

أحكام الالتزام والإثبات

للمزيد من الحصريّات زوروا على مدونة الكتب الحصرية

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

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

دكتور

سمير عبد السيد تناغو

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

الطبعة الأولى

م ٢٠٠٩

مدونة الكتب الحصرية <https://www.facebook.com/koutoubhasria> <http://koutoub-hasria.blogspot.com/>

الناشر

مكتبة الوفاء القانونية

محمول ٠٠٢٠١٠٣٧٢٨٨٢٢ - الإسكندرية

أحكام الالتزام والإثبات



الناشر: مكتبة الوفاء القانونية

العنوان: بلوك ٣ ش ملك حفنى قبلى السكة الحديد - مساكن
درباله - فيكتوريا - الإسكندرية.

تليفاكس: ٥٢٧٤٤٣٨ / ٠٠٢٠٣ (٢ خط) - موبایل / ٠١١٢٩٣٢٣٣

الرقم البريدى: ٢١٤١١ - الإسكندرية - جمهورية مصر العربية.

E- mail

dwdpress@yahoo.com

dwdpress@biznas.com

Website

http:// www.dwdpress.com

عنوان الكتاب : أحكام الإلتزام والإثبات

المؤلف : د. سمير عبد السيد نناغو

رقم الإيداع : ٨٠٦٩ / ٢٠٠٩

التقييم الدولى : 7 - 9592 -- 03 - 977



أحكام الالتزام والإثبات

دكتور

سمير عبد السيد تناغو

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

الطبعة الأولى

٢٠٠٩ م

الناشر

مكتبة الوفاء القانونية

محمول ٠٠٢٠١٠٣٧٣٨٨٢٢ - الإسكندرية

الكتاب الأول في الإثبات

« أبنا وردت عبارة «عشرين جنبه» في نص المادتين ٦٠ و ٦١ من قانون الإثبات، تصبح «مائة جنبه» بعد العمل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، وتصبح «خمسائة جنبه» بعد العمل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع فيما بعد، ص ٢١٥، وراجع ملاحق الكتاب.

« زادت المبالغ المذكورة في المواد ٤٣ و ١/٥٦ و ١/٧٨ و ٨٠ و ١٤٥ و ٣/١٤٨ و ٣/١٥٢ و ٥ من قانون الإثبات عشرين مثلاً. ق ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وق ١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) والملحق رقم (٣)، من هذا الكتاب.

مقدمة

١ - تعريف الالبات القضائي وبيان اهميته :

يطلق اصطلاح الالبات القضائي على ثلاثة معان يمكن أن تؤدي في مجموعها إلى تعريف واحد . فالالبات هو أولاً ، الفعل الذي بمقتضاء يتقدم أحد الخصوم إلى القاضي بالوسائل اللازمة لاقتناعه ، وهذا هو المقصود بالالبات عندما يقال أن أحد الخصوم هو الذي يتحمل عبء الالبات . والالبات هو ثانياً ، الوسيلة أو الطريقة التي تؤدي إلى اقتناع القاضي ، أو بحسب تعبير الفقيه الفرنسي دورما وكل ما يؤدي إلى اقتناع العقل . وكما سنرى فإن المشرع نظم وسائل وطرق الالبات وحدد قيمة كل منها . ومن هذه الطرق الكتابة والبيئة والقرائن ... الخ . أما المعنى الثالث للالبات فهو النتيجة التي يتم الحصول عليها بعد التقدم إلى القاضي بطريقة أو طرق الاقتناع المشار إليها ، وهذا ما يقصد عند القول بأن الالبات قد تم ، أي أن محنة الاتهام قد تآكلت (١) .

ويمكن أن نستخلص من هذه المعاني الثلاثة ، تعريفاً واحداً للالبات القضائي هو إقامة الدليل أمام القضاء بطريقة من طرق الاقتناع التي يحددها وينظمها القانون على محنة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى النتائج القانونية التي تترتب على محنة الواقعة المذكورة . وبلاحظ على هذا التعريف أن الواقعة عمل الالبات إما أن تكون تصرفاً قانونياً كقصد مثلاً ، أو واقعة مادية كفعل غير مشروع ، أو اثره بلاسبب أو غير ذلك . وبلاحظ كذلك أن اثبات الواقعة المشار إليها يؤدي إلى ضرورة الاعتراف بالحق الناشئ عنها . ويؤدي ذلك أن الالبات لا يرد على الحق ذاته

(١) راجع في المعاني المختلفة للالبات القضائي : بودان وبيرو ، ج ١٢ ، فقرة ١١٣٧ ، ص ٢٠٥ ، بلانين وريبير وجابولد ، ج ٢ ، فقرة ١٤٠٧ ، ص ٨٢٨ ، أوزي ورو وبارتان ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، ص ٦٣ ، بيرو ، انيكويدي دالوز ، ج ٤ ، ص ١٠٢ ، فقرة ١ .

ولكنه يرد على مصدر الحق سواء كان هذا المصدر تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً. أما الاعتراف بالحق فهو الغاية من الاثبات وهو النتيجة التي يؤدي إليها اثبات مصدر الحق^(١)

ومن ناحية أخرى فإن عدم القدرة على اثبات مصدر الحق ، يؤدي إلى عدم إمكان الاعتراف به أمام القضاء ولو كان موجوداً في الحقيقة والواقع . وفي هذا أكبر دليل على أهمية الاثبات . فهو على حد تعبير بلائيول ، الذي يحمي الحق ويجعله مفيداً^(٢) . والاثبات على حد تعبير امرنخ هو قوة الحق^(٣) . ومن الأقوال المأثورة أيضاً أنه يستوى حق معدوم ، وحق لا دليل عليه^(٤) .

وأهمية الاثبات لا تقتصر على الحقوق المالية وحدها ، ولكنها تمتد إلى الحقوق غير المالية كالحقوق الناشئة عن الزواج والذنب ، والحق في الجنسية وغير ذلك . وأهمية الاثبات لا تقتصر على القانون المدني وحده ، بل تمتد إلى سائر فروع القانون . ونكتفي في هذا الشأن بالإشارة إلى أهمية الاثبات في القانون الإداري^(٥) أو التجاري أو الجنائي .

(١) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٤٦ وما بعدها ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٢٤٩ وما بعدها .

(٢) بلائيول وريبيرو وجابول ، ج ٧ ، فترة ١٤٠٦ ، ص ٨٢٥ .

(٣) مشار إليه في ملحق وريبيرو ، ج ١ ، ١٩٦١ ، فترة ٢٠٧ ، ص ٢٤٢ ، بلائيول وريبيرو وجابول ، ج ٧ ، فترة ١٤٠٦ ، ص ٨٢٥ ، بيرد ، انبكلويس دي دالوز ، ج ٤ ، ص ١٠٣ ، فترة ٣ .

(٤) PARUM est NON ESSE ET NON PROBARI

وفد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التيسدي أن « الحق يتجرد من قيمته ما لم يتم الدليل على إختاذه المدي له ، قانونياً كلف هذا الحادث أو ملحقاً . والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق وسند انتفع منه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٤ ، ص ٢٤٩) .

(٥) راجع في نظرية الاثبات في القانون الإداري : P. PACTET محبوبة في بحرية الاثبات أمام القضاء الإداري ، رسالة ، باريس ، ١٩٥٢ .

٢ - الاثبات القضائي والاثبات العلمى أو التاريخى :

يتفق الاثبات القضائي مع الاثبات العلمى ، أو الاثبات التاريخى الذى هو نوع من الاثبات العلمى ، فى أنه يعتمد على مجهود انسانى عقلى يهدف إلى التحقق من واثمة غير معروفة أو متنازع فيها عن طريق مجموعة متناسقة من الوقائع المعروفة . ومع ذلك فهناك فريق واضح تميز الاثبات القضائي عن الاثبات العلمى سواء فيما يتعلق بالاشخاص أو المكان أو الوسيلة أو النتيجة .

ففيما يتعلق بالاشخاص فإن الاثبات القضائي يقوم به الخصوم أنفسهم ، ولا يجوز أن يشاركهم فيه شخص آخر ، بما فى ذلك القاضى نفسه ، الذى يقتضى أن يقف موقفاً محايداً من النزاع على النحو الذى سنذكره فيما بعد ، وذلك باستثناء الاثبات الجنائي الذى يلعب فيه القاضى دوراً ايجابياً (١) .

أما الاثبات العلمى فيجوز أن يقوم به أى شخص تتوفر له وسائل البحث العلمى ، وفيما يتعلق بالمكان فإن الاثبات القضائي ، يجرى كمعادة عامة أمام القضاء ، أما الاثبات العلمى فهو يجرى فى أى مكان آخر غير ساحة القضاء .

وفيما يتعلق بالوسائل فإن الاثبات القضائي ، وفى نطاق المنازعة المدنية بصفة خاصة يعتمد على طرق حددها القانون وبين قيمة كل منها كالكتابة أو البيئة أو غير ذلك . أما الاثبات العلمى فإنه يعتمد على كل الوسائل العلمية المعروفة كالمشاهدة والتجربة العملية والأدوات الحاسبة ... الخ (٢) .

وفيما يتعلق بالنتائج فإنه طبقاً لمبدأ حجية الشيء المقضى به وعملاً على استقرار

(١) راجع Solam ، دور القاضى فى الاثبات ، دراسات جامعة هنرى كايثان ، ١٩٤٩ ، ص ١٢٩ وما بعدها .

(٢) بودان ويرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٢٨ ، ص ٢٠٦ ، بلانول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٠٧ .

- ٩ -

المعاملات فإن ما ثبت أمام القضاء يعتبر حقيقة قضائية لا تقبل اثبات العكس ولا يجوز إثارتها أمام القضاء مرة أخرى^(١). وعلى العكس من ذلك فإن النتائج التي يصل إليها الباحث العلى تعتبر مجرد فروض راجعة بصفة مؤقتة بحيث يجوز لأي باحث آخر أن يصل في أي وقت لاحق إلى نتائج عكسية للنتائج العلمية السابق اثباتها^(٢).

وغنى عن الذكر فإن الحقيقة القضائية التي تنتج عن الاثبات القضائي ينبغي أن تكون مطابقة بقدر الامكان للحقيقة الواقعية. ومع ذلك فقد يحدث اختلاف بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية. فالحق قد يكون موجوداً في الحقيقة والواقع، ولكن لا يوجد دلائل قضائية مقبولة على وجوده مما يؤدي إلى عدم الاعتراف به أمام القضاء. وهكذا يوجد الحق في الواقع ولكن ينكر وجوده أمام القضاء.

والمقارنة المحتملة بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية قد تؤدي إلى صدور حكم قضائي ظالم، على خلاف الأصل في أن وظيفة القاضي هي أن يحكم بالعدل باعتباره هو نفسه العدل المجسم على حد تعبير أرسطو^(٣). ولكن هذه المقارنة لا ترجع إلى عيب في النظام القضائي، وإنما ترجع إلى القصور الموجود في كل عمل انساني، وهو قصور لا علاج له، وإن أمكن التخفيف من آثاره الضارة عن طريق المحاولة المستمرة في اختيار النظام الأمثل سواء في أحكامه أو في القائمين على تطبيقه.

وتراوح نظم الاثبات القضائي المعروفة بين ثلاثة نظم ندرسها فيما يأتي :

(١) ملونى وريشو، ج ١، فقرة ٢١٠، ص ٢٤٣؛ أودو و رو وبارتان، ج ١٢، رقم ٧٤٩، هامش ٢ مكرر، ص ٦٣.

(٢) راجع في القبة المؤقتة لعقائد اللعبة، جورج جيرقتش، الديالكتيك والاجتماع، باريس ١٩٦٢، ص ١٧ وما بعدها.

(٣) أرسطو، الأخلاق، ٨، ٧، ٤، ٥.

٣ - نظم الاثبات التفاسلي للعروقة :

تنقسم نظم الاثبات القضائي إلى ثلاثة نظم معروفة ، هي نظام الاثبات الحر لو المطلق ، ونظام الاثبات القانوني أو المقيد ، ونظام الاثبات المختلط^(١).

أما نظام الاثبات الحر فهو الذي يطلق الحرية للقاضي في الوصول إلى الحقيقة القضائية بأي طريقة يراها مؤدية إلى اقناعه دون تقييده بطريقة معينة كالكتابة أو غيرها^(٢). وميزة هذا النظام أنه يؤدي إلى الوصول إلى الحقيقة الواقعية وإلى المطابقة بينها وبين الحقيقة القضائية بما يحقق العدل ، وبغير تقييد بطريق معين من طرق الاثبات قد يؤدي إلى حجب الحقيقة عن القاضي مع أنها واضحة أمامه من غير هذا الطريق ، وتأخذ القوانين ذات النزعة الجرمانية والانجلوسكوية بنظام الاثبات الحر.

ولكن كما يلاحظ البعض فإن العدالة التي يمكن أن يؤدي إليها هذا النظام ، هي عدالة ظاهرية أكثر منها حقيقية ، لأن إطلاق الحرية للقاضي في وسائل الاثبات قد يؤدي إلى الجور أو التحكيم فيبتمد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية أكثر من ابتعادها في نظام الاثبات القانوني أو المقيد^(٣).

أما نظام الاثبات المقيد أو القانوني ، فهو النظام الذي يحدد طرق الاثبات الجائز قبولها أمام القضاء . كالكتابة أو البينة أو القرائن ... الخ ، ويحدد قيمة كل طريقة من هذه الطرق بما في ذلك تدرج هذه الطرق في القيمة . وفي هذا النظام

(١) راجع في هذا الموضوع بصفة خاصة GORPHE ، تفسير الادلة أمام القضاء ، ١٩٤٧ ، ص ١٤ وما بعدها .

(٢) لحرق وريبنو ، ج ١ ، فقرة ٢١١ ، ص ٣٤٣ .

(٣) عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٢٨ ؛ محمد المدم فرج الصدة ، الاثبات في المواد المدنية ، ١٩٥٥ ، ص ٨ .

لا يجوز الخصوم كما لا يجوز للقاضي أن يسمح للخصوم باستخدام طريقة أخرى للاثبات غير الطريقة التي حددها القانون أو على خلاف ما تؤدي إليه الطريقة التي حددها القانون . ومن الأمثلة المبالغ فيها لنظام الاثبات القانوني ما كان متبعاً في القرون الوسطى من طرق الاثبات الإلهي ، أو الاثبات عن طريق المبارزة القمئية (١) ... الخ . ويعيب هذا النظام أن الأخذ به على إطلاقه قد يؤدي إلى مفارقة واضحة بين الحقيقة القضائية وبين الحقيقة الواقعية . ولكن تقابل هذا العيب ميزة هي البعد عن التحكم وضمن الاستقرار .

ويلاحظ البعض أن نظام الاثبات المقيد هو نوع من الشككية في القانون ، بينما ينسجم نظام الاثبات الحر مع مبدأ الرضائية (٢) .

ونظراً لليوب وللزايا الواضحة في كل من نظام الاثبات الحر ونظام الاثبات المقيد ، فقد يكون من الأفضل التوفيق بين النظامين في نظام ثالث ، يأخذ ما في النظامين من مزايا ويتلافى ما فيهما من عيوب ، وهذا هو نظام الاثبات المختلط . وهو ما يأخذ به المشرع المصري والمشرع الفرنسي كذلك . فسيا يتعلق باثبات العقود والتصرفات المدنية ، فإن النظام المعمول به سواء في فرنسا أو في مصر هو نظام الاثبات القانوني . أما بالنسبة للقانون التجاري فإن الأصل هو الحرية في الاثبات مع الأخذ أيضاً ببعض طرق الاثبات المحددة . وفي نطاق القانون الجنائي فإن النظام السائد هو نظام الاثبات الحر (٣) .

(١) ملوتي وريشو ، ج ١ ، فقرة ٢١١ ، ص ٣٤٣ .

(٢) مارتى وريشو ، ج ١ ، فقرة ٢١١ ، ص ٣٤٣ .

(٣) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٢٩ ؛ عبد النعم فرج الصدة ، ص ٩ ؛

مارتى وريشو ، ج ١ ، فقرة ٢١١ ، ص ٣٤٣ .

٤ - مكن قواعد الاثبات في القانون :

رغم أن قواعد الاثبات لا تتعلق بفرع بذاته من فروع القانون - كما سبق أن ذكرنا - إلا أنها تتصل مع ذلك اتصالا وثيقا بالقانون المدني من ناحية وقانون المرافعات من ناحية أخرى . والصلة الوثيقة بين قواعد الاثبات وبين القانون المدني ترجع إلى أن مشكلة الاثبات تثور في معظم الأحيان بصدد حق من الحقوق التي ينظمها القانون المدني . أما الصلة الوثيقة بين قواعد الاثبات وبين قانون المرافعات فترجع إلى أن مشكلة الاثبات تثور غالبا أمام القضاء وهو ما يحتاج إلى تنظيم يدخل في القواعد الإجرائية لقانون المرافعات .

وقد ذهبت بعض التشريعات إلى تغليب الصلة بين قواعد الاثبات وقانون المرافعات فأدخلت قواعد الاثبات في قانون المرافعات وأعتبرتها جزءا من القانون المذكور ، ومن هذه التشريعات القانون الألماني والقانون السويسري (١) .

ولكن الفقه السائد سواء في فرنسا أو في مصر (٢) يرفض اعتبار قواعد الاثبات جزءا من قانون المرافعات ، ويرى أنه إذا كان لابد من الاختيار بين ادخال قواعد الاثبات في قانون المرافعات أو ادخالها في القانون المدني فالأولى ادخالها في القانون المدني ، لأن معظم قواعد الاثبات قواعد موضوعية تتصل اتصالا جوهريا بوجود الحق سواء من ناحية الموضوع أو من ناحية الشكل .

وتفسير ذلك أن أهم ما تتضمنه قواعد الاثبات هو بيان طرق الاثبات المختلفة كالكتابة والبينة وغيرها ، وبيان قيمة كل طريق من هذه الطرق ، وتدرجها في القيمة ، وكذلك بيان من يقع عليه عبء الاثبات ، وكل هذه أحكام موضوعية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٣٤٧ .

(٢) بلايول ورديير وجايلد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٠٦ ، ص ٨٢٦ ، بودري وباور ، ج ٣ ،

فقرة ٩ ، ص ٢٠ ، ص ٤٢ ، عبد الرزاق السهرى ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ١٨ .

لا تتعلق بإجراءات "تقاضى" . ومن المتصور أن تور مشكلة الاثبات بعيداً عن أية خصومة قضائية ، كالمحتاج صاحب الحق إلى اثبات وجود حقه في تعامله العادى مع غيره من الأفراد أو في تعامله مع جهة من جهات الادارة . ومن المعروف أن من الأدلة ما يعد مقدما *preuves préconstituées* قبل أن تدعو الحاجة إلى ذلك على سبيل الاحتياط .

ومن ناحية أخرى فإن طرق الاثبات المقررة تعتبر نوعاً من الشككية في القانون (١) ، وهو بهذا يمس الحق في وجوده . فلئن كان مبدأ الرضائية قد ساد في القرنين الحديث ولم يعد القانون يشترط شكلاً خاصاً لا مقام التصرف كقاعدة عامة ، إلا أن اشتراط القانون طريقاً خاصاً من طرق الاثبات كالكتابة مثلاً يكاد لا يقل أثراً من الناحية العملية عن اشتراط شكل خاص لانعدام التصرف ، لأنه إذا تخلف الطريق المحدد للاثبات فإن التصرف يكون موحوداً من الناحية النظرية ولكن قد يستحيل اثبات وجوده من الناحية العملية إذا لم ينجح صاحب المصلحة في العثور على طريق آخر يقوم مقام الكتابة كالإقرار أو اليمين (٢) .

والصلة الوثيقة بين قواعد الاثبات وبين قواعد الشكل هي التي دعت - في نطاق القانون الدولى الخاص - إلى إخضاع القواعد الموضوعية للاثبات للقانون الذى يحكم شكل التصرف وليس للقانون الذى يحكم الإجراءات (٣) .

(١) مارتى وريسو ، ج ١ ، فقرة ٢١١ ، ص ٢٤٢ ، بلانيول وريبير وجابولد ، فقرة ١٤٠٨ ، ص ٨٢٩ .

(٢) هناك فارق جوهري بطبيعة الحال بين شكل التصرف الذى يثيره لايته التصرف ، ولا يجوز الاستثناء عنه بأى شيء آخر . كما لا يجوز الطرفين الاتفاق على عدم الاتجاه إليه ، وبين الكتابة كطريق من طرق الاثبات يجوز أن يقوم مقامه شيء آخر كالإقرار أو اليمين ، كما يجوز أن يتفق الطرفان على عدم الحاجة إليه . راجع : بلانيول وريبير وجابولد . ج ٧ فقرة ١٤٠٨ ، ص ٨٣٠ .

(٣) راجع في هذا الموضوع ، هناك على صادق . تنازع القوانين . الطبعة الثانية . ص ٢٧٠ =

وبالإضافة إلى ذلك فإن قواعد الإثبات تصل أشد الاتصال بموضوع الحق، وأكبر دليل على ذلك أن الإثبات هو بحسب الأصل من عمل الخصوم^(١). أما القاضي فإنه يقف في الدعوى موقفاً محايداً على النحو الذي سنذكره فيما بعد. وكما يتحمل الخصوم وحدهم عبء الإثبات، فإنه يجوز لهم الاتفاق على طرق أخرى للإثبات لأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام بحسب الأصل^(٢).

ومراعاة لكل هذه الاعتبارات فقد ذهب القوانين اللاتينية وما شاكلها كالقانون الفرنسي والقانون المدني المصري القديم والجديد وكذلك قانون المرافعات المصري السابق، إلى التفرقة بين قواعد الإثبات الموضوعية وهذه تدخل في القانون المدني وتعتبر جزءاً منه، وبين إجراءات الإثبات وهذه تدخل في قانون المرافعات. مع ملاحظة أن القواعد الموضوعية تمثل الجزء الغالب من قواعد الإثبات.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الجديد بصدد التفرقة المشار إليها أنه: «يقوم مذهب الفريق الأخير من التقنيات على التفريق بين طائفة القواعد المتعلقة بالتنظيم الموضوعي، وبين طائفة القواعد المتعلقة بالشكل والإجراءات. ويلحق الأولى بالتقنين المدني، ويفرد الثانية مكاناً في تقنين المرافعات. وتشتمل الطائفة الأولى على الأحكام المتعلقة بحمل الإثبات، وبيان

المراجع المشار إليها. والقانون الذي يحكم الشكل وبالتالي يحكم قواعد الإثبات الموضوعية هو طبقاً للمادة ٢٠ من القانون المدني، قانون بلد إتمام التصرف أو القانون الذي يبرى على موضوع التصرف أو قانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك. أما القانون الذي يحكم الإجراءات فهو بحسب المادة ٢٢ من القانون المدني، قانون الدولة التي تقام بها الدعوى أو مباشر فيها الإجراءات.

(١) بلانبول وريبير وجابولد، ج ٧، فقرة ١٤٠٦، ص ٨٢٦.

(٢) نقض ٢٩/١١/١٩٥٢، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ سنة،

ص ٨٧، فقرة ٤٣٧ وصنعود إلى دراسة هذه المسألة فيما بعد.

من يقع عليه عبؤه وتفصيل طرقه ، وأحوال أعمال كل من هذه الطرق . وغنى عن البيان أنه يقصد من هذه الأحكام بوجه عام إلى انتفاء المنازعات ، وتأمين ما يبنى للتعامل من استقرار ، ولعل هذا الغرض الوقائي بذاته هو أبرز ما ينهض لتوجيه وضعها في نصوص التقنين المدني ، باعتباره الأصل الجامع المبادئ العامة في القانون . أما ما يتعلق من الأحكام بأعمال طرق الإثبات ، فهو يتصل بناحية الشكل والاجراءات ولا سيما ما يقوم من هذه الطرق على التحقيق أو الخبرة . وبديهي أن مثل هذه الأحكام أخص نطاقاً من الأحكام الموضوعية وهي تنسم على وجه الأفراد بطابع قضائي يحمل خطاها ينصرف بوجه خاص إلى من يعمد إليهم بتطبيق القانون والتفصل في المنازعات ، فأخلق بها ، والحال هذه ، وأن تحتل مع سائر ما يتعلق بخصوصيات الشكل والاجراءات صعيداً واحداً في تقنين المرافعات^(١) .

ولكن يلاحظ أن المنهج الذي اتبعه القانون الفرنسي ، وكذلك القانون المدني المصري وقانون المرافعات المصري الملغى لا يخلو من النقد . فالقانون الفرنسي وضع قواعد الإثبات مع القواعد التي تحكم المقد ، وهذا ما ينتهك الفقه الفرنسي بشدة لأن قواعد الإثبات لا تتعلق فقط بالمقد بل تتعلق بكل مصادر الالتزام بل ومصادر الحقوق المبنية وسائر الحقوق الأخرى^(٢) . أما القانون المدني المصري الجديد فقد وضع قواعد الإثبات في النظرية العامة للالتزام (الباب السادس من الكتاب الأول) ، وهو بذلك يتلافى بعض النقد الذي يتعرض له القانون المدني الفرنسي ، واكتفى لا يتلافى كل النقد الذي يرجع إلى أن قواعد الإثبات عامة لا تتعلق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٢٤٧ - ص ٢٤٨ . وقد أخذت بنفس الفكرة المذكورة الإيضاحية لقانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ، راجع عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ١٨ هامش ٣ .

(٢) بولان وبيرو ج ٩ ، فقرة ١١٤٠ ص ٢٠٨ ، بيرو ، انيكلوبيدي دالورز ج ٤ ، ص ١٠٢ ، فقرة ٥ .

بالالتزامات وحدها بل تتعلق بالحقوق جميعاً المالية منها وغير المالية . ولا يوجد عذر في المنهج الذي اتبعه القانون المدني الجديد إلا ما يقوله الدكتور عبد الرزاق السنهوري من أن الناس قد ألفت أن تبحث عن قواعد الإثبات في النظرية العامة للالتزام،^(١) .

ولكن ما ألفت الناس لا ينبغي أن يحول دون محاولة وضع الأمور في نصابها من ناحية الصياغة القانونية الدقيقة . ولعل أفضل منهج في هذا الشأن هو ما اتبعه القانون الانجليزي من وضع قانون مستقل للإثبات يجمع بين أحكامها الموضوعية وقواعدها الاجرائية ، ويكون بذلك صالحاً للتطبيق، ليس فقط على الالتزامات بل على سائر الوقائع والنصرقات التي تنشأ عنها الحقوق والمراكز القانونية من أى نوع كان . وقد نحا هذا النحو القانون الاسريكي^(٢) ، وكذلك القانون السوري^(٣) . بل أن المشرع للمصري نفسه عند وضع التقنين المدني ، كاد أن يأخذ بهذا المنهج ، وصرح في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بأن مسألة استعانة أفراد كتاب خاص للإثبات والشهر لا تزال جديرة بالنظر والتفكير،^(٤) .

وقد جاء الوقت المناسب للأخذ بهذا الاتجاه عندما أصدر المشرع قانون المرافعات الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ ، فقد أخرج المشرع من هذا القانون القواعد المتعلقة بإجراءات الإثبات تمهيداً لادماجها في قانون موحد للإثبات يشمل قواعده الموضوعية واجراءاته الشكلية على السواء . وقد صدر هذا القانون بالفعل وهو القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية .

(١) عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٢١ .

(٢) قانون الإثبات الاسريكي Law of evidence يشمل قواعد الإثبات المدنية والجنائية على السواء ، راجع المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

(٣) ريسو ، قانون الإثبات ، راجع عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ١٨ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢٤٨ .

٥ - قانون الاثبات في القواعد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ :

صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ونص في المادة الأولى منه على أن « يلقى الباب السادس من الكتاب الأول من القسم الأول من القانون المدني والباب السابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، ويستأخر عن النصوص الملغاة بنصيص القانون المرافق كما يلغى كل نص آخر يخالف أحكامه ». ونصت المادة الثانية على أن « ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويصدر به بمدة ستة أشهر من تاريخ نشره ». وقد نشر هذا القانون في ٣٠ مايو سنة ١٩٦٨^(١).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون أنه أخذ باتجاه التشريعات الانجلوسكسونية « ففصل قواعد الاثبات الموضوعية من القانون المدني وأحكامه الإجرائية من قانون المرافعات وجمعا في قانون مستقل، لما رآه في ذلك من تيسير على صاحب الحق في التعرف على ما يسند حقه من دليل وطريق تقديمه للقضاء وتجنب الصعوبات التي تنجم عن تشتت مواد الاثبات بين القانون المدني وقانون المرافعات مع صلة الوثيقة التي تجمعها حتى لينتشر في كثير من الصور تحديد ما هو منها موضوعي خالص أو إجرائي خالص، بل أنه لو أمكن ذلك لما كان مرغوبا فيه إذ أن كليهما يبنى حكمه على الآخر، وأخيرا فقد رأى المشروع في هذا المسلك تخلصا من النقد الذي يوجه إلى مواد الاثبات في القانون المدني القائم إذ جاءت في نهاية الكتاب الأول من القسم الأول الخاص بالالتزامات أو الحقوق الشخصية في حين أن حكمها يبرى على الحقوق الشخصية والحقوق البينية جميعا^(٢).

(١) الجريدة الرسمية، العدد ٢٢، الصادر في ٢٠/٥/١٩٦٨.

(٢) راجع نص المذكرة الإيضاحية في، أحمد أبو الوفا، المتحدث في قانون المرافعات

ورغم أن الاعتبارات التي على أساسها تم توحيد قواعد الإثبات في قانون واحد ، أقوى من الاعتبارات التي كانت توزع هذه القواعد بين القانون المدني وقانون المرافعات ، إلا أن بعض الفقه لا زال يؤكد أن الجمع بين قواعد الإثبات في قانون واحد لا يمكن أن يؤدي إلى الغاء الفروق الطيعة بين قواعد الإثبات الموضوعية وبين إجراءات الإثبات ، وهي فروق تظهر آثارها في مواضع متعددة سواء من حيث القانون الواجب التطبيق في تنازع القوانين من حيث المكان ، وكذلك من حيث الجملة ، إلا أن الأحدث بها في تنازع القوانين من حيث الزمان^(١) . ولا شك أن هذا الرأي جدير بالاعتبار حتى لا يؤدي التأييد المطلق ، للاتجاه الذي سلكه المشرع أخيراً إلى اغفال الفروق الطيعة بين نوعي قواعد الإثبات .

٦ - تنازع قواعد الإثبات من حيث الزمان :

توالت التشريعات التي تقرر قواعد الإثبات الموضوعية ابتداء من القانون المدني القديم إلى القانون المدني الجديد إلى قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، وحدث نفس الشيء بالنسبة لإجراءات الإثبات التي كانت تهونها قوانين المرافعات المتعاقبة إلى أن استقرت في قانون الإثبات المشار إليه .

ورغم طول المسافة الزمنية ونوال التشريعات فإن قواعد الإثبات لم تدخل عليها منذ عهد الإصلاح القضائي في أواخر القرن الماضي إلى الآن تعديلات جوهرية كثيرة . فبالنسبة للقواعد الموضوعية للإثبات فإن القانون المدني الجديد ، أعاد

= قانون الإثبات ، ١٩٦٨ ، ص ٢٨٦ وما بعدها ؛ التطبيق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الإثبات ، ١٩٦٩ ، ص ١٠٣٥ وما بعدها .

(١) رسمى سبب ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، قانون المرافعات والإثبات المحدثين رقم ١٤ ، رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، ص ٦٠٩ .

النص - مع ترتيب جديد في الصياغة - على نفس القواعد التي كان يقرها القانون المدني القديم ، وتلك التي جرى عليها القضاء في ظل ذلك القانون (١) . أما قانون الاثبات الجديد فهو يسكاد ينقل حرفيا نفس النصوص المقررة في القانون المدني الجديد ، دون أن يخلو الأمر بطبيعة الحال من أفعال بعض التعديلات والاضافات التي سنذكرها في موضعها .

ومن قبيل هذه التعديلات ان المادة ٦٠ من قانون الاثبات وهي المقابلة للمادة ٤٠٠ من القانون المدني ، رفعت النصاب الجائر فيه الاثبات بالينة إلى ما لا يجاوز عشرين جنيا ، بعد أن كان لا يجاوز الاثبات بالينة في ظل القانون المدني فيما يجاوز قيمته عشرة جنيهات . ومن الطبيعي أن يثور بسدد هذا الحكم وبسدد فهمه من الأحكام التي طرأ عليها تعديل ، تازع زماني بين القانون المدني وبين قانون الاثبات ، أو بين قانون المرافعات السابق وبين قانون الاثبات . ولحل مثل هذا التنازع فإن المادة ٩ من القانون المدني تنص على أن : تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أهد فيه الدليل ، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه اعداده ، .

وينطبق هذا النص على قواعد الاثبات الموضوعية التي تحدد الأدلة التي يجب اعدادها مقدما *preuves préconstituées* . وطبقا لهذا النص فإن القانون الذي تم في ظله اعداد الدليل أو الذي كان ينبغي أن يتم في ظله هو الذي يسرى على هذا الدليل من حيث يان وجوبه وتحديد شروطه وقيمه . ويرجع هذا الحكم إلى أن الدليل الذي ينبغي اعداده مقدما يعتبر قريب الصلة من عناصر تكوين التصرف

(١) من القواعد التي قنن بها القانون المدني الجديد ما كان يجري عليه القضاء في ظل القانون المدني القديم تلك التي تتعلق بتحديد الورقة الرسمية والورقة الرقبة ودفاتر التجار والأوراق المترتبة ، وجواز منع توجيه البين الماسحة بجواز انكس الختم فيها راجع عبد الرزاق السنهوري ، ٢٠ ، ص ٢٤

كما سبق أن ذكرنا (١) : ولذلك فلا يجوز أن يسرى قانون جديد على ما تم تكوينه في ظل قانون سابق من تصرفات قانونية ، سواء في ذلك العناصر المكونة لهذه التصرفات أو الأدلة الممدة لاثباتها (٢) .

وطبقا لهذا المبدأ فإن التصرفات التي تم إبرامها في ظل القانون المدني لا يجوز لاثباتها بالبيئة في ظل قانون الاثبات إذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات ولو كانت لم تتجاوز عشرين جنيها (٣) .

ومن ناحية أخرى فإن القرائن القانونية تعتبر من الأدلة المعدة مقدماً وإن كانت قد تقرر بحكم القانون ، ولذلك فيسرى عليها أيضاً القانون المعمول به وقت توافر الوقائع التي يقيم عليها القانون هذه القرائن .

أما الأدلة التي يجري اعدادها أثناء الخصومة فهي تخضع للقانون المعمول به في ذلك الوقت (٤) .

وبالنسبة لاجراءات الاثبات فهي تخضع للقانون الجديد الذي يسرى بأثر مباشر على الدعاوى القائمة . وكانت المادة ١٧ / ١ من المشروع التمهيدي للقانون

(١) راجع ما سبق ، فقرة ٤ .

(٢) حسن كبره ، المدخل إلى القانون ، ١٩٦٩ ، ص ٣٧٠ .

(٣) عبد الرزاق الشهورى ، ج ٢ ، ص ٢٥ ، الهامش ؛ حسن كبره ، ص ٣٧٠ . ويذهب رأى في القانون الفرنسى إلى جواز الاثبات بالبيئة في هذه الحالة لأنه لا يجوز أن تبا ذمة المدعى نتيجة لتسكة بقاعدة ثبت عدم صلاحيتها ، على خلاف ما إذا قرر القانون الجديد تخفيض التعاقب الجائز الاثبات فيه بالبيئة ، فلا يسرى عند اصحاب هذا الرأى (أوبوى ورو) حكم القانون الجديد . أنظر في نقد هذه الفقرة :

Roubier ; Le droit transitoire , 1960, T. 1, No 55 .

وأنظر في الدفاع عنها : بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٥٧ ص ٢٢٩ .

(٤) روييه ، المرجع السابق ، فقرة ٥٤ ؛ حسن كبره ، ص ٣٧٠ ؛ عبد الرزاق الشهورى

ص ٢٥ ، الهامش .

المدنى تنص على أن تسرى النصوص المتعلقة بإجراءات الإثبات من وقت العمل بها على جميع الدعاوى القائمة ، . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأن مكانه في قانون المرافعات (١).

٧ - خطة الدراسة :

تنقسم دراستنا في هذا الكتاب إلى خمسة فصول ، ندرس فيها على وجه الترتيب ، مبدأ حياذ القاضى ، وعمل الإثبات ، وعبد الإثبات ، وطرق الإثبات ، والأدلة ذات القوة المطلقة

(١) راجع المادة الأولى من قانون المرافعات . وجدير بالذكر أن قانون الإثبات الجديد لم ينس على أحكام التازع الزمانى لقوانين الإثبات ، بل لا زالت هذه الأحكام موزعة بين القانون المدنى وقانون المرافعات .

الفصل الأول مبدأ حياد القاضي

٨ - دور القاضي في الالبات :

يتوقف دور القاضي في الالبات على تحديد النظام المأخوذ به وهل هو نظام الالبات الحر أم نظام الالبات القانوني أم نظام الالبات المختلط على النحو السابق دراسته (١).

ونظراً لأن التشريعات اللاتينية ، تأخذ بنظام الالبات القانوني ، في الدعوى المدنية ، كقاعدة عامة ، فإنه يترتب على ذلك تحديد دور القاضي في الالبات وفي تسيير الدعوى بصفة عامة ، وهو ما يبرر عنه بمبدأ حياد القاضي .

ولا يقصد بمبدأ حياد القاضي ، عدم تميزه ، فذلك مفروض فيه بداهة بحكم وظيفته (٢). ولكن يقصد به أن الالبات هو حق الخصوم وواجبهم في حدود القانون . فالخصوم هم الذين يقومون بالطلبات والدفع وهم الذين يقدمون وسائل الالبات التي يحددها القانون ، وعلى القاضي أن يفصل في طلبات الخصوم على أساس الأدلة التي تقدموا بها وبحسب قيمة هذه الأدلة طبقاً للقانون . وفي جميع الأحوال فإن القاضي لا يحكم على الشخص إذا وصل إليه هذا العلم خارج المناقشة الدائرة بين الخصوم وقبل انتقال باب المرافعة (٣). والسبب في أن القاضي لا يحكم بعلمه الشخصي أنه لو جاز ذلك ، لكان من الجائز أيضاً لأي من الخصوم أن يرد على ما يعله القاضي

(١) راجع ما سبق ، فقرة ٢ .

(٢) بودان ويغو ، ج ٩ ، فقرة ١١٥١ ، ص ٢١٨ .

(٣) مارتى وريغو ، ج ١ ، فقرة ٢١٢ ، ص ٢٤٥ ، وراجع الأحكام القرنية الجديدة المنار

إليها في هذا الموضوع .

طبقاً لحق الخصوم في الدفاع ، وهو ما يؤدي إلى أن يصبح القاضي خصماً وحكماً في نفس الوقت وهذا غير مقبول^(١) .

وإذا كان هذا هو المقصود بمبدأ حياد القاضي فإن الفقه التقليدي كان يذهب إلى تصوير هذا المبدأ تصويراً فيه الكثير من المبالغة على النحو الذي يقول به الأستاذ تيسيه ، من أن القاضي هو نوع من الآلة الميكانيكية التي تقدم لها مواد القضية لاستخرج منها بعد ذلك حكماً^(٢) . والواقع أن هذا التشبيه المبالغ فيه لم يعد يتفق مع القانون الحديث ، ولا مع القانون المدني المصري الجديد بصفة خاصة ، الذي أجاز للقاضي في حالات استثنائية أن يعدل العقود الظالمة ، كما في حالات الاذعان والاستغلال والظروف الطارئة وغيرها ، بما يؤدي إلى خلق التزامات جديدة لم تكن موجودة من قبل ، بحيث أصبح دور القاضي يتخطى مجرد تقرير الحقوق إلى خلق هذه الحقوق وإنشائها . وهو دور إيجابي وخلاق لا يتفق مع تشبيه القاضي بالآلة الميكانيكية^(٣) . فالقاضي هو رجل المعدل الذي يملك بالميزان بين طرفين حسب تعريف أرسطو ، وهو التعريف الذي لم يتخطاه الفكر القانوني الحديث حتى الآن في تحديد المقصود بالعمل القضائي أو تحديد المقصود بوظيفة القاضي .

ولذلك فإن الفقه الحديث توجه إلى الاعتقاد بأن مبدأ حياد القاضي لا يتعارض مع إعطاء القاضي دوراً إيجابياً في تسير الدعوى وفي إجراءات الإثبات ، وهو ما عبرت عنه المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الإثبات الجديد بقولها أن المشروع

(١) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٢ ، ص ٢١ . وإن كلن الدكتور السنهوري لا يعتبر عدم جواز حكم القاضي ببله فرطاً من مبدأ حياد القاضي وإنما هو نتيجة لحق الخصوم في مناقشة أي دليل . ولكن الواقع أن المسألتين مرتبطتان ببعضهما ارتباطاً لا يمكن فصله .

(٢) المجلة الفقهية لقانون المدني ، ١٩٠٦ ، ص ٦٤٨ ، مشار إليه في بودان ويرو ، ج ١ ، قرة ١٥١١ ، ص ٢٠١٩ .

(٣) راجع سمير تانغو ، الالتزام القضائي ، باريس ، ١٩٦٥ .

