمدين الذي وفي كل الدين. وقد يجد المدين الذي وفي كل الدين شريكه الآخر معسراً فيرجع في هذه الحالة على المدين الأول الذي أبرأه الدائن بنصيبه في حصة المعسر، وهي خمسون، فيكون مجموع ما يرجع به عليه مائة وخمسين. وهذا ما لم يتضح أن الدائن عندما أبرأ المدين الأول أراد أن يخليه من كل مسؤولية 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 مسؤولية عنه، ولا يستطيع أن يطالب المدين غير المعسر إلا بمائة وخمسين هي حصته من الدين أضيف إليها نصيبه في حصة المعسر⁽¹⁾.

(الحالة الثانية) أن يسرى الدائن أحد المدينين المتضامين من التضامن فقط⁽²⁾. فعندئذ لا

(1) وتقدير ما انصرفت إليه نية الدائن في الإبراء مسألة واقع لا معقب على قاضي الموضوع فيها من محكمة النقض. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اختلف أحد المدينين المتضامين 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 بينة 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 سائغاً في تفسير الأقرار وعقد شطب بالاختصاص الصادرين من الدائن ولا يتجافى مع ما هو وارد فيهما، فلا معقب عليها في ذلك (نقض مدني ١٠ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٩ ص ١٩٥).

ولما كان الإبراء إسقاطاً فهو لا يفترض، بل يجب أن يستخلص في وضوح وفي غير إبهام، وإذا تضمنته ورقة مكتوبة وجب أن تكون ممضاة من الدائن أو من نائب عنه مفوض له في الإبراء (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٦ م ص ٩٧).

(2) وقد يكون في محاسبة الدائن لأحد المدينين المتضامين 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 ص ٦٥٩). على أن هذا النزول الضمني لا يستخلص حتماً، وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه إذا طالب أحد المدينين المتضامين بحصته في الدين وتخالص معه عنها على هذا الوجه، فليس في ذلك تنازل عن التضامن لمجرد أن المدين قد دفع حصته في =

يستطيع أن يطالبه إلا بحصته في الدين، وهي المائة^(١). ولكنه يستطيع أن يطالب كلا من المدين الآخرين بكل الدين، أي بثلاثمائة، متى 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^(٢). وقد يتفق الدائن عند إبرائه للمدين الأول من التضامن، مع هذا المدين أو مع غيره من المدين أو معهم جميعاً، على أن يرجع على أي من المدين الآخرين بالدين بعد استنزال حصة المدين الذي أبراه من التضامن، فيرجع عندئذ على أي 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 التضامن بنصيبه في حصة المعسر^(٣). كل هذا ما لم يتضح أن الدائن عندما أبراه 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 الموسر إلا بمائة وخمسين^(٤).

=الدين، إذ أنه يبقى مع ذلك التزامه بصفته وكيلًا عن باقي المدين وهو التزام يجوز للدائن الرجوع به عليه حتى قبل أن يجرد باقي المدين من مالهم (٣٠ مارس سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٤٤٦ ص ٩٦٨).

(١) قارن في تعيين حصة المدين المبرأ من التضامن بالنسبة إلى الدائن الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٣٦ - ص ٢٣٧.

(٢) انظر في اضطراب نصوص التقنين المدني الفرنسي في هذه المسألة وتضارب آراء الفقهاء الفرنسيين في تفسير المادة ١٢١٠ من هذا التقنين بودرى وبارد ٢٥٧٩ - ١٢٧٩ - ١٢٨٢ - بلانيول وريبير وجابولد ٧٧٨ - ٤٤٧ - ١٠٩٥ - ١٠٩٥.

(٣) وإذا أبراه الدائن أحد المدين المتضامنين من التضامن، وعندما أراد الرجوع على باقي المدين وجدهم جميعاً معسرين، فإنه يستطيع الرجوع على المدين الذي أبراه من التضامن بكل الدين، فإن هذا المدين بعد إبرائه من التضامن يلتزم بدفع حصته من الدين، ثم يلتزم بدفع الباقي على أساس أنه يتحمل حصص المعسرين (ديمولومب ٢٦ - ٤٤٠ - كوليه دى سانتير ٥ - ١٥٠ - مكررة ثالثاً - بودرى وبارد ٢٦٦٣).

(٤) انظر في اختلاف الآراء في الفقه الفرنسي في هذه المسألة لعدم وضوح نص المادة ١٢١٥ من التقنين المدني الفرنسي بودرى وبارد ٢٦٦٢ - ١٢٦٥ - ١٢٦٥.

وانظر في المادتين ١٢١١ و ١٢١٢ من التقنين المدني الفرنسي وهما يضعان قرائن قانونية على وقوع الإبراء من الدائن بودرى وبارد ٢٦٨٣ - ١٢٨٣ - ١٢٨٨ - بلانيول وريبير وجابولد ٧٧٨ - ١٠٩٧ - ولا محل لتطبيق هذه القرائن القانونية في مصر، فإن القرينة لا بد فيها من نص ولم يورد التقنين المدني المصرى هذه النصوص، فالقرينة على الإبراء في القانون المصرى لا تكون إلا قضائية (قارن المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٨ - ص ٧٩).

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 والتقدم - فهذه كلها وقائع مادية لا تتسع إلا لحكم واحد لا يتغير، كما رأينا في المقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ، وكما سنرى في التقدم^(١).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد الإبراء ما يأتي: «إذا أبراه الدائن أحد المدين المتضامنين، استتبع ذلك براءة ذمته من الدين، أما الباقيون فلا تبرأ ذمتهم إلا إذا أعلن الدائن ذلك. فإن لم يفعل، بقي كل منهم ملزماً بأداء الدين بأسره بعد استنزال حصة من أبرئ. بيد أن للدائن أن يرجع رغم ذلك على كل من المدين المتضامنين بكل الدين إذا احتفظ لنفسه بهذا الحق، ويكون لمن يقوم بالوفاء عن هؤلاء المدين في هذه الحالة حق الرجوع على من أبرئ بحصته في الدين. ويستخلص مما تقدم أن ثمة قرينتين: (الأولى) قرينة انصراف إرادة الدائن إلى عدم إبراء سائر المدين، ما لم يعلن خلاف ذلك. (والثانية) قرينة انصراف إرادة الدائن إلى إبراء ذمتهم من حصة المدين الذي صدر الإبراء لصالحه، ما لم يحتفظ لنفسه بحق الرجوع بجملة الدين. أما إذا اقتصر الدائن على إبراء أحد المدين المتضامنين من التضامن، فلا ينهض هذا الإبراء قرينة على أن نيته قد انصرفت إلى إبراء ذمة الباقيين من حصة من أبرئ، وعلى ذلك يكون للدائن أن يرجع على كل من هؤلاء المدين بجملة الدين، ما لم يصرح أنه أبراه ذمتهم من حصة من صدر الإبراء لصالحه. ولا يجوز له في أي حال أن يرجع على من أبرئ من التضامن إلا بقدر حصته في الدين..... ويستخلص مما تقدم أن الدائن إذا أبراه أحد المدين المتضامنين من الدين أو من التضامن، فله أن يرجع على كل من الباقيين بكل الدين، بعد استنزال حصة من أبرئ أو دون استنزال هذه الحصة، ولا يكون لمن يقوم بالوفاء من المدين بجملة الدين بعد استنزال حصة المدين الذي أبراه الدائن أن يرجع بشئ على هذا المدين، ولكن يثبت له حق الرجوع عليه بحصته لو أنه قام بالوفاء بجملة الدين دون أن يستنزله تلك الحصة. فلو فرض مثلاً أن مدنين أربعة التزموا على وجه التضامن بالوفاء بدين قدره ١٢٠٠ جنيه، وأن دائنهم أبراه 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 أبرئ. أما إذا أدى مبلغ ١٢٠٠ جنيه، فله أن يرجع عليه بمبلغ ٣٠٠ جنيه. وله أن يرجع، في كلتا الحالتين، على كل من المدين الآخرين بمبلغ ٣٠٠ جنيه. ولو فرض أن أحد هذين المدين معسر لا مال له، فلا يكون لمن قام بالوفاء إلا أن يرجع على المدين الموسر، وفي هذه الحالة يتحمل من أبرئ من المدين، سواء ألزم بأداء مبلغ ٣٠٠ جنيه. أم برئت ذمته براءة تامة، نصيبه في تبعة هذا الإعسار، فيؤدى فضلاً عن حصته في الدين (مبلغ ٣٠٠ جنيه) مبلغ ١٠٠ جنيه عند الاقتضاء وهو نصيبه في حصة المعسر. على أن هذا الحكم لا يعدو أن يكون مجرد تفسير لنية المتعاقدين، فهو يقوم على قرينة يجوز نقض دلائلها بآثبات العكس. فإذا أثبت من أبرئ من المدين أن إرادة الدائن قد انصرفت إلى إبرائه من كل مسئولية عن الدين، تحمّل الدائن نصيب هذا المدين في تبعة إعسار من يعسر من المدين المتضامنين: وهو مبلغ ١٠٠ جنيه في الفرض الذي تقدمت الإشارة إليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٨ - ص ٨٠).

١٩٤ - التقادم: تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ من التقنين المدني على ما يأتي:
«إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين»^(١).

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، وسرى 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

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٤١٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي:
«إذا انقضى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين بسبب التقادم، فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين. على أنه إذا أُجبر أحد المدينين على وفاء الدين، كان له حق الرجوع على الباقيين، حتى من انقضى التزامه بالتقادم». وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١/٢٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٢ وص 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 ببعض المدة الموجب لتخلصه من الدين، فلا يضر ذلك بباقي المدينين المتضامنين وبالكفيل الذين تخلصوا من التزاماتهم ببعض المدة». وهذا الحكم، كما سنرى، يمكن الأخذ به في عهد التقنين المدني الجديد، فهو موافق للمبدأ العام المقرر في هذا التقنين.

ويقابل 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 كالآتي: «إذا كانت دعوى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لا يجوز سماعها بسبب التقادم، استفاد من ذلك باقي المدينين بقدر حصة المدين الذي لا يجوز سماع الدعوى ضده» (وحكم هذا النص موافق لحكم التقنين المصري) - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٤٧ ونصها كالآتي: «يحق لكل مدين متضامن والكفيل الإدلاء بمرور الزمن تجاه الدائن، كما يحق للدائن آخر للمدين أن يدلي 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 بإقامة دعوى ولا بتقديم دفع» - أن التقادم يبرئ ذمة باقي المدينين المتضامنين، وإن كان الأمر غير واضح وضوحاً كافياً. فإن صح هنا التفسير، فإن التقنين اللبناني يختلف حكمه في هذه المسألة عن حكم التقنين المصري).

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 بعد حلول الأجل وإلا بعد تحقق الشرط، ويسرى التقادم فوراً بالنسبة إلى الثالث فيكتمل في وقت لم يكتمل فيه بالنسبة إلى الأولين.

فإذا 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 ثلاثمائة 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).

فإذا كان من دفع المائتين عند رجوعه على الآخر بالمائة وجدّه معسراً، فإنه 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 أضيف إليها نصيبه هو في حصة المدين المعسر. ولا يعترض على هذا الحكم بأن المدين الذي انقضى دينه بالتقادم لا يجوز الرجوع عليه بشيء بعد أن انقضى دينه، ذلك لأن المدين الذي دفع المائتين لا يرجع عليه بالدين القديم الذي انقضى بالتقادم، وإنما يرجع عليه بدعوى الوكالة أو الفضالة كما سنرى، وهذه الدعوى لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها لا من وقت دفع المائتين. ونرى من ذلك أن المدين الذي انقضى دينه بالتقادم، إذا هو أمن مطالبة الدائن له، فإنه لا يأمن رجوع

(١) أما في القانون الفرنسي فمن الفقهاء من يذهب إلى هذا الرأي (كوليه دي سانتير ٥ فقرة ١٤٢ مكررة خامساً - لوران ١٧ فقرة ٢٣٥)، ومنهم من يذهب إلى أن المدين المتضامن يحتج بالتقادم الذي اكتمل بالنسبة إلى مدين غيره، لا بقدر حصة هذا المدين فحسب، بل بكل الدين، قتيلاً ذمة المدينين جميعاً إذا اكتمل التقادم بالنسبة إلى أحدهم ولو لم يتكامل بالنسبة إلى الآخرين (ديمولومب ٢٦ فقرة ٤١٣ - فقرة ٤١٤ - بودرى وبارد ٢٥٢ فقرة ١٢٥٢ - فقرة ١٢٥٣).

ويجب التمسك بالتقادم، إما من المدين الذي انقضى دينه به، وإما من مدين آخر إذا بدأ 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، فسرى (انظر ما يلي فقرة ١٩٦) أن ذلك لا يضر بالآخرين (انظر أيضاً المادة ٢٧١/٢٠٧ 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).

مدین آخر يطالبه بنصيبه في حصة مدین معسر، ولا يستطيع أن يتخلص من هذه المطالبة بالرغم من تقادم دينه الأصلي.

٣- الآثار الثانوية للتضامن بين المدینين

١٩٥- المبدأ العام: قدما أن للتضامن آثاراً ثانوية (effets secondaires) ترجع إلى قيام نيابة تبادلية بين المدینين المتضامنين، بموجبها يكون كل مدین متضامن ممثلاً للآخرين ونائباً عنهم فيما ينفعهم لا فيما يضرهم^(١).

(١) أما في فرنسا فالنيابة التبادلية ما بين المدینين المتضامنين كانت معروفة منذ عهد القانون الفرنسي القديم، قال بها ديحولان وبوتيه من بعده، ثم تبعهما في ذلك فقهاء القانون الفرنسي الحديث. والنيابة التبادلية، كما هي مفهومه في فرنسا في العصر الحاضر، وكما كانت مفهومة في مصر في عهد التقنين المدني السابق تبعاً للفقهاء الفرنسيين، تقضى بأن كل مدین يمثل سائر المدینين المتضامنين فيما يحفظ الالتزام، وفيما يستتبعه، لا فيما يزيد عن عبئه (ad conservandam vel perpetuandum, non ad augendam). ومن ثم يكون إعدار أحد المدینين المتضامنين إعداراً للباقيين، وتكون مطالبته القضائية مطالبة للباقيين، ويكون قطع التقادم بالنسبة إليه قطعاً للتقادم بالنسبة إلى الباقيين، ويكون الحكم عليه حكماً على الباقيين، وفي هذا كله مثل المدین المتضامن سائر المدینين فيما يضر وإن كان لا يزيد من عبء الالتزام. على أن من يراجع نصوص التقنين المدني الفرنسي في التضامن، وتضارب آراء الفقهاء في تفسيرها، يدرك أن هذه النصوص لم تنتظمها وحدة دقيقة من منطق منسجم. انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٣ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٣ ص ٤٥٤ - ص ٤٥٥. وقد التزم التقنين المدني المصري الجديد في نصوصه التي أوردها في هذا الموضوع الهام، كما سترى، هذه الوحدة الدقيقة، ولم يحد عنها في أي نص، إذ جعل النيابة التبادلية تقوم في جميع الأحوال فيما ينفع سائر المدینين المتضامنين لا فيما يضرهم، فتمحضت هذه النيابة لمصلحة المدینين.

ويذهب دي باج إلى أن فكرة النيابة التبادلية في القانون الفرنسي تهدف إلى غرض عملي محض، هو تقوية التضامن وجعله ينتج أبعد الآثار لمصلحة الدائن، فيستطيع هذا بإجراء يتخذه قبل مدین واحد أن يحدث الآثار التي تنتج فيما لو اتخذ هذا الإجراء قبل جميع المدینين (دي 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 المدینين (انظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٠٣ ص ٢٩٠).

ويستعرض بودرى وبارد التقنيات الأجنبية المختلفة، فيما يتعلق بآثار التضامن، ليقر أن فيما بينها. فبعضها يسير على غرار التقنين الفرنسي، كما هي الحال في التقنين البرتغالي وفي التقنين الشيلي وفي التقنين المصري السابق. وبعضها يوسع في آثار التضامن ويزيد فيها على التقنين الفرنسي، كما فعل التقنين الأسباني إذ جعل سائر المدینين المتضامنين مسؤولين عن خطأ أحدهم، وكما فعل التقنين الأرجنتيني إذ جعل اتحاد الذمة يقضى الدين كله بالنسبة إلى جميع المدینين، وكما فعل التقنين =

وقد طبق التقنين المدني هذا المبدأ العام تطبيقاتاً تشريعية مختلفة:

- (١) فإذا انقضت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدینين المتضامنين، لم يضر ذلك بباقي المدینين ولم يحز للدائن أن يتمسك بقطع التقادم أو بوقفه قبلهم.
- (٢) وإذا ارتكب أحد المدینين المتضامنين خطأ في تنفيذ التزامه يستوجب مسؤوليته، لم يضر ذلك بباقي المدینين.

(٣) وإذا أعذر الدائن أحد المدینين المتضامنين أو طالبه بمطالبة قضائية، لم يضر ذلك المدینين الآخرين، ولم ينتج الإعدار أو المطالبة القضائية أثراً بالنسبة إليهم. لكن إذا أعذر أحد المدینين المتضامنين الدائن، نفع هذا باقيهم وأفادوا من هذا الإعدار.

(٤) وإذا تصالح الدائن مع أحد المدینين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى أو أي نفع للمدین، أفاد الباقيون من ذلك. أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمة المدین التزاماً جديداً أو يزيد فيما هو ملتزم به أو يسوي مركزه على أية صورة من الصور، فإن هذا الصلح لا يضر الباقيين ولا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه.

(٥) وإذا أقر أحد المدینين المتضامنين بالدين، لم يضر هذا الإقرار بباقي المدینين واقتصرت حججته على المقر دون أن تسرى في حق الباقيين. أما إذا أقر الدائن لأحد المدینين المتضامنين، أفاد الباقيون من إقراره.

(٦) وإذا وجه الدائن اليمين إلى أحد المدینين المتضامنين دون غيره فحلف، أفاد باقي المدینين من ذلك. أما إذا نكل، لم يضار بنكوله الباقيون. كذلك إذا وجه أحد المدینين

=الإيطالي السابق إذ جعل كل مدین 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، إما الإعدار 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 السويسري يقرر أن المدین المتضامن لا يستطيع بعمله أن يسوي مركز المدینين الآخرين، فمطالبة أحد المدینين بالفوائد لا يجعلها تسرى في حق الآخرين، ولكن قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدینين يقطعه بالنسبة إلى الباقيين لتوقى مضاعفة مصروفات قطع التقادم. ويوسع التقنين السويسري 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 الفرنسي والتقنين الألماني بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٨).

المتضامنين اليمين إلى الدائن فحلف، لم يضار بذلك باقى المدينين، أما إذا نكل، أفاد من نكوله الباكون.

(٧) وإذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين، لم يسر هذا الحكم فى حق الباقيين ولم يحتج به عليهم. أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم، أفاد الباكون منه، إلا إذا كان الحكم مبنياً 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 التضامى (obligation in solidum)، ففى هذا الالتزام لا تكون هناك نيابة تبادلية بين المدينين المتعددين، إذ لا توجد رابطة مشتركة بينهم أكثر من أن كلا منهم مدين بنفس الدين. فإذا أعذر أحدهم الدائن لم يفد الباكون من ذلك، وإذا أعذر الدائن أحدهم لم يسر الإعذار فى حق الباقيين. وإذا أقر الدائن لأحدهم لم يفد الباكون من الإقرار، وإذا أقر أحدهم للدائن لم يسر الإقرار فى حق الباقيين. وقل مثل ذلك فى سائر الآثار الثانوية.

١٩٦ - انقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين: تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٢ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين»^(٢).

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٣.

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص فى الفقرة الثانية للمادة ٤١٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢/٣٠٤ من المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢/٢٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٢ و ص ٨٤ - ص ٨٥).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٦٦/١١٠، ونصها ما يأتى: «مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقى المدينين». وقد كتبنا فى الموجز فى عهد التقنين المدنى السابق فى هذا الصدد ما يأتى: «والفكرة الأخرى الجوهرية فى علاقة المدينين المتضامنين بعضهم البعض الآخر هى النيابة التبادلية. فكل مدين نائب عن بقية المدينين فيما لا يزيد من عبء الالتزام. وإلى هذا تشير المادتان ١٦٧/١١١: لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن ينفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقى المدينين. فإذا كان الدين غير قابل للتحويل، وقبل تحويله أحد المدينين المتضامنين، فلا يسرى هذا القبول على المدينين الآخرين، إذ لا نيابة فيما يزيد عبء الالتزام. كذلك إذا قبل أحد المدينين المتضامنين أن يدفع فوائد لم يكن ملزماً بدفعها، أو أن يزيد فى الفوائد التى التزم بدفعها، فإن هذه الزيادة فى عبء الدين لا تسرى فى حق المدينين الآخرين. أما فى حدود الالتزام، فكل مدين نائب عن المدينين الآخرين، وترتب على هذه النيابة التبادلية النتائج الآتية: (١) إعذار الدائن لأحد المدينين المتضامنين يعتبر إعذاراً للباقيين، وتتولد آثار الإعذار بالنسبة لجميع =

قد يقطع الدائن التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، بأن يطالبه بالدين مطالبة قضائية أو يرسل إليه تنبيهاً (commandement) أو يوقع عليه حجراً أو يحصل منه على

=المدينين المتضامنين، بما فى ذلك التعويض عن التأخر وضمان الهلاك. (٢) مطالبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين مطالبة قضائية تعتبر مطالبة للباقي، وتتولد آثار المطالبة القضائية بالنسبة لجميع المدينين المتضامنين، بما فى ذلك قطع سريان التقادم واستحقاق الفوائد. وإلى هاتين النتيجةين تشير المادتان ١١٦/١١٠: مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقى المدينين (٣) الحكم على أحد المدينين المتضامنين حكم على الباقي، ألا إذا ثبت أن المدين المحكوم عليه متواطئ مع الدائن أو أنه أهمل فى 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 فى تضامن الدائنين. فالقاعدة إذن أن المدين المتضامن أو الدائن المتضامن يمثل شركاء المتضامنين معه فى الدعوى التى 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 الذى دخل طرفاً فى الدعوى قد تواطأ مع من صدر الحكم لمصلحته، أو أنه أهمل فى الدفاع عن حقه، ويستطيع أحد الشركاء كذلك أن يدفع عنه أثر الحكم إذا ثبت أن عنده دفعاً خاصة به من شأنها أن تحول الحكم لمصلحته. ومعنى أن الحكم على أحد المدينين المتضامنين أوله حكم على الباقي أو لهم أن هذا الحكم يكون حجة عليهم أو لهم، وليس معناه أن المدين المتضامن الذى لم يكن طرفاً فى الدعوى ينفذ عليه أو ينفذ بمقتضى هذا الحكم. وإذا صدر الحكم لصالح الدائن فى مواجهة جميع المدينين المتضامنين فإن المعارضة أو الاستئناف أو النقض الذى يرفعه أحد هؤلاء المدينين يفيد الباقيين حتى لو لم يطعنوا فى الحكم بأنفسهم (الموجز للمؤلف فقرة ٥١٠) - انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٣.

ويتبين مما قدمناه أن التقنين المدنى السابق كان يتضمن مبدأ يقضى بالنيابة التبادلية ما بين المدينين المتضامنين والدائنين المتضامنين لا فيما ينفع فحسب، بل أيضاً فيما يضرب، إلا إذا كان فى ذلك زيادة فى عبء الدين كأن تزيد فوائده أو أن يصبح 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 التعويض وتحمل تبعه الهلاك وسريان الفوائد وقطع التقادم، فهذا كله لا يعتبر زيادة فى عبء الدين، إذ هو من النتائج الطبيعية للدين ذاته، وهو وإن كان ضاراً بالمدينين المتضامنين الآخرين إلا أنه يسرى فى حقهم بمقتضى هذه النيابة التبادلية فيما ينفع وفيما يضرب إلا ما يزيد فى عبء الدين. وقد جرى التقنين المدنى السابق فى كل هذا الفقه الفرنسى، كما بينا فيما تقدم.

ويتضح من ذلك أن الآثار الثانوية للتضامن - وهى التى نحن بصددنا - يختلف فيها التقنين السابق عن التقنين الجديد. ففى التقنين السابق، قطع التقادم ووقفه فى حق أحد المدينين المتضامنين يكون قطعاً للتقادم ووقفاً 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 وبالاجراءات الصحيحة المتخذة قبله على الباقيين (استئناف مصر ١٥ يونيو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ =

إقرار بالدين أو يقوم بأى عمل آخر من الأعمال التي تقطع التقادم (م ٣٨٣ - ٣٨٤ مدني). ولما كان هذا المدين لا يمثل باقى المدينين ولا ينوب عنهم فى الأعمال التى تضر بهم، وكان قطع التقادم ضاراً بهم إذ أن من مصلحتهم أن يستمر التقادم فى سريانه ولا ينقطع، فإن 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 حتى ينقطع التقادم فى حق الجميع (١). وقد قدمنا مثل ذلك فى التضامن الإيجابى ولكن

رقم ٢٥٨ ص ٥٢٤ - الجيزة ٤ يناير سنة ١٩٣٩. المجموعة الرسمية ٤١ 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 ٣٣٥ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ 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 أسيوط 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 ٢/٣٦ و ٣، وتجربان على الوجه الآتى:

إن الأسباب التى توقف حكم مرور الزمن يمكن إيقاظها 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 الباقيين.

(١) أما فى فرنسا فقطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين يكون قطعاً للتقادم بالنسبة إلى الباقيين (المادة ١٢٠٦ من التقنين المدنى الفرنسى وانظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٤ - فقرة ١٢٢١). ولكن وقف التقادم بالنسبة إلى أحدهم لا يكون وفقاً له بالنسبة إلى الباقيين (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٢٢ - فقرة ١٢٢٣).

بنتيجة عكسية، فإذا قطع أحد الدائنين المتضامنين التقادم فى حق المدين، أفاد هذا العمل باقى الدائنين، وانقطع التقادم لمصلحة الجميع (١).

وقد يقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين دون الباقي. ويتحقق ذلك مثلاً بأن تكون زوجة دائنة لزوجها ومعه مدينون آخرون متضامنون فى نفس الدين، أو بأن يكون قاصر دائناً لوصية ومع الوصى مدينون آخرون متضامنون. وفى هذه الحالة يقف التقادم بين الزوجة وزوجها لقيام المانع الأدبى (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 الذى وقف التقادم فى حقه لا يكون ممثلاً للباقيين فيما يضرهم، ومن ثم لا يقف التقادم فى حق المدينين المتضامنين الآخرين وإن وقف فى حق الزوج وفى حق الوصى. هذا إلى أن أسباب وقف التقادم متصلة بشخص طرفى الالتزام، فيقتصر أثرها عليهما. فلا بد إذن من أن يقوم سبب وقف التقادم فى حق كل مدين متضامن على حدة، حتى يقف فى 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. أما فى التضامن الإيجابى، 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 ينبغى وفقاً للمبدأ العام أن يتعدى أثره إليهم، ولكن لما كانت أسباب وقف التقادم متصلة بشخص طرفى الالتزام، فإن الأثر يقتصر على من قام بشخصه سبب الوقف (٢).

هذا وقد يقع أن يتمسك بعض المدينين المتضامنين بالتقادم دون بعض آخر، فى غير صورتى انقطاع التقادم ووقفه. إذ يجوز أن يكتمل التقادم بالنسبة إلى جميع المدينين المتضامنين، ويستطيع كل منهم أن يدفع بسقوط الدين بالتقادم (١). ولكن لما كان يجوز

(١) انظر أننا فقرة ١٤٤.

(٢) انظر أننا فقرة ١٤٤.

(١) إن المادة ١/٣٨٧ من القانون المدنى إذ نصت على أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولم يتمسك به المدين، فقد أفادت بذلك أن إيداع الدفع بالتقادم المسقط قاصر على من له مصلحة فيه. ولا ينتج هذا الدفع أثره إلا فى حق من تمسك به. وانه وإن جاز للمدين المتضامن طبقاً للمادة ٢٩٢ من القانون المدنى أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين إلا أنه إذا أبدى أحد المدينين المتضامنين هذا الدفع فإن أثره لا يتعدى إلى غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به.

(الطنن رقم ١٤٩ سنة ١٣٠٠ جلسة ١٩٦٨/٤/٢ ص ١٩ ص ٦٨٩)

(جلسة ١٩٦٤/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ١٢٤٨)

٢٩٣ مدني على ما يأتي:

«لا يكون المدين المتضامن مسئولاً في تنفيذ الالتزام إلا عن فعله» (١) (١). وهذا تطبيق آخر لاستبعاد مبدأ النيابة التبادلية فيما يضر. فالمفروض أن أحد المدينين المتضامين قد ارتكب

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في صدر المادة ٤١٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة، وذكر في هذه اللجنة أن المقصود بكلمة «فعله» هو كل فعل يعزى إلى أحد المدينين ويسأل عنه هو نفسه دون الآخرين، متى كان من شأنه زيادة الدين، تمشياً مع فكرة اقتصار نيابة المدينين عن بعضهم فيما ينفع لا فيما يضر. وأصبحت المادة رقمها ٣٠٥ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٣ الفقرة الأولى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٦ وص ٨٧ - ص ٨٨).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق، ولكن الحكم كان معمولاً به تطبيقاً للمبدأ القاضي بالآلية فيما يزيد من عبء الالتزام.

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى:

في التقنين المدني السوري المادة ١/٢٩٣ (وهي مطابقة).

وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٢٨٠ (وهي مطابقة).

وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٣٠ في صدرها (وهي مطابقة).

وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٨، وتجري على الوجه الآتي: إن كلا من المدينين المتضامين مسئول عن عمله فقط في تنفيذ الموجب، والإنذار الموجه على أحدهم لا يسرى مفعوله على الآخرين - وهذا النص مطابق في الحكم لنص التقنين المصري.

(١) أ- الحكم الذي يصدر على الكفيل المتضامن لا يعتبر حجة على المدين إذا لم يكن مختصماً في الدعوى وذلك سواء في القانون المدني الملغى أو في القانون القائم، فقد استقر قضاء محكمة النقض في ظل القانون الملغى على أن حكم المادة ١١٠ منه الذي يقضي بان مطالبه أحد المدينين المتضامين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين سريانه على باقي المدينين، هذا الحكم لا يسرى إلا فيما بين المدينين المتضامين بعضهم وبعض ولا يجوز أن يسرى في حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن والدين المتضامن لأن تضامن الكفيل مع الدين لا يصيره مدنياً أصلياً بل يبقى التزامه تبعياً، أما القانون القائم فقد نص في المادة ٢٩٦ منه على أنه إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقيين ومقتضى ذلك أنه حتى فيما بين المدينين المتضامين فلا يحتج بهذا الحكم على باقيهم ومن باب أولى لا يكون الحكم الصادر على الكفيل المتضامن حجة على المدين.

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٣٢٧)

ب- النيابة المتبادلة التي افترضها القانون بين المتضامين تقوم في أحوالها الواردة بالتقنين المدني الحالي على أن كل مدين يمثل سائر المدينين المتضامين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم. وأنه وإن كان التقنين المدني السابق يتضمن قيام هذه النيابة فيما ينفع وفيما يضر إلا ما يزيد من عبء الالتزام اعتباراً بان ما يتخذ في سبيل المحافظة على الالتزام واستبقائه هو من نتائج الطبيعة التي تسرى في حقهم ولو كانت ضارة بهم كما هو الشأن في قطع التقادم إلا أن هذه النيابة المتبادلة على اختلاف سمتها في القانونين لا تمتد حدودها في كل منهما إلى ما يعتبر زيادة في عبء الالتزام على بعض

للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يدفع به المدين (م ٣٨٧ مدني)، فقد يترك بعض المدينين المتضامين 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 يدفعوا هم بالتقادم بالرغم من ترك الآخرين لهذا الدفع. وقد كان في التقنين المدني السابق نص صريح في هذا المعنى، وهو يقضي بأنه «إذا ترك أحد المدينين المتضامين أو المدين الأصلي حقه في التمسك بمضى المدة الموجبة لتخلصه من الدين، فلا يضر ذلك بباقي المدينين المتضامين وبالكفيل الذين تخلصوا من التزامهم بمضى المدة» (٢٢٧/٢٠٧ مدني قديم). ولكن لما كان هذا الحكم ليس إلا تطبيقاً للمبدأ العام السالف الذكر، فإنه واجب التطبيق دون نص في عهد التقنين المدني الجديد (١).

١٩٧ - خطأ أحد المدينين المتضامين في تنفيذ التزامه: تنص الفقرة الأولى من المادة

= ب- الدفع يسقط الحق في المطالبة بالدين بالتقادم هو من الدفوع المتعلقة بموضوع الدعوى، وإذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعنين لم يتمسكوا بهذا الدفع أمام محكمة الموضوع فإنه يعتبر سبباً جديداً لا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٧٦/١١/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ١٥٨٣)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ الطعن رقم ٩٣ سنة ١٩٣٩ ق)

(١) وإذا كان قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين لا يكون قطعاً له بالنسبة إلى الآخرين، فمن 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 المتضامين 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 فيما بين المدينين المتضامين بعضهم وبعض وفيما بين الكفلاء المتضامين بعضهم وبعض، لا فيما بين المدين وكفيله المتضامن معه (نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤ ص ٥٠): وقضت أيضاً في هذا المعنى بأن ما ورد في المادة ١١٠ من القانون المدني (السابق) من أن «مطالبه أحد المدينين المتضامين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى بالدين سريانه على باقي المدينين» هو استثناء من الأصل الذي من مقتضاه أن انقطاع التقادم المترتب على المطالبة الرسمية بالدين لا يتعدى أثره من وجه إليه الطلب، فلا يجوز أن يسرى في حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن، لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصيره مدنياً أصلياً، بل يبقى التزامه تبعياً، وينبئ على كون التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين أنه ينقضي حتماً بانقضائه ولو كان التقادم قد انقطع بالنسبة إلى الكفيل، ولا فرق في هذا بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن، وإذا فمتى كان الحكم المطعون فيه أسس قضاءه على أن الدعوى رفعت على الضامن المتضامن وعلى أن رفع الدعوى على الضامن المتضامن يقطع التقادم بالنسبة إليه وإلى المدينين على السواء، كان هذا خطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٣ ص ٩١٩). أنظر عكس ذلك: بنى سويف ٣٠ يونيو سنة ١٩٢٩ الحمامة ٩ رقم ٦٠٥ ص ١١١٥.

خطأ في تنفيذ التزامه جعله مسؤولاً عن التعويض أمام الدائن، فهذا الخطأ يكون هو وحده المسؤول عنه، ولا يتعدى أثره إلى باقي المدينين. بل يكون كل من هؤلاء مسؤولاً عن تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً، دون أن يكون مسؤولاً عن التعويض الناشئ عن خطأ المدين المتضامن الذي وقع في هذا الخطأ. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «تمثل في المادة ٤١٧ (م ٢٩٣ مدني) أوضح تطبيق من تطبيقات قاعدة استبعاد النيابة التبادلية حيث يسع إعمالها إلى مركز المدينين المتضامين، والإبقاء عليها حيث يفضى ذلك إلى توفير نفع لهم. فكل مدين من المدينين المتضامين لا يسأل في تنفيذ الالتزام إلا عن فعله، فإذا وقع من أحدهم خطأ جسيم، ووقع من الثاني خطأ يسير، وامتنع على الثالث أن يفي 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 بخطأ واحد أو أكثر من المدينين المتضامين، أو بعد إعذار المسؤول أو المسؤولين منهم، فلا يسقط عن سائر المدينين المتضامين التزامهم بالوفاء بضمن هذا الشيء^(١). ومع ذلك فلا يلزم هؤلاء بالتعويض، وللدائن فقط أن يقتضى التعويض من المدينين الذين ترتب الهلاك على خطأهم أو الذين أعذروا من قبل^(٢)».

ولتصوير ما ورد في المذكرة الإيضاحية نفرض أن ثلاثة باعوا متضامين 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 الحفاظ تقصيراً يسيراً، أما الثالث فلم يكن منوطاً به حفظ الشيء كما قدمنا، فإن الثلاثة يكونون متضامين في رد الثمن إلى المشتري، وفقاً لأحكام المادة ٤٣٧ مدني والتي تقتضى بأنه إذا هلك البيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انقسخ البيع واسترد المشتري الثمن. ثم إن المدينين اللذين ارتكبا تقصيراً في حفظ الشيء يكونان متضامين في تعويض المشتري، فوق رد الثمن، عن التقصير اليسير الذي ارتكبه الثاني منهما. ويكون الأول،

= المدينين المتضامين بفعل الآخرين منهم، كما أن المادة ٢٠٧ من القانون المدني القديم إذ تنص على أن «ترك أحد المدينين حقه في التمسك بمضى المدة لا يضر بالباقيين» فإن مؤدى هذا النص أن إقرار أحد المدينين المتضامين بالدين بعد أن اكتملت مدة سقوطه لا يسرى في حق الباقيين.

(الطعن رقم ١٦٨ سنة ١٩٦٦/١١/٢٢ ق جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢ ص ١٧ ص ١٧٠٥)

(١) ويلاحظ أن حكم التقنين المدني الفرنسي في هذه المسألة منتقد، 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 مسؤولاً حتى عن رد الثمن. أما في مصر، فهو مسؤول 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 أنفاً فقرة ١٨٩ في الهامش).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٦.

وهو الذي ارتكب الخطأ الجسيم، مسئولاً وحده عن تعويض إضافي 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 أي تقصير، يرجع الثمن الذي رده للبائع على المدينين الأول والثاني كل بقدر حصته، ثم يرجع المدين الثاني على المدين الأول بحصته في التعويض عن التقصير اليسير، ولا يرجع المدين الأول بشئ على أحد في التعويض الإضافي الذي استحق عليه بسبب تقصيره الجسيم، فهذا فعله هو فيستقل بنتائجه، ولا يشترك معه أحد في المسؤولية الناجمة عنه^(١).

وهذا هو أيضاً الحكم، كما رأينا، في التضامن الإيجابي. فإذا ارتكب أحد الدائنين المتضامين خطأ، كان هو وحده المسؤول عنه دون سائر الدائنين.

١٩٨ - الاعذار والمطالبة والقضائية: نص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٣ مدني على ما

يأتي:

«وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامين أو قاضاه، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي المدينين. أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامين الدائن، فإن باقي المدينين يستفيدون من هذا الإعذار^(٢)(١)».

(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 حجازي (١ ص ٢٤٠ - ص ٢٤١) - وإنما يرجع كما قدمنا إلى أنه بائع يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم، أي يرجع إلى قاعدة قانونية أخرى لا علاقة لها بقواعد التضامن (قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٩١ هامش رقم ١ - وانظر أنفاً فقرة ١٨٩ في الهامش فيما يتعلق باستحالة التنفيذ) - ولكن إذا قدر التعويض في صورة شرط جزائي، كان المدينون المتضامنون كلهم مسئولين عن هذا الشرط الجزائي، فقد التزموا به جميعاً متضامين عن طريق التعاقد، فهو والحل الأصلي للالتزام في ذلك سواء (انظر في هذا المعنى بلايول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٤ ص ٤٥٧ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٣٣ ص ٦١٨).

(٢) جرى قضاء محكمة النقض في ظل القانون المدني القديم بأن مؤدى نص المادة ١١٠ منه أن مطالبة أي واحد من المدينين المتضامين تسرى في حق باقي المدينين كما أن مطالبة أي واحد من الكفلاء المتضامين تسرى في حق زملائه لا تخادهم في المركز والمصلحة اتحاداً اتخذ منهم القانون أساساً لافتراض نوع من الوكالة بينهم في مقاضاة الدائن لهم ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ سالف الذكر سارياً فيما بين المدينين المتضامين وبعض وفيما بين الكفلاء المتضامين بعضهم وبعض وتكون مطالبة الدائن لبعض الكفلاء المتضامين بالدين مطالبة منه للآخرين ويكون الحكم الصادر ضد هذا البعض حجة على باقي الكفلاء المتضامين وقاطعاً لمدة التقادم بالنسبة لهم.

(جلسة ١٩٦٦/٢/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٢٧٩)

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤١٧ من المشروع التمهيدي في عجزها على وجه مطابق لما

وهنا أيضا يضطرد تطبيق المبدأ العام. فإذا 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 تبعه هلاك الشيء الواجب التسليم للدائن. ولما كانت هذه النتائج القانونية ضارة بالمدينين المتضامنين الآخرين، فإن إعذار المدين المتضامن لا يسرى أثره في حقهم. فإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين، كان هو وحده الذي يتحمل تبعه هلاك الشيء، وكان هو وحده المسئول عن التعويض. أما المدينون الآخرون فلا يسألون عن التعويض، ولا يحملون تبعه الهلاك. وإذا أراد الدائن أن يحملهم جميعاً هذه النتائج، وجب عليه أن يعذرهم كلهم، ولا يقتصر على إعذار واحد منهم فقط. وهذا هو نفس الحكم في التضامن الإيجابي كما رأينا، فإذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامنين، لم يسر أثر هذا الإعذار في حق الدائنين الآخرين^(١).

= استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٥ في المشروع النهائي، بعد أن جعل النص فقرتين. ثم وافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٦ وص ٨٧ - ص ٨٨).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٦٦/١١٠، وهذا نصها: «مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية واقامة 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 أنفاً 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 اللبنانيين ٣٠ و ٣٨. وتنص المادة ٣٠ من هذا التقنين على «أن تأخر الدائن (إعذاره) بالنظر إلى أحد الموجب عليهم يستفيد من نتائج الآخرون». وتنص المادة ٣٨ منه على «أن كلا من المدينين 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 تعدى إلى باقي المدينين. ولما كان التقنين اللبناني لا يطبق تطبيقاً مضطرباً مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر، فحكم هذه المسألة فيه يقتضى اجتهاداً وإمعاناً في النظر، لا سيما أن من آثار المطالبة القضائية قطع التقادم، وقد صرح التقنين اللبناني كما رأينا (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.

(١) انظر أنفاً فقرة ١٤٥.

ولكن إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن، فإن هذا الإعذار تترتب عليه نتائج قانونية، أهمها أن الشيء، إذا كانت تبعه هلاكه على المدين، فبعد أن يعذر المدين الدائن، تنتقل تبعه هلاكه إلى الدائن. فإذا فرض أن أشخاصاً ثلاثة باعوا عينا معينة بالذات لمشتري واحد، وتضامنوا جميعاً في الالتزام بتسليمها إلى المشتري، فتبعه هلاك العين قبل التسليم يتحملها الباعون الثلاثة (م ٤٣٧ مدني). فإذا أعذر أحد الباعين المتضامنين المشتري يدعوه لتسلم العين وتأخر المشتري في تسلمها، ثم هلكت العين بسبب أجنبي، فإن المشتري هو الذي يتحمل تبعه الهلاك، فلا يسترد الثمن إذا كان قد دفعه ويلتزم بدفعه إذا كان لم يدفعه، وذلك لا بالنسبة إلى البائع الذي صدر منه الإعذار وحده، بل أيضاً بالنسبة إلى الباعين الآخرين اللذين لم يصدر منهما الإعذار. وتعليل هذا الحكم هو أن إعذار المدين المتضامن للدائن تفيد نتائج المدينين الآخرين - بعكس إعذار الدائن لأحد المدينين المتضامنين - ومن ثم يفيد المدينون الآخرون من هذا الإعذار، ويتعدى أثره إليهم. وهذا هو أيضاً الحكم، كما رأينا، في التضامن الإيجابي، فإعذار أحد الدائنين المتضامنين للمدين يفيد سائر الدائنين^(١).

وقد يقوم الدائن بمطالبة أحد المدينين المتضامنين 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 طوّل مطالبة قضائية لا يمثل الآخرين فيما يضرهم، لذلك لا تتعدى آثار هذه المطالبة إلى باقي المدينين المتضامنين. فيكون المدين الذي طوّل قضائياً هو وحده الذي ينقطع في حقه التقادم، وهو وحده الذي تسرى في حق الفوائد القانونية^(٢). وإذا أراد الدائن أن يجعل هذه النتائج تسرى في حق الآخرين، وجب عليه أن يطالب كلا منهم على حدة مطالبة قضائية بالدين، أو أن يجمعهم كلهم في مطالبة قضائية واحدة^(٣).

(١) انظر أنفاً فقرة ١٤٤.

(٢) أما في القانون الفرنسي، فمطالبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين تجعل الفوائد تسرى في حق الآخرين (م ١٢٠٧ من التقنين المدني الفرنسي وانظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٢٧ - فقرة ١٢٣٠). ويعمل الفقهاء الفرنسيون المعاصرون هذا الحكم بأن المدين الذي طالبه الدائن لو أنه وفي الدين في الحال، لرجع على باقي المدينين بالفوائد، ويستوى لدى هؤلاء المدينين أن يدفعوا الفوائد للدائن أو أن يدفعوها للمدين الذي وفي الدين. ويقول بلانيول وريبير وجابولد إن التعليل الحاذق لم يفكر فيه واضعوا التقنين المدني الفرنسي، وكل ما قصدوا إليه عندما قرروا هذا الحكم هو أن يزيدوا للدائن من مزايا التضامن، فيستطيع بمطالبة مدين واحد من المدينين المتضامنين أن يصل إلى نفس النتائج التي كان يصل إليها بمطالبتهم جميعاً (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٥ ص ٤٥٨).

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٧.

١٩٩- الصلح مع أحد المدينين المتضامين: تنص المادة ٢٩٤ مدني على ما يأتي:

«إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامين 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»^(١).

والمفروض هنا أن الالتزام التضامني متنازع فيه بين الدائن وجميع المدينين المتضامين، فعمد الدائن إلى الصلح مع أحد المدينين. فهذا الصلح قد يتخذ اتجاهها في مصلحة المدينين المتضامين، وقد يتخذ اتجاهها ليس في مصلحتهم.

فإن اتخذ اتجاهها في مصلحة المدينين المتضامين، بأن نزل الدائن فيه عن جزء من الدين، أو نزل عن فوائده أو عن بعضها، أو نزل عن شروط كانت تحيط الدين أو 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^(٢). وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي فيما قدمناه، فإذا تصالح أحد الدائنين المتضامين

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤١٨ من المشروع التمهيدي 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩-٩٠).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٦٧/١١١ ونصها ما يأتي: لا يجوز لأحد المدينين المتضامين أن ينفرد 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).

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 المدينين المتضامين 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.

(٢) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٠ ص ٣٨- على أنه لا يجوز أن يتمسك المدينون المتضامنون الآخرون بالجزء الذي يفيدهم في الصلح وينبذوا الجزء الذي يضرهم، فما دام الصلح في مجموعهم يفيدهم وتمسكوا به وجب أن يتحملوه كله إذ هو لا يقبل التجزئة (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزامات ٢٠٧ ص ٢٩٤).

مع المدين بما يفيد الباقي، استطاع هؤلاء أن يحتجوا بهذا الصلح^(١).

أما إذا كان الصلح قد اتخذ اتجاهها ضد مصلحة المدينين المتضامين، 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، فإنه 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 هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي، فإن الصلح الذي يعقده أحد الدائنين المتضامين مع المدين ويكون ضاراً بصالح باقي الدائنين لا يسرى في حقهم^(٢).

ويتضح من ذلك أن المدينين المتضامين 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^(٣).

٢٠٠- اقرار أحد المدينين المتضامين أو اقرار الدائن: تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٥ من التقنين المدني على ما يأتي:

«إذا أقر أحد المدينين المتضامين بالدين، فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقيين»^(٤).

(١) انظر أنفاً فقرة ١٤٤.

(٢) انظر أنفاً فقرة ١٤٥ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩.

(٣) وفي القانون الفرنسي انقسمت الآراء، فمن الفقهاء من يذهب مذهب التقنين المصري (لارومبيير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ١١ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٤١٧)، ومنهم من يذهب إلى أن الصلح لا يجوز أن يتمسك به المدينون الآخرون، ضاراً كان أو نافعاً (انظر المادة ٢٠٥١ مدني فرنسي - بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٥٤ مكررة - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٧).

(٤) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ١/٤١٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٧ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١/٢٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩١-٩٢).

ويقابل هذا النص المادة ١٦٧/١١١ من التقنين المدني السابق وقد سبق ذكرها، وهي تقضي بأنه لا يجوز لأحد المدينين المتضامين أن ينفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقي المدينين. ولما كان الإقرار حجة قاصرة على المقر، فإن أثره لا يتعدى المدين المقر إلى غيره من المدينين، حتى في عهد التقنين المدني السابق.

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ١/٢٩٥ (وهي مطابقة) - وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٢٨٢ (وهي مطابقة) - وفي التقنين المدني العراقي المادة ١/٣٣٢ (وهي مطابقة) - ولا مقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني، ولكن الحكم الوارد في التقنين المصري ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الإقرار، فيمكن الأخذ به في لبنان دون نص.

والمفروض هنا أن الدائن ليس لديه طريق للإثبات يكون مقبولاً 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 بالدائن يأتي بعمل يضر ببقية المدينين، وهو لا يمثلهم فيما لا يضر، ومن ثم لا يسرى إقراره في حقهم. ولا بد للدائن من إثبات حقه في مواجهة المدينين الآخرين بغير إقرار المدين الأول، فإما 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 الباقيين (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 - حلف اليمين أو النكول عنها: 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 يميناً حلفها، فلا يضار بذلك باقي المدينين».

«٣- وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك» (٤).

(١) أنظر أنفاً فقرة ١٤٤.

(٢) وهذا ما لم يكن إقرار الدائن متعلقاً بشئ خاص بالمدين دون غيره، فلا يتعدى أثر الإقرار في هذه الحالة إلى غير هذا المدين.

(٣) أنظر أنفاً فقرة ١٤٤ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٩١.

(٤) تاريخ النص: ورد هذا النص في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤١٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني 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». وفي لجنة المراجعة عدلت هذه الفقرة على الوجه الذي استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ليكون معناها أدق، وأصبحت المادة رقمها ٣٠٧ في المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩١ - ص ٩٢).

والمفروض هنا أن الدائن اقتصر على مدين متضامن واحد، وهنا يمكن أن تنصو حالتين: فإما أن يوجه الدائن اليمين إلى المدين المتضامن، وإما أن يوجه المدين المتضامن اليمين إلى الدائن.

ففي الحالة الأولى التي توجه فيها الدائن اليمين إلى المدين المتضامن، إما أن يحلف المدين وإما أن ينكل. فإن حلف، فإن هذا الحلف من شأنه أن يفيد باقى 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 الذى وجهت إليه اليمين، فإن 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 الذى نكل ممثلاً لهم فيه ولا يسرى عليهم نكوله. وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٩٥. وهذا هو أيضاً حكم التضامن

= ويقول الأستاذ إسماعيل غانم في صدد التعديل الذى أجرته لجنة المراجعة ما يأتى: «يلاحظ أن المادة ٣/٤١٩ من المشروع التمهيدى، وهي 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 يجعل معناها 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 الباقي، 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 ٢/٢٩٥ و ٣ (مطابقة) - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢/٢٨٢ و ٣ (مطابقة) - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢/٢٣٢ و ٣ (مطابقة لنص المشروع التمهيدى ولا تختلف فى الحكم) - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٧، وتجوز على الوجه الآتى: إذا وجد تضامن بين المدينين أمكن كلا منهم أن يبرى 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.

(١) والمفروض أن الدائن قد «اقتصر» - كما يقول النص - فى توجيه اليمين على أحد المدينين المتضامنين. أما إذا وجه اليمين إليهم جميعاً، فحلف بعضهم ونكل بعض آخر، فمن نكل منهم يضار بنكوله ولا يستفيد من أن الآخرين قد حلفوا (بلانبول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٢ ص ٤٥٢ - الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٠٨).

(١) أنظر أنفاً فقرة ١٤٥.

الإيجابي، فقد رأينا أنه إذا وجه المدين اليمين إلى أحد الدائنين المتضامنين فنكل لم يضر نكوله بباقي الدائنين^(١).

وفي الحالة الثانية التي يوجه فيها المدين المتضامن اليمين إلى الدائن، إما أن يحلف الدائن وإما أن ينكل. فإن حلف، فإن هذا الحلف عمل يضر بسائر المدين 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، فإن نكوله يكون بمثابة إقرار منه. وهذا الإقرار - إذا لم يكن في شيء خاص بالمدين الذي وجه اليمين دون غيره - نافع لسائر المدين المتضامنين، 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 المتضامنين اليمين إلى المدين فحلف، فإن هذا الحلف وهو يضر بالدائنين الآخرين لا يسرى في حقهم، أما إذا نكل فإن النكول يفيدهم فيستطيعون أن يتمسكوا به^(٢).

٢٠٢ - صدور حكم على أحد الدائنين المتضامنين أو لصالحه: تنص المادة ٢٩٦ من التقنين المدني على ما يأتي:

«١- إذا صدر حكم على أحد المدين المتضامنين، فلا يحتج 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»^(٣).

(٢) انظر أنفاً فقرة ١٤٥ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩١.

(٣) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤٢٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٨ في المشروع النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس 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 المدين المتضامنين، في عهد هذا التقنين، يكون حكماً على الباقي، إلا إذا ثبت أن المدين المحكوم عليهم متواطئ مع الدائن أو إذا أهمل في الدفاع عن حقه أو ثبت أن أحد المدين غير المحكوم عليهم عنده دافع خاصة به. ومن باب أولى إذا صدر الحكم لصالح أحد المدين المتضامنين، أفاد منه الباقي (انظر أنفاً فقرة ١٩٦ في الهامش).

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٩٦ (وهي =

وأخيراً يورد، هنا، التقنين المدني تطبيقاً للمبدأ العام السالف الذكر في حالة صدور حكم على أحد المدين المتضامنين أو لصالحه.

فإذا صدر حكم على أحد المدين المتضامنين وحده، دون أن يكون باقي المدين المتضامنين داخلين في الدعوى، فإن هذا أمر ضار بهم، فلا يسرى الحكم في حقهم ولا يحتج عليهم به^(١)(١). ويجب على الدائن إما أن يدخل باقي المدين 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 المدين المتضامنين في الدعوى، وصدر حكم ضدهم، فإن الطعن في هذا الحكم من أحد المدين المتضامنين يفيد الباقي^(٤). وإذا صدر

=مطابقة- وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٨٣ (وهي مطابقة) - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٣٣ (وهي مطابقة) - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١/٣٦، وتجري على الوجه الآتي: ليس الحكم الصادر على أحد المدين المتضامنين قوة القضية المحكمة بالنظر إلى المدين الآخرين، أما الحكم الصادر لمصلحة أحد المدين فيستفيد منه الآخرون إلا إذا كان مبنياً على سبب يتعلق بشخص المدين الذي حصل على الحكم - وهذا النص يتفق في الحكم مع نص التقنين المصري.

(١) ومع ذلك يجوز لهم أن يطعنوا في الحكم بطريق اعتراض الشخص الخارج عن الخصومة (م ٢/٤٥٠) مراقعات السابق وقد ألغى قانون المرافعات الحالي طريق الاعتراض وأجاز طريق التماس إعادة النظر، وذلك بدلا من أن ينتظروا رجوع المدين المحكوم عليهم 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 يفضلون المبادأة، فيبادرون إلى الطعن في الحكم ذاته بطريق الاعتراض كما قدمنا (انظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٠٩ ص ٢٩٥).

(١) أ- لا ينال التضامن - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - من استقلال كل من المتضامنين عن الآخر في الخصومة وفي الطعن في الحكم الصادر فيها.

(جلسة ١٩٧٢/٥/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٩٣٣)

ب- إذا رفعت الدعوى بطلب الحكم على المدعي عليهما بالتضامن فإن كل منهما يكون مستقلاً عن الآخر في الخصومة وفي مسلكه فيها والطعن على ما يصدر فيها من أحكام، ولا مجال في هذا الوضع للقول بنيةابة المسئولين بالتزام تضامني عن بعضهم البعض في اجراءات الخصومة واعتبار الاستئناف المرفوع من أحدهما بمثابة استئناف مرفوع من الآخر.

(جلسة ١٩٥٨/١١/٢٣ مجموعة أحكام النقض لسنة ٩ ص ١١١)

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز لمن سهي عليه أن يطلب الحكم بالتضامن أن يرفع دعوى من جديد باعتبار المحكوم عليهم في الدعوى الأولى متضامنين في الوفاء (١٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ ص ١٧٩).

(٣) انظر أنفاً فقرة ١٤٥.

(٤) وقد قضى بأنه إذا رفع أحد المدين المتضامنين معارضة أو استئنافاً، استنفاد الآخرون: استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٨٦ - ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ - أول ديسمبر =

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 (1) (1).

= سنة 1910 م 23 ص 58 - 31 يناير سنة 1912 م 24 ص 118 - 3 مايو سنة 1917 م 29 ص 403 - 14 مارس سنة 1918 م 30 ص 287 - 15 يونيو سنة 1921 م 33 ص 396 - 14 نوفمبر سنة 1922 م 35 ص 23 - 13 مارس سنة 1923 م 35 ص 281 - 21 نوفمبر سنة 1929 م 42 ص 51 - 20 فبراير سنة 1932 م 44 ص 204 - 20 مارس سنة 1934 م 46 ص 216 - 11 يناير سنة 1938 م 50 ص 96 - إلا إذا كان المطلوب من أحدهم يخالف المطلوب من الآخرين: استئناف مختلط 22 يناير سنة 1931 م 43 ص 177 - 20 مارس سنة 1936 م 48 ص 69 - 11 مارس 1936 م 47 ص 181. ويقتض من استيفاد منهم على أوجه الدفع المشتركة بينهم وبين من رفع الطعن، فلا يعرضون لأوجه الدفع الخاصة بهم ما داموا هم لم يرفعوا طعناً في الميعاد: استئناف مختلط 11 نوفمبر سنة 1897 م 10 ص 7. وإذا رفع أحد المدين المتضامنين معارضة في شروط البيع (dire)، استفاد المديون الآخرون: استئناف مختلط 17 يونيو سنة 1903 م 15 ص 352، وهذا ما لم يكن قد صدر حكم نهائي حاز قوة الأمر المقضى بالنسبة إلى أحدهم فلا يستفيد من طعن رفعه غيره: استئناف مختلط 23 يونيو سنة 1910 م 22 ص 380 - 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 سوييف 20 يناير سنة 1909 م المجموعة الرسمية 10 ص 239.

(1) ذلك لأنه إذا صدر حكم ضد المدين المتضامنين 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 مدني آخر، وطعن هذا في الحكم، فللمدني الذي انقضى ميعاد الطعن بالنسبة إليه أن ينضم للمدني الذي رفع الطعن في الميعاد ويطلب الاستفادة من طعنه. وقد قضت محكمة النقض بأن رفع الاستئناف من أحد المدين المتضامنين يستفيد منه الباقيون، ولهم أن ينضموا إليه في استئنافه ولو بعد الميعاد (نقض مدني 21 ديسمبر سنة 1939 م مجموعة عمر 3 رقم 18 ص 36 - 17 يناير سنة 1941 م مجموعة عمر 3 رقم 90 ص 197). وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 384 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 المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضمماً 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 ليطلب الاستفادة من هذا الطعن، بقي 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 ليطلب الاستفادة من الاستئناف المرفوع من الآخرين: كان لمحكمة الاستئناف أن تعتبر الحكم الابتدائي انتهائياً بالنسبة إليه، لأنه هو الذي يعدم حضوره أمام محكمة الاستئناف قد فوت على نفسه فرصة إبداء طلب الاستفادة من الاستئناف المرفوع من الآخرين (نقض مدني 3 ديسمبر سنة 1931 م مجموعة عمر 1 رقم 12 ص 23).

(1) أ- صيرورة الحكم نهائياً بالنسبة لأحد المحكوم عليهم بالتضامن سواء بقبول الحكم أو بتفويته =

وإذا صدر حكم لصالح أحد المدين المتضامنين، دون أن يكون باقي المدين المتضامنين داخلين في الدعوى، فإن هذا أمر نافع لهم، فيفيدون منه ويستطيعون أن يحتجوا بهذا الحكم (1). وهذا ما لم يكن الحكم الذي صدر لمصلحة المدين 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 المدين 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 المدين الآخرين الذين كانت ديونهم منجزة (2). وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي، فقد رأينا أنه إذا صدر حكم لصالح

= ميعاد الطعن فيه لا يحول دون قبول طعن استوفى أوضاعه الشكلية رفع عن نفس الحكم من سائر المحكوم عليهم وإذن فإذا كان مبنى الدفع بعدم قبول الطعن المرفوع من المحكوم عليهما هو أنهما لم يختصما آخر قضى الحكم بالزامه معهما بالتعويض بطريق التضامن وأن هذا الآخر قبل الحكم كان الدفع بشقيه على غير أساس.

(جلسة 1950/11/16 مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض في 25 عما قاعدة 69 ص 1090)

ب- إذا أقام الدائن دعواه بطلب الدين على المدين المتضامنين مجتمعين وصدر فيها الحكم لصالحه فإن الاستئناف المرفوع من المحكوم عليهم بالتضامن لا يتعدد بتعدد المحكوم الصادر برفض هذه الاستئنافات وتأييد الحكم الابتدائي إنما هو بمثابة حكم جديد بذات حق الدائن الذي لا يتعدد بتعدد المسئولين عن الالتزام التضامني بأن يقوم على وحدة المحل، كما يقوم المديون المتضامنون بمصاهم مقام البعض في الاحتجاج على الدائن بأوجه الدفاع المشتركة بينهم جميعاً وينصب استئناف كل منهم على نفس الحكم ويستحق بالنسبة لهم رقم واحد لا وجه للقول باستقلال كل مدني في الخصومة وفي مسلكه فيها والطعن على ما يصدر فيها من أحكام واعتبار الاستئناف المرفوع من أحدهم مستقل عن استئناف الآخر بصدد تسوية الرسوم المستحقة عنه كما أن صدور الحكم بالزام المطعون عليه - أحد المحكوم عليهم بالتضامن - بمصروفات استئنافهم لا يعتبر مانعاً من تقدير الرسوم المستحقة باحتساب رسم واحد عن جميع الاستئنافات لا يكون قد خالف الحكم السابق أو مس حجته.

(جلسة 1971/4/22 مجموعة أحكام النقض السنة 22 ص 549)

ج- إذا كان الثابت في الأوراق أن محكمة أول درجة قضت بالزام الطاعن وورثته ... و... متضامنين بأن يدفعوا إلى الشركة المطعون ضدهما الأولى مبلغ ... جنيتها واستأنف الطاعن وحده ذلك الحكم ولم يختصم باقي المحكوم عليهم وأن محكمة الاستئناف أصدرت حكماً دون أن تأمر باختصاصهم في استئنافه، فإنها تكون قد خالفت القانون.

(جلسة 2001/1/19 الطعن رقم 5463 لسنة 63 ق)

(1) استئناف مختلط 19 أبريل سنة 1927 م 39 ص 393 - ولكن لا يستطيعون التنفيذ به. وإذا طعن الدائن في هذا الحكم. فصدر في الطعن حكم بالغائه، زال أثر الحكم الأول بالنسبة إلى سائر المدين ولم يجز لهم الاحتجاج به بعد ذلك.

(2) استئناف أهلي 19 أكتوبر سنة 1897 القضاء 5 ص 13 - استئناف مختلط 13 مارس سنة 1913 م 25 ص 231.

المطلب الثاني

علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض

٢٠٣- النصوص القانونية: تنص المادة ٢٩٧ من التقنين المدني على ما يأتي:

١٥- إذا وفي أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أي من الباقيين إلا بقدر حصته في الدين، ولو كان بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن».

٢٥- وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك».

وتنص المادة ٢٩٨ على ما يأتي:

«إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين، تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذي وفي بالدين وسائر المدينين الموسرين، كل بقدر حصته».

وتنص المادة ٢٩٩ على ما يأتي:

«إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين، فهو الذي يتحمل به كله نحو الباقيين»^(١).

أحد الدائنين المتضامنين أفاد منه الباقيون^(١). 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^(٢)، 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^(٣).

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٤.

(٢) 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 إليهم لعدم إعلان 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 أعلننا الحكم الابتدائي للمستأنف وأنه لم يرفع الاستئناف إلا بعد الميعاد، فتنازل المستأنف عن اختصاصهما وقصر طلباته على ما ادعاه قبل ثالث المحكوم لهم الذي لم يعلن الحكم الابتدائي للمستأنف ولم يحضر ولم يطلب الاستفادة من أن زميليه المحكوم لصالحهما معه قد أعلننا الحكم، ولم يبين كيف كان له أن يستفيد من إعلان غيره، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تعتبر الاستئناف غير مقبول شكلاً في حقه (نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٧ ص ٨٧٣).

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ويراعى أن الحكم الصادر لصالح أحد المدينين المتضامنين يزول أثره بالنسبة لباقي المدينين إذا قضت بالغائه بهيئة قضائية مختصة، ولكن إذا اختصم الدائن جميع المدينين في الدعوى وصدر حكم لصالحهم، ثم قضى بإلغاء هذا الحكم بالنسبة لأحدهم فيما بعد، فلا يضر الباقيون بذلك. أما إذا صدر الحكم عليهم، فلا يترتب على إعلانه لأحدهم سريان مواعيد المعارضة والاستئناف والنقض بالنسبة للباقيين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٤ وانظر أيضاً ص ٩٣ - ٩٤).

أما في القانون الفرنسي، فقد احتدم الخلاف: فمن الفقهاء من يذهب إلى أن الحكم الصادر ضد أحد المدينين المتضامنين يحتج به على الباقي، ومن باب أولى إذا صدر الحكم لصالح أحدهم جاز للباقي أن يتمسكوا بهذا الحكم (لارومبيير ٣ م ١٢٠٨ - فقرة ١٩ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٣٧٤ - هيك ٧ فقرة ٣٢٨ - بودري 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 (كوليه دي سانتير ٥ 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 (ديراتون 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 (بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٣٦ مكررة - وانظر أيضاً في الموضوع بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٦).

(١) تاريخ النصوص:

م ٢٩٧: ورد هذا النص في المادة ٤٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٩ في المشروع النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٥ - ص ٩٦).

م ٢٩٨: ورد هذا النص في المادة ٤٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣١٠ في المشروع النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٧).

م ٢٩٩: ورد هذا النص في المادة ٤٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣١١ في المشروع النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٨ - ص ١٠٠).

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٧١/١١٥ (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المواد ٢٩٧-٢٩٩ وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٨٤-٢٨٦ وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٣٣٤-٣٣٥ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٩-٤١ (٢).

(١) التقنين المدني السابق م ١٧١/١١٥: إذا قام أحد المتضامنين في الدين بأدائه أو وفاه بطريق المقاصة مع الدائن، جاز له الرجوع على باقي المتدينين كل بقدر حصته، وتوزع حصة المعسر منهم على جميع الموسرين.

ولا فرق في الأحكام ما بين التقنينين الجديد والقديم. ويلاحظ أن التقنين القديم ذكر المقاصة وحدها إلى جانب الوفاء، ولكن المقاصة في هذا كغيرها من طرق انقضاء الالتزام، كالتجديد واتحاد الذمة، وذلك متى كان الدائن قد طالب المدين الذي قام به سبب انقضاء الالتزام ووقف عنده. أما إذا طالب غيره من المتدينين المتضامنين، فقد رأينا أن كل مدين منهم لا يجوز له أن يحتج على الدائن إلا بمقدار حصة المدين الذي قام به سبب الانقضاء.

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٢٩٧-٢٩٩ (مطابقة).

التقنين المدني الليبي م ٢٨٤-٢٨٦ (مطابقة).

التقنين المدني العراقي م ٣٣٤: ١- لمن قضى الدين من المتدينين المتضامنين الرجوع على الباقيين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه، كل بقدر حصته.

٢- فإن كان أحد منهم معسراً، تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذي وفي بالدين وسائر المتدينين الموسرين، كل بقدر حصته.

م ٣٣٥: ١- إذا قضى أحد المتدينين المتضامنين الدين بغير الشيء الواجب أدائه، أو بطريق آخر يقوم مقام الوفاء كالهبة أو الحوالة، رجع على بقية المتدينين بما ضمن لا بما أدى.

٣- وإذا كان أحد المتدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين، فهو الذي يتحملة كله قبل الباقيين.

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 المتدينين كل بقدر حصته الدين الأصلي، 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 المدينين بعضهم ببعض، فهم فيما بينهم لا يلزم أحد منهم إلا بنسبة 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 المدينين غير متساوية. وإذا كانت المصلحة في الدين لأحد المدينين وحده، وجب اعتبار الآخرين كغلاء في علاقتهم به.

م ٤٠: إن المديون في موجب التضامن إذا وفي مجموع الدين، كان له حق الرجوع على المدينين الآخرين بما يتجاوز حصته. وأمكنه إذ ذاك أن يقيم الدعوى الشخصية أو الدعوى التي يحق للدائن =

وتبين من هذه النصوص أنه إذا وفي أحد المتدينين المتضامنين الدائن كل الدين، كان له حق الرجوع على المتدينين المتضامنين معه. وحق الرجوع هذا إما أن يكون بالدعوى الشخصية، أو بدعوى الحلول، وسواء كان الرجوع بهذه الدعوى أو بتلك، فإن الدين ينقسم على المتدينين المتضامنين، والأصل أن ينقسم حصصاً متساوية بين الجميع ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. وأياً كانت حصة المدين المتضامن عند انقسام الدين على الجميع، فإن كل مدين متضامن موسر يتحمل نصيبه في حصة المعسر من المتدينين المتضامنين، وذلك بنسبة حصته هو في الدين. على أنه قد يتبين أن واحداً أو أكثر من المتدينين هم أصحاب المصلحة في الدين، فعند ذلك لا ينقسم الدين على الباقي، ويتحمل أصحاب المصلحة وحدهم كل الدين في علاقتهم بالمتدينين الآخرين.

فعدنا إذن مسائل خمس نبحثها على التعاقب:

(١) متى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المتدينين المتضامنين الآخرين.

(٢) الأساس القانوني لهذا الرجوع: الدعوى الشخصية ودعوى الحلول.

(٣) انقسام الدين على المتدينين المتضامنين وتعيين حصة كل منهم.

(٤) تحمل الموسرين من المتدينين المتضامنين لحصص المعسرين منهم.

(٥) تحمل أصحاب المصلحة في الدين وحدهم بكل الدين.

وهذه هي المسائل التي بحثناها في التضامن الإيجابي، إلا أنها تحتاج إلى مزيد من التفصيل في التضامن السلبي لأهميته العملية كما سلف القول.

٢٠٤- متى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المتدينين المتضامنين الآخرين: التضامن لا يقوم إلا في العلاقة ما بين الدائن والمتضامنين. أما في علاقة المتدينين 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 سالفه الذكر. وفي المدين المتضامن الدين كله للدائن إما لأن الدائن طالبه بذلك بموجب التضامن

=إقامتها مع ما يخص 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 المدينين 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 مخالف.

وهذه النصوص تتفق في أحكامها مع نصوص التقنين المصري.

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 (١).

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

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن من مصلحة المدين الذي 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 محققة لا احتمالية فقط، لأن رفع الدعوى عليه يادئ الأمر بصفته مديناً متضامناً 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 مدني (قديم). وهذه المصلحة المحققة من أول الأمر هي التي تبيح لذلك المدين الرجوع على زميله المدين في نفس الوقت الذي رفعت فيه دعوى التعويض الأصلية على المدينين معاً والمطالبة بالحكم له على المدين الآخر بكل ما يحكم به عليه (نقض مدني ٢٥ مايو سنة 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 إعسارهم. بل لابد من أن يكون المدين قد قضى الدين فعلاً إما بالوفاء، وإما بطريق يقوم مقام الوفاء (بيدان ولا جارد ٨ ص ٦١٥ هامش رقم ٣ - قارن بودري وبارد ٢٢٧٢ ققرة ١٢٧٢).

(I) أ- القول بحق المدين المتضامن في الرجوع على المدينين الآخرين بما دفعه عنهم ونزع ملكية أرضهم وشرائها بالمزاد لنفسه جهراً أو بواسطة من يوكله أو يسخره عنه خفية هذا القول محل ان يكون الوفاء من ماله الخاص.

(الظمن رقم ٣٤٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٦/٢/٩ ص ٧ ص ١٦٨)

ب- متى كان للمدين المتضامن قد حل بحكم القانون محل الدائنين بمقدار ما عساه قد دفعه زيادة عن نصيبه ويحق له الرجوع به على المدينين الآخرين فإنه وإن امتنع عليه التنفيذ بها على مالهم ما دامت محل نزاع إلا أنه لا يقبل طلب هؤلاء المدينين بشطب القيود والتسجيلات التي شملتها تسوية الديون قبل معرفة مقدار تلك الزيادة التي يحق للمدين المذكور الحلول بها محل الدائنين في القيود والتسجيلات المذكورة.

(الظمن رقم ٣٤٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٦/٢/١٩ ص ٧ ص ١٦٨)

ج- لكن كان يجوز للمدين المتضامن أن يتفق مع غيره من المدينين المتضامين على أن يتحمل وحده بكل الدين محل التضامن، إلا أنه لا يجوز لغيره من المدينين المتضامين الرجوع عليه بهذا الدين إلا إذا كان قد وفاه بالفعل للدائن، ولا يغني عن ذلك صدور أحكام نهائية عليه بهذا الدين طالما أنه لم يتم الوفاء به بالفعل تنفيذاً لهذه الأحكام، وإذا كانت صورة الدعوى كما أثبتتها المحكمة =

يكون قد وفاه الدين بمقابل (١). ويجوز أن يكون قد وفاه الدين بطريق المقاصة، ولكن يشترط في ذلك أن يكون الدائن قد طالب بالدين هذا المدين بالذات الذي 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 بالدين مديناً متضامناً آخر غير الذي قام به سبب المقاصة، لم يستطيع هذا المدين الآخر أن يتمسك بالمقاصة إلا بقدر حصة المدين الذي وقعت معه، وعليه أن يدفع للدائن الدين بعد أن يستنزل منه هذه الحصة، ثم يكون له بعد ذلك حق الرجوع على المدينين الآخرين. كذلك قد يوفى المدين المتضامن الدين بطريق التجديد، وقد رأينا أنه ما لم يحتفظ الدائن بحقه قبل المدينين الآخرين فإن ذمة هؤلاء تبرأ بالتجديد الذي وقع (م ٢٨٦ مدني)، وعند ذلك يكون للمدين الذي وقع منه التجديد حق الرجوع على المدينين الآخرين كل بقدر حصته. ويجوز أن يوفى المدين المتضامن الدين بطريق اتحاد الذمة، فإن كان المدين هو الذي ورث الدائن، فقد رأينا أنه يجوز له أن يرجع باعتباره مديناً وفي الدين على باقي المدينين المتضامين كل بقدر حصته. أما الإبراء فليس بوفاء للدين، ولا هو طريق يقوم مقام الوفاء. وقد رأينا أن الدائن إذا أبرأ المدين، فإما أن يرجع على المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصة المدين الذي أبرأه، وإما أن يطالب أيّاً منهم بكل الدين، وإما ألا يطالب أيّاً منهم بشئ، وفي كل هذه الأحوال لا يرجع المدين الذي أبرأه الدائن بشئ على المدينين الآخرين (٢). وكذلك إذا تقادم الدين بالنسبة إلي أحد المدينين المتضامين، لم يعتبر هذا وفاء يجيز لهذا المدين أن يرجع على المدينين، لأنه هو لم يدفع الدين أو مقابلاً له، وقد رأينا أن الدائن في هذه الحالة يستطيع أن يطالب أيّاً من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزل حصة من تقادم دينه (٣).

=المطعون فيه أن البنك - الدائن - استصدر ضد الطاعنين ومورث المطعون ضدهم أحكاماً بالزامهم بالتضامن بالدين موضوع الدعوى فأقام الطاعن الأول دعواه بالزام المطعون ضدهم فإن يؤدوا له قيمة هذا الدين من تركة مورثهم استناداً إلى اقرار المورث بالتركة وحده بالدين محل التضامن بمقتضى الاقرار الصادر منه، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى عدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان تأسيساً على أنه لم يثبت ان الطاعن الأول قد وفى بالفعل بالدين محل التضامن أو أن البنك - الدائن - قد نفذ على أمواله بهذا الدين، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه.

(جلسة ١٩٧٦/٥/٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ ص ١٠٥٦)

(جلسة ١٩٥٢/٣/٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢ ص ١٧٥)

(١) بودري وبارد ٢ ققرة ١٢٤٦.

(٢) وفي التقنين المدني العراقي تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٣٥، كما رأينا، على أنه «إذا قضى أحد المدينين المتضامين الدين بغير الشئ الواجب أداءه، أو بطريق آخر يقوم مقام الوفاء كالهبة أو الحوالة، يرجع على بقية المدينين بما ضمن لا بما أدى».

(٣) وقد ينقضى الدين باستحالة الوفاء بسبب أجنبي، فتبرأ ذمة جميع المدينين المتضامين دون أن يدفع أحد منهم شيئاً للدائن حتى يرجع به على الآخرين.

وحتى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين الآخرين، يجب أن يكون الوفاء الذي قام به للدائن قد عاد عليهم بالفائدة، أي أن يكون هو الذي أبرأ ذمتهم نحو الدائن. فلو أن المدين المتضامن لم يخطر المدينين الآخرين بأنه وفي عنهم الدين، وقام أحد منهم بوفاء الدين للدائن مرة ثانية وهو لا يعلم أن المدين الأول قد وفاه، ثم أخطر سائر المدينين بأنه قد وفي الدين، فإن حق الرجوع يثبت لهذا المدين الذي وفي الدين مرة ثانية دون المدين الأول (١).

وليس من الضروري حتى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين الآخرين أن يكون قد وفي للدائن كل الدين. فيجوز أن يفي ببعض الدين إذا قبل الدائن منه هذا الوفاء الجزئي، ومع ذلك يكون له الرجوع على المدينين الآخرين، كل بنسبة حصته في الدين، فيما دفعه للدائن.

على أنه يجوز للمدين كما قدما أن يتفق مع الدائن على أن يدفع له حصته في الدين أو جزءاً منها، ففي هذه الحالة لا يرجع المدين الذي اقتصر على دفع حصته أو على دفع جزء منها بشيء على المدينين الآخرين، ويرجع الدائن على هؤلاء بالباقي من الدين بعد أن يستنزله ما دفعه له المدين. أما إذا دفع المدين أكثر من حصته، فله الرجوع على المدينين الآخرين بما دفعه زائداً على هذه الحصّة، ويساهم هؤلاء في ذلك كل بنسبة حصته في الدين، ويرجع الدائن عليهم بما بقي من الدين بعد أن يستنزله كل ما دفعه المدين له (٢).

(١) لارومبيير ٣م ١٢١٤م ٣- ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٢٨- بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٧٠- كذلك لا يكون المدين الذي وفي الدين هو الذي أبرأ ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن، إذا كان لم يخطرهم بالوفاء قبل وقوعه وكان عندهم من الدفع ما يستطيعون أن يسقطوا به الدين (لارومبيير ٣م ١٢١٤م ٤- فقرة ٤- هيك ٧ فقرة ٣٣٣- بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٧٠). ذلك أن المدين المتضامن في علاقته بالمدينين المتضامنين الآخرين بمثابة كفيل لهم فيما يتعلق بحصصهم في الدين. وقد نصت المادة ٧٩٨ مدني، فيما يتعلق بالكفيل، على أنه: ١- يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفي الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى بطلان الدين أو بانقضائه. ٢- فإن لم يعارض المدين في الوفاء، بقي للكفيل حقه في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى بطلانه أو بانقضائه. على أننا سنرى فيما يلي أن هناك فروقاً كثيرة بين المدين المتضامن والكفيل، وبخاصة في علاقة كل منهما بالدائن (انظر ما يلي فقرة ٢٠٨).

(٢) على أن كثيراً من الفقهاء في فرنسا يذهبون إلى أنه يستوي أن يكون الجزء من الدين الذي وفاه المدين للدائن معادلاً لحصته فيه أو أكثر أو أقل، فله أن يرجع في كل هذه الأحوال على المدينين الآخرين. ويقولون في تبرير هذا الرأي أن المدين عندما يوفي الدين أو أي جزء منه إنما يحمل بالأصالة عن نفسه وبالنيابة عن سائر المدينين المتضامنين، فله عليهم حق الرجوع في حدود ما وفاه من الدين (تيراتون =

٢٠٥- الأساس القانوني لرجوع المدين - الدعوى الشخصية ودعوى الحلول: والآن نبين الأساس القانوني الذي يقوم عليه رجوع المدين المتضامن على المدينين المتضامنين الآخرين عند وفائه للدائن بالدين، فهو يرجع إما بالدعوى الشخصية (action personnelle) وإما بدعوى الحلول (action en subrogation).

١١= فقرة ٢٤٥- لارومبيير ٣م ١٢١٤م ٥- ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٢٦ وفقرة ٤٤٤- فقرة ٤٤٦- هيك ٧ فقرة ٣٣٣- بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٦٩).

والصحيح في رأينا أنه يجب التمييز - عندما يفي المدين بجزء من الدين - بين ما إذا كان قد اتفق مع الدائن على أنه إنما يدفع له حصته في الدين أو جزءاً منها، أو لم يتفق معه على ذلك. ففي الحالة الأولى لا يرجع المدين على المدينين الآخرين، ويرجع في الحالة الثانية. بل نحن نذهب إلى أبعد من ذلك، ونفترض، عندما يوفي المدين جزءاً من الدين، أن هناك اتفاقاً ضمناً بينه وبين الدائن على أنه إنما يوفي حصته في الدين أو جزءاً منها، فذلك أقرب إلى المألوف في التعامل، وأيسر في تصفية العلاقات المختلفة ما بين المدينين المتضامنين. ولتوضيح ذلك نفرض أن الدين ثلثمائة، وأن المدينين المتضامنين ثلاثة بحصص متساوية، وقد دفع المدين الأول للدائن مائة، ثم دفع الثاني للدائن المائتين الباقيتين. فإذا أخذنا بالرأى الذي 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 ١/٣ ٣٣، ويعطيه ٢/٣ ٦٦، أي يعطيه في النهاية ١/٣ ٣٣. ثم يأخذ من الثالث ١/٣ ٣٣، 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 ١/٣ ٣٣ كما قلنا، ويأخذ من الثالث ٢/٣ ٦٦، فيكون ما أخذه منهما ١٠٠. وقد دفع ٢٠٠ للدائن، فينتهي إلى أن يكون قد تحمل ١٠٠ هي حصته في الدين! ليس خيراً من ذلك أن تقول 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 المدني العراقي صراحة (١/٣٢٤م) على هذا الرأي الذي نذهب إليه إذ يقول: «لن قضى الدين من المدينين المتضامنين 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 وفي الدائن أكثر من حصته في الدين (أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكرر ص ٥١- وانظر أيضاً الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص ٢٤٩- ص ٢٥٠ والأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٩٧ ص ٢٧٩ و ص ٢٩٨ هامش رقم ١). وهذا ما ذهب إليه أيضاً محكمة النقض إذ قضت بأنه يشترط لرجوع المدين المتضامن على المدين المتضامن معه أن يكون وفي أكثر من نصيبه في الدين، وإذن فمتى كان الواقع أن الطاعن مدين بالتضامن مع المطعون عليه في عقد رهن، وكان الحكم المطعون فيه قد أثبت بأسباب سائغة أنه لم يوف من الدين المضمون بالرهن إلا أقل مما التزم به بمقتضى محضر الصلح المبرم بينه وبين المطعون عليه، فإن ما يزعمه من أن جميع أقساط الدين موضوع الصلح واجبة الأداء له لا سند له 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 بالدعوى الشخصية إذا نظرنا إلى سابق علاقته 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 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 للوكيل ما أنفقه 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 فوائدها من يوم دفعها». وليست 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).

ويرجع المدين المتضامن الذي وفي الدين بدعوى الحلول^(٣)، أي بدعوى الدائن الذي وفاه الدين وقد حل محله فيه، وهذا بموجب المادة ٣٢٦ مدني وتنص على أنه «إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية: (١) إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه...». والمدين المتضامن الذي وفي الدين ملزم به مع المدينين الآخرين، فإذا وفاه للدائن حل محله فيه عند الرجوع على المدينين

(١) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٢٦ ص ١١٠.

(٢) ديمولومب 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 مطالبته به، لأنه هو الذي تسبب، بتأخره في الوفاء بالدين، في الحكم عليه بهذه المصروفات (ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٤٣ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٦٨ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٦٨ - وقارن لارومبيير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٨). ولكن إذا هو طالب بدوره المدينين الآخرين كلا بحصته، وتأخر هؤلاء في الوفاء، حكم له هو أيضاً عليهم بالمصروفات بداهة لتأخرهم في الدفع.

(٣) استئناف أهلي ٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٧ ص ١٦٣.

الآخرين. ومزية دعوى الحلول هذه أن المدين المتضامن إذا رجع بها تكون له التأمينات ذاتها التي كانت الدائن، بعد أن حل محله، إذ هو يرجع بنفس الدين الذي وفاه بما له من ضمانات، لا بدعوى شخصية مستمدة من الوكالة أو الفضالة. وهذا الحكم تنص عليه صراحة المادة ٣٢٩ مدني 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 الذي أداه من ماله من حل محل الدائن».

على أن الدعوى الشخصية، إذا كانت دعوى الحلول تمتاز عنها في التأمينات، تمتاز هي على دعوى الحلول في أمرين: (١) إذا رجع المدين بالدعوى الشخصية كان له أن يتقاضى فوائد عن المبالغ التي دفعها للدائن زائداً على حصته في الدين كما سبق القول. أما دعوى الحلول فلا يتقاضى فيها المدين إلا فوائد الدين الأصلي التي يكون قد دفعها للدائن، إذا كان من شأن هذا الدين أن ينتج فوائد^(١). يسرى التقادم بالنسبة إلى الدعوى الشخصية من وقت وفاء المدين الدين للدائن، فواقعة الوفاء هذه هي مصدر الدعوى الشخصية^(٢). أما بالنسبة إلى دعوى الحلول، فإن التقادم كان سارياً من وقت حلول الدين الذي وفاه المدين، وبديهي أن هذا الوقت متقدم على وقت الوفاء، فتتقدم دعوى الحلول قبل أن تتقدم الدعوى الشخصية لو كانت مدة التقادم المقررة قانوناً لكل من الدعويين مدة واحدة^(٣).

(١) وقد تكون فوائد هذا الدين الأصلي هي فوائد قانونية استحققت من وقت أن طالب الدائن بحقه المدينين المتضامنين مطالبة قضائية (بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٥٧).

(٢) بأن تكون دعوى الدين الأصلي (أي دعوى الحلول) تتقدم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة كما تتقدم دعوى الفضالة (م ١٩٧ مدني)، أو تتقدم بخمس عشرة سنة كما تتقدم دعوى الوكالة (م ٣٧٤ مدني) - وبديهي أنه إذا اختلفت مدة التقادم، فالدعوى التي تتقدم قبل الأخرى هي التي تكون مدة التقادم فيها أقصر.

وانظر في الأساس القانوني لحق رجوع المدين المتضامن على المدينين الآخرين المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٩.

(٣) متى كان وفاء الكفيل المتضامن وفاء صحيحاً لدين قائم فإنه يحق له أن يرجع على باقي الكفلاء المتضامنين معه كل بقدر حصته الذي أوفاه للدائن، ويكون هذا الرجوع أما بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية التي أساسها النيابة التبادلية المقترضة قانوناً بين المتعهدين المتضامنين في الدين على ما تقرره المادة ١٠٨ من القانون المدني الملغى، وإذا كانت الدعوى الشخصية تقوم على الوكالة المفترضة بين الكفلاء المتضامنين فإنه يتعين - في شأن تقادمها - أعمال قواعد التقادم المقررة في شأن الوكالة واعتبار مدة التقادم بالنسبة لتلك الدعوى خمسة عشرة تبدأ من تاريخ وفاء الكفيل المتضامن من هذا التاريخ فقط ينشأ حقه في الرجوع على المتعهدين المتضامنين معه ويصبح هذا الحق مستحق الأداء.

(جلسة ١٩٦٦/٢/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٢٧٩)

٢٠٦- انقسام الدين على المدينين المتضامنين وتعيين حصة كل منهم: قدمنا أن التضامن لا يقوم إلا في العلاقة ما بين الدائن والمدينين المتضامنين، أما في علاقة المدينين بعضهم ببعض فلا يقوم التضامن، وإنما ينقسم الدين بينهم كل بقدر حصته^(١).

وينقسم الدين على المدينين المتضامنين على الوجه المتقدم الذكر، حتى لو كان المدين الذي وفي الدين «بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن»، كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٩٧ مدني. وقد كان منطوق دعوى الحلول يقتضي أن يرجع المدين بما كان يرجع به الدائن نفسه، أي يرجع بكل الدين على أي مدين متضامن آخر بعد أن يستنزل حصته هو من الدين. ولكن العمل بمقتضى هذا المنطق يؤدي إلى سلسلة من دعاوى للرجوع لا مبرر لها. فلو أن المدينين المتضامنين كانوا مثلاً خمسة حصصهم في الدين متساوية، وكان الدين خمسمائة، وفي أحدهم كل الدين للدائن، وحل محله فيه، فإن منطوق دعوى الحلول يقتضي كما قلنا أن يرجع المدين الذي وفي الدين على أحد المدينين المتضامنين الأربعة بأربعمائة، وهذا الثاني 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. ولا ضير عليه من هذا التقسيم، فإنه إذا وجد أحدهم معسراً رجع على الثلاثة المورسين بنصيب كل منهم في حصة المعسر كما سرى. هذا إلى أن المنطق الذي أوردناه لدعوى الحلول يعارضه منطوق آخر للدعوى نفسها. ذلك أن المدين الذي وفي الدين في المثل المتقدم إذا رجع على أحد المدينين الأربعة بأربعمائة، كان لهذا المدين الثاني 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 الثاني أربعمائة ثم وفاه ثلاثمائة في دعويين متتابعين، فخلص له من كل ذلك مائة، فالأولى إذن أن يستوفى هذه المائة منذ البداية وفي دعوى واحدة^(٢).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١١٥ مدني (قديم) تنص على أنه إذا قام أحد المتضامنين في الدين بأدائه، جاز له الرجوع على باقي المدينين معه كل بقدر حصته في الدين. ومفاد هذا أن تضامن المدينين قبل الدائن لا يلزم عنه تضامنهم بعضهم قبل بعض، فالحكم الذي يقتضي باعتبار المدينين متضامنين فيما بينهم لكونهم متضامنين قبل الدائن يكون مخالفاً للقانون، متعمداً نقضه (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٤ ص ٣٣٤). انظر أيضاً: استئناف أهلي ٣٠ مايو سنة ١٨٩٢ المحقوق ٦ ص ٢٤٨-١٨ مايو سنة ١٨٩٧ المحقوق ١٢ ص ٢٨٠.

(٢) انظر في هذا المعنى يوتيه في الالتزامات فقرة ٢٨. وانظر أيضاً بلانبول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٤. ويقول جوسران في هذا الصدد إن انقسام الدين على المدينين المتضامنين في علاقتهم بعضهم ببعض لا يفسر بالرغبة في تجنب سلسلة من دعاوى للرجوع لا مبرر لها. فسواء رجع المدين الذي وفي كل الدين على المدين الثاني بعد استنزال حصته ثم رجع الثاني على الثالث بالباقي بعد استنزال حصته وهكذا، وهذه هي دعاوى رجوع أربع، أو رجع المدين الأول منذ البداية =

إذن ينقسم الدين - سواء كان الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول - على المتضامنين كل بقدر حصته، ولا يرجع المدين الذي وفي الدين كله على أي مدين آخر إلا بمقدار هذه الحصة. ويبقى بعد ذلك أن نرى كيف تتعين 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 يقضي بغير ذلك».

فإذا 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 الشيوخ، 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، فإذا أراد أحد المدينين إثبات مقدار حصة مدين آخر في الدين وكانت قيمة هذه الحصة تزيد على خمسمائة جنيه، 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 للإنفاق 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 أن «إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض». فيجوز إذن للقاضي، بموجب هذا النص القانوني، أن يعين حصة كل من المسؤولين عن العمل الضار في التعويض الذي يلتزمون به، على حسب جسامه خطأ كل منهم ومدى ما أحدثه بفعله من الضرر^(٢).

فإذا لم يوجد اتفاق أو نص في القانون يعين حصة كل من المدينين المتضامنين في

= على كل من المدينين الأربعة الآخرين بحصته في الدين، وهذه هي أيضاً دعاوى رجوع أربع، فإن عدد دعاوى الرجوع واحد في الحالتين. ويفسر جوسران انقسام الدين بأن التضامن يقتضي بمجرد استيفاء الدائن حقه، فينقسم الدين بانقضاء التضامن بعد أن أصبح الأمر مقتصرًا على علاقة المدينين بعضهم ببعض. فإذا حل المدين الذي وفي الدين محل الدائن، حل في دين منقسم، فلا يرجع على أي مدين آخر إلا بمقدار حصته في الدين (جوسران ٢ فقرة ٧٧٩).

(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 ٢/٢٣٦ من المشروع، الخاص بدرجة جسامه الخطأ فيما يتعلق بالتضامن في المسؤولية عن الفعل الضار» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٨). وانظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٥٩٩ وقرة ٦٢٠ ص ٩٣٠.

الدين، لم يبق إلا جعل حصص المدينين جميعاً متساوية، إذ لا مبرر لجعل حصة أكبر من الأخرى، ويفترض تساويهم في مصلحتهم المشتركة في الدين^(١)(١).

٢٠٧- تحمل المورسين من المدينين المتضامنين لخصم المعسرين منهم: رأينا أن المادة ٢٩٨ مدني تنص على أنه: «إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعه هذا الإعسار المدين الذي وفي بالدين وسائر المدينين المورسين كل بقدر حصته». وهنا تبرز فكرة التضامن ما بين المدينين، فتلاصق 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 وينصيبه فقط في حصة المعسر. فلو أن المدينين المتضامنين كانوا ثلاثة حصصهم في الدين متساوية، وكان الدين ثلاثمائة، ودفعة واحد منهم، فإنه يرجع على كل من الاثنين الآخرين بمائة. فلو كان واحد منهما معسراً رجح 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، فإن 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 تبعه هذا الإعسار سائر المدينين، حتى من قام منهم بالوفاء بالدين. وقد تقدمت الإشارة إلى أن من أبرئ من المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن يتحمل نصيبه في تبعه الإعسار^(٣)».

ويذهب الفقه في فرنسا إلى أن العبرة في قيام الإعسار تكون بالوقت الذي وفي فيه المدين المتضامن الدين للدائن، فقد نشأ حقه في الرجوع على المدينين المتضامنين، بما في

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٩ - وانظر أيضاً بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٥٦.

(٢) ولا يجوز أن يتحمل المدين الذي وفي الدين وحده حصة المعسر كلها، وإلا لجاز للدائن أن يتحكم، ولتوقف على اختياره مديناً دون آخر في الرجوع بالدين أن يتحمل هذا المدين وحده تبعه الإعسار. هذا إلى أنه ليس من الإنصاف أن جزاء المدين الذي قام بالوفاء عن جميع المدينين، فعجل إبراء ذمتهم من الدين، أن يتحمل وحده حصة المعسر منهم (بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٦٠).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٩.

(١) إذا لم يعين الاتفاق أو القانون نصيب كل من الدائنين أو المدينين المتعددين لم يبق إلا أن ينقسم الالتزام عليهم بحسب الرؤوس أو بالنسبة متساوية، وإذا خلا العقد موضوع الدعوى من تحديد نصيب كل من البائعين في ثمن ما باعاه معا صفقة واحدة غير مجزأة، فإن يكون لكل بائع نصف ثمن البيع.

(جلسة ١٩٧٢/٣/٩ مجموعة أحكام النقص السنة ٢٣ ص ٣٦٤)

ذلك تقسيم حصة المعسر على المورسين، في هذا الوقت. فإذا كان المدينون المتضامنون الآخرون مورسين جميعاً 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^(١). ويبدو أن هذا الرأي محل للنظر. فقد يطالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بالدين، فيبادر هذا المدين إلى إدخال باقي المدينين المتضامنين معه في الدعوى ليحكم على كل بحصته في الدين، ويكون المدينون جميعاً مورسين وقت تنفيذ الدائن بالدين كله على أموال من رفع عليه الدعوى. ثم يعسر أحد المدينين قبل أن يتمكن المدين الذي وفي الدين من استيفاء حصة هذا المدين الذي أعسر. فهنا لا يمكن أن ينسب أي تقصير إلى المدين الذي وفي الدين، وليس من العدل أن يتحمل وحده حصة المدين 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 إطلاقاً في المحافظة على حقه ضد المدين المعسر^(٢).

٢٠٨- تحمل أصحاب المصلحة في الدين وحدهم 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^(٣) هم أصحاب المصلحة دون الآخرين^(١). فماذا يكون، في هذه الحالة، شأن هؤلاء الآخرين الذين

(١) لارومبيير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٩ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٣٥ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٦٠ - دي باج ٢ فقرة ٣٦٩ ص ٣٣٤.

(٢) ويرى الأستاذ عبد الحى حجازى أن التقنين المدني المصري الجديد لم يأخذ بالرأي الذي يذهب إليه الفقه الفرنسي في هذه المسألة، فيقول: «وليس في القانون المدني المصري الجديد ما يفيد أنه أخذ أو يحيل إلى الأخذ بهذا الرأي. إن القانون يقول: «إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين... وهذا يفيد أنه يجب الاعتداد بالوقت الذي يحصل فيه الرجوع، لا بالوقت الذي حصل فيه الوفاء. ومع ذلك فمن الواضح أنه إذا ثبت أن المدين الموفى قد تملكاً في الرجوع على سائر المدينين المتضامنين بما يجعله مقصراً، وأنه لو كان قد يادر إلى الرجوع لما أصابه شيء من جراء هذا الإعسار اللاحق، عندئذ يعتبر مخطئاً، ويؤدى تطبيق القواعد العامة في هذه الحالة إلى عدم تحمل المدينين المتضامنين هذا الإعسار اللاحق (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٤٨ هامش رقم ١).

(٣) فليس من الضروري أن يكون واحد فقط هو صاحب المصلحة، وإذا كان النص قد جرى بأن أحد المدينين المتضامنين 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 (أنظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ ص ٢٨١ - لارومبيير ٣ م ١٢١٦ فقرة ١).

(١) إذا كان المقرر وعلى ما نصت عليه المادة ٢٩٩ من القانون المدني أنه «إذا كان أحد المدينين =

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 متضامنين؟ 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 (١) - فقد استخدم لتأدية أغراض الكفالة. فالكفيل كان إذن، في القانون الروماني القديم، مديناً متضامناً مع المدين الأصلي. ثم ما لبث القانون الروماني أن تطور، وبدت معالم الكفالة تتبين شيئاً فشيئاً، فأعطى للكفيل حق التقسيم إذا تعدد، ثم أعطى له حق تجريد المدين، ثم اعترف في النهاية أن التزامه ليس التزاماً أصلياً بل هو التزام تابع لالتزام المدين المكفول (٢). على أن مقتضيات الائتمان استوجبت أن تتنوع الكفالة لتزيد توثيقاً للدين، فرجعت في تنوعها إلى ما كانت عليه من قبل، وأصبحت في الوقت الحاضر تنطوي على صور متدرجة.

فأبسط صورها وأضعفها توثيقاً للدين هي، كما أشرنا إلى ذلك في مكان آخر (٣)، أن يكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه، ودون أن يتضامن مع الكفلاء الآخرين. فيكون الكفيل في هذه الصورة مديناً تابعاً (١)، له حق تجريد المدين الأصلي، وله حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين.

ثم تأتي صورة ثانية للكفالة هي أقوى في توثيق الدين، فيكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه، ولكنه يتضامن مع الكفلاء الآخرين. وهنا يبقى الكفيل مديناً تابعاً، ويبقى له تجريد المدين، ولكن ليس له حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين الذين تضامن معهم.

ثم تأتي صورة ثالثة للكفالة تزيد قوة في توثيق الدين، هي أن يكفل الكفيل المدين تضامن 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 أيضاً متضامن معه.

ثم تأتي الصورة الأخيرة للكفالة، وهي أقوى الصور جميعاً في مراتب التوثيق. فيكفل كفيل الدين فيما بينه وبين المدين، ولكنه يتقدم إلى الدائن مديناً متضامناً مع المدين الأصلي، ومتضامناً مع الكفلاء الآخرين، الذين يتقدمون هم أيضاً مدينين متضامنين مع المدين. وهكذا تعود الكفالة إلى ما كانت عليه في عهدنا القديم، ولكن لأسباب لا ترجع إلى الصناعة القانونية كما كان الأمر في القانون الروماني القديم، بل ترجع إلى اعتبارات عملية هي الوصول في توثيق الدين إلى أبعد غاياته. وهنا لا يكون للكفيل حق التقسيم مع كفلاء الآخرين، ولا حق تجريد المدين، بل هو لا يبقى مديناً تابعاً، وإنما يكون مديناً أصلياً متضامناً مع المدين المكفول.

هذه الصورة الأخيرة هي التي تعيننا هنا، إذ نرى أمامنا فيها مدينين متضامنين متعددين في دين واحد، ولكن واحداً (أو أكثر) من هؤلاء المدينين هو صاحب المصلحة في الدين، أي المدين الأصلي، والباقي ليسوا إلا كفلاء عنه، ولكنهم تقدموا إلى الدائن بوصفهم جميعاً مدينين أصليين متضامنين (١). والمبدأ الأساسي في هذه الحالة هو التمييز ما بين علاقة هؤلاء المدينين المتضامنين بالدائن إذ تسرى قواعد التضامن، وعلاقتهم بعضهم ببعض إذ تسرى قواعد الكفالة.

= المتضامن هو وحده صاحب المصلحة في الدين فهو وحده الذي يتحمل به كله نحو الباقيين، فمن ثم تنتفي مصلحة الشركتين الطاعنتين - الدامجتين للشركة المحال عليها بالحق والمؤمنة بعد فرض الحراسة عليها في تعيب الحكم المطعون فيه، بالزام تلك الشركة والحارس العام الذي كان يمثلها متضامنين بالحق المحال به بتناقضه في أساس إلزام المحكوم عليهم بالدين أو أغفاله بيان سبب تضامنهم فيه.

(جلسة ١٩٧٥/١/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٢٥٧)

(١) وهذا بخلاف الفقه الإسلامي، فقد كانت الكفالة هي الأصل الذي نشأ عنه التضامن (انظر آنفاً فقرة ١٥٠ في الهامش).

(٢) جيران الطبعة الثالثة ص ٦٨٧ وص ٧٤٤. وانظر في هذه المسألة وفي تطور الكفالة في القانون الفرنسي القديم بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٧٦.

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٦٤.

(١) التزام الكفيل - متضامناً أو غير متضامن - يعتبر التزاماً تابعاً لالتزام المدين الأصلي، فلا يسوغ =

= النظر في أعمال أحكام الكفالة على التزام الكفيل قبل البت في التزام المدين الأصلي.

(جلسة ١٩٨٠/٢/١٨ الطعن رقم ٨٦٠ لسنة ٤٣ ق)

(١) ومن التطبيقات العملية لهذه الصورة الأخيرة: (أ) التابع والمتبوع، فهما مسئولان بالتضامن قبل المضرور، ولكن التابع وحده هو صاحب المصلحة في الدين. (ب) من هو تحت الرقابة ومتولى الرقابة، فهما مسئولان أيضاً بالتضامن قبل المضرور، ولكن الأول منهما هو وحده صاحب المصلحة في الدين. (ج) صاحب الكمبيالة والمسحوب عليه والمظهرون للكمبيالة وضامنوها كلهم مدينون متضامنون قبل حامل الكمبيالة، ولكن صاحب المصلحة في الدين منهم هو المسحوب عليه وحده إذا كان قد قبل الكمبيالة أو عنده مقابل للوفاء (Provision)، وإلا فالساحب (ليون كان وريو الطبعة الخامسة ٤ فقرة ٢٦٧ وقرة ٣٩٠ وما بعدها - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٩٧ هامش رقم ١).

ففي علاقتهم بالدائن، تسرى قواعد التضامن دون قواعد الكفالة. ومن ثم لا يكون لهم حق تقسيم الدين بينهم ولا حق تجريد المدين الأصلي، بل يكون كل منهم مسئول قبل الدائن عن كل الدين. كذلك لا يكون لأى منهم أن يتمسك بالدفوع الخاصة بغيره ولو كان هذا الغير هو المدين الأصلي، بل لا يتمسك إلا بالدفوع الخاصة به وبالدفوع المشتركة بينهم جميعاً^(١). ولا تبرأ ذمة أى منهم بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من الضمانات، كما تبرأ ذمة الكفيل (م ٧٨٤ مدني)^(٢). ولا تبرأ ذمة أى منهم إذا لم يتم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين الأصلي خلال ستة أشهر من إنذار الدائن بذلك، كما تبرأ ذمة الكفيل (م ٢/٧٨٥ مدني). ولا يسقط 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 أموالهم قبل التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين،

(١) فليس له مثلاً أن يتمسك بالتجديد أو بالمقاصة أو بالتخاذ الذمة أو بالبراء أو بالتقادم إذا وقع شيء من ذلك مع مدين متضامن آخر ولو كان هو المدين الأصلي، إلا بقدر حصة هذا المدين. ولو أجرينا أحكام الكفالة، لكان له أن يتمسك بهذه الدفوع في كل الدين، ما دام المدين الأصلي يستطيع أن يتمسك بها.

(٢) لارومبير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ٤ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٩٥ - فقرة ٥٠٠ - لوران ١٧ فقرة ٣٤٢ - هيك ١٢ فقرة ٢٥٢ - أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثاً ص ٥٤ - ص ٥٧ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٨٩ - بيدان ولاجار ٨ ص ٦١٥ هامش رقم ٣ - انظر عكس ذلك: ديرانتون ٢٨ فقرة ٣٨٢ في الهامش - تولييه 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 محكمة الاستئناف المختلطة، ولكن الصحيح هو الرأي الذي بسطنا في المتن. وكانت محكمة الاستئناف المختلطة 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 علاقتهم فيما بينهم كفلاء بعضهم لبعض، إلا أنهم في علاقتهم بالدائن يعتبر كل منهم مديناً أصلياً، فليس له أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل، وليس له بنوع خاص أن يتمسك بإضاعة التأمينات (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧١).

ويستثنى بودري وبارد من القاعدة التي تقضى بأنه لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك على الدائن بإضاعته التأمينات حالتين: (أ) 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 (بودري 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 (بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٩١).

ولا يجوز بالنسبة إلى الكفيل التنفيذ على أمواله إلا بعد التنفيذ على الأموال المخصصة للتأمين (م ٧٩١ مدني)^(١).

أما في علاقتهم بعضهم ببعض، فقواعد الكفالة هي التي تسرى دون قواعد التضامن. وقد 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 ببطان 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 ببطلته أو بانقضائه. وهذا هو نفس الحكم الذي يسرى على الكفيل، من حيث وجوب إخطاره المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين (م ٧٩٨ مدني)^(٢). ولكن الذى يعيننا أن نبينه هنا - وهي المسألة التي نريد الوقوف عندها - هو أن هؤلاء المدينين المتضامين، وقد ارتدوا كفلاء في علاقتهم بالمدين الأصلي، لا يتحملون بشئ 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 بشئ على المدينين المتضامين معه إذ هم ليسوا إلا كفلاء عنه. أما إذا كان الدائن قد طالب أياً من هؤلاء المدينين المتضامين 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 المتضامين. وهذا، كما رأينا، ما تنص عليه صراحة المادة ٢٩٩ مدني، إذ تقضى بأنه إذا كان أحد المدينين المتضامين هو وحده صاحب المصلحة في الدين، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقيين. يتحمل المدين الأصلي إذن بالدين كله، سواء طالبه به الدائن فدفعه دون أن يرجع بشئ 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 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 المتضامين هو المدين الأصلي وأن الآخرين ليسوا سوى كفلاء - في حدود صلتهم بعضهم ببعض لا في حدود صلتهم بالدائن

(١) على أنه إذا كان الدائن يعلم أن مديناً متضامناً هو وحده صاحب المصلحة في الدين، ثم أبرأ منه، فليس له أن يرجع بعد ذلك بشئ على المدينين الآخرين. ذلك أنه إذا رجع على 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 باب أولى إبراء المدينين الآخرين. كذلك إذا ورث الدائن صاحب المصلحة في الدين، لم يكن له أن يرجع بشئ على غير أصحاب المصلحة من المدينين المتضامين (بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ ص ٣٨).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٤ في الهامش.

الفصل الثالث

الالتزام غير القابل للانقسام*

(obligation indivisible)

٢٠٩ - تقسيم الموضوع: نبحث الالتزام غير القابل للانقسام، كما بحثنا الالتزام التضامني، على الوجه الآتي: (أولاً) أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام، وهذا يقابل في الالتزام التضامني مصادر التضامن. (ثانياً) الآثار التي تترتب على قابلية الالتزام للانقسام^(١).

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».

- وجب أن يتحمل هذا المدين الدين كله، فإذا وفي 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 خمسمائة جنيه هم وحدهم أصحاب المصلحة فيه^(٢).

ويلاحظ أنه إذا كان أصحاب المصلحة في الدين أكثر من واحد، فإن المدين الذي وفي الدين دون أن يكون ذا مصلحة فيه يرجع على أي من أصحاب المصلحة بكل الدين، إذ كل من هؤلاء مدين أصلي. وهذا هو الحكم فيما إذا كان للمدينين المتضامنين المتعددين كفيل وفي الدين عنهم، فقد نصت المادة ٨٠١ مدني على أنه «إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين، فلكفيل الذي ضمنهم جميعاً أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاقه من الدين»^(٣). وينقسم الدين بين أصحاب المصلحة فيه، فإذا وفي أحدهم الدين كله، سواء بدفعه مباشرة للدائن أو بوفائه لمدين غير ذي مصلحة قام بدفعه للدائن، رجع على الباقي من أصحاب المصلحة كل بقدر حصته في الدين.

وإذا دفع مدين غير ذي 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^(٤). فإن لم يكن متفقاً على تعيين حصة كل منهم، كانوا جميعاً متساوين في الحصة.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٨ - ص ٩٩.

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٧٣.

(٣) والكفيل الذي وفي الدين عن المدينين المتضامنين أن يرجع على أي منهم بكل الدين، حتى لو كان المدين الذي 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 (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٢).

(٤) ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٥١ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ مكررة ١ ص ٢٨٣ الأستاذ عبد الحى حجازي ١ - ص ٢٤٩ - وقد طبقنا هنا أحكام الكفالة. وقد ورد في هذا المعنى نص صريح في التقنين المدني المصري، إذ تقضى المادة ٧٩٦ من هذا التقنين بأنه «إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم وفي أحدهم الدين عند حلوله، كان له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين وينصيبه في حصة المعسر منهم». وتنص المادة ٢٠٣٣ من التقنين المدني الفرنسي على أنه «إذا تعدد الكفلاء لمدين واحد في دين واحد، فالكفيل الذي وفي الدين يرجع على الكفلاء الآخرين كل بقدر حصته».

* 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 بورديو سنة ١٨٧٦ - بنكاز ٢ فقرة ٨٠٠ وما بعدها - هرفيه (Hervé) في التضامن وعدم قابلية للانقسام والكفالة رسالة من بورديو سنة ١٩٤٠ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٣١٢ وما بعدها - بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨٦٣ وما بعدها - أوبري ورو ٦ فقرة ٣٠١ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٨ وما بعدها - دي باج ٣ فقرة ٢٩٢ وما بعدها - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٩٥ وما بعدها - كولان وكابيتان 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 تعقيد وغموضه مؤلف وضعه ديمولان (Dumoulin)، من أشهر فقهاء القانون الفرنسي القديم، في القرن السادس عشر، عالج فيه هذا الموضوع بإفاضة، وشبهه بتيه يضل فيه الساري، وقد وضع له المقايح والخيوط التي يهتدي بها في اجتياز هذا التيه. ولخص بوتيه هذا المؤلف في بضع صفحات، وعن بوتيه أخذ واضعو التقنين المدني الفرنسي النصوص التسعة التي صاغوها في هذا الموضوع (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٨).

(ب) إذا تبين من الغرض الذي رُمي إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك» (١).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٧٢/١١٦ (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).

ويتبين من هذا النص أن عدم القابلية للانقسام يرجع إما لطبيعة محل الالتزام، وإما للاتفاق (٤).

٢١١ - عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل: عنى ديمولان (Dumoulin)، وهو من فقهاء القانون الفرنسي 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 بقي حتى اليوم معمولاً به. من ذلك أنه يميز في عدم القابلية للانقسام الذي يرجع إلى طبيعة المحل بين صورتين:

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤٢٤ من المشروع التمهيدي 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٠ - ص ١٠٢).

(٢) التقنين المدني السابق ١٧٢/١١٦: متى كان الوفاء بالتعهد غير قابل للانقسام، بالنسبة لحالة الأشياء المتعهد بها أو بالنسبة للغرض المقصود من التعهد، فكل واحد من المتعهدين ملزم بالوفاء بالكل، وله الرجوع على باقي المتعهدين 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).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني 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 اللبناني يضيف القانون إلى أسباب عدم القابلية للانقسام. ولا محل لذكر القانون هنا، فالنص الذي 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.

(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 إلى أصل الخلقة لا إلى عارض من عمل الإنسان.

فإذا كان الالتزام محله نقل حق عيني، فالأصل فيه أن 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 إلى أجزاء متعددة، وإما انقساماً معنوياً (division intellectuelle) كما إذا كان المدين ملتزماً بنقل ملكية منزل فان هذا الالتزام يمكن أن ينقسم انقساماً معنوياً إلى نقل ملكية نصف المنزل في الشيوع وربعه وخمسه وهكذا (١). غير أن هناك حقين عيينين لا يقبلان الانقسام بطبيعتهما القانونية، وهما

(٤) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٠.

(١) انظر في أمثلة لعدم القابلية للانقسام نظراً لطبيعة المحل: استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٦٤ - ١٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٨ - ١٦ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٠٤ - وانظر في عدم القابلية للانقسام في رصيد الحساب الجاري: استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٥ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ 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 العقد غير قابل للتجزئة لطبيعته أو لمفهوم قصد عقديه. وإذن فمتى 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 الاستثنائي 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 يكون 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).

وقضت محكمة النقض، في خصوص دعوى الغصب، بأنه إذا رفعت دعوى الغصب، وكانت العين المعصوبة 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 مملكه، وحكمت 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، فلا يقبل قول =

حق الارتفاق وحق الرهن. فمن يلتزم بترتيب حق ارتفاق أو ترتيب حق رهن لا يستطيع أن يجزئ التزامه، ويكون الالتزام في هاتين الحالتين غير قابل للانقسام بصفة مطلقة أو بصفة حتمية^(١).

وإذا كان الالتزام محله القيام بعمل كالالتزام بتسليم شيء، فإنه قد يكون بطبيعته قابلاً للانقسام وقد لا يكون. فإذا تعهد شخص بتسليم أرض، فإنه يستطيع أن يجزئ 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 يجزئ التزامه، إذ الحيوان الحي ككل لا يتجزأ عند التسليم. صحيح أنه تجوز تجزئته في نقل ملكيته، فتنتقل ملكية نصف الحصان أو ربعه، ولكن الالتزام بتسليم الحصان هو التزام غير قابل للانقسام، وعدم القابلية للانقسام هنا يرجع إلى أصل الخلقة 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 ينافسه في حدود معينة، فأية منافسة يقوم بها البائع في الحدود المتفق عليها تعتبر خرقاً للالتزام، ولا يستطيع البائع أن يقوم بالتزامه من عدم المنافسة إلا قياماً غير مجزأ وغير قابل

هذا المستأنف بأن موضوع الحق المطلوب غير قابل للتجزئة، وأنه لهذه العلة يكفي أن يكون استئناف 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 ملكية منزل وأساسها فعل غصب ادعى به على عدة أشخاص، أصبح موضوع الدعوى، وهو تثبيت الملكية للمنزل والتخلي عن تسليمه، لا يقبل الانقسام، واعتبر 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 الغاصب، وسواء أكانوا حسني النية أم لا (استئناف مصر ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٢ المحاماة 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.

للانقسام بامتناعه أصلاً عن المنافسة. على أنه يمكن أن نتصور أن الالتزام بعدم المنافسة يكون قابلاً للانقسام استثناءً. 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، فمن الممكن في هذه الحالة أن يقوم البائع بجزء من التزامه ويحل بجزء آخر، فيمتنع مثلاً عن إقامة متجر مماثل ولكنه ينتزع مستخدمى المتجر، ويكون الالتزام بالامتناع عن عمل في هذه الحالة قابلاً للانقسام^(١).

(الصورة الثانية) صور عدم التجزئة النسبية (indivisibilité relative) أو عدم التجزئة الطبيعية (indivisibilité naturelle). وتحقق عندما يكون محل الالتزام غير قابل للانقسام لا بأصل خلقتة، بل لعارض من عمل الإنسان^(١). مثل ذلك الالتزام بتسليم

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٤- وقد عرضت المذكرة الإيضاحية لهذه الصورة الأولى، صورة عدم التجزئة المطلقة أو الحتمية، فقالت: «تتناول المادة ٤٢٤ (م ٣٠٠ مدني) بيان حالتي عدم القابلية للانقسام: (أ) فتعرض الأولى حيث يزد الالتزام على محل لا يقبل التجزئة بطبيعته، كما هو الشأن في تسليم شيء معين بذاته يعتبر كلاً لا يحتمل التبعيض 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).

(١) وإن كان الأصل في رسم الأيلولة أنه ينقسم بين الورثة ويستحق على صافي نصيب كل وارث وتنصب كل منهم حصصاً عما يخصه منه بعد تحديده إلا أنه إذا كان النزاع منصفاً على عناصر الشركة ومقوماتها قبل أيلولتها إلى الورثة وما يخضع منه ورسم الأيلولة وما يعنى منه وهي أمور لا تختمل المقابرة ولا يتأني أن تختلف باختلاف الورثة فإنه يكون نزاعاً غير قابل للتجزئة، ويكون الوارث الذي يطعن في تقدير هذه الشركة نائبا عنها وعن سائر الورثة بوكالة قانونية أساسها وحدة الشركة واستقلالها عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة.

(جلسة ١٩٧٤/٥/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ٩٠٧)

(جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٣٨٤)

(جلسة ١٩٦٣/٤/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٤٩٠)

ومن أمثلة لموضوعات لا تقبل التجزئة:

- النزاع حول صحة أو بطلان حكم مرسى مزاد واجراءاته.

(جلسة ١٩٧٢/٥/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٩٧)

- النزاع حول صحة أو تزوير سند صادر من المورث.

(جلسة ١٩٦٧/٣/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٥٦٥)

(جلسة ١٩٦٣/٤/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٤٩٠)

- طلب ازالة مبنى واعادة بنائه على نفقة المدعى عليه.

متجر، فإن المتجر وهو محل الالتزام إذا كان قابلاً للانقسام بطبيعته إذ تمكن تجزئته عناصره المختلفة من مكان وبيع وعملاء وحقوق وديون وما إلى ذلك، إلا أنه جعل بعمل الإنسان كلا غير قابل للتجزئة، فلا يمكن تسليم بعضه دون بعض. كذلك الالتزام ببناء منزل هو أيضاً التزام غير قابل للانقسام، لا بأصل خلقته، وإلا فمن الممكن أن تتصور تجزئة بناء المنزل، فيقوم بتشييد حيطانه مقابل، ويقوم بعمل أبوابه ونوافذه مقابل ثان، ويقوم بتجهيزه بالأدوات الصحية مقابل ثالث وهكذا. ولكن الالتزام عند ما يقع على بناء منزل في مجموعته، فقد جعل محل الالتزام كلا غير قابل للتجزئة، ولا يعتبر الالتزام قد نفذ إلا إذا تم بناء المنزل بأكمله^(١).

٢١٢ - عدم القابلية للانقسام يرجع إلى الاتفاق: ويكون الالتزام أيضاً غير قابل للانقسام، كما تقول الفقرة (ب) من المادة ٣٠٠ مدني «إذا تبين من الغرض الذي رُمي إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك». فمحل الالتزام يكون إذن بطبيعته قابلاً للانقسام، ولكن المتعاقدين أرادوا 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 منقسماً، بل يجب تنفيذه باعتباره كلا غير قابل للتجزئة. وأكثر ما يقع ذلك في الالتزامات التضامنية عندما يريد الدائن ألا ينقسم الالتزام على ورثة أحد من المدينين المتضامنين أو عندما يريد الدائنون المتضامنون ألا ينقسم الالتزام على ورثة أي 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).

= (جلسة ١٩٦٧/٢/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٥٠٩)

- دعوى صحة التعاقد لا تعتبر من الدعاوى التي لا تقبل التجزئة إلا إذا كان محل العقد غير قابل لها بطبيعته أو بحسب قصد عاقديه.

(جلسة ١٩٦٧/١/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٩٢)

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٤ - وانظر أيضاً بوتيه في الالتزامات فقرة ٢٩٢.

(٢) ويكون الشرط هنا واقعاً على الالتزام ذاته فيجعله غير قابل للانقسام، ولا يعتبر أنه تعاقد على تركة مستقبلية (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢ ص ٤٧٥).

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢ ص ٤٧٦.

وتكون الإرادة ضمنية إذا تبين مثلاً أن الغرض الذي يرمى إليه المتعاقدان يجعل الالتزام غير قابل في تنفيذه للتجزئة^(١). فمن اشترى أرضاً ليبنى عليها مدرسة أو مستشفى أو داراً،

(١) أ المحكمة الموضوع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - سلطانها المطلق في إستخلاص ما إذا كانت قوة المتعاقدين قد اتجهت إلى قابلية أو عدم قابلية الالتزام للانقسام متى كان استخلاصاً سائغاً ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق دون معقب عليها من محكمة النقض.
(الطعن ١٨١٩ لسنة ٥٣ق - جلسة ١٩٨٧/٣/٢٥)

ب- الأصل في الالتزام الذي يتعدد فيه الدائون أو المدينون أو كليهما سواء عند إنشاء الرابطة العقدية أو بعدها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون قابلاً للانقسام إلا إذا نص صراحة في الاتفاق على غير ذلك أو إذا كان الالتزام وعلى نحو ما ورد بالمادة ٣٠٠ من القانون المدني وارداً على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم، أو إذا تبين من الغرض الذي رُمي إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك. وإذا كان محل الالتزام بنقل ملكية عقار أو حصة شائعة فيه، فإنه يقبل الانقسام بطبيعته ويتسلم المشتري المبيع شائعاً طبقاً لسند ملكيته إلا إذا تبين إجماع إرادة المتعاقدين إلى عدم قابلية الالتزام للانقسام واستخلاص ذلك مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائغاً ولا مخالفاً فيه للثابت بالأوراق ودون معقب عليها في ذلك من محكمة النقض.

(الطعن ٩٢٣، ١٠٤٩، ١٠٨٠ لسنة ٥١ق - جلسة ١٩٨٣/٥/٢٤ ص ٣٤ ص ١٢٩٢)

(الطعن ١٣٨ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٣/٣/٩ ص ٢٣ ص ٣٦٤)

ج- محكمة الموضوع لها تحصيل المعنى الذي قصده المتعاقدان من عبارات العقد، ويصح تقرير عدم تجزئة الالتزام بإرادة المتعاقدين، وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه حصل من وقائع النزاع أنه بموجب عقد مؤرخ ١٩٦٥/٤/١٨ اشترى الطاعن من المطعون ضدها الثانية أرضاً زراعية مساحتها ٢ ف و ١٠ ط كانت قد اشترتها بموجب عقد مؤرخ ١٩٦٠/٦/٢٧ من المطعون ضده الأول ضمن مساحة ٥٥ ف و ٢ ط و ١٥ م بيعت إليها بثمن مقداره ٢٥٠٠٠٠٠ ج دفع منها ١٠٠٠٠٠ ج واشترط سداد الباقي على أقساط مع احتفاظ البائع بحق الامتياز لحين سداد كامل الثمن، مما مفاده اتفاق طرفي عقد ١٩٦٠/٦/٢٧ على عدم تجزئة التزام المشتري بسداد باقي الثمن، وكان الطاعن قد أقام الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد ١٩٦٠/٦/٢٧ بالنسبة لمساحة ٢ ف و ١٠ ط التي اشترها بعقد ١٩٦٥/٤/١٨ إلا أن المطعون ضده الأول دفع بعدم التنفيذ لأن المشتري في عقد ١٩٦٠/٦/٢٧ - المطعون ضدها الثانية - لم توف بباقي الثمن، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدعوى تأسيساً على أنه يتعين الوفاء أولاً بالالتزام المقابل في العقد الأول بسداد باقي الثمن حتى يطالب البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية - يكون قد التزم صحيح القانون.

(الطعن ٩٩٨ لسنة ٣٦ق - جلسة ١٩٨٢/١/٢٨ ص ٣٣ ص ٢١٨)

د- الأصل أن الالتزام يكون قابلاً للانقسام إذا ورد على محل يقبل بطبيعته أن ينقسم، إلا أنه يصح تقرير عدم انقسام الالتزام بإرادة المتعاقدين، والمحكمة الموضوع سلطانها المطلق في استخلاص ما إذا كانت نية المتعاقدين قد اتجهت إلى قابلية أو عدم قابلية الالتزام للانقسام متى كان استخلاصها سائغاً ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق دون معقب عليها من محكمة النقض.

(الطعن ٦٥٤ لسنة ٤٥ق - جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ ص ٢٩ ص ١٣٢٨)

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام

٢١٣- تعدد المدينين أو تعدد الدائنين: تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: ولا 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 تبيع، منقسماً كان أو غير قابل للانقسام، وللدائن أن يرفض الوفاء الجزئي^(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 جزئي، 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).

وإنما تبين أهمية التمييز بين الالتزام القابل للانقسام والالتزام غير القابل له، إذا تعدد المدين أو تعدد الدائن. فإذا تعدد المدين في التزام، فالأصل أن ينقسم الالتزام على المدينين^(٣)، إلا إذا كان غير قابل للانقسام، فعندئذ يكون كلاً 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 يقم تضامن بين الدائنين.

(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 لحقه في نظرية الميسرة (م ٢/٣٤٦ مدني). فإذا كان الالتزام غير قابل للانقسام - بطبيعته على الأقل - لم يستطع القاضي أن يجزئ الالتزام على أقساط، وإن استطاع تأجيله كله (بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨٦٦). كما قد يترتب على اشتراط عدم الانقسام الربط بين التزامين منفصلين في الأصل، فيضبر التزام المدين واحداً لا يقبل التجزئة (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام من ٣٠٦ هامش رقم ١ - نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤).

(٣) 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 سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٥٣.

وكان البناء يقتضي كل هذه المساحة من الأرض المباعة، وقد دخل ذلك في حساب المتعاقدين، فإن الأرض وإن كانت قابلة للتجزئة بطبيعتها، إلا أنها في هذه الحالة لا يمكن تجزئتها بالنسبة إلى الغرض الذي رُمي 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، فإن الالتزام هنا لا يتجزأ طبقاً للغرض الذي رُمي إليه المتعاقدان^(١).

= (الطعن ٣٠٦ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ ص ١٧ ص ٣٢٩)

هـ- الحساب الجاري الذي يخضع لقاعدة عدم جواز التجزئة هو الحساب الذي يتضمن وجود معاملات متبادلة متصلة بين طرفيه يصير فيها كل منهما مديناً أحياناً ودائناً أحياناً أخرى وتكون هذه العمليات متشابهة يتخلل بعضها بعضاً بحيث تكون مدفوعات كل من الطرفين مقرونة بمدفوعات من الطرف الآخر، أما إذا نظم الحساب على أساس أن مدفوعات أحد الطرفين لا تبدأ إلا حين تنتهي مدفوعات الطرف الآخر فإن هذا الحساب لا يخضع لقاعدة عدم جواز التجزئة.

(جلسة ١٩٦٨/١/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٤٩ ص ١١٦)

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٢٧ ص ٤٥٣ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠١ - وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تجزئة الالتزام يصح تقريره بإرادة المتعاقدين. وإذن فمتى كان الواقع في الدعوى هو أن الطاعن اشترى من المطعون عليه قطعة أرض منفصلتين الواحدة عن الأخرى ولكن أفرغاً معاً في محرر واحد، وكان الحكم، إذ قضى برفض الدعوى التي أقامها الطاعن بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين تأسيساً على أن التزامات الطاعن بالنسبة إلى القطعتين واحدة لا تقبل التجزئة وأنه قصر في الوفاء بها، قد أقام قضاءه على أن الطاعن تعهد بوفاء دين قطعة مما يتبقى من ثمن الثانية وأن نية المطعون عليه واضحة في هذا من رغبته التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعتي الأرض على السواء لمشتري واحد يكمل من باقى ثمن إحداهما ما على الأخرى لنفس الدائن، متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك، فإن ما يتعاه عليه الطاعن من خطأ في تطبيق القانون استناداً إلى أنه أوفى المطعون عليه بكامل ثمن القطعة التي طلب الحكم بصحة ونفاذ العقد بالنسبة إليها يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤).

هذا ويذهب بعض الفقهاء إلى جعل عدم التجزئة النسبية وعدم التجزئة الاتفاقية قسماً واحداً فكلاهما يرجع إلى الجهة التي اعتبر من ناحيتها الالتزام (دي باج ٣ فقرة ٢٩٨ وفقرة ٣٠٠ وفقرة ٣٠٤ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠١ ص ٧٤ - بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨٨٠ - فقرة ٨٨٢ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٧١٤). ويستتقي فقهاء آخرون التمييز بين هذين النوعين (بلائيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ - فقرة ١١٠٢ - بلائيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٨٩٨ - فقرة ١٩٠٤ - جوسران ٢ فقرة ٧٩٥). وانظر في أن عدم القابلية للانقسام إنما يقع على محل الالتزام لا على الالتزام ذاته، وأنه أقرب إلى أن يكون خصوصية في تنفيذ الالتزام من أن يكون وصفاً له: بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨٦٥.

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 (١). 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 (١)، أو بأن يحول الدائن أو المدين جزءاً من الدين إلى محال له أو محال عليه، فيتعدد الدائنون أو المدينون لا عن طريق الميراث بل عن طريق الحوالة.

فستعرض إذن: (أولاً) تعدد المدينين (ثانياً) تعدد الدائنين.

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 وفي بالدين حق الرجوع على الباقيين، كل بقدر حصته، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك» (٢).

(١) ذلك لأنه ما دامت 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 - بلانويل 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 مدينين لا يلزم كل منهم إلا بجزء من الدين. وتطبق القاعدة نفسها على الورثة، فلا يمكن أن يطالبوا أو يطالبوا إلا بالحصص التي تعود لهم أو عليهم من دين الشركة».

(١) النص في المواد ٣٠٠ و ٣٠١ و ٣٠٢ من القانون المدني يدل على أن وصف عدم قابلية الالتزام للانقسام، وإن كان ينبعث في جوهره من محل الالتزام، إلا أنه ينصرف في آثاره إلى أطراف الالتزام، ذلك أنه - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني - لا تظهر أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام إلا حيث يتعدد المدينون أو الدائنون أما ابتداء عند انشاء الرابطة القانونية، وأما بعد ذلك إذا تعدد ورثة من كان بمفرده طرفاً من طرفي الالتزام.

(جلسة ١٩٧٩/٣/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص ٨٣٩)

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤٢٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «١- إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام، كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً، وكذلك يكون»

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٧٢/١١٦ (١).

ويقابل 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 و ٧٣ - ٧٤ - ٧٧ - ٧٨ (٢).

=الحكم بالنسبة لورثة كل مدين. ٢- وللمدين الذي وفي بالدين حق الرجوع على الباقيين، كل بقدر حصته، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك». وفي 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 عند موت المدين تكون التركة مشتتة عن التزامه حتى لو كان قابلاً للانقسام وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، فلا ينقسم على الورثة، ومن ثم لم يعد 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 ٣١٣ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، وكذلك لجنة مجلس الشيوخ وقد ذكرت في تقريرها ما يأتي: «اقترح أن يضاف إلى نصوص المواد ٣٠٠ وما بعدها الخاصة بالالتزام غير القابل للانقسام النص الآتي: تسرى أحكام التضامن على الالتزام غير القابل للانقسام، وذلك بقدر ما تتفق 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 الأحكام 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).

(١) التقنين المدني السابق م ١٧٢/١١٦: متى كان الوفاء بالتعهد غير قابل للانقسام بالنسبة لحالة الأشياء المتعهد بها أو بالنسبة للغرض 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 المدينون في موجب غير قابل للتجزئة أمكن إلزام كل منهم بإيفاء المجموع، على أن يكون له حق الرجوع على سائر المدينين. ويسرى هذا الحكم على ورثة من عقد مثل هذا الموجب إذ لا تصح فيه قاعدة التجزئة الأثرية خلافاً للدين التضامني. ويكون الرجوع على بقية المدينين إما بإقامة دعوى شخصية وإما بإقامة الدعوى التي كانت من حق الدائن مع ما يتبعها من وجوه التأمين.

م ٧٣: إن المدينون بدين لا يتجزأ والمدعى عليه بمجموع الموجب يمكنه أن يطلب مهلة لإدخال بقية المدينين في الدعوى ليحول دون صدور الحكم عليه وحده بمجموع الدين. أما إذا كان لا يمكن استيفاء الدين إلا من المدين المدعى عليه، جاز صدور الحكم عليه وحده وله عندئذ حق الرجوع على سائر شركائه في الإرث أو في الموجب بما يناسب حصة كل منهم.

وحتى تقابل ما بين تعدد المدينين في الالتزام القابل للانقسام والتضامن بين المدينين،
تجرى في البحث هنا على الخطة التي جرينا 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،

٧٤م: 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.

٧٧م: إن الدين القابل للتجزئة بين المدينين 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.

٧٨م: إن قطع مرور الزمن في الأحوال المبينة في المادة السابقة، على المديون التي تمكن مطالبته بجميع
الدين، تسرى مفاعليته على سائر الموجب عليهم.

والأحكام واحدة في التقنين اللبناني والتقنين المصري، إلا أن نصوص التقنين اللبناني أكثر تفصيلاً، وقد
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
اللبناني 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 موكلًا إليه وحده بتنفيذ 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
قطعاً للتقادم بالنسبة إلى الآخرين.

إنه دين واحد غير قابل للتجزئة (١).

ثانياً- وفيما يتعلق بأسباب انقضاء الالتزام الأخرى غير الوفاء، إذا انقضى الالتزام بأى
سبب منها بالنسبة إلى أحد المدينين المتعددين، فإنه - نظراً لوحدة الالتزام وعدم قابليته
للتجزئة - ينقضى بالنسبة إلى الآخرين، وقد رأينا في التضامن أنه ينقضى بقدر حصة من قام
بسبب انقضاء الالتزام.

ثالثاً- ولما كان المدينون المتعددون في الالتزام غير القابل للانقسام لا يربطهم بعضهم
بعض 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.

(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 آنفاً فقرة ٢١٤ في الهامش). وقد أحسنت اللجنة صنفاً
في ذلك، فإن النص الذي كان مقترحاً عليها ورفضت الأخذ به كان يقضى بمد أحكام التضامن فيما
يقوم على النيابة التبادلية إلى الالتزام غير القابل للانقسام، فكان هذا النص يدخل فكرة غريبة على
الالتزام لا تتلاءم معها طبيعته. انظر مع ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، حيث ورد فيها ما
يأتي: «وقد واجهت المادة ٤٢٥ حالة تعدد المدينين، وفي هذه الحالة يلتزم كل مدين في صلته 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 ينفذ، ليست صحيحة كما رأينا. والمادة ٧٤ من التقنين اللبناني، إذا كانت تجعل
قطع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحد المدينين يقطع التقادم أو يوقفه 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 ووقفه بالنسبة إلى المدينين
الآخرين إلى أن طبيعة المحل، من حيث عدم قابليته للتجزئة، تقتضي هذا الحكم كما سيحجى (قارن
الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢١٨).

(١) أ- إذا لم يعين الاتفاق أو القانون نصيب كل من الدائنين أو المدينين المتعددين لم يبق إلا أن ينقسم
الالتزام عليهم بحسب الرؤوس أو بأنصبة متساوية.

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٣ الطعن ٨٣٢ لسنة ٤٦ق)

ب- إذا لم يعين الاتفاق أو القانون نصيب كل من الدائنين أو المدينين المتعددين لم يبق إلا أن ينقسم
الالتزام عليهم بحسب الرؤوس أو بأنصبة متساوية، وإذا خلا العقد - موضوع الدعوى - من تحديد نصيب
كل من البائعين في ثمن ما باعاه مما صفقة واحدة غير مجزأة، فإنه يكون لكل بائع نصف ثمن المبيع.

(جلسة ١٩٧٢/٣/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٢٦٤)

٢١٦ - انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء - امكان الدائن مطالبة أى مدين بالالتزام كله: يجوز للدائن أن يطالب أى مدين بالالتزام غير القابل للانقسام، فان محل هذا الالتزام واحد لا يتجزأ، فأى مدين من المدينين المتعددين تعتبر ذمته مشغولة بالنسبة إلى الدائن بكل الالتزام (١). وكذلك يجوز لأى مدين أن يفى بكل الالتزام للدائن، ويجبر الدائن على قبول هذا الوفاء، ولا يستطيع أن يقتصر على قبول حصة المدين فى الالتزام إذا أراد هذا أن يفى بكل الالتزام. ومتى وفى المدين الالتزام كله للدائن، برئت ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن بهذا الوفاء.

وإذا طالب الدائن أحد المدينين المتعددين بكل الدين على الوجه الذى قدمناه، كان لهذا المدين أن يدخل فى الدعوى باقى المدينين حتى يحكم عليهم جميعاً بالدين، إذا كان الالتزام يمكن لأى 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 (٢).

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

(١) انظر الفقرة الأولى من المادة ٣٠١ مدنى. 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 عليه بالتعويض (بلائيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٣٧). وقضت محكمة 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 داخله فى الأطيان المرهونة التى تقرر عليها حق امتياز لنزع الملكية سابق فى المرتبة على من نفذ عليها، مما مقتضاه أن نازع الملكية حتى إذا سكت عن استعمال حقه عندما أجرى هذا التنفيذ، فإن حقه فى اقتضاء دينه كاملاً من مدينيه المتضامنين معاً يبقى قائماً، وهؤلاء وشأنهم فى رجوعهم بعضهم على بعض (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٨ ص ٤٢٠).

(٢) انظر المادة ٧٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى. وانظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٣٤ - فقرة ١٣٣٨ - هذا وللمحكمة من تلقاء نفسها، دون طلب من المدين، أن تأمر بإدخال باقى المدينين فى الدعوى، وتعين ميعاداً لحضورهم، وتكلف من يقوم من الخصوم بإعلانهم (م ١١٨ من تقنين المرافعات). بل يجوز لباقى المدينين أن يتدخلوا هم من تلقاء أنفسهم فى الدعوى لرعاية حقوقهم (م ١٢٦ من تقنين المرافعات). وقد قدمنا مثل ذلك فى حالة ما إذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بكل الدين (انظر أنفاً فقرة ١٨٤).

تدليس أو إكراه، وهذه أوجه دفع خاصة به. ويجوز أيضاً أن يدفع بأن الدين قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء أو أنه باطل لسبب من أسباب البطلان (١)، 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، فان هذه أوجه دفع خاصة بغيره من المدينين.

وإذا مات أحد المدينين، فان الدين لا ينقسم على ورثته كما كان فى التضامن (١) (٢)، ويكون كل وارث مسئولاً عن الدين بأكمله. ولنا فى حاجة إلى هذا الحكم إذا طبقنا

(١) استئناف مختلط 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.

(١) أ- إذا كان الطاعنون قد وجهوا دفعهم بصورية عقد البيع الصادر من المطعون عليه السادس إلى المطعون عليهم الخمسة الأولين ومورث المطعون عليها السابعة وصدر الحكم المطعون فيه مقررًا رفض هذا الدفع فى مواجهة هؤلاء الخصوم جميعاً وكان موضوع الصورية بهذا الوضع الذى انتهت به الدعوى غير قابل للتجزئة وكان مناط النعى على الحكم المطعون فيه هو موضوع الصورية الأنف ذكره فانه لكى يكون الطعن مقبولاً فى هذه الحالة يجب أن يختصم فيه كل من البائع والمشتري فى العقد المطعون فيه بالصورية.

(الطعن ١٨٦ لسنة ١٩ ق - جلسة ١٩٥٢/٢/٧)

ب- إذا كان المشتري لم يختصم فى طعنه بطريق النقض البائع إليه فى العقد المحكوم بصوريته والذى كان مختصماً فى مرحلتى التقاضى الابتدائية والاستئنافية فان الطعن يكون غير مقبول شكلاً، ذلك أن البائع هو خصم أصيل فى الدعوى ولا يصح البت فى النزاع على صحة العقد الصادر منه فى غير مواجهته إذ لا يستقيم أن يكون العقد صحيحاً بالنسبة لأحد عاقديه وباطلاً بالنسبة إلى العاقد الآخر.

(الطعن ١١٥ لسنة ٢١ ق - جلسة ١٩٥٤/٣/١١)

ج- الحكم بابطال التنازل الصادر من شخص إلى آخر عن ديونه قبل الغير هو موضوع غير قابل للتجزئة بالنسبة لطرفى التنازل فإذا طعن فى هذا الحكم ولم يختصم المتنازل كان الطعن غير مقبول إذ لا يستقيم أن يكون التنازل صحيحاً بالنسبة لأحد طرفيه وباطلاً بالنسبة للطرف الآخر.

(الطعن ٢٨٩ لسنة ٢٠ ق - جلسة ١٩٥٣/١/٨)

د- إذا كان المطعون عليه لم يعلن بتقرير الطعن كان الطعن بالنسبة إليه باطلاً وفقاً للمادة ٤٣١ من قانون المرافعات. وإذا كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة (كسد مطلات ومانفذ) فان بطلان الطعن بالنسبة إلى هذا المطعون عليه يترتب عليه حتماً عدم قبوله بالنسبة إلى باقى المطعون عليهم إذ أن حقه الذى استقر بحكم حائز قوة الأمر المقضى أولى بالرعاية من أمل الطاعنين فى كسب الطعن.

(الطعن ٥٢ لسنة ٢٠ ق - جلسة ١٩٥١/١٢/٢٠)

(٢) إذا كان موضوع النزاع يدور حول استحقاق الطاعن لاعانة غلاء المعيشة وبدل الاجازات وفى أحقية المطعون عليهم فى فصله من عمله وهو على هذه الصورة موضوع غير قابل للتجزئة لان الطاعن كان يقوم بعمل واحد لدى المطعون عليهم ولدى مورثهم من قبل فلا يتصور أن يستحق اعانة معيشة أو بدل اجازة قبل بعضهم دون البعض الآخر كما لا يتصور أن يكون فصل من العمل قد تم دون ميرر فى حق البعض دون الآخر. (جلسة ١٩٦٨/٤/١٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ ص ٧٦٩)

في الميراث أحكام الشريعة الإسلامية^(١)، فان هذه الأحكام تجعل الشركة لا الورثة مسؤولة عن الديون، فيصبح الدين غير قابل للتجزئة سواء كان في أصله قابلاً أو غير قابل للانقسام^(٢).

هذا ويلاحظ أنه إذا استحال محل الالتزام غير القابل للانقسام إلى تعويض نقدي، أصبح الالتزام قابلاً للانقسام، وينقسم فعلاً على المدينين المتعددين، 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 مقدرراً في شرط جزائي، فإنه ينقسم كذلك في الالتزام غير القابل للانقسام على المدينين المتعددين 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 الباقي فينقسم عليهم في الشرط الجزائي (أنظر م ١٢٣٢ و ١٢٣٣ مدني فرنسي)^(٣).

٢١٧ - انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء: ولما كان محل الالتزام غير قابل للتجزئة كما قدمنا، فان انقضاء الالتزام بأي سبب آخر غير الوفاء، ولو بالنسبة إلى أحد المدينين، يجعله منقضاً بالنسبة إلى المدينين الآخرين.

فإذا 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 باقي المدينين. ويستطيع أي من هؤلاء أن يدفع مطالبة الدائن له بالمقاصة التي وقعت مع المدين الأول، وذلك في كل الدين، لا بمقدار حصة المدين الأول فقط كما هو الحكم في التضامن.

وإذا تحددت ذمة الدائن بذمة أحد المدينين، انقضى الدين كله، لا بالنسبة إلى هذا المدين وحده، بل أيضاً بالنسبة إلى جميع المدينين. وكان هؤلاء، في التضامن، لا يحتجون باتحاد الذمة إلا بمقدار حصة من التحددت ذمته فقط.

(١) 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 تملية طبيعة الأشياء ويكفي فيه تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية (انظر آنفاً فقرة ٢١٤ في الهامش - ومع ذلك انظر آنفاً فقرة ١١٩ في الهامش).

(٢) وحتى لو قسمت الديون المؤجلة على الورثة عند تصفية الشركة 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).

(٣) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠١ ص ٨٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٩ - بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨٧٣.

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 المتعددين، تقادم أيضاً بالنسبة إلى المدينين الآخرين. أما في التضامن فان كلا من المدينين المتضامنين لا يحتج بالتقادم الحاصل لغيره، إلا بمقدار حصة هذا المدين فقط^(١).

٢١٨ - عدم قيام نيابة تبادلية بين المدينين في الالتزام غير القابل للانقسام: ولما كانت الرابطة التي تربط ما بين المدينين المتعددين في التزام غير قابل للانقسام هي وحدة المحل غير القابل للتجزئة، فليس 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 وقف بالنسبة إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام، فان طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضي أن ينقطع التقادم أو يقف بالنسبة إلى المدينين الآخرين^(٢). أما في التضامن، فلا ينقطع التقادم أو يقف كما قدمنا، لانعدام النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما يضر.

(٢) خطأ أحد المدينين: وخطأ أحد المدينين المتعددين 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^(٣). وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن، إلا أنه يقوم هناك على أن النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين لا أثر لها فيما يضر المدينين، كما تقدم القول.

(١) قارن في كل من المقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص ٢٦١ - ص ٢٦٤.

(٢) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٢٨ م ٣٩ ص ٤٥٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٣٩ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٧ - بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨٦٩ ص ٦٤٨ - دي باج ٣ فقرة ٣٥٦ ص ٢٩٤ - الأستاذ عبد الحي حجازي 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 بسبب الوقف، فلا مناص مع ذلك من القول بأن الدائن يرجع بكل الدين على من وقف التقادم بالنسبة إليه فلم ينقض دينه، وهذا المدين يرجع على المدينين الآخرين الذين اكتمل التقادم بالنسبة إليهم كل بمقدار حصته (الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص ٢٦٥). فلا تبرأ إذن ذمة هؤلاء المدينين الآخرين - في رجوع المدينين بعضهم على بعض - باستكمالهم للتقادم، ما دام التقادم قد وقف بالنسبة إلى واحد منهم.

(٣) بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨٧٥ - الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص ٢٦٧ - ص ٢٦٨.

(٣) الإعذار والمطالبة القضائية: وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين 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 المدينين المتضامنين لا يكون أعذاراً للباقيين لعدم قيام النيابة التبادلية فيما يضر، ورأينا أن إعذار أحد المدينين المتضامنين للدائن يفيد المدينين الآخرين لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع.

ومطالبة الدائن لأحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام مطالبة قضائية لا تضر 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 المتضامنين لا تضر الباقيين، 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. 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^(٥).

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 تقتضى أن يتعدى أثر الصلح إلى المدينين الآخرين. وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن، ولكنه مبني على انعدام النيابة التبادلية فيما يضر كما قدمنا^(٦).

(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 باقي المدينين.

(٤) ديمولومب ٢٦ فقرة ٦٠٨ - ٦٠٩ - لوران ١٧ فقرة ٣٩١ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٣٧ ص ٤٦٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٧ - ٤٧٨ - انظر عكس ذلك كوليو دى سانتير ٥ فقرة ١٠٦ مكررة ١ - الموجز للمؤلف فقرة ٥١٢ ص ٥٢٥.

(٥) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦.

(٦) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦.

(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 تقتضى 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 تقتضى ذلك^(١). 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 الذى ذكرناه في التضامن من أن هناك نيابة بين المدينين المتضامنين فيما ينفع، ولكن لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى هذا الحكم، وإذا نكل المدين، فإن نكوله يكون إقراراً، وقد قدمنا أن الإقرار لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين^(٢).

وإذا وجه أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام اليمين إلى الدائن فحلف؛ فإن توجيه اليمين 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 يضر. 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^(٣).

(٧) الحكم: وإذا صدر حكم على أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام، وكان الحكم مبنياً على أسباب ترجع إلى الدين ذاته، فإن 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، فإن أثر الحكم لا يسرى في حق الباقيين، إذ لا تقتضى طبيعة المحل سريانه في حقهم^(٤)(١).

(١) قارب استئناف مخلط ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٢٨.

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦.

(٣) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦.

(٤) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٨ - بيدان ولا جارد ٨ ص ٨٧٨.

(١) أ- متى كانت محكمة أول درجة قد قضت بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر للطاعنين من المطعونون =

= عليه الثاني بضمانه وتضامن المطعون عليه الأول وكان الأخير قد طعن في الحكم بطريق الاستئناف واختصم الطاعنين والمطعون عليه الثاني في استئنافه وكان موضوع النزاع وهو صحة ونفاذ عقد البيع غير قابل للتجزئة، إذ لا يمكن اعتبار البيع صحيحاً ونافاذاً في حق البائع دون ضمانه فإنه يكون للضامن الذي لم ينقض ميعاد الاستئناف بالنسبة إليه أن يستأنف الحكم الصادر في الدعوى ويقبل استئنافه ولو فوت البائع ميعاد الطعن فيه أو كان قد قبل الحكم متى كان قد اختصم في الاستئناف ويفيد من استئناف صاحبه.

(الطعن ٥٦ لسنة ٢٠ق - جلسة ١٩٥٢/٣/٦)

ب- متى كان موضوع النزاع في الطعن يقوم على بطلان عقد البيع الصادر من المورث إلى آخر باعتباره يخفى رهناً فأق الحكم يكون صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة فيجب لكي يكون الطعن مقبولاً اختصاص جميع الورثة فيه إذ لا يتصور أن يكون عقد البيع صحيحاً بالنسبة لبعض الورثة وباطلاً بالنسبة للبعض الآخر.

(الطعن ٢٥٠ لسنة ٢٠ق - جلسة ١٩٥٣/٦/١٨)

ج- متى كان موضوع الطعن هو نزاع حول بطلان عقد بيع صادر من مورث باعتباره بيعاً وفائياً يخفى رهناً وهو بطلان غير قابل بطبيعته للتجزئة، فإن بطلان إعلان الطعن لبعض المطعون عليهم من ورثة البائع وصيرورة الحكم نهائياً بالنسبة إليهم يستتبع بطلانه في حق جميع المطعون عليهم إذ لا يتصور أن يكون البيع صحيحاً بالنسبة لبعض الورثة وباطلاً بالنسبة للآخرين.

(الطعن ٣٠٨ لسنة ٢١ق - جلسة ١٩٥٥/٣/٣)

د- متى كان الواقع في الدعوى هو أن أحد شركاء البائع لنصيبه في ملك مشترك قد نازع ورقة هذا البائع في مقدار ما يملكه مورثهم ثم صدر الحكم لصالح الورثة بإثبات تعاقد المورث ونفاذه في جميع المقدار الذي باعه، وكان هذا الشريك لم يختصم في طعنه بطريق النقض بعض الورثة، فإن طعنه يكون غير مقبول، ذلك إن النزاع في حق الورثة على هذه الصورة هو موضوع غير قابل للتجزئة إذ لا يتأتى أن يكون الحكم بإثبات التعاقد صحيحاً نافذاً بالنسبة لبعض الورثة دون البعض.

(الطعن ٩٣ لسنة ٢٢ق - جلسة ١٩٥٥/٥/٥)

هـ- الحكم الصادر في دعوى شفعة في عقار بيع لشخصين مشاعاً بينهما بحيث لا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه كمقتضى المادة ١١ من قانون الشفعة القديم هو موضوع غير قابل للتجزئة.

(الطعن ٣٢٢ لسنة ٢٠ق - جلسة ١٩٥٣/١/٢٩)

ز- متى كان المطعون عليهم قد رفعوا الدعوى على الطاعنين بطلب إزالة مبنى الفيلا الخاصة بالمطعون عليه الأول وإعادة بنائها على نفقة الطاعنين وبالزامهم بالتعويض متضامنين للتأخير في تسليم الفيلا، فقضى الحكم المطعون فيه بالإزالة وإعادة البناء وحصل التأخير في تسليم الفيلا، ورتب عليه القضاء بالتعويض فإن موضوع الخصومة يكون مما لا يقبل التجزئة، ويترتب على بطلان الحكم بالنسبة لبعض الطاعنين بطلانه بالنسبة لباقيهم.

(جلسة ١٩٦٧/٢/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٥٠٩)

ح- متى كان الثابت أن الطاعنين قد اختصما في الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد البيع الصادر للمدعين - المطعون عليهم الخمسة الأول - من الباقيين تأسيساً على أن عقد البيع الصادر للطاعنين الأول والعقد الصادر منه للطاعن الثاني بصفته ولياً على قاصرين عن ذات العقار المبيع - لا يؤثران =

وإذا صدر الحكم لصالح أحد المدين 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 المدين فيما ينفع كما سبق القول (١).

المطلب الثاني

علاقة المدين بعضهم ببعض

٢١٩- انقسام الدين على المدين: رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٠١ مدني تقضي بأن «للمدين الذي وفي بالدين حق الرجوع على الباقيين، كل بقدر حصته، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك». ولما كان الدين الذي وفاه أحد المدين للدائن غير قابل للانقسام فرضاً، فإن رجوع المدين على المدين الآخرين كل بقدر حصته لا يكون بنفس الدين، فإنه غير قابل للانقسام، ولكن بدين شخصي مصدره الوكالة أو الفضالة كما قدمنا في التضامن. وحتى إذا رجع المدين بنفس الدين بمقتضى دعوى الحلول، فإن الدين في علاقة المدين

= على حقوق المدعين لسبق تسجيلهم صحيفة دعواهم، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة ونفاذ العقد الصادر إلى المطعون عليهم الخمسة الأول عن هذا العقار فإن بطلان الحكم المطعون فيه بالنسبة للقاصرين لعدم إخبار النيابة العامة بالدعوى ووجود القاصرين فيها يستتبع بطلانه بالنسبة للطاعن الأول بما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٦٩/٢/٤ الطعن ٥١ لسنة ٣٥ق السنة ٢٠ ص ٢٤٢)

(١) ورفع الاستئناف على أحد المدين في دين غير قابل للانقسام في الميعاد يبيح إدخال المدين الآخرين في هذا الاستئناف ولو بعد الميعاد: استئناف مختلط ١٦ مارس 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 الحصبة المبيعة مما لا يقبل التجزئة، فإن إعلان الاستئناف الموجه من المسترد إلى البائع بعد الميعاد يكون صحيحاً متى كان المشتري قد أعلن به في الميعاد (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص ٢٢ - ولم تأخذ المحكمة بهذا المبدأ في دعوى الشفعة، لأن القانون نص في الشفعة على وجوب رفع الدعوى على الخصوم جميعاً في ميعاد معين، واستئناف الحكم فيها على جميع الخصوم كذلك في ميعاد معين: تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي في مجموعة عمر ٥ ص ٢٤ في الهامش). ورفع أحد المدين في التزام غير قابل للانقسام طعناً في الحكم يفيد الباقيين، كما أن الحكم لأحد المدين يفيد سائرهم: استئناف مختلط ٢٣ 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.

بعضهم ببعض يصبح قابلاً للانقسام، فإن استعصت طبيعته على التجزئة كان رجوع المدين بحصة في قيمة الدين لا بحصة في عينه.

٢٢٠ - تعيين حصة كل مدين: ويتبع في تعيين حصة كل مدين، في رجوع المدين الذي وفي الدين على باقي المدينين، القواعد الذي قدمناها في التضامن. فالأصل أن حصص المدينين جميعاً متساوية، ما لم يوجد هناك اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك (١).

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 يرجع 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 - إعسار 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.

إذا كان محل الالتزام فرساً مثلاً، وأداء 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 الاثنى عشر 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 لعلاقة المدينين فيما بينهم، فينقسم الالتزام، وفقاً للقواعد التي تقدم ذكرها بصدد التضامن، ويشتركون جميعاً في تحمل تبعه إعسار من يعسر من بينهم. وللمدين، إذا طُلب بالالتزام بأسره أمام القضاء، أن يطلب أجلاً لاختصاص سائر المدينين، لا ليدراً 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 ١٢٢٥ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١٦٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي. ويكون الرجوع في هذه الحالة بمقتضى الدعوى الشخصية أو بمقتضى دعوى الحلول، كما هو الشأن في التضامن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٤).

(١) من المقرر أنه إذا لم يتحقق في الالتزام شرط التضامن أو شرط عدم القابلية للانقسام - فإنه يكون التزاماً قابلاً للانقسام على المدينين المتعددين كل بالقدر الذي يعينه القانون أو الاتفاق - فإذا لم يبين القانون أو الاتفاق نصيب كل من هؤلاء فإن الالتزام ينقسم عليهم بعدد رؤوسهم أى بأنصبة متساوية. (الطعن ٩٠٥ لسنة ٤٩ق - جلسة ١٩٨٤/٥/١٤ من ٣٥ ص ١٢٧٨).

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 وريثة 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.

ويقابل 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).

ونبحث هنا أيضاً، كما بحثنا في التضامن بين الدائنين، علاقة الدائنين بالمدين ثم علاقة الدائنين بعضهم ببعض.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤٢٦ على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٤ في المشروع النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس 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، فالمدينون لا يمكنه أن يدفع إلا لجميع الدائنين معاً، وكل دائن منهم لا يمكنه أن يطلب التنفيذ إلا باسم الجميع ويتفويض منهم. على أنه يجوز لكل دائن أن يطلب لحساب الجميع إيداع الشيء الواجب أو تسليمه إلى حارس تعينه المحكمة إذا كان ذلك الشيء غير قابل للإيداع.

ويختلف التقنين اللبناني عن التقنين المصري في أن الأصل في التقنين اللبناني أن أحداً من الدائنين لا يستطيع أن يستقل باستيفاء كل الدين، بل يجب أن يفوضه باقي الدائنين في ذلك، وكل ما يستطيعه وحده هو أن يطالب بإيداع الشيء أو بتسليمه إلى حارس. أما في التقنين المصري فيجوز لأي دائن، ما لم يعترض عليه دائن آخر، أن يستقل باستيفاء الدين كله.

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 (1). فإذا عارض أحد الدائنين، وجب على المدين إما الوفاء لكل مجتمعين أو إيداع الشئ 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 ينقضى 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 المتعددين في الالتزام غير القابل للانقسام نيابة تبادلية، كما تقوم هذه النيابة بين الدائنين المتضامنين. وإنما الذى يربط الدائنين 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 - امكان أى دائن مطالبة المدين بالالتزام كله: يجوز لأى دائن من الدائنين المتعددين فى دين غير قابل للانقسام أن يطالب

(1) متى كان موضوع التداعي التزاماً غير قابل للانقسام كما هو الشأن فى طلب بطلان عقد هبة لعدم استيفائه الشكل الرسمى فإنه طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٠٢ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - إذا تعدد الدائنون أو تعدد ورثة الدائن جاز لكل منهم أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً ومؤدى هذا أن الطاعنين وهم ورثة الدائن أى من له التمسك ببطلان الزامه بالعقد باعتباره هبة لم تتخذ الشكل الرسمى أن يتمسكوا بهذا البطلان مجتمعين أو منفردين وينبنى على هذا أن بطلان الطعن من واحد أو أكثر منهم لا يحول دون قيامه متى صح بالنسبة لطاعن آخر أو أكثر منهم إذا كان ذلك فلا محل لما يشيره الحاضر عن المظنون ضدتهما من بطلان الطعن برمته لبطلانه بالنسبة لبعض الطاعنين ويكون غير منتج البحث فى بطلان الطعن بالنسبة لبعض الطاعنين لعدم إيداع المحامى توكيله عنهم عند تقديم صحيفة الطعن أو لصدور التوكيل له بعد ذلك طالما يكفى الطعن ممن صح الطعن فيه.

(جلسة ١٩٧٨/٣/٢٩ الطعن رقم ٨٤٣ لسنة ٤٤٤ق)

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 يفي بالدين كله لأى دائن من الدائنين المتعددين. ومتى وفى المدين الدين كله لأحد الدائنين، فان ذمته تبرأ من الدين نحو الباقين.

ولكن يلاحظ هنا - كما هي الحال فى التضامن الإيجابى - أنه يجوز لأى دائن أن يعترض على أن يوفى المدين بكل الدين لدائن آخر. وتتبع فى شكل الاعتراض وحكمه القواعد التى أسلفناها فى التضامن الإيجابى. ومتى وقع الاعتراض صحيحاً، فانه يتمين على المدين، إذا أراد أن يكون الوفاء مبرئاً لذمته نحو كل الدائنين، أن يفي بالدين لكل مجتمعين. فان تعذر عليه ذلك، وجب أن يودع الشئ محل الالتزام على ذمتهم جميعاً، وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً.

وإذا مات أحد الدائنين المتعددين 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 صراحة على عدم الانقسام بالنسبة إلى ورثة الدائن إذا تعدد الدائنون، وأغفل النص على عدم الانقسام بالنسبة إلى ورثة المدين إذا تعدد المدينون. والسبب فى ذلك أن قواعد الشريعة الإسلامية فى الميراث تغنى عن النص فى الحالة الأخيرة كما قدمنا، فان تركة المدين تكون هى المسئولة عن التزامه، فيبقى الالتزام غير قابل للانقسام حتى لو تعددت ورثة المدين، أما فى الالتزام غير القابل للانقسام إذا تعدد الدائنون، فقواعد الشريعة الإسلامية فى الميراث لا تغنى عن النص، فان هذه القواعد لا تمنع من انقسام حقوق التركة على الورثة. فإذا مات الدائن وترك ورثة متعددين، فان الالتزام الذى له كان من الممكن أن ينقسم على ورثته، لولا عدم قابليته للانقسام بطبيعته. فطبيعة الالتزام هى التى منعت من انقسامه وليست قواعد الميراث، ومن هنا وجد النص على عدم الانقسام بالنسبة إلى الورثة فى حالة تعدد الدائنين، ولم يوجد فى حالة تعدد المدينين (1).

ويلاحظ أن الالتزام غير القابل للانقسام بطبيعته قد يوجد منذ البداية وله دائنون

(1) انظر فى هذا المعنى: بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٤ ص ٤٧٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٩١٣ - جوسران ٢ فقرة ٨٠٠.

(1) القاعدة الشرعية التى تقضى بان الوارث يتنصب خصماً عن باقى الورثة فى الدعاوى التى ترفع من التركة أو عليها قد تكون صحيحة ويمكن الأخذ بها لو أن الوارث كان خصم أو خصم طالبا الحكم للتركة نفسها بكل حقها أو مطلوباً فى مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها. أما إذا كان كل من الورثة يطالب بنصيبه الخاص فى التعويض الذى يستحق عن مورثه وحكم برفض =

متعددون، وهذا ما افترضناه حتى الآن. فإذا 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، فإن 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 أى دائن المدين فى دين غير قابل للانقسام بكل الدين، فإن المدين يستطيع أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً، وكذلك بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن الذى 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 التى كانت تحول دون انقسامه، فينقسم فى هذه الحالة على الدائنين المتعددين كما هى الحال فى الالتزام غير القابل للانقسام إذا تعدد المديون فيما قدمنا، وخلافاً لما هى الحال فى التضامن الإيجابى فإن التعويض النقدي لا ينقسم على الدائنين المتضامنين.

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 المدين - 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، فإن هذا السبب لا يحتج به على الدائنين الآخرين إذا عارضوا فيه، إلا بقدر حصة هذا الدائن الذى قام به سبب الانقضاء. فإذا جدد أحد الدائنين الدين، أو اتحدت ذمته مع المدين، أو وقعت معه مقاصة، أو صدر منه إبراء، أو أكتمل التقادم بالنسبة إليه، فإن شيئاً من هذا لا يحتج به على الدائنين

دعواهم فانفرد أحدهم برفع استئناف عن هذا الحكم طالبا الغاء والحكم له بمقدار نصيبه وحده فى التعويض. فإن عمله هذا يكون لنفسه فقط ولمصلحته الشخصية لا لمصلحة عموم التركة كقائمه شرعى عنها وقائم فى الخصومة مقامها ومقام باقى الورثة وبالتالي لا يعتبر الحكم الصادر فى الاستئناف باستحقاقه لحصته الميراثية فى التعويض قضاء باستحقاق باقى الورثة لانصبتهم فى هذا التعويض.

(جلسة ١٩٦٤/٢/٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ ص ١٩٩)

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٦.

الآخرين. وليس للمدين أن يتمسك ضد هؤلاء الدائنين بالتجديد أو بائتمان الدمة أو بالمقاصة أو بالإبراء أو بالتقادم، إلا قدر حصة الدائن الذى قام به هذا السبب. ولكن لما كان المدين لا يستطيع إلا أن يفى 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 (١). ثم يرجع 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 غير 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 (٢). 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 مسؤوليته، فإن أثر هذا

(١) 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 التقنين المدنى الفرنسى. وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٧ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٠ - ٢٧٢ - وقارن: استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٦.

(٢) لارومبيير ٣ م ١٢٢٥ فقرة ١١ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٩٢٤ لوران ١٧ فقرة ٣٩٦ - هيك ٧ فقرة ٣٦٠ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٢٢ - 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 ٣٠٨ هامش رقم ٢.

وإذا نزل المدين عن التقادم بالنسبة إلى أحد الدائنين، انتفع الباقي بذلك (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣).

الخطأ لا يتعدى إلى غيره من الدائنين، ذلك لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى 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 متعذراً بالنسبة إلى الدائنين الآخرين، لأن عدم القابلية للانقسام لا تقتضى ذلك حتماً (١). أما في التضامن الإيجابي، فقد رأينا أن إعذار أحد الدائنين للمدين يجعل المدين متعذراً بالنسبة إلى الباقين، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع. وإعذار المدين لأحد الدائنين المتعددين 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، فمطالبه 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 عقد الصلح قد اشترط لمصلحتهم فتطبيق 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 تقتضى 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 تعدى أثره إلى سائر الدائنين، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى 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 في دين غير قابل للانقسام، فإن نكوله يكون بمثابة إقرار لا يتعدى أثره إلى سائر الدائنين، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضيه، ولأن الإقرار حجة قاصرة على المقر (٣). 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 فإن هذا الحكم يحتج به في حق الدائنين الآخرين، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك (٤). أما في التضامن الإيجابي، فإن 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، فإن سائر المدينين يفيدون منه، لأن هذا هو ما تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة، إلا إذا

(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 الباقي (استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٢٦ ص ١٢٨).

(٢) الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص ٢٧٣.

(٣) الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص ٢٧٣.

(٤) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص ٢٧٣.

(١) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص ٢٧٣.
(٢) وإن كانت تقطع التقادم لمصلحة الدائنين جميعاً، فقد قدمنا أنه إذا قطع أحد الدائنين التقادم انتفع بذلك سائر الدائنين.

كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه^(١). وهذا هو أيضاً شأن التضامن الإيجابي، ولكن لقيام نيابة تبادلية فيما ينفع^(٢).

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 القابلية للانقسام عند تعدد المدينين - يكون إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول. وإذا كان عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل فإن الدين ينقسم حصصاً بين الدائنين لا في عينه بل في قيمته.

٢٢٨- تعيين حصة كل دائن: وتعيين حصة كل دائن وفقاً للقواعد التي أسلفناها في التضامن وفي عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين. فالأصل هو تساوي الحصة بين الدائنين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي 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. فإن كان هو الذي استوفى الدين كله، فلا يرجع عليه بشئ أحد من الدائنين الآخرين. وإن كان غيره هو الذي استوفى الدين، رجع هو عليه بالدين كله دون أن يشاركه في الرجوع أحد من الدائنين الآخرين.

٢٢٩- اعسار أحد الدائنين أو اعسار المدين: وإذا استوفى أحد الدائنين الدين كله، ثم أعسر إعساراً جزئياً، فإن هذا الأعسار يتحملة باقي الدائنين، كما هو الأمر في التضامن الإيجابي فيما مر. فإذا كان الدين أربعمائة بين أربعة من الدائنين بحصص متساوية، واستوفاه أحدهم ثم أعسر بحيث لا يستطيع أن يؤدي إلا نصف ديونه، فإن كلا من الدائنين الثلاثة الآخرين يرجع على المدين المعسر بنصف حصته أي بخمسين^(٣).

وكذلك يكون الحكم لو أن المدين نفسه هو الذي أعسر، ولم يتيسر لمن طالبه من

الدائنين إلا أن يستوفي منه نصف الدين وهو مائتان، فلا يكون لكل من الدائنين الثلاثة الآخرين أن يرجعوا على هذا الدائن إلا بنصف حصتهم أي بخمسين. وهذا هو نفس الحكم الذي أوردناه في التضامن الإيجابي^(١).

* * *

مقابلة ما بين التضامن وعدم القابلية للانقسام

٢٣٠- الموافقات والمفارقات: نوجز هنا، بعد أن فرغنا من الكلام في التضامن وعدم القابلية للانقسام، وجوه الموافقات ووجوه المفارقات ما بين هذين النظامين.

٢٣١- وجوه الموافقات: (١) في كل من النظامين تجوز مطالبة الدائن لأي مدين بكل الدين، أو مطالبة أي دائن للمدين بكل الدين. كذلك يجوز أن يفى أي مدين بكل الدين للدائن، أو أن يفى المدين بالدين لأي دائن.

(٢) في كل من النظامين، بعد الوفاء بالدين، يرجع المدين الذي وفاه على باقي المدينين، أو يرجع الدائنون الذين لم يستوفوا الدين على الدائن الذي استوفاه، كل بقدر حصته في الدين، ويكون الرجوع في جميع الأحوال بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول. وتعيين حصة كل على أساس التساوي، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، أو ما لم يكن أحدهم هو وحده صاحب المصلحة في الدين. وإذا أعسر أحد منهم، تحمل كل من الباقين نصيبه في حصة المعسر بنسبة حصته في الدين.

٢٣٢- وجوه المفارقات: (١) التضامن الإيجابي مصدره الاتفاق، والتضامن السلبي مصدره الاتفاق أو القانون. أما عدم القابلية للانقسام فمصدره طبيعة المحل أو الاتفاق.

(٢) في التضامن، إذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء، فإن كلا من المدينين الآخرين أو الدائنين الآخرين لا يستفيد أو يضرار من انقضاء الدين إلا بقدر حصة المدين أو الدائن الذي قام به سبب الانقضاء. أما في عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين، فإن كلا من المدينين الآخرين يستفيد من انقضاء الدين بمقدار الدين كله. وفي عدم القابلية للانقسام عند تعدد الدائنين، لا يستفيد المدين من انقضاء الدين بالنسبة إلى أي من الدائنين الآخرين، ولكنه يرجع على الدائن الذي يطالبه بوفاء الدين بما يعادل حصة الدائن الذي قام به سبب الانقضاء.

(٣) النيابة التبادلية في التضامن قائمة فيما ينفع لا فيما يضر، وهي غير قائمة أصلاً - لا فيما يضر ولا فيما ينفع - في عدم القابلية للانقسام.

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٩.

(١) الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٧٤.

(٢) ورفع أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام استئنافاً في المعاد يفيد سائر الدائنين، فيستطيعون الانضمام إليه ولو بعد فوات معاد الاستئناف بالنسبة إليهم، بل ولو بعد رضائهم بالحكم الابتدائي (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ - دي باج ٣ فقرة ٣٠٨ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤٢٥).

(٣) وبديهي أن الأعسار إذا كان كلياً، لم يستطع الدائنون الآخرون الرجوع بشئ على المدين المعسر.

(٤) في التضامن ينقسم الالتزام على الورثة، ولا ينقسم في عدم القابلية للانقسام.

(٥) في التضامن: إذا استحال الالتزام إلى تعويض نقدي، يبقى غير منقسم على المدينين المتضامنين أو على الدائنين المتضامنين. أما في عدم القابلية للانقسام، فإنه ينقسم على المدينين أو على الدائنين (١).

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

(١) وفي الفرضين الأخيرين تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ومهما يكن من أمر ما بين عدم القابلية للانقسام (السلبى) والتضامن (السلبى) من أوجه الشبه، فثمة فارقان يتمثل فيهما اختلاف هذين الوضعين: (أ) فإرعى 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، اتفاقاً لتجزئة الدين بين الورثة فيما لو اقتصر الأمر على النص على التضامن فحسب. ولا يعرض مثل هذا الفرض في الشريعة الإسلامية، لأن الدين لا يتقل من طريق الميراث، فيكون بهذه المثابة غير قابل للانقسام، ويستأدى بجملته من التركة. (ب) وإرعى من ناحية أخرى أن عدم القابلية للانقسام قد تكون أضعف إلزاماً عند قيامها على طبيعة المحل، فهي تظل قائمة ما دام هذا المحل عصياً 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 قبل الدائن 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: (أ) فلكل وارث من ورثة الدائن أن يطالب بالدين بأسره، ويسرى هذا الحكم فى الشريعة الإسلامية حيث يتقل الحق من طريق الميراث. (ب) ويصبح الدين قابلاً للانقسام متى استحال إلى تعويض نقدي. وإرعى أنه عند تعدد المدينين والدائنين قد يتصور التضامن سلبياً أو إيجابياً، أما عدم الانقسام الناشئ عن طبيعة المحل فلا يتصور إلا من الناحيتين معاً (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٧).

طبيعته قابلاً للتجزئة. أما طبيعة الأشياء فى الالتزام غير القابل للانقسام، فيرجع إلى عدم قابلية الالتزام فى طبيعته للتجزئة.

٢٣٤ - من حيث الآثار فى علاقة الدائنين بالمدين: فى الدين المشترك لا يطالب أى من الدائنين المدين إلا بحصته فى الدين. ولا تقوم بين الدائنين نيابة تبادلية.

أما فى 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 الشئ محل الدين لذمتهم جميعاً. ولكن يستوى الدين المشترك مع الالتزام غير القابل للانقسام فى عدم قيام نيابة تبادلية بين الدائنين.

٢٣٥ - من حيث الآثار فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض: فى الدين المشترك، لكل دائن أن يرجع على من يقبض من الدائنين حصته فى الدين بنصيبه فى هذه الحصنة، وله أن يترك الحصنة لمن قبضها ويطالب المدين بحصته هو، فإن كان هذا معسراً، تحمل جميع الدائنين إعساره كل بنسبة حصته فى الدين.

أما فى الالتزام غير القابل للانقسام، فإن الدائن يستوفى كل الدين لعدم قابليته للتجزئة، فيرجع عليه كل دائن آخر بحصته فى الدين. فالرجوع فى الالتزام غير القابل للانقسام يكون بالحصنة، أما فى الدين المشترك فيكون فى الحصنة. ويستوى الدين المشترك مع الالتزام غير القابل للانقسام عند إعسار المدين، ففي الحالتين يتحمل الدائنون جميعاً هذا الإعسار كل بنسبة حصته فى الدين.

تمهيد

١ - ملحة فى التطور التاريخى 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 بحوالة الحق (cession de créance)، وتحويله من مدين إلى مدين آخر بحوالة الدين (cession de dette) فانتقال الالتزام إذن هو حوالة من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين.

وسواء كانت الحوالة حوالة حق أو حوالة دين، فإن الذى ينتقل بالحوالة هو الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه: صفاته وضمائنه ودفعه.

ينتقل الالتزام بجميع صفاته: فلو كان التزاماً تجارياً، أو كان التزاماً قابلاً للتنفيذ بأن كان مستنداً إلى حكم قضائى أو إلى سند رسمى، 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 رسمى، أو بحق اختصاص، أو برهن حيازة، أو بحق امتياز، أو بكفالة شخصية، فإنه ينتقل إلى الدائن الآخر أو إلى المدين الآخر مع التأمين الذى يضمنه. غير أن الكفالة - شخصية كانت أو عينية - لا تنتقل، فيما يتعلق بحوالة الدين، إلا برضاء الكفيل كما سرى.

وينتقل الالتزام بجميع الدفع التى 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 الأهلية 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 فى حوالة الحق، كما يستطيع المدين الجديد فى 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، أي 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 بقي عند صاحبه ممثلاً في شخص الوارث.

هكذا كان تصور القانون الروماني، وما زال هذا هو تصور الشرائع الغربية. والشريعة 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 تفي 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 أو 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، فبقي 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 في التركة^(٢)، وهذا ما لم يكن الالتزام في أصله غير قابل للانقسام^(٣) كما سبق القول.

٢٣٩ - انتقال الالتزام ما بين الأحياء: أما انتقال الالتزام بالمعنى الذي أسلفناه، أي 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، فإنه يتعذر القول بأن السلف، وهو لا يزال حياً، تستمر شخصيته في شخص خلفه الخاص^(٤).

(١) وفي الشريعة الإسلامية يبقى الالتزام، باعتباره ديناً، في التركة حتى يؤدي من أموالها. فما لا يتم في الشرائع الغربية إلا عن طريق الاحتفاظ بحق التجريد هو الأصل الذي يعمل به في الشريعة الإسلامية.
(٢) انظر في كل ذلك بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٦ - دي باج ٣ فقرة ٣٧٤.
(٣) 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.
(٤) ويقول كولان وكايتان إن انتقال الالتزام ما بين الأحياء كان أبداً 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 تحویل حقه إلى نقود فإنما يفعل ذلك غالباً عن طريق بيعه، أي عن طريق انتقال الحق العيني. أما الدائن في الالتزام فيحول حقه إلى نقود عادة عن طريق استيفائه، أي عن طريق انقضاء الحق الشخصي. ويترتب على ذلك تبيحان: (أولهما) 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 وكايتان ٢ فقرة ٦٢٣ ص ٤٢٥).

من أجل ذلك لم يكن ممكناً أن ينتقل الالتزام حال الحياة، في القانون الروماني، من دائن إلى دائن آخر، أو من مدني إلى مدني آخر، عن طريق حوالة الحق، أو عن طريق حوالة الدين. ولم يكن ممكناً، إذا أريد تغيير 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 ينقضى 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، فإن الدائن الأصلي كان يستطيع أن يعزل الوكيل قبل أن يقبض الدين (١).

وبقي القانون الروماني على هذه الحال، دون أن يعرف لا حوالة 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 رضاه المدين بالحوالة، على غرار التوكيل بالقبض الذي أصبح مفترضاً دون نص، وهذا بالرغم من أن التحليل القانوني الدقيق - أو كما يقول بوتيه: selon la subtilité du droit (٢) - يستعصى على أن ينتقل الالتزام وهو رابطة شخصية من دائن إلى دائن آخر (٣).

وساعد على إمكان انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر أن فكرة الالتزام باعتباره رابطة

(١) دي باج ٣ فقرة ٣٧٥ ص ٣٤٠ - كولان وكايبتان ٢ فقرة ٦٢٢ ص ٤٢٥. ويقول دي باج إن فكرة الالتزام في القانون الروماني القديم هي التي تفسر استحالة انتقال الالتزام. فالالتزام في هذا القانون لا ينعقد إلا بموجب أشكال 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 مدني إلى مدني، إلا بعد الالتجاء من جديد إلى هذه الأشكال والأوضاع، وعندئذ تنحل عقدة الالتزام الأصلي ويحل محله الالتزام الجديد، وليست هذه بالحوالة وإنما هو التجديد (دي باج ٣ فقرة ٣٧٥ ص ٣٤٠).

(٢) بوتيه في البيع فقرة ٥٥١.

(٣) بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٦٣ ص ٨١ - ٨٣ - دي باج ٣ فقرة ٣٧٥ ص ٣٤٠.

(١) وإن كان المدين يعنيه هو أيضاً تغيير دائنه، فمن الدائنين من هو أرحب جانباً وأيسر معاملة وأقل تشدداً.

شخصية أخذت تتطور، وأخذ العنصر المادي في الالتزام يبرز شيئاً فشيئاً. فأصبح من السهل أن تتصور أن الالتزام، باعتباره قيمة مالية لا باعتباره رابطة شخصية، وبالنسبة إلى موضوعه لا بالنسبة إلى أطرافه، ينتقل من دائن إلى دائن آخر.

ولكن التطور في القوانين اللاتينية وقف عند هذا الحد. ولم يصل القانون الفرنسي حتى اليوم إلى تنظيم حوالة الدين، أي انتقال الالتزام من مدني إلى مدني آخر، وليس هناك من سبيل إلى تغيير المدين في الالتزام إلا عن طريق التجديد أو الإنابة في الوفاء. ذلك أن شخصية المدين في 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 مدني إلى مدني آخر دون أن يكون الدائن طرفاً في هذا التحويل عن طريق التجديد، لأن الدائن يأبى أن يتغير عليه المدين دون رضائه، ويعنيه من تغيير مدينه ما لا يعنى المدين من تغيير دائنه (١). فبقيت القوانين اللاتينية عند هذه المرحلة من التطور لم تستكملها إلى غايتها (٢)، وذلك مع استثناء التقنين المدني الإيطالي الجديد فقد أقر حوالة الدين عند الكلام في الإنابة في الوفاء (انظر المادة ١٢٧٣ من هذا التقنين).

أما التقنينات الجرمانية فقد سارت في التطور إلى نهاية الطريق. وما دامت فكرة الالتزام قد تطورت فأصبح الالتزام قيمة مادية أكثر منه رابطة شخصية (٣)، وما دام قد أمكن تصور انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر، فما الذي يحول دون التسليم بانتقاله من مدني إلى مدني 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) (٤).

وقد تابع التقنين المدني المصري الجديد - ومعه التقنينات المدنية العربية الأخرى (٥) -

ولكن الاعتبارات التي تقترن بتغيير الدائن أقل أهمية من تلك التي تقترن بتغيير المدين.

(٢) انظر في الاعتراضات التي توجه إلى إقرار حوالة الدين والرد عليها الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢٦٨ - ٢٧١ - وسنرى عند الكلام في حوالة الدين كيف وقف تطور هذه الحوالة في القانون الفرنسي.

(٣) ويستتبع ذلك أن تنتقل هذه القيمة المادية من دائن إلى دائن دون رضاه المدين، ومن مدني إلى مدني دون رضاه الدائن (دي باج ٣ فقرة ٣٧٦ ص ٣٤١ - ص ٣٤٢).

(٤) وسنرى عند الكلام في حوالة الدين كيف نشأت هذه الحوالة في البلاد الجرمانية وكيف استكملت تطورها.

(٥) ويعرض تقنين الموجبات والمعقود اللبناني 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: «ينتقل

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 (١).

٢٤٠ - انتقال الالتزام في الفقه الإسلامي: ويجدر بنا أن ننظر، بعد هذه العجالة

الموجبات بالوفاء 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 الأثر بوصية أو بغير وصية - أما الانتقال بين الأحياء فخاضع للقواعد الآتية الموضوعية مع التمييز بين انتقال الموجبات منظوراً إليها من الوجهة الإيجابية (انتقال دين الدائن) وانتقال الموجبات منظوراً إليها من الوجهة السلبية (انتقال دين المدين) (٢).

(١) 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 - دائماً 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 إياحة 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 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 يعدل انتقال الالتزام. ولكن لفظ الاستخلاف أدق من لفظ الانتقال. فما دام 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، فمما 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 أسير 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 العيني ص ١١٤ و ١١٥ وهامش رقم ١ في ص ١١٥). ويعترض الأستاذة بلانبول وريبير وبولايجيه على التمسك بهذا القدر من الدقة، ويذهبون إلى أن الحق، وبخاصة حق الملكية والحق الشخصي من ناحيته الإيجابية، ينتقل فعلاً من شخص إلى شخص آخر (بلانبول وريبير وبولايجيه ١ فقرة ٢٨٥٩).

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 وديعة أو عين مفسوبة، وأراد المدين عن طريق الحوالة الوفاء بالدين الذي في ذمته للدائن بالحق الذي له في ذمة الأجنبي، فهذه هي الحوالة المقيدة (٣). وهي أقرب إلى أن تكون طريقاً من طرق الوفاء بالدين من أن تكون حوالة بالمعنى الدقيق. وتقرها المذاهب جميعاً، على خلاف بينها في الصياغة القانونية سندكره فيما يلي:

أما إن كان الأجنبي غير مدين للمدين، أو كان مديناً ولكن لم تقيد الحوالة بهذا الدين في المذهب الحنفي، فهذه هي الحوالة المطلقة. ويمكن في الحوالة المطلقة أن تتصور أن المدين يريد أن يحيل دينه على الأجنبي، وهذه هي حوالة الدين بالمعنى الدقيق، ولا يسلم بها الفقه الإسلامي خلافاً لما يقال عادة. وهي عنده أقرب إلى أن تكون كفالة أو تجديداً، من أن تكون حوالة للدين. وقد قدمنا أن الكفالة في الفقه الإسلامي هي الأصل في التضامن، والآن نراها الأصل أيضاً في الحوالة. ويمكن كذلك في الحوالة المطلقة أن تتصور أن الدائن هو الذي يريد أن يحيل حقه للأجنبي، وهذه هي حوالة الحق بالمعنى الدقيق. وحوالة الحق أيضاً لا يسلم بها الفقه الإسلامي بوجه عام، خلافاً لما يقال عادة. ذلك أن الحنفية والشافعية والحنابلة لا يسلمون بهذه الحوالة، أما المالكية فيسلمون بها في حدود معينة.

(١) انظر في هذا الموضوع الدكتور صبحي المحمصاني: انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني - النظرية العامة للموجبات والعقود 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 جوهري لتفهم الحوالة في الفقه الإسلامي في المذاهب جميعاً لا في المذهب الحنفي وحده، كما سنرى.

(٣) وفي المذهب الحنفي لا تكون الحوالة مقيدة إلا إذا قيد المدين الحوالة بالدين الذي له في ذمة المحال عليه، فإذا كان للمدين دين في ذمة المحال عليه ولم يقيد به الحوالة، فإن الحوالة تكون مطلقة بالرغم من مديونية المحال عليه للمدين.

وقبل أن تفصل ما أجملناه، يحسن أن نشير إلى خطأين شائعين ينسب إلى الفقه الإسلامي في خصوص الحوالة: (أولاً) ما يرد ذكره عادة في الفقه والقضاء في مصر على أنه حوالة الحق في الفقه الإسلامي إنما هو حوالة الدين لا حوالة الحق. (ثانياً) ليس صحيحاً أن الفقه الإسلامي عرف حوالة الدين ولم يعرف حوالة الحق، وإلا كان هذا بدعاً في تطور القانون. فمن غير الطبيعي أن يعرف نظام قانوني بانتقال الدين بين الأحياء وهو لم يعترف بانتقاله من غير الطبيعي أن يسلم نظام قانوني بانتقال الدين بين الأحياء وهو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت. فالفقه الإسلامي كان في تطوره طبيعياً كسائر النظم القانونية: 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 تنتقل إلى الورثة، وبين الأحياء بقيود معينة وفي مذهب واحد هو المذهب المالكي (١).

والآن نتقل إلى تفصيل ما أجملناه، في غير إطالة إذ لا يتسع المقام هنا للإسهاب. وتناول حوالة الدين وهي المعنية بلفظ «الحوالة» في الفقه الإسلامي فإذا ذكرت الحوالة قصد بها حوالة الدين دون غيرها، ثم حوالة الحق ولا يعرف الفقه الإسلامي هذا التعبير ويسمى حوالة الحق ببيع 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

(١) قارن الدكتور حسن الذنون، وهو يقول: «والشريعة الإسلامية أقرت حوالة الدين دون حوالة الحق على رأى معظم الفقهاء» (أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي ققرة ٢١٨ ص ٢٠٧).
(٢) أما إذا اتفق المدين مع المحال عليه على الحوالة، فإن هذا لا يكفي، بل لا بد أيضاً من قبول الدائن، ولا تنعقد الحوالة إلا من وقت هذا القبول دون أثر رجعي. ويشترط أيضاً لانعقاد الحوالة بلوغ المحال عليه، لأنه يعتبر في مقام المتبرع. أما المدين والدائن فيكفي 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 ظلم، وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع».

الحوالة بأمر المدين. أما الحوالة المقيدة فلا بد فيها من رضاء الأطراف الثلاثة. وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة، فإن الدائن يرجع على المحال عليه بالدين. فهل انتقل الدين إلى ذمة المحال عليه بالحوالة؟ هنا تتضارب الآراء في المذهب الحنفي. فعند أبي حنيفة وأبي 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 يرد الإبراء بالرد، لأن الدائن إنما أسقط المطالبة لا الدين، ولا يرجع عليه على المدين ولو كانت الحوالة بأمره، لأن الدائن لم يبرأ 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 بالضمآن. 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، فإنه 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 - فإن الدائن يرجع على المدين بنفس الدين (١) كما سبق القول. وفي الحوالة المقيدة يخصص الحق الذي للمدين في ذمة المحال عليه لوفاء الدين المحال به (٢)، دون أن ينتقل هذا الحق للدائن، بل دون أن يكون رهناً عنده لسببين:

(١) ويرجع بنفس الدين لا بالضمآن، وسرى أن هذا يمكن حمله على أن الحوالة نفسخ إذا توى المدين. 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.

(٢) ونصوص المذهب الحنفي لا تشترط التساوي ما بين الدين المحال به والدين المحال عليه، أما نصوص =

(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 (١). (٢) ولو توى هذا الدين عند المحال عليه (٢)، توى على المدين لا على الدائن، ولا يسقط في مقابله شيء من الدين المحال به (٣). وهذان السببان يبينان أن الدين الذي تقيدت به الحوالة لا ينتقل إلى الدائن ولا يكون رهناً عنده.

=المذاهب الثلاثة الأخرى فتصرح بوجوب هذا التساوي كما سنرى.

وفي الحوالة المقيدة في الفقه الحنفي يخصص الدين المحال عليه للوفاء بالدين المحال به كما يخصص مقابل الوفاء (provision) لدفع قيمة الكمبيالة. وقد عرف الفقه الإسلامي الكمبيالة فعلاً، وسماها «السفتجة»، وبنى أحكامها على أسس الحوالة.

(١) 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 يعطي المحال به للمحيل. فإن 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: «التعبير 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 عامة كتب المذهب قد صرحت بأن المحال له أسوأ للغرماء، لأن العين التي للمحيل في يد المحال عليه والدين له في ذمته لم يصير مملوكاً للمحتال بعقد الحوالة، لا يدا وهو ظاهر، ولا رغبة لأن الحوالة ما وضعت للتحميل بل للنقل، فيكون بين الغرماء بالأسوة، أما المرتهن فملك 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 أسوأ للغرماء عند الكل (رد مختار). والظاهر أن جمعية المجلة لم تخالفهم إلا في الحوالة المقيدة فقط، ولعلها أخذت بقول زفر، فمان المحتال عنده أحق من سائر الغرماء، لأن الدين صار له بالحوالة كالمرتهن بالرهن بعد موت الراهن (مجمع الأنهر)» (شرح المجلة للأستاذ سليم باز م ٦٩٢ ص ٣٧٩).

ولو أخذنا برأي 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 شحاته في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٥٨ هامش رقم ٣).

(٢) أو لم يستوف الدائن الدين لأي سبب آخر، كأن كان ثمن مبيع فاستحق أو كان وديعة فهلك. ولكن الحوالة تبطل في هذه الحالة، لأن الدين الذي قيدت به يعتبر سبباً لها، وقد انعدم فاعدمت.

(٣) ولو كان الدين الذي قيدت به الحوالة رهناً عنده الدائن، وتوى عند المحال عليه، لسقط الدين المحال به بقدر ما توى من الرهن، لأن المرهون إذا هلك سقط من الدين ما يقابله.

هذه هي جملة أحكام حوالة الدين - المطلقة والمقيدة - في المذهب الحنفي، وأجزائها متوخين إبراز المقومات الرئيسية لهذه الحوالة في هذا المذهب. ويبقى أن نضيف إلى ما قدمناه أن التأمينات التي كانت تكفل الدين المحال به وهو في ذمة المدين قبل الحوالة تنقضي بالحوالة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا تنتقل لتكفل الدين في ذمة المحال عليه (١). وننظر بعد ذلك في تأصيل حوالة الدين في المذهب الحنفي، أي في التكييف القانوني الذي يساير المقومات

(١) أما عند محمد فتبقى التأمينات على حالها تكفل الدين الباقي في ذمة المدين، وقد قدمنا أن الحوالة عند محمد لا تنقل الدين وإنما تنقل المطالبة وحدها. جاء في فتح القدير: «فعد أبي يوسف ينتقل الدين والمطالبة، وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين. قال وفائدة هذا الخلاف تظهر في مسألتين: إحداهما أن الرهن إذا أحال المرتهن بالدين، فله أن يسترد الرهن عند أبي يوسف كما لو أبرأه عنه، وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن...» (فتح القدير جزء ٥ ص ٤٤٦). وجاء في البحر الرائق: «لو أحال المشتري البائع بالثمن على رجل، لم يملك (البائع) حبس المبيع. وكذا لو أحال الراهن المرتهن، لا يحبس (المرتهن) الراهن. ولو أحال الزوج المرأة بصدقتها، لم تحبس نفسها» (البحر الرائق ٦ ص ٢٦٨ وما بعدها). وجاء في الزيلعي: «ثم اختلفوا في البراءة، فقال أبي 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 ٤ 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 التي كان المدين يتمسك بها ضد الدائن، بل ولا يجوز للمحال عليه أن يتمسك ضد الدائن بالدفع المستمدة من علاقته هو بالمدين، وهذا ما لم تكن الحوالة مقيدة وسقط الدين الذي تقيدت به أو هلكت الوديعة على النحو الذي قدمناه. فيعتبر التزام المحال عليه نحو الدائن التزاماً مجرداً، فلا يتأثر بالعلاقة القائمة بين المدين والدائن ولا بالعلاقة القائمة بينه وبين المدين، وإنما هي علاقة جديدة قامت بينه وبين الدائن مستقلة عن العلاقتين السالفتين الذكر. صحيح أن الدين الذي يقوم في ذمة المحال عليه للدائن يشارك الدين الذي كان في ذمة المدين الدائن في صفته من حيث الحلول والتأجيل، وقد جاء في المادة ٨٩٦ من مرشد الحيران: «يتحول الدين على المحتال عليه بصفته التي على المحيل. فإن كان الدين على المحيل حالاً، تكون الحوالة به على المحتال عليه حالة، ويدفع المحتال عليه الدين المحتال به معجلاً. وإن كان الدين على المحيل مؤجلاً، تكون الحوالة به على المحتال عليه مؤجلاً، ولا يلزم بالدفع إلا عند حلول الأجل. فلو مات المحيل بقي الأجل، وإن مات المحتال عليه صار الدين حالاً ويؤدي من التركة إن كان بها ما يفي بأدائه، وإلا رجعت المحتال بالدين أو بما بقي له منه على المحيل ليؤديه عند حلول الأجل». ولكن هذا لا يفيد أن المحال عليه يتمسك بالدفع التي 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 ببطلانه. وله أيضاً أن يتمسك بالدفع التي يستمدها من علاقته هو بالدائن، فله أن يتمسك باحتمال ذمته مع الدائن، وأن يتمسك بالمقاصة بينه وبين الدائن. أما أن يتمسك بالمقاصة بين الدائن والمدين، فإن جاز له ذلك فإنما يحتمل على أنه يتمسك بدفع مستمد من عقد =

الرئيسية السالفة الذكر. وينادر إلى القول إن هذا التكييف لا يختلف باختلاف ما إذا كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة. وسنراه في المذاهب الثلاثة الأخرى يختلف في الحوالة المطلقة عنه في الحوالة المقيدة، وهذا يؤكد ما سبق أن قررناه من أن التمييز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة قد تزيد أهميته في المذاهب الثلاثة الأخرى عنها في المذهب الحنفي. وإنما يختلف التكييف في المذهب الحنفي 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 في ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه، بل تضم ذمة المحال عليه إلى ذمة المدين في المطالبة، فالأمر واضح، ولا تعدو حوالة الدين أن تكون كفالة محضة كما قدمنا. فإذا حول المدين دينه حوالة مطلقة، كان معنى هذا عند زفر أنه اتخذ من المحال عليه كفيلاً عادياً له، وبقيت ذمته هو مشغوله 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 كفيلاً للمدين، وأضيف إلى ذلك أن الدين الذي تقيدت به الحوالة يصبح مرهوناً في الدين المحال به، فيكون المدين قد قدم للدائن ضمانين: كفيلاً 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 تأمينات الدين الأصلي كما قدمنا. وتكون حوالة الدين، مطلقة كانت أو مقيدة، عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ليست إلا تجديداً بتغيير المدين، فقد استبدل المحال عليه بالمدين الأصلي^(١). فإذا توى الدين عند المحال عليه، فسخ التجديد، وعاد الدين إلى ذمة المدين الأصلي^(٢).

=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 في ذمة المدين للدائن، فتمسك المحال عليه بالمقاصة في هذه الحالة إنما هو تمسك بطلان الحوالة (قارن الدكتور صبحي المحمصاني في النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ٢ ص ٣٥٥ - انتقال الالتزام في القانون اللبناني ص ٥٨).

(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 تنفسخ الحوالة إذا توى الدين عنده. وهذا بخلاف المذاهب الثلاثة الأخرى، فسرى أن المدين لا يضمن يسار المحال عليه، إلا في مذهب =

(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^(١)، فإن حوالة الدين، مطلقة كانت أو مقيدة، أقرب إلى أن تكون كفالة محورة. ووجه التحويل فيها أن الدائن يرجع على المحال عليه (الكفيل) أولاً، لأن المطالبة انتقلت إليه ولم تبقى عند المدين. فإن توى الدين عند المحال عليه، يرجع الدائن على المدين الأصلي، إذ تعود المطالبة بالتوى إلى المدين لتنضم إلى المدين كما كانت. أما في الكفالة العادية فالدائن بالخيار إن شاء طالب المدين الأصلي أولاً وإن شاء طالب الكفيل^(٢)، لأن المطالبة بقيت عند المدين وإنما ضمت فيها إلى ذمة الكفيل^(٣).

(ب) ومنتقل الآن، في حوالة الدين، إلى المذاهب الثلاثة الأخرى، المالكية والشافعية والحنابلة. وهنا يجب أن نميز، منذ البداية، بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة. وهذا تمييز جوهرى لا تصرح به نصوص هذه المذاهب، ويرجع ذلك في الغالب إلى أن الفرق بين هاتين الحوالتين كبير إلى حد أن إحداهما - وهي الحوالة المطلقة - ليست بحوالة أصلاً كما سئرى، 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 مغادل في الجنس ومساو في المقدار للدين المحال به، فيوفى المدين الدين الذي في ذمته للدائن بالدين الذي له في ذمة

=مالك حيث يعتبر المدين قد غر الدائن إذا كان المحال عليه مفلساً وقت الحوالة دون أن يعلم الدائن ذلك ويعلمه المدين.

(١) وقد قدمنا أن التأمينات، عند محمد، تبقى على حالها تكفل الدين الباقي في ذمة المدين، خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف: فتح القدير ٥ ص ٤٤٦ - الزيلعي ٤ ص ١٧١ - ويقضى المنطق، عند أبي حنيفة وأبي يوسف، بأن تعود التأمينات إذا فسخت الحوالة بالتوى وعاد الدين إلى ذمة المدين الأصلي، ولكن لا يوجد في نصوص المذهب الحنفي نص صريح في هذا المعنى.

(٢) بل إن الدائن في الكفالة العادية يغلب أن يرجع أولاً على الكفيل، لأنه يختار عادة لكفالة الدين من هو أكثر ملاءمة من المدين الأصلي، فيكون الرجوع على الكفيل أيسر من الرجوع على المدين. وهذا الذي يقع فعلاً في الكفالة العادية يقع قانوناً في حوالة الدين. فالذي تميز 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.

(٣) أو لعل حوالة الدين، عند محمد، هي ضرب من الأمانة القاصرة (délégation imparfaite)، ينبى فيها المدين المحال عليه في الوفاء بالدين عن طريق نقل المطالبة إليه، فيرجع الدائن (المناب) هنا أيضاً على المحال عليه (المناب لديه) أولاً، فإن توى الدين عنده رجوع على المدين (المنيب). ويستوى في ذلك أن تكون الحوالة مطلقة أو مقيدة.

المحال عليه. ومن ثم وجب أن يكون الدين المحال به والدين الذي تقيدت به الحوالة متساويين، كما قدمنا، في الصفة والمقدار^(١)، فإن اختلفا في شيء من ذلك لم تصح الحوالة^(٢). ويشترط لانعقاد الحوالة المقيدة في المذاهب الثلاثة رضاه ككل من الدائن والمدين، أما رضاه المحال عليه فلا يشترط على الأرجح، لأن الدائن يستوفي الدين منه كما كان يستوفيه المدين فلا يتضرر المحال عليه بذلك. بل إن رضاه الدائن عند الحنابلة لا يشترط هو أيضاً إذا كان المحال عليه مليئاً، فيكفي إذن عندهم في هذه الحالة إرادة المدين المنفردة. ومتى 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 في أن هذا الدين قد انقضى، فليس هو الذي قام به في ذمة

(١) وهذا لا يمنع من أن يكون ما على المدين للدائن أكثر أو أقل مما على المحال عليه للمدين، فإن كان أكثر، جازت حوالة جزء منه يعادل في المقدار ما على المحال عليه للمدين، وإن كان أقل، جازت حوالة جزء مما على المحال عليه للمدين معادل 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 بالتساوي أن يكون ما على المحال 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) وتصرح 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، أو 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 المهذب: «لا تجوز الحوالة إلا على دين يجوز بيعه.. لأن الحوالة بيع في الحقيقة، لأن المحتال يبيع ماله في ذمة المحيل بما له في ذمة المحال عليه، والمحيل يبيع ماله في ذمة المحال عليه بما عليه من الدين، فلا تجوز إلا فيما يجوز بيعه» (المهذب جزء أول ص ٣٣٧).

(٣) جاء في أسنى المطالب شرح روض الطالب (جزء ٣ ص ٢٣٢): «لا يعتبر اتفاقهما في الرهن ولا الضمان، بل لو أحاله بدين أو على دين به رهن أو ضمان، انفك الرهن وبرئ الضامن، لأن الحوالة كالقبض يدلل سقوط حبس المبيع والزوجة فيما إذا أحال المشتري بالثمن والزوج بالصدق. ويفارق المحتال الوارث في نظيره من ذلك، لأن الوارث خليفة مورثه فيما ثبت له من الحقوق». وجاء في حاشية الشرفاوى 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 يدلل سقوط حبس المبيع والزوجة فيما إذا أحال المشتري بالثمن والزوج بالصدق». وجاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (جزء ٣ ص ٣٩٤): «إن أطلق الحوالة ولم يتعرض لتعلق حقه بالرهن، فينبغي أن تصح وجهاً واحداً وينفك الرهن، كما إذا كان له به ضمان فأحال عليه به من له دين لا ضمان به صحت الحوالة وبرئ الضامن، لأنها معاوضة أو استيفاء وكل منهما يقتضى براءة الأصيل فكذلك يقتضى فك الرهن. فإن شرط بقاء الرهن، فهو شرط فاسد تبطل به الحوالة إن قارنها».

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 قد انتقل إلى الدائن، وكان المحال عليه معسراً وقت الحوالة أو أعسر بعد ذلك، فقد كان ينبغي أن يرجع الدائن على المدين بالضممان، ولكن الظاهر من النصوص أن المدين لا يضمن إعسار المحال عليه^(٣). ولو كان مقدراً لهذا الحق أن ينتقل إلى الدائن، ولكن لم يتمكن المدين من

(١) جاء في الغرر البهية شرح البهجة الوردية (جزء ٣ ص ١٤٤ وما بعدها): «لو أحاله على دين به رهن أو ضمان، انفك الرهن وبرئ الضامن، لأن الحوالة كالقبض». انظر أيضاً ما قدمناه من النصوص: أسنى المطالب شرح روض الطالب جزء ٣ ص ٢٣٢ - حاشية الشرفاوى 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 المهذب (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 يجز 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 بينه لم تسمع، لأنما كذبا البينة بدخولهما في البيع. وإن صدقهما المحتال تبطلت 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 المهذب: «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 يطل بالرد بالعيب، كما لو اشترى عبداً بثوب وقبضه وباعه ثم وجد البائع بالثوب عيباً فرده. وقال أبو اسحق تبطل الحوالة.. فلا يجوز للبائع مطالبة المحال عليه، لأن الحوالة وقعت بالثمن، فإذا فسخ البيع خرج المحال به عن أن يكون ثمناً، فإذا خرج عن أن يكون ثمناً ولم يتعلق به حق غيرهما وجب أن تبطل الحوالة... وبخالف هذا إذا اشترى عبداً وقبضه وباعه، لأن العبد تعلق به حق غير المتبايعين وهو المشتري الثاني فلم يمكن إبطاله، والحوالة لم يتعلق بها حق غيرها فوجب إبطالها» (المهذب جزء أول ص ٣٣٨).

(٣) جاء في القوانين الفقهية لابن جزى: «فإذا وقعت الإحالة، برئت 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 غر المحال لكونه يعلم فليس المحال عليه أو بطلان حقه قبله ولم يعلم المحال بذلك. وقال الشافعي لا يرجع على المحيل، غره أو لم يفره» (القوانين الفقهية ص ٣٢٧). وجاء في =

نقله، كأن كان الحق ثمناً لمبيع استحق أو كان وديعة فهلكت، فقد كان ينبغي أن يعتبر 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 دائماً في الوقت ذاته للمحال عليه بجنس ما عليه وبمقداره^(١). أليس من البديهي أن يقال في هذه الحالة إن المدين إنما يوفى، عن طريق ما يسمى بالحوالة، الدين الذي عليه للدائن بالحق الذي له في ذمة المحال عليه؟ فهو بدلاً من أن يستوفى حقه من المحال عليه، ثم يوفى بهذا الحق الذي استوفاه الدين الذي عليه للدائن، يختصر هاتين العمليتين في عملية واحدة، فيقضى الدين الذي عليه بالحق الذي له، دون أن يستوفى شيئاً من مدينه أو يوفى شيئاً لدائنه، بل يقتصر على أن يحيل دائنه على مدينه! هذا هو الظاهر الواضح. ولكن على أي أساس أجرى المدين كل ذلك؟ لا نرى أن المدين حول على مدينه الدين الذي 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

المهذب: «إذا أحال بالدين، انتقل الحق إلى المحال عليه وبرت ذمة المحيل، لأن الحوالة إما أن تكون تحويل حق أو بيع حق، وأيهما كان وجب أن تبرأ به ذمة المحيل. وإن أحاله على ملء فأفلس أو جحد الحق وحلفت عليه، لم يرجع إلى المحيل، لأنه انتقل حقه إلى مال يملك بيعة، فسقط حقه من الرجوع، كما لو أخذ بالدين سلعة ثم تلفت بعد القبض. وإن أحاله على رجل بشرط أنه ملء فبان أنه معسر، فقد ذكر المزني 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» (المهذب جزء أول ص ٣٣٨). وجاء في الأم للشافعي (جزء ٢ ص ٢٠٣): «أخبرنا الربيع بن سليمان قال أخبرنا الشافعي إملاء 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 المعنى: «فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت، برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء... إذا ثبت أن الحق انتقل. فمتى رضى بها المحتال ولم يشترط اليسار، لم يعد الحق إلى المحيل أبداً، سواء أمكن استيفاء الحق أم تعذر لظلل أو فلس أو غير ذلك» (المعنى ٥ ص ٥٨).

(١) بل إن الفقه المالكي يشترط فوق ذلك أن يكون الدين المحال به حالاً، فإذا لم يكن حالاً وجب على الأقل أن يكون الدين المحال عليه حالاً وأن يقبضه المحال قبل التفريق، وفي هذا 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 الذي على المحيل لأنه إذا لم يكن حالاً أدى إلى تعميم ذمة بذمة فيؤدي إلى بيع الدين بالدين... إلا أن يكون المحال عليه حالاً ويقبضه قبل أن يتفرقا مثل الصرف فيجوز».

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 الذي له في ذمة المحال عليه، لأن تأمينات هذا الحق لا تنتقل بل تنقضى كما قدمنا، وهنأ إلى الأسباب الأخرى التي سبق ذكرها والتي 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 باعتبار مديناً قد استبدل بنفسه مدينه، وهو باعتبار دائناً قد استبدل بنفسه دائنه. وخرج على هذا النحو عن المديونية والدائنية، فأسقط كلا من الدين والحق. وأنشأ التزاماً جديداً، 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).

فالحوالة المقيدة في المذاهب الثلاثة هي إذن، في نظرنا، وفاء دين بحق، عن طريق إسقاط كل من الدين والحق، وإنشاء التزام جديد يستوفى به المدين الحق ويفى بالدين. فتنتهي إلى تجديد بتغيير الدائن بالنسبة إلى استيفاء الحق، وإلى تجديد بتغيير المدين بالنسبة إلى الوفاء بالدين.

أما ما يمكن أن نسميه بالحوالة المطلقة في المذاهب الثلاثة، حيث لا يكون للمدين دين في ذمة المحال عليه، فهذه ليست حوالة أصلاً، حتى بالاسم، فقد رأينا أن المذاهب الثلاثة لا تسميها حوالة. فإذا حول المدين دائنه على أجنبي غير مدين له، فهو إنما يجعل من هذا الأجنبي كفيلاً له. فالحوالة هنا كفالة محضة لا تحوير فيها، أو هي حمالة كما تقول المالكية^(٢). ولا بد من رضاء الدائن والمدين والمحال عليه جميعاً بهذه الحوالة. فإذا انعقدت،

(١) وما يؤيد أن الدين الذي قام في ذمة المحال عليه للدائن ليس هو نفس الدين الذي كان في ذمة المدين للدائن بل هو نظيره أي التزام جديد معادل له، ما جاء في كشاف القناع بحل ألفاظ أبي شجاع (جزء ٢ ص ٤٨): «وتبرأ بالحوالة الصحيحة ذمة المحيل عن دين المحتال، ويسقط دينه عن المحال عليه، ويلزم دين محتال محالاً عليه أي يصير نظيره في ذمته».

ويخلص من كل ذلك أن حوالة 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 الحوالة من جنس إيفاء الحق لا من جنس البيع، فإن صاحب الحق إذا استوفى من الدين 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 شوب المعاوضة» (إعلام الموقعين ١ ص ٣٤١).

(٢) يؤيد ذلك النصوص الآتية: جاء في الخطاب (جزء ٥ ص ٩١): «قال في المدونة وإذا أحالك على من ليس قبله دين، فليست حوالة وهي حمالة». وجاء في الخرشى (جزء ٦ ص ١٧): «ومن شروطها ثبوت دين للمحيل في ذمة المحال عليه، وإلا كانت حمالة عند الجمهور». وجاء في المهذب (جزء=

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^(١).

حوالة الحق: رأينا في حوالة الدين أن المذهب الحنفي يتميز عن المذاهب الثلاثة الأخرى. أما هنا، في حوالة الحق، فالمذهب المالكي هو الذي يتميز عن المذاهب الثلاثة الأخرى، الحنفية والشافعية والحنابلة.

(أ) فتبدأ بالمذهب المالكي: والظاهر أن هذا المذهب يقر حوالة الحق فيما يسميه بهبة الدين وبيع الدين. ويشترط لانعقاد هبة الدين من غير المدين - وهي 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^(٢). 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، 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 يتمكن خصمه

=أول ص ٣٣٧): «ولا تجوز الحوالة إلا على من له عليه دين، لأنابينا أن الحوالة 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 الطالب المحيل بتخليصه، كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه. فإن قضاء بإذنه رجع على المحيل، وإن قضاء بغير إذنه لم يرجع».

(١) ويخلص من ذلك أن الحوالة المطلقة في المذاهب الثلاثة تختلف في طبيعتها عن الحوالة المقيدة، فالأولى كفالة محضة، والثانية تجديد بتغيير المدين وتجديد بتغيير الدائن. أما في المذهب الحنفي فالحوالة المطلقة لا تختلف في طبيعتها عن الحوالة المقيدة، كلتاهما إما تجديد بتغيير المدين إذا قلنا بانتقال المطالبة والدين جميعاً، وإما كفالة محورة إذا قلنا بانتقال المطالبة وحدها دون المدين، وإما كفالة محضة إذا قلنا بعدم انتقال أي من الدين والمطالبة. وإنما تزيد الحوالة المقيدة على الحوالة المطلقة، في المذهب الحنفي، بوجود دين في ذمة المحال عليه للمدين يخصص لوفاء الدين المحال به على قول الأئمة الثلاثة، أو يكون مرهوناً فيه على قول زفر.

(٢) وقد جاء في المدونة: «قلت رأيت أن وهبت لرجل ديناً لي عليه كيف يكون قبضه، قال إذا قال قد قبلت 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، أليكون هذا قبضاً في قول مالك، قال نعم. قلت رأيت الدين إذا كان =

منه^(١). ولا تنتقل التأمينات التي كانت للحق في رهن أو كفالة، إلا بالشرط وباقرار الكفيل بالكفالة وإن كان لا يشترط رضاؤه بالحوالة^(٢).

(ب) وننتقل الآن، في حوالة الحق، إلى المذاهب الثلاثة الأخرى، الحنفية والشافعية والحنابلة. فهذه المذاهب جميعاً لا تقر حوالة الحق، ولا تجيز بيع الدين إلا ممن عليه الدين،

=على الرجل وهو بأفريقية وأنا بالفسطاط، فوهبت ذلك الدين الذي لي بأفريقية لرجل معي بالفسطاط، وأشهدت له، وقبل، أترى ذلك جائزاً، قال نعم. قلت لم أجزته في قول مالك، قال لأن الديون هكذا تقبض، وليس هو شيئاً بعينه يقبض، إنما هو دين على رجل قبضه أن يشهد له ويقبل الموهوب له الهبة (المدونة الكبرى جزء ١٥ ص ١٢٦-١٢٧).

(١) وقد جاء في شرح التاودي للتحفة: «إنما يجوز بيع الدين لغير من هو عليه، مع حضور المدين وإقراره وإن كان عليه بينة، لأنه قد يطعن فيها أو يدعى القضاء فيكون من شراء 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 يجز لما تقدم من منع بيع طعام المعاوضة قبل قبضه. ويبيع بغير جنس مرعى: فإن يبيع بجنسه لم يجز، لأن الشأن في الدين أن يباع بأقل فيكون سلفاً بمنفعة. وسادس الشروط ألا يكون المشتري عدواً 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 توافر الشروط الآتية: (١) ألا يكون الدين حقاً متنازعاً 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 للمدين بمقابل صادر 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، بدلا من الوفاء بالدين أو بمقابل الدين في الحال، وهذا هو التعجيل بالثمن، أن يقيه ديناً في ذمته. ولكن المقطوع به في مذهب مالك أنه لا يجوز بيع الدين من غير المدين بضمن مؤجل.

(٢) 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 بالحمالة، وإن لم يرض بالتحمل لمن ملكه. (تنبيه) من بيع الدين المسألة الملقبة عند العامة بقلب الرهن، وهي أن يكون بيد الإنسان رهن في دين مؤجل، ويحتاج إلى دينه فيبيعه بما يباع به. ويحل المشتري للمدين محل بائعه في حوز الرهن، والمنفعة إن كانت المنفعة جعلت له، والبيع للرهن بالتفويض الذي جعل للبائع المرتهن، وغير ذلك. ويكتب في ظهر وثيقة الدين أو في طرفها. فإن سكنا عن الرهن يدخل، وإن اختلفا في اشتراطه حلقتا وفسخ. وحيث دخل فللرهن جعله تحت يد أمين إن لم تشترط منفعته أو اشترطت ولحقه ضرر، وألا فلا كلام له» (للتاودي على التحفة ٢ ص ٤٨).

٢ - مقارنة الحوالة بالنظم القانونية التي تقرب منها

٢٤١- النظم القانونية التي تقترب من الحوالة وتشبه بها: وقبل أن نفصل أحكام الحوالة، حوالة الحق وحوالة الدين، نميزها عما يقرب منها في النظم القانونية ويشبه بها. فهناك غير الحوالة التجديد (novation) والإنابة في الوفاء (délégation) والوفاء مع الحلول (paiement avec subrogation). 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: سترى 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 لرضائهم، 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).

= فتح القدير ٥ ص ٤٤٣ - ٤٥٢ - الزيلعي ٤ ص ١٧١ - ١٧٥ - الفتاوى الهندية ٣ ص ٢٩٥ - ٣٠٦ - ابن عابدين ٤ ص ٤٤٦ - ٤٥٩ - بداية المجتهد ٢ ص ٢٥٠ - ٢٥٢ - الخرشى ٦ ص ١٦ - ٢١ - الخطاب ٥ ص ٩٠ - ٩٦ - القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٢٧ - المهذب ١ ص ٣٢٨ - ٣٣٩ - المغنى (الطبعة الثالثة) ٤ ص ٥٢١ - 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 وتغيير 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 للموصي. وهي خلافة لا تتحقق عنده إلا بالموت، فيختفي شخص السلف ويحل محله شخص الخلف.

(١) ويحسن التمييز أيضاً بين حوالة الحق والاشتراط لمصلحة الغير. فالاشتراط لمصلحة الغير لا يحول للغير حقاً له، بل يشترط لمصلحته حقاً يلزم به المتهمد، فنشأ للغير حق مباشر يستمده من عقد الاشتراط ذاته دون أن ينتقل إليه من المشتراط بطريق الحوالة. وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا جعل شخص من شخص آخر مستحقاً لقيمة التأمين الذي تعاقد عليه مع شركة التأمين، فهذا اشتراط لمصلحة الغير اشترطه المؤمن له على الشركة لمصلحة المستحق لا يترتب حقاً للمستحق قبل المشتراط أو ورثته من بعده بسبب إلقاء بوليصة التأمين لإمتناع المشتراط عن دفع أقساطه، إلا إذا كان الاشتراط قد حصل مقابل حق للمستحق على المشتراط. وليس هو حوالة من المشتراط للمستحق تقيده بذاتها =

لأن الدين غير مقدور التسليم إلا للمدين نفسه^(١). على أن في المذهب الحنفي حيلة تحقق كثيراً من الأغراض التي يراد الوصول إليها من وراء حوالة الحق^(٢).

ويخلص من كل ذلك أن الفقه الإسلامي لم يقر حوالة الدين بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي في أي مذهب من مذاهبه. وقد أقر حوالة الحق بشروط معينة. في أحد مذاهبه، وهو مذهب مالك، دون المذاهب الأخرى. فلم يكن الفقه الإسلامي إذن بدعاً 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 لا بسبب الموت ولا بين الأحياء^(٣).

(١) والحنفية تجيز بيع الدين ممن عليه الدين: إما بثمن معجل، ويبدو أن هذا أقرب إلى أن يكون وفاء للدين بمقابل. وإما بثمن مؤجل، ويبدو أن هذا أقرب إلى أن يكون تجديداً بتغيير محل الدين.

أما الشافعية ففي أحد قولين في مذهبهم أنه يجوز بيع الدين من غير المدين، بشرط قبض الدين والثمن في المجلس. وهذا لا يعدو أن يكون بيعاً محضاً، عجل فيه الثمن وسلم المبيع. فألباع تقدم إلى الدائن يسلمته، وباعها منه بثمن معادل للدين، ووكله الدائن (المشتري) في قبض هذا الدين. فقبض البائع الدين من المدين، واحتجرو ثمناً، وسلم المبيع إلى المشتري، وذلك كله في مجلس البيع.

وأما الحنابلة فلا يجيزون بيع الدين من غير المدين. ويجيزون بيعه من المدين بثمن معجل - وهذا وفاء بمقابل - لا بثمن مؤجل. غير أن ابن تيمية وتلميذه ابن القيم يذهبان إلى جواز بيع الدين بالدين ولو بثمن مؤجل (إعلام الموقعين ١ ص ٣٤٠ - ٣٤١)، ولا يمنعان إلا ابتداء الدين بالدين، أي أن يكون المبيع ديناً مؤجلاً في الذمة ويكون الثمن كذلك ديناً مؤجلاً في الذمة، كبيع مقدار من القمح مؤجل التسليم في مبلغ من النقود مؤجل الدفع. وهذا يخرج عن منطقة بيع الدين بالدين.

(٢) فيحتال على حوالة الحق بأحد طريقين: (١) يوكل الدائن من يريد أن يحول له حقه في قبض هذا الحق من المدين ثم يهبه إياه، وهو الطريق الذي كان القانون الروماني يلجأ إليه. ولكن يستطيع الموكل، في 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 توكيل من الدائن للمقر له بقبض الدين، أو يصدق المدين على الإقرار فيسرى في حقه (انظر في ذلك الأستاذ شفيق شحاته في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٦٢ - ٦٤. أما ما يذكره الأستاذ شفيق شحاته في ص ٥٧ - ٦١ من المسائل التي يستدل بها على جواز حوالة الحق في الفقه الحنفي، فيبدو لنا أن التعامل فيها إنما يقع على حوالة الدين لا على حوالة الحق، فتجري أحكام حوالة الدين على الوجه الذي أسلفناه في هذا المذهب، أو أن الحوالة في هذه المسائل إنما قصد بها التوكيل بقبض الدين وهذا مألوف في المذهب الحنفي كما قدمنا. انظر في هذا المعنى الأستاذ عيسوي أحمد عيسوي مجلة الأزهر ٢٧ ص ١٠١٤ - ١٠١٨ و ص ١١١٦ - ١١٢٠).

(٣) انظر في الحوالة بوجه عام في الفقه الإسلامي في مذاهب الأربعة: البدائع ٦ ص ١٥ - ١٩ =

ويعتينا هنا من هذه الصور الثلاث الصورتان الأولىان: 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 يقضى 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 بضمائنه وصفاته ودفعه، أما في التجديد فيحل محل الالتزام الأصلي التزام جديد بضمائنه وصفاته ودفعه، أما في التجديد فيحل محل الالتزام الأصلي (١). وقد نصت المادة ٣٥٦ مدني على أنه «١- يترتب على التجديد أن يقضى 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 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 ضمائنه 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،

= مديونية المشروط للمستحق بمقابل قيمتها (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٦ ص ٢٩٧).

(١) هذا إلى أن التجديد بتغيير الدائن يقتضى في انعقاده رضاء المدين الأصلي، أما حوالة الحق فلا تقتضى في انعقادها رضاء 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 القديم والدائن وحدهما، وتتفق حوالة الدين في ذلك مع التجديد.

(٢) بلاتويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٣ - دي باج ٣ فقرة ٣٧٢.

(٣) أما في تقنين الالتزامات السويسري: فقد بقي التجديد ولكن بأثر محدودة، ولم يخص له هذا التقنين إلا مادة واحدة هي المادة ١١٦.

مكان يذكر، فإن الحوالة تطفى 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.

٢٤٣ - حوالة المدين والائابة في الوفاء: ويقابل حوالة الدين أيضاً الإائابة في الوفاء. وتتم الإائابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين (م ١/٣٥٩ مدني). ويسمى المدين منيباً، والدائن مناباً لديه، والأجنبي منابياً.

فإذا كان المدين المنيب قد اتفق مع دائته المناب لديه ومع الأجنبي المناب أن يتجدد الدين الذي في ذمته للدائن بدين جديد يكون في ذمة الأجنبي المناب للدائن المناب لديه، فإن هذا يكون تجديداً بتغيير المدين (م ١/٣٦٠ مدني)، وقد سبق أن ذكرنا الفرق بين هذا التجديد وحوالة الدين.

أما إذا لم يتفق المتعاقدون على التجديد، فإن الالتزام الذي في ذمة المدين المنيب للدائن المناب لديه يبقى كما هو، ويضاف إليه التزام جديد ينشأ في ذمة المناب للمناب لديه (م ٢/٣٦٠ مدني).

ونرى من ذلك الفرق ما بين الإائابة في الوفاء في هذه الصورة الثانية وحوالة الدين. ففي حوالة الدين ينتقل الدين ذاته إلى ذمة مدين آخر، وفي الإائابة في الوفاء يبقى الدين القديم في ذمة المدين الأصلي وينشأ إلى جانبه دين جديد في ذمة مدين آخر. وهذا الدين الجديد مستقل عن الدين القديم في مقوماته وخصائصه، حتى أنه لا يتأثر بدفع الدين القديم (١).

٢٤٤ - حوالة الحق والوفاء مع الحلول: ويقرب الوفاء مع الحلول من حوالة الحق إلى حد كبير، فالوفاء مع الحلول هو أيضاً، كالحوالة، ينقل الالتزام من دائن إلى دائن آخر يحل محله، والالتزام الذي ينتقل هو الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه من ضمائنه وصفاته ودفعه.

ولكن الوفاء مع الحلول هو وفاء للدين يقوم به غير المدين، فيحل من وفي الدين محل الدائن في نفس الالتزام الذي وفاءه. أما حوالة الحق فلا تتضمن معنى الوفاء، بل معنى المضاربة إذا كانت بمقابل، فإن الدائن ينقل الالتزام إلى دائن آخر في مقابل مال يأخذه

(١) بلاتويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٤ - دي باج ٣ فقرة ٣٧٢.

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 تتركز الفروق الأخرى ما بين حوالة الحق والوفاء مع الحلول، من حيث قيام كل من الحوالة والحلول، ومن حيث الآثار التى تترتب على كل منهما.

فمن حيث قيام الحوالة والحلول، تقوم حوالة الحق على اتفاق ما بين الدائن الأصلي والدائن الجديد يحول بموجبه الأول للثانى الحق الذى له، وليس من الضرورى رضاء 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 الأصلي والدائن الجديد يستوفى بموجبه الأول حقه من الثانى ويحل محله فيه (م ٣٢٧ مدنى)، أو باتفاق بين المدين والدائن الجديد يقترض 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 مقدار ما أعطى (١).

وسنعود ببيان أوفى إلى المقارنة بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق (٢). وننتقل الآن، به هذه المقارنات العاجلة، إلى تفصيل أحكام الحوالة، بادئين بحوالة الحق، ونعقبها بحوالة الدين.

(١) انظر فى كل ذلك دى باج ٣ 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 الذي في ذمة المدين، فيحل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق نفسه بجميع مقوماته سائمه كما قدمنا.

ويسمى الدائن محيلا (cédant) لأنه يحيل الأجنبي بالحق الذي له على المدين. ويسمى الأجنبي وهو الدائن الجديد محالا له (cessionnaire) لأن الدائن أحاله

ويسمى المدين محالا عليه (cédé)، لأن الدائن الأصلي أحال عليه الدائن الجديد.

٢٤٦- الاغراض المختلفة لحوالة الحق: وحوالة الحق، وإن كانت صورتها واحدة لا ير، متنوعة الأغراض والمقاصد. فقد يقصد الدائن أن يبيع حقه من المحال له الدائن بيد، وقد يقصد أنه يهبه إياه، أو يرهنه عنده، أو يوفى به ديناً عليه لهذا الدائن الجديد ون الحوالة وفاء بمقابل لهذا الدين. والعبرة بالإرادة الحقيقية للمحيل والمحال له، عرف على هذه الإرادة مسألة واقع تقدرها محكمة الموضوع دون تعقيب عليها من كلمة النقض (١).

