

الظلمة العظيمة والالتزام

« أحكام الالتزام »

المدكتور

أنور سلطان

أستاذ القانون المدني
وخبير الحقوق - جامعة الإسكندرية

للمزيد من العصريات زورونا على
مدونة الكتب العصرية

<https://www.facebook.com/koutoubhasria>

<http://koutoub-hasria.blogspot.com/>



٢٠٠٥



دار الحديث الجديدة للنشر

٦٨ شارع صوابير - الأزاريطة - الإسكندرية - ٤٨٦٨٠٦٦

النظرية العامة للالتزام « أحكام الالتزام »

الدكتور
أنور سلطان
أستاذ القانون المدنى
كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

٢٠٠٥



دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ شارع سوتير - الأزايطة - الاسكندرية ت : ٤٨٦٨٠٩٩

• بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ •

﴿..... وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ﴾

صدق الله العظيم

(سورة يوسف الآية: ٢١)

خطة البحث

(١) تناولنا في الجزء الأول من هذا المؤلف مصادر الالتزام، وسنتناول في

هذا الجزء أحكام الالتزام.

والكلام في أحكام الالتزام يشمل دراسة:

١- آثار الالتزام.

٢- انتقال الالتزام.

٣- انقضاء الالتزام.

وسنورد كتاباً لكل موضوع من هذه الموضوعات.

الكتاب الأول

آثار الإلتزام

تمهيد

(٢) تقسيم :

يتناول التقنين المدني في الباب الثاني من الكتاب الأول آثار الإلتزام، وأثر الإلتزام كما نعلم هو إنشاء حق للدائن في مواجهة المدين، ولذا يمكن القول بأن دراسة آثار الإلتزام، هي في الواقع دراسة لحقوق الدائن قبل مدينه.

ولدراسة هذه الحقوق سنقسم آثار الإلتزام إلى بابين: نتناول في الباب الأول الآثار العامة للإلتزام، ونبحث في الباب الثاني الآثار الخاصة لبعض الإلتزامات فندرس في هذا الباب الأخير الأوصاف المعدلة لأثر الإلتزام أى الأجل الشرط، وتعدد محل الإلتزام، وأخيراً تعدد طرفي الإلتزام.

الباب الأول الآثار العامة للالتزام

مقدمة

(٢) الضمان العام،

أثر الإلتزام، كما سبق أن ذكرنا، هو إنشاء حق للدائن قبل مدينه، والذي يضمن هذا الحق هي جميع أموال المدين، وهذا ما يعرف بالضمان العام للدائنين Gage commun، وإليه أشارت المادة ٢٣٤ من التقنين المدني بقولها ١ - أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. ٢ - وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون.

ويخلص من هذا النص أن ما يضمن حقوق الدائن هي أموال المدين فيستطيع كل دائن أن ينفذ بحقه على أى مال من الأموال التي تكون مملوكة لمدينه وقت التنفيذ، سواء كان هذا المال من المنقولات أم العقارات، وقد تكفل تقنين المرافعات ببيان إجراءات الحجز على المنقول أو التنفيذ على العقار.

والأصل أن جميع أموال المدين يجوز التنفيذ عليها، إلا أن المشرع قد خرج على هذا الأصل في حالات استثنائية معينة مراعاة لإعتبارات مختلفة كعامل الشفقة والرحمة بالمدين فلم يجز الحجز على أموال المدين إلا لإقتضاء ديون معينة في حدود معينة (م ٤٨٤ مرافعات وما بعدها).

(٤) خصائص الضمان العام :

ويتميز الضمان العام الذي للدائنين، ويطلق عليهم اسم الدائنين العاديين، بخصائص معينة وهي :

أولاً، تساوى الدائنين قانوناً في هذا الضمان، فلا يتقدم أحدهم على الآخرين في استيفاء حقه، إلا إذا كان له حق التقدم على غيره بموجب تأمين خاص كالرهن الرسمي والرهن الحيازي، وهذا هو الدائن الممتاز. على أن هذا التقدم لا ينصرف إلا إلى المال الذي ينصب عليه هذا التأمين فقط، أما بالنسبة لما عداه من أموال المدين فتطبق في شأنها قاعدة المساواة، فيقسم ما ينتج عن التنفيذ على هذه الأموال بين الدائنين جميعاً وفقاً لقاعدة قسمة الغرماء.

على أن المساواة التي تحقّقها فكرة الضمان العام ما هي إلا مساواة قانونية، لأن القانون يخول لكل دائن الحق في التنفيذ على أموال مدينه، ومشاركة غيره في هذا التنفيذ إذا كان قد سبقه في اتخاذ إجراءاته، ولكن لما كان التنفيذ يستلزم توافر شرطين: أولهما، أن يكون الدين خالياً من النزاع في وجوده Certaine وفي مقداره Liquide، وأن يكون مستحق الأداء Exigible. وثانيهما، أن يكون بيد الدائن سند قابل للتنفيذ. فإذا لم يتوافر أحد هذين الشرطين بالنسبة لدائن ما فلا يستطيع مشاركة غيره من الدائنين في إجراءات التنفيذ، هذا بفرض علمه بها.

ثانياً، أن الضمان العام لا يخول الدائن حق تتبع أى مال من أموال المدين إذا خرج من ملكه بالبيع مثلاً، بل يسرى البيع في مواجهة الدائن، وفي هذا يختلف الضمان العام عن التأمين الخاص. كالرهن الرسمي مثلاً،

فيخول الدائن حق تتبع العين التي يقع عليها هذا التأمين في أى بلد انتقلت إليه .

ثالثاً، أن الضمان العام لا يخول الدائن حق التدخل في إدارة المدين لأمواله أى أنه طالما لم تتخذ إجراءات التنفيذ يظل المدين محتفظاً بحقوقه كاملة على أمواله من حيث الإدارة والتصرف .

(5) وسائل حماية حقوق الدائنين :

لما كان أثر الضمان العام لا يظهر إلا ابتداء من إجراءات التنفيذ، ولما كان هذا الضمان لا يغل يد المدين عن التصرف في أمواله وإدارتها، رأى المشرع أن يحمى الدائن ضد الإهمال أو الغش الذى قد يقع من مدينه في الفترة السابقة على التنفيذ، فخوله وسائل عدة يحمى بها حقه ويحافظ بها على ضمانه . من ذلك ما نص عليه تقنين المرافعات في شأن الحجز التحفظى على المنقول، وهو نظام يدفع به الدائن محاولات المدين تهريب أمواله أو إخفائها (راجع المواد ٦٠١ - ٦٠٩ مرافعات)، وما خوله المشرع للدائن من حق وضع الأختام على أموال المدين عند موته أو إفلاسه، أو تحرير محضر جرد بها، أو التدخل كخصم ثالث في الدعاوى المرفوعة من مدينه أو عليه حتى يرقب سير الخصومة ويحول دون تواطؤ مدينه مع خصمه إضراراً بحقوقه، أو التدخل في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه (م ٨٤٢ مدنى) .

ولن نتعرض في بحثنا للطرق التحفظية السابقة لما لها من طابع الاستثناء، واتصال بعضها بقانون المرافعات، بل سنقتصر على دراسة وسائل أخرى أكثر أهمية .

(٦) خطة البحث :

عالج المشرع المصرى بحث تنفيذ الإلتزام قبل التعرض لوسائل حماية حقوق الدائنين، غير أنه لما كان المنطق يقتضى دراسة هذه الوسائل باعتبارها سابقة على مرحلة التنفيذ ويلجأ إليها الدائن عادة قبل الشروع فى إجراءاته، فقد رأينا نزولاً على حكم المنطق أن نبحث فى فصل أول فيما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان، وفى فصل ثان فى تنفيذ الإلتزام.

الفصل الأول

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

(٧) بيان هذه الوسائل :

ذكرنا عند دراسة الضمان العام - أن هذا الضمان لا يغل يد المدين عن التصرف في أمواله وإدارتها، وأنه يتعين حماية الدائن ضد تصرفات المدين التي يقصد بها إضعاف هذا الضمان في الفترة السابقة على التنفيذ، وهو ما حققه المشرع بوسائل مختلفة، نقتصر في تناولها على ما يتصل منها بدراستنا، وهذه هي :

١- الدعوى غير المباشرة *L'action oblique* وبها يباشر الدائن حقوق مدينه قبل الغير نيابة عنه، وبذا يستطيع المحافظة على ضمانه العام والتغلب على إهمال المدين أو غشه الذي يقصد به إضعاف هذا الضمان.

٢- الدعوى البوليصية *L'action paulienne* وبها يصل الدائن إلى عدم نفاذ التصرفات الصادرة من المدين في مواجهته، إذا كان المدين قد لجأ إلى هذه التصرفات بغرض الإضرار بحق الدائن وإنقاص ضمانه العام.

٣- دعوى الصورية *L'action en déclaration de simulation* وبها يستبقى الدائن في الضمان العام ما خرج في الظاهر من ملك المدين بتصرفات صورية قصد بها حرمان الدائن من التنفيذ عليها.

٤- الحق في الحبس Droit de rétention وهو نظام يخول كل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبطة به (م ١/٢٤٦ مدنى).

٥- الإعسار La déconfiture وهو نظام به يأمن الدائنون شر ما يصدر عن مدينهم من تصرفات ضارة بحقوقهم. والإعسار فى القانون المدنى يقابل الإفلاس فى القانون التجارى، وجوهر الاختلاف بين النظامين أن الإعسار لا يتضمن كالإفلاس تصفية جماعية لأموال المدين يقوم بها السنديك الذى يمثل جماعة الدائنين، بل ينفذ كل دائن بإجراءات فردية باسمه خاصة على أموال مدينه.

الضرع الأول

الدعوى غير المباشرة

(٨) الغرض من الدعوى غير المباشرة :

لما كان قوام الضمان العام هو الجانب الإيجابى من ذمة المدين، ولما كان المدين قد يقصر عمداً أو اهمالاً فى المحافظة على هذا الجانب، خاصة إذا ساءت حالته المالية، لعلمه أن أثر ذلك لن يناله بضرر بقدر ما ينال دائنيه، خول المشرع للدائن أن يستعمل باسم مدينه الحق الذى قصر المدين فى استعماله. وهذه السلطة المخولة للدائن فى استعمال حقوق مدينه يطلق عليها اسم الدعوى غير المباشرة.

ولفظ الدعوى هنا لفظ غير دقيق لأنه قد يوحى بأن استعمال حقوق المدين لا يكون إلا عن طريق المطالبة القضائية بها، وهذا غير صحيح، فقد يستعمل الدائن حق المدين بغير طريق الدعوى، كما لو قام الدائن بقيد رهن

مقرر لضمان حق للمدين قبل الغير، أو قام بتسجيل عقد اشترى به مدينه عقاراً، حتى تنتقل ملكية هذا العقار إلى المدين فيستطيع التنفيذ عليه. أما اصطلاح غير مباشر فاصطلاح سليم، لأن الدائن لا يستعمل حق المدين باسمه الشخصي بل باسم المدين كصريح نص المادة ٢٣٥ من التقنين المدني.

هذا وقد يتبادر إلى الذهن أن الدائنين لن يترددوا في الإلتجاء إلى الدعوى غير المباشرة لما فيها من محافظة على أموال مدينهم من إهماله أو تقصيره، وبالتالي من محافظة على ضمانهم العام، ولكن الواقع غير ذلك فمجاميع الأحكام لا تضم إلا القلة من حالات الدعاوى غير المباشرة، والعلة في هذا أن الدعوى غير المباشرة، ليست طريقاً من طرق التنفيذ، على حين أن ما يسعى إليه الدائن هو التنفيذ بحقه، وأقرب الطرق وأيسرها إلى ذلك، إذا كان حقه مبلغاً من النقود، وهو الغالب، أن يلجأ إلى إجراء حجز ما للمدين لدى الغير، يضاف إلى ذلك أن الدائن لا ينفرد بالتنفيذ على حق المدين الذي حافظ عليه، بل يشاركه في ذلك غيره من الدائنين، وفي هذا ما قد يقعه عن الإلتجاء إلى الدعوى غير المباشرة.

(٩) الدعوى غير المباشرة وسط بين الطرق التحفظية والتنفيذية:

لا تعتبر الدعوى غير المباشرة طريقاً من الطرق التحفظية، لأنها لا تقتصر على مجرد التحفظ على ذمة المدين بالحالة التي هي عليها، بل ترمى إلى استعمال حق أو دعوى قصر المدين في استعماله. كذلك لا تعتبر من الطرق التنفيذية لأنها لا تؤدي إلى استيفاء الدائن لحقه. حقيقة أن الدائن يلجأ إلى هذه الدعوى بغرض الحصول على دينه، ولكن سبيله إلى ذلك هي وسائل التنفيذ التي يباشرها على الحق الذي حفظته له الدعوى غير

المباشرة . فمثلاً قيام الدائن بتسجيل عقد شراء المدين، يقصد به دخول العقار في ملك المدين تمهيداً للتنفيذ عليه .

(١٠) صفة الدائن في مباشرة حقوق مدينه :

يعتبر الدائن في مباشرته لحقوق مدينه نائباً عنه (م ٢٣٦)، ومصدر هذه النيابة هو القانون . وإذا كان الأصل في النيابة، سواء كانت نيابة إتفاقية كنيابة الوكيل أم قضائية كنيابة الوصى، أم قانونية كنيابة الولي، أنها مقررة لمصلحة الأصيل، إلا أنه فيما يتعلق بالدعوى غير المباشرة تعتبر النيابة التي أثبتها القانون للدائن مقررة لمصلحة هذا الأخير أى النائب، لا لمصلحة الأصيل أى المدين . ذلك أن الدعوى غير المباشرة يقصد بها المحافظة على الضمان العام الذى للدائنين .

والغرض الذى تقررت من أجله هذه النيابة هو الذى يحدد سلطة النائب ولما كان هذا الغرض هو مجرد المحافظة على الضمان العام، فليس للدائن أن يستغل هذه النيابة لتحقيق أغراض أخرى، على ما سنرى عند بحث آثار الدعوى غير المباشرة .

هذا ولما كانت هذه النيابة مقررة لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصيل، اشترط المشرع ادخال الأصيل خصماً فى الدعوى التى يباشرها الدائن نيابة عنه، (م ٢/٢٣٥) - وهو ما لا يتفق وطبيعة النيابة فى صورتها العادية - ولذا تعتبر نيابة الدائن هنا نيابة قانونية من نوع خاص .

(١١) منهج البحث :

سنتناول فى دراستنا للدعوى غير المباشرة بحث :

أولاً: شروط الدعوى . ثانياً: الآثار التى تترتب عليها . ثالثاً: الدعوى المباشرة بالمقابلة للدعوى غير المباشرة .

المبحث الأول

شروط الدعوى غير المباشرة

(١٢) النصوص القانونية :

تنص المادة ٢٣٥ من التقنين المدني على أنه: ١٠- لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء، أن يستعمل بإسم مدينه جميع حقوق هذا المدين. إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز. ٢- ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً، إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق، وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب اعساره أو أن يزيد في هذا الاعسار، ولا يشترط اعذار المدين لاستعمال حقه، ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى.

وظاهر من هذا النص أنه يشترط لاستعمال الدعوى غير المباشرة ثلاثة أنواع من الشروط: بعضها يتصل بحق الدائن، وبعضها يتصل بالمدين، وبعضها يتصل بالحق الذي يباشره الدائن باسم المدين.

المطلب الأول

الشروط المتصلة بحق الدائن

(١٣) رد هذه الشروط إلى طبيعة الدعوى :

يمكن رد الشروط المتعلقة بحق الدائن إلى طبيعة الدعوى غير المباشرة. فهذه الدعوى، كما سبق أن رأينا، وسط بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية. باعتبارها أدنى من الطرق التنفيذية لا يشترط لمباشرتها أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي. ولكن هل يشترط باعتبارها أعلى من الطرق

التحفظية أن يتوافر في حق الدائن من الشروط ما لا يتطلبه القيام باجراء تحفظي، كاشتراط استحقاق الأداء مثلاً.

طبيعي أن يشترط في حق الدائن أن يكون موجوداً أي محققاً Certain فلا يجوز لمن كان حقه احتمالياً Éventuel أو متنازعاً فيه Litigieux أن يباشر هذه الدعوى. ولكن هل يشترط في هذا الحق كذلك أن يكون معلوم المقدار ومستحق الأداء؟.

قضى التقنين المدني الحالي على الخلاف الذي كان سائداً في هذا الشأن فلم يشترط في حق الدائن إلا أن يكون موجوداً (م ١/٢٣٥) وعلى ذلك يجوز لمن كان دائناً بحق غير معلوم المقدار، كالمضروب في عمل غير مشروع، قبل أن يحدد القاضي مقدار التعويض، ولمن كان حقه غير مستحق الأداء. بأن كان معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل، أن يستعمل حقوق مدینه.

(١٤) لكل دائن استعمال حقوق مدينه :

وإذا كان الغرض من استعمال الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام، فلكل دائن توافر في حقه الشرط السالف الذكر، أن يلجأ إلى هذه الدعوى، سواء في ذلك كان دائناً عادياً أم دائناً ممتازاً، وسواء كان حقه سابقاً في نشوئه على حق المدين الذي يريد استعماله أم كان لاحقاً له، وذلك على عكس الدعوى البوليصية، حيث يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً في الوجود على التصرف الذي يطعن فيه، على ما سنرى فيما بعد.

أخيراً لا يشترط أن يحصل الدائن على إذن من القضاء بحلوله محل مدينه، لأن نيابته في هذا الشأن يستمدها من القانون، كما أن طبيعة الدعوى لا تتطلب مثل هذا الإذن الذي لم يرد به نص في التشريع.

المطلب الثاني

الشروط المتصلة بالمدين

(١٥) رد هذه الشروط إلى فكرة المصلحة المشروعة للدائن :

لم يقرر المشرع للدائن الحق في استعمال الدعوى غير المباشرة إلا بقصد حماية مصلحته المشروعة في المحافظة على الضمان العام، وطبيعي ألا تحقق هذه المصلحة المشروعة إلا إذا :

١- قصر المدين في استعمال حقه .

٢- وكان يترتب على عدم استعمال حقه اعساره أو زيادة في اعساره .

(١٦) قعود المدين عن استعمال حقه :

يشترط لاستعمال الدائن حق المدين أن يقعد هذا الأخير عن مباشرته، سواء كان مرد ذلك مجرد الإهمال أم الرغبة في النكاية بدائنيه . أما إذا قام المدين بمباشرة حقه بنفسه فليس للدائن بعد ذلك أن يتولاه عنه، وغاية ما لا أن يتدخل خصماً في الدعوى ليرقب سير الإجراءات وليحول دون تواطؤ المدين مع المدعى عليه .

وإذا كان الدائن قد باشر الحق نيابة عن المدين ثم نشط هذا الأخير وأراد أن يستعمل حقه بنفسه، تعين على الدائن وقف الإجراءات التي بدأها وترك الأمر للمدين .

هذا ويجب على الدائن ألا يلجأ إلى الدعوى غير المباشرة - لما فيها من تدخل في شئون المدين - إلا إذا كان احجام المدين عن مباشرة حقه مؤكداً . فإن لم يكن الأمر كذلك، بأن كان الوقت لا يزال متسعاً أمام المدين لمباشرة حقه، امتنع على الدائن التدخل .

ولا يشترط لإستعمال الدعوى غير المباشرة أن يعذر الدائن المدين ليثبت عليه تقصيره في مباشرة حقه. ولكن يتعين على الدائن أن يدخل المدين خصماً في الدعوى كصريح نص المادة ٢/٢٣٥، وطبيعي أن للمدين أن يتدخل فيها من تلقاء نفسه، كما أن للمدعى عليه أن يدخله فيها.

والعلة في اشتراط ادخال المدين، في الدعوى، أن نيابة الدائن عنه نيابة من نوع خاص، ذلك أنه إذا كان الأصل أن الحكم الصادر في مواجهة النائب يعتبر حجة على الأصيل، إلا أنه لما كانت النيابة هنا - وعلى خلاف القاعدة العامة - مقررة لمصلحة الدائن وهو النائب، استلزم المشرع إدخال المدين في الدعوى حتى يكون الحكم سارياً في مواجهته.

(١٧) عدم استعمال الحق من شأنه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره :

يتعين لمباشرة الدائن حق المدين، أن يكون في احجام المدين عن استعمال هذا الحق اضراراً بالدائن، بأن كان يؤدي إلى إعساره أي المدين أو الزيادة في إعساره، مما يحرم الدائن من الحصول على حقه كاملاً عند التنفيذ. وليس المقصود بالإعسار هنا الإعسار القانوني الذي يتطلب حكماً بشهره، بل المقصود الإعسار الفعلي الذي يتمثل في زيادة الديون على الحقوق.

وعلى ذلك إذا كان المدين موسراً، بأن كانت أمواله الأخرى تكفي للوفاء بديونه، فلا يجوز للدائن الإلتجاء إلى الدعوى غير المباشرة، ولو ترتب على عدم استعمالها ضياع حق للمدين بالتقادم مثلاً.

هذا ونرى تمشياً مع فكرة المصلحة المشروعة للدائن، التي هي قوام الدعوى غير المباشرة، أنه يجب تقدير إعسار المدين بالنظر إلى مركز الدائن

منه، فإن كان للدائن تأمين عيني يضمن له الوفاء بكامل دينه، فلا يجوز له أن يباشر حقوق مدينه ولو أدى عدم استعمالها إلى إعساره ما دام هذا الأمر لن يضر بهذا الدائن، بل يكون استعمال الدعوى من حق غيره من الدائنين ممن يضر بهم مسلك المدين.

المطلب الثالث

الشروط المتصلة بالحق الذي يستعمله الدائن

(١٨) تحديد هذه الشروط :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ على أنه « لكل دائن، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كانت منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز ». وباستقراء هذه المادة يتبين التحديد الذي ضربه المشرع على نطاق استعمال الدعوى غير المباشرة. فالمشرع يتطلب أن يكون موضوع الدعوى غير المباشرة حقاً للمدين، ولذا وجب التمييز بين الحقوق والرخص، وبالتالي بين الرخص والخيارات، كذلك استلزم المشرع أن تكون هذه الحقوق مالية، ولذا وجب استبعاد غيرها من الحقوق لعدم تعلقها بالضمان العام، أخيراً اشترط المشرع ألا تكون هذه الحقوق المالية متصلة بشخص المدين أو غير قابلة للحجز عليها، ولذا يتعين التمييز في داخل الحقوق المالية بين ما يستطيع الدائن مباشرته منها وما يمتنع عليه استعماله والعلة في هذا التحديد من جانب المشرع هي رغبته في حماية شخصية المدين وحرية من أن يطغى عليها حق الدائن في أن ينوب عنه في استعمال حقوقه.

(١٩) مدى الحق المخول للدائن ،

يتحدد مدى الحق المخول للدائن في استعمال حقوق مدينه بالغرض منه، هذا الغرض ينحصر في حماية الضمان العام بالمحافظة على ما سبق للمدين اكتسابه من حقوق، كقطع التقادم الحاصل ضد المدين . أو تسجيل عقود شرائه، أو قيد رهن لمصلحته أو تجديد قيد الرهن . أو المطالبة بدين له خشي عليه من السقوط، أو المناقضة في تقدير بعض ما عليه من ديون إذا كان مبالغاً فيها، أو الطعن في الأحكام الصادرة ضده بكافة أوجه الطعن، والقيام بإجراءات المرافعة والتمسك بالدفع نيابة عنه . وعلى ذلك يخرج عن هذا الغرض، وبالتالي يخرج من سلطة الدائنين محاولة اكساب المدين حقوقاً جديدة ليست له عن طريق عقد تصرفات باسمه .

كذلك لا يدخل في سلطة الدائن مراقبة أعمال الإدارة التي يباشرها المدين على أمواله، فلا يجوز للدائن الاعتراض على إدارة المدين لأمواله ومباشرتها عنه، ولو كانت سيئة، لأنه لا يقصد من الحق المخول للدائن في استعمال حقوق مدينه، وضع هذا الأخير تحت وصايته ومسح شخصيته .

وإذا لم يكن للدائن التدخل في إدارة المدين لأمواله، فليس له من باب أولى أن يتدخل في إدارته لشئون غيره ممن ينوب عنهم، كما لو كان المدين وصياً أو قيماً على غيره .

(٢٠) جواز استعمال الخيارات دون الرخص ،

رأينا أنه لا يجوز للدائن أن يكسب المدين حقوقاً ليست له، لأن هذا الأمر يتطلب إنشاء تصرفات جديدة يناط عقدها بإرادة المدين وحده: فقبول إيجاب ببيع أو مقايضة أو هبة، أو مطالبة بشفعة، أو استرداد حصة شائعة، يعتبر من

قبيل الرخص Facultés، والرخص تخرج كمبدأ عام، من نطاق الدغوى غير المباشرة، لأن استعمال هذه الرخص لا يقصد به المحافظة على الضمان العام، بل زيادة هذا الضمان، بإدخال حقوق جديدة فى ذمة المدين، وهو أمر يتعلق بشخصه وحده ولا يجوز للدائن أن ينوب عنه فيه.

على أن الشراح يميزون فى هذا الشأن بين الرخص والخيارات ذلك أن الخيارات لا يقصد بها إكساب المدين حقوقاً جديدة، بل تثبيت حقوق له، فالوصية مثلاً ترتب أثرها دون حاجة إلى رضاء الموصى له. غير أن للموصى له بعد صدورها أن يقبلها فيثبت الحق له أو أن يردّها فترد عنه، والإشتراط لمصلحة الغير يرتب الحق للمنتفع دون حاجة لقبوله، ولا يلزم القبول إلا لمنع نقض المشاركة. والأصل أنه يجوز للدائن أن ينوب عنه مدينه فى استعمال الخيارات لأنها لا تهدف، كما سبق القول، إلى إنشاء حقوق جديدة، بل إلى تثبيت ما اكتسبه الدائن منها. غير أنه قد يعطل من استعمال الخيارات بالنسبة للدائن أمر آخر وهو أنها قد تتعلق بشخص المدين خاصة لما تقوم عليه من إعتبارات أدبية لا يستطيع غير المدين تقديرها (م ٢/٢٣٥).

(٢١) الحقوق المتصلة بشخص المدين خاصة :

يخرج وفقاً لنص المادة ١/٢٣٥ من سلطة الدائن فى استعمال حقوق مدينه ما كان منها متصلاً بشخص هذا الأخير خاصة، وهذه هى جميع الحقوق غير المالية وبعض الحقوق المالية.

فالحقوق غير المالية لا يجوز للدائن استعمالها باسم المدين، والحظر الخاص بشأن هذه الحقوق مطلق، بمعنى أنه لا يجوز للدائن استعمال هذه

الحقوق ولو كان في استعمالها ما يرتب آثاراً مالية. فليس للدائن أن يستعمل حق الطلاق باسم مدينه ولو كان من شأن ذلك انقطاع التزامه بالنفقة على الزوجة، ولا أن يرفع باسمه دعوى إثبات النسب ولو كان من شأن هذه الدعوى حصول المدين على ميراث، أما دعوى المطالبة بالميراث فيجوز للدائن مباشرتها باسم مدينه ولو أنها تثير مسألة ثبوت النسب كطريق من طرق الدفاع.

هذا بالنسبة إلى الحقوق غير المالية، أما بالنسبة للحقوق المالية، فقد ذكرنا أن منها ما يتصل كذلك بشخص المدين خاصة، كحق الواهب في الرجوع في الهبة لجحود الموهوب له، أو لأنه أي الواهب أصبح غير قادر على أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية (م ٥٠١)، وكحق المؤلف في الحكم على صلاحية مؤلفه للنشر، وكحق المضرور في إقتضاء تعويض عما أصابه من ضرر أدبي، هذا مع ملاحظة أن حرمان الدائن من استعمال حق المضرور في هذه الحالة مشروط بعدم ظهور إرادة هذا الأخير في المطالبة بالتعويض، فإن ظهرت هذه الإرادة: بأن اتفق مع المسئول على مقدار التعويض أو طالبه به قضائياً، انفصل الحق عن شخص المدين وجاز للدائن استعماله.

وكذلك يلاحظ أن إتصال الحق المالي بشخص المدين أمر لا يتعلق بالنظام العام، بمعنى أنه يجوز للمدين أن ينزل عن الحظر المقرر لمصلحته في هذا الشأن وأن يترك الدائن يباشر دعوى متصلة بشخصه. كذلك يجوز للدائن أن ينزل مقدماً عن حقه في مباشرة بعض الدعاوى ولو كانت غير متصلة بشخص المدين.

(٢٢) الحقوق غير القابلة للحجز عليها :

إذا كان الغرض من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على حق المدين تمهيداً للتنفيذ عليه، فإنه مما يتنافى مع هذا الغرض استعمال حق للمدين لا يدخل في الضمان العام، فدين النفقة لا يجوز الحجز عليه، والملكية الزراعية الصغيرة التي لا تزيد على خمسة أفدنة لا يجوز التنفيذ عليها (قانون رقم ٥١٣ سنة ١٩٥٣)، وعلى ذلك لا يجوز للدائن مباشرة هذه الحقوق باسم مدينه لأنه لا طائل له من ورائها.

المبحث الثاني

آثار الدعوى غير المباشرة

(٢٣) رد هذه الآثار إلى فكرة النيابة :

لما كان الدائن في استعماله لحق مدينه يعتبر نائباً عنه (م ٢٣٦). وجب بحث آثار الدعوى غير المباشرة: أولاً: بالنسبة إلى المدين وهو الأصيل. ثانياً: بالنسبة إلى الخصم أي مدين المدين. ثالثاً: بالنسبة إلى الدائن وهو النائب.

(٢٤) آثار الدعوى بالنسبة إلى المدين :

لا يترتب على استعمال الدعوى غير المباشرة حرمان المدين من حريقه في التصرف في الحق الذي يباشره الدائن عنه، وعلى ذلك يجوز للمدين أن يتصرف في هذا الحق بكافة أنواع التصرفات ولا يستطيع الدائن أن يفعل شيئاً إلا الطعن فيها بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها.

(٢٥) آثار الدعوى بالنسبة إلى الخصم :

يعتبر الدائن في مواجهة الخصم أي المدعى عليه نائباً عن المدين،

وعلى ذلك يستطيع الخصم أن يدفع في مواجهته بكافة الدفوع التي كان يستطيع أن يدفع بها في مواجهة المدين .

ف للخصم أن يدفع بجميع أسباب انقضاء الدين كالوفاء والتقادم والمقاصة، ولو توافرت شروط هذه المقاصة بعد رفع الدعوى غير المباشرة .

كذلك للخصم أن يتمسك في مواجهة الدائن بكافة أوجه البطلان التي له التمسك بها في مواجهة المدين، فله أن يدفع في مواجهة الدائن باجازه المدين للعقد القابل للإبطال ولو وقعت هذه الاجازة بعد رفع الدعوى غير المباشرة .

ولكن ليس للخصم بطبيعة الحال، أن يتمسك في مواجهة الدائن بدفوع خاصة بشخص هذا الدائن، أى بدفوع ترجع إلى روابط قانونية أخرى بين الدائن والخصم .

(٢٦) آثار الدعوى بالنسبة إلى الدائن ،

لما كان الغرض من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام . فإن الدائن المباشر لها لا يفيد من استعماله أكثر من ذلك: وهذا ما عنته المادة ٢٣٦ بقولها «وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضمناً لجميع دائنيه، أى أن ما تسفر الدعوى غير المباشرة عن تحصيله يدخل في ذمة المدين ويتقاسمه مع الدائن المباشر للدعوى باقى الدائنين، وفقاً لقاعدة قسمة الغرماء، وقد يصل الأمر إلى ألا يحصل هذا الدائن ولو على بعض حقه، إذا كان بين باقى الدائنين دائن ممتاز يستغرق الوفاء بحقه جميع أموال المدين .

وإذا كان هذا هو أثر الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الدائن الذى

يتولاها، فإن هذا الدائن كثيراً ما يحارل تفادى هذا الأثر بأن يتخذ بجانب إجراءات رفع الدعوى إجراءات التنفيذ على الحق الذى يحافظ عليه، وبذلك يستطيع الدائن التخلص من مزاحمة باقى الدائنين، إلا إذا تنبهوا إلى عمله وبادروا إلى الإشتراك فى إجراءات التنفيذ، فإنهم يقتسمون معه ثمن بيع هذا الحق قسمة غرماء.

المبحث الثالث

الدعوى المباشرة

(٢٧) مقارنة الدعوى المباشرة بالدعوى غير المباشرة :

رأينا فيما تقدم أن الدائن فى استعماله للدعوى غير المباشرة يمارس حق المدين باسم هذا الأخير ونيابة عنه، ولذا يظل الحق ثابتاً للمدين. له أن يتصرف فيه، وأن يتصالح عليه، كما أن للخصم أن يوقى به رأساً للمدين. كذلك لا يستأثر الدائن بالحق الذى حافظ عليه، بل يشاركه فيه غيره من الدائنين، مما قد يؤدي إلى حصوله فقط على بعض حقه، أو إلى عدم حصوله على شيء منه، وفقاً للظروف.

وإذا كان هذا هو شأن الدعوى غير المباشرة، فقد يرى المشرع فى بعض الحالات أن يوفر للدائن حماية خاصة بأن يمنحه بجانب الدعوى غير المباشرة دعوى مباشرة *Action directe* قبل مدين مدينه. وهذه الدعوى، كما يدل عليها اسمها، يرفعها الدائن باسمه شخصياً لا باسم مدينه، ليستأدى من مدين مدينه ما يجب على الأخير أن يؤديه للمدين ويترتب على هذا الوضع عكس النتائج التى لمسناها فى الدعوى غير المباشرة فيمتنع على المدين أن يتصرف فى حقه قبل مدينه، ويمتنع على

مدين المدين من وقت انذاره أن يوفى بهذا الحق لغير الدائن، ويمتنع على باقى الدائنين أن يشاركوا الدائن فيما تسفر عنه هذه الدعوى، لأن الحق الذى يطلب به لا يرد إلى ذمة المدين حتى يتزاحم سائر الدائنين، وبذلك يصبح هذا الدائن فى مركز ممتاز بالنسبة إلى غيره من الدائنين.

على أنه لكى يستوفى الدائن حقه من مدين المدين، لا يكفى أن يكون هذا الحق خالياً من النزاع، بل يجب أن يكون مستحق الأداء، هذا مع ملاحظة أن الدائن فى رجوعه على مدين المدين لا يستطيع أن يطلب بأكثر مما له فى ذمة المدين، أى لا شأن له بما زاد فى ذمة مدين المدين عن ذلك، وأن تبين العكس بأن كان دينه أكبر مما على مدين المدين رجع بالفرق على المدين.

(٢٨) منهج البحث :

لن نتعرض بإسهاب لأحكام الدعوى المباشرة، لأن مكانها الطبيعى، باعتبارها وسيلة يتقى بها الدائن خطر إفسار المدين، هو نظرية التأمينات، وعلى ذلك سنكتفى باستعراض حالات هذه الدعوى مع الإشارة إلى الآراء المختلفة التى سيقى فى بيان طبيعتها.

المطلب الأول

حالات الدعوى المباشرة

(٢٩) حالات الدعوى المباشرة فى القانون المصرى :

لم يعرض المشرع المصرى، سواء فى التقنين السابق أو الحالى، للدعوى المباشرة بنص عام، بل اكتفى بتقريرها فى حالات معينة وردت فى شأنها

نصوص خاصة، وسنشير فيما يلي إلى هذه الحالات، دون أن ندخل في تفاصيلها لعدم تعلقها مباشرة بموضوع بحثنا.

(٢٠) علاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن؛

تنص المادة ٥٩٦ على أنه ١- يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذر المؤجر. ٢- ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلي، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الانذار وفقاً للعرف أو لاتفاق ثابت تم وقت الإيجار من الباطن. وظاهر من هذا النص أن المشرع منح المؤجر دعوى مباشرة قبل المستأجر من الباطن فيما يتعلق بدين الأجرة الذي أنشأه الإيجار من الباطن في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي. فالمستأجر من الباطن يلتزم بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي من الأجرة (في حدود ما يلتزم به الأخير قبل المؤجر) من وقت انذار المؤجر له وذلك عن المدة التي تلي الانذار. فإذا وفاها بالرغم من الانذار للمستأجر الأصلي، فلا يعتبر هذا الوفاء صحيحاً ولا يحتج به في مواجهة المؤجر. وإذا كان قد عجل شيئاً منها قبل الانذار فإن هذا الوفاء لا يعتبر كذلك حجة على المؤجر إلا إذا كان قد جرى به العرف، أو تم تنفيذاً لاتفاق ثابت التاريخ وقت الإيجار من الباطن.

أى أنه بموجب الدعوى المباشرة أصبح للمؤجر حقاً مباشراً قبل المستأجر من الباطن لا يزاحمه فيه باقى دائنى المستأجر الأصلي، كما أن له بموجب هذا الحق المباشر أى يحجز حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المستأجر من الباطن.

(٢١) علاقة المقاول من الباطن والعمال مع رب العمل :

تنص المادة ٦٦٢ على أنه ١- يكون للمقاولين من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل. ٢- ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي إمتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه. ويجوز أداء هذه المبالغ اليهم مباشرة. ٣- وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة، مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل.

ويتضح من هذا النص أن للمقاول من الباطن ولعمال المقاول الأصلي دعوى مباشرة قبل رب العمل يطالبون بمقتضاها هذا الأخير بما في ذمته للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، وذلك في حدود ما لهم قبل المقاول الأصلي. ونظراً لتعدد الدائنين في هذه الحالة فإن كلاً منهم يتقاضى من رب العمل وهو مدين مدينهم، بنسبة ما لا من حق قبل المقاول الأصلي، وذلك بفرض أن الثابت في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي لا يكفي للوفاء بكامل حقوقهم.

ونفس الدعوى قررت على النحو السالف لعمال المقاول من الباطن ضد المقاول الأصلي (مدين المدين) وقبل رب العمل (مدين مدين المدين).

هذا وقد منح المشرع لعمال المقاول الأصلي وعمال المقاول من الباطن وللمقاولين من الباطن - بجانب الدعوى المباشرة - حق امتياز وقت توقيع

الحجز منهم تحت يد رب العمل أو تحت يد المقاول الأصلي، بنسبة حق كل منهم، ليتقدموا به على سائر دائنى المدين المحجوز عليه، بل لهم بهذا الإمتياز أن يتقدموا على من تنازل له المدين المحجوز عليه من حقه قبل المحجوز لديه، ولو كان هذا التنازل سابقاً على الحجز.

(٢٢) علاقة الموكل بنائب الوكيل :

تنص المادة ٧٠٨ على أنه ١- إذا أُناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسؤولية. ٢- أما إذا رخص للوكيل فى إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطئه فى اختيار نائبه، أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات. ٣- ويجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر.

ويتبين من هذا النص أنه سواء رخص الموكل للوكيل فى إقامة نائب عنه أم لا، فإن عقد الوكالة من الباطن ما بين الوكيل ونائبه، يرتب دعوى مباشرة للموكل ضد نائب الوكيل، يستطيع الموكل بموجبها أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل، بل ويكون الوكيل متضامناً مع نائبه فى المسؤولية، كما يرتب لنائب الوكيل كذلك دعوى مباشرة قبل الموكل.

(٢٣) العلاقة بين المضرور والمؤمن :

إذا كان المقصود بنظام التأمين هو تغطية المسؤولية المدنية للمؤمن له، فإنه يقصد به كذلك حماية المضرور من خطر إعسار المؤمن له، وهذا الفرض الأخير لن يتحقق إلا إذا منح المضرور دعوى مباشرة يستطيع بها الرجوع على المؤمن، فيتفادى بها مزاحمة باقى دائنى المؤمن له.

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي ينص في المادة ٨٣٢ منه على أنه «لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المصاب مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه، ما دام المصاب لم يعرض بما لا يجاوز هذا المبلغ عن الأضرار التي نشأت عنها مسئولية المؤمن له». وقد قصد بهذا النص، كما هو ظاهر، وضع مبدأ عام يقرر دعوى مباشرة للمضرور قبل المؤمن في حدود مبلغ التأمين، ولكن هذا النص حذف، وترك الأمر لتشريع خاص يصدر فيما بعد، وحتى هذا التشريع لن يكون للمضرور إلا الرجوع بالدعوى غير المباشرة على المؤمن وفقاً للقواعد العامة.

على أن المشرع قرر في حالتين دعوى مباشرة للمضرور قبل المؤمن :

الأولى: خاصة بالتأمين على حوادث العمل، إذ نصت المادة ٩ من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠ (وقد حل محل القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) على أنه «إذا كان صاحب العمل مؤمناً على حوادث العمل، جاز للعامل أن يطالب بحقوقه رب العمل والمؤمن لديه متضامنين، (وقد فرض القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢ التأمين الإلزامي على أصحاب الأعمال)، وعلى ذلك يكون للعامل أن يرجع بدعوى مباشرة على المؤمن، يطالبه بالتعويض المقرر له في القانون بحسب جسامه الإصابة.

الثانية: خاصة بالتأمين الإلزامي على المسئولية الناشئة من حوادث السيارات، إذ نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ على أنه «يلتزم المؤمن بتغطية المسئولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن أية إصابة بدنية تلحق أي شخص من حوادث السيارة إذا وقعت في جمهورية مصر، وذلك في الأحوال المنصوص عليها في المادة ٦ من القانون رقم

٤٤٩ لسنة ١٩٥٥، ويكون إلتزام المؤمن بقيمة ما يحكم به قضائياً من تعويض مهما بلغت قيمته، ويؤدى المؤمن مبلغ التعويض إلى صاحب الحق فيه. وتخضع دعوى المضرور قبل المؤمن للتقادم المنصوص عليه فى المادة ٧٥٢ من القانون المدنى،. وظاهر من هذه المادة أن المشرع قرر للمضرور فى حادث سيارة، دعوى مباشرة قبل المؤمن، مع النص على أن إلتزام المؤمن يتناول كامل التعويض الذى يقضى به للمضرور مهما بلغت قيمته والتأمين وفقاً لنص المادة ٦ من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ يكون فى السيارة الخاصة (والموتوسيكل) الخاص لصالح الغير دون الركاب. ولباقى أنواع السيارات يكون لصالح الغير والركاب دون عمالها، مع ملاحظة ما جاء فى المادة السابعة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ من أنه لا يلتزم المؤمن بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن أية اصابة بدنية تلحق زوج قائد السيارة وأبويه وأبنائه وقت الحادث إذا كانوا من غير ركابها أياً كانت السيارة. أو كانوا من الركاب فى حالة السيارة الأجرة أو السيارة تحت الطلب،.

المطلب الثانى

طبيعة الدعوى غير المباشرة

(٢٤) الخصيصة المشتركة بين الحالات السابقة :

إذا حللنا جميع الحالات السابقة التى قرر فيها المشرع للدائن دعوى مباشرة قبل مدين مدينه، نجد أنه فى كل من هذه الحالات كان السبب فى وجود حق المدين فى ذمة مدين المدين، منفعة قدمها الدائن للمدين أو خسارة تحملها، ففى علاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن نجد أن سبب الدين

الذى فى ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي، المنفعة التى قدمها المؤجر إلى هذا الأخير وهى تأجير العين له: وفى علاقة المقاول من الباطن والعمال مع رب العمل، نجد أن سبب الدين الذى للمقاول الأصلي، فى ذمة رب العمل، المنفعة التى قدمها المقاول من الباطن والعمال للمقاول الأصلي، وفى علاقة المضرور بالمؤمن، نجد أن سبب نشوء حق المؤمن له قبل المؤمن هو الخسارة التى تحملها المضرور.

وقد دعى هذا المميز الجامع لهذه الحالات، الأستاذ، لابييه، Labbé إلى إقامة الدعوى المباشرة على فكرة حق الإمتياز، إذ وفقاً لنظرية هذا الفقيه يكون للدائن حق امتياز على ما يثبت لمدينه من دين فى ذمة شخص آخر، إذا كان سبب هذا الدين فائدة قدمها لهذا المدين أو خسارة تحملها عنه، غير أنه يعاب على هذه النظرية، بالرغم من وجاهتها، مخالفتها للمبدأ العام من أنه لا امتياز بدون نص.

(٢٥) تباين الآراء فى طبيعة هذه الدعوى :

اختلفت الآراء اختلافاً بيناً فى طبيعة الدعوى المباشرة، وقد حاول كل رأى منها أن يردّها إلى إحدى النظم القانونية المعروفة كنظام الامتياز، أو حجز ما للمدين لدى الغير، أو الإنابة فى الوفاء، أو حوالة الحق. أو الإشتراط لمصلحة الغير، أو الإثراء بلا سبب، غير أن جميع هذه المحاولات لم يكتب لها النجاح. ذلك أن هذه الدعوى تستعصى بآثارها على الإندراج تحت أى نظام من هذه النظم، وهو ما يفسر قلة حالات هذه الدعوى، والحاجة إلى نص خاص لتقريرها فى كل حالة.

الفرع الثاني

الدعوى البوليصية

أو

دعوى عدم نفاذ تصرف المدين

(٣٦) تمهيد :

قد يعمد المدين، إذا ساءت حالته المالية، إلى بيع أمواله الظاهرة، كالعقارات لكي يخفي ثمنها عن دائنيه، أو يعمد، لمجرد النكاية بدائنيه إلى محاباة الغير من أقاربه وأصدقائه بأن يبيعهم ماله بثمن بخس أو يهبه إياهم، أو يجامل أحد دائنيه على حساب الآخرين، بأن يدفع له كامل دينه حتى يفلت من قاعدة قسمة الغرماء. وقد كفل المشرع للدائنين الحماية من هذه التصرفات الضارة بهم، بما قرره لهم من حق الطعن فيها بطلب عدم نفاذها في مواجهتهم، وسبيلهم إلى ذلك هي دعوى عدم نفاذ التصرف. وقد اصطلح على تسمية هذه الدعوى بالدعوى البوليصية نسبة إلى البريتور الروماني الذي أوجدها وهو «بولص»، وإن كان الغالب أن يكون شخصاً خيالياً ابتدعه بعض المحشيين.

والغرض من الدعوى البوليصية، كالغرض من الدعوى غير المباشرة، هو المحافظة على الضمان العام، ولذا يجمعها شرط واحد هو اعسار المدين، إلا أنه إذا كانت الدعوى البوليصية تهدف إلى حماية الدائن من سوء نية المدين ومحاولته تهريب أمواله من متناول يد دائنيه، فإن الدعوى غير المباشرة ترمى. كما سبق أن رأينا، إلى حماية الدائن من إهمال المدين في المحافظة على حقوقه، ولذا قد يلجأ الدائن إلى الدعوى البوليصية، فإن حكم

له بعدم نفاذ التصرف لجأ إلى الدعوى غير المباشرة لاستعمال الحق باسم مدينه .

وليس من الضروري أن ترفع الدعوى البوليصية في صورة دعوى مستقلة بل من الجائز اثارها كدفع للدعوى التي يرفعها المتصرف إليه بطلب نفاذ هذا التصرف .

هذا وقد عنى المشرع في التقنين المدني الحالي بتفصيل أحكام الدعوى البوليصية لإزالة ما اكتنفها من غموض في التقنين القديم . وإن كان القضاء قد سبقه إلى ذلك، كما استحدث المشرع تعديلات جوهرية في شروط هذه الدعوى وفيما ترتبه من آثار، على ما سيتبين فيما بعد، أخيراً أخذ المشرع بأسباب التيسير فيما يتعلق بإثبات اعسار المدين والغش والتواطؤ، على ما سيتضح في سياق البحث .

(٣٧) منهج البحث :

سنتناول في دراستنا للدعوى البوليصية بحث: أولاً: شروط الدعوى .
ثانياً: الآثار التي تترتب عليها .

المبحث الأول

شروط الدعوى البوليصية

(٣٨) النصوص القانونية :

تنص المادة ٢٣٧ على أنه ،لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه . إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه

إعسار المدين أو الزيادة في إعساره . وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية .

وتنص المادة ٢٣٨ على أنه: ١- إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشتراط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ويكفي لإعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر . ٢- أما 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 . ٣- وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين ، وعلم الخلف الأول بهذا الغش ، إن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً .

وتنص المادة ٢٣٩ على أنه : إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها .

وتنص المادة ٢٤٢ على أنه ١- إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة . ٢- وإذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلاً للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء في حق باقى الدائنين . كذلك لا يسرى في حقهم

الوفاء ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين الدائن الذي استوفى حقه.

وظاهر من هذه النصوص أن شروط الدعوى البوليصية على أنواع: منها ما يتعلق بالدائن، ومنها ما يتعلق بالتصرف المطعون فيه، ومنها ما يتعلق بالمدين، وهو ما سنبحثه تباعاً.

المطلب الأول

الشروط المتعلقة بالدائن

(٢٩) الشرط الأول: أن يكون حق الدائن مستحق الأداء:

تختلف الدعوى غير المباشرة عن الدعوى البوليصية فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في حق الدائن. فإذا كان يكتفى بالنسبة إلى الدعوى غير المباشرة أن يكون حق الدائن محققاً أى خالياً من النزاع، فإن هذا الشرط ليس بكاف لاستعمال الدعوى البوليصية، بل يتعين أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، وعلى ذلك لا يجوز لمن كان حقه معلقاً على شرط واقف أو مقترناً بأجل واقف أن يلجأ إلى هذه الدعوى. ويمكن تبرير هذا الفرق بين الدعويين بأن الدعوى البوليصية أشد خطراً وأعمق أثراً من الدعوى غير المباشرة، ذلك أنه في الدعوى غير المباشرة يقتصر الدائن على مباشرة حق المدين نيابة عنه، على حين أنه في الدعوى البوليصية يتدخل في أخص شئون المدين، فيهاجم تصرفاً به بقصد تعطيل آثارها، هذا، ولكل دائن بحق مستحق الأداء أن يستعمل الدعوى البوليصية، لا فرق في ذلك بين دائن عادي ودائن ممتاز، أو بين دائن بحق مقدر ودائن بحق غير معلوم المقدار، كالمضروب في عمل غير مشروع قبل تقدير التعويض المستحق له.

(٤٠) الشرط الثاني، أن يكون التصرف ضاراً بالدائن :

إذا كان الغرض من الدعوى البوليصية هو المحافظة على الضمان العام. فيجب بدها أن يكون تصرف المدين ضاراً بالدائن لأنه إذا لم يكن ضاراً به انعدمت مصلحته في رفع الدعوى. والتصرف لا يكون ضاراً بالدائن إلا إذا تناول مالاً للمدين إعتد عليه الدائن، في استيفاء دينه. والدائن يعتمد على مال المدين في استيفاء دينه إذا كان من الجائز التنفيذ على هذا المال، وكان موجوداً في ذمة المدين وقت نشوء حق الدائن.

وعلى ذلك لا يجوز للدائن الطعن في تصرف المدين بالدعوى البوليصية، إذا كان محله ما لا يجوز الحجز عليه كالملكية الزراعية الصغيرة مع ملاحظة أن غلة الأرض الزراعية الصغيرة، من الجائز التنفيذ عليها، ولذا يكون الطعن ممكناً في حدود ما عاد على الدائن من ضرر، أي في حدود غلة الخمسة الأقدنة التي باعها المدين. كذلك لا يجوز للدائن الطعن في تصرف مدينه إذا تعلق بحق متصل بشخصه، كما لو تنازل المدين عن حقه في الرجوع في الهبة، أو تنازل عن حقه في التعويض عن ضرر أدبى لحقه. لأنه بفرض بقاء الحق للمدين، فإن الدائن لا يستطيع استعماله لزيادة الضمان العام.

أخيراً لا يجوز للدائن الطعن في تصرف المدين ولو تناول مالاً من الجائز الحجز عليه، إذا كان هذا المال مثقلاً بحقوق عينية لغير الدائن، وكانت هذه الحقوق تستغرق قيمة هذا المال أو تزيد عليها، لانتفاء مصلحته في الطعن. ويترتب على اشتراط قيام المصلحة أن يمتنع على الدائن الإستمرار في الدعوى إذا استوفى حقه من المدين أو من المتصرف إليه. أو قام الأخير بإيداع الثمن، وهو ثمن المثل، خزانة المحكمة (م ٢٤١).

كذلك يجب أن يكون المال الذي تصرف فيه المدين موجوداً في ذمته وقت نشوء حق الدائن. أو بعبارة أخرى يجب أن يكون التصرف الذي يطعن فيه الدائن تالياً لتاريخ سنده: ويلحق الشراح عادة هذا الشرط بشرط الضرر، باعتبار أنه لا محل لتضرر الدائن من تصرف المدين إلا إذا كان المال محل التصرف موجوداً في ذمة المدين وقت نشوء حق الدائن، حتى يمكن أن يقال أن الدائن قد اعتمد على هذا المال في استيفاء دينه، وأن تصرف المدين قد أضعف ضمانه العام. وإذا كان في هذا التعليل نصيب كبير من الصحة، إلا أنه لا يمكن مع ذلك إغفال الصلة الموجودة بين شرط أسبقية وجود حق الدائن على التصرف المطعون فيه، وبين شرط الغش في جانب المدين، بل أنه يمكن اعتبار شرط أسبقية وجود حق الدائن، عنصراً من عناصر شرط الغش في جانب المدين. وعلى ذلك يجوز للدائن أن يطعن في تصرف المدين ولو كان سابقاً على نشوء حقه. إذا كان المدين قد عقد هذا التصرف بقصد الأضرار بحق هذا الدائن المستقبل، كما لو باع المدين بعض ماله أو وهبه في وقت يسعى فيه لعقد قرض، لأن تمام البيع أو الهبة قبل القرض قصد به إبعاد المال المتصرف فيه عن متناول يد المقرض. ومن الشراح من يخول الدائن حق الطعن في تصرف المدين السابق على وجود حقه، إذا كان هذا التصرف قد صاحبه الغش في جانب المدين، ولو لم يقصد بهذا الغش الإضرار بهذا الدائن اللاحق بالذات، بل الإضرار بالدائنين اللاحقين على وجه العموم.

وتطبيقاً لهذا الحكم يجوز لدائن بحق متنازع فيه، أن يطعن في تصرف المدين الصادر أثناء نظر الدعوى بالحق، إذا كان الغرض من هذا التصرف هو التهرب من تنفيذ الحكم المتوقع صدوره لصالح الدائن.

غير أن الاستدراك السابق لا يمنع من أن الأصل هو وجوب أن يكون حق الدائن سابقاً في الوجود على تاريخ التصرف. والعبرة هي بتاريخ وجود الحق لا بتاريخ استحقاقه، فالحق يكفي أن يكون موجوداً قبل التصرف لكي يكون للدائن الطعن بالدعوى البوليصية عند استحقاق أدائه، وعلى ذلك يجوز لمن كان دائناً وقت التصرف بحق مطلق على شرط واقف أو مقترن بأجل واقف، أن يلجأ إلى هذه الدعوى عندما يتحقق الشرط أو يحل الأجل.

وإذا كانت العبرة بالنسبة إلى حق الدائن هي بتاريخ وجوده السابق على التصرف المطعون فيه، فإن العبرة كذلك بالنسبة إلى هذا التصرف هي بتاريخ صدوره لا بتاريخ شهره إذا كان من التصرفات الواجبة الشهر. وعلى ذلك إذا تصرف المدين بالبيع في بعض ماله قبل نشوء حق الدائن، امتنع على هذا الأخير الطعن في البيع بالدعوى البوليصية، ولو تم تسجيل البيع بعد ثبوت حقه.

(٤١) كيفية إثبات وجود حق الدائن قبل تصرف المدين،

يقع عبء إثبات وجود حق الدائن قبل تصرف المدين على الدائن الطاعن، وفقاً للقواعد العامة، ولكن هل يشترط في سند الدائن أن يكون له تاريخ ثابت؟ لم يرد في التقنين المدني المصري ما يفيد وجود هذا الشرط، بل بالعكس جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما ينفيه.

وإذا كان لا يشترط في القانون المصري أن يكون سند الدائن ثابت التاريخ فلا يشترط كذلك في التصرف المطعون فيه أن يكون له تاريخ ثابت، خاصة أن الدائن لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا التاريخ قبل ثبوت توافر شروط الدعوى البوليصية.

وبناء على ذلك يكون تاريخ سند الدائن حجة على المتصرف إليه. وإن

كان يجوز لهذا الأخير، إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، أن يقيم الدليل على أنه قد قدم بالتواطؤ مع المدين للإضرار به . كذلك يكون تاريخ تصرف المدين حجة على الدائن، وإن كان للدائن، إذا كان هذا التاريخ عرفياً، أن يثبت أنه قدم عمداً لحرمانه من الطعن في التصرف بالدعوى البوليصية . وإثبات عدم صحة التاريخ العرفي لسند الدائن أو لتصرف المدين يكون بكافة طرق الإثبات.

(٤٢) صور خاصة للتصرف الضار،

قد يلجأ المدين إلى الإضرار ببعض دائنيه، بأن يوفر لأحد الدائنين سبباً من أسباب التقدم لم يكن له وقت نشوء دينه، وأن يوفيه حقه دون غيره من الدائنين . وقد عالج المشرع المصري في المادة ٢٤٢ هاتين الحالتين باعتبار أن تصرف المدين فيهما يعتبر تصرفاً ضاراً بفريق من الدائنين، لما يستتبعه من إفتقاره بالنسبة إليهم .

وتوفير سبب من أسباب التقدم لأحد الدائنين قد يتمثل في تقرير المدين رهناً رسمياً أو رهن حيازة لهذا الدائن على مال من أمواله . وإذا تم تقرير هذا الضمان الخاص جزاء مقابل حصل عليه المدين . بأن مد الدائن له في أجل الدين، أو منحه أجلاً جديداً، أو حط عنه جزءاً من الدين، اعتبر التصرف من قبيل المعاوضات، ولزم للطعن فيه بالدعوى البوليصية من جانب باقى الدائنين، إثبات غش كل من المدين والدائن المتصرف إليه، أما إذا تم تقرير هذا الضمان بلا مقابل، فإنه يعتبر من أعمال التبرعات، ولا يلزم إثبات الغش . وحكم هذا التصرف إذا طعن فيه بالدعوى البوليصية هو حرمان الدائن المتصرف إليه من الميزة التي كان يبغيتها من وراء هذا الضمان الخاص، ألا وهي التقدم على غيره من الدائنين (١/٢٤٢) .

هذه هي الصورة الأولى من الصور الخاصة للتصرف الضار، أما الصورة الثانية فهي إيثار المدين المعسر أحد الدائنين بوفائه حقه دون الباقيين وقد كان الفقه في ظل التقنين المدني السابق، ولا يزال حتى الآن في القانون الفرنسي، يفرق بين ما إذا كان الوفاء قد تم بدين مستحق وبين ما إذا كان قد تم بدين لم يحل أجله بعد. ففي الحالة الأولى يعتبر تصرف المدين تصرف سليماً لا مطعن عليه لأن المدين لم يفعل أكثر من الوفاء بدين واجب الأداء، والدائن الموفى له، لم يفعل أكثر من استيفاء حقه الذي حل أجله. أما في الحالة الثانية، وفيها تم الوفاء قبل حلول الأجل، فكان يجوز لباقي الدائنين الطعن فيه بالدعوى البوليصية بشرط إثبات غش المدين والدائن الموفى له.

غير أن المشرع المصري رأى عند وضع التقنين المدني الحالي توفير كامل الحماية للدائنين فعدل من هذه الأحكام، بأن أباح الطعن بالدعوى البوليصية في الوفاء الحاصل من المدين المعسر لأحد دائنيه، سواء تم هذا الوفاء بدين يستحق الأداء أم بدين مؤجل، إلا أنه أنزل الوفاء بالدين الحال منزلة المعاوضات فاستلزم إثبات التواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه، على حين أعطى الوفاء بالدين المؤجل حكم التبرعات، فأجاز الطعن فيه ولو انتفى غش المدين وتواطؤ الدائن (م ٢/٢٤٢). وعلى هذا النحو يتعين على الموفى له رد ما استوفاه، والخضوع مع باقي الدائنين لقاعدة قسمة الغرماء.

المطلب الثاني

الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه

(٤٣) بيان هذه الشروط :

يشترط في عمل المدين الذي يطعن فيه الدائن بالدعوى البوليصة: أولاً: أن يكون تصرفاً قانونياً. ثانياً: أن يكون تصرفاً مفقراً. ثالثاً: أن يؤدي إلى اعسار المدين أو الزيادة في اعساره.

١- أن يكون عمل المدين تصرفاً قانونياً

(٤٤) عدم جواز الطعن في الأعمال المادية :

ليست جميع الأعمال الصادرة من المدين، والتي تؤدي إلى اعساره أو الزيادة في اعساره، مما يجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصة، بل يشترط في هذا العمل أن يكون تصرفاً قانونياً، فإن لم يكن كذلك، بأن كان عملاً مادياً، امتنع على الدائن الطعن فيه، فمثلاً إذا أتى المدين عملاً غير مشروع، عن قصد أو عن إهمال، تسبب عنه التزامه بالتعويض. مما أدى إلى اعساره، فلا يجوز مع ذلك للدائن أن يطعن في هذا العمل. لأنه عمل مادي. ولكن إذا إتفق المدين مع المضرور على مبلغ التعويض. فإن هذا الاتفاق يعتبر تصرفاً قانونياً، يجوز للدائن الطعن فيه، لأنه يتضمن من جانب المدين التسليم بنشوء الإلتزام بالتعويض في ذمته.

كذلك قد يضع الغير يده على عين مملوكة للمدين، ويهمل هذا الأخير في المطالبة بها بدعوى الإستحقاق، حتى يتملكها واضع اليد بالتقادم. فهنا لا سبيل إلى الدائن في الطعن في هذا العمل السلبي من جانب المدين بالدعوى البوليصة، لأنه عمل مادي. ولكن يجوز للدائن قبل تمام مدة التقادم أن يستعمل حق المدين في قطع التقادم بالدعوى غير المباشرة.

(٤٥) جواز الطعن في مختلف التصرفات القانونية :

يكفى أن يكون العمل الصادر من المدين تصرفاً قانونياً، حتى يستطيع الدائن أن يطعن فيه بالدعوى البوليصة (إذا توافرت باقي الشروط) سواء كان العمل تصرفاً صادراً من جانبين كبيع أو هبة، أو تصرفاً صادراً من جانب واحد كالإبراء والتنازل عن الحق العيني ورد الوصية، وسواء كان التصرف من المعاوضات كالمقايضة والقسمة، أم كان من التبرعات كالهبة.

(٤٦) صورة خاصة لطعن في القسمة :

كثيراً ما يستغل المدين عقد القسمة للإضرار بدائنيه، بأن يتواطأ مع باقي المتقاسمين على أن يفرز لنفسه نصيباً أقل من حصته الشائعة، وطبيعي أنه إذا تمت القسمة على هذا الوجه أن يكون للدائن الطعن فيها بالدعوى البوليصة. غير أنه لما كانت القسمة تتطلب عادة إجراءات طويلة معقدة وتمس مصالح أطراف متعددين، فقد رأى المشرع أن يمكن الدائن من اتقاء الضرر قبل وقوعه، فبدلاً من انتظار تمام القسمة ثم الطعن فيها وإعادة إجراءاتها، أجاز للدائن أن يتدخل فيها ليرقب مسلك المدين فيها، وهو ما نصت عليه المادة ٨٤٢ بقولها ١- لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء، ويترتب عليها الزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات. وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم. ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة. ٢- أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش.

وظاهر من هذا النص أنه إذا عارض الدائن في تمام القسمة بغير تدخله،

وأهمل الشركاء مع ذلك إدخاله، فإن القسمة لا تنفذ في حقه ولو لم يداخلها الغش، وذلك على خلاف الوضع العادى فى الطعن بالدعوى البوليصية فى أعمال المعاوضات.

(٤٧) الطعن فى الأحكام الصادرة ضد المدين :

كما يجوز للدائن الطعن فى تصرفات المدين، يجوز له الطعن فى الأحكام الانتهائية الصادرة ضد المدين عن طريق التماس إعادة النظر الذى نصت عليه المادة ٨/٢٤١ من قانون المرافعات الجديد، وقد جاء فيها أن للخصوم أن يلمسوا إعادة النظر فى الأحكام الصادرة بصفة انتهائية فى الأحوال الآتية: «لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو اهماله الجسيم».

٢- أن يكون التصرف مفقراً

(٤٨) المقصود بالتصرف المفقّر:

يذهب الفقه التقليدى، متأثراً فى ذلك بأحكام القانون الرومانى فى شأن الدعوى البوليصية إلى أن تصرف المدين لا يعتبر مفقراً إلا إذا كان من شأنه انقاص حقوقه، كأن يتصرف المدين فى عين مملوكة له بالهبة أو بالبيع، لأن من شأن الهبة خروج العين من ذمته دون مقابل، كما أن من شأن البيع خروجها فى مقابل نقدى من السهل اخفائه عن الدائنين أو كأن يتصرف المدين فى حق شخصى له، بالإبراء أو بالبيع عن طريق الحوالة.

وهذا التحديد للمقصود بالتصرف المفقّر كان معمولاً به فى ظل التقنين المدنى السابق، كما هو معمول به الآن فى القانون الفرنسى. ويترتب على هذا التحديد أنه إذا لمن يكن من شأن التصرف انقاص حقوق المدين فلا

يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصة ولو أدى هذا التصرف إلى زيادة في التزاماته كما لو اقترض المدين، أو اشترى عيناً بثمن يزيد كثيراً عن قيمتها، أو تعهد بالإنفاق على شخص لا تلزمه نفقته قانوناً.

وقد تبه المشرع المصري عند وضع التقنين المدني الحالي إلى خطأ التصوير التقليدي للتصرف المفقور، فنص صراحة في المادة ٢٣٧ على جواز الطعن بالدعوى البوليصة في كل تصرف يأتيه المدين إذا أدى إلى اعساره أو الزيادة في إعساره، سواء كان ذلك التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته.

(٤٩) امتناع المدين عن زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته :

لا يدخل في معنى المحافظة على الضمان العام، وهو علة تقرير الدعوى البوليصة، الطعن في تصرفات المدين التي من شأنها امتناع زيادة حقوق أو انقاص التزاماته، وهذه قاعدة تقليدية ترجع إلى عهد القانون الروماني. فلو رفض المدين هبة عرضت عليه فلا يجوز لدائنه الطعن في هذا الرفض، أولاً لأنه ليس عملاً مفقوراً يؤدي إلى اضعاف الضمان العام الذي اعتمد عليه الدائنون وقت نشوء حقوقهم، وثانياً لأنه حتى لو أجاز هذا الطعن فلن يفيد منه الدائنون، إذ ليس لهم قبول الهبة عن المدين، لأن القبول رخصة للمدين لا يستطيع الدائن أن يباشرها نيابة عنه.

وقد كان من مقتضى الحكم السالف أنه لا يجوز للدائن الطعن بالدعوى البوليصة في نزول المدين عن حقه في التمسك بالتقادم، سواء كما تقادماً مكسباً أو مسقطاً، لأن مضي المدة وحده لا يؤدي إلى اكتساب أو إسقاط الحق، حتى يقال أن نزول المدين قد أنقص حقوقه أو زاد في التزاماته، بل لا بد من التمسك بالتقادم لاكتساب الحق أو إسقاط الالتزام، فإن رفض المدين التمسك به، انتهى عمله إلى امتناع زيادة حقوقه أو نقص التزاماته وليس

ذلك بالنصرف المفقر غير أن المشرع رأى أن مثل هذا العمل من جانب المدين المعسر ظاهر العنت، ولذا قرر في المادة ٣٨٨/٢ من التقنين المدني أن النزول عن التقادم المسقط لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم. وأخذ بنفس الحكم في المادة ٩٧٣ بالنسبة إلى التقادم المكسب.

٢- أن يؤدي التصرف إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعساره

(٥٠) المقصود بالإعسار:

لا يقصد بالإعسار في الدعوى البوليسية الإعسار القانوني الذي يتطلب حكماً بشهره، بل يقصد به الإعسار الفعلي الذي يتمثل في زيادة الديون على الحقوق، ولم يبين المشرع هنا وصف الديون كما فعل عند تنظيم الإعسار القانوني، غير أن من الشراح، ويؤيدهم في ذلك ظاهر الأحكام، من يتطلب أن تكون هذه الديون مستحقة الأداء قياساً على ما جاء في المادة ٢٤٩ الخاصة بشهر الإعسار، وعلى ذلك لا يكفي مجرد نقص حقوق المدين عن ديونه لإعتباره معسراً، بل يجب أن تكون هذه الحقوق أقل من الديون المستحقة الأداء.

غير أن زيادة حقوق المدين على ديونه المستحقة الأداء لا تمنع من اعتباره معسراً في بعض الحالات، كما لو كان من العسير التنفيذ على جزء من هذه الحقوق أو كان لا يجوز الحجز على بعض منها.

(٥١) أن يكون تصرف المدين هو السبب في إعساره أو الزيادة فيه :

لا يجوز للدائن أن يطعن في تصرف المدين إذا ظل موسراً، أي ظلت أمواله كافية للوفاء بديونه، بل يشترط أن يكون من شأن هذا التصرف أن يؤدي إلى إعسار المدين أو الزيادة في هذا الإعسار، فإن لم يترتب على التصرف شيء من ذلك، فلا يجوز للدائن أن يطعن فيه، ولو حدث أن طرأ بعد التصرف ما جعل المدين معسراً.

وللدائن أن يطعن في تصرف المدين إذا أدى إلى إعساره أو الزيادة في هذا الاعسار، ولو كان التصرف من قبيل المعاوضات، لأن المدين قد يبيع عيناً له بثمن بخس، أو يبيع عيناً له لإخفاء ثمنها عن دائنيه، أو يشتري عيناً من آخر مع محاباة المشتري في الثمن.

ولكن هل يجوز للدائن أن يطعن في تصرف المدين إذا أدى هذا التصرف إلى استحالة تنفيذ حقه تنفيذاً عينياً، وإن لم يؤد إلى انقاص حقوق المدين عن ديونه؟ أو بعبارة أخرى هل يجوز مثلاً للمشتري الأول بعقد غير مسجل أن يطعن بالدعوى البوليصية في عقد المشتري الثاني المسجل؟ أو هل يجوز للموعد له ببيع العين أن يطعن في عقد البيع الصادر من الواعد لشخص آخر؟.

يميل الشراح والقضاء في فرنسا إلى اعتبار استحالة تنفيذ حق الدائن تنفيذاً عينياً صورة من صور الاعسار في الدعوى البوليصية، على اعتبار أن حق هذا الدائن قد تركز في العين التي تصرف فيها المدين وأن من شأن هذا التصرف الإضرار به. وإذا كان من شراح القانون المصري من يميل إلى هذا الرأي إلا أننا نشك كثيراً في أن يأخذ القضاء المصري به، خاصة وأن محكمة النقض المصرية ذهبت في العديد من أحكامها إلى أن العبرة في التفاضل بين المشتري لنفس العقار بالأسبقية في التسجيل وحده، وأنه لا محل للإعتداد بتواطؤ المشتري الثاني مع البائع، بل يجب تفضيله على المشتري الأول، ما دام قد سبق هذا الأخير في تسجيل عقده.

(٥٢) إثبات الاعسار،

إنما كان الأصل أن على المدعى إثبات دعواه، أي أن على الدائن الطاعن إثبات إعسار المدين، إلا أن المشرع رأى في التقنين المدني الحالي أن يبسر على الدائن عبء الإثبات، فاكتمى منه بإثبات ما في ذمة مدينه

من ديون، فإن فعل، قامت قرينة قانونية على إفسار المدين، ولكنها قرينة غير قاطعة، يجوز للمدين نقض دلائها بإثبات أن له من الأموال ما يساوي قيمة الدين أو ما يزيد عليها (م ٢٣٩).

المطلب الثالث

الشروط المتعلقة بالمدين

(٥٣) غش المدين :

تستند الدعوى البوليسية إلى فكرة الغش والغش هو العامل النفسى الذى يدفع المدين إلى إجراء التصرف المفقر الضار بدائنيه. ويختلف هذا الغش عن التدليس المعيب للرضا فى أنه لا تصاحبه طرق احتيالية، وأنه لا يوجه إلى المتعاقد الآخر بل إلى الغير، وهو الدائن هنا، وأن الجزاء عليه هو عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن وليس ابطال العقد.

وقد اختلف الشراح فى تحديد المقصود بالغش فى الدعوى البوليسية La fraude paulienne، هل يقصد به أن يصدر التصرف من المدين عن رغبة فى الإضرار بالدائن، أم يقصد به مجرد علم المدين بما فى تصرفه من ضرر للدائن؟.

والواقع أن هذا الاختلاف فى تحديد معيار الغش اختلاف ظاهرى، لأن علم المدين بما فى تصرفه من ضرر للدائن، قرينة على توافر قصد الإضرار فى جانبه. والمسألة فى الحقيقة ليست مسألة اصطلاح يرمى به إلى تحديد معنى الغش بقدر ما هى مسألة إثبات هذا الغش، ذلك أنه إذا حددنا الغش بقصد الإضرار، والقصد مسألة نفسية باطنية، لتعذر على الدائن إقامة الدليل عليه. على حين أننا لو حددناه بالعلم بما فى التصرف من ضرر ليسرنا على الدائن سبيل الإثبات. وقد ذهب المشرع المصرى فى التقنين المدنى الحالى،

إلى أبعد من ذلك فى التيسير على الدائن، فاكتفى فى إثبات الغش أن يقيم الدائن الدليل على أن التصرف قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر (م ١/٢٣٨) فإذا أقام الدائن الدليل على ذلك، قامت قرينة قانونية على غش المدين على أن هذه القرينة ليست بقاطعة، بل يجوز للمدين أن ينفي دلالتها، بإثبات أنه رغماً عن علمه باعساره إلا أنه لم يقصد بتصرفه الإضرار بادئيه، بل قصد مثلاً توفير حاجياته الضرورية من مأكّل أو ملبس أو مسكن: أو أن التصرف الصادر منه ليس إلا تصرفاً عادياً تقتضيه صيانة تجارته أو زراعته أو صناعته، أو أنه أقدم على هذا التصرف بالرغم من علمه باعساره، لاعتقاده أن هذا التصرف لو سبب زيادة مؤقتة فى إعساره إلا أنه سينتهى به إلى رواج بضاعته وعودته إلى الميسرة.

(٥٤) التفرقة بين المعاوضات والتبرعات من حيث اشتراط الغش:

يفرق المشرع المصرى من حيث شرط الغش بين أعمال المعاوضات وأعمال التبرعات فشرط غش المدين على النحو الذى حددناه قاصر وفقاً لصريح نص المادة ١/٢٣٨ على أعمال المعاوضات كالبيع. وطبيعى أنه إذا تطلبنا لعدم نفاذ مثل هذه التصرفات الغش من جانب المدين، أن نتطلب كذلك ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية للغير حسن النية، أن يكون من صدر له التصرف عالماً بغض المدين. على أن المشرع كما يسر على الدائن إثبات غش المدين، كذلك يسر عليه إثبات علم الغير وهو من تعاقد مع المدين بهذا الغش، فاكتفى منه فى إثبات هذا العلم، بإقامة الدليل على علم من صدر له التصرف بإعسار المدين (م ١/٢٣٨)، فإذا أقام الدليل على ذلك، توافرت القرينة القانونية على علم المتصرف إليه بغش المدين، على أن هذه القرينة ليست كذلك بقاطعة، بل يجوز لمن صدر له التصرف أن يثبت أنه بالرغم من علمه باعسار المدين، إلا أنه كان حسن النية يجهل أن

المدين يقصد الإضرار بدائنيه، كما لو كان التصرف الصادر إليه من المدين تصرفاً عادياً تقتضيه أعمال مهنته .

أما إذا كان تصرف المدين تبرعاً، فإنه لا ينفذ في حق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً (م ٢/٢٣٨) وعلة هذه التفرقة بين المعاوضات والتبرعات، أنه في المعاوضة يكون التفاضل بين حق الدائن وحق المعاوض، وكلاهما ترتب حقه بمقابل. ولذلك تطلب المشرع لعدم نفاذ التصرف غش المدين وعلم من صدر له التصرف بهذا الغش، فإن ثبت حسن نية المتصرف إليه فلا موجب لتفضيل الدائن عليه. أما في التبرعات فالتفاضل يكون بين الدائن وبين المتبرع إليه، وهو شخص تلقى الحق بدون مقابل، وإذا كان من مقتضى العدالة أن دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة، وجب تفضيل الدائن وعدم نفاذ التصرف في حقه، ولو كان المتبرع إليه حسن النية. ولو كان المدين لم يرتكب غشاً.

(٥٥) خلف المتصرف إليه :

تناول المشرع حكم التصرف الصادر إلى خلف المتصرف إليه في المادة ٣/٢٣٨ فقرر أنه، وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش، إن كان المدين قد تصرف بعوض، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً.

وظاهر من هذا النص أنه يجب التفرقة فيما يتعلق بحكم التصرف الصادر إلى الخلف الثاني بين عدة فروض :

الأول: إذا كان التصرف الصادر من المدين تبرعاً، والتصرف الصادر إلى الخلف الثاني تبرعاً كذلك، فإنه لا يشترط للطعن بالدعوى البوليصية سوء نية المدين أو سوء نية الخلف الأول أو الثاني، لأن دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة كما سبق أن ذكرنا.

الثاني: إذا كان التصرف الصادر من المدين إلى الخلف الأول تبرعاً، والتصرف الصادر من الأخير إلى الخلف الثاني معاوضة، فلا يشترط غش المدين ولا علم الخلف الأول بهذا الغش، ولكن يشترط علم الخلف الثاني بأن المدين كان معسراً وقت تصرفه للخلف الأول، لأن المفاضلة في هذه الحالة ستكون بين الدائن والخلف الثاني الذي تلقى الحق بمقابل، فوجب حماية الخلف الثاني إذا كان حسن النية يجهل اعسار المدين وقت تصرفه إلى الخلف الأول.

الثالث: إذا كان التصرف الصادر من المدين إلى الخلف الأول معاوضة والتصرف الصادر من الأخير إلى الخلف الثاني تبرعاً، فإنه يشترط غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش، ولكن لا يشترط سوء نية الخلف الثاني لأنه لم يتلق الحق بمقابل.

الرابع: إذا كان التصرف الصادر من المدين معاوضة، والتصرف الصادر من الخلف الأول معاوضة كذلك، فلا يكفي أن يثبت الدائن غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش، بل يجب كذلك أن يثبت علم الخلف الثاني بغش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش. هذا ويلاحظ ما في هذا الحكم من خروج على القواعد العامة، لأنه من مقتضى هذه القواعد أنه نيس للخلف الثاني حقوقاً أكثر مما لسلفه وهو الخلف الأول، وعلى ذلك كان يجب أن يكتفى بعدم نفاذ التصرف الصادر إلى الخلف الأول في حق الدائن، حتى لا ينفذ كذلك في مواجهته التصرف الصادر منه إلى الخلف الثاني، دون

حاجة إلى اشتراط سوء نية هذا الأخير، غير أنه يمكن تبرير هذا الحكم بأن الدعوى البوليصية ليست بدعوى إبطال حتى تطبق في شأنها القواعد العامة، بل هي أقرب إلى دعوى المسؤولية، ولذا يجب توافر الخطأ، وهو سوء النية في جانب الخلف الثاني.

هذا ويدهى أنه إذا كان التصرف الصادر إلى الخلف الأول نافذاً في حق الدائن - كما لو كان هذا التصرف معاوضة والخلف الأول حسن النية - فلا يجوز الطعن في التصرف الصادر إلى الخلف الثاني.

المبحث الثاني

آثار الدعوى البوليصية

(٥٦) النصوص القانونية :

تنص المادة ٢٤٠ من التقنين المدني على أنه «متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضراراً بهم».

وتنص المادة ٢٤١ على أنه «إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه . فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل، وقام بإيداعه خزانة المحكمة».

وتنص المادة ٢٤٣ على أنه «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».

(٥٧) منهج البحث :

سنتناول في دراستنا لآثار الدعوى البوليصية بحث أولاً: آثار هذه الدعوى بالنسبة إلى الدائن. ثانياً: آثار هذه الدعوى بالنسبة إلى المتعاقدين. ثالثاً: طبيعة هذه الدعوى وتقادمها.

المطلب الأول

آثار الدعوى البوليصية بالنسبة إلى الدائن

(٥٨) عدم نفاذ التصرف في حق الدائن :

الأصل أنه إذا توافرت شروط الدعوى البوليصية تعين القضاء بعدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن. فإذا كان هذا التصرف يتضمن انقاصاً لحق من حقوق المدين، فإن هذا الحق لا يخرج من الضمان العام ويستطيع الدائن التنفيذ عليه. فمثلاً إذا قام المدين بتفريغ رهن أو ارتفاع على مال له فإن الدائن ينفذ على هذا المال باعتباره خالصاً من هذا الحق العيني الذي تقرر للغير. وإذا كان تصرف المدين بالبيع أو بالهبة، اعتبر الشيء المبيع أو الموهوب لا يزال في ضمان الدائن. وإذا كان تصرف المدين ابراء لذمة مدين له، فإن الدين يظل باقياً في ذمة مدين المدين بالنسبة إلى الدائن، ويستطيع الأخير أن يوقع عليه حجزاً للمدين لدى الغير .

ويترتب على عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن، أن المال المتصرف فيه لا يعتبر في ضمان دائني المتصرف إليه، وعلى ذلك يمتنع على هؤلاء الأخيرين أن يشاركوا دائن المتصرف في التنفيذ على هذا المال. على أن هذا الحكم يتطلب أن يكون المال المتصرف فيه لا يزال قائماً وفقاً لطبيعته في حياة المتصرف إليه، فإن لم يكن كذلك، أو كان محل لتصرف مبلغاً من النقود، أو كان التصرف ابراء لدين، فإن دائن المتصرف يتعرض لمزاحمة دائني المتصرف إليه، لأنه في مثل هذه الحالات لا يطالب بشيء

معين بالذات، بل هو ينفذ بالمبلغ المستحق على جميع أموال المتصرف إليه، وهي ضمان دائنيه.

وإذا كان تصرف المدين يتضمن انشاء التزام جديد في ذمته، كما لو اشترى عيناً أو اقترض مالاً، فأصبح مديناً بالثمن أو بمبلغ القرض، فإن المتصرف إليه وهو الدائن الجديد، لا يستطيع مزاحمة الدائن الطاعن في التنفيذ على أموال المدين، وإذا كان المدين قد وفى له بالتزامه، فإن الوفاء لا يسرى في حق الدائن الطاعن. ويتعين عليه رد ما قبضه.

وإذا كان من شأن عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن عدم الحاق الضرر به فإن من شأنه كذلك عدم افادته منه، لأنه لا يعقل أن يتمسك الدائن في نفس الوقت بعدم نفاذ التصرف فيما يرتبه من التزام على المدين، وينقله فيما ينشأه من حق له. وعلى ذلك إذا حكم بعدم نفاذ شراء المدين لعين، فإن من شأن هذا الحكم التزام البائع برد الثمن، كما أن من شأنه امتناع التنفيذ على العين المشتراة بمعرفة الدائن الطاعن. وإذا باع المدين عيناً له وفى بثمنها بعض ما عليه من ديون، واستفاد الدائن من ذلك إذ تخلص من مزاحمة بعض الدائنين، وجب عند التنفيذ على العين المبيعة إعتبارها لازالت في ضمان الدائن، مراعاة مقدار ما استفاده الدائن من تصرف المدين، واستنزاله من الثمن الذي يرسو به المزداد. أما إذا لم يترتب على تصرف المدين أية فائدة للدائن، كما إذا أخفى المدين الثمن الذي قبضه، وهو الغالب، فلا محل لمراعاة حقوق المتصرف إليه.

وبجانب التحفظ السابق في شأن عدم استفادة الدائن من تصرف المدين، يوجد تحفظ آخر مرده حسن أو سوء نية المتصرف إليه. فإذا كان التصرف هبة، وكان الموهوب له حسن النية، فإنه لا يلزم برد ثمار العين الموهوبة لأنه يتملكها بالقبض، وإذا هلكت العين في يده هلاكاً كلياً أو جزئياً، ولو بتقصيره فلا يلزم بتعويض الدائن، وإذا تصرف في العين إلى

مشتتر حسن النية، فلا يلزم إلا بقدر ما استفاده من البيع، بأن يرد فقط ما قبضه من ثمن ولو كان أقل من قيمة المبيع. أما إذا كان المتصرف إليه سىء النية، بأن كان معاوضاً أو موهوباً له سىء النية، فإنه يلزم برد ثمار العين التى قبضها، وإذا هكت العين فى يده كان مسئولاً عن هلاكها، ولو كان الهلاك بسبب أجنبى، ما دام لم يثبت أن العين لم تكن لتهلك لو ظلت فى يد المدين.

(٥٩) جواز انتقاء أثر الدعوى البوليصرية :

لما كانت العلة فى تقرير الدعوى البوليصرية هو منع ضرر تصرف المدين عن الدائن، فإنه إذا اتقى هذا الضرر أثناء نظر الدعوى أو قبل تنفيذ الحكم الصادر فيها، تعين عدم الاستمرار فى الدعوى أو وقف تنفيذ الحكم ويتحقق انتفاء الضرر وفقدان المصلحة التى كانت للدائن فى الطعن فى تصرف المدين، إذا قام المدين (وهذا نادر لأن الفرض أنه معسر) أو قام المتصرف إليه بوفاء دين الدائن. فمثلاً إذا باع المدين عيناً له، وطعن الدائن فى البيع بالدعوى البوليصرية، كان للمشتري إذا أراد الاحتفاظ بالعين المبيعة أن يوفى دين الدائن ليوقف سير الدعوى، ثم يرجع بعد ذلك بما وفاه على المدين، على أن للمشتري، إذا لم يكن قد دفع الثمن بعد، سببلاً أيسر لوقف أثر الدعوى البوليصرية وهو ايداع الثمن خزانة المحكمة بشرط أن يكون ثمن المثل (م ٢٤١). ولا يكلف المتصرف إليه بإعلان سائر دائنى المدين بهذا الإيداع، بل يكفى أن يعلن به الدائن الطاعن ولكن لباقى الدائنين إذا علموا بهذا الإيداع أن يشاركوا الدائن الطاعن فى التنفيذ على الثمن، على ما سنرى فيما يلى.

(٦٠) أثر الدعوى البوليصرية بالنسبة إلى باقى الدائنين :

تنص المادة ٢٤٠ السابقة الذكر على أنه «متى تقرر عدم نفاذ التصرف واستفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم».

ومعنى هذا النص أنه إذا بادر دائن إلى رفع الدعوى البوليصية فلا يمنع ذلك باقى الدائنين الذين إستوفوا شروط هذه الدعوى وكانت حقوقهم سابقة على التصرف المطعون فيه، من التدخل فيها. وإذا لم يتدخل أحد منهم فى الدعوى، فلا يحول ذلك، من مشاركتهم الدائن الطاعن فى التنفيذ على مال المدين الذى رد إلى ضمانهم العام بموجب حكم عدم نفاذ التصرف، بل أنه إذا كان لأحدهم وجه من وجوه الأفضلية على الدائن الطاعن، فإنه يتقدم عليه فى إستيفاء حقه.

المطلب الثانى

أثر الدعوى البوليصية بالنسبة إلى المتعاقدين

(٦١) نفاذ المتصرف فيما بين المتعاقدين ،

إذا كان من شأن الدعوى البوليصية عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن الطاعن وغيره من الدائنين الذين صدر هذا التصرف، إضراراً بهم. إلا أن ذلك لا يعنى إبطال التصرف بل يظل هذا التصرف قائماً ومرتباً لكافة آثاره فى العلاقة بين المتعاقدين، وعلى ذلك إذا كان التصرف بيعاً، فإنه يلزم المدين بكافة التزامات البائع، كما يلزم المتصرف إليه بجميع التزامات المشتري.

وللمشتري متى إستوفى دائن المتصرف حقه من ماله، أن يرجع على المدين المتصرف بدعوى الإثراء بلا سبب.

(٦٢) مركز المتصرف إليه بالنسبة إلى باقى دائني المتصرف فى الرجوع على

هذا الأخير؛

إذا كان من شأن تصرف المدين زيادة التزاماته كما فى القرض مثلاً، فإنه ليس للمقرض، وهو من ترتب على التعاقد معه إعسار المدين أو زيادة

اعساره، أن يشارك الدائنين السابقين على هذا التصرف في قسمة الغرماء، ولكن له أن يزا حم الدائن اللاحق على هذا التصرف كالمضروب من عمل غير مشروع ارتكبه المدين. وإذا علمنا أن لهذا الدائن اللاحق أن يزا حم الدائنين السابقين، تبين لنا الوضع المعقد في مركز هؤلاء الدائنين جميعاً بعضهم بالنسبة إلى بعض وهو وضع شبيه بوضع الحوالة بين حجرين.

المطلب الثالث

طبيعة الدعوى البوليصية وتقادمها

(٦٣) طبيعة الدعوى البوليصية:

يذهب الفقه التقليدي في فرنسا إلى أن الدعوى البوليصية هي دعوى مسئولية تجمع عنصرى الخطأ والضرر، إذ هناك خطأ من المدين في التصرف في مال اعتمد عليه دائنوه في استيفاء حقوقهم، وأن هذا التحليل لطبيعة الدعوى البوليصية يرجع إلى عهد القانون الرومانى الذى اعتبر هذه الدعوى كجزاء لجريمة خاصة هي جريمة غش الدائنين *Fraus creditorum* غير أن الفقه الحديث لم يلتزم أحكام المسئولية في شأن هذه الدعوى، لأنه لا فائدة من الرجوع بالتعويض على المدين لأن الفرض أنه معسر، ولذا أباح للدائن التنفيذ على المال الذى تصرف فيه المدين بطريق الغش، على اعتبار أن مثل هذا التصرف يقع باطلاً بالنسبة إلى الدائنين، أى أن الدعوى البوليصية هي دعوى مسئولية يأخذ فيها الجزاء شكل بطلان التصرف. مع ملاحظة أن البطلان هنا ليس كاملاً، بل قاصراً على أثر التصرف بالنسبة إلى الدائنين، أما بالنسبة إلى المتعاقدين فيبقى التصرف قائماً ومرتباً لكافة آثاره.

غير أنه يعترض على هذا التحليل لطبيعة الدعوى البوليصية أن قواعد المسئولية لا تتفق وأحكام هذه الدعوى، ذلك أن المسئولية تستلزم الخطأ في حين أنه يجوز الطعن بالدعوى البوليصية في تصرف المدين ولو لم يرتكب

غشاً، ولو كان من صدر له التصرف حسن النية، كما هو الشأن بالنسبة إلى أعمال التبرع. كذلك يعاب على رد هذه الدعوى إلى قواعد البطلان، عدم توافر سبب له في تصرف المدين. لأن هذا التصرف قد استجمع أركانه وشروط صحته، فضلاً عن أن طلب الإبطال يكون من حق من كان طرفاً في التصرف، لا من حق من يعتبر من الغير وهو الدائن في خصوص هذه الدعوى.

وإذا استبعدنا فكرة المسؤولية وفكرة البطلان كأساس الدعوى البوليصية لم يبق إلا إعتبارها دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين المعسر في حق دائنيه، وهذا هو الرأي الذي إنتهى إليه التقنين المدني الحالي كما يتبين من نصوصه السابقة الذكر، وهو الرأي الذي كان يدين به الفقه المصري من قبل.

(٦٤) تقادم الدعوى البوليصية :

ذكرنا فيما تقدم أن المادة ٢٤٣ من التقنين المدني تقضى في شأن تقادم الدعوى البوليصية بأن «تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بإنقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتسقط في جميع الأحوال بإنقضاء خمس عشر سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه». ومؤدى هذا النص أن الدعوى البوليصية تسقط بأقصر المدتين :

١- بمضى ثلاث سنوات تبدأ لا من تاريخ صدور التصرف ولا من تاريخ علم الدائن به، بل من تاريخ علمه بسبب عدم نفاذه في حقه، لأن الدائن قد يعلم بالتصرف ولا يعلم بما يسببه من إعسار للمدين أو بما ينطوي عليه من غش إذا كان من أعمال المعاوضات. ويترتب على ارتباط سريان هذه المدة القصيرة بعلم كل دائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه، أنه إذا سقطت الدعوى بالنسبة لأحد الدائنين إمتنع عليه مشاركة الباقيين في التنفيذ على المال محل التصرف، إذا تمسكوا بذلك في مواجهته.

٢- بمضى خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف وذلك بالنسبة إلى جميع الدائنين، ولو جهلوا بصدور التصرف أو بسبب عدم نفاذه فى حقهم.

الفرع الثالث

دعوى الصورية

(٦٥) تمهيد:

قد يلجأ المدين فى سبيل تهريب أمواله عن متناول يد دائنيه إلى التصرف فيها تصرفاً صورياً بالبيع مثلاً، والتصرف الصورى لا وجود له فى الحقيقة لأن المدين البائع لم يتخل عن ملكية المبيع، بل أنه يحتفظ فى مواجهة المشتري الظاهر بما يسمى عادة بورقة الضد *Contre-lettre* لإثبات أن التصرف الظاهر لا وجود له وأنه ليس إلا تصرفاً صورياً. وإذا لم يكن من شأن التصرف الصورى خروج المبيع من ملك المدين، فإن إفتقاره المترتب على هذا التصرف ليس إلا إفتقاراً ظاهرياً، وسبيل الدائن لإثبات الإفتقار الظاهري هو دعوى الصورية *Action en déclaration de simulation*.

ودعوى الصورية وإن كانت تتفق مع الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة فى الغرض، وهو المحافظة على الضمان العام، إلا أنها مع ذلك تتباين عنهما من وجوه عدة.

(٦٦) مقارنة دعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة وبالدعوى البوليصية:

لا يشترط للطعن بدعوى الصورية، كما سنرى، أن يكون حق الدائن مستحق الأداء أو سابقاً على التصرف المطعون فيه، كما أن أثر الدعوى لا يقتصر على الدائن الطاعن بل يفيد منه جميع الدائنين، وفى هذا تقترب

دعوى الصورية من الدعوى غير المباشرة. غير أن هذا التشابه في الأحكام لا يحجب الفارق الجوهرى بين الدعويين، ذلك أن الدعوى غير المباشرة يرفعها الدائن باسم مدينة، فى حين أنه يرفع دعوى الصورية باسمه الشخصى بإعتباره من الغير، ولذا يكون له إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات.

كذلك لا يشترط لرفع دعوى الصورية أن يكون تصرف المدين قد أدى إلى إفساره أو الزيادة فى إفساره، أو قصد به المدين الإضرار بحقوق الدائن كما فى الدعوى البوليصية.

(٦٧) منهج البحث:

سنناول فيما يتعلق ببحث دعوى الصورية دراسة:

أولاً: النظرية العامة فى الصورية ثانياً: أحكام الصورية.

المبحث الأول

النظرية العامة فى الصورية

(٦٨) التعريف بالصورية وأنواعها:

يمكن تعريف الصورية بأنها وضع ظاهرى يخفى حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين، وهى على هذا النحو تفترض وجود تصرف ظاهر وإتفاق مستتر، ويكون من شأن الإتفاق المستتر أما محو كل أثر للتصرف الظاهر وأما تعديل بعض أحكامه. ويتعين لتحقيق الصورية أن تتوافر بالأقل معاصرة ذهنية بين التصرف الظاهرة والإتفاق المستتر وإلا كنا بصدد إتفاق جدى سابق تعدلت أحكامه بإتفاق لاحق.

وإذا حللنا التعريف السابق لوجدنا أن الصورية على نوعين: صورية مطلقة Simulation absolue تمحو كل علاقة قانونية بين الطرفين، وصورية نسبية Simulation relative تخفي حقيقة هذه العلاقة.

(٦٩) الصورية المطلقة:

تتناول الصورية المطلقة العلاقة القانونية في وجودها ذلك أن التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة، كما أن الاتفاق المستتر لا يتضمن تصرفاً آخر يختلف عن التصرف الظاهر، بل يقتصر الاتفاق المستتر (ورقة الضد) على إثبات أن التصرف الظاهر تصرف صوري لا وجود له. ومن أمثلة ذلك: اتفاق المدين مع شخص آخر على أن يبيعه بعض ماله ببيعاً صورياً لبيعه عن متناول يد دائنيه، وفي هذه الحالة لا يكون للبيع الظاهر وجود، كما أن الاتفاق المستتر، وهو ورقة الضد، لا يتضمن أكثر من تقرير صورية هذا التصرف الظاهر.