قد حرص على تحقيق مزيد من ايجابية القاضي وقاطبة بتزويده بمزيد من حرية الحركة في هذه المرحلة الهامة من مراحل الدعوى حتى لا يترك كشف الحقيقة رهيناً بمبارزة الخصوم وحدهم ، والحرص على استقرار الحقوق وسد باب الحيلة أمام طلاب الكيد أو هراة المظل ،^(١).

ومن الأمثلة على الدور الايجابي للقاضي - كما كان مقررأ في قانون المرافعات السابق والقانون المدني الجديد ولا زال مقررأ في قانون المرافعات الجديد وقانون الاثبات الجديد - حق القاضي في أن ينتدب خبيراً أو أن يجرى معاينة أو أن يستدعي أحد الخصوم للحضور بنفسه أمام المحكمة ، أو أن يوجه اليقين المتممة لأحد الخصوم ، أو أن يأمر بالتحقيق والاثبات بالينة حيث يسمح بذلك القانون . وحقه في العدول عن أى اجراء أمر به أو ألا يأخذ بنتيجة هذا الاجراء .

ولكن من أهم مظاهر الدور الايجابي للقاضي مما استحدثه قانون المرافعات الجديد هو ما نصت عليه المادة ١١٨ / ١ من هذا القانون من أن : للمحكمة ولومن تلقاء نفسها أن تأمر بادخال من ترى ادخاله لمصلحة العدالة أو لاطهار الحقيقة ، . ومن أهم مظاهر الدور الايجابي للقاضي مما استحدثه قانون الاثبات هو ما نصت عليه المادة ٧٠ / ٢ من هذا القانون من أنه يجوز للمحكمة أن تستدعي لشهادة من ترى لزوماً لسماع شهادته اظهاراً للحقيقة ، ولو لم يستشهد به أحد من الخصوم^(٢).

(١) راجع نص المذكرة الإيضاحية لقانون الاثبات في : أحمد ابو الوفا ، المتحدث في قانون المرافعات الجديد وقانون الاثبات ص ٢٨٨ . التلبي على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الاثبات ، ص ١٠٢٧ .

(٢) جله في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الاثبات بصدد هذا النص « أضاف المشروع في المادة ٧٠ منه فقرة جديدة الى نص المادة ١٩٠ المتباعدة لها في قانون المرافعات القائم (الملغى) ، تتبع للقاضي استدعاء من يرى سماع شهادته اظهاراً للحقيقة ولو لم يستشهد به أحد من الخصوم ، على أن يكون له هذا الحق كما أمر بإجراء الاثبات بشهادة الشهود ، سواء =

والواقع ان اعطاء القاضى الحق فى ادخال من يرى إدخاله فى الدعوى أو استدعاء من يرى سماع شهادته ، من شأنه أن يحد كثيراً من مبدأ حياد القاضى ، بحيث يكاد يصبح مدلول هذا المبدأ قاصراً على فكرة أن القاضى لا يحكم بعلمه الشخصى (١) .

من ناحية أخرى فإن عدم جواز حكم القاضى بعلمه الشخصى - وهو الحد الأدنى لمبدأ حياد القاضى - لا يمكن الاطمئنان إلى تطبيقه بكل دقة إلا إذا أراد القاضى ذلك بحسب ما يملكه عليه ضميره . فالقاضى يستطيع إذا تجرد من ضميره أن يقضى بعلمه الشخصى . ويستطيع فى نفس الوقت أن يتقاضى رقابة النقض بألا يذكر شيئاً فى أسباب الحكم مما كان يعلمه شخصياً وأصدر حكمه على أساسه ، بل يعند إلى تسبب حكمه من الوقائع المذكورة فى الدعوى . وهو فى هذه الحالة لا يتعرض لانتقض حكمه إلا إذا وقع فى قصور أو تناقض فى التسبيب . أما إذا استند الحكم إلى أسباب سائفة مستمدة من وقائع الدعوى فإنه لا يتعرض للنقض حتى ولو كان القاضى قد حكم فعلاً على أساس علمه الشخصى (٢) .

يمكن ذلك من تلقاء نفسه اعمالاً لحكم الفقرة الأولى من نفس المادة ، أو استجابة لطلب الخصوم . وقد قصد المشرع من حكم الفقرة التى أضافها تأكيد الدور الإيجابي للقاضى ، ومنحه مزيداً من الناعية فى توجيه الدعوى فى إحدى مراحلها الهامة ، حتى يتمكن من تحمى الحقيقة واستخلاصها نتيحة مما يملكها به سلك الخصوم حسبما يملكه عليهم مصلحة كل منهم الخاصة فى الإثبات . وجاء فى تقرير اللجنة التشريعية أن هذا الحكم « مظهر لمكرة واحدة ، هى تمكين القاضى من المهينة على الدعوى والوصول الى الحقيقة فيها غير متبدل بملك الخصوم » . راجع نص المذكرة الإيضاحية ، ونص تقرير اللجنة التشريعية ، أحد أبو الوفاء ، المستحدث ، ص ٤٢٢ ، ص ٤٢٤ .

(١) - يلاحظ البعض فى الفقه الفرنسى أن القاضى وإن كان يقوم بدور إيجابي بشكل أحياناً فى الأمر بالإستماع الى الشهود ، إلا أن الخصوم هم الذين يتولون أحضار هؤلاء الشهود ، وهو ما يؤكد مبدأ حياد القاضى . راجع مارتى وريشو ج ١ ، فقرة ٢١٢ ، ص ٢٤٥ ، وهو ما لا يمكن القول به على إطلاقه فى ظل قانون الإجبات الجديد فى مصر ، حيث أصبح القاضى يستطيع أن يستدعى شهوداً لم يستدعهم الخصوم فى الدعوى .

- (٢) - بوردان بيرد ج ١ ، فقرة ١٥١١ ص ٢٢٢ .

ويظهر من ذلك بوضوح أن سلامة المبادئ القانونية لا تنفي عن نزاهة الأشخاص المكلفين بتطبيقها.

وخلاصة مبدأ حياد القاضى أن الاثبات هو حق الخصوم وواجبهم ، وأن القاضى لا يقضى فى الدعوى بطلبه الشخصى^(١)، وإن كان يقوم فى تفسيرها بدور إيجابى.

٩ - حق الخصوم فى الاثبات :

حق الخصوم فى الاثبات هو التعبير الإيجابى عن مبدأ حياد القاضى . فالدعوى هى ملك الخصوم ، تبدأ حياتها بطلب يوجه خصم إلى خصمه الآخر . ومقدم الطلب هو المدعى وعليه يقع عبء اثبات ما يدعيه . والطرف الآخر هو المدعى عليه ومن حقه أن يدفع طلب المدعى بكل وسائل الاثبات التى يملكها . والقاضى يقف موقفاً حيادياً من الخصمين ، بالمعنى السالف ذكره ، وعليه أن يمكن كل منهما من اثبات ما يدعيه مجزئاً أو دفاعاً . وهو إذا منع أحدهما من ذلك كان مغلاً بحق الخصوم فى الاثبات والدفاع .

هذه هى الفكرة العامة عن حق الخصوم فى الدفاع ، وهى تحتاج إلى تحديد سواء بالنسبة لكل خصم أو بالنسبة للقاضى .

١- بالنسبة لكل خصم فإن من حقه فى الاثبات يتقيد بطرق الاثبات المنصوص عليها فى القانون . فلا يجوز له أن يلجأ إلى طريق غير منصوص عليه فى القانون^(٢) .

(١) جدير بالملاحظة أن منع القاضى من الحكم بطلبه الشخصى لا ينطبق على المعلومات المستتاة من الخبرة العامة . وقد قضت محكمة النقض بأنه « إذا كان الحكم المطعون فيه اذ عرض النزاع فى شأن تحديد ما يخضع مقابل طام عمال المؤسة قد قرر أنه « ليس صحيحاً أن يقدم للخدم ما يقدم للسلاء من طام بل يجوز لهم طام طام قليل التكاليف » فان هذا الذى قرره الحكم ليس من قبيل المعلومات الشخصية المحظورة على القاضى أن يبنى حكمه عليها ولكن من المعلومات المستتاة من الخبرة بالتقوى العامة » . (نقض ١٩٥٩/٣/٢٦ ، مجموعة المكاتب النقض ، ١٠ ، ١٠٩) .

(٢) قضت محكمة النقض أن الاستناد الى « البشة » كوسيلة لاثبات الحق أو نفيه =

ولا يجوز له الالتجاء إلى الأثبات بالبينة حيث يكزن الواجب الإثبات بالكتابة، ولا يجوز له تجزئة اقرار خصمه إذا كان هذا الإقرار غير قابل للتجزئة، ولا يجوز له أن يوجه اليقين الحاسم إلى خصمه إذا كان متسلفاً في توجيهها (١).

ومن ناحية أخرى فلا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه، وهذه مسألة سوف نتناولها بالتفصيل فيما بعد. وكذلك فإن كل خصم يتحمل التزاماً قانونياً بأن يسعى إلى إثبات الصدق وإظهار الحقيقة (٢). ويتفرع عن هذا الالتزام، التزام آخر فرعي، هو إمكان إجبار الخصم على أن يقدم للحكمة ورقة أو أى شيء آخر يحرزه من شأنه إظهار الحقيقة ولو استفاد من ذلك الخصم الآخر. وسندرس هذه المسألة فيما بعد. وأخيراً فإن الخصم لا يجوز له أن يثبت واقعة لا تتوفر فيها شروط الإثبات، وهي أن تكون مطلقة بالذعوى متبعة فيها، ومن الجائز إثباتها، على النحو الذى سنبينه عند دراستنا لحل الأثبات.

٢٠ - حق الخصم فى الأثبات يقابله حق الخصم الآخر فى إثبات عكس ما أثبت خصمه. ونظيةً لهذه الفكرة فقد نصت المادة ٦٩ من قانون الإثبات على أن «الاذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق»، وإذا أثبت الخصم حقه بالكتابة الواردة فى ورقة رسمية جاز للخصم الآخر أن يطمئن فى هذه الورقة بالتزوير. أما إذا كان الدليل الذى قدمه الخصم هو ورقة عرفية جاز للخصم الآخر أن ينكر خطه أو أمضاءه أو

«هو مما تأباه سنن المجتمع وعظمه قواعد النظام العام لما فيه احتمال ابتاع الأذى بالمتعاصين» (نقش ١٩٠٥/٥/١٩. مجموعة القواعد التى قررت بها محكمة النقض فى ٢٥ س٢٠، ج ١، ص ٢٧، رقم ١٠).

(١) عبد الرزاق السهورى، ج ١٢، ص ٢٥

() بلانيول وريبير وجابولد، ج ٧، فقرة ١٤١١، ص ٨٢٢، مع ملاحظة أن الالتزام بقول الصدق ليست له صفة مطلقة فى القانون المدنى.

أن يظن في هذه الورقة بالتزوير ، أو أن يثبت عكس ما هو وارد فيها بكتابة أخرى مثلها طبقاً لما يقرره القانون وعلى النحو الذي سندرسه في موضعه .

وإذا كان الدليل الذي قدمه الخصم هو قرينة قضائية ، جاز للخصم الآخر أن يثبت عكس هذه القرينة بقرينة أخرى أو بأى طريق آخر. أما إذا كان الدليل الذى قدمه الخصم هو قرينة قانونية ، فإنه يجوز للخصم الآخر أن يثبت عكسها أيضاً لأن معظم القرائن القانونية قابلة لإثبات العكس^(١). أما القرائن القانونية التي لا تقبل إثبات العكس فهي قليلة ولا بد من النص على صفتها القاطعة في القانون .

وحق الخصم في إثبات العكس يصدق أيضاً بالنسبة للإقرار واليمين ، فيجوز لمن يعطيه الإقرار أن يظن فيه بالبطالان لعدم الأهلية أو لعيب من عيوب الإرادة. ويجوز لمن توجه إليه اليمين الحاسمة أن يردّها لمن وجهها^(٢) .

٢ - وحق الخصوم في الإثبات وفي إثبات الممكن ، يقيد وينظمه ما يتمتع به القاضى من دور إيجابي في إجراءات الإثبات ، ومن سلطة تقديرية في تقدير الأدلة . وبين الأمثلة على ذلك أن القاضى أن يرفض الاذن بالسيد في إجراءات الطعن بالتزوير إذا رأى من وقائع الدعوى ومستنداتها ما يقننه بصحة المحرر المطعون فيه بالتزوير (م ٥٢ من قانون الإثبات)^(٣) . وعلى العكس يجوز للقاضى ولو لم يدع أسلمه بالتزوير أن يحكم برد أى محرر وتقرير بطلانه إذا ظهر له بجلاء

(١) من الأمثلة على القرائن القانونية التي تقبل إثبات العكس ما نصت عليه المادة ٩١٦ مدنى من أن التصرف الصادر من المريض مرض الموت يعتبر قد صدر على سبيل التبرع ، ويأخذ حكم الوصية . راجع : سمير تاغوى ، عقد البيع ، ١٩٧٣ ، فقرة ٩٩ .

(٢) راجع في هذا الموضوع ، عبد الرزاق السنهورى ، ٢٥ ، ص ٢٥ - ص ٣٦ .

(٣) نقض ١٩٦٧/٤/٤ بمجموعة المكاتب النفى س ١٨ ، ص ٧٦٠ ؛ نقض ١٩٦٧/٥/٢٥ ، بمجموعة المكاتب النفى ، س ١٨ ، ص ١١٣٥ ؛ نقض ١٩٦٧/٢/١٦ ، بمجموعة المكاتب النفى ، س ١٨ ، ص ٦٦٤ .

من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور (م ٥٨ من قانون الإثبات) (١١) .
وكذلك يجوز للقاضي أن يقرر ما يترتب على الكشط والمحو والتشهير وغير ذلك
من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو انقاصها (م ٢٨ / ١
من قانون الإثبات) .

ويجوز للقاضي إذا رأى أن الدعوى في غير حابطة إلى استجواب رفض طلب
الاستجواب (م ١٠٨ من قانون الإثبات) (١٢) . وكذلك يجوز للقاضي مع تلقاء
نفسه أن يأمر بالإثبات بالشهادة في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة
الشهود ، وله أن يستدعي الشهادة من يرى لزوماً سماع شهادته اظهارة للحقيقة
ولو لم يستشهد به أحد من الخصوم . وله أيضاً أن يرفض الإثبات بالشهادة إذا لم
يحد في ذلك فائدة للحقيقة (م ٧٠ من قانون الإثبات) (١٣) .

وفي كل هذا للقاضي سلطة تقديرية في بحث الأدلة والمستندات المقدمة له
وترجيح ما يطمئن إليه منها. (١٤)

(١) نقض ١١/٣٠/١٩٦٧ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ١٧٩٦ ؛ نقض
١٦/٣/١٩٦٧ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ٦٧٢ .
(٢) نقض ٣/٢٤/١٩٦٦ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ٧٠٨ ؛ نقض
١١/١١/١٩٦٩ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ١١٨٠ .
(٣) نقض ٥/٢٥/١٩٦٧ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ١١٠٢ . ومن
حق المحكمة كذلك المدول عما أمرت به من اجراءات الإثبات متى رأت أنه أصبح غير متبع
وأن ما استجد في الدعوى يحد حكم الإثبات يكفى لتكوين عقبتها . نقض ٣/٣٠/١٩٦٧ ،
مجموعة الكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ٧٥١ ؛ نقض ١٤/١٢/١٩٦٧ ، مجموعة الكتب
الفنى ، س ١٨ ، ص ١٨٧١ ؛ نقض ١٧/٤/١٩٦٩ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص
٦٣٢ .

(٤) نقض ٥/٣١/١٩٥٦ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ٧ ، ص ٦٧٢ ؛ نقض
٢٧/١٢/١٩٥٦ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ٧ ، ص ١٠٢٢ ؛ نقض ٢٧/٦/١٩٥٧ ،
مجموعة الكتب الفنى ، س ٨ ، ص ٦٤٣ ؛ نقض ١٩/١٢/١٩٥٧ ، مجموعة الكتب

وزيادة في إيضاح ما يتعلق بحق الخصوم في الإثبات ، ندرس فيما يلي بشيء من التفصيل قاعدة أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه ، وكذلك حدود قاعدة أنه لا يجوز إجبار الخصم على أن يقدم دليلاً ضد نفسه .

١٠- لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه :

قاعدة أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه ، قاعدة منطقية تفرضها طبيعة الأشياء ، إذ لو جاز أن يصطنع أي شخص دليلاً لنفسه ضد أي شخص آخر ، لما أمن الإنسان على نفسه أو ماله ، ولتعرض كل شخص لادعاءات لا حصر لها يصطنع أدلتها أشخاص آخرون ضده ، وفي هذا تعارض ليس فقط مع المبادئ العامة للإثبات ، بل مع جوهر القانون وأساس وجوده وهو العدل والنظام .

وعلى هذا النحو إذا كان القانون يشترط الكتابة للإثبات ، فلا بد أن تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم الذي يتم التمسك بالكتابة في مواجهته . أما إذا كان الإثبات جائزاً بالبينة ، فلا يجوز للخصم أن يشهد لنفسه ضد خصمه ، وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز اتخاذ أقوال أحد الخصوم في محضر الاستجواب دليلاً ضد خصمه ،^(١) .

وتطبيقاً لنفس المبدأ تنص المادة ٩٧٢ / ١ من التقنين المدني على أنه « ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده ، فلا يستطيع أحد أن يفتخر بنفسه لنفسه

== الفنى ، س ٨ ، س ٩٣٠ ؛ نقض ١٩/٦/١٩٥٨ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ٩ ، س ٥٩٧ ؛ نقض ٢٥/١٢/١٩٥٨ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ٩ ، س ٨٢٤ ؛ نقض ٢٦/١٢/١٩٥٩ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ١٠ ، س ٢٥٩ ؛ نقض ١/٢/١٩٥٩ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ١٠ ، س ٢٠٣ ؛ نقض ١٣/٢/١٩٦٩ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ٢٠ ، س ٣٢٧ ؛ نقض ١٣/٢/١٩٦٩ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ٢٠ ، س ٣٤٩ .

(١) نقض ١٣/٢/١٩٦٩ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ٢٠ ، س ٣١٠ .

سبب جيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الجائزة،^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن ، الانسان لا يستطيع أن يتخذ من حمل نفسه دليلاً لنفسه يحتاج به على الغير . فدقر الناظر المثبت لحساب الوقف ومقدار ما يستحقه كل من المستحقين لا يعتبر دليلاً لورثته على المستحقين بقبضهم قيم استحقاقهم ما دام لا توقيع لهم على هذا الدقر يثبت هذا القبض،^(٢).

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن ، مجرد اعلان شخص فقد ختته فى إحدى الصحف لا ينهض دليلاً على صحة هذه الواقعة ولا يعتبر حجة على المتسك بورقة محتومة بهذا الحتم،^(٣).

ولكن يلاحظ أنه فى بعض الحالات يجوز للنصم أن يتمسك بدليل اصطنعه لنفسه ، إذا كان خصمه قد تمسك بهذا الدليل ذاته ، أو قبل الدليل الذى اصطنعه الخصم الأول . ولعل أبرز مثل على ذلك الاثبات بطريق اليقين الحاسمة المنصوص عليه فى المواد ١١٤ وما بعدها من قانون الاثبات . فمن يوجه اليقين أو يردّها يرضى أن يكون الدليل الحاسم فى الدعوى هى اليقين التى يملكها أو ينكل عنها الخصم الآخر . ومن الأمثلة على ذلك أيضاً أن من يوجه خطاباً إلى خصمه يجوز له أن يحتاج بهذا الخطاب إذا كان الخصم الموجه إليه الخطاب قد سبق إلى التمسك به لمصلحته^(٤).

(١) يرى الدكتور السهورى أن فى هذا النص تطبيق لبدا أهم وأصل وهو أنه لا يجوز لشخص أن يخلق لنفسه بنفسه شيئاً لحق بدعيه . فالوارث الذى يقتل مورثه باق بمحرماته من الميراث . هذا بالإضافة الى تطبيقات أخرى فى عقد التأمين (م ٧٥٧ مدنى ، ٢٨٨ من مشروع التقنين المدنى الجديد) ، الوسيط ، ٢٦ ، س ٢٧ .

(٢) نقض ، ١٩٦٥/٦/٢٠ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، س ٢٦ فقرة ١ .

(٣) نقض ، ١٩٥٠/١/١٩ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، س ١٦ فقرة ٢ .

(٤) نقض ، ١٩٥٢/٤/١٦ . مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، س ١٦ فقرة ٢ .

ومن ناحية أخرى فإن القانون يميز للشخص في بعض الحالات الاستثنائية ،
ومراعاة لبعض الاعتبارات الخاصة أن يتمسك بدليل اسطنته لنفسه . ومن هذا
القبيل ماتص عليه المادة ١٧/١ من قانون الاثبات من أن « دفاتر التجار لا تكون
سجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً
يميز للقاضي أن يوجه اليين المتهمة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز اثبانه
بالبينه» . ومن هذا القبيل أيضا ما نصت عليه المادة ٢٨ من قانون التجارة
الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، من أنه «يجوز للمحكمة بناء على طلب
الخصم أو من تلقاء ذاتها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره اليها لاستخلاص ما
يتعلق بالنزاع المعروض عليها . وللمحكمة أن تطلع على الدفاتر بنفسها أو
بواسطة خبير تعينه لذلك» .^(١) ومن الأمثلة على ذلك أيضا ما تنص عليه
المادة ٣٤ من قانون الاثبات بصدد إلزام الخصم بتقديم دليل تحت يده ، من أنه
« إذا لم يقدم الخصم بتقديم المحرر في الموعد الذي حددته المحكمة ... اعتبرت صورة
المحرر التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن خصمه قد قدم بصورة
من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتماق بشكله وموضوعه ، . وسندرس هذا المثل
الاخير بتفصيل أكبر في الفقرة التالية ، المتعلقة بعدم إلزام الخصم بأن يقدم دليلا
ضد نفسه .

١١ - لا يجبر الخصم على أن يقدم دليلاً ضد نفسه : مبدأ هذه القاعدة (دعوى العرض) :

وغم وضوح الاغبار التي تقوم عليها القاعدة السابق فحاشا ، وهي عدم

ج ١ ، ص ٣٧ ، فقرة ٩٠ ؛ في نفس المني : نقض ١٩٤١/٥/٢٢ ، الهامات ، ٢٢ ، ص ٢٥٠ ، عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٣٨ ، هامش ١ ؛ عبد النعم فرج العدة ص ٤٣ .

(١) مطلق بل طه 'الوجيز في القانون التجاري' ج' ١٦٧١، ص ١٤٣، وهو يشير إلى أحكام النفس ٨/٤/١٩٤٨، المحاماة ٢٩ - ٣٧٦، ١٦/٥/١٩٣٥، المحاماة ١٦ - ١٠ - ١٥ / ١٩٥٦، مجموعة أحكام النفس ٧ - ٥٢.

جواز أن يصطنع الشخص دليلا لنفسه ، إلا أن القاعدة التي تدرسها الآن وهي عدم جواز اجبار الشخص على أن يقدم دليلا ضد نفسه NEMO TENETUR EDERE CONTRA SE ليست بنفس الدرجة من الوضوح^(١). فهذه القاعدة ينأمنها التزام اخلاقي على عاتق كل خصم بأن يسمى إلى قول الصدق وإثبات الحقيقة. ومهما قيل من عدم اطلاق هذا الالتزام^(٢)، إلا أنه لا يجوز القول بعكسه أي بحق الخصم في التستر على الحقيقة وإخفائها ، وخاصة بعد الاعتراف للقاضي بدور إيجابي في اجراءات الاثبات يهدف الوصول إلى الحقيقة ومهما كان مسلك الخصوم أو ما تمليه مصلحة كل منهم^(٣). وبجانب الالتزام الأخلاقي المشار إليه فإنه توجد حجة فنية يمكن الاستناد إليها في اجبار الخصم على تقديم دليل تحت يده لا يمنع القانون من تقديمه ، وذلك بطريق القياس على المبدأ المقرر في نظرية الالتزام من أن الشرط يعتبر قد تحقق إذا كان الطرف الذي له مصلحة في أن يتخلف قد حال دون تحقيقه بطريق النش^(٤). وعلى هذا النحو فإن الخصم الذي يمتنع عن تسليم دليل الاثبات الذي تحت يده بطريق النش يعتبر ذلك تسليما منه بصحة ما يدعيه خصمه^(٥).

فإذا ما اتينا إلى أن المصلحة العليا للعدالة تسو على مصلحة الأفراد الخاصة، وإذا ما استعنا بالحجة الفنية المستمدة من أحكام الشرط في نظرية الالتزام ، فإننا

(١) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٣٨ .

(٢) بلانبول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤١١ ، ص ٨٣٣ .

(٣) راجع المذكرة الإيضاحية لقانون الاثبات .

(٤) راجع المادة ١/٣٨٨ من مشروع التتبع المدني الجديد ، وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لاسكان الأخذ بمحكها طبقا للقواعد العامة ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ١١ . وراجع أيضا المادة ١١٧٨ من القانون المدني الفرنسي .

(٥) بلانبول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤١١ ، ص ٨٢٤ ؛ عبد الرزاق

السنهوري ، ج ٢ ، ص ٣٩ .

- ٣١ -

لستطيع القول بعد ذلك أنه يجوز إجبار الخصم على أن يقدم دليلاً تحت يده حتى ولو كان ضد نفسه (١).

ويجوز من باب أولى أن يوجه هذا الطلب إلى أى شخص آخر غير خصم في الدعوى ولا يضار شخصياً من تقديم هذا الدليل .

وهذه الفكرة ليست جديدة في القانون ، بل هي ترجع إلى القانون الروماني فيما كان يسمى بدعوى العرض ACTION AD EXHIBENDUM . وهذه الدعوى كانت معروفة منذ عهد قانون الألواح الاثني عشر حسب رأى أكارياس ، أو أنها ظهرت في أواخر عهد الجمهورية كما يقول جيرار (٢) . ولكن من المؤكد أنها كانت موجودة في القانون الروماني في العصر العلي لهذا القانون . وقد انتقلت بعد ذلك إلى القانون الكنسي ، ثم إلى القانون الفرنسي القديم . وانتقلت منها بعد ذلك بعض البطيئات المتفرقة إلى القانون الفرنسي الحالي . ومن هذا القليل نص الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٨٤٢ من القانون المدني الخاصة بالمتقاسم الذي يجوز مستندات الملكية الشائعة ، ونص المادة (٢٨) من القانون التجاري الجديد التي تلزم التجار بتقديم دفاترهم التجارية بما يسمح للخصم من استخلاص أدلة لمصلحته من هذه الدفاتر (٣) .

(١) يلغى التيه إلى أن المسألة التي ندرسها الآن بيده كل البعد عن مسألة الزام كل خصم بأن يطلع الخصم الآخر على الأدلة والمستندات وأوجه الدفوع التي يتقدم بها في الخصومة . فهذه المسألة الأخيرة مرتبطة أساساً بحق الخصم في إثبات عكس ما يجه الخصم الآخر . راجع بودان وبيرو ، ٩٦ ، فقرته ١٨٧٣ ، ص ٢٤٦ ؛ بلانيول وريبير وجايول ، ٧٦ ، فقرة ١٤١٢ ، ص ٨٣٤ .

(٢) راجع أكارياس ، الموجز في القانون الروماني ، ٢٦٦ ، ص ٥٢٦ ؛ جيرار ، القانون الروماني ، الطبعة الثالثة ، ص ٦٢٩ ، هامش ٢ ، مشار إليهم في بودان وبيرو ، ٩٦ ، فقرة ١١٤٦ ، ص ٢٤٦ ، هامش ٢ .

(٣) راجع المادتين ١٦ ، ١٨ من القانون التجاري المصري . وستدرس هذه المسألة =

وقد حاول القضاء الفرنسي أن يستخلص من هذه التطبيقات المنفردة مبدأ عاماً يسمح بتطبيق دعوى العرض ، تارة على أساس الملكية المشتركة للسند كما في حالات الجرد والقسمة والتصفية ، وتارة أخرى على أساس وحدة المصلحة كما في عقد الوكالة أو عقد الشركة (١).

وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أكثر من هذا وأقام الحق في هذه الدعوى صراحة على أساس مصلحة العدالة في جميع الحالات التي يكون فيها امتناع الخصم عن تقديم دليل الإثبات ، تعبيراً عن أنانيته الفردية وتغصناً في استعمال الحق ، يفرض أنه يوجد حق لدى الخصم في ألا يقدم دليلاً ضد نفسه (٢) وهذا ما يذهب إليه القضاء البلجيكي بصفة عامة (٣).

ويلاحظ أن القضاء الفرنسي يمنع الالتجاء إلى دعوى العرض إذا كان الالتجاء إليها يتعارض مع ضرورة المحافظة على أسرار المهنة أو الأسرار المنزلية. وفيما عدا هذه الحالات الخاصة فإنه ينظر إلى الخصم الذي يمتنع عن تقديم المستندات التي تحت يده ، نظرة شك تسمح بالاعتقاد بأنه يسلم بما يدعيه خصمه فيكون من العدل أن يحضر هو (٤).

وبجانب محاولات القضاء الفرنسي والبلجيكي في تطبيق مبدأ دعوى العرض ،

❧ بالتفصيل فيلجند. راجع ، مصطفى كمال طه ، "الوجيز في القانون التجاري" ، ج ١ ، ص ١٤٧ .

(١) راجع الأحكام المشار إليها في بودان ويرو ، ج ٩ ، فقره ١١٦٥ ، ص ٢٤٧ . هامش ٢ ، ص ٢٤٨ هامش ٦ ؛ بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، ص ٨٣٥ .

(٢) بودان ويرو ، ج ٩ ، ص ٢٤٨ .

(٣) هنري دي باج ، القانون المدني البلجيكي ، ج ٢ ، ١٩٥٠ ، ص ٧١٣ - ص ٧١٤ .

(٤) ديموج - المجلة التعليلية لقانون المدني ، ١٩٢٨ ، ص ٨٩٨ ؛ بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، ص ٨٣٦ ؛ بودان وبيريرو ، ج ٩ ، ص ٢٤٨ - ص ٢٤٩ . أنظر الأحكام المشار إليها في هذه المراجع .

فإن القانون المدني الألماني (م ٨٠٩) والقانون السويسري للالتزامات (م ٨٧٩) ينظمان هذه الدعوى . وكذلك يأخذ بها . شروع التفتين الفرنسي الايطالى للالتزامات غير العقدية (م ٨٦)^(١) .

١٢ - موقف القانون المصرى من دعوى العرض :

ذهب القضاء المصرى فى ظل القانون المدنى القديم وكذلك فى ظل قانون المرافعات القديم الى عدم الاخذ بدعوى العرض . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجبر خصم على تقديم دليل يرى أنه ليس فى مصلحته^(٢) . وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تقديم الخصم الورقة المكلف بتقديمها يخول المحكمة الحكم لصالح الخصم الذى يرجح لديها أنه هو المحق^(٣) ، وأن امتناع الخصم عن تقديم مستند طلبه خصمه ولم يكلف من المحكمة بتقديمه لا يبرر القضاء ضده لصالح طالب المستند^(٤) .

ومع ذلك فإن قانون الإثبات، بعد تطورات تشريعية، سذكرها فى موضعها، أخذ بدعوى العرض سواء فى مبدأ ما العام أو فى تطبيقها الخاصة .

١ - المبدأ العام : نصت المادة ٢٧ من قانون الإثبات على أن كل من حاز شيئاً أو احرزه يلتزم بمرضه على من يدعى حقاً متعلقاً به متى كان لخصم الشيء ضرورياً لبيت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . فإذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى ، فللفاضى أن يأمر بمرضها على ذى الشأن بتقديمها عند الحاجة إلى القضاء ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها فى اثبات حق له.

(١) بلانيول وريبير وجايولد ، ج ٧ ، ص ٨٣٦ .

(٢) نقض ١١/٤/١٩٤٠ ، مجموعة القواعد التى قررت محكمة النقض ، ج ١ ، ص ٢٦ ، فقره ٣ .

(٣) نقض ٢/٤/١٩٢٦ ، مجموعة القواعد التى قررت محكمة النقض ، ج ١ ، ص ٢٦ ، فقره ٦ .

(٤) نقض ١١/٢/١٩٤٨ ، مجموعة القواعد التى قررت محكمة النقض ، ج ١ ، ص ٢٦ ، فقره ٧ .

على أنه يجوز للقاضي أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة في الامتناع عن عرضه . - ويكون عرض الشيء في المكان الذي يوجد فيه وقت طلب العرض ما لم يبين القاضي مكاناً آخر ، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقائه مقدماً ، وللقاضي أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض .

وهذا النص منقول حرفياً عن نص المادة ٢٧٣ للشروع الابتدائي للتقنين المدني، الذي حذف في لجنة مراجعة القانون المدني لأنه ادخل في قانون المرافعات^(١). ومع ذلك فإن قانون المرافعات السابق لسنة ١٩٤٩ قد صدر خلواً من هذا النص. وقد تدارك قانون الإثبات هذا النقص فأخذ في المادة ٢٧ منه بنفس النص الذي كان مقررأ في مشروع القانون المدني.

ويرجع هذا النص في مصدره التاريخي إلى نص من مشروع القانون الفرنسي الإيطالي للالتزامات . ويقرر هذا النص مبدأ دعوى العرض على أوسع نطاق سواء من ناحية محل العرض أو الشخص الذي يوجه إليه أو الهدف منه أو سلطة القاضي التقديرية .

فن ناحية محل العرض لا يشترط أن يكون الشيء المطلوب عرضه دليلاً كتابياً للإثبات ، فهو قد يكون كذلك ، وقد يكون شيئاً آخره فيجوز مثلاً لمالك الشيء المروق أن يطالب من يشبهه في جوارته له بعرضه عليه ليتثبت من ذاتيته. ويجوز كذلك لو ارث المهندس أن يطلب تمكينه من معاينة الترميمات التي أجراها مورثه حتى يقنى له أن يعين مدى حقه في الأجر بعد أن آل إليه هذا الحق عن طريق الميراث^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٤٩١ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٢ ، ص ٤٩١ - ص ٤٩٢ ، وراجع =

ومن ناحية الشخص الذي يوجه إليه العرض فهو كل شخص يكون حائزاً للشيء المطلوب عرضه سواء كان خديماً في الديموى أو لم يكن خديماً فيها .

ومن ناحية الهدف من العرض فهو تمكين طالب العرض إما التحقق من وجود الحق المدعى به أو تحديد مداه أو اثبات وجوده ، حتى لو أدى ذلك إلى الأضرار بمصلحة من يوجه إليه طلب العرض . فدعوى العرض هي تطبيق مضاد لقاعدة عدم إلزام الشخص على أن يقدم دليلاً ضد نفسه . وكذلك فإنه لا أهمية لنوع الحق الذي يهدف طالب العرض التحقق منه فقد يكون حقاً شخصياً أو حقاً عينياً ، ولا يتقيد ذلك إلا بأن يكون الحق المدعى به متصلاً بالشيء المطاوب عرضه أو المستند المطلوب تقديمه اتصالاً ضرورياً يخضع تحديده لسلطة القاضي التقديرية .

والقاضي يملك سلطة تقديرية ^(١) في الموافقة على طلب العرض أو رفضه . وهو يرفض هذا الطلب إذا وجد أن عرض الشيء غير ضروري في تقرير وجود الحق أو اثبات وجوده أو تحديد مداه . وفكرة الضرورة من الأفكار المرنة التي تميز عن سلطة القاضي التقديرية في هذا الشأن . وكذلك فإن القاضي يرفض طلب العرض إذا تمسك الطرف الآخر بوجود مصلحة مشروعة في عدم عرض الشيء كما لو تناق الأمر بأسرار عائلية . ومعيار المصلحة المشروعة من المعايير المرنة أيضاً التي تتيح للقاضي سلطة واسعة في التقدير . والقاضي يملك سلطة تقديرية أخيراً في تحديد مكان العرض ، فإذا كان الأصل أن يكون عرض الشيء في ذات مكان وجوده وقت طلب العرض ، إلا أنه يجوز للقاضي أن يأمر بنقله إلى مكان آخر كقصر المحكمة ، وتكون نفقات العرض على عاتق من يطلبه . وفي هذه الحالة فإن للقاضي بمقتضى سلطته

كذلك المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات حيث نجد نفس عبارات المذكرة الإيضاحية لقانون المدني .

(١) راجع في تحديد المقصود بالسلطة التقديرية للقاضي : كتابنا بالفرنسية ، الالتزام التنافسي ، ص ١٥٦ وما بعدها .

التقديرية أن يلزم طالب العرض بأن يقدم تأميناً لتعويض حائز الشيء عما قد يهيبه من ضرر من جراء العرض . وتقديم التأمين هو أمر جوازي للقاضي .

والقاضي يملك سلطة تقديرية كذلك في تحديد الشخص الذي يتم العرض أمامه . وهذا الشخص هو طالب العرض بحسب الأصل ، ولكن يجوز كما جاء في المذكرة الإيضاحية ، للقاضي أن يأمر عند الاقتضاء بتقديم الوثيقة للمحكمة لا مجرد عرضها على الطالب فيجوز لمشتري الأرض إذا تعهد بالوفاء بما تبقى من ثمن آلة زراعية ملحقه بها أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتعيين المقدار الواجب أدائه من هذا الثمن ويجوز كذلك لموظف يدعى أنه عزل تعسفياً أن يطلب تقديم ملف خدمته ليستخلص منه الدليل على التعسف ،^(١) .

وإذا كانت السلطة التقديرية الواسعة للقاضي فإن تقرير اللجنة التشريعية^(٢) لمجلس الأمة الذي أقر قانون الإثبات يوصى بالاعتدال في تطبيق نص المادة ٢٧ موضوع هذه الدراسة .

وجدير بالذكر أن المادة ٢٧ لم تحدد الجزاء الذي يترتب على عدم استجابة حائز الشيء أو محرزه إلى أمر المحكمة بعرضه سواء أمام الطالب أو أمام المحكمة . وبالرجوع للقواعد العامة فإن تنفيذ هذا الأمر إما أن يكون تنفيذاً خيباً أي بإحضار الشيء جبراً على محرزه أو الانتقال إلى مكانه لمعاينته . وقد تحكم المحكمة على حائز الشيء بغرامة تهديدية طبعاً للمادة ٢١٢ من القانون المدني . بل يجوز للمحكمة

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات وهي منقولة حرفياً من المذكرة الإيضاحية لقانون المدني . راجع الأعمال النضبية لقانون المدني ج ٢ ، ص ٤٩١ - ص ٤٩٢ .

(٢) جاء في هذا التقرير أن هذا النص « كل موجوداً في مشروع القانون المدني ثم حذف ، وهو كما يبدو من عبارته كثير العروض . وقد اجتهدت المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع العروض في ضبطه ما وسها ذلك ولكنه بطيئة مما يستلزم على الانقباض ، وفائدته سرهونة الاعتدال في تطبيقه عملاً وإلا فإنه قد يؤدي إلى خلاف المقصود من وضعه » .

إذا نعلق الأمر بها من أدلة الإثبات أن تعتبر هذا الدليل موجوداً بامتناع حائزه عن تسليمه وأن يبقى في موضوع الدعوى لمصلحة طالب العرض ضد حائز الشوء .
والأمر في ذلك يجب . للمحكمة بحسب سلطتها الموضوعية في تقدير أدلة الإثبات (١) . أذن ، المحكمة تفقد سلطتها التقديرية إذا تعلق الأمر بتطبيق خاص من تطبيقات دعوى العرض المنصوص عليها في المادة ٢٠ من قانون الإثبات وهو ما سنذكره فيما يلي .

ب - التطبيقات الخاصة : بجانب المبدأ العام المقرر في المادة ٢٧ فقد نصت المواد ٢٠ وما بعدها من قانون الإثبات على تطبيقات خاصة لهذا المبدأ ، وكل النص على هذه التطبيقات وارد في قانون المرافعات السابق لسنة ١٩٤٩ في المواد ٢٥٣ وما بعدها من القانون المذكور . وهذه النصوص مأخوذة بدورها من قانون المرافعات الألماني (م ٣٢٩ وما بعدها) ، ومن قانون المرافعات التركي (م ٣٢٦ وما بعدها) (٢) .

وقد نصت المادة ٢٠ من قانون الإثبات على أنه : يجوز للنصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده :
(أ) إذا كان القانون يحيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه . (ب) إذا كان مشتركاً بينه وبين خصمه ، ويعتبر المحرر مشتركاً على الأخص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبناً لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة . (ج) إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى ، .

ويضع هذا النص عدة تطبيقات خاصة لدعوى العرض . ووجه الخصوص في هذه التطبيقات أنها تتعلق فقط بأدلة الإثبات الكتابية وليس بأي شيء آخر كما هو

(١) نفس ٢ ١٩٣٦ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض ، ج ١ ، ص ٢٦ ، فقرة ٦٤ .

(٢) عبد الرزاق السهري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٤٥ .