مراجع: أوربي ورو ٥ فقرة ٣٥٩ وفقرة ٣٥٩ مكررة - بودري 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 وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٠٨ - فقرة ١٣١٠ وفقرة ١٦٩٦ - فقرة ١٧٤٠ - كولان وكابيتان ودي لامر اندبير 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 العقد 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 الحي حجازي ٣ ص ٢٤١ - ٢٦٧ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٣١١ - ٣٢٢. الموجز للمؤلف ص ٥٢٧ - ٥٤٨ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٣٩ - ص ٥٦٠.

(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 إليها الملكية في الدين، ويكول للمحتال أن يباشر =

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 يكون هذا عادة أقدر على تقاضى الحق من المدين. أما فائدة المحال له من شراء الحق فهو ما يجنيه من الكسب، إذ هو لا يبد 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

=بموجبها التنفيذ ... ومتى استخلصت المحكمة استخلاصاً سائفاً من أوراق الدعوى وظروفها أن المقصود من الحوالة إنما كان استيفاء الممثل 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 ٣ رقم ٩٩ ص ٣١٧). وأياً كان الغرض من الحوالة، فهناك قواعد عامة تنطبق على كل حوالة، بيعاً كانت أو هبة أو رهناً أو وفاء بمقابل أو غير ذلك، كاتفاق المحيل مع المحال له على الحوالة وكيف نصير الحوالة نافذة في حق المحال عليه وفي حق الغير. ثم ينفرد بعد ذلك كل عقد بالقواعد الخاصة به، فالبيع يقتضى الثمن والضمان، والهبة تقتضى نية التبرع، والوفاء بمقابل يقتضى وجود دين في ذمة المحيل للمحال له يوفيه بالحوالة، والرهن يقتضى أيضاً وجود دين في ذمة المحيل للمحال له يرهن فيه المحيل حقه عن طريق الحوالة. والأهلية اللازمة للحوالة هي الأهلية اللازمة للعقد الذي تنطوي عليه فقد تكون أهلية التصرف أو أهلية التبرع بحسب الأحوال (بلانبول 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 الصدد ما يأتي: «وإذا كان الغالب في هذه الحوالة أن تتم في مقابل مبلغ من المال يؤدي بوصفه ثمناً، وأن تتوافر فيه مقومات البيع من هذا الوجه، إلا أنها قد تتعد أحياناً للاعتياض فتكون وفاء بمقابل، وقد ينتفى فيها المقابل فتكون هبة. وقد يقع أن يقصد منها إلى مجرد إنشاء تأمين خاص، وفي هذه الحالة تنشئ 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 يرمع عقده. وإذا كان من بين هذه القواعد ما يتعين 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 تشغل مكاناً طبيعياً في نطاق النظرية العامة للالتزام. ولهذه العلة اقتصر المشروع في هذا المقام على الوقوف لدى الأحكام الخاصة بانتقال الالتزام في ذاته (انظر المادة ٤١٣ من التقنين الألماني والمادة ١٠٧٨ من التقنين البرازيلي) دون أن يعتد في ذلك بسبب الانتقال أو ترتيب الحق، بيعاً كان أو هبة أو مقايضة أو شركة أو رهناً (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٩ - ١١٠).

سينتجش 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 بنية 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، فيعمد إلى اقتراض حاجته من المحال له رهنه عنده حقه. فإذا حل أجل القرض، فأما أن يكون المحيل مستطيعاً رده للمحال له فيفك الرهن عن حقه المرهون^(٢)، وأما ألا يكون مستطيعاً رد القرض فينفذ المحال له على الحق المرهون وفقاً للأحكام المقررة في رهن الدين^(٣) (م ١١٢٣ - ١١٢٩ مدني). يسل 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^(٤).

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

- (١) استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ الحاماة ١٧ رقم ٢٦٤ ص ٥٤٤ - استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٧٠.
- (٢) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١١٢.
- (٣) وعلى المحال له المرهن أن يجدد قيد الرهن الضامن للحق محل الحوالة حتى قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير (استئناف مختلط ١٧ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨). أما إذا استوفى المحال له حقه الذي ارتهن فيه الحق محل الحوالة، فالالتزام بتجديد القيد يقع على المحيل بعد ذلك (استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٧٠). ويعود للمحيل بوجه عام الصفة الكاملة في أن يتخذ أى إجراء بشأن الحق (استئناف مختلط 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 مختلط 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 مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٧٠).
- (٤) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٣.

الفصل الأول أركان حوالة الحق

٢٤٨- أركان حوالة الحق هي أركان الاتفاق بوجه عام: حوالة الحق هي، كما قدمنا، اتفاق بين المحيل والمحال له على تحويل حق المحيل الذي في ذمة المحال عليه إلى المحال له (١). 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 يصدر 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 فى المحل شرائطه العامة، ومحل حوالة الحق هو الحق الذى فى ذمة المحال عليه للمحيل، وهناك شرائط خاصة بهذا المحل هي التى سنعرض لها هنا. والسبب فى 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 فى كل ما قدمناه على القواعد العامة التى سبق بسطها فيما يتعلق بالعقد،

(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 ٣٣٣). ويعتبر تدليساً ألا يطلع المحامي موكله على المركز الصحيح لحقه فى قائمة التوزيع، ليحمله بذلك على أن يحول له هذا الحق (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٣).

(٢) وتعتبر الحوالة فى القوانين الجرمانية مصدراً لالتزام مجرد.

(١) أ- حوالة الحق تماماً بمجرد التراضي طالما لم يمنع ذلك القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام م ٣٠٣ من القانون المدنى. انعقاد الحوالة صحيحة. أثره. انتقال الحق المحال به - مدنياً أو تجارياً - من المحيل إلى المحال له بمجرد انعقادها.

(جلسة ١٩٩٥/٥/٢٨ الطعن ٢٢٥٢ لسنة ٥٨ ق)

ب- حوالة الحق هي اتفاق بين المحيل وبين المحال له على تحويل حق الأول الذى فى ذمة المحال عليه إلى الثانى، ويتعين مراعاة القواعد العامة فى اثبات الحوالة لما كان ذلك وكان المطعون عليه الأول لم يقدم ما يفيد حوالة عقد الايجار من البائعة إليه، وكان البين من الأنداز الموجه منه إلى الطاعنين - المستأجرين - أنه اقتصر على الإشارة إلى حلوله محل المؤجر والبائعة فى عقد الايجار بوصفه خلفاً خاصاً فان ذلك لا يكفى لاثبات حصول اتفاق بينه وبين البائعة للمؤجر على تحويله حقها فى قبض الأجرة من الطاعنين.

(جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ الطعن رقم ٦٠١ لسنة ٤٣ ق مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص ٨٧٧)

حقه فى ذمة المحيل بحق المحيل فى ذمة المحال عليه. وهذا هو الوفاء بمقابل (١).

٢٤٧- أركان حوالة الحق والآثار التى تترتب عليها: ونبحث فى حوالة الحق فى فصلين متعاقبين: (أولاً) أركان الحوالة - (ثانياً) الآثار التى تترتب عليها.

(١) استئناف مختلط 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 فى مقابل الحق الذى حول له (هيك ١ فقرة ٢٦٦). وقد تكون الحوالة قرضاً، فيقبض المحال له الحق من المحال عليه على أن يرد مثله إلى المحال له فى الأجل المضروب. وقد تكون الحوالة شركة، فيدفع المحيل حصته فى الشركة التى حولها. وقد تكون الحوالة وكالة بالقبض بقصد التحصيل، فيكون المحال له وكيلاً عن المحيل فى تحصيل الحق محل الحوالة، وتقديم حساب عنه للمحيل (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٥ ص ٣٧٥). فإذا كان سند الدين محرراً لأمر وإذن الدائن، وحوله هذا تحويلاً لم يذكر فيه تاريخه ولا أن القيمة وصلت، كان تحويلاً ناقصاً لا يوجب انتقال الملكية للمحال له، بل يعتبر توكيلاً فى قبض السند عملاً بالمادة ١٣٥ تجارى، فيجوز أن توجه للمحال له جميع الدفع التى يجوز التمسك بها قبل المحيل: استئناف وطنى ٨ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٢٥ ص ٢٩٣-٦ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢٨ 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، فى التحويل ليكون تاماً إنما محله السندات التجارية: بنى مزار ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٨ ص ٥١٢. وإذا اعتبر التحويل الحاصل من الدائن توكيلاً فقط لعدم النص على وصول القيمة، فان هذا لا يمنع المحال له من رفع الدعوى باسمه الشخصى على المحال له عليه وتقاضى الدين باسمه خاصة، وكل ما للمدين فى هذه الحالة هو أن يدفع قبل المحال له بالدفع التى له قبل المحيل (طنطا ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٩٣ ص ١٨٢).

وعدم ذكر لمن للحوالة لا يجعلها باطلة، فقد تكون هبة أو رهناً أو وفاء بمقابل أو غير ذلك، وتعتبر فى أقل تقدير وكالة بالقبض لتحصيل الحق محل الحوالة (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص 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 ضمناً لاعتماد يفتح فى مصرف، وجب أن يذكر مقدار هذا الاعتماد حتى تكون الحوالة صحيحة، لأن المحال له ليس له فى الحوالة إلا هذا المقدار (استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٤).

فحوالة الحق ليست إلا عقداً أو اتفاقاً (١). ونكتفى هنا ببحث مسألتين: (١) محل الحوالة، وذلك لبحث الشرائط الخاصة بحوالة الحق التي سبقت الإشارة إليها. (٢) التراضي، وذلك لتعدد أطراف الحوالة فترى ممن يصدر التراضي، ومتى تتعقد الحوالة، ومتى تنفذ في حق المحال عليه وفي حق الغير.

الفرع الأول محل الحوالة 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. وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين.»

وتنص المادة ٣٠٤ على ما يأتي:

«لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز (٢).»

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١/٣٤٩ و ٢ وطنى والمادة ٤٣٥ مختلط (٣).

(١) والحوالة اتفاق لأنها تنقل الالتزام، ولا تنشئة كالعقد. على أنه لا توجد أهمية عملية في التمييز ما بين الاتفاق والعقد. وسنعود إلى هذه المسألة: أنظر ما يلي فقرة ٢٦٣.

(٢) تاريخ النصوص:

٣٠٣م: ورد هذا النص في المادة ٤٢٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٥ في المشروع النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١١ و ص ١١٤).

٣٠٤م: ورد هذا النص في المادة ٤٢٩ من المشروع التمهيدي 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٤ - ص ١١٥).

(٣) التقنين المدني السابق: ١/٣٤٩ و ٢ وطنى (دكرتو 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 اليمين.

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادتين ٣٠٣-٣٠٤ وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٩٠-٢٩١ - مدنى التقنين المدني العراقي المادتين ٣٦٢ و ٣٦٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٢٨٠-٢٨١ (١).

ويتبين من النصوص المتقدمة أن حوالة الحق محلها حق للدائن، فهذا الحق الشخصي هو الذى ينتقل بالحوالة من الدائن الأصلي إلى الدائن الجديد.

والأصل أن كل حق شخصي قابل للحوالة، ومع ذلك لا يكون قابلاً لها في بعض حالات استثنائية. فنستعرض الأصل، ثم نورد الاستثناءات.

١- الأصل العام - الحق الشخصي قابل للحوالة

٢٥٠- كل حق شخصي قابل في الاصل للحوالة: الحق الشخصي (créance) أياً كان محله، قابل في الأصل للحوالة به من دائته الأصلي إلى دائن جديد.

ويغلب في حوالة الحق أن يكون محل هذا الحق مبلغاً من النقود. ولكن يجوز أن يكون

٤٣٥م = مختلط: تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع إلى المشتري بمجرد تراضيهما. وسنعلق في مكان آخر على نصوص التقنين المدني السابق فيما يتعلق برضاء المدين. (١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري: ٣٠٣م - ٣٠٤م (مطابقتان للمادتين ٣٠٣-٣٠٤ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي: ٢٩٠م - ٢٩١م (مطابقتان للمادتين ٣٠٣-٣٠٤ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي: ٣٦٢م و ٣٦٤م (مطابقتان للمادتين ٣٠٣-٣٠٤ من التقنين المدني المصري).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني: ٢٨٠م: يجوز للدائن أن يتفرغ لشخص آخر عن 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 التغيير.

٢٨١م: ويجوز التفرغ عن حقوق معلقة بظرف ما وإن تكن استقبالية محضة. ويصح التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى الأساس في شأنه، بشرط أن يرضى المدينون الذى 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 التملص من المتفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع في إحرازه الحقوق المتنازع عليها، كأن يكون وارثاً مع المتفرغ أو شريكاً له في ملك أو دائناً له.

وهذه الأحكام تنفق مع أحكام التقنين المدني المصري. وفيما يتعلق ببيع الحقوق المتنازع عليها الذى وردت أحكامه في الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ لبناني انظر المادتين ٤٦٩-٤٧٠ مصري، وهى مسألة تخرج عن نطاق البحث. انظر في التقنين اللبناني الدكتور صبحي المحمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ١٩ - ص ٢٥.

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)(١).

كذلك يجوز أن يكون محل الحق عملاً أو امتناعاً عن عمل^(٤)(٢). فيجوز للمستأجر،

(١) وذلك كسند تعهد بموقفه بموجبه أن يورد قطعاً لشونة الدائن، فيجوز للدائن حوالة هذا السند (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٢٠).

(٢) أما التنازل عن الحقوق العينية فتخضع لإجراءات الشهر والتسجيل إذا كانت عقارية، لا لأجراءات الحوالة (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٩ وهامش رقم ١٢ - بودري وسينيا فقرة ٧٥٥ - دي باج ٣ فقرة ٣٨١).

(٣) أنسيكلوبيدي 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 تنتقل ملكية المحصول للمشتري ولو قبل أن يتسلمه، فإذا نزل عن حقه لشخص آخر اتبعت إجراءات نقل الحقوق العينية لا إجراءات الحوالة (قارن بلاتبول وريبير وردوان ٧ ص ٤٨٩ هامش رقم ٣).

ويجوز في البيع غير المسجل لعقار 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 - بلاتبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٢ - عكس ذلك أوبري ورو ٤ فقرة ٣٥٩.

(١) إذا كان الثابت في الدعوى أن ... وعد بشراء قطعة الأرض الواردة بالاتفاق المؤرخ ... وبالسعر المحدد به، كما وعدت الشركة المطعون عليها بأن تبقيه هذه القطعة بذات السعر، فإن هذا الوعد المتبادل بالبيع من جانب الشركة والشراء من جانبه ... هو بيع تام ملزم للطرفين، تترتب على كل الآثار التي تترتب على البيع، ولا يؤثر عليه ارجاء التحديد النهائي لمساحة المبيع، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الاتفاق المؤرخ .. عقد بيع كامل الأركان، ويرتب على تنازل المشتري عن حقوقه في هذا العقد إلى الطاعنين وقبولهما الحلول فيه، ثم قبول الشركة المطعون عليها انتقال والتزامات المشتري الأول إليهما اعتبارهما مشتريين فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه.

(جلسة ١٩٧٢/٢/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ١٠١٠)

(٢) حق استغلال المصنف مالياً هو للمؤلف وحده، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن سابق منه أو ممن يخلفه، وللمؤلف وحده أن يتقل إلى الغير الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المقررة له كلها أو بعضها وأن يحدد في هذه الحالة مدة استغلال الغير لما تلقاه منه من هذه الحقوق، ومقتضى ذلك أن المؤلف حر في أن يجيز لمن يشاء نشر مؤلفه وأن يمنعه ممن يشاء وفي أن يسكت على الاعتداء على حقه إذا وقع من شخص، ولا يسكت عليه إذا تكرر من نفس المعتدى أو وقع من غيره.

(جلسة ١٩٦٤/٧/٧ الطعن رقم ١٣ لسنة ٢٩ ق مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٩٢٠).

وهو دائن للمؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة، أن ينزل عن حقه إلى شخص آخر، وهذا هو التنازل 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 ارتفاع وفقاً للمادة ١٠١٨ مدني، فإن هذه القيود تكون التزامات بالامتناع عن عمل، ويجوز لمالك 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^(١)، فتجوز حوالة الحقوق التي لا دليل عليها إلا البينة أو القرينة. وكذلك تجوز حوالة الأوراق التجارية من كمبيالات 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)(٢).

(١) أما الإيجار من الباطن فهو إيجار المستأجر لحقه لا نزوله عن هذا الحق، فيختلف عن التنازل عن الإيجار (أنظر دي باج ٣ فقرة ٣٨٢).

(٢) فيجوز للمستأجر أن ينزل عن حقه في السمسرة إذا ما تمت الصفقة التي توجب له هذا الحق، فهو في هذه الحالة ينزل عن حق معلق على شرط (أنسيكلوبيدي دالوز ١ cession de créanc فقرة ٥١).

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٣.

(١) إن الأحكام بذاتها لا تنشئ حقوقاً جديدة للمصنف بل هي تثبت لهم حقوقهم الناشئة من قبل، وتلزم المنازع فيها باحترامها ونفاذها. فإذا كانت تلك الحقوق قابلة للحوالة برضاء المدين بها وقت نشوئها فإن الأحكام الصادرة بإقرارها ونفاذها تكون أيضاً قابلة للحوالة بدون حاجة إلى رضاه جديد من المدين. وعلى أن قبول المدين تحويل سند الدين ليس معناه في الواقع قبول تحويل الورقة في ذاتها بل معناه تحويل الحقوق الثابتة بموجبها، وهذه الحوالة تنسحب بطبيعة الحال على الأحكام الملزمة بنفاذ تلك الحقوق.

(الطعن ١٣٨ لسنة ١٤ ق - جلسة ١٩٤٥/٣/٢٩)

(٢) الأصل طبقاً لما تقضى به المادة ٣٠٣ من القانون المدني أن الحق الشخصي أياً كان محله قابل للحوالة إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، يستوى في ذلك أن =

٢٥١ - 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 باتاً كاملاً بأثر 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 (1)

= يكون الحق منجزاً أو معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل أو أن يكون حقاً مستقبلاً.

(الظمن ٣٥٢ لسنة ٤١ ق - جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ ص ٢٨ ص ٧٣٢)

(١) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ من تفنين الموجبات والعقود اللبناني صراحة على هذا الحكم، فقضت بأنه «يجوز التفرغ عن حقوق معلقة بظرف ما، وإن تكن استقبالية محضة». والنص الفرنسي للمعبارة الأخيرة هو ما يأتي: «quand bien même ils seraient purement éventuels».

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦.

(1) أ- إذا كان الثابت أن الطاعنة - وهي شركة التأمين - أقامت هذه الدعوى طالبة الزام المطعون عليها الأولى - بوصفها مسؤولة عن الضرر المؤمن منه بما دفعته الشركة المستأنفة، واستندت في مطالبتها إلى شرط الحلول الوارد في وثيقة التأمين، إذا كان هذا الشرط في حقيقته حوالة حق احتمالي مشروط بتحقق الخطر المؤمن منه، فإنه يكون خاضعاً لأحكام حوالة الحق في القانون المدني وهي لا تستوجب لانقضاء الحوالة رضاء المدين، وترتب عليها - بالنسبة للمطعون الشخصية - انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد انعقاد العقد، ولما كانت الحوالة الثابتة في وثيقة التأمين قد تمت باتفاق طرفيها عليها، وكان الخطر المؤمن منه هو حصول عجز وتلف وعوار في الرسالة المؤمن عليها قد وقع فعلاً، فقد زال عن الحق المحال صفته الاحتمالية وأضحى وجوده محققاً وانتقل من ثم إلى شركة التأمين الطاعنة وإذا كان مؤدى ما سلف أن الحق في الرجوع على المسئول عن الضرر قد انتقل إلى الطاعنة بمقتضى الحوالة الثابتة في وثيقة التأمين وكان انتقال هذا الحق - على ما سلف القول - غير معلق على الوفاء بالتعويض فإن الدعوى تكون قد أقيمت من ذى صفة، ويكون الحكم المطعون فيه وقد خالف هذا النظر وانتهى إلى أن الطاعنة حين رفضت دعواها لم يكن لها ثمة حق في رفعها بسبب وفاتها اللاحق بالتعويض يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

حوالة الحق الشرطي. ومن ثم أيضاً ذهب القضاء الفرنسي في بعض أحكامه، إلى وجوب أن تتحقق عناصر الحق الاحتمالي ولو تحققاً جزئياً، حتى يكون هذا الحق قابلاً للحوالة^(١).

ولكن الفقه الفرنسي بوجه عام، ومعه كثير من أحكام القضاء في فرنسا، ذهب إلى جواز حوالة الحق الاحتمالي حتى قبل أن يتحقق أى عنصر من عناصره^(٢). وهذا هو الرأى الصحيح، فإن التعامل في الأشياء المستقبلية جائز، والحوالة ليست إلا ضرباً من ضروب التعامل، فتجوز تأسيساً على ذلك حوالة الحق المستقبل أو الحق الاحتمالي.

ويؤيد هذا الرأى في التفنين المدني المصرى نصان: (أولهما) المادة ٩٤٨ وتنص على أن «يسقط الحق في الأخذ بالشفعة... إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع». فهنا النزول - وإن كان إسقاطاً لا حوالة - يرد على حق احتمالي. (والنص الثانى) المادة ١٠٤٠ وتقضى بأنه «يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي». فهنا أيضاً للحق الاحتمالي كيان يسمح بأن يترتب له ضمان، فيصح إذن أن يكون محلاً للتعامل^(٣).

= (جلسة ١٩٧٤/٥/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ٨٥٩)

ب- لا تنعقد الحوالة إذا كان الحق المحال به قد زال عن المحيل قبل الحوالة، فإذا كان الثابت من قرارات الحكم المطعون فيه أن الناقل الأولى بعد أن استصدرت أذن التسليم من الناقل الثانى تقدمت إليه بطلب لتسليم البضاعة إليها طبقاً لنظام تسليم صاحبه، وأعفته على ما هو مدون بالطلب المذكور من كل مسئولية تترتب على هذا التسليم بما فى ذلك المسئولية عن العجز فى البضاعة أو فقد الطرد بما يعتبر نزولاً منها عن الحقوق الثابتة لها بموجب أذن التسليم فإن حوالة هذه الأذن منها إلى المرسل إليها بعد ذلك لا تصادف محلاً تنعقد به الحوالة ولا تنشأ عنها علاقة مباشرة بين المرسل إليها وبين الناقل الثانى الذى أصدر أذن التسليم المشار إليها.

(جلسة ١٩٦٣/٥/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٧٣٦)

(١) فلا يجوز للمؤلف أن ينزل عن حقوقه قبل الناشر إلا بعد إضاء عقد النشر، ولا يجوز للمعاول أن ينزل عن حقه قبل صاحب العمل إلا بعد إبرام الصفقة معه (محكمة النقض الفرنسية ٧ أغسطس سنة ١٨٤٣ سيرة ٤٣-١-٧٧٥).

وانظر بودرى وسينيا فقرة ٧٦٠ - فقرة ٧٦٢ - أنسيكلويدى داللو ١ cession de créanc - فقرة ٧٠ - فقرة ٧٧.

(٢) أوربى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ص ١٣٣ - هيك ١ فقرة ١٥٩ وقرة ١٧٥ - جيللوار ٢ فقرة ٧٥ - ديموج فى مقال له فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٥ وسنة 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 سيرة ٩٥ - ١ - ٤٤٤ - ٢٩ يونيه سنة ١٩٠٨ داللو ١٩٠٨ - ١ - ٤٦٣ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٨ داللو الأسبوعى ١٩٢٨ - ٦٠٥.

(٣) انظر فى هذا المعنى الأستاذ شفيق شحاته فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ١٨ - وقارن =

وقد ذهب القضاء في مصر إلى جواز أن يحول مالك العقار مقدماً الربيع الذي ينتجه عقاره في المستقبل، وتكون هذه الحوالة سارية حتى في حق الدائنين المقيدين قبل الحوالة (١).
 وذهب أيضاً إلى جواز أن يحول المقاول إلى أحد المصارف الأجرة التي تستحق له في نظير الأعمال التي سيعهد بها إليه صاحب العمل، وذلك ضماناً لحساب جار يفتحه له المصرف (٢).

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 المقاول، المقاول دائن بالأجرة ومدين بالعمل. وفي عقد التأمين، المؤمن له دائن بمبلغ التأمين، ومدين بالأقساط. وهكذا. فهل يجوز لهؤلاء الدائنين المدنين 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 (٣) (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 الغير إلى العين المؤجرة، مع استبقاء الأجرة في ذمته؟ وهل يجوز للمورد أن يحول حقه في الثمن، مع بقاءه ملتزماً بالتوريد؟ وهل يجوز للمقاول أن يحول حقه في الأجرة، مع بقاءه ملتزماً بالعمل؟ وهل يجوز للمؤمن له أن يحول حقه في مبلغ التأمين، مع بقاءه ملتزماً بدفع الأقساط؟

في التقنيات التي تجيز حوالة الدين كما تجيز حوالة الحق، كالتقنين المدني المصري الجديد، لا تقوم حاجة عملية إلى حوالة الحق دون الدين، فإن الأيسر على ذوى الشأن أن يحولوا الحقوق والديون جميعاً، أى الالتزامات الناشئة من العقد الملزم من الجانبين، وقد نظم التقنين المدني المصري الجديد تنظيماً تشريعياً حوالة أحد العقود الملزمة للجانبين، وهو عقد الإيجار، باسم التنازل عن الإيجار. فأجاز المستأجر 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 في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي (أنظر المواد ٥٩٥ و ٥٩٧ مدني) (١) (١).

ولكن الحاجة العملية إلى الترخيص في حوالة الحق دون الدين إنما تقوم في التقنيات

= بعضها إلى شريكه في المشروع المالي باى طريق من طرق التخلي ايجارا كان من الباطن أو تنازلاً عن الإيجار - لانتفاء مقتضى ذلك قانوناً - بل يظل عقد ايجار العين على حاله قائماً لصالح المستأجر وحده ما لم يثبت بدليل آخر تخليه عن حقوقه المتولدة عن ذلك العقد إلى الغير.
 (جلسة ١٩٧٩/٦/١٦ الطعن رقم ٥٥٢ لسنة ٤٤٢ ق)

ب- التنازل عن الإيجار يتضمن حوالة حق بالنسبة إلى حقوق المستأجر وحوالة دين بالنسبة لالتزاماته، فانه لذلك يجب خضوعه من حيث صحته ونفاذه للقواعد العامة التي تحكم هذين التصرفين فلا ينفذ التنازل عن الإيجار كحوالة الحق في المؤجر إلا من وقت اعلانه بالتنازل أو قبوله له - م ٣٠٥ مدني - ولا ينفذ كحوالة دين في حق الدائن إلا إذا أقرها.
 (جلسة ١٩٧٨/١٢/٢ الطعن رقم ٥ لسنة ٤٤٤ ق)

(١) وقد ينظم التقنين تنظيمياً تشريعياً حوالة العقد الملزم للجانبين بما ينشقه من حقوق وديون، حتى لو كان هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين، وذلك بفضل ما للمشرع من سلطان تشريعي. وقد كان التقنين المدني المصري السابق لا ينظم حوالة الدين، ومع ذلك نظم حوالة عقد الإيجار، وأسماها هو أيضاً «التنازل عن الإيجار».

(١) عقد البيع غير المسجل يولد حقوقاً والتزامات شخصية بين البائع والمشتري فيجوز للمشتري أن يحيل لآخر ما له من حقوق شخصية قبل البائع.
 (جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ الطعن ٢١٨ لسنة ٣٤ ق مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص ٣٥٧)

= الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٤٧ - أما الموصى له فلا يجوز أن يتصرف في الوصية قبل موت الموصى، لجواز رجوع الموصى في الوصية، ولأن هذا تعامل في تركة مستقبلية لم يجزه القانون كما أجاز الوصية.

(١) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٧.
 (٢) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤٥ - ويجب إعلان هذه الحوالة لصاحب العمل حتى تنفذ في حقه، ولا يكفي إعلانها لوكيل عنه تقتصر وكالته على رقابة العمل ودفع الأقساط للمقاول (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٠٣).

(٣) 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 للجانبين لخلف خاص رسالة من ستراسبوج سنة ١٩٥٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٧ مكررة - وانظر الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٤٨ ص ٤٢ - الأستاذ حيد الحى حجازى ٣ ص ٢٤٥ - وانظر في التقنين المدني الإيطالي الجديد المواد ١٤٠٦ - ١٤١٠).

(١) أ- قيام مستأجر العين باشتراك آخر معه في النشاط المالي الذي يباشره فيها عن طريق تكوين شركة بينهما لا يعدو أن يكون متابعة من جانب المستأجر للانتفاع بالعين فيما أجزت من أجله بعد أن ضم إلى رأس ماله المستثمر فيها حصة لآخر على سبيل المشاركة في استغلال هذا المال المشترك، دون أن يتطوى هذا بذاته على معنى تخلف المستأجر لتلك العين عن حقه في الانتفاع بها سواء كلها أو بعضها.

التي تنظم حوالة الحق دون أن تنظم حوالة الدين، كالتقنين المدني الفرنسي^(١). ففي هذه التقنيات لا يتيسر للمتعاقد، وهو دائن ومدين في وقت واحد، أن يحول دينه، فهل يستطيع مع ذلك أن يحول حقه؟ دعا إلى التشكك في هذا الأمر أن الحق والدين في العقد الملزم للجانبين مرتبطان أحدهما بالآخر ارتباطاً وثيقاً، حمل بعض الفقهاء على القول بأنه لا فكاك بينهما، وأنه لا يجوز فصلهما بتحويل أحدهما واستبقاء الآخر^(٢).

والصحيح أنه تجوز حوالة الحق دون الدين في الأحوال المتقدمة الذكر. وإذا كان الحق والدين مرتبطين أحدهما بالآخر في العقد الملزم للجانبين، فليس معنى ذلك أنهما غير قابلين للتجزئة^(٣). وغنى عن البيان أن حوالة الحق دون الدين جائزة في التقنيات التي تنظم حوالة الدين كما تنظم حوالة الحق كالتقنين المدني المصري، وإذا كانت حوالة كل من الحق والدين جائزة في هذه التقنيات، فأولى أن تجوز حوالة الحق وحده.

٢٥٣ - حوالة الحقوق المتنازع فيها: والحق الشخصي قابل للحوالة حتى لو كان حقاً ينازع فيه المدين. ويعتبر الحق متنازلاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي^(٤).

وإذا كانت حوالة حق المتنازع فيه بيعاً^(١)، فقد اعتبر المشرع المشتري، وهو يتصيد

(١) وحتى في التقنيات التي نظمت حوالة الدين كما نظمت حوالة الحق، كما هو شأن التقنين المدني المصري، قد تقوم الحاجة إلى الترخيص في حوالة الحق دون الدين. ذلك أن المتعاقد، في عقد ملزم للجانبين، يستطيع باعتباره دائماً أن يحول حقه دون رضا المتعاقد الآخر، ولكنه باعتباره مديناً لا يستغنى عن رضا هذا المتعاقد الآخر في تحويل دينه حتى تنفذ حوالة الدين في حق دائته. فإذا لم يكن المتعاقد الآخر راضياً بالحوالة، فلا مناص من أن يكتفى المتعاقد الأول بحوالة الحق دون الدين.

(٢) ديمولومب ٢٤ فقرة ٢٨٢.

(٣) بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٥.

(٤) استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٣ - وقد كان رضا المدين ضرورياً لانعقاد الحوالة في عهد التقنين المدني الأهلي السابق حتى لو كان الحق متنازلاً فيه: نقض مدني 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 ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٣١.

(١) أنه لما كان الثابت في الأوراق أن مورث الطاعنة والبايع له يستندان إلى عقدي بيع ابتدائي وكان قد قضى برد وبطلان الحوالة الصادر من البايع للبايع لهذا المورث وكانت الطاعنة لم تنع على هذا القضاء بأي مطعن، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ في فهم الواقع أو مخالف القانون، إذ انتهى إلى أن الحوالة الصادر من البايع لمورث الطاعنة قد وردت على محل معدوم لأن الحق المحال به لم يؤل أصلاً للبايع حتى يتصرف فيه بحوالته إلى هذا المورث.

(جلسة ١٩٨٢/٣/٢٥ الطعن ١٠٩٩ السنة ٤٧ ق السنة ٣٣ ص ٣٢٥)

الحقوق المتنازع فيها، مضارباً قد وصل في المضاربة حداً لا تحمد معه مسيرته فيه. ومن ثم جعل للمدين الذي ينازع في هذا الحق أن يتخلص من مطالبة المشتري، إذا هو رد إليه الثمن الحقيقي الذي دفعه - ويكون عادة ثمناً بخساً - مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع (م ٤٦٩ مدني). إلا أنه استثنى من هذا الحكم حالات لا تتمحض فيها فكرة المضاربة، بل يكون للمشتري في الصفقة التي عقدها مسوغ 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 في ذمة أجنبي وفاء للدين المستحق في ذمته، أو إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار^(١).

ولما كان بيع الحقوق المتنازع فيها ليس خاصاً بالحقوق الشخصية، بل هو عام يشمل الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء، متى كانت حقوقاً متنازلاً فيها على النحو الذي أسلفنا ذكره، ثم هو مقصور على عقد البيع، فإن هذه المسألة تخرج عن نطاق بحثنا، فنكتفي هنا بما قدمناه، وسنبعث المسألة في تفصيل أوفى عند الكلام في البيع.

٢٥٤ - الحقوق العينية لا تكون محلاً لحوالة الحق: وقد قدمنا أن الحق الذي يكون محلاً للحوالة لا بد أن يكون حقاً شخصياً. أما الحقوق العينية فتنتقل من صاحبها إلى غيره بطرق وإجراءات أخرى غير الطرق والإجراءات التي تتبع في حوالة الحقوق الشخصية.

وأهم فرق بين الحق العيني والحق الشخصي في هذا الصدد أن الحق العيني لا يتعلق بذمة مدین معين بالذات، ومن ثم يتم نقله وينفذ بالاتفاق بين صاحب الحق ومن يتعاقد معه. أما النفاذ في حق الغير، فلا يمكن أن يكون ذلك بإعلان الاتفاق إلى مدین معين كما هو الشأن في حوالة 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

(١) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي: «ويصح 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 التملص من المتفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع في إحرازه الحقوق المتنازع عليها كأن يكون وارثاً مع المتفرغ أو شريكاً له في ملك أو دائماً له. ويبدو من هذا النص أنه يجوز للمحال عليه «التملص» من الحق المتنازع فيه بدفعه الثمن والفوائد والمصروفات، ما لم يوجد عند المتفرغ له سبب مشروع في شرائه الحق المتنازع فيه، كأن يكون وارثاً مع المتفرغ أو شريكاً له في ملك أو دائماً له كما يذكر النص. ومع ذلك فإن الدكتور صبحي المحمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٨.

منقول، فإن القاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية من شأنها أن تكفل لمن حاز المنقول حقه قبل الغير^(١).

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^(١)، وأن المادة ٣٠٤ مدني تقضى بأنه لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز.

(١) بودري وسينيا فقرة ٧٣٥. وقد جاء في المادة ٢٨٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني أن قواعد الحوالة 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. ويقول الدكتور صبحي الحمصاني في هذا الصدد: «ولكن القانون اللبناني، خلافاً لسائر القوانين العربية، اعتبر قواعد حوالة الحق التي وضعها عامة تشمل أيضاً حوالة 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 أمثلة 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 أشبه» (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 ٨٩ - ص ٩٠.

أما الحقوق العينية التبعية، كالرهن والاختصاص والامتياز، فننتقل تبعاً للحق الشخصي إلى من حول له هذا الحق، مع التأشير في القيد ليكون الانتقال نافذاً في حق الغير (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٦٠ - ٢ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٩).

(١) أ- الأصل طبقاً لما تقضى به المادة ٣٠٣ من القانون المدني أن الحق الشخصي أياً كان محله قابلاً للحوالة إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام. (جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٧٣٢)

ب- إذا كان الثابت في الدعوى أن ... وعد بشراء قطعة الأرض الواردة بالاتفاق المؤرخ ... وبالسعر المحدد به ... كما وعدت الشركة المطعون عليها بأن تبيعه هذه القطعة بذات السعر، فإن هذا الوعد المتبادل بالبيع من جانب الشركة والشراء من جانب ... هو بيع تام ملزم للطرفين، وترتب عليه كل الآثار التي تترتب على البيع، ولا يؤثر عليه ارجاء التحديد النهائي لمساحة المبيع، وإذ كان الحكم =

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 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 ١/٢٢٢ 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 للحوالة بنص في القانون أو لعدم قابليته للحجز: هناك حقوق شخصية عنى القانون بالنص صراحة على عدم جواز حوالتها، لاعتبارات ترجع في الغالب إلى أنها تتصل اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن.

من ذلك حق المستعير في استعمال الشيء المعار، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٣٩ مدني على أنه لا يجوز للمستعير ودون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع.

ومن ذلك حق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة، فقد نصت قوانين الإيجار الإستثنائية على عدم جواز تنازل المستأجر عن حقه في الإيجار بغير إذن كتابي صريح من المالك وإلا جاز للمؤجر طلب الإخلاء (القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المادة ٣١/ب)، وذلك لأن المشرع قد ضمن للمستأجر شخصياً السكن بأجرة مخفضة فلا يجوز لهذا اتخاذ هذه الميزة وسيلة للاستغلال بالنزول للغير عن الإيجار^(٢).

المطعون فيه قد اعتبر الاتفاق المؤرخ ... عقد بيع كامل الأركان، وترتب على تنازل المشتري عن حقوقه في هذا العقد إلى الطاعنين وقبولهما الحلول فيه، ثم قبول الشركة المطعون عليها انتقال حقوق والتزامات المشتري الأول إليهما اعتبارهما مشتريين فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه.

(جلسة ١٩٧٢/٥/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ١٠١٠)

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٣ - ص ١١٤.

(٢) الأستاذ سليمان مرقس في شرح قانون إيجار الأماكن طبعة ثانية فقرة ٤٦ ص ١٠٧ - وعلى العكس =

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 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 ٣٠٧ مرافعات من أنه «لا يجوز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتاً للنفقة أو للمصرف منها في غرض معين، ولا على المبالغ الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة، إلا بقدر الربع وفاء لدين نفقة مقررة». ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٣٠٩ مرافعات من أنه «لا يجوز الحجز على الأجر والمرتبات إلا بمقدار الربع، وعند التزاحم يخصص نصفه لوفاء دين 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 غير قابل للحجز

من ذلك، قد يباح للمستأجر في حالات استثنائية أن ينزل عن الإيجار ولو كان ممنوعاً من ذلك بشرط في العقد. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٩٤ 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».

(١) وقد ربط القانون في الحقوق الشخصية بين عدم القابلية للحجز وعدم القابلية للحوالة، وهذا بخلاف الحقوق العينية، فإن الأصل العام فيها أن ما لا يجوز الحجز عليه من الأموال يجوز مع ذلك التصرف فيه. وينبني على أن الحق الشخصي غير القابل للحجز لا يكون قابلاً للحوالة أن المبالغ المودعة في صندوق التوفير تصبح غير قابلة للحوالة، لأن الحجز عليها ممتنع بنص القانون (الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٢٠). وانظر: استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٩٦ م ص ١٧١-٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣٠. قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي في البيع فقرة ٦١٨ ص ٥٥٦ و ٥٥٧.

عليه في شق منه فحسب، لا تمتنع حوالاته إلا في الحدود التي يكون فيها غير قابل للحجز^(١).

٢٥٨- عدم قابلية الحق للحوالة باتفاق 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).

وبعد أن جعل التقنين المدني الجديد حوالة الحق جائزة بغير رضاء المدين، أصبح للمدين، إذا كان لا يريد الحوالة دون رضائه، أن يشترط في عقد الاتفاق على المدين منذ

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٤.

(٢) وكذلك كان الاتفاق - في عهد التقنين المدني الأهلي السابق حيث كانت الحوالة لا تنعقد إلا برضاء المدين - على أن الحق يكون قابلاً للحوالة دون رضاء المدين اتفاقاً جائزاً، وكان النص في سند الدين على أنه تحت إذن الدائن يعد رضاء مقدماً بقبول الحوالة. 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 ١٢ - 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 - ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٨ - ١٣ 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 بالحكم بعدم جواز حوالة ما تودعه الشركة لحساب المستخدم في صندوق الادخار تحت شرط عدم جواز حوالاته (الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٢١ هامش رقم ١). 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 تذكرتي ذهاب وإياب معاً (الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٢١).

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٣٤٩ أهلي والمواد ٤٣٥ - ٤٣٧ مختلط (١).

٣٠٣: سبق إيراد تاريخها (انظر أنفاً فقرة ٢٤٩ في الهامش).

٣٠٥: ورد هذا النص في المادة ٤٣٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة. وعُدل النص في لجنة المراجعة بحيث أصبح مطابقاً مطابقة تامة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وصار رقمه ٣١٧ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٦ - ص ١١٧).

(١) التقنين المدني السابق م ٣٤٩ أهلي: 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 رسمي، ولا يسوغ ذلك الاحتجاج إلا من التاريخ المذكور فقط، وكل هذا بدون إخلال بأصول التجارة فيما يتعلق بالسندات والأوراق التي تنتقل الملكية فيها بتحويلها.

٤٣٥م مختلط: تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع إلى المشتري بمجرد تراضيهما.

٤٣٦م مختلط (معدلة بذكره ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠): تنتقل الملكية بالنسبة لغير المتعاقدين: (أولاً) بإعلان المدين بتحويل ما عليه من الدين إعلاناً رسمياً. (ثانياً) بقبول المدين الحوالة بكتابة مؤرخه 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 إخلال بأصول 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 بالنكول عن اليمين.

٤٣٧م مختلط: في المواد التجارية، تحويل الدين الذي لم يكن بسند تجاري 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 الأهلي السابق في انعقاد حوالة الحق رضاء المدين، وجعل إثبات 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 والتي أنها هي أيضاً تشترط في حوالة الحق رضاء المدين (استئناف أهلي ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٣٤٩ - استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م 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 الأهلي شرط رضاء المدين فسي حوالة الدين في الفقه الإسلامي (مع أنه ليس بشرط حتمي) إلى حوالة =

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 ويقصره على مدة معقولة. وقد نصت المادة ٨٢٣ مدني في هذا الصدد على ما يأتي: «١- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقتضى 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 مشروعاً للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير. ٣- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير» (٣).

الفرع الثاني

التراضى في حوالة الحق

٢٥٩- النصوص القانونية: رأينا أن المادة ٣٠٣ من التقنين المدني تنص على أنه «يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر... وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين».

وتنص المادة ٣٠٥ على ما يأتي:

«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» (٤).

(١) ويبدو أن شرط عدم جواز الحوالة يدخل ضمن الدفع التي يستطيع المدين أن يتمسك بها ضد المحال له كما يتمسك بها ضد المحيل، 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 للغش الذي ارتكبه المدين (قارن الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ 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.

(٤) تاريخ النصوص:

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري م ٣٠٣

= الحق. انظر في ضرورة إثبات رضاء المدين بالكتابة في التقنين الأهلى السابق: استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٩ - وفي جواز أن يكون رضاء المدين بالحوالة مقدماً وقت نشوء الدين بأن الحكم الصادر بثبوت 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 حقوق 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 الهامة ٤ رقم ٣٣ ص ٣٩ - أول يناير سنة ١٩٣٠ الهامة ١٠ رقم ٢٧٣ ص ٥٥٠ - ٣١ 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 يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٠ - ٤ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٦ .

وقد عدل التقنين المدني الجديد عن مذهب التقنين الأهلى السابق، ولم يشترط رضاء المدين في انعقاد حوالة الحق، بل ذكر صراحة، كما رأينا، أن هذه الحوالة تتم دون حاجة إلى رضاء المدين، مقتدياً في ذلك بالتشريعات الحديثة (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي 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 رضاء المدين لانعقاد حوالة الحق، بل كان يكفي تراضى الدائن الأصلي والدائن الجديد. وقد صدر دكرتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ يجعل العبرة، في عهد التقنين المدني السابق، بنشوء الحق، فإن نشأ بين وطنيين وجب رضاء المدين ولو كانت الحوالة لأجنبي، وإن نشأ بين أجنبيين أو بين مصري وأجنبي فلا يجب رضاء المدين ولو كانت الحوالة لمصري (الموجز للمؤلف فقرة ٥١٧ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٢٤ - الأستاذ أحمد نجيب الهلالي في البيع فقرة ٦٢٩ فقرة ٦٣٢ - استئناف أهلى 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 مصري وأجنبي أو بين أجنبيين قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كان، ولا يزال، في غير حاجة إلى رضاء المدين في انعقاد حوائته. أما الحقوق التي نشأت بين وطنيين قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، فهذه تبقى في حوائتها خاضعة للتقنين المدني الأهلى السابق، ومن ثم يكون رضاء المدين ضرورياً في انعقاد الحوالة. وما نشأ من الحقوق منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، أي كان طرفاً الدين، مصريان أو أجنبيان أو مصري وأجنبي - يخضع للتقنين المدني الجديد، فلا يكون رضاء المدين ضرورياً في انعقاد حوائته.

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 و ٢٨٣ (١).

ويتبين من هذه النصوص أن الحوالة تتم بتراضى المحيل والمحال له دون حاجة إلى رضاء 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 - تراضى المحيل والمحال له كاف في انعقاد الحوالة - لا حاجة إلى رضاء المدين: يكفي في انعقاد الحوالة تراضى المحيل والمحال له، أى الدائن الأصلي والدائن الجديد. فإذا رضى الدائن الأصلي أن يحول حقه الذي في 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 رضاء المدين الذي في ذمته الحق، بل يصبح هذا بانعقاد الحوالة محالاً

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٣٠٣ و ٣٠٥ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي م ٢٩٠ و ٢٩٢ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ٣٦٢ و ٣٦٣ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدني المصري).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٨٠ (سبق إيرادها انظر فقرة ٢٤٩ في الهامش).

م ٢٨٢: يتم التفريغ بين المتعاقدين منذ حصول الاتفاق بينهم، إلا إذا كان هذا التفريغ مجانياً فحينئذ يجب أن تراعى قواعد الشكل المختصة بالهبة بين الأحياء.

م ٢٨٣: إن الانتقال لا يعد موجوداً بالنظر إلى شخص ثالث، ولا سيما بالنظر إلى المدين الذي تفرغ الدائن عن دينه، إلا بإبلاغ هذا التفريغ إلى المدين أو بتصريح المدين في وثيقة ذات تاريخ مسجل بأنه قبل ذلك التفريغ. وما دامت إحدى هاتين المعاملتين لم تتم، يصح للمدين أن يبرئ ذمته لدى المتفرغ. وإذا كان المتفرغ قد أجرى فراغين متتابعين لدين واحد، فالمتفرغ له الذي سبق إلى العمل بمقتضى القانون يفضل على الآخر، حتى لو كان تاريخ عقده أحدث عهداً.

وهذه الأحكام تنفق مع أحكام التقنين المدني المصري (انظر في وضع المحال عليه في التقنين اللبناني وفي أنه يعتبر من الغير الدكتور صبحي المحمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٣).

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٣.

عليه (1). وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٠٣ مدني كما رأينا، مجانية في ذلك مذهب التقنين الأهلي السابق حيث كان يشترط رضا المدين (2)، ومتماشية مع التقنين المختلط السابق وسائر التقنينات الحديثة حيث لا يشترط هذا الرضاء (1).

(1) أ- تقضى المادة ٣٠٣ من القانون المدني بأن الحوالة تتم دون حاجة إلى رضا المدين، مما مفاده وعلى ما ورد في مذكرة المشروع التمهيدي، أن المشرع اختار المبدأ الذي سارت عليه التشريعات الحديثة التي تجيز أن يظل المدين بالحق المحال به بمعزل عن تعاقده المحيل والمحال له مراعية في ذلك أن المدين يستوى لديه استبدال دائن بدائن آخر، وبالتالي فإن الحق المحال به ينتقل بمجرد انعقاد الحوالة دون حاجة إلى نفاذها في حق المدين المحال عليه.

(الظن ٣٥٢ لسنة ٤١ ق - جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ ص ٢٨ ص ٧٣٢)

ب- مؤدى ما نصت عليه المادة ٣٠٣ من القانون المدني أن حوالة الحق تتم بمجرد تراضي المحيل والمحال له دون حاجة إلى شكل خاص إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، ويترتب على انعقادها صحيحة انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد انعقاد الحوالة بما له من ضمانات يتوابعه، فيكون للمحال له أن يحل محل المحيل في مباشرة دعاوى الحق المحال به وإجراءات استيفائه دون حاجة إلى إعادة ما سبق منها إذ يكفي أن يحل محله فيها ويتابع ما بدأه المحيل منها.

(الظن ١٣١٣ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٤/٥/٣٠ ص ٣٥ ص ١٤٩٥)

ج- حوالة الحق لا تنشئ التزاماً جديداً في ذمة المدين وإنما هي تنقل الالتزام الثابت أصلاً في ذمته من دائن إلى دائن آخر باعتبار هذا الالتزام حقاً للدائن المحيل وينتقل بها الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه وينبئ على ذلك أن يظل هذا الالتزام بعد حوالاته محكوماً بذات القانون الذي نشأ في ظله من حيث طبيعته وصفاته وإثباته وقابليته للحوالة والشروط اللازمة لذلك فإذا صدر قانون يغير من هذه الأحكام فلا يسرى على هذا الالتزام إلا في نطاق ما يستحدثه من قواعد أمره تتصل بالنظام العام ومن ثم فإذا كان القانون الذي نشأ الالتزام في ظله يشترط لامكان حوالاته رضا المدين بالحوالة فإن صدور قانون جديد يجعل هذا الرضاء غير لازم.

(جلسة ١٩٦٧/١١/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٧٤٤)

(جلسة ١٩٥٩/١/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ١٤)

(2) مؤدى النص في المادة ٣٠٣ من القانون المدني على أنه (يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا حال ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين) وفي المادة ٣٠٥ من ذات القانون على أنه (لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها). أن حوالة الحق بحسب الأصل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة تنتج آثارها بين طرفيها من تاريخ انعقادها دون حاجة لرضا المدين أو اعلانه. بالحوالة أو قبوله لها، ويترتب عليها انتقال الحق المحال به من المحيل إلى أعمال له بكل ضماناته وتوابعه، إلا أنها لا تنفذ في حق المدين إلا بقبوله لها قبولاً صريحاً أو ضمناً أو اعلانه بها بأي ورقة رسمية تعلن بواسطة المحضرين وتشتمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها الأساسية ولا يغني عنهما مجرد انخراط المدين بالحوالة بكتاب مسجل، أو علمه بها علماً فعلياً - ولو أقره إلا في حالة الغش تواطفه مع المحيل =

والسبب في عدم الحاجة إلى رضا المدين أن انتقال الحق من دائن إلى آخر ليست من شأنه الإضرار بالمدين إضراراً يستوجب تختيم رضائه لانعقاد الحوالة. ففي أكثر الأحوال يستوى لدى المدين أن يطالبه شخص أو آخر بالمدين الذي في ذمته. وفي أحوال قليلة قد يعنى المدين أن يطالبه دائنه الأصلي دون أي 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 سيأتي (١).

=على الوفاء له إضراراً بحقوق المحال له، إذ أنه متى رسم القانون طريقاً محدداً للعلم فلا يجوز استظهاره إلا بهذا الطريق، وحين قرر المشرع لنفاذ الحوالة في حق المدين قبوله لها أو اعلانه بها قد أراد بذلك تحقيق مصالح افترض وجودها ومن ثم فإذا تمسك المدين بما رتبته القانون في هذه الحالة من عدم نفاذ الحوالة في حقه وجب على المحكمة أن تحكم له بعدم نفاذها دون أن تطالبه بالثبات مصلحته في القضاء له بذلك، لما كان ما تقدم، وكان مفاد ما نصت عليه المادة ٥٢ من القانون المدني إلا يحاج الشخص الاعتباري بآية أعمال قانونية توجه إلى غير ممثله القانوني طبقاً لسند انشائه فإن حوالة الحق لا تنفذ قبل الشخص الاعتباري المحال عليه ولا يحاج بها إلا إذا قبلها ممثله القانوني أو أعلن بها على النحو السالف بيانه.

(الظن ١٨٨٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٩٠/٣/١٩)

(جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٧٣٢)

(جلسة ١٩٦٤/١/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ١٢٣)

(١) أما في حوالة الدين فتغير المدين على دائنه أشد خطراً، إذا أن قيمة الدين تتوقف إلى حد كبير على شخص المدين وملاءته ومبلغ مسارعتة إلى الوفاء بما في ذمته من الديون، ومن ثم كان شأن الدائن في حوالة الدين أهم من شأن المدين في حوالة الحق كما سرى.

هذا ويصح أن ينقل الدائن حقه إلى آخر بطريق الوصية، 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، وترتد برد الموصى له، ولا تنفذ إلا في ثلث التركة، إلى غير ذلك من أحكام الوصية. ولكن متى انتقل الحق بالوصية إلى الموصى له، وأصبح هو الدائن مكان الموصي، وصار خلفاً خاصاً على هذا الحق، شأنه في ذلك شأن المحال 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 كالمراث والحلول القانوني، وكذلك في التزام الدائن إحلال دائنه محله في بعض الأحوال كما إذا باع وارث المودع عنده الشيء المودع وهو حسن النية فعليه لمالكه النزاع له عن حقوقه قبل المشتري (م ٧٢٣ مدني). الأستاذ شفيق شحانه في حوالة الحق في تقنين البلاد العربية ص ١٠ - ص ١١.

٢٦١ - الحوالة اتفاق رضائي لا يشترط فيه شكل خاص الا في الهبة: والحوالة، ما لم تكن هبة صريحة، اتفاق رضائي^(١). فلا يشترط لانعقادها شكل خاص، بل تنعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول^(٢)، ومن ثم لا يوجد ما يمنع من حوالة حق غير ثابت بالكتابة^(٣). وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نص في هذا المعنى، هو المادة ٤٢٨ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتي: ١- لا يشترط في انعقاد الحوالة شكل خاص، حتى لو كان الحق المحال به مضموناً برهن رسمي أو بأي عيني آخر. ٢- ولكن لا يجوز التمسك قبل الغير بحوالة تأمين عيني إلا إذا حصل التأشير بذلك على هامش القيد الأصلي لهذا التأمين^(٤). وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة، «لأن الفقرة الأولى منه يمكن استخلاصها من القواعد العامة، ولأن الفقرة الثانية ورد حكمها في مكان آخر^(٥)». وغنى عن البيان أنه إذا لم يؤشر بالحوالة في هامش القيد الأصلي للتأمين، وانتقلت العين المرهونة إلى حائز، جاز لهذا الحائز أن يفي بالدين وفاء صحيحاً للدائن الأصلي، إذ المفروض أنه يجهل وقوع الحوالة ما دام لم يؤشر بها على هامش القيد^(٦).

(١) استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٠ - ١٨ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١٧.

(٢) واستخلاص قيام الحوالة مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٦ ص ١٤).

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٦ ص ٤٩٦ - وانظر أنفا فقرة ٢٥٠.

(٤) انظر في أن حوالة الحق المضمون برهن رسمي أو بأي تأمين عيني آخر تتم بعقد رضائي، والتأشير على هامش القيد الأصلي 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 في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الشأن ما يأتي: «جعل المشروع من حوالة الحق عقداً رضائياً، ولم يوجها لاشتراط شكل معين بالنسبة لها بالذات. ومؤدى هذا أنها تخضع في انعقادها للأحكام العامة التي تسرى بشأن العقود الرضائية جميعاً. ولم يستثن المشروع من نطاق تطبيق هذه القاعدة حوالة الحق المضمون برهن رسمي أو بأي تأمين عيني آخر بل اعتبر التأمين في هذه الحالة من توابع الحق، وألحقه بأصله تفرعاً على هذا الوصف. ولكنه اشترط لجواز التمسك قبل الغير - وهم خليقون بالحماية - بهذا التأمين، باعتباره حقاً عينياً، التأشير بمثل هذه الحوالة في هامش القيد الأصلي للتأمين. ويتم انعقاد الحوالة متى اتفق المحيل والمحال له فيما بينهما، بيد أن المدين قد يجهل هذا الاتفاق، بل والغالب فيه أن يجهله، ولهذا العلة يقع وفاؤه للمحيل صحيحاً ما بقي جاهلاً بالحوالة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٢ في الهامش).

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٢ في الهامش.

(٦) قارن استئناف مختلط ٥ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٠ - كذلك إذا حول الدائن الأصلي حقه مرة أخرى، ولم يكن المحال له الأول قد أشر بالحوالة الأولى على هامش القيد، وأشر المحال له الثاني على =

أما إذا تمحضت حوالة الحق هبة مباشرة، فإنها ككل هبة يجب أن تفرغ في شكلها الرسمي، ولا تنعقد إلا إذا كانت في ورقة رسمية. وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة في الهبة^(١).

٢٦٢ - وجوب مراعاة قواعد الإثبات: على أنه تجب مراعاة القواعد العامة في إثبات الحوالة. فإذا حول دائن حقه، وهو سبعمائة جنيه مثلاً، إلى آخر بثمن قدره ستمائة جنيه، 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 بالبينة أو بالقرائن^(٢)(١)، لأن كل التزام من هذين يزيد على خمسمائة جنيه. أما إذا كان الحق المحال به هو خمسمائة جنيه وكان ثمن الحوالة خمسمائة جنيه مثلاً، فإن المحيل يستطيع إثبات التزام المحال له بالثمن بالبينة والقرائن لأن الثمن لا يزيد على خمسمائة جنيه، ولكن المحال له لا يستطيع إثبات التزام المحيل بنقل الحق إلا بالكتابة أو بما

= 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 - شبين الكوم ١٤ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٣٠٨ ص ٦٦٧).

(١) وقد نص تقنين الموجبات والعقود اللبناني صراحة على هذا الحكم، إذ تقول المادة ٢٨٢ من هذا التقنين: «يتم التفرغ بين المتعاقدين منذ حصول الاتفاق بينهم، إلا إذا كان هذا التفرغ مجاناً فحيث يجب أن تراعى قواعد الشكل المختصة بالهبة بين الأحياء».

وإذا كانت حوالة الحق على سبيل الرهن، فالرهن رهن حيازة، ولا يشترط لانعقاد الحوالة في هذه الحالة شكل خاص. ولكن لا يكون الرهن نافذاً إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو يقبوله 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).

(٢) ولكن في المواد التجارية يجوز الإثبات بالبينة 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 انسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ cession de créance فقرة ١٥٥).

(١) إذا كان المطعون عليه يدعي أنه دفع للطاعنة مبلغ مائة جنيه في مقابل حوالة حقها في استلام السيارة دون أن يثبت هذا المبلغ في الاتفاق، وكانت حوالة الحق في مقابل مبلغ معين أمراً مشروعاً ذلك أن المشرع أجاز في المادة ٣٠٨ من القانون المدني أن تكون الحوالة بعوض، وهذا العوض وفقاً لما هو مستفاد من المادة ٣١٠ من القانون المذكور هو الشيء الذي استولى عليه المحيل من المحال له في مقابل الحوالة ومن ثم فإن هذا المقابل يخضع إثباته للقواعد العامة.

(جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٧٣٢)

يقوم مقامها لأن الحق تزيد قيمته على خمسمائة جنيه^(١)(١).

وتبقى 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- تكييف الاتفاق الذي تتم به الحوالة: والاتفاق الذي تتم به الحوالة ما بين المثل والمحال له هو الذي ينقل الحق من الأول إلى الثاني. ولذلك سمي اتفاقاً (convention) ولم يسم 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 الممثل والمحال له يبدأ بإنشاء التزام في ذمة الممثل بنقل حقه الشخصي إلى المحال له^(٢)، ويتم تنفيذ هذا الالتزام

(١) وإذا قيل أن قيمة الحق المحال به في هذه الحالة هي ثمنه الذي يبيع 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 يبيع به - فإن كلا من الممثل والمحال له يستطيع إثبات الحوالة بالبينة والقرائن.

(٢) انظر في هذا المعنى أيضاً المادة ١٦٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

(٣) وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يورد تعريفاً للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق. وقد حذف هذا التعريف في المشروع النهائي، ولم يكن الحذف عدولاً عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد، بل كان مجازة لسياسة تشريعية هي تجنب الإكثار من التعريفات الفقهية (الوسيط جزء أول فقرة ٣٧ - مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩ - ص ١١ في الهامش).

(١) حوالة الحق هي اتفاق بين الممثل والمحال له على تحويل حق الأول الذي في ذمة المحال عليه إلى الثاني ويتعين مراعاة القواعد العامة في إثبات الحوالة، لما كان ذلك وكان المطعون عليه الأول لم يقدم ما يفيد حوالة عقد الأيجار من البائنة إليه، وكان البين من الإنذار الموجه منه إلى الطاعنين المستأجرين أنه اقتصر على الإشارة إلى حلوله محل المؤجر والبائنة في عقد الأيجار بوصفه خلفاً خاصاً، فإن ذلك لا يكفي لإثبات حصول اتفاق بينه وبين البائنة للعقار المؤجر على تحويله حقها في قبض الأجرة من الطاعنين.

(جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٨٧٧)

(٢) الحق موضوع الحوالة يحكمه القانون الساري وقت نشوئه فإذا كانت وثيقة التأمين والإقرار الذي بمقتضاه أحل المؤمن له شركة التأمين في حقوقه وتنازل لها عن التعويض المستحق له قبل الغير قد حرراً في ظل القانون المدني القديم فإن هذا القانون هو الذي يجب إعماله في شأن الحوالة.

(الطعن ٢١٧ لسنة ٢٤ق - جلسة ١٩٥٩/١/١ ص ١٠ ص ١٤)

فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الحق إلى المحال له. فإذا صح هذا التكييف، كانت الحوالة عقداً حتى عند من يذهبون إلى التمييز بين العقد والاتفاق، إذ أنها تبدأ بإنشاء التزام ينقل الحق ثم ينتقل الحق تنفيذاً لهذا الالتزام^(١).

٢- نفاذ الحوالة في حق المدين وفي حق الغير

٢٦٤- معنى صيرورة الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير: قدمنا أن الحوالة تتعقد بالتراضي بين الممثل 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 تتعقد دون حاجة إلى رضائه، فيصح أن يكون جاهلاً بوقوعها، فيعامل دائته الأصلي على أنه دائته الوحيد، وينبغي 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 يقتضي أولاً تحديد معنى «الغير» هنا. يمكن اعتبار المدين «غيراً» من وجه، وطرفاً في الحوالة من وجه آخر. وعلى كل حال فإن المدين له وضع خاص في الحوالة يجعله بين بين^(٢).

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي 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 الذي ينقل الحق مباشرة من الممثل 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 شخصي - وهو ما يباهه الأستاذ شفيق شحاتة ويتخذ من تنفيذه حجة رئيسية لرفض التصوير المتقدم الذكر - لا شك في إمكانه، بل هو يقع كثيراً في العمل. ويكفي أن نشير إلى إمكان رهن الحق الشخصي وإلى إمكان أن يترتب عليه حق انتفاع، ففي الحالة الأولى رتبنا حقاً عينياً تبعياً على حق شخصي. وفي الحالة الثانية رتبنا على الحق الشخصي حقاً عينياً أصلياً (انظر أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة هامش رقم ١).

(٢) 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 دائتي المدين ليسوا من الغير: استئناف مختلط =

أما الأشخاص الذين يتمحضون «غيراً» في الحوالة فهم كل شخص كسب حقاً من جهة المحيل على الحق المحال به، يتعارض مع حق المحال له (1). 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 حجراً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه. كذلك إذا شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره، فدائنه يصبحون من الغير بالنسبة إلى المحال له (1). ومعنى صيرورة الحوالة نافذة في حق هؤلاء الاغيار 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 حوالاته في حق هذا الغير سابقاً على تاريخ نفاذ الحوالة الثانية أو الحجز أو الإفلاس أو الإعسار في حقه هو.

٢٦٥ - اعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها ضروري لنفاذ الحوالة في حقه وفي حق 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 (2). وقد نصت على ذلك

= 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 الموجبات والعقود اللبناني (٢٨٣ م) فيعتبر المدين «غيراً»، شأنه في ذلك شأن سائر الاغيار، ويشترط لنفاذ الحوالة في حقه بقبوله لها أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ. ويقول الأستاذ صبحي المحمصاني في هذا الصدد: «ولابد 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، فنص على أن الحوالة لا تعد موجودة بالنظر إليهم إلا بإجراء إحدى طريقتي الإعلان المبينتين. ولكن باقى القوانين العربية لم تعتبر المدين من فئة الغير، وفرقت بينه وبين هؤلاء في المعاملة لجهة إجراءات الإعلان، فلم تشترط ثبوت التاريخ لقبول المدين بالحوالة إلا تجاه الغير» (انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٢٣).

(١) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢.

(2) يعد من الغير في الحوالة كل شخص كسب من جهة المحيل حقاً على الحق المحال به يتعارض مع المحال له، وكان مما يدخل في نطاق هذا المفهوم أنه بصدر حكم شهر إفلاس المحيل يصبح دائنه من الغير بالنسبة للمحال له، فإن لازم ذلك لا يحاج هؤلاء الدائنين بالحوالة إلا إذا كانت ثابتة التاريخ، فإذا قرر الحكم المطعون فيه أن دائني المفلس لا يعتبرون من الغير وأن الحوالة تنفذ في السندات، فانه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٦٧/٤/٢٥ الطعن ٢٠٨ لسنة ٣٣ ق مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص ٨٧٢)

(2) أ- إن المادة ٣٠٥ من القانون المدني إذ تنص على «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» فقد أفادت بأنه يشترط لنفاذ الحوالة في حق الغير أن تكون ثابتة التاريخ سواء أعلن بها المدين أو قبلها ذلك أن الإعلان له تاريخ ثابت حتماً ويكون نفاذها في حق الغير كنفادها في حق المدين =

المادة ٣٠٥ مدني، كما رأينا. 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

= في هذا التاريخ ولأنه يشترط بالنسبة لقبول المدين للحوالة ثبوت التاريخ بصريح النص لنفاذها قبل الغير. (الطعن ٢٠٨ لسنة ٣٣ ق - جلسة ١٩٦٧/٤/٢٥ ص ١٨ ص ١٨٧٣)

(الطعن ٧٠ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٤/١/٢٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ ص ١٢٣)

ب- يكفي في إعلان المدين بالحوالة لتنفيذ في حقه طبقاً لنص المادة ٣٠٥ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - حصوله بأية ورقة رسمية تعلن بواسطة المحضرين وتشتمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها الأساسية، وبالتالي فإن اعلان صحيفة الدعوى التي يرفعها المحال له على المدين مطالباً إياه بالوفاء بالحق المحال به يعتبر إعلاناً بالمعنى المقصود قانوناً في المادة ٣٠٥ المذكورة ونفذ به الحوالة في حق المدين.

(الطعن ٣٤٥ لسنة ٤٨ ق - جلسة ١٩٨٣/١/٢٦ ص ٣٤ ص ٣٠٨)

ج- لما كان العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، وكانت الحوالة عقداً ملزماً للمحيل والمحال إليه كليهما فلا يجوز لأحدهما العدول عنه بإرادته المفردة، وكان الحق المحال به ينتقل وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض إلى المحال له بصفاته ودفعه كما تنتقل معه توابعه، وكان البين من أوراق الطعن أن مالكي عين النزاع قد أجروها للمطعون ضده الأول بالمعقد المؤرخ أول يناير سنة ١٩٦٠ وأنهم باعوها للطاعنة بعقد البيع الابتدائي المؤرخ.. وحولوا لها عقد الايجار والأجرة الناشئة عنه منذ إبرامه، مما مؤداه أن الحقوق التي للبايعين عن عقد الايجار قد انتقلت إلى الطاعنة وكانت الحوالة وإعمالاً لصريح نص المادة ٣٠٥ من القانون المدني تنفذ في حق المحال عليه بإعلانه بها أو قبوله لها، وكان البين من الأوراق أن المستأجر المطعون ضده الأول قبل الحوالة بالصلح المؤرخ.. الذي نظم كيفية وفائه بالأجرة المستأجرة فتكون الحوالة قد نفذت في حقه.

(الطعن ١٨١ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٨٣/٢/٩ ص ٣٤ ص ٤٤٢)

(الطعن ٢٤١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٢/١/٧)

(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، أياً كان الوقت الذي صدر فيه بعد صدور الحوالة. ولا يكون الإعلان أو القبول متأخراً، فلا ينتج أثره، إلا إذا سبقه إعلان أو قبول لحوالة أخرى أو توقيع حجز تحفظي تحت يد المدين أو شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره.

وحوالة الحق المعلق على شرط يجوز إعلانها أو قبولها قبل تحقق الشرط (بودرى وسينيا فقرة ٧٨٦، وانظر في حوالة الحق المستقبل بودرى وسينيا فقرة ٧٨٧).

وموت المحيل (الدائن الأصلي) 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 المحيل من إعلان الحوالة، ولا يمنع المدين من قبولها.

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، فإنه يجب أيضاً إما إعلان المدين بالحوالة وإما قبوله لها. ولما كان إعلان المدين بالحوالة لا يصح إلا بورقة رسمية كما سنرى، فإن هذا الإعلان له تاريخ ثابت حتماً، ويكون نفاذ الحوالة، في حق الغير، كنفادها في حق المدين، من هذا التاريخ (١). فإذا تراحم المحال له مع محال آخر أو مع دائن حاجز مثلاً، وكانت الحوالة نافذة في حق الغير من طريق إعلانها للمدين، فتاريخ هذا الإعلان هو الذي يحدد مرتبتها بالنسبة إلى الحوالة 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. ونرى من ذلك أن الحوالة، إذا كان نفاذها من طريق قبول المدين، تكون نافذة في حق المدين من وقت هذا

= أما إذا كان الحق ميراثاً في تركة، وجعل بعد القسمة من نصيب أحد الورثة دون الآخرين، فلا يعتبر الحق قد حول من باقى الورثة إلى هذا الوارث حتى تحتاج الحوالة إلى إعلان المدين أو قبوله، بل يكون للقسمة 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).

(١) - تنص المادة ٣٠٥ من القانون المدني على أنه لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها... ومفاد ذلك أن القانون حين قرر لنفاذ الحوالة في حق المدين قبوله لها أو إعلانها بها قد شاء بذلك تحقيق مصالح افترض وجودها فإذا ما تمسك المدين بما رتبته القانون في هذه الحالة من عدم نفاذ الحوالة في حقه وجبت على المحكمة أن تحكم له بعدم نفاذها دون أن تطالبه بالبيات مصلحته في القضاء له بذلك.

(الظمن ٧٠٠ لسنة ٢٩ ق - لسنة ١٩٦٤/١/١٣ ص ١٥ ص ١٢٣)

ب- متى كان سبب رفض الدعوى قائماً على عدم نفاذ الحوالة في حق المدين لعدم إعلانها بها أو قبوله لها فإنه يستوى في ذلك أن تحكم المحكمة برفض الدعوى بحالتها أو بعدم قبولها إذ لا يعتبر أى من هذين القضاءين مانعاً من التقاضى بشأن الحق موضوع عقد الحوالة إذا ما أصبحت نافذة في حق المدين ومن ثم فإن النسي على الحكم بمخالفة القانون في هذا الصدد لا تتحقق به للطاعة إلا مصلحة نظرية بحتة وهي لا تصلح أساساً للظمن.

(الظمن ٧٠ لسنة ٢٩ ق - جلسة ١٩٦٤/١٠/٢٣ ص ١٥ ص ١٢٣)

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 تقضى 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 خبير 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 حجراً 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).

٢٦٦ - إعلان المدين بالحوالة: يصدر هذا الإعلان إما من المحيل أو من المحال له. ولما كان المحال له هو الذي يعنيه قبل غيره أن تكون الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير، وهو الذي يخشى إن أبطأ في ذلك أن يعمد المحيل إلى التصرف في حقه مرة أخرى أو إلى اسيفائه من المدين، لذلك كان الغالب أن يكون هو - لا المحيل - الذي يتولى إعلان الحوالة

(١) انظر بودري وسينيا فقرة ٧٦٧ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٤٣ - بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٧ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٢٧.

وأى حق شخصي، ولو كان حقاً تجارياً، يحوله صاحبه إلى غيره، تخضع الحوالة فيه، حتى تكون نافذة في حق المدين والغير، لأحد هذين الإجرائين الاعلان أو القبول. ومع ذلك توجد حقوق تقتضى 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 حقوق تقتضى إجراءات غير الاعلان أو القبول، كالحقوق الثابتة في سندات إسمية أو تحت الأذن أو لحاملها، وسيأتي بيان ذلك.

والإعلان أو القبول لازم لنفاذ الحوالة، سواء كان الحق المحال حقاً منفرداً (droit isolé) أو كان عتصراً في مجموع من المال (universalité). وقد نصت المادة ٤٧٤ مدني على أنه «إذا بيعت تركة، فلا يسرى البيع في 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».

(٢) وإذا تعدد المحال لهم في الحوالة الواحدة، كان عليهم جميعاً أن يقوموا بإعلان الحوالة، وقد يقوم أحدهم بإعلانها، أصالة عن نفسه وبالوكالة عن الآخرين. بل يجوز في هذه الحالة أن يعلنها باسمه =

للمدين (٢). وقد يعنى المحيل إعلان الحوالة، حتى لا يوقع أحد دائنيه حجراً تحفظياً تحت يد المدين قبل إعلانها، فيصبح الحجر نافذاً في حق المحال له، ويرجع هذا عليه بالضمان، ومن ثم يكون المحيل نفسه هو الذى يبادر بإعلان الحوالة درءاً لهذا الخطر (١) (١).

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 سئرى. ومثل ذلك أخيراً شهر إفلاس

خاصة، إذا هو أرفق بالإعلان صورة الحوالة حيث يبين منها أنها صادرة له ولآخرين هو الوكيل عنهم (استئناف 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.

(١) بودرى وسينيا فقرة ٧٧١.

(١) أ- لمشتري العقار بعقد غير مسجل، مطالبة المستأجر بالحقوق الناشئة عن عقد الإيجار إذا ما قام البائع بتحويل عقد الإيجار إليه، وقبل المستأجر هذه الحوالة أو أعلن بها.

ب- من المقرر أن إعلان المحال عليه بصحيفة الدعوى التى تضمنت بيانات الحوالة تعتبر إعلاناً له بها وتنفذ فى حقه من هذا التاريخ، واعتباراً من هذا التاريخ يصح للمحال له مقاضاة المحال عليه بكل ما كان للمحيل من حقوق محالة ما دام القانون لم يستلزم لرفع الدعوى بها أن تكون مسبقة بإجراء آخر. لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن صحيفة افتتاح كل من الدعاوى قد حوت بياناً بحوالة المؤجر لعقد الإيجار المبرم بينه وبين كل طاعن - مستأجر - إلى المطعون عليه - مشتري العقار بعقد غير مسجل - فإن إعلان كل بتلك الصحيفة يعد إعلاناً له بتلك الحوالة، فتصبح نافذة فى حقه اعتباراً من تاريخ الإعلان، وإذا لم يشترط القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٩٦ فى دعوى الإخلاء بسبب سوء استعمال العين المؤجرة أن تكون مسبقة بإجراء سابق على رفعها، فإن دفاع الطاعنين المبني على عدم نفاذ الحوالة فى حقهم، يكون على غير أساس.

أ، ب (الطنن ١٣٠٩ لسنة ٤٧ق- جلسة ١٩٨٠/٢/٢٧ من ٣١ ص ٦٢٩)

(الطنن رقم ٧٨٦٧ لسنة ٦٣ق - جلسة ٢٠٠١/٢/٢٦)

ج- إذا تعاقبت الحوالات على الحق الواحد، وطالب المحال إليه الأخير المدين بقيمة الحق المحال، فلا يشترط لنفاذ الحوالة الأخيرة فى حق المدين سوى قبوله لها أو اعلانه بها مع بيان تسلسل الحوالات السابقة عليها دون حاجة لإعلانه بكل حوالة منها على حدة، إذا المقصود بالإعلان هو إعلام المدين بانتقال الحق إلى المحال إليه الذى يطالب بالمدين وثبات صفته فى اقتضائه، أما غيره من المحال إليهم السابقين الذين أحالوا حقهم إلى الآخرين فلا يلزمون بإعلان المدين بالحوالة، وتنعقد الحوالة التى أبرمها كل منهم بالتراضى بما يترتب عليها من نقل الحق إلى المحال اليه دون حاجة لرضاء المدين.

(الطنن ٥٤٧ لسنة ٤٢ق - جلسة ١٩٧٦/٥/٢٤ من ٢٧ ص ١١٧١)

المحيل أو شهر إعساره، فمن ذلك الوقت لا يكون إعلان الحوالة، ولو صدرت منه قبل شهر الإفلاس أو الإعسار، مفيداً. إذ لا يمكن الاحتجاج بالحوالة فى هذه الحالة على دائنى المفلس أو المعسر. ومن ذلك نرى أن للمحال له مصلحة فى التعجيل بإعلان الحوالة إلى المدين، حتى لا يسبق الإعلان لإجراء مماثل لما قدمناه فيعطل حقه ويجعل الحوالة غير نافذة فى حق الغير (١).

ويجب أن يكون إعلان المدين إعلاناً رسمياً على يد محضر (٢) (١). فلا يكفى الإعلان الشفوى، بل ولا الإعلان المكتوب ولو فى كتاب مسجل (٣). وليس من الضروري أن يتضمن

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٤٨ - ص ١٤٩. وانظر فى شهر إفلاس المحيل بودرى وسينيا فقرة ٧٨٢. وانظر فى شهر إعساره المادة ٢٥٧ مدنى، وهى تجعل أثر الإعسار يسرى من وقت تسجيل صحيفة دعوى الإعسار.

(٢) ويقول الدكتور صبحى المحمصانى: «أما فى لبنان، فليس فى القانون ما يوجب هذا التشديد. والظاهر أنه يجب الرجوع إلى قواعد الإنذار العامة، التى تكتفى 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 فى القانون المدنى اللبناني ص ٣٢).

(٣) استئناف مختلط ٢٩ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٧٠.

(١) أ- يكفى فى إعلان المدين بالحوالة لتنفيذ فى حقه وفقاً لنص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى حصوله بأى ورقة رسمية تعلن إليه بواسطة المحضرين، وتشتمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها الأساسية، ومن ثم فانه يقوم مقام الاعلان انذار المدين على يد محضر بالوفاء بالحق المحال توطئه لاستصدار أمر أداء به متى كان هذا الانذار مشتملاً على بيان وقوع الحوالة وشروطها الاساسية.

(الطنن ٥٤٧ لسنة ٤٢ق- جلسة ١٩٧٦/٥/٢٤ من ٢٧ ص ١١٧١)

(الطنن ٣٢٠ لسنة ٣٩ - جلسة ١٩٧٦/١/٥ من ٢٧ ص ١٣٢)

ب- حوالة الحق هى اتفاق بين المحيل وبين المحال له على تحويل حق الأول الذى فى ذمة المحال عليه إلى الثانى، ويتعين مراعاة القواعد العامة فى اثبات الحوالة لما كان ذلك وكان المطعون عليه الأول لم يقدم ما يفيد حوالة عقد الايجار من البائنة إليه، وكان البين من الانذار الموجه منه إلى الطاعنين - المستأجرين - انه اقتصر على الاشارة إلى حلوله محل المؤجر والبائنة فى عقد الايجار بوصفه خلفاً خاصاً، فان ذلك لا يكفى لاثبات حصول اتفاق بينه وبين البائنة للعقد المؤجر على تخويله حقها فى قبض الاجرة من الطاعنين.

(الطنن ٦٠١ لسنة ٤٣ق- جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ من ٢٨ ص ٨٧٧)

ج- لمشتري العقار المؤجر ولو لم يكن عقده مسجلاً - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض أن يطالب المستأجر بالحقوق الناشئة عن عقد الايجار ومنها الاجرة إذا ما قام البائع بتحويل العقد إليه وقيل المستأجر وهذه الحوالة أو أعلن بها، لأنها بهذا القبول أو الاعلان تكون نافذة فى حقه طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٥ من القانون المدنى، ويحق للمشتري - المحال إليه تبعاً لذلك أن يقاضى =

الإعلان نص الحوالة، بل يكفي أن يشتمل على ذكر وقوع الحوالة مع بيان لشروطها الأساسية^(١). ومن ثم جاز إعلان الحوالة على هذا الوجه حتى لو كانت شفوية غير مدونة في ورقة مكتوبة^(٢). 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 فتتخذ في حقه وفي حق الغير^(٣). ويعنى أيضاً عن الإعلان التنبه^(٤)، والتقدم في توزيع^(٥)، وتوقيع المحال له حجراً تحفظياً تحت يد المدين^(٦).

ويوجه إعلان الحوالة إلى المدين^(٧)، أو إلى نائبه كممثل الجمعية أو مدير الشركة أو

=المستأجر - المحال عليه - في شأن الحقوق المحال بها دون حاجة لاختصاص المؤجر لأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعاوى التي تؤكد ومنها دعوى الفسخ يستوى في ذلك أن يحصل إعلان حوالة من المشتري أو البائع طالما حصل بأى ورقة رسمية تعلن بواسطة المحضرين وتشتمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها الأساسية.

(الظن ٥٧٣ لسنة ٥٦ق - جلسة ١٩٩٠/٦/٦)

(نقض جلسة ١٩٨٣/٥/١٢ ص ٣٤ ص ١١٥٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/١٦ ص ٢٩ ص ١٢٦١)

(١) استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٨ - ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٠.

(٢) بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٨ ص ٤٩٦ - وقارب آنفاً فقرة ٢٥٠.

(٣) 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 م ٥٧ ص ٧٣ أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٦ - بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٨ ص ٤٩٧.

(٤) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٢.

(٥) استئناف مختلط ١١ يونيو 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.

(٦) والمحال له يستطيع مطالبة المدين باسمه الشخصى، فهو في غير حاجة إلى توقيع حجز تحفظى تحت يده، فإن فعل، عد هذا بمثابة إعلان للحوالة، ولا يكون في حاجة بعد ذلك إلى طلب تثبيت الحجز التحفظى (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٩).

(٧) 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 مدنى =

الولى أو الوصى أو القيم، أو إلى أى شخص تكون له صفة في وفاء الحق عن المدين^(١). وإذا كان الحق المحال به حقا مستقبلا، جاز توجيه الإعلان إلى جميع الأشخاص الذين يحتمل أن يكونوا مدينين بهذا الحق^(٢).

٢٦٧ - قبول المدين للحوالة: والطريق الثانى 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 الذى يصح في خلاله هذا القبول هو نفس الوقت الذى يصح في خلاله إعلان الحوالة، فيكون القبول متأخراً إذا سبقه إعلان حوالة أخرى أو حجز تحفظى تحت يد المدين أو قبول منه لحوالة أخرى أو شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره. ويصح صدور

=على أنه يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين. والحوالة ليست تنفيذاً للحق، بل هي نقل له إلى دائن جديد (هيك ٢ فقرة ٣٢٦ - جيلوار ٢ فقرة ٧٧٤ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٤٥ - بودرى وسينيا فقرة ٧٦٩ - بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ ص ٤٩٨ - عكس ذلك أى 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 إلى كل منهم في كل الدين، إذ هو مسئول 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 بودرى وسينيا فقرة ٧٧٢).

(١) فإذا كان الحق المحال به مضموناً برهن، وبيعت العين المرهونة في المزاد بناء على طلب الدائن الأصيل، فإن الحوالة في هذه الحالة لا تعلن إلى المدين بعد أن نزع ملكيته، بل تعلن إلى الراسى عليه المزاد إذا كان الثمن لا يزال في ذمته، أو تعلن إلى خزنة المحكمة إذا كان الثمن قد أودع فيها (بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ ص ٤٩٩ - انظر أيضاً: بودرى وسينيا فقرة ٧٧٤ ص ٨١٩ - ص ٨٢٠ - أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ Cession de créance فقرة ٢١٤ - فقرة ٢١٩).

(٢) ومثل الحق المستقبل الثمن الذى سيرسو به المزاد 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 المعروضة للبيع إذا كانت هذه العين مملوكة على الشيوع. انظر في كل ذلك: بودرى وسينيا فقرة ٧٧٣ - فقرة ٧٧٤ - بلائيول 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).

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 (١) (١).

ولا يتضمن قبول المدين للحوالة نزولاً 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 سئرى. فقبول المحال له للحوالة لا يعنى أكثر من أنه علم بوقوع الحوالة، فأصبحت سارية في حقه، وصار واجباً عليه أن يدفع الدين للمحال له لا للمحيل، ولكن في الحدود التي يجب عليه فيها دفع هذا الدين للمحيل. ويستثنى من ذلك أمراً واحداً 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 نزولاً عن

(١) 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 ٦٢٧ ص ٤٢٧ - الدكتور صبحي المحمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني 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 بالمحال له، وعلم المدين بالمحال له أمر جوهرى 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 الأهلى السابق (انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥١٥ ص ٥٣١).

(١) مؤدى نص المادة ٣٠٥ من القانون المدني - على ألا تكون حوالة الحق المدني نافذة قبل المدين إلا إذا قبلها أو أعلن بها - أن القبول الذي يعتد به في هذا الخصوص هو ذلك الذي يصدر من المدين وقت الحوالة أو بعدها بحيث ينم عن علمه بها فكيف عن سداد الدين إلى الدائن الأصلي ولا يعامل بشأنه إلا الدائن الجديد. أما إذا تضمنت عبارة السند تحويلاً للدائن بتحويل الحق موضوع السند لمن يشاء بغير توقف على رضا المدين فإن ذلك لا يعد قبولاً بالمعنى الذي قصده المشرع بالمادة ٣٠٥ من القانون المدني إذ أن إطلاق عبارة السند على هذا النحو وورودها فيه سابقة على الحوالة لا يتحصل معه علم المدين بشخص المحال إليه بتاريخ الحوالة، فلا يغنى عن إعلانه بها وقت إتمامها أو بعده أو الحصول على قبوله لها، حتى يتحقق الغرض الذي يستهدفه المشرع من وجوب اتخاذ هذين الإجراءين بما يرفع الشك لدى المدين بالنسبة للشخص الذي يجب أن يوفى له الدين عند حلول ميعاد الاستحقاق.

(الطعن ٢٠١ لسنة ٢٥ ق - جلسة ١٩٥٩/١١/١٩ ص ١٠ ص ٦٨٤)

(جلسة ١٩٦١/١١/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص ٦٦٣)

(جلسة ١٩٦٧/٤/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٨٧٢)

الدفع التي كانت له قبل المحيل، فيصبح بهذا القبول البعيد المدى ملتزماً بدفع الدين للمحال له، ولا يجوز له التمسك قبله بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل. ولكن مثل هذا القبول لا يفترض، بل لابد أن يكون الإطلاق فيه على هذا الوجه واضحاً، فإن قام ثم 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 كالتقريب 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 إليه إعلان الحوالة (٣).

وليس للقبول شكل خاص. فيصح أن يكون في ورقة رسمية (٤)، كما يصح أن يكون في ورقة عرفية ثابتة التاريخ. أو في ورقة عرفية غير ثابتة التاريخ بل يصح ألا يكون مكتوباً أصلاً، فيكون قبولاً شفويّاً. وقد يكون قبولاً ضمناً، كما يقع فيما إذا دفع المدين بعض أقساط الدين للمحال له ففى هذا قبول ضمناً للحوالة (٥)، وكما يقع فيما إذا استوفى المؤجر

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢١ ص ٥٠١ - ص ٥٠٢.

(٢) ومن ثم يكون القبول إخبارياً لا إنشائياً (الأستاذ عبد الحى حجازى ٢ ص ٢٥٠ - ص ٢٥١) ومع ذلك يقتضى القبول أهلية الالتزام (هيك ٣ فقرة ٣٤٢ - أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ Cession de créance فقرة ٢٨٣ - وقارن بودرى وسينيا فقرة ٧٧٧).

(٣) وكما لا يعتبر إعلان أحد المدينين المتضامنين بالحوالة إعلاناً للباقيين (أنظر أنفا فقرة ٢٦٦ فى الهامش) كذلك لا يعتبر قبول أحد المدينين المتضامنين بالحوالة قبولاً بها من الباقيين. وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن قبول أحد المدينين المتضامنين للحوالة إنما هو تنازل فردى عن حقه الشخصى، ولا يسرى على غيره من المدينين الذين لم يرضوا بالحوالة، ولا يمكن أن يعتبر وكيلاً عنهم فى هذا الشأن (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٩ ص ٢٢١).

وليس من الضرورى أن يعلم المحيل 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).

(٤) وفى فرنسا يجب أن يكون القبول ثابتاً فى ورقة رسمية حتى تكون الحوالة نافذة فى حق الغير (م ١٦٩ من التقنين المدني الفرنسى).

(٥) استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٠. ومن باب أولى لو دفع المدين كل الدين للمحال له: استئناف مختلط ٢٩ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٧٠.

الأجرة مباشرة من المتنازل له عن الإيجار دون أن يبدى أى تحفظ فى شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي (م ٥٩٧ ثانياً مدنى). ويخضع القبول فى هذه الحالة، إذا أنكر المدين صدوره منه، للقواعد العامة فى الإثبات، فيجوز إثباته بالبيينة والقرائن إذا كان الحق المحال به لا يجاوز خمسمائة جنيه، وإلا فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (١). كل هذا لنفاذ الحوالة فى حق المدين، أما لنفاذها فى حق الغير، فقد قدمنا أن القبول يجب أن يكون فى ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ.

٢٦٨ - هل يقوم علم المدين بصدور الحوالة مقام الاعلان أو القبول: رأينا فيما قدمناه أن المقصود من إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها 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 فى 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 رسمى وأشر المحال له على هامش القيد بالحوالة، فعلم المدين بها من هذا الطريق (٢). وقد يكون المدين قد حضر مجلس العقد وقت صدور الحوالة، فعلم بصدورها. وقد يكون أجنبى أخطره، شفويًا أو كتابة، بوقوع الحوالة. وأيسر من هذا كله أن يكون المحال له أو المحيل هو الذى تولى بنفسه إخطار المدين بصدور الحوالة، ولكن لا باعلان رسمى، بل شفويًا أو كتابة ولو بكتاب مسجل. فما دام المدين لم يعلن رسمياً على يد محضر، وما دام لم يصدر منه قبول بالحوالة، فحتى الكتاب المسجل الذى يخطره فيه المحال له أو المحيل بصدور الحوالة لا يجعل علمه حاصلًا من أحد الطريقين اللذين رسمهما القانون لذلك.

فى جميع هذه الأحوال لا يكون علم المدين بوقوع الحوالة، كما قدمنا، حاصلًا بالطريق الذى رسمه القانون. فلا يكون هذا العلم، مهما استطاع ذو المصلحة أن يثبته، بل ولو أقر به المدين نفسه، كافيًا فى جعل الحوالة نافذة فى حقه (٣). 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 فى حق الغير إلا من طريق التسجيل. والقيد طريق لشهر إنشاء الحقوق العينية العقارية التبعية، فلا

(١) أنسيكلويدى داللو ١ لفظ Cession de créance فقرة ٣٠١. أما فى المسائل التجارية فيجوز الإثبات بجميع الطرق: استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٨.

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٧٩١.

(٣) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٩.

تنفذ هذه الحقوق فى حق الغير إلا بالقيد. وكذلك الإعلان أو القبول طريق لشهر انتقال الحقوق الشخصية، فلا تكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير إلا بالإعلان أو القبول (١) (١).

هذه هى القاعدة، ولا تحتل استثناء إلا فى حالة الغش، فإن 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 يعمد غشاً، متواطئاً مع المحيل، إلى الوفاء له بالدين إضراراً بحقوق المحال له، وقد يحصل فى مقابل ذلك على منفعة من المحيل كأن ينزل له عن جزء من الدين. فالوفاء بالدين للمحيل هنا باطل، أبطله الغش والتواطؤ. ويجوز فى هذه الحالة للمحال له ألا يعتد بهذا الوفاء، وأن يعلن الحوالة للمدين فتصبح نافذة فى حقه، ثم يطالبه بعد ذلك بالحق المحال به، فيوفيه المدين مرة ثانية للمحال له، وهو فى 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، وبإدراك المحال له الثانى إلى إعلان المدين بالحوالة أو حمله على قبولها، علم المدين بالحوالة الأولى أو لم يعلم. ففى هذه الحالة أيضاً تواطئاً المحيل مع المحال له الثانى، وتخايلاً على جعل الحوالة الثانية نافذة فى حق الغير قبل نفاذ الحوالة الأولى، فيجوز للمحال له الأول ألا يعتد بالحوالة الثانية التى وقعت غشاً له (٢)، ويصدر إلى

(١) جيللوار ٢ فقرة ٧٧٨ - بودرى وسينيا فقرة ٧٩١ - فقرة ٧٩٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢.

(٢) استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٨.

(١) إذا رفع من حول إليه عقد الإيجار دعوى على المستأجر بطلب الأجرة وتثبيت الحجز التحفظى، فرفع المستأجر الدعوى بأنه أوفى الأجرة إلى المحيل بمقتضى محضر صلح تم بينهما وأقام الحكم قضاءه بطلبات المحال إليه على دعوات ثلاثة: الأولى أن المستأجر كان قد قبل وفقاً لنصوص عقد الإيجار تحويل عقد الإيجار وقيمة الأجرة إلى الغير. الثانية: أن المستأجر لم يكن يجوز له وقد علم عند توقيع الحجز التحفظى بحصول الحوالة أن يدفع الدين إلى المحيل أو يتصالح معه بعد ذلك التاريخ والثالثة: أنه لم يثبت لمحكمة الموضوع أنه كان قبل علمه بالحوالة قد وفى قيمة الأجرة كلها أو بعضها إلى المحيل، وكان تقرير الطعن قد خلا من تعيب الحكم فيما استظهره من علم المستأجر بالحوالة فى تاريخ سابق على تاريخ محضر الحجز ومن عدم قيامه بدفع شئ من الأجرة قبل علمه بالحوالة فإنه يكون غير منتج ما يتمسك به المستأجر من خطأ الحكم فيما يكون قد قرره من ان قبوله للحوالة يسقط حقه فى كل دفع كان له قبل الدائن.

(جلسة ١٩٥٧/١٠/٢٤ مجموعة احكام النقض السنة ٨ ص ٧٤٧)

تواطاً على الإضرار بحقوقه (٢).

ولكن ليس من الضروري أن يكون علم المدين بوقوع الحوالة، من غير الطريقتين اللذين

إعلان الحوالة الأولى للمدين ويطلبه بدفع الحق المحال به. فإذا لم يكن المدين قد وفى الحق للمحال له الثاني، فعليه أن يوفيه للمحال له الأول لأن الحوالة الثانية وقعت باطله للغش كما قدمنا. أما إذا كان المدين قد وفى الحق للمحال له الثاني، فإن كان شريكاً فى الغش، فإن هذا الوفاء لا يعتد به وعليه أن يفي الحق مرة أخرى للمحال له الأول على الوجه الذى قدمناه. أما إذا لم يكن شريكاً فى الغش، حتى لو كان مقصراً كل التقصير فى عدم اتخاذ ما ينبغى الاحتياط (١)، فإن وفاءه الحق للمحال له الثاني يكون مبرراً لذمته بعد أن أصبحت الحوالة الثانية نافذة فى حقه قبل نفاذ الحوالة الأولى، ولا يجبر على الدفع مرة أخرى للمحال له الأول. وليس أمام هذا إلا الرجوع بالتعويض على كل من الخيل والمحال له الثاني الذين

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص ٥٠٤ هامش رقم ٢ - قارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٤٧ - أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ (cession de créance) فقرة ٣٠٢ وما بعدها - وبلاحظ أن القاعدة المنطبقة هنا هي القاعدة العامة التى تقضى بأن الغش يفسد التصرفات، وليست حتماً الدعوى البوليصة بشروطها الدقيقة، خلافاً لما صرح به بودرى وسينيا (انظر فقرة ٧٩٢ ص ٨٣٦ وقرة ٧٩٣ ص ٨٣٩ و ص ٨٤٢).

(٢) وتختلف نصوص التقنينات الألمانية والسويسرى والإيطالى الجديد عن نصوص التقنين المصرى. فنصوص التقنين المدنى المصرى صريحة فى أن الحوالة لا تكون نافذة فى حق المدين إلا بالأعلان أو القبول. أما التقنين المدنى الألماني (٤٠٧) وتقنين الالتزامات السويسرى (١٦٧) والتقنين المدنى الإيطالى الجديد (٢/١٢٦٤) فتقضى بأن وفاء 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 يبرى ذمة المدين (انظر فى التقنين المدنى الألماني التعليقات على هذا التقنين المادة ٣٩٨ ص ٥٦٧ - ٥٦٩ ص ٥٦٧ والمادة ٤٠٧ ص ٥٧٩). ويذهب الأستاذ شفيق شحاتة إلى تفسير نصوص التقنين المدنى المصرى بما يجعل هذا التقنين فى هذه المسألة متفقاً فى الحكم مع التقنينين الألماني والسويسرى (حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٢٣ - ٣٦). ولا تتفق معه فى هذا رأى، فإن نصوص التقنين المدنى المصرى صريحة فى أن الحوالة لا تكون نافذة فى حق المدين إلا بالإعلان أو بالقبول. فإذا لم يعلن المدين بالحوالة ولم يصدر منه قبول بها، فإنها لا تكون نافذة فى حقه، حتى لو علم بها من طريق آخر، إلا إذا ارتكب غشاً فى الوفاء للمحيل فإن الغش حيثئذ يجعل الوفاء غير مبرر لذمته (انظر من رأى الذى اخترناه الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٥٢ - ص ٢٥٥ والأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٣٠ ص ٣١٩ - ٣٢٠).

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً يجعل علم المدين بوقوع الحوالة من غير طريق الاعلان أو القبول، ووفاءه بالدين مع ذلك للمحيل، فى حكم الغش. فكانت المادة ٤٣٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى: «١- تبرأ ذمة المدين إذا لم يقبل الحوالة وفى 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 والسويسرى والإيطالى، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأنه ما =

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 (1) (lettres de change) والسندات الإذنية (billets à ordre) والشيكات الإذنية (chèques à ordre)، ويشمل كذلك ما ورد 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 توقيعاً في ظهر السند. ومتى تم تظهير السند الإذني: (١) فالمدين لا يجوز له أن يوفي بالمدين إلا 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 (أي الدائن الأصلي) أن يوقعوا حجراً تحفظياً تحت يد المدين (١).

(١) انظر في عدم جواز التمسك بالدفع في السند الإذني الذي يتقبل بالتظهير بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٧.

(١) قواعد تظهير الكمبيالة التي أوردها قانون التجارة لا تتبع في شأن السندات التي تحت الأذن إلا إذا كانت معتبرة عملاً تجارياً على مقتضى ما نصت عليه الفقرة السابعة من المادة الثانية من قانون التجارة (قديم) مما يخرج السندات المدنية من نطاق هذه القواعد ولو قضت شرط الأذن. وإذا بعد تظهير السند من الدفع في العلاقة بين المدين والحامل غير المباشر أثراً من آثار التظهير التي تنفق وطبيعة الالتزام المصرفي وتستقل به الورقة التجارية بحسب ما تنهض به من وظائف. وكان تطبيق هذا الأثر بالنسبة للسندات المدنية يترتب عليه إقصاء طبيعتها المدنية عنها وينم عن العنت والاحفاف بالمدينين فيها، فإن لازم هو اطراح هذا الأثر عند تظهير الورقة المدنية.

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٩٧٩)

رسمهما القانون وهما 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 لا حقيقة لها، فيوفي الدين للدائن، ولا يكون قد ارتكب 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 يفي بالمدين 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 اليقين 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، فإنه إذا بادر إلى توقيع حجز تحفظي تحت يد المدين، حتى بعد علمه بصدور الحوالة، لا يكون قد ارتكب غشاً للإضرار بالمحال له، وإنما هو يسمى لدفع الضرر عن نفسه (٣).

٢٦٩ - إجراءات خاصة لجعل حوالة بعض الحقوق نافذة في حق المدين والغير: ما قدمناه من وجوب الإعلان أو القبول لنفاذ الحوالة ينطبق، كما أسلفنا، على الحقوق المدنية والتجارية على السواء.

(١) ماركاديه ٦ المادتان ١٦٨٩ و ١٦٩٠ فقرة ١ - هيك ٢ فقرة ٣٤٨ وما بعدها - جيلوار ٢ فقرة ٧٨١ - فقرة ٧٨٢ - بودري وسينيا فقرة ٧٩٣.

(٢) بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص ٥٠٥ - ويجوز أيضاً أن يكون الحق المحال به قد توافرت فيه الشروط اللازمة للمقاصة القانونية في حق مقابل ترتب في ذمة المحيل للمدين، ولم يقبل المدين الحوالة ولم يعلن بها قبل وقوع المقاصة، وإن كان قد علم بها قبل ذلك، فعلمه الفعلي بالحوالة لا يمنع من وقوع المقاصة، ولا يعتبر هذا العلم غشاً في جانبه (بودري وسينيا فقرة ٧٩٣ ص ٨٤٠).

(٣) بودري وسينيا فقرة ٧٩٣ - ٧٩٦ - بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢.

وأما السند لحامله فيشمل الأسهم والسندات التي تحرر ابتداء لحاملها أياً كان. ويجوز إضفاء وضع السند لحامله على أي حق تجارى أو مدنى، وبخاصة على الشيكات. وتنعقد الحوالة فيما بين المحيل والمحال له في السند لحامله بالتراضى. وتكون الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير بالتسليم المادى، فالسندات لحاملها تلحق إذن بالمنقولات المادية (١).

ونقتصر على هذا القدر في هذه المسألة التي تعد من مباحث القانون التجارى.

الفصل الثانى

الآثار التي تترتب على حوالة الحق

٢٧٠- تطبيق القواعد العامة - علاقات متنوعة: حوالة الحق عقد أو اتفاق يخضع في تكوينه وفي الآثار التي تترتب عليه القواعد 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. ففى 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 محضاً، 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 الشخصى الذى 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 المدنى على ما يأتى: «تشمل حوالة الحق ضماناته، كالكفالة والامتياز والرهن، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط».

وتنص المادة ٣٠٨ على ما يأتى:

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً في هذه المسألة، فكانت المادة ٤٤٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى: ١- يجوز إثبات حق مدنى فى سند إسمى أو سند إذنى أو سند لحامله. وفى هذه الحالة تتم 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. وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد: «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 مديناً، متى أثبت شكلاً فى سند إسمى 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». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة «اكتفاء بتطبيق القواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٣ - ص ١٣٤ فى الهامش).

« ١- إذا كانت الحوالة يعوض فلا يضمن الخميل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بذلك. »
« ٢- أما إذا كانت الحوالة بغير عوض، فلا يكون الخميل ضامناً حتى لوجود الحق. »
وتنص المادة ٣٠٩ على ما يأتي:
« ١- لا يضمن الخميل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان. »
« ٢- وإذا ضمن الخميل يسار المدين، فلا يتصرف 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 الخميل طبقاً للمادتين السابقتين، فلا يلزم الخميل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات، ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك. »
وتنص المادة ٣١١ على ما يأتي:
« يكون الخميل مسئولاً عن أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان. » (١)

(١) تاريخ النصوص:

٣٠٧م: ورد هذا النص في المادة ٤٣٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «تشمحل حوالة الحق توابعه كالكفالة والامتيار والرهن الرسمى، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط» وفى لجنة المراجعة حذفك كلمة «الرسمى» الواردة بعد كلمة «الرهن» ليدخل الرهن الرسمى وغيره من رهون، واستبدلت بكلمة «توابعه» كلمة «ضماناته» تنسيقاً بين هذه المادة والمادة ٣١٨، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأصبح رقمه المادة ٣١٩ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٣٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٠ - ص ١٢٢).

٣٠٨م: 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 حذفك هذه العبارة «حتى يتمشى حكم هذه الفقرة مع حكم المادة ٤٣٧ من المشروع (وتقابل المادة ٣١٠ من التقنين المدنى الجديد)، لأن الخميل بغير عوض لم يستول على شئ حتى يرد فى حالة الضمان المتفق عليه». فأصبح نص المادة مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمها المادة ٣٢٠ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٢ - ص ١٢٣).

٣٠٩م: 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، فمجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٤ - ص ١٢٥).

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٣٥١ - ٣٥٣/٥٣٩ - ٤٤١ (١).

٣١١- وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٢٩٤ - ٢٩٨ - وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٣٦٥ و ٣٦٨ - ٣٧١، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٢٨٤ - ٢٨٥ (٢).

٣١٠م: 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 تساءل أحد الأعضاء عما إذا كان المقصود من الحكم الأخير منع الربا «أن المقصود من هذا الحكم أن يتحمل المحال له الغنم 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).

٣١١م: 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 التتطابق تاماً، وصار رقم المادة ٣٢٣ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ - ص ١٢٨).

(١) التقنين المدنى السابق م ٤٣٩/٣٥١: لا يضمن البائع للمشتري إلا وجود الحق المباع فى وقت البيع، وضمانه تكون قاصرة على ثمن المبيع والمصاريف.

٤٤٠/٣٥٢م: لا يضمن الخميل يسار المدين فى الحال ولا فى الاستقبال إلا إذا وجد شرط صريح لكل من الحالتين المذكورتين.

٤٤١/٣٥٣م: إذا باع شخص مجرد دعوى بدين أو بمجرد حق، فلا يكون مسئولاً عن وجود الدين ولا عن وجود ذلك الحق.

وأحكام التقنين المدنى السابق لا تختلف عن أحكام التقنين المدنى الجديد.
(٢) التقنين المدنى العربى الأخرى:

التقنين المدنى السورى: م ٣٠٧ - ٣١١ (مطابقة للمواد ٣٠٧ - ٣١١ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى: م ٢٩٤ - ٢٩٥ و ٢٩٧ - ٢٩٨ (مطابقة للمواد ٣٧٠ - ٣٠٨، ٣١٠ - ٣١١ من التقنين المدنى المصرى).

٢٩٦م (مطابقة للفقرة الأولى من المادة ٣٠٩ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى: م ٣٦٥ و ٣٦٨ و ٣٧٠ (مطابقة للمواد ٣٠٧ و ٣٠٨ و ٣١٠ من التقنين المدنى المصرى).

ويتبين من هذه النصوص أنه في العلاقة ما بين الحال له والحميل: (١) ينتقل الحق الحال به من الحمل إلى الحال له بمجرد انعقاد الحوالة، وينتقل هذا الحق كما هو بما له من صفات وما يشتمل عليه من ضمانات وتوابع وما يلحق به من دفع (٢). يلتزم الحمل نحو الحال له بالضمان.

أما ما يلتزم به الحال له نحو الحمل فيختلف باختلاف الحوالة. فإن كانت الحوالة بيعاً، التزم الحال له بدفع الثمن. وإن كانت مقايضة أو وفاء بمقابل، التزم الحال له بأداء العوض (٢). وإن كانت هبة، لم يلتزم الحال بأداء أى عوض، إلا إذا كانت هبة بعوض فالتزم بأداء هذا العوض. وإن كانت رهناً، التزم الحال له - بمقتضى مصدر آخر لا بعقد الحوالة - أن يوفى الحمل الحق الذي يضمه الرهن؛ وهكذا. فالتزام الحال له نحو الحمل يختلف إذن

= م ٣٦٩ (مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٣٠٩ من التقنين المدني المصري).

م ٣٧١: يضمن الحمل تعديبه 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 المتفرغ أن يسلم إلى المتفرغ له سند الدين، وأن يخوله ما لديه من الوسائل لإثبات الحق المتفرغ عنه والحصول عليه. وهو يضمن للمتفرغ له - فيما خلا المتفرغ المجاني - وجود الحق المتفرغ عنه وقت إجراء التفريغ مع صحة هذا الحق، غير أنه لا يضمن ملاءة المدين. أما إذا كان الاتفاق ينص على العكس فيما يختص بملاءة المدين، فيجب أن يكون النص الراجع إليها مقتصرًا على الملاءة الحاضرة، وأن تقتصر التبعة على قيمة بدل التفريغ، إلا إذا كان هناك تصريح مخالف.

م ١/٢٨٥: إن التفريغ ينقل إلى المتفرغ له الدين مع جميع ملحقاته، كالكفالة والامتياز والرهن والتأمينات العينية غير المنقولة، وفاقاً للصيغ والشروط المنصوص عليها في قانون الملكية والحقوق العينية، كما ينقل جميع العيوب المتصلة بالدين والخصائص الملازمة له.

وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المدني المصري، فيما عدا أن التقنين اللبناني، وإن كان يجعل رجوع الحال بالضمان على الحمل مقصوراً في الأصل على استرداد ما دفع مع الفوائد والمصرفيات، إلا أنه يميز الاتفاق على غير ذلك، فيصح أن يشترط الحال له في عقد الحوالة أن يرجع بكل الحق. أما التقنين المدني المصري فيحتم أن يكون الرجوع مقصوراً على استرداد ما دفع مع الفوائد والمصرفيات، ولا يبيح الاتفاق على غير ذلك (انظر الدكتور صبحي المحمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٢٩).

(١) على أنه إذا كانت الحوالة على سبيل الرهن، فإن ملكية الحق لا تنتقل إلى الحال له، بل ينتقل إليه حتى عيني عليه هو حق الرهن.

(٢) وقد يكون العوض وفاء دين، فإذا نزل شريك لشريكه عن نصيبه في الشركة في مقابل دفع هوام الشركة التي تخصصه، كانت هذه حوالة صحيحة (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨٠ ص ٤٢٠).

باختلاف الحوالة، ودراسة هذا الالتزام تدخل في دراسة العقد الذي اشتملت عليه الحوالة، فلا شأن لنا به هنا.

وإنما يعنيننا أن نبحث ما يلتزم به الحمل نحو الحال له: انتقال الحق الحال به والضمان.

المبحث الأول

انتقال الحق الحال به من الحمل إلى الحال له

٢٧٢ - انتقال الحق بصفاته وتوابعه: قلنا إن الحق الحال به ينتقل بالحوالة من الحمل إلى الحال له. والحق الذي ينتقل هو نفس الحق الذي كان في ذمة الحال عليه للمحمل، 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 الحمل والحال له، أى حتى قبل أن تكون نافذة في حق المدين وفي حق الغير بالإعلان أو القبول، ينتقل نفس الحق الحال به من الحمل إلى الحال له (٢)، وينتقل بكل قيمته حتى لو كان الحال له دفع فيه ثمناً أقل كما هو الغالب (٣) (١). ذلك أن الحق الحال به، وإن كان حقاً شخصياً،

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢١.

(٢) استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٨.

(٣) وقد قضت محكمة دمياط بأنه إذا اشترى الحال 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 متنازحاً فيه، فعند ذلك يجوز للمدين التخلص من الدين برده الثمن الذي دفعه الحال له للمحمل والمصرفيات والفوائد من وقت الدفع، وقد تقدم بيان ذلك (انظر آنفاً فقرة ٢٥٣).

ولا يرجع الحال له على المدين بمصرفيات الحوالة ذاتها، فهذه يتحملها هو (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ - ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١١).

(١) أ- إذا كان من المقرر أن الحق الحال به ينتقل بالحوالة من الحمل إلى الحال له بصفاته ودفعه كما تنتقل معه توابعه ومنها الدعوى التي توكده، وكانت الدعوى الماثلة قبل الحال عليه بطلب الحق الحال به التي رفعها المطعون عليه الأول بوصفه محالاً له دعوى تؤكد الحق الحال به التي رفعها المطعون عليه =

يعتبر منقولاً معيناً بالذات. فتنقل ملكيته فيما بين المتعاقدين - أي فيما بين المحيل والمحيل له - بمجرد العقد دون حاجة إلى أي إجراء آخر^(١).

والحق الذي ينتقل هو نفس الحق الذي كان في ذمة المدين للمحيل، فيصبح - بعد أن تصير الحوالة نافذة في حق المدين - في ذمة المدين للمحال له. ولما كان الذي ينتقل هو نفس الحق، فإنه ينتقل بما له من صفات وما عليه من دفع^(١). فإن كان حقاً مدنياً أو تجارياً، انتقل بصفته هذه إلى المحال له. وإن كان حقاً قابلاً للتفويض بموجب حكم أو سند رسمي، 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 التي كان يصح له أن يتمسك بها قبل المحيل^(٢)، وسيأتي بيان ذلك.

= الأول بوصفه محالاً له دعوه تؤكد الحق المحال به فتعتبر من توابعه وتنقل معه، فإن قضاء الحكم المطعون فيه يرفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة يصادف صحيح القانون. (جلسة ١٩٧٥/١١/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٢٥٧).

ب- حوالة الحق لا تنشئ التزاماً جديداً في ذمة المدين وإنما هي تنقل الالتزام الثابت أصلاً في ذمته من دائن إلى دائن آخر باعتبار هذا الالتزام حقاً للدائن المحيل وينتقل بها الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه وينبئ على ذلك أن يظل هذا الالتزام بعد حوالته محكوماً بذات القانون الذي نشأ في ظله من حيث طبيعته وصفاته وإثباته وقابليته للحوالة والشروط اللازمة لذلك فإذا صدر قانون يغير من هذه الأحكام فلا يسرى على هذا الالتزام إلا في نطاق ما يستحدثه من قواعد أسرة متصل بالنظام العام ومن ثم فإذا كان القانون الذي نشأ الالتزام في ظله يشترط لإمكان حوالته رضا المدين بالحوالة فإن صدور قانون جديد يجعل هذا الرضاء غير لازم لا يسرى قبله.

(الظن ٦٠٥ لسنة ٣٢٢ق - جلسة ١٩٦٧/١١/٢٣ ص ١٨ ص ١٧٤٤)

(١) وقد سبق 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).

(١) باتفاق الحوالة بين المحيل والمحال له ينتقل نفس الحق المحال به من المحيل إلى المحال له وبكل قيمته ولو كان المحال له قد دفع فيه ثمن أقل.

(الظن ٢١٨ لسنة ٣٤ق - جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ ص ١٩ ص ٣٥٧)

(٢) إذا كان يجوز لمشتري العقار بعقد غير مسجل أن يطالب المستأجر بالحقوق الناشئة عن عقد الإيجار ومنها الأجرة إذا قام البائع بتحويل العقد إليه وقبل المستأجر هذه الحوالة أو أعلن بها لأنها بهذا القبول أو الإعلان تكون نافذة في حقه طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٥ من القانون المدني فإنه يحق للمشتري - تبعاً لذلك - أن يقاضي المستأجر - المحال عليه - في شأن الحقوق المحال بها دون حاجة إلى اختصاص المؤجر - المحيل - لأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعاوى التي تؤكد ومنها دعوى الفسخ.

(جلسة ١٩٧٨/١١/٨ الظن رقم ٩٥٨ لسنة ٤٦ق)

ويترتب على ما قدمناه أنه بعد انعقاد الحوالة، وقبل صيرورتها نافذة في حق المدين، يمتنع على المحيل أن يطالب المدين بالحق المحال به. فإذا 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 له سند هذا الحق والوسائل التي تؤدي إلى إثباته^(١). وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً في هذا المعنى، فكانت المادة ٤٣٤ من هذا المشروع^(١) تجرى على الوجه الآتي: «يجب على المحيل أن يسلم إلى المحال له سند الحق المحال به، وإن يقدم له وسائل إثبات هذا الحق وما هو ضروري من بيانات لتمكينه من حقه». وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة^(٢)، ولكن حذفه لا يفيد أن حكمه قد نسخ، ففي تطبيق القواعد العامة غناء عنه.

والذي يقع عادة أن سند الحق هو الذي تدون فيه الحوالة، ويسلمه المحيل إلى المحال له كمستند لصدور الحوالة ذاتها وكمستند للحق المحال به في وقت واحد. فإذا كان الحق المحال به غير ثابت بالكتابة، صحت مع ذلك حوالته كما قدمنا، وعلى المحيل أن يهيئ للمحال له وسائل إثبات هذا الحق من بينة وقرائن وغير ذلك.

(١) انظر أيضاً المادة ٣٦٧ من التقنين المدني العراقي والمادة ٢٨٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٠ في الهامش - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن تسليم الحقوق المباعة يكون باعطاء سندات لها للمشتري بالترخيص له في الانتفاع بها إذا لم يوجد مانع من الانتفاع (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة 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 يستوفي المقابل. وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن تنازل عن الدين يعتبر بمثابة عقد بيع بمقتضى المادة ٣٤٨ مدني، فتسرى عليه قواعد البيع، ويكون للبايع 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 المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٢٧ ص ٣٠٧). وإذا لم يوف المحال له القسط الأخير من مقابل الحوالة للمحيل، وكان المحيل قد اشترط في هذه الحالة أن يكون له حق تقدم على الحق المحال به فيما يتبقى من المقابل، لم يجوز للمحيل أن يفسخ الحوالة، وحل محل المحال له في جزء من الحق المحال به بمقدار ما تبقى من المقابل (استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩٤٧ ص ٥٩ ص ٢٣٣).

(١) امتناع المحيل عن تسليم المستندات المثبتة للحق المحال به لا يجيز الرجوع عليه بالضمان إلا إذا ترتب عليه استحالة استيفاء المحال له الحق المحال من المدينين المحال عليهما إذ يعتبر عندئذ عائقاً يحول دون الحصول المحال له على هذا الحق فيضمنه المحيل متى كان بفعله الشخصي. (جلسة ١٩٦٧/٢/٩ الظن رقم ١٨ لسنة ٣٢٥ق)

وإذا كان المحال به هو جزء من الحق، بقي السند مشتركاً بين المحيل والمحال له (١).

وسرى أن توابع الحق تنتقل معه. فإذا كان هناك ضمان للتحق المحال به، وجب على المحيل تمكين المحال له من هذا الضمان، بأن يعاون في التأشير على هامش القيد إذا كان الضمان هو رهن رسمي أو رهن حيازي عقارى أو حق امتياز عقارى أو حق اختصاص، وبأن يسلم للمحال له سند الكفالة إذا كان الضمان هو كفيل شخصي.

المطلب الثاني

انتقال توابع الحق المحال به

٢٧٥ - انتقال ضمانات الحق: قدمنا أن المادة ٣٠٧ مدنى تقضى بأن تشمل حوالة الحق ضماناته، كالكفالة والامتياز والرهن. وهذا طبيعي، فإن ضمانات الحق هي من توابعه، ومن شأنها أن تؤكد وتقويه. ولاشك 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، فإنها تنتقل من غير حاجة إلى ذكر ذلك في عقد الحوالة بحكم أنها من توابع الحق المحال به (٢).

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 وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحق الامتياز، أو كانت شخصية كالكفالة والتضامن وعدم القابلية للانقسام.

فإذا كان للتحق المحال به كفيل شخصي، بقي هذا الكفيل ضامناً للتحق للمحال له كما كان ضامناً إياه للمحيل، ولا حاجة لرضائه بالحوالة (٣) إذ هو يكفل المدين، وشخص المدين هو الذى 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، فإنه إذا كان لا يعلم بالحوالة وفى الدين عن المدين كان الوفاء صحيحاً مبرئاً لذمته.

(١) ويمكن إيداع السند عند أمين الحساب كل من المحيل والمحال له. وإذا كان السند ورقة رسمية، جاز استخراج صورة منها للمحال له أو للمحيل (بودرى وسينيا فقرة ٨٠٨ - بلانيول ريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٥).

(٢) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٥٩.

(٣) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٠.

وإذا كان المدينون في الحق المحال به متعددين وكانوا متضامنين، فإن الحق ينتقل إلى المحال له قبل هؤلاء المدينين المتضامنين جميعاً، ولا بد من إعلانهم 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 مدنى 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 التى 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 يونيو 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 ما دام 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).

٢٧٧ - انتقال الدعاوى التى تؤكد الحق المحال به دون الدعاوى التى تنافيه: وقد يصحب الحق المحال به دعاوى بعضها تؤكد وبعضها تنافيه، فالدعاوى التى تؤكد هى التى تنتقل معه إلى المحال له لأنها تعتبر من توابع الحق (١)، أما الدعاوى التى

(١) وتنتقل أيضاً مع الحق المحال به كل ميزة أخرى متصلة بالحق ولو لم تكن ضماناً له. فلو أن مستأجراً حصل من المؤجر فى عقد الإيجار على وعد ببيع العين المؤجرة، ثم نزل المستأجر عن الإيجار لآخر، فإن المتنازل له ينتقل إليه حق المستأجر فى الإيجار ومعه الحق فى الوعد بالبيع الصادر من المؤجر (انظر فى هذا المعنى بودرى وسينيا فقرة ٨١١).

(٢) ديرانتون ١٦ فقرة ٥٠٧ - هيك ٢ فقرة ٤٤٨ - بودرى وسينيا فقرة ٨١٠ - بلانيول ريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص ٥١٢ - ص ٥١٣ - انظر عكس ذلك لوران ٢٤ فقرة ٥٣٣.

(١) ينتقل الحق المحال به - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - بالحوالة من المحيل إلى المحال له بصفاته ودفعه كما تنتقل معه توابعه ومنها الدعاوى التى تؤكد إذا كان الطاعن - المحال عليه - قد دفع أمام محكمة الاستئناف بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة لعدم وجود عقد إيجار أو

تنافيه فهي تتعارض معه ولا تعتبر من توابعه فلا تنتقل إلا باتفاق خاص بين المحيل والمحال له.

ولإيضاح ذلك نفرض أن البائع قبل أن يستوفي الثمن من المشتري حول هذا الحق إلى آخر وكان البائع يحق له أن يطل هذا البيع لسبب يرجع أما إلى نقص في الأهلية أو إلى عيب في الإرادة كغلط أو تدليس أو إكراه. فهنا صحب الحق المحال به دعويان: الأولى دعوى الفسخ لعدم وفاء المشتري بالثمن، والأخرى دعوى الإبطال لنقص الأهلية أو للعيب في الإرادة.

أما دعوى الفسخ فمن شأنها أن تؤكد الحق المحال به، إذ هي بمثابة ضمان للبائع لاستيفاء حقه من المشتري، وتعادل حق الامتياز على المبيع. وإذا كان حق الامتياز يكفل للبائع أن يستوفي 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 بدلا من الثمن^(٣).

= أى عقد آخر يربطه بالمطعمون عليها وكانت الدعوى الماثلة التي رفعتها المطعمون عليها بوصفها محالا لها - دعوى تؤكد الحق المحال به فتعتبر من توابعه وتنتقل معه. فان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع المشار إليه استنادا إلى حوالة عقد الايجار إلى المطعمون عليها. يكون قد أصاب صحيح القانون.

(جلسة ١٩٧٨/٥/١٦ الطعن رقم ٢٠٠ لسنة ٤٥ ق السنة ٢٩ ص ١٢٦١)

(١) بودري وسينيا فقرة ٨١٢ ص ٨٥٣ - ص ٨٥٤.

(٢) الأستاذ إسماعيل غام في 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 في حوالة الحق في 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 متصلا اتصالا وثيقا بملك البائع، كما إذا كان حق ارتفاق رتبة البائع للمشتري على أرضه أو حائطا جعله البائع مشتركا بينه وبين المشتري. ففي مثل هذه الحالات مقتضى الفسخ أن يزول الارتفاق ولكن لمصلحة البائع لا لمصلحة المحال له، أو أن ترجع الحائط 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 في هذا المعنى بودري وسينيا فقرة ٨١٣).

(١) إذا كانت الحوالة نافذة قبل المحال عليه لاعلانه بها فان للمحال له أن يقاضيه في شأن الحقوق المحال بها دون حاجة إلى اختصام المحيل لان الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعوى التي =

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 - مسألتان: إذا استعرضنا نصوص المواد ٣٠٨ - ٣١١ مدني السالف ذكرها، وهي النصوص الخاصة بالالتزام المحيل بضمان الحق المحال به^(١)، وجدنا أن هناك مسألتين: (١) ما يضمنه المحيل للمحال له (٢) وما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق الضمان.

= تؤكد ومنها دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه لأنها تكفل للمشتري أن يسترد الثمن فيعتبر بمثابة ضمان له ينتقل بالحوالة مع حقه المحال به.

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ ص ٣٥٧)

(١) انظر في هذا المعنى أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة هامش رقم ٤٩ - جيلوار ٢ فقرة ٨١٩ - هيك ٢ فقرة ٤٤٩ - بودري وسينيا فقرة ٨١٢ ص ٨٥٢ - ص ٨٥٣ - وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص ٥١٥.

(١) أ- إمتناع المحيل عن تسليم المستندات المثبتة للحق المحال به لا يجيز الرجوع عليه بالضمان إلا إذا ترتب عليه استحالة استيفاء المحال له الحق المحال من المدينين المحال عليهما إذ يعتبر عندئذ عائقاً يحول دون حصول المحال له على هذا الحق فيضمنه المحيل متى كان بفعله الشخصي.

ب- إذ نظم المشرع في المواد من ٣٠٨ إلى ٣١١ من القانون المدني أحكام الضمان في حوالة الحق بنصوص خاصة فإنه لا يجوز مع وجود هذه الأحكام الخاصة تطبيق أحكام الضمان الواردة في باب البيع على الحوالة.

أ، ب (الطعن ٥٠ لسنة ٣٣ ق - جلسة ١٩٦٧/٢/٩ ص ١٨ ص ٣٢٥)

المطلب الأول

ما يضمنه المحيل للمحال له

٢٧٩ - حالات مختلفة: أول ما يضمن المحيل أفعاله الشخصية، فإن المادة ٣١١ مدني تنص كما رأينا، على أن «يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان».

ثم هو بوجه عام يضمن - عدا أفعاله الشخصية - وجود الحق الذي حوله، وهذا هو الضمان بحكم القانون (garantie de droit). ويجب التمييز في ذلك بين ما إذا كانت الحوالة بعوض أو كانت بغير عوض.

وقد يتفق مع المحال له على ضمان أخف أو أشد من هذا الضمان الذي يفرض عليه بحكم القانون، وهذا هو الضمان الاتفاقي أو الضمان الواقعي (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 في الحوالة بعوض بحكم القانون. (٣) الضمان في الحوالة بعوض بحكم الاتفاق. (٤) الضمان في الحوالة بغير عوض بحكم القانون. (٥) الضمان في الحوالة بغير عوض بحكم الاتفاق.

٢٨٠ - ضمان المحيل لأفعاله الشخصية: يضمن المحيل للمحال له جميع الأفعال التي 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 في 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 الذي سنبينه، لأن المحيل مسئول عن الفعل الشخصي الذي 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 في حق الغير، تصرف في الحق المحال به تصرفاً مناقضاً للحوالة الأولى، بأن باعه مرة أخرى أو هبه أو رهنه أو أجرى فيه أي تصرف آخر. فإذا عمد المحيل بعد الحوالة الأولى إلى تحويل الحق مرة أخرى إلى محال له ثان، واستطاع هذا المحال له الثاني جعل حوالته نافذة في حق المحال له الأول، رجع المحال له الأول على المحيل بالضمان من جراء فعل شخصي صدر منه، وهو تصرفه في الحق المحال به بعد أن حوله.

ويكون مسئولاً كذلك، يحكم 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.

والحيل مسئول عن أفعاله الشخصية التي تصدر بعد الحوالة على النحو الذي قدمناه، ما دامت هذه الأفعال تنتقص من الحق المحال به أو تنتقص من توابعه كرهن أو أي ضمان آخر (١) (١). ويستوى في ذلك أن تكون الحوالة بعوض أو بغير عوض، وأن يكون الضمان بحكم القانون أو بحكم اتفاق يشدد أو يخفف من مسؤولية المحيل، بل تتحقق المسؤولية على النحو المتقدم حتى لو اشترط المحيل عدم الضمان. فالمسئولية هنا ناشئة عن خطأ تقصيري (٢)، ولا يجوز الاتفاق على استبعاد أو تعديل المسؤولية. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٣١١

(١) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٥٨.

(١) النص في المادة ٣١١ من القانون المدني على أن «يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض أو اشترط عدم الضمان» يدل على أن المحيل يضمن للمحال له جميع الأفعال التي تصدر منه بعد صدور الحوالة ويكون من شأنها الانتقاص من الحق المحال به أو توابعه أو زواله. ويستوى في ذلك أن تكون الحوالة بعوض أو بغير عوض ولو اشترط المحيل عدم الضمان. ذلك أن مسؤولية المحيل عن أفعاله الشخصية تعتبر مسؤولية تقصيرية لا يجوز الاتفاق على التحلل منها أو تعديلها. فإذا عمد المحيل بعد انعقاد الحوالة وقبل صيرورتها نافذة في حق المدين إلى مطالبة المدين بالحق المحال به فأوفاه أو استصدر به حكماً ضده فإن الوفاء للمحيل - إن كان قد حدث - يكون صحيحاً مبرئاً لزمه المدين ولكن المحيل بمطالبته المحال عليه بالدين يكون مسئولاً قبل المحال له بالضمان ولو كان قد اتفق على عدم الضمان.

(الطعن ٤٤٠ لسنة ٤٥ ق - جلسة ١٩٧٩/٦/٢٥ من ٣٠ ع ٢ ص ٧٤٦)

(٢) - النص في المادة ٣١١ من القانون المدني وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أن يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض أو اشترط عدم الضمان يدل على أن المحيل يضمن للمحال له جميع الأفعال التي تصدر منه بعد صدور الحوالة ويكون من شأنها الانتقاص من الحق المحال به أو توابعه أو زواله ويستوى في ذلك أن تكون الحوالة بعوض أو بغير عوض ولو اشترط المحيل عدم الضمان ذلك أن مسؤولية المحيل عن أفعاله الشخصية تعتبر مسؤولية تقصيرية لا يجوز الاتفاق على التحلل منها أو تعديلها وإن ترك المحيل الخصومة في دعوى البيوع بعد استيفاء دين المحجوز من أجله من المحال إليه يعد اختلالاً بالتزامه قبله لما يتضمن هذا الترك من التنازل عن الحجز الذي اتفق المحيل معه على حلقه محله فيه. لما كان ذلك، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاء للمطعون ضدهما بالتعويض المقضي على ما خلص إليه. من أن البنك الطاعن لم يتخذ الحيطة والحذر الواجبين في المحافظة على حقوق المطعون ضدهما واللذين يفرضهما عليه عقد الحوالة المبرم بينهم بعد أن قاما بسداد الدين المتقدم أجله وحلولهما محله مما كان من مقتضىه إلا =

مدنى، كما رأينا، إذ تقول: «يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان» (١).

٢٨١ - الضمان فى الحوالة بعوض بحكم القانون: إذا كانت الحوالة بعوض، ولم يكن هناك اتفاق خاص على الضمان بين المحيل له، فإن المحيل يضمن للمحال له، بحكم القانون (٢)،

ب- حق المحال له فى التعويض فى حالة ضمان المحيل لأفعاله الشخصية وفقاً للمادة ٣١١ من القانون المدنى لا يقتصر على استرداد ما دفعه للمحيل عوضاً على الحق المحال به مع الفوائد والمصروفات، كما هو الحال عندما يتحقق الضمان طبقاً للمادتين ٣٠٨، ٣٠٩ من القانون المدنى، بل يكون التعويض كاملاً يشمل قيمة هذا الحق كله ولو زادت على ما دفعه المحال له للمحيل ويشمل أيضاً التعويض عن أى ضرر آخر يلحق بالمحال له من جراء فعل المحيل.

(الطعن ٢٣٤٧ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩١/٦/١٢)

(الطعن ٣٥٢ لسنة ٤١ ق - جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ من ٢٨ ص ٧٣٢)

(الطعن ٥٠ لسنة ٣٣ ق - جلسة ١٩٧٦/٢/٩ من ١٨ ص ٣٢٥)

(١) وقد يقال أن المسؤولية هنا ناشئة عن عقد الحوالة، وأن المادة ٣١١ مدنى ليست تقريراً للقواعد العامة فى المسؤولية التقصيرية، بل هى تفرض على المحيل التزاماً بضمان أفعاله الشخصية نشأ من تعاقد مع المحال له. ولكن يعترض هذا القول أنه لو صح لجواز للمحيل اشتراط عدم الضمان عن فعله الشخصى الذى لا يعتبر غشاً أو خطأ جسيماً، إذ يجوز للمدين فى المسؤولية العقدية أن يشترط إعفاءه من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم (م ٢/٢١٧ مدنى)، فى حين أن المادة ٣١١ مدنى تبطل اشتراط عدم الضمان عن أى خطأ، دون تمييز بين خطأ وخطأ. ومهما يكن من أمر، فإنه إذا تحققت مسؤولية المحيل عن أفعاله الشخصية، كان ملتزماً بتعويض المحال له تعويضاً كاملاً، ولا يقتصر على رد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات. وهذا الحكم يتمشى، لا فصح مع قواعد المسؤولية التقصيرية، بل أيضاً مع قواعد المسؤولية العقدية. أما ما نصت عليه المادة ٣١٠ مدنى من أن التزام المحيل بالضمان يقتصر على رد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك، فإن هذا لا يشمل مسؤولية المحيل عن أفعاله الشخصية، إذ أن هذه المسؤولية لا يتناولها حكم المادة ٣١٠ مدنى كما سيأتى (انظر فقرة ٢٨٥).

(٢) نقول بحكم القانون، أى دون أن تكون هناك حاجة إلى اتفاق خاص، وإلا فإن الالتزام بالضمان مصدره عقد الحوالة، الذى التزم المحيل بموجبه أن ينقل الحق المحال به إلى المحال له، ولم يبق التزامه. تبقى حالة ما إذا كان الحق المحال به غير موجود أصلاً، إذ قد يقال إن الحوالة فى هذه الحالة تكون باطلة لانعدام محلها، والعقد الباطل لا ينشئ التزاماً بالضمان، إذ لا يترتب أثر على العقد الباطل. والقول بأن أساس الالتزام بالضمان فى هذه الحالة هو الخطأ عند تكوين العقد (انظر الأستاذ شفيق =

وجود الحق المحال به وقت الحوالة (١) (١). وهذا هو ما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٣٠٨ مدنى، فقد رأينا أنها تنص على أنه «إذا كانت الحوالة بعوض، فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة» (٢).

ويكون الحق المحال به غير موجود وقت صدور الحوالة، فيجب على المحيل الضمان، إذا كان مصدر هذا الحق عقداً باطلاً (٣). فإذا كان مصدر الحق عقداً قابلاً للإبطال لمصلحة

= شحاته فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٢٦ هامش رقم (١) يعارضه أن المشرع المصرى قد استبعد هذه النظرية بعد أن كان المشروع التمهيدي (م ٢٠٤ من المشروع) قد نص عليها. فلا يبقى إذن إلا القول بأن المسؤولية هنا مسؤولية قانونية، حدد القانون (م ٣٠٨ مدنى) نطاقها، فجعل الجزاء فيها مقصوراً على رد الثمن والمصروفات ولم يجعله تعويضاً كاملاً، وأجاز استبعادها باتفاق خاص. أما إذا قلنا بأن المسؤولية لا تزال مسؤولية عقدية، فلا بد من افتراض أن عقد الحوالة إذا وقع على حق غير موجود يبقى قائماً من حيث إلزام المحيل بالضمان. فكأن الحوالة تفترض وجود عقد آخر إلى جانبها يلزم المحيل 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 فى التقنين الألمانى تشتمل على اتفاق ناقل للالتزام وهذا عقد مجرد واتفاق منشئ للالتزامات شخصية: انظر ما يلى فقرة ٢١٣ فى هامش). أو يقال إن عقد الحوالة الباطل قد تخول هو ذاته إلى عقد منشئ للالتزام بالضمان، طبقاً لنظرية تحول العقد: انظر المادة ١٤٤ مدنى، وانظر فى هذا المعنى فيما يتعلق ببيع ملك الغير الأستاذ سليمان مرقس والأستاذ محمد على امام فى عقد البيع فقرة ٢٨١ ص ٤٦١ - ص ٤٦٢.

(١) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٢ - مصر مستعجل ٢٨ يولييه سنة ١٩٣٧ الحماية ١٩ رقم ١٨١ ص ٤١٨.

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧.

(٣) 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 فى عهد التقنين المدنى الأهلى السابق يجب الضمان على المحيل إذا لم يقبل المدين الحوالة (استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٥٨).

(١) أ- يتعين الرجوع فى شأن الحوالة إلى احكام الضمان المنصوص عليها فى المواد ٣٠٨ إلى ٣١٠ دون احكام الضمان الواردة فى باب البيع.

(جلسة ١٩٦٧/٢/٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص ٣٢٥)

ب- يتضمن التنازل عن الايجار حوالة حق بالنسبة إلى حقوق المستأجر وحوالة دين بالنسبة لالتزاماته ويعتبر المستأجر المتنازل - فيما يختص بحق الانتفاع بالعين المؤجرة والذى حوله إلى المتنازل له فى مركز المحيل ومن ثم فإن ضمانه لهذا الحق ولو كان التنازل بعوض يخضع للقواعد المقررة للضمان فى حوالة الحق وليس للقواعد المقررة لضمان البائع فإذا تحقق سبب الضمان وفقاً للمادة ٣٠٨ من القانون المدنى فإن المستأجر المتنازل لا يلزم طبقاً للمادة ٣١٠ إلا برد ما استولى عليه مقابل حق الانتفاع الذى حرم منه المتنازل له مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص ١٨٥٥)

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 أثر رجعياً فيعتبر الحق كأنه لم يوجد أصلاً، ومن ثم لا يكون موجوداً وقت صدور الحوالة (١).

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 بالتخادم 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 باع أو وهبه أو رهنه وأصبحت هذه الحوالة السابقة 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 (٢).

(١) 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 العقد (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٢م ٤ ص ١٥٦).

(٢) كذلك إذا تبين أن دائناً للمحيل قد حجز حجراً تحفظياً على الحق المحال به قبل صدور الحوالة، فإن المحيل يكون ملتزماً بالضمان. أما إذا كان الحجز قد وقع بعد صدور الحوالة ولكن قبل نفاذها في حق الدائن، فإن المحيل يكون مسؤولاً عن ضمان فعله الشخصي كما سبق القول.

وللمحال له، إذا كان قد اشترط الحق المحال به وخشى من استحقاقه، أن يحبس الثمن حتى يزول التعرض أو حتى يقدم المحيل كفيلاً، لأن المحال له يكون في مركز المشتري (م ٢/٤٥٧ مدني). ويتحقق ذلك، فيجوز للمحال له حبس الثمن، إذا وقع المدين حجراً تحفظياً تحت يد نفسه قبل نفاذ الحوالة في حقه (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٢). ويكفي أن يكون الحق المحال به معرضاً لخطر الاستحقاق، دون أن يكون قد استحق فعلاً (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٢).

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 (١). وهو لا يضمن إلا وجود التأمين في ذاته، أي وجود الرهن أو الامتياز أو الكفالة، دون أن يضمن كفاية الرهن أو الامتياز أو ملاءة الكفيل إلا إذا كان بينه وبين المحال له اتفاق خاص على ذلك، وفي هذه الحالة نخرج من نطاق الضمان بحكم القانون إلى نطاق الضمان الاتفاقي (٢).

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 قبل صدور الحوالة دون أن يكتمل. فالحق يكون موجوداً وقت الحوالة ولا ضمان على المحيل، حتى لو أن التقادم اكتمل بعد ذلك وسقط الحق (٣). كذلك لو كان للحق 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 فسقط القيد قبل أن يجده المحال له (٤).

(١) وقد قضت محكمة طنطا 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 المجامع ٧ رقم ١٦١ ص ٢٢٤).

(٢) استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢ ص ٥٢٧.

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التزام المحيل باعتباره ضامناً بالاتفاق هو كالتزام كل كفيل التزام تبعي، فإذا زال الدين بمضي المدة سقط تبعاً التزام المحيل (١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٧/٤٦ و ٨ و ٩ و ١٠/١٣٦). ويمكن تخريج هذا الحكم على أساس أن ذمة المحيل قد برئت من الضمان لوجود الحق وقت صدور الحوالة، دون حاجة إلى تشبيه المحيل بكفيل للمدين.

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٨٢١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢ - الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٠. لكن إذا كان سبب زوال التأمين يرجع إلى وقت سابق على الحوالة، فإن المحيل يكون ضامناً لزوال التأمين. مثل ذلك أن يحول البائع الثمن بما يضمنه من حق امتياز، ثم يشهر إفلاس المشتري ويحكم بإعلان الامتياز لحصول القيد في المدة المثبتة فيها (période suspecte) وهي سابقة على الحوالة. ففي هذه الحالة يرجع سبب بطلان الامتياز إلى وقت سابق على الحوالة، إذ المفروض أن البيع الذي هو مصدر الامتياز قد صدر قبل الحوالة، وأبطل الامتياز بعد الحوالة ولكن لسبب يرجع إلى وقت سابق عليها، فيلتزم المحيل بالضمان. وهذا بخلاف ما إذا كانت الحوالة قد صدرت قبل المدة =

وما دام المحيل لا يضمن إلا وجود الحق وتوابعه، فهو لا يضمن يسار المدين (١)، إلا إذا كان هناك اتفاق بينه وبين المحال له على هذا الضمان، وعندئذ نخرج من نطاق الضمان بحكم القانون إلى نطاق الضمان الاتفاقي. ومع ذلك يضمن المحيل يسار المدين دون أن يدخل في نطاق الضمان الاتفاقي، إذا كان يعلم أن المدين معسر وقد أخفى غشاً هذا الإعسار عن المحال له، وهنا يكون الضمان ناشئاً عن الغش لا عن عقد الحوالة (٢).

وغنى عن البيان أن المحيل إنما يضمن وجود الحق إذا كان غير متنازع فيه. أما إذا كان الحق متنازعاً فيه وقد حوله بهذا الوصف، فإنه لا يضمن للمحال له وجوده، إذ أنه إنما حول مجرد إدعاء يحن ولم يحول حقاً محقق الوجود، فالحوالة هنا عقد احتمالي (٣).

٢٨٢- الضمان في الحوالة بعوض بحكم الاتفاق: وما قدمناه هو الضمان بحكم القانون في الحوالة بعوض. 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 مسؤولاً 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 يقضي بعدم ضمان توابع الحق، وفي هذا الاتفاق تخفيف الضمان 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 مستوفى من أن الحق الذي يحوله هو حقه، فيشترط عدم الضمان حتى إذا تبين أن الحق ليس له لم يكن مسؤولاً عن الضمان، أو يكون المحيل غير متأكد من أن الحق الذي يحوله غير خال من العيوب، فيصطنع الحيطة ويشترط عدم الضمان (١). ولا شك في أن المحيل، باشتراطه عدم

=المشبه فيها، فرجع سبب بطلان الامتياز إلى سبب لاحق لصدور الحوالة، فإن المحيل لا يلتزم في هذه الحالة بالضمان (بودري وسينيا فقرة ٨٢١ - بلايول وريبير ورودان ٧ فقرة ١١٣٢).

(١) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٦٦.

(٢) بودري وسينيا فقرة ٨٢٣ وقرة ٨٢٩.

(٣) وفي هذه الحالة يجوز للمدين أن يتخلص من مطالبة المحال له إذا هو رد إليه الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع (م ٤٦٩ مدني)، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

الضمان على هذا الوجه، يعرض المحال له لخطر له عادة ما يقابله، فيغلب أن يكون الثمن الذي يتقاضاه أقل بكثير من قيمة الحق المحال به. وقد يستخلص شرط عدم الضمان من الظروف، فإذا باع المحيل حقاً متنازعاً فيه، سواء رفعت به الدعوى أو قام في شأنه نزاع جدي، وكان المحال له يعلم شأن هذا النزاع، فالمفروض - ما لم يتفق على غير ذلك - أن البائع لا يضمن وجود الحق. ويؤكد هذا الافتراض أن يبيع المحيل الحق المتنازع فيه بثمن بخس، يدخل في تقديره احتمال خسارة الدعوى (٢).

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 في اشتراط المحال له على المحيل أن يضمن له، لا وجود الحق المحال به فحسب، بل أيضاً يسار المدين. وقد رأينا أن المادة ٣٠٩ مدني تنص على أنه 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 (٣).

(١) وفي مثل هذه الأحوال يكون المفروض أن المحيل إنما يخطأ لأمره، فإذا تحققت مخاوفه وظهر أن الحق غير موجود أو أن به عيوباً تشوبه، لم يكن مسؤولاً عن تعريض المحال له، وإنما يبقى ملتزماً برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات كما سنرى. ولكن قد يصل الاتفاق على محو 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، وفي هذه الحالة يكون الحق المحال به هو مجرد إدعاء قد ثبت وقد لا يثبت، فإذا 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 في حوالة الحقوق المتنازع فيها (بودري وسينيا فقرة ٨٢٥ ص ٨٦٤ - ص ٨٦٦ - بلايول وريبير ورودان ٧ فقرة ١١٣٣ - ص ٥٢٨ م ٥٢٩ - وانظر أيضاً: استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٩ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢٦).

(٢) ومثل هذه الحوالة تسرى عليها أحكام بيع الحقوق المتنازع فيها (م ٤٦٩ - ٤٧٢ مدني) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً في هذا المعنى، فكانت المادة ٤٤٣ من المشروع تجرى على الوجه الآتي: «إذا كان الحق المحال به متنازعاً فيه، فتسرى على الحوالة أحكام المواد الخاصة باسترداد الحقوق المتنازع عليها». وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة، إذ أن حكمه يستفاد بدهاء من وجود نصوص خاصة ببيع الحقوق المتنازع فيها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٤ في الهامش).

ومما يقع في العمل من الحوالات التي يشترط فيها عدم الضمان أن السنديك أو المصفي، بعد أن يستوفى الحقوق الثابتة والحقوق التي يسهل استيفاؤها، يبيع الحقوق الأخرى جملة واحدة مع اشتراط عدم الضمان (بودري وسينيا فقرة ٨٢٧).

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧.

فإذا اشترط المحال له على المحيل ضمان يسار المدين^(١)، ولم يبين أى يسار يعنى، فإن اليسار المضمون ينصرف إلى يسار المدين وقت انعقاد الحوالة، وذلك تفسيراً للشرط بما هو فى مصلحة الملتزم وهو هنا المحيل. فإذا كان المدين موسراً وقت انعقاد الحوالة، فإن 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، فإن علمه بهذا الأعسار لا يقوم مقام الاتفاق^(٢). وعلى المحال له قبل أن يقدم على قبول الحوالة أن يتحرى عن حالة المدين ومقدار ملاءته، فإذا لم يستطع أن يثبت من ذلك ففى القليل كان الواجب عليه أن يشترط على المحيل ضمان اليسار. فإذا هو لم يفعل، لا هذا ولا ذاك، كان التقصير فى جانبه ولا يلومن إلا نفسه^(٣). على أنه إذا أخفى المحيل غشاً عن المحال له إعسار المدين، كان مسئولاً، لا بموجب عقد الحوالة، بل بسبب الغش، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(٤).

فإذا أراد المحال له أن يضمن المحيل يسار المدين فى الاستقبال، أى عند حلول ميعاد الوفاء بالحق المحال به، وجب عليه أن يبين ذلك فى الشرط الذى يأخذه على المحيل، فلا يكتفى باشتراط ضمان اليسار دون تعيين. واشتراط يسار المدين عند حلول الحق المحال به هو الذى يقع فى الكثير من الأحوال، لأنه هو الذى يكفل للمحال له أكبر قدر من الضمان^(٥). وعند

(١) ولا يكفى اشتراط الضمان إطلاقاً، فإن هذا يتصرف إلى الضمان بحكم القانون، بل يجب تعيين الواقعة المضمونة، فيشترط ضمان اليسار (بودرى وسينيا فقرة ٨٣٠ - فقرة ٨٣١). انظر فى بعض عبارات مألوفة فى اشتراط الضمان وفى تفسير هذه العبارات: أوبرى ررو 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.

(٢) 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 متبعاً فى ذلك الشكل التجارى. فإذا حول الدائن هذا السند المدينى إلى آخر، فإنه لا يكون ضامناً ليسار المحال عليه إلا بشرط صريح، ولا يكفى أن نقيس هذا السند المدينى، ولو كان قد اتخذ الشكل التجارى، على السند التجارى المحض الذى يضمن فيه المحيل يسار المحال عليه وقت الوفاء. على أن هذا الحكم ليس محل اتفاق» (الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٠ ص ٥٣٨ هامش رقم ١).

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٨٢٩.

(٤) شبين الكوم ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٦ - انظر آنفاً فقرة ٢٨١.

(٥) بودرى وسينيا فقرة ٨٣٢ - فقرة ٨٣٣ - بلانيول وريبير ودوان ٧ فقرة ١١٣٣ ص ٥٣٠ هامش رقم ١.

ذلك يكون المحيل مسئولاً إذا طالب المحال له المدين بالحق عند حلوله، فوجده معسراً^(١). وليس من الضرورى أن تكون المطالبة فى اليوم نفسه الذى يحل فيه الحق، بل يجوز أن تكون المطالبة فى خلال مدة معقولة من يوم الحلول، فإذا كان المدين قد أعسر خلال هذه المدة المعقولة، فإن المحيل يكون مسئولاً عن إعساره بموجب شرط الضمان. لكن إذا تأخر المحال له مدة طويلة بعد حلول ميعاد الوفاء فى مطالبة المدين، وكان المدين موسراً خلال المدة المعقولة ثم أعسر بعد ذلك، لم يكن المحيل مسئولاً، لأن المحال له قد قصر بتأخره فى مطالبة المدين فى وقت كان فيه موسراً^(٢). ومن باب أولى لا يكون المحيل مسئولاً عن إعسار المدين لو أن هذا الإعسار كان بفعل المحال له نفسه، كما لو كان للحق المحال به ضمان فترز عنه المحال باختياره بأن شطب الرهن مثلاً أو أبرأ ذمة الكفيل^(٣).

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن مركز المحيل فى حال الضمان الاتفاقي ليس إلا مركز ضامن تتحدد مدى التزاماته بعبارة الضمان الواردة فى الحوالة، فقد يكون ضامناً ليسار المدين وقت الحوالة، وقد يكون ضامناً ليساره فى المستقبل، وقد يكون ضامناً بسيطاً، وقد يكون متضامناً. على أنه فى هذه الصور كلها لا يعدو صفة الضامن، وإن كان فى بعض النتائج القانونية أقل مسئولية منه (استئناف أسيوط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ ص ١٣٦).

(٢) وقد قضت محكمة طنطا بأن ضمان المحيل يسار المدين فى الاستقبال ينصرف إلى موعد استحقاق الدين، فإنه يلتزم بالوفاء ويضمنه مجموع ماله، وعلى المحال له أن يسعى لاستيفاء قيمة الدين. فإذا أعسر المدين بعد ذلك، فلا يضمن المحيل ذلك الإعسار، إلا إذا كانت الفترة التى وقعت بين موعد السداد والأعسار قليلة - لا تتسع لاستيفاء المحال به. فلا يملك المحال له تأجيل السداد صراحة بإعطاء المدين مهلة أخرى، أو ضمناً باهمال اتخاذ الإجراءات التحفظية أو التنفيذية على مال المدين. فإن 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، فلأن للكفيل الحق قانوناً فى مطالبة المدين بالوفاء عند حلول أجل الاستحقاق فتتوافر لديه بذلك الوسيلة لاتقاء إعسار المدين، فإذا لم يفعل فيجب أن يتحمل النتيجة. أما المحيل فلا يملك ذلك بدهاء، فإنه لم يعد دائماً 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. فإن ذمة الكفيل لا تبرأ بمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الإجراءات أو مجرد أنه لم يتخذها وإنما تبرأ ذمته - طبقاً لأحكام التقنين المدينى الجديد (م ٢/٧٨٥) - 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 رجوع عليه بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة. أما مصدر التزام المحيل بالضمان فمصدره عقد الحوالة نفسه الذى ورد فيه شرط الضمان، ولا يفترض هذا الشرط عادة قيام علاقة وكالة أو فضالة بين المحيل والمدين، فإن دفع المحيل الدين للمحال له وفاء لالتزامه بالضمان، فالغالب ألا يجد أمامه للرجوع على المدين بما دفعه إلا دعوى الإنراء بلا سبب.

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٨٢٧ - فقرة ٨٢٨.

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 التي تكفل الدين^(١)، فلم يتهياً له أن يستوفى حقه. ومن ثم يكون للمحيل أن يطالب المحال له بتجريد المدين قبل أن يرجع عليه بضمان اليسار^(٢). 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^(٣).

وإذا 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 حصته في الحق. فإذا لم يكن عند المدين إلا

(١) وهذا فرق آخر بين مركز المحيل الضامن ليسار المدين ومركز الكفيل. فالكفيل ليس له في الأصل إلا أن يطلب تجريد المدين نفسه، فإذا كان للمدين كفالة عينية، كان للدائن أن يرجع على الكفيل الشخصي دون الكفيل العيني، وعند ذلك يحل الكفيل الشخصي محل الدائن في الرجوع على الكفيل العيني. أما المحيل الضامن ليسار المدين فله أن يطلب من المحال له الرجوع على الكفيل العيني للحق المحال به قبل الرجوع عليه هو. وسرى 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.

(٢) 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 الإعسار. 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).

(٣) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٦ - بودرى وسينيا فقرة ٨٣٩ - فقرة ٨٤٠ - بلاتبول 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 وقبضه، ويجوز في هذه الحالة أن يطلب المحيل، إذا لم يكن ضمناً متضامناً، رجوع المحال له أولاً على المدين بطلب حق التجريد إذا توافرت شروطه، وأيسرها ألا يكون المحيل ضمناً متضامناً، وبشرط أن يرشد المحيل إلى أموال المدين، وأن يقدم للمحال له مصروفات التجريد والمستندات الخاصة بذلك، وأن يطلب ذلك صراحة قبل التكلم في موضوع الدعوى (الأسكندرية ٢٣ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥٠٣ ص ١١٩٠).

خمسمائة، فليست هناك أفضلية للمحال له على المحيل^(١)، 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. 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^(٢).

٢٨٣ - الضمان في الحوالة بغير عوض بحكم القانون: رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٠٨ مدني تقضى بأنه إذا كانت الحوالة بغير عوض «فلا يكون المحيل ضمناً حتى لوجود الحق»^(١). وقد كان المشروع التمهيدى لهذا النص يضيف عبارة «ما لم يتفق على غير ذلك»^(٢). فحذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة حتى يتماشى 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 يرده، فلا يجوز إذن أن يلزم ولو باتفاق خاص أن يرد شيئاً إلى المحال له^(٤).

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 الهيئة بعوض. وفي الحالة الأولى يقدر القاضي للموهوب له تعويضاً عادلاً عما أصابه من الضرر،

(١) كذلك لا توجد 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.

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٧ - بودرى وسينيا فقرة ٨٤٣ - بلاتبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٧.

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٨.

(٤) انظر أنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش - مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٣.

(٥) عدم دفع المقابل في الحوالة لا يجعلها صورية إذ تجيز المادة ٣٠٨ من القانون المدني الحوالة بغير مقابل (الطعن ٣٨٠ لسنة ٣٥ق - جلسة ١٩٦٩/١١/٢٠ من ٢٠ ص ١٢٢٠).

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 فيما له من حقوق ودعاوى.

فحتى يمكن التوفيق بين نصوص التقنين المدني، نرى أن نطاق تطبيق 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 يردده 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.

فإذا كانت الحوالة هبة بعوض، ضمن المحيل بحكم القانون وجود الحق المحال به وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٠٨. فإذا 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 برد 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. فإذا 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 تقرر الفقرة الأولى من المادة ٤٩٤ مدني - للمحال له (الموهوب له) تعويضاً عادلاً 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 هو 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 بإخفائه عمداً سبب الاستحقاق أو انعدام الحق حتى ألحق الضرر بالمحال له.

ثم إن الفقرة الثانية من المادة ٤٩٤ مدني تقضي بأنه «رداً 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 بحكم الاتفاق: ولما كانت الفقرة الأولى من المادة ٤٩٤ مدني عندما رتب الضمان على الواهب إذا هو أخفى سبب استحقاق الشيء الموهوب ذكرت بعد ذلك أن هذا الحكم يسرى «ما لم يتفق على غيره»، فإنه 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 أي 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 مسؤولاً 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 التقصيري.

المطلب الثاني

ما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق الضمان

٢٨٥- المبدأ العام: رأينا أن المادة ٣١٠ مدني 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 يقضي 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

بالمعنى القانوني (1)، ومع المصروفات التي يكون قد أنفقها في إبرام الحوالة أولاً ثم في مطالبة المدين ثانياً في 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 إلا يرجع بشئ أصلاً، إذا اشترط المحيل عدم الضمان وكان الحق المحال به هو مجرد ادعاء قد ثبت 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 في حالة واحدة هي حالة ضمان المحيل لأفعاله الشخصية. فان التعويض في هذه الحالة الأخيرة يكون مصدره خطأ تقصيراً في 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 (2). ويبقى هذا الحكم صحيحاً حتى لو قلنا إن التعويض مصدره عقد الحوالة لا الخطأ التقصيري، فان التعويض في المسؤولية 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 مدني 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 مسؤولية المحيل عن أفعاله الشخصية المنصوص عليها بعد ذلك في المادة ٣١١ مدني (١).

وفي غير مسؤولية المحيل عن أفعاله الشخصية، لا يجوز للمحال له في إلزامه 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 (1).

وقد أخذ التقنين المدني المصري الجديد هذا الحكم عن المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٢٦٨ من هذا المشروع) (٢)، وقصد به إلى قطع السبيل على المرابين الذين يستغلون حاجة

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٠ في الهامش.

(2) إذا نظم المشرع في المواد من ٣٠٨ إلى ٣١١ من القانون المدني احكام الضمان في حوالة الحق بنصوص خاصة، فانه لا يجوز مع وجود هذه الأحكام الخاصة تطبيق احكام الضمان الواردة في باب البيع على الحوالة.

(جلسة ١٩٦٧/٢/٩ مجموعة احكام النقص السنة ١٨ ص ٣٢٥)

(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 تقاضاه عن الحق. فانقسم الفقه الفرنسي في المقدار الذي يرجع به المحيل له على المحال له عند تحقق الضمان بحكم القانون. فقريق 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 (ديراتون ١٦ فقرة ٥١٢ - ترولوخ في البيع ٢ فقرة ٩٤٣ - ديفرجيه في البيع ٢ فقرة ٢٦٣ - أوبري ورو ٥ 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 بقيمته على المحيل، لأنه لم يضارب على وجود الحق بل ضارب 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 كلها، لأنه لما ضارب على يسار المدين فقد تحمل تبعه إعماره، فإن كان المدين موسراً فقد خلس له كل الحق، وإن كان معسراً فليس له إلا الرجوع بالثمن على المحيل (كوليه دي سانتير ٧ فقرة ١٣٩ مكررة - كوران ٢٤ فقرة ٥٤٩ - هيك ٢ فقرة ٤٩٢ - بودري وسينيا فقرة ٨٢٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ (cession de créance) فقرة ٤٧٦) =

(1) إذ نصت المادة ٣١٠ من القانون المدني على أنه «إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل.. فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يخالف ذلك» فإن قصد المشرع من هذا النص هو تحديد أقصى ما يرجع به المحال له على المحيل من تعويض عند تحقق الضمان وهذا الحكم يغير الحكم الوارد بالمادة ٢٢٦ من القانون المدني الذي يجرى سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية إذا كان موضوع الإلتزام مبلغاً من النقود تأخر المدين في الوفاء به ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يعمل حكم المادة ٢٢٦ من القانون المدني، وقضى للمحال له بالفوائد من تاريخ دفعه مبلغ الحوالة للطاعن وهو المحيل فانه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن ٢٨٩ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٦/١/١١ ص ١٧ ص ٦٥)

(2) حق المحال له في التعويض لا يقتصر - في حالة ضمان المحيل لأفعاله الشخصية وفقاً للمادة ٣١١ من القانون المدني - على استرداد ما دفعه المحيل عوضاً عن الحق المحال به مع الفوائد والمصروفات كما هو الحال عندما يتحقق الضمان طبقاً للمادتين ٣٠٨ و ٣٠٩ من القانون المدني بل يكون التعويض كاملاً يشمل قيمة هذا الحق كلها ولو زادت على ما دفعه المحال له للمحيل ويشمل أيضاً التعويض عن أى ضرر آخر يلحق بالمحال له من جراء فعل المحيل.

(جلسة ١٩٦٧/٢/٩ مجموعة احكام النقص السنة ١٨ ص ٣٢٥)

(جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ الطعن ٣٥٢ لسنة ٤١ ق السنة ٢٨ ص ٧٣٢)

(جلسة ٢٠٠١/٢/٢٦ الطعن ٨٧٦٧ لسنة ٦٣ ق)

الناس فيشترون حقوقهم بأبخس الأثمان، ثم يكفلون لأنفسهم حق الرجوع بها كاملة عليهم إذا لم يستوفوها كاملة من المحال عليهم. فإذا اشترى المرابي حقاً قيمته مائة بثمانين، 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. فقصر حقه في الرجوع بالضمان على الثمانين التي دفعها مع الفوائد والمصروفات، حتى إذا أخذ أكثر مما أعطى في حالة استيفاء 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 يتحمل المحال له الغنم والغرم، لأن الحوالة تنطوي على معنى المضاربة»^(١).

ونرى من ذلك أن هناك حكيمين من أحكام الضمان يعتبران من النظام العام. أولهما هو هذا الحكم، والثاني هو الحكم القاضي بمسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية فلا يستطيع التخلص من هذه المسئولية ولو باتفاق خاص^(٢).

=ويذهب بلانيول وريبير وردوان إلى أن المحال له لا يرجع على المحيل، حالة الضمان القانوني، بقيمة الحق كله إلا على سبيل التعويض، فيجب عليه إذن أن يثبت أن الضرر الذي لحقه يعادل قيمة الحق، ولا يتأني له ذلك، إلا إذا أثبت أن المدين موسر ولو أن الحق كان موجوداً لاستطاع أن يتقاضاه كله من المدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢ ص ٥٢٨). ويتنصر الأستاذ شفيق شحاتة لهذا الرأي (حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٣٢).

أما ضمان المحيل ليسار المدين، فإن نص المادة ١٦٩٤ من التقنين الفرنسي، كما رأينا، صريح في أنه يقتصر على استرداد المحال له للثمن الذي دفعه. واختلف الفقهاء في فرنسا هل يعتبر هذا الحكم من النظام العام. ففريق يذهب إلى أنه من النظام العام فلا يعتد بالاتفاق المخالف ولا يرجع المحال له على المحيل إلا بالثمن ولو اتفق معه على أن يرجع عليه بكل قيمة الحق (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٧١٧. جوران 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 اللبناني وقد سبق ذكرها آنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٦ - وانظر آنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش.

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، وهي تقول في هذا الصدد: «على أن أعمال مبدأ سلطان الإدارة يرد عليه في هذا النطاق قيودان. فإيراعي من ناحية أن مدى التزام المحيل بالضمان لا يجاوز على وجه الاطلاق رد ما أدى إليه فعلاً مع الفوائد والمصروفات. وقد قصد من نص المشروع على عدم جواز الاتفاق على خلاف هذا الحكم إلى قطع السبيل على المرابين. وإيراعي من ناحية أخرى أن اشتراط الإعفاء من المسئولية عن ضمان الاستحقاق يقع باطلاً إذا كان هذا الاستحقاق =

يبقى أن نعرف الحكم فيما إذا كان المدين معسراً إعساراً جزئياً بحيث يتمكن المحال له من استيفاء بعض حقه منه، وأن نعرف الحكم فيما إذا كان المحال له قد حول الحق إلى محال له تال بعوض يختلف عن العوض الذي دفعه هو للمحيل. ثم نعرف بعد ذلك مقدار ما يرجع به المحال له إذا كانت الحوالة بغير عوض وتحقق الضمان.

٢٨٦- حالة إعسار المدين إعساراً جزئياً: يقع في بعض الحالات أن يتمكن المحال له من استيفاء بعض حقه من المدين الذي 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 التي نقصته، فإن المحيل ملزم في حالة تحقق الضمان أن يرد للمحال له كل خسارته بحيث لا تزيد على الثمانين التي قبضها منه ثمناً للحوالة. وعيب هذا الحل أنه يمكن المحال له من أن يستوفى قيمة الحق المحال به كاملاً عند تحقق الضمان، وفي هذا مخالفة صريحة لنص المادة ٣١٠ مدني التي تقضي بأن المحال له لا يسترد عند تحقق الضمان أكثر مما دفعه، فلا يجوز أن تخلص له قيمة الحق كاملة.

(الحل الثاني) أن يرجع المحال له على المحيل بثلاثين لا بخمسين، ذلك أنه لا يجوز له كما قدمنا أن يسترد في حالة تحقق الضمان أكثر مما دفعه، أي أكثر 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.

= يرجع إلى فعل المحيل نفسه.. وليس هذا الحكم سوى تطبيق للقواعد المقررة بشأن ضمان الاستحقاق بوجه عام (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ - ص ١٢٨)

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».

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 و٣١٢- وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٩٣ و٢٩٩- وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٦٦- وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢/٢٨٥(٢).

(١) تاريخ النصوص:

٣٠٦م: ورد هذا النص في المادة ٤٣١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٨ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٨- ص ١١٩).

٣١٢م: ورد هذا النص في المادة ٤٣٩ من المشروع التمهيدي 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٩- ١٣١).

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري: ٣٠٦م و٣١٢م (مطابقتان للمادتين ٣٠٦ و٣١٢ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي: ٢٩٣م و٣٠٠م (مطابقتان للمادتين ٣٠٦ و٣١٢ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي: ٣٦٦م (تطابق المادة ٣١٢ من التقنين المدني المصري، فيما عدا العبارة الأخيرة فهي تجرى في التقنين العراقي على الوجه الآتي: «كما يجوز له أن يحتج بالدفع الخاصة بالمحال له»).

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، فيبقى بذلك في الحدود التي رسمتها المادة ٣١٠ مدني.

٢٨٧- حالة وقوع حوالة تالية بعوض يقل أو يزيد: وقد يقع أن المحال له يحول حقه إلى محال له تال بشمن أقل أو أكثر من الثمن الذي دفعه هو للمحيل، فهل يكون رجوع المحال له الثاني بدعوى الضمان مقيداً 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 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 لا سبعين، فانه يرجع بالتسعين على المحال له الأول، إذ هو قد دفعها له فيستردها منه. ولكن إذا أراد الرجوع على المحيل، فانه لا يسترد منه إلا الثمانين التي استولى هذا عليها، ذلك أن المحيل لا يلزم إلا برد ما استولى عليه^(٢).

٢٨٨- حالة الحوالة بغير عوض: وفي كل ما قدمناه افترضنا أن الحوالة بعوض، ولذلك جعلنا رجوع المحال له على المحيل مقيداً 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^(٣).

(١) ممن يقولون بالحل الثاني بودري وسينيا فقرة ٨٣٤، وبلانول 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.

(٢) بودري وسينيا فقرة ٨٤١.

(٣) انظر آنفاً فقرتي ٢٨٣ و٢٨٤.

ويؤخذ من هذه النصوص أن علاقة المحال له بالمحال عليه (المدين) تتأثر كثيراً بالوقت الذي تصبح فيه الحوالة نافذة في حق المحال عليه بالاعلان 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 المستقبل قبل المحال عليه كما يتمتع 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

٢٩٠ - دائنية المحال له للمحال عليه دائنية محدودة: قبل إعلان الحوالة أو قبولها يبقى المحيل دائناً للمحال عليه، لأن الحوالة لم تنفذ بعد في حق المحال عليه. أما المحال له فدائنيته للمحال عليه كاملة 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 إجراءات تحفظية. ومن جانب المحال عليه يجب أن يمتنع، إذا كان قد علم بالحوالة فعلاً دون أن يقبلها ودون أن تعلن إليه، من أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بحق المحال له.

٢٩١ - الاجراءات التحفظية التي يتخذها المحال له: يستطيع المحال له، قبل إعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها، أن يتخذ من الإجراءات التحفظية ما هو واجب للمحافظة على الحق المحال به. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٣٠٦ مدني، فقد رأيناها تقضى بأنه «يجوز

=وحده. ولا مقابل في التقنين العراقي للمادة ٣٠٦ من التقنين المصري، ولكن حكمها متفق مع القواعد العامة: انظر الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٥٢ - فقرة ٢٥٤).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢/٢٨٥: فيحق إذن 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.

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني المصري: انظر الدكتور صبحي المحمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٥ - ص ٣٧).

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 باعلان 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 الإجرائين 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 يترتب 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 حجراً تحفظياً تحت يد مدين المحال عليه، ويتابع إجراءات 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 (٣).

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 دائناً مرتهناً إذا هو أودع

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٩.

(٢) بودري وسينيا فقرة ٨٥١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢٠.

(٣) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٤ - بودري وسينيا فقرة ٨٥١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢٠ - ولا يوقع 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).

خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد، وذلك طبقاً للمادتين ١٠٦٧ - ١٠٦٨ من التقنين المدني (١).

وقد قيس المحال له قبل إعلان الحوالة أو قبولها على الدائن تحت شرط واقف قبل تحقق الشرط، فكل منهما يجوز له اتخاذ الإجراءات التحفظية (٢).

٢٩٢- امتناع المحال عليه من الاضرار بحقوق المحال له: وبديهي أن المحال عليه، الذي لم يقبل الحوالة ولم يعلن بها، إذا كان لا يعلم فعلاً بصورتها، يستطيع أن يعامل المحيل - وهو لا يزال الدائن له - في شأن الحق المحال به، فيوفيه إياه، أو يجدده 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 له، 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 فعلاً، ولو قبل أن تصبح نافذة في حقه بالإعلان أو بالقبول، فمن واجبه حينئذ أن يمتنع من إثبات أي عمل ينطوي على غش ويكون من شأنه الإضرار بحقوق المحال له. فليس له أن يوفى الحق المحال به للمحيل غشاً وتواطؤاً معه. أما إذا أجبره المحيل على الوفاء فلا حيلة له، وقد تقدم بيان ذلك. وليس له أن يتواطأ غشاً مع محال له تال للمحال له الأول، فيقبل الحوالة الثانية حتى يجعلها نافذة قبل الحوالة الأولى. بل إنه يستطيع، قبل إعلان الحوالة أو قبولها، أن يوفى الحق المحال به للمحال له، ويعتبر هذا الوفاء

(١) جيللوار ٢ فقرة ٨٠٦ وما بعدها - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٥ - بودري وسينيا فقرة ٨٥١ ص ٨٨٥ - عكس ذلك: ديفرجيه ٢ فقرة ٢٠٤ - لوران ٢٤ فقرة ٥١٨ وما بعدها.

وهناك شك فيما إذا كان المحال له يستطيع أن يطعن باسمه في حكم صدر ضد المحيل لمصلحة المحال عليه قبل صيرورة الحوالة نافذة في حق المحال عليه (انظر فيما يتعلق بالطعن بالنقض بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٥٢٠ هامش رقم ٣). وسنرى أن المحال له يستطيع ذلك دون خلاف بعد صيرورة الحوالة نافذة في حق المحال عليه (انظر فقرة ٢٩٤ في الهامش).

(٢) 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 فحقه موجود حتى قبل تحقق الشرط. ولكنهم يرون مع ذلك أن هذا الحكم تبرره فائدته العملية فهو يتمم 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 دائناً للمحال عليه ما دامت 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 - ٥٢١ - وانظر أيضاً فلاتيه في العقود لحساب الغير).

بمثابة قبول منه للحوالة (١). كما يستطيع المحال له أن يطالبه بالحق المحال به مطالبة قضائية، وتعتبر هذه المطالبة بمثابة إعلان للحوالة (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).

المبحث الثاني

علاقة المحال له بالمحال عليه بعد اعلان الحوالة أو قبولها

٢٩٣- نفاذ الحوالة في حق 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. ويترتب على ذلك تبيجان رئيسيان:

(الأولى) أن يحل المحال له محل المحيل، بالنسبة إلى المحال عليه، في نفس الحق المحال به

(١) بودري وسينيا فقرة ٨٥١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢١ وهامش رقم ٣.

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢١ - وانظر آنفاً فقرة ٢٩١.

(٣) ومن ثم لا يكون للإعلان أو القبول شأن عملي 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 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 يتمحص غيراً ولا يخلص طرفاً في الحوالة (بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٥٢٣ هامش رقم ١).

وهناك تياران متضاران في تقدير أهمية إجراءات الإعلان والقبول، وهي الإجراءات التي تجعل الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير: تيار ينزع إلى الخفض من شأن هذه الإجراءات والتقليل من أهميتها وهذا هو المذهب الجرمانى، وتيار ينزع إلى الإكثار من شأنها وجعلها بمنزلة إجراءات للشهر كالتسجيل والقيود وهذا هو المذهب اللاتينى (قارب في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢١ - ٥٢٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه 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 بها، 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 بولانجيه في هذا الشأن).

في الحالة التي يكون عليها وقت إعلان الحوالة أو قبولها⁽¹⁾. أما انتقال الحق المحال 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.

٢٩٤ - حلول المحال له محل المحيل في نفس الحق 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⁽¹⁾.

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⁽²⁾. فلو أن هذا الحق كان موجوداً وقت صدور الحوالة، ولكنه انقضى

(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.

(١) المقرر في قضاء محكمة التقض، أن حوالة الحق لا تكون نافذة في حق المدين المحال عليه إلا من تاريخ قبوله لها أو من تاريخ إعلانها بها بما يرتب حلول المحال إليه محل المحيل بالنسبة إلى المحال عليه في ذات الحق المحال به بكامل قيمته وجميع مقوماته وخصائصه فيصبح المحال إليه دون المحيل - الذي أصبح أجنياً - هو صاحب الصفة في طلب الحق موضوع الحوالة، بما لا يصح معه على المحال عليه (المدين) الاتفاق مع المحيل (الغير) على انتقاص قيمته إلا بموافقة المحال إليه الذي أصبح طرفاً في هذه الحوالة فلا يجوز تجاهله فإذا ما تم هذا الانتقاص دون موافقته فلا يحتج به عليه باعتبار الحوالة عقداً ملزماً للمحيل والمحال إليه فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما صراحة أو ضمناً.

(جلسة ٢٠٠١/٤/٢٤ الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ٧٠ق)

(2) أ- حوالة الحق لا تنشئ التزاماً جديداً في ذمة المدين وإنما هي تنقل الالتزام الثابت أصلاً في ذمته من دائن إلى دائن آخر باعتبار هذا الالتزام حقاً للدائن المحيل، وينتقل بها الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه.

(الطعن ٣٥٢ لسنة ٤١ق - جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ ص ٢٨ ص ٧٣٢)

(الطعن ٨٧٦٧ لسنة ٦٣ق - جلسة ٢٠٠١/٢/٢٦)

ب- تعتبر الحوالة منتجة لجميع آثارها في حدود المبلغ الثابت بذمة المدين حتى تاريخ إعلانها بالحوالة سواء بالنسبة للمحيل أو المحال عليه أو الغير.

(الطعن ٨٧ لسنة ٢٢ق - جلسة ١٩٥٦/٣/٢٩ ص ٧ ص ٤١٢)

ج- إذا كانت الحوالة نافذة قبل المحال عليه لإعلانها بها فإن للمحال له أن يقاضيه في شأن الحقوق المحال بها دون حاجة إلى إختصاص المحيل لأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعوى =

قبل الإعلان أو القبول بأن استوفاه المحيل مثلاً أو قضاؤه 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⁽¹⁾. 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 فوائده 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^(١). فلو أن

= التي تؤكد ومنها دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع لإلتزامه لأنها تكفل للمشتري أن يسترد الثمن فيعتبر بمثابة ضمان له ينتقل بالحوالة مع حقه المحال به.

(الطعن ٢١٨ لسنة ٣٤ق - جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ ص ١٩ ص ٣٥٧)

د- المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يجوز لمشتري العقار المؤجر ولو لم يكن عقده مسجلاً أن يطالب المستأجر بالحقوق الناشئة عن عقد الايجار ومنها الاجرة إذا ما قام البائع بتحويل العقد إليه وقبل المستأجر هذه الحوالة أو أعلن بها لأنها بهذا القبول أو الإعلان تكون نافذة في حقه طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٥ من القانون المدني ويحق للمشتري - المحال إليه - تبعاً لذلك أن يقاضى المستأجر - المحال عليه - في شأن الحقوق المحال بها دون حاجة إلى إختصاص المؤجر لأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعوى التي تؤكد ومنها دعوى الفسخ.

(الطعن ٥٩٧ لسنة ٤٨ق - جلسة ١٩٨٣/٥/١٢ ص ٣٤ ص ١١٥٦)

(١) وكما ينتقل الحق بضماناته ينتقل أيضاً بما يتقله من تكاليف، فينتقل حق المقاول إلى المحال له مثقلاً بامتياز المقاول من الباطن (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٦١: دوائر مجمعة - ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٢).

(1) أ- لئن كانت حوالة الحق تنعقد بمجرد تراضي المحيل والمحال إليه دون حاجة إلى رضاه المدين الذي يضحى محالاً عليه بمجرد انعقاد الحوالة إلا أنها لا تنفذ في حقه إلا بإعلانه بها رسمياً على يد محضر باعلان أو انذار مستقل أو في صحيفة افتتاح الدعوى التي يقيمها المحال إليه على المحال عليه للمطالبة بالحق المحال به أو بالتبعية أو التقدم في توزيع أو توقيع المحال إليه حجراً تحفظياً تحت يد المحال عليه أو بالاجراءات الأخرى التي نص القانون عليها، أو بقبوله لها ويكون نفاذها في حقه من هذا التاريخ الذي يحتاج به بانتقال الحق المحال به بجميع مقوماته وخصائصه وتوابعه ومنها الدعوى التي تؤكد، إلى المحال إليه وكذلك ما عليه من دفع كان للمحال عليه مجابهاة المحيل بها وقت اعلان الحوالة أو قبولها ومن ذلك الدفع بانقضاء الحق المحال به.

(الطعن ٢٢١٤ لسنة ٥٤ق - جلسة ١٩٩٠/٦/١١)

(الطعن ١٩٣٧ لسنة ٥٤ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

الحق المحال به كان مضموناً برهن أو اختصاص أو امتياز أو كفيل، فانه 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، فانه يعتبر غير موجود ولا ينتقل مع الحق إلى المحال له، كما لو سقط قيد الرهن أو أيراً المحيل الكفيل قبل الإعلان أو القبول، وإنما يرجع المحال له على المحيل بالضمان وفقاً للقواعد التي قدمناها.

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 الذي يجب أن يوفيه الحق. فلا يجوز له أن يوفى الحق، بعد الإعلان أو القبول، إلى المحيل، ويكون هذا الوفاء غير مبرئ لدمته (1)،

(الظمن ١٩٩ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٩/٢/٦)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ ص ٢٨ ص ٧٣)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١/٥ ص ٢٧ ص ١٣٢)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١/٢٧ ص ٢٦ ص ٢٥٧)

ب- أ- ليس للمدين في حوالة مدنية أعلن بها أن يقيه الدليل في وجه المحال له على صورة السبب الظاهر في ورقة الدين متى كان المحال له بجهل المعاملة السابقة - التي أخفى سببها عليه - ويعتقد بصحة السبب المذكور في تلك الورقة.

ب- عبء إثبات علم المحال له بصورية السبب الظاهر في الورقة يقع على عاتق المدين.

أ، ب (الظمن ٥٥ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٦٧/٦/٢٢ ص ١٨ ص ١٣٢٤)

(1) أ- علم المستأجر المعول عليه في نفاذ حوالة عقد الإيجار والتزامه بدفع الأجرة لمشتري العقار المؤجر (المحال إليه)، هو علمه بأن هذا العقار يبيع إلى مشتر سجل عقد شرائه وانتقلت إليه الملكية. فإذا توافر هذا العلم لدى المستأجر فإن ذمته لا تبرا من الأجرة إلا بالوفاء بها إلى المشتري.

(الظمن ٦٧ لسنة ٣١ ق - جلسة ١٩٦٥/١١/٣٠ ص ١٦ ص ١١٦٥)

ب- مناط نفاذ حوالة عقد الإيجار في حق المستأجر والتزامه بدفع الأجرة لمشتري العقار المؤجر (المحال له) هو علمه بأن العقار المؤجر إليه يبيع إلى مشتر سجل عقد شرائه وانتقلت إليه الملكية فإذا توافر هذا العلم لدى المستأجر فإن ذمته لا تبرا من أجرة العين المؤجرة إلا بالوفاء بها إلى هذا المشتري.

(الظمن ٥٩٧ لسنة ٤٨ ق - جلسة ١٩٨٣/٥/١٢ ص ٣٤ ص ١١٥٦)

ج- يجوز لمشتري العقار غير المسجل أن يحيل الحقوق الشخصية الناشئة عن العقد لآخر وفقاً لاجراءات الحوالة، فإذا ما وافق المالك الأصلي على الحوالة وتعهده بالتوقيع للمحال له على عقد البيع ونقل الملكية إليه مباشرة سرت هذه الحوالة في حقه ويترتب على ذلك حلول المحال له محل المحيل في الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه، ويصبح المحيل أجنبياً بالنسبة إلى المحال عليه، بما لا يجوز معه للمحال عليه والمحيل أن يتقايلا عن الحق موضوع الحوالة إلا بموافقة المحال له الذي أصبح =

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

= طرفاً في هذه العلاقة، فإذا ما تم هذا التقابل بدون موافقته فانه لا يحتج به عليه ولا يمس حقوقه باعتبار أنه وقد أصبح طرفاً في حوالة الحق فلا يجوز تجاهله إذا ما رغب الطرفان في التقابل اعمالا للأثر الملزم للعقود، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن عن نفسه وبصفته وكيلاً عن والدته وأخوته الملاك الأصليين للأرض موضوع النزاع - باع للطاعتين مساحة ٢١ م، ٥ ط، ٨٨ ف بموجب عقد البيع المؤرخ ١٩٦٢/١٠/١٤ ووافق على أن يدخل المشتريان معها. من يريد ادخاله فيها، فباع الطاعن الأول للمطعون عليه الأول من هذا القدر مساحة ٣٩ ق بموجب عقد البيع المؤرخ ١٩٦٤/٥/٢ وقد عرض هذا العقد على فوافق عليه بموجب اقراره المؤرخ ١٩٦٤/٦/١ وأبدى استعداده للتوقيع مباشرة للمطعون عليه الأول على عقد البيع النهائي بشرط حصوله على المبالغ المستحقة له طرف الطاعتين وبموجب الاتفاق المؤرخ ١٩٦٥/٩/٢١ اتفق الطاعن الأول والمطعون عليه الأول على قصر البيع على مساحة ٢ م، ٣ ط، ٢٢ ف ووافق عليه باقراره المؤرخ ١٩٦٥/٩/٢٢ واستلم من المطعون عليه الأول مبلغ خمسمائة جنيه من باقى الثمن المستحق على الطاعتين وحدد له موعداً لا يتجاوز ١٥/١١/١٩٦٥ للتوقيع على عقد البيع النهائي واستلام باقى الثمن ومقداره ٤٦٧, ٣٨٠ ملج، ومفاد ذلك أن الملاك الأصليين - ممثلون في شخص وكيلهم - وافقوا على حوالة الطاعن الأول حقه للمطعون عليه الأول بموجب عقد البيع المؤرخ ١٩٦٢/١٠/١٤ عن مساحة ٢ م، ٣ ط، ٢٢ ف وبمقتضى هذه الحوالة حل المطعون عليه الأول محل الطاعتين في هذا العقد بالنسبة لتلك المساحة، بما لا يجوز معه للطاعتين والملاك الأصليين التقابل عن هذا البيع إلا بموافقة المطعون عليه الأول الذي أصبح طرفاً في حوالة الحق اعمالا للأثر الملزم بها، وإذا انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذا النظر ولم يعمل اثر تقابل الطاعتين مع الملاك الأصليين عن عقد البيع المؤرخ ١٩٦٢/١٠/١٤ بالنسبة لمساحة ٢ م، ٣ ط، ٢٢ ف في حق المطعون عليه الأول وقضى بصحة ونفاذ هذا العقد بالنسبة للقدر المشار إليه فانه يكون قد وافق صحيح القانون.

(الظمن ٢٣٢٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٩١/٥/٢٦)

د- المقرر في قضاء محكمة النقض أنه يجوز للمشتري أن يحيل الحقوق الشخصية الناشئة عن عقد البيع لآخر، وأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له بصفاته ودفعه كما تنتقل معه توابعه.

(الظمنان رقما ٢٨١٥، ٢٨٩٢ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٩٢/١/٢٦)

هـ- من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حوالة الحق لا تكون نافذة في حق المدين المحال عليه إلا من تاريخ قبوله لها أو من تاريخ اعلانه بها بما يترتب حلول المحال إليه محل المحيل بالنسبة إلى المحال عليه في ذات الحق المحال به بكامل قيمته وجميع مقوماته وخصائصه فيصبح المحال له دون المحيل - الذي أضحي أجنبياً - هو صاحب الصفة في طلب الحق موضوع الحوالة، بما لا يصح معه على المحال عليه (المدين) الاتفاق مع المحيل (الغير) على انتقاص قيمته إلا بموافقة المحال له الذي أصبح طرفاً في هذه الحوالة فلا يجوز تجاهله فإذا ما تم هذا الانتقاص دون موافقته فلا يحتج به عليه باعتبار الحوالة عقداً ملزماً للمحيل والمحال له فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما صراحة أو ضمناً.

(الظمن رقم ٤٤٩ لسنة ٧٠ ق - جلسة ٢٠٠١/٤/٢٤)

على الوفاء له بالحق كاملاً^(١)، كما يجوز له أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة واتخاذ الذمة والإبراء^(٢).

ولا يستطيع المحيل، بعد الإعلان أو القبول، أن يتصرف في الحق المحال به مرة ثانية، لا يبيع ولا يرهن ولا بأى نوع آخر من أنواع التصرفات^(٣)، كما لا يجوز أن يوقع أحد دائني

(١) ولا يقتصر على استيفاء العوض الذي دفعه مقابل الحق، إلا إذا كان متنازعا فيه، وقد تقدم بيان ذلك.
(٢) ويجوز للمحال له أن يأخذ حق اختصاص بحكم 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). وبالجملة يستطيع المحال له أن يتخذ الإجراءات القضائية 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 مرقف 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 ضامناً في الدعوى (استئناف مصر ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٥٣٣ ص ٨٥٥). (ثانياً) إذا وجدت قضية قائمة بين 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 التي وجهها المحيل إلى المحال عليه، فالطلبات التي كانت موجهة من المحيل 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 الحوالة في ورقة عرفية، ما دام 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).

(٣) 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، بحقه 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 يحتج 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).

المحيل حجراً 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 حجراً تحفظياً على الحق تحت يد المحال عليه.

على أن حلول المحال له محل المحيل قبل المحال عليه ليس من شأنه أن ينقل الصفات اللصيقة بشخص أحدهما إلى شخص الآخر. فلو أن المحيلة كانت 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^(١).

٢٩٥ - الدفوع التي للمحال عليه أن 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 يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة». وهذه نتيجة منطقية مترتبة على كون الحق المحال به هو الذي ينتقل من المحيل إلى المحال له قبل المحال عليه، كما قدمنا. فما دام الحق نفسه هو الذي ينتقل، فإنه ينتقل بالدفوع التي عليه كما انتقل بالصفات والضمانات التي له. فيستطيع المحال عليه إذن أن يتمسك بهذه الدفوع قبل المحال له، كما كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل^(٢). ويستطيع أيضاً أن يتمسك بالدفوع التي يستمدها من عقد الحوالة ذاته، وهو العقد الذي نقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له.

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص ٥١٤ - ص ٥١٥ - وعلى العكس من ذلك، إذا حول الحق لزوجة المدين، وقف سريان التقادم لمصلحتها، ولم يكن موقوفاً من قبل لمصلحة المحيل (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٠ - بودري وسينيا فقرة ٨٤٦). وإذا حول الوارث حقاً للتركة انتقل إليه بالميراث، وأصبح المحال له خلفاً خاصاً في هذا الحق، لم يصبح بالحوالة مستولاً 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).

(٢) نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٥٩٤ - استئناف أهلي 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 =

يستطيع المحال عليه أولاً أن يتمسك قبل المحال له، بالنسبة إلى الحق المحال به، بالدفع التي كان يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل وقت إعلان الحوالة أو قبولها. فإذا كان هناك، في هذا الوقت، دفع يمكن أن يدفع به هذا الحق قبل المحيل، فإن هذا الدفع يصلح للتمسك به قبل المحال له. والدفع قد ترجع إلى انقضاء الحق أو إلى بطلانه أو إلى انقضاءه. فيجوز أن يكون الحق المحال به قد انقضى وقت إعلان الحوالة أو قبولها، حتى لو كان موجوداً وقت صدور الحوالة. فيصبح مثلاً للمحال عليه أن يدفع بأن الحق قد انقضى إما بالوفاء^(١) أو بالتجديد أو بالمقاصة أو بإبراء 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^(٢). 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 دائتي المحيل قد وقع حجراً 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 انقضاءه، 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 لم يتحقق^(٣). كل هذه دفعات كان المحال عليه يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل، ليستطيع كذلك أن يتمسك بها قبل المحال له^(٤).

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.

(١) 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 - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٣ - بودري وسينيا فقرة ٨٤٧ ص ٨٨٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٧ هامش رقم ٤).

(٢) انظر الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٣٦٠ - وقارن الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٥٢ وقرة ٥٤.

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٩ - ص ١٣٠.

(٤) كذلك يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالفوائد الربوية التي دفعها للمحيل ويطلب استئصالها من أصل الدين (بودري وسينيا فقرة ٨٤٧ ص ٨٨١).

على أن هناك دفعين يخرجان على القواعد التي قدمناها، هما الدفع بإتخاذ الذمة والدفع بالمقاصة. فإذا كان المحال عليه هو وارث المحيل، وبعد صدور الحوالة، ولكن قبل إعلانها أو قبولها، مات المحيل فوراً المحال عليه وانقضى الحق المحال به بإتخاذ 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، فإن 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، فإنه 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).

= أما إذا كان الحق ما بين المحيل والمحال عليه صورياً، 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 ليس للمدين في حوالة مدينية 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 حقيقي، وكان المدين لم يدفع يعلم هذا المحال له للسبب الحقيقي وقت احتياله بالدين، ولأن إخفاء السبب الحقيقي تحت ستار السبب المتحلل لا يمكن الاحتجاج به على غير المتعاقدين ومنهم المحال له (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٧ ص ٦٨٤ - انظر أيضاً: استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٨ الحاماة ٢٠ رقم ١٠٣ ص ٢٩٣ - استئناف مختلط 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 مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤.

(٣) أما تقنين الموجبات والعقود اللبناني فيعمم حكم المقاصة على جميع الدفع الأخرى، فننص 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 =

ويستطيع المحال عليه ثانياً أن يتمسك بالدفوع 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 بالبطلان كل ذي 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 يقرر لمصلحته، بل ولا يستطيع أن يتمسك بالإبطال باسم المحيل لأنه ليس دائماً له بل مديناً. 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 إجازة 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

منتقد، وهو مخالف 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 المحمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٦ - ٣٧). على أن قبول المحال عليه للحوالة قبولاً لا تحفظ فيه، ومتضمناً معنى أنه قد التزم شخصياً نحو المحال له، قد يفيد نزوله عن 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 يقى بالحق المحال به للمحال له، ثم يرجع بعد ذلك على المحيل إن كان هناك 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 تضمن 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 أنفاً فقرة ٢٦٧).

ويعرض التقنين المدني الألماني لدفع المحال عليه بالمقاصة، فتص المادة ٤٠٦ من هذا التقنين على ما يأتي: ويجوز 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 لحلول الحق المحال به. وانظر في التعليق على هذا النص التعليقات على التقنين المدني الألماني ١ م ٤٠٦ ص ٥٧٦ - ٥٧٨.

يدخل المحيل خصماً في الدعوى، حتى إذا رأى هذا أن يطالب بفسخ العقد فعل، وإلا كان المحال عليه ملزماً بدفع الحق المحال به للمحال له، ثم يطالب المحيل المحال له بضمن الحوالة (١). وقد يكون عقد الحوالة صورياً. فيجوز للمحال عليه أن يدفع بصورته (٢)، وأن يشتمها بجميع الطرق، حتى بالبيينة وبالقرائن (٣)، لأنه ليس طرفاً في الصورية. ولكنه لا يعتبر غيراً فيها، إذ هو ليس بدائن ولا بخلف خاص لأي من طرفي الصورية، فإذا وفي 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 الصوري، بل لأنه وفي الحق إلى الدائن الظاهر بحسن نية (٤). 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

(١) ويسدو مما قدمناه أن من الأسراف القول بأن للمحال عليه أن يتمسك بالدفع التي ترجع إلى عقد الحوالة ذاته، فقد رأينا لا يستطيع أن يتمسك بإبطال العقد أو بفسخه، ويجب عليه أن يدخل المحيل خصماً في 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 ذي مصلحة. وسنرى حالاً أن المحال عليه يستطيع أن يتمسك بصورية الحوالة، ولكن هذا أيضاً يرجع إلى قواعد الصورية لا إلى الحوالة، فإن الصورية كالبطلان المطلق يستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك بها. وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٣١٢ مدني، وهو النص الذي يجيز للمحال عليه أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة، يجرى على الوجه الآتي: «كما يجوز له أن يحتج بالدفع الخاصة بالمحال إليه وحده، أي يستطيع المحال عليه أن يتمسك ضد المحال له مثلاً بمقاصة وقعت بين الحق المحال به وحق آخر مقابل ترتب في ذمة المحال له للمحال عليه. فكان النص مستقيماً على هذا الوجه. إلا أنه عدل في لجنة المراجعة، لتسقيمه مع المادة ٣٢٠ الواردة في حوالة الدين، مع أن هناك فرقاً واضحاً بين حوالة الدين وحوالة الحق في هذا الصدد. ففي حوالة الدين - دون حوالة الحق - يكون المحال عليه دائماً طرفاً في عقد الحوالة، فمن حقه إذن أن يتمسك بالدفع المستمدة من هذا العقد. (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٩ - ص ١٣١ - انظر أنفاً فقرة ٣٨٩ في الهامش). وكان الأولى إبقاء النص على أصله دون تعديل، وهذا ما وقع في التقنين المدني العراقي في المادة ٣٦٦، فقد بقيت هذه المادة على أصلها في المشروع التمهيدى المصري دون تعديل كما بينا ذلك آنفاً في فقرة ٢٨٩ في الهامش. (انظر في هذا المعنى الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٥٥ - الدكتور صبحي المحمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٧ - وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٢٩ ص ٣٦٠).

(٢) قارن استئناف مختلط ١٤ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ م ٣ ص ٣٦٠.

(٣) ولا يكفي 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).

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩٠ هامش رقم ١.

باعتباره وكيلاً إلزام المحال عليه بدفع الحق المحال به، كما يجوز للمحيل الرجوع في هذا التوكيل (١).

الفرع الثالث علاقة المحيل بالمحال عليه

٢٩٦- التمييز بين مرحلتين: في علاقة المحيل بالمحال عليه يجب أن نميز 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 (٢). 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 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 (٣).

ويستطيع المحيل أيضاً أن يتصرف في الحق المحال به، فهو لا يزال صاحبه بالنسبة إلى

(١) 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.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٩١ في الهامش.

(٣) بودري وسينيا فقرة ٨٥٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨.

المحال عليه وبالنسبة إلى الغير، فيحول الحق مرة أخرى إلى محال له ثان على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك. ويجوز لدائني المحيل أن يحجزوا حجزاً تحفظياً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه (١). فالمحال له إذن يخلص له الحق المحال به بالحالة التي 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 (٢).

٢٩٨- المرحلة التي تلي إعلان الحوالة أو قبولها: فإذا ما أعلنت الحوالة أو قبلت، فقد رأينا أنها تصبح نافذة في حق المحال عليه وفي حق الغير، ويصبح 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 (١)، وإن استوفاه كان الوفاء غير مبرئ لذمة المحال عليه كما قدمنا. ولا يستطيع بالأولى إلزام المحال عليه بالوفاء، كما لا يستطيع أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء، لا بالتجديد ولا بالمقاصة (٣) ولا باتحاد الذمة ولا بالإبراء ولا بغير ذلك.

كذلك لا يستطيع المحيل أن يتصرف في الحق المحال به بعد إعلان الحوالة أو قبولها، لا

(١) ولكن لا يجوز لدائني المحال له أن يوقعوا حجزاً تحفظياً تحت يد المحال عليه، لأن هذا لا يعتبر قبل الإعلان أو القبول مديناً لمدينهم.

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٨ - وقد رأينا فيما قدمناه أن المحال له هو أيضاً يستطيع أن يقوم بإجراءات تحفظية وإجراءات تنفيذية في المرحلة التي نحن بصدددها، بحيث يكون للحق المحال به صاحبان في وقت واحد.

(٣) وإذا كان الحق المحال به مضافاً إلى أجل، وكان الأجل في صالح المحيل، لم يستطع هذا، بعد الإعلان أو القبول، أن ينزل عن الأجل حتى يتمسك بالمقاصة في دين كان قد حل في ذمته للمحال عليه. وإذا كان الأجل في صالح المحال عليه، لم يستطع هو أيضاً، بعد الإعلان أو القبول، أن ينزل عن الأجل ليتمسك بالمقاصة (بلانيول وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٨ هامش رقم ٣).

(١) أنه إذا كان بين من وثيقة التأمين على البضاعة المنقولة بحراً أن الطاعة (وزارة التعمير) قد وافقت بمقتضاها على أن تحل شركة التأمين بما تدفعه من تعويض عن الخسائر والاضرار بمقتضى هذه الوثيقة - محلها في جميع الدعاوى والحقوق التي لها قبل الغير المسئول فمفاد ذلك أن الطاعة حولت حقها في التعويض عن الضرر قبل المسئول لشركة التأمين، مما لا يجوز معه للطاعة (وهي المؤمن لها) أن تجمع بين مبلغ التعويض ومقابل التأمين وإلا استحال تنفيذ ما اتفق عليه بالمشاركة من رجوع شركة التأمين على الناقل وهي المسئولة عن الضرر.

(جلسة ١٩٧٤/٤/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ٧٤٩)

نص لانطباقه على القواعد العامة. أما النص الثاني فيقابله في تقنين المرافعات السابق المادة ٤٣٣/٤٩٥ (١).

ويقابل النصان في التقنيات 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 اللبنانية المواد ٦٤٧ - ٦٤٩ (٢). وقد عرضت هذه النصوص لطائفتين من الغير، لتقرر لمن يكون التقدم إذا تراحم

(١) 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 يفي بإتمام مبلغ الحوالة، كل منهم بحسب ما يخصه بالنسبة لديه. (وهذا الحكم يتفق مع الحكم الوارد في المادة ٣١٤ من التقنين المدني الجديد).

(٢) التقنيات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٣١٣ - ٣١٤ (مطابقتان للمادتين ٣١٣ - ٣١٤ من التقنين المدني المصري).

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 للمحجوز عليه يجعل 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 المدين 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 والتقنين العربية، فإن أفضلية المحتال 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 المحتال له يحصل في التوزيع على أكثر من قيمة الحوالة، وهذا هو الحكم أيضاً في التقنين العربية الأخرى.

بيع ولا بهبة ولا برهن ولا بغير ذلك من التصرفات، فقد أصبح المحتال له هو صاحب الحق كما سبق القول. ولا يجوز في هذه المرحلة لدائني المحتال أن يحجزوا على الحق المحتال به تحت يد المحتال عليه، والحجز بعد إعلان الحوالة أو قبولها لا يسرى في حق المحتال له. والذين يستطيعون أن يوقعوا الحجز تحت يد المحتال عليه هم دائنو المحتال له، فقد أصبح الحق ملك مدينهم وحده (١).

الفرع الرابع

علاقة المحتال له بالغير

٢٩٩- النصوص القانونية: تنص المادة ٣١٣ من التقنين المدني على ما يأتي:

«إذا تعددت الحوالة بحق واحد، فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير».

وتنص المادة ٣١٤ على ما يأتي:

«١- إذا وقع تحت المحتال 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 والمحتال له، والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحتال له قيمة الحوالة» (٢).

وليس للنص الأول مقابل في التقنين المدني السابق، ولكن الحكم كان معمولاً به دون

(١) بودري وسينيا فقرة ٨٥٢- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٨.

(٢) تاريخ النصوص:

م ٣١٣: ورد هذا النص في المادة ٤٤٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٥ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣١ - ١٣٢).

م ٣١٤: ورد هذا النص في المادة ٤٤١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٦ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٣ - ١٣٥).

المحال 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 يشمل هاتين الطائفتين ويشمل أيضاً طائفة ثالثة هي دائنو المحيل إذا شهر أفلاسه أو إعساره. ورأينا أن العبرة في نفاذ الحوالة في حق هؤلاء الأغيار - أي 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 نفرّد بعد ذلك مبحثاً خاصاً بالدائن الحاجز.

المبحث الأول

التزاحم بين المحال له وبين دائن المحيل المفلس أو المعسر أو محال له آخر

٣٠٠ - التزاحم 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 ٥٨٩ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ «أن تغل يد المفلس بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس عن إدارة أمواله والتصريف فيها». ومن الجتمع عليه في الفقه التجاري أن غل يد المفلس من تاريخ صدور الحكم بالإفلاس لا يقتصر فحسب على إدارة الأموال، بل هو يشمل أيضاً، ومن باب أولى، التصريف في هذه الأموال^(٢). ومن النتائج التي يرتبها فقهاء القانون التجاري على هذا المبدأ أنه «إذا اشترط القانون لسريان التصريف على الغير إتمام إجراءات أو أشكال معينة، فلا يعتبر التصريف بالنسبة إلى جماعة الدائنين قد كمل إلا إذا تمت الإجراءات أو الأشكال المذكورة قبل

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٤.

(٢) الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٤٤ ص ٣٣٨.

صدور حكم الإفلاس. فإذا لم تكن قد تمت حتى هذا الوقت، فلا يجوز إجراؤها بعد ذلك، ومن ثم لا يحتج بالتصرف 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 بالإفلاس، فإن دائن المحيل المفلس يعتبرون من الغير بالنسبة إلى هذه الحوالة، ولما كان تاريخ نفاذها تالياً لصيرورتهم 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 دائن التفليسة بما له من حق الرجوع على المحيل، ويقاسم هؤلاء الدائنين قسمة الغرماء^(٢).

وأما فيما يتعلق بالإعسار، فقد نصت المادة ٣٥٧ مدني على أنه «متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار، فلا يسرى في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، كما لا يسرى في حقهم أي وفاء يقوم به المدين». ويتبين من هذا النص أنه بعد شهر إعسار المدين، كل تصرف يصدر منه منذ تاريخ تسجيل صحيفة دعوى

(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 دائن 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: «يسرى ذات الحكم إذا كان الحق مما يتداول بالطرق التجارية، أي بطريق التسليم إذا كان لحامله، أو التظهير إذا كان إذنية، 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 نوضع صيغة التظهير الناقل للملكية على الورقة حتى صدور حكم الإفلاس، فلا يجوز وضعها بعد ذلك، ولا يكون للمتنازل إليه أن يحتج بالتظهير في مواجهة جماعة الدائنين ولو كان الصك في حياته، ومن هنا تبدو أهمية تاريخ التظهير. ولما كان القانون لا يتطلب أن يكون هذا التاريخ ثابتاً بوجه رسمي، فقد أراد أن يعرض ذلك بتوقيع العقوبة على الكذب فيه، وعلى الأخص إذا كان هذا الكذب بتقديمه، فقضى في المادة ١٣٦ تجاري بأن تقديم التواريخ في التحاويل ممنوع، وإن حصل بعد تزويراً. وإذا تنازل المفلس عن سهم أو سند اسمي، ولم تتم إجراءات التنازل في دفاتر للشركة 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).

بل بالتاريخ الثابت لإعلانها أو لقبولها من المحال عليه (١).

وقد يقع أن يحول الدائن جزءاً من حقه إلى محال له أول، والجزء الباقي إلى محال له ثان. فهنا لا يقوم تراحم 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 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 حوائله نافذة في حق الغير قبل نفاذ حوائله الآخر، لأننا لسنا في مقام تراحم بين حوائلين 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 يفي بحق كل منهما، قسما 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 (٢).

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 - بأسبقية 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

(١) استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٧٩ - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣١ - هذا ويشترط في تفضيل صاحب التاريخ الثابت المتقدم أن يكون حسن النية (استئناف مختلط 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 المصرى قد ذهب في بعض أحكامه إلى تفضيل من سجل أولاً ولو كان متواطئاً مع من صدر منه التصرف (الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٨٨ ص ١٠٣ هامش رقم ٤).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٢ في آخرها.

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 الذى تقدمه الدعوى البوليصية (١). وكما أن الحوالة التى صدرت بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا تسرى فى حق دائنى المعسر إذ يعتبرون من الغير بالنسبة إليها، كذلك إذا لم تتم الإجراءات اللازمة لجعل الحوالة نافذة فى حق الغير قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، فإن الحوالة لا تسرى فى حق دائنى 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 فى حق دائنى المعسر، ويبقى الحق المحال به داخلاً فى الضمان العام لجميع الدائنين، ومنهم المحال بما له من حق الرجوع بالضمان على المحيل، فيكون أسوة الدائنين الآخرين فى التنفيذ على أموال المدين المعسر، وذلك وفقاً للمادة ٢٥٦ مدنى.

٣٠١ - التزاخم بين محال له ومحال له آخر: رأينا أن المادة ٣١٣ مدنى تنص على أنه «إذا تعددت الحوالة بحق واحد، فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير». فالمفروض أن المحيل قد حول حقه مرة أولى، ثم حول نفس الحق مرة أخرى، سواء كانت الحوالة فى أية مرة من المراتين على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك، فتزاخم المحال له الأول مع المحال له الثانى، فأيهما يقدم على الآخر؟

يقول النص إن الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير هى التى تفضل. ولا تنفذ الحوالة فى حق الغير، كما قدمنا، إلا إذا أعلنت إلى المحال عليه أو إلا إذا قبلها وكان لهذا القبول تاريخ ثابت. فمن من المحال لهما سبق الآخر إلى إعلان الحوالة للمحال عليه، أو سبق الآخر إلى الحصول على قبول ذى تاريخ ثابت من المحال عليه للحوالة، كان هو المقدم (٢). فالعبرة إذن، عند تزاخم هذين، فى المفاضلة بينهما، ليس بتاريخ صدور الحوالة،

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٧٠٨ ص ١٢٢٢.

(٢) ولو كان المحال له الأسبق فى التاريخ الثابت قد انتقل إليه الحق المحال به ببيع أو هبة مثلاً، فإنه يجب المحال 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 المحال له الثانى إلا فى حدود حق الرهن، فينتقل الحق المحال به إلى المحال له الثانى متقلاً بحق الرهن الثابت للمحال له الأول. فإذا استوفى المحال له الأول الحق المضمون بالرهن من الحق المحال به المرهون، وبقي شئ من هذا الحق الأخير، فإن الباقي يؤول إلى المحال له الثانى.

يجعل الأسبقية للجزء الباقي من الحق فلا بد أن يحتفظ له بهذه الأسبقية عند إجراء حوالة الجزء الأول (١) (١).

المبحث الثاني

التزام بين المحال له والدائنين الحاجزين

٣٠٢ - حالات ثلاث: 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، فأما 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 والدائنين الحاجزين. (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 الدائنين الحاجزين 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 حجراً ثانياً، فقام

(١) أوبري ورو ٥ ققرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٧ - ص ١٦٨ - بودري وسينيا ققرة ٨٥٤.

(١) النص في الفقرة الثالثة من القانون على أن حقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة المقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل، يقتضى أن تكون ذمة رب العمل مشغولة بدين للمقاول الأصلي ناشئ عن عقد المقاول، وألا يكون قد تم الوفاء به للمحال إليه، أما إذا كان هذا الأخير قد اقتضى الحق المحال فعندئذ يجب التفرقة بين حالتين الأولى: أن يكون هذا الوفاء قد تم قبل أن يوقع المقاول من الباطن الحجز تحت يد رب العمل على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي قبل رب العمل، يقتضى أن تكون ذمة رب العمل مشغولة بدين للمقاول المذكور، ففي هذه الحالة يكون الوفاء للمحال له ميراثاً لذمة رب العمل وسارياً في حق المقاول من الباطن، والحالة الثانية، أن يكون الوفاء لاحقاً للحجز أو الإنذار فلا يسرى - عندئذ - في حق المقاول من الباطن، ويكون له - رغم ذلك - أن يستوفي حقه قبل المقاول الأصلي بما كان لهذا الأخير وقت الحجز أو الإنذار في ذمة رب العمل، ولو كان نزول المقاول الأصلي عن حقه للغير سابقاً على الحجز أو الإنذار.

(جلسة ١٠/٤/١٩٧٩ الطعن ٨١ لسنة ٤٣)

(٢)

التزام بين الدائنين الحاجز الأول والمحال له والدائنين الحاجز الثاني. ولكل من هذه الحالات الثلاث حكمها الخاص.

٣٠٣ - التزام بين المحال له والدائنين الحاجزين: 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 اعلان الحجز للمحال عليه.

لم يرد في هذه الحالة نص لوضوحها (١). فمن البديهي أن الحوالة وقد نفذت في حق الغير - أي في حق الدائنين الحاجزين - قبل تاريخ اعلان الحجز، فقد انتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بالنسبة إلى الدائنين الحاجزين قبل توقيع الحجز. فيكون الحجز وقت توقيعه قد وقع على حق غير مملوك للمدين، فيقع باطلاً لانعدام المحل. ومن ثم يتقدم المحال له في هذه الحالة على الدائنين الحاجزين، ويستولي أولاً على قيمة حوالتهم (٢). فإن كانت الحوالة بكل الحق، أخذته كله من المحال عليه، ولا يبقى للدائنين الحاجزين شيء. وإن كانت الحوالة بجزء من الحق، استولى المحال له على هذا الجزء كاملاً قبل الدائنين الحاجزين، وما يبقى من الحق بعد ذلك يستوفي منه الدائنين الحاجزين حقه أو بعض حقه بحسب الأحوال (٣).

٣٠٤ - التزام بين الدائنين الحاجزين والمحال له: نفرض في هذه الحالة أن الدائنين الحاجزين قد سبق المحال له، فأعلن الحجز المحال 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، فإن المحال له دائن بالضمان للمحيل، وباعلانه الحوالة أو بقبولها من المحال عليه يكون كأنه أوقع بحقه في الضمان حجراً آخر تحت يد المحال عليه. وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣١٤ مدني، فهي تقول: «إذا وقع تحت يد المحال عليه

(١) ورد في تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية نص صريح في هذا المعنى، هو المادة ٦٤٧ من هذا التقنين (انظر أيضاً ققرة 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 ققرة ٨٥٦.

(٤) وهذا حتى لو كان حق الدائنين الحاجزين متأخراً عن صدور الحوالة، ما دام اعلان الحجز سابقاً على اعلان أو التاريخ الثابت للقبول.

حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في 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 يفى بكل من الحجز كاملاً والحوالة كاملة، أخذ كل منهما جميع حقه. أما إذا ضاق المال الذي 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 خمسي هذا المبلغ أي مائة وستين، وأخذ المحال له ثلاثة أخماس الباقية أي مائتين وأربعين (٢).

٣٠٥ - التزاحم بين الدائن الأول والمحال له والدائن الحاجز الثاني: نفرض في هذه الحالة أن الحاجز الأول أعلن حجزه قبل صيرورة الحوالة نافذة في حقه، ثم صارت الحوالة نافذة في حق الغير، وبعد ذلك أعلن الحاجز الثاني حجزه. فعندنا إذن حاجز متقدم، ثم محال له، ثم حاجز متأخر (٣).

لو لم يوجد نص صريح في هذه المسألة، لكان الحكم الذي يتفق مع القواعد العامة هو على الوجه الآتي: لا محل للاعتداد بالحجز المتأخر، فإن الحجز الذي يتأخر عن الحوالة

(١) أما إذا كان الحجز باطلاً، بأن كان لم يعلن أو لم يعقبه دعوى بصحة الحجز، فلا يعتد به، وتكون الحوالة نافذة في حق الحاجز (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٦ ص ١٦٦).

(٢) أما إذا كان الدائن الحاجز قد استطاع الحصول على حكم بصحة الحجز قبل إعلان الحوالة أو قبولها، ولم يقع الإعلان أو القبول إلا بعد انقضاء خمسة عشر يوماً من يوم تقرير المحجوز لديه بما في ذمته في قلم كتاب المحكمة (م ٣٣٩ مرافعات)، فإن الدائن الحاجز يكون في هذه الحالة بمثابة محال له سابق، ويتقدم على المحال له في استيفاء حقه من الحق المحجوز عليه. ويفهم هذا الحكم من نص المادة ٣٤٤ مرافعات، إذ تقضى بأنه «يجب على المحجوز لديه بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره (بما في ذمته) أن يدفع إلى الحاجز المبلغ الذي أقر به أو ما يفى منه بحق الحاجز، وذلك متى كان حقه وقت الدفع ثابتاً بسند تنفيذي وكانت الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٢٨٥ قد روعيت وكانت المادة ٥٦٧ من قانون المرافعات السابق نصت فقرة ثانية على النحو التالي: «إذا 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» (انظر في هذه المسألة في القانون الفرنسي بودري وسينيا فقرة ٨٥٨).

(٣) وغنى عن البيان أن الحوالة إذا تأخرت عن الحجز الثاني، فتزاحم الدائن الأول والدائن الحاجز الثاني والمحال له بهذا الترتيب، اعتبرت الحوالة بمثابة حجز ثالث، وقسم الحق المحجوز على الجميع قسمة غرماء.

يكون باطلاً لانعدام محله. ولا محل إذن للقول بمزاحمة الحاجز الثاني 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 الثاني باطلاً، فلا محل للقول بالتزاحم 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 في الحالة الثانية (١).

ولكن التقنين المدني الجديد أراد أن يحتفظ بالحل الذي كان منصوباً عليه في تقنين المرافعات السابق (٢)، توخياً لاستقرار التعامل في مسألة حسم التردد والاضطراب فيها بنص تشريعي في العهد السابق. فنصت الفقرة الثانية من المادة ٣١٤ مدني 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 قيمة الحوالة».

فإذا فرضنا أن الحق الذي للمحيل في ذمة المحال عليه هو تسعمائة، وكان حق الحاجز المتقدم ثلثمائة، وحق المحال له ستمائة أي أن المحال له حول بجزء من الحق، وحق الحاجز المتأخر ثلثمائة، فإننا أولاً نقسم الحق وقيمه تسعمائة بين الثلاثة قسمة غرماء، فينال 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، فتتزل حصة الحاجز المتأخر إلى ٧٥. وتكون حصص الثلاثة نهائياً على الوجه الآتي: للحاجز المتقدم ٢٢٥، وللحال 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 تجب الحجز المتأخر، فأدى تطبيق هاتين الفكرتين معاً - مزاحمة الحاجز المتأخر للحاجز المتقدم وجب 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 (٣).

(١) انظر في هذا المعنى بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٠ ص ٥٢٤ - بلانبول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٧٢٩ - وقارن بودري وسينيا فقرة ٨٦٠ ص ٨٩١ - ص ٨٩٢.

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٧ ص ٥٤٧ - ص ٥٤٨ - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٤.

(٣) ولا يقال إن هذا الحل التشريعي يستقيم إذا كانت الحوالة بكل الحق، فنجب الحوالة الحجز المتأخر =

ومهما يكن من أمر، فإن هذا الحل التشريعي أقل عيباً من حل آخر ساد الفقه والقضاء في فرنسا^(١)، ويقضى بأن الحاجز المتقدم يزاحمه كل من المحال له والحاجز المتأخر كما في 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 الذي للمحيل في ذمة المحال عليه هو تسعمائة حوله كله إلى محال له، وتقدم الحوالة حجز بثلاثمائة، وتأخر عنها حجز بثلاثمائة 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).

= ولا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً. فلا يزال الحاجز المتأخر - وحجزه باطل - يزاحم الحاجز المتقدم. وهذه المزاحمة غير الحقة من شأنها أن تنقص حصة الحاجز المتقدم من جهة، وأن تزيد في حصة المحال له من جهة أخرى. ففي المثل الذي أوردناه، لو كانت الحوالة بكل الحق أي بتسعمائة، فإن حصة الحاجز المتقدم على أساس تزاحم الدائنين الثلاثة تكون ١٨٠. وتحدد حصة كل 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 لبطان حجزه، ألا يزاحم الحاجز المتقدم غير المحال له. فيأخذ الحاجز المتقدم ٢٢٥ بدلاً من ١٨٠، ويأخذ المحال له ٦٧٥ بدلاً من ٥٤٠.

وإذا كان ينبغي ألا يضار المحال له بالحجز المتأخر وهو حجز باطل، فلا يزاحمه مع الحاجز المتقدم الحاجز المتأخر لتزول 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 بسبب حجز باطل، وإذا ارتفعت حصته 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 وكايتان ٢ فقرة ٦٢٢ من ٤٣٠ - من ٤٣١ - وانظر القضاء الفرنسي في بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٠. ولم يتضمن التشريع الفرنسي حلاً تشريعياً لهذه المسألة، كما تضمن التشريع المصري.

(٢) وقد يتفق هذا الحل مع الحل الأول في النتائج النهائية، إذا كان المحال له قد حول بجزء من الحق يستطيع أن يستوفيه بالرغم من مزاحمة الحاجز المتقدم له، كما هو الأمر في المثل الذي فرضناه في إيضاح الحل الأول. وقد جاء في الموجز في هذا الصدد ما يأتي: «ويمكن أن تصور فرضاً يتفق فيه الحلان - الحل المأخوذ به في فرنسا والحل الذي أخذ به المشرع المصري - في النتيجة العملية على ما بينهما من خلاف، ويكفى في ذلك أن يجعل المحال له يستوفى كل حقه دون حاجة إلى أن =

ويجمع هذا الحل بين عيب الحل الأول بجعله الحاجز المتأخر وهو باطل يزاحم الحاجز المتقدم وهو وحده الحاجز الصحيح، وبين عيب آخر إذ يجعل للحجز المتأخر حصة مع الحوالة المتقدمة وينبغي ألا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً حتى يستوفى المحال له كل حوائه^(١).

= يستكمل هذا الحق من نصيب الحاجز الثاني، فيكون نصيب المحال له واحداً في الحلين، ولما كان نصيب الحاجز الأول واحداً في الحلين أيضاً، فيتحد نصيب الحاجز الثاني كذلك. ونوضح ذلك بمثال: نجعل في ذمة المدين تسعمائة، ونوقع حجزاً أولاً بمبلغ ثلثمائة، ثم حوالة بمبلغ ثلثمائة، ثم حجزاً بمبلغ ثلثمائة، فالحل الفرنسي يقضى بأن المحال له يزاحم ولا يزاحم، فيأخذ كل حقه وهو ثلثمائة، ثم يأخذ الحاجز الأول مائتين على اعتبار أن الثلاثة قسموا المبلغ فيما بينهم قسمة الغرماء، ويأخذ الحاجز الثاني الباقي وهو مائة. وهذه هي النتيجة التي يؤدي إليها الحل المصري، فهو يقضى بإعطاء الحاجز الأول مائتين على اعتبار قسمة الغرماء، ثم بكل المائتين اللتين تصيبان المحال له من قسمة الغرماء حتى يستوفى كل حقه فيأخذ ثلثمائة، ويأخذ الحاجز الثاني الباقي وهو مائة. هذا ويلاحظ أن المثال المتقدم هو الذي ينطبق على حرفية المادتين ٤٩٥/٤٣٣ من قانون المرافعات، وقد جاء فيهما: ثم أحال المدين أجنبياً بالرائد له عند المحجوز لديه، فكأن المشرع المصري أراد الوصول إلى النتيجة العملية المأخوذ بها في فرنسا ولكن من طريق آخر (الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٧ ص ٥٤٨ هامش رقم 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 كلا منهما ٥٠. وعيب هذا الحل أنه يحمل الحاجز الأول مسؤولية تأخر الحاجز الثاني في الحجز، ولا يجعل الحوالة المتقدمة تحجب الحجز المتأخر.

٢- يقسم المبلغ قسمة أولى، 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 كل منهما ٥٠. ثم يرجع الحاجز الأول على المحال له بالخمسين التي نقصته من جراء مزاحمة الحاجز الثاني له، فتكون الأنصبة في النهاية: ١٠٠ للحاجز الأول و١٥٠ للمحال له و٥٠ للحاجز الثاني. وعيب هذا الحل أنه يحمل المحال له مسؤولية 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 - بودرى وسينيا فقرة ٨٥٩ - فقرة ٨٦١ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ cession de créance فقرة ٧١٣ - فقرة ٧١٨ - الأستاذ أحمد نجيب الهلالي في البيع فقرة ٦٤٩ - الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٧).

الباب الثاني

حوالة الدين (*)

(Cession de dette)

٣٠٦ - أطراف حوالة 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 ودفعه. 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 محيلاً (cédant)، لأنه يحيل على الأجنبي الدين الذي في ذمته. أما المحيل في حوالة الحق فهو الدائن.

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. وستابع التقنين فيما فعل، حتى لا ننحرف عن نصوصه.

ويصح أن تتم حوالة المدين - بل هذا هو الأصل فيها - باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلي (1)، 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 تفي بها حوالة الدين: ولحوالة الدين، كما لحوالة الحق، أغراض مختلفة تفي بها. ونذكر من هذه الأغراض ما يأتي:

(١) يحدث كثيراً أن شخصاً يكون طرفاً في عقد ملزم للجانبين، إيجار أو وكالة أو مقابولة 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

(1) أ- وإن كانت حوالة الدين - التي انعقدت بين المطعون عليه الأول وهو المدين الأصلي وبين مورث الطاعنين - غير نافذة في حق الدائن - المطعون عليه الثاني - لعدم اعلانه بها وقبوله لها إلا أنها صحيحة ونافذة بين طرفيها، ومن مقتضاها طبقاً للمادة ٣١٧ من القانون المدني التزام المحال عليه بتحديد ميعاد آخر للوفاء فإذا خلت الحوالة من النص على شيء في هذا الخصوص، فإنه يكون على المحال عليه أن يدبراً عن المدين الأصلي كل مطالبة من الدائن، سواء بوفائه الدين المحال به للدائن، أو بتسليمه للمدين الأصلي ليقوم بنفسه بالوفاء به لدائنه، ولازم ذلك ومقتضاه أنه طالما كان الدين قائماً قبل المدين الأصلي، فإن التزام المحال عليه يظل قائماً كذلك ولا يسقط بالتقادم.

(جلسة ١٩٧٢/١/٢٠ مجموعة أحكام محكمة النقض السنة ٢٢ ص ٨٨)

ب- يجوز أن تتم حوالة الدين وفقاً لنص المادة ٣٢١ من القانون المدني في صورة اتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه يتحول الدين بمقتضاه من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد دون حاجة إلى رضاه المدين القديم، وإذا كان القانون لم يتطلب في هذا الاتفاق شكلاً خاصاً فإنه يكفي أي تعبير عن الإرادة يدل على تراضي الطرفين واتجاه نيتهما إلى أن يحل المدين الجديد محل المدين في التزامه ولو كان هذا التراضي ضمنياً.

(الطعن ٦٢١ لسنة ٣٩ ق - جلسة ١٩٧٦/٥/٣١ ص ٢٧ من ١٢٤٠)

(*) مراجع: سالي في نظرية الالتزام في مشروع التقنين المدني الألماني (فقرات ٨١ و ١٠٥ وما بعدها) - سالي في حوالة الدين (مقال في حويلات القانون التجاري سنة ١٨٩٠) - التقنين المدني الألماني مع التعليقات الجزء الأول ص ٥٩٨ - ص ٦٢٢ - جودمييه (Gaudement) 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 فهمي 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) - بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٥٨ وما بعدها - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤١ وما بعدها - دي باج ٣ فقرة ٣٨٤ - فقرة ٣٨٨ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٣١٢ - فقرة ١٣١٦ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ٦٤٢ - فقرة ٦٤٦ - جوسران ٢ فقرة ٨٢٧ - فقرة ٨٣١ - أنسيكلوبيدي دالور لفظ Cession de dette.

الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٢٦٨ - ص ٢٨٨ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٣٢ - فقرة ٢٣٩ - (ص ٣٢٣ - ص ٣٢٩) - الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٨ فقرة ٥٢٢ (ص ٥٤٩ - ص ٥٥١) - الأستاذ أحمد حشمت أبو سبيت فقرة ٧٤٠ - فقرة ٧٤٢ - (ص ٥٦٠ - ص ٥٦٣).

عنه، فيقتضيه الأمر أن ينزل له عن حقوقه والتزاماته الناشئة من عقد الوكالة. وكذلك يريد المقاول أن ينزل عن عقد المقابلة 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 القرض، 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 منظمه حتى يتيسر الوفاء بهذا القرض.

(٣) وقد تتصل الالتزامات بمجموع من المال، كمتجر أو حصة في إرث، فانتقال هذا المجموع من المال من شخص إلى آخر يقتضى 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 مسؤولية عينية عن الدين المضمون بالرهن دون أن يكون مسئولاً مسؤولية 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، وهو المادة ٣٢٢ مدني، لهذه المسألة لأهميتها العملية.

(٥) وقد يقع أخيراً أن المدين لا يجد عنده مالا يفي بدينه، ويكون لدائته دائن. فيتفق مع دائته على أن يحل محله في الدين الذي في ذمته لدائن الدائن، ويكون هذا الحلول بمثابة وفاء لدينه هو نحو دائته. ولا يتيسر ذلك إلا عن طريق حوالة الدين. فإذا فرض مثلاً أن (أ)

(١) بلاتبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٧ مكررة - دي باج ٣ فقرة ٣٨٨.

(٢) دي باج ٣ فقرة ٣٨٨ من ٣٦٠.

مدين بمائتين للدائن (ب) أخذها منه قرضاً، وأن (ب) مدين بمائتين هو أيضاً للدائن (ج) التزم بها ثمناً لمبيع اشتراه منه، فإن (أ) يستطيع أن يتحمل، عن طريق حوالة الدين، بالدين الذي للدائن (ج) على (ب)، وفاء للمدين الذي في ذمته لدائته (ب). وقد يقال إن (ب) يستطيع أن يحول حقه قبل (أ) إلى دائته (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 (أ) 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 استحدثته التقنين المدني الجديد - النظم الأخرى التي

كانت 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 الفرنسي.

وكان التقنين السابق، كالتقنين الفرنسي، يسد 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، فيبينه هو أيضاً وبين حوالة الدين فروق جوهرية. وذلك أن المدين إذا اشترط على شخص آخر أن يفي بدينه للدائن، فيكسب الدائن من وراء هذا الاشتراط حقاً مباشراً قبل المتعهد أن يوفي له الدين، فلا يزال المدين الأصلي ملزماً هو أيضاً بالمدين ولم تبرأ ذمته منه، بل انضم إليه مدين جديد بموجب الاشتراط لمصلحة الدائن. هذا إلى أن الدائن نفسه، بصفاته وضمائانه ودفعه، لم ينتقل من مدين إلى مدين، بل وجد إلى جانب الدين الأصلي دين جديد بصفات وضمائانات ودفع مستقل^(٤).