(٧٠) الصورية النسبية:

تختلف الصورية المطلقة عن الصورية النسبية في أنه في الصورية الأخيرة توجد علاقة قانونية حقيقية بين المتعاقدين يقوم التصرف الصوري بإخفاء جانب منها، وهذا الجانب يتناول أما طبيعة العلاقة، وهذه هي الصورية بطريق التستر Par voie de déguisement وأما بعض شروطها أو أركانها، وهذه هي الصورية بطريق المضادة Par voie de contre-letter وأما شخصية أطرافها، وهذه هي الصورية بطريق التسخير Par voie d'interposition de personnes.

(٧١) الصورية بطريق التستر؛

يقصد بالصورية التستر إخفاء حقيقة التصرف المعقود بين الطرفين، كالهبة في صورة بيع بقصد التهرب من أحكام الرسمية، أو البيع في صورة هبة بقصد حرمان الشفيع من طلب الشفعة، أو الوصية في صورة بيع، حتى لا يعلق نفاذها فيما زاد على ثلث التركة على إقرار الورثة، أو الهبة في صورة قرض بأن يذكر المدين في سند الدين «أن القيمة دفعت له نقداً، ويكن الواقع أنه لم يتسلم شيئاً وإنما أراد التبرع بما تعهد به.

(٧٢) الصورية بطريق المضادة؛

تتناول الصورية بطريق المضادة شرطاً من شروط العقد أو ركناً من أركانه كأن يذكر في عقد بيع عقار ثمن أقل من الثمن الحقيقي هرباً من دفع جانب من رسوم التسجيل، أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقي حتى يقعد الشفيع عن طلب الشفعة، أو أن يذكر في عقد هبة سبب مشروع لها إخفاء للسبب الحقيقي غير المشروع.

وقد تنصب الصورية على تاريخ العقد فيقدم هذا التاريخ حتى يكون سابقاً على بدء مرض الموت الذي صدر فيه هذا التصرف.

(٧٣) الصورية بطريق التسخير؛

يقصد بالصورية بطريق التسخير أن يتم التصرف لحساب شخص غير الشخص المذكور في العقد، تحايلاً على حكم من أحكام القانون، وقد نص المشرع على صور لهذه الصورية في مواد متفرقة نذكر منها: ماجاء في المادة ٥٦١ من أنه «لا يجوز للقضاء ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتابة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا بإسم مستعار الحق

المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في إختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً. وما ورد في المادة ٤٧٢ من أنه «لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أما بأسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً». وما نصت عليه المادة ٤٧٩ من أنه «لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى إتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما نيط بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه في قوانين أخرى». وما قضت به المادة ٤٨٠ من أنه «لا يجوز للسامسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود اليهم في بيعها أوفى تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار».

المبحث الثاني

أحكام الصورية

(٧٤) القاعدة العامة في أثر الصورية؛

القاعدة العامة أن الصورية ليست سببا لبطلان التصرف وأنه يجب الاعتداد فقط بالإرادة الجدية الحقيقية للمتعاقدين، سواء في ذلك كانت الصورية مطلقة أم كانت نسبية.

فإذا كانت الصورية مطلقة إمتنع قيام التصرف القانوني، لأن التصرف الصوري ليس إلا تصرفا ظاهريا، كما أنه لا يخفى في نفس الوقت تصرفا حقيقيا، وإذا كانت الصورية نسبية وجب إستبعاد التصرف الظاهر وأعمال التصرف الحقيقي بشرط أن يكون مستكملا لأركانه ولشروط صحته.

وعلى ذلك إذا كان العقد هبة في صورة بيع، وجب أن تتوافر في الهبة أركانها وشروط صحتها من الناحية الموضوعية، أما ركن الشكل وهو الرسمية أو القبض إذا كان الموهوب منقولاً (م ٤٤٨) فلا داعي له، لأن الفرض أن الهبة ليست صريحة بل مستترة. كل ذلك مع ملاحظة وجوب إستكمال العقد الساتر - وهو البيع لأركانه وشروطه، وعلى ذلك إذا أبرأ البائع الظاهر المشتري من الثمن أو وهبه له في نفس العقد فإن التصرف لا يعتبر بيعاً ساتراً لهبة، بل يعتبر هبة صريحة لا تنعقد إلا إذا توافر فيها ركن الشكل.

وإذا كان التصرف وصية في صورة بيع، وجب أعمال أحكام الوصية دون البيع، وعلى ذلك لا ينفذ التصرف في حق الورثة فيما جاوز فيه ثلث التركة، وعادة يقع مثل هذا التصرف الصوري في حالة مرض الموت، فيقدم تاريخ حتى يكون سابقاً على تاريخ المرض، وبذلك تتناول الصورية أمرين هما: تاريخ التصرف وطبيعته، فإن ثبتت صورية التاريخ، أي ثبت صدور التصرف في مرض الموت، إعتبر صادراً على سبيل التبرع وأخذ أحكام الوصية (م ٩١٦).

وإذا كان التصرف بيعاً في صورة هبة بغية حرمان الشفيع من طلب الشفعة كان للأخير إثبات صورية التصرف فيثبت حقه في الشفعة. وإذا كان الغرض من الصورية التهرب من دفع جانب من رسوم تسجيل بيع العقار، بذكر ثمن يقل عن الثمن الحقيقي، كان لمصلحة الشهر العقارى اقتضاء الرسوم كاملة.

أما إذا كان الغرض من الصورية، هو إخفاء تصرف غير مشروع، فإنه يترتب على إثباتها بطلان التصرف الحقيقي لعدم مشروعيته. هذه هي

القاعدة العامة فى شأن أثر الصورية، ولننظر الآن فى أحكامها وطرق إثباتها سواء بالنسبة إلى المتعاقدين أم بالنسبة إلى الغير.

المطلب الأول

آثار الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام

(٧٥) الإعتداد بالتصرف الحقيقى دون التصرف الصورى؛

تنص المادة ٢٤٥ من التقنين المدنى على أنه «إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى، ويخلص من هذا النص أن العبرة فى تكييف العلاقة القانونية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الخلف العام. هو بالعقد الجدى الحقيقى الذى إنصرفت إليه الإرادة المشتركة للطرفين، لا بالعقد الظاهر الصورى. وعلى ذلك يجوز لكل من المتعاقدين ولخلفهما العام أن يتمسك فى مواجهة الآخر بالعقد الحقيقى، كما أن له بالتالى إثبات صورية العقد الظاهر.

(٧٦) إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين؛

يخضع إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين للقواعد العامة فى الإثبات، فإذا لم ترد قيمة الالتزام على عشرين جنيهاً جاز إثبات العقد المستتر بكافة طرق الإثبات، إلا إذا كان العقد الظاهر مكتوباً، فيتعين إثبات الصورية بالكتابة، لأن القاعدة أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الثابت كتابة إلا بالكتابة (م ٦١ من قانون الإثبات). على أن للقاعدة السابقة استثناءات أجاز فيها المشرع الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما كان يجب إثباته بالكتابة، وهذه الإستثناءات تتناول حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة، وحالة وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، وأخيراً حالة فقد السند الكتابي لسبب أجنبي (م ٦٢ و ٦٣ من قانون الإثبات).

على أن قاعدة عدم جواز نقض الثابت كتابة إلا بكتابة مثلها لا يعمل بها إذا إتخذت الصورية كوسيلة للتحايل على القانون fraude à la loi لمصلحة أحد المتعاقدين ضد مصلحة المتعاقد الآخر، بل يجوز في هذه الحالة لهذا الأخير إقامة الدليل على الصورية بكافة طرق الإثبات من ذلك أن يكون سبب الدين قمارا ويكتب في السند أنه قرض، أو أن يخفى عقد القرض ربا فاحشا، أو أن يقدم تاريخ العقد ليكون سابقا على تاريخ الحجر تفاديا لإبطاله، أو أن العقد في حقيقته هبة دفع إليها باعث غير مشروع.

وعلة جواز الإثبات بالبينة أو بالقرائن في حالة التحايل على القانون الموجه ضد مصلحة أحد المتعاقدين، هو وجود مانع يحول دون الحصول على ورقة الضد ممن تم التحايل لمصلحته، وبذا يطبق حكم المادة ٦٣ الذي يجيز الإثبات بكافة الطرق عند وجود المانع من الحصول على الدليل الكتابي.

أما إذا قصد من الإحتيال على القانون الإضرار بالغير دون المساس بمصلحة المتعاقدين، تعين على المتعاقد الذي يدعى الصورية التزام قاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بكتابة، لأنه لم يكن هناك مانع يحول دون حصوله على ورقة الضد، إذا الفرض أن الصورية وما إقترنت به من إحتيال على القانون كانت موجهة ضد الغير من المتعاقدين، وعلى ذلك إذا ادعى البائع أن الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي، وأنه قصد بالصورية أنتخلص من جانب من رسوم التسجيل، تعين عليه إثبات ذلك بالكتابة.

(٧٧) إثبات الصورية بالنسبة إلى الخلف العام؛

يخضع لخلف العام في شأن إثبات الصورية لنفس القواعد التي تسرى في شأن سلفه المتعاقد، ومادفعنا إلى تناول مركز الخلف العام على حده إلا أن التحايل على القانون قد يكون موجهاً ضد مصلحة الخلف العام بإعتباره وارثاً. وفي هذه الحالة يجوز له إثبات الصورية المقترنة بالتحايل على القانون بكافة طرق الإثبات لوجود المانع الذي يحول دون حصوله على الدليل الكتابي المثبت للصورية. وعلى ذلك إذا أفرغت وصية في صورة بيع، فلا يقبل من المتصرف إثبات صورية العقد الظاهر إلا بالكتابة، عملاً بقاعدة عدم جواز نقض الثابت كتابة إلا بكتابة، أما الوارث وقد قام بالنسبة إليه المانع من الحصول على الدليل الكتابي، فيجوز له إثبات صورية البيع وحقيقة التصرف بكافة طرق الإثبات، كذلك لا يحتج على الوارث الذي يدعى صدور التصرف من المورث في مرض موته، بالتاريخ العرفي للسند، بل له إثبات صدور التصرف في مرض الموت بجميع طرق الإثبات (م ٢/٩١٦).

المطلب الثاني

آثار الصورية بالنسبة إلى الغير

(٧٨) النصوص القانونية؛

تنص المادة ٢٤٤ على أنه ١٠- إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسن النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم.

٢- وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين، .

ودراسة هذا النص تقتضى البحث: فيمن هو الغير، وحق الغير فى التمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الظاهر، وأخيراً حكم التعارض بين مصالح الغير.

(٧٩) بيان المقصود بالغير:

يعتبر من الغير فيما يتعلق بالصورية، وفقاً لنص المادة ٢٤٤، الدائن الشخصى للمتعاقد وخلفه الخاص.

فالدائن الشخصى لكل من طرفى العقد يعتبر من الغير فى معنى الصورية، سواء كان حقه مستحق الأداء أم غير مستحق الأداء، وسواء أكان سابق على التصرف الصورى أم تالياً له، بشرط أن يكون خالياً من النزاع. وعلى ذلك إذا كان التصرف بيعاً صورياً، كان لدائن البائع أن يتمسك بحقيقة التصرف لأن من مصلحته ألا يخرج المبيع صورياً من ضمانه العام، كما أن لدائن المشتري أن يتمسك بالعقد الصورى لأن من مصلحته دخول المبيع فى ضمانه العام.

كذلك يعتبر من الغير الخلف الخاص لكل من المتعاقدين. والخلف الخاص هو من يخلف السلف فى حق عينى على شىء معين أو فى ملكية شىء معين، كالمشتري والموهوب له والدائن المرتهن والمحال بالدين إذا هو خلف خاص للمحيل فى الحق المحال به. ولا يشترط الطعن بصورية التصرف الصادر من السلف، أن يكون حق الخلف الخاص سابقاً على

التصرف الصوري، فسيان كل هذا الحق سابقاً أم لاحقاً للتصرف الصوري. فللخلف الخاص الحق دائماً في الطعن بالصورية في تصرف سلفه إذا كانت له مصلحة في ذلك: فمثلاً إذا تصرف شخص في عقار مرتين بالبيع، وكان التصرف الأول سورياً، كان للمشتري الثاني الطعن بصورية هذا التصرف ولو كان مسجلاً، حتى يتمكن من تسجيل عقده وتحقيق الأثر المترتب عليه، ولا يحول دون ذلك أن يكون عقد هذا المشتري الثاني غير ثابت التاريخ أو أن يكون تاريخه الحقيقي لاحقاً لتاريخ العقد المسجل.

ولكن هل يقتصر تحديد المقصود بالغير فيما يتعلق بالصورية على الدائن الشخصي والخلف الخاص لكل من المتعاقدين: أم ينصرف مدلول الغير إلى كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه؟ ولتوضيح أهمية هذا السؤال نسارع إلى القول بأنه إذا اعتبر الشخص من الغير كان له أن يتمسك بالعقد الحقيقي أو العقد الصوري وفقاً لمصلحته.

من الشراح من يرى أن طائفة الغير في معنى الصورية تقتصر وفقاً لنص المادة ٢٤٤ على الدائن الشخصي والخلف الخاص للمتعاقد، وأنه يترتب على هذا التحديد للمقصود بالغير وجود طوائف ثلاثة، الأولى طائفة المتعاقدين والخلف العام، والثانية طائفة الغير بالمعنى السابق، والثالثة طائفة ليست من المتعاقدين أو الخلف العام، ولا تدخل مع ذلك في طبقة الغير. ويرى هذا الفريق من الشراح أنه فيما يتعلق بهذه الطائفة الأخيرة لا يسرى في حق الأشخاص الداخليين فيها إلا التصرف الحقيقي، وأن لهم الطعن بصورية التصرف الظاهر.

ومن الشراح من يرى أنه يندرج تحت طائفة الغير كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه، بالرغم من أن المادة ٢٤٤ لم تذكر إلا

الدائن الشخصى والخلف الخاص للمتعاقد. وهذا الرأى الثانى هو السائد قضاءً وبه أخذت محكمة النقض فى العديد من أحكامها. وينبنى على هذا الرأى أن الشفيع يعتبر من الغير، ولذلك يجوز له أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة مقابل الثمن الوارد فى العقد ولو كان ثمننا سوريا يقل عن الثمن الحقيقى كما أن له أن يشفع فى البيع الصورى ولو كان فى حقيقته هبة مستترة، كذلك يعتبر المدين وفقاً لهذا الرأى من الغير بالنسبة إلى الحوالة الصورية الصادرة من الدائن، ولذا يكون له، إذا كان الدين متنازعا فيه، أن يتخلص منه بدفع الثمن والمصروفات.

(٨٠) للغير أن يتمسك بالعقد المستتر؛

الأصل هو وجود أعمال العقد المستتر لأنه العقد الحقيقى الذى إنصرفت إليه فعلاً إرادة المتعاقدين، وعلى ذلك يجوز للغير إذا كانت له مصلحة فى ذلك أن يتمسك بالعقد الحقيقى، وأن يطعن بصورة العقد الظاهرة، مستعيناً فى ذلك بطرق الإثبات كافة، دون أن يلزم بإقامة الدليل الكتابى إذا كانت القيمة تزيد على عشرة جنيهات أو كان العقد الظاهر مكتوباً، لأنه بإعتباره من الغير يستحيل عليه الحصول على دليل كتابى يثبت صورية تصرف لم يكن طرفاً فيه (م ١/٢٢٤).

وتستبين مصلحة الغير فى التمسك بالعقد المستتر فى حالات شتى، سبق أن أشرنا إليها، من ذلك: مصلحة دائن البائع فى التمسك بالإتفاق الحقيقى، إذا كانت الصورية مطلقة، حتى لا يخرج المبيع من ضمانه العام. ومصلحته إذا كانت الصورية نسبية، بأن كان التصرف هبة مستترة تمت فى شكل بيع، بأن يتمسك بحقيقة العقد، حتى يسهل عليه الطعن فيه بالدعوى البوليصية دون أن يكلف بإثبات غش المدين وعلم من صدر له التصرف بذلك.

(٨١) للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر،

كما يجوز للغير أن يتمسك بالعقد المستتر، فكذلك له أن يتمسك بالعقد الظاهرة إذا كان حسن النية (م ١/٢٤٤)، وإذا كان أساس تمسك الغير بالعقد المستتر هو إنه العقد الحقيقي الذي إتجهت إليه إرادة المتعاقدين، فإن أساس تمسكه بالعقد الظاهر هو ما يقتضيه مبدأ إستقرار المعاملات من وجوب الإطمئنان إلى الإرادة الممكن التعرف عليها، ذلك أن المتعاقدين قد خلقا مظهرا كاذبا إعتد عليه الغير في تعامله، ولذا وجب أن يسرى عليهما في علاقتهما بهذا الغير هذا العقد الظاهر.

وإذا كان أساس تمسك الغير بالعقد الظاهر هو وجوب إستقرار التعامل لزم أن يكون هذا الغير حسن النية وقت تعامله، أى يجهل وجود العقد المستتر في ذلك الوقت. وحسن النية مفروض. وعلى من يدعى العكس إثبات ما يدعيه، فإن ثبت علم الغير بالعقد المستتر وقت تعامله، إنتفت الحكمة من حمايته، ولزمه العقد المستتر - شأنه في ذلك شأن المتعاقدين - ولو كان هذا العقد غير مسجل.

هذا وقد اختلف في أثر شهر العقد المستتر على مركز الغير، أو بعبارة أخرى هل يجوز للغير أن يحتج بعدم علمه بالعقد المستتر بالرغم من شهره؟ من رأى فريق من الشراح أن العقد الحقيقي إذا أشهر لم يعد مستتراً، ولذا فلا يجوز أن يحتج الغير بجهله به. ومن رأى فريق آخر أن قرينة العلم المستفادة من شهر العقد المستتر ليست بالقرينة القاطعة، ولذا يجوز للغير أن يدفع دلالتها بانثبات جهله بالعقد المستتر وقت تعامله، بالرغم من شهره. ونحن نميل إلى الأخذ بالرأى الأول لأن المقصود بإجراءات الشهر هو قطع دابر المنازعات خاصة ماتعلق منها بمسائل حسن النية أو سوء النية.

الدائن الشخصي والخلف الخاص للمتعاقد. وهذا الرأي الثاني هو السائد قضاءً وبه أخذت محكمة النقض في العديد من أحكامها. وينبنى على هذا الرأي أن الشفيع يعتبر من الغير، ولذلك يجوز له أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة مقابل الثمن الوارد في العقد ولو كان ثمنًا صوريًا يقل عن الثمن الحقيقي كما أن له أن يشفع في البيع الصوري ولو كان في حقيقته هبة مستترة، كذلك يعتبر المدين وفقًا لهذا الرأي من الغير بالنسبة إلى الحوالة الصورية الصادرة من الدائن، ولذا يكون له، إذا كان الدين متنازعًا فيه، أن يتخلص منه بدفع الثمن والمصروفات.

(٨٠) للغير أن يتمسك بالعقد المستتر،

الأصل هو وجود أعمال العقد المستتر لأنه العقد الحقيقي الذي إنصرفت إليه فعلاً إرادة المتعاقدين، وعلى ذلك يجوز للغير إذا كانت له مصلحة في ذلك أن يتمسك بالعقد الحقيقي، وأن يطعن بصورة العقد الظاهرة، مستعيناً في ذلك بطرق الإثبات كافة، دون أن يلزم بإقامة الدليل الكتابي إذا كانت القيمة تزيد على عشرة جنيهاً أو كان العقد الظاهر مكتوباً، لأنه بإعتباره من الغير يستحيل عليه الحصول على دليل كتابي يثبت صورية تصرف لم يكن طرفاً فيه (م ١/٢٢٤).

وتستبين مصلحة الغير في التمسك بالعقد المستتر في حالات شتى، سبق أن أشرنا إليها، من ذلك: مصلحة دائن البائع في التمسك بالإتفاق الحقيقي، إذا كانت الصورية مطلقة، حتى لا يخرج المبيع من ضمانه العام. ومصلحته إذا كانت الصورية نسبية، بأن كان التصرف هبة مستترة تمت في شكل بيع، بأن يتمسك بحقيقة العقد، حتى يسهل عليه الطعن فيه بالدعوى البوليسية دون أن يكلف بإثبات غش المدين وعلم من صدر له التصرف بذلك.

(٨١) للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر،

كما يجوز للغير أن يتمسك بالعقد المستتر، فكذاك له أن يتمسك بالعقد الظاهرة إذا كان حسن النية (م ٢٤٤/١)، وإذا كان أساس تمسك الغير بالعقد المستتر هو إنه العقد الحقيقي الذي إتجهت إليه إرادة المتعاقدين، فإن أساس تمسكه بالعقد الظاهر هو ما يقتضيه مبدأ إستقرار المعاملات من وجوب الإطمئنان إلى الإرادة الممكن التعرف عليها، ذلك أن المتعاقدين قد خلقا مظهرا كاذبا إعتد عليه الغير في تعامله، ولذا وجب أن يسرى عليهما في علاقتهما بهذا الغير هذا العقد الظاهر.

وإذا كان أساس تمسك الغير بالعقد الظاهر هو وجوب إستقرار التعامل لزم أن يكون هذا الغير حسن النية وقت تعامله، أى يجهل وجود العقد المستتر في ذلك الوقت. وحسن النية مفروض. وعلى من يدعى العكس إثبات ما يدعيه، فإن ثبت علم الغير بالعقد المستتر وقت تعامله، إنتفت الحكمة من حمايته، ولزمه العقد المستتر - شأنه في ذلك شأن المتعاقدين - ولو كان هذا العقد غير مسجل.

هذا وقد إختلف في أثر شهر العقد المستتر على مركز الغير، أو بعبارة أخرى هل يجوز للغير أن يحتج بعدم علمه بالعقد المستتر بالرغم من شهره؟ من رأى فريق من الشراح أن العقد الحقيقي إذا أشهر لم يعد مستتراً، ولذا فلا يجوز أن يحتج الغير بجهله به. ومن رأى فريق آخر أن قرينة العلم المستفادة من شهر العقد المستتر ليست بالقرينة القاطعة، ولذا يجوز للغير أن يدفع دلالتها بآثبات جهله بالعقد المستتر وقت تعامله، بالرغم من شهره. ونحن نميل إلى الأخذ بالرأى الأول لأن المقصود بإجراءات الشهر هو قطع دابر المنازعات خاصة ماتعلق منها بمسائل حسن النية أو سوء النية.

وتستبين مصلحة الغير في التمسك بالعقد في صور شتى نذكر منها:
مصلحة دائن المشتري الصوري في التمسك بالعقد الظاهر حتى يدخل المبيع في ضمانه العام وحتى يستطيع إتخاذ إجراءات التنفيذ في شأنه ومصلحة المشتري من المشتري الصوري في التمسك بعقد سلفه الظاهر حتى تنقل إليه الملكية وبوجه عام مصلحة كل من تعامل مع المالك الظاهر في شأن العين كدائن مرتهن أو صاحب حق إنتفاع أو صاحب حق إرتفاق، فلهؤلاء جميعا التمسك بالعقد الظاهر بشرط توافر حسن النية في جانبهم وقت تعاملهم مع الملك الظاهر.

(٨٢) التعارض بين مصالح الغير

لما كان للغير أن يتمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الظاهر وفقا لمصلحته، فقد يحدث أن تتعارض مصالح الغير، فمثلا في الصورية المطلقة من مصلحة دائن البائع أو خلفه الخاص التمسك بالإتفاق المستتر وإثبات صورية البيع، على حين من مصلحة دائن المشتري أو خلفه الخاص التمسك بالعقد الظاهر، ولما كان من المستحيل الإعتداد بالعقدين معا وجب التوضيح بإحدى المصلحتين، وقد كانت هذه المسألة محل خلاف في التقنين المدني السابق لعدم وجود نص، فحسم المشرع هذا الخلاف في التقنين المدني الحالي بالنص على أنه «وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين، (م ٢/٢٤٤) ويترتب على هذا الحكم أنه إذا تنازع دائن البائع الصوري مع دائن المشتري الصوري وجب تفضيل هذا الأخير، وأنه إذا تنازع المشتري بعقد جدى من البائع الصوري مع المشتري بعقد جدى من المشتري الصوري، وجب تفضيل هذا الأخير ولو كان الأول سابقا في تسجيل عقده، لأن الأسبقية في التسجيل لا يعتد بها إلا إذا كان البائع واحدا.

(٨٣) عدم تقادم دعوى الصورية:

من المتفق عليه أن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم، سواء في العلاقة فيما بين المتعاقدين أم بالنسبة إلى الغير، لأن المقصود منها هو تقرير حقيقة الواقع وهو أن العقد الظاهر عقد صوري لا وجود له.

غير أن عدم تقادم دعوى الصورية لا يحول دون إنعدام فائدتها إذا كان للمدعى عليه التمسك بالتقادم المكسب أو بالتقادم المسقط، فمثلا إذا كان المقصود من رفع دعوى الصورية هو الوصول إلى الحكم ببطلان العقد المستتر، فإنه يجوز للمدعى عليه أن يدفع بتقادم دعوى البطلان وبذلك تنعدم كل فائدة مرجوة من الطعن بالصورية.

الفرع الرابع

الحق في الحبس

(٨٤) تمهيد:

يقصد بالحق في الحبس Droit.de rétention أن لكل من إلتزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء باللتزام مترتب عليه بسبب إلتزام المدين ومرتببط به (م ٢٤٦/١) أى أن الحق في الحبس يفترض وجود التزامين كل منها مترتب على الآخر ومرتببط به، سواء كان مصدر هذا الارتباط هو العمل القانونى كالعقد أو الواقعة القانونية كالإثراء بلا سبب. ففى البيع مثلا التزام كل متعاقد مرتببط باللتزام المتعاقد الآخر، ولذا فلكل من البائع والمشتري أن يحتبس مايلزمه بأدائه حتى يفى المتعاقد الآخر باللتزامه، وفى الحيازة، يلتزم الحائز برد الشيء إلى مالكة، ولكن إذا كان قد أنفق مصروفات ضرورية أو نافعة على الشيء فله أن يحتبسه حتى يستأدى

من المالك ما أنفق من هذه المصروفات، والعلّة في هذا هي ما بين التزام واضع اليد والتزام المالك من إرتباط. وفكرة الإرتباط هذه هي التي يستند إليها الدفع بعدم التنفيذ الذي يعتبر مجرد تطبيق للحق في الحبس في العقود التبادلية.

ويرجع تقرير الحق في الحبس إلى إعتبرات العدالة وحسن النية التي يجب أن تسود المعاملات، إذا مما يتنافى مع العدل ومما لا يتقبله المنطق القانوني، أن يطالب شخص بأداء ما عليه لآخر قبل أن يستوفى ماله قبل هذا الأخير.

(٨٥) منهج البحث؛

تقتضى دراسة الحق في الحبس بحث: أولاً- شروط هذا الحق. ثانياً - الآثار التي تترتب عليه. ثالثاً - طرق إنقضاء هذا الحق. رابعاً - طبيعته القانونية.

المبحث الأول

شروط الحق في الحبس

(٨٦) النص القانوني؛

تنص المادة ٢٤٦ من التقنين المدني على أنه ١- لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبطة به، أو مادام الدائن لم يقدّم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا. ٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع من رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له، إلا أن يكون الإلتزام بالرد ناشئاً عن عمل مشروع. وظاهر من هذا النص أنه يشترط لنشوء الحق

فى الحبس توافر الشروط الآتية: أولاً - وجود التزام على الحابس بأداء شىء. ثانياً - وجود حق للحابس مستحق الأداء فى ذمة المدين. ثالثاً - وجود إرتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء الشىء.

(٨٧) الشرط الأول - وجود التزام على الحابس بأداء شىء؛

الأصل أن جميع الأشياء من الممكن حبسها سواء أكانت من العقارات أم منقولات وسواء أكانت من القيميات أم من المثليات: إلا أنه يستثنى من هذا الأصل الأموال العامة، لأن فى حبسها تعطيل للمنفعة التى خصصت لها هذه الأموال كما يستثنى منه الأشياء غير القابلة للحجز كأجور الخدم والصناع والعمال ومرتببات المستخدمين فيما زاد على الحد الجائز الحجز عليه وهو الربيع (م ٣٠٩ من قانون المرافعات الجديد)، لأنه يترتب على حبسها فيما زاد على هذا الحد تفويت الغرض الذى قصدته المشرع من تقرير عدم قابليتها للحجز عليها. وبالمثل لايجوز حبس الأشياء التى قرر المشرع عدم جواز الحجز عليها إلا لإقتضاء ديون معينة. إذا كان الحبس بغرض استيفاء غير ذلك من الديون فمثلاً الكتب اللازمة لمهنة المدين وأدوات الصناعة التى يستعملها بنفسه فى عمله، لايجوز الحجز عليها إلا لإقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها أو نفقة مقررة (م ٣٠٦ مرافعات)، وعلى ذلك لايجوز حبسها إلا فى دين من هذه الديون فقط.

وليس من الضرورى أن يكون الشىء المحبوس مملوكاً للمدين، بل يجوز أن يكون مملوكاً للغير أو لنفس الدائن الحابس وعليه التزام بأدائه للمدين، فالمؤجر مثلاً وهو مالك العين المؤجرة، له حبسها عن المستأجر حتى يستوفى الأجرة.

وإذا لم يكن الشىء مملوكاً للدائن الحابس فلايشترط أن يكون حائزاً له

بنية التملك، بل قد تكون حيازته حيازة عرضية، ونص المادة ٢٤٦/٢ يتسع لمثل هذا الفرض إذ تتكلم عن حائز الشيء أو محرزه كالمستأجر مثلا إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، غاية الأمر يجب ألا يكون التزامه بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع كالسرقة أو الغصب، وعلى ذلك لا يجوز لمن سرق عينا أو اغتصبها من مالها وأنفق عليها مصروفات ضرورية أو نافعة أن يحبسها عن المالك حتى يستوفى ما هو مستحق له، لأن التزامه بالرد لم يكن مصدره مشروعاً. والعبرة في كل هذا ليس بنية الحائز بل بأصل وضع اليد، فقد يكون الحائز سىء النية، ومع ذلك يكون له الحق في الحبس إذا لم يكن قد توصل إلى وضع يده على الشيء بطريق غير مشروع. فمثلا من تكون له حيازة عرضية ثم يغير من نيته بقصد تملك الشيء: وينفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، له الحق في حبسه عن مالكة حتى يستوفى ما أنفق، لأن التزامه بالرد لم ينشأ عن عمل غير مشروع. أخيراً لا يجوز لمن كانت حيازته للشيء مجرد حيازة مادية استوجبها مقتضيات وظيفته أن يحبس عن مالكة، فمثلا لا يجوز للصراف في محل تجارى أن يحبس الخزانة المكلف بحفظها حتى يستوفى أجره.

هذا وقد يوحى نص المادة ٢٤٦ وقد جاء فيه أن لكل من التزم بأداء شيء.... قد يوحى بأن الحق في الحبس لا يقع إلا على الأشياء المادية، وهو ما عابه بعض الشراح على التقنين المدنى الحالى فوصفوه بالقصور عن مسايرة التشريعات الحديثة كالتشريع الألمانى الذى لا يلتزم النظرية التقليدية فى تصوير الحق فى الحبس، بل نزل على مقتضيات العدالة، فوسع من نطاق هذا الحق حتى شمل كافة الالتزامات أيا كان محلها غير أن مثل هذا النقد يمتنع إذا لم تأخذ كلمة «شئ» بمعناها الحرفى بل بمعنى الأداء

Préstation أيًا كان نوعه، ولو كان عملاً أو امتناعاً عن عمل، وهو ما يذهب إليه الفريق الآخر من الشراح وعلى ذلك يجوز للمقاول وهو ملتزم بعمل، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، حتى يوفى له رب العمل ماتعهد بتعجيله إليه من أجر.

(٨٨) الشرط الثاني - وجود حق للحابس مستحق الأداء في ذمة المدين؛

لما كان الغرض من الحق في الحبس هو حمل المدين على تنفيذ التزامه قبل الحابس، وجب أن يكون هذا الالتزام الأخير التزاماً مدنياً حل ميعاد الوفاء به.

وإذا تطلبنا في الالتزام أن يكون مدنياً، تعين استبعاد الالتزام الطبيعي، لأن في الحبس إجبار غير مباشر على التنفيذ، ولا جبر في تنفيذ الالتزام الطبيعي لتخلف عنصر المسؤولية فيه.

وإذا تطلبنا في الالتزام المدني أن يكون مستحق الأداء في الحال، تعين استبعاد الحبس إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف أو مضافاً إلى أجل واقف، على أنه لا يجوز أن يقاس على الأجل المشروط للتنفيذ نظراً الميسرة التي يمنحها القاضى للمدين، أو الأجل الذي يتبرغ به الدائن لمدينه، مالم يثبت هذا المدين أن الدائن يمنحه أجلاً جديداً قد أراد التنازل عن حقه في الحبس، أو كانت هذه النية مفترضة من جانب الدائن بنص خاص في القانون كنص المادة ١/٤٥٩ التي تقرر أنه إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحالة فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له، ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة. هذا مالم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع.

وطبيعي أن يشترط في حق الحابس أن يكون محقق الوجود، وعلى ذلك لا يجوز الحبس في حق متنازع عليه منازعة جدية، فلا يجوز للمودع عنده مثلا أن يحبس الوديعة حتى يستوفى من المودع تعويضا يدعى أنه يستحقه إذا كانت دعوى التعويض لم يفصل فيها بعد. ولكن لا يشترط في حق الحابس أن يكون مقدر Liquide، ولا محل للقياس هنا على المقاصة القانونية، لأن المقاصة طريق من طرق الوفاء، بها ينقضى الدينان بقدر الأقل منهما، ولذا يجب أن يكونا مقدرين، أما الحبس فهو من حقوق الضمان ولذا لا يتطلب فيه أن يكون الدين مقدرا على أن عدم اشتراط معلومية المقدار، لا يمنع من وجوب قيام الدائن بتقدير حقه في أجل معقول يحدده القضاة، أو أن يقوم القاضى بتقدير هذا الحق تقديراً مؤقتاً حتى لا تطول مدة حبس الشيء.

كذلك يشترط في حق الحابس أن يكون تاليا في الوجود أو بالأقل معاصرا لحيازته للشيء المحبوس، أى لا يجوز أن يكون سابقا على الحيازة، لأن فكرة الضمان التى يقوم عليها الحق فى الحبس، لا تتعلق بنية الطرفين بل تتوقف فقط على سبق الحيازة كواقعة مادية، فمثلا إذا تسلم صانع بموجب عقود متتالية أشياء لصنعها، فلا يجوز له أن يحبس الأشياء التى تسلمها بموجب عقد لاحق لضمان إستيفاء ما هو مستحق له بموجب عقد سابق لإنعدام الارتباط بين الالتزامين فى مثل هذه الحالة.

غير أنه لا يشترط لحبس الشيء أن يوجد تناسب بين قيمته وبين قيمة حق الحابس، بل يجوز الحبس ولو كان التفاوت بين القيمتين كبيرا، وبالمثل يجوز الحبس ولو كان الدائن قد نفذ التزامه تنفيذا جزئيا، على التفصيل الذى سيأتى فيما بعد.

(٨٩) الشرط الثالث - وجود ارتباط بين حق الحاسب وبين التزامه بأداء الشيء؛

لا يكفي لقيام الحق في الحبس أن يحوز الدائن شيئا واجب الأداء لمدينه، بل يجب أن يكون هناك ارتباط بين الالتزامين أو بعبارة أخرى أن يكون حق الحاسب قد وجد بمناسبة التزامه بالرد. ويفرق الفقه الحديث الآن بين نوعين من الارتباط وهما: الارتباط المعنوي أو القانوني *Connexité intellectuelle ou juridique* والارتباط المادي أو الموضوعي *Connexité matérielle ou objective*.

(٩٠) الارتباط المعنوي أو القانوني؛

يقوم الارتباط المعنوي إذا وجدت علاقة تبادلية بين الالتزامين، أي كان مصدر هذه العلاقة. فقد يكون مصدرها العقد التبادلي، فيكون لكل من الطرفين الإمتناع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بوفاء ماتعهد به، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ الذي يستند إلى نظرية سبب الالتزام، فمثلا في البيع يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى يدفع المشتري الثمن، كما يجوز للمشتري أن يحبس الثمن حتى ينفذ البائع التزامه بتسليم البيع، وما يصدق على البيع يصدق على غيره من العقود الملزمة للجانبين كالإجارة والمقاوله وغيرهما.

وقد تنشأ العلاقة التبادلية بمناسبة عقد ملزم لجانب واحد فمثلا في الوديعة بغير أجر يلتزم المودع عنده برد الوديعة إلى المودع، ولكن إذا كان المودع عنده قد أنفق مصروفات لحفظ الوديعة أو لحقته خسارة بسببها. فيجوز له حبس الوديعة حتى يستأدى من المودع ما هو مستحق له من مصروفات أو تعويض، ذلك أنه إذا كان التزاما لمودع في حالة المصروفات مصدره الإثراء بلا سبب، وفي حالة التعويض العمل غير المشروع، إلا أن هذا الالتزام قد نشأ بمناسبة عقد الوديعة، فتحققت العلاقة التبادلية اللازمة لقيام الحق في الحبس.

وقد توجد العلاقة التبادلية نتيجة لانحلال الرابطة التعاقدية بالفسخ أو بالبطلان، ذلك أنه إذا فسخ العقد أو أبطل تعين على كل متعاقد رد ما تسلمه بموجب العقد المنحل، وكان لكل منهما أن يحبس ما في يده لضمان تنفيذ التزام الطرف الآخر.

أخيرا قد تقوم العلاقة التبادلية غير مستندة إلى عقد قائم أو منحل، ففي الفضالة مثلا يلتزم الفضولي برد ما استولى عليه بسبب الفضالة (م ١٩٣)، ومصدر هذا الإلتزام هو القانون، كما يلتزم رب العمل برد النفقات الضرورية أو النافعة التي تحملها الفضولي ويتعويضه عما لحقه من ضرر بسبب قيامه بالعمل (م ١٩٥)، ومصدر هذا الإلتزام هو الإثراء بلا سبب، ولكن لما كان كل من الإلتزامين قد نشأ بمناسبة الإلتزام الآخر، جاز لكل طرف أن يحبس ما في يده حتى ينفذ الطرف الآخر التزامه.

(٩١) الارتباط المادي أو الموضوعي؛

يقوم هذا الارتباط على واقعة مادية هي حيازة الشيء أو إحرازه، وما قد تؤدي إليه الحيازة أو الإحراز من وجوب استيفاء الحائز أو المحرز المصروفات التي أنفقها على الشيء، أو تعويضه عن الضرر الذي أصابه بسببه. وظاهر من هذا التعريف أن الارتباط المادي أو الموضوعي يرجع إلى الشيء ذاته الذي يتعين رده *Debitum cum re junctum* دون حاجة إلى قيام رابطة أخرى بين حائز الشيء أو محرزه ومن له الحق في استرداده.

حقيقة أنه قد توجد رابطة أخرى خلاف الرابطة التي قد تنشأ بمناسبة حيازة الشيء أو إحرازه، وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك عندما تعرضنا لحق المودع عنده في حبس الوديعة حتى يستوفى ما أنفق من مصروفات أو يعرض عما لحقه من

خسارة بسبب الوديعة، إذا أن التزام المودع عنده بالرد مصدره عقد الوديعة، وفي مثل هذا الفرض وغيره من الفروض المشابهة، يتحقق الارتباط الموضوعي بجانب الارتباط القانوني الذي يستند إلى العلاقة التعاقدية.

ولم يتعرض المشرع المصري إلا لحالة واحدة من حالات الارتباط المادي، وهي الحالة الخاصة بالمصرفيات التي ينفقها الحائز أو المحرز على الشيء، إذا جاء في المادة ٢/٢٤٦ «ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له». غير أن هذا القصور في التشريع لا يمنع من إتفاق الآراء على توافر الارتباط المادي في حالة ما إذا أصاب الحائز أو المحرز ضرر بسبب الشيء.

من صور الارتباط المادي التي تعتبر تطبيقاً للحالة الأولى من حالات هذا الارتباط ما جاء في المادة ٩٤٦ من أنه «إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له أما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغرس ٢- وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الإزالة. فإذا إختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس». فوفقاً لهذا النص يلتزم المشتري برد العين المشفوع فيها إلى الشفيع، كما يلتزم الشفيع بأن يرد للمشتري مقابل البناء أو الغراس وفقاً للتفصيل الوارد في المادة المذكورة، ويكون للمشتري وفقاً لقواعد الحبس، أن يحبس العين المشفوع فيها حتى يستوفى ما هو مستحق له.

ومن صور الارتباط المادى التى تعتبر تطبيقا للحالة الثانية من حالتى هذا الارتباط ماجاء فى المادة ٩٧٧ من أنه ١- يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقد أو سرق منه، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة. ٢- فإذا كان من يوجد الشئ المسروق أو للضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشئ أن يعجل له الثمن الذى دفعه. فوفقا لهذا النص يعتبر المشتري الحسنة النية دائما بالثمن الذى دفعه، ويجوز له بالتالى، ووفقا لقواعد الارتباط المادى، حبس الشئ عن مالكه حتى يعجل له هذا الثمن.

(٩٢) أهمية التمييز بين الارتباط القانونى والارتباط المادى:

للتمييز بين نوعى الارتباط السالفى الذكر أهمية عملية تتمثل فى أمرين:
الأول - أنه فى الارتباط المادى المستند إلى مصروفات أنفقها الحائز على الشئ يحتج بالحق فى الحبس على الغير، ولو كان حق هذا الغير ثابتا قبل انقاف هذه المصروفات، أما فى غير هذه الحالة من حالتى الارتباط المادى، وكذلك فى حالة الارتباط القانونى، فلا يحتج بالحق فى الحبس على الغير الذى كسب حقه قبل ثبوت حق الحابس، وسيأتى تفصيل ذلك فى موضعه.

الثانى - أنه فى الارتباط الموضوعى أى المادى، يقتصر الحبس على الشئ ذاته الذى أنفق عليه الحابس مصروفات أو لحقه بسبب ضرر.

على حين أنه فى الارتباط القانونى يجوز للحابس، استنادا إلى العلاقة التبادلية، حبس كل ماعليه من التزامات للطرف الآخر مادامت مرتبطة بالحق الذى له فى ذمته.

وطبيعي أنه في حالة اجتماع نوعي الارتباط أن يكون للحابس أن يستند إلى أيهما شاء وفقاً لمصلحته، فمثلاً يجوز للمودع عنده، في حالة انقاف مصروفات على الوديعة، أن يستند إلى الارتباط المادي إذا أراد الاحتجاج بحقه في الحبس على الغير الذي كسب حقه على الوديعة قبل ثبوت الحق في الحبس، كما أن له أن يستند إلى الارتباط القانوني إذا أراد أن يحبس كل مافى يده للمودع ولو لم يرتبط حقه بها جميعاً ارتباطاً مادياً.

(٩٣) وجوب توافر حسن النية في استعمال الحق في الحبس؛

الأصل أنه بتوافر الشروط الثلاثة السابقة يجوز للحابس أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، غير أنه قد يحول ذلك ماقد يصاحب مباشرة هذا الحق من سوء نية، أي ماقد يصاحبه من تعسف في استعماله. فلا يجوز مثلاً للدائن أن يستعمل الحق في الحبس إذا كان بتقصيره في تنفيذ التزامه قد حمل المدين على عدم الوفاء بتعهدده، أو إذا كان هو المتسبب بغشه أو إهماله في عدم تنفيذ التزام المدين، أو إذا كان المدين قد نفذ جملة الالتزام ولم يبق منه إلا جزءاً تافهاً، أو إذا كان ما يخشاه الدائن (كالمشترى) هو تعرض غير جدى، فمثلاً مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يخول الحق في حبس الثمن حتى التحقق من خلوها من هذه التسجيلات.

كذلك لا يجوز للدائن أن يحبس ديناً لمدينه خالياً من النزاع واجب الأداء حتى يستوفى منه ديناً غير محقق الوجود، فلا يجوز للمستأجر مثلاً أن يحبس الأجره بادعاء أن المؤجر لم يحقق الانتفاع الهادىء بالعين المؤجرة، إذا كان المؤجرة ينازع في هذا الادعاء.

(٩٤) كيفية استعمال الحق في الحبس؛

لا يشترط لاستعمال الحق في الحبس عند توافر شروطه أن يقوم الدائن باعذار

المدين، وأن أفاد الإعذار في اثبات تقصير هذا الأخير، كذلك لا يشترط لقيام الحق في الحبس الحصول على ترخيص من القضاء، أخيراً ليس من اللازم أن يلجأ الدائن إلى إجراءات العرض الحقيقي، على أن العرض الحقيقي يكون لازماً إذا أراد الدائن الحصول على حكم بالزام المدين بتنفيذ التزامه بدون شرط، ذلك أنه إذا عرض الأمر على القضاء، وتعذر تحديد الالتزام الواجب التنفيذ أولاً، حكم القاضي على كل من الطرفين بإيداع ما التزم به في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث، إلا إذا كان الدائن قد لجأ إلى إجراءات العرض الحقيقي، أو تبين للقاضي أن المدين متعنت في مسلكه، فيحكم عليه بتنفيذ التزامه دون تعليق ذلك على شرط تنفيذ الدائن لتعهد.

المبحث الثاني

آثار الحق في الحبس

(٩٥) النص القانوني:

تنص المادة ٢٤٧ من التقنين المدني على أن ١- مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق إمتياز عليه. ٢- وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته. ٣- وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه وسنتناول في دراسة هذه المادة: أولاً - حقوق الحابس، ثانياً - واجباته.

المطلب الأول

حقوق الحابس

(٩٦) الامتناع عن تسليم العين:

قوام الحق في الحبس هو حق الحابس في الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس إلى مالكة أو إلى من له الحق في استرداده، والحبس في ذاته ليس طريقاً من طرق انقضاء الالتزام بل هو امتناع مؤقت عن التنفيذ حتى يستوفى الحابس حقه قبل مالك الشيء. وفي هذا يختلف عن المقاصة التي بها ينقضى الدينان بقدر الأقل منهما.

وللحابس أن يحتفظ بالشيء في يده وأن يمتنع عن تسليمه حتى يستوفى حقه كاملاً من أصل وفوائد ومصروفات، أو حتى يقوم المدين بعرض الوفاء به عرضاً حقيقياً يقبله الحابس أو يحكم نهائياً بصحته (م ٣٣٩). لأن العرض الحقيقي يقوم مقام الوفاء، وعلى ذلك لا يكفي أن يودع المدين المبلغ المستحق للحابس في خزانة المحكمة. على أنه إذا كان حق الحابس غير معلوم المقدر، جاز للمدين أن يطلب من القضاء الاذن له في إيداع مبلغ كاف على ذمة الحابس يستوفى منه حقه عند تقديره، ويكون للمدين بعد هذا الإيداع إجبار الحابس على تسليم الشيء المحبوس.

والحق في الحبس لا يقبل التجزئة Invisible مثله في ذلك مثل كافة حقوق الضمان، حتى ولو كان حق الحابس أو الدين المقابل له لا يستعصى على التجزئة. وعلى ذلك لا يجبر الحاجز في حالة الوفاء الجزئي على تسليم جزء من الشيء المحبوس، بل له الامتناع عن تسليم جملة الشيء حتى يستوفى حقه كاملاً. على أن هذه القاعدة ليست مطلقة كما نعلم، بل يحد

منها مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، بمعنى أنه يجوز للقاضي الزام الحابس بتسليم جملة الشيء إذا كان ما لم ينفذ من التزام المدين قليل الأهمية بالنسبة لباقي الالتزام.

(٩٧) الاحتجاج بالحق في الحبس عن الغير؛

يثير سريان الحبس في مواجهة غير المدين الكثير من الخلاف، ويتعين لايضاح هذا الموضوع أن نفرق بين الخلف العام والدائن العادي من ناحية، وبين الخلف الخاص من ناحية أخرى.

فبالنسبة إلى الخلف العام والدائن العادي، لامحل للشك في سريان الحبس في مواجهتهما، ذلك أنه لا يتصور أن يكون الخلف العام أو الدائن العادي (سواء أكان حقه سابقاً أم لاحقاً لنشوء حق الحائز في الحبس) أكثر مما كان للسلف أو للمدين من حقوق، هذا مع ملاحظة أنه لا يقصد بسريان الحبس في مواجهة الدائن العادي حرمان هذا الأخير من التنفيذ على الشيء المحبوس الذي يعتبر جزءاً من ضمانه العام، بل يقصد به حق الحابس في الامتناع عن تسليم الشيء للراسي عليه المزداد حتى يستوفي حقه كاملاً، وهو ما يؤدي إلى تمييز الحابس على غيره من الدائنين من الناحية الفعلية، ولو أنه من الناحية القانونية ليس له أي إمتياز على العين المحبوسة، كما سنرى فيما بعد. والحق في الحبس كما يحتج به في مواجهة الدائن العادي منفرداً، يحتج به كذلك في مواجهة جماعة الدائنين ممثلين في «السنديك»، في حالة إشهار إفلاس المدين، وتطبيقاً لذلك يجوز حبس المبيع ولو كان الثمن مؤجلاً، إذا كان حق المشتري في الأجل قد سقط بسبب شهر إفلاسه أو إعساره (م ٢/٤٥٩) بمعنى أن البائع حبس المبيع في مواجهة دائني تقليسه المشتري.

أما بالنسبة إلى الخلف الخاص، وهو من تلقى من المدين ملكية العين المحبوسة أو حقا عينيا عليها كالمشترى والدائن المرتهن وصاحب حق الانتفاع، فقد انقسم الفقهاء إلى شيع: فمنهم من يرى أن الحق في الحبس يسرى في مواجهة الخلف الخاص كالدائن المرتهن ولو كان الراهن سابقا على نشوء الحق في الحبس، وسواء في ذلك. كان الشيء المحبوس منقولاً أم عقاراً، غير أن في هذا الرأي ما يخل بالثقة الواجبة في نظام الائتمان. ومنهم من يقصر أثر الحبس على المدين وخلفه العام ودائنيه العاديين غير أن في هذا الرأي ما يفقد الحق في الحبس قيمته كحق من حقوق الضمان. أخيراً منهم ورأيهم الراجح. من يخطط لنفسه طريقاً وسطاً فيفترق بين صور الحق في الحبس على التفصيل الآتي:

إذا كان سبب الحبس إنفاق مصروفات على الشيء المحبوس، سواء في ذلك أكان الشيء من المنقولات أم من العقارات. كان للحابس أن يحتاج بحقه في الحبس في مواجهة الخلف الخاص، سواء ثبت حق هذا الأخير قبل ثبوت الحق في الحبس أم بعده، ذلك أن الحابس يعتبر دائماً بهذه المصروفات في مواجهة كل من يطالب باسترداد العين، لأن هذه المصروفات قد أفادت العين وزادت من قيمتها.

أما في غير الصورة السالفة الذكر من صور الحق في الحبس، فيفترق بين ما إذا كان حق الخلف الخاص قد ثبت قبل نشوء حق الحائز في الحبس أم بعده. فإذا كان الغير كالمشترى أو الدائن المرتهن قد قام بتسجيل عقده أو بقيد رهنه قبل ثبوت الحق في الحبس، أمتنع على الحائز حبس العين في مواجهتهما. أما إذا كان الغير قد شهر حقه بعد ثبوت حق الحائز في حبس العين، فإن أثر الحبس ينصرف إليهم، لأن في القول بغير ذلك ما ييسر على

المدين حرمان الحائز من حقه في الحبس، إذ يكفي أن يتسرف في العين بالبيع أو بالرهن أو بتقرير حق عيني آخر عليها، حتى يسلب الحائز حقه في الحبس.

هذا إذا كانت العين المحبوسة من العقارات، أما إن كانت من المنقولات وكان الحائز حسن النية (أى يجهل الحقوق التي اكتسبها الغير على الشيء)، فإن حقه في حبسها يسرى في مواجهة الغير، ولو كان حق الغير ثابتاً، قبل ثبوت الحق في الحبس، وذلك تفريعا على قاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية.

(٩٨) لا يخول الحق في الحبس امتيازاً للحابس؛

لا يعطى الحق في الحبس، في ذاته، ويوصفه وسيلة من وسائل الضمان، امتيازاً للحابس على العين المحبوسة، وفي هذا تقول المادة ٢٤٧/١ «مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه». وينبنى على ذلك أنه إذا قام الحابس بالتنفيذ على العين المحبوسة. فإنه يمتنع عليه رفض تسليمها إلى الراسى عليه المزاد، لأن في طلبه بيع العين جبراً، ما يفيد تنازله عن حقه في الحبس، أما بالنسبة إلى الثمن الذى رسا به مزاد العين، فإنه يوزع عليه وعلى سائر الدائنين وفقاً لقاعدة قسمة الغرماء.

وإذا كان هذا هو الحال إذا قام الحابس بالتنفيذ على العين المحبوسة، فإن من مصلحته البقاء على موقفه السلبى من الامتناع عن تسليم العين وحبسها بدلا من التنفيذ عليها. ذلك أنه إذا قام المدين بالتصرف في العين - والحبس لا يحول دون ذلك كان للحابس أن يمتنع عن تسليم العين إلى المتصرف إليه حتى يستوفى حقه كاملاً، وقد يضطر هذا الأخير في سبيل

الحصول على العين إلى وفاء دين الحابس، والرجوع بما دفع على المدين المتصرف وفقا للقواعد العامة. وإذا قام غير الحابس من الدائنين بالتنفيذ على العين، كان له أن يحبسها عن الراسى عليه المزداد على ماسبق أن بيننا فى البند السابق، وفى هذه الحالة سيضطر الدائنون المنفذون، حتى يكون التنفيذ مجديا، أما إلى وفاء دين الحابس، وأما إلى تخصيص جزء من الثمن الذى رسا به المزداد لقضاء هذا الدين، مما يضع الحابس من الناحية الفعلية فى مركز ممتاز بالنسبة إليهم.

المطلب الثانى

واجبات الحابس

(٩٩) المحافظة على الشىء المحبوس:

يلتزم الحابس طبقا لنص المادة ٢٤٧/٢ بالمحافظة على الشىء المحبوس وفقا لأحكام رهن الحيازة. وأحكام رهن الحيازة التى يشير إليها هذا النص هى ماجاء فى المادة ١١٠٣ من أنه إذا تسلم الدائن الشىء المرهون فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسئول عن هلاك الشىء أو تلفه مالم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لايد له فيه، والإلتزام الذى على الحابس وفقا لهذا النص هو الإلتزام ببذل عناية لا التزم بتحقيق نتيجة، والمعايير فى ذلك معيار موضوعى، ينظر فيه إلى عناية الشخص المعتاد، بصرف النظر عن عناية الحابس بشئون نفسه، أى أنه مطالب بأن يبذل فى المحافظة على الشىء المحبوس عناية الرجل المعتاد ولو كان فى شئونه الخاصة شديد العناية أو مفرط فى الإهمال.

ويترتب على ذلك أنه إذا هلك الشىء المحبوس وهو فى يد الحابس،

تحمل هذا الأخير تبعة الهلاك مالم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي، فإن أثبت ذلك تحمل الطرف الآخر تبعة الهلاك وأن كانت في الأصل على المدين بالتسليم، وقد أتى المشرع بتطبيق لذلك في عقد البيع، إذ نصت المادة ٤٦٠ على أنه «إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري مالم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع». ذلك أن الأصل أن هلاك المبيع المعين بالذات لسبب أجنبي على البائع لحين التسليم. ولكن إذا حبس البائع المبيع لتقصير المشتري في دفع الثمن انتقلت تبعة الهلاك إلى هذا الأخير.

هذا ويعتبر الدائن الحابس، لا المدين المالك، مسئولاً عما يحدثه الشيء من ضرر للغير وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، ذلك أن حراسة الشيء أي السيطرة الفعلية عليه في التوجيه وفي الرقابة، هي للأول وليست للثاني.

ويتفرع على التزام الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس، واجب آخر نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة ٣٤٧ بقولها «وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه». ذلك أن الالتزام بالمحافظة على الشيء يقتضى عدم إختزانه وإذا كان من الأشياء التي يسرع إليها الهلاك أو التلف، ولذا يتعين على الحابس نزولاً على مقتضيات هذا الالتزام أن يتخذ إجراءات بيعه بعد استئذان القاضى، دون أن يعتبر لذلك متنازلاً عن حقه في الحبس، بل ينتقل هذا الحق إلى الثمن، وفقاً لنظرية الحلول العينية. ويعين القاضى في هذه الحالة الجهة التي يودع فيها الثمن، فقد يقضى بإيداعه عند شخص ثالث أو في خزانة المحكمة أو لدى الحابس نفسه (م ١١١٩/٢).

أما إجراءات البيع التي تتبع في هذا الشأن فقد نصت عليها المادة ١١١٩ بقولها «إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن، ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر بدله، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أما بسعره فى البورصة أو السوق».

(١٠٠) تقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس،

إذا كانت العين المحبوسة تنتج ثمرة أو غلة، فإن ما تنتجه يكون من حق مالكيها، وليس للحائز إلا حبسها، فإن باعها استيفاء لحقه تعرض لمزاحمة غيره من الدائنين، ولكن إذا باعها بعد استئذان القاضى خشية ما يتعرض له من هلاك أو تلف فإن حقه فى الحبس لا يسقط بل ينتقل إلى الثمن كما هو الشأن بالنسبة لبيع العين نفسها فى مثل هذا الفرض. وعلى الحابس إذا ما استوفى حقه أن يرد العين المحبوسة، وغلتها إلى مالكيها، وعليه أن يقدم حساباً عن هذه الغلة إلى هذا الأخير. لأنه ليس للحابس، كما سبق أن ذكرنا، أن يملك هذه الغلة، وفى هذا يختلف مركز الحابس عن مركز الدائن المرتهن زهن حيازة الذى له أن يخصم ما حصل عليه من ثمار العين المرهونة من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله (م ٣/١١٠٤).

هذا وقد اختلف الشراح فيما إذا كان على الحابس التزام باستغلال العين المحبوسة، فمن رأى البعض أنه إذا كانت العين بطبيعتها تنتج غلة فعلى الحابس أن يستمر فى إستغلالها، أما فى غير هذا الفرض مثلاً فلا يلزم بإستثمارها. ومن رأى البعض الآخر أن على الحابس التزاماً باستغلال العين

مالم يمنعه المالك من ذلك، قياساً على ماورد في المادة ١/١١٠٤ في شأن الدائن المرتهن رهن حيازة من أن وعليه أن يستثمره (الشيء المرهون) استثماراً كاملاً مالم يتفق على غير ذلك. وهذا الرأي أولى بالاتباع لأن استثمار الشيء قد يملية الإلتزام بالمحافظة عليه، لأن من الأشياء مايتلف أو تنقص قيمته إذا أهمل استغلاله.

المبحث الثالث

انقضاء الحق في الحبس

(١٠١) الانقضاء التبعي والانقضاء الأصلي؛

قد ينقضى الحق في الحبس بطريق تبعي أى تبعاً لانقضاء الإلتزام المضمون به، كما قد ينقضى بطريق أصلي، أى ينقضى مستقلاً عن انقضاء هذا الإلتزام.

(١٠٢) الانقضاء التبعي أى تبعاً لانقضاء الإلتزام المضمون؛

لما كان الحق في الحبس حقاً تابعاً للإلتزام المضمون به، فإنه ينقضى تبعاً لانقضاء هذا الإلتزام، سواء في ذلك تم هذا الانقضاء بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء كالإبراء والتجديد والمقاصة... الخ. هذا مع ملاحظة أن الحق في الحبس لاينقضى بصفة تبعية إلا إذا استوفى الحابس حقه كاملاً، ذلك أن الوفاء الجزئي لاينقضى به الحق في الحبس، بل يكون للحابس أن يحتبس جميع العين حتى يستوفى الباقي له في ذمة المدين، لأن الحق في الحبس كما سبق أن قدمنا، لايقبل التجزئة، كل هذا مع مراعاة حسن النية وعدم جواز التعسف في استعمال الحق في الحبس.

هذا مع ملاحظة أن الإلتزام المضمون بالحق في الحبس، لاينقضى

بالتقادم طالما ظلت العين المحبوسة في يد الحابس، لأن بقاء العين في الحبس يعتبر اقرار ضمناً بالمدين من شأنه قطع التقادم الخاص به.

(١٠٣) الانقضاء الأصلي أي الانقضاء استقلالاً عن الالتزام المضمون:

قد ينقضى الحق في الحبس قبل انقضاء الالتزام المضمون به، أي ينقضى بطرق أصلية خاصة به، وسنبحث فيمايلي شتى هذه الطرق:

(١٠٤) أولاً: تقديم تأمين كاف للوفاء بالالتزام المضمون:

يلتزم الحابس وفقاً لنص المادة ٢٤٦/١ بتسليم العين المحبوسة إلى مالكها إذا قدم له هذا الأخير تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه، لافرق في ذلك بين أن يكون هذا التأمين شخصياً ككفالة أو عينياً كرهن: غاية الأمر يجب أن يكون هذا التأمين كافياً لضمان حق الحابس، والمسألة في ذلك تقديرية متروكة لقاضي الموضوع.

والعلة في انقضاء حق الحبس في هذه الحالة هو مايجببه حسن النية من عدم جواز التعسف في استعمال الحقوق.

على أن الحكمة من إنقضاء الحق في الحبس بهذا الطريق لا تتوافر في جميع صورته، ففي الارتباط القانوني الذي يستند إلى العقود التبادلية، أي في الدفع بعدم التنفيذ، توجد علاقة سببية بين الالتزامين، ذلك أن كل طرف لم يلتزم إلا بغرض الحصول على ماتعهد به الطرف الآخر، ولايغنى عن ذلك تقديم تأمين له، ولذا لاينقضى الدفع بعدم التنفيذ بهذا الطريق. وهذا الحكم يمكن استخلاصه من مقارنة المادة ١٦١ التي ذكرت الدفع بعدم التنفيذ بالمادة ٢٤٦ التي تناولت الحق في الحبس. إذ أغفلت المادة الأولى ذكر هذا الطريق من طرق الانقضاء، على حين أشارت إليه المادة الثانية.

(١٠٥) ثانياً: هلاك الشيء المحبوس:

من البديهيات أن ينقضى الحق في الحبس في حالة هلاك الشيء المحبوس لإنعدام المحل، وإذا كان هذا الهلاك بفعل الحابس كان مسئولاً عن تعويض المالك عنه، أما أن هلك الشيء لسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث الجبرى فإنه يهتك على مالكة، وقد طبق المشرع هذا الحكم في حالة هلاك المبيع المحبوس فقرر في المادة ٤٦٠ أنه إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له، كان الهلاك على المشتري، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع.

غير أنه قد يحدث أن يكون الشيء الهالك مؤمناً عليه، أو أن يكون انهلاك راجعاً إلى فعل الغير، فهل ينتقل الحق في الحبس إلى مبنغ التأمين أو التعويض؟ هذا هو الرأى الذى يذهب إليه غالبية الشراح أخذاً بنظرية الحلول العينية، وأن كان منهم من يرى غير ذلك على إعتبار أن الحلول العينية لا يكون إلا بنص وأنه لم يرد نص في خصوصية هذه الحالة.

(١٠٦) ثالثاً: إخلال الحابس بالالتزام بالمحافظة على العين:

إذا أخل الحابس إخلالاً جسيماً بالالتزام بالمحافظة على العين والعناية بها عناية الشخص المعتاد، كان للمالك أن يطلب من القضاء استقاط حقه في حبسها بالتطبيق لنظرية التعسف فى استعمال الحقوق.

(١٠٧) رابعاً: خروج العين من يد الحابس خروجاً إرادياً:

إذا خرج الشيء من يد الحابس برضاه وإختياره انقضى حقه فى الحبس وعلى هذا نصت المادة ١/٢٤٨ بقولها: ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه، كما لو سلم الشيء إلى المالك أو إلى خلفه الخاص فى حالة تصرف هذا الأخير فيه أو فى حالة التنفيذ عليه بمعرفة دائنيه، كذلك يعتبر الشيء قد خرج من يد الحابس خروجاً إرادياً ولو نزع

منه بمرجّب حكم قضائي، إذا كان هذا الحكم غير نافذ في مواجهته وأهمل الحابس في التمسك بحقه في الحبس أو الاعتراض على الحكم.

ومجرد خروج الشيء من يد الحابس قرينة على التخلي الاختياري، مالم يّم الحابس بنفي دالاتها بإثبات أن الشيء قد سلب أو اغتصب منه.

وإذا خرج الشيء من يد الحابس خروجاً إرادياً ثم عاد إليه فإن حقه القديم في الحبس لا يبعث من جديد إلا إذا كان الشيء قد عاد إليه لنفس السبب الذي من أجله سبق له احتباسه، أما إذا عاد إليه لسبب آخر، فليس له حبسه إلا لضمان ماعلى المدين من التزام جديد ناشىء عن هذا السبب الثانى وعادة يصادف هذا الوضع فى حالة بيع السيارات والآلات الميكانيكية التى يشترط فيها على البائع ضمان صلاحيتها للعمل مدة معينة. فإذا قام البائع بتسليم الآلة إلى المشتري قبل استيفاء الثمن سقط حقه فى حبسها لضمان هذا الالتزام، فإن رد إليه المشتري الآلة لصلاحها خلال مدة الضمان، عادة إليه الحق فى حبسها لاستيفاء الثمن، لوحدة السبب الذى من أجله عاد إليه الشيء، أما أن أسلمه المشتري الآلة لصلاحها بعد انقضاء مدة الضمان، فليس له الحق فى حبسها لضمان دين الثمن، لأنها سلمت إليه بناء على سبب آخر وهو عقد المقاوله، ولذا لا يكون له الحق حبس جديد قاصر على ضمان استيفاء أجر الإصلاحات فقط.

هذا إذا خرج الشيء من يد الحابس إرادياً، أما إذا خرج الشيء من يده خلسة أو غصبا فله أن يسترده ممن هو فى حيازته، إذا طلب ذلك فى خلال ثلاثين يوماً من وقت علمه بخروجه، وقبل إنقضاء سنة من وقت هذا الخروج، وعلى هذا نصت المادة ٢/٢٤٨ بقولها «ومع ذلك يجوز لحابس الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته، أن يطلب استرداده، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم

فيه بخروج الشيء من يده، وقبل إنقضاء سنة من وقت خروجه، أى أن حقه فى الاسترداد يسقط بأقرب الأجلين المنصوص عليهما فى هذه المادة.

وحق الحابس فى استرداد الشيء إذا لم يخرج من يده برغبته وإختياره جائز ولو كان هذا الشيء منقولاً وانتقلت حيازته إلى شخص حسن النية، لأن الأمر ينطوى على سرقة ضمان Vol de gage. ولكن إذا كان هذا الحائز الأخير حسن النية واشتراه فى سوق أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثله، فله أن يطالب الحابس الذى يبغى استرداد الشيء بتعجيل الثمن الذى دفعه (م ٢/٩٧٨).

المبحث الرابع

طبيعة الحق فى الحبس

(١٠٨) الخلاف حول ماهية هذا الحق،

من المسائل التى نارت فى الفقه الفرنسى مسألة تحديد طبيعة الحق فى الحبس، ويرجع الخلاف فى شأنها إلى أن القانون الفرنسى لم يضع نظرية عامة لهذا الحق، بل تعرض له نصوص متفرقة. والدافع إلى هذا الخلاف هو تحديد نطاق هذا الحق، بمعنى هل يقتصر هذا الحق على الحالات التى ورد فى شأنها نص تشريعى فقط مع إعتبار هذه الحالات المذكورة على سبيل الحصر بإعتبار أن هذا الحق حق عيني، أم ينصرف إلى غير ذلك من الحالات التى تتوافر فيها شروطه، ولو لم يرد فى شأنها نص تشريعى بإعتبار أنه حق شخصى؟

(١٠٩) موقف القانون المصرى من هذا الخلاف،

أخذ المشرع المصرى فى التقنين المدنى السابق بعينه حق الحبس، إذ ذكرته المادة ١/٩٥ من هذا القانون ضمن الحقوق العينية التى ترد على

الأموال. وقد ترتب على هذه النظرة إلى حق الحبس أن قيدت حالاته وفصل بينه وبين الدفع بعدم التنفيذ.

أما في التقنين المدني الحالي، فقد تخير المشرع - مهتدياً في ذلك بالإتجاهات الحديثة في الفقه والتشريع - تصويراً للحق في الحبس يخرج به عن الخلاف التقليدي الذي كان دائراً بين عينيه أو شخصية هذا الحق، فجعل منه نظرية عامة قوامها فكرة الضمان، بأن يكون لكل مدين أن يدفع بعدم التنفيذ أي يحبس التزامه عن دائنه حتى يستوفى ماله من حق قبل هذا الدائن، وهو ما يتحقق في حالة العقود التبادلية وفي كافة الحالات التي يتوافر فيها الارتباط القانوني أو المادي بين الإلتزامين. وبذلك يقترب الحق في الحبس من المقاصة، إذ يجمع بينهما التقابل في الإلتزامات، مع وجود الفارق الجوهرى بينهما من أن المقاصة طريق من طرق انقضاء الإلتزام، ولذا يتطلب فيها التماثل بين الإلتزامين المتقابلين، على حين أن الحق في الحبس إمتناع مؤقت عن التنفيذ يقصد به الحابس الضغط على مدينه ليفى بما تعهد به، ولذا لا يلتزم فيه توافر مثل هذا الشرط.

الضلع الخامس

الإعسار

(١١٠) تمهيد:

رأينا أن الوسائل السابقة الذكر التي وضعها المشرع لحماية حقوق الدائنين - وهي الدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصية، ودعوى الصورية، والحق في الحبس - لا تؤدي إلى إستكمال الحماية التي يحتاج إليها الدائنون، ذلك أنه ليس في هذه الوسائل ما يغل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها. وقد أدى إطلاق يد المدين في هذا الشأن إلى عجز دائنيه

عن تلافى تصرفاته الضارة بهم بالرغم من منحهم دعوى عدم نفاذ التصرف، ذلك أن الدائن كثيراً ما يعجز عن إقامة الدليل على توافر شروط الدعوى البوليصة، وعلى الأخص شرط علم المتصرف إليه بغش المدين - أن كان التصرف من المعاوزات - مما يؤدي إلى نفاذ التصرف في حقه رغم ما فيه من ضرر بين له .

وكما قصرت هذه الوسائل عن حماية الدائنين ضد غش المدين، فقد قصرت كذلك عن تحقيق المساواة الفعلية بينهم عند استيفاء حقوقهم قبل مدينهم، وذلك أن المساواة القانونية التي يحققها الضمان العام، تخل بها الأسبقية في التنفيذ على أموال المدين بمعرفة بعض الدائنين دون البعض الآخر.

وقد تلافى القانون التجارى هذه العيوب التي تلحق الإعسار المدنى déconfiture عن طريق نظام الإفلاس faillite، وهو نظام يؤدي إلى تصفية أموال الملقص تصفية جماعية، إذ ترفع يد المدين عن أمواله فيمتنع عليها إدارتها والتصرف فيها، ويعهد بها إلى وكيل عن الدائنين والمدين معاً، والسنديك Syndic فيتولى باسم جماعة الدائنين التنفيذ على هذه الأموال وتصفيته، وتوزيع ثمن بيعها على الدائنين وفقاً لقاعدة قسمة الغرماء، وبذلك يأمن الدائنون خطر غش المدين من ناحية، ويطمئنون إلى تحقيق المساواة فيما بينهم من ناحية أخرى، إذ ليس لأى دائن في هذا النظام أن يلجأ إلى إجراءات التنفيذ الفردية .

(١١١) تنظيم الإعسار في التقنين المدنى؛

لم يحاول المشرع المصرى فى التقنين المدنى السابق، أن ينظم الإعسار على غرار الإفلاس التجارى، وقد تأثر فى ذلك بالقانون المدنى الفرنسى

الذى تجنب تعريف أو تنظيم الإعسار، مكتفيا فى حماية حقوق الدائنين بالوسائل الأربعة السالفة الذكر، وقد رأينا قصور هذه الوسائل عن كفالة حماية هذه الحقوق.

أما التقنين المدنى الحالى فقد إستجاب للإتجاهات الحديثة فى هذا الموضوع فتناول الاعسار المدنى بالتنظيم، وهو وأن لم يبلغ به مرتبة الإفلاس التجارى - إذا لم يأخذ بنظام التصفية الجماعية - مراعى فى ذلك إختلاف مركز المدين المدنى عن التاجر المفلس، إلا أنه تلافى إلى حد كبير ما فى التقنين السابق من عيوب: إذ أجاز شهر الإعسار بحكم، ورتب عليه حلول الدين وسقوط الأجل وغل يد المدين عن التصرف فى أمواله، وأنزل العقاب به إذا تعمد إخفاء أمواله أو تبديدها أو إصطناع ديون صورية أو غير ذلك من التصرفات التى تؤدى إلى إعساره.

(١١٢) منهج البحث:

تتطلب دراسة نظام الاعسار البحث: أولا: فى شهر الإعسار. ثانيا: فى الآثار التى تترتب على هذا الشهر. ثالثا: فى إنتهاء حالة الاعسار.

المبحث الأول

شهر الاعسار

(١١٣) تقسيم:

سنبحث فيما يتعلق بشهر الإعسار: أولا: الشروط التى يتطلبها المشرع لشهر الإعسار. ثانيا: إجراءات دعوى الإعسار.

المطلب الأول

شروط شهر الاعسار

(١١٤) النصوص القانونية،

تنص المادة ٢٤٩ من التقنين المدني الحالي على أنه «يجوز أن يشهر اعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء». وتقضى المادة ٢٥٠ بأنه «يكون شهر الاعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه، وتنظر الدعوى على وجه السرعة». وتقرر المادة ٢٥١ أن «على المحكمة في كل حال، قبل أن تشهر اعسار المدين، أن تراعى في تقديرها جميع الظروف التي أحاطت به سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة. فتتنظر إلى موارده المستقبلية ومقدرته الشخصية ومسئوليته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره، ومصالح دائنيه المشروعة، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية». وظاهر من هذه النصوص جميعاً أنه يشترط لشهر الاعسار أن تكون أموال المدين غير كافية لوفاء ديونه المستحقة الأداء، وأن هذا الشهر يكون بمقتضى حكم قضائي بناء على طلب أحد الدائنين أو المدين نفسه، وأن على القاضى مراعاة الظروف التي أحاطت بالمدين قبل أن يشهر اعساره، وستتناول فيما يلى مختلف هذه الشروط.

(١١٥) عدم كفاية أموال المدين لسداد ديونه المستحقة الأداء؛

يشترط لشهر اعسار المدين وفقاً لنص المادة ٢٤٩ ألا تكفى أمواله لسداد ديونه المستحقة الأداء أى أنه لا يشترط زيادة الجانب السلبي من ذمته على الجانب الإيجابي، بل يكفي أن يكون مجموع أمواله أقل من جزء معين من مجموع ديونه وهى الديون المستحقة الأداء. فإذا تحقق هذا الشرط وصدر

حكم بشهر الإعسار قامت حالة الإعسار القانوني، وهي حالة تختلف عن الإعسار الفعلي وعن الإفلاس التجاري. فالإعسار الفعلي حالة واقعية تقوم إذا كانت حقوق المدين أقل من مجموع ديونه، وقد اختلف الشراح في وصف هذه الديون، فمنهم من يلتزم النظرية التقليدية في تحديد الإعسار الفعلي، فينظر إلى مجموع الديون سواء كانت حالة أم مؤجلة مادامت خالية من النزاع، ومنهم من يرى أن الإعسار الفعلي في التقنين المدني الجديد كالإعسار القانوني، قوامه عدم كفاية أموال المدين لسداد ديونه الحالية فقط، غابة الأمر أن الإعسار القانوني فد نظمه المشرع وتطلب حكماً بشهره، وأن اعتد في بعض الأحيان بالإعسار الفعلي كما هو الشأن في استعمال الدعوى غير المباشرة (م ٢٣٥) والدعوى البوليصية (م ٢٣٧).

أما الإفلاس التجاري فقوامه توقف المدين عن الدفع دون نظر إلى ما إذا كان معسراً أو موسراً فإذا توقف تاجر عن سداد دين عليه في ميعاده جاز شهر إفلاسه ولو كان موسراً وعجز عن الوفاء لأن حقوق دائنيه ممثلة في عقارات لايسهل التصرف فيها، أو في ديون على الغير لم يحل أجلها بعد.

(١١٦) وجوب طلب شهر الإعسار؛

يتعين لشهر الإعسار أن يطلبه من المحكمة المدين أو أحد دائنيه، ولايجوز للمحكمة أن تشهر الإعسار من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة كما هو الشأن في الإفلاس (م ١٩٦ تجارى).

والمدين قد تكون له مصلحة في طلب شهر اعساره ليدل بذلك على حسن نيته، وليفيد مما يوفره له نظام الإعسار من مزايا كنظرية الميسرة في أداء الديون الحالية، ومد أجل الديون غير المستحقة الأداء، والحصول على نفقة تقطع من إيراده.

غير أن الغالب أن يطلب أحد دائني المدين شهر اعساره، وتتحقق

مصلحة الدائن في ذلك إذا خشي، وقد تيقن المدين من إعساره، إلى الالتجاء إلى تبديد أمواله أو إلى اصطناع ديون صورية، أو إذا خشي هذا الدائن أن يسارع غيره من الدائنين إلى أخذ اختصاصات على عقارات المدين فيتقدمون بها عليه في استيفاء حقوقهم.

(١١٧) إثبات الإعسار:

يقع عبء إثبات إعسار المدين على الدائن الذي يطالب شهره، والإعسار واقعة مادية يجوز اثباتها بجميع طرق الإثبات، وقد يسر المشرع على الدائن عبء هذا الإثبات بما قرره في المادة ٢٣٩ من أنه «إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار مافي ذمته من ديون، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها، فوفقا لهذه المادة يكتفى من الدائن بإثبات ما على المدين من ديون حالة، ويكون على المدين إذا أراد انقضاء شهر إعساره، أن يثبت أن له من الأموال ما يعادل قيمة ديونه المستحقة الأداء. والأمر راجع إلى تقدير المحكمة بالرغم من توافر هذا الشرط (م ٢٥١).

المطلب الثاني

إجراءات دعوى الإعسار

(١١٨) النصوص القانونية:

تنص المادة ٢٥٢ على أن «مدة المعارضة في الأحكام الصادرة في شأن الإعسار ثمانية أيام، ومدة استئنافها خمسة عشر يوما، تبدأ من تاريخ إعلان تلك الأحكام». وتقضى المادة ٢٥٣ بأن «١ - على كاتب المحكمة في اليوم الذي تقيد فيه دعوى الإعسار أن يسجل صحيفتها في سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين، وعليه أن يؤشر في هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر في الدعوى، وبكل حكم يصدر بتأييده أو بإلغائه، وذلك كله

يوم صدور الحكم ٢- وعلى الكاتب أيضا أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذا التسجيلات والتأشيرات لاثباتها في سجل عام، ينظم وفقا لقرار يصدر من وزير العدل، . وتقرر المادة ٢٥٤ أنه يجب على المدين إذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التي يتبعها موطنه السابق، وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن سواء أخطره المدين أم علم ذلك من أى طريق آخر، أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الاعسار ومن البيانات المؤشر بها في هامش التسجيل إلى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلاتها، :

(١١٩) المحكمة المختصة بشهر الاعسار؛

المحكمة المختصة بشهر الاعسار هي المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين، لأن المحاكم الجزئية لا تختص بنظر مثل هذه الدعاوى. وعلى المحكمة أن تنظر دعوى الاعسار على وجه السرعة (م ٢٥٠)، ولذا تطبق في شأنها القواعد التي وضعها تقنين المرافعات بالنسبة إلى الدعاوى التي ينص على وجوب سرعة الفصل فيها.

والحكم الصادر في الدعوى بشهر الاعسار أو برفضه قابل للطعن فيه بطريق المعارضة والإستئناف، وقد حدد التقنين المدني ميعاد المعارضة بثمانية أيام وميعاد الإستئناف بخمسة عشر يوما تبدأ من تاريخ إعلان الحكم.

(١٢٠) كفالة العلانية لحكم شهر الاعسار؛

كفل المشرع لحكم شهر الاعسار العلانية الواجبة من غير إفراط. فلم يستلزم شهره عن طريق الصحف أو لصقه في لوحة الإعلانات بالمحكمة كما هو الأمر فيما يتعلق بالإفلاس، إشفاقا منه على سمعة

المدين من أن يضربها هذا الإجراء بغير موجب، غير أنه لم يهمل مع ذلك مصلحة الدائنين الذين يتعين تنبيههم إلى شهر اعسار مدينهم حتى لا يتأخروا عن الإشتراك في إجراءات التنفيذ للمحافظة على حقوقهم.

وقد نظم المشرع هذا الشهر عن طريق السجلات فقرر وجوب إمساك سجلين: أحدهما خاص ويحفظ في قلم كتاب المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم بشهر الإعسار، وهذا السجل رتب وفقا لأسماء المعسرين، ويتولى التسجيل فيه كاتب المحكمة من تلقاء نفسه، فيسجل فيه صحيفة الدعوى في اليوم الذي تقيد فيه، ويؤشر في هامش هذا التسجيل بالحكم الصادر في الدعوى، وبكل حكم يصدر بتأييده أو بإلغائه، وذلك كله يوم صدور الحكم (م ٢٥٣/١) والآخر عام ويحفظ في قلم كتاب محكمة مصر ليكون صورة لجميع التسجيلات والتأشيرات الواردة في السجلات الخاصة: وتحقيقا لهذا الغرض أوجب المشرع على كاتب المحكمة الابتدائية التي أصدرت حكم شهر الاعسار أن يوافق قلم كتاب هذه الجهة المركزية بصور هذه التسجيلات والتأشيرات (٢/٢٥٣).

ولما كان تغيير موطن المدين من الأمور الجائزة والمحتملة، فقد أوجبت المادة ٢٥٤ على المدين أن يخطر كاتب المحكمة التي يتبعها موطنه السابق بهذا التغيير، وبمجرد علم الكاتب بذلك من طريق الإخطار، أو من أى طريق آخر (كتنبيه أحد الدائنين أو أحد ذوى الشأن مثلا) تعين عليه أن يرسل على نفقه المدين صورة من حكم شهر الإعسار إلى المحكمة التي يتبعها موطنه الجديد لتقوم بقيدها في سجلاتها.

المبحث الثاني آثار شهر الإعسار

(١٢١) منهج البحث:

سنتناول في تحديد آثار شهر الإعسار، بيان ما يترتب منها: أولاً: بالنسبة إلى المدين، ثانياً: بالنسبة إلى الدائنين.

المطلب لأول

آثار شهر الإعسار بالنسبة إلى المدين

(١١٢) النصوص القانونية:

تنص المادة ٢٥٧ على أنه «متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار، فلايسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، كما لايسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين». وتقضى المادة ٢٥٨ بأنه «١- يجوز للمدين أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضا الدائنين، على أن يكون ذلك بثمن المثل. وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع. ٢- فإذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل، كان التصرف غير سار فى حق الدائنين، إلا إذا أودع المشتري فوق الثمن الذى إشتري به مانقصة من ثمن المثل». وتقرر المادة ٢٥٩ أنه «إذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادات المدين، كان لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار أن يقرر للمدين، بناء على عريضة يقدمها، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة. ويجوز التظلم من الأمر الذى يصدر على هذه العريضة فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره، أن كان التظلم من المدين، ومن تاريخ إعلان الأمر للدائنين أن كان التظلم منهم». وتنص المادة ٢٦٠ على أنه «يعاقب المدين بعقوبة التبديد فى

الحالتين الآتيتين: (أ) إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعتمد الإعسار، بقصد الإضرار بدائنيه، وإنتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر إعساره. (ب) إذا كان بعد الحكم بشهر إعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغاً فيها، وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه.

(١٢٣) غل يد المدين عن الأضرار بدائنيه:

غل المشرع يد المدين عند تنظيم الإعسار القانوني، عن الإضرار بدائنيه، دون أن يصل إلى حرمان المدين حرماناً كلياً من التصرف في أمواله، إذا لم يكن من شأن هذا التصرف الأضرار بحقوق هؤلاء الدائنين.

ذلك أن المشرع رتب على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار - ولم يرجىء هذا الأثر حتى صدور حكم شهر الإعسار زيادة منه في حماية الدائنين - عدم نفاذ أي تصرف يصدر من المدين في حق دائنيه، إذا كان من شأن هذا التصرف تبرعاً كان أم معاوضة، الانتقاص من حقوقه كالهبة أو البيع، أو زيادة التزاماتها كالقرض، كما صرف نفس الحكم لأي وفاء يقع من المدين بعد هذا التاريخ ولو كان وفاء بدين حال.

على أن الأثر المترتب على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، من عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنيه، لا يمنع من قيام هذا التصرف صحيحاً في العلاقة ما بين المدين والمتصرف إليه، غاية الأمر أن هذا التصرف لا يرتب أثره بالنسبة إلى الدائنين، فلهؤلاء التنفيذ على المال الذي تصرف فهي المدين باعتبار أنه لا يزال في ضمانهم العام.

غير أن عدم نفاذ التصرف الذي يأتيه المدين في حق دائنيه، بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، ليس مطلقاً، بل مقيداً بشرط الإضرار بهم، فإن انتفى الضرر نفذ التصرف رغماً عنهم، وقد وضع المشرع شروطاً معينة

يفترض مع توافرها انتفاء الضرر، وهي ١- أن يكون التصرف بثمن المثل، فإن نقص عن ذلك، تعين على المتصرف إليه وهو المشتري أن يكمل الفرق بين الثمنين، وإلا امتنع سريان التصرف في حق الدائنين. ٢- أن يودع المشتري الثمن. بما في ذلك فرق ثمن المثل، خزانة المحكمة على ذمة الدائنين، حتى يوزع بينهم وفقاً لإجراءات التوزيع. وبديهي أن يعرض على المحكمة أمر المنازعة في تقدير ثمن المثل، وللمحكمة أن تستعين في تحديده برأي أهل الخبرة.

(١٢٤) الجزء الجنائي؛

لم يكتف المشرع وهو بسبيل حماية الدائنين ضد غش مدينهم المعسر، بالجزاء المدني المتمثل في عدم نفاذ تصرفاته في حقهم، بل عزز هذا الجزاء بأخر جنائي، فقرر توقيع عقوبة التبديد على المدين المعسر في حالتين نصت عليهما المادة ٢٦٠ وهما:

أولاً: إذا رفعت عليه دعوى بدين، وإنتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر الاعسار، وهذا هو الركن المادي في الجريمة. وكان قد تعمد الاعسار بأن أجرى بعد رفع الدعوى، وهذا هو الركن المعنوي، تصرفات ضارة بدائنيه، أي تصرفات تنقص من حقوقه أو تزيد في التزاماته.

ثانياً: إذا كان بعد الحكم بشهر اعساره قد أتى عملاً من الأعمال الآتية وهي: (أ) إخفاء بعض ماله ليحوله دون التنفيذ عليه، وهذا أكثر تصوراً بالنسبة إلى المنقولات. (ب) اصطناع ديون صورية أو المبالغة في مقدار ديون موجودة لإضعاف نصيب كل من دائنيه عند التنفيذ على أمواله وتوزيع ثمن بيعها عليهم، وهذا هو الركن المادي في الجريمة، أما الركن المعنوي فهو إتيان المدين هذه الأعمال بعد صدور حكم شهر الاعسار بقصد الأضرار بدائنيه. ووقع الأعمال المادية السابقة من المدين قرينة على توافر

قصد الأضرار في جانبه، بمعنى أنه إذا كان على الدائنين إثبات واقعة إخفاء المال أو صورة الدين أو المبالغة فيه، إلا أنهم لا يكفلون بإثبات قصد الأضرار بل يفترض هذا القصد بثبوت الأعمال السابقة، ويكون على المدين إذا أراد نفي المسؤولية عن نفسه إثبات حسن نيته بأن يدل على أن المبالغة في دين مثلا كانت نتيجة لخطأ في تقدير قيمته.

(١٢٥) حق المدين في تقرير نفقه له من إيراداته المحجوزة،

راعى المشرع جانب المدين عاثر الجد إذا أشهر اعساره وأوقع دائنوه الحجز على أمواله (مع التحفظ الخاص بشأن الأموال التي لا يجوز الحجز عليها) وأمتد هذا الحجز إلى إيراده، وانقطع بالتالى مورده عيشه، فأجاز للمدين أن يطلب إلى رئيس المحكمة التي شهرت الاعسار أن يقرر له نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة لامن رأس المال (م ٢٥٩). ويقدم طلب النفقة فى صورة عريضة، ويكون التظلم من الأمر الصادر على هذه العريضة بطريق المعارضة أمام المحكمة، وترفع هذه المعارضة فى خلال ثلاثة أيام تبدأ من تاريخ صدور الأمر، إذا كان المتظلم هو المدين وتبدأ من تاريخ إعلان هذا الأمر، إذا كان التظلم من الدائنين. ويدهى أن هذه النفقة تظل جارية على المدين إلى أن ينتهى من تصفية أمواله.

المطلب الثانى

آثار شهر الاعسار بالنسبة إلى الدائنين

(١٢٦) النصوص القانونية،

تنص المادة ٢٥٥ على أنه ١- يترتب على الحكم بشهر الاعسار أن يحل كل مافى ذمة المدين من ديون مؤجلة، ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الإتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل. ٢- ومع

ذلك يجوز للقاضي أن يحكم، بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوى الشأن من دائنيه، بإبقاء الأجل أو مدة بالنسبة إلى الديون المؤجلة. كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الخالة، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعا وتقضى المادة ٢٥٦ بأنه: ١٥- لا يخول شهر الاعسار دون إتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين ٢- على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل.

(١٢٧) المساواة بين الدائنين؛

من أهم الآثار التى رتبها المشرع على تنظيم الإعسار القانونى هو تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين، وقد تم له ذلك بطريقتين الأول: سقوط آجال الديون المؤجلة، وهذا الأثر يترتب على صدور حكم شهر الإعسار. والثانى: عدم نفاذ حرق الإختصاص التى يأخذها بعض الدائنين فى مواجهة من ثبت حقه منهم قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعسار.

(١٢٨) حلول الديون المؤجلة؛

يترتب على الحكم بشهر الإعسار سقوط الآجال وحلول الديون المؤجلة. وبذلك تتحقق المساواة بين جميع الدائنين ولا يكون لأحدهم أسبقية فى التنفيذ على الآخرين بسبب إستحقاق أداء دينه.

وغنى عن البيان أن ما يحل من الديون المؤجلة من جراء الحكم بشهر الاعسار ينقص منه مقدار الفوائد إتفاقية كانت أو قانونية، بالنسبة للمدة الباقية من الأجل (م ١/٢٥٥).

على أنه إذا كان الأصل هو حلول آجال جميع الديون بمجرد صدور

الحكم بشهر الإعسار، إلا أن للمدين أن يطلب إلى القاضى فى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه إبقاء هذا الأجل أو مده، أو إمهاله فى الوفاء بالديون المستحقة الأداء. وللقاضى أن يجيب المدين إلى طلبه هذا إذا تبين أن فى الظروف ما يبرره، كما لو كان المدين عاثر الجد، وكان فى ابقاء أجل الدين أو مده أو منحه أجلاً عن الديون الحالة ما يهيأ له فرصة أفضل لتصفية أمواله بما يحقق مصلحته ومصلحة الدائنين جميعاً (م ٢/٥٥). ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً لنظرة الميسرة التى تدخل فى سلطة القاضى التقديرية وفقاً لنص المادة ٢/٣٤٦ التى ورد فيها، على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص فى القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه. إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم.

(١٢٩) عدم نفاذ حقوق الاختصاص؛

بجانب التماثل فى فرصة التنفيذ على أموال المدين التى يحققها سقوط آجال الديون المؤجلة، وهو أحد وجهى المساواة الفعلية التى يكفلها نظام الإعسار القانونى للدائنين، حقق المشرع الوجه الآخر لهذه المساواة بما قرره فى المادة ٢/٢٥٦ من أنه، لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل، أى أنه ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا ينفذ أى اختصاص يرتب على عقارات المدين فى مواجهة الدائنين الثابت تاريخ ديونهم قبل هذا التسجيل، وقد قصد المشرع بهذا الحكم ضمان المساواة فى استيفاء الديون بين الدائنين السابقة حقوقهم على تسجيل صحيفة هذه الدعوى، على نحو يقبلهم من عناء التزامهم والتدافع.

على أن الحصول على حق اختصاص بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى

ليس خلواً من أى فائدة . بل يفيد منه الدائنون الذين حصلوا عليه ، إذا إنتهت حالة الإعسار ، إذ يعتبر نافذاً فى مواجهة الدائنين الذين نشأت ديونهم بعد إنتهاء هذه الحالة .

(١٣٠) استبعاد التصفية الجماعية؛

ليست التصفية فى نظام الإعسار إجراءً جماعياً ، وهذه هى السمة الجوهرية التى تميز نظام الإعسار القانونى عن نظام الإفلاس ، ففى النظام الأخير تنزع أموال المدين من يده ويعهد بها إلى «السنديك» الذى يتولى تصفية أموال المدين باسم جماعة الدائنين ، على حين أنه فى نظام الإعسار يحتفظ كل دائن بحقه فى إتخاذ الإجراءات الفردية ضد المدين (م ٢٥٦ / ١) ، وإذا كان يخشى من هذه الإجراءات الفردية أن تخل بالمساواة بين الدائنين ، فإن فى الأحكام السابقة من حلول آجال الديون ، وعدم نفاذ حقوق الإختصاص التى تنقرر على عقارات المدين بعد تسجيل دعوى الإعسار ، ما يكفل إلى حد كبير تحقيق هذه المساواة .

المبحث الثالث

انتهاء حالة الإعسار

(١٣١) منهج البحث:

سنناول فيما يتعلق بانتهاء حالة الإعسار، بيان كيف تنتهي هذه الحالة، ثم الآثار التي تترتب على انتهائها.

المطلب لأول

كيفية انتهاء حالة الإعسار

(١٣٢) النصوص القانونية:

تنص المادة ٢٦١ على أنه ١٠ - تنتهي حالة الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين، بناء على طلب ذي شأن في الحالتين الآتيتين: (أ) متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله، (ب) متى قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها. وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بشهر الإعسار إلى ما كانت عليه من قبل وفقاً للمادة ٢٠٢٦٣ - ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء حالة الإعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه في المادة ٢٥٣، وعليه أن يرسل صورة منه إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك. وتقضى المادة ٢٦٢ بأنه تنتهي حالة الإعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار. وظاهر من هاتين المادتين أن حالة الإعسار تنتهي أما بحكم قضائي، وأما بقوة القانون.

١٣٣) انتهاء حالة الإعسار بحكم القضاء:

تنتهى حالة الإعسار بحكم القضاء إذا زال إعسار المدين، ويزول إعسار المدين فى حالتين أشارت اليهما المادة ٢٦١ وهما أولاً - إذا ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله، سواء كانت هذه الديون قد حلت قبل شهر الإعسار أم حلت بعد شهره بسبب سقوط الآجال. ويتحقق مثل هذا الفرض إذا زادت حقوق المدين بعد شهر اعساره بسبب من الأسباب كالارث أو الوصية أو الهبة بحيث أصبحت تجاوز فى مقدارها قيمة الديون، أو نقصت الديون بعد شهر الإعسار لانقضاء بعضها بالإبراء مثلاً، بحيث أصبح الباقي منها لا يزيد على حقوقه. ولا يشترط لانتهاء الإعسار فى هذه الحالة أن يقوم المدين بوفاء ديونه، بل يكفى أن تصبح أمواله كافية للوفاء بهذه الديون. ثانياً: إذا قام المدين بوفاء الديون التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها، وهذه هى الديون التى استحق أدائها قبل شهر الإعسار والديون التى انقضت اجلها من تلقاء نفسه بعد شهره. أما الديون التى حلت لسقوط الأجل بسبب شهر الإعسار فلا يعتد بها فى تحديد مركز المدين فى هذه الحالة، ذلك أنه إذا استطاع المدين الوفاء بالديون التى استحق أدائها طبيعياً دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى ذلك. فمعنى ذلك أنه كان فى حالة لا تبرر شهر اعساره، مما يتعين معه إعادة أمره إلى سيرته الأولى.