الآن في دعوى العرض العامة ، ووجه الخصوص فيها أيضاً أن الطلب لا يكون جائزاً إلا في حالة من الحالات المتصوص عليها وهي :-

- ١ - إذا كان القانون يحيز لإلزام الخصم بتقديم المحرر الكتابي الذي تحت يده ، وفيه من الذكر أن قانون الإثبات لا يضيف جديداً في هذه الحالة ولا كما هو محيل فقط إلى النصوص المقررة في القوانين الأخرى . ومن هذه النصوص ، نص المادة ٢٨ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ التي تقرر:
« ١- يجوز للمحكمة بناء على طلب الخصم أو من تلقاء ذاتها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها لاستخلاص ما يتعلق بالتزاع المعروض عليها . وللمحكمة أن تطلع على الدفاتر نفسها أو بواسطة خبير تعينه لذلك .
- ٢- لا يجوز للمحكمة أن تأمر التاجر بإطلاع خصمه على دفاتره إلا في المنازعات المتعلقة بالتركات ومواد الأموال المشاعة والشركات .
- ٣- تسلم الدفاتر في حالة الإفلاس أو الصلح الواقع منه للمحكمة أو أمين التفليسة أو لمراقب الصلح .
- ٤- إذا امتنع التاجر دون عذر مقبول عن تقديم دافتره للاطلاع عليها جاز للمحكمة اعتبار ذلك قرينة على صحة الوقائع المطلوب اثباتها من الدفاتر .»

وتتكون الدفاتر التجارية موضع دراسة خاصة فيما بعد .

- ٢ - الحالة الثانية التي يجوز فيها طلب إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده إذا كانت هذه الورقة مشتركة بين الخصمين . وتكون الورقة مشتركة بصفة خاصة (١) مصطلحاً طه ، المرجع في القانون التجاري ، ج ١ ، ص ١٤٢ وما بعدها ، عبد الرزاق الـ نهري ، ج ٢ ، ص ٤٣ .

إذا كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المشتركة. وجدير بالذكر أن المشرع لم يستحدث جديداً بنصه على هذه الحالة ، إنما هو قن ما يجرى عليه القضاء الفرنسي ، على النحر السابق ذكره ، وكذلك ما يجرى عليه القضاء المصري^(١).

٣ - أما الحالة الثالثة التي يجوز فيها إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده . فهي تتحقق إذا كان هذا الخصم قد سبق أن استند إلى هذه الورقة ذاتها في أى مرحلة من مراحل الدعوى ، ثم سحبها بعد ذلك . أما إذا كان لم يسحب الورقة فلا تكون هناك حاجة بطبيعة الحال إلى إلزامه بتقديمها . والواقع أن نطاق تطبيق هذه الحالة أصبح ضيقاً للغاية بالنظر إلى الحكم الذي قرره المشرع في المادة ٢٥ من قانون الإثبات والتي تنص على أنه ، إذا قدم الخصم محرراً للاستدلال به في الدعوى فلا يجوز له سحبه بغير رضا خصمه إلا بأذن كتابي من القاضي أو رئيس الدائرة بعد أن تحفظ منه صورة في ملف الدعوى ويؤشر عليها فلم الكتاب بمطابقتها للأصل .

وطبقاً لهذا النص فإن الورقة التي تقدم في الدعوى ، تحفظ فيها أو على الأقل تحفظ صورة مطابقة لها . ولا يتصور سحب الورقة إلا إذا تم ذلك برضاء الخصم الآخر ، وفي هذا الفرض وحده لا يشترط المشرع أن تحفظ صورة هذه الورقة ، ومن ثم يجوز للخصم الذي وافق على سحب الورقة أن يعود إلى المطالبة بتقديمها مرة أخرى^(٢).

(١) قضت محكمة النقض بأن « قاعدة أنه لا يجوز إلزام خصم بتقديم مستندات خصه ولا يجوز انتقال المحكمة للاطلاع عليها إلا إذا كانت هذه المستندات رسمية ، لا تطبق في حالة ما إذا كانت الورقة مشتركة بين الطرفين إن كانت مثبتة لالتزامات متبادلة بينها » (نقض ١٩٥١/٢/٨ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض ، ج ١ ، ص ٢٦ فقرة ٤) .

(٢) جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الإثبات « استحدثت المشروع في المادة ٢٥

ويتضح من الاستعراض السابق أن الحالات الثلاث التي يجوز فيها إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده قد وردت على سبيل الحصر ، وأن الحالة الأولى فيها لم يستحدث فيها قانون الإثبات حكماً جديداً ولكنه أحال فيها إلى القوانين الأخرى ، أما الحالة الثانية فهي تقنين للقضاء الفرنسي والمصري في هذا الشأن ، أما الحالة الثالثة فهي نادرة التطبيق في العمل بالنظر إلى المادة ٢٥ من قانون الإثبات السابق ذكرها .

وجدير بالذكر أنه حتى مع توافر حالة من هذه الحالات فإن طلب إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده ، لا بد وأن يكون طلباً متعلقاً بإجراءات الإثبات ، وبالتالي فهو يخضع لسلطة القاضي التقديرية في قبوله أو في رفضه^(١) . وهذا ما نضت به محكمة النقض في أحكام متواترة . وللمحكمة أن ترفض الطلب إذا رأت أنه غير جدي أو غير منتج في الدعوى أو أنه يتعلق بأمرار عائلية لا يجوز الكشف عنها أو أن ما يوجد في الدعوى من أوراق أخرى يكفي لتكوين عقيدة^(٢) .

٢٥ = منه المناقبة للمادة ٢٠٨ من قانون المرافعات القائم (السابق) حكماً يقتضي بأنه إذا أذن القاضي بتسليم الخصم محرراً قدمه في الدعوى ، فلا يلزم له إلا بد أن تحفظ في ملف الدعوى صورة منه مؤشراً عليها من قلم الكتاب بمطابقتها للأصل ، وذلك من أجل تسهيل سير الدعوى بسحب المستندات المقدمة فيها ، وهو حكم له مقابل في قانون الينيات المصري في المادة ٤٤ منه . وجاء في تقرير اللجنة التشريعية أن هذا الحكم « شديد في عمومته ، وربما كانت تكون قائده أنه أتم نوترك للقاضي أن يتخير الأوراق التي يرى ضرورة حفظ صور منها في ملف الدعوى لأنه كثيراً ما يقدم الخصوم أوراقاً أو خرائط أو كشوف حساب أو دفاتر ولا يتوقف الفصل في الدعوى على وجودها بالملف ، فلا معنى لأن يكلف الخصم بوضع صور منها مؤشراً عليها من قلم الكتاب بمطابقتها للأصل ودفع ما يقتضيه ذلك من رسم ألقا رغب في سحبها والاستفادة بها في غرض أو شأن آخر » .

(١) رهنى سيف ، ص ٦١٩ ، أحد أو الوقت ، التطبيق على نصوص قانون المرافعات ، ص ١١٠٤

(٢) نقض ١١ ١٢ ١٩٥٣ ، مجموعة القواعد التي قررت محكمة النقض ، ج ١ ، ص ٢٦ ، فقرة ٥ ، نقض ١٠ ٢ ١٩٥٥ ، مجموعة القواعد التي قررت محكمة النقض ، ج ١ ، ص ٢٧ ، فقرة ٨ ، نقض ١٦ ٥ ١٩٣٥ ، مجموعة القواعد التي قررت محكمة النقض ، ج ١ ، ص ١١٠٤

ومن ناحية أخرى فإن المادة ٢١ من قانون الإثبات تضع شروطاً لطلب إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده . وتنص هذه المادة على أنه يجب أن يبين في هذا الطلب : (١) أوصاف المحرر الذي يعبه : (ب) لحوى المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل . (ج) الواقعة التي يستدل به عليها . (د) الدلائل والظروف التي تدل على أنه تحت يد الخصم . (هـ) وجه إلزام الخصم بتقديمه . . وتنص المادة ٢١ من قانون الإثبات على أنه لا يقبل للطلب إذا لم تراعى فيه أحكام المادتين السابقتين . فالطلب ينبغي أن يتضمن وصفاً للمحرر المطلوب تقديمه وتحديداً لمضمونه وبياناً للدائنة التي ياتجها تقديمه في الدعوى ، وإشارة إلى حالة من الحالات الثلاث الجائز تقديم مثل هذا الطلب فيها . فإذا لم يستجمع الطلب هذه الشروط فإنه لا يكون مقبولاً ، والله حكيم أن تتجاهل حتى بمجرد الرد عليه بالرفض^{١١} .

ويلاحظ أن طلب تقديم ورقة منتجة في الدعوى، كما يجوز توجيهه إلى الخصم فإنه يجوز توجيهه إلى أي شخص آخر ولو لم يكن خصماً في الدعوى . وفي هذا تنفي التطبيقات الخاصة لدعوى العرض من المبدأ العام في هذه الدعوى . وقد نصت المادة ٢٦ من قانون الإثبات على أنه يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن في ادخال الغير لإلزامه بتقديم محسرو تحت يده وذلك في

== ص ٣٩ ، فقرة ١٠٧ ؛ نقض ١٩٥٢/٣/٢٧ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض ، ج ١ ، ص ٣٩ ، فقرة ١٠٨ ؛ نقض ١٩٥٢/١٢/٢٥ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض ، ج ١ ، ص ٣٩ ، فقرة ١٠٩ ؛ نقض ١٩٦٠/٣/٩ ، مجموعة المكسب الفني ، ص ١٢ ، ص ٢١٢ ؛ نقض ١٩٦٥/١١/٣ ، مجموعة المكسب الفني ، ص ١٦ ، ص ٩٦٦ ؛ نقض ١٩٦٦/٣/٢٢ ، مجموعة المكسب الفني ، ص ١٧ ، ص ٦٦٦ ؛ نقض ١٩٦٧/٣/١٥ ، مجموعة المكسب الفني ، ص ١٨ ، ص ٦٢٦ .

(١) نصت محكمة النقض بأن طلب إلزام خصم بتقديم ورقة تحت يده لا تلزم المحكمة الرد عليه متى خلا من البيانات الواجب ذكرها فيه ، نقض ١٩٥٦/١/١٩ ، مجموعة المكسب الفني ، ص ٧ ، ص ٩٤ .

الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة ، .
أما الجزاء الذي يترتب على الإخلال بالالتزام بتقديم الورقة المطلوب تقديمها ،
فهو يختلف بحسب ما إذا كان من وجه إليه الطلب هو الخصم أو كان شخصاً
آخر غيره .

فإذا كان من وجه إليه الطلب هو الخصم فإن المادة ٢٣ من قانون الإثبات
تنص على أنه : إذا أثبت الطالب طلبه وأقر الخصم بأن المحرر في حيازته أو سكت،
أمرت المحكمة بتقديم المحرر في الحال أو في أقرب موعد تحدده ، - وإذا أنكر
الخصم ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب وجب أن يحلف المنكريميناً بأن
المحرر لا وجود له أو أنه لا يعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل في البحث
عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به ، . وتنص المادة ٢٤ من قانون الإثبات على
أنه : إذا لم يقدم الخصم بتقديم المحرر في الموعد الذي حددته المحكمة أو امتنع عن
حلف اليمين المذكورة اعتبرت صورة المحرر التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة
لأصلها ، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق
بشكله ومضمونه ، .

وطبقاً لهذه النصوص إذا ثبت وجود المحرر سواء عن طريق قيام الطالب
بتقديم دليل من أدلة الإثبات المقررة في القانون^(١) ، أو بنكول الخصم عن حلف
اليمين ، وتختلف هذا الخصم عن تقديم المحرر ، فإن المحكمة تعتبر المحرر موجوداً
بحسب الصيغة أو المضمون الذي أعثته الطالب^(٢) . ولا يملك القاضي سلطة تقديرية

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون انقضاء الملتى أنه يراعى في الإثبات قواعد
القانون المدني ، أى قواعد قانون الإثبات في الوقت الحاضر ، راجع : رمزي سيف ،
ص ٦٢١ ، هامش ١ .

(٢) سبق أن أشرنا إلى هذا الحكم كعالة من الحالات التي يجوز فيها على سبيل الاستثناء
أن يصنع الخصم دليلاً لنفسه ، راجع ما سبق ، فقرة ١٠ .

في توقيع هذا الجزاء أو عدم توقيعه ، بخلاف الحكم بشأن المبدأ العام في دعوى العرض على النحو السابق ذكره .

أما إذا كان النكول عن تقديم الورقة قد صدر من شخص آخر غير الخصم ، فلا يتصور بداهة أن يعتبر هذا النكول دليلاً على وجود الورقة التي يطلب تقديمها أحد الخصوم في الدعوى . لأنه لو جاز ذلك لأمكن لأي خصم أن يدعى وجود أية ورقة تحت يد شخص آخر غير خصم في الدعوى ، ويصل عن طريق التواطؤ مع هذا الشخص إلى الحكم بصفحة ما يدعيه . ولذلك فإن المشرع لم ينص على أي جزاء محدد في حالة توجيه الطلب إلى شخص آخر غير خصم في الدعوى ، بل ترك للقاضي سلطة تقديرية في استخلاص دلالة عدم قيام هذا الشخص بتقديم الورقة المطلوب تقديمها .

ج - مقارنة بين المبدأ العام في دعوى العرض وبين التطبيقات الخاصة في إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده .

١ - دعوى العرض أوسع نطاقاً من حيث الشيء المطلوب عرضه . فهي لا تقتصر على المستندات المكتوبة كما هو الشأن في طلب إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده ، ولكنها تشمل بجانب المحررات المكتوبة ، كل شيء آخر سواء كان منقولاً أو عقاراً .

٢ - دعوى العرض أوسع نطاقاً من حيث الحالات التي يجوز فيها طلب العرض ، ولا يقتصر الأمر على ثلاث حالات معينة على سبيل الحصر كما هو الشأن في طلب إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده ، بل يشمل حالات غير محصورة وغير مقيدة إلا بقيد الحاجة إلى العرض بشأن الحق الذي يدعيه مقدم الطلب . وبلا حظ أن القاضي يباشر سلطة تقديرية سواء في قبول طلب العرض في أية حالة من الحالات ، أو في قبول طلب تقديم المحرر في حالة من الحالات الثلاث السابقة ذكرها .

٣ - الهدف من دعوى العرض هو البت في وجود الحق أو في إثبات وجوده أو تحديد مداه ، أما الهدف من طلب تقديم ورقة تحت يد شخص آخر فهو خاص بإثبات الحق فقط .

٤ - الجراء في دعوى العرض يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ، أما الجراء في الحالات الخاصة بتقديم ورقة ، فهو جراء محدد في القانون على النحو السابق ذكره ، إلا إذا كانت الورقة تحت يد شخص آخر غير خصم في الدعوى فهذا يسترد القاضي سلطته التقديرية .

ونظراً لأن دعوى العرض تعبر عن المبدأ العام في الموضوع ، فإن أحكامها لا تنطبق على حالة من حالات إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده ، إلا فيما لم يرد بشأنه نص يحدد هذه التطبيقات الخاصة ، طبقاً لقاعدة أن الخاص يقيد العام ، وأن العام يسرى على الخاص فيما لم يرد بشأنه نص^(١) .

(١) من الأئمة على حكم وارد في الدعوى العامة للمرض ، ويجوز تطبيقه على الحالات الخاصة بإلزام الخصم بتقديم ورقة . ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٧ « على أنه يجوز للقاضي أن يرفض إصدار الأمر بمرض الشيء إذا كان له أثره مصلحة مشرعة في الامتناع عن عرضه » .

الفصل الثاني محل الإثبات

١٣- تعريف :

محل الإثبات هو السبب المنشئ للحق المدعى بوجوده أو زواله أو وصفه .
فالإثبات لا يرد على الحق ذاته ولكنه يرد على المصدر المنشئ له أو المؤدى إلى
زواله أو الحاق وصف به ، سواء كان هذا المصدر تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية .

ومحل الإثبات بهذا المعنى هو واقعة قانونية بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح ،
وهو ما يشمل التصرف القانوني والواقعة المادية على السواء . وكون محل الإثبات
واقعة قانونية يعنى أن الإثبات لا يرد على القانون ، بل أن القاضى يطبق القانون
من تلقاء نفسه وبمحكم وظيفته دون حاجة إلى اثبات الخصم .

وحق يجوز للخصم اثبات واقعة قانونية بالمعنى المذكور ، يجب أن تتوافر في
هذه القاعدة شروط معينة وهى أن تكون متعلقة بالدعوى متبعة فيها ومن
الجزاء اثباتها .

فهذه مسائل ثلاث ندرسها فيما يلى بشيء من التفصيل .

١ - محل الإثبات هو مصدر الحق وليس الحق ذاته

١٤ - نقل عن الإلهام (١) :

الأصل أن محل الإثبات هو الحق المدعى بوجوده أو زواله أو الحاق وصف
به . ولكن الحق فكرة مجردة تستعصى دقلا على الإثبات ، ولذلك لا مناصر من

(١) راجع فى هذا الموضوع لجنة خاصة : أودى ورو وبارثان ، رقم ٧٤٩ طاش
١٠ مكرر .

نقل محل الإثبات من الحق المدعى به إلى مصدر هذا الحق سواء كان هذا المصدر تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية .

بل وأكثر من ذلك فإن مصدر الحق ذاته قد يكون هو أيضاً فكرة مجردة تنسب على الإثبات . فإذا كان مصدر الحق هو العمل غير المشروع ، فإن فكرة الخطأ أو العمل غير المشروع هي فكرة مجردة لا يمكن اثباتها في ذاتها ، ولذلك لا بد من نقل محل الإثبات مرة أخرى من هذه الفكرة إلى الوقائع والأعمال التي يمكن أن يستدل منها على تحقق فكرة الخطأ المشار إليها ^(١) .

ونظراً لضرورة نقل محل الإثبات من الحق المدعى به إلى مصدره أو إلى الوقائع الأخرى المحيطة به ، فإن الإثبات لا يمكن أن يؤدي إلى يقين كامل ، وإنما يمكن أن يؤدي فقط إلى درجة معينة من الاحتمال . وكما يلاحظ البعض فإن فكرة الاحتمال هي حجر الزاوية في كل النظرية العامة للإثبات ^(٢) . بل وكما يقول المستشار d'Aguesseau : « فإن معظم الحقائق الواقعية ، ليست حقائق خالصة لا تتغير ، وإنما هي حقائق تحكية ناتجة عن الإرادة المضطربة للإنسان . وما دامت هذه الحقائق غير أكيدة بطبيعتها ، فإن الإثبات الذي تقوم عليه هذه الحقائق لا يمكن أن تكون له هذه الصفة من الدقة والوضوح الفادحة على تكوين يقين كامل أو دليل قاطع ، ^(٣) .

والقول بأن الإثبات يحقق الاحتمال ولا يقود إلى اليقين يصدق على أقوى أدلة الإثبات كالكتابة والافراز ، حيث توجد مع وجود أي منها درجة من الشك

(١) بودان ويرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٤٦ ، س ٢١٢ ؛ ييرو ، انبكيويدي دالوز ، ج ٤ ، س ١٠٢ ، فقرة ١٠ .

(٢) ييرو ، انبكيويدي دالوز ، ج ٤ ، س ١٠٢ ، فقرة ١١ .

(٣) شارالبه في رسالة Thüvenet ، ليون ، ١٩٢٣ ، س ١ .

ولو ضئيلة في مخالفتها للحقيقة^(١١).

ومن الملاحظ أن كلمة اثبات *preuve* باللغة الفرنسية ترجع في أصلها اللاتيني إلى كلمة *probatio* وهي نفس الكلمة اللاتينية التي خرجت منها الكلمة الفرنسية *probabilité* أي الاحتمال^(١٢)، وهو ما يؤكد مرة أخرى الصلة بين نظرية الإثبات وبين نظرية الاحتمال.

والواقع أن نقل عمل الإثبات وما يؤدي إليه ذلك من ضرورة الربط بين الإثبات وبين الاحتمال لا اليقين، من شأنه أن يفسر الكثير من أحكام نظرية الإثبات. ومن هذا القليل ما سندرسه فيما بعد من شروط الإثبات أن تكون الواقعة محل الإثبات متعلقة بالدعوى متجة فيها، واشتراط ذلك هو تعبير بطريقة معينة عن المدى الذي يجوز فيه نقل عمل الإثبات. ومن هذا القليل أيضاً الفريضة كطريقة من طرق الإثبات وهي تقوم أساساً على نقل كامل محل الإثبات، فالفريضة هي بحسب تعريفها اعتبار الواقعة ثابتة من مجرد ثبوت واقعة أو وقائع أخرى غيرها. ومنه هذا القليل كذلك فكرة الاعتقاد السائع الذي يحمل على الأخذ بمبدأ الثبوت بالكتابة^(١٣).

١٥ - الإثبات برده على مصدر الحق (٤) :

عندما يزيد المدعى إثبات وجود حق له، سواء كان هذا الحق شخصياً أو

(١) أوبري ورو وبارنان، رقم ٧٤٩، هامش ١٠ مكرر؛ بودان وبيرو، ج ٩، ص ٢١٤.

(٢) بيرو، انيكلوبيدي داللو، ج ٤، ص ١٠٣، فقرة ١١.

(٣) أوبري ورو وبارنان، رقم ٧٤٩، هامش ١٠ مكرر؛ بيرو، انيكلوبيدي داللو، ج ٤، ص ١٠٣، فقرة ١٣؛ بودان وبيرو، ج ٩، ص ٢١٤.

(٤) فكرة أن الإثبات يرد على مصدر الحق، تؤخذ مع التحفظ بأن مصدر الحق قد يستمد أيضاً على الإثبات كما في المس غير المشروع على النحو السابق ذكره في المتن، مما =

عينياً ، فهو يثبت مصدر هذا الحق . سواء كان هذا المصدر تصرفاً قانونياً كعقد مثلاً أو عملاً مادياً كالإثراء بلا سبب أو التقاعد أو غير ذلك . ومن ثبوت هذا المصدر يثبت وجود الحق كنتيجة قانونية مترتبة على ثبوت المصدر المشار إليه . أما الحق نفسه فهو يستمضي على الإثبات في ذاته باعتباره فكرة مجردة تستمضي عقلاً على الإثبات كما ذكرنا ذلك من قبل . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدي للقانون المدني : « يتعين أن يقام الدليل على كل واقعة قانونية يدعى بها ، وفقاً للأحكام المنصوص عليها في القوانين المدنية ، متى نوزعت هذه الواقعة أو أنكرت صحتها . والجوهرى في هذا الصدد هو أن الإثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتها ، بوصفها مصدراً للحق أو الالتزام ، دون هذا الالتزام أو ذاك الحق . وغنى عن البيان أن تفصيل هذه الفكرة أشكل بأغراض الفقه منه بأغراض التقنين » (١) .

ومحل الإثبات بهذا المعنى هو السبب المنشئ للأثر القانوني المدعى به ، سواء كان هذا الأثر هو وجود الحق أو زواله أو إلحاق وصف به .

فإذا ادعى شخص أنه دائن لشخص آخر أو أنه صاحب حق انتفاع أو ارتفاق على شيء مملوك لشخص آخر ، فعليه أن يثبت مصدر الالتزام أو مصدر الحق العيني الذي يدعيه . فإذا أثبت مصدر الحق وبالتالي أثبت وجود الحق ، فإن خصمه يستطيع أن يثبت عدم وجود هذا الحق إما بطريقة المنازعة في صحة المصدر الذي أثبت المدعى أو عن طريق اثبات وجود سبب آخر أدى إلى انقضاء الحق بمصد

= يقتضى نقل محل الإثبات في مثل هذه الحالة ، من مصدر الحق إلى الوقائع المحيطة به والتي يدعى اثباتها إلى الانتفاع بوقوع خطأ من الشخص الذى ارتكبها . وهو ما يؤدي إلى اثبات مصدر الحق بطريقة غير مباشرة .

(١) وقد تلت المادة ٢٦٦ من المذوق النيهدي في لجنة المراجعة ونصها : « على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه » . وقد ذكر الدكتور عبد الرزاق السنهوري أمام اللجنة أن المقصود بعبارة : « اثبات الالتزام » هو اثبات مصدر الالتزام . (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٢٤٩ - ص ٢٥٠) .

نشأته أو أدى إلى زواله بأى شكل كان . وأسباب نشأة الحق كأسباب انقضاءه أو زواله قد تكون تصرفات قانونية أو وقائع مادية . فإذا كان الحق قد نشأ بمقتضى عقد ، فإن هذا العقد يمكن أن يزول إما بالانقضاء أو البطلان أو الإنحلال .

وسبب الانقضاء قد يكون تصرفاً قانونياً كالوفاء ، وقد يكون واقعة مادية كاستحالة التنفيذ . وسبب البطلان قد يتعلق بعناصر تكوين العقد كالتراضى أو المحل أو السبب ، أو يتعلق بعيب من عيوب الإرادة كالإكراه أو الغلط أو التدليس . وفى جميع الأحوال فهو موجه ضد نفس المصدر الذى يتمسك به المدعى ، حتى ولو اضطرت المدعى عليه إلى نقل محل الإثبات إلى وقائع مادية مرتبطة بالعقد المطعون فيه كالإكراه أو التدليس أو عدم مشروعية الباعث ... الخ^(١) . أما سبب الإنحلال العقد فهو إما التقايل أو الإلغاء بالإرادة المنفردة وهذه تصرفات قانونية ، أو الفسخ وهو ما يمكن أن يقوم على تصرف قانونى أو واقعة مادية .

وغنى عن الذكر أنه لا يوجد تلازم حتمى بين سبب نشأة الحق وبين سبب زواله . فقد ينشأ الحق بمقتضى تصرف قانونى ولكنه يزول بمقتضى واقعة قانونية أو بمقتضى تصرف قانونى من نوع آخر غير النوع الذى نشأ عنه . والعكس صحيح أيضاً فقد ينشأ الحق بمقتضى واقعة قانونية ، ولكنه يزول بمقتضى تصرف قانونى من أى نوع كان . ومن المعروف أن أسباب نشأة الحقوق الشخصية والعينية وأسباب انقضائها تدخل دراستها فى القانون المدنى ، بل هى جوهر الدراسة فى هذا الفرع من فروع القانون .

٢ - محل الإثبات هو الواقع وليس القانون

١٦ - الواقع والقانون :

تكون كل دعوى من عنصرين ، الأول هو عنصر الواقع ، والثاني هو عنصر القانون . والحكم الذي يصدره القاضي هو تطبيق القانون على الواقع الذي يثبت الخصوم أمامه . فالخصوم يقومون بإثبات الواقع ، وهذا هو محل الإثبات الذي يتحملون عبء القيام به . أما القانون فإن القاضي يقضى فيه بعله ، فهو مفروض فيه العلم بالقانون ، بل ومن واجبه بحكم وظيفته أن يطبق القانون على النزاع المعروض عليه ، وهو لا يستطيع أن يمتنع عن ذلك بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يطبقها ، وإلا فإنه يرتكب جريمة إنكار المدالة .

وكون القاضي يعلم بالقانون هو مصدر التعبير الشائع الذي يقوله القاضي كثيراً للمحامي ، انتقل يا سيدي إلى الوقائع فالمحكمة تعلم القانون ، . وهو أيضاً مصدر التعبير الأكثر قدماً ، أعطى الواقع أعطيك القانون .

Da mihi Factum, dabo tibi jus^(١).

وقد قابل بارتان بين الواقع والقانون من حيث محل الإثبات ، ومن حيث الخشوع لرغبة محكمة النقض . فالواقع وهو ما يثبت الخصوم ، لا يخضع القاضي في تقديره لرغبة محكمة النقض ، أما القانون وهو ما يطبقه القاضي بعله ، فهو يخضع في تطبيقه لرغبة هذه المحكمة^(٢).

والمقصود بالواقع الذي يثبت الخصوم هو مصدر الحق المدعى بوجوده أو زواله أو إلحاق وصف به . وهذا هو محل الإثبات على النحو السابق ذكره . والقاضي

(١) راجع في هذه القاعدة : يودان ويرو ، ج ٩ ، ص ٢٠٩ ؛ بلانسون وريبير وجابولد ، ج ٧ ، ص ٨٣٠ ؛ أوبري ورو وبارتان ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، هامش ٣ .

(٢) بارتان على أوبري ورو ، ج ١٢ ، رقم ٤٧٩ ، هامش ٣ .

يراقب الخصوم في اثبات الواقع من ثلاث نواحي . أولاً فيما يتعلق بتوافر شروط
الاثبات التي سندرسها فيما بعد وهي أن تكون الواقعة التي يثبتها الخصم متعلقة
بالدعوى متجة فيها من الجائز اثباتها . وثانياً فيما يتعلق بوسيلة الاثبات التي يستخدمها
الخصم وهل هي وسيلة مقبولة أو غير مقبولة . فلا يقبل منه مثلاً أن يثبت تصرفاً
قانونياً تزيد قيمته على ١٠٠٠ جنيه بطريق الشهادة ... وهكذا . وثالثاً ، فيما
يتعلق بتكليف الخصم للوقائع التي قام باثباتها .

ومسألة رقابة القاضي لتكليف الوقائع مسألة دقيقة ، لأنها تستجيب من ناحية
إلى مبدأ من المبادئ المستقرة في القانون وهي أن تكليف العلاقات القانونية مسألة
قانونية يفصل فيها القاضي من تلقاء نفسه بغض النظر عن إرادة الخصوم ، ولأنها
قد تؤدي من ناحية أخرى إلى الحكم بالدعوى بحقه على أساس مصدر آخر من مصادر
الحق غير المصدر الذي تملك به المدعى نفسه ، مع ما في ذلك من شبهة التمييز في
سبب الدعوى وهو ما يتمتع على القاضي قانوناً (١) .

ولكننا لا نجد صعوبة في مواجهة هذه المسألة ، إذا حددنا المقصود بسبب
الدعوى على ضوء تحديدنا السابق للمقصود بمحل الاثبات . ويدولنا أن الأساس
القانوني لقاعدة عدم جواز تغيير القاضي لسبب الدعوى ، هو أن القاضي لا يقضى
بعلمه الشخصي ، بل يقضى بما يثبت الخصوم . وما يثبت الخصوم - أي محل الاثبات -
هو في نفس الوقت سبب الدعوى . ومحل الاثبات كما سبق أن ذكرنا ، هو السبب
المنشئ للحق المدعى به (٢) ، وسبب الدعوى هو أيضاً بحسب فقه قانون المرافعات ،

(١) راجع في تفصيل هذا الموضوع . البحث القيم لزميلنا الدكتور هشام على صادق ،
المقصود بسبب الدعوى المتمتع على القاضي تغييره ، المحاماة ، س ٥٠ ، أبريل ١٩٧٠ ، ص
٧٦ وما بعدها .

(٢) راجع ما سبق ، فقرة ١٥ .

الأساس القانوني للحق المدعى به^(١) . وهنا يتطابق اصطلاح محل الاثبات مع اصطلاح سبب الدعوى ، وهو تطابق لابد من الحرص على تأكيده ، مع جعل المعنى المقرر لسبب الدعوى في قانون المرافعات تابعاً للمعنى المقرر لمحل الاثبات في قانون الاثبات .

ولكن القول بأن محل الاثبات ، أو أن سبب الدعوى ، هو الأساس القانوني للحق المدعى به ، ينبغي أن يفهم على ضوء اعتبارين هامين . الاعتبار الأول هو ما سبق أن ذكرناه^(٢) عن نقل محل الاثبات نقلاً ضرورياً في بعض الأحيان . ومن هذا القبيل أن الخطأ كمصدر للالتزام هو فكرة مجردة تختص على الاثبات ، ولذلك فإن اثبات الخطأ يكون عن طريق اثبات مجموعة من الوقائع المصادرة عن شخص معين والتي يمكن أن يستخلص منها القاضي نسبة الخطأ إلى هذا الشخص . وفي هذا المثال فإن محل الاثبات وكذلك سبب الدعوى ، ينتقل من فكرة الخطأ المجردة إلى مجموعة الأفعال والوقائع المشار إليها .

والاعتبار الثاني أن إعطاء الوقائع التي يثبتها الخصوم اسماً قانونياً من الأسماء المروقة في مصادر الحق ، هو تكيف قانوني لهذه الوقائع ، وهو ما لا يستبد به الخصوم ، بل على العكس فإن القاضي هو الذي يعطى الاسم القانوني الصحيح للوقائع التي اثبتتها الخصوم أمامه . يفض النظر عن التكيف الذي أعطاه الخصوم لهذه الوقائع^(٣) .

(١) أنظر في هذا المعنى : المراجع الجديدة التي ذكرها الدكتور منام صادق في بحثه السابق الإشارة إليه ، ص ٨١ ، هامش ١ . هذا مع العلم بأن الدكتور منام صادق لا يأخذ بهذا الرأي ، بل يذهب إلى أن التصود بسبب الدعوى هو مجموع الوقائع التي ساقها الخصوم تأييداً لطلباتهم . راجع في رأي الدكتور منام صادق بتصيل أكبر : رسالته للدكتوراه في مركز الثانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، الاسكندرية ١٩٦٧ ، رقم ٤٣ . وسنحاول في المتن التوفيق بين الرأيين المختلفين .

(٢) أنظر ما سبق فيقرة ١٤ .

(٣) منام صادق ، البحث السابق الإشارة إليه ، ص ٨٣ .

وبمراعاة هذين الاعتبارين يمكن القول أن محل الإثبات ، وبالتالي سبب الدعوى ، هو مجموع الوقائع التي أثبتها الخصوم تأييداً لطلباتهم^(١).

وعلى هذا النحو فإن القاضى لا يستطيع أن يغير فى سبب الدعوى أو فى الوقائع التي أثبتها الخصوم لتأييد طلباتهم ، ولكنه لا يتقيد بالوصف القانونى الذى يطلقه المحكم على هذه الوقائع . وحق المحكمة فى إعطاء الوصف القانونى أو التكييف القانونى الصحيح للوقائع ، هو ما يبرر عند الأستاذ بارتان جواز قبول وجه من وجوه الطعن الجديدة Moyens nouveaux لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، لأن المفروض أن محكمة أول درجة قد علمت بهذا الوجه من وجوه الطعن من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به الخصوم أمامها^(٢).

وكذلك فإن حق القاضى فى إعطاء الوصف الصحيح للوقائع النابتة أمامه ، هو ما يفسر ما قضت به محكمة النقض المصرية من أن « استناد المطعون ضده فى دعواه إلى الخطأ القضى لا يمنع المحكمة الاستئنافية من أن تبني حكمها بالتعويض على خطأ تقصيرى متى ثبت لها توفر هذا الخطأ إذ أن استنادها إليه لا يعتبر منها تغييراً لسبب الدعوى مما لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها وإنما هو استناد إلى وسيلة دفاع جديدة على ما جرى به قضاء محكمة النقض »^(٣).

(١) راجع فى الأخذ بهذا رأى فيما يتعلق بسبب الدعوى : همام صادق ، البحث المشار إليه ، س ٧٩ ، وكذلك رسالته المذكورة السابق الإشارة إليها ، فقرة ٤٣ وما بعدها ، والمراجع المشار إليها وأنظر فى الأخذ بهذا رأى فيما يتعلق بمحل الإثبات : أوبرى ورو وبارتان ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، هامش ١٠ مكرر : بودان وبيرو ، ج ٩ ، س ٢١٣ وما بعدها .

(٢) بارتان على أوبرى ورو ، ج ١٢ ، فقرة ٧٤٩ ، هامش ٣ ، س ٦٧ .

(٣) نقض ١٩٦٦/١/٢٧ ، مجموعة المكتب الذى ، س ١٧ ، س ١٨٢ : فى نفس المسمى : نقض ١٩٦٨/٤/٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٩ ، س ٦٨٩ : نقض ١٩٣٩/١/٥ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، س ٧١ ، رقم ٢٢٦ .

- ٤١ -

ولكن حرماً على حق الخصوم في الدفاع فإن القاضي لا يطبق القانون على كل الرقعة التي عرضت أمامه ، ولكنه يطبقه على الرقعة التي كانت محلاً للإثبات ، أي على الواقع التي تمسك بها الخصوم وأثبتوا وجودها تأييداً لطلباتهم . أما الرقعة الأخرى التي تعرض أمام القاضي دون أن يتمسك بها الخصوم فلا يقضى على أساسها إلا إذا تعلق تطبيقها بالنظام العام^(١) .

والخلاصة أن محل الإثبات هو سبب الدعوى ، وهو مجموع الوقائع التي يبنى على توافرها وجود . صدر قانوني لتحقق المدعى بوجوده أو زواله أو الحاق وصف به . وعمل القاضي لا يرد على محل الإثبات فهذا ممنوع عليه قانوناً . ولكن للقاضي أن يراقب الخصوم فيما يقرمون به من إثبات سواء فيما يتعلق بشروط الإثبات أو الطرق الجائزة قبولها فيه ، أو الوصف القانوني لتصحيح الوقائع التي اثبتها الخصوم واستدلوا بها على الحق موضوع النزاع . ورقابة القاضي على هذا النحو ليس فيها إخلال بحق الخصوم في الإثبات ، وليس فيها مساس بسبب الدعوى .

ولكن بجانب رقابة القاضي للخصوم في إثباتهم للواقع ، فهو مستقل عنهم فيما يتعلق بالعلم بالقانون .

١٧ - القانون ليس محلاً للإثبات :

العلم بالقانون مفترض لدى الكافة ، وفي مقدمتهم القضاة الذين يقومون بتطبيقه بحكم وظيفتهم . ولذلك لا تكون قواعد القانون محلاً للإثبات بواسطة الخصوم ، بل يقضى بها القاضي بعمله^(٢) ، ويخضع في قضائه لرقابة محكمة النقض .

(١) راجع في التفرقة بين سلطة القاضي في تطبيق القواعد الآمرة ، والقواعد غير الآمرة : همام صادق ، المقال السابق الإشارة إليه ، ص ١٠ وما بعدها .

(٢) قضت محكمة النقض بأنه : « لكي ينتج الإقرار أثره القانوني لابد أن يكون متعلقاً بواقعة لا بتطبيق القانون لأن تمسك القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة »

- ٥٥ -

وقد يحدث من الناحية العملية أن يحاول الخصوم ارشاد القاضى إلى القواعد القانونية التى تنطبق على النزاع المعروض ، بل أكثر من ذلك فقد يكون القانون موضع تفسير بسبب غموض فى نصوصه ، فيحاول كل خصم أن يرشد القاضى إلى التفسير الذى يراه متفقاً مع مصلحته مستعيناً فى ذلك بأحكام القضاء أو مؤلفات الفقه^(١) . بل قد يصل الأمر إلى أكثر من هذا عندما لا يوجد نص فى التشريع يمكن تطبيقه كما لا توجد قاعدة فى المصادر الاحتياطية المحددة كالعرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية يمكن الرجوع إليها ، مما يقتضى الرجوع إلى جوهر القانون وهو القانون الطبيعى ومبادئ العدالة ، فيحاول كل خصم أن يصور للقاضى ما يردعه على أنه التعبير الوحيد المقبول عن مبادئ العدالة^(٢) .

وهذه المحاولات وإن كانت غير ممتنعة على الخصوم تمكياً لهم من الحق فى الدفاع ، إلا أنها ليست مطلوبة منهم . ففى لا تتعلق بمحل الاتبات ، وليس من شأنها التأثير فى عقيدة القاضى ، أو إضافة جديد إلى معلوماته^(٣) . فالقاضى يملك بالميزان بين الخصمين المتنازعين ويقضى بينهما بالعدل ، بحسب ما يحدده القانون

= وحدها لا من شأن الخصوم . واذن فإن اقرار المطعون عليها بانطباق المادة ٣٤ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على الوصية موضوع النزاع لا يقيده المحكمة فى شيء » (نقض ١٩٥٢/١٠/٢٢ ، مجموعة المكاتب الفنى ، س ٥ ، ص ٦٢) .

(١) عبد الرزاق السنورى ، ج ٢ ، ص ٥٠ .

(٢) راجع فى مشكلة النقض فى التشريع ، وضرورة تكملته - بحث استنفاد المصادر الاحتياطية الأخرى - بالرجوع إلى جوهر القانون وهو العدل ، عن طريق مجهود علمى يقوم به القاضى يمكن نسيته بالبحث العلمى الحر : مؤلف العلامة الفرنسى فرانسوا جيتي ، طرق التفسير ، ص ١ ، الصفحات ١١٧ ، ١١٨ ، ١٩٥ ، ١٩٧ ، ج ٢ ، الصفحات ٧٧ ، ٧٨ ، ١٢٩ ، ١٣١ ، ٣٤١ ، ٣٤٦ ، ٣٦٠ ، ٣٦٦ ، ٣٧٠ ، ٣٩٧ ، ٣٨٨ ، ٤٠٦ ، ومؤلفه العلم والصياغة ، ج ٤ ، ص ٤٥ هامش ١ .

(٣) بلانيول وديبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٠٩ ، ص ٨٣٠ .

- ٤٦ -

لمنى الدليل في دولة معينة في زمان معين^(١) ، وهو ما يعطيه القاضى علماً شخصياً لا يحتاج فيه إلى ارشاد أو اثبات ، وإن كان يخضع بشأنه لرقابة محكمة النقض . ورغم وضوح هذا المبدأ فقد ثارت مشكلة اثبات القانون الاجنبى أمام القاضى الوطنى وهو ما ندرسها فيما يلى .