(١) بلاتبول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٣١٤ - وانظر في أن حوالة الدين تهدر شخص المدين ولا تعتد إلا بالقيمة المادية للالتزام كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٤٣.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٤٢.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٤٣.

(٤) بلاتبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٥ - دي باج ٣ فقرة ٣٨٧ من ٣٥٨ - الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٢٧١ - ص ٢٧٣ - وقد جاء في المرجع 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

وفيما عدا حالات خاصة نص عليها، كحلول المشتري للمدين المؤجرة محل المؤجر في التزاماته نحو المستأجر وكحلول المتنازل عن الإيجار محل المستأجر^(١)، أو قامت بها نظريات فقهية كحلول الخلف الخاص محل السلف في الالتزامات المتعلقة بالعين التي انتقلت إليه^(٢)، 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^(٣)، ولكن محاولاتهم لم تحقق الغرض المنشود.

=الدائن، لأن المدين القديم يبقى ملتزماً قبل الدائن ما لم يرثه الدائن باتفاق آخر. على أن الغرض الأول، وهو التزام المدين الجديد مباشرة نحو الدائن، لا يتحقق في الاشتراط لمصلحة الغير على النحو الذي يتحقق به في حوالة الدين. وذلك لأن حوالة الدين تنقل إلى ذمة المدين الجديد نفس الدين الذي 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 التي كان الاشتراط لمصلحة الغير يستخدم فيها ليقوم مقام حوالة الدين كثيرة. منها حلول شركة محل أخرى عند التصفية، فتصبح الشركة الأولى ملزمة نحو دائن الشركة الأخرى بموجب الاشتراط لمصلحتهم، ولهؤلاء أن يرجعوا مباشرة على الشركة الأولى. وكذلك الأمر عندما تخل شركة تأمين محل شركة تأمين أخرى. فيرجع المؤمن لهم عند الشركة الأخرى مباشرة على شركة التأمين الأولى. وبيع المتجر يجعل دائنيه، بموجب الاشتراط لمصلحتهم، يرجعون مباشرة على مشتريه، وبيع العقار المرهون في دين يجعل الدائن المرتهن، بفضل الاشتراط لمصلحته، يرجع مباشرة بدين شخصي، لا بالرهن فحسب، على مشتري العقار (انظر في ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٦).

(١) انظر المادة ٤٧٤/٣٨٩ مدني سابق فيما يتعلق بحلول المشتري محل المؤجر، والمادة ٤٥١/٣٦٨ مدني سابق فيما يتعلق بحلول المتنازل له عن الإيجار محل المستأجر.

(٢) وقد قرر التقنين المدني الحالي هذا الحكم في نص تشريعي هو المادة ١٤٦.

(٣) وقد ذهب بودرى وبارد إلى إسكان الاتفاق على حوالة الدين في القانون الفرنسي، فإن هذا القانون إذا كان لم ينظم حوالة الدين، فهو يحكم مبدأ سلطان الإرادة لم يقلق الباب دونها. ولا ينبغي أن يحول التقنين دون تطور النظم القانونية واستكمال ما يكون ناقصاً في التقنين، وهذا هو عمل الفقه. ثم بودران مثل التقنين المدني النمساوي، فإن هذا التقنين، كالتقنين المدني الفرنسي، لم ينظم حوالة الدين. ومع ذلك لم يمنع سكوته من هذا التنظيم من أن تكون حوالة الدين معمولاً بها في النمسا بالقدر الذي أقره التقنين المدني الألماني ذاته (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٦ ص ٩٢ - ص ٩٤). ويشير جوسران إلى كثير من النظم التي أدخلها العمل في القانون قبل أن يتولى المشرع تنظيمها، كعقود التأمين والمؤسسات وعقد النشر. فلا شيء يمنع إذن من إدخال حوالة الدين، أسوة بهذه النظم (جوسران ٢ فقرة ٨٣٠ ص ٤٤٩ - ص ٤٥٠ - فقرة ٨٣١). أنظر أيضاً في هذا المعنى: سالي في الالتزامات فقرة ٨٢ - وفي حوالة الدين ص ٣٩ - جوديه ص ٣٠٤ و ص ٥٣٨ - بلانيول وريبير =

لذلك كان تنظيم التقنين المدني المصري الجديد لحوالة الدين تنظيمياً تشريعياً خطوة موفقة سدت ثغرة كان من الضروري سدها من الناحية العملية. وقد استمد التقنين الجديد قواعد هذا التنظيم من التقنينات الجرمانية^(١) ومن الفقه

=وردوان ٧ فقرة ١١٤٧ - دي باج ٣ فقرة ٣٨٦ - أنسيكلويدى 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 الأصلي إلى مدين جديد. فالدين التجاري يصعب نقله بصفته التجارية إلى المدين الجديد ليكون من اختصاص القضاء التجاري، فإن الاختصاص النوعي يعتبر من النظام العام (انظر في هذا المعنى الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في المقال المنشور بمجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٣٨). كذلك إذا كان هناك حكم صادر ضد المدين الأصلي، فإنه يصعب، في نقل الدين إلى المدين الجديد، أن ينتقل معه الحكم ليكون نافذاً ضد هذا المدين الأخير.

(١) رأينا فيما قدمناه (انظر آنفاً فقرة ٢٣٩) أن التقنينات الجرمانية هي التي 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 المدني الفرنسي فوقف من هذا التطور، إذ نظم حوالة الحق دون أن ينظم حوالة الدين. وبقيت التقنينات اللاتينية التي اقتبست من التقنين المدني الفرنسي، ومعها التقنين المدني المصري السابق، يشوبها هذا النقص، فهي مثله تنظم حوالة الحق دون حوالة الدين. أما في ألمانيا - ولم يظهر التقنين المدني الألماني 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 يشابعون القانون الروماني، من أمثال ميلها نبريك (Mulhenbrick) وسافيني، فإنها ما لبثت، منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر، أن تغلب على هذه العقبة التي أقامت مبادئ القانون الروماني دون إقرار حوالة الدين. وقد تعاقب على هذا العمل الفقهي عدة من الفقهاء الألمان المعروفين:

فبدأ دلبريك (Delbrück)، الأستاذ بجامعة برلين، بنشر كتاب في سنة ١٨٥٣ حاول فيه أن يوفق بين الفكرة الرومانية وإمكان الحوالة. فميز 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، وإذا كان قابلاً فبأي أداة ينتقل.

وجاء كينتز (Kunze) 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، ففي الاتفاق ما بين المدين الأصلي والمحال =

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

= عليه يشترط الأول على الثانى لمصلحة الدائن أن يودى له الدين، فينشأ للدائن من هذا الاشتراط حق مباشر فى ذمة المحال عليه، ولكن يبقى المدين الأصلي بالإضافة إلى المحال عليه ملتزماً نحو الدائن.
وذهب فقهاء ثلاثة - سالبيس (Salpius) وجاريس (Gareis) ومستزل (Menzel) - إلى أن القانون الرومانى لا يستعصى على حوالة الدين، وتصوروا هذه الحوالة على النحو التالى: 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 - سالبيس - يجعل الحوالة تتم باتفاق الدائن والمحال عليه.

أما وندشايد (Windcheid) فقد عارض القانون الرومانى صراحة، وقال إن الالتزام قد تطور منذ عهد الرومان، وأصبح المعترف فيه هو القيمة المادية لا الرابطة الشخصية، وبذلك تقضى التقاليد الجرمانية مناقضة فى 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 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 تتم باتفاق ما بين المدين الأصلي والمحال عليه، ونظرية سالبيس فى صورة الحوالة التى تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه.

(أنظر فى كل ذلك: التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ٤١٤ ص ٥٩٨ - ص ٥٩٩ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٣ - ص ٨٣ - ص ٨٦ - مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٤٣ - ص ٥١ - بلانبول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣١٥).

هذا ويعرف التقنين المدنى الألمانى طرقاً خمسة لإحلال مدين جديد محل مدين قديم أو لإقامة مدين آخر إلى جانب المدين الأول. (١) الإنابة وفيها يقوم مدين آخر إلى جانب المدين الأول. (٢) التعهد بالوفاء، وفيه يتعهد شخص للمدين الأصلي أن يودى الدين عنه للدائن، ويقتصر أثر هذا التعهد على العلاقة فيما بين الاثنين، لا يجاوزها إلى الدائن. (٣) التعهد بالوفاء مع الاشتراط لمصلحة الدائن، ويزيد على سابقه بأن يكون هناك اشتراط لمصلحة الدائن، فينشئ التعهد حقاً مباشراً للدائن يستطيع بموجبه أن يرجع مباشرة على المتعهد. (٤) حوالة الدين باتفاق يتم بين الدائن والمحال عليه. (٥) حوالة الدين باتفاق يتم بين المدين الأصلي والمحال عليه، ويتوقف نفاذه فى حق الدائن على إقراره. أنظر فى ذلك التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ٤١٤ ص ٦٠٠ - ص ٦٠٢.

(٢) أنظر فى الفقه الإسلامى ما قدمناه 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.

إسلامى بحث، وإن كان له نظير فى التشريعات الجرمانية. وغنى عن البيان أن نفعه من الناحية العملية يقتضى إقراره فى نطاق التشريع^(١).

٣٠٩ - أركان حوالة الدين والآثار التى تترتب عليها: ونبحث فى حوالة الدين، كما بحثنا فى حوالة الحق، أركان الحوالة والآثار التى تترتب عليها

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٦.

الفرع الأول اتفاق المدين الأصلي والمحال عليه

٣١١- انعقاد حوالة الدين ونفاذها في حق الدائن: في الصورة التي تتم فيها حوالة الدين باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه يجب التمييز بين أمرين: (١) انعقاد الحوالة، وتتعقد 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 التقنين المدني على ما يأتي:

«تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين» (١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق، إذا 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 ١/٢٨٧ و (٢).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤٤٤ من المشروع التمهيدى كفقرة أولى تليها فقرة ثانية على

الوجه الأتي: «ولا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها». وفي لجنة المراجعة نقلت هذه الفقرة

الثانية لتكون الفقرة الأولى من المادة التالية ولأن 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٦ -

ص ١٣٨).

(٢) 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 بدنه غريمه على المحال عليه حوالة غير مقيدة بأدائه من الدين

الذي للمحيل في ذمة المحال عليه، أو من العين التي له عنده وديعة أو مخصوبة، أو أحال على =

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 أي 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 شرائطه العامة، ومحل حوالة الدين هو الدين الذي 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. وهي تعقد صحيحة في الدين المستقل، ولكنها لا تنفذ إلا بوجود الدين (١).

والسبب في حوالة الدين هو الباعث الذي دفع إلى عقدها، ويختلف باختلاف الأغراض المتنوعة التي تفي حوالة الدين بها، وقد سبق بيان ذلك. وفي القوانين الجرمانية تعتبر حوالة الدين، كحوالة الحق، مصدراً لالتزام مجرد.

فنحيل في كل ذلك إلى القواعد العامة المتعلقة بنظرية العقد. ونكتفي هنا بمبحث صورتين اللتين تتم في أحدهما حوالة الدين:

الصورة الأولى: اتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه، ويقر الدائن هذا الاتفاق ليكون نافذاً في حقه

الصورة 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.

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥. وتوجد حالات يكون فيها الدين غير قابل للحوالة. ومن هذه الحالات ما نصت عليه المادة ٧٢١ مدني من إنه «ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة». كذلك المدين في عقد روعيت فيه شخصيته، كالزراعة وشركة الأشخاص، لا تجوز له حوالة دينه بغير رضاه الدائن.

ويتبين من هذا النص أن حوالة الدين تتم باتفاق بين المدين والمحال عليه، أي بين المدين

= 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 تتمقده موقوفة على قبول المحال له.

م ٣٤٢: يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديناً 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 متولي الوقف، إذا كانت غلة الوقف متحصلة في يده وقبل الحوالة. ولا تصح الحوالة بالاستحقاق إذا لم تكن الغلة متحصلة في يد المتولي.

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 قرره الفقرة الأولى من المادة ٣٣٩ من أن حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وهذه مسألة مختلف فيها في المذهب الحنفي، ونقل الدين والمطالبة معاً هو الذي يلائم حوالة الدين بمعناها الصحيح. ثم إن انعقاد الحوالة موقوفة على قبول المحال له (م ١/٣٤٠ عراقي) واشترط أن يكون المحيل مديناً للمحال له (م ٣٤٢ عراقي) يتفق مع أحكام التقنين المصري. وما ورد غير ذلك من أحكام خاصة بالفقه الإسلامي، من تقسيم الحوالة إلى مطلقة ومقيدة (م ٢/٣٣٩ و ٣ عراقي)، ومن أن كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة (م ٣٤٣ عراقي)، فهي لا تتعارض مع أحكام التقنين المصري. بقيت الإحالة على متولي الوقف (م ٣٤٤ عراقي) وقبول الولي أو الوصي الحوالة نائباً عن المحجور (م ٣٤٥ عراقي)، فهذه هي أحكام الفقه الإسلامي في موضعين لصبيين به - الوقف والولاية - ولا مانع من نقلهما عن هذا الفقه في نصوص مأخوذة عنه في مجموعها، وهي على كل حال لا تتعارض مع أحكام التقنين المصري: انظر الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٢٤ و فقرة ٢٢٧ - فقرة ٢٢٩.

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٢٨٧ و ٢: ١ - انتقال دين المدين يحصل إما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه، وإما بالاتفاق بين هذا والمدين. ٢ - وفي الحالة الثانية يبقى مفعول الاتفاق موقوفاً على إجازة الدائن، ويستطيع المتعاقدان، ما دامت الإجازة لم تعط - أن يعدلا اتفاقهما أو يلغياه.

ويبدو أن هذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري، إلا أن التعبير بأن مفعول الاتفاق يبقى موقوفاً على إجازة الدائن يتعارض مع إنتاج الاتفاق لآثار قانونية إذا لم يجزه الدائن (انظر الدكتور صبحي محمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٤٢ - ص ٥٠ - وانظر ما يلي فقرة ٣٤٢ في الهامش).

الأصلي والمدين الجديد. أما رضاء الدائن فليس بضروري لانعقاد الحوالة، وإن كان ضرورياً لنفاذها في حقه كما سنرى.

٣١٣ - انعقاد الحوالة بالاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه: يكفي في انعقاد حوالة الدين أن يتفق المدين الأصلي مع المدين الجديد وهو المحال عليه على نقل الدين من ذمة الأول إلى ذمة الثاني. وهذا الاتفاق، ككل اتفاق آخر، يقتضي وجود التراضي والمحل والسبب، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. والأهلية الواجبة في المدين الأصلي هي أهلية التعاقد بوجه عام، أما أهلية المحال عليه فهي أهلية الالتزام معاوضة أو تبرعاً تبعاً للعلاقة التي تقوم بينه وبين المدين الأصلي.

ومتى تم الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه، فقد انعقدت الحوالة. وسنرى 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).

وسنرى 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

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص، هو المادة ٤٤٩ من هذا المشروع، يجري على الوجه الآتي: «يجوز لطرفي الحوالة، إلى أن يصدر إقرار الدائن، أن يعدلا فيها أو أن يعدلا 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 مطالب 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).

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. 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 تدخل الدائن على كل حال: على أن حوالة الدين، وهي محل مديناً جديداً محل المدين الأصلي، لا يمكن تصورها دون تدخل الدائن، إما لانعقادها بالذات، وإما في القليل لنفاذها في حقه. ذلك أن تغير المدين في حوالة الدين له شأن أخطر بكثير من تغير الدائن في حوالة الحق. وإذا كان تغير الدائن على المدين ليس بأمر ذى خطر، فأن

(١) وقد اقتضى التقنين المدني المصري الجديد أثر التقنين المدني الألماني في هذا التصوير الفني: أنظر المادة ٤١٥ من التقنين المدني الألماني.

أما في تقنين الالتزامات السويسرى، فحوالة الدين لا تتم إلا على مرحلتين: (المرحلة الأولى) يتم فيها اتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه، يتعهد بموجبه هذا الأخير نحو المدين الأصلي بأن يتحمل بالدين، إما بوفائه للدائن وإما بالاتفاق مع الدائن على أنه يلتزم هو به نحوه. (المرحلة الثانية) يقوم فيها المحال عليه بتنفيذ التزامه بموجب الاتفاق الأول، فيعقد اتفاقاً آخر مع الدائن، وهذا الاتفاق الآخر هو الذى ينقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى المحال عليه. ولا ينتقل الدين إلا من وقت تمام الاتفاق الثانى، أما في التقنين الألماني والمصري فينتقل الدين من وقت الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه إذا أقر الدائن هذا الاتفاق لأن لإقراره أثراً رجعياً. ويترتب على ذلك أن المحال عليه، في تقنين الالتزامات السويسرى، إذا فقد الأهلية بعد إنتمام 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 يبرئ 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 لأوامر هذا الاتفاق من تبليغ يصدر للدائن من المحال عليه أو من المدين الأصلي بتاريخ من المحال عليه، بما تم من اتفاق بين هذين الأخيرين. ويجوز أن يكون قبول الدائن لهذا الإيجاب صريحاً أو ضمناً يستخلص من الظروف. ويكون القبول ضمناً إذا قبل الدائن دون تحفظ الوفاء من المحال عليه، أو قبل منه أى عمل آخر يقوم به باعتباره مديناً».

وأنظر فى ذلك مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١، ص ٦٠-٦٢.

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 رضاء الدائن بتغير مديته.

ومن ثم كانت الصورة الأولى من صورتي حوالة الدين فى التقنين المدني الألماني هى الصورة التى تتم فيها الحوالة باتفاق بين الدائن نفسه والمحال عليه (م ٤١٤ مدنى ألماني)، دون حاجة إلى رضاء المدين الأصلي إذ حوالة الدين تتمحض لمصلحته، فيكون رضاء الدائن ضرورياً فى هذه الصورة لانعقاد الحوالة لا لنفاذها فى حقه فحسب. ولكن التقنين المدني المصرى الجديد قدم الصورة الثانية التى تتم فيها الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه - وهى الصورة التى نحن بصددنا - على الصورة الأولى التى كانت أولى بالتقديم، مراعاة للتنسيق بين حوالة الدين وحوالة الحق. فحوالة الحق تتم باتفاق بين الدائن الأصلي والدائن الجديد، وكذلك حوالة الدين تتم هى أيضاً باتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد^(١).

٣١٥- مركز المدين الأصلي من كل من الدائن والمحال عليه: وحوالة الدين - فى كل من صورتها - تفترض أن هناك ديناً فى ذمة المدين الأصلي 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 قد وكل المحال له فى قبض الدين. وهذا ما يقرره التقنين المدني العراقى صراحة، إذ تنص المادة ٣٤٢ من هذا التقنين على أنه «يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديناً للمحال له، وإلا فهى وكالة».

أما مركز المدين الأصلي بالنسبة إلى المحال عليه، فليس من الضرورى أن يكون الثانى مديناً للأول. فإذا لم يكن مديناً، أو كان مديناً ولم يقيد المحيل الحوالة بهذا الدين، فالحوالة تعتبر فى الفقه الإسلامى حوالة مطلقة. وإذا كان مديناً وقيد المحيل الحوالة بالدين، فهى حوالة مقيدة^(٢).

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا المعنى: «تعرض أول صورة من صور حوالة الدين حيث يتم التعاقد مباشرة بين المدين الأصلي والمحال عليه، وهو من يتحمل الدين. وفى هذه الحالة يعهد المدين إلى التصرف فى مركزه بوصفه هذا، شأنه شأن الدائن عند التصرف فى مركزه من طريق حوالة حقه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٧).

(٢) أنظر المادة ٢/٣٣٩ و ٣ من التقنين المدني العراقى، وقد تقدم ذكر النص (أنظر آنفاً فقرة ٣١٢ فى الهامش).

المبحث الثاني نفاذ الحوالة في حق الدائن

٣١٦- النصوص القانونية: تنص المادة ٣١٦ من التقنين المدني على ما يأتي:

١- لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها.

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.

وتنص المادة ٣٢٢ على ما يأتي:

١- لا يستتبع بيع العقار المرهون رهنًا رسمياً انتقال الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشتري، إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك.

٢- فإذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين، وسجل عقد البيع، تعين 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 سكوته إقراراً^(١).

(١) تاريخ النصوص:

٣١٦م: 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 معقولاً 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 إيجاب 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 النبي 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 =

ولا مقابل لهذه 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 الليبى المادتين ٣٠٣ و ٣٠٩ - وفي التقنين المدني العراقى المادة ٣٤٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٨٧^(١).

=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، وبهذا 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).

٣٢٢م: ورد هذا النص فى المادة ٤٥٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد، فيما عدا عبارة وردت فى آخر الفقرة الثانية فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «وتنفذ الحوالة فى حقه حتى لو رفضها فى الميعاد المحدد إذا لم يستند فى رفضه إلى أسباب معقولة»، وفيما عدا فقرة ثالثة كانت فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «ولا يجوز للمشتري إذا انتقل الدين إلى ذمته أن يطهر العقار المرهون أو أن يتخلى عن هذا العقار»، وفيما عدا أن الميعاد الذى ورد فى المشروع التمهيدى لإقرار الحوالة أو رفضها كان ثلاثة أشهر لا ستة. وفى لجنة المراجعة أقر النص، وصار رقمه ٣٣٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب. وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة التى وردت فى آخر الفقرة الثانية تمثيلاً مع تعديل مماثل فى المادة ٣١٦ مدنى، وحذفت الفقرة الثالثة لأن المشتري بقبوله الحوالة يصبح مديناً أصلياً فلا يجوز له طبقاً للقواعد العامة تطهير العقار المرهون أو التخليه، وجعل ميعاد الإقرار أو الرفض ستة أشهر بدلاً من ثلاثة. فأصبح نص المادة بذلك مطابقاً تماماً لما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد، وصار رقمها ٣٢٢. 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: ٣١٦م (مطابقة للمادة ٣١٦ من التقنين المدني المصرى - ولا مقابل فى التقنين المدني السوري للمادة ٣٢٢ من التقنين المدني المصرى).

التقنين المدني الليبى: ٣٠٣م و ٣٠٩م (مطابقتان للمادتين ٣١٦ و ٣٢٢ من التقنين المدني المصرى).

التقنين المدني العراقى: م ٣٤٠م -١- الحوالة التى كانت تمت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له. ٢- وإذا قام المحيل أو المحال عليه بإبلاغ الحوالة 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 فى التقنين العراقى مقابل للمادة ٣٢٢ من التقنين المصرى.

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 أي 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 الدائن: 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 (١). ولا يجوز بعد ذلك لهذين 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 لها أثر حتى لو صدر إقرار الدائن بعد علمه بهذا العدول، ويجوز لهما كذلك أن يدخلوا على الحوالة من التعديل ما يتفقان عليه.

= تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٨٧: انتقال دين المدين يحصل إما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه، وإما بالاتفاق بين هذا والمدين - وفي الحالة الثانية يبقى مفعول الانتقال موقوفاً على إجازة الدائن. ويستطيع المتعاقدان، ما دامت الإجازة لم تعط، أن يعدلا اتفاقهما أو يلغيا - وإذا لم يجرز الدائن الانتقال بطل. وإذا أجاز له مفعول رجعى 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 إعطاؤها في خلال المهلة المعينة في البلاغ، وإذا لم تعين مهلة ففي خلال المدة التى تعتبر كافية للاختيار. وإذا انقضت المدة عدت الإجازة مرفوضة.

وتتفق هذه الأحكام مع أحكام المادة ٣١٦ من التقنين المصرى، فيما عدا عدم جواز صدور الإقرار قبل إعلان الحوالة فى التقنين اللبنانى، وهو حكم مأخوذ من التقنين المدينى الألمانى. ولا مقابل فى التقنين اللبنانى للمادة ٣٢٢ من التقنين المصرى.

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٣٧ ص ٣٢٧.

(١) قبول الدائن للحوالة يبنى عن اعلانه بها رسمياً على نحو ما نص عليه بالمادة ٣٢٢ من القانون المدينى، وإذ كان من الجائز أن يكون هذا القبول ضمنيًا كما لو صدر من الدائن أى تعبير عن الإرادة يدل على رضائه بالحوالة، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص قبول البنك للحوالة من إرساله خطاباً للمحال عليه - المطعون ضده الأول - يحثه على تنفيذ ما سبق أن تعهد به فى عقد البيع الذى تضمن حوالة الدين عليه وإذ كان ما خلاص إليه الحكم سابقاً ويتفق مع الثابت فى المستندات المقدمة فى الدعوى فإن النعى عليه فى هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جداولاً فيما لمحكمة الموضوع من حق تقدير أدلة الدعوى بما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض.

(الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٤٩ق - جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٥ من ٣٥ ص ٢٢٠١)

ويصح أن يصدر الإقرار فى أى وقت بعد انعقاد الحوالة. وليس من الضرورى، فى التقنين المدينى المصرى، أن يترصد الدائن بإقراره حتى يعلنه المحال عليه أو المدين الأسمى بالحوالة، بل يجوز أن يقر الدائن الحوالة قبل أن يعلن بها (١). أما فى التقنين المدينى الألمانى فقد ورد نص صريح فى هذا الصدد يقضى بأن الدائن لا يجوز له أن يقر الحوالة إلا بعد أن يعلن بها (٢)، وذلك لكى يبقى زمام الحوالة فى يد المدين الأسمى والمحال عليه، فيستطيع أن يعدلا عنها أو يعدلا فيها قبل أن يعلنها للدائن.

إذن ليس فى التقنين المدينى المصرى بداية لميعاد صدور الإقرار إلا وقت انعقاد الحوالة. وكذلك ليس لهذا الميعاد نهاية، فيجوز للدائن أن يقر الحوالة فى أى وقت بعد انعقادها. على أنه يستطيع أى من المحال عليه أو المدين الأسمى أن يضع حداً لهذا الموقف غير المستقر، بأن يتولى إعلان الحوالة إلى الدائن ويعين له فى الوقت ذاته أجلاً معقولاً، يقدره هو تحت رقابة قاضى الموضوع، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يقر الدائن الحوالة، اعتبر سكوته رفضاً (٢). وعند ذلك يبقى عقد الحوالة قائماً فى العلاقة ما بين المدين الأسمى والمحال عليه، منتجاً لالتزامات شخصية فيما بينهما، دون أن ينتقل المدين إلى ذمة المحال عليه فى العلاقة ما بينه وبين الدائن، وسيأتى بيان ذلك.

٣١٩- حالة بيع العقار المرهون: على أن هناك حالة خاصة، نصت عليها المادة ٣٢٢

مدنى، عدل فيها الحكم المتقدم الذكر، وهذه هى 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 لا جديد، فإن الحوالة لا تفترض، وبيع العقار المرهون ليس من شأنه اقتراض حوالة الدين المضمون بالرهن، بل لابد أن يكون هناك اتفاق خاص على هذه الحوالة. فإذا ما عقد هذا الاتفاق بين البائع والمشتري - أى بين المدين الأسمى والمحال عليه - ثم سجل عقد المبيع، وأعلن الحوالة أى من البائع أو المشتري إعلاناً رسمياً للدائن،

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتى: «وقد أجاز المشروع للدائن إقرار الحوالة متى اتصلت بعلمه، حتى قبل أن يقوم المدين أو المحال عليه باعلانه بها. ولكن ليس للدائن أن يتمسك بالحوالة ما دام إقراره لم يصل إلى المدين أو المحال عليه. وعلى هذا الاعتبار يكون لطرفى الحوالة أن يعدلا فيها أو يعدلا 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 ٤١٥ من التقنين المدينى الألمانى على أن «هذا الإقرار لا يجوز صدوره إلا بعد أن يعلن المدين أو الأجنبى الحوالة للدائن». وعلى نهج التقنين المدينى الألمانى سار تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (أنظر المادة ٤/٢٨٧ من هذا التقنين الأخير أنفاً فقرة ٣١٨ فى الهامش).

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٠.

فان المادة ٣٢٢ مدني قد تكفلت بتحديد الميعاد الذي يجب فيه أن يقر الدائن الحوالة أو يرفضها. وهذا الميعاد هو ستة أشهر من وقت إعلان الحوالة، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يقر الحوالة أو يرفضها. اعتبر سكوتته إقراراً للحوالة لا يرفضاً لها^(١).

ونرى من ذلك أن النص قد انحرف بهذه الحالة الخاصة عن الأحكام التي تقدم ذكرها في أمرين: (١) قد تكفل بتحديد المدة المعقولة، وهي ستة أشهر كما قدمنا، ولم يتركها لتقدير أحد طرفي الحوالة. (٢) وجعل سكوت الدائن بعد انقضاء هذه المدة إقراراً للحوالة لا رفضاً لها^(٢)، وهذا عكس للحكم الذي تقرر فيه غير هذه الحالة الخاصة.

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 مسؤوليته الشخصية، مع مسؤوليته العينية. ومن ثم شجع النص على الوصول إلى هذه النتيجة، بأن تولى تحديد ميعاد ليس بالطويل، يكون انقضاءه مع سكوت الدائن إيذاناً باقرار الحوالة لا يرفضها^(١).

٣٢٠ - كيف يكون الاقرار: والإقرار تعبيري عن الإرادة، وليس له شكل خاص، فأى لفظ أو كتابة أو موقف يدل على رضا الدائن بالحوالة يكفي. وقد يكون صريحاً كما يكون ضمناً. ويكون إقرار الدائن للحوالة إقراراً ضمناً إذا استوفى الدين أو جزءاً منه من المحال عليه دون تحفظ، أو قبل منه أى عمل آخر يقوم به على اعتبار أنه هو المدين^(٢).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادة ٣٢٢ مدني ما يأتي: «تناول هذه المادة صورة عملية بالغة الأهمية، تعرض عند التصرف في عقار مرهون، مع تحمل الخلف بالدين الذي أنشئ الرهن لضمان الوفاء به. فالواقع إن إنشاء رهن رسمي لضمان الوفاء بالدين يجعل عنصر المسؤولية العينية أغلب عن عنصر المسؤولية الشخصية، وبعبارة أخرى يصبح حق الرهن الرسمي في هذه الحالة أصلاً، ولا يكون لمسئولية المدين الشخصية عن الدين إلا منزلة الفرع من حيث التبعية. والغالب أن من يتصرف في العقار المرهون يقصد إلى نقل الدين إلى الخلف، والتحلل من المسؤولية عنه، فليس أسوأ من مركز مدين يظل مسئولاً عن الدين شخصياً في خلال فترة طويلة بعد أن يكون قد تصرف في العقار الذي رهن لضمان الوفاء بهذا الدين. فإذا انصرفت نية المتصرف إلى التخلص من الدين، أمكن أن يترتب على الحوالة التي 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 الذي آل إليه كافياً الوفاء بحق الدائن. بيد أن مثل هذا الوضع، رغم ما ينطوي فيه من نزوع إلى التمشي مع مقتضيات العمل، والنزول على حكم المنطق، قد يستتبع أحياناً تعرض الدائن لخطر جدي، ولا سيما إذا كان متأخراً في الرتبة، وكان في شك من استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون. فأولى به في هذه الحالة أن يبقى على دعواه قبل مدينه الأصلي، متى كان مأمون اليسار، من أن يرجع بهذه الدعوى على الخلف وقد لا يتوافر فيه من ضمانات الملاءة ما يتوافر لدى الأصيل. ومؤدى 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 على التوفيق بين مصلحة الدائن ومصلحة المتصرف - ومن الواجب أن يصفى مركزه ما أمكن حتى لا يطول أمد بقاء مسؤوليته عن الدين المضمون بالرهن بعد بيع العقار المرهون - فقضى باعتبار الدائن مقراً بالحوالة، إذا لم يتم برفضها صراحة خلال ثلاثة أشهر (أصبحت ستة أشهر) من إعلانها بها استثناء من أحكام القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦١ - ص ١٦٢).

ويبدو من الأسباب التي علل بها الحكم الذي نحن بصده 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 التمهيدي يتضمن نصاً في هذا المعنى، فكانت المادة ٤٤٥ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتي: «يكون إقرار الدائن للحوالة صريحاً أو ضمناً. ويعتبر الدائن قد أقر الحوالة =

(١) وقد استمدت المادة ٣٢٢ مدني مصري من المادة ٤١٦ من التقنين المدني الألماني. وكان المشروع الأول للنص الألماني يجعل الدائن المرتهن مخيراً بين إقرار الحوالة أو اتخاذ إجراءات تنفيذ الرهن في مدى ستة أشهر، حتى لا يظل المدين الراهن معلقاً مدة طويلة بعد أن باع العقار المرهون. ولكن النص النهائي عدل عن ذلك، وجعل الدائن المرتهن الحق في رفض الحوالة إذا أعلن الرهن للمدين الراهن، حتى لا يضطر الدائن المرتهن إلى اتخاذ إجراءات تنفيذ الرهن في وقت قد لا يكون ملائماً. على أن النص الألماني في صورته النهائية يختلف عن النص المصري في أن إعلان الحوالة يصدر، وفقاً للنص الألماني، من المدين الراهن وحده، فلا يجوز صدوره من المشتري للعقار المرهون، وفي أن رفض الحوالة يجب إعلانه لهذا المدين الراهن (التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٤١٦ ص ٦١٢ - ص ٦١٣ - وانظر أيضاً مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٧ - ص ٥٨ - وانظر فيما يتعلق بتقنين الالتزامات السويسري المادة ١٨٣ والمقال المشار إليه ص ٦٦. وانظر فيما يتعلق بالتقنين المدني المصري المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٢ - ص ١٦٣).

(٢) وقد يعلن الدائن المرتهن بالحوالة قبل تسجيل عقد البيع، فهل يكون الإعلان في هذه الحالة باطلاً لا يترتب عليه أي أثر، أو يبقى صحيحاً ولكن لا يترتب عليه أثر - أي لا يسرى ميعاد ستة أشهر - إلا من تاريخ التسجيل؟ نرجح الرأي الثاني، لأن الأخذ به من شأنه إعمال إعلان الحوالة، وإعمال التصرفات خير من إهمالها (انظر الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢٨٧ - ٢٨٨). وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «فيراعى من ناحية أنه لا يجوز إعلان الحوالة قبل التسجيل. وينهض لتوجيه هذا القيد أن المشروع قد قصد إلى تخامى الفصل بين المسؤولية الشخصية والمسئولية العينية عن الدين ما أمكن، وإن من مصلحة المشتري أن تمتنع على الدائن مطالبته بمقتضى المسؤولية الشخصية قبل أن تترتب مسؤوليته العينية، فيما لو أعلن بالحوالة من قبل. أما فيما يتعلق بالجراء الذي يكفل نفاذ هذا الحكم، فقد تعرض للذهن صورتان: فيجوز أن يعتبر الإعلان السابق على التسجيل غير ذي أثر في بدء سريان الميعاد الحتمي المنصوص عليه في هذه المادة، وعلى هذا لا يبدأ سريان هذا الميعاد إلا من تاريخ التسجيل - ويجوز أن يعتبر هذا الإعلان غير ذي أثر بالنسبة للمشتري. بيد أن الصورة الأولى هي الأولى بالقبول، نظراً لتمشيها مع وجوب إعمال التصرفات القانونية كما تيسر ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٣).

ويثبت إقرار الدائن للحوالة بجميع الطرق، وفقاً للقواعد العامة، لأنه إرادة منفردة.

٣٢١- الدائن حر في إقرار الحوالة أو في رفضها: والقاعدة أن الدائن حر في إقرار الحوالة أو في رفضها، فإن أقرها انتقل بالنسبة إليه الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه كما سنرى، 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 مديناً، حتى لو كان أكثر ملاءة من المدين الأصلي، أو كان له مال ظاهر أيسر في التنفيذ العيني. 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 الآتي: «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 متمسكاً في استعمال حقه في الرفض، فيرد عليه قصده. ولا حاجة في هذه الحالة لإقراره، بل لا عبرة برفضه، لتكن الحوالة نافذة في حقه^(١). ولما عرض هذا النص على لجنة مجلس الشيوخ، قام

«إذا وفي المحال عليه الدين بصفته مديناً وقبل الدائن دون تحفظ هذا الوفاء، أو قبل أي عمل آخر يقوم به المحال عليه بصفته مديناً». وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «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 الجزئي 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 إضاف 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 - ١٣٨ في الهامش).

(١) أنظر في هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٣٩ - ١٤٠ وقد جاء فيها ما يأتي: «المشهور عند الحنفية هو ضرورة رضاء الدائن».

اعتراض على فكرة إجبار الدائن على إقرار الحوالة ولو كان الحق بعد الحوالة مكفول الوفاء^(١)، فوافقت اللجنة على حذف النص^(٢).

= ومن رأيهم أن قوله عليه السلام في الحديث: فإذا أحيل أحدكم على ملئ فليحتل، يفيد في ظاهره معنى الأمر، ولكنه أمر استحباب أو إباحة، لأن المدينين رغم يسارهم قد تفاوتت ذممهم في حسن القضاء والمطل، ولهذه العلة قد يحرص الدائن على عدم إبدال مدينه. ويضيف ابن الهمام إلى ذلك أن الدائن قد يضار إذا أجبر على استيفاء دينه من مدين لا يوفيه: 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. والواقع 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 التصوير، ولو أن له شبيهاً في أحكام التقنين الصيني (م ٣٠٢). أما الحنابلة فلا يشترطون رضاء الدائن. ولمذهبهم في هذه الناحية طابع خاص، فمن 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 الأصلي 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 إدریس فی کشاف 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 ملئ 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 الإقرار 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، وبهذا لا تكون حوالة الدين نافذة إلا إذا أقرها الدائن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٣) - وانظر آنفاً فقرة ٣١٦ في الهامش».

هذا وهناك حالة واردة في المشروع التمهيدى، هي حالة بيع المتجر بما له من حقوق وما عليه من ديون، ولم يكن المشروع التمهيدى يشترط فيها رضاء الدائن. فقد كانت المادة ٤٥٧ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتي: «١- إذا بيع متجر بما له من حقوق وما عليه من ديون، كان المشتري مسئولاً عن الديون بقدر ما كسب من الحقوق. ٢- ومع ذلك يبقى المدين الأصلي ملزماً هو أيضاً بالديون مدة ثلاث سنوات. وتحسب هذه المدة بالنسبة للديون التي حلت من الوقت الذي يقوم فيه البائع بإخطار الدائنين بالحوالة وبالنسبة للديون التي لم تكن قد حلت وقت هذا الأخطار من وقت حلولها». وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي: =

٣٢٢- الأثر المترتب على إقرار الدائن للحوالة أو على رفضها: قدمنا أن الحوالة تنعقد بمجرد تراضى المحال عليه والمدين الأصلي عليها، وذلك قبل إقرار الدائن لها، لا يساهم الإقرار في تكوينه، بل كل ما له من أثر هو في نفاذ الحوالة في حق الدائن. ومن ثم لا يعتبر الإقرار قبولا ينتج أثره من وقت صدوره، بل هو إقرار لاتفاق تم من قبل، فيكون له أثر رجعي يستند إلى وقت انعقاد الحوالة لا إلى وقت صدور الإقرار.

ويتربط 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 باقيين على أهليتهما إلى وقت صدور الإقرار.

تناول هذه المادة حكم حوالة الديون عند تفرعها على الاستخلاف على محتويات ذمة من الذم جملة واحدة، بوصفها جزافاً، كما هو الشأن في بيع شركة أو متجر أو حصة في هذه أو تلك. ولا يشترط في الاستخلاف على محتويات الذمة أو المتجر شكل خاص بل تطبق القواعد العامة في العقود. بيد أنه لا يتيسر للمستخلف 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 حوالة الديون عند الاستخلاف على محتويات ذمة أو متجر، فلم يشترط رضا الدائن لانعقادها، معتداً في ذلك بما شرع من ضمانات لحماية الدائن. وقد نص على احتفاظ الدائن بحقه في الرجوع على المدين الأصلي بوصفه مديناً متضامناً مع من يخلفه، في خلال ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ إخطار الدائنين بالحوالة بالنسبة للديون التي حلت ومن تاريخ حلول الديون غير المستحقة الأداء. فإذا انقضت مدة السنوات الثلاث، سقط حق الدائن في الرجوع على المدين الأصلي. وغنى عن البيان أن في هذا الأجل فسحة تكفل للدائن حسن القيام على مصالحه. ولا يسأل المحال عليه عن الديون إلا بنسبة ما آل إليه، فمستوليته تنحصر على هذا الوجه في حدود عناصر الذمة التي استخلف عليها، فإذا لم تكن جميع الأموال قد انتقلت إليه، جاز تأسيس هذه المسؤولية على ما يكون له من حقوق أو دعاوى في تلك الأموال. ويسرى حكم هذا النص متى اعتبرت محتويات الذمة التي يقع الاستخلاف عليها جزافاً، ولا يهم في ذلك أن تكون بعض الأموال قد أخرجت منها فرادى لاحتفاظ المدين الأصلي بها، لأن الدائن يستبقى حقه في الرجوع على هذا المدين في خلال ثلاث سنوات كما تقدم بيان ذلك. هذا وقد اقترح في لجنة المراجعة حذف هذا النص، فوافقت اللجنة على حذفه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦١). وكانت المادة ٤٥٧ من المشروع التمهيدي مأخوذة من المادة ٤١٩ من التقنين المدني الألماني (انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٤١٩ ص ٦٢١ - ٦٢٣ - وانظر أيضاً مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهيم في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٨ - ٥٩ - وانظر في حالة بيع المتجر المادتين ٢٥ و ٢٦ من التقنين التجاري الألماني - وانظر في تقنين الالتزامات السويسري المادتين ١٨١ و ١٨٢ ومقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهيم المشار إليه ص ٦٥ - ٦٦).

ومتى صدر إقرار المدين 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 مديناً 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- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٢١ من التقنين المدني على ما يأتي:

١- يجوز أيضاً أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلي في التزامه.

٢- وتسرى في هذه الحالة أحكام المادتين ٣١٨ و ٣٢٠ (٢).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق، لأن هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين كما قدمنا.

ويقابل 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 -

(١) وقد كان المشروع التمهيدي 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 - ١٣٨ في الهامش).

(٢) 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٧ و ١٥٩).

وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١/١٨٧ (١).

ويتبين من هذا النص أن هناك صورة ثانية لانعقاد الحوالة. بل إن هذه هي الصورة الأصلية، لأن رضاء الدائن فيها يساهم في تكوين الحوالة، لا في نفاذها فحسب. وهذه الصورة هي اتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه، دون حاجة إلى رضاء المدين الأصلي لا في انعقاد الحوالة، بل ولا في نفاذها في حق هذا المدين.

فنبين إذن: (١) كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه على الحوالة (٢) وما أثر هذا الاتفاق بالنسبة إلى المدين الأصلي.

٣٢٤- كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه: هذه الصورة الثانية لحوالة الدين تمتاز عن الصورة الأولى في أن الدائن - وهو صاحب الدين - هو الذي يتولى بنفسه تحويل الدين الذي له من ذمة مدينه الأصلي إلى ذمة المحال عليه (٢). فالاتفاق يتم إذن مباشرة بين الدائن والمدين الجديد، وبموجبه يتحول الدين من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد، دون حاجة إلى رضاء المدين القديم.

وليس للاتفاق شكل خاص، فأى تعبير عن الإرادة يكفي. وقد يكون تراضى الطرفين صريحاً، كما يكون ضمناً. فإذا عرض المحال عليه على الدائن الوفاء بجزء من الدين باعتباره هو المدين، لا باعتباره نائباً عن المدين الأصلي، وقبل منه الدائن دون تحفظ هذا الوفاء، فقد انعقدت حوالة الدين بتراضٍ ضمني، وتحويل الدين إلى ذمة المحال عليه، ولزمه أن يفى للدائن بالباقي منه.

(١) 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 يتفق مع حكم التقنين المصري. غير أن رجوع المحال عليه على المدين الأصلي في التقنين المصري جائز بقاعدة الإثراء بلا سبب حتى لو لم يقر المدين الحوالة).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٢٨٧: انتقال دين المدين يحصل إما بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه، وإما بالاتفاق بين هذا والمدين.

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصري).

(٢) أما في الصورة الأولى، فإن المدين هو الذي يحول الدين من ذمته إلى ذمة المدين الجديد، ولذلك اقتضت هذه الصورة رضاء الدائن حتى تكون الحوالة نافذة في حقه. ولم تقتض الصورة الثانية التي نحن بصددتها رضاء المدين الأصلي، ولو لتكون الحوالة نافذة في حقه، فإن الحوالة تنعقد في هذه الصورة الثانية نافذة في حق المدين الأصلي بمجرد انعقادها ودون حاجة إلى رضائه كما سترى.

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 مدني اللتين تسريان في الصورة التي نحن بصددتها، كما تنص على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٣٢١ مدني (١).

ومن ثم يجب أن يكون الاتفاق متمحواً بنية الحوالة. إذ يصح أن يتفق الطرفان، لا على حوالة الدين، بل على تجديده. وقد عرفنا الفرق بين الحوالة والتجديد، ففي الحوالة ينتقل الدين نفسه إلى ذمة المدين الجديد، أما في التجديد فينقضى الدين الأصلي ويحل محله دين جديد. ونية الحوالة هي التي تميز الاتفاق على حوالة الدين عن الاتفاق على التجديد، فإن التجديد يتم أيضاً، كما سترى، 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 التمهيد بوفاء الدين (expromissio)، وتطور هذا التمهيد إلى أن أصبح اتفاقاً على الحوالة (٢).

كذلك يجب التمييز بين الاتفاق على الحوالة على النحو الذي 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 (٣).

٣٢٥- أثر الاتفاق بالنسبة إلى المدين الأصلي: قدمنا أن هذا الاتفاق لا يقتضي اشتراك المدين الأصلي فيه ولا إقراره له، فرضاؤه غير ضروري لا لانعقاد الحوالة ولا لنفاذها في حقه. ذلك أنه من القواعد المقررة أنه يجوز لأجنبي أن يفى بالدين دون رضاء المدين «المادة ٣٢٣ مدني»، ومتى قبل الدائن الوفاء، ولو عارض المدين، انقضت الدين، وكان للأجنبي الذي 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

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٨.

(٢) أنظر في هذا المعنى التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٤١٤ ص ٦٠١ - ص ٦٠٢.

(٣) وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «ولا يشترط لانعقاد الحوالة في هذه الصورة شكل خاص، بل تسري القواعد العامة بشأن إثبات انعقادها، كما أن الرضاء فيها قد يكون صريحاً أو ضمناً. بيد أنه يشترط على أي حال أن يفرغ رضاء الطرفين بحيث يتيسر للدائن أن يفهم أن المحال عليه لم يقصد إلى الاشتراك في المسؤولية 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).

- لم يف بالدين فعلاً، بل اتفق مع الدائن على أن ينقله إلى ذمته. فينقل الدين بهذا الاتفاق، وتبرأ ذمة المدين الأصلي، رضى بالحوالة أو لم يرض، علم بها أو لم يعلم، فالاتفاق يسرى في حقه دون أن 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 المحال عليه على المدين الأصلي بما وفاه للدائن. ففي الصورة الأولى التي تتم برضاء المدين الأصلي بموجب اتفاق بينه وبين المحال عليه، يحدد هذا الاتفاق كيف يرجع المحال 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 المحال عليه بالدين الذي وفاه عنه غير قائم على أي اتفاق بينهما، فلا يبقى إلا أن يرجع عليه بقاعدة الإثراء بلا سبب. (والأمر الثاني) ضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه. ففي الصورة الأولى التي تتم باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه، تقضى المادة ٣١٩ مدني بأن «يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال 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، بسرمان المادة ٣١٨ (انتقال الدين بضماناته) والمادة ٣٢٠ (انتقال الدين بدفوعه) دون المادة ٣١٩ (ضمان اليسار). وهذا أمر طبيعي، ف ضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة لا يكون إلا إذا كان هذا المدين قد اشترك في الحوالة ورضى بها، أي في الصورة الأولى. أما إذا لم يشترك فيها، كما هي الحال في الصورة الثانية، فلا محل لهذا الضمان.

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على حوالة الدين

٣٢٦- علاقات 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، كمحال له ثان أو دائن حاجز، ولا يتصور «غير» على هذا النحو في حوالة الدين^(١).

فنستعرض: (١) علاقة الدائن بالمحال عليه (٢) علاقة الدائن بالمدين الأصلي (٣) علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه.

الفرع الأول

علاقة الدائن بالمحال عليه

٣٢٧- مسائل ثلاث: نفرض هنا أن الحوالة قد انعقدت ونفذت في حق الدائن، إما بأن تكون قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ثم أقرها الدائن^(٢) كما هو

(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 منهما يقرها الدائن أولاً هي التي تسرى. ولا عبيرة 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 منهما رضى الدائن بها أو أقرها أولاً هي التي تسرى.

(٢) أما قبل إقرار الدائن، فقد قدمنا أن الحوالة لا تكون نافذة في حقه، ويكون المحال عليه أجنبياً بالنسبة إليه، ويبقى المدين الأصلي هو المدين تجاه الدائن.

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي: «ولا يشترط رضاه المدين الأصلي بالحوالة في هذه الصورة، فهي تنعقد صحيحة سواء أقرها أو مانع فيها، وذلك أنها تنعقد لمنفعته، إذ يترتب عليها أن تبرأ ذمته من الالتزام» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٨).

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.

فعدنا إذن مسائل ثلاث: (١) استخلاف المحال عليه في الدين، أي حلول المحال عليه محل المدين الأصلي في الدين (٢) انتقال الدين بضمائنه (٣) انتقال الدين بدفعه.

المبحث الأول

حلول المحال عليه محل المدين الأصلي في الدين

٣٢٨- ما يترتب على هذا الحلول: متى صارت حوالة الدين نافذة في حق الدائن، يحل بالنسبة إليه المحال عليه محل المدين الأصلي في الدين. ويترتب على ذلك: (١) أن تبرأ ذمة المدين الأصلي قبل الدائن (٢) وأن ينتقل الدين نفسه إلى المحال عليه.

٣٢٩- براءة ذمة المدين الأصلي قبل الدائن: براءة ذمة المدين الأصلي قبل الدائن هي النتيجة الحتمية المترتبة على انتقال الدين من ذمته إلى ذمة المحال عليه. وتتم براءة الذمة هذه من وقت انعقاد الحوالة في كل من صورتها. 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 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 (١).

ويترتب 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 الدائن، 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 مسؤولاً حتى عن ضمان يسار المحال عليه كما قدمنا. أما في حالة الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه، فسرى 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 بالدين 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 (٢).

(٢) تبرأ ذمة المدين الأصلي من وقت انعقاد الحوالة، وتنشغل ذمة المحال عليه بالدين 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 بالدين 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، لا تقع بين المحال به وهذا الدين الذي نشأ. ذلك أن الدين المحال به يكون قد انتقل بإقرار الدائن للحوالة إلى ذمة المحال عليه فلم تعد

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥١ - ص ١٥٢.

(٢) وتقول 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).

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً في هذا المعنى هو المادة ٤٥٠ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: ١- إذا أقر الدائن الحوالة، برئت ذمة المدين الأصلي، وحل محله المحال عليه. ٢- وينسحب أثر الإقرار لليوم الذي تم فيه الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه. وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة، لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ هامش رقم ١).

ذمة المدين الأصلي مشغولة به، ويستند هذا الأثر إلى وقت انعقاد الحوالة أى إلى وقت سابق على نشوء الدين لصالح المدين الأصلي فى ذمة الدائن، فلا تقع المقاصة بين الدينين. ومن باب أولى لو أن الحوالة انعقدت، فى الصورة الثانية، باتفاق بين الدائن الأصلي والمحال عليه، فإن الدين المحال به ينتقل بمجرد هذا الاتفاق إلى ذمة المحال عليه ولا تعود ذمة المدين الأصلي مشغولة به، فلو نشأ دين بعد ذلك لصالح المدين الأصلي فى ذمة الدائن لم تقع مقاصة بينه وبين الدين المحال به (١).

٣٣٠- انتقال الدين نفسه إلى المحال عليه: وبراءة ذمة المدين الأصلي من الدين إنما هى نتيجة ترتبت على انتقال هذا الدين نفسه إلى ذمة المحال عليه كما قدمنا. والدين الذى ينتقل هو نفس الدين الذى كان فى ذمة المدين الأصلي، وينتقل بصفاته وضمائنه ودفعه. وسرى فيما يلى 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 فى سريانه إلى أن يعترضه وقف أو انقطاع، أو أن يكون مقترناً بسند تنفيذى كحكم قابل للنفذ أو ورقة رسمية فينتقل قابلاً للتنفيذ بهذا السند نفسه.

وينتقل الدين على هذا النحو إلى ذمة المحال عليه من الوقت الذى تبرأ فيه ذمة المدين الأصلي، أى من وقت انعقاد الحوالة على الوجه الذى قدمناه.

ومن هذا الوقت لا يستطيع الدائن أن يستوفى الدين إلا من المحال عليه (٣). وليس له أن

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ومتى أقر الدائن الحوالة يجرى الحكم كما لو كان هذا الدائن قد اشترك فى التعاقد الذى تم من قبل بين المحيل والمحال عليه... ويراعى أن أثر براءة ذمة المدين الأصلي والتزام المدين الجديد قبل الدائن ينسحب إلى هذا التاريخ، فلو زالت عن المحال عليه أهليته بعد انعقاد الحوالة وقبل الإقرار، فلا يكون لذلك أثر فى صحة التزامه قبل الدائن، لأن الدائن يعتبر طرفاً فى التعاقد السابق، ولو نشأ سبب من أسباب المقاصة لصالح المدين الأصلي فى 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 المدنى العراقى فى هذا المعنى على ما يأتى: «يتحول الدين على المحال عليه بصفته التى على المحيل، فإن كان حالاً تكون الحوالة به حالة، وإن كان مؤجلاً تكون مؤجلة».

(٣) وفى الفقه الإسلامى، يوجد، كما قدمنا، ضرب من الحوالة يعرف بالحوالة المقيدة. وصورتها أن يتفق كل من المدين الأصلي والمحال عليه والدائن على أن يستوفى الدائن الدين الذى فى ذمة المدين الأصلي من دين فى ذمة المحال عليه لهذا الدين الأصلي، فتقيد حوالة الدين باستيفائه من دين آخر».

يطالب المدين الأصلي بشئ (١). وللدائن أن يستوفى الدين من المحال عليه بأى سبب من أسباب الاستيفاء: بالوفاء، أو بالمقاصة ولو نشأ الدين الجديد فى ذمة الدائن لصالح المحال عليه فى الفترة ما بين انعقاد الحوالة وإقرار الدائن لها، أو بالتجديد، أو بائتمان الذمة، أو بالإبراء، أو بغير ذلك (٢).

للمدين الأصلي فى ذمة المحال عليه. وقد ورد فى التقنين المدنى العراقى طائفة من النصوص فى هذه الحوالة المقيدة، نكتفى بإبرازها فيما يلى:

٣٥٢م عراقى: إذا اشترط المحيل فى 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.

٣٥٣م عراقى: ١- إذا سقط الدين الذى قيدت به الحوالة بأمر عارض بعدها، فلا تبطل الحوالة. فلو أحال البائع غريمه على المشتري بثمن المبيع، فهلك المبيع عند البائع قبل تسليمه للمشتري وسقط ثمنه، أو رد المبيع بخيار عيب أو غيره، فلا تبطل الحوالة، ويكون للمحال عليه بعد الأداء الرجوع بما آداه. ٢- أما إذا سقط الدين الذى قيدت به الحوالة بأمر سابق عليها، وتبينت براءة المحال عليه منه، فإن الحوالة تبطل. فلو أحال البائع غريمه على المشتري بثمن المبيع، ثم استحق المبيع للغير، بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل.

٣٥٤م عراقى: فى كل موضع رد فيه استحقاق المبيع الذى أحيل بثمنه، إذا أدى المحال عليه الثمن، كان له الخيار فى الرجوع، إن شاء رجع على المحال له القابض، وإن شاء رجع على المحيل.

٣٥٥م عراقى: 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 مبطل للحوالة كهلاكها. ٢- فإن كان هلاك الوديعة بتقصير الوديع أو تعديه، فلا تبطل الحوالة.

٣٥٦م عراقى: ١- إذا حال المدين غريمه على الغاصب حوالة مقيدة بالعين الموصوبة، فهلكت العين فى يد الغاصب قبل أدائها للمحال له، فلا تبطل الحوالة. ٢- فإن استحققت العين الموصوبة للغير، بطلت الحوالة وعاد المحال له بحقه على المحيل.

أنظر أيضاً الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٣٣٩ عراقى وقد سبق ذكرهما: أنفاً فقرة ٣١٢ فى الهامش.

(١) وتنص المادة ٣٤٦ من التقنين المدنى العراقى فى هذا المعنى على ما يأتى: «إذا قبل المحال له الحوالة ورضى المحال عليه بها، برئ المحيل من الدين ومن المطالبة معاً، وثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه».

(٢) وتنص المادة ٣٥٠ من التقنين المدنى العراقى فى هذا المعنى على ما يأتى: «تبرأ ذمة المحال عليه من الدين بأداء المحال به، أو بحوالته إياه على آخر، أو بالإبراء أو بائتمان الذمة، أو بأى سبب آخر يقضى الالتزام».

وإذا أراد الدائن استيفاء الدين من المحال عليه، فوجده معسراً إمعساراً جزئياً، زاحم بقية دائنى المحال عليه، وما بقى 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 للحوالة (٣١٩م مدنى). وفى هذا المعنى =

المبحث الثاني

انتقال الدين إلى المحال عليه بضماناته

٣٣١- النصوص القانونية: تنص المادة ٣١٨ من التقنين المدني على ما يأتي:

١- تبقى للدين المحال 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.

ويقابل 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^(١).

والنص، 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 للدين، رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً. أو يكون الدين مضموناً بحق امتياز أو حق اختصاص يثقل عيناً مملوكاً للمدين. فتنقل كل هذه الضمانات العينية مع المدين لمصلحة الدائن^(٢).

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٣١٨ (مطابقة للمادة ٣١٨ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي م ٣٠٥ (مطابقة للمادة ٤١٨ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ٣٤٨: ١- تبقى للدين المحال به ضماناته بالرغم من تغيير شخص المدين، فإذا أحال الراهن المرتهن بالدين على آخر أو أحال المشتري البائع بالثمن على آخر، فلا يسقط حق المرتهن في الرهن، ولا حق البائع في حبس المبيع. أما إذا أحال المرتهن غريباً له على الراهن، فإن حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهناً للمحال له، وكذا إذا أحال البائع غريباً له على المشتري بالثمن يسقط حقه في حبس العين المبيعة. ٢- على أن من كفل الدين المحال به كفالة شخصية أو عينية لا يكفل المحال عليه، إلا إذا رضى الكفيل بالحوالة.

(وهذا النص حكمه يتفق مع حكم نص التقنين المصري. وسنعرض فيما يلي إلى الحالة التي يحول الدائن فيها على مدينه ديناً في ذمته لدائن له، فيحيل المرتهن غريباً له على الرهن أو يحيل البائع غريباً له على المشتري بالثمن، وسنرى أن الحكم المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 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 الذي عقد.

(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 بالحوالة: انظر الدكتور صبحي محمصاني في انتقال الإلتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٥).

(٢) أما التقنين المدني الألماني، فإن المادة ٤١٨ منه تقضي بأن حوالة الدين تنهي الكفالة ورهن الحيازة للدين كأنها يضمنان الدين قبل الحوالة. وإذا وجد رهن رسمي كان ضماناً للدين قبل حوالاته، فإن رضاء الدائن بالحوالة يكون بمثابة نزول منه عن هذا الرهن. ولكن هذه الأحكام التي تسرى إذا =

تنص المادة ٣٥١ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي: «إذا مات المحال عليه مديناً، يقسم ماله بين الغرماء وبين المحال له بالحصر، وما بقي للمحال له بعد القسمة يرجع به على الخليل إذا كان له حق الرجوع».

ويدهي أن نص التقنين العراقي السالف الذكر لا يعرض لحالة ما إذا كان الدين المحال به مضموناً برهن أو بامتياز أو بأي تأمين آخر. فإن كان مضموناً بشئ من ذلك، فإن مزاحمة دائني المحال عليه للدائن لا تنقطع فيما يتعلق بمال المحال عليه، وتنقطع بدهاء فيما يتعلق بالضمان فلا يراحم دائنو المحال عليه الدائن في المال المثقل برهن أو امتياز أو نحو ذلك. والغريب أن الأستاذ حسن الذنون يأخذ على المادة ٣٥١ من التقنين المدني العراقي أنها لم تذكر هذا الأمر البيهقي، وهي لو ذكرته لكان هذا فضلاً ليس له مبرر وتزييداً لا محل له. والأغرب من ذلك أن الأستاذ ينعي 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 متنافر ولا متناقض» (أحكام الإلتزام 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 ينعي على التقنين المدني العراقي تناقضاً لا وجود له. أما المسألة التي أثارها في خصوص حق الامتياز العام، كما امتياز المبالغ المستحقة للمخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر وكامتياز 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 (انظر فقرة ٣٢٢ في الهامش).

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤٥١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا عبارة وردت في آخر الفقرة الأولى من المشروع التمهيدي 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٦ - ص ١٤٧).

= كان الكفيل الشخصي، أو من كان مالكا وقت الحوالة للعين المرهونة في الدين، قد رضى بالحوالة. وإذا كان للدين 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، فرضاً للدائن بالحوالة مع عدم اشتراك المدين فيها بعد 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 نزول 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 لحق الامتياز أسبقية يقرها القانون للمدين الممتاز، فلا يصح أن يسبق الدائن المحال دائتي 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 ٦١٧-٦٢١.

وأما تقنين الالتزامات السويسري، فتتضمن المادة ١٧٨ منه، على العكس من التقنين المدني الألماني، بأن التأمينات التي كانت تضمن الدين قبل الحوالة تبقى ضامنة له بعدها، ومع ذلك لا يكون الكفيل، شخصياً كان أو عينياً، ضماناً للمدين بعد حوالة إلا إذا رضى بالحوالة.

ونرى من ذلك أن الأحكام التي تضمنها تقنين الالتزامات السويسري هي التي سار عليها التقنين المدني المصري.

ويقول الأستاذان شيرون ومحمد صادق فهمي في مقالهما في مجلة مصر المعاصرة: (١) إن التقنين الألماني والسويسري يتقاربان في الواقع، ولو أن كلا منهما أخذ بمبدأ يخالف المبدأ الذي أخذ به الآخر. ذلك أن كلا منهما أدخل من الاستثناءات على المبدأ الذي أخذ به ما جعل التقارب يتحقق بين التقنينين. فالتقنين الألماني بدأ بتقرير أن التأمينات لا تنتقل، ولكنه استثنى الرهن الذي رتبته المدين على عين مملوكة له ثم رضى بالحوالة، واستثنى كذلك الكفيل، شخصياً كان أو عينياً، إذا رضى بالحوالة. والتقنين السويسري بدأ بتقرير أن التأمينات تنتقل، ولكنه استثنى الكفيل، شخصياً كان أو عينياً، إذا لم يرض بالحوالة. (٢) إن حق الامتياز العام الذي كان ضماناً للمدين قبل الحوالة ينبغي أن ينتقل إلى مال المحال عليه بعد الحوالة، ذلك أن الامتياز العام ليس إلا وصفاً للمدين، والحوالة تنتقل الدين بالوصف الذي هو عليه. انظر في كل ذلك مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٦٤-٦٥.

ويتبين مما تقدم أن الأحكام التي أخذ بها كل من تقنين الالتزامات السويسري والتقنين المدني المصري تختلف عن الأحكام التي أخذ بها التقنين المدني الألماني فيما يأتي: (١) الرهن الذي رتبته المدين الأصلي على عين مملوكة له ضماناً للمدين، في التقنين الألماني، لا يبقى بعد الحوالة ضماناً للمدين. (٢) انعقدت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون اشتراك المدين الأصلي. أما في التقنين السويسري، فإن هذا الرهن يبقى ضماناً للمدين. (٣) إذا انتقل العقار المرهون رهناً رسمياً في

فإذا كان المدين الأصلي قدم عقاراً مرهوناً رهناً رسمياً أو عينياً 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) - بقي هذا الدين مضموناً بالرهن الرسمي أو رهن الحيازة كما كان وهو في ذمة المدين الأصلي. ويصبح المدين الأصلي في هذه الحالة بمثابة كفيل عيني، فإن ذمته قد برئت من الدين بالحوالة ولكن ماله بقي مرهوناً لضمان الدين. وإذا انتقلت ملكية العين المرهونة إلى أجنبي، فإنها تبقى مثقلة بالرهن ضماناً للمدين وهي في يد هذا الحائز للعقار (٢).

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، فإن حق الاختصاص يبقى ضماناً للمدين على النحو الذي قدمناه في الرهن، وتبرأ ذمة المدين الأصلي من الدين بالحوالة ولكن عقاره المأخوذ عليه حق اختصاص يبقى مثقلاً بهذا الحق ضماناً للمدين.

وإذا كان الدين المحال به مضموناً بحق امتياز، بأن كان مثلاً ثمن مبيع، وحول المشتري الثمن الذي في ذمته إلى مدين جديد، فإن 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 (٣).

= إلى أجنبي (حائز للعقار)، في التقنين الألماني، فإن الرهن لا يضمن الدين بعد حوالة إلا إذا رضى الحائز للعقار بالحوالة. أما في التقنين المصري والسويسري، فإن هذا الرهن يبقى ضماناً للمدين ولو لم يرض الحائز للعقار بالحوالة. (٢) حق الامتياز العام الذي كان يضمن الدين قبل حوالة لا ينتقل، بنص صريح في التقنين الألماني، إلى مال المحال عليه بعد الحوالة. ولا يوجد نص في هذه المسألة في أي من التقنينين المصري والسويسري.

(١) وقد رأينا أن التقنين المدني الألماني لا يجعل الرهن في هذه الحالة ضماناً للمدين بعد الحوالة إذا انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون اشتراك المدين الأصلي.

(٢) وقد رأينا أن التقنين المدني الألماني لا يجعل الرهن في هذه الحالة ضماناً للمدين إلا إذا رضى الحائز للعقار بالحوالة.

(٣) أما إذا كان هناك حق امتياز عام، كما امتياز المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال والمبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مآكل وملبس والنفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه (م ١١٤١ مدني)، فقد رأينا أن التقنين المدني الألماني (م ٤١٨) ينص صراحة على أنه لا ينتقل إلى مال المحال عليه بعد الحوالة، ورأينا الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في مقالهما بمجلة مصر المعاصرة يذهبون إلى أن هذا الامتياز ينبغي أن ينتقل إلى مال المحال عليه. وإذا قلنا حق الامتياز العام على حقوق الامتياز الخاصة، ولم نقل إن حق الامتياز العام هو مجرد وصف في الدين الممتاز، وجب القول بأن هذا الحق لا ينتقل إلى مال المحال عليه، ولكنه يبقى في مال المدين الأصلي، كما كان قبل الحوالة، ضماناً للمدين الذي انتقل إلى ذمة المحال عليه.

كذلك يبقى الدائن محتفظاً بحقه في حبس العين المبيعة 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^(١). وهذا الحكم قد ورد صراحة في الفقرة الأولى من المادة ٣٤٨ من التقنين المدني العراقي^(٢).

٣٣٣- الضمانات الشخصية أو العينية التي يقدمها كفيل المدين للدائن: وقد يكون الدين المحال به مكفولاً بشخص غير المدين الأصلي كفالة شخصية أو كفالة عينية، بأن يكون للمدين كفيل شخصي، أو كفيل عيني قدم رهناً لضمان الدين. وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣١٨ مدني في هذه الحالة، كما رأينا، على أنه «لا يبقى الكفيل، عينياً كان أو شخصياً، ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة».

(١) انظر الوسيط الجزء الثاني فقرة ٦٣٩.

(٢) انظر نص هذه المادة أنفاً فقرة ٣٣١ في الهامش - وقد ورد في آخر الفقرة الأولى من هذه المادة العبارة الآتية: «أما إذا أحال المرتهن غريباً له على الرهن، فإن حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهناً للمحال له، وكذا إذا أحال البائع غريباً له على المشتري بالثمن 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. ففى حالة الدائن المرتهن، المفروض أن لهذا الدائن غريباً أى دائناً، فأراد أن يوفيه حقه، فوفاه بإياه عن طريق إحالته على مدينه الراهن. وهذه حوالة دين، فإن الدائن المرتهن نقل الدين الذي في ذمته إلى مدينه الراهن في مقابل الدين الذي له في ذمة هذا المدين وهو الدين المضمون بالرهن، فانقضى الدين المضمون بالرهن قصاصاً وسقط الرهن تبعاً لذلك. وبرت ذمة الدائن المرتهن من الدين الذي كان في ذمته لدائنه. وأصبح هذا الدائن الأخير دائناً 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 مضموناً بالرهن - وهذا هو الأمر في حالة البائع الذي أحال غريبه على المشتري بالثمن، فقد نقل البائع الدين الذي في ذمته لغريبه إلى ذمة المشتري في مقابل الثمن الذي له، فسقط الثمن قصاصاً وانقضى بسقوطه الحق في حبس العين المبيعة. وأصبح دائن البائع هو الدائن المشتري، ولكن لا بدين الثمن الذي كان للبائع فقد سقط هذا الدين كما قدمنا، بل بالدين الذي كان في ذمة البائع لدائنه وقد حول 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 ظن 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 غريباً له على الراهن فإن حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهناً للمحال له، وكذلك إذا أحال البائع غريباً 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، فإن الكفيل، ولو كان عينياً، أجنبي عن الحوالة. وهو إنما رضى بكفالة المدين الأصلي بالذات، كفالة شخصية أو كفالة عينية. فإذا تحول الدين إلى ذمة شخص آخر غير المدين الأصلي، أى إلى المحال عليه، وجب أن يرضى الكفيل بهذه الحوالة أيضاً حتى يعتبر كفيلاً لشخص غير المدين الأصلي الذي رضى أن يكفله.

ويستوى في 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، في حالتي الحرمان من حق التجريد والتضامن، يمكن الرجوع عليه قبل الرجوع على المدين الأصلي، فلم يعد يعنيه شخص هذا المدين ما دام الدائن يستطيع أن يتخطاه وأن يرجع على الكفيل أولاً. فإن 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 أن المدين الأصلي الذي حول دينه إلى مدين جديد كان معه مدينون متضامنون في هذا الدين، فهل يبقى هؤلاء المدينون متضامين مع المدين الجديد (المحال عليه) كما كانوا متضامين مع المدين الأصلي؟ لا شك في أنهم إذا رضوا بالحوالة أصبحوا متضامين مع المدين الجديد، وسرت الحوالة في حقهم لرضائهم بها. أما إذا لم يرضوا بالحوالة، فيبدو أنها لا تسرى في حقهم فيما يضرهم ويستطيعون التمسك بها فيما يتفهم، تطبيقاً لمبدأ أساسى قررناه في

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «لما كانت حوالة الدين تقتصر على إبدال المدين مع بقاء الدين ذاته، فمن الطبيعي أن يظل ما يتبع هذا الدين من التأمينات ملحقاً به... بيد أن كفيل المدين الأصلي، شخصياً كان أو عينياً، قد لا يرتضى كفالة المدين الجديد، كما لو كان أقل ملاءة. ولهذا عني المشروع بحمايته، فاشتراط في الفقرة الثانية من المادة ٤٥١ (م ٣١٨ مدني) رضاه بالحوالة، وإلا 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 تنتفى ضرورة اشتراط رضائه بالحوالة لبقاء الكفالة. بيد أنه يراعى أن الكفيل لا يكفل معتمداً على ثقته في وفاء الدين من ماله فحسب، بل وعلى ثقته في قيام هذا المدين بالوفاء عند حلول الأجل وانتفاء الحاجة إلى الرجوع عليه تفريماً على ذلك. فعلة الكفالة، والحال هذه، هي الثقة الشخصية، وهذه لا تتأثر في قليل أو كثير بالنزول عن حق التجريد. وصفوة القول أن التزام الكفيل لا يظل قائماً في جميع الأحوال إلا إذا رضى بالحوالة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٢ - ص ١٥٣). ويضاف إلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية ما قدمناه أن الكفيل يعتمد في كل حال على ما له من حق الرجوع على المدين الأصلي، فشخص هذا المدين له أكبر الأثر في قبوله الكفالة.

التضامن. فإذا طالب الدائن أحدهم بالدين، كان لهذا المدين أن يدخل المحال عليه في الدعوى للحكم عليه بحصته في الدين. وإذا وفي هذا المدين الدين كله للدائن دون أن يدخل المحال عليه في الدعوى، ورأى أن المدين الأصلي أكثر ملاءة من المحال عليه، كان له أن يرجع عليه هو - لا على المحال عليه - بحصته في الدين (١).

المبحث الثالث

انتقال الدين إلى المحال عليه بدفوعه

٣٣٤ - النصوص القانونية: تنص المادة ٣٢٠ من التقنين المدني على ما يأتي:

وللمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها. كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة (٢).

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 (٣).

(١) أما إذا حول الدائن حقه قبل أحد المدينين المتضامنين إلى محال له واستبقى المدينين الباقيين، فقد قدمنا أنه يصبح هو والمحال له، بالنسبة إلى هؤلاء المدينين، دائنين بالتضام، على غرار المدينين بالتضام (انظر أنفاً فقرة ١٢٧ في الهامش).

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي (١) - للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان للمدين الأصلي من دفوع متعلقة بذات الدين، وليس له أن يتمسك بما كان منها خاصة بشخص المدين، وإنما يجوز له أن يتمسك بالدفوع الخاصة بشخصه هو. - وله 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. وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات في الفقرة الأولى تجعل المعنى أدق، 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٨ - ١٤٩ ص ١٥٦).

(٣) 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 للمحيل من دفوع =

ونستعرض في هذا الصدد: (١) الدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها (٢) الدفوع المستمدة من عقد الحوالة (٣) الدفوع المستمدة من العلاقة ما بين المدين الأصلي والمحال عليه.

٣٣٥ - الدفوع 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، فإنه يترتب على ذلك أن جميع الدفوع التي كان للمدين الأصلي يستطيع أن يدفع بها هذا الدين يجوز للمحال عليه أن يتمسك بها قبل الدائن (١).

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

=متعلقة بذات الدين، وليس له أن يتمسك بما كان من الدفوع خاصة بشخص المحيل، وإنما يجوز له أن يتمسك بما كان خاصاً بشخصه هو. (وهذا النص يطابق نص المشروع التمهيدي 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 للمدين تنتقل من المدين إلى من التزم الدين. أما الوسائل المختصة بشخص المدين السابق، فلا يحق للمدين الجديد أن يتدرع 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).

(١) انظر المشروع التمهيدي لنص المادة ٣٢٠ وانظر تاريخ هذا النص أنفاً فقرة ٣٣٤ في الهامش - وهذا ما يقضى به تقنين الالتزامات السويسري (م ٢/١٧٩) بخلاف التقنين المدني الألماني (انظر في ذلك مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٦٣ - ص ٦٤).

(١) إذ كان مفاد المادة ٣٢١ من القانون المدني أنه يجوز أن تتم حوالة الدين في صورة اتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه يتحول الدين بمقتضاه من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد، دون حاجة إلى رضا المدين القديم، وللمحال عليه عملاً بالمادة ٣٢٠ من ذات القانون أن يتمسك قبل الدائن =

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 الحال 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 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 الدين 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 أيضاً 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 وفى بالدين، فيجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بانقضاء الدين عن طريق الوفاء. ومثل الوفاء التجديد واستحالة الوفاء والإبراء والتقدم. أما المقاصة التي تكون بين الدائن والمحال 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

= بالدفع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها، ذلك أن الدين ذاته ينتقل بأوصافه وضمائنه ودفعه من المدين الأصلي إلى المحال عليه.

(الظمن رقم ٢٧٨ لسنة ٢٩٩ ق جلسة ٢٠٠٠/١١/١٥)

(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.

الأخرى. ذلك أن المقاصة لا تقع 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 في ذمة المدين، 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 (١). وهذا ما لم يكن المحال عليه يعلم بسبب المقاصة وقت أن قبل الحوالة، فقد يستخلص من هذا العلم أنه نزل 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.

(١) 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 تقع إلا بإعلان عن الإرادة كما سيأتي (انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٤١٧ ص ٦١٥) - وهذا هو الحكم أيضاً في القانون السويسري، دون أن يرد نص صريح بذلك في تقنين الالتزامات السويسري كما ورد في التقنين المدني الألماني (انظر في هذا المعنى مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٢١ ص ٦٢).

وقد رأينا، في حوالة الحق، أن الفقرة الثانية من المادة ٣٦٨ مدني 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 انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه، فإن المدين في حوالة الدين رضياً 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 نتحدث 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 الذي كان في ذمته للدائن قساصاً في الدين الذي كان في ذمة الدائن له، وذلك بأثر رجعي من وقت تلاقي الدينين أي في وقت سابق على الحوالة. فيستطيع المحال عليه من هذا الطريق أيضاً أن يدفع بسقوط الدين بالمقاصة إذا طالبه به الدائن، ويمتنع عليه الرجوع بشيء على المدين الأصلي لأنه لم يدفع شيئاً لحسابه، وهذه هي المصلحة التي تدفع المدين الأصلي إلى التمسك بالمقاصة. ونحن في هذا الرأي الذي نقول به إنما نقبس المدين الذي يتمسك بالمقاصة بعد حوالة دينه على المدين الذي يتمسك بالمقاصة بعد تقدم حقه (انظر م ٣٦٦ مدني)، فكلاهما يتمسك بالمقاصة في دين أو حق قد سقط عنه - الدين بالحوالة والحق بالتقدم - ما دام التلاقي بالحق أو الدين المقابل قد تم في وقت سابق على هذا السقوط.

هذا وقد كان المشروع التمهيدى (م ١/٤٥٣ من هذا المشروع) ينص على أن للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان للمدين من دفع متعلقة بذات الدين، وليس له أن يتمسك بما كان منها خاصاً 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 للمحال عليه أن يتمسك بالدفع الخاصة بشخص المدين الأصلي، كالدفء بائحة الذمة أو بالحق فى الحبس^(٢)، وكالدفء بنقص الأهلية وبوقف تنفيذ العقد فى رأى. أما الدفوع الخاصة بشخص المحال عليه، فىستطيع هذا بداهة أن يتمسك بها، ومن ثم يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بمقاصة وقعت بين الدين المحال به ودين له فى ذمة الدائن، كما يستطيع أن يتمسك بائحة الذمة بينه وبين الدائن^(٣).

٣٣٦ - الدفوع المستمدة من عقد الحوالة: كذلك للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بجميع الدفوع المستمدة من عقد الحوالة. ذلك أن الحوالة كما رأينا إما أن تتم باتفاق بين 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 فى مطالبة المحال عليه بالدين مستمد من هذا الاتفاق الذى أقرته، فان كان للمحال عليه دفع مستمد من هذا الاتفاق، فمن حقه أن يتمسك به قبل الدائن. مثل ذلك أن يدفع المحال عليه بىطلان الحوالة لانعدام التراضى، 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 بابطال الحوالة لنقص فى أهليته أو لعيب وقع فى

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ مدنى أنفاً فقرة ٣٣٤ فى الهامش.

(٢) وقد ورد فى المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «وعلى نقيض ذلك لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بالدفع الخاصة بشخص الأصلي، كالدفء بائحة الذمة أو بالحق فى الحبس. وقد يقصد إثار الأصيل شخصياً بالإبراء من الدين أو بامتداد الأجل وعندئذ يمتنع التمسك بهما على المحال عليه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤).

(٣) وقد يقال إنه ما دامت الحوالة لا تنعقد فى كل من صورتها إلا برضاء المحال عليه، وما دام المحال عليه قد رضى بأن يتحول الدين إلى ذمته، فإنه يكون قد أقر بوجود الدين، فىنبغى 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 رضاء المحال عليه بالحوالة إنما ينصرف إلى قبوله تحمل الدين. وهذا اعتراض يمكن دفعه بأن رضاء المحال عليه بالحوالة إنما ينصرف إلى قبوله تحمل الدين فى حدود التزام المدين الأصلي به، فإذا قبل أن يلتزم إلى مدى أبعد من هذه الحدود، وجب أن يكون ذلك باتفاق خاص (انظر فى هذا المعنى المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤ - التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٤١٧ ص ٦١٤).

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 - الذى كان طرفاً فى العقد - بجميع العيوب التى تلحق هذا الاتفاق، من تراض معدوم، أو محل غير مشروع، أو سبب غير مشروع، أو نقص فى الأهلية، أو عيب فى الإرادة، أو تحقق شرط فاسخ، أو عدم تحقق شرط واقف.

٣٣٧ - الدفوع المستمدة من العلاقة ما بين المدين الأصلي والمحال عليه: يحدث كثيراً أن يكون سبب الحوالة موجوداً فى العلاقة التى تقوم ما بين المدين الأصلي والمحال عليه. مثل ذلك أن يبيع شخص عقاراً مرهوناً رهناً رسمياً إلى آخر، وفى عقد البيع ذاته يحول إلى المشتري الدين المضمون بالرهن حتى ينتقل إليه مع العقار المرهون (٣٢٢ مدنى). ومثل ذلك أيضاً أن يبيع صاحب المتجر متجراه، ويحول إلى المشتري فى عقد البيع ذاته الديون التى على المتجر. فالمحال عليه فى هذين المثالين هو المشتري: مشتري العقار المرهون أو مشتري المتجر. وعلاقته بالمدين الأصلي - وهو البائع - يحددها عقد البيع: بيع العقار أو بيع المتجر. وفى هذه العلاقة بالذات يقوم سبب الحوالة، فلولا البيع لما كانت الحوالة. فإذا فرضنا أن البيع قد فسخ لسبب يقتضى الفسخ، بأن أحل البائع بأحد التزاماته مثلاً، فهل يستطيع المشتري المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بفسخ البيع، فىمتنع عن دفع الدين المحال به الذى ما كان ليقبل نقله إلى ذمته لولا أنه اشترى العقار المرهون أو المتجر؟

تحجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدى - وهى أصل المادة ٣٢٠ مدنى - على هذا السؤال بما يأتى: «وله (أى للمحال عليه) 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»^(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، فىمتنع عن الوفاء له بالدين المحال به. وبمقتضى مفهوم العكس، إذا لم يكن الدائن قد علم وقت الحوالة بهذا السبب. لم يجز للمحال عليه أن يتمسك قبله بفسخ البيع، بل يبقى ملتزماً أن يفى بالدين المحال به بالرغم من هذا الفسخ، وله الرجوع على المدين الأصلي بما يدفع للدائن^(٢).

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ مدنى أنفاً فقرة ٣٣٤ فى الهامش.

(٢) وقد ورد فى المذكورة 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 يعزل عن

وهذا هو الحكم الذي نرى الأخذ به في هذه المسألة الدقيقة. وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدي، وهي النص الذي نستمد منه هذا الحكم، قد حذفت في لجنة المراجعة، فهي لم تحذف لأن الحكم المستمد منها غير صحيح، بل لعدم ضرورتها (١)، إذ يغنى عنها تطبيق القواعد العامة. وإذا رجعنا إلى القواعد العامة في نظرية السبب، رأينا أن سبب الحوالة فيما قدمناه من الأمثلة، أي الباعث الذي دفع المحال عليه إلى قبول الحوالة، هو شراؤه للعقار المرهون أو للمتجر، وهو سبب فرضنا أن الدائن يعلم به. فإذا فسخ بيع العقار أو المتجر، انعدم السبب، وبطلت الحوالة. ولا يمكن أن تجرد التزام المحال عليه من سببه، فيكون التزاماً مجرداً (obligation abstraite)، إلا بنص صريح. وهذا النص قد وجد في كل من التقنين المدني الألماني (م ٤١٧) وتقنين الالتزامات السويسري (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 الأصلي والتي كانت سبباً للالتزامه (٢). أما في التقنين المدني المصري، فلا يوجد نص بهذا المعنى.

سببه، كما هو الشأن في حوالة الحق. ويراعى أن وجه الحكم بين لا سبيل إلى الشك فيه متى انعقدت حوالة الدين بين الدائن والمحال عليه مباشرة بمعزل عن الأصيل. فالواقع أن الحوالة تكون في هذه الحالة مستقلة كل الاستقلال عن رابطة المدين الأصيل بالمدين الجديد، ولا يكون للمحال عليه أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التي كانت تربطه بالمدين الأصلي. ولكن وجه الحكم يختلف عن ذلك متى كانت هذه الرابطة قد قامت مقام السبب من الحوالة، كما هو الشأن في بيع محل تجارى أو بيع عقار مع حوالة الديون المضمونة برهون عقارية على المشتري، فإن الحوالة تعتبر 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 من علاقة المحال عليه بالمدين الأصيل. أما الحالة الثانية فيعرض فيها وضع مركب، فعلاقات المدينين هي التي تعتبر سبباً قانونياً للالتزام المحال عليه قبل الدائن. ولو قبل بغير ذلك لندر أن يتصدى شخص لتحمل دين عن شخص آخر في 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 في بيع عقد بينهما، وله كذلك أن يحتج عليه بالتقابل في هذا البيع. على أنه يشترط للتمسك بمثل هذه الدفع أن يكون الدائن - والمفروض أنه يظل بمعزل عن الحوالة - قد علم بشروطها. وليس ينبغي أن يغيب عن البال أن هذه القاعدة مفسرة أو متممة قللمتعاقدين ملء الخيار في الخروج عليها. ويراعى من ناحية أخرى إنه إذا خصص دين كان المحال عليه ملزماً به قبل المدين الأصيل، وكان هذا الدين باطلاً، فلا يكون المحال عليه ملزماً قبل الدائن بأكثر من التزامه قبل المدين الأصيل، ويكون له أن يتمسك قبل الدائن بإعلان دينه قبل المدين الأصيل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤ - ص ١٥٥).

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٦ - وانظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ مدني آتفاً فقرة ٣٣٤ في الهامش.

(٢) فإذا اشترى شخص داراً، وتحمل في عقد البيع بدين على البائع كان هذا قد اقتضاه من آخر، فإن المشتري المحال عليه يستطيع في التقنين المدني الألماني، أن يحتج على الدائن المقرض بالدفع =

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» (٢).

= المستمدة من عقد القرض وهو مصدر الدين المحال به، ولكنه لا يستطيع أن يحتج على هذا الدائن بالدفع المستمدة من الرابطة التي قامت بينه وبين المدين الأصلي، وهي رابطة البيع، فلا يجوز مثلاً أن يحتج على الدائن المقرض بعيب خفى في الدار المبيعة (مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٥ - وانظر فيما يتعلق بتقنين الالتزامات السويسري مثل ذلك أيضاً في نفس المقال ص ٦٤).

وانظر في التقنين المدني الألماني التعليقات على هذا التقنين جزء أول م ٤١٧ ص ٦١٥ - ص ٦١٦.

(١) وهذا بخلاف الإناية في الوفاء (délégation)، ففسرى أن النائب لا يحتج على النائب لديه بالدفع التي يستطيع أن يحتج بها على النائب، فالإناية تصرف مجرد في هذه الناحية، وذلك 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 المدين، 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 للمحال عليه أن يحتج على الدائن بدفع يستمد من هذه العلاقة. وهذا هو الحكم أيضاً في حوالة الحق، فإن المحال عليه لا يحتج على المحال له بدفع مستمدة من العلاقة التي تقوم بين المحال له والمحلل: أنظر آتفاً فقرة ٢٩٥. وأنظر في كل ذلك ما سبق أن أوردناه في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤ - ص ١٥٥ - وأنظر آتفاً فقرة ٣٣٧ في الهامش.

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤٥٤ من المشروع التمهيدي 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٧ - ص ١٤٨).

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 المادتين ٣٥٧- ٣٥٨- ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١).

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري: ٣١٩م (مطابقة للمادة ٣١٩ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي: ٣٠٦م (مطابقة للمادة ٣١٩ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي: ٣٥٧م: ١- لا يرجع المحال له بدونه على المحيل، إلا إذا اشترط في الحوالة خيار الرجوع أو بطلت الحوالة المقيدة بسقوط الدين أو هلاك العين أو استحقاقها وفقاً للأحكام السابقة. ٢- أما مجرد تعذر استيفاء الدين من المحال عليه وتفليس ولو بأمر المحكمة، فلا يوجب بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل.

٣٥٨م: الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة عارية من حق التجريد، وللمحال له في هذه الحالة أن يطالب إياً شاء من المحيل والمحال عليه.

ويلاحظ أن حوالة الدين في التقنين المدني العراقي تسيّر في نصوصها على غرار الفقه الحنفي، ولما كانت حوالة الدين في هذا الفقه أقرب إلى أن تكون كفالة كما قدمنا، إذ يجوز للدائن إذا وجد المحال عليه معسراً أن يرجع بالدين 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، ليماشى الفقه الغربي ويميز بين الحوالة والكفالة. فنص على أن مجرد تعذر استيفاء الدين من المحال عليه وتفليس ولو بأمر المحكمة لا يوجب بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل. ولكنه أجاز للدائن أن يشترط في الحوالة خيار الرجوع على المدين الأصلي، والرجوع هنا يكون لا بالدين نفسه كما يوهم النص، بل بالضمنان، وهذا يضاها في التقنين المدني المصري ضمنان الدين الأصلي ليسار المحال عليه. كذلك أجاز رجوع الدائن بالضمنان على المدين الأصلي، إذا كان هذا قد قيد الحوالة بحق له في ذمة المحال عليه أو بعين فسقط هذا الحق أو هلكت العين أو استحققت، فإن المفروض في هذه الحالة أن الدائن عندما أجاز هذه الحوالة المقيدة قد احتفظ لنفسه بحق الرجوع بالضمنان على المدين الأصلي. أما إذا أصر الدائن على استيفاء الدين في ذمة المدين الأصلي واشترط عدم براءته من هذا الدين - وهذا غير اشتراطه الرجوع بالضمنان الذي رأيناه في الفرض المتقدم فإنه هنا يشترط الرجوع بنفس الدين - فإن الحوالة تكون في هذه الحالة كفالة يستطيع الدائن فيها أن يطالب إياً 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 الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي مقالة ٢٣٨ - مقالة ٢٣٩).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني: لا يوجد نص في هذا التقنين يقابل النص الذي نحن بصدده. ويدل 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 محمدي في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٧).

ويمكن تلخيص العلاقة ما بين الدائن والمدين الأصلي في مسألتين: (١) براءة ذمة المدين الأصلي نحو الدائن (٢) وضمنان 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 الدائن: إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المحال عليه والدائن مباشرة دون تدخل المدين الأصلي، فإن ذمة هذا المدين تبرا 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 تبرا ذمة المدين، وقد تقدم بيان ذلك.

أما إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه، فلا تبرا ذمة المدين الأصلي نحو الدائن إلا إذا أقر الدائن الحوالة، فإن الحوالة لا تسرى في حقه إلا بإقراره، فإذا لم يقرها بقي المدين الأصلي بالنسبة إليه، دون المحال عليه، هو المدين. أما بعد الإقرار فتبرا 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 بعقدتها معه مباشرة أو بإقراره لها - تبرا ذمة المدين الأصلي، فلا يستطيع الدائن أن يطالبه بالدين المحال به، ولا يطالب بهذا الدين إلا المحال عليه الذي انتقل الدين إلى ذمته.

٣٤٠- ضمنان المدين الأصلي ليسار المحال عليه: هنا يجب التمييز بين صورتين الحوالة.

فإن انعقدت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه مباشرة دون تدخل المدين الأصلي، فإن المدين الأصلي لا يضمن للدائن شيئاً، إذ هو لم يتدخل في الحوالة، بل انعقدت دون رضائه، والذي عقدها هو الدائن، وعقدتها مباشرة مع المحال عليه، فعلى الدائن في هذه الحالة أن يتحمل إعسار المحال عليه ما دام هو الذي اختار الاتفاق معه (٢). وإنما تبرا ذمة المدين الأصلي من الدين، كما تقدم القول، بالرغم من عدم ضمائه ليسار المحال عليه.

(١) وقد سبق القول أن الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ من المشروع التمهيدي 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 الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ في الهامش - وانظر آنفاً مقالة ٣٢٩ في الهامش).

(٢) 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 بضمنان يسار المحال عليه.

واهماله ترك المحال عليه حتى أعسر، فيرجع باللائمة على نفسه، ولا يرجع على المدين الأصلي بشئ.

بقيت حالة ما إذا كان الدين المحال به لم يحل 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، فإن الضمان بحكم القانون يقتصر كما قدمنا على ضمان اليسار وقت إقرار الدائن للحوالة، وقد كان المحال عليه موسراً فعلا في هذا الوقت، فتيماً 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 أحكام هذه البراءة لا تجرى على إطلاقه، فإذا أقيم الدليل على أن المحال عليه كان معسراً عند انعقاد الحوالة (الصحيح عند إقرار الدائن للحوالة)، وأن الدائن كان يبجهل هذا الإعسار، فلا تبرا ذمة المدين الأصلي في هذه الحالة. وتسرى 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 فمستولته 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 بأن المحال عليه معسر. والصحيح أن علم الدائن بهذا الإعسار أو جهله إياه لا شأن له بضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه وقت إقرار الحوالة، فهذا الضمان مقرر بصريح النص. أما علم الدائن باعسار 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

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥٥.

(٢) قارن الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢٨١ - ص ٢٨٢ - والأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٣٨.

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 تقر 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 يخلى 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. وهو في رجوعه على المدين الأصلي لا يرجع بالدين المحال به نفسه^(١)، فإن 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 بالضمان إلا بعد أن يرجع أولاً على المحال عليه فيجده معسراً، فإن 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، فإن 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، فإن المدين الأصلي لا يكون مسئولاً ما دام المحال عليه كان موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة. والدائن هو المقصر، فقد كان الدين حالاً وقت إقراره للحوالة وكان المحال عليه موسراً، فتراخيه

(١) أما في المذهب الحنفي، فقد قدمنا أن الدائن يرجع بالدين نفسه على المدين الأصلي.

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^(١).

الفرع الثالث علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه

٣٤١- التمييز بين حالتين: 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 ويقررها 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 الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المناسب، ما لم يوجد اتفاق 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

(١) ولا يوجب التقنين المدني الألماني، ولا تقنين الالتزامات السويسري، ضماناً ليسار المحال عليه في جانب المدين الأصلي (انظر بوجري وبارد ٣ فقرة ١٧٦٤ ص ٨٨ - ومقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٥).

لم يقر 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 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 يفى 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، فإن المدين الأصلي لم يشترط لمصلحة الدائن أن يفى 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.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤٤٨ من المشروع التمهيدي 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 يدرك عن المدين الأصلي كل مطالبته، ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٣٢٩ من المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ - ص ١٤٥).

(٢) انبثاقاً من المدونة العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٣١٧ (مطابقة للمادة ٣١٧ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي م ٣٠٤ (مطابقة للمادة ٣١٧ من التقنين 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، وسذكرها 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 العباراة 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 أي أثر على هذا الاتفاق إذا لم يقره الدائن.

(٣) وهذا الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه على الحوالة هو كل لا يقبل التجزئة، فإذا كان المدين الأصلي قد ألتزم بشئ 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: قدما أن المفروض في الحالة التي نحن بصددنا 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، فالمهم 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 لدائنه، فإن ذلك يكفي لتخليص المدين الأصلي من مطالبة الدائن (٢).

(١) أنظر ما دار في لجنة المراجعة هذا الصدد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٥ - وانظر تاريخ نص المادة ٣١٧ مدني أنفاً فقرة ٣٤٢ في الهامش).

(٢) 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 المدين الأصلي مقدار الدين ليدفعه للدائن فيدرأ مطالبته (أنظر في هذا المعنى مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة ٣ ص ١٥٠).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي 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 هنالك أن هذا الالتزام يخول للمدين، إذا طالبه الدائن قضائياً، حق الرجوع على المحال عليه باعتباره أنه قد تعهد بالوفاء عنه ليجنبه هذه المطالبة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠).

فإذا لم يقم المحال عليه بالتزامه هذا، كان للمدين الأصلي أن يرجع عليه بالتعويض وفقاً للقواعد العامة (١). 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 (٢).

وهذا الالتزام في ذمة المحال عليه نحو المدين الأصلي يبقى قائماً حتى لو رفض الدائن إقرار الحوالة، فإن 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 يفى بالدين فعلاً للدائن - وليس للدائن أن يرفض قبول الوفاء فهو مجبر على قبوله ولو من أجنبي - وإما أن يعطي للمدين الأصلي مقدار الدين لدفعه للدائن (٣) (١).

هذا هو الأثر الذي يترتب على الاتفاق بين المحال عليه والمدين الأصلي على حوالة

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٨٠.

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «وإذا تخلف المحال عليه عن الوفاء بالتزامه، فالمدين الأصلي متى طوّل بالدين أن يرجع عليه بالتعويضات. وينصّ تقنين الالتزامات السويسري (م ٣/١٧٥) على أن للمدين المحيل أن يطلب إلى المحال عليه تقديم تأمينات خاصة لضمان الوفاء بالتزامه. وينتهي أن للمتعاقدين أن يشترطوا ذلك في عقد الحوالة دون حاجة إلى نص في القانون» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠).

(٣) 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 المنشئ 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).

(١) وإن كانت حوالة الدين - التي انعقدت بين المطعون عليه الأول وهو المدين الأصلي وبين مورث الطاعنين - غير نافذة في حق الدائن المطعون عليه الثاني لعدم اعلانه بها وقبولها لها إلا أنها صحيحة ونافذة بين طرفيها، ومن مقتضاها طبقاً للمادة ٣١٧ من القانون المدني التزام المحال عليه بالوفاء بالدين في الوقت المناسب، وهو عادة وقت حلول الدين، وقد يتفق الطرفان على تحديد ميعاد آخر للوفاء، فإذا خلت الحوالة من النص على شئ في هذا الخصوص، فإنه يكون على المحال عليه أن يدرأ عن المدين الأصلي كل مطالبة من الدائن - سواء بوفائه الدين المحال به للدائن، أو بتسليمه للمدين الأصلي ليقوم بنفسه بالوفاء به لدائنه ولازم ذلك ومقتضاه أنه طالما كان الدين قائماً قبل المدين الأصلي، فإن التزام المحال عليه يظل قائماً كذلك ولا يسقط بالتقدم.

(جلسة ١٩٧٣/١/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٨٨)

الدين، من حيث إلزام المحال عليه نحو المدين الأصلي. وغنى عن البيان أن الطرفين يستطيعان في عقد الحوالة الاتفاق على غير ذلك، إذ أن لهما 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 يرتب هذا العقد في ذمة المحال عليه، قبل إقرار الدائن له، أى التزام نحو المدين الأصلي، فإذا 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 (١). ونفرض فيما قدمناه أن الاتفاق المخالف قد ورد في عقد الحوالة ذاته. وسرى فيما يلي أن للطرفين فوق ذلك، 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 يفي له بالدين المحال به، ومن ثم يتولد من هذا الاتفاق حق مباشر للدائن يصبح بإقراره 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

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى: «من المسلم أن للمتعاقدين كامل الخيار في تحديد ما يترتب بينهما من الآثار بمقتضى تعاقدهن. فلهما أن يشترطا اعتبار الحوالة غير قائمة إلى أن يتم إقرارها، كما أن لهما أن يشترطا اقتصار الحوالة على إنشاء مجرد التزام على المحال عليه بقضاء حق الدائن. ويختلف الحكم باختلاف التشريعات عند مكوث المتعاقدين عن اشتراط أمر معين. فالتقنين اللبناني (م ٢٨٧/٣) والتقنين الصيني (م ٣٠٢) يفترضان أن نية المحيل والمحال عليه تنصرف، في هذه الحالة، إلى عدم ترتيب أى أثر لتعاقدتهما إذا لم يقره الدائن. أما المشروع (م ١/٤٤٨)، فقد اقتضى، على نقيض ذلك، أثر التقنين الألماني (م ٣/٤١٥)، واختار الحكم الوارد في النص طبقاً لمبدأ أعمال التصرفات القانونية ما وجد سبيل إلى ذلك؛ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٤٩).

لمصلحة الدائن أن يفي 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 الثانى) وعندما يقر الدائن هذا الاتفاق الذى تم بين المدين الأصلي والمحال عليه، فليس يفعل ذلك كما يفعل المنتفع فى إقراره الاشتراط لمصلحته ليصبح نافذاً فى حقه. ذلك أن الاتفاق ما بين المدين الأصلي والمحال عليه ليس إشتراطاً 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 فى العلاقة فيما بينهما، فهو اتفاق ناقل للدين منذ البداية. فإذا أقره الدائن، أصبح انتقال الدين سارياً فى حقه هو أيضاً، وأصبح المحال عليه، ليس فحسب فى علاقته بالمدين الأصلي بل أيضاً فى علاقته بالدائن، هو الملتزم وحده بالدين.

وهذا التصوير هو تصوير التقنين المدينى الألمانى، نقله عنه التقنين المدينى المصرى الجديد (١).

(١) وقد أوردت التعليقات على التقنين المدينى الألمانى التصورات الفنية لحوالة الدين فى المراحل المختلفة التى مر عليها المشروعان الأول والثانى للتقنين المدينى الألمانى. ففي 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 تم وجب أن يقر الدائن هذا التصرف، حتى يكون نافذاً فى حقه. على أن الاتفاق الذى تم بين المحال عليه والمدين الأصلي، وهو تصرف ناقل للدين، ينطوى فى الوقت ذاته على عقد منشئ للالتزامات 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 منشئاً للالتزامات شخصية وليس يعقد ناقل للدين، كما أنه لا يترتب فى ذمة المحال عليه التزاماً بالحصول على إقرار الدائن للحوالة. وما دام المحال عليه إنما يعرض على الدائن إيجاباً يشترك فيه مع المدين الأصلي، فإنه يجوز له العدول عن هذا الإيجاب قبل صدور الإقرار من الدائن. وحتى 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 يجيز للمحال عليه أن يرجع فى الحوالة بعقد اتفاهه معها 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 منشئاً للالتزامات شخصية كما هو الأمر فى التصوير الثانى، وليس يعقد = ناقل للدين على خلاف التصوير الأول، ولكن =

٣٤٥- الاتفاق على الحوالة كل لا يقبل التجزئة - عدم الوفاء بالتزام يستتبع عليم 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 يقوم 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 يقوم البائع بتسليم الدار إلى المحال عليه أو ينقل ملكيتها إليه وفقاً للقواعد المقررة، لم يكن له أن يطالب المحال عليه بوفاء الدين المحال به للدائن، ما دام هو - البائع - لم يقوم بما التزم به نحو المحال عليه (١).

= الإيجاب المشترك المعروض على الدائن مستخلصاً من هذا الاتفاق هو إيجاب ملزم لا يجوز الرجوع فيه. وبذلك زال أحد الاعتراضين الجوهريين الموجهين إلى التصوير الثاني، وأصبح لا يجوز للمحال عليه أن يرجع في الحوالة بعد اتفائه عليها مع المدين الأصلي. ولكن بقي الاعتراض الثاني، وهو الوقت الذي ينتقل فيه الدين. ففي التصويرين الثاني 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 رجعي إلى وقت الاتفاق. من أجل ذلك رجعت اللجنة إلى التصوير الأول بعد أن أعادت النظر فيه. ففي هذا التصوير الأول يعتبر الاتفاق على الحوالة بين المحال عليه والمدين الأصلي تصرفاً في 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 في 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 فنى لحوالة الدين على الأساس الآتي: يعد الاتفاق على الحوالة الذي تم بين المحال عليه والمدين الأصلي مشتملاً على عقدين، ١- عقد منشئ لالتزامات شخصية، فالمحال عليه قد التزم نحو المدين الأصلي 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، أى إلى وقت الاتفاق بين المحال عليه والمدين الأصلي. وإذا لم يقر الدائن العقد الناقل للدين، بطل هذا العقد وحده، وبقي العقد الأول المنشئ لالتزامات شخصية قائماً بين المحال عليه والمدين الأصلي (انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٦٠٢ - ص ٦٠٨).

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠.

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 (١). ففي المثل المتقدم إذا طالب الدائن المحال عليه بالمدين 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 والتي كان ثمنها هو السبب في الحوالة.

٣٤٦- الاتفاق على الحوالة قابل للتعديل فيه وللعديل عنه باتفاق آخر: 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 للعديل عنه. ولكن ذلك لا يكون بإرادة المحال عليه وحدها، لأنه قد التزم نهائياً بموجب الاتفاق فلا يستطيع أن يتصل من التزامه، وإنما يجوز، باتفاق جديد بينه وبين المدين الأصلي، أن يعدل في الاتفاق الأول أو أن يلغيه أصلاً فتزول الحوالة (٢).

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 العديل عنه. بل يصبح انتقال الدين المحال به من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه بالنسبة إلى الدائن انتقالاً نهائياً، 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 (٣).

(١) انظر أنفاً فقرة ٣٣٧.

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠.

(٣) انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني 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. (والحالة الثانية) حالة ما إذا تمت الحوالة رأساً باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل من المدين الأصلي، ففي هذه الحالة تتعقد الحوالة نافذة فوراً في حق الدائن، كما قدمنا، إذ هو نفسه كان طرفاً فيها.

٣٤٨- يعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الأصلي التزاماً بقيمة الحوالة: ومنذ أصبحت الحوالة نافذة في حق الدائن، فإن المحال عليه يكون ملتزماً نحوه بالمدين 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 فالترم المحال عليه بالدين نحوه. فكأن المحال عليه قد أدى للمدين الأصلي التزاماً بقيمة الدين المحال به، وأداءه منذ أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الدائن، أي منذ أن أصبح هو ملزماً نحو الدائن بالمدين المحال به دون حاجة إلى أن يفي فعلاً بهذا الدين (١).

وقد يكون المحال عليه، في تأديته للمدين الأصلي التزاماً بقيمة الدين المحال به، قد قصد

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥١ - وقارن مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٤.

وهذا بخلاف التقنين المدني العراقي في الحوالة المطلقة، فقد ورد في شأن هذه الحوالة نصان في هذا التقنين، هما المادتان ٣٥٩ و ٣٦٠. فتتص المادة ٣٥٩ على أنه إذا أحال المحيل حوالة مطلقة، فإن لم يكن عند المحال عليه دين أو عين مودعة أو مقصورة، فله أن يطالب المحال عليه بعد الحوالة إلى أن يؤدي المحال عليه الدين للمحال له، فإن أداءه سقط ما عليه قصاصاً بقدر ما أدى. وواضح من ذلك أن التقنين المدني العراقي يفرض في الحوالة المطلقة أنه ما دام المدين الأصلي 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، فعندئذ تقع المقاصة بين ما على المدين الأصلي للمحال عليه وماله عنده. ولو أراد هذان أن ينقطع بعد الحوالة حق المحال عليه في مطالبة المدين الأصلي بالدين أو بالعين، فأمامهما للحوالة المقيدة وقد وردت فيها نصوص كثيرة في التقنين المدني العراقي، فما عليهما 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 يختطها - 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 فهمى في مجلة مصر المعاصرة

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).

فرجوع المحال عليه على المدين الأصلي، بعد أن يلتزم بالمدين المحال به نحو الدائن، يتوقف على العلاقة التي قامت بينه وبين المدين الأصلي. وهذه العلاقة هي التي تحدد متى يكون هناك رجوع، وكيف يكون.

سنة ١٩٣١ ص ٥٤ - وقارن الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٤٠ ص ٢٢٢، وهو ينص هنا أيضاً، دون مبرر، على المادتين ٣٥٩ و ٣٦٠ من التقنين المدني العراقي التعقيد والغموض (١).

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 فقرة ٢٤٠).

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «يقصد المحال عليه من تحمل الدين إلى النتيجة التي كان يصل إليها لو إنه التزم قبل المدين بأداء تكليف معادل لقيمة هذا الدين. فلو فرض أن المحال عليه تحمل عن 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 كباقي ثمن لم يتم أدائه. ويراعى أن نية المحال عليه تنصرف، في هذه الحالة الأخيرة، إلى الوفاء بباقي 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 يمدو والحال هذه مجرد التنويه بقاعدة مفسرة أو متضمنة، 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 يجري على الوجه الآتي: «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).

٣٤٩- الحوالة المقيدة: ونفرض أن المحال عليه كان في ذمته دين للمدين الأصلي، وأن الحوالة حين 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 قيدت 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 الإسلامي (١). ويستخلص من ذلك أن ملكية الدين الذي قيدت به الحوالة لم تنتقل إلى الدائن، بل إن هذا الدين ليس رهناً عنده (٢).

وهذه الأحكام المقررة في الفقه الحنفي تخالف القواعد العامة عندنا، فإن المدين الأصلي إذا قيد الحوالة بدين له في ذمة المحال عليه، فالمفروض أنه قد انصرفت نيته في ذلك إلى جعل المحال عليه يفي بالدين المحال به من الدين الذي قيدت به الحوالة. فبمجرد أن تصبح الحوالة نافذة في حق الدائن، ويصبح المحال عليه ملتزماً نحوه بالدين المحال به، فإن المحال عليه يكون قد أدى للمدين الأصلي التزاماً بقيمة هذا الدين، أي يكون قد أدى الدين الذي قيدت به الحوالة. فتبرأ ذمته منه نحو المدين الأصلي، كما تبرأ ذمة المدين الأصلي من الدين المحال به نحو الدائن. ولو أعسر المدين الأصلي قبل أداء المحال عليه الدين المحال به للدائن، فليس للدائن المدين الأصلي أن يشاركوا الدائن في الدين الذي قيدت به الحوالة. ونظير ذلك مقابل الوفاء (provision) في الكمبيالة، فإن قواعد القانون التجاري تقضي بجعل مقابل الوفاء هذا بمثابة الدين الذي قيدت به الكمبيالة والكمبيالة نفسها بمثابة حوالة. ويعتبر صاحب الكمبيالة هو المدين الأصلي، والمسحوب عليه هو المحال عليه، وحامل الكمبيالة هو الدائن. ونصوص التقنين التجاري صريحة في أن مقابل الوفاء يكون ملكاً لحامل الكمبيالة، فقد نصت المادة ٤٠٤ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (كانت تقابلها المادة ١١٤ من قانون التجارة السابق) ١ - تنتقل ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة

(١) وقد سبق بحث هذه المسألة تفصيلاً في الفقه الإسلامي 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 ودیعة فهلكت - فإن الحوالة تبطل، لأن الدين الذي قيدت به يعتبر سبباً لها، وقد انعدم قاعدته.

الكمبيالة المتعاقبين ٢ - وإذا كان يقابل الوفاء أقل من قيمة الكمبيالة كان للحامل على هذا المقابل الناقص الحقوق المقررة له على المقابل الكامل. ويسرى هذا الحكم إذا تقابل الوفاء ديناً تنازعا عليه أو غير حال عند استحقاق الكمبيالة. فيكفي 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 سائر دائني الساحب الاستيلاء على مقابل الوفاء (١). وقد نصت المادة ٤٠٦ من قانون التجارة الجديد (كانت تقابلها المادة ١١٥ من قانون التجارة السابق) على هذا الحكم «إذا أفلس الساحب ولو قبل حلول ميعاد استحقاق الكمبيالة فللحامل دون غيره منه» دائني الساحب استيفاء حقه من قبل الوفاء الموجود على وجه صحيح لدى المسحوب عليه.

وعلى هذا الوجه حورت أحكام الفقه الحنفي في الحوالة المقيدة في التقنين المدني العراقي، حتى تتفق هذه الأحكام مع القواعد العامة المقررة في كل من التقنينين المصري والعراقي. فنصت المادة ٣٦١ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي:

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 التي نص عليها التقنين المدني العراقي إنما هي نتيجة

(١) الأستاذ محمد صالح في شرح القانون التجاري جزء ٢ فقرة ٥٣- أما في التقنين التجاري المختلط، فقد كان حامل الكمبيالة لا يتملك مقابل الوفاء إلا في حالتين: حالة تخصيص المقابل (وهذا التخصيص هو الذي يضاهاى في الفقه الإسلامي تقيد الحوالة) وحالة قبول المسحوب عليه للكمبيالة. وكانت المادة ١٢٠ من التقنين المدني المختلط تجرى في هذا المعنى على الوجه الآتي: «ومع ذلك يكون مقابل الوفاء ملكاً لحامل الكمبيالة في 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 باختيار الساحب أو بعمل بروتستو عدم القبول أو عدم الدفع ولو كان عمله بعد الميعاد. أما إذا لم يحصل التعيين المذكور فيدخل مقابل الوفاء في روكية غرماء الساحب إذا كان القبول لم يحصل قبل علم القابل بالإفلاس». ومن هذا يتبين أن مقابل الوفاء يكون مملوكاً لحامل الكمبيالة في التقنين التجاري الوطني، سواء كانت الحوالة المقيدة أو مطلقة. وكذلك كان الحكم في التقنين التجاري المختلط، فإن مقابل للوفاء في هذا التقنين كان يعتبر مملوكاً لحامل الكمبيالة في حالة التخصيص وهذه هي الحوالة المقيدة، وفي حالة قبول الكمبيالة من المسحوب عليه وهذا هو شأن كل حوالة، مقيدة كانت أو مطلقة، فإن قبول المحال عليه ضروري لانقضاء الحوالة في جميع الأحوال.

مستخلصة من تطبيق القواعد العامة، فتسرى دون نص، فيما يتعلق بالحوالة المقيدة على الوجه الذي حددناه، في البلاد العربية الأخرى: مصر وسورية وليبيا ولبنان^(١).

٣٥٠ - حالة ابطال الحوالة: والأحكام التي قدمناها في تحديد العلاقة ما بين المدين الأصلي والمحال عليه إنما تسرى إذا بقيت الحوالة قائمة، فإنها مبنية على التزام المحال عليه بموجب الحوالة بالمدين المحال به نحو الدائن.

فإذا 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 بالمدين المحال به نحو الدائن يزول بزوال الحوالة، ويعود الدين إلى ذمة المدين الأصلي بجميع توابعه، دون إخلال بحقوق الغير^(٢). ويقتضى الدائن من المحال عليه أو من المدين الأصلي تعويضاً في مقابل ما لحقه من الضرر، إما بسبب فقد تأمينات سبق ترتيبها وإما لأي سبب آخر، ما لم يشبث المحال عليه أو المدين الأصلي أنه لا يد له في إبطال الحوالة (م ١٨٠ من تقنين الالتزامات السويسري). ومتى أبطلت الحوالة، وعاد الدين المحال به إلى ذمة المدين الأصلي كما قدمنا، لم يعد للمحال عليه رجوع على المدين الأصلي، فقد كان حقه في الرجوع قائماً على أساس التزامه بالمدين المحال به نحو الدائن، وقد زال هذا الالتزام بإبطال الحوالة، فزال تبعاً لذلك حقه في الرجوع^(٣).

(١) قارن الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٤١.

(٢) وذلك ككفيل عيني لم يرض بالحوالة، فزال الرهن المترتب على ماله، ثم عاد الرهن بإبطال الحوالة، وكان هذا الكفيل قد رتب للغير حقاً على المال المرهون في الفترة ما بين انعقاد الحوالة وإبطالها.

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي: «وتطبق القواعد العامة عند إبطال الحوالة، فيراعى أولاً أن الدين القديم يعود سيرته الأولى بجميع توابعه، دون إخلال بحقوق الغير، ويراعى من ناحية أخرى أن الدائن يكون له أن يقتضى من المحال عليه تعويضاً في مقابل ما لحقه من الضرر، إما بسبب فقد تأمينات سبق ترتيبها وإما بأي سبب آخر، ما لم يشبث المحال عليه أن بطلان الحوالة والضرر الحادث يرجعان إلى سبب لا يد له فيه: انظر المادة ١٨٠ من تقنين الالتزامات السويسري والمادة ٢/٤٥٣ من المشروع. ويلاحظ أخيراً أنه لا يجوز للمدين الأصلي في الشريعة الإسلامية أن يطالب المحال عليه بما له قبله إلا في حدود ما يربو عن الدين المحال به» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥١).

تمهيد

تحديد أسباب انقضاء الالتزام وتقسيم هذه الأسباب

٣٥١- مصير الالتزام حتماً إلى الانقضاء: الحق الشخصي أى الالتزام، بخلاف الحق العيني، مصيره حتماً إلى الزوال، فلا يجوز أن يبقى المدين ملتزماً للدائن إلى الأبد، فإن ذلك يتعارض مع الحرية الشخصية. والأصل براءة الذمة، أما شغلها بالالتزام فأمر عارض، والعارض لا يدوم. وهذا لا يمنع بطبيعة الحال أن يكون المدين ملتزماً مدى حياة الدائن - لا مدى حياته هو - كما في الإيراد المرتب مدى الحياة. أما إذا التزم المدين فعلاً طول حياته، فإن القانون يعالج هذا الموقف بطريقة أو بأخرى حتى لا يجعل الالتزام أبدياً. فمثلاً إذا تعهد شخص بأن يؤدي على الدوام إلى شخص آخر وإلى خلفائه من بعده دخلاً دائماً (م ٥٤٥ مدنى)، فإن هذا الدخل الدائم يكون قابلاً للاستبدال فى أى وقت شاء المدين، ويقع باطلاً 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)، فإنه لا يجوز الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال ما دام المدين بالدخل حياً، فإن هذا تأييد للالتزام فلا يجوز.

وإذا كان عقد الشركة غير معين المدة، انتهت الشركة بانسحاب أحد الشركاء، على أن يعلن الشريك إرادته فى الإنسحاب 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 يرم لخدمة 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 التى تدل على أن الالتزام لا يجوز أن يكون أبدياً، بل إن مصيره حتماً إلى الزوال.

وفى 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

فانه يتأبد بهذا الانتقال. والحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية - كحق الانتفاع وحق الارتفاق - بعضها قد يكون مؤبداً، كحق الارتفاق إذا لم تحدد له مدة فانه يتأبد مع حق الملكية الذي يلزمه، وحق الانتفاع مدى الحياة، وبعضها قد يكون مؤقتاً، كما إذا حددت مدة معينة لحق الانتفاع أو لحق الارتفاق.

ومن ثم كانت نظرية انقضاء الحقوق العينية محدودة الأهمية، بعكس نظرية أسباب كسب الحقوق العينية فان لها المكان الأول من الأهمية. وعلى النقيض من ذلك الالتزام. فان نظرية أسباب انقضائه قد لا تقل في الأهمية عن نظرية مصادره، بل إن هناك تقابلاً ملحوظاً بين مصادر الالتزام وأسباب انقضائه، فالالتزام ينشأ وينقضى 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 ينقضى الالتزام ما دام أنه حتماً سينقضى، فلا بد إذن من تحديد أسباب انقضاء الالتزام.

وقد حددها التقنين المدني الجديد في ثمانية أسباب: (١) الوفاء (٢) الوفاء بحقابل (٣) التجديد والإناية 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 الشئيين، إذ قد يزول العقد بسبب من أسباب زواله فتتقضى بذلك تبعاً للالتزامات الناشئة من هذا العقد، وقد تزول الالتزامات الناشئة من العقد بسبب من أسباب انقضائها فينقضى العقد تبعاً لذلك أو يصبح غير ذي 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 الشيئين من شأنه أن يورث العوض والاضطراب (٢).

(١) دى باج ٣ فقرة ٣٩١.

(٢) وقد ينقضى الالتزام بتحقيق الشرط الفاسخ أو عدم تحقق الشرط الواقف، ولكن الشرط وصف في الالتزام كما رأينا لا سبب لانقضائه. وله أثر رجعي، 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 في الالتزام الزمني فقد رأينا أنه عنصر الزمن الجوهرى في الالتزام، بل هو محل الالتزام، فانقضاءه هو استيفاء للالتزام فيكون انقضاء الالتزام آتياً عن طريق الوفاء. والموت قد يكون سبباً في انتهاء العقد فينقضى بانتهائه الالتزام، كما في الوكالة وعقد العمل المرتب مدى الحياة.

فتقتصر إذن على أسباب انقضاء الالتزام الثمانية التي حددها التقنين المدني، وننظر كيف يمكن تقسيم هذه الأسباب.

٣٥٣ - طريقان لتقسيم أسباب انقضاء الالتزام: ويمكن تقسيم هذه الأسباب من وجوه عدة. ولكننا نقف عند تقسيمين اثنين، أحدهما تقسيم علمي، والآخر تقسيم عملي (١). وبالتقسيم العملي أخذ التقنين المدني المصري الجديد، وستابعه في الأخذ به.

٣٥٤ - التقسيم العلمي - التصرف القانوني والواقعة المادية: والتقسيم العلمي لأسباب انقضاء الالتزام هو نفس التقسيم العلمي لمصادره، كما سبق القول، فتتقسم أسباب الانقضاء، كما تنقسم المصادر، إلى التصرف 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 ينقضى هو واقعة مادية لا تنسب إلى خطأ المدين. فإذا استحال تنفيذ الالتزام بخطأ المدين، فان الخطأ، وهو أيضاً واقعة مادية، لا يقضى 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. وتقترب هذه الواقعة المادية، في التقنين المدني الجديد، على غرار التقنينين الألماني والسويسري، بتصرف قانوني هو إعلان أحد طرفي المقاصة لإرادته في التمسك بها، فالمقاصة إذن واقعة مركبة (fait com-plexe)، 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

(١) وهناك تقسيمات أخرى، نشير منها إلى اثنين: (أ) هناك أسباب تقضى الالتزام بطريق غير مباشر عن طريق انقضاء العقد بالإبطال أو الفسخ أو الرجوع أو نحو ذلك، وأسباب تقضى الالتزام بطريق مباشر كالوفاء والتجديد والإبراء والتقادم (بيدان ولاجاردا ٩ فقرة ٩٩٠). (ب) أسباب انقضاء الالتزام ترجع إما لإرادة المتعاقدين كما في الأجل الفاسخ والإبراء، وإما لانعدام أحد أركان الالتزام كما في اتحاد الذمة وهلاك المحل، وإما للتنفيذ بمقابل كما في الوفاء بمقابل والمقاصة، وإما للتقادم (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٨٣). أنظر أيضاً في تقسيم أسباب الالتزام دى باج ٣ فقرة ٣٩٠ - فقرة ٣٩١.

(١) أنظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ٨٣٣.

(mixte)، إذ هو مزيج من تصرف قانوني وعمل مادي، ولكن التصرف القانوني هو الغالب. (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 - أهمية هذا التقسيم العلمي محدودة: وهذا التقسيم يعين على تفهم حقيقة علمية هي أن جميع مصادر الحقوق وأسباب انقضاءها 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.

والجمع 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 تتوفر 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 العلمي أساساً لبحث الموضوع لما قدمناه، ونؤثر أن نتبع التقسيم العلمي الذي سطر عليه التقنين المدني الجديد، ونتقل الآن إليه.

٣٥٦ - التقسيم العملي - انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً أو بتنفيذه بمقابل أو دون تنفيذ: ويقسم التنفيذ المدني الجديد - ومثله تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١) - أسباب انقضاء الالتزام أقساماً ثلاثة:

(القسم الأول) ويتضمن انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً، أي بقضاء نفس محل الالتزام.

هذا وتنص المادة ٢٩٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي: «تسقط الموجبات أولاً بتنفيذها وهو الوجه الطبيعي لسقوطها (الإيفاء). ثانياً - بتدبير أو حادث يضمن للدائن الحصول على منفعة غير التي يحق له أن يطلبها (كالإبقاء بأداء العوض وتجديد الموجب والمقاصة واتحاد الذمة) بأسباب تسقط الموجب أو يمكن أن تسقطه مع قطع النظر عن حصول الدائن على منفعة ما (كإبراء التنفيذ والإبراء من الدين ومرور الزمن). وتنص المادة ٢٩١ من نفس التقنين على ما يأتي: «إن الموجب الأصلي يؤدي إلى سقوط الموجبات الفرعية والتأمينات المنقولة التي كانت مختصة بالدين عنه حق معفو القبول المختصة بالتأمينات غير المنقولة».

وهذا القسم لا يشمل إلا الوفاء (paiement). وهو الطريق المألوف لقضاء الدين، وما عداه ليس أصلاً مثله بل بديلاً عنه.

(القسم الثاني) ويتضمن انقضاء الالتزام بتنفيذه، لا بالوفاء عيناً، بل بما يعادل الوفاء. ويشمل (١) الوفاء بمقابل (dation an paiement). (٢) والتجديد (novation)، فهو يقضى التزاماً قديماً بالالتزام جديد. (٣) والمقاصة (compensation)، فهو يقضى التزاماً بالالتزام يقابله. (٤) واتحاد الذمة (confusion)، فهو يقضى الدين عن طريق أن يصبح المدين نفسه دائماً 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 أي مقابل آخر. (٣) التقادم المسقط (prescription extinctive)، إذ ينقضى الالتزام بمضي مدة معينة دون أن ينفذ لا عيناً ولا بمقابل (١).

ونتناول في أبواب ثلاثة متعاقبة هذه الأقسام الثلاثة لأسباب الانقضاء.

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٦.

الباب الأول

انقضاء الالتزام بتنفيذه عينا

الوفاء (*)

(LE PAIEMENT)

مقدمة

التكليف القانوني للوفاء

وما يترتب على هذا التكليف

٣٥٧ - التكليف القانوني للوفاء : الوفاء واقعة مختلطة (fait mixte) كما قدمنا ، فهو يجمع بين التنفيذ المادى للالتزام ، كتسليم مبلغ من النقود أو إقامة بناء أو الامتناع عن المنافسة ، وبين الاتفاق على قضاء الدين والاتفاق تصرف قانوني (١) .

* مراجع : أوبرى ورو ٤ - بودرى وبارد ٢ - بلانبول وريبير وردوان ٧ - بيدان ولا جارد - دي باج ٣ .
جونسكو (Jonesco) في الآثار القانونية للوضع الظاهر في القانون الخاص رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٢٧ - لاباتى (Labatut) في نظرة الميسرة رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧ - ميلويك (Miloac) في نظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ - ديفو (Deveau) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - بانسيه (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 عبدالباسط جيمى في الوضع الظاهر رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٥ .

ديمونتيس (Demnontès) الوفاء بطريق الشيكات قد قبض من ناحية الضريبة على الإيراد في مجلة دافعى الضرائب نوفمبر سنة ١٩٣٤ .

(١) والوفاء والتنفيذ العيني للالتزام هما في الواقع شيء واحد ، وقد عمدت بعض التقنيات الحديثة ، كتقنين الالتزامات السويسرى وتقنين الالتزامات البولونى ، إلى عدم الفصل بينهما وإدماجهما جميعاً في مكان واحد . ولكن جرت التقاليد على أن يقسم هذا الموضوع قسمين ، فما يتعلق بكيفية التنفيذ العيني يذكر في آثار الالتزام ، وما 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 =

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 (١) .

٣٥٨ - ما يترتب على هذا التكييف : ويخلص 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 .

ونتناول بالبحث كلا من هذين الأمرين :

١ - الوفاء اتفاق

٣٥٩ - ما يترتب على أن الوفاء اتفاق : ما دام الوفاء اتفاقاً (convention) بين الموفى والموفى له ، فهو إذن تصرف قانوني (act juridique) يجرى عليه ، من الأحكام ما يجرى على سائر التصرفات القانونية (١) .

فلا بد فيه من التراضي ، أي تراضي الموفى والموفى له على وفاء الالتزام ، والتراضي

= 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 التمهيدي في هذا الصدد : «جرى المشروع على التقليد اللاتيني ، فعزل الأحكام المتعلقة بالوفاء عن الأحكام المتعلقة بآثار الالتزام ، مع ما بين هذه وتلك من وثيق الصلات في نواح عدة . وقد بلغ من أمر 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 ١١٦ - ص ١٦٧) .

(١) ويشير بيدان ولا جارد إلى أن فكرة الاتفاق بين الدائن والمدين على الوفاء تخفى عادة تحت ستار عمل مادي هو تسليم الدائن من المدين ما يوفى هذا به الدين . على أن فكرة الاتفاق هذه تبرز إذا وقع نزاع بين الطرفين على صحة الوفاء . وتسليم الدائن ما يعطيه المدين وفاء لدينه هو قبول لهذا الوفاء ، ومن شأنه أن ينقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن . فقبل هذا التسليم كان المدين هو المكلف بإثبات أنه عرض على الدائن وفاء صحيحاً ، ولكن بعد التسليم يكون الدائن هو المكلف بإثبات أن الوفاء الذي 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) .

(٢) بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٦٠ .

يكون بالتعبير عن الإرادة على النحو المقرر قانوناً . ويغلب أن يكون التنفيذ المادي للالتزام هو نفسه تعبیر عن هذه الإرادة ، فتسليم الموفى الشيء الذي التزم به هو إيجاب ، وتسليم الموفى له هذا الشيء على أنه وفاء للدين هو القبول .

ويشترط في هذا التراضي أن يكون صادراً من ذي أهلية ، وستكلم في أهلية الموفى وأهلية الموفى له فيما يلي . ويشترط أيضاً أن يكون خالياً من عيوب الإرادة من غلط وتدليس (١) وإكراه (١) واستغلال ، فإذا داخل الوفاء شيء من ذلك كان قابلاً للإبطال . ومن ثم فإن الموفى إذا وقع في غلط واعتقد بحسن نية أن يوفى ديناً عليه ولا دين ، فإنه يستطيع استرداد ما وفي به عن طريق إبطال هذا التصرف القانوني المشوب بالغلط وهو الوفاء . وهذا هو المبدأ المعروف باسترداد غير المستحق ، يقوم على هذا الأساس القانوني . وكذلك الأمر لو أكره الموفى على وفاء دين انقضى ، ثم وجد في أوراقه المخالصة التي تثبت أنه هو أو مورثه كان قد وفي بالدين ، فإنه يستطيع هنا أيضاً استرداد غير المستحق عن طريق إبطال الوفاء المشوب بالإكراه (٢) (٢) .

(١) استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ ماري سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥١ - ١١ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٨٤ .

(١) أ - الوفاء اتفاق بين الموفى والموفى له على قضاء الدين فهو بهذه المثابة تصرف قانوني يجرى عليه من الأحكام ما يجرى على سائر التصرفات القانونية فلا بد فيه من تراضي الطرفين على وفاء الالتزام ، ويشترط في هذا التراضي أن يكون خالياً من عيوب الإرادة فإذا داخل الوفاء عيب منها كان قابلاً للإبطال ، فإذا كانت محكمة الموضوع قد حصلت في حدود سلطتها التقديرية وبأسباب سائغة أن الموفى ما قبل الوفاء إلا لاعتقاده بأن الدين الذي أوفى به حال بحكم نهائي وأنه تبين بعد ذلك عدم تحقق هذه الصفة في الدين فأن الموفى يكون قد وقع في غلط جوهرى بشأن صفة من صفات الدين الموفى به كانت أساسية في اعتباره إذ لولا هذا الغلط ما كان الوفاء ، فإذا كان الموفى له على علم بهذا الغلط الدافع إلى الوفاء فإن من شأن هذا الغلط أن يؤدي إلى إبطال الوفاء متى طلب الموفى ذلك وأن يعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل حصوله ومن ثم يلتزم الموفى بأن يرد المبلغ الذي قبضه .

(جلسة ١٩٦٥/٥/٢٠ الطعن ٣٧٩ لسنة ٣٠ ق السنة ١٦ ص ٦٠٢)

ب - الاكراه الدافع على الوفاء تحت تأثير الرهبة التي تقع في نفسه لا عن حرية واختيار ، ولا عبرة بالوسيلة المستخدمة في الاكراه ، فيستوى ان تكون مشروعة أو غير مشروعة متى كان من شأنها أن تشيع الرهبة في نفس الموفى وتدفعه إلى الوفاء .

(جلسة ١٩٧٦/١/٢٦ الطعن ٦٦٥ لسنة ٤٠ ق السنة ٢٧ ص ٣٠١) .

(٢) أ - الحكم الذي يقتصر على البحث في وجود الدين وينتهي إلى تقرير المسؤولية دون أن يعرض للوفاء به لا يحوز قوة الأمر المقضى في شأن الوفاء فلا يحول دون اكتفاء بعد ذلك ببراءة ذمة المستعمل للوفاء السابق على صدوره .

كذلك يجب أن يكون للوفاء - شأنه في ذلك شأن كل تصرف قانوني - محل وسبب.

فمحل الوفاء هو نفس محل الدين الذي يوفى به ، وسيأتي الكلام فيه تفصيلاً .

وسبب الوفاء هو قضاء الدين ، وهذا هو الباعث الرئيسي 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 التي كانت تقضى بأن المحل غير المشروع إذا وفى به لا يسترد (٢) .

ثم إن الوفاء ، باعتباره تصرفاً قانونياً ، يخضع للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية (١) . ولما كان هذا الحكم في حاجة إلى شيء من التفصيل ، فنتناوله الآن بالبحث .

٣٦٠ - إثبات الوفاء - النصوص القانونية : قدمنا عند الكلام في الإثبات (٣) أن إثبات الوفاء بالالتزام يقع عبئاً على المدين (٤) ، ويثبت بالطرق التي يثبت بها قيام

= (جلسة ١٩٧٧/٤/٢٥ الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٤١ ق)

ب - لا يترتب على الوفاء الباطل حلول الموفى محل الموفى له في تأميناته لأن هذا الحلول إنما يترتب على الوفاء الصحيح .

(جلسة ١٩٦٥/٥/٢٠ الطعن ٦٧٩ لسنة ٣٠ ق السنة ١٦ ص ٦٠٣)

ج - متى كان الطاعن لم يتمسك لدى محكمة الموضوع بان الدين الذي أقرت به مورثته لا يثبتها المطعون عليها وفي دليل وجود سنده لدى المقررة فلا يجوز له أن يشير هذا الوجه من الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض .

(جلسة ١٩٥١/٤/١٩ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً - ٤٨٠ - ١١٤٢) .

(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 وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٤٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٩) .

(٢) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٣٨٨ .

(٣) انظر الجزء الثاني من الوسيط .

(٤) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣١٩ .

(١) المجادلة في الوفاء بالالتزام من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون معتب عليها ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائفة ، وله أصله الثابت في الأوراق ولا مخالفة فيه للقانون . شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها ، فإن ما يثيره الطاعن لا يبدو أن يكون مجادلة في حقيقة محكمة الموضوع للأدلة بغية الوصول إلى نتيجة غير التي أخذ بها الحكم بعد أن اطمأن إليها عمالاً =

الالتزام (١) ، فلا بد من الكتابة أو ما يقوم مقامها فيما زادت قيمت على خمسمائة جنيه ، والا جازت البينة والقرائن .

غير أن التقنين الجديد أورد نصاً خاصاً في إثبات الوفاء ، هو المادة ٣٤٩ ، وتجري على الوجه الآتي :

١ - لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء . فإذا وفى الدين كله ، كان له أن يطلب رد سند الدين أو إلغائه ، فإن كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياح السند .

٢ - فإذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً (١) .

= يجوز اثرته امام محكمة النقض .

(جلسة ١٩٧٩/٤/٢٩ الطعن رقم ٧٠٩ لسنة ٤٤ ق)

(جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ ص ٧٠٢)

(جلسة ١٩٦٢/٤/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٤١٤)

(١) لما كان الوفاء بالالتزام إلى الدائن يعتبر تصرفاً قانونياً فيخضع لوسيلة الإثبات التي يحاج بها هذا الدائن أياً كان الموفى فإن الوفاء بالثمن إلى البائع باعتباره وفاء بالالتزام المشتري يعتبر تصرفاً قانونياً يخضع في إثباته لقواعد الإثبات التجارية .

(جلسة ١٩٩٠/٥/١٦ الطعن ٣٣٩٨ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨٣/١٢/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٤ ص ١٨٢٧)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : ١ - لمن قام بالوفاء أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول 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 بضياح 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 . وفي لجنة المراجعة حذف عبارة «ويكون كل ذلك على نفقته» الواردة في الفقرة الأولى اكتفاء بالحكم الوارد في المادة السابقة الذي يقضى بأن تكون نفقات الوفاء على المدين ، وأصبح رقم المادة ٣٦١ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذف من آخر الفقرة الأولى عبارة «ويجب أن يكون توقيع على الإقرار مصدقاً عليه» ، وتكون نفقة التصديق على الدائن لأنها قد تصرف الذهن إلى أن عدم التصديق يسقط حجية الإقرار ، فضلاً عما ينشأ عن بقائها من حرج وإشكالات في المعاملات ، وأصبح رقم المادة ٣٤٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣١ - ص ٢٣٣) .

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 ١٢/٣٩٥ 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 (المادة ١٨ من قانون الإثبات التي تطابق المادة ٣٩٨ من القانون المدني الملقاة) ، وإلى أن التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقفاً منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته ، وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين (م ١٩ إثبات) (١) .

على أن نص المادة ٣٤٩ المتقدم الذكر يضيف شيئاً جديداً إلى ما سبق أن ذكرناه . فالأصل أن المدين إذا وفى بالدين أو بجزء منه ، فمن حقه أن يحصل من دائنه على دليل

= ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص لانفاقه مع القواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٤٧ (مطابقة للمادة ٣٤٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٣٦ (مطابقة للمادة ٣٤٩ من التقنين المدني المصري)

التقنين المدني العراقي : لا مقابل فيه ، ولكن يمكن العمل بهذا الحكم في العراق لانفاقه مع القواعد العامة (انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٠١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٠٥ : يثبت الإيفاء عادة بسند الإيصال الذي يعطيه الدائن للمدين ، وهو مثبت لتاريخه بنفسه بالنظر إلى المتعاقدين أنفسهم . وإذا لم يكن هناك سند إيصال فيمكن استخراج البيئنة إما من قيود سجلات الدائن وأوراقه البيئية ، وإما من القيود التي كتبها الدائن ذهلاً أو هامشاً على سند الدين .

م ٣٠٦ : يحق للمدين الذي قام بالإيفاء التام أن يطلب ، علاوة على سند الإيصال ، تسليم السند نفسه إليه أو إتلافه . أما إذا كان الإيفاء جزئياً فيمكنه أن يطلب ، علاوة على سند الإيصال ، ذكر ما دفعه على سند الدين المحفوظ عند الدائن .

(١) انظر الجزء الثاني من الوسيط .

(١) مفاد المادة ٣٩٩ من القانون المدني أن التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقفاً منه ، ما دام لم يخرج قط من حيازته ، والتأشير المطلوب حافظاً لقوته في الإثبات وتقوم به قرينة الوفاء على الرغم من الشطب إلا إذا نقضها الدائن بإثبات عدم حصول الوفاء وأن الشطب كان بسبب مشروع .

(جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٤٠٥) .

لإثبات هذا الوفاء . فإن 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 إلغاءه إذا كان الوفاء كلياً ، فإن كان الوفاء جزئياً كان للمدين أن يطلب التأشير على السند بما وفاه . والغرض من ذلك إمعان في الاحتياط للتردد بمختلف الأدلة على الوفاء ، فإن 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 يطلب بالدين أو بما وفى منه مرة أخرى ، حتى لو ضاعت المخالصة من المدين . ونفقة كل ذلك على المدين ، فإن نفقات الوفاء عليه (م ٣٤٨ مدني) ، وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في هذا المعنى فحذفته لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه (١) .

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 الأمضاء فيه ، ولكن التصديق يجعل المدين في مأمن من إنكار الدائن لتوقيعه إلا عن طريق الطعن بالتزوير (٢) .

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 (١) ، 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 لامتناعه بغير حق من تمكين المدين من طرق إثبات الوفاء التي قررها القانون .

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٤٩ في نفس الفقرة في الهامش .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يقضى 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 حجبية الإقرار ، ولتجنب تعقيد الإجراءات (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٩ في نفس الفقرة في الهامش) .

(١) أنه وإن كانت المادة ٢/٣٤٢ من القانون المدني تنص على أنه ليس للمدين أن يرفض الوفاء بالجزء المعترف به من الدين إذا قبل الدائن استيفاءه ، إلا أن المادة ٣٤٩ من ذلك القانون تخوله إذا وفى الدين كله حق المطالبة برد سند الدين أو الغائه ، فإذا رفض الدائن ذلك جاز له أن يودع الشيء المستحق ايداعاً قضائياً .

(جلسة ١٩٧٢/٢/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٢١١) .

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 يكتفى بالمخالصة وتكون دليلاً كاملاً على الوفاء الكلي أو الجزئي . كما يجوز له أن يكتفى باسترداد السند أو إعدامه أو إلغائه ، ولكن هذا كما يكون قرينة على الوفاء قد يكون أيضاً قرينة على الإبراء (١) . أما التأشير بالوفاء الجزئي فهو دليل كامل على هذا الوفاء ، ولا يخشى عليه من الضياع ، فإنه لا يضيع إلا إذا ضاع سند الدين نفسه (٢) .

٢ - الوفاء اتفاق على قضاء الدين

٣٦٩ - 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 وألا يتفقا ، فإبرام العقد الذي ينشئ الالتزام ليس مفروضاً عليهما . وإذا اختارا الاتفاق ، فلهما الحرية الكاملة في أن يعينا محل

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠١ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٢ ، والمادة ٨٨ من تقنين الالتزامات السويسرى .

وقضت 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 الذي تؤديه هذه العبارة ولم تخطئ في تطبيق القانون إذا هي أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن المبلغ قد دفع من مال التمسك بهذا الوصول (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣ ص ٤٥) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدعى عليه يستند في إثبات براءة ذمته من الدين لا إلى تصرف قانونى 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 ، فيانه لا تشرب على المحكمة أن هي أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذه الواقعة ، حتى لو كان الإيجار الذي يتمسك المستأجر ببراءة ذمته منه يزيد على نصاب البينة (نقض مدنى ١٨ 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 مدنى في هذا المعنى إن «الوفاء بقسط من الأجرة قرينة الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط ، حتى يقوم الدليل على العكس» (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٦٠) . وتسليم سند الدين للمدين قرينة على الوفاء بالدين ، إلا إذا أثبت الدائن غير ذلك (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٧ - ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٧) .

الالتزام الذى يكون موضوع اتفاقهما ، يستطيعان أن يعينا هذا المحل أو ذلك ، 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 ، ومسحله هو نفس محل الدين الذى 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 .

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 يتم بهذا الواجب ، كان الجزاء هو إجباره على وفاء التزامه عن طريق التنفيذ القهرى ، وإجراءات التنفيذ إجراءات 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 ، فإنه يجبر على القبول من طريق إجراءات العرض الحقيقى التي سيأتى تفصيلها . وحينئذ يصبح الوفاء الذى يشتمل عليه العرض الحقيقى تصرفاً قانونياً بارادة منفردة (acte juridique unilatéral) هي 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 بارادة منفردة هي إرادة المدين وحده (٢) .

٣٦٣ - الوفاء اتفاق محله هو نفس محل الدين الواجب الوفاء : ولا يملك الطرفان ، كما قدمنا ، أن يغيرا من محل الوفاء ، فهذا المحل يجب أن يكون هو نفسه محل

(١) أنظر ما يقارب هذا المعنى فى بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٦٠ .

(٢) قارب دى باج ٣ فقرة ٣٩٦ - وقارن الأستاذ عبدالحى حجازى ٣ ص ٨ - ص ١١ .

الفصل الأول طرفا الوفاء

٣٤٦ - 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 - يشترط 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 للشئ الذي وفى به ، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه .

٢ - ومع ذلك فالوفاء بالشئ المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى^(١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٢٨/١٥٦ و ٢٢٩/١٦٦ (٢) .

ويقابل 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

(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 ، فمجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٤ - ١٧٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٢٨/١٦٥ : يشترط لصحة الوفاء أن يكون المدين أهلا للتصرف والدائن أهلا للقبول .

م ٢٢٩/١٦٦ : ومع ذلك يزول الدين بدفعه ممن ليس أهلا للتصرف إذا كان مستحقاً عليه ولم يعد عليه ضرر من دفعه - (وتتفق أحكام التقنين المدني السابق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

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 يفي به أكثر مما التزم ، وكذلك لا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على أن يفي له بغير محل الدين ولو كان هذا أقل من قيمة الدين . فلا خيار إذن لا للمدين ولا للدائن في تعيين الوفاء ، بل يجب أن يكون هو عين محل الدين الواجب الأداء . أما إذا وفى المدين بغير محل الدين ، فليس هذا وفاء بل هو وفاء بمقابل ، وهو يقتضى اتفاق المدين والدائن ، ولا يتم بارادة أحدهما دون الآخر كما سنرى .

ويتبين من ذلك أن المقومات الخاصة للوفاء هي أنه مفروض على طرفيه ومفروض في محله . فتتكمّل في الوفاء : (١) على طرفيه (٢) ثم على محل الوفاء ، متابعين في ذلك الترتيب الذي سار عليه التقنين المدني الجديد (١) .

(١) ولم يستحدث التقنين المدني الجديد شيئاً كثيراً في الوفاء عما كان عليه التقنين المدني السابق ، فيما خلا أن التقنين المدني 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 تراحم ، كذلك عرض التقنين الجديد للقواعد الموضوعية المتعلقة بالعرض الحقيقي والإيداع ، وذلك من الإجراءات الشكلية لتقنين المرافعات (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٧ - ص ١٦٨) .

- ولا مقابل لها في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١).

ويستخلص من هذا النص أنه يشترط لصحة الوفاء ، سواء كان الموفى هو المدين نفسه أو كان غير المدين ، أمران : (١) ملكية الموفى للشيء الذي وفى به (٢) وأهليته للتصرف في هذا الشيء .

وغنى عن البيان أن هذين الشرطين يفترضان أن محل الالتزام شيء لم تنتقل ملكيته إلى الدائن بمجرد نشوء الالتزام أو عين معينة تراخي نقل الملكية فيها . أما إذا كان محل الالتزام نقوداً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل ، فإن النص لا ينطبق (٢).

(١) 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 لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكا لما دفعه ، فإن استحق بالبينة وأخذه صاحبه أو هلك وأخذ بدله ، فللدائن الرجوع بدينه على غريمه .

م ٣٧٧ : إذا كان المدين صغيراً مميزاً ، أو كبيراً معتموماً ، أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة ، ودفع الدين الذي عليه ، صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى .

م ٣٧٨ : لا يصح للمدين أن يوف بدين أحد غرمائه في مرض موته إذا أدى هذا إلى الأضرار ببقية الدائنين .

(وهذه النصوص تتفق في أحكامها مع أحكام التقنين المصري . وصياغتها تسير وفقه الإسلام كما هو ظاهر . وقد جاء في المادة ٣٧٦ أن المدفوع إذا استحق بالبينة للدائن الرجوع بدينه على المدين ، مخزراً من أن يكون المدفوع قد استحق بإقرار الدائن فلا رجوع له في هذه الحالة لأن الإقرار حجة قاصرة 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 معسر ، ما دام الوفاء قد أدى إلى الإضرار ببقية الدائنين ، فلا يسرى في حقهم إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه (م ٢/٢٤٢ مدني) . انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٨٣ . ويذهب 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 يلحق بالمشروع 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 للمقابلة العامة ، فيصح تطبيق حكمه في لبنان دون حاجة إلى نص .

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٦ ص ٢٢٢ - ديمولومب ٢٧ فقرة ٨٦ - هيك ٨ فقرة ١٤ - لوران ٧٧

٤٩٣

٣٦٦ - ملكية الموفى للشيء الذي وفى به : لا بد أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي يوفى به الدين (١) ، 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 (١) .

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 الحيابة ، أو كان عقاراً وملكه بالتقادم القصير مع حسن النية (٢) ، ففي مثل هذه الأحوال لا يكون الدائن مجبراً على التمسك بالحيابة 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 قدمناه (٣) .

والذي يتمسك ببطلان الوفاء في الأصل هو الدائن الذي تقرر البطلان لمصلحته . ولما كان هذا الوفاء لا يسرى في حق المالك الحقيقي للشيء الموفى به ، فإن 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 بالحيابة أو بالتقادم كما سبق القول . وكما يستطيع المالك أن يسترد الشيء يستطيع على العكس من ذلك أن يجيز الوفاء فيزول بطلانه ، قياساً على صحة بيع ملك الغير بإجازة المالك الحقيقي ، فتنتقل ملكية الشيء إلى الدائن بهذه الأجازة ، وينقلب الوفاء صحيحاً وينقضى به الدين (٤) .

(١) وقد ورد في بيع ملك الغير نص يقضي بأن يكون قابلاً للإبطال ، وكذلك الوفاء بملك الغير فإن نص المادة ٢٢ مدني يقضي بعدم صحته ، وتكييف عدم الصحة هنا هو القابلية للإبطال .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٥ .

(٣) بودري وبارد ٢ فقرة ١٤١٢ وفقرة ١٤١٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٢ .

(٤) أ - مناط تطبيق المادة ١٦١ من القانون المدني القديم (المقابلة للمادة ٣٢٤ جديد) هو أن يكون الموفى قد قام بوفاء الدين من ماله الخاص .

(جلسة ١٩٥٤/١٠/١٨ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ال ٢٥ عاما - ١٣٥ - ٢٨٠) .

ب - الوفاء بالدين من الغير لا يبرئ ذمة المدين إلا إذا اتجهت ارادة الموفى إلى الوفاء بدين غيره أما إذا ظن الموفى وقت الوفاء أنه يدفع ديناً على نفسه فلا يعتبر هذا وفاء لدين على الغير وإنما وفاء لدين مستحق يجوز للموفى المطالبة باسترداد ما وفاء على أساس دفع غير المستحق .

(جلسة ١٩٧٧/٤/٢٥ الطعن ٢٨٣ لسنة ٤١ ق السنة ٢٨ ص ١٠٣٢) .

(٤) بودري وبارد ٢ فقرة ١٤١١ .

وإذا أجاز الدائن الوفاء زال بطلانه أيضاً ، ولكن ما دام المالك لم يجزه يبقى الوفاء غير سار في حقه ولا تنقل 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 (١) .

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 (٢) ، فإنه يصبح بحكم الواقع مستوفياً لدينه ، وليس له أن يطالب بالوفاء به مرة أخرى . أما المالك الحقيقي فلا

(١) ويضطرب الفقه في تكييف هذه الدعوى التي يسترد بها المدين الشيء من الدائن . فهي ليست بدعوى استحقاق ، لأن المدين ليس مالكا للشيء . وهي ليست بدعوى استرداد غير المستحق لأن الدائن عندما تسلم الشيء من المدين كان دائناً له فعلاً . وقد ذهب البعض إلى أن المدين يتمسك ببطلان الوفاء كما يتمسك به الدائن نفسه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٩) ، ولكن الوفاء إنما هو قابل للإبطال لمصلحة الدائن لا لمصلحة المدين ، فالذي يتمسك ببطلانه هو الدائن هو المدين . وذهب بعض آخر إلى أن هذه الدعوى 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 (بلائيول وريير وردوان ٧ فقرة ١١٥٢ ص ٥٥٣ - وقارن بلائيول وريير وبولانجي 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 الشئتين لم يستطيع استرداده إلا بعد أن يسلم للدائن شيئاً معادلاً له تماماً دون الشيء الآخر (انظر في هذا المعنى ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٠٢) - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١٨ . فإذا كان الدائن يتسلم شيئاً معادلاً تماماً للشيء الذي أخذه ، فليست له أية مصلحة في منع المدين من تصحيح العمل الخاطيء الذي قام به ، فيجب أن يرد له الشيء بعد أن يأخذ ما يعادله ، وهذا حكم للعدالة فيه وجه ظاهر .

ويترتب على أن للمدين الحق في استرداد الشيء من الدائن بعد أن يعطيه شيئاً يعادله ما يأتي : (١) - إذا كان الشيء منقولاً مثلاً وملكه الدائن حسن النية بسبب الحيازة ، لم يستطع المالك استرداده منه . ولكن المدين يستطيع الاسترداد كما قدمنا ، ومتى استرد جاز للمالك في هذه الحالة أن يسترد الشيء من المدين بعد أن كان لا يستطيع استرداده من الدائن . ٢ - في المثل 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 عجز عن استرداده بدعوى مباشرة (انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ١٤١٧ فقرة ٥١٧ - ص ٥١٨) .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٢١ .

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 سعي 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 مسئولاً عن رد الشيء الذي تسلمه لأنه هلك بسبب أجنبي (١) . ولا يرجع المالك على المدين في هذه الحالة إلا إذا كان المدين سعي 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 (٢) .

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 .

فإذا 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 يأتي :

(١) القابلية للإبطال هنا مقررة لمصلحة ناقص الأهلية ، فلا يتمسك بها إلا الموفى ، ولا يجوز أن يتمسك بها الدائن ما دام كامل الأهلية وقد استوفى حقه استيفاء صحيحاً . وقد رأينا في حالة انعدام الملكية أن الدائن هو الذي يتمسك في الأصل بإبطال الوفاء إذ هو مقرر لمصلحته ، أما الموفى فيسترد الشيء بدعوى خاصة لا بدعوى الإبطال لاعتبارات تتعلق بالعدالة .

(٢) وإذا هلك الشيء بسبب أجنبي في يد الدائن ، كان الهلاك عليه ، إذ ليس له حق التمسك بإبطال الوفاء كما قدمنا ، وليس من المعقول في هذه الحالة أن المدين يتمسك

(١) ماركاديه ٤ فقرة ٦٨٤ - ديمولومب ٢٧ فقرة ٩٦ - لوران ١٧ فقرة ٤٩٧ - هيك ٨ فقرة ١٥ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١٦ - عكس ذلك ديراتون ١٢ فقرة ٣٢ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٨ .

بإبطال الوفاء وإلا لما استرد الشيء بعد أن هلك بسبب أجنبي ولوجب عليه الوفاء بالدين مرة أخرى . وقد رأينا في 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 أن المدين إذا لم تتحقق له مصلحة في إبطال الوفاء، بأن كان الوفاء لم يلحق به أى ضرر، فإن له أن يبقى الوفاء قائماً فينقضى به الدين : لا يطلب إبطاله إذا لا مصلحة له في ذلك، ولا يستطيع الدائن إبطاله إذ لاحق له في 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 يفي الدين بعد ذلك وفاء صحيحاً . ويتحقق ذلك بنوع خاص إذا كان المدين قد أدى للدائن صنفاً أعلى من الصنف الواجب أدائه، فيسترده ثم يفي بالصنف الأقل، أو كان في التزام تخيير اختار أعلى الشئ قيمة فوفى به فيسترده ثم يفي 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 الفرض أن يتمسك الموفى ناقص الأهلية بإبطال الوفاء لتحقق مصلحة له في هذا الأبطال 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

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ١٧٥ - وبلاخط أنه قد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد مثل ما إذا عجل المدين الوفاء وأراد أن يسترد ليقبض بفسحة الأجل، وهذا 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 تنص عليه المادة ١٢٣٨ من التقنين المدنى الفرنسى : ١٥ - حتى يكون الوفاء صحيحاً، يجب أن يكون الموفى مالكا للشيء الموفى به وأهلاً للتصرف فيه . ٢ - ومع ذلك فالوفاء بمبلغ من النقود أو بشئ يستهلك بالاستعمال لا يسترد من الدائن إذا كان قد استهلكه بحسن نية ولو كان الوفاء بالشيء وقع من غير مالكة أو من شخص غير أهل للتصرف فيه . وننقل الأصل الفرنسى فيما يأتى من 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 =

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، فاشتراط النص لمنع الموفى ناقص الأهلية من التمسك بالإبطال ألا يلحقه من الوفاء ضرر . وفى الفرض الذى نحن بصدده لا يتحقق هذا الشرط إذا كان الشيء الموفى به أعلى قيمة من الدين على الوجه الذى أشرنا إليه، إذ يصيب الموفى ضرر من الوفاء . فله إذن أن يتمسك بالإبطال، ألا يلحقه من الوفاء ضرر . وفى الفرض الذى نحن بصدده لا يتحقق هذا الشرط إذا كان الشيء الموفى به أعلى قيمة من الدين على الوجه الذى أشرنا إليه، إذ يصيب الموفى ضرر من الوفاء . فله إذن أن يتمسك بالإبطال، خلافاً للحكم الوارد فى التقنين المدنى الفرنسى، وهو حكم منتقد من الفقه الفرنسى (١) . ومن ثم ففى التقنين المدنى المصرى يجوز للموفى ناقص الأهلية أن يتمسك بإبطال الوفاء، حتى لو كان الدائن قد استهلك الشيء الموفى به أو تصرف فيه بحسن نية، وله أن يطالبه بالتعويض، ثم يفي له بعد ذلك بالدين، فيفيد من الفرق ما بين القيمتين .

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 وفاء .

فنتكلم إذن فى المسألتين الآتيتين : (أولاً) من يقوم بالوفاء (ثانياً) رجوع الموفى الذى ليس بمدين على المدين .

المبحث الأول

من يقوم بالوفاء

٣٦٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

١ - يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى هذا الوفاء، وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨ .

= 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.

(١) انظر ديمبولوب ٢٧ فقرة ١٣١ - لوران ١٧ فقرة ٥٠٩ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣١ .

٢ - ويصح الوفاء أيضاً مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة في هذا الوفاء، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض» (١).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٢٢/١٥٩ و ٢٢٣/١٦٠ (٢).

ويقابل 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 ٣٣٥ من المشروع النهائي. وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت عبارة «من الغير» الواردة في آخر الفقرة الثانية بسبب «أن الدائن لا يستطيع أن يرفض الوفاء من الغير إذا كانت له مصلحة في القيام بهذا الوفاء»، ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته. 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 عدلته لجنته تحت رقم ٣٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٩ - ص ١٧٧).

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٢٢/١٥٩: لا يجوز الوفاء إلا من المتعهد ما دام يظهر من كيفية التعهد أن مصلحة المتعهد له تستدعي ذلك.

م ٢٢٣/١٦٠: إذا كان المتعهد به عبارة 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 للمادة ٣٢٣ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي م ٣١٠ (مطابقة للمادة ٣٢٣ 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 ٢٠٥٠ - 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 يستفاد من نص العقد أو من ماهية الدين أن من الواجب عليه أن يقوم هو نفسه بالتنفيذ. أما في غير هذه الأحوال فيصح أن يقوم بالتنفيذ أي شخص كان عن غير علم من المدين وبدون أن يحق للدائن الاعتراض على هذا التدخل.

(ويتفق حكم التقنين اللبناني مع حكم التقنين المصري).

ويتضح من النص المتقدم أن الذي يقوم بالوفاء أما أن يكون (١) المدين أو نائبه (٢) أو شخصاً له مصلحة في وفاء الدين (٣) أو أجنبياً لا مصلحة له في الوفاء.

٣٧٠ - المرفى هو المدين أو نائبه: الأصل في المرفى هو أن يكون المدين ذاته كما تقدم القول، لأنه هو الذي يجبر على الوفاء، وله المصلحة الأولى فيه. وما لم يوجد شخص آخر يفي بالدين، فعبء الوفاء يقع على المدين. فالمدين إذن له حق الوفاء بالدين، وعليه في الوقت ذاته واجب هذا الوفاء. بل إنه في بعض الحالات يتعين على المدين بالذات أن يقوم هو نفسه بالوفاء، ولا يجوز لأحد غيره ذلك، فقد نصت المادة ٢٠٨ مدني على أنه: «في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين» (١).

وفي غير هذه الحالات يجوز أن يقوم بالوفاء نائب المدين، والوفاء كما رأينا تصرف قانوني يجوز أن يتم بطريق النيابة ككل تصرف قانوني آخر. ونائب المدين هو وكيله في 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، فإنه لا يحق له كقاعدة عامة أن يقوم هو نفسه بالوفاء إذ تنقصه أهلية الأداء، والذي يقوم بالوفاء في هذه الحالة هو ولي 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 لأمين التفليسة في حالة إفلاس المدين، أن يقوم بالوفاء، فكلاهما 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 (٣). كذلك قد يوكل المدين مصرفاً في وفاء الدين، عن طريق الدفع للحساب الجاري للدائن في هذا المصرف. فإذا أخطأ المصرف وأضاف ما دفعه المدين إلى حساب شخص آخر، كان المدين مسئولاً عن خطأ المصرف (٤).

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٩.

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا دفع الخادم دين مخدمه يفترض أنه دفعه من مال المخدم الذي تحت يده أو في تصرفه حتى يثبت خلاف ذلك (٢٥ مارس سنة ١٨٩٠ الحقوق ١٥ ص ١٠٦).

(٣) بلاتبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٠.

(٤) بلاتبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٠ ص ٥٥٢ هامش رقم ١.

٣٧١ - الموفى 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 (١).

ومن له مصلحة في وفاء المدين المتضامن ، والمدين مع غيره في دين غير قابل للانقسام ، والكفيل الشخصي سواء كان متضامناً مع المدين أو مع الكفلاء الآخرين أو غير متضامن مع أحد ، والكفيل العيني ، والحائز للعقار 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 . وسرى أنهم ، عندما يقومون بوفاء الدين ، يحلون حلولاً قانونياً محل الدائن في الرجوع على المدين (١).

ولما كان هؤلاء الذين لهم مصلحة في الوفاء يقع عليهم واجب الوفاء كما قدمنا ، فإنه لا يجوز للدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء بناء على اعتراض من المدين يبلغه إياه ، بل وحتى بناء على اتفاق بينه وبين المدين . ذلك أن اتفاق المدين والدائن على قبول الوفاء إنما يصح وينتج أثره ، كما سترى ، 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 لا مصلحة له 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 (٢) . فقد يكون من أقرباء المدين ، أو صديقاً له ، تقدم عنه لوفاء الدين خوفاً

(١) 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 ما لقلم الكتاب من الحقوق ضد المدعى عليه بشأن المصروفات (٦ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٥ ص ٢٠٢).

(٢) لكن كان للأجنبي عن العقد الوفاء بالدين لمصلحة اقتصادية تعود عليه ويصح وفاؤه حتى لو كان رغماً عن المدين ويحق له بالتالي الرجوع عليه بدعوى شخصية لا بدعوى الحلول ، إلا أن شرط ذلك أن تعود من الوفاء منفعة على المدين ، فإذا أوفى بالتزام غير قائم أو بالتزام زال تبعاً لعدم تحقق الشرط المعلق عليه انتهى حق الموفى في الرجوع .

(جلسة ١٩٧٨/٤/١٢ الطعن ٤٤٢ لسنة ٤٤ ق)

(٢) أ - الدعوى الشخصية التي يستطيع المتبوع الرجوع بها على تابعه هي الدعوى المنصوص عليها في (٣)

عليه من إجراءات التنفيذ وما تهدده به من خسائر . وقد يكون شريكاً للمدين في التجارة ، ويخشى ما يحدثه التنفيذ الجبرى على المدين من أثر في تجارتها المشتركة . وهو على كل حال يعلب 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

= المادة ٣٢٤ من القانون المدني التي تقضى بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له الرجوع على المدين بقدر ما دفعه . وهذه الدعوى سواء أكان أساسها الاثراء بلا سبب أو الفضالة لا يستطيع المتبوع الرجوع بها إذا كان قد أوفى التعويض للدائن المضرور بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا لم يفد شيئاً من هذا الوفاء وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذى أوفاه عنه بالدعوى الشخصية التي قررها القانون في المادة ٨٠٠ من القانون المدني للكفيل قبل الدين ، وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده ، وضمان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده .

(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١٩٩)

ب - إذا دفع رب العمل التعويض للعامل فإنه يحل محله في اقتضائه من المسئول ، وإنما يتعين عليه إخطار المسئول بالامتناع عن الوفاء للمضرور حتى لا يعرض العامل مرتين على ضرر واحد ، فإن هو أهمل هذا الإخطار وأوفى المسئول التعويض للعامل فقد برئت ذمته ، وليس لرب العمل إلا الرجوع على المضرور الذى اقتضى التعويض مرتين ، وإذا كان الثابت من تقارير الحكم المعطون فيه أن رب العمل لم يطلب من شركة التأمين الامتناع عن دفع التعويض الذى دفعته لورثة العامل المتوفى وحلت محلهم فيه فإن وفاء شركة التأمين يكون ميراثاً لذمتها ولذمة المسئول عن الحادث لأنهما ملتزمان بدين واحد .

(جلسة ١٩٧١/٣/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٢٩٥).

ج - التزام المرسل اليه بإداء الضريبة الجمركية قاصر على ما يستحق منها على البضائع التي يتم الإفراج عنها بعد مرورها بالدائرة الجمركية داخل البلاد ، فإذا أوفى المرسل اليه بكامل الضريبة الجمركية المستحقة على الرسالة المشحونة بما فيها من نقص غير مبرر يكون قد أوفى بدين غير مستحق عليه بالنسبة للضريبة الخاصة بهذا النقص غير المبرر ومن ثم يجوز له استرداده لا تبرأ به ذمة الناقل من الالتزام بإداء تلك الضريبة إلا إذا اتجهت إرادة المرسل اليه عند السداد إلى الوفاء بها عن الناقل - ذلك أن الوفاء بالدين عن الغير - وعلى ما يبين من نصوص المواد ٣٢٣ وما بعدها من القانون المدني - لا يبرئ ذمة المدين منه إلا إذا اتجهت إرادة الموفى له إلى الوفاء بدين هذا الغير ، أما إذا ظن أنه يدفع ديناً على نفسه فلا يعتبر وفاء لدين غيره بل وفاء لدين غير مستحق فيجوز للموفى المطالبة باسترداده أعمالاً لقاعدة دفع الغير المستحق ، وإذا خلعت الأوراق مما يدل على أن المرسل إليه قد اتجهت إرادته عند السداد إلى الوفاء عن الشركة المطعون ضدها - الناقل - بالرسوم الجمركية المستحقة عن العجز في الرسالة ، فإن الحكم المطعون فيه إذا اعتبر هذا الوفاء مبرراً لذمة المطعون ضدها يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

(جلسة ١٩٨٠/١/٢٨ الطعن ١٠٩ لسنة ٤٣ ق)

المبحث الثاني

رجوع الموفى على المدين

٣٧٣ - دعويان - الدعوى الشخصية ودعوى الحلول : إذا كان الموفى هو المدين أو نائبه ، فقد برئت ذمة المدين من الدين ، ولا رجوع لأحد عليه لأنه قام بوفاء دينه بنفسه .

وأما إذا وفى الدين غير المدين ، سواء كان للموفى مصلحة فى الوفاء أو لم تكن له مصلحة ، فانه ، ما لم 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) يعطيها القانون إياه ، وتكيف 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 ٣٢٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

- ١ - إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه .
 - 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 السابقين المادتين ٢٢٤/١٦١ و ٢٢٦/١٦٣ (٣) .

(١) وغنى عن البيان أنه لا بد أن يسبق ذلك وفاء الدين وفاء مبرئاً للذمة (استئناف مختلط ١٤ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٦٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٥٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ما عدا أن المشروع التمهيدي 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 ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٤ (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 بناء على ما حصل له من منفعة بسداد الدين .

م ٢٢٦/١٦٣ : إذا دفع إنسان دين آخر بغير إرادته ثم رجع عليه ، فللمدين المذكور الحق فى عدم قبول ما دفع عنه كله أو بعضه إذا أثبت أن مصلحته كانت تقضى امتناعه عن الدفع للدائن الأسمى . (والحكم واحد فى التقنينين السابق والجديد كما نرى) .

لوفاء الدين بغير علم المدين ، بل إن هذا هو الأصل فى الفضولى (١) .

ويصح للأجنبي أن يقوم بالوفاء حتى لو كان ذلك رغم ارادة المدين ، بأن نهاء المدين عن الوفاء فلم ينته ، وقبل الدائن منه الوفاء . فان الوفاء فى هذه الحالة يكون مبرئاً للذمة 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 فى ذلك ما دام يستوفى حقه استيفاء صحيحاً . وسيان أن يستوفيه من مدينه نفسه أو من غير مدينه ، ما لم تكن طبيعة الدين أو اتفاق الطرفين يقضى بأن المدين 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) ان يكون الموفى أجنبياً عن الدين ليست له مصلحة قانونية فى وفائه . (٢) وأن يكون المدين معترضاً على وفاء الأجنبي بالدين وقد أبلغ الدائن هذا الاعتراض . (٣) وأن يكون الدائن نفسه لا يريد أن يستوفى الدين من الأجنبي . فذا اختل شرط من هذه الشروط الثلاثة ، تعين على الدائن قبول الوفاء . فلو كان الموفى مصلحة قانونية فى الوفاء ، وجاء الاعتراض من جانب المدين وحده ، ولكن الدائن قبل الوفاء من الأجنبي ، فان هذا الوفاء يبرئ ذمة المدين كما سبق القول . وكذلك لو كان الموفى ليست له مصلحة فى الوفاء ، وجاء الاعتراض من جانب الدائن وحده ، دون أن يعترض المدين ، فان الدائن يجبر على قبول الوفاء ويكون هذا الوفاء مبرئاً للذمة المدين (٢) .

(١) ولا يكون للأجنبي الذى وفى الدين ، فى هذه الحالة ، أن يحل محل الدائن حلولاً قانونياً فى الرجوع على المدين . وإنما يجوز له الحلول الاتفاقي كما سنرى ، أما باتفاق مع الدائن وإما باتفاق مع المدين (انظر دى باج ٣ فقرة ٤٠٦ ص ٣٨١) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٠ . هذا ويجب على الأجنبي 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 الأجنبي عرضه بشروط تقضى على البائع أن يقبل التعاقد مع آخرين . ولا عبرة بتمسك المشتري ومن معه بأنه يجوز لشخص أجنبي 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 للأجنبي أن يجعل الوفاء عن طريق المقاصة بين الدين وحق له فى ذمة الدائن ، فإن المقاصة لا تكون إلا فى دينين متقابلين (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦ - وقارن ١٢ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٨٢) .

ويقابل في التقنينات 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 ، سواد 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 ما دفعه وفاء للمدين (٢) (١).

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 .

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 ما دفعه وفاء للمدين مع

(١) التقنينات 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).

لتقنين 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 بالدين . 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 الهامة ٥ رقم ٤٢٩ ص ٥١٥ .

(٣) بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٩ .

(١) رجوع الغير الموفى - الذي ليس ملزماً بالوفاء - بما أوفاه على المدين يكون بالدعوى الشخصية عملاً
بالمادة ٣٢٤ من القانون المدني ، ولا ينشأ حق الموفى في الرجوع إلا من تاريخ وفائه بالدين ولا يتقدم
إلا بانقضاء ثلاث سنوات تبدأ من هذا التاريخ .

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٤٤٣)

(جلسة ١٩٧٨/٤/١٢ الطعن رقم ٤٤٢ لسنة ٤٤ ق)

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 انقضى 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 قسماً منه ثم
وفاه الغير كله دون اعتبار للقسط الذي دفع ، فإن الغير في الحالة الأولى لا يرجع بشيء على
المدين لأن هذا كان قد وفى الدين كله فلم يفد شيئاً من الوفاء الذي قام به الغير ، ويرجع
في الحالة الثانية بالباقي من الدين بعد استنزال القسط الذي وفاه المدين لأن هذا هو القدر
الذي أفاد منه المدين . ولو أنه كان للمدين دفع ضد الدين وقت وفاء الغير له ، بأن كان له
مثلاً في ذمة الدائن دين مماثل له وكان يستطيع أن يتمسك بالمقاصة فينقضى الدين دون
حاجة إلى الوفاء ، أو لو كان الدين قد انقضى بسبب آخر غير المقاصة كالتجديد أو الإبراء
أو التقادم (٢) ومع ذلك وفاه الغير ، فإن الغير لا يرجع بشيء على المدين لأن الوفاء الذي قام
به لم يفد المدين منه شيئاً . ولو أن المدين كان يستطيع أن يطعن في الدين بالإبطال لنقص
الأهلية أو لعيب في الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو كان يستطيع أن
يطعن فيه بالبطلان لانعدام الإرادة أو لعيب في المحل أو في السبب أو في الشكل ، أو كان
يستطيع أن يتمسك بالفسخ لتحقق 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

(١) وكذلك إذا كان الغير قد وفى الدين قبل وفاء المدين له ، ولكن لم يخطر المدين بهذا الوفاء فوفى
المدين مرة أخرى ، فلا رجوع للموفى على المدين لأن المدين لم يفد شيئاً من هذا الوفاء ، وإنما يرجع
الموفى على الدائن كيسترد منه ما أخذ دون حق (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٠) .

(٢) بل إن الدين إذا كان لم يقسط بعد بالتقادم ، ولكن بقيت مدة قليلة لتتمام التقادم بحيث لو لم يوف
الغير الدين لا نقضت هذه المدة ولسقط الدين بالتقادم ، فإن المدين يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع إذا
رجع الموفى عليه ، لأنه لولا وفاء الغير للمدين لسقط بالتقادم ، فكأن المدين لم يفد شيئاً من الوفاء (انظر
في هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٩٩ ص ٥٠٥) .

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 (١) . فيحل محل الدائن في نفس الدين الذي وفاه ، ويرجع على المدين بهذا الدين نفسه ، لا بدين جديد كما يفعل في الدعوى للشخصية (٢) .

وحلول الموفى محل الدائن إما أن يكون بحكم القانون ويقال له الحلول القانوني ، وأما أن يكون بموجب الاتفاق ، ويقال له الحلول الاتفاقي . ولدعوى الحلول ، قانونياً كان

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٢ - ولكن يجب أن يكون الاعتراض الذي 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 ينازع المدفوع إليه في مقدار الدين أمام محكمة أخرى (استئناف أهلي ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٣٤٤) . وللمدين أن يدفع مطالبة الغير بما كان يدفع به مطالبة الدائن (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧٥) . وإذا دفع الغير ديناً على تركة ، رجع على الورثة في حدود أموال الشركة (استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٨٩) .

(٢) وترجع دعوى الحلول في أصلها إلى القانون الروماني . فقد كان هذا القانون يقضي بأن ينزل الدائن عن دعواه لمن يوفيه حقه في حالات كثيرة ، فإذا رفض النزول عن دعواه كان لمن وفي له حقه أن يواجهه يدفع في خصوص ذلك (cedendarum actionum) ، بل كان يفترض في بعض الحالات أن النزول عن الدعوى قد تم فعلاً . وكان القانون الروماني ، من جهة أخرى ، يجعل لمن يوفى ديناً مضموناً برهن الحق في أن يخلف الدائن في هذا الرهن (succession in locum creditoris) ، أو في مرتبته (جيران طبعة الثالثة ص ٧٥٤ - ص ٧٥٧ - ص ٧٧٦ هوامش ٢ و ٥ و ٦ و ٧) .

وحلول الموفى محل الدائن نافع في كل الوجوه . فهو نافع للموفى ، إذ يسر له سبيلاً ممهداً للرجوع بحقه ، ويهيئ له أسباباً لاستغلال ماله . وهو نافع للدائن ، إذ يستطع بفضل الحلول أن يجد من يوفى له حقه في وقت يكون المدين فيه غير قادر على الوفاء . وهو نافع للمدين ، إذ يتوقى أن يسجل الدائن بالتفويض ضده ، ويغلب أن يتمكن من استمهال الدائن الجديد الذي وفي 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 في هذا المعنى بودري وبارد ٢ فقرة ١٥١٦ ص ١٦١٦ - ص ٦١٧ - بلاتول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٩ ص ٦٢٦ - ص ٦٢٧) .

(١) لا محل لتأسيس حق الشركة المؤمنة في الرجوع على الغير المستول عن الحادث على أساس الحلول ذلك أن رجوع المؤمن على المدين بدعوى الحلول يقتضي أن يكون المؤمن قد وفي الدائن بالدين المترتب في ذمة المدين لا بدين مترتب في ذمته هو مما يتحقق بالنسبة لشركة التأمين إذ أن وفاءها بمبلغ التأمين يستند إلى الالتزام المترتب في ذمتها للمؤمن له بموجب عقد التأمين .

(جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠ الطعن ٢١٨ لسنة ٢٧ ق السنة ١٣ ص ٣١٦٦) .

الحلول أو إتفاقياً ، أحكام خاصة تميزها عن الدعوى الشخصية ، فعندنا إذن مسألتان : (١) مصدر الحلول (٢) أحكام الرجوع بدعوى الحلول .

المطلب الأول

مصدر الحلول

١ - الحلول القانوني

(Subrogation légale)

٣٧٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

«إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية» :

«أ - إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين ، أو ملزماً بوفائه عنه» .

«ب - إذا كان الموفى دائئاً ووفى دائئاً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عيني ، ولو لم يكن للموفى أي تأمين» .

«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) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٥٥/١٦٢ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٧ - ص ١٧٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٢٥/١٦٢ : التأمينات التي كانت على الدين الأصلي تكون تأميناً لمن دفعه في الأحوال الآتية فقط : أولاً... ثانياً - إذا كان الدافع ملزماً بالدين مع المدين أو بوفائه عنه . ثالثاً - إذا كان الدافع دائئاً ووفى لدائن آخر مقدم عليه بحق الامتياز أو الرهن العقاري ، أو أدى ثمن عقار اشتراه للدائنين المرتبهين لذلك العقار . رابعاً - إذا كان القانون مصرحاً بحلول من دفع الدين محل الدائن الأصلي .

ويقابل في التقنيات 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 (١).

ويخلص من هذا النص أن هناك حالات معينة للحلول القانوني نص عليها القانون (٢)،
ولا يمكن أن يكون هناك حلول قانوني دون نص . ونستعرض هذه الحالات .

= (ومن هذا يتبين 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 وفي قد انقضى ،
فيرجع الموفي بدين جديد تنتقل إليه تأمينات الدين القديم . أما في التقنين الجديد ، فواضح أن الرجوع
يكون بنفس الدين وتأميناته ودفعه ، كما سنرى).

(١) التقنيات 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 مسقطاً للمدين إسقاطاً مطلقاً نهائياً بالنظر
إلى جميع أصحاب الشأن . ويجوز أن يكون الإيفاء مقتصرًا 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 نهائي ،
فيحل محل الدائن الذي استوفى حقه لئلا يمكن من الرجوع على المديون الأصلي أو على الشركاء في
الموجب .

م ٣١١ : إن الاستبدال يكون إما بمقتضى القانون وإما بمشيئة الدائن أو المديون .

م ٣١٢ : يكون الاستبدال قانونياً في الأحوال الآتية : أولاً - لمصلحة الدائن العادي والمرتهن 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 إنعام 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 أُجبر على الإيفاء أو كان الإيفاء من مصلحة
ثالثاً - لمصلحة الوارث الذي أوفى من ماله ديون التركة .

(وأحوال الحلول القانوني في التقنين اللبناني مماثلة لأحواله في التقنين المصري ، فيما عدا حالة الوارث).

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص المادة ٣٢٦ مدني ما يأتي : استلهم
المشروع هذا النص من المادة ٢٢٥/١٦٢ من التقنين الحالي (السابق) مع تعديل صياغتها لتتناسب
استلهم فيه على وجه الخصوص عبارة المادة ١٨٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي . بيد أنه سلك في
مذهب هذا التقنين في التفرقة بين الحلول القانوني وهو ما يقع بحكم القانون والحلول الاتفاقي وهو
يقع برضاء الدائن . وقد نقلت أحوال الحلول القانوني جميعاً عن التقنين القائم ، وهو ما يقع
الدائن . وقد نقلت أحوال الحلول القانوني جميعاً عن التقنين القائم ، وهو يورد منها ما جرت

٣٧٧ - الموفي ملتزم بالدين مع المدين أو ملتزم عنه : وهذه الحالة هي أعم حالات
الحلول القانوني ، إذ الحالات الأخرى ليست إلا ذات نطاق محدود ، بل أن الحالة الثالثة
منها - حالة ما إذا كان الموفي حائزاً للعقار المرهون - ليست إلا تطبيقاً خاصاً من تطبيقات
الحالة الأولى كما سنرى . ثم أن علة الحلول القانوني هنا واضحة ، فالموفي ملتزم بالدين مع
المدين أو عنه ، فله مصلحة كبرى في ادائه ، بل هو يجبر على هذا الأداء ، ومن ثم حق له
في رجوعه على المدين أن يرجع عليه بدعوى الدائن بعد أن يحل محله .

ويكون الموفي ملتزماً بالدين مع المدين إذا كان مديناً متضامناً (١) ، أو مديناً مع المدين في
دين غير قابل للانقسام ، أو كفيلاً متضامناً مع كفلاء آخرين في علاقته بهؤلاء الكفلاء .

ويكون الموفي ملتزماً بالدين عن المدين إذا كان كفيلاً شخصياً ، أو كفيلاً عينياً ، أو
حائزاً للعقار المرهون (٢) .

فأى من هؤلاء وفي الدين رجوع على المدين بدعوى الدائن بعد أن يحل محله بحكم
القانون .

فاذا 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 المتضامنين الدين كله للدائن ، رجوع على كل كفيل

= التقنيات على إيراد (أنظر المادة ١٢٥١ من التقنين الفرنسي والمادة ١٨٣ من المشروع الفرنسي
الإيطالي والمادة ٣١٢ من التقنين اللبناني ، ومطابق لمحتى النص المادة ١٢١٠ من التقنين الأسباني والمادة
٧٧٩ من التقنين البرتغالي والمادة ١١٠ من تقنين الالتزامات السويسري والمادة ٩٨٥ من التقنين
البرازيلي ، وتتكلم المادة ٢٦٨ من التقنين الألماني عن انتقال الحق أو تحويله لا عن الحلول) . ويراعى
أن الموفي ، 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
الدائن الذي استوفى حقه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٨) .

(١) حتى لو كان المدين الذي تضامن معه يرى من التضامن ومع ذلك رجوع الدائن على المدين المتضامن
بكل الدين (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٨ - وإذا دفع
وارث ديناً على التركة ، حل محل الدائن في الرجوع على بقية الورثة (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة
١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٧) .

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 ما دفعه ، لأن المدين يجب أن يتحمل الدين كله ^(١) . وكذلك إذا انتقلت ملكية عقار مرهون إلى شخص ، بالبيع أو الهبة أو المقايضة أو أي سبب آخر لانتقال الملكية ، فإنه يصبح ملزماً بالدين عن المدين . فإذا وفي الدين حل محل الدائن قانوناً ، ورجع بدعوى الحلول على المدين بكل ما دفعه . وقد أفرد القانون هذه الحالة بالذكر كحالة خاصة من حالات الحلول القانوني ، وستكون محلاً للبحث فيما يلي .

كذلك يمكن القول أن المتبوع مسئول عن التابع ، فإذا كان التابع مؤمناً على مسئوليته مثلاً ، ورجع المصاب على المتبوع فوفى هذا دين التابع ، فإنه يحل محل الدائن - المصاب - في التأمين ، ويرجع بدعوى الحلول هذه على شركة التأمين ^(٢) .

(١) وقد جاء في الموجز للمؤلف : «الكفيل ، سواء كان كفيلاً شخصياً أو عينياً ، وسواء كان الكفيل الشخصي متضامناً مع المدين أو غير متضامن ، يحل محل الدائن إذا وفي له الدين ، فإذا كان الكفيل كفيلاً شخصياً متضامناً مع المدين ، ودفع الدين عنه ، فإنه يرجع عليه بكل ما دفعه ، ويحل في هذا الرجوع محل الدائن في كل ماله من تأمينات . وكذلك الأمر لو كان الكفيل الشخصي غير متضامن مع المدين . غير أنه يلاحظ في الحالتين أن الكفيل إذا حل محل الدائن في الرجوع على كفلاء آخرين ، فإنه لا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته من الدين بمقتضى حق التقسيم . وإذا كان الكفيل كفيلاً عينياً ، ودفع الدين عن المدين ، فإنه يرجع على المدين بكل ما دفعه ، ويحل محل الدائن فيما له من تأمينات . فإذا كانت هذه التأمينات كفيلاً شخصياً ، رجع الكفيل العيني على الكفيل الشخصي بقدر حصة هذا الأخير ، ويقسم الدين بينهما على أساس أن الكفيل الشخصي قد كفل الدين وأن الكفيل العيني قد كفل الدين بقدر قيمة العين التي قدمها رهناً ، فيكون تقسيم الدين بينهما بهذه النسبة . فلو كان الدين ثلاثمائة ، وضمن الكفيل الشخصي كل الدين ، وقدم الكفيل عينياً قيمتها مائة ، فإن الدين يقسم بين الكفيلين بنسبة ثلاثمائة (قدر ما ضمنه الكفيل الشخصي) إلى مائة (قدر ما ضمنه الكفيل العيني) ، فتكون حصة الكفيل الشخصي مائتين وخمسة وعشرين وتكون حصة الكفيل العيني خمسة وسبعين . وإذا كانت التأمينات كفيلاً عينياً آخر ، قسم الدين بينهما بنسبة قيمة ما قدمه كل منهما ضمناً للدين» (الموجز فقر ٥٥٦) .

(٢) وقد كشف العمل عن أمثلة أخرى يكون فيها الموفى ملزماً بالدين فيحل محل الدائن ، ويرجع بدعوى الحلول على المدين . من ذلك شركة التأمين عن الإصابات ، فهي مسئولة عن تعويض المصاب ، فإذا وفتته التعويض حلت محله في الرجوع على المسئول عن الإصابة . ومن ذلك الوكيل بالعمولة ، إذا وفي من ماله ثمن البضاعة التي اشتراها لعميله ، حل محل البائع الذي وفاه حقه في الرجوع بالثمن على هذا العميل . ومن ذلك من يقوم بتخليص البضائع من «الجمرك» ، إذا دفع الرسوم المستحقة على محل مصلحة الجمارك في الرجوع بهذه الرسوم على صاحب البضاعة (انظر في ذلك بلايول الجمارك وردوان ٧ فقرة ١٢٢٨ ص ٦٣٤) .

٣٧٨ - الموفى دائماً وفي دائماً مقدماً عليه : ويحل الموفى محل الدائن ، فيرجع على الدمين بدعوى الحلول ، «إذا كان الموفى دائماً ووفى دائماً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عيني ، ولو لم يكن للموفى أي تأمين» .

ويفرض القانون أن هناك دائنتين لمدين واحد ، أحدهما متقدم على الآخر بموجب تأمين عيني ^(١) ، أي أن المدين قد رهن عقاراً مملوكاً له لأحد الدائنتين ثم رهنه للآخر ، فصار

= أما إذا كان الموفى غير ملزم بالدين ووفاه ، لم يكن من حقه الرجوع بدعوى الحلول . فالولي أو الوصي أو القيم ، إذا وفي دين الصغير أو المحجوز ، لم يحل محل الدائن في الرجوع عليه ، ومن تعهد عن الغير وأقر الغير تعهده ، إذا وفي قيمة هذا التعهد للدائن ، لم يحل محله في الرجوع على الغير ، لأن التعهد بعد إقرار الغير لم يعد ملزماً بالتعهد (انظر في هذا المعنى بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٦٠ إلى فقرة ١٥٦٠ مكرر ثانياً) .

هذا وإذا دفع أحد المدينين المتضامنين الدين كله ، كان له أن يوجه دعوى الحلول إلى المدينين المتضامنين الآخرين وإى الدائنتين المرتهنين المتأخرين في المرتبة عن الدائن الذي وفي حقه (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤١٩) .

(١) وليس من الضروري أن يكون للدائنتين مدين واحد ، بل يكفي أن يكون كل من الدائنتين 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 يكفي أن يكون صاحب العقار كفيلاً عينياً لكل من الدائنتين (بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة) .

هذا وإذا كانت العين قد بيعت لشخصين ، ودفع أحدهما حصته من الثمن ، وبقي امتياز البائع ضامناً للباقي من الثمن وهو حصة المشتري الآخر ، ثم بيعت العين في المزاد للوفاء بهذه الحصة ، فما استوفاه البائع من ثمن العين مما يقع في نصيب المشتري الأول يحل فيه هذا المشتري محل البائع في حق امتياز ، لأنه يكون في حكم الدائن الذي وفي دائماً مقدماً عليه (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٠٤) .

أما إذا كان العقار مرهوناً لدائنتين أحدهما مقدم على الآخر ، ثم رسا مزاده عند التنفيذ على المرتهن الثاني ، فما استوفاه المرتهن الأول من ثمن العقار المترتب في ذمة المرتهن الثاني لا يعتبر مدفوعاً من المرتهن الثاني حتى يحصل محل المرتهن الأول فيه ، لأن المرتهن الثاني إنما وفي المرتهن الأول ديناً ترتب في ذمته وهو الثمن الذي رسا به المزاد عليه (استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٨) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المجتمعة في هذا المعنى أيضاً بأنه إذا كان لدائن رهناً على عقارين ، فنفذ على أحد هذين العقارين واستوفى حقه من ثمنه ، فأضر ذلك يدائن مرتهن متأخر لنفس العقار ، فإن الدائن المتأخر لا يحل محل الدائن المتقدم في الرهن الذي لهذا الدائن على العقار الآخر لأنه لم يوفه حقه من ماله (٢٨ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٨١) .

ولكن إذا كان هناك دائنان مرتهنان أحدهما مقدم على الآخر ، وكان الدائن المتقدم له رهن على عقار آخر ، ووفى الدائن المتأخر الدائن المتقدم حقه ، فإنه يحل محله في 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) .

الأول متقدماً على الثاني . بل يجوز أن يكون الدائن الثاني لم يرتهن العقار وظل دائماً شخصياً ، فإن الدائن الأول متقدم عليه بما له من حق الرهن . بل يجوز أيضاً أن يكون التأمين الذي يتقدم به الدائن الأول على الدائن الثاني ليس حق رهن رسمي ، بل حق رهن حيازة ، أو حق امتياز ، أو حق اختصاص ، فكل هذه تأمينات عينية تجعله متقدماً على الدائن الثاني .

ففي جميع هذه الأحوال قد يكون للدائن المتأخر مصلحة محققة في الوفاء بدين الدائن المتقدم والحلول محله في هذا الدين ، وتحقق هذه المصلحة في فرضين .

(أولاً) قد يرى الدائن المتقدم أن ينفذ على العقار المرهون ، ويكون الوقت غير مناسب للتنفيذ ، فيتوقع الدائن المتأخر أن يباع العقار في المزايا العلني بأبخس الأثمان . وقد لا يعني الدائن المتقدم ذلك ، إذ يكون متأكداً من أنه سيستوفي حقه مهما بلغ ثمن العقار المرهون ، وإنما تعود الخسارة على الدائن المتأخر فهو الذي سوف لا يدرك من ثمن العقار ما يكفي للوفاء بحقه . فيكون من مصلحة الدائن المتأخر أن يوفى الدائن المتقدم حقه ، فيحل محله في رهنه ، ويمنع بهذا الحلول التنفيذ في وقت غير مناسب تحيناً لفرصة يبيع فيها العقار المرهون بثمن يكفي لوفاء الدين المتقدم والدين المتأخر جميعاً .

(ثانياً) قد يرى الدائن المتأخر أن العقار المرهون لا يكفي لوفاء الدينين المتقدم والمتأخر معاً ، مهما بلغ ثمن هذا العقار وفي أي وقت يبيع ، ولكن يكون للدائن المتقدم تأمين على عقار آخر مملوك للمدين أو لكفيل عيني . فيوفى حق الدائن المتقدم حتى يحل محله في رهنه المتقدم وفي تأمينه الآخر ، ويستطيع بذلك أن يستوفي الدينين معاً من العقار المرهون ومن هذا التأمين الآخر .

من أجل ذلك أجاز القانون للدائن المتأخر أن يحل محل الدائن المتقدم إذا وفي له دينه^(١) ، فيحقق لنفسه مصلحة مشروعة ، وذلك دون أن يضار الدائن المتقدم إذ هو يستوفي حق 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 .

(١) ويصح أن يوفيه جزءاً من دينه إذا قبل الموفى له هذا الوفاء الجزئي ، فيحل محله في هذا الجزء (انظر في مناقشة هذه المسألة بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة ثانياً) .

ولكن لا يجوز أن يترتب للدائن المتأخر حتى ينزع الدائن المتقدم ملكية العين المرهونة ، ويتقدم في التوزيع في مرتبة أعلى ، وعند ذلك يأتي 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 - ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٩٤ - ٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٢) .

ويشترط فيما قدمناه شرطان : أن يكون الموفى دائماً لنفس المدين ، وأن يكون الموفى له دائماً متقدماً بما له من تأمين عيني .

فيجب أولاً أن يكون الموفى دائماً لنفس المدين . فلا يجوز لأجنبي غير دائن للمدين أن يوفى حقاً لدائن له تأمين عيني ليحل محله حلولاً قانونياً في هذا التأمين^(١) . والذي يجوز هنا هو الحلول الاتفاقي لا الحلول القانوني ، فيتفق الأجنبي مع الدائن أو مع المدين على الحلول بالطرق التي قررها القانون على النحو الذي سنبينه في الحلول الاتفاقي . فإذا كان الموفى دائماً للمدين ، فقد توافر الشرط المطلوب ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون للموفى هو أيضاً تأمين عيني متأخر أو أن يكون دائماً شخصياً ليس له أي تأمين^(٢) ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

ويجب ثانياً أن يكون الموفى له دائماً متقدماً على الموفى بما له من تأمين عيني . فلو كان الموفى له دائماً متأخراً عن الموفى في تأمينه العيني أوليس له تأمين عيني أصلاً ، فلا محل هنا للحلول القانوني ، لأن مصلحة الموفى في هذا الحلول ، وهو متقدم على الموفى 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 أضر بنفسه 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 القانون أن يرتب عليها حلولاً قانونياً .

هذا إلى أنه من اليسير على الدائن المتقدم في مثل هذا الفرض أن يوفى الدائن المتأخر حقه بعد أن يحصل منه على حلول اتفاقي ، بل دون اتفاق على حلول أصلاً ، فإن الوفاء بحق الدائن المتأخر يعده عن التوزيع فيتيسر للدائن المتقدم أن يمضي فيه أو أن يجري التسوية الودية التي ينشدها كما لو كان هناك حلول^(٣) .

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٤٢ مكررة ثالثاً - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠ ص ٦٣٧ - ص ٦٣٨ .

(٢) ديرانتون ١٢ فقرة ١٤٩ وقرة ١٥٣ - لا رومبير ٤ م ١٢٥١ فقرة ٥ - ديمولوب ٢٧ فقرة ٤٥٨ - فقرة ٤٥٩ - لوران ١٨ فقرة ٦٩ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٤٢ مكررة أولاً - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠ .

(٣) قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٤٤ - وإذا كان للدائن المتأخر رهن على عين أخرى بالإضافة إلى رهنه المتأخر على العين الأولى ، فإن الدائن المتقدم - باعتباره دائماً عادياً بالنسبة إلى العين الأخرى - يعتبر دائماً متأخراً ، فله أن يوفى حق الدائن على هذه العين الأخرى ويحل محله في الرهن إذا كانت له مصلحة في ذلك (انظر في هذا المعنى الأستاذ عبدالحى حجازي ٣ ص ٤٨ - وقارب : استئناف =

ولا بد ، كما قدمنا ، أن يكون الموفى له متقدماً على الموفى بما له من تأمين عيني . فإذا لم يكن للموفى له تأمين عيني ، ولو كانت له ميزة أخرى تضاهي التأمين العيني كدعوى فسخ أو حق في الحبس ، فإن نص التشريع أضيق من أن يتسع لهذا الفرض ، فلا يكون هناك حلول قانوني . فلو أن الموفى له بائع لم يقيد حق امتيازها واكتفى بدعوى الفسخ ، فلا يحق لدائن آخر وفاء الثمن أن يحل محله في دعوى الفسخ . ولو أن الموفى له دائن ليس له تأمين عيني بل له حق في حبس عين للمدين ، لم يجوز للدائن آخر وفاء حقه أن يحل محله فيحبس العين (١) .

= مختلط ٢٥ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٨ .

وهذا وقد يكون للدائن الموفى له حقان ، أحدهما متقدم على حق الدائن الموفى والآخر متأخر ، ويذهب القضاء الفرنسي في 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 ، وبمقتضى حقه المتأخر ، جائراً له أن يوفى حقه ليحل محله هو الآخر ، وفي هذا دور يريد القضاء تجنيه (محكمة النقض الفرنسية ٢ أغسطس سنة ١٨٧٠ سيريه ٧١ - ١ - ٢٥ - وانظر أيضاً : ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٧٨ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة خامساً وما بعدها - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠ ص ٦٣٧ هامش رقم ٥) . وتطبيقاً لهذا المبدأ ، إذا كان لدائن رهان في المرتبة الأولى على عقارين ، وكان له إلي جانب ذلك دين آخر مضمون برهن متأخر على العقار الثاني ، لم يجوز للدائن متأخر مرتبة للعقار الأول أن يوفيه الدين المضمون بالرهين ليحل محله فيهما ، وذلك لأن الدائن المتقدم هو في الوقت ذاته دائن متأخر بالنسبة إلى العقار الثاني ، فيحق له أن يوفى بدوره الدائن الآخر حقه ليحل محله ، ومن هنا يأتي الدور (انظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة ثامناً) .

(١) ولو أراد الموفى له أن يحل محل الموفى له ، وجب عليه أن يحصل على حلول اتفاقى بالتراضي ، لأن الحلول القانوني ممتنع كما قدمنا (انظر في تأييد هذا الحكم بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٤٥ - فقرة ١٥٤٦ ، وفي انتقاده بلانيول وريبير ، ردوان ٧ فقرة ١٢٣٩ 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 بما له من تأمين عيني . فلو فرض أن عقاراً رهن لدائنين 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 إليها متى استقامت الأحوال . وقد يتيسر له أحياناً أن ينتفع من تأمينات أخرى خصصت لضمان الدين الذي قام بأدائه . وقد يكون من مصلحة أحد الدائنين العاديين أن يقوم بالوفاء بدين الدائنين المرتهنيين حتى يقيد من مزاي الحلول . ويراعى أن الدائن المتقدم في المرتبة لا يحل حلولاً قانونياً إذا وفى دائناً متأخراً عنه حتى يتيسر له وقف إجراءات التنفيذ لعدم ملاءمة الظروف ، فالحلول لا يتم في هذه الحالة إلا بالتراضي ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٨ - ص ١٧٩) .

٣٧٩ -

الموفى المشتري عقاراً ودفع ثمنه لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم .

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 (détenteur) ، فيكون مسؤولاً 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 تتبين ، فيما نحن بصدد ، كيف تتحقق لتسوفى 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 الحل محل الدائن المرتهن . ولكنه مع ذلك قد تكون له مصلحة في أن يوفى الدائن المرتهن حقه (٢) فيحل محله ويصبح مرتهنناً لملك نفسه ، في الفرضين الآتيين :

أولاً - قد يتوقى بذلك إجراءات التظهير 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 الحل 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

(١) استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ٩١٧ 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 ما دفعه للدائن المرتهن بتفويض من المشتري ، فيحل المشتري في هذه الحالة محل الدائن المرتهن ، لأن يكون هو - عن طريق وكيله البائع - الذي وفى الدائن المرتهن حقه (انظر في هذه المسألة بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٥٢) .

وإذا وفى المشتري للدائن المرتهن حقه ، حل محله دون حاجة إلى رضائه أو إلى رضاء المدين (استئناف مختلط ١٣ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٣١) .

الصادر له معرضاً للإبطال أو الفسخ ، فحلولة محل الدائن المرتهن يحقق له تأميناً عينياً عند رجوعه بالثمن في حالة أبطال البيع أو فسخه (١).

وغنى عن البيان أن المشتري ، إذا وفى الدائن المرتهن حقه وحل محله بمقتضى القانون ، فإنه يحل محله في جميع ماله من التأمينات (١) . فإذا كان لهذا الدائن المرتهن تأمين عينى آخر ، حل المشتري محله فيه ، وقد تتحقق مصلحة له في ذلك فيما إذا كان العقار الذى اشتراه لم يعد يفي بالثمن الذى دفعه ، فيكمل التأمين الآخر ضمناً (٢) .

ويستوى ، في وفاء المشتري لحق الدائن المرتهن والحلول محله ، أن يفعل المشتري ذلك اختياراً من تلقاء نفسه أو أن يفعله وهو ملزم به ، بأن يكون للبائع قد أكرمه 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 ليتوقى هذه الإجراءات (٣) . ويستوى كذلك أن يكون المشتري قد اشترى العقار ممارسة أو اشتراه في مزاد جبرى (٤) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٠ مكررة أولاً - ويورد بودرى 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 الذى دفعه للدائن المرتهن وحل به محله ، إذ أن المالك الحقيقي عندما يسترد العقار يسترد مرهوناً للمشتري بمقدار هذا الثمن (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٠) . وقد يتعرض على ذلك بأن المشتري من غير مالك لا يصبح مالكا للعقار المرهون ، فلا يكون مسؤولاً عن الدين ، وإذا دفعه للدائن المرتهن لم يحل محله حلاً قانونياً . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري من غير مالك ، إذا دفع الدين للدائن المرتهن ، حل محله في الرهن (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٥) .

(٢) استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٠ - ١٤ إبريل سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٢٢٧ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٩ ص ٦٣٦ - 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 الشبوع بمقدار ما وفى عنهم من الدين (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٦٣ - أنظر أيضاً: استئناف مختلط ١٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٦٥) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٢ مكررة أولاً - فقرة ١٥٥٢ مكررة ثانياً .

(٤) حائز العقار المرهون ملزم بالدين عن المدين ، وينبئ على وفائه بالدين المضمون أو بجزء منه للدائن المرتهن ، حلولة محل هذا الدائن في كافة حقوقه بمقدار ما أداء ، ويشمل الحلول الرهن الوارد على عقار الحائز ذاته ، ويترتب على الحلول ، انتقال حق الدائن إلى الموفى فيكون له أن يرجع على المدين بهذا الحق بمقدار ما أوفاه .

(جلسة ١٩٧١/٣/٢٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ ص ٣٨٤)

(٤) استئناف مختلط ٣٠ مار سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥٦ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٩ مكررة أولاً =

٣٨٠ - وجود نص خاص يقرر للموفى حق الحلول : وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : «وثمة أحوال أخرى يخول القانون الموفى فيها حق الحلول بنص خاص ، فمن ذلك مثلاً حلول موفى الكمبيالة بطريق التوسط محل الحامل في حقوقه» (١) .

ووفاء الكمبيالة بطريق التوسط الذى أشارت إليه المذكرة الإيضاحية كان منصوباً عليه في المادتين ١٥٧ ، ١٥٨ من قانون التجارة السابق الذى حل محله قانون التجارة الجديد الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، والذى استبدل عبارة (من أوفى كمبيالة بطريق التدخل) بعبارة (من دفع قيمة كمبيالة بطريق التوسط) ونص في الفقرة الثانية من المادة ٤٥٠ على أنه «ويجوز قبول الكمبيالة أو وفاءها من شخص يتدخل لمصلحة أى مدين بها يكون مستهدفاً للرجوع عليه» كما نص في الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ منه على أنه «يكتسب من أوفى كمبيالة بطريق التدخل جميع الحقوق الناشئة عنها قبل من حصل الوفاء لمصلحته وقبل الملتزمين تجاه هذا الشخص بموجب الكمبيالة . ومع ذلك لا يجوز للموفى بالتدخل تظهر الكمبيالة من جديد» . ويبين من هذين النصين أن وفاء الكمبيالة بطريق التدخل يحل به الموفى حلاً قانونياً محل حامل الكمبيالة مثل من حصل الوفاء لمصلحته وقبل الملتزمين تجاه هذا الشخص بموجب الكمبيالة . فهذه حالة من حالات الحلول القانوني ورد فيها نص خاص في قانون التجارة الجديد (٢) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذه الحالة الثالثة من حالات الحلول القانوني ما يأتي : «أما الحالة الثالثة فتتعلق حيث يكون الموفى قد اشترى عقاراً وأدى ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم ، كما هو الشأن في الحائز . فقد يتاح للموفى في هذه الحالة أن ينتفع من تأمينات أخرى خصصت لضمان الدين الذى أداء . وقد تكون له مصلحة في أداء ثمن العقار للدائنين المرتهنين المتقدمين في المرتبة دون أن يقوم بتظهيره ، متى وثق من أن الثمن الذى يرسو به مزاده لا يكفي الوفاء يديون من وفاهم وحل محلهم فيما لو باشر إجراءات التنفيذ غيرهم من الدائنين المتأخرين في المرتبة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٩) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٩ .

(٢) ويلاحظ أن المتوسط ، في الحالة التى نحن بصددنا ، عندما دفع قيمة الكمبيالة لم يكن مسؤولاً عن هذا الدين ، وإنما جعل له القانون الحلول محل الدائن توثيقاً للإشتمان ، وتوسيعاً لسبل الوفاء بسندات الائتمان التجارية ، فيتمسك الوفاء بهذه السندات من طرق مختلفة . هذا إلى أن المتوسط الذى دفع الكمبيالة عن الساحب أو عن المحيل يغلب أن يكون صديقاً ينتظر منه أمهال من دفع عنه ، ومما يفرضه بهذا الإمهال أن يحل قانوناً محل الدائن (انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٦) .

٢ - الحلول الاتفاقي

(Subrogation conventionnelle)

أ - الحلول باتفاق الموفى مع الدائن

٣٨١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

«للدائن الذي 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 في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٥/١٦٢ (٢)

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٢٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١٤ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ١/٣٨٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣١٣ (٣).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «للدائن الذي 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» . وفي لجنة المراجعة حذف الحكم الخاص بجعل الاتفاق في ورقة رسمية لعدم ضرورة ذلك ، وأصبحت المادة رقمها ٣٢٩ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٠ - ص ١٨١).

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٢٥/١٦٢ : التأمينات التي كانت على الدين الأصلي تكون تأميناً لمن دفعه في الأحوال الآتية فقط : أولاً - إذا قبل الدائن عند الأداء له انتقال التأمينات لمن دفع الدين إليه (والحكم واحد في التقنينين السابق الجديد ، إلا فيما يتعلق بالتصوير الفني للحلول فقد قدمنا أنه يبدو من عبارات التقنين السابق أن هذا التقنين يعتبر الدين الذي وفي قد انقضى فيرجع الموفى بدين جديد تنتقل إليه تأمينات الدين القديم ، أما في التقنين الجديد فالرجوع يكون بنفس الدين وتأميناته ودفعه : انظر آنفاً فقرة ٣٧٦ في الهامش).

(٣) 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 والعقد اللبناني م ٣١٣ : إن الدائن الذي قبل الإيفاء من شخص ثالث يمكنه أن =

وهناك مثل آخر للحلول القانوني الذي ورد فيه نص خاص ، فقد نصت المادة ٧٧١ مدني على ما يأتي : «يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من سبب بفعله في الضرر الذي نجمت عنه مسئولية المؤمن ، ما لم 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 يقضي بأن شركة التأمين إذا أمنت مكاناً من الحريق ، ثم احترق المكان المؤمن بخطأ شخص معين ، فإن الشركة تدفع مبلغ التأمين للمؤمن له ، وتحل محله قانوناً في حقه ضد المسئول عن هذا الحريق^(١) ، وذلك ما لم يكن هذا المسئول متصللاً اتصالاً وثيقاً بالمؤمن له ، بأن كان قريبه أو صهراً وكان مقيماً 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 القانوني هنا 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 عن دعواه قبل هذا المسئول ، فالحلول هنا أقرب إلى أن يكون نزولاً عن هذه الدعاوى إلى شركة التأمين بموجب نص خاص في القانون (انظر في المعنى الأستاذ عبدالحى حجازي ٣ ص ٥١) . ويخلص من ذلك أن حلول شركة التأمين محل المؤمن له مقصور على الحالة التي نحن بصدددها ، لورود النص في شأنها . وقد ورد نص آخر في القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٣ بشأن اصابات العمل والذي حل محله القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بإصدار قانون التأمين الاجتماعي ، فقد كانت المادة ٧ والمادة ٩ من القانون المذكور تقضيان بأنه إذا كانت اصابة العمل ترتب مسئولية شخص آخر غير صاحب العمل ، وكان صاحب العمل مؤمناً على حوادث العمل ، فإن شركة التأمين التي دفعت قيمة التعويض تحل محل صاحب العمل في حقوقه قبل الشخص المسئول . وفيما عدا هذه الحالات التي وردت فيها نصوص خاصة ، لا يوجد نص عام يقضي ، في التأمين على الحوادث ، بحلول شركة التأمين محل المصاب في الرجوع على المسئول ، وكثيراً ما تعتمد شركات التأمين على الاحتفاظ بحقها 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 علي عرفه في التأمين طبعة ثانية ص ١٨٤ - ص ١٩٢ - وقارن بلانيول وريبير وردوان فقرة ١٢٣٣ ص ٦٤٢ - ص ٦٤٣).

ويخلص من هذا النص أن الحلول هنا يجب أن يكون باتفاق بين الموفى والدائن، ويجب ألا يتأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء. ولا يشترط في الاتفاق شكل خاص، ويخضع في إثباته للقواعد العامة^(١).

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، فسبيله إلى ذلك أن يتفق مع الدائن على هذا الحلول. ذلك أنه ما دام باب الحلول القانوني غير مفتوح للموفى، فليس أمامه إلا الحلول الاتفاقي، 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 حلولة أو حتى قبل هذا الميعاد إذا اتفق الموفى على ذلك. وليس المدين طرفاً في هذا الاتفاق، فمضاه 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، 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^(٢). 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^(٣).

ولا يشترط في الاتفاق شكل خاص، فأى تعبير عن الإرادة له معنى الحلول يكفي.

= يحل محله في حقوقه، ويجب حينئذ أن يحصل الاستبدال صراحة عند 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).

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٠ - ص ١٨١.

(٢) ويجوز لو كفل الدائن أن يحل الموفى محل الدائن، ولو كانت الوكالة عامة (بودرى وبارد ٢ فقرة 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 فقرة ١٥٢٧ - فقرة ١٥٢٧ مكررة).

(٣) لوران ١٨ فقرة ٣٢ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٩.

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشترط ورقة رسمية نظراً لما للحلول من خطر، ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا الشرط^(١).

٣٨٣ - عدم تأخر الاتفاق عن وقت الوفاء: ولا يجوز أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء^(٢). 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، ويشبان الاتفاقين معاً - الاتفاق على الوفاء والاتفاق على الحلول - في مخالصة واحدة^(٣). 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^(٤).

والذي لا يجوز هو أن يكون الوفاء بالدين أولاً، ثم يليه الاتفاق على الحلول^(٥). 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 بسيطاً، وانقضى الدين، فانقضى بانقضائه رهن في المرتبة الأولى كان يضمنه، وترتب على ذلك أن الرهن الذي كان في المرتبة الثانية أصبح في المرتبة الأولى. ثم يتواطأ المدين بعد ذلك مع الدائن الذي استوفى دينه،

(١) انظر آناً فقرة ٣٨١ في الهامش فيما يتعلق بتاريخ نص المادة ٣٢٧ مدني - والتقنين المدني الفرنسي وتقنين الموجبات والعقود اللبناني يشترط كل منهما أن يكون الاتفاق صريحاً (express)، ولكن ذلك لا يعنى اشتراط لفظ خاص. قارن في عهد التقنين المدني السابق استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٠٦.

(٢) استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٧ - ٢١ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٤.

(٣) 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، فوفى 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 اقترضه. والذي يمكن في هذه الحالة هو الحلول باتفاق مع المدين لا مع الدائن، إذا استوفيت الشروط الواجبة، وسيأتي بيانها (انظر في هذا المعنى لارومبيير ٤ م ١٢٥٠ فقرة ٧ - هيك ٨ فقرة ٥٧ - ديمولومب ٢٧ فقرة ٣٥٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٦ - انظر عكس ذلك: بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٢ ص ٦٢٨ - ص ٦٢٩).

(٤) قارن الأستاذ عبدالحى حجازى ٣ ص ٣٨.

(٥) ولكن إذا اتفق على الحلول قبل الوفاء بالدين أو معه، كان الحلول صحيحاً حتى لو أعطيت المخالصة المشبته للحلول بعد الوفاء بالدين، فالعبرة بتاريخ الاتفاق على الحلول لا بتاريخ إعطاء المخالصة (ديمولومب ٢٧ فقرة ٣٧٢ - هيك ٨ فقرة ٥٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٥ مكررة أولاً).

ب - الحلول باتفاق الموفى مع المدين

٣٨٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

«يجوز أيضاً للمدين ، إذا اقترض ما لا وفى به الدين ، أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ، ولو بغير رضاه 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 ٢٢٧/١٦٤ (٢)

= حجازى ٣ ص ٤١ .

هذا وقد يتمسك الغير ، ويدخل فيهم دائن مرتين فى المرتبة الثانية كان سيصبح فى المرتبة الأولى لو أن الوفاء كان بسيطاً دون حلول ، بأن الدين كان قد وفى قبل الاتفاق على الحلول ، فيكون الحلول باطلاً وفقاً لما قدمناه . فإذا ادعوا أن الذى وفى الدين هو نفسه المتمسك بالحلول وأنه وفى الدين أولاً ثم توطأ مع الدائن والمدين على الحلول ، جاز لهم إثبات أسبقية الوفاء على الحلول بجميع الطرق ، لأنهم ينسبون الغش 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)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص المادة ٤٦٣ من المشروع التمهيدي بطريق الخيرة على أحد الوجهين الآتين : (١) «يجوز أيضاً للمدين ، إذا اقترض ما لا سدد به الدين ، أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ، ولو بغير رضاه هذا الدين ، 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) «يجوز أيضاً للمدين ، ولو بغير رضاه الدائن الذى استوفى حقه ، أن يحل شخصاً آخر محل هذا الدائن ، على أن يكون الحلول بورقة رسمية ، وأن يكون التأشير به على هامش القيد الأصلي قد تم قبل أن يسجل تنبيه عقارى صدر من دائن آخر» . وقد أثرت لجنة المراجعة النص الأول ، وأقرته بعد حذف الحكم الخاص بجعل الحلول بورقة رسمية لعدم ضرورته ، وأصبح رقم المادة ٣٤٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس 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 مداينه من شخص آخر ما يكون منه وفاء المتعهد به ، وأن ينقل لذلك الشخص التأمينات التى كانت للدائن الأصلي - وأضافت المادة ٢٢٧ من التقنين المختلط ما يأتي : بشرط أن يكون الاقتراض والنقل ثابتين بسند رسمى . (والحكم واحد فى التقنين السابق والجديد ، فيما عدا وجوب الورقة الرسمية فى التقنين المختلط ، فقد جرى التقنين الجديد التقنين الأهلى السابق فى حذف هذا الشرط) .

ويجعله يصطنع اتفاقاً مع أجنبيين يذكر فيه أن هذا الأجنبي هو الذى وفى الدين وهو الذى حل محله فيه (١) . فيعود الرهن الذى كان فى المرتبة الأولى وكان قد انتضى ، ليحل الأجنبي محل الدائن فيه ، وذلك إضراراً بالرهن الذى يليه والذى أصبح فى المرتبة الأولى بعد انقضاء الرهن الأول (١) .

٣٨٤ - اثبات الاتفاق على الحلول : ويخضع إثبات الاتفاق على الحلول للقواعد العامة فى الإثبات . فإذا كانت القيمة التى وفى بها الدين تزيد على عشرة جنيهات لم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، وإلا جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن .

إلا أنه يلاحظ أن المخالصة بالدين المتضمنة الاتفاق على الحلول يجب أن تكون ثابتة التاريخ حتى تكون نافذة فى حق موف آخر حل محل الدائن ، أو فى حق محال له بالحق ، أو فى حق دائن للدائن حجز تحت يد المدين . فهؤلاء الأعيان يتنازعون الأسبقية مع الموفى للدين ، فإن كانوا هم السابقين فى الوفاء أو فى الحوالة أو فى الحجز كان الدين لهم ، وإلا فهو للموفى . ومن ثم يجب أن يكون السند الذى يتمسكون به هو أيضاً ثابت التاريخ ، فإذا كان تاريخ الوفاء الواقع من الموفى الثانى أو تاريخ نفاذ الحوالة فى 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 (٢) .

(١) تنص المادة ٣٢٧ من القانون المدني على أن «للدائن الذى استوفى حق 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» ومقاد ذلك أنه يشترط للحلول فى هذه الحالة وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدني أن يتفق الموفى والدائن على الحلول ، ولا ضرورة لرضاه المدين به ، وأن يتم الاتفاق على الحلول وقت الوفاء على الأكثر ، وقد قصد من هذا الشرط الأخير إلى درء التحايل فقد يتواطأ الدائن مع المدين بعد أن يكون هذا قد استوفى فيتفقان غشاً على حلول أحد الأعيان لتفويت حق دائن مرتين آخر ثان متأخر فى المرتبة فيما لو أقر النص صحة الاتفاق على الحلول بعد الوفاء .

(جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ٧٤٥) .

(جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ الطعن رقم ٥١٨ لسنة ٤٣ ق) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتي : «والثانى إتمام الاتفاق على الحلول وقت الوفاء على الأكثر ، وقد قصد هذا الشرط إلى درء التحايل ، فقد يتواطأ الدائن مع المدين بعد أن يكون هذا قد استوفى حقه ، فيتفقان غشاً على حلول أحد الأعيان لتفويت حق دائن مرتين ثان متأخر فى الرتبة ، فيما لو أقر النص صحة الاتفاق على الحلول بعد الوفاء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨١) .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٨ مكررة - بلانيول وريسير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٣ - الأستاذ عبدالحى =

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٢٧ -
وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢/٣٨٠ - وفي
تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣١٤ (١).

٣٨٦ - الحلول بالاتفاق مع المدين تبرره أغراض عملية : 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
المنفعة للمدين ، ولا ضرر فيه على الدائن ولا على الدائنين الآخرين . أما أن فيه كل المنفعة
للمدين ، فإن تمكن المدين من إحلال المقرض محل دائنه ولو بغير رضاه هذا الدائن يتيح أن
يجد في يسر من يقرضه المال اللازم للوفاء بدينه ، ما دام سيقدم للمقرض 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 قرض مكفول

(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 عدا أن
التقنين العراقي يشترط أن يكون الحلول بورقة سمية كما كان عليه الأمر في المشروع التمهيدي للتقنين
المصري الجديد) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٣١٤ : يكون الاستبدال صحيحاً عندما يقترض لمدين 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 الإيفاء تاريخ
صحيح (ثانياً) أن يصرح في سند الاقتراض بأن المال إنما اقترض بقصد الإيفاء ويصرح في سند الإيفاء
بأن الإيفاء إنما كان من المال المقرض . (ثالثاً) أن يصرح بأن المقرض حل محل الدائن الموفى دينه فيما
له من الحقوق - ولا يشترط رضاه الدائن لصحة هذا التعامل .

(والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري)

بضمانات قائمة . ولا ضرر في ذلك على الدائن ، فإنه استوفى حقه ، وما دام قد استوفاه
فغيم يضيره أن تنقل الضمانات إلى الدائن الجديد ! ولا ضرر في ذلك على الدائنين
الآخرين ، فإن هؤلاء لم تتغير أوضاعهم من مدينتهم ، 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 رضاه 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 اخلول بالاتفاق مع المدين : ويشترط في هذا الحلول شرطان :

(أولاً) أن يكون القرض بغرض الوفاء بالدين ، فيذكر في عقد القرض أن المال المقترض
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) .

(ثانياً) أن يذكر في المخالصة عند الوفاء أن المال الموفى به هو مال القرض . ولا يهم هنا
أيضاً ممن يصدر هذا البيان ، فقد يصدر من المدين وهو يفي دينه وهذا هو الغالب ، وقد يصدر
من الدائن وهو يستوفى حقه وهذا جائز ، وقد يصدر من الاثنین معاً ويقع هذا كثيراً (٤) .
وتفترض صحة البيان حتى يقام الدليل على صحته (٥) .

(١) لوران ١٨ فقرة ٣٨ - ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٩٣ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٣٠ - بلانيول وريبير
وردوان ٧ فقرة ١٢٢٤ - وأنظر كيف دخل الحلول بالاتفاق مع المدين في القانون الفرنسي القديم
عقب إزال سحر الفائدة في الإيرادات المرتبة من ١.٨٣ إلى ١.٦٤ ، مما جعل المدينين يقبلون على
الاقتراض بالسعر المنخفض وإحلال مقرضهم محل دائنتهم الأصليين ، إلى بودري وبارد ٢ فقرة
١٥٣١ .

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٣٣ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان وريبير 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 للقرض نفسه ،
ثم يتسلم المدين القرض بعد ذلك من الحساب الجاري لوفاء الدين . أنظر في ذلك بودري وبارد ٢ فقرة
١٥٣٣ .

(٤) بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٣٣ .

(٥) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٥ ص ٦٣١ .

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 المقرض . ولو تم الأمر على هذا النحو لكان هذا أكثر استجابة لأغراض القانون (١) ، 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 لابد ، عند تعاقب العمليتين ، من أن تكون كل عملية منهما ثابتة التاريخ ، حتى يستطاع إثبات أن عملية القرض سابقة على عملية الوفاء (٢) .

والسبب في ذلك هو توقي خطر التواطؤ ، كما رأينا في الحلول بالاتفاق مع الدائن . فقد يفى المدين بدينه وفاء بسيطاً ، فينقضى الرهن الذي يضمنه . ثم يخطر له إحياء هذا الرهن إضراراً بمرتهن آخر كان متأخراً في المرتبة وتقدم بعد زوال هذا الرهن الأول ، فيتواطأ مع أجنبي ومع الدائن ، ويصور الأجنبي مقرضاً أقرضه المبلغ الذي وفى به الدين وأحله بهذا الوفاء محل الدائن ، فيحيا الرهن الأول . فسد القانون طريق هذا التحايل ، بأن اشترط أن تسبق عملية القرض عملية الوفاء ، عن طريق التواريخ الثابتة ، فلا يستطاع التحايل بتقديم تاريخ القرض إذا كان متأخراً فعلاً عن تاريخ الوفاء .

على أن القوانين الجرمانية لا تلقى بالا إلى شيء من ذلك ، بل هي تجيز في صراحة أن يفى المدين دينه ويستبقى عند الوفاء ضمانات هذا الدين قائمة يستطيع أن يفيد منها ، فيعطيه المقرض يقرضه 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 في كل حال . وهذا ما يسمى في القوانين الجرمانية بالشهادات العقارية (cédulas hypothécaies) . وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً على طريق الخيرة في هذا المعنى ، ولكن لجنة المراجعة حذفته وآثرت البقاء على التقاليد

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٤ .

(٢) أما إذا اقترض المدين وسدد الدين من القرض ، دون أن يذكر في عقد القرض أن القرض خصص للوفاء 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) .

اللاتينية في الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع المدين ، فالشرط إذن أن يسبق القرض الوفاء أو يعاصره على الأكثر (١) .

وإذا سبق القرض الوفاء ، فلا يهم مقدار الوقت الذي يتخلل العمليتين ، فقد يقصر هذا الوقت أو يطول . ولكنه إذا طال إلى أمد أبعد من المألوف ، ألقى هذا البعد ظلاً من الشك في أن مال القرض لم يستعمل لوفاء الدين ، وكان هذا مدعاة للطعن في الحلول (٢) .

٣٨٨ - مالا يشترط في الحلول بالاتفاق مع المدين : ولا يشترط التقنين المدني الجديد غير الشرطين المتقدمين الذكر في الحلول بالاتفاق مع المدين . فلا يشترط إذن :

(أولاً) - أن يكون القرض أو المخالصة في ورقة رسمية . ويشترط التقنين المدني الفرنسي (م ١٢٥٠ بند ٢) أن يكون كل من القرض والمخالصة في ورقة رسمية . وكان التقنين المدني المختلط السابق يشترط أيضاً هذا الشرط في القرض ونقل التأمينات (٣) . والذي يشترط في التقنين المدني الجديد هو ثبوت تاريخ كل من القرض والمخالصة عند تعاقبهما ، وإلا لم يسر الحلول في حق مقرض آخر له حق الحلول ، أو في حق محال له ، أو في حق دائن حاجز ، أو في حق دائن مرتهن متأخر . ولكن يسرى ، بالرغم من عدم ثبوت التاريخ ، في حق

(١) انظر تاريخ المادة ٣٢٨ أنفاً فقرة ٣٨٥ في الهامش - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «وقد قصد إلى إفساد ضروب التحايل . فأوجب المشروع أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء بالدين ، وأن يذكر في المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه للدائن الجديد . وبراعى أن هذا القيد يحول بين المدين وبين الإفادة من تأمينات من يقوم بإبقاء حقه من الدائنين ، من طريق إحلال أحد الأعيان محله . وقد يصح التساؤل عما إذا كان في تقييد حق المدين على هذا النحو ما يفوت عليه فرصة الانتفاع من استغلال ما يولي له من الائتمان على أساس الرهن الأول ، مع أن احتفاظ الدائن المرتهن المتأخر بمرتبته هذه لا يجعل له فيما لو رفع التقييد وجهها للشكوى (قارن نظام صكوك الرهن العقاري أو تيسير الائتمان في العقارات الزراعية في التقنينات الجرمانية) . وقد رؤى إفساح المجال للاختيار فشفعت المادة ٤٦٣ بصيغة أخرى تنزل منزلة البديل من صيغتها الأولى . وقد نص في هذه الصيغة الأخرى على أن للمدين أن يحل من أقرضه محل الدائن على أن يكون الحلول بورقة رسمية ، دون اشتراط اتمام عقد القرض في وقت سابق على الوفاء أو معاصر له . وغاية ما هنالك إنه اشترط أن يكون التأشير بهذا الحلول على هامش القيد الأصلي قد تم قبل أن يسجل تنبيه عقارى صدر من دائن آخر ، لأن من حق هذا الدائن ألا يعتد بأى قيد تال لتسجيل ذلك التنبيه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٣) .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٤ مكررة - بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٥ ص ٦٣١ .

(٣) انظر أنفاً فقرة ٣٨٥ في الهامش .

وهذا هو الحكم بوجه عام (1)، غير أنه يرد على هذا الحكم قيود من شأنها أن تجعل الموفى يعامل معاملة أدنى من معاملة الدائن الأصلي من بعض الوجوه .
فنبحث إذن (أ) حلول الموفى محل الدائن . (ب) ما يرد على حلول الموفى محل الدائن من قيود .

أ - 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) .

(1) أ - متى كان الواقع هي أن بائع العقار قد نزل عن أسبقيته في الامتياز إلى دائن مرتين متأخر عنه في الدرجة بموجب عقد حلول مؤشربه في السجلات العقارية على هامش تسجيل عقد الرهن وكان الدائن المرتين اذ طلب تخصيصه بدينه في مرتبة الرهن قد طلب المرتبة التي تخولها آياه المستندات المقدمة منه وهي اعتباره حالاً محل البائع في امتيازهم وكان قاضي التوزيع أغفل شأن هذه المستندات المقدمة ، فاذا ناقض الدائن المرتين وطلب الدرجة التي يستحقها فلا يصح أن يعترض عليه - وفقاً لما يقرره قانون المرافعات المختلط - بأنه يطلب درجة لم يطلبها كلاً من قاضي التوزيع متى كانت هذه الدرجة ثابتة من المستندات التي سبق تقديمها في الميعاد قبل تحرير قائمة التوزيع المؤقتة .
(جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ال ٢٥ عام - ٦٩ - ٤٨٤) .

ب - الوفاء اتفاق بين الموفى والموفى له على قضاء الدين فهو بهذه المثابة تصرف قانوني يجري عليه من الأحكام ما يجري على سائر التصرفات القانونية فلا بد فيه من تراخي الطرفين على وفاء الالتزام ، ويشترط في هذا التراخي أن يكون خالياً من عيوب الإرادة فاذا داخل الوفاء عيب منها كان قابلاً للإبطال ، ولا يترتب على الوفاء الباطل حلول الموفى له في تأميناته لأن هذا الحل يترتب على الوفاء الصحيح .