وانتهاء حالة الإعسار لا تتم فى هذين الفرضين الا بناء على حكم من المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين، وقد تكون نفس المحكمة التى أصدرت الحكم لشهر الاعسار أو محكمة أخرى إذا غير المدين موطنه فى هذه الاثناء. ويصدر الحكم بناء على طلب من ذى الشأن، وقد يكون هذا هو المدين، وهو الفرض الغالب، أو أحد دائنيه، أو خلف آل إليه مال من المدين.

والحكم الصادر بانتهاء حالة الإعسار يقبل الطعن فيه بالطرق المقررة قانوناً، ولكن في المواعيد العادية لانتفاء ضرورة الاستعجال.

ويتعين على كاتب المحكمة أن يؤشر من تلقاء نفسه على هامش تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بالحكم الصادر بانتهاء هذه الحالة، وفي يوم صدوره. كما يجب عليه أن يرسل صورة منها إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به في السجل العام الموجود بهذه المحكمة. وإذا كان الحكم قد صدر من محكمة أخرى غير تلك التي شهرت إعسار المدين، وجب على الكاتب أن يرسل صورة منه كذلك إلى قلم كتاب المحكمة الأخيرة حتى يؤشر به في سجلها.

(١٢٤) انتهاء حالة الإعسار بقوة القانون؛

تنتهى حالة الإعسار بقوة القانون، أى بدون حاجة إلى حكم، بانقضاء خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار (م ٢٦٢) ولو كان السبب الذى من أجله شهر إعسار المدين لا يزال قائماً، أى ولو كانت أموال المدين لا تكفى بعد لسداد ديونه وفي هذا يختلف إنتهاء الإعسار بقوة القانون عن إنتهائه بموجب حكم قضائى، إذ أن إنتهائه فى الحالة الأخيرة يفيد زوال الإعسار، على حين أن إنتهائه فى الحالة الأولى لا يفيد إلا زوال حالة الإعسار القانونى، وتظل حالة الإعسار الفعلى باقية بما قد يترتب عليها من آثار.

والعلة فى إنتهاء الإعسار القانونى بمضى المدة السابق ذكرها بدون حاجة إلى حكم، أن هذا الاعسار من شأنه غل يد المدين عن التصرف فى أمواله، مما يلحق به أبلغ الضرر لو استمر الحال على ذلك مدة طويلة. ولذلك رغب المشرع فى التوفيق بين مصلحة المدين ومصلحة الدائنين

فقصر قيام حالة الإعسار القانوني على هذه المدة وهي مدة كافية لكي يتخذ الدائنون من الإجراءات الفردية ما يكفل لهم استيفاء حقوقهم. وبديهي أنه لا حاجة إلى التأشير على هامش تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بانتهائه بقوة القانون لأنه يسهل من مجرد الإطلاع على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار، معرفة ما إذا كان هذا الإعسار قد انتهى بقوة القانون أم لم يزل قائماً.

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على انتهاء حالة الإعسار

(١٣٥) النصوص القانونية:

تنص المادة ٢٦٣ على أنه «يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار ولم يتم دفعها إلى أجلها السابق. بشرط أن يكون قد وفى ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها». وتنص المادة ٢٦٤ بأن «انتهاء حالة الإعسار بحكم أو بقوة القانون لا يمنع الدائنين من الطعن في تصرفات المدين، ولا من التمسك باستعمال حقوقه وفقاً للمواد من ٢٣٥ إلى ٢٤٣». وظاهر من هاتين المادتين أن أهم ما يترتب على انتهاء حالة الإعسار هو، استعادة المدين حرية التصرف في أمواله، ورجوع آجال الديون بعد سقوطها، سواء في ذلك انتهت حالة الإعسار بقوة القانون أم بحكم قضائي.

(١٣٦) استعادة المدين حرية التصرف في أمواله:

أهم ما يتصل بانتهاء حالة الإعسار هو استعادة المدين لحرية التصرف

في أمواله، دون أن ترد على هذه الحرية القيود المقررة في المادتين ٢٥٧ و ٢٥٨ ودون أن يتعرض للعقوبة المنصوص عليها في المادة ٢٦٠ .

وعلى ذلك تنفذ تصرفات المدين في مواجهة دائنيه، وإن كان لهؤلاء أن يطعنوا فيها بالدعوى البوليصية، وأن يستعملوا نيابة عنه حقوقه عن طريق الدعوى غير المباشرة (م ٢٦٤)، لأنه لا يشترط لاستعمال هاتين الدعويتين الا توافر الاعسار الفعلي، وهذا متصور كما في حالة انتهاء الاعسار بقوة القانون، اذ ينتهي الاعسار بهذا الطريق ولو ظلت أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه: أو كما لو عاد المدين إلى حالة الاعسار الفعلي بعد صدور حكم بانتهاء اعساره . كذلك لا يتعرض المدين لعقوبة التبديد، ولو أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، أو اصطنع ديوناً صورية أو ديوناً مبالغاً فيها .

هذا فيما يتعلق بالمدين، أما فيما يتعلق بالدائنين فان حقهم في اتخاذ اجراءات التنفيذ على أموال المدين يظل بطبيعة الحال قائماً، كما يظل لهم الإلتجاء الى الدعاوى الثلاث المعروفة، وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية، لمحاربة غش المدين . أخيراً تعود إلى الدائنين رخصة الاختصاص بعقارات المدين، ويكون ما يترتب من هذه الحقوق بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار نافذاً في مواجهة الدائنين الذين نشأت ديونهم بعد انتهاء حالة الاعسار، أما الذين ثبت تاريخ ديونهم قبل تسجيل صحيفة هذه الدعوى فلا أثر لحقوق الاختصاص هذه قبلهم .

(١٣٧) رجوع آجال الديون بعد سقوطها؛

رأينا أنه يترتب على الحكم بشهر الاعسار حلول كل ما في ذمة المدين

من ديون مؤجلة. وقد أجاز المشرع للمدين بعد إنتهاء حالة الإعسار. سواء انتهت هذه الحالة بحكم أم بقوة القانون، أن يطلب إعادة الديون التي حلت بسبب شهر الاعسار ولم يتم دفعها إلى أجلها السابق، بشرط أن يكون قد قام بسداد الديون التي حل ميعاد إستحقاقها طبيعياً أى الديون التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها (م ٢٦٣). ويسبق تحقق هذا الشرط إنتهاء حالة الإعسار، إذا صدر حكم بانهاؤها وفقاً لنص الفقرة الأولى/ ب من المادة ٢٦١. أما إذا انتهت حالة الاعسار بحكم لأن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله (الفقرة الأولى / أ من المادة ٢٦١) أو إنتهت هذه الحالة بقوة القانون (م ٢٦٢)، فيتعين على المدين أن يوفى بالديون التي حل الوفاء بها طبيعياً أى بانقضاء أجلها، إذا أراد إعادة الآجال للديون التي حلت بسبب شهر الإعسار.

الفصل الثاني تنفيذ الالتزام

(١٢٨) المديونية والمسئولية:

تتناول التشريعات الحديثة الالتزام على اعتبار أنه رابطة موحدة، غير أن البحث في القوانين القديمة، وعلى الأخص في القانونين الروماني والجرماني قد أبان أن الالتزام يتضمن في الواقع عنصرين متميزين، أحدهما عنصر المديونية *Schuld*، والآخر عنصر المسئولية *Haftung* يرتبط العنصران رباط الغاية بالوسيلة، ذلك أن المديونية تفرض على المدين واجب الوفاء كما تفرض على الدائن واجب قبول الوفاء فإذا وفى المدين بإختياره انقضت المديونية، وأن امتنع ظهر عنصر المسئولية الذى يمكن الدائن من قهر المدين على الوفاء.

وفى التشريعات القديمة كان التمييز واضحاً بين هذين العنصرين، لأن كلا منهما كان ينشأ فى الاصل بأعمال مختلفة عن الأعمال المنشئة للآخر، ثم تطورت هذه الشرائع بعد ذلك فأصبح نفس العمل منشئاً للمديونية والمسئولية معاً، وبذلك ظهر الالتزام بمعناه المعروف فى الوقت الحاضر. غير أن ظهور الالتزام على أنه رابطة موحدة لم يحجب حقيقة الأمر عن أعين الفقهاء، وعلى الأخص فقهاء القانون الألماني والقانون الإيطالى الذين عنوا بتحليل رابطة الالتزام الى عنصرىها، وإذا كان غالبية الفقه الفرنسى قد أنكر فائدة هذا التحليل، إلا أن الفقه المصرى فى جملته يعتنق نظرية ازدواج رابطة الالتزام لأن هناك من الحالات فى هذا القانون مالا يمكن تفسيره إلا على أساس هذه النظرية، من ذلك حالات تتوافر فيها المديونية دون

المسئولية، وحالات تزيد فيها المديونية على المسئولية أو العكس وحالات تقرر فيها المسئولية لضمان دين غير حال أو لضمان دين غير شخصي، وحالات تنشأ فيها المسئولية بعد نشوء المديونية.

(١٣٩) وجود المديونية دون المسئولية:

قد يوحد عنصر المديونية دون عنصر المسئولية في حالات معينة منها، حالة الالتزام الطبيعي، إذ في هذا الالتزام يوجد واجب قانوني على المدين بالوفاء، غير أن هذا الواجب لا تضمنه ذمة المدين، ولا سبيل بالتالي للدائن لقهره على الوفاء، ولكن إذا قام المدين بأداء هذا الواجب باختياره فلا يعد متبرعاً، ويمتنع عليه استرداد ما أداه. لأنه أو في بواجب قانوني عليه.

(١٤٠) زيادة المديونية على المسئولية أو العكس:

إذا كان الأصل أن جميع أموال المدين ضامنة لديونه، إلا أن هناك حالات يضيق فيها نطاق المسئولية عن نطاق المديونية، من ذلك حالة الشريك الموصى فهو لا يسأل عن ديون الشركة إلا في حدود حصته. وحالة الوارث في الشريعة الإسلامية، فهو لا يسأل عن ديون المورث إلا في حدود التركة، وقد كان الفقهاء يفسرون هذه الظاهرة بافتراض استمرار شخصية المورث بعد وفاته إلى أن تصفى تركته فينتقل الوارث ما بقي من الأموال خالياً من الديون، ولكن في الأخذ بنظرية ازدواج رابطة الالتزام ما يغني عن الإلتجاء إلى هذه الحالة مسئولية شخصية كاملة تمتد إلى كافة أموال المورثة وغير المورثة، وإنما مسئولية شيلية قاصرة على الأموال التي تلقاها عن مورثه، وهذا ما يفسر ما لدائني المورث من أفضلية على هذه الأموال بالنسبة لدائني الوارث، ومالهم من حق تتبع هذه الأموال في أي يد انتقلت

اليها بالشروط الواردة في قانون الشهر العقاري (م ١٣، ١٤ من هذا القانون).

وكما تزيد المديونية على المسؤولية، قد يحدث العكس كما في حالة التضامن بين المدينين، إذ فيها يسأل المدين عن جملة الدين وأن كان نصيبه فيه أقل من ذلك.

(١٤١) قيام المسؤولية لضمان دين غير حال،

إذا كان من الضروري وجود المديونية لقيام المسؤولية، إلا أن هذا لا يعنى اشتراط أن تكون المديونية حالة، بل قد تقوم المسؤولية لضمان دين مستقبل أو دين احتمالي أو دين معلق على شرط واقف، وإلى هذا أشارت المادة ١/٧٧٨ من التقنين المدني بقولها: تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي، وعليه أيضاً نصت المادة ١٠٤٠ بقولها: يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي ... الخ.

(١٤٢) قيام المسؤولية لضمان دين غير شخصي،

قد توجد المسؤولية لضمان مديونية غير شخصية أى غير ذاتية، ومثالها الرهن المقدم من غير المدين لضمان الوفاء بالدين، ويطلق على مقدم الرهن في هذه الحالة اسم الكفيل العيني (م ١٠٥٠ مدنى)، ومثالها كذلك حائز العقار المرهون، واليها أشارت المادة ٢/١٠٦٠ بقولها: ويعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت اليه بأى سبب من الاسباب ملكية هذا العقار أو أى حق عيني آخر عليه قابل للرهن، دون أن يكون مسئولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن.

(١٤٣) نشوء المسؤولية بعد نشوء المديونية؛

كما قد تكون المسؤولية سابقة في الوجود على المديونية كما في حالات المديونية السالفة الذكر، كذلك قد تنشأ المسؤولية بعد نشوء المديونية كما هو الشأن بالنسبة للإلتزامات الطبيعية، وهي الإلتزامات تتضمن عنصر المديونية فقط، ولكنها تستكمل عنصر المسؤولية إذا تعهد المدين بالوفاء بها، وبذا تنقلب إلى الإلتزامات مدينة.

(١٤٤) الإلتزام الطبيعي والإلتزام المدني؛

رأينا عند تحليل رابطة الإلتزام أنها تتضمن عنصرى المديونية والمسؤولية، ويتكون من مجموع العنصرين الإلتزام المدني. أما أن فقدت هذه الرابطة عنصر المسؤولية فيقال أن الإلتزام التزام طبيعى، ولما كان قهر المدين على التنفيذ لا يتصور بدون عنصر المسؤولية لزم التمييز بين هذين النوعين من الإلتزام، وعلى ذلك سنتكلم فى الإلتزام الطبيعى قبل البحث فى الإلتزام المدني.

الفرع لأول

الإلتزام الطبيعي

(١٤٥) منهج البحث؛

سنتناول فيما يتعلق بالإلتزام الطبيعي دراسة أولاً، نظرية الإلتزام الطبيعي. ثانياً، الحالات التى ينشأ فيها هذا الإلتزام ثالثاً: الآثار التى تترتب عليه.

المبحث لأول

نظرية الالتزام الطبيعي

(١٤٦) نظريتان:

تنازعت فكرة الالتزام الطبيعي نظريتان: الأولى: النظرية التقليدية التي تربط الالتزام الطبيعي بالالتزام المدني على اعتبار أن الأول ما هو الا التزام مدني منحل، قامت عقبة دون نشوئه أو دون بقائه. والثانية النظرية الحديثة التي ترجع الالتزام الطبيعي إلى فكرة الأخلاق، فتعتبره واجباً أدبياً ارتفع في نظر القانون فأعترف له ببعض الآثار.

(١٤٧) النظرية التقليدية في الالتزام الطبيعي:

ترجع أصول هذه النظرية التي سادت في القرن التاسع عشر إلى الفكرة الرومانية التي ترى في الالتزام الطبيعي التزاماً مدنياً منجلاً قامت عقبة قانونية في سبيل نشوئه أو في سبيل بقائه، ولذا يطلق على هذه النظرية اسم نظرية الإلتزام المدني المنحل *Théorie de l'obligation civile degenerée* وتنحصر صور الإلتزام الطبيعي وفقاً لهذه النظرية في طائفتين، الأولى، طائفة الإلتزامات المدنية التي حال مانع قانوني دون ترتيب آثارها فتختلف عنها الإلتزامات طبيعية، كالإلتزام الطبيعي المتخلف في ذمة القاصر نتيجة لإبطال الإلتزام المدني الذي عقده دون إذن نائبه، وكالإلتزام الطبيعي المتخلف في ذمة الورثة نتيجة لبطلان الهبة الصادرة من مورثهم لعيب في الشكل. والثانية، طائفة الإلتزامات المدنية التي إنقضت وخلفت وراءها الإلتزامات طبيعية، كالإلتزام المدني الذي انقضى بالتقادم، أو بالصلح من المقلس، أو برفضه بمقتضى حكم حاز قوة الشيء المحكوم فيه أو انقضى بسبب حلف المدين اليمين الحاسمة بغير حق.

وترمى هذه النظرية التي إعتنقها فقهاء الفرنسيين في القرن التاسع عشر إلى التضييق من نطاق الإلتزام الطبيعي والابتعاد به عن الواجب الخلقى فلا يعتبر الإلتزام الطبيعي واجباً خلقياً ارتفع إلى الحياة المدنية، بل يعتبر التزاماً مدنياً منحللاً.

غير أن هذه النظرية التي أرادت للإلتزام الطبيعي أن يكون حبيساً في إطار ضيق يعقد به عن القيام بوظيفته لم تجد لها سنداً في القضاء الفرنسي الذي وسع من صور الإلتزام الطبيعي واعتبره موجوداً في كل حالة يرقى فيها الواجب الخلقى إلى درجة لا يعد فيها المدين متبرعاً إذا وفى به، وعلى هذا النحو تم التقارب بين الإلتزام الطبيعي والواجب الخلقى.

(١٤٨) النظرية الحديثة في الإلتزام الطبيعي؛

إذا حللنا الحالات التي تعترف فيها النظرية التقليدية بقيام التزام طبيعي، كحالة تقادم الإلتزام المدني أو حالة الصلح مع المفلس... الخ، لوجدنا أنها جميعاً تشترك في أساس واحد هو الواجب الخلقى الذي على المدين بها قبل الدائن، لأنه إذا كان تقادم الإلتزام المدني مثلاً قد أرضى حكم القانون، إلا أنه، وهذا واضح، لم يرض واجب الأخلاق. وإذا كان لا يمكن إنكار وجود الواجب الخلقى في الإلتزام المدني ومساندته إياه، إلا أن هذا لا يعنى وجوب رد الإلتزام الطبيعي إلى الإلتزام المدني وربطه به، بل الأولى رده إلى الأصل المشترك وهو الواجب الخلقى، وهذا ما فعلته النظرية الحديثة في الإلتزام الطبيعي. فوقها لهذه النظرية لا يقتصر نطاق الإلتزام الطبيعي على الحالات التي يقوم فيها مانع قانوني من نشوء الإلتزام المدني أو من بقائه، بل يمتد إلى كافة الحالات التي يرتفع فيها الواجب الخلقى إلى درجة تقربه

من منطقة القانون، ذلك أن الإلتزام الطبيعي التزم وسط بين الإلتزام المدني وبين مجرد الواجب الخلقى. فهو ينزل عن الإلتزام المدني في استحالة قهر المدين به على الوفاء، وارتفع عن مجرد الواجب الخلقى في أن الوفاء به لا يعد تبرعاً.

غير أن رد الإلتزام الطبيعي إلى فكرة الواجب الخلقى لا يعنى الخلط بين القانون والأخلاق، وإعتبار كل وفاء بواجب أدبي وفاء بالإلتزام طبيعي، وهو ما ينعيه البعض خطأ على النظرية الحديثة، ذلك أن هذه النظرية لا ترى في الواجب الخلقى التزاماً طبيعياً إلا إذا كان هذا الواجب قد ارتفع في ضمير الجماعة أو البيئة التي يعيش فيها المدين إلى حد التعارف على وجوب الوفاء به ارضاء لاحساسات الضمير والشرف، كما هو الشأن بالنسبة لتعليم إبناء أو تجهيز البنات عند الزواج، فهذا واجب أدبي على الاب يوجب ضمير الجماعة وهذا المعيار في التعرف على الواجبات الخلقية التي ترقى إلى حد الإلتزامات الطبيعية، معيار موضوعي، ولذلك لا عبرة بإحساسات الفرد الشخصية فما يحسه الفرد من واجب الوفاء بواجب أدبي، لا يرتفع بهذا الواجب إلى مصاف الإلتزامات الطبيعية إذا لم يكن هذا هو الشعور الجماعي للبيئة التي يوجد فيها.

المبحث الثاني

حالات الإلتزام الطبيعي

(١٤٩) النص القانوني:

تنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدني على أنه «يقدر القاضي، عند عدم النص، ما إذا كان هناك التزم طبيعي. وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزم

طبيعي يخالف النظام العام، ومن مقتضى هذا النص أنه في غير الحالات التي يتناول فيها المشرع الإلتزام الطبيعي بنص صريح كنص المادة ١/٣٨٦ التي تقر أنه «يترتب على التقادم انقضاء الإلتزام. ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي»، يترك أمر البت في وجود الإلتزام الطبيعي إلى تقدير القاضى، غير أن سلطة القاضى فى التقدير ليست مطلقة بل ترد عليها قيود أشارت إليها المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى.

والقيود التى تشير إليها هذه المذكرة تملئها النظرية الحديثة للإلتزام الطبيعى التى أخذ بها المشرع المصرى. ويمكن اجمال هذه القيود فيما يأتى: أولاً، وجود واجب خلقى محدد يرقى فى وعى الجماعة إلى حد التعارف على وجوب الوفاء به ارضاء للضمير والشرف. وليس المقصود هنا ضمير القاضى أو شعور الفرد، بل المقصود الضمير الجماعى للبيئة التى يعيش فيها الفرد، لأن المعيار هنا كما سبق أن ذكرنا عند بحث النظرية الحديثة فى الإلتزام الطبيعى معيار موضوعى وليس ذاتى.

ثانياً، عدم تعارض الإلتزام الطبيعى مع النظام العام، وإلى هذا أشارت العبارة الأخيرة من المادة ٢٠٠ من التقنين المدنى. وليس هذا القيد فى حاجة الى تعليل لأن جميع الإلتزامات يجب أن تخضع فى مشروعيتها لإعتبارات النظام العام، فدين القمار (م ٢/٧٣٩) والإتفاق على فوائد تزيد على الحد الأقصى القانونى (م ١/٢٢٧) لا يتخلف عنه الإلتزام طبيعى.

(١٥٠) تطبيقات لفكرة الإلتزام الطبيعى؛

من شأن الاخذ بالنظرية الحديثة فى الإلتزام الطبيعى إستحالة حصر جميع حالاته، ولذا ترك المشرع (م ٢٠٠ مدنى) للقاضى مهمة إستخلاص وجود هذا الإلتزام فى الحالات التى تتوافر فيها عناصره: من واجب خلقى

محدد غير مخالف للنظام العام، يرى الضمير الجماعى وجوب الوفاء به، ومن هذه الحالات واجب عدم الاضرار بالغير، وتعويضه ولو لم تتوافر شروط المسؤولية التقصيرية وواجب عدم الإثراء على حساب الغير ولو لم تتوافر شروط الغبن، وواجب الوفاء بالعهد المقطوع اذا عجز صاحب الحق عن اثباته لسبب ما وانقضى بالتالى الإلتزام المدنى، وواجب الاعتراف بالجميل ومجازاة صاحبة (يطلق على هذه الحالة اسم هبة المجازاة -donnation rém-unérateur ولو أنها فى الحقيقة من أعمال المعاوضات)، وواجب المساعدة اذا تحدد هذا الواجب وانضبط كما فى الإلتزام بالنفقة على الأقارب فى غير الحالات التى ينص عليها القانون، والإلتزام الاب بمساعدة ابنته عند الزواج بتقديم المفروشات، أو بمساعدة ابنه بدفع المهر عنه.

المبحث الثالث

آثار الإلتزام الطبيعى

(١٥١) النصوص القانونية:

تنص المادة ٢٠١ من التقنين المدنى الحالى على أنه «لا يسترد المدين ما أداه باختياره، قاصداً أن يوفى الإلتزاماً طبيعياً، وتقضى المادة ٢٠٢ بأن الإلتزام الطبيعى يصلح سبباً للإلتزام مدنى، وظاهر من هاتين المادتين أن المشرع المصرى قصر آثار الإلتزام الطبيعى على أمرين، أولهما جواز الوفاء به، وثانيهما أن الإلتزام الطبيعى يصلح سبباً لإنشاء التزام مدنى، وكلا الأمرين منوط بإرادة المدين لأنه لا قهر فى الإلتزام الطبيعى لفقدانه عنصر المسؤولية.

(١٥٢) الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي:

يُعتبر أداء الالتزام الطبيعي وفاء بدين مستحق لا تبرعاً. ويترتب على عدم اعتباره تبرعاً أن هذا الاداء لا يخضع لاحكام التبرعات من حيث الشكل أو من حيث الموضوع، فلا يشترط شكل خاص لإتمام هذا الاداء، ويكتفى فيه بأهلية الوفاء دون أهلية التبرع. ولا تسرى عليه أحكام الهبات فلا يجوز الرجوع فيه، أي لا يجوز للمدين استرداد ما وفاء، وإذا صدر من مريض مرض الموت أخذ حكم الوفاء بالالتزام مدني بمعنى أنه إذا نفى الدائن قريئة التبرع التي تلحق كل تصرف يصدر في مرض الموت (م ٣/٩١٦ مدني) فلا تسرى عليه أحكام الوصية.

على أن اعتبار الوفاء بالالتزام طبيعي وفاء بدين مستحق قاصر على العلاقة بين المدين والدائن، أما بالنسبة لباقي الدائنين بديون مدنية فانه يأخذ حكم التبرع، بمعنى أنه إذا كان المدين الذي وفي بالالتزام طبيعي معسراً، جاز للدائنين بالتزامات مدنية أن يطعنوا في هذا الوفاء بالدعوى البوليصية أي بدعوى عدم نفاذ التصرفات ولو كان كل من المدين والدائن بالالتزام طبيعي حسن النية. وهذا الحكم الذي ينادى به بعض شرائح القانون الفرنسي واجب الاخذ به في القانون المصري، لأنه إذا كان هذا القانون قد أعطى الوفاء بدين مدني مؤجل حكم التبرع، وإذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الاجل الذي عين اصلاً للوفاء، فلا يسرى هذا الوفاء في حق باقي الدائنين، (م ٢/٢٤٢)، فلا شك في أنه يعطى من باب أولى هذا الحكم للوفاء بالالتزام الطبيعي، فيتعين على الموفى له رد ما استوفاه ولو لم يثبت غش في جانبه أو في جانب المدين المعسر.

وما يصدق في هذا الشأن على الوفاء بالالتزام الطبيعي يصدق على التعهد بالوفاء به، لأن من شأن هذا التعهد زيادة إفتقار المدين المعسر مما يعرض دائنيه لخطر أكبر، ولذا يكرن لهم الطعن في هذا التعهد بالدعوى البوليصية دون حاجة إلى إثبات الغش.

وإذا كان الأصل أن يأخذ أداء الإلتزام الطبيعي حكم الوفاء مع ما يستتبع ذلك من كافة الآثار السالفة الذكر، إلا أنه يشترط لذلك شرطان: أولهما: أن تكون إرادة المدين سليمة من كل عيب، لأنه إذا اعتقد المدين نتيجة غلط أو تدليس أنه يؤدي التزاماً مدنياً أو أنه من الجائز التنفيذ الإجبارى فى الإلتزام الطبيعي أو كان قد أكره على الوفاء مع علمه بعدم ملزوميته قانوناً، كان له ابطال الوفاء واسترداد ما أدى بدعوى دفع غير المستحق. وثانيهما أن يكون المدين قد قصد الوفاء بالالتزام طبيعى عليه لا التبرع بما أدى، أى أن يكون الواجب الخلقى الذى يسند الإلتزام الطبيعي فى وعى الجماعة قد بلغ هذا الشأن فى وعى المدين كذلك، فإن تخلف هذا الشرط بأن لم يبلغ الواجب الخلقى فى وعى المدين حد الإلتزام الطبيعي رغم بلوغه ذلك فى وعى الجماعة، كان عمل المدين تبرعاً. وهنا يظهر الفرق بين الوعى الجماعى والوعى الشخصى، فالوعى الجماعى يعتد به لقيام الإلتزام الطبيعي، أما الوعى الشخصى للمدين فيعتد به لكى يأخذ الأداء صفة الوفاء بدين مستحق.

هذا ويلاحظ أن الوفاء بالالتزام الطبيعي لا يحيله إلى التزام مدنى ولذا لا يتعرض الموفى لدعوى ضمان الإستحقاق إذا ثبتت ملكية الشئ الموفى به للغير، كما لا يكون للموفى له الزام الموفى بأداء كامل الإلتزام إذا كان قد اقتصر على الوفاء بجزء منه.

(١٥٢) صلاحية الالتزام الطبيعي لأن يكون سبباً لإنشاء التزام مدني،

قد يرغب المدين في الوفاء بالالتزام الطبيعي عليه دون أن يكون قادراً على ذلك في الحال فيقتصر على التعهد بالوفاء *Promesse d'exécution* ويصدر هذا التعهد ينشأ التزام مدني في ذمته يكون الالتزام الطبيعي سبباً له. وقد كان فريق من الشراح يفسرون هذه الظاهرة على أساس فكرة التجديد بتغير الدين *novation par changement de dette* باعتبار أن المدين والدائن قد اتفقا على استبدال التزام مدني بالالتزام الطبيعي غير أنه اعترض على هذا التصوير بأن التجديد يفترض انقضاء الالتزام القديم، على حين أن التعهد بوفاء الالتزام الطبيعي لا يتضمن شيئاً من ذلك، بل يظل هذا الالتزام باقياً أطرافه ومحلّه وأوصافه، غاية الأمر أن هذا التعهد قد زاده قوة بأن أضيف عليه عنصر المسؤولية الذي كان ينقصه.

وقد تنبه المشرع المصري في التقنين المدني الحالي إلى هذا الاعتراض فتخير تصويراً آخر ضمنه المادة ٢٠٢ التي تنص على أن الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لالتزام مدني، ويمكن أن يقال في تفسير هذا النص أن التعهد بالوفاء يكتسب قيمته من ذات نفسه وبمجرد صدوره فيلزم صاحبه مدنياً. غاية الأمر أن هذا التعهد يفقد أثره القانوني إذا اعتبر لعدم توافر عنصر الشكلية فيه، على حين أنه لا يفقد هذا الأثر إذا كان من قبيل المعاوضات أي إذا كان له مقابل *cause onéreuse* وهذا هو الدور الذي يقوم به الالتزام الطبيعي في هذه الحالة فهو المقابل للالتزام المدني الذي ينشأ بالتعهد ولذا لا تنصرف إليه أحكام التبرعات ما تعلق منها بالشكل أو الموضوع.

والتعهد بوفاء الإلتزام الطبيعي وما يترتب عليه من نشوء الإلتزام المدني يتم بإرادة المدين وحدها ولذا يجب التثبت من أن هذه الإرادة قد اتجهت حقيقة إلى أحداث هذه النتيجة، وعلى ذلك لا ينشأ الإلتزام المدني إذا اقتصر المدين على مجرد الاعتراف بوجود الإلتزام الطبيعي في ذمته، لأن هذا الإلتزام لا يدل على قصد الوفاء به، وهو القصد الذي يستند إليه نشوء الإلتزام المدني. واستخلاص هذا القصد يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، أما وجوب توافره فيعتبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض.

والتعهد بوفاء الإلتزام الطبيعي وما يترتب عليه من نشوء الإلتزام المدني يتم، كما سبق أن ذكرنا، بإرادة المدين وحدها دون حاجة إلى قبول الدائن، ولذا يكون لدائني هذا الأخير أن يوقعوا حجراً تحت يد المدين بمجرد صدور التعهد بغير حاجة لانتظار قبول الدائن.

(١٥٤) مالا يترتب من آثار علي الإلتزام الطبيعي،

كان القانون الروماني يتوسع في آثار الإلتزام الطبيعي فيجيز المقاصة بينه وبين التزم مدني، كما كان يجيز كفالته أو ترتيب رهن لضمان الوفاء به. أما التشريعات الحديثة ومنها التقنين المدني المصري فتقتصر عادة آثار الإلتزام الطبيعي على ما يرتبه وجود عنصر المديونية من جواز الوفاء اختيارياً بهذا الإلتزام وجواز التعهد بالوفاء به، على ما سبق أن رأينا. أما غير ذلك من آثار مما لا يتصور وجوده إلا مع توافر عنصر المسؤولية فتستبعده هذه التشريعات لفقدان الإلتزام الطبيعي لهذا العنصر اللازم لقهر المدين على الوفاء وينبني على ذلك النتائج الآتية:

أولاً: لا يجوز لمن كان دائناً بالالتزام الطبيعي ومديناً بالالتزام مدني أن يتمسك بالمقاصة القانونية بين الالتزامين، لأن المقاصة نوع من الوفاء القهري غير المباشر ولا قهر في الوفاء بالالتزام الطبيعي سواء كان ذلك بطريق مباشر أم غير مباشر. أما المقاصة الاختيارية ف جائزة لأنها لا تتضمن قهراً على الوفاء بالالتزام الطبيعي. ومن صورتها أن يكون الشخص مديناً بالالتزام الطبيعي ودائناً بالالتزام مدني فيتمسك بالمقاصة، فينقض الدينان من وقت تمسكه بها.

ثانياً: لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية أو عينية لأن الكفالة تتضمن التزام الكفيل التزاماً مدينياً، ولا يقبل عقلاً أن يكون الالتزام التابع أفعالاً أثراً وأقوى شأناً من الالتزام الأصلي. وما أدى إلى الشك في هذا الحكم إلا ما جاء في المادة ٧٧٧ من التقنين المدني من أن «من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول». إذ توهم البعض أنه إذا كان من الجائز وفقاً لهذا النص كفالة التزام ناقص الأهلية وهو التزام طبيعي تخلف من إبطال الالتزام الأصلي لنقص أهلية المدين فلا مانع من تعميم الحكم بالنسبة لسائر الالتزامات الطبيعية وإباحة كفالتها إلا أن هذا التخريج فيه مغالطة لأن ما قصده المشرع في المادة ٧٧٧ هو التزام الكفيل بعدم تمسك المدين بنقص أهليته، ولذا يكون التزامه في الواقع التزاماً أصلياً وليس التزاماً تبعياً. ويكون ما صدر منه هو تعهد عن الغير ليس فيه من معنى الكفالة إلا الاسم.

هذا ويلاحظ أن الحكم السابق في شأن عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي ليس له القيمة النظرية لأنه من الناحية العملية لا تقع الكفالة عادة إلا إذا قام المدين بالالتزام الطبيعي بتقديم الكفيل، وفي هذه الحالة لا يمكن تفسير عمله

الإبرغبته فى التعهد بالوفاء بالإلتزام الطبعى؁ فتنشأ الكفالة لضمان الإلتزام المدنى الذى نشأ بهذا التعهد. وما ىصدق على الكفالة المقدمة من المدىن ىصدق على الرهن الذى يقدمه لضمان الوفاء بالدىن الطبعى اذ يفىد رغبته فى الإلتزام به مديناً.

الضرع الثانى

الإلتزام المدنى

(١٥٥) التنفىذ الإختىارى؛

ىتمىز الإلتزام المدنى عن الإلتزام الطبعى بتوافر عنصر المسؤولة فىه. وعنصر المسؤولة ىتىح للدائن قهر المدىن على التنفىذ إذا لم يقم به باختىاره.

والتنفىذ الإختىارى ىكون بوفاء المدىن بما إلتزم به. فإذا كان قد التزم باعطاء شئ فىكون الوفاء بتسلىم هذا الشئ؁ والمحافظة علیه حتى تمام التسلىم (م ٢٠٦ مدنى) وقد ىتم الوفاء فى هذه الحالة من غير المدىن؁ ولا ضىر فى ذلك على الدائن؁ لأن ما ىهمه هو حصول الوفاء؁ ولذا نصت المادة ٣٢٣ من التقنن المدنى على أنه ١٠ - ىصح الوفاء من المدىن أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء؁ وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٢٠٨ - ىصح الوفاء أيضاً مع التحفظ السابق ممن لىست له مصلحة فى الوفاء؁ ولو كان ذلك دون علم المدىن أو رغم إرادته؁ على أنه ىجوز للدائن أن ىرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدىن على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض.

وإذا كان قد التزم بعمل؁ فىكون الوفاء بالقيام بهذا العمل؁ وللدائن هنا

وعلى عكس الحالة السابقة، أن يرفض الوفاء من غير المدين إذا كان لشخصه إعتبار في تنفيذ الإلتزام، وعلى هذا نصت المادة ٢٠٨ من التقنين المدني بقولها «في الإلتزام بعمل، إذا نص الاتفاق أو إستوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الإلتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين». وإذا كان قد التزم بالإمتناع عن عمل، فيكون الوفاء بإحترام هذا الإلتزام وعدم اتيان ما من شأنه مخالفته.

وقد كان المنطق يقتضى أن نبحث في التنفيذ الاختيارى قبل التعرض للتنفيذ الجبرى، غير أنه لما كان المشرع المصرى قد وضع الوفاء فى باب إنقضاء الإلتزام، فقد رأينا أن نساير سنة المشرع وأن نستبقى بحث التنفيذ الإختيارى لحين دراسة أسباب إنقضاء الإلتزام.

(١٥٦) التنفيذ الجبرى،

يتم التنفيذ الجبرى بواسطة السلطة العامة، والموظف المختص عادة بالتنفيذ هو المحضر، ويتولى عمله تحت اشراف القضاء وأغلب ما يكون التنفيذ الجبرى عن طريق الحجز على أموال المدين.

وقد يقع أن يتم التنفيذ الجبرى دون تدخل من المحضر كما فى الحالات التى تناولتها المادة ٢١٠ من التقنين المدني بقولها «فى الإلتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الإلتزام»، ومن الأمثلة على ذلك دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع.

وقد يقوم الدائن بنفسه بتنفيذ الإلتزام على نفقة المدين إذا كانت طبيعة الإلتزام تسمح بالتنفيذ دون تدخل من جانب الأخير، وفى هذه الحالة يتعين على الدائن الحصول على ترخيص من القضاء، وأن كان له فى حالة الإستعجال أن يقوم بالتنفيذ دون ترخيص سابق (م ٢٠٩ مدنى).

وقد يتم التنفيذ كذلك بقوة القانون ودون حاجة إلى تدخل من جانب المدين، كما في بيع المنقول المعين بالذات، إذ تنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد تمام العقد.

على أن الاستعانة بالسلطة العامة في التنفيذ يتطلب أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي titre exécutoire والسندات التنفيذية هي الاحكام والأوامر والعقود الرسمية والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة (م ٤٥٧ مرافعات). وهنا تظهر أهمية التفرقة بين السندات الرسمية والسندات العرفية، فالسندات الرسمية وهي ما يقوم بتوثيقها موظف مختص وفقاً للأوضاع التي يتطلبها القانون. ويجوز للدائن التنفيذ بمقتضاها، على حين أنه يتعين اللجوء إلى القضاء لإصدار حكم أو أمر (م ٨٥١ مرافعات) للتنفيذ بموجبه إذا كان ما بيد الدائن سند عرفي، ومن باب أولى إذا لم يكن بيده محرر مثبت لحقه.

والنفيذ الجبري يكون بعين ما التزم به المدين، فإن إستحال ذلك تم التنفيذ بطريق التعويض أى بمقابل، وسواء كان التنفيذ عينياً أم بمقابل، فيجب على الدائن أن يلجأ إلى اجراء سابق على التنفيذ يسمى بالإعذار يثبت به على المدين تقصيره في الوفاء، وسنبحث فيما يلي:

أولاً، الإعذار.

ثانياً، التنفيذ العيني.

ثالثاً، التنفيذ بمقابل.

المبحث الأول

الإعذار

(١٥٧) النصوص القانونية:

تنص المادة ٢١٨ على أنه «لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم ينص على غير ذلك». وتقرر المادة ٢١٩ أنه «يكون إعذار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء آخر». وتقضى المادة ٢٢٠ بأنه «لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

- أ- إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.
- ب- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.
- ج- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.
- د- إذا صرح المدين كتابة أن لا يريد القيام بالالتزام».

وبالنظر إلى مجموع هذه المواد يتبين أن دراسة الإعذار - la mise en demeure تتطلب بحث المسائل الآتية:

- ١- المقصود بالإعذار.
- ٢- شكل الإعذار.
- ٣- الآثار التي تترتب على الإعذار.
- ٤- الحالات المستثناة من ضرورة الإعذار.

(١٥٨) المقصود بالإعذار:

يقصد بالإعذار وضع المدين موضع المقصر في تنفيذ التزامه بإثبات تأخيره في الوفاء به، ذلك أن مجرد حلول أجل الإلتزام لا يفيد تقصير المدين ما لم يسجله الدائن عليه بالإعذار، والإعذار ضروري لتنبية المدين إلى نية الدائن في اللجوء إلى التنفيذ الجبري إذا لم يف بالتزامه باختياره، وعلى هذا نصت المادة ١/٢٠٣ من التقنين المدني بقولها: «يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه عينياً متى كان ذلك ممكناً».

والعلة في اشتراط الاعذار قبل الإلتجاء الى التنفيذ الجبرى ترجع إلى اعتبارين: الأول، أخلاقى ويقصد به تنبيه المدين إلى وجوب الوفاء بالتزامه لتفادى التنفيذ الجبرى وما يتضمنه من وسائل القهر. والثانى، قانونى وأساسه افتراض أن عدم تضرر الدائن من التأخير فى التنفيذ دليل على قبوله ضمناً مد أجل الوفاء. ولذا يكون على الدائن نفى هذا الافتراض بإعذار المدين.

غير أنه لما كانت مثل هذه الاعتبارات لا تتلاءم كثيراً مع الإتجاهات الإجتماعية والإقتصادية فى الوقت الحاضر، فقد عدلت الكثير من التشريعات الحديثة عن اشتراط هذا الاجراء، وافترضت أن المدين يعتبر معذراً بمجرد حلول أجل الوفاء بالإلتزام دون حاجة إلى أن ينبهه الدائن إلى ذلك.

أما التقنين المدنى المصرى الحالى فقد ظل على احترامه للتقاليد الموروثة عن القانون الفرنسى فإشترط الإعذار قبل الشروع فى التنفيذ الجبرى. على ما سبق أن ذكرناه.

(١٥٩) شكل الإعداز:

يتخذ الإعداز عادة شكل الإنذار *Sommation* وهي ورقة رسمية من أوراق المحضرين يبدى فيها الدائن رغبته فى استيفاء حقه . وقد بين قانون المرافعات كيفية إعلان الإنذار، فقرر أن الإعلان اما أن يقوم به المحضر بنفسه وأما أن يقوم به عن طريق البريد فى الأحوال التى بينها القانون (م ١٦ مرافعات) . ولما كانت المادة ٢١٩ من التقنين المدنى تجيز الإعداز عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات، جاز بالتالى أن يتم الإنذار بهذا الطريق .

وكما يتم الإعداز عن طريق الإنذار، يتم كذلك بكل ورقة رسمية تقوم مقام الإنذار كمحضر الحجر، والتنبيه الرسمى الذى يسبق التنفيذ *Com-mandement* والتكليف بالحضور أمام المحكمة *citation en justice* ولورفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة .

وإذا كان الأصل أن يتم الإعداز عن طريق الإنذار أو ما يقوم مقامه . إلا أنه ليس هناك ما يمنع من الخروج على هذا الأصل . لأنه اذا كانت المادة ٢١٩ من التقنين المدنى تبيح الإتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الاجل دون حاجة إلى أى اجراء آخر فلا شبهة فى أنها تجيز من باب أولى الاتفاق على أن يتم الإعداز بأى طريق دون التقيد بشكل معين . وعلى هذا يجوز الإتفاق صراحة أو ضمناً على أن يتم الإعداز بخطاب مسجل أو بخطاب عادى أو باخطار شفوى، على أن تراعى فى هذه الحالة الاخيرة القواعد العامة فى الإثبات .

والاحكام السالفة فى شأن الإعداز يعمل بها فى المسائل المدنية والتجارية

على السواء. وأكثر من ذلك فيجب أن يراعى فى المسائل التجارية ما يكون قد جرى به العرف من جواز الاعذار بورقة غير رسمية أو باخطار شفوى.

(١٦٠) الآثار التي تترتب على الاعذار:

يترتب على صدور الاعذار فى ميعاده أى عند حلول أجل الالتزام أو بعده وضع المدين موضع المقصر، مما يجيز للدائن الشروع فى إجراءات التنفيذ الجبرى أو طلب فسخ العقد. هذا مع ملاحظة أن رفع الدعوى بالفسخ قضائياً إذا كان يعتبر إعداراً كافية، وأن الاتفاق على وقوع الفسخ بقوة القانون وبدون حاجة إلى حكم لا يقبل الدائن من واجب الاعذار إلا إذا اتفق صراحة على الإعفاء منه (م ١٥٨ مدنى).

غير أنه بجانب هذه الآثار تترتب على الاعذار نتيجتان هامتان هما:

الأولى: انتقال تبعه الهلاك:

الأصل فى تحمل تبعه الهلاك la question des risques أنها على المدين فى العقود الملزمة للجانبين وعلى الدائن فى العقود الملزمة لجانب واحد، غير أنه قد يغير من هذا الأصل صدور إعدار من الدائن إلى المدين ولننظر الآن فى الأصل وما يطرأ عليه بعد الاعذار.

الأصل فى العقود الملزمة للجانبين أنه إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبى انقضى هذا الالتزام وانقضى تبعاً له الإلتزام المقابل (م ٣٧٣ مدنى) ومعنى ذلك أن المدين وقد استحال تنفيذ إلتزامه لا يستطيع مطالبة الدائن بتنفيذ ما تعهد به، وبهذا يتحمل المدين فى العقد التبادلى تبعه استحالة تنفيذ إلتزامه. وفى البيع مثلاً إذا هلك المبيع المعين بالذات قبل التسليم لسبب أجنبى، تحمل البائع وهو المدين بالتسليم، تبعه هذا الهلاك وانقضى التزام الدائن أى المشتري بدفع الثمن. وإذا كان هذا هو الأصل

بالنسبة للعقود التبادلية فلن يغير منه شيئاً صدور الإعذار من الدائن أو عدم صدوره.

ولكن إذا كان العقد من العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة، واستحال على المدين أى على المودع عنده تنفيذ التزامه بالرد لسبب أجنبي، كهلاك الشئ المودع بقوة قاهرة، انقضى هذا الالتزام وتحمل المودع أى الدائن تبعه الهلاك. ولكن إذا فرض وكان المودع قد أعذر المودع عنده برد الوديعة قبل وقوع الهلاك، ترتب على هذا الإعذار انتقال تبعه استحالة تنفيذ الالتزام من الدائن إلى المدين، وإلى هذا الحكم أشارت المادة ١/٢٠٧ من التقنين المدني بقولها: «إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يَقم بتسليمه بعد أن أعذر، فإن هلاك الشئ يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن».

غير أن هذا النص ليس قاطعاً فى نقل تبعه الهلاك من الدائن الى المدين المعذر. إذ قد أجازت الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر للمدين أن يثبت أن الشئ كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلمه إليه، وبذلك يستطيع المدين أن يتخلص من هذه المسؤولية. ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا حالة ما إذا كان المدين قد قبل أن يتحمل تبعه الحوادث المفاجئة.

الثانية، استحقاق التعويض عن تأخير تنفيذ الالتزام:

تنص المادة ٢١٨ من التقنين المدني على أنه «لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين، ما لم ينص على غير ذلك». والتعويض الذى تشير إليه هذه المادة هو التعويض عن التأخير فى الوفاء، والأصل أن هذا التعويض لا يستحق الا بعد الإعذار، لأنه يفترض قبل صدور الإعذار أن الدائن قبل

ضمناً مد أجل الوفاء بالالتزام، ولا ينفى هذه القرينة عنه إلا صدور الإعدار، وبصدوره يتصور وقوع الضرر الناشئ عن التأخير، فيستحق التعويض من هذا الوقت.

وقد خرج المشرع على هذا الاصل إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، فتطلب لسريان الفوائد وهي التعويض عن التأخير في الوفاء. رفع الدعوى بها، أي أن الفوائد لا تستحق من تاريخ الإعدار بل من وقت إعلان صحيفة الدعوى (م ٢٢٦ مدني).

هذا عن التعويض عن التأخير في التنفيذ - Dommages - intérêts moratoires
أم التعويض عن عدم التنفيذ - Dommages - intérêts compensatoires
فالرأى الراجح في شأنها أنه لا داعي للإعدار لاستحقاقها لأنه من المؤكد وجوبها.

(١٦١) الحالات المستثناة من ضرورة الإعدار؛

يستثنى من ضرورة الإعدار حالات معينة يعتبر فيها المدين معذر بمجرد حلول أجل الوفاء بالالتزام دون حاجة إلى أي إجراء آخر. ويمكن رد هذه الحالات أما إلى الاتفاق وأما إلى نص القانون.

(١٦٢) الحالات المستثناة بالاتفاق؛

لما كان المقصود بقاعدة وجوب الإعدار مراعاة مصلحة المدين، وهي مصلحة شخصية لا مصلحة عامة، فيجوز بالاتفاق استبعاد حكم هذه القاعدة واعتبار المدين معذراً بمجرد حلول أجل الالتزام دون انتظار لإجراء آخر. والاتفاق يكون صريحاً وقد يكون ضمناً. ومن أمثلة الاتفاق الضمني ما جرى به القضاء الفرنسي من أنه إذا اشترط في عقد مقاوله وجوب إنتهاء المقاول من عمله في تاريخ معين، أو اشترط في عقد توريد وجوب التسليم

فور الوقت. كان الدائن غير ملزم بإعذار المدين. أما الإتفاق على شرط جزائي في العقد اذا تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه أو تأخيره فيه فلا يستفاد منه اعفاء الدائن من واجب الإعذار.

ويلحق بالحالات المستثناة بالإتفاق، حالات تقتضى فيها طبيعة الأشياء اعفاء الدائن من واجب الإعذار، ولا يغير من هذا الوضع أن المشرع قد نص عليها في التقنين المدنى الحالى (م ٢٢). إذا كان حكمها معمولاً به في ظل التقنين المدنى القديم بالرغم من عدم وجود نص. وهذه هي:

أولاً:

إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين. من ذلك أن يكون محل الإلتزام إمتناعاً عن عمل وأتاه المدين، إذ ما فائدة الإعذار في هذه الحالة وقد أصبح التنفيذ العينى غير ممكن.

أو كان محل الإلتزام القيام بعمل وصدر من المدين ما يجعل تحقيقه مستحيلًا، كمالك يتصرف بالبيع فى عقاره مرتين، ويسجل المشتري الثانى عقده قبل تسجيل عقد المشتري الأول.

أو كان تنفيذ الإلتزام واجباً فى وقت معين بحيث يترتب على فواته ضياع الجدوى منه كمحام يتعهد برفع إستئناف عن حكم وينقض الميعاد قبل رفعه.

أو إذا كان مصدر الإلتزام عقداً من عقود المدة، والزمّن فى هذه العقود كما نعلم عنصر جوهري، بحيث يترتب على فوات بعضه إستحالة تدارك ما مضى منه، فإذا تخلف المدين فى أى عقد من هذه العقود عن تنفيذ التزامه بعض الوقت جاز للدائن الرجوع عليه بالتعويض ولو لم يسبقه اعذار لان هذا هو ما تقتضى به طبيعة الإلتزام الناشئ عن هذه العقود.

هذا ويلاحظ أنه في جميع الحالات السابقة افتراضنا أن تنفيذ الالتزام أصبح غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، لأنه لو كان الأمر ليس راجعاً إلى فعله بل إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، لا نقضى إلتزامه وامتنع الرجوع عليه بالتعويض، وفي هذه الحالة لا محل للكلام عن الإعذار.

ثانياً:

إذا كان محل الإلتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع. والعمل غير المشروع ما هو إلا إخلال بالإلتزام القانوني العام المفروض على كل شخص بعدم الإضرار بالغير، ولما كان محل هذا الإلتزام امتناعاً عن عمل، فلا يتصور الإعذار إذا خالفه المدين. ويعلل فريق من الشراح هذا الحكم بتفسير آخر قوامه أن الإلتزام بعدم الإضرار بالغير ليس إلتزاماً بالمعنى الفني الدقيق، بل هو واجب قانوني عام يتساوى فيه جميع افراد المجتمع، أما الإلتزام بالمعنى الفني فهو الإلتزام بالتعويض عن الضرر المترتب على الخطأ، وبالنسبة لهذا الإلتزام من المتصور أن يدعو الدائن المدين إلى القيام به عن طريق الإعذار ولكن لما كان المدين مقصراً من يوم نشوء الإلتزام، فقد رأى القانون في ذلك سبباً كافياً لاعفاء الدائن من الإعذار.

ثالثاً:

إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه. إذا لا معنى في هذه الحالة أن نتطلب من الدائن إعذار المدين وقد عقد العزم على الامتناع عن تنفيذ التزامه. وقد كان هذا الحكم معمولاً به في عهد التقنين المدني السابق بالرغم من عدم وجود نص في هذا الشأن، ولذا يكون ما إستحدثه التقنين الحالي في هذا الموضوع هو إستلزام الكتابة كطريق في الإثبات (م ٢٢٠)، ويقوم مقام الكتابة الإقرار أو النكول عن اليمين، أما شهادة الشهود فلا تكفى.

(١٦٢) الحالات المستثناة بنص في القانون:

قد يفترض المشرع في حالات معينة اعتبار المدين معذراً دون حاجة إلى إجراء ما، من ذلك:

أولاً:

ما جاء في شأن الأشياء المسروقة، من أنه إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو يعلم أنه تسلمه دون حق، فلا داعي للإعذار والعلّة في ذلك واضحة وهي سوء نية المدين (م ٢٢٠ مدنى). بل أن الفوائد والارباح التي جناها من الشيء أو التي قصر في جنيها تسرى في حقه من يوم تسلمه الشيء أو من اليوم الذي أصبح فيه سئ النية (م ٢/١٨٥ مدنى). وإذا هلك الشيء أو تلف بقوة قاهرة تحمل المدين تبعه هذا التلف (م ٩٨٤ مدنى)، وأكثر من ذلك إذا كان المدين هو السارق فليس له أن يتحلل من تبعه الهلاك باثبات أن الشيء كان يهلك كذلك عند المالك لو أنه رده إليه (م ٢/٢٠٧ مدنى).

ثانياً:

ما جاء في شأن فسخ بيع المنقول من أنه «في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى اعذار أن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره» (م ٤٦١ مدنى). والحكمة من وضع هذا النص على ما فيه من مخالفة للقواعد العامة في الفسخ، هي كثرة تقلب أسعار العروض والمنقولات، وما تتعرض له البضائع من التلف بمرور الوقت وما تتطلبه التجارة من سرعة التعامل وتصفية المراكز، فحماية للبائع

من جميع هذه الاخطار رأى المشرع أن يعتبر البيع مفسوخاً دون حاجة إلى اعدار بمجرد تأخر المشتري في الوفاء بالثمن إذا اختار البائع ذلك.

ثالثاً:

ما جاء في مواضع متفرقة في التقنين المدني من استحقاق الفوائد دون حاجة إلى اعدار، من ذلك: التزام الوكيل بفوائد مال الموكل الذي استخدمه لصالح نفسه من وقت استخدامه (م ٢/٧٠٦).

المبحث الثاني

التنفيذ العيني

(١٦٤) الأصل هو التنفيذ العيني:

... الأصل في الوفاء أن يكون بعين ما التزم به المدين. ويجب على الدائن أن يطالب به، فإن فعل، فلا يجوز للمدين أن يمتنع عنه، بل يجبر على القيام به إذا كان ذلك ممكناً، فإن كان مستحيلًا حكم عليه بالتعويض. وتعليل ذلك أن مطالبة الدائن بالتنفيذ العيني. تتضمن المطالبة بالتنفيذ بمقابل إذا تعذر القضاء بطلبه الأول. ولذا لا يعتبر الحكم بالتعويض في هذه الحالة حكماً بما لم يطلبه المدعى.

وكما يجوز للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني، يجوز كذلك للمدين أن يعرض القيام به، وفي هذه الحالة يمتنع على الدائن رفضه والإصرار على طلب التعويض. ولكن إذا اقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض، ولم يعرض المدين التنفيذ العيني، تعين في هذه الحالة الحكم بالتنفيذ بمقابل، وتفسير ذلك أن اقتصار الدائن على طلب التعويض مع امتناع المدين عن التنفيذ العيني، يفهم منه ضمناً اتفاقهما على ارتضاء التنفيذ بمقابل. غير أن هذا الوضع لا يعنى في فقه القانون المصري انقضاء الإلتزام الأصلي ونشوء

التزام جديد بالتعويض، بل أن التعويض ما هو الا طريق لتنفيذ نفس الإلتزام تخيره الطرفان بديلاً عن التنفيذ العيني، ولذا تبقى الضمانات المقررة للإلتزام قائمة كفالة الوفاء بالتعويض.

(١٦٥) منهج البحث :

هذا وسنتناول في دراسة التنفيذ العيني بحث:

أولاً : شروطه .

ثانياً : موضوعه .

ثالثاً : وسائل اكراه المدين على القيام به .

المطلب لأول

شروط التنفيذ العيني

(١٦٦) النص القانوني :

تنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني على أنه:

١- «يجبر المدين بعد اعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً.

٢- «على أنه إذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي. إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً. وظاهر من هذا النص أنه يشترط في التنفيذ العيني *execution directe* بجانب مطالبة الدائن به، واعتذار المدين برغبته في اقتضائه، وهو ما سبق شرحه، يشترط شرطان:

الأول: أن يكون التنفيذ العيني ممكناً.

ثانياً: ألا يكون فيه ارهاق للمدين.

(١٦٧) أن يكون التنفيذ العيني ممكناً ،

يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني، ويجوز للمحكمة أن تقضى به، طالما كان هذا التنفيذ ممكناً، فإن استحال، وهذه المسألة تتعلق بالواقع وبظروف كل دعوى، تعين العدول عنه إلى التنفيذ بمقابل. والإستحالة التي نتكلم عنها هي الاستحالة الراجعة إلى الخطأ المدين، لأنه إذا كانت لإستحالة راجعة إلى سبب اجنبي، إنقضى الإلتزام وامتنع الرجوع على المدين بالتعويض (م ٢١٥ مدنى).

وجميع ضروب الإلتزام من المتصور إستحالة تنفيذها بخطأ المدين، عدا الإلتزام بدفع مبلغ من النقود. ففي الإلتزام باعطاء قد يمتنع إنشاء الحق العيني أو نقله، أو يمتنع تسليم الشئ، ويكون مرد ذلك فعل المدين، كما لو كان محل الإلتزام نقل ملكية عقار، وتصرف فيه المدين (البائع) مرتين بالبيع، وسجل المشتري الثانى عقده قبل تسليم عقد المشتري الأول، أو كما لو كان المبيع منقولاً وتسلمه عيناً بالنسبة للمشتري الأول.

وفى الإلتزام بعمل قد يكون تدخل المدين الشخصى لازماً لتحقيق التنفيذ العيني، فيمتنع عنه بالرغم من التهديد المالى الموجه إليه من القضاء، فلا يتبقى بعد ذلك الا الإلتجاء إلى التعويض، أى إلى التنفيذ بمقابل. أو يكون التنفيذ العيني مما ينبغى القيام به فى مدة معينة تنعدم بفواتها الفائدة المرجوة منه، ويتخلف المدين عن القيام بالتزامه حتى انقضاء هذه المدة، فلا يتبقى الا التنفيذ بمقابل.

وفى الإلتزام بامتناع عن عمل قد يقع من المدين العمل المخالف فيستحيل التنفيذ العيني، ويتحقق هذا الغرض إذا كان الإمتناع مطلوباً عن الفترة التى وقع فيها العمل المخالف فقط، أو كان من المستحيل إزالة ما تم مخالفاً للإلتزام، أما إذا كان من المتيسر ازالته، فيجوز للدائن أن يطلب التنفيذ

العينى وأن يقوم به على نفقة المدين بترخيص من القضاء (م ٢١٢ مدنى).

(١٦٨) ألا يكون في التنفيذ العيني ارهاق للمدين :

قد يكون التنفيذ العيني ممكناً، ولكن فى تحقيقه ارهاق للمدين، وفى هذه الحالة يجوز له أن يستبدل بالتنفيذ العيني التعويض النقدى. وقد تجنب المشرع تحديد معنى الارهاق تاركاً الأمر إلى القضاء. ويذهب الشراح إلى أنه لا يدخل فى معنى الارهاق زيادة الكلفة نتيجة لارتفاع الاسعار أو الرسوم أو فرض ضرائب جديدة. ولكن يتحقق هذا الإرهاق إذا كانت الفائدة التى ستعود على الدائن من التنفيذ العيني لا تتناسب مع الضرر الذى سيصيب المدين منه، وكان فى التعويض النقدى ترضية كافية للدائن.

واستبعاد التنفيذ العيني إذا كان مرهقاً للمدين ما هو إلا تطبيق خاص من تطبيقات نظرية التعسف فى استعمال الحق (م ٥ / ب مدنى). ولكن يشترط للأخذ بهذا الحكم، كصريح نص المادة ٢/٣٠٢ ع ألا يلحق الدائن ضرر جسيم من جراء العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض، لأنه إذا كان التنفيذ العيني ارهاق للمدين وفى العدول عنه ضرر جسيم للدائن، كان الاخير أولى بالرعاية لانعدام التعسف فى هذه الحالة عن جانبه.

ومن الأمثلة على التنفيذ العيني المرهق ما جاء بالمادة ٩٢٨ من التقنين المدنى من أنه إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الارض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء، وذلك فى نظير تعويض عادل، والحكمة من هذا النص ظاهرة، ذلك أن الضرر الذى سيعود على المدين وهو البانى. من هدم البناء ورد الجزء من الأرض الذى جار عليه، لا يتناسب مع الفائدة التى ستعود على الدائن، ولذا يكتفى فى هذه الحالة بالتعويض النقدى.

المطلب الثاني

موضوع التنفيذ العيني

(١٦٩) أنواع الالتزام:

ينقسم الالتزام بالنظر إلى محله إلى أنواع ثلاثة:

١- الالتزام باعطاء شئ.

٢- الالتزام بعمل.

٣- الالتزام بالإمتناع عن عمل.

ولما كان الالتزام باعطاء شئ ينضمن عادة الالتزام بالتسليم بجانب الالتزام بنقل الحق العيني أو إنشائه، فسنبحث في كل من هذين الالتزامين منفصلاً عن الآخر.

١- الالتزام بنقل حق عيني أو إنشائه

(١٧٠) توقف التنفيذ العيني على طبيعة المحل :

الالتزام بنقل حق عيني أو إنشائه قد يقع على عقار كما قد يقع على منقول، ويختلف الحكم باختلاف الحالتين.

(١٧١) الشئ من العقارات:

إذا كان الالتزام بنقل حق عيني أصلى على عقار كالملكية، والإرتفاق والإنتفاع، فإن الحق لا ينتقل الا بتوافر شروط ثلاثة:

١- أن يكون الشئ معيناً بالذات.

٢- أن يكون مملوكاً للملتزم أى المدين.

٣- أن تراعى قواعد التسجيل. وفي هذا تقول المادة ٢٠٤ من التقنين المدني

الإلتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الإلتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل. وتقرر المادة ٩ من قانون الشهر العقارى الصادر سنة ١٩٤٦ أن جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الإلتزامات الشخصية بين ذوى الشأن.

وظاهر من هذا النص أن نقل الحق العيني العقارى الاصلى لا يتم بمجرد صدور التصرف بل لابد من تسجيله حتى يتحقق هذا الاثر. وهنا يجدر بنا أن نلاحظ أن الذى ينقل الحق هو القانون نفسه بناء على التصرف المسجل، أما الإلتزام الذى على المدين فينحصر فى القيام بالإجراءات الضرورية للتسجيل كتحرير العقد أو امضائه أو التصديق على توقيعه، أو غير ذلك من الإجراءات اللازمة لتمام التسجيل. وأن تخلف المدين عن القيام بأى من هذه الاجراءات. كان للدائن الحصول على التنفيذ عيناً بالالتجاء إلى دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع على حسب الاحوال.

وإذا كان الإلتزام بترتيب حق عيني تبعى، كالرهن الرسمى ورهن الحيازة والاختصاص، تعين الإلتجاء إلى القيد وهو طريق شهر هذه الحقوق على هذا نصت المادة ١٢ من قانون الشهر العقارى بقولها «جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها وكذلك الاحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق القيد، ويترتب على عدم

القيد هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير، وواضح من هذا النص أن عدم شهر التصرفات المنشئة لهذه الحقوق لا يترتب عليه تخلف قيامها بين المتعاقدين، بل يقتصر الامر فقط على عدم نفاذها في مواجهة الغير.

(١٧٢) الشئ من المنقولات،

إذا ورد الإلتزام بنقل أو إنشاء الحق العيني الأصلي أو التبعية على منقول، وجب التفرقة بين ما إذا كان الشئ معيناً بذاته أو بنوعه.

فإذا كان الشئ معيناً بالذات ومملوكاً للمدين، تم نشوء الحق العيني أو إنتقاله، سواء كان حقاً أصلياً أم تبعياً، بمجرد تمام العقد. أو بعبارة أخرى أن القانون يتكفل في هذه الحالة بترتيب أثر الإلتزام. أى بتنفيذه عيناً بمجرد انعقاد العقد دون حاجة إلى أى إجراء آخر كالتسليم. ففي البيع مثلاً، تنتقل الملكية إذا توافر الشروط السابقة، بمجرد التعاقد فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير. ومؤدى هذا أن مالك المنقول المعين بالذات إذا تصرف فيه بالبيع لشخصين على التعاقب، وجب تفضيل المشتري الأول، لأن الملكية انتقلت إليه بالنسبة لجميع الناس. ولكن قد لا يختص الملكية لهذا المشتري، لأن قاعدة انتقال الملكية بمجرد التعاقد تعطلها أحياناً قاعدة، انزال الحيازة في المنقول منزلة للسند للمشتري للملكية (م ٩٧٦ مدنى)، بمعنى أن بائع المنقول إذا سلمه للمشتري الثانى، فيجب تفضيل هذا الأخير إذا كان حسن النية بالرغم من أنه اشترى من غير مالك، مع ملاحظة أن الملكية لم تنتقل إليه بمقتضى العقد بل بطريق الحيازة.

وإذا كان الشئ معيناً بنوعه فقط فلا ينتقل الحق الا بإفراز الشئ، والعلة فى هذا واضحة، ذلك أن الحق العيني سلطة مباشرة على الشئ، وهذه السلطة تتطلب أن يكون محلها شيئاً معيناً بالذات، وعلى هذا نصت المادة

١/٢٠٥ من التقنين المدني بقولها، «إذا ورد الإلتزام بنقل حق عيني على شئ لم يعين الا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشئ» .

وأفراز الشئ أما أن يكون عن طريق عدّه أو وزنه أو كيله أو مقياسه وأما أن يكون عن طريق تسليمه، وهذا هو الوضع الغالب. على أنه ينبغي الاحتراز في شأن أثر التسليم فلا يقال أن الحق ينتقل بالتسليم، بل يقال أن التسليم يؤدي إلى الإفراز الذي به يتم تعيين الشئ فينتقل الحق.

وتنفيذ الإلتزام عيناً إذا كان الشئ معيناً بنوعه فقط يتطلب أن يقوم المدين بإفراز الشئ، فإن إمتنع وحال بذلك دون انتقال الحق إلى الدائن، كان لهذا الأخير بعد أن يعذره ليثبت عليه إمتناعه، أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد إستئذان القاضى أو دون إستئذانه في حالة الإستعجال.

وللدائن كذلك أن يتخذ من الامتناع عن التنفيذ عيناً ذريعة للمطالبة بتعويض نقدي يعادل قيمة الشئ. ولا يكون أساس هذه المطالبة إستحالة التنفيذ، وإنما يكون أساسها إستيفاء الدائن للتعويض، دون معانعة من المدين. وللدائن في الحالتين، حالة الوفاء عيناً وحالة الوفاء بمقابل أن يقتضى فرق ذلك ما يجب له من تعويض عن التأخير في التنفيذ. وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٥، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه، جاز للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد إستئذان القاضى أو دون إستئذانه في حالة الإستعجال. كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشئ من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض.

(١٧٣) الشئ من النقود؛

إذا كان الشئ من النقود فيجب أن تكون هذه النقود معينة بنوعها

ومقدارها - وقد بين المشرع في المادة ١٣٤ من التقنين المدني كيفية الوفاء بالالتزام إذا كان محله من النقود فقرر أنه «إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لإنخفاضها وقت الوفاء أى أثر، ومعنى هذا النص أنه إذا تغيرت قيمة النقود في الفترة ما بين نشوء الالتزام والوفاء به فلا يكون لهذا التغيير أى أثر على مقدار محل الالتزام، بمعنى أن على المدين الوفاء بالمقدار المعين في العقد ولو ارتفعت قيمة النقود، وأنه ليس للدائن المطالبة بأكثر من المقدار المتفق عليه ولو انخفضت قيمة النقود.

والتنفيذ العيني إذا كان الالتزام بدفع مبلغ من النقود، لا يستحيل أبداً لأنه إذا لم يقم المدين بالوفاء باختياره جاز قهره عليه بالحجز على أمواله وبيعها واقتضاء الدين نقداً من ثمنها.

٢- الالتزام بالتسليم

(١٧٤) الالتزام بالتسليم قد يكون التزاماً تبعياً وقد يكون التزاماً أصلياً،

ذكرنا أن الالتزام ينقل حق عيني يتضمن الالتزام بالتسليم، وفي هذه الحالة يعتبر الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً، والقاعدة في شأن تحمل تبعه الهلاك إذا كان الالتزام تبعياً أن الهلاك القهري على المدين بالتسليم، وقد طبق المشرع هذا الحكم في البيع فنصت المادة ٤٣٧ من التقنين المدني على أنه «إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع، غير أن الالتزام بالتسليم قد يكون التزاماً أصلياً، ويعتبر منذ نشأته التزاماً بعمل: والقاعدة في شأن تحمل تبعه الهلاك القهري إذا كان الالتزام أصلياً، أن الهلاك على المالك، وقد طبق المشرع هذا الحكم في الإيجار

فنص في المادة ١/٥٦٩ أنه ،إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكاً كلياً، انفسخ العقد من تلقاء نفسه. ومعنى هذا الحكم أن الهلاك على المالك وهو الدائن بالرد.

هذا وقد سبق بحث موضوع تحمل تبعة الهلاك وأثر الإعذار في انتقال التبعة فلا محل للتكرار.

٢- الإلتزام بعمل

(١٧٥) النصوص القانونية :

تنص المادة ٢٠٨ من التقنين المدني على أنه: «في الإلتزام بعمل، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الإلتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين»:

وتنص المادة ٢٠٩ على أنه:

١- «في الإلتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين إذا كان التنفيذ ممكناً».

٢- «ويجوز في حالة الإستعجال أن ينفذ الدائن الإلتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء».

وتقرر المادة ٢١٠ أنه «في الإلتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الإلتزام».

وتقضى المادة ٢١١ بأنه:

١- «في الإلتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطه في تنفيذ التزامه فان

المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.

٢- وفى كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم.

وظاهر من مجموع هذه النصوص أنه بالنسبة للالتزام بعمل، سواء كان التزاماً بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية، قد يستطيع تحقيق التنفيذ العيني جبراً عن المدين وقد يستحيل ذلك ولا يتبقى إلا التنفيذ بمقابل.

(١٧٦) تحقيق التنفيذ العيني جبراً عن المدين؛

قد لا تكون شخصية المدين ملحوظة فى الالتزام ولا يكون تدخله الشخصى ضرورياً لتحقيقه، وفى هذه الحالة يستطيع الدائن الحصول على التنفيذ العيني دون الاستعانة بالمدين الذى يتم التنفيذ جبراً عنه. فمثلاً رذا تخلف المؤجر عن القيام بالإصلاحات الضرورية التى تحتاجها العين المؤجرة كان للمستأجر، وهو الدائن، أن يقوم بها على نفقة المؤجر، وهو المدين، بعد استئذان القضاء أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال.

(١٧٧) التنفيذ بمقابل؛

قد تكون شخصية المدين ملحوظة فى الالتزام لكفاءة أو صفة فيه، وفى هذه الحالة يتعين الحصول على التنفيذ العيني بواسطة المدين، بل أن للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين اذا نص فى الاتفاق أو استوجبت طبيعة الالتزام أن ينقده المدين بنفسه، والأمر فى هذا متروك لتقدير الدائن لأنه صاحب المصلحة. غير أنه إذا امتنع المدين عن القيام بالعمل الذى التزم به. ولم يفلح التهديد المالى فى التغلب على تعنته، لم يبق الا التنفيذ بطريق التعويض، لأن من شأن التنفيذ العيني اذا تم جبراً عنه المساس بحريته، وهذا غير جائز.

٤- الالتزام بالامتناع عن العمل

(١٧٨) التنفيذ العيني والتعويض النقدي :

تنص المادة ٢١٢ على أنه «إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب ازالة ما وقع مخالفاً للالتزام، وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين» .

وظاهر من هذا النص أن الالتزام بالامتناع عن عمل كغيره من ضروب الالتزام يجوز فيه تحقيق التنفيذ العيني جبراً عن المدين . بازالة ما وقع مخالفاً للالتزام بل أن للدائن أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين بعد الحصول على ترخيص من القضاء بذلك . واستئذان القضاء واجب دائماً ولو كانت الإزالة المطلوبة على وجه الاستعجال لما قد تؤدي إليه من أعمال العنف، وفي هذا يفترق الالتزام بالامتناع عن عمل، عن الالتزام بعمل أو الالتزام بنقل حق عيني . إذ قد رأينا أنه بالنسبة لهذين النوعين الأخيرين من الالتزام يجوز للدائن في حالة الاستعجال أن ينفذ الالتزام عيناً على نفقة المدين دون حاجة إلى ترخيص سابق من القضاء .

وإذا استحال التنفيذ العيني لأن ما وقع من مخالفة لا يمكن تداركه . كما لو أفشى طبيب سرّاً من اسرار مهنته، أو كان في التنفيذ العيني مساس بحرية المدين، كما لو أخل ممثل بالتزام عليه بعدم التمثيل في مسرح معين اذ استحيل منعه من التماذي في المخالفة (إذا كان العمل يحتمل التكرار) إلا بالحجر على حرّيته، أو كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين لا يتناسب والفائدة التي ستعود منه على الدائن . والأمر متروك لتقدير القاضى . وجب الالتجاء إلى التنفيذ بمقابل أى إلى التعويض النقدي .

المطلب الثالث

وسائل اكراه المدين على التنفيذ العيني

أو

الغرامة التهديدية

(١٧٩) الاكراه البدني والتهديد المالي؛

يجوز حمل المدين على التنفيذ العيني، خاصة في الاحوال التي تتطلب تدخله الشخصي، باجدي وسيلتين هما: الاكراه البدني la contrainte par corps والتهديد المالي les astreintes.

والاكراه البدني قد يكون وسيلة للوفاء المباشر إذا كان جسم المدين ضامناً لالتزاماته، وهذا هو الطابع الذي كان له في القانون الروماني في بادئ الأمر، وقد يكون وسيلة لارهاب المدين - على طريق الحبس - لحمله على الوفاء. وهذا هو المقصود الان بفكرة الاكراه البدني.

وقد كان الاكراه البدني معمولاً به في فرنسا إلى عهد قريب، حتى تدخل المشرع بقانون ٢٢ يوليو سنة ١٨٦٧ فألغى المواد ٢٠٥٩ - ٢٠٧٠ من التقنين المدين، التي كانت تنظم أحكامه في المسائل المدنية والتجارية ولم يبق له من أثر الآن إلا في المسائل الجنائية.

وفي مصر لم يأخذ المشرع كقاعدة عامة بنظام الاكراه البدني لمجافاته للمبادئ الحديثة في الالتزام التي تقوم على فكرة أن أموال المدين لا شخصه هي الضامنة بالوفاء، وأن جزاء الإخلال بالالتزام هو التعويض لا العقوبة. ولذا اقتصر مجال الاكراه البدني على حالتين: احدهما امتناع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجره الحضانة أو الرضاع أو

المسكن، والآخرى خاصة بتحصيل مبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة، ويكون هذا الاكراه بالحبس البسيط.

أما التهديد المالى فيتمثل فى الحكم على المدين بالتنفيذ العينى وبغرامة تهديدية باعتبار كذا عن يوم أو أسبوع أو شهر أو أى وحدة زمنية أخرى إذا تأخر عن تنفيذ التزامه عن ميعاد معين يحدده القاضى. وليس الغرض من هذه الغرامة تعويض الدائن عن تأخر المدين فى الوفاء، بل المقصود بها ارهاب المدين وحمله على التنفيذ العينى.

والتهديد المالى لا يصادف كثيراً فى الإلتزام باعطاء شئ، لأن الرخصة المخولة للدائن فى التنفيذ على نفقة المدين، والسلطة الممنوحة للقاضى فى إنزال حكم منزلة التنفيذ العينى فى الحالات التى تسمح بذلك، كالحكم بصحة ونفاذ العقد أو بصحة التوقيع، كثيراً ما تغنى عن الإلتجاء الى التهديد المالى.

أما بالنسبة إلى الإلتزام بعمل، إذا كان تدخل المدين الشخصى ضرورياً لتنفيذه، وبالنسبة إلى الإلتزام بامتناع عن عمل، إذ اريد منع تكرار المخالفة فى المستقبل، فيلجأ القاضى كثيراً إلى نظام الغرامة التهديدية للتغلب على تعنت المدين واصراره على عدم التنفيذ.

ونظام التهديد المالى وليد اجتهاد القضاء، عرفته المحاكم الفرنسية فى عهد القانون القديم وفى ظل القانون المدنى الحالى بالرغم من سكوت المشرع عن ذكره، كذلك أخذ به القضاء المصرى، وان أحوجه سند فى التشريع، فى عهد القانون المدنى السابق وقد تلافى المشرع هذا النقص فى التقنين المدنى الحالى فتناول التهديد المالى بالتنظيم فى المادتين ٢١٣ و ٢١٤.

وتنص المادة ٢١٣ على أنه:

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

٢- «وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممنوع عن التنفيذ، جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة».

وتقضى المادة ٢١٤ بأنه:

«إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعيًا فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا المدين».

(١٨٠) منهج البحث:

تتطلب دراسة نظام التهديد المالى بحث شروط الحكم بالغرامة التهديدية ومميزاته وأثره، وأخيراً تقدير النظام فى ذاته كوسيلة لحمل المدين على التنفيذ العيني.

١- شروط الحكم بالغرامة التهديدية

(١٨١) شرطان:

يشترط للحكم بالغرامة التهديدية توافر شرطين نصت عليهما المادة

١/٢١٣، وهما:

١- أن يكون تنفيذ الالتزام عيناً لا يزال ممكناً.

٢- أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه.

(١٨٢) الشرط الأول: أن يكون في الإمكان تنفيذ الالتزام عينياً؛

تفترض طبيعة الحكم بالغرامة التهديدية أن يكون هناك التزام لا يزال في الإمكان تنفيذه عينياً. فإذا لم يكن هناك التزام أصلاً فلا يتصور الحكم بالغرامة التهديدية وعلى ذلك لا يجوز الإلتجاء إلى التهديد المالي لإجبار أحد الخصوم في دعوى على الحضور أمام المحكمة لأنه ليس ملزماً بالحضور، كذلك لا يجوز الاستعانة به لحمل أحد الشركاء في جريمة افشاء أسماء شركائه لأنه ليس ملزماً قانوناً بذلك.

على أن وجود الالتزام لا يكفي لتبرير الحكم بالغرامة التهديدية، بل يجب أن يكون تنفيذه عينياً لا يزال ممكناً، لأن الغرض من التهديد المالي هو الحصول على هذا التنفيذ. وعلى ذلك يمتنع الحكم بالغرامة التهديدية. لغوات الغرض منها، إذا أصبح تنفيذ الالتزام عينياً مستحيلًا، سواء رجعت هذه الإستجالة إلى فعل المدين أم إلى سبب اجنبي. مع ملاحظة أن الإستحالة الراجعة إلى سبب اجنبي من شأنها انقضاء الالتزام.

فإن كان تنفيذ الالتزام عينياً لا يزال ممكناً، جاز الإلتجاء إلى التهديد المالي ولو كان المدين شخصاً من أشخاص القانون العام.

(١٨٣) الشرط الثاني: أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه؛

سبق أن ذكرنا أن من ضروب الإلتزام ما يمكن تنفيذه عينياً رغماً عن المدين ودون حاجة إلى تدخله الشخصي، كما هو الشأن في التنفيذ على نفقة المدين وفي قيام الحكم مقام العقد أو مقام الاجراء الذي امتنع المدين عن مباشرته. وطبيعي أنه في مثل هذه الحالات يمتنع الإلتجاء إلى الغرامة التهديدية لانعدام الغرض منها ولوجود وسيلة أخرى تفوقها سرعة وجدوى.

كذلك لا داعى إلى الحكم بالغرامة التهديدية إذا كان محل الإلتزام مبلغاً من النقود. لأن فى إمكانه التنفيذ على أموال المدين ما يغنى عنها.

أما إذا كان تدخل المدين ضرورياً أو مفيداً لتحقيق التنفيذ العينى فيجوز الإلتجاء إلى التهديد المالى، بل أنه لا يجوز الإلتجاء إليه كصريح نص المادة ١/٢١٣ من التقنين المدنى إلا إذا توافر هذا الشرط، أو بعبارة أخرى أنه إذا أمكن التنفيذ عيناً دون الإلتجاء الى الغرامة تعين استبعاد هذه الوسيلة. ومن الأمثلة على الإلتزامات التى تتطلب ضرورة تدخل المدين، الإلتزام بتقديم حساب أو مستندات، والإلتزام بالقيام بعمل أو بالإمتناع عن عمل ملحوظ فيه شخصية المدين، كتعهد ممثل بالإشتراك فى تمثيلية معينة، أو بالإمتناع عن الظهور فى عرض مسرحى معين.

وإذا كان يشترط للحكم بالغرامة التهديدية أن يكون تدخل المدين ضرورياً أو ملائماً لتحقيق التنفيذ العينى، إلا أن هناك من الحالات ما يعتنع فيها الإلتجاء الى التهديد المالى بالرغم من توافر هذا الشرط، من ذلك ما إذا كان فى التهديد المالى ما يمس شخصية المدين متمثلة فى نتاج فكره. فلو تعهد مؤلف قبل ناشر بوضع كتاب يقوم الاخير بنشره، أو التزم فنان قبل عميل بنحت تمثال يبرز فكرة معينة، ثم أعوز المؤلف أو الفنان الإلهام اللازم لتحقيق عمله فلا يجوز إجباره عليه عن طريق التهديد المالى.

كذلك لا يجوز استعمال هذه الوسيلة لجبره على تسليم الكتاب أو التمثال بغرض فراغه من وضعه أو من نحته، إذا كان ما أنتجه ليس جديراً فى نظره للنشر أو العرض على الجمهور، لأن المسألة تتعلق بسمعته ككاتب أو فنان، ولا يصلح غير للحكم على نتاج فكره وعلى صلاحيته للعرض أو النشر.

أما إذا كان إمتناع المؤلف أو الفنان عن تسليم الكتاب أو التمثال، راجعاً إلى اغراء بعرض أكبر من ناشر أو من عميل آخر، فيجوز عندئذ الإلتجاء إلى التهديد المالى لحمله على تنفيذ التزامه .

(١٨٤) سلطة القضاء في الحكم بالغرامة التهديدية،

من المتفق عليه أن الحكم بالغرامة التهديدية يدخل في إختصاص كافة أنواع المحاكم من عادية أو استثنائية، ومن مدنية أو تجارية أو جنائية إذا كانت تقضى في التزام مدنى كالحكم على الجانى بإعادة ما اغتصبه . بل أن هذا الإختصاص ثابت كذلك لقاضى الأمور المستعجلة مع تحفظ فى شأن تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض، فإن هذا يخرج عن سلطته .

كذلك من المسلم به أن طلب الحكم بالغرامة التهديدية يجوز ابداءه فى أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة الإستئناف . ويعلل البعض ذلك بأن هذا الطلب لا يعتبر طلباً جديداً، بل طلباً تابعاً للطلب الأصل ويعلله البعض الآخر، ورأيهم الراجح . بأنه اذا كان للمحكمة سواء كانت ابتدائية أم إستئنافية أن تقضى من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية لمساندة حكمها بالتنفيذ العينى ولضمان تنفيذه فليس هناك ما يمنع من ابداء هذا الطلب لأول مرة أمام محكمة الإستئناف، خاصة وأن هذا الطلب لا يعتبر فى الحقيقة طلباً قضائياً بالمعنى المعروف .

والحكم بالغرامة التهديدية أمر جوازى لمحكمة الموضوع تقدره بحسب ظروف الدعوى، ولا يخضع تقديرها فى هذا الشأن لرقابة محكمة النقض، أما توافر شروط الحكم بهذه الغرامة فمسألة قانونية تدخل فى إختصاص هذه المحكمة .

٢- مميزات الحكم بالغرامة التهديدية وطبيعته

(١٨٥) مميزات الحكم بالغرامة التهديدية :

يتميز الحكم بالتهديد المالي بخصائص معينة يملئها الغرض منه وهذه الخصائص هي:

أولاً: أنه وسيلة تهديدية *Comminatoire* يقصد بها التغلب على تعنت المدين وإمتناعه عن تنفيذ التزامه، ولذا يكون تقدير الغرامة تقديراً تحكيمياً *arbitraire* يراعى فيه القاضى المركز المالى للمدين ودرجة تعنته دون النظر إلى الضرر الذى أصاب الدائن، بل أن الغالب أن يتجاوز مقدار الغرامة كثيراً هذا الضرر، ويزيد القاضى من هذه الغرامة كلما طال تعنت المدين تحقيقاً للغرض منها، ألا وهو إرهاب المدين لحمله على تنفيذ تعهده (م/ ٢/ ٢١٣).

ثانياً: أن الحكم بالغرامة التهديدية يعتبر حكماً وقتياً *provisoire* مصيره إلى التصفية *liquidation* وفقاً للموقف النهائى للمدين، وفى هذا تقول المذكرة الايضاحية «بيد أن الحكم الصادر بالغرامة التهديدية حكم موقت، تنتفى علة قيامه متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه، أما بوفائه بالالتزام به، وأما باصراره على التخلف، فإن استبان هذا الموقف، وجب على القاضى أن يعيد النظر فى حكمه ليفصل فى موضوع الخصومة، فإن كان المدين قد أوفى بالتزامه حط عنه الغرامة، إزاء استجابته لما أمر به، والزمه بتعويض عن التأخر، لا أكثر». وإن أصر المدين على عناده نهائياً، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء ولكن ينبغى أن يراعى فى هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتاً باعتبار هذه الممانعة عنصر ادبياً من عناصر احتساب التعويض.

ثالثاً، أن الغرامة التهديدية لا تعتبر ديناً محققاً في ذمة المدين، ولذا فلا يجوز التنفيذ بالحكم الصادر بها على أمواله، بل ينبغي انتظار التصفية النهائية التي يتعلق عليها مصير الغرامة، ثم التنفيذ بالحكم الصادر بالتعويض عن التأخير أو عن عدم التنفيذ.

غير أن الرأي السابق ليس مسلماً به من جميع الفقهاء، بل أن منهم من يرى أن للدائن أن يوقع الحجز التحفظي على أموال المدين بموجب الحكم الصادر بالغرامة التهديدية، وأن له أن ينفذ به على أمواله وإذا تحقق شرط امتناعه عن تنفيذ التزامه، على أن يرد للمدين بعد صدور الحكم بالتعويض الفرق بين مبلغ الغرامة ومقدار التعويض المحكوم له به. ويعلون هذا الرأي، بأن في الاخذ به ما يضي على الغرامة التهديدية قيمة عملية.

غير أننا نفضل الرأي الأول الذي لا يجيز التنفيذ بالحكم الصادر بالغرامة التهديدية، لأنه فضلاً عن أن دين الغرامة ليس ديناً محققاً، فإنه كذلك ليس ديناً محدداً، لأن الشكل الغالب للغرامة أن يحكم على المدين بمبلغ كذا عن كل يوم يتأخر فيه عن تنفيذ التزامه، ولذا فإن جملة الغرامة تتوقف على مدة امتناعه، وهذا أمر لا يمكن التكهن به حتى حدوث التصفية.

(١٨٦) طبيعة الحكم الصادر بالغرامة التهديدية:

يتضح مما تقدم أن الحكم بالتهديد المالي حكم وقتي الغرض منه إكراه المدين وحمله على تنفيذ التزامه عينياً، وهو في هذا يختلف عن الحكم الصادر بالتعويض، يختلف عنه من حيث الغرض، إذ ليس المقصود به إصلاح الضرر، كما يختلف عنه من حيث حساب

المبلغ المحكوم به . فلا تناسب بين هذا المبلغ وبين الضرر الحادث . وقد كان القضاء الفرنسي يخلط في بادئ الأمر بين الغرامة التهديدية والتعويض ، كما لو كان المبلغ المحكوم به عن كل يوم من أيام التأخير في التنفيذ متناسباً مع الضرر اللاحق بالدائن ، الا أن القضاء ما لبث بعد ذلك أن ميز بينهما بعد أن اتضحت له الفروق الجوهرية التي تفصل بين النظامين .

غير أنه قد يحدث أن يشتبه الأمر في طبيعة الحكم الصادر من القاضى ، هل يتضمن تعويضاً أم تهديداً مالياً؟ والمرجع في هذا الشأن هو نية القاضى ، وأن كان من الممكن الاستدلال عليها من الحكم نفسه ، ذلك أن الحكم الصادر بالتعويض يتعين على القاضى تسببه ، على حين أنه لا يلزم بذلك إذا كان الحكم صادراً بغرامة تهديدية .

والغرامة التهديدية كوسيلة غير مباشرة للتغلب على تعنت المدين وتحقيق التنفيذ العيني لا تعتبر عقوبة خاصة *Peine privee* لأن العقوبة واجبة التنفيذ على حين أن الغرامة التهديدية كما سبق أن رأينا لا يجوز التنفيذ بها ، وإذا كان القاضى سيدخل في اعتباره عند تقديم التعويض العنت الظاهر من المدين فى عدم تنفيذ التزامه ، فيزيد من مقداره ، الا انه لا يجب تفسير هذه الزيادة على اعتبار أنها عقوبة ، بل يجب ردها الى فكرة الخطأ وجسامته التى تؤثر فى تقدير القاضى للتعويض ، وطبيعى أنه يدخل فى هذه الجسامة تجاهل المدين لحكم القاضى الصادر بالتنفيذ العيني وبالتهديد المالى .

٣- تقدير نظام الغرامة التهديدية

(١٨٧) القيمة العملية للتهديد المالي :

رأينا أن الحكم بالغرامة التهديدية حكم مؤقت مصيره إلى التصفية وفقاً لما ينتهي إليه مسلك المدين، فإن نفذ التزامه عيناً، حط القاضى عنه الغرامة التهديدية، وألزمه فقط بالتعويض عن التأخير إذا رأى محلاً لذلك. وأن استمر المدين فى غيه وأصر على إمتناعه أعاد القاضى النظر فى الغرامة التهديدية وأحالها الى تعويض يتناسب مع الضرر الذى أصاب الدائن من عدم التنفيذ.

وإذا كان هذا هو مصير الغرامة التهديدية، فلن يتحقق الغرض منها، لأن المدين يعلم سلفاً أن مصيرها إلى التصفية وأنه لن يحكم عليه فى نهاية الأمر إلا بتعويض يقاس بما لحق الدائم من ضرر، وإذن فلن ترهبه هذه الوسيلة ولن تحمله على الانصياع إلى حكم القاضى بالتنفيذ العيني.

وقد أراد القضاء فى فرنسا أن يتلافى هذا الضعف فى نظام الغرامة التهديدية، فذهبت بعض المحاكم إلى أن الحكم بالغرامة لن يكون مؤقتاً بل نهائياً *astreintes définitives, non Comminatoires* وقد أرادت بذلك أن تعطى لهذا النظام قوة فعالة من شأنها التغلب على تعنت المدين، الذى سيعلم مقدماً أن الحكم بالغرامة لن يعاد النظر فيه، بل سيتعين عليه تنفيذه. غير أن هذا المسلك من جانب القضاء لم يصادف قبولاً لدى محكمة النقض الفرنسية، كما ناهضة رجال الفقه لما يتضمنه من معنى العقوبة الخاصة ولذا عدل عنه.

وقد تنبه المشرع المصرى عند وضع التقنين المدنى الحالى لما فى نظام الغرامة التهديدية من ضعف يقعد به عن تحقيق الغرض المقصود منه فعمل على تلافيه بالنص فى المادة ٢١٤ على أنه: «إذا تم التنفيذ العيني أو أصر

المدين على رفض التنفيذ حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعيأ فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين، . ومعنى هذا الحكم أنه سواء نفذ، المدين التزامه بعد ممانعة، أو أصر على امتناعه، فيجب على القاضى أن يدخل فى حساب التعويض عن التأخير أو عن عدم التنفيذ، العنت الذى بدا من المدين باعتباره عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض، وبذلك كفل المشرع المصرى لهذا النظام فائدته العملية باعتباره وسيلة غير مباشرة لتحقيق التنفيذ العينى.

المبحث الثالث

التنفيذ بمقابل

أو

التنفيذ بطريق التعويض

(١٨٨) حالات التنفيذ بمقابل :

إذا كان الاصل هو التنفيذ العينى، إلا أن هناك من الحالات ما يتعين فيها الالتجاء الى التنفيذ بمقابل *exécution par équivalent* وقد سبق أن إشرنا الى هذه الحالات عند دراسة شروط التنفيذ العينى، ولا نرى بأساً من اعادة التنبويه عنها، وهى:

١- إذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلأ بخطأ المدين (م ٢١٥). وهذه الاستحالة متصورة بالنسبة لجميع ضروب الالتزام عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود، وقد سبق بيان ذلك.

٢- إذا كان تدخل المدين الشخصى ضرورياً أو ملائماً لتحقيق التنفيذ العينى، ولم يجد التهديد المالى فى فى التغلب على تعنته وامتناعه.

٣- إذا كان التنفيذ العيني ممكناً ولكن في تحقيقه ارهاق للمدين، أى كانت الفائدة التى ستعود على الدائن منه لا تتناسب مع الضرر الذى يصيب المدين، وكان فى التعويض النقدي ترضية كافية للدائن، وهذا الحكم الذى تناولته المادة ٢/٢٠٣ من التتقنين المدنى ما هو إلا تطبيق خاص لنظرية التعسف فى استعمال الحق، على ما سبق أن أوضحنا.

٤- وأخيراً إذا كان التنفيذ العيني ممكناً تحقيقه على وجه ملائم دون تدخل المدين، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعرض المدين للقيام به، ففي هذه الحالة يحل التنفيذ بمقابل محل التنفيذ العيني.

(١٨٩) نوعا التعويض؛

إذا لم ينفذ المدين التزامه فى الميعاد المحدد له وعلى النحو المتفق عليه ألزم بالتعويض. والتعويض على نوعين:

١- تعويض عن عدم التنفيذ Dommages-intérêts compensatoires.

٢- وتعويض عن التأخير فى التنفيذ Dommages-intérêts moratoires.

والتعويض عن عدم التنفيذ يحل محل التنفيذ العيني، ولا يجتمع بالبداية معه. أما التعويض عن التأخير فيجتمع مع التنفيذ العيني اذا قام المدين بتنفيذ التزامه متأخراً عن الميعاد المعين له، كما يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ إذا لم يقم المدين أصلاً بما تعهد به.

والإلتزام بالتعويض لا يعتبر فى الفقه التقليدى التزاماً جديداً حل محل الإلتزام الاصلى. وانما هو طريق لتنفيذ هذا الإلتزام، ولذلك فإن التأمينات المقررة لضمان الإلتزام المدين تبقى لضمان الوفاء بالتعويض، وقد سبق دراسة هذا الموضوع.

(١٩٠) إختلاف الرأي في شأن اشتراط الإعذار لإستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ؛

إذا كان من المتفق عليه وجوب الإعذار لإستحقاق التعويض عن التأخر في التنفيذ، إلا أن الرأي قد اختلف في شأن التعويض عن عدم التنفيذ. فذهب فريق من الفقهاء إلى أن الإعذار واجب بالنسبة لنوعى التعويض نظراً لعموم نص المادة ٢١٨ من التقنين المدنى التى تقضى بأنه لا يستحق التعويض الا بعد اعدار المدين، ما لم ينص على غير ذلك. وفى أحكام محكمة النقض المصرية ما يعزز هذا الرأي.

وقد ذهب فريق آخر إلى أنه يجب التفرقة في هذا الشأن بين فرضين، الأول وفيه يكون التنفيذ العيني غير ممكن وفي هذه الحالة لا داعى للإعذار وفقاً لنص المادة ١/٢٢٠ والثانى وفيه يكون التنفيذ العيني لازال ممكناً، وهنا يتعين الإعذار لإستحقاق التعويض.

وذهب فريق ثالث إلى أن الإعذار لا يشترط إلا بالنسبة للتعويض عن التأخير، أما بالنسبة للتعويض عن عدم التنفيذ فلا حاجة لنا به ما دام قد تحقق عدم تنفيذ المدين لالتزامه، وهذا هو الرأي الراجح فى اعتقادنا، لأن التعويض فى هذه الحالة يرتبط فقط بعدم التنفيذ دون أن يتعلق اسحقاقه على شرط الإعذار.