١٨ - مشكلة اثبات القانون الاجنبى (٢) :

نظراً لتشابهك العلاقات الخاصة الدولية ، وهى ما تسمى بالعلاقات ذات العنصر الاجنبى فإنه من المنصور أن يطبق القاضى الوطنى قانوناً اجنبياً على النزاع المعروض عليه إذا أشارت قواعد القانون الدولى الخاص بتطبيق هذا القانون . وقواعد القانون الدولى الخاص مى قواعد وطنية منصوص عليها فى القانون الوطنى ، وهى تسمى قواعد الاستناد لأنها تسند النزاع إلى قانون معين هو القانون الراجب التطبيق . ونسمى أيضاً قواعد تنازع القوانين ، لأنها تحل التنازع بين أكثر من قانون واحد فى حكم الخصومة المطروحة أمام القضاء . وقد وردت قواعد تنازع القوانين فى المواد من ١٠ - ٢٨ من القانون المدنى المصرى . وهذه القواعد وطنية يخضع القاضى فى تطبيقها لرقابة محكمة النقض . ومن هذه القواعد ما تنص عليه المادة ١٢ من أنه ، يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين ، . وطبقاً لهذا النص إذا عرض نزاع حول صحة زواج بين انجليزى وانجليزية أمام القاضى المصرى . فإن القانون الواجب على القاضى تطبيقه فى هذه الحالة يكون هو القانون الانجليزى .

وكذلك هو هل يفترض فى القاضى المصرى العلم بالقانون الاجنبى ،

(١) راجع فى تعريف المل النضائى الماخوذ عن اوسطو : سمير تانغو ، الالتزام القضائى ، السابق الاشارة إليه ، فقرة ٩٦ ، ص ١٩٧ وما بعدها .

(٢) راجع فى تمثيل هذا الموضوع : رسالة الدكتور ياه التريل الدكتور هشام صادق ، مركز القانون الاجنبى أمام القضاء الوطنى ، ١٩٦٨ .

فيقضى فيه بعلمه ويخضع في قضائه لرقابة محكمة النقض؟ أم يعتبر لقانون الاجنبي مجرد واقعة موضوعية يقع عبء اثباتها على الخصوم أنفسهم . للاجابة على هذا السؤال ، فإن محكمة النقض المصرية متأثرة في ذلك بما يجرى عليه القضاء الفرنسي^(١) ، وجانب من الفقه الفرنسي^(٢) ، قضت بأن « التمسك بتشريع أجنبي أمام هذه المحكمة لا يعدو أن يكون واقعة يجب إقامة الدليل عليها ولا يغني في اثباتها تلك الصورة العرفية التي استند إليها الطاعنان بملف الطعن »^(٣) . وقضت كذلك بأن « الاستناد إلى قانون أجنبي ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يعدو أن يكون مجرد واقعة وهو ما يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه ، إذ كان ذلك ، وكان الطاعنون لم يبينوا القانون اللبناني الذي يتمسكون به اكتفاء بقولهم أنه القانون اللبناني الأخير للأشخاص بالوصية ولم يقدموا دليلاً عليه فإن التمسك بهذا السبب يكون غير مقبول »^(٤) .

ومع ذلك فإن بعض الفقه الفرنسي الحديث وكذلك الفقه المصري في مجموعه يذهبان إلى أن القانون الاجنبي لا يغير طبيعته لمجرد تطبيقه في دولة أخرى ، بل يظل محتفظاً بطبيعته القانونية ولا يتحول إلى واقعة مادية . وبالتالي فإن الخصوم وإن جازت معاونتهم للقاضي في اثبات القانون الاجنبي إلا أنهم لا يكتفون باثباته ، فالقاضي يقضى في القانون الاجنبي بعلمه ، وعليه أن يبحث هو عن مضمونه ، وأن

(١) راجع في القضاء الفرنسي : الأحكام المشار إليها في بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٤٣ ، ص ٢١٠ ؛ بلانيول وريسير وجابولك ، ج ٧ ، فقرة ١٤٠٩ ، ص ٨٣١ ، وما بعدها ؛ أوبري ورو وبارتان ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، ص ٧٠ وما بعدها .

(٢) باتينول ، المطول ، فقرة ٢٣٢ ؛ ليربور ويجونير ولوسوارن ، موجز القانون الدولي الخاص ، فقرة ٣١٢ و ٣١٥ ، مشار إليها في : هشام صادق ، تنازع القوانين ، ص ٢٢٩ ؛ بارتان على أوبري ورو ، ج ١٢ ، ص ٧٠ وما بعدها .

(٣) نقض ١٩٥٥/٧/٧ ، مجموعة المكنب الثاني ، ص ٦ ، ص ١٣٤٧ .

(٤) نقض ١٩٦٧/٧/٢٦ ، مجموعة المكنب الثاني ، ص ١٨ ، ص ١٤٩٣ .

يفسر حسب القواعد المعمول بها في الدولة صاحبة هذا القانون ، وهو يخضع في كل ذلك لرقابة محكمة النقض^(١).

وجدير بالملاحظة أن اعتبار القانون الاجنبي واقعه مادية يرجع إلى اعتبارين لم يمد هناك مجال لهما في الوقت الحاضر . الاعتبار الاول وهو اعتبار تاريخي هو أن القانون الاجنبي يطبق على سبيل المجاملة ولذلك فهو لا يفت في نفس مستوى القانون الوطني^(٢) . وهذا الاعتبار لم يمد له محل في القانون الحديث حيث يطبق القانون الاجنبي طبقاً لما تقضى به قاعدة الاسناد الوطنية ، واستجابة لضرورات الحياة الخاصة الدالية وليس على سبيل المجاملة . أما الاعتبار الثاني فهو اعتبار عملي وهو صعوبة إلزام القاضى الوطنى بكل قوانين الدول الاجنبية ، ولكن هذا الاعتبار لم يمد له محل الآن بعد أن تعدد نشر الدراسات المقارنة وزادت الصلات العلمية والقانونية بين دول العالم المختلفة^(٣).

وقد لاحظ البص - بى - أن محكمة النقض المصرية وهى تعتبر القانون الاجنبي مجرد واقعه مادية ، تعرض في نفس الوقت رقابتها على محكمة الموضوع في تفسير هذا القانون ، وهذا يكشف عن عدم اقتناعها الكامل بأن القانون الاجنبي

(١) أنظر في الفقه الفرنسى ، مالورى ، موتيسكى ، فالرى ، سافيتيه ، ميكارد ، مراجع مشار إليها في : همام صادق ، تنازع القوانين ، ص ٢٢٦ هامش ١ ، وأنظر في الفقه المصرى : جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، ص ٥٨٢ ، حلمد زكى ، القانون الدولى الخاص المصرى ، ١٩٣٦ ، ص ١٨١ ؛ محمد كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص ١٩٥٥ ، ص ٣٩٤ ؛ شمس الدين الوكيل ، دراسة مقارنة في اثبات القانون الاجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره ، الاسكندرية ١٩٦٤ ، ص ٥٠ ؛ عز الدين عداقة ، ص ٤٢٩ ، مراجع مشار إليها في : همام صادق ، ص ٢٢٦ هامش ١ ، وأنظر أيضاً : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٥٥ ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، ص ٢٩ - ٣٠ .

(٢) بارتان على اوبرى ورو ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، ص ٧١ .

(٣) - عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٥٦ .

هو مجرد واقعة مادية ، وإنما هي قد استندت في قضائها للصعوبات العملية ، وهي مع ذلك صعوبات يمكن تخطيطها ولا ينبغي أن تؤدي إلى إهدار المبادئ القانونية السليمة (١) .

١٩ - مشكلة إبيات العرف والأمادات الاتفاقية :

العرف هو تواتر الناس على العمل بقاعدة معينة مع شعورهم بالزامها إلزاماً قانونياً . والقاعدة العرفية هي قاعدة قانونية جعلها المشرع المصري في الدرجة الثانية بعد التشريع واعتبرها مصدراً احتياطياً للقانون عند وجود نقص في التشريع (م ١ مدني) . ومع ذلك فإن القاعدة العرفية قد تنطبق مع وجود نص في التشريع بل وقد تخالف هذا النص ولو كان آسراً (٢) . ونظراً لطبيعة العرف القانونية ، فإن القاضي يفترض فيه العلم بالعرف ، وهو يقضى فيه بعلمه ، ولا يطلب من الخصوم إبياته ، ويخضع في قضائه به لرقابة محكمة النقض (٣) .

ولكن نظراً لصعوبة معرفة العرف من الناحية العملية فإن الخصوم يعمدون عادة إلى معاونة القاضي في التحقق من وجود العرف وتحديد مضمونه . ويكون ذلك في حالة العرف المهني أو التجاري عن طريق الالتجاء إلى أهل الاختصاص في مهنة معينة أو إلى الشهادات التي تعطيها الغرف التجارية وغير ذلك . ولكن القاضي يظل هو المرجع النهائي في تقدير وجود العرف وفي تفسيره لا يخضع في

(١) همام على صادق ، تنازع القوانين ، ص ٢٣٤ .

(٢) راجع المادة ٢٣٢ مدني الخاصة بعدم جواز تقاضي فوائد مركبة أو أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال . وهذه قاعدة آمرة ولكن العرف التجاري يستطيع أن يخالفها بحسب نص المادة ٢٣٢ ذاتها .

(٣) فرانديا جني ، طريقة تفسير القانون ، ج ١ ، ص ٢١٧ وما بعدها ؛ بارثان على أوبري ورو ، ج ١٢ ، فقرة ٧٤٢ ، ص ٦٩ - ص ٧٠ ؛ عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٥٠ ؛ حسن كبير ، المدخل ، ص ٢٦٧ وما بعدها .

ذلك لإلزامية محكمة النقض^(١).

وجدير بالذكر أن الاعتراف للعرف بطبيعته القانونية لم يتحقق إلا في وقت قريب . وقد كان العرف معتبراً منذ عهد المحشيين بمجرد واقعة مادية لا يجوز للقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه . وكان هدف المحشيين من هذه الفكرة هو جعل العرف المحلي في منزلة أقل من القانون الروماني وهو القانون المكتوب أو العقل المكتوب على حد وصفهم له . وقد حدث نفس الشيء أيضاً في القرن التاسع عشر في فرنسا بفضل مدرسة الشرح على المتون التي كانت لا ترى للقانون إلا مصدراً واحداً هو التشريع . وقد نهض الفقه الألماني ضد هذا الاتجاه ، ثم تابعه في ذلك الفقه الفرنسي بعد الدراسات التي قام بها فرانسوا جيني^(٢) .

وعلى خلاف العرف فإن المادة الاتفاقية ليست قاعدة قانونية ولكنها مجرد واقعة مادية . والمادة تختلف عن العرف في افتقارها إلى قوة الإلزام . وهي تستند قوتها الملزمة من إرادة المتعاقدين المقترضة في الأخذ بما جرت عليه الناس . وأحياناً قد تدق التفرقة بين العرف وبين المادة الاتفاقية ، ومع ذلك فإن معيار التفرقة بينهما يظل واضحاً وهو أن العرف كما يقول البعض ، يستمد قوته من تقاليد غير معروفة التاريخ نجمله وكأنه من تشريعات الآباء^(٣) .

وعلى من يتسلك بقاعدة اتفاقية سواء كانت لها شهرة شائعة أو لم تكن لها هذه

(١) فرانسوا جيني ، ص ٢٥٤ ؛ حسن كبير ، ص ٢٧٠ ؛ عبد الرزاق السنهوري ، ص ٥٢ طمش ٢ .

(٢) يرد جيني على الحجة التي تقول أن العرف واقع لأنه مستمد من واقع الحياة ، إنها حجة لفظية ، وأنتا إذا أردتا أن نرد عليها بحجة لفظية مثلاً لقلنا أن التشريع هو أيضاً واقع ، يعني أنه تصرف صادر في شكل معين ، المرجع السابق ، ص ٣٥٣ .

(٣) تالير ويرسيرو ، القانون التجاري ، ١٨٩٨ ، ص ٤٢ ؛ بودان ويرسو ، ص ٩٦ ، ص ٢١٢ .

الشهرة ، أن يثبت عند المنازعة فيها ، وجود هذه العادة ومضمونها . ويخضع هذا الإثبات لسلطة تقاضي التقديرية ، وهو يعتبر من عناصر الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض . ومحل الإثبات ليس هو تراخي الطرفين على وجوب الأخذ بهذه العادة ، فهذا مستمد من جريان الناس عليها ، ولكن محل الإثبات هو وجود هذه العادة ومضمونها وهو ما يعبر عنه بكيانها المادي *Sa materialité* (١) ، وهذه واقعة مادية يجوز اثباتها بكل طرق الإثبات (٢) .

٣ - شروط محل الإثبات

٢٠ - وضع للمشكلة :

هناك شروط تتعلق بالواقعة المراد اثباتها بغض النظر عن وسيلة الإثبات المستخدمة . ولذلك تبنى التفرقة بين شروط محل الإثبات وهي التي نقصدها في هذا المكان ، وبين شروط طرق الإثبات . فكون القانون يميز الإثبات بالشهادة أو لا يميز ذلك ، فهذا مسألة تتعلق بطرق الإثبات الجائز قبولها . أما إذا كان القانون لا يميز إثبات واقعة معينة لاعتبارات تتعلق بالنظام العام ، أو لأنها غير منتجة في الدعوى ، فهذا مسألة تتعلق بشروط محل الإثبات ، وهي شروط إذا لم تتوافر ، لا يجوز إثبات الواقعة ، ولو كانت الطريقة المستخدمة في إثباتها ، كالكتابة أو غيرها من الجائز استخدامها بحسب القانون في إثبات مثلها (٣) .

وشروط محل الإثبات هي أن تكون الواقعة المراد إثباتها واقعة محددة ، وغير

(١) نفتت محكمة النقض بأنه « متى كان الطاعن يدعي قيام « العادة الاتفاقية » بين الشركة وموظفيها على العمل في الخارج وفي غير أوقات العمل لديها فإن عليه هو لاعلى الشركة اثبات وجودها وإثبات أن التساقي كليا قد قصدوا الالتزام بها واتباعها » () نقض ١٩٦٢/٥/٢٢ ، مجموعة الكتب القني ، ص ١٣٠ - ص ٦٥٢ .

(٢) عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٥١ - ص ٥٢ .

(٣) جودان ويرو ، ج ٩ ، ص ٢٤٠ .

مستحيلة ، ومتنازع فيها . وهذه شروط ثلاثة مستمدة من طبيعة الأشياء . وبجانب هذه الشروط يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى منتجة فيها من الجائز اثباتها ، وهذه شروط ثلاثة أخرى جرى عليها العمل ونص عليها قانون الإثبات في المادة ٢ منه بقوله : يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائز قبولها ، . وندرس هذه الشروط الستة فيما يلي بالترتيب .

٢١ - يجب أن تكون الواقعة محددة :

شرط أن تكون الواقعة محل الإثبات محددة ، هو شرط بدىي يرجع إلى طبيعة الأشياء . لأن الإثبات شأنه في ذلك شأن أى نشاط لإنسانى هادف ، لا بد أن يرد على شئ محدد ، أما إذا كان محل هذا النشاط غير محدد وغير واضح المعالم ، فلا يمكن اعتباره نشاطاً جاداً بما تجوز مباشرته في ساحة القضاء . فن يدعى مثلاً أنه مالك شئ بمقتضى عقد من العقود ، يجب عليه أن يحدد هذا العقد ، وهل هو عقد بيع أم مقايضة أم هبة أم غير ذلك . ومن يدعى أنه دائن لشخص آخر يجب عليه أن يحدد الواقعة التى نشأ عنها هذا الدين سواء كانت تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً (١) .

والواقعة يمكن أن تكون محددة سواء كانت ايجابية كوجود شئ معين أو القيام بعمل معين ، أو سلبية كالامتناع عن عمل معين أو عدم التقصير في بذل عناية معينة (٢) .

٢٢ - يجب أن تكون الواقعة ممكنة :

الواقعة المستحيلة لا يقبل اثباتها ، فهذا بحث لا يجوز أمام القضاء . والاستحالة

(١) عبد الرزاق السنورى ، ج ٢ ، ص ٥٧ : هـب النعم فرج الصدة ، ص ٣١ .

(٢) اوبرى ورو وبارتاز ، ج ١٢ . رقم ٧٤٩ ، ص ٨١ - ص ٨٢ : أحمد نشات ،

رسالة الإثبات ، ج ١ ، ١٩٧٢ ، فقرة ٤٤ ، ص ٧٨ .

ترجع إما إلى أن الواقعة لا يمكن تصديقها عقلا ، كمن يدعى بنوته لشخص أصغر منه في السن^(١) ، وإما أن ترجع إلى أن الواقعة وإن جاز تصديقها عقلا إلا أنها بسبب إطلاقها لا يمكن اثباتها . فالاستحالة متافقة هنا بإمكان الاثبات وليس بإمكان التصديق

ومن قبيل الوقائع المطلقة التي لا يمكن اثباتها ، أن يدعى شخص أنه لم يرتكب خطأ في حق أي إنسان آخر ، فهذه واقعة سلبية مطلقة لا يمكن اثباتها . أو أن يدعى شخص أنه قام بوفاء جميع الالتزامات التي نشأت في ذمته . فهذه واقعة إيجابية مطلقة لا يمكن اثباتها .

والواقعة المطلقة هي واقعة غير محددة . واستحالة اثباتها ترجع إلى عدم تحديدها . ومعنى ذلك أن شرط إمكان الواقعة يرجع إلى الشرط السابق وهو أن تكون الواقعة محددة .

والواقعة المطلقة غير المحددة لا يجوز أن تكون محلا للإثبات ، نظراً لعدم تحديدها وكذلك لاستحالة اثباتها في نفس الوقت . لا فرق في ذلك بين أن تكون الواقعة إيجابية أو سلبية^(٢) .

(١) عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٥٧ .

(٢) ذهب المحنون ، عن خطأ ، إلى القول بأن الواقعة السلبية لا يمكن اثباتها نتيجة لفهم غير صحيح للنس الروماني الذي يقرر أن عبء الإثبات يقع على من يدعى وليس على من ينكر رغم أن هذا النس *Negantis naturali ration, nulla est probatio* خاص بتحديد من يقع عليه عبء الإثبات ، وليس بتحديد شروط محل الإثبات . وقد شاع بين المحنين القول بأن الواقعة السلبية لا يمكن اثباتها إلا عن طريق إثبات واقعة إيجابية مضادة وهذا القول غير صحيح أيضا . لأن الواقعة السلبية إذا كانت محددة فانه يمكن اثباتها سواء من طريق اثبات واقعة إيجابية مضادة ، أو عن طريق إثبات الواقعة السلبية ذاتها . أوبري و رد وبارتان ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، هامش ١٠ ، ص ٨٢ ؛ بودرى وبارد ، ج ٣ ، فقرة ٢٠٦٥ ص ٤٢٧ ؛ عبد الرزاق السنهوري ، ج ١ ، ص ٥٨ ؛ عبد المنعم الصدة ، ص ٣٢ - ص ٣٣ .

وبطبيعة الحال فإن القاضي يبدى تساهلاً أكثر في إثبات الواقعة السلبية المحددة. فلا يشترط بشأنها نفس درجة الاقتناع اللازمة لإثبات الواقعة الإيجابية المحددة^(١).

٢٣ - يجب أن تكون الواقعة متنازعا فيها :

الواقعة لا تكون محلاً لإثبات قضائي إلا إذا كانت موضع نزاع بين خصمين أما إذا ادعى خصم الواقعة معينة ، وأقره خصمه على هذا الادعاء ، فإنه لا يكون هناك محل لإثبات هذه الواقعة . والاعتراف بالواقعة هو اعطاء لمن يدعيها من عبء اثباتها . وهو يجعل هذه الواقعة ثابتة في حق المقروضه دون غيره من الناس . ولذلك فإن هذه الواقعة إذا نوزع في صحتها في خصومة أخرى في مواجهة شخص آخر فإنها تعود فتصبح جائزة الإثبات ، بل واجبة الإثبات . وكون الأقوال المنسوبة إلى الخصم تعتبر اقراراً منه أو لا تعتبر مسألة قانونية تدخل تحت رقابة محكمة النقض^(٢).

٢٤ - يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى (٣) :

يجب أن تكون الواقعة محل الإثبات متعلقة بالدعوى Pertinent ، أي متعلقة بلحق المدعى به . وبطبيعة الحال إذا كانت الواقعة محل الإثبات هي مصدر هذا الحق فإن تعلقها بهذا الحق لا يكون في حاجة إلى بيان ، إذ لا توجد علاقة أقوى من العلاقة بين الحق ومصدره . ولكن نظراً لأن الإثبات لا يرد دائماً على مصدر الحق ، بل ينتقل إلى شيء آخر طبقاً لما سبق أن درسناه بصدد نقل محل

(١) أوبري ورو وبارتان ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، ص ٨٣ . بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤١٩ ، ص ٨٤٥ .

(٢) نقض ١٩٣٢/٣/٣٠ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ سنة ، ج ١٦ ، ص ٣٣ ، فقرة ٦١ : قارن : عبد الرزاق السجوري ، ج ٢ ، ص ٦٠ .

(٣) راجع في هذا الموضوع : رسالة محمد صادق فهسي ، الواقعة المتعلقة بالدعوى والمجازة قبولها ، باريس ١٩٢٣ .

الاثبات^(١)، فإنه يشترط في هذه الحالة أن يكون الشيء الذي انتقل إليه محل
الاثبات ، أى الذى أصبح هو محل الاثبات ، قريباً voisin ومتصلاً connexe
بالمحل الاصلى للاثبات وهو مصدر الحق ، وبالتالي الحق ذاته .

فشرط أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى هو في الواقع تعبير بطريقة معينة
عن المدى الذى يجوز فيه نقل محل الاثبات من مصدر الحق إلى واقعة أخرى قريبة
ومتصلة بهذا المصدر^(٢).

وتعتبر الواقعة قريبة ومتصلة بهذا المعنى ، إذا كان من شأن اثباتها أن يقتنع
القاضي بوجود مصدر الحق وبالتالي بوجود الحق ذاته . واقتناع القاضي على
هذا النحو يتحقق إذا كانت الواقعة المراد اثباتها تجعل الحق المدعى به قريب
الاحتمال^(٣) .

ولكن لا يشترط في هذه الواقعة أن تكون حاسمة في الاثبات ، فهذا شرط
آخر سندرسه في الفقرة التالية .

اما إذا كانت الواقعة غير قريبة أو متصلة بالحق أو بمصدره ، فإنها تكون غير
متعلقة بالدعوى ، غير جازز اثباتها ، وهذه مسألة تقديرية تخضع لسلطة قاضى
الموضوع^(٤) .

٢٥ - يجب أن تكون الواقعة متبعة في الدعوى :

تكون الواقعة متبعة في الدعوى concluant إذا كان اثباتها يودى بطريقة

(١) راجع ما سبق ، فقرة ١٤ .

(٢) جودان ويرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٦٩ ، ص ٢٤١ ؛ يرو ، انبكلويدى دالوز ،

ج ٤ ، ص ١٠٤ ، فقرة ٢٩ .

(٣) لوبرى ، رو وباران ، ج ١٢ ، رقم ٢٤٩ ، هاش ١٠ مكرر .

(٤) ملايول وريبير ، جاولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤١٥ ، ص ٨٣٩ .

ساحمة إلى اقتناع القاضى بصحة الحق المدعى به . ويتحقق ذلك بصفة خاصة إذا كانت هذه الواقعة هي مصدر هذا الحق . ويتحقق ذلك أيضاً إذا لم تكن هذه الواقعة هي مصدر الحق ، بل كانت واقعة أخرى اتقل إليها محل الإثبات ، ومع ذلك فإن إثباتها يؤدي إلى إثبات مصدر الحق وبالتالي إثبات الحق ذاته بطريقة ساحمة ، أي بدرجة تدعو القاضى إلى إصدار حكمه في النزاع^(١).

وبطبيعة الحال فإن الواقعة لا تكون متجة في الدعوى بهذا المعنى إلا إذا كانت متعلقة بها في بادئ الأمر . فشرط أن تكون الواقعة متجة يتضمن ويستغرق وبشكل شرط أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ، إذ من غير المنصور أن تكون الواقعة متجة في الدعوى دون أن تكون متعلقة بها . ولكن العكس غير صحيح ، فقد تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ولكنها غير متجة فيها .

وحتى تمكن التفرقة بين هذين الشرطين من الناحية النظرية ، فإنه يمكن القول ان الواقعة قد تكون متعلقة بالدعوى ولكنها غير متجة فيها بمفردها ، ولكنها تصبح متجة فيها إذا اجتمعت معها وقائع أخرى متعلقة بالدعوى أيضاً . وكما يقول البعض أن النار تشتمل من احتكاك عدة عناصر مختلفة ، رغم أن كل عنصر من هذه العناصر بمفرده لا يؤدي إلى اشتعالها^(٢).

وكما أن التفرقة بين هذين الشرطين ممكنة من الناحية النظرية ، فهي مفيدة أيضاً من الناحية العملية . لأن القاضى يستطيع على أساس هذه التفرقة أن يقبل إثبات واقعة متعلقة بالدعوى ولكن ليس من الواضح أنها متجة فيها منذ بادئ الأمر ،

(١) بودان ويرو ، ج ٩ ، فقره ١١٧٠ ، ص ٢٤٢ : عبد الرزاق النهدي ،

ج ٢ ، ص ٦٢ .

(٢) بونيه ولارنود ، مطول قواعد الإثبات في القانون المدني والقانون الجنائي ،

الطبعة الخاصة ، ١٨٨٨ ، فقرة ٤٤ .

فإنما ما أضيفت هذه الواقعة إلى غيرها من الوقائع التي تحقق إثباتها يمكن أن يؤدي ذلك إلى حسم النزاع في الدعوى^(١).

ويلاحظ أن بعض الفقهاء يردون هذين الشرطين إلى شرط واحد هو أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى^(٢). وبعضهم يردونها إلى الشرط الآخر وهو أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى^(٣). ويذهب البعض الآخر إلى أن هذين الشرطين يحققان معاً ففكرة أن تكون الواقعة مفيدة في الدعوى ، على النحو الذي تتطلبه المادة ٣٤ من قانون المرافعات الفرنسي^(٤).

ونظراً لأن المشرع المصري يشترط في المادة ٢ من قانون الإثبات اجتماع هذين الشرطين معاً ، وبمراعاة الفائدة النظرية والعملية في عدم ادماج هذين الشرطين في شرط واحد ، فإننا نرى الإبقاء على التفرقة بينهما ، خاصة وأن هذه التفرقة تساعد القاضى على تحديد منطوق حكمه برفض طلب إثبات الواقعة . فهو قد يرفض إثباتها لعدم تعلقها بالدعوى ، وهو ما لا يحتاج الأمر معه إلى البحث في كونها منتجة أو غير منتجة فيها . وهو قد يرفض إثبات الواقعة لكونها غير منتجة في الدعوى حتى ولو كانت متعلقة بها .

ولعل أبرز مثل على أن الواقعة غير منتجة في الدعوى رغم كونها متعلقة بها ، يتحقق عندما يرى القاضى أن الأوراق والأدلة المقدمة في الدعوى تكفى لتكوين

(١) عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٦٣ ؛ عبد الباسط جيمى ، ص ٥٩ - ٦٠ .

(٢) أوبري ورو وإدريان ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، ص ٧٩ ؛ جيلبير بور ، الواقعة المتعلقة بالدعوى ، رسالة ، أكس ، ١٩٣٧ ؛ بلانيول وريسير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤١٥ ، ص ٨٢٨ .

(٣) بونيه ولارنود ، فقرة ٤٤ .

(٤) بودان ويرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٧٠ ، ص ٢٤٣ ، هامش ١ .

هقيده . وهذه مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع^(١) .

٢٦ - يجب أن تكون الواقعة جائزة الاثبات لانولاً :

وتكون الواقعة غير جائزة الاثبات قانوناً إما لاعتبارات اخلاقية ، أو لاعتبارات تتعلق بالصياغة الفنية . ومن قبيل الاعتبارات الاخلاقية عدم جواز اثبات النسب غير الشرعي^(٢) ، وعدم جواز اثبات ما تعارض اذاعته مع سر المهنة . ومن هذا القبيل ما تقرره المادة ٦٥ من قانون الاثبات ، ونصها : الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لا يشهدون ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانوني ولم تأذن السلطة المختصة في اذاعتها ومع ذلك فلهذه السلطة أن تأذن لهم في الشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم . وتنص المادة ٦٦ من قانون الاثبات على أنه : لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الاطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جناية أو جنحة . . . ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدروا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة . . . وتنص المادة ٦٧ من قانون الاثبات على أنه : لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشي بغير رضاء الآخر

(١) نقض ١٩٦٩/١/٢٨ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٠ ، ص ١٨٢ ؛ نقض ١٩٦٩/١٢/٢٣ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٠ ، ص ١٢٩٦ ؛ نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٠ ، ص ١٢٤٤ ؛ نقض ١٩٧٠/٦/٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢١ ، ص ١٠٩٥ ؛ نقض ١٩٧٠/٦/٢٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢١ ، ص ١٠٧٩ ؛ نقض ١٩٧٠/٤/٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢١ ، ص ٥٥٩ ؛ نقض ١٩٧٠/٤/١٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢١ ، ص ٦٥٣

(٢) راجع : سمير تانغو ، أحكام الأسرة ، فقرة ٦٣ ، ص ٣٠٧ وما بعدها ؛ بودان

ويو ، ج ٩ ، ص ٢٤٤ .

ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالها إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر. أما اعتبارات الصياغة الفنية التي لا تميز إثبات الواقعة فتلها أن ينص القانون على قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، كالقرينة المستمدة من حجية الشيء المحكوم به^(١) ، أو القرينة الخاصة بخطأ حارس الأشياء في الحراسة^(٢).

وبهذا نقتضى من دراسة شروط الواقعة محل الإثبات . وتؤكد ما سبق أن ذكرناه أن هذه الشروط لا علاقة لها بشروط قبول الدليل، فهذه الشروط الأخيرة خاصة بطرق الإثبات الجائز تقديمها كالكتابة والبيئة وغيرهما . وننتقل الآن إلى دراسة عبء الإثبات .

(١) عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٦٤ ؛ بودان ويغو ، فقرة ١١٧١ ، ص ٢٤٤ .

(٢) راجع في هذا الموضوع : محمد لبيب شنب ، المسؤولية عن الأخطاء ، رسالة ، القاهرة ١٩٥٢ ، خاصة ص ٢٢٥ وما بعدها .

الفصل الثالث عبء الإثبات

٢٧ - أهمية تحديد من يقع عليه عبء الإثبات :

طبقاً لمبدأ حياد القاضى فإن الإثبات واجب على الخصوم كما هو حق لهم .
والإثبات لا يكون واجباً على كل من الخصمين فى نفس الوقت ، والا لالتقى كل خصم
هذا الواجب على عاتق خصمه ولما أمكن الفصل فى أى نزاع . ولذلك فإن الذى
يجب عليه إثبات واقعة معينة هو أحد الخصمين دون الخصم الآخر . ويبقى على الخصم
الذى يقع عليه هذا الواجب أن يقوم بإثبات الواقعة المطلوب إثباتها . والاحكم
القاضى لصلحة خصمه الذى لا يطلب منه إثبات أى شئ . بضد هذه الواقعة قبل أن
يقوم الخصم الأول بواجبه فى الإثبات . ويترتب على ذلك أن مصير الحكم فى الدعوى
يتوقف على نجاح الخصم الذى يقع عليه واجب الإثبات فى القيام بهذا الواجب .
ولكن بطبيعة الحال نظراً لحق كل خصم فى إثبات عكس ما يثبت خصمه^(١) ، فإن
مصير الحكم فى الدعوى يتوقف بصفة نهائية على نجاح الخصم فى الإثبات دون أن
يستطيع خصمه إثبات العكس .

ونظراً لأنه فى كثير من الأحيان تكون عناصر الإثبات نادرة أو
غائبة أو مشكوك فى مداولها ، فإن واجب الإثبات يصبح مهمة صعبة بالنسبة
لمن يتحمله ، وهذا ما يفسر الاسم الذى يطلق على هذا الواجب ، وهو عبء
الإثبات^(٢) .

(١) راجع ما سبق ، فقرة ٩ .

(٢) بودان وبيرو ، ج ٩ . فقرة ١١٥٨ ، ص ٢٣٠ ؛ بلانويل ورييه وجاواند ،

ج ٧ . فقرة ١٤٠٠ ، ص ٨٣٨ ؛ عبد الرزاق السنهورى ج ٢ ، ص ٦٧ .

٢٨ - عبء الإثبات يقع على من يدعى بخلاف الأصل (١) :

تنص المادة الأولى من قانون الإثبات على أنه ، على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدعى إثبات التخلّص منه ، . وهذا النص منقول عن المادة ٣٨٩ من القانون المدني ، وهذه بدورها منقولة عن المادة ١٣١٥ من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن ، من يطلب بتنفيذ التزام عليه إثبات وجوده ، وبالمثل فإن من يدعى التناقص من هذا الالتزام أن يثبت الوفاء ، أو الواقعة التي أدت إلى انقضاء التزامه .

والحكم المقرر في المادة الأولى من قانون الإثبات هو تطبيق خاص ، بهذا نظرية الالتزام ، للقاعدة العامة فيمن يقع عليه عبء الإثبات ، أيأ كان الحق موضوع النزاع ، سواء كان حقاً شخصياً أو عينياً أو مركزاً من أى نوع آخر .

والمطلوب الآن هو تحديد القاعدة العامة التي تطبق على الالتزامات وغيرها من الحقوق والمراكز . وقد جرى القول منذ وقت بعيد على التعبير عن هذه القاعدة بأن على المدعى يقع عبء الإثبات (٢) . وهذه القاعدة تبدو طبيعية ومقبولة ، لأن من يكلف خصمه بالحضور أمام القضاء ويدعى شيئاً يريد الحكم له به في مواجهته عليه أن يثبت صحة ما يدعيه *Actori, incumbit probati* (٣) . وقد هجر الرومان

(١) فرانسوا جسنى ، العلم والعبء ، ج ٣ ، ص ٢٧٤ ؛ ملوتي ورينو ، ج ١ ، ص ٣٤٧ ؛ عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٦٧ وما بعدها .

(٢) من المبادئ المقررة في الشريعة الإسلامية أن البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر . وقد فصل الثنتين المدني العراقي في أحكام الفقه الإسلامي في هذا الشأن نقلاً عن المجلة في المواد ٤٤٤ - ٤٤٨ وهي تنص على أن الأصل براءة التهمة ، واليمين لا يزول بالنكاح ، ويضاف للحادث إلى أقرب أوقاته ، والأصل بقاء ما كان على ما كان ، والأصل في الصفات المارئة الدم ، وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه ، والمدعى هو من يتكلم بخلاف الظاهر ، والمنكر هو من يتكلم ببقاء الأصل . منار إليه في : عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٦٦ ، هامش (٢) .

(٣) يلاحظ البعض أنه رغم ما في القاعدة المذكورة من منطقي ، إلا أنها لم تكن مقبولة

عن ذلك بأن كل مركز مكتسب يستحق الحماية وأن على من يريد تغيير الظاهر أن يثبت ما يدعيه (١).

ولكن من هو المدعى؟ بحسب اصطلاحات قانون المرافعات ، فإن من يرفع الدعوى ويكلف خصمه بالحضور هو المدعى في هذه الدعوى . ومع ذلك فطبقاً لحق الخصم في الدفاع فإن المدعى إذا أثبت دعواه ، فإن المدعى عليه يستطيع أن يدفع هذا الادعاء بأدلة عكس ما أثبتته المدعى . ومن المتمر في فئة المرافعات أيضاً أن المدعى عليه يصبح بدفعه مدعياً *Reus in excipiendo fit actor* . وعلى هذا النحو فإن عبء الإثبات يمكن أن ينتقل من خصم إلى آخر ، كالكرة يتقاذفها الخصمان ، حتى يعجز من ألقى عليه هذا العبء أخيراً أن يقوم به ، أو يعجز من ألقى إليه الكرة أخيراً أن يردّها إلى خصمه ، فيكون بذلك قد خسر دعواه .

ومن الأمثلة على ذلك أن يثبت المدعى أنه دائن للدعى عليه بمقتضى عقد بيع أو قرض أو على أساس عمل غير مشروع أو اثره بلا سبب ، فيقوم المدعى عليه بأدلة تثبت أنه وفي بهذا الالتزام أو أن هذا الالتزام قد انقضى لاي سبب من الأسباب ، أو أن هذا الالتزام لم ينشأ لأن العقد الذي أنشأه لم ينعقد صحيحاً إلى غير ذلك من أوجه الدفع الممكنة .

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً أن يثبت المدعى ملكيته لشيء الذي يطالب باستحقاقه ، فيدفع المدعى عليه هذه الدعوى بأدلة اكتسابه هو الملكية لهذا الشيء بطريق التصادم (٢).

= في كل الصور فهي أصبحت مقررة في القانون الروماني ، بمقتضى الإلزام البربطورية . ولكن هذه القاعدة احتجبت في القانون الفرنسي القديم ، الذي كان يجرى ، حسب بعض وثائق القرون الوسطى أن المدعى عليه في دعوى الاستحقاق سيء النية وعليه هو أن يثبت سند ملكيته .

راجع : بودان ويرو ، ج ٩ ، ص ٢٢١ ، هامش ١ .

(١) Code, L. 23, 4, 19.

(٢) مارتى برونو ، ج ١ ، مقرة ٢١٢ : ص ٣٤٦ .

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً أن يطالب المودع بالتعويض في مواجهة المودع لديه بسبب هلاك الشيء المودع ، فيدفع المودع لديه هذا الادعاء بأن الشيء هلك بسبب قوة قاهرة ، فيرد المودع على هذا الدفع بأن القوة القاهرة لا تعفى من المسؤولية بسبب سبق اعدار المودع لديه بالرد ، فيجيب المودع لديه بعدم تأثير الاعذار لأن الشيء المودع كان سيهلك حتى ولو كان قد سلم إلى المودع^(١).

وهكذا فإن الادعاءات يمكن أن تتبادل بين الخصمين وأن تتشابك إلى درجة جعلت البعض يذهب إلى عدم امكان وضع قاعدة عامة في شأن من يقع عليه عبء الإثبات ، وأن كل ما يمكن الوصول إليه هو تحليل أحكام القضاء تحليلاً وصفيًا ، هن طريق تصنيف أحكام القضاء إلى طوائف نموذجية أو طبيعية يمكن بطريق القياس حلها تحديد من يقع عليه عبء الإثبات بحدود كل نزاع جديد ثور بمسده هذه المشكلة^(٢).

ومع ذلك فإن الفقه السائد لا يعترف بهذه الصعوبة ، ويحاول أن يضع مجموعة من الضوابط تكفي لتحديد المقصود بالمدعى الذى يقع عليه عبء الإثبات .

ومن الممكن أن تكون نقطة البداية في هذه المحاولات ، ما قرره الرومان^(٣)

(١) بيودرى وبارد ، ج ٣ ، فترة ٢٠٦٣ ، ص ٤٢٤ ، وهو يطلى هذا المثال بحدود عقد المارية ، وقد رأينا من الافضل تطبيقه على عقد الودبة .

(٢) بارتان على اوبرى ورو ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، هامش ٢٠ مكرر ، ص ٩٠ . وبلاحظ ان التشابك والتداخل الذى يشير إليه بارتان ، يتحقق بالفعل في كثير من الاحيان بحيث اصبح من غير القبول القول بان عبء الإثبات يقع على من يرفع الدعوى أو يتسك بالدفع في جميع الاحوال . فلى سبل المثال فان دعوى ضمان اليوب التى يرفنها المشتري على البائع يشترط فيها أن يكون السبب مؤثراً وخفياً وغير منوم للمشتري . ويقع على طاق المشتري رافع الدعوى اثبات توافر الشرطين الاولين فقط . اما الثالث فهو مفترض ولا يطالب المدعى باثباته . راجع نقض مصرى ، ٢٠ / ١٠ / ١٩٦٦ ، مجموعة المسكتب النقي ، ص ١٧ ، ص ١٥٥٢ .

من أن من يدعى خلاف الظاهر المشروع أو خلاف المركز المكتسب عليه يقع عبء اثبات ما يدعيه ، وترجع هذه الفكرة إلى اعتبارات حفظ النظام والعمل على استقرار المعاملات^(١) ، وهي اعتبارات ليست بعيدة عن جوهر القانون وأهدافه الأساسية .

وبعبارة عن هذه القاعدة تعبيراً آخر هو أن البيئة على من ادعى خلاف الأصل *Onus probandi incumbit ei qui dicit* . ويبقى بعد ذلك أن نحدد ماهو المقصود بالأصل الذي يعنى من يتمسك به من الإثبات ، والذي يقع على من يتمسك بخلافه عبء الإثبات .

وبصفة عامة فإن الأصل في الالتزامات هو براءة الذمة ، والأصل في الحقوق البيئة هو الواقع . والأصل في سائر الأمور هو الظاهر أو هو ما قام عليه الدليل فلا أو فرضاً . ونوضح كل ذلك فيما يلي :

٢٨ - الأصل في الالتزامات براءة الذمة :

الأصل أن الشخص لا يرتبط بأى التزام في مواجهة أى شخص آخر . وعلى من يدعى خلاف ذلك ، أى على من يدعى أنه دائن لغيره ، أن يقيم الدليل على ما يدعيه لأنه يدعى خلاف الأصل ، وهذا ما تقرره المادة الأولى من قانون الإثبات بقولها : على الدائن اثبات الالتزام ،^(٢) .