(جلسة ١٩٦٥/٥/٢٠ الطعن ٣٧٩ لسنة ٣٠ ق من ١٦ ص ٧٠٢)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٥ - ص ١٨٧) .

المدين نفسه وخلفه العام ، وفي حق الدائن الذي استوفى حقه (١) .

(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 المقرض كاف لاستخلاص حلول المقرض محل الدائن عن طريق الاقتضاء .

(ثالثاً) أن يرضى الدائن بهذا الحل . فسواء رضى الدائن أو لم يرض ، فإن حلول المقرض محله في حقه يتم بمجرد الاتفاق على ذلك مع المدين كما سبق القول . ولما كانت عملية الحل هذه تقتضي تدخل الدائن ، فهو لا بد أن يقبل الوفاء وأن يذكر في المخالصة أن الوفاء تم بمال المقرض ، فإنه إذا أبى أن يفعل هذا أو ذاك ، كان لكل من المقرض والمدين الوسيلة القانونية لإجباره على ذلك ، عن طريق العرض الحقيقي والإيداع . فيتم بذلك ما كان الدائن يأباه ، فإن قبل الدائن العرض تم الحل ، وإن أباه أودع المال على ذمته وحكم بعد ذلك بصحة الإيداع على النحو الذي سنبينه ، فيتم الحل أيضاً على هذا النحو (٢) .

المطلب الثاني

أحكام الرجوع بدعوى الحل

٣٨٩ - مسألتان : أيا كان الحل ، حلولا قانونياً كان أو حلولا اتفاقياً ، فإنه متى تم كانت له نفس الآثار ، وكان له نفس التكييف القانوني . فعندنا إذن في الحل ، أيا كان مصدره ، مسألتان : (أولاً) الآثار التي تترتب على الحل (ثانياً) التكييف القانوني للحل .

١ - الآثار التي تترتب على الحل

٣٩٠ - حلول الموفى محل الدائن وما يرد على هذا الحل من القيود : الحل يجعل الموفى في مكان الدائن ، فيصبح له حق الدائن يباشره كما لو كان هو الدائن نفسه .

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٣٨ .

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٤٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٦ .

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 (١) .

ويخلص من هذا النص أن الموف يحل محل الدائن في حقه : (١) بما لهذا الحق من خصائص (٢) وما يلحقه من توابع (٣) وما يكفله من تأمينات (٤) وما يرد عليه من دفع .

٣٩٢ - يكون للموفى حق الدائن بما له من خصائص : يحل الموفى محل الدائن في نفسه حقه ، بما لهذا الحق من مقومات وخصائص (١) وتقول المذكرة الأيضاحية

(١) 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 الاتفاقي يجعل الدائن البديل يحل 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 ونسبته - 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 وكيلاً أو فضولياً .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري ، وسنرى ذلك عند الكلام في القيود التي ترد على الحلول وفي مقارنة الحلول بحالة الحق) .

(١) أ - لا يشترط في الاتفاق على الحلول شكل خاص ، ويخضع في إثباته للقواعد العامة ، والموفى يحل محل الدائن في حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات عينية أو شخصية وما يرد عليه من دفع ، وهو ما تقتضيه المادة ٣٢٩ من القانون المدني ويقع الحلول في التأمينات بحكم القانون دون حاجة لاتفاق الموفى مع الدائن على إحلاله محله في الرهن أو أي تأمين آخر .

(جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ الطعن ٣٨٨ لسنة ٤٣ ق السنة ٢٨ ص ٧٤٥) (١) .

ب - متى كانت محكمة الموضوع قد كيفت العقود التي أبرمت بين مورث الطاعنين (الناظر على الوقف) والدائنين الحاجزين بأنها وفاء لديونهم مما تحت يده للمطعون ضده وأخويه من غلة الوقف ، استناداً إلى ما استخلصته من ظروف الدعوى من أن المورث المذكور بصفته ناظراً على الوقف قد أوفى

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 الذي 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 أوشكت 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 الذي انتقل إلى الموفى ثابتاً في سند رسمي أو في حكم ، فيكون سنداً قابلاً للتنفيذ في يد الموفى كما كا في يد الدائن الأصلي .

بل إن الحق قد تقترن به خصائص أخرى تنتقل 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) .

= ديون الحاجزين مما في ذمته للمطعون ضده وأخويه من المال المحجوز عليه تحت يده فإن ذلك يسر قانوناً هذا التكييف ومن شأنه أن يؤدي إلى انتفاء صفة مورث الطاعنين كدائن محال إليه حالاً محل الحاجزين في حقهم في الرجوع على المطعون ضده بكامل الدين بوصفه مدينا متضامناً ، واذ كان التضامن لم يشرع إلا لمصلحة الدائن تأميناً له ضد اعسار أحد المدينين ، فإنه بذلك يمتنع على مورث الطاعنين التمسك بهذا التضامن قبل المطعون ضده .

(جلسة ١٩٦٦/٥/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ١٠٥٦)

ج - لا يشترط في الاتفاق على الحلول شكل خاص ، ويخضع في إثباته للقواعد العامة ، والموفى يحل محل الدائن في حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات عينية أو شخصية وما يرد عليه من دفع ، وهو ما تقتضيه المادة ٣٢٩ من القانون المدني ويقع الحلول في التأمينات بحكم القانون دون حاجة لاتفاق الموفى مع الدائن على إحلاله محله في الرهن أو أي تأمين آخر .

(الطعن ٣٨٨ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ ص ٢٨ ص ٧٤٥)

- (١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ .
- (٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من كفل سنداً إذنيماً ووفاه للدائن ، يجوز له بعد ذلك أن يحوله إلى الغير كما لو كان هو الدائن (٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٧) .
- (٣) بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٥ ص ٦٤٥ .

٣٩٣ - يكون للموفى حق الدائن بما يلحقه من توابع : فلو كان الحق الذي انتقل إلى الموفى ينتج فوائد بسعر معين ، فإن الحق ينتقل منتجاً لهذه الفوائد بهذا السعر ، ويكون للموفى الحق في تقاضى هذه الفوائد ما استحق منها وما سيستحق (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 في حقه ، بما له من تأمين عينى 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 ، فتنتقل العين المحبوسة من الدائن إلى الموفى ، ويكون له الحق فى حبسها حتى يستوفى الدين من المدين .

٣٩٤ - يكون للموفى حق الدائن بما يكفله من تأمينات : وينتقل إلى الموفى مع حق الدائن ما يكفل هذا الحق من تأمينات عينية وتأمينات شخصية (١) . مثل التأمينات العينية الرهن الرسمى والرهن الحيازى (٤) ، سواء كان الراهن هو المدين نفسه أو كان كفيلاً

(١) محكمة طنطا ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٢٥٧ ص ٣٣٧ - المذكرة الإيضاحية للمشرع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ .

(٢) بودرى وباد ٢ فقرة ١٥٦٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٥ ص ٦٤٥ - وإذا أحجب الموفى إلى طلبه من فسخ البيع وتسليم المبيع من المشتري ، انتقلت ملكية المبيع إلى الموفى انتقالاً مبتدأً يستحق 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 كأنها لم تنتقل منه ، لا أنها انتقلت إليه بأثر مبتدأ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٠) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٥ ص ٦٤٥ .

(٤) استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٤ .

(١) متى كان المدين المتضامن تدخل بحكم القانون محل الدائنين بمقدار ما عساه يكون قد دفعه زيادة عن نصيبه ويحق له الرجوع به على المدينين الآخرين فإنه وإن امتنع عليه التنفيذ بها على مالهم ما لم يرد محل نزاع إلا أنه لا يقبل طلب هؤلاء المدينين بشطب القيود والتسجيلات التى شملتها تسوية الدين قبل معرفة مقدار تلك الزيادة التى يحق للمدين المذكور الحلول بها محل الدائنين فى التمسيد والتسجيلات المذكورة .

(جلسة ١٩٥٦/١٢/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ١٦٨) .

عينياً . ومثل هذه التأمينات أيضاً حقوق الامتياز ، خاصة كانت أو عامة ، على عقار أو على منقول . ومثل التأمينات الشخصية أنه يكون للحق كفيل شخصى ، فيبقى هذا الكفيل ضامناً للحق بعد انتقاله إلى الموفى (١) ، ولا حاجة فى ذلك إلى رضاء الكفيل لأن المدين الذى يكفله لم يتغير ولا عبرة بتغير الدائن (٢) . ومثل التأمينات الشخصية أيضاً أن يكون للحق مدينون متضامنون متعددون ، أو له مدينون متعددون وهو غير قابل للانقسام ، فينتقل إلى الموفى على هذا الوصف . ومن ثم يجوز للموفى أن يرجع به ، لا على المدين الذى فى دينه فحسب ، بل أيضاً على سائر المدينين المتضامنين فى حالة التضامن أو سائر المدينين المتعديدين فى حالة عدم القابلية للانقسام (٣) (١) .

٣٩٥ - يكون للموفى حق الدائن بما يرد عليه من دفع : وكما تنتقل مع الحق مزاياه من خصائص وتوابع وتأمينات ، ينتقل أيضاً معه ما يرد عليه من دفع ، «كأسباب البطلان والانقضاء ، ما لم 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» (٤) .

(١) استئناف مختلط ٢٩ منابو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤١٥ .

(٢) انظر الأصل التاريخى - فى القانون الفرنسى القديم - فى رجوع الموفى على الكفيل : بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٧ مكررة أولاً .

(٣) والحلول فى التأمينات يقع بحكم القانون ، فلا يحتاج الموفى إلى اتفاق مع الدائن على إحلاله محله فى رهنه أو فى أى تأمين آخر أو فى أى طلب للدخول فى 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 أضراراً بحق الموفى الذى حل محله فى هذا للرهن (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٦٤) .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشرع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ .

(١) أ - للوارث الرجوع على باقى الورثة بما يخصهم من الدين الذى وفاء - عن الشركة - كل بقدر نصيبه بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية ، فإن كان رجوعه بدعوى الحلول فانه يحل محل الدائن فى نفس الدين الذى أداه بحيث يكون له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع عملاً بالمادة ٣٢٩ من القانون المدنى .

(جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ الطعن رقم ٥١٨ لسنة ٤٣ ق) .

(جلسة ١٩٦٨/١/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ١١٦) .

فإذا 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 بأي 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 ، لا تجاه الدائن الأصلي فحسب ، بل أيضاً تجاه الموفى الذي حل محله .

أما إذا كان الدائن الأصلي قاصراً ، فجاز للمدين أن يمتنع عن الوفاء له شخصياً لعدم صحة الوفاء في هذه الحالة ، فإنه 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 ، فإن هناك حالات لا يكتسب فيها الموفى جميع المزايا التي كانت للدائن :

(١) وأولى هذه الحالات أن الموفى إذا وفى الدين للدائن بمبلغ أقل من قيمته ، فإنه لا يرجع على المدين إلا بمقدار ما دفع للدائن ، أما الدائن فإنه كان يرجع على مدينه بكل الدين .

(٢) وإذا كان الموفى مديناً متضامناً ووفى الدائن فحل محله حلولاً قانونياً على النحو الذي قدمناه ، فإنه لا يرجع على كل من المدينين المتضامنين الآخرين إلا بقدر حصته في الدين ، وكان الدائن يرجع بكل الدين على أي من المدينين المتضامنين .

(٣) وإذا كان الموفى هو حائز العقار المرهون ووفى الدائن فحل محله حلولاً قانونياً على النحو الذي قدمناه ، لم يكن له بموجب هذا الحل أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون

ب - الموفى حين يرجع على المدين بدعوى الحلول إنما يرجع بنفس الحق الذي انتقل إليه من الدائن فإذا كان هذا الحق هو الرسم المستحق لصندوق دعم صناعة الغزل والمنسوجات القطنية فإنه يتقدم بخمس سنوات عملاً بالمادة الأولى من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ الذي عدل المادة ٢٧٧ من القانون المدني .
(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٤٤٣) .

في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بنسبة ما حازه من عقار ، وكان الدائن يرجع على أي 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 بقي من حقه يكون مقدماً على الموفى ، فهنا قلت حقوق الموفى عن حقوق الدائن .

ونستعرض هذه المسائل الخمس متعاقبة .

٣٩٧ - رجوع الموفى على المدين بمقدار ما أده من ماله لا بمقدار الدين : رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٣٢٩ من التقنين المدني تقضي بأن الموفى إذا وفى الدين للدائن بقيمة أقل من مقدار الدين ، فإن رجوعه على المدين يكون بمقدار ما أده لا بمقدار الدين (١) ، وفي 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 يستوفي 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 لوفاء الدين (١) .

والسبب في ذلك أن الموفى وهو يفي بالدين للدائن إنما يقوم بوفاء الدين ، بعيداً عن فكرة المضاربة التي رأيناها في حوالة الحق لصيقة بمن يشتري الدين . وقد أحاطت هنا ملاسبات اقتضت أن ينزل الدائن عن جزء من الدين ويستوفي 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 ، فسبيله إلى ذلك أن يشتري الدين من الدائن بالمقدار

(١) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٦ ص ٦٤٦ .

(١) حائز العقار المرهون - طبقاً للمواد ٣٢٠ ، ٣٢٥ ، ٣٢٩ من القانون المدني - يلزم بالدين عن المدين ، وينبني على وفائه بالدين المضمون أو بجزء منه للدائن المرتهن ، حلولة محل هذا الدائن في كافة حقوقه بمقدار ما أده ، ويشمل الحلول الرهن الوارد على عقار الحائز ذاته ، ويترتب على الحلول انتقال حق الدائن إلى الموفى فيكون له أن يرجع على المدين بهذا الحق بمقدار ما أوفاه .
(جلسة ١٩٧١/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٣٨٤)

الذي 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 في دين غير قابل للانقسام ، أو كان أحد الكفلاء المتضامنين ، ثم وفي الدين كله للدائن فحل محله فيه حلولا قانونياً ، فقد كان ينبغي أن يكون مدى رجوعه معادلاً لمدى رجوع الدائن . ولما كان الدائن يستطيع أن يرجع بكل الدين على أي مدين متضامن أو على أي مدين في دين غير قابل للانقسام أو على كفيل متضامن ، فقد كان ينبغي للموفى أن يفعل ذلك هو أيضاً . ولكن الموفى لا يرجع على أي من المدينين المتضامنين الآخرين ، أو على أي من المدينين المتعددين الآخرين في الدين غير القابل للانقسام ، أو على أي من الكفلاء المتضامنين الآخرين ، إلا بقدر حصة من يرجع عليه ، وذلك تفادياً من تكرار الرجوع . إذ لو رجع بالدين بعد استنزال حصته على أي من هؤلاء ، لكان للدافع أن يرجع هو أيضاً على أي من الباقيين بما بقي من الدين مستنزلاً منه حصته ، وهكذا ، فيتكرر الرجوع ؛ فقصر حق الموفى في الرجوع على مقدار حصة من يرجع عليه تبسيطاً لإجراءات الرجوع ، ولأن الدين إذا كان لا ينقسم في علاقة الدائن بالمدينين فإنه ينقسم في علاقة المدينين بعضهم ببعض ، وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام في التضامن .

٣٩٩ - الموفى حائز للعقار المرهون ويرجع على حائز لعقار مرهون آخر - النصوص القانونية : وتنص المادة ٣٣١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا وفي حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحل أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقاره^(١) .

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

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٣ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ 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 ، وأما في تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، ولكن الحكم يمكن العمل به دون نص .

المدين ، فإنه إذا وفي أحدهم الدين للدائن حل محله قانوناً . وكان ينبغي أن يرجع بالدين ، بعد أن يستنزله منه حصته بحسب قيمة ما حازه من عقار ، على أي من الحائزين الآخرين ، وكان الدائن يرجع بكل الدين على أي منهم لأن الرهن غير قابل للتجزئة . ولكن النص يقضي 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 إيرادها في خصوص التضامن^(١) .

٤٠٠ - الموفى حائز للعقار المرهون ولا يرجع على الكفيل : إذا كان للمدين كفيل شخصي أو عيني ، فأصبح مسئولاً عن الدين ، فإنه إذا وفي الدين للدائن حل محله فيه قانوناً . وكان له أن يرجع - كما كان يرجع الدائن - على أي عقار مملوك للمدين ومرهون في 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 حلولا قانونياً ، فإنه 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

(١) وتقول المذكورة الأيضاحية للمشروع التمهيدي 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 مؤسباً 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 المشتريين 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 أن هذا هو الحل الذي تمليه العدالة حفظاً للتوازن في الحقوق والواجبات بين جميع الحائزين ، لأن القانون يخول كلا منهم حق الحلول محل الدائن الأصلي في حقوقه متى وفي 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 ٣١٣ .

الكفيل فقد رأينا أنه يرجع على الحائز للعقار المرهون ، لأنه غير مسئول عن الدين تجاه هذا الحائز كما قدمنا (١) .

٤٠١ - الموفى لم يوف إلا جزءاً من الدين - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٣٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدماً على من وفاء ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ - فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق ، رجع من حل أخيراً هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له ، وتقاسما قسمة الغرماء (٢) .

والمفروض هنا أن الموفى وفى جزءاً من الدين ، فحل محل الدائن فى هذا الجزء ، فإذا كان المدين قد رهن عقاراً فى الدين ، وليس يفي العقار بكل الدين ، وليس للمدين أموال

(١) لكن إذا وفى الحائز للعقار المرهون الدين بأكثر من الثمن الذى اشترى به العقار ، اعتبر فيما زاد على الثمن بمثابة كفيل عيني ، وانقسم الدين عليه وعلى الكفلاء ، يرجع على كل كفيل بقدر حصته فمما زاد على الثمن (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٨) وانظر فى أن الحائز للعقار المرهون لا يرجع على الكفيل : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٦٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٢ ، فمجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٨ - ص ١٨٩) .

ويقابل فى التقنين المدني السابق المادة ٦١٧/٥٠٥ ، وهذا نصها : «إذا دفع الكفيل الدين عند حلول الأجل ، فله الرجوع على المدين بجميع ما أداه ، ويحل محل الدائن فى 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 فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

فى التقنين المدني السوري المادة ٣٢٩ (وهى مطابقة للمادة ٣٣٠ من التقنين المدني المصرى)

فى التقنين المدني الليبي المادة ٣١٧ (وهى مطابقة للمادة ٣٣٠ من التقنين المدني المصرى) .

فى التقنين المدني العراقى المادة ٣٨٢ (وهى مطابقة للمادة ٣٣٠ من التقنين المدني المصرى) .

فى تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣١٦ : فى حالة الإبقاء الجزئى يشترك البديل مع الدائن فى استعمال الحقوق المختصة بكل منهما على نسبة ما يجب لكل واحد ، ويوفى دينهما من أموال المدين على نسبة حصة كل منهما . (وهذا النص يخالف نص التقنين المصرى ، فهو يفترض أن إرادة المدين وإرادة الموفى بجزء من الدين قد انصرفتا إلى أن يكونا على قدم المساواة ، فيتقاسما مال المدين والغرماء) .

أخرى ، فإن الموفى وقد وفى جزءاً من الدين والدائن الأصلي ولا يزال دائناً بالجزء الباقى لا يجدان أمامهما غير هذا العقار ليستوفى كل حقه منه ، وتتقدمان معاً على سائر الغرماء بما لهما من حق الرهن . ولكن فيما بينهما كان ينبغى أن يتعادلان ، فإن كلا منهما دائن بجزء من دين واحد ، فلا محل لتفضيل أحدهما على الآخر . ولكن النص - وهو فى ذلك يترجم عن الإرادة المحتملة للطرفين - يفترض أن الدائن لم يكن ليرضى باستيفاء جزء من حقه إلا وهو مشروط على الموفى أن يتقدم عليه فى استيفاء الجزء الباقى ، وعلى هذا الأساس قد قبل وفاء جزئياً ما كان الموفى يستطيع أن يجبره عليه . ومن ثم يتقدم الدائن الأصلي على الموفى فى الغرض الذى نحن بصدده ، ويستوفى أولاً الجزء الباقى له من الدين ، وما بقى بعد ذلك من ثمن العقار يأخذه الموفى فلا يستوفى به كل حقه (١) .

ونرى من ذلك أن الموفى ، وقد حل محل الدائن فى جزء من حقه ، لم يعامل معاملة الدائن ، بل فضل الدائن عليه . على أن هذه القاعدة يحد منها قيود ثلاثة :

(١) أنها ليست إلا افتراضاً لما أراه الدائن والموفى Nemo contra se subrogasse

censetur ، فهى 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 الذى يتقدم الدائن فيستوفى أولاً الجزء من الدين الذى وفاء ، وما بقى بعد ذلك يأخذه الدائن . وهذا ما يقع غالباً ، فإن الموفى وهو يفي للدائن بحقه يكون عادة هو الجانب الأقوى الذى يعملى شروط الوفاء ، فسرعان ما يشترط أن يتقدم الدائن فى استيفاء حقه من المدين (٢) .

(٢) وحتى لو لم يتفق الدائن والموفى على شئ يخالف القاعدة المتقدمة الذكر ، وتقدم الدائن على الموفى فهذه ميزة شخصية للدائن وحده ، لا تنتقل منه إلى شخص آخر يفي له بالجزء الباقى من حقه ويحل محله فيه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٣٠ مدنى

(١) استئناف مختلط ٢٥ وبنية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٨ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٥ - وقد طبقت المادة ٧٩٩ من التقنين المدني الجديد هذا الحكم فى الكفالة ، فنصت على إنه «إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاء إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين» . انظر أيضاً فى هذا المعنى المادة ٦١٧/٥٠٥ من التقنين المدني السابق وقد سبق ذكره .

(٢) بودرى ومارد ٢ فقرة ١٥٧٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٧ ص ٦٤٨ . هذا ويلاحظ أن تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٣١٦) وضع القاعدة على خلاف ذلك كما قدمنا ، فافتراض أن الدائن والموفى أرادا أن يتعادلا وأن يتقاسما مال المدين قسمة الغرماء .

٢ - التكييف القانوني للحلول

٤٠٢ - صعوبة هذا التكييف وسبب ذلك : يقوم في سبيل التكييف القانوني للحلول صعوبة جوهرية : فان حلول الموفى محل الدائن معناه كما رأينا انتقال حق الدائن نفسه بمقوماته وخصائصه وتوابعه وتأميناته ودفوعه 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 التقليدي إلى القول بأن بقاء الحق بعد انقضائه بالوفاء إنما هو افتراض قانوني (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 توخاها من إحلال الموفى محل الدائن فيه . وقد انقسم الفقه التقليدي في شأن هذا الافتراض القانوني . فبدأ فريق بالقول إن الذى 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 التقليدي هي أن الحق يبقى افتراضاً وتنتقل مع الحق تأميناته وتوابعه وما إلى ذلك .

ثم بدأ الفقه الحديث يبنذ فكرة الافتراض ويواجه المسألة مواجهة جديدة ، فيجعل الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن وانتقالاً للحق بالنسبة إلى المدين . فيشبهه 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 التكييف القانوني للوفاء مع الحلول ، ثم نبرز الفروق ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق .

أ - النظريات الثلاث المختلفة في التكييف القانوني للوفاء مع الحلول

٤٠٣ - بقاء التأمينات وحدها دون الحق : 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

صراحة على هذا الحكم كما رأينا ، فقضت بأنه : « إذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق ، رجع من حل أخيراً 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 اتفائه 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 . فاذا فرض قى المثل المتقدم أن المدين لم يرهن عقاراً لضمان الدين ، ووفى الغير الدائن جزءاً من حقه ، ولم يكن عند المدين مال يبقى بكل الدين ، فان 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 المدني الفرنسي ، مستمداً من التقاليد دون نص على ذلك (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٧٣) .

(٢) أما إذا كان الدائن الذى يبقى من حقه - وهو 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 متتاليان على عقار واحد يضمنان دينين مختلفين ، ووفى الغير للدائن جزءاً من الدين المضمون بالرهن الأول ، وتقدم الدائن على الموفى في استيفائه للجزء الباقي من هذا الدين ، فإن الموفى يتقدم على الدائن عندما يريد الدائن استيفاء الدين الآخر المضمون برهن متأخر في المرتبة (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٨) .

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 odalité) هو الوفاء مع الحلول .

ويبدو إن التقنين المدني السابق كان يشير إلى هذه النظرية في النصوص التي وضعها للوفاء مع الحلول ، إذ كان يقول في المادة ٢٢٥/١٦٢ : «التأمينات التي كانت على الدين الأصلي تكون تأميناً لمن دفعه في الأحوال الآتية ...» ، وكان يقول في المادة ٢٢٧/١٦٤ : «يجوز للمدين أن يقترض بدون واسطة مداينه 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 نفسه هو الذي ينتقل إلى الموفى (١) .

٤٠٤ - بقاء الحق نفسه وانتقاله إلى الموفى : ذلك أن الفريق الأكبر من الفقه الفرنسي التقليدي لم يسلم بانقضاء الحق الموفى به مع بقاء تأميناته وانتقالها إلى الموفى . وحجتهم في ذلك أنه إذا كان المنطق المحض يقتضي أن ينقضى الحق بالوفاء ، فكذلك المنطق المحض يقتضي أن تزول تأمينات الحق بزوال هذا الحق . فإذا كنا استبقينا التأمينات بالرغم من زوال الحق ونقلناها إلى الموفى ، فليس ذلك إلا عملاً افتراضياً محضاً . وما دنا 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 (٢) ؟

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 (٣) ، كما تقضى بذلك صراحة المادة ٣٢٩ مدني على الوجه الذي قدمناه .

ويبدو الفرق واضحاً بين القولين . فالقول ببقاء الحق نفسه وانتقاله إلى الموفى لا يخلط

(١) انظر الموجز للمولف ص ٥٧٨ .

(٢) انظر في هذا المعنى بودري وبارد ٢ فقرة ١٥١٨ ص ٦٢٠ .

(٣) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤ و ص ٢٧٠ هامش رقم ٢١ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٥١٨ ص ٦١٨ - ص ٦١٩ .

بين حق الموفى الشخصي الذي استمده من واقعة الوفاء ، ومصدره الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب (١) ، وحق الموفى الذي استمده من حلولة 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 تنفيذي 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 ، فإننا لا نجعل للموفى إلا حقاً واحداً هو حقه الشخصي الذي 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 الشخصي كما قدمنا ، تضاف إليه التأمينات التي كانت تكفل حق الدائن الأصلي (١) . وظاهر أن القول الأول دون الثاني هو القول الصحيح .

٤٠٥ - الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن وانتقال للحق بالنسبة إلى

المدين : والفقه الحديث لا يميل في تكييف الوفاء مع الحلول تكييفاً قانونياً إلى فكرة الافتراض القانوني (fiction légale) ، بل هو يواجه هذه العملية المركبة مواجهة صريحة ويحللها إلى عناصرها الأولية .

فالعلمية من شقين : (١) هي أولاً وفاء للحق (paiement) بالنسبة إلى الدائن ، إذ الدائن يستوفى حقه من الموفى فينقضى هذا الحق بالنسبة إليه . (٢) ثم هي انتقال للحق

(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 تذهب إلى انقضاء الحق مع بقاء التأمينات (انظر في هذا المعنى بودري وبارد ٢ فقرة ١٥١٩) .

(١) إذا كان صحيحاً أن قبض الدائن قيمة الشيك الذي استلمه آخر من المدين اقراراً منه لهذا الوفاء بحيث يصبح هذا الغير في هذه الحالة وكيلاً بعد أن بدأ فضولياً - على ما تقضى به المادة ٣٣٣ من القانون المدني ومذكرته التفسيرية - إلا أن هذه الوكالة قاصرة على هذا الوفاء الذي أقره الدائن فلا تتعداه إلى ما يكون هذا الغير قد أقر به في ورقة أخرى غير الشيك من أن المبلغ الموفى به هو كل الباقي المستحق للدائن ، لأن هذا الاقرار بالتخالص ليس من مستلزمات الوفاء بالمبلغ الموفى به بل هو اقرار بواقعة قانونية مستقلة عن الوفاء ولا يمكن اعتبار الدائن مقراً لها إلا إذا كان قد علم بها وقت اقراره ذلك الوفاء ، كما لا يمكن اعتبار الاقرار بالتخالص من الغير عملاً من أعمال الفضولي ، إذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره في عمل الفضولي الذي يلزم به رب العمل وهو أن يكون هذا العمل ضرورياً بالنسبة لرب العمل .

(جلسة ١٩٦٢/٤/٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٣ ص ٤١٤)

(transfert) بالنسبة إلى المدين ، إذ المدين لم يوف الحق بنفسه بل وفاه عنه غيره، فلا ينقضى بالنسبة إلى المدين بل ينتقل إلى الموفى لأنه هو الذى وفى الحق فى مقابل أن يحل محل الدائن فيه (١) (١).

ووجه الدقة فى هذه العملية أن هناك وفاء للحق ، ولكن لم يقم به المدين . فمن حيث أن هناك وفاء للحق ، ينقضى الحق بالنسبة إلى من استوفاه وهو الدائن . ومن حيث أن المدين ليس هو الذى قام بالوفاء ، يبقى الحق فى ذمته ولكن لدائن آخر حل محل الدائن الأصلي ، هو ذلك الموفى الذى ما وفى الحق إلا ليحل محل الدائن الأصلي فيه (٢) (٢).

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 فى وضوح أنهما نظامان لا يختلطان ، بل يتميز أحدهما عن الآخر . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك فى إيجاز (١).

ب - الفروق ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق

٤٠٦ - اختلاف الاغراض العملية : شرع الوفاء مع الحلول لغرض عملي هو التيسير على المدين فى 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

= بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه وأن 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 ، فإذا كان هذا الحق هو ضريبة مما هو مستحق بمقتضى القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ وكان حق الحكومة فى المطالبة بها يتقدم وفقاً لنص المادة ١٧٤ من ذلك القانون بخمس سنوات فإن الموفى حين يرجع على المدين بدعوى الحلول فإنما يرجع بنفس الحق الذى انتقل إليه من الدائن وهو ضريبة التصرفات - وهذه الضريبة تتقدم بخمس سنوات لا ثلاث سنوات .

(جلسة ١٩٩٠/٦/٢٦ الطعن ٩٠٨ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٧٩/٥/١٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ ص ٣٠٧)

(٢) أ - القاعدة الأساسية فى الوفاء مع الحلول سواء فى ظل القانون المدنى السابق م ٦٠٧/٥٠٥ - أو الحالى م ٣٢٩ منه - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن الدين فى الحلول يظل قائماً بعد الوفاء دون أن يستبدل به دين جديد أى أن الموفى يحل محل الدائن فى حقه ذاته بما له من خصائص فإذا كان تجارياً انتقل إلى الموفى بهذه الصفة بغض النظر عن طبيعة علاقة الأخير بمن اتفق معه على الحلول ، ويعتبر من توابع الحق الفوائد فتنتقل إلى الموفى بسعرها المعين .

(جلسة ١٩٨٣/٢/٣١ الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٢ ق ص ٣٤ ص ٨٧٣)

ب - إذا كان الواقع فى الدعوى أن الشركة المؤمنة قد دفعت للمؤمن له مبلغ التأمين الذى استحق عليها الوفاء به بوقوع الخطر المؤمن عنه فإن هذا الوفاء من جانبها ليس إلا تنفيذاً لالتزامها تجاه المؤمن له فلا مجال مع هذا تأسيس حق شركة التأمين فى الرجوع على الغير الذى تسبب بفعله فى وقوع هذا الخطر على دعوى الحلول ، ذلك ان رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول يقتضى أن يكون الموفى قد وفى للدائن بالدين المترتب فى ذمة المدين ، لا يدين مترتب فى ذمته هو .

(جلسة ١٩٥٩/١/١ مجموعة احكام النقض السنة ١٠ ص ١٤)

(١) انظر انفاً فقرة ٢٤٤ .

(١) استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٢٨ .

(٢) انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٤ - دى باج فقرة ٥٥٣ - فقرة ٥٥٤ و فقرة ٥١٣ - فقرة ٥١٤ وقارن فقرة ٣٣٧ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٧ - بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٥٠ - فقرة ٥٥٢ ، ولكنهما يذهبان إلى أن انتقال الحق افتراض قانوني - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٥١٥ ، وهم وإن كانوا ينفون فكرة الافتراض القانوني، إلا أنهم يذهبون إلى أن الاعتبارات العملية هي وحدها التي اقتضت أن ينقضى الحق بالوفاء وهو مع ذلك يبقى بانتقاله إلى الموفى ، فالاعتبارات العملية هنا قد تغلبت على الصناعة القانونية. وقارن الأستاذ عبدالحى حجازى ٣ ص ٣٥ - ص ٣٦ ، ويذهب إلى أن هناك شبهة بين من يوفى بدين على الغير وبين من يقوم بعمل لمصلحة الغير، فلا يجوز أن ينكر على الموفى حقه فى التمسك بما آداه لصالح المدين ، وبذلك كان الحلول وسيلة يمنع بها الشارع جهد المستطاع أن يكون الموفى ضحية سعيه فى الخير!

هذا ويؤيد تكييف الوفاء مع الحلول على أنه وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن وانتقال للحق بالنسبة إلى المدين ، ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «الأصل فى الالتزام أن ينقضى بالوفاء ، ومتى انقضى على هذا الوجه انقضى تبعاً لذلك ما يتصل به من الملحقات وأخصها التأمينات الشخصية والعينية والفوائد التي تم استحقاقها من قبل : انظر المادة ١١٤ من تقنين الالتزامات السويسرى . على أن هذا الحكم لا يجرى على إطلاقه ، بل يجب التحفظ فى 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 ، فى إحلال الموفى محل الدائن فى الحق الذى استوفاه ، وعلى هذا النحو يظل الحق قائماً بعد الوفاء ، وهو أمر يشق توجيهه من الناحية الفقهية . ومهما يكن من شئ فلفكرة الحلول نصيبها من التراكم : فهي تبدو عند إمعان النظر فيها وفاء تترتب عليه براءة الذمة فى صلة الدائن بالمدين . وهي تتمثل فى صور الاستخلاف على الحق فى صلة الدائن بالموفى ، حتى لتكاد تشبه بالحوالة . على أن بين الحلول والحوالة من دقيق الفوارق ما يمتنع معه هذا الاشتباه ، كما سيأتى بيان ذلك . والخلاصة أن الدين فى الحلول يظل قائماً بعد الوفاء ، دون أن يستبدل به دين جديد (قارن م ٢٢٥/١٦٢) ، ولا يعتبر هذا مجرد افتراض ، بل هو حقيقة واقعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٥ - ص ١٨٦) .

(١) مفاد النص فى المادتين ١/٣٢٦ ، ٣٢٩ من القانون المدنى - وعلى ما جرى قضاء محكمة النقض - أنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه اذا كان الموفى ملزماً

مباشرة على المدين ، لكان سبيله إلى ذلك ، ليس الوفاء مع الحلول ، بل حوالة الحق ، فيشترى الحق من الدائن ويرجع به مباشرة على المدين . ولكن الموفى ، كما قدمنا ، لا يفتى من تدخله كسباً ، بل يقدم يد المعونة يسديها للصديق للصديق (office d'ami) . وهو إذا كان لا يفتى 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 العملي 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 من قيمته ، إما لأن الحق لم يحل أجل الوفاء به ، وإما لأن استيفاء الحق تحيط به صعوبات قبلت المخاطرة في مواجهتها بخفض في قيمة الحق . ويرجع المحال له بعد ذلك على المدين بكل قيمة الحق . فالمحال له ، بخلاف الموفى ، مضارب يعقد صفقة يفتى من ورائها كسباً في مقابل ما يتربص به من وقت أو ما يواجهه من مخاطرة لاستيفاء الحق . ولا يقتصر على توقي الخسارة ، كما يقتصر الموفى في الوفاء مع الحلول (١) .

على أن الموفى ، في الحلول الاتفاقية ، قد يفتى أيضاً أن يستثمر ماله ، فهو يقوم بالعملين معاً ، يسدى خدمة ويستثمر مالا . فتقارب الأغراض العملية ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق ، في هذه الحالة ، يجعل النظامين يختلطان أحدهما بالآخر . ولعل

(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 . وأن ظهر من ظروف الدعوى أنه لم يكن يرمى إلى هذا الغرض ، وجب اعتبار المقصد 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 أهلى ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٣٨ ص ٢٢٤ - استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٥ ص ٢٩٣ - الإسكندرية 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 مخطوط 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 .

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 بالحوالة . ومن ثم كان هناك محل للوفاء مع الحلول إلى جانب حوالة الحق في الحالات التي يتعذر فيها الحصول على رضا الدائن بالنزول عن حقه ، بما يكفل هذا الحق من تأمينات (١) .

٤٠٧ - الفروق من حيث شروط الانعقاد والنفاد : رأينا أن حوالة الحق تنعقد باتفاق بين الدائن المحيل والمحال له ، فلا بد إذن فيها من رضا الدائن . أما الوفاء مع الحلول فهو أكثر تنوعاً ومرونة . فقد يتم برضاء الدائن إذا اتفق مع الموفى . ولكنه قد يتم أيضاً بغير رضا الدائن ، ويكفى أن يتفق المدين والموفى على النحو الذى بسطناه فيما تقدم حتى يتم الحلول . بل هو قد يتم دون رضا أى من الدائن والمدين ، فيتحقق بإرادة الموفى وحده في الحالات التي 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 في قالب واحد لا تستطيع منه فكاكاً ، أما الوفاء مع الحلول فتقالبه كثيرة متعددة ، وهذا التنوع هو الذى يكسبه مرونة تجعل لوجوده معنى إلى جانب حوالة الحق .

ثم إن نفاذ حوالة الحق في حق المدين وفي حق الغير لا يكون إلا برضاء المدين أو بإعلانه بالحوالة بالطرق المقررة التي سبق بيانها . أما الوفاء مع الحلول فهو نافذ في حق المدين وفي حق الغير دون أى إجراء (٣) . ويترتب على ذلك أن 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 - في حق كل من المدين والمحال له على السواء ، ولا يستطيع المحال له في هذا الفرض أن يتمسك بالحوالة في مواجهة الموفى مع الحلول . وهذا بخلاف ما إذا

(١) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٠ - بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٥ .

(٢) فإذا كان الحق غير قابل للنزول عنه ولا للجز عليه ، لم يستطع الدائن حوالة . ولكنه يستطيع استيفاءه من الغير ، ويحل الغير محله فيه (بونسار في أنسيكلوبيدى دالوز ٥ لفظ subrogation فقرة ٢٠٧) .

(٣) على أن الحيطة تقتضى أن يخطر الموفى المدين بأنه وفي الدين ، خشية أن يوفى المدين الدين للدائن قبل علمه بالوفاء السابق ، فلا يستطيع الموفى في هذه الحالة إلا أن يرجع على الدائن (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٢٧٠ وهامش رقم ٢٢) .

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 ، ففي هذا الفرض يستطيع المحال له الثاني أن يتمسك بالحوالة التي أعلنها في مواجهة المحال له الأول الذي لم يعلن حوالاته^(١) .

٤٠٨ - الفروق من حيث الآثار - الدعوى الشخصية : هناك فرق جوهري ، يظهر بادئ ذي بدء ، بين الموفى مع الحلول والمحال له . فالمحال له ليس له إلا دعوى واحدة ، هي دعوى الحق الذي انتقل إليه ، ولا يستطيع أن يرجع على المدين بغير هذه الدعوى . أما الموفى مع الحلول فله دعويان : دعوى الحق الذي 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^(١) . فللموفى إذن دعويان ، دعوى الحلول والدعوى الشخصية ، ولكل من الدعويين ميزات على الدعوى الأخرى .

فمن ميزات دعوى الحلول على الدعوى الشخصية ، أن الموفى إذا رجع بدعوى الحلول ، كان له جميع تأمينات الحق الذي وفاه عينية كانت أو شخصية ، وكان له أيضاً جميع مقومات هذا الحق وخصائصه فقد يكون حقاً تجارياً أو يكون مقترناً بسند تنفيذي ، وقد تقدم بيان ذلك .

ولكن الدعوى الشخصية قد تكون لها ، من جهة أخرى ، ميزات على دعوى الحلول . ونذكر من هذه الميزات ثلاثاً :

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 للمدين 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 . فيتقادم - بخمس عشرة سنة في الفضالة وفي الإثراء

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٢٠ ص ٦٢٤ - ٦٢٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٦ ص ٥٦٥ .

(١) مؤدى نص المادة ١/٢٣٤ من القانون المدني أنه يجوز لمن أوفى بدين غيره أن يرجع - ما لم يكن متبرعاً بدعوى شخصية على المدين يسترد بها مقدار ما دفعه .

(جلسة ١٩٨٠/٦/٢٣ الطعن ٨٩٣ لسنة ٤٩ ق س ٣١ ص ١٨٤٦) .

بلا سبب - إلا بانقضاء هذه المدة وتسرى من وقت الوفاء (١) أما إذا رجع الموفى بدعوى الحلول ، فإنه يرجع بنفس الحق الذي انتقل إليه من الدائن ، وقد يكون تقادم هذا الحق سارياً منذ مدة طويلة ويوشك أن يتم ، فلا يكاد الموفى يهتم برفع دعوى لحلول حتى يكون الحق قد انقضى بالتقادم .

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 من حيث الآثار - دعوى الحلول : فإذا نحن تركنا الدعوى الشخصية واقتصروا 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 فمضارب يبغي الكسب . ونذكر من هذه الفروق ما يأتي :

أولاً - يرجع الموفى على المدين بمقدار ما دفع من ماله وفاء للمدين ، فلو أنه دفع مبلغاً أقل من قيمة الدين فإنه لا يرجع على المدين إلا بهذا المبلغ الأقل ، وقد تقدم بيان ذلك . أما المحال له فلو اشترى الحق بأقل من قيمته - ويقع ذلك غالباً - فإنه يرجع على المدين بكل

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٠١ - وانظر في كل ما تقدم بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٢١ ص ٦٢٢ - ٦٢٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٥ وفقرة ١٢٤٢ .

(١) أ - متى كان وفاء الكفيل المتضامن وفاء صحيحاً لدين قائم فإنه يحق له أن يرجع على باقي الكفلاء المتضامين معه كل بقدر حصته في الدين الذي أوفاه للدائن ، ويكون هذا الرجوع إما بدعوى الحلول أو بدعوى الشخصية التي أساسها النيابة التبادلية المفترضة قانوناً بين المتعهدين المتضامين في الدين على ما تقرره المادة ١٠٨ من القانون المدني الملغى ، وإذا كانت الدعوى الشخصية تقوم على الوكالة المفترضة بين الكفلاء المتضامين فإنه يتعين - في شأن تقادمها - إعمال قواعد التقادم المقررة في شأن الوكالة واعتبار مدة التقادم بالنسبة لتلك الدعوى خمس عشرة سنة تبدأ من تاريخ وفاء الكفيل المتضامن إذ من هذا التاريخ فقط ينشأ حقه في الرجوع على المتعهدين المتضامين معه ويصبح هذا الحق مستحق الأداء . (جلسة ١٩٦٦/٢/١٠ الطعن ٣٩٢ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٢٧٩) .

ب - رجوع الغير الموفى - الذي ليس ملزماً بالوفاء - بما أوفاه على المدين يكون بالدعوى الشخصية عملاً بالمادة ٣٢٤ من القانون المدني ، ولا ينشأ حق الموفى في هذا الرجوع إلا من تاريخ وفائه بالدين ولا يتقادم إلا بانقضاء ثلاث سنوات تبدأ من هذا التاريخ .

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ الطعن ٢٦٩ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٤٤٣) .

الفرع الثاني

الموفى له

(Accipiens)

٤١٠ - يتم الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له أو بإرادة الموفى حده : 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 قانوني (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 يكون 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 ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدي كان في فقرتين . فأدمجتهما لجنة =

الحق ، إذ هو مضارب يعني الكسب (١) .

ثانياً - إذا قام الموفى بوفاء الدين ، ثم أثبت المدين أن الدين غير موجود ، كأن كان باطلاً أو كان قد انقضى ، فإن 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 ، فإن المحال له يرجع بالضمان على الدائن ليعوضه كل ما فقده بسبب انعدام الحق (٢) .

ثالثاً - إذا قام الموفى بوفاء الدين وفاء جزئياً وأراد الرجوع بدعوى الحلول على المدين ، فقد رأينا أن الدائن يتقدم عليه فيستوفى الجزء الباقي من حقه أولاً ، ثم يأخذ الموفى ما بقي بعد ذلك وقد لا يكون كافياً للوفاء بما دفع . أما المحال له فإذا كان قد اشترى جزءاً من الحق وأراد الرجوع به على المدين ، فإن 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 ، فإن الموفى الأول والموفى الثاني يتعادلان في رجوعهما على المدين ، ويتقاسمان ماله قسمة الغرماء (م ٢/٣٣٠ مدني) . أما إذا كان الدائن ، بعد أن استوفى من الموفى جزءاً من حقه ، حول الجزء الباقي إلى محال له ، فإن هذا الجزء الباقي في انتقاله للمحال له يبقى محتفظاً بحيزة التقدم ، فيتقدم المحال له على الموفى .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ - وهذا إلا إذا كانت الحالة 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) ففي دعاوى الضمان يرد الدائن للمحال له قيمة الحق كله مع الفوائد والمصروفات والتعويض عن أي ضرر آخر أصاب المحال له ، أما في دعوى استرداد غير المستحق فلا يرد الدائن للموفى إلا ما قبضه منه وفاء للدين ولا يكون مسئولاً عن الفوائد إلا إذا كان سعي النية وقت القبض (انظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٢٠ ص ٦٢٣ - ص ٦٢٤ - بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٣) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٦٧/٢٣٠ (١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١٠ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٨٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١/٢٩٣ (٢).

ويخلص من هذا النص أن الأصل في الوفاء ، حتى يكون مبرئاً لذمة المدين ، أن يكون للدائن أو لثابته (١).

١ - الوفاء للدائن

٤١٣ - الوفاء لمن يكون دائناً وقت استيفاء الدين : الأصل أن يكون الوفاء للدائن كما قدمنا ، لأنه هو الذي له حق استيفاء الدين وإبراء ذمة المدين منه . وليس من الضروري أن يكون الدائن هو الذي كان دائناً وقت نشوء الدين ، بل المهم أن يكون هو الدائن وقت استيفاء الدين . ذلك أن الدائن قد يتغير في الفترة ما بين نشوء 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 الآخر إذ هو الدائن وقت الاستيفاء . فالوفاء إذن يكون للدائن أو خلفه ، عاماً كان هذا الخلف كالورثة ، أو خاصاً كالمحال له (١).

٤١٤ - أهلية الدائن لاستيفاء الدين : ويجب ، حتى يكون الوفاء للدائن صحيحاً مبرئاً للذمة ، أن يكون الدائن أهلاً لاستيفاء الدين . فإذا كان قاصراً أو محجوراً عليه ، لم يجز الوفاء إلا لثابته ، 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 الذي لا يزال غير أهل للاستيفاء منفعة من الوفاء ، فإن الوفاء يكون صحيحاً بقدر هذه المنفعة . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص في هذا المعنى هو المادة ٤٦٨ من هذا المشروع ، وكان يجري على الوجه الآتي : «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 في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «يشترط لصحة الوفاء توافر أهلية الاستيفاء في

= المراجعة في فقرة واحدة تحت رقم ٣٤٤ من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٢ و ص ١٩٤).

(١) 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 التقنين السابق والجديد - انظر في أن المقصود ، في رأى البعض ، بعبارة «أو لمن له الحق في الشيء المتعهد به» هو الدائن الظاهر : الموجز للمؤلف ص ٥٥٨ هامش رقم ٢).

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٣٠ (مطابقة للمادة 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 ولي أو وصي 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 ، فللولي أو الوصي أو القيم مطالبة المدين بالدين . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٨٥ - فقرة ٣٨٦).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٢٩٣ : يجب التنفيذ بين يدي الدائن أو وكيله الحاصل على تفويض قانوني أو الشخص الذي عينه لهذا الغرض . (وتتفق الأحكام في التقنين اللبناني والمصري).

(١) أ - لا تبرأ ذمة البنك المسحوب عليه قبل العميل الذي عهد إليه بأماله إذا وفي بقيمة شيك مذيل من الأصل بتوقيع مزور عليه ذلك أن الورقة المقدمة إلى البنك وقد خلت من التوقيع الحقيقي للعميل يعوزها شرط جوهرى لوجود الشيك ولم يكن لها في أى وقت وصقه القانوني ، ومن ثم تقع تبعه الوفاء بموجب هذه الورقة على البنك المسحوب عليه أياً كانت درجة اتقان ذلك التزوير ، وتعد هذه التبعة بين مخاطر المهنة التي يمارسها البنك وهي مخاطر مهما بلغت أعباؤها لا تتناسب البتة مع المزايا التي تعود على البنوك من تدعيم الثقة بها وبث روح الاطمئنان لدى جمهور المتعاملين ، على أن تحمل البنك هذه التبعة مشروط بعدم وقوع خطأ أو إهمال من جانب العميل الوارد اسمه بالصك ولا تحمل هذه التبعة خطئه .

= (جلسة ١٩٦٦/١/١١ مجموعة أحكام النقص السنة ١٧ ص ٩٤).

ب - مجرد سحب الشيك لا يعتبر وفاء مبرئاً لذمة صاحبه إذ أن الالتزام المترتب في ذمته لا ينقضى إلا بقيام المسحوب عليه بصرف قيمة الشيك للمستفيد .

(جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ الطعنات ٥٢٣ و ٥٢٤ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ص ١٠٢٨).

ج - تقضى المادة ١/٣٩٩ من القانون المدني بأن التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقفاً منه ما دام لم يخرج قط من حياته ، والتأشير المشطوب يبقى حافظاً لقوته في الاثبات وتقوم به قرينة الوفاء على الرغم من الشطب إلا إذا نقضها الدائن باثبات عدم حصول الوفاء وأن الشطب كان بسبب مشروع .

(جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ الطعن ٢٨٦ لسنة ٣٠ ق السنة ١٦ ص ٤٠٥).

(١) بوردى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٣ .

٢ - الوفاء لنائب الدائن

٤١٥ - الوفاء للولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب : فإذا 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 الوصي 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 وفى المدين الدين لناقص الأهلية نفسه ثم يجيز النائب الوفاء على النحو الذى بسطناه فيما تقدم .

٤١٦ - الوفاء لأمين التفليسة وللحارس القضائي : وأمين التفليسة 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 للدائن الدائن 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 الذى 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 يقتضى قيام الصفة في قبض الدين (٢) .

(١) وقد جاء في الموجز للمؤلف : «وقد يطالب بالوفاء دائن الدائن ، أما باستعمال الدعوى غير المباشرة باسم الدائن ، أو بالحجز تحت يد المدين ، والطريقة الأخيرة هي الأكثر وقوعاً في العمل» (الموجز فقرة ٥٢٧) .
(٢) أوبرى ورد ٤ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٧ وهامش رقم ٦ - كذلك تسليم المحضر سنداً إذنياً أو=

الدائن . فإذا لم تتوافر في الدائن هذه الأهلية ، وقع الوفاء له قابلاً للبطلان ، وكان له وحده أن يتمسك بالبطلان . ولا تبرأ ذمة المدين في هذه الحالة إلا في حدود ما يعود على الدائن من منفعة من هذا الوفاء . على أن للدائن أن يجيز الوفاء في هذه الحالة بعد أن يصبح أهلاً لاستيفاء الدين ، فيصحح بهذه الإجازة . وقد حذف هذه المادة في لجنة المراجعة لأنها حكم تفصيلي يكفي فيه تطبيق القواعد العامة (١) .

والموفى هو المكلف بالثبات أن الوفاء عاد بمنفعة على الدائن غير الأهل للاستيفاء . ويستطيع أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، لأن حصول المنفعة واقعة مادية . ويكفى في ذلك أن يثبت أن الدائن قد أنفق ما أخذه في الشؤون المعتادة ، كأن قام باصلاحات ضرورية أو نافعة في عقار يملكه . كما يكفي 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 الضروري أن يبقى النفع الذى عاد على الدائن قائماً ، ما دام النفع قد حصل فعلاً للدائن . فإذا هلكت العين التى اشتراها أو تهدمت الإصلاحات التى أجرها ، وكان ذلك لا يرجع إلى سوء تدبير منه ، فان ذمة المدين تبرأ بقدر المنفعة بالرغم من زوالها بعد ذلك (١) .

فإذا 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 . فإذا 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 (٢) .

وللموفى ، إذا لم يستطع إثبات أن الوفاء قد عاد بالنفع على الدائن ناقص الأهلية ، وكان الشئ الذى دفعه لا يزال قائماً في يد الدائن ، أن يطالب ولى الدائن بإجازة الوفاء أو برد ما دفعه للدائن (٤) .

(١) انظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٢ - ص ١٩٣ في الهامش .
(٢) تولى به ٧ فقرة ١٤ - ديمولومب ٢٧ فقرة ١٩٤ - فقرة ١٩٦ - لوران ١٧ فقرة ٥٤١ - بودرى وبوره ٢ فقرة ١٤٣٤ .
(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٤ ص ٥٢٩ .
(٤) ديمولومب ٢٧ فقرة ١٩٩ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٥ - عكس ذلك : لوران ١٧ فقرة ٥٢٢ .
هيك ٨ فقرة ٢٦ .

٤١٩ - الوفاء لحساب جار باسم الدائن في مصرف : ويجوز للموفى أن يوفى الدين بدفعه لحساب الدائن في مصرف يكون له فيه حساب جار، ويخطره بالإيداع ، على أن يتحمل الموفى تبعاً الخطأ في حساب جار لغير الدائن .

٤٢٠ - الوفاء لوكيل الدائن : يجوز الوفاء لوكيل الدائن ، ويكون عادة وكيلاً 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 ، فإذا 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 يفي بالدين إلا للدائن ، ولكنه إذا وفي لمن بيده المخالصة كان الوفاء صحيحاً مبرئاً للذمة (٤) .

= كمبيالة لعمل البرونستو يتضمن توكيلاً ضمنياً للمحضر في قبض قيمة السند أو الكمبيالة من المدين (بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٣٩ مكررة أولاً) .

(١) أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٦ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٥٠ وإذا كانت الوكالة بالقبض ممضاة بيد الدائن ومصداقاً فيها على الامضاء ، كان الوفاء لهذا الوكيل مبرئاً لذمة المدين ، ولا يكفي أن ينكر الدائن صحة صدور الوكالة منه دون أن يطعن فيها بالتزوير (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٢٥) .

(٢) ديرانتون ١٢ فقرة ٥١ - لاروميير 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 التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «الأصل أن الدائن هو ذو الصفة في استيفاء الدين ، وله أن ينيب عنه وكيلاً 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 جعل 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 وجوب الوفاء للدائن شخصياً . فإذا =

هذا وللدائن 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 دائئاً للدائن ويرمى من وراء قبض الدين أن يستوفى حقه ، فعند ذلك لا يجوز عزله ولو باتفاق بين المدين والدائن (١) .

المطلب الثاني

الموفى له غير الدائن

٤٢١ - 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 أقر الدائن هذا الوفاء ، أو عادت عليه منفعة منه ويقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته» (٢) .

= 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 ١٩٣) .

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 يعينه المالك ، ويكلفه بتحصيل الأجرة من السكان يعتبر خادماً عند المالك ، فتبرأ ذمة السكان بدفع الأجرة له (٣ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٩٠ ص ٢٦٠) .

انظر في التمييز بين الوكيل بالقبض وعامل التنفيذ (agent d'exécution) دي باج ٣ فقرة ٤٢٤ ص ٤٠٣ - ص ٤٠٤ .

(١) أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٨ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٤٣ - دي باج ٣ فقرة ٤٢٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٥ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٥ - ص ١٩٧) .

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 (١) .

ويخلص 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 :
(أولاً) إذ 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 يباشر حقاً شخصياً له هو حق الحجز تحت يد الغير .

٤٢٢ - اقرار الدائن للوفاء : قد يوفى المدين الدين لغير الدائن أو نائبه ، كأن يوفيه

(١) 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 الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٨٨ وانظر فقرة ٢٨٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢/٢٩٣ : على أن التنفيذ لشخص غير ذي 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 هذا حائراً صفة الدائن كالوارث الظاهري . (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري) .

لو كبل 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 الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، ويصبح الوفاء صحيحاً مبرئاً لذمة المدين (١) (١) .

وأقرار الدائن للوفاء في هذه الحالة له أثر رجعي ، فيعتبر الوفاء صحيحاً من وقت أن تم لا من وقت الأقرار 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 خدمة له عاجلة ، ثم أدى الدين له بعد ذلك ، فإن الوفاء يكون صحيحاً في هذه الحالة ، لأن الفضولي يعتبر نائباً عن الدائن ، فالوفاء هنا يكون لنائب الدائن وهو صحيح كما تقدم القول .

(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 الاجازة . وإذا أجاز مسرى في حق الدائن ، وانقلب من قبض الدين وكيلاً بالاقرار . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : «ويكون من أثر هذا الإقرار أن ينقلب الغير وكيلاً بعد أن بدأ فضولياً ، ويتعين عليه تفريراً لذلك أن يقدم حساباً للدائن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٦) . قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٤٤ .

(٢) قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٤٤ .

(١) أ - المقرر - وعلى ما جرى قضاء محكمة النقض - أنه إذا كان الوفاء لغير الدائن أو نائبه تبرأ ذمة المدين إذا أقر الدائن هذا الوفاء ويكون من أثر هذا الوفاء - على ما تنص به المادة ٣٣٣ من القانون المدني ومذكرته التفسيرية أن ينقلب الغير وكيلاً بعد أن كان فضولياً .

(جلسة ١٩٨٢/٦/٣٠ الطعن ٧١٦ لسنة ٤٧ ق س ٣٣ ص ٨٥٤) .

ب - وفاء الدين لغير الدائن وعلى ما نصت عليه المادة ٣٣٣ من القانون المدني يعتبر مبرئاً لذمة المدين ، إذا أقر الدائن هذا الوفاء .

من المقرر أن التصرف الذي يبرمه الوكيل يكون حجة على الأصيل وينصرف أثره إليه باعتباره ممثلاً في التصرف الذي أبرمه الوكيل لحسابه طالما أن التصرف يدخل في نطاق الوكالة - من ثم - فإن وفاء المدين لغير الدائن يبرئ ذمة المدين إن أجاز وكيل الدائن هذا الوفاء وكانت إجازته تدخل في حدود الوكالة .

(جلسة ١٩٨٤/٣/١٥ الطعن ١٠٤٨ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ٦٩٠) .

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 ويقدر 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 ويبرئ ذمة المدين . كذلك لو كان الموفى له دائناً للدائن وقد قبض الدين استيفاء لحقه في ذمة الدائن ، وكان هذا الحق واجب الوفاء فوراً ومقدماً 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 واجب السداد فوراً ، فتبرأ ذمة المدين بقدر هذه المنفعة . ذلك أن الدائن إذا رجع على المدين بالدين ، فإن 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 المدين بقدر ما عاد على الدائن من المنفعة (١) .

٤٢٤ - الوفاء للدائن الظاهر * : قد يوفى المدين الدين لدائن ظاهر ليس هو الدائن

الحقيقي ولا نائبه . والدائن الظاهر هو الذي 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 .

ويمكن أن تتصور وجود الدائن الظاهر في فروض مختلفة . من ذلك أن يحول الدائن حقه ، ثم يتضح بعد ذلك أن الحوالة باطلة أو قابلة للإبطال 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 (٢) . كذلك إذا فرضنا أن الحوالة صورية واعتقد المدين أنها حوالة

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ٣ ص ١٩٦ .

* مراجع : جونسكو (Jonesco) في الآثار القانونية للأوضاع الظاهرة رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٢٧ - الدكتور عبدالباسط جيمبي في نظرية الأوضاع الظاهرة رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٦ (غير مطبوعة) .

(٢) ويكون المحال له في هذه الحالة دائناً ظاهراً حتى لو لم يكن قد قام بالإجراءات اللازمة لجعل الحوالة نافذة في حق المدين ، فمادام 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 إعلان لا يسرى في حق المحال له الثاني . ويستوفى المحال له الثاني الدين من المدين ، ويرجع للمدين

جدية ، فالمحال له الصوري يعتبر هنا أيضاً دائناً ظاهراً (١) . ويكون دائناً ظاهراً للشخص الذي وصل إلى حيازته دون حق سند لحامله ، فإن مجرد حمل هذا السند يجعل الحامل يظهر بمظهر المالك له فهو دائن ظاهر (٢) . ويعتبر دائناً ظاهراً الوارث الظاهر فإذا آلت الشركة إلى شخص ، ولم يكن هو الوارث الحقيقي بل كان هناك مثلاً وارث يحجبه ، فإن الوارث الظاهر يعتبر دائناً 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 دائناً ظاهراً بالدين الموصى به (٣) . وإذا دفعت الإدارة تعويضاً عن نزع الملكية إلى حائز العقار باعتبار أنه المالك ، ولم يكن في الحقيقة مالكا ، فقد أوفت بالدين إلى الدائن الظاهر (٤) . وقد يعتبر المستحق في وقف دائناً ظاهراً ، فإذا وزعت وزارة الأوقاف ريع وقف معين على المستحقين كل بحسب الحصص 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 (٥) .

= 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 وقيل أن يعلن المحال له الحوالة ، كان الوفاء هنا للدائن الحقيقي لا للدائن الظاهر ، ويرجع المحال له على الدائن بدعوى الضمان (دى باج ٣ فقرة ٤٣٢) .

(١) 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 شئ 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) .

(٢) 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 الراسى عليه المزداد كان الوفاء صحيحاً مبرئاً للذمة (بونسار فى أنسيكلويدى داللو ٣ لفظ paiement فقرة ٧٦) - وحامل الكمبيالة ، إذا لم يكن هو الدائن الحقيقي ، يكون الدائن الظاهر . وما دام المدين لم يرتكب تقصيراً ووفاه قيمة الكمبيالة بحسن نية ، فإن الوفاء يكون صحيحاً مبرئاً للذمة . وقد نصت المادة ١٤٤ من التقنين التجارى السابق على أن من يدفع قيمة الكمبيالة في ميعاد استحقاق دفعها ، بدون معارضة من أحد في ذلك ، يعتبر دفعه صحيحاً وتنص المادة ٤٢٨/٣ من قانون التجارة الجديد على أن «وفاء الكمبيالة في ميعاد الاستحقاق دون معارضة صحيحة يسرى ذمة الموفى إلا إذا وقع منه غش أو خطأ جسيم» (انظر المادة ١٤٥ من التقنين التجارى الفرنسى ، وانظر أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠ - بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٨٨) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٨ - دى باج ٣ فقرة ٤٣٢ .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٨٣ .

(٥) استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٢٨ الحمامة ٨ رقم ٤٧٦ ص ٧٨١ - والتون ٢ ص ٤٦٣ - الموجز للمؤلف ص ٥٥٨ هامش ٢ .

ونرى من ذلك أن الدائن الظاهر هو الشخص الذي لا يكون دائماً حقيقياً ، ولكن الدين موجود في حيازته بحيث يقع في 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 (١) . وليس من الضروري أن يكون الدائن الظاهر هو نفسه حسن النية ، أى يعتقد أنه الدائن الحقيقي . وإذا كان يغلب فعلاً أن يكون حسن النية ، إلا أنه يبقى دائماً ظاهراً حتى لو أصبح سيئ النية بعد أن كشف حقيقة أمره ، بل حتى لو كان سيئ 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 حسنى النية (٢) .

ويتبين مما تقدم أن الوفاء للدائن الظاهر ، حتى يكون صحيحاً ، يجب أن يقترن بحسن نية الموفى (٣) . فمن وفى الدين ، سواء كان المدين أو الغير (٤) ، لدائن ظاهر ، واعتقد بحسن نية أنه هو الدائن الحقيقي وقد وفاه الدين على هذا الاعتبار ، برئت ذمته بهذا الوفاء (٥) (١) .

(١) ويقول الدكتور عبدالباسط جميعى : «إن مناط تحقق صفة الدائن الظاهر ينحصر في قيام مظهر له من الجسامة ما يكفى لتكوين الاعتقاد لدى المدين اليقظ بأن صاحب ذلك المظهر هو الدائن الحقيقي ، أو عبارة أخرى في انتفاء الخطأ عن المدين اليقظ في 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) .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٩ - دى بآه ٣ فقرة ٤٣٢ ص ٤١٤ - ص ٤١٥ .

(٣) وإذا كان الموفى هو نائب المدين ، وجب توافر حسن النية في كل من المدين ونائبه (الدكتور عبدالباسط جميعى في نظرية الأوضاع الظاهرة ص ٢٨٩) . وحسن نية الموفى وكون الدين في حيازة الدائن الظاهر من المسائل الموضوعية ، يت فيها قاضى الموضوع دون تعقيب عليه من محكمة النقض (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤١) .

(٤) وسواء كان الغير ملتزماً بالدين أو غير ملتزم به ، وسواء كان الوفاء بسيطاً أو كان وفاء مع الحلول (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٢) .

(٥) نقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٢ ص ٥٩٦ - استئناف مختلف ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٣ - ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ .

(١) أ - المقصود بالدائن الظاهر هو من يظهر امام الجميع بمظهر صاحب الحق ، ولا يشترط فيه أن يكون حائزاً لسند الدين فعلاً وإن كانت حيازته له تكون عنصراً من العناصر التى يستند إليها المظهر الخادع للدائن الظاهر ، ومن ثم فلا يكفى في اعتبار المظهر عليه دائناً ظاهراً مجرد كونه محكوماً له مع بقاء الورثة بالدين المتخذ به وليس انصافه في اجراءات التنفيذ بصفة الوصى أو الوكيل ما يتوافر به للمظهر قانونى يجعله في حكم الدائن الظاهر بالنسبة لحصة من ادعى الوصاية أو الوكالة عليهم في الدين . أدفاه له الطاعن .

(جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠ الطعن ١٦٠ لسنة ٢٨ ق السنة ١٤ ص ٧٥٩)

ويرجع الدائن الحقيقي على الدائن الظاهر بما استوفاه هذا من الدين دون حق طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب (١) ، بل يستطيع الدائن الحقيقي أن يرجع بتعويض على الدائن الظاهر إذا كان هذا سيئ النية وقت استيفاء الدين (٢) .

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

= ب - مناط صحة الوفاء للدائن الظاهر أن يكون المدين حسب النية أى معتقداً أنه يفى بالدين للدائن الحقيقي .

(جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠ الطعن ١٦٠ لسنة ٢٨ ق السنة ١٤ ص ٧٥٩)

(جلسة ١٩٣٤/٦/١٤ الطعن ٨٣ لسنة ٣ ق)

ج - تنص المادة ١٠٧ من القانون المدنى على أنه «إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذى يرمه - حقا كان أو التزاما - يضاف إلى الأصل أو خلفائه ومفاد ذلك أن القانون لا يحمى الغير الذى تعامل مع النائب الظاهر بعد انقضاء النيابة إلا إذا كان النائب والغير كلاهما معا يجهلان انقضاء النيابة وقت التعاقد . فاذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت في نطاق سلطتها الموضوعية التى لا معقب عليها إلى أن المظنون عليه الأخير كان على علم بانقضاء توكيله عن أحد الدائنين وانتهاء وصايته على باقى الدائنين يبلوغهم سن الرشد فإن الطاعن (المدين) لا يتمتع بالحماية التى أسبغها القانون على من يتعامل مع النائب الظاهر والثى تتمثل في انصراف أثر العقد إلى الأصل ، وبذلك لا يكون الوفاء الحاصل منه للمظنون عليه باعتماره وكيلا ظاهراً مبرئاً لذمته .

(جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠ الطعن ١٦٠ لسنة ٢٨ ق السنة ١٤ ص ٧٥٩)

(١) قارن الأستاذ عبدالحى حجازى ٣ ص ١٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ١٩٦ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٤٦ ص ٢٣٥ - هذا وقد قضت محكمة النقض بأن من صدر عليه حكم نهائى يدفع ثمن عقار إلى شخص معين ، وأوفى بهذا الثمن بعد صدور الحكم للمحكوم 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 فممنعه 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 أسبوط بأن قيام المستأجر بالوفاء إلى من صدر الحكم الاستئنافى لصالحهم صحيح رغم اختصاصه في الطعن بالنقض ، لأن هذا الطعن لا يوقف نفاذ الحكم الاستئنافى (استئناف أسبوط ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢٣٦) - وقد يكون المالك الظاهر دائماً ظاهراً بحكم ملكيته الظاهرة ، كالحائز للعين المؤجرة يقبض أجرتها ، ولا يشترط في هذه الحالة أن تكون الحيازة مستوفية للشروط اللازمة للتقدم (بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٦ ص ٥٥٧ - ص ٥٥٨) .

الظاهر . ومن ثم إذا أيراً الدائن الظاهر المدين من الدين ، أو اتفق معه على تجديده، فإن كلا من الإبراء والتجديد لا يكون صحيحاً ، ولا يسرى في حق الدائن الحقيقي (١) .

٤٢٥ - الوفاء لدائن الحاجز تحت يد المدين : لا يعنينا من موضوع حجز ما للمدين لدى الغير - وهو من مباحث المرافعات - إلا القدر الذي نبين به متى يكون الوفاء لدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة . ذلك أنه يجوز لدائن 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 لدائن الدائن يدين محقق الوجود حال الأداء أن يحجز تحت يد مدين الدائن، سواء كان بيد دائن الدائن سند تنفيذي أو لم يكن بيده هذا السند . فإذا لم يكن بيده سند تنفيذي ، أو كان دينه غير معين المقدار ، وجب أن يحصل على أمر بالحجز من قاضي التنفيذ بالمحكمة التابع لها الدائن المحجوز عليه ، ويقدر أمر الحجز دين الحاجز تقديراً مؤقتاً (أنظر المادة ٣٢٧ 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 بالإيداع في خزانة المحكمة التي يتبعها (٣) (م ٣٣٦ مرافعات) .

فإذا 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 (٤) (م ٣٣٩ مرافعات) .

(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 التي تكفل الدين من رهن أو امتياز أو غير ذلك (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٣ ص ٥٤٥) .

(٣) وقد مكن المدين من الوفاء بطريق الإيداع ، في خزانة المحكمة ، لاحتمال أن تكون له مصلحة في ذلك ، بأن يكون الدين قد حل ويريد الوفاء به حتى يتخلص من الفوائد ، وهو لا يستطيع الوفاء به للدائن بسبب الحجز ، ولا لدائن الدائن لأن إجراءات التقرير بما في الذمة لم تستوف ولا احتمال ألا يكون دائن الدائن قد حصل بعد على سند تنفيذي بحقه (أنظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٥ ص ٦٢٠ - ٦٢١) .

(٤) ويذكر في التقرير مقدار الدين الذي في ذمته للدائن المحجوز عليه وسببه وأسباب انقضائه إن كان قد انقضى ، ويبين جميع الحجوز الموقعة تحت يده، ويودع الأوراق المؤيدة لتقريره أو صوراً منها مصدقاً =

وفى الأحوال التي يكون فيها الحجز بأمر من قاضي التنفيذ - أى إذا لم يكن بيد الحاجز سند تنفيذي أو كان حقه غير معين المقدار - يجب أن تشتعل 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 ١/٣٣٣ مرافعات) .

ومتى كان لدى دائن الدائن سند تنفيذي، 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 (١) . وتنص المادة ٣٤٤ مرافعات في هذا الصدد على ما يأتي: «يجب على المحجوز لديه بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره أن يدفع إلى الحاجز المبلغ الذي أقر به أو ما يفى منه بحق الحاجز ، وذلك متى كان حقه وقت الدفع ثابتاً بسند تنفيذي وكانت الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٢٨٥ 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 للمبلغ 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 ذمته لدائنه الحاجز ، أن يخصص للذمة الدائن الحاجز مبلغاً مساوياً لحقه ، فيتمكن بذلك أن يستوفى الباقي من مدينه . وقد رسم تقنين المرافعات طريقين لذلك فص المادة ٣٠٢ مرافعات على أنه «يجوز في أية حالة كانت عليها الإجراءات قبل ايقاع البيع ايداع مبلغ من النقود مساوياً للديون المحجوز من أجلها والفوائد والمصاريف يخصص للوفاء بها دون غيرها . ويرتب على هذا الإيداع زوال الحجز عن الأموال المحجوزة وانتقاله إلى المبلغ المودع . وإذا وقعت بعد ذلك حجوز جديدة على المبلغ المودع فلا يكون لها أثر في حق من خصص لهم المبلغ» . ثم نص في المادة ٣٠٣

= عليها (م ١/٣٣٩ مرافعات) .

(١) 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 عندما يجبر المدين على الدفع ثانية إلى دائن الدائن ، فإنه يكون قد أيراً بهذا الدفع ذمة دائنه نحو دائن دائنه، فيستطيع عندئذ أن يرجع على دائنه بدعوى الإبراء بلا سبب (دى باج ٢٣ فقرة ٤٤٣) .

المبحث الثاني

الوفاء بارادة الموفى وحده

(العرض الحقيقي والإيداع)

٤٢٦ - متى يجوز للمدين العرضى الحقيقى والإيداع - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٣٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ، أو رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، اعتبر أنه قد تم إعذاره من الوقت الذى يسجل عليه هذا الرفض باعلان رسمى» .

وتنص المادة ٣٣٨ على ما يأتى :

«يكون الإيداع أو ما يقوم مقامه من إجراء جائزاً أيضاً إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه ، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء ، أو كان الدين متنازعاً عليه بين عدة أشخاص ، أو كانت هناك أسباب جديدة أخرى تبرر هذا الإجراء» (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن هذه الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٣٢ و ٣٣٦ - وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٢١ و ٣٢٥ - وفى التقنين المدنى العراقى

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٣٤ : ورد هذا النص فى المادة ٤٧٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يقتصر فى تسجيل رفض الدائن على الكتابة دون ضرورة لإعلان رسمى . وفى لجنة المراجعة أقر نص المشروع التمهيدي تحت رقم ٣٤٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «إعلان رسمى» بكلمة «بالكتابة» حسماً للمنازعات ، وأصبحت المادة قمها ٣٣٤ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٧ - ص ١٩٩) .

م ٣٣٨ : ورد هذا النص فى المادة ٤٧٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٠ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦) .

على أنه «يجوز للمحجوز عليه أن يطلب بصفة مستعجلة من قاضى التنفيذ فى أية حالة تكون عليها الاجراءات تقدير مبلغ يودعه خزانة المحكمة على ذمة الوفاء للحاجز ، ويترتب على هذا الايداع زوال الحجز عن الأموال المحجوزة وانتقاله إلى المبلغ المودع . ويصبح المبلغ المودع مخصصاً للوفاء بمطلوب الحاجز عند الاقرار له به أو الحكم له بشبوته . والنص الأخير مستحدث فى تقنين المرافعات الجديد ، وقد أخذ عن تشريع فرنسى فى هذا المعنى صادر فى ١٧ من يوليه سنة ١٩٠٧ مغدلاً للمادة ٥٦٧ من تقنين المرافعات الفرنسى . وهو يعالج حالة ما إذا امتنع المدين المحجوز لديه عن إيداع مبلغ مساو للمدين المحجوز من أجله فى خزانة المحكمة وفقاً للمادة ٣٠٢ مرافعات ، معطلاً بذلك حق الدائن المحجوز عليه من استيفاء الباقي له فى ذمة مدينه بعد استنزال الدين المحجوز من أجله ، فيتمكن الدائن المحجوز عليه من إجبار مدينه على هذا الإيداع من طريق الالتجاء إلى قاضى الأمور المستعجلة (١) .

فاذا لم يخصص مبلغ مساو للمدين 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 استنزال المطلوب لهؤلاء ، نفذ تصرفه فى حق دائنيه الآخرين إذا جاء حجزهم لاحقاً لنفاذ هذا التصرف (٢) . أما الدائنون الحاجزون قبل نفاذ التصرف فيتعادلون فيما بينهم ، ولا يتقدم واحد منهم على الآخرين حتى لو كان حجزه هو المتقدم (٣) .

والحكم بصفة الحجز هو وحده الذى يخصص للحاجز حقه ، ويقدمه على سائر الحاجزين الذين لم يقعوا حجزهم إلا بعد إعلان الحكم بصحة الحجز إلى المدين (٤) .

(١) أما إذا لم يودع خزانة المحكمة مبلغ مساو للمدين المحجوز من أجله ، عن أحد الطريقتين المتقدم ذكرهما ، فإن جميع الدين المحجوز عليه تحت يد المدين يبقى معطلاً لا يستطيع الدائن المحجوز عليه أن يستوفى منه شيئاً ، مهما كانت قيمته أكبر من قيمة الدين المحجوز من أجله . ذلك أن مجرد الحجز على الدين تحت يد المدين ينقل الدين إلى دائن الدائن الحاجز ، بل لا يجعل لهذا الدائن أى امتياز عليه ، فيستطيع سائر دائنى الدائن المحجوز عليه أن يشاركوه شركة الغرماء . فما لم 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) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٦ ص ٦٢٢ - ص ٦٢٣ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٧ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٨ .

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 جدي ، وهنا لا محل للعرض الحقيقي 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 بداً من عرض الدين وإيداعه (١) . وقد يكون الدائن متعنتاً في رفضه لاستيفاء الدين ،

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٢٢ و ٣٣٦ (مطابقتان للمادتين ٣٣٤ و ٣٣٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٢١ ، ٣٢٥ (مطابقتان للمادتين ٣٣٤ و ٣٣٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٨٥ : ١ - إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو إذا أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، فيجوز للمدين أن ينذر الدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها الإعدار ، ٢ - ولا يتم إعدار الدائن إلا إذا أودع المدين الشيء على ذمة الدائن بعد انقضاء هذه المدة وأنذره بهذا الإيداع . (ويختلف هذا النص في الحكم عن نص التقنين المصري في أن إعداره الدائن وما يترتب عليه من النتائج لا يتم في التقنين العراقي إلا بعد الإيداع ، أما في التقنين المصري فيتم بمجرد تسجيل رفض الدائن قبول الوفاء بإعلان رسمي ولو قبل العرض الحقيقي والإيداع : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٠٣ فقرة ٣٠٦) .

٣٨٦ (مطابقة للمادة ٣٣٨ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٢٩٤ : أن الدائن الذي يرفض لغير سبب مشروع الإيفاء المعروض عليه بشروط منطبقة على الأصول بعد من جراء ذلك في حالة التأخر منذ تحقق رفضه بصك رسمي .

(وهذا النص يتفق في الحكم مع نص المادة ٣٣٤ من التقنين المدني المصري) .

(١) أ - عرض البائع على المشتري امام المحكمة البضاعة المببعة هو عرض حقيقي وفقاً للمادة ٦٩٧ من قانون المرافعات - القديم - متى كان العقد لم يحدد ميعاد للتسليم إذن فمتى كان الحكم اذ قضى

فهنا أيضاً ، ومن باب أولى ، يحق للمدين أن يعرض الدين ويودعه (١) .

ويمائل 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) .

٤٢٨ - تعذر الوفاء للدائن : 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 حقيقي أو إعدار ، إذ يجهل

= باعتبار المشتري هو المتخلف عن الوفاء قد أثبت أن البائع ما زال يعرض البضاعة على المشتري امام المحكمة وأن هذا الأخير هو الذي كان يأبى تنفيذ الاتفاق وان هذا الذي جرى امام المحكمة هو ما كان عليه موقف المتعاقدين قبل طرح خصومتها امام القضاء فان الطعن فيه بالقصور وفسخ الاتفاق المبرم بين الطرفين يكون في غير محله .

(جلسة ١٩٥١/٢/٨ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ال ١٥ عام ٥٨ - ٢٥٣)

ب - العبرة في تحديد مقدار الدين الذي يشغل ذمة المدين ليست بما يزعمه الخصوم بل بما يستقر به حكم القاضي . واذ كانت محكمة الموضوع قد انتهت إلى أن ما عرضته مورثه المطعون عليهم على البنك الطاعن يكفي للوفاء بكل ما هو مستحق له في ذمتها ، فان قيام المورثة بإيداع المبلغ المعروض خزانة المحكمة بعد أن رفض البنك رد أمر الصرف إليها مشمولاً بالصيغة التنفيذية ، ومؤشراً عليه بالتخالص يكون قد تم طبقاً للقانون ، واذ قضى الحكم فيه بصحة العرض والإيداع الحاصلين بشأنه ، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً .

(جلسة ١٩٧٢/٢/١٧ الطعن ٩٤ لسنة ٣٧ ق السنة ٢٣ ص ٢١١)

(١) ويعتبر تعنتاً من الدائن أن يرفض الوفاء لتأخر المدين قليلاً عن دفع ثمن الأرض التي اشتراها ، أملاً في فسح البيع بعد أن ارتفعت قيمة الأرض (استئناف مختلط ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٨) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «ويستلزم الإعدار على الدائن رفض الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً دون مبرر ، أو امتناعه عن القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها كامتناع المشتري عن التصديق على امضائه لإجراء تسجيل عقد البيع ، أو تصريحه بأنه لا يقبل الوفاء (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠) .

من هو الدائن الذي يعرض عليه الدين أو أين هو (١).

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 يحل ، فلا يجد المدين بدا 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 دائته 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 متنازعا 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 للدائن . ومثل التنازع على الدين أن يستوفى الدائن حقه من الغير فيحل الغير محله فيه ، ويحول في الوقت ذات هذا الحق لحال له يعلن الحوالة للمدين ، فيتنازع الدين الموفى والحال له كل منهما يدعى أنه الأولي بالدين (٢) . ومثل ذلك أيضاً أن يموت الدائن ، فيتنازع الدين الوارث وموصى له بالدين إذا يظعن الوارث في الوصية بالبطلان .

رابعاً - إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر هذا الإجراء . فمتى قام 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 إرضائه في عقد البيع ، فلا يجد المشتري بداً من إيداع الثمن على ذمة البائع بشرط ألا يقبضه إلا بعد التصديق على الإرضاء ، ثم يعمد بعد ذلك إلى رفع دعوى بثبوت البيع . ومثل ذلك أيضاً أن يريد المدين الوفاء بدين لغير الدائن حق فيه ، ولا يستطيع المدين أن يحصل على مخالصة من هذا الغير ، فلا يسعه في هذه الحالة إلا أن يودع الدين (٣) .

(١) 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) .

(٢) إما 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 عن الوفاء له بالدين مكتفياً بالإيداع ، إذ النزاع هنا غير جدى لوضوح حق السابق .

(٣) استئناف مختلط ٣ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٨ - وأنظر في هذه الفروض الأربعة المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٥ .

وفى هذه الفروض المتقدمة التي يتعذر فيها على المدين الوفاء للدائن ، ليس على المدين إلا أن يودع الدين ، دون حاجة إلى عرض حقيقى كما قدمنا ، فتبرأ ذمته من الدين (١) (١) .

وإذا فرغنا من بيان الأحوال التي يجوز فيها للمدين إيداع الدين بعد عرض حقيقى أو دون عرض ، يبقى أن نبحث مسألتين : (١) إجراءات العرض الحقيقى والإيداع (٢) ما يترتب على القيام بهذه الإجراءات من الآثار (٢) .

المطلب الأول

إجراءات العرض الحقيقى والإيداع

٤٢٩ - وجوب التنسيق بين نصوص التقنين المدنى ونصوص تقنين المرافعات :

تضمن التقنين المدنى طائفة من النصوص فى خصوص العرض الحقيقى والإيداع ، وأحال

(١) أما فى الفروض التى يرفض فيها الدين استيفاء الدين أو التى يقوم فيها بعمل مماثل ، فلا بد أن يسبق الإيداع عرض حقيقى كما قدمنا . وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد إرسال خطاب موصى 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 لكى تبرأ ذمته أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً (نقض مدنى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٧ ص ٤٢٩) . 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) .

(٢) وطريقة العرض الحقيقى والإيداع ، التى سار عليها التقنين المدنى وتقنين المرافعات فيما يستخلص من مجموع نصوصهما ، هى الطريقة المتبعة فى القوانين اللاتينية . أما التقنين الألمانى (م ٢٩٣ - ٣٠٤) فقد اتبع طريقة أبسط ، إذ اكتفى بمجرد إخبار الدائن (انظر فى المقابلة ما بين الطريقتين كولان وكايبتمان ودى لامور انديبير ٢ فقرة ٤٩٩ - دى باج ٣ فقرة ٤٩٣) . على أن التقنين المدنى الجديد ، كما سنرى ، أخذ عن التقنين الألمانى بعض أحكامه فيما رتبته من النتائج على إخبار الدائن .

(١) حجر ما للمدين لدى الغير لا يحول دون حق المحجوز عليه فى مطالبة المحجوز لديه بما فى ذمته ، على أن يكون الوفاء فى هذه الحالة وعلى ما تقضى به المادة ٥٥٥ من قانون المرافعات - السابق - بإيداع المبلغ خزنة المحكمة .

(جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦ الطعن ٥٥٦ لسنة ٥٣ ق م ٢١ ص ٣٤٤)

٤٣٢ - ما يترتب على اعدار الدائن من النتائج - النصوص القانونية : ويترتب على اعدار الدائن على الوجه المتقدم الذكر نتائج خطيرة ، كانت تترتب في عهد التقنين المدني السابق على العرض الحقيقي والإبداع ، وقد رتبها التقنين المدني الجديد على مرحلة سابقة للعرض والإبداع ، هي مرحلة اعدار الدائن . فنصت المادة ٣٣٥ من هذا التقنين على ما يأتي :

« إذا تم اعدار الدائن ، تحمّل تبعه هلاك الشيء أو تلفه ، ووقف سريان الفوائد ، وأصبح للمدين الحق في ايداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر (١) .
ويتبين من هذا النص أن النتائج التي يربتها القانون على اعدار المدين للدائن هي ما يأتي :
أولاً - يتحمل الدائن تبعه هلاك الشيء أو نقله ، وذلك فيما إذا كان الهلاك أو التلف مما يحمّل المدين تبعته قبل اعدار الدائن . مثل ذلك أن يعرض البائع تسليم المبيع على المشتري عرضاً صحيحاً تتوافر فيه الشروط التي قدمناها ، فيأبى المشتري تسلّم 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

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧١ من المشروع التمهيدي 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 ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٩ - ص ٢٠١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن المادة ٢٣٧/١٧٤ 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 تمهد بعمل شيء بمجرد عرضه على المتعهد له أنه مستعد لعمله ، وإنما 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 ٣٣٥ من التقنين المدني المصري) - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٢ (وهي مطابقة للمادة ٣٣٥ من التقنين المدني المصري) - ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي ، وقد قدمنا أن التقنين العراقي لا يجعل الدائن معذراً إلا بإيداع المدين الشيء على ذمة الدائن : انظر المادة ٣٨٥ مدني عراقي - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٩٤ ، وتجرى على الوجه الآتي : « إن الدائن الذي يرفض لغير سبب مشروع الإيفاء المعروض عليه بشروط منطبقة على الأصول يعد من جراء ذلك في حالة التأخر منذ تحقق رفضه بصك رسمي - ومن ذلك الحين يصبح خطر هلاك الشيء أو تعييبه على عهدة هذا الدائن ، وينقطع حكم الفائدة عن الدين . وعلاوة على ذلك يحق عندئذ للمدين ايداع موضوع الموجب وتحصيل الدائن عبء النفقة والمخاطر ، وتبرأ ذمته على هذا الوجه من الموجب . ويتفق هذا الحكم مع الحكم الوارد في المادة ٣٣٥ من التقنين المدني المصري .

في بقية المسائل على تقنين المرافعات . ولكن تقنين المرافعات لم تنسق نصوصه مع نصوص التقنين المدني ، ويبدو لأول وهلة أن هناك شيئاً من التناظر 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 ثلاث :

(المرحلة الأولى) مرحلة اعدار الدائن ، وما يترتب على هذا الإعدار 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 ايداع الدين على ذمة الدائن . وهذه مرحلة اشترك في رسم إجراءاتها كل من التقنين المدني وتقنين المرافعات .

٤٣١ - (أ) مرحلة اعدار الدائن : يبدأ المدين بعرض الوفاء على الدائن عرضاً فعلياً صحيحاً . والعرض الصحيح هو أن يعرض المدين الوفاء طبقاً للقواعد القانونية المقررة في شأنه . فيعرض الدين كله وملحقاته غير منقوصة ، ويعرضه في وقت حلوله ، 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 اعدار الدائن وعند العرض الحقيقي للدين . ويكفي أن يبدي استعداده ، إذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر ، لوفاء الدين للدائن . ويتم ذلك بأية طريقة تفي بهذا الغرض ، يصح أن يتم بالكتابة لتيسير الإثبات ؛ ويحسن أن تكون الكتابة مسجلة موصى 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 إعداراً للدائن برفضه للوفاء .

(١) انظر المادة ١٢٥٨ من التقنين المدني الفرنسي وما ورد في شأنها في بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٩٧ .
فقرة ١٦١١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٨ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يكتفي في هذا الإعدار بمجرد الكتابة ، كما يكتفي بمجرد الكتابة أيضاً في اعدار المدين . ولكن لجنة مجلس الشيوخ عدلت النصوص فجعلت الإعدار ، سواء بالنسبة إلى المدين أو بالنسبة إلى الدائن ، بإعلان رسمي على يد محضر (المرحلة الثالثة) الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠ - وانظر تاريخ تقنين المرافعات ٤٤٣ أنفا فقرة ٤٢٦ في الهامش .

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 نقوداً تنتج فوائد ، سواء كانت هذه الفوائد اتفاقية أو قانونية (١) . ولا حاجة ، في وقف سريان الفوائد ، للعرض الحقيقي والإيداع ، بل يكفي إعدار 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 .

ثالثاً - جواز عرض المدين للمدين على الدائن عرضاً حقيقياً وإيداعه إياه بعد ذلك على نفقة الدائن . ونص المادة ٣٣٥ من التقنين المدني يقول في هذا الصدد : «وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن» ، فلا يتكلم عن العرض الحقيقي ، وكأن التقنين المدني قد استعاض عن العرض الحقيقي بالإعدار . وكان تقنين المرافعات السابق نص في المادة ٧٨٦ على أن «للمدين إذا أراد تبرئة ذمته مما هو مقرب به ، نقداً كان أو غيره ، أن يعرضه فعلياً على دائته على يد محضر» . 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 إعدار الدائن سابقة على مرحلة العرض الحقيقي ، دون أن تغني عنها .

ولكننا نرى ، من جهة أخرى ، أن المدين يستطيع أن يستغنى عن مرحلة الإعدار ، وأن يقوم مباشرة بالعرض الحقيقي وفقاً للقواعد المقررة في تقنين المرافعات . غير أن النتائج التي كانت تترتب على الإعدار والتي بسطناها فيما تقدم ، تتأخر في هذه الحالة إلى حين العرض الحقيقي .

(١) استئناف مختلط 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 إعدار الدائن ، أن من بين هذه النتائج «تحويل المدين حق اتخاذ إجراءات العرض الحقيقي وإيداع هذا العرض بالإيداع على نفقة الدائن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠) ، وهذا صريح في أن الإعدار يليه عرض حقيقي ، ثم يلي العرض الحقيقي الإيداع . فتتسجم بذلك نصوص التقنين المدني مع نصوص تقنين المرافعات .

على أن الإعدار ، إلى جانب أنه يعجل بالنتائج التي تترتب عليه ، يكون دليلاً قاطعاً على أن الدائن قد رفض استيفاء الدين (١) ، فتكون نفقات العرض الحقيقي ثم نفقات الإيداع في هذه الحالة على الدائن ، كما تقول المادة ٣٣٥ مدني فيما قدمناه .

وتنص المادة ٣٣٦ من قانون المرافعات الحالي على أنه «الحجز لا يوقف استحقاق الفوائد على المحجوز لديه ، ولا يمنعه من الوفاء ولو كان الحجز مدعى ببطلانه ، كما لا يمنع المحجوز عليه من مطالبته بالوفاء . ويكون الوفاء بالإيداع في خزنة المحكمة التابع لها المحجوز لديه» .

رابعاً - مطالبة المدين للدائن بتعويضه عن الضرر الذي أصابه من جراء امتناع الدائن دون مبرر عن استيفاء الدين . فالإي جانب تحمل الدائن تبعه هلاك الشيء ، وإلى جانب وقف سريان الفوائد وتحميل الدائن نفقات العرض الحقيقي والإيداع ، 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 أجره هذا المكان طوال المدة التي شغلته فيها العين دون مبرر (١) .

٤٣٣ - (ب) مرحلة العرض الحقيقي : وتلي مرحلة إعدار الدائن مرحلة العرض الحقيقي كما قدمنا . وتقنين 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 ١/٤٨٧ مرافعات) (٢) . أما ما لا يمكن تسليمه للدائن في موطنه ، كالعقارات أو المنقولات التي لا

(١) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٢ ص ٣٠٦ - انظر في كل ما تقدم المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠ .

(٢) وإذا كان الدين نقوداً ، وجب عرض جميع المبالغ المستحقة والفوائد والمصروفات التي صفت ومبلغ إجمالي لحساب المصروفات التي لم تصف ، 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 مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٩٩ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤١ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣) .

(١) نص المادة ٣٣٨ من القانون المدني يجيز للمدين الوفاء بدينه عن طريق إيداعه مباشرة دون عرضه على الدائن إذا كانت هناك أسباب جديدة تبرر ذلك ومن هذه الأسباب - على ما صرحت به المذكرة الإيضاحية - حاله ما إذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاءه قبل تنفيذ التزامه ومن ثم يكون للبائع بعد فسخ البيع في حالة رفض المشتري تسليمه المبيع مقابل استيفائه ما دفعه من الثمن أن يوفى بالتزامه برد الثمن الذي قبضه عن طريق إيداعه مباشرة لذمة المشتري دون حاجة إلى عرضه عليه . (جلسة ١٩٦٨/٦/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ١٢٢٩)

يتيسر نقلها إلا بمشقة ومؤونة ، فيحصل عرضها عرضاً حقيقياً على الدائن بمجرد تكليفه على يد محضر ١/٤٨٧ مرافعات) . ويجب أن يشتمل محضر العرض أو ورقة التكلف على بيان جنس النقود وعددها وبيان الشيء المعروض بياناً دقيقاً وعلى شروط العرض وذكر قبول المعروض أو رفضه (م ١/٤٨٧ مرافعات) (1).

وقد نصت المادة ٤٨٩ من تقنين المرافعات على نوع خاص من العرض الحقيقي بإجراءات مختصرة ، وهي العرض حال المرافعة أمام المحكمة . فقضت بأنه يجوز العرض الحقيقي في الجلسة أمام المحكمة بدون إجراءات إذا كان من وجه إليه العرض حاضراً . وتسلم النقود المعروضة عند رفضها لكاتب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة (2) ، وتثبت في محضر الإيداع ما أثبت بمحضر الجلسة خاصة بالعرض ورفضه . وإذا كان المعروض في الجلسة من غير النقود ، تعين على العارض أن يطلب إلى المحكمة تعيين حارس عليه (3) ، ولا

(1) أ - يشترط لقيام العرض الحقيقي المشفوع بالإيداع مقام الوفاء أن يكون رفض الدائن قبول الوفاء المعروض بغير مبرر .

(جلسة ١٩٦٧/١/١٩ الطعن رقم ١٥ لسنة ٣٣ ق السنة ١٨ ص ١٤٣)

ب - إذا كان محضر الإيداع لم تسبقه إجراءات العرض الحقيقي المنصوص عليها في المادتين ٤٨٧ و ٤٨٨ من قانون المرافعات والمادتين ٣٣٤ ، ٣٣٩ من القانون المدني لا يعتبر وفاء مبرراً للذمة .

(جلسة ١٩٧٧/١/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٧٤)

(2) مفاد نصوص المادتين ٧٨٦ ، ٧٩٢ من قانون المرافعات أنه إذا كان الدين الثابت في ذمة المدين مبلغاً من المال وأراد أن يسرى ذمته من هذا الدين يعرضه على دائته حال المرافعة فإنه يجب أن يكون هذا العرض نقوداً دون غيرها ، فإذا كان المشتري قد أودع شيكاً لأمر البائع واعتبر الحكم هذا الإيداع وفاء بالثمن مبرراً للذمة المشتري من الدين فإنه يكون قد خالف القانون ، ذلك لأن الشيك وإن كان يعتبر أداة وفاء إلا الالتزام المترتب على ذمة الساحب لا ينقضي بمجرد سحب الشيك بل بقيام المسحوب عليه بصرف قيمته للمستفيد .

(جلسة ١٩٥٧/٦/١٣ الطعنان ٢٤٦ و ٢٤٧ لسنة ٢٢ ق السنة ٨ ص ٥٧٦)

(جلسة ١٩٧٩/١٢/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص ١٩٧)

(جلسة ١٩٨٤/٤/١٦ الطعن رقم ٧٤٤ لسنة ٤٩ ق السنة ٣٥ ص ٩٩٥)

(جلسة ١٩٩٠/٦/٦ الطعن ٥٧٣ لسنة ٥٦ ق)

(3) متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع لم يوف التزامه المترتبة على العقد - حتى وقت الحكم النهائي في الدعوى ، وكان مجرد عرض البائع استعداده لتسليم العين المبيعة على أن يوقع المشتري على عقد البيع النهائي لا يعد عرضاً حقيقياً يقوم مقام الوفاء بالالتزام لأن البائع لم يتبع استعداده لتسليم العين المبيعة طبقاً لما توجه المادتان ٧٩٢ و ٧٩٣ من القانون المدني و ٧٩٢ من قانون المرافعات (قديم تقابلها المادة ٤٩٠ من قانون المرافعات الحالي) الحكم لا يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٦٢/١١/٨ الطعن ١٥٩ لسنة ٢٧ ق السنة ١٣ ص ٩٩٢)

يقبل الطعن في الحكم الصادر بتعيين الحارس . وللعارض أن يطلب على الفور الحكم بصحة العرض (1) .

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 (1) ، إلا إذا تبين أنه لم يكن المتسبب 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 (1) (2) .

٤٣٤ - (ج) مرحلة 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 أما أن يكون نقوداً أو غير نقود .

(1) 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) .

(2) ولابد ، كما قدمنا ، من العرض الحقيقي قبل الإيداع ، وإلا فالإيداع وحده لا يكون مبرراً 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 .

(1) أ - أنه إذا كان الثابت من بيانات الحكم أن عرض المطعون عليها باقى الثمن على الطاعنين بعد رفع أمام محكمة أول درجة وظلا متمسكين بهذا العرض في مواجعتهم رغم رفضهم قبوله ، فإن ذلك يعد بمثابة عرض ابدى أمام المحكمة حال المرافعة ولا يلزم لصحته اتخاذ إجراءات أخرى كإعلان هذا العرض عملاً بالمادة ٧٩٢ من قانون المرافعات (السابق والمقابل لها المادة ٤٨٩ من قانون المرافعات الجديد) .

ب - إذا كان الثابت من بيانات الحكم أن عرض المطعون عليها باقى الثمن على الطاعنين حصل بعد رفع الدعوى أمام محكمة درجة وظلا متمسكين بهذا العرض في مواجعتهم رغم رفضهم قبوله فإن ذلك يعد بمثابة عرض ابدى أمام المحكمة حال المرافعة ولا يلزم لصحته اتخاذ إجراءات أخرى كإعلان هذا العرض عملاً بالمادة ٧٩٢ من قانون المرافعات (تقابلها المادة ٤٨٩ من قانون المرافعات الحالي) .

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨ الطعن ٢٨ لسنة ٢٨ ق السنة ١٤ ص ٣٩٨) .

(2) إذا كان محضر الإيداع لم تسبقه إجراءات العرض الحقيقي المنصوص عليها في المادتين ٤٨٧ ، ٤٨٨ من قانون المرافعات والمادتين ٣٣٤ ، ٣٣٩ من القانون المدني ، فإنه لا يعتبر وفاء مبرراً للذمة .

(جلسة ١٩٧٧/١/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٧٤)

فان كان من النقود ، ورفض الدائن العرض ، قام المحضر بإيداع هذه النقود خزنة المحكمة في اليوم التالي لتاريخ محضر العرض على الأكثر . وعلى المدين إعلان الدائن بصورة من محضر الإيداع (١) في ظروف ثلاثة أيام من تاريخه (١/٤٨٨ مرافعات) .

وان كان المعروض من غير النقود ، ورفض الدائن العرض ، جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس لحفظه في المكان الذي يعينه (٢/٤٨٨ 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 ايداعه . فاذا كان هذا الشيء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة» (٢) . وهذا النص ، للتوفيق بينه

(١) والعمرة 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 ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠١ - ص ٢٠٢) .

وقد جاء في التقنين المدني السابق (م ٢٣٩/١٧٦) في هذا الخصوص ما يأتي : «تبراً ذمة المتعهد بتسليم عقار إذا استحصل على تعيين أمين حارس للعقار المذكور بحكم يصدر بمواجهة المتعهد له أو في غيبه بعد تكليفه بالحضور أمام المحكمة» .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣٤ (وهي مطابقة له) - في التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٣ (وهي أيضاً مطابقة له) - وفي التقنين المدني العراقي المادة ١/٣٨٧ ، 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 ٣٣٦ مصري) - وفي تقنين المرحبات والعقود البناني المادة ٢٩٥ ، وتجري على الوجه الآتي : «إذا كان موضوع الموجب عملاً ما ، لا تسليم شيء ، يحق للمدين 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 القواعد 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 التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ .

وبين المادة ٢/٤٨٨ مرافعات ، يجب أن يجعل مفصلاً لأحكام هذه المادة . ويجب إذن أن نميز في غير النقود بين ما يمكن نقله وإيداعه كمجوهرات وعروض يسيرة النقل ، وبين ما هو معد للبقاء حيث وجد كالعقارات وبعض المنقولات العسيرة النقل والتي هي معدة لتبقى حيث هي كآلات الزراعة والسيارات والمؤن وأدوات العمارة (١) ونحو ذلك . فاذا كان المعروض مما يتيسر نقله ، جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة وفقاً للمادة ٢/٤٨٨ مرافعات ، أو أن يطلب بعريضة من قاضي الأمور الوقتية وفقاً للمادة ٣٣٦ مدني ، أمراً بتعيين حارس لحفظ الشيء في المكان الذي يعينه القاضي (٢) ، وقد يكون هذا المكان هو خزنة المحكمة إذا تيسر ذلك كما هو الأمر في إيداع المجوهرات والأوراق المالية ونحوها . أما أن كان المعروض مما لا يتيسر نقله بل كان معداً للبقاء حيث وجد ، جاز 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 كالمواشي 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 خزنة المحكمة . ٢ - فاذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق ، أو كان التعامل فيه متداولاً في البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع بممارسة بالسعر المعروف» (٣) .

(١) نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٢ ص ٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن 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 مماثلاً للإيداع (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ ص ١٠٢٢) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٩ في المشروع النهائي . 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 ما دام الأمر يتعلق بسلطة القاضي الولائية فإن مفهوم ذلك بدهة 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 المدني السابق .

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 (١) ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته» (١) .

= ويقابل لنص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣٥ (وهي مطابقة له) - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٤ (وهي أيضاً مطابقة له) - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢/٣٨٧ ، وتجري على الوجه الآتي : «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 المعروف في الأسواق ، فإن تعذر ذلك فيالمزاد العلني ، ويقوم إيداع الثمن مقام إيداع الشيء نفسه . وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصري ، إلا أن التقنين العراقي يبيح عند الضرورة علم استئذان القضاء في بيع الشيء - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢/٢٩٦ ، وتجري على الوجه التالي : «أما إذا كان الشيء غير قابل للإيداع كأن يكون مثلاً قابلاً للتلف ، أو يكون حفظه مذلة لنفقات باهظة ، جاز للمدين ، بعد استئذان القاضي ، يبعه علناً وإيداع الثمن» . وهذا حكم يتفق مع حكم التقنين المصري .

انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ وقارب استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٠ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٧ - ٢٠٨) .

(١) من المقرر في قضاء محكمة النقض أن العرض الحقيقي الذي يتبعه الإيداع هو الوسيلة القانونية لإبراء ذمة الدين ومن ثم يتعين أن تتوافر فيه الشروط المقررة في الوفاء المبرئ للذمة ومنها أن يتم العرض على صاحب الصفة في استيفاء الحق .

(جلسة ١٩٩٠/٥/٢٧ الطعن رقم ١٨٠٤ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨٤/٤/١٦ الطعن ٧٤٤ لسنة ٤٩ ق السنة ٣٥ ص ٩٩٥)

(جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٤ ص ٦٧٩)

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٨/١٧٥ (١) .

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 (٢) .

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 .

١ - 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

(١) التقنين المدني السابق م ٢٣٨/١٧٥ : ومع ذلك إذا كان الدين عبارة عن نفود أو منقولات ، فترا ذمة المدين بعرضه الدين على الدائن عرضاً حقيقياً بالتطبيق للقواعد المبينة في قانون المرافعات . وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصري الجديد .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٣٧ (مطابقة للمادة ٣٣٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٢٦ (مطابقة للمادة ٣٣٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٨٦ : 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 هلاك الشيء من وقت الإيداع ، ومن هذا الوقت أيضاً يقف سريان الفوائد . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري ، إلا أن التقنين العراقي يرتب ، كما قدمنا ، على الإيداع الآثار التي يترتبها التقنين المصري على إعدار الدائن) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢/٢٩٤ (العبارة الأخيرة) : وتبرأ ذمته على هذا 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 تقتضى ذلك ، كما أن هذا الحكم يستتج من المادة ٢٩٧ لبناني) .

م ٢٩٨ : إن نفقة الإيداع على الدائن حيثما يكون الإيداع مشروعاً (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري) .

للمدين حتى ينتج القبول أثره ، وإلا جاز للمدين قبل وصول القبول إلى علمه إن يرجع في العرض على الوجه الذي سنبينه (١).

ويجب أيضاً ، حتى يجوز للدائن أن يقبل عرضاً سبق له رفضه ، أن يثبت الموعد لديه (أو خزانة المحكمة) أنه أخير المدين بإعلان رسمي على يد محضر أنه سيسلم الشيء الموعد للدائن ، وذلك قبل حصول التسليم فعلاً بثلاثة أيام على الأقل . وعند تسليم الشيء للدائن . يجب عليه أن يسلم الموعد لديه صورة محضر الإيداع التي تسلمها مع مخالصة بما قبضه .

وقد نصت على هذه الأحكام صراحة المادة ٤٩١ 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 الموعد لديه أنه أخير مدينه على يد محضر يعزمه على التسليم قبل حصوله بثلاثة أيام على الأقل . ويسلم الدائن الموعد لديه صورة محضر الإيداع المسلمة إليه مع مخالصة بما قبضه» (٢).

٤٣٧ - الحكم بصحة العرض والإيداع : فإذا لم يقبل الدائن العرض بعد الإيداع ، فإن للمدين أن يطلب الحكم بصحة العرض والإيداع (١) ، كما أن للدائن دون أن ينتظر رفع هذه الدعوى أن يبادر هو إلى رفع دعوى بطلان العرض والإيداع .

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٣٢ .

(٢) ويجوز أيضاً للدائن الدائن أن يقبل العرض باسم الدائن ، عن طريق استعمال حقوق مدينه ، وأن يجوز على الشيء الموعد تحت يد الموعد لديه . فلا يجوز بعد الحجز للدائن أن يتسلم الشيء ، ولا للمدين أن يرجع في العرض ، وذلك في حدود ما للدائن الدائن من حق (بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٣١ مذكورة أولاً).

(١) أ - الدفع بعدم صحة اجراءات العرض والإيداع مقرر لمصلحة الدائن وحده ، فإن أسقط حقه فيه صراحة أو ضمناً فلا يجوز له العودة إلى التمسك به لأن الساقط لا يعود .

(جلسة ١٩٩٤/٦/٢٥ الطعن رقم ٢٣١١ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٨٢/١١/١١ الطعن رقم ١٦٦٠ لسنة ٤٨ ق)

ب - الشرط الذي يجعل العرض والإيداع غير مبرئ للذمة هو ما لا يكون للمدين حق في رفضه ، ومن ثم فإن إيداع المشتري باقي الثمن مع اشتراط عدم صرفه للباقي إلا بعد التوقيع على العقد النهائي لنصوص عقد البيع لا يؤثر على صحة العرض والإيداع ويرى ذمته من باقي الثمن .

(جلسة ١٩٧٩/١/٢٥ الطعن ٥٤٤ لسنة ٤٨ ق السنة ٣٠ ع ١ ص ٣٨٥)

ج - المادة ١/٤٨٨ من قانون المرافعات استلزمت اعلان الدائن بصورة من محضر الإيداع ثلاثة أيام من تاريخ حصوله إنما يقتصر على حالة الإيداع التي يسبقها اجراء العرض

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 الذي قدمناه . ولا يقتصر الأمر على إيداع المعروض وحده ، بل يجب أن يعرض مع فوائده التي استحققت إلى يوم الإيداع . وقد وردت هذه الأحكام في الفقرة الأولى من المادة ٤٩٠ من تقنين المرافعات ، إذ تنص على أنه : «لا يحكم بصحة العرض الذي لم يعقبه إيداع إلا إذا تم إيداع المعروض مع فوائده التي استحققت لغاية يوم الإيداع» (١) (١).

= باعلان الدائن على يد محضر دون حالة الإيداع المباشر التي لم يستلزم المشرع بالنسبة لها هذا الأجراء أو أى اجراء آخر مماثل .

(جلسة ١٩٨٣/٩/٢٨ الطعن رقم ٧٠ لسنة ٦٠ ق)

(جلسة ١٩٨٣/١١/٢٤ السنة ٣٤ ص ١٦٧١)

(جلسة ١٩٦٢/٢/٢١ السنة ١٣ ص ٢٨٥)

(٢) وترفع دعوى صحة العرض أمام محكمة موطن الدائن (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٦) . ومصروفات الإعدار والعرض والإيداع ، إذا حكم بصحة العرض ، تكون على الدائن (استئناف مختلط ٢٨ فبراير 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 ١١٩٩) . ولا يجوز أن تكون المبالغ المعروضة أقل من المبالغ المستحقة ، إلا إذا كان الفرق ضئيلاً كما سبق القول (استئناف مختلط 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 - ٤١ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣) . ولا يجوز أن يكون الإيداع مقيداً بشروط (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٨٠١٣٦ 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 عرض المدين الأدوات والمهمات المحكوم عليه بتسليمها إلى المدعين ، وفيد عرضه بأن يدفعوا له المبلغ الذي حكم له به نهائياً قبلهم بمقتضى نفس الحكم الذي ألزم بتسليم الأشياء المعروضة ، فهذا العرض صحيح ، ومثل هذا الشرط لا يبطئه ، 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 استنزال الفوائد عن الجزء الذي عرضه (استئناف مختلط ٣ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣) . وإذا حكم بصحة العرض والإيداع ، فلا محل في الحكم لإلزام المدين البرئ الذمة بالسداد ، بل ينص الحكم فقط على السماح للدائن بأن يسحب مما هو مودع على ذمته ما يعادل حقه (استئناف أهلي ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١/١٥٥ ص ٢١٠) .

(١) أ - العبرة في تحديد مقدار الدين يشغل ذمة المدين ليست بما يزعمه الخصوم بل بما يستقر به حكم القاضي ، وإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت إلى أن ما عرضته مورثه المطعون عليهم على البنك =

٤٣٨ - ما يترتب من الأثر على قبول الدائن أو صدور حكم نهائي بصحة العرض والإيداع : فإذا ما قبل الدائن العرض والإيداع على النحو المتقدم الذكر ، أو صدور 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 تبرا ذمته من يوم العرض ، فإن النص صريح في أن الذي يبرئ ذمة المدين هو العرض إذا تلاه الإيداع ، فالإيداع إذن شرط في إنتاج العرض لأثره (١) . وإذا تحقق استند هذا الأثر إلى يوم

= الطاعن يكفى للوفاء بكل ما هو مستحق له في ذمتها ، فإن قيام المورثة بإيداع المبلغ المعروض خزنة المحكمة بعد أن رفض البنك رد أمر الصرف إليها مشمولاً بالصيغة التنفيذية ، ومؤشراً عليه بالتخالص يكون قد تم طبقاً للقانون ، وإذا قضى الحكم المطعون فيه بصحة العرض والإيداع الحاصلين بشأته ، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً .

(جلسة ١٩٧٢/٢/٧ الطعن ٩٤ لسنة ٣٧ ق السنة ٢٣ ص ٢١١)

ب - إذا كانت الشروط التي قيد بها العرض الحقيقي والإيداع ليس فيه ما يخالف النظام العام أو يتنافى مع مقتضى ومرمى الصلح الذي تم بين الطرفين بل هي شروط يستلزم الدين المعروض ولا تخالف طبيعة العرض ، وكانت محكمة الاستئناف قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية - بإسباب سائفة - إلى أن رفض الدائن قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً كان بغير مبرر وأن الإيداع الذي تلا هذا العرض كان صحيحاً وتم وفقاً للقانون فإنها إذا اعتبرت ذمة المدين قد برئت من المبلغ المودع - الذي التزم به في عقد الصلح - تكون قد طبقت القانون تطبيقاً صحيحاً .

(جلسة ١٩٦٧/١/٢٦ الطعن ٣٣٧ لسنة ٣٠ ق السنة ١٨ ص ٢١٥)

(جلسة ١٩٧٩/١/٢٥ الطعن ٥٤٤ لسنة ٤٨ ق)

(١) أ - العرض لا يقوم مقام الوفاء المبرئ للذمة من المبلغ المعروض - على ما تقضى به المادة ٣٣٩ مدني والمادة ٧٨٩ من قانون المرافعات - إلا إذا تلاه إيداع المبلغ خزنة المحكمة - وإذا كان المطعون عليهم قد اكتفوا بعرض المبلغ على الطاعن بالجلسة فرفض قبول هذا العرض ، ولم يقوموا بإيداع المبلغ المعروض فإنهم لا يكونون قد أوفوا بكل الباقي من الثمن للطاعن .

(جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦ الطعن ٥٥٦ لسنة ٣٥ ق السنة ٢١ ص ٣٤٤)

ب - إذا كان المطعون ضده الأول «المشتري» قد أودع باقي الثمن على ذمة الطاعنة وسائر البائعين وطالما أن الإيداع لم يكن في ذاته محل اعتراض ، فإن ذمة المطعون ضده تبرا بإيداع المستحق من الثمن على ذمة البائعين جميعاً ، لأن الصفقة بالنسبة له كانت غير مجزأة ، وللطاعنة أن تستأدى حصتها من الثمن المودع وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً .

(جلسة ١٩٧٢/٤/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٧٨١)

ج - يشترط لقيام العرض الحقيقي المشفوع بالإيداع مقام الوفاء أن يكون رفض الدائن قبول الوفاء المعروض بغير مبرر .

(جلسة ١٩٦٧/١/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٤٣)

العرض . وهذا ما تنص عليه المادة ٣٣٩ مدني فيما قدمناه ، فهي تقضى بأن «يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات أو تلاه أي إجراء مماثل ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته» . وأيد هذا النص نص آخر في تقنين المرافعات صريح في أن براءة ذمة المدين إنما تكون من يوم العرض ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٩٠ مرافعات على ما يأتي : «وتحكم المحكمة مع صحة العرض ببراءة ذمة المدين من يوم العرض» (١) .

ومتى برئت ذمة المدين ، فقد برئت ذمة المدينين المتضامنين معه والشركاء في الدين والكفلاء وسقطت التأمينات العينية التي كانت تكفل الدين .

وبراءة ذمة المدينين المتضامنين والشركاء والكفلاء وسقوط التأمينات العينية هو أثر نهائي لقبول الدائن العرض أو للحكم النهائي بصحته ، فلا يجوز بعد ذلك أن ترجع ذمة هؤلاء مشغولة بالدين أو أن تعود التأمينات العينية ، حتى لو رجع المدين في العرض وقبل الدائن منه هذا الرجوع . وهذا ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٤٠ مدني ، إذ تقول : «فإذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ،

= (جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ الطعن رقم ٦٥٤ لسنة ٤٥ ق)

د - متى كان المشتري قد أورد بصحيفة دعواه التي أقامها ضد البائع «أنه عرض على البائع القسط المستحق من الثمن عرضاً حقيقياً باعذار أعلن له فرفض استلام المبلغ وقام المخضر بإيداعه خزنة المحكمة لذمة المعلن إليه على أن يصرف له بلا قيد ولا شرط ولا إجراءات وأعلن بمحض الإيداع في ذات اليوم وأنه يحق للمطالب والحال هذه رفع الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع» فإن هذا الذي أسس عليه المشتري دعواه يتضمن حتماً طلبه القضاء بصحة لعرض والإيداع . فإذا ذهبت المحكمة إلى أن العرض والإيداع الحاصل من المشتري لا يعتبر مبرراً لذمته من القسط الذي حل ميعاده لأن البائع رفض العرض وتطلبت المحكمة أن يحصل المشتري على حكم سابق بصحة العرض والإيداع ، ولم تقم اعتباراً للطلب الموجه بالدعوى المرفوعة أمامها من المشتري بحسبانه طلباً سابقاً على طلب الحكم بصحة ونفاذ العقد . فأنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون وحجبت نفسها بذلك عن بحث طلب صحة العرض والإيداع الذي تضمنته صحيفة دعوى المشتري .

(جلسة ١٩٦٧/١/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٨٥)

هـ - إذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه ان الطاعنتين لم تتمسكا بإعلان الإيداع ولم تقدموا الدليل على سبق تمسكها به أمام محكمة الموضوع فإنه يكون سبباً جديداً لا يجوز ابتدائه لأول مرة أمام محكمة النقض .

(جلسة ١٩٧٨/٤/٦ الطعن رقم ١٠٣٣ سنة ٤٥ ق)

(١) ويقضى التقنين المدني الفرنسي (م ٢/١٢٥٧) بعكس ذلك ، فلا تبرا ذمة المدين إلا من يوم الإيداع (أنظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٢٨ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١١ ص ٦١٦) .

٢ - أثر العرض والايدياع قبل قبول الدائن وقبل صدور حكم بصحة العرض

٤٣٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا عرض المدين الدين وأتبع العرض بإيداع أو باجراء مماثل ، جاز له أن يرجع في هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله أو ما دام لم يصدر حكم نهائي بصحته . وإذا رجع ، فلا تبرا ذمة شركائه في الدين ولا ذمة الضامنين .

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 ، وتبرا ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين (١) .

وليس لهذا النص مقابل في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان منصوباً 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 ٢٩٨ (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 والضامنين إلى الفقرة الأولى في حالة رجوع المدين في عرضه قبل قبول الدائن للعرض وقبل الحكم بصحته ، وأضيف حكم براءة ذمة الشركاء في الدين والضامنين 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) .

التقنين المدني السوري 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 : للمدين أن يسترد الشئ المدع ما دام الدائن لم يصرح =

لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرا ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامن . والأصل في 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 ٣٩٣ من تقنين المرافعات على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « لا يجوز الرجوع عن العرض ، ولا استرداد المدع ، بعد قبول الدائن لهذا العرض أو بعد صدور الحكم بصحة العرض وصيرورته نهائياً » . غير أنه إذا قبل الدائن من المدين رجوعه عن عرضه بعد قبول الدائن للعرض أو بعد الحكم النهائي بصحته ، فإن قبول الدائن لرجوع المدين في العرض يكون أثره مقصوداً على العلاقة فيما بينه وبين المدين ، ولا يجاوز ذلك إلى الغير من شركاء في الدين وكفلاء وأصحاب حقوق عينية على العقار المرهون في الدين ، فهؤلاء يفيدون نهائياً من براءة ذمة المدين . ومن ثم تبرا ذمة الشركاء والكفلاء كما قدمنا ، ويحق لأصحاب الرهون التالية في المرتبة للدائن الذي برئت ذمة مدينه عدم الاعتداد الرهن الذي كان متقدماً على رهونهم وكان يكفل الدين (١) . أما في العلاقة ما بين الدائن والمدين ، بعد رجوع المدين في العرض وقبل الدائن لهذا الرجوع ، فإن الدين الذي كان معروضاً ينقضى بقبول الدائن للعرض أو بالحكم نهائياً بصحته ، ولكن لما كان الدائن قد قبل من المدين الرجوع في هذا العرض ، فإن ذمة المدين ترجع مشغولة بدين جديد معادل للدين القديم الذي 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) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ومتى قبل العرض المشفوع بالإيداع أو باجراء مماثل له ، أو حكم بصحته ، أصبح لازماً وامتنع الرجوع فيه . ويكون لكل هذا العرض حكم الوفاء ، ويستند أثره إلى الماضي ، فيعتبر أنه تم وقت إعلان العرض (وقد ورد خطأ : وقت إعلان الإيداع) ، وتعتبر ذمة المدين والملتزمين معه بالدين والكفلاء قد برئت من هذا الوقت . على أن للدائن أن يرفض رجوع المدين في عرضه الحقيقي ، بعد القبول أو بعد صدور الحكم بصحته ، وعندئذ يعتبر الوفاء كأن لم يكن ، دون أن يعزل ذلك بحقوق الملتزمين مع المدين بالدين أو الكفلاء ، فهؤلاء تبرا ذمتهم نهائياً ، ولا يكون لهذا الرجوع أثر بالنسبة لهم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ - ص ٢١٠) .

وسرى أن ما ورد في المذكرة الإيضاحية من أن الوفاء يعتبر كأن لم يكن ليس دقيقاً ، فمتى 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 تشغل به ذمة المدين نحو الدائن ، كما سيأتى .

(٢) انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١١ ص ٦١٧ .

ونصت المادة ٤٩٢ من تقنين المرافعات الجديد على ما يأتي : «يجوز للمدين أن يرجع عن عرض لم يقبله دائته ، وأن يسترد من خزنة 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 والإيداع ، 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 وقت 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 ٤٩١ 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 ٤٩١ مرافعات ، وعندئذ لا يكون لرجوع المدين عن العرض أثر ، ويصبح 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 .

= 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 يعرض ، وأغفل ذكر صدور الحكم بصحته ، ولكن صدور الحكم بصحة العرض يمنع في لبنان رجوع المدين في العرض وفقاً للقواعد العامة) .

(١) وحق رجوع المدين في العرض حق متصل بشخصه ، فلا يجوز لدائته أن يستعملوه باسمه . فإذا وقع هؤلاء حجزاً على الشيء المعروض ، ولم يرجع المدين في العرض ، كان الحجز باطلاً (بودري وبارد ١٦٣١) . ولكن لما كان العرض يعتبر وفاء للدين ، فللدائن المدين أن يطعنوا فيه بالدعوى البولصية وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ مدني .

٤٤١ - الأثر الذي يترتب 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 والإيداع على المدين لأنه هو الذي رجع فيما عرض (٢) .

وتبقى ذمة المدين مشغولة بالدين وملحقاته . وكذلك تبقى مشغولة بالدين ذمة المدينين المتضامنين 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 المتضامنين والشركاء في الدين والكفلاء تبرأ ذمتهم ، وأن التأمينات العينية التي كانت تكفل الدين تزول (٤) .

ويجوز ، بعد رجوع المدين في العرض وقبل استرداده للشيء المعروض من خزنة المحكمة أو من تحت يد الحارس ، أن يوقع دائته - 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 قضت محكمة النقض بأن الإيداع الحاصل على ذمة أحد دائتي المدين لا يخرج به المبلغ المودع عن ملكية المودع إلا بقبول الدائن له ، فقبل ذلك يستطيع المدين أن يوجه المبلغ الذي أودعه أية وجهة أخرى (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٧ ص ٣٣٣ . وأنظر أيضاً : استئناف مخلط ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٩) .

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٣٤ ص ٧٢٥ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٠ في الهامش .

الفصل الثاني

محل الوفاء

٤٤٢ - على أى شئ يقع الوفاء ومتى وأين يكون : نبحث هنا موضوعين :
أولاً - على أى شئ يقع الوفاء وما يتبع هذا الشئ من ملحقات .
ثانياً - الزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء .

الفرع الأول

على أى شئ يقع الوفاء وما يتبع هذا الشئ من ملحقات

المبحث الأول

على أى شئ يقع الوفاء

٤٤٣ - الوفاء بنفس الشئ المستحق دون تجزئه - حالة تعدد الديون : الوفاء يكون بنفس الشئ المستحق ، وهو الشئ محل الالتزام .
ولا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى ، بل يجب عليه أن يفى بالشئ المستحق كاملاً دون تجزئة . وقد تعدد الديون التى فى ذمة المدين فيفى ببعضها ، ويتعين تحديد أيها وفى .
فعدنا إذن مسائل ثلاث : (١) الوفاء بنفس الشئ المستحق ، (٢) الوفاء بكل الشئ المستحق فلا يجوز الوفاء الجزئى ، (٣) تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون .

المطلب الأول

الوفاء بنفس الشئ المستحق

٤٤٤ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤١ من التقنين على ما يأتى :
« الشئ المستحق أصلاً هو الذى به يكون الوفاء ، فلا يجبر الدائن على قبول شئ

ولو كان هذا الشئ مساوياً له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى ، (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢١٣/١٦٨ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٣٩ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٢٨ - وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٣٩٠ - ٣٩١ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبناى المواد ٢٩٩ و ٣٠١ و ٣١٧ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٧٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٣ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٢ - ص ٢١٣) .

(٢) التقنين المدنى السابق : م ٢٣١/١٦٨ : يجب أن يكون الوفاء على الوجه المتفق عليه بين المتعاقدين . (والحكم متفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٣٩ (مطابقة للمادة ٣٤١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣٢٨ (مطابقة للمادة ٣٤١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٩٠ : ١ - إذا كان الدين مما يتعين بالتعيين ، فليس للمدين أن يدفع غيره بدلاً عنه بدون رضاء الدائن ، حتى لو كان هذا البديل مساوياً فى القيمة للشئ المستحق أو كانت له قيمة أعلى . ٢ - أما إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين بالقدر ، فللمدين دفع مثله وإن لم يرض الدائن .

م ٣٩١ : رب الدين إذا ظفر عرضاً بجنس حقه من مال مدينه ، وهو على صفته ، فله الاحتفاظ به . (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى . 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 اللبناى : م ٢٩٩ : يجب إيفاء الشئ المستحق نفسه ، ولا يجبر الدائن على قبول غيره وإن كان أعلى قيمة منه - وإذا كان الشئ لم يعين إلا بنوعه ، فلا يجب على المدين تقديمه من النوع الأعلى ، ولكن لا يجوز له تقديمه من النوع الأدنى .

م ٣٠١ : عندما يكون الدين مبلغاً نقود يجب إيفاؤه من عملة البلاد ، وفى الزمن العادى ، حين لا يكون التعامل اجبارياً بعملة الورق ، يظل المتعاقدون أحراراً فى اشتراط الإيفاء نقوداً معدنية أو عملة أجنبية .

م ٣١٧ : إن الإيفاء بواسطة التحويل (الشيك) يبقى خاصاً لأحكام القانون الصادر فى ٧ نيسان سنة ١٣٣٠ (١٩١٤) الذى لا يزال مرعى الأجراء .

(وهذه الأحكام تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

والشئ المستحق أصلاً أما أن يكون شيئاً معيناً بالذات أو شيئاً غير معين إلا بنوعه أو نقوداً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل .

٤٤٥ - الشئ المستحق شئ معين بالذات : إذا كان الشئ المستحق هو شئ معين بالذات ، كدار أو سيارة معينة أو حصان معين ، فالوفاء يكون بهذا الشئ بالذات لا بغيره ، ولو كان غيره من جنسه ونوعه ويساويه أو يزيد عليه . ولا يجبر الدائن على قبول غير الشئ المستحق ، ولو كان أزيد في القيمة . كما لا يجبر المدين على الوفاء بغير الشئ 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 بشئ غير المستحق أصلاً ، وهذا هو الوفاء بمقابل (١) . ولكنه غير الوفاء ، وله أحكام خاصة به سيرد ذكرها فيما يلي .

ويجب تسليم الشئ 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 (٢) . أما إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ من المدين ، فإن الدائن يرجع بالتعويض على المدين . وليس في هذا كله إلا تقرير للقواعد العامة (٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : «ينبغي أن يقع الوفاء على الشئ المستحق أصلاً ، سواء أكان الالتزام به التزاماً بنقل حق عيني أم التزاماً بعمل أم التزاماً بالامتناع عن عمل . فلا يجوز أن يستبدل بهذا الشئ شئ آخر ولو كان أعلى منه قيمة ، إلا أن يرتضى الدائن الاعتياض (الوفاء بمقابل) ، أو أن يكون ظاهر التمتع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٢) . ويستفاد من ذلك أن الدائن ليس له أن يرفض استيفاء شئ أعلى قيمة ، ولا المدين أن يرفض إيفاء شئ أدنى قيمة ، إذا كان في الرفض تعنت ظاهر ، وهذا تطبيق للنظرية العامة في التعسف في استعمال الحق .

(٢) وذلك ما لم يكن الدين ناشئاً من عقد ملزم 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 ذاك حلولاً عينياً محل الدين المستحق (بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٦٨) .

على أن المدين ، ما لم يثبت أن الشئ كان بهلك في يد الدائن لو كان قد قبضه (بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٦٦) .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً ، هو المادة ٤٧٩ من هذا المشروع ، يجري على الوجه الآتي : «إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، برئت ذمة المدين إذا قام بتسليمه بالحالة التي يكون عليها وقت التسليم ، حتى لو أصاب الشئ 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 يقضي

٤٤٦ - الشئ المستحق شئ غير معين إلا بنوعه : وقد يكون الشئ المستحق شيئاً غير معين إلا بنوعه ، كخمسين قنطاراً من القطن ومائة أردب من القمح . فإذا لم تعين درجة الشئ من حيث جودته ، أو لم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط (م ٢/١٣٣ مدني) (١) . على أنه إذا كان الشئ المستحق يؤخذ من جملة أشياء محصورة في ذاتها ، كما إذا التزم المدين بإعطاء صندوق من صناديق موضوعة في مخزن ، جاز للمدين أن يعطي أي صندوق من هذه الصناديق ، ولا يلتزم بإعطاء صندوق منها يكون من صنف متوسط (٢) .

٤٤٧ - الشئ المستحق نقود : وإذا كان الشئ المستحق نقوداً ، لم يجبر الدائن على أخذ غير النقود المستحقة . فلا يجوز الوفاء دون رضاء الدائن بشئ غير النقود ، كمعروض ولو كانت قيمتها تساوي النقود المستحقة أو تزيد عليها . كما لا يجوز الوفاء دون رضاء الدائن بكمبيلية أو بشيك (٣) (١) .

= بغيره . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذا النص ما يأتي : «الأصل في المدين أن يلزم بتسليم الشئ بالحالة التي يكون عليها وقت التسليم ، إذا ورد الالتزام على شئ معين بالذات . فهو لا يسأل عما يصيب الشئ من تلف بعد الالتزام ، ما لم يكن قد أعذر قبل حدوث التلف ، أو ما لم يكن هذا التلف واجباً إلى خطأه أو خطأ من يسأل عنهم . ويقع عبء الإثبات في حالة المسؤولية التعاقدية على المدين . على أن هذه القاعدة العامة لا تنطبق حيث يتفق المتعاقدان على الخروج عليها ، أو حيث يقضى القانون 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 توهلها لأن تفي 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) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ .

(٢) ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٥٤ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٧٣ .

(٣) من المقرر أن سحب الشيك لا يعتبر وفاء ميرثاً لذمة صاحبه إذ أن الالتزام المترتب في ذمته لا ينقض إلا بقيام المسحوب عليه بصرف قيمة الشيك للمستفيد .

(جلسة ١٩٨٤/٤/١٦ الطعن رقم ٧٤٤ لسنة ٤٩ ق السنة ٣٥ ص ٩٩٥)

(جلسة ١٩٧٩/١٢/١٠ الطعن ٤٩٧ لسنة ٤٥ ق)

(جلسة ١٩٧٦/١١/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ١٦٩٨)

(جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ١٠٢٨)

(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 تتضخم كميات 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

أو بحوالة (1) (1) بريد 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 .

= قبض قيمة الشيك من البنك (استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٠٥ - ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٩) ، فلا ينقضى الدين بمجرد تسلم الدائن للشيك عن طريق التجديد. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أعطى شيك ثمناً لمبيع مع إثبات التخالف بالثمن في عقد البيع ، فإن إعطاء هذا الشيك يعتبر وفاء بالثمن لا استبدالاً له ، وعلى ذلك فإنه إذا حكم بفسخ البيع فلا يبقى لتحصيل قيمة الشيك محل (نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ 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 تكملته بالبينة أو بالقرائن . وحياسة البنك لشيك لحامله دليل على أنه صرف قيمة هذا الشيك ، ولو لم يقع ساحب الشيك على ظهره (استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١) . ويترتب 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 مستولة عن الثمن إلى وقت قبض قيمة الشيك (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٨) .

وقد غلب التعامل بالشيكات إذ يجب مشقة التعامل في كميات 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 وبولاجيه ٢ فقرة ١٥٠٧) .

وكالشيكات الكمبيالات والإضافة إلى الحساب الجاري (virement bancaire du compte à compte) ، لا يتم الوفاء بها إلا بقبض القيمة أو بالإضافة الفعلية إلى الحساب الجاري . ومن ثم يتحمل المدين التبعة إلى وقت قبض الدائن القيمة بالفعل ، فإذا صرفت القيمة إلى غير الدائن أو إلى غير حسابه الجاري دون خطأ منه لم يكن مستوفياً حقه وتحمل المدين تبعه ذلك . ولا يجبر الدائن على إعطاء مخالصة إلا عند القبض الفعلي ، فإن أعطى مخالصة قبل ذلك جاز أن يحمل هذا منه على أنه رضى أن يستوفي الدين بمقابل (دي باج ٣ فقرة ٤٧٦ - وانظر أيضاً بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٦٨ - فقرة ٤٧٢ - وقرة ٤٨٤ - فقرة ٤٨٥) .

(١) وإذا قبل الدائن حوالة البريد ، فلا يتم الوفاء إلا بقبض قيمتها فعلاً . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وفي 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 تبعه ضياع حوالة البريد وهي في طريقها إلى الدائن ، كما يتحمل تبعه صرف الحوالة إلى غير الدائن إذا تم ذلك دون خطأ من الدائن (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٨) .

(١) لا تبرأ ذمة المدين بمجرد إرساله حوالة بريدية بقيمة الدين إلى الدائن ، بل بقبض الدائن قيمة هذه الحوالة فعلاً ، وعلى المدين إذا ادعى براءة ذمته من الدين إثبات ذلك . (جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ الطعن ٥٨٥ لسنة ٣٤ ق ٢٠ ص ٢٢٣) (جلسة ١٩٨٧/٣/١٢ الطعن ٢٣٥٢ لسنة ٥٢ ق)

وتنقضى المادة ١٣٤ مدني بأنه «إذا كان محل الالتزام نقوداً ، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي 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^(١) أن العملة الورقية إذا تقرر له 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^(١) ، فإن الدائن الذي يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلا ورقاً يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق في أي وقت شاء . فإذا تقرر للعملة الورقية سعر إلزامي ، واستوفى الدائن حقه ورقاً ، فإنه لا يستطيع أن يستبدل به ذهباً لقيام السعر الإلزامي ، 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 الذي تضمن هذا الشرط باطلاً كذلك ، إذا تبين أن الشرط كان هو الباعث الرئيسي على التعاقد . ذلك أن الغرض من تقرير السعر الإلزامي هو إعطاء الورق قيمة قانونية إلزامية معادلة لقيمة الذهب ، فينعدم الفرق بين الورق والذهب في نظر القانون ، ويجب أيضاً أن ينعدم في نظر الأفراد ، لأن القانون إنما أراد هذا حماية لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد في البلد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها .

ورأينا أيضاً ، في الجزء الأول من الوسيط^(٢) ، أن القضاء المصري مر في هذه المسألة

(١) فقرة ٢٢٤ - فقرة ٢٢٥ .

(٢) فقرة ٢٢٦ .

(١) إذ كان من مقتضى الأمر العالي الصادر في ٢ أغسطس ١٩١٤ أن يكون للجنيه الورق نفس القيمة الفعلية التي للجنيه الذهب وأن كل ما يدفع من تلك الأوراق يكون دفعا صحيحاً ومبرئاً للذمة كما لو كان الدفع حاصلًا بالعملة الذهبية ، فإن كل ما يلزم به الناقل الجوى وفقاً للفقرتين الأولى والرابعة من المادة ٢٢ من اتفاقية فارسوفيا هو عدد من الجنيهات المصرية الورقية مساو لعدد الجنيهات الذهبية المشتتة على ذهب يعادل وزن الذهب الذي يشتمل عليه ٢٥ ألف فرنك فرنسي (التعويض المحدد بالاتفاقية) وذلك على أساس أن وزن الذهب في الجنيه الواحد هو ما حدده القانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥١ (بمقدار ٢ر٥٥١٨٧ جرام) .

(جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧ الطعن ٣٦٦ لسنة ٣٣ ق ١٨ ص ٩٠٧)

(جلسة ١٩٥٤/١٢/٩ الطعن ٢٤١ لسنة ٢١ ق)

على مرحلتين : (المرحلة الأولى) في ظل المرسوم (القانون) الصادر في ١٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، وقد قضى بأن يكون للعملة الورقية التي يصدرها البنك الأهلي قيمة الذهب (السعر القانوني) ، وبأن البنك لا يجبر على إبدال الورق بالذهب (السعر الإلزامي) ، 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 القضاء المصري في شأن شرط الذهب ، فبعض الأحكام قضى ببطلانه ، وبعضها قضى بصحته ، وبعضها جرى على نهج القضاء الفرنسي فميز بين المعاملات الداخلية حيث يكون الشرط باطلاً والمعاملات الخارجية حيث يكون الشرط صحيحاً^(١) . (المرحلة الثانية) في ظل المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، وقد صرح بأن شرط الذهب باطل في المعاملات الخارجية بطلانه في المعاملات الداخلية ، فنص على أن «تبطل شروط الدفع ذهباً في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية ، والتي تكون قد قومت بالجنيهات المصرية أو الاسترلينية أو بنقد أجنبي آخر كان متداولاً في مصر (الفرنك والجنيه التركي) ، ولا يترتب عليها أي أثر» . ومنذ صدور هذا القانون استقر قضاء المحاكم المصرية على بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء^(٢) (١) (٢) .

(١) انظر الأحكام المشار إليها في الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٦ ص ٣٩٣ هامش رقم ١ .
(٢) انظر الأحكام المشار إليها في الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٦ ص ٣٩٦ 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 لا في تاريخ المطالبة : نقض مدني ٩ ديسمبر ١٩٤٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .

وأنظر في فرنسا التمييز ما بين الشروط التي تسمى 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-merchandise) 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 ٩٨ فقرة ٥٠٣ - فقرة ٥٢٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٩٩ - فقرة ١٦٣١ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ٤٨٤ - فقرة ٤٩٤ - جوسران ٢ فقرة ٨٥٦ - فقرة ٨٦٠ مكررة - وأنظر في بلجيكا : دي باج ٣ فقرة ٤٦٢ - فقرة ٤٦٩ .

(١) إذا كان الاتفاق قد تضمن تحويل الشركة الطاعنة إلى المطعون ضده قيمة ثمن السكر التالف الذي بيع في جده وذلك بعد موافقة رقابة النقد وكان هذا الاتفاق قد تم في مصر وتضمن تعهداً مقوماً =

٤٤٨ - الشئ المستحق عمل أو امتناع عن عمل - احالة : فإذا كان محل الوفاء عملاً ، فقد رأينا في الجزء الثاني من الوسيط أن الالتزام بعمل ينقسم أقساماً ثلاثة : (١) التزاماً ببذل عناية (٢) والتزاماً بتسليم شئ (٣) والتزاماً بإنجاز عمل معين . وقد استعرضنا هناك كلا من هذه الأقسام الثلاثة ، ورأينا كيف يقوم المدين بتنفيذ التزامه في كل منها ، فنكتفي هنا بالإحالة على ذلك (١) .

كذلك إذا كان محل الوفاء امتناعاً عن عمل ، رأينا في الجزء الثاني من الوسيط كيف يفى المدين بالتزامه ، فهو قائم بتنفيذه تنفيذاً عينياً ما دام متمتعاً عن العمل الذي التزم بالامتناع عنه . فإذا أتى العمل المنسوع ، أصبح التنفيذ العيني مستحيلًا ، ولا يكون هناك مجال إلا للتعويض . ونكتفي هنا أيضاً بالإحالة على ما سبق أن ذكرناه في هذا الصدد (٢) .

المطلب الثاني

الوفاء بكل الشئ 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 ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» .

«٢- فإذا كان الدين متنازِعاً في جزء منه وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به ،

= بعملة أجنبية مما حظرته المادة الأولى من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٨ بتنظيم الرقابة على عمليات النقد في مصر المعدل بالقانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٥٠ ، فإن الاتفاق المشار إليه يكون باطلاً لمخالفته نصاً أمراً متعلقاً بالنظام العام ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بهذا الاتفاق لعدم تقديم الدليل على موافقة رقابة النقد ولم يخصم قيمة ثمن السكر التالف المشار إليه من قيمة التعويض المقضى به يكون قد التزم صحيح القانون .

(جلسة ١٩٧٦/١١/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ١٦٩٨) .

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٤ - فقرة ٤٣٧ .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٨ - فقرة ٤٤٠ .

فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء (١).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣١/١٦٨ (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).

ويخلص 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 (١) ، فإن الدين فيما بين الدائن والمدين يصبح غير قابل للتجزئة ولو كانت

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧٨ من المشروع التمهيدي على 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 ، فمجلس 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 ... (وتتفق 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) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٩٢ : إذا كان الدين حالاً ، فليس للمدين أن يجبر دائئه على قبول بعضه دون البعض ، ولو كان قابلاً للتبعيض .

(والحكم متفق مع حكم التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٠٠ : لا يجوز للمدين أجبار الدائن على قبول الإيفاء مجزئاً وإن كان الموجب قابلاً للتجزئة ، لأن الإيفاء بهذا المعنى لا يتجزأ . ويجوز مخالفة هذه القاعدة بإجراء أحكام المناصاة أو باستعمال حق التجزئة فيما يختص بالكفلاء . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري) .

(١) وإن كانت المادة ٢/٣٤٢ من القانون المدني تقضي على أنه ليس للمدين أن يرفض الوفاء بالجزء =

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 أي من هذه الديون إذا أراد المدين الوفاء به ، بدعوى أن المدين لا يفي بالديون جميعاً فهو يجزئ الوفاء ، إذ أن المدين لا يجزئ الوفاء في الدين الواحد .

وعلى الدائن في هذه الحالة أن يقبل استيفاء الديون التي يعرضها المدين ، ثم يجبر المدين بعد ذلك على الوفاء بالديون التي لم يف بها (٢) .

٤٥١ - الاستثناءات - جواز تجزئة الوفاء : وتقضي الفقرة الأولى من المادة ٣٤٢

مدني ، فيما رأينا ، بجواز الخروج على قاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء ، إما بحكم الاتفاق وأما 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 الإسكندرية مثلاً ، فيخلص من ذلك حتماً أن الطرفين اتفقا على تجزئة الدين إلى جزئين أحدهما يدفع في القاهرة والآخر في الإسكندرية ، وإذا لم يعينا مقدار كل جزء كان الجزآن متساويين (٢) .

= المعترف به من الدين إذا قبل الدائن استيفاءه إلا أن المادة ٣٤٩ من ذات القانون تخوله إذا وفي الدين كل حق المطالبة برد سند الدين أو الغائه ، فإذا رفض الدائن ذلك جاز له أن يودع الشيء المستحق ابداعاً قضائياً .

(جلسة ١٩٧٢/٢/٧ الطعن ٩٤ لسنة ٣٧ ق السنة ٢٣ ص ٢١١) .

(١) ولو جزئاً الدين ، فيما بين الدائن والمدين ، لأصبح الدين الواحد ديوناً متعددة (لارومبير ٤ م ١٢٤٤ فقرة ١ - ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٣٧ - لورانو ١٧ فقرة ٥٦٦ - بودري 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 مجزئاً (بوتيه في الالتزامات فقرة ٥٣٤ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٧٨) .

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٧٨ مكررة ثانياً - ويتربى على ذلك أنه إذا كان المستحق عدة أشياء ، فمن المهم معرفة ما إذا كان الدين واحداً فلا يتجزأ الوفاء به ، أو أن هناك ديوناً متعددة لا يجوز للدائن أن يمتنع عن استيفاء ما يعرض المدين الوفاء به منها . فإذا كان أحد الأشياء المتعددة هو الشيء الأصلي وكان الباقي تبعاً له ، كرأس المال والفوائد والمصروفات ، فإن الدين يكون واحداً لا تجوز تجزئته عند الوفاء . أما إذا كانت الأشياء المتعددة كلها أصلية ، كأقساط تستحق تبعاً أو أجرة تخل مدة بعد مدة ، فهذه ديون متعددة كل منها يجوز الوفاء به على حدة (بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٦٣ ص ٥٦٥) .

(٣) بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٧٩ .

النزاع في الجزء المتنازع عليه ، أو يأتي أن يدفع الخصمين إلا بعد أن يقر له الدائن أن هذا هو كل الدين ^(١) .

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 آداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعاً ، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذي يريد الوفاء به ، ما لم يوجد مانع قانوني أو اتفاقي 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 فمن حساب أشدها كلفة على المدين ، فإذا تساوت الديون في الكلفة فمن حساب الدين الذي يعينه الدائن ^(٢) .

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وقد 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 متنازعاً 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) .

(٢) 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 آداه من حساب الدين الذي يعينه الدائن في المخالصة ، إلا إذا اعترض المدين فوراً على هذا التعيين أو كان التعيين قد صدر عن غش أو عن مباغته 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 تناول مسألة تفصيلية وتقرر حلاً لم تر اللجنة الأخذ به ، بل آثرت ترك الأمر للقواعد العامة ، لا سيما أن المادة التالية وضعت من القواعد ما يكفي في هذا الشأن ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . =

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 يقضى القانون بجواز تجزئة الوفاء ، مما فعل في المقاصة . فإنه 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) .

(٣) وقد يقضى القانون أيضاً بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل في الدفع بالتقسيم فيما بين الكفلاء . فإنه 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 إيجاب 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 مسؤولاً عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم » .

(٤) وقد يقضى القانون أيضاً بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل في نظرة المسيرة عندما أجاز للقاضي أن يقسط الدين على المدين إلى آجال معقولة (م ٢/٣٤٦ مدني) . وستناول 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 تقضي بأنه « إذا كان الدين متنازعاً 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 متنازعاً 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

(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 للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٤ - ص ٢١٥) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٥/١٧٢ (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٤٣-٣٤٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٣١ - ٣٣٢ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ١/٣٩٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٠٧ - ٣٠٩ (٢).

= ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٩ - ٢١١).

م ٣٤٥ : ورد هذا النص في المادة ٤٨٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « فإذا لم يعين الدائن أو المدين الدين تعييناً صحيحاً ، كان الخصم من حساب الدين الذي حل ، فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين ، فإذا تساوت الديون في الكلفة فمن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها . ووافقت لجنة المراجعة على المادة تحت رقم ٣٥٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ قام نقاش حول حكم العبارة الأخيرة وهي : « فإذا تساوت الديون في الكلفة فمن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها » ، في الاعتراض عليها أنه لا يجرى في العمل عند الوفاء أن يحصل الخصم من جملة الديون بنسبة كل منها ، فمن المصلحة إثبات الحكم القانوني عندما تتساوى أعباء دينين إذ قد يكون أحدهما وشيك السقوط بمضى المدة ولا يتبين أي الدينين قد وفي . ورأت اللجنة أن أمامها حلولاً ثلاثة : (١) أما أن تحذف عبارة « فإذا تساوت الديون في الكلفة فمن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها » ، فإذا حصل إشكال فأمر ذلك يكون محل تقدير القاضي . (٢) وأما أن تعدل هذه الفقرة فتكون : « فإذا تساوت الديون في الكلفة فمن حساب الدين الذي يعينه الدائن » . (٣) وأما أن تنص على أن الوفاء يكون للدين المتأخر . وبعد مناقشة هذه الحلول رأت أغلبية اللجنة الأخذ بالحل الثاني . وفي هذه الحدود حصر النص ما يبقى للدائن من خيار ، وهو بعد صاحب المصلحة في الاستيفاء . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١١ - ص ٢٢٤).

(١) التقنين المدني السابق : م ٢٣٥/١٧٢ : تستنزل المدفوعات في حالة تعدد الديون من الدين الذي عينه المدين ، وإن لم يعين استنزلت من الدين له زيادة منفعة في وفائه . (والحكم واحد في التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا أن التقنين الجديد أضاف أنه إذا تساوت الديون في الكلفة فالمدفوع يكون من حساب الدين الذي يعينه الدائن . ويعمل بهذه الإضافة من وقت نفاذ التقنين الجديد - أي من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ - والعبارة بوقت الدفع ، فإن كان قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين القديم هو الذي يسرى ، وإلا فالتقنين الجديد).

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

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

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 ، وكانت هذه الديون جميعاً من جنس واحد (١) ، وكانت هذه الديون جميعاً من جنس واحد ، وكان المبلغ المدفوع لا يفي بجميع الديون . فيجب عند ذلك أن يتعين أي من هذه الديون المتعددة تم وفاؤه بالمبلغ المدفوع (١).

= 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 مجموعته 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 التمهيدي).

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 تخصص 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 سواء . وعند انتفاء كل سبب آخر للتقدير يشمل الإيفاء الديون على اختلافها بنسبة مقاديرها . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري في مشروعه التمهيدي).

(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 باستنزال الديون لا تسرى إلا في حالة تعدد الديون التي تكون مستحقة لدائن واحد . أما إذا تراحم دائنون متعددون على مبلغ واحد قبل أن يحصل عليه أحدهم فعلاً ، فالأمر في ذلك .. يخضع لأحكام التوزيع بين الدائنين أو قسمة الغرماء (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٧ ص ٣٣٣).

(١) أ - مفاد نص المادة ٣٤٤ من القانون المدني أنه في حالة تعدد الديون من جنس واحد في ذمة المدين لدائن واحد ، واران المدين أن يوفى بأحد هذه الديون وجب عليه أن يعين وقت السداد الذي يريد الوفاء به .

(جلسة ١٩٧٨/٢/٢٧ الطعن ٤٤٤ لسنة ٤٤ ق السنة ٢٩ ص ١٧٦٦)

(جلسة ١٩٧٦/١/٢٠ الطعن ١٥١ لسنة ٤٠ ق السنة ٢٧ ص ٢٤٥)

ب - الاستفادة من المادتين ٣٤٤ ، ٣٤٥ من القانون المدني أن تعيين الدين المدفوع إنما يقوم إذا كان على المدين ديون متعددة لدائن واحد وكانت جميعها من جنس واحد .

(جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣ الطعن ٨٥ لسنة ٣٦ ق السنة ٢١ ص ٧٠٢)

(جلسة ١٩٥٦/٣/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ٤٤٠).

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 ما دام الوفاء صحيحاً ، فإنه إذا تعددت الديون ، ووفى المدين بعضاً منها ، ملك بطبيعة الحال أن يعين أيّاً من هذه الديون هو المدفوع . ذلك أن الدين الذي يعينه يملك كما قدمنا أن يجبر الدائن على استيفائه ، فيملك أن يعين أنه هو الدين المدفوع (٢).

فالمدين إذن هو الذي يعين الدين المدفوع عن الوفاء ، وكلمته هي العليا في هذا التعيين (٣) . ولكن ذلك مقيد أن يكون التعيين حاصلًا وقت الدفع ، وبألا يكون هناك مانع اتفاقي أو قانوني يحول دون هذا التعيين كما تقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٤ . ويقوم المانع الاتفاقي إذا كان ، عند الدفع ، اتفق الدائن والمدين على أن المدفوع هو دين معين ، فلا يملك أي من المدين ولا الدائن ، بإرادته المنفردة ، أن يعين ديناً آخر (٤) . وكذلك يقوم المانع الاتفاقي إذا كان المدين والدائن قد اتفقا مقدماً قبل الوفاء على ترتيب الديون في الدفع ، فيجب حينئذ على المدين أن يسير في دفع ديونه على هذا الترتيب ، ولا يملك عند الوفاء أن يعين ديناً غير الدين الواجب الدفع وفقاً للترتيب المتفق عليه (٥) .

أما المانع القانوني فيقوم في الأحوال الآتية (٦) : (١) لا يجوز للمدين أن يعين جهة الدفع ديناً لم يحل أجله إذا كان لأجل لمصلحة الدائن ، فإن الدائن لا يجبر في هذه

(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 يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٣ .

(٣) وكالمدين في تعيين جهة الدفع الكفيل (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٥) .

(٤) استئناف وطني ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ١ ص ٢٣٣ - استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٣٣ .

(٥) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥٨ - ويجوز للطرفين ، بعد أن اتفقا على تعيين جهة الدفع ، أن يغيرا هذا التعيين باتفاق جديد فيعينا ديناً آخر جهة للدفع ، 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 للدفع ، لم يجز للطرفين باتفاق جديد أن يعينا ديناً آخر جهة للدفع ، لأن ذلك يترتب عليه إحياء الدين الأول ورجوع الكفالة من جديد فيتضرر الكفيل (أوبري ورو ٤ فقرة ١٢٦١ ص ٢٦١) .

(٦) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٩ .

الحالة على استيفاء الدين ما دام لأجل 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 يستنزّل المبلغ المدفوع أولاً من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين (١) .

فاذا لم يوجد مانع اتفاقي 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 . ونرى 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 ، أو ديناً له فيه كفيل (٢) . فمصلحته ، لا مصلحة الغير ، هي التي يراعها ، وله أن يقدم في الدفع على هذه الديون جميعاً ديناً ينتج فوائد إذ هو أثقل عبئاً عليه (٣) .

٤٥٤ - تعيين الدين المدفوع بواسطة القانون : فاذا لم يعين المدين وقت الدفع أي دين هو الدين المدفوع ، فقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يكل التعيين إلى

(١) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٩ .

(٢) 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 .

(٣) وكل هذا مقيد بالا يتعسف في استعمال حقه في تعيين الدين المدفوع إضراراً بحقوق الغير ، ككفيل شخصي أو عيني (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٣ ص ٦١٠) .

وقد قدمنا أن المدين يجب أن يعين جهة الدفع عند الوفاء لا بعده ، وإلا كانت جهة الدفع هي التي يعينها القانون ، أي الدين الحال الأشد كلفة على المدين (استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧٨ - ٨ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٦٢) .

ومتى 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) .

الدائن بشروط معينة^(١)، ولكن عدل ذلك في لجنة مجلس الشيوخ، ووكّل التعيين إلى القانون، ما دام المدين وقت الدفع لم يعين بنفسه الدين المدفوع، وعلى هذا سار التقنين الجديد.

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، فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين^(٢).

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^(٣)، سواء في ذلك كان الأجل لمصلحة الدائن أو لمصلحة المدين أو لمصلحتهما معاً. والقانون لا يشترط في تأخير الدين المؤجل أن

(١) وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٨١ من المشروع التمهيدي كانت تنص على ما يأتي: «فإذا لم يعين المدين الدين، خصم ما أده من حساب الدين الذي يعينه الدائن في المخالصة، إلا إذا اعترض المدين فوراً على هذا التعيين، أو كان التعيين قد صدر عن غش أو مياغته من الدائن» (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٤ مدني أنفاً فقرة ٤٥٢ في الهامش). وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذه الفقرة الملغاة ما يأتي: «فإذا لم يعين المدين الدين الذي يريد قضاءه، كان للدائن نفسه أن يتولى التعيين في المخالصة مثلاً، إلا أن هذا التعيين لا يقيد المدين إلا إذا سكت عن الاعتراض عليه. بيد أنه يتعين على الدائن ألا يتوسل بالتدليس أو المياغته لابتعاث هذا السكوت، أو القبول الضمني بعبارة أخرى - ويتضح من ذلك أن تعيين المدين يعتبر من قبيل ما ينعقد من التصرفات بإرادة منفردة، في حين أن تعيين الدائن تعاقد لا يتم إلا بتلاقي إرادتين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٩ - ص ٢٢٠).

وهذه الفقرة الملغاة كانت تتضمن الحكم الذي تضمنته المادة ١٢٥٥ من التقنين المدني الفرنسي (انظر في تفسير هذه المادة في التقنين الفرنسي: بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٨٤ - فقرة ١٥٨٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٤).

(٢) 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.

(٣) 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 يطالبه به، والمفروض كذلك أن الدائن أراد استيفاء الدين الحال فهو الذي يستطيع إجبار المدين على دفعه. ومن ثم لا يصح أن تكون جهة الدفع التزاماً طبيعياً؛ لأن الالتزام الطبيعي لا يمكن إجبار المدين على 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 - هيك ٨ فقرة ٨٤ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٨٩).

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.

فإذا تعددت الديون الحالة^(١)، 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^(٢). والواضح أن الدين الذي ينتج فائدة هو أشد كلفة على المدين من الدين الذي لا ينتج فائدة. وبين الديون التي تنتج فوائد أشدها كلفة الدين المضمون بكفيل أو برهن أو بأى تأمين آخر، لأن المدين إذا وفي هذا الدين لم يقتصر على إبراء ذمته نحو الدائن، بل هو يبرئ ذمته في الوقت ذاته نحو الكفيل أو هو يفك الرهن أو يزيل التأمين^(٣).

(١) أو كانت الديون كلها لم تحل، وعندئذ لا مجال لتقديم دين حال، وإنما يقدم الدين الأشد كلفة على المدين، لا الدين الذي يحل أولاً، لأن هذه هي مصلحة المدين فتصرف إليها المدين المفترضة (بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٩٠ مكررة ثانياً).

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٩٠ مكررة أولاً.

(٣) استئناف مختلط ١٤ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٩ - ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩١ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢. أما إذا كان الدين مضموناً في جزء منه دون الجزء الآخر، فإن جهة الدفع تتصرف إلى الجزء غير المضمون. ذلك أن الدائن ما كان ليقبل الوفاء الجزئي، وهو لا يجبر عليه، لو أن الوفاء وقع على الجزء المضمون. فهو إذا قبل هذا الوفاء الجزئي، فلأنه يستوفي به الجزء غير المضمون من الدين، مستقبياً الجزء المضمون إذ هو موثق بالضمان (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٦ - بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٣٣ - بلانيول وريبير وبولاجيه ٢ فقرة ١٥٩٠). وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «وقد يقع أن يكون شق من الدين مضموناً بتأمين خاص، وفي هذه الحالة يخصم ما يؤدي 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 الجزئي إلا على أن يخصم من حساب الشق غير المضمون. وقد أقر تقنين الالتزامات السويسري هذا الحكم، فنص في 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 الجزئي 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 في جزء منه، فإن جهة الدفع في الوفاء الجزئي إنما تتصرف 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 في جزء منه. أما إذا كان هناك دينان مستقلاً أحدهما عن الآخر، وكان دين منهما مضموناً والآخر غير مضمون، فجهة الدفع تتصرف 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 =

وكذلك الدين المضمون بدعوى فسخ ، كضمن المبيع ، أشد كلفة من الدين المطلق غير المضمون بهذه الدعوى ، كدين قرض غير مضمون بتأمين . والدين الذي لا يتقدم إلا بمدة طويلة أشد كلفة من الدين الذي يتقدم بمدة قصيرة . والدين الثابت في سند تنفيذي أشد كلفة من الدين الذي ينقصه هذا السند^(١) . على أن تقدير أى الديون هو أشد كلفة على المدين يرجع فيه إلى ظروف المدين ذاتها ، ومن ثم يكون الأمر موكولا إلى محكمة الموضوع كما تقدم القول .

٤٥٥ - تعيين الدين المدفوع بواسطة الدائن : فإذا تعددت الديون الحالة ، وتعادلت جميعاً في عبئها 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 : « فإذا تساوت الديون في الكلفة فمن 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

- على قبوله . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك دينان مستقلاً أحدهما مكفول والآخر غير مكفول ، كان الوفاء للدين المكفول (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ م ٢٨ 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) .

(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 - ديوان ١٢ فقرة ١٩٩ - لوران ١٧ فقرة ٦٠٢ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٠) - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا كان المدين عليه دينان يتضامن في أحدهما مع الغير ، فالدين الأشد كلفة هو الدين الآخر ، لأن الدين التضامني قد لا يقصد هو أولاً في الوفاء (٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٩٥ ص ٢٥٠) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا دفع المستأجر بعض الأقساط المتأخرة ، فالمفروض أن الدائن لم يقبل الوفاء إلا خصصاً من الأقساط الأقدم ، ما لم يثبت المدين غير ذلك (١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٨٣) .

مصلحة في استيفاء دين دون آخر . وتعيين الدائن الدين المدفوع لا يكون وقت الوفاء بل يكون بعد ذلك ، فقد قدمنا أن المدين هو الذى يعين الدين المدفوع وقت الوفاء ، فإن لم يعينه في هذا الوقت تكفل القانون بتعيينه وفقاً للقواعد التى أسلفناها . ثم يأتى دور الدائن في التعيين أخيراً ، أى بعد وقت الوفاء لا في هذا الوقت .

وقد كان المشروع التمهيدي يجعل الخصم في الحالة التى نحن بصددتها 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 في هذه الحالة يكون للدائن ، دون اعتبار لقدم الدين أو لحدائته^(٢) ، ودون اعتبار لميعاد حلوله ، أما التقنين المدنى الفرنسى (م ١٢٥٦) فيجعل الدين المدفوع هو الدين الأقدم (la dette la plus ancienne) ، أى السابق في الوجود لا السابق في الحلول ، فإذا تساوت الديون في 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 التمهيدي كانت تجرى على الوجه الآتى : « فإذا تساوت الديون في الكلفة ، فمن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها » (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٦٥ أنفاً فقرة ٤٥٢ فى الهامش) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى خصوص هذه العبارة ما يأتى : « فإن لم تتفاوت فى الشدة فمن حسابها جميعاً بنسبة كل منها . وغنى عن البيان أن هذه القوانين تمشى مع المعقول ، وهى بعد مقرر فى نصوص التقنين الحالى (السابق) . وقد وردت فى نصوص بعض التقنينات قرائن أخرى ، منها ما يجعل البداءة للدين الأقل ضماناً ، ومنها ما يجعلها للدين الأقدم نشوءاً أو استحقاقاً ، ولكن هذه القوانين تستهدف جميعاً للنقد 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 هى 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 المحاماة 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 ١٥٩٢ - فقرة ١٥٩٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٥ .

ولا يكون دليلاً على تقديم دين فى الدفع أن يكون المبلغ المدفوع معادلاً لهذا الدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٢) .

المبحث الثاني

ما يتبع الشيء الموفى به من ملحقات

وتنص المادة ٣٤٨ على ما يأتي :

«تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» (١) .

٤٥٧ - الفوائد والمصروفات : إذا تضمن الشيء الموفى به ملحقات - وأكثر ما تكون هذه الملحقات هي الفوائد والمصروفات - أصبح الدين وملحقاته كلا لا يقبل التجزئة ، ولم يجز للمدين بغير رضا الدائن أن يوفى بأصل الدين وحده أو بالفوائد وحدها أو بالمصروفات وحدها ، فإن 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 (٢) .

على أن الدائن قد يقبل من المدين وفاء جزئياً ، وفي هذه الحالة ، إذا لم يوجد اتفاق على ترتيب آخر ، يخصم المبلغ المدفوع من الدين وفوائده ومصروفاته على الترتيب الآتي :

(١) يخصم أولاً من المصروفات (٣) . (٢) فإن بقي شيء من المبلغ المدفوع بعد الوفاء

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 على 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 أداءه 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) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٥ من المشروع التمهيدي 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 «حكمت تفصيلاً مستفاد من القواعد العامة» . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس 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 المتعهد» . 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 ، وتجري على الوجه الآتي : «نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» . والحكم متفق مع حكم التقنين المصري - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني 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 .

(٢) وهذا بخلاف ماذا كانت هناك ديون متعاقبة ، كأقساط أو أجرة عن مدد متتالية ، فالديون هنا متعددة ، ويجوز للمدين إيجار الدائن على استيفاء كل منها على حدة (أنظر آنفاً فقرة ٤٥٠) .

(٣) استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٥ - وتشمل المصروفات نفقات فك الرهن الضامن للمدين المدفوع (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٥ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٥١٤ مكررة ثالثاً) .

ويلاحظ أن المادة ١٨٤٨ مدني فرنسي تقضى بأنه إذا كان الشريك هو والشركة معاً دائنين للمدين 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 المحالفة أن المبلغ كله يخصم من الدين الذي له . أما إذا كتب أن المبلغ كله يخصم من الدين الذي للشركة ، صح ذلك . ويسرى هذا الحكم في شأن كل نائب يكون هو والأصيل دائنين لمدين واحد (بنسار Ponsard في أنسيكلوبيدي داللو ٣ لفظ paiement فقرة ٢٢٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٠ من المشروع التمهيدي 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 ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٦ - ص ٢١٨) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٦/١٧٣ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي :

«يبدأ الاستنزال بالمصاريف والفوائد قبل الخصم من رأس المال» . وهو حكم مطابق لحكم التقنين المدني الجديد .

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 ٢/٣٩٣ (وهي كذلك مطابقة للمادة ٣٤٣ من التقنين المدني المصري) - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٠٨ ، وتجري على الوجه الآتي : «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 ...» (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري ، وإن أغفل ذكر المصروفات ، ولكن المصروفات تدفع قبل الفوائد طبقاً للقواعد العامة) .

بالمصروفات، خصم من الفوائد (١). (٣) فان بقي بعد ذلك شيء من المبلغ المدفوع، خصم من أصل الدين (٢) (١). تلك هي مصلحة الدائن، والمفروض أن الدائن لم يقبل الوفاء الجزئي إلا وفقاً لمصلحته هو لا وفقاً لمصلحة المدين (٣).

٤٥٨ - نفقات الوفاء : ونفقات الوفاء غير نفقات الدين، فهذه قد صرفت في سبيل إنشاء الدين، أما الأولى فقد صرفت في سبيل الوفاء به. والائتمان يتحملها المدين، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك، وعلى المدين أن يفي بالدين وفوائده ومصروفاته ومصروفات الوفاء جملة واحدة، فإذا لم يوف 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 (٤).

وكما قد يقضى الاتفاق بأن تكون نفقات الوفاء على الدائن، كذلك قد يقضى

(١) وتشمل الفوائد التأخيرية منها والتعويضية (بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٨٠).

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٧.

(٣) استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٥٦ - ١٩ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١١٧ - وإذا دفع المدين مبلغاً لخصمه من المصروفات والفوائد، وزاد المبلغ المدفوع على ما هو مستحق من ذلك، خصم الزائد من أصل الدين فلا يسترده المدين (بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٨٢ ص ٦٨٦).

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٠ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٥١٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٦٥ ص ٥٦٧ - وإذا كانت نفقات التسليم على المدين، فإن نفقات التسليم على الدائن (بودري وبارد ٢ فقرة ١٥١٣). فإذا كان الدين واجب الدفع في موطن المدين، فإن نفقات إرساله إلى موطن الدائن تكون على الدائن (استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٨).

(١) تقضى المادة ٣٤٣ من القانون المدني بأنه إذا كان المدين ملزماً بأن يوفي مع الدين مصروفات وفوائد وكان ما أداه لا يفي الدين مع هذه الملحقات، خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين، كل هذا ما لم يتفق على غيره، وإذا كان يتضح من تقرير الخبير الحسابي الذي ندبه المحكمة أن جملة الفوائد التي أضافها الخبير إلى التعويض المستحق للمطعون عليهم تقل عن المبلغ الذي سدده الطاعن، وكان الطاعن لم يدع وجود اتفاق على كيفية خصم المبالغ المسدده منه للمطعون عليهم، فإن الطاعن يكون قد أدى جميع الفوائد التي استحققت للمطعون عليهم قبل صدور الحكم وتكون المبالغ الباقية من أصل التعويض، وإذا قضى الحكم المطعون فيه بالفوائد عليها من تاريخ صدوره فإنه لا يكون قد قضى بفوائد على متجمد الفوائد.

(جلسة ١٩٧٦/١١/٣٠ الطعنات ٤٧٥، ٤٨٧ لسنة ٣٩ ق السنة ٢٧ ص ١٨٥٧)

القانون بهذا. مثل ذلك حالة ما إذا عرض المدين على الدائن الدين عرضاً حقيقياً وأودعه على ذمته، فإن نفقات العرض والابداع تكون على الدائن: انظر المادة ٣٣٥ مدني وقد سبق ذكرها (١).

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 - 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 » (٢).

(١) ومثل ذلك أيضاً ما إذا زادت النفقات لسبب يرجع إلى الدائن، فإن القانون يقضى في هذه الحالة بأن الدائن هو الذي يتحمل هذه الزيادة لأنه هو المتسبب فيها بخطأ. فإذا أضع الدائن الشيك الذي حرره له المدين، واقتضى الأمر الإعلان عن الشيك الضائع وتحريم شيك جديد، فإن المصروفات الزائدة تكون على الدائن. وقد كان المشروع التمهيدي يشمل على عبارة في هذا المعنى حذف في لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٨ أنفاً فقرة ٤٥٦ في الهامش).

(٢) 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 ٣٥٨ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب. وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على الفقرة الأولى بأنها تختم الوفاء 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 =

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣١/١٦٨ (١)

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٣ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٣٩٤ - ٣٩٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٠٣ و ١١٥ - ١١٦ (٢)

= الأخيرة من الفقرة الأولى قد واجهته لأنه إذا وجد اتفاق معلق على شرط أو مقرون بأجل فلا يتحم الوفاء إلا بعد حلول الأجل أو تحقق الشرط . ثم اعترض على الفقرة الثانية بأنها تمنح للقاضي رخصة منح أجل للمدين للوفاء بالتزامه إذا لم يلحق الدائن من هذا الأجل ضرر جسيم ، فالتص على قيد الضرر الجسيم يلغى الرخصة التي أعطيت للقاضي في منح المدين حسن النية سعة الحظ أجلا للسداد ، ويحسن 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 للإفلاس ، وفي مثل هذه الحالة تكون قد أصبنا صاحب الحق بضرر جسيم رفقا بالمدين المطالب بالالتزام . ووافقت اللجنة على بقاء المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ٢٤٦ ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٥ - ص ٢٦٦) .

(١) التقنين المدني السابق : م ٢٣١/١٦٨ : يجب أن يكون الوفاء على الوجه المتفق عليه بين المتعاقدين ، وأن يحصل في الوقت والمحل المعينين ، وألا يكون ببعض المستحق . إنما يجوز للقضاء في أحوال استثنائية أن يأذنوا بالوفاء على أقساط بميعاد لاحق ، إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين . (والحكم متفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٢٤٤ (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 يمنعها 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 متممناً 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 اللبناني : م ٣٠٣ لا يجوز إجبار الدائن على قبول الإيفاء قبل الأجل إلا إذا كان موضوعاً لمصلحة المدين وحده - وإذا لم يكن هناك أجل معين أو مستفاد ضمناً من طبيعة 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 ، أرجأ التنفيذ إلى اليوم التالي الذي لا عطلة فيه) .

٤٦٠ - الأصل في الالتزام أن يؤدي فوراً : الأصل أن الالتزام متى ترتب في ذمة المدين على وجه بات نهائي ، فإنه 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 ، ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك .

ولا يعتبر الالتزام قد ترتب نهائياً في ذمة المدين إذا كان معلقاً على شرط واقف ، بل يجب انتظار تحقق الشرط . فإذا 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 يتراخي الوفاء بالالتزام - اتفاق 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 فيقع كثيراً ، وبموجبه يكون الالتزام واجب الأداء بعد ترتبه في ذمة المدين بمدة معينة ، وهذا ما يسمى بالأجل الواقف (١) ، وقد سبق بحثه تفصيلاً عند الكلام في الأجل .

وأما نص القانون فمثله 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 الدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة

= اليوم التالي الذي لا عطلة فيه .

م ١١٥ : للقاضي أن ينظر بعين الاعتبار إلى حالة المدين إذا كان حسن النية ، فيمنحه مع الاحتياط الشديد مهلاً معتدلة لإيفاء الموجب ، ويأمر بتوقيف المداعاة مع إبقاء كل شيء على حاله ، ما لم 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 المدني المصري) .

(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 يوفي بالالتزام ولا للدائن أن يطلب استيفاءه إلا عند حلول الأجل (استئناف مختلط ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٩٥) . وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام في الأجل .

القضائية بها ، أن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره . فمיעاد استحقاق الفوائد التأخيرية قد عينه القانون هنا ، وهو وقت المطالبة القضائية بهذه الفوائد ، ومن هذا الوقت تترتب 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 أن يؤدي الأجرة المتفق عليها إلى المحكر . ٢ - وتكون الأجرة مستحقة الدفع في نهاية كل سنة ، وما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك » .

وقد يكفل 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 القاضي وقت الوفاء - نظرة الميسرة (*) : وكما يتكفل الاتفاق أو القانون أو العرف بتحديد وقت الوفاء ، كذلك القاضي قد يقوم هو نفسه بتحديد ميعاد الوفاء إذا أعطى للمدين أجلاً أو أجلاً يفي 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 ، وسنفضل ذلك فيما يلي . وطبقت المادة ٩٨٢ مدني نظرة الميسرة تطبيقاً خاصاً فيما يتعلق باسترداد المصروفات ، فنصت على أنه « يجوز للقاضي 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 يوازي قيمة هذه الأقساط مخصصاً منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها » . وطبقت المادة ٩٢٧ مدني نفس الحكم في

(*) مراجع : لاباتي (Labatut) في نظرة الميسرة رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧ - جودان دي لاجراي (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 المدني وفي التشريع المعاصر رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - بانزييه (Pansier) في نظرة الميسرة رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٧ - سارا كارايه (Sarah Carré) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - رولان تكسييه (Roland Texier) في نظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - لورين (Laurain) في نظرة الميسرة وتدابير الديون رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ .

التعويض المستحق لمن أقام منشآت بمواد من عنده على أرض مملوكة للغير .

ونبحث نظرة الميسرة في مسائل ثلاث : (١) شروط منح القاضي لنظرة الميسرة (٢) الآثار التي تترتب على نظرة الميسرة (٣) سقوط الأجل في نظرة الميسرة (١) .

٤٦٣ - شروط منح القاضي لنظرة الميسرة : يتبين من نص الفقرة الثانية من المادة ٤٣٦ مدني أن هناك شروطاً أربعة ، إذا توافرت جاز للقاضي أن يمنح المدين نظرة الميسرة . ويتبين أيضاً أن الأمر في نظرة الميسرة يرجع إلى تقدير قاضي الموضوع ، وأن القاضي قد يمنح المدين نظرة الميسرة سواء أثناء نظر الدعوى التي يرفعها الدائن على المدين يطالبه بالدين أو أثناء إجراءات التنفيذ التي يباشرها الدائن بموجب سند رسمي ، وأن جواز منح القاضي لنظرة الميسرة أمر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على سلب القاضي إياه .

أما الشروط الأربعة الواجب توافرها حتى يجوز للقاضي منح المدين نظرة الميسرة فهي : (١) أن تكون حالة المدين تستدعي أن يمنحه القاضي نظرة الميسرة . فيجب أن يكون حسن النية في تأخره في الوفاء بالتزامه ، بأن يكون عاثر الحظ لا معتمداً عدم الوفاء ولا مقصراً في ذلك . ولا يجوز أن يكون معسراً ، وإلا فلا جدوى من منحه هذه النظرة . بل يجب أن يكون عنده من المال ما يكفي للوفاء بالتزامه ، وليس في مقدوره مؤقتاً أن يبيع هذا المال ليقوم بالوفاء ، كأن يكون المال عقاراً أو منقولاً يتعذر بيعه في الحال ، فيطلب المدين مهلة حتى يتسع له الوقت اللازم لذلك . أو يكون للمدين موارد يقتضيها في مواعيد متعاقبة ، كأجر عمله أو ريع ملكه ، وهي كافية للوفاء لو قسط القاضي عليه الدين (٢) .

(٢) ألا يصيب الدائن من جراء منح المدين نظرة الميسرة ضرر جسيم . فإذا كان في نظرة الميسرة ما يصيب الدائن بضرر جسيم ، كأن يكون قد اعتمد على استيفاء الدين ليفي هو ديناً عليه لا يستطيع التأخر في الوفاء به ، أو كانت نظرة الميسرة تفوت عليه

(١) انظر في تاريخ نظرة الميسرة في القانون الفرنسي القديم وكيف انتقلت إلى التقنين المدني الفرنسي بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٨٢ - فقرة ١٤٨٤ .

(٢) ويقول بودري وبارد إن العناصر الرئيسية التي يقدر القاضي بمقتضاها حالة المدين ، ليتعرف هل تستدعي هذه الحالة نظرة الميسرة ، هي حسن نية المدين ، ورغبته في الوفاء بدينه ، وأن الضيق الذي أحاط به أمر مؤقت ، وأن موارده كافية في النهاية للوفاء بدينه ، وأنه يتخذ من التدابير ما ييسر 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 إياها سابقة (بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٩١ ص ٥٨٨ - ص ٥٨٩) .

صفقة يعود فواتها عليه بضرر جسيم ، فليس من العدل إغائة المدين عن طريق الإضرار البليغ بالدائن (١) .

(٣) ألا يقوم مانع قانوني من نظرة الميسرة . ومن النصوص القانونية التي تحول دون منح نظرة الميسرة 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 يعفى 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 إعدار ، إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد ، إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره» . فهذا النص يمنع القاضي من منح المشتري نظرة الميسرة إن تأخر في دفع الثمن عند حلول الميعاد . ومثل ذلك أخيراً ما نص عليه التقنين التجاري السابق من عدم جواز منح نظرة الميسرة للمدين بموجب كمبيالة ، فقد نصت المادة ١٥٦ من هذا التقنين على أنه «لا يجوز للقضاة أن يعطوا مهلة بدفع قيمة الكمبيالة» . ويسرى هذا الحكم أيضاً على السندات الإذنية والسندات لحاملها (م ١٨٩ تجاري) .

وتقضى المادة ٥٤٧ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (والذي ألغى قانون التجارة السابق) بأنه «لا يجوز للمحاكم أن تمنح مهلة للوفاء بقيمة الورقة التجارية أو للقيام بأي إجراء متعلق بها إلا في الأحوال وفي الحدود التي ينص عليها القانون» .

(٤) أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين في نظرة الميسرة أجلاً معقولاً . فلا يجوز أن يمنح القاضي المدين أجلاً طويلاً يعطل فيه 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 (٢) - هذا الأجل بما لا 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

(١) استئناف وطني ١١ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٣ ص ٣٠ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٩١ ص ٥٨٩ .

(٢) 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 (بلائيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٠١٨ ص ٣٥٨ - ٣٥٩ - بلائيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٥٢٢ - فقرة ١٥٢٣) .

يمنح أجلاً أطول ، إلا إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية خاصة . هذا ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً متعاقبة لا أجلاً واحداً ، بأن يقسط الدين على أقساط يلاحظ في مواعيدها وفي مقاديرها قدرة المدين على الوفاء .

فإذا ما توافرت هذه الشروط الأربعة (١) ، جار 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 (٢) (١) .

ولا ينال المدين من القاضي نظرة الميسرة إلا في أثناء الدعوى التي يرفعها الدائن يطالبه فيها بالدين ، أو في أثناء مباشرة الدائن لإجراءات التنفيذ بموجب سند رسمي . ففي الحالة

(١) ولا يحول دون منح المدين نظرة الميسرة أن يكون الدين قد صدر به حكم مشمول بالنفاذ المعجل ، ويسرى هذا النفاذ العاجل بعد انقضاء الأجل الممنوح من القاضي (استئناف أسبوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣١٨ ص ٥٢٣) .

(٢) 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 ، فعادام لم يجبه إليه فإن ذلك يكون بمثابة رفض لهذا الطلب (بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٩١ مكررة أولاً 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 من تطبيق القانون وتعيين نقضه .

(١) المهلة التي يجوز للمحكمة منحها للمدين لتنفيذ التزامه متى استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من وراء منحها ضرر جسيم ، إنما هي - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - من الرفض التي حولها المشرع لقاضي الموضوع بالفقرة الثانية من المادة ١/٣٤٦ من القانون المدني إن شاء أعملها وانظر المدين إلى ميسرة وإن شاء حبسها عنه بغير حاجة منه إلى أن يسوق من الأسباب ما يبرر به ما استخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها ، ويكون النعي على الحكم بالقصور في هذا الخصوص على غير أساس .

(جلسة ١١/١١/١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١١٩٣)

(جلسة ١٩٦٨/٥/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٩٦٢)

(جلسة ١٩٥٠/٥/٢٥ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ال- ٢٥ عاما - ١١٤ - ٣٦٣)

(جلسة ١٩٥٠/٣/٢٣ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في ال- ٢٥ عاما - ١١٣ - ٣٦٣) .

الأولى يستطيع المدعي أن يطلب من القاضي أثناء الدعوى منحة نظرة الميسرة على النحو الذي قدمناه ، بل يجوز للقاضي من تلقاء نفسه ودون طلب من المدعي أن يمنحه نظرة الميسرة ، فسرى أن هذه القاعدة تعتبر من النظام العام (١) . وفي الحالة الثانية ، إذ لا يتيسر للمدعي أن يطلب نظرة الميسرة في دعوى مقامة عليه ، لا يبقى أمامه إلا أن يستشكل في التنفيذ ويطلب من قاضي الإشكال منحة نظرة الميسرة بالشروط المتقدم ذكرها (٢) . أما في غير هاتين الحالتين ، أي في حالة ما إذا كان الدائن يباشر التنفيذ بموجب حكم قابل للتنفيذ ، فإنه لا يجوز للمدعي أن يستشكل ليطلب 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 المدعي نظرة الميسرة ، فليس ثمة سبيل إلى ذلك ، إذ الحكم يجب تنفيذه كما هو ، ولا يجوز لقاضي آخر أن يعدله إلا إذا كان ذلك عن طريق الطعن فيه بالأوجه المقررة قانوناً (٣) .

والقاعدة التي تقضي بجواز منح المدعي 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 المدعي نظرة الميسرة . ويجوز للمدعي أن يتقدم بهذا الطلب في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، كما يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أن يمنح المدعي نظرة الميسرة وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٤٦٤ - الآثار التي تترتب على نظرة الميسرة : يترتب على منح نظرة الميسرة ما يترتب على الأجل الواقف بوجه عام :

(١) فيوقف التنفيذ حتى ينقضي الأجل الذي يمنحه القاضي للمدعي . وإذا كان الدائن ينفذ بموجب سند رسمي ، ثم منح المدعي نظرة الميسرة ، وجب وقف إجراءات التنفيذ ، وإذا استمر الدائن فيها كان ما باشره منها بعد نظرة الميسرة باطلاً ولكن ما تم من إجراءات

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٨٦ .

(٢) انظر في مناقشة هذه المسألة بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٨٩ - فقرة ١٤٩٠ .

(٣) أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٩ ص ٢٥٨ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٨٨ - وفي فرنسا جعل قانون ٢٥ مارس سنة ١٩٣٦ الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة في منح نظرة الميسرة ، ومن ثم يجوز للمدعي بعد صدور حكم عليه بوفاء الدين ، أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة يطلب منحة نظرة الميسرة (بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠١٩ ص ٣٦٠ - ص ٣٦١ - بلائيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٢٥) .

(٤) بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٨٤ - فقرة ١٤٨٥ .

التنفيذ ، قبل منح المدعي نظرة الميسرة ، يبقى قائماً حافظاً لآثاره (١) . فإذا ما انقضى الأجل الذي يمنحه القاضي للمدعي ، ولم يوف المدعي الدين (٢) ، فإن الدائن يتابع إجراءات التنفيذ من حيث تركها موقوفه ، ولا يحتاج إلى إعادة هذه الإجراءات من جديد فذلك يجشمه عناء لا محل له ويكلف المدعي نفقات لا داعي لها (٣) .

وإذا كان القاضي قد قسط الدين على المدعي ، بأن منحه آجالاً متعاقبة ، فإن تأخر المدعي في أي 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 وتحديد قيده ونحو ذلك ، فإن الأجل الواقف لا يمنع من اتخاذ هذه الإجراءات كما رأينا ، فمن باب أولى لا يمنع منها الأجل الممنوح من القاضي (٥) . وما اتخذ من إجراءات تحفظية ، كإعذار المدعي (٦) ، يبقى حافظاً لآثاره . وهناك خلاف فيما إذا كان يجوز للدائن ، بعد منح المدعي نظرة الميسرة ، أن يعذر المدعي (٧) وأن يحجز على ما لمدينه لدى الغير (٨) .

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٩٢ .

(٢) ويلاحظ إنه إذا كان الدين واجب التنفيذ في موطن المدعي ، فإن يصبح بعد نظرة الميسرة واجب التنفيذ في موطن الدائن . ذلك أن المدعي مدعو إلى تنفيذ التزامه في أي وقت خلال الأجل الممنوح له من القاضي ، وليس الأجل إلا حداً أقصى لموعد التنفيذ ، فيجب عليه إذن أن يسعى بالتنفيذ إلى موطن الدائن ، لا أن ينتظر حتى يأتي الدائن إلى موطنه (بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١ ص ٣٦٤) .

(٣) بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٩٢ .

(٤) بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٩٨ .

(٥) بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٩٤ .

(٦) بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١ .

(٧) انظر في عدم جواز إعذار المدعي لأن الإعذار يسوي مركزه إذ يحمله تبعه الهلاك ويجعله مسئولاً عن التعويض : بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١ .

(٨) فيقول بعض الفقهاء بعدم جواز حجز ما للمدعي لدى الغير ، لأن هذا الحجز ليس حجزاً تحفظياً فحسب بل هو أيضاً في نهايته حجز تنفيذي ، ولأن الحجز يعطل ما للمدعي لدى الغير وقد يكون في حاجة إليه لتدبير موقفه من حيث الوفاء بالتزامه (لوران ١٧ فقرة ٥٨٤ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٩٥) . ويذهب فقهاء آخرون إلى جواز الحجز (توليه ٦ فقرة ٦٧٣ بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١) . وعلى كل حال لا يفك الحجز التحفظي الذي يكون موقفاً قبل منح المدعي نظرة الميسرة ، فلا يفك حجز تحفظي موقع تحت يد ناظر وقف على حصة المستحق وهو المدعي (استئناف وطني ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٣ الحقوق ٢٠ ص ٢٣١) .

(٣) لنظرة الميسرة أثر نسبي ، فهو مقصور على المدين الذي منح الأجل دون غيره من المدينين ولو كانوا متضامنين معه ، ما دام هؤلاء لم يمنحوا مثله نظرة الميسرة (١) . ولكن كفيل المدين ، إذا منح المدين نظرة الميسرة ، ينتفع بذلك ، وإلا لجاز للدائن أن يرجع على الكفيل ليتقاضى منه الدين ، ولرجع الكفيل على المدين بما وفاء للدائن ، فلا تكون هناك فائدة من منح المدين نظرة الميسرة (٢) .

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 (٣) . فيسقط ، كما يسقط الأجل الاتفاقى وفقاً للمادة ٢٧٣ مدنى ، 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 ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً .

(٣) إذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد بتقديمه من التأمينات .

على أن الأجل في نظرة الميسرة ، خلافاً للأجل الاتفاقى ، 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 مكنته وفاء الدين في الحال ، فنظرة القاضى إلى ميسرة . ثم جد بعد

(١) وهذا على خلاف القاعدة التي 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 ممن ليست لهم هذه الظروف .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٦ .

(٣) انظر في الأسباب المتعددة التي يسقط بها الأجل في نظرة الميسرة في القانون الفرنسى : بلانوييه ووردوان ٧ فقرة ١٠٢٢ .

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 . ففى هذه الحالة يستطيع المدين أن يوفى الدين الذى عليه بالدين الذى له ، فلا يمرر إذن لانتظار انقضاء الأجل الذى منحه القاضى للمدين في نظرة الميسرة ما دام المدين قد أصبح قادراً على الوفاء بدينه . ومن ثم يكون توافر شروط المقاصة على النحو الذى قدمناه مسقطاً للأجل في نظرة الميسرة (١) . وقد نص التقنين المدنى على هذا الحكم صراحة ، فقضت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٢ مدنى بأنه «لا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة القاضى أو تبرع بها الدائن» .

المبحث الثانى

المكان الذى يتم فيه الوفاء

٤٦٦ - النصوص 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 (٢) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٢٣٢/١٦٩ و ٢٣٣/١٧٠ (٣) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٣ - ويخلص من ذلك إنه حيث يثبت أن المدين الذى منح نظرة الميسرة قد أصبح قادراً على الوفاء بالدين ، حتى قبل انقضاء الأجل الذى منحه القاضى إياه ، فإنه يجوز للدائن أن يطالبه بالدين .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٨٤ من المشروع التمهيدي 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 ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٨ - ٢٢٩) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ٢٣٢/١٦٩ : محل الوفاء هو المكان الموجود فيه عين الشئ المقتضى تسليمه إذا لم يشترط المتعاقدان غير ذلك .

م ٢٣٣/١٧٠ : إذا كان المتعهد به عبارة عن نقود أو أشياء معين نوعها ، فيعتبر الوفاء مشروطاً حصوله فى محل المتعهد .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٥ -
وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٤ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٣٩٦ - ٣٩٧ -
وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٠٢ (١).

ويخلص 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 يوفى 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 .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٤٥ (مطابقة للمادة ٣٤٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٣٤ (مطابقة للمادة ٣٤٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٩٦ : ١ - إذا كان الشيء الملتزم بتسليمه مما له حمل ومؤونة، كالمكليات
والموزونات والعروض ونحوها ، وكان العقد مطلقاً لم يعين فيه مكان التسليم، يسلم الشيء في المكان
الذي كان موجوداً فيه وقت العقد . ٢ - وفي الالتزامات الأخرى يكون الوفاء في موطن المدين وقت
وجوب 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 فقرة ٢٩٨ - فقرة ٢٩٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٠٢ : يجب إيفاء الدين بالمكان المعين في العقد . وإذا لم يوضع
شرط صريح أو ضمنى في هذا الشأن ، وجب الإيفاء في محل إقامة المدين . أما إذا كان موطن
الموجب عيناً معينة ، فيجب التنفيذ حيث كان الشيء عند إنشاء العقد . (والحكم متفق مع حكم
المصري) .

وفي جميع الأحوال قد يكون الاتفاق صريحاً ، ولا يشترط في الاتفاق الصريح ألفاظ
خاصة . وقد يكون ضمنياً . ومثل الاتفاق الضمني أن تكون هناك التزامات متقابلة ناشئة من
عقد ملزم للجانبين ، ويتفق الطرفان على أن يتم الوفاء في وقت واحد ، فيستخلص من ذلك
اتفاق ضمنى 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 ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى 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 يتم 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 ضمنى 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 ضمنى . 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) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩ .

(٢) انظر دي 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 - بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٠٥ - أنسيلكلويدي داللو ٣ لفظ
(paiement) فقرة ١٣٧ - انظر عكس ذلك دي باج ٣ فقرة ٤٧٢ - وقارن بلانيول وريبير وبلانجيه
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) .

(١) لما كان الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون دفع الدين في محل المدين إلا إذا اتفق على خلاف ذلك ،
وكان قد تعذر على المدين أن يقوم بالوفاء بسبب قطع العلاقات بين مصر وإيطاليا ولم يكن لذلك من
المجدى أن يقدم الدائن سند الدين إلى الحارس العام في ذلك الوقت إذ لم يكن في مقدور هذا الحارس =

٤٦٨ - مكان الوفاء في العين المعنية بالذات 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 يقضى بغير ذلك». فإذا لم يوجد اتفاق على أن يكون مكان الوفاء في غير مكان وجود العين وقت نشوء الالتزام، ولم يوجد نص يقضى بغير ذلك كما رأينا في النص الذي يقضى 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 ضمناً ما بين الطرفين على هذا المكان. فينسخ هذا الاتفاق الضمني اتفاقاً ضمناً معارضاً، أو اتفاقاً صريحاً، 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 يسر. فإذا كان الشيء بطبيعته سهل الانتقال من مكان إلى آخر، كسيارة أو فرس، فالغالب أن يكون الطرفان قد أرادا 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).

= المطالبة به لأن الدين لم يكن ثابتاً بالفرع الذي يملكه المدين في مصر، لما كان ذلك، فإنه لا يمكن نسبه أي خطأ إلى الدائن في عدم المطالبة بالدين أثناء قطع العلاقات، أما بعد عودة العلاقات كان من واجب المدين أن يقوم بالدفع في محل الدائن وفقاً لنص العقد، أما هو لم يفعل فلا يجوز له التحدي بقيام أي خطأ في جانب الدائن.

(جلسة ١٩٥٤/١٢/٩ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً - ١٢٢ - ٢٧٨)

(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 ٢٠٢.

٤٦٩ - مكان الوفاء في غير العين المعنية 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 محل 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 يسمى له الدائن (quérable)، ولا يسمى به المدين (portable). وليس في هذا إلا تطبيق للمبدأ العام الذي يقضى 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).

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

(١) استئناف مخطط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٣.
 (٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩.
 (٣) على أن المدين يسعى بالدين إلى موطن الدائن في حالة العرض الحقيقي والابداع، وقد سبق بيان ذلك.
 (٤) بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٠٨ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٨٦ - وكما يستطيع المدين أن يتحمل بأن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله وقت الوفاء كذلك يستطيع الدائن أن يجبر المدين على قبول الوفاء في هذا المكان دون أي مكان آخر (بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٠٩).

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 حقه في أن يكون الوفاء ببقية الأقساط في موطنها ، لا سيما إذا ذكرت ذلك صراحة في وثيقة التأمين ، وهذا ما لم يكن قد اضطرر استيفائها لأقساط التأمين في موطن المدين واستقر تعاملها معه على ذلك (٥) .

٤٧٠ - نصوص خاصة بتعيين مكان الوفاء في بعض العقود المسماة : وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إلى أنه «قد أنشأت بعض النصوص أحكاماً خاصة بشأن الوفاء في بعض العقود المعينة كالبيع والإجارة» (٦) .

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 ، ما لم 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 ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك» .

(١) ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٧١ - هيك ٨ فقرة ٤٢ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٠ .

(٢) وقد جرت العادة أن يكون الوفاء بالقسط الأول فى موطن الشركة ، وكذلك يكون مكان الوفاء هو موطن الشركة فى جميع الأقساط التى حلت وأعذر فى شأنها المؤمن له (بلانيول وريبير ورسون ١١ فقرة ١٣٠٨ ص ٦٩٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٨٧ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٨٠) .

(٣) وكذلك إذا دفع المستأجر أقساط الأجرة من وقت إلى آخر فى موطن المؤجر لم يعد هذا حتماً نزولاً منه عن أن الوفاء بالأجرة يكون فى موطنه هو لا فى موطن المؤجر (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٦٠) .

(٤) ولا يجوز ، طبقاً للقانون الصادر فى فرنسا فى ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ (م ١٦) ، أن يكون هذا الشرط ضمن الشروط المطبوعة (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٢٤ - بلانيول وريبير ورسون ١١ فقرة ١٣٠٨ ص ٦٩٠) .

(٥) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١١ - وتفسير نية الشركة فى أنها أدخلت تعديلاً ضمناً فى مكان الوفاء ، فجعلته موطن المؤمن له لا موطنها هو ، مسألة واقع يت فيها قاضى الموضوع ولا معقب عليه لدى محكمة النقض (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١١ ص ٦٠٧ هامش رقم ١) .

(٦) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩ .

ونصت المادة ٥٦٦ مدنى ، فى الإيجار ، على أن «يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المباعة 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 ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك» .

ونصت المادة ٦٥٥ مدنى ، فى المقاوله ، على أنه «متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يسادر 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 an paiement).

(٢) التجديد (Novation).

(٣) المقاصة (Compensation).

(٤) اتحاد الذمة (Confusion).

ففي الوفاء بمقابل يعتاض الدائن عن استيفاء الدين عيناً بشئ يعادله. وفي التجديد يستوفى الدائن الدين الأصلي بدين جديد. وفي المقاصة يستوفى الدائن الدين الذي له بدين مقابل في ذمته للمدين. وفي اتحاد الذمة يستوفى الدائن الدين الذي له بنفس هذا الدين بعد أن يصبح مديناً به.

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (١).

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 (٢).

٤٧٤ - ركنان: ويمكن أن يستخلص من النص المتقدم الذكر أن هناك ركنين للوفاء بمقابل:

(الركن الأول) اتفاق بين الدائن والمدين (٣) على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن.

(الركن الثاني) تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلاً، فثبناً 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

الفصل الأول

الوفاء بمقابل (*)

(Dation en paiement)

٤٧٢ - أركانه وتكييفه القانوني والآثار التي تترتب عليه: قدما أن الدائن يستوفى 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 يستوفى شيئاً آخر في مقابل دينه، واستوفى فعلاً هذا الشيء الآخر، فإن الدين ينقضى وتبرأ ذمة المدين، ولكن لا عن طريق الوفاء (paiement)، بل عن طريق الوفاء بمقابل (dation en paiement).

ومن ثم وجب أن نبحث: (أولاً) ما هي الأركان التي يقوم عليها الوفاء بمقابل وما هو تكييفه القانوني. (ثانياً) وما هي الآثار التي تترتب عليه.

الفرع الأول

أركان الوفاء بمقابل وتكييفه القانوني

المبحث الأول

الأركان التي يقوم عليها الوفاء بمقابل

٤٧٣ - النصوص القانونية: تنص المادة ٣٥٠ من التقنين المدني على ما يأتي:

«إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق، قام هذا مقام الوفاء (١)».

(*) مراجع: سيجوني (Segonge) في الوفاء بمقابل في القانون الروماني والقانون الفرنسي رسالة من باريس سنة ١٨٨٠ - جمبو (Guimbaud) النظرية العامة في الوفاء بمقابل في القانون الروماني والقانون الفرنسي رسالة من پواتيه سنة ١٨٨٩.

(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 النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٥ - ٢٣٦).

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «أغفل التقنين القائم (السابق) الاعتياض - الوفاء بمقابل - في نصوصه فوكل أمره بذلك إلى القواعد العامة. بيد أن المشروع آثر أن يختصه ببعض النصوص لئلا ما هو ملحوظ من ازدواج أثره، وتراكب طبيعته، في فقه القانون (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٤). وأنظر أيضاً الموجز للمؤلف فقره ٥٤٣».

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٣٤٨ (مطابقة للمادة ٣٥٠ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي م ٢٣٧ (مطابقة للمادة ٣٥٠ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ٣٩٩ (مطابقة للمادة ٣٥٠ من التقنين المدني المصري - وانظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقره ٣٢٥ - فقره ٣٢٦).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣١٨: يسقط الدين إذا قبل الدائن، عوضاً عن التنفيذ، أداء شيء غير الذي كان يجب له - وإذا بدا شك ولم يعترض الدائن أو لم يبد تحفظاً عند الإيفاء بأداء العوض، فالدائن يعد، إلى أن يقوم برهان على العكس، قابلاً لذلك الإيفاء ومبرئاً لذمة المدين. (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري).

(٣) ولا ترى ما يمنع من أن يتفق الدائن مع غير المدين على أن يستوفى 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.

الطرفين يتفقان على أن يفى المدين للدائن بدلا من الألف من الجنيهات مائة قنطار من القطن الأشموني 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 بدلا من ذلك ألفا من الجنيهات^(١). ولما كان الدائن، في هذه الأحوال، يستوفى في دينه محلا ليس هو عين محل الدين، فلا بد إذن لهذا الوفاء بمقابل من اتفاق بين الدائن والمدين يكون لاحقا لنشوء الدين، وفي الغالب يكون لاحقا أيضا لميعاد استحقاقه. والاتفاق يستدعي حتما رضاء الدائن أن يستوفى الدين بمقابل، فلا يجوز حمل الدائن على أخذ غير محل الدين إجباراً، ولا يتم ذلك إلا برضائه^(٢).

ويجب أن تتوافر الأهلية الواجبة في كل من الطرفين. فتتوافر في الدائن أهلية استيفاء الدين على النحو الذي قدمناه في الوفاء، لأن الوفاء بمقابل ينطوي على معنى استيفاء الدين. وتتوافر في المدين، لا أهلية الوفاء بالدين فحسب، بل أيضاً أهلية التصرف، فانه يوفى دينه عن طريق نقل ملكية شيء إلى الدائن، فالوفاء بمقابل بالنسبة إليه ينطوي 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^(٣).

(١) انظر جوسران ٢ فقرة 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 إنيابة الغير في الوفاء للدائن (délégation): انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٠١٨ - وقارن جوسران ٢ فقرة ٩٢٦ ص ٤٩٢.

(٢) وقد يعطى المدين للدائن 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 يتقضى الدين بدهاءة، بل يبقى قائماً، ويكون الشيء الذي أعطاه المدين للدائن ليس مقابلاً للوفاء بل هو رهن في يد الدائن لضمان الدين. ويرجع فيما إذا كان الشيء الذي أعطاه المدين للدائن مقابلاً للوفاء أو رهناً لدية الطرفين (دي باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٤٨٤). فلا يكون هناك وفاء بمقابل إلا إذا اتفق الطرفان في وضوح على نقل ملكية الشيء إلى الدائن. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا سلم المستأجر محصولات الأرض إلى المؤجر وفاء بالأجرة بعد عمل الحساب، فلا يعني ذلك أنه نقل ملكية محصولات إلى المؤجر، بل أودعها عنده ضماناً للأجرة، وركله في بيعها ليستوفى الأجرة منها، فلا يجوز للمؤجر التمسك ببطان حجز وقعه أحد دائي المستأجر على هذه محصولات بنفسه، بل ملكيتها انتقلت إليه (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩١٥ ص ١٠٧).

(٣) دي باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٤٨٦.

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 للالتزام. ومن ثم لا ينطوي الالتزام التخيري ولا الالتزام البدلي على وفاء بمقابل، لأن المدين إذا اختار أحد محال الالتزام في الالتزام التخيري، أو اختار البدل في الالتزام البدلي، فأداه، فانما يؤدي محلاً داخلاً في نطاق الالتزام الأصلي متفقاً عليه منذ نشوء هذا الالتزام، فليس هو شيئاً جديداً خارجاً عن نطاق الالتزام الأصلي يستعاض به عن محل هذا الالتزام^(١). ٢ - أن يكون نقل ملكية (datio)، فلا يجوز أن يكون التزاماً بعمل أو التزاماً بامتناع عن عمل^(٢). وإذا اتفق المقرض والمقترض على أن يستعاض عن رد القرض بأن يقوم المقترض بنسخ كتاب معين يطلبه من الدائن، فان هذا لا يكون وفاء بمقابل، بل يكون في الغالب تجديد (novation) بتغيير محل الدين^(٣).

ويثبت الاتفاق على الوفاء بمقابل وفقاً للقواعد العامة في الإثبات. فلا يجوز، فيما يزيد على خمسمائة جنيه، الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها. على أنه إذا ثبت أن الدائن قد قبل تسلم شيء غير المستحق له دون تحفظ، فانه يفترض - حتى يقوم الدليل على العكس - أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء^(٤).

٤٧٦ - تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلاً إلى الدائن: ولا يكفي الاتفاق على مقابل الوفاء، بل يجب أيضاً تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلاً من المدين إلى

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٤ - دي باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٤٨٥.

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٥٨.

(٣) وإذا قبل الدائن استيفاء الدين بشيك أو كميالة أو بأية ورقة مماثلة، لم تبرأ ذمة المدين من الدين إلا إذا قبض الدائن فعلاً قيمة الشيك أو الكميالة أو الورقة المالية. وعندئذ ينقضى الدين، لا بالوفاء بمقابل، بل بالوفاء عيناً كما سبق القول (دي باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٤٨٥ - ص ٤٨٦).

(٤) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣١٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على هذا الحكم صراحة، فقضت بأنه «إذا بدأ شك ما، ولم يعترض الدائن أو لم يبد تحفظاً عند الإبقاء بأداء العوض، فالدائن يعد، إلى أن يقوم برهان على العكس، قابلاً لذلك الإبقاء ومعترفاً بكونه مبرئاً لذمة المدين». انظر أيضاً المادة ٢/٣٦٤ من التقنين المدني الألماني.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «وأما فيما يتعلق بالإثبات، فيفرض في 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).

عن طريق نقل الملكية (1).

٤٧٨ - الوفاء بمقابل بيع تليه مقاصة: يتبادر إلى الذهن لأول وهلة أن الوفاء بمقابل ينتهي إلى التحليل الآتي: اتفق الدائن مع المدين علي 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. فتم صفقة البيع أولاً، ويصبح الدائن مديناً بثمن هو معادل في الجنس والمقدار للمدين الذي له. فتقع مقاصة قانونية ما بين هذا الدين والثمن، فينقضي كلاهما بالمقاصة. ويبقى المدين بعد ذلك ملتزماً نحو الدائن بنقل ملكية المقابل (1).

وعيب هذا التكييف أنه يقف بالوفاء بمقابل عند المرحلة الأولى، ولا يستلزم أن تنتقل الملكية فعلاً إلى الدائن. فلو فرضنا أن مقابل 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

الدائن (1). فإذا كان المقابل مائة قنطار من القطن أو مائة أردب من القمح، وجب إفرار 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 (2).

وهذا ما يميز الوفاء بمقابل عن التجديد (3)، ففي التجديد يحل التزام جديد محل التزام قديم، فينقضي الالتزام القديم بقيام الالتزام الجديد. أما في الوفاء بمقابل فلا يكفي قيام الالتزام الجديد، أي الالتزام بنقل الملكية، بل يجب تنفيذه أي نقل الملكية فعلاً إلى الدائن. فإذا اقتصر الطرفان على إنشاء التزام بنقل الملكية يحل محل الالتزام الأصلي، فانما يكون ذلك تجديداً بتغيير محل الدين لا وفاء بمقابل (4).

المبحث الثاني

التكييف القانوني للوفاء بمقابل

٤٧٧ - تضارب الفقه في التكييف القانوني للوفاء بمقابل: بعد أن بسطنا أركان الوفاء بمقابل، بقي أن نبين ما هو التكييف القانوني لهذا السبب من أسباب انقضاء الالتزام. وقد تضارب الفقه في هذا التكييف، حتى أصبحت هذه المسألة الغامضة في حاجة إلى شيء من التجليّة 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 المحل الأصلي فيه قد تغير. وهناك تكييف ثالث، هو الذي أخذ يتغلب الآن في الفقه، يجعل الوفاء بمقابل عملاً مركباً من تجديد ووفاء

(1) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧.

(2) ويترتب على ذلك أن الوفاء بمقابل لا يمكن أن يتم عن طريق الوصية، بأن يوصى المدين لدائته بعال للوفاء بالدين. وذلك لأن الوصية يجوز الرجوع فيها دائماً، ولا تنتقل ملكية الموصى به فى 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 لدينه (استئناف مخطوط ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩).

(3) الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٥٩.

(4) كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ٩٨٨ ص ٦٤٩ - جوران ٢ فقرة ٩٢٦ ص ٤٩٢.

(1) انظر فى بسط هذا رأى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٩ ص ٦٥٩.

(2) إن الوفاء بالدين بغير النقد قد اختلف فى تكييفه. فى رأى اعتبر استبدالاً للمدين باعطاء شيء فى مقابلته. وفى رأى آخر اعتبر كالمبيع تسرى عليه جميع احكامه. ومحكمة النقض ترى أنه فى حقيقته كالمبيع إذ تتوافق فيه جميع أركانه، وهى الرضاء والشئ المبيع والثمن. فالشئ الذى أعطى للوفاء يقوم مقام المبيع، والمبلغ الذى أريد الوفاء به يقوم مقام الثمن الذى يتم دفعه فى هذه الحالة بطريق المقاصة، ومن ثم يجب أن يسرى على هذا النوع من الوفاء جميع أحكام القانون المقررة للمبيع.

فإذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هى أن الدائن ومدينه اتفقا على أن يبيع المدين إلى الدائن قنطراً من أطيانه مقابل مبلغ ما كان باقياً عليه من دين سبق أن حوله الدائن إلى أجنبى، وتمهد الدائن باحضار مخالصة من ذلك الأجنبى، عند التصديق على عقد البيع، وحرر بين الطرفين فى تاريخ هذا الاتفاق عقد بيع عن الأطيان الواردة به، ثم تم التوقيع على عقد البيع النهائى ولم يحضر الدائن المخالصة من الأجنبى، بل إن هذا الأخير استمر فى إجراءات التنفيذ بالنسبة لباقى الدين ونزع ملكية المدين من أطيان أخرى حتى بيعت بالمزاد، فرأت المحكمة من هذا أنه مع قيام الأجنبى بالتنفيذ على هذه الأطيان الأخرى للحصول على باقى الدين تكون الأطيان المبعة للدائن تحت يده من غير مقابل، وعلى هذا الأساس قضت بفسخ العقد، فانها تكون قد أصابت، لأنه بالقياس على البيع يكون للمدين - الذى هو فى مركز البائع - الحق فى فسخ العقد إذا حال الدائن الذى أخذ الأطيان وفاء لدينه دون حصول المقاصة عن هذا الدين بمتابعة التنفيذ وفاء لدينه إذ يكون الدائن - والحالة هذه كأنه مشتر لم يدفع الثمن.

(الطعن ١٢٣ لسنة ١٣٣١ - جلسة ١٨/٥/١٩٤٤)

هذه الملكية. أما إذا وقفنا عند هذه المرحلة الأولى، فإنا نواجه تجديدًا بتغيير محل الدين لا وفاء بمقابل كما سبق القول.

٤٧٩- الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء تغير فيه المخل الأصلي: وهذا هو التكيف الذي كان سائدًا في القانون الفرنسي القديم، وكان يقول به دوما وبوتيه، ولا يزال يقول به بعض فقهاء القانون الفرنسي الحديث.

ففي القانون الفرنسي القديم كان الوفاء بمقابل ضرباً من الوفاء، استعير فيه عن الشخص المستحق أصلاً بشيء آخر، وذلك باتفاق الطرفين. فهو كالوفاء يقضى الدين ذاته بطريق مباشر، ولكن يقضيه بمقابل الشيء المستحق لا بالشيء المستحق نفسه. أما في التكيف الأول فقد رأينا أن المقابل يقضى الدين ذاته، ولكن بطريق غير مباشر، بأن يجعل ثمنه قصاصاً في هذا الدين. وسرى في التكيف الثالث أن المقابل لا يقضى الدين ذاته، ولكن ديناً آخر نشأ من طريق التجديد.

وترتب على هذا التكيف الثاني أن الدائن، إذا استحق في يده مقابل الوفاء، لم يرجع على المدين بدعوى ضمان الاستحقاق التي يرجع بها المشتري على البائع. فهو لم يشتر المقابل كما هو التصوير في التكيف الأول، بل استوفى به الدين الذي له في ذمة المدين. فإذا استحق المقابل في يده بطل الوفاء، واستتبع ذلك رجوع الدين الأصلي، فيعود في ذمة المدين بجميع ما كان له من ضمانات، ويرجع الدائن على المدين لا بدعوى ضمان الاستحقاق بل بدعوى هذا الدين نفسه (١).

وكان هذا التكيف القانوني يستقيم، ويتفق مع إرادة الطرفين، لولا أنه 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

(١) دوما في القوانين المدنية القسم الأول الكتاب الثالث الباب الأول الفرع السابع فقرة ٦- بوتيه في الالتزامات فقرة ٤٠٦- وانظر في فقهاء القانون الفرنسي الحديث: سيجوني Segogne في الوفاء بمقابل في القانون الروماني والقانون الفرنسي رسالة من باريس سنة ١٨٨٠ ص ٨٣- ص ١٠٠- جمبو Cuimbaud في الوفاء بمقابل في القانون الروماني والقانون الفرنسي رسالة من بوتيه سنة ١٨٨٩ ص ١٨٥- ص ٢٠٦- وقارب بلانيول وريسير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠١٩. ويقرب من هذا التكيف ما يذهب إليه الأستاذ عبد الحى حجازي (جزء ٣ ص ٦٢) من أن الوفاء بمقابل عقد عيني تنتقل به ملكية شيء من ذمة المدين إلى ذمة الدائن وترتب عليه الوفاء بالترام سابق.

ويتحتمس في الدفاع عن هذا التكيف من الفقهاء المعاصرين دى باج: انظر الجزء الثالث فقرة ٥١٢.

عقاراً أو أى عرض استيفاء للدين الأصلي يرى 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 ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات (٢). 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 التكيف القانوني الذي نحن بصدد، فإن من مقتضيات هذا التكيف 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.

٤٨٠- الوفاء بمقابل عمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية: والتكيف القانوني الذي أخذ يتغلب في الفقه المعاصر، وهو التكيف الذي يساير النصوص التشريعية في مصر وفي فرنسا، هو أن الوفاء بمقابل عمل مركب. فهو مزيج من التجديد والوفاء

(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 المدين معسراً. فيضار الكفيل بهذا الإعسار، ويكون من حقه أن يدفع رجوع الدائن عليه، ما دام الدائن هو الذي قبل أن يستوفى دينه بمقابل وترك المدين حتى أعسر، ففوت على الكفيل الفرصة في أن يرجع على المدين إذا وفي عنه الدين (بوتيه في الالتزامات فقرة ٤٠٧). وقد نقل التقنين المدني الفرنسي هذا الحكم عن بوتيه، وقصره على الكفيل (سيجونى 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 وضوح 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).

(٢) انظر عكس ذلك في عهد التقنين المدني السابق: استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٢٧.

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 والمدان 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 التكليف الثانى، ولا عن طريق المقاصة كما هو الأمر في التكليف الأول.

ثم إن الدين الجديد - وهو دائماً التزام بنقل ملكية المقابل الذى استعويض به عن المحل الأصلي للدين - ينفذ عن طريق الوفاء (paiement). فتنتقل 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 فى الخطوة الأولى والذى انقضى الدين الأصلي به (١).

ويخلص من هذا التكليف القانونى أمران: (١) أن الدين الأصلي فى الوفاء بمقابل لا ينقضى بالوفاء ولا بالمقاصة، وإنما ينقضى بالتجديد. أما الدين الجديد الذى حل محل الدين الأصلي فينقضى بالوفاء عيناً، لا بمقابل الوفاء (٢). (٢) إن

(١) انظر فى هذا المعنى أوروى ورو ٤ فقرة ٣١٨ هامش رقم ١ وفقرة ٣٢٤ هامش رقم ٤٨ - لوران ١٨ فقرة ٣٢٣ و ٣١ فقرة ٣٦٣ - ديمولوب ٢٧ فقرة ٢٣٠ و ٢٨ فقرة ٢٨٨ وما بعدها - بوهرى وبارد ٢٢ فقرة ١٦٨٥ ص ٧٨٨ - ص ٧٨٩ - بلانيول وريبير وروان ٧ فقرة ١٢٤٩ ص ٦٥٩ و ١٢٥٠ ص ٦٥٩ - ص ٦٦٠ - بيدان لاجارد ٨ فقرة ٤٩٤ - جوسران ٢ فقرة ٩٢٨ ص ٢٩٣

وانظر فى هذا المعنى أيضاً الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٨١.
وانظر انتقاداً لا يخلو من المبالغة لهذا التكليف فى دى باج ٣ فقرة ٥١٠ - فقرة ٥١١.
(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «ويراعى أن الوفاء بالدين القديم بمقتضى الإدلاء بالمعوض، وإنما ينشأ التزام جديد يحل محل هذا الدين، وهذا الالتزام هو ينقضى بالوفاء فور الوقت عن طريق انتقال حق الملك فى ذلك المعوض. فالاعتياض والحالة هذه إلا تجديداً يتبع بالوفاء بالالتزام الجديد على الفور» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٧).

الوفاء بمقابل يجمع فى أحكامه بين معنى الوفاء ومعنى نقل الملكية (١)، وهذا ما تنتقل الآن إليه.

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على الوفاء بمقابل

٤٨١ - النصوص القانونية: تنص المادة ٣٥١ من التقنين المدني على ما يأتى:

«يسرى على الوفاء بمقابل، فيما إذا كان ينقل ملكية شئ أعطى فى مقابلة الدين، أحكام البيع، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمنان الاستحقاق وضمنان العيوب الخفية. ويسرى عليه، من حيث أنه يقضى الدين، أحكام الوفاء، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات» (٢).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدني السابق، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٣).

(١) فالوفاء بمقابل هو إذن تصرف قانونى مركب (acte juridique complexe) من تجديد ونقل ملكية ووفاء. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا المعنى: «بيد أن المشروع أثر أن يختصه (الوفاء بمقابل) ببعض النصوص لىزاء ما هو ملحوظ من ازدواج وتراكب طبيعته فى فقه القانون: فبراعى من ناحية أن الإدلاء بعوض ينقل ملكية ما يؤدي فى مقابل الوفاء، وفى هذه الحدود تطبق أحكام البيع. وبراعى من ناحية أخرى أنه يهيب للمدين طريفاً لإبراء ذمته من الدين، وفى هذا النطاق تطبق قواعد الوفاء. وقد يقال أخيراً إن الاعتياض ينتهى أمره إلى تجديد يعقبه الوفاء مباشرة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٤).

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ٤٨٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد، فيما عدا العبارة الآتية التى وردت فى المشروع التمهيدي: «يسرى على الوفاء بمقابل، من حيث إنه ينقل ملكية الشئ الذى أعطى فى مقابلة الدين...»، وفيما عدا عبارة «احتساب الخصم» فى المشروع التمهيدي. وفى لجنة عدلت عبارة: «من حيث أنه ينقل ملكية الشئ الخ» بعبارة «فيما إذا كان ينقل ملكية شئ». وكانت عبارة المشروع التمهيدي أدق فى المعنى من عبارة لجنة المراجعة، لأن العبارة الأخيرة توهم أن الوفاء بمقابل قد لا ينقل الملكية فى بعض صورته، وقد رأينا إنه ينقل الملكية فى جميع الصور (قارن مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٨). وأصبح رقم المادة ٣٦٣ فى المشروع التمهيدي. ووافق مجلس النواب على النص. وفى 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 ٢٣٦ و ص ٢٣٨ - ص ٢٣٩).

(٣) المرجع للمؤلف فقرة ٥٤٣ - الأستاذ أحمد حشمت أبو سبيت فقرة ٧٩٣ - فقرة ٧٩٤.

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 (١).

ويخلص من هذا النص أن الوفاء بمقابل مزدوج الأحكام، فتسرى عليه أحكام البيع باعتباره ناقلاً للملكية، وتسرى عليه أحكام الوفاء باعتباره أنه يقضي الدين.

٤٨٢ - الوفاء بمقابل باعتباره ناقلاً للملكية: لما كان الوفاء بمقابل ينقل ملكية المقابل من المدين إلى الدائن، فإنه يسرى عليه من هذه الناحية أحكام البيع وأحكام نقل الملكية بوجه عام.

وقد ذكر النص من هذه الأحكام ثلاثة على وجه التخصيص (٢):

١- أهلية المتعاقدين: وقد قدمنا أنه يشترط في المدين أن تتوافر فيه، لا أهلية الوفاء فحسب، بل أيضاً أهلية التصرف. وكذلك يشترط في الدائن أهلية الالتزام (٣).

٢- ضمان الاستحقاق: فإذا استحق المقابل في يد الدائن، رجع على المدين. ولا يرجع بالدين الأصلي، فإن هذا الدين قد انقضى بالتجديد كما قدمنا، وقد انقضت تأمينته معه، فلا يعود ولا تعود. وإنما يرجع بضمان الاستحقاق كما يرجع المشتري على البائع، لأنه إنما يطعن 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 للدين الجديد الذي يستوجب تنفيذه نقل الملكية (٤).

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٣٤٩ (مطابقة للمادة ٣٥١ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي م ٢٣٨ (مطابقة للمادة ٣٥١ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ٤٠٠ (مطابقة للمادة ٣٥١ من التقنين المدني المصري - وانظر الأستاذ الخياط 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 العوض ولا سيما القواعد المختصة بالضمان وأهلية المتعاقدين - على أن قواعد الإيفاء تطبق بالقياس بقواعد البيع المستطاع، ولا سيما فيما يختص بتعيين جهة الإيفاء. (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري). وكان نص التقنين اللبناني لم يذكر انقضاء التأمينات صراحة، إلا أن هذا الانقضاء يستخلص بداهة من قواعد الوفاء الواجبة التطبيق).

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٣٧.

(٣) جوران ٢ فقرة ٩٢٩.

(٤) وقد يقال إنه ما يتفق مع نية الطرفين، في حالة ما إذا لم تخلص ملكية المقابل للدائن، فإن الوفاء بمقابل في مجموعه، بما تنطوي عليه من تجديد ووفاء ونقل ملكية، ويعود الدين

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) وقيمة 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 سعي 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).

ولاشك 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 النصوص 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 بيناه في ضمان الاستحقاق. أما إذا اختار الدائن استبقاء المقابل، أو كانت الخسارة لم تبلغ الحد المتقدم الذكر، لم يكن له إلا أن يطالب المدين بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (م ٤٥٠ و ٤٤٤ مدني) (٢).

إلى ذمة المدين. وقد جاء في هذا المعنى في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «ولا يكون للدائن في هذه الحالة إلا حق الرجوع بدعوى الضمان، ما لم يطلب الحكم بفسخ الاعتراض ذاته: قارن المادة ٩٩٨ من التقنين البرازيلي، وهي تقضي بأن الدين القديم يعود إلى الوجود ويزول أثر الخالصة الخاصة به متى استحق العرض» (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٣٧ - ٢٣٨). انظر أيضاً المادة ٢/١١٩٧ من التقنين المدني الإيطالي الجديد - والأستاذ عبد الحى حجازي ص ٦٤ - ص ٦٥.

ولكن القول بوجوب الدين الأصلي، عن طريق فسخ الوفاء بمقابل في مجموعة، يقتضي أن يرجع مع المدين الأصلي تأميناته التي كانت تكفله، وهذا يتعارض مع نص القانون الصريح من أن التأمينات تنقضى. ومن ثم لا يكون للدائن، في حالة استحقاق المقابل، إلا الرجوع بضمان الاستحقاق على الوجه الذي منبسطه، ولا يجوز له فسخ التجديد. فيبقى الدين الجديد قائماً، ولا يعود الدين الأصلي ولا تعود تأميناته (انظر في هذا المعنى أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٤ - بلانيول وريبير وروان ٧ فقرة ١٢٥٤ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ٩٨٨).

(١) انظر المادة ٤٤٣ من التقنين المدني في ضمان الاستحقاق.

(٢) كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ٩٨٨ ص ٦٤٩ - أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ dation en paiement ١٧ فقرة.

٣- إذا تبين أن المدين قد دفع مقابلاً 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 (١).

٤- يجوز لدائنى المدين أن يطعنوا بالدعوى البولصية فى الوفاء بمقابل باعتبار أنه وفاء. فإذا وفى المدين المعسر، وفاء بمقابل، أحد دائنيه قبل 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 توافر بين المدين والدائن الذى استوفى المقابل (٢).

(١) أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٨ - ويمكن القول أيضاً إن الذى أعطى المقابل، وقد تبين أنه غير مدين، يكون بمشابة البائع الذى لم يستوف الثمن من المشتري، فيفسخ البيع ويسترد المبيع. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هى أن الدائن ومدينه اتفقا على أن يبيع المدين إلى الدائن قدر ما من أطيانه مقابل مبلغ ما كان باقياً عليه من ديون سبق أن حوله الدائن إلى أجنبي، وتعهد الدائن باحضار مخالصة من ذلك الأجنبي عند التصديق على عقد البيع، وحرر بين الطرفين فى تاريخ هذا الاتفاق عقد بيع عن الأطيان الواردة به، ثم تم التوقيع على عقد البيع النهائى، ولم يحضر الدائن المخالصة من الأجنبي، بل إن هذا الأخير استمر فى إجراءات التنفيذ بالنسبة إلى باقى الدين فنزع ملكية المدين من أطيان أخرى حتى بيعت بالزاد، فرأت المحكمة من هذا أنه مع قيام الأجنبي 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 أصابت، لأنه بالقياس على البيع يكون للمدين - الذى هو فى مركز البائع - الحق فى فسخ العقد إذا حال الدائن الذى أخذ الأطيان وفاء لدينه دون حصول المقاصة عن هذا الدين بمتابعة التنفيذ وفاء لدينه، إذ يكون الدائن والحالة هذه كأنه مشتر لم يدفع الثمن (نقض مدنى ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٩ ص ٣٨٥).

(٢) 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 مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤٠ 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.

ولما كان نص المادة ٣٥١ مدنى لم تحصر أحكام البيع التى تسرى على الوفاء بمقابل فى الأحكام الثلاثة المتقدمة الذكر، بل ذكرتها على سبيل التمثيل والتخصيص، فإنه يبدو أن بعض أحكام البيع الأخرى - كحق امتياز البائع إذا كان هناك معدل (soult) يدفعه الدائن للمدين (١)، وحق الفسخ إذا لم يوف الدائن بهذا المعدل، وحق تكملة الثمن للغبين فيما إذا كان الدائن قاصراً وكان المقابل عقاراً تقل قيمته عن أربعة أحماس الدين (٢)، تسرى على الوفاء بمقابل (٣).

٤٨٣- الوفاء بمقابل باعتباره وفاء: ثم إن الوفاء بمقابل، باعتباره وفاء، يقضى الدين الجديد الذى حل محل الدين الأصلى كما قدمنا. أما الدين الأصلى فقد انقضى بالتجديد، كما سبق القول.

ومن ثم لا تترتب النتائج الآتية (٤):

١- تزول التأمينات التى كانت للدين الأصلى، ولا تعود حتى لو استحق المقابل فى يد الدائن، على النحو الذى قدمناه. وهذه النتيجة مترتبة على أن الدين الأصلى قد انقضى وانقضت معه تأميناته عن طريق التجديد (٥).

٢- تتبع الأحكام المتعلقة بتعيين جهة الدفع (imputation du paiement) فيما إذا كان فى ذمة المدين للدائن عدة ديون من جنس واحد وقد دفع المدين مقابلاً 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 فى الحلول وفى الكلفة على المدين، كان للدائن أن يعين الدين الذى استوفى مقابله.

(١) كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٩٣٧ - أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٦.

(٢) كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٩٣٧ - أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ - dation en paiement فقرة ١٥ - قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٧ مكررة أولاً - فقرة ١٦٨٨. وانظر بلائيول وريبير ووردوان ٧ فقرة ١٢٥٣ وقرة ١٢٥٥.

(٣) وكذلك تدفع رسوم انتقال الملكية فى الوفاء بمقابل بنفس المقدار التى تدفع به فى البيع (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣١٧ - وانظر بلائيول وريبير ووردوان ٧ فقرة ١٢٥٣).

(٤) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٨.

(٥) بلائيول وريبير ووردوان ٧ فقرة ١٢٥٢ - جوسران ٢ فقرة ٩٢٩.

الوفاء بمقابل، وتعنى حوالة الدين عن التجديد بتغيير المدين، وحوالة الحق عن التجديد بتغيير الدائن. ومن ثم أحتفى التجديد فى بعض التقنيات الحديثة كالقنين الألماني (١)، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

ونبحث فى التجديد: (أولاً) شروطه (ثانياً) الآثار التى تترتب عليه.