(١٩١) كيفية تقدير التعويض؛

الأصل فى تقدير التعويض أن يتم بمعرفة القاضى. وهذا هو التعويض القضائى، غير أنه بالنسبة للإلتزامات التعاقدية قد يتفق الطرفان مقدماً على مقدار التعويض الذى يلتزم به المدين، إذا لم ينفذ التزامه أو إذا تأخر فى الوفاء به، وهذا هو التعويض الإتفاقى أو الشرط الجزائى، وأخيراً قد يتولى

القانون تحديد التعويض الذي يستحق عن التأخر في تنفيذ الالتزام وهذا هو التعويض القانوني أو فوائد التأخير.

وسنبحث فيما يلي هذه الطرق المختلفة لتقدير التعويض.

المطلب الأول

التعويض القضائي

(١٩٢) إحالة:

بحث التعويض القضائي هو في الواقع بحث للمسئولية المدنية بنوعيتها. وقيام هذه المسئولية يتطلب توافر أركان ثلاثة هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية، فإن توافرت هذه الأركان التزم المدين بتعويض الدائن عما لحقه من ضرر، والضرر قد يكون مادياً أو أدبياً، والتعويض يتناول كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب على أن مدى التعويض يختلف في المسئولية العقدية عنه في المسئولية التقصيرية، ففي المسئولية العقدية يقتصر التعويض على الضرر المباشر المتوقع إلا في حالتى الغش والخطأ الجسيم على حين أنه في المسئولية التقصيرية ينصرف إلى الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع.

والتعويض يقدر عادة بمبلغ نقدي، ولو أنه في بعض الحالات قد يكون التعويض غير نقدي، كما هو الشأن فيما تقضى به المحكمة في دعاوى السب والقذف من نشر الحكم الصادر بإدانة المسئول بالصحف.

هذا مجمل ما سبق أن فصلناه في الجزء الأول من هذا الكتاب في شأن المسئولية المدنية، ولذا نكتفي هنا بالإحالة إلى ما ورد فيه.

المطلب الثاني

التعويض الإتفاقي

أو

الشرط الجزائي

(١٩٣) تعريف الشرط الجزائي:

الشرط الجزائي إتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين إلتزامه أو إذا تأخر في تنفيذه وسمى كذلك لأنه يوضع عادة ضمن شروط العقد الأصلي.

وكثيراً ما يصادف الشرط الجزائي في عقود المقاوله والتوريد والنقل، فيتفق رب العمل مع المقاول على مبلغ معين يدفعه الأخير عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم العمل الذي تعهد به، أو يوضع شرط في تعريفه مصلحة السكة الحديد أو مصلحة البريد يحدد المبلغ الذي تلتزم به المصلحة كتعويض عن فقد الطرد أو الرسالة.

والغالب أن يوضع الشرط الجزائي في نفس العقد الأصلي، غير أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتضمنه اتفاق لاحق. بشرط أن يكون هذا الاتفاق سابقاً على واقعة اخلال المدين بالتزامه، أي سابقاً على عدم التنفيذ أو التأخر فيه، لأنه إذا كان لاحقاً لها فإنه يعتبر صلحاً لا شرطاً جزائياً. وعادة يتناول الشرط الجزائي تقدير التعويض المستحق عن الإخلال بالتزام تعاقدى، غير أنه ليس هناك ما يمنع من اللجوء إليه في شأن تقدير التعويض الناشئ عن الإخلال بالتزام غير عقدى. فمثلاً إذا كان الإخلال بالعقد مكوناً لجريمة كجريمة خيانة الأمانة، واتفق المتعاقدان سلفاً على تعويض عن مسئولية تقصيرية.

وإذا اتفق على تعويض يستحقه الدائن في حالة فسخ العقد أو الرجوع في وعد كالوعد بالزواج، فإن ذلك يعتبر تعويضاً عن الإخلال بالتزام غير عقدي.

(١٩٤) الأغراض التي يستهدفها المتعاقدان من الشرط الجزائي؛

يقصد المتعاقدان عادة بالشرط الجزائي تجنب تحكم القضاء وتدخل أهل الخبرة في تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل المدين بالتزامه، على أن هذا الغرض قلما أن يتحقق إذ سيكون دائماً لأحد الطرفين مصلحة في المنازعة في مقدار التعويض المتفق عليه.

كذلك قد يقصد بالشرط الجزائي التحايل على أحكام القانون المتعلقة بفوائد التأخير، كما قد يقصد به التعديل من أحكام المسؤولية بالاعفاء أو التخفيف منها إذا كان المبلغ المتفق عليه يقل كثيراً عن الضرر المتوقع حصوله أو بالتشديد فيها إذا كان هذا المبلغ مبالغاً فيه، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون غالباً للشرط الجزائي شأن التهديد المالي بمعنى أنه يكون للمحكمة أن تهمل أعماله وأن تقدر التعويض طبقاً للقواعد العامة.

أخيراً قد يقصد بالشرط الجزائي تأكيد التزام المدين في التعهد عن الغير بتحديد مبلغ التعويض الذي يلتزم به المتعهد مقدماً إذا لم يقبل الغير التعهد أو تثبيت المصلحة المادية التي للمشترط في الاشتراط لمصلحة الغير.

(١٩٥) النصوص القانونية؛

وقد تناول التقنين المدني الحالي تنظيم الشرط الجزائي في المواد ٢٢٣ إلى ٢٢٥.

وتنص المادة ٢٢٣ على أنه «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة

التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠.

وتقتضى المادة ٢٢٤ بأنه:

١- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر.

٢- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

٣- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين.

وتقرر المادة ٢٢٥ أنه، إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.

وشرح هذه المواد يتطلب:

١- دراسة شروط استحقاق التعويض الاتفاقي وطبيعته.

٢- بيان آثاره.

١- شروط استحقاق التعويض الاتفاقي وطبيعته

(١٩٦) شروط أعمال الشرط الجزائي؛

لما كان المقصود بالتعويض الاتفاقي أن يحل محل التعويض القضائي فإنه يتعين لأعمال الشرط الجزائي توافر شروط استحقاق التعويض وهي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وأخيراً الإعذار، وهذا هو ما عنته المادة ٢٢٣ بإحالتها إلى المواد ٢١٥ إلى ٢٢٠.

وفيما يتعلق بالخطأ يتعين على الدائن اثباته، إلا إذا كان الإلتزام العقدي الذي قصد المدين الوفاء به التزاماً بتحقيق نتيجة، فيكتفى من الدائن بإثبات عدم تحققها فإن فعل، فيفترض الخطأ في جانب المدين ويكون على الأخير إذا أراد نفي المسؤولية إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي.

وبالنسبة للضرر يشترط في التقنين المدني المصري تحققه لاستحقاق التعويض الاتفاقي، ونص المادة ١/٢٢٤ صريح في هذا الشأن، غاية الأمر أن المشرع قد خرج هنا على القواعد العامة في شأن إثبات الضرر، فنقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين، بمعنى أنه ليس على الدائن إثبات الضرر، بل على المدين اثبات انتفائه. وهذه هي الفائدة التي يجنيها الدائن من تضمين العقد شرطاً جزائياً.

واشترط وقوع الضرر لاستحقاق التعويض الاتفاقي لم يكن متفقاً عليه في ظل التقنين المدني السابق، بل كانت الأحكام مترددة في هذا الخصوص ولا يزال الفقه والقضاء في فرنسا يذهبان إلى عدم الحاجة لركن الضرر لإعمال الشرط الجزائي، لأن الغرض من وضع هذا الشرط هو تفادي المنازعة المستقبلية حول وقوع الضرر ومقداره.

على أن تحقق الخطأ والضرر لا يكفي لإعمال الشرط الجزائي إلا إذا توافرت علاقة السببية بينهما، فإن انتفت بأن كان الضرر راجعاً إلى سبب أجنبي فلا محل للأخذ بالشرط الجزائي، إلا إذا قصد تحميل المدين تبعة الحادث المفاجئ فيكون الاتفاق في هذه الحالة صحيحاً بوصفه شرطاً مشدداً للمسئولية.

أخيراً يتعين على الدائن إعدار المدين، إلا في الحالات التي أقاله فيها المشرع من واجب الإعدار، على ما سبق أن تقدم في هذا الشأن.

(١٩٧) طبيعة الشرط الجزائي:

لا يوجد الشرط الجزائي مستقلاً بنفسه بل تابعاً للإلتزام أصلي سواء كان مصدر هذا الإلتزام الأخير هو العقد أو غيره من مصادر الإلتزام. ولا يترتب على وجود الشرط الجزائي أن يصبح الإلتزام الأصلي التزاماً شرطياً، بل الإلتزام الشرطي و التعويض الاتفاقي لأن أعماله متوقف على عدم تنفيذ للإلتزامه أو لتأخره في الوفاء به.

كذلك لا يترتب على وجود الشرط الجزائي أن يصبح الإلتزام المدين تخييرياً أو بديلياً، فهو ليس بتخييري لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الإلتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطالب بأيهما شاء، بل عليه أن يطالب بالإلتزام الأصلي إلا إذا استحال تنفيذه بخطأ المدين. فيطالب بالتعويض الاتفاقي. وهو ليس بالإلتزام بدلي لأن المدين لا يملك العدول عن تنفيذ الإلتزام الأصلي مادام ممكناً، إلى تنفيذ الشرط الجزائي.

على أنه يترتب على تبعية الشرط الجزائي للإلتزام الأصلي أن يلحق الشرط الأوصاف المقترن بها هذا الإلتزام الأخير، كذلك يترتب على هذه التبعية أن بطلان الإلتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي، أما العكس فغير صحيح. أخيراً ينبني على هذه التبعية أن فسخ العقد وهو مصدر الإلتزام الأصلي، يستتبع سقوط الشرط الجزائي ووجوب الرجوع إلى تقدير القاضي في شأن التعويض.

(١٩٨) الشرط الجزائي والعربون:

قد يشتبه الشرط الجزائي بالعربون، ومع ذلك يتعين التفرقة بينهما، ذلك أن الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي عن الضرر الذي يصيب الدائن من جراء إخلال المدين بالإلتزامه، وشرط استحقاقه هو وقوع الضرر، على حين

أن العريون هو مبلغ من المال (أو منقول من نوع آخر) يدفعه أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر وقت التعاقد. ودفع العريون يفيد ثبوت خيار العدول لكل من المتعاقدين إلا إذا اتفق على عكس ذلك (م ١٠٣/١). وإذا عدل من دفع العريون فقده، وإذا عدل من قبضة رد ضعيفة ولو لم يترتب على العدول أي ضرر وفي هذا يفترق العريون عن الشرط الجزائي.

وينبغي الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كانا قد أرادا بالعريون تحديد قيمة جزافية لا يجوز الانتقاص منها، أو تقدير تعويض إتفاقي يجوز انتقاصه، ولا سيما إذا كان الجزاء المشروط فادحاً.

٢- آثار الشرط الجزائي

(١٩٩) سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي :

الأصل أنه إذا تحققت شروط الشرط الجزائي، وكان هناك تناسب بين التعويض المتفق عليه والضرر الواقع، تعين على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، وسلطة القاضي في هذا الشأن مطلقة لا معقب عليها من محكمة النقض. غير أنه استثناء من هذا الأصل أجاز المشرع في حالات معينة للقاضي تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة، وهذه السلطة الممنوحة للقاضي لا يجوز حرمانه منها باتفاق خاص، ونص المادة ٣/٢٢٤ صريح في بطلان كل اتفاق يقصد به منع القاضي من النظر في أمر استبعاد الشرط الجزائي إذا لم يلحق الدائن ضرر، أو من تخفيض مقداره في الحالات الجائز فيها ذلك.

(٢٠٠) تخفيض الشرط الجزائي:

أجاز المشرع في المادة ٢/٢٢٤ للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالتين وهما:

الأولى: إذا أثبت المدين أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. والحكمة من هذا الاستثناء واضحة، لأنه إذا كان الشرط الجزائي قد اشترط لحالة عدم تنفيذ المدين لكامل التزامه، فالعدالة تقضى بالألزام بجملة المبلغ المتفق عليه إذا كان قد نفذه تنفيذاً جزئياً، بل أن في تخفيض الشرط الجزائي إحترام لإرادة المتعاقدين في هذا الشأن، ويجرى التخفيض في هذه الحالة بنسبة ما نفذ من الالتزام، بمعنى أن القاضى ينقص المبلغ المتفق عليه إلى الحد الذى يتناسب والجزء الباقى دون تنفيذ من الالتزام.

الثانية: إذا كان تقدير التعويض مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، وعبء اثبات ذلك على المدين كما هو الشأن في الحالة السابقة. وعلّة هذا الإستثناء أنه إذا كان محل الالتزام الأصلي مبلغاً من النقود، فيكون المقصود بالشرط الجزائي المبالغ فيه اخفاء فوائد ربوية يتعين تخفيضها إلى الحد القانونى. أما إذا كان محل الالتزام من غير النقود، فقد يكون المقصود من المبالغة في الشرط الجزائي أن يكون شرطاً تهديدياً، وفي هذه الحالة يأخذ حكم التهديد المالى، بمعنى أنه يكون للقاضى إعادة النظر فيه وتقدير التعويض المستحق وفقاً للقواعد العامة. وإذا لم يكن الغرض منه أن يكون شرطاً تهديدياً، فلا يمكن تفسير المبالغة فيه إلا على أساس غلط في التقدير وقع فيه المتعاقدان، أو على أساس ضغط من الدائن حمل المدين على قبول مثل هذا الشرط الجائر، وفي أى من الفرضين يتعين انقاص التعويض إلى الحد الذى يتناسب والضرر الواقع.

والاستثناء السابق لا ينصرف إلا إلى حالة المبالغة في التقدير إلى درجة كبيرة. وعلى ذلك إذا كان في التقدير زيادة دون مبالغة فلا يجوز تخفيضه، لأن الأصل أن يحكم القاضى بما اتفق عليه الطرفان. وما دام قد تخلف شرط من شروط الاستثناء وجب الرجوع إلى الأصل.

(٢٠١) زيادة الشرط الجزائي،

إذا كان التعويض المتفق عليه يقل عن الضرر الواقع، فتجرى عليه أحكام اشتراطات الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية.

ولما كان شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية جائراً قانوناً فيتعين على القاضى أن يحكم بالشرط الجزائي المتفق عليه فى هذه الحالة ولو كان يقل فى مقداره عن الضرر الواقع. وفى هذا نزول على إرادة المتعاقدين التى اجتمعت لها وقت الاتفاق على الشرط الجزائي عناصر تقدير الضرر المتوقع حصوله إذا لم ينفذ المدين التزامه، وقصدت مع ذلك إلى التخفيف من مسؤوليته. وطبيعى أن هذه الإرادة لا يعتد بها إلا بالنسبة إلى الخطأ العادى، وهو المتصور وقوعه من المدين، فإن تجاوز الخطأ هذه الدرجة، بأن لجأ المدين إلى الغش أو ارتكب خطأ جسيماً - وعلى الدائن إثبات ذلك - وقع الإتفاق باطلاً، وتعين على القاضى تقدير التعويض بما يتفق والضرر اللاحق بالدائن (م ٢١٧ / ٢ و ٢٢٥).

المطلب الثالث

التعويض القانوني

أو

فوائد التأخير

(٢٠٢) الإلتزام بدفع مبلغ من النقود:

قد يكون محل الإلتزام مبلغاً من النقود، سواء كان مصدر هذا الإلتزام هو التصرف القانونى أى العقد أو الإرادة المنفردة، أم كان مصدره هو العمل غير المشروع أو الأثر بلا سبب أو القانون.

والخصيصة الجوهرية للالتزام بدفع مبلغ من النقود، كما سبق أن أوضحنا، هو قابليته للتنفيذ العيني دائماً، وعلى ذلك لا محل في شأنه للمطالبة بتعويض عن عدم التنفيذ، بل يقتصر الأمر على المطالبة بتعويض عن التأخير في التنفيذ، ويطلق على التعويض في هذه الحالة اسم فوائد التأخير.

(٢٠٣) نوعان من الضوائد:

بجانب فوائد التأخير التي يلتزم بها المدين إذا قصر في الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود عن الميعاد المحدد له، يوجد نوع آخر من الفوائد يمكن أن يسمى بالفوائد الاستثمارية، يلتزم بها المدين في عقد من عقود المعاوضة. وأكثر ما تصادف هذه الفوائد في عقد القرض حيث يتفق الدائن مع المدين على دفع فائدة معينة مقابل الانتفاع بالمبلغ المقرض، كذلك قد تصادف هذه الفوائد الاستثمارية في غير عقد القرض، فيتفق عليها في البيع مثلاً، بأن يمهل البائع المشتري في دفع الثمن مقابل فائدة يلتزم بها الأخير حتى ميعاد الوفاء.

وقد تنقلب الفوائد الاستثمارية التي يلتزم بها المدين حتى حلول أجل الدين، إلى فوائد تأخير إذا قصر بعد حلول هذا الأجل في الوفاء بالتزامه. وتختلف الفوائد الاستثمارية عن فوائد التأخير في أن الأولى دائماً فوائد اتفاقية، بمعنى أن المدين لا يلزم بها إذا لم يكن هناك اتفاق عليها، ففي القرض مثلاً إذا لم يتفق على فوائد استثمارية اعتبر قرصاً بغير فائدة، وفي هذا تقول المادة ٥٤٢ «على المقرض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر». أما فوائد التأخير فتارة تكون اتفاقية اشترطها المتعاقدان في شرط

جزائي، وتارة تكون قانونية يتولى المشرع تحديدها عند سكون المتعاقدين عن الاتفاق عليها. وهذا الاختلاف في المصدر بين هذين النوعين من الفوائد لا يمنع من اتفاقهما من حيث الحد الأقصى للفائدة، إذ لا يجوز الاتفاق على فوائد استثمارية أو على فوائد تأخير تزيد على الحد الأقصى المسموح به قانوناً وهو ٧٪.

ولن نتعرض هنا للفوائد الاستثمارية لأن ما يعنينا هو فوائد التأخير، اتفاقية كانت أم قانونية، باعتبارها التعويض الذي يلتزم به المدين إذا قصر في الوفاء بدفع مبلغ من النقود في الميعاد المحدد له. وسنتناول في هذه الدراسة بحث:

أولاً: شروط استحقاق الفوائد.

ثانياً: مقدار الفوائد أي سعرها.

١- شروط استحقاق فوائد التأخير

(٢٠٤) النص القانوني:

تنص المادة ٢٢٦ من التقنين المدني على أنه «إذا كان محل الإلتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره».

وتفصي المادة ٢٢٨ بأنه «لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير».

ويخلص من هاتين المادتين أنه يشترط لإستحقاق فوائد التأخير:

أولاً، أن يكون محل الإلتزام معلوماً المقدار وقت الطلب.

ثانياً، المطالبة القضائية بهذه الفوائد. أما الضرر وهو ركن في بناء

المسئولية فلا يشترط اثباته، بل هو مفروض فرضاً لا يقبل النفي.

(٢٠٥) الشرط الأول، أن يكون محل الإلتزام معلوم المقدار وقت الطلب:

تشرط المادة ٢٢٦ من التقنين المدني لإستحقاق فوائد التأخير أن يكون

مبلغ الدين المطالب به معلوم المقدار وقت المطالبة القضائية.

ولما كان الإلتزام الناشئ من عمل غير مشروع لا يتحدد مقداره إلا

بصدور الحكم بالتعويض، فإن الفوائد عن هذا الإلتزام لا تسرى إلا من هذا

الوقت، وهنا تظهر فائدة اشتراط أن يكون المحل معلوم المقدار وقت المطالبة،

إذ لولا هذا الشرط لإستحققت الفوائد من وقت رفع دعوى المسئولية وقبل

تحديد مبلغ التعويض، وهو ما كان يجرب به القضاء في ظل التقنين المدني

القديم.

هذا ومن رأى البعض أن فوائد التعويض عن العمل غير المشروع - بعد

تحديده بمعرفة القاضى - تسرى دون توقف على مطالبة قضائية جديدة

بها أو على انذار تطبيقاً للمادة ٢٢٠ / ب، على حين يرى البعض الآخر أن

هذه الفوائد لا تستحق إلا إذا طالب بها الدائن بدعوى جديدة، وأنها لا تسرى

إلا من تاريخ هذه المطالبة القضائية وفقاً للقواعد العامة. ومهما كان من شأن

هذا الخلاف فإن أهميته العملية تتضاءل إذا تذكرنا أن المضرور يطالب عادة

في دعوى المسئولية بالتعويض مع الفوائد، مما يقلله من عناء مطالبة

جديدة بالفوائد.

(٢٠٦) الشرط الثاني: المطالبة القضائية بالفوائد:

يشترط كذلك لإستحقاق الفوائد التأخيرية، قانونية كانت أم إتفاقية، أن يطالب بها الدائن قضائياً. وهذا الشرط يتضمن خروجاً على القواعد العامة من ناحيتين: فمن ناحية لا يكفي الإنذار وهو الشكل العادي للإعذار لإستحقاق هذه الفوائد، كما هي القاعدة في التعويضات بوجه عام، بل يجب أن يتخذ الإعذار شكل المطالبة القضائية، وفي هذا قيد على الربا. ومن ناحية أخرى لا يكفي أن يطالب الدائن بأصل الدين لإستحقاق هذه الفوائد، كما هو المبدأ بالنسبة للتعويضات التأخيرية، بل يجب أن يطالب بهذه الفوائد بجانب أصل الدين. فإن غفل عن ذلك لم يقض له بالفوائد. وتفريعاً على ذلك لا يبدأ سريان فوائد التأخير إذا كانت ورقة التكليف بالحضور باطلة، أو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة، لفقدان الإجراء في هذه الحالة صفة المطالبة القضائية التي هي شرط لإستحقاق الفوائد التأخيرية.

على أن قاعدة عدم إستحقاق فوائد التأخير إلا من وقت رفع الدعوى بها.. لا تتعلق بالنظام العام، ولذا يجوز الاتفاق على عسكها، كما قد يجرى العرف أو يقضى القانون بخلافها.

فقد يتفق الدائن مع المدين على سريان هذه الفوائد من وقت الإنذار، أو بمجرد حلول أجل الدين. والغالب أن يتفق المتعاقدان كما في عقد القرض على أن تتحول الفوائد الإستثمارية التي تستحق من وقت نشوء الدين، إلى فوائد تأخيرية تسرى من وقت حلول أجل الوفاء به.

كذلك قد يجرى العرب بإستحقاق فوائد التأخير دون حاجة إلى إعذار في شكل انذار أو في شكل مطالبة قضائية، كما هو الشأن بالنسبة إلى الحساب

الجاري . حيث يترتب على كل خصم أو إضافة سريان الفوائد دون حاجة إلى إجراء ما .

أخيراً قد يأتي المشرع نفسه بإستثناءات لشرط المطالبة القضائية، من ذلك التزام الوكيل بفوائد مال المركل الذي استخدمه لصالح نفسه من وقت استخدامه (م ٦٠٦/٢) والتزام الموكل بفوائد ما أنفقه الوكيل من خالص ماله في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد من وقت الانفاق (م ٧١٠) .

(٢٠٧) افتراض الضرر فرضاً لا يقبل إثبات العكس؛

خرج المشرع على القواعد العامة في المسؤولية بالنسبة لفوائد التأخير، فلم يشترط لاستحقاق هذه الفروق أن يثبت الدائن ضرراً أصابة نتيجة لعدم تنفيذ المدين لالتزامه في الميعاد المتفق عليه، بل افترض وجود هذا الضرر بمجرد حلول أجل الدين وعود المدين على الوفاء به وقرينة الضرر هنا قاطعة لا يجوز للمدين نفي دلالتها .

والعلة في هذا الإستثناء من القواعد العامة أن محل الإلتزام مبلغ من النقود وأن النقود قابلة دائماً للتوظيف والاستثمار، أي قابلة دائماً لإنتاج فائدة، وعلى ذلك إذا تأخر المدين في الوفاء بدينه عن الميعاد المتفق عليه، فيفترض أنه قد حرم الدائن من الفوائد التي كان يحققها لو تسلم مبلغ الدين في ميعاده وقام بتوظيفه، ولهذا تستحق على المدين فائدة هذا المبلغ دون حاجة لإثبات الضرر الذي تمليه طبيعة الإلتزام .

هذا وقد أدى افتراض الضرر إلى افتراض مقداره، فلا يجوز المطالبة بزيادة أو بانقاص فوائد التأخير القانونية أو الإتفاقية ولو كان مقدار الضرر الحقيقي أكبر أو أقل من هذه الفوائد، إلا في حالات استثنائية على ما سيأتي بعد .

٢- سعر الفائدة

(٢٠٨) تحديد سعر الفائدة وتحريم الربح المركب؛

تقدم فيما سبق أن الفوائد قد تكون استثمارية أو تأخيرية، وأن الفوائد الاستثمارية هي دائماً فوائد اتفاقية، على حين أن الفوائد التأخيرية قد تكون قانونية أو اتفاقية.

وقد حدد المشرع سعر الفوائد القانونية وهو ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية (م ٢٢٦). أما الفوائد الاتفاقية استثمارية كانت أم تأخيرية فيترك تحديدها لارادة المتعاقدين بشرط ألا يزيد سعرها على ٧٪ فإن زاد على ذلك تعين تخفيضها إلى ٧٪ وألزم الدائن برد الزيادة التي استولى عليها، وعلى هذا نصت المادة ١/٢١٧ بقولها: يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخر الوفاء أم في أية حالة أخرى تشتط فيها الفوائد على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى ٧٪ وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر، وللمدين الذي يطالب بالريادة أن يقيم الدليل عليها بكافة طرق الإثبات لأنها من قبيل الربا الفاحش المخالف للنظام العام ويسقط الالتزام برد الزيادة - ومصدره دفع غير المستحق - بمضى ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة وفقاً لأحكام المادة ١٨٧ من التقنين المدني.

هذا ورغبة في محاربة الربا الفاحش وضع المشرع حكماً أحدهما خاص بالفائدة المستترة، والآخر يتعلق بالربح المركب.

فأما الفائدة المستترة فقد تناولتها الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ بقولها: كل عمولة أو منفعة، أياً كان نوعها، اشتراطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة، وتكون قابلة للتخفيض، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية

يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة، وعبء إثبات الفائدة المستترة وفقاً للقواعد العامة على المدين. لأنه الذي يدعى عدم جدية الخدمة التي تقابل العمولة أو المنفعة. وله اثبات ذلك بكافة طرق الإثبات.

وبجانب تقييد سعر الفائدة بوضع حد أقصى له. قيد المشرع كذلك مجموع الفوائد التي يمكن أن يحصل عليها الدائن سواء أكانت فوائد استثمارية أم فوائد تأخيرية، فنص في المادة ٢٣٢ على أنه «ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية». ومعنى هذا النص أنه إذا تجاوز مجموع الفائدة الاستثمارية أو مجموع الفائدة التأخيرية، أو مجموع الاثنتين معاً، جملة رأس المال، فلا يلزم المدين من الفوائد إلا بما يعادل رأس المال فقط.

على أنه يستثنى من القيد السالف ما تجرى به القواعد والعادات التجارية، كما هو الشأن بالنسبة إلى الحساب الجاري، إذ يجوز أن يزيد فيه مجموع الفوائد في نهاية الحساب على مقدار رأس المال.

أما الربح المركب فقد حرّمته كذلك المادة ٢٣٢ بقولها «لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد». أي لا يجوز إضافة الفوائد المستحقة إلى رأس المال، وتقاضى فوائد على المجموع الكلي للمبلغ الجديد. وعلة هذا التحريم أن تجميد الفوائد فيه خطر شديد على المدين لأنه يؤدي إلى سرعة تضخم الدين. ويكفي لبيان ذلك أن نذكر أنه إذا أقرض الدائن مدينه بفائدة ٤٪ فإن مبلغ الدين يتضاعف في حوالي ١٩ سنة إذا كان الربح مركباً، على حين أن لا يتضاعف إلا في ٢٥ سنة إذا كان الربح بسيطاً، وإذا كانت الفائدة ٥٪ تضاعف الدين في ١٤ سنة في حالة الربح المركب، وفي ٢٠ سنة في حالة الربح البسيط على أنه يستثنى كذلك من قاعدة تحريم الربح المركب ما

جرت به القواعد والعادات التجارية، كما هو الأمر بالنسبة إلى الحساب الجارى، إذ يجوز فيه تجميد الفوائد، وعلى هذا نصت المادة ٢٣٣ بقولها «الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات، ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى».

هذا ويلاحظ أن غير الفوائد من الإستحقاقات الدورية لا يخضع لقاعدة تحريم الربح المركب، ومثالها الأجرة والإيرادات المرتبة لمدى الحياة.

(٢٠٩) جواز تخطي حدود الفائدة:

استثناء من مبدأ التقدير الجزافى الذى تتميز به فوائد التأخير، اتفاقية كانت أم قانونية، يجوز الزام المدين بتعويض تكملى بشروط معينة نصت عليها المادة ٢٣١ بقولها «يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكملى يضاف إلى الفوائد، إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية».

وظاهر من هذا النص أنه يشترط للحكم على المدين بتعويض تكملى أن يثبت الدائن أمرين: أولهما أن تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه قد ألحق به ضرراً يزيد على مقدار الفوائد القانونية أو الاتفاقية. أى ألحق به ضرراً غير مألوف، لا ينجم عادة من مجرد التأخير فى الوفاء، كأن يكون قد فوت عليه صفقة لو تمت لحققت له ربحاً كبيراً، أو أعجزه عن تفادى خسارة فادحة كان من الممكن تلافيها لو تم الوفاء فى الميعاد المحدد له وثانيهما أن المدين قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو على بينة بما يسببه ذلك من ضرر غير مألوف للدائن.

وعلة هذا الإستثناء أن في حرمان الدائن من إقتضاء تعويض تكميلي في مثل هذه الحالة، يكون بمثابة إعفاء جزئي من المسؤولية المترتبة على سوء نية المدين، وهو ما لا يجوز ولو باتفاق خاص.

(٢١٠) جواز تخفيض الفائدة أو إسقاطها؛

يقابل الإستثناء السالف الذي يجوز فيه تخطي حدود الفائدة إستثناء آخر يجوز فيه تخفيض أو إسقاط الفائدة، وقد نصت على هذا الإستثناء المادة ٢٢٩ التي تقضى بأنه «إذا تسبب الدائن، بسوء نية وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع، فللقاضي أن يخفض الفوائد، قانونية كانت أو إتفاقية، أولاً يقضى بها إطلافاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر، وقوام هذا الحكم هو مبدأ التعسف في استعمال حق التقاضي ذلك أن الدائن كثيراً ما يلجأ إلى إطالة أمد النزاع بغية تضخيم مقدار الفوائد على المدين وسبيله إلى ذلك الاجراءات الكيدية كإنكار التوقيع، ورد القاضي، والدفع غير الجدية. وقد أراد المشرع أن يرد عليه قصده فأباح للقاضي أن يحط عن المدين كل أو بعض الفوائد المقابلة للمدة التي أطال فيها النزاع بلا مبرر. وطبيعي أن هذا الحكم مشروط بقيام المدين بالتدليل على سوء نية الدائن في إطالة أمد النزاع بغير حق.

هذا ويمكن رد حكم المادة ٢٢٩ إلى فكرة الخطأ المشترك - Faute com-mune ذلك أن مصدر الضرر هو التأخير في الوفاء، وهذا التأخير من عمل المدين الذي قصر في الوفاء بالتزامه، كما هو من عمل الدائن الذي أطال أمد النزاع بلا مبرر، والأثر المعتاد للخطأ المشترك هو إنقاص مقدار التعويض أو إسقاطه إذا وصل خطأ الدائن إلى حد استغراق خطأ المدين (م ٢١٦).

(٢١١) أثر رسو المزارع في سريان فوائد التأخير؛

تنص المادة ٢٣٠ من التقنين المدني على أنه «عند توزيع ثمن الشيء

الذى بيع جبراً لا يكون الدائنون المقبولون فى التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد التأخير على الانصبه التى تقررت لهم فى هذا التوزيع إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب ايداع الثمن فيها، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة، وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء.

والاستثناء الوارد فى هذا النص استحدثه المشرع فى التقنين الحالى بغية التخفيف عن المدين المنزوع ملكيته من تراكم الفوائد عليه طوال إجراءات التوزيع التى قد تمتد لسنوات دون أن يكون له دخل فى إطالة مدتها، وقد علقت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى على هذا النص بقولها «ان فوائد التأخير لا تسرى بسعرها المقرر إلا إلى وقت رسو مزاد الأموال التى يياشر الدائن اجراءات التنفيذ عليها لاستيفاء دينه . فلا يكون للدائن بعد رسو المزاد حق اقتضاء فوائد الا فى حدود ما يستحق منها قبل الراسى عليه المزاد، أو قبل خزينة المحكمة . وبهذا تخفض فوائد التأخير، متى كان سعر الفائدة المستحقة قبل الراسى عليه المزاد، أو قبل خزينة المحكمة، أقل من سعر الفائدة الواجبة على المدين، وهو ما يقع فى أغلب الأحيان . وغنى عن البيان أن هذا الحكم يعدل كل العدل بحقوق المدين، ويكفل له من الحماية ما يؤمنه من بطء اجراءات التنفيذ، ثم أنه يحمى الدائنين بعضهم من البعض الآخر عن طريق تحقيق المساواة بينهم فى توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسى عليه الزاد. وقبل الخزينة، إذ تقسم بينهم جميعاً قسمة غرماء، دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له».

الباب الثاني الآثار الخاصة لبعض الالتزامات أو الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام

(٢١٢) الالتزام البسيط والالتزام الموصوف:

تناولنا فيما تقدم ما يترتب على الالتزام من آثار، وقد افترضنا في كل ذلك أن الالتزام بسيط أى عادى Simple ordinaire، غير أن الالتزام قد يتصل به وصف Modalite يعدل من آثاره، مما يؤدي إلى تغيير في القواعد التي تحكم تنفيذه.

وقد تناول المشرع في التقنين المدنى الجديد الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام في الباب الثالث من الكتاب الأول من القسم الأول وهذه الأوصاف هي:

- ١- الشرط والأجل.
 - ٢- تعدد محل الالتزام.
 - ٣- تعدد طرفي الالتزام.
- ولننظر الآن في عجالة ما تؤدي إليه هذه الأوصاف من تعديل في أثر الالتزام.

إذا كان الأصل أن ينشأ الالتزام نهائيا بمجرد تحقق سببه، إلا أنه قد يتوقف وجوده أو زواله على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، وهذا هو الشرط. وإذا كانت القاعدة أن للدائن أن يقتضى جقه من المدين بمجرد نشره، إلا أن التزام المدين قد يكون مقترنا بأجل يمنع اقتضاءه في الحال. وإذا كانت

العادة أن يكون للالتزام محل واحد، سواء أكان التزاماً باعطاء شيء أم بعمل أم بامتناع عن عمل، إلا أنه قد يحدث أن يتعدد المحل فيكون الالتزام تخييرياً أو بدلياً. وإذا كان الغالب أن تنشأ رابطة الالتزام بين شخصين فقط، إلا أنه قد يقع أن يتعدد الطرف الدائن أو الطرف المدين أو الطرفان معاً، ويتحقق ذلك في التضامن بين الدائنين أو بين المدينين، وفي عدم قابلية الالتزام للأنقسام.

الفصل الأول الشرط والأجل

(٢١٣) التمييز بين الشرط والأجل،

تنص المادة ١٥٥ على أنه «يكون الإلتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع».

وتقضى المادة ١/٢٧١ بأنه «يكون الإلتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع، وظاهر من هذين النصين أنه إذا كان الشرط يتفق مع الأجل في أن كلاهما يرجىء أثر الإلتزام الذى يتصف به إلى واقعة مستقبلية، إلا أن المميز الأساسى لهذه الواقعة يختلف فى الأجل عنه فى الشرط».

فالأجل أمر مستقبل محقق الوقوع، ولذا لا يتأثر نشؤ الإلتزام بإضافته إلى أجل، فالإلتزام قد نشأ نهائياً، غاية الأمر أنه يترتب على وجود الأجل، أما أرجاء نفاذ الإلتزام، وهذا هو الأجل الواقف Terme suspensif كما لو اقترض شخص من آخر مبلغاً من المال على أن يوفى به بعد سنة، فالإلتزام المقترض بالرد قد نشأ نهائياً، إلا أن نفاذ هذا الإلتزام يتأخر حتى حلول هذا الأجل، وهو سيحل لامجاله فى ذلك، وأما انقضاء الإلتزام، وهذا هو الأجل الفاسخ Terme extinctif أو المنهى، كما لو أجر شخص عقاره لآخر لمدة سنة، فالإلتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ينقضى بانقضاء هذه السنة وهذا الإنقضاء آت لا ريب فيه. وظاهر أن هذا النوع من الأجل لا يرد إلا على الإلتزامات المستمرة أو الدورية التنفيذ فيضع حداً زمنياً لقيامها، ولذا لا يعتبر هذا الأجل وصفاً بالمعنى الفنى لأنه لا يغير من قواعد تنفيذ الإلتزام شيئاً، بل يكون للدائن أن يطالب بتنفيذ الإلتزام فور نشوئه.

ولا يلزم لإعتبار الأجل أمراً محققاً أن يتيقن من الوقت الذي سيقع فيه، فمخضصات الأجل تتوافر فى الموت رغم انتفاء التيقن من حينه، لأن وقوعه أمر محقق لا شبهة فيه، وهذا ما عنقه المادة ٢/٢٧١ بقولها «ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتمماً، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه». فلو التزم شخص بأن يؤدي لآخر مرتباً دورياً مدى الحياة، كان التزامه مقترناً بأجل فاسخ وهو الموت، موت المدين إذا كان المرتب مقرراً مدى حياته، وموت الدائن إذا كان المرتب مقرراً مدى حياة الأخير، والموت وإن لم يعرف تاريخ وقوعه، إلا أنه سيقع لامحالة.

أما الشرط فأمر مستقبل غير محقق الوقوع Incertain يترتب على وقوعه أما وجود الالتزام وهذا الشرط الواقف Condition suspensive وأما زوال الالتزام وهذا هو الشرط الفاسخ Condition resolutoire فإذا وهب أب لأبنة مالا معيناً إذا تزوج، فلا يوجد التزام الأب إلا إذا تزوج الابن وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، فإن تزوج تحقق الشرط الواقف ووجد الالتزام، وإذا وهب شخص آخر مالا معيناً على أن يعود إليه هذا المال إذا رزق ولداً، كان التزام الواهب معلقاً على شرط فاسخ، فإن تحقق هذا الشرط وهو أمر غير مؤكد، عاد إليه المال الموهوب. وسواء أكان الشرط واقفاً أما فاسخاً فإن أثره يستند إلى الماضى، بمعنى أنه إذا تحقق الشرط الواقف اعتبر الالتزام موجوداً لامن وقت تحققه بل من وقت الاتفاق على إنشائه، وإذا تحقق الشرط الفاسخ زال الالتزام واعتبر كأن لم يوجد أصلاً.

هذا هو الفارق الجوهرى بين الشرط والأجل، وهو فارق يبين مدى اختلاف الأثر الذى يترتب على اتصاف الالتزام بأى منهما. فالالتزام المضاف إلى أجل التزام موجود. وليس للأجل من أثر إلا على تنفيذه. فيؤجله أو يؤدي إلى انقضائه، أما الشرط فيؤثر على وجود الالتزام، فإن كان

واقفاً فلا يوجد الالتزام إلا بتحقيقه، وإن كان فاسخاً زال الالتزام بوقوعه، كل ذلك بأثر رجعي كما سبق القول.

(٢١٤) الوفاء عند المقدر أو الميسرة:

يعرض في مجال التمييز بين الشرط وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، وبين الأجل وهو أمر مستقبل محقق الوقوع، ما قد يرد في العقد من التزام المدين بالوفاء عند المقدر أو الميسرة، أو عند الإمكان أو حسب الإمكان، فهل تعتبر هذه الواقعة شرطاً أم أجلاً إذا تعذر إستخلاص هذا الوصف أو ذلك من نية الطرفين؟

تظهر أهمية هذا التساؤل في أن عقد الوفاء بالإقتدار، لو حمل محمل الشرط، لجاز أن يمنع الوفاء من المدين أبداً، وأن يمتنع حلول الدين حتى بعد وفاته. ذلك أن المدين قد يعيش معسراً ويموت معسراً. فلا يكون للدائن إقتضاء حال حياته، ولا يكون له أن يشارك غيره من الدائنين التنفيذ على أعيان التركة عند وفاته، لتخلف الشرط الذي يتوقف على تحققه وجود الالتزام. أما إذا حمل هذا الاتفاق محمل الأجل، فإن التزام المدين يكون التزاماً مؤكداً، ويصبح الدين مستحق الأداء عند الوفاء على الأكثر.

تعرض المشرع في التقنين المدني الحالي لهذا الفرض فنص في المادة ٢٧٢ على أنه: «إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدر أو الميسرة، عين القاضى ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعيّاً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه.

وقدر وضع المشرع في هذه المادة قرينة من شأنها حمل عقد الوفاء - لإقتدار محملاً الأحال لا محملاً الشاط، - هي قرينة بسيطة يجوز إثبات

عكسها، أى إثبات تعليق الإلتزام على شرط واقف، فإن ثبت ذلك، تعين استبعاد أحكام هذه المادة واعتبار الإلتزام متخلفاً نهائياً إذا مات المدين معسراً.

الضلع الأول

الشرط

(٢١٥) المقصود بكلمة الشرط:

يقصد بكلمة الشرط كوصف فى الإلتزام الأمر المستقبل غير المحقق الوقوع، الذى يترتب عليه وجود الإلتزام أو زواله (م ٢٦٥)، والشرط بهذا المعنى أمر خارجى تصيفه الإرادة إلى التزم استكمل عناصر تكوينه. وإذا حددنا الشرط بهذا المعنى الخاص، تعين استبعاد سائر المعانى الأخرى التى يطلق عليها إسم الشرط تجاوزاً، من ذلك: الشرط الجزائى والشرط الفاسخ الضمنى، وشرط الرسمية فى العقود الشكلية.

(٢١٦) الشرط الواقف والشرط الفاسخ:

رأينا أن الشرط ينقسم إلى نوعين: شرط واقف وهو الذى يترتب على تحققه وجود الإلتزام، وشرط فاسخ وهو الذى يترتب على وقوعه زوال الإلتزام، وقد يصعب فى حالة غموض عبارة العقد معرفة ما إذا كان المقصود هو تعليق الإلتزام على شرط واقف أم على شرط فاسخ، وفى هذه الحالة يتعين على القاضى تحديد طبيعة الشرط بالرجوع إلى نية المتعاقدين وظروف العقد، وتعتبر هذه المسألة من المسائل الموضوعية التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض.

هذا ويلاحظ أن الواقعة التى يعلق عليها الإلتزام قد تعتبر شرطاً فاسخاً

٤

بالنسبة لأحد طرفيه وشرطاً واقفاً بالنسبة للطرف الآخر، فمثلاً إذا علق نقل الملكية على شرط واقف، ظلت ثابتة للبائع تحت شرط فاسخ. ولذا يذهب بعض الشراح إلى أن الشرط الواقف والشرط الفاسخ وجهان لواقعة واحدة على حين يرى البعض الآخر جواز قيام كل من الشرطين منفصلاً عن الآخر.

(٢١٧) منهج البحث:

تناولنا حتى الآن بيان المقصود بالشرط كوصف في الالتزام، وتحديد أنواعه، وسنتناول في دراسته بحث:

أولاً: الخصائص الواجب توافرها لصلاحية الواقعة كشرط.

ثانياً: الآثار التي تترتب على الشرط سواء أثناء فترة التعليق أم بعد تحققه.

المبحث الأول

الخصائص الواجب توافرها لصلاحية الواقعة كشرط

(٢١٨) النصوص القانونية:

تنص المادة ٢٦٥ على أنه «يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتب على أمر مستقبل غير محقق الوقوع». وتقضى المادة ٢٦٦ بأنه «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 وتقرر المادة ٢٧٦ أنه «لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم، وظاهر من هذه النصوص أنه يشترط لصحة الشرط، أي يشترط في الواقعة حتى تصلح كشرط صحيح ما يأتي: أولاً: أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً.

ثانياً: أن يكون أمراً غير محقق الوقوع. ثالثاً: أن يكون ممكناً. رابعاً: أن يكون مشروعاً. وسنبحث فيما يلي كل شرط من هذه الشروط.

(٢١٩) الشرط أمر مستقبلي،

يجب حتى تعتبر الواقعة شرطاً أن تكون مستقبلة، أي أن يكون تحققها لاحقاً على انعقاد العقد. فإذا كانت الواقعة حاضرة أي تتحقق وقت تمام العقد، أو ماضيه أي سبق تحققها إبرام التصرف، فلا تعتبر شرطاً ولو كان المتعاقدان يجهلان أمر تحققها وقت التعاقد. وعلى ذلك يوجد الالتزام منجزاً إذا علق وجوده على مثل هذه الواقعة، ولا ينشأ الالتزام أصلاً إذا علق زواله على تحققها.

(٢٢٠) الشرط أمر غير محقق الوقوع،

لا يكفي في الواقعة حتى تعتبر شرطاً أن تكون أمراً مستقبلاً، بل يجب كذلك أن تكون أمراً غير محقق الوقوع، وإلا اعتبرت أجلاً لا شرطاً. وعدم التحقق يجب أن ينصرف إلى إمكان الوقوع لا إلى وقت الوقوع، فإن انصرف إلى وقت الوقوع، وكانت الواقعة مؤكدة التحقق كالموت، اعتبر أجلاً غير معين تاريخ وقوعه لا شرطاً، ويظهر ذلك في التأمين على الحياة لمصلحة ورثة المؤمن له، إذ يعتبر التزام شركة التأمين قبل الورثة التزاماً مضافاً إلى أجل. غير أن تحقق وقوع الموت لا يمنع من اعتباره شرطاً يعلق عليه الالتزام في بعض الحالات، كما لو علق الالتزام على وقوع الموت في خلال مدة معينة، أو علق على وفاة شخص قبل آخر، لأنه ليس من المحقق أن يتم الموت في خلال المدة المحددة أو أن يتوفى هذا الشخص قبل الآخر. غير أنه لا يكفي لاعتبار الواقعة شرطاً أن تكون أمر مستقبلاً غير محقق الوقوع، بل يلزم لإعتبارها شرطاً صحيحاً ألا يكون أمر تحققها، إذا كان

الشرط واقفاً، متروكاً لمحض إرادة المدين أي الملتزم، وهذا هو الشرط الإرادى المحض. ويحسن قبل أن نتناول حكم هذا الشرط أن نبحث في التقسيم التقليدى للشرط من حيث تعلقه بالإرادة.

ينقسم الشرط من ناحية تعلقه بالإرادة إلى ثلاثة أنواع وهى: الشرط الإحتمالى Condition casuelle . والشرط المختلط Condition mixte والشرط الإرادى Condition potestative وهذا الشرط الأخير ينقسم بدوره إلى: شرط إرادى بسيط Condition simplement potestative ، وشرط إرادى محض Condition purement potestative .

والشرط الإحتمالى هو الشرط الذى يتوقف تحققه على محض الصدفة Du hasard ، كظاهرة طبيعية قد تقع أو تتخلف أو إرادة شخص آخر غير أحد طرفى الالتزام، كأن أبيعك عقارى إذا باع لى فلان عقاره .

والشرط المختلص هو الذى يتوقف على إرادة أحد طرفى الالتزام، الدائن أو المدين واردة شخص معين من الغير فى وقت واحد، كأن أهبك مالا إذا تزوجت من سيده معينة .

والشرط الإرادى السيط هو مايتعلق بإرادة أحد طرفى الالتزام مقترنة بعمل معين، كأن أهبك مالا إذا تزوجت أو أبيعك منزلى إذا سافرت إلى الخارج .

والشرط الإرادى المحض هو مايتعلق بإرادة أحد الطرفين دون أن تقترن بعمل معين، أو هو ما لا يتطلب سوى مجرد التعبير عن الإرادة، كأن أهبك مالا إذا أردت أنا، فهذا شرط إرادى محض متوقف على إرادة المدين، أو أهبك هذا المال إذا أردت أنت، فهذا شرط إرادى محض متوقف على إرادة الدائن .

والشرط يعتبر صحيحا إذا كان إجتماليا أو مختلطا، كما يعتبر صحيحا إذا كان إراديا بسيطا، سواء تعلق بإرادة الدائن أم بإرادة المدين، وسواء كان فاسخا أم واقفا. أما إذا كان الشرط إراديا محضا، فينبغى التفرقة بين ما إذا تعلق بإرادة الدائن أم بإرادة المدين، وبين ما إذا كان فاسخا أم واقفا.

فإذا كان الشرط الإرادى المحض شرطا فاسخا، فيعتبر صحيحا سواء تعلق بإرادة الدائن أم بإرادة المدين، أما إذا كان شرطا واقفا فيعتبر صحيحا إذا تعلق بإرادة الدائن، وباطلا ومانعا من قيام الالتزام إذا تعلق بإرادة المدين، وهذا هو معنى قول المادة ٢٦٧، لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم.

وعلة التفرقة بين الشرط الفاسخ والشرط الواقف إذا كان إراديا محضا متعلقا بإرادة المدين، أن الشرط إذا كان فاسخا لا يمنع من نشوء الالتزام وإن بقى احتمال فسخه متوقفا على إرادة المدين، على حين يمتنع قيام الالتزام إذا كان الشرط واقفا لإنفراد المدين بعقده الرابطة القانونية، بأن يكون له أن يلتزم أو لا يلتزم.

ومجمل ماتقدم أن التعليق بالشرط الفاسخ يقع صحيحا، إجتماليا كان الشرط أو مختلطا أو إراديا. كذلك يقع التعليق الشرط الواقف صحيحا رذا كان إجتماليا أو مختلطا، أو إذا كان إراديا من ناحية الدائن، أما إذا كان إراديا من ناحية المدين، فيفرق بين صورتين: الأولى: صورة الشرط الإرادى البسيط وهو مالا يتوقف على وجه التخصيص والأفراد بمشيئة المدين وحدها، بل يتوقف كذلك على أمور لا يتحكم فيها المدين تحكما - مطلقا، والتعليق على مثل هذا الشرط يقع صحيحا أيضا. والثانية: صورة الشرط الإرادى المحض، وهو ما يكون رهينا بمشيئة المدين وحدها، وفي هذه الصورة يكون التعليق معيبا فيبطل الشرط ولا يقوم الالتزام المعلق عليه.

(٢٢١) أن يكون الشرط ممكناً:

من مستلزمات الشرط ألا يستطاع الجزم بما سيكون من أمره، لأنه إذا اشترط في الشرط ألا يكون محقق الوقوع، إلا أن هذا لا يمنع من أن يكون ممكناً، لأنه إذا لم يكن ممكناً أي كان مستحيلًا تخلفت حقيقة التعليق على انشروط.

والإستحالة قد تكون مادية أي ترجع إلى طبيعة الأشياء، وقد تكون قانونية أي ترجع إلى حكم في القانون ويشترط في الإستحالة التي تمنع من صحة التعليق أن تكون استحالة مطلقة كالتعهد بإعطاء جائزة لمن يكتشف دواء يحيى الموتى، فردًا كانت نسبية، أي قاصرة على من تعلق الشرط بإرادته سواء أكان الدائن أم المدين أم أحد من الأغيار، فلا تؤثر على التعليق الشرط. كذلك يشترط في هذه الاستحالة أن تكون قائمة وقت التعليق على الشرط، لأن الاستحالة الطارئة لا تؤثر على صحة التعليق بل تؤدي إلى تخلف الشرط.

ويختلف تأثير الإستحالة على الإلتزام باختلاف نوع الشرط فإذا كان الشرط المستحيل واقفاً، فالإلتزام لن يوجد على وجه الإطلاق، لإمتناع تحقق الواقعة التي علق عليها وجوده. أما إذا كان الشرط المستحيل فاسخاً، فيمتنع زوال الإلتزام به، لأن الشرط نفسه ممتنع التحقيق، ولذلك يسقط أثر التعليق ويعتبر الشرط غير قائم، أو بعبارة أخرى يعتبر الإلتزام منجزاً لاموصوفاً، وهذا هو معنى عبارة المادة ١/٢٦٦، لا يكون الإلتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن... هذا إذا كان الشرط واقفاً. أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم.

(٢٢٢) أن يكون الشرط مشروعاً؛

يجب أخيراً في الشرط أن يكون مشروعاً أي لا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب، وقد سبق لنا تحديد فكرة النظام العام والآداب عند بحث محل الالتزام، ويكفي هنا أن نذكر أن من النظام العام والآداب ما يتعلق بالحريات العامة للأفراد، كالحرية الشخصية وما يتفرع عنها من حرية الدين وحرية الزواج وحرمة النفس... الخ. وقد تطلب المشرع في الشرط أن يكون مشروعاً حتى لا يندفع الأفراد تحت تأثير الرغبة في الحصول على فائدة مادية إلى قبول التزامات معلقة على شروط غير مشروعة.

غير أنه يجب الإحتراس من الخلط بين عدم مشروعية الشرط وعدم مشروعية الواقعة المعلق عليها تحققه. فالجريمة عمل غير مشروع، إلا أن عدم مشروعيتها لا يستتبع حتماً عدم مشروعية الشرط. فتعليق هبة مال على ارتكاب الموهوب له لجريمة، يعتبر شرطاً غير مشروع، على حين أن اشتراط فسخ الهبة إذا ارتكب الموهوب له هذه الجريمة، يعتبر تعليقا على شرط مشروع. وبالعكس قد تكون الواقعة مشروعة والشرط غير مشروع، كتعليق فسخ الهبة على عدم ارتكاب الموهوب له لجريمة معينة، فعدم ارتكاب الجريمة أمر مشروع، في حين أن تعليق الشرط عليها هذا النحو يؤدي إلى عدم مشروعيته. أي أن العبرة في عدم مشروعية الشرط ليس بعدم مشروعية الواقعة المعلق عليها، بل بالغرض الذي يهدف إليه المتعاقدان منها، ولذا ذهب القضاء في فرنسا إلى أن هبة الزوج زوجته مالا على ألا تزوج بعد وفاته يعتبر شرطاً مشروعاً أو غير مشروع بحسب الباعث عليه، فإذا كان الباعث عليه مشروعاً كان الشرط صحيحاً، وإذا كان الباعث عليه غير مشروع، كالغيرة العمياء من جانب الزوج، كان الشرط باطلاً.

على أن بطلان الشرط غير المشروع، يختلف أثره على الالتزام المعلق

عليه، وفقا لحكم المادة ٢٦٦، بإختلاف ما إذا كان الشرط واقفا أم فاسخا. فإذا كان الشرط غير المشروع واقفا، فلا يقوم الالتزام (م ١/٢٦٦)، لأن الشرط الواقف، وقد علق عليه وجود الالتزام، يقوم مقام الباعث الدافع إلى التعاقد، والقاعدة كما نعلم هي بطلان التصرف القانوني إذا كان الباعث الدافع إليه غير مشروع، ومادام التصرف باطلا فن ينشأ الالتزام بداهة.

أما إذا كان الشرط غير المشروع فاسخا، فينبغي وفقا لما جاء في المذكرة الإيضاحية، تعليقا على نص المادة ٢٦٦، التفريق بين حالتين: أولهما تعرض حيث لا يكون الشرط هو السبب الدافع إلى الالتزام، وفي هذه الحالة يعتبر الشرط وحده كأن لم يكن أو غير قائم، أو بعبارة أخرى يعتبر الالتزام منجزا. والثانية تعرض حيث يكون الشرط هو السبب الدافع إلى التعاقد، وفي هذه الحالة يكون الشرط عنصرا جوهريا من عناصره، ويستتبع ذلك عدم قيام الالتزام ابتداء، شأنه من هذه الناحية، شأن أي التزام يقوم على سبب غير مشروع.

غير أن يعاب على هذه التفرقة التي أتت بها المادة ٢٦٦ في شأن الشرط الفاسخ غير المشروع، أنه من الصعب تصور تعليق زوال التزام على شرط فاسخ غير مشروع إذا لم يكن هذا الشرط هو الباعث الدافع إلى التعاقد أو بعبارة أخرى من الصعب تصور حالة يكون فيها الشرط الفاسخ غير مشروع ثانوي الأهمية، أي يجبه باعث آخر.

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على الشرط

(٢٢٢) منهج البحث:

سنناول في دراستنا لهذه الآثار ما يترتب منها في مرحلة التعليق سواء

أكان الشرط واقفا أم كان فاسخا، ثم ما يترتب منها بعد إنتهاء التعليق، وأخيرا نتناول فكرة الأثر الرجعي للشرط.

المطلب لأول

آثار الشرط في مرحلة التعليق

(٢٢٤) آثار الشرط الواقف:

تنص المادة ٢٦٨ من التقنين المدني على أنه «إذا كان الإلتزام معلقا على شرط واقف، فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط. أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الإلتزام قابلا للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه». ظاهر من هذا النص أن الإلتزام المعلق على شرط واقف يعتبر التزاما معدوما على خطر الوجود، ما بقى التعليق قائما، بيد أنه لا يكون مجرد أمل للدائن، بل يكون حقا محتمل الوجود قانونا Droit éventuel.

ويترتب على إعتبار الإلتزام المعلق على شرط واقف غير مؤكد الوجود ما يأتي:

أولاً: أنه لا يجوز للدائن أثناء فترة التعلق أن يباشر أى إجراء من إجراءات التنفيذ فى مواجهة المدين، لأن الإلتزام ليس مؤكداً ثبوته فى ذمة هذا الأخير.

ثانياً: إذا اعتقد المدين أنه ملزم بهذا الدين، فوفاه اختياريًا، فله أن يسترد ماوفاه، لأنه يكون قد أدى غير المستحق.

ثالثاً: ليس للدائن أثناء مرحلة التعليق أن يثمسك بالمقاصة فى مواجهة المدين، لأن المقاصة طريق لاستيفاء الحق، والإلتزام المعلق على شرط واقف لا يقبل التنفيذ القهري ولا التنفيذ الاختياري.

رابعاً: ليس للدائن أن يباشر الدعوى البوليصية ولو أنها ليست من إجراءات التنفيذ.

خامساً: إذا كان محل الالتزام المعلق على شرط واقف شيئاً معيناً بالذات فإن ملكية هذا الشيء لا تنتقل إلى الدائن كالمشترى إلا معلقة على هذا الشرط، سواء في ذلك كان الشيء من المنقولات أم من العقارات وتم تسجيل البيع، أما المدين وهو البائع فيعتبر مالكا في مثل هذا الفرص تحت شرط فاسخ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. ويترتب على بقاء ملكية المبيع للبائع حتى يتحقق الشرط الواقف تحمله لتبعية الهلاك، وانفراده بأعمال الإدارة، وبقاء المبيع في الضمان العام لدائنيه، وعدم سريان التقادم قبل تحقق الشرط.

سادساً: لا يسرى التقادم بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط واقف إلا من وقت تحقق الشرط، لأنه لا يستحق الأداء إلا من هذا الوقت.

هذه هي الآثار التي تترتب على اعتبار الالتزام المعلق على شرط واقف التزاماً غير مؤكد الوجود، أما الآثار التي تترتب على اعتباره حقا لا مجرد أمل فهي ما يأتي:

أولاً: أن هذا الالتزام يكون محلاً للخلافة العامة والخلافة الخاصة، فهو ينتقل إلى ورثة الدائن عند وفاته، كما أن له التصرف فيه حال حياته.

ثانياً: أن للدائن أن يتخذ بمقتضاه من الإجراءات ما يكفل له المحافظة على حقه، وهذا هو أهم الآثار التي تترتب في مرحلة التعليق ومن أمثلة هذه الإجراءات: تسجيل العقد إذا كان خاصاً بانتقال ملكية عقار معلقة على شرط واقف وفيد الرهن المقرر لضمان هذا الحق، ورفع دعوى صحة التوقيع للحصول على إقرار المدين بالإمضاء أو الختم الذي يحمله السند المثبت

للحق، ورفع دعوى غير المباشرة ودعوى الصورية لأنه لا يشترط في هاتين الدعويتين أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، والتدخل في إجراءات القسمة التي يكون المدين طرفاً فيها، وطلب تعيين حارس على العين المملوكة تحت شرط واقف، إذا كان المدين ينازع في هذا الحق ويخشى على العين بسبب هذه المنازعة.

غير أنه لا يدخل في الإجراءات التحفظية التي للدائن أن يباشرها بمقتضى الحق المعلق على شرط واقف، توقيع أى حجز من الحجوز التحفظية، لأنه وفقاً لحكم المادة ٦٠٤ من تقنين المرافعات لا يجوز الأمر بتوقيع الحجز التحفظي لحق غير حال الأداء أو غير محقق الوجود.

(٢٢٥) آثار الشرط الفاسخ؛

يأخذ الالتزام المعلق على شرط فاسخ، في أثناء فترة التعليق، حكم الالتزام المنجز، بمعنى أنه يعتبر موجوداً وواجب النفاذ فور نشوئه، وإن كان قابلاً للزوال، مما يجعل التصرفات التي يأتيها الدائن بهذا الالتزام معلقة على نفس الشرط الفاسخ المعلق عليه حقه.

ويترتب على إعتبار الالتزام المعلق على شرط فاسخ، التزاماً موجوداً نافذاً في مرحلة التعليق، أن للدائن به اتخاذ الإجراءات التنفيذية، وأن هلاك العين يكون على المالك وأن الوفاء بالالتزام يعتبر وفاء بالتزام مستحق الأداء.

المطلب الثاني

آثار الشرط عند إنتهاء التعليق

(٢٢٦) متى ينتهي التعليق؛

تنتهي مرحلة التعليق إذا استبان مصير الشرط بأن تحقق أو تخلف. ولا يعتبر الشرط قد تحقق إلا إذا تم الأمر المشروط على النحو المتفق عليه

بين المتعاقدين *In forma specifica*. وعلى ذلك لا يعتبر التنفيذ الجزئي للواقعة المشروطة تحقيقاً للشرط، كما لا يعتبر تحقيقاً له أن يقوم بتنفيذ الأمر حد من الأغيار، إذا كان من المتفق عليه أن يقوم به أحد المتعاقدين، إلا إذا تبين أن ليس لشخصية هذا المتعاقد إعتبار في تنفيذ هذا الأمر، وكل هذا يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع.

وإذا تحدد ميعاد معين لوقوع الأمر المشروط، فإن الشرط يعتبر متخلفاً إذا لم يقع هذا الأمر قبل انقضاء هذا الميعاد، ولو وقع بعد ذلك، أما إذا لم يحدد ميعاد لوقوع هذا الأمر، فلا يعتبر الشرط متخلفاً مهما طالّت المدة، إلا إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع، فيعتبر الشرط قد تخلف من هذا الوقت كما لو كان تنفيذ الأمر معقوداً بإرادة شخص من غير المتعاقدين، فأعلن رفض تنفيذ هذا الأمر أن توفى قبل تنفيذه، فيعتبر الشرط قد تخلف من هذا الوقت على وجه التأكيد.

وإذا كان الشرط سلبياً *Condition negative* أى قوامه عدم وقوع أمر ما، وتحدد لذلك ميعاد معين، فإن الشرط يكون متحققاً إذا إنقضى الميعاد المتفق عليه ولم يقع هذا الأمر بعد. أما إذا لم يحدد له ميعاد، فلا يعتبر الشرط متحققاً إلا من الوقت الذي يستبين فيه على وجه اليقين أن هذا الأمر لن يقع.

هذا ويلاحظ أن الشرط يعتبر متحققاً، ولو تخلف، إذا كان عدم تحققه راجعاً إلى فعل المدين. ولا يشترط أن يبلغ فعل المدين مرتبة الغش، لأن الدائن له أن يطالب المدين بتعويض الضرر الذي أصابه من جراء خطئه، وخير تعويض يعطى للدائن هو اعتبار الشرط قد تحقق حكماً. وبالعكس يعتبر الشرط قد تخلف، إذا كان تحققه راجعاً إلى فعل غير مشروع من جانب

الدائن، كمن يؤمن على مال له ضد خطر معين، ثم يعمل على تعجيل وقوع هذا الخطر.

(٢٢٧) أثر انتهاء التعليق بالنسبة إلى الشرط الواقف،

إذا كان الشرط واقفاً وتخلف، امتنع وجود الحق المحتمل الذي كان للدائن، واعتبرت رابطة الالتزام كأن لم تنشأ أبداً بين المتعاقدين، وينبني على ذلك زوال كل الإجراءات التحفظية التي اتخذها الدائن بموجب حقه المحتمل، وزوال التصرفات التي صدرت منه في شأن هذا الحق كل ذلك بأثر رجعي.

أما إذا تحقق الشرط الواقف، فإن حق الدائن الذي كان محتملاً أثناء مرحلة التعليق، يصبح حقا مؤكداً للوجود واجب النفاذ من وقت الإتفاق على إنشائه عملاً بفكرة الاستناد أو رجعية الأثر، ويترتب على ذلك النتائج الآتية: أولاً: للدائن عند تحقق الشرط أن يتخذ إجراءات التنفيذ لاستيفاء حقه، كما أن له مباشرة الدعوى البوليسية.

ثانياً: إذا كان المدين قد وفى الدين عن غلط قبل تحقق الشرط، فليس له أن يسترد ماوفاه بعد تحقق الشرط، لأن الدين لايعتبر موجوداً من وقت تحقق الشرط حتى يقال أن المدين قد دفع غير المستحق، بل يعتر موجوداً من وقت الإتفاق على إنشائه.

ثالثاً: إذا كان الحق المعلق على شرط واقف مضموناً برهن، وقيد المدين الرهن قبل تحقق الشرط، فإن الرهن يأخذ مرتبته من تاريخ قيده لا من تاريخ تحقق الشرط.

رابعاً: إذا كان محل الحق المعلق على شرط واقف شيئاً معيناً بالذات، وتصرف فيه الدائن أثناء فترة التعليق بالبيع مثلاً، فإنه يعتبر بعد تحقق

الشرط قد تصرف فيما يملك، ويدخل المبيع ذمة المشتري خالياً من جميع الحقوق التي رتبها عليه المدين، أى من كان مالكا له تحت شرط فاسخ.

سادساً: إذا صدر في مرحلة التعليق قانون جديد يعدل من شروط إنشاء الالتزام، فإن هذا القانون لا يسرى على الالتزام المعلق بعد تحقق الشرط، بل يخضع هذا الالتزام للقانون القديم. ويفسر هذا الحكم لا على أساس فكرة الحق المكتسب التي تحول دون سريان القانون الجديد على الماضي، كما قال البعض. بل يفسر بفكرة الأثر الرجعي للشرط، ذلك أن الالتزام يعتبر موجوداً من وقت الإتفاق على إنشائه بفضل الأثر الرجعي للشرط، ولذا يخضع للقانون المعمول به في هذا الوقت، وهو القانون القديم.

(٢٢٨) أثار انتهاء التعليق بالنسبة إلى الشرط الفاسخ؛

إذا تخلف الشرط الفاسخ ترتب على ذلك امتناع زوال الالتزام نهائياً، وإعتباره التزاماً منجزاً منذ إنشائه، وينبني على تأييد حق الدائن في هذه الحالة تأييد كافة التصرفات التي صدرت منه في شأن هذا الحق في فترة التعليق.

أما إذا تحقق الشرط الفاسخ، فإن الالتزام الذي كان موجوداً أثناء التعليق يعتبر كأن لم يكن أبداً، أى أن زوال الالتزام لا يرجع إلى وقت تحقق الشرط بل يرتد إلى وقت الإتفاق عليه. ويترتب على الأثر الرجعي لزوال الالتزام في هذه الحالة ما يأتي:

أولاً: للمدين أن يسترد من الدائن ما أداه أثناء فترة التعليق بدعوى رد غير المستحق، ومن باب أولى أن يكون له الإسترداد إذا كان قد وفى الدين عن غلط بعد تحقق الشرط. وإذا كان الوفاء قد تم بشيء معين بالذات وهلك هذا الشيء بخطأ الدائن سئل عن ذلك وفقاً للقواعد الخاصة برد غير

المستحق. أما إذا كان الهلاك راجعاً إلى سبب أجنبي. فتظل تبعته على عاتق الدائن في العقود التبادلية. وتقع على عاتق المدين في العقود الملزمة لجانب واحد وإلى هذا الحكم أشارت المادة ١/٢٦٩ بقولها «يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام. ويكون الدائن ملزماً برده ما أخذه، فإذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض».

ثانياً: إذا كان الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزاماً بإعطاء شيء كالشراء تحت شرط فاسخ، فإنه بتحقق الشرط يعتبر المبيع كأن لم يخرج أبداً من ملك البائع، ولذا تعتبر التصرفات التي صدرت في شأنه من المشتري أثناء فترة التعليق صادرة من غير مالك، فلا تنفيذ في مواجهة البائع وهو المالك الحقيقي.

ثالثاً: تزول كافة الإجراءات التنفيذية والتحفظية التي يكون الدائن قد باشرها أثناء فترة التعليق للتنفيذ بحقه أو للمحافظة عليه، مع ملاحظة ما سبق أن ذكرناه في شأن تطهير العين من الرهن والأخذ بالشفعة فلا أثر لزوال حق الدائن عليهما.

المطلب الثالث

الأثر الرجعي للشرط

(٢٢٩) قاعدة استناد أثر الشرط:

أثارت فكرة الأثر الرجعي للشرط الخلاف بين الكثير من الشراح، كما تباينت في شأنها التشريعات، بين معتق لها ومعرض عنها. وليس هنا مجال البحث في هذا الموضوع المتشعب الجوانب خاصة بعد أن استوفاه الباحثون درساً. ويكفي أن نشير إلى أن المشرع المصري ظل أميناً على هذه الفكرة نظراً للاعتبارات العملية التي تقوم عليها ولذا نص في المادة ١/٢٧٠ على

أنه ، إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الإلتزام، إلا إذا تبين من ارادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الإلتزام، أو زواله، إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط.

(٢٣٠) الاستثناءات التي ترد علي قاعدة استناد أثر الشرط،

ليست قاعدة إستناد أثر الشرط قاعدة مطلقة، بل ترد عليها إستثناءات عدة أشارت المادتان ٢٦٩ ، ٢٧٠ إلى البعض منها، وسنتناول فيما يلي جانباً من هذه الإستثناءات.

أولاً: يجوز للمتعاقدین الإتفاق على إستبعاد الأثر الرجعي للشرط، أى الإتفاق على ترتيب أثر الإلتزام من وقت تحقق الشرط لامن وقت الإتفاق عليه، وهذا الإستثناء يبرره أن قاعدة استناد الأثر ليست إلا تفسيراً للإرادة، فإذا إتجهت نية المتعاقدين إتجاهاً واضحاً إلى ما يخالف هذه القاعدة، تعين الأخذ بما إتجهت إليه إرادتهما، على أنه لا يجوز للقاضي افتراض هذه النية في جانب المتعاقدين إذا لم تتضح له إتضحاً ظاهراً بل يجب عليه في هذه الحالة أن يرجع إلى الأصل وهو استناد أثر الشرط.

ثانياً: يستبعد الأثر الرجعي للشرط إذا كانت طبيعة العقد تقتضى أن يكون وجود الإلتزام أو زواله، من وقت تحقق الشرط لامن وقت الإتفاق على الإلتزام، فمثلاً إذا تعهد شخص بالحق آخر بخدمته، وعلق التزامه هذا على شرط واقف فلا يتصور إذا ماتحقق الشرط أن يستند أثره إلى الماضى. كذلك الشأن فيما يتعلق بالعقد الممتد، والعقد الممتد كما نعلم يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيه فإذا علق هذا العقد على شرط فاسخ، وتحقق الشرط، فإن زوال الإلتزام يقتصر على المستقبل ولا ينصرف إلى الماضى وهذا ما يعرف بإنهاء العقد Résiliation .

ثالثاً: أعمال الإدارة، وقد استثنى المشرع من قاعدة الأثر الرجعي بالنص في المادة ٢/٢٦٩، على أنه أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نفاذة رغم تحقق الشرط، وعلى هذا الاستثناء أن أعمال الإدارة ضرورية لاستغلال العين محل الالتزام والمحافظة عليها، وأنها لو خضعت لقاعدة استناد أثر الشرط لتعطل استغلالها أثناء فترة التعليق، إذ سيحجم الغير عن التعامل في شأنها مع المالك تحت شرط فاسخ، لاحتمال تحقق الشرط وزوال ملكية الدائن وما بنى عليها من أعمال الإدارة، كل ذلك بأثر رجعي.

وحكم المادة ٢/٢٦٩ وأن ورد في شأن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تحت شرط فاسخ، إلا أنه ينصرف كذلك لأعمال الإدارة التي تقع من المدين تحت شرط واقف، لتوافر نفس الحكمة التي بنى عليها الاستثناء.

هذا ويشترط لإستثناء أعمال الإدارة، كالإيجار، من قاعدة إسناد أثر الشرط، أن تكون قد تمت بحسن نية، بأن يكون الإيجار مثلاً قد عقد لمدة معقولة لا تجاوز ثلاث سنوات، ووفقاً لشروط عادية مقبولة.

رابعاً: يستثنى غالبية الشراح من قاعدة استناد أثر الشرط، ثمار العين التي قبضها الدائن تحت شرط فاسخ أو المدين تحت شرط واقف أثناء فترة التعليق، فهذه الثمار تكون ملكاً لمن قبضها دون أن يتأثر حقه فيها بالأثر الرجعي لتحقيق الشرط. وقد قيل في تبرير هذا الاستثناء. أن مبناه حسن النية، وسنده إرادة المتعاقدين. فضلاً عن قيمته العملية في تلافى مشقة المحاسبة عن هذه الثمار.

خامساً: تنص المادة ٢/٢٧٠ على أنه «ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه». وظاهر من هذا النص أن تبعة الهلاك لا تخضع لقاعدة

استناد أثر الشرط وعلى ذلك إذا هلك الشيء محل الإلتزام قبل تحقق الشرط الواقف، فلا يكون لتحقيق الشرط أثر رجعي، وتقع تبعة الهلاك على المدين في العقود التبادلية، وعلى الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد. فمثلاً في البيع تحت شرط واقف، إذا هلك المبيع قبل تحقيق الشرط هلك على البائع وهو المدين.

أما إذا كان الشرط فاسخاً وهلك المعقود عليه، قبل تحققه، فتقع تبعة الهلاك على الدائن عند تحقق الشرط في العقود التبادلية، ويتحمل المدين هذه التبعية في العقود الملزمة لجانب واحد، فمثلاً إذا كان البيع معلقاً على شرط فاسخ، وتسلم المشتري المبيع، فإن تبعة الهلاك قبل تحقق الشرط تكون على الدائن وهو المشتري.

سادساً: إذا كان من مقتضى تحقق الشرط الواقف هو اعتبار حق الدائن موجوداً ومستحق الأداء من وقت الإتفاق لا من وقت تحقق الشرط، إلا أنه يستثنى من هذا الحكم سريان التقادم المسقط بالنسبة إلى هذا الحق، فهذا التقادم لا يسرى إلا من وقت تحقق الشرط، لأنه لا يتصور أن يدخل في إحتساب مدته فترة التعليق، وقد كان الدائن محروماً فيها من المطالبة بحقه والتنفيذ به.

هذه طائفة من الإستثناءات التي ترد على قاعدة استناد أثر الشرط وهناك غيرها كما في الشفعة وتطهير العقار من الرهن، وهذه الإستثناءات، كما هو ظاهر من الكثرة بحيث تتضاءل معها قيمة هذه القاعدة، مما يبرر الإنتقادات التي وجهت إليها، والمحاولات التي بذلت للإستغناء عنها عن طريق رد النتائج التي تبني عليها إلى قواعد أخرى تصلح أساساً لها.

الضرع الثاني

الأجل

(٢٣١) منهج البحث:

سنتناول فيما يتعلق بدراسة الأجل:

أولاً: التعريف بالأجل وأنواعه.

ثانياً: الآثار التي تترتب على الأجل.

ثالثاً: إنقضاء الأجل.

المبحث الأول

التعريف بالأجل وأنواعه

(٢٣٢) التعريف بالأجل:

الأجل أمر مستقبلي محقق الوقوع يترتب عليه نفاذ الالتزام أو إنقضاؤه دون أن يكون لذلك أثر رجعي (م ٢٧١/١) والأجل وفقاً لهذا التعريف إما أن يكون واقفاً يترتب عليه أرجاء نفاذ الالتزام، وإما أن يكون فاسخاً فيؤدي إلى إنقضاء الالتزام. وقد سبق لنا القول أن الأجل الفاسخ أو المنهى لا يعتبر وصفاً للالتزام بالمعنى الفنى. لأنه لا يغير من قواعد تنفيذ الالتزام شيئاً، بل يكون للدائن أن يطالب بتنفيذ الالتزام فور نشوئه.

(٢٣٣) أنواع الأجل:

ينقسم الأجل فيما يتعلق بالتيقن من تاريخ وقوعه، إلى أجل محدد التاريخ وأجل غير معروف التاريخ Terme à échéance .incertaine

فمَشخصات الأجل تتوافر في الموت رغم إنتقاء التيقن من حينه لأن وقوعه أمر محقق لا شبهة فيه (م ٢/٢٧١). أما إذا انصرف عدم التيقن إلى الواقعة نفسها لا إلى تاريخ حدوثها فإنها تعتبر شرطاً لا أجلاً. وقد رأينا أن من الحالات التي قد يشتبه فيها الأجل بالشرط ما قد يرد في بعض العقود من أن التزام المدين بالوفاء لا يكون إلا عند المقدره أو الميسرة، وذكرنا أن المشرع قد أقام في المادة ٢٧٢ قرينة من شأنها حمل عقد الوفاء بالاقتدار محمل الأجل لا محمل الشرط إلا إذا ثبت عكس ذلك.

كذلك ينقسم الأجل من حيث مصدره إلى: أجل إتفاقي، وأجل قانوني، وأجل قضائي.

فالأجل الإتفاقي مصدره إرادة المتعاقدين، وهذا الأجل قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً تمليه ظروف التصرف أو طبيعة الإلتزام، ففي عقد المعاولة يعتبر التزام المقاول مضافاً إلى أجل واقف، لأن ظروف التصرف تقتضى قيامه بعمل يستغرق إتمامه بعض الوقت. وإذا لم يحدد الأجل إلا دلالة عين القاضى موعد حلوله، وفقاً للظروف، معتداً في ذلك بطبيعة الإلتزام وكيفية تنفيذه، ومكان التنفيذ وعرف الجهة.

والأجل القانوني هو ما يتكفل القانون بتحديدده، ومن أمثلة الأجل القانوني الواقف الوصية إذا هي مضافة إلى أجل واقف هو موت الموصى. ومن أمثلة الأجل القانوني الفاسخ حق الإنتفاع فهو ينقضى بموت المنتفع (م ١/٩٣٣).

وبجانب الأجل القانوني الذي تقرره النصوص الخاصة، قد يتدخل المشرع في ظروف استثنائية كحرب أو أزمة اقتصادية، فيقرر مد آجال الديون المستحقة أو وقف الدعاوى المرفوعة بها إلى آجال يعينها، رعاية للمصلحة العامة Moratorium.

والأجل القضائي هو نظرة الميسرة Délai de grâce ويوليها القاضي للمدين عاثر الجد حسن النية إذا استدعيت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم (م ٢/٣٤٦). ويفترق الأجل القضائي عن الأجل القانوني، لا من حيث المصدر فحسب، بل وكذلك من حيث الآثار وأسباب الإنقضاء، فالأول لا يحول دون وقوع المقاصة، ويسقط إذا باشر دائن آخر إجراءات التنفيذ على أموال المدين، وسنرجى بحث هذا الموضوع إلى حين دراسة الوفاء كطريق من طرق إنقضاء الالتزام.

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على الأجل

(٢٣٤) التفرقة بين الأجل الفاسخ والأجل الواقف،

رأينا أن الأجل ينقسم إلى أجل فاسخ وأجل واقف، وذكرنا أن الأجل الفاسخ لا يعتبر وصفا في الالتزام بالمعنى الفني لأنه يقتصر على تحديد ميعاد انقضائه دون أن يؤجل نفاذه، ولذا يأخذ الالتزام المضاف إلى هذا الأجل حكم الالتزام المنجز من حيث سريان التقادم المسقط في شأنه، وجواز التنفيذ به. وإذا انقضى هذا الالتزام بانقضاء الأجل المضاف إليه فليس لهذا الإنقضاء أثر رجعي، وعلى هذا نصت المادة ٢/٢٧٤ بقولها، ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي. أي أن الالتزام المضاف إلى أجل فاسخ ينقضي من وقت حلول الأجل لا من وقت الإتفاق ويترتب على حلول الأجل زوال هذا الالتزام من هذا الوقت ولو كان قد انتقل إلى خلف عام للدائن أو إلى خلف خاص له. ولما كانت هذه هي ما هي الالتزام المضاف إلى أجل فاسخ، فسيتقصر بحثنا على آثار الأجل الواقف، وهو الذي يتحقق فيه معنى الوصف في الالتزام.

(٢٣٥) الآثار التي تترتب على إضافة الالتزام إلى أجل واقف:

تنص المادة ١/٢٧٤ على أنه «إذا كان الالتزام مقترناً بأجل واقف، فإنه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينقضى فيه الأجل، على أنه يجوز للدائن حتى قبل إنقضاء الأجل، أن يتخذ الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه، وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول».

لما كان الأجل الواقف لا يؤثر على وجود الالتزام وأن كان يوقف نفاذه، وجب لبحث آثار هذا الأجل أن ننظر فيما يترتب على وجود الالتزام، وفيما يبنى على عدم نفاذه.

فأما الآثار التي تترتب على وجود الالتزام فهي:

أولاً: للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل له المحافظة على حقه: كقيد الرهن المقرر لضمان الحق، وتجديد القيد، والتدخل في إجراءات القسمة التي يكون المدين طرفاً فيها، والتدخل في الدعاوى المرفوعة من المدين أو عليه، تجنباً لما قد يقع من غش أو تواطؤ للأضرار بحقه.

ثانياً: للدائن أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس مدينه أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول، فإذا لم يقدم المدين التأمين المطلوب، كان للدائن أن يطالب بسقوط الأجل قياساً على حكم المادة ٢/٢٧٣ التي تقضى بسقوط حق المدين في الأجل إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات.

ثالثاً: للدائن أن يلجأ إلى الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية للمحافظة على ضمانه العام، أما الدعوى البوليسية فلا يجوز له رفعها قبل أن يصبح الحق واجب الأداء.

أما الآثار التي تترتب على كون الالتزام غير نفاذ فهي:

أولاً: لا يجوز للدائن أن يطالب المدين بالوفاء قبل حلول الأجل وللمدين أن يتمسك بهذا الدفع إذا كانت الدعوى قد رفعت قبل ذلك ولو انقضى الأجل أثناء نظر الدعوى.

ثانياً: إذا وفى المدين الدين مع علمه بقيام الأجل، اعتبر هذا منه نزولاً عن الأجل، ولكن إذا كان المدين يجهل قيام الأجل فله الرجوع على الدائن بدعوى غير المستحق. وفى هذا تقوم المادة ١/١٨٣، يصح كذلك استرداد غير المستحق، إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل، غير أنه استثناء من هذه القاعدة العامة رأى المشرع اختصاراً للإجراءات جواز اقتصار الرد فى هذه الحالة على ما استفاده الدائن بسبب هذا الوفاء المعجل، لأن فى هذا ما يحقق مصلحة الدائن من إبقاء إعسار مدينه دون الإضرار بهذا الأخير، وعلى هذا نصت المادة ٢/١٨٣ بقولها، على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر. فإذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقوداً، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الإتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل.

ثالثاً: لا تقع المقاصة بين حق مؤجل وحق منجز (م ١/٣٦٢) إلا إذا تنازل من تقرر الأجل لمصلحته عنه وتمسك بهذه المقاصة...

رابعاً: لا يسرى التقادم المسقط بالنسبة إلى الحق المؤجل قبل حلول الأجل، لوجود المانع القانونى الذى يحول دون المطالبة به (م ٣٨١).

هذه هى الآثار التي تترتب على إضافة التزام إلى أجل واقف، فإذا حل هذا الأجل أصبح الالتزام منجزاً، وترتبت عليه كافة آثار الالتزام غير الموصوف، من وجود قيام المدين بأدائه بعد أن يعذره الدائن ما لم يوجد

نص أو اتفاق يقيل الدائن من واجب الإِعذار، وجواز استعمال الدعوى البوليصية، وإِتخاذ إجراءات التنفيذ لاستيفاء الحق، وسريان التقادم المسقط، وعلى وجه العموم كافة الآثار التي إِمتنع ترتبها قبل نفاذ الإلتزام، كل ذلك من وقت حلول الأجل دون استناد ذلك إلى الماضي كما هو الأمر بالنسبة للشرط.

المبحث الثالث

انقضاء الأجل

(٢٣٦) طرق الانقضاء،

قد ينقضى الأجل طبيعياً بحلول الميعاد المحدد له، وقد ينقضى بالنزول عنه ممن تقرر الأجل لمصلحته، وأخيراً قد يسقط الأجل بسبب من الأسباب التي نص عليها القانون.

• (٢٣٧) حلول الأجل،

ينقضى الأجل دون أثر رجعي، بتحقيق الأمر المنتظر أو انقضاء الميعاد المضروب.

(٢٣٨) النزول عن الأجل،

يجوز النزول عن الأجل Renonciation ممن تقرر الأجل لمصلحته، ويقع ذلك بإرادته المنفردة. أما إذا كان الأجل في مصلحة المتعاقدين معاً، فيمتنع على أيهما أن يستقل بالتنازل عنه، بل يتعين عليه الإتفاق على ذلك مع المتعاقد الآخر. والصعوبة هي في تحديد الطرف الذي تقرر الأجل لمصلحته إذا لم تستبين إرادة المتعاقدين في ذلك، لأنه إذا كان الأجل مقررأ لمصلحة المدين فيجوز له النزول عنه والوفاء قبل حلوله، على حين يمتنع على الدائن المطالبة بالدين قبل هذا الوقت، وإذا كان الأجل مقررأ لمصلحة

الدائن، فله المطالبة بالوفاء قبل حلوله على حين لا يجوز للمدين أن يستبقي ميعاد الوفاء.

والأصل في الأجل أن يكن مقررًا لمصلحة المدين إلا إذا تبين من الإتفاق أو نص القانون على تقريره لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معا. ففي القرض بدون فائدة يجوز للمدين رد مبلغ القرض قبل حلول الأجل لأنه يعتبر مقررًا لمصلحته. وفي الوديعة، جرى الفقه على اعتبار الأجل مقررًا لمصلحة الدائن وهو المودع، ولذا يكون له التنازل عنه ومطالبة المودع عنده برد الوديعة قبل إنقضاء الأجل المتفق عليه. وفي القرض بفائدة يعتبر الأجل مقررًا لمصلحة الدائن والمدين معا، لأن من مصلحة الدائن بقاء الأجل قائمًا للحصول على ما يغله مبلغ القرض من فائدة، ومن مصلحة المدين بقاء الأجل للانتفاع بمبلغ القرض طوال مدته، ولذا كان الأصل ألا يستقل أيهما بالتنازل عن الأجل، غير أن المشرع، تمشياً مع سياسة محاربة الربا، أجاز للمدين بشروط معينة، أن يلزم الدائن بقبول الوفاء المعجل، وفي هذا تقول المادة ٥٤٤، «إذا إتفق على الفوائد، كان للمدين إذا إنقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما إقترضه، على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن الستة الأشهر التالية للإعلان، ولا يجوز بوجه من الوجوه الزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلاً من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء، ولا يجوز الإتفاق على إسقاط حق المقترض في الرد أو الحد منه».

(٢٣٩) سقوط الأجل:

كما ينقضى الأجل بإنتهاء أمده أو بالنزول عنه، كذلك ينقضى بسقوط حق المدين فيه Déchéance، وهو ما نصت عليه المادة ٢٧٣ بقولها «يسقط حق المدين في الأجل:

١- إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القاترين.

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

٣- إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات، وظاهر من هذا النص أن الأجل يسقط في أحوال ثلاث نتناولها فيما يلي:

(٢٤٠) الحالة الأولى: شهر الإفلاس أو الإعسار؛

يسقط الأجل بشهر إفلاس أو إعسار المدين وهذا الحكم مبناه الإرادة المفترضة للمتعاقدين، إذ أن الدائن لم يمهل المدين في الوفاء إلا لثقتة في يساره، فإذا شهر إفلاسه أو إعساره فمعنى ذلك أنه لم يكن أهلاً لهذه الثقة. هذا مع مراعاة ما تقضى به المادة ٢/٥٥ من أنه «ومع ذلك يجوز للقاضي أن يحكم، بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوى الشأن من دائنيه، بإبقاء الأجل أو مدة بالنسبة إلى الديون المؤجلة». وما تنص عليه المادة ٢٦٣ من أنه «يجوز للمدين بعد إنتهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار ولم يتم دفعها إلى أجلها السابق، بشرط أن يكون قد وفى ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها». أى أنه يراعى بالنسبة لسقوط الأجل بسبب شهر أفلاس أو إعسار المدين، حق المحكمة فى الإبقاء على الأجل بناء على طلب المدين، وحق المدين فى المطالبة بإعادة الديون التي حلت بسبب شهر الإعسار إلى أجلها السابق عند إنتهاء حالة إعساره.

ويلاحظ أن سقوط الأجل بسبب شهر الإفلاس أو الإعسار لا يتعد أثره إلى المدين المتضامن مع المفلس أو المعسر، أو إلى كفلائه، فلا يلتزم هؤلاء بالوفاء إلا عند حلول الأجل.

(٢٤١) الحالة الثانية: إضعاف التأمينات الخاصة؛

يسقط حق المدين في الأجل في حالة إضعاف التأمينات الخاصة التي تنشأ لضمان الوفاء بالدين، وعلى هذا نصت المادة ٢/٢٧٣ السابق ذكرها، وظاهر من نصها أنه يشترط لسقوط الأجل في هذه الحالة توافر شروط معينة وهي:

أولاً: أن يكون الأمر متعلقاً بتأمين خاص تقرر لضمان الوفاء بالدين نزولاً على حكم الاتفاق أو القضاء أو القانون، وعلى ذلك لا يسقط الأجل لمجرد إضعاف الضمان العام كما لو تصرف المدين في عين مملوكة له أو أهمل في المحافظة عليها حتى هلكت، كذلك لا يسقط الأجل بسبب إضعاف حقوق الامتياز العامة لأنها لا تعتبر من قبيل التأمينات الخاصة (م ٢/٢٧٣).

ثانياً: أن يكون إضعاف التأمين الخاص راجعاً إلى فعل المدين، سواء أكان فعلاً عمدياً أم مجرد إهمال. ولا يعتبر إضعافاً للتأمين الخاص تقرير رهن جديد على عين مرهونة، لما للدائن المرتهن السابق من حق التقدم في استيفاء دينه على الدائن المرتهن اللاحق. كذلك لا يعتبر إضعافاً للتأمين الخاص، كقاعدة عامة، تصرف المدين في العين محل هذا الحق، إلا إذا كان من شأن الظروف التي تم فيها هذا التصرف أن تؤدي إلى ذلك.

ويترتب على إضعاف التأمين الخاص بفعل المدين، كما لو أهلك العين محل هذا الحق عمداً أو إهمالاً، أن يكون للدائن استيفاء الدين فور الوقت نظراً

لسقوط الأجل، إلا إذا رأى، أى الدائن، المطالبة بتأمين إضافي مع استبقاء الأجل.

أما إذا كان إضعاف الضمان الخاص راجعاً إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، كما لو انهدم العقار المرهون بفعل القوة القاهرة أو أفلس الكفيل، فإن الأجل يسقط كذلك، غير أن للمدين في هذه الحالة أن يتوقى هذا السقوط بأن يقدم للدائن ضماناً كافياً، أى أن الخيار في هذا الفرض للمدين، على حين أنه للدائن في الفرض السابق.

ثالثاً: أن يكون إضعاف التأمين الخاص جسيماً أى إلى حد كبير، كما عبرت عن ذلك المادة ٢٧٣/٢. ويقصد بذلك أن يقل التأمين عن قيمة الدين كما فسرتة المذكرة الإيضاحية.

(٢٤٢) الحالة الثالثة، تخلف المدين عن تقديم ما وعده من تأمينات؛

أخيراً يسقط الأجل إذا تخلف المدين عن تقديم ما وعده الدائن به في العقد المنشئ للالتزام من تأمين خاص، كرهن أو كفالة. والحكمة من ذلك واضحة، وهى أن الدائن لم يقبل إمهال المدين في الوفاء إلا بشرط تقديم التأمين الخاص المتفق عليه، فإن أخل المدين بوعده تعين سقوط الأجل وحلول الدين. بل ويتجه الفقه إلى سقوط الأجل في هذه الحالة ولو قدم المدين تأمينات أخرى غير المتفق عليه، وأن لم تقل عنها كفاية.

الفصل الثاني

تعدد محل الالتزام

(٢٤٣) الالتزام التخييري والالتزام البدلي :

قد يجتمع للالتزام الواحد أكثر من محل يتعين على المدين أداؤها جميعاً Obligation conjonctive وليس هذا بموضوع بحثنا لأنه لا يغير شيئاً من أثر الالتزام. ولكن قد يحدث أن يكون للالتزام أكثر من محل تبرأ ذمة المدين إذا هو أدى واحداً منها، وهذا هو الالتزام التخييري Obligation alternative والغرض من تعدد محل الالتزام في هذه الحالة هو رعاية جانب الدائن. فلا ينقضى الالتزام لاستحالة التنفيذ إذا هلك أحد المحلين بقوة قاهرة، بل يتعين الوفاء بالمحل الآخر، وبذلك يضمن الدائن تنفيذ التزامه عيناً، ومثال ذلك أن يكون محل الالتزام منزلاً أو أرضاً زراعية، فإذا هلك المنزل بسبب أجنبي كالحريق، فلا ينقضى الالتزام بل يتحدد محله في الأرض. وقد يكون محل الالتزام شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر، وهذا هو الالتزام البدلي Obligation facultative ومثال ذلك العربون الذي يدفعه البائع في مقابل العدول عن البيع إذ أن محل التزام البائع هو المبيع، ولكن تبرأ ذمته من هذا الالتزام إذا هو أدى العربون.

المبحث الأول

الالتزام التخييري

(٢٤٤) النصوص القانونية :

تنص المادة ٢٧٥ على أنه : 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 . وتقضى المادة ٢٧٦ بأنه .

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 . وتقرر المادة ٢٧٧ أنه : 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 بواحد من هذه الأشياء، كان ملزماً أن يدفع قيمة آخر شىء استحال تنفيذه .

(٢٤٥) متى يعتبر الالتزام تخييرياً :

يشترط لإلحاق وصف التخيير بالالتزام أن يتعدد ما يرد الالتزام عليه، على نحو يتحقق معه قيام مكنة فعلية للخيار، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان كل أداء من الأداءات التى ورد عليها الالتزام مستوفياً لشروط المحل، فإذا امتنع الالتزام بأكثر من أداء واحد، بسبب عدم توافر الشروط القانونية فيما عداه،

بأن كان الأداء الآخر أمراً غير مشروع أو غير ممكن، فلا يكون للالتزام من وصف التخيير إلا الظاهر، ويعتبر في الواقع بسيطاً غير موصوف، ويقصر محله على الأداء الذي توافرت فيه صلاحية الإلزام دون غيره.

(٢٤٦) لمن يثبت حق الخيار؛

يرجع في تحديد الطرف الذي له الخيار في الالتزام التخييري إلى نص القانون إذا كان الالتزام قانونياً، وإلى اتفاق المتعاقدين إذا كان الالتزام ارادياً. وإذا لم تستبين إرادة المتعاقدين كان الخيار للمدين (م ٢٧٥). أعمالاً لقاعدة أن الشك يفسر لمصلحة الملتزم.

وإذا امتنع من له الخيار عن استعماله، اختلف الحكم بحسب ما إذا كان الخيار للمدين أم للدائن. فإذا كان الخيار للمدين أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم، كان للقاضي، بناء على طلب الدائن، أن يحدد أجلاً يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، وللقاضي أن يعين في الحكم نفسه ما يلزم المدين أو المدينون بالوفاء به من بين ما يرد التخيير عليه، فيما لو امتنع المدين عن الاختيار في هذا الأجل أو لم يتفق فيه المدينون (١/٢٧٦).

أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن استعماله، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، عين القاضي بناء على طلب المدين أجلاً يتم فيه الاختيار، فإن انقضى هذا الأجل انتقل الخيار إلى المدين.