وباستطیع المدعى اثبات وجود الالتزام ، إذا هو اثبت المصدر الذى نشأ عنه هذا الالتزام سواء كان هذا المصدر تصرفاً قانونياً كعقد بيع أو قرض أو

(١) بوردان ويرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٦٠ ، ص ٢٣٢ ؛ فرانسوا جنى ، العلم والصياغة ، ج ٢ ، ص ٢٧٤ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٧١ .

(٢) نقض ١٤/٣/١٩٦٣ ، مجموعة الكتب الفتوى ، ص ١٤ ، ص ٣١٣ ؛ نقض ٢٤/٢/١٩٦٧ ، مجموعة الكتب الفتوى ، ص ١٨ ، ص ١٩٠ .

وكالة^(١١) أو كان واقعة مادية كعمل غير مشروع^(١٢) أو إزاء بلا سبب^(١٣) .

ولإذا اثبت المدعى مصدرأ للاسزام المدعى به كعقد من العقود ، فلا يطلب منه بعد ذلك اثبات أن العقد غير مشوب بسبب من أسباب البطلان، كعدم الأهلية أو نقصها أو عيب من عيوب الارادة ، أو عدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب ، أو غير ذلك . بل يكون على المدعين في هذه الحالة أن يثبت السبب الذي يؤدي إلى بطلان العقد .

فبالنسبة للأهلية ، الأصل هو كمال أهلية الشخص البالغ سن الرشد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون (م ١٠٩ مدني)^(١٤) . وبالنسبة للارادة ، الأصل فيها أن تكون سليمة من العيب . وعلى من يدعى أن إرادته معيبة بغلط أو اكراه أو تدليس أن يثبت ما يدعيه .

وبالنسبة للسبب ، فإن كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يعم الدليل على غير ذلك . ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه^(١٥) .

(١) نقض ١٩٤٧/٣/٦ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ سنة ، ج ٩ ، ص ٣٠ ، فقرة ٣٠ ؛ نقض ١٩٦٩/٥/١٥ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ٢٠ ، ص ٧٨٤ .

(٢) نقض ١٩٥٨/٥/١٥ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ٩ ، ص ٤٤١ ؛ نقض ١٩٦٧/٦/٢٢ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٨ ، ص ١٣١٦ .

(٣) نقض ١٩٦٧/٣/٣٠ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٨ ، ص ٧٢٥ .

(٤) نقض ١٩٦٣/١٢/٢٦ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٤ ، ص ١٢٢١ .

(٥) نقض ١٩٥٣/٤/٢ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٩ ، فقرة ٢٨ ؛ نقض ١٩٣٢/١١/٢ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٠ ، فقرة ٢٩ ؛ نقض ١٩٦٧/٦/٢٢ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٨ ، ص ١٢٢١ .

وكما أن الأصل في الشخص براءة الذمة ، فإن الأصل فيه كذلك ، من باب أولى ، عدم الاعار . فن ادعى اعار شخص آخر سواء للحكم عليه بالاعار ، أو لاسقاط حقه في الاخذ بالشفعة^(١) ، أو للطن في تصرفه بالدعوى البوليسية^(٢) ، أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه .

والأصل في الإنسان حسن النية، لأن الإنسان يولد جاهلاً بكل شيء ، فالأصل فيه اذن عدم العلم بطروف معينة من شأن العلم بها أن يصبح سوء النية^(٣) ، أو أن يفقد حقه في الرجوع على خصمه بدعوى معينة كدعوى ضمان العيوب الخفية^(٤) .

٢٩ - الأصل في الحقوق العينية هو الامر الواقع statu quo (٥) :

الأصل في الحقوق العينية هو أن من يضع يده على الشيء يعتبر صاحب حق عليه . ومن هنا ظهرت قاعدة أن الحيازة في المنقول سند الحائز . فالمعقول أن من يجوز الشيء يكون صاحب حق عليه . ولئن كانت هذه الفكرة أكثر وضوحاً بالنسبة للمنقول مما جعلها ترتفع إلى مستوى القواعد الموضوعية وليس فقط إلى مستوى قواعد الإثبات ، إلا أنها تظل تحتفظ أيضاً بقيمتها بالنسبة للعقار ، في تحديد من يقع عليه عبء الإثبات . ولذلك فإن الحائز لا يطالب بإثبات سند حيازته ، بل

(١) تقض ١٩٤٦/١/٣١ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض ، ج ١ ، ص ٢٩ ، فقرة ٢٤ .

(٢) تقض ١٩٣٦/١١/١٩ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٩ ، فقرة ٢٥ .

(٣) تقض ١٩٦٧/٦/٢٥ ، مجموعة المكتب الفني ، ١٨ ، ص ١٣٢٤ ؛ تقض ١٩٦٧/٦/١٥ ، مجموعة المكتب الفني ، ١٨ ، ص ١٢٧٥ .

(٤) تقض ١٩٦٦/١٠/٢٠ ، مجموعة المكتب الفني ، ١٧ ، ص ١٥٥٢ .

(٥) فرانسوا جني ، العلم والصياغة ، ج ٢ ، ص ٢٧٤ ؛ ملوكي وريشو ، ج ١ ، فقرة ٢١٣ ، ص ٢٤٧ .

أن من ينازعه في ذلك ، كمن يدعى ملكية هذا الشيء هو الذي يقع عليه عبء اثبات ما يدعيه .

وطبقاً لهذا المعنى فقد قضت محكمة النقض بأن عجز المدعى عن الإثبات كاف لرفض دعواه ولو عجز المدعى عليه عن إثبات ملكيته بالتقادم^(١) . وقضت بأنه إذا عجز المدعى عن إثبات سبب ملكيته ، فلا حاجة للتزيد في بحث ملكية المدعى عليه^(٢) . وقضت بأن طالب التعويض عن تدهم بنائه مكلف بإثبات ملكيته للبناء إذا أنكرها المدعى عليه^(٣) . وقضت بعدم جواز تكليف ناظر الوقف الواضع يده على أعيانه بتقديم كتاب الوقف أو اشهاد^(٤) . وقضت بأن من الخطأ اغفال المحكمة بحث سند ملكية المدعى للاطيان محل النزاع وبحث ملكية المدعى عليه لها إذا كان موضوع النزاع هو تصرف المدعى عليه في اطيان مملوكة للمدعى^(٥) . وقضت بأن الحكومة كالأفراد عليها عبء اثبات ملكيتها المقاربية في وجه الغير^(٦) . وقضت بأن ثبوت حيازة المال المودع يستفاد منه وجسود السبب الصحيح وحسن النية ، وعبء الإثبات يقع على من يدعى العكس^(٧) . وقضت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض ،

(١) نقض ١٤/٦/١٩٤٥ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ سنة ، ج ١ ص ٢٧ ، فقرة ١٨ .

(٢) نقض ١٤/٢/١٩٥٢ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ص ٢٨ ، فقرة ١٧ ؛ نقض ١٩٥٢/٣/٦ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ص ٢٨ ، فقرة ١٨ ؛ نقض ١٩٥١/٤/٥ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ص ٢٨ ، فقرة ١٩ ؛ نقض ١٩٤٧/١٢/٢٥ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ٢ ص ٩٩٣ ، فقرة ٢٣ ؛ نقض ١٩٥١/٢/١٥ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ٢ ص ٩٩٣ ، فقرة ٢٤ .

(٣) نقض ١٧/٤/١٩٥٢ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ص ٢٧ ، فقرة ١١ .

(٤) نقض ١٩٤٧/١/٢٣ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ص ٢٧ ، فقرة ١٤ .

(٥) نقض ١٥/١/١٩٢٩ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ٢ ص ٩٩٣ ، فقرة ٢١ .

(٦) نقض ٢٢/٣/١٩٥١ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ص ٣١ ، فقرة ٤٦ .

(٧) نقض ٢٦/١١/١٩٥٣ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ص ٣٠ ، فقرة ٣١ .

باعتبار الزرع ملكاً لزارعه وعدم أحقية مالك الأرض في ملكية هذا الزرع بحكم الالتصاق إلا إذا حكم بعدم أحقية الزارع في وضع يده على الأرض^(١).

ويلاحظ أنه إذا كان الأصل في الحفرق الميضية هو الواقع ، فإنه إذا وجد دليل قانوني يكذبه ، وجب اطراح الواقع والاخذ بالدليل القانوني الذي يصبح في هذه الحالة هو الأصل الذي يعول عليه .

ومن هذا القليل أن أراضى طرح النهر تعتبر ملك الدولة بحكم القانون ، ومن ادعى اكتساب ملكيتها لأي سبب من الأسباب أن يثبت ما يدعيه ولا يكفي في ذلك مجرد حيازته لها^(٢).

ومن هذا القليل أيضاً أن الخصم الذي يكون سند ملكيته أسبق في التسجيل من سند خصمه يعتبر هو المالك إلى أن يثبت الخصم أنه تملك العقار بالتقادم^(٣). وكذلك إذا كانت العين تدخل في مستندات تملك المدعى ولا تدخل في مستندات المدعى عليه فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعى عليه^(٤).

أما إذا ادعى الطرفان التملك بالتقادم ، فإنه يصح اعتبار اخفاق المدعى عليه في الإثبات قرينة لمصلحة المدعى ، لأن عبء الإثبات في هذه الحالة كان واقماً على الخصمين معاً . فإذا أخفق أحدهما ونجح الآخر ، فيجوز اعتبار اخفاق الأول

(١) نقض جنائي ، ١٩٤٢/١١/٣٠ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ملحق ج ٢ لدائرة المدنية ، ص ١٣٠٢ ، فقرة ١ .

(٢) نقض ١٩٥٣/١١/٢٦ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣١ ، فقرة ٤٦ ؛ نقض ١٩٥٨/٦/٢٤ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٩ ، ص ٦٢٠ ؛ نقض ١٩٦٠/٢/١١ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١١ ، ص ١٤٨ .

(٣) نقض ١٩٦٥/١٠/٢٨ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٦ ، ص ٩٢٩ .

(٤) نقض ١٩٥٤/٤/٢٩ ، مجموعة القواعد التي قررت محكمة النقض في ٢٥ سنة ،

ج ١ ، ص ٢٨ ، فقرة ٢١ .

قرينة تضاف إلى الأدلة التي قدمها الآخر (١) .

ولإذا كان الأصل في الملكية هو الواقع ، فإن الأصل فيها أيضاً أن تكون خالية من الحقوق التي تثقلها كحق انتفاع أو ارتفاق أو رهن أو غير ذلك . وعلى من يدعى خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه (٢) .

٣٠ - الأصل هو ما يتفق مع المبادئ العامة :

من يتمسك بمقتضى المبادئ العامة في القانون كبداً المقدم شريعة المتعاقدين ، أو مبدأ أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه ، لا يقع عليه عبء اثبات عدم وجود ما يعطل الأخذ بهذه المبادئ . وعلى العكس فإن من يتمسك بحكم استثنائي على هذه المبادئ كتعديل العقد بسبب ظروف طارئة استثنائية أو بسبب الإذعان ، أو بعدم جواز التنفيذ على الأرض المملوكة له باعتبارها ملكية زراعية صغيرة .. الخ أن يثبت توافر شروط الاستثناءات الواردة على هذه المبادئ بما يسمح له التمسك بها على خلاف الأصل (٣) .

٣١ - الأصل في القانون هو الظاهر :

يعمل القانون على حماية الأوضاع الظاهرة عملاً على استقرار المعاملات ، وهو يرتفع بهذه الحماية إلى درجة القواعد الموضوعية ، فيقرر نظرية النيابة الظاهرة (م ١٠٧ مدني) . ويجوز الوفاء للدائن الظاهر (م ٣٣٣ مدني) ، ويجوز التمسك بالعقد الظاهر في مواجهة من يتمسك بالعقد المستتر (م ٢٤٤ مدني) (٤) .

(١) نقض ١٠/١٠/١٩٤٦ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٨ ، فقرة ٣٠ .

(٢) بودري وبارد ، ج ٣ ، فقرة ٢٠٦٠ ، ص ٤٢٢ ؛ عبد الرزاق السنهوري ،

ج ٢ ، ص ٧٤ .

(٣) قضت محكمة النقض بأن عبء الإثبات في عدم جواز الجز لان المدين من صناع

الزراع يقع على طائفة الزراع ، نقض ٣/١٠/١٩٤٦ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض

في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٩ ، فقرة ٢٧ .

(٤) راجع في هذا الموضوع : عبد الباسط جيمي ، نظرية الإرضاع الظاهرة ، على

الآلة الكتابة ، رسالة ، القاهرة ، ١٩٥٥ .

وفي مجال الاثبات فإن من يتمسك بالوضع الظاهر ، كمقد ظاهر، أو ملكية ظاهرة ، أو غير ذلك من المراكز والأوضاع الظاهرة ، لا يطالب باثبات ما يدعيه ، بل يقع عبء الاثبات على من يتمسك بصورية هذا العقد أو عدم ثبوت الملكية ... الخ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الوارث يلتزم باثبات ما يدعيه من عدم صحة تاريخ العقد الصادر من المورث وأنه لاحق لطلب الحجر عليه ^(١) . وقضت تطبيقاً للقانون المدق القديم بأن من يدعى أن بيع الوفاء يخفى رهناً أن يثبت ما يدعيه ^(٢) . وقضت بأن على من يدعى صورية سبب الدين أن يثبت ادعاءه لنقل عبء اثبات وجود السبب الحقيقي الصحيح الجائز إلى الدائن ^(٣) . وقضت بأن حائز البضاعة المضبوطة داخل الدائرة الجركية عليه اثبات أنه حصل عليها نتيجة مبادلة تمت خارج الدائرة الجركية والا اعتبرت البضاعة مهربة ^(٤) . وقضت بأن الادعاء بالتصرف في بضائع معفاة من الرسوم الجركية إلى شخص غير معني يقع عبء اثباته على عاتق من يدعيه ^(٥) . وقضت بأن ادعاء الشفيع بصوريه الثمن الذي ورد في عقد البيع لا يعفيه من واجب اعلان رغبته في الميعاد وله أن يظن بعد ذلك في هذا الثمن وريثه صوريته بجمع طرق الاثبات ^(٦) . وقضت باعتبار الشفيع متخلفاً عن الايداع المفروض عليه قانوناً

(١) نقض ١٧/٤/١٩٥٢ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ سنة ،

ج ١ ، ص ٢٧ ، فقرة ١٣ .

(٢) نقض ١/٢/١٩٤٥ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٨ ، فقرة ٢٢ ؛

نقض ٢٥/١٠/١٩٥٦ ، مجموعة المكاتب الفنى ، ص ٧ ، ص ٨٤٧ .

(٣) نقض ٢/٤/١٩٥٣ ؛ نقض ١٣/١/١٩٣٢ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة

النقض ، ج ١ ، ص ٢٩ - ص ٣٠ ، فقرة ٢٨ ، فقرة ٢٩ .

(٤) نقض ٦/٢/١٩٥٦ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ٢ ، ص ١٨ ، فقرة ١٢ .

(٥) نقض ٢٢/٢/١٩٥١ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٠ ، فقرة ٣٩ .

(٦) نقض ٩/١١/١٩٦٥ ، مجموعة المكاتب الفنى ، ص ١٦ ، ص ٩٩٧ .

إذا أودع ثمناً يقل عن الثمن الوارد بالعقد مع مجزئه عن إثبات صورته^(١). ونقضت محكمة النقض بصحة الحكم بعدم جواز إثبات ما يخالف ما ورد بعد البيع إلا بالكتابة وعلى أن الصورية بين المتعاقدين لا تثبت كذلك إلا بالكتابة^(٢). ونقضت بأن إقامة الحكم باعتبار البيع صورياً سائراً لوصية، على جملة قرآن مجتمعة ومتساندة بحيث لا يظهر أثر كل واحدة منها على حدة في تكوين حقيقة المحكمة مع تعيب الحكم في ثلاث قرآن منها، يستوجب نقضه^(٣).

٣٢ - الأصل هو ما قام عليه الدليل فعلاً :

إذا قام الدليل على واقعة اعترت هذه الواقعة ثابتة فعلاً^(٤)، وأصبحت هي الأصل الذي لا يجوز مخالفته إلا بأقالة دليل آخر ينقض الدليل الأول. ولعل أبرز مثل على ذلك أنه إذا ثبت وجود الالتزام عن طريق إثبات مصدره، فإنه يعتبر أصلاً لأنه يكون قد ثبت فعلاً وقام الدليل عليه. وعلى المدعى بهذا الالتزام إثبات الوفاء به أو التخليص منه لأي سبب من أسباب الانقضاء أو البطلان أو الزوال (م ٢ من قانون الإثبات).

وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت محكمة النقض بأن عجز المدعى عن إثبات التخليص من الدين كاف للحكم عليه دون حاجة إلى تكييف المقدم الذي نشأ عنه الدين^(٥).

(١) نقض ١٩٦٣/١٢/٥، مجموعة المسكتب الفني، ص ١٤، ص ١١٣.

(٢) نقض ١٩٦٤/١/١٦، مجموعة المسكتب الفني، ص ١٥، ص ٨٦.

(٣) نقض ١٩٦٤/١٢/٩، مجموعة المسكتب الفني، ص ١٦، ص ١٢٣٥.

(٤) اعتبار الواقعة التي قام عليها الدليل ثابتة فعلاً هو تعبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري في هذا الشأن. وهو كان قد استخدم من قبل تعبير (الثابت عرضاً)، وقد أخذ عنه الفقه، وأخذت عنه محكمة النقض؛ نقض مدني ١٩٤٧/٣/٦، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ سنة، ج ١، ص ٢٠، فقرة ٣٠، ولا شك أن تعبير (الثابت فعلاً) المبلغ في الدلالة على حقيقة المقصود به. راجع: عبد الرزاق السنهوري، ج ٢، ص ٧٦، هامش ١.

(٥) نقض ١٩٥٤/١١/٤، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة، ج ١، ص ٢٧، فقرة ١٥.

وقضت بأن عبء الإثبات في الادعاء بتسليم البضاعة المبيعة يقع على عاتق البائع^(١). وقضت بأنه يقع على عاتق الوكيل إثبات براءة ذمته بصرف المبالغ في شؤون الموكل أو تسليمها إليه^(٢). وقضت بأن عبء إثبات انتفاء الضرر في الشرط الجزائي يقع على عاتق المدين^(٣). وقضت بأنه لا ترتفع مسؤولية أمين النقل إلا إذا أثبت أن عدم تسليم البضاعة المرسلة أو ضياعها راجع لسبب قهري متى كانت دعوى المسؤولية قد رفعت عليه في الميعاد المحدد بالمادة ١٠٤ تجارى . وإن أمين النقل إذا دفع الدعوى بأنها رفعت بعد مدة التقادم المحددة في المادة ١٠٤ تجارى، انتقل عبء الإثبات إلى المرسل ليثبت وقوع غش أو خيانة من الأمين أو عماله أدى إلى ضياع البضاعة انتفادى الحكم بسقوط حقه بالتقادم المذكور . ومسئولية أمين النقل تكون في هذه الحالة مسؤولية تقصيرية وإيست تعاقبية^(٤).

وإذا قام الدليل على وجود العقد فإن الادعاء بتزويره يقع عبء اثباته على عاتق من يدعيه^(٥). أما إذا ثبت أن العقد قابل للإبطال فإن الادعاء بأنه أصبح صحيحاً بالإجازة يقع عبء اثباته على من يدعى بالإجازة على خلاف ما ثبت من قابلية العقد للإبطال^(٦).

وإذا كان من المسلم إثبات تنفيذ الالتزام يقع على عاتق المدين ، إلا أن الأمر يحتاج إلى شيء من التفصيل إذا كان الدائن لا يطالب بالتنفيذ ولكنه يطالب

(١) نقض ١٨/١٢/١٩٥٢ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٨ ، فقرة ٢٣ .

(٢) نقض ٦/٣/١٩٤٧ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٠ ، فقرة ٣٠ .

(٣) نقض ٣٠/١٠/١٩٥٢ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٠ ، فقرة ٣٧ .

نقض ١٢/١١/١٩٥٩ ، مجموعة الكتب الفنى ، ص ١٠ ، ص ٦٤١ .

(٤) نقض ١/٥/١٩٥٦ ، مجموعة الكتب الفنى ، ص ٧ ، ص ٦٤٢ .

(٥) نقض ٢٠/١٢/١٩٥٣ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٠ ، فقرة ٣٢ .

(٦) نقض ٢٦/١١/١٩٥٣ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٩ ، فقرة ٢٦ .

بالتعويض لعدم التنفيذ . وهنا يجب التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية . ففي الالتزام بتحقيق نتيجة يكفي أن يثبت الدائن وجود الالتزام ، حتى ينتقل عبء الإثبات إلى المدين ليثبت أنه نفذ هذا الالتزام أو أنه لم ينفذه لسبب أجنبي لا يسأل عنه^(١) . أما في كالزام ببذل عناية كالزام الطبيب فإن عبء إثبات عدم بذل العناية يقع على المريض وهو الدائن ، فإذا أثبت المريض واقعة ترجع إهمال الطبيب انتقل عبء الإثبات إلى الطبيب^(٢) .

وفي نطاق الحقوق العينية إذا أثبت شخص ملكيته بأثبات عقد بيع مسجل نقل إليه هذه الملكية ، فعلى من يدعى خلاف ذلك كمن يدعى أنه اكتسب هذه الملكية بالتقادم يقع عبء إثبات ما يدعيه^(٣) . ومن هذا القبيل أيضاً ما قضت به محكمة النقض من أن على المدعى إثبات ما يدعيه من أضرار مصلحة الضرائب بالتنازل له عن المنشأ^(٤) .

٣٣ - الأصل هو ما قام عليه الدليل فرضاً - الفرائض القانونية :

القريبة القانونية هي اعتبار واقعة معينة ثابتة بحكم القانون بمجرد ثبوت واقعة أخرى غير ما . فاقربة القانونية لا تعني من تقرر لمصلحته من عبء الإثبات بصفة نهائية ولكنها تنقل هذا العبء من الواقعة الأصلية المطلوب اثباتها إلى واقعة أخرى بديلة . ونقل محل الإثبات على هذا النحو من شأنه تخفيف عبءه لأن الواقعة البديلة

(١) قضت محكمة النقض بأنه في الالتزام بتحقيق نتيجة إيجابية يقع عبء إثبات تحقق هذه النتيجة على طاق المدين وما على الدائن إلا أن يثبت الالتزام . نقض ١٩٦٩/٦/١٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٠ ، ص ٩٢٩ ؛ راجع بودان وبيريو ، ج ٩ ، فقرة ١١٦٣ ، ص ٢٢٥ .

(٢) نقض ١٩٦٩/٦/٢٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٠ ، ص ١٠٧٥ .

(٣) نقض ١٩٦٥/١٠/٢٨ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٦ ، ص ٩٢٩ .

(٤) نقض ١٩٥٣/٦/١٨ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٨ ، فقرة ١٢ .

تكون أسهل في الإثبات من الواقعة الأصلية^(١).

والقرينة القانونية قد تكون قاطعة لا تقبل إثبات العكس. وقد تكون بسيطة تقبل إثبات العكس. فإذا كانت القرينة قاطعة فإنها تكون بعد أن تفك محل الإثبات إلى وقعة يسهل إثباتها قد أعفت من تفررت لمصلحته من الدخول في معركة تبادل أدلة الإثبات مع خصمه ويكون المستفيد من هذه القرينة قد أثبت حقه بمجرد إثبات الواقعة البديلة دون أن يضطر إلى القيام بأي مجهود آخر.

ويقال عادة أن القرينة القاطعة تعفي من تفررت لمصلحته من عبء الإثبات^(٢). ولكن هذا القول غير صحيح على إطلاقه، ولكن الصحيح هو أن القرينة القاطعة تنقل محل الإثبات إلى واقعة بديلة يسهل إثباتها ثم تمنع الخصم من إثبات عكس هذه القرينة. فهي بذلك تخفف عبء الإثبات إلى درجة كبيرة وهي درجة تسكاد تقرب من الإعفاء ولكنها لا تصل إليه لأنه يجب دائماً إثبات الواقعة البديلة.

ويقال أيضاً أن القرينة البسيطة تؤدي إلى نقل عبء الإثبات. وهذا القول غير صحيح على إطلاقه أيضاً لأن القرينة البسيطة كالقرينة القاطعة لا تعفي من تفررت لمصلحته من عبء إثبات الواقعة البديلة، ولا تنقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر إلا إذا قام من تفررت هذه القرينة لمصلحته بإثبات الواقعة البديلة أولاً^(٣).

فالقرينة البسيطة تؤدي أيضاً إلى تخفيف عبء الإثبات بنقله إلى الواقعة البديلة التي يسهل إثباتها، ولكنها لا تعفي من تفررت لمصلحته من الدخول في معركة تبادل الأدلة، إذا ما أثبت الخصم الآخر عكس ما يستفاد من هذه القرينة.

(١) راجع ما سبق فقرة ١٤.

(٢) طرني وريشو، ج ١، فقرة ٢١٥، ص ٣٤٨ وما بعدها.

(٣) يودان ويغو، ج ٩، فقرة ١١٠٩، ص ٢٢٧؛ قارن وقارب: جبه الزاقي

السنهوري، ج ٢، ص ٧٥ هامش ١.

وكما هو واضح فإن تخفيف عبء الإثبات في القرينة البسيطة أقل منه في القرينة القاطعة (١).

ومن أمثلة القرينة القانونية القاطعة ما يقدره المشرع من مسؤولية حارس الحيوان عن الحيوان (م ١٧٦ مدني)،

ومسؤولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة (م ١٧٨ مدني). ومسؤولية كل هؤلاء تقوم على أساس الخطأ المفترض في الحراسة. والخطأ هنا هو الواقعة الأصلية. وهذه لا يطلب من المضرور اثباتها، وإسكتها تعتبر ثابتة إذا ثبتت الواقعة البديلة وهي كون المدهي عليه حارسا بالمعنى الذي يقصده القانون لشيء من هذه الأشياء التي توجب عنها الضرر. فاثبات الحراسة وهي الواقعة البديلة يؤدي إلى اثبات الخطأ وهو الواقعة الأصلية. وفي نفس الوقت فإن هذه القرينة قاطعة إذ لا يجوز للحارس أن يدفع مسؤوليته باثبات عدم وقوع خطأ منه في الحراسة، لأن الخطأ مفترض في جانبه بحكم القانون اقراضا لا يقبل اثبات العكس (٢).

ومن أمثلة القرينة القانونية البسيطة ما تنص عليه المادة ٩١٧ من القانون المدني من أنه إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بجملة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسمى عليه أحكام الوصية ما لم يتم دليل يخالف ذلك، وطبقاً لهذه القرينة فإنه لا يشترط اثبات الواقعة الأصلية وهي أن التصرف في حقيقته مضاف إلى ما بعد الموت وليس منجزاً، ولكنه يكفي فقط باثبات الواقعة البديلة وهي

(١) يقال في بعض الأحيان أن القرينة القانونية القاطعة ليست دليلاً من أدلة الإثبات، ولكنها قاعدة موضوعية. وستعرض لهذه المسألة عند دراستنا لقرائن القانون في المكان المخصص لها.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، ج ٢، ص ٧٤.

أن المتصرف إليه هو أحد ورثة المتصرف ، وأن هذا الأخير قد احتفظ بحيازة العين وبحق في الانتفاع بها مدى حياته ^(١) . فإذا ثبتت هذه الواقعة البديلة ، اعتبرت الواقعة الأصلية ثابتة فرضاً بحكم القانون ^(٢) . ومع ذلك فإن ثبوت الواقعة الأصلية هنا يقتضى القانون ليس قاطعاً إذ يجوز للطرف الآخر أن يثبت أن المتصرف هو في حقيقته تصرف منجز وغير مضاف إلى ما بعد الموت ، كما أو اثبت أنه دفع ثمناً كاملاً للشيء المتصرف فيه . أو اثبت أن حيازة المورث لم تكن لحساب نفسه ، بل على سبيل الوكالة لحساب المورث المتصرف إليه ^(٣) .

ويتضح مما سبق أنه إذا توافرت شروط القرينة القانونية ، أى إذا ثبتت الواقعة البديلة ، فإن القانون يعتبر الواقعة الأصلية ثابتة فرضاً . والثابت فرضاً كالثابت فعلاً يعتبر أصلاً لا حاجة إلى إقامة دليل عليه ولا يقع عبء اثباته على من ينسك به .

٢٤ - للبدا العام فيهن يقع عليه عبء الاثبات :

سبق أن رأينا ان عبء الاثبات يقع على من يدعى خلاف الأصل . ورأينا لهذه المعركة تطبيقات مختلفة . فالأصل في الالتزامات هو براءة الذمة . والأصل

(١) انظر في القاء عبء اثبات توافر شروط القرينة على الوارث - أى عبء اثبات الواقعة البديلة : نقض ١٩٦٣/٤/٢٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٤ ، ص ٥٧٩ ؛ نقض ١٩٦٥/٦/٢٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٦ ، ص ٨٠٨ ؛ نقض ١٩٦٦/١٠/٢٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٧ ، ص ١٥٨٢ ؛ نقض ١٩٦٦/١١/٢٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٧ ، ص ١٧٣٥ ؛ نقض ١٩٦٧/١٢/١٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٨ ، ص ١٨٨٥ ؛ نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢١ ، ص ٧٣٥ .

(٢) نقض ١٩٦٤/٥/١٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٥ ، ص ٦٧٣ ؛ نقض ١٩٦٩/٤/٢٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٠ ، ص ٦٤٩ ؛ نقض ١٩٧٠/٦/١٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢١ ، ص ١٠٦١ .

(٣) نقض ١٩٦٣/٤/٢٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٤ ، ص ٥٧٩ ؛ نقض ١٩٦٧/١٢/١٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٨ ، ص ١٨٨٥ .

في الانسان عدم العلم أى حسن النية . والاصل في الحقوق العينية هو الامر الواقع . والاصل هو ما يتفق مع مقتضى المبادئ العامة . والاصل هو الظاهر ، والاصل هو الثابت فعلا ، والاصل هو الثابت فرضاً .

وقد حاول الدكتور عبد الرزاق السنهوري تقسيم هذه التطبيقات إلى قسمين ، الأول هو الثابت فعلا ، والثاني هو الثابت حكماً وتدخل في القسم الثاني معظم التطبيقات الاخرى المشار إليها . واستخلص من ذلك قاعدة عامة هي أن عبء الاثبات يقع على عاتق من يدعى بخلاف الثابت حكماً أو فعلاً ^(١)

والقاعدة المذكورة تتميز بالايجاز والوضوح وسلامة المنطق . ومع ذلك فهي لا تكشف بذاتها عن المقصود بالثابت حكماً ، ولا بد في فهم ذلك من الرجوع إلى التحليل الفقهي الذي انتهى إلى صياغة هذه القاعدة . فالقاعدة بمفردها لا تكفي إزاء واقعه معينة من معرفة ما إذا كانت هذه الواقعة ثابتة حكماً فلا تجب اثباتها ، أم أنها غير ثابتة حكماً فيقع عبء اثباتها على من يتمسك بها . وهي لهذا لا تعدو أن تكون تعبيراً جديداً لقاعدة أن عبء الاثبات يقع على من يدعى بخلاف الاصل . وكل من هذين التعبيرين يتميز بالايجاز والوضوح والمنطق ، ولكن لا يمكن أى منهما في ذاته في تقديم الحلول العملية للمشاكل الواقعية غير المتناهية والتي تشور بصدد من يقع عليه عبء الاثبات . بل لابد من الرجوع بصدد كل حالة واقعية إلى التطبيقات المختلفة السابق دراستها بقصد ادخال الواقعة المعروضة في نطاق إحدى هذه التطبيقات ، وربما لا يجدى ذلك أيضاً .

ومع ذلك ، فلا ينبغي أن يغيب عن النظر أن القاء عبء الاثبات على من يدعى بخلاف الاصل ، مع التطبيقات المختلفة لهذه القاعدة ، وهي التطبيقات السابق

(١) عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٧٧ .

دراستها ، إنما يرجع إلى فكرة جوهرية هي الأساس النظري للقاعدة وتطبيقاتها على السواء .

ومؤدى هذه الفكرة أن الاصل هو الشيء الأقرب إلى التصديق ، وفقاً لما قبله العقل ، وما يستسيغه المنطق ، وقد سبق أن ذكرنا أن نظرية الاثبات تقوم كلها على أساس فكرة الاحتمال الراجع *probabilité ou vraisemblance* (١) فإذا كان الاحتمال الراجع في جانب أحد الخصمين ، فإن الاصل يكون في جانبه أيضاً ولا يقع عليه عبء اثبات ما يتمسك به ، بل يكون على خصمه الذى يدعى عكس الراجع أن يثبت ما يدعيه .

فإذا اثبت الخصم ما ينتقض الاحتمال الراجع الذى كان ثابتاً في بادئ الأمر لخصمه ، أصبح هذا الخصم مطالباً بأن يثبت مرة أخرى أن الاحتمال الراجع في جانبه هو . وهكذا يتبادل الخصمان عبء الاثبات طبقاً لفكرة الاحتمال الراجع المذكورة (٢) .

وفي جميع الأحوال فإن الخصم الذى يقع عليه عبء الاثبات ، أى الذى يقع عليه نفي الاحتمال الراجع في جانب خصمه ، لا يطلب منه أن يثبت هذا الاحتمال نفياً قاطعاً ، أى لا يطلب منه اثبات ما يدعيه هو اثباتاً يقينياً . فاليقين المطلق لا وجود له في نظرية الاثبات . فلا هو مطلوب للاعفاء من عبء الاثبات ، ولا هو مطلوب لنقل عبء الاثبات إلى الطرف الآخر ، ولا هو مطلوب للحكم في النزاع (٣) .

(١) راجع ما سبق ، فقرة ١٤ ؛ وراجع كذلك : مارتى وريينو ، ج ١ ، ص ٣٤٧ ؛ أوبرى ورو وبارتان ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، هامش ١٠ مسكرر ؛ بودان وبسيرو ، ج ٩ ، ص ٢١٤ .

(٢) مارتى وريينو ، ج ٢ ، ص ٣٤٧ .

(٣) أوبرى ورو ، ج ٢ ، رقم ٣٤٩ ، هامش ١٠ مسكرر ؛ بودان وبسيرو ، ج ٩ ، ص ٢١٤ .

ويتضح من ذلك ان إلقاء عبء الإثبات على عاتق أحد الخصمين ، هو رغم أهميته ، لا يؤدي إلى تحميل الخصم بعبء ينوء عنه ، بل يؤدي فقط إلى تحميله بواجب التشكيك في صدق الواقعة التي بدت راجحة في الأصل ، مع محاولة ترجيح الواقعة التي يتمسك بها هذا الخصم والتي لم تكن راجحة في الأصل . فإذا هو فعل ذلك انتقل عبء الإثبات إلى خصمه^(١) . وتطبيقاً لنفس الفكرة فإن من يقع عليه عبء الإثبات لا يكلف بإثبات الواقعة التي يدعيها وإثبات عدم وجود واقعة أخرى تكذبها ، فمثل هذا العبء لا يمكن تحمله ولا يمكن تحديده مداه ، بل يكفي أن يثبت الخصم صحة الواقعة التي يتمسك بها ، وعلى خصمه إذا شاء ، أن يثبت وجود واقعة أخرى تكذب هذه الواقعة^(٢) .

ونخلص من كل ذلك إلى أن المبدأ العام الذي يصلح للتطبيق على كل الحالات غير المحدودة وغير المتناهية هو أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعى خلاف الراجع عقلاً . فإذا أردنا أن نعبّر عن هذه القاعدة تعبيراً فنياً ، قلنا أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعى خلاف الأصل . فإذا أردنا أن نعطي تطبيقات خاصة لهذه القاعدة قلنا ان الأصل في الالتزامات هو براءة الذمة وان الأصل في الحقوق العينية هو الأمر الواقع ، وأن الأصل هو ما قام عليه الدليل فعلاً أو فرضاً .. الخ .

وكل هذه التطبيقات الأساسية وما يتفرع عنها من تطبيقات غير محدودة مردها إلى مبدأ عام هو أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعى خلاف الأصل أي يدعى خلاف الراجع عقلاً .

(١) انبكلويدي دالوز ، ج ٤ ، ص ١٠٣ ، فقرة ١٢ .

(٢) أوبري ورو ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ص ٨٤ وما بعدها ؛ بلانيول وريبير وجا بولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٢٠ ، ص ٨٤٥ وما بعدها ، وراجع المجلد الذي اتاه بارتان حول ما قاله أوبري ورو ، جدد العناصر التي يجب على المدعي اثباتها ، وتلك التي لا يجب عليه اثباتها : بارتان على أوبري ورو ، ج ١٢ ، ص ٧٤٩ ، ص ٨٤ وما بعدها .

٣٥ - نقل عبء الإثبات : تنتهي الاتفاق :

من المقرر أن قواعد الإثبات بحسب الأصل لا تتعلق بالنظام العام^(١). وبصفة خاصة فإن القواعد المتعلقة بمن يقع عليه عبء الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ، بل يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، سواء تم ذلك قبل النزاع أو في أثناءه ، وسواء تم ذلك بطريقة صريحة أم بطريقة ضمنية مستفادة من مجرد تطوع أحد الخصوم بإثبات ما لا يقع عليه عبء اثباته .

وقد قضت محكمة النقض بأن ، القواعد التي تبين على أى خصم يقع عبء الإثبات لا تصل بالنظام العام ويجوز للخصم الذي لم يكن مكلفاً في الأصل بحمل عبء اثبات واقعة معينة أن يتطوع لإثباتها بطالب إحالة الدعوى إلى التحقيق من أجلها ، فإذا أجابه المحكمة إلى طلبه امتنع عليه أن يحتج بأنه لم يكن مكلفاً قانوناً بالإثبات وذلك على أساس أن تقدم بهذا الطلب وسكوت خصمه عنه يعد بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات إليه ،^(٢) . وقد صدر هذا الحكم بصدد القضية القانونية المستفادة من المادة ٩١٧ من القانون المدني الخاصة باعتبار تصرف المورث إلى أحد ورثته مع احتفاظه بميزة الشيء والحق في الانتفاع به مدى حياته ، في حكم الوصية .

ويلاحظ أن عدم تعلق قواعد عبء الإثبات بالنظام العام ، هو حق الخصوم وعدم ، وليس للقاضي الذي لا يجوز له أن ينقل من تلقاء نفسه عبء الإثبات من الشخص المكلف به إلى خصمه^(٣) .

وبذلك نكون قد انتهينا من الفصل الخاص بعبء الإثبات ، وننتقل الآن إلى دراسة طرق الإثبات .

(١) راجع في هذا الموضوع : LE BALLE ، رسالة ، باريس ، ١٩٢٢ ؛
LESCIOREANO رسالة ، باريس ، ١٩٢٠ .

(٢) نقض ١١/٢٩ / ١٩٦٦ ، مجموعة المكنب الفني ، ص ١٧ ، س ١٧٣٥ ؛ في نفس
المنى ؛ نقض ١١/١٦ / ١٩٥٣ ، مجموعة المكنب الفني ، ص ١٠ ، ص ٢٠٣ .

(٣) يودان وبرد ، ج ٩ ، ص ٢٢٧ .

الفصل الرابع طرق الإثبات

٣٦ - فكرة عامة

طرق الإثبات هي الوسائل التي يلجأ إليها الخصوم لاقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدعونها ، وقد نظم المشرع في قانون الإثبات ، سبعة طرق للإثبات ، في سبعة أبواب ، ابتداء من الباب الثاني إلى الباب الثامن من القانون المذكور . وهذه الطرق هي بترتيب ورودها في القانون : الكتابة ، والشهادة أو البيعة ، والقرائن ، والاعتراف ، واليمين ، والمعاينة ، والخبرة . والكتابة هي أقوى طرق الإثبات . وهي تصلح لإثبات جميع الوقائع سواء كانت تصرفات قانونية أو وقائع مادية . ولكن القانون لا يشترطها إلا بعدد التصرفات القانونية لأنه عند إبرام التصرف يمكن اعداد الدليل الكتابي عايه ، وهو ما يسمى بالدليل المهيأ أو الدليل المعد *Preuve préconstituée* والقانون لا يشترط الكتابة في كل التصرفات القانونية ، بل في التصرفات التي تزيد قيمتها على عشرين جنيهاً وذلك منعاً لارهاق الناس في معاملاتهم ذات القيمة المحدودة . والكتابة لها قوة مطلقة في الإثبات ، فلا يجوز اثبات عكسها إلا بكتابة أخرى مثلاً ، أو عن طريق العلمن فيها بالانكار أو التزوير^(١) .

أما الشهادة أو البيعة فقد كانت وسيلة الإثبات الأولى في المجتمعات القديمة ، حيث كانت الامة شائعة وكان يصعب بالنسبة اعداد أدلة كناية للإثبات . ولا زالت للشهادة أهميتها حتى الآن في المعاملات التجارية مراعاة لمسرعة والثقة في هذه المعاملات . ولكن لا شك أن قوة الشهادة في الإثبات أضف من قوة الكتابة ،

(١) راجع المواد من ٢ الى ٥٩ من قانون الإثبات .