= جوهرى فى الالتزام كإضافة أجل أو توثيق الدين بضمان مما لا يعتبر تجديداً فى القوانين الحديثة. فالتجديد فى القانون الرومانى كان أقرب إلى المساس بصورة الالتزام وشكله منه إلى تغيير موضوعه وطبيعته. أما التجديد فى القوانين الحديثة فيجرى على أساس النية لا الشكل، ويغير فى الالتزام الأصى تغييراً جوهرياً إلى حد استبدال التزام جديد به. ومن ثم كان التجديد فى القانون الرومانى مسألة شكلية تتصل بصورة الالتزام، والتجديد فى القوانين الحديثة مسألة موضوعية تتصل بحرية التعاقد وسلطان الإرادة (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٩ وفقرة ١٧١١ - بلايول ريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٦).

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «يختلف مذهب التقنينات اللاتينية عن مذهب التقنينات الجرمانية فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بالتجديد. فقد جرت الأولى على أفراد مكان لهذه الأحكام فى النصوص، متأثرة بما كان لها من منزلة فى القانون الرومانى، وقد كان هذا القانون يجهل حوالة الحق وحوالة الدين على حد سواء، فالجئ بذلك إلى الاستعاضة بالتجديد عن هذا وتلك. أما الثانية فتحميل التجديد على نقيض ذلك، وتستعوض عنه بحوالة الحق وحوالة الدين، وهما بطبيعهما أدنى إلى التمشى مع التصوير المادى للالتزام. على أن الفوارق بين هذين المذهبين أقرب إلى المساس بالعرض منها إلى المساس بالجوهر، فالتقنينات اللاتينية تقرر صراحة حوالة الحق، ولا تمنع على وجه الإطلاق فى حوالة الدين. والتقنينات الجرمانية (وردت خطأ: اللاتينية) لا تضيق بالتجديد حيث تتضح جدواه كما هو الشأن فى التجديد بتغيير الدين بوجه خاص. ولم ير المشروع أن يشذ عن التقليد اللاتينى، ولا سيما أن الإنابة مع أهميتها تقترب بالتجديد باعتبارها مجرد وصف من أوصافه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٠).

ولم يغفل التقنين المدنى الجديد شأن التجديد، لاتصاله بالإجابة من ناحية، ولأن التجديد بتغيير الدين لا تزال له أهمية كبيرة فى العمل من ناحية أخرى (انظر فى هذا المعنى بلايول ريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٦ ص ٦٦٤). فعرض لأحكام التجديد، وتولاها بشئ من الضبط والتجديد. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «وقد عرض المشروع لبعض الأحكام الخاصة بالتجديد ذاته بشئ من الضبط والتجديد، لا سيما ما تعلق منها بتجديد الالتزام الباطل أو القابل للبطلان، وبالتطبيقات العملية لفكرة عدم افتراض التجديد، وانتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٠). وجاء فى موضع آخر: «يعتبر التجديد طريقاً من طرق انقضاء الالتزام ومصدراً من مصادر إنشائه فى آن واحد. وليس شك فى أن الحوالة والإنابة والحلول تحقق الغرض المقصود من هذا النظام، وتفضله من وجوه. وهذا هو ما حدا بالتقنينات الجرمانية إلى أغفاله: انظر مع ذلك المواد ١٣٧٥ - ١٣٧٧ من التقنين النمساوى. بيد أن للتجديد مزايا ما تزال باقية تتجلى قيمتها عندما يراد استبدال محل الالتزام أو مصدره: انظر المادة ٢٦٣ من التقنين البولونى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٣).

الفصل الثانى

التجديد والانابة فى الوفاء (*)

(Novation et délégation)

الفرع الأول

التجديد

(Novation)

٤٨٤- التجديد نظام قانونى محدود الأهمية - شروطه والآثار التى تترتب عليه:

التجديد هو استبدال دين جديد بدين قديم، فىكون 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 مصدره)، وإما بتغيير المدين، وإما بتغيير الدائن.

والتجديد كنظام قانونى أصبح اليوم محدود الأهمية خلافاً لما كان عليه الأمر فى القانون الرومانى (١)، وقل الالتجاء إليه فى التعامل. فالتجديد بتغيير الدين أصبح يعنى

(*) مراجع: بول جيد (Paul Gide) دراسة فى التجديد وحوالة الحق فى القانون الرومانى سنة ١٨٧٩ - بيتى (Petit) نظرات (réflexions) فى الحوالة: المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٠ ص ٩٥- هيب (Hubert) بحث فى النظرية القانونية للإنابة رسالة من بواتيه سنة ١٨٩٩ - نجر (Negre) شروط الانعقاد والصحة فى التجديد رسالة من إكس سنة ١٩٢٠ - ثاليير (Thaller) المصدر القانونية لسند الائتمان: حوليات القانون التجارى سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧ - كاپيتانت (Capitant) فى السبب.

(١) لم تكن حوالة الحق ولا حوالة الدين معروفة فى القانون الرومانى على ما قدمنا، فكان التجديد بمقام الحوالة. على أن التجديد فى القانون الرومانى كان يختلف فى جوهره عن التجديد فى القوانين الحديثة. فهو لم يكن يغير من محل الدين، بل كان يغير شكله، فيفرغه غالباً فى عقد لفست (stipulatio) وأحياناً فى عقد كتابى (litteris)، فيكسبه جدة ويزيد فى قوته. وقد يكون للتجديد بتغيير الدائن أو بتغيير المدين ليقوم مقام حوالة الحق أو حوالة الدين، بل قد يكون بتغيير

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:

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^(٢).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص^(٣).

= ويعرض التقنين المدني الإيطالي الجديد في تفصيل لتنظيم التجديد بتغيير الدين وهو التجديد الموضوعي، ولا يشمل إلا على نص واحد في التجديد بتغيير الدين وهو التجديد الشخصي، وسكت عن التجديد بتغيير الدائن (الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٧٠ - ص ٧١).

(١) أسبوط ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحامية ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٢ المحامية ١٣ رقم ٥٦٢ ص ١١٢٨.

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤٩٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر في التقنين المدني الجديد، فيما عدا فروق لفظية طفيفة، أزيلت في لجنة المراجعة فأصبح الصياغة ووافقت اللجنة على المادة تحت رقم ٣٦٥ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، في الشيوخ تحت رقم ٣٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٤ - ص ٢٤٦).

(٣) المرجع للمؤلف فقرة ٥٧٤ - فقرة ٥٧٥.

ويقابل النص في التقنينات 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^(١).

ويخلص من هذا النص أنه حتى يتم التحديد، يجب أن يوجد التزام قديم خال من أسباب البطلان، ثم يعقبه ليحل محله التزام جديد خالٍ هو أيضاً من أسباب البطلان.

٤٨٧- وجود التزام قديم: يفترض التجديد وجود التزام سابق، هو الذي يقوم عليه التجديد فيقضي، وندعوه هنا بالالتزام القديم.

فإذا 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، فإذا لم يوجد هذا الالتزام القديم لم يتم تبعاً لذلك الالتزام الجديد^(٢).

وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد باطل لأي سبب من أسباب البطلان، كعدم تعيين المحل أو عدم مشروعيته أو عدم مشروعية السبب، فإن الالتزام القديم يكون معدوماً في هذه الحالة إذ العقد الباطل لا ينتج في الأصل أثراً، فلا يمكن أن يكون هناك تجديد

(١) 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 بالأحكام واحدة رغم هذا الاختلاف (انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٢٢ - فقرة ٣٢٤).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٢٢: لا يتم التجديد إلا إذا كان الموجبان القديم والحديث موجودين حقيقة وليس بهما سبب للإبطال المطلق - أما مجرد قابلية الإبطال لهذا الدين أو لذاك فلا يحول دون التجديد، بل تبقى مفاعيله موجودة ما دام 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 مدني. (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري، إلا في تجديد الالتزام الطبيعي، ففي التقنين المصري لا يكون هذا تجديدًا وإنما هو إنشاء لالتزام مدني سببه الالتزام الطبيعي، وقد سبق ذكر ذلك في الجزء الثاني من الوسيط عند الكلام في الالتزام الطبيعي).

(٢) بودري وبارد ٣ فقرة ١٦٩٠.

لهذا الالتزام المعدوم (١)(١).

وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد قابل للإبطال، لنقص في الأهلية أو لعيب في الإرادة، فالأصل أن تجديد مثل هذا الالتزام يكون صحيحاً، بل يبقى مهدداً بالإبطال. فإذا ما طلب ذو الشأن إبطال العقد انعدم الالتزام القديم، فانعدم لذلك الالتزام الجديد، وبطل التجديد (٢). على أن الفقرة الثانية 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 (٣). وقد يتم التجديد دون أن يكون هناك قصد

(١) استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٨ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «يشترط لصحة التجديد إلا يكون أحد الالتزامين، القديم أو الجديد، مطلق البطلان. فإذا كان الالتزام القديم باطلاً، استتبع ذلك بطلان الالتزام الجديد لتخلف سببه. وإذا كان الالتزام الجديد باطلاً، بقي الالتزام القديم قائماً لامتناع أثر التجديد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥).

(٢) وقد لا يكون الالتزام القديم قابلاً للإبطال، ولكنه يكون خاضعاً لحكم خاص تقرر قبل التجديد أو بعده، فلا يقوى التجديد على حجب هذا الحكم، بل ينتقل أثر الحكم إلى الالتزام الجديد. من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا داخل الالتزام القديم ربا فاحش، فإن تجديد الالتزام لا يمنع من المطالبة بتخفيض الفوائد إلى الحد المسموح به قانوناً (استئناف 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 أسيوط من أنه إذا استبدل دين بدين، ثم صدر بعد الاستبدال قانون يعطى للمدين الحق في خصم جزء من الدين الأول، جاز للمدين أن يتمسك بهذا القانون، إذ هو لم يدخل في تقديره وقت الاستبدال، ولم يحصل تفسير منه في عدم التمسك به (أسيوط أول مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢١٦ ص ٤٣٠).

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥.

(I) أ- التجديد لا يرد على العقد الباطل. وإذا كان ما قرره الحكم بشأن مثل هذا التجديد تزايداً يستقيم الحكم بدونه، فإن النعي عليه في هذا الصدد يكون غير منتج ولا جدوى منه.

(الطعن ٣٨٥ لسنة ٣٨ ق - جلسة ١٩٧٤/٢/١٨ م ٢٥ ص ٣٥٨)

ب- إذ كانت المادة ١/٣٥٢ من القانون المدني تفترض في التجديد انقضاء التزام ونشأة التزام مكانه، فإذا كان الالتزام القديم باطلاً امتنع أن يكون محلاً لتجديد لانه بات التزاماً معدوماً في نظر القانون.

(٢) (الطعن ٦٠٦ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٨/٤/١٩ م ٢٩ ص ١٠٣١)

إلى إجازة العقد، بأن يكون العاقد الذي وقع في غلط مثلاً لم يكشف العيب، فيبقى التجديد، كما قدمنا، مهدداً بالإبطال. ولكن يصح أن يجيز العاقد العقد بعد تمام التجديد وبعد كشفه للعيب، فينقلب العقد صحيحاً، وتستتبع صحة العقد صحة التجديد (١). وقصد إجازة العقد، سواء قارن التجديد أو أعقبه، يتوقف الأمر فيه على نية صاحب الشأن. وهي نية موكول 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 (٢).

وإذا كان الالتزام القديم معلقاً على شرط، واقفاً كان الشرط أو فاسخاً، فإن 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 الفاسخ، فانعدم الالتزام القديم، انعدم تبعاً له الالتزام الجديد، وسقط التجديد (٣).

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 (٤).

٤٤٨ - انشاء التزام جديد: ويفترض التجديد أيضاً قيام التزام جديد، هو الذي يقع

(١) 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 الذي 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 لما إذا أبطل المدين الأصلي العقد أو أجازته (بودري وبارد ٣ فقرة ١٦٩٢).

(٢) طنطا ٨ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١١٦ ص ٣٠٠.

(٣) أوبري 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 قيمته خمسون، فيصبح التجديد باتاً تحقق الشرط أو تخلف (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٩ - وأنظر: بودري وبارد ٣ فقرة ١٦٩٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٨).

(٤) انظر المادة ٢٠٢ مدني - وانظر عكس ذلك المادة ٢/٣٢٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

وإذا انقضت مدة التقادم في التزام معين، فقبل التمسك بالتقدم يبقى الالتزام قائماً، ويجوز تجديده، ويعتبر التجديد نزولاً عن حق التمسك بالتقدم. أما بعد التمسك بالتقدم، فإن الالتزام يسقط، ويتخلف عنه التزام طبيعي، لا يكون قابلاً للتجديد، ولكن يجوز اتخاذه سبباً لإنشاء التزام مدني (دي باج ٣ فقرة ٥٧٠).

المطلب الثاني

اختلاف ما بين الالتزامين في أحد العناصر

٤٨٩ - النصوص القانونية: تنص المادة ٣٥٢ من التقنين المدني على ما يأتي:
«يتجدد 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 تبرا ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى رضائه، أو إذا حصل المدين على رضاه الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد».

«ثالثاً- بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين الأجنبي 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).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤٨٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٤ من المشروع النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٤).

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٥١/١٨٧: 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 لذمه وبراءة ذمة المدين الأصلي بدون احتياج لرضاه بذلك، أو استحصال المدين على رضاه ذاته 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. (ولا فرق في هذا ما بين التقنين القديم والجديد: انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٥).

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٣٥٠ (مطابقة للمادة ٣٥٢ من التقنين المدني المصري).
التقنين المدني الليبي م ٣٣٩ (مطابقة للمادة ٣٥٢ من التقنين المدني المصري).
=

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. ومصدر هذا الالتزام الجديد هو التجديد ذاته، أي 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.

وإذا كان عقد التجديد قابلاً للإبطال، فان مصير التجديد يبقى مهدداً (١). فإذا ما أبطله صاحب الحق في الإبطال، زال الالتزام الجديد، وعاد الالتزام القديم بأثر رجعي، إذ يعتبر التجديد كأن لم يكن (٢). أما إذا أجاز عقد التجديد، فقد انقلب التجديد صحيحاً وبقي 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). فان تحقق الشرط الواقف، أو لم يتحقق الشرط الفاسخ، أصبح إنشاء الالتزام الجديد نهائياً وتم التجديد على وجه بات. أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ، فان الالتزام الجديد يزول ويعود تبعاً لذلك الالتزام القديم بأثر رجعي، ويعتبر التجديد كأن لم يكن (٤).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «وان كان الالتزام الجديد هو القابل للإبطال، يظل التجديد قائماً حتى يقضى ببطلان هذا الالتزام: انظر المادة ٣٢٢ من التقنين اللبناني» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥).

(٢) وقد يقبل الدائن الالتزام الجديد القابل للإبطال على علاقته، معتمداً على أن صاحب الحق في الإبطال سيجوز عقد التجديد ولا يبطله، فيرضى بانقضاء الالتزام القديم على وجه بات حتى لو بطلان عقد التجديد. ففي هذه الحالة، إذا أبطل عقد التجديد على خلاف ما أمله الدائن، فإن الالتزام القديم لا يعود بالرغم من سقوط التجديد، ويكون الدائن عندما قبل التجديد على هذا النحو قد أبرم في الواقع من الأمر عقداً احتمالياً (ديمولوجم ٢٨ فقرة ٥٢١ - لوران ١٨ فقرة ٢٥٣ - بودرى وآرون 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 القديم قائماً حتى لو زال الالتزام القديم يتحقق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف، فإن زال الالتزام على هذا النحو يبقى الالتزام الجديد قائماً وفقاً لإرادة الطرفين، ولكن لا يكون هذا تجديداً جديداً. (وردان ٧ فقرة ١٢٥٩).

٤٩٠ - لابد من مخالفة الالتزام الجديد للالتزام القديم في عنصر هام: ويخلص من النص المتقدم الذكر أنه حتى يكون هناك تجديد، لابد أن يخالف الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة (١). 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). فإضافة

= التقنين المدني العراقي م ٤٠١: يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين، على أن يستبدل بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره.

م ٤٠٢: يجوز تجديد الالتزام بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على 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 لرضائهم، 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 العراقي فقرة ٣٣٥).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٢٣: لا يكون التجديد إلا بإدخال عنصر جديد في الموجب. ويتناول التبدل، إما شخص أحد المتعاقدين، وإما موضوع الموجب، وإما السند القانوني الذي يستحق 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: العاقدان 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 العقد بأن كان العقد 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 الالتزام (استئناف مصر ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٣٩).

(٢) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٣: مجرد تعيين طريق الوفاء (mode de règlement) مع التصريح بأن ليس هناك تجديد لا يعتبر تجديداً.

(١) الاستبدال المنصوص عليه في المادتين ١٨٦ و ١٨٧ من القانون المدني القديم هو عقد يتفق فيه الطرفان على أن يقضيا على التزام سابق وأن يحل محله التزاماً آخر جديداً يختلف عن الأول بعنصر من عناصره الهامة - العاقدان أو الموضوع أو السبب - ولا يصح استنباط الاستبدال أو افتراضه بغيره. وأن تظهر نية العاقدين في القضاء على الالتزام السابق وفي إحلال الالتزام الجديد محله ظهوراً في (الظن ٣٢٠ لسنة ٢٢٣ - جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧ ص ٨ ص ٦٤٣).

أجل إلى الالتزام القديم، أو مد أجل قائم، أو إلغاء أجل موجود (١)، كل ذلك لا يعد تعديلاً جوهرياً بحيث يكون الالتزام الجديد 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 تجديداً، 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 تجديداً له بتغيير محل الدين (٥) (١).

(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) بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٠٣: إبدال ورقة تجارية (كسببالة مثلاً) بورقة أخرى لمد الأجل لا يعد تجديداً.

(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 ٢٧٣.

(٥) بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٠٢ - بلانيول وريبير ووردوان ٧ فقرة ١٢٦٤ - ولا يعد تجديداً الصلح مع المفلس، أو تغيير العملة التي يكون بها الوفاء، أو تعيين وكيل لقبض الدين (بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٠٤ - فقرة ١٧٠٩ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص ٣٢٨ - ٣٢٩ - بلانيول وريبير ووردوان 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 تجديداً، 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 بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٠٢). كذلك صدور حكم بالدين لا يعد تجديداً لهذا الدين، بل يبقى الدين المحكوم به كما هو بمقوماته وضماناته، وكل ما تغير فيه أنه صار مقترناً بسند تنفيذي هو الحكم. أما في القانون الروماني فقد كانت الصناعة فيه تقتضي أن يكون الحكم تجديداً للدين (انظر في هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٤ - ص ٨٥).

(١) إذا كان الاتفاق الذي عقد بين المشتري والبايع بشأن تجديد التزامه بالوفاء بالباقي من الثمن واستبدال التزام جديد به يكون مصدره عقد القرض، معلقاً على شرط واقف هو قيام المشتري برهن قدر من أطيانه رهناً تأمينياً في المرتبة الأولى لصالح هذا البايع ضماناً لوفائه بدين القرض، وكان هذا الشرط قد تخلف بقيام هذا المشتري برهن هذه الأطيان ذاتها إلى أحد البنوك مما أصبح معه مؤكداً أن الأمر الذي علق الالتزام الجديد على وقوعه لن يقع فإنه يترتب على تخلف هذا الشرط الواقف زوال هذا =

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 (١) (٢).

ويختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في المحل إذا كان محل الالتزام القديم نقوداً مثلاً، فاتفق 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 منقولاً أو عقاراً، فيتجدد بالالتزام يكون محله نقوداً (٢) (٣). وقد يكون محل الالتزام مبلغاً مقطوعاً من المال، فيتجدد إلى التزام محله إيراد مؤقت أو إيراد مؤبد، أو العكس يكون المحل إيراداً مؤقتاً أو مؤبداً فيتجدد إلى محل هو مبلغ مقطوع. ويكفي أن تتغير طبيعة المحل، فيكون تجديداً إبدال دين تجاري بدين مدني أو دين مدني

= الالتزام وبقاء الالتزام القديم وهو التزام المشتري يدفع باقي الثمن - على أصله دون أن ينقضي واعتبار التجديد كأن لم يكن.

(جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ الطعن ٥٢٤ لسنة ٢٩ ق السنة ١٥ ص ١٠٢٨).

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي 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 (بودري وبارد ٣ فقرة ١٦٩٧). وقد رأينا أن حوالة الدين المقيدة في بعض مذاهب الفقه الإسلامي هي تجديد بتغيير المدين وتجدد بتغيير الدائن في وقت واحد (انظر أنفاً فقرة ٢٤٠).

(٢) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٠٤.

(٣) وقد رأينا أنه إذا نفذ الالتزام الجديد فوراً كان هذا وفاء بمقابل لا تجديداً، وأن الذي يميز بين الوفاء بمقابل والتجديد هو التنفيذ الفوري أو المتراخي للالتزام الجديد. فإن كان التنفيذ فوراً انقضى الالتزام الأصلي عن طريق الوفاء بمقابل (أي بتجديد ثم وفاء)، وإن تراخى التنفيذ انقضى الالتزام الأصلي عن طريق التجديد.

(١) تجديد الالتزام بتغيير موضوعه وفقاً لما تقضي به الفقرة الأولى من المادة ٣٥٢ من القانون المدني عقد يتفق فيه الطرفان على انقضاء التزام سابق وأن يحل محله التزاماً آخر يختلف عن الأول في مصدره، واستخلاص تجديد الالتزام أمر موضوعي مستقل به قاضي الموضوع متى كانت الأسباب التي أقامت عليها المحكمة حكمها من شأنها أن تؤدي إلى القول بذلك.

(الطعن ٥٠١ لسنة ٤٤ ق - جلسة ١٩٨٢/٦/٧ م ٣٣ ص ٦٧٧)

بدين تجاري (١) (١). ويغلب أن يتعادل المحل الجديد مع المحل القديم في القيمة، ولكن هذا التعادل غير ضروري لصحة التجديد، فقد يزيد أحدهما عن الآخر أو ينقص.

ويختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في المصدر إذا اتفق البائع والمشتري مثلاً على أن يبقى الثمن في ذمة المشتري على سبيل القرض، فبعد أن كان مصدر الالتزام عقد بيع أصبح مصدره عقد فرض (٢). كذلك إذا جدد حافظ الوديعة التزامه برد الوديعة فاقترضها والتزم بردها كقرض لا كوديعة، أو بالعكس جعلها بعد القرض وديعة، كان هذا تجديداً بتغيير 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 بتغيير المصدر، فقد أصبح المصدر إجباراً بعد أن كان عارية أو وديعة (٣).

٤٩٢- التجديد بتغيير الدائن: وتقرر المادة ٣٥٢ مدني أيضاً، كما رأينا، أن الالتزام يتجدد بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد. فيجب إذن اتفاق الأطراف الثلاثة: المدين والدائن القديم والدائن الجديد. فالمدني يتفق مع الدائن القديم على انقضاء الالتزام السابق، ويتفق مع الدائن الجديد على إنشاء الالتزام الجديد الذي يحل محل الالتزام السابق. وبذلك يتم التجديد بتغيير الدائن، فينقضي التزام سابق ويحل محله التزام جديد يختلف عن الالتزام السابق بأن الدائن قد تغير (٤) (٢).

(١) بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٠١.

(٢) استئناف مختلط ١٧ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٤٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٣.

(٣) وقد يكتب المستأجر بالأجرة المتأخرة سنداً إذنيماً أو سنداً عادياً، يقسط فيه الأجرة بعد أن يحط جزءاً منها ويشترط براءة ذمته من الأجرة، فيكون هذا تجديداً بتغيير مصدر الدين: استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٤١ - وانظر أيضاً: استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٠٤.

(٤) 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 وكيلاً عن الدائن في قبض الدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦١).

(١) السند الذي يترتب عليه تجديد الدين وتغيير نوع التقادم، هو ذلك الصك الكتابي المستقل عن الورقة التجارية الذي يعترف فيه المدين بالدين ويكون كاملاً وكافياً بذاته لتعيين عناصر الالتزام الذي يتضمنه بغير حاجة إلى الاستعانة بالورقة التجارية التي حل محلها، بحيث يترتب عليه تجديد الدين ويصح معه اعتبار المدين ملتزماً بحقتضاه وحده على أن يكون لاحقاً لميعاد استحقاق الورقة التجارية حتى يمكن أن يترتب عليه قطع التقادم الذي يبدأ من اليوم التالي لتاريخ الاستحقاق.

(الطعن ٢٨ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٧٠/٦/١١ م ٢١ ص ١٠٣٨)

(٢) متى استخلصت محكمة الموضوع من وقائع الدعوى توافر نية التجديد باستبدال شخص الدائن =

ونقارن هنا عملية التجديد هذه بعمليتين أخرتين يتغير فيهما الدائن أيضاً: حوالة الحق والحلول الاتفاقي. ونقتصر في المقارنة على الكيفية التي تتم بها كل عملية من هذه العمليات الثلاث، مرجئين المقارنة من حيث الأثر الذي يترتب على كل عملية إلى مكان آخر^(١). فقد رأينا أن التجديد بتغيير الدائن لا يتم إلا باتفاق بين الدائن القديم والدائن الجديد. أما حوالة الحق فقد تقدم القول أنها تتم باتفاق بين الدائن القديم والدائن الجديد دون حاجة إلى رضا المدين، ويكفي 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 فيقتضى 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 الاتفاقي 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 يقتضى 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 الطرفين في الحلول إذن هو الدائن الجديد، والطرف الثاني إما أن يكون الدائن القديم وإما أن يكون المدين.

٤٩٣ - التجديد 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^(١)، أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد.

= وتحرير سند صريح بالدين وإن الادعاء بصورية هذا التجديد لم يرق عليه دليل وركن الحكم في ذلك كله إلى عدة قرائن يكمل بعضها بعضاً وتؤدي في مجموعها إلى النتيجة التي انتهى إليها، فأنه لا يجدى الطاعن مناقشة كل قرينة على حدة لآليات عدم كفايتها متى كان الحكم قد أقام قضاءه على أسباب سائنة كافية لحمله.

(جلسة ١٩٦٢/١١/١٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٣ ص ١٠١٢)

(١) انظر فقرة ٥٠٢ فيما يلي.

(٢) تجديد الالتزام بتغيير المدين يتم طبقاً للمادة ٢/٣٥٢ من القانون المدني بغير حاجة لرضا المدين.

فالتجديد بتغيير المدين يتم إذن باحدى طريقتين تقابلان الطريقتين اللتين سبق ذكرهما في حوالة الدين. فأما 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 رأينا في حوالة الدين من اتفاق المدين القديم مع المدين الجديد على الحوالة وإقرار الدائن لهذه الحوالة حتى تنفذ في حقه. وهناك لا يشترط رضا الدائن في انعقاد الحوالة وإنما يشترط هذا الرضاء في نفاذ الحوالة في حق الدائن، أما هنا في التجديد فيشترط رضا 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 فتنقل نفس الدين من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد، فكان لا بد من رضائهما، ولا ضرورة لرضا الدائن ما دام الدائن هو هو لم يتغير، ولكن لما كان سيتغير عليه مدينه فقد اشترط رضاه لنفاذ الحوالة في حقه لا في انعقادها^(١).

والطريقة الثانية في تجديد الدين بتغيير المدين تكون باتفاق الدائن والمدين الجديد على أن يأخذ هذا المدين مكان المدين الأصلي، ولا حاجة لرضا المدين الأصلي لا في انعقاد التجديد ولا في نفاذه^(٢). وهذه الطريقة تماثل تماماً الطريقة الأخرى في حوالة الدين،

= الأصلي. ومتى كان لا حاجة لهذا الرضاء لا في انعقاد التجديد ولا في نفاذه فإن علم المدين الأصلي بالتجديد لا يكون لازماً لحصوله.

(الطعن ٣٥٧ لسنة ٣٠ - جلسة ١٩٦٥/٥/١٣ ص ١٦ ص ٥٨٣)

(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 رضا الدائن في نفاذ حوالة الدين، لأن المدين قد تغير وإن كان الدائن لم يتغير. ولم يجب رضا المدين في حوالة الحق، لأن المدين لم يتغير وإن تغير الدائن. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

(٢) وإذا تعامل دائن الشركة مع الورثة، بصفتهم الشخصية، كان هذا تجديداً للمدين بتغيير المدين، فقد اتفق الدائن مع الوارث وهو المدين الجديد على أن يأخذ هذا مكان المدين القديم وهي الشركة. فيجوز لدائن شخصي للوارث، في هذه الحالة، أن يحتج على دائن الشركة بهذا التجديد، ويعتبره قد أصبح هو أيضاً بعد التجديد دائناً شخصياً للوارث، فيزاحمه مزاحمة الغرماء في نصيب الوارث في الشركة (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ 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 يجدد دائن الشركة حقه بتغيير مدينه فيتخذ الوارث مديناً له بدلا من الشركة، أو أن يكون المدين الجديد مديناً للمدين القديم فينوب، للوفاء بهذا الدين، عن المدين القديم في الوفاء بحق الدائن (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٠٥). ولكن لا بد، في =

الإبابة - كما سنرى - قاصرة (délégation imparfaite)، وفيها يبقى المدين الأصلي، فلا ينقضي دينه كما في الإبابة 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 الإبابة.

وسواء تم التجديد بتغيير المدين بطريقة أو بأخرى، فقد رأينا أن رضاه كل من الدائن^(١) والمدين الجديد ضروري. ثم تختلف الطريقتان بعد ذلك، ففي طريقة منهما نكتفى برضاء هذين الاثنين، وفي الطريقة الأخرى لا بد أن ينضم إلى رضاهما رضاه المدين الأصلي^(٢).

المطلب الثالث

نية التجديد

٤٩٤ - النصوص القانونية: تنص المادة ٣٥٤ من التقنين المدني على ما يأتي:

(١) ولا بد أن يرضى الدائن بتجديد الدين وإبراء ذمة المدين القديم. فإن لم يرضى ذمته واستبقاه مديناً كان هذا إبابة قاصرة كما قدمنا (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٨٧ - ٣ يونيو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٧٩ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ١٩ - ١٩ 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 - ٣٠ 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 رضاه المدين الأصلي على قضاء الدين القديم وإنشاء دين جديد، فإن انصب على انتقال نفس الدين من ذمته إلى ذمة المدين الجديد كان هذا حوالة دين لا تجديداً. وإن انصب على بقاء الدين في ذمته مع انتقاله إلى دائن جديد، لم يكن هذا أيضاً تجديداً، بل هو حوالة الحق. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رضاه المدين بحوالة الحق التي أجراها دائته لا يترتب عليه تجديد الدين (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٣٣ - ١١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤).

حيث يجوز أن تتم الحوالة باتفاق بين الدائن والمدين الجديد دون حاجة لرضاء المدين الأصلي. والعلة واحدة، في عدم اشتراط رضاه المدين الأصلي، في حالتى التجديد والحوالة. فالمدين الجديد في التجديد يقى الدين القديم عن المدين الأصلي عن طريق إنشاء دين جديد في ذمته هو، ومعروف أن من الجائز أن أجنبياً يقى 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 في حاجة إلى رضاه المدين الأصلي إذ هو يستطيع أن يبرئ ذمة هذا المدين دون رضائه كما قدمنا. ولكن يلاحظ أن الدائن عندما يتفق مع المدين الجديد على التجديد فإنه يتفق معه على قضاء الدين القديم وإنشاء دين جديد كما سبق القول، أما عندما يتفق الدائن 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 يتعهد 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 بالإبابة في الوفاء (délégation). وهي هنا إبابة كاملة (délégation parfaite) لأن الدين القديم ينقضى ويحل محله دين جديد. وقد تكون

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 برضاء رضاه، لا يعد استبدال دين بغيره مبرراً لذمة الكفيل، ولا يبرأ الكفيل إلا بعد حصول الدائن على رضاه مدينه هذا ويقدره فقط (٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٣٣٦ - انظر أيضاً: استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ رقم ٣٢١ ص ٦١٦).

(١) أما إذا انضم المدين الجديد إلى المدين القديم بصفته كفيلاً له أو مديناً متضامناً معه، دون أن يتقضى الالتزام الأصلي، فإن هذا لا يعد تعهداً بدلا من المدين، بل يكون تعهداً عن المدين في حالة الكفيل أو تعهداً مع المدين في حالة التضامن. وكان الرومان يميزون بين الحالتين، فيدعون التعهد بدلا من المدين expromission، ويدعون التعهد عن المدين أو معه adpromission.

ولا يجوز تحليل التعهد بدلا من المدين expromissio على أنه اشتراط لمصلحة الغير، اشتراط المدين الجديد على الدائن إبراء ذمة المدين الأصلي في مقابل إنشاء التزام جديد في ذمة المدين للدائن. إذ لو كان هذا التحليل صحيحاً لترتب عليه أن المدين الأصلي، وهو المنتفع في هذا الالتزام، يكون له الحق في إقرار الاشتراط أو عدم إقراره، فيتوقف مصير التجديد على رضائه، مع أنه بالطريقة التي نحن في صددنا لا يحتاج أصلاً كما قدمنا لرضاه المدين الأصلي لا لوجوده ولا لإقراره بعد وجوده (انظر بودرى وباردو ٣٢٥ فقرة ١٧١٧).

١٥- التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف».

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 كميته، 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 جارٍ».

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:

٣٥٤م: ورد هذا النص في المادة ٤٩١ من المشروع التمهيدى 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٧ - ص ٢٤٩).

٣٥٥م: ورد هذا النص في المادة ٤٩٢ من المشروع التمهيدى 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٩ - ص ٢٥١).

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري: ٣٥٢-٣٥٣ (مطابقتان للمادتين ٣٥٤-٣٥٥ من التقنين المدني المصري).
التقنين المدني الليبي: ٣٤٢-٣٤١ (مطابقتان للمادتين ٣٥٤-٣٥٥ من التقنين المدني المصري).
التقنين المدني العراقي: لا مقابل. ولكن يمكن العمل بأحكام التقنين المدني المصري لاتفاقها مع القواعد العامة: انظر في هذا المعنى الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام المدني العراقي فقرة ٣٣٦ - ٣٣٧.

وهذه النصوص قائمة على أن التجديد عقد يستلزم الرضاء والأهلية ككل عقد آخر ويتميز بان الرضاء لابد أن يشمل على نية التجديد، ويجب أن تكون هذه النية واضحة في العقد، لأن التجديد لا يفترض (١). ومن ثم لا يستفاد التجديد من مجرد تغييرات في الالتزام لا تمس جوهره، ولا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جارٍ.

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 مصدرراً يكون طرفا التصرف هما الدائن والمدين. وفي التجديد بتغيير الدائن تكون أطراف التصرف هم الدائن والدائن الجديد. وفي التجديد بتغيير المدين تكون أطراف التصرف تارة هم الدائن والمدين والمدين الجديد، وطوراً هما الدائن والمدين الجديد وحدهما. وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً.

والتجديد، ككل التصرفات القانونية، يقتضى رضاء أطرافه رضاء خالياً من عيوب الإرادة، ومحلاً هو إنهاء الالتزام القديم وإنشاء الالتزام الجديد، وسبباً هو إبدال التزام بالتزام حتى ينقضى الالتزام القديم (٢).

= 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 للقطع ولا من انضمام أشخاص آخرين إلى الموجب عليهم.

(وأحكام التقنين اللبناني والمصري متفقة).

(١) انظر أنفاً فقرة ٤٨٤.

(٢) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٨٢ - وثبت التجديد وفقاً للقواعد العامة، فإذا زاد الدين الجديد على عشرة جنيهات وجب الإثبات بالكتابة أو ببداً لبوت بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٨). وانظر في أن البينة لا تجوز فيما يخالف المكتوب: استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٦٤.

(١) أ- تجديد الدين من مسائل الواقع التي يجب طرحها على قاضى الموضوع.
الطعن ١٩٥ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٥/٢/١١ ص ١٦ من ١٥٥

ب- كون التجديد لا يفترض وهو ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٥٤ من القانون المدني لا يقتضى أن ينص صراحة في العقد على التجديد بل إنه يقوم أيضاً - وعلى ما تقرره تلك المادة - إذا كان يستخلص بوضوح من الظروف.

٤٩٦ - الأهلية في التجديد: ويجب، كما في كل التصرفات القانونية، أن تتوافر الأهلية اللازمة في أطراف التجديد.

ففي الدائن، وهو يقضى الالتزام القديم وينشئ التزاماً جديداً، لا يكفي أن تتوافر أهلية الاستيفاء، بل يجب أيضاً أن تتوافر فيه أهلية الالتزام والتصرف^(١). ومن ثم لا يجوز للوصى ولا للقيم أن يجدد ديناً لمحجوره إلا بإذن من المحكمة. ولا يجوز للقاضي ولا للمحجور أن يجدد 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^(٢).

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 أن يكون مميزاً، ما لم يكن قد دفع عوضاً للدائن القديم 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 أي 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

= (الطعن ٣٥٧ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٥/٥/١٣ - ص ١٦ من ٥٨٢)

(جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص ٦٤٣)

(١) انظر المادة ٣٢١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني (أنفاً فقرة ٤٩٤ في الهامش) - ديمولوب (٢) ٢٨ فقرة ٢٦٣ - لوران ١٨ فقرة ٢٥٥ - ٢٥٦ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٢٧.

وقد قدمنا في التضامن أنه إذا جدد أحد الدائنين المتضامنين الدين، إما بتغيير محل الدين أو بتغيير أو بتغيير الدائن نفسه، فإن هذا التجديد يقضى حصة الدائن في الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين. وإذا جدد دائن آخر أن يرجع على المدين بالدين منقوصاً منه حصة الدائن الذي صدر منه التجديد، فلا تترتب حصة المدين إذن نحو سائر الدائنين إلا بمقدار حصة هذا المدين. فإذا رجع دائن آخر على المدين بالدين الوجه المذكور، كان للمدين الرجوع على الدائن الذي صدر منه التجديد بما دفعه إليه وإلا حصة (انظر أنفاً فقرة ١٣٨).

(٢) انظر المادة ٣٢١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني (أنفاً فقرة ٤٩٤ في الهامش) - وانظر ريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٦ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٥.

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 تجديد^(١).

وقد رأينا فيما قدمناه أنه حتى تقوم نية التجديد واضحة يجب أن يغير الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة^(٢). فتغيير محل الدين أو مصدره، وإضافة شرط أو إلغائه، وتغيير الدائن، وتغيير المدين، كل هذا ينطوي على إدخال تعديلات جوهرية تخلص منها نية التجديد بوضوح. وإضافة أجل، أو مد أجل قائم، أو إلغاء أجل موجود، أو إضافة شرط جزائي، أو تقديم تأمين عيني أو شخصي، أو إلغاء هذا التأمين، أو تغيير مكان الوفاء، أو تعديل سعر الفائدة بخفضها أو رفعها، أو تغيير مقدار الدين بزيادته أو نقصه، كل ذلك لا يكفي لاستخلاص نية التجديد^(١)، إلا إذا وجدت ظروف أخرى تدل في وضوح

(١) نقض مدني ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص ٦٧٢ - استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٠ ص ١٧ - استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٣٨ - ٤ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٢ - 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 كفيلاً، 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 التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٠. وإذا كان واحد من المدينين المتضامنين بالذات هو الذي 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).

(٢) انظر أنفاً فقرة ٤٩٠ وقرة ٤٩٤.

(١) أ- تجديد الالتزام وفقاً للمادة ٣٥٤ من القانون المدني لا يستفاد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو كلفه وينبغي على ذلك أنه متى كانت العلاقة بين طرفي النزاع تقوم بصفة أصلية على عقد اتفاق تحررت ببعض الدين الوارد فيه سندات إذنية وتنازل الدائن عن باقيه مع حفظ حقه في الرجوع عن هذا التنازل إذا ما تخلف المدين عن الوفاء بأي سند منها فإن تحرير هذه السندات لا يعتبر تجديدًا للدين والدعوى التي ترفع للمطالبة بقيمتها مع باقي الدين تعتبر من دعاوى السندات الأذنية التي قصدت إليها المادة ١١٨ من قانون المرافعات ومن ثم فيتعين عند استئناف الحكم الصادر فيها رفعه بطريق إيداع عريضة الاستئناف قلم =

على هذه النية^(١). وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٥ مدني على ذلك صراحة، فقد رأيناها تقضي بأنه لا يستفاد التجديد من كتابة سند دين بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كلفيته، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره^(٢).

ويتبين مما تقدم أن مجرد كتابة سند بدين كان غير مكتوب لا يعد تجديداً^(١)، بل هو

=الكتاب طبقاً للمادة ٤٠٥ مرافعات المعدلة بالقانون ٢٦٤ سنة ١٩٥٣ وإلا كان الاستئناف باطلاً.

(الطعن ٣٤ لسنة ٢٦ ق - جلسة ١٩٦١/٤/٢٠ - ص ١٢ ص ٣٨٦)

ب- تجديد الالتزام لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف (م ٣٥٤ مدني) فإذا كان الدائن قد اتفق مع الغير على حلوله محل الدين في الوفاء بالدين وعلى أنه إذا سدد جزءاً من الدين تنازل الدائن عن الباقي تنازلاً معلقاً على شرط فاسخ هو سداد ذلك الجزء في سداد معين، بحيث إذا لم يتم السداد في الميعاد عاد للدائن حقه في مطالبة المدين الأصلي بجميع الدين، وكان هذا الاتفاق خلواً مما يدل دلالة واضحة على اتفاق أطرافه على تجديد الدين بتغيير المدين تجديداً من شأنه أن يبرئ ذمة المدين الأصلي فإن الاتفاق لا يكون منوطاً على تجديد الدين وإنما على إنابة قاصرة انضم بمقتضاها مدين جديد إلى الأصلي ولا تبرأ بها ذمة المدين إلا إذا أوفى أحدهما الدين. وللدائن أن يرجع على أيهما بكل الدين دون أن يتقيد في هذا الرجوع بترتيب معين ولا يجوز لمن يحصل الرجوع عليه منهما أن يدفع بحق التجديد.

(الطعن ٣٦٢ لسنة ٢٦ ق - جلسة ١٩٦٢/٤/٢٨ - ص ١٣ ص ٥٢٨)

ج- الوصف التجاري للدين يبقى ملازماً له ولو أثبت في سند جديد ما لم يتفق الطرفان صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف أن القصد من تغيير السند هو تجديد الدين باستبدال دين مدني به وفقاً لما تقضي به المادة ١/٣٥٤ من القانون المدني.

(الطعن ١٩٥ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٥/٢/١١ - ص ١٦ ص ١٥٥)

(جلسة ١٩٧٠/١/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ١٠٣٨)

(١) استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٧ - استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٦ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٧٣ - ٢٦ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٨٢ - ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٨ - ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٦ - ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٥ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٧٣ - ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٤ - ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ - ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٩ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨٨ - وإدراج دائن في قائمة التوزيع وتسليمها للصرف لا يعتبر تجديداً (بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٥ ص ٦٧١ هامش رقم ١).

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٨ وقد وردت في آخرها: «وتتضح أهمية نفي التجديد في هذه التطبيقات جميعاً من الناحية العملية في الإبقاء على الدين بجميع ما يلحق به من التأمينات».

(١) أ- تحرير سندات بياقي الثمن لا يعتبر طبقاً للمادة ٣٥٤ من القانون المدني تجديداً للدين

تهيئة دليل على دين موجود فعلاً^(١)، كذلك إبدال ورقة تجارية بورقة تجارية أخرى، كإبدال كمبيالة بكمبيالة أخرى أو سند أذني بكمبيالة أو كمبيالة بسند إذني، بغرض مد أجل الدين، أو تغيير سند الدين بكمبيالة أو سند إذني لا يعد تجديداً^(٢). وكذلك تحرير

=ينقضى به الدين الأصلي ويحل محله دين جديد، ما لم يتفق على غير ذلك أو تظهر نية التجديد بوضوح من الظروف.

(الطعن ٧٩ لسنة ٣٨ ق - جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ - ص ٢٤ ص ٥٧٠)

ب- لا محل للقول بأن السندات المحررة بياقي الثمن ينشأ عنها التزام جديد إلى جانب الالتزام الأصلي، ويبقى لكل من الالتزامين كميانه الذاتي بحيث يحق للدائن الرجوع على المدين يدعوى الدين الأصلي مستنداً إلى عقد البيع أو يدعوى الالتزام الجديد «الصرفي» مستنداً إلى السند الأذني، ذلك أن مناط ما تقدم أن يكون السند الأذني ورقة من الأوراق التجارية.

(الطعن ٧٩ لسنة ٣٨ ق - جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ - ص ٢٤ ص ٥٧٠)

ج- تجديد الالتزام وفقاً للمادة ٣٥٤ من القانون المدني لا يستفاد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو كلفيته.

(الطعن ١٩٣٤ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٧/٢/١٦)

د- مفاد نصوص المواد ٣٥٢، ٣٥٣، ٣٥٤ من القانون المدني أن التجديد يستلزم وجود التزام سابق يقوم عليه التجديد فيقضي، وقيام التزام جديد هو الذي يقع عليه التجديد فينشئه، والتجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف، فتحرير سند بضمن المبيع لا يعتبر تجديداً للدين ينقض به ويحل محله دين جديد، ولما كان تجديد الدين أمر موضوعي يستقل به قاضي الموضوع بالفصل فيه متى كانت الأسباب التي أقامت المحكمة عليها حكمها من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها. وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن سند الدين تحرر في ذات يوم تحرير عقد البيع متضمناً ثمن الاطيان المبيعة للمطمون عليها بموجب العقد المذكور بما ينفي تجديد الالتزام سواء بتغيير الدين أو تغيير المدين وهو استخلاص سائح يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها فإن النعي يكون على غير أساس.

(الطعن ١٩٣٢ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٩/١/٢٩)

(جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٥٧٠)

(١) وقد قضت محكمة أسبوط بأن مجرد تغيير طريقة الدفع، أو تحرير سند رسمي بدل آخر عرفي، أو تأجيل الوفاء، أو تقسيطه، أو ما شابه ذلك، لا يعتبر تجديداً للتعهد. ويعتبر تجديداً تغيير التعهد سبب الالتزام، كما إذا كتب بمناخر الأجرة سند تحت الإذن وذكر فيه أنه قرض (أسبوط ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤) - انظر أيضاً بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٠٧.

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يعتبر استبدالاً للدين اتفاق الدائن مع المدين على تقسيط الدين وتحرير سندات بأقساطه، فلا يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل من الدين (١٤ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٨ ص ٨٩٥). وقضت أيضاً بأن التوقيع على كمبيالات أخرى بدلا من كمبيالات سابقة فقدت أو أهدمت لا يعتبر استبدالاً للدين ينسب عليه زوال التأمينات، وإنما يعد ذلك إقراراً بدين سابق (٩ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٠ ص ٦٤). وقضت محكمة =

الكمبيالة أو سند إذني بضمن المبيع لا يعد تجديداً للثمن، بل يكون ضرباً من التوثيق له، ويبقى امتياز البائع قائماً حتى بعد كتابة الكمبيالة أو السند، وهذا ما لم يتفق على غيره. فإذا باع شخص لآخر داراً أو سيارة، وقبض البائع الثمن كمبيالات أو سندات إذنية، فلا يعد هذا تجديداً للثمن، ويبقى للبائع حق الامتياز وحق الفسخ (١)، وهذا ما لم يتفق على التجديد، وبعد اتفاقاً على التجديد أن يقر البائع أنه تسلم الثمن نقداً (٢). ولا يعتبر تجديداً

= الاستئناف المختلطة بأن مجرد تغيير سند الدين بكمبيالة أو بسند أذني لا يعتبر تجديداً، ويجوز للدائن أن يطالب المدين إما بموجب السند الأصلي فيرد السند الجديد، أو بموجب السند الجديد فيلغى 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 - وأنظر 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 ٢٠٢ - 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 بكمبيالة أو سند إذني حتى لو أعطى الدائن مخالصة بالدين، إذ المفروض أنه جعل هذه المخالصة مشروطة بسداد الكمبيالة أو السند الأذني. ومن باب أولى لا يكون هناك تجديد إذا ذكر الدائن في الكمبيالة أو السند السبب الذي من أجله حرر السند الجديد: انظر في هذه المسألة ديمولومب ٢٨ فقرة ٢٩٧ لوران ١٨ فقرة ٢٨٣ - هيك ٨ فقرة ١١٣ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٣٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤ ص ٦٧٠.

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا ذكر في عقد بيع عقار أن باقى الثمن تحرر به سند تحت الإذن، وذكر بالسند أن القيمة باقى ثمن عقار، كان هذا دليلاً على أن العاقدين لم يقصدا استبدال الدين، وعلى ذلك لا تسقط 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 بضممان المشتري منه، دل هذا على أن نية الاستبدال معدومة. ولو استصدر البائع السندات من المشتريين منه ولم يخل ذمة المشتري الأصلي من باقى الثمن، فلا يكون هناك استبدال معلق على شروط قيام المشتريين الجدد 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 تضمنه قد سقطت، بل إن قصد المتعاقدين كان إيجاد أداة جديدة لدفع الثمن، فيعد أن كان ثابتاً بالعقد أصبح ثابتاً بالسند (١٦ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢٨ ص ١٢٣٢). أيضاً: استئناف وطني 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 فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٣ - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا حرر المشتري سندات للبائع، لم يكن هذا تجديداً بتغيير المدين، بل إثابة في الوفاء إثابة قاصرة، ويكون الغير مديناً للبائع الجديد إلى جانب الدين الذي في ذمة المشتري (٥ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١١٣).

(١) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٩.

الإقرار بدين بعد صدور حكم به ولو قيل في الإقرار إنه في حالة عدم الوفاء ينفذ الحكم (١)، ولا الإقرار المكتوب الصادر من المستأجر بالمتجمد في ذمته من الأجرة فيبقى امتياز المؤجر ويتقدم الدين بخمس سنوات (٢). وإثبات نية التجديد يتبع فيه القواعد العامة للإثبات (٣). وعبء الإثبات يقع على عاتق من يدعى التجديد، لأن التجديد كما قدمنا لا يفترض (٤).

(١) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١١.

(٢) نقض مدني ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ١٦ ص ٥٦ - وقضت محكمة مصر بأنه إذا حصلت محاسبة واتفاق بين المتعاقدين عن دين الإيجار، وتعهد 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 بجلاء أن المتعاقدين احتفظا بسبب الدين الأصلي. أما التعهد 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 مقرر للحقوق لا منشئ لها، فهو لا يغير من طبيعة الدين المتصلح عليه، ويبقى جميع التأمينات التي كانت للحق الذي وقع عليه الصلح على حالتها للوفاء بالصلح، فلا يعتبر الصلح استبدالاً للدين المتصلح عليه. ولا عبء كذلك بعدم ذكر قابلية الدين للتحويل في محضر الصلح، لأن العبء 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 يبجد 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 ١٧٩). 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 فقرة ١٢٦٤ ص ٦٧٠ - دى باج ٢ فقرة ٥٦٢ وقرة 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، ونستظهر هذه النية إذا كان الحساب متعلقاً بعد البيع ونزل البائع بعد تصفية الحساب عن امتياز (٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢ ص ١٥٥).

(٣) بيدان ولاجار ٩ فقرة ٩٩٨ - فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها فيما يزيد على خمسمائة جنيه، وفيما لا يزيد على خمسمائة جنيه يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن. وكون التجديد لا يفترض ليس معناه عدم جواز إثباته بالقرائن فيما لا يزيد على خمسمائة جنيه، بل معناه أنه إذا قام شك لا يعتبر أن هناك تجديداً (ديمولومب ٢٨ فقرة ٢٧٠ - لوران ١٨ فقرة ٢٦١ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٣٣).

(٤) بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٣٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٧٦٥ ص ٦٧٢.

واستخلاص نية التجديد من الظروف مسألة واقع تترك لقاضي الموضوع، ولا معقب عليه في ذلك، ولا يخضع تقديره لرقابة محكمة النقض^(١).

٤٩٨- تقييد الالتزام في حساب جار: وقد رأينا أن المادة ٣٥٥ مدني تقضي بأنه لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار، 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. 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 الجاري قبل قطع رصيد الحساب لا ينشئ التزاماً جديداً ليحل محل الالتزام الذي أجرى تقييده، ومن ثم لا يتم التجديد.

ولكن ذلك لا يمنع من أن الالتزام الذي أجرى تقييده في الحساب الجاري، وفقاً للقواعد المقررة في الحسابات الجارية وهي قواعد تقتضيها طبيعة هذه الحسابات، تفنى ذاتيته باندماجه في الحساب الجاري وصيرورته قلماً من أقلامه في الجهة الدائنة أو الجهة المدينة بحسب الأحوال^(١). ومن ثم ينقضي هذا الالتزام قبل أن يتم تجديده، والذي يحل محله ليس التزاماً جديداً فإن هذا لا يكون إلا بعد قطع رصيد الحساب كما قدمنا، ولكن عنصر حسابي (article de crédit - élément de comptabilité) هو الدائنية أو المديونية التي يمثلها الالتزام في الحساب الجاري^(٢). ويترب على أن الالتزام ينقضي حتى

(١) نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ - ص ٩٣ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٣٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٧٦٥ ص ٦٧٢ - ولكن إذا كانت عناصر التجديد موجودة وفقاً لما ذهب إليه قاضي الموضوع في تفسير نية الطرفين، وجب تطبيق أحكام التجديد، ولحكمة النقض الرقابة على قاضي الموضوع في ذلك (بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٣٤ ويشيران إلى حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ١٢٢).

(٢) انظر في هذا المعنى بودري وبارد ٣ فقرة ١٧١٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٢ ص ٦٦٨ وهامش رقم ٥ والمراجع والأحكام المشار إليها - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٥ - دي باج فقرة ٥٦٤ مكررة - وقارن ديموج في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٦ ص ٣١٦.

(١) الحساب الجاري الذي يخضع لقاعدة عدم التجزئة - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو الحساب الذي يتضمن وجود معاملات متصلة بين طرفيه يعتبر فيها كل منهما مدنياً أحياناً ودائناً أحياناً أخرى، وتكون هذه العمليات متشابهة يتخلل بعضها بعضاً بحيث تكون مدفوعات كل من الطرفين مقرونة بمدفوعات الطرف الآخر فإذا كانت محكمة الموضوع قد نفت في حدود سلطتها التقديرية وبأسباب سائغة اتجاه نية الطرفين إلى فتح حساب جاري بينهما، اتصال العمليات المدرجة في بعضها وتشابكها، وهو ما يلزم توافره في الحساب الجاري وانتهت إلى اعتبار الحساب حساباً جاريّاً لا يخضع لقاعدة عدم التجزئة لا تكون قد أخطأت في القانون.

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^(١). وكان ينبغي، إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص، أن ينقضي هذا التأمين بانقضاء الالتزام، حتى قبل التجديد. ولكن النص صريح، كما رأينا، في أن التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك^(٢).

فإذا ما قطع رصيد الحساب الجاري وتم إقراره، فإن الرصيد يكون حقاً لأحد طرفي الحساب ودينياً في ذمة الآخر. وعند ذلك يتم تجديد جميع الالتزامات المقيدة في الحساب الجاري، ويصبح هذا الرصيد هو الالتزام الجديد الذي حل محل الالتزامات المقيدة^(٣). وينتقل إلى الرصيد التأمين الخاص الذي كان يكفل الالتزام المقيد، والذي رأيناه يبقى بالرغم من انقضاء هذا الالتزام. ذلك أن القانون يفترض أن نية الطرفين قد انصرفت إلى استبقاء التأمين الخاص بعد تقييد الالتزام، فإذا ما قطع الرصيد انتقل التأمين إليه فأصبح مكفولاً به. وغنى عن البيان أن هذا مجرد افتراض يجوز إسقاط دلالته عن طريق اتفاق الطرفين على زوال التأمين بمجرد تقييد الالتزام في الحساب وانقضائه على هذا الوجه^(٤).

= (جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١٠٣٦)

(جلسة ١٩٦٨/١/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ١١٧)

(١) 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).

(٢) وقد كانت محكمة الاستئناف تقضي بهذا المعنى في عهد التقنين المدني 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.

(٣) قارن استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٩ - وانظر في هذه المسألة الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٨٢ - ص ٨٤: وهو يقول بأن الالتزام يفقد ذاتيته من وقت تقييده في الحساب الجاري، ولكن يذهب إلى أن التقنين الجديد على العكس من ذلك يجعله محتفظاً بذاتيته، ويستدل النص الذي يقضي بأن مجرد تقييد الالتزام في حساب جار لا يكون تجديداً. وغنى عن البيان إنه لا يوجد أي تعارض بين عدم تجديد الالتزام بمجرد تقييده في الحساب الجاري وبين فناء ذاتيته باندماجه في هذا الحساب، فقد قدمنا أن الالتزام بتقييده في الحساب الجاري ينقضي قبل أن يتجدد. والذي نص عليه التقنين الجديد هو أن الالتزام لا يتجدد بمجرد تقييده في الحساب الجاري، وهذا صحيح، ولكنه لا يمنع من فناء ذاتيته وانقضائه بهذا التقييد.

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «ولا يتجدد الالتزام بمجرد رصده في الحساب الجاري، 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 التأميني الذي ينشأ لضمان الوفاء بالالتزام، رغم تجديده بسبب قطع رصيد الحساب الجاري. إلا أن هذا الاستثناء أقيم على قرينة بسيطة، يجوز إسقاط دلالته بإثبات العكس: أنظر المادة ١١٧ من تقنين الالتزامات السويسري والمادة ٤٩٢ من المشروع، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٠).

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على التجديد

٤٩٩ - انقضاء الالتزام الأصلي وحلول التزام جديد مكانه - 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.

فتكلم 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 - النصوص 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 بالنص في القانون، أو إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك» (١).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٤٩/١٨٦ و ٢٥٢/١٨٨ (٢).

(١) تاريخ النص: ورد هذا في المادة ٤٩٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد: فيما عدا أن المشروع التمهيدي لم يكن يتضمن عبارة «إلا بالنص في القانون». وفي لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة لتواجه انتقال التأمينات بنص القانون في حالة نقل رصيد الحساب الجاري مثلاً، فإن المادة ٣٥٥ تنقل التأمين الخاص الذي قد يكون الالتزام مكفولاً به إلى هذا الرصيد. وأصبحت المادة رقمها ٣٦٨ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٢ - ص ٢٥٣).

(٢) التقنين المدني السابق ٢٤٩ / ١٨٦: استبدال الدين يترتب عليه زواله وإيجاد دين غيره بدله، والاستبدال يعقد.

٢٥٢/١٨٨: التأمينات التي كانت على الدين القديم لا تكون على الدين الجديد، إلا إذا نص 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)

ويقابل 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 ١/٣٢٥ (١).

ويخلص من هذا النص أن التجديد يقضي الالتزام الأصلي وينشئ التزاماً جديداً يحل محله، وهذا هو الفرق الجوهرى ما بين 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 في الوقت ذاته ينشئ التزاماً جديداً يحل محل الالتزام المنقضى. وانقضاء الالتزام الأصلي منوط بنشوء الالتزام الجديد، فلا ينقضى ذلك إلا إذا نشأ هذا، ولا ينشأ هذا إلا إذا انقضى ذلك (٢). ولا بد أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام الأصلي، كما قدمنا، في عنصر من عناصره الجوهرية (١). والالتزام الجديد على كل حال التزام غير الالتزام

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري: م ٣٥٤ (مطابقة للمادة ٣٥٦ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي: م ٣٤٣ (مطابقة للمادة ٣٥٦ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي: م ٤٠٣: إذا جدد الالتزام، سقط الالتزام الأصلي، وحل محله التزام جديد، إلا إذا كان الدين الأصلي مكفولاً بتأمينات شخصية أو عينية، وصار تجديده، سقطت التأمينات، إلا إذا جددت هي أيضاً.

(وحكم التقنين العراقي متفق مع حكم التقنين المصري: أنظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٢٨ و فقرة ٣٤٠).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٣٢٥: إن التجديد يسقط الموجب أصلاً وفرعاً تجاه الجميع (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري).

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٨.

(١) إذا اتفق وارث المدين مع الدائن على أن يحل محل المورث في وفاء باقي الدين وفوائده وتصفية المطلوب من أصل وملحقات وتعيين رصيده وكيفية وفاء هذا الرصيد، واستخلص الحكم من ذلك ومن غيره من وقائع الدعوى وظروفها أنه حصل من ذلك الاقرار استبدال للدين الذي كان في ذمة المورث بدين آخر في ذمة الوارث، فلا معقب عليه في ذلك، وإذا اعتبر الحكم الفوائد السابقة على تاريخ الاقرار جزءاً من الأصل المتفق على أدائه بهذا الاقرار فلا يسقط حق المطالبة بها مع هذا الأصل إلا بالتقادم الطويل، إذا اعتبر الحكم - بناء على هذا التقرير - مجموع ما اتفق الوارث على أدائه أصلاً رأس مال، وأجرى عليه فوائد التأخير المتفق عليها فلا مخالفة للقانون.

(جلسة ١٩٤٢/١٢/٣١ مجموعة القواعد القانونية التي قررت محكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً - ٦٠٥ - ١)

الأصلي، له مقوماته الذاتية^(١)، 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 في سند قابل للتنفيذ، ويثبت الالتزام الجديد في 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 يتقدم الالتزام الأصلي بمدة قصيرة، ويتقدم الالتزام الجديد بمدة أطول. وقد يكون الالتزام الأصلي مصدره عقد قابل للإبطال فيجوز دفعه بإبطاله، ويكون الالتزام الجديد مترتباً على تجديد هو إجازة للعقد القابل للإبطال فلا يجوز دفعه بهذا الدفع. وقد يكون الالتزام الأصلي مكفولاً بتأمينات عينية أو شخصية، فتزول هذه التأمينات مع زواله ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا بنص في القانون أو إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك^(٢). وإذا لم تنتقل تأمينات الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد، بقي الالتزام الجديد عارياً عن التأمينات، إلا إذا كفل هو أيضاً بتأمينات مستقلة عن تأمينات الالتزام الأصلي. وقد يكون الالتزام الأصلي مكفولاً بدعوى فسخ، فلا تنتقل الدعوى إلى الالتزام الجديد^(٣).

٥٠٢ - مقابلة بين التجديد من جهة والحالة 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^(٤).

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

(١) استئناف وطنى ١٠ أغسطس سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٢٤٥.

(٢) وسنين فيما يلى كيف تنتقل التأمينات إلى الالتزام الجديد بالاتفاق. أما انتقالها بنص القانون فمطلوب ما ورد فى المادة ٣٥٥ من أن الالتزام إذا قيد فى حساب جار فإنه لا يتجدد إلا إذا قطع رصيد الحساب، فإذا كان مكفولاً بتأمين خاص فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك. فهنا انتقل التأمين الخاص من الالتزام إلى رصيد الحساب بحكم القانون (انظر تاريخ نص المادة ٣٥٦ أنفاً فقرة ٥٠٠ فى الهامش).

(٣) 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).

(٤) انظر أنفاً فقرة ٤٩٢ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٨ - ٢٥٩.

الحق الأصلي ينقضى بمقوماته وصفاته ودفعه وتأميناته، ويحل محله حق جديد بمقومات وصفاته ودفعه 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 ينقضى على الوجه الذى قدمناه، ويحل محله دين جديد^(١).

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 تنتقل الملكية فوراً إلى الدائن حتى يتم الوفاء، وأما فى التجديد بتغيير الدين فالوفاء يكون عن طريق إنشاء التزام جديد لا يكون واجب التنفيذ فوراً^(٢).

المطلب الثانى

انتقال التأمينات من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد

٥٠٣ - النصوص القانونية: تنص المادة ٣٥٧ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«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 فى الحدود التى 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 ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات».

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٢ ص ٢٥٣.

(٢) بيدان ولاجار ٩ فقرة ٩٩٢ - جوسران ٢ فقرة ٩٠٣ - انسيكلويدى ودالوز ٣ لفظ Novation فقرة ٣١.

٢١- 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»^(١).
وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٥٣/١٨٩ - ٢٥٥/١٩١ (٢).

(١) تاريخ النصوص:

٣٥٧م: ورد هذا النص في المادة ٤٩٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا خلافاً في إحدى العبارات وفيما عدا أن المشروع التمهيدي 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، ولأنها 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).

٣٥٨م: ورد هذا النص في المادة ٤٩٥ من المشروع التمهيدي 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٨ - ص ٢٦٠).

(٢) التقنين المدني السابق ٢٥٣/١٨٩م: ومع ذلك لا يجوز الاتفاق على خلاف ما هو آت: في الحالة الأولى من الأحوال السالف ذكرها يجوز للمدين والدائن أن يتفقا على أن التأمينات العينية، كالاتيازات ورهن العقار وحبس العين، تكون تأميناً على الدين الجديد إذا لم تكن فيه زيادة تضر بحقوق الغير. وفي الحالة الثانية يجوز للدائن ولمن حل محل المدين الأصلي أن يتفقا على بقاء التأمينات العينية ولو بغير رضاه المدين الأصلي. وفي الحالة الثالثة يجوز للمتعاقدين الثلاثة أن يتفقا على بقاء التأمينات العينية.

٢٥٤/١٩٠م: لا يصح في أي حال من الأحوال السالفة نقل التأمينات الشخصية، كالكفالة والتضامن، إلا برضاء الكفلاء والمتضامنين.

٢٥٥/١٩١م: الاتفاق على نقل التأمينات المذكورة بالمادة السابقة لا ينفذ على غير المتعاقدين إلا إذا كان حاصلًا مع الاستبدال في آن واحد بوثيقة رسمية.

(ويتفق التقنينان السابق والجديد إلا في المسائل الآتية: (١) ذكر التقنين السابق التأمينات العينية كالاتيازات ورهن العقار وحبس العين، بتعميم خصصه التقنين الجديد بالتأمينات التي قدمها المدين، فلا تدخل حقوق الامتياز ولا حقوق الاختصاص، وسيستط ذلك فيما يلي. (٢) التقنين السابق في التأمينات التي يقدمها الغير على التأمينات الشخصية، أما التقنين الجديد فنقل =

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادتين ٣٥٥ - ٣٥٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٤٤ - ٣٤٥ - ولا مقابل لها في التقنين المدني العراقي - وتقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢/٣٢٥ و٣(١).

ويخلص 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 عيني أو كفيل شخصي. فنستعرض كلا من هاتين الحالتين.

=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 التمهيدي: انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩، وانظر الموجز للمؤلف 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 سابقاً 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 التقنين 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 الاستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٢٩.

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢/٣٢٥ و٣: ويمكن الكفلاء وسائر الموجب عليهم أن يدخلوا برضاهم تحت أحكام الموجب الجديد - ويجوز وضع نص صريح يشترط به إلحاق الرهن والحقوق الممتازة ورهون المنقولات بالدين الجديد على الشروط نفسها التي كانت ضامنة للموجب الساقط، ولا يكون ذلك إلا إذا رضى بهذا الإلحاق صاحب الملك المترتب عليه حق الرهن أو الامتياز: (ويختلف حكم التقنين اللبناني عن حكم التقنين المصري في مسألتين: (١) تشمل التأمينات حقوق الامتياز في التقنين اللبناني 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 اللبناني، ولا يشترط هذا الرضاء في التقنين المصري).

١ - التأمينات العينية التي قدمها المدين

٥٠٤ - انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد فيه خروج على القواعد العامة - 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 تنقضي 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 يضر 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 ما دام لابد من اتفاق خاص، فأين وجه الخروج على القواعد العامة، وفيه 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 بد لهذا القول، فالتأمينات التي أباح النص الاتفاق على استبقائها هي التأمينات الأصلية، تنتقل إلى الالتزام الجديد بمرتبها الأصلية. ولو لم يبيح القانون ذلك، لما أمكن أصحاح 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 مرتبة التأمينات الأصلية. هذا إلى أنه في صورة خاصة من صور التجديد - التجديد

لمدين - أباح النص للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على انتقال التأمينات الأصلية دون ضياء المدين الأصلي مع أنه هو المالك للمال المشغل بالتأمين، ولولا هذا النص لما أمكن لاتفاق على نقل هذه التأمينات دون رضائه.

٥٠٥ - حماية الغير: وقد عنى القانون بحماية الغير حتى لا يضار بانتقال التأمينات، ذلك من ناحيتين: (أولاً) 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 يجز 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 المتعلقة بالتسجيل، فيؤثر على هامش القيد الذي 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 عبئاً عن ذي قبل. وهذا المحذور إنما يتحقق في التجديد بتغيير الدين، دون التجديد بتغيير المدين أو بتغيير الدائن، ولذلك قضت الفقرة الأولى من المادة ٣٥٧ مدني بأنه إذا كان التجديد بتغيير الدين، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضرراً بالغير، أي في حدود الالتزام الأصلي^(٢).

(١) ومن ثم يجب أن يكون الاتفاق على نقل التأمينات، لنفاذه في حق الغير، ثابت التاريخ. إذ لو جاز أن يكون الاتفاق غير ثابت التاريخ، لأمكن تقديم تاريخه حتى يكون معاصراً للتجديد ولو كان الاتفاق لاحقاً، فتبقى التأمينات ضامنة للمدين الجديد وكان ينبغي أن تنقضي (الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٨ ص ٦٠٢ - ص ٦٠٣ - الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٨٧ - ص ٨٨ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٧٥).

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩ وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نوعاً ثالثاً من الحماية للغير، إذ كان يشترط لنفاذ انتقال التأمينات العينية =

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٩.

(٢) وهذا ما يستبقى أهمية التمييز بين الحوالة والتجديد. ففي الحوالة تنتقل التأمينات بمجرد دون حاجة إلى اتفاق خاص، أما في التجديد فقد رأينا أنها لا تنتقل بمجرد الاتفاق على التجديد بل لابد من اتفاق خاص.

٥٠٦ - ما المقصود بالتأمينات العينية التي قدمها المدين: ونرى أن المقصود بالتأمينات

العينية التي قدمها المدين التأمينات الاتفاقية التي ارتضاها لكفالة دينه الأصلي. فيدخل في ذلك الرهن الرسمي، ورهن الحيازة سواء كان على عقار أو على منقول. أما حقوق الامتياز فلا تدخل، لأنها تأمينات لم يقدمها المدين باختياره، بل هي تأمينات رتبها القانون وبنها على صفة في الالتزام فهي لصيقة بهذه الصفة، فإذا كان الالتزام الأصلي قد قرر له القانون امتيازاً لصفته الخاصة، فلا يجوز الاتفاق على نقل هذا الامتياز إلى الالتزام الجديد وهو لم تتوافر له الصفة التي دعت إلى تقرير حق الامتياز^(١). وهذا التفسير الذي يستخلص في يسر من عبارة التقنين يجنبنا عيباً وقع فيه التقنين المدني الفرنسي، إذ نصت المادة ١٢٧٨ من هذا التقنين على أن «حقوق الامتياز والرهن التي كانت للمدين 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 والرهن 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 رتبته القاضى 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، أى في حدود الالتزام الأصلي وبشرط أن يتم مع التجديد في وقت واحد،

= في حق الغير أن يكون الاتفاق في ورقة رسمية، وقد حذف هذا الشرط في لجنة المراجعة أنظر تاريخ نص المادة ٣٥٧ مدني أنفاً فقرة ٥٠٣ في الهامش.

(١) فإذا جدد البائع التزام المشتري نحوه بدفع الثمن 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 ١٧٣٧.

فذلك يختلف باختلاف صور التجديد^(١).

فإذا كان التجديد بتغيير الدين، تم نقل التأمينات بالطريق الذي يتم به التجديد ذاته، أى باتفاق بين الدائن والمدين.

وإذا كان التجديد بتغيير الدائن، تم نقل التأمينات أيضاً بالطريق الذي يتم به التجديد ذاته، أى باتفاق بين المدين والدائن الأصلي والدائن الجديد، فتتفق ثلاثتهم على أن تبقى التأمينات التي قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلي حتى تكفل الالتزام الجديد.

وإذا كان التجديد بتغيير المدين، فقد رأينا أن التجديد في هذه الصورة يتم تارة باتفاق بين الدائن والمدين الجديد، ويتم طوراً باتفاق بين الدائن والمدين الأصلي والمدين الجديد. ونص القانون - المادة ٣٥٧ مدني 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 في التجديد أو لم يشترك، لنقل التأمينات إلى الالتزام الجديد. ويصبح المدين القديم - بعد انقضاء دينه بالتجديد مع بقاء التأمينات تثقل ماله لكفالة المدين الجديد - بمثابة كفيل عيني لهذا المدين. وقد حسم التقنين المصري بهذا النص خلافاً لا يزال قائماً في القانون الفرنسي، فالفقه في فرنسا منقسم، في انتقال التأمين إلى الالتزام الجديد، بين اشتراط رضاء المدين وعدم اشتراط هذا الرضاء^(٢).

٢ - التأمينات الشخصية والعينية التي قدمها الغير

٥٠٨ - وجوب رضاء الغير بنقل هذه التأمينات: وقد يكون الغير هو الذي قدم التأمينات التي تكفل الالتزام الأصلي. وهذا الغير إما أن يكون قد قدم تأميناً شخصياً، بأن كان كفيلاً للالتزام الأصلي أو مديناً متضامناً فيه، وإما أن يكون قد قدم تأميناً عينياً، بأن يكون كفيلاً عينياً رتب رهناً على مال مملوك له لضمان الالتزام الأصلي.

ففي جميع هذه الأحوال لا يجوز انتقال التأمين الشخصي أو العيني إلا برضاء الغير

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩.

(٢) أنظر في ذلك بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٨ ومن الفقهاء الذين يقولون بعدم ضرورة رضاء المدين تولييه ٧ فقرة ٣١٢ وما بعدها - ديانتون ١٢ فقرة ٣١١ - كوليه دي سانتير ٥ فقرة ٢٢٦ مكررة - لارومبيير 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 ١٧٣٨ - جوسران ٣ فقرة ٩١٤.

الذى رتب هذا التأمين. فلا يكفى إذن، حتى يكفل الكفيل الالتزام الجديد بعد أن كان يكفل الالتزام الأصلي، أن يتفق على ذلك الدائن والمدين ومعهما المدين الجديد أو الدائن الجديد، بل لابد من رضا الكفيل أيضاً. فانه لم يكفل إلا التزاما بعينه هو الالتزام الأصلي، فحتى يكفل التزاماً غيره، ولو كان أقل قيمة، لابد من رضائه بذلك^(١).

وإذا كان الالتزام الأصلي التزاماً تضامياً، فقد رأينا عند الكلام فى التضامن^(٢)، أن المادة ٢٨٦ مدنى تنص على أن «يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم». ورأينا أن باقى المدينين المتضامنين الذين لم يشتركوا فى إجراء التجديد لا يكونون متضامنين فى الالتزام الجديد إلا برضاهم. فإذا اتفق الدائن مع المدينين المتضامنين جميعاً على تجديد الالتزام الأصلي، ظلوا جميعاً متضامنين فى الالتزام الجديد. أما إذا اتفق الدائن مع سائر المدينين المتضامنين غير المدين الذى أجرى التجديد على أن يبقوا متضامنين فى الدين القديم، أو احتفظ بحقه قبلهم دون ضرورة للاتفاق معهم، فان هؤلاء المدينين لا يلتزمون ولو غير متضامنين، بالالتزام الجديد، بل يبقون ملزمين بالتضامن بالدين الأصلي بعد حط حصة المدين الذى أجرى التجديد. وإذا كان الدائن أراد أن ينتقل التضامن إلى الدين الجديد، واشترط ألا يتم التجديد إلا على هذا الأساس، ورفض باقى المدينين أن يلتزموا متضامنين بالدين الجديد، فان التجديد لا يتم إذ تخلف شرطه، ويظل الالتزام التضامنى الأصلي على حاله. أما إذا كان الدائن لم يتفق مع باقى المدينين لا على أن يبقوا ملتزمين بالدين الأصلي ولا على أن يتضامنوا فى الدين الجديد مع المدين الذى أجرى التجديد، ولم يحتفظ بحقه قبلهم، بل أجرى التجديد دون قيد ولا شرط، فقد افترض المشرع فى المادة ٢٨٦ مدنى 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 فى التضامن^(٣).

وإذا كان الغير قد قدم تأميناً عينياً لكفالة الالتزام الأصلي، أى كان كفيلاً عينياً لهذا الالتزام، ان التأمين الذى قدمه بالمرتبة التى هو عليها لا ينتقل إلى كفالة الالتزام الجديد إلا برضائه. وإذا كان قد رتب تأميناً عينياً لدائن آخر متأخراً فى المرتبة عن التأمين الذى قدمه لكفالة الالتزام الأصلي، وجب أيضاً ألا ينتقل تأمين الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد إلا

فى حدود الالتزام الأصلي حتى لا يضار الدائن المتأخر فى المرتبة، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

٥٠٩ - جواز نقل هذه التأمينات بعد اجراء التجديد: والتأمينات التى قدمها الغير، شخصية كانت أو عينية، بخلاف التأمينات العينية التى قدمها المدين، لا يشترط أن يكون نقلها مع التجديد فى وقت واحد، بل يجوز أن يتفق على نقلها بعد إجراء التجديد^(١). فيجوز إذن، بعد إجراء التجديد، أن يتفق أطرافه مع الكفيل الشخصى أو الكفيل العينى أو المدينين المتضامنين على نقل هذه التأمينات الشخصية أو العينية إلى الالتزام الجديد، وذلك فى غير إخلال بحقوق الغير.

والمراد بالغير هنا دائن له تأمين عينى متأخر فى المرتبة. فإذا 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 فى المرتبة من زوال الرهن المتقدم على هذا النحو، أن تتفق أطراف التجديد مع الكفيل العينى على أن ينتقل الرهن إلى الالتزام الجديد، فيضار الدائن المتأخر فى المرتبة باحياء رهن متقدم على تأمينه بعد أن كان هذا الرهن قد انقضى.

الفرع الثانى الانابة فى الوفاء (Délégation)

٥١٠ - علاقة الانابة فى الوفاء بالتجديد: قد تنطوى الانابة فى الوفاء على تجديد بتغيير المدين، بل وعلى تجديد بتغيير الدائن أيضاً، كما سنرى. ولكنها لا تنطوى على أى تجديد، فتكون الانابة فى الوفاء نظاماً مستقلاً كل الاستقلال عن التجديد، ولا علاقة تقوم بين النظامين^(٢).

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «أما التأمينات التى 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، فى غير إخلال بحقوق الغير» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩).

(٢) بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧١ - دى باج ٣ فقرة ٦٠٣.
وقد أرجع تالير (Thaller) أحكام الأوراق التجارية (effets de commerce) وهى ما =

(١) مصر استثنافى ١٨ يوليه سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٧٥.
(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٠.
(٣) انظر آنفاً فقرة ١٩٠.

ولم يعرض التقنين المدني السابق للإناية في الوفاء إلا بإشارة عابرة دون أن يذكر اسمها، أما التقنين المدني الجديد فقد عني بها وأفرد لها نصواً خاصة (١).

وسرى أولاً كيف تتم الإناية في الوفاء، سواء انطوت على تجديد أو لم تنطو. ثم نرى بعد ذلك ما هي الآثار التي تترتب على الإناية في الوفاء في صورتها، صورة التجديد وصورة النظام القانوني المستقل عن التجديد.

المبحث الأول

كيف تتم الإناية في الوفاء

٥١١- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٥٩ من التقنين المدني على ما يأتي:

١- تتم الإناية إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين (مكان المدين).

تسمى الآن بسندات الائتمان المصرفية (titres de crédit) - وهي الكمبيالات (lettres de change) والسندات الإذنية (billets à ordre) والشيكات (chèques) - إلى قواعد الإناية في الوفاء (حوليات القانون التجاري سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧ - القانون التجاري الطبعة السابعة فقرة ١٦٣٩). وكذلك أرجعت إلى قواعد الإناية في الوفاء أحكام أوراق الاعتماد (lettres de crédit) والتحويل من حساب جار إلى حساب آخر (virement bancaire). على أن الفقه المعاصر تحول عن هذا الاتجاه. فالشيك ليس إلا أمراً يصدره الساحب (tireur) إلى المصرف المسحوب عليه (tiré) يدفع قيمة الشيك لحامله (bénéficiaire direct ou endossataire)، والمصرف ليس إلا وكيل الساحب ينفذ ما وكله فيه، وهذا هو أيضاً الحكم في التحويل من حساب جار إلى حساب جار آخر (أنظر في هذا المعنى دى باج ٣ فقرة ٦١١ وفقرة ٦١١ مكررة). وتخضع الكمبيالات والسندات الإذنية لأحكام خاصة بها أنشأتها وطورتها المعاملات التجارية، ولا تسع لها قواعد الإناية في الوفاء التي ترجع في أصلها إلى القانون الروماني (أنظر في هذا المعنى بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠١٨ ص ١٠٠ - بولانجييه في أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ (délégation) فقرة ٢ وفقرة ٥ - فقرة ٦). وأنظر في نظام قريب من الإناية، 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 التمهيدي: «أما الإناية فلم يعرض لها التقنين القائم (السابق) إلا بمجرد إشارة عابرة في بعض الأحكام الخاصة بالتجديد بتغيير المدين، دون أن يعنى يذكر اسمها. ولكن المشروع أفرد لها نصواً خاصة استظهر فيها سمتها الذاتية من حيث التجديد، وعرض صورتها، فتناول الإناية الكاملة وهي في حقيقتها ليست سوى تجديد بتغيير المدين، والإناية للقاصدة وهي لا تستتبع التجديد وهي بذلك أعظم أهمية من الناحية العملية (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٤٠).

٢- ولا تقتضى الإناية أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبي (١). ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢).

ويقابل النص في التقنينات المدني 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 ١/٣٢٦ و (٣).

٥١٢- الإناية تفترض أشخاصاً ثلاثة: ويستخلص من النص المتقدم الذكر أن الإناية تقتضى وجود أشخاص ثلاثة: (١) المنيب (délégrant) وهو المدين الذي ينيب الشخص الأجنبي ليفي الدين إلى الدائن، ومن ثم سمي منيباً. (٢) المناب (délégué) وهو هذا الشخص الأجنبي الذي ينيبه المدين ليفي الدين إلى الدائن، ومن ثم سمي مناباً. (٣) المناب لديه (délégataire) وهو الدائن الذي ينيب المدين الشخص الأجنبي لديه ليفي له الدين، ومن ثم سمي مناباً لديه.

٥١٣- ما يمكن أن يقوم من مديونية ما بين هؤلاء الأشخاص الثلاثة: والغالب أن يكون المنيب مديناً للمناب لديه، ولذلك ينيب المناب في وفاء هذا الدين. والغالب أيضاً أن يكون المنيب دائئاً للمناب، ولذلك اختاره ليقوم بوفاء دينه للمناب لديه، فيتخلص المناب بهذا الوفاء من الدين الذي في ذمته للمنيب (٢).

(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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦١). (٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٠ 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 ١/٣٢٦ و ٢: إن التفويض هو توكيل يعطى من شخص (يدعى المفوض) لشخص آخر (يدعى المفوض إليه) ليعقد 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).

(٢) فإذا باع شخص عقاراً مرهوناً لدائن، وأصبح البائع دائئاً بالثمن للمشتري، جاز للبائع أن يفى الدين المضمون بالرهن عن طريق الإناية في الوفاء. ويتم ذلك بأن ينيب البائع المشتري في الوفاء بهذا =

على أنه ليس من الضروري أن يكون المنيب مديناً للمتاب لديه، كما أنه ليس من الضروري أن يكون المتاب مديناً للمنيب.

فقد يكون المنيب غير مدين للمتاب لديه، وإنما أراد أن يتبرع له بمال ليس عنده أو يقرضه إياه فقطص المتاب، سواء كان هذا مديناً له أو غير مدين، وطلب إليه أن يلتزم باعطاء هذا المال للمتاب لديه. ولكن هذا الفرض نادر، إذ يكون المنيب في الكثرة الغالبة من الأحوال مديناً للمتاب لديه، ويريد عن طريق الإنابة أن يفى بهذا الدين^(١).

وقد يكون المتاب غير مدين للمنيب، ومع ذلك يرضى بأن ينوب عنه في الوفاء بدينه للمتاب لديه، على أن يرجع عليه بعد ذلك بما وفاء عنه. وقد يكون متبرعاً، فلا يرجع على المنيب. ولما كانت مديونية المتاب للمنيب ليست حتمية، بل وليست غالبية في العمل كما تغلب مديونية المنيب للمتاب لديه، فقد تولت الفقرة الثانية للمادة ٣٥٩ مدني إبراز هذا الوضع، فنصت كما رأينا على أنه «لا يقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبي»، أي ما بين المنيب والمتاب^(٢).

٥١٤ - قد تتضمن الإنابة تجديداً وقد لا تتضمن - الإنابة الكاملة والإنابة القاصرة:
والإنابة، على النحو الذي بيناه، قد تتضمن تجديداً بتغيير المدين، وقد تنطوي فوق ذلك على تجديد بتغيير الدائن. فإذا كان المنيب مديناً للمتاب لديه، ولم يكن المتاب مديناً للمنيب أو كان مديناً له، واتفق الثلاثة على تجديد دين المنيب للمتاب لديه عن طريق تغيير المدين، بأن يقبل المتاب أن يكون مديناً للمتاب لديه مكان المنيب، سميت الإنابة في هذه الحالة إنابة كاملة (délégation parfaite)، لأنها تتضمن تجديداً بتغيير المدين. وقد تنطوي هذه الإنابة الكاملة فوق ذلك على تجديد آخر بتغيير الدائن، إذا كان المتاب مديناً للمنيب وجدد هو الآخر دينه فجعل دائنه هو المتاب لديه بدلاً من المنيب، فيكون المنيب قد

=الدين للدائن المرتهن، ويكون البائع منيباً والمشتري مناباً والدائن مناباً لديه. وتكون هناك علاقة مديونية ثانية بين المنيب والمتاب لديه إذ البائع مدين للدائن المرتهن (انظر استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٢). وقد وجدت علاقة مديونية ثالثة بين المتاب والمنيب، إذ المشتري يصبح مديناً مديونية مباشرة للدائن المرتهن (استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٢):

(١) بلانبول وريبير وردوان ٧ ققرة ١٢٧١.

(٢) وقد يعلق المنيب الإنابة على شرط فاسخ أو شرط واقف، إذا كان الدين الذي له في ذمة المتاب معلقاً على هذا الشرط، فإذا تحقق الشرط انفسخت الإنابة أو نفذت بحسب الأحوال (استئناف مختلط ١٤ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٢).

جدد دينه نحو المتاب لديه بتغيير المدين، ويكون المتاب قد جدد دينه نحو المنيب بتغيير الدائن^(١).

فإذا لم تتضمن الإنابة تجديداً بتغيير المدين، بل بقي المنيب مديناً للمتاب لديه إلى جانب المتاب، وصار للمتاب لديه مدينان بدلاً من مدين واحد، المنيب وهو مدينه الأصلي والمتاب وهو المدين الجديد، سميت الإنابة في هذه الحالة بالإنابة القاصرة (délégation imparfaite). وهي قاصرة إذ هي لم تبرىء ذمة المنيب نحو المتاب لديه^(١)، بينما الإنابة الكاملة قد أبرأت ذمة المنيب نحو المتاب لديه عن طريق التجديد. والإنابة القاصرة هي التي يغلب وقوعها في العمل، فإن المتاب لديه قل أن يقبل إبراء ذمة المنيب، ويأبى إلا أن يستبقيه مديناً أصلياً ويضيف إليه المتاب مديناً جديداً. ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٠ مدني، كما سنرى، على ما يأتي: «ومع ذلك لا يفترض التجديد في الإنابة، فإذا لم

(١) وهذه الإنابة الكاملة التي تتضمن تجديداً بتغيير المدين وتجديداً بتغيير الدائن هي التي رددنا إليها الحوالة في الفقه الإسلامي في مذاهب المالكية والشافعية والحنابلة فيما قدمناه (انظر آنفاً فقرة ٢٤٠).

(١) أ- الإنابة في الوفاء - على ما تنص عليه المادتان ١/٣٥٩، ١/٣٦٠ من القانون المدني - هي إحدى صورتى تجديد الالتزام بتغيير المدين، فإذا لم تتضمن الإنابة تجديداً بتغيير المدين بل بقي المنيب مديناً للمتاب لديه إلى جانب المتاب وصار للمتاب لديه مدينان بدلاً من مدين واحد سميت الإنابة في هذه الحالة بالإنابة القاصرة.

(الطعن ٢١٣٢ لسنة ٥٢ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٨)

ب- تجديد الالتزام بتغيير المدين - وفقاً للمادة ٢/٣٥٢ من القانون المدني - يتم إما باتفاق الدائن مع اجنبي على ان يكون هذا الاجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى ان تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه - أو إذا حصل المدين على رضاه الدائن بشخص اجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد - وكانت الإنابة في الوفاء - على ما تنص عليه المادتان ١/٣٥٩، ١/٣٦٠ من القانون المدني - هما إحدى صورتى تجديد الالتزام بتغيير المدين - فإذا لم تتضمن الإنابة تجديداً بتغيير المدين بل بقي المنيب مديناً للمتاب لديه إلى جانب المتاب وصار للمتاب لديه مدينان بدلاً من مدين واحد سميت الإنابة في هذه الحالة بالإنابة القاصرة - لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه بالزام الطاعنة بالدين المطالب به على ان المحكمة تستخلص من ظروف الدعوى وملاساتها أن أمر الدفع الصادر من الشركة المستأنفة - الطاعنة - إلى شركة كلنجديل بتاريخ ١٩٧٩/٤/١٤ يعتبر بمثابة إنابة قاصرة إنضم بمقتضاها مدين جديد إلى المدين الأصلي... دون أن يبين تلك الظروف والملاسات التي استند إليها في القول بالإنابة القاصرة فان تلك العبارة المرسلة من شأنها ان تجهل بالاسباب التي قام عليها قضاءه وتمجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيقه للقانون بما يحويه بالقصور في التسيب ويستوجب نقضه.

(الطعن ٢١٣٢ لسنة ٥٢ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٨)

يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول. فنية التجديد يجب، كما قدمنا، أن تكون واضحة لا غموض فيها. فإذا قام شك، اعتبرت الإنابة قاصرة لا تتضمن تجديداً (١) (١).

والعبرة في معرفة ما إذا كانت الإنابة كاملة أو قاصرة هي بأن تتضمن تجديداً بتغيير المدين أو لا تتضمن، فإن 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 وتغيير 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

(١) دمنهور تجارى ٦ ديسمبر سنة ١٩٥٥ المحامة ٣٦ رقم ٤٥٧ ص ١٣٧٤ - هذا ولا ضرورة في الإنابة، كاملة كانت أو قاصرة، لأي إجراء لتكون نافذة في حق الغير، ويكفى في ذلك رضا أطراف الإنابة. ذلك أن الإنابة لا تنطوي على حوالة حق، لتكون في حاجة إلى إعلان. فالمناب لديه يصبح دائماً 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 وبارد ٣ فقرة ١٧٤٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٣) - ويصح أن يكون رضا المناب لديه ضمناً، كما إذا قبل استيفاء الدين من المناب (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٨). ويجوز، قبل رضا المناب لديه، إذ اتفق المنيب والمناب على الإنابة، أن يرجع كل منهما فيها (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٢).

(٢) انظر بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢١.

(١) لم تستلزم المادة ٢/١٨٧ من القانون المدني القديم والمادة ٣٥٩ من القانون المدني الجديد أن يكون المناب لديه طرفاً في الاتفاق الذي يتم بين المنيب والمناب كما لم تشترطاً للقبول شكلاً خاصاً ولا وقتاً معيناً بل يكفي لقيامها بالنسبة للمناب لديه أن يقبلها ما دام لم يحصل العدول عنها من طرفها. وإذا كان الطاعنان قد تمسكا بوجود إنابة ناقصة تجير لهما مطالبة المطعون عليهما بدينهما قبل البائع لهما استناداً إلى نص وارد في عقد البيع الصادر لهما، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض طلبات الطاعنين المبنية على نظرية الإنابة الناقصة دون أن يبين سنداً في القول بعدم موافقتهما على هذه الإنابة، فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

(الطعن ٢٧٩ لسنة ٢٤ ق - جلسة ١٩٥٩/٢/١٢ ص ١٠ ص ١٤٣)

(جلسة ١٩٦٢/٤/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٥٢٨)

من المناب، فيكون له بذلك مدينان: المنيب وهو مدينه الأصلي ولم تبرا ذمته بالاشتراط، والمناب وهو المتعهد في الاشتراط فترتب في ذمته التزام مباشر نحو المناب لديه.

بل إن الاشتراط لمصلحة الغير أيسر من الإنابة القاصرة، إذ هو يتم بمجرد اتفاق المنيب والمناب، ومن وقت هذا الاتفاق. أما رضا المناب لديه فليس ضرورياً إلا لجعل الاشتراط غير قابل للنقض. وهذا بخلاف الإنابة القاصرة، فإنها لا تتم إلا في الوقت الذي يجتمع فيه رضا كل من المنيب والمناب والمناب لديه (١). على أن الإنابة القاصرة تفضل الاشتراط لمصلحة الغير في أن المناب لديه لا يحتج عليه بالدفع المستمدة من العلاقة ما بين المنيب والمناب، أما المنتفع في الاشتراط فيحتج 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 انفقوا على أن يتحمل أحدهم بدين على التركة، وطوراً يطبق أحكام الإنابة وبخاصة في إنابة البائع للمشتري أن يفى بدين على البائع. وأمام هذا التسابق بين النظامين، يرجع الفقه أن يكون السبق للاشتراط لمصلحة الغير (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٩ ص ٦٨٣ - وانظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٧).

(٢) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٠.

«إذا اتفق المتعاقدون في الإجابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاماً جديداً، كانت هذه الإجابة تجديدًا للالتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها أن تبرا ذمة المنيب قبل المناب لديه، على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحاً وألا يكون المناب معسراً وقت الإجابة.» 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:

١/٣٦٠م: ورد هذا النص في المادة ١/٤٩٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١/٣٧٢ في المشروع النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١/٣٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٢ - ص ٢٦٣).

٣٦١م: ورد هذا النص في المادة ٤٩٨ من المشروع التمهيدي 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥).

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٨١ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت 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).

التقنين المدني الليبي: م ١/٣٤٧ و ٣٤٨ (مطابقتان للمادتين ١/٣٦٠ و ٣٦١ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي: م ١/٤٠٦: إذا اتفق المتعاقدون في الإجابة على أن يستبدلوا التزاماً جديداً بالالتزام الأول، كانت الإجابة تجديدًا للالتزام بتغيير المدين. (ونص التقنين العراقي لا يشترط، كما يشترط، نص التقنين المصري، ألا يكون المناب معسراً وقت الإجابة: أنظر مع ذلك الأستاذ حشمت أبو ستيت في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٤٣).

وتتناول، في بسط الآثار التي تترتب على الإجابة الكاملة، العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه، ثم العلاقة ما بين المنيب والمناب، وأخيراً العلاقة ما بين المناب لديه والمناب.

٥١٨ - العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه: لما كانت الإجابة الكاملة هي كما قدمنا تجديد بتغيير المدين لالتزام المنيب قبل المناب لديه، فإن التجديد يقضى هذا الالتزام، فتبرا 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 عندما تشترط «ألا يكون المناب معسراً وقت الإجابة». 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 الإجابة الكاملة، فقد جعل القانون للدائن - المناب لديه - حق الرجوع على المدين - المنيب - إذا كان المدين الجديد - المناب - معسراً وقت الإجابة، وذلك دون حاجة إلى اشتراط ذلك عند الإجابة. فقد افترض القانون أن هذه هي نية ذوى الشأن، وأن المناب لديه لم يقبل الإجابة مع التجديد، وما يستتبع ذلك من براءة ذمة المنيب، إلا وهو حاسب أن المناب موسر وقت الإجابة على الأقل. فإذا تبين أنه كان معسراً في هذا الوقت، رجع المناب لديه على المنيب، ولكن لا بدعوى ضمان، بل بدعوى الدين الأصلي. ذلك أن المناب لديه وقع في غلط جوهري، عندما رضى بالإجابة حاسباً أن المناب غير معسر. فإذا ما أبطل الإجابة للغلط، رجع الالتزام الأصلي الذي كان له في ذمة المنيب بما كان يكفله من تأمينات (١).

= م ٤٠٧ (مطابقة للمادة ٣٦١ من التقنين المدني المصري).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٢٧: إذا كان قصد المتعاقدين إبدال الموجب أو الموجبات السابقة بموجب جديد (تفويض كامل) فتبراً في الحالة ذمة المفوض تجاه المفوض لديه، على شرط أن يكون الالتزام الجديد الذي التزمه المفوض إليه صحيحاً وأن يكون المفوض إليه مليئاً عند التفويض. (وهذا الحكم متفق مع حكم التقنين المدني المصري. ولا مقابل في التقنين اللبناني للمادة ٣٦١ من التقنين المصري، فهل يمكن العمل بحكم هذه المادة في لبنان واعتبار التزام المفوض إليه تجاه المفوض لديه التزاماً مجرداً، بالرغم من انعدام النص على ذلك؟).

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٤ - بلانويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٧ - وعلى المناب لديه أن يثبت إعسار المناب حتى يستطيع الرجوع على المنيب (بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٤٨).

ويذهب بعض الفقهاء إلى التمييز بين الإجابة الكاملة حيث يرجع المناب لديه على المنيب بدعوى =

٥١٩- العلاقة ما بين المنيب والمناب: قد لا تكون هناك مديونية سابقة ما بين المنيب والمناب كما قدمنا. فعند ذلك، وبعد أن أصبح المناب مديوناً للمناب لديه، يستطيع الرجوع على المنيب بدعوى شخصية، هي دعوى الوكالة إن كانت الإنابة بتفويض من المنيب، أو هي دعوى الفضالة، أو في 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 مديوناً للمنيب، فالغالب أن يكون قد قصد من قبوله الإنابة أن يجدد الدين الذي في ذمته 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 نشأ 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 الذي في ذمة المناب للمنيب، فينقضى هذا الدين عن طريق المقاصة إن كان لا ينقضى عن طريق التجديد.

٥٢٠- العلاقة ما بين المناب لديه والمناب: رأينا أن التجديد بتغيير المدين الذى تضمنته الإنابة الكاملة قد نشأ التزاماً جديداً في ذمة المناب للمنيب لديه، حل محل الالتزام الأصلي الذى كان في ذمة المنيب للمنيب لديه والذي انقضى بالتجديد. ومن ثم يكون للمناب

=الدين الأصلي إذا كان المناب معسراً وقت الإنابة وذلك عن طريق إبطال الإنابة للغلط، وبين التجديد بتغيير المدين إذا اشترط الدائن على المدين الأصلي يسار المدين الجديد وقت التجديد حيث يرجع الدائن على المدين الأصلي بدعوى الضمان لا بدعوى الدين الأصلي إذا كان المدين الجديد معسراً وقت التجديد (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٥٤ ص ٣٨٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٨٣٠ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٢). ويرى الأساتذة بلانيول وريبير وردوان أنه يمكن اعتبار التجديد بتغيير المدين المشروط فيه يسار المدين الجديد معلقاً على شرط هذا اليسار. فإذا تخلف هذا الشرط، وتبين أن المدين الجديد كان معسراً وقت التجديد، انفسخ التجديد، ورجع الدائن على المدين الأصلي بدعوى الدين الأصلي لا بدعوى الضمان، فلا يكون هناك محل للتمييز بين الإنابة الكاملة والتجديد بتغيير المدين المشروط فيه يسار المدين الجديد (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٧ ص ٦٨١ - ٦٨٢) وانظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٠.

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «ويقضى تجديد 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).

لديه حق الرجوع على المناب بهذا الالتزام الجديد. فإن وجده معسراً، وكان الإعسار قائماً وقت الإنابة، فقد رأينا أن التجديد يجوز إبطاله، فيرجع المناب لديه على المنيب بدعوى الدين الأصلي. أما إذا كان الإعسار قد حدث بعد الإنابة، تحمل المناب لديه تبعاً هذا الإعسار، ولا رجوع له على المنيب بسببه إلا إذا كان قد اشترط ذلك عليه في عقد الإنابة.

وعند رجوع المناب لديه على المناب بالالتزام الجديد، لا يستطيع الثانى أن يحتج على الأول بالدفع التى كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب فى الدين الذى للمنيب فى ذمة المناب، فإنه لا توجد علاقة بين هذا الدين وبين الالتزام الجديد الذى نشأ فى ذمة المناب للمنيب لديه. ويعتبر الالتزام الجديد التزاماً مجرداً (obligation abstraite) بالنسبة إلى الالتزام الذى فى ذمة المناب للمنيب. ولذلك رأينا المادة ٣٦١ مدنى تنص على أن «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». فإذا لم يجعل المناب، باتفاق واضح، التزامه نحو المناب لديه خاضعاً لالتزامه نحو المنيب، ولم يبين عند قبوله الإنابة أنه لم يرض بها إلا بسبب أنه مدين للمنيب وأنه إنما يقبض بهذا الدين عن طريق التزامه نحو المناب لديه، كان التزامه نحو المناب لديه منبث الصلة بالتزامه نحو المنيب. ويترتب على ذلك أنه يبقى ملتزماً نحو المناب لديه عن طريق التجديد، حتى لو ثبت أن التزامه نحو المنيب باطل لأى سبب من أسباب البطلان، أو أن هذا الالتزام قد انقضى لأى سبب من أسباب الانقضاء، أو أن هناك أى دفع آخر يمكن أن يدفع به هذا الالتزام^(١). ويجب عليه فى كل حال أن يقبض بالتزامه نحو المناب لديه، ثم إذا ثبت أن التزامه نحو المنيب لا وجود له لبطلانه أو لانقضائه أو لأى سبب آخر، رجع بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب على المنيب، كما كان يرجع لو لم يكن بين الاثنين مديونية سابقة^(٢).

(١) استئناف مخلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٥ - وهذا عن العلاقة ما بين الالتزام الجديد والالتزام الذى يكون فى ذمة المناب للمنيب. أما فيما بين الالتزام الجديد والالتزام الأصلى الذى كان فى ذمة المنيب للمنيب لديه، فالعلاقة وثيقة، فإن الأول قد حل محل الثانى عن طريق التجديد. ويكون انقضاء الالتزام الثانى متوقفاً على نشوء الالتزام الأول صحيحاً، كما أن نشوء الالتزام الأول متوقف على انقضاء الالتزام الثانى، وهذا هو الأمر فى شأن كل تجديد.

المطلب الثاني الإجابة القاصرة

٥٢١- النصوص القانونية: تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٦٠ من التقنين المدني على ما يأتي:

«ومع ذلك لا يفترض التجديد في الإجابة، فإذا 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 المبادئ ٢/٣٥٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢/٣٤٧ - وفي التقنين المدني العراقي المبادئ ٢/٤٠٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣/٣٢٦ (٣).

وقد قدمنا أن التجديد لا يفترض في الإجابة، فإذا لم يشترط أو قام شك في اشتراطها فالمفروض أن أطراف الإجابة لم يقصدوا تجديداً، بل قصدوا أن يضيف المناب لديه إلى المناب مدينه الأصلي مديناً جديداً هو المناب.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢/٤٩٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق للمصطلح عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٣٧٢ في المشروع النهائي.

ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٣٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦٢ - ص ٢٦٣).

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٢ - الأستاذ أحمد حشمت أبو شيت 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 المصري).

التقنين المدني العراقي م ٢/٤٠٦ (مطابقة للمادة ٢/٣٦٠ من التقنين المدني المصري: انظر حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٤٤ - فقرة ٣٤٥).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣/٣٢٦: وهذا التعامل لا يقدر تقديراً (ne présume pas) ولا يفرض إلى تجديد موجب سابق كان يربط المفوض بالمفوض إليه أو المفوض بالمفوض له.

يكن هناك نص خاص، فالموجب الجديد يندمج (vient se juxtaposer) بجانب النص السابقة (وهذا ما يسمى التفويض الناقص).

(وحكم التقنين اللبناني متفق مع حكم التقنين المصري).

فتناول هنا، كما تناولنا في الإجابة الكاملة، العلاقة ما بين المناب والمنا ب لديه، ثم العلاقة ما بين المناب والمناب، ثم العلاقة ما بين المناب لديه والمنا ب.

٥٢٢- العلاقة ما بين المناب والمناب لديه: في الإجابة القاصرة يبقى المناب مديناً للمناب لديه، ولا تبرأ ذمته إلا إذا وفي المناب الالتزام الجديد الذي في ذمته للمناب لديه، أو إلا إذا وفي المناب نفسه للمناب لديه الدين الأصلي الذي في ذمته. وبمجرد أن يقوم أحدهما - المناب أو المناب - بالوفاء للمناب لديه، تبرأ ذمة الآخر. وللمناب لديه أن يرجع على المناب بالدين الأصلي بما يكفله من تأمينات (١) قبل أن يرجع على المناب، كما أن له أن يرجع على المناب بالالتزام الجديد قبل أن يرجع على المناب، فليس يلتزم في الرجوع على أيهما بترتيب معين.

٥٢٣- العلاقة ما بين المناب والمناب: إذا لم تكن هناك مديونية سابقة بينهما، وقد أصبح المناب مديناً للمناب لديه، فانه إذا وفاه هذا الدين قبل أن يوفيه المناب الدين الأصلي، كان للمناب حق الرجوع على المناب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال، ما لم يكن متبرعاً فلا يرجع بشئ.

أما إذا كان المناب مديناً للمناب، فيجوز أن يكون قد قصد تجديد هذا الدين عن طريق التزامه نحو المناب لديه، فينقضي التزامه نحو المناب في مقابل الالتزام الذي نشأ في ذمته للمناب لديه، ويكون هذا تجديداً بتغيير الدائن. فإذا ما وفي المناب الدين للمناب لديه، لم يرجع على المناب بشئ. أما إذا كان المناب هو الذي وفي الدين الأصلي للمناب لديه، فانه يرجع على المناب بما كان له من دين في ذمته، لأن ذمة المناب نحو المناب لديه تكون قد برئت بالوفاء الحاصل من المناب، فينفسخ التجديد، ويعود الدين الذي كان في ذمة المناب للمناب.

وقد لا يقصد المناب تجديد دينه قبل المناب، فيبقى هذا الدين قائماً في ذمته. ويرجع به عليه المناب، إذا كان هو الذي قام بالوفاء للمناب لديه. أما إذا كان المناب هو الذي قام بالوفاء للمناب لديه، كان له حق الرجوع على المناب. وقد تقع مقاصة - إذا توافرت شروطها - ما بين حق الرجوع هذا وبين الدين الذي في ذمة المناب للمناب.

٥٢٤- العلاقة ما بين المناب لديه والمناب: هذه هي السمة البارزة في الإجابة القاصرة، فان المناب يكون مديناً جديداً للمناب لديه، فيكون إذن للمناب لديه مدينان: مدينه الأصلي وهو المناب، والمدين الجديد وهو المناب. ويستطيع المناب لديه، كما رأينا، أن يرجع على

(١) بولانجيه في أنسيكلوبيدي داللو ز لفظ (délégation) فقرة ١٤.

أيهما دون أن يلتزم بترتيب معين، فإذا وفاء أحدهما برئت ذمة الاثنین معاً نحوه. ثم يرجع النائب على المنتيب. أو لا يرجع بحسب الأحوال، طبقاً للقواعد التي أسلفناها. ويترتب على ما قدمناه أنه إذا كان النائب مديناً للمنتيب. فالتزم نحو النائب لديه في مقابل الدين الذي في ذمته للمنتيب، اجتمعت ديون ثلاثة: دين المنتيب للمنتاب لديه، ودين المنتاب للمنتيب، ودين المنتاب للمنتاب لديه. فإذا قضى المنتاب الدين للمنتاب لديه، انقضت هذه الديون الثلاثة في وقت واحد^(١).

ويلاحظ أنه إذا كان للمنتاب لديه مدينان، فإن كل مدين منهما مصدر دينه مستقل عن مصدر دين الآخر: مصدر دين المنتيب هو مصدر الالتزام الأصلي، ومصدر دين المنتاب هو عقد الإناابة. ومن ثم لا يكون هناك تضامن بين المدينين^(٢). كذلك لا يعتبر المنتاب كفيلاً للمنتيب، فقد قدمنا أن للمنتاب لديه أن يرجع عليه أولاً وليس له أن يدفع بحق التجريد^(٣)(١).

والدين الذي أنشأته الإناابة في ذمة المنتاب للمنتاب لديه هو دين مجرد (obligation obstraitة)، لا يتأثر بالدين الذي يكون في ذمة المنتاب للمنتيب، شأن الإناابة القاصرة في ذلك هو شأن الإناابة الكاملة فيما قدمناه. فإذا كان الدين الذي في ذمة المنتاب للمنتيب باطلاً، أو كان قد انقضى، أو كان يصح أن يدفع بأى دفع آخر، فليس لأي شيء من هذا أثر في الدين الذي في ذمة المنتاب للمنتاب لديه^(١). ذلك أن المنتاب لديه عندما اتخذ المنتاب مديناً جديداً إلى جانب مدينه الأصلي لم يدخل في اعتباره أن هذه المديونية الجديدة لها أية صلة بالمديونية ما بين المنتاب والمنتيب. وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في الإناابة الكاملة، وأوردنا نص المادة ٣٦١ مدني التي تقضي بأن «يكون التزام المنتاب قبل المنتاب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنتيب باطلاً، أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع، ولا يبقى للمنتاب إلا حق الرجوع على المنتيب، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره». وهذا النص يسرى على الإناابة القاصرة كما يسرى على الإناابة الكاملة، فهو لا يميز في عموم عباراته بين هاتين صورتين^(٢). وإذا وفي المنتاب الدين للمنتاب لديه،

يرجع أولاً على المنتاب، فإن لم يدفع الدين في الحال رجع المنتاب لديه فوراً على المنتيب دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات أخرى. ويكون شأن الإناابة القاصرة في المسائل المدنية هو شأن الكمبيالة في المسائل التجارية، ففي الكمبيالة إذا لم يستوف صاحبها حقه من المسحوب عليه رجع فوراً على الساحب (بيدان ولاجار د ٩ فقرة ١٠٢٤ - ص ١٠٥ - وانظر أيضاً في هذا المعنى بولانجيه في أنسيكلويدي داللوذ ٢ لفظ déléation فقرة ١٥ - بلانبول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٣٢).

(١) على أنه قد تنتقل التأمينات التي كانت لدين المنتيب في ذمة المنتاب عند رجوع المنتاب لديه على المنتاب إذا كانت هذه هي نية أصحاب الشأن، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا أناب بائع العقار المشتري في الوفاء بدين على البائع بما على المشتري من الثمن وكانت هذه الإناابة شرطاً في البيع، انتقل للمنتاب لديه حق امتياز البائع على العقار وهو في يد المشتري (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٢).

(٢) ومن الحق أن يرجع المنتاب، دون أن يعتمد بالمديونية بين المنتاب والمنتيب. فهو في الإناابة القاصرة قد ضم المنتاب مديناً إلى جانب المنتيب لقاء مزية أولاًها، كأن يكون قد مد في أجل الدين. وهو في الإناابة الكاملة قد أبرأ ذمة المنتيب وجعل مكانه المنتاب مديناً، فلا يجوز بعد أن فقد حق الرجوع على المنتيب ألا يستطيع الرجوع بعد ذلك على المنتاب (بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٤ - وانظر أيضاً بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٥٦ - وانظر استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ - ومع ذلك أنظر في أن المنتاب يستطيع أن يحتج على المنتاب لديه بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنتيب وذلك في الإناابة القاصرة دون الإناابة الكاملة: استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١).

وإذا كان المنتاب مديناً للمنتيب وقبل الإناابة فأصبح مديناً للمنتاب لديه، فإن مركزه يختلف في الإناابة عنه في حوالة الحق فيما إذا كان المنتيب، بدلا من اللجوء إلى الإناابة، عمد إلى حوالة الحق الذي له في ذمة المنتاب إلى دائن جديد. فتختلف عندئذ حوالة الحق عن الإناابة من الوجه الآتية: (١) من =

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «أما إذا بقي المنتيب ملزماً بالدين قبل المنتاب له رغم الإناابة، فيكون للدائن مدينان عوضاً عن مدين واحد، وهذا هو القرض الغالب لأن التجديد لا يفترض في الإناابة. فلو فرض في هذه الحالة أن كان للمنتيب دين سابق في ذمة المنتاب، استتمعت الإناابة وجود دين ثالث يترتب للمنتاب لديه في ذمة المنتاب ويضم إلى الدينين الأولين، وهما دين المنتاب له قبل المنتيب ودين المنتيب قبل المنتاب، فإذا قام المنتاب بقضاء حق المنتاب له، انقضت هذه الديون الثلاثة. وإذا تخلف عن الوفاء، كان للمنتاب له أن يرجع على المنتيب والمنتاب، دون أن يكونا متضامنين. فإن وفاء الأول كان لهذا أن يرجع يدينه على المنتاب، وإن انتصف من الثاني انقضت الديون الثلاثة كما تقدم بيان ذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥).

(١) الإناابة القاصرة ينضم بمقتضاها مدين جديد إلى المدين الأصلي ولا تبرأ بها ذمة المدين إذا وفي أحدهما الدين، للدائن أن يرجع على أيهما بكل الدين دون أن يدفع بحق التجريد. (جلسة ١٩٦٢/٤/٢٨ الطعن ٢٦٢ لسنة ٢٦ ق السنة ١٣ ص ٥٢٨)

(٢) 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 بالتضام (in solidum) لا بالتضامن (انظر أيضاً فقرة ١٧٧ - وقارن بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٨ - ص ٦٨٢ هامش رقم ١).

(٣) فالإناابة 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، فيأتي بمدينته آخر إلى جانبه يستطيع الدائن أن يرجع عليه أولاً إذا شاء. وهذا من شأنه أن يبعث الاطمئنان إلى المدين، وأن يمكن المدين من استخدام ما عسى أن يكون له من دين في ذمة المنتاب ليكون أداة الضمان يوثق بها دينه نحو دائته (انظر في هذا المعنى بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٨ ص ٦٨٢ هامش رقم ١ - وانظر أيضاً بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٥٢ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٥٤). ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى أن تفسير النية المعقولة لأطراف الإناابة يؤدي إلى القول بأن المنتاب لديه

الفصل الثالث

المقاصة*

Compensation

٥٢٥- المقاصة أداة وفاء وأداة ضمان: إذا أصبح المدين دائماً لدائمه، وكان محل كل من الدينين المتقابلين - ما في ذمة المدين للدائنين وما في ذمة الدائنين للمدين - نقوداً أو

= و٩٧ بالنسبة إلى الإنابة الكاملة - وانظر أيضاً الأستاذ محمود أبو عافية في التصرف القانوني المجرى (النسخة العربية) فقرة ٦١ ص ٢٢٠- ص ٢٢١ (ويذهب إلى حد أنه إذا قام المنيب بوفاء الدين بعد الإنابة، لم تبرأ ذمة المناب ولا يجوز له أن يحتج على المناب لديه بهذا الوفاء).

والقضاء المختلط قد اضطرد في المعنى الذي نقول به، فقد قضى: (أولاً) بأنه لا يجوز للمتاب أن يحتج على المناب لديه بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب، فهنا يكون التزام المناب مجرداً (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 للمتاب أن يحتج على المناب لديه بالدفع التي تكون للمنيب في مواجهة المناب لديه، فهنا لا يكون التزام المناب مجرداً (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 التمهيدي قد ورد فيها ما يفيد عدم جواز احتجاج المناب على المناب لديه بالدفع التي للمنيب في مواجهة المناب لديه، فقد جاء فيها ما يأتي: «يبد أن الفكرة الجوهرية في الإنابة هي أن تعهد المناب قبل المناب له تعهد مجرد. وأهم ما يتفرع على هذه الفكرة من الناحية العملية عدم جواز احتجاج المناب على المناب له (وردت المناب خطأً في المذكرة الإيضاحية) بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المنيب، أو بالدفع التي كان للمنيب أن يتمسك بها قبل المناب له (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٥). ونرى عدم التقيد بما جاء في المذكرة الإيضاحية في هذه المسألة.

(* صراجع: جوسلان (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 - نيكه (Nicket) مفعول المقاصة (Du jeu de la compensation) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٤ - نستيانى (Nestianu) في المقاصة في القانون المدني الألماني رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - لير (Iair) في المقاصة والدعوى الفرعية في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم والحديث باريس سنة ١٨٦٢ - ألبير ديجاردن (Albert Desjardins) في المقاصة والدعوى الفرعية في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم والحديث باريس سنة ١٨٦٤.

وكان التزامه هو نحو المنيب باطلاً أو كان قد 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 المناب لديه، وعندئذ يسقط التزامه نحو المناب لديه إذا تبين أن التزامه نحو المنيب كان باطلاً أو كان قد انقضى أو كان يمكن دفعه بأي دفع آخر (١).

وإذا كان الدين الذي للمتاب لديه على المناب لا يتأثر بالدين الذي للمنيب على المناب، فانه على التقيض من ذلك يتأثر بالدين الذي للمتاب لديه على المنيب، إذ أن محل الدينين محل واحد كما قدمنا، فالدفع التي يمكن أن يدفع بها أحدهما يدفع بها الآخر، ذلك أن المناب لما اتخذ مدينين، المنيب والمناب، لم يقصد أن يضعف الدين الذي له، ولا وجه لهذه المضاعفة. بل هو قصد أن يتقاضى الدين الذي له من أى المدينين، فإذا تقاضاه من أحدهما برئت ذمة الآخر. فالدينان متصلان أحدهما بالآخر أوثق الاتصال، وإذا كان الدين الذي للمتاب لديه على المنيب باطلاً أو قابلاً للإبطال أو كان يمكن أن يدفع بأي دفع آخر، جاز للمتاب في الدين الآخر الذي في ذمته للمتاب لديه أن يدفع رجوع هذا عليه بكل هذه الدفع (٢).

= حيث الانعقاد: لا تقتضى الحوالة رضاء المدين، وتقتضى الإنابة رضاء المناب. (٢) من حيث النفاذ: تقتضى الحوالة إعلان المدين أو قبوله، ولا تقتضى الإنابة إعلان المناب إذا هو رضى بالإنابة فلا حاجة إلى إعلانه بها. (٣) من حيث الآثار: في الحوالة ينتقل إلى الدائن الجديد نفس الحق بصفاته وأميناته ودفعه، وفي الإنابة يترتب للمتاب 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 فعلى التقيض من ذلك يستطيع المدين أن يحتج على المحال له بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها على الدائن الأصلي.

(١) الأستاذ أسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٧٩ ص ٣٥٩.

(٢) أنظر في هذا المعنى فيما يتعلق بالإنابة الكاملة كايبتان في السبب فقرة ١٧٩ ص ٣٩٨ هامش رقم ٢ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٢ - وفي القانون الألماني يميز الفقهاء، في الإنابة الكاملة والإنابة القاصرة على حد سواء، بين ما إذا كان المناب قد التزم نحو المناب لديه التزاماً مجرداً فعند ذلك لا يستطيع أن يحتج عليه بالدفع التي كان يستطيع المنيب أن يحتج بها، أو التزم التزاماً غير مجرد وعندئذ يستطيع أن يحتج بهذه الدفع (كايبتان في السبب فقرة ١٨٣ ص ٤٠٩ هامش رقم ٣). وغنى عن البيان أن المناب، في التقنين المصري، لا يلتزم نحو المناب لديه التزاماً مجرداً إلا فيما يتعلق بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب (م ٣٦١ مدني)، أما الدفع التي كان المنيب يستطيع أن يحتج بها على المناب لديه فلا يوجد نص يجعل التزام المناب فيها مجرداً.

انظر عكس هذا الرأي - أى لا يجوز للمتاب أن يحتج على المناب لديه بالدفع التي تكون للمنيب في مواجهة المناب لديه - الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٩٤ - ص ٩٥ بالنسبة إلى الإنابة القاصرة =

مثلثات 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 شروط 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 الآخر. وبذلك يقتصد المدين من نفقات الوفاء، ولا يتجشم عناء إخراج النقود أو غيرها من المثليات 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 التجارة، يقوم على أساسين، المقاصة ثم التجديد. فنقع المقاصة أولاً بين الحساب الدائن والحساب المدين، ثم يتخلف عن المقاصة رصيد هو الذى يقع في 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 (٣).

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى: «ويتفرع على ذلك أن المقاصة تنطوى على معينين: أولهما معنى الوفاء، فكل من الدينين يقاس وفاء بالدين الآخر. والثانى معنى الضمان، لأن من يتمسك بها، لتلاقي ما يجب في ذمته بما يجب له في ذمة هذا الدائن من حيث القصاص، يضمن استيفاء دينه مقدماً على سائر الدائنين. وقد تغالت التقنيات الجرمانية في أعمال فكرة الضمان هذه، فقضت المادة ١٢٣ من تقنين الالتزامات السويسرى مثلاً بأن للدائنين عند إفلاس المدين أن يقاصوا ديونهم، ولو لم تكن مستحقة الأداء، فيما يجب في ذمتهم من ديون للمقاسم. 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 الجرمانية 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 هامش رقم ٣ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٧٦.

(٢) بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨١.

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٣ - بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨١.

وأما أن المقاصة أداة ضمان، فذلك ظاهر أيضاً من أن الدائن الذى يستوفى حقه من الدين في ذمته لمدينه إنما يختص بهذا الدين الذى في ذمته دون غيره من دائنى المدين، فيستوفى حقه منه متقدماً عليهم جميعاً. وهو، وإن كان دائماً عادياً، في حكم الدائن المرتهن أو الدائن ذى حق الامتياز، والدين الذى في ذمته فى حكم المال المرهون المخصص لوفاء حقه. ومن ثم تكون المقاصة من شأنها أن تقدم للدائن تأميناً، فهى من هذا الوجه أداة ضمان (١).

٥٢٦ - المقاصة والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس: والمقاصة، كأداة للضمان على الوجه الذى بيناه، تقرب في مهمتها من نظامين قانونيين آخرين، هما الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس. فقد رأينا أن أى طرف فى العقد الملزم للجانبين له أن يمتنع عن تنفيذ ما عليه من التزام حتى يستوفى ما له من حق مقابل، ورأينا كذلك أن الدائن له أن يحبس تحت يده ما لمدينه عنده حتى يستوفى حقاً مرتبطاً بالشئ المحبوس. ففي هاتين الحالتين وضع القانون تحت تصرف الدائن أداة ضمان تكفل له الوفاء بحقه، فيمتنع عن تنفيذ التزامه أو يحبس ما تحت يده. والمقاصة تؤدي نفس الغرض، فالدائن لا يدفع الدين الذى عليه استيفاء للحق الذى له. بل إن المقاصة تصل إلى مدى أبعد في 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 فيه ذمة دائته (٢). وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام في الدفع بعدم التنفيذ فى الجزء الأول من الوسيط، وفى الحق في الحبس فى الجزء الثانى.

٥٢٧ - منشأ المقاصة فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى 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 فى القانون الرومانى، فقد كان كلاهما يقوم على الدفع بالغش (exception de doli).

فقد رأينا عند الكلام فى الحق فى الحبس (٣) أن منشأ هذا الحق يرجع إلى عهد القانون الرومانى، فقد كان الحائز لعين غير مملوكة له وهو يعتقد أنها ملكه، إذا أنفق مالا فى حفظها أو فى تحسينها، وأراد المالك أن يسترد العين، أعطى البريطور الرومانى للحائز دفعاً

(١) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٤ - فقرة ١٠٣٥ - دى باج ٣ فقرة ٦١٧ - الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٣.

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٢ ص ١٣١ - ص ١٣٢ - بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٠.

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٣٦.

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 ضمناً 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 هو مبدأ وحدة الدعوى. فالدعوى الواحدة كانت لا تتضمن إلا طلباً واحداً، وكان لا يجوز دفعها إلا بنعم أو لا، أى بالإقرار أو الإنكار. فإذا طالب الدائن مدينه بالدين، وأراد المدين أن يدفع الطلب بالمقاصة في دين له في ذمة المدين، امتنع ذلك عليه، لأنه لا بد أن يجيب أولاً بأن الدين الذى يطالب به الدائن هو في ذمته حقاً، ولا يستطيع أن يضيف إلى هذه الإجابة أن له أيضاً ديناً في ذمة الدائن، وقعت به المقاصة. فكان يحكم عليه أولاً بالدين الذى لدائه في ذمته، وله بعد ذلك أن يرفع دعوى مستقلة على دائته يطالبه فيها بالدين الذى له في ذمته. ولا يجوز أن يتقدم بهذه الدعوى كدعوى فرعية في الدعوى الأولى التى رفعها الدائن، لأن مبدأ وحدة الدعوى كان يحول دون ذلك. ثم أقر القانون الروماني بعد ذلك استثناءات معينة من هذا المبدأ، وانتهى الأمر إلى وضع قاعدة عامة هي إعطاء المدين الذى له دين في ذمة دائته دفعاً بالغش (exceptio doli) يدفع به دعوى الدائن إذا لم يجز المقاصة بين ما له وما عليه، فكان المدين يتمكن بذلك من إجبار دائته على إجراء المقاصة. ونرى من ذلك أن هناك أصلاً مشتركاً بين المقاصة والحق في الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد هو الدفع بالغش. ثم تطور القانون الروماني، وفي 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 للقاضي ألا يحكم بها إذا رأى أن البت في المقابل يستغرق وقتاً طويلاً وإجراءات معقدة. وإنما أريد بذلك أن التمسك بالمقاصة لم يعد يقتضى الدفع بالغش (١).

وانتقلت المقاصة إلى القانون الفرنسي القديم بعد تطور بطيء طويل المدى، وكانت المقاصة قضائية في بعض الجهات وقانونية في الجهات الأخرى. ثم تغلبت المقاصة القانونية التى تتم بمجرد تلاقى الدينين دون حاجة إلى حكم قضائي بل ودون علم الطرفين

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٤ ص ١٣٦ - ١٣٧.

بوقوعها (١)، وذلك أخذاً بتفسير خاطئ للقانون الروماني في عهد جوستينيان حيث وردت عبارة (ipso jure) كما قدمنا.

ومن القانون الفرنسي القديم انتقلت المقاصة القانونية على الوجه الذى بيناه إلى التقنين المدني الفرنسي، نتيجة لهذا الفهم الخاطئ للقانون الروماني (٢).

٥٢٨ - المقاصة في التقنيات اللاتينية 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 ويحكم القانون. ولا يملك القانون 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 طاللت 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 (٣) والتقنين الألماني (٤)

(١) بوتيه في الالتزامات فقرة ٦٣٥.
(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٤ ص ١٤٣ - دى باج ٣ فقرة ٦١٦.
(٢) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣٨ من تقنين الالتزامات السويسرى على ما يأتي: «لا تقع المقاصة إلا إذا أعلن المدين للدائن نيته في التمسك بها، فينقضى الدينان عندئذ بمقدار الأقل منهما ومن اللحظة التى كان فيها الدينان صالحين للمقاصة».
(٤) وقد نصت المادة ٣٨٧ من التقنين المدني الألماني على ما يأتي: «إذا كان شخصان مدنيين، 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 يؤدي الحق الذى عليه». ونصت المادة ٢٨٨ على ما يأتي: «تتم المقاصة بإعلان عن الإرادة بوجه للطرف الآخر» ولا تصح إذا علق على شرط أو =

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 بإعلان 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 بإعلان 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 التي يتلاقيان فيها، في حدود ما يتعادل من مقدار كل دين^(٣). ويتبين من ذلك أن المقاصة القانونية في التقنينات اللاتينية تختلف عن المقاصة في التقنينات 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

=أضيفت إلى أجل. ونصت المادة ٣٨٩ 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 يقترن بأجل. ٢- والإعلان عن الإرادة المذكور في الفقرة السابقة يستند إلى الوقت الذي كان فيه الدينان صالحين للمقاصة على وجه التقابل».

(٢) انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٨٨.

(٣) وهذا هو النص في أصله الفرنسي: 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 où elles se trouvent exister à fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

تمت قبل ذلك. وإنما هو يتمسك بواقعة ترتب عليها أثرها، كما لو كان يتمسك بالوفاء أو بأي سبب آخر من أسباب انقضاء الالتزام^(١). أما المقاصة في التقنينات 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 القاضي أن يجريها بنفسه، ويتقاضى كل من الطرفين الدين الذي 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 التقنينات الجرمانية إجراء لا بد منه في المقاصة وله أثره البالغ. ذلك أنه يجب، في التقنينات 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 الرجعي 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 متوافرة فيهما شروط المقاصة، وهو يجهل ذلك. ففي النظام الجرمانى، إذا كان هذا الدفع سابقاً على إعلان الإرادة، لم يجز 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 الجرمانى. وهذا ما لم يكن قد نزل عن المقاصة، فله في هذه الحالة أن يطالب الطرف الآخر بالدين الذي له^(٢).

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

(١) وهذا ما كان يقوله بوتيه في عهد القانون الفرنسي القديم: بوتيه في الالتزامات فقرة ٦٣٥.

(٢) انظر المادة ١٢٩٩ من التقنين المدني الفرنسي. وانظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٨٧ وم ٣٨٩ فقرة ثانية.

التقنيات اللاتينية، فإنه 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 وقوع المقاصة إذا كان الحق الذي تم تقادمه لم يكن قد انقضى بالتقادم وقت إن كانت المقاصة ممكنة بينه وبين الحق الآخر»^(١). وقد أورد التقنين المدني المصري 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 المصري الجديد يتفق مع منطق هذا التقنين، فقد أخذ بالمقاصة القانونية المعروفة في التقنينات اللاتينية كما سنرى.

رابعاً- لما كانت المقاصة في التقنينات الجرمانية لا تقع إلا بإعلان الإرادة، وجب أن يكون من أعلن إرادته في إجراء المقاصة أهلاً لوفاء الدين ولاستيفائه، 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 أي من الطرفين، بل تقع المقاصة بحكم القانون في دينين متقابلين، حتى لو كان كل من المدينين غير مميز^(٢).

خامساً- في حوالة الدين، هل يجوز للمدين الجديد أن يتمسك بمقاصة بين الدائن والمدين القديم؟ إذا أخذنا بالنظرية الجرمانية، لم يجز ذلك، لأن المقاصة لا تتم إلا بإعلان 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

(١) انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٨٩ فقرة ثانية. ويعلل الفقه الألماني هذا الخروج على منطق التقنين الألماني باعتبار عملية، فإن الدائن الذي يصبح مديناً لمدينه يعتبر نفسه عادة قد استوفى حقه، فلا يعنيه بعد ذلك أن يقطع سريان التقادم بالنسبة إلى حقه ما دام قد استوفاه. فإذا سقط حقه بالتقادم قبل أن يعلن إرادته في إجراء المقاصة، لم يعامل بمقتضى منطق القانون فيضيع عليه حقه ويجبر على الوفاء بدينه، بل يعامل بمقتضى التصرف المألوف بين الناس فيعزل في سكوتة عن قطع التقادم قبل إعلانه إرادته في إجراء المقاصة (التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٩٠ فقرة رابعة).

(٢) لوران ١٨ فقرة ٢٨٢ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٤٩ ص ١٢١ - دي باج ٣ فقرة ١٨٨ ص ٥٩٣.

نصت عليه صراحة المادة ٤١٧ من التقنين المدني الألماني، إذ تقول: «لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بمقاصة مع حق للمدين السابق»^(١). أما إذا أخذنا بالنظرية اللاتينية، وجب القول بأن المقاصة قد وقعت بين دين المدين القديم ودين الدائن منذ تلاقيهما، فالدين يكون إذن قد انقضى بالمقاصة قبل حوالة، وللمدين الجديد أن يتمسك بهذه المقاصة قبل الدائن^(٢).

هذا وقد اختار التقنين المدني المصري في المقاصة النظام اللاتيني، جرياً على تقاليد، 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 ينتفى عن المقاصة أنها من النظام العام، فلا يصح للقاضي أن يقضى بها من تلقاء نفسه، بل لا بد أن يتمسك بها ذو المصلحة فيها.

(١) وهذا بخلاف حوالة الحق في التقنين المدني الألماني، فقد نصت المادة ٤٠٦ من هذا التقنين على ما يأتي: «يجوز للمدين أيضاً أن يتمسك بنجاء 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 يحرمه من إعلان إرادته في إجراء المقاصة حتى بعد الحوالة. أما في حوالة الدين، فالمدينان القديم والجديد، باتفاقهما على الحوالة قبل إجراء المقاصة، قد جعلوا المقاصة مستحيلة باختيارهما (انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٤١٧ فقرة ٢). انظر في هذه المسألة المادة ٣٦٨ من التقنين المدني المصري والمادة ١٢٩٥ من التقنين المدني الفرنسي. وانظر أيضاً فقرة ٢٣٥ في الهامش.

(٢) انظر أيضاً 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 انعقدت باتفاق بينهما، فإن هذا يدل على أن المدين القديم قد نزل عن المقاصة ولا يريد التمسك بها، فحول الدين الذي في ذمته إلى المدين الجديد ليطالب بالدين الذي له في ذمة الدائن.

هذا وما قدمناه من الفروق بين المقاصة 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 تقتضى ذلك، وتقتضيه فكرة الوفاء فكان شرطاً في القوانين اللاتينية. (٢) إذا أفلس أحد المدينين قبل وقوع المقاصة، امتنع وقوعها في القوانين اللاتينية، لأن وفاء ديون المفلس تتقيد بشروط وإجراءات تتعارض مع وقوع المقاصة. أما في القوانين الجرمانية فالإفلاس لا يحول دون وقوع المقاصة، بل إن فكرة الضمان تستدعي وقوع المقاصة عند الإفلاس أكثر ما تستدعيه في الأحوال الأخرى (انظر في ذلك كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٧٦).

المبحث الأول

شروط المقاصة

٥٣١- ما يدخل في الشروط وما لا يدخل - الديون التي لا تقع فيها 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 قضاءً، وأن يكونا خاليين من النزاع مستحقى الأداء.

ولا يشترط أن يتحد مكان الوفاء، كما لا يشترط اتخاذ 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

١- ما يدخل في الشروط

٥٣٢- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٦٢ من التقنين المدني على ما يأتي:

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

«٢- ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن»^(١).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٤٩٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا بعض فروق لفظية بسيطة. ووافقت لجنة المراجعة على النص مع تعديل لفظي طفيف، تحت رقم ٣٧٤ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب. وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت كلمة «النوع» بكلمة «الجنس» لأنها أخص من الجنس، وأصبح النص =

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 ما دام 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. فبدأً يبحثها، 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 فيصرف اللفظ إلى المقاصة القانونية - موضوعين رئيسيين:

(أولاً) الشروط الواجب توافرها حتى تقع المقاصة.

(ثانياً) كيف يكون إعمال 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 قاضياً بوجود التمسك بالمقاصة - إلا في مسائل تفصيلية أشارت إليها المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي 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 الدين بالتقادم لا يحول دون وقوع المقاصة ما دام 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.

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٥٦/١٩٢ و ٢٥٨/١٩٤ (١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٣٦٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٤٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٠٨ - ٤٠٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٢٨ - ٣٣٠ (٢).

= مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٨ و ص ٢٧٠).

(١) التقنين المدني السابق: ٢٥٦/١٩٢: المقاصة هي نوع من وفاء الدين يحصل حتماً بدون علم المتعاملين إذا كان كل منهما دائماً ومديناً للآخر.

م ٢٥٨/١٩٤: لا تقع المقاصة إلا إذا كان الدينان خاليين من النزاع ومستحقى 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 التقنين القديم والجديد، فيما عدا وجوب الأداء في مكان واحد فقد كان شرطاً في المقاصة في التقنين السابق، وهو في التقنين الجديد ليس بشرط كما سرى - 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 أبو ستيت ص ٢٦٥ هامش رقم ١).

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٣٦٠ (مطابقة للمادة ٣٦٢ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي م ٣٤٩ (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 وقوة وضعفاً، ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية. فإن كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً أو أحدهما قوياً والآخر ضعيفاً، فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضي المتدينين، سواء اتحد سببهما أو اختلف.

(والحكم متفق مع حكم التقنين المصري: أنظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني فقرة ٣٥١ - فقرة ٣٥٥).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٢٨: إذا وجد شخصان وكل منهما دائن ومديون للآخر، لكل واحد منهما أن يقاض الآخر بماله قبله على قدر المبلغ الأدنى من الدينين.

م ٣٢٩: لا تجرى المقاصة إلا بين الديون التي يكون موضوعها نقوداً أو أشياء ذات نوع واحد من المثليات.

م ٣٢٠: لا يدخل في المقاصة إلا الديون المحررة والمستحقة الأداء. على أن المهلة المنصوصة

ويخلص 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 مصدره، فيحسن جعل هذه الحالة ضمن شروط المقاصة، وانتزاعها من الحالات الأخرى التي ترجع إلى مصدر الدين لا إلى طبيعته.

ونبحث هذه الشروط الستة تباعاً.

٥٣٣ - الشرط الأول - التقابل ما بين الدينين: يجب لوقوع المقاصة أن يكون هناك دينان متقابلان (réciprouques)، أي أن يكون كل من طرفي المقاصة مديناً بشخصه للآخر وفي الوقت ذاته دائماً بشخصه له. فيتقابل الدينان، وينقضيان بالمقاصة (١). فإذا كان (أ) قد أقرض (ب) ألفاً، ثم اشترى منه سيارة بألف، وقعت المقاصة بين مبلغ القرض وثمان السيارة.

ويترتب على ذلك أنه لا يكون هناك محل للمقاصة إذا كان أحد الطرفين مديناً

= القاضى لا تحول دون المقاصة. وليس من الضرورة أن يكون الدينان واجبي الأداء في مكان واحد. على أن الأحوال التي تحول دون الإبقاء تحول مبدئياً دون المقاصة.

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري).

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٣.

(١) أ - من بين شروط تحقق المقاصة القانونية أن يكون الدينان متقابلين أي أن يكون كل من طرفيها دائماً ومديناً للآخر بذات الصفة.

(الطعن ٣٥٤ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٣ ص ٣٣ ص ١٢٣٩)

ب - للمدين طبقاً للمادة ٣٦٢ من القانون المدني حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن إذا كان كل من الدينين خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاء. فإذا كان الطاعن مديناً للمطعون ضدها بالثمن الذي قدره حكم الشفعة ودائناً لها في ذات الوقت بمقابل أتعاب المحاماة المحكوم له بها ابتدائياً واستثنائياً في دعوى الشفعة وكذا بمصروفات تلك الدعوى التي حصل على أمر نهائي بتقديرها قبل رفع الدعوى فإن المقاصة تكون قد وقعت بين هذين الدينين لتوافر شرائطها القانونية بقدر الأقل منهما.

(الطعن ٣٧ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٤/١٢/٣ ص ١٥ ص ١١٣٤)

للآخر بصفته الشخصية ودائماً له بصفته ولياً أو وصياً أو قيعماً 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 مديونيته تابعة لمديونية المدين، فإذا تخلص المدين من مديونيته عن طريق المقاصة تخلص الكفيل تبعاً لذلك^(٤). 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^(٥). ولا تجوز المقاصة في دين على الوقف لمدين المستحق فيه، ولا في دين على

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تجوز المقاصة في دين على الوصي شخصياً لمدين 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 الشركة (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 فقرة ١٨١١.

(٣) ولكن يجوز للكفيل إذا طالبه الدائن أن يتمسك بالمقاصة في دين له على الدائن، إذ هو يفي بالدين المكفول عن طريق المقاصة، ولكن المقاصة هنا اختيارية لا قانونية، فلا ينقض 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 فقرة ١٨١٤).

(٤) وقد نصت المادة ١٢٩٤ من التقنين 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.

(٥) قارب استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٢ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨١٩.

المستحق في الوقف لمدين الوقف^(١).

ومتى وجد دينان متقابلان لشخصين كلاهما دائن للآخر ومدين له، وقعت المقاصة بين هذين الدينين^(٢)، حتى لو كان أحد الطرفين أو كلاهما لم تتوافر فيه لا أهلية الوفاء ولا أهلية الاستيفاء^(٣). ذلك أن المقاصة واقعة مادية يرتب عليها القانون انقضاء الدينين.

(١) 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 للموكل 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 يقاصر الثمن بدين له في ذمة البائع (استئناف مختلط ٩ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٦). ولا مقاصة بين دين للدائن ودين لأجنبي على هذا الدائن (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦)، ولكن يستطيع الأجنبي أن يقبل حوالة الدين الذي للدائن برضاء هذا الدائن، فيصبح مديناً للدائن ودائماً له، فتقع المقاصة. ولا يستطيع الدائن الظاهر أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الظاهر الذي له على المدين ودين للمدين في ذمته (دي باج ٣ فقرة ٦٣١). وإذا لم يصبح المدين دائناً لدائنه إلا بعد أن حول دائنه الحق الذي له في ذمة المدين، لم يجز المقاصة بين الدينين، لأن المدين قد أصبح بالحوالة مديناً للمحال له ثم صار دائناً للدائن، فلا تقابل بين الدينين (بلائيول 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.

(٢) على أنه يلاحظ أن المقاصة لا تقع، حتى لو كان الدينان متقابلين، إذا تعلق بأحد الدينين حق للغير أقوى من حق الطرف الآخر. وسنرى ذلك في حالة حجز التحفظي (م ٣٦٧ مدني) وفي حالة قبول المدين لحوالة الحق (م ٣٦٨ مدني) فيما يأتي. ونذكر هنا، تطبيقاً للقاعدة السالفة الذكر، أنه إذا بيع مال المدين في المزاد وفاء لديونه، فرسا المزاد على أحد الدائنين، لم تقع المقاصة بين الدين الذي لهذا الدائن والثن الذي عليه، لأن الثمن قد تعلق به حقوق الدائنين الآخرين، فيجب أن يقسم بينهم قسمة الغرماء. وهذا ما لم يكن للدائن الراسي عليه المزاد رهن أو امتياز يجعله مقدماً على سائر الدائنين، فتقع المقاصة عندئذ بين الدين الذي له والثن الذي عليه، إذا لم يتعلق بالثن حق للدائنين أقوى من حقه، بل حقه هو الأقوى: انظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٢٨ - ٢٨ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ 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 ٣٢٢ - 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 - بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٤ ص ٦٨٨.

(٣) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٦ ص ٣٤٦ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٢١ - لوران ١٨ فقرة ٣٨٢ - بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٤٩ ص ١٢١ - دي باج ٣ فقرة ٦١٨ ص ٥٩٣.

ليست تصرفاً قانونياً يتطلب أهلية معينة كما هو الأمر في القوانين الجرمانية على ما قدمنا^(١).

٥٣٤- الشرط الثاني - التماثل 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 يستوفى حقه عن طريق المقاصة من نفس الشيء الواجب الأداء. فإذا كان لشخص على آخر مائة جنيه، وعليه مائة جنيه، فإنه بذلك يستطيع أن يستوفى المائة التي له بالمائة التي عليه. ولما كان المحلان متماثلين، فقد استوفى كل من الطرفين حقه من نفس الشيء الواجب الأداء. ومن ثم تقع المقاصة بين دينين محل كل منهما قطن من نوع الكرنك ومن مرتبة «جودفير»، أو قمح هندي من صنف متوسط، أو سيارات من ماركة بويك موديل سنة ١٩٥٧، وهكذا. وتصبح المقاصة كذلك في الأسهم والسندات وسائر الأوراق المالية، إذا كانت متماثلة^(٢).

ولا تجوز المقاصة في دينين محل أحدهما قطن من نوع الكرنك ومحل الآخر قطن من نوع الأشموني، ولا في دينين محل أحدهما قمح هندي ومحل الآخر قمح استرالي. ومن باب أولى لا تجوز المقاصة في دينين محل أحدهما قطن ومحل الآخر قمح، ولا في دينين محل أحدهما نقود ومحل الآخر قمح أو قطن، ولو كان سعر هذه المثليات محدداً في الأسواق أو في البورصات^(٣).

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)^(٤).

ولا تجوز المقاصة في دينين أحدهما بسيط والآخر تخييري أو بدلي، حتى لو كان أحد محلي الاختيار في الالتزام التخييري، أو كان المحل الأصلي أو البدلي في الالتزام البدلي، مماثلاً في النوع والجودة للمحل في الدين البسيط. ذلك لأنه إذا وقعت المقاصة

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٢٨.

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٥.

(٣) قارن الفقرة الثانية من المادة ١٢٩١ من التقنين المدني الفرنسي.

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٥.

هنا، حرم في الالتزام التخييري صاحب الاختيار من حق اختياره، أو حرم المدين في الالتزام البدلي من أن يؤدي الأصل أو البدل^(١).

٥٣٥- الشرط الثالث - صلاحية 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^(٢). ولا يصلح الدين الذي مضت

(١) بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٢٣ - فقرة ١٨٢٤ - أما إذا اختار صاحب الاختيار في الالتزام التخييري المحل الذي يؤديه، أو اختار المدين في الالتزام البدلي أن يؤدي الأصل أو أن يؤدي البدل، وكان المحل الذي وقع عليه الاختيار مماثلاً في النوع والجودة للمحل في الدين البسيط، فإن المقاصة يمكن وقوعها حيثئذ بين الدينين.

هذا ولا يمنع المقاصة أن يكون أحد الدينين أو كلاهما مصحوباً بشرط جزائي، فإن الشرط الجزائي لا يغير من محل الالتزام، بل هو مجرد تقدير للتعويض عند عدم الوفاء (بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٢٥).

(٢) 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 ما دامت 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 لا 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، ودمجه الفقه الفرنسي عادة في شرط استحقاق الدين للأداء، 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. فمن الفقهاء من يقول بصلاحيته (لارومبيير ٥ م ١٢٩١ فقرة ٢٥ - ديمولومب ٢٨ فقرة ٥٤٤ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٣٩ - دي باج ٣ فقرة ٦٢٦)، ومنهم من يقول بعدم صلاحيته (دلفنكور ٢ فقرة ٥٨١ - ديرانتون ١٢ فقرة ٤٠٨ - ماركادية ٤ فقرة ٨٢٦).

معنى الوفاء الإيجابى، ولا يجبر المدين على دفع دين متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار (١) (١).

أ- والدين لا يكون خالياً من النزاع إذا قامت فيه من المدين منازعة جدية. وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت المنازعة تعتبر جدية قائمة على أساس ليكون الدين متنازعاً فيه، أو هى مماحكة من المدين يريد بها وقف إجراء المقاصة وتقاضى الدين الذى له قبل الوفاء بالدين الذى عليه بزعم أن هذا الدين متنازع فيه (٢). وليس من الضرورى،

=مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٣-٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٦-١٦ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٠٢.

(١) وفى القوانين الجرمانية لا يشترط لإمكان وقوع المقاصة خلو الدين من النزاع، لأن المعتبر فى المقاصة فى هذه القوانين هو معنى التأمين أكثر من معنى الوفاء، ومعنى التأمين يبقى قائماً حتى لو كان الدين غير خال من النزاع. ويذكر سالى فى هذا الصدد أن الوفاء الفعلى بدين غير خال من النزاع هو الذى 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 أى حرج، وإذا تبين أن الدين غير موجود فليس فى ذلك ضرر على أحد، إذ أن شيئاً لم يدفع فيخشى من تعذر استرداده (سالى: بحث فى النظرية العامة للالتزام فى مشروع التقنين المدنى الألمانى فقرة ٦٥- وانظر رداً على ما يقوله سالى فى بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣١ ص ١٦٩).

(٢) ولا يعتبر الدين متنازعاً فيه حتى لو لم يقدم الدائن الدليل عليه فى الحال، ما دام يستطيع أن يقدم هذا الدليل فى وقت مناسب دون طویل إبطاء (لارومبيير ٥ م ١٢٩١ فقرة ١٥- ديملومب ٢٨ فقرة ٥١٧ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٢ ص ١٧٠- ص ١٧١). ولا يعتد بالنزاع إذا كان الأمر لا علاقة له بالمقاصة (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٩٣ ص ٩٩٨).

وإذا صدر حكم بالدين، وكان الحكم غير نهائى، بقى الدين متنازعاً فيه. فإذا أصبح الحكم نهائياً، صار الدين خالياً من النزاع. وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الدين الثابت بمقتضى حكم نهائى يكون خالياً من النزاع (١١ أكتوبر سنة ١٨٨٧ الحقوق ٢ ص ٣١٧). وقضت محكمة سوهاج بأنه لا تجوز مقاصة دين بحكم نهائى فى دين بحكم ابتدائى، لاحتمال إلغاء الحكم الابتدائى أو تعديله (١٨ مارس سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ١٠٠).

(١) أ- إذ كانت المقاصة القانونية - على ما تقضى به المادة ٣٦٢ من القانون المدنى - تستلزم فى الدين أن يكون خالياً من النزاع بأن يكون محققاً لاشك فى ثبوته فى ذمة المدين وأن يكون معلوم المقدار فإنه لا بد من اجتماع هذين الشرطين لأن المقاصة تتضمن معنى الوفاء الإيجابى ولا يجبر المدين على دفع دين متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار.

(الظمن ٣١٢ لسنة ٣٥ق- جلسة ١٩٦٩/٦/١٧ ص ٢٠ ص ١٩٩٦، جلسة ٧٣/٣/٣ ص ٢٤ ص ٣٧٢، جلسة ٧٧/٤/٦ ص ٢٨ ص ٩٣٦)

ب- إذ كانت المقاصة القانونية، وعلى ما تقضى به المادة ٢٦٢ من القانون المدنى تستلزم فى الدين أن يكون خالياً من النزاع مستحق الأداء أى محققاً لاشك فى ثبوته فى ذمة المدين ومعلوم المقدار، وكان لا بد من اجتماع الشرطين، لان المقاصة تتضمن معنى الوفاء الإيجابى ولا يجبر المدين على =

عليه مدة التقادم للمقاصة به فى دين آخر، حتى 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، لم يجوز المقاصة بين هذين الدينين، إذا كان المقصود بالدين الأقوى أن يكون أكثر توثيقاً أو أبعداً مدى ونفاذاً من ناحية الواقع لا من ناحية الطبيعة القانونية. فالمقاصة تقع بين دينين أحدهما أقوى من الآخر بهذا المعنى، ما دام الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء. فيقاسم 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 للحجز فان المقاصة تصبح غير ممكنة.

٥٣٦- الشرط الرابع - خلو الدينين من النزاع: ويجب، لوقوع المقاصة، أن يكون كل من الدينين خالياً من النزاع (liquide). والمراد بخلو الدين من النزاع أمران: (١) أن يكون هذا الدين محققاً لا شك فى ثبوته فى ذمة المدين. (ثانياً) أن يكون الدين معلوم المقدار.

ولا بد من اجتماع هذين الأمرين فى كل من الدينين (٢)، لأن المقاصة تتضمن

(١) أوروى ررو ٤ فقرة ٣٢٦ ص ٣٤٦- وتصح المقاصة فى دين قابل للإبطال أو قابل للفسخ - لم يبطل أو يفسخ - ولو فى دين غير قابل لذلك، ولا يرجع التفاوت فى القوة هنا إلى طبيعته فإذا ما أبطل الدين أو فسخ، انتقضت المقاصة واعتبرت كأنها لم تكن (استثنا مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٩ - وانظر أيضاً أوروى ررو ٤ فقرة ٣٢٦ ص ٣٤٣ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٨ وقرة ١٨٤٠).

(٢) نقض مدنى ١٥ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ - استئناف وطنى سنة ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ٤٠٩ - ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٥٤ -

حتى يكون الدين متنازعا فيه أن ترفع به دعوى أمام القضاء. بل يكفي أن تقوم في شأنه منازعة جدية ولو خارج القضاء.

وكل دين غير محقق الوجود يكون في حكم الدين المتنازع فيه، إذ يجمع بين الاثنين معنى الشك في 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 الإجماري كما قدمنا، ولا جبر في وفاء دين معلق على شرط واقف قبل أن يتحقق الشرط (١) (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 رجعي (٢).

ب- ولا يكفي أن يكون الدين محقق الوجود، بل يجب أيضاً أن يكون معلوم المقدار.

= دفع دين متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار وكان البين من الحكم المطعون فيه أن مورث المطعون ضدهم - البائع - نازع مورث الطاعنين - المشتري - في قيمة المدفوع له من الثمن - بمقتضى العقد الذي قضى بفسخه - وانكر عليه استحقاقه لفوائده ما دفعه كما نازعه في قيمة ما أجراه من اصلاحات وما اقامه من المباني وما أداه من أموال أميرية بما استوجب نذب خبير لتقدير ذلك. فإن مؤدى ذلك تخلف الشرطين الواجب توافرها لاجراء المقاصة القانونية.

(الطعن ٤٢٩ لسنة ٤٢ ق - جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ ص ٢٨ ص ٨٣٠)

ج- من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للمدين طبقاً لنص المادة ٣٦٢ من القانون المدني حتى المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن إذا كان كل من الدينين خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاء.

(الطعن ٩٦ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٤/١٢/١٦ ص ٣٥ ص ٢١٠٣)

د- مفاد نص المادة ٣٦٢ من القانون المدني أن وقوع المقاصة القانونية يستلزم اجتماع شرطين في الدين هما أن يكون خالياً من النزاع الجدي محققاً لاشك في ثبوته في ذمة المدين وأن يكون معلوم المقدار وتقدير وجه الجد في المنازعة من الأمور التي تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة النقض طالما أقامت قضاؤها على أسباب سائغة.

(الطعن ١٢٤٥ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٨٣/٦/٩ ص ٣٤ ص ١٣٩٨)

(١) بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٣٢ ص ١٦٩ - استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٢٦٦

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٣٥ في الهامش.

(١) لقاضي الموضوع بالنسبة للدين المتنازع فيه، أن يحدد مقدراً منه هو الحد الأدنى لما يعتبره **بائناً** في ذمة الدين ويقضى بالمقاصة في هذا المقدار.

(جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٧٢٠)

فالدين الذي لا يكون معلوم المقدار لا يصلح للمقاصة، ومن ثم لا يجوز للمضروب في عمل غير مشروع أن يقاص حقه في التعويض قبل تقديره في دين عليه للمستول (١). ولا يعتبر الدين معلوم المقدار إذا كان تعيين مقداره يتوقف على تسوية معقدة (٢)، أو على تقدير خبير، ولا يصبح معلوم المقدار إلا بعد إجراء التسوية أو بعد الحكم في تقدير الخبير (٣).

(١) ولكن إذا كان المستول نفسه هو الذي يتمسك بالمقاصة، فليس للمضروب أن يتمسك بعدم وقوعها بسبب عدم تقدير حقه (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١١٤٣). ولكن المقاصة هنا تكون اختيارية أو قضائية، ولا تكون مقاصة قانونية.

(٢) كما يقع أحياناً في تصفية شركة أو تصفية تركة أو تصفية حسابات الأوصياء (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٦ ص ٦٩١ وهامش رقم ٣).

(٣) وقضت محكمة استئناف مصر بأن المقاصة القانونية لا تكون إلا حيث يخلو المبلغان المتقاص بينهما من كل نزاع يتعلق بأصلهما وتصفيتهما (٢٢ يونيو سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ٩٦ ص ١٥). فلا يمكن عمل المقاصة بين دين ثابت بكمبيالة 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 ثابت 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 بعقد 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 بكمبيالة 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 أسهم 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 ٢٨١ - 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 =

ولكن إذا كان تعيين مقدار الدين إنما يتوقف على عملية عناصرها ثابتة لا بخلاف فيها، وهي بعد سهولة الأجراء، كأجرة عيادة الأطباء وكحساب جار محدد العناصر ولا ينقصه لتحديد الرصيد إلا عملية حسابية بسيطة، فإن الدين يعتبر معلوم المقدار وتصح فيه المقاصة (١).

وإذا كان تعيين مقدار الدين يتوقف على مسألة موضوعية، كان التعيين أمر واقع يترك

١٩٢٩ = ٤٢ م 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.

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمقاصة أجرة ثابتة في 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 للقاضي أن يحكم بالمقاصة في الجزء الثابت، ويستبقى الجزء الآخر حتى يتم تقديره. ويجوز للقاضي كذلك في الدين المتنازع فيه أن يحدد مقدراً منه هو الحد الأدنى لما يعتبره القاضي ثابتاً في ذمة المدين، ويقضى بالمقاصة في هذا المقدار مقاصة قانونية لا مقاصة قضائية، إذا لم ير ضرورة للانتظار حتى يفصل في الدين كله (أنظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٣ مكررة أولاً ص ١٧٣). وكان المشروع التمهيدى للتعنين المدني الجديد يتضمن نصاً يقرر هذا المبدأ، هو المادة ٥٠٠ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتي: «إذا كان الدين الذي طلبت المقاصة فيه غير خال من النزاع، وكان الفصل فيه ميسوراً، جاز للقاضي أن يجرى المقاصة فيما ثبت له وجوده من هذا الدين». وقد أقرت لجنة المراجعة هذه المادة، كما أقرها مجلس النواب، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفها لأنها تناولت نقطة تفصيلية يحسن تركها للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٨ في الهامش). وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في شأن هذه المادة ما يأتي: «فیراعى من ناحية أنه (المشروع) أجاز المقاصة ولو كان دين المدين متنازعا، وجعل للقاضي أن يجرىها فيما ثبت له وجوده من هذا الدين. ولا يعتبر هذا الإجراء صورة من صور المقاصة القضائية، لأن أثر التقاضي في هذه الحالة ينسحب إلى وقت تلاقى الدينين ولا يترتب من وقت صدور الحكم فحسب» (مجموع الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤).

وهناك طريقة يستطيع من كان له دين متنازع فيه أن يلجأ إليها إلى أن يفصل في النزاع بالمقاصة. وذلك أن يوقع حجزاً تحت يد نفسه بالدين الذي له وهو الدين المتنازع فيه على أن يقضى الدين تقديراً مؤقتاً. فإذا فصل في مقدار الدين في دعوى تثبيت الحجز، أصبح الدين من النزاع، ووقعت المقاصة. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا حجز المدين تحت يدين له على الدائن، فبمجرد تثبيت الحجز تقع المقاصة بين الدينين (استئناف مختلط ٢٨ مارس ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٠).

لتقدير قاضى الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض. أما إذا كان تعيين المقدار يتوقف على مسألة قانونية كمقدار نصيب الوارث فى التركة، فإن التعيين يكون من مسائل القانون ويخضع لرقابة محكمة النقض (١).

٥٣٧ - الشرط الخامس - استحقاق الدينين للأداء: ويجب، لوقوع المقاصة، أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء، لأن المقاصة وفاء إجبارى كما قدمنا، ولا يجبر المدين على الوفاء إلا عند استحقاق الدين (١).

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 أُجبر بذلك على الوفاء قبل حلول الأجل (٢). على أن نظرة الميسرة التى يمنحها القاضى للمدين، وهى أجل، لا تمنع من المقاصة كما قدمنا. إذ أن القاضى قد منحها للمدين نظراً له، على اعتبار أنه غير قادر على الوفاء بدينه فوراً، فإذا تبين أنه قادر على الدفع عن طريق

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٣ مكررة ثانياً.

(٢) وقد يكون للمدين الحق فى حبس الدين المستحق الأداء، فىكون الحبس بمثابة الأجل، ولا يكون الدين فى هذه الحالة مستحق الأداء، فلا يصلح للمقاصة. فإذا اشترى الدائن من مدينه عقاراً مرهوناً لغيره، كان من حقه أن يحبس الثمن ليوفى حق الدائن المرتهن. فلا يستطيع البائع للعقار أن يتمسك بالمقاصة بين هذا الثمن والدين الذى عليه للمشتري. ولكن المشتري يستطيع أن ينزل عن حقه فى حبس الثمن، وأن يتمسك هو بالمقاصة بين الثمن والدين الذى فى ذمة البائع، فإذا ما رجع الدائن المرتهن على العقار المرهون واستوفى حقه منه، رجع المشتري على البائع بالضمان. والقضاء الفرنسى يمنع، فى 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 الذى يقول به القضاء الفرنسى فى حالة ما إذا بيع مال المدين فى المزاد وفاء لديونه، فرسا المزاد على أحد الدائنين، فلا تقع المقاصة بين الدين الذى لهذا الدائن والثمن الذى عليه، لأن الثمن قد تعلق به حقوق الدائنين الآخرين، فيجب أن يقسم بينهم قسمة الغرماء (انظر آنفاً فقرة ٥٣٣ فى الهامش). ولكن المزاد الجبرى فى هذه الحالة الأخيرة قد طهر العقار من الرهون إن كان مرهوناً، وهو على كل حال جعل حقوق الدائنين تتعلق بالثمن الذى رسا به المزاد، فلم يعد الثمن بعد أن تعلقت به حقوق الغير صالحاً للمقاصة، أما فى بيع العقار المرهون بيعاً اختيارياً، فإن حق الدائن المرتهن لم يتعلق بالثمن، بل هو لا يزال متعلقاً بالعقار المرهون (انظر فى هذه المسألة بلاتيبول وريسير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٧ مكررة ثالثاً - لوران ١٨ فقرة ٤٢ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٤٨ - وقارن ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٣٥ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٦ هامش رقم ٣ - بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٣٩).

(١) المقاصة القانونية وعلى ما تقضى به المادة ٣٦٢ من القانون المدنى تستلزم فى الدين الذى يطلب التقاضى به ان يكون خالياً من النزاع أى محققاً لاشك فى ثبوته فى ذمة الدين ومعلوم المقدار وأن يكون مستحق الأداء.

(الطعن ٢١٠٧ لسنة ٥٢ق - جلسة ١٩٨٧/١٢/٧)

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 الميسرة الأجل الذى تبرع به الدائن، فهو أيضاً لا يمنع من وقوع المقاصة ولو قبل انقضائه، لنفس الأسباب التى قدمناها في نظرة الميسرة. 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».

فإذا كان الدين مضافاً إلى أجل، فإنه لا يصلح للمقاصة كما قدمنا، ولا بد من حلول الأجل متى يصبح صالحاً^(١). ويحل الأجل بانقضاء مدته، أو بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه. فإذا انقضت مدة الأجل، أو نزل عنه من له مصلحة فيه من الطرفين^(٢)، فقد أصبح الدين صالحاً للمقاصة^(٣).

ويحل الأجل أيضاً بسقوطه. ويسقط بشهر 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). فإذا سقط الأجل للسببين الأخيرين - ضعف التأمينات أو عدم تقديم التأمين الموعود به - فقد حل الدين وأصبح خالصاً للمقاصة. أما إذا سقط الأجل بسبب إفلاس المدين أو إعساره، فإن الدين يحل أيضاً، ولكنه لا يكون صالحاً للمقاصة. وذلك أن المدين بعد شهر إفلاسه أو إعساره يتمتع عليه الوفاء بديونه، والمقاصة ضرب من الوفاء، فلا تقع بعد الإفلاس أو الإعسار^(٤).

(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 (بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٦ ص ٦٩٣).

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٧٧.

(٣) فإذا كان على المستأجر أجرة لم تحل، استطاع أن ينزل عن الأجل وهو في مصلحته، 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 يحل جميع الأقساط إذا تأخر المدين في دفع قسط منها. فإذا حلت على هذا الوجه، أمكن للمدين أن يقاص بها ديناً في ذمته للمدين (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠).

(٤) ولا يكون الدين صالحاً للمقاصة بعد إيداع التاجر دفاتره للحصول على صلح واق (استئناف ٧ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٦). ولكن إذا كان الدينان المتقابلان كلاهما لا يقبل التجزئة في الحساب الجارى وفي حساب الوصى وفي الحساب ما بين الوكيل والموكل وفي أى حساب ما بين شخصين، فإن المقاصة تقع حتى بعد إفلاس أحد المدينين: استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٥٣٣ ص ١٠٨ - ١٠٩).

٥٣٨ - الشرط السادس - قابلية كل من الدينين للحجز: تقرر المادة ٣٦٤ مدنى أن المقاصة لا تقع «إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز». فلا بد إذن، لوقوع المقاصة، من أن يكون كل من الدينين قابلاً للحجز، لأن المقاصة وفاء إجبارى، والحق غير القابل للحجز لا يمكن إجبار صاحبه على وفاء دينه به لعدم قابليته للحجز.

فإذا 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 الذى له في ذمة المدين. ذلك أنه لا يستطيع أن يستوفى حقه من دين النفقة، وهو دين غير قابل للحجز. كذلك لا تمكن المقاصة بين المرتبات بالقدر غير القابل للحجز ودين مقابل، كما إذا كان صاحب العمل دائماً للعامل بما قدمه له من مأكول 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^(١).

٢ - ما لا يدخل في الشروط

٥٣٩ - وحدة المصدر بين الدينين ليست بشرط: رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٦٢ مدنى 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 الذى بيناه.

١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٨ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٣. وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا كان الدينان لهما مصدر واحد كعقد ملزم للجانبين: استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٢٣. وهذا المبدأ هو الذى يسير عليه القضاء الفرنسى (بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٧ - ١٢٨٧ مكررة).

وفي القانون الفرنسى إذا كان الإفلاس يحول دون المقاصة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٦)، فإن الإعسار لا يحول دون المقاصة (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٨٣٧) لأنه لم ينظم كما نظم في التقنين المصرى الجديد.

(١) بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٩ مكررة - ولا تجوز المقاصة بين حق رب العمل في ذمة العامل وحق العامل في التعويض عن إصابات العمل، لأن قانون إصابات العمل قد نص في المادة ٢/٨ على عدم جواز الحجز على المبالغ المستحقة تعويضاً للعامل المصاب (الأستاذ حلمى مراد ٢ ص ٥٣٣ وما بعدها - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ١٠٨ - ١٠٩).

فالقاعدة العامة أن كل دين توافرت فيه شروط المقاصة تجوز المقاصة فيه، أياً كان مصدره، كما أسلفنا القول. إلا إذا كان هناك ديوناً تنشأ من مصادر معينة لا تجوز المقاصة فيها، وستناولها بالبحث في المطلب التالي.

٥٤٠ - وحدة مكان الوفاء بين الدينين ليست بشرط - النصوص القانونية: 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).

ويقابل في التقنينات 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 (٣).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٥٠١ من المشروع التمهيدي 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧١ - ص ٢٧٢).

(٢) التقنين المدني السابق: ٢٥٨/١٩٤: ويشترط أن يكونا واجبي الأداء في محل واحد.

(وإنري من ذلك أن التقنين المدني السابق يشترط وحدة مكان الوفاء في الدينين، خلافاً للتقنين المدني الجديد فقد ألغى هذا الشرط صراحة - ومع ذلك فإن الموجه للمؤلف فقرة ٥٨٩ ووالنون ٢ ص ٥٢١ - ص ٥٢٢، وانظر آنفاً فقرة ٥٣٢ في الهامش - وإذا سلمنا أن وحدة مكان الوفاء كانت شرطاً في التقنين السابق، فإن العبرة في تطبيق أحكام التقنين الجديد تكون بالوقت الذي تتم 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).

(٣) التقنينات 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

ويخلص من هذا النص أنه لا ضرورة، لوقوع المقاصة، أن يكون الدينان المتقابلان واجبي الوفاء في مكان واحد^(١). فإذا فرض أن شخصاً دائن لآخر 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 وقوعها. 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^(٢).

= المقاصة، فيستخلص من ذلك أنه ليس بشرط، ويتفق التقنين العراقي مع التقنين المصري إذن في هذا الحكم).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢/٢٣٠: وليس من الضروري أن يكون الدينان واجبي الأداء في مكان واحد.

(وحكم التقنين اللبناني يتفق مع حكم التقنين المصري).

(١) 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.

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «ويراعى من جهة أخرى أنه (أي التقنين الجديد) أجازها (أي المقاصة) كذلك ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين. بيد أنه يتعين على من يتمسك بالمقاصة في هذه الحالة أن يعرض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه، من جراء هذه المقاصة، من استيفاء ما له من حق، أو للوفاء بما عليه من دين، في المكان الذي حدد لذلك. فلو فرض أن أحد الدينين واجب الوفاء في القاهرة، وأن الدين الآخر واجب الوفاء في باريس، وأن الدائن الذي 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 ألجئ إلى ذلك: انظر المادة ١٢٩٦ من التقنين الفرنسي» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤ - ص ٢٧٥).

ويذهب بودري 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 عن طريق حساب نفقات النقل، فقد كان من الممكن كذلك مواجهة اختلاف زمان الوفاء عن طريق استئصال ما يقابل الوقت الباقي للاستحقاق من الدين (بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٤٩ ص ١٨٧).

المطلب الثاني

الديون التي لا تقع فيها المقاصة

٥٤١- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٦٤ من التقنين المدني على ما يأتي:

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

(أ) إذا كان أحد الدينين شيئاً نزاع دون حق من يد مالكة، 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) (١).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٥٩/٩٥ (٢).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٥٠٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يتضمن عبارة تقضى بعدم وقوع المقاصة أيضاً «عندما يتنازل المدين مقدماً عن المقاصة». ووافقت لجنة المراجعة على النص 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 تيسر لها عقودها معهم بالنص على عدم جواز تمسكهم بالمقاصة، وفي هذا ضرر يبلغ بهؤلاء الأفراد» وأن يضمن مشروع هذا القانون نصاً يمنع النزول مقدماً عن التمسك بالمقاصة. ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٣ وص ٢٧٥ ص ٢٧٦).

(٢) التقنين المدني السابق: ٢٥٩/١٩٥: لا محل للمقاصة إذا كان أحد الدينين غير جائز الحجز 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 من يد مالكة والشيء المعار. فقيما يتعلق بهذين تكون العبرة بوقت تلاقي الدينين، فإن كان سابقاً لـ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين السابق فتقع المقاصة، وإلا سرت أحكام التقنين الجديد.)

(١) أ- لئن كان الشارع قد نص في المادتين ٥١، ٥٤ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٤ في حالتين تقع فيهما المقاصة القانونية بين أجر العامل وبين دين رب العمل الناشئ عن فروع الائتلاف وجعل لكل منهما حكماً خاصاً، إلا أنه فيما عدا هاتين الحالتين تظل المقاصة للقاعدة العامة المقررة بالمادة ٣٦٤ من القانون المدني جائزة بين ديون رب العمل الأخرى العامل بالقدر القابل للحجز عليه من هذا الأجر.

(الظن ٤٦٣ لسنة ٤٤١- جلسة ١٩٧٨/٢/٢٥ ص ٢٩ ص ٥٩٧).

ب- النص في المادة ٦٨ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون العمل للمقاصة من قانون العمل السابق ٩١ لسنة ١٩٥٩ يدل على أن المشرع - وعلى خلاف المقاصة القانونية التي تستلزم لوقوعها أن يكون الدينان خاليين من النزاع - أجاز المقاصة

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 (١).

= اقتطاع مبلغ التعويض من أجر العامل - أي ايقاع المقاصة - بين ما هو مستحق له من تعويض وبين أجر العامل في حدود أجر خمسة أيام في الشهر ولو كان استحقاقه للتعويض أو مقداره محل نزاع - يؤكد ذلك ما جاء في هذه المادة بشأن الطريق الذي يتعين على العامل اتباعه للتظلم من تقدير صاحب العمل، وإذا كان حق الأخير في إجراء المقاصة القانونية استثناء من القواعد العامة التي تستلزم أن يكون الدينان خاليين من النزاع ومن ثم فلا يجوز التوسع فيه وقصره على الحالات المنصوص عليها في المادة ٦٨ سالفه الذكر بأن يكون التعويض الحاصل الاقتطاع من أجله ناشئاً عما تسبب العامل في فقدته أو التلافة أو تدميره من مهمات أو آلات أو منتجات يمتلكها رب العمل أو هي في عهده، وأن يكون الاقتطاع من أجر العامل إذا كان التعويض المستحق لصاحب العمل راجعاً إلى أية أضرار أخرى لحقت رب العمل من غير هذه الحالات الواردة في النص فلا يجوز لصاحب العمل إجراء المقاصة للحصول على التعويض من أية مبالغ أخرى تكون مستحقة عليه للعامل بل عليه أن يرجع إلى القضاء لاقتضاء التعويض ما لم يكن قد اتفق عليه رضاً.

(الظن رقم ٣٦ لسنة ٦٠ ق- جلسة ١٩٩٤/٢/١٠).

(١) 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 للوديع دين على صاحب الوديعة، والدين والوديعة من جنس واحد، أو كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها، فلا تصير الوديعة أو العين المغصوبة قصاصاً بالدين، إلا إذا تقاص الطرفان بالتراضي.

م ٤١١: إذا أتلّف الدائن عيناً من مال المدين، وكانت من جنس الدين، سقطت قصاصاً، وإن كانت خلافه فلا تقع المقاصة دون تراضيهما.

م ٤١٢: إذا كان للكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به، فالدينان يلتقيان قصاصاً من غير رضاهما. وإن كانت من غير جنس الدين المكفول به، فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضي الدائن المكفول له مع الكفيل لا مع المدين.

(والتقنين العراقي يورد حالتي الغصب والوديعة، ويفعل حالة العارية. وأما التعويض عن التلف، فقد أجرى عليه حكم القواعد العامة. وخالف التقنين المصري في المقاصة القانونية التي تقع بين دين الكفيل والدين المكفول به).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٣١: تجرى المقاصة أياً كانت أسباب أحد الدينين، فيما خلا

الأحوال الآتية: ١- عند المطالبة برد شيء نزاع بلا حق من يد مالكة. ٢- عند المطالبة برد وديعة أو عارية استعمال. ٣- إذا كان هناك دين غير قابل للحجز. ٤- إذا عدل المدين مقدماً عن المقاصة.

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري، فيما عدا أن التقنين اللبناني يجبر النزول مقدماً عن المقاصة كما كان يفعل المشروع التمهيدي للتقنين المصري).

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 تبق إلا الحالتان اللتان فيهما ينظر القانون إلى مصدر الدين. فتارة يراعى اعتداء من المدين لا يصح تشجيعه فيمنع المقاصة، وهذه هي حالة نزع الشيء دون حق من يد مالكة. وطوراً يراه إخلالاً بواجب الأمانة والثقة اللتين وضعهما الدائن في المدين بحيث يكون إمكان المقاصة متعارضاً مع هذا الواجب، وهذه هي حالة ما إذا كان مصدر الدين وديعة أو عارية استعمالاً^(١). فتكلم في هاتين الحالتين^(٢).

٥٤٢- أحد الدينين شيء نزع دون حق من يد مالكة: والصورة العملية لهذه الحالة أن يكون للدائن دين محله نقود أو مثليات كقطن أو قمح، ويمتتع المدين عن وفاء دينه في ميعاد استحقاقه، فيعمد الدائن، بدلا من أن يقاضي المدين ويطالب بحقه، إلى أن ينتزع منه ما يماثل دينه من النقود أو المثليات، قاصداً بذلك أن يستوفي حقه بيده. ولاشك في أن انتزاع الشيء عنوة من يد المدين دون رضائه لا يعتبر وفاء^(٣)، ويصبح الدائن مديناً، بموجب العمل غير المشروع، برد النقود أو المثليات التي انتزعها. ولما كانت هذه معادلة لدينه، فقد كانت القواعد العامة تقضي بأن تقع فيها المقاصة مع الدين الذي له في ذمة المدين^(٤). ولكن القانون منع المقاصة هنا، إمعاناً منه في الضرب على أيدي الدائنين الذين ينتزعون حقوقهم بأيديهم من مدينيهم وكان الواجب عليهم أن يلجأوا إلى القضاء.

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤.

(٢) أما التقنين المدني الألماني فلم يورد إلا حالة واحدة لا تجوز فيها المقاصة، هي أن يكون مصدر الدين عملاً غير مشروع ارتكب عمداً، فلا يجوز للمدين في هذا العمل أن يقاص دينه هذا بدين له في ذمة المضرور: انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٩٣.

(٣) وقد ورد في المادة ٣٩١ من التقنين المدني العراقي: «رب الدين إذا ظفر عرضاً بجنس حقه من مال مدينه وهو على صفته، فله الاحتفاظ به». وقد اعتبر القانون هنا ظفر الدائن عرضاً بجنس حقه من مال مدينه وفاء، لأن الدائن لم يستول عليه عنوة ولم ينزعه اغتصاباً، بل ظفر به عرضاً.

(٤) ويذهب بودرى وبارد إلى أن القواعد العامة لا تقضي 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 بمال فاحتفظت بذاتيتها، أو انتزع مثليات، فقد تعينت وأصبحت بذاتها عيناً معينة بالذات، فتمتنع المقاصة بموجب القواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص، لأن عينه معينة بالذات لا تمكن المقاصة فيها. وإذا استهلك الدائن المثليات غير النقود التي انتزعها من المدين فإنه لا يستطيع أيضاً أن يتمسك، في التعويض الذي يترتب في ذمته، بالمقاصة، لأن التعويض في هذه الحالة ديناً غير معلوم المقدار، فتمتنع المقاصة طبقاً للقواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٤ - وانظر أيضاً: ديمولومب ٢٨ فقرة ٥٨٨ و ٥٩٠ - لوران ٤٤٥ - هيك ٨ فقرة ١٥٩).

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 يترتب الالتزام بالرد، وذلك بأن يقتصب الدائن من مدينه الشيء، لا خفية ولا نصباً ولا تبديداً، ولكن عنوة. وقد يخبره وهو يقتصب الشيء أنه إنما يستوفى به حقه، ذلك أن الاستيفاء لا يكون عن طريق الغصب^(١).

٥٤٣- أحد الدينين شيء 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 دائنه 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 القرض الآتي: يودع المدين عند دائنه عيناً معينة بالذات، فتهلك بتقصير من الدائن، فيكون الدائن مديناً بالتعويض لمدينه، ويقدر هذا التعويض اتفاقاً أو قضاءً. فهذا القرض يتسع له النص إذ يقول: «إذا كان أحد الشيعتين شيئاً مودعاً. وكان مطلوباً رده»، فإن مطالبة المدين للدائن بالتعويض عن هلاك الوديعة تدخل في المطالبة بالرد. فإذا تم الأمر على هذا

(١) لارومبيير م ١٢٩٣ فقرة ٢ - ديمولومب 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، ودوما الذي تكلم في العارية.

(٤) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ - المنصورة ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ الحمامة ١٩ رقم ٥٤٠ ص ١٤٤٨. وقد تكون الوديعة أسهماً أو سندات فلا تجوز فيها المقاصة (استئناف وطني ٤ مايو سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ١٧٧).

(٥) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ ص ١٩٤.

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 تفرض أن المدين بمبلغ من العقود قد أعاره عيناً معينة بالذات لأن المثليات لا تعار بل تقرض - فهلكت بتقصير من الدائن، فأصبح مسئولاً عن التعويض. ثم قدر هذا التعويض اتفاقاً أو قضاءً، وأصبحت شروط المقاصة متوافرة ما بين الدين الذي في ذمة المدين للدائن والتعويض في ذمة الدائن للمدين. وبالرغم من توافر شروط المقاصة لا يجوز للدائن أن يتمسك بها، وليس له أن يمتنع عن دفع التعويض للمعير. ذلك أن المعير قد اتّمنه على الشيء المعار، بل نزل له عن منفعته دون أجر، فلا يكون جزاؤه على ذلك أن يمتنع المستعير عن دفع التعويض المستحق ولو عن طريق التمسك بالمقاصة. فعلى المستعير أن يدفع التعويض للمعير، 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).

المبحث الثاني

كيف يكون أعمال المقاصة وما هي الآثار التي تترتب عليها

المطلب الأول

كيف يكون أعمال 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).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة

١/٣٦٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٣٥٢ - وفي التقنين المدني العراقي المادة

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في العبارة الأولى من المادة ٥٠٣ من المشروع التمهيدي 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 يقضى بوقوع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل

ثبوت الحق فيها»، وذلك «إبرازاً لمعنى 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 يقضى بوقوع المقاصة» ليكون الحكم

مطلقاً لا يرتبط بالتقاضى، وقد تقع المقاصة خارج دائرة التقاضى»، 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).

٤١٣- وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني 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. فهي 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 يتمسك بها (٣). والتمسك بالمقاصة هنا ليس هو إعلان الإرادة في إجراء المقاصة كما رأينا ذلك في التقنينات الجرمانية، بل إن المقاصة تقع بحكم القانون لا باعلان عن الإرادة، وتقع

(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 تبعاً للرأي السائد في الفقه الفرنسي: انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٥٩).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٣١: تجرى المقاصة... فيما خلا الأحوال الآتية: ٤- إذا عمل المديون مقدماً عن المقاصة.

م ٣٣٢: لا تجرى المقاصة حتماً، بل بناء على طلب أحد الفريقين.

(والحكم متفق مع حكم التقنين المصري، فيما عدا أنه يجوز في التقنين اللبناني النزول مقدماً عن المقاصة وذلك بصريح النص).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٢٨.

(٣) دى باج ٣ فقرة ٦١٩- وذو المصلحة في المقاصة هو أحد الدينين. وقد يكون مدعيها

يتمسك بمقاصة تمت بين الدائن ومدين متضامن آخر، أو كفيلاً يتمسك بمقاصة تمت بين الدائن والدائن (انظر الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩١).

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 ذي المصلحة أن يتمسك بها (١). فإذا لم يتمسك بها صاحب المصلحة مع علمه بوقوعها، أمكن تأويل ذلك على أنه قد نزل عنها بعد ثبوتها، وهذا جائز كما سنرى.

والتمسك بالمقاصة يصح في أية حالة كانت عليها الدعوى (١)، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (٢). بل يصح التمسك بالمقاصة حتى بعد صدور حكم نهائي، وفي

(١) وهذا هو الذى يميز التقنين المدني الجديد عن القوانين اللاتينية. ففي هذه القوانين تقع المقاصة أيضاً بحكم القانون، وبمجرد تلاقى الدينين، وبغير علم من ذي المصلحة، بل وعلى الخصم أن ينيه 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 علم 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 فالنص 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 وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠٥٤ - كولان وكايبان ٢ فقرة ٥٦٢ - جوسران ٢ فقرة ٩٣٦ ص ٤٩٧ - أنسيكلوبيدى داللو ١ لفظ compensation فقرة ٧).

(٢) استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ - ٨ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٩ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٨ ص ٣٥٤ - دى باج ٣ فقرة ٦١٨ ص ٥٩٤ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٨٢ - ولكن لا يجوز التمسك بالمقاصة لأول مرة أمام محكمة النقض (أنسيكلوبيدى داللو ١ لفظ compensation فقرة ١٠).

(١) أ- يشترط لإجراء المقاصة القضائية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن يطلبها صاحب الشأن بدعوى أصلية أو فى صورة طلب عارض، وإذا كان الطاعن لم يتمسك لدى محكمة الموضوع إلا باستحقاقه للربح بعد ابطال عقد شرائه للأطيان وعدم خصمه من الثمن المدفوع منه، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعمل المقاصة القضائية بين الفائذة التى يرى الطاعن استحقاقه لها وبين الربح المقضى به لا يكون مخالفاً للقانون أو مشوباً بالقصور.

(جلسة ١٩٧٣/٣/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٤٣٠)

(جلسة ١٩٧١/٦/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٨١٨)

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٩٩٦)

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٣٤٥)

ب- إذ كان دفاع الطاعن أمام محكمة أول درجة - وقد أبدى فى صورة طلب عارض - ينطوى =

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).

على طلب اجراء المقاصة القضائية بين الربع المستحق للمطعون ضده من أعيان الشركة وبين الديون التي قام الطاعن بسدادها عن شركة المورث المطعون ضده - وهو دفاع جوهرى - من شأنه لو صح أن يغير وجه الرأى فى الدعوى فان الحكم إذ خلا من الرد على هذا الدفاع يكون مشوباً بالقصور.
(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١٥٠)
ج- الدفع بالمقاصة بين دينين هو من الدفع التي لا يسوغ إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض.
(الظمن ١٨٢ لسنة ٢٤ ق - جلسة ١٩٥٨/١٢/٤ ص ٩ ص ٧٠٣)

(١) ويطلب الخصم وقف إجراءات التنفيذ حتى يحكم قاضى الموضوع فى وقوع المقاصة (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٩ - أنسيكلويدى داللو ١ لفظ compensation فقرة ١٣)، وذلك حتى لو لم تقع المقاصة إلا بعد صدور الحكم النهائى (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٩). وصدور حكم نهائى بالدين لا يتعارض مع التمسك بعد ذلك بالمقاصة، فالمطلوب من المدين أن يوفى الدين المحكوم به تنفيذاً للحكم النهائى، فتعتبر المقاصة فى حكم الوفاء من حيث تنفيذ الحكم (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٣).

(٢) أما حكم القاضى فليس إلا كاشفاً عن وقوع المقاصة. على أنه لو كان الدين متنازعا فيه، تم حسم النزاع بحكم، وتمسك ذو الشأن بالمقاصة القانونية، اعتبرت المقاصة واقعة من وقت حسم النزاع (انظر ما يلى فقرة ٥٥١ - وقارن استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١٦ - ١٣ م ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٤٩).

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «لم يختر المشروع مذهب التقنين إلا (٢٨٨م) فى وقوع المقاصة بمقتضى إعلان يصدر من جانب واحد، بل التزم على تقنين التصوير اللاتينى فى ترتيب أثرها بحكم القانون. وكل ما هنالك أنه نص على وجوب طلبها، لنفى ارتباطها بالنظام العام أو تخويل القضاء سلطة الحكم بها من تلقاء نفسه. ويراعى أن هذا لا يختلف عن الإعلان الذى يتطلبه التقنين الألمانى من حيث الشكل فحسب، بل وكذلك حيث الآثار. فلو فرض أن طلب المقاصة أفرغ فى صورة إعلان صدر فى غير مجلس القضاء يكون من أثر ذلك محور الفوارق الجوهرية بين المذهب الجرماني والمذهب اللاتينى فى هذا الصدد وفى أحد الطرفين عند تلاقى الدينين، فالظاهر وفقاً للمذهب الجرماني أن الإعلان بالمقاصة ممتنعاً ويكون الوفاء صحيحاً، فى حين أن الوفاء فى هذه الحالة يعتبر وفقاً للمذهب اللاتينى بدين تم انقضاؤه ويكون للموفى حق المطالبة برد ما أداء: تعليقات على التقنين الألمانى ص ٥٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٢).

وجاء أيضاً فى مكان آخر: «يختلف مذهب التقنينات اللاتينية عن مذهب التقنينات الجرمانية بتعلق بالمقاصة. فالمقاصة القانونية تقع، وفقاً للمذهب اللاتينية، بحكم القانون (وغير الحكم وحده ولو كان المدين غير عالم بأمرها: المادة ١٢٩٠ من التقنين الفرنسى وانظر

بل ويمكن التمسك بالمقاصة خارج مجلس القضاء، ولا يعتبر هذا التمسك تصرفاً قانونياً كما فى 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 هى مقررة لمصلحة الطرفين. فيجوز إذن لمن تقررت لمصلحته أن ينزل عنها بعد ثبوت حقه فيها^(٢).

والذى ينزل عن المقاصة هو ذو المصلحة فيها. وقد يكون نزوله عنها ضمناً^(١)، ويكون ذلك عادة بعدم التمسك بها مع علمه بوقوعها. فهو، دون أن يذكر شيئاً عن الدين الذى له فى ذمة دائته، ينصرف 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 الدين حالاً فيقبل إضافته إلى أجل فينزل

= 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 الألمانى. على أن اختلاف هذين المذهبين فيما يتعلق بالقاعدة العامة لا يلبث أن يتضاءل إلى حد بعيد عند مواجهة التفاصيل، فيراعى من ناحية أن التقنينات اللاتينية تستلزم طلب المقاصة، وهى بهذا تختم صدور تعبير عن الإرادة كما هو الشأن فى التقنينات الجرمانية. ويراعى من ناحية أخرى أن التقنينات الجرمانية تسند أثر التعبير عن الإرادة، فينقضى الدينان المتقابلان بالمقاصة من وقت توافر شروط المقاصة بالنسبة لهما كما هى الحال فى التقنينات اللاتينية. وقد اختار المشروع مذهب التقنينات اللاتينية، إلا أنه تخشى التعبير بوقوع المقاصة بحكم القانون دون علم المدينين، والحق أن فى هذا التعبير مدخلا للشك فى طبيعة المقاصة، فضلاً عن مجانيته للصحة. ذلك أن المقاصة ليست من النظام العام، وليس للقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه. وإزاء هذا احتذى مثال المشروع الفرنسى الإيطالى، ونص على أن المقاصة لا تقع إلا إذا طلبها من له مصلحة فيها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٦).

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٦٥ آنفاً فقرة ٥٤٤ فى الهامش - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ١١١.

(٢) استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة الرسمية ٤١ رقم ٨٣ - وفى القانون الفرنسى، كما سنرى، يجوز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها وقبل ثبوت هذا الحق. والنزول بعد ثبوت الحق أشد إشكالا، فى نظر الفقه الفرنسى، 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 انقضائهما! (انظر فى هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٥٠).

(٣) لقاضى الموضوع السلطة فى استخلاص ما إذا كان صاحب المصلحة فى التمسك بالمقاصة قد نزل أو لم ينزل عنها وذلك بناء على ما يستظهره من ظروف الدعوى وملابساتها.

(الظمن ٣٢ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ ص ١٨ ص ١٧٢٠)

(جلسة ١٩٧٧/١١/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٦٣٢)

بذلك عن مقاصته في دين عليه لمدينه (١).

والنزول عن المقاصة لا يفترض، فمجرد 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 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 في 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، فانقضت 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 - أي قبل توافر شروطها أو قبل تلاقى الدينين - فإنه لا يجوز لذي 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 يجنب أكثر الفقهاء إلى القول بجواز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها.

(١) وكل طلب يتقدم به المدين، أو دفع يتمسك به، ويكون متعارضاً مع وقوع المقاصة، يمكن إجبارياً نزولاً ضمنياً عن التمسك بها (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٤٩).

(٢) بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٦٧ ص ٢٠٩.

(٣) وقد ينزل أحد المدينين عن المقاصة ولكن يتمسك بها المدين الآخر، فتقع المقاصة بالرغم من الدين الأول عنها. فيكفي إذن لوقوع المقاصة أن يتمسك بها أحد المدينين، وإذا أريد للمقاصة تقع وجب أن ينزل عنها المدينان معاً.

(٤) والنزول عن المقاصة يقطع سريان التقادم، لأنه يكون بمثابة إقرار بالدين، فيعود الدين وتيسر حقه تقادم جديد (بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٦٨ ص ٢١٠).

الحق فيها (١). ويوجه الحكم الذي أخذ به التقنين المصري، من عدم جواز النزول مقدماً عن المقاصة، أن المقاصة شرعت لتحقيق أغراض جوهرية، فهي وفاء إجباري مبسط، وهي في الوقت ذاته تأمين للدين. فلا يجوز تفويت 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 موقعه، فينزل وهو على بصيرة من أمره (٢).

٥٤٧ - حالة من حالات النزول الضمني عن المقاصة بعد ثبوتها - 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، وتجري على الوجه الآتي: «إذا وفي المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق (٣)». وهذا النص يفرض أن المدين وفي

(١) انظر في هذا المعنى ماركاديه ٤ فقرة ٨٣٣ - كوليه دي سانتير ٥ فقرة ٢٤١ مكررة ثالثاً - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٧ ص ٣٥٢ وهامش رقم ٨ - لاروميير ٥ م ١٢٩٥ فقرة ١ - ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٠٤. وانظر أيضاً المادة ٣٣١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني، وهي تصرح بجواز النزول مقدماً عن المقاصة (انظر أيضاً فقرة ٥٤١ في الهامش). وانظر عكس هذا الرأي فلا يجوز النزول مقدماً عن المقاصة: توليه ٧ فقرة ٣٠٣ - لوران ١٨ فقرة ٤٥٦.

وإذا أجزنا النزول مقدماً عن المقاصة، أمكن للغير العلم بذلك، فيكون النزول سارياً في حقه. وهذا بخلاف النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها، فقد قدمنا أن هذا النزول لا يضار 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 - «اللقضاء على محاولة الدائنين التحكم في المدين عند نشوء الدين للحصول مقدماً على الرضاء بالتنازل عن 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 تربيته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٩). وقد قدمنا أن المشروع التمهيدي كان يتضمن نصاً يقضي بعدم جواز المقاصة عندما يتنازل المدين مقدماً عنها، فعكست لجنة مجلس الشيوخ هذا الحكم، ولم تجز التنازل عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها، نظراً لأن «البتوك في معاملاتها مع الأفراد تتمسك في عقودها معهم بالنص على عدم جواز تمسكهم بالمقاصة، وفي هذا ضرر بليغ بهؤلاء الأفراد» (انظر تاريخ المادة ٣٦٤ أنفاً فقرة ٥٤١ في الهامش).

(٣) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٥٠٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدي 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»، اكتفاءً بواقعة جهل المدين لوجود حقه، وحسماً للمنازعات التي تنشأ عن تقدير ما يعتبر مقبولاً أو =

دينه للدائن، بالرغم من وجود حق له في ذمة الدائن كان من الممكن أن يقاوم به دينه فلم يفعل. وهنا يجب التمييز بين حالتين:

أولاً - حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يعلم بوجود حق له يمكن أن يقاوم 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 في المقاصة بعد ثبوتها، وهذه هي الحالة التي أشرنا إليها فيما تقدم. ومن ثم ينقضى الدين الذي كان في ذمة المدين بالوفاء، ويعود للمدين حقه الذي كان قد انقضى بالمقاصة بعد أن نزل عنها. ولا يعود من التأمينات التي كانت تكفل هذا الحق ما تضر عودته بالغير، فلا تعود الكفالة الشخصية أو العينية، ولا يضار دائن مرتهن متأخر في المرتبة عن مرتبة الرهن الذي كان يكفل الحق، وقد تقدم بيان ذلك (١).

ثانياً - حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه بجهل وجود حق له يمكن أن يقاوم به الدين، وعليه هو يقع عبء إثبات ذلك (٢). فهنا لا يمكن القول بأن المدين، وهو يجهل وجود حقه، أنه نزل عن التمسك بالمقاصة في هذا الحق. وكان مقتضى تطبيق القواعد

= غير مقبول من الإعداء، وترك أمر الإثبات للقواعد العامة. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٩ - ٢٩٠).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٦٢/١٩٨ - 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 التقنين المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٣٦٧ (وهي مطابقة) - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٥٦ (وهي مطابقة) - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤١٦ (وهي مطابقة مع إضافة عبارة «وكان له في ذلك عذر مقبول» التي كانت واردة في المشروع التمهيدي للتقنين المصري) - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا يوجد نص مقابل، فوجب تطبيق القواعد العامة.

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٤٦.

(٢) بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٧٣. وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يقضى بأن المدين أيضاً أنه كان له عذر مقبول في جهله بوجود حقه، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت التي كانت تقضى بذلك، «اكتفاءً بواقعة جهل المدين لوجود حقه، وحسماً للمنازعات التي عن تقدير ما يعتبر مقبولاً أو غير مقبول من الأعداء» (انظر تاريخ نص المادة ٣٦٩ في هذه الفقرة الهامش).

العامة أن يقال إن المقاصة قد وقعت بحكم القانون، فانقضى بها دين المدين، فإذا 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 معه 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 في ذمته لا على أنه وفاء لدين قد انقضى بالمقاصة. وما دامت المقاصة لم تقع، فإن حق المدين في 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 (١).

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على المقاصة

٥٤٨ - فيما بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير: إذا وقعت المقاصة بين دينين متقابلين على الوجه الذي بسطناها فيما تقدم، انقضى الدينان بقدر الأقل منهما، وهذا فيما بين الطرفين. أما بالنسبة إلى الغير، فلا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها هذا الغير.

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٩ - وانظر بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٧٣.

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 سعي النية فيرجع المدين عليه بالقوائد (ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٢٣ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٩ ص ٣٥٧ - ٣٥٨ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٧٣ - انظر مع ذلك لوران ١٨ فقرة ٤٦٤). ولا نرى ما يمنع من العمل بهذا الحكم في مصر، فإن المادة ٣٦٩ مدني إنما تقرراً 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 يستيق حقه بما كان يكفله من تأمينات، يكون قد استرد فعلاً ما وفاء للدائن، فوصل إلى حقه كاملاً من طريق أقرب.

١- أثر المقاصة فيما بين الطرفين

٥٤٩- النصوص القانونية: تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٦٥ من التقنين المدني على ما يأتي:

«ويترب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة. ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتحديد جهة 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

(١) تاريخ النصوص:

٢/٣٦٥م: ورد هذا النص ضمن المادة ٥٠٣ من المشروع التمهيدي 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 منها على النص الذي نحن بصدده على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأصبح رقم المادة ٣٦٥. ووافق عليه مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٧ - ٢٨١).

٣٦٦م: ورد هذا النص في المادة ٥٠٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «إذا كان الدين قد سقط بالتقادم وقت طلب المقاصة، فلا يمنع سقوطه من وقوع المقاصة فيه، ما دام هذا السقوط لم يكن قد تم في الوقت الذي أصبحت المقاصة فيه ممكنة». وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً للبيان، فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأصبح رقمه ٣٧٩ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨١ و ص ٢٨٣).

(٢) التقنين المدني السابق ٢٥٧/١٩٣م: تحصل المقاصة بقدر الأقل من الدينين.

٢٦٠/١٩٦م: يحصل التسديد بالمقاصة كما يحصل في حالة الوفاء بالدفع عند تعدد الديون.

(والتقنينات السابق والجديد حكمهما واحد. ولم يرد في التقنين السابق ما يقابل نص المادة ٣٦٦).

التقنين الجديد، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص لأنه متفق مع القواعد العامة: انظر

للمؤلف فقرة ٥٩٠ - فقرة ٥٩١ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨١٩ - فقرة ٨٢٠

المدني العراقي المادتين ٤١٣ - ٤١٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٣٢ - ٣٣٤ و ٣٣٦^(١).

ويخلص من هذه النصوص أن المقاصة، كالوفاء، تقضي الدينين بقدر الأقل منهما، ذلك أن كل دائن يستوفي 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

(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 الأقل من الدينين، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها.

م ٤١٤: إذا كان الدين لا تسمع فيه الدعوى لمرور الزمن وقت التمسك بالمقاصة، فلا يمنع 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 الموجبات والعقود اللبناني: م ٣٣٢: لا تجرى المقاصة حتماً 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 الموجبين بمرور الزمن.

م ٣٣٣: إن المقاصة في الأساس تفعل عند الإدلاء بها فعل الإيفاء، ولكن بقدر الدين الأقل. وهي تسقط ملحقات الموجب (كرهن العقار والمنقول والكفالة الخ) على نسبة إسقاطها للموجب نفسه. على أن سقوط الحقوق الخاضعة للقيد في السجل العقاري لا يتم إلا بحو 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 المتضامن أن يحتج بوجود دين آخر لأحد شركائه في الدين مترتب على الدائن. أما إذا احتج بالمقاصة الكفيل أو المدين المتضامن بعد أن يصبحا دائنين للدائن، فالمقاصة تسقط الدين عن المدين الأصلي أو عن سائر الدينين، ويحق لهؤلاء الإدلاء بالمقاصة.

م ٣٣٦: متى وجدت بين شخصين عدة ديون قابلة للمقاصة، تطبق القواعد الموضوعية لتعيين جهة الإيفاء.

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري إما بالنص أو بتطبيق القواعد العامة، فيما عدا التضامن: ففي التقنين اللبناني إذا وقعت المقاصة بين أحد المدينين المتضامين والدائن دون أن يتمسك هذا المدين بها، لم يجز 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).

الديون التي تصح فيها المقاصة، كان تعيين جهة الدفع في حالة المقاصة كتحسينها في حالة الوفاء. ونبحت كلا من هذه المسائل الثلاث.

٥٥٠ - المقاصة تقضى الدينين بقدر الأقل منهما: المقاصة لها أثر الوفاء في كل من الدينين المتقابلين، إذ كل دين قد استوفى من الدين المقابل. فينقضى الدينان إذن، إذا كانا متساويين.

ويترتب على انقضائهما 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 الدينين 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 الدينين 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 دينه فائدة، أو ينتج فائدة أكبر، أكثر مما يفيد المدين الآخر.

ويترتب على انقضاء الدينين أيضاً أن التأمينات التي كانت تكفل أيًا منهما تنقضى معه. فلو كان أحد الدينين مكفولاً بكفيل شخصي أو بكفيل عيني أو برهن أو امتياز 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 تقضى الدين المكفول فتتقضى الكفالة بانقضائه^(٢). وهذا صحيح حتى لو كان الكفيل الشخصي متضامناً مع المدين، فإن تضامن الكفيل مع المدين لا يخرج عن أن يكون كفيلاً التزامه تابع لالتزام المدين الأصلي فمتى انقضى الالتزام الأصلي انقضى التزام الكفيل^(٣). أما المدين الأصلي فليس له أن يطلب المقاصة

(١) انظر الفقرة الأخيرة من المادة ٣٣٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

(٢) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني - وكذلك يجوز للكفيل العيني أن يتمسك بالمقاصة الواقعة بين المدين ودائته، إذ المقاصة تقضى الدين المكفول، فينقضى الرهن الواقع على الكفيل العيني.

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٥.

بما في ذمة الكفيل^(١)، لأنه هو المدين وليس له أن يفى دينه من مال الكفيل. ولكن يجوز للكفيل، إذا رجع عليه الدائن، أن يدفع بالمقاصة بين الدين المكفول ودينه في ذمة الدائن^(٢)، وله بعد ذلك أن يرجع على المدين الأصلي بما وفاه من دينه على هذا النحو^(٣). 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^(٤).

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 تقضى الدينين بقدر الأقل منهما، أي بقدر خمسمائة. فينقضى الدين الآخر كله، وينقضى الدين الأول بقدر خمسمائة، يبقى 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 أجزى 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

(١) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني - وانظر أيضاً فقرة ٥٣٣.

(٢) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني - وتكون المقاصة هنا اختيارية لا قانونية، فلا ينقضى الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة (انظر أيضاً فقرة ٥٣٣ في الهامش).

(٣) أما التقنين المدني العراقي فتقضى المادة ٤١٢ منه، على التقيض من ذلك، بما يأتي: «إذا كان للكفيل المحرور 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 أيضاً فقرة ٥٤١ في الهامش).

(٤) قارن المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني وهي لا تجيز للمدين المتضامن أن يحتج بالمقاصة أصلاً ولو بقدر حصة المدين المتضامن الذي وقعت معه المقاصة، وقارن أيضاً المادة ٣١٢٩٤ من التقنين المدني الفرنسي وهي في معنى التقنين اللبناني.

ونستدرك هنا خطأ في شأن التقنين اللبناني ورد في مناسبة المادة ٣٧ من هذا التقنين (انظر أيضاً ص ٣١٥ في الهامش). فقد قلنا هناك إن التقنين اللبناني 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 اللبناني 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 اللبناني مع التقنين الفرنسي، ويخالف التقنينات العربية الأخرى.

خمسائة. وهذا هو عين المبلغ الباقي له في ذمة الطرف الآخر بعد إعمال المقاصة، وله أن يستوفيه فوراً^(١).

٥٥١- انقضاء الدين من وقت الذي يصبح فيه صالحين للمقاصة: قدمنا أن المقاصة تقع من وقت تلاقى الدينين المتقابلين صالحين 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)(١). فإذا

(١) بودري 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 يلفه (استئناف مختلط ١٧ 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 رسا المراد على الدائن المرتهن للعقار، وكان مقدما على سائر الدائنين، فوقيت المقاصة بين الثمن الذي في ذمته الراسي به المراد والحق الذي له المكفول بالرهن، فإن المقاصة تقع وقت النطق بحكم مرسى المراد، ففي هذا الوقت يثبت الثمن ديناً حالاً في ذمة الدائن المرتهن، فيتلقى الدينان متوافرتين فيهما شروط المقاصة. ومن ثم لا يكون الدائن المرتهن في حاجة إلى أن يدرج اسمه في قائمة التوزيع بعد أن انقضى حقه بالمقاصة، ويستطيع أن يتمسك بالمقاصة عن طريق المعارضة في قائمة التوزيع النهائية (استئناف مختلط ١٣ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١١ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣١).

(١) أ- المقاصة القانونية وفق المادة ٣٦٥ من القانون المدني تقع بقوة القانون متى توافرت شروطها، وإنما كالوفاء ينقضى بها الدينان بقدر الأقل منهما إذ يستوفى كل دائن حقه من الدين الذي في ذمته. وان هذا الانقضاء ينصرف إلى الوقت الذي يتلقى فيه الدينان متوافرتين فيهما شروطها، ولما كانت المقاصة لا تتعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنها صراحة أو ضمناً بعد ثبوت الحق فيها، وأوجب القانون على ذي المصلحة التمسك بها. فإنه لا يكون من شأن إجراء هذه المقاصة عند التمسك بها في الدعوى أي تأثير على ما تم من إجراءات استوجب القانون اتخاذها قبل رفع الدعوى بالأصل بمقتضى المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ سالفة الإشارة، وإذ التزم الحكم المطعون فيه النظر وقضى برفض الدفع بعدم قبول الدعوى القائم على بطلان التكليف بالوفاء، فإنه يكون للدائن صحيح القانون.

(الظمن ٩ لسنة ٤٤ ق - جلسة ١٩٧٧/١١/٩ ص ٢٨ من ١٦٣٢)

ب- المقاصة طبقاً لنص المادة ١٩٢ من القانون المدني القديم هي نوع من وفاء الدين يحصل بالأقل من الدينين كنعص المادة ١٩٣ من ذلك القانون. وهذا الوفاء الذي يحصل بالمقاصة قانوناً لتحديد الدين الذي تجرى به المقاصة في التاريخ المعبر مبدأ لتنفيذها مضافاً إليه فوائده على هذا التاريخ، فإذا كان الحكم قد أضاف فوائده لاحقة للتاريخ المذكور فإنه يكون قد حصل (جلسة ١٩٥٨/١/٢ مجموعة أحكام النقص السنة ٩ ص ٤٣)

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 أو كلاهما مؤجلاً، وقعت المقاصة من وقت حلول الأجل. وقس على ذلك سائر الشروط. وينقضى الدينان بقدر الأقل منهما بمجرد وقوع المقاصة، ويكون للمقاصة نفس الأثر الذي للوفاء في انقضاء كل من الدينين.

وتبقى المقاصة واقعة والدينان منقضيين، حتى لو تخلفت الشروط أو بعضها بعد ذلك عند التمسك بالمقاصة. وقد أوردت المادة ٣٦٦ مدني 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 في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة». والنص يفترض أن هناك دينين متقابلين تلاقيا، متوافرة فيهما شروط المقاصة، قبل أن تمضي عليهما بطبيعة الحال مدة التقادم. وعند التمسك بالمقاصة كانت مدة التقادم قد انقضت بالنسبة إلى أحد الدينين. ولما كانت العبرة في وقوع المقاصة بالوقت الذي تلاقى فيه الدينان صالحين للمقاصة، لا بوقت التمسك بالمقاصة، فإن الدينين في وقت تلاقيهما لم يكن قد مضت على أي منهما مدة التقادم، فوقيت 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).

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

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٢٨ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٢ - وقد كان هذا الحكم في عهد التقنين المدني السابق، بالرغم من عدم احتمال هذا التقنين على نص مماثل لنص المادة ٣٦٦ في التقنين المدني الجديد، وذلك لأن الحكم ليس إلا تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضى بأن المقاصة تقع من وقت تلاقى الدينين. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أحد الدينين قد استحق في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ والآخر في آخر ديسمبر سنة ١٩٢٨، فإنه في هذا الوقت الأخير لم يكن الدين الأول قد سقط الحق في المطالبة به بمضي 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 الثاني عليه مهما استطلت 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 مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٢١ ص ٥٠ - انظر أيضاً: استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٩).

يتمسك بالتقادم. ولكن لا يزال لهما حق التمسك بالمقاصة ما دامت شروطها قد توافرت قبل انقضاء مدة التقادم، والتمسك بالمقاصة خير 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 ذمته أحد المدينين للآخر مثلاً ألف، وفي ذمته 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 الذي تقع فيه المقاصة؟ تجيب على ذلك العبارة الأخيرة من المادة ٣٦٥ مدني بما يأتي: «ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء». ومن ثم يجب تطبيق قواعد تعيين جهة الدفع (imputation des paiements) التي مرت بنا عند الكلام في الوفاء، إذ المقاصة كما قدمنا ضرب من الوفاء (٢).

على أنه يجب أن يستبعد من هذه القواعد ما يرجع التعمين فيه إلى إرادة المدين أو إلى إرادة الدائن، فالمقاصة وفاء إجباري يقع لا بإرادة المدين ولا بإرادة الدائن (٣). ويبقى من

(١) هذا وقد يتلاقى الدينان متوافرة فيهما شروط المقاصة، ثم يطرأ بعد ذلك على أحد الدينين ما يجعله ينقضي بسبب آخر غير التقادم الذي نحن بصدده، كأن يعمد أحد المدينين إلى تجديد دينه. ففي هذه الحالة إذا كان المدين قد جدد دينه وهو عالم بجواز التمسك بالمقاصة، كان هذا التجديد بمثابة نزول ضمنى عن 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. فينقضي الدين الأول كله. وينقض من الدين الآخر المصروفات والفوائد أولاً وهي المائة، ثم أربعمائة من رأس المال، ويبقى مائة من رأس المال.

(٣) ولما كانت المقاصة في القوانين الألمانية تتم بإعلان عن الإرادة كما قدمنا، فهنا يتسع المجال لمن أعلن عن إرادته في إيقاع المقاصة أن يعين أيًا من الديون المتعددة يريد إيقاع المقاصة فيه. وقد نصت المادة ٣٩٦ من التقنين المدني الألماني في هذا المعنى على ما يأتي: «إذا كان أحد الطرفين له حقوق متعددة تصلح كلها للمقاصة، فللطرف الذي يقع المقاصة أن يعين أيًا من هذه الحقوق الذي يختاره فيه. فإذا وقعت المقاصة دون هذا التعيين، أو حصل التعيين ولكن الطرف الآخر اعترض على إبطاءه، وجب تطبيق أحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٦٦». (أنظر التعليقات على التقنين المدني، ج ١ - فقرة ١ - فقرة ٣).

هذه القواعد ما يرجع التعمين فيه إلى حكم القانون. وفي المثل المتقدم أحد الدينين غير مكفول والدين الآخر مكفول بتأمين عيني، فهذا الدين الآخر - وهو الدين الأشد كلفة على المدين (م ٣٤٥ مدني) - هو الذي تقع فيه المقاصة (١).

وغنى عن البيان أننا نفترض في المثل المتقدم أن الدينين المقابلين في جهة وجدوا أو متعاقبين أو متعاصرين - ثم وجد الدين المقابل في 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 وانقضيا بالمقاصة. فإذا وجد الدين الآخر بعد ذلك لم يكر الدين الذي ينقضي بالمقاصة، حتى لو كان هو الدين المكفول. فلا بد إذن من أن يكون الدينان المقابلان 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 الذي كان قائماً وحده، فانه هو الدين الذي ينقضي بالمقاصة سواء كان هو الدين المكفول أو الدين غير المكفول (٢).

٢ - أثر المقاصة بالنسبة إلى الغير

٥٥٣ - النصوص القانونية: تنص المادة ٣٦٧ من التقنين المدني على ما يأتي:

«١ - لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير».

«٢ - فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز».

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».

(١) المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٢ - وأنظر أيضاً بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ ص ٢٠٦.

(٢) ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٥٥ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ ص ٢٠٦ - ويترب على ذلك أنه إذا قام دين من جهة، ثم قام دينان متعاصران (أي في وقت واحد) مقابلان له من جهة أخرى، فإن هذين الدينين يكونان قائمين معاً وقت تلاقيهما مع الدين المقابل، ويكون هناك محل لتطبيق القواعد المتعلقة بتعيين جهة الدفع، فينقض الدين المكفول ويبقى الدين غير المكفول.

٢٥- أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة^(١).

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٦١/١٩٧ و ٢٦٢/١٩٩.^(٢)

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 و٤١٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٣٥^(٣).

(١) تاريخ النصوص:

م ٣٦٧: ورد هذا النص في المادة ٥٠٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٠ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٤ - ٢٨٥).

م ٣٦٨: ورد هذا النص في المادة ٥٠٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا أن الفقرة الثانية من النص في المشروع التمهيدي كانت تنتهي بالعبارة الآتية: «إلا إذا كان الحق الذي يريد المقاصة 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، ففى القواعد العامة ما يفنى 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).

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٦١/١٩٧: إذا أحال الدائن آخر بدين وقعت منه المقاصة، وقبل المدين الحوالة، فلا يصح له بعد ذلك التمسك بالمقاصة على المحتال، إنما له أن يطالب المحيل بدينه.

م ٢٦٣/١٩٩: 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).

(٣) 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 المحيل يريد المقاصة به ثبت في ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة» التي كان يتضمنها المشروع المصري).
للتقنين المصري - والحكم في التقنين العراقي متفق مع الحكم في التقنين المصري: نظر في حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة (٣٦١).

ويخلص من هذه النصوص أن المبدأ العام هو عدم جواز وقوع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير^(١). وقد أورد التقنين المدني تطبيقين هامين لهذا المبدأ: (أولهما) توقيع الحجز التحفظي على أحد الدينين المتقابلين. (والثاني) حوالة أحد الدينين المتقابلين وقبول المدين للحوالة دون تحفظ.

٥٥٤- توقيع الحجز التحفظي على أحد الدينين المتقابلين: إذا تلاقى دينان متقابلان

صالحان للمقاصة، فوفقت المقاصة بينهما، فلا يحول دون ذلك أن يوقع حجز تحفظي على أحد هذين الدينين أو على كليهما، حتى قبل التمسك بالمقاصة، ما دام الدينان قد توافرت فيهما شروط المقاصة قبل توقيع الحجز التحفظي. فالعبرة كما قلنا بوقت تلاقى الدينين صالحين للمقاصة، لا بوقت التمسك بالمقاصة.

أما إذا وقع الحجز التحفظي على دين قبل نشوء دين مقابل صالح للمقاصة به^(٢)، فإن الدين المحجوز عليه يصبح غير قابل للمقاصة لحماية لحق الدائن الحاجز. ونشوء دين مقابل لهذا الدين صالح للمقاصة بعد توقيع الحجز التحفظي على الدين لا يغير من عدم قابليته للمقاصة بعد أن تعلق به حق الغير، إذ المقاصة لا تقع إضراراً بحقوق كسبها الغير.

قلو أن شخصاً في ذمته دين لشخص آخر، ووقع حجز تحفظي على هذا الدين من دائن للدائن، ثم نشأ بعد ذلك دين للمدين في ذمة الدائن صالح للمقاصة بالدين الأول، فلا تقع المقاصة بالرغم من ذلك. ذلك أن وقوعها إضراراً بحق الدائن الحاجز، وهو من الغير في المقاصة. وكما أن المدين الذي 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 في ذمة الدائن عن طريق المقاصة.

= 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 يعمل بها في لبنان لأنها مستمدة من هذا المبدأ).

(١) وقد سبق أن بينا أن المادة ٣٦٩ مدني تقرر مبدأ مكملاً 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 إضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه (أنظر أيضاً فقرة ٥٤٧). فلا يجوز إذن الأضرار بحقوق كسبها الغير، لا عن طريق التمسك بالمقاصة، ولا عن طريق النزول عنها.

(٢) ويستوى أن ينشأ الدين المقابل بعد توقيع الحجز أو قبله، ما دام لم يصلح للمقاصة إلا بعد توقيع الحجز (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٦ - استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٠٢ - وانظر أيضاً المادة ٣٩٢ من التقنين الألماني والتعليقات على التقنين المدني الألماني ١ م ٣٩٢ فقرة ١ - فقرة ٢).

على أنه يجوز للمدين الذى وقع الحجز تحت يده، فامتنت عليه المقاصة، أن يوقع هو أيضاً حجراً تحفظياً تحت يد نفسه، فيشترك بذلك مع الدائن الحاجز الأول فى اقتضاء حقه من الدين الذى فى ذمته، ولكنه يشترك فى ذلك مع الدائن الحاجز الأول شركة الغرماء^(١).

٥٥٥- حوالة أحد الدينين المتقابلين وقبول المدين الحوالة دون 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 يقاص 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). فإن كان عالماً، وقبل مع ذلك الحوالة دون تحفظ، حمل ذلك منه على أنه قد نزل عن المقاصة

(١) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٠- وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «ويعرض أول هذين التطبيقين عند توقيع حجز تحت يد المدين، فإذا ترتب لهذا المدين فى ذمة دائئه المحجوز على ماله، بعد توقيع ذلك الحجز، امتنع عليه التمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز. ومؤدى هذا أن الدين المحجوز لا يجوز القصاص فيه، شأنه من هذا الوجه شأن الدين غير القابل للحجز. ولا يشترط فى هذه الحالة أن يرتب دين المدين فى ذمة حلقته المحجز، بل تمنع المقاصة كذلك ولو كان هذا الدين قد نشأ من قبل ما دامت شروطها لم تتوفر عند توقيعها: 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 تحفظياً قبل نشوء حقه، إذا كان هذا الحق الذى يقاص به دينه به نشأ من نفس المصدر الذى نشأ منه الدين وكان من شأنه أن يحدده. وفى عقد البيع إذا كان البائع مديناً بضمان عيب ودائناً بالثمن بالمقاصة بين الدينين، ولكن البائع حول الثمن إلى أجنبى وقبل المشتري الحوالة، أو وقع بين حجزاً على الثمن تحت يد المشتري قبل وقوع المقاصة، فقبول المشتري للحوالة أو توقيع التحفظى تحت يده لا يمنع من التمسك بالمقاصة بين الثمن وضمان العيب (استئناف ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٥-٧ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٧).

بعد ثبوت حقه فيها، وهذا جائز كما قدمنا. وفى هذه الحالة لا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة ضد المحال له بعد أن نزل عنها. ويعود له بطبيعة الحال حقه نحو المحيل الذى كان قد انتضى 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 إضراراً 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 بالدين، والمقاصة لا تقع إضراراً 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 متازلاً 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 تبعة القبول الصادر منه دون تحفظ^(١). أما فى الفرض الثانى الذى نحن بصدده، وهو لم يصدر منه قبول للحوالة بل أعلن بها، فلا ذنب له، إذ هو لم يقبل الحوالة فيجر قبوله المحال له إلى الوهم الذى وقع فيه فى الفرض الأول. ومن ثم وجب إعمال المقاصة بين الدينين بعد أن تلاقيا صالحين لها قبل صدور الحوالة، وتكون الحوالة واردة على حق انتضى بالمقاصة، فتقع باطلاً. ويستطيع المدين إذن أن يحتج بالمقاصة على المحال له فى هذا الفرض، ولا يمنعه من ذلك إلا أن يكون الحق الذى يقاص به دينه قد ثبت بعد إعلان الحوالة به، وفى هذه الأحوال لا تقع المقاصة لأن الدين المحال به لم يتلاق مع الدين المقابل، بل انتقل إلى المحال له قبل ذلك، فأصبح غير صالح للمقاصة^(٢).

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٣ ص ٣٦٩.

(٢) أنظر تاريخ المادة ٣٦٨ مدنى آنفاً فقرة ٥٥٣ فى الهامش - وأنظر ديرانتون ١٢ فقرة ٤٣٤ - فقرة ٤٣٦ - ماركاديه ٤ فقرة ٨٤٢ - ديمولومب ٢٨ فقرة ٥٧٥ - فقرة ٥٧٩ - لوران ١٨ فقرة ٤٦٧ - هيك ٨ فقرة ١٦٥ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٨ ص ٣٤٧ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٥ - فقرة ١٨٨٠.

الفرع الثاني

المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

٥٥٦- سكوت التقنين المدني عن المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية: والتقنين المدني، عندما عرض للمقاصة، لم يقصد إلا المقاصة القانونية التي سبق أن بسطنا أحكامها. أما المقاصة الاختيارية^(١)، وأما المقاصة القضائية، فقد سكت عنهما، وترك أحكامهما تسرى عليها القواعد العامة، وبخاصة قواعد قانون المرافعات فيما يختص بالمقاصة القضائية.

وسنورد في إيجاز أحكام كل من هذين النوعين من المقاصة، مستمدين إياها من القواعد العامة.

المبحث الأول

المقاصة الاختيارية

(Compensation facultative ou conventionnelle)

٥٥٧- الاحوال التي تجرى 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

=وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: وأما التطبيق الثاني فيتحقق إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين هذه الحوالة دون تحفظ. فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالمحال له، ولو كان له أن يتمسك بها من قبل. ولا يمكن لمن يفوت عليه التمسك بالمقاصة على هذا الوجه إلا أن يرجع يدينه على المحيل، دون أن يكون له أن يتمسك بالتأمينات التي أنشئت لضمان الوفاء بهذا الدين إضراراً بالغير. ولكن إذا كان المدين قد أعلن بالحوالة دون أن يقبلها فلا يحول هذا الإعلان بينه وبين التمسك بالمقاصة. وعننى عن البيان أنه لا يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة بين دين وجب له في ذمة دائنه وبين الدين المحال به، إذا كان دينه هو قد ترتب بعد إعلان الحوالة، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٦).

(١) ورد في التقنين المدني العراقي نص في المقاصة الاختيارية، هو نص المادة ٤٠٩ من هذا القانون (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٢ في الهامش). ولم يرد له نظير، لا في التقنين المدني المصري، ولا في التقنين المدني العربي الأخرى.

دين للكفيل في ذمة الدائن. وقد يكون الدين في ذمة المدين للدائن والدين الآخر في ذمة الدائن الأجنبي، فلا تقع المقاصة القانونية ما بين الدينين لأنها 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 تجرى المقاصة القانونية ما بين الدينين لعدم التماثل في المحل.

وقد يكون أحد الدينين غير صالح للمطالبة به قضاء بأن يكون التزاماً طبيعياً يقابله التزام مدني، فلا تجرى 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 مصلحة كليهما معاً، لأن المقاصة القانونية إنما شرعت لمصلحة خاصة، فهي ليست من النظام العام كما قدمنا.

فإذا 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 كليهما على إجراء المقاصة، ولا يكفي رضاهما، فإذا اتفقا أجريت المقاصة اختيارية لا قانونية^(١).

(١) على أن للمقاصة الاختيارية حدوداً لا تتخطاها إرادة الطرفين، وهذه هي منطقة النظام العام. فهي لا تجوز بعد شهر الأفلاس، بل ولا في المدة المشتبه فيها. كذلك لا يجوز أن يجريها رب العمل في الديون التي له على العمال يقاس بها مرتباتهم وأجورهم (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقر ١٢٩٤).

ولنستعرض الآن مرة أخرى الأحوال التي قدمناها، لنرى كى تتم المقاصة الاختيارية في كل منها، أتمت بإرادة أحد الطرفين أم لا تتم إلا باتفاقهما.

فأما إذا لم يوجد تقابل بين الدينين، كأن يكون أحد الدينين في ذمة الدائن للكفيل أو في ذمة الدائن لأجنبي، فإنه إذا لم يجز للمدين أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي في ذمته للدائن والدين الذي في ذمة الدائن للكفيل، فإن الكفيل له أن يتمسك بالمقاصة بين الدين المكفول والدين الذي له في ذمة الدائن، وبذلك تتم مقاصة اختيارية ما بين الدينين أجراها الكفيل بإرادته وحده، وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحته فنزل عن هذه المصلحة^(١). كذلك إذا لم يجز للمدين أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي في ذمته للدائن والدين الذي في ذمة الدائن للأجنبي، فإن الأجنبي يستطيع بإرادته وحده أن يجرى مقاصة اختيارية بين الدين الذي في ذمة المدين للدائن والدين الذي في ذمة الدائن له، وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحته فنزل عن هذه المصلحة^(٢).

وإذا لم يوجد تماثل في المحل ما بين 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 ما بين الدينين وإن لم يتماثل المحل فيهما. وكانت المقاصة القانونية ممتنعة لمصلحة كل من الطرفين، فنزلاً عن هذه المصلحة باتفاقهما^(٣).

وإذا كان أحد الدينين غير صالح للمطالبة به قضاء، كالالتزام الطبيعي، جاز للملتزم بإرادته وحده أن يجرى المقاصة الاختيارية بين هذا الالتزام الطبيعي الذي عليه لدائته والتزام مدني في ذمة دائته له. ذلك أن المقاصة القانونية إنما امتنعت رعاية لمصلحته وحده، وقد نزل عن هذه المصلحة.

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٣٣ في الهامش وفقرة ٥٥٠.

(٢) بل يستطيع الأجنبي أن يحول حقه قبل الدائن إلى المدين، ويكفي إعلان الدائن لتكون الحوالة نافذة في حقه. فإذا تمت الحوالة أصبح المدين دائناً لدائته، فوفقت المقاصة القانونية بين الدينين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٥ ص ٢٢٥) - أنظر في ذلك: لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ١٨ - ديملومب ٢٨ فقرة ٧٦ - فقرة ٧٧ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٥ - عكس ذلك: ديرانتون ١٢ فقرة ١٧ - فقرة ١٨ فقرة ٤٢٠.

وكذلك يستطيع الأجنبي أن يقبل حوالة الدين الذي في المدين إلى ذمته، برضاء الدائن أو غير ذلك وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الدين، فيصبح مديناً للدائن ودائناً له، فتقع المقاصة (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٣ في الهامش).

(٣) أنظر تطبيقاً تشريعياً في التقنين المدني الفرنسي في المادة ٢/١٢٩١ في هذا التقنين. وأنظر بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٣.

وإذا كان أحد الدينين غير خال من النزاع، أمكن المدين في هذا الدين أن ينزل عن المنازعة فيه، فيجري بإرادته وحده المقاصة الاختيارية بين الدينين.

كذلك إذا كان أحد الدينين غير معلوم المقدار، أمكن الطرفين معاً أن يحددا مقداره، وأن يجريا 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. فإن كان هو المدين أو كان هو الدائن، أجرى المقاصة الاختيارية بإرادته وحده. وإن كان الأجل لمصلحة الطرفين معاً، أجرى المقاصة الاختيارية باتفاقهما.

وإذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز، كأن كان على الدائن بالنفقة دين في ذمته لمدينه، جاز لهذا الدائن أن يجرى المقاصة الاختيارية بإرادته وحده بين دين النفقة الذي له والدين الذي في ذمته.

وإذا كان أحد الدينين مما لا تجرى فيه المقاصة القانونية، كأن كان شيئاً نزع دون حق من مالكة أو كان شيئاً مودعاً أو معاراً، جاز لمن نزع منه ملكه أو للمودع أو للمعير أن يجرى المقاصة الاختيارية بإرادته وحده بين الدينين.

ونرى من ذلك أن المقاصة الاختيارية يمكن إجراؤها 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 بإرادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معاً بحسب الأحوال^(١).

٥٥٨ - الآثار التي تترتب على المقاصة الاختيارية: رأينا أن المقاصة القانونية تقع بمجرد تلاقى الدينين. بل إن المقاصة التي تتم باعلان عن الإرادة، في القوانين الجرمانية، تقضى الدينين من وقت تلاقيهما بأثر رجعي. وهذا بخلاف المقاصة الاختيارية، فإنها لا تنتج أثرها إلا من وقت إعلان صاحب المصلحة إرادته في إجرائها. فلا تستند إلى الماضي، ولا ينقضى الدينان من وقت تلاقيهما، بل من وقت إعلان الإرادة في إجرائها، إرادة أحد الطرفين أو إرادة كل منهما بحسب الأحوال^(٢).

(١) بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٢.

(٢) نقض مدني ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٧ ص ١٤٤ - ديملومب ٢٨ فقرة ٦٧١ - فقرة ٦٧٣ - لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ١٦ - لوران ١٨ فقرة ٤٦٩ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٧ - بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٥.