(٢٤٧) استعمال حق الخيار؛

لم يعين القانون كيفية استعمال الخيار، بل ترك ذلك إلى القواعد العامة. ووفقاً لهذه القواعد يعتبر الخيار تاماً إذا أخطر صاحب الحق فيه الطرف الآخر بما استقر عليه رأيه، أو متى قام المدين بالوفاء بشيء مما يرد التخيير

عليه، إن كانت الخيرة له، أو متى طالب الدائن بالوفاء بشيء من الأشياء التي يشتمل عليها محل الالتزام، إن كان مرجع الاختيار إليه. ومتى تم الاختيار امتنع العدول عنه بغير رضا الطرف الآخر. هذا مع ملاحظة أنه ليس للمدين إذا كانت الخيرة له. أن يلزم الدائن بقبول جزء من كل من المحليين اللذين يرد التخيير عليهما، كما أن ليس للدائن إذا كان الاختيار له أن يطالب المدين بجزء من جملة الأشياء التي يرد التخيير عليها.

وإذا تم استعمال الخيار، تحدد محل الالتزام في الشيء الذي وقع عليه الاختيار، وانقلب الالتزام التخييري إلى التزام بسيط محله الشيء الواحد الذي وقع عليه الخيار. ويذهب البعض من الشراح إلى أنه ليس لاستعمال الخيار أثر رجعي، لأن هذا الاستعمال هو بمثابة تعيين محل الالتزام وليس لتعيين محل الالتزام أثر رجعي، وعلى ذلك لا تنتقل الملكية إلا من وقت استعمال الخيار. غير أن الرأي الراجح يذهب إلى أن لاستعمال الخيار أثر رجعي، وعلى ذلك تنتقل ملكية الشيء الذي وقع عليه الخيار من وقت العقد إذا كان منقولاً معيناً بالذات، لأن حق الخيار يعتبر بمثابة شرط واقف، فإذا تحقق هذا الشرط انصرف أثره إلى الماضي.

(٢٤٨) استحالة تنفيذ أحد الأداءات أو جميعها قبل استعمال حق الخيار؛

قد يحدث قبل استعمال حق الخيار أن يستحيل تنفيذ أحد الأداءات أو جميعها. فإذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي، ينقضى الالتزام، وفقاً للقواعد العامة، متى شملت هذه الاستحالة جميع الأمور التي يرد التخيير عليها، أما إذا اقتصرَت الاستحالة على أحد محلي التخيير، فإن الالتزام لا ينقضى بل يتحدد محله في الشيء الآخر، ويصبح التزاماً بسيطاً بعد أن كان التزاماً موصوفاً.

وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ أحد المتعاقدين فيفرق بين ما إذا كان الخيار للمدين أم للدائن فإذا كان الخيار للمدين وكانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطئه، وهذا هو الفرض الذي عنى المشرع بالنص على حكمه، فيفرق بين ما إذا كانت الاستحالة قد تناولت أحد محلى التخيير أم تناولتهما معاً فإذا اقتصرست الاستحالة على أحد الشئنين تحدد محل الالتزام فى الآخر، وأصبح التزاماً بسيطاً. أما إذا شملت الاستحالة كلا المحليين فإن المدين يكون مسئولاً عن قيمة آخر شئ استحال تنفيذه (م ٢٧٧). ونفس الحكم يؤخذ به إذا استحال الوفاء بأحد محلى التخيير لخطأ المدين، قبل تحقق الاستحالة فى الآخر لسبب أجنبى، أى يلزم المدين فى هذه الحالة كذلك بدفع قيمة ما طرأت عليه استحالة التنفيذ أخيراً.

أما إذا كان الخيار للدائن وكانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطئه، وهو ما لم يتناوله المشرع بنص، بل ترك الفصل فيه إلى القواعد العامة، فيفرق بين ما إذا اقتصرست الاستحالة على أحد محلى التخيير أم شملتهما معاً. فإذا اقتصرست الاستحالة على أحد المحليين فتبرأ ذمة المدين من التزامه، إلا إذا رأى الدائن استيفاء ما بقى الوفاء به ممكناً، على أن يؤدى للمدين قيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطئه. وإذا تناولت الاستحالة كلا الشئنين برأت ذمة المدين وتعين على الدائن أن يعرضه عن قيمة أحد الشئنين وفقاً لما يختاره، أى الدائن، لأن الخيار كان له، أو بعبارة أخرى يتعين على الدائن أداء قيمة ما لا يقع اختياره عليه.

وإذا هلك أحد الشئنين بخطأ المدين وكان الخيار للدائن، فلهذا الأخير أن يطالب بقيمة الهالك، أو أن يطالب بما لم يهلك. أما إذا هلك الشئنان معاً بخطأ المدين، فيكون للدائن وهو صاحب الخيار أن يطالب بقيمة ما يقع عليه اختياره، وجميع هذه الأحكام تملها القواعد العامة كما سبق أن ذكر.

المبحث الثاني

الالتزام البدلي

(٢٤٩) النص القانوني :

تنص المادة ٢٧٨ على أنه :

١- يكون الالتزام بدلياً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر.

٢- والشئ الذى يشمله محل الالتزام، لا البديل الذى تبرأ ذمة المدين بأدائه، هو وحده محل الالتزام وهو الذى يعين طبيعته. وظاهر من هذا النص أن ما يتميز به الالتزام البدلي هو تخويل المدين حق الوفاء ببديل عن محل الالتزام. وسنقتصر فى شرح هذا النوع من الالتزام على المقارنة بينه وبين الالتزام التخييري.

(٢٥٠) المقارنة بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري :

يفترق الالتزام البدلي عن الالتزام التخييري فى أن محل الأول ينحصر فى الالتزام بأمر واحد يعين ابتداءً، مع إعطاء المدين الحق فى الوفاء ببديل عنه، على حين أن محل الثانى عدة أشياء وإن كان الوفاء لا يتم إلا بواحد منها وفقاً لما يختاره صاحب الخيار ويترتب على هذا الخلاف الجوهرى بين هذين الالتزامين الفروق الآتية :

أولاً: تتحدد طبيعة الالتزام البدلي من بادئ الأمر وفقاً لماهية الشئ الأصلي دون نظر إلى البديل الذى تبرأ ذمة المدين بأدائه. فإذا كان هذا الشئ الأصلي عقاراً كان الالتزام عقارياً ولو كان البديل منقولاً، ولهذا أهميته فيما يتعلق بتقدير قيمة الالتزام وتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع. أما

إذا كان الإلتزام تخييرياً فلا يمكن تحديد طبيعة الإلتزام أو تقدير قيمته، إذا اختلف الشيطان في الطبيعة أو القيمة، إلا عند استعمال صاحب الخيار حقه في الاختيار.

ثانياً: إذا كان الإلتزام بدلياً فعلى الدائن أن يطالب بالشىء الأسمى فقط، ويكون للمدين قبل الحكم أو بعده أن يعرض على الدائن البديل دون الشىء الأسمى. أما إذا كان الإلتزام تخييرياً فعلى الدائن أن يطالب بالشئيين حتى يترك الخيار للمدين، إلا إذا كان هو صاحب الخيار فيستطيع أن يقصر المطالبة على ما يقع عليه اختياره.

ثالثاً: إذا كان الإلتزام بدلياً وهلك الشىء الأسمى برأت ذمة المدين، ولو كان البديل قائماً لم يهلك، لأن محل الإلتزام هو الشىء الأسمى لا البديل. أما إذا هلك أحد الشئيين في الإلتزام التخييري، فلا تبرأ ذمة المدين، بل يجب عليه أن يؤدي إلى الدائن الشىء الآخر.

الفصل الثالث

تعدد طرفي الإلتزام

(٢٥١) تعدد الدائنين أو المدينين :

افتراضنا حتى الآن قيام رابطة الإلتزام بين دائن واحد ومدين واحد. ولكن قد يحدث أن يتعدد أشخاص هذه الرابطة سواء من ناحية الجانب الدائن، أو من ناحية الجانب المدين، أو من الجانبين معاً. وقد يقع هذا التعدد ابتداءً كما لو باع عدة ملاك على الشيوخ العين المشاعة بينهم فيكون كل منهم دائناً للمشتري بالثمن بقدر نصيبه في العين المباعة، أو كما لو اشترى عدة أشخاص عيناً على الشيوخ فيما بينهم، فيكونون مدينين بالثمن للمشتري كل بقدر الحصة التي اشتراها. وقد يكون هذا التعدد طارئاً، وهو ما قد يحدث في حالة وفاة الدائن عن عدة ورثة، فيكون لكل وارث أن يطالب مدين المورث بقدر حصته في الدين.

والأصل أن تعدد طرفي الإلتزام Pluralite de sujets لا يغير من قواعد تنفيذه شيئاً، لأنه ليس لكل دائن، في حالة تعدد الدائنين، أن يطالب بأكثر من حصته في الدين، ولا يلزم كل مدين، في حالة تعدد المدينين إلا بقدر نصيبه في الدين. ويطلق على الإلتزام في هذه الحالة اسم الإلتزام المشترك Obligation conjointe وهي تسمية غير موفقة لأنها توحي بوجود الإلتزام واحد يربط بين عدة أشخاص سواء أكانوا دائنين أم مدينين، على حين أن الواقع أن تعدد طرفي الإلتزام ينشئ في هذه الحالة عدداً من الإلتزامات بقدر عدد أشخاصه، وإن كان لهذه الإلتزامات جميعاً مصدر واحد، ففي المثال

السابق مثلاً تتعدد الالتزامات بين البائعين على الشيوخ وبين مشتري العين بقدر عدد هؤلاء البائعين، وإن كان مصدر هذه الالتزامات جميعاً هو تصرف واحد وهو عقد البيع. ويترتب على هذا التعدد استقلال كل التزام عن غيره من الالتزامات التي رتبها نفس المصدر، مما قد ينتهي به إلى مصير يختلف عن مصير غيره.

غير أن القاعدة السابقة التي تحكم تعدد طرفي الالتزام ترد عليها استثناءات تسلب القاعدة كثيراً من أهميتها العملية، ومن هذه الاستثناءات حالة التضامن وحالة عدم قابلية الالتزام للانقسام، وهو ما سنعنى ببحثه.

الضرع الأول

التضامن

(٢٥٢) التضامن الإيجابي والتضامن السلبي :

التضامن وصف يحول دون انقسام الحق في حالة تعدد الدائنين أو الالتزام في حالة تعدد المدينين، وهو على هذا النحو قد يكون إيجابياً *Solidarité active* أو سلبياً *Solidarité passive* ولما كان في التضامن خروج على قاعدة انقسام الالتزام في حالة تعدد أطرافه، نصت المادة ٢٧٩ على أن التضامن بنوعية لا يفترض، وليس يقصد بذلك وجوب اشتراطه بصريح العبارة، فقد تنصرف إليه الإرادة ضمناً، ولكن ينبغي أن تكون دلالة الاقتضاء، في مثل هذه الحالة، واضحة لا خفاء فيها. فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة وجب أن ينصرف لنفي التضامن لا لإثباته. على أن قاعدة عدم افتراض التضامن وإن كان مسلماً بها في المسائل المدنية، إلا أنها محل خلاف في المسائل التجارية ويميل الرأي الراجح فقهاً وقضاء إلى افتراض

التضامن السلبي في المعاملات التجارية، لما فيه من تيسير لعملية الائتمان، وهي عصب التجارة.

والغرض من التضامن الإيجابي هو تسهيل عملية استيفاء الحق، إذا يكون لكل من الدائنين المتضامنين أن يستوفى كامل الدين من المدين، كما يكون لهذا الأخير أن يبرأ ذمته من الدين بالوفاء به لأى من الدائنين. أما الغرض من التضامن السلبي فهو ضمان حصول الدائن على حقه دون أن يتعرض لخطر إعسار أحد المدينين، ذلك أن ضمانه العام لاستيفاء كامل الدين لا ينصب على أموال مدين واحد بل على أموال سائر المدينين المتضامنين، ولذا يكون له أن يستأدى حقه كاملاً من أى منهم. وهذا الغرض من التضامن بنوعية يوضح الفكرة الأساسية التي يقوم عليها، ذلك أنه في التضامن الإيجابي يكون لكل دائن أن يستوفى كامل الدين ولو أنه ليس دائماً إلا بجزء منته، ويتعين عليه بعد ذلك أن يقتسم ما استوفاه مع باقى الدائنين وفقاً لنصيب كل منهم. وفي التضامن السلبي ليس المدين الذى أزم بوفاء كل الدين مديناً به بأكمله، بل بجزء منه، ولذا يكون له الرجوع على باقى المدينين بما وفاه عنهم، مطالباً كلاً منهم بنصيبه فى الدين.

والتضامن سواء أكان إيجابياً أم سلبياً يقوم على مبادئ ثلاثة تحكم علاقة المتضامنين، سواء أكانوا دائنين أم مدينين، بالطرف الآخر، وهذه المبادئ هي :

أولاً: وحدة المحل، ويقصد بذلك أنه يوجد محل واحد لالتزام المدينين المتضامنين نحو الدائن، أو لحق الدائنين المتضامنين نحو المدين.

ثانياً: تعدد الروابط، ذلك أن وحدة المحل لا تمنع من أن كلاً من الدائنين المتضامنين تربطه بالمدين رابطة مستقلة عن رابطة غيره من

الدائنين. وأن كلاً من المدينين المتضامنين تربطه بالدائن رابطة مستقلة عن رابطة غيره من المدينين، أي أن هناك عدد من الروابط القانونية بقدر عدد الدائنين أو المدينين. وهذه الروابط يستقل بعضها عن البعض الآخر، ولذا قد يلحق بعضها وصف يختلف عن الوصف الذي تتسم به غيرها، فمثلاً في رابطة الدائنين المتضامنين بالمدين، قد يكون الدين و معلقاً على شرط بالنسبة لأحدهم، ومضافاً إلى أجل بالنسبة إلى غيره، مما يتعين معه على كل منهم أن يعتد بالوصف اللاصق برابطته عند مطالبة المدين بالوفاء.

ثالثاً: النيابة التبادلية بين المتضامنين: وقد أخذ المشرع المصري بهذه الفكرة في أضيق حدودها، فأعملها كلما كان في أعمالها تحقيق مصلحة لمن تنتظمهم رابطة التضامن، وأستبعدها كلما كان في الأخذ بها ما يسيء إلى مركزهم.

(٢٥٢) التفرقة بين الالتزام التضامني والمسئولية المجتمعة:

من المسائل التي يتعين ايضاحها قبل بحث أحكام التضامن، التفرقة بين الالتزام التضامني *Obligation solidaire* والمسئولية المجتمعة *Obligation in solidum* التي تترتب عليها مساءلة عدة أشخاص مسئولية كاملة بلا تضامن بينهم. فالتضامن - كما سبق أن ذكرنا - قد يكون إيجابياً أي بين الدائنين، كما قد يكون سلبياً أي بين المدينين، على حين أن المسئولية المجتمعة لا تكون بداهة إلا بين المدينين. والتضامن وصف يرد إستثناءً بالاتفاق أو بنص في القانون على الإلتزام فيعدل من قواعد تنفيذه في حين أن المسئولية المجتمعة وضع تفرضه طبيعة الأشياء، كما لو حرض شخص من الغير أحد المتعاقدين على عدم تنفيذ التزامه، كمدير مسرح يحرض أحد الممثلين على ترك المسرح المتعاقد على التمثيل

فيه ليعمل عنده إذا يسأل كل واحد منهما مسؤولية كاملة عن الضرر الذي لحق الدائن أى المتعاقد الآخر، وإن اختلفت أساس هذه المسؤولية، فالممثل يسأل لإخلاله بالتزامه العقدى، والمحررض يسأل لإخلاله بالتزامه القانونى وفقاً لاحكام المسؤولية التقصيرية. ومن ذلك مسؤولية الكفلاء المتعددين إذا كانوا قد التزموا بعقود متتالية، فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله (م ٢/٧٩٢) ويترتب على إنعدام التضامن فى المسؤولية المجتمعة استبعاد أحكامه وعلى الأخص ما تعلق منها بفكرة النيابة التبادلية، فى علاقة المسئولين بالدائن.

المبحث الأول

التضامن الإيجابى

(٢٥٤) ندرة هذا النوع من التضامن وعيوبه :

لما كان الغرض من التضامن الإيجابى، هو أن يكون لكل من الدائنين مطالبة المدين بكامل الدين واستيفائه منه، وأن يكون للمدين أن يبرأ ذمته بوفاء الذى لأى من الدائنين، ولما كان هذا الغرض من الممكن تحقيقه عن طريق الوكالة، قل بالتالى اشتراط التضامن بين الدائنين، بل أنه من النادر أن يتفق الدائنون على هذا التضامن إلا إذا طلبه المدين ليبسر على نفسه وفاء الدين، أما فى غير هذه الحالة فيصدف الدائنون عادة عن هذا النوع من التضامن لما يعرضهم له من خطر اعسار من قبض الدين منهم، ويؤثرون إذا دعت الضرورة، توكيل من يرجحهم ثقة ويساراً فى قبض الدين. ومن الأمثلة القليلة النادرة التى يعطيها الشراح للتضامن الإيجابى الاتفاقى ما يسمى بالحساب المشترك Compte joint وهو عبارة عن فتح حساب إيداع نقود فى أحد البنوك لمصلحة شخصين أو أكثر، فيكون لكل منهم حق

إيداع المبالغ وسحبها منه، وهذا النوع من الحساب منتشر في بعض البلاد الغربية بقصد التهرب من دفع ضريبة التركات.

(٢٥٥) أحكام التضامن الإيجابي :

نظراً لضآلة التضامن الإيجابي وصغر شأنه من الناحية العملية لم يوليه المشرع من العناية ما أعطى التضامن السلبي. وسنبحث أحكام هذا التضامن:

أولاً: في علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين.

ثانياً: في علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم.

المطلب الأول

علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين

(٢٥٦) منهج البحث :

سندرس علاقة الدائنين المتضامنين بالنظر إلى المبادئ الثلاثة التي تحكم هذه العلاقة وهي: وحدة المحل، وتعدد الروابط، والنيابة التبادلية فيما ينفع دون ما يضر.

١- وحدة المحل

(٢٥٧) النتائج التي تترتب على وحدة المحل :

يترتب على وحدة المحل أهم النتائج في علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين، ويتمثل ذلك في استيفاء الدين والوفاء به.

(٢٥٨) استيفاء الدين والوفاء به :

تنص المادة ١/٢٨١ على أنه «يجوز للدائنين المتضامنين، مجتمعين أو منفردين، مطالبة المدين بالوفاء...»، كما تقضى المادة ١/٢٨٠ بأنه «إذا كان

التضامن بين الدائنين، جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم، إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك. أى أن من شأن التضامن الإيجابى أن يكون لكل دائن من الدائنين المتضامنين أن يستأدى المدين كل الدين، وأن يكون للمدين أن يبرأ ذمته بالوفاء بكل الدين لأى واحد منهم. على أنه يراعى فيما يتعلق بحق المدين فى اختيار الدائن الذى يوفى إليه بالدين، ألا يكون أحد الدائنين الآخرين قد مانع فى ذلك الوفاء، فإذا لم يعتد المدين بهذه الممانعة فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى تم الوفاء له، أما إذا وضع المدين هذا الاعتراض محل الاعتبار فلا يكون أمامه إذا أراد ابراء ذمته إلا الوفاء للدائنين مجتمعين، أو ايداع الشئ محل الالتزام، وذلك قياساً على ما جاء فى المادة ٢٠٢/١ فى شأن عدم قابلية الالتزام للانقسام ولم يتطلب المشرع أن يتخذ اعتراض الدائن الممانع شكلاً معيناً.

كذلك يتقيد حق المدين فى اختيار الدائن الذى يتم له الوفاء، إذا اتخذ أحد الدائنين قبله إجراءات المطالبة، ويتعين عليه فى هذه الحالة أن يوفى الدين للدائن الذى باشر هذه الإجراءات ولغيره من الدائنين الذين أصبحوا طرفاً فيها، دون غيرهم من سائر الدائنين. وهذا الحكم لم يرد به نص صريح فى التقنين المصرى ولكن تفرضه الأعمال التحضيرية للمشروع التمهيدى، وهو بعد حكم القانون الفرنسى فى هذا الموضوع (م ١١٩٨/١).

(٢٥٩) انقسام الدين بين ورثة الدائن المتضامن،

لا يحول التضامن الإيجابى بين انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين فى حالة وفاته، ما لم يكن الدين غير قابل للانقسام. فلو فرض مثلاً أن ثلاثة من الدائنين تضامنوا فى استيفاء دين مقداره ٣٠٠ جنيه وتوفى أحدهم عن وارثين متكافئى الفرص، فلا يجوز لأيهما، أن يطالب

المدين إلا بمبلغ ١٥٠ جنيهاً، ولا يجوز للمدين أن يوفى لأحدهما بأكثر من ذلك. أما الدائنان الآخران فتظل وحدة الدين بالنسبة إليهما قائمة، بمعنى أنه يجوز لأيهما أن يستأدى المدين كل الدين، كما يجوز للمدين أن يوفى بكل الدين لأحدهما، وفي هذا تقول المادة ٢/٢٨٠، ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام.

٢- تعدد الروابط

(٢٦٠) أثر تعدد الروابط :

يظهر أثر تعدد الروابط التي تربط كل واحد من الدائنين المتضامنين بالمدين، في الاعتداد بالوصف الذي يلحق رابطة كل دائن بالمدين، وفي قصر براءة ذمة المدين بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء، على حصة هذا الدائن في الدين.

(٢٦١) الاعتداد بالوصف الذي يلحق رابطة كل دائن بالمدين :

تنص المادة ٢٨١ على أنه :

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

٢- ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء، أن يحتج 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. وظاهر من هذا النص أنه يترتب على

استقلال رابطة كل دائن بالمدين عن رابطة غيره من الدائنين، وجوب اعتداد كل دائن بالوصف الذي يلحق رابطته، ويعدل من أثر الإلتزام في مواجهته، كأن يكون الدين بالنسبة إليه معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل،. كما لا يجوز للمدين إذا عمد أحد الدائنين المتضامنين إلى مطالبته، أن يحتج عليه إلا بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن أو بالأوجه المشتركة بين الدائنين جميعاً كعدم مشروعية المحل مثلاً. أما أوجه الدفع الخاصة بغير الدائن المطالب فلا يجوز للمدين أن يتمسك بها، فمثلاً إذا كانت رابطة التزام المدين بغير الدائن المطالب قابلة للإبطال لعيب من عيوب الرضا كالتدليس أو الإكراه، فلا يحتج على الدائن المطالب بهذا الدفع الذي هو أجنبي عنه.

(٢٦٢) براءة ذمة المدين قبل أحد الدائنين بسبب غير الوفاء :

تنص المادة ٢٨٢/١ 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 ذمته قبله،. قصر المشرع أثر التضامن الإيجابي في صلة الدائنين المتضامنين بالمدين على استيفاء الدين، فإذا استوفاه أحدهم من المدين، برأت ذمة هذا الأخير قبلهم جميعاً. أما إذا انقضى الدين في علاقة المدين بأحد الدائنين المتضامنين بسبب آخر غير الوفاء، اقتصر هذا الانقضاء على حصة هذا الدائن فقط، وعلى ذلك فالتجديد الذي يتفق عليه بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين لا يترتب عليه انقضاء الإلتزام القديم إلا بالنسبة لحصة هذا الدائن فقط، والإبراء الذي قد يقع من أحد الدائنين أو اتحاد الذمة الذي قد يتوافر بالنسبة إليه، لا يقضى الدين إلا بقدر حصته كذلك، وبالمثل إذا انقضى التزام المدين قبل أحد الدائنين بالتقادم، ولم ينقض بهذا السبب قبل غيره من الدائنين، فلا يجوز للمدين بأن يتمسك

بالتقادم إلا فيما يتعلق بحصة الدائن الذي انقضى التزامه بهذا السبب، ويتحقق هذا الفرض إذا كان التزام أحد الدائنين المتضامنين منجزاً فاكتملت بالنسبة إليه مدة التقادم، على حين كان التزام غيره من الدائنين مضافاً إلى أجل واقف أو معلقاً على شرط واقف يمنع سريان التقادم، أخيراً ينصرف هذا الحكم إلى المقاصة التي قد تقع بين التزام المدين ودين له في ذمة أحد الدائنين المتضامنين. وإن كان من الشراح من يرى في المقاصة نوعاً من الوفاء المبتسر، فيرتب عليها انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ليس فقط بالنسبة لهذا الدائن بل بالنسبة لسائر الدائنين.

٣- النيابة التبادلية

(٢٦٣) اقتصار النيابة التبادلية على ما يتنفع دون ما يضر:

تنص المادة ٢٨٢ في فقرتها الثانية على أنه «ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتي ملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين». وهذا النص ما هو إلا تطبيق لفكرة النيابة التبادلية فيما ينفع الدائنين المتضامنين دون ما يضر بهم، وسنتناول هذه الفكرة بشيء من التفصيل عند بحث التضامن السلبي.

(٢٦٤) أعمال النيابة التبادلية فيما يتنفع الدائنين المتضامنين:

تقوم فكرة النيابة التبادلية على ما يحقق مصلحة الدائنين المتضامنين، فإذا أعذر أحد هؤلاء الدائنين المدين استيفاد الباقيون من هذا الإعذار، وإذا طالب أحدهم بفوائد الدين سرت هذه الفوائد بالنسبة إليهم جميعاً من وقت رفع الدعوى بها، وإذا أقر المدين بالدين في مواجهة أحدهم أفاد من ذلك الباقيون، وإذا قطع أحدهم سريان التقادم المسقط عمت فائدة ذلك الجميع، وإذا حصل أحدهم على ضمان استيفاد من ذلك سائر الدائنين.

(٢٦٥) استبعاد النيابة التبادلية فيما يضر :

تقتصر فكرة النيابة التبادلية التي يقوم عليها التضامن الإيجابي على ما ينفع دون ما يضر، وعلى ذلك إذا صدر حكم لصالح المدين ضد أحد الدائنين المتضامنين فلا يسرى على غيره من الدائنين، وعلى العكس إذا صدر لصالحه استفاد من ذلك باقى الدائنين، وإذا أعذر المدين أحد الدائنين فلا يتعد أثر هذا الإعذار إلى الباقين، وإذا وجه أحد الدائنين اليمين إلى المدين فحلف أن الدين غير موجود فلا يضار بذلك باقى الدائنين، أما أن نكل عنها أفاد من ذلك الباقيون.

المطلب الثاني

علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم

(٢٦٦) انقسام الدين :

تنص المادة ٢٧٣ على أن:

١- كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من المدين يصير من حق الدائنين جميعاً ويتحاصون فيه .

٢- وتكون القسمة بينهم بالتساوي، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك، . وظاهر من هذا النص أنه إذا كان الدين يعتبر وحدة لا تقبل التجزئة في علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين إلا أنه ينقسم في صلة الدائنين بعضهم ببعض . وينبنى على ذلك أن كل ما يستوفيه أحد الدائنين من الدين يصير من حق هؤلاء الدائنين جميعاً، ويتحاصون فيه بنسب أنصبتهم وفقاً لما اتفقوا عليه صراحة أو ضمناً. فإذا كان أحدهم هو وحده صاحب المصلحة في الدين، وكان الآخرون مجرد وكلاء في القبض، انفرد هذا الدائن وحده بكل الدين إن كان قد استوفاه، ورجع به كله على من قبضه من سائر

الدائنين . وإذا لم يكن هناك اتفاق أو نص في القانون بشأن القسمة، اقتسم الدين سوية بينهم .

المبحث الثاني

التضامن السلبي

(٢٦٧) الأهمية العملية للتضامن السلبي :

ينبنى على تضامن المدينين أن يسأل كل مدين قبل الدائن عن كل الدين، بمعنى أن للدائن أن يطالب أى مدين شاء بالدين كله، كما يكون لكل مدين أن يبرىئ ذمته و ذمة سائر المدينين بالوفاء بكل الدين للدائن، وفي هذا خروج على قاعدة انقسام الدين بين المدينين قبل الدائن .

وعلى قدر ضالة شأن التضامن الإيجابي تعظم أهمية التضامن السلبي، لأنه يمكن المدينين من الحصول على الائتمان اللازم، كما يهيئ للدائن تأميناً شخصياً لا يعلوه تأمين آخر حتى الكفالة، ولذا لا يفوت الدائن أبداً أن يطالب بالتضامن بين مدينيه المتعددين، أو بين مدينه والكفيل الذى يقدمه، ذلك أنه بالتضامن يتفادى الدائن خطر اعسار أحد المدينين، ويلقى بهذه المخاطرة على المدينين المتضامنين الذين يتحملوا فيما بينهم نتيجة اعسار أحدهم .

(٢٦٨) مصادر هذا التضامن :

تنص المادة ٢٧٩ على أن «التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون». وظاهر من هذا النص أن التضامن السلبي قد يكون اتفاقياً أو قانونياً، وأنه إذا تناول الاتفاق عدة مدينين فلا يفترض التضامن بينهم بل يجب أن تتجه إليه الإرادة

الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين، وأنه لا يجوز أن نقيس على حالات التضامن القانونية ما لم يرد في شأنه نص يقضى بذلك.

ومن الأمثلة على حالات التضامن القانونية في التقنين المدني ما جاء في المادة ١٦٩ من أنه «إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر...»، وما نصت عليه المادة ١/٦٥١ من أنه «يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحد خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى...»، وما قضت به المادة ٧٩ من أنه «في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين».

(٣٦٩) أحكام التضامن السلبي :

سنتناول في بحث أحكام هذا التضامن، دراسة: أولاً: علاقة المدينين بالدائن. وثانياً: علاقة المدينين فيما بينهم.

المطلب الأول

علاقة المدينين بالدائن

(٢٧٠) منهج البحث :

سنلتزم في دراسة علاقة المدينين المتضامنين بالدائن، بحث آثار هذه العلاقة بالنظر إلى المبادئ التي يقوم عليها التضامن ألا وهي: وحدة الدين، وتعدد الروابط، والنيابة التبادلية فيما ينفع دون ما يضر.

١- وحدة الدين

(٢٧١) الآثار التي تترتب على وحدة الدين :

يترتب على وحدة الدين في علاقة المدينين بالدائن نتائج معينة نتناولها فيما يلي :

(٢٧٢) مطالبة أي مدين بكل الدين :

ان أهم النتائج التي تترتب على التضامن السلبى وتمليها وحدة الدين هو حق الدائن فى مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين (م ١/٢٨٥) دون أن يستطيع أحدهم أن يدفع فى مواجهته بالدفع بالتقسيم كما هو الشأن فى الرجوع على الكفلاء غير المتضامنين (م ١/٧٩٢) . وللدائن إذا رجع على المدينين منفردين مطلق الحرية فى اختيار من يطالبه بأداء كل الدين، فإن لم يستوف منه حقه كاملاً بسبب اعساره، كان له الرجوع بباقى الدين على غيره من المدينين . وليس لمن طالبه الدائن منفرداً بدفع الدين، أن يلزمه باختصاص باقى المدينين . وكل ما له، أى للمدين، أن يطلب تأجيل الدعوى لادخال باقى المدينين (م ١٤٦ مرافعات) .

(٢٧٣) انقضاء الدين بالوفاء بالنسبة إلى سائر المدينين :

يقابل حق الدائن فى استيفاء كل الدين من أحد المدينين، واجبة فى قبول الوفاء من أى منهم . ويترتب على وفاء أحد المدينين، براءة ذمة الباقين بقدر ما استوفاه الدائن منه، بمعنى أنه إذا استوفى الدائن بعض الدين من أحد المدينين، فلا يجوز له أن يطالب غيره من المدينين إلا بباقى الدين، وفى هذا تقول المادة ٢٨٤ : إذا كان التضامن بين المدينين فإن وفاء أحدهم بالدين مبرئ لذمة الباقين .

ويأخذ حكم الوفاء الحاصل من أحد المدينين فى براءة ذمة الباقين، أن يقضى هذا المدين الدين بما يعادل الرفاء كما لو كان هذا المدين دائناً فى نفس الوقت للدائن وتمسك فى مواجهته بالمقاصة . فإن الدين دائناً فى نفس الوقت للدائن وتمسك فى مواجهته بالمقاصة . فإن الدين ينقضى ليس فقط بالنسبة إليه، بل وبالنسبة إلى سائر المدينين . كذلك الشأن فيما يتعلق بانقضاء

الإلتزام بالتجديد، فإذا انفق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الإلتزام، إنقضى الإلتزام القديم بالنسبة إلى باقى المدينين وتحمل هذا المدين وحده الإلتزام الجديد، على أن يكون له الرجوع بعد ذلك على المدينين الباقين بقدر حصة كل منهم فى الدين الذى انقضى بالتجديد. على أن انقضاء الإلتزام القديم فى هذه الحالة بالنسبة إلى باقى المدينين، مشروط بألا يكون الدائن قد احتفظ بحقه قبلهم، أى بألا يكون الدائن قد استلزم لتمام التجديد رضاء باقى المدينين الارتباط بالإلتزام الجديد، فإن تطلب الدائن ذلك ورفضه باقى المدينين، امتنع التجديد وظل الإلتزام القديم قائماً، وعلى هذا نصت المادة ٢٨٦ بقولها، «يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم».

(٢٧٤) التمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين نفسه :

لما كان الدين واحداً بالنسبة إلى جميع المدينين، فيجوز لمن يطالبه الدائن منهم بالوفاء أن يتمسك فى مواجهته بأوجه الدفع المشتركة بينهم (م٢/٢٨٥)، من ذلك بطلان الإلتزام بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية السبب أو المحل، أو عدم استحقاق أداء الإلتزام بعد، كما لو كان الإلتزام مضافاً إلى أجل واقف أو معلقاً على شرط واقف لمصلحة سائر المدينين، أو سبق انقضاء جملة الإلتزام بسبب من أسباب الإنقضاء كالوفاء أو التجديد أو استحالة التنفيذ لهلاك المحل بقوة قاهرة.

٢- تعدد الروابط

(٢٧٥) الآثار التي تترتب على تعدد الروابط :

يترتب على تعدد الروابط التي تربط المدينين المتضامنين بالدائن،

واستقلال كل رابطة عن غيرها نتائج معينة تتمثل: في الاعتداد بالوصف الذي يلحق كل رابطة، وامتناع التمسك على الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغير المدين المطالب، وجواز انقضاء رابطة أحد المدينين لسبب قاصر على هذا المدين، فتظل رابطة غيره من المدينين قائمة.

(٢٧٦) الاعتداد بالوصف الذي يلحق كل رابطة:

يترتب على تعدد روابط المدينين المتضامنين بالدائن، جواز أن يلحق بكل منها وصف يخالف الوصف الذي يلحق غيرها، فقد تكون رابطة أحد المدينين منجزة، وروابط غيره معلقة على شرط واقف أو مضافة إلى أجل واقف، وقد يكون الالتزام في جملته مؤجلاً ثم يسقط الأجل بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فقط بسبب اعساره، وفي جميع هذه الحالات يتعين على الدائن أن يراعى الوصف الذي يلحق رابطة المدين الذي يريد اقتضاء الدين منه، فإذا كان التزام هذا المدين مؤجلاً أو مشروطاً، وجب انتظار حلول الأجل أو تحقيق الشرط وفي هذا تقول المادة ١/٢٨٥، يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين.

(٢٧٧) امتناع التمسك بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر:

قد يحدث أن تكون رابطة أحد المدينين معيبة بعيب لا يتحقق بالنسبة إلى غيره من المدينين، كأساس يكون هذا المدين قاصراً أو شاب رضاه عيب كغلط أو اكراه أو تدليس، وفي هذه الحالة لا يجوز لغيره من المدينين إذا طالبه الدائن بأداء الدين، أن يتمسك في مواجهة الدائن بهذا العيب الخاص بالمدين الأول، بل يتعين على المدين الذي يستأدى منه الدائن الدين أن يوفيه إليه كاملاً. كذلك الأمر إذا كان الالتزام بالنسبة إلى أحد المدينين

مضافاً إلى أجل واقف، فلا يجوز لمن كان الالتزام بالنسبة إليه منجزاً أن يدفع في مواجهة الدائن بعدم حلول الأجل، ولو بالنسبة لنصيب المدين الأول، وعلى هذا الحكم نصت المادة ٢/٢٨٥ بقولها «ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً».

(٢٧٨) انقضاء رابطة الالتزام بالنسبة إلى أحد المدينين دون الباقيين :

يبنى على تعدد الروابط أنه قد تنقضى رابطة الالتزام بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فقط، دون أن تتأثر بذلك رابطة غيره من المدينين إلا في حدود نصيب المدين الأول في الدين. وأسباب انقضاء الدين التي ترجع إلى مدين دون آخر هي: المقاصة، وإتحاد الذمة، والإبراء، والتقادم، وسنتناول فيما يلي كل سبب منها :

(٢٧٩) أولاً: المقاصة :

تنص المادة ٢٨٧ على أنه «لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر، إلا بقدر حصة هذا المدين». ولشرح هذا النص يجب أن نفرق بين فرضين: أولهما أن يطالب الدائن المدين المتضامن الذي تحققت شروط المقاصة بينه وبين هذا الدائن، وفي هذا الفرض يستطيع هذا المدين أن يدفع في مواجهة الدائن بانقضاء الدين بالمقاصة، وينقضى الدين جميعه إذا تساوى الدينان في المقدار، وإذا عاد الدائن بعد ذلك إلى مطالبة مدين آخر بالدين، كان لهذا الأخير أن يدفع بانقضاء الدين بالمقاصة التي تمسك بها المدين الأول، وثانيهما أن يطالب الدائن مديناً غير الذي تحققت شروط المقاصة بالنسبة إليه، فيكون لهذا

الأخير أن يدفع في مواجهته بالمقاصة التي تحققت شروطها بين الدائنين والمدين الآخر، ولكن في حدود حصة هذا المدين في الدين.

وتسرى القاعدة نفسها على التضامن الإيجابي، فليس للمدين أن يحتج على أحد الدائنين المتضامنين بالمقاصة التي تقع بينه وبين دائن آخر، إلا بقدر حصة هذا الدائن.

(٢٨٠) ثانياً: اتحاد الذمة :

تنص المادة ٢٨٨ على أنه، إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينه المتضامنين، فإن الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقي المدينين، إلا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته من الدائن،. ويتحقق هذا الفرض إذا توفى الدائن فورته أحد المدينين، أو توفى أحد المدينين فورته الدائن، وفي كلتا الحالتين لا ينقضى الدين إلا بنسبة حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن، بمعنى أنه لا يجوز للمدين الذي خلف الدائن، ولا يجوز للدائن الذي خلف المدين، أن يرجع على باقي المدينين إلا بما تبقى بعد استئزال هذه الحصة.

هذا مع مراعاة أنه إذا خلف الدائن أحد المدينين المتضامنين، وكانت الشركة معسرة، فلم يستوف الدائن الذي تحقق اتحاد الذمة بالنسبة إليه، إلا بعض حصة المدين المتوفى في الدين، كان له الرجوع بما تبقى من هذه الحصة على باقي المدينين، لأن من شأن التضامن ألا يتحمل الدائن خطر اعسار أي من المدينين.

وما يقال عن التضامن السلبي ينصرف إلى التضامن الإيجابي، بمعنى أنه لا يترتب على اتحاد الذمة بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين، انقضاء الدين إلا بقدر حصة هذا الدائن، وفي حدود تركة المدين إذا خلفه أحد الدائنين.

(٢٨١) ثالثاً: الإبراء:

تنص المادة ٢٨٩ على أنه 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 باقى المدينين المتضامنين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين، وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الإبراء لصالحه بحصته فى الدين. وتقضى المادة ٢٩٠ بأنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن، بقى حقه فى الرجوع على الباقيين بكل الدين ما لم تفق على غير ذلك. وتقرر المادة ٢٩١ أنه ١- فى جميع الأحوال التى يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين، سواء أكان الإبراء من الدين أم من التضامن، يكون لباقي المدينين أن يرجعوا عند الإقتضاء على هذا المدين بنصيبه فى حصة المعسر منهم وفقاً للمادة ٢٩٨.

٣- على أنه إذا أخلى الدائن المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين، فإن الدائن هو الذى يتحمل نصيب هذا المدين فى حصة المعسر. وظاهر من مجموع هذه النصوص، أنه يجب فيما يتعلق بالبراء التفرقة بين الإبراء من الدين والإبراء من التضامن، وأنه يتعين فى الحالتين ألا يتحمل باقى المدينين حصة المبرأ فى اعسار أحدهم.

ففيما يتعلق بالإبراء من الدين: إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين فقد يقصد أن يقتصر أثر الإبراء على هذا المدين، وقد يقصد أن يعم أثره سائر المدينين. فإذا قصد الدائن إقتصار أثر الإبراء على أحد المدينين، كان له الرجوع على الباقيين بالدين بعد إستنزال حصة المدين

المبرأ إلا إذا كان الدائن قد احتفظ لنفسه وقت الإبراء بالحق في الرجوع على باقى المدينين بكل الدين، وفي هذه الحالة يكون لمن وفى كل الدين الرجوع على من أبرئ بحصته، وبذلك تنعدم فائدة الإبراء بالنسبة إلى هذا المدين الأخير (م ٢٨٩). أما إذا قصد الدائن بالإبراء الصادر منه أن يعمم سائر المدينين فإن الدين ينقضى فى جمئته، على أن هذا الأثر لا يترتب إلا إذا صرح الدائن بذلك، فإن لم يصرح به اقتصر أثر الإبراء على حصة المدين المبرأ على التفصيل السابق الذكر.

وفيما يتعلق بالإبراء من التضامن: إذا أبرأ الدائن أحد المدينين من التضامن امتنع عليه مطالبة هذا المدين إلا بقدر حصته فى الدين فإن استوفاهما منه، كان له الرجوع على الباقيين على وجه التضامن بالدين بعد استئزال الحصة التى استوفاهما وان لم يكن قد استوفاهما بعد، فله مطالبة أى مدين آخر بكل الدين ولهذا الأخير أن يرجع على المدين المبرأ من التضامن بحصته فى الدين. وليس هناك ما يمنع الدائن من الإتفاق فى إبراء أحد المدينين من التضامن، على إبراء نعمة الباقيين من حصة من صدر الإبراء لصالحه.

وإذا أبرأ الدائن سائر المدينين من التضامن، فلا ينقضى الدين بدهاة، بل ينقسم بينهم، ولا يكون للدائن الرجوع على كل منهم إلا بقدر حصته فى الدين.

وفيما يتعلق بمن يتحمل نصيب المدين المعسر فى حالتى الإبراء من الدين أو من التضامن. فإنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين من الدين أو من التضامن، فإنه لا يترتب على الإبراء فى علاقة المدينين فيما بينهم إعفاء المدين المبرأ من تحمل نصيبه فى حصة من يعسر من باقى المدينين، إلا إذا

كان الدائن قد قصد أن يخلى هذا المدين من كل مسئولية عن الدين، وفي هذه الحالة يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين في حصة من أعسر من الباقيين (م ٢٩١).

(٢٨٢) رابعاً، التقادم،

تنص المادة ٢٩٢ في فقرتها الأولى على أنه، إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين، ذلك أنه قد يقع أن ينقضى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين بالتقادم، دون أن يكون هذا التقادم قد اكتمل سببه بالنسبة للباقيين، ويتحقق ذلك نتيجة لاختلاف الوصف الذى يلحق رابطة كل منهم، بأن يكون الدين منجزاً بالنسبة لمن انقضى دينه بالتقادم، على حين يكون الدين معلقاً على شرط واقف أو مضافاً إلى أجل واقف بالنسبة إلى غيره، فلا يسرى التقادم فى شأنه لأنه لم يصبح مستحق الأداء بعد، ومن ذلك أن يقف سريان التقادم أو تنقطع مدته بالنسبة إلى أحد المدينين دون مدين آخر، أو أن يخضع التزام أحد المدينين لتقادم يختلف من حيث مدته عن تقادم سائر المدينين معه. والقاعدة فى مثل هذه الحالات أنه يجوز لمن اكتمل سبب التقادم بالنسبة إليه أن يتمسك به فى مواجهة الدائن فينقضى الدين كله فى علاقته به. أما غيره من المدينين الذين لم تكتمل مدة التقادم بالنسبة إليهم فلا يستفيدون من ذلك إلا بقدر حصة هذا المدين. أى لا يلتزمون إلا فى حدود المتبقى من الدين بعد استنزال هذه الحصة، سواء طالبهم الدائن قبل مطالبة المدين الذى انقضى الدين بالنسبة إليه بالتقادم، فتمسكوا به، أم بعد مطالبة هذا المدين. وهذا الحكم تمليه إعتبارات العدالة، لأنه لو كان للدائن أن يطالب هؤلاء المدينين بكل الدين، دون استنزال حصة

من انقضى التزامه بالتقادم، لترتب على ذلك تحمل هؤلاء المدينين لهذه الحصة من الدين مع امتناع الرجوع بها على المدين الذي اكتملت له مدة التقادم.

هذا ويلاحظ أنه يترتب على فكرة النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع دون ما يضر، أنه إذا رجع الدائن على أحد المدينين الذين لم ينقض التزامهم بالتقادم، فوفى كل الدين دون أن يتمسك بالتقادم الذي تم لصالح غيره من المدينين، أن يمتنع على الموفى مطالبة المدين الذي برئت ذمته بالتقادم، سواء أسس المدين الموفى مطالبته على دعوى الحلول أم على دعواه الشخصية.

٢- النيابة التبادلية

(٢٨٢) اقتصار النيابة التبادلية على ما ينفع دون ما يضر،

من المبادئ التي يقوم عليها التضامن، مبدأ النيابة التبادلية فيما بين من تضمهم رابطة التضامن. ولم يتضمن التفنين المدني الحالي نصاً يقرر مبدأ النيابة التبادلية صراحة، ولكن يستخلص من مجموع نصوصه في موضوع التضامن أنه قد استبعد هذه الفكرة إذا كان في أعمالها زيادة أعباء المدينين المتضامنين، وأقرها إذا كان يترتب على أعمالها تحقيق نفع لهم. ويتضح هذا المسلك من جانب المشرع المصري في استعراض النصوص التي تناولت: قطع التقادم ووقفه. المسؤولية عن إستحالة التنفيذ، والإعذار والمطالبة القضائية، والصلح، والإقرار واليمين، وحجية الأحكام التي تصدر في مواجهة أحد المدينين، وهو ما سنتناوله فيما يلي :

(٢٨٤) قطع التقادم ووقفه :

تنص المادة ٢/٢٩٢ على أنه «وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه

بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين. تتناول هذه المادة حكم انقطاع التقادم المسقط أو وقفه بالنسبة لأحد المدينين، فتقرر أنه لا يترتب على قطع التقادم أو وقفه بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين، أن ينقطع التقادم أو يقف بالنسبة إلى الباقين، بل يظل هذا التقادم سارياً لمصلحتهم، وإن اكتملت مدته انقضى التزامهم بهذا السبب وإن لم ينقض به بالنسبة للمدين الأول الذى تحقق فى مواجهته سبب الانقطاع أو الوقف.

والتقادم ينقطع باقرار المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً (م ٣٨٤/١) أو بمطالبة الدائن به مطالبة قضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، أو بغير ذلك من الإجراءات التى نصت عليها المادة ٣٨٣. أما الوقف فيكون كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه (م ٣٨٣).

(٢٨٥) استحالة التنفيذ :

تنص المادة ٢٩٣/١ على أنه لا يكون المدين المتضامن مسؤولاً فى تنفيذ الالتزام إلا عن فعله. وهذه المادة تتناول مدى مسؤولية المدين المتضامن عن استحالة التنفيذ الراجعة إلى خطأ غيره من المدينين، والمادة فى صياغتها مقتضبة كل الاقتضاب، وقد ترتب على ذلك أن اختلف الشراح فى بيان مدلولها: فذهب البعض إلى أن خطأ أحد المدينين الذى يترتب عليه استحالة التنفيذ، يعتبر بمثابة السبب الأجنبى بالنسبة إلى الباقين، مما يؤدى إلى براءة ذمتهم براءة تامة قبل الدائن، ويعلون هذا الحكم بأنه يتمشى مع اتجاه المشرع المصرى إلى الحد من فكرة النيابة التبادلية، ليس فقط باستبعادها فيما يزيد من عبء الالتزام، بل فى كافة الأحوال التى يترتب عليها فيها الإساءة إلى مركز المدينين المتضامنين.

وذهب البعض الآخر إلى وجوب التفرقة في هذه الحالة بين قيمة الأداء الذى استحال تنفيذه بخطأ أحد المدينين باعتباره أحد عناصر الضرر الذى أصاب الدائن، وبين باقى عناصر الضرر الأخرى كالمصاريف التى أنفقتها الدائن فى إبرام العقد وما فاتته من ربح بسبب عدم التنفيذ. ففىما يتعلق بقيمة الشئ الذى هلك بخطأ أحد المدينين يظل الجميع ملزمين بالتضامن بالوفاء به أما بالنسبة لعناصر الضرر الأخرى فلا يسأل عنها إلا المدين الذى تسبب بخطئه فى هلاك الشئ. وهذا الرأى الثانى هو الراجح فى اعتقادنا، إذ تملية طبيعة التضامن والغرض منه. فالغرض من التضامن السلبى هو تأمين الدائن ضد خطر اعسار أحد المدينين، وفى القول بمسائلة المدين المخطئ وحده عن قيمة الشئ الهالك ما يعرض الدائن لخطر ضياع حقه إذا كان هذا المدين معسراً، فى حين أنه فى التزام جميع المدينين بالوفاء بقيمة هذا الشئ على وجه التضامن، ما يحقق هذا الغرض، دون أن يتنافى مع مبدأ استبعاد النيابة التبادلية فيما يسىء إلى مركز المدينين، إذ لن يترتب على التزامهم بقيمة الشئ الهالك زيادة فى أعباء الالتزام بالنسبة إليهم.

(٢٨٦) الإعدار المطالبة القضائية :

تنص المادة ٢٩٣ فى فقرتها الثانية على أنه «وإذا أعذر الدائن أحد المدينين امتضامين أو قاضاه، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين. أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامين الدائن، فإن باقى المدينين يستفيدون من هذا الإعدار». وقد أتت هذه الأدلة بأوضح تطبيق من تطبيقات استبعاد النيابة التبادلية حيث يسىء أعمالها إلى مركز المدينين المتضامين، والابقاء عليها حيث يفضى ذلك إلى توفير نفع لهم.

فإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامين أو طالبه أمام القضاء، اقتصر

أثر الاعذار أو المطالبة القضائية على المدين الذى وجه إليه هذا الإجراء دون غيره من باقى المدينين، فيتحمل وحده من تاريخ الإصدار تبعه هلاك الشئ، وتجرى فى مواجهته دون غيره فوائد التأخير من وقت المطالبة القضائية (م ٢٢٦)، وينقطع التقادم بالنسبة إليه وحده بهذه المطالبة.

هذا ويلاحظ الفرق بين حكم الفقرة الأولى من المادة ٢٩٣ وحكم الفقرة الثانية منها فى شأن مسؤولية المدينين المتضامنين عن هلاك الشئ، فوفقاً لحكم الفقرة الأولى إذا هلك الشئ بخطأ أحد المدينين فلا تبرأ ذمة الباقيين من التزام الوفاء للدائن بقيمته: فى حين أنه وفقاً لحكم الفقرة الثانية إذا هلك الشئ بسبب أجنبى بعد اعذار أحد المدينين، تحمل هذا المدين وحده تبعه الهلاك، ولا يسأل عن ذلك باقى المدينين، لأن الأصل أن الهلاك بسبب أجنبى على الدائن إلا إذا وقع بعد اعذار المدين (م ١/٢٠٧)، ولما كان الاعذار فى خصوصية هذه الحالة قد وجه إلى أحد المدينين، وكانت القاعدة أن أثر الاعذار لا يتعدى إلى الباقيين، تحمل المدين المعذر وحده مسؤولية تعويض الدائن.

هذا عن استبعاد النيابة التبادلية فيما يسىء إلى المدينين المتضامنين، أما عن أعمالها حيث يودى ذلك إلى نفع لهم، فقد ضرب له المشرع مثلاً بالاعذار الموجه من أحد المدينين إلى الدائن، إذا يفيد المدينون جميعاً من هذا الاعذار، فيتحمل الدائن تبعه هلاك الشئ أو تلفه، لا بالنسبة لمن أعذره من المدينين فحسب، بل والنسبة للباقيين.

(٢٨٧) الصلح :

تقضى المادة ٢٩٤ بأنه إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى، استفاد

منه الباقون. 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. غير أنه يلاحظ على هذا الحكم، أن الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه (م ٥٤٩). وعلى ذلك لا يتصور أن ينفذ الصلح الذي يعقده أحد المدينين المتضامنين مع الدائن في حق الباقيين بقدر ما يوفر لهم من مصلحة إلا إذا قبلوه، لأن هذا القبول لازم لكي يسرى الصلح عليهم فيما نزل عنه المدين المتصالح من حقوقهم، والقبول لا يمكن أن ينصرف إلى أحد شطري الصلح دون الشطر الآخر، لأن عقد الصلح فيما يقرره وحدة لا تقبل التجزئة.

هذا ويلاحظ الاختلاف بين حكم القانون المدني وحكم القانون التجارى في شأن الصلح الذي يعقده أحد المدينين المتضامنين مع الدائن بالنسبة إلى الباقيين فوفقاً لنص المادة ٣٤٩ من القانون التجارى، للدائن مطالبته الشركاء فى الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس، أى أن هذا القانون قد حرم المدينين المتضامنين مع المفلس، من المزايا التى لهم فى الصلح، وأباح للدائن أن يرجع على كل منهم بأداء كل الدين.

(٢٨٨) الاقرار واليمين :

تنص المادة ٢٩٥ على أنه ١- إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين، فلا يسرى هذا الاقرار فى حق الباقيين.

٢- وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا حلفها، فلا يضار بذلك باقى المدينين.

٣- وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المبتضامنين

فحلف، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك، ينطوى هذا النص أيضاً على تطبيق آخر من تطبيقات فكرة النيابة التبادلية فيما ينفع دون ما يضر. فإذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين، فلا يضار الباقيون بأقراره هذا.

أما اليمين فقد يوجهها الدائن إلى أحد المدينين المتضامنين، وقد توجه على نقيض ذلك، من أحد هؤلاء المدينين إلى الدائن. فإن نكل المدين المتضامن في الحالة الأولى، أو حلف الدائن في الحالة لثانية، فلا يضار من ذلك باقي الدائنين أما إن حلف المدين في الحالة الأولى أو نكل الدائن في الحالة الثانية أفاد من ذلك الباقيون.

هذا ويلاحظ أنه لكي يستفيد باقي المدينين من حلف أحدهم اليمين، يجب أن يقتصر الدائن على توجيهها إلى هذا المدين. أما إن وجه الدائن اليمين إلى جميع المدينين المتضامنين، فحلف أحدهم اليمين، فلا يستفيد الباقيون من ذلك، بل يمكن على كل مدين أن يؤدي اليمين بنفسه، لامتناع أعمال فكرة النيابة التبادلية في هذه الحالة.

(٢٨٩) حجية الأحكام:

تقضى المادة ٢٩٦ بأنه ١- إذا صدر حكم على أحد المدينين 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 إلى صدر الحكم لصالحه. يتضمن هذا النص آخر تطبيق من تطبيقات القاعدة العامة في أعمال فكرة النيابة، ففيما يتعلق بحجية الشيء المقضى به.

فإذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين، فلا يحتج بهذا الحكم

على الباقيين، بمعنى أنه لا يستطيع الدائن أن ينفذ بهذا الحكم عليهم لأن المدين الذي صدر ضده هذا الحكم لم يكن يمثلهم في الدعوى وإذا وفي المدين المحكوم عليه بكامل الدين ورجع على كل منهم بنصيبه فيه، كان لهم أن يدفعوا مطالبته بكافة الدفوع التي كانوا يستطيعون بها دفع الدائن .

أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيفيد منه الباقيون، بشرط أن يكون قد بنى على دفع الدفوع المشتركة بينهم كعدم مشروعية السبب أو المحل بمعنى أن على المحكمة في هذه الحالة أن تقتصر على رفض دعوى الدائن دون إثارة الموضوع من جديد: أما إذا صدر الحكم لصالح المدين بناء على دفع خاص به كنقص أهليته، فلا يفيد منه الباقيون، ولا يجوز لهم التمسك به .

وإذا اختصم الدائن جميع المدين في الدعوى، وصدر الحكم ضدهم أو لصالحهم تعين مراعاة أحكام تقنين المرافعات في شأن من يفيد من الطعن في هذا الحكم ومن يحتج به عليه، وفقاً لما جاء في المادة ٣٨٤ من أنه «لا يفيد من الطعن إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على من رفع عليه . 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، وهذا الاستثناء من القواعد العامة يمليه واجب الاحتياط من تضارب الأحكام في الدعاوى التي يتعدد أطرافها .

المطلب الثاني

علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم

(٢٩٠) النصوص القانونية :

تقضى المادة ٢٩٧ بأنه ١- إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقيين إلا بقدر حصته فى الدين، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن .

٢- وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . وتنص المادة ٢٩٨ على أنه إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى بالدين، وسائر المدينين الموسرين، كل بقدر حصته . وتقرر المادة ٢٩٩ أنه إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة، فى الدين، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقيين .

وهذه المواد الثلاث تتناول علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم، وتضع فى شأنها قاعدتين: الأولى خاصة بانقسام الدين، والثانية تتعلق برجوع المدين الموفى على باقى المدينين .

(٢٩١) انقسام الدين :

إذا كان الأصل هو التزام كل مدين من المدينين المتضامنين بكل الدين فى علاقة بالدائن، إلا أنه فيما بين المدينين أنفسهم يختلف الوضع وتصبح القاعدة هى انقسام الدين .

والدين ينقسم إذا وفاه أحد المدينين، حصصاً متساوية بين الجميع غير

أن قرينة تساوى الحصص فى الدين التى نص عليها المشرع فى المادة ٢/٢٩٧، يتعين استبعادها إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

كما يستثنى من قاعدة تساوى الحصص حالة ما إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين، ويتحقق ذلك إذا كان هو المدين الأصلى ولم يكن الباقون سوى ضامنين، وإن ظهروا فى صلتهم بالدائن بمظهر المدينين الأصليين، وفى هذه الحالة يتحمل هذا المدين بمفرده كل الدين (م ٢٩٩).

ومن الأمثلة على انفراد أحد المدينين المتضامنين بالملحة فى الدين، ما نصت عليه المادة ١٧٥ من أن «للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر». إذ وفقاً لهذه المادة يجوز لمتولى الرقابة إذا دفع التعويض للمضرور، الرجوع به على المشمول بالرقابة إذا كان هذا الأخير مميزاً وقت وقوع العمل غير المشروع، لأن مسئولية متولى الرقابة عن من هو تحت رقابته تكون فى هذه الحالة مسئولية تبعية لا مسئولية أصلية. كذلك الشأن فى علاقة المتبوع بالتابع، إذ يجوز للمتبوع الرجوع عليه بالتعويض الذى دفعه للمضرور.

(٢٩٢) رجوع المدين الموفى على باقى المدينين :

إذا وفى أحد المدينين الدين للدائن كان له الرجوع على باقى المدينين بحصة كل منهم فى الدين. ويدهى أنه يأخذ حكم الوفاء انقضاء الدين بطريق آخر يحمل أحد المدينين أكثر من نصيبه فيه، كالمقاصة، أو التجديد الذى ينقضى به الالتزام القديم دون أن يتحمل فيه باقى المدينين الالتزام الجديد مع من عقد التجديد منهم مع الدائن.

وإذا تصادف فى رجوع المدين الموفى على أحد المدينين أن وجدته

معسراً فإنه لا يتحمل، وحده تبعة هذا الاعسار بل يشاركه فيه باقى المدينين كل بنسبة حصته فى الدين .

وللمدين الموفى أن يرجع على باقى المدينين بمقتضى دعويين: الأولى الدعوى الشخصية باعتباره وكيلأ فى التضامن الاتفاقى، وفضولياً فى التضامن القانونى. والثانية دعوى الحلول وفقاً لحكم المادة ١/٣٢٦ التى تخول الموفى الحلول محل الدائن إذا كان هذا الموفى ملزماً بالدين مع المدين، والخيار بين هذين الدعويين للمدين الموفى، فله الرجوع بدعوى الحلول إذا أراد الاستفادة من التأمينات المقدمة لضمان الدين، أو بالدعوى الشخصية إذا كان الدين غير منتج لفوائد، وأراد هو احتسابها على باقى المدينين، لأن القاعدة أن للفضولى (م١٩٥) أو الوكيل (م٧١٠) أن يطالب بالفائدة القانونية لما دفعه من يوم الدفع.

هذا ويلاحظ أنه سواء رجع المدين الموفى بالدعوى الشخصية أم بدعوى الحلول، فليس له أن يطالب أى مدين آخر إلا بحصته فى الدين (مع مراعاة ما سبق ذكره فى شأن اعسار أحد المدينين) وهو ما قرره المشرع فى المادة ١/٢٩٧ التى تقضى بأنه، وإذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقيين إلا بقدر حصته فى الدين، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن،. ولولا هذا النص لكان للمدين الموفى إذا رجع بدعوى الحلول، ومركزه فيها كمركز الدائن، أن يطالب أى مدين آخر بكل ما دفعه زائداً عن نصيبه، ولو كان هذا الجزء الزائد يتجاوز حصة هذا المدين الأخير فى الدين. وقد راعى المشرع عند وضع المادة ١/٢٩٧ ما يترتب على الأخذ بأحكام دعوى الحلول على اطلاقها من تعقيدات لا مبرر لها، فاستبعدتها فى خصوصية هذه الحالة.

الضرع الثاني

عدم قابلية الالتزام للانقسام

(٢٩٢) التعريف بالالتزام غير القابل للانقسام وفائدته :

يعتبر الالتزام ير قابل للانقسام Obligation indivisible إذا كان لا يقبل تجزئة الوفاء بالنظر إلى طبيعة المحل الذي يرد عليه، أو بالنظر إلى الشروط التي وضعت في شأن تنفيذه .

ولا تستبين فائدة تقسيم الالتزام إلى قابل وغير قابل للانقسام إلا عند تعدد طرفيه، سواء أكان ذلك التعدد في المدينين أو في الدائنين أو فيهما معاً. ذلك أنه إذا لم تضم رابطة الالتزام إلا دائناً واحداً ومديناً واحداً. تعين على هذا الأخير أن ينفذ التزامه كاملاً ولو كان هذا الالتزام قابلاً للانقسام، عملاً بحكم المادة ١/٣٤٢ التي تقضى بأنه لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك، .

أما إذا تناولت رابطة الالتزام عدة دائنين أو عدة مدينين فيتعين التفرقة بين الالتزام القابل للانقسام وغير القابل له. فإذا كان الالتزام قابلاً للانقسام (وغير تضامني) فلا يجوز لأي من الدائنين المتعددين أن يطالب المدين إلا بقدر حصته في الدين، ولا يجوز الزام أي مدين من المدينين المتعددين إلا بوفاء نصيبه في الدين. في حين أنه إذا كان الالتزام غير قابل للانقسام جاز لكل دائن من الدائنين المتعددين أن يطالب الدين بوفاء الدين كاملاً، كما يجوز الزام أي مدين من المدينين المتعددين بوفاء كامل الدين للدائن .

(٢٩٤) خطة البحث :

سنناول في دراستنا للالتزام غير القابل للانقسام، بحث الأسباب التي تؤدي إلى عدم القابلية للانقسام، ثم الآثار التي تترتب على ذلك، سواء تعدد المدينون أم تعدد الدائنين، كل هذا مع الإشارة إلى ما تفرق به عدم القابلية للانقسام عن التضامن.

المبحث الأول

أسباب عدم القابلية للانقسام

(٢٩٥) النص القانوني :

تنص المادة ٣٠٠ على أنه، يكون الالتزام غير قابل للانقسام :

أ - إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم .

(ب) إذا تبين من الغرض الذي رُمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك، . وظاهر من هذا النص أن عدم القابلية للانقسام اما أن ترجع إلى طبيعة المحل الذي يرد عليه الالتزام، واما إلى اتفاق المتعاقدين، وعلى ذلك سنتكلم في عدم الانقسام الطبيعي ثم في عدم الانقسام المشروط.

(٢٩٦) عدم الانقسام الطبيعي :

يفرق الفقه التقليدي منذ عهد (ديمولان) بين نوعين من عدم الانقسام الطبيعي: أحدهما يكون فيه عدم الانقسام ضرورياً أو مطلقاً لأن المحل يستعصى بأى صورة كانت على الانقسام، والآخر يكون فيه عدم الانقسام

الزامياً أو نسبياً، لأن المحل وإن كان يقبل الانقسام إلا أنه تمتنع تجزئته بالنظر إلى الغرض المقصود منه .

(٢٩٧) النوع الأول: عدم الانقسام المطلق :

يرجع عدم الانقسام المطلق إلى طبيعة المحل ذاته، وإن كان يندر في العمل أن يصادف مثل هذا النوع من الالتزام. ففي الالتزام بإعطاء شيء أى ينقل حق عيني أو إنشائه على شيء، يقبل الالتزام عادة الانقسام معنوياً إن لم يكن مادياً، غير أنه استثناء قد لا تقبل بعض الحقوق العينية الانقسام وهذه هي حق الارتفاق والرهن، فحق الارتفاق لا يقبل الانقسام سواء بالنسبة للعقار المرتفق أم بالنسبة للعقار المرتفق به .

وبالنسبة للالتزام بعمل قد لا يقبل المحل بطبيعته الانقسام، كما في الالتزام بتسليم حيوان حى .

وبالنسبة للالتزام بامتناع عن عمل، الأصل فيه أنه لا يقبل الانقسام، لأن أى مخالفة جزئية لهذا الالتزام تعتبر مخالفة فى جملته، فمثلاً لا يتصور انقسام الالتزام بعدم منافسة المشتري فى حالة تعدد بائعى المحل التجارى، أو انقسام البائعين بعدم تعرضهم الشخصى للمشتري .

(٢٩٨) النوع الثانى: عدم الانقسام النسبى :

يرجع عدم الانقسام النسبى لا إلى طبيعة المحل، إذ يكون المحل قابلاً للانقسام، بل إلى الغرض المقصود منه. والمثال التقليدى لذلك كما يؤخذ من كتابات «ديمولان»، ويوتيه هو التزام المقاول ببناء منزل. فهذا الالتزام من الممكن تجزئته وفقاً لطبيعة العمل من بناء أو نجارة أو حدادة .. إلخ، كما يمكن انقسامه وفقاً لمراحل العمل المتعاقبة، ومع ذلك فالالتزام

المقاول يعتبر وحدة لا تقبل التجزئة، لأن محله وفقاً لغرض المتعاقدين هو المنزل بأكمله لا أجزاء منه، ومن ذلك أيضاً أن يتعهد كاتبان لناشر بوضع مؤلف في موضوع معين فهذا الالتزام لا يقبل الانقسام بالنظر إلى الغرض منه .

(٢٩٩) عدم الانقسام المشروط :

يرجع عدم الانقسام المشروط أو عدم الانقسام العرضي لا إلى طبيعة المحل (فالمحل يكون فيه قابلاً للانقسام) بل إلى اتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمناً على عدم جواز تجزئة الوفاء به . وقد يقصد بهذا الاتفاق تحقيق مصلحة للدائن، وهذا هو الغالب إذ يكون للدائن في هذه الحالة مطالبة أي مدين من المدينين المتعددين بأداء كامل الالتزام، وقد يقصد به توفير مصلحة المدين حتى لا يضطر إلى تقسيم الوفاء على دائنيه المتعددين . ومن الأمثلة القضائية على عدم الانقسام المشروط أن يبيع شخص قطعتي أرض إلى مشتر واحد بعقد واحد، ويكون مفهوماً فيما بين المتعاقدين أن البائع قد أراد بهذا التصرف أن يوفى من ثمنها معاً ديناً عليه، فيكون التزام المشتري بالنسبة للقطعتين التزاماً واحداً لا يقبل الانقسام .

المبحث الثاني

آثار عدم القابلية للانقسام

(٣٠٠) النصوص القانونية :

تنص المادة ٣٠١ على أنه :

١- إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً .

٢- وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقيين، كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك.

وتقضى المادة ٣٠٢ بأنه :

١- إذا تعدد الدائنون فى التزام غير قابل للانقسام، أو تعدد ورثة الدائن فى 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 ايداع الشيء محل الالتزام.

٢- ويرجع الدائنون على الدائن الذى استوفى الالتزام، كل بقدر حصته. وفقاً لهاتين المادتين سنتناول آثار عدم القابلية للانقسام بالنظر إلى تعدد المدينين، ثم بالنظر إلى تعدد الدائنين.

(٢٠١) حالة تعدد المدينين :

تشبه آثار عدم القابلية للانقسام بآثار التضامن فيما يتعلق برجع اندائن على المدينين المتعددين، إذ يجوز للدائن مطالبة أى مدين منهم بوفاء كامل الالتزام، وليس للمدين المطالب أن يحيل الدائن على باقى المدينين، بل كل ما له هو أن يطالب بتأجيل الدعوى حتى يدخل باقى المدينين فيها، إلا إذا كانت طبيعة الأداء تقتضى تعاون جميع المدينين على الوفاء به، فيتعين فى هذه الحالة على الدائن أن يقيم الدعوى عليهم جميعاً. وإذا أوفى أحد المدينين المتعددين بالالتزام ترتب على ذلك براءة ذمته وذمة باقى المدينين.

كذلك تشبه آثار عدم القابلية للانقسام بآثار التضامن فيما يتعلق بتعدد الروابط القانونية بقدر عدد المدينين المتعددين، مما يترتب عليه وجوب مراعاة الوصف الذى يلحق كل رابطة منها. غير أنه اختلف فى شأن مبدأ

النيابة التبادلية بين المدينين في علاقتهم بالدائن، وهل ينطبق في نفس الحدود التي ينطبق فيها في حالة التضامن السلبى؟.

فمن الشراح من يرى أن المشرع المصرى لم يأخذ في التقنين الحالى من أحكام التضامن السلبى إلا ما قرره فى المادة ٣٠١ من جواز رجوع الدائن على أى مدين بوفاء كامل الإلتزام، وذلك فى علاقة الدائن بالمدينين، وانقسام الدين فيما بين المدينين المتعددين، وذلك فى العلاقة الداخلية فيما بينهم. وأنه فيما عدا ذلك تجنب الإحالة إلى أحكام التضامن وترك الأمر إلى القواعد العامة.

ويرى فريق آخر أنه ليس هناك ما يمنع فى التقنين المصرى من الأخذ بفكرة النيابة التبادلية فيما بين المدينين بالإلتزام غير قابل للانقسام، وذلك فى الحدود المقررة فى شأن التضامن، أى فيما ينفع دون ما يضر، وأنه لا محل للأخذ بالاتجاه السائد فى الفقه الفرنسى من وجوب استبعادها بالنسبة إلى الإلتزام غير القابل للانقسام، لأن النيابة التبادلية فى التقنين الفرنسى تتناول ما ينفع وما يضر على السواء، وهو ما حمل الشراح على تجنب الأخذ بها فى حالة عدم القابلية للانقسام.

على أنه ليس لهذا الخلاف فى الواقع إلا أهمية عملية محدودة لأنه إذا أخذنا بفكرة النيابة التبادلية فيما ينفع دون ما يضر، وجب مع ذلك مراعاة السبب الذى يرجع إليه عدم القابلية للانقسام، فإذا كان السبب يرجع إلى طبيعة المحل، كان للدائن مطالبة أى مدين بكامل الإلتزام، ولو كان هذا الإلتزام قد انقضى بالنسبة إلى غيره من المدينين بالتقادم، أما إذا كان عدم الإنقسام عرضياً أى مشروطاً فيجوز لمن يطالبه الدائن بوفاء الدين أن يستنزل منه حصة من انقضى الإلتزام بالنسبة إليه بالتقادم.

هذا عن علاقة المدينين المتعددين بالدائن، أما عن صلتهم فيما بينهم فالقاعدة هي انقسام الالتزام. بمعنى أنه لمن أوفى الدائن من المدينين أن يرجع على الباقيين بقدر حصة كل منهم في الدين، إلا إذا تبين منت الظروف غير ذلك، فمثلاً إذا قام أحد بائعي الحيوان الحي بنسيئته إلى المشتري، فلا رجوع له على الباقيين.

ويكون الرجوع إذا سوغت الظروف ذلك، بمقتضى الدعوى الشخصية أو بمقتضى دعوى للحلول، ولا يتحمل الموفى وحده تبعة اعسار أحد المدينين، بل يوزع هذه التبعة على الباقيين بنسبة حصة كل منهم في الدين.

(٢٠٢) حالة تعدد الدائنين :

وإذا تعدد الدائنون، سواء نشأ هذا التعدد ابتداءً عند قيام الرابطة القانونية أو نتيجة لوفاة الدائن عند عدة ورثة، كان لكل منهم أن يستأدى كل الدين من المدين، على غرار ما يقع في التضامن الإيجابي، ولا يحد من حق كل منهم في هذا الشأن إلا أن يعترض أحدهم على ذلك، وفي هذه الحالة يتعين على المدين أن يؤدي الدين للدائنين مجتمعين أو أن يودع الشيء محل الالتزام من المدين، رجوع عليه الباقيون كل بقدر نصيبه.

وما سبق أن ذكرناه نفاً في شأن أعمال فكرة النيابة التبادلية فيما ينفع دون ما يضر، ومع مراعاة السبب الذي يرجع إليه عدم القابلية للانقسام. يسرى كذلك على حالة تعدد الدائنين بالالتزام غير منقسم.

(٢٠٣) أوجه الخلاف بين عدم القابلية للانقسام والتضامن :

يرجع الاختلاف الجوهرى بين التضامن وعدم القابلية للانقسام، إلى أن

التضامن لا تمليه طبيعة الالتزام بل لا بد من اتفاق أو نص قانوني يقضى به، في حين أن عدم القابلية للانقسام قد تكون طبيعية، وذلك إذا كان محل الالتزام يستعصى بطبعه على الانقسام. وقد ترتب على هذا الاختلاف الأساسي بين عدم القابلية للانقسام والتضامن فروق تتمثل فيما يأتي:

أولاً: أن عدم القابلية للانقسام قد تكون أقوى الزاماً من التضامن، ذلك أنه إذا توفى الدائن في هذه الحالة عن عدة ورثة كان لكل منهم مطالبة المدين بأداء كامل الالتزام، على حين لا يحول التضامن دون انقسام الالتزام بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام.

ثانياً: أن عدم القابلية للانقسام قد تكون أضعف الزاماً عند قيامها على طبيعة المحل، فهي تظل قائمة إذا كان المحل عصبياً على التجزئة بطبعه، ولكن إذا حدث وإن استحال الالتزام إلى تعويض نقدي، زالت عدم القابلية للانقسام وانقسم مبلغ التعويض بين المدينين المتعدددين. أما المدينون المتضامنون، فيظل كل منهم، على عكس ذلك، ملزماً بأداء الدين بأسره للدائن ولو استحال الدين إلى تعويض نقدي. ولذا يكون من مصلحة الدائنين، خاصة في حالة تضمين العقد شرطاً جزائياً، أن يشترطوا التضامن بين المدينين بجانب عدم القابلية للانقسام.

ثالثاً: أنه في التضامن السلبي إذا انقضى الالتزام بالنسبة لأحد المدينين، فلا يرجع الدائن على الباقيين إلا بما تبقى من الالتزام بعد استنزال حصة هذا المدين. في حين أنه إذا كان الالتزام يستعصى على الانقسام بالنظر إلى طبيعة المحل الذي يرد عليه. فيكون للدائن في مثل هذه الحالة أن يطالب أي مدين من باقي المدينين بوفاء كل الالتزام، على أن يتحمل، أي الدائن، قيمة حصة المدين الذي انقضى الالتزام بالنسبة إليه.

الكتاب الثاني انتقال الالتزام

(٢٠٤) حوالة الحق وحوالة الدين:

يرمى المذهب المادى فى الالتزام على ماسبق أن رأينا إلى تجريد الالتزام من شخص الدائن وشخص المدين، مما يترتب عليه إمكان تصور نقله بإعتباره حقاً، وهذه هى حوالة الحق Cession de creance أو بإعتباره ديناً، وهذه هى حوالة الدين Cession de dette .

وسنتناول فى هذا الكتاب بحث انتقال الالتزام: أولاً بالنظر إلى وجهة الإيجابى، وثانياً: بالنظر إلى وجهة السلبى.

الباب الأول حوالة الحق

(٢٠٥) التعريف بحوالة الحق:

حوالة الحق إتفاق ينقل به الدائن ماله من حق قبل المدين إلى شخص آخر يصبح دائناً مكانه . ويسمى الدائن الأصلي في هذه الحالة بالمحيل، والدائن الجديد بالمحال له والمدين بالمحال عليه .

وحوالة الحق قد تتم في مقابل ثمن نقدي فتأخذ حكم البيع، وقد تتم بلا مقابل فتأخذ حكم الهبة، وتنصرف إليها بالتالي الشروط الموضوعية والشروط الشكلية التي تحكم التبرعات، وقد يقصد بها قضاء دين على المحيل للمحال له فتأخذ حكم الوفاء بمقابل، وقد يقصد بها إعطاء تأمين خاص فتأخذ حكم الرهن . على أنه مهما تعددت الأغراض التي قد تنصرف إليها حوالة الحق، فلن يغير هذا من القواعد العامة التي تحكمها، وهي القواعد التي سنعنى ببحثها .

(٢٠٦) الأهمية العملية لحوالة الحق:

تظهر الأهمية العملية لحوالة الحق فيما تحققه من منافع لكل من المحيل والمحال له . فالمحيل قد يكن في حاجة إلى نقود، ولايستطيع مطالبة المدين لأن أجل الوفاء لم يحل بعد، فيلجأ إلى بيع حقه قبله دون أن يكفله ذلك إلا إستنزال الفوائد المستحقة من تاريخ الحوالة حتى ميعاد الوفاء، وبذلك يستغنى عن عملية الخصم التي تقوم بها البنوك، ما تكلفه من مصاريف . أو قد يكون المحال مدبنا للمحال له، فيلجأ إلى حوالة الحق ليفي بها ماعليه

من دين. أو قد يجد الدائن نفسه أمام مدين مماطلب، فيلجأ إلى حوالة حقه قبله حتى يتخلص من مماطلته وماقد تجره من متاعب ومصاريف، وفي هذه الحالة سيتم البيع بداهة بثمن يقل عن قيمة الحق المبيع.

والمحال له قد يكون مضاربا، يشتري الحقوق بأقل من قيمتها الاسمية على أمل استيفائها كاملة من المدين، أو قد يكون راغبا في توظيف نقوده فيشتري الحقوق المؤجلة إذا كانت الفائدة المشترطة مرتفعة والتأمينات المقدمة للوفاء بالحق تأمينات جدية مأمونة، وفي هذه الحالة الأخيرة تظهر أفضلية شراء حق مضمون برهن سابق في المرتبة عن الافتراض بضمان رهن جديد متزخر في مرتبته.

هذا وسنتناول في بحث حوالة الحق الكلام: أولا في شروطها، وثانيا في آثارها.

الفصل الأول شروط الحوالة

(٢٠٧) شروط انعقاد وشروط نفاذ:

تنقسم الشروط الخاصة بحوالة الحق إلى نوعين: الأول يتعلق بالانعقاد، والثاني يتصل بالنفاذ، وسنبحث تباعا هذين النوعين من الشروط.

المبحث الأول

شروط الانعقاد

(٢٠٨) النصوص القانونية:

تنص المادة ٣٠٣ على أنه «يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو إتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام». وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين، . وتقضى المادة ٣٠٤ بأنه «لا يجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلا للحجز».

(٢٠٩) رضاء المحيل والمحال له:

تتم حوالة الحق في التقنين المدني الحالي برضاء المحيل والمحال له فقط، وقد استبعد المشرع ما تطلبه التقنين السابق عن وجوب رضاء المدين المحال عليه لإنعقاد الحوالة، مجاريا في ذلك التشريعات الحديثة، ومراعيا في هذا أن المدين يستوى لديه إستبدال دائن بدائن آخر، لأنه لن يترتب على هذا التغيير زيادة في عبء الإلتزام بالنسبة إليه.

وتجرى على الحوالة القواعد العامة في شأن إنعقاد وصحة التصرفات

القانونية من توافر الأهلية (أهلية البيع أو التبرع أو الوفاء) وسلامة الرضا من العيوب ومشروعية السبب.

(٢١٠) محل الحوالة:

الأصل في الحوالة أن ترد على جميع الحقوق أيا كان محلها، وإذا كان الغالب فيها أن ترد على حق إقتضاء مبلغ من النقود، فليس ثمة ما يحول دون ورودها على حق استيفاء عمل من الأعمال (التزام بعمل) كاستيفاء منفعة العين المؤجرة بمقتضى حق المستأجر قبل المؤجر، فمثل هذا الحق ينتقل بطريق حوالة الإجارة ويطلق عليها في هذه الحالة اسم التنازل عن الإيجار. ولا تختلف الحقوق كذلك من حيث صلاحيتها للحوالة، باختلاف أوصافها أو طبائعها فالحقوق المؤجلة، والمعلقة على شرط، والحقوق المدنية والتجارية تعتبر من هذه الناحية بمنزلة سواء.

وإذا كان الأصل في الحقوق جواز الحوالة، إلا أن هذا الأصل لا يجري على إطلاقه، بل ترد عليه إستثناءات ثلاثة:

الأول: وجود نص في القانون يمنع من حوالة بعض الحقوق، من ذلك عدم جواز حوالة الحقوق غير القابلة للحجز غنيها كدين النفقة، مع ملاحظة أنه إذا كان الحق غير قابل للحجز في جزء منه فحسب، اقتصر المنع من الحوالة على هذا الجزء فقط (م ٢٠٤)، فأجور الخدم والصناع والعمال ومرتبات الموظفين لا يجوز الحجز عليها إلا بقدر الربع (م ٤٨٨ مرافعات)، وعلى ذلك لا تجوز الحوالة فيها إلا بقدر الربع أيضا.

الثاني: وجود إتفاق بين الدائن والمدين على منع حوالة الحق، كإشتراط المؤجر على المستأجر عدم جواز التنازل عن الإيجار للغير.

والثالث: ماستوجبه طبيعة الإلتزام من عدم القابلية للإنتقال، كما هو الشأن فى الإلتزامات التى يكون فيها لشخصية المتعاقد الاعتبار الأول. وكما هو الحال بالنسبة إلى التزم تابع لالتزام أصلى، فلاتجوز حوالة الإلتزام التابع منفصلاً عن الإلتزام الأصلى، فليس للدائن مثلاً أن يقتصر على حوالة حقه قبل الكفيل الشخصى.

المبحث الثانى

شروط النفاذ

(٢١١) النص القانونى:

تنص المادة ٣٠٥ على أنه، لانتكون 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. وظاهر من هذا النص أنه يجب التفرقة بين المدين والغير فيما يتعلق بنفاذ الحوالة.

(٢١٢) نفاذ الحوالة قبل المدين:

من الطبيعى ألا تنفذ الحوالة قبل المدين بمجرد انعقادها برضاء المحيل والمحال له، بل لابد من أن يعلم بها المدين حتى يمتنع عليه الوفاء للمحيل وأن يكن مثل هذا الوفاء غير مبرىء لذمته قبل المحال له، وقد حدد المشرع طريقين يتم بهما هذا العلم، وهما قبول المدين للحوالة أو إعلانه بها.

والقبول قد يكون معاصراً لانعقاد الحوالة أو تالياً له، ولكن لايجوز أن يكون سابقاً على هذا الانعقاد حتى ولو صرح المدين فى سند الدين أنه يقبل مقدماً حوالة الحق للغير. لأن المقصود هو علم المدين بتمام الحوالة، ولن يتأتى هذا العلم إلا بالقبول اللاحق.

والقبول قد يقع صراحة أو ضمنا، ومثال القبول الضمني وفاء المدين ببعض الحق للمحال له.

هذا عن الطريق الأول، أما عن الطريق الثاني فهو إعلان الحوالة إلى المدين. ويتم الإعلان بواسطة المحضر طبقا للمادة السابعة من تقنين المرافعات التي تنص على أن كل إعلان أو تنبيه أو إخبار أو تبليغ أو تنفيذ يكون بواسطة المحضرين، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. والإعلان قد يتم بناء على طلب المحيل أو المحال له، وإن كان الغالب أن يتم بناء على طلب الأخير لوضوح مصلحته في هذا الشأن.

(٢١٢) هل يقوم علم المدين فعليا بالحوالة مقام العلم القانوني،

إذا كان المقصود من قبول المدين الحوالة أو إعلانه بها هو مجرد كفالة علمه بها حتى تنفيذ في مواجهته، فهل يجوز أن ينزل العلم الفعلي المستمد من أي طريق آخر منزلة العلم القانوني المستفاد من أحد هذين الطريقين مع ملاحظة أنه يترتب على إعطاء العلم الفعلي حكم العلم القانوني عدم الاحتجاج على المحال له بالوفاء الحاصل للمحيل بعد علم "مدين بالحوالة علما فعليا.

الواقع أن القاعدة في هذا الشأن أنه إذا اشترط المشرع وجوب إتخاذ إجراء معين لتنفيذ التصرف في مواجهة الغير، فلا يمكن أن يحل محل هذا الإجراء شيء آخر، هذه القاعدة التي نصادفها في شأن الحقوق العينية إذ لا يغني العلم بها عن الشهر بطريق التسجيل أو القيد، نصادفها كذلك في شأن الحقوق الشخصية، فلا يغني العلم الفعلي عن العلم القانوني المستفاد من القبول أو الإعلان.

(٢١٤) نفاذ الحوالة قبل الغير؛

تنفذ الحوالة قبل الغير بنفس الإجراءات التي تنفذ بها قبل المدين، أى بقبول المدين الحوالة أو إعلانه بها. والقاعدة فى شأن الغير أنه يشترط فى المحرر حتى يحتج به فى مواجهته أن يكون ثابت التاريخ، ولذا تطلب المشرع إذا كانت الحوالة نافذة بطريق قبول المدين أن يكون لهذا القبول تاريخ ثابت (م ٣٠٥)، أما الإعلان فهو بطبيعته ثابت التاريخ لأنه يتم بورقة رسمية على يد محضر. والحكمة من اشتراط ثبوت التاريخ هو منع تواطؤ المحيل والمحال عليه على الأضرار بالغير عن طريق تقديم تاريخ الحوالة. ويقصد بالغير هنا كل من اكتسب حقا خاصا على الحق المحال به، كالمحال له الثانى.

(٢١٥) إجراءات أخرى لتنفيذ الحوالة؛

إذا كان الأصل أن تنفذ الحوالة قبل الغير بقبول المدين لها أو بإعلانه بها إلا أنه ترد على هذا الأصل استثناءات يقصد بها تارة التشديد وتارة التخفيف من الإجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة.

فمن الإجراءات التى يقصد بها التشديد ما نصت عليه المادة ١٩ من قانون الشهر العقارى من أنه لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد أو برهن إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأسمى ويلاحظ أن هذا التأشير ضرورى فقط للتمسك قبل الغير بالتأمين المقرر لضمان الحق، أما الحوالة نفسها فنافذة فى مواجهة الغير من وقت القبول الثابت التاريخ أو الإعلان.

ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١١ من قانون الشهر العقارى من أن

حوالة الأجرة المعجلة لمدة تزيد على ثلاث سنوات يجب تسجيلها حتى تسرى في حق الغير. أى أن الحوالة بأجرة معجلة عن ثلاث سنوات تكون نافذة في حق الغير بالقبول الثابت التاريخ أو الإعلان، أما ما زاد من الأجرة المعجلة على ثلاث سنوات فلا يسرى في حق الغير كمشتتر العقار المؤجر، إلا إذا كانت مسجلة.

ومن الإجراءات التى يقصد بها التخفيف ماتعلق بالسندات لحاملها، فهذه السندات تنتقل الملكية فيها بالتسليم فى مواجهه الكافة دون حاجة إلى إجراء آخر. وكذلك الشأن فيما يتعلق بالسندات الأذنية من كمبيالات وسندات تحت الأذن وشيكات، فهذه السندات تتم حوالتها وتكون نافذة قبل المدين والغير بطريق التظهير أى بطريق التحويل على ظهر السند.

الفصل الثاني آثار الحوالة

(٢١٦) خطة البحث:

رأينا أن الحوالة تنعقد برضاء المحيل والمحال له، غير أنها لا تنفذ في مواجهة المدين أو الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها، وسنتبع في بحث آثار الحوالة بيان هذه الآثار: أولاً: في علاقة المحال له بالمحيل، وثانياً: في علاقة المحال له بالمحال عليه، وثالثاً: في علاقة المحال له بالغير.

المبحث الأول

علاقة المحال له بالمحيل

(٢١٧) إنتقال الحق من المحيل إلى المحال له:

يترتب على الحوالة إنتقال نفس الحق من المحيل إلى المحال له، أي أن هذا الأخير يصبح دائناً بنفس الالتزام الذي كان للمحيل قبل المحال عليه، أن ذات الالتزام بصفاته هو الذي ينتقل إليه، كما لو كان التزاماً تجارياً أو ثابتاً في سند تنفيذي. ويكون للمحال له أن يطالب المدين بقيمة هذا الالتزام الاسمية ولو كان مادفعه في شرائه أقل من ذلك.

والحوالة لا تقتصر على ذات الحق المحال به، بل كما تقول المادة ٣٠٧، تشمل حوالة الحق ضماناته، كالكفالة والإمتياز والرهن، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط. أي أنه بالحوالة ينتقل إلى المحال له الحق المحال به وتوابع هذا الحق. ومن هذه التوابع أقساط الدين التي حلت والفوائد، ولو كان

استحقاق هذه الفوائد قد حل قبل انعقاد الحوالة، إلا إذ تبين من إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية استبعاد الفوائد السابق استحقاقها من نطاق الحوالة.

كذلك تشمل التوابع ضمانات الدين سواء كانت شخصية كالكفالة أم عينية كالرهن، مع مراعاة ماسبق ذكره من وجوب التأشير بالحوالة في هامش قيد الرهن (م ٢/١٠٥٣ وم ١٩ من قانون الشهر العقاري).

(٢١٨) اوقت إنتقال الحق؛

ينتقل الحق المحال به فيما بين المتعاقدين وهما المحيل والمحال له من وقت التراضي على الحوالة، ولذا يكون ما يستوفيه المحيل من المدين من هذا الوقت من حق المحال له، ويتعين رده إليه. أما بالنسبة للمدين أو الغير فلا ينتقل الحق إلا من تاريخ نفاذ الحوالة بالقبول أو الإعلان، ويترتب على ذلك أن مطالبة المدين أو الحجز تحت يده تكون للمحيل ودائنيه حتى تاريخ نفاذ الحوالة.

(٢١٩) التزام المحيل بالضمان؛

تنص المادة ٣٠٨ على أنه:

١- إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة، مالم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك.

٢- أما إذا كانت الحوالة بغير عوض، فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق، وتقضى المادة ٣٠٩ بأنه:

١- لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد إتفاق 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. وتقرر المادة ٣١٠ أنه إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين، فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات، ولو وجد إتفاق يقضى بغير ذلك. وجاء في المادة ٣١١ أنه «يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان». وسنتناول في بحث هذه المواد دراسة أحكام الضمان القانوني ثم أحكام الضمان الإتفاقي.

(٢٢٠) أحكام الضمان القانوني:

يفرق المشرع فيما يتعلق بأحكام الضمان بين أفعال المحيل الشخصية وأفعال غيره. فالمحيل مسئول عن أفعاله الشخصية سواء كانت الحوالة بعوض أم بغير عوض، فلا يجوز للمحيل أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بحق المحال له، كإستيفاء الحق من المدين أو رهن الحق للغير أو حوالة له، لافرق في ذلك بين الأعمال التي يأتيها المحيل قبل إنعقاد الحوالة أو بعدها مادام من شأنها تمكين الغير من التعرض للمحال له. وأكثر من ذلك لا يجوز للمحيل أن يشترط عدم الضمان بالنسبة لأفعاله الشخصية، بل أن هذا الشرط يقع باطلاً لما ينطوي عليه من خطر الغش.

أما بالنسبة للاستحقاق الذي لا يرجع إلى فعل المحيل، فإن هذا الأخير لا يضمنه إلا إذا كانت الحوالة بعوض، ومثاله أن يكون الحق قد إنقضى قبل الحوالة بالتقادم أو بفسخ التصرف المنشئ له، أو أن يكون للمحال عليه دفع يعطل مطالبته بالدين كنقص الأهلية أو عيب في الإرادة.

وهذا الضمان القانوني قاصر على وجود الحق فلا ينصرف إلى يسار المدين، فإذا كان الحق موجودا وقت الحوالة فلا يسأل المحيل بعد ذلك ولو زال هذا الحق بعد الحوالة لسبب لا يرجع إلى المحيل، كالتقادم المسقط مثلا، على أن هذا الضمان لا يقتصر على وجود الحق بل يتناول كذلك توابعه من تأمينات عينية أو شخصية، فإذا كانت هذه التأمينات موجودة وقت الحوالة فلارجوع على المحيل ولو انقضت بعد ذلك لسبب أجنبي عنه كتقصير المحال له في تجديد قيد الرهن. وبعبارة عامة أن المحيل لا يضمن للمحال له إلا وجود الحق وتوابعه وقت إنعقاد الحوالة، وعدم انقضاء شيء منها قبل هذا الانعقاد، هذا إذا كانت الحوالة بعوض، أما إذا كانت بغير عوض فلا يضمن حتى وجود الحق.

(٣٢١) أحكام الضمان الإتفاقي؛

أحكام الضمان القانوني السابق الإشارة إليها ليست من النظام العام، ولذا يجوز للمتعاقدين الإتفاق على غيرها، وهذا الإتفاق يأخذ صورا مختلفة وفقا لغرض المتعاقدين، إذا قد يقصد المتعاقدان باتفاقهما إنقاص الضمان، أو إسقاطه أو الزيادة فيه.

فمن صور انقاص الضمان إتفاق المحيل مع المحال له على عدم ضمان توابع الحق أو على عدم ضمان وجود الحق نفسه، على أن هذا الشرط الأخير لا يعفيه من وجوب رد الثمن الذي قبضه، إلا إذا كانت الحوالة واقعة على مجرد الدعوى بالحق، وفي هذه الحالة تكون من العقود الإحتمالية فلا يرجع المحال له على المحيل بشيء، كل هذا مع ملاحظة أن شرط إنقاص أو إسقاط الضمان لا يعفى المحيل من مسؤوليته عن أفعاله الشخصية (م ٣١١).

ومن صور الزيادة في الضمان أن يتفق المحال له مع المحيل على أن يضمن الأخير يسار المدين، ولما كان هذا الشرط من شأنه التشديد في أحكام الضمان فلا يجب أن يتوسع في تفسيره، وعلى ذلك لا ينصرف الشرط في هذه الحالة إلا لضمان اليسار وقت الحوالة (م ٣٠٩)، دون إعتداد بما قد يتعرض له المدين من إفسار في المستقبل. على أنه يجوز للمحال له أن يذهب إلى أبعد من ذلك في التشديد في أحكام الضمان فيشترط على المحيل ضمان يسار المدين في الحال والاستقبال، وفي هذه الحالة يقترب مركز المحيل من مركز الكفيل دون أن يختلط به، بمعنى أن المحيل لا يسأل في حالة إفسار المدين إلا في حدود ما قبضه من ثمن ولو كان أقل من قيمة الدين الإسمية، وأن مسؤوليته لا تمتد إلى ما بعد حلول أجل الوفاء بالدين. أو بعبارة أخرى أنه إذا كان المدين موسراً وقت إستحقاق أداء الدين، وأهمل المحال له في إستيفاء حقه، فلا يكون المحيل مسؤولاً ولو أفسر المدين بعد ذلك.

(٢٢٢) ما يرجع به المحال له على المحيل،

قيد المشرع رجوع المحال له على المحيل، فلم يلزم هذا الأخير إلا برد ما أستولى عليه مع الفوائد والمصروفات، سواء في ذلك تم الرجوع بناء على أحكام الضمان القانوني أم بناء على أحكام الضمان الإتفاقي الذي تعهد فيه المحيل بضمان يسار المدين في الحال أو في الإستقبال.