لأن الشاهد قد تختلط عليه الأمور التي رآها أو سمعها ، وقد تخونه الذاكرة ، بل وقد يعتمد على الكذب . ولذلك فإن القانون لا يقبل الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية المدنية إلا إذا لم تجاوز قيمتها عشرين جنيهاً . أما بالنسبة للوقائع المادية وهي لا يتصور بسدها أعداد دليل كتابي مقدماً ، فإن المشرع يقبل فيها الإثبات بالشهادة مراعاة لهذه الضرورة ^(١) . ومع ذلك فهو يحيط الإثبات بالشهادة بكل الضمانات الممكنة ، فينظم اجراءات سماع الشهود ^(٢) ، ويعاقب على الشهادة بالزور ، ويعطى للقاضي سلطة تقديرية في الأخذ بالشهادة أو عدم الأخذ بها .

أما القرائن فهي طريق غير مباشر من طرق الإثبات . والقرينة هي اعتبار الواقعة الأصلية المطلوب اثباتها ، قد ثبتت من مجرد اثبات واقعة أخرى بديلة ^(٣) . وتظهر فائدة القرينة في أن الواقعة البديلة يسهل اثباتها عادة ، بينما الواقعة الأصلية تكون عسيرة الإثبات . والقرائن من نوعين فهي إما قانونية أو قضائية . والقرينة القانونية هي التي نص عليها القانون . أما القرينة القضائية فهي التي يقررها القاضي . والقرينة القانونية قد تقبل اثبات العكس فتكون قرينة بسيطة ، وقد لا تقبل اثبات العكس فتكون قاطعة . أما القرائن القضائية فهي دائماً قرائن بسيطة تقبل اثبات العكس . وقوة القرائن القانونية في الإثبات تتحدد بمقتضى النص القانوني الذي يقررها . أما القرائن القضائية فهي لا تقبل إلا في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة ، لأنها تقوم على استنباط عقل يحتاج إلى دقة ، وهي بذلك لا تحقق درجة كبيرة من الاطمئنان .

(١) بلانوي وريير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٢٥ ، من ٨٥٤ .

(٢) راجع المواد من ٦٤ الى ١٠٢ من قانون الإثبات .

(٣) القرينة القانونية لا تمنع من الإثبات ، واسكنها نزل علمه من الواقعة الأصلية الى الواقعة البديلة . راجع ما سبق ، فقرة ٣٢ .

أما الاقرار فهو ليس طريقاً من طرق الاثبات ، ولكنه يؤدي فقط إلى الإفاء من الاثبات ، لأنه بمجرد الاقرار تصبح الواقعة المطلوب اثباتها غير متنازع فيها ، ومثل هذه الواقعة لا تكون محلاً للإثبات .

والاقرار يعني من الاثبات ، سواء بالنسبة للتصرفات القانونية أو الوقائع المادية . والاقرار لا يؤدي إلى يقين كامل شأنه في ذلك شأن كل أدلة الاثبات ، لأن الشخص قد يكذب في اقراره الخافاً للضرر بغيره أو توفياً لضرر أكبر قد يلحق به . ولذلك فإن الاقرار لا يكون حجة إلا على المقر وحده . وقد نظم قانون الاثبات اجراءات الاقرار فيما يتعلق باستجواب الخصوم ، واستدعائهم شخصياً أمام القاضي^(١) .

أما اليمين فهو أن يحتكم الخصم الذي يعوزه دليل الاثبات إلى ذمة خصمه . فإذا حلف الخصم اليمين فيكون قد كسب الدعوى بدليل اصطنعه بنفسه على خلاف الأصل ولكنه بموافقة الخصم الذي وجه إليه اليمين^(٢) . أما إذا نكل عن اليمين فهو يكون قد خسر الدعوى ، ويكون النكول في هذه الحالة في حكم الاقرار ، فلا يعتبر طريقاً للاثبات ، بل وسيلة للإعفاء منه . ويلاحظ أن من يوجه إليه اليمين يجوز أن يردّها إلى خصمه الذي وجهها ، ويكون على هذا الخصم أن يحلف هو اليمين أو أن ينكل عنها . واليمين من طرق الاثبات التي يجوز استخدامها بالنسبة للتصرفات القانونية والوقائع المادية على السواء . وإذا لجأ الخصم إلى اليمين كطريق من طرق الاثبات ، فلا يجوز له المدول عن اليمين إلى غيرها من الطرق^(٣) .

أما المعاينة كطريق من طرق الاثبات فهي انتقال المحكمة إلى مكان الواقعة

(١) راجع المواد من ١٠٥ إلى ١١٣ من قانون الاثبات

(٢) راجع ما سبق ، فقرة ١٠ .

(٣) عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٩٣ ، هامش ١ .

المطلوب اثباتها سواء تعلق الأمر بمقار أو منقول ، أو تعلق بالاطلاع على أوراق معينة . وتعتبر الخبرة نوعاً من المعاينة الفنية يقوم بها الخبراء . والمحكمة سلطة تقديرية في قبول طلب الانتقال للمعاينة أو طلب انتداب خبير ، ولها أن ترفض هذا الطلب إذا وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها^(١). وفي بعض الحالات يكون الانتقال للمعاينة قبل حدوث أى نزاع فعلا وذلك لاثبات واقعة يخشى ضياع معالمها وبمقتضى أن تصبح محل نزاع أمام القضاء (م ١٣٣ ، م ١٣٤ من قانون الاثبات)^(٢).

هذه هي طرق الاثبات التي سندرسها بالتفصيل في الأبواب التالية من هذا الكتاب . وتدرس الآن مدى تعلق هذه الطرق بالنظام العام .

٣٧ - مدى تعلق طرق الاثبات بالنظام العام :

من المتفق عليه أن بعض قواعد الاثبات تتعلق بالنظام العام . ومن هذا القليل قاعدة حق الخصوم في الاثبات وفي تبادل أدلة الاثبات، وعدم جواز تنازل القاضى عن وظيفته لخبير أو لحكم ، وعدم جواز انكار ورقة رسمية إلا بطريق الطعن فيها بالزور . وكذلك لا يجوز الاتفاق على تعديل طرق الاثبات الخاصة بالحالة المدنية للشخص كالإيلاد والزواج والوفاة^(٣).

وفيما عدا هذه القواعد التي تتعلق بالنظام القضائي ولا يختلف أحد في تعلقها بالنظام العام ، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، فإن سائر قواعد الاثبات

(١) نذ ١٦ / ٤ / ١٩٧٠ ' مجموعة المكتب الفني ' س ٢١ ' م ٦٥٣ .

(٢) نظم المشرع إجراءات الاثبات عن طريق المعاينة والخبرة في المواد من ١٣١ الى ١٦٢ من قانون الاثبات .

(٣) بودان ويرو ' ج ٩ ' فقرة ١١٥٢ ' م ٣٢٣ ؛ مارتى ورينو ' ج ١ ' فقرة ٢٢٤ ' م ٢٥٨ .

الآخري لا تتعلق بالنظام العام حسب الرأي الذي أخذ به القضاء الفرنسي والمصري، والذي رجع أخيراً في الفقه الفرنسي وأخذ به الفقه المصري في مجموعه .

وقد ذهب اتجاه في الفقه الفرنسي إلى عدم اجازة الاتفاقات المعدلة لطرق الاثبات ، أو الناقلة لبدء الاثبات ، أو الواقعة المطلوب اثباتها . ونقطة البداية في هذا الاتجاه أن العدالة كفت عن أن تكون نظاماً عقدياً يجوز التعديل فيه بانفاق الخصوم ، وإنما هي نظام اجتماعي تملو فيه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، فكما يقول اهرنج : « العدالة تعلق على الحرية » (١) .

وقد ذهب فريق آخر من الفقه الفرنسي إلى ابطال الاتفاقات المعدلة لطرق الاثبات أو المعدلة لقوة هذه الطرق ، مع اجازة الاتفاقات المعدلة لمن يقع عليه عبء الاثبات ، أو المعدلة للواقعة المطلوب اثباتها (٢) .

ومع ذلك فإن القضاء الفرنسي ذهب إلى أن قواعد الاثبات لا تتعلق بالنظام العام في مجموعه ، وذلك باستثناء القواعد القليلة التي لا يتطرق الشك إلى تعلقها بالنظام العام ، وهي القواعد السابق ذكرها في بداية هذه الفقرة . واتجاه القضاء الفرنسي يقوم على اعتبارات عملية ، ويستند في نفس الوقت إلى حجتين ، الأولى هي أن قواعد الاثبات لها طبيعة خاصة لأنها تتعلق بحقوق الأفراد الخاصة ، وإذا جاز للأفراد أن يتنازلوا عن حقوقهم أو يعدلوا فيها فيجوز لهم من باب أولى أن يعدلوا في طرق الاثبات المتعلقة بها ، لأن الدليل لا يسمو على الحق ذاته (٣) .

(١) راجع لي هذا الموضوع LE BALLE ، رسالة في الاتفاقات الخاصة بطرق الاثبات في القانون المدني ، باريس ، ١٩٢٣ .

(٢) Sescioreano ، الرسالة السابق الإشارة إليها ، ص ٢٨ ، Summer Maine ، دراسات في تاريخ القانون ، نظرية الاثبات ، ص ٢٢٣ وما بعدها ، مشار إليها في : بودان ويرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٥٤ ، ص ٢٢٤ .

(٣) بودان ويرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٥٥ ، ص ٢٢٥ ؛ بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٣٨ ، ص ٨٥٦ ؛ مارتى وريشو ، ج ١ ، فقرة ٢٢٤ ، ص ٨٥٦ .

والحجة الثانية هي أنه طبقاً لمبدأ حياد القاضي يجوز للخصوم أن يتفقوا على الطريقة التي يعرضون بها نزاعهم أمامه (١).

وقد أخذ القضاء المصري باتجاه القضاء الفرنسي ، وزاد على ذلك بأن عبر صراحة عن أن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام . وقد سبق أن ذكرنا أن قاعدة من يقع عليه عبء الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ويجوز الاتفاق على ما يخالفها صراحة أو ضمناً (٢).

وكذلك تواترت أحكام النقض على صحة الاتفاق على الإثبات بالبيئة ، ولو كان القانون يشترط الكتابة للإثبات . ويجوز أن يتم هذا الاتفاق صراحة ، أو يستخلص ضمناً من عدم اعتراض الخصم على ما طلبه خصمه من إحالة النزاع لتحقيق للاستماع إلى الشهود (٣).

ومن ناحية أخرى لا يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بقيام المانع الأدبي من الحصول على سند كتابي مما يجيز الإثبات بالبيئة إذا لم يكن صاحب المصلحة قد تمسك بذلك أمامها (٤).

(١) بلايول وريبير وجابولد ، ج ٢ ، فقرة ١٤٢٨ ؛ س ٨٥٦ .

(٢) نقض ١٩٦٦/١١/٢٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٧ ، ص ١٧٢٥ ؛ نقض

١٩٥٣/١١/٢٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٥ ، ص ٢٠٣ ؛ راجع ما سبق : فقرة ٣٥ .

(٣) نقض ١٩٣٨/٤/٧ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٧ ، فقرة

٤٤٠ ؛ نقض ١٩٥٥/٢/١٠ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٧ ، فقرة

٤٤١ ؛ نقض ١٩٥٥/٤/١٤ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٨ ، فقرة

٤٤٢ ؛ نقض ١٩٥٠/١٢/٢٨ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٨ ، فقرة

٤٤٣ ؛ نقض ١٩٦٣/١٢/١٩ ؛ مجموعة المكتب الفني ، س ١٥ ، ص ١١٧٣ ؛ نقض

١٩٦٢/١١/١٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٣ ، ص ١٠٣١ ؛ نقض ١٩٦٥/١٢/٣٠ ،

مجموعة المكتب الفني ، س ١٦ ، ص ١٣٨٤ ؛ نقض ١٠٦٧/٥/٢٥ ، مجموعة المكتب

فني ، س ١٨ ، ص ١١٠٢ .

(٤) نقض ١٩٥٥/٦/٢ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٨ ، فقرة ٤٤٤ .

وبذهب الفقه المصري في مجموعه إلى تأييد القضاء في أن قواعد الإثبات لا تتعلق بحسب الأصل بالنظام العام^(١). وقد أخذ المشرع المصري بهذا الاتجاه أيضاً بنصه في المادة ١/٦٠ من قانون الإثبات على أنه لا يجوز الإثبات بالشهادة فيما تجاوز قيمته عشرين جنيهاً ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك، . وسندرس هذا الحكم بالتفصيل في الباب الخاص بشهادة الشهود^(٢).

٢٨- رقابة محكمة النقض بشأن طرق الإثبات :

نظام الإثبات المعمول به في مصر هو نظام قانوني ، وضع فيه المشرع طرق الإثبات المختلفة وحدد قيمة كل منها^(٣). ويترتب على ذلك أن تطبيق القاضي لهذه الطرق هو مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، فلا يجوز للقاضي أن يستدل على صحة الواقعة عن طريق غير الطريق الذي حدده القانون ، ولا يجوز له أن يعطى لوسيلة من وسائل الإثبات قوة ليست لها ، أو يعطيها قوة أقل مما لها . ومع ذلك فترد على هذه القاعدة عدة ملاحظات : -

(١) نظراً لأن طرق الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ، بحسب الأصل ، كما ذكرنا في الفقرة السابقة . فإنه لا يجوز للخصم الذي لم يعترض على التجاء الخصم الآخر إلى طريق للإثبات غير الطريق المعين له أصلاً ، أن يتمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بعدم جواز إثبات العقدة بالبينة مع تنفيذه حكم الإحالة إلى التحقيق وعدم نعيه عليه ، يعتبر قبولاً للإثبات بالبينة . وبالتالي لا يجوز التحدي بذلك لأول مرة

(١) عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٩٤ : عبد المنعم فرج الصدة ، ص ٢١ : قارن : جلال المدوي ، مبادئ الإثبات ، ١٩٦٨ ، ص ٣٤ .

(٢) كان نفس الحكم متروكاً بتفسير المادة ٤٠٠ من القانون المدني .

(٣) راجع ما سبق ، فقرة ٢ .

أمام محكمة النقض^(١). وقضت بأن عدم تمسك المستأنف أمام محكمة الاستئناف بعدم جواز الاثبات بالبيئة يعتبر قبولا للإثبات بغير الكتابة، وبالتالي لا يجوز له التحدى بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض^(٢). وقضت بأن عدم تمسك الطاعنة أمام محكمة الموضوع بعدم جواز اثبات صورية شخص البائع بالبيئة يترتب عليه عدم قبول الطعن على الحكم بطريق النقض استناداً إلى أنه عايف قواعد الاثبات^(٣).

(٢) بعض طرق الإثبات تخضع بحسب طبيعتها للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فيما يتعلق بتقدير قيمتها وما يمكن استخلاصه منها. ومن هذا القبيل شهادة الشهود التي يستقل القاضى وحده بتقدير ما يمكن تصديقه منها وما يذمى اطرافه^(٤). ومن هذا القبيل أيضاً القرائن القضائية التي تقوم على عمل عقلى يقوم به القاضى نفسه. فالقاضى هو الذى يقرر ويستخلص وجود القرينة القضائية على أساس وقائع أخرى موجودة فى الدعوى^(٥).

(٣) كل طرق الإثبات تخضع لما يسمى بسلطة محكمة الموضوع فى تقدير الدليل. وقد قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع السلطة النامة فى وزن الأدلة وتقدير كفايتها أو عدم كفايتها دون أن يكون لمحكمة النقض رقابة عليها

(١) نقض ١٩٦٧/٥/٢٥، طعن رقم ٦٠ لسنة ٣٤ ق، مجموعة المكاتب الفنية، ص ٨١، س ١١٣٥؛ نقض ١٩٦٥/١٢/٣٠، مجموعة المكاتب الفنية، ص ٩٦، س ١٣٨٤.

(٢) نقض ١٩٦٧/٥/٢٥، طعن رقم ٢١٠ لسنة ٣١ ق، مجموعة المكاتب الفنية، ص ١٨، س ١١٠٢؛ نقض ١٩٥٦/١/١٩، مجموعة المكاتب الفنية، ص ٧، س ١٠١؛ نقض ١٩٥٥/٢/١٠، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، ج ١، ص ٨٧، فقرة ٤٤١.

(٣) نقض ١٩٥٠/١٢/٢٨، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، ج ١، ص ٨٨، فقرة ٤٤٣. (٤) نقض ١٩٧٠/١٢/٢٨، مجموعة المكاتب الفنية، ص ٢١، س ٤١٧.

(٥) نقض ١٩٦٩/١/١٤، مجموعة المكاتب الفنية، ص ٢٠، س ٩٥؛ نقض ١٩٦٩/١٢/١٣، مجموعة المكاتب الفنية، ص ٢٠، س ٣١٧؛ نقض ١٩٦٩/٦/١٧، مجموعة المكاتب الفنية، ص ٢٠، س ٩٧٩.

في ذلك^(١). وقضت بأنه إذا كان الدليل الذى تأخذ به محكمة الموضوع مما يجيزه القانون فهي صاحبة السلطة في تقدير قيمته وفي استخلاص النتيجة التى تستقيم لها منه^(٢).

وينبنى في هذا الشأن أن تفرق بين اعطاء الدليل الحجية التى اعطاها له القانون وهذا واجب على القاضى لا يستطيع مخالفته ، وبين تفسير الدليل وتحديد معناه وهذا هو مجال السلطة التقديرية لقاضى الموضوع^(٣). وهى سلطة ينبنى أن تراهى في مباشرتها ما يقضى به العقل وما يستسيغه المنطق .

فالقاضى مقيد بالوقائع الثابتة أمامه في الدعوى ، فهو لا يصحى به له الشخصى ولا يخالف الثابت بأوراق الدعوى . وهو مقيد بالحجية التى اعطاها القانون لأدلة الإثبات المختلفة . وهو مقيد بأن يستنبط من وقائع الدعوى المعنى الذى تودى إليه بحسب ما يقبله العقل والمنطق . ولكن الوجه الآخر لهذه القيود هو أن القاضى يملك سلطة تقديرية واسعة في تقدير وتفسير وتحديد معنى أدلة الإثبات المقدمة في الدعوى طالما أنه انتهى إلى نتائج سائغة يقبلها العقل^(٤).

-
- (١) نقض ١٠/٣/١٩٣٧ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٤ ، فقرة ٤٠٩ .
 (٢) نقض ٣/١١/١٩٣٧ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ١٨٤ ، فقرة ٤١٠ .
 (٣) نقض ٢٨/١٢/١٩٣٢ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٦ ، فقرة ٤٣٤ .
 (٤) راجع في هذا المعنى : أحكام النقض غير ما سبقت الإشارة إليه ، نقض ١٩/١١/١٩٣١ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٣ ، فقرة ٤٠٨ ؛ نقض ١٧/١١/١٩٣٧ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٤ ، فقرة ٤١١ ؛ نقض ٨/١٢/١٩٣٢ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٤ ، فقرة ٤١٢ ؛ نقض ١/٣/١٩٣٤ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٤ ، فقرة ١٣ ؛ نقض ١٧/٥/١٩٣٤ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٤ ، فقرة ٤١٤ ؛ نقض ١٩/١/١٩٣٥ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٤ ، فقرة ٤١٥ ؛ نقض ٢٣/٥/١٩٣٥ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ٢ ، ص ١٨٤ ، فقرة ٤١٦ ؛ نقض ٢٩/١٢/١٩٣٨ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٤ ، فقرة ٤١٧ ؛ نقض ٩/٦/١٩٣٨ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٤ ، فقرة ٤١٨ .

٣٩ - تسميات طرق الالبات :

تنقسم طرق الالبات إلى عدة تسميات بحسب الزاوية التي ينظر إليها في

■ نقض ١٠/١١/١٩٣٨ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٤ ، فقرة ٤١٩ ؛ نقض
٢٢/٢/١٩٤٠ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٤ ، فقرة ٤٢٠ ؛ نقض
١٨/٢/١٩٤٣ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٥ ، فقرة ٤٢١ ؛ نقض
١٠/١٠/١٩٤٦ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٥ ، فقرة ٤٢٣ ؛ نقض
٢٦/١٢/١٩٤٦ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٥ ، فقرة ٤٢٤ ؛ نقض
٢٠/١١/١٩٤٧ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٥ ، فقرة ٤٢٥ ؛ نقض
١٩/١/١٩٥٠ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٥ ، فقرة ٤٢٦ ؛
نقض ٢٧/٤/١٩٥٠ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٥ ، فقرة ٤٢٧ ؛
نقض ١٥/٦/١٩٥٠ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٥ ، فقرة ٤٢٨ ؛
نقض ٢٨/١٢/١٩٥٠ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٥ ، فقرة ٤٢٩ ؛
نقض ١/٢/١٩٥١ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٦ ، فقرة ٤٣٠ ؛
نقض ٢٥/١٠/١٩٥١ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٦ ، فقرة ٤٣١ ؛
نقض ٢٩/٣/١٩٥١ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٦ ، فقرة ٤٣٢ ؛
نقض ٣/١١/١٩٥٥ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٦ ، فقرة ٤٣٣ ؛
نقض ٢٧/٣/١٩٤١ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٦ ، فقرة ٤٣٥ ؛
نقض ٢/٦/١٩٥٥ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٧ ، فقرة ٤٣٦ ؛
نقض ١٢/١/١٩٥٦ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ٦ ، ص ٦٤ ؛ نقض ٩/٢/١٩٥٦ ،
مجموعة المكتب الفني ، ص ٧ ، ص ١٦٨ ؛ نقض ٣١/٥/١٩٥٦ ، مجموعة المكتب الفني ،
ص ٧ ، ص ٦٧٢ ؛ نقض ٢٧/١٢/١٩٥٦ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ٧ ، ص ١٠٢٢ ؛
نقض ٢٧/٦/١٩٥٧ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ٨ ، ص ٦٥٣ ؛ نقض ١٩/١٢/١٩٥٧ ،
مجموعة المكتب الفني ، ص ٨ ، ص ٩٣٠ ؛ نقض ١٩/٦/١٩٥٨ ، مجموعة المكتب الفني ،
ص ٩ ، ص ٥٩٧ ؛ نقض ١٥/١٢/١٩٥٨ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ٩ ، ص ٨٢٤ ؛
نقض ١٢/٢/١٩٥٩ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٠ ، ص ١٦٥ ؛ نقض ٢٦/٣/١٩٥٩ ،
مجموعة المكتب الفني ، ص ١٠ ، ص ٢٥٩ ؛ نقض ٢/١/١٩٥٩ ، مجموعة المكتب الفني ،
ص ١٠ ، ص ٢٠٣ ؛ نقض ١٠/٦/١٩٦٥ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٦ ، ص ٧٦٠ ؛
نقض ٢/١٢/١٩٦٥ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٦ ، ص ٩٥٣ ؛ نقض ١٢/١١/١٩٦٤ ،
مجموعة المكتب الفني ، ص ١٥ ، ص ١٠٤٥ ؛ نقض ٢/١/١٩٦٣ ، مجموعة المكتب الفني ،
ص ١٤ ، ص ٢١ ؛ نقض ٢٢/١٠/١٩٤٦ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٥ ، ص ٩٨٧ ؛ ■

التقسيم^(١). فطرق الإثبات قد تكون مباشرة ترد على الواقعة المطلوب إثباتها مباشرة كما في الكتابة أو الشهادة أو المعاينة والخبرة ، وقد تكون غير مباشرة ترد على واقعة أخرى بديلة غير الواقعة الأصلية ، وذلك طبقاً لما سبق أن درسناه عن نقل محل الإثبات ، ويتحقق ذلك بالنسبة للقرائن وبالنسبة للشهادة في بعض الأحيان.

وطرق الإثبات قد تكون معدة من قبل وهي ما تسمى بالأدلة المهيأة ، ويكاد ذلك يقتصر على الكتابة وكذلك القرائن القانونية ، أو لا تكون طرق الإثبات معدة من قبل ويصدق ذلك على معظم طرق الإثبات الأخرى التي يجري إعدادها بعد إشادة الحق كما في الشهادة والقرائن القضائية والافرار واليمين والمعاينة والخبرة.

وطرق الإثبات قد تكون لها حجية ملزمة لا تقبل إثبات العكس كما في القرائن القانونية القاطعة وكما في اليمين . وقد تكون لها حجية ملزمة تقبل إثبات العكس كما

■ نقض ١٨/٢/١٩٦٥ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ١٦ ، س ١٧٨ ؛ نقض ٢٠/٥/١٩٦٥ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ١٦ ، س ٥٩٤ ؛ نقض ٢/١/١٩٦٣ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ١٤ ، س ٢١ ؛ نقض ٢٥/٣/١٩٦٥ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ١٦ ، س ٢٨٤ ؛ نقض ٣١/١٢/١٩٦٤ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ١٥ ، س ١٢٧٤ ؛ نقض ٢٨/٥/١٩٦٤ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ١٥ ، س ١٢٨٨ ؛ نقض ٢٣/٣/١٩٦٦ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ١٧ ، س ٦٦٦ ؛ نقض ٦/٦/١٩٦٦ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ١٧ ، س ٥٥ ؛ نقض ٢٤/٣/١٩٦٦ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ١٨ ، س ١٧٢٠ ؛ نقض ٢٣/٤/١٩٧٠ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ٢١ ، س ٦٧٧ ؛ نقض ٢٨/٤/١٩٧٠ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ٢١ ، س ٧١٤ ؛ نقض ٣٠/٤/١٩٧٠ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ٢١ ، س ٧٣٥ ؛ نقض ٣٠/٤/١٩٧٠ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ٢١ ، س ٧٤٨ ؛ نقض ٣٠/٦/١٩٧٠ ، مجموعة الكتب الفنى ، س ٢١ ، س ١٠٩٢ .

(١) راجع في هذا الموضوع : بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٢٤ ، فقرة ١٤٢٥ ؛ عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، س ٩٨ وما بعدها .

- ١٠٢ -

في الكتابة والافرار . وقد لا تكون لها حجة ملزمة أصلاً في الشهادة والقرائن القضائية .

وطرق الإثبات قد تكون أصلية كافية بذاتها كالكتابة والقرائن القانونية بالنسبة للتصرفات القانونية والوقائع المادية على السواء ، وكذلك الشهادة والقرائن القضائية بالنسبة للوقائع المادية أو التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على عشرين جنيهاً . وقد يكون طريق الإثبات أصلياً ولكنه غير كاف بذاته بل لابد من تكملة بدليل آخر ومن ذلك مبدأ الثبوت بالكتابة .

وقد يكون طريق الإثبات تكملياً كالشهادة والقرائن القضائية واليمين المتممة وذلك بالنسبة للتصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرين جنيهاً إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

وقد تكون طرق الإثبات احتياطية كالافرار واليمين الحاسمة ، فهذه طرق تنقضي عن الإثبات بطريقة احتياطية عندما لا يرجد الدليل الأصلي المفروض تقديمه . وكذلك فإن المعاينة والخبرة من طرق الإثبات الاحتياطية التي لا يلجأ إليها القاضي إذا وجد في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدته .

على أن أم تقسيم لطرق الإثبات هو تقسيمها من حيث قوتها في الإثبات إلى طرق ذات قوة مطلقة ولا تدخل في هذا القسم إلا الأدلة الكتابية ، وطرق ذات قوة محدودة ، وهي اليمين والقرائن القضائية والمعاينة والخبرة ، وإلى طرق معفية من الإثبات وهي الافرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية (١) .

وندرس فيما يلي ، في نحة مباهات متالفة ، الأحكام الأساسية في طرق الإثبات المختلفة .

(١) عبد الرزاق السنهوري ، ٢٦ ، ص ١٠٢ .

- ١٠٣ -

المبحث الأول الإثبات بالكتابة

الورقة المكتوبة إما أن تكون ورقة رسمية أو ورقة عرفية وتختلف قيمة كل منها عن الأخرى في الإثبات .

١ - الأوراق الرسمية

٤٠ - تعريف الورقة الرسمية :

تنص المادة ١٠ من قانون الإثبات على أن : المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه ، فإذا لم تسكب هذه المحررات صفة رسمية ، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوى الشأن قد وقعوا بامضاءاتهم أو بأختامهم أو بصمات أصابعهم ، .

وطبقاً لهذا النص يشترط حتى تعتبر الورقة ورقة رسمية عدة شروط هي :

- ١ - يجب أن يكون الذى حرر الورقة موظف رسمى أو مكلف بخدمة عامة .
- ٢ - يجب أن تكون ولاية هذا الموظف قائمة وقت تحرير الورقة بأن كان لم يعزل أو ينقل .

٣ - يجب أن يكون تحرير الورقة بما يدخل في اختصاص وظيفته ، فالقاضى مثلاً وظيفته كتابة الأحكام ، ولكن ليس من اختصاصه تحرير العقود ، فهذا اختصاص الموثق طبقاً للقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٨ ، وهكذا .

٤ - يجب أن يتم تحرير الورقة الرسمية طبقاً للأوضاع التي قررها المشرع . ومن هذا القيل ما قرره القانون بالنسبة للأوراق الرسمية التي يحبرها الموثق ، من أن

- ١٠٤ -

يوثق المحرر باللغة العربية ، وبخط واضح غير مشتمل على إضافة أو تحشير أو كشط ، وأن يشتمل على البيانات المتعلقة بتاريخ التوثيق وشخص الموثق وأشخاص ذوى الشأن ومكان التوثيق . ويجب أن يوقع الموثق هو وأصحاب الشأن والشهود على المحرر... الخ .

وإذا لم يتوافر شرط من هذه الشروط فإن الورقة لا تفقد كل قيمة ، بل يكون لها قيمة العرفية في الإثبات إذا كانت موقعة من ذوى الشأن أو عليها اختتامهم أو بصياتهم .

٤١ - حجية الورقة الرسمية في الإثبات :

تنص المادة ١١ من قانون الإثبات على أن : المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق الرسمية ، ويتضح من هذا النص أن الورقة الرسمية دليل إثبات قاطع بالنسبة للمؤمن عليها وبالنسبة للناس كافة وذلك بمراعاة الشرطين الآتين : ١ - أن يكون مادون فيها يدخل في حدود مهمة محررها ويشمل ذلك ذكر تاريخ تحرير الورقة ومكان تحريرها وتوقيع الموثق وأصحاب الشأن والشهود وبيان مراعاة الاجراءات التي يتطلبها القانون كقراءة الورقة على أصحاب الشأن قبل توقيعها .

ب - أن يكون ما دون فيها قد صدر من ذوى الشأن تحت سماع الموثق أو بصره سواء كان ذلك قولاً أو فعلاً . ومن هذا الشأن نص عبارات العقد الذي تم إبرامه أمام الموثق ، أو اعتراف المشتري بأنه تسلم الشيء المبيع واعتراف البائع أنه تسلم الثمن . فإذا كان دفع الثمن قد تم أمام الموثق فإنه يذكر حدوث ذلك أمامه .

فإذا توافر هذان الشرطين كانت الورقة الرسمية حجة بما دون فيها في مراجعة

الكافة ، بحيث إذا أراد شخص أن يظن في صحة بيان وارد في هذه الورقة فلا يكون أمامه إلا الظن فيها بالتزوير .

ولكن يلاحظ أن حجية الورقة الرسمية من ناحية الإثبات لا تتعلق بموضوع التصرف الذي تضمنته الورقة ، من ناحية الشروط الموضوعية لانعقاده . فهذا التصرف يقبل الظن فيه كأي تصرف آخر بالبطلان أو الصورية أو الفسخ أو الرجوع بحسب الأحوال وطبقاً للقواعد العامة في نظرية العقد .

ومن ناحية أخرى فإن الورقة الرسمية التي يحررها الموثق المختص بجانب حجيته في الإثبات ، فإن لها قوة تنفيذية بحيث لا يحتاج صاحب الحق فيها إلى استصدار حكم بحقه ، بل يقوم مكتب التوثيق بتسليمه صورة من المحرر توضع عليها الصيغة التنفيذية كما توضع على الأحكام ، وهي التي تقرر أنه يجب على المحضرين المطلوب منهم تنفيذ هذا السند أن يبادروا إلى تنفيذه وعلى النائب العمومي ووكلائه أن يساعدوه وعلى رؤساء وضباط العساكر وأموري الضبط والربط أن يعاونوهم على اجراء التنفيذ واستعمال القوة الجبرية متى طلبت منهم المساعدة والمعاونة بصورة قانونية ، . وغنى عن الذكر أن حجية الإثبات أمر مستقل عن قوة التنفيذ، ويلاحظ أن حجية الورقة الرسمية في الإثبات تتصرف أساساً إلى النسخة الأصلية للورقة الرسمية وهي التي تحمل توقيعات ذوي الشأن والموثق والشهود . أما صور الورقة الرسمية فلها حكم آخر .

٤٢ - حجية صور الورقة الرسمية :

طبقاً لقانون التوثيق فإن النسخة الأصلية للورقة الرسمية يحتفظ بها مكتب التوثيق في ملفات خاصة ، ويسلم ذوي الشأن صوراً رسمية منها يوقعها الموثق ويذكر فيها أنها مطابقة للأصل . والصورة الرسمية لها حجية في الإثبات تختلف

بحسب ما إذا كانت النسخة الأصلية موجودة أو غير موجودة .

١ - فإذا كانت النسخة الأصلية موجودة، فإنه بحسب نص المادة ١٢ من قانون الإثبات ، إذا كان أصل المحرر الرسمي موجوداً فإن صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل . وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين ، وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل ، . ويتضح من هذا النص أنه إذا كانت النسخة الأصلية موجودة فإنه لا توجد أية صعوبة في الرجوع إذا لزم الأمر إلى هذه النسخة . ولذلك فإن صورة الورقة الرسمية تعتبر حجة بالنسبة للكافة ، ما لم ينازع أحد في مطابقتها للأصل وفي هذه الحالة يرجع للأصل .

٢ - أما إذا كانت النسخة الأصلية غير موجودة ، ولا توجد إلا صورة رسمية منها ، فإن حجية الصورة الرسمية تتوقف على مدى صحتها المباشرة أو غير المباشرة بالنسخة الأصلية ، أى على أساس ما إذا كانت الصورة الرسمية مأخوذة من النسخة الأصلية ذاتها أو مأخوذة عن صورتها أو عن صورة صورتها .

١ - فإذا كانت الصورة الرسمية مأخوذة عن النسخة الأصلية مباشرة . وتسمى في هذه الحالة بالصورة الرسمية الأصلية ، فإن حجيتها تكون هي نفس حجية النسخة الأصلية متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل .

٢ - أما إذا كانت الصورة الرسمية مأخوذة لا عن النسخة الأصلية ولكن عن الصورة الرسمية للنسخة الأصلية ، فإنه تكون لها الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين ، أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها .

٣ - أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية فلا يبتد به إلا لجرد الاستئناس تبعاً للظروف . (راجع المادة ١٣ من قانون الإثبات) .

٢ - الأوراق العرفية

٤٣ - حجية الورقة العرفية على من وقعها :

تنص المادة ١٤ من قانون الإثبات على أن : يعتبر المحرر العرفي صادراً بمن وقع ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ، ويكفي أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق . - ومن احتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه ، لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع ، ويتضح من هذا النص ما يأتي :

١ - الورقة العرفية حجة على من وقعها وكذلك على خلفه العام وهو الوارث .

٢ - تفقد الورقة العرفية حجيتها إذا أنكر من يحتج بها عليه أنه وقعها أو وضع عليها ختمه أو بصمته ، ويكفي هذا الإنكار لرفض الورقة ولا تكون هناك حاجة إلى الطعن فيها بالتزوير كما هو الشأن بالنسبة للورقة الرسمية . ويكون على من يتمسك بالورقة أن يقيم الدليل على صحة صدور الورقة بمن وقعها عن طريق إجراءات تحقيق الخطوط .

٣ - نظراً لأن من يتمسك بالورقة في مواجهة الوارث لا يدعي أن الوارث هو الذي وقعها ، فإنه إذا أراد الوارث أن ينكر الورقة فإنه لا ينكر توقيعها عليها ولكنه ينكر فقط مع حلف اليمين أنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق .

٤ - استحدث قانون الإثبات الجديد حكماً هاماً وهو أنه لا يجوز لمن يحتج في مواجهة ورقة عرفية صادرة منه ، ثم ناقش هذه الورقة من حيث الموضوع ،

أن يقوم بعد ذلك بإنكار صدورها منه ، فالنقطة في موضوع الورقة بمثابة اقرار
ضمني بصحة صدورها من موقعها فلا يقبل منه انكارها بعد ذلك .

٥ - إذا لم ينكر من وقع على الورقة العرفية صدورها منه فإنها تكون حجة
عليه بكل ما جاء فيها من بيانات. وخاصة ما يتعلق بتاريخ تحرير هذه الورقة. ولكن
يظل لأصحاب الشأن الحق في الطعن في التصرف الذي تضمنته هذه الورقة بأوجه
الطعن المتعلقة بالموضوع كالطعن بالبطلان أو الفسخ أو الإلغاء ... الخ .

٤٤ - حجة الورقة العرفية بالنسبة للغير :

على خلاف الورقة الرسمية التي تكون حجة على الكافة بما دون فيها ، فإن
الورقة العرفية لا تكون حجة على غير أطرافها بالنسبة لتاريخها إلا إذا كان هذا
التاريخ ثابتاً ، وذلك مناً للتلاعب والتواطؤ اضراراً بحقوق الغير عن طريق تزوير
تاريخ غير صحيح في الورقة . من هذا القبيل أن يبيع شخص منقولاً معيناً بالذات يملكه
إلى أكثر من شخص واحد . ونظراً لأن الملكية تنتقل بمجرد العقد فإنه يستطيع
أو كان تاريخ الورقة العرفية يحتاج به في مواجهة الغير ، ولو لم يكن ثابتاً ، أن يقدم
تاريخ البيع الثاني على البيع الأول بما يحصل المشتري الثاني كأنه هو الذي اشترى
أولاً . وغير ذلك أمثلة أخرى كثيرة . وسدأ لهذا الباب قرر المشرع في المادة
١/١٥ من قانون الإثبات أنه ، لا يكون المحرر العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا
منذ أن يكون له تاريخ ثابت . وإثبات تاريخ الورقة العرفية له طرق مختلفة نصت
عليها المادة ١٥ المذكورة وهي .

١ - من يوم أن يتجدد المحرر العرفي بالسجل المعد لذلك في مكتب التوثيق .
وإثبات التاريخ عن هذا الطريق هو إجراء مختلف تماماً عن الرسمية . فالورقة ثابتة
التاريخ تظل ورقة عرفية من كل وجه .

٢ - من يوم أن يثبت مضمون المحرر العرفي في ورقة أخرى ثابتة التاريخ .

٣ - من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص مع ذكر تاريخ التأشير .

٤ - من يوم وفاة أحد من لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة ، أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يصمم لالة في جسمه .

٥ - من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد حررت قبل وقوعه ، ومن هذا القبيل أن ترسل الورقة بالبريد المسجل ويرد على الورقة ذاتها خاتم البريد بتاريخ معين .

٤٥ - استثناء المخالفات من ضرورة الإثبات التاريخ :

نصت الفقرة الأخيرة من المادة ١٥ من قانون الإثبات على أنه دوماً ذلك يجوز للقاضي تبعاً لظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالفات ، . والواقع أن الذي يوفى ديناً عليه ويحصل على مخالصة بالوفاء من دائته قلما يفكر أن يجعل تاريخ هذه المخالصة ثابتاً فهو يكتب بمحبة هذا التاريخ بالنسبة للدائن الذي وقع على المخالصة ولا يعنيه كثيراً حجبها بالنسبة للغير . ولذلك أجاز المشرع للقاضي أن يعتبر المخالصة حجة على الغير بالنسبة لتاريخ المذكور بها ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ويدخل ذلك في نطاق السلطة التقديرية للقاضي . وينطبق هذا الحكم على الوفاء البسيط . أما الوفاء مع الحلول فلا يحتاج بتاريخه في مواجهة الغير إلا إذا كان ثابتاً لأن آثره يظهر بصفة خاصة في مواجهة الغير ، فيرجع إلى القاعدة الأصلية في أن تاريخ الورقة العرفية لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً .

٤٦ - الأوراق العرفية التي لم تعد أصلاً لأن تكون دليلاً في الإثبات :

هناك أوراق لم تعد أصلاً لأن تكون دليلاً في الإثبات ، كالرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية والدفاتر والأوراق المنزلية ، وسند الدين ذاته المؤشر عليه من الدائن براءة ذمة المدين مع عدم توقيعه. ومع ذلك فقد جعل المشرع لهذه الأوراق حجية معينة في الإثبات وهو ما نذكره فيما يلي .

١ - الرسائل والبرقيات : بحسب نص المادة ١٦ من قانون الإثبات تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي من حيث الإثبات . وتكون للبرقيات هذه القيمة إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقفاً عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك . وإذا أعدم أصل البرقية ، فلا يعتد بالبرقية إلا لجرد الاستئناس .

٢ - الدفاتر التجارية : يجب على كل تاجر يزيد رأس ماله على ٢٠٠ جنيه أن يملك دفاتر منتظمة تكفل بيان مركزه المالي ببيان ما له وما عليه . وقد نص المشرع في قانون الإثبات أن هذه الدفاتر تكون حجة على التاجر الذي يملك بها سواء كانت منتظمة أو غير منتظمة . ولكنها إذا كانت منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد ما يكون منافساً لدعواه . بل يجب الأخذ بها ككل أو تركها ككل .