وإذا وقع نزاع في صحة إجراء المقاصة الاختيارية، حسم القاضى النزاع. ولكن لا تنقلب المقاصة =

وتقضى المقاصة الاختيارية الدينين معاً كما تقضيها المقاصة القانونية، فتقطع الفوائد، وتزول التأمينات. ولا يجوز الرجوع في المقاصة الاختيارية، ولو كانت قد تمت بإرادة أحد الطرفين، إلا باتفاقهما معاً. وإذا اتفق الطرفان على الرجوع، لم يضر الغير بذلك، فلا تعود التأمينات التي تكون قد زالت، توقيماً للإضرار بحقوق الغير^(١).

ولا يجوز أن تتضمن المقاصة الاختيارية وفاء جزئياً يجبر عليه الدائن. فلا يجوز إجراء مقاصة اختيارية بين دينين غير متساويين، إلا برضاء الدائن بالدين الأكبر، وقد قدمنا أن الوفاء الجزئي لا يجوز إلا برضاء الدائن^(٢).

المبحث الثاني

المقاصة القضائية

(Compensation judiciaire ou reconventionnelle)

٥٥٩- الأحوال التي تجرى فيها المقاصة القضائية: تجرى المقاصة القضائية أمام القضاء بدعوى عارضة من المدعى عليه كما سئرى. ولا بد أن تكون في دينين متقابلين^(٣) 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 القاضي الحكم بها متى ثبت له وقوعها. وكذلك لو كانت المقاصة الاختيارية ممكنة للمدعى عليه لاستطاع بإرادته وحده أن يجرى هذه المقاصة فتقع من

=الاختيارية بذلك إلى مقاصة قضائية، فإن القاضي لا يملك في المقاصة الاختيارية سلطة تقديرية، بل يتعين عليه أن يقضى بوقوعها 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 ما سئرى، بل يكفي أن يقدم إلى المحكمة طلباً بذلك (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٦).

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٦ ص ٢٢٦.

(٢) ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٦٤ - هيك ٨ فقرة ١٧٢ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٤ - عكس ذلك لاروميير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ١٤.

(٣) ولا يشترط أن يكون بين الدينين أية رابطة (لاروميير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ٢٠ - ديمولومب ٢٨ م ٦٨٩ - فقرة ٦٩٠ - لوران ١٨ فقرة ٤٨١). ولكن القضاء البلجيكي يشترط وجود رابطة بين الدينين (أنسكلوبيدي دالوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٤٠).

وقت إعلان هذه الإرادة، ولما احتاج إلى دعوى عارضة، بل اقتصر على الدفع بوقوع المقاصة الاختيارية، فتحتم على القاضي الحكم بها.

فالمقاصة القضائية تكون إذن في الأحوال التي لا تتوفر فيها شروط المقاصة القانونية، ويكون الشرط أو الشروط المتخلفة ليست من الشروط التي روعيت فيها مصلحة المدعى عليه وحده وإلا لا يمكن لهذا أن ينزل عنها وأن يجرى المقاصة الاختيارية بدلا من الالتجاء إلى المقاصة القضائية الأكثر تعقيداً. ويبدو أن المقاصة القضائية تكون حيث يتخلف من شروط المقاصة القانونية أحد شرطين: الخلو من النزاع ومعلومية المقدار^(١). فتقابل الدينين وصلاحيتهما للمطالبة بهما قضاء وقابليتهما للحجز واستحقاقهما للأداء^(٢)، كل هذه شروط لا بد من توافرها حتى في المقاصة القضائية، ولا يتصور أي نوع من المقاصة بدونها. كذلك التماثل في المحل ما بين الدينين لا بد منه حتى في المقاصة القضائية، فيدون التماثل لا يمكن القاضي أن يستنزل أحد الدينين من الدين الآخر، وليس أمامه إلا أن يقضى بالدينين جميعاً، وهذه ليست مقاصة^(٣). فلا يبقى إذن إلا أن يكون الدينان خاليين من النزاع معلومي المقدار وهذان شرطان يمكن أن يتخلف أحدهما أو كلاهما، وهنا يلجأ المدعى عليه إلى المقاصة القضائية^(١)، إذا تعذرت عليه المقاصة الاختيارية بأن يكون حسم النزاع في الدين أو تحديد مقداره متوقفاً على رضاء الطرف الآخر ويأبى هذا أن يتفق معه.

(١) ولما كان التقنين المدني الألماني يجيز المقاصة القانونية في الديون غير الحالية من النزاع (انظر آنفاً فقرة ٥٢٦ في الهامش)، فقد أصبحت المقاصة القضائية ليس لها إلا محل محدود جداً في هذا التقنين (انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٢٨٧ فقرة ٢ - فقرة ٣).

(٢) على أن هناك طريقة عملية لمقاصة دين مؤجل في دين مستحق الأداء، إذا رأى القاضي في ظروف معينة أن هذه المقاصة عادلة. وسيله إلى ذلك أن يمنح المدين في الدين المستحق الأداء نظرة الميسرة، ويجعل النظرة تمتد إلى وقت حلول الأجل في الحق الذي للمدين على الدائن. فتقضى نظرة الميسرة في الدين في الوقت الذي يحل فيه الأجل في الحق، فيصبح الدينان مستحقين الأداء، فتقاصان (انظر في ذلك بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٩ - أنسكلوبيدي دالوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٤٢).

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٩ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٦ - جوسران ٢ فقرة ٩٤٤ - دي باج ٣ فقرة ٦٦٧ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ١٠٠ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٦.

(١) متى كانت المقاصة التي انتهى إليها الحكم تنطوي في حقيقتها على مقاصة قضائية قدرت المحكمة في سبيل إجرائها كلا من الدينين ومدى المنازعة فيه وأثرها عليه تم أجرت المقاصة بموجبها بعد ذلك - فإنه لا يؤثر في ذلك ما استطرد إليه الحكم تزييدا من توافر شروط المقاصة القانونية.

(الظن ٣٥٤ لسنة ٢٣ ق - جلسة ١٩٥٨/١/٢ ص ٩ ص ٤٣)

فإذا 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 رضاه المدعى وهو يأبى. فلا يبقى أمام المدعى عليه إلا المقاصة القضائية، يلجأ إليها على الوجه الذي تتولى الآن بيانه (١).

٥٦٠- كيف تجرى المقاصة القضائية وما يترتب عليها من الآثار: لا 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 ١٢٥ من تقنين المرافعات على هذه الدعوى صراحة، إذ تقول: «المدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة: (١) طلب المقاصة القضائية...».

ويطلب المدعى عليه في هذه الدعوى العارضة من القاضي أن يسقط قصاصاً المدعى المطلوب منه في دين يدعيه على المدعى (١)، بأن يفض النزاع في خصوص هذا الدين.

(١) وقد يكون الدين الذي للمدعى هو أيضاً محل نزاع أو غير معلوم المقدار، ومن أجل ذلك رفع الدعوى. فإذا تنازع شخصان، ورفع كل منهما على الآخر دعوى تعويض، جاز للقاضي أن يقرر المقاصة القضائية بين الطرفين. وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تطاول كل من المدعى والخصوم على صاحبه بالتدفع، وطلب كلاهما من الآخر تعويضاً، جاز للمحكمة الحكم بتسوية كل منهما قبل الآخر لتكافؤ السببات (١٢ مايو سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٥٢).
(٢) ويجوز أن يبادر الطرف صاحب الحق المتنازع فيه أو غير معلوم المقدار إلى رفع دعوى أصلية دون أن ينتظر رفع دعوى عليه من الطرف الآخر، وذلك حتى يصل من طريق القضاء إلى حسم في حقه أو إلى تحديد مقداره، تمهيداً لإجراء المقاصة. وفي هذه الحالة يحسن به أن يحتاط عند رفع الدعوى إلى توقيع حجز تحت يد نفسه على الدين الذي في ذمته للطرف الآخر. يعتمد هذا التصرف فيه، كأن يحوله إلى آخر قبل أن تصبح المقاصة ممكنة (بودرى وآرون ١٨٩٦).

(١) - يشترط لإجراء المقاصة القضائية أن يطلبها صاحب الشأن بدعوى أصلية أو في دعوى عارض. وإذا كان الطاعن لم يتمسك لدى محكمة الموضوع إلا باستحقاقه للربح بعد شرائه للطابع وعدم خصمه من الثمن المدفوع منه فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يمسح بالمقاصة القضائية بين الفائدة التي يرى الطاعن استحقاقه لها وبين الربح المقضى به لا يكون مخالفاً مشوباً بالقصور.

(الظعن ٢٨١ لسنة ٢٧ق - جلسة ١٩٧٣/٣/١٥ ص ٢٤ ص ٤٣٠)

(الظعن ٣١٢ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٧ ص ٢٠ ص ٩٩٦)

(الظعن ٢١٧ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ ص ١٩ ص ٣٤٥)

(الظعن ١١٠ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ ص ١٠ ص ٥١٩)

ب- يشترط للإدعاء بالمقاصة القضائية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن ترفع به دعوى أصلية أو أن يطلب في صورة طلب عارض يقدمه، وكانت المادة ١٢٣ من قانون المرافعات تشترط لقبول الطلب العارض أن يقدم إلى المحكمة بصحيفة تعلن للخصم قبل يوم الجلسة أو يبدى شفاهاً في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها، وإذا لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات ومن ثم لا يجوز إبداء طلبات عارضة في الاستئناف ويكون طلب الطاعن إجراء المقاصة القضائية لأول مرة في مذكرة دفاعه أمام محكمة الدرجة الثانية غير جائز قانوناً.

(الظعن ١٠٤١ لسنة ٤٧ق - جلسة ١٩٨١/٣/٢ ص ٣٢ ص ٧٣٧)

ج- إذ كان لا يجوز للمدين طلب المقاصة القضائية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف على خلاف المقاصة القانونية التي يجوز له طلبها في أية حالة كانت عليها الدعوى - وكانت المقاصة القانونية وعلى ما تقتضيه المادة ٣٦٢ من القانون المدني تستلزم في الدين الذي يطلب التقاضي به أن يكون خالياً من النزاع - أي محققاً لاشك في ثبوته في ذمة المدين ومعلوم المقدار - وإن يكون مستحق الأداء وكان الثابت في الدعوى أن الطاعن لم يطلب المقاصة إلا أمام محكمة الاستئناف وإذا كان الدين الذي يطلب التقاضي به ما زال محل نزاع في الدعوى رقم ٤٧٥ لسنة ١٩٧٩ تجارى كلى جنوب القاهرة لم يحسم بعد ومن ثم فلا نعى على الحكم المطعون فيه إن هو اعتبر أنه بصدد مقاصة قانونية لم تتوافر شروطها واغفل بحث المقاصة القضائية باعتبارها من قبيل الطلبات الجديدة التي لا تقبل أمام محكمة الاستئناف ولذا يكون ما ورد بسبب الظعن على غير أساس.

(الظعن ٢١٠٧ لسنة ٥٢ق - جلسة ١٩٨٧/١٢/٧)

(الظعن ٩٦ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٦ ص ٣٥ ص ٢١٠٣)

د- طلب الطاعن إجراء المقاصة فيما يدعيه من دين بما اشتمل عليه من ثمن انقراض العقار محل النزاع دون تعيين مقدار هذا الدين وخلوه من النزاع إنما ينطوي في حقيقته على مقاصة قضائية، ولما كان يتعين على الطاعن أن يسلك في هذا الطلب سبيل الدعوى العادية أو أن يبدى في صورة طلب عارض أمام محكمة أول درجة إلا أنه تنكب هذا الطريق الصحيح بإبداء طلب المقاصة القضائية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف فإن هذا الطلب يكون غير مقبول باعتباره من الطلبات الجديدة التي لا يجوز إبدائها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف وتقتضى المحكمة بعدم قبوله من تلقاء نفسها طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات، لما كان ما تقدم، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يستجب لدفع الطاعن بالحبس وطلبه إجراء المقاصة فإنه يكون صحيح النتيجة قانوناً. ومن ثم فلا يجدى الطاعن تعيب الأسباب القانونية للحكم في هذا الخصوص، ذلك بأنه متى كان الحكم المطعون فيه سليماً في نتيجته التي انتهى إليها فإنه لا يطله ما يكون قد اشتملت عليه أسبابه من أخطاء قانونية إذ لمحكمة النقض أن تصحح هذه الأخطاء بغير أن تنقضه.

(الظعن ٥٧٤ لسنة ٥٧ق - جلسة ١٩٩٠/٦/٢١)

هـ- لما كان الثابت أن الطاعن قد طلبت أمام محكمة الاستئناف لأول مرة إجراء المقاصة القضائية المنصوص عليها في المادة ١٢٥ من قانون المرافعات، وكان يشترط للإدعاء بالمقاصة القضائية -

الذي يدعيه على المدعى إذا كان الدين متنازعا فيه، أو أن يعين مقدار هذا الدين إذا لم يكن معلوم المقدار، ثم يجرى المقاصة القضائية بعد ذلك^(١).

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، مستقبلاً إياها للفصل فيها فيما بعد، أو تاركاً للمدعى عليه أن يرفع بطلبه دعوى مستقلة^(٢). وقد يرى القاضي أخيراً أن الدعوى العارضة مما يتيسر البت فيه مع الدعوى

=وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن ترفع به دعوى أصلية أو أن يطلب في صورة طلب عارض يقدم بصحيفة تعلن إلى الخصم أو يبدى شفاهاً في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها تطبيقاً لنص المادة ١٢٣ من قانون المرافعات، وكانت الطلبات الجديدة لا تقبل في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ من هذا القانون، ومن ثم لا يجوز طلب المقاصة القضائية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر في قضائه بعدم قبول طلب الطاعة المقاصة القضائية فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون.

(الطعن ١٥٢٧ لسنة ٥٥، ٤٢٠، ٥٧٧ لسنة ٥٨ق - جلسة ١٩٩١/٥/٣٠)

(١) 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 مدينا للمدعى عليه (بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٩٣ - أنسيكلوبيدي دالوز لفظ compensation فقرة ٢٤٣).

(٢) فلا يعطل القاضي دون مقتض الفصل في الدعوى الأصلية، وبخاصة إذا كان غير مختص بنظر الدعوى العارضة اختصاصاً نوعياً (استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٣٣٧)، أو يرى أن الدعوى العارضة إنما أريد بها تعطيل الدعوى الأصلية: استئناف مختلط 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 - ١٠ 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 ٢٣٥ - ١٧ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٨ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٣٠ - ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٤٤٨ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٦٧ - ١١ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩١ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٥ ص ١١ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٣ - ١٤ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢٩ - ٤ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٩ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١.

الأصلية، فينظر الدعويين معاً^(١)، وقد يرفض إحداهما دون الأخرى، أو يرفضهما معاً، أو يقبلهما معاً، بحسب الأدلة التي تقدم بها الخصوم. وإلى كل ذلك تشير المادة ١٢٧ من تقنين المرافعات، إذ تنص على أن «تحكم المحكمة في كل نزاع يتعلق بقبول الطلبات العارضة أو التدخل. ولا يترتب على الطلبات العارضة أو التدخل أرجاء الحكم في الدعوى الأصلية متى كانت صالحة للحكم فيها. وتحكم المحكمة في موضوع الطلبات العارضة أو طلبات التدخل مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك، وإلا استبقت الطلب العارض أو طلب التدخل للحكم فيه بعد تحقيقه»^(٢).

فإذا قبل القاضي كلا من الدعوى الأصلية والدعوى العارضة، بعد أن فض النزاع في شأن الدين الذي يدعيه المدعى عليه في ذمة المدعى أو بعد أن عين مقداره، فإنه يجرى المقاصة القضائية بين الدينين بعد أن أصبحت المقاصة ممكنة. فينقض الدينان بقدر الأقل منهما^(١)، كما في المقاصة القانونية. فإذا كان دين المدعى هو الأكبر، قضى له بما زاد به دينه. وإذا كان دين المدعى عليه هو الأكبر، قضى للمدعى عليه بالزيادة. وإذا كان الدينان متساويين، قضى بإيقاع المقاصة في كل من الدينين وبانقضائهما معاً.

وحكم القاضي هو الذي ينشئ المقاصة القضائية، ومن ثم لا تقع هذه المقاصة إلا من وقت صدور الحكم بها، لا من وقت رفع الدعوى العارضة، لأن الحكم هنا منشئ

=ولا تقبل دعوى عارضة للمقاصة في حق ملكية مرفوع به دعوى أصلية: استئناف مختلط ٣١ مارس ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٠٤.

(١) وبخاصة إذا كانت الدعوى العارضة مرتبطة بالدعوى الأصلية ارتباطاً وثيقاً، فإن هذا يهيئ جواً مناسباً لقبول النظر فيها، والفصل في الدعويين معاً لإجراء المقاصة إن كان لها وجه: استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣١٠. وأنظر أيضاً: استئناف مختلط 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 ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢.

(٢) وقد يوقف القاضي الدعوى الأصلية، حتى يترك للمدعى عليه فرصة لتصفية الحق الذي له في ذمة المدعى، تمهيداً لإجراء المقاصة: استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٩٦ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٨٨. وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن ليس للدائن الذي دينه معلوم المقدار أن يجرى تنفيذ حكمه، بل يجب عليه الانتظار حتى يصفى الدين الذي لمدينه فتحصل المقاصة^(٢) ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٣١ ص ١٢٢).

(١) لقاضي الموضوع بالنسبة للدين المتنازع فيه، أن يحدد مقداره منه هو الحد الأدنى لما يعتبره ثابتاً في ذمة المدين ويقضى بالمقاصة في هذا المقدار.

(الطعن ٣٢ لسنة ٣٤ق - جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ ص ١٨ ص ١٧٢٠)

وليس كاشفاً. وفي هذا تختلف المقاصة القضائية عن كل من المقاصة القانونية التي تقع من وقت تلاقى الدينين. والمقاصة الاختيارية التي تقع من وقت إعلان الإرادة في إجرائها^(١).

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، وتزول التأمينات التي كانت تكفل أياً من الدينين وذلك أيضاً من وقت صدور الحكم، ولكن لا يسرى زوال التأمينات في حق الغير إلا بالتأشير بذلك في هامش القيد.

الفصل الرابع

اتحاد الذمة (*)

(Confusion)

٥٦١ - 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 أي 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. وتعدر إذن على هذا الشخص أن يمارس حقه، إذ هو دائن ومدين، ولا يستطيع أن يطالب نفسه بالدين. ومن ثم ينقضى الدين، أو في الصحيح يقف نفاذه، لهذا الضرب من الشلل الذي اعتراه^(٢)، كما سنرى.

ويتبين مما تقدم أن هناك فرقاً جوهرياً بين اتحاد الذمة والمقاصة. ففي اتحاد الذمة لا يوجد إلا دين واحد^(٣) 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

(*) مراجع: مولان (Moulin) شراء الشركة لأسهمها رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - لاجارد (Lagarde) شراء الشركة لأسهمها - لاييه (Labbé) بحث في بعض الصعوبات الخاصة بضياح الشيء المستحق واتحاد 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 العقار المرتفق به والعقار 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 و ص ٢٠٨ - ص ٢١١.

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «والواقع أن هذا الأثر أقرب في حقيقته إلى شل حكم الاستحقاق، وهو المطالبة، منه إلى معنى الانقضاء. فالالتزام يعود إلى الوجود، إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة زوالاً مستنداً» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩١. وانظر أيضاً ص ٢٩٢ - ص ٢٩٣).

(٣) قارن المادة ١٣٠٠ من التقنين المدني الفرنسي وهي تتحدث في اتحاد الذمة عن دينين خطأ (بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٩٧ ص ٢٣٤ - بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٦٣).

(١) لوران ١٨ فقرة ٤٧٦ - هيك ٨ فقرة ١٧٣ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٩٤ - فقرة ١٨٩٥ - على أن عدداً كبيراً من الفقهاء يذهبون إلى أن المقاصة القضائية كاشفة لا منشئة فتستند إلى وقت رفع الدعوى العارضة (لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ٢٦ - ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٩١ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٨ ص ٣٩٧ - بلايول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٧). ويذهب البعض إلى جعل المقاصة القضائية كاشفة فيما بين الطرفين، ومنشئة بالنسبة إلى الغير ممن كسب حقاً على أحد الدينين (أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٣٨).

وكان القضاء المختلط منقسماً في هذه المسألة، فبعض الأحكام تذهب إلى أن المقاصة القضائية كاشفة تستند إلى وقت تلاقى الدينين (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢ - ١١ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٧)، وأحكام أخرى تذهب إلى أنها منشئة تحدث أثرها وقت صدور الحكم (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨١ - ٢٤ مايو سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٣١٩). وهناك حكم يقضى بأنه إذا كان النزاع في 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 الذي يرفع التعارض ما بين الأحكام المتقدمة الذكر. فإذا كان النزاع مما يسهل فضه في يسر وسرعة اعتبر الدين غير متنازع فيه وكانت المقاصة قانونية ترجع إلى يوم تلاقى الدينين، أما إذا كان النزاع لا يسهل فضه 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 فعلاً 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 ٣٧٢).

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^(١).

٥٦٢ - الأهمية المحدودة 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 لزاماً على جوهر الالتزام ذاته: تعليقات على التقنين الألماني ١ ص ٥٥١»^(٢).

وهناك سبب آخر - في مصر - يجعل اتحاد الذمة محدود الأهمية من الناحية 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، فتنتقل 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. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى: «ورغم أن نصيب هذا النظام من

غير
حل

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٢ - وجاء في الموجز: «والذى 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).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٣ - وقد أغفل التقنين الألماني ذكر سبب لانقضاء الالتزام من المالكين ذكرهما منذ عهد القانون الروماني، وهما التجديد واتحاد الذمة. وكان اتحاد الذمة المذكوراً في المشروع الأول من التقنين الألماني، ولكنه حذف في المشروع الثاني باعتبار أنه أمر بطابع الأشياء، فلا حاجة إلى ذكره (تعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول ص ٥١١).

الأهمية في مصر جد ضئيل، إذ أن الشريعة الإسلامية لا تقر أحد تطبيقه الرئيسي، فقد أفرد له المشروع مادتين (أدمجتا بعد ذلك في مادة واحدة)، تناول في أولاهما تحديد نطاقه، واستظهر في الثانية معنى الأثر المترتب عليه^(١).

فبحث 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، فإنه يرث كل الدين الذي للتركة في ذمته، فيصبح دائناً في هذا الدين نفسه، ويجتمع 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 في 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، فإنه طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية وهي التي تسرى في الميراث، وإن كان يرث الدين الذي للتركة، لا يرث الدين الذي على التركة. ومن ثم لا بد من سداد الدين أولاً، فيستوفي الدائن هذا الدين من التركة. وعند ذلك تصبح التركة خالية من الديون، فيرثها الدائن وحده أو مع غيره^(١). ومن أجل ذلك لا يتهيأ في هذه الصورة، كما قدمنا، أن تتحد الذمة في الدين الذي على

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩١.

(١) اتحاد الذمة لا يتحقق إلا باجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد ومن ثم فلا يتحقق اتحاد الذمة إذا ما ورث الدائن المدين إذ تمنع من ذلك أحكام الشريعة الإسلامية التي تحكم الميراث في هذه الحالة ذلك أنه حيث يرث الدائن المدين فإنه لا يرث الدين الذي على التركة حتى ولو كان هو الوارث الوحيد للمدين لما هو مقرر في الشريعة الإسلامية من أنه لا تركة إلا بعد سداد الدين مما مقتضاه أن تبقى التركة منفصلة عن مال الوارث الدائن حتى تسدد الديون التي =

التركة. بل يتقاضى الدائن حقه أولاً من التركة، فينقضى بطريق الوفاء لا بطريق التركة. ثم يرث الدائن التركة بعد ذلك خالية من الديون^(١). وهذا بخلاف الغائبين لدمته، إذ يرث الدائن في هذه الصورة الدين الذي على التركة إذا كان قد قبل الميراث مع دون قيد، فتتحد الذمة في الدين كما في الصورة الأولى^(٢). أما إذا قبل الميراث مع اشتراط الجرد (sous bénéfice d'inventaire)، فإنه 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^(٣).

٥٦٤- عن طريق الوصية: وقد يتحقق اتحاد الذمة عن طريق الوصية، ويكون الموصى له إما خلفاً عاماً وإما خلفاً خاصاً.

= عليها وبعد ذلك يرث هذا الدائن وحده أو مع غيره من الورثة ما يتبقى من التركة.
(الطعن ٢٤١ لسنة ٢١ق - جلسة ١٩٦٦/٤/١٤ من ١٧ ص ٨٤٦)
(جلسة ١٩٦٩/٥/١٣ مجموعة احكام النقص السنة ٢٠ ص ٧٦٩)
(١) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦.

(٢) وقد جاء في الموجز: «وإذا كان الفرق بين القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية واضحاً في المسألة، فيتحقق اتحاد الذمة في القانون الفرنسي ولا يتحقق في الشريعة الإسلامية، فإن التركة في الشريعتين. ونوضح ذلك بمثل: تركة المورث قدرها ألفان، وله وارثان لكل منهما النصف من دين لأحد الورثين قدره ألف. ففي القانون الفرنسي يرث الوارث الألف، ويرث إلى جانب نصف الدين (أي خمسمائة)، فتتحد ذمته في هذا النصف، ويرجع بالنصف الباقي من التركة الوارث الثاني. فيكون مجموع ما ناله هو الألف التي ورثها والخمسمائة التي رجع بها على الوارث الثاني. وهذا ما يناله أيضاً في الشريعة الإسلامية، دون أن يكون هناك اتحاد ذمة في نصف الدين الوارث في هذه الشريعة يبدأ باستيفاء حقه من التركة، فينال ألفاً باعتباره دائناً، والألف الباقي منها خمسمائة باعتباره وارثاً. لكن يلاحظ أن الوارث في القانون الفرنسي قد نال ألفاً باعتبارها وخمسمائة باعتباره دائناً، أما في الشريعة الإسلامية فقد نال ألفاً باعتباره دائناً وخمسمائة وارثاً. وقد يترتب على ذلك بعض النتائج العملية. من ذلك أن الوارث في الشريعة الإسلامية من الميراث، لقتله المورث مثلاً، فيحرم من الخمسمائة التي نالها باعتباره وارثاً، لا من الألف التي نالها باعتباره دائناً. ومن ذلك أيضاً أن الوارث إذا دفع ضريبة على الميراث، بدفع الضريبة باعتباره وارثاً وخمسمائة لا ألفاً (الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٤ ص ٦١٦ وهامش رقم ١). وانظر في القانون المدني العراقي مقالاً للأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء والقضاة ص ٢٠٤ - ٢٠٦.

(٣) وإذا كانت الدولة هي الورثة لانعدام الوارث، وجب اعتبارها في وضع الوارث الذي اشتراط الجرد. فتسدد أولاً الديون التي على التركة من أموال التركة، وما بقي من أموال سداد الديون تملكه الدولة. فإذا كانت الدولة دائنة للتركة، تقاضى أولاً الدين الذي على التركة لا تفي بالدين، رجعت بالباقي على الكفلاء (توليه ٧ فقرة ٤٣٤ - ديوان الوارثين - لوران ١٨ فقرة ٤٩٣ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٠٢).

فيكون الموصى له خلفاً عاماً إذا أوصى الدائن لمدينه بثالث تركته مثلاً، فيصبح المدين الموصى له بعد موت الموصى مديناً للتركة بالمدين وموصى له بثالث التركة. فينتقل إليه من الدين ثلثه، ويكون مديناً به بحكم المديونية السابقة ودائماً له بحكم الوصية. فتتحد الذمة في ثلث الدين، ويبقى ثلثاه في ذمته ديناً للتركة. أما إذا كان المدين هو الذي أوصى للدائن بثالث تركته، فإن الدائن الموصى له يكون بعد موت الموصى دائناً للتركة بمبلغ الدين وموصى له بثالث التركة. ويجب، طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية، سداد دين التركة أولاً، فيستوفى الدائن منها مبلغ الدين. وينقضى الدين بالوفاء لا بائحاد الذمة، ثم يستولى الدائن بعد ذلك عن طريق الوصية على ثلث التركة خالية من الديون.

ويكون الموصى خلفاً خاصاً إذا أوصى الدائن لمدينه بالدين الذي له في ذمته. فيكون المدين، بعد موت الدائن، مديناً للتركة بحكم مديونته السابقة، ودائماً في نفس الدين بحكم الوصية. فتجتمع فيه صفتا المدين والدائن، وتتحدد 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 ٤٦٩ مدني على ما يأتي: «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 والقوائد 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، فإن استرداد (retait) المدين للدائن ينطوي كالشفعة على تصرف قانوني.

والمثل الآخر الذي يورده الفقه عادة لتصرف قانوني ما بين الأحياء يكون سبباً لاتحاد الذمة هو مثل الكمبيالة التي قبلها المسحوب عليه، فأصبح مديناً بقيمتها. وقبل حلول ميعاد استحقاقها يشتريها المسحوب عليه، فتصبح ملكه، ومن ثم يصير دائناً لنفسه. فتجتمع صفتا المدين والدائن، وتتحد الذمة في الدين. وسبب اتحاد الذمة هنا هو شراء المسحوب له للكمبيالة، وهذا تصرف قانوني ما بين الأحياء^(١).

(١) لاروسير 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 =

١٥- إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة.

٢٥- 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 ٢٦٦/٢٠٢ و ٢٦٧/٢٠٣^(٢).

ويقابل في التقنينات 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^(٣).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادتين ٥٠٨ و ٥٠٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: م ٥٠٨- إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن والمدين، انقضى الالتزام لاتحاد الذمة، وبالقدر الذى اتحدت فيه - م ٥٠٩- إذا زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى، عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته، بالنسبة لذوى الشأن جميعاً، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن. وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة، وأجريت تعديلات فى الفقرة الأولى تجعل التمييز بين المقاصة واتحاد الذمة واضحاً، وأبدلت كلمة الالتزام فى الفقرة الثانية بكلمة الدين لتنسيق الصياغة، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد، وأصبح رقمه ٢٨٣ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٢ - ص ٢٩٣).

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٦٦/٢٠٢: اتحاد الذمة هو عبارة عن اجتماع صفتى دائن ومدين فى شخص واحد بدين واحد، ويترتب على ذلك زوال الصفتين المذكورتين بمقابلة أحدهما للأخرى.

م ٢٦٧/٢٠٣: اتحاد الذمة يبرئ الكفلاء فى الدين، ولا يخلى المدينين المتضامنين إلا بقدر ما يخص من اتحدت فيه الذمة من الدين.

وأحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد. وإذا لم يوجد مقابل فى التقنين الجديد للمادة ٢٦٧/٢٠٣ من التقنين السابق إلا فيما يتعلق بالتضامن، فإن النص كله ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فالعمل بأحكامه ليس فى حاجة إلى نص: انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٤ - فقرة ٥٩٥ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٤ - فقرة ٨٢٥).

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٣٦٨ (مطابقة للمادة ٣٧٠ من التقنين المدني المصرى).

التقنين المدني الليبي م ٣٥٧ (مطابقة للمادة ٣٧٠ من التقنين المدني المصرى).

التقنين المدني العراقي م ٤١٨: فى الدين الواحد، إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين، انقضى الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذى اتحدت فيه.

م ٤١٩: إذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعى، عاد الالتزام إلى الوجود =

٥٦٦- كل الديون قابلة للانقضاء باتحاد الذمة: وكل دين قابل لاتحاد الذمة فيه من 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 الذمة فيه، متى اجتمعت صفتا الدائن والمدين فى شخص واحد. وتستوى أيضاً فى ذلك كل الديون، أياً كان الوصف الذى يلحق بها. فيصح اتحاد الذمة فى الدين البسيط، وفى الدين المضاف إلى أجل، وفى الدين المعلق على شرط واقف، وفى الدين المعلق على شرط فاسخ. إلا إذا لم يتحقق الشرط الواقف، أو تحقق الشرط الفاسخ، فقد زال الدين، وزال معه اتحاد الذمة^(١).

ويصح أن تتحد الذمة فى الدين المدنى وفى الدين الطبيعى. وفى الدين الطبيعى. إذا ورث المدين الدائن، فقد اجتمعت صفتا المدين والدائن فيه، فاتحدت الذمة، شأن فى ذلك شأن الدين المدنى^(٢). ولا يقال إن فى هذا أثراً جديداً يترتب على الالتزام الطبيعى بمقتضى اتحاد الذمة ليس إلا استجابة لطبائع الأشياء، فيخضع له كل التزام^(٣).

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على اتحاد الذمة

٥٦٧- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٧٠ من التقنين المدني على ما يأتى:

=دائناً ومديناً بالأجرة (بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٦٤). لكن إذا كان المستأجر قد ورث الشخصى الثابت بموجب عقد الإيجار قبل أن يشتري العين المؤجرة، فإن شراءه للعين وما استقر عليه اتحاد الذمة - لا يضر بحق الدائن المرتهن (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ - بيدان ولاجار ١٠٧٠).

ومن الأمثلة على تحقق اتحاد الذمة بتصرف قانونى ما بين الأحياء، ما قضت به محكمة مصر من أنه إذا حصل البيع للمشتول عن الضمان، اتحدت ذمته بهذا البيع باجتماع صفتى بحق الضمان ومدين به فى شخصه (٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٥٥٥ ص ١١٦٥). ويمكن اعتبار بيع الدين ممن عليه الدين، فى الفقه الإسلامى، إذا لم يكن وفاء بمقابل، شأن فى ذلك شأن اتحاد الذمة بتصرف قانونى ما بين الأحياء، هو عقد البيع. فالمدين قد اشترى الدين الذى دائنه، فأصبح دائناً ومديناً فى وقت واحد، وتتحد الذمة 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 الذمة =

(٣) انظر فى ذلك بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٩.

ويخلص من هذا النص أنه يجب التمييز، في الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة، بين فرضين:

(١) الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة ما دام 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 ما بقي السبب الذي أدى إليه قائماً

٥٦٨ - كيف ينقضي الدين باتحاد الذمة: تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ مدني، كما رأينا، على أنه إذا تحقق اتحاد الذمة في الدين «انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة». فالدين إذن ينقضي باتحاد الذمة، وبالقدر الذي اتحدت فيه الذمة (١). فان كان

= هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ويعتبر 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 المدين، 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، وعد اتحاد الذمة كأنه لم يحصل قط.

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري).

(١) - إذا اعتبرت المادة الرابعة من القانون ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ الشركة المدمج فيها أن الشركة الناجمة من الاندماج خلفاً عاماً للشركات المدمجة وتخل محلها حلولاً قانونياً فيما لها وما عليها، فانه يترتب على الإدماج - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن تتمحى شخصية الشركة المدمجة وتؤول إلى الشركة الدامجة وحدها جميع الحقوق والالتزامات الخاصة بالشركة الأولى بعد انقضائها. وإذ ثبت أن الشركة الجديدة صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين الشركة الناجمة من الإدماج - فانه ينقضي بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة على ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ من القانون المدني.

(الطعن ٧٦ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٧٠/٥/٢١ ص ٢١ ص ٨٨٠)

ب- اتحاد الذمة يقتضي وجود التزام واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه. فيترتب على صفتي الدائن والمدين في ذات الشخص انقضاء الدين. ومن ثم فإن اجتماع صفتي المستأجر للعين المؤجرة في شخص واحد لا تقوم به حالة اتحاد الذمة بالنسبة لعقد الإيجار فينقضي العقد. وكان قد ترتب على الشراء حلول المشتري محل المؤجر في هذا العقد بالذات، لأنه بذلك المشتري بالنسبة لهذا العقد صفتا المستأجر والمؤجر. أما إذا كان شراء المطعون عليه (المستأجر)

المدين الوارث، في الأمثلة التي قدمناها، لم يرث إلا نصف الدين، فان هذا النصف وحده هو الذي ينقضي باتحاد الذمة كما سبق القول. وانقضاء الدين باتحاد الذمة غير انقضائه بالوفاء أو بالتجديد أو بالمقاصة. ففي هذه الحالات الأخيرة ينقضي الدين حقيقة، ولا يعود له وجود. أما انقضاء الدين عن طريق اتحاد الذمة فليس بانقضاء حقيقي، بل إن الدين يقف نفاذه، كما قدمنا، لارتطامه بعقبة طبيعية تجعل هذا النفاذ مستحيلًا. فقد اتحدت صفتا الدائن والمدين في شخص واحد، وأصبح من المستحيل أن يطالب الشخص نفسه بالدين، ومن ثم يقف نفاذ الدين من ناحية المطالبة وحدها (١). ولكن الدين، وهو موقوف

=الباطن) وأخوته من المالكة الأصلية العين المؤجرة منها للطاعن (المستأجر الأصلي) قد ترتب عليه حلولهم محل المالكة الأصلية في الأجرة الصادرة منها إلى الطاعن، دون حلولهم محل الطاعن في الأجرة الصادرة منه إلى المطعون عليه، فإن هذا الشراء لا تنشأ عنه حالة اتحاد ذمة تنتهي بها الأجرة الصادرة من الطاعن للمطعون عليه لأنه لم يكن من مؤداه اجتماع صفتي المستأجر والمؤجر في هذه الأجرة بذاتها في شخص المشتري. ومن أجل ذلك تبقى هذه الأجرة قائمة أو كانت ملكية العين المؤجرة جميعها قد انتقلت إلى المستأجر من الباطن، وليس ثمة ما يمنع قانوناً من أن يكون المستأجر هو المالك وإذا كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر واعتبر عقد الإيجار من الباطن قد انفسخ بالنسبة إلى ثلث العين المؤجرة استناداً إلى قيام حالة اتحاد الذمة بشراء المطعون عليه ثلث العين المؤجرة فإنه يكون قد خالف القانون.

(الطعن ٢٨ لسنة ٢٨ ق - جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨ ص ١٤ ص ٣٩٨)

(الطعن رقم ٣٧٤٠ لسنة ٥٩ ق، ١٥٧ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٩٩٤ / ٤ / ٧)

(الطعن رقم ٢٨١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٢/١/١١)

(جلسة ٦٣/٦/٢٧ ص ١٤ ص ٩٢٨)

ج- شراء المستأجر للعين المؤجرة بعقد عرفي لا ينقل إليه ملكيتها ولا يحل به محل المؤجر فلا تقوم به حالة اتحاد الذمة في مواجهة من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة.

(الطعن رقم ٤٣٢٩ لسنة ٦٤ ق - جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧)

(جلسة ١٩٩٢/١/٢٩ الطعن رقم ٢٦٨٩، ٢٦٠٢ لسنة ٦٠ ق ص ٤٣ ع ١٤ ص ٢٥٥)

(جلسة ١٩٨٨/١/٦ الطعن رقم ٨٢٨ لسنة ٥٠ ق)

(جلسة ١٩٨٢/٥/٥ الطعن رقم ٢٢١ لسنة ٤٧ ق ص ٣٣ ع ١٤ ص ٤٨٤)

(جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ الطعن رقم ٦٠١ لسنة ٤٣ ق ص ٢٨ ع ١٤ ص ٨٧٧)

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٨ ص ٣٧٣ - وقارن الأستاذ عبد الحى حجازي ص ٢٩٨ - ص ٣٠٠.

ويذهب بيدان ولاجاراد إلى أن اتحاد الذمة يقتضي الدين قضاء تاماً على النحو الذي يقتضى به الوفاء الدين، ويستعرضان الأحوال المختلفة لاتحاد الذمة، ويستظهران في كل منها أن الدين قد انقضى ولم يقتصر الأمر فيه على أنه وقف نفاذه (بيدان ولاجاراد ٩ فقرة ١٠٧١ - فقرة ١٠٧٦ - انظر الأستاذ عبد الحى حجازي ٢ ص ٢٩٣ - ص ٣٠٠ والأستاذ ضياء شيت خطاب مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٢ - ٢٠٣ - في مناقشة الرأيين، مجرد وقف النفاذ والانقضاء التام).

على هذا النحو، يبقى مع ذلك معتداً به من نواح أخرى^(١).

٥٦٩- نواح يبقى فيها الدين المنقضى باتحاد الذمة معتداً به - حساب الدين في نصاب الوصية: فإذا اعتبر الدين باتحاد الذمة منقضياً - أو موقوفاً - من ناحية المطالبة به، فهناك نواح أخرى غير المطالبة يعتد فيها بالدين. من ذلك حساب نصاب الوصية. فإذا 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 تجاوز النصاب حتى تكون صحيحة. فيجب اعتبار الدين الذي انقضى باتحاد الذمة 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 الإيضاء به هو ألف وخمسمائة. أما إذا اعتبرنا الدين منقضياً باتحاد الذمة من جميع النواحي، وجب حساب قيمة التركة ثلاثة آلاف لا أربعة آلاف وخمسمائة، وكان ثلثها ألفاً، وليس ألفاً وخمسمائة كما هو الحساب الصحيح^(٢).

= ويذهب بلانيول وريبير وبولانجي إلى أن التمييز في الالتزام بين عنصر المسؤولية وعنصر المديونية قد يكون نافعاً هنا، فاتحاد الذمة يقضى المطالبة أو المسؤولية (Haftung)، ويستبقى المديونية (Schuld): بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٠٠٩.

(١) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٠ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٠٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١١ - واتحاد الذمة كالمقاصة واقعة مادية، هي واقعة اجتماع صفتي الدائن والمدين في الدين الواحد في شخص واحد. وقد رأينا أن المقاصة هي أيضاً واقعة مادية، إذ هي واقعة تلاقى دينين متقابلين توافرت فيهما شروط خاصة. أما المقاصة في القوانين الألمانية فهي تصرف قانوني لا واقعة مادية، كما سبق القول، وهي من هذه الناحية كالوفاء والوفاء بمقابل والتجديد، فهذه كلها تصرفات قانونية. وهي تصرفات قانونية تصدر من الجانبين، إلا الوفاء عن طريق العرض الحقيقي والمقاصة في القوانين الألمانية فهما تصرفان قانونيان يصدران من جانب واحد.

(٢) 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 ٧١١ ص ٧١١ - دي باج ٣ فقرة ٦٩٥ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٧٨ ص ٤٠٢ - الأستاذ إسحاق غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٨ - الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٥.

وكذلك يحسب الدين الذي انقضى باتحاد الذمة ضمن التركة، في تقدير قيمتها لحساب ما عليها من الضرائب (بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٦٦ ص ١٣٥).

ويقول بلانيول وريبير وبولانجي إن اعتبار الدين المنقضى باتحاد الذمة قائماً، لتقدير نصاب ولتقدير الضريبة، يمكن تفسيره بأن التركة تقدر قيمتها باعتبار العناصر الموجودة وقت الموت، والذمة لا يتحقق إلا بعد ذلك (بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٠٠٧).

٥٧٠- الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والدائن: وإذا مات الدائن وورثه الكفيل، فاتحاد الذمة ما بين الدائن والكفيل إذا كان يقضى التزام الكفيل، فليس ينقضى على النحو الذي ينقضى به لو أن الكفيل وفي للدائن. فإن 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 لدين الأصلي، ويطلب الكفيل الذي أصبح دائماً المدين بهذا الدين ذاته.

وإذا اتحدت ذمة المدين الأصلي والدائن، فإن الدين ينقضى باتحاد الذمة، وتبرأ بذلك ذمة الكفيل. ذلك أن المدين الأصلي - وقد أصبح باتحاد الذمة دائماً - إذا حاول أن يرجع باعتبار أنه دائن على الكفيل، فإن الكفيل يرجع عليه باعتباره مديناً، فيشمل هذا الرجوع الأخير الرجوع الأول. وقد كانت المادة ٢٦٧/٢٠٣ من التقنين المدني السابق تقضى بأن اتحاد ذمة الدائن والمدين الأصلي يبرئ ذمة الكفيل^(١).

٥٧١- الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلي: وإذا ورث الكفيل المدين الأصلي، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة، فإن 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 بالمرثاة وذلك في القانون الفرنسي دون القانون المصري - الرجوع على نفسه. ولكن التزامه ككفيل يبقى مع ذلك معتداً به في غير هذه المطالبة. ويترتب على ذلك أنه إذا كان لهذا الكفيل كفيل، فإن التزام كفيل الكفيل يبقى قائماً مستنداً إلى التزام الكفيل بالرغم من انقضاء هذا الالتزام الأخير باتحاد الذمة. فيجوز للدائن، في هذه الحالة، إذا لم يستطع استيفاء حقه من الكفيل الذي أصبح في 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 المدني الفرنسي صراحة على هذا الحكم، إذ تقول: «اتحاد الذمة الذي يتحقق بين شخص المدين الأصلي وكفيله، عندما يرث أحدهما الآخر، لا يقضى دعوى الدائن ضد من كفل الكفيل»^(٢).

(١) انظر أيضاً المادة ١/١٣٠١ من التقنين المدني الفرنسي. وانظر في القانون المدني العراقي مقال الأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٨.

(٢) وهذا هو النص في أصله الفرنسي: 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.

مدينة في وقت واحد، فتتحد فيها الذمة. ويستطيع بعد ذلك أى من الدائنين المتضامنين الآخرين أن يرجع على المدين بالباقي من الدين (١).

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 بقي سببه قائماً. فيبقى الدين معتداً به من بعض النواحي، ويقف نفاذه من ناحية المطالبة، إذ تصبح مستحيلة باجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد.

فإذا 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. وتعود أيضاً التأمينات التي كانت تكفله، وذلك بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً، من كفيل شخصي وكفيل عيني ورهن وغير ذلك.

(١) أما إذا ورث أحد المدين المتضامنين مدينة 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 تأمينات. وله أن يرجع عليه بالصفتين معاً، ليطالبه بحصتين من الدين بدلاً من حصة واحدة (تولييه ٧ فقرة ٤٣٣ - ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٢٧ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٣).

ومما يدل على أن اتحاد الذمة يقف نفاذ الحق دون أن يقضيه أن الحائز للعقار المرهون إذا دفع ثمنه للدائن المرتهن المتقدم في المرتبة، وحل محله في الرهن، أصبح في دعوى الرهن دائناً ومديناً في 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، ولكنه يستطيع أن يستعمله ضد الدائن المتأخر في المرتبة، إذا أراد هذا الدائن التنفيذ على العقار، فيتقدم الحائز على الدائن المتأخر في المرتبة بفضل حق الرهن المتقدم. وهذا يدل على أن حق الرهن المتقدم لم ينقض باحتماد الذمة، بل وقف نفاذه حيث تعذر استعماله، فلما أمكن استعماله عاد إلى الظهور والنفاذ (بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢). كذلك مستأجر العقار - وتعطيه قوانين الإيجار الاستثنائية حق مدى الإيجار بعد انقضائه - إذا اشترى العقار، فوقف باحتماد الذمة حقه كمستأجر، يعود حقه إلى الظهور رغم اتحاد الذمة ضد شخص حصل على وعد بإيجار العقار له بعد انتهاء الإيجار الأول (بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٧٠ - بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٧٨ ص ٤٠٢ - جوسران ٢ فقرة ٩٤٧ ص ٥٠٣ - أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ confusion فقرة ٣٢).

وإذا كفل الكفيل مدينين متضامنين متعددين وورث أحدهم من المدينين المتضامنين كفيلاً ومديناً متضامناً في وقت واحد، فإن وفي الدين باعتبارهما كفيلاً أى من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد استنزال حصة مورثه. أما إذا ورث مديناً متضامناً، لم يستطع الرجوع على باقى المدينين المتضامنين الا بقدر حصة مورثه في الدين (١).

٥٧٢- الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة أحد المدينين المتضامنين والذمة

الكلام في التضامن، أن المادة ٢٨٨ مدنى تنص على أنه «إذا اتحدت الذمة بين مدينين متضامنين، فإن الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين المتضامنين إلا بقدر حصة مورثه مع الدائن (٢)». فإذا ورث أحد المدينين المتضامنين من المدينين المتضامنين، ولكنه لا ينقضى على هذا النحو الذى ينقضى في المدين المتضامن الدين للدائن. فإن المدين المتضامن، إذا وفي الدين الدائن من المدينين المتضامنين كل بقدر حصته في الدين. أما إذا ورث المدين المتضامن من المدينين المتضامنين إلا بقدر ما يقتضيه اتحاد الذمة، إذ أن حصة المدين المتضامن هي وحدها التي تنقضى، لأن المدين المتضامن قد أصبح دائماً بهذه الحصة من الدين، بعد استنزال هذه الحصة، يرجع به المدين المتضامن - الذى أصيب من المدينين المتضامنين الباقين (٣).

وقد رأينا كذلك، في التضامن الإيجابى، أنه إذا ورث المدين أحد الدائنين فإن اتحاد الذمة لا يقضى من الدين إلا بقدر حصة هذا الدائن المتضامن المدين يصبح دائماً متضامناً، ولو استوفى الدين كله بهذه الصفة لرجع عليه بحصصهم، فلا يبقى في يده إلا حصته. فهذه الحصة وحدها هي التي تنقضى.

= انظر ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٣٥ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٠ ص ٢٤٢ - بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠١ ص ٧١٣ هامش رقم ١.

وإذا كان الكفيل - الذى أصبح مديناً أصلياً على النحو المتقدم - قد قدم رهناً لاتحاد الذمة لا يكون من شأنه أن يقضى هذا الرهن (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٠).

(١) ديرانتون ١٢ فقرة ٤٧٧ - لارومبيير ٥ م ١٣٠١ فقرة ١٤ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٠ (٢) انظر أيضاً المادة ٢٦٧/٢٠٣ من التقنين المدنى السابق.

(٣) وغنى عن البيان أن المدين المتضامن، الذى أصبح دائناً بالميراث، يستطيع أن يستوفى دينه بطريق بطريق اتحاد الذمة، لا دائناً استوفى حقه بهذا الطريق. ولكنه، على الاحتياط، لا يرجع على المدينين الآخرين إلا بقدر حصة كل منهم. فهو يؤثر بطبيعة الحال الاعتبارية على أن يطالب أياً من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستنزله حصته هو (انظر فقرة ١٩٢).

(٤) انظر أنفاً فقرة ١٤٠.

مثل ذلك أن يكون السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة وصية، فأوصى الدائن بالذمة 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 ذمة المدين للتركة، ويعود كما كان بصفاته ودفعه وتأميناته، ويرجع الكفيل - شخص كان أو عينياً - ملتزماً بالكفالة. وتطالب التركة المدين بالدين، بعد أن كانت قد كفت المطالبة بسبب اتحاد الذمة^(١).

ومثل ذلك أن يقبل الكمبيالة المسحوب عليه، ويشتريها بعد ذلك بعقد قابل للإبطال ثم يبطل العقد. ومثل ذلك أيضاً أن يشترط 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)(١)}.

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٣ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢ - على 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 (أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ confusion فقرة ٤٩).

(٢) أما إذا كان الالتزام نفسه الذي اتحدت الذمة فيه معلقاً 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 الذي اتحدت الذمة فيه غير موجود أصلاً، وغير الموجود لا تتحد فيه الذمة.

(١) - مؤدى النص في المادة ٣٧٠ من القانون المدني على أنه إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة 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 وإن شراء المستأجر العين المؤجرة من المؤجر وانتقال الملكية إليه هو صورة من صور انتهاء الايجار باتحاد الذمة ولكن بمجرد وقوع البيع ذلك لأن المستأجر يترأه العين محل المؤجر فأجتمعت له فيه صفتا المؤجر والمستأجر مما مؤداه انقضاء عقد الايجار باتحاد الذمة بما لازمه أنه بزوال سبب اتحاد الذمة كالتقضاء بفسخ عقد البيع وبما للحكم بالفسخ من أثر رجعي وعودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد عملاً بالمادة ١٦٠ من القانون المدني أنه تعود العلاقة الايجارية التي كانت قائمة بينهما قبل انعقاد عقد البيع بحيث يعود المشتري مستأجراً والبائع مؤجراً لاستعادته صفة المالك، أي تترتب التزامات عقد الايجار بمقوماته الأصلية بينهما مستأجراً والبائع مؤجراً (الظمنان رقما ٢٦٨٩، ٢٦٠٦ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٩٩٢/١/٢٩).

ب- زوال سبب اتحاد الذمة كالتقضاء ببطلان عقد البيع وبما للحكم بتقرير البطلان من أثر رجعي وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد عملاً بالمادة ١/١٤٢ من القانون المدني لازمه أن تعود العلاقة الايجارية التي كانت قائمة بين الطرفين قبل انعقاد عقد البيع بحيث

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، باعتباره دائناً، مع شخص آخر فحول الدين له^(١). ففي هذه الحالة يعود الدين إلى الظهور في ذمة الوارث باعتباره مديناً ويصبح المحال له دائماً للوارث^(٢).

ولكن لا يضار الغير بعودة الدين على هذا الوجه. ففي المثل الذي نحن بصدده، إذا كان للمدين 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).

=المشتري مستأجراً والبائع مؤجراً وتترتب التزامات عقد الايجار بمقوماته الأصلية بينهما.

(الظمن رقم ٨٠١٤ لسنة ٦٥ ق - جلسة ١٩٩٦/٦/٣٠)

(الظمن رقم ١٤٦٢ لسنة ٦١ ق - جلسة ١٩٩٥/١٢/١٠)

ج- النص في المادة ٣٧٠ من القانون المدني على أنه «إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة لدين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة. وإذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً. ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن». يدل - وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية للقانون المدني - على أن اتحاد الذمة ليس في الحقيقة سبباً من أسباب انقضاء الالتزام بل هو مانع طبيعي يحول دون المطالبة به من جراء اتحاد صفة الدائن والمدين في ذات الشخص، فإذا زال هذا المانع عاد الالتزام إلى الوجود مرة أخرى.

(الظمن رقم ٦٦٩ لسنة ٦٣ ق - جلسة ٢٠٠٠/٥/٢)

(١) أو باع الوارث التركة بمالها من ديون (vente d'hérédité)، أو باعت التركة أسهمها التي سبق أن اشترتها (بيدان ولاجاره ٩ فقرة ١٠٧٤ ص ١٣٩).

انظر في هذا المعنى في القانون المدني العراقي مقال الأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢١٣.

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢.

(٣) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٢ - ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٣٩ - لوران ١٨ فقرة ٥٠٧ - هيك ٨ فقرة ١٧٩ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٩١٥ - الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣٠٥ - ٣٠٧ - وقارن جوسران ٢ فقرة ٩٤٨.

الباب الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

٥٧٥- أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به: قدّمنا 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 على حقه مختاراً دون مقابل، وهو الذي ارتضى ذلك.

وفي استحالة التنفيذ قد اضطر الدائن ألا يستوفى حقه، لأن الوفاء به قد أصبح مستحيلاً.

وفي التقادم المسقط قد حال القانون دون أن يستوفى 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.

فتتكم إذن في مسألتين: (١) كيف يتم الإبراء (٢) الآثار التي تترتب عليه.

الفرع الأول

كيف يتم الإبراء

٥٧٧- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٧١ من التقنين المدني على ما يأتي:

«ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً. ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ويرتد برده».

وتنص المادة ٣٧٢ على ما يأتي:

(*) مراجع: ليسونا (Lesona) بحث في نظرية عامة للتنازل في القانون المدني: المحلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩١٢ ص ٣٧٦ - رينو (Raynaud) التنازل عن الحقوق: المحلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٦ ص ٧٦٣.

(١) ومن قبيل 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.

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 المتعاقدان (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 وفي التقنين المدني العراقي المواد ٤٢١ - ٤٢٣ في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٣٨ - ٣٤٠ (٣).

(١) تاريخ النصوص:

٣٧١م: ورد هذا النص في المادة ٥١٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «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 ممن لا تتوافر فيه أهلية التبرع. وأصبحت المادة رقمها ٣٨٤ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب. ثم وافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ، على أن يكون المفهوم من كلمة «مختاراً» ألا يكون الإبراء مظنة الغش أو الإكراه لأن الاختيار في الإبراء هو العنصر البارز. ووافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦).

٣٧٢م: ورد هذا النص في المادة ٥١١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٥ في المشروع النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٧ - ص ٢٩٨).

(٢) التقنين المدني السابق ٢٤٣/١٨٠م: يسقط الدين عن المدين بإبراء ذمته من الدائن إبراء اختيارياً 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 ٥٩٧ - فقرة ٥٩٨ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٧ - فقرة ٨٢٩ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٤).

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٣٦ - ٣٧٠ (مطابقتان للمادتين ٣٧١ - ٣٧٢ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي م ٣٥٨ - ٣٥٩ (مطابقتان للمادتين ٣٧١ - ٣٧٢ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ٤٢١: يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ 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 الميت من دينه.

التكليف إن الالتزام رابطة ما بين شخصين، فلا بد في قضائها من تدخل هذين الشخصين معاً، وهذا بخلاف الحق العيني فإنه سلطة على شيء معين فيجوز لصاحب هذه السلطة أن ينزل عنها بارادته المنفردة^(١).

وقد عدل التقنين المدني الجديد عن هذا التكليف التقليدي، وصرح في المادة ٣٧١ مدني، كما رأينا، بأن الإبراء يتم متى وصل إلى علم المدين، ويرتد برده. ومعنى ذلك أن الإبراء يتم بارادة الدائن وحده، لا باتفاق بين الدائن والمدين كما كان الأمر في التقنين المدني السابق^(٢). وقد اقتبس التقنين المدني الجديد هذا التكليف المستحدث من الفقه الإسلامي، ففيه يتم الإبراء بارادة الدائن المنفردة ويرتد بالرد. وقد غلب في هذا التكليف الطابع المادي للالتزام على الطابع الذاتي، فالالتزام قيمة مالية تدخل في حوزة الدائن ضمن العناصر الإيجابية التي تشمل عليها ذمته المالية، فيستطيع النزول عنه بارادته المنفردة كما يستطيع النزول عن الحق العيني^(٣). ولما كان الدائن لا يستطيع أن يفرض على المدين هذا النزول، فقد يتحرج المدين من تفضل لا يريد من الدائن، وقد يصر 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^(٤).

وهناك فروق واضحة بين أن يتم الإبراء بارادة الدائن المنفردة وأن يتم باتفاق بينه وبين المدين، نذكر منها ما يأتي:

١- في التقنين المدني الجديد حيث يتم الإبراء بارادة الدائن المنفردة، يكفي أن تصل هذه الإرادة إلى علم المدين حتى يتم الإبراء، ويتم في 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- وترتب 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

ويخلص من هذه النصوص أن للإبراء مميزات، هي أن يتم بارادة منفردة من الدائن، وأنه تصرف قانوني تبرعي. ثم إنه يشترط لصحة الإبراء شروط ترجع إلى الموضوع لا إلى الشكل.

فنبحث إذن: (١) مميزات الإبراء (٢) الشروط الواجب توافرها فيه.

المبحث الأول

مميزات الإبراء

٥٧٨- الإبراء يتم بارادة واحدة من جانب الدائن: الإبراء تصرف قانوني (juridique). وقد كان في التقنين المدني السابق، ولا يزال في التقنين المدني الجديد اتفاقاً (convention) يتم بين الدائن والمدين على قضاء الدين دون مقابل^(١). وكفى في الإبراء إرادة الدائن، بل لا بد أيضاً من قبول المدين حتى يتم، وقبل هذا كان الدائن يستطيع أن يعدل عن الإبراء وفقاً للقواعد العامة. وقد قيل في توجيه

٤٢٣م: يصح تعليق الإبراء. فإن علق إبراء مدينه من بعض الديون بشرط أداء البعض الآخر الدين برئ، وإن لم يؤده فلا تبرأ ويقى عليه الدين كله.

(وهذه الأحكام بعضها يتفق وبعضها لا يتعارض مع أحكام التقنين المصري: انظر الأستاذ في الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٦٧- فقرة (٣٧).
تقنين الموجبات والعقود اللبناني:

٣٣٨م: إن الإبراء من الدين أو تنازل الدائن عن حقوقه لمصلحة المدين لا يكون إلا بمقتضى إذ يفترض في الإبراء اتفاق أصحاب الشأن.

٣٣٩م: إن الإبراء لا يخضع لقواعد الشكل المختصة بالتبرع ولو أجراه الدائن بدون أية منفعة ولكنه يخضع في هذه الحال لقواعد الأساس المختصة بالتبرع، وخصوصاً ما يتعلق منها بأهلية الشأن.

٣٤٠م: يكون عقد الإبراء صريحاً أو ضمناً، فهو يستفاد من كل عمل أو كل حالة تستلزم جلياً عند الدائن نية التنازل عن حقوقه، وعند المدين نية الاستفادة من هذا التنازل. إن الاختياري للسند الأصلي الذي كان في حوزة الدائن يقدر معه حصول الإبراء إلى أن يشترط ولا يكفي رد الدائن للشيء المودع على سبيل التأمين (donnée en nantissement) مثل هذا التقدير. (وتتفق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري، إلا في

الإبراء في التقنين اللبناني اتفاق لا إرادة واحدة. (٢) جعل التقنين اللبناني التسليم الاختياري الأصلي قرينة قانونية على الإبراء، وقد كانت هذه القرينة القانونية موجودة في التقنين المصري ٢١٩م - ٢٢٠م - ٢٨٤١م - ٢٨٥م - ولم ينقلها التقنين الجديد.

(١) وهو أيضاً اتفاق لا إرادة واحدة في التقنين المدني الألماني: انظر المادة ١/٣٩٧ من هذا

(١) بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٦٧ - دي باج ٣ فقرة ٦٧٤.

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣٠٩ - ص ٣١٠ - ونكفي إرادة الدائن المنفردة في الإبراء، حتى لو كان الالتزام الذي يبرئ الدائن منه التزاماً من عقد ملزم للجانبين.

(٣) الموجز للمؤلف ص ٦١٨ هامش رقم ١.

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٥ - وانظر المادة ٣٥٣ من التقنين التونسي - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٩.

يمنع من تمام الإبراء عند اتصال الإعلان بعلم المدين بعد موت الدائن أو فقده لأهله (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 (١)، ولا يجوز للمدين أن يقبل الإبراء بعد ذلك (٢).

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 (٣)، وكذلك يجوز لدائنيه أن يطعنوا في رده للإبراء بالدعوى البوليصية 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، والتقنين لا يعود بالرد بعد انقضائه، إذ هو لم ينقض ما دام المدين لم يقبل الإبراء. وإنما رد المدين للإبراء امتناع منه عن أن يشرى، ومن ثم لا يشترط في الرد أن تتوافر في المدين أهلية التبرع، ولا يجوز لدائنيه أن يطعنوا في رده للإبراء بالدعوى البوليصية.

من أجل هذه الفروق وغيرها تجب معرفة متى تسرى أحكام التقنين المدني الجديد في الإبراء. والعبرة في ذلك بوقف علم المدين بالإبراء. فإن كان قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩.

(١) وينبنى على ذلك أنه إذا مات الدائن، وترك سند الدين مؤشراً عليه بعدم مطالبة المدين به، لم يجرى 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 التقنين الجديد، فإذا علم المدين بهذا التأشير وأنه صادر من الدائن على سبيل الإقرار بأن ذمة المدين قد برئت بالوفاء أو بإبراء المدين، أو قبلة 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.

(٢) 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. وينص التقنين العراقي (م ١/٤٢٢) على هذا الحكم صراحة، إنه «وإن مات قبل القبول، فلا يؤخذ الدين من تركته». ونص هذا التقنين (م ٢/٤٢٢) أيضاً على «يصح إبراء الميت من دينه»، أي أن الدائن يرى تركة المدين من الدين. وهذا جائز أيضاً في التقنين المصري.

(٣) والرد كالإبراء تصرف قانوني صادر من جانب واحد، ولكنه يصدر من المدين، أما الإبراء فهو تصرف من جانب الدائن. وهو كالإبراء أيضاً في أنه تصرف تبرعي، فلا يقبل من المدين إذا لم تتوافر فيه أهلية التبرع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٥ وانظر تاريخ المادة ٣٧١ أنفاً فقرة ٥٧٧ في الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣١٧).

- موعداً سريان التقنين الجديد - فإن الإبراء تسرى عليه أحكام التقنين المدني السابق، فلا يتم إلا بقبول المدين (١). وإلا فإن أحكام التقنين المدني الجديد هي التي تسرى، فيكفي علم المدين بالإبراء وعدم رده له حتى يتم.

٥٧٩- الإبراء تصرف تبرعي: 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. ففي التجديد يبرى الدائن ذمة المدين من الدين، وهذا هو وجه المشابهة بالإبراء. ولكن الطرفين في التجديد يتفقان على إنشاء دين جديد يحل محل الدين الأصلي، فليس الإبراء من الدين الأصلي تبرعاً، بل يقابله إنشاء دين جديد.

ويجب تمييز الإبراء عن الصلح. فقد يتضمن الصلح إبراء، ولكنه إبراء بمقابل. فإن كلا من المتصلحين ينزل عن بعض ما يدعيه، في مقابل التسليم له ببعض الآخر (٢).

ويجب تمييز الإبراء أخيراً عن صلح الدائنين مع مدينهم المفلس (concordat). فالدائنون عندما يبرئون ذمة مدينهم المفلس من جزء من الديون لا يتبرعون، ولكنهم يأملون من وراء هذا الإبراء أن يحصلوا على أكبر حصة ممكنة من حقوقهم، وهو ييسرون على المدين السبل التي تؤدي إلى ذلك ومنها إبراءه من جزء من ديونه. ويخالف الصلح مع المفلس الإبراء، لا في انعدام نية التبرع فحسب، بل أيضاً من وجوه أخرى. منها أن ليس من الضروري في الصلح مع المفلس أن يقبل جميع الدائنين الصلح، بل يكفي أن تقبله أغلبية معينة من الدائنين فتفرضه على الأقلية، أما الإبراء فلا بد من رضاه الدائن به مختاراً. ومنها أن الدائنين في الصلح مع المفلس لا يبرئون المدين إلا من جزء من الدين ابتغاء الحصول على الباقي (٣)، أما في الإبراء فإن الدائن ينزل غالباً عن كل حقه وإن كان ليس

(١) حتى لو صدر القبول بعد سريان التقنين المدني الجديد.

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٨ - بلانيول وريبير 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 الحى حجازى ٣ ص ٣١٠ - وقارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٩٠ - جوسران ٢ فقرة ٩٥١.

(٣) وإذا لم يف المدين المفلس بها تعهد به انفسخ الصلح، لأن الصلح مع المفلس معلق دائماً على شرط فاسخ هو وفاء المفلس بما تعهد به لدائنيه، فإن تخلف هذا الشرط انفسخ الإبراء ورجع الدين كاملاً في ذمة المفلس لدائنيه (استئناف مختلط ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٩٨).

هناك ما يمنع من أن يكون الإبراء مقصوراً على جزء من الدين. ومنها أن الصلح مع المفسس يتخلف عنه التزام طبيعي في ذمة المدين بجزء من الدين الذي أبرئ منه لأن الدائنين لم يرضوا بهذا الإبراء مختارين، أما في الإبراء فقد رضى الدائن بالنزول عن حقه مختاراً فتيراً ذمة المدين أصلاً ولا يتخلف عن الإبراء أى التزام طبيعي في ذمته^(١).

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^(٢).

المبحث الثاني

الشروط الواجب توافرها في الإبراء

٥٨٠- ليست هناك شروط من ناحية الشكل: رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٧٢ مدني تقضى 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 (consensual) وليس بشكلي (solennel)، يتعقد بإرادة الدائن دون حاجة إلى أن تفرغ هذه الإرادة في ورقة رسمية أو في أي شكل خاص.

وهذا صحيح، بالرغم من أن الإبراء تصرف تبرعي كما قدمنا؛ لأن الإبراء يعتبر هبة غير مباشرة، والهبات غير المباشرة لا تشترط في انعقادها الرسمية التي تشترط في الهبات المباشرة^(٣). وهذا صحيح أيضاً، ولو وقع الإبراء على التزام مصدره عقد شكلي، سواء كان الشكل مفروضاً بحكم القانون أو متفقاً عليه من المتعاقدين. فلو وعد شخص آخر بأن يهب مبلغاً من النقود، فإنه لا يلتزم بموجب هذا الوعد إلا إذا كان الوعد مكتوباً في ورقة رسمية بمقتضى حكم القانون (م ٤٩٠ مدني). فإذا فرضنا أن الوعد كتب في ورقة رسمية، وترتب عليه التزام الواعد بإعطاء هذا المبلغ من النقود للموعود له، فإن الموعود له

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٤ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٣ - دي باج ٣ فقرة ٢٧٢

في أنسيكلوبيدي داللو ٤ لفظ Remise de dette فقرة ٤٨.

يضاف إلى ما قدمناه أن إبراء المدين يبرئ ذمة الكفيل، أما إبراء المدين المفسس في الصلح يبرئ ذمة الكفيل.

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص ٧١٧.

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٥.

وهو الدائن يستطيع أن يبرئ 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 يكتب عقد البيع في ورقة رسمية، فإن التزام المشتري بدفع الثمن، ومصدره عقد شكلي، والشكلية هنا بمقتضى الاتفاق، يمكن البائع إبرأؤه منه دون حاجة إلى أن يكون الإبراء في ورقة رسمية^(١).

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 إفرائه 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^(٢). 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 مدني 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 أياً 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 دائته 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 خمسمائة جنيه، لم يجز له إثبات الإبراء إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها، ولو أن الإبراء تصرفاً قانوني صادر بإرادة منفردة، لأن وجوب الإثبات بالكتابة يسرى على جميع التصرفات القانونية ولو كانت صادرة بإرادة منفردة^(٣). أما إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على خمسمائة جنيه، 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 تخلّصه من الدين». فكان تسليم الدائن للمدين سند الدين أو صورته

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٧.

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٥.

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ١٩٣.

الواجبة التنفيذ قرينة قانونية، قابلة لإثبات العكس، على براءة ذمة المدين من الدين، إما عن طريق الوفاء وإما طريق الإبراء^(١). ولم يستبق التقنين المدني الجديد هذه النصوص، فنزلت هذه القرينة القانونية إلى مرتبة القرينة القضائية^(٢). والعبارة بتاريخ تسليم السند أو صورته الواجبة التنفيذ، وهي الواقعة المادية التي تستخلص منها القرينة. فإن كان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، كانت واقعة التسليم هذه قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس، تطبيقاً لأحكام التقنين المدني السابق، وإلا فهي قرينة قضائية تطبيقاً لأحكام التقنين المدني الجديد.

٥٨١- الشروط الموضوعية الواجب توافرها في الإبراء: وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٧٢ مدني 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. وأي تعبير عن هذه الإرادة يكفي، سواء كان التعبير صريحاً أو ضمناً^(٣). إلا أن الإبراء لا يفترض، لأنه نزول عن الحق، فعند الشك لا يكون

(١) الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٩.

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ١٨٠ ص ٣٣٨ - ص ٣٣٩ - هذا وقد اشتمل التقنين المدني الفرنسي على نصين، الأول منهما (١٢٨٢م) يقضى بأن تسليم الدائن السند الأصلي العرفي تسليمياً اختيارياً إلى المدين يستدل به على تخلص المدين من الدين. ويعتبر الفقه الفرنسي هذه القرينة القانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس، وهي قرينة إما على الوفاء وإما على الإبراء. والنص الثاني (١٢٨٣م) يقضى بأن التسليم الاختياري للصورة الواجبة التنفيذ من السند الرسمي يكون قرينة إما على الإبراء وإما على الوفاء، إلا إذا قام دليل العكس. والقرينة القانونية قابلة لإثبات العكس بصريح النص. وفي مناسبة هاتين القرينتين القانونيتين يسهب الفقه الفرنسي فيما يسميه بالإبراء الضمني (remise tacite de dette). انظر في هذه المسألة: بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٧٦ - فقرة ١٧٨٨ - بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٧ - فقرة ١٣١٢ - دي باج ٣ فقرة ٦٧٦ - فقرة ٦٨٣.

أما في مصر فكل هذه القرائن تعتبر قرائن قضائية موكولة إلى تقدير القاضي.

وقد نقل تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٢/٣٤٠م) عن التقنين المدني الفرنسي القرينة القانونية التي اشتملت عليها المادة ١٢٨٢ من هذا التقنين (انظر آنفاً فقرة ٥٧٧ في الهامش).

(٣) انظر المادة ٣٤٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني - ولا يشترط في التعبير الصريح أن ينصب مباشرة على الإبراء، فالخالصة الصورية التي يعطها الدائن للمدين تكون تعبيراً صريحاً عن الإبراء (بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٥ - دي باج ٣ فقرة ٦٧٥ ص ٦٣٤). ويكون تعبيراً صريحاً عن الإبراء، في عقد ملزم للجانبين لم يبدأ تنفيذه، أن ينزل أحد المتعاقدين عن حقه الناشئ من العقد، فيعتبر هذا النزول إبراءً ضمناً من جانب المتعاقد الآخر عن حقه المقابل، ويرجع في ذلك نية المتعاقدين (بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٧٢).

هناك محل لتفسير إرادة الدائن بأنه قصد الإبراء^(١). وهذه الإرادة يجب أن تصدر من دائن ذي أهلية كاملة، والأهلية هنا هي أهلية التبرع، لأن الإبراء تصرف تبرعي كما قدمنا^(٢). فلا يجوز للقاصر ولا للمحجور إبراء المدين من الدين، لأن أهلية التبرع غير متوافرة فيهما. ولا يجوز للولي ولا للوصي ولا للتقنين الإبراء مدين الصغير أو المحجور من الدين^(١)، لأنهم لا يملكون ولاية التبرع في مال محجورينهم. بل لا يجوز لهم حتى يأذن من المحكمة، فالمحكمة لا تملك ولاية التبرع في مال المحجور. والإبراء في جميع هذه الأحوال يكون باطلاً. فيجب إذن أن يكون الدائن بالغاً من الرشد غير محجور عليه، حتى يصدر منه الإبراء صحيحاً^(٣). 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 في الكثير من الأحوال يكون مكرهاً على ذلك. ومن ثم غنيت المادة ٣٧١ مدني في صدرها أن تبرعاً وجوب خلو

(١) استئناف وطني 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 سنة ١٩٤٠ م ٥٢ م ٢٤٩ - انظر أيضاً المادة ٤٢٤ من التقنين المدني العراقي فقرة ٥٨٢ فيما يلي في الهامش.

فلا تبرأ ذمة الكفيل بحصول الدائن على تأمين عيني، لأن الإبراء يفسر في أضيق الحدود (استئناف وطني ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٦٧ ص ٢١٨). وإذا رد الدائن التأمين الذي أخذه لضمان دينه إلى المدين لم يفد ذلك أنه أبرأ المدين من الدين، وإن كان قد استفاد منه أنه نزل عن التأمين (انظر المادة ٣/٣٤٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني). وتأجير الدائن المرتهن العين المرهونة للمشتري، وتعهده هذا المشتري بدفع الدين للدائن المرتهن، لا يعتبر إبراءً للمدين الأصلي (الجلسة ٢١ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٥٨ ص ١٣١٣). وإذا أوصى الدائن لمدينه بعين في تركته، لم يفد ذلك أنه أبرأ من الدين (بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٧٥ ص ١٠١ - ردوان في أنسيكلويدي دالوز ٤ لفظ Remise de dette فقرة ١٨).

(٢) انظر المادة ٤٢١ من التقنين المدني العراقي (أنفاً فقرة ٥٧٧ في الهامش).

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٧ - ولا يصدر الإبراء إلا من الدائن أو وكيله في الإبراء. فإذا كان هناك دائنون متضامنون، وأبرأ أحدهم المدين، وقع هذا الإبراء على حصة الدائن الذي صدر منه الإبراء، وجاز لكل من باقى الدائنين المتضامنين أن يرجع على المدين بالدين بعد استئصال حصة هذا الدائن (انظر آنفاً فقرة ١٤١).

(١) الاتفاق المبرم بين مدير الشركة المساهمة والمدين وتضمن التنازل عن جزء من الدين وفوائده بدون أى مقابل من جانب المدين لا يعتبر صلحاً وإنما إبراء من جزء من الدين، وهو عمل تبرعي محض، لا يملك مجلس الإدارة اجراءه أو اجازته طبقاً لنص المادة ٤٠ من قانون الشركات المساهمة رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ وبالتالي فلا يملك التنازل عن هذا الحق لأحد أعضائه أو لأحد المديرين، وإلا كان عمله باطلاً طبقاً لنص المادة ١٠٢ من القانون المذكور.

(جلسة ١٩٧١/١/٢١ مجموعة أحكام النقص السنة ٢٢ ص ١٠٠)

الإرادة من الإكراه وأن تكون إرادة مختارة، فنصت على أن «ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً» (١).

وللإبراء، ككل تصرف قانوني، محل. ومحل الإبراء هو الالتزام الذي يبرئ الدائن منه المدين. ويصح أن يقع الإبراء على أى التزام (٢). ما لم يكن ذلك مخالفاً للنظام العام (٣).

وللإبراء أخيراً، ككل تصرف قانوني، سبب. والسبب هو الباعث الدافع إلى الإبراء.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٦ - وانظر آنفاً فقرة ٥٧٧ في الهامش.

ويصح أن يكون الإبراء معلقاً على شرط فإذا كان الشرط فاسخاً أصبح الدين نفسه معلقاً على شرط واقف، وإذا كان الشرط واقفاً 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 التقنين المدني العراقي نص صريح يجيز تعليق الإبراء على الشرط، مخالفاً فى ذلك الفقه الإسلامى (انظر م ٣٤٣ من مرشد الحيران)، فنصت المادة ٤٢٣ من هذا التقنين على أنه «يصح تعليق الإبراء، فإن علق الدائن إبراء مدينه من بعض الديون بشرط أداء البعض الآخر وأداء المدين برئ، وإن لم يؤده فلا تبرأ 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، وبخاصة 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 ينفسح المجال للإبراء من التزام تم تنفيذه. وكل ما يمكن عمله فى هذه الحالة هو أن تعاد الملكية إلى صاحبها الأصلي، ولكن لا عن طريق الإبراء بل يعقد جديد، وتعود الملكية مشتغلة بالحقوق العينية التى ترتبت للغير (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 فريقى 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 طبيعى أن يبرئ دمه مدينه من هذا الالتزام، فإذا وفى المدين الالتزام بعد الإبراء جاز له استرداده (الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣١٢ - 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 متجمدة فى ذمته (أبو حنيفة ٤ فقرة ٣٢٣ ص ٣٠٧ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧١).

فان كان هذا الباعث مشروعاً، صح الإبراء، وإلا كان باطلاً (١). وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة.

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على الإبراء

٥٨٢ - الإبراء يقضى الدين: الإبراء سبب من أسباب انقضاء الالتزام. فإذا أبرأ الدائن مدينه من الدين الذى فى ذمته، فقد انقضى هذا الدين بالإبراء كما ينقضى بالوفاء، وبرئت ذمة المدين (١). وهذا ما يقضى به صدر المادة ٣٧١ مدنى، إذ يقول: «ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً» (٢).

(١) كذلك إذا ثبت أن الإبراء كان له باعث معين. ثم تخلف هذا الباعث، سقط الإبراء - والإبراء فى القانون الألمانى تصرف مجرد (acte abstrait)، فلا يتأثر بالباعث. فإذا أبرأ الدائن مدينه، انقضى الدين وزالت التأمينات التى كانت تكفله. 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 فى هذه المسألة التعليقات على التقنين المدني الألمانى ١ م ٣٩٧ ص ٥٦٣ - ٥٦٤ - جوسران ٢ فقرة ٩٥١).

(٢) وينص التقنين المدني العراقي فى المادة ٤٢٠ على ما يأتى: «إذا أبرأ الدائن المدين، سقط الدين». ثم جاء فى المادة ٤٢٤ من نفس التقنين: «١ - إذا اتصل بالصلح إبراء خاص بالمصالح عنه، فلا تسمع الدعوى فى خصوص ذلك وتسمع فى غيره. وإذا اتصل بالصلح إبراء عام عن الحقوق والدعوى كافة، فلا تسمع على المبرأ دعوى فى أى حق كان قبل الصلح، وتسمع على الحادث بعده. ٢ - وحكم البراءة المنفردة عن الصلح كحكم البراءة المتصلة به فى الخصوص والعموم».

وهذا النص ليس إلا تطبيقاً لقاعدة عامة سبقت الإشارة إليها تقضى بأن الإبراء وهو نزول عن الحق يجب أن يقصر فى أضيق الحدود (انظر آنفاً فقرة ٥٨١ - وانظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدني العراقي فقرة ٧٣٠ ص ٣٢٧).

(١) أ- التنازل الذى يتضمن إبراء الدائن مدينه من التزام ما إنما هو وسيلة من وسائل انقضاء الالتزامات وإذا كان التقادم المسقط هو وسيلة أخرى من وسائل انقضاء الالتزام دون الوفاء به، فإنه لا يمكن أن يرد على مثل هذا التنازل، ومن ثم فإنه متى صدر التنازل نهائياً فإنه ينشئ مركزاً قانونياً ثابتاً ولا يتقدم أبداً ويحق للمتنازل إليه أن يطلب فى أى وقت أعمال الآثار القانونية لهذا التنازل ومن بينها ابطال ما اتخذته المتنازل من إجراءات بالمخالفة لتنازله.

(الطعن ٤٣٨ لسنة ٢٩ ق - جلسة ١٩٦٤/٥/٢٨ ص ١٥ ص ٧٣١)

ب- لما كان الالتزام ينقضى بنص المادة ٣٧١ من القانون المدني إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بدلالة المحرر المقدم من المطعون ضده والمؤرخ.... والمعنون بعبارة (اتفاق استلام مبالغ وتخالص) والذى تضمن أن المطعون ضده استوفى من الطاعن ما حصله =

على أن الإبراء يرتد بالرد، وفي هذا يقول عجز المادة ٣٧١ مدني: «ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ويرتد برده». فإذا وصل الإبراء إلى علم المدين، ولم يرده في المجلس الذي علم فيه (١)، لم يستطع أن يرده بعد ذلك. أما إذا رده في المجلس، فإنه يرتد ويؤول 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، فإن

أحكام الدعوى البوليصية تسرى على الإبراء كما تسرى على أي تبرع (١). ويترتب على ذلك أمران: (أولاً) يجوز لدائني الدائن الذي صدر منه الإبراء أن يطعنوا في هذا الإبراء بالدعوى البوليصية، كما يطعنون في أي تبرع صادر من مدينهم. فليسو في حاجة 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 تقضي 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 البوليصية كما سبق أن بينا (٢)، 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 نزول 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 ٢٤٤/١٨١ على أن «إبراء ذمة المدين من الدين

= من أجرة الأرض الزراعية وتحاسبا عنها وعن مبالغ أخرى أداها الطاعن واستلم المطعون ضده التوكيلات التي أصدرها وأصبح الطاعن غير مكلف بأى عمل يتعلق بها، مما مفاده أن المطعون ضده قد أبرأه من أداء ما التزم به بالاتفاق المؤرخ من أداء أجرة الأرض الزراعية حتى لو لم يحصلها فأطرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع وأقام قضاؤه على مجرد القول بأن العقد المبرم بين الطرفين والمؤرخ ... قد ألزم الطاعن بأداء الأجرة ولو لم يحصلها الطاعن ولم يعمل أثر الاتفاق اللاحق فإنه يكون قد خالف الثابت في الأوراق.

(الطعن رقم ٣١٦٩ لسنة ٦١ ق - جلسة ١٩٩٣/١/١٢)

ج- إسقاط الحق بوصفه تعبيراً عن إرادة صاحبه في التخلي عن منفعة يحميها القانون أو ينهي عنها لا يكون إلا صريحاً أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على قصد الإسقاط حسبما تقضي بذلك المادة ٩٠ من القانون المدني، وعلى ذلك فإن سكوت المؤجر عن استخدام حقه في طلب فسخ عقد الايجار لمخالفته المستأجر للشرط المانع من التنازل الوارد به لا يعد قبولاً ينطوي على النزول عن ذلك الحق لانتهاء التلازم بين هذا الموقف السلبي والتعبير الايجابي عن الإرادة.

(الطعن رقم ٧٨٦٢ لسنة ٦٦ ق - جلسة ١٩٩٧/٦/٢٨)

(١) ولما كان تكيف 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، أي في المجلس الذي يعلم فيه المدين بالإبراء، فلو رد المدين الإبراء بعد انقضاء هذا المجلس بقي الإبراء نافذاً ولا يرتد. كذلك لو رد المدين الإبراء بعد قبوله إياه لا يرتد، والقبول إذا لم يكن ضرورياً لقيام الإبراء يجعله مع ذلك غير قابل للرد. وقد نصت المادة ١٥٦٨ من 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، يعني فلا يبقى 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، فلو رده بعد التفرق لا يصح الرد، ويبقى الإبراء نافذاً» (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ١٥٦٨م ص ٨٥٣ - ص ٨٥٤).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٧٨ - والرد يعيد الدين كما كان، بجميع مقوماته وصفاته ودفعه وتأميناته.

(١) م ١/٣٧٢ مدني - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى 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 عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة جحود الموهوب له، وصيرورة الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة، وأن يرزق الواهب بعد الهبة ولدأ 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 (الموجز 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 لجحود الموهوب له أو لأن الموهوب له قد رزق ولدأ وسريان هذه الأحكام على الإبراء. بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٩ ص ٩٨ - بلانبول وريبير وروان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص ٧١٧ - بيدان ولاجاراد ٩ فقرة ١٠٢٦ - دى باج ٣ فقرة ٦٧٥). وقد يقال إن الإبراء في الفقه الإسلامى إسقاط، والساقط لا يعود (انظر شرح المجلة للأستاذ سليم باز م ٥١ ص ٤٠ وم ١٥٦٢ ص ٨٤٨ - ٨٤٩ وم 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 بسريان أحكام الرجوع في الهبة على الإبراء.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٧٨.

٥٨٤ - ابراء الدائن لأحد المدينين المتضامنين - احالة: وقد يبرئ الدائن أحد المدينين

المتضامنين، فلا تبرأ ذمة المدينين المتضامنين الباقين، وللدائن أن يطالب أياً منهم بالدين بعد استنزال حصة المدين الذي أبراه. وهذا ما لم يكن الدائن قد صرح أنه أراد بذلك إبراء جميع المدينين المتضامنين فتبرأ ذمتهم جميعاً، أو لو لم يكن على النقيض من ذلك قد احتفظ بحقه في الرجوع على أى من المدينين المتضامنين الباقين بكل الدين رغم إبراء أحدهم (١). وقد يبرئ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن فحسب، فيبقى حقه في الرجوع على أى من المدينين الباقين بكل الدين، ما لم يتفق على غير ذلك (٢). وفي جميع الأحوال التي يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين، سواء كان الإبراء من الدين أو من التضامن، يكون لباقي المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين

= وتنص المادة ١٢٨٨ من التقنين المدني الفرنسي على أن «ما أخذه الدائن من الكفيل لإبراء ذمته من الكفالة يستنزل من الدين، وتبرأ بمقداره ذمة المدين الأصلي وذمة الباقي من الكفلاء». وهذا هو النص في أصله الفرنسي *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 الفرنسي لمخالفته للقواعد العامة، إذ أن نية الطرفين - الدائن الكفيل - قد انصرفت في هذه الحالة إلى أن الكفيل دفع مقابلاً لإبراء ذمته من الكفالة، وقد رضى الدائن بذلك معرضاً نفسه لخطر ألا يستوفي الدين كله أو بعضه من المدين الأصلي. فالعقد بين الدائن والكفيل عقد احتمالي، قد يكون مصدر ربح للدائن فيما إذا استوفى كل حقه من المدين الأصلي، وقد ينتهي به إلى الخسارة فيما إذا لم يستوف حقه أو لم يستوف إلا جزءاً منه. فما أخذه من الكفيل هو المقابل لهذا الخطر الذي عرض نفسه له، فهو ضرب من التأمين (ديراتون ١٢ فقرة ٣٧٩ - لا رومبيير ٥ م ١٢٨٨ فقرة ٢ - ديمولومب 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 المصري هذا النص، فوجب تطبيق القواعد العامة. ومقتضى تطبيقها أن تكون العبرة بنية الطرفين، الدائن والكفيل. فإن قصداً أن يفترق الكفيل ذمته بما دفعه للدائن من المقابل ويكون للدائن بعد ذلك أن يرجع على المدين بكل الدين، برئت ذمة الكفيل، ولا يرجع عليه الدائن إذا لم يستوف كل حقه من المدين ولا يرجع هو على المدين بما أعطاه للدائن، وكذلك لا يرجع على الدائن حتى لو استوفى هذا كل حقه من المدين. وإن قصداً أن يستنزل المقابل من الدين، لم تبرأ ذمة الكفيل من باقي الدين، ويرجع عليه الدائن إذا لم يستوف من المدين ما بقي من حقه، ويرجع هو على المدين بما أعطاه للدائن. وعند الشك يكون المفروض أن الدائن بأخذه المقابل من الكفيل أراد إبراء ذمته من الكفالة، ويكون الدائن قد احتفظ بحقه في الرجوع بكل الدين على المدين، إذ لو أراد استنزال المقابل من الدين، لاستبقى الكفيل يرجع عليه فيما إذا لم يستوف من المدين الباقي من حقه.

(١) م ٢٨٩ مدني - وانظر أيضاً المادة ٢٤٥/١٨٢ من التقنين المدني السابق.

(٢) م ٢٩٠ مدني

يترتب عليه إبراء ذمة ضامنيه أيضاً». فتبرأ ذمة الكفيل الشخصي بإبراء ذمة المدين، لأن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين، فإذا زال الأصل زال التبع (١). ويستثنى من ذلك الإبراء الذي يتضمنه الصلح مع المفلس، فإنه لا يبرئ 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 يبرئ ذمة المدين الأصلي، لأن زوال التبع لا يستوجب زوال الأصل، وفي هذا الصدد تنص المادة ٢٤٧/١٨٤ من التقنين المدني السابق على أن «لا تبرأ ذمة المدين بإبراء ذمة ضامنه». وإذا تعدد الكفلاء، وأبرأ الدائن أحدهم، فإن ذلك لا يعني أنه أبرأ الباقين، بل يجوز له مطالبة باقي الكفلاء كل بقدر الحصة التي كفلها إذا كان الكفلاء غير متضامنين، أو أى منهم بالدين بعد استنزال حصة الكفيل الذي أبراه إذا كان الكفلاء متضامنين (٣). هذا كله ما لم يكن الكفيل الذي أبراه الدائن قد كفّل الدين بعد أن كفله الكفلاء الآخرون، فهو إذا كان متأخراً عنهم لا يكونون قد اعتمدوا على كفالته، فإذا أبراه الدائن لم يجز للكفلاء المتقدمين أن يستنزّلوا حصته. بل يرجع الدائن على كل منهم بعد تقسيم الدين كله بينهم دون الكفيل المتأخر إذا كانوا غير متضامنين، أو يرجع على أى منهم بكل الدين إذا كانوا متضامنين. فرجوع الكفلاء على الكفيل الذي أبراه الدائن، بمقدار حصته، منوط بأن تكون ضمانة هذا الكفيل سابقة لضمانتهم أو مقارنة لها. وفي هذا الصدد تنص المادة ٢٤٨/١٨٥ من التقنين المدني السابق على أنه «إذا تعدد الضامنون في دين، وأبرأ الدائن ذمة أحدهم، جاز للباقي مطالبته بالضمان إذا كانت ضمانته سابقة على ضمانتهم أو مقارنة لها (٤)».

(١) ولا يجوز للدائن أن يبرئ ذمة المدين الأصلي مع استبقائه الكفيل ملتزماً بالدين، فإن حق التجريد المعطى للكفيل يمنع من ذلك. ولكن يظهر أنه يجوز للدائن الاحتفاظ بالكفيل إذا كان كفيلاً متضامناً مع المدين أو كان كفيلاً عينياً، مع إبراء ذمة المدين الأصلي (بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٣٢).

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٤١ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٩٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٢ - ويذهب بودرى وبارد (٣ فقرة ١٧٩٤) إلى أن الجزء من الدين الذي أبرئ منه المفلس يبقى التزاماً طبيعياً في ذمته، ويصلح هذا الالتزام الطبيعي أن يكون التزاماً أصلياً تستند إليه الكفالة. وقد رأينا أن الالتزام الطبيعي لا تمكن كفالته إلا بالالتزام الطبيعي مثله كخطر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٠٣). على أننا لسنا في حاجة إلى تأصيل بقاء الكفيل ملتزماً بجميع أنواع المفلس حتى ما أبرئ منه بالصلح مع الدائنين، فإن هذا هو الوضع الطبيعي للكفيل، فهو لم يكفل إلا هذا الإفلاس بالذات، فإذا تحقق الإفلاس كان للدائنين حق الرجوع على الكفيل.

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٩٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٢.

(٤) لا رومبيير ٥ م ١٢٨٧ فقرة ٤ - ديمولومب ٢٨ فقرة ٤٦٨ - ديواتون ١٢ فقرة ٣٧٥ - لوران ١٨ فقرة ٣٧٣ - هيك ٨ فقرة ١٤٠ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٩٧ مكررة - الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٨ - انظر هيكس

بنصيبه في حصة المعسر منهم، إلا إذا أخلى الدائن المدين الذي أبرأه من كل مسؤولية الدين، فيتحمل هو نصيب هذا المدين في حصة المعسر^(١). وقد تقدم بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في التضامن^(٢).

الفصل الثاني

استحالة التنفيذ^(*)

(Impossibilité d'exécution)

٥٨٥ - مسألتان: متى أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً، فإنه لا محالة ينقضى. وهذا ما تقتضيه طبائع الأشياء، إذ لا التزام بمستحيل: (à l'impossible nul n'est tenu) وتكلم هنا في مسألتين: (١) متى تتحقق استحالة التنفيذ (٢) الآثار التي تترتب على هذه الاستحالة.

الفرع الأول

متى تتحقق استحالة التنفيذ

٥٨٦ - النصوص القانونية: تنص المادة ٣٧٣ من التقنين المدني على ما يأتي:
«ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه^(١)».
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٢٤٠/١٧٧ و ٢٤١، ١٧٨ و ٢٤٢/١٧٩^(٢).
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٣٧١ -

(*) مراجع: ردوان (Radouant) في الحوادث الفجائية والقوة القاهرة رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ - لبريه (Lebret) في وقف العقود وفسخها: المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٤ ص ٥٨١ وما بعدها - ساروت (Sarraute) في وقف تنفيذ العقود رسالة من باريس سنة ١٩٢٩.
(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٥١٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٦ من المشروع النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٩ - ص ٣٠٠).

(٢) التقنين المدني السابق ٢٤٠/١٧٧ م ٢٤٠/١٧٧ نزول التعهدات 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 بالتضمينات.

(١) م ٢٩١ مدني - وانظر أيضاً المادة ١٨٣ / ٢٤٦ من التقنين المدني السابق.
(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٣.

وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٦٠ - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٢٥ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين (١) ٣٤٢/٣٤١ .

ويخلص من هذا النص أن هناك شرطين حتى تتحقق استحالة التنفيذ التى تقضى الالتزام: (١) أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا (٢) وأن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبى لا يد للمدين فيه .

٥٨٧ - الشرط الأول - تنفيذ الالتزام يصبح مستحيلا: يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام، بعد نشوئه، مستحيلا استحالة فعلية أو استحالة قانونية (١). ولا يكفى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا، ما دام لا يزال ممكنا .

= م ٢٤٢/١٧٩: إذا انفسخ التعهد بسبب عدم إمكان الوفاء، تنفسخ أيضا كافة التعهدات المتعلقة به، بدون إخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقيها فى نظير ما حصل عليه غيرهم من المنفعة دون حق، ولا يترتب على الفسخ إخلال بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية (انظر قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣).

(وأحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد، وقد أسهب التقنين السابق فى التفريغ على الموضوع الأصلي. وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «لم يقر مشروع استحالة التنفيذ سوى مادة واحدة، قرر فيها قاعدة انقضاء الالتزام متى أصبح تنفيذه مستحيلا من جراء سبب أجنبى. أما انقضاء الالتزامات المتقابلة فى العقود التبادلية، وحق الدائن فى اقتضاء التعويض عند رجوع الاستحالة إلى فعل المدين، فلم يثقل المشروع بهما نصوص هذا الفرع على نحو ما فعل التقنين الراهن (السابق) غافلا عن انتفاء وجه المناسبة. وبهذا وفق المشروع إلى التوسط، فخفف من هذه النصوص دون أن يغفلها كل الإغفال، كما فعل المشروع الفرنسى الإيطالى: مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٩٨ - وانظر فى التقنين المدنى السابق الموجز للمؤلف لفقرة ٥٩٩ - فقرة ٦٠٢ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٣٠ - فقرة ٨٣٣).

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م ٣٧١ (مطابقة للمادة ٣٧٣ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م ٣٦٠ (مطابقة للمادة ٣٧٣ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م ٤٢٥ (مطابقة للمادة ٣٧٣ من التقنين المدنى المصرى - وانظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٧٢ - فقرة ٣٧٤).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٤١: يسقط الموجب إذا كان، بعد نشأته، قد أصبح موضوعه مستحيلا من الوجه الطبيعى أو الوجه القانونى بدون فعل أو خطأ من المدين.

م ٣٤٢: يجب على المدين أن يقيم البرهان على وجود القوة القاهرة، ويبقى مع ذلك للدائن حيز لى يثبت أن الطارئ الذى وقع بمعزل من المدين كان مسبوقاً أو مصحوباً بخطأ ارتكبه المدين كإبطاء فى التنفيذ جعله فى حالة التأخر، وفى مثل هذا الموقف يظل الموجب قائماً.

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

(١) أ - إذ كان الحكم بعد أن استظهر الشروط الواجب توافرها لا اعتبار الحادث قوة القاهرة قرر أن...

فيجب أولاً أن ينشأ الالتزام ممكناً، فلا تطرأ الاستحالة إلا بعد نشوئه. أما إذا كان تنفيذ الالتزام منذ البداية مستحيلا، فإنه لا ينشأ أصلا، ولا محل للقول بانقضاء ما لم يوجد.

= الأمر الإدارى الواجب التنفيذ وهو القرار الوزارى رقم ١٠ الصادر فى ٨ من يناير سنة ١٩٤١ بالاستيلاء على الشركة المطعون عليها وجميع موجوداتها وأموالها هو الذى حال دون وفائها بالأجرة المستحقة عنها فى المدة التى استولت فيها السلطة العسكرية البريطانية على جميع مصانعها وأموالها بمقتضى الأمر العسكري رقم ١٥٩ الصادر فى ١٥ من يوليو سنة ١٩٤١، واعتبر هذا الحادث عملا من أعمال السلطان لها حكم القوة القاهرة، وأنه كان من شأن هذا الأمر جعل وفاء الشركة بالتزاماتها مستحيلا وليس مرهقا أو عسيرا فحسب للاعتبارات المسوقة التى ساقها، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو شبه القصور.

(الطنع ٢٥٨ لسنة ٢٠ - جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦)

ب - المقصود بالاستحالة التى ينقضى بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة بطرء حالة القاهرة أو حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه.

(الطنع ٤٤٦ لسنة ٢٢ - جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ ص ٧٨٩)

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ١٨٨٩)

ج - إذا كان الواقع فى الدعوى أن الشركة المطعون عليها كانت قد تعاقدت على تصدير كميات من القطن إلى بيوت التجارة الألمانية فلما قامت الحرب الأخيرة وترتب عليها قطع العلاقات التجارية والسياسة بين مصر وألمانيا وصدر الأوامر العسكريان ٦ سنة ١٩٣٩، ١٥٨ سنة ١٩٤١ - فى شأن الاتجار مع حكومة الرايخ الألمانى ورعاياه - فحالا دون تنفيذ هذه العقود ورتبا البطلان على كل ما يخالف أحكامهما، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر قيام الحرب وانقطاع العلاقات والمواصلات وصدور التشريعات الإستثنائية قوة القاهرة ومسيبا أجنبيا يستحيل معه تنفيذ هذه العقود فقضى بانفساؤها، فإن هذا الذى قرره الحكم المطعون فيه يتفق والقواعد القانونية الصحيحة، ذلك أنه متى صار تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلا بعد انعقاد العقد التبادلى لسبب أجنبى فإنه ينقضى واجب هذا الطرف فى تنفيذه وينفسخ العقد حتما وبقوة القانون ويعود كل طرف إلى حالته قبل التعاقد وذلك عملا بالأحكام العامة فى القانون التى أجملتها المادة ١٧٩ مدنى قديم والتي تطبق على العقود كافة.

(الطنع ٩٩ لسنة ٢٥ - جلسة ١٩٥٩/١١/١٩ ص ١٠ ص ٦٧٧)

د - يشترط طبقا للمادة ٢٠٣ من القانون المدنى لاجبار المدين البائع على تسليم العين المبيعة إلى المشتري أن يكون هذا التسليم ممكنا، فإذا كانت هذه العين مملوكة للبائع وقت انعقاد البيع ثم تعلق بها ملكية شخص آخر تعلقا قانونيا استحال الوفاء بهذا الالتزام عينا للمشتري الأول.

(الطنع ٢٢٦ لسنة ٣٦ - جلسة ١٩٧٠/١٢/١٧ ص ٢١ ص ١٢٥٥، جلسة ٨٤/١٢/٢٦ ص ٣٥)

هـ - يعتبر الفسخ واقعا فى العقد الملزم للجائين باستحالة تنفيذه، ويكون التنفيذ مستحيلا على البائع، بخروج البيع من ملكه ويجعله مشولا عن رد الثمن، ولا يبقى بعد الا الرجوع بالتضمينات إذا كانت الاستحالة بتقصيره

(الطنع ٣٧ لسنة ٣٧ - جلسة ١٩٧١/٦/٣ ص ٢٢ ص ٧٣٤).

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 بقاءه ممكناً، فلا ينقض الالتزام⁽¹⁾. وإنما ينتقل 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، إن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق عن خلاف ذلك». وقد سبق تفصيل القول في نظرية الحوادث الطارئة^(١).

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣١٤ - فقرة ٤٢٣.

(1) أ- لا يمنع قرار وزير الأوقاف رقم ١٩ لسنة ١٩٦٤ الصادر استناداً إلى القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٤٦ بشأن لائحة إجراءات وزارة الأوقاف والذي ناط بالهيئة القضائية لوزارة القيام بجميع الإجراءات القانونية في القضايا التي ترفع منها أو عليها، من أن تعهد تلك الوزارة إلى غير هيئتها القضائية بالقيام بهذه الأعمال، ومن ثم فليس في أيلولة النظر على الوقف إلى وزارة الأوقاف بموجب القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣، وما يتبع ذلك من اختصاص الهيئة القضائية لوزارة القيام بالأعمال القضائية، وما يعتبر في حكم المادة ٣٧٣ من القانون المدني، قوة قاهرة يستحيل معها على المحامي المتعاقد مع الوقف - من قبل - القيام بالتزامه حتى يمكن القول - تبعاً لذلك - بانقضاء التزام الوزارة المقابل بالوفاء بالأجر إعمالاً للمادة ١٥٩ من القانون المدني.

(الطعن ٣٧ لسنة ٢٧ ق - جلسة ١٩٦٢/١١/١ من ١٣ ص ٩٤٨)

ب- يشترط في القوة القاهرة التي ينقض بها التزام المدين أن تكون أمراً لا قبل للمدين بدفعه، يترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام استحالته مطلقاً. وإذا كان الحكم قد استلزم من المدين استحالته تنفيذ التزام الشركة بدفع الفوائد مما أورده في أسبابه من أن القانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٠ يقضى بتأميم مخازن الأدوية والمستلزمات الطبية، وإنما قرر الاستيلاء فقط على ما يوجد منها من هذه المواد، وترك لأصحاب هذه المخازن حق التصرف في أموالهم الأخرى دون قيد، فإن ذلك استخلاصاً سائغاً ولا مخالفة فيه للقانون.

(الطعن ١٤٥ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٧٠/١٢/١٠ من ٢١ ص ١٢١٦)

ج- من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المقصود بالاستحالة التي ينقض بها الالتزام هو المطلق لظروف قاهرة أو حادث جبري طارئ لا قبل للملتزم بدفعه أو توقعه، وإنما المطعون فيه قد أسس قضاءه برفض دعوى الطاعنين على أن قرار لجنة مراجعة المطعون بورسعيد الذي صدر بالعدول عن قرار هدم البناء القائم على الأرض المبيعة من شأنه أن

فيجب إذن، حتى ينقض 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 السالفة 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 تنقض الالتزام⁽¹⁾، بل هي تقتصر على وقفه إلى أن يصبح قابلاً للتنفيذ فينقذ^(١).

= بالالتزام المطعون ضده بنقل ملكية المبيع مستحيلاً استحالة مرجعها إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، لما كان ذلك وكان صدور مثل هذا القرار وإن أدى إلى عرقلة تنفيذ التزام المبيع الوارد بالعقد بإزالة المباني القائمة على الأرض المبيعة وتسليمها خالية إلى المشتري في الميعاد المتفق عليه إلا أنه لا يعتبر مانعاً من قبيل الاستحالة المطلقة التي تجعل الالتزام بنقل الملكية ذاته مستحيلاً إذ ليس في القانون ما يحول دون أن ينقل البائع ملكية الأرض المبيعة إلى مشتريها دون المباني القائمة عليها ودون تسليمها.

(الطعن ٩٨٠ لسنة ٤٨ ق - جلسة ١٩٨٢/١٢/٢ من ٣٣ ص ١١٠٤)

(١) بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٦.

(1) أ- وضع الأقطان المبيعة تحت التحفظ بمظنة أنها من أموال أسرة محمد على ليس إلا حادثاً طارئاً يترتب عليه تأجيل تنفيذ ما لم يكن قد تم تنفيذه من التزامات الطرفين - بصفة مؤقتة دون أن يتمخض عن استحالة قانونية دائمة تقضي إلى انقضاء هذه الالتزامات - وبزوال هذا الطارئ تستأنف الالتزامات المؤجلة سيرها ومن ثم فلا يكون لذلك الطارئ من أثر على قيام العقد في فترة التحفظ ويبقى العقد شريعة تحكم العلاقة بين الطرفين - فإذا كان الطاعنون (البائعون) قد أقاموا دعواهم بعد رفع التحفظ وبعد أن استقرت العلاقة بين الطرفين بإبرام العقد النهائي، مطالبين المشتري بشمار المبيع على أنها من حقهم فإن استنادهم في الدعوى إلى قاعدة الإنراء بلا سبب يكون غير صحيح في القانون، ذلك أن الحق في هذه الشمار أثر من آثار عقد البيع وهي للمشتري من وقت تمام البيع ومن ثم فلا يعد حصوله عليها إنراء بلا سبب.

(الطعن ٢٠١ لسنة ٣٧ ق - جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠ من ١٣ ص ١٩٥٩)

ب- لم يحظر القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ على المالك التصرف فيما يستبقيه لنفسه في حدود المائتي فدان ولم يضع أي قيد على هذا التصرف ومن ثم فلا يترتب على صدور هذا القانون استحالة تنفيذ إلتزام المالك بنقل ملكية القدر الذي باعه من تلك الأقطان. فإذا كان البائع لم يدرج في إقراره القدر المبيع ضمن الأقطان التي اختارها لنفسه بصفة أصلية وامتنع بذلك نقل الملكية للمشتري في الفترة بين تقديم هذا الإقرار ومواقفة جهة الاستصلاح الزراعي على أعمال مقتضى التحفظ الوارد فيه بشأن هذا القدر وإعتباره ضمن الأقطان المتحفظ بها للمالك، وكان هذا المانع المؤقت لم يترتب عليه - في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع - زوال المنفعة المرجوة من العقد فلا يكون له من أثر سوى تأجيل تنفيذ الإلتزام في الفترة التي قام فيها ولا يؤدي إلى انقضاء العقد بقوة القانون.

(الطعن ٢٦٣ لسنة ٢٦ ق - جلسة ١٩٦٣/١/٣ من ١٤ ص ٣٧٧)

٥٨٨ - الشرط الثاني - استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه: ولا يكفي أن يستحيل تنفيذ الالتزام على النحو الذي قدمناه حتى ينقضى، بل يجب أيضاً أن تكون هذه الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه (١).

فإن كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين، لم ينقض الالتزام. ولكن لما كان تنفيذه العيني أصبح مستحيلاً، وجب تنفيذه عن طريق التعويض. وحيث يستحيل التنفيذ العيني ويجب 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 يجرى بحكم القانون تمثيلاً 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 (١). ولهذا التكييف أهمية عملية كبيرة. فلو قلنا إن

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٠٩.

(١) أ- من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عقد البيع ينفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي. ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، وتحمل تبعه الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحاله تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين.

(الطعن ٢٥٦ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٧/١/١١ ص ٢٨ ص ٢١١)

(جلسة ١٩٧١/٦/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٧٢٤)

ب- نزع ملكية العين المؤجرة للمنفعة العامة بعد هلاكها كلياً يترتب عليه انفساخ العقد بقوة القانون لإنعدام المحل ولا يجوز للمستأجر في هذه الحالة أن يطالب المؤجر بتعويض وهو ما تقضى به الفقرتان الأولى والثالثة من المادة ٥٦٩ من القانون المدني.

(جلسة ١٩٧٤/١١/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ١٢١٣)

ج- عقد البيع ينفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، ويجعل تبعه الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحاله تنفيذه عملاً بمبدأ تحمله التبعة في العقد الملزم للجانبين، ولما كان الحكم قد أثبت أن التزام مورث الطاعنين ينقل ملكية العقار المبيع للمطعون عليه قد صار مستحيلاً بسبب استيلاء جهة الإصلاح الزراعي عليه تنفيذاً لحكم القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ تحديد الحد الأقصى للملكية الزراعية للفرد بما لا يزيد على مائة فدان، فإنه يكون بذلك قد أثبت أن استحالة تنفيذ هذا الالتزام ترجع لسبب أجنبي.

(جلسة ١٩٧٧/٤/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٩٠٩)

د- الثابت مما حصله الحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك في دفاعه بأن تخلفه عن تنفيذ التزامه يعزى إلى فرض الحراسة عليه وغل يده عن الإدارة وهو دفاع جوهري قد يتغير بتحقيقه وجه الرأي =

أما أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة فعلية، فهذه مسألة واقع يقدرها قاض الموضوع تقديره نهائياً لا معقب عليه من محكمة النقض. فالالتزام ينقل حق عيني، وقع على عين معينة بالذات، يصبح تنفيذه مستحيلاً إذا هلك هذا الشيء، أو تلف ما يجعله في حكم الهالك، أو فقد بحيث لا تمكن معرفة مكانه (١). وإذا وقع الالتزام على شيء غير معين إلا بنوعه ومقداره، فمن الصعب أن نتصور استحالة تنفيذ هذا الالتزام، لا الشيء غير المعين بالذات يوجد بجنسه، والجنس لا يندم (genera non pereunt) (٢). 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 (٣). والالتزام بعمل، كالالتزام المصور برسم صورة، يصبح تنفيذه مستحيلاً إذا أصيب هذا الفنان بفاقة بصره أو بتر يده فلم يعد قادراً على الرسم (٤). والالتزام بالامتناع عن عمل يصبح تنفيذه مستحيلاً إذا اضطر المدين إلى إتيان هذا العمل الذي التزم بالامتناع عنه.

وأما أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة قانونية، فهذه مسألة قانون تخضع لمرة محكمة النقض (١). من ذلك أن يكون المدين ملتزماً بنقل ملكية أرض، فتتزع ملكية قبل التنفيذ للمصلحة العامة، فيتعذر تعديراً قانونياً تنفيذ الالتزام. ومن ذلك أيضاً أن يكون المدين ملتزماً بتوريد شيء، ثم يحرم القانون صنعه، فيصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالاً قانونية (٥).

(١) بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٧٨.

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٣١ ص ٣٦٦.

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٥ ص ٧٢٧ - دي باج ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٦٥٦.

(٤) بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٨٢ ص ١٤٥ - وإذا تعهد ممثل بالتمثيل في وقت معين، وأصبح

في هذا الوقت يقعده عن التمثيل، أصبح تنفيذه التزامه مستحيلاً (كولان وكايتان ٢ ص ٢٢٠)

(٥) ومنذ حرم الرق أصبح التعامل في الرقيق مستحيلاً استحالة قانونية (بودري وبارد ٣ ص ٢٥٠ - بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٧٩ ص ١٤٣).

وإذا قيدت، أثناء الحرب مثلاً،

تستهلك من البنزين أو الغاز أو الكهرباء، أصبح الالتزام الذي يتعارض تنفيذه مع هذه

استحالة قانونية (بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٨٢).

(I) متى كانت استحالة تنفيذ الالتزام تقوم على أسباب قانونية، فإن البحث في توافرها

القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض.

(الطعن ٣٧ لسنة ٢٧ ق - جلسة ١٩٦٢/١١/١ ص ١٣ ص ٩٤٨)

(الطعن ١١٨٦ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٤/٥/٢١)

(جلسة ١٩٧٩/٣/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص ٨٥٩)

الالتزام الأصلي قد انقضى وحل محله التزام جديد، لترتب على ذلك انقضاء التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي وانقطاع مدة التقادم التي كانت تسرى ضد هذا الالتزام، وترتب على ذلك أيضاً أن الالتزام بالتعويض الذي ينشأ عن تنفيذ العقد يكون التزاماً جديداً ليس مصدره العقد بل يكون المصدر خطأ تقصيرياً من المدين. أما إذا أخذنا بالرأي الصحيح وقلنا إن الالتزام يبقى بعينه مع تحوّل محله، لترتب على ذلك أن التأمينات التي كانت تكفل التنفيذ العيني لا تنقضي، بل تتحول إلى كفالة التعويض. وترتب على ذلك أيضاً أن مدة التقادم لا تنقطع، بل تبقى سارية ضد الالتزام بعد أن تحوّل محله من تنفيذ عيني إلى تعويض. فلو كانت المدة التي انقضت أربع عشرة سنة مثلاً، ثم استحال تنفيذ الالتزام بخطأ المدين فتحوّل محله إلى تعويض، فإن حق الدائن في التعويض يسقط بالتقادم بعد انقضاء سنة واحدة وهي التي تكمل المدة التي انقضت إلى خمس عشرة سنة، لا بانقضاء مدة تقادم جديدة فيما لو قلنا إن الالتزام بالتعويض هو التزام جديد وترتب على ذلك أخيراً أن الالتزام بالتعويض الذي ينشأ من عدم تنفيذ العقد هو عين الالتزام الذي نشأ من العقد منذ البداية، فيكون مصدره العقد لا خطأ تقصيرياً من المدين^(١).

أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي^(٢) - والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائي (cas fortuit) أو القوة القاهرة (force majeure)، وخطأ الدائن (faute du créancier)، وفعل الغير (fait d'un tiers) - فإن الالتزام ينقضي أصلاً، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يتحوّل محله إلى تعويض، فالتعويض لا يكون مستحقاً ما دامت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي ولا ترجع لخطأ المدين. وعبء إثبات السبب الأجنبي يقع على المدين، إذ بعد أن يثبت الدائن وجود الالتزام يجب على المدين أن يثبت تخلفه من وفقاً للقواعد العامة، وهنا لا يستطيع المدين أن يتخلص من الالتزام إلا إذا أثبت استحالة التنفيذ وأنها راجعة إلى سبب أجنبي^(٣).

= في الدعوى باعتباره سبباً أجنبياً يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وإذا لم يرد الحكم على هذا الدافع فإنه يكون مشوباً بالقصور.

(الطعون ١٤٩٨، ١٤٧٤، ١٥٢١ لسنة ٥٢ق - جلسة ١٩٨٥/٣/٢٥ من ٣٦ ص ٤٨٤)

(١) بودري وبارد ٣ فقرة ١٩١٨ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٩١٦ ص ٧٢٨ - بيدان ولا جارد فقرة ١٠٧٨ ص ١٤٣ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٩ ولكن قارن فقرة ٦٠١ ص ١٢٢

(٢) ويلاحظ أن السبب الأجنبي الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فيقضيه إنما ينطبق بالأجنبي على الالتزامات العقدية. أما الالتزام الذي ينشأ عن عمل غير مشروع، فهو لا ينشأ أصلاً - ولا ينقضي - بالسبب الأجنبي، لأن السبب الأجنبي يزيل رابطة السببية فلا يتولد الالتزام (دي فقرة ٦٩٩ ص ٦٥٧). والذي ينقضي بالسبب الأجنبي إنما هو الالتزام القانوني العام ألا غير آخر بعمل مشروع، إذا جاز أن يعد هذا التزاماً.

(٣) بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٨ - وتقدير ما إذا كان المدعي بها تعتبر قوة القاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع في حدود

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 ينقضي الالتزام، بل يتحول محله من تنفيذ عيني إلى تعويض^(١). وعبء إثبات خطأ المدين يقع في هذه الحالة على الدائن.

وقد يتحمل المدين تبعه السبب الأجنبي، فلا ينقضي الالتزام حتى لو استحال تنفيذه بسبب أجنبي، ويتحول محله إلى تعويض. ويكون المدين في هذه الحالة إزاء المدين بمثابة المؤمن، يؤمنه من الحوادث التي ترجع إلى القوة القاهرة^(٢).

كذلك إذا استحال 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 خطأه، فلا ينقضي الالتزام بل يتحول محله إلى تعويض. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٠٧ مدني على هذا الحكم صراحة إذ تقول: «إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يتم تسليمه بعد أن أعذر، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن^(٣)». على أن الالتزام ينقضي، 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 إذ تقول: «ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين، ولو أعذر، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعه الحوادث المفاجئة^(٤)». بل إنه إذا كان الالتزام مترتباً في ذمة السارق برد الشيء المسروق، فإنه لا ينقضي 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

= التقديرية، ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ من ١٠٢٢)، وما دامت الشروط اللازمة قانوناً لقيام القوة القاهرة متوافرة.

(١) بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢٣ - وانظر المادة ٣٤٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني (أنفاً فقرة ٥٨٦ في الهامش).

(٢) نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٧٣ ص ٧٤٦.

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٢.

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٢ - دي باج ٣ فقرة ٧٠٢.

تقول: «على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت، فإن تبعة الهلاك تقع على السارق» (١).

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على استحالة التنفيذ

٥٨٩- انقضاء الالتزام وتوابعه: يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي علم النحو الذي قدمناه أن ينقضي هذا الالتزام، إذ التنفيذ قد أصبح مستحيلاً، والمدين غير مسئول عن هذه الاستحالة، فلا مناص من القول بانقضاء الالتزام (٢).

وينقضي الالتزام بتوابعه، وبخاصة تنقضي جميع التأمينات العينية والشخصية التي كانت تكفله. فإذا كان هناك رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الالتزام قبل استحاله تنفيذه، فإن هذه الحقوق العينية تنقضي بانقضاء الالتزام، ويجب على الدائن أن يقوم بالأجراءات الواجبة لشطب القيد الذي كان يشهر هذه التأمينات.

وإذا كان للالتزام كفيل شخصي، ثم استحال تنفيذه بسبب أجنبي فانقضى، وبموت دمة المدين منه، فإن دمة الكفيل الشخصي تبرأ تبعاً لبراءة دمة المدين.

وقد يكون الالتزام مترتباً في دمة مدينين متضامنين متعددين، ثم يستحيل تنفيذ بسبب أجنبي فينقضي، فتبرأ دمة جميع المدينين المتضامنين. أما إذا استحال التنفيذ بخط أحد المدينين المتضامنين دون الباقي، فإن خطأ هذا المدين لا يتعدى أثره إلى باقي المدينين المتضامنين، ويكون هذا المدين وحده هو المسئول عن التعويض. أما الباقي فيعتبر خط 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 (٣).

(١) تولى ٧ فقرة ٤٨٦ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٢ جوسران ٢ فقرة ٩٦٢ - دي باج ٣ فقرة ٧٠٢ - وقارن أوبري ورو ٤ فقرة ٣٣١ ص ٣٦٥ هامش رقم ٦ - ديبراتون ١٢ فقرة ٥٠٦ - وانظر في كل ذلك الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٢ ص ٧٨٨.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٩ - وإذ هلك الشيء هلاكاً جزئياً بسبب أجنبي، تخلص المدين من الالتزام بتسليمه إلى الدائن الجزء غير الهالك (بودري وبارد ٣ فقرة ١٩١٦)، ويجوز للدائن في هذه الحالة أن يرفض تسليم الجزء غير الهالك لا يجبر على الوفاء الجزئي (بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٠١٣ - أنسيكلويدى داللو ٣ فقرة ٤) perte de la chose due (٤).

(٣) انظر أيضاً فقرة ١٨٩ ص ٣٠٩ هامش رقم ٢ - وقارن المادة ١٢٠٥ من التقنين المدني القديم وبودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢١.

كذلك إذا كان الالتزام مترتباً في دمة المدين لمصلحة عدد من الدائنين المتضامنين، واستحال تنفيذه لسبب أجنبي، فإنه ينقضي بالنسبة إلى جميع الدائنين المتضامنين.

ومتى انقضى الالتزام وتوابعه، فإن المدين يلتزم أن ينزل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن الشيء الذي هلك. فإذا كان الشيء مؤمناً عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين، أو كان هلاك الشيء بفعل أجنبي 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 ينقل حق عيني، إذا هلك الشيء أو ضاع أو خرج من التعامل لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، التزم المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن هذا الشيء». وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة، لأن الحكم 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).

= هذا وإذا استحال تنفيذ الالتزام بخطأ المدين، فإن المحل يتحول إلى تعويض كما قدمنا، ولا تبرأ دمة المدين. كذلك لا تبرأ دمة الكفيل بل يبقى كفيلاً للتعويض، وكذلك لا تنقضي التأمينات بل تبقى ضامته للتعويض (بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢١ ص ٢٥٥).

أما إذا هلك الشيء بفعل الكفيل، فإن دمة المدين الأصلي تبرأ من الدين، إذ يعتبر فعل الكفيل سبباً أجنبياً بالنسبة إلى المدين الأصلي (بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢١ ص ٢٥٥). وتبرأ دمة الكفيل - باعتباره كفيلاً - ببراءة دمة المدين الأصلي، ولكن الكفيل يكون مسئولاً عن فعله كمدين أصلي نحو الدائن.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ هامش رقم ١ - وانظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٢ ص ٧٨٧ وهامش رقم ١. ويشتمل التقنين المدني الفرنسي على نص يقرر 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 ينقل الملكية. فيظل البائع مالكاً للشيء، فإذا هلك كان البائع هو الذي يملك دعوى التعويض، ومن ثم وجب أن ينقلها إلى المشتري. أما الآن فالبيع ينقل الملكية إلى المشتري، ودعوى التعويض يملكها المشتري مباشرة، دون حاجة إلى أن ينقلها إليه البائع. على أن النص لا يزال مفيداً في الحالات التي يتراخى فيها نقل الملكية إلى المشتري، فيهلك الشيء قبل أن تنتقل الملكية إليه (أوبى ورو ٤ فقرة ٣٣١ ص ٣٦٥ هامش رقم ٥ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢٦ - فقرة ١٩٢٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٩ - دي باج ٣ فقرة ٧٠٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٠١٤ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٨٨ - أنسيكلويدى داللو 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 دمة المدين من أجل القوة القاهرة إلا بقدر استحالة التنفيذ، فيمكن إذن ألا يكون سقوط الموجب إلا جزئياً. وفي جميع الأحوال، حتى في حالة =

وهناك إلى جانب تحمل التبعة في العقد تحمل التبعة في الملك. وقد انفرد التقنين المدني العراقي بالنص على تحمل التبعة في الملك، عقب النص الذي أورده في خصوص انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي. ونقتصر هنا 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- وتتقلب 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 مالكه 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 لاستحالة 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 تعويض، ويتحمل هو تبعه هلاك الشيء. أما إن كانت يد غير المالك يد أمانة، فإن التزامه برد الشيء إلى المالك ينقضي باستحالة تنفيذه، والمالك 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

٥٩٠- تحمل التبعة في العقد وفي الملك: وإذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي فقد انقضى دون أن يستوفى الدائن حقه، لا عيناً ولا بمقابل. ومن ثم إذا نظر إلى هذا الالتزام وحده، كان الدائن هو الذي يتحمل تبعه استحالة التنفيذ، إذ عليه هو الغرم دون المدين. ويصدق ذلك، فيتحمل الدائن وحده تبعه استحالة التنفيذ، إذا كان الالتزام الذي استحال تنفيذه ناشئاً من عقد ملزم لجانب واحد. ذلك أن المدين في هذا العقد تيراً ذمته وينقضي التزامه باستحالة تنفيذه، دون أن يكون للدائن تعويض مقابل، إذ العقد لا ينشئ إلا هذا الالتزام في جانب المدين. أما إذا كان الالتزام ناشئاً من عقد ملزم للجانبين، واستحال تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين بسبب أجنبي، فانقضى هذا الالتزام، فإن الالتزام المقابل ينقضي تبعاً لانقضاء الالتزام الأول. وقد نصت المادة ١٥٩ مدني على هذا الحكم صراحة إذ تقول: «في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (١)». ويترتب على ذلك أن المدين في العقد الملزم للجانبين، إذا انقضى التزامه لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي يتحمل مع ذلك تبعه استحالة التنفيذ، ولا يتحملها الدائن كما يتحملها في العقد الملزم لجانب واحد. ذلك أن المدين، إذا كان قد تخلل من تنفيذ التزامه بسبب استحالة تنفيذه، يجد في الوقت ذاته الالتزام الذي له في ذمة الدائن - وهو الالتزام المقابل - قد انقضى هو أيضاً بسبب انقضاء الالتزام الأول، وانفسخ العقد، فيقع عليه الغرم، ومن ثم كان هو الذي يتحمل التبعة (١). وهذه هي نظرية تحمل التبعة في العقد، وهي كما نرى ترتبط ارتباطاً وثيقاً بانقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي، وقد سبق أن عالجتاهما في الجزء الأول من الوسيط (٢).

= سقوط الموجب كله، يلزم المدين أن يتنازل للدائن عن الحقوق والدعاوى المختصة بالتعويض ما يتعلق بالموجب السابق، كما يلزمه أن يسلم إليه ما بقي من الشيء الهالك إن كانت هناك بقية. وانظر في وجوب تسليم بقية الشيء الهالك: بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢٧ من ٢٦٥ - بلانويل وريبير ودوان ٧ فقرة ١٣١٩ ص ٧٣١.

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٩ - فقرة ٤٩٠. (٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٩ - فقرة ٤٩٠. وانظر أيضاً دي باج ٣ فقرة ٦٩٩ من ٦٥٧ - ٦٥٨ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ *perte de la chose due* فقرة ٦ - الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٢ - الأستاذ عبد المحي حجازي ٢ ص ٣٤٣ - ٣٤٧ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٣٠٠ ص ٣٧٧.

(١) إذا كان عقد بيع مضروب الأرز - وهو عقار - لم يسجل قبل حصول تأميم المضروب، فإن المدين يكون قد بقيت للبائع حتى نقلها التأميم إلى الدولة، واستحال بذلك على البائع تنفيذ التزامه بالبيع للملكية إلى المشتري، وينفسخ عقد البيع من تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدني على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل

= ويتحمل تبعه الاستحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملاً بمبدأ التبعة في العقد الملزم للجانبين وذلك بالتطبيق للمادة ١٦٠ من القانون المدني.
(جلسة ١٩٧٤/٦/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ من ١٠٢٧)
(جلسة ١٩٧١/٦/٣ الطعن ٣٧ لسنة ٣٧ ق السنة ٢٢ من ٧٣٤)
(جلسة ١٩٧٠/١٢/١٧ الطعن ٢٢٦ لسنة ٣٦ ق السنة ٢١ من ١٢٥٥)
(١) والتقنين المدني العراقي وحده هو الذي أورد هذه النصوص، كما قدمنا، فلم نرد في التقنين المدني المصري، ومن ثم يجب في مصر تطبيق القواعد العامة في هذه المسائل.

الفصل الثالث

التقادم المسقط (*)

(Prescription extinctive)

تمهيد

٥٩١ - التقادم المسقط والتقادم المكسب - وجوب الفصل بينهما : جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد : «وفق التقنين الحالي (السابق) في المبادعة بين أحكام التقادم المسقط وبين أحكام التقادم المكسب، وقد تبعه المشروع في ذلك . والحق أن هذين النظامين يختلفان كل الاختلاف من حيث الغاية والتطبيق والمشخصات الذاتية»^(١) . فالتقنين المدني الجديد قد فصل إذن - كما فصل التقنين المدني السابق - ما بين التقادم 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^(٢) على السواء ، إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة حددها القانون . أما التقادم المكسب - وتقترون به الحيازة دائماً - فيكسب الحائز ما حازه من حقوق عينية بعد

(*) مرجع : جوسار (Gossart) في التقادم المسقط في الدعاوى رسالة من باريس سنة ١٨٨٦ - جندار (Gondard) في وقف التقادم وقاعدة وقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطع سريانه رسالة من باريس سنة ١٩٠٤ - جيرو (Guery) في تقادم الدعوى العامة والدعوى المدنية رسالة من رن سنة ١٩٠٥ - بكنيو (péquignot) في التقادم الانتفاقي رسالة من ديجون سنة ١٩٠٥ - جوردان (Jourdan) في التقادم في التقنين المدني الألماني رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ - بشرل (Becherel) في تقادم الحقوق المتعلقة على شرط رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ - روشفور (Rochefort) في تقادم الحقوق المتعلقة على شرط رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - هوليو (Holleaux) في تطور القواعد الخاصة بمدد التقادم القصيرة القائمة على قرينة الوفاء - رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ - مونتيل (Montel) بعض اعتبارات في مسألة تنقيح التقادم : المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٦ ص ٦٣٧ - كاربونيه (Carbonnier) في قاعدة وقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطع سريانه : المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ١٥٥ - تعليقات على التقادم المسقط : المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٥٢ ص ١٧١ - فاسير (Vasseur) في مواعيد السقوط ومواعيد التقادم ومواعيد المرافعات : المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٥٠ ص ٤٣٩ - الأستاذ عبدالمنعم البدرأوى في أثر مضي المدة في الالتزام رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٠ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٠ .

(٢) فيما عدا حق الملكية .

باعتباره نائباً عن المالك . فالغاصب، والحائز بقصد التملك لا سيما إذا كان سعي النية، ومن أخذ الشيء على سوم الشراء، كل هؤلاء يدهم على الشيء يد ضمان . فان هلك بسبب أجنبي، وجب عليهم الضمان، وتحملوا هم دون المالك تبعه الهلاك . أما المستعير والمنودع عنده والمستأجر ومن أخذ الشيء على سوم النظرة، 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 تبعه الهلاك في هذه الحالة على الحائز لا على المالك، إذا كان الحائز، ويده قد بدأت يد أمانة، قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق، أو أخذه بغير إذنه، ولو كان قد فعل هذا أو ذاك بغير قصد التملك . ذلك أن الحائز، في هاتين الحالتين، يكون بمثابة المدين المعذر الذي يتحمل تبعه هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي .

بقي بعد كل ذلك موقف البائع لعين معينة بالذات، قبل تسليم هذه العين للمشتري، فهو من وجه يجوز الشيء بعد البيع لا بقصد تملكه، وهو من وجه آخر يلتزم بتسليم الشيء إلى المشتري وهذا الالتزام مكمل لنقل الملكية ولم يقم 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 يقم بعد بواجب التسليم وهو التزام مكمل لنقل الملكية؟ تجيب المادة ٤٢٨ من التقنين المدني 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 يقم به وهو التزام مكمل لنقل الملكية . أما إذا قام سبب لحبس البائع المبيع في يده، بأن كان لم يستوف ثم الواجب الأداء، فامتنع واجب التسليم بسبب قيام سبب الحبس، فان يد البائع، وقد كان يد ضمان كما رأينا، تنقلب إلى يد أمانة . فإذا هلك الشيء بسبب أجنبي، وهو محبوس يده بسبب عدم استيفاء الثمن، لم يهلك عليه بل يهلك على المشتري .

أن تستمر حياته لها مدة معينة حددها القانون . ونرى من ذلك أن التقادم المسقط لا يقترن بالحيازة، ويسقط الحقوق العينية كما يسقط الحقوق الشخصية . وهذا بخلاف التقادم المكسب، فإنه يقترن بالحيازة ، ويكسب الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية . والتقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع ، فإذا رفع صاحب الحق الذي 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 في مدة أقصر من المدة التي يملكه فيها الحائز سيئ النية . أما في التقادم المسقط فلا يعتد بحسن النية ، والمدة التي يحددها القانون لسقوط الحق تقصر أو تطول تبعاً لطبيعة هذا الحق ، لا تبعاً لثبوت حسن النية أو انتفائه (١) .

ونقتصر هنا على الكلام في التقادم المسقط للحقوق الشخصية . أما الكلام في التقادم المسقط للحقوق العينية (٢) والتقادم المكسب لهذه الحقوق فيكون عند الكلام في الحقوق العينية .

(١) على أن كلا من التقادم المسقط والتقادم المكسب يخضع لقواعد واحدة فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به . وهذا ما دعا التقنين المدني الفرنسي إلى الجمع بين التوجين في باب واحد ، صدر بهذه القواعد المشتركة . وينتقد الفقه الفرنسي هذا المسلك ، ويعيب على التقنين المدني الفرنسي جمعه بين نظامين مختلفان اختلافاً جوهرياً في الغاية والنطاق والمقومات . ولم يبدأ يوتينا أن يجمع بينهما ، فقد أفرد للتقادم المكسب كتاباً خاصاً ووضع التقادم المسقط في كتاب الالتزامات (الأستاذ عبدالممنع البدرأوى في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٣٠ - فقرة ٣١) .

(٢) 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 إعمالها ، مهما يظل الزمن ، من غير أن يتعرض لها أحد أو يقتصبها وينكر حق مالكتها فيها ، لا يترتب عليه البتة - لا في الشريعة الإسلامية ولا في غيرها من الشرائع - لا سقوط حق ملكيتها وإنما منع سماع الدعوى بها لو تعرض لها متعرض بعد زمن الإهمال المديد (نقض مدني ١٨ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٩ ص ٦٩٤ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٧ ص ١٠٩٨ - وانظر أيضاً بالنسبة إلى عدم سقوط الدعوى بملكية الوقف : نقض مدني ٢١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة ١ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥١ ص ١٠٩٧ و ١٠٩٨ - ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٢ ص ٤٥٣ - ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٣ - ص ٥٧٢ - أو إذا غصب الوقف وبقيت حياته

٥٩٢ - الأساس الذي يرتكز عليه التقادم المسقط : يرتكز التقادم المسقط على اعتبارات تمت للمصلحة العامة بسبب وثيق ، فإن استقرار التعامل يقوم إلى حد كبير على فكرة التقادم . ويكفي أن نتصور مجتمعاً لم يدخل التقادم في نظمه القانونية، لنندرك إلى أي حد يتزعزع فيه التعامل ونحل الفوضى محل الاستقرار (١) . 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 لا نهاية له ، حتى يستطيع إبرازها في أي وقت شاء الدائن أن يطالبه فيه بالدين ! ويقع كثيراً أن يكون المدين قد مات ، أو يكون 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 مدة طويلة ليس من المألوف أن يسكت فيها ، لا بمخالصة بالدين لم تتيسر المحافظة عليها بعد انقضاء هذه الأعوام الطوال فضاغت أو خفي مكانها ، بل بطلب إسقاط دعواه بعد أن سكت عنها طوال هذه المدة (٢) ! أليس واجباً لاستقرار التعامل أن يفترض في الدائن الذي سكت مدة طويلة عن المطالبة بدينه أنه قد استوفاه ، أو في القليل قد أبرأ ذمة المدين منه بعد هذا السكوت الطويل ؟ وكما يجب وضع حد للمنازعة في الحقوق وذلك بتقرير قوة الأمر المقضي ، كذلك يجب وضع حد للمطالبة بالحقوق وذلك بتقرير مبدأ التقادم . ولا بد أن تستقر الأوضاع في الحالتين ، فلا يتجدد النزاع في كل وقت ولا يبقى حق الدائن في المطالبة إلى غير نهاية (٣) .

فالتقادم المسقط لا يقوم على قرينة الوفاء ، أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة ، التي مضى عليها من الزمن ما يكفي للاطمئنان إليها وإحاطتها بسياج من الثقة المشروعة (١) (١) . ووجوب احترام الأوضاع المستقرة هو الذي يحتم علينا أن نتساءل إلى

= وثلاثين سنة : أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٤ ص ٥٧٤ . ولكن إذا استحال حق الملكية إلى تعويض ، كأن أُلغى الحائز ملك الغير الذي في حياته ، فإن دعوى التعويض تسقط بالتقادم ، وإن كانت الملكية ذاتها لو بقي الشيء ولم يتلف لم تكن لتسقط (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥) .

(١) لوران ٣٢ فقرة ٥ . (٢) جوسران ٢ فقرة ٩٦٧ . (٣) بودرى وتيسيه فقرة ٣٣ .

(١) المقرر أن التقادم المسقط للحقوق وهو عدم استعمال صاحب الحق له مدة معينة فإن يسقط الحقوق الشخصية والعينية على سواء - كأصل عام - بإنقضاء ١٥ سنة طبقاً للمادة ٣٧٤ من القانون المدني ويبدأ سريانه من تاريخ زوال المانع وهو تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية . (الطعن ٥٩٧ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٧)

وإذا كانت الاعتبارات التي قدمناها هي الأساس الذي يرتكز عليه التقادم المسقط بوجه عام، فهناك اعتبارات أخرى تتعلق بحالات خاصة من هذا التقادم . فتقادم الدين الدوري 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 مدني 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 التي تقدم ذكرها .

أما حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها ، وحقوق العمال والخدم والأجراء من أجور ومن ثم ما قاموا به من توريدات ، فتقادم بسنة واحدة (م ٣٧٨ مدني) . والتقادم هنا مبنى رأساً على قرينة الوفاء ، إذ ليس من 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 مدني على المدين الذي يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً ، فإن نكل فقد انقضت قرينة الوفاء ، وبقي الحق قائماً للدائن أن يستوفيه (١) .

٥٩٣ - ملحّة تاريخية : تأخر التقادم المسقط في القانون الروماني عن التقادم المكتسب في الظهور . فقد كانت الدعاوى في هذا القانون ، إلى عهد طويل ، أبدية لا تقادم . والدعاوى التي كانت تتوقف بمدة معينة هي الدعاوى البريطانية ، إذ كان البريطانيون يمنحها لمدة سنة واحدة . ثم أصدر الإمبراطور ثيودورس Théodose ، في سنة ٤٢٤ ، قانوناً معروفاً قرر فيه أن الدعاوى ، شخصية كانت أو عينية ، تقادم في الأصل بثلاثين سنة ، وبعضها يتقادم استثناءً بأربعين . وخلط جوستينيان في مجموعاته بين التقادم المسقط والتقادم المكتسب ، وكانا قبله منفصلين أحدهما عن الآخر . وانتقل هذا الخلط إلى التقنين المدني الفرنسي نفسه ، وكان مصدره لكثير من الاضطراب والتشويش في تفهم أحكام التقادم ، سواء في القانون الروماني أو في القانون الفرنسي (٢) .

(١) كذلك التقادم الثلاثي الخاص بالدعاوى الناشئة من الكمبيالات والسندات الإذنية ونحوها من الأوراق التجارية (م ٤٦٥ تجاري) يقوم على قرينة الوفاء ، وتقادم دعاوى البطلان ، لنقص الأهلية أو لعيوب الرضاء ، بثلاث سنوات يقوم على قرينة أن العاقد قد أجاز العقد .

(٢) بودري ونيسيه فقرة ١٣ - فقرة ١٤ .

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 ، والا ظلت الناس يطالب بعضهم بعضاً بديون مضت عليها أجيال طويلة . والمشرع يختار مدة لا يكون من شأنها إرهاق المدين بجعله معرضاً للمطالبة وقتاً أطول مما يجب (١) ، ولا مبالغته الدائن بإسقاط حقه في وقت أقصر مما يجب . وقد اختار المشرع الفرنسي ثلاثين عاماً ، واختار المشرع المصري خمسة عشر عاماً وهي المدة التي لا يجوز بعدها سماع الدعوى في الفقه الإسلامي . فإذا انقضت المدة التي بها التقادم ، وادعى المدين براءة ذمته ، وأصر الدائن على المطالبة بالدين ، فالأولى بالرعاية هو المدين لا 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 عيّن المدين بعد ذلك بالمطالبة . وبين مدين اطمان إلى وضع ظاهر مستقر ، ودائن أقل ما يتوجب الإهمال الذي 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 يصح في دعواهم 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 (٢) ! .

من أجل كل هذه الاعتبارات شرع التقادم . وقد أخذت به جميع الشرائع ، حتى الشرائع التي لم تأخذ به بطريق مباشر فتسقط الدين بالتقادم ، أخذت به بطريق غير مباشر فتمنع سماع الدعوى بعد انقضاء مدة التقادم .

(١) بودري ونيسيه فقرة ٢٨ - فقرة ٢٩ وفقرة ٣٣ .

(٢) بلانويول وزيبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٥ .

(١) التقادم في الضرائب والرسوم لا يقوم على قرينة الوفاء وإنما يقوم على عدم إرهاق المدين بتراكم الديون عليه وإذن فليس في القانون ما يمنع من التمسك بتقادم الرسوم المطالبة بها في الالتزام بها والامتناع عن دفعها .

(الطعن رقم ١١١ سنة ٢٥ ق جلسة ١٢/٣/١٩٥٩ م ١٠ ص ٧٢٢)

وأخذ التقادم الثلاثيني الذي عرفه القانون الروماني طريقه إلى القانون الفرنسي القديم على أن العادات الجرمانية وبعضها كان يجعل التقادم سنة واحدة ، والقانون الكنسي وعمل كثيراً على تعديل أحكام القانون الروماني في التقادم باقامته على قرينة الوفاء (١) والأوامر الملكية وقد خلقت كثيراً من مدد التقادم القصيرة واحتفظ ببعضها التقنين المدني الفرنسي ، وما منح لبعض الهيئات كالكنيسة وأملاك التاج من ميزة في ألا يجري في حق 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 (٢) .

٥٩٤ - التمييز بين التقادم المسقط والسقوط (déchéance) : ومواعيد التقادم

المسقط تشتهر بمواعيد أخرى يقال لها المواعيد المسقط (délais de déchéance) والمواعيد المسقطه هذه لها مهمة غير المهمة التي لمواعيد التقادم . فهي قد وضعها القانون ، كما في مواعيد التقادم المسقط لحماية الأوضاع المستقرة أو للجزاء على إهمال الدائن 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 يتحمل يتمسك به ، ويجوز أن ينقطع سريانه ، كما يجوز أن يقف هذا السريان ، ويتخلف عن الالتزام الطبيعي . وسرى أيضاً أن الحق المتقادم إذا لم يصلح أن يكون طلباً فإنه يصلح أنه يمكن دفعاً إذ الدفع لا تقادم ، أما الحق الذي سقط لعدم استعماله في الميعاد فلا يصلح الدفع ولا دفعاً (٣) .

(١) وقد حاول قانون الكنيسة كثيراً أن يضعف من نظام التقادم الروماني ، إذ رآه مخالفاً لما تقتضيه المعامل . فهو في نظره يقر الاغتصاب ، ويجيز للمدين أن يسرى ذمته دون أن يوفى بها ، من أسباب وقف التقادم ، وأقام التقادم المسقط على قرينة الوفاء لا على أساس استقرار التقادم في التقادم المكسب عنصر حسن النية ، وبذل جهداً كبيراً في عرقلة هذا النظام (١٩) .

(٢) بودري ونيسيه فقرة ٢٢ .

(٣) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٧١ ص ٥٣٢ - ص ٥٣٨ - بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٩٠

ويحدث أن يقرر القانون ميعاداً تقوم الشبهة في شأنه ، هل هو ميعاد تقادم أو هو ميعاد مسقط (١) ، ويكون من المهم التعرف إلى طبيعة هذا الميعاد لما بين مواعيد التقادم والمواعيد المسقطه من الفروق التي تقدم ذكرها . ويغلب أن تكون المواعيد المسقطه 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 المسقطه ما يصل في الطول إلى الحد الذي يبلغه بعض مواعيد التقادم . والعلامة الأخرى قد تتخلف ، ويسكت النص عن بيان طبيعة الميعاد (١) . وخير 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) ،

= وكابيتان ٢ فقرة ٦٢١ - جوسران ٢ فقرة ١٠٠٤ - فقرة ١٠٠٦ - وقارن بودري ونيسيه فقرة ٣٩ - ص ٤٠ - ويذهب بودري ونيسيه إلى أن المواعيد المسقطه ليست إلا مواعيد تقادم تخضع لأحكام خاصة ، فلا تنقطع ولا يقف سريانها (بودري ونيسيه فقرة ٤٠ - وانظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٣١٧ - فقرة ٣١٨ .

وانظر في الآراء المختلفة في التمييز بين مواعيد التقادم والمواعيد المسقطه الأستاذ عبدالمعتمد البدر في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٤٠ - فقرة ٤٩ .

(١) وما يزيد في دقة التمييز بين 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 الأصلي من تقريرها أن تكون مواعيد مسقطه (بلانبول وريبير ودوان ٧ فقرة ١٤٠٣ ص ٨٢٠ - ص ٨٢١ - وانظر أيضاً بودري ونيسيه فقرة ٣٩ ص ٣٧ - ص ٣٩) .

(٢) فمن أغراض التقادم أيضاً أن يكون قرينة على الوفاء ، فالدين الذي مضت عليه مدة التقادم يغلب في الواقع أن يكون قد وفى ، والمشرع يجعل هذا الغالب الواقعي حقيقة قانونية . فالتقادم طريق للإثبات ، أو بالأحرى إعفاء من الإثبات ، أكثر منه سبباً لانقضاء الالتزام . أما في المواعيد المسقطه فالمشرع لا يضع قرينة ولا يفترض أمراً ، بل هو يحتم على صاحب الحق أن يستعمله في وقت معين وإلا سقط الحق لا يقوم على قرينة الوفاء ، 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) .

(١) المدة المنصوص عليها في المادة العاشرة من القانون رقم ٦٤ لسنة ٩٣٦ الخاص باصابات العمل (السابق) هي بطبيعتها من المواعيد التي لا تخضع لقواعد الانتظام المقررة للتقادم إذ يفرض القانون على ذوي الشأن اتخاذ اجراءات معينة خلالها وإلا سقط حقهم فيها .

(جلسة ١٩٥٣/١/٨ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥٥ عاما - ٣١ - ٨٦٨)

فهو ميعاد تقادم . وإن كان لتحديد الوقت الذي يجب في خلاله استعمال حق أو ربح فهو ميعاد مسقط (١).

ونأتى بأمثلة على ما قدمناه من نصوص التقنين المدني المصري . فالمواد من ٢٨٤ ٣٧٨ مدني صريحة في أن المواعيد المبينة فيها هي مواعيد تقادم : خمس عشرة سنة للعداوى (م ٣٧٤) ، وخمس سنوات لتقادم الحقوق الدورية المتجددة وحقوق أصحاب الحرية (م ٣٧٥ - ٣٧٦) ، وثلاث سنوات لتقادم الضرائب والرسوم (م ٣٧٧) ، وستة لـ حقوق التجار والصناع والعمال والخدم ومن إليهم (م ٣٧٨) . كذلك المادة ١٤٠ في دعاوى الإبطال بثلاث سنوات ، والمادة ١٧٢ في تقادم دعوى التعويض الناشئة عن عمل مشروع ، والمواد ١٨٠ و ١٨٧ و ١٩٧ في تقادم دعاوى الإثراء بلا سبب واسترداد المستحق والفضالة ، صريحة هي أيضاً في أن المواعيد مواعيد تقادم (٢).

(١) ومن ثم يكون الميعاد المسقط عنصراً من عناصر الحق يدخل تكوينه ولا يتم الحق بدونه، ولا بد في حتى يكون تاماً من رفع الدعوى في المدة المضروبة . وقد قضت محكمة الإسكندرية التجارية في المعنى بأن الفرق بين مدة التقادم المسقط ومدة السقوط أن الحق الأصلي في الأولى مقرر من قبل الوجود ، وأما الحق في الثانية فهو لم يكن تام الوجود والتكوين بل لا بد فيه حتى يكون تاماً من الدعوى في المدة المضروبة . ولذلك فالمدة في أحوال السقوط لازمة لتكوين الحق ، بخلاف مدة التي فهي ليست لازمة لتكوينه لأنه سبق أن تكون من قبل . فإذا طالب المالك في حالة مدة التقادم بما فأنما يطلب حقاً مقررأ كاملاً . أما في الأحوال المقرر لها مدة السقوط ، فالمدعي ملزم برفع الدعوى غضون المدة حتى يظهر حقه كاملاً ، وبدون رفع الدعوى لا يكون الحق موجوداً بتمامه . ولذلك الحق الكامل الموجودة بتمامه في مدة التقادم يعني الشارع بحمايته ، من حيث القطع والإيقاف المدة . وأما شبه الحق في مدة السقوط فهو ليس جديراً بحماية الشارع له بقطع أو إيقاف ، بمعنى مدة السقوط لا تقبل تطويلاً بإيقاف سريانها أو قطعها في مصلحة المدعي ، لأن الحق لم يولد كما بعد حتى يتقرر له حق الحماية (أول أغسطس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٣٥) . وقد محكمة استئناف أسيوط بأن مواعيد السقوط تختلف عن مواعيد التقادم في أن الأولى تقوم على وجود أجل قانوني يتناول أصل الحق ويسقطه ، بخلاف الثانية فإنها تقوم على إيقاف جزء على لم صاحب الشأن فيها . ويترتب على ذلك ألا تطبق في الأولى قواعد وقف المدة أو انقطاعها ، فهي في 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 ذوي الشأن لا بالامتداد ولا بالإلغاء بخلاف مواعيد التقادم فإن هذا جائز في شأنها إذ يجوز أثناء النزاع التنازل عن المدة السابقة والتسامح في مدها لمدة جديدة . وكذلك لا يجوز التنازل عن مواعيد السقوط بعد سريانها ، وعلى التقدير أن يراعى ذلك من تلقاء نفسه ، ويحتم عليه القانون وجوب احترامها بغير أن يدفع أحد طرفي النزاع . ومتى تم سريان ميعاد السقوط انقضى الحق بصفة مطلقة ، بخلاف الحال في التقادم (١٨١) سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٨ قرر (١٨١) .

(٢) وتصرح المادة ٤٢٦ مدني بأن دعوى تكملة الثمن للغير الفاحش تقادم بثلاث سنوات (١٨١) .

ولكن الفقرة 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 مسقط ، لا ميعاد تقادم (١) . وتقضى 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 المسقط ما نصت عليه المادة ٢٤٨ (٢) ، والمادة ٣٢٢ (٣) ، والمادة ٤٥٥ (٤) ، والمادة ٧٣٩ (٥)

= التقنين السابق (م ٤٢٠/٣٣٧) يجعل المدة مدة سقوط لا تقادم ويحددها بستتين . وكذلك تصرح المادة ٤٥٢ مدني بأن دعوى الضمان للغير الخفي في المبيع تقادم بسنة من وقت تسليم المبيع ، وكان التقنين السابق (٤٠٢/٣٢٤) يجعلها تسقط - لا تقادم - بشمانية أيام من وقت كشف العيب . وكذلك تصرح المادة ٤٣٤ مدني بأن دعوى العجز والزيادة في مقدار المبيع تقادم بسنة من وقت تسليم المبيع ، وكان الفقه 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 لفظ التقادم (se prescrivent) : انظر الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٥ ص ٦٢٨ - ص ٦٢٩ .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٠٩ وقارن فقرة ٣٢٢ ص ٥٤٤ حيث وردت عبارة «مدة التقادم في الاستغلال» وصحتها المدة المسقط - الأستاذ عبدالحى حجازى ٣ ص ٣٢٣ - ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض - في ميعاد مشابه - بأنه فيما يتعلق بالمدة المعينة لرفع دعوى منع التعرض ، فإن مدة السنة ، المشترط في المادة ٢٦ مرافعات (قديم ويقابلها م ٩٦١ مدني جديد) عدم مضيها 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 بإزالة السد موضوع النزاع وتمكينه من رى أطيانه ، فإن هذا الطلب ، إذ يعتبر بمنه ومعه طلباً بمنع التعرض ، 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 عمر ٥ رقم ٨ ص ١٣) .

(٢) وتنص على ما يأتي : يجوز لحابس الشيء ، إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه .

(٣) وتنص في بيع العقار المرهون على ما يأتي : «إذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين المضمون بالرهن ، وسجل عقد البيع . تعين على الدائن ، متى أعلن رسمياً بالحوالة ، أن يقرها ويرفضها في ميعاد لا يجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوتة إقراراً» .

(٤) وتنص على ما يأتي : «إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ثم ظهر خلل في المبيع ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره ، وأن يرفع الدعوى في مدة ستة أشهر من هذا الأخطار ، وإلا سقط حقه في الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره» .

(٥) 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» .

ويلاحظ أن من المواعيد المسقطه ما يعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على إطالة أو تقصيره ، ومنها لا يعتبر من النظام العام فيجوز فيه الاتفاق على ذلك (٥) .

(١) وتنص على ما يأتي في خصوص دعوى نقض القسمة للغبين : «ويجب أن ترفع الدعوى في خلال السنة التالية للقسمة» .

(٢) وتنص على ما يأتي : «يسقط الحق في الأخذ بالشفعة إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع» . انظر في أن هذا الميعاد 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 ٩٤٥) وميعاد الثلاثين يوماً لإيداع الثمن خزنة المحكمة ورفع دعوى الشفعة (م ٩٤٢ - ٩٥٣) ، من المواعيد المسقطه (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) .

(٣) وتنص على ما يأتي : «من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة ، ثم وقع له تعرض في حياته فلا يمكن أن يرفع خلال السنة التالية دعوى يمنع التعرض» .

(٤) وتنص على ما يأتي : «يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله ، إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده من حائزاً له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة» - انظر الأستاذة حجازي ٣ ص ٣٢٣ - ص ٣٢٤ .

وفي التقنين التجاري ، كما في التقنين المدني ، مواعيد تقادم ومواعيد مسقطه . فمن أمثلة التقادم ما نصت عليه المادة ٦٥ في خصوص الدعاوى الناشئة عن أعمال الشركات ، وما نصت عليه المواد ٢٥٤ ، ٢٩٣ ، ٣٧٢ في خصوص الدعاوى التي ترفع على الوكيل بالعمولة وعلى من سبب التأخر في نقل البضاعة أو بسبب ضياعها أو تلفها (انظر نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٩ ص ١٥٦) ، وما نصت عليه المادة ٤٦٥ في خصوص الكمبيالات والسندات الإذنية والسندات لحاملها . ومن أمثلة المواعيد المسقطه ما نصت عليه في خصوص ميعاد قبول الكمبيالة ، وما نصت عليه المادة ٤١١ في خصوص طلب دفع قيمة أو قبولها ، وما نصت عليه المادة ٤٣٩ في خصوص ميعاد عمل البروتستو ، وما نصت عليه في خصوص ميعاد تقدم الدائنين في التفليسة .

(٥) بودري وتسييه فقرة ٣٩ ص ٣٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٤٠٣ ص ٨٢٠ - بعض النصوص المتقدمة ما يصرح بذلك . فالمادة ٤٥٥ مدني ، وهي يحدد ميعاد الشهرين بالخلل الذي في المبيع وميعاد ستة الشهور لرفع الدعوى ، تقول بعد ذلك : كل هذا ما لا يغيره . فليست هذه المواعيد إذن من النظام العام ، بل يجوز الاتفاق على إطالتها أو تقصيرها . والمادة ٧٣٩ مدني ميعاد ثلاث السنوات لاسترداد الخاسر في مقامرة أو رهان ما خسرته ، ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك . فالميعاد هنا يعتبر من النظام العام ، ولا يجوز الاتفاق على تقصيره . وسائر المواعيد المسقطه تكون من النظام العام أو لا تكون ، تبعاً لما إذا كانت علياً للمجتمع أو كانت مقصورة على حماية مصالح الأفراد . فميعاد دعوى الاسترداد اعتبره من النظام العام ، أما ميعاد دعوى نقض القسمة للغبين فيبدو أنه لا يعتبر من النظام العام .

فنبحث الموضوعين الآتين : (أولاً) المدد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم ، فنبحث مدد التقادم المختلفة ، وكيفية حساب المدد ، ووقف التقادم ، وانقطاعه . (ثانياً) كيف يجب إعمال التقادم ، وما هي الآثار التي تترتب عليه (١) .

هذا وإلى جانب المواعيد المسقطه 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 juri-dique) . نذكر منها ما نصت عليه المادة ٢٦٢ مدني من أنه «تنتهي حالة الإعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار» ، 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 العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان» ، وما نصت عليه المادة ٦٥١ مدني من أن «يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده» (قارن الأستاذ عبدالمعتم البدراري في أثر مضي المدد في الالتزام ص ٦٧ - أما المادة ٦٥٤ مدني فتحدد ميعاد تقادم مسقط للدعوى ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب) ، وما نصت عليه المادة ٨٧٤ مدني في خصوص تملك الأراضي المباحة بالاستيلاء من أن واضع اليد «يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة السنة التالية للتملك» . وهذه أيضاً مواعيد لا تنقطع ولا يقف سريانها . انظر بودري وتسييه فقرة ٣٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٤٠٣ ص ٨٢٢ .

(١) ولم يستحدث التقنين المدني الجديد تعديلات كثيرة في أحكام التقادم . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لهذا التقنين في هذا الصدد ما يأتي : «وقد جعل المشروع مدة التقادم المعتادة خمس عشرة سنة ، كما هو الشأن في التقنين الراهن (السابق) . ولم ير تعديل المدد المقررة في هذا التقنين ، فيما عدا نصوصاً معينة أخصها ما تعلق بالتقادم الثلاثي في المسؤولية التقصيرية ، والإثراء بلا سبب وعيوب الرضا ونقص الأهلية . وعلى ذلك اقتصر الأمر على تعديل مدة التقادم الحولي ، فجعلت سنة بدلا من ثلاثمائة وستين يوماً ، حتى يرتفع من التقنين الحالي (السابق) ذلك التناقض الملحوظ بين النصوص المتعلقة بالتقادم والنصوص الخاصة بحقوق الامتياز . وقد ضبط المشروع حدود بعض الأحكام ، كما استحدثت أحكاماً أخرى فيما يتعلق باحساب مدد التقادم وأسباب وقفه وانقطاعه وأثاره ، ثم إنه عين بدء سريان المدد ، ولا سيما فيما يتعلق بالديون التي يتوقف استحقاقها على إرادة الدائن . ويراعى أن النصوص الخاصة بوقف التقادم لا تحول دون سريان المدد بالنسبة لناقص الأهلية ، إلا إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً . كما أنها تقضي بعدم سريان المدد ، كقاعدة عامة ، كلما وجد مانع يستحيل مع على الدائن أن يطالب بحقه في الوقت المناسب ، ولو كان هذا المانع أديباً . ويراعى من ناحية أخرى أن نصوصاً أخرى تناولت أسباب انقطاع التقادم ، واشترطت لذلك رفع الدعوى أو أي إجراء مماثل . أما آثار التقادم فقد فصلت تفصيلاً واضحاً ، فنص على وجوب تسلك المدين به كما نص على استناد أثر انقضاء الالتزام بالتقادم وتختلف التزام طبيعي في ذمة المدين من بعد . وأخيراً قضى المشروع بعدم جواز الاتفاق على تعديل مدد التقادم بأي حال ، فلم يجز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، =

الفرع الأول

المدد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم

المبحث الأول

مدد التقادم المختلفة

٥٩٦ - القاعدة العامة والاستثناءات - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٧٤ من

التقنين المدني على ما يأتي :

« يتقادم 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 الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٧٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٦١ - وفي التقنين العراقي المادة ٤٢٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٤٤ و ٣٤٩ (٣) .

= 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 التقنين المدني الجديد مع تحديد لفظي لا يغير المعنى . وفي لجنة المراجعة جعل النص مطابقاً للمطابقة ، وأصبح رقمه ٣٨٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ رقم ٣٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٢ - ٣٠٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٧٢/٢٠٨ : جميع التعهدات والديون تزول بمضي مدة خمس عشرة سنة ما عدا الاستثناءات الآتية بعد والأحوال المخصوصة المصرح بها في القانون . (ويتفق الحكم في التقنين 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 بالتزام ، أيا كان سببه ، لا تسمع على المنكر بعد تركها غير عذر شرعي خمس عشرة سنة ، مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة . (والتقنين العراقي الخط

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 (١) ، وقد روعي في تحديدها أنها مدة مناسبة ، لا هي بالطويلة بحيث ترهق المدين ، ولا هي بالقصيرة بحيث تباغت الدائن ، ثم هي المدة التي ألفتها الناس منذ حقب طويلة (٣) .

= عن الشريعة الإسلامية مبدأ عدم سماع الدعوى لا سقوط الحق : انظر مقالا للأستاذ ضياء شيت في التقادم المسقط في القانون المدني العراقي منشوراً في مجلة القضاء ببيداد السنة الخامسة عشر ص ٤٥ - ص ٥٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٤٤ : تسقط الموجبات بتقاعد الدائن الذي يتخلف عن التذرع بحقوقه سحابة مدة من الزمان .

م ٣٤٩ : إن مرور الزمن يتم في الأساس بعد انقضاء عشر سنوات . (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 تقضى بأن «تحتسب 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 الإيطالي الجديد (م ٢٩٤٦) وتقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٣٤٩) تحدد مدة التقادم بعشر سنوات . انظر في انتقاد طول مدة التقادم في فرنسا بودري وتيسبييه فقرة ٥٨٧ مكررة - ويتقد 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 التقادم وسيلة لاغتصاب الحقوق .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٢ .

(١) وإن كانت الشريعة الإسلامية لا تعترف بالتقادم المكسب أو المسقط وتقضى ببقاء الحق لصاحبه مهما طال به الزمن إلا أنه أعمالاً لقاعدة تخصيص القضاء بالزمان والمكان شرع منع الدعوى بالحق الذي مضت عليه المدة ، وعدم السماع ليس مبنياً على بطلان الحق وإنما مجرد نهى للقضاء عن سماعها قصد به قطع التزوير والحيل ، وكما كان المنع من السماع في هذه الصورة لا أثر له على أصل الحق ولا يتصل بموضوعه وإنما يقتصر حكمه على مجرد سماع الدعوى أو عدم سماعها ، فإنه لا يكون في =

التعامل فيها ، كالحقوق المتعلقة بالحالة المدنية (إلا ما تفرع عنها من حقوق مالية (1) ،
والحقوق المتعلقة بالاسم (2) .

ويجب التمييز بين الحق ومجرد الرخصة (pure faculté) فإذا كان الحق يتقادم فإن
الرخصة لا تقبل التقادم . ومن ثم لا يتقادم حق الفرد في اتخاذ المهنة التي يريد ما دام قد
استوفى شرائطها ، ولا حقة في أن يبنى أو يخرس في أرضه ، ولا حقه في أن يجبر جاره على
وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، ولا حقه في المرور بأرض مجاورة إذا كانت أرضه

d = يعتبر التعويض عن الفعل الضار مستحق الأداء من يوم وقوع العمل غير المشروع ويسقط جميعه
بالتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة تبدأ من يوم وقوع العمل غير المشروع .

فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن التعويض المطالب به (في سنة ١٩٥٢) أساسه خطأ =
= الطاعن في احتفاظه بالماكينتين المملوكتين للمطعون عليه الأول بغير حق منذ سنة ١٩٣٤ وأن هذا
التعويض عن المدة السابقة على سنة ١٩٣٧ قد سقط بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ الفعل الضار
عملاً بالمادة ٢٠٨ من القانون المدني الملغى الذي يحكم واقعة النزاع - وهو تقرير صحيح في القانون -
إلا أنه خلص مع ذلك إلى القضاء بالتعويض عن ذلك الفعل المدة اللاحقة استناداً إلى أنه لم يمض على
استحقاقه أكثر من خمس عشرة سنة فإنه يكون قد خالف القانون .

(الطعن رقم ٤١٨ لسنة ٢٦ ق جلسة ٢٢/٥/١٠ من ١٣ ص ٦٤٢)

هـ - نص المادة ١٧٢ من القانون المدني هو نص استثنائي على خلاف الأصل العام في التقادم وقد
ورد في خصوص الحقوق التي تنشأ عن العمل غير المشروع فلا يجوز تطبيقه بالنسبة إلى الحقوق
الناشئة عن مصادر أخرى للالتزام ، لما كان ذلك وكانت علاقة رجل القضاء أو النيابة بوزارة العدل هي
علاقة تنظيمية مصدرها القانون ، وكانت مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية الصادرة في هذا الشأن لا
تنسب إلى العمل غير المشروع فإن مساءلة الإدارة عنها عن طريق التعويض لا تسقط إلا بالتقادم
العادي .

(الطعن رقم ٢٧ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦١/١/٢٨ من ١٢ ص ١٨)

و - متى كان الحكم قد استخلص بالأدلة السائغة التي أوردها أن حقيقة الدعوى هي المطالبة بالتعويض
مقابل ما فات المشتري من ربح بسبب عدم تنفيذ عقد البيع وتسليم المبيع وليست مطالبة برد وديعة وأن
الحق محل الدعوى مما يخضع للتقادم المسقط شأن سائر الحقوق العادية وأن هذا التقادم قد تم فإنه يكون
في غير محله النعي على هذا الحكم بمخالفة القانون .

(جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦ طعن رقم ٢٣٠ سنة ٢١ ق)

(١) فالحق في النسب لا يسقط بالتقادم ، ولكن يسقط بالتقادم ما ترتب على النسب من حقوق مالية
كنفقة متجمدة ونصيب الوارث في التركة .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ١٥٧ - فقرة ١٥٩ .

ويرد على هذه القاعدة العامة استثناءات كثيرة ، بعضها متناثر في نصوص متفرقة و
سبقت دراسة أكثرها ، وبعضها في نصوص أعقبت مباشرة النص الذي أورد القاعدة العامة
وستكون دراستها في هذا المكان .

٥٩٧ - القاعدة العامة - مدة التقادم خمس عشرة سنة : قدمنا أن القاعدة العامة
مدة التقادم أن تكون خمس عشرة سنة ، فما لم يرد نص خاص يقرر مدة أقل أو أكثر بالنسبة
إلى التزام معين ، فإن مدة تقادم هذا الالتزام تكون خمس عشرة سنة (١) .
على أن هناك حقوقاً غير قابلة للتقادم (٢) ، وهي الحقوق التي لا يجيز النظام العام

= هذا المجال محل لأعمال قواعد التقادم الواردة بالقانون المدني في مسائل الأحوال الشخصية والوقف
(جلسة ١٩٦١/٣/٣٠ مجموعة أحكام التقضى السنة ١٢ ص ٣٠٠)
(جلسة ١٩٦٢/٥/٢ مجموعة أحكام التقضى السنة ١٣ ص ٥٥٩)

(١) دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك لاسترداد ملكه من غاصبه لا تسقط بالتقادم لكن حق الملكية
دائماً لا يسقط بعدم الاستعمال ، ومطالبة المالك بقيمة العقار محل الغصب تعتبر مطالبة بالتزام المالك
الغاصب بتنفيذ التزامه بالرد بطريق التعويض في حالة تعذر التنفيذ عينا ، ذلك أن التنفيذ العيني
الأصل ولا يستعاض عنه بالتعويض النقدي إلا إذا استحال التنفيذ العيني ، لما كان ذلك فإن دعوى
المطالبة بقيمة العقار موضوع الغصب لا تسقط بالتقادم وإن كان الغاصب يستطيع أن يدفعها بدلاً
العقار بالتقادم المكسب .

(جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨ السنة ٢٨ ص ٨١٩)

(٢) أ - من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدعوى بطلب فسخ عقد الإيجار هي بطلب حق من الحقوق
الشخصية التي ليست لها مدة خاصة بتقادم بها فإن تقادمها يكون بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ
نشأة الحق في الدعوى باعتباره التاريخ الذي يتمكن فيه الدائن من المطالبة بدينه .

(الطعن رقم ٥٩٧ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٧)

ب - التقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٧٢ من القانون المدني هو تقادم استثنائي على
التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع فلا يسرى على الالتزامات التي تنشأ مباشرة من العمل
تجري عليها في شأن تقادمها أحكام التقادم العادي المنصوص عليه في المادة ٣٧٤ من القانون المدني
لم يوجد نص خاص بتقادم آخر .

(الطعن ١٥٩ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٧٦/١/١٤ من ٢٧ ص ٢١٧)

ج - مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية المخالفة للقانون لا تنسب إلى العمل غير المشروع
تنسب إلى المصدر الخامس من مصادر الإلتزام وهو القانون باعتبار هذه القرارات تصرفات
أعمالاً مادية ، ومن ثم فإن مساءلة الإدارة عنها عن طريق التعويض لا تسقط إلا بالتقادم العادي
(الطعن رقم ٢٩٩ و ٣١٩ و ٣٢١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٤/١١ من ١٤ ص ٢٢٠)

محبوسة عن الطريق العام ، ولا حقه في الشرب والمجرى والمسيل ، ولا حقه في طلب قسما
المال الشائع . فكل هذه رخص تتعلق بالحرية الشخصية أو بحق الملكية ، وهذا وتلك لا
يقلان التقادم (١)

ودعوى الصورية لا تسقط بالتقادم (١) ، سواء رفعت من أحد المتعاقدين أو من الغير
لأن المطلوب فيها هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له ، وهي حقيقة قائمة مستمرة ليس من
شأن التقادم أن يؤثر فيها (٢)

وكان ينبغي أن دعوى البطلان المطلق تكون غير قابلة للتقادم ، لأن العقد الباطل
معدوم والعدم لا يتقلب وجوداً مهما طال عليه الزمن (٣) . ولكن التقنين المدني الجديد
تمشياً مع القضاء الفرنسي ومع بعض الفقهاء الفرنسيين ، نص في الفقرة الثانية من المادة
١٤١ على ما يأتي : «تسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت
العقد» (٤)

أما الدفع بالبطلان المطلق ، فلا يسقط بالتقادم (١) (١) . ويناقد الفقهاء في فرنسا ما إذا كان
الدفع بوجه عام يسقط بالتقادم كالدعوى ، أو لا يسقط ، وسنعود إلى هذه المسألة فيما
يلي (٢)

وإذا أخذ الدائن رهناً حيازياً ضماناً لحقه ، فما دام هذا الرهن في يده فإن حقه لا
يتقادم ، ذلك أن وجود الرهن في حيازته يعتبر قطعاً مستمراً للتقادم (٣) . أما حق الراهن في
استرداد الوديعة ، فإنهما يسقطان بالتقادم . ولكن يستطيع الراهن أو المودع الاسترداد ، لا
بموجب الدعوى الشخصية التي 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 التي تضمنتها .
وما خرج عن هذه الحالات فإنه يرجع إلى أصل القاعدة ، وتكون مدة تقادمه خمس
عشرة سنة (٥)

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣٢٠ .

(٢) انظر فقرة ٦٦٩ فيما يلي - وانظر بودري وتيسيه فقرة ٦٠٩ - فقرة ٦١٢ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٨ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٨ .

(١) أ - إذا كان القانون المدني القائم قد استحدث في الفقرة الثانية من المادة ١٤١ منه النص على سقوط
دعوى البطلان المطلق بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد احتراماً للاوضاع التي استقرت بمضى
هذه المدة بعد صدور العقد الباطل ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه في الدعوى
على هذا الأساس ، فإن النص عليه بان البطلان المطلق لا يرد عليه التقادم يكون في غير محله .
(جلسة ١٩٧٥/١١/٢٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ ص ١٤٧٧)

ب - في العقود التي تنشئ رابطة قانونية مستمرة مدة قيام العقد ويجب تنفيذها بأداءات متجددة فإن
تقادم دعوى البطلان يظل موقوفاً حتى تاريخ انتهاء العقد باعتباره التاريخ الذي تستقر فيه الاوضاع
المقصود حمايتها بالنص عن طريق النهي عن سماع دعوى البطلان .

(جلسة ٢٠٠٢/٤/٨ الطعن رقم ٢٤١٥ لسنة ٧٠ ق)

(٥) فإذا وفي شخص بالوكالة عن المدين ديناً يتقادم بمدد 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 ١١٨ -
بودري وتيسيه فقرة ٦٠٠) . ودعوى الموكل على الوكيل بتقديم حساب دعوى شخصية تسقط بخمس
عشرة سنة (استئناف وطني ١٥ يناير سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٤٦ - استئناف مختلط ١٥ =

(١) بودري وتيسيه فقرة ١٦٣ - فقرة ١٧٢ . ودعوى طلب إثبات صحة التوقيع لا تتقادم لأنها رخص
وليست التزاماً (سوهاج ٥ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٤ ص ١٣٩٧) - وحكم مرسى المز
لا يتقادم كسبب ناقل للملكية ، ولا يتعدى أثر التقادم إلا إلى الصيغة التنفيذية (استئناف مصر ٥
فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٩)

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢٧ .

(٣) انظر في هذا المعنى نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٨ ص ٢٧١ -
ابريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٩ ص ٩٤٤ .

(٤) انظر في هذه المسألة الوسيط جزء أول فقرة ٣١٩ - بودري وتيسيه فقرة ٥٨٩ - فقرة
٥٩١ .

(١) متى طعن الوارث على العقد بأنه يستر وصية كان له اثبات طعنه بكافة طرق الاثبات ، لأن الوارث
يستمد حقه في الطعن في هذه الحالة من المورث وانما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف
صدر اضراً بحقه في الأثر فيكون تخايلاً على القانون ، وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم . لأن
يطلبه رافعها انما هو تحديد طبيعة التصرف الذي قصده المتعاقدان وترتب الآثار القانونية التي يجب
ترتب على القيمة الحقيقية لها واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة
تزول بالتقادم فلا يمكن لذلك ان يتقلب العقد الصوري صحيحاً مهما طال الزمن .

(جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠ الطعن ٩٨ لسنة ٣٥ ق السنة ٢٠ ص ٤٥٠)

(جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ ص ٥٧٧)

٥٩٨ - الحالات التي ورد فيها نص خاص - احالة : والحالات التي ورد فيها نص خاص متناثرة في نواحي التقنين المدني ، بل وفي تقنينات أخرى . ونقتصر هنا على الإشارة إلى أهم هذه الحالات ، وبعضها سبق أن عالجناه في الجزئين الأولين من الوسيط ، وبعضها يعالج في موضعه .

فقد نصت المادة ١٤٠ مدني على أن ١ - يسقط الحق في إبطال العقد إذا تمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . ٢ - ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه ، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه . وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلق

= ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥ ، ولو كان ذلك عن نصيب الموكل في ميراث (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٩) .

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 فبثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة (انظر م ١٩٧ مدني) . ودعوى الحساب ورصيد الحساب الجاري يسقطان إلا بخمس عشرة سنة (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٥٩) . وإذا كان صيغة العقد تدل على أنه ودیعة موضوعها مبلغ من المال ، فإن العقد لا يكون عقد ودیعة تامة ، بل عقد ودیعة ناقصة وأقرب إلى عارية الاستهلاك منه إلى الودیعة ، وكل ما يكون للمودع هو المالك بقيمة ماله ، وهذا حق شخصي يسقط كسائر الحقوق الشخصية بمضي خمس عشرة سنة عن تاريخ الالتزام بالرد (نقص مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص ٤٧ - استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢) ، وإذا حصل تكليف بالوفاء فإن مدة التقادم تبدأ من حلول خمس عشرة سنة (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ الحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠) . والدين المعاش (لا في أقساط المعاش الدورية) يسقط بخمس عشرة سنة (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٣٧ م ٥ ص ١٠٤ - ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٢) . ولا يكون ثمن استبدال العين الموقوفة بغيرها وفقاً بمنزلة العين المبيعة حتى تشتري به عين أخرى ، إلا إذا دفع الثمن وحفظ ودیعة على ذمة الوفيء أما إذا لم يدفع ، فإنه يعتبر ديناً بسيطاً يسقط بخمس عشرة سنة ، لا بثلاث وثلاثين (الإسكندرية ١٩١٥ م ١٦ ص ١٠٥) . انظر أيضاً ريبير في القانون التجاري فقرة ٢٤٤٧ - بلانيول وزخارون فقرة ١٣٣٠ .

ويلاحظ أخيراً أنه لا عبرة بحسن النية أو بسوء النية في التقادم المسقط القائم على أساس التعامل ، وهذه هي حال التقادم بخمس عشرة سنة . فمهما كان المدين سعي النية ، متى استحق دينه خمس عشرة سنة فقد سقط الدين بالتقادم ، حتى لو اعترف المدين وهو يتحسب لم يدفع الدين . وقد كان قانون الكنيسة يشترط حسن نية المدين ابتداء وبقاء ، ثم تطلبته الروماني على مبادئ القانون الكنسي لا اعتبارات عملية (بودري وتيسيه فقرة ٦١٦ - فقرة ١٣٣٠) .

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 عالجنها هذه المسألة عند الكلام في البطلان (١) .

ونصت 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 (١) . وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣٢٢ - ويلاحظ أن دعوى الإبطال في حالة نقص الأهلية لها ميعاد تقادم واحد هو ثلاث سنوات من اليوم الذي 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 يبقى لناقص الأهلية مدة بعد استكمال أهليته يرفع فيها دعوى الإبطال ، وهي ثلاث سنوات كاملة بعد استكمال الأهلية .

(١) أ - أنه يحق لورثة المجنى عليه منذ هذا التاريخ (تاريخ الوفاة) طلب التعويض عن الوفاة التي تسبب فيها الفعل الضار دون أن يحتاجوا سقوط الدعوى بالتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني لرفعها بعد أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ وقوع الحادث الذي ترتبت عليه مسؤولية المؤمن ، ذلك أنه وإن كان المشرع قد أنشأ بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات دعوى مباشرة للمضرور قبل المؤمن وأخضع هذه الدعوى للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني وهو التقادم المقرر للدعوى الناشئة عن عقد التأمين وذلك رعاية لمصلحة شركات التأمين وعملاً على الاستقرار الاقتصادي لها إلا أن هذا التقادم تسرى في شأنه القواعد العامة المقررة قانوناً ومنها التقادم المسقط لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذي يصبح فيه الدين مستحق الاداء ، وترتيباً على ذلك فإنه لما كان التعويض عن الوفاة الناشئة عن الفعل الضار لا يمكن تصور المطالبة به واقعاً أو قانوناً قبل حصول الوفاة التي يبدأ منها استحقاق هذا التعويض ومن ثم يبدأ من هذا التاريخ احتساب مدة تقادم دعوى التعويض التي يرفعها ورثة المجنى عليه قبل الشركة المؤمنة .

(جلسة ٢٠٠٢/١/٢٧ الطعن رقم ٦٠٨٦ لسنة ٧٠ ق)

ب - التقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٧٢ من القانون المدني هو تقادم استثنائي خاص بدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع . فلا يسرى على الالتزامات التي تنشأ من القانون . وإنما يسرى في شأن تقادم هذه الالتزامات التقادم العادي المنصوص عليه في المادة ٣٧٤ من القانون المدني ما لم يوجد نص خاص يقضي بتقادم آخر .

(الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٤/٢٠ ص ٢٢ ص ٤٩٥ والطعن ٨٩ ، ١٣٨٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/١١ ص ٢٤ ص ١٢٤٣)

- نص المادة ١٧٢ من القانون المدني الذي استحدث تقادم ثلاث سنوات بالنسبة لدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه هو نص استثنائي على خلاف الأصل العام في التقادم ، قد ورد في خصوص الحقوق التي تنشأ عن =

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 في 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 (1)، وقد سبق بحث ذلك في الجزء الأول من الوسيط (1).

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٥ - ولما كان أساس مسئولية الإدارة عن قراراتها الباطلة هو الخطأ، أي العمل غير المشروع (انظر في هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الأولى العدد الأول ص ٢١٤)، فإنه يترتب على ذلك؛ أن دعوى التعويض عن قرار إداري باطل تتقادم بثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه. قارن مع ذلك حكماً آخر للمحكمة الإدارية العليا في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الأولى العدد الأول ص ٢١٩)، وتذهب المحكمة في هذا الحكم إلى أن التعويض عن قرار باطل يفصل عامل اليومية قبل سن الخامسة والستين ليس مصدره العمل غير المشروع، بل مصدره القانون مباشرة. ما 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 المسئولية 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 التقادم فيه هي مدة التقادم المسقط للمرتب، إذ أن التعويض المترتب على الإخلال بالالتزام هو من طبيعة الحق الناشئ عن هذا الالتزام، لأنه هو المقابل له، فتسرى بالنسبة للتعويض مدة التقادم التي تسرى بالنسبة للحق الأصلي. ولا نرى أن هناك علاقة، من حيث مدة التقادم، بين المرتب والتعويض. فالالتزام بالمرتب دورى متجدد، مصدره القانون على أساس العلاقة التنظيمية العامة التي تربط الحكومة بموظفيها. أما الالتزام بالتعويض فالالتزام يمتد 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.

(١) أ - مؤدى نص المادة ١٧٢ من القانون المدني أنه إذا كان العمل الضار يستتبع قيام دعوى جنائية إلى جانب دعوى التعويض المدنية فإن الدعوى المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية، فإذا انفصلت الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية بأن اختار المضرور الطريق المدني دون الطريق الجنائي للمطالبة بالتعويض فإن سريان التقادم بالنسبة للمضرور يقف طوال المدة التي تدوم فيها المحاكمة الجنائية فإذا انقضت الدعوى الجنائية بصدور حكم نهائي فيها بإدانة الجاني أو عند انتهاء المحاكمة الجنائية بسبب آخر فإنه يترتب على ذلك عودة سريان تقادم دعوى التعويض المدنية مدتها الأصلية وهي ثلاث سنوات على أساس أن رفع الدعوى الجنائية يكون في هذه الحالة مانعاً قانونياً في معنى المادة ١/٢٨٢ من القانون المدني الذي يتعذر معه على المضرور المطالبة بحقه في التعويض.

(الظعن رقم ٤٣٠ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ ص ٢٨ من ١٨١٥)

(جلسة ١٩٧٧/٥/٢٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ ص ١٠٦٨)

= المصدر الثالث من مصادر الالتزام في القانون المدني، وهو العمل غير المشروع بحيث لا يسقط بالنسبة إلى الحقوق الناشئة عن مصادر أخرى إلا إذا وجد نص يقضي بذلك.

(الظعن ٤٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/٦/١ ص ٢٢ من ٧٥٦)

(الظعن ١٣٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٠/٢١ ص ٢٠ من ١١٣٤)

ج - تنص المادة ١/١٧٢ من القانون المدني على أنه تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه، وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه، مما مفاده أن المناط في بدء سريان مدة التقادم طبقاً لهذه المادة هو علم المضرور بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه لا باليوم الذي تحدد فيه قيمة الضرر بصفة نهائية.

(الظعن رقم ٤٣٢ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/١٤ ص ٢٧ من ١٧٤١)

(الظعن رقم ٢٣٦ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠ ص ٣٦ من ١٠١٧)

(الظعن أرقام ٢٩٩ و ٣١٩ و ٣٢١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٤/١١ ص ١٤ من ٥٢٠)

د - من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٢ القانون المدني للتقادم الثلاثي المشار إليه والذي تسقط به دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع في سريان الا من تاريخ العلم الحقيقي الذي يحيط به المضرور بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه، أن انقضاء ثلاث سنوات من يوم ثبوت هذا العلم ينطوي على تنازل المضرور عن حق التعويض فرضه القانون على المسئول بما يستتبع سقوط دعوى التعويض بمضى مدة التقادم - لما كان ذلك ثابتاً من الأوراق أن الحكم المطعون فيه قد اعتمد في بدء سريان التقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١/١٧٢ من القانون المدني من تاريخ صدور حكم محكمة النقض الذي قضى برفض المرفوع منه عن الحكم الذي قضى بسقوط حقه في أخذ العقار المبيع بالشفعة باعتبار أن العلم الحقيقي الذي أحاط به الطاعن بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه، حالة كون أن قوة الأمر على ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة - تثبت للحكم النهائي ولا يمنع من ثبوت هذه الحالة أن يكون الحكم مما يجوز الطعن فيه بطريق النقض وأنه طعن فيه بالفعل - بما كان لازماً أن احتساب مدة التقادم الثلاثي المشار إليه من تاريخ صدور الحكم النهائي من محكمة الاستئناف حق الطاعن في أخذ العقار المبيع بالشفعة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الظعن رقم ٢٤٦٢ ص ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/٦/٩)

هـ - مفاد نص المادة ١/١٧٢ من القانون المدني أن المناط في بدء سريان التقادم طبقاً لهذا علم المضرور بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه، والعلم المعول عليه في هذا الشأن - وهو علمه به قضاء هذه المحكمة - هو العلم الحقيقي الذي يحيط بوقوع هذا الضرر وبشخص المسئول عنه، أن انقضاء ثلاث سنوات من يوم هذا العلم ينطوي على تنازل المضرور عن حق التعويض فرضه القانون على الملتزم دون إرادته مما يستتبع سقوط دعوى التعويض بمضى مدة التقادم. ولا يمنع من ثبوت هذا التنازل من جانب المضرور وترتيب حكم السقوط في حالة العلم الظني الذي لا يسقط به التعويض أو يشخص المسئول عنه.

(الظعن رقم ٢٠٦٦ ص ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/٣/٢٧)

(الظعن رقم ١٩٤٣ ص ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/٣/٥)

ونصت المادة ١٨٠ مدني على أن «تسقط دعوى التعويض عن الأضرار 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» (١). ونصت المادة ١٩٦ مدني على أن «تسقط الدعوى الناشئة عن

ب - إذ أورد المشرع نص المادة ١٧٢ بين نصوص الفصل الثالث من الباب الأول للعمل غير المشروع متعلقا بتقادم دعوى المسؤولية المدنية بثلاث سنوات فإن هذا النص - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يكون عاما ومنبسطا على تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بغيره من مصادر الالتزام التي أفرد لكل منها فصلا خاصا تسري أحكام المواد الواردة به على الالتزامات الناشئة عنه ، ولما كان الثابت أن طلب المطعون ضدهما للتعويض مبني على إخلال الطاعنين بالتزاماتهم العقدية اعمالا للشرط الجزائي المنصوص عليه فيها ، وكان مصدر هذا الالتزام هو العقد، فإن الحكم المطعون فيه إذ استبعد تطبيق المادة ١/١٧٢ من القانون المدني على دعوى المطعون ضدهما يكون قد التزم بصحيح القانون .

(الطعن ٤٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١١/١١/٨٣ ص ١٦٦)

ج - عقد المشرع لمصادر الالتزام فصول خمسة حيث خصص الفصل الثالث منها للمصدر الثالث من مصادر الالتزام جاعلا عنوانه العمل غير المشروع ثم قسم هذا الفصل إلى ثلاث فروع رصد الفرع الأول منها للمسؤولية عن الأعمال الشخصية والفرع الثاني للمسؤولية عن عمل الغير والفرع الثالث للمسؤولية عن الأشياء ، مما مفاده أن أحكام العمل غير المشروع تنطبق على أنواع المسؤولية الثلاث سواء تحدث المشرع عن تقادم دعوى المسؤولية المدنية فقد أورد نص المادة ١٧٢ من القانون المدني عاما منبسطا على تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بصفة عامة ، واللفظ متى ورد عاما ولم يرد عليه دليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه وإثبات حكمه قطعا لجميع أفراد ، ومن ثم تقادم دعوى المسؤولية عن العمل الشخصي ودعوى المسؤولية عن الأشياء بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الضرر بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول قانونا عنه . ولا يؤثر في ذلك كون المسؤولية تقوم على خطأ ثابت وكون الثانية تقوم على خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس إذ أن كليهما يسلم الفعل غير المشروع الذي تترتب عليه المسؤولية والتي لا يتأثر تقادم دعواها بطريقة إثبات الخطأ في وجه للمتحدى بورود نص المادة ١٧٢ في موضعها من مواد المسؤولية عن الأعمال الشخصية للتعويض على تقادم دعوى تلك المسؤولية إذ أن الثابت من الأعمال التحضيرية أن المشرع حين عرض العمل غير المشروع عرض لها في قسمين رئيسيين أفرد أولهما للمسؤولية عن الأعمال الشخصية ومتضمنا إياه القواعد العامة للمسؤولية ومنها التقادم وأفرد ثانيهما لأحوال المسؤولية عن المسؤولية الناشئة عن الأشياء ولا مرأ في أن القواعد العامة تنطبق على جميع أنواع المسؤولية (الطعن رقم ٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١١/١١/١٩٦٤ ق س ١٥ ص ١٠٠٧)

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 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).

ونصت المادة ٢٤٣ مدني على أن «تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه». وهذه هي أيضا مدة خاصة لتقادم الدعوى البولصية عالجناها عند الكلام في هذه الدعوى في الجزء الثاني من الوسيط (٢).

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٦ مدني على أن «تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع» . وهذه مدة خاصة لتقادم قررها القانون في خصوص دعوى الغبن ، ومكانها عند الكلام في البيع .

ونصت المادة ٤٥٢ مدني ، في خصوص دعوى ضمان العيب في البيع (٢) ، على أن

- (١) الوسيط جزء أول فقرة ٧٩٤ وفقرة ٨٨٥ وفقرة ٨٩١ وفقرة ٩٠٠ .
(٢) الوسيط جزء ثان فقرة ٥٩٦ .

(١) مفاد نص المادة ١٨٧ من القانون المدني أن الحق في استرداد ما دفع بغير وجه حق يسقط بالتقادم بانقضاء أقصر الزمنين ، أما بانقضاء ثلاث سنوات تسري من اليوم الذي يعلم فيه الدافع بحقه في الاسترداد أو بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام أي من يوم الوفاء .
(جلسة ١٢/١٠/١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٦١٨).

(٢) دعوى الطاعن (المشتري) بإلزام المطعون ضده (البائع) بالتعويض لعدم تنفيذ التزامه التعاقدى بتوفير المياه اللازمة لرى الأرض المبيعة . خضوعها للأحكام العامة في التقادم . مؤداه . سقوطها بمضي خمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه . قضاء الحكم المطعون فيه بسقوطها بالتقادم الحولي المنصوص عليه بالمادة ٤٥٢ مدني باعتبارها دعوى بضمان العيوب الخفية . خطأ في فهم الواقع وفي تطبيق القانون .

- (الطعن رقم ١٨١٦ لسنة ٦٣ ق - جلسة ١١/٣/٢٠٠١)
(جلسة ١٠/١٠/١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٣٤٥)

والنسب المشوية في جملة الإيراد فإن المدة فيها لا تبدأ إلا من الوقت الذي يسلم فيه رب

= عليها قبل ترك الخدمة، ولما كان المطعون ضده لم يرفع الدعوى بالمطالبة بالمقابل النقدي عن رصيد إجازته السنوية التي لم يحصل عليها قبل انتهاء خدمته إلا بعد مضي أكثر من سنة من تاريخ انتهاء العقد فإن الحق في إقامة الدعوى يكون قد سقط بالتقادم الحولي المنصوص عليه في المادة ٦٩٨ من القانون المدني.

(الطعن رقم ١١٤٣ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٨)

ب - الدين الناشئ عن عقد العمل . اقرار المدين به سواء كان صادراً من العامل أو رب العمل أي منهما للآخر لا يغير من طبيعة الدين أو التقادم الساري عليه أو مدته . بقاءه متولداً عن عقد العمل بحالته الأولى التي كان عليها قبل الاقرار .

(جلسة ٢٠٠١/١١/٢٥ الطعن رقم ٤١٢٢ لسنة ٦٩ ق)

ج - يدل النص في المواد ١/١٢ ، ١/٤٢ ، ٢/٤٨ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون قطاع الأعمال العام على أن قانون قطاع الأعمال الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ واللائحة التنفيذية الصادرة نفاذاً له بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٥٩٠ لسنة ١٩٩١ ولوائح العاملين التي تصدر إعمالاً لحكم المادة ٤٢ من القانون المشار إليه هي الأساس في تنظيم علاقات العاملين بشركات قطاع الأعمال العام تطبيق أحكامها ولو تعارضت مع أحكام قانون العمل أو أي قانون آخر ، وأن قانون العمل مكمل لأحكامها ، فتسرى أحكامه على تلك العلاقات عند خلو القانون واللوائح من نص بشأنها . لما كان ذلك ، وكان الثابت في الأوراق أنه وبتاريخ ١٩٩٥/٧/٢٠ صدر قرار وزير قطاع الأعمال العام رقم ٢٩٨ لسنة ١٩٩٥ باعتماد لائحة نظام العاملين بالشركة الطاعنة والتي وضعتها بالاشتراك مع النقابة العامة للعاملين بالصناعات الهندسية والمعدنية والكهربائية ، ونصت الفقرة الأخيرة من المادة ٧٤ من هذه اللائحة على أنه (ويتم صرف المقابل النقدي عن الإجازات الاعتيادية التي لم يقم العامل بها لأي سبب من الأسباب على أساس الأجر الشامل طبقاً لمفهوم التأمين الاجتماعي وعن كامل رصيد إجازته الاعتيادية التي استحققت عن مدة خدمته بالشركة . وفي جميع الأحوال لا يعتد برصيد إجازات العامل المنقول إلى الشركة في تاريخ نقله) فإنه يتعين إعمال أحكام هذا النص على العاملين بالشركة الطاعنة دون أحكام المادة ٤٥ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ وحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في القضية رقم ٤٧ لسنة ١٨ ق «دستورية» بعدم دستورية الفقرة الثالثة منها فيما تضمنته من (ألا تزيد على ثلاثة أشهر مدة الإجازة السنوية التي يجوز للعامل أن يضمها ولو كان الحرمان من هذه الإجازة - فيما جاوز من رصيدها هذا الحد الأقصى - عائداً إلى رب العمل) وبالتالي لا يعد حكم هذه الفقرة في الفقرة السابقة على الحكم بعدم دستورتها مانعاً يتعذر معه على المطعون ضده المطالبة بحقه في مقابل رصيد الإجازات بوصفه تعويضاً عن عدم استعمالها - بوقف سريان التقادم إعمالاً لحكم الفقرة الأولى من المادة ٣٨٣ من القانون المدني . وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم الحولي على أن التقادم يبدأ سريانه من تاريخ نشوء الحق في المطالبة بمقابل رصيد الإجازات فيما زاد عن ثلاثة شهور والذي تقرر بنشر حكم المحكمة الدستورية العليا سالف الإشارة إليه في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٧/٥/٢٧ فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(الطعن رقم ١٠٥٣ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢١)

«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 أن لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه» وهذه مدة خاصة لتقادم دعوى ضمان العيب الخفي ، مكانها عند الكلام في البيع .

ونصت المادة ٦٥٤ مدني ، في خصوص دعاوى ضمان المهندس المعماري والمقاول المعماري 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 في عقد المقاولة (١) .

ونصت المادة ٦٧٢ مدني - للانحراف أو الغلط الذي يقع عند تطبيق تعريف الأسعار التي قررتها السلطة العامة في التزام المرافق العامة على العقود الفردية ، فيكون الحق للعميل في استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة ، ويكون للملتزم بالمرافق العام الحق في استكمال ما نقص من الأسعار المقررة - على أن «يسقط الحق في الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجر التي لا تتفق مع الأسعار المقررة» . ومكان هذا التقادم الخاص عند الكلام في التزام المرافق العامة .

ونصت المادة ٦٩٨ مدني على أن ١٥ - تسقط بالتقادم الدعوى الناشئة من عقد العمل بانقضاء سنة من وقت انتهاء العقد (٢) ، إلا فيما يتعلق بالعمالة والمشاركة في الأرباح

(١) مؤدى نص المادتين ٦٥١ ، ٦٥٤ من القانون المدني أن ميعاد سقوط دعاوى ضمان المهندس المعماري والمقاول يبدأ من تاريخ التهدم الفعلي الكلي أو الجزئي في حالة عدم انكشاف العيب الذي أدى إليه تاريخ انكشاف العيب دون انتظار إلى تفاقمه حتى يؤدي إلى تهدم المبنى ، واضطرار صاحبه إلى التخلي عنه ، وإذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعن قد علم بعيوب المبنى من تاريخ رفع دعوى اثبات العيب ، ثبت أن عيوب أخرى غير التي كشفها خبير تلك الدعوى أدت إلى اضطراره إلى هدم المبنى ، والحكم إذ قضى بعدم قبول الدعوى لمضى أكثر من ثلاث سنوات من انكشاف العيب ورفع الدعوى يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٧٩/٥/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٨٥٣)

(٢) أ - المقرر في قضاء محكمة النقض - أن سقوط الدعوى الناشئة عن عقد العمل بالتقادم يبدأ من تاريخ انتهاء العقد عملاً بأحكام المادة ٦٩٨ من القانون المدني إنما راعى الشارع الأوضاع الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعميل حد سواء وهو يسرى على دعاوى التعويض عن الفعل التعسفي والمطالبة بالأجور كما هو شأن دعاوى المطالبة بالمقابل النقدي عن رصيد الاجازات المنصوص عليها في المادتين ٤٥ ، ٤٥٠ من القانون الصادر بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ أي كانت مدد هذه الاجازات المستحقة هاتين المادتين سواء كان المقابل عن مدة الاجازة السنوية التي يجوز للعامل ضمها أو التي

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 ترم إلى ضمان احترام هذه الأسرار . وهذا التقادم الخاص مكانه عقد العمل .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٧٢٨ مدني على أن «تسقط بالتقادم دعوى المسافر في صاحب الفندق أو الخان بانقضاء ستة 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 ما الدعاوى» . وهذا التقادم الخاص مكانه عقد التأمين .

ونصت المادة ٤٦٥ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه «١» تقادم الدعاوى الناشئة عن الكميالة تجاه قابلها بمضى ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق - ٢ - وتتقادم دعاوى الحامل قبل المظهرين وقبله الساحب بمضى سنة من تاريخ الاحتجاج المحرر في الميعاد القانوني أو من تاريخ الاستحقاق إذا اشتملت الكميالة على شرط الرجوع بلا مصاريف . ٣ - وتتقادم دعاوى المظهرين قبل بعضهم البعض وقبل الساحب بمضى شهر من اليوم الذي أوفى فيه المظهر الكميالة أو من يوم إقامة الدعوى عليه .

ونصت المادة ٤٦٦ من ذات القانون على أنه «١» - إذا أقيمت الدعوى فلا تسرى التقادم المنصوص عليها في المادة السابقة إلا من تاريخ آخر اجراء صحيح في الدعوى . ٢ - كما لا يسرى التقادم المذكور إذا صدر حكم بالدين أو أقر به المدين في سند مستقل لا يترتب عليه تجديد الدين .

ونصت المادة ٤٦٧ على أنه «لا يكون لانقطاع المدة المقررة لتقادم الدعوى أثر بالنسبة إلى من اتخذ قبله الإجراء القاطع للمدة .

والمواد الثلاث السابقة استبدلت بالمادة ١٩٤ من قانون التجارة القديم (١) .

(١) بناء التقادم المصرفي المنصوص عليه في المواد ١٩٤ من قانون التجارة (قديم وقد حلت محلها المواد ٤٦٥ ، ٦٦٦ ، ٤٦٧ من قانون التجارة الجديد) على قرينة الوفاء شروط بعدم وجود ما ينفي القرينة وتقدير ما إذا كان المدين قد صدر منه ما ينقض قرينة الوفاء هو من مسائل الواقع التي يجب بتقديرها قاضي الموضوع .

(جلسة ١٩٦٤/١١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ١٠٨٢)

(جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠ الطعن رقم ٣٠ لسنة ٣٦ ق السنة ٢١ ص ٧٥٦)

ونصت المادة ٥٣١ المستحدثة بقانون التجارة الجديد على أنه «١» - تتقادم دعاوى رجوع حامل الشيك على الساحب والمظهرين وغيرهم من الملتزمين بدفع قيمة الشيك بمضى ستة أشهر من تاريخ تقديمه للوفاء أو من تاريخ انقضاء ميعاد تقديمه . ٢ - وتتقادم دعوى حامل الشيك على المسحوب عليه بمضى ثلاث سنوات من تاريخ تقديمه للوفاء أو من تاريخ انقضاء ميعاد تقديمه . ٣ - وتتقادم دعاوى رجوع الملتزمين بعضهم على البعض الآخر بمضى ستة أشهر من اليوم الذي أوفى فيه الملتزم قيمة الشيك أو من يوم مطالبته قضائياً بالوفاء ٤ - إذا أقيمت الدعوى فلا تسرى مدة التقادم المنصوص عليها في هذه المادة إلا من تاريخ آخر اجراء في الدعوى . ٥ - ولا تسرى مدة هذا التقادم إذا صدر حكم بالدين أو أقر به المدين بسند منفرد إقراراً يترتب عليه تجديده . ٦ - تسرى على انقطاع هذا التقادم أو وقفه الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني . ونصت المادة ٢٨٣ من قانون التجارة الجديد على أن «تسرى على تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد الوكالة بالعمولة للنقل الاحكام المنصوص عليها في المادتين ٢٥٤ ، ٢٧٢ من هذا القانون .

ونصت المادة ٢٥٤ من قانون التجارة (المقابلة للمادة ١٠٤ من القانون القديم) على أن «١» - تتقادم كل دعوى ناشئة عن عقد نقل الأشياء بمضى سنة تبدأ من تاريخ تسليم الشيء إلى المرسل إليه أو إلى الجمر ك أو إلى الأمين الذي عينه القاضي لاستيداع الشيء وتسرى المدة في حالة الهلاك الكلي من تاريخ انقضاء الميعاد المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٢٤٠ من هذا القانون ٢ - كما تتقادم دعوى الناقل في الرجوع على الناقلين المتعاقدين وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٥٢ من هذا القانون بمضى تسعين يوماً من تاريخ الوفاء بالتعويض أو من تاريخ مطالبته به رسمياً . ٣ - لا يجوز أن يتمسك بالتقادم المنصوص عليه في هذه المادة من صدر منه أو من تابعه غش أو خطأ جسيم (١) .

= (جلسة ١٩٧٧/٥/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٣٢٣)

(جلسة ١٩٧٨/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٤٩٠)

(جلسة ١٩٧٠/٦/١١ الطعن رقم ٢٨ لسنة ٨٣٦ السنة ٢١ ص ١٠٣٨)

(١) أ - إن مفاد نص المادة ١٠٤ من القانون التجاري قديم وتقابلها المادة ٢٥٤ تجارة جديد (خضوع دعوى المسؤولية المترتبة على خلف أمين النقل عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن عقد النقل للتقادم المبين بها (١٨٠ يوماً) . أما إذا صدر من الناقل أو تابعه غش أو خيانة فان الدعوى تستند في هذه الحالة إلى الفعل الضار ويكون أساسها المسؤولية التقصيرية وتتقادم وفقاً للقواعد الواردة بشأن هذه المسؤولية . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن بالات القطن - محل عقد النقل - قد سرقت أو بددت من أحد تابعي الطاعن - الناقل - فان مسؤولية هذا الأخير - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - ليست مسؤولية تعاقدية بل مسؤولية تقصيرية قوامها الخطأ المدعى عليه به ومن ثم تخضع في تقادمها إلى حكم المادة ١٧٢ من القانون المدني التي تقضي بتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير =

ونصت المادة ٢٧٢ المستحدثة بقانون التجارة الجديد على أن ١٥ - تتقدم بمضى سنة كل دعوى تنشأ عن عقد النقل ، ويكون موضوعها مطالبة الناقل بالتعويض عن وفاة الراكب أو إصابته بإضرار بدنية . وتسرى هذه المدة في حالة الوفاة من تاريخ وقوعها . وفي حا الإصابة البدنية من تاريخ وقوع الحادث . ٢ - وتتقدم بمضى سنة كل دعوى أخرى تنبع عن عقد نقل الأشخاص ، وتسرى هذه المدة من الميعاد المعين للوصول . وعند عدم التعميم من الميعاد الذي كان يستغرقه الناقل العادي في النقل لو وجد في الظروف نفسها . ٣ - يجوز أن يتمسك بالتقدم المنصوص عليه في هذه المادة من صدر منه أو من تابعيه غش خطأ جسيم (١) .

= المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئ عنه . وإذا قضى المحكم المطعون فيه برفض الدفع بالتقدم تأسيساً على أن مدة سقوط الحق في الدعوى هي خمس عشرة سنة يكون قد خالف القانون .

(الطعن رقم ٤٦٥ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٥/١١/٣٠ ق ٨٢ ص ١١٦٠)

(وجلسة ١٩٦٣/١٢/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ١١٥١)

(جلسة ١٩٦٦/٥/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ١٠٠٢)

ب - يتعين للقول بأن حق الطاعن قد سقط في مطالبة مدينه الاصلية بقيمة السند لتقدمه لخمس سنوات من تاريخ استحقاقه وفقاً للمادة ١٩٤ من قانون التجارة (القديم) أن يثبت أن السند موقع من تاجر أو حرر بمناسبة عملية تجارية وأن يدفع الدين بهذا التقدم .

(جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٧٥٦)

(١) وفي ظل قانون التجارة القديم كان يسرى التقدم المنصوص عليه في المادة ١٩٤ على الكمبيالة وتعتبر دائماً أعمالاً تجارية . ويسرى أيضاً على السندات تحت الإذن أو لحاملها ، بشرط أن تكون من تجار أو بسبب أعمال تجارية .

ويسرى أخيراً على الكمبيالات التي ينقصها بعض الشروط - وهي التي عنها النص بعبارة الأوامر المتضمنة أمراً بالدفع أو الحوالات 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 التقدم هي الدعاوى التي يرفعها الحامل على المسحوب القابل للكمبيالة أو على السند تحت الإذن ، والدعاوى التي ترفع على الساحب الذي لم يتقدم بالوفاء ، والدعاوى التي ترفع على المظهرين ، ودعاوى رجوع الملتزمين بالوفاء بعضهم على البعض ، والدعاوى الناشئة بين الموقعين على الورقة التجارية بسبب علاقاتهم القانونية التي أفضت إلى إبرامها أو تظهيرها .

أما بقية الديون التجارية الأخرى ، غير الديون المتقدمة وغير ما نصت عليه المادتان ٦٥ و ٦٦ (القديم) الآتي ذكرها في المتن ، فتسقط كالدديون المدنية بخمس عشرة سنة ، ويدخل في الحساب الجاري (استئناف مصر ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ ص ١١٤) .

= ويسرى التقدم الخمسى بالنسبة إلى الأوراق التجارية من اليوم التالي ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم عمل البروتستو أو من يوم آخر مرافعة في المحكمة . وإذا كانت الكمبيالة أو السند الإذني مستحق الدفع عند الطلب ، سرى التقدم من تاريخ إنشاء الكمبيالة أو السند . وإذا انقطع التقدم وسرى تقدم جديد ، كانت مدة هذا التقدم 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 إذا اعترف المدين بالدين بسند منفرد فيعتبر هذا تجديدًا للدين بشرط أن يكون التجديد لاحقاً لاستحقاق الورقة التجارية فلا يسقط الدين الجديد إلا بخمس عشرة سنة (الأستاذ محمد صالح في شرح القانون التجاري ٢ ص ١٥٥ - ص ١٦٥ - الموجز للمؤلف بقرة ٦٠٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٩٤ من التقنين التجاري (قديم) بقولها «وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية» إنما عنت الأوراق التجارية الصادرة لعمل تجاري ، لا الأوراق غير التجارية ولو كانت صادرة لعمل تجاري . 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 نهائي لا يدع محلاً لمنازعة . فإذا كانت الورقة محل الدعاوى 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 تجاري أم لغيره (نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر رقم ١٤٢ ص ٣١١) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لكي يسقط حق المطالبة بكمبيالة تحت الإذن بمضى خمس سنوات يجب أن يكون سبب الدين تجارياً ، أما إذا كان السبب غير تجاري فتطبق قواعد القانون المدني (استئناف وطني 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 كمبيالة بعضهم قبل بعض يعتبر مدنياً لا يسقط إلا بخمس عشرة سنة ولو كانت الكمبيالة تجارية ، ويسقط الحق فيها بالنسبة إلى الدائن بمرور خمس سنوات (استئناف وطني ٢٣ مارس سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص ١٣٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان السند الإذني موقعاً 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 مدني محض تسرى عليه أحكام القانون المدني خصوصاً فيما يتعلق بسقوط الحق في 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 في 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 يتم دليل من جانبه على مدنية سبب السند ، وإذا كان السند تجارياً من ناحية الدائن فإن حقه في المطالبة بقيمته 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 التقدم قائم على قرينة الوفاء (استئناف مصر ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٤٣ ص ٥٠٥ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة =

- ١ - يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين ، كأجرة المبنى والأراضي الزراعية ومقابل الحكر ، وكالفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات .
- ٢ - ولا يسقط الربح المستحق في ذمة الحائز سبب النية ولا الربح الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥١٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١ - يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ، كأجرة في المبنى وفي الأراضي الزراعية وكالفوائد والأقساط والمرتبات والأجور والمعاشات . ويتقادم الحق حتى لو أقر به المدين بعد سقوطه بالتقادم . ٢ - ومع ذلك لا يسقط الربح المستحق في ذمة الحائز سبب النية ولا الديون الثابتة في ذمة ناظر الوقف للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . وفي لجنة المراجعة اضيف «مقابل الحكر» ضمن الحقوق التي تسقط بخمس سنوات ، وأصبحت المادة رقمها ٣٨٨ في المشروع 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 لهم دون أمثالهم من الأوصياء والوكلاء والمصنفين ... ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن النص ليس معناه أن المحكمة تقضي بالتقادم ولو أقر المدين بالدين أقراراً ينطوي على معنى التنازل عن التمسك بالدفع بالتقادم ، بل هو يقرر القاعدة المسلمة المتفرعة على عدم قيام هذا النوع من التقادم على قرينة الوفاء ، 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 الحاليتين اللتين خصتهما بالذكر ، وليس من الخير أن يترك باب الخلاف مفتوحاً مع أن في الوسخ سده . 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 تتمثل في ذمة الدائن حقاً وفي ذمة المدين ديناً ، فلا يقبل أن يقال أن 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 ، وعبّر أحياناً بسقوط «الديون» . والفقه والقضاء جميعاً لا ينكران شيئاً من ذلك . واقترح أن يضاف إلى أحكام التقادم النص الآتي : «تتقادم الدعوى بذات المدة المقررة لتقادم الدين المطلوب فيها» . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن النظام الذي تتبعه التقنين لا يفرق بوجه عام بين الحق والدعوى على غرار ما معروف في الفقه الإسلامي . أما إذا أريد بالدعوى الخصومة أمام القضاء ، فهذا ما تكفل بالنص على التقادم فيه مشروع قانون المرافعات . ووافقنا اللجنة على النص كما هو تحت رقم ٣٧٥ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٤ و ٣٠٦ - ص ٣١٠) .

ونصت المادة ٦٥ من التقنين التجاري القديم والتي ابقى عليها قانون التجارة الجديد ١٧ لسنة ١٩٩٩ «كل ما نشأ عن أعمال الشركة من الدعاوى على الشركاء الغير مأمورين بتصفية الشركة أو على القائمين مقامهم يسقط الحق في إقامته بمضي 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 بمضي المدة ، مع مراعاة القواعد المقررة لانقطاعها» . ومكان بحث هذه النصوص القانون التجاري .

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 للثمن 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 يما 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 المتجددة - النصوص القانونية : وهناك إلى جانب هذه النصوص الخاصة استثناءات أخرى أوردتها التقنين المدني عقب إيراده للقاعدة العامة في مدة التقادم .

وأول هذه الاستثناءات يتعلق بالحقوق الدورية المتجددة . فقد نصت المادة ٣٧٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

= ١٠ رقم ٣٣٨ ص ٦٧٦ - مصر ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٧ ص ٧٢-٧٣ .
توجه اليمين إلا للمدين أو ورثته ، فلا توجه للكفيل (استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة الرسمية ٢٩ رقم ٩٤ ص ٢٢٦) .

وقد نظم قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ تقادم الدعاوى الناشئة عن الكمبيالات في المواد ٤٦٥ ، ٤٦٦ ، ٤٦٧ ، كما أورد في المادة ٤٧٠ أن أحكام هذه المواد تسري على تقادم الدعاوى الناشئة عن عقود الوكالة بالعمولة للنقل للأحكام المنصوص عليها في المادة ٢٥٤ . ونصت المادة ٥٣١ ، ونصت المادة ٢٨٣ على أن يسري هذا القانون .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٥/٢١١ (١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٦٢ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٣٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٥٠ (٢).

٦٠٠ - الضابط هو الدورية والتجدد : وقد أورد المشرع بصريح النص الضابط لهذا الحقوق التي تتقدم بخمس سنوات ، فوصفها بأنها « كل حق دوري متجدد » . والدورية (périodicité) هي أن يكون الحق مستحقاً في مواعيد دورية ، كل شهر أو كل ثلاثة أشهر أو كل سنة ، أو أقل أو أكثر والتجدد (renouvellement) هو أن يكون الحق بطبيعته مستمراً لا ينقطع (١).

(١) التقنين المدني السابق م ٢٧٥/٢١١ : المرتبات والفوائد والمعاشات والأجر ، وبالجملة كافة ما يستحق دفعه سنوياً أو بمواعيد أقل من سنة ، يسقط الحق في المطالبة به بمضى خمس سنوات هلالية (والحكم واحد في التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا أن السنين تحسب ميلادية في التقنين الجديد).

(٢) 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 دوري متجدد ، كالأجرة والفوائد والرواتب والإيرادات المرتبة ، لا تسمح الدعوى به على المدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس سنوات . ٢ - لا تقبل الدعوى المستحقة في ذمة الحائز سعي النية ، والريع الواجب على متولى الوقف أداءه للمستحق ، فلا تقبل الدعوى بهما على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة . (وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي ، على غرار الفقه الإسلامي ، لا يسمح سماع الدعوى بدلا من أن يسقط الحق بالتقدم . انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٨٢ - فقرة ٣٨٤ - وانظر مقالا في التقدم المسقط في القانون المدني العراقي للأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء بتعداد السنة الخامسة عشرة ص ٥٠ - ص ٥١).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٥٠ : تكون مدة مرور الزمن خمس سنوات في المستحقات للفوائد والفوائد وحصص الأسهم من الأرباح وأجور المباني والأراضي الزراعية ، وبوجه عام في الموجبات التي تستحق الأداء كل سنة أو أقل . وتكون مدة مرور الزمن خمس سنوات أيضاً في الدعاوى بين الشركاء بين هؤلاء وأشخاص آخرين من أجل الموجبات الناشئة عن عقد الشركة . وتبتدى هذه الدعاوى بإعلان حل الشركة أو إعلان خروج أحد الشركاء . (والفقرة الأولى من النص تتفق أحكامها مع التقنين المدني المصري . وانظر في الفقرة الثانية من النص المادة ٦٥ من التقنين التجاري المصري).

(١) أ - مناط خضوع الحق للتقدم الخمسي وفقاً لصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٥ المدني هو اتصافه بالدورية والتجدد أي أن يكون الحق مستحقاً في مواعيد دورية أياً كانت . يكون هذا الحق بطبيعته مستمراً لا ينقطع سواء كان ثابتاً أو متغيراً مقداره من وقت لآخر .

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 قطعاً واحداً أو قسطين . وهي في الوقت ذاته متجددة بطبيعتها ، إذ هي مستمرة لا تنقطع ، فإن 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 بتجده ، 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 تتقدم بخمس سنوات . غير أن المشرع أورد أجرة المباني والأراضي الزراعية على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ، لأنها هي الغالبة في التعامل (٢) .

= (جلسة ١٩٧٨/١/٢/١٨ الطعن رقم ٦٠٩ لسنة ٤٥ ق)

(جلسة ١٩٧٨/٣/١١ الطعن ٥٩٣ لسنة ٤٤ ق)

ب - النص في المادة ١/٣٧٥ من القانون المدني على أن « يتقدم بخمس سنوات كل حق دوري ولو أقر به المدين كأجرة المباني والأراضي الزراعية ويقابل الحكر الفوائد والإيرادات المترتبة والمهايا الأجور والمعاشات » يدل على أن الضابط في هذا النوع من التقدم الخمسي هو كون الالتزام ما يتكرر ويستحق الأداء في مواعيد دورية وأن يكون الحق بطبيعته مستمراً لا ينقطع ما ينوء به الملتزم بحمله لو ترك بغير مطالبة مدة تزيد على خمس سنوات .

(جلسة ١٩٧٧/٤/٦ الطعن رقم ٥٨٣ لسنة ٤٣ ق)

(جلسة ١٩٧٧/١١/٢٤ الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٤٤ ق)

(١) ويفرق الأستاذ عبدالحى حجازى بين الحق المتجدد كالأجرة والحق المتجزئ كالحق المسقط فيقول : « الحق المتجدد تتعين مرات تجده على أساس المدة ، أما الحق المتجزئ على الزمن فإن المدة تتحدد على أساس عدد الأجزاء . ولهذا فإن الدين المتجزئ لا يسقط إلا بالتقدم الطويل ، وذلك لتخلف 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 عبدالحى حجازى ص ٣٥٥) .

(٢) ولأن في اطلاق «الأجرة» شيئاً من عدم الدقة ، فسرى أن أجرة الغرفة في الفندق تتقدم بسنة واحدة لا بخمس سنوات (م ٣٧٨ مدني) .

هذا وليس كل التزام ينشأ عن عقد الإيجار يتقدم بخمس سنوات ، فالتعويض عن تلف العين المؤجرة ينشأ عن عقد الإيجار ولا يتقدم إلا بخمس عشرة سنة . وإنما تقدمت الأجرة بخمس سنوات لأنها دورية متجددة ، لا لأنها ناشئة عن عقد الإيجار (بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٢٣٣٤ ص ٧٤٢) .

ومقابل الحكر هو أيضاً أجرة دورية متجددة (١). 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 المدة في عقد الإيجاريتين (م ١٠١٣ مدني)، والأجرة الثابتة في عقد خلو الانتفاع (م ١٤٠١ مدني)، فكل هذه حقوق دورية متجددة تتقادم بخمس سنوات (٢).

والفوائد هي أيضاً حقوق دورية متجددة، إذ هي تدفع كل سنة عادة، وهي ربا متجدد لرأس المال. وتتقادم بخمس سنوات أياً كان مصدرها (١)، فقد تكون فوائد اتفاقيات = هي ورأس المال كلا غير منقسم فقدت بذلك صفة الدورية والتجدد اللتين يقوم على أساسهما التقادم الخمسي، فإنها لا تخضع لهذا النوع من التقادم ولا بانقضاء خمس عشرة سنة (الطنن رقم ٢٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣ من ١٥ ص ١١٠٦)

ج - مقتضى الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ من القانون المدني أنه إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات. (الطنن ١٩٤ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٤ ص ٢٧ ص ١٥٧٩)

د - تنص المادة ٢٨ من القانون رقم ١٤ سنة ١٩٣٩ على أن «تؤول إلى الحكومة نهائياً جميع المبالغ والقيم التي يلحقها التقادم قانوناً بعد تاريخ العمل بهذا القانون ويسقط حق أصحابها في المطالبة بها وتكون مما يدخل ضمن الأنواع المبينة بعد الأرباح والفوائد المتفرعة عن الأسهم والسندات القابلة للتداول مما تكون أصدرته أية شركة تجارية أو مدنية» كما تنص المادة ٣٧٥ من التقنين المدني في فقرتها الأولى على أن «يتقادم بخمس سنوات، كل حق دوري متجدد، ولو أقر به المدعي، فإذا كان البنك الطاعن قد حجز تحت يده جزءاً من أرباح الكوبونات أكثر من خمس سنوات دون أن يطالب أصحاب الشأن بها فإنهما تؤول إلى الحكومة إذ أن هذه المبالغ لا تخرج عن كونها جزءاً من الفائدة السنوية ولا تتغير طبيعتها بمجرد استقطاعها وحجز البنك لها مع علمه بأنها تزيد عن الضريبة المستحقة لمصلحة الضرائب. وإذ قضى المحكم المطعون فيه يسقط الحق في المطالبة بهذه المبالغ بالتقادم فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(الطنن رقم ١٥٣ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/١٣ ص ١٤ ص ٢٣٢)

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بسقوط الفوائد التي حل أجلها وانقضى على استحقاقها خمس سنوات أياً كان نوعها، سواء أكانت الفوائد متفقاً عليها أم كانت سارية بحكم القانون أو محكوماً بها من المحاكم (١٦ يونيو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١١٤ ص ٢٤٨ - وانظر: استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ ص ٣٨ - ١٤١ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٥٩ - ٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٢٠).

وقضت أيضاً بأنه يبدأ في استنزال ما دفع من الدين من الأقساط بالمصروفات والفوائد المستحقة على الدين قبل الخصم من رأس المال. فإذا ورد 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، ويتفرع 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 ٤٦ رقم ١٢١).

(٢) أما إذا كانت الفوائد مستحقة على سبيل التعويض، فإنها لا تكون دورية متجددة، وتتقادم بخمس عشرة سنة لا خمس سنوات. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا لم يشترط دفع فوائد عن الباقي من الثمن في ذمة المشتري، واستولى المشتري على الأرض المباعة وانتفع بها، وجب عليه دفع فوائد على سبيل التعويض في مقابل الانتفاع بالأرض، وهذه الفوائد لا تخضع للتقادم الخمسي (١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧).

(١) 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 المجموعة الرسمية ٩ رقم ١ ص ٢٠٨

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أقر المستأجر في عقد الإيجار أنه إذا زرع أكثر من ثلث الأرض قبل أو كرر الزراعة القطنية فيما سبقت زراعته قطناً، يكون ملزماً بمثل الأجرة، وجعل لنظارة الوقف خصم ما يجب من ذلك التعويض من كل مبلغ دفعه أو يدفعه المستأجر، ووقع الاتفاق على أن يصرف هذا الحكم ويتكرر في سني الإيجار، فإن الظاهر من هذا العقد أن الطرفين أنزلا التعويض المذكور بمنزلة الأجرة قدرأ، واستحقاقاً وتكراراً، ومتى قام بالالتزام بالتعويض المترتب على مخالفة المستأجر لالتزامه الأصلية وصف كونه مقدراً تقدير الأجرة ومستحقاً استحقاقها ودائراً معها عن مدة الإيجار، فقد جاز عليه حكم السقوط بالتقادم الخمسي سقوط الأجرة (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة مصر رقم ١ رقم ٣٣٤ ص ١٠٧٢ - وانظر أيضاً: نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة مصر رقم ١٨٠ ص ٥٤٨).

(١) أ - الفوائد من الحقوق الدورية المتجددة التي يستحق دفعها سنوياً ويسقط الحق في المطالبة بها بل لنص المادة ٢١١ من القانون المدني القديم والمادة ٣٧٥ من القانون المدني الجديد والحكم بفوائد الأقساط الأداء في تاريخ لاحق لصدور الحكم لا يحيل مدة التقادم الخاص بهذه الفوائد من خمس سنوات خمس عشرة سنة لما يلزم الفوائد المحكوم بها في مثل هذه الحالة من صفتي الدورية والتجدد. والواقع في الدعوى أن حكمها صدر بمبلغ معين وفوائد هذا المبلغ يواقع كذا في المائة سنوياً على الفوائد لم تفقد - على ما سبق - صفتي الدورية والتجدد في الحكم الصادر بها بل ظلت مستحقة بهاتين الصفتين ذلك أنه لم يقضى بها مبلغاً معيناً وإنما قضى بها في مواعيد استحقاقها. ولذا لا يرد لصدور الحكم سنة فسنة ومن ثم فإن الحكم المذكور لا يغير التقادم الخاص بهذه الفوائد ولا يغيره خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة وإنما يظل التقادم الخاص بها رغم صدور ذلك الحكم الخمسي وإذ قضى المحكم المطعون فيه على خلاف ذلك يكون قد خالف القانون متعيناً تقضية الفوائد (الطنن رقم ٥ سنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/٣/٢٦ من ١٠ ص ٢٦٩)

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٧٢٧)

ب - إذا كانت الفوائد قد أدمجت في رأس المال وتم تجميعها باتفاق الطرفين فأصبحت

والإيرادات المرتبة هي أيضاً حقوق دورية متجددة تتقدم بخمس سنوات . ويستوى ذلك الإيرادات المرتبة مدى الحياة فهي دورية تتجدد مدى الحياة ، والإيرادات الدائمة من دورية تتجدد على الدوام . وتتقدم الإيرادات بخمس سنوات أما باعتبارها إيرادات مرتبة ، و باعتبارها فوائد مستحقة على رأس المال الذي دفعه صاحب الإيراد للمدين به (انظر ١٥٤٥ مدني).

والمهايا والأجور (1) والمعاشات (2) هي أيضاً حقوق دورية متجددة تتقدم بخم

(1) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن المادتين ٢١١ مدني (قديم) و ٦٤ من لائحة المعاشات الخاصتين بسقوط الحق في المرتبات بخمس سنوات لا تنطبقان إلا على معاش تمت تسويته (٤ ما سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٢٣).

(1) أ - مؤدى نصوص المواد ١/٣٧٥ ، ١/٣٨١ ، ٣٨٣ من القانون المدني أن الأجر وهو من الحقوق الدورية المتجددة تتقدم بخمس سنوات وأن التقادم لا يبدأ سريانه إلا من اليوم الذي يصبح فيه الحق مستحق الأداء كما أنه لا ينقطع إلا بالمطالبة القضائية بالتنبيه والحجز وبالطلب الذي يتقدم به الدائم بقبول منه في تفتيس أو في توزيع وبأى عمل يقوم به للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى (الظعن ١٢٦٩ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩١/١/٣١).

(جلسة ١٩٧٩/٥/٥ الظعن ٥٥٥ لسنة ٤٥ ق ٢ السنة ٣٠ ص ٢٧٠)

ب - إذ كان مناط خضوع الحق التقادم الخمسي وفقاً لصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٥ من القانون المدني هو اتصافه بالدورية والتجدد أي أن يكون الحق مستحقاً في مواعيد دورية أي كانت مدته وإن يكون بطبيعته مستمرا لا ينقطع سواء كان ثابتاً أو تغير مقداره من وقت لآخر . ولما كان بدل طيب العمل وبدل غلاء المعيشة وبدل الاعصاب ومقابل ساعات العمل الإضافية تعتبر طبقاً لذلك من الحقوق الدورية المتجددة وكانت أسباب قطع التقادم قد وردت على سبيل الحصر في المادتين ٣٨٣ ، ٣٨٤ من القانون المدني وليس من بينها مطالبات الدائن غير القضائية ومنازعة المدين له فيها ، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعي يكون على غير أساس .

(الظعن ٢٠٥١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩١/٤/١)

(جلسة ١٩٧٢/٤/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٦١٥)

(جلسة ١٩٦٥/٦/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٦٩٠)

ج - إذ كانت المبالغ التي تصرفها وزارة المالية لأصحاب المرتبات المقررة في الأوقاف الملغاة قد فقدت صفتها باعتبارها استحقاقاً في الوقف وذلك بمجرد إلغاء تلك الأوقاف ، وكانت الحكومة قد رأت تعويض أصحاب تلك المرتبات برصد مبالغ شهرية لهم بقيمة ما كانوا يستحقونه أصلاً في تلك الأوقاف فإن هذه المبالغ التي يجري صرفها شهرياً تعتبر في حكم الإيرادات المرتبة فتتقدم بخمس سنوات من تاريخ المطالبة بالفروق المتعلقة بهذه المبالغ يتقدم أيضاً بهذه المدة .