فإذا كان المحال له قد دفع للمحيل ثمناً أقل من قيمة الدين الاسمية. وهو الغالب، فلا يجوز له أن يسترد منه إلا مادفعه فعلاً، وقد قصد المشرع بهذا الحكم الضرب على أيدي المرابين، لأنه عادة لا يتم بيع الحقوق عن طريق

الحوالة إلا لخشية الدائن من إفسار المدين أو منازعته في الدين، ولو أبيع الرجوع على المحيل بقيمة الدين الإسمية لتيسر على المرابين الحصول على فوائد ربوية، عن طريق شراء حقوق متنازع عليها بأقل من قيمتها الإسمية، ثم الرجوع بعد ذلك بالقيمة الإسمية على المحيل (وهو من اقترض في مقابل الحوالة) في حالة الحكم بعدم ثبوت الحق المحال به.

ويتضمن الرجوع علاوة على المبلغ المدفوع فعلا، وفوائد هذا المبلغ والمصروفات، وهذه هي مصروفات الحوالة ومصروفات الدعاوى التي رجع بها المحال له على كل من المحال عليه والمحيل.

المبحث الثاني

علاقة المحال له بالمحال عليه

(٢٢٢) حقوق المحال له قبل المحال عليه قبل نفاذ الحوالة،

لا يجوز للمحال له قبل نفاذ الحوالة أن يطالب المدين بالوفاء، وأن كان له كما سبق أن ذكرنا أن يطعن في الوفاء الحاصل للمحيل إذا تم عن طريق التواطؤ. كذلك له قبل نفاذ الحوالة أن يتخذ الإجراءات الكفيلة بالمحافظة على الحق الذي إنتقل إليه، كتجديد قيد الرهن الضامن للحق، أو توقيع الحجز تحت يد مدين للمحال عليه، أو قطع التقادم المسقط السارى ضد الحق المحال به، وعلى هذا نصت المادة ٣٠٦ بقولها «يجوز قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذي إنتقل إليه».

(٢٢٤) حق المحال عليه في التمسك في مواجهة الحال له بالدفع التي كانت له قبل المحيل؛

تنص المادة ٣١٢ على أنه «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». متى أصبحت الحوالة نافذة قبل المحال عليه، جاز للمحال له أن يطالبه بوفاء الدين، غير أن للمدين أن يدفع هذه المطالبة بالدفع التي كان يستطيع بها دفع مطالبة المحيل، لأن الحق لم يتغير بانتقاله بالحوالة، وعلى ذلك يستطيع المدين أن يدفع ببطلان الدين أو بانقضائه بأي سبب من أسباب الانقضاء، أو غير ذلك من الدفع ويلاحظ أن الوقت المعتبر في تحديد الدفع التي يجوز الاحتجاج بها في مواجهة المحال له هو وقت نفاذ الحوالة، فكل دفع نشأ سببه قبل هذا الوقت يجوز التمسك به ولو ترتب حكمه فيما بعد، كما لو كان الحق معلقا على شرط فاسخ ولم يتحقق هذا الشرط إلا بعد نفاذ الحوالة. أما الدفع التي تنشأ أسبابها بعد نفاذ الحوالة فلا يجوز الاحتجاج بها على المحال له، وعلى ذلك لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بالمقاصة بين دين وجب له في ذمة المحيل وبين الدين المحال به، إذا كان دينه قد نشأ بعد نفاذ الحوالة، وقد كان منطق القاعدة يقتضى جواز الدفع بالمقاصة إذا كان دين المحال عليه في ذمة المحيل قد نشأ قبل نفاذ الحوالة، إلا أن المشرع رأى أن يفرق في خصوصية هذه الحالة بين ما إذا كان نفاذ الحوالة قد تم بقبول المحال عليه لها، أو بإعلانه بها، فنص في المادة ٣٦٨ 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 الحوالة، 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.

(٢٢٥) حق المحال عليه في التخلص من مطالبة المحال له:

إذا كان الأصل أن للمحال له مطالبة المحال عليه بالقيمة الإسمية للدين المحال به ولو كان مادفعه أقل من ذلك، إلا أن هناك حالة خاصة أجاز فيها المشرع للمدين ألا يفي بكل الحق المحال به، بل بالثمن الذي دفعه المحال له مع الفوائد والمصاريف، وهذه هي حالة ما إذا كان الحق المحال به متنازع فيه، وقد نصت عليها المادة ١/٤٦٩ بقولها: إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبة 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. والحكمة من تخويل المدين استرداد الحق المتنازع فيه، هو تلافى المنازعات ومنع المضاربة على الحقوق التي من هذا القبيل، ولذا يشترط أن يكون التنازع على الحق المحال به قائما بالفعل وقت الحوالة ومعروفا للمحال له.

والحق يعتبر متنازعا فيه وفقا لنص المادة ٢/٤٦٩، إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي، أي أن الحق يعتبر متنازعا فيه في إحدى حالتين: الأولى إذا رفعت به دعوى أمام القضاء، بشرط أن يكن النزاع منصبا على أصل الحق، أي متعلقا بوجوده أو بطريقة التخلص منه، ويظل الحق متنازعا فيه في هذه الحالة حتى يستنفذ الحكم الصادر به طرق

الطعن العادية وهي المعارضة والإستئناف، فإذا إستنفذت سقطت عن الحق صفة المنازعة، ولو كان قابلاً للطعن فيه بالطرق غير العادية وهي التماس إعادة النظر والنقض. ولكن إذا طعن فيه بالفعل بإحدى هذه الطرق، إستعاد صفة المنازعة فيه. الثانية إذا قام في شأن الحق نزاع جدى ولو لم يطرح النزاع على القضاء بعد، أما احتمال المنازعة فيه وإحتمال رفع الدعوى بشأنه فلا تلصق به صفة المنازعة. ويجب أن يقع النزاع كما سبق القول على أصل الحق لا على توابعه كالتأمينات التى تضمن الوفاء به إلا إذا كان الحق نفسه لا قيمة له بدون هذه التأمينات.

واسترداد المدين للحق المحال به إذا كان متنازعا فيه يتم بإعلان يوجه إلى المشتري أى المحال له، فإذا لم يسلم بحق المدين فى الإسترداد كان لهذا الأخير أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بحصول الإسترداد وصحته.

والإسترداد يتم كما سبق أن ذكرنا، مقابل الثمن الحقيقى والفوائد والمصروفات وقد نص المشرع صراحة على أن الإسترداد يكن فى مقابل الثمن الحقيقى، لأن العادة جرت على أن يبالبغ المحيل والمحال له فى الثمن بغية حرمان المدين من كل فائدة من الإسترداد. والمدين هو المكلف بإثبات الثمن الحقيقى، وله أن يلجأ فى ذلك إلى كافة طرق الإثبات. وإذا كان الحق المحال به موضوع عقود حوالة متتالية، فيلزم المدين بأداء الثمن الحقيقى الذى دفعه المحال له الأخير.

هذا ويلاحظ أن الغرض من إعطاء المدين الحق فى الإسترداد هو منع المضاربة من الحقوق المتنازع فيها، وعلى ذلك إذا إنتفتت فكرة المضاربة

لمتنع على المدين الإسترداد، وهو ما يتحقق في الحالات التي نصت عليها
المادة ٤٧٠، وهذه هي:

أولاً: إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً
بثمن واحد كما في بيع التركة، لأن الحق المتنازع فيه يفقد ذاتيته في هذه
الحالة وتندم فكرة المضاربة.

ثانياً: إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين عدة شركاد كورثة، وحول
أحدهم نصيبه في الآخر. والحكمة من ذلك أن الغرض من الحوالة هنا هو
تسهيل قسمة الحق المتنازع فيه لا المضاربة. هذا بالإضافة إلى أن إباحة
حق الإسترداد للمدين في هذه الحالة لن ينهي النزاع بينه وبين المحال له
بالنسبة للنصيب الأصلي لهذا الأخير في حق المحال به.

ثالثاً: إذ حول المدين لدائنه حقاً متنازعاً فيه وفاء لدين مستحق في
نعمته، لأن هذا يعتبر وفاء بمقابل لامضاربة على الحق. مثال ذلك أن يكون
«أ» دائناً لـ «ب» بدين متنازع فيه، وفي نفس الوقت يكون «أ» مديناً لـ «ج»،
بدين ثابت يقل قيمة عن الدين الأول، فيحول «أ» دينه الذي على «ب» لـ
«ج» وفاء لما عليه لهذا الأخير.

رابعاً: إذا كان الحق المتنازع فيه يقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار، لأن
الحائز لم يبيع بشراء الحق المتنازع فيه المضاربة، بل تخليص العقار من حق
الدائن المرتهن. مثال ذلك أن يكن «أ» مالكاً لعقار مرهون لوفاء دين متنازع
فيه لـ «ب» على «ج»، فإذا اشترى «أ» الدين من «ب»، فلا يجوز لـ «ج»
استرداده، لأن «أ» لم يقصد المضاربة بل قصد تخليص العقار من الرهن
الذي يثقله.

المبحث الثالث

علاقة المحال له بالغير

(٢٢٦) النصوص القانونية:

تنص المادة ٣١٣ على أنه، إذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير وتنص المادة ٣١٤ على أنه:

١- إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر..

٢- وفي هذه الحالة، إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماً، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة.

سبق أن ذكرنا أن الحوالة لا تنفذ قبل الغير إلا بقبول المدين الثابت التاريخ أو بإعلانه بها، وأنه يعتبر من الغير المحال له الثاني في حالة تعدد الحوالة بحق واحد، ودائن المحيل إذا أوقع حجراً تحت يد المحال عليه. وعلى ذلك سنبحث التنازع بين المحال لهم في حالة تعددهم، والتنازع بين المحال له والدائن الحاجز.

(٢٢٧) التنازع بين المحال لهم:

قد يحدث أن يحول الدائن حقه قبل المدين إلى أكثر من شخص بعقود حوالة متعاقبة، وفي هذه الحالة يفضل منهم عند التنازع بينهم من كانت حوالتهم سابقة في النفاذ في حق الغير، ولو كان إنعقادها متأخر (٣١٣). على أن هذه القاعدة ليست مطلقة بل يحد منها مبدأ أن الغش يفسد التصرفات.

بمعنى أنه إذا تمت الحوالة الثانية بالتواطؤ بين المحيل والمحال له الثاني للإضرار بحق المحال له الأول، وجب تفضيل هذا الأخير ولو كان إعلانه الحوالة للمدين جاء لاحقاً لقبول الحوالة الثانية أو إعلانها.

كذلك الحكم إذا كان التنازع بين المحال له والدائن المرتهن، فيفضل منهما من سبق الآخر في إتمام إجراءات نفاذ الحوالة في مواجهة الغير.

(٢٢٨) التنازع بين المحال له والدائن الحاجز؛

يعتبر دائن المحيل من الغير. وعلى ذلك لا تنفذ الحوالة في مواجهة إلا بقبول المدين الثابت التاريخ أو بإعلانه بالحوالة ويأخذ التنازع الذي قد يحدث بينه وبين المحال له، في حالة توقيعه جزءاً على الحق المحال به تحت يد المدين، صوراً مختلفة.

الأولى: أن يتم نفاذ الحوالة في حق الغير بالقبول الثابت التاريخ أو الإعلان قبل توقيع الحجز تحت يد المدين، وفي هذه الحالة لا أثر للحجز على الحق المحال به، لأنه قد خرج من ذمة المحيل، ولم يعد في الضمان العام لدائنيه.

الثانية: أن يتم قبول الحوالة أو إعلانها بعد توقيع الحجز بمعرفة دائن المحيل، وفي هذا الفرض يعتبر الحجز صحيحاً لأنه وقع على مال مملوك لمدين الحاجز، على أن إتخاذ إجراءات نفاذ الحوالة بعد الحجز ليس خلواً من أية فائدة، لأنها وأن لم تنقل الحق المحال به إلى المحال له بالنسبة للدائن الذي باشر الحجز إلا أنها تجعل من الحوالة حجراً آخر، مما يبيح للمحال له إقتسام الحق المحال به مع الدائن الحجاز قسمة غرماء (م ١/٣١٤).

الثالثة: أن تقع الحوالة بين حجزين أولهما سابق على نفاذ الحوالة في

حق الغير، وثانيهما تال لذلك. وفي هذه الحالة يقسم الدين المحال به بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة، والعلة في ذلك أن الحوالة غير نافذة في مواجهة الحاجز المتقدم على حين أنها سارية في مواجهة الحاجز المتأخر. فإذا فرض مثلا أن الحق المال به كان مقداره ٤٠٠ وأن الحجز الأول كان عن دين مقداره ٢٠٠ جنيه، وأن الحوالة كانت بكل الدين أى بمبلغ ٤٠٠ جنيه. وأن الحجز المتأخر كان عن دين مقداره ٢٠٠ جنيه، فإن الحق المحال به يقسم على الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، فيأخذ الحاجز المتقدم مائة جنيه ويأخذ المحال له ٢٠٠ جنيه، ويأخذ الحاجز المتأخر مائة جنيه، ولكن لما كانت الحوالة نافذة في حق الحاجز المتأخر فإنه يؤخذ من نصيبه ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة، وعلى ذلك تؤخذ منه المائة جنيه وتعطى للمحال له، ولو أنه لن يستكمل في هذا المثال كل حصته.

الباب الثاني حوالة الدين

(٢٢٩) تمهيد:

حوالة الدين إتفاق به ينتقل عبء الدين من المدين الأصلي إلى شخص آخر. وأهم ما تتميز به حوالة الدين عن النظم القانونية التي قد تشبه بها: أنه في حوالة الدين تبرأ ذمة المدين الأصلي قبل الدائن، وفي هذا تختلف عن كل من الإنابة الناقصة والإشترط لمصلحة الغير، فالإنابة الناقصة تقتصر على ضم مدين جديد إلى المدين القديم، كما أنه في الإشترط لمصلحة الغير لا تبرأ ذمة المشتراط إذا كان أصلاً مدينًا للمنتفع إلا إذا أبراه هذا الأخير بإتفاق آخر. كذلك يترتب على الحوالة إنتقال نفس الدين بصفاته ودفعه وتأميناته إلى المدين الجديد، على حين أنه في الإشترط لمصلحة الغير ينشأ دين جديد بين المنتفع والمتعهد، كما أنه في التجديد بتغيير المدين ينقضى الدين القديم ويحل محله دين جديد.

وقد اختلفت نظرة التشريعات إلى حوالة الدين، فمنها كالتقنين الفرنسي والتقنين المصري السابق، من استبعد حوالة الدين وأن أجاز حوالة الحق، ومنها من رتب كافة النتائج المنطقية على النظرية المادية للالتزام، فأجاز حوالة الحق وهو الجانب الإيجابي للالتزام، كما أجاز حوالة الدين بإعتباره الجانب السلبي له ومن هذه التشريعات التقنين الألماني والتقنين السويسري والتقنين المصري الحالي.

هذا وسنتناول في بحث حوالة الدين الكلام: أولاً في شروط إنعقادها
وثانياً في الآثار التي تترتب عليها.

(٢٢٠) منهج البحث:

الصورة العادية لحوالة الدين في التقنين المصري أن تتم بإتفاق بين
المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين، غير أنه بجانب هذه الصورة العادية
توجد صورة أخرى يندر وقوعها في العمل وهي أن تتم الحوالة بإتفاق بين
الدائن والمحال عليه وهو المدين الجديد، كذلك نص المشرع على صورة
خاصة للحوالة وهي حوالة الدين المضمون برهن. وعلى ذلك سنتكلم أولاً
في الصورة العادية لحوالة الدين، وثانياً في صورتيه غير العاديتين.

الفصل الأول

الصورة العادية لحوالة الدين

(٣٣١) الشروط والآثار:

سنبحث فيما يتعلق بالصورة العادية لحوالة الدين، وهي بعد الصورة الغالبة، أولاً في شروط إنعقادها ونفاذها، وثانياً في الآثار التي تترتب عليها.

المبحث الأول

شروط حوالة الدين

(٣٣٢) شروط الإنعقاد:

تنص المادة ٣١٥ على أنه «تتم حوالة الدين بإتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين». وهذه المادة تتناول الصورة العادية لحوالة الدين، وفيها يعهد المدين إلى التصرف في مركزه كمدين عن طريق حوالة الدين، كما يتصرف الدائن في مركزه كدائن عن طريق حوالة الحق. وتتم الحوالة في هذه الحالة بإتفاق المدين الأصلي وهو المحيل مع المدين الجديد وهو المحال عليه، وتخضع الحوالة باعتبارها عقداً للقواعد العامة في إنعقاد العقود وصحتها، ولا يشترط فيها أن ترد عن دين منجز، بل قد يكون الدين مضافاً إلى أجل أو معلقاً على شرط أو ديناً مستقبلاً.

وحوالة الدين قد تتم على سبيل التبرع إذا كانت هذه هي نية المحال عليه وقد تتم على سبيل القرض إذا كان المحال عليه يقصد إقراض المحيل مبلغ الدين الذي تحمله عنه، وأخيراً وهذا هو الغالب، قد يقصد به قضاء

مبلغ الدين الذي تحمله عنه، وأخيراً وهذا هو الغالب، قد يقصد به قضاء دين على المحال عليه للمحيل، فإذا كان المحال عليه مديناً للمحيل، فإنه يستطيع عن طريق حوالة الدين أن يفى بما عليه، بأن يتحمل عن المحيل ما على هذا الأخير من دين لشخص آخر.

(٢٣٣) شروط نفاذ الحوالة قبل الدائن، تنص المادة ٢١٦ على أنه:

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 إنقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار، إعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة. وظاهر من هذا النص الإختلاف الجوهرى بين شروط نفاذ حوالة الحق وشروط نفاذ حوالة الدين، فالأولى تنفذ في حق المدين بإعلانه بها، على حين أن الثانية لا تنفذ في حق الدائن إلا إذا أقرها، والعلة في ذلك أن حوالة الدين تؤثر في مصالح الدائن، لأن المدينين رغم يسارهم تتفاوت ذممهم في حسن القضاء والمطل، كما يقول الحنفية، ولذا يحرص الدائن على تخير مدينه.

والإقرار قد يكون صريحاً أو ضمناً، ويعتبر من قبيل الإقرار الضمنى قبول الدائن دون تحفظ وفاء بعض الدين من المحال عليه، أو قبضه الفوائد المستحقة منه، أو مطالبته بأداء الدين أو منحه أجلاً للوفاء به. وإذا تم هذا الإقرار استند أثره إلى تاريخ إنعقاد الحوالة، فيعتبر المحال عليه في علاقته بالدائن خلفاً خاصاً للمحيل من تاريخ الإتفاق على الحوالة. أما إذا رفض الدائن الحوالة فإنها لا تنفذ في حقه ولا ينتقل الدين بالتالى من المحيل إلى

المحال عليه، بل يظل المحيل وهو المدين الأصلي ملتزماً بالدين في مواجهة الدائن.

ورفض الحوالة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، ومن صور الرفض الضمني أن يعلن المحيل أو المحال عليه الدائن بالحوالة ويعين له أجلا معقولا ليقرأها، فإذا إنقضى الأجل دون أن يستبين موقف الدائن من الحوالة، إعتبر سكوته رفضا لها (م ٢/٣١٦).

المبحث الثاني

آثار حوالة الدين

(٢٢٤) منهج البحث:

لدراسة آثار حوالة الدين يحسن أن نفرق بين: علاقة المحيل وهو المدين الأصلي بالمحال عليه، وعلاقة الدائن بالمحال عليه وأخيراً علاقة الدائن بالمحيل.

(٢٢٥) علاقة المحيل بالمحال عليه:

يفرق فيما يتعلق بآثار الحوالة فيما بين المحيل والمحال عليه بين مرحلتين:

الأولى: وتتناول مركز المحال عليه قبل المدين الأصلي قبل إقرار الدائن للحوالة أو عند رفضها. من المسلم به أن للمتعاقدين كامل الخيار في تحديد الآثار التي تترتب على الحوالة في هذه الحانة، فلهما أن يشترطا إعتبار الحوالة غير قائمة إلى أن يقرأها الدائن، كما أن لهما أن يشترطا إقتصار الحوالة على إنشاء مجرد التزام على عاتق المحال عليه بقضاء حق الدائن.

ويختلف الحكم باختلاف التشريعات عند سكوت المتعاقدين عن اشتراط أمر معين في هذه الحالة. فمنها ما يفترض أن نية المحيل والمحال عليه قد إنصرفت إلى عدم ترتيب أى أثر على الحوالة إذا لم يقرها الدائن (م ٣/٢٨٧ من التقنين اللبناني و٣٠٢ من التقنين الصينى). ومنها ما يفترض أن المحال عليه قد قبل الالتزام بقضاء الدين عن المدين الأصلي (م ٣/٤١٥ من التقنين الألمانى). وقد إختار المشرع المصرى أن ينهج سبيل التقنين الألمانى فنص فى المادة ٣١٧ على أنه:

١- مادام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقراراً أو رفضاً كان المحال عليه ملزماً قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك.

ويسرى هذا الحكم ولورفض الدائن الحوالة.

٢- على أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن، مادام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عند الحوالة.

وظاهر من هذه المادة، أنه إذا سكت المتعاقدان عن تنظيم آثار الحوالة فيما بينهما، قبل إقرارها بمعرفة الدائن أو بعد رفضها، تحددت هذه الآثار على النحو الآتى: يكون المحال عليه ملزماً قبل المحيل بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب، غير أن هذا الالتزام لا يخول المحيل أى المدين حق مطالبة المحال عليه بأن يعمل على إبراء ذمته قبل الدائن فور الوقت. بل كل ما هنالك أن للمدين إذا طالبه الدائن قضائياً حق الرجوع على المحال عليه بإعتباره أنه قد تعهد بالوفاء عنه، ليجنبه هذه المطالبة، فإذا تخلف المحال

عليه عن الوفاء بالتزامه هذا، كان للمدين المحيل أن يرجع عليه بالتعويضات. هذا مع ملاحظة أنه لا يجوز للمحيل أن يطالب المحال عليه بالوفاء الدائن إلا إذا كان هو قد نفذ التزامه قبل المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة، وهذا الحكم ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين، فمثلاً إذا كان سبب حوالة الدين هو وفاء دين الثمن الذي على المحال عليه، فلهذا الأخير إذا طالبه المحيل وهو البائع بتنفيذ التزامه بالوفاء للدائن (دائن البائع). أن يدفع في مراجعته بالدفع بعدم التنفيذ إذا لم يكن المحيل قد سلم العين المبيعة.

الثانية: وتتناول مركز المحال عليه قبل المدين الأصلي بعد إقرار الدائن الحوالة: يحدد هذه الآثار العلاقة السابقة بين المدين الأصلي والمحال عليه، فالمحال عليه قد يقصد من تحمل تبعة الدين، أما إلى إقراض المدين ما يعادل مبلغ الدين، وأما التبرع له به، وأما الوفاء له بدين مترتب في ذمته كباقي ثمن لم يتم أدائه. ويراعى أن نية المحال عليه تنصرف، في هذه الحالة الأخيرة، إلى الوفاء بباقي الثمن عن طريق تحمل الدين عن المحيل، وبهذا تبرأ ذمته على الفور من المطالبة بمقتضى عقد البيع، أى أنه يترتب على إقرار الدائن للحوالة في هذه الحالة براءة ذمة المحال عليه قبل المحيل، تبعاً لبراءة ذمة هذا الأخير قبل الدائن.

(٢٣٦) علاقة الدائن بالمحال عليه:

تختلف علاقة الدائن بالمحال عليه قبل إقرار الحوالة عنها بعد إقرارها. فقبل إقرار الحوالة، ليس للدائن أى حق قبل المحال عليه. وإذا كان للدائن إقرار الحوالة متى إتصلت بعلمه، حتى قبل أن يقوم المدين أو المحال عليه

بإعلانه بها، إلا أنه ليس للدائن أن يتمسك بالحوالة مادام إقراره لم يصل إلى المحيل والمحل عليه، لأن الإقرار كتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه (م ٩١)، وعلى ذلك يكون لطرفي الحوالة أن يعدلا فيها أو أن يعدلا عنها، قبل وصول هذا الإقرار إلى أحدهما.

أما بعد إقرار الدائن بالحوالة، وإتصال هذا الإقرار بعلم من وجه إليه، فإن الدين ذاته ينتقل من المدين الأصلي إلى المحال عليه، ويصبح المحال عليه مدنيا بنفس الدين قبل الدائن، وهذا هو الإستخلاف على الدين، ويتم هذا الإستخلاف من تاريخ إنعقاد الحوالة بالتطبيق لفكرة الأثر الرجعي للإقرار.

ويترتب على إنتقال نفس الدين إلى المحال عليه النتائج الآتية:

أولاً: أن التزام المحال عليه يظل محتفظا بالصفة التي كانت لدين المدين الأصلي، فإذا كان هذا الدين تجاريا إعتبر كذلك بالنسبة للمحال عليه.

ثانياً: تبقى للدين المحال به تأميناته دون حاجة إلى إتفاق خاص بذلك، لأن الحوالة تقتصر على إبدال المدين مع بقاء الدين ذاته (م ٢/٣١٨) غير أنه استثناء من هذا الحكم لا يبقى كفيل المدين الأصلي عينيا كان أو شخصيا، ملتزما قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة (م ٢/٣١٨) لأن الكفالة عقد قوامه ثقة الكفيل بالمدين الذي يكفله، وقد لا يرتضى الكفيل كفالة المدين الجديد لأنه أقل ملاءمة من المدين الأصلي، أو لأنه يخشى معاملته في الوفاء.

ثالثاً: يتفرع على قاعدة الإستخلاف على الدين تخويل المحال عليه حق التمسك بما كان للأصيل من الدفع وأوجه الدفع. ولهذا نصت

المادة ٣٢٠ على أن للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها. كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة.

والدفع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها هي الدفع المتعلقة بالدين المحال به، كالدفع بالبطلان أو بوجود عيب من عيوب الإرادة.

كذلك للمحال عليه التمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة، كالدفع بالبطلان، إذا كانت الحوالة باطلة أو قابلة للإبطال.

وأخيراً للمحال عليه أن يتمسك في مواجهة الدائن بالدفع الخاصة بشخصه كالدفع بالمقاصة بين حق له على الدائن والدين المحال به. أما الدفع الخاصة بشخص المحيل فلا يجوز له التمسك بها، من ذلك الدفع بالمقاصة أو بالحق في الحبس لدين على الدائن للمدين الأصلي.

(٢٣٧) علاقة الدائن بالمحيل،

يظل المدين الأصلي ملزماً بالدين طالما لم يقر الدائن الحوالة، أما إذا أقرها فتبرأ ذمة هذا المدين لأن المحال عليه قد التزم بالدين بدلاً منه. غير أنه لما كان من غير المعقول أن يقر الدائن الحوالة إلا إذا وثق من يسار المحال عليه، فقد نصت المادة ٣١٩ على أنه «يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك». ومعنى هذا النص أن براءة ذمة المدين الأصلي براءة نهائية معقودة بيسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة، فإذا كان المحال عليه معسراً في ذلك الوقت، وكان الدائن يجهل هذا الإعسار فلا تبرأ ذمة المدين الأصلي في هذه الحالة ويسرى هذا الحكم من باب أولى متى كان هذا الجهل راجعاً

إلى تدليس أو إلى عيب آخر من عيوب الرضا ويدهي أنه من الجائز الإتفاق على عكس هذه القاعدة، أي أنه من الجائز أن يبرأ الدائن ذمة المدين الأصلي نهائيا بالرغم من اعسار المحال عليه. ويعتبر الدائن قد أَعْفَى مدينه الأصلي من ضمان يسار المحال عليه، إذا كان عالما وقت الإقرار باعسار هذا الأخير.

الفصل الثاني

صورة خاصة لحوالة الدين

(٣٢٨) الحوالة بإتفاق الدائن والمحال عليه:

كما تنعقد الحوالة بإتفاق بين المدين والمحال عليه، فكذلك تنعقد بإتفاق بين الدائن والمحال عليه، وعلى هذا نصت المادة ٣٢١ بقولها: «١- يجوز أيضا أن تتم حوالة الدين بإتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا محل المدين الأصلي في التزامه، ٢- وتسرى في هذه الحالة أحكام المادتين ٣١٨ و ٣٢٠/١».

ولا يشترط لإنعقاد الحوالة في هذه الصورة شكل خاص، وتسرى القواعد العامة في شأن إثبات انعقادها، كما أن الرضاء فيها قد يكون صريحا أو ضمنيا بيد أنه يشترط، على أي حال، أن يفرغ رضاء الطرفين. بحيث يتيسر للدائن أن يفهم أن المحال عليه لم يقصد الإشتراك في المسؤولية عن الدين أو إلى الإلتزام به على سبيل التضامن، بل إلى إحلال نفسه محل المدين الأصلي في أدائه.

ويراعى أن الحوالة ترد على جميع الديون، لافرق في ذلك بين ما يكون مؤجلا أو معلقا، أو مستقبلا، وهي تنعقد صحيحة في هذه الصورة الأخيرة. ولكنها تكون مشروطة بوجود الدين، ويكون شأن التزام المحال عليه شأن التزام المدين الأصلي به عند إنعقاد الحوالة.

ولا يشترط رضاء المدين الأصلي بالحوالة، في هذه الصورة، فهي تنعقد صحيحة سواء أقرها أو مانع فيها، لأنه إذا كان الوفاء يجوز من غير المدين

ولو بغير علمه أو رغم معارضته، فكذلك يجوز أن يتحمل الغير الدين عن المدين دون حاجة إلى رضاه.

وترتب الحوالة التي تنعقد بين الدائن والمحال عليه، فضلا عن براءة ذمة المدين جميع آثار الحوالة التي تنعقد بين المدين الأصلي والمحال عليه. فتبقى تأمينات الدين لضمان الوفاء به، عدا الكفالة، فلا تبقى إلا برضاء الكفيل بالحوالة. كذلك يكون للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفع المتعلقة بالدين المحال به، وبالدفع المستمدة من عقد الحوالة، وبأوجه الدفع الخاصة بشخصه. أما عن ضمان يسار المحال عليه فلا يلتزم به المدين الأصلي لأن الحوالة تمت بمعزل عنه.

هذا عن علاقة المدين الأصلي والمحال عليه بالدائن، أما عن علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه فيرجع في شأنها إلى سبب قبول الأخير الحوالة، فإذا لم يكن سببها نية التبرع إلى المدين الأصلي، كان للمحال عليه الرجوع عليه بقيمة الدين المحال به.

(٣٢٩) حوالة الدين المضمون برهن عقاري؛

تنص المادة ٣٢٢ على أنه ١- لا يستتبع بيع العقار المرهون رهنا رسميا إنتقال الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشتري إلا إذا كان هناك إتفاق على ذلك. ٢- فإذا إتفق البائع والمشتري على حوالة الدين، وسجل عقد البيع تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقوها أو يرفضها في ميعاد لا يجاوز ستة أشهر، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبيت برأى اعتبر سكوته إقراراً.

تتناول هذه المادة صورة عملية بالغة الأهمية، تعرض عند التصرف

فى عقار مرهون، مع تحمل الخلف بالدين الذى أنشئ الرهن لضمان الوفاء به. ذلك أن إنشاء رهن رسمى لضمان الوفاء بالدين يجعل عنصر المسئولية العينية أغلب من عنصر المسئولية الشخصية، وبعبارة أخرى يصبح حق الرهن الرسمى فى هذه الحالة أصلا، ولا يكون لمسئولية المدين الشخصية عن الدين إلا منزلة الفرع من حيث التبعية. والغالب أن من يتصرف فى العقار المرهون يقصد إلى نقل الدين إلى الخلف والتحلل من المسئولية عنه، إذ ليس أسوأ من مركز مدين يظل مسئولا عن الدين شخصا، فى خلال فترة طويلة، بعد أن يكون قد تصرف فى العقار الذى رهن لضمان الوفاء بالدين. لذلك كان للمدين عند بيع العقار المرهون الإتفاق مع المشتري على أن يتحمل عنه الدين المضمون بالرهن، غير أن مثل هذه الحوالة لا تفترض من مجرد بيع العقار المرهون بل يجب الإتفاق عليها.

ولما كانت هذه الحوالة قد تضر بمصالح الدائن، لأن قيمة العقار المرهون أقل من قيمة الدين، أو لأن الرهن متأخر فى المرتبة، وكان الدائن يعتمد على باقى أموال المدين الأصلية فى استيفاء حقه، أو كان المدين الجديد هو المشتري لا تتوافر فيه ضمانات الملاءمة كما تتوافر فى المحيل، قرر المشرع عدم نفاذ الحوالة فى حق الدائن إلا إذا أقرها.

وهذا الإقرار قد يكون فعليا وقد يكون حكما مستفادا من سكوت الدائن عن إبداء رأيه فى خلال مدة معينة من إعلانه بالحوالة، وهذه هى الخصيصة التى تتميز بها هذه الصورة من حوالة الدين عن صورتها العادية ذلك أنه إذا أعلن الدائن بالحوالة - والإعلان يجب أن يكون رسميا أى على يد محضر - تعين عليه الإفصاح عن رأيه فى خلال ستة أشهر، فإن سكت

إعتبر سكوته إقراراً للحوالة . ومدة الستة أشهر تبدأ من تاريخ الإعلان إذا وقع بعد تسجيل عقد بيع العقار المرهون، أما إذا تم الإعلان قبل هذا التسجيل، فلاتحتسب المدة إلا من تاريخ التسجيل.

الكتاب الثالث انقضاء الالتزام

(٣٤٠) أسباب الإنقضاء،

أسهب التقنين المدني السابق في إيراد الأحكام الخاصة بأسلوب إنقضاء الالتزام أسباباً أو في على الغاية، دون أن يتهج بشأنها نظاماً منطقياً، أما التقنين المدني الجديد فقد رد هذه الأسباب إلى ثلاثة طوائف جامعة، وهي:

أولاً: إنقضاء الالتزام بالوفاء، وهو السبب المألوف في أداء الحقوق.

ثانياً: إنقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، ويتحقق ذلك في الوفاء بمقابل والتجديد، والإنابة، والماقصة، وإتحاد الذمة.

ثالثاً: إنقضاء الالتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء، أو ما يعادل الوفاء، ويكون ذلك في الإبراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم المسقط.

الباب الأول الوفاء

(٣٤١) التعريف بالوفاء ونوعاه:

الوفاء هو الطريق الطبيعي لإنقضاء الالتزام لأنه يتمثل في تنفيذ ذات الالتزام الذي تعهد به المدين أيا كان محله . أى سواء أكان محله دفع مبلغ من النقود، أو تسليم شيء، أو القيام بعمل .. الخ، وبذلك يختلف المعنى القانوني للوفاء، عن معناه الدارج إذ يقتصر في المعنى الأخير على النقود كمحل للالتزام.

والوفاء يفترض وجود التزام على الموفى، ولذا يتعين على من وفى عن غلط إقامة الدليل على عدم وجود هذا الالتزام، إذا أراد استرداد ما وفى .

والوفاء كما يعتبر سببا لإنقضاء الالتزام، فكذلك يعتبر طريقا لتنفيذه، ولذا تعالج بعض التشريعات كالتقنين السويسرى والتقنين البولونى، أحكام الوفاء عند بحث قواعد التنفيذ، أما التقنين المدنى المصرى فقد جرى على التقليد اللاتينى، فعزل الأحكام المتعلقة بالوفاء عن الأحكام المتعلقة بآثار الالتزام.

والوفاء قد يكون بسيطاً Paiement pur et simple . وهذه هي الصورة العادية له، وقد يكون وفاء مع الحلول إذا قام غير المدين بوفاء دين الدائن وحل محله فى الرجوع على المدين Paiement avec subrogation وستتناول فيما يلى كل نوع من هذين النوعين .

الفصل الأول الوفاء البسيط

(٢٤٢) خطة البحث:

سنتناول في بحث الأحكام العامة في الوفاء، الكلام: أولاً: في طرفي الوفاء، ثانياً: في كيفية الوفاء من حيث زمان ومكان الوفاء، ومصاريفه، وإثباته، والعرض الحقيقي.

الفرع الأول

طرفا الوفاء

(٢٤٣) الموفي والموفي له:

قد يقع الوفاء من المدين أو من شخص من الغير، والوفاء يتم للدائن أو لمن له صفة استيفاء الدين. وعلى ذلك سنتكلم أولاً في الموفي، وثانياً في الموفي له.

المبحث الأول

الموفي

(٢٤٤) النصوص القانونية:

تنص المادة ٢٢٣ على أنه ١- يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة في الرفاء، وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨. 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 المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض،.

وتقضى المادة ٣٢٤ بأنه 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،.

وتقرر المادة ٣٢٥ أنه ١- يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذى وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه. ٢- ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضى به الإلتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى،. وظاهر من هذه النصوص أن الوفاء قد يحصل من المدين أو من شخص من الغير، وأنه فى الإلتزام بإعطاء شيء يتعين مراعاة شروط معينة حتى يقع الوفاء صحيحاً.

(٣٤٥) الوفاء من المدين أو من الغير؛

الأصل أن يتم الوفاء من المدين نفسه لأنه صاحب المصلحة فى قضاء الدين، وقد يتولاه عنه نائبه سواء أكانت نيابة قانونية أو اتفاقية كالولى والوصى أو القيم والوكيل. وقد يتم الوفاء من غير المدين، وهذا الغير قد تكون له مصلحة فى الوفاء بالدين كما لو كان كفيلاً أو مديناً متضامناً أو حائزاً لعقار مرهون لضمان هذا الدين، وقد لا تكون للغير مصلحة فى الوفاء، ولكن يقوم به إما لرغبته فى التبرع للمدين بقيمة الدين الذى وفاه عنه، وأما لأنه فضولى ورأى أن يقى المدين شر إجراءات التنفيذ القهرى المهدد بها على أمواله.

والأصل أنه ليس للدائن رفض الوفاء من غير المدين، بل هو ملزم بقبوله إلا في حالتين: الأولى: إذا نص في الإتفاق المنشئ للالتزام أو استوجبت طبيعته أن يقوم به المدين بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غيره (م ٢٠٨). كما لو كانت شخصية المدين ملحوظة في الالتزام لكفاءة فنية أو لصفة خاصة فيه. الثانية: إذا كان الغير الذي يريد الوفاء بالدين لامصلحة له في ذلك، واعتراض المدين على قبول الوفاء منه وأبلغ الدائن هذا الاعتراض. وفي هذه الحالة يكون الدائن حرا بين قبول الوفاء من الغير أو رفضه، ولو أنه من الصعب تصور رفض الدائن للوفاء في هذه الحالة.

وإذا تم الوفاء من غير المدين كان للموفى الرجوع على المدين بما دفعه إلا إذا كان متبرعا. ورجوع الغير على المدين يكون بدعوى الفضالة إذا تم الوفاء بغير علم هذا الأخير، وبدعوى الوكالة إذا أقر المدين بعد ذلك هذا الوفاء، أما إذا تم الوفاء رغم إعتراض المدين، أو كان الموفى وقت الوفاء معتقدا أنه يفي دين نفسه، فيكون الرجوع على أساس الإثراء بلا سبب.

هذا ويلاحظ أن للمدين الذي حصل الوفاء رغم إعتراضه أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلا أو بعضا، إذا أثبتت أن له أية مصلحة في الإعتراض على الوفاء، كما هو الشأن في حالة المقاصة القضائية، وكما هو الأمر فيما لو كان المدين ممتنعا عن الوفاء حتى يقوم الدائن بتنفيذ التزام عليه مرتبط بالتزام المدين.

(٢٤٦) الوفاء بالتزام بإعطاء شيء؛

إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء فيشترط لصحة الوفاء به، سواء كان الموفى هو المدين أو الغير، شرطان نصت عليهما المادة ٣٢٥، وهما: ١- أن

يكون الموفى مالكا للشيء الذى وفى به . ٢- أن يكون الموفى أهلا للتصرف فى الشيء محل الوفاء .

وحكمة اشتراط أن يكون الموفى مالكا لما وفى به، أن الوفاء بالتزام بنقل حق عينى تتوافر فيه حقيقة التصرف، ولذا لا يقع صحيحا إذا لم يكن الموفى مالكا لما وفى به، لأنه سيمتنع عليه تمليك الدائن ماوفاه . والذى له الحق فى طلب إبطال الوفاء فى هذه الحالة هو الدائن، ومصالحته فى ذلك ظاهرة، وهى تجنب رجوع الملك الحقيقى عليه من ناحية، وحمل الموفى على إعادة الوفاء صحيحا من ناحية أخرى.

هذا فيما يتعلق بحق الدائن فى طلب إبطال الوفاء، أما فيما يتعلق بالموفى . فمن الشراح من يرى أن له إسترداد الشيء من الدائن على أن يقوم بالوفاء من جديد، وأن دعواه فى هذا الشأن تعتبر دعوى من نوع خاص، لأنه ليس مالكا لما وفى به حتى يلجأ إلى دعوى الاستحقاق أو إلى دعوى دفع غير المستحق إلا أننا نرى أنه ليس للموفى إسترداد ماوفاه لأنه ليس مالكا له، وأن ليس له طلب إبطال الوفاء، لأن هذا الحق قاصر على الدائن قياسا على بيع ملك الغير أما بالنسبة للمالك الحقيقى، فبديهى أن له الرجوع على الدائن بدعوى الاستحقاق إذا كان لا يزال حائزا للشيء، وإذا امتنع عليه استرداده من الدائن لأن هذا الأخير قد تملكه بالتقادم إذا كان عقارا، أو بالحيازة إذا كان منقولا، رجع على الموفى بالتعويض .

أما علة اشتراط أهلية التصرف فى الموفى، فهى أن الوفاء عمل إرادى من أعمال التصرفات به ينتقل الحق على الشيء من الموفى إلى الموفى له، فإذا لم يكن الموفى أهلا للتصرف كان الوفاء قابلا للإبطال لمصلحته وحده

دون الدائن . وتتحقق مصلحة الموفى فى التمسك بالإبطال وإسترداد ما أوفى به، إذا كان قد عجل الوفاء وأراد أن ينتفع بفسحة الأجل، أو إذا كان يريد الوفاء بشىء آخر مما يرد التخيير عليه فى إلتزام تخييري ثبت له الخيار فيه، أو إذا كان قد أوفى بشىء من الصنف الجيد ولم يكن مطالباً إلا بصنف متوسط . أما إذا لم يلحق الموفى ناقص الأهلية أى ضرر من الوفاء، فإنه يمتنع عليه التمسك بالبطلان . وطبيعى أن شرط الضرر متوافر دائماً إذا كان الموفى ناقص الأهلية من الغير، أى لم يكن هو المدين .

المبحث الثاني

الموفى له

(٢٤٧) النصوص القانونية:

تنص المادة ٣٣٢ على أنه «يكون الوفاء للدائن أو لوائيه . ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون لدائن شخصياً . وتقضى المادة ٣٣٣ بأنه «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 فى حيازته . وظاهر من هاتين المادتين أن الوفاء يكون للدائن أو لوائيه، وأن الوفاء لغير الدائن لا يترتب عليه إنقضاء الإلتزام إلا فى حالات إستثنائية معينة .

(٢٤٨) الوفاء للدائن:

الأصل أن الدائن هو ذو الصفة فى إستيفاء الدين، وله أن ينيب عنه وكيلاً فى ذلك . ويتعين على الوكيل فى مثل هذه الحالة أن يقيم الدليل على

صفته وفقاً للأحكام العامة في الوكالة. على أن المشرع قد جعل من التقدم بمخالصة صادرة من الدائن قرينة كافية في ثبوت صفة استيفاء الدين لمن يحمل تلك المخالصة، ما لم تنتف دلالة هذه القرينة بالإتفاق على وجوب الوفاء للدائن شخصياً. فإذا إتفق على ذلك كان للمدين أن يرفض الوفاء لمن يتقدم له بالمخالصة الصادرة من الدائن حتى يستوثق من ثبوت صفته في استيفاء الدين (م ٣٣٢).

ويشترط لصحة الوفاء أن يكون الدائن أهلاً لاستيفاء الدين، فإذا كان قاصراً وجب أن يتم الوفاء لنائبه القانوني كالمولى أو الوصي. فإذا حصل الوفاء مع ذلك للقاصر كان قابلاً للإبطال، ولا يزول عنه هذا العيب إلا إذا أجاز القاصر بعد بلوغ سن الرشد.

على أن الوفاء لناقص الأهلية وأن كان معيباً، إلا أنه يبرئ ذمة المدين من الدين بقدر ما عاد على القاصر من منفعة بسبب هذا الوفاء، وعبء إثبات هذه المنفعة على المدين الموفى وليس على القاصر الموفى له، ويعتبر من قبيل المنفعة إنفاق القاصر الدين الذي استوفاه في شراء عين أو في ترميم عقار له.

أخيراً تثبت صفة استيفاء الدين لمن يخلف الدائن خلافة عامة كالوراث، أو خلافة خاصة كالمحال له بالحق.

(٢٤٩) الوفاء للغير:

إذا تم الوفاء لغير الدائن أو لغير ذي صفة في استيفاء الدين، فلا تبرأ ذمة المدين من الدين، ويتعين عليه الوفاء به ثانية للدائن، لأن القاعدة أن من يفى بالدين غلطاً يفى به مرتين Qui paie mal paie deux fois غير أنه

يستثنى من هذه القاعدة حالات ثلاث ذكرتها المادة ٣٣٣، وهذه الحالات هي:

أولاً: إقرار الدائن للوفاء: ذلك أنه إذا أقر الدائن الوفاء الحاصل للغير سرى هذا الوفاء في حقه بالنسبة لعلاقته بالمدين. أما بالنسبة لعلاقته بالموفى له، فقد يقصد التبرع له بقيمة الدين الذي استوفاه، أو قصد يقصد تنصيبه وكيلًا عنه في قبض الدين، وفي هذه الحالة الأخيرة يتعين على الموفى له تقديم حساب للدائن عن وكالته، وفقا للقواعد العامة في الوكالة.

ثانياً: إذا عادت على الدائن منفعة من هذا الوفاء ويقدر هذه المنفعة. مثال ذلك أن يقوم المدين بوفاء الدين لدائن الدائن دون أن يطالبه هذا الأخير بالوفاء، ففي هذه الحالة تبرأ ذمة المدين بقدر ما إنقضى من دين على دائنه للموفى له.

ثالثاً: إذا تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته ويطلق على مثل هذا الشخص اسم الدائن الظاهر Creancier apparent ويشترط لصحة الوفاء في هذه الحالة شرطان.

(أ) أن يكون الموفى له قد ظهر بمظهر صاحب الحق، كوارث يظهر فيما بعد أنه محجوب بوارث آخر، (الوارث الظاهر)، أو موصى له يتبين فيما بعد بطلان الوصية الصادرة له. هذا ويلاحظ أنه لا يقصد بالدائن الظاهر من يجوز سند الدين، بل يقصد به من يظهر أمام الجميع بمظهر صاحب الحق، أما حيازة سند الدين فقد تكون عنصراً من العناصر التي يستند إليها المظهر الخداع للدائن الظاهر.

(ب) أن يكون المدين الذي وفي للدائن الظاهر حسن النية، أي معتقداً

أنه يفى بالدائن الحقيقي، وحسن النية هذا، بالإضافة إلى الوضع الظاهرة للموفى له هو الذي حمل المشرع على تقرير صحة الوفاء في هذه الحالة حماية للمدين.

وإذا وقع الوفاء صحيحاً في هذه الحالة لإجتماع الشرطين السلفي الذكر، لم يبق أمام الدائن إلا الرجوع على الموفى له. ويكون أساس هذا الرجوع هو المسؤولية التقصيرية إذا كان الدائن الظاهر سىء النية وقت الوفاء، أى يعلم ألا حق له فيما يستوفيه، وإرتكب بذلك خطأ يسأل عنه، أو دعوى الإثراء بلا سبب إذا كان حسن النية، معتقداً وقت إستيفاء الدين أنه صاحب الحق فيه.

الضلع الثاني

كيفية الوفاء

(٢٥٠) منهج البحث:

تثير دراسة كيفية الوفاء مسائل ثلاث وهى:

أولاً: محل الوفاء. ثانياً: زمان ومكان ومصاريف الوفاء وإثباته، وهو ما يعرف بأوضاع الوفاء. ثالثاً: الاعذار والعرض الحقيقي.

المبحث الأول

محل الوفاء

(٢٥١) النصوص القانونية:

تنص المادة ٣٤١ على أن الشئ المستحق أصلاً هو الذى به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شئ غيره، ولو كان هذا الشئ مساوياً له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى.

وتقضى المادة ٣٤٢ بأنه ١- لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئيا لحقه، ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

٢- فإذا كان الدين متنازعا فى جزء منه وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء.

وتقرر المادة ٣٤٣ أنه إذا كان المدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد وكان ما أداه لايفى بالدين مع هذه الملحقات خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين، كل هذا مالم يتفق على غيره.

وجاء فى المادة ٣٤٤ أنه إذا تعددت الديون فى ذمة المدين، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد، وكان ما أداه المدين لايفى بهذه الديون جميعها، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذى يريذ الوفاء به. مالم يوجد مانع قانونى أو إتفاقى يحول دون هذا التعيين.

وورد فى المادة ٣٤٥ أنه إذا لم يعين الدين على الوجه المبين فى المادة السابقة، كان الخصم من حساب الدين الذى حل، فإذا تعددت الديون الحالة فىمن حساب أشدها كلفة على المدين، فإذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن.

وهذه المواد تتناول بيان ما على المدين الوفاء به، وحكم الوفاء الجزئى، وكيفية احتساب الخصم فى حالة تعدد الديون، وهو ما سنتناوله فيما يلى:

(٢٥٢) الوفاء بالشيء المستحق:

الأصل أن يكون الوفاء بعين ما التزم به المدين، سواء كان الإلتزام بإعطاء شيء أو كان الإلتزام بعمل أو بإمتناع عن عمل. وهذه القاعدة

المقررة لمصلحة الدائن لايجوز الخروج عليها بصفة عامة إلا بموافقة، فلايجوز للمدين أن يلزم الدائن بقبول شيء آخر غير الشيء المستحق ولو كان مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى (م ٣٤١) إلا إذا إرتضى الدائن الاعتياض أى الوفاء بمقابل Dation en paiement أو كان الإلتزام التزاما بدليا.

وإذا كان محل الإلتزام شيئا معيننا بالنوع، فليس على المدين، إذا لم تذكر درجة الجودة، إلا الوفاء بشيء من الصنف المتوسط، بمعنى أنه لايلزم بالوفاء بشيء من أجود صنف، كما لايجوز له الوفاء بشيء من أردىء صنف (م ١٣٣/٢). وإذا كان محل الإلتزام شيئا معيننا بالذات، عقاراً كان أو منقولاً، وجب على المدين تسليمه إلى الدائن بالحالة التى هو عليها وقت الوفاء، إلا إذا اتفق على غير ذلك، هذا مع ملاحظة ماتقضى به المادة ٢٠٦ من أن «الإلتزام بنقل حق عينى يتضمن الإلتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم»، وأن المدين يسأل عن هلاك الشيء بعد اعداره ولو كان الهلاك قبل الإعدار على الدائن (م ٢٠٧/١)، إلا إذا أثبت المدين أن الشيء كان يهلك عند الدائن لو أنه سلم إليه، كل هذا مالم يكن المدين قد قبل تحمل تبعه الحوادث المفاجئة (م ٢٠٧/٢) وقد سبق بحث هذا الموضوع عند دراسة التنفيذ العينى.

(٢٥٣) عدم جواز تجزئة الوفاء:

إذا كان الدين معين المقدار مستحق الأداء، فلايجوز أن يلزم الدائن بقبول الوفاء بجزء منه ولو كان هذا الدين قابلاً للإنقسام، وهذه القاعدة لاتنصرف فقط إلى أصل الدين بل تسرى كذلك بالنسبة للملحقاته

كالمصاريف والفوائد، فلا يجوز للمدين إجبار الدائن على قبول الوفاء بأصل الدين منفصلاً عن ملحقاته.

على أن الحكم السابق في شأن عدم تجزئة الوفاء لا يجرى على إطلاقه، بل ترد على استثناءات معينة: فقد يتفق في العقد على تحويل المدين حق تجزئة الوفاء، وقد ينظر القاضى المدين إلى آجال ينفذ فيها التزامه (م ٢/٣٤٦)، وقد يبيح القانون هذه التجزئة كما هو الشأن في المقاصة وبها ينقضى الدينان بقدر الأقل منهما.

وكما يجوز للدائن التمسك بقاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء، فكذلك يجوز للمدين التمسك بها، فله أن يصر على أداء الدين بأسره، ولو قبل الدائن الإقتصار على استيفاء جزء منه. غير أنه إذا كان الدين متنازعا فيه وأقر المدين بجزء منه فليس له أن يمتنع عن الوفاء بهذا الجزء متى طالب به الدائن، بدعوى التريث حتى يحسم النزاع في الجزء الآخر، ويتيسر له قضاء حق الدائن كاملاً (م ٢/٣٤٢).

(٢٥٤) تعدد الديون من جنس واحد واحتساب الخصم؛

إذا تعددت الديون في ذمة المدين لدائن واحد، وكانت جميعها من جنس واحد كنفود مثلا، وأدى المدين مبلغا لا يفي بها جميعا، فعلى أى أساس يكون احتساب الخصم أى تعيين جهة الدفع؟ تعرض هذه المسألة في حالتين: الأولى إذا كان المبلغ الذى دفعه المدين لا يفي للوفاء بأصل الدين وما يتبعه من ملحقات كمصاريف وفوائد. والثانية حيث تعدد الديون المتحدة جنسا في ذمة المدين لدائن واحد، وقد عالج المشرع هاتين الحالتين في المواد ٣٤٣/٣٤٥ السابق ذكرها.

والقواعد الواجبة الإتباع فى شأن الحالة الأولى، أنه إذا كان المدين ملزماً بأداء دين واحد وما يتبعه من مصروفات وفوائد وكان له أن يجزىء الوفاء، وجب أن يخصم ما يؤديه من حساب المصروفات ثم من حساب الفوائد ثم من أصل الدين، ما لم يتفق على غير ذلك.

أما القواعد التى يعمل بها فى الحالة الثانية، فهى أنه إذا تعددت الديون واتحدت جنساً، كان للمدين الخيار فى تعيين ما يقصد إلى وفائه منها. ويكن إختياره واجب الإحترام، ما لم يحل دون ذلك مانع إتفاقى، كما لو إتفق على أن يبدأ الوفاء بدين معين: أو مانع قانونى كما لو إختيار الخصم من دين مضاف إلى أجل ضرب لمصلحة الدائن، أو من دين لا تجوز فيه تجزئة الوفاء وكان المبلغ الذى دفعه أقل من قيمة هذا الدين.

وإذا لم يعين المدين الدين الذى يريد قضاءه، فيكون الخصم من حساب الدين المتسحق الأداء، فإذا توافر هذا الوصف فى عدة ديون فمن حساب أشد هذه الديون كلفة على المدين، ويعتبر الدين أشد كلفة إذا كان يغل فائدة، أو كان ثابتاً فى سند تنفيذى، أو كان لا يتقدم إلا بالمدة الطويلة، أو كان مضموناً بتأمين الرهن، أو كان يجوز فيه الحبس كوسيلة للقهر على الوفاء. فإذا تساوت الديون فى الكلفة فيكون الخصم من حساب الدين الذى يعينه الدائن.

المبحث الثانى

أوضاع الوفاء

(٢٥٥) منهج البحث:

سنتناول فى دراسة أوضاع الوفاء بحث: زمان ومكان الوفاء، مصاريف الوفاء، إثبات الوفاء.

(٢٥٦) زمان الوفاء:

يتعين الوفاء بالالتزام في الوقت الذي يصبح فيه مستحق الأداء. والالتزام يعتبر بصفة عامة مستحق الأداء بمجرد نشوئه إذا كان التزاماً قانونياً، كذلك يعتبر الالتزام واجب الأداء فور نشوئه إذا كان التزاماً إرادياً، ما لم يكن هذا الالتزام مضافاً إلى أجل واقف أو معلقاً على شرط واقف، وهذا هو المعنى المستفاد من قول المادة ١/٣٣٦ أنه «يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك». على أن إستحقاق أداء الإلتزام لا يمنع من تأجيل تنفيذه بناء على نظرة الميسرة التي قد يمنحها القاضى للمدين.

(٢٥٧) نظرة الميسرة:

تنص المادة ٢/٣٤٦ على أنه «يجوز للقاضى في حالات إستثنائية، إذا لم يمنعه نص فى القانون أن يندّر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا إستدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم». وظاهر من هذا النص أن نظرة الميسرة هى مهلة تمنح للمدين حسن النية بشروط معينة هى:

- ١- أن يصدر بها حكم قضائى.
- ٢- ألا يوجد نص فى القانون يمنع القاضى من إعطاء هذه المهلة كنص المادة ١٥٦ من القانون التجارى التى تقرر أنه «لايجوز للقضاه أن يعطوا مهلة لدفع قيمة الكمبيالة».
- ٣- أن يراعى القاضى ظروف كل من المدين والدائن، فيجب أن يكون المدين حسن النية وأن يكون فى إمهاله فى تنفيذ التزامه مايمكنه من الوفاء

دون إرهاب له، وألا يكون في هذا التأجيل ما يلحق بالدائن ضرراً جسيماً، ألا يكون مثلاً قد اعتمد بدوره على إستيفاء هذا الدين في ميعاده لسداد ديون عليه، يترتب على عدم الوفاء بها شهر إفلاسه أو إعساره .

والأصل أنه يجوز للقاضي أن يمهل المدين إلى أجل معقول أو إلى آجال ينفذ فيها التزامه، سواء كان هذا الإلتزام قانونياً أو إرادياً، وسواء كان عادياً أو مضموناً بتأمين خاص، وسلطة القاضي في هذا الشأن مطلقة لاتعقيب عليها من محكمة النقض .

هذا ويلاحظ ماسبق أن ذكرناه من أن نظرة الميسرة لاثحول دون وقوع المقاصة بين الدين الذي تقرر إمهال المدين في الوفاء به وبين دين له على الدائن واجب الأداء، كما أنها لاتمتع الدائن من مشاركة غيره من الدائنين في إجراءات التنفيذ على أموال المدين إذا كانوا قد شرعوا فيها، وفي هذا تختلف نظرة الميسرة عن الأجل بالمعنى الفنى . أخيراً تسقط نظرة الميسرة إذ أخل المدين بالشروط التي علق عليها القاضي إمهاله في الوفاء بالتزامه .

(٢٥٨) مكان الوفاء،

إذا كان الإلتزام إرادياً وجب الرجوع إلى إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لتحديد مكان الوفاء، فإذا لم تتبين هذه الإرادة أو كان الإلتزام قانونياً، وجب الرجوع إلى الأحكام التي أوردها المشرع في المادة ٣٤٧ التي تنص على أنه ١- إذا كان محل الإلتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الإلتزام، ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢- أما في الإلتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه

مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال، . أى أنه وفقاً لهذا النص يفرق بين الأشياء المعينة بالذات وبين الأشياء المعينة بالنوع فالأولى يكون الوفاء بها فى مكان وجودها وقت نشوء الالتزام، مالم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك، على حين أن الثانية يكون الوفاء بها فى موطن المدين وقت استحقاق الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله، لأن القاعدة بالنسبة لهذه الأشياء كالنقود مثلاً أن على الدائن أن يسعى إلى استيفاء حقه دون أن يسعى المدين إلى الوفاء به، ويعبر عن هذه القاعدة بأن الدين مطلوب لا محمول، La dette est querable et non protable .

(٢٥٩) مضاريف الوفاء،

تنص المادة ٣٤٨ على أنه «تكون نفقات الوفاء على المدين، إلا إذا وجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك». فمثلاً فى عقد البيع يلتزم المبيع بتسليم المبيع، ويعتبر مضاريف التسليم نفقات نقل المبيع إلى مكان التسليم إذا كان وقت البيع موجوداً فى مكان آخر، ونفقات إعداد المبيع للتسليم كالحزم مثلاً، ونفقات فرز المبيع تمهيداً لتسليمه بالمقاس أو الوزن أو الكيل أو العد، ونفقات الرسول المكاف بتسليم مستندات التملك أو مفاتيح المنزل المبيع أو مفاتيح البناء الذى يحتوى المبيع إلى المشتري، ونفقات شطب الرهن المرتب على المبيع.

والحكم السابق القاضى بتحميل المدين نفقات الوفاء، لا يعمل به إذا وجد إتفاق أو نص يقضى بغيره، من ذلك أن يتفق فى عقد البيع على أن يكون التسليم خالصاً من أجل النقل والرسوم الجمركية، وفى هذه الحالة يتحمل البائع هذه النفقات بدلاً من المشتري كما هو الأصل.

(٣٦٠) إثبات الوفاء:

يخضع الوفاء للقواعد العامة في الإثبات، ولذا يتعين إثباته بالكتابة إذا زادت قيمة الالتزام الموفى به عن عشرة جنيهاً. وعقب إثبات الوفاء على الموفى، وهو غالباً المدين، لأن الدائن لا يكلف إلا بإثبات وجود الالتزام. وقد نظم المشرع طريقة الحصول على الدليل الكتابي المثبت للوفاء بما قرره في المادة ٣٤٩ من أنه ١- لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وقاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء. فإذا وفى الدين كله كان له أن يطلب رد سند الدين أو الغاءه، فإن كان السند 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. إذا وفقاً لهذه المادة يتعين على الدائن في حالة الوفاء الجزئي بالالتزام أن يعطى الموفى، سواء أكان المدين نفسه أم الغير، مخالصة بما أدى مع التأشير على سند الدين بما يفيد هذا الوفاء الجزئي. فإذا تناول الوفاء جملة الالتزام تعين رد سند الدين إلى الموفى أو الغاءه. فإذا كان السند قد ضاع وجب على الدائن تقديم إقرار كتابي بذلك إلى الموفى، فإن أبى الدائن شيئاً من كل ذلك، كان للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً، ليتوافر له بذلك الدليل المطلوب.

هذا ويلاحظ أن المشرع قد استثنى المخالصات من حكم ثبوت التاريخ لكي تكون حجة على الغير، إذ بعد أن قرر في الفقرة الأولى من المادة ٣٩٥ أنه «لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت»، نص في الفقرة الثانية منها على أنه «ومع ذلك يجوز للقاضي

تبعاً للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات، وهذا الإستثناء قد جرى به القضاء منذ عهد بعيد نزولاً على عرف التعامل في عدم اشتراط ثبوت المخالصات بيد أن نطاق هذا العرف يتناول المخالصات العادية فحسب دون المخالصات التي ترتب حقا في الحلول، لأن هذا النوع الثاني من المخالصات لا يقتصر على إثبات الرفاء، بل يتضمن بجانب ذلك حلول الموفى محل الدائن في الحق الذي كان لهذا الأخير أي أن للقاضي تبعاً للظروف أن يقر أو لا يقر حجية التاريخ العرفي للمخالصات العادية في مواجهة الغير وفقاً لما سيتبين له من واقع الدعوى.

المبحث الثالث

إعذار الدائن والعرض الحقيقي

(٣٦١) إمتناع الدائن عن قبول الوفاء؛

رأينا أن الوفاء يقع بإتفاق بين الدائن والمدين، غير أنه قد يحدث أو يمتنع الدائن عن قبول الوفاء، أما تعنتنا منه، وأما لخلاف بينه وبين المدين على أمر من أمور الوفاء، سواء تعلق هذا الأمر بموضوع الإلتزام، أو بطريقة تنفيذه، أو بميعاد إستحقاقه ولما كان من مصلحة المدين أن يبادر بالوفاء ليبراً ذمته دون إنتظار الفصل في هذه المنازعة، فقد هياً له المشرع طريقاً إلى ذلك، هو طريق العرض الحقيقي والإيداع، وهو يقوم مقام الوفاء وأن كان يتم بداهة بالإرادة المنفردة للمدين.

والعرض الحقيقي لا يتصور إلا بالنسبة للإلتزام بإعطاء والإلتزام بعمل أما بالنسبة للإلتزام بإمتناع عن عمل - وهو التزم سلبي - فيكفي للوفاء به أن يمتنع المدين فعلاً عن كل عمل مخالف له. غير أن العرض الحقيقي يجب

أن يسبقه إجراء آخر يبعد به المدين عن نفسه شبهة التقصير ويلقى بها على الدائن، وهذا هو الإعذار، وسنبداً ببحثه قبل الكلام في العرض الحقيقي والإيداع.

(٣٣٢) الإعذار:

تنص المادة ٣٣٤ على أنه «إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء، إعتبر أنه قد تم أعذاره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمي، وظاهر من هذا النص أن المشرع قد حدد حالات ثلاث يعتبر فيها الدائن متعنتاً في عدم قبول الوفاء، وهي حالة رفض الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً، أي الوفاء المستكمل لشروطه من حيث الموضوع والميعاد وطريقة التنفيذ، دون أي مبرر، وحالة التصريح من جانبه بعدم قبول الوفاء، وأخيراً حالة إمتناعه عن القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها، كإمتناع المشتري عن التصديق على إمضائه لإجراء تسجيل عقد بيع العقار، أو إمتناعه عن تسلّم المبيع ونقله من مكان وجوده وقت البيع دون أي إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن (م٤٦٣).

واعذار الدائن، وما يتضمنه من تسجيل رفضه الوفاء، يجب أن يتم في إعلان رسمي، أي على يد محضر، ويترتب على هذا الإعذار آثار قانونية معينة نصت عليها المادة ٣٣٥ بقولها «إذا تم إعذار الدائن، تحمل تبعه هلاك الشيء أو تلفه، ووقف سريان الفوائد، وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر». أي أن الآثار التي تترتب على إعذار الدائن هي:

١- وقف سريان الفوائد إذا كان الدين يغل الفائدة.
٢- إنتقال تبعة هلاك الشيء، هلاكاً كلياً أو جزئياً من المدين إلى الدائن.

٣- جواز مطالبة الدائن بتعويض ما أصاب المدين من ضرر من جراء رفض قبول الوفاء، كما لو كان الشيء المبيع موجوداً في أحد المخازن العمومية، وتحمل البائع مصاريف تخزين إضافية بسبب عدم تسلم المشتري المبيع في الميعاد المتفق عليه.

٤- تخويل المدين حق إتخاذ إجراءات العرض الحقيقي وإتباع هذا العرض بإيداع على نفقة الدائن، وهو ما نبهت عليه فيما يلي:
(٣٦٢) العرض الحقيقي؛

تعرض التقنين المدني في المواد ٣٣٦ إلى ٣٤٠ للعرض المشفوع بالإيداع، وقد تكفل قانون المرافعات الجديد في المواد ٤٨٧ إلى ٤٩٣ ببيان الإجراءات التي تتبع بشأنهما، وظاهر من هذه المواد جميعها أن العرض الحقيقي يشتمل على مراحل ثلاث هي العرض offre ، والإيداع -Consignation وأخيراً الحكم بصحة العرض Validité de l'offre .
(٣٦٤) العرض؛

تتم هذه المرحلة بعرض النقود أو غيرها من المنقولات على الدائن في موطنه عرضاً فعلياً على يد محضر. أما بالنسبة لما لا يمكن تسليمه من الأعيان في موطن الدائن، فيتم عرضها بمجرد تكليف الدائن على يد محضر بتسلمه. ويجب أن يشتمل محضر العرض أو ورقة التكليف على بيان جنس النقود وعددها وبيان الشيء المعروض بياناً دقيقاً، وكذلك بيان

شروط العرض، مع ملاحظة أنه لا يجوز تقييد العرض بشروط تنقص من قيمته.

هذا وقد يتم العرض الفعلي حال المرافعة أمام المحكمة بدون إجراءات أخرى إذا كان من يوجه إليه العرض حاضرا، وتسلم النقود المعروضة عند رفضها لكاتب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة (م ٤٨٩ من قانون المرافعات الجديد).

(٣٦٥) الإيداع؛

إذا رفض الدائن العرض، وكان المعروض من النقود قام المحضر بإيداعه خزانة المحكمة في اليوم التالي لتاريخ المحضر على الأكثر، والإيداع يتناول المعروض مع فوائده التي استحققت لغاية يوم الإيداع وعلى المحضر إعلان الدائن بصورة من محضر الإيداع في ظرف ثلاثة أيام من تاريخه (م ٤٨٨ و ٤٩٠ مرافعات جديد). وإذا كان محل الوفاء شيئا معيناً بالذات، وكان الواجب أن يسلم في المكان الذي يوجد فيه، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء في إيداعه حتى لا يظل شاغلاً لمخازنه ومعتلا لمصالحه وأعماله فإذا كان هذا الشيء عقارا أو شيئا معداً للبقاء حيث وجد، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة (م ٣٣٦) ويقدم هذا الطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة وفقا لحكم المادة ٤٨٨ من قانون المرافعات الجديد.

وإذا كان محل الوفاء شيئا من الأشياء التي يسرع إليها التلف، أو التي يتطلب إيداعها أو حراستها نفقات لا تتناسب مع قيمتها، فيجوز للمدين بعد استئذان القاضي أن يبيعها بالمزاد العلني وأن يودع الثمن خزانة المحكمة.

ولكن إذا كان للشئ سعر معروف في الأسواق أو كان التعامل فيه متداولاً في البورصات، فلا يجوز للمدين بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر بيعه ممارسة بالسعر المعروف (م ٣٣٧).

هذا ويلاحظ أن للمدين أن يلجأ إلى الإيداع أو ما يقوم مقامه من إجراء ولو لم يعذر الدائن في حالات معينة نصت عليها المادة ٣٣٨، وهذه هي:

(أ) إذا كان يجهل شخصية الدائن أو موطنه، كما هو الشأن في وارث مجهول.

(ب) إذا كانت أهلية الدائن معدومة أو ناقصة ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء.

(ج) إذا كان الدين متنازعاً عليه بين عدة أشخاص ولم يتيسر للمدين التثبت من صاحب الحق من بينهم.

(د) إذا كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الإجراء من جانب المدين، كما لو كان هذا الأخير يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له إستيفاؤه قبل تنفيذ التزامه، فيكون له القيام بالإيداع في هذه الحالة.

(٣٦٦) الحكم بصحة العرض والإيداع:

تنص المادة ٣٣٩ على أنه «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». ذلك أن الدائن قد ينازع في صحة العرض ويطلب الحكم ببطلانه، كما أن المدين قد لا ينتظر منازعة الدائن بل يبادر بطلب الحكم بصحة العرض حتى يمنع كل نزاع مستقبلي في شأنه، ولذا نصت المادة ٤٩٠ من قانون المرافعات الجديد

على أنه «وتحكم المحكمة مع صحة العرض ببراءة ذمة المدين من يوم العرض».

أي أنه إذا صدر الحكم لمصلحة الدائن، أي صدر ببطلان العرض، زالت كافة الآثار التي ترتبت على العرض والإيداع، واسترداد المدين ما أودعه، وظلت ذمته مشغولة بالالتزام. أما إذا صدر الحكم لمصلحة المدين، أي صدر الحكم نهائياً بصحة العرض والإيداع، فتبرأ ذمة المدين من التزامه قبل الدائن إعتباراً من يوم العرض.

(٣١٧) جواز الرجوع في العرض:

تنص المادة ٣٤٠ على أنه ١- إذا عرض انمدين الدين وأتبع العرض بإيداع أو إجراء مماثل، جاز له أن يرجع في هذا العرض مادام الدائن لم يقبله، أو مادام لم يصدر حكم نهائي بصحته، وإذا رجع فلاتبرأ ذمة شركائه في الدين ولاذمة 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 أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين. وظاهر من هذا النص أنه يجب التفرقة بين فرضين فيما يتعلق بجواز الرجوع في العرض.

الأول: أنه يجوز للمدين أن يرجع في عرض لم يقبله الدائن أو لم يصدر بعد حكم نهائي بصحته، وأن يسترد من خزانة المحكمة ما أودعه متى أثبت أنه أخبر دائنه على يد محضر برجوعه في العرض، وكان قد مضى على أخباره بذلك ثلاثة أيام (م ٤٩٢ مرافعات جديد)، ويعتبر من

قبيل الرجوع قيام المدين بتوجيه المبلغ الذي أودعه أية جهة أخرى. ويترتب على رجوع المدين في هذه الحالة أن يعتبر العرض كأن لم يكن، وتظل المسؤولية عن الدين قائمة بالنسبة إليه، وبالنسبة للمتزمين معه والكفلاء.

هذا ويلاحظ أنه يجوز للدائن أن يقبل عرضاً سبق له رفضه، وأن يتسلم ما أودع على ذمته إذا لم يكن المدين قد رجع في عرضه، بشرط أخبار المدين بعزمه على التسلم قبل حصوله بثلاثة أيام على الأقل. وفي هذه الحالة يسلم الدائن للمودع لديه صورة محضر الإيداع المسلمة إليه مع مخالصة بما قبضه (م ٤٩١ مرافعات جديد).

الثاني: أنه لا يجوز للمدين الرجوع في العرض ولا استرداد الشيء المودع بعد قبول الدائن لهذا العرض أو بعد صدور حكم نهائي بصحته (م ٤٩٣ مرافعات جديد) لأن العرض في هذه الحالة يقوم مقام الوفاء (٣٣٩)، غير أنه إذا إرتضى الدائن رجوع المدين في العرض، بعد قبوله أو بعد صدور حكم نهائي بصحته، إعتبر الوفاء كأن لم يكن، دون إخلال بحقوق المتزمين مع المدين بالدين أو الكفلاء، فهؤلاء تبرأ ذمتهم نهائياً، ولا يكون لهذا الرجوع أثر بالنسبة لهم.

الفصل الثاني الوفاء مع الحلول

(٣٦٨) التعريف بالوفاء مع الحلول وفائدته:

ذكرنا أن الوفاء أما أن يتم بمعرفة المدين نفسه وفي هذه الحالة ينقضى الدين نهائياً، وأما أن يتم بمعرفة الغير، وفي هذه الحالة يكون للغير الرجوع على المدين وفقاً للقواعد العامة بدعوى شخصية، هي دعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب على حسب الأحوال، ورجوع الغير على المدين بالدعوى الشخصية إنما يكون بناء على دين جديد، له مصدر مستقل عن الدين القديم.

ولكن في رجوع الغير على المدين بالدعوى الشخصية ما يعرضه لمزاحمة باقي الدائنين، وما يستتبع ذلك من قسمة الغرماء إذا كان المدين معسراً، نظراً لعدم وجود تأمينات خاصة تضمن الوفاء بالدين الجديد، وإذا يكون من مصلحة الغير الحلول محل الدائن في الدين القديم إذا كان مضموناً بتأمينات خاصة، ومن هنا وجدت فكرة الوفاء مع الحلول *Paiment avec subrogation*.

ويمكن تعريف الوفاء مع الحلول بأنه نظام قانوني يستمر بمقتضاه الدين قائماً في علاقة الغير الموفى بالدين، بالرغم من إنقضائه في علاقة هذا الأخير بالدائن، وفائدة الوفاء مع الحلول، تتجلى بالنسبة للموفى في الحصول على توظيف مأمّن لأمواله، وبالنسبة للدائن في حصوله على حقه في وقت قد لا يستطيع المدين الوفاء له به، وبالنسبة للمدين في تجنب التنفيذ على

أمواله بمعرفة الدائن في فترة قد يتعذر فيها عليه تلافى مثل هذا الإجراء. أما بالنسبة لباقي دائني المدين فلن يضر بهم هذا الحلول. لأنه لا يترتب عليه إلا تغيير اسم الدائن.

(٣٦٩) طبيعة الوفاء مع الحلول:

أثارت طبيعة الوفاء مع الحلول خلافا تقليديا بين الفقهاء: نظرا لما تنطوي عليه من إنقضاء الدين في علاقة المدين بالدائن. وفي حلول الموفى فيه في علاقته بالمدين، مع التعارض الظاهر بين فكرة إنقضاء الدين وفكرة بقاءه في نفس الوقت. ولما كانت حدة هذا الخلاف قد خفت في الوقت الحاضر، فسكتفى بعرض موجز له.

ذهب رأى في تحليل الوفاء مع الحلول إلى أن الدين القديم ينقضى ليس فقط بالنسبة للدائن بل وكذلك بالنسبة للموفى. غير أن التأمينات التي كانت له تنتقل إلى الدين الجديد بقوة القانون تحقيقا للغرض العملي من الحلول، ويترتب على هذا الرأى أنه يمتنع على الموفى الاستفادة من الصفات التي كانت للدين القديم، كما لو كان ديننا تجاريا أو ديننا ثابتا في سند تنفيذى. غير أنه يعاب على هذا الرأى تعارضه مع المنطق، إذ كيف تبقى توابع الدين بالرغم من إنقضائه مع أن القاعدة هي أن الفرع يتبع الأصل وجودا وعمدا. ولذا فالرأى الراجح الآن هو أن حلول الغير محل الدائن إنما يكون في نفس الدين بما له من تأمينات كرهن أو إمتياز، ومافيه من صفات كما لو كان ديننا تجاريا أو ديننا مشمولا بسند تنفيذى، أو ديننا مرتبا لفوائد.

غير أن إتفاق الشراح الآن على أن الحلول إنما يكون في نفس الدين، لم يحل دون إختلافهم في تبرير هذا الأثر. فلجأ بعضهم إلى فكرة الإفتراض

القانونى، ولجأ البعض الآخر إلى تقريب الوفاء مع الحلول من نظام حوالة الحق بالرغم ما بين النظامين من فروق جوهرية كما سنبينه فيما بعد. ولذا يكتفى غالبية الشراح الآن بمجرد تحليل نظام الوفاء مع الحلول بإعتباره عملية قانونية مركبة، فيها وفاء يترتب عليه براءة ذمة المدين قبل الدائن، وفيها نوع من الإستخلاف على الحق فى صلة الدائن بالموفى، ولذا يحل هذا الأخير محله فى الحق الذى كان له، بما يكفله من تأمينات كالرهن، ومايلحقه من توابع كالفوائد، ومايتصل به من صفات كما لو كان ديناً تجارياً، ومايرد عليه من دفع كاسباب البطلان (مالم يكن الأمر متعلقاً بواقعة غير منفكة عن شخص الدائن).

(٢٧٠) مقارنة الوفاء مع الحلول بحوالة الحق،

يشتبه الوفاء مع الحلول بحوالة الحق، فى أن الحق ينتقل إلى الموفى أو إلى المحال له، بما يتبعه من تأمينات ومافيه من صفات، ومايرد عليه من دفع. غير أن هذا التشابه بين النظامين لايجب ما بينهما من فروق جوهرية، وترجع هذه الفروق إلى حد كبير إلى إختلاف الغرض فى كل منهما، ذلك أن حوالة الحق بيع يقصد به المضاربة، على حين أن الوفاء مع الحلول يقصد به عادة اسداء خدمة للمدين، ويمكن إجمال هذه الفروق التى تتعلق بالإنعقاد وبالآثار فيما يلى:

١- الوفاء مع الحلول قد يكون إتفاقياً أو قانونياً، أما حوالة الحق فهى دائماً إتفاقية.

٢- فى الوفاء مع الحلول يكون الدين حالاً، أى إستحق أداؤه، أما حوالة الحق فتدرد على حق حل أو حق لم يحل، والفرض الثانى هو الغالب فى شأنها.

٣- إذا دفع الموفى فى الوفاء مع الحلول بعض الدين إلى الدائن وبقي البعض الآخر فى ذمة المدين، فإن الدائن يتقدم عليه فى الرجوع على المدين (م ١/٣٣٠) أما المحال له الذى إشتري بعض الدين فإنه يعامل على قدم المساواة مع المحيل فى الرجوع على المدين المحال عليه .

٤- فى الوفاء مع الحلول، يكون حلول الموفى محل الدائن بقدر ما دفعه فحسب، أى يستفيد المدين لا الموفى من تنازل الدائن عن بعض الدين. أما فى حوالة الحق، فللمحال له الذى إشتري الحق بأقل من قيمته الإسمية، أن يرجع على المدين بكل قيمة الدين، لأنه لم يقصد من الشراء إلا المضاربة .

٥- لا يجوز للموفى فى الوفاء مع الحلول، الرجوع على المدين إلا إذا كان قد سدد الدين فعلا، أما فى حوالة الحق، فللمحال له الرجوع على المدين المحال عليه ولو لم يكن قد دفع الثمن بعد للمحيل .

٦- إذا تمت حوالة الحق يعوض المتزيم المحيل بضمان وجود الحق المحال به وقت الحوالة (م ١/٣٠٨) . أما فى الوفاء مع الحلول فلا ضمان على الدائن ولذا إذا تبين أن الدين لا وجود له، فلا رجوع للموفى عليه إلا بدعوى دفع غير المستحق .

٧- للموفى فى الوفاء مع الحلول الرجوع على المدين أما بدعوى الحلول وأما بدعواه الشخصية، أما المحال له فلا يرجع على المحال عليه إلا بدعوى واحدة هى دعوى المحيل .

٨- فى رجوع من حل محل الدائن على الملزمين معه بالدين، يختلف الوفاء مع الحلول عن حوالة الحق . فإذا قام أحد المدينين المتضامنين بوفاء كل الدين فلا يرجع على غيره من المدينين المتضامنين إلا بقدر حصة كل

منهم في الدين. أما إذا إحتال المدين المتضامن بالدين، بدلاً من الوفاء به فله أن يرجع بوصفه محالاً له، على أي من المدينين المتضامنين بكل الدين، بعد إستنزال حصته منه.

(٣٧١) متهج البحث:

سنتناول فيما يتعلق بدراسة الوفاء مع الحلول البحث: أولاً: في حالاته، وثانياً في آثاره .

الضرع الأول

حالات الوفاء مع الحلول

(٣٧٢) الحلول الإتفاقي والحلول القانوني:

الحلول على نوعين، فهو قد يكون إتفاقياً Subrogation conventionnelle يتم بإتفاق الغير مع الدائن أو بإتفاق الغير مع المدين، وقد يكون قانونياً أي يقع بقوة القانون دون حاجة إلى إتفاق في حالات معينة.

المبحث الأول

الحلول الإتفاقي

(٣٧٣) الحلول بالإتفاق مع الدائن:

تنص المادة ٣٢٧ على أنه «للدائن الذي إستوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك. ولا يصح أن يتأخر هذا الإتفاق عن وقت الوفاء»، وظاهر من هذا النص أنه يشترط في الحلول بالإتفاق مع الدائن ما يأتي:

أولاً: أن يتفق الدائن مع الغير الذي وفي له حقه على أن يحل ذلك الغير

محلّه في الحق الذي وفاه، ولا ضرورة لرضاء المدين بذلك، بل أن الحلول يتم في مثل هذه الحالة ولو لم يقبل المدين. ومن أمثلة هذه الحالة أن يوفى غير المشتري بالثمن للبائع على أن يحل محل الأخير في حقوقه قبل المشتري، والإتفاق على الحلول مع الدائن يعتبر من الأعمال الرضائية التي لا يشترط فيها شكل خاص، كذلك لا يشترط أن يقع هذا الإتفاق مع الدائن نفسه، بل من الجائز أن يقع مع من إستوفى الدين إذا كانت له صفة في إستيفائه.

ثانياً: أن يتم الإتفاق على الحلول بين الدائن الموفى وقت الوفاء. وحكمة تقييد الإتفاق على الحلول بوقف الوفاء هو درء التحايل على القانون، لأن الدائن قد يتواطأ مع المدين بعد أن يكون قد إستوفى حقه، فيتفقان غشا على حلول أحد الأعيار لتفويت حق دائن مرتين ثان متأخر في المرتبة، فيما لو أقر المشرع صحة الإتفاق على الحلول بعد الوفاء.

هذا ويلاحظ الفرق بين الإتفاق على الحلول وإثبات هذا الإتفاق فالذي يشترطه المشرع هو ألا يتأخر الإتفاق على الحلول عن وقت الوفاء أما تهيئة الدليل على هذا الإتفاق فقد تتم في وقت لاحق، مادام قد تبين أن الوفاء لم يتم إلا بغرض الحلول محل الدائن. على أنه من النادر أن يتأخر تهيئة دليل الإثبات عن وقت الإتفاق على الحلول، بل الغالب أن يتم ذلك في وقت واحد، هو عادة وقت إعطاء المخالصة بالوفاء إلى الموفى، وبذلك يتمثل في هذه المخالصة الدليل على حصول الوفاء وعلى الإتفاق على الحلول وقت الوفاء.

وإذا كانت القاعدة أنه لا يشترط في المخالصة بالوفاء العادي أن تكون ثابتة التاريخ حتى تكون حجة على الغير إلا أنه بالنسبة للمخالصة التي

تتضمن وفاء مع الحلول، يشترط أن تكون ثابتة التاريخ، حتى يحتج بالإتفاق على الحلول في مواجهة الغير، مع ملاحظة أن مدلول الغير لا ينصرف إلى المدين في هذا الشأن.

(٣٧٤) الحلول بالإتفاق مع المدين؛

تنص المادة ٣٢٨ على أنه «يجوز أيضا للمدين، إذا إقترض مالا وفي به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي إستوفى حقه، ولو بغير رضاه هذا الدائن، على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء، وفي المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد». والحكم الوارد في هذا النص ينطوي على وضع شاذ لأنه يبيح للمدين الإتفاق على الحلول مع الغير ولو بدون رضاه الدائن، أي أنه يبيح للمدين أن يتصرف في حق الدائن رغما عنه، ولا يبرر هذا الحكم إلا الإعتبارات العملية التي تقوم على فكرة حماية المدين ومحاربة الربا بقدر المستطاع لأن في إباحة الحلول بالإتفاق مع المدين ما يمكن هذا الأخير من الحصول على قرض بفائدة منخفضة للتخلص من دين بفائدة مرتفعة.

وقد تطلب المشرع لوقوع الحلول في هذه الحالة شروطا معينة: وهي:

أولاً: أن يكون هناك قرض عقده المدين أو أحد المدينين المتضامنين مع الغير بقصد الحصول على المال اللازم للوفاء بدين الدائن.

ثانياً: أن يذكر في عقد القرض أن المال المقترض قد خصص للوفاء بدين الدائن.

ثالثاً: أن يذكر في المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد.

والحكمة من اشتراط ذكر تخصيص المال المقترض للوفاء بدين الدائن، في عقد القرض، ومن ذكر أن الوفاء قد تم بهذا المال في المخالصة، هي إثبات أن القرض كان سابقاً على الوفاء أو معاصراً له على الأكثر، حتى يمتنع ضرب من ضروب التحايل التي قد يلجأ إليها المدين في هذا الشأن. فمثلاً إذا كان حق الدائن الذي تم له الوفاء مضموناً برهن على عقار، وكان لدائن آخر رهن على نفس العقار يليه في المرتبة، فإنه إذا تم الوفاء للدائن المتقدم من مال المدين، إنقضى حق هذا الدائن وما يتبعه من ملحقات وهو الرهن، واحتل الدائن المرتبة الثانية المرتبة الأولى مكانه، على حين أنه لو تم الوفاء من مال إقترضه المدين لهذا الغرض، فإن الموفى سيحل محل الدائن المتقدم في حقوقه ومنها الرهن بنفس المرتبة التي كانت له. ولإثبات الصلة بين القرض والوفاء في هذه الحالة، وأن الحلول لم يكن متأخراً عن الوفاء، تطلب المشرع أن يذكر في عقد القرض وفي المخالصة الشرطين السالفي الذكر.

على أن الإكتفاء بأن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء. وفي المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال لا يكفي لمنع التواطؤ إذا لم تتطلب ثبوت التاريخ بالنسبة لعقد القرض والمخالصة.

كل هذا مع ملاحظة ما تنقضى به المادة ١٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري، من أنه لا يحتج في مواجهة الغير بالحلول في حق مضمون برهن، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي.

المبحث الثاني

الحلول القانوني

(٢٧٥) حالات الحلول القانوني:

يتم الحل بقوة القانون في حالات معينة دون حاجة إلى إتفاق الموفى مع المدين أو مع الدائن، ويراعى أن الجمع بين هذه الحالات، وهى المذكورة على سبيل الحصر، أن الموفى يكون غيرا له مصلحة فى الوفاء بالدين، كما يتضح من نص المادة ٢٢٦ التى تقضى بأنه «إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى حل محل الدائن الذى إستوفى حقه فى الأحوال الآتية:

(أ) إذا كان الموفى ملزما بالدين مع الدين أو ملزما بوفائه عنه .

(ب) إذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا آخر مقدما عليه بما له من تأمين عيني . ولو لم يكن للموفى أى تأمين .

(ج) إذا كان الموفى قد إشتري عقارا ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم .

(د) إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحل، .

وسنبحث فيما يلى هذه الحالات المختلفة للحلول القانوني .

(٢٧٦) الحالة الأولى: إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه:

تتضمن هذه الحالة فرضا عمليا بالغ الأهمية يقصد به تأمين رجوع الموفى فى إستيفاء ماوفاه زائدا عن نصيبه إذا كان ملزما بالدين مع آخرين

كالمدين المتضامن، أو في استيفاء ماوفاه عن آخرين إذا كان ملزماً بالوفاء عنهم، كالكفيل.

(٢٧٧) الحالة الثانية: وفاء الدائن المتأخر لدائن متقدم:

يشترط لوقوع الحلول القانوني في هذه الحالة أن يكون الموفى دائناً وقام بوفاء دينه دائن آخر متقدم عليه بما له من تأمين عيني، سواء في ذلك كان الموفى دائناً له ضمان عيني متأخر في المرتبة أم كان دائناً عادياً.

ويراعى أنه يمتنع الحلول القانوني وفقاً لحكم المادة ٣٢٦/ب إذا تم الوفاء من دائن متقدم في المرتبة لدائن متأخر عنه، ولو قصد من هذا الوفاء وقف إجراءات التنفيذ على التعيين المرهونة، التي باشرها الدائن المتأخر، تسرعاً منه، في ظروف غير مناسبة، ولا يكون أمامه إلا الحلول بالتراضي. كذلك يمتنع الحلول القانوني إذا تم الوفاء من دائن لدائن آخر له ضمان عيني كرهن أو إمتياز، ولو كان لهذا الدائن الأخير حق حبس أو دعوى فسخ، يضار الدائن الأول من استعمالها.

(٢٧٨) الحالة الثالثة: الوفاء من حائز العقار:

تتحقق هذه الحالة حيث يكون الموفى قد اشترى عقاراً وأدى ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم، ذلك أن الدائن المرتهن له بمقتضى حق التبعية أن يباشر إجراءات التنفيذ على العقار المرهون رغم انتقال ملكيته من المدين الراهن إلى الحائز، كالمشتري، فيرى هذا الحائز أن مصلحته أن يوفى بدين الدائن المرتهن حتى يتجنب التنفيذ على عقاره، وحتى يحل محل الدائن في حقوقه فينتفع من تأمينات أخرى خصصت بضمان الدين الذي أداه، كفالة أو رهن على عقار آخر،

فيكون له الرجوع على الكفيل، أو الإفادة من الرهن الآخر في ضمان حقه قبل المدين .

وأكثر من ذلك فالحلول يتناول الرهن المرتب على عقار الحائز نفسه، فيحل فيه محل الدائن المرتهن الذي إستوفى حقه منه، أى يكون للحائز بذلك على عقاره، ويتحقق هذا الفرض إذا كان العقار مثقلاً بعدة رهون وكان الثمن لا يكفي لوفاء ديون كافة الدائنين المرتهنين، فيلجأ الحائز بدلاً من تطهير العقار إلى الوفاء بالثمن للدائن المرتهن المتقدم فى المرتبة فيحل محله فى الرهن ويتقدم بذلك على الدائنين المرتهنين المتأخرين فى المرتبة إذا سولت لهم أنفسهم التنفيذ على العقار، وقد يؤدي هذا الوضع إلى قعود هؤلاء الدائنين عن مباشرة إجراءات التنفيذ إذا كانت قيمة العقار لا تكفى إلا لسداد الدين الذى حل فيه الحائز.

كذلك تتحقق مصلحة الحائز فى الحلول محل الدائن الذى وفاه حقه، فى الرهن المقرر على العقار الذى إشتهراه، إذا كان هذا الشراء قد تم بحسن نية من غير مالك، أو إذا فسخ أو أبطل العقد الذى تملك بمقتضاه .

(٢٧٩) الحالة الرابعة: إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول:

هناك حالات أخرى، خلاف الحالات السابق ذكرها، يخول فيها القانون بنص خاص حق الحلول للموفى، من ذلك ما تنص به المادة ١٥٨ من القانون التجارى المصرى من أن «من دفع كمبيالة بطريق التوسط يحل محل حاملها فيحوز ماله من الحقوق، ويلزم بما عليه من الواجبات» .

الفرع الثاني

آثار الحلول

(٢٨٠) منهج البحث:

يترتب على الحلول سواء كان إتفاقيا أم قانونيا آثار معينة، وهذه الآثار لا تختلف باختلاف نوعي الحلول، والقاعدة العامة في شأن هذه الآثار هي إنتقال حق الدائن إلى الموفى، أو بعبارة أخرى حلول الموفى محل الدائن في نفس الحق الذي كان له، غير أنه يرد على هذه القاعدة استثناءات معينة لا يكون فيها الحلول كاملا، وعلى هذا سنتكلم أولا في القاعدة، ثم فيما يرد عليها من استثناءات.

المبحث الأول

حلول الموفى محل الدائن في نضن الحق

(٢٨١) النص القانوني:

تنص المادة ٣٢٩ على أن: «من حل قانونا أو إتفاقا 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». وظاهر من هذا النص أن أثر الحلول لا يقتصر على إفادة الموفى من توابع الحق، بل ينصرف إلى إحلاله في هذا الحق محل الدائن، بما لهذا الحق من خصائص، وما يتبعه من ملحقات، وما يتصل به من دفع.

(٢٨٢) خصائص الحق؛

ينتقل الحق بخصائصه من الدائن إلى الموفى فإذا كان الحق تجارياً
إعتبر كذلك بالنسبة للموفى ولو لم يكن تاجر، وكان له مقاضاة المدين
بالطرق التجارية والمطالبة بالفائدة وفقاً للسعر التجاري. كذلك يستطيع
الموفى أن ينفذ بالسند المثبت للحق إذا كان سنداً تنفيذياً، كما تسرى في
مواجهته مدد تقادم هذا الحق إذا كان يتقادم بمدد خاصة.

(٢٨٣) توابع الحق؛

لا يقتصر الحلول على الحق نفسه بل يشمل كذلك توابعه، ويعتبر من
توابع الحق الفوائد. والدعاوى المتصلة به، كدعوى الفسخ المقترنة بدين
الثلن. والدعوى البوليصية.

(٢٨٤) تأمينات الحق؛

للموفى إذا رجع بدعوى الحلول ان يفيد من التأمينات المقررة لضمان
الوفاء بالحق الذي حل فيه، سواء كانت هذه التأمينات شخصية أم
عينية. والاستفادة من التأمينات هي الغرض الاساسى من ابتداء فكرة
الحلول.

(٢٨٥) الدفع التي ترد على الحق؛

كما يفيد المدين من الحلول في الحق الذي وفاه للدائن، بما لهذا الحق
من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكلفه من تأمينات، فكذلك يتحمل
ما قد يرد عليه من دفع، بمعنى أن للمدين أن يدفع في مواجهة الموفى
بالدفع، بمعنى أن للمدين أن يدفع في مواجهة الموفى بالدفع التي كان
يستطيع أن يدفع بها في مواجهة الدائن.

فإذا كان مصدر حق الدائن عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً، فللمدين أن يدفع بالبطلان في مواجهة الموفى كما كان يستطيع أن يفعل في مواجهة الدائن. وإذا كان حق الدائن قد انقضى بسبب من اسباب الانقضاء، كالوفاء أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو التقادم، كان للمدين أن يتمسك قبل الموفى بانقضاء دينه كما كان يستطيع أن يفعل قبل الدائن.

(٢٨٦) الرجوع بالدعوى الشخصية:

تفترض آثار الحلول السابق ذكرها رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول، غير أن للموفى بجانب هذه الدعوى الاخيرة . دعوى شخصية مستمدة من الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب أو القرض، وقد يفضل الموفى الرجوع بالدعوى الشخصية عن الإلتجاء الى دعوى الحلول. وتتحقق مصلحة الموفى في ذلك، إذا كانت مدة التقادم قد اكتملت بالنسبة الى دعوى الحلول، لأن هذه المدة تسرى في شأنها من اليوم الذى يصبح فيه حق الدائن مستحق الأداء، أو كان حق الدائن مما ينقضى بالتقادم القصير، فيكون من مصلحة الموفى الرجوع بالدعوى الشخصية التى لم تسقط بعد بالتقادم، أما لأن المدة - وتسرى من يوم الوفاء - لم تكتمل، وأما لأنها - أى الدعوى الشخصية - لا تتقادم الا بالمدة الطويلة. كذلك تستبين مصلحة الموفى فى الرجوع بالدعوى الشخصية اذا كان حق الدائن لا يغل فائدة أو كانت الفائدة المشترطة أقل من الفائدة القانونية، لأنه إذا كان وكيلاً (م ٧١٠) أو فضولياً (م ١٩٥) فله المطالبة بفائدة ما دفعه وفقاً للسعر القانونى من يوم الدفع.