وتكون الدفاتر التجارية حجة للتاجر الذي يملك بها إذا كان النزاع متعلقاً بعمل تجاري وكان خصمه تاجراً . أما إذا لم يكن خصمه تاجراً أو لم يكن النزاع متعلقاً بأعمال تجارية فإن الدفاتر التجارية لا تكون حجة للتاجر الذي يملك بها إلا على سبيل الاستئناس . فإذا رأى القاضى فيها أساساً يصلح للإثبات فإنه يكتل هذا الأساس بتوجيه اليمين إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز اثباته بالشهادة على النحو الذى سدره .

(١) رفع هذا المبلغ إلى عشرين ألف جنيه بمقتضى المادة ٢١ من قانون التجارة المحدث رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

٣ - الدفاتر المنزلية : وهي الأوراق المتعاقبة بغير التجار ، وهي لا تكون لها أية حجية لمصلحة من يملك بها إذ لا يقبل من شخص أن يصطنع دليلاً لنفسه . وكذلك فإنه بحسب نص المادة ١٨ من قانون الإثبات لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين : (١) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً . (ب) إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصاحته .

٤ - التأشير ببراءة ذمة المدين : بحسب نص المادة ١٩ من قانون الإثبات فإن تأشير الدائن ببراءة ذمة المدين على سند الدين تكون له حجية كاملة في الفروض الآتية : (١) إذا أشر الدائن على سند الدين الذي يحتفظ به ولم يخرج من حيازته قط بما يستفاد منه براءة ذمة المدين ، سواء وقع على هذا التأشير أو لم يوقع وسواء شطب التأشير بعد ذلك أو لم يشطبه ، ولكن يجوز للدائن أن يثبت عكس ذلك بجميع طرق الإثبات . (ب) إذا أشر الدائن بخطه ودون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند . كنسخة أخرى من عقد بيع مثلاً وكانت هذه النسخة في يد المدين . ومع عدم توقيع الدائن فإن تأشيرته بخطه على نسخة أصلية من سند الدين موجودة في حيازة المدين يعتبر حجة على الدائن ببراءة ذمة المدين . ولكن يجوز للدائن أن يثبت عكس ذلك بكل طرق الإثبات . (ج) أما إذا أعطى الدائن المدين سند الدين مع التأشير عليه بما يستفاد منه براءة ذمة المدين والتوقيع على هذا التأشير ، فإن ذلك يكون حجة كاملة على الدائن ولا يجوز له إثبات عكس ذلك إلا بكتابة أخرى موقعة من المدين ، تلتفى أثر هذا التوقيع .

المبحث الثاني الاثبات بالشهادة (البيئة)

٤٧ - حرية الاثبات بالبيئة في المعاملات التجارية :

المبدأ المقرر في القانون التجارى هو جواز الاثبات بالشهادة مهما كانت قيمة الدين أو إذا لم يكن محدد القيمة، ويجوز كذلك اثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة عن طريق الشهادة . وتبرير ذلك هو مراعاة طابع السرعة والسهولة في المعاملات التجارية . فلو اشترطت الكتابة لاثبات العمليات التجارية لوقف ذلك عقبة في سبيل السرعة التى يجب أن تتم بها هذه العمليات .

٤٨ - جواز الاثبات بالشهادة في المواد المدنية في نطاق محدود :

نظرا لأن المسائل المدنية لا تنتم بطابع السرعة بل بطابع التروى ، فقد اشترط للشرع كقاعدة عامة أن يكون الاثبات في هذه المسائل عن طريق الكتابة سواء بوثيقة رسمية أو عرفية . ومع ذلك فقد أجاز الاثبات بالشهادة إذا لم ترد قيمة النزاع على عشرين^(١) جنيهاً طبقاً للمادة ٦٠ من قانون الاثبات . وكان المبلغ الذى يجوز الاثبات فيه بالشهادة قبل صدور قانون الاثبات الجديد هو عشرة جنيهاً فقط طبقاً للمادة ٤٠٠ من القانون المدنى . وتنص المادة ٦٠ من قانون الاثبات على أنه : (١) في غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانونى يزيد قيمته عن عشرين جنيهاً أو كان غير محدد القيمة ، فلا يجوز شهادة الشهود في اثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد إقرار أو نص يقضى بغير ذلك . - ويقتدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف . ويجوز الاثبات بشهادة الشهود إذا كانت زيادة الالتزام على عشرين جنيهاً لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل . - وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة من مصادر متعددة جاز الاثبات

(١) لهذا الوقت عشرة وعشرين جنيهاً في نص القانونين ٦٠ و ٦١ من قانون الاثبات ، أصبح مائة جنيهاً بعد العمل بقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، وأصبح مائة جنيهاً بعد العمل بقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ . راجع فيما بعده ص ٢١٥

بشهادة الشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرين جنيهاً ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة . - وتكون العبرة في الوفاء إذا كان جزئياً بقيمة الالتزام الأصلي ، . ويتضح من هذا النص ما يأتي :

١ - لا يجوز الاثبات بالشهادة فيما تزيد قيمته على عشرين جنيهاً . أما إذا كانت قيمة التصرف عشرين جنيهاً أو أقل فيجوز الاثبات بالشهادة .

٢ - هذا الحكم ينسرى على المسائل المدنية وحدها ، أما المعاملات التجارية فالمبدأ فيها هو جواز الاثبات بالشهادة مهما كانت قيمة النزاع كما سبق القول .

٣ - يراعى في تقدير قيمة النزاع أصل الالتزام بغض النظر عن الزيادة التي قد تطرأ عليه بسبب الفوائد والملحقات .

٤ - ويراعى عند التقدير قيمة الالتزام كله وليس فقط قيمة الجزء الذي تتم المطالبة به أو الجزء الذي يدعى المدين أنه وفي به . فلو كانت قيمة الالتزام أكثر من عشرين جنيهاً وكان الدائن يطالب بخمسة جنيهاً فقط ، أو كان المدين يدعى الوفاء بخمسة جنيهاً فقط ، فإنه لا يجوز مع ذلك الاثبات من الدائن أو المدين في أى من الحالتين إلا بالكتابة .

٥ - ويراعى عند التقدير قيمة الالتزام وقت محدد التصرف ، ولو زادت قيمته بعد ذلك بسبب تقلبات الأسعار .

٦ - تسرى الأحكام السابقة على إثبات وجود الالتزام إذا كان الدائن هو الذي يدعى وجوده ، أو على إثبات انقضاء الالتزام إذا كان المدين هو الذي يدعى براءة ذمته منه .

٧ - إذا كانت قيمة الدعوى غير محددة كدعوى حساب لا يعرف قيمة الدين

المستحق عنها إلا بعد تقديم الحساب ومراجعته ، فإن قيمة النزاع تعتبر كأنها أكثر من عشرين جنيهاً ولا يجوز فيها الاثبات بالشهادة .

٨ - والمبرة في تقدير قيمة النزاع بكل تصرف على حدة ، فإذا اشتملت دعوى واحدة على عدة طلبات ناشئة عن تصرفات مختلفة وكان كل تصرف قيمته لا تزيد على عشرين جنيهاً ، فإنه يجوز الاثبات في هذه الحالة بالشهادة ولو كانت قيمة مجموع التصرفات تزيد على هذا القدر ، ولو كانت من طبيعة واحدة وبين نفس الخصوم .

٩ - القواعد السابق ذكرها لا تتعلق بالنظام العام ، ويجوز الاتفاق على عكسها .

١٠ - عدم جواز الاثبات بالشهادة فيما تزيد قيمته على عشرين جنيهاً يسرى فقط على التصرفات القانونية ، أما الوقائع المادية فإنه يجوز فيها الاثبات بالشهادة أياً كانت قيمتها .

١١ - جواز الاثبات بالشهادة في الحدود السابق ذكرها يخضع في النهاية للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، الذي يجوز له أن يأخذ بها أو يستبعد ما بحسب اطمنائه إليها . بعكس الدليل الكتابي الذي لا يملك القاضي إلا الأخذ به .

٤٩ - عدم جواز الاثبات بالشهادة في نفس النطاق المحدود :

إذا كان من الجائز بحسب الأصل الاثبات بالشهادة في النطاق المحدود الذي لا تزيد فيه قيمة التعريف على عشرين جنيهاً ، فإنه لا يجوز مع ذلك الاثبات بالشهادة في نفس النطاق المحدود ، حتى ولو كانت قيمة التصرف لا تزيد على عشرين جنيهاً^(١) وذلك في الحالات الآتية التي نصت عليها المادة ٦١ من قانون الاثبات .

١ - لا يجوز لاثبات بالشهادة فيما يجاوز أو يخالف ما نص عليه دليل كتابي ، أي ما يؤدي إلى تكذيب دليل كتابي . والمقصود بالدليل الكتابي هو الورقة الرسمية أو الورقة العرفية التي تعد أصلاً كدليل للاثبات . أما الأوراق التي لم تعد

(١) أينما وردت عبارة «عشرين جنيهاً» في نص المادتين ٦٠ و ٦١ من قانون الاثبات، تصبح «مائة جنيهاً» بعد العمل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، وتصبح «خمسائة جنيهاً» بعد العمل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع فيما بعد، ص ٢١٥.

أصلاً للآثبات كالدفاتر التجارية والدفاتر المنزلية . فيجوز اثبات ما يخالفها أو يجاوزها بشهادة الشهود وبحسب الطمئنان القاضي إلى هذه الشهادة .

٢ - لا يجوز الآثبات بالشهادة إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز اثباته إلا بالكتابة . وقد سبق أن ذكرنا أنه يراعى في تقدير قيمة النزاع ، الالتزام بكامل قيمته حتى ولو اقتضت المطالبة بجزء منه أو ادعى المدعي أنه وفي جزءا منه .

٣ - لا يجوز الآثبات بالشهادة إذا طالب أحد الخصوم بأكثر من عشرين جنياً ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد عن هذه القيمة ، لأنه يكون في هذه الحالة متحايلاً يخفض قيمة حقه بعد أن أعوزه الدليل على إثبات وجوده .

٥٠ - جواز الآثبات بالشهادة خارج النطاق للعدد :

على عكس ما ذكرناه في الفقرة السابقة ، فإنه يجوز الآثبات بالشهادة في بعض الحالات التي تزيد فيها قيمة النزاع على عشرين جنياً ، أي خارج النطاق الذي يجوز فيه الآثبات بالشهادة أصلاً . وقد نصت المادة ٦٢ من قانون الآثبات على أنه « يجوز الآثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . - وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدهى قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة » . وتنص المادة ٦٣ من قانون الآثبات على أنه « يجوز كذلك الآثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب لإثباته دليل كتابي . (أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي . (ب) إذا فقد الدائن سند الكسبي بسبب أجنبي لا يد له فيه » . ويتضح من هذه النصوص أن الحالات التي يجوز فيها الآثبات بالشهادة على سبيل الاستثناء وخلافاً للأصل هي :

١- إذا رجد مبدأ ثبوت بالكتابة، والمقصود بذلك أن توجد كتابة صادرة من الخصم الذي يحتج بها في مواجهته ولكنها لا تصلح دليلاً كتابياً كافلاً وان كانت تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال. كأن تكون غير موقعة منه مثلاً، فإنه يجوز في هذه الحالة اعتبار هذه الورقة بمثابة مبدأ اثبات وليس دليل اثبات كامل، ويستكمل الدليل بشهادة الشهود.

٢- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي. ومن أمثلة المانع المادي أن يبرم التصرف في وقت حروب أو كارثة ولا تكون هناك فسخة من الوقت للحصول على دليل كتابي. ومن أمثلة المانع الأدبي وجود صلة قرابة بين طرفي التصرف. وتقدير ما إذا كان المانع المادي أو الأدبي هو مانع جدي حال فعلاً دون الحصول على دليل كتابي من المسائل التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع.

٣- إذا فقد سند الدائن الكتابي على وجود الدين، أو سند مخالصة المدين على الوفاء به، لسبب أجنبي لا يد لاي منهما فيه، كقوة قاهرة أو فعل الغير كسرقة السند مثلاً. ودون أن يكون من فقد السند قد سهل ذلك بإهماله. وهذه الحالة تترتب أن يكون هناك دليل كتابي موجود من قبل ولكنه فقد بعد ذلك. ويراقب القاضي بدقة دلالة الأدلة التي تساق له للقول بسبق وجود سند كتابي ثم ضياع هذا السند بعد ذلك بسبب أجنبي.

المبحث الثالث القرائن

٥١ - القرينة الفعلية والقرينة القانونية :

القرينة وسيلة من وسائل الإثبات، وهي استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت. والقرينة الفعلية هي التي يقوم فيها القاضي بدور إيجابي فهو الذي يختار الواقعة الثابتة ليستنبط منها بعد ذلك الواقعة غير الثابتة. أما القرينة القانونية فهي من عمل المشرع ذاته الذي يحدد الواقعة الثابتة، وهو الذي يستنبط منها بعد ذلك الواقعة الأخرى التي تصبح بذلك ثابتة هي الأخرى. وقد نصت المادة ٩٩ من قانون الإثبات على القرينة القانونية بقولها: «القرينة القانونية تنفي من تقرر لمصلحته من أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك». ونصت المادة ١٠٠ من قانون الإثبات على: «القرينة الفعلية بقولها: «يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود». ويتضح من هذين النصين أن القرينة الفعلية هي طريقة من طرق الإثبات يستقل القاضي به بأجرائها في حدود سلطته التقديرية وذلك في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود على النحو السابق دراسته. أما القرينة القانونية فهي ليست وسيلة من وسائل الإثبات بقدر ما هي سبب للاعفاء من الإثبات، وهي من صنع المشرع نفسه، وهي أحياناً تكون قرينة قاطعة لا يجوز اثبات عكسها وأحياناً أخرى تكون قرينة غير قاطعة يجوز اثبات عكسها.

٥٢ - القرينة القانونية القاطعة وغير القاطعة :

القرينة القانونية هي كما سبق القول وسيلة اعفاء من الإثبات فهي تنفي من

تقررت لمصلحة من اثبات شيء كان يجب عليه اثباته . ومن هذا القبيل ما تنص عليه المادة ٨٧ هـ من القانون المدني من أن الوفاء بقسط من الأجرة قربنة على الوفاء بالإقساط السابقة على هذا القسط . وعلى هذا النحو يمكن أن يحتفظ المستأجر بآخر لإيصال عن الأجرة حتى يعتبر قد وفى بأجرة الإقساط السابقة اعتماداً على هذه القرينة القانونية . ولكن هذه القرينة ليست قاطعة إذ يجوز للتوَجُّر أن يثبت أنه رغم الوفاء بأجرة قسط متأخر فإنه لم يتم الوفاء بأجرة الإقساط السابقة .

ولكن في بعض الأحيان يجعل المشرع القرينة القانونية قاطعة لا تقبل الثبات بالعكس . ومن هذا القبيل ما تنص عليه المادة ١٧٦ من مسئولية حارس الحيوان عن الضرر الذي سببه للغير، فهي مسئولية تقوم على خطأ الحارس وهو خطأ مفترض لا يقبل الثبات بالعكس . وما تنص عليه المادة ١٧٨ من مسئولية حارس الأشياء ، وما تنص عليه المادة ٨٤ هـ من مسئولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة .

وحتى تكون القرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس ، يجب أن ينص المشرع صراحة على ذلك . فإذا لم يوجد نص على أن القرينة قاطعة فإنها تعتبر غير قاطعة ويرجع إلى الأصل في أنها تغني عن الإثبات ولكن يجوز اثبات عكسها من الخصم الآخر .

وبلاحظ كذلك أن القرينة القانونية حتى ولو كانت قاطعة فإنه يجوز اثبات عكسها باقرار من تقررت لمصلحته والقرينة كما تلعب دوراً في الالتياب فإنها تلعب دوراً كذلك في انشاء القواعد القانونية ، لان عدداً كبيراً من القواعد القانونية يتم في أساسه على المؤلف في معاملات الناس ، ولكن ذلك يخرج عن نطاق دة استنا .

٥٣ - حجية الامر المقضي :

حجة الامر المقضي هي قرينة قانونية قاطعة تجعل الاحكام القضائية حجة لا تقبل الشك فيما قضت به بين الخصوم إذا اتحد المحل والسبب . وفي هذا تنص المادة ١٠١ من قانون الاثبات على أن ، الاحكام التي حازت قوة الامر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجة ، ولكن لا تكون لتلك الاحكام هذه الحجة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بذات الحق محللاً وسياً . - وتقتضي المحكمة بهذه الحجة من تلقاء نفسها ، . ويتضح من هذا النص ما يأتي :

١ - حتى يجوز الحكم بحجة الامر المقضي ، لا بد أن يجوز أولاً قوة الامر المقضي . وهو يجوز قوة الامر المقضي إذا أصبح نهائياً لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف أى بطرق الطعن العادية وإن ظل من الجائز الطعن فيه بطرق غير عادية كالنقض أو إعادة النظر .

٢ - إذا حاز الحكم قوة الامر المقضي وبالتالي حجة الامر المقضي فإن هذا الحكم يعتبر صحيحاً من حيث الشكل ومن حيث الموضوع بحيث لا يجوز لأي خصم من الخصوم أن يعيد طرح النزاع مرة أخرى أمام أية جهة من جهات القضاء . وتبرير هذه القاعدة هو اعطاء الاحكام ما تستحقه من الاحترام من ناحية ، وحسم المنازعات ومنع تأييدها من ناحية أخرى . إذ لو أجيز للخصم الذي صدر ضده حكم واستنفذ طرق الطعن العادية ، أن يعيد طرح النزاع من جديد أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام محكمة أخرى غيرها لتأبدت الخصومات في المحاكم ، ولفقدت الاحكام كل قيمة لها في نظر الناس .

٣ - حجة الامر المقضي بالمعنى السابق ذكره تعيد على قرينة قانونية

قاطنة لا قبل اثبات العكس ، و يقال أحياناً أنها تنمذ على قاعدة موضوعية .

٤ - حجية الأمر المقضى لا تتحقق إلا إذا اتحد الخصوم والمحل والسبب .
فلا يجوز بعد صدور الحكم الذى حاز حجية الأمر المقضى لاي طرف فى النزاع أن يقاضى الطرف الآخر مطالباً بإياه بنفس الشيء اعتماداً على نفس السبب . أما إذا اختلف الخصم أو اختلف محل الدعوى بين نفس الخصوم أو اختلف سببها فإن حجية الأمر المقضى لا تقوم لأن النزاع الذى يراد طرحه من جديد هو فى الواقع نزاع جديد لم يسبق الفصل فيه سواء لاختلاف الخصوم أو المحل أو السبب . فمن خسر دعوى رفعها مطالباً فيها بدين ثمن بيع ، يستطيع رفع دعوى أخرى ضد نفس الشخص يطالبه بدين قرض ، فهنا لا يختلف السبب . ومن خسر دعوى يطالب فيها شخصاً بتقل ملكية عقار يستطيع رفع دعوى أخرى ضد نفس الشخص يطالبه فيها بتسليم بضاعة أو بتسليم عين مؤجرة ، فهنا اختلف المحل والسبب معاً . ومن خسر دعوى ضد (أ) يستطيع أن يرفع دعوى غيرها ضد (ب) ولو اتحد الشيء المطلوب الحكم به . أما المنتهى عنه فهو أن ترفع الدعوى مرة أخرى بعد صدور الحكم فيها بين نفس الخصوم بدون تغيير فى الشيء المطلوب الحكم به أو فى المصدر القانونى الذى يعتمد عليه هذا الطلب .

٥ - حجية الأمر المقضى تتماق بالنظام العام ولذلك فإن اتقاضى يقضى بها من تلقاء نفسه ، ولا يجوز الاتفاق بين الخصوم على عدم الأخذ بها .

٤ - حجية الحكم الجنائى أمام القاضى المدني :

تنص المادة ١٠٢ من قانون الإثبات على أنه ، لا يرتبط القاضى المدني بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً . . وينطبق هذا النص على الحالات التى يرتكب فيها أحد الأشخاص خطأ يسبب ضرراً للغير بما

- ١٢١ -

يستوجب مسئولية المدنية ويكون هذا الخطأ في نفس الوقت جريمة جنائية تستوجب مسئولية المخطئ الجنائية. فيكون من المتصور بالتالي رفع دعوى جنائية ضد هذا الشخص للحكم عليه بالمقوبة الجنائية ورفع دعوى أخرى مدنية ضد نفس الشخص للحكم عليه بالتعويض المدني. وكل من هاتين الدعويتين تختلف عن الأخرى في المحصوم والموضوع. فالخصم في الدعوى الجنائية هو النيابة العامة وهو في الدعوى المدنية المضرور. والموضوع في الدعوى الجنائية هو الحكم بالجزاء الجنائي. أما الموضوع في الدعوى المدنية فهو الحكم بالتعويض المالي. ولذلك كان المقروض ألا يكون للحكم الجنائي حجية أمام القضاء المدني. ولكن نظراً لخطورة الأحكام الجنائية وحتى لا يحدث تعارض بينها وبين الأحكام المدنية فقد جعل المشرع للحكم الجنائي بعض الحجية أمام القضاء المدني. ويكون ذلك في الحدود التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً. والقواعد المقررة في هذا الشأن أنه إذا صدر الحكم الجنائي بالبراءة فإن هذا الحكم لا يلزم القاضي المدني لأن الفعل لا يصل من الخطورة إلى درجة تستوجب الجزاء الجنائي، ولكنه يعتبر مع ذلك خطأ مدنياً يستوجب التعويض، إلا إذا كان الحكم بالبراءة على أساس عدم ارتكاب الشخص للفعل المنسوب إليه. فإن ذلك يلزم القاضي المدني. أما إذا صدر الحكم بالادانة على أساس ثبوت خطأ جنائي من مرتكب الفعل، فإن هذا الحكم يقيد القاضي المدني الذي يتعين عليه أن يحكم عليه بالتعويض إذا توافر الركنان الآخران للمسئولية المدنية وهما الضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. فلا يجوز للقاضي أن يبنى الخطأ بعد أن أثبت القاضي الجنائي.

المبحث الرابع الإقرار

الإقرار إما أن يكون قضائياً أو غير قضائي ، ولكل منهما حجية مختلفة من حيث الإثبات .

٥٥ - الإقرار القضائي :

تنص المادة ١٠٣ من قانون الإثبات على أن الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة . وتنص المادة ١٠٤ على أن الإقرار حجة قاطعة على المقر . ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى . ويتضح من هذين النصين ما يأتي :

١ - الإقرار القضائي هو اعتراف من أحد الخصوم بواقعة لم تكن ثابتة قبل هذا الاعتراف .

٢ - الاعتراف بهذا المعنى هو تصرف بالارادة المفردة للشخص الذي صدر منه ، ولذلك يجب أن تتوافر أهلية التصرف لدى المقر ، فلا يصح الإقرار من هديم الأهلية أو ناقصها .

٣ - الاعتراف الذي يعتبر إقراراً قضائياً لا بد أن يصدر أمام القضاء وبصدد النزاع المطروح أمامه ، أما إذا صدر الإقرار أمام النيابة أو أمام جهة إدارية أو في صورة خطاب موجه من الخصم إلى خصمه ، أو أمام محكمة غير المحكمة التي تنظر النزاع موضوع الإقرار ، فإنه لا يعتبر إقراراً قضائياً ولا تطبق عليه النص من السابق ذكره .

٤ - إذا كان الإقرار قضائياً بالمعنى السابق ذكره فإنه يكون حجة على المقر ، يبقى الخصم الآخر عن الإثبات ، ولا يجوز للقرآن يرجع في إقراره .

- ١٢٢ -

٥ - يكتسب الاقرار الحجية المذكورة بصفة أولية إذا كان بسيطاً غير موصوف بوصف أو غير مقيد بقيد .

٦ - يكتسب الاقرار الحجية المذكورة أيضاً حتى ولو كان موصوفاً بوصف . كان أقر المدين بالدين ولكنه وصف الدين بأنه مؤجل أو معلق على شرط ، وتبرير ذلك أن الاقرار لا يقبل التجزئة .

٧ - يكتسب الاقرار الحجية المذكورة طبقاً لمبدأ عدم جواز تجزئة الاقرار حتى ولو كان مركباً من عدة وقائع مادامت مرتبطة بعضها ببعض الآخر . كان يقر المدين بالدين ولكنه يقرر أنه وفي به ، فالوفاء هنا غير متصور بدون وجود الدين . فلا يجوز للدائن أن يأخذ من هذا الاقرار ما يثبت وجود الدين ، ويترك منه ما يفيد الوفاء به . ولكن إذا أقر المدين بالدين ولكنه قرر أنه دائن للدائن بدين آخر ناشئ عن عمل غير مشروع . فهنا لا نكون الوقائع مرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة ويجوز للدائن أن يتسلك بثبوت الدين على أساس هذا الاقرار أما التزامه بالدين الآخر الناشئ عن العمل غير المشروع فينظر إليه بصفة مستقلة ، وهو لا يتأكد وجوده إلا بصور حكم قضائي به . فعدم قابلية الاقرار للتجزئة تنصب على الوقائع المرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة دون غيرها من الوقائع .

٥٦ - الاقرار غير القضائي :

الاقرار غير القضائي هو الذي لا يصدر أمام القاضي الذي ينظر النزاع موضوع الاقرار . فإذا ثبت وجود هذا الاقرار وتبين القاضي أن المقر أراد به حسم النزاع . فإنه يكتسب نفس حجية الاقرار القضائي السابق ذكرها . أما إذا كان الاقرار غير القضائي قد صدر عفواً ودين قصد حسم النزاع فإن قيمته تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي قد يعتبره مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مكتوباً ، أو يعتبره مجرد قرينة قضائية ، أو قد لا يعطيه أية قيمة في الإثبات .

المبحث الخامس اليمين

اليمين إما أن تكون حاسمة وهي التي بوجهها أحد الخصوم إلى خصمه ، وإما أن تكون منعمة وهي التي بوجهها القاضى إلى أحد الخصوم .

٥٧ - اليمين الحاسمة :

١ - اليمين الحاسمة وسيلة تنفى عن الالبات عندما لا يوجد دليل على الحق المدعى به ، فن حق أى خصم يدعى حقاً لا دليل له عليه أن يحتكم إلى ذمة خصمه بتوجيه اليمين الحاسمة إليه .

٢ - ولكن لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة عن واقعة مخالفة للنظام العام ، فن يدعى أنه ذئب لغيره بدين قمار ، لا يجوز له أن يوجه اليمين الحاسمة إلى مدينه لالبات هذا الدين .

٣ - ويجوز أيضاً للقاضى أن يمتنع توجيه اليمين الحاسمة إذا رأى في توجيهها تعسفاً من جانب من وجهها ، كأن يعرف أحد الخصوم حالة الدين الشديد لخصمه فيعتمد إلى احراجه بتوجيه اليمين الحاسمة إليه وهو يعلم أنه لن يحلفها .

٤ - يجب أن تكون الواقعة موضوع اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه ، أما إذا كانت متعلقة بغيره كورثته مثلاً فإن اليمين تسمى في هذه الحالة يمين العلم ، لأن من توجه إليه يحلف إذا أراد بأنه لم يعلم بالواقعة المتعلقة بمرثته دون أن ينق الواقعة في ذاتها . ويمين العلم هي أيضاً يمين حاسمة ترتب عليها نفس الآثار التي ترتب على اليمين الحاسمة .

٥ - يجب أن تنصب اليمين الحاسمة على كل الحق المدعى به فتحسمه ، ولا يجوز لمن وجهها أن يحتفظ بطلبات أخرى يقدّمها في حالة ما إذا حلف اليمين الخصم الذي وجهت إليه .

٦ - نظراً لأن اليمين تحسم الحق فهي تصرف قانوني لا بد فيه من توافر أهلية

أنصرف بالنسبة لمن يوجبها وبالنسبة لمن توجه إليه .

٧ - يجوز توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولكن لا يجوز توجيهها لأول مرة أمام محكمة النقض .

٨ - من وجه اليمين الحاسمة تقيدها فلا يجوز له أن يرجع في توجيهها متى قبل خصمه أن يحلف .

٩ - من توجه إليه اليمين الحاسمة لا يتقيد بها دائماً بل يستطيع إذا كانت منصبة على وقائع مشتركة بينه وبين من وجبها إليه أن يردّها إلى من وجبها ، وفي هذه الحالة يتعين على من ردت عليه أن يحلف أو ينكل ولكنه لا يستطيع إعادة ردها مرة أخرى .

١٠ - إذا حلف اليمين من وجهت إليه أو ردت عليه فإن ذلك يكون دليل إنبات لا يجوز تكذيبه . ولكن هناك حالة واحدة يجوز فيها الطعن في الحكم الذي بني على أساس اليمين الحاسمة ويشترط ألا تكون مواعيد الطعن القانونية قد فانت ، وهي حالة ما إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي . ويجوز في هذه الحالة أيضاً للخصم الذي أصابه ضرر من اليمين أن يطالب بحقه في التعويض عن هذا الضرر . ولكن في غير هذه الحالة لا يجوز تكذيب اليمين أو الطعن في الحكم الذي صدر على أساسها .

١١ - وأهم أثر يرتب على اليمين الحاسمة أن كل من وجهت إليه فنكل عنها دون أن يردّها على خصمه ، وكل من ردت عليه فنكل عنها فخير دعواه . أما إذا حلف اليمين من وجهت إليه فانه يكسب دعواه . فن توجه إليه اليمين إما أن يحلفها فيكسب دعواه أو ينكل عنها فيخسر دعواه أو يردّها على خصمه الذي وجبها إليه فينتقل الخيار إلى الخصم . وهذا بدوره إما أن يحلف اليمين فيكسب دعواه أو ينكل عنها فيخسر دعواه ، ولكنه لا يستطيع أن يردّها من جديد .

وقد جاءت الأحكام السابق ذكرها في المواد ١١٤ - ١١٨ من قانون الإنبات .

٥٨ - اليمين المتممة :

١ - اليمين المتممة تختلف عن اليمين الحاسمة في أن القاضى هو الذى يوجهها إلى أحد الخصوم ، وهو يقوم فى ذلك بدور إيجابى فى الإثبات على خلاف الأصل فى مبدأ حيااد القاضى بالنسبة لأدلة الإثبات .

٢ - ويشترط فى توجيه اليمين المتممة ألا يكون فى الدعوى دليل كامل وألا تكون خالية من أى دليل . فإذا كان الإثبات واجبا بالكتابة بحسب الأصل فيجب أن يوجد مبدأ ثبوت بالكتابة يبرر توجيه اليمين المتممة . وإذا كان الإثبات غير واجب بالكتابة فيجوز توجيه اليمين المتممة إذا وجدت شهادة ضعيفة أو قرائن لا يطمئن إليها القاضى بصفة كاملة .

٣ - وعلى خلاف اليمين الحاسمة ، فلا يجوز للخصم الذى وجه إليه القاضى اليمين المتممة أن يردّها على الخصم الآخر .

٤ - يوجه القاضى أحيانا اليمين المتممة لأدلة الحق المتنازع عليه ، بل لتقدير قيمته . ولكن يشترط لذلك أن يستحيل تحديد القيمة بوسيلة أخرى . وتسمى اليمين فى هذه الحالة بيمين التقويم . ويحدث ذلك مثلا إذا أتلّف المودع لديه الشئ المودع ولم تكن قيمة هذا الشئ موضع اتفاق بين الطرفين ولم يكن هناك دليل عليها فى الدعوى . وعندما يوجه القاضى بيمين التقويم المتممة فإنه يضع حدا أقصى للقيمة التى يصدق فيها المدعى بيمينه . (راجع المواد ١١٩ - ١٢١ من قانون الإثبات) .

٥ - وعلى خلاف اليمين الحاسمة فإن اليمين المتممة لا تحسم النزاع ولا تلزم القاضى ، بل تخضع قيمتها كدليل تكميلى للإثبات إلى سلطته التقديرية وإلى ما يرتاح إليه ضميره .

والواقع أن القاضى لا يباشر أدنى سلطة تقديرية بالنسبة لبعض أدلة الإثبات وهى الكتابة والقرائن القانونية والافرار واليمين الحاسمة . وعلى العكس فهو يباشر سلطة تقديرية كاملة بالنسبة لأدلة الإثبات الأخرى وهى شهادة الشهود والقرائن قضائية واليمين المتممة .

الفصل الخامس

الأدلة ذات القوة المطلقة (الأدلة الكتابية)

٥٩ - الأوراق الرسمية والأوراق العرفية :

يستخدم الفقه الفرنسى كلمة واحدة هى كلمة ACTE للتعبير عن العقد وهو التصرف القانونى مصدر الحقوق وللتعبير كذلك عن الدليل الكتابى وهو وسيلة اثبات هذا التصرف . ويحدث هذا الاستخدام المزدوج فى مصر كذلك ، عن طريق استخدام كلمة عقد للتعبير عن التصرف القانونى كعقد البيع أو عقد الإيجار ، أو للتعبير عن دليل الإثبات الكتابى فيقال عقد رسمى وعقد عرفى .

وفى محاولة التفرقة بين التصرف وبين دليل اثباته ، فإن الفقه الفرنسى يستخدم كلمة negotium للتعبير عن التصرف ، وكلمة instrumentum للتعبير عن دليل الإثبات الكتابى ، مع اعتبار هاتين الكلمتين تعبيراً عن الكلمة الأصلية Acte ولكن بمعنيين مختلفين (١) .

ولا يغيب عن النظر أن التصرف مستقل عن دليل اثباته ، ويصل هذا الاستقلال الى درجة أن التصرف قد يكون صحيحاً بينما دليل الإثبات لم يتحقق أو أنه فقد أو أنه مشوب بعيب يبطله . وفى هذه الحالة يمكن اثبات التصرف بما يقوم مقام الكتابة كالإقرار أو اليمين ، فلا يؤدي انعدام الدليل الى المساس بوجود التصرف ذاته . ولكن هذا الاستقلال لا يتحقق مع ذلك فى العقود الرسمية التى لا تنعقد الا بورقة رسمية ، مما يؤدي الى اعتبار هذه الورقة عنصراً من عناصر تكوين العقد ، ووسيلة لاثباته فى نفس الوقت (٢) .

(١) مارتى ودينو ، ج ١ ، ص ٣٦٢ ، أوبسرى ورو ، ج ١٢ ، رقم ٧٥٤ ، ص ١٥٥ .
هامش ١ ، بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٨٠ ، ص ٢٥٢ .
(٢) مارتى ودينو ، ج ١ ، فقرة ٢٢٨ ، ص ٣٦٢ .

- ١٢٨ -

ولعنه يكون من الأفضل في مصر أن يقتصر استخدام اصطلاح المقعد على التصرف القانوني ذاته ، أما دليل الاثبات الكتابي فيعطى عليه اصطلاح ورقة الاثبات ، وهى اما ان تكون ورقة رسمية او ورقة عرفية (١) .

والورقة الرسمية هى الورقة التى يحررها موظف عام أو شخص مكلف بذلك ، بناءً على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن ، طبقاً للأوضاع القانونية . وفى حدود سلطته واختصاصه . أما الورقة العرفية فهى الورقة التى يعدها أصحاب الشأن أنفسهم .

والورقة العرفية اما أن تكون معدة أصلاً للاثبات *preuve préconstituée* هو الغالب ، كما لو أبرم المتعاقدان تصرفاً ، وقاما فى الحال بآبائهما فى ورقة مكتوبة دليلاً على إبرامهما . ولكن الورقة العرفية قد لا تكون معدة أصلاً للاثبات ، ولكنها تستخدم فيه ، ومن الأمثلة على ذلك الخطابات والبرقيات والدفاتر التجارية والأوراق المنزلية (٢) .

والورقة العرفية المعدة للاثبات يجب أن يكون موقعاً عليها من أصحاب الشأن ، أما الورقة الغير معدة أصلاً للاثبات فلا يشترط أن تكون موقعة ممن قام بتحريرها . وبطبيعة الحال فإن الورقة المعدة للاثبات لها قوة أكبر من الورقة التى لم تعد لهذا الغرض .

ويلاحظ أن الورقة الرسمية كالورقة العرفية لها قوة مطلقة فى الاثبات . فكل منهما يجوز استخدامها فى اثبات أى تصرف قانوني مهما بلغت قيمته ، وكذلك اثبات أية واقعة مادية . وكل منهما له حجية فى الاثبات فى مواجهة الكافة (٣) . ومع ذلك فإن حجية الورقة الرسمية فى الاثبات

(١) عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ١٠٥ ، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المسمى « تصرف عبارة السند قارة الى الواقعة القانونية » أى الصل أو التصرف القانوني . وطوراً الى « أداة الاثبات » أى الى الورقة التى يجرى الاثبات بقتضاها . وقد رزق استعمال عبارة الورقة الرسمية للتمييز بين مصدر الحق أو الالتزام وبين أداة اثباته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٣٥٢) .

(٢) بودان ، ج ٩ ، فقرة ١١٧٩ ، ص ٣٥٢ ، علوي وريشو ، ج ٩ ، فقرة ٢٢٧ ، ص ٣٦١ .

(٣) بلاتيل وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٣٦ ، ص ٨٦٧ ، عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ١٠٩ .

أقوى من حجية الورقة العرفية من عدة نواح . فمن ناحية فان تاريخ الورقة الرسمية يكون حجة على الغير ، بينما لا يكون تاريخ الورقة العرفية حجة على الغير الا اذا كان هذا التاريخ ثابتا . ومن ناحية أخرى لا يجوز انكار الورقة الرسمية الا عن طريق الطعن فيها بالتزوير . أما الورقة العرفية فيجوز انكارها بمجرد انكار الخط أو التوقيع . ومن ناحية أخرى أيضا فانه لا يجوز اثبات عكس ما قرره الموظف الذي حرر الورقة الرسمية ، الى انه تم على يديه . الا عن طريق الطعن بالتزوير . أما ما قرر الموظف الرسمي أنه تلقاه عن الغير فيجوز اثبات عكسه بغير حاجة الى الطعن بالتزوير ، وهذا على خلاف الورقة العرفية التي يجوز دحض ما جاء بها سواء ما أثبتته أصحاب الشأن عن أنفسهم أو تلقوه من غيرهم عن طريق اثبات العكس بالطرق التي سنذكرها بعد دون حاجة الى الطعن فيها بالتزوير .

ومن الفروق بين الورقتين أيضا أن الورقة الرسمية يكون التنفيذ بمقتضاها دون حاجة الى استصدار حكم من القضاء ، بل توضع الصيغة التنفيذية على الورقة الرسمية مباشرة ، وهذا بخلاف الورقة العرفية ، التي لا يجوز التنفيذ بمقتضاها الا عن طريق الالتجاء الى القضاء واستصدار حكم بالحق الثابت في هذه الورقة (١) .

ومن الفروق بين الورقتين أيضا أن صورة الورقة الرسمية لها قوة في الاثبات غير صورة الورقة العرفية .

٦٠٠ - حكم مشترك بين الورقة الرسمية والورقة العرفية :

رغم الفروق السابق ذكرها بين الورقة الرسمية والورقة العرفية ، الا انه يوجد حكم مشترك بينهما ، يتعلق بالمبادئ العامة في الاثبات ، وقد نصت على هذا الحكم المادة ١٣٢٠ من القانون المدني الفرنسي وهو ما يمكن الاخذ به في مصر دون حاجة الى نص خاص . وقد جاء في النص المذكور : « وتكون الورقة سواء كانت رسمية أو عرفية ، حجة فيما بين الطرفين ، حتى

(١) بلانبول وريبير وجابوله ، ج ٧ ، فقرة ١٤٣٤ ، ص ٨٦٦ .

- ١٣ -

بالنسبة لما لم يذكر فيها الا بطريق الاخبار ، بشرط أن تكون لهذه الاخبار علاقة مباشرة بما ذكر على سبيل التقرير . أما ما ذكر على سبيل الاخبار بغير علاقة مباشرة بما ذكر على سبيل التقرير ، فلا يصلح لا كبداً ثبوت بالكتابة .

ويعبر هذا النص عن المبدأ العام في ضرورة التفرقة بين ما يذكر في الإفادة على سبيل التقرير disposition ، وبين ما يذكر فيها على سبيل الاخبار énonciations . فما يذكر على سبيل التقرير هو موضوع الورقة وهو الدافع الى تحريرها ، كما لو اعترف المدين بالدين ، أو أقر الدائن بانقضاء الدين . أما ما يذكر على سبيل الاخبار فهو يذكر بطريقة عارضة دون أن يكون هو الدافع الى تحرير الورقة .

ويشبه البعض الفرق بين ما ذكر على سبيل التقرير وما ذكر على سبيل الاخبار ، بالفرق بين منطوق الحكم وبين أسبابه (١) . ومراعاة لهذه التفرقة فإن ما ذكر على سبيل التقرير هو وحده الذي يكون حجة في الإثبات . أما ما ذكر على سبيل الاخطار فهو تكون له أيضا حجة في الإثبات إذا كان متصلا اتصالا مباشرا بما ذكر على سبيل التقرير (٢) . أما ما ذكر على سبيل الاخطار دون أن تكون له صلة مباشرة بموضوع الورقة أو الهدف من تحريرها ، فلا تكون له حجة في الإثبات الا كبداً ثبوت بالكتابة (٣) . فلا بد من تكملة بادلة أخرى كالشهادة أو القرائن القضائية أو اليمين المتبعة .