(الظعن رقم ٤٤٥ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٨ ص ١٥ ص ٧٤٢)

(2) النص في الفقرة الأولى من المادة ٣٧٥ من القانون المدني على أن يتقدم بخمس سنوات دورى ولو أقر به المدين كأجرة المباني والأراضي الزراعية ومقابل الحكر . وكالفوائد والإيجار

سنوات ، وتدفع عادة كل شهر ، وتتجدد باستمرار . ولا يدخل في ذلك أجور العمال والخدم الأجراء ، 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 (1) ، والدائن بالنفقة إذا هو أهمل في المطالبة بها أكثر من هذه المدة ، فالغالب أن يكون ذلك راجعاً إلى عدم حاجته لها ، ويكون غير مستحق إياها .

ويكفي أن يكون الحق دورياً متجدداً ليتقدم بخمس سنوات (1) ، فليس من الضروري

- المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات يدل على أن الضابط في هذا النوع من التقادم الخمسي هو كون الالتزام مما يتكرر يستحق الأداء في مواعيد دورية وأن يكون الحق بطبيعته مستمرا لا ينقطع مما ينوء الملتزم بحمله لو ترك بغير مطالبة مدة تزيد على خمس سنوات .

(الظعن ٥٨٣ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٦ ص ٢٨ ص ٩٤٨)

(1) ومع ذلك فقد قضت محكمة طنطا بأن النفقة لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة (٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص ٥٨).

(1) أ - المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يبدأ سريان التقادم المسقط إلا من وقت استحقاق الدين وفقاً لصريح نص المادة ٣٨١ من القانون المدني . فإذا كان الدين يستحق الأداء على أقساط دورية فلا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها إلا من وقت حلولها ، ولا يتوقف سريان التقادم بالنسبة إلى أية دفعة منها على سريانه بالنسبة إلى الدفعات الأخرى ، إذ أن كل قسط يعتبر ديناً قائماً بذاته مستقلاً بالنسبة إلى التقادم وإلى مبدأ سريانه وذلك على نحو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني ، فإذا اشترط حلول الأقساط جميعها عند التأخير في دفع قسط منها وتحقق هذا الشرط فإن التقادم لا يسرى بالنسبة للأقساط الباقية إلا عند حلول مواعيدها الأصلية ، لأن اشتراط حلولها عند التأخر في دفع أى قسط إنما هو شرط في مصلحة الدائن فلا يضار به بتقديم مبدأ سريان التقادم .

(الظعن رقم ١٣٥١ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٧)

ب - من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يترتب على مجرد زوال صفتي الدورية والتجدد عن دين الأجرة أن يصبح ديناً عادياً خاضعاً للتقادم الطويل ذلك أن الدورية والتجدد هما صفتان لصيقتان لدين الأجرة وهما مفترضتان فيه ما بقى حافظاً لوصفه ولو تجدد بانتهاه هذه الإيجار وأصبح في الواقع مبلغاً ثابتاً في الذمة لا يدور ولا يتجدد .

(الظعن ٣٧٧ لسنة ٥١ ق جلسة ٨٤/١٢/٩ ص ٣٥ ص ٢٠٠٧)

ج - لا يبدأ سريان التقادم إلا من وقت استحقاق الدين وفقاً لصريح نص المادة ٣٨١ من القانون المدني فإذا كان الدين يستحق الأداء على أقساط دورية فلا يبدأ سريان التقادم بالنسبة لها إلا من وقت حلولها ولا يتوقف سريان التقادم بالنسبة إلى أية دفعة منها على سريانه بالنسبة إلى الدفعات الأخرى إذ أن كل قسط يعتبر ديناً قائماً بذاته مستقلاً بالنسبة إلى التقادم وإلى مبدأ سريانه وذلك على نحو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني فإذا اشترط حلول الأقساط جميعها عند التأخير =

ميرانياتهم السنوية وهي ميزانيات دورية متجددة (١) . فاذا أهمل الدائن في المطالبة بهذه الحقوق الدورية المتجددة مدة طويلة من الزمن، فتراكمت على المدين ، وكان للدائن أن يتقاضاها لمدة التقادم العادي، أي لمدة خمس عشرة سنة خلت ، اضطر المدين أن يدفعها من رأس ماله ، وقد يجبر هذا عليه الإفلاس والخراب . من أجل ذلك وضع 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 المطالبة (٢) ، فلا يكون في هذا من الإرهاق ما يصل به إلى حد الإعنت (١) .

(١) وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن التقادم الخمسي 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 العكسي . وللخزينة العامة حق الانتفاع بحكمها رغم ملاءمتها . ومنازعة المدين في أصل المرتب لا تمنع من سريان هذا التقادم (١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٤٤٨ ص ١٣٢٨ - وانظر حكماً آخر من نفس المحكمة في ٣٦ نوفمبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٧ رقم ٧٠ ص ٦٨) وقضت محكمة الإسكندرية بأن القول بوجود أن تكون المبالغ التي يسرى عليها التقادم الخمسي معينة المقدار عند التعاقد قول لا سند له من القانون ، لأن الخطر من تراكم الديون غير معينة المقدار لا يقل عن خطر تجدد الديون المعلوم مقدارها (٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ١٠٦) .

(٢) وقد لا يستطيع الدائن المطالبة بالدين إلا لمدة أقل من خمس سنوات ، ويتحقق ذلك في الفرض الآتي : يهمل الدائن بإيراد مرتب مدى الحياة تقاضى الإيراد مدة خمس سنوات، ثم يموت فينقضى الإيراد بالموت . ثم يطالب الورثة بما تراكم من الإيراد لمورثهم، وتتأخر المطالبة إلى سنة مثلاً بعد موت صاحب الإيراد . ففي هذه الحالة لا يستطيع 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 هي التي لم تقادم بخمس سنوات (بودرى وتيسيه فقرة ٧٩٩) .

(١) التقادم الخمسي للحقوق الدورية المتجددة المنصوص عليه في المادة ٣٧٥ من القانون المدني لا يقوم على قرينة الوفاء إنما يرجع في أساسه إلى تخنيب المدين عيب الوفاء بما تراكم من تلك الديون لو تركت بغير مطالبة مدة تزيد على خمس سنوات ولذلك جعل له أن يتمسك بالتقادم بانقضاء هذه المدة ولو بعد قراره بوجود الدين في ذمته . بينما يقوم التقادم الحولي المنصوص عليه في المادة ٣٧٨ من ذات القانون على قرينة الوفاء وهي مظنة رأى المشرع توثيقها بيمين يؤديها المدين أو ورثته ويبين من ذلك أن هذين النوعين من التقادم يختلف كل منهما عن الآخر في أحكامه ومبناه .

(جلسة ١٩٧٧/٢/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٤٧٨)

(جلسة ١٩٥٩/١٢/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٧٢٢)

إذن أن يكون حقاً ثابتاً لا يتغير مقداره . فمن الحقوق الدورية المتجددة ما يتغير مقداره . وقت إلى آخر ، كريع الأسهم (dividendes) ومقابل الحكر وهو يزيد أو ينقص كلما بلغ التغيير 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 ، تتقادم مع ذلك بخمس سنوات . وهذا على خلاف ما جرى عليه القضاء الفرنسي ، فهو يقضى بوجود أن يكون مقدار الحق الدورى المتجدد ثابتاً لا يتغير فتتقادم أقساط التأمين في جمعيات التأمين التعاونية بثلاثين سنة لا بخمس سنوات .

٦٠١ - الأساس الذى يقوم عليه تقادم الحقوق الدورية المتجددة : وتصعد قاعد

التقادم الخمسى للحقوق الدورية المتجددة ، فى أصلها التاريخى ، للقانون الفرنسى القديم (١) . وقامت منذ البداية على الاعتبار الرئيسى الآتى : إن هذه الحقوق الدورية المتجددة يدفعها المدين عمادة من ريعه الدورى المتجدد، فالمستأجر يدفع الأجرة من إيراده الشهرى أو السنوى، والمقترض يدفع الفوائد من ريع أمواله ، بل إن الحكومات وأرباب الأعمال يدفعون ماهيات الموظفين والمستخدمين وأجورهم ومعاشاتهم من

= فى دفع قسط منها وتحقق هذا الشرط فان التقادم لا يسرى بالنسبة للأقساط الباقية إلا عند حلول مواعيدها الأصلية لأن اشتراط حلولها عند التأخر فى دفع أى قسط إنما هو شرط فى مصلحة الدائن فلا يضار به بتقديم ميعاد سريان التقادم .

(الظن ٨٣٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٢/٣/٣٠ ص ٣٣ ص ٣٤٧)

د - إذ كان من المقرر قانوناً بالمادة ٣٨١ من القانون المدنى أنه لا يبدأ سريان التقادم المسقط أصلاً من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء فإذا كان الدين موجلاً فإن هذا التقادم لا يسرى إلا من الوقت الذى ينقضى فيه الأجل ، وكان كل قسط من الدين المسقط مستقلاً فى تاريخ استحقاقه من غيره من الأقساط فمن لم لا يسرى التقادم بالنسبة لكل قسط إلا من وقت إستحقاقه .

(الظن ١٥٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٤/٢٩ ص ٣٤ ص ١٠٩٩)

(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 الذى على رأس المال - لا يجوز له أن يطالب بمتأخرات الإيراد لأكثر من خمس سنوات ، وذلك حتى تراكم المتأخرات على المدين بالإيراد ، فترهقه وتوقعه فى الإفلاس والخراب (بودرى وتيسيه فقرة ٧٦٧) .

هذا من جهة . ومن جهة أخرى - ولكن هذا اعتبار ثانوي بجانب الاعتبار الرئيسي الذي قدمناه - فإن الدائن بهذه الحقوق الدورية المتجددة يعتبر عادة هذه الحقوق إيراداً ينه منه في شؤون حياته اليومية ، فلا يسكت عن المطالبة بها أكثر من خمس سنوات ، وبغلب في الحقوق التي مضى على استحقاقها أكثر من خمس سنوات ، أن يكون الدائن استوفاهما . ولا يستطيع المدين عادة أن يحتفظ بمخالصات دورية لإثبات هذا الوفاء لمدة تزيد على خمس سنوات ، فيتعذر عليه إثبات الوفاء عن مدة أبعد . فيأتي القانون لإسعاد المدين ويقضى بتقادم الديون التي ترجع إلى أبعد من خمس سنوات ، ويقوم التقادم على قرينة الوفاء .

على أن هذا الاعتبار الثاني هو ، كما قدمنا ، اعتبار ثانوي بجانب الاعتبار الرئيسي الأول ، وهو تجنيب 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 الثاني فقد يتحقق وقد لا يتحقق . فإذا لم يتحقق ، فإن الاعتبار الأول كاف وحده لتأسيس التقادم الخمسي . ويترتب على ذلك أن هذه الديون تتقادم بخمس سنوات ، حتى لو أقر المدين أنه لم يوف بها (١) ، وتمسك مع ذلك بالتقادم تقادماً بإرهاقه 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 دوري متجدد ، ولو أقر به المدين» .

ويلاحظ 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 به 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 ، ولو رجع استحقاقه إلى عهد أبعد من خمس سنوات . أما إذا كان ما صدر من المدين هو مجرد تقرير للواقع ، فهو لا ينكر أنه يوف بما تراكم من هذه الديون ، ولكنه مع ذلك يتمسك بالتقادم ، فلا يعتبر إقراراً على هذا النحو نزولاً منه عن التقادم ، وله أن يتمسك به على النحو الذي قدمناه (٣) .

(١) قان استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٥ .

(٣) انظر ما جاء في تقرير لجنة الشيوخ في هذا المعنى . وقد تقدم ذكره عند إيراد نص المادة ٣٧٥ مدني (انظر آنفاً فقرة ٥٩٩ في الهامش) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع «ولا يقوم التقادم الخمسي على قرينة الوفاء ، كما هو الشأن فيما عداه من ضروب التقادم ، يرجع في أساسه إلى أن المدين يفترض فيه أداء الديون الدورية المتجددة من إيراده ، فلو أقر به المدين

٦٠٢ - الديون التي لم تستوف شرطى الدورية والتجدد تتقادم بخمس عشرة سنة : والتقادم الخمسي لا يكون إلا في الديون الدورية المتجددة على النحو الذي قدمناه . فإذا لم يستوف الدين هذين الشرطين معاً ، كان تقادمه بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات (١) .

فهناك ديون قد استوفت شرط الدورية دون أن تستوفى شرط التجدد ، كما هي الحال في دين مقسط أقساطاً دورية . فهذا الدين دوري 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 لا خمس سنوات (١) . كذلك لا يستوفى شرط التجدد وإن استوفى شرط الدورية نتاج المناجم والمحاجر ، فهذا نتاج دوري لكنه يستوفى الأصل - المنجم أو المحجر - فهو بطبيعته غير متجدد . ومن 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 قانوني . مثل ذلك أن يقرض شخص المدين ما يقف به فوائد دينه أو أجرة مسكنه أو يقف به ديناً دورياً متجددة أخرى ، فإن 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 الأجره للمؤجر ، وتبين بعد ذلك أنه دفع مبالغ غير مستحقة من هذه الأجرة ، فإنه يستردها . ويعتبر دين المؤجر الخاص برد هذه المبالغ غير

= بما تراكم من هذه الديون بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ استحقاقه ، لأفضى ذلك إلى تكليفه بما قد يجاوز السعة . وقد جعل للمدين ، تفرغاً على هذا التوجيه ، أن يتمسك بالتقادم بانقضاء تلك المدة ولو بعد إقراره بوجود الدين في ذمته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥) .

(١) إذا كان النص في المادة ٣٧٥ من القانون المدني على تقادم المهايا والأجور بخمس سنوات هو نص استثنائي على خلاف الأصل العام في التقادم ، ولا يجوز القياس عليه ، وكان الواقع في الدعوى أن الطالب طلب التعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة القرارات الإدارية المخالفة للقانون ، وكانت مسؤولية الإدارة عن تلك القرارات مصدرها القانون ، فإن مساءلة الإدارة عنها بطريق التعويض لا تسقط إلا بالتقادم العادي وهو ما لم ينقض بعد ، ويكون الدفع بتقادم الحق بخمس سنوات في غير محله .

(جلسة ١٩٧٧/٢/٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص ١١)

(جلسة ٢٠٠٠/٢/٧ الطعن رقم ٥٩٧ لسنة ٦٩ ق)

(١) استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٧٨ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «يرد التقادم الخمسي على الالتزامات الدورية المتجددة .. أما أقساط الديون المنتجة فيسقط كل منها بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاقه ، لأنها ليست بالمتجددة وإن كانت دورية» (مجموع الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥) .

المستحقة رأس مال لا ديناً دورياً متجدداً (١)، فلا يتقدم بخمس سنوات، وإنما يتقدم تقاد
رد غير المستحق بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة (٢).

٦٠٣ - الربيع المستحق في ذمة الحائز سبب النية والربيع الواجب على ناظر الوقف
أداؤه للمستحقين: تنص المادة ٩٧٩ مدني على أن «يكون الحائز سبب النية مسئولاً م
وقت أن يصبح سبب النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها، غير أنه
يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار».

ويخلص من هذا النص أن الحائز سبب النية ملتزم برد ثمرات الشيء الذي حازه من يو

(١) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ م ١٧ ص ٢٩٨ - ١٨ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٩٦ -
سوهاج ١٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٤١٧ ص ١٠٢٦ - وإذا دفع المستأجر عن المؤجر الأموال
الأميرية، فرجوعه عليه بها يتقدم تقادم الإثراء دون سبب ثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة، لا تقاد
الأموال الأميرية بثلاث سنوات (نقض مدني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٧ ص ٦٩٠
، وقارب استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٩). ولكن إذا استبقى المستأجر م
الأجرة المستحقة عليه مبلغاً معيناً ليدفعه في الأموال الأميرية المقررة على العين المؤجرة، لم يخرج المبل
المستبقى عن طبيعته، وهي أنه دين أجرة سبب الالتزام به عقد الإجارة، وتخصيصه ليدفع في الأموال
الأميرية لا يعد تبديلاً للالتزام، وإذن فمدة السقوط المقررة له هي خمس سنوات (نقض مدني
نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠ ص ٢٢). كذلك إذا تجدد دين الأجرة بانتهاء مد
الإيجار، فإنه لا يفقد صفتي الدورية والتجدد. وقد قضت محكمة النقض بأن الدورية والتجدد ه
صفتان لاحقتان بدين الأجرة، وهما مفترضتان فيه ما بقي حافظاً لوضعه، ولو تجدد بانتهاء مد
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).

(٢) بلانيسول وريسير وردوان ٧ فقرة ١٣٣٨ ص ٧٤٨ - ردوان في أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لف
prescription civile فقرة ٣١٧ - وانظر ما قدمناه من أن الحقوق التي تتقدم بمدد خاصة تق
تفسيراً ضيقاً، وما خرج عنها يرجع إلى أصل القاعدة فيتقدم بخمس عشرة سنة (أنفاً فقرة ٥٩٧).
وإذا أدمجت الفوائد في رأس المال، أصبحت هي أيضاً رأس مال، وفقدت صفتي الدورية والتجدد، ف
تتقدم إلا بخمس عشرة سنة. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى
الكيميالية المطالب بقيمتها حررت عن أجرة سنة وفوائد متجمدة صفيت، واستبدل بهما مبلغ واحد
المبلغ الوارد بالكيميالية، فإن هذا المبلغ يكون قد زالت عنه صفة الدورية والتجدد، فلا يسقط الحق
بخمس سنوات (نقض مدني ٢٧ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٦ ص ١٧٩). وانظر أيضاً
هذا المعنى: استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٣٣٩ ص ٨٣٠ - استئناف
مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٢٨ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥
م ٥٣ ص ٦١ - أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١٦ - ٢ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٥٥
٥ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٩١ - ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٩٩.

أن أصبح سبب النية، ويعتبر سبب النية حتماً من يوم رفع الدعوى على الأقل (١). فهذه
الثمرات، فيما بين الحائز والمالك، لا تعتبر ديوناً دورية متجددة، بل هي قد تحولت في
ذمة الحائز من ريع إلى رأس مال واجب الأداء للمالك. ومن ثم تتقدم هذه الثمار بخمس
عشرة سنة لا بخمس سنوات (١)، فإذا طالب المالك بها الحائز قبل انقضاء خمس عشرة

(١) انظر المادة ٣/١٨٥ مدني.

(١) أ - التزم الحائز سبب النية برد الثمرات ليس من الحقوق الدورية أو المتجددة التي تسقط بالتقدم
الخمسي ومن ثم فلا يتقدم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقاً للمادة ٣٧٥ من القانون المدني التي
قننت ما كان مقرراً في ظل القانون المدني الملغى. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الطاعنة سبب
النية ووضع يدها على جزء «الأملك العامة» بغير ترخيص ومسئولة بالتالي عن رد الثمرات - وأن
الترامها في هذا الصدد لا يتقدم إلا بخمس عشرة سنة، فلا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(الظعن رقم ٥٣١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤ من ١٣ ص ٧٩٦)

ب - تنص المادة ٢/٣٧٥ من القانون المدني على أنه «لا يسقط الربيع المستحق في ذمة الحائز سبب النية
ولا الربيع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة»، وأنه وإن لم يرد
في القانون المدني القديم نص عن مدة تقادم الاستحقاق في الوقت بالذات إلا أن حكمه في ذلك لا
يختلف عما سنه القانون المدني الجديد في هذا الخصوص، لأن ناظر الوقف يعتبر - وعلى أي حال -
وكيلاً عن المستحقين فإن قبض غلة الوقف كانت أمانة تحت يده لحسابهم فلا يسقط حقهم في
المطالبة بها إلا بانقضاء خمس عشرة سنة.

(الظعن رقم ١٤٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/١٦ من ١٥ ص ٩٢).

ج - إذ نص المشرع في المادة ٢/٣٧٥ من التقنين المدني القائم على أن الربيع المستحق في ذمة الحائز
سبب النية لا يسقط إلا بانقضاء خمس عشرة سنة فقد دل على أن حكم المادة ١٧٢ من القانون المدني
لا يسرى على التزام الحائز سبب النية برد الثمار.

- متى انتهى الحكم إلى اعتبار الطاعنين سبب النية في وضع يدهم على جزء من الأملاك العامة
فإن ذلك يقتضي اعتبارهم مسئولين عن جميع ثماره التي قبضوها والتي قصروا في قبضها. ولا يسقط
حق الحكومة في المطالبة بها إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقاً لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة
٣٧٥ من التقنين المدني القائم التي قننت ما كان مستقراً وجرى به قضاء محكمة النقض في ظل
التقنين الملغى من عدم إنطباق التقادم الخمسي في هذه الحالة.

(الظعن ٢١٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧ من ١٨ ص ٨٧٩)

د - إذا كانت المطالبة بمقابل الانتفاع بالعين ليس مردها عقد الإيجار الأصلي أو عقد التأجير من
الباطن طالما اعتبر كل منهما باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام. والحق في المطالبة بالربيع لا يسقط
إلا بالتقدم الطويل أي بمضي خمسة عشر عاماً، فإن ما ينعاه الطاعن عن سقوط الدينين تأسيساً على
التقدم الخمسي ولا انطباق له على واقعة الدعوى يكون غير منتج ما دام لم يدع أحد بانقضاء المدة
الطويلة.

(جلسة ١٩٧٨/٤/١٩ الظعن ٦٠٦ لسنة ٤٣ ق السنة ٢٩ ص ١٠٣١)

سنة ، ولو بعد انقضاء خمس سنوات ، لم يجز للحائز أن يدفع هذه المطالبة بالتقادم (١) كذلك الربيع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين ، وهو مقدار اسحقاقهم في الوقف ، لا يعتبر ديناً دورياً متجدداً ، فلا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة (١) . وقد تردد القضاء

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : ويراعى أن التزام الحائز سبب 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 المتجمدة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥) .

هذا وإذا كان الربيع مستحقاً فى ذمة من تسلم غير المستحق لأنه سبب النية (انظر م ١٨٥ مدنى) فإنه يلحق برأس المال الذى سلم دون حق ، ويتقادم هو ورأس المال بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة وفقاً لأحكام التقادم المقررة فى الالتزام برد غير المستحق (انظر م ١٨٧ مدنى) .

وقد كان القضاء ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، منقسماً فى هذه المسألة . ولكن الكثرة الغالبة من الأحكام كانت تقضى بتقادم الربيع المستحق فى ذمة الحائز سبب النية بخمس عشرة سنة : نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ - استئناف وطنى 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 ١٨٢ - ١٥ يونيو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٣٣٥ 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 ٢٢٩ - ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٠٢ ص ٦٣٧ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٢ ص ٧٥٩ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٨٣ ص ١٩١ - استئناف مختلط 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 ٤٨ - 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 فى ذمة الحائز سبب النية بخمس سنوات : استئناف وطنى ١٩ مايو سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٣٨٦ - ٦ يونيو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٣ 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 - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٧٤ ص ٣٣٤ - ٦ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦١٤ ص ٧٤٤ - ١٢ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ١٢ .

انظر فى هذه المسألة الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٧ ص ٦٣٢ هامش رقم ١ .
(١) أ - من المقرر شرعاً أن المستحق فى الوقف هو كل من شرط له الوقف نصيباً فى الغلة أو سببها دائماً أو مؤقتاً وإذا كان الثابت من الحكم القاضى بالزام المظنون عليها بأن تدفع لمورث المظنون

فى هذه المسألة فى عهد التقنين المدنى السابق (١) ، ثم قضت محكمة استئناف مصر فى دوائرها المجتمعة بأن غلة الوقف تظل ملكاً للمستحق ولا يتقادم حقه ، فإذا اختلطت بمال الناظر واستهلكها الناظر بتعديه أو بتقصيره أصبحت رأس مال واجباً فى ذمته للمستحق ، ومن ثم تتقادم بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات (٢) .

وقد أراد التقنين المدنى الجديد بالنص صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ مدنى على تقادم الربيع المستحق فى ذمة الحائز سبب النية والربيع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات على ما رأينا (٣) ، أن يحسم فى هاتين

= معاشاً شهرياً مدى حياته من وقت تركه الخدمة فى الوقف ، أن المورث يستحق المعاش الذى يطلبه عملاً بصريح شرط الواقف بكتاب وقفه ، فإن المعاش المحكوم به للمورث المذكور - وإن كان فى صورة مرتب شهري معين المقدار يعتبر استحقاق فى الوقف فلا يتقادم الحق فيه - إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ الاستحقاق .

(الطعن رقم ١٤٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/١٦ ص ١٥ ص ٩٢)

ب - مفاد النص المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن الدعاوى التى يمنع من سماعها مضى ثلاث وثلاثين سنة هى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - الدعاوى المتعلقة بعين الوقف ولا تدخل فى نطاقها الدعاوى التى يرفعها المستحقون على الوقف بثبوت استحقاقهم فيه ، إذ هى من قبيل دعوى المطلق التى يمنع من سماعها مضى خمس عشرة سنة .

(نقض جلسة ٧٦/٤/١٤ ص ٢٧ ص ٩٥٤)

(١) فقضت محكمة الاستئناف الوطنية فى بعض أحكامها بأن نص المادة ٢١١ مدنى (قديم) يقضى بصفة عامة بسقوط الحق فى المطالبة بكل ما هو مستحق دفعه سنوياً بمضى خمس سنوات هلالية ، ولم يفرق بين الوقف وغير الوقف ، فإذا حكم لمستحق فى الوقف باستحقاقه لحصة من الربيع ، فلا يكون له حق الرجوع على الناظر إلا ببيع السنوات الخمس السابقة لرفع الدعوى فقط (١٦ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١٢ ص ٢٤٤ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٦٦ ص ٤٩٤ - ٢٧ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٠ ص ٣٠٤) . وقضت فى أحكام أخرى بأن ناظر الوقف هو وكيل المستحقين ، فإن قبض غلة الوقف اعتبرت أمانة تحت يده لحسابهم ، وعلى ذلك فلا يسقط حقهم فى المطالبة بها إلا بعد مضى خمس عشرة سنة (١٦ أبريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٣ ص ٢٢٩ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٨٩ ص ٨٩ - ٢٧ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١١٢ ص ٢٦٣ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ج ٣٢ رقم ٩٥ ص ٢١١) .

انظر فى هذه المسألة الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٧ ص ٦٣٢ - ٦٣٣ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٣٩ .

(٢) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٢٧٤ - المحاماة ١١ ص ٣٩ .

(٣) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «أما ما يثبت للمستحق فى الوقف من ديون فى ذمة الناظر ، فقد حسم المشروع ما أكبر من الخلاف فى القضاء بشأن تقادمه ، =

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 الميراث والعقود اللبناني المواد ٣٥١ - ٣٥٢ (٢)

(١) التقنين المدني السابق م ٢٧٣/٢٠٩ : المبالغ المستحقة للأطباء وللأفوكاتية وللمهندسين أجرة سعيهم ، وللباعة أثمان المبيعات لغير التجار مطلقاً ولهم فيما عدا ما يتعلق بتجارهم ، وللمؤدبي الأطفال والمعلمين على تلاميذهم ، وللخدمة ماهية لهم ، نزول بمضى لثمالة وستين يوماً ، ولو استحققت ديون جديدة من قبيل ما ذكر في ظرف الثلثمالة والستين يوماً المذكورة . (وهذه الأحكام تختلف عن أحكام التقنين الجديد فيما يأتي : (١) اقتصر التقنين على ذكر الأطباء والمحامين والمهندسين ومؤدبي الأطفال والمعلمين من أصحاب المهن الحرة . أما التقنين الجديد فقد زاد على هؤلاء الصيادلة والخبراء ووكلاء التفليسة والسماصرة والأساتذة . (٢) جعل التقنين السابق مدة التقادم لثمالة وستين يوماً . أما التقنين الجديد فجعلها خمس سنوات . وسنرى 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 شرعي سنة واحدة في الحقوق الآتية : (١) حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والأساتذة والمعلمين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماصرة ، 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 بقي الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات .

٣ - ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة أن يحلف يميناً توجهها المحكمة 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 التقنين العراقي بدلا من سقوط الحق . (٢) مدة التقادم في التقنين العراقي سنة واحدة كما كان الأمر في المشروع التمهيدي 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 التمهيدي للتقنين المصري . (٤) أوجب التقنين العراقي على المدين أن يحلف يميناً على أن ذمته غير مشغولة بالدين ، كما كان الأمر في المشروع التمهيدي للتقنين المصري . أما أن التقادم يسرى حتى لو بقي الدائن مستمراً فيما يقوم به ، أما أن تحرير سند بالدين يجعل مدة التقادم خمس عشرة =

المسألين خلافاً قد نشب في عهد التقنين المدني السابق وتمثل في أحكام متضاربة أصدا القضاء في ذلك العهد (١) .

٦٠٤ - (٢) حقوق الاطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء وأمناء التفليسة والسماصرة والاساتذة والمعلمين - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٧٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

«تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء وأمناء التفليسة والسماصرة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات (٢) .

= واختار ما قضت به محكمة الاستئناف الأهلية بدواؤها المجتمعة - ٣ مايو سنة ١٩٣٠ لضمور الرسمية ٣١ ص ٢٧٤ رقم ١٠٦ - وقد بنت هذه المحكمة قضاءها على أن غلة الوقف تظل للمستحق ، ولا يتقادم حقه فيها ما بقيت مفرزة في يد الناظر غير مختلطة بماله ، لأن هذه اليد أم لا تملك . ولكن إذا كان الناظر قد استهلك هذه الغلة بتعديه أو بتقصيره ، أصبح مستولياً من فاد المستحق ، وكان لهذا أن يطالبه بحقه باعتباره ديناً لا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . وقد تقدم المشروع أجاز تقادم الديون المترتبة على الفعل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات في بعض الصور وبانقضاء خمس عشرة سنة في صور أخرى . بيد أنه رأى استبعاد التقادم الثلاثي في هذه الحالة ، لا يتقادم دين المستحق في الوقف بمدة أقل من مدد تقادم الديون الدورية المتجددة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥ - ٣٠٦) .

(١) انظر ما جاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ ، وقد سبق ذكره عند إيراد تاريخ نص المادة ٣٧٥ (انظر أنفاً فقرة ٥٩٩ في الهامش) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/٥١٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «١١ تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية : (١) حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماصرة والأساتذة والمعلمين ، وبوجه عام حق كل من يزاول مهنة حرة ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل وما تكبدوه من مصروفات» . وفي لجنة المراجعة أقرت النص بمادة مستقلة هي المادة ٣٨٩ من المشروع النهائي ، ورفعت مدة التقادم إلى خمس سنوات بدلا من سنة واحدة . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذف عبارة «وبوجه عام» ككل من يزاول مهنة حرة ، وجاء في تقرير اللجنة في خصوص هذا الحذف ما يأتي : «حلفت على المادة عبارة «وبوجه عام» حق كل من يزاول مهنة حرة ، وبهذا أصبح النص قاصراً على من ذكره» . وقد رأت اللجنة أن في العبارة المحذوفة توسعاً يجعل الحكم غير منضبط ، ويحسن في مدد التقادم أن تعين الحقوق التي تتقادم بانقضاء هذه المدد تمييزاً نافعاً للشبهة . وأضافت اللجنة بعد كلمة عبارة «من أعمال مهنتهم» ، زيادة في البيان المقصود . وأصبحت المادة رقمها ٣٧٦ - ٣٧٧ مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٠ - ص ٣١٣) .

٦٠٥ - الديون المستحقة لطائفة من أصحاب المهن الحرة تتقادم بخمس سنوات
 ونرى مما تقدم أن هناك طائفة من أصحاب المهن الحرة - هم البارزون في أصحاب هذه المه
 - رأى المشرع أن تتقادم الحقوق المستحقة لهم بسبب مهنتهم بمدة أقصر من خمس عش
 سنة ، فجعل مدة التقادم فيها خمس سنوات فقط ، وذلك لسببين : (أولاً) أن العادة
 جرت بأن هؤلاء الدائنين يتقاضون حقوقهم عقب انتهاء خدماتهم ، ولا يسكتون طويلاً
 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 أ
 يحتفظ المدينون بمخالصات عن ديون مضى على استحقاق أكثر من خمس سنوات . (ثانياً)
 وحتى لو ثبت أن هؤلاء الدائنين لم يستوفوا حقوقهم التي مضى على استحقاقها أكثر من

= سنة ، فالحكم فيهما واحد في التقنين العراقي والمصري : انظر في التقنين المصري المادة ٢٧٩
 وسيأتي ذكرها - وانظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٨٦
 ومقالات في التقادم المسقط في القانون المدني العراقي للأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء
 السنة الخامسة عشرة ص ٥٣ - ص ٥٥ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٥١ : يسقط بحكم مرور الزمن بعد سنتين : (٣) حق دعوى
 المعلمين والأساتذة وأرباب معاهد التعليم الداخلية العامة والخاصة فيما يتعلق بالمرتبات المستحقة لهم من
 قبل تلاميذهم وباللوازم التي قدمت لهؤلاء التلاميذ ، وتبتدئ مدة مرور الزمن منذ حلول الأجل المقرر
 لاستحقاق المرتبات ...

م ٣٥٢ : يسقط أيضاً بمرور الزمن بعد سنتين : (١) حق دعوى الأطباء والجراحين والمولدين وأطباء
 الأسنان والأطباء البيطريين من أجل عياداتهم والعمليات التي أجروها واللوازم والمسلفات التي قدموها
 وتبتدئ مدة مرور الزمن من تاريخ العيادة أو العملية الأخيرة . (٢) حق دعوى الصيدليين من أجل
 الأدوية التي قدموها ، وتبتدئ مدة مرور الزمن من تاريخ تقديمها . (٣) حق دعوى المحامين وكلاء
 الدعوى من أجل أجورهم وسلفاتهم . وتبتدئ المدة المشار إليها منذ صدور الحكم النهائي أو من تاريخ
 عزلهم عن الوكالة . (٤) حق دعوى مهندس البناء والمساحة وسائر المهندسين والخبراء من أجل الخطط
 التي يرسمنها أو الأعمال التي يجرونها أو المسلفات التي يقدمونها ، وتبتدئ المدة من تاريخ تسليم
 الخطط أو إتمام الأعمال أو أداء المسلفات . (٥) حق دعوى الوسطاء فيما يختص بأداء بدل الوسوسة
 وتبتدئ المدة من تاريخ انعقاد الاتفاق .

م ٣٥٣ : في الأحوال المعينة في المادتين ٣٥١ و ٣٥٢ يجري حكم مرور الزمن ولو توصلت
 اللوازم أو التسليم أو الخدمة أو العمل .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري ، إلا فيما يأتي : (١) التقادم في
 اللبناني سنتان بدلا من خمس سنوات في التقنين المصري . (٢) لم يذكر في التقنين اللبناني
 ذكر في التقنين المصري : وكلاء التفليسة . (٣) أفاض التقنين اللبناني في بعض التفصيلات
 أغفلها التقنين المصري مقتصرأ فيها على تطبيق القواعد العامة) .

خمس سنوات ، فمن الإرهاق لمدينتهم أن يجبروا على دفع ديون مضت عليها هذه
 المدة وأهمل أصحابها في المطالبة بها . ويترتب على ذلك أنه يكفي أن يتمسك المدين
 بالتقادم حتى يتقضى 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 التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على عبارة عامة تتناول
 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 - الأطباء : ويشمل هذا اللفظ كل طبيب ، سواء كان متخصصاً أو غير متخصص ،
 ويدخل الجراحون والمولدون وأطباء الأسنان والبيطرة^(٣) . ولكن لا يدخل من ليس بطبيب
 وإن كان يباشر العلاج أو يساعده فيه ، فلا يدخل الأطباء النفسانيون ولا الممرضون
 (التمرجية) ولا المولدات غير الطبييات ولا المدريون على الألعاب الرياضية لأغراض صحية .
 والديون المستحقة للأطباء التي تتقادم 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 ، يحسب الأجر عن مجموع هذه الزيارات كأنه دين واحد ، ولا يبدأ
 سريان التقادم إلا عند انتهاء آخر زيارة ، حتى لو طال المرض^(٤) ، وهذا ما لم يكن العلاج

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٣ - وانظر تاريخ نص المادة ٣٧٦ مدني أنفاً فقرة ٦٠٤ في
 الهامش .

(٢) أما غيرهم فيرجع فيه إلى الأصل وتكون مدة التقادم خمس عشرة سنة . ومن ثم فعق المؤلف قبل
 الناشر لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٣٠٥ ص 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 (أنفاً فقرة ٦٠٤ في الهامش) .

(٤) وقد قضت محكمة أسيوط بأن مبدأ التقادم لا يسرى 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) .

على فترات منفصلة فيحسب أجر عن زيارات كل فترة من هذه الفترات (١). فإذا لم يجر
دين لطبيب غلى هذا النحو ، ولم يطالب به مدة تزيد على خمس سنوات ، فإن الدين
ينقضى بالتقادم ، حتى لو كان الطبيب مستمراً في علاج نفس المريض ولكن في مرض آخر
غير المرض الذي استحق من أجله الدين المتقادم (انظر م ١/٣٧٩ مدني وسيأتي ذكرها).
وإذا حرر المدين للطبيب سنداً مكتوباً بالدين ، انقطعت مدة التقادم بهذا السند المكتوب (٢).
وبدأت مدة تقادم جديدة مقدارها خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الدين المدون في
السند (انظر ٢/٣٧٩ مدني وسيأتي ذكرها).

٢ - الصيادلة : وأغلب ما تكون حقوقهم التي تتقادم بخمس سنوات هي
الأدوية والعقاقير التي يبيعونها لعملائهم ، وكل صفقة تعتبر قائمة بذاتها ، والدين الناشئة
عنها يكون مستحق الأداء ويسرى عليه التقادم الخمسي منذ تمام الصفقة ، حتى لو استمر
الصيدلي بعد ذلك يقدم أدوية أخرى (م ١/٣٧٩ مدني). وقد يقوم الصيدلي بخدمات
ويتكبد مصروفات ، فهذه وتلك تعتبر ديوناً يسرى عليها التقادم الخمسي منذ استحقاقها ،
لم يطالب الصيدلي العميل بما يستحقه من دين في ذمته على النحو المتقدم الذكر ، وانقضى
على استحقاق الدين أكثر من خمس سنوات ، فإنه ينقضى بالتقادم . وإذا حرر المدين
للصيدلي سنداً بالدين ، فإن التقادم ينقطع ، ويحل محله تقادم جديد مدته خمس عشرة
(م ٢/٣٧٩ مدني).

٣ - المحامون : وهؤلاء يستحقون أتعابهم عند موكلتهم ، سواء ما اتفق عليه
ما قدر بمعرفة المحكمة (٣) ، فتتقادم هذه الأتعاب بخمس سنوات من وقت استحقاقها

(١) انظر المادة ٣٥٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني (أنفاً فقرة ٦٠٤ في الهامش) - وقد قضت
محكمة الإسكندرية الوطنية بأن سريان التقادم لا يبدأ إلا من وقت انقضاء التوكيل ، وقالت في أسباب
حكمها أن المحامي وكيل ، والتقادم في الوكالة لا يبدأ إلا من تاريخ انقضاء التوكيل ، فإذا وكل محام
لمباشرة نزاع معين وجب اعتبار كل ما يتعلق بهذا النزاع من إجراءات وما يرتبط به من قضايا متعددة
كلا لا يقبل التجزئة ، وحساب مدة التقادم ابتداء من انقضاء التوكيل بالنسبة إلى هذا النزاع المعين ،
أى بإتمام 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 قضت المادة ٥٠ من قانون المحاماة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ بأن حق المحامي في مطالبة موكله ، عند
عدم وجود سند بالأتعاب ، يتقادم بمضى خمس سنوات ميلادية.

(١) أ - حدد المشرع في المادة ٣٧٦ من القانون المدني تقادم حقوق أصحاب المهن الحرة ومنهم المحامون
بخمس سنوات ، ثم نص في المادة ٣٧٩ على أن يبدأ سريان التقادم في الحقوق المشار إليها في الوقت
الذي يتم فيه الدائون تقديماتهم ولو استمروا يؤدون تقديمات أخرى ، وعلّة ذلك - وعلى ما جاء
بالأعمال التحضيرية - أن الديون التي يرد عليها التقادم المذكور تترتب في الغالب على عقود تقتضي
نشاطاً مستمراً أو متجدداً ، يجعل كل دين منها قائماً بذاته رغم استمرار نشاط الدائن وتجدده ، فيسقط
بانقضاء مدة التقادم متى اكتملت ذاتيته ، وأصبح مستحق الأداء ، وذلك ما لم يثبت قيام ارتباط بينها
يجعلها كلاً غير قابل للتجزئة .

(الطنن رقم ٣٨٧ لسنة ٤٤ ق - جلسة ١٩٨٤/٣/٢٨)

(نقض جلسة ٧٣/٦/٢٨ ص ٢٤ من ٩٨٨)

ب - النص في المادة ٥١ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على أن يسقط حق المحامي في مطالبة
وكيله بالأتعاب عند عدم وجود سند بها بمضى خمس سنوات ميلادية من تاريخ انتهاء التوكيل ليس
إلا تطبيقاً للقواعد العامة في التقادم المسقط ، والمنصوص عليها في المواد ٣٧٦ ، ٣٧٩ ، ٣٨١ من
التقنين المدني وعلى ذلك فإن مدة التقادم المنصوص عليها في هذه المادة تسرى من الوقت الذي يتم فيه
المحامي العمل المنوط به بمقتضى التوكيل الصادر إليه على تقدير أن حقه في الأتعاب يصبح مستحق
الأداء من هذا الوقت.

(الطنن ١٧١ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢ - ص ٢٦ من ٧٤٤)

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٦ ص ٧٧٠ - ٧٧١ - وإذا عالج الطبيب مريضين في
واحدة وفي وقت واحد ، ترتب له دينان مستقلان أحدهما عن الآخر ، قد يخلف مبدأ سريان التقادم
كل منهما ، وقد يتقادم أحدهما دون الآخر . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التقاضي
هذا الصدد : « فإذا قام طبيب بعلاج مريضين في أسرة واحدة على التوالي ، ترتب له دينان
بذاتهما . ولكن تكرار العيادة لأحد المريضين يعتبر كلاً لا يتجزأ ، ولا يصبح الدين الواجب
مستحق الأداء إلا بعد انتهاء هذه العيادة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨ - ص ٣١٩)

(٢) وإذا حرر المدين السند بعد انتهاء مدة التقادم ، أمكن تفسير ذلك على أنه نزول منه عن مدة التقادم
أن تمت ، وبدأت مدة تقادم جديدة مقدارها خمس عشرة سنة . وقد قضت محكمة الاستئناف
بأن كتابة المدين للسند يقطع التقادم إذا كان لا يزال سارياً ، ويعتبر أنه تنازل عنه إذا كان قد
الحاليتين تكون المدة الجديدة التي تسرى هي خمس عشرة سنة (١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ٤٢٢)

(٣) أما ما تقدّمه المحكمة كأتعاب محاماة للخصم الذي كسب الدعوى ، وهو تعويض له عن
التي تكبدها في تعيين محام عنه ، فلا تسقط إلا بخمس عشرة سنة (دمهور ٧ أكتوبر
المجموعة الرسمية ٢٧ ص ٣٦ - الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٩ ص ٦٣٨ هامش رقم ٢).

٤ - المهندسون : ويستحقون أجورهم عند عملائهم من أجل التصميمات التي يقومون بها ومن أجل الإشراف على تنفيذ التصميمات ، وقد يتكبدون مصروفات وينفقون 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 للعمل (م ١/٣٧٩ مدني) . فإذا حرر العميل للمهندس سنداً بالدين ، انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدني) .

٥ - الخبراء وأمناء التفليسة والسماصرة : والخبير يستحق عند العميل أتعاب خبرته وقد يتكبد مصروفات لحساب العميل أثناء القيام بأعمال الخبرة . وأمين التفليسة (السنديك) يستحق أتعابه من مال التفليسة ، وقد يتكبد هو أيضاً مصروفات لحسابها . والسماسر يستحق عند العميل السمسرة المتفق عليها أو المقضى بها ، وقد يتكبد مصروفات لحساب العميل فكل هذه ديون تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاقها (١) ، ولو بقي الخبير أو أمين التفليسة أو السمسار يقوم بأعمال أخرى غير التي استحق من أجلها الأجر المتقادم (م ١/٣٧٩ مدني) . فإذا 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 يعطونها لهؤلاء ، وما إلى ذلك . فهذه كلها ديون تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاقها ، ويبقى الأستاذ أو المعلم مستمراً في القيام بخدمات أخرى غير التي استحق من أجلها الأجر المتقادم (م ١/٣٧٩ مدني) . فإذا ما حرر المدين سنداً بالدين ، انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدني) .

٦٠٦ - سريان التقنين المدني الجديد : ويلاحظ أن التقنين المدني الجديد قد أدخل تعديلات في التقنين المدني السابق في خصوص هذه المسائل تلتخص فيما يأتي :

١ - زاد التقنين المدني الجديد في أصحاب المهن الحرة الصيادلة والخبراء التفليسة والسماصرة والأساتذة فهؤلاء كانت ديونهم ، في عهد التقنين المدني السابق ، بخمس عشرة سنة ، فأصبحت الآن تتقادم بخمس سنوات ، أي بمدة أقصر . وتنص المادة

(١) وكان التقنين المدني القديم لا يذكر الخبراء ولا وكلاء التفليسة ولا السماصرة ، فكيف تسقط إلا بخمس عشرة سنة (الأزبكية ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة رقم ١٦١ ص ١٤٩)

من التقنين المدني الجديد على أنه ١ - إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره نص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة بدأت قبل ذلك . ٢ - أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي . ويخلص من ذلك أن ديون الصيادلة والخبراء وأمناء التفليسة والسماصرة والأساتذة إذا كانت قد تقادمت في عهد التقنين المدني السابق بانقضاء خمس عشر سنة ، فقد انقضت . أما إذا كان التقادم قد بدأ يسرى في حقها ولم يتم قبل العمل بالتقنين المدني الجديد ، فإذا كان الباقي من خمس عشرة سنة خمس سنوات أو أكثر ، سرى التقادم الخمسي من وقت العمل بالتقنين الجديد . أما أن كان الباقي من مدة التقادم القديم أقل من خمس سنوات ، فإن هذا الباقي هو الذي تتقادم به هذه الديون .

٢ - جعل التقنين المدني الجديد ، فيما يتعلق بديون الأطباء والمحامين والمهندسين والمعلمين ، مدة التقادم خمس سنوات ، بعد أن كانت في التقنين المدني السابق ثلاثمائة وستين يوماً توجه بعد انقضائها اليمين إلى المدين . فمدة التقادم هنا أطول مما كانت ، ولم يعد القانون يسمح بتوجيه اليمين إلى المدين . فإذا كان دين من هذه الديون قد انقضت بالنسبة إليه مدة التقادم القديمة - ثلاثمائة وستون يوماً - قبل نفاذ التقنين المدني الجديد ، فقد انقضى الدين بالتقادم ، ولم يبق إلا توجيه اليمين للمدين عملاً بأحكام التقنين المدني السابق . أما إذا كانت هذه المدة القديمة لم تنقض قبل نفاذ التقنين المدني الجديد ، فنفاذ هذا التقنين تطول مدة التقادم إلى خمس سنوات تبدأ من وقت أن سرت في عهد التقنين المدني السابق . فإذا كان قد مضى على استحقاق الدين نصف سنة مثلاً وقت نفاذ التقنين المدني الجديد ، فإن مدة التقادم تطول أربع سنوات ونصفاً أخرى غير نصف السنة التي انقضت . ومتى يتم التقادم على هذا النحو ينقضى الدين ، ولا يجوز عندئذ توجيه اليمين للمدين وفقاً لأحكام التقنين المدني الجديد .

٦٠٧ - (٣) حقوق التجار والصناع والعمال والخدم والاجراء - النصوص القانونية: وقد قدمنا هذه الحقوق على ما قبلها من الحقوق المذكورة في المادة ٣٧٧ مدني (الضرائب والرسوم المستحقة للدولة) حتى تعقب حقوق أصحاب المهن الحرة ، فقد كانت هذه الحقوق جميعاً تتقادم بمدة سنة واحدة في المشروع التمهيدي ، وفصل ما بينها التقنين المدني الجديد في صورته الأخيرة . وبقيت أحكام مشتركة ما بين هذين النوعين من الحقوق هي المذكورة في المادة ٣٧٩ مدني ، فنورد هنا نص المادتين ٢٧٨ و ٣٧٩ :

تنص المادة ٣٧٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - تقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :

ويقابل 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).

(١) التقنين المدني السابق م ٢٧٣/٢٠٩ : المبالغ المستحقة ... للباقة أثمان المبيعات لغير التجار مطلقاً ولهم فيما عدا ما يتعلق بتجارهم ... وللخدم ماهياتهم ، تزول بمضى ثلاثمائة وستين يوماً ، ولو استحقت ديون جديدة من قبيل ما ذكر في ظرف الثلاثمائة والستين يوماً المذكورة .

م ٢٧٦/١٢١ : في حالة ما إذا كانت المدة المقررة لسقوط الحقوق ثلاثمائة وستين يوماً فأقل ، لا تبرأ ذمة من يدعى التخلص بمضى المدة إلا بعد حلفه اليمين على أنه أدى حقيقة ما كان في ذمته ...

م ٢٧٧/٢١٣ : وأما الأرامل والورثة والأوصياء فيتخلصون بحلفهم أنهم لا يعلمون أن المدعى به مستحق .

(وتختلف أحكام التقنين المدني السابق عن أحكام التقنين المدني الجديد فيما يأتي : ١ - مدة التقادم في التقنين المدني السابق ثلاثمائة وستون يوماً ، وليست سنة كما هي في التقنين المدني الجديد . ٢ - لم ينص التقنين المدني السابق على العمال والأجراء ، واكتفى بذكر الخدم . كما أنه لم ينص على أصحاب الفنادق والمطاعم ٣ - لم ينص التقنين المدني السابق على انقطاع التقادم ، بتحرير سند بالدين ، وبدء 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 شرعي ، سنة واحدة في الحقوق الآتية : (أ) (ب) حقوق التجار والصناع عن أشياء ورودها لأشخاص لا يتجرؤون في هذه الأشياء : وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجرة الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه . لحساب عملائهم . (ج) حقوق العملة والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات . ٢ - ولا تسمع الدعوى في هذه الحقوق حتى لو بقي الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات . ٣ - ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى ، بمرور سنة واحدة ، أن يحلف يميناً ، توجهها المحكمة 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 - ولكن إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي يقرر عدم جواز سماع الدعوى بدلا من سقوط الحق - انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام =

« (أ) حقوق التجار والصناع عن أشياء ورودها لأشخاص لا يتجرؤون 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 يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أدى الدين فعلاً ، وهذه اليمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه ، وتوجه إلى المدين ، أو أوصيائهم إن كانوا قصراً ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء » .

وتنص المادة ٣٧٩ على ما يأتي :

« ١ - يبدأ سريان التقادم ، في الحقوق المذكورة في المادتين ٣٧٦ و ٣٧٨ ، من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقديماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى » .

« ٢ - وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » (١) .

(١) تاريخ النص :

م ٣٧٨ : ورد هذا النص في المادة ١/٥١٥ والمادة ٥١٦ من المشروع التمهيدي على وجه مماثل استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، مع اشمال النص على مادتين منفصلتين إحداهما عن الأخرى ومع خلاف في نص الفقرة الثانية من المادة ٥١٦ من المشروع التمهيدي وكانت تجري على الآتي : « وتوجه اليمين إلى من بقي حياً من الزوجين ، وإلى ورثة المدين وأوصيائهم إن كانوا يعلمون بوجود الدين » . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة للارتقاء بالأحكام ، وحذفت عبارة « إلى من بقي حياً من الزوجين » لأنه داخل في عداد الورثة ، وأصبحت رقمها ٣٩١ من المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ عبارة « أو يعلمون بحصول الوفاء » في نهاية الفقرة الثانية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٧٨ الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٧ - ص ٣٢٠) .

م ٣٧٩ : ورد هذا النص في المادة ٢/٥١٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « الحقوق ، حتى لو بقي الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات ، ولا تسمع الدعوى في هذه الحقوق حتى لو بقي الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات » . وفي لجنة المراجعة عدل النص وأضيف إليه فقرة ثانية ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢١ - ص ٣٢٢) .

٦٠٨ - التقادم في هذه الحقوق يقوم على قرينة الوفاء : ويخلص من النصوص المتقدم ذكرها أن حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجر تتقادم كلها بسنة واحدة ، وهي مدة قصيرة لأن المألوف في التعامل أن هؤلاء الدائنين يتقاضون حقوقهم فور استحقاقها ، وإذا أمهلوا المدين فلا يمهلونه أكثر من عام ، لأن هذه الحقوق هي 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 تنقضى بالتقادم (١) .

= 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 عشر ص ٥٥ - ص ٥٨ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٥١ : يسقط بحكم مرور الزمن بعد سنتين : ١ - حق دعوى البيعة وملتزمي 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 البيتية . ويتبدى مدة مرور الزمن من يوم تقديم هذه الأشياء ... ٤ - حق دعوى الخدم المختصة بما لها من الأجر والمسلفات وسائر الموجبات المستحقة لهم ، بمقتضى عقد الاستخدام ، وكذلك حق السيد على خدامه فيما يختص بالمال المسلف لهم بصفة كونهم خدماً . ٥ - حق دعوى العمال والمقربين فيما يختص بأجورهم ولوازمهم ويوميتهم والمال الذي أسلفوه من أجل خدمتهم ، وكذلك حق دعوى المستخدم أو رب العمل فيما يختص بالمال المسلف لعماله بصفة كونهم عمالا . ٦ - حق دعوى أصحاب الفنادق والمطاعم فيما يختص بتقديم السكن والطعام لعمالهم وبالمال المسلف لهم . ٧ - حق دعوى مؤجري الأثاث والأشياء المنقولة من أجل بدل إيجارها . ٩ - حق دعوى العملة المأجورين فيما يختص بالتعويضات التي يمكنهم أن يطالبوا بها حسب المادتين ٦٥٢ و ٦٥٦ من القانون المذكور م ٣٦٣ : في الأحوال المعينة في المادتين ٣٥١ و ٣٥٢ يجرى حكم مرور الزمن وإن تواصل التقادم للوازم أو التسليم أو الخدمة أو العمل .

(وتختلف أحكام التقنين اللبناني عن أحكام التقنين المصري فيما يأتي : (١) مدة التقادم في التقنين اللبناني سنتان لا سنة واحدة . (٢) يشمل نص التقنين اللبناني حقوق المزارعين ومنتجي المواد الأولية وحق السيد على الخدم في القروض التي يقدمها لهم باعتبارهم خدماً ، 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 اللبناني على أن تجرى سنة التقادم ويقطع التقادم ويجرى تقادماً جديداً مدته خمس عشرة سنة ، كما فعل التقنين المصري) .

(١) التقادم المنصوص عليه في المادة ٣٧٨ من القانون المدني - وهو يقتصر على حقوق التجار عن أشياء ورودها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عمالهم ، وحقوق العمال والخدم والأجراء من غير يومية ومن ثم ما قاموا به من توريدات ، يقوم على قرينة الوفاء ، وهي فطنة رأى الشارع بقصر

ولكن لما كان القانون يفرض هنا - نظراً لقصر مدة التقادم - أن المدين قد وفى الحق في 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 النحو 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 قدمنا ، 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 متممة يحلفها المدين على واقعة شخصية له هى أداءه الدين فعلاً . 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 أو إلى ورثته . وتوجه إلى هؤلاء ، دون الدائن . وإذا حلفها من وجهة إليه ، كسب الدعوى حتماً . على أنها

= بين المدعى عليه وهى يمين الاستيثاق وأوجب على من يتمسك بان الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً بينما التقادم المنصوص عليه فى المادة ٦٩٨ - وهو لا يقتصر على دعاوى المطالبة بالأجر وحدها بل يمتد إلى غيرها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل - لا يقوم على هذه المظنة . ولكن على اعتبارات من المصلحة العامة هى ملاءمة استقرار الأوضاع الناشئة عن عقد العمل والموائمة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل سواء ، ومن ثم فهو لا يتسع لتوجيه يمين الاستيثاق لاختلاف العلة التى يقوم عليها ويدور معها ، واذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على أن التقادم المنصوص عليه فى المادة ٦٩٨ من القانون المدني (هو تقادم عام ومطلق لم يعتد الشارع بأى إجراء آخر كتوجيه يمين الاستيثاق أو غيرها ، فإنه لا يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٦٦/١/١٢ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص ١٠٢)

(جلسة ١٩٧٢/٣/٢٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ ص ٥٢١)

(١) الوسيط جزء ثان فقرة ٣١٧ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٩ .

إلا أن يجعل المدين يحزر 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 ، ما يترتب في ذمته من أجر للخدمات التي يقدمها الفندق من غسيل وكي 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 يحزر 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 (١) .

(والفريق الثاني) هم العمال والخدم والأجراء ، عما يستحقونه من أجور عند أرباب العمل (١) ، وعما قاموا به من توريدات لمخدوميهم . والعمال هم عمال المصانع والمتاجر

(١) انظر المادة ٣٥١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني (أنفاً فقرة ٦٠٧ في الهامش) وتجعل حق مؤجر الأثاث والأشياء المنقولة تتقادم بستين .

هذا وقد يستأجر العميل غرفة في فندق ويدفع أجرها شهراً فشهراً ، 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 .

(١) أ - لم ينظم قانون العمل الصادر بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ قواعد التقادم بشأن الدعوى الناشئة عن عقد العمل وإنما تركها للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني .

(جلسة ١٩٧٧/١/١٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص ٢٤٤)

ب - الدعوى الناشئة عن عقد العمل سقوطها بانقضاء سنة من تاريخ انتهاء العقد عملاً باحكام المادة ٦٩٨ من القانون المدني وقد راعى الشارع فيها استقرار الاوضاع الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعميل على حد سواء وهو يسرى على دعاوى التعويض عن الفصل التعسفي والمطالبة بالأجور كما يسرى على دعاوى المطالبة بالمقابل النقدي عن رصيد الاجازات المنصوص عليها في المادتين ٤٥ ، ٤٧ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ .

(جلسة ٢٠٠٠/٦/٨ الطعن رقم ١١٤٣ لسنة ٦٩ ق)

(جلسة ٢٠٠٠/٥/٩ الطعن رقم ١٤٤٣ لسنة ٦١ ق)

تبقى بعد كل ذلك في نظرنا يميناً متممة لا يميناً حاسمة ، فهي تختلف اختلافاً جوهرياً عن اليمين الحاسمة في أنها ليست هي الدليل الوحيد في الدعوى ، بل هي دليل تكميلي يعزز الدليل الأصلي وهو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء سنة على وجود الدين . على أن هناك رأياً يذهب إلى أن اليمين هنا يمين حاسمة إجبارية يوجهها القاضى 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 تتقادم بسنة واحدة : والدائنون في الحقوق التي تتقادم

بسنة واحدة فريقان :

(الفريق الأول) التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم . ويستحق التاجر أو الصناع 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 ، فإن الدين الذي يترتب في ذمته للتاجر أو الصناع يتقادم بسنة واحدة ، لأن مثل هذه الديون لا تبقى عادة في ذمة المدين أكثر من هذه المدة . ويقدم الدين حتى لو استمر الدائن في توريد أشياء أخرى للمدين ، فكل صفقة قائمة بذاتها بتقادم الدين فيها مستقلاً عن غيره من الديون في الصفقات الأخرى . والعبرة في تميز الصفقة عن الصفقات الأخرى بالمألوف المعتاد ، فمن الناس من تعود «الاستجرار» طوال الشهر ويدفع شهراً فشهراً ، ومنهم من يدفع أسبوعاً فأسبوعاً ، ومنهم من يدفع يوماً فيوماً . فتمت الصفقة واستحق الدين بحسب المألوف في التعامل بين المدين والدائن ، بدأ سريان التقادم (٢) . وإذا أراد الدائن أن يمنع تقادم الدين في هذه المدة القصيرة ، فما عليه

(١) الوسيط جزء ثان ٢ فقرة ٣١٧ ص ٥٨٩ - ص ٥٩٠ - وانظر أيضاً فقرة ٣٣٥ ص ٣١٩

٦٢٠

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «والغالب في الديون التي يرد عليها التقادم الحولي أن تترتب على عقود تقتضي نشاطاً مستمراً أو متجدداً ، كخدمات الأجراء وعمل من المهن الحرة وتوريد البضائع وما إلى ذلك . بيد أن كل دين من هذه الديون يعتبر قائماً باستمرار نشاط الدائن وتجده ، ويسقط بانقضاء سنة متى اكتمل ذاتيته وأصبح مستحقاً ويستحق أداء ثمن ما يورده التاجر عادة لعميله كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨ - ٣١٩) .

سنة قبل نفاذ التقنين الجديد ، فإن الحق يكون قد انقضى في عهد التقنين السابق ، ولا محل إذن للقول بتقادم جديد .

أما بقية الدائنين من الصناع والتجار والخدم . فقد كانت حقوقهم تتقادم بثلاثمائة وستين يوماً في عهد التقنين المدني السابق ، فطالت مدة التقادم في عهد التقنين المدني الجديد إلى سنة كاملة ، أي زادت نحو خمسة أيام . فالحق الذي كان التقادم قد تكامل بالنسبة إليه ، أي انقضى على استحقاقه ثلاثمائة وستون يوماً قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، يكون قد سقط بالتقادم وفقاً لأحكام التقنين السابق . أما إذا كان الحق لم ينقض على استحقاقه قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ثلاثمائة وستون يوماً ، فإنه لا يتقادم إلا بانقضاء سنة كاملة من وقت سريان التقادم القديم . فلو أن حقاً كان قد انقضى على استحقاقه عند نفاذ التقنين الجديد تسعة أشهر ، فإن مدة التقادم الباقية تكون ثلاثة أشهر تبدأ من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩^(١) .

٦١١ - (٤) الضرائب والرسوم المستحقة للدولة - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٧٧ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

١ - يتقادم 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 - ويتقادم بثلاث سنوات أيضاً الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ، ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها .

(١) وقد كان هناك تعارض ملحوظ في أحكام التقنين المدني السابق ، إذ كانت مدة التقادم في حقوق الخدم ثلاثمائة وستين يوماً ، وكانت مدة امتياز هذه الحقوق سنة كاملة ، فكان الحق يسقط بالتقادم قبل تكامل مدة امتيازها (الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٩ ص ٦٣٩ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٤١ فقرة ص ٦٤٦) . وقد توفى التقنين المدني الجديد هذا التعارض ، فجعل مدة التقادم سنة كاملة ومدة الامتياز ستة أشهر فقط . فالحق يكون لسنة أشهر حقاً ممتازاً ، ويكون لسنة أشهر أخرى ديناً عادياً ، ثم يسقط بالتقادم .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : «يراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد عدل مدة التقادم المنصوص عليها في التقنين الحالي (السابق) : م ٢٧٣/٢٠٩ ، فجعلها سنة ميلادية بعد أن كانت ثلاثمائة وستين يوماً ، وبذلك وفق إلى محو التناقض الملحوظ في نصوص هذا التقنين بين أحكام هذه المدة وأحكام مدة امتياز ديون الأجراء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨) .

والمزارع . والخدم والأجراء هم الطهارة والسواقون «والسفرجية» والبوابون «والجنائنية» و. المنازل والفنادق والمطاعم . ويدخل ضمن الأجراء صغار الصناع من سباكين وحدا ونجارين وميكانيكيين ونحوهم ، وإذا لم يدخلوا ضمن الأجراء دخلوا ضمن الصناعات فحقوقهم في جميع الأحوال تتقادم بسنة واحدة . والحقوق التي تترتب لمثل هؤلاء الدائنين تدفع عادة في مواعيد استحقاقها ، إذ هي مورد عيشهم . فإذا تأخر الدائن عن المطالبة مدة سنة كاملة ، تقادم حقه وسقط ، حتى لو بقي مستمراً في توريد خدماته للمدين . يبقى العامل في المصنع ، تقادم أجره بحسب ميعاد استحقاقه ، يوماً فيوماً أو أسبوعاً فأسبوعاً أو شهراً فشهوراً . وإذا بقي الخادم في المنزل ، تقادم حقه شهراً فشهوراً بحسب ميعاد الاستحقاق . أما الأجير العارض ، كالتجار والحداد ، فيستحق أجره بمجرد انتهاء عمله ، وسريان التقادم من هذا الوقت . وإذا أراد الدائن منع هذا التقادم القصير ، جعل المدين يمد سناً بالدين ، فيبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة . هذا ويلاحظ أن أجور الموظفين والمستخدمين ومهاياهم ومراتبهم ومعاشاتهم غير أجور العمال والخدم والأجراء ، فقد رأينا أنها تتقادم بخمس سنوات .

٦١٠ - سريان التقنين المدني الجديد : رأينا أن التقنين المدني الجديد جعل من التقادم في الحقوق المتقدمة الذكر سنة ميلادية كاملة بدلاً من ثلاثمائة وستين يوماً وهي مدة التقادم في التقنين المدني السابق . أما الدائنون في التقنين المدني السابق فكانوا «الباعة» عن أئمة 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» الذي 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 تتقادم بخمس عشرة سنة ، فأصبحت وفقاً لأحكام التقنين الجديد تتقادم بسنة واحدة . فمن كان من هؤلاء حق سري ضده التقادم في عهد التقنين المدني السابق ، ولم يتكامل بل بقي على تكامل سنة أو أكثر ، فإن هذا الحق ، منذ سريان التقنين الجديد ، يسرى ضده التقادم ، الجدد ومدته سنة واحدة ، حتى لو كانت المدة الباقية من التقادم القديم تبلغ أربع عشرة سنة . وإذا كانت المدة الباقية من التقادم القديم أقل من سنة ، فإن هذه المدة الباقية هي التي يتقادم الحق بانقضائها . فلو أن الحق كان قد مضى على استحقاقه أربع عشرة سنة ونصف ، فإنه يتقادم بعد انقضاء نصف سنة فقط من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ (أنظر المذكرة) من التقنين المدني الجديد وقد تقدم ذكرها) . أما إذا كان التقادم قد تكامل بخمس سنوات

٣ - ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة (١) ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٤/٢١٠ (٢).

ولا مقابل له في التقنينات المدنية العربية الأخرى ، فيما عدا التقنين الليبي فتقابا المادة ٣٦٤ (٣).

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن مدة التقادم في الضرائب والرسوم المستحقة للدول هي بوجه عام ثلاث سنوات (٤) ، ما لم يرد في قوانين الضرائب والقوانين الخاص

(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 ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٥).

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٧٤/٢١٠ : المبالغ المستحقة للمحضرين وكتابة المحاكم عن رسوم أوراق يسقط حق المطالبة بها بمضى مدة ثلاثين سنة يوماً اعتباراً من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي تحررت في شأنها الأوراق المذكورة أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل المرافعة .

(وقد كان هذا النص مقحماً في التقنين المدني السابق ، وقد أخذ عن التقنين المدني الفرنسي : ١/٢٢٧٢ ، حيث لا يعتبر المحضرون موظفين في الدولة ، بل يتقاضون أتعاباً على أعمالهم تتقدم بسنة واحدة . ولذلك لم ينقل المشروع التمهيدى هذا النص ، وورد في مذكرته الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : « وقد أغفل المشروع ذكر عبارة المبالغ المستحقة للمحضرين وكتابة المحاكم في البيان الوارد في المادة ٥١٥ ، مراعيماً في ذلك أن التقنين الحالي - السابق - أخطأ في إقحام هذه العبارة في نص المادة ٢٧٤/٢١٠ . والواقع أن المحضرين والكتابة يعتبرون وفقاً لنظام الإدارة في مصر ضمن موظفي الحكومة على نقيض ما هو متبع في فرنسا . وعلى هذا الأساس تكون المبالغ التي تستحق لأولئك وهؤلاء ، بسبب ما يؤدون من أعمال رسمية للمتقاضين ، ديناً للحكومة يدخل في حساب الرسوم القضائية : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨ - ثم صدر بعد ذلك قانون رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ يعدل المادة ٢٧٤/٢١٠ - وسيأتي ذكره - وهذا التعديل هو الذي نقله التقنين المدني الجديد - انظر الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٩ ص ٦٣٩ - ص ٦٤٠ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٤٢ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري (لا مقابل - وتسرى القوانين الخاصة)

التقنين المدني الليبي م ٣٦٤ (مطابقة للمادة ٣٧٧ من التقنين المدني المصري)

التقنين المدني العراقي (لا مقابل - وتسرى القوانين الخاصة)

تقنين الموجبات والعقود اللبناني (لا مقابل - وتسرى القوانين الخاصة)

(٤) كانت الضرائب تتقدم - قبل الأمر العالى الصادر في ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ - بخمس سنوات هجرية ، باعتبارها ديوناً دورية متجددة تطبيقاً للمادة ٢٧٥/٢١١ من التقنين المدني السابق (استئناف مختلعة ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٨٩ - ١٧ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٧٠) . ثم صدر الأمر العالى

الأخرى نصوص تقضى بغير ذلك (١) (١).

= السالف الذكر ، فقضى بسقوطها بعد مضي ثلاث سنوات ميلادية لا يوقف سريانها ولا ينقطع . ثم صدر قانون رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ يعدل المادة ٢٧٤/٢١٠ من التقنين المدني السابق ، ويحدد مدة ثلاث سنوات ميلادية لسقوط الحق في الضرائب والرسوم المستحقة لقلم الكتاب والمصروفات القضائية ، وبهذا يضع حداً للبلبلة القائمة ، ويوحد أحكام سقوط الحق في مواد الضرائب والرسوم والمصاريف القضائية وأى رسوم أخرى ، سواء كان صاحب الحق هو خزينة الحكومة أو أفراد الناس (من المذكرة الإيضاحية للمادة ٢١٠ المعدلة) . وقد عدل نص المادة ٢٧٤/٢١٠ من التقنين المدني السابق على الوجه الآتي : يسقط الحق في المطالبة بالمبالغ المستحقة بصفة ضريبة أو رسم بمضى ثلاث سنين ميلادية من تاريخ استحقاقها . ولا يبدأ سريان هذه المدة بالنسبة للضرائب أو الرسوم السنوية إلا من نهاية السنة التي تستحق عنها تلك الضرائب أو الرسوم السنوية إلا من نهاية السنة التي تستحق عنها تلك الضرائب والرسوم . وفيما يتعلق بالرسوم التي تستحق عن أوراق قضائية فيبدأ سريان هذه المدة بالنسبة لها من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي حررت بشأنها تلك الأوراق أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل المرافعة . ويسقط الحق في المطالبة برد المبالغ التي دفعت بغير حق بمضى ثلاث سنين من يوم دفعها . وكل ذلك مع عدم الإخلال بأحكام القانونين رقمي ١٤ لسنة ١٩٣٩ و ٤٤ لسنة ١٩٣٩ . (انظر الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٤٢) . وهذا التعديل الصادر في سنة ١٩٤٠ هو الذي نقل عنه التقنين المدني الجديد كما سبق القول .

(١) وقد وردت فعلاً نصوص مخالفة في بعض قوانين الضرائب . من ذلك الفقرة الأولى من المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، وهي تقضى بسقوط حق الحكومة في المطالبة بما هو مستحق لها بموجب هذا القانون بمضى خمس سنوات . ثم عدلت هذه المدة إلى عشر سنوات بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالنسبة إلى الضرائب المستحقة عن سنوات ١٩٣٨ - ١٩٤٠ . وتبدأ المدة من وقت وضع الإيراد تحت تصرف الممول (نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٤ ص ١٢١١) . ولا تنقطع بخطاب موصى عليه من مصلحة الضرائب ، ولكن يصدر الوارد على النموذج رقم ٤ ضرائب (نفس الحكم) .

(١) أ - تنص المادة الأولى من القانون ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ بشأن تقادم الضرائب والرسوم على أن تتقدم بخمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أو لأي شخص اعتباري عام ما لم ينص القانون على مدة أطول ، وتنص المادة ٣٧٧ من القانون المدني على أن « يبدأ سريان التقادم في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التي يستحق عنها ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة » وإذا خلا القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٣٥ الخاص بتقدير ايجار الأراضي الزراعية والقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ الخاص بضريبة الأطنان من تحديد تاريخ بدء التقادم في الضريبة العقارية فإنه يتحتم الرجوع في ذلك إلى القواعد العامة .

(الطعن ٦٠٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١١/٢١ ص ٢٩ ص ١٧٢٦)

(جلسة ١٩٧٠/٤/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٦٢٥)

ب - تقضى المادة ٩٧ مكررة من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ المضافة بالقانون ٣٤٩ لسنة ١٩٥٢ بأن تتقدم الضريبة يبدأ من اليوم التالي لانتهاؤ الأجل المحدد لتقديم الاقرار المنصوص عليه في المادة ٤٨ من ذلك القانون .

(الطعن ٣ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/١١/٢٢ ص ٢٧ ص ٢٨٤)

= ج - الرسم الذي تعنيه المادة ٢٢ من القانون رقم ٦٨ سنة ١٩٥٩ - الذي يتقادم بثلاث سنوات بالتطبيق لحكم المادة ٣٧٧ مدني - هو المبلغ الذي تستحقه الدولة مقابل ترخيصها بإجراء أى عمل من الأعمال المبينة فيها داخل حدود الأملاك العامة ذات الصلة بالرى والصرف ، وهو يختلف عن مقابل الانتفاع الذي يستحق للدولة عن جزء من الأملاك العامة بغير ترخيص الذي لا يتقادم إلا بالمدة الطويلة كما أنه ليس من الحقوق الدورية المتجددة التي تسقط بالتقادم الخمسى .

(الطعن رقم ٥٣١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤ من ١٣ ص ٧٠٦)

د - فى خصوص الضريبة على الأرباح التجارية لا تستطيع مصلحة الضرائب مطالبة الممول بالضريبة على أرباحه إلا بعد مضى شهرين من انتهاء سنته المالية ، وفى حالة توقف المنشأة عن العمل وعدم إخطار المصلحة به فإن موقف المصلحة إزاء المنشأة لا يتغير إذ يمتنع عليها مطالبة المنشأة بدين الضريبة إلا بعد شهرين من انتهاء سنتها المالية ، وبالتالي فإن التقادم المسقط لدين هذه الضريبة لا يبدأ سريانها إلا من هذا التاريخ دون اعتبار لتوقف المنشأة عن العمل حتى ولو كان التوقف راجعاً لوفاء الممول ما دامت المصلحة لم تخطر به ، علم مصلحة الضرائب بالوفاء لا يعنى عن الأخطار الذى أوجبه القانون مؤيداً بالوثائق والبيانات اللازمة لتصفية الضريبة .

(الطعن رقم ٣٣١ سنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١١/١٧ من ٤٠ ص ٨٣٤)

(الطعن رقم ٢٠٧ سنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/١ من ١٥ ص ٤٩٢)

(الطعن رقم ٢٢٩ سنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/١٢/٢٠ من ١٢ ص ٧٩٦)

هـ - وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ على أنه يفرض رسم على أيلولة الشركات يعتبر مستحقاً من وقت الوفاة مسجولاً على صافى نصيب الوارث، ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٢ على أنه تسقط الرسوم المفروضة بمقتضى هذا القانون بمضى خمس سنوات من تاريخ استحقاق الرسوم، كما نصت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه يفرض على الشركات ضريبة تعتبر مستحقة من تاريخ الوفاة وتحسب على صافى قيمة شركة كل من يتوفى من تاريخ العمل بهذا القانون وتستحق هذه الضريبة مع رسم الأيلولة وبالإضافة إليه وتسرى بالنسبة إليها أحكام القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ ، فإنها بذلك تكون قد دلت على أن الوفاة هي الواقعة المنشئة لرسوم الأيلولة والضريبة على الشركات باعتبارها سبب الأيلولة والحادثة المؤثر فى انتقال الملك من الميت إلى الحي وينشأ حق الخزانة العامة بتحقيقه كما دلت على أنه من تاريخ نشوء الحق فى رسوم الأيلولة والضريبة على الشركة - وهو تاريخ الوفاة - يبدأ تقادمها . والقول بأن رسم الأيلولة والضريبة على الشركات لا تتكامل عناصرها ويتكامل الالتزام بها فور تحقق الواقعة المنشئة لها ومن ثم لم يبدأ تقادمها إلا من التاريخ الذى تصبح فيه واجبة الأداء ، مردود بأن الأصل فى الضرائب والرسوم أن يبدأ سريان تقادمها من تاريخ تحقق الواقعة المنشئة لها أو من «نهاية السنة التى تستحق عنها» وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٧٧ من القانون المدنى ما لم ينص القانون على غير ذلك ، ومن أنواع الضرائب المنصوص عليها فى القانون رقم ١٤ سنة ١٩٣٩ والقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ - الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية والضريبة على المهن الحرة والضريبة العامة على الإيراد - ما لا تتكامل عناصرها ويتكامل الالتزام بها فور تحقق الواقعة المنشئة لها ومع ذلك لم ينص القانون على أن يبدأ تقادمها من التاريخ الذى تصبح فيه واجبة الأداء وإنما يلتزم فى شأنها القواعد العامة فى تقادم الضرائب . هذا وبالرجوع إلى القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ يبين أنه خول مصلحة الضرائب سلطة الخزانة العامة التحفظية على الشركة من تاريخ الوفاة بل أجاز لها أن تأمر عند الاقتضاء باتخاذ ما تراه من شأنه

فما لم يرد إذن نص مخالف ، تكون مدة التقادم فى الضريبة العقارية (١) (١) 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 (٢) ، هى ثلاث سنوات تبدأ من نهاية السنة التى تستحق عنها الضريبة ، فمن هذا الوقت إذن يبدأ سريان التقادم .

= التحفظية لصيانة حقوق الخزانة العامة بما فى ذلك وضع الاختتام « وأن تتولى بنفسها حصر موجودات الشركة سواء بالاتفاق مع أصحاب الشأن أو من غير معاونتهم » وفى حالة قيام نزاع على صفة الوارث « وأن تطلب وضع أعيان الشركة تحت الحراسة القضائية » وجعل ميعاد التقادم لا يبدأ إلا من التاريخ الذى تصبح فيه رسوم الأيلولة والضريبة على الشركة واجبة الأداء - مع قيام هذه السلطة - من شأنه ترك زمام السقوط بيد مصلحة الضرائب بحيث يسعها أن تتراخى ما شاءت فى حصر أعيان الشركة وتقديرها وإعلان الورثة ومن فى حكمهم بهذا التقدير وبمقدار الرسم المستحق على كل منهم وهى مطمئنة إلى عدم سقوط حقها مهما طال الزمن ، وفى ذلك تعطيل للحكمة التى توخاها الشارع من التقادم ولحقوق ذوى الشأن فى الشركة قبل الإفراج عنها من غير مبرر ولا ضرورة تقتضيه .

(الطعن رقم ٦٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٤/٢٨ من ١٦ ص ٥٠٤)

(جلسة ١٩٧٨/١/١٠ الطعن ٢٦١ لسنة ٤٤ ق)

(١) 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 إلا ضماناً للوفاء به . وقد قضت محكمة النقض بأن دين الضريبة 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 إلا 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) .

(٢) أما العوائد المستحقة للمحليات والمجالس المحلية وللأشخاص المعنوية العامة الأخرى غير الدولة فلها فى تقادمها أحكامها الخاصة .

(١) يسقط دين الضريبة العقارية 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 إلا 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 الدين الأخرى قبل سقوطه بالتقادم ، والأصل أن النص التشريعى يدور مع علته وجوداً وعدماً ، وتحقق الحكمة منه أو تخلفت . وتبعاً فإنه يكون فى غير محله ما تحدثت به الطاعنة من أن المادة ٨ من الأمر العالى الصادر فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ قد وردت بشأن الحجز الإدارى ، وأن الغاية منها هى غل يد الحكومة عن مباشرة هذا الحجز بعد انقضاء المدة المنصوص عنها فيها فلا تحول دون اقتضاء دينها بالوسائل الأخرى وتبعاً فإنه إذا بيع العقار =

وكذلك الرسوم المستحقة للدولة (1)، كرسوم الترخف ورسوم البريد ورسوم القضا والأوراق القضائية ، تتقدم بثلاث سنوات من وقت استحقاقها . وتستحق الرسوم عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي حررت في شأنها هذه الأوراق ، فإن لم تحصل مرافعة فمن تاريخ تحريرها ، ويبدأ سريان التقادم من هذا الوقت أو ذاك .

وكما يسرى تقادم ثلاث سنوات في حقوق الدولة قبل الممولين في الضرائب والرسوم كذلك يسرى تقادم ثلاث سنوات في حقوق الممولين قبل الدولة إذا دفع الممولون ضرائب أو رسوماً أكثر من المستحق وجاز لهم استرداد الزيادة (2) . ومدة التقادم هذه تعادل مدة التقادم المقررة في استرداد دفع غير المستحق بوجه عام (أنظر م ١٨٧ مدني) ، إلا أن التقادم في

= المستحقة الضريبة بسببه تصبح المادة ٨ المذكورة غير ذات موضوع ، ويصبح دين الحكومة متعلقاً بضمن العقار ، وبخاصة من حيث سقوطه لمدة التقادم الطويلة . هذا التحدي في غير محله لأن السقوط المنصوص عنه في المادة ٨ المذكورة وارد على الحق في المطالبة بالأموال الأميرية وليس مقصوراً على إجراءات هذه المطالبة وطرق اقتضاء الدين . وقد أكد هذا المعنى القانون رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ الخاص بتحديد مدة سقوط حق المطالبة بالضرائب والرسوم ، وقد ألغى بالمادة الثانية منه بالمادة ٨ من الأمر العالي الصادر في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بشأن الحجر الإداري .

(جلسة ١٩٥٢/٥/١ العن رقم ١٨٨ سنة ٢٠ ق)

(جلسة ١٩٧٨/١١/٢١ الطعن رقم ٦٠٠ لسنة ٤٥ ق)

(I) الرسم بصفة عامة وهو مبلغ من النقود يجنيه الدولة جبراً من شخص معين مقابل خدمة تؤديها له السلطة العامة واذ كان هذا التعريف يصدق على رسم التسجيل باعتبار أنه مقابل خدمة خاصة هي شهر الفترات المطلوب تسجيلها فإن هذا الرسم يصبح مستحق الإداء للدولة بمجرد القيام بتلك الخدمة وتستطيع الدولة حينئذ أن تطالب به ولا يقدح في ذلك أن يكون الرسم المستحق غير ممكن تحديده ابتداء بصفة نهائية إذا لا تعارض بين ذلك وبين استحقاقه .

(جلسة ١٩٦٥/١٢/٩ مجموعة احكام النقص السنة ١٦ ص ١٢١٠)

(جلسة ١٩٦٦/٣/٢ مجموعة احكام النقص السنة ١٧ ص ٥٠٠)

(جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ مجموعة احكام النقص السنة ١٧ ص ٤٢٥)

(جلسة ١٩٧٧/٣/١ مجموعة احكام النقص السنة ٢٨ ص ٥٨٦)

(2) أ - تقضى المادة ٣٧٧ من القانون المدني بأنه (يتقدم بثلاث سنوات الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها ومؤدى صريح هذا النص أن التقادم في هذه الحالة يبدأ من يوم دفع الرسوم المطالب بردها ودون توقف على علم الممول بحقه في الرد) . وهذه المادة يعتبر استثناءً وارداً على القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٨٧ من القانون المدني التي تقضى بأن سقوط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بثلاث سنوات يبدأ من اليوم الذي يعلم فيه المدين غير المستحق بحقه في الاسترداد .

(الطعن رقم ٩٣ سنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٣ ص ١٧ ص ٤٢٥)

(جلسة ١٩٥٣/٦/٢٥ طعن رقم ٤٠٩ لسنة ٢١ ق)

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 مقدارها خمس عشرة سنة تسرى من وقت الدفع ، إذ مدة التقادم هنا واحدة لا تتغير ، وهي ثلاث سنوات تسرى من وقت الدفع كما قدمنا . 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) .

ب - يشترط لتطبيق حكم المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ التي تقضى بسقوط حق الممول في المطالبة برد الضرائب المتحصلة منه بغير حق بمضى سنتين فيما عدا الأحوال المنصوص عليها في المواد ٤٥ ، ٤٧ ، ٧٥ من هذا القانون أن يكون المبلغ الذي حصلته مصلحة الضرائب دفع من الممول باعتباره ضريبة ، وأن يكون تحصيله قد تم بغير حق وإذن فمتى كانت مصلحة الضرائب إذ حصلت من الممول الضريبة المقررة على أرباحه الاستثنائية في سنتي ١٩٤٠ و ١٩٤١ إعمالاً لنص القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٤١ الساري وقت ذلك إنما حصلت بها بحق إستناداً إلى نص القانون المذكور ، وكان من شأن تطبيق القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٤٣ أن يكون له حق استرداد ما دفع ، فلا يصح أن يواجه بحكم المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، بل يصبح حقه ديناً عادياً ولا يسقط الحق في اقتضائه إلا بمضى مدة السقوط المقررة في القانون المدني .

(جلسة ١٩٥٥/٢/٣ طعن رقم ١٤٤ سنة ٢٢ ق)

(جلسة ١٩٧٢/٣/٢٨ مجموعة احكام النقص السنة ٢٤ ص ٥٠٩)

(جلسة ١٩٧٧/٦/٢٧ مجموعة احكام النقص السنة ٢٨ ص ١٩١٩)

ج - القول بأن التقادم المسقط لحق الحكومة في المطالبة بدين الضريبة لا يبدأ إلا من وقت علم مصلحة الضرائب عن طريق الشركة المطعون عليها بالائرادات الخاضعة للضريبة أي من وقت ورود القرارات المفروضة على المطعون عليها تقديمها ، هذا القول مردود بأن المادة ٩ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ إذ أوجبت على كل شركة أو منشأة أن تقدم إلى مصلحة الضرائب القرارات التي تصدرها الجمعية العمومية وكذلك القرارات التي تصدر من مجلس الإدارة خاصة بتوزيع الأرباح وذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ صدرها لم توقع عن عائق مصلحة الضرائب واجب حصر الممولين وفحص حالاتهم لتقدير أرباحهم أو إيراداتهم ثم ربط الضريبة عليهم عملاً بالفقرة الثالثة من المادة ١١ من القانون المذكور الأمر الذي لا يمكن أن يستفاد منه أن الشارع إذا أوجب إخطار مصلحة الضرائب بقرارات توزيع الأرباح قصد أن يجعل من هذا الإخطار مبدأ لسقوط الحق في اقتضاء الضريبة . إذ هو لا يعدو أن يكون إعلاماً يتحقق الواقعة المنشئة للضريبة ، أما تحقق وجودها فإنه كان قد تم من قبل وضعها تحت تصرف المساهمين .

(جلسة ١٩٥٣/٦/٢٥ طعن رقم ٣٠٥ سنة ٢١ ق)

(١) وإذا وجب على الدولة رد غير المستحق للممول ولم يسقط هذا الحق بالتقادم ، فإن الدولة لا تلتزم =

وقد تناول المشرع مدة تقادم الضرائب والرسوم المستحقة للدولة بالتعديل فجعلها خمس سنوات بدلا من ثلاث سنوات المنصوص عليها في المادة ٣٧٧ من القانون المدني ، فصدر القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ وقضت مادته الأولى « بأن تتقادم بخمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أو لأي شخص اعتباري عام ما لم ينص القانون على مدة أطول ، ونصت مادته الثانية على أن « يبدأ سريان تقادم الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق من يوم دفعها إلا إذا ظهر الحق في طلب الرد بعد اجراءات اتخذتها الجهة التي قامت بالتحصيل يبدأ التقادم من تاريخ اخطار الممول بحقه في الرد بموجب كتاب موصى عليه .

وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن المشرع جعل مدة التقادم خمس سنوات ، مراعاة لضغط العمل مما يهدد حقوق الخزنة بالضياح إذا كانت مدة التقادم أقل من خمس سنوات ، وتحقيقا لهذه الغاية وتسوية بين الممولين الذين يخضعون لمختلف أنواع الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أو لأي شخص اعتباري عام ، فقد سارت القوانين الخاصة على تحديد مدة التقادم بخمس سنوات من ذلك القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن ضرائب الدخل المعدل بالقانون رقم ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ ، والقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم ايلولة على التركات ، والقانون رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥١ بتقرير رسم تمغة .

٦١٢ - لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها 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 العراقي المادة ١/٤٤٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١/٣٤٦ (١) .

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 (٢) . 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 (٣) . 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 لا تمكنه من ذلك عملياً ، وكثيراً ما كان يتفق على تقصير مدد التقادم في عقود النقل وفي عقود التأمين (٤) . 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 أي اتفاق على تقصير مدة التقادم ، بل وعلى إسقاط حق المؤمن له إذا لم يتم بأعمال معينة في مدد قصيرة كالتبليغ عن الحادث وتقديم المستندات (٥) .

أما التقنين المدني المصري الجديد فقد أتى ، كما رأينا ، بنص صريح في المسألة ، استمده من المشروع الفرنسي الايطالي . فنص على تحريم الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو تقصيرها ، واعتبر مدة التقادم التي حددها القانون ملزمة للطرفين فلا يجوز لهما أن يتفقا

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : انظر ما يلي فقرة ٦٥٥ في الهامش - وأحكام هذه التقنينات في هذه المسألة متفقة مع أحكام التقنين المدني المصري .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٢٤ - الموجز للمؤلف فقرة ٦١٢ ص ٦٤٣ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٥١ .

(٣) 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) .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٤٩ ص ٧٦٢ .

(٥) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٤٩ .

= بدفع فوائده 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 للممولين . وقد كانت محكمة النقض تقضي باستحقاق هذه الفوائد قبل العمل بالقانون سالف الذكر ، أما تلك هذا القانون فالنص صريح في عدم استحقاق هذه الفوائد (انظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٠٧ ص ٨٩٤ الهامش رقم ٤) .

(١) تاريخ النص : انظر ما يلي فقرة ٦٥٥ في الهامش .

وقد كان الاتفاق على تقصير مدة التقادم جائزاً في عهد التقنين المدني السابق، وفقاً لما جرى عليه القضاء الفرنسي فيما قدمناه . ومن ثم تنفذ الاتفاقات التي تكون قد عقدت في ذلك العهد ، إذا كانت مدة التقادم التي 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 وهي هنا من النظام العام ، فلا يعتد بهذا الاتفاق وتبقى مدة التقادم كاملة دون تقصير كما حددها القانون .

المبحث الثاني

كيفية حساب مدة التقادم

٦١٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٨٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات . ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها » .

= (جلسة ١٩٨٤/١٢/٣٠ الطعن ١٤٧٧ لسنة ٥١ ق السنة ٢٥ ص ٢٣١٥)

(جلسة ١٩٨٥/٥/٢٢ الطعن ١١٧ لسنة ٥١ ق)

ب - مؤدى نص المادة ٣٨٨ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أنه لا يجوز قانوناً النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، ولا يثبت هذا الحق إلا باكتمال مدة التقادم ، والنزول عن التقادم هو عمل قانوني يتم بإرادة المتنازل وحدها بعد ثبوت الحق فيه ولا يخضع لأي شرط شكلي فكما يقع صراحة يجوز أن يكون ضمناً يستخلص من دلالة واقعية نافية لمشيئة التمسك به ، ومتى صدر هذا التنازل كان باتاً لا يجوز الرجوع فيه ومن وقت صدوره يبدأ تقادم جديد تكون مدته ماثلة لمدة التقادم الأصلي .

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٤ الطعن ٦٧١ لسنة ٤٨ ق السنة ٣٢ ص ١٩٣٥)

(جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠ الطعن ٩٦ لسنة ٤٦ ق السنة ٢٩ ص ١٩٧٧)

(جلسة ١٩٧٥/١٢/١٨ الطعن ٣٤٩ لسنة ٣٩ ق السنة ٢٦ ص ٤٢٩)

(جلسة ١٩٧٢/٣/٣٠ الطعن ١٩٨ لسنة ٣٧ ق السنة ٢٣ ص ٥٧٧)

ج - التقادم لا يتعلق بالنظام العام ويجب التمسك به أمام محكمة الموضوع ، إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعنين لم يتمسكوا أمام محكمة الموضوع بتقادم دعوى البطلان، فإنه لا يقبل منهم التمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض .

(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ الطعن ٩٣ لسنة ٣٩ ق السنة ٢٨ ص ١٨١٠)

على تعديلها . فتكون مدد التقادم إذن من النظام العام (١) ، ولا يجوز أن يترك تحديدها لمه الأفراد (١) . ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق الطرفان على تقصير مدة التقادم العادي، و خمس عشرة سنة ، إلى عشر سنوات أو خمس مثلاً ، لم يعتد بهذا الاتفاق بل تكون ا خمس عشرة سنة كاملة . وإذا اتفق الطرفان على إطالة مدة السنة المحددة لتقادم بعض الدية إلى سنتين أو ثلاث مثلاً ، كان هذا الاتفاق باطلاً ، وتبقى مدة التقادم سنة كما حدده القانون . وسنرى فيما يلي أن النزول عن التقادم مقدماً قبل أن يكتمل غير جائز (٢) كما مدة التقادم ، والجائز إنما هو النزول عن التقادم بعد أن يكتمل (٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « نهج المشروع نهج المشروع الفرنسي الإيطالي ، فحظر كل تعديل اتفقي في مدة التقادم المقررة في القانون . ويفرق البعض الاتفاقات الخاصة بمدد المدة والاتفاقات الخاصة بقصرها، يلحقون البطلان بالأولى دون الثانية . بيد لم ير وجه للأخذ بهذه التفرقة ، لأن إقرار صحة الاتفاق على قصر المدة لا يؤمن معه الاعتساف سيما في عقود التأمين . وقد اتفق واضع المشروع الفرنسي الإيطالي فيما بينهم على إقرار قاعدة 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 ٣٤٥) . وانظر ما يلي فقرة ٦٥٨ .

(١) إذ تقضى المادة ١/٣٨٨ من القانون المدني بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تحسب عن المدة التي عينها القانون فإنه لا يجوز أن يترك تحديد مدة التقادم لمشيئة الأفراد ويحظر كل تعديل اتفقي في مدة التقادم المقررة بالقانون .

(جلسة ١٩٧٠/٢/٣ مجموعة أحكام النقض السن ٢١ ص ٢٢٧)

(٢) أ - النص في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ من القانون المدني على أنه « لا يجوز النزول عن التقادم ثبوت الحق فيه » يدل على أن كل اتفاق يتعهد بمقتضاه المدين بعدم التمسك بالتقادم يقع باطلاً تم هذا الاتفاق قبل انقضاء مدته ، وأنه لا يجوز ترك مبدأ سريان التقادم لاتفاق يعقد بين الدائن والمدين (جلسة ١٩٧٩/١/٩ الطعن رقم ١٤ لسنة ٤٦ ق السنة ٣٠ ع ١ ص ١٣٧)

ب - لا يجوز قانوناً النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، ولا يثبت هذا الحق إلا باكتمال التقادم ، وإنما يجوز النزول عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل وهذا النوع من النزول إنما يتقادم على أساس اعتباره اقراراً من المدين بحق الدائن .

(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٢١٠)

(٣) أ - لكن كان يجوز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه إلا أن هذا النزول لا يفترض ولا يؤخذ به ولا يستفاد بذاته من مجرد التراضي في التمسك به ، وإن كان من الجائز عمل هذا التراضي بالنزول الضمني وفقاً للظروف ، إلا أنه يشترط لصحة ذلك أن يكون الاستخلاص مستملاً من واقعية نافية لمشيئة التمسك به .

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٢ الطعن ٢٩ لسنة ٤٦ ق)

(جلسة ١٩٧٨/١/١٠ الطعن ٣٦١ لسنة ٤٣ ق السنة ٩)

وتنص المادة ٣٨١ على ما يأتي :

١ - لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء .

٢ - 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 ، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل .

٣ - وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن ، سرى التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته^(١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص لاتفاقهما مع القواعد العامة^(٢) .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٧٧ - ٣٧٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٦٧ - ٣٦٨ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٤٣٢ - ٤٣٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٤٨^(٣) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٨٠ : ورد هذا النص في المادة ٥١٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «تحتسب مدة التقادم بالتقويم الهجري ، وتكون بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب اليوم الأول ، وتكتمل المدة بانقضاء آخر يوم فيها» . وفي لجنة المراجعة حذف النص على الحساب بالتقويم الهجري حتى يكون الحساب بالتاريخ الميلادي طبقاً للقاعدة العامة التي نص عليها في الباب التمهيدي ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه المادة ٣٩٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣) .

م ٣٨١ : ورد هذا النص في المادة ٥١٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من المشروع التمهيدي لم تكن تشتمل على عبارة «فيما لم يرد فيه نص خاص» . وقد أضيفت هذه العبارة في لجنة المراجعة ، فأكمل تطابق النص وأصبح رقمه المادة ٣٩٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٤ و ص ٢٢٦) .

(٢) ولكن التقويم الهجري كان هو المعمول به في حساب مدد التقادم في عهد التقنين المدني السابق ، أما التقنين المدني الجديد فنقض نصومه بأن يكون حساب مدد التقادم بالتقويم الميلادي .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٧٧ - ٣٧٨ (مطابقتان للمادتين ٣٨٠ - ٣٨١ من التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣٦٧ - ٣٦٨ (مطابقتان للمادتين ٣٨٠ - ٣٨١ من التقنين المصري) .

وتعرض هذه النصوص لمسألتين : (١) حساب مدة التقادم (٢) ومبدأ سريان التقادم .

٦١٤ - حساب مدة التقادم : تقول المادة ٣٨٠ مدني : «تحتسب 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 عادة مبدأ لسريان التقادم لا تذكر فيه الساعة بل اليوم . فوجب إذن حساب المدة من يوم إلى يوم ، ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل التالي ، وفقاً للتقويم الميلادي^(١) . ويقتضى هذا عدم حساب اليوم الأول ، لأن يكون يوماً ناقصاً أو جزءاً من يوم^(٢) . 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 . فالحساب بالأيام يقتضى إذن إغفال اليوم الناقص ، ثم حساب مدة التقادم يوماً فيوماً ، حتى نصل إلى منتصف الليل من اليوم الذي يتم به عدة التقادم السنين التي حددها القانون ، ولا يتم التقادم إلا عند منتصف هذا الدليل . وتقول المادة ٣٨٠ مدني : «ولا يحسب اليوم الأول ، وتكتمل المدة بانقضاء آخر يوم منها» .

ويدخل في الحساب ما يتخلل هذه الأيام من مواسم وأعياد ، وإذا كان التقادم لا

= التقنين المدني العراقي م ٤٣٢ : إذا ترك السلف الدعوى مدة ، وتركها الخلف مدة أخرى ، وبلغ مجموع المدتين الحد المقرر لعدم سماع الدعوى ، فلا تسمع .

م ٤٣٣ : تحتسب المدة التي تمنع 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 على شرط من وقت تحقق الشرط ، وفي دعوى ضمان الاستحقاق من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق . ٣ - وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن ، سرى مرور الزمن من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته .

(وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٩٠ - فقرة ٣٩١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٤٨ : لا يستدئ حكم مرور الزمن إلا يوم يصبح الدين مستحق الأداء . وتحتسب المدة بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب يوم البداية . وتعد مدة مرور الزمن تامة عند انقضاء آخر يوم فيها . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٧ ص ٣١ .

(٢) استئناف مخطوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٧٨ .

يكتمل إلا بانقضاء آخر يوم منه ، فإنه يقع صحيحاً ما يتخذ من الإجراءات بشأن قطع التقادم في هذا اليوم . فان كان اليوم الأخير يوماً من أيام الأعياد أو المواسم ، وتعذر اتخاذ إجراءات فيه لقطع التقادم ، فان سريان التقادم يوقف بالقوة القاهرة إلى اليوم التالي أو إلى أول يوم صالح لاتخاذ الإجراء ، ولا يكتمل التقادم إلا بانقضاء هذا اليوم دون أن يقطع الدائن سريانه (١) .

هذا وفي 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 . فان انقضت هذه المدة دون أن يطالب الوارث بالدين ، سقط الدين بالتقادم ، لأن مدة المورث ضمت إلى مدة الوارث في الحساب . ولو أن الدائن نزل عن الدين المحال له بعد سبع سنوات من اسحقاقه ، فان المحال له لا يبقى أمامه للمطالبة بالدين إلا ثمانى سنوات ، لأن مدة سلفه تضم إلى مدته في حساب التقادم ، على نحو ما رأينا في ضم مدة المورث إلى مدة الوارث . فالخلف ، سواء كان خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً ، تحسب عليه مدة سلفه وتضم إلى مدته لاكتمال التقادم (٢) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص على حساب مدة التقادم بالتقويم الهجرى (٣) ، كما كان الأمر في عهد التقنين المدنى السابق حيث كان القضاء يحسب مدة التقادم ، وهى مأخوذة من الشريعة الإسلامية ، بالتقويم الهجرى . ولكن التقنين

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « تحسب مدة التقادم ، أب كانت ، بالأيام لا بالساعات . ويتفرع على ذلك أن اليوم الأول لا يدخل في الحساب ، في حين يدخل فيه ما يعرض خلال هذه المدة من أيام المواسم والأعياد . وينبغى لاستكمال مدة التقادم أن يقضى آخر يوم فيها ، ولذلك يقع صحيحاً ما يتخذ من الإجراءات بشأن التقادم في هذا اليوم ، كإجراءات قطع المدة مثلاً . وإذا وقع آخر أيام المدة في عطلة عيد أو موسم لا يتيسر اتخاذ الإجراءات في خلالها ، كان ذلك من قبيل القوة القاهرة ، ووقف سريان التقادم : انظر المادة ٢/٥١٩ من المشروع والمادة ٦١٣ من التقنين البرتغالى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥) .

وانظر في هذا المعنى المادة ١٩٣ من التقنين المدنى الألمانى - الأستاذ عبدالحى حجازى ٣ ص ٣٣٠ - ويذهب بودرى وتيسيه إلى عكس ذلك ، وإلى أن التقادم يكتمل بانقضاء اليوم الأخير حتى لو كان يوم عطلة (بودرى وتيسيه فقرة ٥٨٣) .

(٢) انظر في هذا المعنى المادة ٤٣٢ من التقنين المدنى العراقى (أنفا فقرة ٦١٣ فى الهامش) - ويذهب بودرى إلى أن التقادم يكتمل بانقضاء اليوم الأخير حتى لو كان يوم عطلة (بودرى وتيسيه فقرة ٥٨٣) .

(٣) انظر تاريخ نص المادة ٣٨٠ مدنى (أنفا فقرة ٦١٣ فى الهامش) .

المدنى الجديد حذف النص على الحساب بالتقويم الهجرى (١) ، فوجب الحساب بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام المادة ٣ مدنى ، وتنص على أن « تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » (٢) . من أجل هذا قد يقع أن تكون مدة التقادم بحسب التقويم الهجرى مكتملة قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى قبل يوم ١٥ 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 ، فان 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 ، فان 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 بصددنا هى مائة وتسعة وستون يوماً بدلا من يوم واحد ، إذا حسبنا فى الخمس عشرة سنة ميلادية ثلاث سنوات كبيسة على الأقل (٣) (١) .

٦١٥ - مبدأ سريان التقادم - القاعدة العامة واستثناءاتها : تضع الفقرة الأولى من المادة ٣٨١ مدنى القاعدة العامة فى تحديد مبدأ سريان التقادم ، فقد رأيناها نص على أنه « يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٥ - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥

(٢) انظر تاريخ نص المادة ٣٨٠ مدنى (أنفا فقرة ٦١٣ فى الهامش) .

(٣) 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 أيام عن السنوات الكبيسة الثلاث ، كما يضاف اليوم الذى كان باقياً لاكتمال التقادم قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، فيكون مجموع كل ذلك هو مائة وتسعة وستون يوماً .

(١) مفاد الفقرتين الأولى والثانية من المادة السابعة من التقنين المدنى أن القوانين المتعلقة بالتقادم تسرى من وقت العمل بها طبقاً للأثر المباشر للتشريع على كل تقادم لم يتم ، وأن يحكم القانون القديم المدة التى سرت من التقادم فى ظل من حيث تعيين اللحظة التى بدأت فيها وكيفية حسابها وما طرأ عليها من أسباب قطعها أو توقفها ، على أن يحكم القانون الجديد المدة التى تسرى فى ظل من هذه المناحي .

(جلسة ١٩٧١/١١/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٨٧٩)

(جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٤٢٥)

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 ما ورد خاصاً بالتقادم الثلاثي بالنسبة إلى الالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع⁽¹⁾ أو الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق⁽²⁾ أو الفضالة فهذه الالتزامات جميعاً لا يسرى في حقها تقادم الثلاث

(1) أ - أنه وإن كان استخلاص علم المضرور بحدوث الضرر وبشخص المسئول عنه يعتبر من المسائل المتعلقة بالواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ، إلا أن لمحكمة النقض أن تبسط رقابتها متى كانت الأسباب التي بنى عليها الحكم استخلاصه ليس من شأنها أن تؤدي عقلاً إلى النتيجة التي انتهت إليها .
(جلسة ١٩٧٨/٦/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٤٠١)

(جلسة ١٩٧٦/١/١٤ الطعن ١٥٩ لسنة ٤٢ ق السنة ٢٧ ص ٢١٧)

ب - لما كانت المادة ١٧٢ من القانون المدني تقضي بأنه إذا كانت دعوى التعويض ناشئة عن جريمة فأنها لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية حتى يتمكن المضرور في الوقت الذي يعاقب فيه الجاني أن يتقاضى منه التعويض المدني ، وكان الثابت أن دعوى التعويض التي أقامها مورث المظنون عليها ناشئة عن جريمة وهو الخطأ الذي نسب إلى ابن الطاعن من أنه كان يركب حصاناً دهم به ابنة المورث المذكور فقتلها لا يغير من ذلك أن النيابة العامة صرفت النظر عن اتهامه ، وإذ بين من الحكم المظنون فيه أن التحقيق ظل يجري بمعرفة النيابة العامة في قضية الجنحة التي حررت عن الواقعة حتى يوم ١٩٦٢/١٢/١ وأنه لم تنقض مدة ثلاثة سنوات حتى تاريخ رفع الدعوى الحالية في ١٩٦٥/١/٣٠ ، وإذ رتب الحكم على ذلك قضاءه برفض الدفع بالتقادم فإن النعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس .

(جلسة ١٩٧٥/١١/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٣٥٩)

(جلسة ١٩٧٥/٦/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٢٢١)

ج - المراد بالعلم ببداية سريان التقادم الثلاثي المستحق طبقاً لنص المادة ١٧٢ من القانون المدني هو العلم الحقيقي الذي يحيط بوقوع الضرر الشخصي المسئول عنه باعتبار أن انقضاء الثلاث سنوات من يوم هذا العلم ينطوي على تنازل المضرور عن حق التعويض الذي فرضه القانون على الملتزم دون إرادته وفي جميع الأحوال يسقط الحق في التعويض عن الفعل الضار المستحق باقتضاء خمس عشرة سنة تبدأ من يوم وقوع العمل غير المشروع .

(جلسة ١٩٦٢/٥/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٦٤٢)

(جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٠١٧)

(2) تقضى المادة ٣٧٧ من القانون المدني بأنه «يتقادم بثلاث سنوات الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ويبدأ التقادم من يوم دفعها ومؤدى صريح هذا النص أن التقادم في هذه الحالة يبدأ من يوم دفع الرسوم المطالب بردها ودون توقف على علم الممول بحقه في الرد . وحكم هذه المادة =

الأداء» . فالقاعدة إذن أن يبدأ سريان التقادم من وقت استحقاق الدين⁽¹⁾ ، إذ أن الدائن يمكنه يستطيع المطالبة بالدين قبل استحقاقه ، وينبغي أن يكون الدائن خلال مدة التقادم قادر 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 للإداء ، ما دام الدائن كان لا يستطيع المطالبة بالدين قبل ذلك⁽¹⁾ .

(1) بلانيول وريبير ورودان ٧ فقرة ١٣٥٢ - وقارن بودري وتيسيه فقرة ٣٨١ وفقرة ٢٨٨ ومع ذلك فقرة ٣٨٤ مكررة .

ومن ثم يبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى دعوى التعويض التي يرفعها المالك على معتصب باع الملك الذي اغتصبه ، لا من وقت الاغتصاب ، بل من وقت البيع (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٤ ص ١٥٣ - ١٦ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٥٥) .

ويبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الضرائب من تاريخ إقفال ميزانية الممول أو المنشأة، لا من تاريخ تقديم الممول أو المنشأة للإقرار (السويس 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 لو المدين ، لا من تاريخ استحقاق الدين المكفول (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٢ ص ١٤٣) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى دعوى تقديم الحساب على مصرفى الشركة ، من وقت انتهاء مهمة المصرفى (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ١٢) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى التزام الدائن المرتهن برد الشيء المرهون حياة ، من وقت انقضاء الدين وصيرورة الشيء المرهون واجب الرد (بودري وتيسيه فقرة ٣٨٤) .

ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى حق الفضولي في استرداد المصروفات التي صرفها في أعمال الفضالة ، من وقت قيامه قصداً بالعمل الذي ترتب عليه منفعة رب العمل (نقض مدني ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٩ ص ٤٧٦) .

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) .

(1) إذا كانت المادة ٣٧٧ من القانون المدني تنص على أنه يتقادم بثلاث سنوات الرسوم المستحقة للدائن وكانت المادة ٣٨١ من القانون المذكور تنص على أنه لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء وإذ لم يرد بشأن رسوم التسجيل نص خاص يقضي ببداية سريانها من تاريخ آخر غير تاريخ استحقاقها فإن سريان التقادم بالنسبة لهذه الرسوم يبدأ من اليوم الذي تصبح فيه مستحقة الأداء بتمام مقابله وهو شهر العقد ومنه يبدأ تقادم ذلك الدين (الرسوم) .
(جلسة ١٩٦٥/١٢/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ١٢١٠)

السنوات إلا من اليوم الذي 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 الإجراء بلا سبب أو دفع غير المستحق أو الفضالة^(١) . كذلك يجرى 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 ينقطع 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)(١) .

= يعتبر استثناءً وارد على القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٨٧ من القانون المدني

(جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ الطعن رقم ٩٣ لسنة ٣١ ق السنة ١٧ ص ٤٢٥)

(١) أنظر م ١٧٢ مدني بالنسبة إلى العمل غير المشروع ، وم ١٨٠ مدني بالنسبة إلى الإجراء بلا سبب ، وم ١٨٧ مدني بالنسبة إلى دفع غير المستحق ، وم ١٩٧ مدني بالنسبة إلى الفضالة .

(٢) أنظر م ١٤٠ مدني .

(٣) انظر م ٢٤٣ مدني .

(I) أ - مفاد نص المادة ٢٤٣ من القانون المدني أن الدعوى البولصية تسقط بأقصر المدتين ؛ الأولى ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه لأن الدائن قد يعلم بالتصرف ولا يعلم بما يسببه من إفسار للمدين أو بما ينطوي عليه من غش إذا كان من المعاملات . والثانية خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف ومن ثم فإنه على من يتمسك بالتقادم الثلاثي المشار إليه أن يبين علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتاريخ هذا العلم لتبدأ منه مدة ذلك التقادم .

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٦ الطعن ٤١٣ لسنة ٤٦ ق السنة ٣٠ ع ٣ ص ١٧١)

(جلسة ١٩٧٧/١/١١ الطعن ٦٣٦ لسنة ٤٢ السنة ٢٨ ص ١٩٤)

ب - مؤدى نص المادتين ٦٥١ ، ٦٥٤ من القانون المدني أن ميعاد سقوط دعاوى ضمان المهندس المعماري والمقاول يبدأ من تاريخ التهدم الفعلي الكلي أو الجزئي في حالة عدم انكشاف العيب الذي أدى إليه ، ومن تاريخ انكشاف العيب دون انتظار إلى تصاقمه حتى يؤدي إلى تهدم المبنى واضطرار صاحبه إلى هدمه .

(الطعن رقم ٣٥٦ سنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/٣١ ص ٢٤ ص ٨٥٣)

ج - دعوى التعويض التي يرجع بها المالك الحقيقي على البائع للملكه في حالة عدم إمكانية البيع للمبيع من المشتري يبدأ سريان التقادم بالنسبة لها من وقت البيع الذي صدر من البائع للمشتري . ظل القانون المدني القديم) إذ أن هذا البيع هو العمل غير المشروع الذي سبب الضرر بالتعويض عنه .

ومن النصوص التي تجعل مبدأ سريان التقادم قبل يوم استحقاق الدين ما ورد في الفقرة الثالثة من المادة ٣٨١ مدني ، وتقضى كما رأينا بأنه «إذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة المدين ، سرى التقادم من الوقت الذي 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 الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته ولو لم يعلنها بالفعل ، أي في يوم سابق على استحقاق الدين . كذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ 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 سريان التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط وبالنسبة إلى ضمان

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^(١) ، لأن هذا الدين لا يستحق إلا من هذا الوقت ، وقبل تحقق الشرط الواقف لم

= (الطعن رقم ٢٥٦ سنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٤/٢٦ ص ١٣ ص ٥٠٦)

د - تنص المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٣٣ على أنه «يجب على أصحاب المحال أو يوردوا في اليوم التالي لكل حفلة إلى أقرب خزانة تابعة لوزارة المالية جميع المبالغ المتحصلة من الضريبة على الدخول أو أجور الأمكنة» كما تنص المادة ١٢ على أنه «يجب على المستغلين تكملة كل فرق بالنقص بين المستحق من الضريبة وبين المودع بخزانة وزارة المالية وذلك في ظرف ٢٤ ساعة من تاريخ الإخطار الذي يرسل إليهم ذلك» ومفاد ذلك أن ضريبة الملاهي ليست من الضرائب السنوية التي يبدأ سريان التقادم فيها من نهاية السنة التي تستحق فيها وبالتالي فإنه طبقاً للقانون رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ والمادتين ٣٧٧ فقرة أولى و ٣٨١ من القانون المدني القائم يسقط الحق في المطالبة بالمستحق من ضريبة الملاهي بمضى ثلاث سنين ميلادية من تاريخ استحقاقها .

(الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٦٣/١١/٢٨ ص ١٤ ص ١٠٩٨)

(I) أ - التقادم المسقط بالنسبة للالتزام المعلق على شرط واقف أو المضاف إلى أجل لا يسرى إلا من وقت تحقق هذا الشرط أو حلول الأجل .

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٢ الطعن ٣٤٥ لسنة ٤٦ ق)

ب - جرى قضاء محكمة النقض على أن التقادم المسقط - سواء في ظل التقنين المدني القديم أو القائم - لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذي يصبح فيه الدين مستحق الإداء ، مما يستتبع أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط موقف ، إلا من وقت تحقق هذا الشرط .

(الطعن رقم ٢٠٠ سنة ٢٧ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩ ص ٢٣ ص ٢٦١)

(جلسة ١٩٦٧/٤/١٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص ٨٤٠)

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» (١) .

أما الدين المعلق على شرط فاسخ ، فإنه نافذ منذ وجوده . ويبقى نافذاً إلى أن يتحقق الشرط الفاسخ ، فإذا تحقق الشرط زال الالتزام بأثر رجعي . ويترتب على ذلك أن مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين المعلق على شرط فاسخ يكون من وقت نفاذه ، أي قبل تحقق الشرط الفاسخ . فإذا 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 رجعي كما قدمنا . وإذا تبين أن الشرط الفاسخ ، فقد زال الالتزام بأثر رجعي كما قدمنا . وإذا تبين أن الشرط الفاسخ لن يتحقق وأصبح الالتزام باتاً ، بقي التقادم سارياً منذ بدأ ، إلى أن يتكامل أو إلى أن ينقطع (٢) .

٦١٧ - مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى دين مؤجل : وتطبيقاً للقاعدة العامة أيضاً في 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 . ويستوى في ذلك أن يكون الأجل صريحاً أو ضمناً ، معيناً أو غير معين ، اتفاقاً أو قانونياً أو قضائياً .

فإذا كان الدين مقسطاً ، فكل قسط يعتبر ديناً مستقلاً بذاته ، ويسرى التقادم بالنسبة إلى كل قسط من وقت حلول هذا القسط (٣) .

= يصبح فيه الدين مستحق الاداء مما يستتبع أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط واقف إلا من وقت تحقق هذا الشرط ، وإذا كان ضمان الاستحقاق التزاماً طرفياً يتوقف وجوده على نجاح التعرض في دعواه فإن لازم ذلك ان التقادم لا يسرى بالنسبة لهذا الضمان إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق بصدد حكم نهائي به لا من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق .

(جلسة ١٠/٣/١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٥٦٤)

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : «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 دعواه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ١ فقرة ١٣٥٤ .

(٣) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٢٤ .

يكن من الممكن معرفة ما إذا كان الدين يستحق أو لا يستحق . وإذا كان لتحقق الشرط الواقف أثر رجعي ، 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 ، والعبارة في مبدأ سريان التقادم بنفاذ الالتزام لا بوجوده (١) .

ويترتب على ذلك أن مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق هو من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق بحكم نهائي (١) . ذلك أن التزام البائع بضمان استحقاق المبيع هو التزام معلق على شرط واقف ويتحقق الشرط بثبوت استحقاق المبيع بالحكم النهائي (٢) .

(١) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ - ويعلل بعض الفقهاء تأخر سريان التقادم إلى وقت تحقق الشرط تعليلاً آخر ، فيذهبون إلى أن سريان التقادم يكون موقوفاً بموجب القاعدة التي تقضي بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطعه (Contra non valentem agrere non currit praescriptio) ، ومنعروض لهذه القاعدة فيما يلي . وقد بين بودري وتيسيه خطأ هذا الرأي ، فإن الدائن يستطيع قطع التقادم قبل تحقق الشرط ، لأن قطع التقادم من الأعمال التحفظية التي يستطيع أن يقوم بها الدائن تحت شرط واقف (بودري وتيسيه فقرة ٣٨٩) .

(٢) استئناف وطني ٢٠ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦٨ ص ١١٨ - استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٢٣ - بودري وتيسيه فقرة ٣٩٣ .

أما ضمان التعرض فيبدأ سريان التقادم فيه من وقت حصول التعرض (نقض 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 على البائع (أي ضمان التعرض) لا يتوقف وجوده على صدور حكم نهائي بنزع ملكية المشتري من العقار المبيع ، بل يكفي نشوء 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 تبتدئ إلا من وقت وجود هذا الحق ، كان التقادم في دعوى الضمان يسرى من تاريخ المنازعة في الملك على المعنى السابق بيانه (نقض 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 العيب فتبدأ مدة السقوط فيه من وقت العلم اليقيني بالعيب وذلك في عهد التقنين المدني السابق : م ٤٠١/٣٢٤ (نقض 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 (نقض المادة ٤٥٢ من التقنين المدني الجديد) .

(١) القاعدة سواء في التقنين المدني القديم أو القائم أن التقادم المسقط لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذي

وقد يكون تحديد الأجل موكولاً إلى تقدير القاضي ، كما إذا اتفق الدائن والمدين على أن يكون الدفع عند المقدرة ، فعند ذلك يحدد القاضي الأجل الذي يعتبر الدين حالاً بعد انقضائه . فلا يسرى التقادم في هذه الحالة إلا إذا حدد القاضي الأجل وانقضى الأجل المحدد ، فمئذ انقضائه يبدأ سريان التقادم (١) .

٦١٨ - مبدأ سريان التقادم إذا كان ميعاد الاستحقاق متوقفاً على إرادة الدائن : وقد عنى المشرع بالنص على مبدأ سريان التقادم إذا - كان ميعاد استحقاق الدين متوقفاً على إرادة الدائن ، كما هو الأمر في سند مستحق الأداء عند تقديمه (à vue) ، أي عندما يتقدم به الدائن للمدين مطالباً بالوفاء . فنصت الفقرة الثالثة من المادة ٣٨١ مدني ، كما

= يبدأ سريانه إلا من وقت حلول أول قسط ، لأن الالتزام بالإيراد إنما يتمثل في أقساطه ، فلا يستطيع الدائن أن يطالب بشيء إلا بعد حلول أول قسط ، فمن هذا الوقت فقط يصبح الالتزام مستحق الأداء (كوليه دي ساتير ٨ فقرة ٢٧٠ مكررة رابعاً - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «إذا كان تحديد الأجل موكولاً إلى القاضي - كما هو الحال في الالتزام بالدفع عند الاقتدار - تعين التريث حتى يتم هذا التحديد وتنقضى المدة المحددة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥) .

وقد يكون تحديد الأجل موكولاً إلى القيام بإجراء معين ، كما في دعوى إعادة البيع على الراسى عليه المراد ، فلا يسرى التقادم بالنسبة إلى هذه الدعوى إلا من وقت إعلان الراسى عليه المراد بقائمة التوزيع مع التبيه عليه بالدفع وإلا أعيد البيع عليه (استئناف مختلط ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٩٧) .

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 في استيفائه ، ما لم تكن هذه الصعوبة من شأنها أن تقف سريان التقادم . وقد قضت محكمة النقض بأن دين الأجرة الذي يستحق دفعه على المستأجر وضاميه في تاريخ انتهاء العقد تبدأ مدة التقادم بالنسبة إليه من اليوم التالي لتلك التاريخ . ولا يؤثر في ذلك تعلل المؤجر (وزارة الأوقاف) الذي وضعت الأرض المؤجرة تحت حراسته لعدم سداد الأجرة بأنه لم يكن متمكناً من المطالبة بالدين لعدم معرفة حقيقة مقدارها بسبب عدم تصفية حساب الحراسة ، فإن هذا لا يعد قاهرة منعه من المطالبة بالدين (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٢ ص ٢٧٣) . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تعين المؤجر حارساً قضائياً على العين 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 الذي يمكن للدائن فيه أن يطالب بحقه ، ولا يستطيع المؤجر اتخاذ إجراءات تنفيذية عن دين الأجرة ما دامت عملية الحراسة لم تنته (٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٣ ص ٣٦٧ - المحاماة ١١ رقم ٩٦ ص ١٥٨) .

كذلك الديون الدورية بوجه عام ، كالأجر والأجور والفوائد وأقساط الإيراد ، فهـ تـحل في 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 الدفعة الأخرى ، بل كل دفعة تعتبر ديناً قائماً بذاته مستقلاً بالنسبة إلى التقادم وإلى مبدئ سريانه (١) . وقد طبقت الفقرة 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 الوقف الذي يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى» (٢) .

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 . فإذا انقضى منذ وجود الالتزام بدفع الإيراد مدة التقادم ، سقط الالتزام (٣) . 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 (٤) . ويتقادم كل قسط من أقساط الإيراد ، وهي ديون دورية ، بانقضاء خمس سنوات من وقت حلول القسط .

(١) استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣١٠ - ٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٨ - وذلك حتى لو وجد شرط بحلول الأقساط جميعاً عند التأخر في دفع قسط منها وتحقق الشرط ، فإن التقادم لا يسرى في حق الأقساط الباقية إلا عند حلول مواعيدها الأصلية ، واشتراط حلولها عند التأخر في دفع قسط إنما هو شرط في مصلحة الدائن ، فلا يضار به بتقديم مبدأ سريان التقادم (استئناف مختلط ٦ يونيو 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) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «يسرى التقادم في الديون الدورية كالفوائد وأقساط الديون - من تاريخ استحقاق كل دين منها بذاته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٦) . وانظر أيضاً بلانيول وردوان ٧ فقرة ١٣٥٦ ص ٧٦٩ - ص ٧٧٠) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٢ .

(٤) انظر في هذا المعنى لوران ٣٢ فقرة ١٣ - جيلوارد ٢ فقرة ٧٥ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٠٧ كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٠٧ ويذهب فقهاء آخرون إلى أن التقادم بالنسبة إلى الالتزام بال

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 أنه لم يكن في استطاعته المطالبة بالوفاء إلا في تاريخ لاحق^(٤).

ويخلص مما تقدم أن مبدأ سريان التقادم لا يجوز أن يترك لمحض إرادة الدائن يتحكم في

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٠ في الهامش وفقرة ٦٦ في الهامش - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٢ من ٧٦٧.

(٢) استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحامة ١١ رقم ٩٦ ص ١٥٨.

(٣) استئناف مختلط 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 الإسكندرية بأن مدة سقوط الودائع 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 المحامة ١٢ رقم ٣٨٤ ص ٧٧٩).

هذا وقد يتفق على أن المدين يتعين عليه الوفاء بالمدين في خلال مدة معينة من مطالبة للدائن له بالوفاء، ففي 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 أجلا لاستحقاق الدين، فلا تنقطع ولا يقف سريانها (انظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٣ ص ٤٥١ هامش رقم ٨ - جيللوارد فقرة ٧٢ وفقرة ١٣٣ - وانظر المادة ١٩٩ من التقنين المدني الألماني وسالي في التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول مادة ١٩٩ ص ٢٨٢ فقرة ٦).

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «وإذا كان الأجل متوقفاً على إرادة الدائن - كما هو الشأن في سند مستحق الوفاء عند الاطلاع - بدأ سريان التقادم من اليوم الذي يتمكن فيه الدائن من الإفصاح عن هذه الإرادة، أي من يوم إنشاء الالتزام ما لم يتم الدليل على أنه لم يكن في استطاعته أن يطالب بالدين إلا في تاريخ لاحق» (مجموعة الأعمال الشخصية ٣ ص ٣٢٥ - ص ٣٢٦).

تحديده كما يشاء. كذلك لا يجوز أن يترك مبدأ سريان التقادم حتى إلى اتفاق يتم بين الدائن والمدين، إذ لو جاز ذلك لاستطاعا أن يصلا بطريق غير مباشر إلى النزول عن التقادم قبل اكتماله، بان يؤخرا مبدأ السريان مستمرين على تأخيريه، والنزول عن التقادم قبل اكتماله لا يجوز كما سرى.

وإنما 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^(١)، وقد يستخلص هذا الاتفاق من طبيعة الوضع القائم، فالالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة لا يبدأ سريان التقادم فيها إلا من وقت انقضاء هذا العقد^(٢)(١).

٦١٩ - مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الديون 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^(٢)، فإذا ما تحقق الضرر انقلب الالتزام من التزام احتمالي إلى التزام محقق. والالتزام بالرصيد في

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٨.

(٢) استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٠٦ - ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩ - ٢ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٢ - ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٩.

(١) مؤدى نص المادة ١٩٤ من قانون التجارة (القديم يقابلها المواد ٤٦٥، ٤٦٦، ٤٦٧ من قانون التجارة الجديد) أن المقصود بيوم حلول الدفع المنصوص عنه في هذه المادة هو الوقت الذي يستطيع فيه الدائن المطالبة بدينه، وإذا كان الدائن في الأوراق المستحقة الدفع عند الاطلاع يستطيع المطالب بالدين من يوم انشائها الذي يعتبر تاريخ استحقاقها الفعلي فإن مدة تقادم الدعوى المتعلقة بتلك الأوراق تبدأ من اليوم التالي لانشائها.

(جلسة ١٩٧٠/٦/١١ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ ص ١٠٣٨)

(٢) الالتزام بالتعويض عن قرار إداري مخالف للقانون بالمنع من البناء عن سنوات لاحقة لرفع دعوى التعويض يعتبر التزاماً احتمالياً ومن ثم فلا يسرى التقادم بالنسبة له إلا إذا انقلب إلى التزام محقق بوقوع الضرر الموجب له والمتجدد في كل عام نتيجة للقرار الإداري المذكور، ويبدأ التقادم بالنسبة إليه منذ تحققه، إذ من هذا التاريخ يصبح التعويض مستحق الاداء عملاً بنص الفقرة الأولى من المادة ٣٨١ مدني - وأنه وإن اشترك طلب هذا التعويض مع التعويض المرفوعة به الدعوى أصلاً من حيث المصدر باعتبارهما ناشئين عن قرار إداري مخالف للقانون فإن مثل هذا الاتحاد في المصدر لا ينفي عنها أنها طلبان مستقلان من حيث احكام التقادم فلا يعتبر قطع التقادم بالنسبة لاحدهما قطعاً له بالنسبة للآخر.

(جلسة ١٩٦٣/٤/١١ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ ص ٥٢٠)

الحساب الجارى يبقى التزاماً احتمالياً حتى يقفل الحساب ويتحدد الرصيد لمصلحة أحد الطرفين، فعند ذلك يتقلب الالتزام إلى التزام محقق.

وغنى عن البيان أن التقادم لا يمكن أن يسرى بالنسبة إلى الالتزام الاحتمالي، لأن التزام غير نافذ، بل هو التزام غير موجود حالاً وإن احتمل وجوده استقبالياً. ولا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليه، إلا من وقت أن يتقلب من التزام احتمالي إلى التزام محقق. ومن ثم لا يبدأ سريان التقادم، بالنسبة إلى الالتزام الاحتمالي بالتعويض، إلا من وقت تحقق الضرر ولا يبدأ سريان التقادم، بالنسبة إلى الالتزام الاحتمالي بدفع رصيد الحساب الجارى، إلا من وقت إقفاله وترصيده^(١).

المبحث الثالث

وقف التقادم

(Suspension de la prescription)

٦٢٠- التمييز بين وقف سريان التقادم وتأخير سريان التقادم: قد يعرض من الأسباب ما يقف سريان التقادم بعد أن يكون قد بدأ، وعند ذلك لا تحسب المدة التي وقف فيها سريان التقادم، وتحسب المدة التي سبقت والمدة التي 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 في 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. على أنه لا يزال هناك فرق بين الأمرين حتى فى هذه الحالة. ففي صورة وقف سريان التقادم تنتهى المدة التي وقف فيها السريان بزوال سبب الوقف، أما فى صورة تأخير سريان التقادم فلا تنتهى المدة إلا بحلول الميعاد الذى يستحق فيه الدين^(٢).

(١) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٠ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: وأما الحساب الجارى فلا يبدأ سريان التقادم فيه إلا من تاريخ ترصيده (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٦). وانظر أيضاً بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٥.

(٢) بودرى ونيسيه فقرة ٣٨٥ وفقرة ٤١٦ - ويميز بودرى ونيسيه بين الأمرين، فى التقادم الموقوف ويوضحان ذلك بمثل خاص بالقانون الفرنسى. فيقرضان أن شخصاً وضع يده على عقار

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 ٣٨٢ 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 يمثله قانوناً^(١)».

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ١١٢/٨٣ و ١١٤/٨٥ و ٢٠٥/٢٦٩ (٢).

= لينت 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 (م ١٥٦١ فرنسى). أما إذا قيل إن التقادم تأخر سريانه ولم يبدأ قبل الزواج، فإنه لا يسرى بلوغ الزوجة سن الرشد، ولا يسرى إلا عند انقضاء الزواج (بودرى ونيسيه فقرة ٤١٦).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ٥١٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى: «١- لا يسرى التقادم فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية إذا لم يكن له نائب يمثله 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 والخادم. 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 جعله 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 فى حقه إذا كانت المدة خمس سنوات أو أقل»، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٥ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب. وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية، لأن حكمها مستفاد بطريق القياس العكسى من سائر أجزاء النص، وأصبح رقم المادة ٣٨٢، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٧ - ص ٣٣١).

(٢) التقنين المدنى السابق م ١١٢/٨٣: لا تثبت الملكية مطلقاً بمضى المدة الطويلة ولا يعتبر حكمها بين الموكل والوكيل فى جميع ما هو داخل ضمن التوكيل.

م ١١٤/٨٥: وكذلك لا تسرى 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 فى التخلص من الدين بمضى المدة.

ويقابل 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 (١).

= (وتختلف أحكام التقنين المدني السابق عن أحكام التقنين المدني الجديد فيما يأتي: ١- كما 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، فأبى التقنين المدني الجديد بنص عام بموجبه يقف التقادم كلما وجد مانع، ولو أدبي، يتعلم معه على الدائن أن يطالب بحقه).

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين 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، كأن يكون المدعى صغيراً أو محجوراً وليس له ولي، أو غائباً في بلاد أجنبيته نائيه، 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 تمضي مع قيام العذر لا تعتبر.

م ٤٣٦: إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم من غير عذر المدة المقررة، وكان لباقي الورثة عذر شرعي، تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصتهم من الدين.

(وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري، فيما عدا أن التقنين العراقي يقف التقادم بالنسبة إلى ناقص الأهلية إذا لم يكن له نائب يمثل قانوناً في جميع مدد التقادم، لا في المدة التي تزيد على خمس سنوات فحسب. انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٩٢- فقرة ٣٩٣).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٥٤: لا يسرى حكم مرور الزمن، وإذا كان سارياً وقف: ١- بين الزوجين في مدة الزواج. ٢- بين الأب والأم وأولادهما. ٣- بين فاقد الأهلية أو الشخص المعنوي من جهة، والوصي أو القيم أو ولي الإدارة من جهة أخرى ما دامت لم تنقطع مهنتهم ولم يلدوا حساب إدارتهم على وجه نهائي. ٤- بين السيد والخادم ما دام عقد الاستخدام قائماً.

م ٣٥٥: إن حكم مرور الزمن، في حق القاصرين غير المحررين وسائر فاقد الأهلية الذين ليس لهم وصي أو مشرف قضائي أو ولي، يقف إلى ما بعد بلوغهم سن الرشد أو تحريرهم أو إقامة وكيل شرعي عنهم.

م ٣٥٦: ويقف أيضاً حكم مرور الزمن بوجه عام لمصلحة الدائن الذي استحاله عليه قطعه لسبب لم يكن فيه مختاراً.

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري، فيما عدا أن التقادم يقف لصالح المدين الأهلية الذين ليس لهم نائب يمثلهم قانوناً في جميع مدد التقادم، وليس فحسب في المدة التي تزيد على خمس سنوات كما هو الأمر في التقنين المصري).

ويخلص من هذا النص أن التقنين المدني الجديد قد استحدث تعديلاً هاماً في أسباب وقف التقادم، فبعد أن كانت هذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر في التقنين المدني السابق أسوة بالتقنين المدني الفرنسي، 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 الذي استحدثه التقنين الجديد، يحسن أن نستعرض أولاً أسباب وقف سريان التقادم في التقنين المدني الفرنسي، ثم نتقل بعد ذلك إلى أسباب الوقف في التقنين المدني المصري.

٦٢٢- أسباب وقف التقادم في التقنين المدني الفرنسي: عدد التقنين المدني الفرنسي

أسباب وقف التقادم على سبيل الحصر (١)، وهي طائفتان من الأسباب:

(الطائفة الأولى) هم القصر والمحجورون (٢) (م ٢٢٥٢ مدني فرنسي)، فهؤلاء لا يسرى في حقهم التقادم إذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات، ما دام نقص الأهلية قائماً. ويستوى أن يكون للقصر والمحجورين من يمثلهم قانوناً كولي أو وصي أو قيم أو لم يكن لهم ممثلون، ففي الحالتين يقف سريان التقادم في حقهم. وينتقد الفقه الفرنسي هذا الحكم، ويؤثر ألا يقف سريان التقادم في حق القصر والمحجورين، أو في القليل لا يقف سريانه إذا كان لهم من يمثلهم قانوناً إذ وجد من يستطيع المطالبة بحقوقهم، فإن أهمل من يمثلهم في المطالبة بحقوقهم استطاعوا الرجوع عليه بالتعويض. هذا إلى أن الأساس الذي يقوم عليه التقادم إنما هو تشييت الأوضاع التي بقيت قائمة زمنياً طويلاً حتى يستقر التعامل، وليس غرضه الجوهري عقاب الدائن المهمل، فتتحقق حكمته سواء كان الدائن كامل الأهلية أو ناقصها (٣).

(الطائفة الثانية) هم الطائفة الذين تستوجب علاقتهم بالمدينين وقف سريان التقادم في حقهم، وهؤلاء هم: ١- الزوجان (م ٢٢٥٣ مدني فرنسي)، ولا يسرى التقادم فيما بينهما، وإلا لاضطر كل منهما أن يقاضي الآخر حتى يقطع التقادم، فيتعكر صفو السلام

(١) والمادة ٢٢٥١ من التقنين المدني الفرنسي هي التي تبين أن أسباب وقف التقادم مذكورة في نصوص القانون على سبيل الحصر (بودري وتيسيه فقرة ٣٦٦)، وإن اختلف القضاء مع الفقه، في فرنسا، على تحديد معنى الحصر، كما سرى.

(٢) ويسرى التقادم في حق المرأة المتزوجة، إلا في حالات محصورة حددها القانون (انظر المواد ٢٢٥٤ - ٢٢٥٦ من التقنين المدني الفرنسي).

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٣٦٨.

في الأسرة (١). ٢- الوارث الذي قبل الميراث مع الاحتفاظ بحقه في الجرد sous bénéfice d'inventaire (م ٢٢٥٨ مدني فرنسي). 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 دائماً للتركة، فإن حقه لا يزول بائتمان الدمة، لأنه لم يورث 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 الفرنسي، في سبيل منع الوارث من مقاضاة التركة وما في ذلك من تعارض مع واجباته باعتبار أنه هو المدير للتركة والممثل لها، وتوقياً لمصروفات المقاضاة 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 تقضى 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 أنكرها في وضوح عندما قرر في المادة ٢٢٥١ أن التقادم يسرى في حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بمقتضى نص في القانون (٢). ولكن القضاء

(١) بودرى ونيسيه فقرة ٤٤٤ - فقرة ٤٤٦ مكررة.

(٢) بودرى ونيسيه فقرة ٤٤٧ - ولكن سريان التقادم لا يقف فيما للتركة من حقوق في ذمة الوارث، على أن الوارث - وهو المكلف بإدارة التركة ومن ذلك قطع التقادم - لا يستطيع أن يتمسك باكتتمال تقادم كان من واجبه أن يقطعه، ولا يجوز له أن يفيد من خطأ هو المسئول عنه (بودرى ونيسيه فقرة ٤٥٣).

(٣) 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 المهمل، وقد ثبت أنه لم يهمل، بل كان من المتعذر عليه أن يطالب بحقه، فلم يعد هناك محل لسقوط حقه بالتقادم. وكان الفقهاء الأولون الذين قالوا بهذه القاعدة في القانون الفرنسي القديم يقصرونها على الموانع القانونية التي تحول دون أن يطالب الدائن بحقه، ولكن

الفرنسي لم يساير الفقه فيما ذهب إليه، بل قصر نص المادة ٢٢٥١ على أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى حالة الشخص كما هو ظاهر النص، فهذه الأسباب مذكورة 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).

لست القاعدة أن تستعت حتى شملت الموانع القانونية والموانع المادية جميعاً، فانطوى في القاعدة جميع الأحوال التي يتعذر فيها على الدائن أن يطالب المدين بحقه، من قصر وجنون وحجر وشرط وأجل وقيام حرب وانقطاع مواصلات وغيبية منقطعة وجهل بالحق وقوة قاهرة وحادث فجائي وغير ذلك. وكان للقانون الكنسي، وقد قدمنا أنه كان ينزع إلى التضييق من نطاق التقادم، أثر كبير في توسيع القاعدة. ويذهب الفقه 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، وليست متفرعة عن قاعدة عامة كالقاعدة السالفة الذكر، وأياً 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 تتوسط الثقة المشروعة وتستقر الأوضاع القائمة - انظر في هذا المعنى نيسيه فقرة ٣٦٧ - فقرة ٣٦٨ - لوران ٣٢٢ 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 يعند 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، كالكنييسة والهيئات العامة وأملاك التاج، فكان لا يجرى التقادم في حقها أو يجرى تقادم أطول (انظر آنفاً فقرة ٥٩٣). فقضى النص بأن التقادم يجرى 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 المادة ٢٢٥٢ مدني فرنسي في خصوص القصر والمجورين. 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. فعنده إذا تعذر على الدائن أن يطالب بحقه، بسبب حرب أو غزو أو ثورة أو انقطاع المواصلات أو إقفال المحاكم أو غيبية منقطعة أو جهل الدائن بحقه جهلاً معتقداً أو غير ذلك، =

٦٢٣- أسباب وقف التقادم في التقنين المدني المصري: وإذا كان التقنين المد

المصري السابق قد حذا حذو التقنين المدني الفرنسي في حصر أسباب وقف التقادم كقدمنا، فإن التقنين المدني المصري الجديد قد عدل عن هذه المحاذاة، وجعل التقادم يقف بالنسبة إلى ناقصي الأهلية والمحجورين فحسب، ولا فيما بين الأصيل والنائب فحسب، بوجه عام يقف سريان التقادم «كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً». فجاءت هذه العبارة من حيث العموم والشمول بحيث نذ بالقاعدة التقليدية في القانون الفرنسي القديم التي سبقت الإشارة إليها، والتي تقضى بأوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه. وقد جاء في المذكرة الإيضاح للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «بيد أن أهم جديد أتى به المشروع في ما الصدد هو النص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه علم المدين أن يطالب بحقه في الوقت المناسب، ولو كان هذا المانع أدبياً. ولم ير إيراد المواز على سبيل الحصر - كالحرب وحالة الأحكام العرفية والأسر وصلة الزوجية والخدمة - على غرار ما فعلت بعض تقنينات أجنبية. بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى 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 مبقى قائماً على الإدارة، وبين الشخص المعنوي ونائبه ما بقيت النيابة قائمة، وبين الموكل والوكيل فيما يدخل في حدود التوكيل، وبين السيد والخادم طوال مدة التعاقد، لأن بين كل من أولئك وكل من هؤلاء على التوالي صلة تبعث على الاحترام والثقة أو الرهبة يستحيل معها على الدائن أدبياً أن يطالب بحقه. وتجدر الإشارة إلى أن اتحاد الذمة مانع طبيعي من موانع سريان المدة، فإذا زال السبب الذي أفضى إلى اجتماع صفتي الدائن والمدين زوالاً مستنداً، وعاد الدين إلى الوجود، اعتبر التقادم قد وقف طوال الفترة التي تحقق الاتحاد في خلالها» (١).

يضاف إلى الاعتبارات التي تقدم ذكرها في المذكرة الإيضاحية أن التقنين المصري، وقد أخذ مدة التقادم عن الشريعة الإسلامية وجعلها خمس عشرة سنة، وهي مدة لا تبلغ إلا نصف المدة المقررة في التقنين المدني الفرنسي، لم ير بأساً من أن تطول هذه المدة

= كان هذا كافياً لوقف سريان التقادم (انظر في القضاء الفرنسي بودرى وتيسيه فقره ٣٦٩ - فقره ٣٧٧ - بلايول وريبير وردوان ٧ فقره 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.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٩ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٢٢ - ص ٣٢٦.

بالعذر الشرعى، وهو ما أخذت به الشريعة الإسلامية أيضاً عندما قررت عدم جواز سماع الدعوى على المتكر بعد تركها من غير عذر شرعى (١). ذلك أن مدة التقادم والعذر الشرعى أمران متلازمان، وقد أخذ التقنين الجديد فيهما معاً بأحكام الشريعة الإسلامية. وما العذر الشرعى إلا قيام المانع الذي يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، والعذر الشرعى والمانع كلاهما يمكن تقريبه من القاعدة الفرنسية القديمة التي كانت تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه.

على أنه من المصلحة أن تضبط، من ناحية التطبيق، حدود المانع الذي يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه. ويجب أن يكون هذا الضبط محكماً، حتى لا تنفذ ثغرات إلى أحكام التقادم تخل بالأساس الذي قام عليه. فالتقادم إنما شرع لصيانة الأوضاع القائمة المستقرة، فلا يجوز إهدار هذه الصيانة في سبيل صيانة مصلحة الدائن عن طريق وقف التقادم. فالأولى مصلحة عامة والأخرى مصلحة خاصة، والمصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة. ومن ثم يجب التشدد في ضبط أسباب وقف التقادم، «ولا سيما - كما تقول المذكرة الإيضاحية (٢) - أن ضبط حدوده من طريق التطبيق غير عسير».

وقد ورد من أسباب وقف التقادم - في نص التقنين المصري وفي المذكرة الإيضاحية وفي التقنينات الأجنبية - نقص الأهلية والحجر، والعلاقة ما بين الأصيل والنائب، والعلاقة ما بين الزوجين، والعلاقة ما بين الأصول والفروع، والعلاقة ما بين الشخص المعنوي ومديره، والعلاقة ما بين المخدم والخادم، وحالة ما إذا كان الدائن غائباً غيبة اضطرارية في سفر أو أسر أو نحو ذلك، وحالة اتحاد الذمة. وهذه كلها أسباب تتعلق بالشخص: شخص الدائن 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 (١) وترجع، لا لأسباب تتعلق

(١) انظر في التقادم المسقط في الفقه الإسلامى في مذاهبه المختلفة وفي مجلة الأحكام العدلية مقال الأستاذ ضياء شيت خطاب المنشور في مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشرة ص ٤٥ - ص ٤٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٩.

(١) أ- النص في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدني على أنه «لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً..... يدل - وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدني وجرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إن كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه في الوقت المناسب ولو كان المانع أدبياً ولم ير المشرع إيراد المواز على سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمشيه =

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.

= مع ما يقضى به العقل، والمانع من المطالبة الذي يقف به سريان التقادم كما يكون مرجعه أسباب تتعلق بشخص الدائن قد يرجع إلى ظروف عامة يتعذر معها عليه المطالبة بحقه، وفي هذا النطاق فإن تمكين المطعون ضدها من شقة النزاع وطرد الطاعن منها بقرار من النيابة العامة وقاضي الحيابة وتقديم الطاعن إلى المحاكمة الجنائية بتهمة غصبه للحيازة كل ذلك قد يكون من الأسباب الموقفة للتقادم إذا لم يكن ناشئاً عن إهمال صاحب الحق أو تقصيره.

(الطعن رقم ٤٩٥ لسنة ٥٩ ق - جلسة ٢٠٠١/٦/١٧)

ب- النص في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدني على أنه لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً يدل وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدني وجرى به قضاء هذه المحكمة، على أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إن كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه في الوقت المناسب ولو كان المانع أدبياً ولم ير المشرع إيراد الموانع على سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل والمانع من المطالبة الذي يقف به سريان التقادم كما يكون مرجعه أسباب تتعلق بشخص الدائن قد يرجع إلى ظروف عامة يتعذر معها المطالبة بحقه، وفي هذا النطاق فإن الجهل باعتصاب الحق قد يكون من الأسباب الموقفة للتقادم إذا لم يكن ناشئاً عن إهمال صاحب الحق ولا تقصيره، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنين قد تمسكا في مذكرتي دفاعهما المقدمتين لجلستي ١٩٨٦/١١/٣، ١٩٨٧/٢/٢ أمام محكمة الاستئناف رداً على دفع المطعون ضده الأول بانقضاء دعواهما بالتقادم فإن هناك سبباً لوقف التقادم في مواجهتهما يتمثل في جهلهما بصدد حكم ايقاع البيع الذي نزع ملكيتهما للأرض محل النزاع جبراً دون إهمال أو تقصير منهما - وكان من شأن بحث هذا الدفاع الجوهرى أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذ أورد بمدوناته أن أحداً من الطاعنين لم يتمسك بوجود سبب من أسباب وقف التقادم وانتهى إلى القضاء بسقوط حقهما في إقامة دعوى بطلان حكم مرسى المزد بالتقادم لمضى أكثر من خمسة عشر سنة من تاريخ الحكم المذكور وقبل رفعها، يكون قد خالف الثابت في الأوراق مما أدى إلى حجب عن بحث دفاع الطاعنين في هذا الشأن والرد عليه وهو ما يعيبه ويوجب نقضه.

(الطعن ١ لسنة ٥٨ ق جلسة ٩١/٧/٤)

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٩ السنة ٣٠ ص ٤١٨)

(الطعن ٥٧٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٥/١٧ ص ٣٤ ص ١٢٢٢)

ج- النص في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدني يدل وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدني، وجرى به قضاء هذه المحكمة على أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إن كان ثمة مانع أدبياً، ولم ير المشرع إيراد الموانع على سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل، والمانع من المطالبة الذي يقف به سريان التقادم كما يكون مرجعه أسباب تتعلق بشخص الدائن، وقد يرجع إلى ظروف عامة يتعذر معها عليه المطالبة بحقه، وتقرر ذلك =

ونستعرض الآن كلا من هذين النوعين من أسباب وقف التقنين المدني المصري (١):
(١) أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص (٢) وأسباب وقف التقادم التي ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية.

= مما تستقل به محكمة الموضوع، ولها أن تقرر قيام المانع ولو تضمن التشريع نصاً يميز للدائن الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بحقه ما دامت قد أقامت قضاءها بذلك على أسباب سائفة.

(الطعن ٥٧٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ٨٣/٥/١٧ ص ٣٤ ص ١٢٢٢)

د- النص في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدني على أنه لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً... مفاده وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدني أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه في الوقت المناسب ولو كان المانع أدبياً، ولم ير المشرع إيراد الموانع على سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل.

(الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٧/٦/٧ ص ٢٨ ص ١٣٧٨)

ه- الجهل بالحق في استرداد ما دفع بغير حق لا يمنع من سريان التقادم ومن ثم فإن هذا الجهل لا يمكن أن يكون من الموانع التي يترتب عليها وقف التقادم بعد سريانه طبقاً للمادة ٣٨٢ من القانون المدني.

(الطعن رقم ٩٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٦/٢٤ ص ١٧ ص ٤٢٥)

(١) وما استحدثته 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 يقف 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 يقف التقادم طبقاً لأحكام هذا التقنين وإن كان يقفه طبقاً لأحكام التقنين الجديد، فإنه لا يعتبر واقفاً للتقادم في المدة التي سبقت العمل بالتقنين الجديد.

على أن القضاء والفقه في عهد التقنين السابق كانا يتوسعان في أسباب وقف التقادم إلى حد مشاركة القاعدة الفرنسية التي تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطع سريانه: استئناف مختلط 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 ٢٤٢ (وصية تنفيذها يتوقف على الحكم في قضية فيقف التقادم حتى يصدر الحكم) - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٣ (دائن استوفى حقه عن طريق نزع ملكية مال لمدينه، 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 ٦٠٥ ص ٦٢٨ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيق فقرة ٨٤٦ ص ٦٥١ - ص ٦٥٢.

وأكثر ما يجرى القضاء الفرنسي القاعدة التي تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن قطع سريانه، إنما يكون عندما يقوم المانع في آخر مدة التقادم، فتكتمل المدة والمانع لا يزال قائماً. عند =

٦٢٤ - أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص: أهم هذه الأسباب هو السبب المتعلق بناقضى 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 يمثل قانوناً» (١). فمدد 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 مدة 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

= 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 يعتد 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 بلايول وريبير وردوان ٧ فقرة 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 يعفى صاحب الحق من الحكم بالتقادم إذا باشر حقوقه بمجرد زوال المانع. أما إذا زال المانع الوقتي ولا يزال أمام الدائن مدة كافية لاستعمال حقه، وأهمل استعماله حتى انتهت جميع المدة، فإن الحق يسقط بالتقادم (٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٦ ص ٧٦٢). وقضت محكمة مصر الوطنية بأن الاستحالة التي تقف سريان التقادم هي الاستحالة المطلقة التي تكون مانعة منعاً كلياً من مباشرة الحقوق كالأمر في الحرب 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 يعفى 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 ١٢٢).

(١) لما كان وقف التقادم لمصلحة ناقص الأهلية هو سبب شخصي متعلق به فلا يتعداه إلى غيره من كامل الأهلية الذين يسرى التقادم في حقهم ما دام أن محل الالتزام قابل للانقسام، إذا كان الثابت من مدونات الحكم أن من بين الورثة المطعون ضدهم من كان قاصراً ومنهم من كان بالغاً رشيداً وكان موضوع الدعوى تثبيت ملكيتهم لقطعة أرض على الشيوخ فان الطلب بطبيعته قابل للانقسام والتجزئة، ومن ثم فإن التقادم المكسب الطويل لا يقف إلا بالنسبة للقاصر منهم ويستمر سارياً بالنسبة للبالغ.

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٥٨٦)

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٨١٩)

(جلسة ١٩٦٧/١٠/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٥٢٧)

من يمثله 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 إرهاق المدين في وقت 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 والإجراء تتقادم بسنة واحدة، والتقادم 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 تتقادم بثلاث سنوات، والدائن هنا هو الدولة لا يلحقها قصر ولا حجر، فلا محل في هذه الحالة لوقف التقادم. وهناك مدد تقادم أخرى وردت في نصوص متفرقة، كتقادم دعاوى الإبطال ودعاوى العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والدعوى البوليصية بثلاث سنوات، وإذا وقف سريان التقادم للقصر أو للحجر في هذه الأحوال لم يتحقق الغرض الذي اراده المشرع من تقصير مدد التقادم، وهو استقرار الأوضاع بعد انقضاء مدة معقولة (١).

فاذا زادت مدة التقادم على خمس سنوات - وهي لا تكون حينئذ إلا خمس عشرة سنة - وجب التمييز بين ما إذا كان القاصر أو المحجور له نائب يمثله أو ليس له نائب. ففي حالة ما إذا كان له نائب، لا يقف سريان التقادم، وعلى النائب أن يقطع التقادم وأن يطالب بحق محجوره، وإلا كان هو المسئول نحو المحجور. وهذا حكم استحدثه التقنين المدني الجديد، أخذاً عن بعض التقنينات الأجنبية، وتضييقاً من أسباب وقف التقادم باعفاله ما لا تقوم الضرورة لتبريره (٢). أما التقنين المدني السابق فكان يقف سريان التقادم، ولو كان للقاصر أو

(١) على أن المشروع قد لاحظ حالة القصر أو الحجر في دعاوى الإبطال المبنية على نقص الأهلية، فأخر سريان التقادم إلى اليوم الذي يزول فيه نقص الأهلية (انظر الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ مدني). وفعل مثل ذلك في دعوى تكملة الثمن للغبن في بيع عقار شخص لا تتوافر فيه الأهلية، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٢٦ مدني على أن «تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع».

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «استحدث المشروع حكماً هاماً بشأن وقف التقادم بالنسبة لعديم الأهلية وناقصيها، فقضى بأن هذا الوقف لا يقع على وجه الإطلاق لمصلحة أولئك وهؤلاء متى كان لهم من ينوب عنهم قانوناً: انظر المادة ٥٤٩ من التقنين البرتغالي. ذلك أن النائب يحل محل الأصيل المحجور، فيتمتع عليه أن يتولى أمر المطالبة عنه، فإذا لم يفعل كان مسئولاً عن ذلك. أما إذا لم يكن لعديم الأهلية أو ناقصها من ينوب عنه، فعندئذ يقف سريان مدة التقادم بالنسبة له، ما لم تكن المدة خمس سنوات أو أقل. ويشمل هذا الحكم الغائب والمحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية. فالواقع أن الغرض من التقادم الخمسي هو درء خطر تراكم الديون الدورية المتجددة، وليس يتأثر هذا الغرض بما يتصل بشخص الدائن من أوصاف ولو كان القصر من بينها. ثم إن ما يسقط من الحقوق بانقضاء خمس سنوات يتهافت تهافتاً يمتنع معه التسليم بوقف سريان المدة... =

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 المذكرة الإيضاحية (٤). فإذا ما زال سبب اتحاد الذمة، وانفصلت صفة الدائن عن صفة المدين بأثر رجعي، فهذا الأثر الرجعي لا شأن له بما وقف من سريان التقادم، ولا تحسب المدة التي قام في خلالها اتحاد الذمة ضمن مدة التقادم (٥).

وقد يكون المانع من أن يطالب الدائن بحقه هي العلاقة القائمة بينه وبين المدين. فالعلاقة ما بين الزوجين مانع أدبي لأي منهما أن يطالب الآخر بحقه، وإلا تعكر صفو السلام في الأسرة فوجب وقف سريان التقادم ما دامت علاقة الزوجية قائمة (١)، ويعود

= أما التقادم الحولي فقد بنى على قرينة الوفاء، وهي تظل سليمة الدلالة ولو كان الدائن قاصراً (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٨ - ص ٣٢٩).

(١) فإذا كان للقاصر أو المحجور نائب يمثله، وقف سريان التقادم في عهد التقنين المدني السابق، اعتبر التقادم موقوفاً إلى يوم نفاذ التقنين المدني الجديد. ومنذ هذا اليوم تسرى أحكام هذا التقنين، 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 التقنين المدني السابق، فإنه يبقى موقوفاً حتى بعد نفاذ التقنين المدني الجديد، ويستمر موقوفاً إلى أن يعين للقاصر أو المحجور نائب يمثله، فعندئذ يعود التقادم إلى السريان ولو لم يرتفع الحجر لبقاء نقص الأهلية.

(٢) انظر استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٥٣ (جندى أسر في 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 آنفاً فقرة ٢٢٣ - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٩.

(٥) بودري وتيسيه فقرة ٣٧٨.

(١) إذا كان الحكم المطعون فيه قد رفض اعتبار علاقة الزوجية مانعاً أدبياً لمجرد تحرير سند الدين بمقولة أن تحريره يخالف المألوف بين الزوجين وكان تحرير سند بالحق المطالب به ليس من شأنه أن يؤدي عقلاً إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم إذ أنه لا يخالف المألوف بين الزوجين ولا يدل بحال على وقوع أي تصدع في علاقة الزوجية التي تربطها كما أن هذا التسبب ينطوي على مخالفته للقانون =

التقادم إلى السريان بمجرد أن تنفصم عرى الزوجية لموت أو طلاق أو غير ذلك. وقد قدمنا أن التقنين المدني الفرنسي (م ٢٢٥٣) يشتمل على نص صريح في هذا الحكم (١).

والعلاقة ما بين الأصول والفروع هي أيضاً مانع أدبي. وقد يكون مانعاً أدبياً علاقة القرابة أياً كانت، ما دامت علاقة وثيقة واقترنت بملاسات تؤكد معنى المنع، كالعلاقة ما بين الأشقاء، وعلاقة الأعمال والأحوال بأولاد الأخ أو أولاد الأخت. وهذه مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع (١).

= يترتب على الأخذ به من تخصيص للمانع الأدبي الذي يقف به سريان التقادم بالحالة التي لا يكون فيها الحق المطالب به ثابتاً بالكتابة وهو تخصيص لا أصل له في القانون ولم يرده الشارع، لما كان ذلك فان الحكم المطعون فيه يكون مشوباً بالقصور وبمخالفة القانون بما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٨ الطعن ٣٩٥ لسنة ٣٢٢ ق س ١٧ ص ١٨٦٥)

(جلسة ١٩٧٩/٣/٢٢ الطعن ٨٠٧ لسنة ٤٦ ق)

(١) 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 الفرنسي بالمادة ٢٢٥٣ التي أساسها أن للزوج حق إدارة أموال زوجته بقوة القانون، فهو وكيل قانوني عنها، وهذه الصفة غير مقررة في القانون المصري (٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ الحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠). ولكن محكمة النقض قضت بعد ذلك بأن اعتبار علاقة الزوجية مانعاً من المطالبة بالحق أو غير مانع من الأمور الموضوعية التي تختلف في الدعاوى بحسب ظروفها، والقضاء فيها لا يخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص ٤٧ - وانظر: استئناف مصر ٩ مايو سنة ١٩٣٣ الحاماة ١٤ رقم ٤٥ ص ٨٨ - عابدين أول يولية 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، فنرى أن تكون علاقة الزوجية في الأصل مانعاً أدبياً في سريان التقادم. فإذا استأجر الزوج مثلاً أرضاً من زوجته، لم يستطع أن يتمسك بالتقادم الخمسي 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 ينفصل الزوجان، ويقوم الشقاق بينهما، مع بقاء الزوجية قائمة، فلا يعود هناك محل للخشية من تمكيد صفو السلام في الأسرة بعد أن تعكر فعلاً، لا سيما إذا كانت هناك قضايا مرفوعة بين الزوجين. ففي هذه الحالة يمكن القول بأن سبب وقف التقادم قد زال، وهذه مسألة واقع لا معقب فيها على تقدير قاضي الموضوع.

(١) أ - لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً، وصلة القرابة مهما كانت درجتها لا تعتبر في ذاتها مانعاً أدبياً، بل يرجع في ذلك إلى ظروف كل دعوى على حدة تستخلص منها محكمة الموضوع - بما لها من سلطة تقديرية - قيام أو انتفاء المانع الأدبي، دون معقب عليها، متى أقامت استخلاصها على أسباب سائغة لها أصل ثابت في الأوراق.

والعلاقة ما بين المخدم والخدام مانع أدبي، ما دامت علاقة الخدمة قائمة (1).

(= جلسة ١٩٧٨/٤/١٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ ص ١٠٢٥، جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩ السنة ٣٠ ع ٣٤ ص ٤١٨)

ب- النص في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدني على أنه لا يسرى التقادم كلما وجب مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً مفاده وعلى ما ورد بالأحكام التحضيرية للقانون المدني أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه في الوقت المناسب ولو كان المانع أدبياً، ولم يرد المشرع في الموانع على سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل، ولما كان ذلك وكما الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بالتقادم بناء على ما انتهى إليه من أن صلة القرية بين الطاعنة وابن شقيقتها المطعون عليه وإقامة هذا الأخير خارج البلاد واستيلاء جهة الأوصياء الزراعي على الأرض المبيعة فترة من الزمن تعتبر مانعاً يتعذر معه على المطعون عليه المطالبة بحقه في الفوائد، وكان التعامل بين الطرفين بالكتابة ليس من شأنه أن ينفي وحده قيام المانع في علاقة المطعون عليه بخالته الطاعنة، لما كان ما تقدم وكان تقدير قيام المانع الموقف لسريان التقادم موكولاً أمره إلى الحكم المطعون فيه من قيام المانع لوقف التقادم سائفاً ويكفي لحمله فان النعي عليه بهذا الوجه يكون على غير أساس.

(الطعن ١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩١/٧/٤)

(الطعن ١٢٧٣ لسنة ٥٦ ق جلسة ٩٠/٣/١٣، الطعن ١٩٣ لسنة ٥٦ ق جلسة ٩١/١/٩)

(الطعن ٤٦ لسنة ٥٢ ق جلسة ٨٧/٥/٢٤)

(جلسة ١٩٧٩/٢/١٥ الطعن ١٠٩٧ لسنة ٤٧ ق ص ٣٠ ع ١ ص ٥٣٩)

ج- تنص المادة ٣٨٢ من القانون المدني على أنه لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً وصلة القرابة مهما كانت درجتها. لا تعتبر في ذاتها مانعاً أدبياً بل يرجع في ذلك إلى ظروف كل دعوى على حدة تستخلص منها محكمة الموضوع - بمسئولية من سلطة تقديرية - قيام أو انتفاء المانع الأدبي، دون معقب عليها في ذلك، متى أقامت استخلاصها على أسباب سائفة لها أصل ثابت بالأوراق.

(الطعن رقم ٤١٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٧ ص ٢٩ ص ١٠١٥)

(الطعن رقم ١٠٩٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/٢/١٥ ص ٣٠ ع ١ ص ٥٣٩)

(1) أ- اعتبار قيام عقد العمل بين العامل ورب العمل مانعاً أدبياً يحول دون مطالبته بحقه هو من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع بغير معقب متى كان ذلك مبنياً على أسباب سائفة.

(جلسة ١٩٧٢/٤/٨ الطعن رقم ٣٩٣ لسنة ٣٥ ق ص ٢٣ ص ٦٦٣)

ب- جرى قضاء هذه المحكمة على أن اتهام العامل وتقديمه للمحاكمة بشأن هذا الاتهام وفيما الدعوى الجنائية قبله لا يعتبر مانعاً يتعذر معه رفع دعواه بطلب الأجر والمكافأة وبالتالي لا يبرئ من وقف مدة سقوطها بالتقادم وفقاً للقواعد العامة في القانون.

(الطعن رقم ٩١٢ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٩/١١/٢٥ ص ٣٠ ع ٣ ص ٦٢)

والعلاقة ما بين الأصيل والنائب مانع يقف سريان التقادم، وقد ورد نص صريح في ذلك في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ مدني، كما رأينا. ويدخل في ذلك العلاقة ما بين الموكل والوكيل ما دامت الوكالة قائمة، وذلك في حدود أعمال الوكالة (١). كما تدخل العلاقة ما بين الولي أو الوصي أو القيم بالمجور، ما دام الحجر قائماً (٢). وكذلك تدخل العلاقة ما بين الشخص المعنوي والمدير، ما دامت صفة الإدارة قائمة. ففي كل هذه الأحوال يقف سريان التقادم في الحقوق التي لأي طرف على الآخر انتظاراً لتصفية العلاقة القائمة، إذ لا يحسن أن يقاضي أحد الطرفين الآخر مع وجود علاقة بينهما تقوم على الثقة والائتمان (٣) (١).

(١) استئناف مختلط ٢١ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٧ - ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٥٢ - وحيارة الوكيل لملك موكله تكون حيازة عارضة، ولا يسرى التقادم المسقط بالنسبة إلى حق الموكل الشخصي في الرجوع على الوكيل إلا من وقت أن يغير الوكيل حيازته من حيازة عارضة إلى حيازة المالك (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢١٩). على أنه إذا قام نزاع بين الوكيل والموكل، فقد تكدرت العلاقة بينهما، ولم تعد مانعاً أدبياً من سريان التقادم. ولا يقف التقادم في هذه الحالة قيام نزاع بينهما على عنصر من عناصر الحساب، إذا كان قد سبق للوكيل تقديم الحساب في قضية أخرى. وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا قررت المحكمة أن قيام النزاع بين الموكل والوكيل على عنصر 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 في قضية أخرى عن مدة سابقة قبل تصفية ذلك النزاع، فلا يكون حكمها مخالفاً للقانون (نقض مدني ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٧ ص ٦٤٥).

(٢) وإذا استأجر المشرف على الوصية أطيان القصر، فليس ل أن يتمسك قبل القصر بسقوط الأجل في الأجرة بمضي خمس سنوات، لأنه وإن كما بصفته مستأجراً يستفيد من التقادم الخمسي، إلا أن من واجبه مراقبة الوصية في اتخاذ اللازم نحو الحصول على حقوق القصر ومنع أي إهمال يؤدي إلى سقوط تلك الحقوق أو ضياعها، وواجبه هذا يتعارض مع استفادته من إهمال الوصية في مطالبته والتمسك بسقوط حقوق القصر بمضي المدة (استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٣١ ص ٨٧٨).

(٣) ولا تعد علاقة الموظف بالحكومة مانعاً أدبياً من شأنه وقف التقادم (محكمة القضاء الإداري ٢٠ مايو سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ٩١٥ ص ١٧٣٩). وكذلك لا يكون شغل 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).

(1) لا يسرى التقادم الخمسي المنصوص عليه في القانون المدني إلا بالنسبة للحقوق الذورية المتجددة ومن لم فلا يسرى هذا التقادم على المبالغ التي يقبضها الوكيل لحساب موكله ويمتنع عن أدائها له، ولو كانت هذه المبالغ عبارة عن ريع عقار للموكل وكل الوكيل في تحصيله وإنما يتقادم حتى الموكل في مطالبته الوكيل بهذه المبالغ بخمس عشرة سنة ولا يسرى التقادم بالنسبة لهذا الحق ما دامت الوكالة قائمة ولم يصف الحساب بينهما.

(الطعن ١٩٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ٦٧/١١/٣٠ ص ١٨ ص ١٧٧٩)

ويقف سريان التقادم في جميع الموانع التي قدمناها، أياً كانت مدة التقادم، خمس سنوات أو أكثر أو أقل، وذلك فيما عدا القصر والحجر فقد رأينا أن التقادم لا يقف فيها إلا إذا كانت مدته أكثر من خمس سنوات.

٦٢٥- أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية: وقد يرجع المانع لا إلى اعتبار يتعلق بالشخص، بل إلى ظرف مادي اضطراري، أقرب ما يكون إلى القهر القاهرة^(١)، يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه. فيقف سريان التقادم، أياً كانت مدته خمس سنوات أو أقل^(٢). من ذلك قيام حرب مفاجئة أو نشوب فتنة أو إعلان الأحكام العرفية، إذا كان شيء من هذا قد منع المحاكم من مباشرة أعمالها، فلا يتمكن الدائن من المطالبة القضائية بحقه^(٣).

ومن ذلك أيضاً انقطاع المواصلات بحيث لا يتمكن الدائن من اتخاذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بحقه، فيقف سريان التقادم لهذا المانع^(٤). والمسألة موكولة إلى تقدير قاضي الموضوع، ولا معقب على هذا التقدير من محكمة النقض.

(١) ولم نقل القوة القاهرة، إذ لا يشترط في المانع ما يشترط في القوة القاهرة. ويكفي في المانع أن يقوم دون أن يكون مصدره خطأ الدائن، حتى يقف سريان التقادم. فيعتبر جهل الدائن بوجود حقه من غير تقصير منه مانعاً يقف التقادم (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٢)، وقد لا يكون هذا الجهل قوة القاهرة 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 تختسب في حقه إلا من تاريخ علمه بوقوع الغصب على ملكه (نقض مدينى 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 تقديم المانع بترك لقاضي الموضوع، ولا معقب عليه من محكمة النقض (قارن استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٨٠ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٤٢).

(٢) ومن ذلك نرى أن أسباب الوقف ترد على التقادم أياً كانت مدته، ولو كانت هذه المدة خمس سنوات أو أقل، وذلك فيما عدا الأسباب التي ترجع إلى عدم توافر الأهلية أو القية المنقطعة أو الحكم بعقوبة جنائية فهذه كما رأينا لا تقف سريان التقادم إلا إذا كانت مدته أكثر من خمس سنوات.

(٣) انظر المادة ٢٠٣ من التقنين المدني الألماني.

(٤) ومن الموانع التي رأيت محكمة النقض أنها تقف سريان التقادم، حتى في عهد التقنين المدني السابق، ما قضت به من إنه إذا باع المدين الدائن عيناً أداء لدينه ثم حكم ببطان هذا البيع، فإن تقادم الدين يقف إلى صدور الحكم بالبطان. وإذا أقر البائع (المدين) للمشتري (الدائن) بأجازة البيع بعد ذلك ثم قضى ببطان هذه الإجازة، فهذه الإجازة تقف التقادم إلى أن يقضى ببطانها (نقض =

ومن ذلك أخيراً ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية. فقد نصت المادة ١٧٢ مدنى على أن ١٨ - تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه. وتسقط مدة الدعوى، في 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. فلو فرضنا أن جنابة وقعت وعلم المجنى عليه بها وبالشخص المسئول عنها وقت وقوعها، فإن الدعوى المدنية بالتعويض تتقادم بثلاث سنوات من وقت وقوع الجنابة. ولكن لما كانت الدعوى الجنائية لا تسقط فى الجنايات إلا بعشر سنوات من وقت وقوع الجنابة (م ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية)، فلو فصلنا ما بين مدتى التقادم، لنتج عن ذلك موقف شاذ هو سقوط الدعوى المدنية بثلاث سنوات قبل سقوط الدعوى الجنائية بعشر سنوات. فيكون من الممكن إيقاع عقوبة على الجانى بعد انقضاء ثلاث سنوات إذ تكون الدعوى الجنائية لم تتقادم، دون التمكن من إلزامه بالتعويض إذ تكون الدعوى المدنية قد تقادمت، مع أن التعويض أقل خطراً من العقوبة الجنائية. هذا المحذور أراد المشرع أن يتفاداه، فنص على أن الدعوى المدنية لا تتقادم فى هذه الحالة بثلاث سنوات، بل تبقى قائمة مع الدعوى الجنائية ولا تسقط إلا بسقوطها، حتى يستطيع المضرور فى الوقت الذى يعاقب فيه الجانى أن يتقاضى منه التعويض المدنى^(١). والمفروض

= مدنى ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٣٧). ومن ذلك أيضاً ما قضت به من أنه متى كانت المورثة قد أوصت بكل أملاكها العقارية والمنقولة لبناتها ومن بينهن المطعون عليها، وأقرت فى الوصية لهن بديون، فإنه بحسب الحكم، ليستقيم قضاؤه برفض الدفع بسقوط حق المطعون عليها فى المطالبة بدينها لمضى 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 ببطانها، متى كان ثابتاً فى الحكم أن المقررة أوصت بما أوصت للمطعون عليها فى مقابل دينها. وتقدير المانع فى هذه الحالة موكول أمره إلى محكمة الموضوع دون معقب عليها متى اعتمدت على أسباب سائغة (نقض مدينى 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 فى حق الالتزام المترتبة على هذا العقد، لا انقطاعه، متى كان لم يتوافر سبب من أسباب الانقطاع القانونية (نقض مدينى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٥ ص ٣٧٥). أما الدعوى التى يرفعها الغير بطلب استرداد الشيء المبيع فلا يعتبر سبباً قانونياً لوقف التقادم الخاص بحق المشتري فى التضمنات مقابل ما فاتته من ربح بسبب عدم تنفيذ عقد البيع (نقض مدينى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٧ ص ٢٩٠).

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٥ ص ٩٣٩.

دعوى التعويض أمام محكمة الجنايات، بل تبرص بالجاني حتى يحكم عليه جنائياً، ودامت المحاكمة الجنائية أكثر من ثلاث سنوات ثم انتهت بادانة الجاني، فانه يكون قد مضى على الدعوى المدنية بالتعويض أكثر من ثلاث سنوات، فهل تكون قد تقادمت بانقضاء هذه المدة؟ لا تتردد في القول بأن سريان التقادم بالنسبة إلى الدعوى المدنية يقف طوال المدة التي دامت فيها المحاكمة الجنائية، ولا يعود التقادم إلى السريان إلا عند صدور الحكم النهائي بادانة الجاني أو عند انتهاء هذه المحاكمة بسبب آخر. ذلك أن من حق المجنى 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 المجنى 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

=د- من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ان رفع الدعوى الجنائية يعتبر مانعا قانونيا في حكم المادة ٣٨٢ من القانون المدني، يتعذر معه على الطاعنين مطالبة المطعون بحقهم في التعويض عن مقتل مورثهم خطأ، مما لازمه وقف تقادم التعويض لحين الفصل نهائيا في قضية الجنحة سالفة الذكر.

(الطعن رقم ٤٨٠ من ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٢)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص ١٧٩٨)

هـ- النص في المادة ١٧٢ من القانون المدني على أنه إذا كان المحمل الضار يستتبع قيام دعوى جنائية إلى جانب دعوى التعويض المدنية وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المبينة في الفقرة الأولى من المادة سالفة الذكر فان الدعوى المدنية لا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية فإذا انفصلت الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية بان اختار المضرور الطريق المدني دون الطريق الجنائي للمطالبة بالتعويض فان سريان التقادم بالنسبة للمضرور يقف طوال المدة التي تدوم فيها المحاكمة الجنائية إلى أن تنقضى الدعوى الجنائية بصدور حكم نهائي فيها بادانة الجاني أو عند انتهاء المحاكمة الجنائية بسبب آخر على أساس أن رفع الدعوى الجنائية يكون في هذه الحالة مانعا قانونيا في معنى المادة ١/٣٨٢ من القانون المدني - يتعذر معه على المضرور المطالبة بحقه في التعويض فإذا سقطت الدعوى الجنائية بعد رفعها بالتقادم انقضت تلك الدعوى من تاريخ هذا الانقضاء وبزول المانع القانوني آنف البيان ويعود سريان تقادم دعوى التعويض المدنية بمدتها الأصلية وهي ثلاث سنوات.

(الطعن ٦٥١ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٣/١٢)

(الطعن ٣٢٠ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/٣/٦)

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 عرى الارتباط ما بين مدتي التقادم، فتستقل الدعوى المدنية بمدة تقادمها الأصلي وهي ثلاث سنوات (١). فإذا فرضنا أن المجنى عليه لم يرفع

(١) أ- المشرع الذي انشأ للمضرور في حوادث السيارات دعوى مباشرة قبل المؤمن عليه بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن تلك الحوادث، ونص على أن تخضع هذه الدعاوى للتقادم الثلاثي المقرر بالمادة ٧٥٢ من القانون المدني للدعاوى الناشئة عن عقد التأمين، وهذا التقادم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يترتب على شأنه القواعد العامة بوقف مدة التقادم عن فعلهم فإن الجريمة تكون مسألة مشتركة بين الدعوى المدنية والدعوى الجنائية وانقطاعها، فإذا كان الفعل المشروع الذي يستند إليه المضرور في دعواه المدنية هو جريمة ورفعت الدعوى الجنائية على مرتكبها سواء أكان هو بذاته المؤمن له أو أحد المجنئين يعتبر المؤمن له مشغولا عن الحقوق المدنية التي يرفعها المضرور على المؤمن ولازمة للفصل في كل منهما فيعتبر رفع الدعوى الجنائية مانعا قانونيا يتعذر معه على الدائن المضرور مطالبة المؤمن بحقه في التعويض عليه المادة ٣٨٢ من القانون المدني وقف سريان التقادم ما بقي المانع قائما، وينبى على ذلك أن رفع دعوى المضرور قبل المؤمن يقف سريانه طوال المدة التي نزل فيها الدعوى الجنائية قائمة ولا يزول إلا بانقضاء هذه الدعوى بصدور حكم نهائي فيها بادانة الجاني أو لانقضائها بعد رفعها لسبب آخر من أسباب الانقضاء ولا يعود سريان التقادم الا من تاريخ هذا الانقضاء، ولما كان الحكم الجنائي القاضي بأدانة مقرر جريمة الجنحة لا تنقضى به الدعوى الجنائية إذ هو لا يعدو ألا أن يكون من الإجراءات القاطعة لمدة الثلاث سنوات المقررة لتقادم الدعوى طبقا للمادتين ١٥، ١٧ من قانون الإجراءات الجنائية ومن ثم فانه إذا لم يعلن هذا الحكم للمحكوم عليه ولم يتخذ اجراء تال له قاطع لتقادم الدعوى الجنائية فإن هذه الدعوى تنقضى بمضي ثلاث سنوات من تاريخ صدوره ومنذ هذا الانقضاء يزول المانع القانوني الذي كان سببا في وقف سريان تقادم دعوى المضرور المدنية قبل المؤمن

(الطعن رقم ١٢٧٨ من ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٧)

(جلسة ١٩٧٥/١/٢٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ ص ٢٣٣)

ب- إذ كانت المادة ١٨ من قانون الاجراءات الجنائية تنص على أنه إذا تعدد المتهمون فان المدة بالنسبة لاحدهم يترتب عليه انقطاعها بالنسبة للباقيين ما لم تكن قد اتخذت ضدهم الاجراءات القاطعة للمدة. وكان الثابت أن دعوى التعويض المائلة نشأت عن جريمة أتهم فيها... وأقيمت الدعوى الجنائية ضده قبل أن تسقط وحكم استئنافيا ببراءته في ١٩٧٧/٢/١٦ ويترتب على ذلك انقطاع مدة التقادم بالنسبة للمتهم الاخر فلا تستأنف سيرها الا في التاريخ المذكور والثابت أن دعوى التعويض المائلة رفعت في ١٩٧٧/٣/٢٢ قبل مضي ثلاث سنوات من ١٩٧٧/٢/١٦ فكانت الدعوى الجنائية قد سقطت باعتبارها في مادة جنحة لا تسقط الا بمضي ثلاث سنين وكانت الدعوى المدنية بالتعويض لا تسقط بالتقادم الا بسقوط الدعوى الجنائية فان الحكم الصادر بسقوطها بالتقادم مخالفا للقانون.

(الطعن رقم ٨٤٩ من ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٢/٦)

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 (2)(2). فلو أن الدائن ترك حقه الذي يتقادم بخمس عشرة سنة دون

(1) انظر في أن وقف النظر في الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية، بمقتضى القاعدة التي تقضي بأن الطريق الجنائي يقف الطريق المدني، هو سبب قانوني لوقف سريان التقادم في حق الدعوى المدنية: بودرى ونيسيه فقرة ٣٧٧.

(2) 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 رردوان ٧ فقرة ١٣٧٩. وانظر أنفاً فقرة ٦٢٣ 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 أي 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، فمنعت الدائن من المطالبة بحقه قبل اكتمال هذه المدة (بلانيول وريبير رردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣٤٣ - ص ٣٤٤).

(1) متى كان ممتنع قانوناً على الطاعنين رفع دعواهما - بطلب التعويض عن اتلاف السيارة بطريق الخطأ - أمام المحاكم الجنائية وكان إذا رفعها أمام المحاكم المدنية أثناء السير في الدعوى الجنائية - المرفوعة عن جريمة القتل الناشئة عن ذات الخطأ - كان رفعها في هذا الوقت عقيماً، إذ لا يمكن الحكم فيها إلا بعد أن يفصل نهائياً في تلك الدعوى الجنائية، فإن رفع الدعوى الجنائية يكون في هذه الحالة مانعاً قانونياً يتعذر معه على الدائن المضرور المطالبة بحقه، مما يترتب عليه المادة ٣٨٢ من القانون المدني وقف سريان التقادم ما دام المانع قائماً، وبالتالي يقف سريان التقادم بالنسبة لدعوى التعويض الحالية طوال المدة التي تدوم فيها المحاكمة الجنائية.

(جلسة ١٩٧٥/١/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٢٣٣)
(جلسة ١٩٧٢/٤/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٦٣٥)
(جلسة ١٩٦٩/٣/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٥٠٠)

ب- التقادم المقرر لدعوى المضرور قبل المؤمن في التأمين الاجباري من حوادث السيارات تسرى في شأنه القواعد العامة الخاصة بوقف التقادم وانقطاعه طبقاً لما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥.

(جلسة ١٩٧٢/٥/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ١٠١٦)
(جلسة ١٩٧٠/١/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٤٣)

(2) أ- القاعدة الصحيحة في احتساب مدة التقادم ألا تحسب المدة التي وقف سيره في خلالها ضمن مدة التقادم وإنما تعتبر المدة السابقة على الوقف معلقة حتى يزول سبب الوقف فإذا زال يعود سريان المدة وتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة.

(الطعن رقم ٤٥١ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٥ ص ١٥٠ ص ١٠٥٠)

ب- مؤدى المواد الأولى والثانية والسادسة عشرة من الأمر العسكري رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ أن الخارج أراد وقف جميع مواعيد سقوط الحق وجميع مواعيد الإجراءات التي سرت أو تسرى ضد المظالم والمراقبين، ما دامت أموالهم موضوعة تحت الحراسة بحيث لا تجرى هذه المواعيد أو تفتح في حقهم خلال فترة الحراسة وبمجرد تعود قسناً سيرها أو تبدأ بمجرد زوال سبب الوقف طبقاً للأحكام المذكورة.

(الطعن رقم ٢/٢٩٢ مدني).
وإذا وقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدنيين في التزام غير قابل للتقسام، فإن طبيعة عدم تجزئة المحل تقتضى وقف سريان التقادم بالنسبة إلى باقي المدنيين (انظر أنفاً فقرة ٣١٨). وكذلك إذا وقف التقادم لصالح أحد الدائنين في التزام غير قابل للتقسام، انتفع بذلك سائر الدائنين نظراً لما تقتضيه طبيعة عدم التجزئة (انظر أنفاً فقرة ٢٢٦).

أن يطالب به المدعى 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، فإن مدة السنتين التي وقف في خلالها سريان التقادم لا تحسب، وتحسب الاثنتا عشرة سنة التي تقدمتها. فيبقى للقاصر من وقت تعيين وصى له ثلاث سنوات أخرى - لا سنة واحدة - قبل أن يتقادم حقه (١).

=المقررة في القانون، ولا وجه للقول بأن المادة السادسة عشرة إنما أريد بها مد مواعيد سقوط الحق ومواعيد الإجراءات خلال فترة الحراسة وبالنسبة للحراس وحدهم لا بالنسبة للأشخاص الموضوعين تحت الحراسة، إذ هو تخصيص للنص بغير مخصص وليس له ما يبرره وفي السوابق التشريعية المماثلة - الأوامر العسكرية والقرارات الوزارية المكتملة له - بالنسبة للرعايا الإيطاليين وغيرهم الذين وضعوا تحت الحراسة في ظروف مشابهة ما ينبغي - وإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى في قضائه بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد على أنها رفعت في أول يونيه سنة ١٩٥٧ بينما قرار اللجنة كان قد أعلن إلى الحارس العام في ١٦ فبراير ١٩٥٧، ومؤدى ذلك أنه أجرى ميعاد سقوط الحق في رفع الدعوى من تاريخ إعلان قرار اللجنة للحارس، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٥/٣/٣ ص ١٦ ص ٢٣٩)

(جلسة ١٩٧٩/٢/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص ١٤ ص ٥٣٩)

ج- المفاوضات التي تدور بين الناقل والمرسل إليه بشأن تسوية النزاع بينهما حول المسؤولية عن تلف البضاعة، وإن كانت تصلح سبباً لوقف تقادم دعوى المسؤولية المنصوص عليه في المادة ١٠٤ من القانون التجاري متى كان يستفاد منها قيام المانع من المطالبة إلا أنها لا تصلح سبباً لقطع التقادم، إذ لا ينقطع التقادم إلا بالأسباب الواردة في المادتين ٣٨٣، ٣٨٤ من القانون المدني، وليس من بينها المفاوضات بين الدائن والمدعى.

(الطعن رقم ١٨٨، ١٩٣ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٦/١٤ ص ٢٧ ص ١٣٥٢)

د- مفاد ما نصت عليه المادة ٢١ من الأمر العسكري رقم ٥ لسنة ١٩٥٦ من أنه «تمدد مواعيد سقوط الحق وجميع مواعيد الإجراءات التي تسرى ضد الرعايا الموضوعة أموالهم تحت الحراسة» أن هذه المواعيد لا تجرى أو تفتح في حق هؤلاء الأشخاص خلال فترة الحراسة إلا أنها تبدأ أو تعود فتستأنف سيرها بمجرد إنهاء هذه الحراسة.

(الطعن رقم ٥٣٦ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٤ ص ٢٦ ص ١٥٤٩)

(1) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «وقد رُوي أن أثر وقف التقادم أظهر من أن يحتاج إلى نص خاص، فالفترة التي يقف التقادم في خلالها لا تحسب ضمن المدة المسقطه: المادة ٢٠٥ من التقنين المدني الألماني» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٩).

هذا ولا يقف التقادم، إذا كان سبب الوقف يتعلق بالشخص، إلا بالنسبة إلى الشخص الذي قام به هذا السبب، 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 ونيسيه فقرة ٤٦٣). وإذا وقف سريان التقادم بالنسبة إلى أحد المدنيين المتضامنين، لم يجز أن يتمسك به قبل باقي المدنيين (م ٢/٢٩٢ مدني).

وإذا وقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدنيين في التزام غير قابل للتقسام، فإن طبيعة عدم تجزئة المحل تقتضى وقف سريان التقادم بالنسبة إلى باقي المدنيين (انظر أنفاً فقرة ٣١٨). وكذلك إذا وقف التقادم لصالح أحد الدائنين في التزام غير قابل للتقسام، انتفع بذلك سائر الدائنين نظراً لما تقتضيه طبيعة عدم التجزئة (انظر أنفاً فقرة ٢٢٦).

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.

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، وبال حجز، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفضيل 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:

٣٨٣م: ورد هذا النص في المادة ٥٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشمل على عبارة «عن غلط معتفراً» بعد عبارة «ولو رفعت الدعوى». وفي لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة، وأضيفت فقرة ثانية نصها كالآتي: «وينقطع التقادم أيضاً بالإندار الرسمي». وأصبحت المادة رقمها ٣٩٦ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على النص. وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية التي أضافتها لجنة المراجعة لأن ما يقطع التقادم يجب أن يكون التنفيذ أو مقدماته وليس الإندار، ولكى تكون أسباب قطع التقادم أكثر دلالة على رغبة صاحب الحق في اقتضائه وتحفزه 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).

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٨٢ فقرة ثانية/ ١١١ و ٢٦٩/٢٠٥ (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).

٣٨٤م: ورد هذا النص في المادة ٥٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا الفقرة الثانية من المشروع التمهيدى حيث ورد فيها: «ويعتبر إقراراً ضمناً أن يترك المدين تحت يد الدائن منقولاً أو عقاراً...» وفي لجنة المراجعة اکتفى بكلمة «مال» لأنها تشمل المنقول والعقار، وقيدت بأن المال المرهون يكون ملكاً للمدين، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٧ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٥ - ص ٣٣٦).

(١) التقنين المدني السابق م ٨٢ فقرة ثانية/ ١١١: تنقطع المدة المقررة للمتلک بوضع اليد إذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبي، وتنقطع المدة المذكورة أيضاً إذا طلب المالك استرداد حقه بأن كلف واضع اليد بالحضور للمرافعة أمام المحكمة أو نبه عليه بالرد تنبيهاً رسمياً مستوفياً للشروط اللازمة ولو لم يستوف المدعى دعواه، إنما يشترط في ذلك عدم سقوط الدعوى بمضى الزمن.

٢٦٩/٢٠٥م: القواعد المقررة للمتلک بمضى المدة من حيثية أسباب انقطاعها أو إيقاف سريانها تتبع 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 تفضيل أو في توزيع، وأى عمل يقوم به الدائن للتمسك 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 ٣٨٣ - ٣٨٤ من التقنين المدني المصرى).

التقنين المدني الليبي م ٣٧٠ - ٣٧١ (مطابقتان للمادتين ٣٨٣ - ٣٨٤ من التقنين المدني المصرى).

التقنين المدني العراقي م ٤٣٧: ١- تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة عن غلط معتفراً. فإن طالب الدائن غريمه في المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة، فإنها تسمع بعدها. ٢- والمطالبة القضائية الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفضيل أو توزيع، وبوجه عام أى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى.

ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن الأسباب التي تقطع التقادم إما أن تكون صادرة من الدائن وذلك بالمطالبة القضائية أو بما يقوم مقامها⁽¹⁾، وإما أن تكون صادرة من المدين وذلك باقراره بحق الدائن.

١ - الأسباب الصادرة من الدائن

٦٢٩ - المطالبة القضائية: ينقطع التقادم بمطالبة الدائن المدين بحقه مطالبة قضائية (demande judiciaire) أي باقامة دعوى بحقه (citation en justice).

فلا بد إذن أن يصل الدائن، حتى ينقطع التقادم، إلى حد المطالبة القضائية⁽¹⁾.

م ٤٣٨: ١ - تنقطع أيضاً المدة المقررة لعدم سماع 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 بالدين رهن حيازة.

والتقنين العراقي يتفق في أحكامه مع التقنين المصري: انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي 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 تجعل المدينون في حالة التأخر عن تنفيذ الموجب، ولو قدمت لمحكمة لا صلاحية لها أو حكم بفسادها شكلاً. ٢ - بطلب قبول الدائن في تغطية المدين. يعمل احتياطي يتناول أملاك المدينون أو بعريضة ترمى إلى نيل الإذن في إجراء عمل من هذا النوع.

م ٣٥٨: ينقطع مرور الزمن باعتراف المدين بحق الدائن.

(وتختلف أحكام التقنين المصري فيما يأتي: ١ - يكتفى التقنين اللبناني بمجرد الإنذار ذي 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 شكلاً، 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 التنبية والحجز والتقدم في توزيع وأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى، ولكن لا شك في أن كل هذه الأعمال تقطع التقادم في لبنان ما دام مجرد الإنذار ذي التاريخ يكفي لقطعه).

(١) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٦ ص ٣١.

(١) أ - المقرر أن التقادم ينقطع وفقاً لحكم المادة ٣٨٣ من القانون المدني بالمطالبة القضائية أو بكل إجراء يقوم به الدائن للمطالبة بحقه في مواجهة مدينه أمام الجهة التي أناط بها الشارع الفصل كما قد ينشأ من نزاع بشأنه ويترتب عليه ذات آثار تلك المطالبة.

(جلسة ٢٠٠٠/٥/٩ الطعن رقم ١٤٤٣ لسنة ٦١ ق)

(جلسة ١٩٩٥/١٢/٥ الطعن رقم ٥٥٥ لسنة ٥٩ ق)

ب- النص في المادة ٣٨٣ من القانون المدني على أن ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة وبالتنبية والحجز وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تغطية أو في توزيع وأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في أحد الدعاوى يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المطالبة القضائية التي تقطع مدة التقادم هي المطالبة الصريحة الجازمة أمام القضاء بالحقوق الذي يراد اقتضاؤه ولهذا فإن صحيفة الدعوى المتضمنة المطالبة بحق ما لا تقطع التقادم إلا في خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط بسقوطه فإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما فإن رفع الدعوى بطلب أحدهما لا يترتب عليه انقطاع التقادم بالنسبة للحق الآخر - لما كان ذلك وكان الدعوى التي يرفعها من حاقه به ضرر شخصي مباشر من وفاة المجنى عليه تختلف في موضوعها عن الدعوى التي يرفعها ورثة المجنى عليه بطلب التعويض عن الضرر الشخصي المباشر ليس من شأنه قطع التقادم بالنسبة لطلب التعويض عن الضرر الموروث.

(الطعن رقم ٢١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٩)

(الطعن رقم ١٧٢٨ من ٢٥ جلسة ١٩٨٦/٤/٢٢)

(الطعن رقم ٢١٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٤/٣٠ من ٣٠ ع ٢٢ ص ٢٣٢)

(الطعن رقم ١٤٢ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٨/٢/٢ من ٢٩ ص ٣٨٦)

ج- مناط قيام الأثر الذي يترتب عليه الشارع على إجراء قانوني معين هو مطابقتها هذا الإجراء أصلاً لما اشترطه القانون فيه، ومن ثم فإن انقطاع التقادم المترتب على المطالبة القضائية عملاً بالمادة ٣٨٣ من القانون المدني يستلزم صحة هذه المطالبة شكلاً وموضوعاً، وهو ما لا يتحقق إلا بصدر حكم نهائي فيها بإجابة صاحبها إلى طلبه كله أو بعضه، أما انتهاؤها بغير ذلك فإنه يزول أثرها في الانقطاع ويصبح التقادم الذي بدأ قبلها مستمرا لم ينقطع.

(الطعن رقم ١٨٠٨ من ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٣/٦)

د- المطالبة القضائية لا تقطع التقادم طبقاً للمادة ٣٨٣ من القانون المدني إلا إذا تمت بإجراء صحيح بحيث إذا كانت صحيفة الدعوى باطللة لعيب في الشكل فلا يترتب عليها أي أثر ولا تقطع التقادم.

(الطعن رقم ٣٢٦ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠ من ٢٦ ص ١٠١٧)

هـ- المطالبة القضائية التي تقطع التقادم المسقط. شرطها. صحيفة الدعوى المتضمنة المطالبة بحق ما قاطعه للتقادم في خصوص هذا الحق وحده وما التحق به من توابعه تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما. أثره. المطالبة بأحدهما غير قاطعة للتقادم بالنسبة للآخر مؤدى ذلك. دعوى التعويض عن الضرر الذي أصاب المشمول بالوصاية. غير قاطعة للتقادم بالنسبة لطلب التعويض عن الضرر الشخصي الذي لحق بالوصي.

(الطعن رقم ٤١٢٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/١١/١٢)

و- مفاد نص المادة ٦٩ من قانون المرافعات السابق أن الدعوى لا تعتبر مرفوعة إلا باعلان صحيفتها إلى المدعى عليه، وأن أداء الرسم عنها وتقديم صحيفتها إلى قلم الكتاب أو قلم المحضرين مجردا لا يعتبر رفعا لها، وقد أكد المشرع ذلك بما نص عليه في المادة ٧٥ من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ سنة ١٩٦٢، ومؤداه أن الدعوى لا تعتبر مرفوعة وتنتج آثارها إلا باعلان =

فلا تكفى المطالبة الودية، ولو بكتاب مسجل^(١).

بل ولا يكفى الإنذار الرسمي على يد محضر^(٢) (١) (sommation). وقد كانت

=صحيقتها إلى المدعى عليه وأنه استثناء من هذا الأصل جعل المشرع تقديم الصحيفة لقم المحضرين قاطعاً لمدة التقادم أو السقوط.

(الظعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١٢/١٠ ص ٢١ من ١٢٢٧ والظعن رقم ٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/٥/٢٠ ص ٢٣ من ٦٦٦)

(الظعن رقم ٤٤٥ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٧٠/١/٢٠ ص ٢١ من ١٣٩)

ز- يشترط في المطالبة القضائية التي تقطع التقادم المسقط أن يتوافر فيها معنى الطلب الجازم بالحق الذي يراد اقتضاؤه ولهذا فلا تعد صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة إلا في خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه فإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة للآخر أنه إذ رفعت الدعوى - التي من شأنها قطع التقادم - فإن هذا الرافض يزيل أثرها في قطع التقادم ويعتبر الانقطاع كأنه لم يكن والتقادم الذي كان قد بدأ قبل رفعها مستمراً في سريانه.

(الظعن رقم ٢٥٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٢٦ ص ١٣ من ٥٠٦)

ح- المطالبة القضائية بجزء من الحق تعتبر قاطعة للتقادم بالنسبة لباقي هذا الحق ما دام أن هذه المطالبة الجزئية تدل في ذاتها على قصد صاحب الحق في التمسك بكامل حقه وكان الحقان غير متغايرين بل يجمعهما في ذلك مصدر واحد.

(الظعن ٤٣٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/٦/٨ ص ٢٨ من ١٤١٣)

(الظعن ٣٦ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٢/١٨ ص ٢٩ من ٥١٥)

(الظعن رقم ١٠٢ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٢/١٠ ص ١٠ من ٧٥٦)

ط- صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما لا تعتبر قاطعة للتقادم إلا في خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه، فإن تغاير الحقان فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً للتقادم بالنسبة إلى الآخر، ولما كان موضوع دعوى براءة الذمة من دين تختلف طبيعة ومصدراً عن موضوع دعوى الالتزام برده، إذ لا يعدو أن يكون موقف المدعى في الدعوى الأولى موقفاً سلبياً يقتصر فيه على مجرد إنكار الدين دون أن يرقى إلى حد المطالبة به في حين أن دعوى الالتزام هي دعوى إيجابية تتضمن معنى الطلب الصريح الجازم برد ذلك الدين وهو ما يتفق مع معنى المطالبة القضائية وفق ما تنص عليه المادة ٣٨٢ مدني، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ورتب على رفع المطعون ضده دعوى براءة الذمة قطع التقادم بالنسبة للحق المطلوب رده في دعوى الزام فإنه يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٨١٢).

(١) استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٣٥ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥٧ - ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٣.

(٢) قارن استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٦.

(١) - أ- التكاليف بالوفاء السابق على طلب أمر لا يعتبر تنبيهاً قاطعاً للتقادم وإنما هو مجرد إنذار.

لجنة المراجعة أضافت نصاً يجعل الإنذار الرسمي كافياً لقطع التقادم، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفته 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 وتحققه لذلك، فلا يكفي مجرد إرسال إنذار رسمي من حين إلى آخر^(١)».

= لا يكفي لترتيب هذا الأثر، والمقصود بالتنبيه الذي قطع التقادم - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو التنبيه المنصوص عليه في المادة ٤٦٠ من قانون المرافعات السابق الذي يوجب المشرع اشتماله على إعلان المدعي بالسند التنفيذي مع تكليفه بالوفاء بالدين.

ب- رفع المدعي معارضة في أمر الأداء لا يقطع التقادم لأن المعارضة إجراء صادر من المدعي وليس من الدائن، وطبقاً لنص المادة ٣٨٤ من القانون المدني لا يقطع التقادم بإجراء صادر من المدعي إلا إذا كان ما صدر منه يعتبر إقراراً صريحاً أو ضمنياً بحق الدائن وهو الأمر الذي لا يصدق على المعارضة المرفوعة من المدعي في أمر الأداء إذ هي تتضمن إنكار الحق الدائن لا إقراراً به.

ج- إذا كان بطلان أمر الأداء - الذي قضت به محكمة المعارضة - يرجع إلى عدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون في الدين المطالب باصدار الأمر بأداءه، فإن هذا البطلان لا يمتد لطلب أمر الأداء الذي هو بديل ورقة التكليف بالحضور ويبقى لتقديم هذا الطلب أثره في قطع التقادم.

د- يترتب على الحكم ببطلان أمر الأداء والغائه زوال ما كان لهذا الأمر من اثر في قطع التقادم واعتبار انقطاع التقادم المنبئ عليه كأن لم يكن.

هـ- لما كانت المادة ٣١٠ من قانون المرافعات السابق تنص على أنه يترتب على ترك الخصومة الغاء جميع اجراءاتها بما في ذلك صحيفة الدعوى، وان ما تقضى به المادة ٣٠٤ من قانون المرافعات السابق من أن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه سقوط الأحكام الصادرة باجراءات الإثبات، وينطبق أيضاً في حالة الحكم بترك الخصومة، باعتبار أن هذه الأحكام ليس لها كيان مستقل بذواتها ولا تعدو أن تكون مجرد اجراءات في الخصومة تقوم ما دامت الخصومة قائمة وتزول بزوالها، فإن مقتضى ذلك هو أنه وقد قضى في المعارضة في أمر الأداء باعتبار الطاعن (الدائن) تاركاً دعواه فإن هذا الحكم يترتب عليه الغاء طلب أمر الأداء المعارض فيه بزوال أثره في قطع التقادم، كما يترتب عليه سقوط الحكم بندب خبير لتصفية الحساب بين الفريقين على أساس أنه من الأحكام الصادرة في الخصومة.

(الظعن ٢٣٥ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/١٠/٢١ ص ٢٠ من ١١٣٨)

(الظعن ٥٧٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧١/١/٣٠ ص ٢٠ من ٢١٠)

(الظعن رقم ٣٠٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٦/٢٥)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٤ - وانظر تاريخ نص المادة ٣٨٣ مدني آنفاً فقرة ٦٢٨ في الهامش - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «وليس يكفي مجرد الإنذار لترتيب هذا الأثر، ولو تولى إعلانه أحد المحضرين. وقد اكتفى المشروع الفرنسي الإيطالي في قطع التقادم بكل ما يصلح وسيلة لإعذار المدعي: المادة ٢٤٣، وهو بهذا يجتزئ بالكتابة أي كانت صورتها. بيد أن مثل هذا الحكم يكاد يجعل تقادم الديون مستحيلاً» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٢). ويقال في تبرير عدم الاكتفاء بالإنذار الرسمي لقطع التقادم إن من وجه إليه هذا الإنذار ليس مضطراً إلى الرد عليه، فقد يعتقد أنه غير جدي ما دام صاحبه لم يفرغه في صورة مطالبة قضائية من شأنها أن تجبر المدعي عليه على رفع الدعوى، وقد يعتقد أن صاحب الإنذار بعد أن كلف عن المطالبة عن طريق =

ولا يكفي لقطع التقادم مجرد اتخاذ إجراءات تحفظية⁽¹⁾، كطلب وضع الأختام وكوضعها بالفعل، وكقيد الرهن، وكتعديد القيد⁽¹⁾.

كذلك لا يكفي لقطع التقادم المطالبة القضائية أمام قاضي الأمور المستعجلة⁽²⁾، فإن الذى يطلبه الدائن من المدين أمام قاضي الأمور المستعجلة إنما هي إجراءات وقتية عاجلة لا تمس موضوع الحق، فلا تمس المطالبة القضائية بها تقادم الحق نفسه. ويتربط على ذلك أن دعوى إثبات الحالة لا تقطع التقادم بالنسبة إلى موضوع الحق⁽²⁾.

== رفع الدعوى قد عدل عن ادعائه بعد أن تبين أنه غير محق في طلبه (انظر بودرى وتيسيه فقرة ٤٧٨)- وانظر: نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمرا رقم ٤٧ ص ٩٩ - استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص ٤٢٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٩ ص ٧٧٢.

وكما لا يكفي الإنذار الرسمي في قطع التقادم، كذلك لا يكفي البروتستو لأنه ليس إلا إنذاراً من نوع خاص (السيدة ٢٨ يناير سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٨).

(١) أما حجز ما للمدين لدى الغير فيقطع التقادم، لأنه حجز لا مجرد إجراء تحفظي، وسرى أن الحجز يقطع التقادم ولو كان حجزاً تحفظياً.

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٣ - بودرى وتيسيه فقرة ٤٩٤ - وإذا تضمنت المطالبة القضائية أمام القضاء المستعجل، عن خطأ، طلبات في موضوع الحق، أمكن اعتبار المطالبة القضائية في هذه الحالة مطالبة بموضوع الحق مرفوعة أمام محكمة غير مختصة، فنقطع التقادم. وقد يكون من المعقول أن تقطع المطالبة القضائية أمام القضاء المستعجل سريان التقادم إذا تلاها في خلال مدة معينة مطالبة قضائية بالحق أمام محكمة الموضوع، ولكن هذا الحكم لا يمكن العمل به إلا بموجب نص تشريعي، وهذا النص غير موجود (بودرى وتيسيه فقرة ٤٩٥).

(١) أ - دعوى الحراسة القضائية إنما هي إجراء تحفظي مؤقت لا يمس موضوع الحق، فهي بذلك لا تعد من إجراءات التنفيذ ولا تقوم مقام التنبية أو الحجز في قطع التقادم.

(الطعن ١٦٨ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢ ص ١٧ ص ١٧٠٥)

ب - عدم منازعة المدين في دعوى الحراسة ووضع أمواله تحت يد الحارس والترخيص له في اقتضاء حق الدائن من ريعها لا ينطوي على إقرار ضمنى بالحق، ذلك أن المدين لا يترك أمواله بإرادته تحت يد الحارس حتى ينسب إليه ما يتضمن هذا الإقرار، وإنما هو يلتزم بذلك تنفيذاً لحكم الحراسة. كما أن مطالبة الحارس بتقديم كشف الحساب لا يمكن اعتبارها بالتالي ونتيجة لما تقدم إقراراً ضمنياً بالحق قاطعاً للتقادم.

(الطعن ١٦٨ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢ ص ١٧ ص ١٧٠٥)

ج - الحجز الإداري الموقع ضد الموفى عن الدين لا يقطع مدة التقادم بالنسبة للمدين.

(الطعن ٢٦٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ ص ١٩ ص ٤٤٣)

(2) المطالبة أمام القضاء المستعجل بتسليم صورة تنفيذية من السند التنفيذي وإن كانت تمهد للتأجيل أنه لا يستنتج منها المطالبة الصريحة بالحق المهدد بالسقوط ولا تنصب على أصل الحق، إلا أنها لا تمنع من

ولا يكفي أيضاً لقطع التقادم طلب المعافاة من الرسوم القضائية، ولو انتهى الأمر إلى قبول الطلب، فإن هذا لا يعتبر مطالبة قضائية بالحق ذاته^(١)(١).

كذلك لا يكفي التقادم التظلم المرفوع إلى سلطة إدارية، فإن هذا التظلم لا يعتبر مطالبة قضائية^(٢)(٢).

= صعوبة تقوم في سبيل صاحب الحق الذى فقد سنده التنفيذي فلا أثر لها في انقطاع سير التقادم.

(الطعن رقم ٤٥١ سنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٩ ص ١٥ ص ١٠٥٠)

(جلسة ١٩٥٤/١٢/١٣ مجموعة أحكام النقض في ال ٢٥ عاما - ١٢٢ - ٦٤٢)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٩٢٥)

(جلسة ١٩٧٦/١٢/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ١٧٨٣)

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٣ - نقض مدني ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٧ ص ١٠ - استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٩٠ ص ٩٨٣ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢١٨ ص ٤١٨ - ١٣ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١١٦ ص ٢٣٨ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٩ ص ٧٧٢.

(1) الطلب المقدم إلى لجنة المساعدة القضائية للاعفاء من الرسوم ولو انتهى الأمر إلى قبوله لا يعد من الإجراءات القضائية التي تقطع التقادم إذ ليس فيه معنى المطالبة القضائية أمام المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى وإنما مجرد التماس بالاعفاء من الرسوم فحسب، كما أنه ليس فيه معنى التنبية الذى يقطع التقادم لأنه يشترط في هذا التنبية أن يشمل على إعلان المدين بالسند التنفيذي مع تكليفه بالوفاء بالدين.

(الطعن ٤٨٩ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٦/١٢ ص ٢٧ ص ١٣٣٩)

(جلسة ١٩٧٧/٥/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١١٠٤)

(2) المفهوم من نص المادتين ٨٢، ٢٠٥ من القانون المدني القديم أن الشارع قد شرط أن يتوفر في الورقة التي تقطع مدة التقادم معنى الطلب الواقع فعلاً للمحكمة الجازم بالحق الذى يراد استرداده في التقادم المملك أو المراد انقضائه في التقادم المبرئ من الدين. فإذا كان الواقع أن مصلحة الأملاك (المطعون عليها الأولى) أقامت دعوى سنة ١٩٢٦ ضد الطاعن بطلب تثبيت ملكيتها إلى قدر معين من الأطياف قضى فيها ابتدائياً برفضها ولما استأنفته قضى في ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ بإلغاء الحكم المستأنف وبثبیت ملكيتها للقدر الذى تدعيه فرغ الطاعن التماس عن هذا الحكم الصادر لها حتى أقام الطاعن دعواه المائلة على المطعون عليهما في ٩ فبراير سنة ١٩٤٧ بطلب تثبيت ملكيته لهذا القدر المقضى فيه لمصلحة الأملاك مؤسسا دعواه على اكمال تقادم جديد إثر صدور حكم محكمة الاستئناف في ١٧ فبراير ١٩٣١ - فان هذا التقادم لا ينقطع إلا بعمل جازم من قبل مصلحة الأملاك التي يسرى التقادم ضدها. وإذا كان التماس مرفوعاً من الطاعن فإنه لا يكون قد أثر في قطع هذا التقادم ومن ثم فان الحكم المطعون فيه إذ قضى على خلاف هذا النظر يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. (الطعن رقم ١١٨ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ ص ١٠ ص ٥٢٨)

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٣ - بودرى وتيسيه فقرة ٤٧٩ - ولكن =

ولا يكفي لقطع التقادم إيداع شروط البيع دون إعلانها للمدين (١) (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 (١). وتصدر المطالبة القضائية - صحيفة الدعوى - من الدائن، أو من نائبه كوكيل أو ولي أو وصي أو قيم أو فضولي أو دائن للدائن يستعمل حقوق مدينه (٢). ولما

=التوزيع وإعلانه بالحضور للاطلاع على القائمة المؤقتة 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.

(جلسة ١٩٥٢/٦/٥ طعن رقم ٣١٩ سنة ٢١ق)

(جلسة ١٩٥٣/٣/١٩ طعن رقم ٢٤٨ سنة ٢٠ق)

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٢ - ويراعى أن المطالبة القضائية تشمل الدعوى والدفع على حد سواء (انظر المادة ٢/١٢٥ من تقنين الالتزامات السويسري).

ولا يؤثر في قطع التقادم أن الدعوى لم تقيد في الجدول، لأن كل ما يترتب على عدم تقييدها إنما لا تنظر في الجلسة المحددة، وللمدعى أن يعيد إعلانها (بني سويف ٢٥ يولييه سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١١٣ ص ٢٥١). والمطالبة القضائية تقطع التقادم ولو لم تعقبها إجراءات (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٩).

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٤٨٢ - أما إذا كان من رفع الدعوى هو المدين نفسه، وقد رفعها على الدائن يطلب الحكم ببراءة ذمته من الدين أو بطلانه أو بانقضائه بأى سبب ولو بالتقادم، ورفضت هذه الدعوى، فإنها لا تقطع بالتقادم (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦١ ص ٧٧٤ - ص ٧٧٥ - وانظر عكس ذلك تعليق لاييه على حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٣ يناير سنة ١٨٧٩ سيريه ٧٩ -

١ - ٤٤١ - ويميز بودرى وتيسييه فقرة ٥٠٩ بين ما إذا كان الحكم برفض دعوى المدين صدر في غيبة الدائن ودون إبداء دفاعه منه فلا يقطع التقادم أو صدر في حضور الدائن بعد أن أبدى دفاعه فيكون مؤيداً لحقه وقاطعاً للتقادم). وقد قضت محكمة النقض بأن المدين إذا رفع دعوى براءة ذمته من الدين، فإن ذلك لا يعتبر منه اعترافاً بالدين، ولا ينقطع التقادم (نقص مدني ١٧ نوفمبر سنة

١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٤ ص ٤٢٨). وقضت أيضاً بأن رفع الدعوى من المدين ببراءة ذمته من الدين لانقضائه بالتقادم ينافي باعتباره معترفاً بالدين اعترافاً يقطع مدة التقادم التي لم تكن قد تكاملت؛ كما أن تمسك الدائن بدينه في تلك الدعوى ليس هو التنبية الرسمي المنصوص عليه في

المادة ٨٢ من القانون المدني (القديم)، وهو لا يفني عن التنبية ولا عن التنفيذ، لأنهاما هما وحدهما اللذان يصلحان لقطع سريان التقادم (نقص مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤ ص ٥٠). وقضت محكمة استئناف مصر بأن الدعوى التي 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 التي يرفعها المدين على الدائن بأن الدين انقضى 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 الذي يرسله أمين النقل إلى صاحب البضاعة يخطره 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).

=المطالبة أمام لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي تقطع التقادم. وقد قضت لجنة طعن الضرائب بالقاهرة بأن المشرع لم يقصد بالمطالبة القضائية معناها الحرفي المتعارف عليه، وإنما قصد كل إجراء قانوني يتضمن إظهار نية الدائن في تمسكه بحقه ضد من يسرى التقادم في مصلحته. وليست المطالبة القضائية مقصورة على التكليف بالحضور أمام محكمة تتألف من قضاة بالمعنى الذي قصده قانون استقلال القضاء، بل يجب أن تمتد إلى المطالبة التي 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 قاطعاً للتقادم. لأن هذه الإحالة تتضمن لا محالة تمسكاً من جانب المصلحة بحقها، ومعلوم أن التمسك بالحق قاطع للتقادم (أول أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٣٩٧ ص ٩٣٩). وقضت محكمة استئناف مصر بأن لجان التقدير القديمة هي هيئة مختصة في مسائل الضرائب، وكل إليها المشرع دون غيرها أمر إجراء التقدير لأرباح الشركات غير المساهمة والأفراد، وأن ولايتها في ذلك ولاية أصلية، وأن رفع الأمر إليها يعتبر مطالبة قضائية طبقاً للمادة ٣٨٣ مدني، وأن الخطاب الموصى عليه يعلم الوصول الذي بمقتضاه تحيل مصلحة الضرائب الممول على لجنة التقدير تكون له قوة الإعلان الذي يتم بالطرق القانونية العادية، ويقطع التقادم أن كان لم يكتمل بعد (٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٧ ص ٣١). وانظر الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣٤٧ - ص ٣٤٨. وانظر المادة ٢٢٠ من التقنين المدني الألماني.

(١) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٦. ولا يقطع التقادم محضر تحديد يوم للبيع (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر ١٩٤٨ م ٦١ ص ٤٢).

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٤٨٠.

هذا ولا يوجد ما يمنع من أن يتفق الدائن مع المدين على أن التقادم ينقطع بمجرد إنذار رسمي أو غير رسمي، أو بأى عمل من الأعمال التي قدمنا أنها لا تقطع التقادم، ويكون الاتفاق صحيحاً فينقطع التقادم بالعمل الذي اتفقا على أن يكون له هذا الأثر (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٨).

(١) متى كان المقرر في القضاء المختلط وجوب إعلان المدين باجراءات التوزيع ولدى المحاكم المختلطة صح اعتبار دخول الدائن في التوزيع مطالبة منه بالدين قاطعة للتقادم. وإذن فعني كان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الأشكال 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 يتحتم معه على المحكمة أن تستهدي 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 يتحتم إعلان المدين باجراءات التوزيع

كان قطع التقادم لا يقتضى أهلية التقاضى، بل تكفى فيه أهلية مباشرة الإجراءات التحفظية، لذلك يجوز للقاصر ولمن تتوافر فيه أهلية الإدارة أن يقوم بالمطالبة القضائية التي 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 فانها لا تقطع التقادم^(٢).

وقد جاء فى صدر المادة ٣٨٣ مدنى 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^(٣)(١)، وذلك لسببين: (الأول) أن القواعد التى يقوم عليها اختصاص المحاكم قد تكون معقدة فى 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

(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 ولى 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 ممثلاً للمشتري فى الدعوى اللاحقة للتاريخ الثابت لعقد البيع (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩). وتوجه الدعوى فى الوقف إلى ناظره، وفى الشركة إلى أحد الورثة. وقد قضت محكمة النقض بأن دائن الوقف إذا رفع الدعوى ضد ناظر الوقف قطع التقادم (نقض مدنى ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٧ ص ٧٣٩). وقضت محكمة سوهاج بأن مطالبة أحد الورثة بدين على الشركة بقطع التقادم بالنسبة إلى جميع الورثة (١٠ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٢٩).

(٣) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٣٠.

(١) إذ نصت المادة ٣٨٣ من التقنين المدنى على أن التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة فقد دلت على أن المقصود بالمطالبة القضائية هو مطالبة الدائن لمدينه بالحق قضاء وهو ما يتم بطريق رفع الدعوى لصدور الحكم باجبار المدين المنتفع عن التنفيذ على الوفاء بما التزم به.

(الطعن ١١٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/٥/٢ ص ٢٨ من ١١٠٤)

(جلسة ١٩٤٥/١٢/١٣ طعن رقم ٢٥ سنة ١٥ ق مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ ٢٥ عاما - ١٨٧ - ٢٨٩)

عبارة «عن غلط غير مغتفر^(١)»، فلم يصبح من الضرورى 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 يكفى لقطع التقادم، ويفرض القانون أن الدائن لم يرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا عن خطأ مغتفر، إذ لا مصلحة له فى تكبد المصروفات وإضاعة الوقت فى رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا إذا كان قد وقع فى هذا الخطأ. (والسبب الثانى) أن الدائن، وقد رفع الدعوى على المدين يطالبه بحقه، قد أظهر بذلك نيته المحققة فى أنه يريد تقاضى هذا الحق، ويستوى فى ظهور هذه النية أن تكون الدعوى مرفوعة أمام محكمة مختصة أو أمام محكمة غير مختصة، وهذه النية من جانب الدائن هى الأصل فى قطع التقادم^(٢). ويستوى أن تكون المحكمة غير مختصة اختصاصاً محلياً أو غير مختصة اختصاصاً نوعياً، ففى الحالتين ينقطع التقادم^(٣). وبطل منقطعاً طوال المدة التى تستغرقها الدعوى المقامة، ثم يسرى من يوم صدور الحكم النهائى بعدم الاختصاص تقادم جديد له صفات التقادم الذى قطع ومدته ويكون خاضعاً لنفس القواعد التى تسرى عليه^(٤).

وتنص المادة ٢٢٤٧ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه «إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب فى الشكل، أو ترك المدعى الخصومة، أو جعلها تسقط بمضى المدة، أو رفضت دعواه، فإن انقطاع التقادم يعتبر كأن لم يكن^(٥)». وليس فى التقنين المدنى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٣ - وانظر تاريخ نص المادة ٣٨٣ مدنى آنفاً فقرة ٦٢٨ فى الهامش.

(٢) استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٣ - ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٩٤ - بودرى وتيسيه فقرة ٤٩٦.

(٣) ويبدو أن رفع الدعوى إلى محكمة لا ولاية لها (défaut de juridiction) يقطع التقادم لنفس السببين اللذين قدماه فى رفع الدعوى إلى محكمة لا اختصاص لها، فمسائل الولاية أشد تعقيداً فى بعض الأحوال من مسائل الاختصاص، ونية الدائن فى المطالبة بالدين محققة (قارب نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥). لكن إذا كان عدم ولاية المحكمة أو عدم اختصاصها من الواضح بحيث لا يكون هناك أى 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).

(٤) نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٨ ص ١٣ - وتقضى المادة ٢١٢ من التقنين المدنى الألمانى بأن التقادم لا ينقطع بالمطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة إلا إذا رفع الدائن الدعوى أمام المحكمة المختصة فى خلال ستة أشهر من يوم صدور الحكم بعدم الاختصاص أو من يوم سحب القضية من المحكمة غير المختصة.

(٥) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى: Art. 2247: Si l'assignation est nulle pour =défaut de forme, si le demandeur se désiste de sa demande, s'il laisse

المصري مقابل لهذا النص، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، فيمكنه بأحكامه في مصر (١).

فصحيفة الدعوى، أى المطالبة القضائية، إذا كانت باطلة لعيب في الشكل، فليس لها وجود قانوني، ولا يترتب عليها أى أثر، ومن ثم لا تقطع التقادم (٢) (١).

كذلك إذا كان الدائن، بعد أن رفع الدعوى على المدين فقطع التقادم، ترك الخصومة «بإعلان منه للمدين على يد محضر، أو بتقرير منه فى قلم الكتاب، أو ببيان صحيح في مذكرة موقع عليها منه أو من وكيله مع اطلاع خصمه عليها، أو بإبدائه شفويًا بالإثباته فى المحضر» (م ١٤١ مرافعات)، مع ملاحظة وجوب قبول المدين لترك الخصومة وللخصومة إذا كان المدين قد أبدى طلباته فى الدعوى قبل صدور الترك من الدائن (م ١٤١ مرافعات) (٣). فإنه «يترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما فى

صحيفة الدعوى، والحكم على التارك بالمصاريف. ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى» (م ١٤٣ مرافعات). ويخلص من ذلك أنه 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 (١). ويعتبر التقادم، الذى كان قد بدأ سريانه، مستمراً أبداً فى السريان. فإذا كان التقادم وقت ترك الخصومة قد اكتمل، فإن الحق يسقط بالتقادم. أما إذا كان التقادم لم يكتمل، فإن ترك الخصومة لا يمس الحق المرفوعة به الدعوى، ولكن التقادم يستمر فى سريانه إلى أن يكتمل فيسقط الحق، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبتدىء تقادم آخر (١). على أن ترك الخصومة، إذا كان سببه رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة، لا يكون من شأنه أن يلغى الأثر الذى 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 فى الدعوى بفعل الدائن أو امتناعه، وذلك وفقاً للمواد ١٣٤ - ١٣٦ من تقنين المرافعات، فإن الحكم بسقوط الخصومة - كما تقول المادة ١٣٧ من تقنين المرافعات - «يترتب عليه سقوط الأحكام الصادرة فيها بإجراء الإثبات وإلغاء جميع إجراءات الخصومة، بما فى ذلك رفع الدعوى، ولكنه لا يسقط الحق فى أصل الدعوى، ولا فى الأحكام القطعية الصادرة فيها، ولا فى الإجراءات السابقة لتلك الأحكام أو

l'instance, ou si sa demande, est rejetée, l'interruption est= dée comme non avenue.

(١) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٣ - ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩ - فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٧ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٣ - ٢٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٥٠ ص ١٨٠ - أما سقوط الحكم الغيابي فلا يترتب عليه زوال أثر انقطاع المدعى الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٣.

(٢) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٥ - ٢٦ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٠٥ - ويتنقد الفقه الفرنسى التعارض ما بين القاضى بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة تقطع التقادم والحكم القاضى بأثر القضاء الباطلة شكل لا تقطع التقادم، مع أن البطلان فى الحالة الأولى يرجع إلى الدائن وفى الأخرى قد يرجع إلى المحضر (ماركاديه م ٢٢٤٢ فقرة ٣ - لوران ٣٢ فقرة ٩٧ - جيلارد ٢٠٩ - وانظر المادة ٣٥٧ من تقنين الموجبات والعقود اللباني أنفاً فقرة ٦٢٨ فى الهامش) بودرى وتيسيه عن هذه التفرقة بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة لا تمنع إظهار نية الدائن المحققة فى تقاضيه لحقه كما سبق القول، أما المطالبة القضائية الباطلة شكل ما يرجع بطلانها إلى غموض هذه النية أو إلى عدم جديتها، فوجب الرجوع فى شأنها إلى وهو انعدامها وعدم جواز ترتب أى أثر عليها (بودرى وتيسيه فقرة ٤٩٨ ص ٣٧٦).

(٣) وتمضى المادة ٣٠٩ مرافعات فتقول: «ومع ذلك لا يلتفت لاعتراضه (أى اعتراض المدين الترك، إذا كان قد دفع بعدم اختصاص المحكمة، أو بإحالة القضية إلى محكمة أخرى، أو صحيفة الدعوى، أو طلب غير ذلك مما يكون القصد منه منع المحكمة من المضى فى الدعوى».

(١) وفى التقنين 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.

(١) أ- لما كانت المادة ٣١٠ من قانون المرافعات السابقة تنص على أنه يترتب على ترك الخصومة إلغاء جميع إجراءاتها بما فى ذلك صحيفة الدعوى. وأن ما تقضى به المادة ٣٠٤ من قانون المرافعات السابق من أن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه سقوط الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات وينطبق أيضاً فى حالة الحكم بترك الخصومة، باعتبار أن هذه الأحكام ليس لها كيان مستقل بذواتها ولا تعدو أن تكون مجرد إجراءات فى الخصومة تقوم ما دامت الخصومة قائمة وتزول بزوالها، فإن مقتضى ذلك هو أنه وقد قضى فى المعارضة فى أمر الأداء باعتبار الطاعن (الدائن) تاركاً دعواه فإن هذا الحكم يترتب عليه إلغاء طلب أمر الأداء المعارض فيه وزوال أثره فى قطع التقادم، كما يترتب عليه سقوط الحكم بنذب خبير لتصفية الحساب بين الفريقين على أساس أنه من الأحكام الصادرة فى الخصومة. (نقض جلسة ١٠/٢١/٦٩ ص ٢٠ ص ١١٣٨)

ب- من المقرر فى قضاء هذه المحكمة، عملاً بالمادة ١٤٣ من قانون المرافعات أنه يترتب على حكم الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة وزوال أثر رفع الدعوى فى قطع التقادم. (الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٥٠ ق جلسة ١١/٢٩/٨٤ ص ٣٥ ص ١٩٥٨).

(١) الحكم ببطلان صحيفة الدعوى يترتب عليه زوال أثرها فى قطع التقادم.

(جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٠١٧)

(الطعن رقم ٤٩٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٦/٧ ص ١٣ ص ٧٧٤)

الإقرارات الصادرة من الخصوم أو الأيمان التي حلفوها. ويخلص 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. فإن كان قد اكتمل وقت الحكم بسقوط الخصومة، سقط الحق. وإن كان لم يكتمل، فإن الحكم بسقوط الخصومة لا يسقط الحق نفسه، ولكن التقادم يستمر في سريانه إلى أن يكتمل فيسقط الحق، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبتدئ تقادم جديد^(١).

فإذا وقف السير في الدعوى أكثر من سنة ولم يطلب ذور المصلحة من الخصوم الحكم بسقوط الخصومة، انقضت الخصومة في جميع الأحوال بمضي خمس سنوات على آخر إجراء صحيح فيها (١٤٠ مرافعات). وانقضاء الخصومة يقع بحكم التقادم بمجرد انقضاء الخمس السنوات، دون حاجة إلى صدور حكم بذلك. ومتى 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^(٢). فإن كان قد اكتمل وقت انقضاء الخصومة، سقط الحق. وإن كان لم يكتمل، بقي الحق قائماً إلى أن تكتمل المدة فيسقط، أو إلى أن ينقطع التقادم بعمل آخر فيبتدئ تقادم جديد.

بقي الفرض الأخير، وهو زوال انقطاع التقادم برفض الدعوى^(١). وقد يقال ما دام

(١) وتنص المادة ١/٣٠٥ مرافعات على أنه متى حكم بسقوط الخصومة في الاستئناف، اعتبر الحكم المستأنف انتهائياً في جميع الأحوال. فإذا كان الحكم الابتدائي الذي أصبح انتهائياً قد قضى برفض طلب الدائن، فإن انقطاع التقادم الذي كان قد ترتب على صحيفة دعواه الابتدائية يعتبر كأن لم يكن. فلو أن رفض الدعوى الابتدائية كان راجعاً إلى سبب لا يتصل بموضوع الحق، وبطلان 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.