المبحث الثاني

الحالات التي لا يكون فيها الحلول كاملاً

(٢٨٧) بيان الحالات:

هناك من الحالات ما لا يكون الحلول فيه كاملاً، ويمكن إرجاع أهم هذه الحالات إلى أمرين: أحدهما الوفاء الجزئي، والآخر الوفاء من أحد الملزمين بالدين.

(٢٨٨) الوفاء الجزئي:

تنص المادة ٣٣٠ على أنه:

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 وفاه، ما لم يوجد اتفاق يقضب 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 وتقاسماً قسمة غرماء. ولشرح هذا النص يجب أن نفرق بين ثلاثة فروض:

الأول: إذا ارتضى الدائن الوفاء الجزئى سبباً لإنقضاء الدين بأكمله، أى تنازل عن جانب منه، فلا يستفيد الموفى من هذا التنازل، بل يعتبر هذا العمل إبراءً لذمة المدين من جزء من الدين، وبذلك لا يرجع الموفى على المدين إلا بقدر ما دفعه فعلاً لا بقيمة الدين كله.

الثانى: إذا لم يدفع الموفى للدائن إلا جزءاً من الدين، دون أن يتنازل هذا الأخير عن الباقي منه، تقدم الدائن على الموفى فى استيفاء ما تبقى له

في ذمة المدين. وأساس الحكم السابق هو النية المفترضة للمتعاقدين. إذ الغالب أن الدائن لا يقبل الوفاء الجزئي من الموفى إلا بشرط التقدم عليه في استيفاء باقى الدين من المدين. على أن الحكم السابق، وأساسه الإرادة المفترضة، يتعين استبعاده إذا استبانَت الإرادة الصريحة، كما لو اشترط الموفى على الدائن المساواة في الرجوع على المدين، أو اشترط تقدمه على الدائن.

الثالث: إذا أتم حلول أحد الأغيار محل الدائن فيما بقى له من حقه بعد حلول من أوفى في الجزء الآخر، كان الموفى الأول والموفى الثاني في منزله سواء في رجوعهما على المدين، بمعنى أن كلا منهما يرجع بقدر ما هو مستحق له، ويتقاسمان ما يصيبان من مال المدين قسمة غرماء وأساس هذا الحكم كذلك هو افتراض انصراف نية الدائن إلى عدم تمييز احدهما على الآخر.

(٢٨٩) الوفاء من أحد الملزمين بالدين:

إذا تم الوفاء بالدين كله من أحد الملزمين به، كالمدين المتضامن، فإنه لا يرجع على الباقين إلا بقدر حصة كل منهم في هذا الدين (م ٢٩٧). ولو كان الحلول كاملاً لرجع على أى منهم بكل الدين بعد استئزال نصيبه فيه. وقد طبق المشرع هذا الحكم في شأن الحائز عند وفائه بكل الدين الذى رهن العقار لضمان الوفاء به. بما نص عليه في المادة ٣٣١ من أنه «إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين، وحل محل الدائنين، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقاره، إذ وفقاً لهذا النص لا يكون للحائز

الذى وفى كل الدين أن يرجع بدعوى الحلول على الحائزين الآخرين، سواء فى حالة تعدد العقارات المرهونة فى دين واحد، أو فى حالة تعدد المشترين للعقار المرهون، إلا بقدر حصة كل حائز بحسب قيمة ما حازه من عقار. ولتوضيح هذا الحكم نسوق المثال التالى: إذ فرض وكان الدين ٦٠٠٠ جنيه، وكان مضموناً برهون ثلاثة. الأول على عقار قيمته ٦٠٠٠ جنيه، والثانى على عقار قيمته ٤٠٠٠ جنيه، والثالث على عقار قيمته ٢٠٠٠ جنيه، ثم وفى حائز العقار الأول الدين كله للدائن، فإنه يرجع على حائز العقار الثانى بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه وعلى العقار الثالث بمبلغ ١٠٠٠ جنيه، ويتحمل هو مبلغ ٣٠٠٠ جنيه.

الباب الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

(٢٩٠) طرق الإنقضاء المعادلة للوفاء:

ينقضى الالتزام بما يعادل الوفاء بسبب من الأسباب الآتية: الوفاء بمقابل، التجديد والإنابة، المقاصة، إتحاد الذمة، ويجمع هذه الأسباب كلها، أن كلا منها يهيىء سبيلا لإبراء ذمة المدين دون الوفاء بعين ما انزم به. ففي الوفاء بمقابل يتلقى الدائن شيئا آخز خلاف الشيء محل الالتزام، وفي التجديد يفى المدين الالتزام القديم بإنشاء التزام جديد، وفي المقاصة وإتحاد الذمة يتم الوفاء للدائن بإنقضاء التزام عليه.



الفصل الأول الوفاء بمقابل

(٢٩١) النصوص القانونية:

تنص المادة ٣٥٠ على أنه: «إذ قبل الدائن في إستيفاء حقه مقابلاً واستعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء». وتقتضى المادة ٣٥١ بأنه «يسرى على الوفاء بمقابل، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى في مقابلة الدين، أحكام البيع وبالأخص ماتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الإستحقاق وضمان العيوب الخفية». ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء، وبالأخص ماتعلق منها بتعيين جهة الدفع وإنقضاء التأمينات». وسندرس فيما يتعلق بالوفاء بمقابل Dation en paiement:

أولاً: التعريف به وطبيعته. وثانياً: أحكامه.

(٢٩٢) التعريف بالوفاء بمقابل:

الوفاء بمقابل Datio in solutum ويسمى كذلك بالإعتياض، هو قبول الدائن من المدين في استيفاء حقه شيئاً آخر خلاف الشيء المستحق أصلاً. وإذا كانت الصورة الغالبة للوفاء بمقابل هي أن ينقل المدين إلى الدائن ملكية عقار أو منقول وفاء لإلتزام بمبلغ من النقود، إلا أن ليس هناك ما يمنع من أن يكون الإلتزام الأصلي متعلقاً بنقل ملكية عقار معين كأرض، فيقبل الدائن وفاء لهذا الإلتزام تقديم عقار آخر كمنزل مثلاً، أو أن يقبل بدلاً منه مبلغاً من النقود.

وظاهر من تعريف الوفاء بمقابل، والأمثلة التي أوردناها عليه، أنه يشترط لتحقيق الإعتياض.

أولاً: أن يعطى المدين للدائن شيئاً وفاءً لإلتزام عليه.
ثانياً: ألا يكون هذا الشيء هو المستحق أصلاً على المدين، وبذلك نستبعد حالة الإلتزام التخييري والإلتزام البدلي.

ثالثاً: أن يقبل الدائن بالوفاء بمقابل وذلك نزولاً على حكم المادة ٣٤١ التي تنص على أن «الشيء المستحق أصلاً هو الذي به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره، ولو كان هذا الشيء مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى».

(٣٩٢) طبيعة الوفاء بمقابل؛

الإعتياض عملية قانونية مركبة لم تسلم من خلاف، في فقه القانون. فذهب بعض الشراح إلى تقريبها من الوفاء واعتبارها صورة منه. غير أنه يعاب على هذا التفسير المبسط لطبيعة الوفاء بمقابل، أنه يغفل من ناحية وجوب إتفاق الدائن مع المدين على الإعتياض، كما يغفل من ناحية أخرى التخيير الحادث في محل الإلتزام.

وذهب البعض الآخر إلى إعتبار الوفاء بمقابل تجديداً للإلتزام بتغيير المحل، أي أن الدائن يقبل قضاء الإلتزام القديم بنشوء التزم جديد مغاير له في المحل، وأن كان هذا الإلتزام الجديد ينقضى فور نشوئه بالوفاء به وتستبين أهمية هذا التفسير لطبيعة الوفاء مع الحلول، أنه في الوفاء العادي إذا استحق الشيء محل الإلتزام، كان للدائن طلب أبطال الوفاء، وفي هذه الحالة يعود الإلتزام سيرته الأولى بما يتبعه من تأمينات، لأنه وفقاً لنص المادة

١/٣٢٥ يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذى وقه به. فى حين أن فى تأسيس الوفاء بمقابل على فكرة التجديد ما يودى إلى إنقضاء الإلتزام القديم وما يضمنه من تأمينات وحلول الإلتزام جديد محله. فإذا استحق الشيء الذى تم الوفاء به بناء على الإلتزام الجديد، إمتنع على الدائن مطالبة المدين بالإلتزام القديم أو الإستفادة من التأمينات التى كانت ضامنة له، لأن هذا الإلتزام بما يتبعه من تأمينات عينية أو شخصية قد إنقضى بالتجديد.

وذهب فريق أخير من الشراح إلى إعتبار الوفاء بمقابل بيعا مصحوبا بمقاصة، بإعتبار أن المدين قد باع الشيء الذى أعطى للوفاء للدائن، فى مقابل ثمن مساو لقيمة الدين، وبذلك يصبح الدائن مالكا للشيء ومدينا بالثمن، وتقع المقاصة بين التزام المدين والتزام الدائن بدفع الثمن. غير أنه يلاحظ أن هذا التقريب بين البيع والوفاء بمقابل، لا يمنع من وجود فارق أساسى بينهما، وهو أن البيع عقد قائم بذاته، فى حين أن الوفاء بمقابل يفترض وجود التزام سابق.

(٢٩٤) أحكام الوفاء بمقابل،

تنحصر الأهمية العملية للخلاف الفقهي السابق الذكر، فى بيان الأحكام التى يخضع لها الوفاء بمقابل، وأهم هذه الأحكام ما تعلق بتحديد الإلتزام الذى تم الوفاء به فى حالة استحقاق الشيء المعطى للوفاء فى يد الدائن، هل هو الإلتزام الأسمى أم التزام جديد؟ إذا إعتبرنا الوفاء بمقابل صورة من صور الوفاء، وجب القبول بأن الوفاء الحاصل ينصرف إلى الإلتزام الأسمى، فإذا أبطل هذا الوفاء بسبب إستحقاق الشيء. كان للدائن الرجوع على المدين بمقتضى هذا الإلتزام مستفيدا من التأمينات الضامنة له. وإذا إعتبرناه

تجديداً، فقد إنقضى الالتزام القديم وما يتبعه من تأمينات بالتجديد. وإمتنع على الدائن الرجوع على المدين إلا بالالتزام الجديد، وإذا إعتبرناه بيعاً وجب الرجوع لأحكام ضمان الإستحقاق التي نص عليها المشرع في شأن البيع.

الواقع أنه من العسير إعتناق رأى واحد من هذه الآراء، لأن كلا منها ينطوى على جانب من الحقيقة، فالوفاء بمقابل يتضمن تجديداً للالتزام بتغيير المحل، ولذا ينقضى الالتزام القديم وما يتبعه من تأمينات شخصية أو عينية ولو إستحق الشيء المعطى للوفاء في يد الدائن، ولذا نص المشرع المصري في المادة ٧٨٣ على أنه «إذا قبل الدائن أن يستوفى في مقابل الدين شيئاً آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء، ولكن لما كان الالتزام الجديد هو التزام بإعطاء شيء في مقابل الدين، فتسرى عليه أحكام البيع في هذا الشأن، وعلى الأخص ما تعلق بنقل ملكية الشيء، وضمن إستحقاقه، وضمن العيوب الخفية فيه، وأهلية المتعاقدين، فلا تكفى أهلية الوفاء في الموفى، بل يشترط فيه أهلية التصرف (م ٣٥١). أخيراً لما كان يترتب على الوفاء بمقابل إنقضاء الالتزام بالوفاء، تعين الرجوع إلى أحكام الوفاء في هذا الشأن، فإذا كان هناك ديون متعددة بين الدائن والمدين، وجب مراعاة قواعد إحتساب الخصم السابق ذكرها (م ٣٥١).

الفصل الثاني

التجديد والائابة

(٢٩٥) تقسيم:

يتصل بانقضاء الالتزام بالتجديد، نظام آخر قريب منه هو نظام الاائابة في الوفاء، وعة الربط بين النظامين هو أن الاائابة تنطوى على تجديد في بعض صورها. وعلى ذلك سنتكلم أولاً في التجديد (Novation)، وثانياً: في الاائابة (Delegation).

الضرع الأول

التجديد

(٢٩٦) التعريف بالتجديد:

التجديد هو اتفاق يقصد به استبدال الالتزام جديد بالالتزام قديم مغاير له في عنصر من عناصره. ولذا يعتبر التجديد طريقاً من طرق انقضاء الالتزام ومصدراً من مصادر انشائه في آن واحد، لأن به ينقضى الالتزام القديم وينشأ الالتزام الجديد الذي يأخذ محله.

وقد تصاءلت الأهمية العملية للتجديد في الوقت الحاضر، نظراً لأن حوالة الحق وحوالة الدين والائابة والحلول تحقق الغرض المقصود من هذا النظام، بل وتفضله من بعض الوجوه، بيد أن للتجديد مزايا ماتزال باقية تتجلى قيمتها عندما يراد استبدال محل الالتزام أو مصدره، وأن كان من النادر أن يدعو الأمر إلى ذلك.

هذا وسنتناول في بحث التجديد، الكلام: أولاً في شروطه، وثانياً في أنواعه وثالثاً في أحكامه.

المطلب لأول

نظرية الالتزام الطبيعي

(٢٩٧) شروط ثلاثة:

تتطلب طبيعة التجديد توافر شروط ثلاثة وهي:

أولاً: وجود التزام قديم.

ثانياً: انشاء التزام جديد.

ثالثاً: إحلال الالتزام الجديد محل الالتزام القديم، وهو ما يعرف بنية التجديد.

(٢٩٨) الشرط الأول: وجود التزام قديم:

يتطلب التجديد وجود التزام قديم حتى ينشأ التزام جديد يحل محله. وعلى ذلك إذا كان الالتزام القديم قد انقضى قبل التجديد بأى سبب آخر من أسباب الإنقضاء، أو كان هذا الالتزام باطلاً بطلاناً مطلقاً، وقع الاتفاق على التجديد باطلاً لتخلف سببه، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٥٣ بقولها: لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلال كل منهما من أسباب البطلان.

أما إذا كان الالتزام القديم قابلاً للإبطال: فيجوز الاتفاق على التجديد. لأن هذا الالتزام يعتبر موجوداً حتى يقضى بإبطاله. فإذا قضى بإبطاله زال بأثر رجعي. وبطل التجديد كذلك تبعاً لزواله. غير أنه لما كانت القابلية للإبطال تزول بالإجازة، وأن الإجازة كتعبير عن الإرادة فلا تقع صريحة أو ضمنية، فقد يستفاد من التجديد نية إجازة الالتزام القديم، وذلك إذا كان من له حق طلب إبطال هذا الالتزام قد ارتضى تجديده رغم علمه بسبب

الإبطال، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٥٣ بقولها «أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد، وأن يحل محله».

وإذا كان الالتزام القديم معلقاً على شرط انصرف هذا الشرط إلى الالتزام الجديد كذلك. فإذا كان هذا الشرط فاسخاً وتحقق، أو واقفاً وتخلف، زال الالتزام القديم بأثر رجعي، ويطل التجديد تبعاً لذلك لتخلف سببه. على أنه يلاحظ، أنه قد يقصد بالتجديد استبدال التزام بسيط جديد بالالتزام القديم المعلق على شرط، وفي هذه الحالة ينقض الالتزام القديم وينشأ التزام جديد غير موصوف.

هذا وقد اختلف في شأن جواز تجديد الالتزام الطبيعي، والراجح فقها في هذا الشأن هو أن التعهد بوفاء الالتزام الطبيعي، لا يعتبر تجديداً، بل هو اتفاق على إنشاء التزام مدني يكون الالتزام الطبيعي سبباً له، وهذا هو التصوير الذي تخيره المشرع المصري ونص عليه في المادة ٢٠٢ السابق شرحها.

(٢٩٩) الشرط الثاني، إنشاء التزام جديد،

لا ينقض الالتزام القديم إلا إذا حل محله التزام جديد، لأن الدائن لا يقبل انقضاء الالتزام القديم إلا إذا أخذ مكانه التزام آخر جديد. وعلى ذلك لا يتم التجديد إذا كان الإلتزام الجديد باطلاً بطلاناً مطلقاً (م ١/٣٥٣). أو إذا كان هذا الإلتزام معلقاً على شرط فاسخ وتحقق الشرط، أو على شرط واقف وتخلف الشرط، وفي هذه الحالة يظل المدين ملتزماً بالالتزام القديم لأنه لم ينقض.

أما إذا كان الإلتزام الجديد قابلاً للإبطال، فإن الإتفاق على التجديد ينعقد

صحيحاً حتى يقضى بالإبطال، فإذا قضى به زال الإلتزام الجديد بأثر رجعي، واعتبر الإلتزام القديم باقياً لم ينقض.

وطبيعي أن الإلتزام الجديد يجب أن يكون مغايراً للإلتزام القديم في عنصر من عناصره، حتى يتحقق التجديد باستبدال الإلتزام جديد بالإلتزام القديم وسنرى ذلك عند بحث أنواع التجديد.

(٤٠٠) الشرط الثالث: نية التجديد:

لا يقع التجديد إلا إذا إنصرفت ارادة المتعاقدين إلى إنشاء الإلتزام جديد ليحل محل الإلتزام القديم، أي يجب أن تتجه نية المتعاقدين إلى التجديد (animus novandi) وفي هذا تقول المادة ١/٣٥٤، والتجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح عن الظروف، ذلك أن الإتفاق على إنشاء الإلتزام جديد ولو كان مغايراً للإلتزام القديم في محله أو في شخصية اطرافه قد يقصد به تحميل المدين بالإلتزام جديد بالإضافة إلى الإلتزام القديم، أو قد يقصد به كفالة الإلتزام القديم، أو توكيل شخص آخر في قبضه.

وقد أتى المشرع المصري بتطبيقات عديدة، استقاها من قضاء المحاكم، لقاعدة عدم افتراض التجديد، بما نص عليه في المادة ٢/٣٥٤ من أنه وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث في الإلتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كفيته. ولا مما يدخل على الإلتزام من تعديل لا يتناول الا التأمينات أو سعر الفائدة، كل هذا ما لم يوجد إتفاق يقضى بغيره. أي أنه وفقاً لهذه المادة، لا يستفاد التجديد - إلا إذا إتفق على غير ذلك - من مجرد إثبات دين تم انشاؤه من قبل كدين الثمن، في ورقة تجارية ككمبيالة، بل تعتبر هذه

الكمبيالة سنداً بالثمن الذى يظل مضموناً بامتياز البائع، ولا يسقط دين الثمن بالتالى إلا بالتقادم الطويل لا بالتقادم الخمسى الذى يسرى على الديون الناشئة من الكمبيالات كذلك لا تستخلص نية التجديد من مجرد تغيير سند الدين أو الاقرار به، أو من تغيير زمان الوفاء به بتقديمه أو تأخيره، أو بتغيير مكان الوفاء به يجعله موطن الدائن بدلاً من موطن المدين، أو بتعديل سعر الفائدة المشترطة فيه، أو بتقرير رهن لضمان الوفاء به أو حذف رهن كان مقرراً لهذا الغرض.

هذا ولما كان الإتفاق على التجديد من شأنه قضاء الإلتزام القديم وانشاء إلتزام جديد، فإنه يعتبر من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر، ولذا يجب أن تتوافر فى طرفيه الأهلية اللازمة لإبرام هذا النوع من التصرفات.

ويترتب على اعتبار التجديد من اعمال التصرف لا من إعمال الإدارة، أنه لا يجوز للوصى على القاصر، أن يتفق على التجديد إلا بإذن من المحكمة كما لا يجوز للوكيل بالقبض الإتفاق عليه لانه يعتبر خارجاً على نطاق الوكالة. وأن الدائن المتضامن، بالرغم من ثبوت صفته فى إستيفاء الدين كله، لا يترتب على التجديد الذى يعقده إلا إنقضاء الإلتزام القديم بالنسبة إليه وحده.

ويخضع الإتفاق على التجديد - ولو أن النية فى شأنه لا تفترض - للقواعد العامة فى الإثبات، فيتعين فى المواد المدنية الإلتجاء الى الدليل الكتابى أو ما يقوم مقامه فيما يزيد على ٥٠٠ جنيه (م ٤٠٠).

المبحث الثاني

أنواع التجديد

(٤٠١) النص القانوني،

تنص المادة ٣٥٢ على أنه «يتجدد الإلتزام: (أولاً) بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على ان يستبدلا بالإلتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره. (ثانياً) بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع اجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه. أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص اجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد (ثالثاً) بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد، وهذه المادة تتناول بيان العنصر الذي يجب أن يختلف فيه الإلتزام الجديد عن الإلتزام القديم، وهذا الاختلاف قد يكون متعلقاً بالدين، أو بشخص المدين، أو بشخص الدائن.

(٤٠٢) التجديد بتغيير الدين،

يتم التجديد بتغيير الدين بين نفس طرفيه، عن طريق تغيير محله أو سببه، وبذلك ينشأ بينهما التزام جديد مغاير للإلتزام القديم في المحل أو السبب أي المصدر.

ومثال التجديد بتغيير المحل، الإتفاق على أن يلتزم شخص مدين بمقدار معين من القمح، على إعطاء الدائن مبلغاً من النقود بدلاً منه، أو العكس.

ومثال التجديد بتغيير المصدر، استبقاء المشتري أو المستأجر دين الثمن أو دين الأجرة على سبيل القرض.

وإذا كان المشرع لم يذكر في المادة ١/٣٥٢ من طرق التجديد بتغيير الدين، إلا تغيير المحل أو السبب، إلا أنه من الممكن أن يتم تغيير الدين باحداث تعديل آخر فيه يتناول وصفاً من أوصافه، بأن يصبح التزاماً معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ، بعد أن كان التزاماً بسيطاً.

ويتصل بالتجديد بتغيير الدين قيد الالتزام في حساب جار، وقد فصل المشرع المصري في الخلاف الذي كان يعرض في العمل في شأن هذا التجديد أيقع من وقت قيد الالتزام أم من يوم قطع الرصيد؟ فنص في المادة ٣٥٥ على أنه: ١- لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار. ٢- وإنما يتجدد الالتزام اذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره. على أنه إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص، فإن هذا التأمين يبقى مالم يتفق على غير ذلك. وظاهر من هذا النص أن التجديد لا يتم من وقت قيد الالتزام في الحساب الجارى، وإنما من وقت قطع الرصيد وتمام إقراره، أى أنه حتى يقطع الرصيد ويتم إقراره يظل الالتزام الاصلى محتفظاً بذاتيته وتوابعه، فإذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره وقع التجديد. وقد كان منطوق التجديد يقتضى انقضاء التأمينات للالتزام الاصلى بانقضاء، غير أن المشرع خرج على القاعدة العامة في هذا الشأن وقرر بقاء هذه التأمينات لضمان رصيد الحساب.

(٤٠٣) التجديد بتغيير المدين:

يتم التجديد بتغيير المدين وفقاً لحكم المادة ٢/٣٥٢ بأحد طريقين.

الأول: أن يتفق الدائن مع أحد الأغيار على أن يكون مديناً مكان المدين الاصلى، مع براءة ذمة هذا الأخير. ويسمى التجديد في هذه الحالة تعهداً بالوفاء *expromissiom*، ويتم دون حاجة إلى رضاء المدين الاصلى به.

الثاني، أن يتفق المدين مع الدائن على أن يكون شخصاً آخر لأنه في التجديد يحل مدين جديد محل المدين القديم في دين جديد. لأن التجديد في هذه الحالة برضاء الأطراف الثلاثة وهذه هي الإنابة الكاملة في الوفاء déléation لأن الإنابة، كما سنرى فيما بعد، تكون كاملة إذا تضمنت تجديداً وتكون قاصرة أي ناقصة إذا خلت منه.

هذا ويلاحظ الفرق بين التجديد بتغيير المدين وبين حوالة الدين، لأنه في التجديد يحل مدين جديد محل المدين القديم في دين جديد، لأن الدين القديم قد انقضى بتأميناته وصفاته ودفعه بالتجديد، في حين أنه في حوالة الدين يحل المحال عليه محل المدين في نفس الدين الذي يظل محتفظاً بضماناته (م ٣١٨).

(٤٠٤) التجديد بتغيير الدائن:

يشترط لتمام التجديد بتغيير الدائن وفقاً لنص المادة ٣/٣٥٢ أن يتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد. ويجب أن تستبين الإرادة في احلال هذا الأجنبي محل الدائن القديم لأنه إذا قصد من الاتفاق ضم الأجنبي إلى الدائن القديم دون أن يحل محله، فإن هذا يكون إضافة دائن إلى آخر ليكونا متضامنين، وإذا لم يتخذ الأجنبي صفة الدائن بموجب هذا الاتفاق فإنه يكون مجرد وكيل بالقبض.

ويفترق التجديد بتغيير الدائن عن حوالة الحق في أمرين:

الأول: أنه لا يشترط لانعقاد حوالة الحق رضاء المدين بها، إذ هي تنعقد باتفاق الدائن وهو المحيل مع المحال له، وتنفذ في مواجهة المدين بإعلانه بها أو بقبوله. في حين أن التجديد بتغيير الدائن يتطلب رضاء المدين به.

الثاني: أنه في التجديد ينقضى حق الدائن الأصلي وينشأ حق جديد

للدائن الجديد، في حين أنه في حوالة الحق يخلف المحال له المحيل في نفس الحق بما له من تأمينات، وما فيه من صفات وما يرد عليه من دفع. ومن المقارنة السابقة تستبين أفضلية حوالة الحق على التجديد، مما أدى إلى الإعراض في العمل عن هذا النظام الأخير.

المبحث الثالث

أحكام التجديد

(٤٠٥) النصوص القانونية:

تنص المادة ٣٥٦ على أنه: ١- «يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد».

٢- ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرف إلى ذلك».

وتقضى المادة ٣٥٧ بأنه ١- «إذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلي، فإن الاتفاق على نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية:

أ- إذا كان التجديد بتغيير الدين، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تخلق ضرراً بالغير.

ب- إذا كان التجديد بتغيير المدين، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استيفاء التأمينات العينية، دون حاجة إلى رضا المدين القديم.

ج- إذا كان التجديد بتغيير الدائن، جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات.

٢- ولا يكون الإتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد، هذا مع مراعاة الاحكام المتعلقة بالتسجيل. وتقرر المادة ٣٥٨ أنه ،لا ينتقل الى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية ولا التضامن، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون، وظاهر من هذه النصوص أن بحث آثار التجديد يتطلب الكلام: أولاً في إنقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد، وثانياً في جواز الإتفاق على نقل التأمينات إلى الالتزام الجديد، وهذه التأمينات قد تكون مقدمة من المدين وقد تكون مقدمة من الغير.

(٤٠٦) إنقضاء الالتزام الأصلي وإنشاء التزام جديد:

يستتبع التجديد إنقضاء الالتزام بتوابعه، من هذه التوابع التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به، والدعاوى المتصلة به كدعوى الفسخ مثلاً. كما يترتب عليه إنشاء التزام جديد مستقل عن هذا الالتزام الأصلي، فيما يميزه من خصائص وما يرد عليه من دفع، فقد يكون التقادم الذي يخضع له الإلتزام الجديد أطول أو أقصر من التقادم الذي كان سارياً في شأن الإلتزام القديم، وقد يختلف سعر الفائدة التي يغلها الإلتزام الجديد عن تلك التي كان يغلها الإلتزام القديم.

هذا ويلاحظ مما سبق أن ذكرناه من أن إنقضاء الإلتزام الأصلي مرتبط بنشوء الإلتزام الجديد، فإذا لم ينشأ هذا الإلتزام أو نشأ باطلاً فلا ينقضى الإلتزام الأصلي. والعبرة هي بنشوء الإلتزام الجديد لا بتنفيذه، فإذا نشأ هذا الإلتزام انقضى الإلتزام الأصلي، ولو لم يتم تنفيذ الإلتزام الجديد بعد.

(٤٠٧) الإتفاق على نقل التأمينات العينية المقدمة من المدين:

إذا كان من شأن التجديد إنقضاء الإلتزام القديم وما يتبعه من تأميمات

عينية قدمها المدين لضمان الوفاء به، إلا أن المشرع أجاز في المادة ٣٥٧ الاتفاق على نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد، بشرط مراعاة الأحكام الآتية:

أولاً: إذا كان التجديد بتغيير الدين، جاز الاتفاق بين الدائن والمدين على نقل التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضرراً بالغير. فإذا كان الدين القديم قدره ٤٠٠ جنيه وكان مضموناً برهن على عقار للمدين قيمته ٦٠٠ جنيه، وكان هذا العقار مثقلاً برهن تال في المرتبة لدائن آخر لضمان دين قدره ٢٠٠ جنيه، ثم جدد الدين الأول، وكان مقدار الدين الجديد ٦٠٠ جنيه، وتم الاتفاق على نقل الرهن الأول لضمان هذا الدين الجديد، فإن هذا الرهن لا يضمه إلا بقدر ٤٠٠ جنيه فقط، حتى لا يضار الغير وهو الدائن المرتهن الثاني فيما لو ضمن الرهن كل الدين الجديد.

ثانياً: إذا كان التجديد بتغيير المدين، جاز للدائن والمدين الجديد الاتفاق على استبقاء التأمينات العينية المقدمة من المدين القديم. لضمان الدين الجديد، دون حاجة إلى رضا المدين القديم بذلك. وفي هذه الحالة يصبح المدين القديم بمثابة كفيل عيني بالنسبة إلى الدين الجديد.

ثالثاً: إذا كان التجديد بتغيير الدائن، فلا تنتقل التأمينات إلى الدين الجديد إلا باتفاق المدين والدائن القديم والدائن الجديد، لأن التجديد لا يتم في هذا الفرض إلا باتفاق ثلاثتهم عليه.

هذا ويلاحظ أن الاتفاق على نقل التأمينات العينية المقدمة من المدين للالتزام الجديد، لا يكون نافذاً في حق الغير، في أي صورة من الصور الثلاث السابقة، إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد، لأنه لو تم التجديد دون

اتفاق على نقل التأمينات، لا نقضى الالتزام القديم بتأميناته، دون استطاعة بعثها من جديد.

وبديهي أنه يشترط منعا للتواطؤ وحماية للغير أن يكون تاريخ الاتفاق على التجديد والاتفاق على نقل التأمينات ثابتاً، كما أنه يتعين التأشير في هامش قيد التأمين العقارى بالاتفاق على نقله وفقاً لقواعد الشهر العقارى.

(٤٠٨) الاتفاق على نقل التأمينات المقدمة من الغير؛

إذا كانت التأمينات الضامنة للالتزام القديم مقدمة من الغير، فلا تنتقل إلى الالتزام الجديد الا برضاء الغير بذلك.

الفرع الثاني

الانابة

(٤٠٩) النصوص القانونية؛

تنص المادة ٣٥٩ على أنه ١- تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص اجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين.

٢- ولا تقتضى الانابة أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين والأجنبى.

وتقتضى المادة ٣٦٠ بأنه ١- إذا اتفق المتعاقدون فى الانابة على أن يستبدلوا بالالتزام سابق التزاماً جديداً، كانت هذه الانابة تجديداً للالتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه، على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحاً وألا يكون المناب معسراً وقت الانابة.

٢- ومع ذلك لا يفترض التجديد في الإنابة، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول.

وتقرر المادة ٣٦١ أنه «يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزاماً قبل المنيب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع، ولا يبقى للمناب الحق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره.

(٤١٠) التعريف بالإنابة،

الإنابة عمل قانوني به يحصل المدين على رضا الدائن بشخص اجنبي يلتزم بوفاء الدين مكانه. وهي على هذا النحو تفترض وجود اطراف ثلاثة وهم: المنيب أى المدين. والمناب لديه أى الدائن، والمناب وهو غير يرتضى وفاء الدين مكان المدين.

ولا تقضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين (المنيب) والاجنبي (المناب)، بل الأمر يتوقف على العلاقة الموجودة بين الاطراف الثلاثة للإنابة: فقد تقع الإنابة بين اشخاص لا تربطهم أى رابطة قانونية سابقة كما لو أراد شخص أن يهب آخر مالاً، قبل أن يتوافر له هذا المبلغ، فيطلب من شخص آخر أن يقرضه هذا المبلغ، على أن يدفعه مباشرة للموهوب له. على أن الغالب أن يكون المنيب دائماً للمناب، فيرتضى الأخير الإنابة ليقضى عن طريقها هذا الدين، كما لو باع مدين عقاراً له وكلف المشتري بدفع الثمن لدائنه، وقد الحق المشرع المصرى الإنابة بالتجديد، لأنها تتضمن فى إحدى صورتها تجديداً بتغيير المدين، على ما سنرى.

(٤١١) الإنابة الناقصة والإنابة الكاملة،

تنقسم الإنابة الى نوعين إنابة ناقصة وفيها لا يبرى المناب لديه ذمة

مدينة المنيب، وإنابة كاملة وتتضمن استبدال مدين وهو المناب بالمدين الأصلي وهو المنيب.

والإنابة الناقصة *Délégation imparfaite*، لا يبرئ فيها الدائن (المناب لديه) ذمة مدينه المنيب، بل يقبل المناب كمدين آخر، فيكون له مدينان عوضاً عن مدين واحد، وهذا هو الفرض الغالب، لأن التجديد لا يفترض في الإنابة (م ٢/٣٦٠). فلو فرض في هذه الحالة أن كان للمنيب دين سابق في ذمة المناب كدين ثمن مثلاً (المثال السابق الذكر)، استتبع الإنابة وجود دين ثالث يترتب للمناب لديه في ذمة المناب ويضم إلى الدينين الأولين، وهما دين المناب لديه قبل المنيب، ودين المنيب قبل المناب، فإذا قام المناب بقضاء حق المناب لديه انقضت هذه الديون الثلاثة، وإذا تخلف عن الوفاء كان للمناب لديه أن يرجع على المنيب بدعواه الأصلية، أو على المناب بالدعوى الناشئة عن الإنابة، دون تضامن بين الإثنين. فإن وفاه الأول (أى المنيب) كان لهذا أن يرجع بدينه على المناب، وأن وفاه الثانى (المناب) انقضت الديون الثلاثة كما سبق أن ذكرنا.

والإنابة الناقصة، كما تقدم، هي الغالبة في العمل، لأنها تهيئ للدائن الرجوع على مدينين، بدلاً من مدين واحد، وهي بهذه المثابة تعتبر كتأمين شخصي للدائن تؤدي عمل التضامن السلبى دون أن تختلط به.

أما الإنابة الكاملة *délégation parfaite* ففيها يبرئ المناب لديه أى الدائن ذمة مدينه المنيب، ويرتضى المناب مديناً بدله، ولذا فهي تتضمن تجديداً بتغيير المدين. وقد تتضمن في نفس الوقت تجديداً بتغيير الدائن إذا كان هناك مديونية سابقة بين المنيب والمناب. فلو باع مدين عقاراً له، وكلف المشتري بدفع الثمن لدائنه، انطوت الإنابة على تجديد بتغيير المدين، لأن

المناقب لديه (دائن البائع) إرتضى المناقب (المشترى) مديناً بدلاً من مدينه الأصيلى، وانطوت كذلك على تجديد بتغيير الدائن، لأن المناقب إستبدل المناقب لديه (دائنه الجديد) بالمنيب (وهو دائنه القديم) .

غير أنه يشترط لى ترتب الإنابة الكاملة أثرها من حيث براءة ذمة المنيب وهو المدين الأصيلى، توافر شرطين نصت عليهما المادة ١/٣٦٠ وهما:

أولاً: أن يكون الالتزام الجديد الذى إرتضاه المناقب صحيحاً. وهذا الشرط لم يأت بجديد، لأنه تطبيق للقواعد العامة فى التجديد، حيث يتعين أن ينشأ التزام جديد لى ينقضى الالتزام القديم.

ثانياً: ألا يكون المناقب معسراً وقت الإنابة، والعلة فى ذلك ظاهرة، إذ لا يتصور أن يقبل الدائن أى المناقب لديه ابراء ذمة مدينه المنيب، الا اذا توافرت فى المناقب الملاءة وقت الإنابة، فإن كان الاخير معسراً وكان الدائن يجهل ذلك، كان التجديد قابلاً للإبطال للغلط أو التدليس، وهما العيبان الذى يتصور أن يرجع لأحدهما جهل الدائن بحالة المناقب.

(٤١٢) اعتبار التزام المناقب قبل المناقب لديه التزاماً مجرداً؛

يرجع سبب قبول المناقب للإنابة إلى العلاقة القانونية بينه وبين المنيب، فقد يرتضى المناقب الإنابة اما بقصد القرض أو التبرع واما بقصد قضاء دين عليه للمنيب، وإذا التزمنا القواعد العامة وربطنا بين التزام المناقب لديه، وبين التزام المناقب قبل المنيب، باعتباره سبباً للإلتزام الأول لكان للمناقب أن يدفع فى مواجهة المناقب لديه بأوجه البطلان أو الدفع التى له التمسك بها قبل المنيب، غير أن المشرع رأى ضمناً لإستقرار المعاملات أن يجرد التزام المناقب قبل المناقب لديه من سببه. وأهم ما يتفرع على فكرة التجريد هذه

من الناحية العملية أنه إذا كان التزام المناب قبل المنيب باطلاً لعدم مشروعية الباعث أو المحل، أو كان قابلاً للإبطال لعيب في الإرادة، أو كان هذا الالتزام قد انقضى بسبب من أسباب الإنقضاء، أو كان خاضعاً لدفع بعدم التنفيذ، فلن يتأثر بذلك التزام المناب قبل المناب لديه. إذ يمتنع على المناب أن يتمسك في مواجهة الأخير بأوجه الدفع أو البطلان التي له التمسك بها في مواجهة المنيب.

كذلك يتفرع على فكرة التجريد هذه، وما تؤدي إليه من استقلال التزام المناب قبل المناب لديه عن التزامه قبل المنيب، أن يستقل أيضاً التزام المناب قبل المناب لديه عن التزام المنيب قبل هذا الأخير (أى المناب لديه)، بحيث يمتنع على المناب كذلك أن يحتج في مواجهة المناب لديه بالدفع التي كانت للمنيب أن يتمسك بها قبل المناب لديه.

على أن أعمال فكرة التجديد - وقد قصد بها حماية المناب لديه - يمتنع إذا اتفق المناب والمناب لديه على خلاف ذلك، بأن اتفقا على عدم حرمان المناب من التمسك في علاقته بالمناب لديه بالدفع التي كانت له قبل المنيب (م ٣٦١).

(٤١٢) مقارنة الإنابة الناقصة بالإشتراط لمصلحة الغير؛

يمكن تقريب الإنابة الناقصة من الإشتراط لمصلحة الغير، لأن كل نظام منهما من الممكن أن يؤدي عمل الآخر. فمثلاً إذا باع مدين عقاره، فيستطيع أن ينيب المشتري في وفاء الدين الذي عليه لدائنه، كما يستطيع أن يشترط على المشتري أن يدفع الثمن لدائنه. غير أن التشابه في الوظيفة الموجودة بين هذين النظامين لا يحجب ما بينهما من أوجه اختلاف. ذلك أن في الإشتراط لمصلحة الغير لا يلزم رضاء المنتفع (ويقابل المناب لديه)

لتمام عقد الاشتراط، ويكون قبوله إقراراً ينسحب الى تاريخ اتفاق المشتري والمتعهد، في حين أن الإنابة لا تنعقد إلا برضاء المناب لديه . كذلك يحتفظ المتعهد في الاشتراط لمصلحة الغير بالدفوع التي كانت له قبل المشتري، ويستطيع أن يدفع بها في مواجهة المنتفع، في حين أن في الإنابة يعتبر التزام المناب قبل المناب لديه التزاماً مجرداً، فلا يستطيع أن يتمسك في مواجهة الأخير بالدفوع التي كانت له قبل المنيب، على ما سبق أن ذكرنا.

الفصل الثالث

المقاصة

(٤١٤) التعريف بالمقاصة:

المقاصة la compensation طريق من طرق انقضاء الالتزام، الغرض منها تسهيل عملية الوفاء به بمنع الوفاء المزدوج. وتتحقق المقاصة عندما يتلاقى دينان في ذمة شخصين، اجتمعت في كل منهما صفة الدائن والمدين، فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما.

وفكرة ازدواج الصفة التي تتحقق في كل طرف من طرفي المقاصة، تقرب بين هذا النظام وبين بعض النظم القانونية الأخرى وهي الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس، والجامع بين هذه النظم القانونية الثلاثة أن الدائن يستند في كل منها إلى عنصر معين من عناصر ذمة مدينه في ضمان استيفاء حقه. غير أن التقارب السابق بين هذه النظم الثلاثة، لا يمنع من وجود أوجه اختلاف أساسية بينها، تتصل بشروط كل منها، وبالأثار التي ترتبها. فالدفع بعدم التنفيذ يفترض وجود عقد تبادلي بين الطرفين، والحق في الحبس يستلزم وجود ارتباط معنوي أو مادي بين حق الحابس وبين التزامه بإداء الشيء المحبوس، في حين أن المقاصة لا يشترط فيها مثل هذه الشروط. ومن حيث الآثار، تعتبر المقاصة أفعالاً من غيرها. لأنها لا تقتصر على ضمان حق الدائن، بل هي تمكنه من اقتضاء هذا الحق بما لمدينه من حق في ذمته.

هذا وقد استتبع انطواء المقاصة على معنى الوفاء والضمان، أن اختلفت

التشريعات فى شأنها، فمنها ما يأخذ بالمذهب اللاتينى فيغلب فكرة الوفاء، ومنها ما يأخذ بالمذهب الجرمانى فيغلب فكرة الضمان على ما سيتبين خلال دراستنا للمقاصة.

(٤١٥) الأهمية العملية للمقاصة:

للمقاصة أهمية عملية بالغة تتمثل فى تيسير وضمان الوفاء بالالتزام. فمن ناحية تحول المقاصة دون عملية الوفاء المزدوج، وما تتطلبه من وجوب نقل النقود من مكان لآخر، فضلا عما ينطوى عليه هذا النقل من مخاطر، وما يستتبعه من مصاريف، ولهذا ظهرت أهمية المقاصة فى المعاملات التجارية.

ومن ناحية أخرى تعتبر المقاصة بالنسبة لكل طرف من طرفيها بمثابة ضمان يجنبه مزاحمة باقى دائنى الطرف الآخر. فيما لو اضطر إلى الوفاء بما عليه، ثم الرجوع بما له على مدينه. وعلى هذا النحو تعتبر المقاصة حالة من الحالات النادرة التى يتمتع فيها الدائن العادى بامتياز فعلى بالنسبة لباقى دائنى مدينه.

(٤١٦) أنواع المقاصة:

المقاصة على أنواع ثلاثة: مقاصة قانونية *Compensation légale* وتقع بحكم القانون إذا توافرت شروطها، وهى أساس بحثنا فى هذا الموضوع. ومقاصة اختيارية *Compensation facultative* وتقع باتفاق الطرفين أو بإرادة احدهما، إذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية وكان مقصوداً به مصلحة الطرفين معاً أو مصلحة أحدهما فقط. وأخيراً مقاصة قضائية *Compensation judiciaire* وتقع بحكم القضاء إذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية كذلك.

الفرع الأول

شروط المقاصة القانونية

(٤١٧) منهج البحث:

سنتناول في دراستنا للمقاصة القانونية بحث: أولاً، شروط هذه المقاصة، وثانياً، أحكامها.

المبحث الأول

شروط المقاصة القانونية

(٤١٨) التصوص القانونية:

تنص المادة ٣٦٢ على أنه 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 الاداء، صالحاً للمطالبة به قضاء».

٢- «ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن».

وتنص المادة ٣٦٣ على أنه «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 ماله من حق أو الوفاء بما عليه من دين في المكان الذى عين لذلك».

وتنص المادة ٣٦٤ على أنه «تقع المقاصة في الديون أيا كان مصدرها، وذلك فيما عدا الأحوال الآتية:

- أ- إذا كان احد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكة وكان مطلوباً رده .
ب- إذا كان احد الدينين مودعاً أو معاراً عارية الإستعمال وكان مطلوباً رده .
ج- إذا كان احد الدينين حقاً غير قابل للحجز .
وظاهر من هذه النصوص أنه يشترط لوقوع المقاصة القانونية توافراً لشروط الآتية:

أولاً: أن يكون الدينان بين نفس الشخصين .

ثانياً: أن يكون الدينان واردين على نقرذ أو على مثليات متحدة في النوع .

ثالثاً: أن يكون الدينان خاليين من النزاع .

رابعاً: أن يكون الدينان مستحقى الأداء .

خامساً: أن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء .

(٤١٩) الشرط الأول: أن يكون الدينان بين نفس الشخصين:

يجب لوقوع المقاصة أن يكون هناك تقابل بين الدينين، والتقابل يتطلب أن يكون كل شخص دائناً ومديناً للآخر في نفس الوقت، وعلى ذلك تمتنع المقاصة إذا أصبح المدين دائناً لدائنه بعد اعلانه بحوالة الحق .

كذلك يستلزم التقابل أن يكون كل شخص دائناً ومديناً بصفة واحدة . فإذا كان أحد الشخصين دائناً للآخر بصفته وصياً على قاصر، ومديناً له بصفته الشخصية، فلا يستطيع أن يطلب المقاصة بين حق القاصر ودينه الشخصى . ولا يجوز للشريك أن يطلب المقاصة بين ما هو حق الشركة وبين دينه الشخصى . ولا يصح للوكيل أن يطلب المقاصة بين حق موكله ودينه هو .

هذا وقد اثيرت مسألة وحدة الصفة بالنسبة للدولة، فالدولة وأن كانت شخصاً اعتبارياً واحداً، إلا أنه فيما يتعلق بالمقاصة يتعين للمطالبة بها أن يكون الحق والدين متصلين بمصلحة أو هيئة إدارية واحدة، فلا يجوز لمن كان دائماً لمصلحة حكومية، ومديناً لمصلحة حكومية أخرى أن يطلب المقاصة في مواجهة المصلحة الأخيرة.

أخيراً اثيرت مسألة التقابل بين الدينين بالنسبة للكفالة والتضامن. والحكم الواجب الإتباع في هذا الشأن أنه لا يجوز للمدين أن يطلب المقاصة بين دينه وبين حق الكفيل في ذمة دائنه، أما الكفيل فله أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت بين المدين والدائن، لأن التزامه التبعية قد إنقضى بانقضاء الإلتزام الأصلي الذي وقعت فيه المقاصة، وفي هذا تقول المادة ١/٧٨٢ بعبارة الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين.

أما بالنسبة للمدين المتضامن، فقد سبق أن رأينا، أنه لا يجوز له التمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر، إلا بقدر حصة هذا المدين (م ٢٨٧).

(٤٢٠) الشرط الثاني: أن يكون الدينان واردين علي نقود أو مثليات متحدة في النوع؛

لما كانت المقاصة تقوم بالنسبة لإنقضاء الإلتزام مقام الوفاء، وجب أن يكون موضوع الدينين من نوع واحد، حتى يستوفى كل طرف الشيء المستحق له. وعادة تقع المقاصة بين دينين من النقود، غير أنه من الجائز أن تقع بين أشياء مثلية أخرى، بشرط أن تكون متحدة في النوع ودرجة الجودة كمقاصة قطن بقطن من نفس الصنف والدرجة والجودة.

هذا ويلاحظ أن المقاصة لا تتصور إلا بالنسبة للإلتزامات بإعطاء أشياء مثلية، إذا اتحد موضوعها في النوع والجودة، أما الإلتزامات بعمل أو بامتناع عن عمل، فلا تقع المقاصة بينها.

(٤٢١) الشرط الثالث: أن يكون الدينان خاليين من النزاع:

يعتبر الدين خالياً من النزاع إذا كان ثابتاً أى مؤكداً، ومقدراً. ويشترط في النزاع الذي يمنع وقوع المقاصة القانونية أن يكون جديداً، والغرض من هذا الشرط الأخير هو منع المدين من إثارة منازعة مصطنعة في دين ثابت حتى يحول دون وقوع المقاصة.

ولكن إذا كان النزاع جديداً، وامتنع وقوع المقاصة القانونية، فللدائن بهذا الحق المتنازع فيه أن يحجز تحت يد نفسه ثم يطلب تثبيت الحجز وأجراء المقاصة القضائية. كذلك يستطيع هذا الدائن أن يطالب بالمقاصة القضائية عن طريق دعوى فرعية، هذا ما لم يكن تحقيق الدين يستدعي اجراءات طويلة تؤخر النظر في الدعوى الأصلية المرفوعة عليه.

وكما يجب أن يكون الدين ثابتاً، فيجب كذلك أن يكون مقدراً، والا امتنع وقوع المقاصة القانونية، ومثال الدين غير المقدر، التزام بتعويض لم يقدره القضاء بعد.

(٤٢٢) الشرط الرابع: أن يكون الدينان مستحقى الأداء:

لما كانت المقاصة وفقاً للمذهب اللاتيني الذي إعتنقه المشرع المصري، تعتبر وفاء مزدوجاً، وجب أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء، وعلى ذلك تمتنع المقاصة إذا كان أحد الدينين معلقاً على شرط واقف لم يتحقق بعد، أو مقترناً بأجل واقف لم يحل بعد.

هذا مع ملاحظة أنه لا تحول دون وقوع المقاصة نظرة الميسرة التي يمنحها القاضى أو المهلة التي يتبرع بها الدائن (م ٢/٣٦٢). لأن نظرة الميسرة المقصود بها رعاية المدين الذى يفتقر مؤقتاً الى المال اللازم للوفاء بدينه، فإن ظهر له مال تمثل فى حق له قبل دائنه. وجب أعمال المقاصة كما أن المهلة التي يتبرع بها الدائن لا تعتبر أجلاً بالمعنى ائمعروف فى أوصاف الالتزام، انما هى مهلة يتفضل بها الدائن على مدينه، ومن التعسف أن يضار الدائن من حسن رعايته للمدين فيمتنع عليه اقتضاء دينه عن طريق المقاصة.

وإذا كان الدين مؤجلاً، وسقط حق المدين فى الاجل لسبب من الاسباب الواردة فى المدة ٢٧٣، وهى شهر الإفلاس أو الإعسار، وأضعاف التأمينات الخاصة المعطاة للدائن، والتخلف عن تقديم التأمينات التي تم التعهد بها للدائن، فإن المقاصة لا تجرى إلا من وقت صدور الحكم الصادر بسقوط الأجل.

غير أنه لا يحول دون وقوع المقاصة أن يكون أحد الدينين معلقاً على شرط فاسخ، ولكن إذا تحقق الشرط اعتبرت المقاصة كأن لم تكن، وجاز لمن كان التزامه بسيطاً أن يطالب بالوفاء به.

وإذا كان أحد الدينين ناشئاً عن عقد مهدد بالفسخ أو الإبطال، ثم حكم برفض دعوى الفسخ أو الإبطال، اعتبرت المقاصة قد تحققت من وقت تلاقى الدينين.

هذا ولم يجعل المشرع المصرى من إختلاف مكان الوفاء فى الدينين مانعاً يحول دون وقوع المقاصة، بيد أن يتعين على من يتمسك بالمقاصة

في هذه الحالة أن يعرض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه من إجراء هذه المقاصة، من إستيفاء ماله من حق، أو الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي حدد لذلك.

(٤٢٣) الشرط الخامس: أن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضائياً؛

أى يجب أن يكون كل من الدينين من الممكن رفع الدعوى به لقهر المدين على الوفاء به، وعلى ذلك لا تقع المقاصة إذا كان أحد الالتزامين التزاماً طبيعياً، والآخر التزاماً مديناً، لأن الإلتزام الطبيعي لا يمكن المطالبة به قضاء وقهر المدين به على الوفاء.

(٤٢٤) الديون التي لا تجوز فيها المقاصة القانونية؛

الأصل أن المقاصة تقع في الدين أياً كان مصدرها، غير أن المشرع استبعد حالات معينة من هذا الأصل، وقرر عدم جواز المقاصة القانونية فيها ولو توافرت شروطها، وهذه الحالات، كما وردت في المادة ٣٦٤ هي:

أولاً: إذا كان أحد الدينين شيئاً تزع دون حق من يد مالكة وكان مطلوباً رده. وليس هذا الا تطبيقاً لقاعدة حظر انتصاف الشخص لنفسه، فليس للدائن مثلاً أن يتمسك بالمقاصة بين التزام نه قبل المدين وبين التزام يوجب عليه أن يرد لهذا المدين ما غصبه منه، ولولا هذا الحظر لحل اقتضاء الحقوق بالقوة محل الترافع إلى القضاء وتغليب حكم القانون.

ثانياً: إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية إستعمال وكان مطلوباً رده. والعلة في تقرير هذا الاستثناء أن مناط الوديعة أو العارية هي الثقة التي للمودع أو المعير في شخص المودع لديه أو المستعير، وهذه الثقة تستوجب رد الشيء المودع أو المستعار، ولو كان حافظ الوديعة أو المستعير

دائماً بمثل ما أوتمن عليه، لما لهذا الائتمان الخاص من إعتبار في هذين النوعين من العقود.

ثالثاً، إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز، والعلة في هذا أن المقاصة لا تعتبر وفاء اختيارياً بل وفاء قهرياً ولذا تأخذ حكم الحجز، ويمتنع التمسك بها إذا كان أحد الحقين غير قابل للحجز عليه.

المبحث الثاني

أثار المقاصة القانونية

(٤٢٥) النصوص القانونية:

تنص المادة ٣٦٥ على أنه ١- «لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها.

٢- «ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء».

وتنص المادة ٣٦٦ 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».

وتنص المادة ٣٦٧ ١- «لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير».

٢- «فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين، ثم أصبح المدين دائماً لدائنه، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحجز».

وتنص المادة ٣٦٨ على أنه ١- وإذا 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.

وتنص المادة ٣٦٩ على أنه، 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.

وظاهر من هذه النصوص أنه يتعين التفرقة بين الطرفين والغير فيما يتعلق بآثار المقاصة القانونية.

المطلب الأول

آثار المقاصة فيما بين الطرفين

(٤٢٦) المبادئ التي تحكم هذه الآثار:

تحكم آثار المقاصة فيما بين الطرفين مبادئ معينة، وهي:

أولاً: أن المقاصة وفاء مزدوج .

ثانياً: وجوب التمسك بالمقاصة.

ثالثاً: أن انقضاء الدينين يكون من الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة.

(٤٢٧) المقاصة وفاء مزدوج:

تتضمن المقاصة، كما سبق أن رأينا معنى الوفاء، وهو وفاء مزدوج لأن كل طرف من الطرفين يوفى دينه بحقه. ولكن إذا اختلف مقدار الدينين، وهذا هو الغالب، فإن انقضاءهما يكون بقدر الأقل منهما، ومعنى ذلك أن الدين الأكبر لا ينقضى بتمامه بل بقدر ما يقالبه من الدين الأصغر، ولذا تعتبر المقاصة إحدى الحالات الاستثنائية التي يجيز فيها المشرع الوفاء الجزئي دون حاجة إلى رضا الدائن بذلك.

ولما كانت المقاصة وفاء، كان احتساب الخصم فيها كاحتساب الخصم في الوفاء، إذا تعددت في جانب أحد الطرفين الديون الجائز المقاصة فيها (م ٢/٣٦٥).

(٤٢٨) وجوب التمسك بالمقاصة:

لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها. ولذا يمتنع على القاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه، بل أن فى السكون عن التمسك بها من صاحب المصلحة فيها ما يعتبر نزولاً ضمنياً عنها، والنزول عن المقاصة جائز بعد ثبوت الحق فيها. وإذا كان المشرع قد منع التنازل عن المقاصة مقدماً أى قبل توافر شروطها (م ١/٣٦٥)، فليس ذلك لتعلقها بالنظام العام، بل حماية للجانب الضعيف من المتعاملين بعد أن تبين أن من الدائنين - وخاصة البنوك - من يشترط على المدينين التنازل مقدماً عن التمسك بالمقاصة فيما قد ينشأ لهم فى المستقبل من حقوق فى ذمة دائنيهم.

والتمسك بالمقاصة غير قاصر على المدين الذى يصبح دائناً لدائنه. بل

أن للكفيل إذا طالبه الدائن أن يتمسك بها، لأنه لما كان يترتب على المقاصة انقضاء الدين المكفول وتوابعه ومنها الكفالة، كان للكفيل أن يدفع بها، كذلك الحال بالنسبة لحائز العقار المرهون ضماناً للدين، لأن الرهن ينقضى تبعاً لانقضاء الدين بالمقاصة. كذلك الأمر فيما يتعلق بالمدين المتضامن، مع ملاحظة أنه ليس للأخير أن يتمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر، إلا بقدر حصة هذا المدين (م ٢٨٧).

أخيراً يراعى أن التمسك بالمقاصة يعتبر من الدفع الموضوعية التي لا يجوز إبدائها لأول مرة أمام محكمة النقض.

(٤٢٩) انقضاء الدينين من الوقت الذي يصبح فيه صالحين للمقاصة،

يترتب على المقاصة وفقاً لحكم المادة ٢/٣٦٥ انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، انقضاء يستند أثره إلى الوقت الذي أصبح فيه صالحين للمقاصة، لا من وقت التمسك بها، ولذا يعتبر حكم القاضى فى هذه الحالة مقرراً لها. ويترتب على هذا المبدأ النتائج الآتية:

أولاً، إذا كان أحد الدينين يغل فائدة، فلا تحتسب هذه الفائدة عن المدة ما بين توافر شروط المقاصة ووقت التمسك بها، لأن هذا الدين يعتبر قد انقضى من وقت الصلاحية للمقاصة.

ثانياً، لما كانت المقاصة تقع وقت تلاقى الدينين، فهي ترتب أثرها مادام الدين الذى توافرت فيه صلاحية القصاص قائماً لم ينقض بالتقادم فى هذا الوقت ولو تم اكتمال مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة (م ٣٦٦).

المطلب الثاني

آثار المقاصة بالنسبة للغير

(٤٣٠) المبدأ الذي يحكم هذه الآثار،

يحكم آثار المقاصة بالنسبة للغير، أنه لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير (م ١/٣٦٧). وقد طبق المشرع هذا المبدأ بالنسبة للحجز الموقع من الغير، وبالنسبة لحوالة الحق بعد قبولها، وأخيراً بالنسبة للنزول عن المقاصة.

(٤٣١) توقيع الحجز تحت يد المدين،

إذا تم توقيع حجز تحت يد المدين. ثم ترتب لهذا المدين دين في ذمة دائئه المحجوز على ماله، بعد توقيع الحجز، امتنع عليه التمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز، وكذلك الأمر إذا كان دين المدين في ذمة دائئه قد نشأ قبل الحجز ولكن لم تتوافر شروط المقاصة إلا بعد توقيع الحجز (٢/٣٦٧). ولا يتبقى لهذا المدين الذي أصبح دائناً لدائئه، وامتنعت عليه المقاصة، إلا أن يحجز تحت يد نفسه، فيتيسر له بذلك أن يشترك مع الحاجز الأول في اقتسام الدين المحجوز عند التوزيع.

(٤٣٢) قبول الحوالة بالحق دون تحفظ،

إذا توافرت شروط المقاصة القانونية بين دينين، وقام أحد الدائنين بالرغم من ذلك بحوالة حقه إلى شخص آخر، وقبل المدين هذه الحوالة دون تحفظ، امتنع عليه بعد ذلك التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له. وتعين عليه أن يوفى لهذا الأخير بالحق المحال به ثم الرجوع على المحيل بما له من حق قبله (م ١/٣٦٨).

والرأى الراجح فى تبرير هذا الحكم أن المقاصة لا يجوز أن تقع
اضراراً بحقوق كسبها الغير، بدليل أن المحال عليه، يمتنع عليه التمسك
بالمقاصة إذا قبل الحوالة دون تحفظ، ولو كان يجهل وقت قبولها توافر
شروطها.

هذا إذا كانت الحوالة قد نفذت قبل المدين بقبوله لها. لما أن كان نفاذها
قبله قد تم عن طريق إعلانها بها فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك
بالمقاصة (م ٣٦٨/٢).

(٤٣٣) النزول عن المقاصة اضراراً بالغير؛

إذا قام شخص توافرت له صفتى الدائن والمدين بالوفاء بدينه بالرغم
من توافر شروط المقاصة، فإنه يعتبر متنازلاً عن التمسك بها، ويكون له بعد
ذلك الرجوع بدوره على مدينه استيفاء لحقه: ولكن يمتنع عليه فى هذه
الحالة، أن يتمسك اضراراً بالغير بالتأمينات التى تكفل هذا الحق (م ٣٦٩).
وعلى ذلك فليس له الرجوع على الكفيل أو المدين المتضامن أو حائز العقار
المرهون، كما لا يجوز له التمسك بالتأمينات العينية التى كانت تكفل هذا
الحق كالرهن أو الامتياز اضراراً بالدائنين التاليين له فى المرتبة، كل هذا
بشرط أن يكون المدين الموفى عالماً وقت الوفاء بما له من حق فى ذمة
الدائن تجوز المقاصة فيه، فإذا تم الوفاء جهلاً منه بوجود هذا الحق فلا يحرم
من الاستفادة من التأمينات التى تكفله، ولو كان فى ذلك اضراراً بالغير،
لانتفاء سوء النية من جانبه.

الفرع الثاني

المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

(٤٣٤) المقاصة الاختيارية،

قد يمتنع وقوع المقاصة القانونية لتخلف شرط من شروطها، كما لو كان أحد الدينين متنازعا فيه، أو كان غير مستحق الأداء بعد، أو كان غير قابل للحجز، أو كان ديناً طبيعياً أو كان ناشئاً من عقد وديعة أو عارية استعمال، أو كان محله مختلفاً عن محل الإلتزام الآخر.. الخ. وفي مثل هذه الحالات يجوز أن تقع المقاصة بالاختيار، بإرادة أحد الطرفين، أو بإرادتهما معاً، وفقاً لما إذا كان الشرط المتخلف لوقوع المقاصة القانونية قد قصد به مصلحة أحدهما فقط، أو مصلحتهما معاً. فمثلاً إذا كان أحد الدينين غير مستحق الأداء بعد لعدم حلول الاجل، فيجوز إذا كان الاجل مشروطاً لمصلحة أحد الطرفين فقط أن يتنازل عنه وأن يتمسك بالمقاصة، في حين أنه إذا كان الاجل مشروطاً لمصلحة الطرفين معاً، فلا تقع المقاصة الاختيارية الا باتفاقهما على نزول الاجل.

هذا ويلاحظ أن المقاصة الاختيارية، سواء تمت بإرادة احد الطرفين أم بإرادتهما معاً، فإنها لا ترتب اثرها من حيث قضاء الإلتزامين المتقابلين، إلا من وقت التمسك بها أو الإتفاق عليها، كل هذا مع مراعاة حقوق الغير بالألا تمس بها هذه المقاصة.

(٤٣٥) المقاصة القضائية،

هي المقاصة التي يجريها القاضي إذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية، وهذا هو شرط الخلو من النزاع. فمثلاً إذا طالب دائن مدينة بدينه، فادعى المدين بحق في تعويض عن ضرر أصابه بخطأ هذا الدائن، وطالب

بإجراء المقاصة بين ما عليه من دين وما له من حق، كان للقاضي تقدير قيمة هذا الحق، ثم أعمال المقاصة بين الدينين. ولذا تعتبر المقاصة القضائية بمثابة دعوى فرعية موضوعها الإقرار بالدين المتنازع في وجوده أو في مقداره، مع استيفائه عن طريق المقاصة.

والمقاصة القضائية ليست في حقيقتها إلا مقاصة قانونية تقع عندما يتوافر بحكم القاضي شرط الخلو من النزاع الذي كان ينقسمها، ولذا يجب أن يستند أثرها إلى وقت توافر هذا الشرط، وإذا لاحظنا أن الأحكام كاشفة وليست منشئة يجب إعتبار الخلو من النزاع قد تحقق من وقت رفع الدعوى بالحق، وتعين بالتالي إرجاع أثر المقاصة إلى هذا التاريخ.

الفصل الرابع اتحاد الذمة

(٤٣٦) تعريف:

اتحاد الذمة confusion هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد. وظاهر من هذا التعريف الفرق الجوهرى بين اتحاد الذمة والمقاصة. فالمقاصة تقوم على تلاقى دينين وتساقطهما قصاصاً من جراء ذلك. أما اتحاد الذمة فيفترض وجود دين واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه، فيترتب على اجتماع صفتي الدائن والمدين في ذات الشخص انقضاء هذا الدين.

هذا وسنتناول في بحث اتحاد الذمة الكلام: أولاً في حالاته، ثانياً في آثاره.

الفرع الأول

حالات اتحاد الذمة

(٤٣٧) تقسيم:

لا يقتصر اتحاد الذمة على الإلتزامات أو الحقوق الشخصية وحدها، بل يتناول كذلك الحقوق العينية، ويسمى في هذه الحالة «بالإدغام»، كذلك قد يقع اتحاد الذمة بسبب الوفاة أو حال الحياة.

(٤٣٨) اتحاد الذمة في الحقوق العينية:

قد تتجزأ عناصر الملكية فيكون لشخص حق الانتفاع ولآخر حق الرقبة،

فإذا توفى الثاني وورثه الأول تجمعت هذه العناصر لشخص واحد، وزال حق الانتفاع الذي كان مقرراً على عقار الغير. كذلك الأمر إذا كان هناك حق ارتفاق مقرر على عقار لمصلحة عقار آخر، ثم خلف مالك أحد العقارين مالك العقار الآخر، فإن حق الارتفاق ينقضى باتحاد الذمة. لأنه لا يجوز أن يكون لشخص حق عيني آخر خلاف الملكية على مال مملوك له.

(٤٣٩) اتحاد الذمة في الحقوق الشخصية؛

ينقضى الدين أي الحق الشخصي باتحاد الذمة إذا خلف الدائن المدين، أو خلف المدين الدائن، لأنه لا يجوز أن يكون الشخص دائناً لنفسه أو مديناً لها، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ بقولها: إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدث فيه الذمة. واتحاد الذمة يقع كما سبق القول، حال الحياة أو بسبب الوفاة.

(٤٤٠) اتحاد الذمة حال الحياة؛

من الأمثلة على اتحاد الذمة حال الحياة شراء شركة السندات التي سبق لها إصدارها، لأن بشراء هذه السندات - وهي ديون على الشركة - يجتمع في هذه الأخيرة صفة الدائن والمدين.

(٤٤١) اتحاد الذمة بسبب الوفاة؛

يقع اتحاد الذمة بسبب الوفاة إذا كان المدين وارثاً للدائن وتوفى هذا الأخير، إذ يصبح المدين دائناً لنفسه، فينقضى الدين باجتماع الصفتين فيه. ونفس الحكم فيما يتعلق بالوصية.

كذلك يقع اتحاد الذمة إذا توفى المدين فورثه الدائن. غير أن هذه

الصورة من صور اتحاد الذمة لا تتحقق في القانون المصري وفقاً للرأى السائد فقهاً وقضاء نظراً لأن القاعدة الشرعية بالأثرية بعد سداد الديون تحول دون أن يرث الوارث ديون مورثه، بل يتعين سداد هذه الديون أولاً من التركة قبل انتقالها إلى الوراث، وعلى ذلك إذا مات المورث مديناً لوارثه، استوفى الوارث أولاً دينه من التركة باعتبارها دائناً، وما يتبقى من حقوق التركة بعد ذلك ينتقل إليه باعتبارها وارثاً.

الضلع الثاني

أحكام اتحاد الذمة

(٤٤٢) النص القانوني:

تنص المادة ٣٧٠ على أنه ١- إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة. ٢- وإذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي، عاد الدين إلى الوجود هو ملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن.

وإذا كانت الفقرة الأولى من هذه المادة تتكلم في اتحاد الذمة كسبب لإنقضاء الإلتزام، إلا أن الاعمال التحضيرية لمشروع التقنين المدني تذهب إلى عكس ذلك وترى فيه مجرد مانع يحول دون المطالبة بالدين. إذ جاء فيها «ويراعى أن اتحاد الذمة ليس في حقيقته سبباً من اسباب انقضاء الإلتزام، بل هو مانع طبيعي يحول دون المطالبة بالدين، من جراء اتحاد صفتى الدائن والمدين في ذات الشخص. ويتفرع على ذلك أنه إذا زال السبب الذي افضى إلى اتحاد الذمة زوالاً مستنداً سقط المانع، وعاد الإلتزام

الى الوجود بما يتبعه من الملحقات فلو فرض أن دائناً أوصى لمدينه بماله في ذمته بمقتضى وصية قابلة للبطلان فإبطال هذه الوصية يعيد لدين الموصى به إلى الوجود بعد أن انقطع حق المطالبة به على سبيل التوقيت.

والرأى الذى تأخذ به المذكرة الإيضاحية من حيث اعتبار اتحاد الذمة سبباً معطلاً لحق المطالبة بالدين، أى معطلاً لعنصر المسؤولية فيه هو الرأى الراجح فى فقه القانون سواء فى فرنسا أم فى مصر.

هذا وستتناول فى بحث احكام اتحاد الذمة، الكلام: أولاً فى أثر اتحاد الذمة، وثانياً فى زوال سبب اتحاد الذمة.

(٤٤٣) أثر اتحاد الذمة:

يترتب على اتحاد الذمة استحالة المطالبة بالدين، لوجود العائق الطبيعى الذى يمنع ذلك، وهو ما عبرت عنه المادة ١/٣٧٠ بقولها أن الدين ينقضى بالقدر الذى اتحدت به الذمة. فإذا كان الدين ٢٠٠٠ جنيه وتوفى الدائن عن وارثين متكافئين فى الميراث، وكان أحدهما هو المدين، انقضى الدين بقدر الحصة التى آلت إلى هذا الأخير فى الميراث، أى بقدر النصف، وكان للوراث الآخر مطالبته بالنصف المتبقى.

وإذا اتحدت ذمة الدائن والمدين ترتب على ذلك انقضاء الإلتزام الاصلى وانقضاء التزام الكفيل تبعاً له، لأن القاعدة أن الفرع يتبع الأصل وجوداً وزوالاً. أما إذا اتحدت ذمة الكفيل، فلا ينقضى الإلتزام الاصلى، لأنه إذا كان الفرع يزول بزوال الاصل، فإن الاصل لا يزول بزوال الفرع.

(٤٤٤) زوال سبب اتحاد الذمة:

يترتب على اعتبار اتحاد الذمة مجرد مانع يحول دون المطالبة بالدين

نتائج معينة تظهر على وجه الخصوص إذا زال السبب الذي أدى إلى إتحاد الذمة، من ذلك: أولاً: إذا وفى مشتري العقار المثقل برهنيين متتاليين قيمة الرهن الأول وحل محل الموفى له فيه زال هذا الرهن بإتحاد الذمة، غير أن هذا الرهن يعود إلى الظهور إذا نزع الدائن المرتهن الثانى ملكية العقار المرهون، لزوال الإستحالة المادية التى رتبها إتحاد الذمة . وبذلك يستوفى الحائز قيمة الرهن الذى حل فيه مقدماً على الدائن المرتهن الثانى .

ثانياً: إذا زال السبب الذى أدى إلى إتحاد الذمة، وكان لزواله اثر رجعى عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً، ويعتبر إتحاد الذمة كأن لم يكن . فإذا أوصى الدائن لمدينه بالدين الذى له فى ذمته، ثم أبطلت الوصية، عاد الدين الموصى به إلى الوجود بأثر رجعى .

ثالثاً: إذا كان المدين وارثاً للدائن، وإتحدت الذمة بسبب وفاة الأخير، فإن الحق الذى انقضى بإتحاد الذمة، يعتبر قائماً عند تقدير قيمة التركة (أو حصة المدين الوارث فيها) ، سواء لإحتساب رسم الايلولة، أو لتحديد ثلث التركة إلى تنفيذ فيه الوصية .

الباب الثالث انقضاء الالتزام دون وفاء

(٤٤٥) أسباب ثلاثة :

ينقضى الالتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء بأحد أسباب ثلاثة وهى :
الإبراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم المسقط .

الفصل الأول

الإبراء

(٤٤٦) النصوص القانونية :

تنص المادة ٣٧١ على أنه ،ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه
مختاراً، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ويرتد برده، . وتقضى
المادة ٣٧٢ بأنه :

- ١- يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع .
 - ٢- ولا يشترط فيه شكل خاص، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه
توفر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان .
- هذا وستتناول فيما يتعلق بالإبراء Remise de dette الكلام فى طبيعته ثم
فى أحكامه .

(٤٤٧) طبيعة الإبراء :

الإبراء تصرف قانونى به ينقضى الالتزام دون مقابل . ويتميز الإبراء
بخصيصةين جوهريتين :

الأولى: أن الإبراء يتم في التقنين المدني الحالي بالإرادة المنفردة للدائن، أي لا يشترط للإبراء رضا المدين، وذلك على عكس الحال في التقنين المدني السابق، والتقنين الفرنسي. حيث يعتبر الإبراء عقد لا يتم إلا باتفاق الدائن مع المدين. ولما كان الإبراء تعبيراً عن الإرادة موجهاً إلى المدين، فيجب وفقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة ٩١ ألا ينتج أثره إلا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم المدين.

وإذا كان الإبراء يتم في التقنين المدني الحالي بالإرادة المنفردة للدائن، إلا أن للمدين إذا رأى في الإبراء مساساً بكرامته، أن يرده، ويترتب على الرد انعدام أثره، وبقاء الالتزام قائماً.

الثانية: أن الإبراء يعتبر من أعمال التبرع، ولذا تسرى في شأنه الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع (م ٣٧٢/١)، من ذلك ما تعلق بالأهلية والدعوى البوليصة ومرض الموت. فيجب أن تتوافر في الدائن أهلية التبرع، ولدائن الدائن أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البوليصة ولو كان من صدر لصالحه حسن النية ولو ثبت أن من صدر منه لم يرتكب غشاً (م ٢٣٨/٢)، كذلك يأخذ هذا التصرف حكم الوصية إذا صدر من الدائن وهو في مرض الموت مثله كمثّل سائر التبرعات، أخيراً يجوز للدائن الرجوع في الإبراء بالتراضى أو بالتقاضى وفقاً لأحكام الرجوع في الهبة الواردة في المادتين ٥٠٠ و ٥٠١.

هذا فيما يتعلق بالشروط الموضوعية للإبراء، أما فيما يتعلق بالشروط الشكلية، فلا يشترط في الإبراء شكل خاص، لأن الإبراء ليس ناقلاً للحق، وإنما هو سبب لإنقضاء الالتزام، وأكثر من ذلك فلا يشترط للإبراء شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق

عليه المتعاقدان فلو أبرأ الموهوب له، وهو الدائن بمقتضى عقد الهبة، الواهب، وهو المدين بموجب هذا العقد، من التزامه الناشئ عند عقد الهبة، فلا يشترط في هذا الإبراء شكل خاص بالرغم من أن الهبة من العقود الرسمية .

(٤٤٨) أحكام الإبراء :

يترتب على الإبراء إنقضاء الالتزام . وإذا تناول الإبراء التزام المدين انقضت بالتالي التأمينات له، سواء كانت شخصية كالكفالة (م ٧٨٢) أم عينية كالرهن، أما إذا اقتصر الإبراء على التزام الكفيل فلا تبرأ ذمة المدين، لأن الأصل لا يأخذ حكم الفرع .

وإذا أبرأ الدائن ذمة أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقيين إلا إذا صرح الدائن بذلك، فإن لم يصدر عنه هذا التصريح، فلا يكون له مطالبة الباقيين 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 الرجوع على المدين الذي صدر الإبراء لصالحه بحصته في الدين (م ٢٨٩) .



الفصل الثاني

استحالة التنفيذ

(٤٤٩) إحالة:

تنص المادة ٣٧٣ على أنه «ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه». وقد سبق بحث موضوع استحالة التنفيذ في أكثر من موضع، ولذا سنكتفي هنا بالإشارة إلى بعض المسائل التي يثيرها هذا الموضوع مع الإحالة إلى ما سبق أن فصلناه في شأنه.

(٤٥٠) انقضاء الالتزام بالاستحالة:

إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا على المدين لسبب أجنبي، فإن هذا الالتزام ينقضى. غير أنه يشترط لانقضاء الالتزام في هذه الحالة ما يأتي:

أولاً: أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا على المدين استحالة تامة، لأنه إذا أصبح مرهقاً له فقط، فلا يكون من شأن هذا الإرهاق أن يؤدي إلى انقضائه وإن أدى إلى الحد المعقول وفقاً لنظرية الظروف الطارئة (م ٢/١٤٧).

ثانياً: أن تكون استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه كالقوة القاهرة أو خطأ الغير. أما إذا لم يثبت أن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي، فإن الالتزام لا ينقضى وأن أصبح تنفيذه عيناً مستحيلًا. وينعين في هذه الحالة الإلتجاء إلى التنفيذ بمقابل، أي التنفيذ بطريق التعويض. وإذا

تعدد المدينون المتضامنون، واستحال تنفيذ الالتزام بخطأ أحدهم، فلا يسأل الباقيون إلا في حدود قيمة الشيء الذي استحال الوفاء به، أما باقي عناصر الضرر الأخرى فلا يسأل عنها إلا من تسبب بخطئه في استحالة التنفيذ (م ٢٩٣/١) وهذا هو الرأي الراجح في هذا الموضوع على ما سبق أن ذكرنا.

(٤٥١) تحمل تبعة الاستحالة :

في العقود الملزمة للجانبين إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبي، إنقضى هذا الالتزام، وإنقضى تبعاً له الالتزام المقابل، وانفسخ العقد بقوة القانون (م ١٥٩)، ومعنى ذلك أنه في هذا النوع من العقود تكون تبعة الاستحالة على عاتق المدين. في حين أنها تكون على عاتق الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة، مع ملاحظة أثر الإعذار بالنسبة لهذا النوع من العقود، إذ يترتب على الإعذار انتقال تبعة استحالة التنفيذ من الدائن إلى المدين، إلا إذا أثبت المدين أن الشيء محل الالتزام كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلمه إليه (م ٢٠٧)، كل هذا ما لم يكن المدين قد قبل التشديد في مسؤوليته بتحمل تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة (م ٢١٧/١).

الفصل الثالث

التقادم المسقط

(٤٥٢) التعريف بالتقادم المسقط :

إذا كانت المادة ١/٣٨٦ من التقنين المدني تنص على أنه «يترتب على التقادم إنقضاء الالتزام»، إلا أن الرأي السائد فقهاً، والذي تؤيده مجموع النصوص القانونية، لا يرى في التقادم سبباً حقيقياً من أسباب إنقضاء الالتزام، بل مجرد وسيلة لقطع حق المطالبة به، وعلى هذا يمكن تعريف التقادم المسقط (Prescription extinctive) بأنه دفع موجه إلى دعوى الدائن، يؤدي إلى سقوط حق المطالبة بالدين إذا تمسك به من له مصلحة فيه.

وترجع علة تقرير التقادم المسقط إلى إعتبرات تتعلق بالنظام العام والأمن المدني في الجماعة. فمن مصلحة الجماعة تصفية المراكز القديمة ومنع إثارة المنازعات في شأن عقود أو وقائع قدم عليها العهد بحيث يغلب فقد السندات الخاصة بها أو استحالة ذكرها، مما يتعذر معه على القضاء تبين وجه الحق فيها. ويضاف إلى هذا الإعتبار الذي تسنده مصلحة الجماعة، اعتبار آخر تسنده مصلحة المدين ويبرره إهمال الدائن. ذلك أن في السكوت عن المطالبة بالحق قرينة على الوفاء مما يرفع الحرج عن المدين فلا يضطر إلى الإحتفاظ بالمخالصة بالدين إلى ما لا نهاية بل يكفيه إحتفاظه بها طوال المدة التي قررها المشرع لسقوط حق المطالبة، فإن انقضت هذه

المدة كان له إعدام هذه المخالصة (أى سند الوفاء) وهو آمن على نفسه شر مطالبه الدائن مرة أخرى.

على أن قرينة الوفاء المستمدة من سكوت الدائن عن المطالبة بحقه خلال مدة معينة، ليست هى الوجه الوحيد من أوجه رعاية المدين على حساب الدائن المهمل، بل هناك وجه آخر يتمثل فى منع تراكم الديون على المدين مما قد يودى إلى تكليفه بما يجاوز طاقته. ولكل من هذين الاعتبارين أثره فى مدى حق المدين فى التمسك بالتقادم. فإذا كان مبنى التقادم هو قرينة الوفاء فلن يستطيع المدين التمسك به إذا كان قد اعترف بعدم الوفاء أو بدأ بإنكار مديونيته. فى حين أن له التمسك بالتقادم ولو بعد إقراره بوجوب الدين فى ذمته، إذا كان مبنى التقادم هو منع تراكم الديون على المدين.

(٤٥٣) منهج البحث :

سنناول فى دراسة التقادم المسقط بيان مدد هذا التقادم، ثم كيفية احتساب المدة، ثم أثر هذا التقادم، وأخيراً التفرقة بين التقادم العادى ومواعيد السقوط.

الفرع الأول

مدة التقادم المسقط

(٤٥٤) القاعدة العامة - التقادم المسقط بخمس عشرة سنة :

الأصل فى الإلتزام أن يتقادم بمضى خمس عشرة سنة، وهذا هو التقادم الطويل أو التقادم العادى، وقد نصت عليه المادة ٣٧٤ بقولها «يتقادم الإلتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التى ورد عنها نص خاص فى القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية».

وظاهر من هذا النص أن التقادم الطويل أى التقادم بخمس عشرة سنة هو الأصل بمعنى أنه فى جميع الحالات التى لم ينص فيها المشرع على مدة أقصر يتقادم الإلتزام بمضى هذه المدة الطويلة، كما يتقادم بها الإلتزام كذلك إذ تخلف شرط من شروط التقادم القصير.

ولهذا التقادم أساس مزدوج يستند إلى فكرتى الصالح العام والصالح الخاص فى نفس الوقت، ولذا تأثرت أحكامه نتيجة لاختلاف الإعتبارات التى يقوم عليها. ذلك أنه ترتيباً على فكرة الصالح العام ومبناها تجنب نظر المنازعات التى قدم عليها العهد لتعذر الفصل فيها، لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه (م ١/٣٨٨)، كما أنه يصح التمسك به فى أية حالة كات عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة الإستئنافية (م ٢/٣٨٧). كما أنه ترتيباً على فكرة الصالح الخاص ومبناها قرينة الرفاء، لا يقع التقادم بقوة القانون، بل يجب أن يتمسك به من له مصلحة فيه (م ١/٣٨٧)، وأنه يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى بالرغم من إنقضاء الإلتزام المدنى بالتقادم (م ١/٣٨٦)، وأنه يجوز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه (م ٢/٣٨٨).

غير أنه إذا كان الأصل هو تقادم الإلتزام بمضى خمس عشرة سنة. إلا أن هناك من الحالات ما يتقادم فيها الإلتزام بمدة أقصر من ذلك. وهذه المدة القصيرة قد تكون خمس سنوات أو ثلاث سنوات أو سنة واحدة، على ما سنبينه فيما يلى.

المبحث الأول

التقادم الخمسي

(٤٥٥) الحقوق التي يسري عليها التقادم الخمسي :

يسرى التقادم الخمسي على ثلاثة أنواع من الحقوق، وهي: الحقوق الدورية المتجددة، وحقوق بعض أصحاب المهن الحرة، والحقوق الناشئة من الأوراق التجارية.

(٤٥٦) أولاً: الحقوق الدورية المتجددة :

تنص المادة ٣٧٥ على أنه :

١- يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين، كأجرة المباني والأراضي الزراعية ومقابل الحكر، وكالفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات.

٢- ولا يسقط الربح المستحق في ذمة الحائز ساء النية، ولا الربح الواجب على ناظر الوقف أداءه للمستحقين، إلا بانقضاء خمس عشرة سنة. وقبل أن نتناول نطاق تطبيق هذا النص، وتحديد المعنى المقصود بالدورية والتجدد، يحسن أن نوضح أساس التقادم بالنسبة لهذا النوع من الحقوق.

(٤٥٧) القاعدة العامة في تحديد هذه الحقوق :

وضع المشرع في المادة ٣٧٥ قاعدة عامة في شأن تحديد هذه الحقوق بما تطلبه من وجوب توافر صفتين فيها هما الدورية والتجدد، وعلى أساس هاتين الصفتين تستبين الحكمة من إخضاع هذه الحقوق للتقادم الخمسي على ما سبق أن ذكرنا.

والمقصود بالدورية أن الحق يستحق في ميعاد دورى معين كأن يستحق كل أسبوع أو كل شهر أو كل سنة أو كل وحدة زمنية أخرى اتفق عليها.

والدورية قد يكون مصدرها الاتفاق كما فى الأجرة والفوائد الإتفاقية، وقد يكون مصدرها القانون كما فى المعاشات والفوائد القانونية.

والمقصود بالتجدد أن الحق يستحق فى موعده الدورى إلى ما لا نهاية، مادام مصدره قائماً، دون أن يودى ذلك إلى إنتقاص الأصل، كما هو الشأن بالنسبة للفوائد. أما إذا كان الحق دورياً ولكن يترتب على إستحقاقه إنتقاص الأصل، كأقساط الدين، فإنه لا يعتبر متجدداً ولا يخضع بالتالى للتقادم الخمسى بل يتقادم كل قسط منه بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ إستحقاقه وفقاً للمبادئ العامة.

وقد أتى المشرع، بعد أن وضع القاعدة العامة فى تحديد هذه الحقوق، بأمثلة عليها وهى: أجرة المبانى والأراضى الزراعية ومقابل الحكر، والفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات.

فأجرة المبانى والأراضى الزراعية ومقابل الحكر، هى المقابل للإنتفاع بالعين المؤجرة أو المحكرة، وهى بطبيعتها دورية ومتجددة، إذ تستحق فى موعد دورى، ولا يترتب على تنفيذها نقص فى العقد بمقدار التنفيذ. ويأخذ حكم الأجرة فيما يتعلق بانقضائه بالتقادم الخمسى، كل ما يتسحق على المستأجر، وكان تابعاً لدين الأجرة، أو كان له صفة التعويض عن الإنتفاع بالعين وأنزل منزلة الأجرة قدرأ واستحقاقاً وتكراراً. أما ما يلزم به المستأجر من تعويض عن تلف أصاب العين نتيجة لإساءة الإنتفاع بها فلا يأخذ حكم

الأجرة لانتهاء صفة الدورية والتجدد في شأنه، ولذا لا يخضع في إنقضائه للتقادم الخمسى.

والفوائد - ويدخل فيها كربونات السندات - هي أجرة الانتفاع برأس المال. وتجرى على الفوائد أحكام التقادم الخمسى، سواء أكانت فوائد تأخير أم فوائد استثمارية، وسواء أكانت فوائد قانونية أم فوائد إتفاقية، وسواء كان مصدر الفوائد الإتفاقية عقد قرض أم أى عقد آخر من عقود المعاوضة، كما لو اتفق على فوائد لتأخر الثمن أو لمعدل المقايضة.

أخيراً ذكر المشرع الإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات، باعتبارها من الحقوق الدورية المتجددة. ذلك أن الإيراد المرتب والمعاش يستحق دورياً لمدة غير معلومة تتوقف على مدى حياة صاحبه، وأن المهايا والأجور وقوامها وحده زمنية متكررة يحدد بموجبها ما يستحقه الموظف أو المستخدم عن عمله.

(٤٥٩) الإستثناء من قاعدة الدورية والتجدد :

استثنى المشرع فى المادة ٢/٣٧٥ من نطاق الحقوق الدورية المتجددة، الربيع المستحق فى ذمة الحائز سىء النية، والربيع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين، باعتبار أن الدورية والتجدد ليست من صفات هذين النوعين من الحقوق، وإن بدت كذلك فى الظاهر، ولذا أجرى فى شأنهما القاعدة العامة وهى سقوط الحق فى المطالبة بانقضاء خمس عشرة سنة.

فالحائز سىء النية مسئول من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها (م ٩٧٩)، سواء أكانت ثماراً

طبيعية أى ينتجها الشيء من تلقاء نفسه ككلاً المراعى ونتاج المواشى، أم صناعية أى يتدخل الإنسان فى إنتاجها كالمزروعات، أم مدنية أى ينتجها الشيء عن طريق الإستغلال بأحد الأعمال القانونية، كأجرة الأراضى الزراعية والعقارات المبنية. والثمار هنا وإن كانت دورية ومتجددة، إلا أن التزام الحائز سىء النية بها ليس دورياً ومتجدداً، لأن أساسه فكرة التعويض عن الغصب أى عن العمل غير المشروع.

ونفس الحكم يسرى على ريع الوقف، وقد فرق القضاء فى شأنه بين فرضين: الأول أن غلة الوقف تظل ملكاً للمستحق، ولا يتقادم حقه فيها، ما بقيت مفرزة فى يد الناظر غير مختلطة بماله، لأن هذه اليد يد أمانة لا تملك. الثانى إذا استهلك الناظر هذه الغلة بتعدية أو بتقصيره، فإنه يصبح مسئولاً عن فعله قبل المستحق على أساس العمل غير المشروع، وبذا تفقد الغلة فى هذا الفرض صفة الدورية والتجدد.

(٤٦٠) ثانياً، حقوق بعض أصحاب المهن الحرة :

تنص المادة ٣٧٦ على أنه «تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيدلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسة والأساتذة والمعلمين، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات».

وحكم هذه المادة لا ينطبق إلا بتوافر شرطين :

الأول: أن يكون الحق واجباً لأحد أصحاب المهن الحرة الذين ورد ذكرهم على سبيل الحصر فى هذا النص، فإذا كان واجباً لغيرهم من أصحاب المهن الحرة الذين لم يذكرهم النص فلا يسقط الحق إلا بانقضاء

خمس عشرة سنة وفقاً للقاعدة العامة، كما هو الشأن بالنسبة لحق المؤلف قبل الناشر.

الثانى: أن يكون هذا الحق واجباً لهؤلاء الأشخاص جزاء ما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات استلزمها هذا العمل، فإذا كان الحق الواجب لأحد هؤلاء الأشخاص لا يستند إلى واقعة تتعلق بأعمال مهنته. فلا يسقط إلا بالتقادم الطويل طبقاً للقاعدة العامة.

وأساس التقادم الخمسى هنا هو قرينة الوفاء، ولذا لا يجوز للمدين التمسك بهذا التقادم إذا أتى عملاً يتنافى وهذه القرينة. كذلك يستند هذا التقادم إلى ما جرت العادة به من عدم تحرير سندات مثبتة لهذه الحقوق، وبالتالي من عدم تحرير مخالصات مثبتة للوفاء بها، ولذا يتحول هذا التقادم إلى تقادم طويل إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق أو صدر حكم به (م ٢٧٩/٢)، لأن فى صدور حكم أو تحرير سند بهذا الحق، ما يجعله حقاً عادياً يخضع فى إنقضائه للتقادم العادى.

(٤٦١) ثالثاً: الحقوق الناشئة من الأوراق التجارية :

تنص المادة ١٩٤ من القانون التجارى على أن كل دعوى متعلقة بالكمبيالات أو بالسندات التى تحت إذن تعتبر عملاً تجارياً أو بالسندات التى لحاملها أو بالأوراق المتضمنة أمراً بالدفع أو بالحوالات الواجبة الدفع بمجرد الإطلاع عليها وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية، يسقط الحق فى اقامتها بمضى خمس سنوات، اعتباراً من اليوم التالى ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم عمل البروتستو أو من يوم آخر مراقبة بالمحكمة إن لم يكن صدر حكم أو لم يحصل اعتراف بالدين بسند منفرد، وإنما

على المدعى عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلفهم اليمين على أنه لم يكن في ذمتهم شيء من الدين إذا دعوا للحلف. وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا يميناً على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شيء مستحق من الدين.

ويخضع للتقادم الوارد في هذه المادة: الكمبيالات وهي تعتبر دائماً أعمالاً تجارية، ولو كانت تمثل ديناً مدنياً، والسندات تحت الاذن أو لحمالها إذا كانت محررة من تاجر أو بسبب أعمال تجارية. والكمبيالات التي تنقصها بعض الشروط، وهو ما عبر عنه المشرع بقوله، الأوراق المتضمنة أمراً بالدفع أو الحوالات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية. يشترط أن تكون محررة من تاجر أو بسبب معاملات تجارية.

كذلك يسرى التقادم الخمسى على دعاوى الشركة (م ٦٥ ت).

(٤٦٢) أساس التقادم الخمسى الخاص بالأوراق التجارية :

أساس هذا التقادم هو إفتراض الوفاء، ولذا لا يجوز للمدين التمسك به إذا أثار دعواً يتعارض وقريضة الوفاء، كما لو أنكر وجود الدين أو دفع بالربا الفاحش أو بسداد جزء من الدين أو بانقضاء الدين بسبب آخر غير الوفاء وهذا التقادم لا يقبل الوقف ولكنه يقبل الإنقطاع، وإذا إنقطع بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الإنقطاع. ومدة التقادم الجديد هي خمس سنوات كذلك، إلا إذا صدر حكم بالدين وحاز قوة الشيء المحكوم فيه، وإلا إذا إعترف المدين بالدين بسند منفرد Acte separe إذ يعتبر هذا تجديداً للدين ينقضى به الدين القديم وينشأ دين جديد، بشرط أن يكون التجديد

لاحقاً لإستحقاق الورقة التجارية . وفي هاتين الحالتين لا يسقط الدين إلا بخمس عشرة سنة .

ولما كان مبنى هذا التقادم هو قرينة الوفاء، فقد تطلب المشرع في المادة ١٩٤ أن يؤدي المدين الذى يتمسك بهذا التقادم يمينا على براءة ذمته من الدين، وإذا توفى المدين كان على ورثته إذا تمسكوا بالتقادم، أن يحلفوا يمينا على أنهم يعتقدون حقيقة أنه لم يبق شيء مستحق من الدين، ويطلق على هذه اليمين اسم «يمين الإستيثاق» .

وتوجيه هذه اليمين متروك إلى الدائن وحده، فلا يجوز للقاضى أن يوجهها من تلقاء نفسه، لأنها تعتبر يمينا حاسمة .

المبحث الثاني

التقادم الثلاثي

(٤٦٣) النصوص القانونية :

تنص المادة ٣٧٧ على أنه :

١- تقادم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة . ويبدأ سريان التقادم فى الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى تستحق عنها، وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق، أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة .

٢- ويتقادم بثلاث سنوات أيضاً الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها .

٣- ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة،.

ومن القوانين الخاصة التي أشارت إليها الفقرة الأخيرة من هذه المادة: القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بشأن الضرائب المباشرة على دخل الثروة المنقولة والقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم أيلولة على الشركات، والقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ بفرض ضريبة عامة على الإيراد، والقانون رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥١ بتقرير رسم الدمغة. وقد حددت جميع هذه القوانين مدة تقادم الضرائب والرسوم التي قررت بها بخمس سنوات. وأخيراً أصدر المشرع القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣، وقد وحد فيه مدة تقادم الضرائب والرسوم المستحقة لدولة أو لأي شخص اعتباري عام، فجعلها خمس سنوات ما لم ينص القانون على مدة أطول (المادة الأولى من هذا القانون).

(١٦٤) الحقوق التي تخضع للتقادم الثلاثي،

يخلص من مقارنة المادة ٣٧٧ من التقنين المدني بنصوص التشريعات المالية السالفة الذكر أنه يتعين فيما يتعلق بالضرائب والرسوم، التفرقة بين ما يستحق منها للدولة أو لأي شخص اعتباري عام طرف الغير، وبين ما يستحق منها للأشخاص العادية طرف الدولة.

ففيما يتعلق بما يستحق من ضرائب ورسوم للدولة أو لأي شخص اعتباري عام طرف الغير، تكون مدة التقادم خمس سنوات ما لم ينص القانون على مدة أطول، سواء في ذلك كانت هذه الضرائب والرسوم دورية كضريبة كسب العمل وعوائد الأملاك وعوائد الخفر أو غير دورية كضريبة تحسين العقارات وضريبة الشركات ورسم الأيلولة ورسم الأوراق القضائية

وتبدأ مدة تقادم الضرائب والرسوم من نهاية السنة الدورية التي تستحق عنها، فإن كانت غير دورية فمن تاريخ استحقاقها. أما الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية فتبدأ مدة التقادم بالنسبة إليها من تاريخ المرافعة في الدعوى التي حررت في شأنها هذه الأوراق، أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة.

أما فيما يتعلق بما حصلته الدولة من ضرائب أو رسوم بغير حق، أو زيادة عما هو مستحق، فيسقط الحق في استرداده بمضى ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ الدفع، إلا إذا ظهر الحق في طلب الرد بعد إجراءات اتخذتها الجهة التي قامت بالتحصيل، فيبدأ التقادم الثلاثي من تاريخ إخطار الممول بحقه في الرد بموجب كتاب موصى عليه، المادة الثانية من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣.

والتقادم الثلاثي ليس قاصراً على هذه الحالة بل ينصرف كذلك إلى حالات أخرى تناولها التقنين المدني في مواد متفرقة منه، مع ملاحظة أن غالبية الحقوق التي أشارت إليها هذه المواد تسقط بالتقادم الثلاثي من وقت العلم بأسبابها، أو بالتقادم الطويل من وقت استحقاقها، من ذلك الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين (م ١/٧٥٢)، ودعاوى الإبطال (م ١٤٠)، ودعاوى التعويض عن العمل غير المشروع (م ١/١٧٢) وغير ذلك من الدعاوى التي سبق ذكرها في مواضع متفرقة.

(٤٦٥) أساس هذا النوع من التقادم :

لا يستند التقادم الخمسى فيما يتعلق بحق الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة، في إقتضاء الضرائب والرسوم، ولا التقادم الثلاثي فيما يتعلق بحق

الممولين في استرداد ما دفعوه بغير حق، إلى قرينة الوفاء، بل ترجع الحكمة منه في الحالة الأولى إلى عدم انقال كاهل الممولين إذا تراكمت الضرائب عليهم نتيجة لإهمال موظفي الدولة في جبايتها، كما ترجع في الحالة الثانية إلى الرغبة في ضمان حسن انتظام حسابات الدولة وميزانيتها، وهو ما لا يتحقق إذا أبيع استرداد ما طال الأمد على تحصيله.

أما الحكمة من التقادم الثلاثي في باقي الحالات الأخرى التي أشرنا إليها فلا ترجع كذلك إلى قرينة الوفاء بل إلى الرغبة في تقصير أمد الخصومات.

المبحث الثالث

التقادم الحولي

(٤٦٦) النصوص القانونية :

تنص المادة ٣٧٨ على أنه ١- - تقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :

أ - حقوق التجار والصناع عن أشياء وزدوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم.

ب- حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات.

٢- يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً. وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه،

إلى ورثة المدين أو أوصيائهم، إن كانوا قسراً، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء، .

(٤٦٧) الحقوق التي يرد عليها التقادم الحولي :

ظاهر من النص السابق أن الحقوق التي تسقط بالتقادم الحولي هي :

أولاً: حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء . وبديهي أنه يشترط في صاحب الحق أن يكون تاجراً أو صانعاً، وأن تتعلق الأشياء التي قام بتوريدها بما يزاوله من تجارة .

ثانياً: حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام، وبوجه عام عن كل ما صرفوه لحساب عملائهم .

ثالثاً: حقوق العمال والخدم والأجراء أياً كانت طريقة احتساب الأجر . أي سواء كان يحسب بالزمن على أساس اليوم أو الأسبوع أو الشهر، أو كان يحسب بالقطعة .

(٤٦٨) أساس التقادم الحولي :

أساس هذا التقادم هو قرينة الوفاء، ومبنى هذه القرينة أن الحقوق التي يرد عليها هذا التقادم هي حقوق عادية تزخر بها الحياة اليومية، ولذا لم تجر العادة على تحرير سند بها أو على السكوت طويلاً عن استيفائها . وينبنى على ذلك أنه إذا تم تحرير سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق إلا بخمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩)، كذلك يترتب على إسناد هذا التقادم إلى قرينة الوفاء، أنه لا يجوز للمدين أن يتمسك به إذا بدأ بإنكار الدين .

وقرينة الوفاء، وهي لحمة هذا التقادم، قرينة واهية، ولذا يتعين تعزيزها

باليمين . واليمين يوجهها القاضى إلى المدين من تلقاء نفسه دون حاجة إلى طلب الدائن . وإذا نكل عنها المدين، أى رفض أن يحلف على أنه أدى الدين فعلاً، ألزم بالوفاء رغم مضي السنة ورغم تمسكه بالتقادم .

وإذا توفى المدين، فتوجه اليمين إلى ورثته إن كانوا راشدين، أو إلى أوصيائهم إن كانوا قصرًا فيحلفوا على أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو على أنهم يعلمون بحصول الوفاء . ويطلق على اليمين فى هذه الحالة اسم يمين الإستيثاق، وهى يمين حاسمة، لأنه ينبئ عليها حسم النزاع، غير أنها يمين حاسمة استثنائية لأنها ليست ملكاً للمدعى، وإنما يوجهها القاضى من تلقاء نفسه كما سبق أن ذكرنا .

الضرع الثانى

احتساب مدة التقادم

(٤٦٩) منهج البحث :

سنتناول فيما يتعلق بهذا الموضوع دراسة: كيفية احتساب مدة التقادم . ثم ما يعرض لها أثناء سريانها من أسباب الوقف أو الإنقطاع .

المبحث الأول

كيفية احتساب المدة

(٤٧٠) النصوص القانونية :

تنص المادة ١/٣٧٩ على أنه يبدأ سريان التقادم فى الحقوق المذكورة فى المادتين ٣٧٦ و ٣٧٨ من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقديماتهم، ولو استمروا يؤدون تقديمات أخرى .

وتقضى المادة ٣٨٠ بأنه «تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها.

وتقرر المادة ٣٨١ أنه ١- لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء. ٢- وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دينت معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط، وبالنسبة إلى ضمان الإستحقاق إلا من الوقت الذى يثبت فيه الإستحقاق، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذى ينقضى فيه الأجل. ٣- وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوففاً على إرادة الدائن، سرى التقادم من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان ارادته.

(٤٧١) القاعدة العامة في احتساب المدة:

كان الرأى الثابت فى التقنين المدنى القديم هو الأخذ بالتقويم الهجرى فى احتساب مدة التقادم أما فى التقنين المدنى الحالى، فقد نص المشرع فى المادة الثالثة على أنه «تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى، ما لم ينص القانون على غير ذلك».

والمدة تحسب بالأيام لا بالساعات، ولا يدخل فى حسابها اليوم الأول وهو يوم إستحقاق الدين، وتنتهى المدة بانقضاء اليوم الأخير منها. ويدخل فى الحساب أيام الأعياد والمواسم ولو وقعت فى نهاية المدة. وتضاف مدة سكوت السلف إلى مدة سكوت الخلف، سواء أكان خلفاً عاماً كوارث أم خلفاً خاصاً كالمحال له فى حوالة الحق.

(٤٧٢) بدء سريان التقادم :

يبدأ سريان التقادم من الوقت الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء، أى من الوقت الذي يجوز فيه المطالبة به . وإذا كان الدين مضموناً بكفالة، اختلف وقت استحقاق الدين فى علاقة الدائن بالمدين، عنه فى علاقة الكفيل بالمدين المكفول . وفى هذا تقول محكمة النقض ،أن تاريخ استحقاق الدين المضمون لا تبدأ به مدة التقادم إلا فى علاقة الدائن مع مدينته وضامنه . أما حق التضامن فى الرجوع على المدين فإنه لا ينشأ إلا من تاريخ وفائه للدين المضمون، .

ويعرض فيما يتعلق بتحديد ميعاد استحقاق الدين ما قد يحدث من أن يكون الدائن على علاقة مستمرة بالمدين، وأن يكون من شأن هذه العلاقة انشاء حقوق متعاقبة للدائن، وقد واجهت المادة ٣٧٩ هذا الفرض فى فقرتها الأولى، بالنسبة إلى حقوق أصحاب المهن الحرة (م ٣٧٦)، وبالنسبة إلى حقوق التجار والصناع والعمال والخدم والأجراء (م ٣٧٨)، فقررت أنه يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى هذه الحقوق من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى . والعلة فى ذلك أن العقود التى تربط الدائن بالمدين فى مثل هذه الحالات تقتضى نشاطاً مستمراً أو متجدداً كخدمات الأجراء، وعمل من يزاولون المهن الحرة، وتوريد البضائع وما إلى ذلك، بيد أن كل دين ينشأ من هذه العقود يعتبر قائماً بذاته رغم استمرار نشاط الدائن وتجده، ويسقط بانقضاء مدة التقادم المقررة فى شأنه، متى اكتمل ذاتيته وأصبح مستحق الأداء . فإذا قام طبيب بعلاج مريض فى أسرة واحدة على التوالى ترتب له دينان، قائمان بذاتهما، ولكن تكرار العيادة لأحد المريضين يعتبر كلاً لا يتجزأ، ولا يصبح الدين الواجب بسببه مستحق

الأداء، إلا بعد انتهاء هذه العيادة . كذلك إذا قام تاجر بالتوريد لعميل له ، استحق ثمن ما يورده كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر وفقاً للعادة الجارية في هذا الشأن .

وارتباط سريان التقادم بتاريخ استحقاق الدين ، يتطلب ألا يكون الدين معلقاً على شرط واقف أو مقترناً بأجل واقف .

فإذا كان الدين معلقاً على شرط واقف فلا يسرى التقادم بالنسبة إليه إلا من الوقت الذي يتحقق فيه هذا الشرط، أما قبل ذلك فيمتنع سريان التقادم لعدم جواز رفع الدعوى بالحق . فالإلتزام بضمان الإستهقاق مثلاً ينشأ من تاريخ انعقاد البيع، غير أنه ينشأ معلقاً على شرط واقف هو ثبوت الإستهقاق، والإستهقاق يعتبر ثابتاً من وقت صدور حكم نهائي به، أو من وقت إقرار المشتري بحق الأجنبي المتعرض أو تصالحه معه على هذا الحق (م ٤٤١)، وعلى ذلك لا يسرى التقادم بالنسبة لهذا الإلتزام إلا من وقت وقوع الإستهقاق أى من وقت تحقق الشرط الواقف .

وعلى العكس من ذلك يجوز رفع الدعوى بالحق ولو كان معلقاً على شرط فاسخ، ولذا يسقط الإلتزام في هذه الحالة إذا اكتملت مدة التقادم قبل تحقق الشرط .

وإذا كان الحق احتمالياً فلا يبدأ تقادمه إلا من وقت أن يصير مؤكداً، لأنه إلى ما قبل هذا الوقت لا تجوز المطالبة به قضائياً لعدم ثبوت كافة عناصره، وعلى ذلك لا يسرى التقادم بالنسبة إلى حق الوارث في طلب انقاص الوصية إلا من وقت وفاة المورث .

وإذا كان الدين مضافاً إلى أجل واقف، فلا يبدأ سريان التقادم إلا من

وقت انقضاء الأجل، سواء في ذلك كان الأجل صريحاً أو ضمناً. وإذا كان الدين مقسطاً فلا يسرى التقادم بالنسبة إلى كل قسط إلا من وقت استحقاقه وإذا نص في العقد على استحقاق جميع الأقساط المؤجلة، إذا تأخر المدين في دفع قسط منها، فلا يسرى التقادم بالنسبة إلى هذه الأقساط إلا من تاريخ استحقاق كل قسط منها كما هو مبين في العقد، لأن اشتراط حلول جميع الأقساط في هذه الحالة هو بمثابة شرط جزائي مقرر لمصلحة الدائن، فلا يعقل أن يضار منه.

وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن، كما لو اتفق على رد مبلغ القرض عند الطلب، سرى التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته (م ٣/٣٨١) ولو لم يعلنها بالفعل.

هذا ويلاحظ أنه لا يمنع من سريان التقادم ادعاء الدائن عدم إمكان المطالبة بالدين بحجة عدم معرفة قدره الحقيقي بسبب عدم تصفية الحساب، لأن هذا الأمر كما تقول محكمة النقض لا يرقى إلى مرتبة القوة القاهرة المانعة من المطالبة.

المبحث الثاني

وقف التقادم

(٤٧٢) المقصود بوقف التقادم والحكمة منه :

يقصد بالوقف أن يتعطل سريان التقادم مدة ما بسبب وجود مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، على أن يعود التقادم سيرته الأولى متى زال هذا المانع، ولا يدخل بطبيعة الحال في حساب المدة الفترة التي وقف التقادم في أثنائها.

والحكمة من تقرير وقف التقادم هو حماية الدائن الذي لا يستطيع لوجود مانع ما، من المطالبة قضائياً بحقه. ذلك أنه إذا كان أساس التقادم هو إلى حد ما، عقاب الدائن المهمل من ناحية، وقيام قرينة الوفاء المستفادة من سكوته من ناحية أخرى، فإن هذا الأسس يتداعى إذا أثبت الدائن أنه كان يستحيل عليه المطالبة بحقه خلال مدة معينة.

على أن فكرة وقف التقادم وأن ظاهرتها العدالة، تتعارض مع العلة الأساسية من تقرير التقادم وهي استقرار الأوضاع، وإسباج الصفة القانونية على المراكز الفعلية التي طال عليها الزمن، بغية تقليل المنازعات والحد من نطاق الخصومات. ولذا تباينت نظرة التشريعات إلى قاعدة وقف التقادم.

وقد نص القانون المدنى المصرى الحالى، على وقف سريان التقادم، إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب، ولو كان هذا المانع أدبياً.

(٤٧٤) أسباب الوقف :

تنص المادة ٣٨٢ على أنه 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 يزيد 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.

وظاهر من هذا النص أن المشرع بعد أن ضمن الفقرة الأولى القاعدة

العامة في شأن وقف التقادم (Suspension de la prescription) قد خص في الفقرة الثانية التقادم الطويل بسبب معين من أسباب الوقف.

فأما القاعدة العامة، فهي أن التقادم يوقف كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن المطالبة بحقه. وهذا المانع قد يكون مادياً أو قانونياً أو أدبياً. وقد تحاشى المشرع، كما هو ظاهر من النص، تعداد الموانع على سبيل الحصر، بل ترك للقاضي تقديرها غير أنه حرص على النص على نوع واحد من الموانع دفعا لكل شك في شأنه، وهذا المانع هو قيام العلاقة بين الأصيل والنائب ما بقيت النيابة قائمة، وسواء في ذلك أكانت النيابة قانونية أم اتفاقية.

ويعتبر من قبيل الموانع المادية قيام حرب أو ثورة يترتب عليها انقطاع المواصلات وإستحالة إتخاذ الإجراءات القضائية للمطالبة بالحقوق. هذا مع ملاحظة أنه لا يشترط في المانع المادى أن يرقى إلى مرتبة القوة القاهرة، أى أن يؤدي إلى الإستحالة المطلقة، ذلك أن نص المادة ١/٣٨٢ يكتفى بأن يتعذر على الدائن مع وجود المانع المطالبة بحقه.

ويعتبر من قبيل الموانع القانونية علاقة الأصيل بنائبه، ما بقيت هذه العلاقة قائمة كالعلاقة بين المحجور عليه ومن ينوب عنه قانوناً، ما بقى هذا قائماً على الإدارة وكالعلاقة بين الشخص المعنوى ونائبه، ما بقيت النيابة قائمة، وكالعلاقة بين الموكل والوكيل، فيما يدخل في حدود التوكيل.

كذلك يعتبر من الموانع القانونية أن تتحدد ذمة الدائن والمدين، ثم يزول السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعى، وفي هذه الحالة لا يدخل في احتساب مدة التقادم الفترة التى ظل اتحاد الذمة فيها قائماً. لإستحالة مطالبة الدائن نفسه في خلال هذه الفترة.

أخيراً يعد من الموانع القانونية المنازعة على عقد من العقود أمام القضاء. كالطعن فيه بالبطلان مثلاً، حتى يقضى في هذا النزاع.

ويعتبر من الموانع الأدبية علاقة الزوج بزوجه أثناء قيام الزوجية، وعلاقة الابن بأبيه وعلاقة السيد بخادمه، وعلاقة رب العمل بالعامل طوال مدة العقد. لأن بين كل من أولئك وكل من هؤلاء، على التوالي، صلة تبعث على الإحترام والثقة أو الرهبة، يستحيل معها على الدائن أدبياً أن يطالب بحقه.

(٤٧٥) انفراد التقادم الطويل بسبب خاص للموقف :

ينفرد التقادم الطويل، علاوة على ما تقدم من موانع المطالبة، بسبب خاص من أسباب وقف التقادم نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢، وهو أن يكون الدائن ناقص أو عديم الأهلية، أو غائباً، أو محكوماً عليه بعقوبة جنائية، بشرط ألا يكون له نائب يمثله قانوناً، وحينئذ يوقف التقادم حتى اكتمال الأهلية أو عودة الغائب أو انتهاء العقوبة، ما لم يعين للدائن نائب يمثله قانوناً قبل ذلك.

وعلة انفراد التقادم الطويل بهذا السبب من أسباب وقف التقادم، هو أن المشرع قد رأى أن الأنواع الأخرى من التقادم، أما تقوم على قرينة الوفاء وهي قرينة تظل سليمة الدلالة ولو كان الدائن قاصراً، وأما لأنها تسرى على ديون دورية متجددة يفترض أداؤها من إيراد المدين، ولذا لا يجوز وقف التقادم بالنسبة إليها لهذا السبب منعاً من تراكمها على هذا الأخير.

كل هذا مع ملاحظة أن الحكم السالف الخاص بوقف التقادم الطويل لا يعمل به إذا كان للدائن كالقصر نائب يمثله قانوناً، ذلك أن على النائب في

مثل هذه الحالة المطالبة بحقوق من ينوب عنه، فإن لم يفعل كان مسئولاً عما يصيب الأصل من ضرر بسبب سقوط حقه بالتقادم.

(٤٧٦) أثر وقف التقادم،

يترتب على وقف التقادم تعطيل سريانه أثناء الفترة التي تحقق فيها سبب الوقف، ولذا لا تدخل هذه الفترة في حساب مدة التقادم، بمعنى أنه يقتصر في احتساب زمن التقادم على المدة السابقة على قيام سبب الوقف، بالإضافة إلى المدة اللاحقة لزوال هذا السبب، فمثلاً إذا كان حق الدائن من الحقوق التي تسقط بالتقادم الطويل أى بمضى خمس عشرة سنة، وكان قد مضى على ابتداء سريان هذا التقادم عشر سنوات، ثم تحقق سبب لوقفه، واستمر هذا السبب قائماً لمدة خمس سنوات، فإن الحق لا يسقط إلا بمضى خمس سنوات أخرى تبرز من تاريخ زوال سبب الوقف.

هذا ويلاحظ فيما يتعلق بأثر وقف التقادم، وجوب مراعاة أحكام التضامن إيجابياً كان أم سلبياً، بمعنى أنه إذا تحقق سبب لوقف التقادم بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامنين، فلا يستفيد من ذلك باقى الدائنين، لأن أثر الوقف قاصر على من تحقق سببه فيه. وإذا وقف سريان التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين، بل يظل التقادم سارياً لمصلحتهم (م ٢/٢٩٢).

المبحث الثالث انقطاع التقادم

(٤٧٧) التعريف بالانقطاع :

انقطاع التقادم Interruption de la prescription هو محوما تم سريانه من مدة التقادم قبل اكتمالها، نتيجة لعمل يصدر من الدائن أو من المدين، على أن تبدأ مدة تقادم جديدة من وقت زوال السبب الذي أدى إلى الإنقطاع. وظاهر من هذا التعريف الفروق الجوهرية بين الانقطاع والوقف، وهو ما سنشير إليه عند بحث أثر الإنقطاع بعد الانتهاء من دراسة أسبابه، وهي أسباب ترجع اما إلى عمل يصدر من الدائن وإما إلى عمل يقع من المدين.

المطلب الأول

انقطاع التقادم بفعل الدائن

(٤٧٨) أسباب الانقطاع التي ترجع إلى عمل الدائن :

تنص المادة ٣٨٣ على أنه «ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، وبالتنبيه، وبالجزء، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع، وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى». وسنتناول فيما يلي أسباب الإنقطاع التي أشارت إليها هذه المادة.

(٤٧٩) المطالبة القضائية :

إذا لم يكن ثمة سند تنفيذي بيد الدائن، فلا ينقطع التقادم إلا بالمطالبة القضائية. وليس يكفي مجرد الإنذار لترتيب هذا الأثر ولو تولى إعلانه أحد

المحضرين. ويجب أن يتوافر في المطالبة القضائية، كما تقول محكمة النقض، معنى الطلب الواقع فعلاً للمحكمة، الجازم بالحق الذي يراد اقتضاؤه، ولهذا لا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة إلا في خصوص هذا الحق أو ما يتحقق به من توابعه، مما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه، فإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما. فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة للآخر. أما المطالبة بجزء من الدين فتعتبر قاطعة للتقادم بالنسبة لباقي الدين.

ولا يحول رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة، سواء أكان عدم الاختصاص نوعياً أو محلياً، دون تحقيق أثرها في قطع التقادم، بخلاف ما يقع في البطلان المتعلق بالشكل. ويسقط هذا الأثر أي انقطاع التقادم، إذا نزل المدعى عن دعواه، أو أهملها حتى قضى ببطلان المرافعة فيها، أو قضى برفضها لانتفاء الصفة. أما سقوط الحكم الغيابي فلا يترتب عليه زوال أثر انقطاع المدة.

ويقوم مقام المطالبة القضائية في قطع التقادم كل إجراء مماثل، كتقدم الدائن بطلب لقبول حقه في تفليس أو في توزيع. أو طلب شهر إفلاس المدين أو طلب التدخل في خصومه، وبوجه عام كل عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه في خلال دعوى من دعاوى. كما يعتبر تقديم طلب تقدير الأتعاب إلى مجلس النقابة من المحامى أو الموكل إعلاناً بخصومة تترتب عليه آثار المطالبة القضائية ومنها قطع التقادم.

(٤٨٠) التنبيه :

التنبيه بالوفاء Commandement هو تكليف المدين على يد محضر بأداء ما هو مطلوب منه، وإنذاره بإجراء التنفيذ الجبرى إذا لم يقم بأدائه.

والتنبيه باعتباره من مقدمات التنفيذ لا يكون إلا بناء على سند تنفيذي كحكم أو كعقد رسمي (م ٤٥٧ مرافعات). والتنبيه إذا استوفى الشكل، يترتب عليه قطع التقادم، ولو لم يعقبه حجز أو قضي ببطلان الحجز الذي أعقبه.

هذا ويلاحظ أنه وفقاً للمادة الثالثة من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣، الواردة بشأن تقادم الضرائب والرسوم، أنه «يعتبر تنبيهاً قاطعاً للتقادم أو راد الضرائب والرسوم وإعلانات المطالبة والاختارات إذا سلم أحدهما إلى الممول أو من ينوب عنه قانوناً، أو أرسل إليه بكتاب موصى عليه مع علم وصول، ويعتبر كذلك طلب رد ما دفع بغير وجه حق إذا أرسله الممول إلى الجهة المختصة بكتاب موصى عليه مع علم الوصول».

(٤٨١) الحجز،

يترتب على الحجز قطع التقادم. وقد يصح التساؤل عن الحكمة من تقرير هذا الأثر للحجز، ما دام أن التنبيه، وهو الإجراء السابق عليه، من شأنه ترتيب هذا الأثر؟ غير أنه يرد على ذلك أن الحجز على نوعين حجز تنفيذي وحجز تحفظي، وأنه فيما يتعلق بالنوع الأخير لا يلزم أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي أو أن يكون مسبقاً بتنبيه، ولذا وجب النص على الحجز كعمل قاطع للتقادم. يضاف إلى ذلك أنه حتى فيما يتعلق بالحجز التنفيذي إذا كان يترتب على التنبيه الذي يسبقه قطع التقادم، إلا أنه يترتب على الحجز الذي يعقبه قطع التقادم الجديد الذي بدأ بعد حصول التنبيه.

هذا ويلاحظ أنه فيما يتعلق بحجز ما للمدين لدى الغير، أنه يترتب على هذا الحجز، أولاً إنقطاع تقادم حق الحاجز، وثانياً إنقطاع تقادم الحق الذي للمحجوز عليه قبل المحجوز لديه.

المطلب الثاني

انقطاع التقادم بضعل المدين

(٤٨٢) النص القانوني :

تنص المادة ٣٨٤ من التقنين المدني على أنه ١٠ - 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، . وظاهر من هذا النص أن الذي يقطع التقادم بفعل المدين هو الإقرار، وإن كان يصح التساؤل عما إذا كانت الدعوى التي يرفعها المدين بطلب بطلان سبب الدين أو بطلب إنقضائه بالتقادم، من شأنها قطع التقادم إذا صدر الحكم برفضها؟ وهو ما سنتناوله فيما يلي :

(٤٨٣) الإقرار:

الإقرار هو اعتراف الشخص بصحة واقعة يدع بها خصمه، من شأنها أن ترتب آثاراً قانونية ضده. والإقرار وإن كان يقيل الدائن من عبء إثبات الدين، إلا أنه لا يضيف شيئاً جديداً إلى العلاقة القانونية السابق وجودها بين الدائن والمدين لأنه يقتصر على مجرد اعتراف الأخير بمديونية، ولذا ما كان يجب أن يترتب عليه انقطاع التقادم، لولا أن المشرع قد رتب على صدوره هذا الأثر، باعتبار أنه يفيد رغبة المدين في تنفيذ التزامه.

والإقرار كما قد يكون صريحاً قد يكون ضمناً، ويخضع تقدير الإقرار لسلطة قاضي الموضوع دون تعقيب عليه من محكمة النقض. ومن صور

الإقرار الضمني أن يقوم المدين بدفع الفوائد، أو بوفاء جزء من الدين، أو التمسك بالمقاصة، أو بتقديم تأمين للدائن، أو استنزال دائن ديناً عليه لمدينه عند مطالبته لهذا الأخير.

هذا ويلاحظ الفرق بين أثر الرهن الحيازي وبين أثر غيره من التأمينات العينية بالنسبة لانقطاع التقادم. فترتيب رهن الحيازة ينفرد بأن أثره لا يقتصر على قطع التقادم، بل يجاوز ذلك إلى استدامة هذا الأثر ما بقي الشيء المرهون في يد المرتهن. في حين أن وجود الرهن الرسمي والامتياز والاختصاص، وقيد هذه الحقوق وتجديد قيدها، ليس من شأنه استمرار قطع التقادم، لأن المدين لا ينسب إليه في هذه الحالة أمر مادي ينطوي على إقرار ضمني بالدين لأن مجرد وجود تأمين يكفل حق الدائن لا يكفي في هذا الشأن.

والأهلية اللازمة للإقرار القاطع للتقادم هي أهلية الإدارة، ذلك أن الإقرار يكون ضمناً مستفاداً من الوفاء بجزء من الدين، والوفاء عمل من أعمال الإدارة.

(٤٨٤) إثبات الإقرار؛

لا يشترط في الإقرار شكل خاص، لأنه كما قد يكون صريحاً قد يكون ضمناً، وكما قد يكون مكتوباً قيد يكون شفويّاً. ولذا يخضع الإقرار في إثباته للقواعد العامة في هذا الشأن. ومن مقتضى هذه القواعد أنه إذا ادعى الدائن انقطاع التقادم بالإقرار الشفوي أو بدفع الفوائد، أو بالوفاء بجزء من الدين، فلا يجوز له إثبات هذه الوقائع بالبينة، إلا إذا كان أصل الدين لا يجاوز عشرة جنيهاً أو كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة.

(٤٨٥) رفع الدعوى من المدين :

قد يلجأ المدين إلى القضاء طالباً الحكم ببطلان سبب الدين، أو مطالباً بانقضاءه بالتقادم، فهل يترتب على رفع هذه الدعوى من جانبه، بفرض صدور الحكم برفضها، انقطاع التقادم أو بعبارة أخرى هل تأخذ دعوى المدين، حكم دعوى الدائن الذى يطالب بحقه، من حيث قطع التقادم؟.

يذهب قضاء محكمة النقض الفرنسية مؤيداً فى ذلك من الفقهاء إلى عدم جواز ترتيب هذا الأثر، أى انقطاع التقادم، على دعوى المدين، ذلك أن التقادم يقوم أصلاً على فكرة تراخى الدائن فى المطالبة بحقه، وطبيعى أنه لا ينفى عنه هذا الوصف مبادرة المدين بطلب الحكم بعدم مديونيته. كما أن أسباب الانقطاع قد أرجعها المشرع فى جملتها إلى عمل يقوم به الدائن، ولم يترتب هذا الأثر على فعل المدين إلا فى حالة الإقرار فقط، وبديهي أن من يطالب ببراءة ذمته من الدين، لا يعتبر معترفاً به وتميل محكمة النقض المصرية إلى الأخذ بهذا الرأى كذلك.

وهذا الرأى سليم فيما ذهب إليه من أن رفع الدعوى من المدين ببراءة الذمة ليس من شأنه قطع التقادم السارى لمصلحته، غير أنه إذا قام الدائن أثناء السير فى الدعوى بأى عمل للتمسك بحقه، فإن من شأن هذا العمل قطع التقادم، وفقاً لحكم المادة ٣٨٣ من التقنين المدنى الحالى.

المطلب الثالث

أثر انقطاع التقادم

(٤٨٦) النص القانوني :

تنص المادة ٣٧٥ على أنه ١- إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت إنتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع وتكون مدته هي مدة التقادم الأول. ٢- على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين، كات مدة التقادم الجديد خمس عشر سنة، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمناً للالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم. وظاهر من هذا النص أنه يترتب على الإنقطاع: أولاً الغاء المدة السابقة على قيام سبب الإنقطاع، ثانياً تحويل التقادم Intersersion de la prescription فى بعض الحالات.

(٤٨٧) إلغاء المدة السابقة على قيام سبب الإنقطاع :

رأينا أن أثر الوقف يقتصر على مجرد تعطيل سريان مدة التقادم، على أن تستأنف عند زوال سبب الوقف، فتضاف المدة السابقة على قيام هذا السبب إلى المدة اللاحقة لزواله، أما الإنقطاع فيؤدى، على العكس من ذلك، إلى محو ما إنقضى من هذه المدة قبل تحقق سببه، أى أنه بالانقطاع يبدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على قيام سببه. وانتهاء أثر الانقطاع يتوقف على طبيعة السبب الذى أدى إليه، فإذا كان هذا السبب هو التنبيه بالوفاء أو إقرار المدين انقضى هذا الأثر فور الوقت، فى حين يظل أثر الانقطاع مستمراً، إذا كان سببه الحجز، حتى ينتهى الدائن من آخر إجراء من

إجراءاته . كذلك يظل التقادم منقطعاً بفعل المطالبة القضائية حتى تنتهي المرافعة فيسقط هذا الأثر ويعتبر كأن لم يكن إذا تنازل المدعى عن دعواه أو أهملها حتى قضى ببطلان المرافعة فيها، أو قضى برفضها لإنتفاء الصفة . أما إذا صدر الحكم بعدم الاختصاص أو صدر لصالح الدائن، فإن التقادم الجديد يبدأ من وقت صدور هذا الحكم لا من وقت إعلانه .

هذا ويلاحظ فيما يتعلق بأثر الانقطاع أنه إذا قام أحد الدائنين المتضامنين بقطع التقادم أفاد من ذلك الباقيون، وأنه إذا قطع التقادم بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين (م ٢/٢٩٢) .

(٤٨٨) تحويل التقادم :

الأصل أنه إذا انتهى الأثر المترتب على سبب الانقطاع، بدأ تقادم جديد تكون مدته هي مدة التقادم الأول، فإذا كان الحق يسقط بخمس سنوات أو بثلاث سنوات، وانقطع التقادم أثناء سريانه فإنه بزوال أثر الانقطاع يبدأ تقادم جديد تكون مدته كذلك هي خمس سنوات أو ثلاث سنوات بحسب الأحوال، غير أنه إستثناء من هذا الأصل، يتحول التقادم، أى تتغير مدته، بعد انقطاعه فى حالتين :

الأولى: إذا كان الحق يتقادم بسنة واحدة (م ٣٧٨) وانقطع تقادمه بإقرار المدين، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة، لأنه بالإقرار تنهيم قرينة الوفاء التى يقوم عليها هذا التقادم .

الثانية: إذا كانت مدة التقادم أقل من خمس عشرة سنة، وانقطع التقادم بالمطالبة القضائية، وصدر حكم لصالح الدائن حاز قوة الأمر المقضى، فإن حق الدائن لا يسقط بعد ذلك إلا بمضى خمس عشرة سنة .

غير أنه يلاحظ فيما يتعلق بالحقوق الدورية المتجددة كأجرة المباني والأراضي الزراعية والفوائد، وجوب التفرقة بين ما تجمد منها فاستحق أدائه بمقتضى الحكم الصادر بها، وبين ما يستحق أدائه بعد صدور الحكم. فما تجمد منها بالحكم وفقد بذلك صفة الدورية والتجدد لا يتقادم بعد ذلك إلا بمضى خمس عشرة سنة، أما ما يستحق منها بعد صدور الحكم فلا يتقادم إلا بمضى خمس سنوات من وقت الاستحقاق، لأنه لا زال حقاً دورياً متجدداً.

وإذا كان شأن تجميد دين دورى متجدد، بصدور حكم نهائى به، تحويل مدة التقادم فتصبح خمس عشرة سنة، فإن هذا التحول يتم كذلك إذا تم تجديد الدين باتفاق الطرفين، لأنه سيفقد في هذه الحالة أيضاً صفة الدورية والتجدد.

الفرع الثالث

أثر التقادم

(٤٨٩) وجوب التمسك بالتقادم :

تنص المادة ٣٨٧ على أنه ١- لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين.

٢- ويجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية.

ظاهر من هذا النص أن اكتمال مدة التقادم لا يترتب عليها انقضاء الالتزام بقوة القانون، كما أنه ليس للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، لأن التقادم لا يتعلق أساساً بالمصلحة العامة بل بالمصلحة الخاصة للأفراد.

أو بعبارة أخرى أن التقادم ليس سبباً حقيقياً من أسباب إنقضاء الالتزام، بل هو مجرد وسيلة لقطع حق المطالبة به Exception péremptoire ولذا وجب أن يتمسك به ذو الشأن.

والتمسك بالتقادم يكون أساساً للمدين، ويجب أن يدفع به بعبارة واضحة لا تحتل الابهام، ولا يكفي في ذلك مجرد طلبه رفض الدعوى. وإذا تمسك المدين خطأ بنوع معين من التقادم، فليس للقاضي أن يقيله من تلقاء نفسه من هذا الخطأ، فيقضى بإنقضاء الالتزام بالنظر إلى نوع التقادم الذي يتفق وطبيعته.

وإذا تعدد المدينون المتضامنون وكانت مدة التقادم قد اكتملت بالنسبة لأحدهم فلباقى المدينين التمسك بالتقادم بقدر حصة ذلك المدين (م/٢٩٢م).

وإذا كان المدين معسراً أو كان في عدم تمسكه بالتقادم ما يؤدي إلى اعساره، كان لدائنيه أن يتمسكوا بالتقادم باسمه عن طريق الدعوى غير المباشرة. وقد تطلب هذا الحكم وجوب النص عليه صراحة في المادة ١/٣٨٧ لأنه يعتبر حكماً استثنائياً، يخرج على الإعتبارات الأدبية المتصلة بشخص المدين والتي نى عليها الحق في التمسك بالتقادم.

كذلك يجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالتقادم باسمه شخصياً. فحائز العقار المرهون، له أن يدفع بتقادم الالتزام المضمون بالرهن، ومصلحته في هذا هو منع الدائن المرتهن من التنفيذ على عقاره. والكفيل إذا ما طالبه الدائن بالوفاء، له أن يدفع بتقادم الالتزام المكفول، ومصلحته في هذا أنه بإنقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم ينقضى التزامه التبعية.

والتمسك بالتقادم لا يعتبر دفعا شكليا بل دفعا موضوعيا، ولذا يجوز ابدائه في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية غير أنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض، لأنه يعتبر في هذه الحالة دفعا جديدا لم يعرض على محكمة الموضوع، وهو ما لا يجوز.

(٤٩٠) الأثر الرجعي للتقادم:

إذا اكتملت مدة التقادم، وتمسك به المدين، سقط الدين بأثر رجعي، بمعنى أن الدين يعتبر منقوضا لا من وقت تمام مدة التقادم، بل من وقت بدء سريانه. وقد أتى المشرع بتطبيق لهذا الحكم في الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ التي تنص على أنه «وإذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات». ولولا هذا الأثر الرجعي للتقادم، أي لو اعتبر الدين منقوضا من وقت تمام مدة التقادم فحسب، لوجب على المدين دفع فوائد السنوات الخمس الأخيرة، باعتبار أن أصل الدين كان قائما في هذه الفترة، وهو ما استبعده المشرع بالتطبيق للأثر الرجعي للتقادم.

(٤٩١) تخلف الالتزام الطبيعي عن التقادم:

رأينا عند بحث نظرية الالتزام الطبيعي، أن من الحالات التي ينشأ فيها هذا الالتزام حالة سقوط الدين بالتقادم، وهو ما نصت عليه المادة ١/٣٨٦ بقولها «يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي». والالتزام الطبيعي على ما سبق أن ذكرناه، ينطوي فقط على عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية، لأنه وإن كان يوجد على

المدين واجب قانونى بوفاء الدين، إلا أن هذا الواجب لا تضمنه ذمة المدين ولا سبيل للدائن لقهره على الوفاء به، غير أنه إذا قام المدين بأداء هذا الواجب باختياره فلا يعد متبرعاً، ويمتنع عليه استرداد ما أداه، لأنه أوفى بواجب قانونى عليه.

وإذا كان الأصل أن يتخلف عن التمسك بالتقادم التزام طبيعى فى ذمة المدين، إلا أن ذلك مشروط بالأى يكون فى هذا ما يخالف النظام العام، وهو ما قرره محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٢٤ مارس سنة ١٩٥٥ بقولها «يشترط لإعتبار الدين بعد سقوطه التزاماً طبيعياً أن لا يكون مخالفاً للنظام العام. ومتى كان التقادم فى المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام، فإذا تكاملت مدته فلا يتخلف عنه أى التزام طبيعى».

(٤٩٢) النزول عن التقادم؛

قد يقع التنازل عن التقادم قبل سريانه، أو فى أثناء سريانه، أو بعد تمامه. ويتعين التفرقة بين هذه المراحل الثلاث نظراً لما تقضى به المادة ١/٣٨٨ من أنه «لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه».

فأما النزول السابق، أى الذى يسبق ابتداء التقادم، فيقع باطلاً ولا أثر له. ذلك أنه إذا أبيع مثل هذا التنازل لما تردد الدائنون فى فرضه على المدينين فى كافة أنواع العقود، مما يؤدى إلى تعطيل أحكام القانون المدنى الخاصة بالتقادم واندثار الحكمة من تقريرها.

وأما النزول الذى يتم أثناء سريان التقادم، فيقع صحيحاً بالنسبة للمدة السابقة عليه وباطلاً بالنسبة للمدة اللاحقة، أى أن هذا النزول لا يمنع من سريان تقادم جديد يبدأ من وقت وقوعه. والعلة فى ذلك أن مثل هذا النزول

يتضمن معنى الاعتراف بالدين، ومعلوم لدينا أن الإقرار بالدين من أسباب إنقطاع التقادم (م ٣٨٤)، ولذا تلغى المدة السابقة عليه ويبدأ تقادم جديد من وقت صدوره.

وأما النزول عن التقادم بعد تمام مدته فيقع صحيحا، وقد نصت على ذلك المادة ٢/٣٨٨ بقولها «وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم». والحكمة من ذلك أنه بعد تمام مدة التقادم لا يكون المدين عرضة لأي ضغط من جانب الدائن، بل تكون له مطلق الحرية في التمسك بالتقادم أن أراد، أو النزول عنه إذا أبقى عليه ضميره إنقضاء الالتزام دون وفاء.

والنزول عن التقادم قد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا، ولا يخضع النزول الصريح لأي شرط شكلي. كما أن النزول الضمني يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، وأن تعين أن تكون إرادة المدين في ذلك واضحة لاليس فيها ولاغموض. ويعتبر من قبيل النزول الضمني طلب مهلة أو عرض الوفاء بالدين أو طلب خبير لتسوية الحساب. وعلى العكس من ذلك لا يعتبر الدفع ببطلان سند الدين أو بفسخه أو ببراءة الذمة، دون تبرير هذه البراءة، نزولا عن التقادم.

وإذا كان الإقرار بالدين، وقد يكون ضمنيا مستفادا من الوفاء الجزئي به أو من دفع الفوائد تكفى فيه أهلية الإدارة، إلا أن النزول عن التقادم يشترط فيه أهلية التصرف، لأنه يعادل في خطورته إنشاء التزام جديد في ذمة المدين وإن لم يكن في الواقع كذلك.

وإذا كان للمدين أن يتنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، إلا أن

لدائنيه أنى طعنوا فى هذا التنازل بالدعوى البوليصية، وقد اختلف شراح القانون المصرى فيما إذا كان من الواجب فى هذه الحالة إثبات غش المدين المتنازل عن التقادم وللدائن الذى وقع التنازل لمصلحته؟ فمنهم وتسندده فى ذلك المذكرة الإيضاحية للتقنين المدين من يرى أن التنازل عن التقادم بمثابة التبرع، ويرتب على ذلك وجوب استبعاد شرط الغش. ومنهم من يرى أن عبارة المادة ٢/٣٨٨ وقد جاء فيها، على أن هذا النزول لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم، يحمل فى طياته وجوب توافر شرط الغش المستفاد من قصد الاضرار. والرأى الأول وأن كان أرفق بالدائنين إلا أنه لا يمكن الأخذ به، لأن التنازل عن التقادم لا يعتبر فى الواقع تبرعا.

(٤٩٢) الإتفاقات المعدلة لمدد التقادم؛

تنص المادة ١/٣٨٨ على أنه، لا يجوز الإتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون،. وهذا النص قاطع فى عدم جواز الإتفاق على إطالة أو تقصير مدة التقادم التى حددها القانون لأى نوع منه. ذلك أن الإتفاق على إطالة مدة التقادم هو بمثابة نزول جزئى عن التقادم الذى سيسى مستقبلا، والإتفاق على النزول مقدما عن التقادم غير جائز. كما أن الإتفاق على تقصير مدة التقادم وأن كان يحقق إلى حد ما غرض المشرع وهو إستقرار الأوضاع، إلا أنه يخشى معه أن يعمد المدين القوى، خاصة فى عقود الإذعان، إلى حمل الدائن على قبول مدة للتقادم أقل من المدة القانونية. بغية تجريده من حقه فى أقل وقت ممكن.

وإذا كان من غير الجائز الإتفاق على إطالة أو تقصير مدة التقادم، إلا أنه من الجائز الإتفاق على وقف سريان التقادم الذى بدأ لمدة معينة، وقد أقر الفقه والقضاء فى فرنسا المانع الإتفاقى وإعتماده ضمن أسباب الوقف، تطبيقا لقاعدة أن التقادم لايسرى ضد من لا يستطيع المطالبة بحقه.

(٤٩٤) التفرقة بين التقادم ومواعيد السقوط.

من المواعيد التي نص عليها المشرع ما لا تنصرف إليها أحكام التقادم السابق الإشارة إليها، ويطلق عليها اسم مواعيد السقوط - Déchéances et dé-lais préfixes، وقد أثارت طبيعة هذه المواعيد الخلاف في الفقه، ذلك أن من الشراح من ينظر إليها كنوع معين من التقادم يخضع لأحكام خاصة، ومنهم وهم الغالبية، من يفرق بينها وبين التقادم بالمعنى المعروف نظراً لما بينهما من أوجه خلاف تتمثل في أن ميعاد السقوط لا يقبل الوقف ولا الإنقطاع، كما أن فواته يمنع الشخص من التمسك بحقه سواء عن طريق الدعوى أم عن طريق الدفع. أما غير ذلك من خصائص السقوط والتي يفترق بها عن التقادم، كعدم جواز التنازل عنه بعد ثبوت الحق فيه، وجواز الإتفاق على إطالة مدته، وواجب القاضى في مراعاته ولو لم يتمسك به صاحب الشأن. فالرأى الراجح في شأنها هو وجوب التفرق بين ما إذا كان السقوط مقرراً لمصلحة خاصة أو لمصلحة عامة. فإن كان مقرراً لمصلحة عامة إمتنع التنازل عنه أو الإتفاق على إطالته، وتعين على القاضى إثارته من تلقاء نفسه.

وكما لم يتفق الفقهاء على خصائص السقوط، كذلك لم يتفقوا على الضوابط المميزة له. غير أنه يمكن القول بصفة عامة أنه من الممكن التعرف على السقوط بالنظر إلى قصر الميعاد المحدد له، أو بالنظر إلى صياغة النص الوارد في شأنه، بأن تضمن عبارة السقوط دون عبارة التقادم، أو عبارة تنطوي على معنى السقوط كحتمية الميعاد أو سريانه على جميع الأشخاص، وأخيراً يمكن الاستعانة في التعرف على السقوط بالبحث عن العلة من تقرير الميعاد الوارد في النص، ذلك أن السقوط هو الجزاء على عدم إستعمال رخصة يستلزم القانون مباشرتها في ميعاد معين، ولذا يتعلق السقوط

بالدائن أكثر من تعلقه بالمدين، لأنه يتطلب من الدائن القيام بعمل أو بإجراء في خلال مدة ما، وإلا إمتنع عليه الأمر وفقد الحق فيه .

ومن الأمثلة على مواعيد السقوط، ميعاد السنة الواجب رفع دعوى الإستغلال فيه وإلا كانت غير مقبولة (م ١٢٩/٢) وميعاد الشهر الواجب على المشتري إخطار البائع فيه بظهور الخلل في المبيع، إذا كان الأخير قد ضمن صلاحيته للعمل (م ٤٥٥)، وميعاد الثلاث سنوات المحدد لجواز إسترداد المنقول الضائع أو المسروق (م ١/٩٧٧). أخيرا تعتبر من مواعيد السقوط - وعلى خلاف في ذلك - المواعيد التي نص عليها قانون المرافعات كمواعيد المعارضة والإستئناف.

المحتويات

الصفحة	الموضوع
٥	خطة البحث
٧	١- آثار الالتزام، انتقال الالتزام، انقضاء الالتزام
	الكتاب الأول آثار الالتزام
٧	تمهيد
٧	٢- تقسيم
	الباب الأول الآثار العامة للالتزام
٩	مقدمة
٩	٣- الضمان العام
١٠	٤- خصائص الضمان العام
١١	٥- وسائل حماية حقوق الدائنين
١٢	٦- خطة البحث
١٣	الفصل الأول: ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ وسائل ضمان
١٣	٧- بيان هذه الوسائل
١٤	الفرع الأول: ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ وسائل ضمان
١٤	٨- الغرض من الدعوى غير المباشرة .
١٥	٩- الدعوى غير المباشرة وسط بين الطرق التحفظية والتنفيذية
١٦	١٠- صفة الدائن في مباشرة حقوق مدينة
١٦	١١- منهج البحث
١٧	المبحث الأول: شروط الدعوى غير المباشرة
١٧	١٢- النصوص القانونية
١٧	المطلب الأول: الشروط المتصلة بحق الدائن
١٧	١٣- رد هذه الشروط إلى طبيعة الدعوى
١٨	١٤- لكل دائن استعمال حقوق مدينة
١٩	المطلب الثاني: الشروط المتصلة بالمدين

- ١٩ - ١٥ - رد هذه الشروط إلى فكرة المصلحة المشروعة للدائن -----
- ١٩ - ١٦ - تعود المدين عن استعمال حقه -----
- ٢٠ - ١٧ - عدم استعمال الحق من شأنه إفسار المدين أو الزيادة في إفساره -----
- ٢١ - ٢٠ - المطالب الثالث: الشروط المتصلة بالحق الذي يستعمله الدائن -----
- ٢١ - ١٨ - تحديد هذه الشروط -----
- ٢٢ - ١٩ - مدى الحق المخول للدائن -----
- ٢٢ - ٢٠ - جواز استعمال الحيازات دون الرخص -----
- ٢٣ - ٢١ - الحقوق المتصلة بشخص المدين خاصة -----
- ٢٥ - ٢٢ - الحقوق غير القابلة للحجز عليها -----
- ٢٥ - ٢٥ - المبحث الثاني: آثار الدعوى غير المباشرة -----
- ٢٥ - ٢٣ - رد هذه الآثار إلى فكرة النيابة -----
- ٢٥ - ٢٤ - آثار الدعوى بالنسبة إلى المدين -----
- ٢٥ - ٢٥ - آثار الدعوى بالنسبة إلى الخصم -----
- ٢٦ - ٢٦ - آثار الدعوى بالنسبة إلى الدائن -----
- ٢٧ - ٢٧ - المبحث الثالث: الدعوى المباشرة -----
- ٢٧ - ٢٧ - مقارنة الدعوى المباشرة بالدعوى غير المباشرة -----
- ٢٨ - ٢٨ - منهج البحث -----
- ٢٨ - ٢٨ - المطالب الأول: حالات الدعوى المباشرة -----
- ٢٨ - ٢٩ - حالات الدعوى المباشرة في القانون المصري -----
- ٢٩ - ٣٠ - علاقة المؤجر بالمستأجر من أربابن -----
- ٣٠ - ٣١ - علاقة المقاول من الباطن والعمال مع رب العمل -----
- ٣١ - ٣٢ - علاقة الموكل بنائب الوكيل -----
- ٣١ - ٣٣ - العلاقة بين المضرور والمؤمن -----
- ٣٣ - ٣٣ - المطالب الثاني: طبيعة الدعوى غير المباشرة -----
- ٣٣ - ٣٤ - الخصيصة المشتركة بين الحالات السابقة -----
- ٣٤ - ٣٥ - تباين الآراء في طبيعة هذه الدعوى -----
- ٣٥ - ٣٥ - الفرع الثاني: الدعوى البوليسية أو دعوى عدم نفاذ تصرف المدين -----
- ٣٥ - ٣٦ - تمهيد -----
- ٣٦ - ٣٧ - منهج البحث -----

- المبحث الأول: شروط الدعوى البوليسية ----- ٣٦
- ٣٨- النصوص القانونية ----- ٣٦
- المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالدائن ----- ٣٨
- ٣٨- الشرط الأول: أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ----- ٣٨
- ٤٠- الشرط الثاني: أن يكون التصرف ضاراً بالدائن ----- ٣٩
- ٤١- كيفية إثبات وجود حق الدائن قبل تصرف المدين ----- ٤١
- ٤٢- صور خاصة للتصرف الضار ----- ٤١
- المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه ----- ٤٤
- ١- أن يكون عمل المدين تصرفاً قانونياً ----- ٤٤
- ٤٣- بيان هذه الشروط ----- ٤٤
- ٤٤- عدم جواز الطعن في الأعمال المادية ----- ٤٤
- ٤٥- جواز الطعن في مختلف التصرفات القانونية ----- ٤٥
- ٤٦- صور خاصة للطعن في القسمة ----- ٤٥
- ٤٧- الطعن في الاحكام الصادرة ضد المدين ----- ٤٦
- ٢- أن يكون التصرف مفقراً ----- ٤٦
- ٤٨- المقصود بالتصرف المفقر ----- ٤٦
- ٤٩- امتناع المدين عن زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته ----- ٤٧
- ٣- أن يؤدي التصرف إلى اعسار المدين أو الزيادة في اعساره ----- ٤٨
- ٥٠- المقصود بالاعسار ----- ٤٨
- ٥١- أن يكون تصرف المدين هو السبب في اعساره أو الزيادة فيه ----- ٤٨
- ٥٢- إثبات الاعسار ----- ٤٩
- المطلب الثالث: الشروط المتعلقة بالمدين ----- ٥٠
- ٥٣- غش المدين ----- ٥٠
- ٥٤- التفرقة بين المعاوضات والتبرعات من حيث اشتراط الغش ----- ٥١
- ٥٥- خلف المتصرف إليه ----- ٥٢
- المبحث الثاني: آثار الدعوى البوليسية ----- ٥٤
- ٥٦- النصوص القانونية ----- ٥٤
- ٥٧- منهج البحث ----- ٥٥

- المطلب الأول: آثار الدعوى البوليصية بالنسبة إلى الدائن ٥٥
- ٥٨ - عدم نفاذ التصرف في حق الدائن ٥٥
- ٥٧ - جواز إلقاء أثر الدعوى البوليصية ٥٧
- ٦٠ - أثر الدعوى البوليصية بالنسبة إلى باقى الدائنين ٥٧
- المطلب الثانى: أثر الدعوى البوليصية بالنسبة إلى المتعاقدين ٥٨
- ٦١ - نفاذ التصرف فيما بين المتعاقدين ٥٨
- ٦٢ - مركز المتصرف اليه بالنسبة إلى باقى دائنى المتصرف فى الرجوع على هذا الأخير ٥٨
- المطلب الثالث: طبيعة الدعوى البوليصية وتقادمها ٥٩
- ٦٣ - طبيعة الدعوى البوليصية ٥٩
- ٦٤ - تقادم الدعوى البوليصية ٦٠
- الفرع الثالث: دعوى الصورية ٦١
- ٦٥ - تمهيد ٦١
- ٦٦ - مقارنة دعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة وبالدعوى البوليصية ٦١
- ٦٧ - منهج البحث ٦٢
- المبحث الأول: النظرية العامة فى الصورية ٦٢
- ٦٨ - التعريف بالصورية وأنواعها ٦٢
- ٦٩ - الصورية المطلقة ٦٣
- ٧٠ - الصورية النسبية ٦٣
- ٧١ - الصورية بطريق التستر ٦٤
- ٧٢ - الصورية بطريق المضادة ٦٤
- ٧٣ - الصورية بطريقة التسخير ٦٤
- المبحث الثانى: أحكام الصورية ٦٥
- ٧٤ - القاعدة العامة فى أثر الصورية ٦٥
- المطلب الأول: آثار الصورية بالنسبة الى المتعاقدين والخلف العام ٦٧
- ٧٥ - الإعتداد بالتصرف الحقيقى دون التصرف الصورى ٦٧
- ٧٦ - إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين ٦٧
- ٧٧ - إثبات الصورية بالنسبة إلى الخلف العام ٦٩
- المطلب الثانى: آثار الصورية بالنسبة إلى الغير ٦٩

- ٦٩ ----- ٧٨- النصوص القانونية
- ٧٠ ----- ٧٩- بيان المقصود بالغير
- ٧٢ ----- ٨٠- للغير أن يتمسك بالعقد المستتر
- ٧٣ ----- ٨١- للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر
- ٧٤ ----- ٨٢- التعارض بين مصالح الغير
- ٧٥ ----- ٨٣- عدم تقادم دعوى الصورية
- ٧٥ ----- الفرع الرابع: الحق في الحبس
- ٧٥ ----- ٨٤- تمهيد
- ٧٦ ----- ٨٥- منهج البحث
- ٧٦ ----- المبحث الأول: شروط الحق في الحبس
- ٧٦ ----- ٨٦- النص القانوني
- ٧٧ ----- ٨٧- الشرط الأول: وجود التزام على الحابس بأداء شيء
- ٨٨- الشرط الثاني: وجود حق للحابس مستحق الأداء في ذمة
- ٧٩ ----- المدين
- ٨٩- الشرط الثالث: وجود ارتباط بين حق التحابس وبين التزامه
- ٨١ ----- بأداء الشيء
- ٨١ ----- ٩٠- الارتباط المعنوي أو القانوني
- ٨٢ ----- ٩١- الارتباط المادي أو الموضوعي
- ٨٤ ----- ٩٢- أهمية التمييز بين الارتباط القانوني والارتباط المادي
- ٨٥ ----- ٩٣- وجوب توافر حسن النية في استعمال الحق في الحبس
- ٨٥ ----- ٩٤- كيفية استعمال الحق في الحبس
- ٨٦ ----- المبحث الثاني: آثار الحق في الحبس
- ٨٦ ----- ٩٥- النص القانوني
- ٨٧ ----- المطلب الأول: حقوق الحابس
- ٨٧ ----- ٩٦- الامتناع عن تسليم العين
- ٨٨ ----- ٩٧- الاحتجاج بالحق في الحبس على الغير
- ٩٠ ----- ٩٨- لا يخول الحق في الحبس امتيازاً للحابس
- ٩١ ----- المطلب الثاني: واجبات الحابس
- ٩١ ----- ٩٩- المحافظة على الشيء المحبوس
- ٩٣ ----- ١٠٠- تقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس

- ٩٤ المبحث الثالث: انقضاء الحق في الحبس
- ٩٤ ١٠١- الانقضاء التبعي والانقضاء الاصلى
- ٩٤ ١٠٢- الانقضاء التبعي أى تبعاً لإنقضاء الإلتزام المضمون
- ١٠٣- الانقضاء الاصلى أى الانقضاء إستقلالاً عن الإلتزام
- ٩٥ المضمون
- ٩٥ ١٠٤- أولاً: تقديم تأمين كاف للوفاء بالإلتزام المضمون
- ٩٦ ١٠٥- ثانياً: هلاك الشئ المحبوس
- ٩٦ ١٠٦- ثالثاً: إخلال الحابس بالإلتزام المحافظة على العين
- ٩٦ ١٠٧- رابعاً: خروج العين من يد الحابس خروجاً ارادياً
- ٩٨ المبحث الرابع: طبيعة الحق في الحبس
- ٩٨ ١٠٨- الخلاف حول ماهية هذا الحق
- ٩٨ ١٠٩- موقف القانون المصرى من هذا الخلاف
- ٩٩ الفرع الخامس: الاعسار
- ٩٩ ١١٠- تمهيد
- ١٠٠ ١١١- تنظيم الاعسار فى التقنين المدنى الحالى
- ١٠١ ١١٢- منهج البحث
- ١٠١ المبحث الأول: شهر الاعسار
- ١٠١ ١١٣- تقسيم
- ١٠٢ المطلب الأول: شروط شهر الاعسار
- ١٠٢ ١١٤- النصوص القانونية
- ١٠٢ ١١٥- عدم كفاية أموال المدين لسداد ديونه المستحقة الأداء
- ١٠٣ ١١٦- وجوب طلب شهر الاعسار
- ١٠٤ ١١٧- اثبات الاعسار
- ١٠٤ المطلب الثانى: إجراءات دعوى الاعسار
- ١٠٤ ١١٨- النصوص القانونية
- ١٠٥ ١١٩- المحكمة المختصة بشهر الاعسار
- ١٠٥ ١٢٠- كفالة العلانية لحكم شهر الاعسار
- ١٠٧ المبحث الثانى: آثار شهر الاعسار
- ١٠٧ ١٢١- منهج البحث
- ١٠٧ المطلب الأول: آثار شهر الاعسار بالنسبة إلى المدين

- ١٢٢- النصوص القانونية ١٠٧
- ١٢٣- غل يد المدين عن الإضرار بدائنيه ١٠٨
- ١٢٤- الجزاء الجنائي ١٠٩
- ١٢٥- حق المدين فى تقرير نفقة له من إيراداته المحجوزة ١١٠
- المطلب الثانى: آثار شهر الإعسار بالنسبة الى الدائنين ١١٠
- ١٢٦- النصوص القانونية ١١٠
- ١٢٧- المساواة بين الدائنين ١١١
- ١٢٨- حلول الديون المؤجلة ١١١
- ١٢٩- عدم نفاذ حقوق الإختصاص ١١٢
- ١٣٠- استبعاد التصفية الجماعية ١١٣
- المبحث الثالث: إنتهاء حالة الإعسار ١١٤
- ١٣١- منهج البحث ١١٤
- المطلب الأول: كيفية إنتهاء حالة الإعسار ١١٤
- ١٣٢- النصوص القانونية ١١٤
- ١٣٣- إنتهاء حالة الإعسار بحكم القضاء ١١٥
- ١٣٤- إنتهاء حالة الإعسار بقوة القانون ١١٦
- المطلب الثانى: الآثار التى تترتب على إنتهاء حالة الإعسار ١١٧
- ١٣٥- النصوص القانونية ١١٧
- ١٣٦- إستعادة المدين حرية التصرف فى أمواله ١١٧
- ١٣٧- رجوع آجال الديون بعد سقوطها ١١٨
- الفصل الثانى: تنفيذ الإلتزام ١٢١
- ١٣٨- المديونية والمسئولية ١٢١
- ١٣٩- وجود المديونية دون المسئولية ١٢٢
- ١٤٠- زيادة المديونية على المسئولية أو العكس ١٢٢
- ١٤١- قيام المسئولية لضمان دين غير حال ١٢٣
- ١٤٢- قيام المسئولية لضمان دين غير شخصى ١٢٣
- ١٤٣- نشوء المسئولية بعد نشوء المديونية ١٢٤
- ١٤٤- الإلتزام الطبيعى والإلتزام المدنى ١٢٤
- الفرع الأول: الإلتزام الطبيعى ١٢٤
- ١٤٥- منهج البحث ١٢٤

- المبحث الأول: نظرية الإلتزام الطبيعي ١٢٥
- ١٤٦- نظريتان ١٢٥
- ١٤٧- النظرية التقليدية في الإلتزام الطبيعي ١٢٥
- ١٤٨- النظرية الحديثة في الإلتزام الطبيعي ١٢٦
- المبحث الثاني: حالات الإلتزام الطبيعي ١٢٧
- ١٤٩- النص القانوني ١٢٧
- ١٥٠- تطبيقات لفكرة الإلتزام الطبيعي ١٢٨
- المبحث الثالث: آثار الإلتزام الطبيعي ١٢٩
- ١٥١- النصوص القانونية ١٢٩
- ١٥٢- الوفاء الإختياري بالإلتزام الطبيعي ١٣٠
- ١٥٣- صلاحية الإلتزام الطبيعي لأن يكون سبباً لإنشاء التزام مدني ١٣٢
- ١٥٤- مالا يترتب من آثار على الإلتزام الطبيعي ١٣٣
- الفرع الثاني: الإلتزام المدني ١٣٥
- ١٥٥- التنفيذ الإختياري ١٣٥
- ١٥٦- التنفيذ الجبري ١٣٣
- المبحث الأول: الإعذار ١٣٨
- ١٥٧- النصوص القانونية ١٣٨
- ١٥٨- المقصود بالإعذار ١٣٩
- ١٥٩- شكل الإعذار ١٤٠
- ١٦٠- الآثار التي تترتب عن الإعذار ١٤١
- ١٦١- الحالات المستثناة من ضرورة الإعذار ١٤٣
- ١٦٢- الحالات المستثناة بالاتفاق ١٤٣
- ١٦٣- الحالات المستثناة بنص في القانون ١٤٦
- المبحث الثاني: التنفيذ العيني ١٤٧
- ١٦٤- الأصل هو التنفيذ العيني ١٤٧
- ١٦٥- منهج البحث ١٤٨
- المطلب الأول: شروط التنفيذ العيني ١٤٨
- ١٦٦- النص القانوني ١٤٨
- ١٦٧- ان يكون التنفيذ العيني ممكناً ١٤٩

- ١٥٠ ١٦٨- ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين
- ١٥١ المطلب الثاني: موضوع التنفيذ العيني
- ١٥١ ١٦٩- أنواع الإلتزام
- ١٥١ ١- الإلتزام بنقل حق عيني أو انشائه
- ١٥١ ١٧٠- توقف التنفيذ العيني على طبيعة المحل
- ١٥١ ١٧١- الشيء من العقارات
- ١٥٣ ١٧٢- الشيء من المنقولات
- ١٥٤ ١٧٣- الشيء من النقود
- ١٥٥ ٢- الإلتزام بالتسليم
- ١٥٥ ١٧٤- الإلتزام بالتسليم قد يكون التزاماً تبعياً وقد يكون التزاماً أصلياً
- ١٥٦ ٣- الإلتزام بالعمل
- ١٥٦ ١٧٥- النصوص القانونية
- ١٥٧ ١٧٦- تحقيق التنفيذ العيني جبراً عن المدين
- ١٥٧ ١٧٧- التنفيذ بمقابل
- ١٥٨ ٤- الإلتزام بالإمتناع عن عمل
- ١٥٨ ١٧٨- التنفيذ العيني والتعويض النقدي
- المطلب الثالث: وسائل إكراه المدين على التنفيذ العيني أو الغرامة
- ١٥٩ التهديدية
- ١٥٩ ١٧٩- الإكراه البدني والتهديد المالي
- ١٦١ ١٨٠- منهج البحث
- ١٦١ ١- شروط الحكم بالغرامة التهديدية
- ١٦١ ١٨١- شرطان
- ١٦٢ ١٨٢- الشرط الأول: أن يكون في الإمكان تنفيذ الإلتزام عينياً
- ١٦٢ ١٨٣- الشرط الثاني: أن يكون التنفيذ العيني غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه
- ١٦٤ ١٨٤- سلطة القضاء في الحكم بالغرامة التهديدية
- ١٦٥ ٢- مميزات الحكم بالغرامة التهديدية وطبيعته
- ١٦٥ ١٨٥- مميزات الحكم بالغرامة التهديدية
- ١٦٦ ١٨٦- طبيعة الحكم الصادر بالغرامة التهديدية

- ١٦٨ -٣- تقدير نظام الغرامة التهديدية _____
- ١٦٨ -١٨٧- القيمة العملية للتهديد المالي _____
- ١٦٩ المبحث الثالث: التنفيذ بمقابل (أو التنفيذ بطريق التعويض) _____
- ١٦٩ -١٨٨- حالات التنفيذ بمقابل _____
- ١٧٠ -١٨٩- نوعا التعويض _____
- ١٩٠- اختلاف الرأي بشأن اشتراط الإعذار لاستحقاق التعويض _____
- ١٧١ عن عدم التنفيذ _____
- ١٧١ -١٩١- كيفية تقدير التعويض _____
- ١٧٢ المطلب الأول: التعويض القضائي _____
- ١٧٢ -١٩٢- إحالة _____
- ١٧٣ المطلب الثاني: التعويض الاتفاقي أو (الشرط الجزائي) _____
- ١٧٣ -١٩٣- تعريف الشرط الجزائي _____
- ١٩٤- الأغراض التي يستهدفها المتعاقدان من الشرط الجزائي _____
- ١٧٤ -١٩٥- النصوص القانونية _____
- ١٧٥ -١- شروط استحقاق التعويض الاتفاقي وطبيعته _____
- ١٧٥ -١٩٦- شروط اعمال الشرط الجزائي _____
- ١٧٧ -١٩٧- طبيعة الشرط الجزائي _____
- ١٧٧ -١٩٨- الشرط الجزائي والعربون _____
- ١٧٨ -٢- آثار الشرط الجزائي _____
- ١٧٨ -١٩٩- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي _____
- ١٧٨ -٢٠٠- تخفيض الشرط الجزائي _____
- ١٨٠ -٢٠١- زيادة الشرط الجزائي _____
- ١٨٠ المطلب الثالث: التعويض القانوني (أو فوائد التأخير) _____
- ١٨٠ -٢٠٢- الإلتزام بدفع مبلغ من النقود _____
- ١٨١ -٢٠٣- نوعان من الفوائد _____
- ١٨٢ -١- شروط استحقاق فوائد التأخير _____
- ١٨٢ -٢٠٤- النص القانوني _____
- ٢٠٥- الشرط الأول: أن يكون محل الإلتزام معلوم المقدار وقت الطلب _____
- ١٨٣ _____

- ٢٠٦- الشرط الثاني: المطالبة القضائية بالفوائد ١٨٤
٢٠٧- افتراض الضرر فرضاً لا يقبل إثبات العكس ١٨٥
٢- سعر الفائدة ١٨٦
٢٠٨- تحديد سعر الفائدة وتحريم الربح المركب ١٨٦
٢٠٩- جواز تخطى حدود الفائدة ١٨٨
٢١٠- جواز تخفيض الفائدة أو إسقاطها ١٨٩
٢١١- أثر رسو المزاد في سريان فوائد التأخير ١٨٩

الباب الثاني

الآثار الخاصة لبعض الالتزامات أو الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام

- ٢١٢- الالتزام البسيط والالتزام الموصوف ١٩١
الفصل الأول: الشرط والأجل ١٩٣
٢١٣- التمييز بين الشرط والأجل ١٩٣
٢١٤- الوفاء عند المقدرة أو الميسرة ١٩٥
الفرع الأول: الشرط ١٩٥
٢١٥- المقصود بكلمة الشرط ١٩٥
٢١٦- الشرط الواقف والشرط الفاسخ ١٩٥
٢١٧- منهج البحث ١٩٧
المبحث الأول: الخصائص الواجب توافرها لصلاحية الواقعة كشرط ١٩٧
٢١٨- النصوص القانونية ١٩٧
٢١٩- الشرط أمر مستقبل ١٩٨
٢٢٠- الشرط أمر غير محقق الوقوع ١٩٨
٢٢١- أن يكون الشرط ممكناً ٢٠١
٢٢٢- أن يكون الشرط مشروعاً ٢٠٢
المبحث الثاني: الآثار التي تترتب على الشرط ٢٠٣
٢٢٣- منهج البحث ٢٠٣
المطلب الأول: آثار الشرط في مرحلة التعليق ٢٠٤
٢٢٤- آثار الشرط الواقف ٢٠٤
٢٢٥- آثار الشرط الفاسخ ٢٠٦

- المطلب الثاني: آثار الشرط عند انتهاء التعليق ٢٠٦
- ٢٢٦- متى ينتهي التعليق ٢٠٦
- ٢٢٧- أثر إنتهاء التعليق بالنسبة إلى الشرط الواقف ٢٠٨
- ٢٢٨- أثر إنتهاء التعليق بالنسبة إلى الشرط الفاسخ ٢٠٩
- المطلب الثالث: الأثر الرجعي للشرط ٢١٠
- ٢٢٩- قاعدة استناد أثر الشرط ٢١٠
- ٢٣٠- الإستثناءات التي ترد على قاعدة استناد أثر الشرط ٢١١
- الفرع الثاني: الأجل ٢١٤
- ٢٣١- منهج البحث ٢١٤
- المبحث الأول: التعريف بالأجل وأنواعه ٢١٤
- ٢٣٢- التعريف بالأجل ٢١٤
- ٢٣٣- أنواع الاجل ٢١٤
- المبحث الثاني: الآثار التي تترتب على الأجل ٢١٦
- ٢٣٤- التفرقة بين الاجل الفاسخ والأجل الواقف ٢١٦
- ٢٣٥- الآثار التي تترتب على إضافة الإلتزام إلى أجل واقف ٢١٧
- المبحث الثالث: إنقضاء الأجل ٢١٩
- ٢٣٦- طرق الإنقضاء ٢١٩
- ٢٣٧- حلول الأجل ٢١٩
- ٢٣٨- النزول عن الأجل ٢١٩
- ٢٣٩- سقوط الأجل ٢٢٠
- ٢٤٠- الحالة الأولى: شهر الإفلاس أو الإعسار ٢٢١
- ٢٤١- الحالة الثانية: أضعاف التأمينات الخاصة ٢٢٢
- ٢٤٢- الحالة الثالثة: تخلف المدين عن تقديم ما وعد به من تأمينات ٢٢٣
- الفصل الثاني: تعدد محل الألتزام ٢٢٥
- ٢٤٣- الإلتزام التخيري والإلتزام البدلي ٢٢٥
- المبحث الأول: الإلتزام التخيري ٢٢٦
- ٢٤٤- النصوص القانونية ٢٢٦
- ٢٤٥- متى يعتبر الإلتزام تخييرياً ٢٢٦
- ٢٤٦- لمن يثبت حق الخيار ٢٢٧

- ٢٢٧ - ٢٤٧ - استعمال حق الخيار
٢٢٨ - ٢٤٨ - استحالة تنفيذ أحد الاداءات أو جميعها قبل استعمال حق
الخيار
٢٣٠ - المبحث الثاني: الإلتزام البدلى
٢٣٠ - ٢٤٩ - النص القانوني
٢٣٠ - ٢٥٠ - المقارنة بين الإلتزام البدلى والإلتزام التخييري
٢٣٣ - الفصل الثالث: تعدد طرفي الإلتزام
٢٣٣ - ٢٥١ - تعدد الدائنين أو المدينين
٢٣٤ - الفرع الأول: التضامن
٢٣٤ - ٢٥٢ - التضامن الإيجابي والتضامن السلبي
٢٣٦ - ٢٥٣ - التفرقة بين الإلتزام التضامنى والمسئولية المجتمعة
٢٣٧ - المبحث الأول: التضامن الإيجابي
٢٣٧ - ٢٥٤ - ندرة هذا النوع من التضامن وعيوبه
٢٣٨ - ٢٥٥ - احكام التضامن الإيجابي
٢٣٨ - المطلب الأول: علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين
٢٣٨ - ٢٥٦ - منهج البحث
٢٣٨ - ١ - وحدة المحل
٢٣٨ - ٢٥٧ - النتائج التى تترتب على وحدة المحل
٢٣٨ - ٢٥٨ - استيفاء الدين والوفاء به
٢٣٩ - ٢٥٩ - انقسام الدين بين ورثة الدائن المتضامن
٢٤٠ - ٢ - تعدد الروابط
٢٤٠ - ٢٦٠ - أثر تعدد الروابط
٢٤٠ - ٢٦١ - الإعتداد بالوصف الذى يلحق رابطة كل دائن بالمدين
٢٤١ - ٢٦٢ - براءة ذمة المدين قبل أحد الدائنين بسبب غير الوفاء
٢٤٢ - ٣ - النيابة التبادلية
٢٤٢ - ٢٦٣ - اقتصار النيابة التبادلية على ما ينفع دون ما يضر
٢٤٢ - ٢٦٤ - أعمال النيابة التبادلية فيما ينفع الدائنين المتضامنين
٢٤٣ - ٢٦٥ - استبعاد النيابة التبادلية فيما يضر
٢٤٣ - المطلب الثانى: علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم
٢٤٣ - ٢٦٦ - انقسام الدين

- ٢٤٤ المبحث الثاني: التضامن السلبي
- ٢٤٤ ٢٦٧- الأهمية العملية للتضامن السلبي
- ٢٤٤ ٢٦٨- مصادر هذا التضامن
- ٢٤٥ ٢٦٩- أحكام التضامن السلبي
- ٢٤٥ المطلب الأول: علاقة المدينين بالدائن
- ٢٤٥ ٢٧٠- منهج البحث
- ٢٤٥ ١- وحدة الدين
- ٢٤٥ ٢٧١- الآثار التي تترتب على وحدة الدين
- ٢٤٦ ٢٧٢- مطالبة أى مدين بكل الدين
- ٢٤٦ ٢٧٣- انقضاء الدين بالوفاء بالنسبة إلى سائر المدينين
- ٢٤٧ ٢٧٤- التمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين نفسه
- ٢٤٧ ٢- تعدد الروابط
- ٢٤٧ ٢٧٥- الآثار التي تترتب على تعدد الروابط
- ٢٤٨ ٢٧٦- الإعتداد بالوصف الذى يلحق كل رابطة
- ٢٤٨ ٢٧٧- امتناع التمسك بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر
- ٢٤٨ ٢٧٨- انقضاء رابطة الإلتزام بالنسبة إلى أحد المدينين دون
الباقيين
- ٢٤٩ ٢٧٩- أولاً: المقاصة
- ٢٥٠ ٢٨٠- ثانياً: اتحاد الذمة
- ٢٥١ ٢٨١- ثالثاً: الإبراء
- ٢٥٣ ٢٨٢- رابعاً: التقادم
- ٢٥٤ ٣- النيابة التبادلية
- ٢٥٤ ٢٨٣- إقتصار النيابة التبادلية على ما ينفع دون ما يضر
- ٢٥٤ ٢٨٤- قطع التقادم ووقف
- ٢٥٥ ٢٨٥- استحالة التنفيذ
- ٢٥٦ ٢٨٦- الإعذار والمطالبة القضائية
- ٢٥٧ ٢٨٧- الصلح
- ٢٥٨ ٢٨٨- الإقرار واليمين
- ٢٥٩ ٢٨٩- حجية الأحكام
- ٢٦١ المطلب الثاني: علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم

- ٢٩٠- النصوص القانونية ٢٦١
- ٢٩١- إنقسام الدين ٢٦١
- ٢٩٢- رجوع المدين الموفى على باقى المدينين ٢٦٢
- الفرع الثانى: عدم قابلية الإلتزام للإنقسام ٢٦٤
- ٢٩٣- التعريف بالإلتزام غير القابل للإنقسام وفائدته ٢٦٤
- ٢٩٤- خطة البحث ٢٦٥
- المبحث الأول: أسباب عدم القابلية للإنقسام ٢٦٥
- ٢٩٥- النص القانونى ٢٦٥
- ٢٩٦- عدم الإنقسام الطبيعى ٢٦٥
- ٢٩٧- النوع الأول: عدم الانقسام المطلق ٢٦٦
- ٢٩٨- النوع الثانى: عدم الانقسام النسبى ٢٦٦
- ٢٩٩- عدم الإنقسام المشروط ٢٦٧
- المبحث الثانى: آثار عدم القابلية للإنقسام ٢٦٧
- ٣٠٠- النصوص القانونية ٢٦٧
- ٣٠١- حالة تعدد المدينين ٢٦٨
- ٣٠٢- حالة تعدد الدائنين ٢٧٠
- ٣٠٣- أوجه الخلاف بين عدم القابلية للإنقسام والتضامن ٢٧٠

الكتاب الثانى

إنتقال الإلتزام

- ٣٠٤- حوالة الحق وحوالة الدين ٢٧٣

الباب الأول

حوالة الحق

- ٣٠٥- التعريف بحوالة الحق ٢٧٥
- ٣٠٦- الأهمية العملية لحوالة الحق ٢٧٥
- الفصل الأول: شروط الحوالة ٢٧٧
- ٣٠٧- شروط إنعقاد وشروط نفاذ ٢٧٧
- المبحث الأول: شروط الإنعقاد ٢٧٧
- ٣٠٨- النصوص القانونية ٢٧٧

- ٢٧٧ ----- ٣٠٩- رضاء المحيل والمحال له
- ٢٧٨ ----- ٣١٠- قبول الحوالة
- ٢٧٩ ----- المبحث الثاني: شروط النفاذ
- ٢٧٩ ----- ٣١١- النص القانوني
- ٢٧٩ ----- ٣١٢- نفاذ الحوالة قبل المدين
- ٢٨٠ ----- ٣١٣- هل يقوم علم المدين فعلياً بالحوالة مقام العلم القانوني
- ٢٨١ ----- ٣١٤- نفاذ الحوالة قبل الغير
- ٢٨١ ----- ٣١٥- إجراءات أخرى لنفاذ الحوالة
- ٢٨٣ ----- الفصل الثاني: علاقة المحال له بالمحال عليه
- ٢٨٣ ----- ٣١٦- خطة البحث
- ٢٨٣ ----- المبحث الأول: علاقة المحال له بالمحيل
- ٢٨٣ ----- ٣١٧- انتقال الحق من المحيل إلى المحال له
- ٢٨٤ ----- ٣١٨- وقت انتقال الحق
- ٢٨٤ ----- ٣١٩- التزام المحيل بالضمان
- ٢٨٥ ----- ٣٢٠- أحكام الضمان القانوني
- ٢٨٦ ----- ٣٢١- أحكام الضمان الاتفاقي
- ٢٨٧ ----- ٣٢٢- ما يرجع به المحال له على المحيل
- ٢٨٨ ----- المبحث الثاني: علاقة المحال له بالمحال عليه
- ٢٨٨ ----- ٣٢٣- حقوق المحال له قبل المحال عليه قبل نفاذ الحوالة
- ٣٢٤- حق المحال عليه في التمسك في مواجهة المحال له
- ٢٨٩ ----- بالدفع التي كانت له قبل المحيل
- ٢٩٠ ----- ٣٢٥- حق المحال عليه في التخلص من مطالبة المحال له
- ٢٩٣ ----- المبحث الثالث: علاقة المحال له بالغير
- ٢٩٣ ----- ٣٢٦- النصوص القانونية
- ٢٩٣ ----- ٣٢٧- التنازع بين المحال لهم
- ٢٩٤ ----- ٣٢٨- التنازع بين المحال له والدائن الحاجز

الباب الثاني حوالة الدين

- ٢٩٧ ----- ٣٢٩- تمهيد
- ٢٩٨ ----- ٣٣٠- منهج البحث

٢٩٩	الفصل الأول: الصورة العادية لحوالة الدين
٢٩٩	٣٣١- الشروط والآثار
٢٩٩	المبحث الأول: شروط حوالة الدين
٢٩٩	٣٣٢- شروط الإنعقاد
٣٠٠	٣٣٣- شروط نفاذ الحوالة قبل الدائن
٣٠١	المبحث الثاني: آثار حوالة الدين
٣٠١	٣٣٤- منهج البحث
٣٠١	٣٣٥- علاقة المحيل بالمحال عليه
٣٠٣	٣٣٦- علاقة الدائن بالمحال عليه
٣٠٥	٣٣٧- علاقة الدائن بالمحيل
٣٠٧	الفصل الثاني: صورة خاصة لحوالة الدين
٣٠٧	٣٣٨- الحوالة باتفاق الدائن والمحال عليه
٣٠٨	٣٣٩- حوالة الدين المضمون برهن عقارى

الكتاب الثالث

انقضاء الالتزام

٣١١	٣٤٠- أسباب الانقضاء
-----	---------------------

الباب الأول

الوفاء

٣١٣	٣٤١- التعريف بالوفاء ونوعاه
٣١٥	الفصل الأول: الوفاء البسيط
٣١٥	٣٤٢- خطة البحث
٣١٥	الفرع الأول: طرفا الوفاء
٣١٥	٣٤٣- الموفى والموفى له
٣١٥	المبحث الأول: الموفى
٣١٥	٣٤٤- النصوص القانونية
٣١٦	٣٤٥- الوفاء من المدين أو من الغير
٣١٧	٣٤٦- الوفاء بالالتزام بإعطاء شئ
٣١٩	المبحث الثاني: الموفى له

٣١٩	٣٤٧- النصوص القانونية
٣١٩	٣٤٨- الوفاء للدائن
٣٢٠	٣٤٩- الوفاء للغير
٣٢٢	الفرع الثاني: كيفية الوفاء
٣٢٢	٣٥٠- منهج البحث
٣٢٢	المبحث الأول: محل الوفاء
٣٢٢	٣٥١- النصوص القانونية
٣٢٣	٣٥٢- الوفاء بالشئ المستحق
٣٢٤	٣٥٣- عدم جواز تجزئة الوفاء
٣٢٥	٣٥٤- تعدد الديون من جنس واحد واحتساب الخصم
٣٢٦	المبحث الثاني: أوضاع الوفاء
٣٢٦	٣٥٥- منهج البحث
٣٢٧	٣٥٦- زمان الوفاء
٣٢٧	٣٥٧- نظرة الميسرة
٣٢٨	٣٥٨- مكان الوفاء
٣٢٩	٣٥٩- مصاريف الوفاء
٣٣٠	٣٦٠- إثبات الوفاء
٣٣١	المبحث الثالث: إغذار الدائن والعرض الحقيقي
٣٣١	٣٦١- امتناع الدائن عن قبول الوفاء
٣٣٢	٣٦٢- الإغذار
٣٣٣	٣٦٣- العرض الحقيقي
٣٣٣	٣٦٤- العرض
٣٣٤	٣٦٥- الإيداع
٣٣٥	٣٦٦- الحكم بصحة العرض والإيداع
٣٣٦	٣٦٧- جواز الرجوع في العرض
٣٣٩	الفصل الثاني: الوفاء مع الحلول
٣٣٩	٣٦٨- التعريف بالوفاء مع الحلول وفائدته
٣٤٠	٣٦٩- طبيعة الوفاء مع الحلول
٣٤١	٣٧٠- مقارنة الوفاء مع الحلول بحوالة الحق
٣٤٣	٣٧١- منهج البحث

- الفرع الأول: حالات الوفاء مع الحلول ٣٤٣
٣٧٢- الحلول الإتفاقي والحلول القانوني ٣٤٣
المبحث الأول: الحلول الإتفاقي ٣٤٣
٣٧٣- الحلول بالاتفاق مع الدائن ٣٤٣
٣٧٤- الحلول بالاتفاق مع المدين ٣٤٥
المبحث الثاني: الحلول ألقانوني ٣٤٧
٣٧٥- حالات الحلول القانوني ٣٤٧
٣٧٦- الحالة الأولى: اذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو
ملزماً بوفائه عنه ٣٤٧
٣٧٧- الحالة الثانية: وفاء الدائن المتأخر لدائن متقدم ٣٤٨
٣٧٨- الحالة الثالثة: الوفاء من حائز العقار ٣٤٨
٣٧٩- الحالة الرابعة: اذا كان هناك نص خاص يقدر أنموفى
حق الحلول ٣٤٩
الفرع الثاني: آثار الحلول ٣٥٠
٣٨٠- منهج البحث ٣٥٠
المبحث الأول: حلول الموفى محل الدائن فى نفس الحق ٣٥٠
٣٨١- النص القانوني ٣٥٠
٣٨٢- خصائص الحق ٣٥١
٣٨٣- توابع الحق ٣٥١
٣٨٤- تأمينات الحق ٣٥١
٣٨٥- الدفع التى ترد على الحق ٣٥١
٣٨٦- الرجوع بالدعوى الشخصية ٣٥٢
المبحث الثاني: الحالات التى لا يكون فيها الحلول كاملاً ٣٥٣
٣٨٧- بيان الحالات ٣٥٣
٣٨٨- الوفاء الجزئى ٣٥٣
٣٨٩- الوفاء من أحد الملزمين بالدين ٣٥٤

الباب الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

- ٣٩٠- طرق الانقضاء المعادلة للوفاء ٣٥٧

- ٣٥٩ ----- الفصل الأول: الوفاء بمقابل
- ٣٥٩ ----- ٣٩١- النصوص القانونية
- ٣٥٩ ----- ٣٩٢- التعريف بالوفاء بمقابل
- ٣٦٠ ----- ٣٩٣- طبيعة الوفاء بمقابل
- ٣٦١ ----- ٣٩٤- أحكام الوفاء بمقابل
- ٣٦٣ ----- الفصل الثاني: التجديد والائابة
- ٣٦٣ ----- ٣٩٥- تقسيم
- ٣٦٣ ----- الفرع الأول: التجديد
- ٣٦٣ ----- ٣٩٦- التعريف بالتجديد
- ٣٦٤ ----- المطلب الأول: نظرية الإلتزام الطبيعي
- ٣٦٤ ----- ٣٩٧- شروط ثلاثة
- ٣٦٤ ----- ٣٩٨- الشرط الأول: وجود التزام قديم
- ٣٦٥ ----- ٣٩٩- الشرط الثاني: انشاء التزام جديد
- ٣٦٦ ----- ٤٠٠- الشرط الثالث: نية التجديد
- ٣٦٨ ----- المبحث الثاني: أنواع التجديد
- ٣٦٨ ----- ٤٠١- النص القانوني
- ٣٦٨ ----- ٤٠٢- التجديد بتغيير الدين
- ٣٦٩ ----- ٤٠٣- التجديد بتغيير المدين
- ٣٧٠ ----- ٤٠٤- التجديد بتغيير الدائن
- ٣٧١ ----- المبحث الثالث: أحكام التجديد
- ٣٧١ ----- ٤٠٥- النصوص القانونية
- ٣٧٢ ----- ٤٠٦- انقضاء الإلتزام الأصلي وإنشاء التزام جديد
- ٣٧٢ ----- ٤٠٧- الإلتفاق على نقل التأمينات العينية المقدمة من المدين
- ٣٧٤ ----- ٤٠٨- الإلتفاق على نقل التأمينات المقدمة من الغير
- ٣٧٤ ----- الفرع الثاني: الإئابة
- ٣٧٤ ----- ٤٠٩- النصوص القانونية
- ٣٧٥ ----- ٤١٠- التعريف بالائابة
- ٣٧٥ ----- ٤١١- الإئابة الناقصة والائابة الكاملة
- ٣٧٧ ----- ٤١٢- إعتبار التزام المناب قبل المناب لديه إلتزاماً مجرداً
- ٣٧٨ ----- ٤١٣- مقارنة الائابة الناقصة بالاشتراط لمصلحة الغير

- ٣٨١ الفصل الثالث، المقاصة
- ٣٨١ ٤١٤- التعريف بالمقاصة
- ٣٨٢ ٤١٥- الأهمية العملية للمقاصة
- ٣٨٢ ٤١٦- أنواع المقاصة
- ٣٨٣ الفرع الأول: المقاصة القانونية
- ٣٨٣ ٤١٧- منهج البحث
- ٣٨٣ المبحث الأول: شروط المقاصة القانونية
- ٣٨٣ ٤١٨- النصوص القانونية
- ٣٨٤ ٤١٩- الشرط الأول: أن يكون الدينان بين نفس الشخصين
- ٤٢٠- الشرط الثاني: أن يكون الدينان واردين على نفوذ أو على
- ٣٨٥ مثليات متحدة في النوع
- ٣٨٦ ٤٢١- الشرط الثالث: أن يكون الدينان خاليين من النزاع
- ٣٨٦ ٤٢٢- الشرط الرابع: أن يكون الدينان مستحقى الأداء
- ٤٢٣- الشرط الخامس: أن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما
- ٣٨٨ قضاء
- ٣٨٨ ٤٢٤- الديون التي لا تجوز فيها المقاصة القانونية
- ٣٨٩ المبحث الأول: آثار المقاصة القانونية
- ٣٨٩ ٤٢٥- النصوص القانونية
- ٣٩٠ المطلب الأول: آثار المقاصة فيما بين الطرفين
- ٣٩٠ ٤٢٦- المبادئ التي تحكم هذه الآثار
- ٣٩١ ٤٢٧- المقاصة وفاء مزدوج
- ٣٩١ ٤٢٨- وجوب التمسك بالمقاصة
- ٤٢٩- انقضاء الدينين من الوقت الذي يصبح فيه صالحين
- ٣٩٢ للمقاصة
- ٣٩٣ المطلب الثاني: آثار المقاصة بالنسبة للغير
- ٣٩٣ ٤٣٠- المبدأ الذي يحكم هذه الآثار
- ٣٩٣ ٤٣١- توقيع الحجز تحت يد المدين
- ٣٩٣ ٤٣٢- قبول الحوالة بالحق دون تحفظ
- ٣٩٤ ٤٣٣- النزول عن المقاصة اضراً بالغير

٣٩٥	الفرع الثاني: المقاصة الإختيارية والمقاصة القضائية
٣٩٥	٤٣٤- المقاصة الإختيارية
٣٩٥	٤٣٥- المقاصة القضائية
٣٩٧	الفصل الرابع: إتحاد الذمة
٣٩٧	٤٣٦- تعريف
٣٩٧	الفرع الأول: حالات إتحاد الذمة
٣٩٧	٤٣٧- تقسيم
٣٩٧	٤٣٨- إتحاد الذمة فى الحقوق العينية
٣٩٨	٤٣٩- إتحاد الذمة فى الحقوق الشخصية
٣٩٨	٤٤٠- إتحاد الذمة حال الحياة
٣٩٨	٤٤١- إتحاد الذمة بسبب الوفاة
٣٩٩	الفرع الثاني: أحكام إتحاد الذمة
٣٩٩	٤٤٢- النص القانونى
٤٠٠	٤٤٣- أثر إتحاد الذمة
٤٠٠	٤٤٤- زوال سبب إتحاد الذمة

الباب الثالث

إنقضاء الإلتزام دون وفاء

٤٠٣	٤٤٥- أسباب ثلاثة
٤٠٣	الفصل الأول: الإبراء
٤٠٣	٤٤٦- النصوص القانونية
٤٠٣	٤٤٧- طبيعة الإبراء
٤٠٥	٤٤٨- أحكام الإبراء
٤٠٧	الفصل الثانى: إستحالة التنفيذ
٤٠٧	٤٤٩- إحالة
٤٠٧	٤٥٠- إنقضاء الإلتزام بالإستحالة
٤٠٨	٤٥١- تحمل تبعة الإستحالة
٤٠٩	الفصل الثالث: التقادم المقسط
٤٠٩	٤٥٢- التعريف بالتقادم المقسط
٤١٠	٤٥٣- منهج البحث

- ٤١٠ الفرع الأول: مدة التقادم المسقط
- ٤١٠ - ٤٥٤ - القاعدة العامة - التقادم المسقط بخمس عشرة سنة
- ٤١٢ المبحث الأول: التقادم الخمسى
- ٤١٢ - ٤٥٥ - الحقوق التى يسرى عليها التقادم الخمسى
- ٤١٢ - ٤٥٦ - أولاً: الحقوق الدورية المتجددة
- ٤١٢ - ٤٥٧ - أساس تقادم هذه الحقوق
- ٤١٢ - ٤٥٨ - القاعدة العامة فى تحديد هذه الحقوق
- ٤١٤ - ٤٥٩ - الإستثناء من قاعدة الدورية والتجدد
- ٤١٥ - ٤٦٠ - ثانياً: حقوق بعض أصحاب المهن الحرة
- ٤١٦ - ٤٦١ - ثالثاً: الحقوق الناشئة من الأوراق التجارية
- ٤١٧ - ٤٦٢ - أساس التقادم الخمسى الخاص بالأوراق التجارية
- ٤١٨ المبحث الثانى: التقادم الثلاثى
- ٤١٨ - ٤٦٣ - النصوص القانونية
- ٤١٩ - ٤٦٤ - الحقوق التى تخضع للتقادم الثلاثى
- ٤٢٠ - ٤٦٥ - أساس هذا النوع من التقادم
- ٤٢١ المبحث الثالث: التقادم الحولى
- ٤٢١ - ٤٦٦ - النصوص القانونية
- ٤٢٢ - ٤٦٧ - الحقوق التى يرد عليها التقادم الحولى
- ٤٢٢ - ٤٦٨ - أساس التقادم الحولى
- ٤٢٣ الفرع الثانى: إحتساب مدة التقادم
- ٤٢٣ - ٤٦٩ - منهج البحث
- ٤٢٣ المبحث الأول: كيفية إحتساب المدة
- ٤٢٣ - ٤٧٠ - النصوص القانونية
- ٤٢٤ - ٤٧١ - القاعدة العامة فى إحتساب المدة
- ٤٢٥ - ٤٧٢ - بدء سريان التقادم
- ٤٢٧ المبحث الثانى: وقف التقادم
- ٤٢٧ - ٤٧٣ - المقصود بوقف التقادم والحكمة منه
- ٤٢٨ - ٤٧٤ - أسباب الوقف
- ٤٣٠ - ٤٧٥ - إفراد التقادم الطويل بسبب خاص للوقف
- ٤٣١ - ٤٧٦ - أثر وقف التقادم

- المبحث الثالث: إنقطاع التقادم ٤٣٢
- ٤٧٧- التعريف بالإنقطاع ٤٣٢
- المطلب الأول: إنقطاع التقادم بفعل الدائن ٤٣٢
- ٤٧٨- أسباب الانقطاع التي ترجع الى عمل الدائن ٤٣٢
- ٤٧٩- المطالبة القضائية ٤٣٢
- ٤٨٠- التنبيه ٤٣٣
- ٤٨١- الحجز ٤٣٤
- المطلب الثاني: إنقطاع التقادم بفعل المدين ٤٣٥
- ٤٨٢- النص القانوني ٤٣٥
- ٤٨٣- الإقرار ٤٣٥
- ٤٨٤- إثبات الإقرار ٤٣٦
- ٤٨٥- رفع الدعوى من المدين ٤٣٧
- المطلب الثالث: أثر انقطاع التقادم ٤٣٨
- ٤٨٦- النص القانوني ٤٣٨
- ٤٨٧- إلغاء المدة السابقة على قيام سبب الإنقطاع ٤٣٨
- ٤٨٨- تحويل التقادم ٤٣٩
- الفرع الثالث: أثر التقادم ٤٤٠
- ٤٨٩- وجوب التمسك بالتقادم ٤٤٠
- ٤٩٠- الأثر الرجعي للتقادم ٤٤٢
- ٤٩١- تخلف إلزام طبيعي عن التقادم ٤٤٢
- ٤٩٢- النزول عن التقادم ٤٤٣
- ٤٩٣- الإتفاقات المعدلة لمدد التقادم ٤٤٥
- ٤٩٤- التفرقة بين التقادم ومواعيد السقوط ٤٤٦