(٢) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٧ (وانقضاء الخصومة في تقنين المرافعات السابق كان يقع بانقضاء خمس عشرة سنة).

(١) أ- إن المطالبة القضائية القاطعة للتقادم تتحقق بإيداع صحيفة الدعوى مستوفية شرائط صحتها إدارة كتاب المحكمة، ولا تزول آثارها إجرائية كانت هذه الآثار أم موضوعية إلا بالحكم برفض الدعوى أو ببطلان صحيفتها أو بعدم قبولها أو باعتبارها كأن لم تكن أو بسقوط أو انقضاء الخصومة فيها، ومن ثم فإن شطبها أو استبعادها من جداول القضايا المتداولة أمام المحكمة لا يعني زوال تلك الآثار طالما لم يقض باعتبارها كأن لم تكن بناء على طلب المدعى عليه.

(الطعن رقم ١٧٥٢ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٢/٢/١٢)

ب- المطالبة القضائية القاطعة للتقادم وفقاً لحكم المادتين ٦٣ من قانون المرافعات و٢٨٣ من قانون المدني إنما تتحقق بإجراء قوامه إيداع صحيفة الدعوى مستوفية شرائط صحتها إدارة كتاب المحكمة.

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 الآتيين: (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 يستوفى الشروط التي كانت غير متوافرة. فإذا 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 انقطع برفع الدعوى الأولى، فإن 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)(١). ثم ترفض الدعوى،

وينبني على ذلك أن بطلان اعلان هذه الصحيفة، لا يؤثر على صحة ذلك الإجراء أو على الآثار التي يرتبها القانون عليه - باعتبار أن الإجراء الباطل ليس من شأنه أن يؤثر على الإجراء الصحيح السابق عليه وأن المطالبة على هذا النحو لا يزول أثرها إلا بالحكم برفض الدعوى أو ببطلان صحيفتها أو بعدم قبولها أو يقضى باعتبارها كأن لم تكن أو بسقوط الخصومة فيها أو انقضائها متى طلبت قبل التكلم في الموضوع وفي غير هذه الأحوال فإن هذه المطالبة تبقى منتجة لآثارها الموضوعية والإجرائية إلى أن يقضى في الدعوى بحكم نهائي فيبدأ تقادم جديد منذ صدور هذا الحكم.

(الطعن ٩٢١٥ لسنة ٦٥ ق- جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧)

ج- المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا قضى برفض الدعوى التي من شأنها قطع التقادم أو بعدم قبولها ترتب عليه زوال ما كان لها من أثر في قطع التقادم واعتبار الانقطاع كأن لم يكن والتقادم الذي كان قد بدأ قبل رفعها مستمراً.

(الطعن ١٦٥٢ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/١١/٧)

(الطعن ٤٨٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٢٨ من ٢٥ ص ١٥٠٢)

(الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢٣ من ١٤ ص ٧٣٦)

د- القضاء في الدعوى الأصلية بعدم القبول على أساس عدم وجود حق للمدعى قبل المدعى عليه يترتب عليه زوال ما كان لهذه الدعوى من أثر في قطع التقادم واعتبار انقطاع التقادم المبني عليها كأن لم يكن.

(الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢٣ من ١٤ ص ٧٣٦)

(١) بودري وتيسيه فقرة ٥٠٥.

(٢) ذلك أن الدائنين المتضامن الذين قطع التقادم يعتبر نائباً عنهم فيما يفيدهم، فيعتبر التقادم قد انقطع لمصلحتهم هم أيضاً (انظر آنفاً فقرة ١٤٤).

(١) إذا تمسك بعض الورثة في دعوى مرفوعة منهم بطلب براءة ذمة مورثهم من دين عليه بسقوط =

فلا يضار برفعها سائر الدائنين المتضامنين^(١). فإذا 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 الذي رفع الدعوى الجديدة أن يعترض بأن التقادم قد انقطع برفع الدعوى الأولى، فقد زال هذا الانقطاع برفض هذه الدعوى^(٢).

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 رسمي - فإنه لا يرفع دعوى على المدين، بل يبادر إلى التنفيذ على ماله بموجب السند الذي بيده. ويسبق إجراءات التنفيذ تنبيه (commandement) نص عليه تقنين المرافعات، فهذا التنبيه يقطع التقادم^(٣)، وأثره في ذلك هو نفس الأثر الذي يترتب على رفع الدعوى^(٤).

ويجب أن يكون التنبيه صحيحاً حتى يقطع التقادم^(١). كذلك يجب أن يكون صحيحاً السند الواجب التنفيذ الذي يستند إليه التنبيه.

= هذا الدين بالتقادم فأنهم يكونون في ابداء هذا الدفع نائبين عن باقي الورثة الذين لم يشتركوا في الدعوى ويفيد من الحكم بسقوط الدين بالتقادم الورثة الآخرين الذين لم يشتركوا في الدعوى.

(جلسة ١٩٦٤/١١/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ١٠٥٠)

(١) ذلك أن الدائن المتضامن لا يعبر نائباً عنهم فيما يضرهم، فلا يتعدى إليهم أثر الحكم برفض الدعوى (انظر أنفاً فقرة ١٤٥)

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٥٠٤.

(٣) استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٤ - ٢٥ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١ - ٨ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٤).

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٢.

(١) أ- مؤدى ما نصت عليه المادتان ٣٨٤/ ٣٨٣ من القانون المدني والفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية الصريحة الجازمة أمام القضاء بالحق الذي يراد اقتضاؤه ولو رفعت أمام محكمة غير مختصة وبالتنبيه المنصوص عليه في المادة ٥٨١ من قانون المرافعات والذي يشتمل على اعلان المطالبات والاختارات التي تتمسك فيها الجهة الدائنة بحقها في الضرائب أو الرسوم التي تطالب بها تبيها قاطعاً للتقادم إذا سلم احداها إلى الممول أو من ينوب عنه قانوناً أو أرسل إليه بخطاب موصى عليه مع علم الوصول، إلا أن تلك المطالبة وهذا التنبيه لا يعد ايها قاطعاً للتقادم إلا في خصوص الحق بوصفه له وما التحق به من توابعه مما لا يجب بوجوبه ويسقط بسقوطه فإذا تغير مصدرهما فإن الطلب الحاصل لاحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر كما يقف هذا التقادم طبقاً للمادة ١/٣٨٢ من القانون المدني إذا طرأ ما يحول بين الدائن ومطالبته بذات الحق.

(الطنن ٣٦٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٠/٣/١٩)

ويعقب التنبيه عادة التنفيذ، ويكون بطريق الحجز على أموال المدين. ولكن لا يشترط، حتى يقطع التنبيه بالتقادم، أن يعقبه الحجز^(١). وإذا ما أعقبه فعلاً، فلا يشترط أن يكون

= (الطنن ٢٠٩٩ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٩)

(الطنن ٣٤٢١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٣/٩)

ب- إنتاج الاجراء القاطع للتقادم أثره. شرطه. وجوب أن يصل إلى علم الممول بتسليمه إليه أو نائبه أو اعلانه به. الاعلان بكتاب موصى عليه مع علم الوصول. كفايته لترتب أثره.

(الطنن رقم ٢٠١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٠/٣/٥)

(الطنن رقم ١٠٨٠ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٠/١/٨)

ج- من المقرر قانوناً أن الذي يقطع التقادم هو اعلان السند التنفيذي المتضمن التكليف بالوفاء ولم يشترط المشرع عبارات معينة لهذا التكليف فيكفي أى عبارة بذاتها تدل على تصميم صاحبها على هذا التكليف.

(الطنن ٦٥٧ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٣١ ص ٣٢ ص ٢٥٠٥)

(الطنن ٢٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣ ص ١٥ ص ١١٠٦)

د- أعتبرت المادة الثالثة من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ في شأن الضرائب والرسوم. تبيها قاطعاً للتقادم أرواد الضرائب والرسوم واعلانات المطالبة والاختارات - وقد استقر قضاء محكمة النقض - على أن إخطار الممول بعناصر ربط الضريبة بالنموذج ١٨ هو مما ينقطع به تقادم الضريبة.

(الطنن ٣ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/١/٢٢ ص ٢٧ ص ٢٨٤)

هـ- وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٩٧ مكررة من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ المضافة بالمرسوم بقانون رقم ٣٤٩ لسنة ١٩٥٢ تنقطع مدة التقادم بالتنبيه على الممول بأداء الضريبة أو بالإحالة إلى لجان الطعن وذلك علاوة على أسباب قطع التقادم المنصوص عليها في القانون المدني، وفقاً للمادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٣٤٩ لسنة ١٩٥٢ يعتبر قاطعاً للتقادم إخطار الممول في المدة من أول يناير سنة ١٩٤٨ إلى آخر ديسمبر سنة ١٩٥٢ بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول بعناصر ربط الضريبة وفقاً لما يستقر عليه رأى مصلحة الضرائب تطبيقاً للمواد ٤٥ و ٤٧ و ٤٧ مكررة، ٧٥ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ وإذ كان الثابت في الدعوى أن المطعون عليه لم يخطر بعناصر ربط الضريبة ولا بربطها وفقاً لما استقر عليه رأى المصلحة وكان النص في المادة ٩٧ مكرر من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ على أن تنقطع مدة التقادم بالإحالة إلى لجان الطعن هو نص مستحدث لا يسرى على الحالات السابقة على تاريخ العمل به في ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٢، فإن الخلاف القائم بين مصلحة الضرائب والمطعون عليه إلى لجنة الطعن في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥١ لا يكون من شأنه قطع مدة تقادم الضريبة المستحقة.

(نقض ١٩٦٣/٥/٢٢ الطعن رقم ٢٦٥ لسنة ٢٨ ق جلسة السنة ١٤ ص ٩٦٧)

و- الحكم في معارضة المدين في تنبيه نزع الملكية، بإلغاء هذا التنبيه يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن وزوال ما كان للتنبيه من أثر في قطع التقادم.

(الطنن رقم ٢٧٩ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/١٣ ص ١٣ ص ١١٣٤)

(١) استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥٠ - ٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٤٣.

الحجز صحيحاً. فقد يعقب التنبية حجز باطل، أو لا يعقبه حجز ما، ومع ذلك يبقى محافظاً لأثره من قطع التقادم. ولكن يسرى في هذه الحالة تقادم جديد، إذا اكتملت مدته قبل أن ينقطع تقادم الدين (١).

ويقوم مقام التنبية في قطع التقادم الإنذار الذي يوجهه الدائن المرتهن لحائز العقار المرهون بالدفع أو التخلية (م ٤١١ 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 بإعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق. فهذا الإعلان يقوم هو أيضاً مقام التنبية في قطع التقادم بالنسبة إلى دعوى الرهن.

٦٣١- الحجز: وتنص المادة ٣٨٣ مدني؛ كما رأينا، بأن التقادم ينقطع أيضاً بالحجز (saisie). فالحجز إذن يقطع التقادم، سواء كان حجزاً تنفيذياً أو حجزاً تحفظياً (١). غير أن الحجز التنفيذي يسبقه 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 (م ٤٠٢ مرافعات)، ويترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوراً (م ٤٠٤ مرافعات)، فيعود التسجيل وهو بمثابة حجز إلى قطع التقادم مرة أخرى. وتنص الفقرة الثانية من المادة ٦١٥ مرافعات السابق على أن «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 قاضي البيع بمد هذا الميعاد». فإذا شطب التسجيل على هذا النحو، زال أثره في قطع التقادم. ثم إن سقوط التسجيل يجعل التنبيه نفسه كأن لم يكن (٢) فيزول كذلك أثر التنبيه في قطع التقادم. ومن ثم لا يعتبر التقادم قد انقطع لا بالحجز ولا بالتنبيه، ويبقى مستمراً في سرهانه منذ البداية (٣).

(١) استئناف مخلط ٢٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٥١.

(٢) الحجز الذي ينقطع به التقادم طبقاً لنص المادة ٣٨٣ من التقنين المدني هو الذي يوقعه الدائن عند مدينه ليمنع به التقادم الذي يهدد دينه بالسقوط.

(الطنن ٤٣٨ لسنة ٤٣ ق بجلسة ١٩٧٧/٣/٢٨ ص ٢٨ ص ٨١٢)

(٢) وذلك إذا كان التسجيل قد شطب في وقت لا يتمكن معه الدائن من إعادته في الميعاد القانوني. وإذا كان التسجيل قد شطب بعد انقضاء ستين يوماً على إعلان التنبيه (م ٦١٣ مرافعات).

(٣) وقد نصت المادة ٤١٧ مرافعات على أنه «يجب على قلم الكتاب خلال الخمسة عشر يوماً لإيداع قائمة شروط البيع أن يخبر به المدين والحائز والدائنين الذين سجلوا تنبيهاتهم».

وفي الحجز التنفيذي على المنقول، يسبق الحجز تنبيه (م ٢٨١ مرافعات) ينقطع به التقادم. ثم يوقع الحجز، فينقطع به التقادم مرة أخرى. وتنص المادة ٣٧٥ مرافعات على أن «يعتبر الحجز كأن لم يكن إذا لم يتم البيع خلال ثلاثة 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 ثلاثة شهور من تاريخ الاتفاق». فإذا اعتبر الحجز كأن لم يكن على هذا النحو، زال أثره في قطع التقادم. ولكن يبقى مع ذلك أثر التنبيه الذي 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 ٣٢٨ مرافعات). ولا يسبق هذا الحجز تنبيه ينقطع به التقادم قبل ذلك كما رأينا في الحجز التنفيذي، لأن الدائن يوقع الحجز بمقتضى أمر من قاضي التنفيذ أو بموجب حكم غير واجب النفاذ (م ٣٢٧ 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).

أصحاب الحقوق المقيدة قبل تسجيل التنبيه. وتنص المادة ٢/٤١٧ مرافعات على أن «وعلى المحضر الذي قام بإعلان ورقة الأخبار إخطار مكتب الشهر بحصوله خلال الثمانية الأيام التالية وذلك للتأشير به على هامش تسجيل التنبيه، ويصبح الدائنين المشار إليهم في الفقرة السابقة طرفاً في الإجراءات من تاريخ هذا التأشير. ولا يجوز بعد ذلك شطب التسجيلات والتأشيرات المتعلقة بالإجراءات إلا برضاء هؤلاء الدائنين جميعاً أو بمقتضى أحكام نهائية عليهم».

ويخلص من هذه النصوص أن الدائنين المقيدون على العقار يصبحون طرفاً في الإجراءات من وقت معين، ومن ذلك الوقت ينقطع التقادم الساري ضدهم بالنسبة إلى حقوقهم (انظر في هذا المعنى بودري وتيسيه فقرة ٥٢٣).

(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 مخلط 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 بودري وتيسيه فقرة ٥٢٠ - وقارن أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ هامش رقم ٢٢ - لوران ٢٢ فقرة ١١٦.

٦٣٢- الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبوله حقه في تفليس أو في توزيع وأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى: وقد قضت المادة ٢٨٣ مدني، كما رأينا، بانقطاع مدة التقادم «بالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى» (١).

وقد قضت المادة ٥٥٤ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه (١) - لكل دائن بدين تجارى خال من النزاع حال الأداء أن يطلب الحكم بشهر إفلاس مدنيه التاجر، ويكون للدائن بدين مدني حال هذا الحق إذا أثبت أن التاجر قد توقف عن دفع ديونه التجارية الحالة فضلا عن دينه المدني. ٢- ويكون للدائن بدين أجل الحق في طلب شهر الإفلاس إذا لم يكن لمدينه التاجر موطن معروف في مصر أو إذا لجأ إلى الفرار أو أغلق متجره أو شرع في تصفيته أو أجرى تصرفات ضارة بدائنيه بشرط أن يقدم الدائن ما يثبت أن المدين توقف عن دفع ديونه التجارية الحالة.

فالدائن الذي يتقدم في تفليسه مدينه بسند دينه على النحو المتقدم، يعتبر مطالباً بحقه مطالبة قضائية، ومن ثم يقطع التقادم (١). وإذا كان مجرد تقدم الدائن في تفليسه مدينه يعتبر مطالبة قضائية بحقه تقطع التقادم، فمن باب أولى إذا كان الدائن قد تقدم بنفسه طالباً شهر إفلاس مدينه (م ٥٥٢ تجارى جديد)، أو طالباً شهر إعساره (م ٢٥٠ مدني)، اعتبر هذا من الدائن مطالبة قضائية بحقه، ويكون طلب شهر إفلاس المدين أو شهر إعساره قاطعاً للتقادم (٢). كذلك قبول الدائن في التفليسه، حتى لو يتقدم

= انظر أيضاً في الحجز التحفظي على المنقول المواد ٦٠١ وما بعدها من تقنين المرافعات. وقارن بوهدى وتيسيه فقرة ٥١٣.

(١) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٣.

(٢) ويسرى تقادم جديد إذا لم يتخذ الدائن إجراءات من شأنها أن تستبقى انقطاع التقادم الأول (استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٠).

(١) مفاد النص في المادتين ٣٨٣، ٣٨٤ من القانون المدني على ان التقادم يقطع بالمطالبة القضائية وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى أو إذا أقر المدين بحق الدائن اقراراً صريحاً أو ضمناً - يدل على أن المقصود بالمطالبة القضائية هو مطالبة الدائن لمدينه مطالبة صريحة جازمة بالحق قضاء وهو ما يتم بطريق رفع الدعوى لصدور الحكم بإجبار المدين على الوفاء بما التزم به، كما أنه يشترط في الاجراء القاطع للتقادم إذا صدر من الدائن ان يكون في مواجهة مدينه للتمسك بحقه قبله وذلك أثناء السير في دعوى مقامة من الدائن أو من المدين وتدخل الدائن حصراً فيها. اما إذا صدر الاجراء من المدين فيشترط ان يتضمن اقراراً صريحاً أو ضمناً بحق الدائن.

(الطعن رقم ١٥١٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٧)

إليها بنفسه، يعتبر بمثابة إقرار بحقه، ويقطع التقادم كما يقطعه إقرار المدين بحق الدائن (١).

وينقطع التقادم أيضاً بتقدم الدائن في توزيع لأموال المدين، سواء كان تقسيماً بالمخاصة أو توزيعاً بحسب درجات الدائنين. وقد نصت المادة ٧٣١ من تقنين المرافعات السابق في صدد التقسيم بالمخاصة على ما يأتي: «على كاتب المحكمة ... إعلان الدائنين الحاجزين في موطن كل منهم المختار المبين بمحاضر المحجز ليقدموا إلى قلم الكتاب خلال ثلاثين يوماً طلباتهم في التقسيم ومستنداتهم». ثم نصت المادة ٧٣٣ من تقنين المرافعات السابق على أنه «لا يقبل طلب من أحد بعد مضي ثلاثين يوماً من تاريخ وصول آخر إعلان، ويسقط حق من لم يتقدم من الدائنين في التقسيم مهما تكن صفته أو صفة دينه، وذلك بغير إخلال بحقه في الرجوع على المتسبب بالتضمينات، ولا بحقه في الدخول بدينه في تقسيم أو توزيع آخر». فهذا الطلب الذي يتقدم به الدائن في القسم على النحو المبين في النصوص المتقدمة الذكر يكون قاطعاً للتقادم، لأنه يكون بمثابة مطالبة قضائية من الدائن بحقه. ويلاحظ أنه قيل أن ينقطع التقادم بهذا الطلب، قد انقطع بالحجز، ولكن الطلب يقطع التقادم من جديد. ونصت المادة ٧٦٤ من تقنين المرافعات السابق 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، فقطعه التقادم (٢). ولما كان الدائنون الذين يتقدمون بطلباتهم في التوزيع بعضهم دائنون عاديون

(١) بوهدى وتيسيه فقرة ٥١٠.

(٢) 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 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 سريان التقادم =

حاجزون على الثمن وبعضهم دائنون أصحاب رهون أو حقوق امتياز أو حقوق أخرى ولو لم يكونوا حاجزين، فإن التقادم يكون قد انقطع لمصلحة الحاجزين منهم بالتمسك بالحق أو امتياز أو حقوق الاختصاص لأول مرة بالطلبات التي يتقدمون بها للاشتراك في الحقوق.

وقد رأينا أن آخر عبارة في المادة ٣٨٣ مدني تقضى بانقطاع التقادم بأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى. ومن هذه الأعمال التي تعتبر العارضة المقدمة من الدائن إذا كان مدعى عليه (١)، وتدخل الدائن في دعوى من قبل رفعها (١). فإذا وقع المدعي على الدائن يطالبه فيها بحق له في ذمته، ورفع دعوى

(١) 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 المدعي 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 بالنسبة إلى الطلبات الأخرى التي لم يتناولها الصلح وهي مستقلة عن الطلب الأول (٣ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٨). وقضت محكمة استئناف مصر بأن المفاوضات التي تجرى بين الخصوم توصلها للصلح لا تقطع التقادم، إلا إذا اعترف المدعي في خلالها بصحة الدين اعترافاً يمكن اعتباره تنازلاً عن التمسك بالتقادم على أن هذه المفاوضات إذا أدت إلى الإقرار بالدين من جانب بعض ورقة المدعي فإن الإقرار يكون حجة قاصرة على المقر (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٨١ ص ١٧٣). 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 يزيل أثر الإجراءات السابقة عليه وما ترتب عليها قانوناً من انقطاع التقادم (٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٢٣ 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 (ترولوخ فقرة ٥٦١ وفقرة ٥٩٤ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ - لوران ٣٢ فقرة ١١٩ - جيلولار 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 بالمحاكم والإجراءات القضائية، ويجعل للقضاء إشرافاً عليها (انظر المواد ٨١٨ - ٨٥٠ من تقنين المرافعات). فيجوز إذن اعتبار تمسك الدائن بحقه في خلال إجراءات التحكيم عملاً قاطعاً للتقادم، ويتبدى 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).

حاجزون على الثمن وبعضهم دائنون أصحاب رهون أو حقوق امتياز أو حقوق أخرى ولو لم يكونوا حاجزين، فإن التقادم يكون قد انقطع لمصلحة الحاجزين منهم بالتمسك بالحق أو امتياز أو حقوق الاختصاص لأول مرة بالطلبات التي يتقدمون بها للاشتراك في الحقوق.

وقد رأينا أن آخر عبارة في المادة ٣٨٣ مدني تقضى بانقطاع التقادم بأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى. ومن هذه الأعمال التي تعتبر العارضة المقدمة من الدائن إذا كان مدعى عليه (١)، وتدخل الدائن في دعوى من قبل رفعها (١). فإذا وقع المدعي على الدائن يطالبه فيها بحق له في ذمته، ورفع دعوى

(نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٢٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٨ ص ٢٩٢). وقضت كذلك بأن كان المقرر في القضاء المختلط وجوب إعلان المدعي بإجراءات التوزيع لدى المحاكم المختلطة باعتبار دخول الدائن في التوزيع مطالبة قضائية منه بالدين قاطعة للتقادم. وإذن فمتى كان في حكم المطعون فيه، إذ قضى برفض الإشكال واستمرار التنفيذ على أساس عدم سقوط الدين المحكوم به بالتقادم، أقام قضاءه على أن العلاقة بين الطرفين نشأت في ظل القانون المختلط وهو الذي يتحكم بما يتحكم معه على المحكمة أن تستهدي 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 أصوله في مدينه قاطع للتقادم تأسيساً على أن النظام الذي جرى عليه قضاء هذه المحاكم كان يحتم إعلان الدائن بإجراءات التوزيع وإعلانه بالحضور للاطلاع على القائمة المؤقتة، وأنه لا محل لاتباع قضاء المحاكم الوطنية في هذا الشأن لأن أساس هذا القضاء هو أن المدعي لا يعلن بالتوزيع المفتوح أمام المحكمة المذكورة، فإن ما قرره هذا الحكم هو تطبيق صحيح للأحكام الواجب اتباعها في هذا الخصوص (نقض مدني ٥ يونيو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٨٥ ص ١١٧٥ - وانظر أيضاً: نقض مدني ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص ٦٧٣).

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٣.

(١) أ- تقضى المادة ٣٨٣ من القانون المدني بأن التقادم ينقطع بأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى، والمقصود بهذا النص هو الطلب الذي يديه الدائن في مواجهة طلبه أثناء السير في دعوى مقامة ضد الدائن أو تدخل خصماً فيها، ويتبين من تمسكه ومطالبته بحقه المهدد بالسقوط.

(جلسة ١٠/٤/١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ع ٢٤ ص ٢٣٣)

(جلسة ١٩/١١/١٩٦٤ الطعن رقم ٤٥١ لسنة ٢٥ ص ١٥٠ ص ١٠٥٠)

ب- لم يستحدث المشرع بالمادة ٣٨٣ من التقنين المدني حكماً جديداً وإنما قنن ما استقر عليه القضاء في شأن الأعمال القاطعة للتقادم وغايته من قوله «إن أي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى يعتبر قاطعاً للتقادم» أن تشمل الأعمال القاطعة للتقادم الطلبات العارضة المقدمة من الدائن إذا كان مدعى عليه وذلك بالتطبيق للمادة ١٥٢ مرافعات، وتدخل في دعوى سبق رفعها بالتطبيق للمادة ١٥٣ مرافعات.

(الطعن رقم ٤١ سنة ٢٤ ق جلسة ١٣/٣/١٩٥٨ ص ٩ ص ١٨٧)

٢- الأسباب الصادرة من المدين - إقراره بحق الدائن

٦٣٣- تكييف الاقرار الصادر من المدين بحق الدائن: رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٤ مدني تنص على أن «ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً». فإذا مضت مدة على استحقاق الدين دون أن يتكامل التقادم، ثم أقر المدين بأن الدين لا يزال في ذمته، فإنه 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 يقطع التقادم^(٢). فإن تقرير المدين أن الدين باق في ذمته، كأمر واقع، لا يتعارض في طبيعته مع استمرار سريان التقادم. ولكن الإقرار هنا ينطوي على نزول المدين عن الجزء الذي انقضى من مدة التقادم، فهو عمل مادي ينطوي على تصرف قانوني^(٣) (acte juridique). وهو كإقرار المدين أمام القضاء، فقد قدمنا أن الإقرار أمام القضاء واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني هو نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه^(٤).

ولما كان الإقرار، على التكييف الذي قررناه، ليس نزولاً عن الحق نفسه، بل نزولاً عن مدة التقادم التي انقضت، لذلك لا يشترط في المدين الذي صدر منه الإقرار أهلية التصرف في الحق، بل يكفي أن تتوافر فيه أهلية الإدارة^(٥). فالصبي المميز إقراره صحيح وقاطع للتقادم، في حدود أهليته للإدارة^(٦). كذلك يستطيع الولي أو الوصي أو القيم أن يقر بدين في ذمة القاصر أو المحجور، ويكون إقراره هذا قاطعاً للتقادم الذي بدأ يسرى في مصلحة

(١) انظر ما يلي فقرة ٦٦٣.

(٢) استئناف وطني ٢١ يناير سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ١٩٧.

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٤ وفقرة ١٣٦٦ ص ٧٧٩ هامش رقم ١- وقارن سالي في تعليقه على التقنين المدني الألماني م ٢٠٨ هامش رقم ١- بودري وتيسيه فقرة ٥٢٨ ص ٣٩٢ - ص ٣٩٣.

(٤) الوسيط جزء ثان فقرة ٢٤٩.

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ وهامش رقم ٤٥- جيللوار فقرة ٢٥٢- بودري وتيسيه فقرة ٥٣٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٧ - وقارن لوران ٣٢ فقرة ١٢٥.

(٢) ولكن إقرار المعتوه لا يعتد به في قطع التقادم (قارب نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٣٧).

القاصر أو المحجور، بينما هو لا يستطيع أن ينزل عن حق للصغير أو للمحجور ولو باذن المحكمة.

وإقرار المدين بالدين، على النحو الذي بيناه، تصرف صادر من جانبه وحده. فلا حاجة لقبول الدائن لهذا الإقرار، ولا يجوز للمدين بعد الإقرار أن يرجع فيه.

٦٣٤- الإقرار الصريح والاقرار 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 بالدين 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^(١). فيكون

(١) استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٣- ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩١.

(٢) وقد يرد الإقرار الصريح في محضر جرد لحصر تركة الدائن، أو في إيجاب صادر من المدين دون أن يقبله الدائن، أو في قبول الدين في تفضية 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 ببطلانه دون أن يمس البطلان الإقرار الصريح بالدين الوارد في هذا التصرف (بودري 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 (١٣ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٢٠٩) - وقضت أيضاً بأنه إذا تضمنت تسوية إقراراً بالدين ثم أبطلت التسوية، بقي الإقرار قاطعاً للتقادم (٢١ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨٧).

(١) أ- إن اقرار المدين بالدين الذي في ذمته الناشئ عن عقد العمل سواء كان صادراً من العامل لصالح رب العمل أو من الأخير للأول ليس من شأنه التغيير من طبيعة هذا الدين أو التقادم الذي يسرى عليه أو مدته إذ يبقى الدين الوارد في الإقرار هو ذات الدين بحالته الأولى التي كان عليها قبل الإقرار به الصادر من المدين متولداً عن عقد العمل ولم ينشئه هذا الإقرار.

(الطعن رقم ٤١٢٢ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٥/١١/٢٠٠١)

ب- مفاد النص في المادتين ٣٨٣، ٣٨٤ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في أحد الدعاوى أو إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً. وأن المقصود بالمطالبة القضائية هو مطالبة الدائن لمدينه بمطالبة صريحة جازمة بالحق قضاءً، وهو ما يتم بطريق رفع الدعوى لاستصدار حكم بإجبار المدين على الوفاء بما التزم به.

(الطعن رقم ١٠٠٣٤ لسنة ٦٤ ق - جلسة ٣١/٥/٢٠٠١)

الإقرار ضمناً إذا دفع المدين قسطاً من الدين، أو دفع فوائده، أو قدم رهناً أو كفالة لضمانه، أو طلب مهلة للوفاء به، أو عرض مقاصته في دين مقابل (١). وقاضي الموضوع

= (جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٥ السنة ٤٥ ق ٢٤ ص ١٢٨٨)

(جلسة ١٩٨٨/٤/٧ السنة ٣٩ ق ١٤ ص ٦٣٠)

ج- لأن كان مؤدى نص المادة ٣٨٤ من التقنين المدني أنه إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً فإن من شأن هذا الإقرار أن يقطع التقادم، إلا أنه لما كان المقصود بالإقرار - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو اعتراف شخص بحق عليه لأخر بهدف اعتبار هذا الحق ثابتاً في ذمته وإعفاء الآخر من اتفاقه فإنه يشترط في الإقرار القاطع للتقادم أن يكون كاشفاً عن نية للمدين في الاعتراف بالحق المدعى به.

(الطن ٢٠٣٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/٤/٤)

(الطن ٩٤٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)

د- بيان دلالة الورقة الصادرة من المدين في اعترافه بالدين محل النزاع وفيما يترتب على ذلك الأثر من قطع التقادم هو من المسائل الموضوعية التي تخضع لرقابة محكمة الموضوع.

(الطن ١١٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٥/٢٢)

(الطن ٢٨٦ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٣/١٦ ص ٢٦ ص ٦٠٣)

(جلسة ١٩٧٢/١/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ق ٢٣ ص ٢٣)

(الطن رقم ٤٥١ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٩ ص ١٥ ص ١٠٥٠)

(الطن رقم ٣٢٩ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/١٢/٢٠ ص ١٢ ص ٧٩٦)

هـ- إقرار الوارث حجة قاصرة على المقر، ومن ثم لا يترتب عليه قطع التقادم بالنسبة للورثة الآخرين.

(جلسة ١٩٧٨/٣/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ٧٠٠)

(الطن رقم ٢٥١ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٩ ص ١٥ ص ١٠٥٠)

(الطن رقم ٤٩٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٦/٧ ص ١٣ ص ٧٧٤)

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٥ - ٣٣٦ - وانظر أيضاً المادة ١/١٣٥ من تقنين الالتزامات السويسرى.

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 (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٦٧ ص ١٠٤). وقضت أيضاً بأن سداد جزء من الدين اعترافاً ضمناً به يقطع التقادم، وينفرد على ذلك أن المدين إذا قام بسداد أقساط الدين من خلال متواتر 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 إقراراً ضمناً به يقطع التقادم (٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٨).

هو الذى يقدر ما إذا كان العمل الذى صدر من المدين ينطوى على إقرار ضمناً، ولا معقب على تقديره من محكمة النقض (١).

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٤ مدنى، كما رأينا، على أنه «يعتبر إقراراً ضمناً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأمينياً لوفاء الدين». وقد قدمنا أن مجرد تقديم رهن تأميناً لوفاء الدين يعتبر إقراراً ضمناً. أما إذا كان الرهن رهن حيازة، وكان المرهون مالا مملوكاً للمدين، فإن ترك المدين ماله في حيازة الدائن تأميناً لوفاء الدين هو إقرار ضمناً مستمر بالدين. ويبقى هذا الإقرار الضمنى المستمر قائماً بعد استحقاق الدين، مهما طاللت المدة التى مضت على استحقاقه، ويبقى التقادم منقطعاً ما

= ولا يعتبر إقراراً ضمناً 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 ضمناً 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 ويقرر في الوقت ذاته براءة ذمته منه لا يقطع التقادم، لأن الإقرار القاطع للتقادم هو الإقرار ببقاء الدين فى 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 ضمناً بالدين، إذ أن رغبة المدين فى الصلح وحسم النزاع لا يستخلص منها حتماً أنه يقر بالدين فى ذمته (نقض فرنسى ١٤ مايو سنة ١٩١٨ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ٢٠٤). والمقاصة القانونية التى تقع بين جزء من الدين وبين مقابله لا تفيده الإقرار الضمنى بالجزء الباقي من الدين، لأن المقاصة القانونية قد تقع بدون إرادة المدين (بودرى وتيسيه فقرة ٥٣٠). وقبل الدين مخالصة من الدائن يحتفظ فيها بسائر حقوقه فى عبارة عامة سيهية لا يعد اعترافاً ضمناً من المدين بدين 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 مدنى 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 فى استفادته إلى فعل مادى مختلف على دلالاته أو إلى ورقة مقدمة فى الدعوى مختلف على دلالتها الصريحة أو الضمنية كذلك، وبين ما إذا كان مترتباً على ورقة الطلب المقدم للمحكمة بالحق المطلوب استرداده أو اقتضائه. ففي الحالة الأولى لا رقابة لمحكمة النقض، لأن حكم القاضى فيها يكون مبنياً على ما استنتجه من الأفعال أو الأوراق المقدمة المتنازع على دلالتها العقلية. أما فى الحالة الثانية فيكون النزاع قائماً على ما لورقة الطلب من الأثر القانونى فى قطع التقادم، وعلى متى تكون الورقة قاطعة، وفيم تكون، أى على ما اشترطه القانون فى ورقة الطلب (demande en justice) من الشرائط القانونية. فيكون فصل القاضى فى ذلك فصلاً فى مسألة قانونية يخضع فيها لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ١٣٤).

دام المال المرهون في حيازة الدائن (١). وهذا بخلاف الرهن الرسمي وحق الاختصاص من المدينين، فإن ثبوت حق من هذه الحقوق للدائن تأمينا للوفاء بالدين لا يعتبر إقرارا مستلزما من المدين بدينه. ولا ينقطع التقادم بقيد حق من هذه الحقوق، ولا بتجديد القيد، فإن القيد والتجديد أعمال صادرة من الدائن لا من المدين، فلا تنطوي على إقرار ضمني من المدين. أما ترك المدين ماله المرهون حيازة في يد الدائن فعمل سلبى صادر من المدين، ومن ثم يكون منطويا على إقرار ضمني بالدين (٢).

٦٣٥- اثبات الاقرار: ولما كان الإقرار واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني، ويطلب فيها معنى التصرف القانوني كما هو الأمر في الوفاء، فإن إثبات الإقرار يخضع للقواعد

(١) بودرى وتيسيهه فقرة ٥٣٠- ولا يبدأ سريان التقادم الجديد إلا إذا خرج المال المرهون من حيازة الدائن (نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥- استئناف وطني ٥ أبريل سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٢/٩١ ص ١٦١- ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ المجموعة رقم ١١٧ ص ٣٧٤ - مصر ٨ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٤٢- استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٠٥- ١٦ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣- ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٥٠ ص ٦٥- ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٣).

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأنه إذا قبل المدين أن يترك للدائن المرتهن الانتفاع بالمحل المرهون رهناً رسمياً والاستيلاء على ريعه لسداد الفوائد، فالاستيلاء على الربح يقطع التقادم بالنسبة إلى الفوائد (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٥٦). وقضت كذلك بأن المدين 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 مختلط 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 مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٤). وعلى ذلك يرجع إلى أن الحبس، بخلاف رهن الحيازة، لا يجيز للدائن أن يتقاضى حقه من غلة العين المرهونة، ولكن رهن الحيازة يستبقي 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 يكفي لقطع التقادم انتقال العين إلى حيازة الدائن.

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «يراعى أن ترتيب رهن الحيازة بنفردية لا يقتصر على قطع التقادم، بل يجاوز ذلك إلى استدائه هذا الأثر ما بقي الشيء المرهون في يد المرتهن. فمجرد ترك الدائن للشيء المرهون في يد المرتهن، وترخيصه لهذا المرتهن في الانتفاع به، لا يبراهه، يعتبر إقراراً ضمنياً دائماً أو متجدداً؛ قارن المادة ١٤٠ من تقنين الالتزامات الشرعية لسنة ٢٧٥ من التقنين البولوني. أما وجود الرهن الرسمي والامتياز والاختصاص، وقيد هذا الرهن عليها، فليس من شأنها جميعاً قطع التقادم، لأن المدين لا ينسب إليه في هذه الحالات، ولا تنطوي على إقرار ضمني بالدين، ومجرد وجود تأمين يكفل حق الدائن لا يكفل التقادم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٦).

العامة في إثبات التصرف القانوني ولو كان من جانب واحد. فيجوز الإثبات بجميع الطرق إذا كانت قيمة الالتزام الذي يراد قطع تقادمه لا تزيد على خمسمائة جنيه، فإن زادت وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها (١). وعبء الإثبات يقع على الدائن الذي يدعى انقطاع التقادم.

كذلك إذا استخلص الإقرار الضمني من تصرفات قانونية، كوفاء قسط من الدين أو دفع الفوائد أو الوعد بتقديم ضمان، وجب إثبات هذه التصرفات وفقاً للقواعد العامة المتقدمة ذكرها، فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة الالتزام على خمسمائة جنيه، ولو كان الجزء الموفى به من الدين أو الفوائد المدفوعة أو الضمان الموعود بتقديمه قيمته أقل من هذا المبلغ (٢).

وقد يثبت الإقرار القاطع للتقادم بسند مؤيد (acte récognitif)، وهو سند يتضمن إقراراً بحق سبق تدوينه في محضر يسمى بالسند الأصلي (acte primordial). وقد سبق بحث السند المؤيد عند الكلام في الإثبات (٣). وقد هنا أن السند المؤيد يصلح من الناحية القانونية لقطع التقادم، ومن الناحية العملية لتهيئة دليل للإثبات عند فقد السند الأصلي إذا كان هذا معرضاً للضياع. ويطلب أن يكون ذلك في الديون الطويلة الأجل وفي الإيرادات المؤبدة، حيث يحتاج الدائن من وقت إلى آخر أن يحصل على سند مؤيد لسنده الأصلي، فيقطع التقادم ويجدد الدليل (٤).

المطلب الثاني الأثر الذي يترتب على انقطاع التقادم

٦٣٦- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٨٥ من التقنين المدني على ما يأتي:

- (١) وإذا كانت الورقة التي تتضمن الإقرار بالدين ورقة عرفية، وجب أن تكون ثابتة التاريخ حتى تسرى في حق الغير (لوران ٣٢ فقرة ١٣٣ - ماركادية م ٢٢٤٨ فقرة ١٠ - بودرى وتيسيهه فقرة ٥٣٨ ص ٤٠٣). فإذا انقضى بالتقادم دين مضمون برهن متقدم، لم يجز الاحتجاج على دائن مرتهن متأخر بأن التقادم قد انقطع بإقرار المدين، فلم ينقض الدين من أجل ذلك وبقي الرهن المتقدم إضراراً بالدائن المرتهن المتأخر، وذلك ما لم يكن الإقرار بالدين ثابت التاريخ في وقت لم يكن فيه التقادم قد اكتمل.
- (٢) لوران ٣٢ فقرة ١٣٠ وما بعدها - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ - بودرى تيسيهه فقرة ٥٣٨.
- (٣) الوسيط ٢ فقرة ١٢٩.
- (٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٥.

١٥- إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون مدته هي مدة التقادم الأولى.

٢٥- على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى، أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين، كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة، إلا أن يكون المحكوم به متضمناً للالتزامات دورية 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).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٥٢٢ من المشروع التمهيدى على نحو مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يشمل 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 على الديون التي تتقادم بسنة واحدة، فهذه إذا انقطع التقادم فيها بإقرار المدين انتفت علة التقادم بسنة واحدة، لأن الإقرار يهزم 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، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٧ - ص ٣٣٩).

(٢) التقنين المدني السابق م ١٠٩/٨١: إذا انقطع التوالى في وضع اليد، فلا تحسب المدة السابقة على انقطاعه. (، يلاحظ أن هذا الأثر لانقطاع التقادم الوارد في التقادم المكسب ينطبق أيضاً على التقادم المسقط: م ٢٦٩/٢٥٥ - والحكم واحد في التقنين الجديد والسابق، إلا أن التقنين الجديد أكثر ضيقاً للأحكام، فقد حدد مبدأ سريان التقادم الجديد ومتى 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 ٢٨٥ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي م ٣٧٢ (مطابقة للمادة ٢٨٥ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ٤٣٩: ١- إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى، بدأت مدة جديدة كالمدة الأولى. ٢- على أنه إذا حكم بالدين، وحاز الحكم درجة البتات، أو إذا كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى سنة واحدة وانقطعت 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).

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 التقادم الجديد الذي يلي التقادم المنقطع. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. وفي هذا يختلف انقطاع التقادم عن وقف التقادم، فقد قدمنا في وقف التقادم أن المدة التي سبقت الوقف تبقى ويعتد بها وتحسب في مدة التقادم عندما 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، في مدته وفي طبيعته، ماثلاً للتقادم الأول الذي انقطع، فيما عدا حالات استثنائية نص عليها القانون. ولا يمتد أثر الانقطاع في الأصل إلا إلى الدائن الذي قطع التقادم، وقد يمتد إلى غيره استثناء. ولا يتناول في الأصل إلا الالتزام الذي انقطع فيه التقادم، وقد يتناول غيره استثناء أيضاً.

فنبحث إذن المسائل الآتية: (١) مبدأ سريان التقادم الجديد الذي يحل محل التقادم المنقطع. (٢) متى يختلف التقادم الجديد عن التقادم المنقطع. (٣) متى يمتد أثر الانقطاع إلى غير الدائن الذي قطع التقادم. (٤) متى يتناول أثر الانقطاع غير الحق الذي قطع فيه التقادم.

٦٣٧- مبدأ سريان التقادم الجديد الذي يحل محل التقادم المنقطع: قدمنا أن تقامداً جديداً يحل محل التقادم الذي انقطع. ومبدأ سريان هذا التقادم الجديد يختلف باختلاف السبب الذي قطع التقادم السابق.

= تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٥٩: إذا انقطع حكم مرور الزمن على وجه قانوني، فالوقت الذي تصرف قبل وقوع الفعل الذي قطعه لا يدخل في حساب المدة اللازمة لمرور الزمن. وهذه المدة، الباقية على حالها، تعود فتسرى مبدئياً منذ توقف العمل القاطع لمرور الزمن عن إنتاج مفاعيله. وإذا جرى الاعتراف بالدين في صك أو أثبت هذا الدين بحكم، فالمهلة الجديدة لمرور الزمن تبقى عشر سنوات.

(وحكم التقنين اللبناني متفق مع حكم التقنين المصري، فيما عدا أن الاعتراف المكتوب بالدين في التقنين اللبناني يحول مدة التقادم الجديد إلى عشر سنوات - وهي المعادلة لمدة الخمس عشرة سنة في التقنين المصري - دون تمييز بين دين ودين. أما في التقنين المصري، فهذا مقصور على الديون التي تتقادم بسنة واحدة وعلى ديون أصحاب المهن الحرة التي تتقادم بخمس سنوات).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «لا يقتصر أثر انقطاع التقادم على الحيلولة 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 ٣ ص ٣٢٨).

فان كان السبب الذي قطع التقادم السابق هو المطالبة القضائية، بقی أثر الانقطاع قائماً ما دامت الدعوى قائمة^(١). فان انتهت بحكم نهائي يقضى للدائن بطلبته، بدأ

(١) استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٨ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ 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 تسليمها برفع الدعوى التي لم تقيد، لم تفرق بين التقادم المسقط للحق نفسه والتقادم المسقط للدعوى (أى المسقط للمطالبة القضائية) المرفوعة بشأنه، فاعتبرت أن قطع التقادم الخمسي الذي ينشأ عن رفع الدعوى لا يستمر إلا لمدة التقادم المسقط للحق ذاته، فإنها تكون قد أخطأت. إذ أن لكل من تقادم الحق وتقادم الدعوى حكماً خاصاً. فالتقادم الخمسي ينقطع برفع الدعوى، ويظل هذا الانقطاع مستمراً، ما دام سببه قائماً. وإذا كان سبب الانقطاع هو الدعوى، فيبقى التقادم منقطعاً إلى أن تسقط هي بالتقادم المسقط لها ومدته ١٥ سنة طبقاً لحكم المادة ٨٢ من القانون المدني (السابق)، وفي تقنين المرافعات الجديد المدة خمس سنوات فقط). وما دامت هذه المدة لم تنقض، فيبقى أثر الانقطاع قائماً. فإذا تحركت الدعوى في أثنائها، فيكون تحريكها صحيحاً لعدم سقوط الحق المرفوعة به (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٢ ص ٤٦٠). وقضت أيضاً بأنه إذا صدر حكم بالدين، ثم رفع المحكوم له دعوى نزع ملكية ضد المدين، وطلب الدائن بعد صدور الحكم بنزع الملكية تعيين يوم للبيع، فعين لذلك يوم، وأجل البيع عدة مرات للنشر، ثم استبعدت القضية من الرول لعدم دفع مصاريف النشر، وظلت مستبعدة حتى طلب الدائن تعيين يوم للبيع فعين، ولما لم يحصل نشر قررت المحكمة رفع الدعوى عملاً بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٣٧ الخاص بحماية الثروة العقارية، فإن طلب الدائن تعيين جلسة للبيع، وتعيين القاضي جلسة بناء على هذا الطلب، وتداول الدعوى في الجلسات إلى أن استبعدت من الرول، ثم طلب الدائن تعيين جلسة للبيع بعد ذلك، وتأشير القاضي على الطلب بإحالة الدعوى لنظرها أمام قاضي البيوع بالمحكمة التي نقل الاختصاص إليها، ثم عرض هذا الطلب على قاضي البيوع بالمحكمة المختصة وتعيين جلسة بناء على هذا الطلب، ثم طلب الدائن تعيين يوم للبيع بعد وقف الدعوى عملاً بقانون حماية الثروة العقارية - كل أولئك لا شك في أنه من إجراءات دعوى نزع الملكية التي يترتب على حصولها قيام الدعوى ومنع سقوطها بالتقادم، ما دام لم يمض بين أي إجراء منها والذي يليه، ولا على آخر إجراء المدة المسقط للدعوى (نقض مدني أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٧ ص ٥٨٢). وقضت كذلك بأنه إذا كان يترتب على إعلان صحيفة الدعوى بطلب الفوائد انقطاع التقادم بالنسبة إليها، فإن أثر هذا الانقطاع يمتد إلى أن يصدر الحكم النهائي في الدعوى. وينبنى على ذلك أن مضي المدة من تاريخ صدور الحكم الابتدائي حتى تاريخ استئنافه، 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 يسقط 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 المدعي بأن يقطع سرعان مدة التقادم فيستبدل بالمدة التي كانت سارية من قبل المدة الطويلة المقررة في سقوط جميع الحقوق - هذا الحكم صحيح في

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 بمضي 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 تنتهي الدعوى، إذا رفعت إلى محكمة غير مختصة، بحكم نهائي بعدم الاختصاص. وفي هذه الحالة تبقى صحيفة الدعوى حافظة لأثرها 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).

وان كان السبب الذي قطع التقادم السابق هو التنبيه، فان 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.

وإذا كان سبب انقطاع التقادم السابق هو التقدم في تفرغ أو في توزيع، بقی أثر الانقطاع قائماً إلى أن تقفل التفليسة أو التوزيع، وعند ذلك يبدأ سريان التقادم الجديد.

وكذلك الحال في كل عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى، فمتى انتهى الأثر المترتب على هذا العمل، بدأ سريان التقادم الجديد. فدعوى المدعي عليه مثلاً يبقى أثرها في قطع التقادم قائماً إلى أن تنتهي الدعوى بحكم القبول أو بالرفض، أو إلى أن تنقضي الخصومة بالترك أو بالسقوط، على النحو الذي قدمناه في دعوى المدعي. والتدخل كذلك يبقى أثره قائماً في قطع التقادم، إلى أن ينتهي هذا التدخل^(٤).

=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 ٣٣ ص ٣٩٣.

(٤) 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. وواضح أن بقاءه منقطعاً شيء، ووقف سريانه شيء آخر (بودري وتيسيه فقرة ٥٤٣).

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 (١).

٦٣٨- متى يختلف التقادم الجديد عن التقادم القديم: والأصل، كما قدمنا، أن التقادم الجديد الذي يحل محل التقادم الذي انقطع يكون مماثلاً لهذا التقادم السابق في مدته وفي طبيعته (٢). ويستثنى من هذه القاعدة حالتان، يختلف فيهما التقادم الجديد عن التقادم السابق:

(الحالة الأولى) إذا انتهى السبب الذي قطع التقادم السابق بحكم حاز قوة الأمر المقضى أي بحكم نهائي. ففي هذه الحالة، أياً كانت مدة التقادم السابق، تكون مدة التقادم الجديد الذي يبدأ سريانه منذ صدور هذا الحكم النهائي خمس عشرة سنة كاملة، ولو كانت مدة التقادم السابق أقصر كأن كانت خمس سنوات أو ثلاثاً أو سنة واحدة (م ٢/٣٨٥ مدني) (١). ذلك أن الحكم النهائي يقوى الالتزام، ويمده بسبب جديد للبقاء،

(١) انظر أنفاً فقرة ٦٣٤.

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مدة التقادم تبقى كما كانت عندما تعود إلى السريان بعد أن انقطعت عن طريق التنبية (١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٦).

(١) أ- لما كان إلزام الشركة المؤمن لديها بأداء مبلغ التعويض المحكوم به للمضروور يتحقق بذات ما تحققت به مسؤولية المؤمن له أو المتسبب في أذاته - وهو الحكم البات من المحكمة الجنائية أو الحكم النهائي من المحكمة المدنية - ولو لم تختصم فيه الشركة المؤمن لديها، فإن لازم ذلك أنه إذا صدر الحكم بالتعويض المؤقت وأصبح حائزاً قوة الأمر المقضى فإنه لا يسقط الحق في التعويض النهائي بالبناء عليه وأعمالاً للمادة ٢/٣٨٥ من القانون المدني إلا بمدة سقوط الحق وهي خمس عشرة سنة سواء قبل المسئول عن الحق المدني أو المؤمن لديه إذ لا وجه لاختلاف الحكم بين المسئولين عن الوفاء بالحق المحكوم به للدائن (المضروور) خاصة بعد الارتباط ووحدة الإجراءات ومدة السقوط في كل من الدعويين قبل المسئول والمؤمن لديه، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإن الطعن يكون على غير أساس متعيناً رفضه.

(حكم الهيئة العامة للمواد المدنية بمحكمة النقض في الطعن رقم ١١٤٥ لسنة ٦٩ ق هيئة عامة، بجلسة ١٥ من مايو سنة ٢٠٠٢).

ب- المقرر وفقاً للمادة ٢/٣٨٥ من القانون المدني أن من شأن صدور حكم نهائي بالدين أن لا يتقادم الحق في اقتضائه إلا بمرور خمس عشرة سنة من وقت صدوره لمن يعد هذا الحكم حجة عليه ومن ثم فإن الحكم المطعون عليه إذا طرح دفع الطاعنين بتقادم الدين المنفذ به بالتقادم الخمسي اعتباراً بأن مدة تقادمه هي خمسة عشر عاماً بعد أن صدر به حكم حاز قوة الأمر المقضى يكون =

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 في ذمة المدين. فتكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة، وهي مدة التقادم في الأصل، وذلك بعد أن انتهت قرينة الوفاء التي تأسست عليها المدة القصيرة في التقادم السابق. وحتى لو كان الالتزام دورياً متجدداً، وصدر حكم نهائي به، فإن هذا الالتزام تزول عنه صفتنا الدورية والتجدد، فتكون مدة تقادمه هي المدة العادية وهي خمس عشرة سنة (٢). وقد يتضمن

= موافقاً لصحيح القانون ولا يعيبه ما ورد بأسبابه من تقرير خاطيء في الرد على الدفع بالتقادم الخمسي إذ لمحكمة النقض أن تقوم قضاء بما يصلح رداً له دون أن تنفضه.

(جلسة ١٩٧٩/١/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص ٤٥٥)

(جلسة ١٩٧٩/٢/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص ٦٤١)

(الطنن ٢٤٣٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٠/٢/١)

ج- إذ كانت المادة ٣٨٥ من القانون المدني فيما تنص عليه فقرتها الثانية من تقادم الدين بخمس عشرة سنة إذا صدر به حكم حاز قوة الأمر المقضى تستبدل التقادم الطويل بالتقادم القصير متى عزره حكم يثبت ويحكم له من قوة الأمر المقضى فيه ما يحسنه، وكان الحكم بالتعويض المؤقت - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - وإن لم يحدد الضرر في مدها يعرض للمسؤولية التقصيرية بما يثبتها ولدين التعويض بما يرسيه غير معين المقدار مما يرتبط بالمنطوق أوثق ارتباط فتحتد إليه قوة الأمر المقضى، ومتى توافرت لأصل الدين هذه القوة فهي بظاهر النص حسبه في استبدال التقادم الطويل بتقادمه القصير ولو لم يكن قابلاً بعد للتنفيذ الجبري ولا يسوغ أن يقصر الدين الذي أرساه الحكم على ما جرى به المنطوق رمزاً له ودلالة عليه، بل يمتد إلى كل ما يتسع له محله من عناصر تقدير ولو بدعوى لاحقة لا يرفعها المضروور بدين غير الدين بل يرفعها بذات الدين الذي يستكمله بتعيين مقداره، فهي بهذه المثابة فرع من أصل تخضع له وتتقادم بما تتقادم به ومدته خمس عشرة سنة.

(الطنن رقم ١٢٠ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٨٢/١٢/٩)

(الطنن رقم ١٥٥٢ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٨٣/٣/٣٠)

(الطنن رقم ١٥١٩ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٨٣/٥/٥)

د- مدة التقادم لا تتغير بصدور الحكم بالدين طبقاً للمادة ٢/٣٨٥ من القانون المدني - كصريح هذا النص - إلا بالنسبة لمن يعتبر الحكم حجة عليهم وله قوة الأمر المقضى قبلهم.

(الطنن ٦٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ م ٩ ص ٣٢٧)

(١) وإخراج الدائن في قائمة التوزيع وصيرورة هذه القائمة نهائية يكون بمثابة الحكم النهائي بالدين، فيسرى بالنسبة إلى هذا الدين تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (استئناف مختلط ١٨ سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٣٥).

(٢) استئناف مختلط 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 القاضي بالدين لا يصلح لأن يكون أساساً لنزع الملكية، لإغفاله النص في منطوقه على مقدار الدين، إلا أنه يترتب عليه بالرغم من ذلك تغيير =

الحكم فوق ذلك التزامات لم تزل عنها صفتا الدورية والتجدد، كما إذا قضى للمؤجر بالمستحق من الأجرة وما يستجد منها منذ صدور الحكم إلى يوم التنفيذ. فان الالتزام بالمستحق من الأجرة قد فقد صفتى الدورية والتجدد، لأنه مستحق يوم صدور الحكم، فلا يتقدم إلا بخمس عشرة سنة. أما الالتزام بما يستجد من الأجرة إلى يوم التنفيذ، فيبقى محتفظاً لصفتى 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 تسرى من الوقت الذى يحل فيه هذا القسط^(١).

(الحالة الثانية) هى ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٨٥ مدنى، إذ تقول: «على أنه... إذا كان الدين مما يتقدم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين، كانت مدة التقدم خمس عشرة سنة». ونحن نعلم أن الديون التى تتقدم بسنة واحدة هى حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء (٣٧٨ مدنى). فهذه الحقوق إذا صدر بها حكم، فالحكم لا يتقدم إلا بخمس عشرة سنة كما سبق القول. ثم إذا انقطع التقدم فيها عن طريق إقرار المدين بها، فقد انتفت قرينة الوفاء التى يقوم عليها التقدم الحولى، كما انتفت فى حالة الحكم بهذه الحقوق، فيكون التقدم الجديد الذى يحل محل التقدم المنقطع بالإقرار مدته خمس عشرة سنة^(٢)، كمدة التقدم الجديد الذى

=سبب الدين، فتصبح المدة اللازمة لسقوط الحق هى مدة خمس عشرة سنة، ولو كان من الممكن قبل صدور الحكم التمسك بسقوط الدين بعضى سنوات إذا كان موضوعه مثلاً ريع حكر -١٧- فبراير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٤ ص ٥). وقضت محكمة استئناف مصر بأن مدة التقدم خمس عشرة سنة بعد صدور حكم نهائى، مهما كانت مدة التقدم للمدين الأصيل (٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٩ ص ٦٠ - ١٦ يونيو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٩ ص ٥٢٦).

(١) ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «يستبدل التقدم بانقضاء خمس عشرة سنة بالتقدم الخمسى كذلك إذا صدر حكم بالدين الدورى المتجدد وحاز قوة الشئ المحكوم فيه. ذلك أن الدين يتحدد نهائياً بصدور هذا الحكم، وتزول عنه صفة الحمول الدورى، فيسقط بانقضاء المدة العادية. فإذا تضمن الحكم فوق ذلك التزامات لم تزل عنها صفتها الدورية، أى التزامات تصبح مستحقة الأداء فى المستقبل - كالحكم بما يستحق فى المستقبل من الإيجار - ظلت هذه الالتزامات خاضعة للتقدم الخمسى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٨).

(٢) انظر فى تحول مدة التقدم من مدة قصيرة إلى مدة طويلة يقوم فى القضاء الفرنسى على فكرة التجديد novation، وفى انتقاد ذلك: بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٠ ص ٧٨٢ - ٧٨٣. وغنى عن البيان أن الدين إذا جدد، فأياً كانت مدة تقدم الدين القديم، تكون مدة تقدم الدين الجديد مستقلة عنها، وتكون عادة خمس عشرة سنة تسرى من وقت التجديد، أى من وقت نشوء الدين الجديد. وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل فى انقطاع التقدم أنه لا يغير مقدار المدة التى

يحل محل التقدم المنقطع بالحكم. ولكن إذا انقطع التقدم فى هذه الحقوق بغير الحكم وبغير إقرار المدين، كأن ينقطع بالتبنيه أو بالحجز أو بالمطالبة القضائية التى تنتهى إلى حكم بعدم الاختصاص مثلاً أو بالتقدم فى تفتيش أو توزيع، فإن التقدم الجديد الذى يحل محل التقدم السابق يكون ماثلاً له فى مدته وطبيعته^(١)، فتكون مدة التقدم الجديد سنة واحدة، ويقوم هذا التقدم الجديد على قرينة الوفاء^(٢).

=حددها القانون لزوال الالتزام، ما لم يرد نص على غير ذلك أو يصدر حكم بالدين أو يحصل تجديده. فإذا انقطع التقدم بإقرار المدين، يكون الحكم فى تبديل المدة بسبب الإقرار منوطاً بما يستخلصه قاضى الموضوع من واقع الدعوى عن المقصود بإثبات الالتزام فى سند جديد، هل هو من قبيل تجديد الدين أم لا. فإذا تبين له ما ينفى نية التجديد، وأقام قضاءه على أسباب مستساعة، فلا معقب عليه فيه. وكذلك إذا ما ادعى الدائن تجديد الدين بدخوله فى حساب جار بينه وبين مدينه، فإن المعول فى هذا أيضاً يكون على ما يحصله قاضى الموضوع من الوقائع المطروحة عليه من وجود الحساب الجارى أو عدمه (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٨ ص ٦٨٩).

فإذا انقطع التقدم دون أن ينطوى انقطاعه على تجديد، ودون أن يكون الانقطاع عن طريق الحكم النهائية أو عن طريق الإقرار بالديون التى تتقدم 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 ١١٣).

(١) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨٩ - وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٠ ص ٧٨٢ هامش رقم ٢.

(٢) وقد ورد تحول مدة التقدم من مدة قصيرة إلى مدة طويلة فى مكان آخر فى حالة خاصة من حالات إقرار المدين بالدين، هى حالة تحرير سند بالدين. فقضت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدنى بأنه إذا حرر سند بحق من الحقوق المتقدمة الذكر - وهى حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء التى تتقدم بسنة واحدة - فلا يتقدم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة، وقد مر بيان ذلك. وهذا النص يؤكد الحكم العام فى صورة خاصة من صورته، فتتحول السنة إلى خمس عشرة سنة إذا أقر المدين بالحق بوجه عام، وبخاصة إذا أقر به عن طريق تحرير السند.

والفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدنى تشمل أيضاً حقوق أصحاب المهن الحرة - الأطباء والصيدالء والمحامين والمهندسين والخبراء وكلاء التفليسة والسامسة والأساتذة والمعلمين - فتحول مدة التقدم فى هذه الحقوق من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة إذا حرر المدين سنداً بها. فلا يكفى هنا مجرد الإقرار، بل يجب أن يكون الإقرار فى صورة سند مكتوب. فإذا أقر المدين بالدين شفوية، أو كان الإقرار إقراراً ضمنياً، فانقطع التقدم، لم تتغير مدة التقدم الجديد، بل تبقى كمدة التقدم السابق خمس سنوات. وكان الواجب أن تشير الفقرة الثانية من المادة ٢٨٥ مدنى إلى هذه الحقوق التى تتحول مدة التقدم فيها من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة إذا حرر بها سند مكتوب، كما أشارت إلى الحقوق الأخرى التى تتحول مدة التقدم فيها إلى خمس عشرة سنة لصدور حكم بها أو صدور إقرار من المدين. والسبب فى عدم الإشارة إليها أنها كانت فى المشروع التمهيدي تتقدم بسنة واحدة، فكانت تندمج فى الحقوق التى تتحول مدة التقدم فيها من سنة واحدة إلى خمس عشرة =

٦٣٩ - متى يمتد أثر الانقطاع إلى غير الدائن الذي قطع التقادم: والأصل أن انقطاع التقادم وسريان تقادم جديد على النحو الذي يبيأ فيما تقدم لا يتعدى أثره الدائن الذي قطع التقادم (١) (١). فإذا كان الدين لعدة من الورثة، وتجزأ عليهم، وقطع أحدهم التقادم ضد المدين، لم ينقطع التقادم لمصلحة الورثة الآخرين، بل يقتصر أثر القطع على الوارث الذي 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 التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فإن التقادم لا ينقطع

= سنة لصدور إقرار بها من المدين، فلم تكن في حاجة إلى إشارة خاصة. ولما عدلت مدة التقادم فيها فارتفعت إلى خمس سنوات، لم يلاحظ إدخال ما يقتضيه هذا التعديل 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 يتعدى من رفعها ومن رفعت عليه. وإذا أحال الدائن أجنبياً يدينه، فرغ هذا الأجنبي الدعوى بالدين أمام المحكمة المختلطة، فقضت بعدم اختصاصها على أساس أن التحويل صوري، فاستأنف الحكم، ثم تنازل عن الاستئناف وطلب شطب الدعوى، فحكمت بالشطب، ثم رفع الدائن الأصلي الدعوى بدينه أمام المحكمة الأهلية، فدفعت المدين بسقوط الحق في المطالبة بمضى المدة، فإن رفع الدعوى أمام المحكمة المختلطة لا يمكن أن يتعدى أثره رافعها الأجنبي، فيقطع التقادم بالنسبة إلى غيره (نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥). (٧)

(٢) كذلك إذا تقادم الدين الذي لأحد الورثة، لم يستتبع ذلك أن يتقادم الدين الذي للوارث الآخر. نصت المادة ٤٣٦ من التقنين المدني العراقي على هذا الحكم صراحة إذ تقول: «إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم، من غير عذر، المدة المقررة، وكان لباقي الورثة عذر شرعي، تسمح دعوى هؤلاء بقدر حصتهم من الدين». ويخلص من ذلك أيضاً أن وقف سريان التقادم بالنسبة إلى حصص بعض الورثة لا يقفه بالنسبة إلى حصص الآخرين.

(٣) وترتب 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 (بودري وتيسيه 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 معه (نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٧ ص ٢٣٩). وانظر عكس ذلك المادة ٢٢٥٠ من التقنين المدني الفرنسي، وينتقد الفقه الفرنسي ما ورد في هذا النص (بودري وتيسيه فقرة ٥٦٥).

(١) أنه وإن كان الدين - على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني في خصوص المادة ٣٨٦ منه - لا ينقضى قبل التمسك بالتقادم بمجرد انقضاء المدة المسقطه وانما يظل ديناً أو التزاماً مدنياً إلى أن يدفع بتقادمه مما مؤده اعتبار هذا الدين رغم اكتمال مدة تقادمه مستحق الأداء ما دام أن المدين لم يتمسك بالتقادم ويجعل الوفاء به من جانب هذا المدين وفاء بدين مدني مستحق الأداء مما يخرج من نطاق =

بالنسبة إلى باقي المدينين المتضامنين، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٩٢ مدني صراحة على هذا الحكم، فقالت: «وإذا انقضت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين» (١).

ولكن يستثنى من ذلك حالة ما إذا كان أحد الدائنين المتضامنين، قد قطع التقادم ضد المدين، فإن هذا يفيد باقي الدائنين المتضامنين، وينقطع التقادم لمصلحتهم هم أيضاً ضد المدين (٢) (١).

٦٤٠ - متى يتناول أثر الانقطاع غير الحق الذي قطع فيه التقادم: والأصل أيضاً أن

= تطبيق المادة ١٨١ مدني بشأن قاعدة دفع غير المستحق فيحول بينه وبين استرداده على خلاف ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه، إلا أن مناط الاعتداد بهذا الوفاء وعدم أحقية المدين الوفاء به في طلب استرداده أن يكون الوفاء صادراً من المدين عن رضا واختيار ولا إكراه عليه فيه وإلا جاز له المطالبة برده ويعتبر الوفاء نتيجة إكراه - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - إذا حصل تحت تأثير الحجز الذي وقع على أموال المدين الوفاء.

(جلسة ١٩٧٨/١١/١٨ الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ٢٤٧ ق)

(١) أما إذا قطع الدائن التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام، فإن طبيعة عدم تجزئة المحل تقتضي حتماً أن ينقطع التقادم بالنسبة إلى باقي المدينين (انظر آنفاً فقرة ٣١٨).

(٢) انظر المادة ٢/٢٨٢ مدني عن طريق الاستنتاج العكسي، وانظر 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 لضامن في الدعوى يقطع التقادم، لا لمصلحة المدعى عليه فحسب، بل أيضاً لمصلحة المدعى في رجوعه بالضمان على الضامن (لوران ٣٢ فقرة ١٥٦ - جيلوار فقرة ٢٧٤ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢٢٥ - بودري وتيسيه فقرة ٥٦٩).

وقد قضى قانون ١٦ يوليه سنة ١٩٣٤ في فرنسا بأنه إذا أصدرت هيئة عامة أو خاصة سندات بقروض، وقطع أحد حاملي هذه السندات تقادم القوائد، انقطع التقادم أيضاً لمصلحة الباقي من حاملي السندات.

(١) مطالبة المضرور للمتزوج بالتعويض مطالبة قضائية وإن كانت تقطع التقادم بالنسبة للمتزوج إلا أنها لا تقطعه بالنسبة للتابع وذلك أخذاً بما نصت عليه المادة ٢٩٢ من القانون المدني من أنه إذا انقضت مدة التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين، وإذا كان قطع التقادم بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لا يترتب عليه أثر بالنسبة لباقي المدينين فمن باب أولى لا يكون لقطع التقادم بالنسبة للكفيل ولو كان متضامناً مع المدين الأصلي أثر بالنسبة إلى هذا الدين.

(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ ص ١٩٩)

(جلسة ٢٠٠١/٦/١٧ الطعن رقم ٥٩٢١ لسنة ٦٢ ق)

انقطاع التقادم لا يتناول إلا الحق الذى قطع فيه التقادم، فلا يتناول أثر الانقطاع غيره من الحقوق (١). فإذا كان للدائن دينان فى ذمة المدين، وقطع التقادم بالنسبة إلى أحد الدينين، فإن التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى الدين الآخر (٢)(٣). وفى الاشتراط لمصلحة الغير، إذا قطع المنتفع التقادم بالنسبة إلى حقه فى ذمة المتعهد، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى حق المشترط فى ذمة المتعهد (٣)(٢). وفى العلاقة ما بين الوصى والصغير عندما يبلغ سن الرشد، إذا

(١) والتابع يلحق الأصل فى 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 (بودرى وتيسيه بقرة ٥٧٨).

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعه للتقادم إلا فى خصوص هذا الحق أو ما يلحق به من توابعه، مما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه، فإن تغير الحقان أو تغير مصدرهما، فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر (نقض مدنى 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 وبالتمسك، لأن الفوائد فرع من الدين، والفرع يتبع الأصل حكماً. فإذا سقط الحق فى المطالبة بالدين، لا يسقط منطقياً المطالبة بفوائده. كما أنه إذا ظل قائماً، يستحق عليه الفوائد القانونية، إلا إذا سقط الحق فى المطالبة بها استقلالاً بعد مضي خمس سنوات (٢ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية رقم ١٢٧ ص ٢٥٧).

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١١.

(٣) بودرى وتيسيه بقرة ٥٧٣ ص ٤٢٥.

(١) لا تمد صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعه إلا فى خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه، فإن تغير الحقان فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة للحق الآخر.

(جلسة ١٩٧٦/٥/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ١١٨٨)

(جلسة ١٩٦٢/٤/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٥٠٦)

(جلسة ١٩٧٨/٤/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٠٦٨)

(جلسة ١٩٧٩/٦/١٦ الطعن رقم ٢٤٢ لسنة ٢٤٠ ق)

(٢) إذا كان الأصل فى الاجراء القاطع للتقادم أن يكون متعلقاً بالحق المراد اقتضاؤه ومتحدداً بين نفس الخصوم بحيث إذا تغير الحقان أو اختلف الخصوم لا يترتب عليه هذا الأثر فإن دعوى التقادم لا تقطع التقادم فى دعوى الأعضاء.

(جلسة ١٩٦٦/١/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ١٠٢)

(جلسة ٢٠٠١/٦/١٧ الطعن رقم ٥٩٢١ لسنة ٦٢ ق)

طعن الثانى بالبطلان فى المخالصة التى صدرت منه للوصى فقطع التقادم بالنسبة إلى هذه المخالصة، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى الدعوى بتقديم حساب عن مدة الوصاية (١).

ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان حق واحد ينشئ دعويين مختلفين ضد مدين واحد، فان قطع التقادم فى إحدى الدعويين يقطع التقادم فى الدعوى الأخرى (٢). مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٤٣٨ مدنى من أنه «إذا انقضت 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 (٣). كذلك إذا رفعت دعوى بصحة عقد زمنى ينشئ التزامات متعاقبة، فان رفع الدعوى يقطع التقادم بالنسبة إلى الالتزامات التى نشأت قبل رفع الدعوى، وكذلك بالنسبة إلى الالتزامات التى لم تنشأ إلا بعد رفع الدعوى (٤).

الفرع الثانى

كيف يجب إعمال التقادم وما هى الآثار التى تترتب عليه

المبحث الأول

كيف يجب إعمال التقادم

٦٤١- وجوب التمسك بالتقادم وجواز النزول عنه بعد اكتماله: إذا اكتملت مدة التقادم، بعد مراعاة أسباب الوقف والانقطاع على النحو الذى تقدم ذكره، فان الالتزام مع

(١) نقض فرنسى أول مايو سنة ١٨٥٠ دالوز ٥٠-١-١٥١- لوران ٣٢ بقرة ٨٨- أوبرى ورو ٢ بقرة ٢١٥ - بودرى وتيسيه بقرة ٥٧٤.

(٢) بودرى وتيسيه بقرة ٥٧٤.

(٣) انظر كذلك فى أن وحدة السبب مع تعدد دعاوى تجعل للحكم بالرفض فى إحدى هذه الدعاوى حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى باقى الدعاوى: الوسيط جزء ٢ بقرة ٣٧٨.

(٤) نقض فرنسى ٢٩ يونيو سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٨ - ٤٦٩ - بلانيول ورينير وردوان ٧ بقرة ١٣٧٢ ص ٣٨٨ - ص ٧٨٩ هامش رقم ١.

ذلك لا يسقط بالتقادم من تلقاء نفسه، بل لابد 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.

المطلب الأول

وجوب التمسك بالتقادم

(الدفع بالتقادم)

٦٤٢- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٨٧ من التقنين المدني على ما يأتي:

١- لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائئيه 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 التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا أن الفقرة الثانية في المشروع التمهيدي كانت تنهى بالعبارة الآتية «إلا إذا تبين من الظروف أن الشخص الذي يتمسك بالتقادم أراد بذلك أن يتنازل عنه». وفي لجنة المراجعة عدلت هذه العبارة الأخيرة على الوجه الآتي: «إلا إذا تبين من الظروف أن الشخص الذي يتمسك بالتقادم أراد بعدم تمسكه به من قبل أن يتنازل عنه»، وأصبحت المادة رقمها ٤٠٠ في المشروع النهائي. 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 ٣٤٢-٣٤٣).

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٦٨/٢٠٤: مضى المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التعهد واختيار براءة التعهد منه إذا تمسك بذلك.

ويقابل في التقنينات 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).

ويخلص من هذا النص ما يأتي: (١) لا تقضى المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها، بل لابد من التمسك به. (٢) ويتمسك بالتقادم المدين وكل ذى مصلحة. (٣) ويجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى.

١ - لا تقضى المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها بل لابد من التمسك به

٦٤٣- لابد من التمسك بالتقادم: التقادم يسقط الدين بحكم القانون كالمقاصة، فليس للقاضي سلطة تقديرية في أن يحكم بسقوط الدين بالتقادم أو لا يحكم. ولكنه، كما في المقاصة أيضاً، لا يستطيع أن يحكم من تلقاء نفسه بسقوط الدين بالتقادم، بل يجب

م ٢٧٠/٢٠٦: إذا كان لمدين واحد عدة دائئين، وانقضت المدة المقررة لتخلصه من دين أحدهم، فلياقى الدائئين أن يتمسكوا بمضى تلك المدة، ولو لم يتمسك بها المدين المذكور تدليساً منه وإضراراً بحقوقهم.

(والأحكام متفقة في التقنينين السابق والجديد).

(١) التقنينات 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 ٤٢٢: ١- لا يجوز للمحكمة أن تمتنع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب دائئيه 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 التقنينين العراقي والمصري: انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٩٨).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٤٥: لا يجرى حكم مرور الزمن حتماً، بل يجب أن يدللى 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 مديون متضامن ولكفيل الإداء بمرور الزمن تجاه الدائن، كما يحق لدائن آخر للمديون أن يدللى به على الطريقة غير المباشرة. (والأحكام متفقة في التقنينين اللبناني والمصري).

على ذى المصلحة أن يتمسك بذلك^(١) (١). فإذا ما تمسك ذو المصلحة^(٢)، وجب على القاضى أن يحكم بتقادم الدين^(٣).

وليس المقصود من التمسك بالتقادم أن يعلن ذو المصلحة إرادته فى أن يجرى التقادم

(١) استئناف مخطوط ١٢ يورنيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٣.

(٢) وليس للتمسك بالتقادم شكل خاص، فأية عبارة تدل بوضوح على أن المدعى يتمسك بالتقادم تكفى. وإذا تمسك المدعى بالتقادم أمام محكمة أول درجة فقطت له بذلك، فيحسبه 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 يكفى فى محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف، بل لا بد له من التمسك بالتقادم من جديد (انظر فى كل ذلك بودرى وتيسيه فقرة ٤٢ - فقرة ٤٣ وفقرة ٤٥).

ولا يكفى أن يتمسك المدعى بالتقادم فى مرافعته الشفوية دون أن يضمن ذلك طلباته الختامية، ولا يعتبر ما كان عاماً من طلباته الختامية - كالتقدم إلى المحكمة فى أن تأخذ بما ترى الأخذ به من الدفوع - متمسكاً بالتقادم (بودرى وتيسيه فقرة ٤٤).

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢.

(١) أ - المقرر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن المادة ١/٣٨٧ من القانون المدنى إذ نصت على أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدعى أو طلب دائئيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدعى، فقد أفادت بذلك أن إبداء الدفع بالتقادم المسقط قاصر على من له مصلحة فيه ولا ينتج هذا الدفع أثره إلا فى حق من تمسك به وأنه وإن جاز للمدعى المتضامن طبقاً للمادة ٢٩٢ من القانون المدنى أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدعى متضامن آخر بقدر حصة هذا المدعى، إلا أنه إذا أبدى أحد المدعنين المتضامين هذا الدفع فإن أثره لا يتعدا إلى غيره من المدعنين المتضامين الذين لم يتمسكوا به.

(الظعن رقم ٥٩٢١ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠١/٦/١٧)

ب - إذ كان المطعون ضدهم قد أقاموا الدعوى بطلب فسخ عقد الإيجار المؤرخ ١٩٦١/١/١١ والإخلاء استناداً إلى تنازل الطاعن الثانى عن هذا العقد إلى الطاعن الأول بتاريخ ١٩٦٥/٣/٢٤، وكان الطاعنون قد تمسكوا بالتقادم، ودلوا على ذلك بالشهادة الصادرة من مصلحة الشهر العقارى والتوثيق بتاريخ ١٩٦٥/٣/١٤ والمؤيدة له، وكان المطعون ضدهم قد رفعا الدعوى بتاريخ ١٩٩٦/١٢/٩ بعد مضى أكثر من خمس عشرة سنة على ذلك التنازل، فأطرح الحكم دفاعهم وأقام قضاءه على مجرد القول «أما عن الدفع بالتقادم فإن الحق المدعى به لا يكتب ولا يسقط بمضى المدة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(الظعن رقم ٥٩٧ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٧)

ج - من المقرر أن الدفع بالتقادم هو وسيلة دفاع يلجأ إليها الخصم للوصول إلى انقضاء الالتزام وذلك بخلاف وسائل الدفاع الشكلية التى لا تواجه موضوع الحق المدعى به بل تستهدف الظعن فى صحة الخصومة والاجراءات المكونة لها، فالدفع بالتقادم يكون بهذه المثابة دفعا موضوعيا يجوز إبدائه فى أية حال تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة فى الاستئناف.

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٢ الظعن رقم ٢٩ لسنة ٤٦ ق)

كما يعلن ذو المصلحة إرادته فى أن يجرى المقاصة فى القوانين الجرمانية، بل إن التقادم يقع من غير هذا الإعلان كما تقع المقاصة فى القوانين اللاتينية والقانون المصرى. وإنما أريد من وجوب التمسك بالتقادم أن يكون التقادم دفعا (exception) يدفع به المدعى دعوى الدائن، وهو كالدفع بحجية الأمر المقضى^(١) لا يعتبر من النظام العام، فلا يستطيع القاضى أن يأخذ به من تلقاء نفسه بل يجب أن يتمسك به المدعى^(٢). وبعد صدور قانون الاثبات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ أصبح الدفع بحجية الأمر المقضى من النظام العام وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها.

ويخلص من ذلك أمران: (أولاً) أن التمسك بالتقادم ليس تصرفاً قانونياً (acte juridique) قائماً على إرادة المدعى المنفردة (volonté unilatérale du débiteur) كما هو الأمر فى التمسك بالمقاصة فى القوانين الجرمانية، بل هو دفع يدفع به المدعى مطالبية الدائن كما هو الأمر فى التمسك بالمقاصة فى القوانين اللاتينية والقانون المصرى. (ثانياً) وهذا الدفع لا يثيره القاضى من تلقاء نفسه، بل لا بد 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^(٣) (١).

= (جلسة ١٩٧٤/٢/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ٤٢٨)

(جلسة ١٩٦٧/١١/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٥٨ ص ١٧٤٠)

د - التقادم لا يتعلق بالنظام العام ويجب التمسك به أمام محكمة الموضوع، وإذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعنين لم يتمسكوا أمام محكمة الموضوع بتقادم دعوى البطلان، فإنه لا يقبل منهم التمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض.

(الظعن ٩٣ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ ص ٢٨ ص ١٨١٠)

(جلسة ١٩٧٦/١١/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ١٥٨٣)

(جلسة ١٩٧٦/٣/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٨٣٨)

(جلسة ١٩٧٠/٤/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٥٨٧)

(جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٧٠٤)

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٣٤٥.

(٢) ويجب أن يقع التمسك بالتقادم أمام القضاء، فلا يكفى التمسك به أثناء محاولات الصلح. فالمدعى عليه الذى تمسك بالتقادم الخمسى خلال محاولات التوفيق، ثم تغيب أمام محكمة أول درجة، لا يستطيع أن يحتج بأن المحكمة كان واجباً عليها القضاء بالتقادم (الأستاذ عبد المنعم البدرولى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٧١).

(٣) وهناك تمييز قديم، فى أسباب انقضاء الالتزام، بين أسباب حتمية (ipso jure) وأسباب تتوقف على الدفع بها (ope exceptionis). فالتقادم والمقاصة سببان لانقضاء الالتزام، لا ينتجان أثرهما إلا عن طريق الدفع بهما. انظر الأستاذ عبد المنعم البدرولى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٥٨.

(١) أ - مفاد نص المادة ٣٨٣ من القانون المدنى أن حسب محكمة الموضوع وعلى ما جرى به قضاء =

٦٤٤ - الأسباب التي تدعو إلى وجوب التمسك بالتقادم: وقد أوجب القانون على ذي المصلحة أن يتمسك بالتقادم للأسباب الآتية:

(١) ليس سقوط الدين بالتقادم من النظام العام كما قدمنا، فهو وإن كان مبنياً على اعتبارات تمت للمصلحة العامة لضمان الأوضاع المستقرة، إلا أنه يتصل مباشرة بمصلحة المدين الخاصة (١). 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. فإن كان المدين مطمئناً إلى أن ذمته غير مشغولة بالدين، دفع بالتقادم ليوفر على نفسه مشقة إثبات براءة ذمته بعد هذه المدة الطويلة. أما إذا كان يعلم أن ذمته مشغولة بالدين، وتخرج من التذرع بالتقادم، فقد فتح له القانون الباب للنزول عنه عن طريق عدم التمسك به (٢).

(٣) يضاف إلى ما تقدم أن التقادم من شأنه أن يثير وقائع كثيرة لا ييسر للقاضي أن يستخلصها من تلقاء نفسه من واقع الأوراق والمستندات، فلا بد من أن يثيره الخصوم ويكون محلاً لمناقشاتهم حتى يتمحص وجه الحق فيه (٣).

= هذه المحكمة - أن يدفع أمامها بالتقادم حتى يتعين عليها أن تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترضها من إنقطاع إذ أن حصول الانقطاع يحول دون إكتمال مدة التقادم، مما يقتضى الثبوت من عدم قيام أحد أسباب الانقطاع ومن ثم يكون للمحكمة - ولو من تلقاء نفسها - أن تقر بإنقطاع التقادم إذا طالعتها أوراق الدعوى بقيام سببه والمقرر أن تقديم عريضة أمر الأداء، يعتبر قاطعاً للتقادم.

ب- مفاد نص المادة ٢٨٧ - ١ من القانون المدني أن إبداء الدفع بالتقادم المسقط مقصور على من له مصلحة فيه، ولا ينتج هذا الدفع أثره إلا في حق من تمسك به. وأنه وإن جاز للمدين المتضامن طبقاً للمادة ٢٩٢ من القانون المدني أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين. إلا أنه إذا أبدى أحد المدينين المتضامنين هذا الدفع، فإن أثره لا يعمدها إلى غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به.

(الظعن ٩٧٧ لسنة ٥٠ جلسة ٨١/١٢/٢٨ ص ٣٢ من ٢٤٥٢)

(جلسة ١٩٦٨/٤/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٦٨٩)

(جلسة ١٩٦٤/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ١٢٤٨)

(جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٧٠٦)

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٤١ ص ٤٢ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٠.

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٤١ ص ٤٢ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٠.

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٤١ ص ٤٢.

(٤) ثم إن التقادم لو أسقط الدين دون أن يتمسك به المدين، ثم رأى المدين أن ضميره يدعوهم 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) فمن ذلك ما قرره المادة ١٦ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ الصادر في ٣ أغسطس سنة ١٩٤٤ من أنه، عند تقرير ضريبة الشركات، تعتبر الديون التي على الشركة 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 الشركة، عدم استئصال هذه الديون التي تقادمت من موجودات، لأنها ديون اعتبرت منقضية بالتقادم، وتحسب الضريبة كما لو كانت هذه الديون غير موجودة. ويدلل الفقه بهذا المثل على أن ديون الشركة قد سقطت بالتقادم، دون حاجة إلى التمسك بهذا الدفع (٢). ولكن يلاحظ أن الورثة، بالرغم من عدم استئصال الديون المتقدمة من موجودات الشركة، 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 الشركة 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 للقواعد العامة، فإذا نزل الورثة عن التمسك بالتقادم وجب الوفاء بهذه الديون. ومن ثم نرى أن التقادم في هذه الحالة، إذا وقع دون تمسك به، فأنما 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 (٣).

(١) بودرى وتيسيه 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 وتيسيه فقرة ٤١ ص ٤٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨١.

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدر أوى في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٦٨.

(٢) ومن ذلك أيضاً ما قضت به المادة ١٧٧ من القانون ١٥٧ لسنة ٨١ بشأ الضرائب على الدخل «تؤول إلى الحكومة نهائياً جميع المبالغ والقيم التي يلحقها التقادم قانوناً ويسقط حق أصحابها في المطالبة بها وتكون مما يدخل ضمن الأنواع المبينة بـ (١) الأرباح والفوائد الناتجة عن الأسهم والسندات القابلة للتداول مما تكون أصدرته أية شركة أو هيئة أو جهة عامة أو خاصة. (٢) الأسهم وحصر التأسيس والسندات وكل القيم المنقولة الأخرى الخاصة بالشركات أو الهيئات أو الجهات المذكورة. (٣) ودائع الأوراق المالية وبصفة عامة كل ما يكون مطلوباً من تلك الأوراق لدى البنوك وغيرها من المنشآت التي تتلقى مثل هذه الأوراق على سبيل الوديعة أو لأى سبب آخر. وهذا الحكم مبنى 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 الخير في أن تؤول لخزانة الدولة، تصرفها فيما يعود بالنفع على المصلحة العامة (١). وليس في هذا الحكم خروج على القاعدة العامة التي تقضى بوجود 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، لا اعتبارات 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 ممثلوهم القانونيون بالتقادم، جاز للنيابة العامة - وهي طرف منضم في الخصومة - أن تتمسك هي بالتقادم (٢). فإن طائفة كبيرة من الفقهاء في فرنسا لا يجيزون للنيابة العامة، وهي مجرد طرف منضم، أن تتمسك بالتقادم (٣). أما في مصر فإن تقنين المرافعات الجديد (م ٨٩) 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 سبعة أيام على الأقل، لتقديم مذكرة باقوالها (م ٩٣ مرافعات). والظاهر أن النيابة لا تتدخل كخصم منضم إلا لإبداء رأيها، فهي ليست بخصم أصيل تبدي طلبات مستقلة أو تضيف إلى الطلبات

(١) وسرى فيما يلي أن هذا التشريع متقد (انظر فقرة ٦٧١ فيما يلي).

(٢) انظر في هذا المعنى ديرانتون ٢١ فقرة ١٣٥ - كوليو دي سانتير ٨ فقرة ٣٣٠ مكررة - بلانويل وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٠٩٨.

(٣) من هؤلاء الفقهاء هيك ١٤ فقرة ٣٣٠ - وجيللوار ١ فقرة ٣٠٢ - وبودرى وتيسيه فقرة ٤٦ - وقارن بلانويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨١.

الأصلية. ومهما يكن من أمر، فإن التقادم، حتى في هذه الحالة، لا يبد من التمسك به، إما من الممثلين القانونيين للقصر والمحجورين، وإما من النيابة العامة إذ كان هذا الأمر يدخل في اختصاصها. فإذا 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 (١).

٦٤٦ - التمسك بتقادم الدعوى المدنية إذا ارتبطت بالدعوى الجنائية: وقد ترتبط دعوى التعويض المدنية عن عمل غير مشروع بالدعوى الجنائية عن نفس العمل إذا كان جريمة في قانون العقوبات. فإذا فرضنا أن الدعوى المدنية نظرت أمام المحكمة الجنائية مع الدعوى الجنائية، وكانت مدة التقادم قد مضت على الدعويين (٢)، فمن المسلم أن للقاضي الجنائي أن يحكم من تلقاء نفسه بتقادم الدعوى الجنائية، دون حاجة إلى أن يتمسك المتهم بالتقادم (١). ويذهب الفقه في فرنسا إلى أن القاضي الجنائي في هذه الحالة يحكم أيضاً من تلقاء نفسه بتقادم الدعوى المدنية، دون حاجة إلى أن يتمسك المدعى بالتقادم، وذلك أسوة مما يفعله في الدعوى الجنائية (٣). فإذا سلمنا في مصر بهذا الرأي (٤)، كان هذا الحكم استثناء حقيقياً من القاعدة التي تقضى بوجود التمسك بالتقادم. ذلك أن القاضي هنا يحكم بتقادم الدعوى المدنية، كما حكم بتقادم الدعوى الجنائية، دون حاجة إلى أن يتمسك المدعى أو المتهم بالتقادم (٥).

(١) انظر في هذه المسألة الأستاذ عبد المنعم البدرولى في أثر مضي المدعى في الالتزام فقرة ٦٥ - فقرة ٦٦.

(٢) التقادم في المسائل الجنائية من النظام العام ذلك أنه يقوم على افتراض نسيان الجرم وأنه ليس من المصلحة الآتية ذكريات جريمة طواها النسيان، فإذا انقضت مدته دون تنفيذ العقوبة المحكوم بها سقطت ولا يجوز قانوناً بعد ذلك تنفيذها، ويتعين على المحكمة أن تقضى بذلك من تلقاء نفسها ولو لم يطلبه المحكوم عليه ولا يغير من ذلك أن يكون قد تنازل عن التمسك بالتقادم أو قبل تنفيذ عقوبة التزامه بعد سقوطها ما دام السقوط في هذه الحالة يعتبر من النظام العام، وهو في هذا الخصوص يختلف عن التقادم في المسائل المدنية، الذي لا يبد من التمسك به من المدعى حتى ينتج أثره.

(جلسة ١٩٥٥/٣/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ٨٦١)

(٣) وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٧٢ مدني تنص على ما يأتي: «على 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».

(٤) بلانويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٣ ص ٨٠٠ - ص ٨٠١.

(٥) انظر الأستاذ عبد المنعم البدرولى في أثر مضي المدعى في الالتزام فقرة ٧٤ ص ٩٢.

(٦) أما إذا رفعت الدعوى المدنية إلى المحاكم المدنية، فانفصلت بذلك عن الدعوى الجنائية، فمن الفقهاء في فرنسا من يقول بوجود الرجوع إلى القاعدة الأصلية، فلا يجوز للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بتقادم الدعوى المدنية، بل لا يبد من أن يتمسك المدعى بالتقادم (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٧٥ وهامش رقم ١١ - بلانويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٣). ومنهم من يذهب إلى عكس ذلك، فيجيز للقاضي أن يحكم بتقادم الدعوى المدنية من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى أن يتمسك المدعى بالتقادم (جيللوار ١ فقرة ٣٠٥ وقرة ٣١٣ - بودرى وتيسيه ٣ فقرة ٦٣٢). ونحيل إلى الأخذ =

٦٤٧- لا يفنى التمسك بنوع من التقادم عن التمسك بنوع آخر، وفيما عداها الاستثناء الذي أسلفنا ذكره، يجب القول إنه لا بد دائماً من التمسك بالتقادم، فلا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه. بل إن المدعي عندما يتمسك بنوع من التقادم، كما إذا تمسك بالتقادم الحولي وتبين أن التقادم المنطبق على الدين هو التقادم الخمسي، لا يفنيه تمسكه بالتقادم الخاطيء عن التمسك بالتقادم الصحيح. فلا بد إذن من أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم الصحيح، فإن كان أمام محكمة الاستئناف وأقبل باب المرافعة، فإنه يكون قد فوت على نفسه فرصة التمسك بالتقادم^(١).

٢- يتمسك بالتقادم المدعي وكل ذي مصلحة

٦٤٨- تمسك المدعي بالتقادم: الأصل أن المدعي هو الذي يتمسك بالتقادم، فهو الذي يريد أن يبرئ ذمته من الدين عند مطالبة الدائن به. ثم إن المدعي هو الذي يعلم إن كانت ذمته قد برئت من الدين، فيقدم وهو مطمئن الضمير على الدفع بالتقادم دون حاجة إلى تحمل العبء في إثبات براءة الذمة^(١)، أو أن الدين باق في ذمته فقد لا يطاوعه

= بالرأى الأول، فهو الذي يتفق مع النص الصريح من وجوب التمسك ولا شبهة في وجوب إعمال هذا النص أمام القضاء المدني. أما ما يخشاه المشرع من محذور، عند قيام الدعوى الجنائية والمدنية عن عمل واحد، من أن تسقط الدعوى المدنية مع قيام الدعوى الجنائية (انظر الفقرة الثانية من المادة ١٧٢ مدني)، فإن هذا الاحتمال لا يمكن أن يتحقق. ذلك أن المدعي في الدعوى المدنية إما أن يتمسك بالتقادم أمام القضاء المدني، فيحكم القاضي بسقوط الدعوى المدنية فتسقط هي والدعوى الجنائية معاً، لأن القضاء الجنائي يحكم بسقوط الدعوى الجنائية من تلقاء نفسه. وإما أن المدعي لا يتمسك أمام القضاء المدني بالتقادم، فتبقى الدعوى المدنية مع سقوط الدعوى الجنائية، وهذا غير محذور، والمحذور هو بقاء الدعوى الجنائية مع سقوط الدعوى المدنية.

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٢: ولا يسلمون حتى بأن التمسك بتقادم الدين يعد تمسكاً بتقادم الفوائد. وقارن بودري وتيسيه فقرة ٤٣ ص ٤٤- ص ٤٥: ويذهب إلى أن المدعي إذا تمسك بتقادم قصير كالتقادم الحولي، فنفي بذلك ملزومته بدفع دين مضى على استحقاقه سنة واحدة، فهو لاشك يفني - ومن باب أولى - ملزومته بدفع الدين إذا كان قد مضى على استحقاقه مدة أطول. فالتمسك بتقادم قصير يتضمن التمسك بتقادم أطول. ويذهب الأستاذ عبد المنعم البدر، بنفس هذا المنطق، إلى أن التمسك بالتقادم العادي لا يتضمن التمسك بالتقادم القصير، ولكن التمسك بالتقادم القصير يتضمن التمسك بالتقادم العادي (أثر مضى المدة في الالتزام فقرة ٧٣).

(١) إذا كان الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام وينبغي التمسك به أمام محكمة الموضوع، وكان التمسك بنوع من التقادم لا يفنى عن التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لان لكل تقادم شروطه واحكامه وكان الثابت من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق أن الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بسقوط حق المطعون عليهم في المطالبة بالفوائد بالتقادم الخمسي وكان تمسكه بسقوط =

ضميره أن يدفع بالتقادم^(١).

وغنى عن البيان أن خلف المدعي، عاماً أو خاصاً، يستطيع كالمدين أن يتمسك بالتقادم. فوارث المدعي، إذا طوَّبت تركة المدين بالدين، له أن يدفع بالتقادم. ويضمن ضميره إلى هذا الدفع إن كان يعلم أن المورث قد برئت ذمته من الدين دون أن يوجد في أوراقه ما يدل على براءة الذمة، أو في القليل إن كان لا يعلم أن ذمة المورث لا تزال مشغولة بالدين إذ من حقه أن يقدر أن المورث لا بد أن يكون قد وفى الدين في خلال مدة التقادم. وكذلك الحال عليه بالدين له أن يدفع بالتقادم كما كان المحيل يستطيع أن يفعل، وقد تقدم بيان ذلك. والمدة التي انقضت على استحقاق الدين وهو في ذمة السلف تضم إلى المدة التي تنقضى بعد انتقال الدين إلى ذمة الخلف.

٦٤٩- التمسك بالتقادم من كل ذي مصلحة: وإلى جانب المدعي وخلفه، يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالتقادم، كما تنص على ذلك صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني المتقدمة الذكر.

ومن ذوي 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، فللكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بأن دين الأصيل قد سقط بالتقادم، فتكون ذمة الأصيل قد برئت من الدين فتبرأ تبعاً لذلك ذمة الكفيل^(٢). وظاهر أن للكفيل هنا مصلحة في 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 في

= حقهم في أصل الدين بالتقادم وسقوط الفوائد تبعاً لذلك لا يتضمن التمسك بالتقادم الخمسي الذي نصت عليه المادة ٣٧٥ من القانون المدني، فإنه لا يعيب الحكم المطعون فيه أنه لم يطبق أحكام التقادم الخمسي ويكون النعي عليه بالخطأ في الاستناد غير سديد.

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٢ الطعن ٣٤٥ لسنة ٤٦ ق)

(جلسة ١٩٧٨/٣/١٨ الطعن ٧٥٨ لسنة ٤٣ ق)

(جلسة ١٩٧١/٥/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٥٩٤)

(١) ويتمسك المدعي بالتقادم لا في مواجهة الدائن فحسب، بل أيضاً في مواجهة أى شخص آخر تكون للمدين مصلحة في مواجهته بالتقادم. فيجوز له أن يتمسك بالتقادم في مواجهة شخص وفى عنه الدين دون علمه قبل اكتمال المدة بوقت قصير، ويريد الرجوع عليه بعد اكتمالها (بودري وتيسيه فقرة ١٠٥).

(٢) انظر أيضاً فقرة ٦٣٩ في الهامش.

ذلك. فان كان المدين يعلم أن ذمته لم تبرأ من الدين، فما عليه إلا أن يوفيه، فتبرأ ذمته وذمة الكفيل جميعاً.

(٢) المدين المتضامن: وله أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين (١). فإذا فرض أن الدين ثلاثمائة في ذمة مدينين متضامنين 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 هذين يطالبه بكل الدين، كان لهذا المدين أن يدفع بتقادم دين الثالث بقدر حصته وهي مائة، ولا يدفع للدائن إلا مائتين (م ٢٩٢ مدني). وظاهر أن له مصلحة في أن يدفع بتقادم دين المدين الثالث، إذ أن ذلك يبرئ ذمته نحو الدائن بقدر حصة هذا المدين. فان كان هذا المدين يعلم أن الدين لا يزال في ذمته، ويأبى ضميره أن يستسيغ الدفع بالتقادم من جانب المدين الذي رفعت عليه الدعوى، فما عليه إلا أن يوفي الدائن المائة الباقية له من الدين.

(٣) الحائز للعقار المرهون: وله أن يدفع بتقادم الدين المضمون بالرهن. فلو فرض أن المدين رهن عقاراً ضمناً للوفاء بدينه، ثم باع هذا العقار، ومضت على الدين مدة التقادم، ومع ذلك رجعت الدائن على حائز العقار يطالبه بالدين، فللحائز أن يدفع الدين بالتقادم. وله مصلحة في ذلك، إذ أن هذا يخلصه من مطالبة الدائن. فان كان المدين يعلم أن المدين لا يزال في ذمته، وتخرج من أن الحائز دفعه بالتقادم، فما عليه إلا أن يوفيه للدائن، فهو المدين الأصلي الذي يجب عليه الوفاء (١).

٦٥٠ - التمسك بالتقادم من دائن المدين: وقد يقع أن يكون للمدين دائنان، ويتقادم دين أحدهما، فيكون للدائن الآخر الحق في التمسك بهذا التقادم، ولو لم يتمسك به المدين. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني، كما رأينا، على هذا الحكم صراحة إذ قالت: «... بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه...» والدائن الذي يتمسك بالتقادم إنما يتمسك به هنا نيابة عن المدين بطريق الدعوى غير المباشرة وفقاً للمادة ٢٣٥ مدني. ومصلحته في ذلك ظاهرة، فانه يستبعد عن طريق الدفع بالتقادم ديناً قد يكون متقدماً على دينه بسبب رهن أو امتياز أو غير ذلك، أو

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ - الأستاذ عبد المنعم البدراوي في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٩٩.

(٢) أنه وإن جاز للمدين المتضامن طبقاً للمادة ٢٩٢ من القانون المدني أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا الدين إلا أنه إذا أبدى أحد المدينين المتضامنين هذا الدفع فإن اثره لا يتعداه إلى غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به.

(جلسة ١٩٨١/١٢/٢٨ الطعن ٩٧٧ لسنة ٥٠٠ ق السنة ٣٢ ص ٢٤٥٢)

في القليل يستبعد ديناً يزاحم دينه. ويجب في هذه الحالة أن يكون تقدم الدين المتقادم أو مزاحمته من شأنه أن يضر بالدائن الذي يتمسك بالتقادم. فإذا كان مال المدين ألفاً، وكان الدين المتقادم ثلاثمائة، ودین الدائن الذي يتمسك بالتقادم تسعمائة، فلو قدرنا أن الدين المتقادم يتقدم على الدين الآخر، وكانت مصلحة الدائن الآخر في التمسك بالتقادم هي أن يستبعد هذا الدين، فهو إذا لم يستبعد لم يخلص للدائن الآخر من الدين الذي له إلا سبعمائة. ولو قدرنا أن الدين المتقادم 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 يمليه عليه ضميره.

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 مزاحمة هذا الدين. ومهما يكن من أمر، فالنص صريح في جواز أن يستعمل الدائن حق مدينة في التمسك بالتقادم (١) (١).

هذا وسنرى أنه كما ثبت للدائن أن يستعمل حق مدينة 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 البوليصية وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدني. فللدائن إذن أن يستعمل حق مدينة في التمسك بالتقادم وفقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة إذا سكت عن التمسك بالتقادم. وله كذلك، إذا نزل المدين عن التقادم، أن يطعن في هذا النزول بالدعوى البوليصية، حتى إذا نجح في طعنه عمد بعد ذلك إلى التمسك بالتقادم نيابة عن المدين. فهو إذا طعن بالدعوى البوليصية، لم يكن له بد، بعد أن ينجح في طعنه، من الانتقال إلى الدعوى غير المباشرة.

(١) وقد يعترض أيضاً بأن التمسك بالتقادم رخصة وليست حقاً، والرخص لا يستعملها الدائن باسم المدين. ولكن النص هنا صريح جواز أن يستعمل الدائن رخصة مدينة في التمسك بالتقادم (انظر ما قدمناه في هذه المسألة في الدعوى غير المباشرة: الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٤٢).

(٢) مفاد المادة ٣٨٧ من القانون المدني أن للدائنين استعمال حق مدينهم في التمسك بالتقادم ليصلوا بذلك إلى إبعاد الدائن الذي تقادم حقه عن مشاركتهم في قسمة أموال المدين ويشترط لاستعمال الدائن حقوق مدينة وفقاً للمادة ٢٣٥ مدني أن يكون دينه في ذمة المدين محقق الوجود على الأقل، فان كان ذلك الدين محل نزاع فانه لا يعد محقق الوجود إلا إذا فصل القضاء بشيئته.

(الطعن رقم ٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣١ ص ١٥ ص ١٢٤٨)

٣- يجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى

٦٥١- التمسك بالتقادم أمام المحكمة الابتدائية: ولما كان التمسك بالتقادم دعواً موضوعياً، فإن للمدين أو لذي المصلحة أن يتمسك به قبل أية حالة كانت عليها الدعوى^(١) (١). فله أن يتمسك به منذ البداية، وقبل الدخول في أي دفع شكلي أو موضوعي. وله أن يؤخره إلى أن يستنفذ جميع دفعوه الأخرى الشكلية والموضوعية، فإذا 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 ضمناً، 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 دعواً بالتقادم يؤخره إلى ما بعد أن ينتهي من أوجه الدفاع التي يبدىها^(٣). (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 مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٩.

(٢) استئناف مختلط 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 البدرأوى في أثر مضى المدة في الالتزام فقرة ٧٧).

(٣) وقد كان المشروع التمهيدي، ومن بعده المشروع النهائي، يتضمن نصاً في هذا المعنى، وكان يجري على النحو الآتي: «إلا إذا تبين من الظروف أن الشخص الذي 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 ٢٤٣، وانظر تاريخ نص المادة ٣٨٧ مدني آنفاً فقرة ٦٤٢ في الهامش).

(٤) بودري وتيسبيه فقرة ٤٨ - فقرة ٤٩ - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ - كذلك لا يجوز التمسك بالتقادم بعد أن صدر حكم موضوعي يلزم المدين بالدين، ولم يبق أمام المحكمة إلا الفصل في مقدار هذا الدين (بودري وتيسبيه فقرة ٤٩).

(١) أ- من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام وإذا ما أريد التمسك بنوع من أنواع التقادم فينبغي التمسك به أمام محكمة الموضوع في عبارة واضحة لا تختمل الإبهام ولا يبنى عن ذلك التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه. وإذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعة دفعت بسقوط حق المطعون ضده في المطالبة بالتعويض إعمالاً لحكم المادة ١٨٠ من القانون المدني على أساس تكييف الدعوى بأنها دعوى تعويض عن الإثراء بلا سبب فإذا كانت المحكمة وهي بسبيل إعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح بما لها من سلطة فهم الواقع فيها قد قطعت بعدم صحة هذا التكييف بقولها: «أن»

٦٥٢- التمسك بالتقادم أمام محكمة الاستئناف: فإن فاته الدفع بالتقادم أمام محكمة

أول درجة على الوجه السابق بيانه، سواء لأنه كان يجهله أو كان يعلمه ولكنه لم يتمكن من إيدائه قبل إقفال باب المرافعة لسهو أو لتعذر الحصول على الأدلة المثبتة لوقوع التقادم أو لتغير ذلك من الأسباب، فإنه يستطيع - ما لم ينطو تركه للدفع أمام المحكمة الابتدائية على معنى النزول عنه - أن يدفع بالتقادم لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية^(١)، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى، مع مراعاة ما قدمنا من وجوب الحيطة، فلا ينطوي تأخير الدفع بالتقادم على معنى النزول عنه ضمناً، ولا يؤخر الدفع إلى ما بعد إقفال باب المرافعة أمام محكمة الاستئناف^(١).

=الدعوى لم تقم على نظرية الإثراء بلا سبب وإنما قامت نتيجة حرمان المستأنف عليه المطعون ضده من ريع أطيان مملوكة له بسبب تصرف خاطئ للهيئة العامة للإصلاح الزراعي، وقضت برفض الدفع بالتقادم الوارد في المادة ١٨٠ من القانون المدني فلا عليها بعد هذا أنها لم تبحث مدى إنطباق تقادم آخر منصوص عليه في مادة أخرى لم تتمسك به الطاعة أمامها لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه.

(الطعن ١١٤٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٤ م ٣٢ ص ١٩٣١)

ب- حسب المحكمة أن يدفع أمامها بالتقادم حتى يتعين عليها - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترضها من انقطاع إذ أن حصول الانقطاع يحول دون اكتمال مدة التقادم مما يقتضى الثبوت من عدم قيام أحد أسباب الانقطاع ومن ثم يكون للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تقرر بانقطاع التقادم إذا طالعتها أوراق الدعوى لقيام سببه.

(الطعن ٣١ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٦/١٧ م ٢٦ ص ١٢٢١)

ج- الحكم بقبول الدفع بالتقادم هو قضاء في أصل الدعوى به الالتزام، ولازم ذلك هو القضاء برفض الدعوى. ومن ثم فلا تناقض بين ما انتهى إليه الحكم في أسبابه من قبول الدفع بالتقادم. وبين قضائه في منطوقه بتأييد الحكم المستأنف القاضي برفض الدعوى.

(الطعن رقم ٢٩٨ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٧١/٣/٢ م ٢٢ ص ٢٣٩)

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ - بودري وتيسبيه فقرة ٥٠ - فقرة ٥٢ - استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ 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 - ١٣ يناير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٤٤.

(١) أ- الدفع بالتقادم هو دفع موضوعي يجوز إيداءه في أية حالة كانت عليها الدعوى ولأول مرة في الاستئناف والنزول عنه لا يفترض ولا يؤخذ بالظن.

(الطعن ٢٣١ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٨ م ١٧ ص ١١٧٠)

(جلسة ١٩٦٧/١١/٢٢ م ١٨ ص ١٧٤)

(الطعن ١٢٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٢/٢٦ م ٢٥ ص ٤٢٨)

وعليه أن يحتاط كما قدمنا، فلا ينطوى تأخيره 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 الاتفاق 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 إضراراً بهم»^(٢).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ١٨٠/١٠٨ و ٢٧٠/٢٠٦^(٣).

ويقابل في التقنينات 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^(٤).

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٥٢- الأستاذ عبد المنعم البدر في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٨٢.

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٥٢٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٠١ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٦).

(٣) التقنين المدني السابق م ١٠٨/١٨٠: لا يجوز ترك الحق في التملك بمضي المدة الطويلة قبل حصوله، وإنما يجوز ذلك بعد حصوله لكل شخص متصرف بأهلية التصرف في حقوقه.

(وهذا النص الوارد في التقادم المكسب كان ينطبق أيضاً في التقادم المسقط).

٢٧٠/٢٠٦م: إذا كان لدين واحد عدة دائنين، وانقضت المدة المقررة لتخلصه من دين أحدهم، فلباقى الدائنين أن يتمسكوا بمضي تلك المدة ولو لم يتمسك بها المدين المذكور تدليلاً منه وإضراراً بحقوقهم (وهذا النص الوارد في الدعوى غير المباشرة كان يطبق أيضاً في الدعوى البوليسية).

(وأحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد).

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري ٣٨٥ (مطابقة للمادة ٣٨٨ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي ٣٧٥ (مطابقة للمادة ٣٨٨ من التقنين المدني المصري).

٦٥٣- التمسك بالتقادم أمام محكمة النقض: فإذا لم يدفع المدعي بالتقادم لا أمام

المحكمة الابتدائية ولا أمام محكمة الاستئناف، فليس 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^(١). 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 المقضي، لا يجوز أن يثار لأول مرة أمام محكمة النقض^(٢).

٦٥٤- التمسك بالتقادم أمام محكمة الاحالة: لكن إذا استطاع المدعي أن يحصل

على حكم من محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه لسبب غير التقادم، كخلل في الإجراءات أو خطأ في القانون في مسألة أخرى، وأحالت محكمة النقض الدعوى على دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف، فإنه يجوز للمدعي أمام محكمة الاحالة - وهي محكمة موضوع - أن يدفع بالتقادم لأول مرة، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى.

= ب- الدفع بالتقادم دفع موضوعي، والحكم بقبوله قضاء في أصل الدعوى نستفد به المحكمة ولايتها على النزاع وينبنى على استئنائه أن ينقل النزاع برمته - دفعا وموضوعا - إلى محكمة الاستئناف لكي تنظر فيه على أساس ما يقدم لها من أدلة ودفع وأوجه دفاع جديدة وما كان قد قدم من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى في الدفع والموضوع فإنه لا يكون قد أحل بحق الطاعنين في الدفاع أو شابه عيب يبطله ذلك أنه ليس على محكمة الموضوع أن تلتفت الخصوم إلى واجبه في الدفاع ومقتضياته.

(الظعن رقم ٥٩ سنة ٢٨ ق جلسة ٦٣/٣/٢٠ ص ١٤ ص ٣٢٠)

ج- متى كان الدفع بسقوط الحق في رفع الدعوى بالتقادم لم يكن مطروحا أمام محكمة أول درجة لابتدائه في مذكرة استبعادتها المحكمة لتقديمها دون تصريح في فترة حيز الدعوى للحكم، وكان الطاعنان لم يتمسكا بهذا الدفع أمام المحكمة الاستئنافية، فلا على الحكم المطعون فيه أن هو أغفل الفصل في هذا الدفع الذي لم يكن مطروحا عليه.

(الظعن ٤١٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٦/١١/٨ ص ٢٧ ص ١٥٣٥)

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ - بودرى وتيسيه فقرة ٥٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٨٢ - نقض مدني ١٥ يونيو ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢.

(٢) الدفع بسقوط الحق في المطالبة بالفوائد لمضي أكثر من خمس سنين هو من الدفوع المتعلقة بموضوع الدعوى فلا يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض.

(الظعن ٢٠٨ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/١٢/٤ ص ٦ ص ٧١٢)

(الظعن ٢٢ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٩ ص ٢١ ص ٥٨٧)

(الظعن ١٠٤٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ٨٢/١١/٢٨ ص ٣٣ ص ١٠٥٩)

(جلسة ١٩٧٦/٣/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٨٣٨)

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.

١- عدم جواز النزول عن التقادم مقدماً قبل ثبوت الحق فيه

٦٥٦- الأسباب التي تدعو إلى عدم 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 أجاز للدائن أن يشترط على المدين عدم إمكان تقادم الدين، لاستطاع الدائنون أن يفرضوا هذا الشرط على المدنين (1)، الدائم هو

= التقنين المدني العراقي م ٤٤٣: ١- لا يجوز التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمجرد 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 فقرة ٣٩٥، ويذهب إلى جواز الاتفاق على تقصير 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 عنه بعد الحصول عليه. ويكون عدوله صريحاً أو ضمناً. وإذا كان لعدوله صفة الاحتمال، جاز لدائنيه أن يحصلوا على إبطال ذلك العدول بإقامة الدعوى البولائية.

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري).

(1) مؤدى نص المادة ٣٨٨ من القانون المدني - وعلى ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة - أنه لا يجوز قانوناً النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، ولا يثبت هذا الحق إلا بإكتمال مدة التقادم، والنزول عن التقادم هو عمل قانوني يتم بإرادة المتنازل وحدها بعد ثبوت الحق فيه ولا يخضع لأي شرط شكلي فكما يقع صراحة يجوز أن يكون ضمناً يستخلص من دلالة واقعية نافية لمشيئة التمسك به. ومتى صدر هذا التنازل كان باتاً لا يجوز الرجوع فيه ومن وقت صدوره يبدأ تقادم جديد تكون مدته ماثلة لمدة التقادم الأصلي.

الذي يملى على المدين شروط الدين، ولأصبح هذا الشرط شرطاً مألوفاً في التعامل (clause de style)، ولترتب على ذلك أن ينهدم نظام التقادم من أساسه (1).

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 يملى عليه واجبه هو خير ما يفعله القانون، للتوفيق بين استقرار الأوضاع ونزاهة التعامل.

٦٥٧- عدم 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، أي كانت مدته. فالتقادم العادي بخمس عشرة سنة لا يجوز النزول عنه مقدماً للاعتبارات التي قدمناها. ولا يجوز كذلك النزول عن تقادم الحقوق الدورية المتجددة بخمس سنوات، فإن 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 بخمس 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 - احالة: 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

= (الطنن ٦٧١ لسنة ٤٨ ق جلسة ٨١/٦/٢٤ من ٣٢ ص ١٩٣٥)

(الطنن ١٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١/٩ من ٣٠ ع ١ ص ١٣٧)

(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٢١٠)

(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 يأتي إلا أن الدين يسقط بالتقادم، ولو لم يوف به. وإذا كان القانون قد أظلم المدين بحمايته، فهو لم يفعل ذلك لمصلحة المدين، ولا للأضرار بالدائن، ولكن تثبيتاً للأوضاع المستقرة. فلا يملك الطرفان أن يهدرا هذه الاعتبارات، ولو باتفاق يتم بينهما على ذلك.

التقادم ولا على تقصيرها(1).

وقد سبق أن بينا(2) أن مدد التقادم من النظام العام، ولا يجوز أن يترك تحديدها لمشيئة الأفراد(3). ولو أننا إطالة مدة التقادم، أياً كانت هذه المدة لجاز 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(4).

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. فإذا وقف سريان التقادم، طالبت 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.

(1) انظر آنفاً فقرة ٦١٢.

(2) 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 الاتفاق 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 ١/٧٥٢ ويقضى بأن «تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن 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.

(3) انظر آنفاً فقرة ٦١٢.

(1) إذ تنص المادة ١/٣٨٨ من القانون المدني بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون فإنه لا يجوز أن يترك تحديد مدة التقادم لمشيئة الأفراد ويحظر كل تعديل اتفقي في مدة التقادم المقررة بالقانون.

(جلسة ١٩٧٠/٢/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٢٢٧)

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(1). فإذا ما تأخر مبدأ سريان التقادم على النحو المتقدم الذكر، فقد طالبت مدته بقدر ما تأخر مبدأ سريانه(2).

٢- 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 يوفى 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 يعتد 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 خمسمائة جنيه.

وقد يكون النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ضمناً. وأكثر ما يكون ذلك في دعوى الدين يرفعها الدائن على المدين، فيتعمد المدين إغفال الدفع بالتقادم، بحيث يفهم

(1) انظر آنفاً فقرة ٦١٨.

(2) 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 للمصلح. ومن ثم تطول مدة التقادم بقدر ما وقف من سريانه. ويقول الأستاذان بودري وتيسيه أنه ليس في هذا الاتفاق ما ينشئ أسباباً جديدة لوقف التقادم، وإنما هو تطبيق لحرية التعاقد فيما لا يصطدم مع النظام العام. وليس في النظام العام ما يمنع من الاتفاق على تأخير رفع الدعوى أو على وقف سريان التقادم لتحقيق مصلحة أو لقيام ضرورة، فقد أجاز القانون إضافة أجل للدين فممكن الطرفين بذلك من وقف التقادم إلى حلول هذا الأجل (بودري وتيسيه فقرة ٦٣ - فقرة ٦٦).

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 أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف لأول مرة، ما لم يستخلص من ظروف تأخيره للدفع أنه قد نزل عنه. وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان يستخلص من موقف المدين ما يستفاد منه حتماً أنه قد نزل عن الدفع بالتقادم^(١)، ولا يفترض ذلك عند الشك فإن النزول عن الحق لا يفترض^(٢). وقد يستخلص النزول الضمنى من طلب

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٥.

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المنازعة في وجود الدين لا تمنع من التمسك بالتقادم، 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).

(١) — لئن كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة — أن النص في المادة ٣٨٨ من القانون المدني على أنه لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه... وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقهم أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه يدل على أن النزول عن التقادم يسائر أنواعه عمل قانوني من جانب واحد يتم بمجرد إرادة المتنازل وحدها بعد ثبوت الحق فيه، وأن النزول عن التقادم لا يخضع لأي شرط شكلي فكما يقع صراحة بأي تعبير عن الإرادة يفيد معناه، فإن يجوز أن يكون ضمناً يستخلص من واقع الدعوى ومن كافة الظروف والملابسات المحيطة التي تظهر منها هذه الإرادة بوضوح لا غموض فيه إلا أن الإرادة الضمنية لا تستخلص إلا بعد واقع لا يدل الا عليها ولا يحتمل إلا انصراف النية إلى التعبير عنها ضمناً أما إذا كان هذا الواقع يدل على أكثر من احتمال فلا يمكن استخلاص الإرادة الضمنية منه لأنه ترجيح لأحد الاحتمالات على الآخر بغير مرجح، ولما كان رفع الدعوى بطلب الملكية بسبب الميراث باعتباره الأيسر سبيلاً في كيفية اثباتها لا يمكن اعتباره بذاته دالاً على توافر الإرادة الضمنية على التنازل عن التمسك بأي سبب آخر لكسبها ومنها اكتسابها بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية.

(الظمن ١١٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٥/٢٢)

(الظمن ١٤٧٧ لسنة ٥١ ق جلسة ٨٤/١٢/٣٠ من ٣٥ ص ٢٣١٥)

(الظمن ٣٦١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٨/١/١٠ من ٢٩ ص ١٣٨)

ب- مؤدى نص المادة ٣٨٨ من القانون المدني أن النزول عن التقادم يسائر أنواعه عمل قانوني من جانب واحد يتم بمجرد إرادة المتنازل وحدها بعد ثبوت الحق فيه. ولما كان النزول عن التقادم لا يخضع لأي شرط شكلي فكما يقع صراحة بأي تعبير عن الإرادة يفيد معناه، فإنه يجوز أن يكون ضمناً يستخلص من واقع الدعوى ومن كافة الظروف والملابسات المحيطة التي تظهر منها هذه الإرادة بوضوح لا غموض فيه، ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان يستقى من موقف المدين ما يستفاد منه حتماً نزوله عن الدفع بالتقادم بما لا يعقب عليه ما دام استخلاصه سابقاً.

(الظمن ٩٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠ من ٢٩ ص ١٩٧٧)

(الظمن ٣٤٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٢/١٨ السنة ٢٦ ص ٤٢٩)

(الظمن ١٩٨ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٣٠ السنة ٢٣ ص ٥٧٧)

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^(١).

٦٦١- الأهلية الواجبة 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 الواجبة إذن للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه هي أهلية التصرف^(١). فلا تكفى أهلية الإدارة، ولا تلزم أهلية التبرع^(٢).

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٧٦ ص ٥٧٢ - ص ٥٧٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٩ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رضاء المدين بالحجز على ماله وبيعه 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، يقطع 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 مختلط 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 مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٥٢).

وإذا كان للمدين دائنون متعددون بدين واحد قابل للانقسام، وكان الدائنون غير متضامين، فنزول المدين عن التقادم بالنسبة إلى أحدهم لا يعتد به بالنسبة إلى الباقين (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٤).

(٢) وبالرغم من أن النص صريح في أن الأهلية الواجبة هي أهلية التصرف لا أهلية التبرع، فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي: «ويعتبر التنازل بمنزلة التبرع، وإن لم تنطو فيه حقيقة الافتقار. ويتفرع على ذلك وجوب توافر أهلية التبرع فيمن يصدر منه التنازل، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٥). وإذا تعارض النص الصريح مع المذكرة الإيضاحية، وجب الأخذ بالنص الصريح.

(١) إذ كان مقتضى نص المادة ٢/٣٨٨ من القانون المدني أنه لا يجوز التنازل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه إلا من شخص يملك التصرف في حقوقه، وكان الحكم المطعون فيه لم يواجه دفاع الطاعنين بمذكرتهم المقدمة لمحكمة الاستئناف مع أن الطاعنة الأولى بصفتها وصية على القصر منهم لا تستطيع النزول عن حقوقهم في التمسك بالتقادم إلا بإذن من محكمة الأحوال الشخصية وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى، إذ كان ما سلف فإن الحكم يكون معيباً بالقصور.

(جلسة ١٩٧٨/١/١٠ الظمن ٣٦١ لسنة ٤٤ ق)

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 قدمنا، 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 تكفي، 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 كان في استطاعته أن يتخلص منه، فلا تكفي إذن أهلية الإدارة، بل تجب أهلية التصرف.

ويترتب على ذلك أن الصغير والمحجور لا يستطيع أى منهما أن ينزل عن حقه في التمسك بالتقادم. كذلك لا يستطيع الوصي 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 عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه: وإذا نزل المدين عن التقادم صراحة أو ضمناً على النحو الذي 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 الذي اكتملت مدة التقادم فيه يبقى في ذمة المدين على نحو بات، بعد أن كان مهدداً بالسقوط عن طريق الدفع بالتقادم، ويجب على المدين الوفاء به للدائن (١).

(١) استئناف مختلط ١٢ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٥٠٣.

(١) الالتزام لا ينقضى بمجرد اكتمال مدة التقادم بل يظل التزاماً مدنياً واجب الوفاء إلى أن يدفع بتقادمه فإذا انقضى الالتزام المدني بالتقادم تخلف عنه التزام طبيعي في ذمة الدين، ولما كان الثابت أن الطاعنين نزلوا عن التقادم بعد أن اكتملت مدته وقبل أن يرفعوا دعواهم التي تمسكوا فيها باقتضاء الدين بالتقادم، فإن مؤدى ذلك أن يبقى الالتزام مدنياً ويلزم الطاعنين بأداء الدين ولا يتخلف التزام طبيعي.

(جلسة ١٩٧٥/٢/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٤٢٩)

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. لو 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 استحقاق فيه. 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 عشرة 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. ويستوى 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 ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم». وفي هذا تطبيق لقواعد الدعوى البوليصية على تصرف قانوني صدر من المدين، هو نزوله عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه. وقد رأينا 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 البوليصية في

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٥٠، وانظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٤٢.

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 البوليصية^(١). وفي هذه المسألة وحدها يخرج القانون على قواعد الدعوى البوليصية، أما في المسائل الأخرى فتبقى هذه القواعد سارية. ومن ثم يشترط أن يكون نزول المدين عن التمسك بالتقادم، حتى يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية، 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 المسائل مختلف عليها كل الاختلاف في فرنسا^(٣)، أما

(١) انظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٧٩.

(٢) ولما كان نزول المدين عن التمسك بالتقادم اعتبر في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تبرعاً، على خلاف النص الصريح كما قدمنا، فقد اقتضى ذلك من المذكرة الإيضاحية ألا تشترط، لجواز الطعن بالدعوى البوليصية في هذا النزول، لا غش الدائن ولا غش المدين، فقالت في هذا الصدد: «ويعتبر التنازل بمنزلة التبرع وإن لم تنطو فيه حقيقة الانقار. ويتفرع على ذلك... جواز طعن الدائنين على هذا التنازل بطريق الدعوى البوليصية، دون أن يكون ثمة محل لإقامة الدليل على غش الدائن الذي وقع التنازل لمصلحته فضلاً عن غش المدين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٥).

انظر في المعنى الذي نقول به الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢١٦ ص ٣٩٤ - وانظر: استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٥ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البدر أوى في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ١٨١، واستئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٨.

(٣) ذلك أن التقنين المدني الفرنسي لم يشمل إلا على نص واحد في الموضوع، هو نص المادة ٢٢٢٥. وهذا النص يقضى بجواز أن يتمسك الدائنون بالتقادم، حتى لو نزل المدين عن التمسك به. وقد تشعبت المذاهب الفقهية في تفسير هذا النص، ويعد بودرى وتيسيه من هذه المذاهب أربعة: ١- فمن الفقهاء من ذهب إلى قصر هذا النص على الدعوى غير المباشرة دون الدعوى البوليصية، 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 ضميمته، وهو بعد أن اتخذ هذا الموقف الإيجابي ونزل عن التقادم لا جعل للدائنين سبيلاً إلى الطعن في هذا النزول، لا سيما أنه لا يجوز الطعن بالدعوى البوليصية في تصرف لا يعد افتقاراً بل هو امتناع عن الإثراء. ٢- ومن الفقهاء من ذهب إلى أن النص يشمل الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية معاً، ولكن يشترطون لجواز الطعن بالدعوى البوليصية إثبات غش المدين في نزوله عن التمسك بالتقادم (بولوخ).

عندنا فالنصوص صريحة لا تسمح بترديد صدى هذا الاختلاف^(١).

وقد قدمنا أن الدائنين إذا نجحوا في الطعن في نزول المدين عن التمسك بالتقادم تطبيقاً لأحكام الثانية من المادة ٢٨٨ مدني، فإن عليهم بعد ذلك أن يتمسكوا بالتقادم نيابة عن مدينتهم تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني^(٢).

٦٦٣ - جواز 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 يعد تكامله فيكون نزولاً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون صحيحاً،

= فقرة ١٠١ وما بعدها - ماركاديه م ٢٢٢٥ فقرة ٢ - جيللوار فقرة ٣٤٢. ٣ - ومن الفقهاء من ذهب إلى جواز الطعن بالدعوى البوليصية حتى لو لم يثبت غش في جانب المدين، ويكفي أن يكون نزوله عن التقادم قد سبب إعساره أو زاد في هذا الإعسار. ويقول بودرى وتيسيه إن هذا الرأي هو الذي رجح في الفقه وفي القضاء (ديراتون ٢١ فقرة ١٥٠ - ديمولومب ١٩ فقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٣ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ هامش رقم ١٨ - كوليه دي سانتير ٨ فقرة ٣٣٢ مكررة خامساً).

٤ - ومن الفقهاء أخيراً من ذهب إلى جواز الطعن بالدعوى البوليصية، حتى لو لم يثبت غش في جانب المدين، وحتى لو لم يثبت أن نزوله عن التقادم قد سبب إعساره أو زاد في الإعسار (لوران ٣٢ فقرة ٢٠٩ - فقرة ٢١٠ وقرة ٢٢٠ - هيك ١٤ فقرة ٢٣٣ - فقرة ٣٣٤). ويقول بودرى وتيسيه أنه يصعب الدفاع عن هذا الرأي فهو يتعارض مع أحكام الدعوى البوليصية 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 ١/٣٨٧) ونصاً آخر للدعوى البوليصية (م ٢/٣٨٨)، ففصل بين الدعويين، حيث جمعتهما التقنين المدني الفرنسي في نص واحد فأورث الحكم كل هذا الغموض.

(١) وإذا نزل المدين عن التمسك بالتقادم في الدعوى المرفوعة عليه من الدائن ففرض عليه بالدين، وفات دائنيه أن يتدخلوا في الدعوى ليطعنوا في نزول المدين بالدعوى البوليصية، فإن لهم أن يطعنوا في الحكم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة، بشرط أن يشتبوا غش مدينتهم وتواطؤ مع الدائن الذي نزل له عن التمسك بالتقادم (انظر المادة ٤٥٠ من تقنين المرافعات - بودرى وتيسيه فقرة ١٢٠).

(٢) وإذا كان الحق يتقادم بسنة واحدة ويقوم التقادم فيه على قرينة الوفاء وتوجه فيه اليمين إلى المتمسك بالتقادم، وجب التمييز بين حالتين: (أ) حالة ما إذا اقتصر المدين على عدم التمسك بالتقادم، فتمسك به الدائنون نيابة عن مدينتهم عن طريق الدعوى غير المباشرة، ففي هذه الحالة يوجه القاضي اليمين إلى المدين لا إلى الدائنين (أنسيكلويدى دالوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ٤٨٤ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البدر أوى 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 البوليصية، لأن التقادم هنا مبنى على قرينة الوفاء، وقد انتفت هذه القرينة بنزول المدين عن التقادم (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ١٨٢).

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على التقادم

٦٦٤- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٨٦ من التقنين المدني على ما يأتي:

١- يترتب على التقادم انقضاء الالتزام. ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام

طبيعي.

٢- وإذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من 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 التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه

في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٩ في المشروع النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٠-٣٤١).

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٦٨/٢٠٤: مضى المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التعهد واعتبار

براءة المتعهد 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 المصري).

التقنين المدني الليبي م ٣٧٣ (مطابقة للمادة ٣٨٦ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ٤٤٠: لا يسقط الحق بمرور الزمان، فإذا أقر المدعى عليه بالحق أمام المحكمة بإقراره، ما لم يوجد نص يقضي 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 المصري 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 التي 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 =

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 الكافية لاكتمال التقادم لأنه نزول 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 التي انقضت، كما سبق القول عند الكلام في انقطاع التقادم بالإقرار^(١).

ويترتب 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 بدلا من خمس في حقوق أصحاب المهن الحرة إذا كان نزول المدين عن طريق تحرير سند بالدين، وبدلا 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 أي 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).

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٣٣.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦١.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٣٣. وانظر بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٩ مكررة.

(١) لا يجوز قانوناً النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق، ولا يثبت هذا الحق إلا باكتمال مدة التقادم وإنما يجوز النزول عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل هذا النوع من النزول إنما يقطع التقادم على أساس اعتباره إقراراً من المدين بحق الدائن.

(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٢١٠)

(جلسة ١٩٧٩/١/٩ الطعن رقم ١٤ لسنة ٤٦ ق)

ويخلص 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: فإذا 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) (٢).

= 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 يعد بمثابة برهان على إبراء ذمة المدين، وقربة 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 يسقط أيضاً الموجب نفسه، فلا يمكن بعد ذلك الاستفادة منه بوجه من الوجوه، لا بإقامة دعوى ولا بتقديم دفع. على أن المدين الذي أبرأه مرور الزمن من الوجهة المدنية يظل مقيداً بموجب طبيعي 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 للفقهاء، فيتطور في مرونة لا يعوقها نص تشريعي. ونص التقنين اللبناني صراحة على عدم صلاحية الحق المتقادم لأن يكون دفعا، فخرج بذلك على قاعدة أبدية الدفع. ولم يعرض التقنين المصري لهذه المسألة بل تركها للفقهاء، والرأي 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 المسقطه، بل يظل التزاماً مدنياً إلى أن يدفع بتقادمه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤١).

(١) أنه وإن كان الدين - على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني في خصوص المادة ٣٨٦ منه - لا ينقضى قبل التمسك بالتقادم لمجرد انقضاء المدة المسقطه وإنما يظل ديناً أو التزاماً مدنياً إلى أن يدفع بتقادمه ما مؤداه اعتبار هذا الدين رغم اكتمال مدة تقادمه مستحق الأداء ما دام أن المدين لم يتمسك بالتقادم ويجعل الوفاء به من جانب هذا المدين بدين مدني مستحق الأداء مما يخرج من نطاق تطبيق المادة ١٨٠ مدني بشأن قاعدة دفع غير المستحق فيحول بينه وبين استرداده على خلاف ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه، إلا أن مناط الاعتداد بهذا الوفاء وعدم أحقية المدين الموفى في طلب استرداده أن يكون الوفاء صادراً من الدين عن رضا واختيار ولا إرادة عليه فيه وإلا جاز له المطالبة برده ويعتبر الوفاء نتيجة أكراه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إذا حصل تحت تأثير الحجز الذي توقع على أموال المدين الموفى.

(جلسة ١٨/١١/١٩٧٨ الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ٢٤٧ق)

ويخلص مما تقدم أن الالتزام يكون في هذه الفترة التزاماً مدنياً واجب الوفاء. ويترتب على ذلك نتائج هامة نذكر منها ما يأتي:

(١) إذا وفى المدين بالالتزام في هذه الفترة، فإنه يوفى بالتزام مدني مستحق الأداء. فهو لا يستطيع بعد أن وفى به للدائن أن يسترده منه، بدعوى أنه دفع ديناً انقضى بالتقادم، وهذا حتى لو كان الوفاء صدر عن غلط، وكان المدين وقت أن وفى بالدين لا يعلم باكتمال مدة التقادم، وظن أن المدة لا تزال سارية دون أن تكتمل (١).

(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، عندما قدم الكفيل، بأن المدة قد اكتملت، اعتبر تقديمه للكفيل نزولاً منه عن حقه في التمسك بالتقادم. أما إذا كان لا يعلم باكتمال المدة، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم فيسقط الدين، ويجاز لكفيله في هذه الحالة أن يدفع هو أيضاً بسقوط الدين للتقادم (٢).

(٣) إذا ترتب في ذمة الدائن للمدين دين توافرت فيه شروط المقاصة بالدين الذى له في 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 في وقت كان فيه الدين الذى اكتملت مدة تقادمه لا يزال ديناً مدنياً، إذا لم يكن المدين قد تمسك بالتقادم عندما تمسك الدائن بالمقاصة، فتوافرت شروط المقاصة وانقضى الدينان، فإذا جاء المدين بعد ذلك وتمسك بالتقادم، فإنه يكون قد فعل ذلك

(١) 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، ما دام الوفاء كان تلقائياً كان باختياره دون ضغط من الدائن أو تهديد منه باتخاذ إجراءات قضائية نقض فرنسي ١٧ يناير سنة ١٩٣٨ داللو ١٩٤٠-١-٥٧-٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ داللو ١٩٤٥-١٣٥-٢١ فبراير سنة ١٩٤٩ داللو ١٩٤٩-٢٠٨- وانظر بلانيول وريسير وردوان ٧ فقرة (١٣٩٣). وقضت محكمة الموسكى بأن المدين إذا طُلب بدين ظن أنه ملزم به مدنياً فدفعه، في 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 ٦٨ ص ١٤٢). وتنص المادة ٢٢٢ من التقنين المدني الألماني على أنه «إذا اكتملت مدة التقادم، كان للملتزم الحق في رفض الوفاء بالدين. ولكن ما دفعه وفاء لمطالبته 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 تعاقدي بالدين، أو تقدم بضمان لكفالتهم. انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني ١ م ٢٢٢ ققرة ١ - ققرة ٢.

(٢) قارن المادة ٢٢٢ من التقنين المدني الألماني والتعليقات على التقنين المدني الألماني ١ م ٢٢٢ ققرة ٢.

متأخراً، إذ وقت أن تمسك بالتقادم كان الدين قد انقضى بالمقاصة^(١). وحكم المقاصة هنا هو حكم الوفاء بالدين المتقادم قبل التمسك بتقادمه، لأن المقاصة ضرب من الوفاء.

٦٦٦- التزام اكتملت مدة تقادمه بعد التمسك بالتقادم: ويتغير الحكم إذا اكتملت المدة وتمسك المدين بالتقادم، فانه بمجرد أن يتمسك المدين بالتقادم على النحو الذي 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 الرأى 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 بقى فى ذمة المدين واجب أدبى ارتقى إلى مرتبة الالتزام الطبيعى.

فهنالك 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^(٢).

(١) 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 تلاقى بالدين المقابل، فإنه يسقط 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، ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة». انظر أنفاً فقرة ٥٥١.

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٠ - ٣٤١.

ويسقط مع الدين توابعه من كفالة ورهن رسمى وحق امتياز وحق اختصاص وما إلى ذلك، فثبناً ذمة الكفيل وينقضى الرهن والامتياز والاختصاص بانقضاء الدين الأصيل بالتقادم^(١)، فان التابع يزول بزوال الأصيل^(٢).

كذلك يسقط مع الدين ما استحق من فوائده وملحقاته باعتبارها توابع للدين، حتى لو لم تكن هذه الفوائد والملحقات قد سقطت هى ذاتها استقلالاً بالتقادم. ذلك أنه يمكن أن تصور سقوط الفوائد والملحقات بالتقادم استقلالاً دون سقوط الدين الأصيل، فإذا مضى على استحقاق الفوائد مثلاً خمس سنوات سقطت، وقد لا يسقط الدين الأصيل إلا بخمس عشرة سنة: فتسقط 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. فإذا 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 الأصيل، وقد سقط هذا بأثر رجعى كما سنرى، فتسقط تلك بسقوطه سقوطاً يستند إلى الماضى. وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ مدنى تنص على هذا الحكم صراحة إذ تقول: «وإذا سقط الحق بالتقادم، سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات^(٣)».

(١) استئناف وطنى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٣٤٢.

(٢) ويبقى التابع ما بقى الأصيل، فإذا كان الدين باقياً، بقيت ضماناته ولو اكتملت بالنسبة إليها مدة التقادم، ما دام الدين الأصيل - بسبب انقطاع التقادم مثلاً - لم يتقادم (بودرى وتيسيه فقرة ٦١٢).

وتقضى المادة ٢٢٣ من التقنين المدنى الألمانى بأن تقادم الدين لا ينهى 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، فيبقى 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 العنصر يستند رهن الحيازة والرهن الرسمى (انظر ما يلى فقرة ٦٧٢ فى الهامش).

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤١.

(١) إذا كان مقتضى الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ من القانون المدنى أنه إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات وكانت المبالغ الإضافية من فوائد وغرامات موضوع الطعن تعتبر من ملحقات الحق الأصيل وهو دفع =

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^(١). يدل على ذلك في وضوح سقوط الحق في الفوائد والملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بها. فلو 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^(٢).

على أنه لا يستخلص من سقوط الدين بأثر رجعي أن المدين إذا كان قد دفع منه للدائن أقساطاً أو فوائد مستحقة قبل أن تكتمل مدة التقادم يستطيع أن يستردها^(٣)، بدعوى أن الدين يعتبر غير موجود من وقت مبدأ سريان التقادم فلم توجد الأقساط ولم تستحق الفوائد. ذلك أن المدين وقت أن دفع هذه الأقساط والفوائد، كان الدين لم يتكامل تقادمه. فكان ديناً مستحقاً 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 بوجوده بعد تقادمه عن طريق الدفع. وهذا ما ننتقل الآن إليه.

= الاشتراكات الذي يسقط بالتقادم الخمسى فان تلك المبالغ الإضافية تسقط هي الأخرى مع هذا الحق.

(جلسة ١٩٧٦/١١/١٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ ص ١٥٧٩)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٤ الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٤٤٤ ق)

(جلسة ١٩٧٩/٦/١٦ الطعن رقم ٢٤٢ لسنة ٤٠ ق)

(١) ويقول بودرى وتيسيه إن استناد التقادم بأثر رجعي إلى وقت مبدأ سريانه تقضى به طبيعة نظام التقادم والهدف الذي يرمى 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).

(٢) وقد كان هذا الحكم معمولاً به دون نص في عهد التقنين المدني السابق (الموجز للمؤلف فقرة ٦١٣ - الأستاذ أحمد حنمت أبو ستيت فقرة ٨٥٥).

(٣) ويذهب 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 رجعي (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٩٣ ص ٨٠٩. وانظر أيضاً كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦١٥). ولكن لا يمكن أن نفسر بدون الأثر الرجعي سقوط الفوائد التي لم تمض عليها مدة التقادم بسقوط الدين الأصلي. أما عدم استطاعة المدين أن =

٦٦٩- سقوط الدين بالتقادم عن طريق الدعوى لا يمنع من التمسك بوجوده عن طريق الدفع: رأينا أن المدين إذا تمسك بتقادم 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 تنقضى 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 بطبيعته موضوع لمعارضة طلب يوجه ضد صاحب الدفع. وما دام هذا الطلب لم يوجه، فكيف يتسنى لصاحب الدفع أن يتمسك به؟ وجب إذن، مطاوعة لطبائع الأشياء، أن يبقى الدفع ما بقي 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. فإذا باع شخص أرضاً، وكان البيع باطلاً، وسلم البائع الأرض للمشتري، استطاع البائع أن يرفع دعوى البطلان في 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

= 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) تولىبه ٧ فقرة ٦٠٠ وما بعدها - ترولوج فقرة ٨٢٧ وما بعدها - ديمولومب ٢٩ فقرة ١٣٦ - جيللوار ١ فقرة ٥٣ - فقرة ٥٤ - لارومبيير 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 ٣٢ فقرة ٣٧٢ - بودرى وتيسيه فقرة ٦١٢.

حيازته. فإذا ما طالب المشتري بتسليم الأرض، أمكنه أن يدفع هذا الطلب ببطالان البيع. ولكن متى يستطيع التمسك بهذا الدفع؟ لا يمكنه بطبيعة الحال أن يتمسك به إلا عندما يرفع المشتري عليه دعوى المطالبة بالتسليم. فإذا فرض أن المشتري أمكنه أن يرفع دعوى التسليم بعد انقضاء خمس عشرة سنة، بأن قطع تقادم هذه الدعوى مثلاً، فإنه يجب أن يتمكن البائع من الدفع ببطالان البيع ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم، لأنه ما كان يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع إلا بعد رفع دعوى التسليم. ونرى من ذلك أنه إذا كانت دعوى البطالان تسقط بالتقادم، فإن الدفع بالبطالان لا يتقادم^(١).

(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 بطالان البيع، فلا يمكن اعتباره مقصراً إذا هو لم يرفع دعوى بطالان البيع في خلال خمس عشرة سنة. فإذا رفع البائع بعد انقضاء هذه المدة دعوى الثمن على المشتري، وكانت هذه الدعوى لم تتقادم بسبب تأجيل الثمن، كان من حق المشتري أن يدفع ببطالان 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^(٢).

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٣٢٠ - وإذا كان الدفع ببطالان 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 بالبطالان في العقد الباطل في أن الدفع في الحالة الأولى هو في حقيقته دعوى وكذلك هو في صورته، إذ سيخذ من ناحية الإجراءات صورة دعوى فرعية يقيمها المدعى عليه ويطلب فيها إبطال العقد. أما الدفع في الحالة الثانية فهو دفع محض، من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات. ومن ثم فالدفع بالإبطال يتقادم، لأنه دعوى والدعاوى يرد عليها التقادم. أما الدفع بالبطالان فلا يتقادم، لأنه دفع والدفع لا يتقادم» (الوسيط جزء أول فقرة ٣٢١ ص ٥٢٣ هامش رقم ١).

وقاعدة أبدية الدفع أو عدم تقادمه لا تنطبق في الأحوال الآتية: ١- في الدعاوى العارضة ودعاوى المدعى عليه، كما رأينا. فهذه ليست بدفوع وإنما هي دعاوى، والدعاوى تتقادم (بودرى وتيسيه فقرة ٦١١). ٢- فيما إذا كان الدفع رداً على دفع سبقه، فدفع الدفع إنما 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 الاعتبار يتقادم (بودرى وتيسيه فقرة ٦١٠ ص ٤٥٩). ٣- في المواعيد المسقطلة (délais de déchéance) فهذه متى انقضت، سقط الحق لعدم استعماله في الميعاد، فلا يصلح لا طلباً ولا دفعاً (انظر آنفاً فقرة ٥٩٤).

(٢) قارن بودرى وتيسيه فقرة ٦٠٩ ص ٤٥٦ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٢٧٦ ص ٢٥٨.

(٣) إذا تقادم الدين فسقط من وقت مبدأ سريان التقادم، وكان المدين 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 تقادمه، فتكون الأقساط المدفوعة مستحقة لا يجوز استردادها^(١). ونرى من ذلك أن الدائن إذا كان لا يستطيع التمسك بوجود دين متقادم عن طريق الدعوى، فإنه يستطيع التمسك بوجود هذا الدين عن طريق الدفع. وإذا كانت الدعوى تسقط بالتقادم، فإن الدفع لا يتقادم.

٦٧- تقادم الدين قد يفيد غير المدين: وإذا انقضى الدين بالتقادم، فإن المدين هو الذي 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، فمتى سقط الالتزام الأصلي بالتقادم سقط معه الالتزام التابع.

والمدين المتضامن يفيد أيضاً من تقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر، بقدر حصة هذا المدين^(٢). وقد قدمنا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ مدني تنص على أنه «إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين، فلا يستفيد من ذلك باقي 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^(٣).

وإذا تقادم الدين غير المتجزئ بالنسبة إلى أحد المدينين المتعددين، أفاد من التقادم المدينون الآخرون في كل الدين لأنه غير متجزئ، ولو لم تكتمل مدة التقادم بالنسبة إلى هؤلاء المدينين^(٤).

كذلك إذا تقادم الدين غير المتجزئ بالنسبة إلى أحد الدائنين المتعددين، فإن طبيعته غير القابلة للتجزئة تجعله متقادماً بالنسبة إلى باقي الدائنين ولو لم تكتمل مدة التقادم

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٦٨.

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٤.

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٤٢.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢١٧.

بالنسبة إليهم، ويستطيع المدين أن يحتج على أي دائن بالتقادم الذي اكتمل بالنسبة إلى دائن آخر (١).

٦٧١- انتقال الدين المتقادم إلى خزنة الدولة في حالات ينص 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 ١٧٧ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ تقضى بأن 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. وقد منّا (٢) أن هذا الحكم مبني 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 المصري مأخوذ من تشريع فرنسي هو المادة ١١١ من قانون ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٠، ويقضى هذا التشريع في فرنسا بأن تؤول إلى خزنة الدولة الديون الآتية: ١- ما يصيبه التقادم الخمسي 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 التصيب وسندات الخزنة ذات الأجل القصير وبوالص التأمين التي أصدرتها الشركات والهيئات المتقدمة الذكر. ٣- جميع الودائع والمبالغ المودعة في البنوك أو مؤسسات الائتمان أو غيرها من المؤسسات التي تتسلم نقوداً كودائع أو كحسابات جارية، إذا أصابها التقادم. ٤- جميع السندات والأوراق المالية المودعة 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 خزنة الدولة قد أصبحت بتقادمها مالا مباحاً لا مالك له (biens vacants et sans maître). وهذا غير صحيح، لا من ناحية قواعد 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 يقضي الدين إلا إذا تمسك به المدين. فإذا لم تتمسك المصارف والشركات بالتقادم، بقيت هذه الديون لأصحابها وهم الدائنون. ٣- وحتى لو تمسكت المصارف والشركات بالتقادم، فإن القاعدة هي أن الديون تسقط بالتقادم تبرأ منها ذمة المدين. أما هنا فقد نقلها المشرع من دائن إلى دائن آخر لا شأن له بها إطلاقاً، ولم يبرأ منها ذمة المدين.

ويقول الفقه الفرنسي إن المشرع بتشريعه هذا لم ينقل ملكية مال بسبب سائغ من أسباب نقل الملكية، بل هو عمد إلى مصادرة أموال الأفراد في غير الأحوال التي تجوز فيها المصادرة. ثم إنه ألقى 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، فدل بذلك على مبلغ الفوضى والاضطراب التي يلقيها المشرع في المعاملات بين الناس عندما يشرع وهو مشغول باعتبارات مالية تتعلق بالخزنة!

انظر في كل ذلك: بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٤٠١ - جومران 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 نشير 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، ويغلب أن يكون منطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية. فقد نصت المادة ٢٨ من القانون المشار إليه بأن الأرباح والفوائد على الأسهم والسندات والودائع النقدية وودائع الأوراق المالية وغيرها من الديون التي تكون مستحقة للأفراد في ذمة الشركات والمصارف ونحوها تؤول 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 فعلاً فلا محل لقيام قرينة على الوفاء. ولكن هذا التعليل لا يستلزم أن محل الحكومة محل الدائن بانقضاء مدة التقادم. وما دنا قد أبقينا الحق ولم نسقطه بانقضاء هذه المدة: ليقيننا من أن الدائن لم يستوفه، فإن الوضع السليم هو أن يبقى الحق لصاحبه، لا أن تستولى الحكومة عليه دون مقابل، فتكون قد نزع ملكية لغير المنفعة العامة وبدون تعويض» (مجلة مجلس الدولة السنة الثالثة يناير سنة ١٩٥٢ ص ٨٢ - ص ٨٣).

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٢٥ - وانظر أيضاً كيف يفيد الحائر للمقار المهون من تقادم الدين المضمون بالرهن آنفاً فقرة ٦٤٩.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٤٥.

المطلب الثاني

تأصيل سقوط الدين بالتقادم

٦٧٢- الرأي الأول - التمييز بين المديونية والمسئولية (المذهب الجرمانى): يذهب الفقه الجرمانى إلى التمييز بين عنصرين فى الالتزام: ١- عنصر المديونية (Schuld, Debitum) ٢- وعنصر المسئولية (Haftung, Obligatio). فالمديونية هى الواجب القانونى الذى يفرض على المدين، وينقضى بالوفاء. فإذا لم يقم المدين بالوفاء، ظهر العنصر الآخر وهو المسئولية، وبموجبه يجبر المدين على الوفاء (١).

ويجتمع العنصران عادة فى الالتزام. ولكن يحدث أحياناً أن توجد المسئولية دون المديونية، كما فى الالتزام الكفيل، فهو مسئول عن الدين المكفول دون أن يكون هذا الدين فى ذمته ويحدث أحياناً أن توجد المديونية دون المسئولية، كما فى الالتزام الطبيعى، فالمدين بهذا الالتزام لا يجبر على الوفاء به.

ومن ثم يجئ سقوط الالتزام بالتقادم عن طريق انفصال عنصر المسئولية عن عنصر المديونية فى الالتزام، واختفاء العنصر الأول بالتقادم مع بقاء العنصر الثانى. فلا يبقى إذن، فى الالتزام المتقادم، عنصر المسئولية ومن ثم لا يجبر المدين على الوفاء به. ولكن يبقى عنصر المديونية، ومن ثم إذا وفى المدين مختاراً الالتزام الذى سقط بالتقادم فإنه يوفى ديناً مترتباً فى ذمته، ولا يكون متبرعاً، فلا يستطيع استرداد ما وفى به (٢).

(١) ويذهب فقهاء الألمان فى تحليل هذين العنصرين إلى مدى بعيد. فعندهم أن المديونية هى علاقة قانونية تتضمن واجباً قانونياً (rechtliches Sollen)، ويميزون فى هذه العلاقة بين واجب المدين فى الوفاء وواجب الدائن فى قبول الوفاء. ولا يظهر عنصر الجبر فى أى من هذين الواجبين، وهو لا يظهر إلا بوجود علاقة المسئولية. وهذه العلاقة هى التى تجعل للدائن سلطاناً، يمارسه عادة عن طريق الدعوى والتنفيذ الجبرى. فمن الناحية الإيجابية تمثل المسئولية سلطاناً للدائن، ومن الناحية السلبية تمثل خضوعاً من المدين. ثم يميز الفقه الألمانى بين المسئولية الشخصية والمسئولية المالية والمسئولية العينية. ففى المسئولية الشخصية يخضع شخص المسئول لسلطان الدائن، وكانت هذه المسئولية تقع فى القديم على جسم المدين، ثم أصبحت الآن تقع على ذمته المالية. وفى المسئولية المالية لا يكون المدين مسئولاً مسئولية شخصية فى مجموع ذمته، بل يكون مسئولاً مسئولية مالية فى ذمة محددة محدداً مادياً، وذلك كمسئولية الوارث عن ديون المورث فالشركة وحدها هى المسئولة، ومسئولية المرأة المتزوجة فى أموالها الخاصة عن الديون التى لا تكون الأموال المشتركة مسئولة عنها. وفى المسئولية العينية تخضع عين معينة من أموال المدين لسلطان الدائن، وذلك كما فى الرهن والتكاليف العينية والدين العقارى والإيراد العقارى.

انظر الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٢٢٤ - فقرة ٢٣٢.

(٢) ويؤيد ذلك أن المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى الألمانى تنص، كما رأينا (انظر آنفاً فقرة ٦٦٥ فى =

وهذه النظرية الجرمانية، التى تفسر بعض النظم القانونية الموجودة فى التقنين المدنى الألمانى كالدين العقارى والإيراد العقارى والرهن، لم يقبلها إلا قليل من الفقهاء فى فرنسا (١)، ولم تسد فى الفقه الفرنسى ولا فى الفقه اللاتينى بوجه عام (٢).

٦٧٣- الرأي الثانى - التقادم يسقط الدعوى دون الحق - لا تميز النظرية التقليدية كثيراً بين الحق والدعوى، فالفرق بينهما ليس إلا الفرق بين السكون والحركة فى الجسم الواحد، والدعوى ليست إلا الحق متحركاً أمام القضاء، أو هى جزء الحق. ولا يوجد حق بدون دعوى، كما لا توجد دعوى بدون حق. ومحل الدعوى هو نفسه محل الحق.

(=الهامش)، على ما يأتى: «إذا اكتملت مدة التقادم، كان للملتزم الحق فى رفض الوفاء بالمدين. ولكن ما دفعه وفاء لمطالبة تقادمت لا يجوز له استرداده، حتى لو كان الوفاء قد تم وهو جاهل بالتقادم. ويسرى هذا الحكم أيضاً فى حالة ما إذا صدر من الملتزم إقرار تعاقدى بالمدين، أو تقدم بضمان لكفالتة». وتقضى المادة ٢٢٣ من التقنين المدنى الألمانى بأن تقادم الدين لا ينهى رهن الحيازة ولا الرهن الرسمى، بل يبقى الرهنان منتجين لأثرهما بالرغم من تقادم الدين. فبقاؤهما يستند إذن إلى عنصر المديونية الذىبقى بعد زوال عنصر المسئولية (انظر آنفاً فقرة ٦٦٧ فى الهامش). كذلك يجوز أن يعود عنصر المسئولية إذا صدر من المدين بالاتفاق مع الدائن إقرار بالمدين بعد تقادمه، أو إذا قدم المدين تأميناً لضمان الدين.

على أن التقنين المدنى الألمانى 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 هى الجزء على حق الادعاء. والتقادم يقضى حق الادعاء دون الحق نفسه، وإذا انقضى حق الادعاء فإن الدعوى لا يمكن أن تنشأ (انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى ١ م ١٩٤ فقرة ١ وم ١٩٨ فقرة ١). وتنص المادة ١/١٩٤ من التقنين المدنى الألمانى على أن «الحق فى اقتضاء عمل أو امتناع عن عمل من شخص آخر (حق الادعاء) يخضع للتقادم». ثم تنص المادة ١٩٨ من نفس التقنين على أنه «يبدأ سريان التقادم من اليوم الذى ينشأ فيه حق الادعاء. فإذا كان محل هذا الحق امتناعاً عن عمل، بدأ سريان التقادم من الوقت الذى يخل فيه المدين بهذا الحق».

(١) ويؤيد بوبا (Popa) فى رسالته فى المديونية والمسئولية فى القانون المدنى الفرنسى الحديث (باريس سنة ١٩٣٥) الأخذ بالتمييز بين عنصرى المديونية والمسئولية فى الفقه الفرنسى والفقه اللاتينى بوجه عام، فيميز فى الفقه الفرنسى بين العنصرين، بحيث يصح أن يوجد أحدهما دون الآخر. فتوجد المديونية دون المسئولية فى الالتزامات الطبيعية، ومنها ما ينحدر عن التزام مدنى منحل كالتزام المفلس بعد الصلح والتزام ناقص الأهلية بعد إبطال العقد والالتزام الذى سقط بالتقادم، ومنها ما ينشأ التزاماً طبيعياً منذ البداية كالتزام الوارث بتنفيذ الوصية الباطلة شكلاً والالتزام بالنفقة على الأقارب فى غير الأحوال التى نص عليها القانون. وقد توجد المسئولية دون المديونية، كما هى الحال فى مركز الحائز للعقار المرهون وفى مركز الكفيل العينية.

(٢) انظر فى انتقاد إدخال هذا التمييز فى الفقه اللاتينى الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فى أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٢٤٤ - فقرة ٢٤٥.

وتشارك الدعوى الحق في مميزاته وخصائصه، فتكون مثله عينيه أو شخصية، عقارية أو منقولة.

ولكن النظرية الحديثة أخذت تميز تمييزاً دقيقاً بين الحق والدعوى^(١). فتتميز الدعوى عن الحق في السبب، وسبب الحق هو الواقعة القانونية أو التصرف القانوني الذي أنشأ الحق، أما الدعوى فسيبها 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 أيضاً الاعتراف بحالة واقعة أو اتخاذ إجراء وقتي أو إجراء تحفظي. وتتميز الدعوى عن الحق أخيراً في الأثر، فالدعوى تضيف إلى الحق عنصراً جديداً يحد 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^(١)، 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 الإعلان^(٢).

(١) انظر موريل (Morel) موجز المرافعات سنة ١٩٤٩ ص ٢٦ وما بعدها - جلاسون وتيسيه في شرح المرافعات ١ فقرة ٨٣١ - جايو (Japiot) في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩١٤ ص ٦٧٩ وسنة ١٩١٥ ص ٤١٩.

(٢) 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 الحي حجازي ٣ ص ٣١٩ و ص ٣٥١ - ص ٣٥٢.

(١) يجب التفريق بين سقوط الحق موضوع الدعوى وسقوط الحق في استئناف الحكم الصادر فيها، فحق الاستئناف حق مستقل بذاته لا يجوز ربطه بسقوط الحق الأصلي، والحكم لا يتقادم إلا بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ صدوره. وإذا كان يترتب على إعلان صحيفة الدعوى بطلب الفوائد انقطاع التقادم بالنسبة إليها فان أثر هذا الانقطاع يمتد إلى أن يصدر الحكم النهائي في الدعوى. وينبغي على ذلك أن مضي المدة من تاريخ صدور الحكم الابتدائي حتى تاريخ استئنافه - 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 يسقط حق الاستئناف بالنسبة إلى الفوائد التي لم يقض بها الحكم الابتدائي استناداً إلى أنه ما دام باب الاستئناف ما زال مفتوحاً فتعتبر الدعوى المستأنف حكماً بجميع طلباتها قائمة. وما دامت الدعوى قائمة فلا تسرى أثناءها المدة المقررة لسقوط الحق المطالب به بخمس سنوات، إذ القاعدة العامة أن طلب الحضور أمام القضاء يحفظ حقوق المدعى بأن يقطع سريان مدة التقادم فتستبدل =

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 يسقط الدعوى والحق معاً: والرأي الذي يتفق مع نصوص التقنين المصري هو أن التقادم لا يقتصر على إسقاط الدعوى، بل يسقط الدعوى والحق جميعاً^(١). فالنصوص صريحة في أن التقادم يقضى الحق نفسه، وليس سقوط الدعوى بالتقادم إلا نتيجة لسقوط الحق. وما 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، فأن إقراره هذا لا يلزمه بالدين، إذ الدين يكون قد سقط^(٢). أما في الفقه الإسلامي حيث لا يسقط الدين، فان المنع من سماع الدعوى لا يكون إلا عند الإنكار، فإذا 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^(٣). ولكن هذا الرأي لم يسد. والرأي الصحيح هو أنه يتخلف عن الالتزام المدني الذي سقط بالتقادم التزام طبيعي. وقد نص على هذا الحكم صراحة التقنين المدني المصري في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦، فقد رأيناها تقول: «يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي». والنص صريح في أمرين: (أولاً) في أن التقادم يقضى الالتزام ذاته، ولا يقتصر على أن يقضى الدعوى. (ثانياً) في أن الالتزام الذي ينقضى بالتقادم يتخلف عنه في ذمة المدين التزام طبيعي.

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، فانه يبدو لنا أن هذه الآراء لها أهميتها الفقهية، ولكن النتيجة العملية واحدة فيها جميعاً. فان قلنا إن

= بالمدة التي كانت سارية من قبل المدة الطويلة المقررة لسقوط جميع الحقوق - هذا الحكم صحيح في القانون ولا غبار عليه.

(جلسة ١١/١٥/١٩٥١ طعن رقم ١٢٩ سنة ١٩٥١ ق)

(جلسة ١١/٢٣/١٩٤٤ طعن رقم ٤٠ لسنة ١٤)

(١) انظر في هذا المعنى بيدان ولاجاراد ٩ فقرة ١٠٨٨ - استئناف مصر أول يناير سنة ١٩٣١ المجموع الرسمية ٣٢ رقم ١٩٣ ص ٣٩٦.

(٢) بيدان ولاجاراد ٩ فقرة ١١٠٩ - وقارن الموجز للمؤلف ص ٦٢٤ هامش رقم ١.

(٣) ترولوج ١ فقرة ٢٩ - لوران ٣٢ فقرة ٢٠٥ - هيك ١٤ فقرة ٨٣٨.

التقادم يسقط عنصر المسؤولية ويستبقى عنصر المديونية، فهذا معناه أن الحق يبقى مقصوراً على عنصر المديونية وحده، وهذا هو الالتزام الطبيعي. وإن قلنا إن التقادم يسقط الدعوى دون الحق، فهذا معناه أن الحق يصبح بعد التقادم مجرداً من دعوى تحميه، وهذا هو أيضاً الالتزام الطبيعي. وإن قلنا إن التقادم يسقط الدعوى والحق معاً، فلا شك في أنه يتخلف هنا أيضاً عن سقوط الدعوى والحق التزام طبيعي يحل محل الالتزام المدني الذي سقط بالتقادم. ففي جميع هذه المذاهب يتخلف عن تقادم الحق التزام طبيعي، وهو التزام قد انحدر من مرتبة الالتزام المدني في المذهبين الأولين، وارتفع عن مرتبة الواجب الأدبي في المذهب الثالث.

فننظر الآن في الآثار التي تترتب على هذا الالتزام الطبيعي.

المطلب الثالث

تخلف التزام طبيعي عن الالتزام المدني الذي سقط بالتقادم

٦٧٥- الآثار 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 فيها الوفاء بأي التزام طبيعي آخر. فيشترط إذن أن يكون الوفاء عن بينة واختيار. والوفاء يكون عن بينة إذا لم يشبه غلط أو تدليس، وعن اختيار إذا لم يشبه إكراه. فإذا كان المدين، بعد التمسك بالتقادم وإسقاط الالتزام المدني، قد استجاب لداعي ضميره فوفى عن بينة واختيار الالتزام الطبيعي الذي تخلف عن الالتزام المدني، كان هذا التنفيذ وفاء لا تبرعاً. فلا يشترط في الوفاء شكل خاص، ولا تشترط أهلية التبرع، ولا يجوز للمدين أن يسترد ما وفاء (٢).

(١) انظر الوسيط الجزء الثاني فقرة ٣٩٩ وما بعدها.

(٢) انظر في هذه النتائج وفي غيرها الوسيط الجزء الثاني فقرة ٤٠٠.

وغنى عن البيان أن الالتزام الطبيعي لا يتخلف عن الالتزام المدني الذي سقط بالتقادم، إلا إذا كان المدين لم يوف بالدين الذي عليه، واعتمد في التخلص من مطالبة الدائن على التمسك بالتقادم. فيكون ضميره الرقيب عليه 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 للقول 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 وفاه المدين حتى عن غلط لم يجر له استرداده. أما بعد التمسك بالتقادم فإنه يتحول إلى التزام طبيعي، إن وفاه المدين عن غلط - بأن وفاه الوارث مثلاً وهو يجهل أن المورث قد تمسك بالتقادم - جاز له أن يسترده (١).

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 (٢). فإذا كان المدين - بدلا من أن يفى بهذا الالتزام الطبيعي - يتعهد بأن يفى 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

(١) انظر الوسيط الجزء الثاني فقرة ٤٠١.

(١) الالتزام لا ينقضى بمجرد اكتمال مدة التقادم بل يظل التزاماً مدنياً واجب الوفاء إلى أن يدفع بتقادمه، فإذا انقضى الالتزام المدني بالتقادم تخلف عنه التزام طبيعي في ذمة المدين، ولما كان الثابت أن الطاعنين نزلوا عن التقادم بعد أن اكتملت مدته وقبل أن يرفعوا دعواهم التي تمسكوا فيها بانقضاء الدين بالتقادم، فإن مؤدى ذلك أن يبقى الالتزام مدنياً ويلزم الطاعنين بإداء الدين ولا يتخلف عنه التزام طبيعي.

(جلسة ١٩٧٥/٢/١٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ ص ٤٢٩)

(جلسة ١٩٧٨/١١/١٨ الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ٤٧ق)

(٢) يشترط لاعتبار الدين بعد سقوطه التزاماً طبيعياً أن لا يكون مخالفاً للنظام العام ولما كان التقادم في المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام فإنه إذا تكاملت مدته لا يتخلف عنه أي التزام طبيعي وأذا فمتى كان الحكم قد قرر أن دفع الغرامة من المحكوم عليه بعد سقوطها بالتقادم يعتبر بمثابة وفاء لدين طبيعي لا يصح استرداده فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٥٥/٣/٢٤ طعن رقم ٦ سنة ٢٢ق)

يتميز عن الالتزام المدني القديم الذي سقط بالتقادم. فهو التزام مدني جديد مصدره الوعد الذي صدر من المدين بوفاء الالتزام الطبيعي^(١)، ويسرى في حقه تقادم جديد^(٢) يبدأ من وقت استحقاقه.

٦٧٨ - المقاصة: ولا تجوز المقاصة القانونية في الالتزام الطبيعي المتخلف عن التزام مدني متقادم، فان المقاصة القانونية تنطوي على وفاء إجباري للمدين، وهذا لا يجوز في الالتزام الطبيعي^(٣).

وغنى عن البيان أن المقاصة القانونية جائزة في الالتزام قبل التمسك بتقادمه، إذ يكون الالتزام في هذه الحالة لا يزال مدنياً لم يسقط بالتقادم. فإذا كانت مدة تقادمه قد اكتملت جازت المقاصة فيه إذا تمسك الدائن بالمقاصة قبل أن يتمسك المدين بالتقادم^(٤). 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 مدني، وقد سبق بيان ذلك^(٤).

ويلاحظ أنه إذا كان الذي يتمسك بالمقاصة هو المدين في دين عليه بدأ فيه سريان التقادم، فإن 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 الطبيعي المتخلف عن التزام مدني متقادم، إذا قصد بالكفالة أن يترتب في ذمة الكفيل التزام مدني يضمن الإلتزام الطبيعي^(٥).

ولكن إذا كفل الكفيل هذا الالتزام الطبيعي وهو يعتقد أنه التزام مدني، فان التزامة يكون التزاماً طبيعياً مثل الالتزام الأصلي، إذ لا يصح أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين^(٦).

وإذا كفل الكفيل الالتزام قبل التمسك بالتقادم ولكن بعد اكتمال مدته، فان كان

(١) والوعد هنا عقد يتم بإيجاب وقبول من المدين والدائن.

(٢) ومدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة، حتى لو كانت مدة التقادم السابق أقل من ذلك.

(٣) الوسيط الجزء الثاني فقرة ٤٠٢.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٦٦٥.

(٥) انظر آنفاً فقرة ٥٥١ وفقرة ٦٦٥.

(٦) انظر الوسيط الجزء الثاني فقرة ٤٠٣.

(٧) قارب المادة ٧٨٠ مدني، وانظر الوسيط الجزء الثاني فقرة ٤٠٣.

المدين هو الذي اتفق مع الكفيل على أن يكفله، عد ذلك منه نزولاً عن حقه في التقادم بعد ثبوته، فيبقى التزامه مدنياً تصح كفالته، ويكون التزام الكفيل التزاماً مدنياً صحيحاً^(١). وإن كان الكفيل هو الذي تقدم للكفالة بدون أمر المدين، فلا يعتبر المدين قد نزل عن حقه في التقادم، فله أن يتمسك به فيسقط التزامه، ويسقط التزام الكفيل تبعاً لذلك ويتخلف عن كل منهما التزام طبيعي، بل وللکفيل أن يتمسك بالتقادم ولو لم يتمسك به المدين فيسقط التزامه ويتخلف عنه التزام طبيعي^(٢).

٦٨٠ - الحبس - القاعدة العامة أنه لا يجوز للدائن في التزام طبيعي أن يحبس في يده عيناً للمدين حتى يستوفي حقه، لأن الإلتزام الطبيعي لا يجوز الحبس من أجله، وإلا كان في هذا جبر على تنفيذه، وهذا لا يجوز^(٣).

ولكن هذه القاعدة يرد عليها استثناء إذا اقترنت بالقاعدة التي تقضي بأن الدفع أبدية لا تتقادم، وهي القاعدة التي سبق ذكرها^(٤). ونفرض، لبيان ذلك، أن شخصاً باع عقاراً لآخر، واتفقا على دفع الثمن في الحال وعلى أن يكون تسليم المبيع بعد سنة، ولم ينفذ العقد أى من الطرفين. ففي هذه الحالة، يسقط بالتقادم حق البائع في استيفاء الثمن قبل سقوط حق المشتري في تسليم العقار المبيع. فإذا رفع المشتري دعوى يطالب البائع بتسليم العقار المبيع، وذلك بعد سقوط حق البائع في استيفاء الثمن، فان البائع يستطيع استيفاء العقار المبيع محبوساً في الثمن عن طريق الدفع، وإن كان حقه في الثمن قد تقادم عن طريق الدعوى^(٥). فيكون الحق في الحبس في هذه الحالة ضامناً لحق سقط بالتقادم، إذ حبس الدائن في التزام طبيعي عيناً للمدين في يده، على خلاف القاعدة التي تقد ذكرها.

أما إذا كان الدين المحبوس من أجله هو عبارة عن مصروفات أنفقت على عين في المدين، فان حق المدين في اقتضاء هذه المصروفات لا يتقادم ما دام حاسباً العين في يده^(٦). 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، وتهيأ له بذلك أن يكتمل.

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٦٥.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦٥.

(٣) انظر الوسيط الجزء الثاني فقرة ٦٤٢ ص ١١٤٣.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٦٦٩.

(٥) انظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم البدرأوى في أثر مضي المدة في الإلتزام فقرة ٣٣٩.

(٦) انظر آنفاً فقرة ٦٣٤ - وقارن: استئناف مختلط ١٥ يناير ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٤.

فهرس
لمشتملات الكتاب

صفحة

القسم الأول

أوصاف الالتزام

ترتيب البحث ٣

الباب الأول
الشرط والأجل

الفرق بين الشرط والأجل ٥

الفصل الأول
الشرط

قيام الشرط والآثار التي تترتب عليه ٧

الفرع الأول - قيام الشرط ٨

المبحث الأول - مقومات الشرط ٨

١- أمر مستقبل ١١

يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً ١١

لا يجوز أن يكون الشرط أمراً ماضياً أو حاضراً ١١

قد يكون الأمر المستقبل أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً ١٢

٢- غير محقق الوقوع ١٣

يجب أن يكون الشرط أمراً غير محقق الوقوع ١٣

لا يكون شرطاً الأمر محقق الوقوع ١٤

لا يكون شرطاً الأمر مستحيل الوقوع ١٥

الشرط الإرادى ١٥

٣- غير مخالف للنظام العام أو الآداب ١٩

الشرط المخالف للنظام العام ١٩

الشرط المخالف للآداب ٢٠

٤- أمر عارض ٢٠

٤٩	الشرط الواقف
٥١	الشرط الفاسخ
٥٣	أعمال الإرادة في حالة تحقق الشرط الفاسخ
٥٤	٣- الأثر الرجعي لتحقيق الشرط
٥٦	الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي - تقدير هذا المبدأ
٦١	ما يترتب من النتائج على الأثر الرجعي لتحقيق الشرط
٦٤	الاستثناءات من مبدأ الأثر الرجعي لتحقيق الشرط

الفصل الثاني

الأجل

قيام الأجل والآثار التي تترتب عليه

٦٧	الفرع الأول - قيام الأجل
٦٨	المبحث الأول - مقومات الأجل
٦٩	١- أمر مستقبل
٦٩	يجب أن يكون الأجل أمراً مستقبلاً
٧٠	لا يجوز أن يكون الأجل أمراً ماضياً أو حاضراً
٧٠	٢- أمر محقق الوقوع
٧٠	يجب أن يكون الأجل محقق الوقوع
٧١	يصح أن يكون ميعاد حلول الأجل مجهولاً
٧٣	٣- أمر عارض
٧٣	الأجل عنصر عارض في الالتزام لا عنصر جوهري
٧٤	الأجل في العقود الزمنية
٧٦	المبحث الثاني - نوعا الأجل: الأجل الواقف والأجل الفاسخ
٧٦	١- الأجل الواقف
٧٦	ما هو الأجل الواقف
٧٧	التزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المقدرة التزام مقترن بأجل واقف
٧٩	٢- الأجل الفاسخ
٧٩	ما هو الأجل الفاسخ
٧٩	هل يوجد أجل فاسخ؟
٨٢	المبحث الثالث - مصادر الأجل وأى الحقوق يلحقها وصف الأجل

٢١	الشرط أمر عارض
٢١	التمييز بين الحق المشروط والحق الاحتمالي
٢٣	المبحث الثاني - نوعا الشرط: الشرط الواقف والشرط الفاسخ
٢٣	١- الشرط الواقف
٢٣	ما هو الشرط الواقف
٢٥	الشرط الواقف المستحيل والشرط الواقف المخالف للنظام العام أو الآداب
٢٥	الشرط الفاسخ الإرادي المحض - إحالة
٣١	المبحث الثالث - مصدر الشرط وأى الحقوق يلحقها وصف الشرط
٣١	١- مصدر الشرط
٣١	مصدر الشرط هو الإرادة أو التصرف القانوني
٣٢	هل يكون الشرط مصدره القانون؟
٣٣	٢- الحقوق التي يلحقها وصف الشرط
٣٣	يلحق الشرط الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء
٣٣	الحقوق التي لا يلحقها وصف الشرط
٣٤	الفرع الثاني - ما يترتب على الشرط من الآثار
٣٤	التمييز بين مرحلتين
٣٤	المبحث الأول - أثر الشرط في مرحلة التعلق
٣٤	١- الشرط الواقف
٣٥	مراتب الحق من حيث الوجود والنفاد
٣٦	الحق المعلق على شرط واقف حق موجود
٣٨	الحق المعلق على شرط واقف وجوده غير كامل
٤٠	٢- الشرط الفاسخ
٤٠	الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود نافذ
٤٢	ولكن الحق المعلق على شرط فاسخ موجود على خطر الزوال
٤٢	المبحث الثاني - أثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعلق
٤٣	١- كيف يتحقق الشرط أو يتخلف
٤٣	العبرة بإرادة طرفي الالتزام في تحقق الشرط أو تخلفه
٤٤	الشرط الذي حدد لتحقيقه أو لتخلفه وقت معين
٤٦	تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الغش
٤٩	٢- أثر تحقق الشرط أو تخلفه

٨٢ ١- مصادر الأجل
٨٢ مصادر الأجل الاتفاق والقانون والقضاء
٨٢ الاتفاق مصدر للأجل
٨٣ القانون مصدر للأجل
٨٥ القضاء مصدر للأجل
٨٦ ٢- الحقوق التي يلحقها وصف الأجل
٨٦ الحقوق الشخصية والحقوق العينية عدا حق الملكية
٨٦ الحقوق التي لا يلحقها وصف الأجل
٨٦ الفرع الثاني - ما يترتب على الأجل من الآثار
٨٨ قبل حلول الأجل وعند حلول الأجل
٨٨ المبحث الأول- الآثار قبل حلول الأجل
٨٨ ١- الأجل الواقف
٨٨ الحق المقترن بأجل واقف حق موجود وهو كامل الوجود
٩٠ ولكنه حق غير نافذ
٩٣ ٢- الأجل الفاسخ
٩٣ الحق المقترن بأجل فاسخ موجود ونافذ
٩٤ ولكن الحق المقترن بأجل فاسخ مؤكد الزوال
٩٤ المبحث الثاني - الآثار عند حلول الأجل
٩٤ ١- كيف يحل الأجل
٩٥ حلول الأجل بانقضائه
٩٧ حلول الأجل بسقوطه:
٩٩ سقوط الأجل لشهر إفلاس المدين أو إعماره
١٠٠ سقوط الأجل لإضعاف التأمينات
١٠٥ سقوط الأجل لعدم تقديم المدين لتأمين وعد به
١٠٦ سقوط الأجل لأسباب أخرى
١٠٨ حلول الأجل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه
١١٢ ٢- ما يترتب من الأثر على حلول الأجل
١١٢ الأجل الواقف
١١٣ الأجل الفاسخ
١١٤ مقارنة بين الشرط والأجل

الباب الثاني
تعدد محل الالتزام

الالتزام متعدد المحل والالتزام التخييري والالتزام البدلي ١١٦

الفصل الأول
الالتزام التخييري

قيام وصف التخيير وأحكامه ١٢١

الفرع الأول - قيام وصف التخيير ١٢١

١ - متى يقوم وصف التخيير ١٢٣

(أ) تحديد منطقة الالتزام التخييري: ١٢٣

تعدد محل الالتزام ١٢٣

توافر الشروط في كل من الأداءات المتعددة ١٢٥

محل واحد من المحال المتعددة هو الواجب الأداء ١٢٦

(ب) تمييز الالتزام التخييري عن حالات أخرى تشبه به: ١٢٧

التمييز بين الالتزام التخييري والشرط الجزائي ١٢٨

التمييز بين الالتزام التخييري والالتزام المعلق على شرط واقف ١٢٨

التمييز بين الالتزام التخييري والالتزام بشئ غير معين بالذات ١٢٩

٢ - من له خيار التعيين ومصدر هذا الخيار ١٣٠

من له خيار التعيين ١٣٠

مصدر الخيار ١٣١

الفرع الثاني - أحكام الالتزام التخييري ١٣٣

١ - تعيين المحل الواجب الأداء ١٣٣

التعيين إذا كان الخيار للمدين ١٣٥

التعيين إذا كان الخيار للدائن ١٣٩

استناد تعيين المحل إلى الماضي ١٤١

٢ - أحكام الهلاك ١٤٣

هلاك الشيئين معاً بسبب أجنبي ١٤٦

هلاك الشيئين أو أحدهما والخيار للمدين ١٤٩

هلاك الشيئين أو أحدهما والخيار للدائن ١٥٠

الفصل الثاني الالتزام البدلي

١٥٢	قيام وصف البديل وأحكامه
١٥٣	الفرع الأول - قيام وصف البديل
١٥٤	١- متى يقوم وصف البديل
١٥٤	تحديد منطقة الالتزام البدلي
١٥٤	تمييز الالتزام البدلي عن حالات أخرى تشبه به:
١٥٥	التمييز بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري
١٥٦	التمييز بين الالتزام البدلي والشرط الجزائي
١٥٦	الالتزام البدلي والعربون
١٥٧	٢- ثبوت خيار البديل للمدين ومصدر هذا الخيار
١٥٧	ثبوت خيار البديل للمدين
١٥٧	مصدر خيار البديل
١٦٠	الفرع الثاني - أحكام الالتزام البدلي
١٦٠	١- تعيين محل الأداء
١٦٠	ما الذي يطالب به الدائن
١٦٠	ما الذي يدفعه المدين
١٦١	٢- أحكام الهلاك
١٦١	هلاك المحل الأصلي
١٦٢	هلاك البديل

الباب الثالث

تعدد طرفي الالتزام

١٦٣	صور التعدد: الالتزام متعدد الأطراف والالتزام التضامني والالتزام غير القابل للانقسام
-----	---

الفصل الأول

الالتزام متعدد الأطراف

١٦٥	وحدة المصدر وتعدد الأثر
١٦٥	١- مصدر التعدد في الالتزام متعدد الأطراف
١٦٥	القانون مصدر التعدد

١٦٧	الإرادة مصدر التعدد
١٦٧	٢- الأثر الذي يترتب على التعدد في الالتزام متعدد الأطراف
١٦٧	انقسام الالتزام على أطرافه
١٦٨	النتائج التي تترتب على انقسام الالتزام

الفصل الثاني

الالتزام التضامني

١٧٠	التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين
١٧١	الفرع الأول - التضامن بين الدائنين
١٧٢	المبحث الأول - مصدر التضامن بين الدائنين
١٧٣	التضامن بين الدائنين مصدره الاتفاق أو الإرادة بوجه عام
١٧٥	التضامن بين الدائنين لا يفترض
١٧٦	وحدة المحل وتعدد الروابط
١٧٧	المبحث الثاني - الآثار التي تترتب على تضامن الدائنين
١٧٧	المطلب الأول - العلاقة ما بين الدائنين المتضامنين والمدين
١٨١	١- انقضاء الدين بالوفاء
١٨١	للمدين أن يوفى أي دائن كل الدين
١٨٢	ما لم يمانع أحد الدائنين
١٨٤	لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة الدائن المتضامن
١٨٦	ولأي دائن مطالبة المدين بكل الدين
١٨٧	أوجه الدفع التي يحتج بها على الدائن المطالب
١٨٨	٢- انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء
١٨٩	التجديد
٩٠	المقاصة
٩٠	اتحاد الذمة
٩١	الإبراء
٩١	التقادم
٩٢	٣- أعمال الدائن التي من شأنها نفع سائر الدائنين أو الإضرار بهم
٩٢	الأعمال النافعة
٩٤	الأعمال الضارة
١٥	المطلب الثاني - علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض

٢٣٩	التزامات مدنية مصدرها القانون
٢٤٠	التزامات تجارية وبحرية
٢٤٣	المطلب الثالث - وحدة المحل وتعدد الروابط - الالتزام التضامني
٢٤٣	وحدة المحل وتعدد الروابط
٢٤٤	الالتزام التضامني (obligation in solidum)
٢٤٧	أمثلة للالتزام التضامني في القانون المصري
٢٥١	المبحث الثاني - الآثار التي تترتب على تضامن المدينين
٢٥٢	المطلب الأول - العلاقة بين الدائن والمدينين
٢٥٣	١ - انقضاء الدين بالوفاء
٢٥٥	لأى مدين متضامن أن يوفي الدائن كل الدين
٢٥٦	وللدائن أن يستوفي الدين كله من أى مدين متضامن
٢٥٧	مراعاة ما يلحق رابطة كل مدين من وصف
٢٥٨	إدخال المدينين المتضامنين الآخرين في الدعوى ودخولهم فيها
٢٥٩	مطالبة مدين بعد آخر
٢٦١	مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين
٢٦٣	هل ينقسم الدين بين ورثة المدين بالتضامن؟
٢٦٤	أوجه الدفع التي يحتج بها المدين المتضامن
٢٦٦	٢ - انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء
٢٦٨	التجديد
٢٧١	المقاصة
٢٧٤	اتحاد الذمة
٢٧٥	الإبراء
٢٨٢	التقادم
٢٨٤	٣ - الآثار الثانوية للتضامن بين المدينين
٢٨٤	المبدأ العام
٢٨٦	انقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين
٢٩٠	خطأ أحد المدينين المتضامنين في تنفيذ التزامه
٢٩٣	الإعذار والمطالبة القضائية
٢٩٦	الصلح مع أحد المدينين المتضامنين
٢٩٧	إقرار أحد المدينين المتضامنين أو إقرار الدائن
٢٩٨	حلف اليمين أو التناول عنها

١٩٥	انقسام الدين في علاقة الدائنين بعضهم ببعض
١٩٧	الأساس القانوني لرجوع كل دائن بحصته
١٩٧	كيف تتعين حصة كل دائن متضامن
١٩٩	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 المصري وسائر التقنينات المدنية العربية
١٩٩	المطلب الأول - مصدر الدين المشترك
٢٠٠	سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين
٢٠١	وحدة الصفقة
٢٠٢	مقارنة بين الاشتراك في الدين والتضامن بين الدائنين من حيث المصدر
٢٠٣	المطلب الثاني - الآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين
٢٠٣	جواز الاتفاق على استبعاد الاشتراك في الدين
٢٠٦	١ - العلاقة ما بين الدائنين والمدين في الدين المشترك
٢٠٨	الوفاء
٢٠٨	انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء
٢١٠	عدم قيام النيابة التبادلية بين الدائنين
٢١١	٢ - علاقة الدائنين بعضهم ببعض في الدين المشترك
٢١٢	مشاركة الدائنين الآخرين للدائن في حصته
٢١٨	رجوع الدائنين الآخرين على الدائن بنصيبه في اعسار المدين
٢١٩	الفرع الثاني - التضامن بين المدينين
٢٢٠	المبحث الأول - مصدر التضامن بين المدينين
٢٢٢	المطلب الأول - الاتفاق كمصدر للتضامن بين المدينين
٢٢٢	الاتفاق على تضامن المدينين لا يفترض
٢٢٥	إثبات الاتفاق كمصدر التضامن
٢٢٦	التضامن بين المدينين في المسائل التجارية
٢٣٠	المطلب الثاني - نص القانون كمصدر للتضامن بين المدينين
٢٣١	التزامات مدنية مصدرها العقد
٢٣٣	التزامات مدنية مصدرها العمل غير المشروع
٢٣٨	التزامات مدنية مصدرها الإثراء بلا سبب

٤٦	انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء - إمكان أى
٤٨	دائن مطالبة المدين بالالتزام كله
٤٩	انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء
٥٢	عدم قيام نيابة تبادلية بين الدائنين فى الالتزام غير القابل للانقسام
٥٢	المطلب الثانى - علاقة الدائنين بعضهم ببعض
٥٢	انقسام الدين على الدائنين
٥٢	تعيين حصة كل دائن
٥٢	إعسار أحد الدائنين أو إعسار المدين
٥٣	مقابلة ما بين التضامن وعدم القابلية للانقسام
٥٣	وجوه الموافقات
٥٣	وجوه المفارقات
٥٤	مقابلة ما بين الدين المشترك وعدم القابلية للانقسام عند تعدد الدائنين
٥٤	من حيث المصدر
٥٥	من حيث الآثار فى علاقة الدائنين بالمدين
٥٥	من حيث الآثار فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض

القسم الثانى

انتقال الالتزام

٥٩	تمهيد
٥٩	١- نظرة فى التطور التاريخى لانتقال الالتزام
٥٩	معنى انتقال الالتزام
٥٩	كيف يتصور انتقال الالتزام
٦٠	انتقال الالتزام بسبب الموت
٦١	انتقال الالتزام ما بين الأحياء
٦٤	انتقال الالتزام فى الفقه الإسلامى
٦٦	حوالة الدين فى المذهب الحنفى
٦٦	حوالة الدين فى المذاهب الأخرى

٣٠٠	صدور حكم على أحد المدينين المتضامنين أو لصالحه
٣٠٥	المطلب الثانى - علاقة المدينين المتضامنين بعضهم بعض متى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين المتضامنين الآخرين
٣٠٧	الأساس القانونى لرجوع المدين - الدعوى الشخصية ودعوى الحلول
٣١١	انقسام الدين على المدينين المتضامنين وتعيين حصة كل منهم
٣١٤	تحمل المورسين من المدينين المتضامنين لحصص المعسرين منهم
٣١٦	تحمل أصحاب المصلحة فى الدين وحدهم بكل الدين

الفصل الثالث

الالتزام غير القابل للانقسام

٣٢٣	الفرع الأول - أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام
٣٢٤	عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل
٣٢٨	عدم القابلية للانقسام يرجع إلى الاتفاق
٣٣١	الفرع الثانى - الآثار التى تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام
٣٣٢	المبحث الأول - تعدد المدينين فى الالتزام غير القابل للانقسام
٣٣٤	المطلب الأول - علاقة الدائن بالمدينين
٣٣٤	المبادئ الأساسية
	انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء - إمكان الدائن مطالبة أى مدين بالالتزام كله
٣٣٦	انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء
٣٣٨	عدم قيام نيابة تبادلية بين المدينين فى الالتزام غير القابل للانقسام
٣٣٩	المطلب الثانى - علاقة المدينين بعضهم ببعض
٣٤٣	انقسام الدين على المدينين
٣٤٣	تعيين حصة كل مدين
٣٤٤	إعسار أحد المدينين
٣٤٤	المبحث الثانى - تعدد الدائنين فى الالتزام غير القابل للانقسام
٣٤٥	المطلب الأول - علاقة الدائنين بالمدين
٣٤٦	المبادئ الأساسية

٤٠٨ الحوالة اتفاق رضائي لا يشترط فيه شكل خاص إلا في الهبة
٤٠٩ وجوب مراعاة قواعد الإثبات
٤١٠ تكييف الاتفاق الذي تتم به الحوالة
٤١١	٢- نفاذ الحوالة في حق المدين وفي حق الغير
٤١١ معنى صيرورة الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير
٤١٢ إعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها ضروري لنفاذ الحوالة في حقه
٤١٥ وفي حق الغير
٤١٩ إعلان المدين بالحوالة
٤٢٢ قبول المدين للحوالة
٤٢٦ هل يقوم علم المدين بصدور الحوالة مقام الإعلان أو القبول؟ إجراءات خاصة لجعل حوالة بعض الحقوق نافذة في حق المدين والغير

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على حوالة الحق

٤٢٩ علاقات متنوعة
٤٢٩ الفرع الأول - علاقة المحال له بالمحيل
٤٣٣ المبحث الأول - انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له
٤٣٣ المطلب الأول - انتقال الحق بصفاته ودفعه
٤٣٣ انتقال نفس الحق بمجرد انعقاد الحوالة
٤٣٥ تسليم سند الحق ووسائل إثباته
٤٣٦ المطلب الثاني - انتقال توابع الحق المحال به
٤٣٦ انتقال ضمانات الحق
٤٣٧ انتقال ما حل من فوائد واقساط
٤٣٧ انتقال الدعاوى التي تؤكد الحق المحال به دون الدعاوى التي تنافيه
٤٣٩ المبحث الثاني - التزام المحيل بضمان الحق المحال به للمحال له
٤٤٠ المطلب الأول - ما يضمنه المحيل للمحال له
٤٤٠ ضمان المحيل لأفعاله الشخصية
٤٤٢ الضمان في الحوالة بعرض يحكم القانون
٤٤٦ الضمان في الحوالة بعرض يحكم الاتفاق

٣٧٦ حوالة الحق في المذهب المالكي
٣٧٧ حوالة الحق في المذاهب الأخرى
٣٧٩	٢- مقارنة الحوالة بالنظم القانونية التي تقرب منها
٣٧٩ الحوالة والتجديد
٣٨١ حوالة الدين والإنابة في الوفاء
٣٨١ حوالة الحق والوفاء مع الحلول

الباب الأول

حوالة الحق

٣٨٣ أطراف حوالة الحق
٣٨٣ الأغراض المختلفة لحوالة الحق

الفصل الأول

أركان حوالة الحق

٣٨٧ أركان حوالة الحق هي أركان الاتفاق بوجه عام
٣٨٨ الفرع الأول - محل حوالة الحق
٣٨٩	١- الأصل العام: الحق الشخصي قابل للحوالة
٣٨٩ كل حق شخصي قابل في الأصل للحوالة
٣٩٢ الحقوق المستقبلية
٣٩٤ حوالة الحقوق الناشئة من عقود ملزمة للجانبين
٣٩٦ حوالة الحقوق المتنازع فيها
٣٩٧ الحقوق العينية لا تكون محلا لحوالة الحق
٣٩٨	٢- الاستثناءات - الحالات التي يكون فيها الحق الشخصي غير قابل للحوالة
٣٩٨ متى يكون الحق الشخصي غير قابل للحوالة
٣٩٩ عدم قابلية للحوالة بسبب طبيعة الحق
٣٩٩ عدم قابلية الحق للحوالة بنص في القانون أو لعدم قابليته للحجز
٤٠١ عدم قابلية الحق للحوالة باتفاق المتعاقدين
٤٠٢ الفرع الثاني - التراضى في حوالة الحق
٤٠٥	١- انعقاد الحوالة
٤٠٥ تراضى المحيل والمحال له كاف في انعقاد الحوالة - لا حاجة إلى رضاء المدين

٤٥١ الضمان في الحوالة بغير عوض بحكم القانون
٤٥٣ الضمان في الحوالة بغير عوض بحكم الاتفاق
	المطلب الثاني - ما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق الضمان
٤٥٣ المبدأ العام
٤٥٧ حالة إعسار المدين إعساراً جزئياً
٤٥٨ حالة وقوع حوالة تالية بعوض يقل أو يزيد
٤٥٨ حالة الحوالة بغير عوض - إحالة
٤٥٩ الفرع الثاني - علاقة المحال له بالمحال عليه
٤٦٠ المبحث الأول - علاقة المحال له بالمحال عليه قبل إعلان الحوالة أو قبولها
٤٦٠ دائنية المحال له للمحال عليه دائنية محدودة
٤٦٠ الإجراءات التحفظية التي يتخذها المحال له
٤٦٢ امتناع المحال عليه من الإضرار بحقوق المحال له
٤٦٣ المبحث الثاني - علاقة المحال له بالمحال عليه بعد إعلان الحوالة أو قبولها
٤٦٣ نفاذ الحوالة في حق المحال عليه
٤٦٤ حلول المحال له محل المحيل في نفي الحق المحال به
	الدفوع التي للمحال عليه أن يتمسك بها قبل المحال
٤٦٩ له
٤٧٤ الفرع الثالث - علاقة المحيل بالمحال عليه
٤٧٤ التمييز بين مرحلتين
٤٧٤ المرحلة التي تسبق إعلان الحوالة أو قبولها
٤٧٥ المرحلة التي تلي إعلان الحوالة أو قبولها
٤٧٦ الفرع الرابع - علاقة المحال له بالغير
	المبحث الأول - التزام المحال له وبين دائن المحيل المفلس أو المعسر أو
٤٧٨ محال له آخر
٤٧٨ التزام المحال له وبين دائن المحيل المفلس أو المعسر
٤٨٠ التزام بين محال له ومحال له آخر
٤٨٢ المبحث الثاني - التزام بين المحال له والدائنين الحاجزين
٤٨٣ التزام بين المحال له والدائنين الحاجزين
٤٨٣ التزام بين الدائنين الحاجزين والمحال له
	التزام بين الدائنين الحاجزين الأول والمحال له والدائنين الحاجزين
٤٨٤ الثاني (حوالة بين حجزين)

الباب الثاني حوالة الدين

- ٤٨٨ أطراف حوالة الدين
٤٨٩ الأغراض المختلفة التي تفي بها حوالة الدين
حوالة الدين نظام استحدثه التقنين المدني الجديد - النظم الأخرى
٤٩١ التي كانت تقوم مقامه:
٤٩١ التجديد بتغيير الدين - الإنابة في الوفاء - الاشتراط لمصلحة الغير

الفصل الأول

أركان حوالة الدين

- ٤٩٦ أركان حوالة الدين هي أركان الاتفاق بوجه عام
٤٩٧ الفرع الأول - اتفاق المدين الأصلي والمحال عليه
٤٩٧ المبحث الأول - انعقاد حوالة الدين
٤٩٩ انعقاد الحوالة بالاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه
٥٠٠ لا بد من تدخل الدائن على كل حال
٥٠١ مركز المدين الأصلي من كل من الدائن والمحال عليه
٥٠٢ المبحث الثاني - نفاذ الحوالة في حق الدائن
٥٠٤ متى يصدر إقرار الدائن
٥٠٥ حالة بيع العقار المرهون
٥٠٧ كيف يكون إقرار الدائن
٥٠٨ الدائن حر في إقرار الحوالة أو رفضها
٥١٠ الأثر المترتب على إقرار الدائن للحوالة أو على رفضها
٥١١ الفرع الثاني - اتفاق الدائن والمحال عليه
٥١٢ كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه
٥١٣ أثر الاتفاق بالنسبة إلى الدائن الأصلي

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على حوالة الدين

- ٥١٥ علاقات متنوعة
٥١٥ الفرع الأول - علاقة الدائن بالمحال عليه
٥١٦ المبحث الأول - حلول المحال عليه محل المدين الأصلي في الدين

- ٥١٦ ما يترتب على هذا الحلول:
- ٥١٦ براءة ذمة المدين الأصلي قبل الدائن
- ٥١٨ انتقال الدين نفسه إلى المحال عليه
- ٥٢٠ المبحث الثاني - انتقال الدين إلى المحال عليه بضماناته
- ٥٢١ الضمانات العينية التي تأتي من جهة المدين الأصلي
- ٥٢٤ الضمانات الشخصية أو العينية التي يقدمها كفيل المدين للدائن
- ٥٢٦ المبحث الثالث - انتقال الدين إلى المحال عليه بدفوعه
- ٥٢٧ الدفع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها
- ٨٣٠ الدفع المستمدة من عقد الحوالة
- ٥٣١ الدفع المستمدة من العلاقة ما بين المدين الأصلي والمحال عليه
- ٥٣٣ الفرع الثاني - علاقة الدائن بالمدين الأصلي
- ٥٣٥ براءة ذمة المدين الأصلي نحو الدائن
- ٥٣٥ ضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه
- ٥٣٨ الفرع الثالث - علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه
- ٥٣٨ المبحث الأول - الحوالة لم تنفذ في حق الدائن
- ٥٤٠ الاتفاق على الحوالة يلزم المحال عليه نحو المدين الأصلي
- ٥٤٢ الفرق بين الاتفاق على الحوالة والاشتراط لمصلحة الغير
- ٥٤٤ الاتفاق على الحوالة كل لا يقبل التجزئة - عدم الوفاء بالتزام يستتبع عدم الوفاء بالتزام المقابل
- ٥٤٥ الاتفاق على الحوالة قابل للتعديل فيه والعدول عنه باتفاق آخر
- ٥٤٦ المبحث الثاني - الحوالة نافذة في حق الدائن
- ٥٤٦ يعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الأصلي التزاماً بقيمة الحوالة
- ٥٤٨ الحوالة المقيدة
- ٥٥٠ حالة إبطال الحوالة

القسم الثالث

٥٥١ انقضاء الالتزام

تمهيد

- ٥٥٢ تحديد أسباب انقضاء الالتزام وتقسيم هذه الأسباب
٥٥٣ مصير الالتزام حتماً إلى الانقضاء
٥٥٤ تحديد أسباب انقضاء الالتزام
٥٥٥ طريقان لتقسيم أسباب الالتزام:
٥٥٥ التقسيم العملي: التصرف القانوني والواقعة القانونية
التقسيم العملي: انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً أو بتنفيذه بمقابل أو
٥٥٦ دون تنفيذ

الباب الأول

انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً

الوفاء

- ٥٥٩ مقدمة - التكييف القانوني للوفاء وما يترتب على هذا التكييف
٥٥٩ التكييف القانوني للوفاء
٥٦٠ ما يترتب على هذا التكييف:
٥٦٠ ١- الوفاء اتفاق
٥٦٠ ما يترتب على أن الوفاء اتفاق
٥٦٢ إثبات الوفاء
٥٦٦ ٢- الوفاء اتفاق على قضاء الدين
٥٦٦ الوفاء اتفاق له مقومات خاصة
٥٦٧ الوفاء اتفاق مفروض على كل من المدين والدائن
٥٦٧ الوفاء اتفاق محله هو نفس محل الدين الواجب الوفاء

الفصل الأول

طرفا الوفاء

- ٥٦٩ الفرع الأول - الموفى
٥٦٩ يشترط لصحة الوفاء من الموفى الملكية وأهلية التصرف:

٦٠٨ يكون للموفى حق الدائن بماله من خصائص
٦١٠ يكون للموفى حق الدائن بما يلحقه من توابع
٦١٠ يكون للموفى حق الدائن بما يكفله من تأمينات
٦١١ يكون للموفى حق الدائن بما يرد عليه من دفع
٦١٢	(ب) ما يرد على حلول الموفى محل الدائن من قيود
	رجوع الموفى على المدين بمقدار ما آداه ماله لا بمقدار
٦١٣ الدين
٦١٤ الموفى مدين متضامن
	الموفى حائز للعقار المرهون ويرجع على حائز لعقار مرهون
٦١٤ آخر
٦١٥ الموفى حائز للعقار المرهون ولا يرجع على الكفيل
٦١٦ الموفى لم يوف إلا جزءاً من الدين
٦١٩ ٢- التكييف القانوني للحلول
٦١٩ صعوبة هذا التكييف وسبب ذلك
	(أ) النظريات الثلاث المختلفة في التكييف القانوني للوفاء مع
٦١٩ الحلول
٦١٩ بقاء التأمينات وحدها دون الحق
٦٢٠ بقاء الحق نفسه وانتقاله إلى الموفى
	الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن وانتقال
٦٢١ للحق بالنسبة إلى المدين
٦٢٣ (ب) الفروق ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق
٦٢٣ اختلاف الأغراض العملية
٦٢٥ الفروق من حيث شروط الانعقاد والنفاد
٦٢٦ الفروق من حيث الآثار - الدعوى الشخصية
٦٢٧ الفروق من حيث الآثار - دعوى الحلول
٢٩ الفرع الثاني - الموفى له
٢٩ المبحث الأول - الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له
٢٩ المطلب الأول - الموفى له هو الدائن أو نائبه
٣١ ١- الوفاء للدائن
٣١ الوفاء لمن يكون دائماً وقت استيفاء الدين
٣١ أهلية الدائن لاستيفاء الدين

٥٧١ ملكية الموفى للشيء الذي وفى به
٥٧٣ أهلية الموفى للتصرف فى الشيء الموفى به
٥٧٥ الموفى قد يكون المدين وقد يكون غير المدين
٥٧٥ المبحث الأول - من يقوم بالوفاء
٥٧٧ الموفى هو المدين أو نائبه
٥٧٨ الموفى هو شخص له مصلحة فى الوفاء
٥٨١ الموفى هو أجنبي لا مصلحة له فى الوفاء
٥٨١ المبحث الثاني - رجوع الموفى على المدين
٥٨١ الدعوى الشخصية
٥٨٤ دعوى الحلول
٥٨٥ المطلب الأول - مصدر الحلول:
٥٨٥ ١- الحلول القانوني
٥٨٧ الموفى ملزم بالدين مع المدين أو ملزم عنه
٥٨٩ الموفى دائن وفى دائماً مقدماً عليه
	الموفى اشترى عقاراً ودفع ثمنه لدائنين خصص العقار
٥٩٣ لضمان حقوقهم
٥٩٥ وجود نص خاص يقرر للموفى حق الحلول
٥٩٧ ٢- الحلول الاتفاقي
٥٩٧ (أ) الحلول باتفاق الموفى مع الدائن
٥٩٧ اتفاق بين الموفى والدائن
٥٩٩ عدم تأخر الاتفاق عن وقت الوفاء
٦٠٠ إثبات الاتفاق على الحلول
٦٠١ (ب) الحلول باتفاق الموفى مع المدين
٦٠٢ الحلول باتفاق مع المدين تبرره أغراض عملية
٦٠٣ شروط الحلول بالاتفاق مع المدين
٦٠٥ ما لا يشترط فى الحلول بالاتفاق مع المدين
٦٠٦ المطلب الثاني - أحكام الرجوع بدعوى الحلول
٦٠٦ ١- الآثار التي تترتب على الحلول
٦٠٦ حلول الموفى محل الدائن وما يرد على هذا الحلول من
٦٠٧ القيود
٦٠٧ (أ) حلول الموفى محل الدائن

- ٦٦٦ متى يجوز للمدين الرجوع في العرض
 ٦٦٧ الأثر الذي يترتب على رجوع المدين في العرض

الفصل الثاني

محل الوفاء

- ٦٦٨ الفرع الأول - على أى شئ يقع الوفاء وما يتبع هذا الشئ من ملحقات
 ٦٦٨ المبحث الأول - على أى شئ يقع الوفاء
 ٦٦٨ المطلب الأول - الوفاء بنفس المستحق
 ٦٧٠ الشئ المستحق شئ معين بالذات
 ٣٧١ الشئ المستحق غير معين إلا بنوعه
 ٦٧١ الشئ المستحق تقود
 ٦٧٥ الشئ المستحق عمل أو امتناع عن عمل - إحالة
 ٦٧٥ المطلب الثاني - الوفاء بكل الشئ المستحق - عدم جواز تجزئة الوفاء
 ٦٧٦ القاعدة - عدم جواز تجزئة الوفاء
 ٦٧٧ الاستثناءات - جواز تجزئة الوفاء
 ٦٧٩ المطلب الثالث - تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون
 ٦٨٢ تعيين الدين المدفوع بواسطة المدين
 ٦٨٣ تعيين الدين المدفوع بواسطة القانون
 ٦٨٦ تعيين الدين المدفوع بواسطة الدائن
 ٦٨٨ المبحث الثاني - ما يتبع الشئ الموفى به من ملحقات
 ٦٨٩ القوائد والمصرفات
 ٦٩٠ نفقات الوفاء
 ٦٩١ الفرع الثاني - الزمان والمكان اللذان يتم فيهما الوفاء
 ٦٩١ المبحث الأول - الزمان الذي يتم فيه الوفاء
 ٦٩٣ الأصل في الالتزام أن يؤدي فوراً
 ٩٣ متى يتراخى الوفاء بالالتزام - اتفاق أو نص في القانون
 ٩٤ تحديد القاضى وقت الوفاء - نظرة الميسرة:
 ٩٥ شروط منح القاضى لنظرة الميسرة
 ٩٨ الآثار التي تترتب على نظرة الميسرة
 ١٠٠ سقوط الأجل في نظرة الميسرة
 ١٠١ المبحث الثاني - المكان الذي يتم فيه الوفاء

- ٦٣٣ ٢ - الوفاء لدائن الدائن
 ٦٣٣ الوفاء للدولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب
 ٦٣٣ الوفاء لأمين التفليسة وللحارس القضائى
 ٦٣٣ الوفاء لدائن الدائن عند استعمال الدعوى غير المباشرة
 ٦٣٣ الوفاء للمحضر
 ٦٣٤ الوفاء لحساب جار باسم الدائن فى مصرف
 ٦٣٤ الوفاء لوكيل الدائن
 ٦٣٥ المطلب الثانى - الموفى له غير الدائن
 ٦٣٦ إقرار الدائن للوفاء
 ٦٣٧ منفعة تعود على الدائن من الوفاء
 ٦٣٨ الوفاء للدائن الظاهر
 ٦٤٢ الوفاء لدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين
 ٦٤٥ المبحث الثانى - الوفاء بإرادة الموفى وحده (العرض الحقيقى والإيداع)
 ٦٤٥ متى يجوز للمدين العرض الحقيقى والإيداع:
 ٦٤٦ رفض الدائن قبول الوفاء
 ٦٤٧ تعذر الوفاء للدائن
 ٦٤٩ المطلب الأول - إجراءات العرض الحقيقى والإيداع
 ٦٤٩ وجوب التنسيق بين نصوص التقنين المدنى ونصوص تقنين المرافعات
 ٦٥٠ مراحل ثلاث:
 ٦٥١ (أ) مراحل إعدار الدائن:
 ٦٥٣ ما يترتب على إعدار الدائن من النتائج
 ٦٥٥ (ب) مرحلة العرض الحقيقى
 ٦٥٨ (ج) مرحلة الإيداع
 ٦٥٨ المطلب الثانى - ما يترتب على العرض والإيداع من الآثار
 ٦٥٩ ١ - أثر العرض والإيداع بعد قبول الدائن أو بعد صدور حكم بصحة العرض
 ٦٥٩ قبول الدائن للعرض
 ٦٦٠ الحكم بصحة العرض والإيداع
 ٦٦٢ ما يترتب من الأثر على قبول الدائن أو صدور حكم نهائى بصحة العرض والإيداع
 ٦٦٥ ٢ - أثر العرض والإيداع قبل قبول الدائن وقبل صدور حكم بصحة العرض

٧٢٦	المبحث الأول- شروط التجديد
٧٢٦	المطلب الأول- تعاقب التزامين قديم حل محل جديد
٧٢٧	وجود التزام قديم
٧٢٩	إنشاء التزام جديد
٧٣١	المطلب الثاني- اختلاف ما بين الالتزامين في أحد العناصر
٧٣٢	لا بد من مخالفة الالتزام الجديد للالتزام القديم في عنصر هام
٧٣٤	التجديد بتغيير الدين في محله أو مصدره
٧٣٥	التجديد بتغيير الدائن
٧٣٦	التجديد بتغيير المدين
٧٣٩	المطلب الثالث- نية التجديد
٧٤١	التجديد عقد
٧٤٢	الأهلية في التجديد
٧٤٢	وضوح نية التجديد
٧٤٨	تقييد الالتزام في حساب جار
٧٥٠	المبحث الثاني- الآثار التي تترتب على التجديد
٧٥٠	المطلب الأول- انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد
٧٥١	الالتزام الجديد غير الالتزام الأصلي
٧٥٢	مقابلة بين التجديد من جهة والحوالة والحلول والوفاء بمقابل من جهة أخرى
٧٥٣	المطلب الثاني- انتقال التأمينات من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد
٧٥٦	١- التأمينات العينية التي قدمها المدين
٧٥٦	انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد فيه خروج على القواعد العامة - مبرراته
٧٥٧	حماية الغير
٧٥٨	ما المقصود بالتأمينات العينية التي قدمها المدين
٧٥٨	كيف يتم انتقال التأمينات من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد
٧٥٩	٢- التأمينات الشخصية والعينية التي قدمها الغير
٧٥٩	وجوب رضا الغير بنقل هذه التأمينات
٧٦١	جواز نقل هذه التأمينات بعد إجراء التجديد

٧٠٢	اتفاق الطرفين على مكان الوفاء
٧٠٤	مكان الوفاء في العين المعينة بالذات هو مكان وجودها وقت نشوء الالتزام
٧٠٥	مكان الوفاء في غير العين المعينة بالذات هو موطن المدين أو مركز أعماله
٧٠٦	نصوص خاصة بتعيين مكان الوفاء في بعض العقود المسماة

الباب الثاني انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

٧٠٩	أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء
-----	--

الفصل الأول

الوفاء بمقابل

٧١٠	الفرع الأول- أركان الوفاء بمقابل وتكييفه القانوني
٧١٠	المبحث الأول- الأركان التي يقوم عليها الوفاء بمقابل
٧١١	اتفاق على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية شيء آخر
٧١٣	تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلا إلى الدائن
٧١٤	المبحث الثاني- التكييف القانوني للوفاء بمقابل
٧١٥	الوفاء بمقابل بيع تليه مقاصة
٧١٦	الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء تغير فيه المحل الأصلي
٧١٧	الوفاء بمقابل عمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية
٧١٩	الفرع الثاني- الآثار التي تترتب على الوفاء بمقابل
٧٢٠	الوفاء بمقابل باعتباره ناقلا للملكية
٧٢٢	الوفاء بمقابل باعتباره وفاء

الفصل الثاني

التجديد والإتابة في الوفاء

٧٢٤	الفرع الأول- التجديد
-----	----------------------

٧٨٩	الشرط الأول- التقابل ما بين الدينين
٧٩٢	الشرط الثاني- التماثل في المحل ما بين الدينين
٧٩٣	الشرط الثالث- صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء
٧٩٤	الشرط الرابع- خلو الدينين من النزاع
٧٩٩	الشرط الخامس- استحقاق الدينين للأداء
٨٠١	الشرط السادس- قابلية كل من الدينين للحجز
٨٠١	٢- ما لا يدخل في الشروط:
٨٠١	وحدة المصدر بين الدينين ليست بشرط
٨٠٢	وحدة مكان الوفاء بين الدينين ليست بشرط
٨٠٤	المطلب الثاني- الديون التي تقع فيها المقاصة
٨٠٦	أحد الدينين شيء نزع دون حق من يد مالكة
٨٠٧	أحد الدينين شيء مودع أو معار عارية استعمال
٨٠٩	المبحث الثاني- كيف يكون إعمال المقاصة وما هي الآثار التي تترتب عليها
٨٠٩	المطلب الأول- كيف يكون إعمال المقاصة
٨١٠	وجوب التمسك بالمقاصة
٨١٣	جواز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها
٨١٥	حالة من حالات النزول الضمني عن المقاصة بعد ثبوتها
٨١٧	المطلب الثاني- الآثار التي تترتب على المقاصة
٨١٨	١- أثر المقاصة فيما بين الطرفين
٨٢٠	المقاصة تقضى الدينين بقدر الأقل منهما
٨٢٢	انقضاء الدينين منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة
٨٢٤	تعيين جهة الدفع في المقاصة
٨٢٥	٢- أثر المقاصة بالنسبة إلى الغير
٨٢٧	توقيع الحجز التحفظي على أحد الدينين المتقابلين
٨٢٨	حوالة أحد الدينين المتقابلين وقبول المدين الحوالة دون تحفظ
٨٣٠	الفرع الثاني- المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

٧٦١	الفرع الثاني- الإنابة في الوفاء
٧٦١	علاقة الإنابة في الوفاء بالتجديد
٧٦٢	المبحث الأول- كيف تتم الإنابة في الوفاء
٧٦٢	الإنابة تفترض أشخاصاً ثلاثة
٧٦٣	ما يمكن أن يقوم من مديونية ما بين هؤلاء الأشخاص الثلاثة
٧٦٤	قد تتضمن الإنابة تجديداً وقد لا تتضمن - الإنابة الكاملة والإنابة القاصرة
٧٦٦	الإنابة القاصرة والاشتراط لمصلحة الغير
٧٦٧	المبحث الثاني- الآثار التي تترتب على الإنابة في الوفاء
٧٦٧	المطلب الأول- الإنابة الكاملة أو التجديد بتغيير المدين
٧٦٩	العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه
٧٧٠	العلاقة ما بين المنيب والمناب
٧٧٠	العلاقة ما بين المناب لديه والمناب
٧٧٢	المطلب الثاني- الإنابة القاصرة
٧٧٣	العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه
٧٧٣	العلاقة ما بين المنيب والمناب
٧٧٣	العلاقة ما بين المناب لديه والمناب

الفصل الثالث المقاصة

٧٧٧	المقاصة أداء وفاء وأداة ضمان
٧٧٩	المقاصة والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس
٧٧٩	منشأ المقاصة في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم
٧٨١	المقاصة في التقنيات اللاتينية وفي التقنيات الجرمانية
٧٨٦	المقاصة القانونية والمقاصة القضائية والمقاصة الاختيارية
٧٨٦	الفرع الأول- المقاصة القانونية
٧٨٧	المبحث الأول- شروط المقاصة
٧٨٧	المطلب الأول- ما يدخل في الشروط وما لا يدخل
٧٨٧	١- ما يدخل في الشروط:

المبحث الأول- المقاصة الاختيارية	١٣٠
الأحوال التي تجرى فيها المقاصة الاختيارية	١٣٠
الآثار التي تترتب على المقاصة الاختيارية	٨٣٣
المبحث الثاني- المقاصة القضائية	٨٣٤
الأحوال التي تجرى فيها المقاصة القضائية	٨٣٤
كيف تجرى المقاصة القضائية وما يترتب عليها من الآثار	٨٣٦

الفصل الرابع اتحاد الذمة

مقارنة بين اتحاد الذمة والمقاصة	٨٤١
الأهمية المحدودة لاتحاد الذمة	٨٤٢
الفرع الأول- كيف يتحقق اتحاد الذمة	٨٤٣
عن طريق الميراث	٨٤٣
عن طريق الوصية	٨٤٤
عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء	٨٤٥
كل الديون قابلة للانقضاء باتحاد الذمة	٨٤٦
الفرع الثاني- الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة	٨٤٦
المبحث الأول- الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة ما بقى السبب الذي أدى إليه قائماً	٨٤٨
كيف ينقضى الدين باتحاد الذمة	٨٤٨
نواح يبقى فيها الدين المنقضى باتحاد الذمة معتداً به-	
حساب الدين في نصاب الوصية	٨٥٠
الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والدائن	٨٥١
الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلي	٨٥١
الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة أحد المدين المتضامنين والدائن	٨٥٢
المبحث الثاني- ما يترتب من أثر على زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعي	٨٥٣
عودة الدين إلى الظهور	٨٥٣
زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر غير رجعي	٨٥٥

الباب الثالث انقضاء الالتزام دون الوفاء به

أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به ٨٥٧

الفصل الأول

الإبراء

- ٨٥٨ كيف يتم الإبراء وما يترتب عليه من الآثار
- ٨٥٨ الفرع الأول - كيف يتم الإبراء
- ٨٦٠ المبحث الأول - مميزات الإبراء
- ٨٦٠ الإبراء يتم بإرادة واحدة من جانب الدائن
- ٨٦٣ الإبراء تصرف تبرعى
- ٨٦٤ المبحث الثانى - الشروط الواجب توافرها فى الإبراء
- ٨٦٤ ليست هناك شروط من ناحية الشكل
- ٨٦٦ الشروط الموضوعية الواجب توافرها فى الإبراء
- ٨٦٩ الفرع الثانى - الآثار التى تترتب على الإبراء
- ٨٦٩ الإبراء يقضى الدين
- ٨٧١ وتنقضى مع الدين تأميناته
- ٨٧٣ إبراء الدين لأحد المدينين المتضامنين - إحالة

الفصل الثانى

استحالة التنفيذ

- ٨٧٥ الفرع الأول - متى تتحقق استحالة التنفيذ
- ٨٧٦ الشرط الأول - تنفيذ الالتزام يصبح مستحيلا
- ٨٨١ الشرط الثانى - استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبى
- ٨٨٤ الفرع الثانى - الآثار التى تترتب على استحالة التنفيذ
- ٨٨٤ انقضاء الالتزام وتوابعه
- ٨٨٦ تحمل التبعة فى العقد وفى الملك

الفصل الثالث

التقادم المسقط

تمهيد: ٨٨٩

٩٦١ حساب مدة التقادم
٩٦٣ مبدأ سريان التقادم
.....	مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق
٩٦٧
٩٦٩ مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى دين مؤجل
.....	مبدأ سريان التقادم إذا كان ميعاد الاستحقاق متوقفاً على إرادة المدين
٩٧١
٩٧٣ مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الديون الاحتمالية
٩٧٤ وقت التقادم - المبحث الثالث
.....	التمييز بين وقف سريان التقادم وتأخر سريان التقادم
٩٧٧ أسباب وقف التقادم في التقنين المدني الفرنسي
٩٨٠ أسباب وقف التقادم في التقنين المدني المصري:
٩٨٤ أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص
٩٩٠ أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية
٩٩٤ الأثر الذي يترتب على وقف التقادم
٩٩٦ انقطاع التقادم - المبحث الرابع
٩٩٦ أسباب انقطاع التقادم وما يترتب عليه من الأثر
٩٩٦ المطلب الأول - أسباب انقطاع التقادم
٩٩٨ ١ - الأسباب الصادرة من الدائن:
٩٩٨ المطالبة القضائية
١٠١٢ التنبه
١٠١٤ الحجر
.....	الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع وأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى
١٠١٦
١٠٢٠ ٢ - الأسباب الصادرة من المدين - إقراره بحق الدائن
١٠٢٠ تكييف الإقرار الصادر من المدين بحق الدائن
١٠٢١ الإقرار الصريح والإقرار الضمني
١٠٢٤ إثبات الإقرار
١٠٢٥ المطلب الثاني - الأثر الذي يترتب على انقطاع التقادم
١٠٢٧ مبدأ سريان التقادم الجديد الذي يحل محل التقادم المنقطع

٨٨٩	التقادم المسقط والتقادم المكسب - وجوب الفصل بينهما
٨٩١ الأساس الذي يركز عليه التقادم المسقط
٨٩٣ لمحة تاريخية
٨٩٤ التمييز بين التقادم المسقط والسقوط
٩٠٠ المبحث الأول - المدد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم
٩٠٠ المدد التقادم المختلفة
٩٠٠ القاعدة العامة والاستثناءات
٩٠٢ القاعدة العامة - مدة التقادم خمس عشرة سنة
٩٠٦ الحالات التي ورد فيها نص خاص - إحالة
.....	الاستثناءات التي أوردها القانون - ١ - الحقوق الدورية المتجددة:
٩١٨
٩٢٠ الضابط هو الدورية والتجدد
٩٢٦ الأساس الذي يقوم عليه تقادم الحقوق الدورية المتجددة
.....	الديون التي لم تستوف شرطى الدورية والتجدد تتقادم بخمس عشرة سنة
٩٢٩ الربيع المستحق في ذمة الحائز سئ النية والربيع الواجب على ناظر الوقف أدائه للمستحقين
٩٣٠ ٢ - حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء وأمناء التفليسة والسماصرة والأساتذة والمعلمين:
٩٣٤ الديون المستحقة لطائفة من أصحاب المهن الحرة تتقادم بخمس سنوات
٩٣٦
٩٤٠ سريان التقنين المدني الجديد
.....	٣ - حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء:
٩٤١
٩٤٤ التقادم في هذه الحقوق يقوم على قرينة الوفاء
٩٤٦ تفصيل الحقوق التي تتقادم بسنة واحدة
٩٤٨ سريان التقنين المدني الجديد
٩٤٩ ٤ - الضرائب والرسوم المستحقة للدولة
.....	لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون
٩٥٦
٩٥٩ المبحث الثاني - كيفية حساب مدة التقادم

١٠٥٦	كيف تطول مدة التقادم بطرق أخرى
١٠٥٧	٢- جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه
١٠٥٧	النزول الصريح والنزول الضمني
١٠٥٩	الأهلية الواجبة للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه
١٠٦٠	أثر النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه
١٠٦٣	جواز النزول عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل
١٠٦٥	المبحث الثاني- الآثار التي تترتب على التقادم
١٠٦٦	التزام اكتملت مدة تقادمه قبل التمسك بالتقادم
١٠٦٨	التزام اكتملت مدة تقادمه بعد التمسك بالتقادم
١٠٦٨	المطلب الأول- سقوط الدين وتوابعه عند التمسك بالتقادم
١٠٦٨	سقوط الدين وتوابعه
١٠٧٠	سقوط الدين بأثر رجعي
	سقوط الدين بالتقادم عن طريق الدعوى لا يمنع من
١٠٧١	التمسك بوجوده عن طريق الدفع
١٠٧٣	تقادم الدين قد يفيد غير المدين
	انتقال الدين المتقادم إلى خزنة الدولة في حالات ينص
١٠٧٤	عليها القانون
١٠٧٦	المطلب الثاني- تأصيل سقوط الدين بالتقادم
	الرأى الأول - التمييز بين المديونية والمسئولية (المذهب
١٠٧٦	الجرماني)
١٠٧٧	الرأى الثاني - التقادم يسقط الدعوى دون الحق
١٠٧٩	الرأى الثالث- التقادم يسقط الدعوى والحق معاً
	المطلب الثالث- تخلف التزام طبيعي عن الالتزام المدني الذي سقط
٠٨٠	بالتقادم
	الآثار التي تترتب على الالتزام الطبيعي المتخلف عن الالتزام
٠٨٠	التقادم
٠٨٠	الوفاء
٠٨١	إنشاء التزام مدني
٠٨٢	المقاصة
٠٨٢	الكفالة
٠٨٣	الحبس

١٠٣٠	متى يختلف التقادم الجديد عن التقادم القديم
١٠٣٤	متى يمتد أثر الانقطاع إلى غير الدائن الذي قطع التقادم
١٠٣٥	متى يتناول أثر الانقطاع غير الحق الذي قطع فيه التقادم
١٠٣٧	الفرع الثاني- كيف يجب إعمال التقادم وما هي الآثار التي تترتب عليه
١٠٣٧	المبحث الأول- كيف يجب إعمال التقادم
١٠٣٧	وجوب التمسك بالتقادم وجواز النزول عنه بعد اكتماله
١٠٣٨	المطلب الأول- وجوب التمسك بالتقادم (الدفع بالتقادم)
	١- لا تقضى المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها بل لابد من
١٠٣٩	التمسك به
١٠٤٢	الأسباب التي تدعو إلى وجوب التمسك بالتقادم
١٠٤٣	هل هناك استثناءات للقاعدة العامة؟
	التمسك بتقادم الدعوى المدنية إذا ارتبطت بالدعوى
١٠٤٥	الجنائية
١٠٤٦	لا يغنى التمسك بنوع من التقادم عن التمسك بنوع آخر
١٠٤٦	٢- يتمسك بالتقادم المدين وكل ذى مصلحة
١٠٤٦	تمسك المدين بالتقادم
١٠٤٧	التمسك بالتقادم من كل ذى مصلحة
١٠٤٨	التمسك بالتقادم من دائتي المدين
١٠٥٠	٣- يجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى
١٠٥٠	التمسك بالتقادم أمام المحكمة الابتدائية
١٠٥١	التمسك بالتقادم أمام محكمة الاستئناف
١٠٥٢	التمسك بالتقادم أمام محكمة النقض
١٠٥٢	التمسك بالتقادم أمام محكمة الإحالة
١٠٥٣	المطلب الثاني- النزول عن التقادم
١٠٥٤	١- عدم جواز النزول عن التقادم مقدماً قبل ثبوت الحق فيه
	الأسباب التي تدعو إلى عدم جواز النزول مقدماً عن
١٠٥٤	التقادم
	عدم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه يسرى
١٠٥٥	على جميع أنواع التقادم
	عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو على تقصيرها
١٠٥٥	- إحالة