وسندرس فيما يلي في ثلاثة فصول متتالية ، الأوراق الرسمية ، ثم الأوراق العرفية ، ثم اثبات صحة المحررات .

(١) بلانيول وريبير وجابولده ، ج ٧ ، فقرة ١٤٢٥ ، ص ٨٦٦ .

(٢) من الأمثلة على ذلك أن يذكر في الورقة التي حررت لاثبات وجود دين نشأ قبل تحريرها ، أن المدين قد وفي الفوائد الى وقت تحرير الورقة . فهذه المعلومات لم تكن هي الهدف الاصل من تحرير الورقة ولكن لها صلة مباشرة بموضوع الورقة وهو الاعتراف بالدين . ولذلك فهي تأخذ حكمه من حيث حجة الإثبات . بلانيول وريبير وجابولده ، ج ٧ ، ص ٨٦٧ ، هامش ١ .

(٣) من الأمثلة على ذلك أن يذكر المدين بإيراد مرتب مدى الحياة في الورقة التي تم تحريرها بنسبة تجديد هذا الدين بتغير الدين . أن المدين الجديد سيبلغ الإيراد بالنسبة للمستقبل ابتداء من تاريخ تحرير هذه الورقة . فهذا الاخطار لا يعتبر دليلا كاليا على أن المدين الاصل قد قلم هو بفتح ربع السنوات السابقة . محكمة نانسى ، ٢٦ يناير ١٨٥٥ ، سمي .

٥٥ - ٢ - ٥٠٠ . بلانيول وريبير وجابولده ، ج ٧ ، ص ٨٦٧ هامش ١ .

الفصل الأول

الأوراق الرسمية

ندرس الأوراق الرسمية في مبحثين متتاليين : الأول في شروط صحتها،
والثاني في حجيتها في الإثبات .

المبحث الأول

شروط صحة الورقة الرسمية

٦١ - ثلاثة شروط :

تنص المادة ١٠ من قانون الإثبات على أن « المحررات الرسمية هي التي
ينبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما يتم على يديه أو ما تلقاه
من ذوى الشأن، وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه
فاذا لم تكسب هذه المحررات صفة رسمية ، فلا يكون لها الا قيمة المحررات
العرفية متى كان ذوى الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو باختامهم أو بصوات
أصابعهم » . وهذا النص منقول عن نص المادة ٣٩٠ من القانون المدني الجديد .
وهذا النص مأخوذ بدوره عن نص المادتين ١٣١٧ و ١٣١٨ من القانون المدني
الفرنسي .

ويتضح من هذا النص انه يشترط لصحة الورقة الرسمية توافر ثلاثة
شروط ، الأول هو أن يتم تحريرها بواسطة موظف عام أو شخص مكلف
بخدمة عامة ، والثاني أن يكون هذا الشخص مختصا بتحرير هذه الورقة من
حيث الموضوع ومن حيث المكان ، والثالث أن يتم تحرير الورقة وفقا للأوضاع
المبينة في القانون .

١ - تحرير الورقة بواسطة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة

٦٢ - تحرير الورقة الرسمية :

حتى تعتبر الورقة رسمية لابد أن تكون صادرة من موظف عام أو

شخص مكلف بخدمة عامة . والمقصود بصدورها من هذا الشخص ، أن يقوم هو بتحريرها بأن يثبت فيها ما وقع تحت سمعه أو تحت بصره من تصرفات أو أقوال ذوى الشأن ، ولكن لا يشترط أن يكون محرر الورقة هو الذى كتبها بخط يده ، بل قد يقوم بذلك شخص آخر بناء على املاء من الموظف العام أو من الشخص المكلف بخدمة عامة أو تحت رقابته ، ويعتبر هذا الأخير هو محرر الورقة ومصدرها بشرط أن يضع عليها توقيعه (١) .

والورقة الرسمية قد تتضمن نوعين من الوقائع ، الأول هو ما تم على يدي محرر الورقة ، أى ما وقع تحت بصره من تصرفات ذوى الشأن ، كأن يقوم المشتري بدفع الثمن الى البائع أمام محرر الورقة ، أو أن يحضر شيود أمامه ، أو أن يثبت المحرر تاريخ تحرير الورقة (٢) . وهذه الوقائع لا يجوز انكارها بعد ذلك الا عن طريق الطعن فى الورقة الرسمية بالتزوير . أما النوع الثانى من الوقائع فهو ما يتنقاه محرر الورقة من ذوى الشأن ، أى ما وقع تحت سمعه دون أن يقع تحت بصره ، ومن هذا القبيل شروط التعاقد والالتزامات المتبادلة التى يعبر كل من الطرفين عنها أمام الموثق . وهذه الوقائع لا يشترط فى انكارها الطعن فى الورقة بالتزوير ، بل يمكن اثبات عكسها كما سنرى فيما بعد .

٦٣ - موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة :

يشترط فى محرر الورقة أن يكون موظفا عاما ، أو شخصا مكلفا بخدمة (٣).

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ١١٥ ، تقضى جنائى ١٩٦٧/١/٩ . مجموعة النقص الجنائية ، ص ١٨ ، ص ٦٣ ، تقضى مدنى ١٩٦٤/١/٣٠ . مجموعة الكتب الفنى ، ص ١٥ ، ص ١٦٦ .

(٢) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى انه « يراعى أن الورقة الرسمية لا تكون على الدوام من وضع المتعاقدين أنفسهم ، فقد يتولى الموظف العام تحريرها وتوثيقها دون أن يقتصر عمله على تلقيها » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٣٥٢) .

(٣) كان نص المشروع التمهيدى للقانون المدنى يشترط أن يكون محرر الورقة موظفا عاما . وقد اقترح الدكتور السنهورى فى لجنة المراجعة أن يضاف الى الموظف العام ، الشخص المكلف بخدمة عامة ، توكيلا للدقة . وقد قبل هذا الاقتراح وأصبح نص المادة ٣٩٠ من المدنى احدى . وهو النص المنقول عنه نص المادة ١٠ من قانون الاثبات على النحو المذكور فى المتن . (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٣٥٣) .

- ١٣٣ -

عامة . والأمثلة على موظف عام يقوم بتحرير ورقة رسمية ، القاضي الذي يحرر الأحكام ، وكاتب الجلسة ، الذي يحرر محاضر الجلسات ، والمحضر الذي يقوم بإعلان أوراق المرافعات(١) . ومع ذلك فإن أهم موظف عام تقصده المادة ١٠٥ من قانون الإثبات هو الموثق الذي أوكل إليه القانون دون غيره توثيق العقود والتصرفات التي يرغب ذوو الشأن أعداد ورقة رسمية لاثبات حصولها(٢) .

واصطلاح الموظف العام يصدق على العاملين في الحكومة ووحدات الإدارة المحلية ، والهيئات العامة(٣) . ولكنه لا يصدق على العاملين في المؤسسات العامة وشركات القطاع العام(٤) .

أما الأشخاص المكلفون بخدمة عامة فمن أمثلتهم ، المأذون المكلف بعقود تحرير الزواج واشهادات الطلاق ، والكاهن المكلف بتحرير عقود الزواج للمصريين غير المسلمين ، وأخيراً فيما يحرره من محاضر يثبت فيها الأعمال التي قام بها ..

وفى ما يتعلق بالموثقين فإنهم أهم طائفة تقوم بتحرير الأوراق الرسمية ، وهم يختصون بتحرير العقود والتصرفات ، سواء تلك التي يشترط القانون الرسمية في انشائها كالرهن الرسمى ، وفى هذه الحالة يختلط التصرف مصدر الحق مع دليل اثباته ، أو تلك التي لا يشترط القانون الرسمية في انشائها ، وفى هذه الحالة فإن الرسمية تكون فقط وسيلة للإثبات . وسنرى فيما بعد أهمية التفرقة بين هذين الفرضين ، ذلك أن بطلان الورقة الرسمية فى الفرض الأول يؤدى الى بطلان التصرف ذاته ، أما بطلان الورقة الرسمية فى الفرض الثانى فلا يحول دون اعتبار الورقة فى حكم الورقة العرفية اذا كان موقعا عليها من ذوى الشأن .

(١) لا يشترط أن يتقاضى الموظف العام أجراً على عمله . فمن الأشخاص من لا يتقاضى أجراً على عمله ومع ذلك يعتبر موظفاً عاماً كالمعدة مثلاً . راجع : عبد الرزاق السنهورى . ج ٣ ، ص ١١٥ .

(٢) بوردان وبيرد . ج ٩ ، فقرة ١١٨١ ، ص ٢٥٣ .

(٣) راجع المادة ١٣ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ بشأن الهيئات العامة .

(٤) راجع المادة الأولى . : قانون إصدار القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ بشأن نظام العاملين بالقطاع العام .

- ١٣٤ -

وقبل صدور قانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ ، والمعمول به ابتداء من أول يناير ١٩٤٨ ، كانت جهات التوثيق موزعة بين كتاب المحاكم المختلطة ، وقضاة المحاكم الشرعية أو من يحل محنتهم ، وكتاب المحاكم الكلية الوطنية . وإذا كانت هذه الحالة - كما تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التوثيق المشار إليه - لم تعد موافقة لظروف العصر ، فقد اتجه الرأي من زمن إلى وضع سبيل ثابت للتوثيق تتوحد به جباياه وتنتظم شئونته على وجه يكفل تحقيق الطمأنينة التامة على الحقوق واستقرار المعاملات . وقد صدر قانون التوثيق محققا لهذا الغرض ، ونصت المادة الأولى من لائحته التنفيذية الصادرة ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٧ ، والمعدلة بمقتضى قرار مجلس الوزراء الصادر في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ على أن « يقوم بالتوثيق موثقون وموثقون مساعدون وموثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل » .

أما الموثقون والموثقون المساعدون ، فيؤلاهم أصحاب الاختصاص الأصلي في التوثيق ، وهم يعملون بكتاب التوثيق التابعة لمصلحة الشهر العقاري ، والمنتشرة في كل البلاد .

أما الموثقون المنتدبون فهم الذين يقومون بتوثيق عقود الزواج وغيرها مما يتعلق بنظام الأسرة ، سواء بالنسبة للمسلمين أو غير المسلمين . وتنص المادة ١٨ من لائحة المأذونين^(١) على أن « يختص المأذون دون غيره بتوثيق عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك بالنسبة للمسلمين من المصريين » .

وتنص المادة ٣ من قانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بعد تعديلهما بمقتضى القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥^(٢) ، على أن « تتولى المكاتب توثيق

(١) القوانين المصرية ١٠/١/١٩٥٥ . العدد ٣ ملحق .

(٢) صدر هذا التعديل بعد إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وجدير بالذكر أنه قبل إلغاء المحاكم والمجالس المذكورة . كانت جهات التوثيق غير موحدة تماما . لأنه بجانب مكاتب التوثيق التي أنشأها القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ ، كانت المحاكم الشرعية والمجالس المليية تفتقد بوثائق العقود والصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية . وقد نصت المادة الثالثة من القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ على أن « تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الشرعية كما تلغى عملية التوثيق بالمجالس المليية وتحال إلى مكتب التوثيق جميع الحسابات والسجلات والدفاتر المتعلقة بها » . وبذلك يمكن القول أن نظام التوثيق أصبح

جميع المحررات وذلك فيما عدا عقود الزواج واشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك الخاصة بالمصريين المسلمين والمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة ويتولى توثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة الى المصريي غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة موثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل - ويضع الوزير لائحة تبين شروط التعيين في وظائف الموثقين المنتدبين واختصاصاتهم وجميع ما يتعلق بهم ، . وقد أصدر وزير العدل اللائحة المشار اليها ليعمل بها ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ . وجدير بالذكر أن الموثقين المنتدبين لتوثيق عقود زواج المصريي غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة يختارون عادة من بين رجال الدين التابعين للطائفة والملة التي يختصون بتوثيق عقود زواج أبنائها .

ويلاحظ كذلك انه بالنسبة للمصريين غير المسلمين وغير المتحدى الملة أو الطائفة فان مكاتب التوثيق هي التي تختص بتوثيق عقود زواجهم (١) . أما بالنسبة للأجانب فانهم يجوز لهم توثيق جميع عقودهم المتعلقة بمعاملاتهم المالية أو الشخصية ، أمام جهاتهم القنصلية أو أمام مكاتب التوثيق طبقا لنص المادة ٢٠ من القانون المدني التي تخضع شكل التصرف أما لقانون بلد الابرام (القانون المصرى) ، أو قانون موطن المتعاقدين (القانون المصرى بالنسبة للأجانب المتوطنين فى مصر) ، أو القانون الوطنى المشترك (القانون الأجنبى) ، أو القانون الذى يحكم الموضوع ، وهو قد يكون القانون المصرى ، وقد يكون قانونا أجنبيا بحسب الأحوال (٢) .

وخلاصة القول أن توثيق العقود بين المصريي أصبح موحدا فى جهة واحدة هي مكاتب التوثيق ، ويقوم بالتوثيق الموثقون والموثقون المساعدون ،

موحدا فى مصر ، لأن الموثقين المنتدبين الذين يقومون بتوثيق عقود الزواج وما شابهها يعتبرون فى حكم التابعين لمكاتب التوثيق الموحدة .

(١) راجع فى هذا الموضوع : كتابنا ، أحكام الأسرة ، فقرة رقم ٥٢ ، ص ٢٤٨ .

(٢) راجع فى هذا الموضوع : هشام على صادق ، تنازع القوانين ، ص ٣٦٦ وما بعدها .

عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ١١٩ .

- ١٣٦ -

وكذلك الموثقون المنتدبون في مسائل الأسرة على النحو السابق تفصيله (١) .
 وجدير بالذكر أن الرسية في العقد غير تسجيل العقد . فالرسية
 هي العنصر الشكلي في التصرف إذا كان العقد شكليا . كما في الرهن الرسي
 أو في هبة العقار ، وهذا استثناء على الأصل في الرضائية . وقد تكون
 الرسية دليل اثبات العقد ، وهذا متصور بالنسبة لجميع العقود التي يرغب
 أصحابها في اعداد ورقة رسية كدليل على إبرامها . أما التسجيل فهو وسيلة
 لشهر التصرف حتى تنتقل به ملكية العقار والحقوق العينية العقارية الأخرى .
 ومن المتصور أن يكون العقد رسيا ولكنه غير مشهر . والرسية لا تغني
 عن التسجيل . فإذا تم البيع في عقد رسي ، فإن الملكية لا تنتقل به إلا إذا
 تم تسجيله بعد إبرامه (٢) .

٢ - اختصاص الموظف العام

يجب أن يكون الموظف العام الذي قام بتحرير الورقة مختصا من حيث
 الموضوع ومن حيث المكان .

٦٤ - اختصاص الموظف العام من حيث الموضوع :

تشرط المادة ١٠ من قانون الإثبات أن يكون الموظف العام قد قام
 بتحرير الورقة في حدود سلطته
 والمقصود بالسلطة في هذا النص هو الاختصاص الموضوعي ، أي يكون
 موضوع هذه الورقة مما يختص الموظف العام بتوثيقه . وقد سبق أن رأينا

(١) . أما في فرنسا فيقوم بالتوثيق الموثقون **Notaires** وهؤلاء لا يعتبرون من الموظفين
 العموميين . ولا يتقاضون أجرا من الدولة . ولكنهم يتقاضون أجورهم من عملائهم . شأنهم في
 ذلك شأن المحامين . ومع ذلك فهم مكلفون بخدمة عامة هي توثيق عقود الأفراد . وهي خدمة
 لا يقوم بها محرم . فهم الذين يحتكرون القيام بالتوثيق على حد المير الذي يستخدمه الفقه
 الفرنسي في هذا الشأن . راجع **Bonnin** رسالة عن احتكار الموثقين . باريس ١٩٠٢ ، وراجع
Prouvost رسالة عن توسيع احتكار الموثقين في تحرير العقود الخاصة . رسالة ، نيل .
 ١٩٢٨ .

(٢) . عبد الرزاق السنهوري . الوسيط ج ٢ . ص ١١٤ ، هامش ١ . عبد الحميد فرج
 الحصة . ص ٧٤ وما بعدها .

- ١٣٧ -

أن الاختصاص العام في التوثيق هو لمكاتب التوثيق التي يباشر العمل فيها الموثقون والموثقون المساعدون . ومع ذلك فلا يدخل في اختصاص هؤلاء توثيق عقود الزواج وأشهاد الطلاق وغيرها ، بل يختص بذلك الموثقون المنتدبون ، وهم المأذونون بالنسبة للسلميين ، ورجال الدين والكهنة بالنسبة للمصريين غير المسلمين المتحدى الملة والطائفة . فإذا قام الموثق في مكتب التوثيق بتحرير عقد من هذه العقود فإن التوثيق يكون باطلا لأن من قام به غير مختص بالقيام به من حيث الموضوع أو بتعبير آخر فإن توثيق هذا العقد لا يدخل في سلطة هذا الموثق . وبالمثل إذا قام المأذون بتوثيق عقد بيع أو هبة أو رهن أو غير ذلك فإنه يكون قد خرج عن حدود سلطته أي عن حدود اختصاصه الموضوعي (١) .

وبطبيعة الحال فإن الموثق لا يكون مختصا من الناحية الموضوعية ، أي لا تكون له سلطة في التوثيق ، إلا إذا كانت قد ثبتت له صفة الموثق أصلا ، ونوافر فيه بالتالي ما يسمى بشرط الولاية . أما إذا كان الموظف العام قد عزل أو أوقف أو نقل فإنه يفقد سلطته ولا تكون له ولاية أو اختصاص في تحرير أي ورقة رسمية . ولا يستثنى من ذلك إلا الحالات التي يكون فيها تحرير الورقة قد تم قبل أن يخطر الموظف بقرار الفصل أو النقل أو الوقف (٢) . وكذلك حالات الموظف الفعلي الذي يعين بقرار من سلطة محتلة أو قرار من مجلس ثورة أو الذي يعين بقرار مخالف للقانون (٣) .

وحتى يحتفظ الموظف العام بسلطته واختصاصه الموضوعي في تحرير الورقة الرسمية ينبغي أن يتوافر فيه شرط الأهلية بالمعنى الدارج لهذا

(١) راجع في معنى سلطة الموثق : بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٨٣ ، ص ٢٥٤ . بلانجيل وريبير وجابوليه ، ج ٧ ، فقرة ١٤٣٩ ، ص ٨٧٣ . عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ١٢٤ .

(٢) بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٨٢ ، ص ٢٥٤ . ديملومب ، ج ٢٩ ، فقرة ٢٣٤ . نفس فرنسي محاضرات ، ١٨١٣/١١/٢٥ ، سيرى ١٨١٤ - ١ - ٧٦ ، عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ١٢٢ .

(٣) أنوري ورو وبارتاني ، ج ١٢ ، رقم ٧٥٥ ، ص ١٥٧ ، بودري وبيرو ، ص ٤٣٤ ، ويصرب بودري وبارد مثلا على قرار بالتميين مخالف للقانون ، القرار الصادر من رئيس الدولة بتعيين شخص أجنبي الجنسية في محل موثق .

- ١٣٨ -

الاصطلاح ، أى شرط القدرة على تحرير الورقة بغير مظنة الغش أو التواطؤ أو المحاباة . وتطبيقا لهذا الشرط تنص المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أنه « لا يجوز للموثق أن يباشر توثيق محرر يخصه شخصا أو تربطه وأصحاب الشأن فيه صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة » (١) . وطبقا لهذا النص فإن الموثق لا يكون أعلا لتوثيق عقد هو طرف فيه أو وكيل عن أحد طرفيه أو شريك لأحد طرفيه . ويتحقق ذلك حتى ولو كان الموثق يتعاقد عن طريق اسم مستعار دون أن يظهر هو في العقد (٢) .

ولا يجوز للموثق كذلك أن يحزر عقدا تربطه صلة قرابة أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة بأحد طرفيه . والجزء على مخالفة شرط الأهلية هو بطلان الورقة الرسمية بطلانا مطلقا حتى في الأجزاء التي لا تتعلق مباشرة بالموثق (٣) .

وشرط الأهلية يجب أن يتوافر كذلك في شهود الورقة الرسمية . وتنص المادة ٨ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أنه « لا يجوز توثيق محرر إلا بحضور شاهدين كاملين الأهلية مقيمين بالملكة المصرية ولهما المام بالقراءة والكتابة ولا صالح لهما في المحرر المطلوب توثيقه ولا تربطهما بالمتعاقدين أو بالموثق صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة » . ومن المقرر في الفقه الفرنسي أن عدم توافر الأهلية في الشهود يبطل الورقة الرسمية ، إلا إذا أمكن اعتبارها صحيحة تطبيقا لقاعدة الغلط الشائع يولد الحق (٤) .

فإذا توافرت شروط الاختصاص الموضوعي والولاية والأهلية بحسب المعاني السابق ذكرها ، فإن الموظف العام تكون له سلطة في تحرير الورقة الرسمية أى يكون مختصا اختصاصا موضوعيا بتحريرها .

(١) يقابل هذا النص في فرنسا المادة ٨ من القانون الصادر في ٢٥ Ventôse

السنة الحادية عشر .

(٢) بلايول وريبير وجابول ، ج ٧ ، فقرة ١٤٤٠ ، ص ٨٧٤ . ولا يجوز كذلك للموثق أن يكون مستفيدا من العقد الذي يوثقه ولو لم يكن هو طرف فيه . كالمستفيد في الاشتراط مصلحة الغير مثلا . راجع : بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٨٤ ، ص ٢٥٥ .

(٣) بودان وبيرو ، فقرة ١١٨٤ ، ص ٢٥٥ .

(٤) بلايول وريبير وجابول ، ج ٧ ، فقرة ١٤٤٥ ، ص ٨٨٠ والأحكام المتعار بها .

- ١٣٩ -

وبحسب المادة الثانية من قانون التوثيق فإن الموثق يختص بتلقى المحررات واثباتها في الدفاتر المعدة لذلك ، وحفظ أصولها وموافاة المكتب الرئيسى بصور منها ، واعطاء ذوى الشأن صورها . وكذلك يختص بوضع الصيغة التنفيذية على صورة المحررات الرسمية الواجبة التنفيذ . وهو بجانب ذلك يختص بالتصديق على التوقيع فى الأوراق العرفية وهو اجراء لازم لامكان شهرها حسب قانون الشهر العقارى ، ويختص أخيرا باثبات التاريخ فى الأوراق العرفية .

٦٥ - اختصاص الموظف العام عن حيث المكان :

تنص المادة الرابعة من قانون التوثيق على أنه « لا يجوز للموثق أن يباشر عمله الا فى دائرة اختصاصه » . والقيد هنا وارد على الموثق وليس على ذوى الشأن . ولذلك فإن القيد المكانى يكاد يتصل بفكرة الولاية أكثر من اتصاله بفكرة الاختصاص المكانى . فالموثق لا يستطيع أن يباشر عملية التوثيق فى مكتب غير المكتب المعين فيه أو المنتدب فيه . والسبب فى ذلك انه يفقد ولايته خارج مكان اختصاصه . أما بالنسبة لذوى الشأن فإن الاختصاص المكانى لا يقيدهم ، فيجوز لشخص مقيم فى القاهرة أن يوثق عقده أمام مكتب للتوثيق بالاسكندرية أو فى أى مكان آخر . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون التوثيق أنه « ولا بد من التنبيه هنا الا انه لم يرد بتحديد اختصاص كل مكتب اجبار ذى الشأن على أن يتقدم بمحرره الى مكتب بعينه ، بل له أن يتقدم به الى أى مكتب يشاء لتوثيقه . وانما أريد من هذا التحديد منع الموثق فى أحد مكاتب التوثيق من أن يباشر مأمورية التوثيق خارج دائرة اختصاص هذا المكتب » .

ويلاحظ أن مكاتب التوثيق منتشرة فى كل عواصم المحافظات وكل البلاد التى بها محاكم جزئية أو مأموريات للشهر العقارى . وعملية التوثيق تتم داخل مكتب التوثيق ، الا اذا كان ذى الشأن لا يستطيع لأسباب جوهرية الحضور الى مكتب التوثيق ففى هذه الحالة يجوز أن ينتقل اليه الموثق بعد أن يدفع الرسم الخاص بالانتقال ويثبت ذلك فى الدفاتر المعدة لهذا الغرض (١) .

(١) راجع المادة ١٢ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق .

٣ - مراعاة الأوضاع القانونية في تحرير الورقة الرسمية

٦٦ - الأوضاع المعمول بها امام مكتب التوثيق :

ينص قانون التوثيق وكذلك لا تحته التنفيذية على الأوضاع الواجب مراعاتها ، سواء قبل توثيق الورقة الرسمية أو أثناء توثيقها أو بعد توثيقها .
 فينبغى قبل توثيق الورقة الرسمية أن يدفع الرسم الخاص بتوثيقها (١) .
 وينبغى أيضا أن يتحقق الموثق من شخصية أصحاب الشأن عن طريق شاهدين بالغين عاقلين معروفين لديه أو تابة شخصيتهم بمقتضى أوراق رسمية (٢) . وينبغى أن يتحقق الموثق كذلك من أهلية أطراف الورقة في إبرام التصرف المراد إبرامه (٣) . وإذا كان العقد يتم بطريق النيابة فينبغى التحقق من أن إبرامه يدخل في حدود سلطة النائب سواء كان وكيلًا أو وصيًا أو غير ذلك . وينبغى أن يتحقق الموثق أخيرا من رضا أصحاب الشأن بالورقة المطلوب توثيقها (٤) .

أما الأوضاع الواجب مراعاتها في عملية التوثيق ذاتها فاهمها أن يكون التصرف موضوع المحرر مكتوبا بخط واضح باللغة العربية (٥) بغير كسب أو إضافة أو تحشير . والمحرر يتم اعداده عادة مقدما بواسطة ذوى الشأن أو محامين ويقوم الموثق بتلاوته عليهم وعلى الشهود ثم يتم توثيقه بعد ذلك من الموثق نفسه والشهود وأصحاب الشأن .

وينبغى أن تذكر في صنب المحرر بيانات عامة هي السنة والشهر واليوم والساعة التي تم فيها التوثيق ويكون ذلك بالأحرف ، وأن يذكر اسم الموثق ولقبه ووظيفته . وأن يذكر ما اذا كان التوثيق قد تم في المكتب أو في أى مكان آخر ، ويذكر أسماء الشهود ، ويذكر أسماء أصحاب الشأن وأسماء

(١) راجع المادة ٣ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق .

(٢) راجع المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق .

(٣) راجع المادة ٥ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق .

(٤) راجع المادة ٦ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق .

(٥) إذا كان أحد المتعاقدين يجهر اللغة العربية فإنه يستعمل بمترجم ملم بها على شرط أن يرسى به الطرف الآخر ، ويجب ذكر اسم المترجم وتوقيعه على الورقة . راجع المادة ١١ من اللائحة السمة لقانون التوثيق ومذكرتها الإصاحبة .

- ١٤١ -

آبائهم واجدادهم لآبائهم وصناعتهم ومجال ميلادهم واقامتهم وأسماء وكلائهم ومن تقضى الحاجة بوجودهم للمعاونة فيما اذا كان أحد ذوى الشأن ضريرا أو ضعيف البصر أو أباكهم أو أصم أو لا يتكلم اللغة العربية . وفى هذه الفروض فان معاون يوقع على الورقة مع من يعاونه من ذوى الشأن (١) .

أما الأوضاع الواجب مراعاتها بعد انتهاء عملية التوثيق فهى حفظ أصل الورقة بحسب رقمها فى ملفات خاصة بذلك (٢) ، وإرسال صورة منها الى المكتب الرئيسى بالقاهرة لحفظها فيه (٣) ، وتسليم صورة منها لأصحاب الشأن بعد دفع الرسم (٤) . ولا يجوز تسليم صورة منها للغير الا بعد الحصول على إذن من قاضى الأمور الوقتية التى يقع مكتب التوثيق فى دائرتها (٥) . وإذا كانت الورقة الرسمية واجبة التنفيذ . فنسلم منها الصورة التنفيذية موضوعة عليها الصيغة التنفيذية . ولا يجوز تسليم صورة تنفيذية أخرى الا بقرار من قاضى الأمور المستعجلة (٦) .

هذه هى الأوضاع الواجب مراعاتها فى تحرير الورقة الرسمية أمام مكاتب التوثيق ، وهى المكاتب التى يتم أمامها تحرير معظم الأوراق الرسمية التى تستخدم فى الإثبات (٧) .

-
- (١) راجع المادة ١٢ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق .
 - (٢) راجع المادة ١٨ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق .
 - (٣) راجع المادة ٢٠ من اللائحة التنفيذية والمادة ٢ فقرة ٤ من قانون التوثيق .
 - (٤) راجع المادة ١٩ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق .
 - (٥) راجع المادة ٨ فقرة ٢ من قانون التوثيق .
 - (٦) راجع المادة ٢ بند ٣ والمادة ٩ من قانون التوثيق .
 - (٧) راجع بالنسبة لإجراءات التوثيق الواجب مراعاتها بالنسبة للمانونين . لائحة المانونين الصادر بها قرار وزير العدل المنشور بالوقائع المصرية فى ١٠/١/١٩٥٥ . عدد ٣ ملحق والممول بها من تاريخ نشرها . وراجع بالنسبة للموثقين المتدربين فى علاقات الاسرة للمصريين غير المسلمين : لائحة الموثقين المتدربين ، الصادر بها قرار وزير العدل الملحق به إبتداء من أول يناير ١٩٥٦ .

٤ - الجزء. على مخالفة شروط صحة الورقة الرسمية

٦٧ - الجزء. هو البطالان :

إذا لم يراعى فى تحرير الورقة الرسمية شرط من الشروط الثلاثة السابق ذكرها وهى أن يتم تحريرها بواسطة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة فى حدود سلطته واختصاصه الموضوعى وكذلك فى حدود اختصاصه المكانى ، ومع مراعاة الاوضاع التى يقتضيها القانون فى تحريرها ، فإن الورقة تكون باطلة باعتبارها ورقة رسمية .

ومع ذلك فإنه تنبغى التفرقة بين بطلان الورقة كدليل اثبات ، وبين بطلان التصرف الذى تتضمنه هذه الورقة (١) . فعدم مراعاة شروط تحرير الورقة الرسمية يؤدى الى بطلانها كدليل اثبات ، ولكن لا يؤدى الى بطلان التصرف الذى تضمنته هذه الورقة . بل يظل هذا التصرف صحيحا اذا توافرت شروط انعقاده وصحته ، ويظل أيضا من الممكن اثباته بما يقوم مقام الكتابة كالاقرار أو اليمين ، بل وعن طريق الورقة الرسمية الباطلة ذاتها اذا أمكن اعتبارها ورقة عرفية على النحو الذى سنذكره فيما بعد .

وجدير بالذكر أن بقاء التصرف قائما رغم بطلان الورقة الرسمية لا ينطبق على الحالات التى يكون فيها التصرف هو ذاته تصرفا شكليا اقتضى القانون إبرامه فى الشكل الرسمى كالرهن الرسمى (٢) أو الهبة . ففى هذه الحالة تكون الرسمية عنصرا من عناصر تكوين التصرف ذاته ، لا مجرد دليل اثبات . وبالتالي فإن بطلانها يؤدى الى بطلان التصرف ذاته (٣) .

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ١٣٧ ، وقد قضت محكمة النقض بأن رد وبطلان عند البيع المظنون فيه بالتزوير لا يعنى بطلان الاتفاق ذاته ، وإنما بطلان الورقة المثبتة له ، نقض ١٩٦٥/١١/١٨ . مجموعة المكتب الفنى ، ص ١٦ ، ص ١١٠٥ .

(٢) راجع فى موضوع الرسمية فى الرهن الرسمى : كتابنا فى التأمينات الشخصية والمدينة ، فقرة ٦٠ ، ص ١٣٩ وما بعدها .

(٣) ملاتى ودينو ، ج ١ ، فقرة ٢٢٨ ، ص ٣٦٢ . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمييزى أنه « ولما كانت صحة الدليل غير متفكة عن صحة التصرف نفسه ان اشترط للرضا فيه شكل خاص ، ففى عن البيان ان هذه الفقرة لا تنطبق على التصرفات التى تقتضى فيها الرسمية بوصفها ركنا من أركان الشكل » (مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٢٥٣) . والفقرة المشار اليها من نكاح التى تدبر ان الورقة الرسمية الباطلة تصلح كورقة عرفية اذا كان حقيقيا عليها من ذوى الشأن .

وإذا كان بطلان الورقة الرسمية لا يحول دون بقاء التصرف الذي تضمنته هذه الورقة صحيحا - فيما عدا الاستثنائات الخاصة بالعقود التي يشترط القانون الرسمية لاثباتها - فإن هذا البطلان لا يحول دون اثبات هذا التصرف عن طريق الورقة الرسمية الباطلة ذاتها طبقا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الاثبات ، ونصها : « ... فإذا لم تكتسب هذه المحررات صفة الرسمية ، فلا يكون لها الا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوا بامضاءاتهم أو باختامهم أو بصمات أصابعهم » . ويشترط لانطباق هذا النص أن يكون جميع أصحاب الشأن قد وقعوا عليها ، أما إذا وقع عليها بعضهم دون البعض الآخر فإن الورقة لا تعتبر حتى مجرد ورقة عرفية (١) .

أما إذا كان جميع أصحاب الشأن قد وقعوا على الورقة فإنها تعتبر في هذه الحالة ورقة عرفية . ويعتبر هذا الحكم تطبيقا لنظرية التحول التي طبقها المشرع على تحول العقد في المادة ١٤٤ من القانون المدني ، وهي تنطبق هنا مرة أخرى على تحول الدليل الباطل الى دليل صحيح ، طالما أن الدليل الباطل قد تضمن جميع أركان الدليل الصحيح (٢) .

ويلاحظ أن تحول الورقة الرسمية الباطلة الى ورقة عرفية صحيحة يتحقق بغض النظر عن أن يكون العيب في الورقة الرسمية قد أدى الى انعدامها أو أدى الى بطلانها . فالتفرقة بين الانعدام والبطلان لا وجود لها في هذا المجال ، وذلك على خلاف الوضع في القانون الفرنسي وعلى خلاف ما قرره المذكرة الايضاحية للمشروع الابتدائي للقانون المدني متائرة في ذلك بأحكام القانون الفرنسي ، وهي أحكام قد عدلت بعد ذلك ، ولم تعد المذكرة الايضاحية للمشروع الابتدائي ملزمة لنصوص التقنين وكان الواجب كما يقول البعض حذفها من الأعمال التحضيرية (٣) .

(١) عبد الحمم فرج الصدة ، ص ٨٨ .

(٢) عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ١٣٩ .

(٣) عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ١٤٢ . وتكون الورقة الرسمية معقومة في نظر المذكرة الايضاحية المشار اليها في المتن وبالتالي لا يجوز أن تتحول الى ورقة عرفية اذا كان الموظف العام غير مختص بالنسبة لطبيعة الورقة (كما لو تلقى أحد المضررين عقد بيع) ، أو

واذا تحولت الورقة الرسمية الباطلة الى ورقة عرفية صحيحة فان قيمتها في الاثبات تكون هي قيمة الورقة العرفية وبصفة خاصة فانه لا يحتج بتاريخها في مواجهة الغير .

المبحث الثاني

حجية الورقة الرسمية في الاثبات

٦٨ - حجية الورقة الرسمية في مواجهة الكافة :

للورقة الرسمية حجية في الاثبات في مواجهة الكافة . ويشمل ذلك حجيتها فيما بين المتعاقدين ، وحجيتها في مواجهة الغير . ومع ذلك فتجب التفرقة بين الوقائع التي اثبتتها الموثق ما جرى تحت بصره وتم على يديه ، وهذه تكون حجيتها مطلقة ولا يجوز الطعن فيها الا عن طريق الطعن بالتزوير . وبين الوقائع التي أثبت الموثق انه تساعا من ذوى الشأن ، وهذه يجوز الطعن فيها عن طريق اثبات عكسها دون حاجة الى الطعن في الورقة ذاتها . بالتزوير (١) .

ويلاحظ أن حجية الورقة الرسمية لا تتوقف على الاقرار بها . وكما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فان « الورقة الرسمية تكون حجة بكل ما يلحق به وصف الرسمية فيها ، دون حاجة الى الاقرار بها ، على نقيض الورقة العرفية فهي لا تكون حجة بما فيها قبل الاقرار بها » (٢) .

وحجية الورقة الرسمية لا تقتصر على أصلها فقط بل تمتد كذلك الى صورها على النحو الذى سنوضحه فيما بعد .

وجدير بالذكر أن الورقة الرسمية تفترض صحتها الى أن يقوم الدليل

حيث يكون هذا الموظف قد فعل التوقيع على الورقة ، أو اذا كان الموظف قد تدخل بوصفه طرفاً في العقد . راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٣٥٣ . وغنى عن الذكر أن هذا الرأى لا يمكن قبوله لأن مجرد توقيع أصحاب الشأن على الورقة يجعلها ورقة عرفية صحيحة حتى ولو لم يوقع عليها الموثق أو لم يكن الموثق مختصاً من ناحية الموضوع بتوثيقها . (١) مارتى ورينو ، ج ١ ، فقرة ٢٢١ ، ص ٣٦٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٣٥٥ ، فى نفس المعنى : بودان وبرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٩١ ، ص ٢٦٢ .

على تزويرها . ومع ذلك فاللقاضى أن يحكم بعدم صحة الورقة الرسمية من تلقاء نفسه بحسب ما يستظهره فيما من عيوب مادية تطبيقا لنص المادة ٢٨ من قانون الاثبات التى تقرر أن « للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية فى المحرر من اسقاط قيمته فى الاثبات أو انقاصها . - وإذا كانت صحة المحرر محل شك فى نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذى صدر عنه أو الشخص الذى حرره ليبدى ما يوضح حقيقة الأمر فيه » (١) .

وندرس فيما يلى حجية الورقة الرسمية فيما بين المتعاقدين ، وفى مواجهة الغير ، وكذلك حجية صورة الورقة الرسمية .

١ - حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين

٦٩ - التفرقة بين ما وقع تحت بصر الموثق وسمعه وبين ما تلقاه من ذوى الشأن :

نصت المادة ١١ من قانون الاثبات على أن « المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا » . وهذا النص يقرر حجية الورقة الرسمية فى مواجهة الكافة ، أى فيما بين المتعاقدين وكذلك فى مواجهة الغير . وهو لا يجيز الانقاص من هذه الحجة الا عن طريق الطعن فى الورقة بالتزوير بالطرق المقررة قانونا . ومع ذلك فإن هذا النص لا ينطبق الا على الوقائع التى تمت على يد الموثق أى التى وقعت تحت بصره ، سواء كان هو الذى قام بها ، أو كان ذوى الشأن هم الذين قاموا بها أمامه . أما الوقائع الأخرى التى تلقاها الموثق من ذوى الشأن وهى تلك التى وقعت تحت سمعه دون أن تقع تحت بصره ، فلا تكون لها نفس الحجية

(١) ونظرا لندرة هذا الفرض فإن المبدأ المقرر هو افتراض صحة الورقة الرسمية - راجع: اوبرى ورد ، ج ١٢ ، رقم ٧٥٥ ، هامش ٥٧ ، بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٩١ ، ص ٢٦٣ . وقد قضت محكمة النقض بأن حق المحكمة فى الحكم بتزوير الورقة المقدمة اليها ولو لم يدع ادعاءها بالتزوير لا يعتبر قصا . بما لم يطلبه الخصوم ، نقض ١٩٦٥/٦/٣ ، مجموعة الكتب انفسى ، ص ١٦ ، ص ٦٧٨ .

- ١٤٦ -

فى الاتبات ، بل يجوز دحضها عن طريق اثبات عكسها دون حاجة الى الطعن فى الورقة بالتزوير .

٧. - ضرورة الطعن بالتزوير عند انكار ما وقع تحت بصر الموثق وسمعه :

الورقة الرسمية تكون حجة فيما اثبت الموثق انه تم على يديه ، أى وقع تحت بصره وسمعه . ويشمل ذلك نوعين من الوقائع : الأول خاص بالوقائع التى قام بها الموثق بنفسه ، كذكر تاريخ وساعة تحرير الورقة ، وذكر تحقق الموثق من أطراف الورقة من حيث أسمائهم وأهليتهم ورضائهم ، وذكر تحقق الموثق من أسماء الشهود وأسماء من استعان بهم أصحاب الشأن ، وذكر أن التوثيق تم فى المكتب أم فى جبة أخرى . أما النوع الثانى من الوقائع فهو ما قام به ذوو الشأن أمام الموثق سواء أكان ذلك عن طريق القول أو عن طريق الفعل ، كأن يقرر البائع أنه قبل البيع بالشئ المذكور ، ويقر المشتري أنه قبل الشراء بنفس الشئ ، وكان يقر البائع أنه تسلم الشئ ويقر المشتري أنه تسلم المبيع ، أو كان يثبت الموثق توقيع ذوى الشأن والشهود على الورقة أمامه (١) .

ولا يكفى حتى تكتسب البيانات التى ذكرها الموثق حجية الى حين الطعن فيها بالتزوير أن تكون متعلقة بالوقائع التى تمت على يد الموثق ، بل يجب أن يكون اثبات هذه الوقائع مما يدخل فى مهمة الموثق . فإذا اثبت الموثق أن المتعاقد كامل الأهلية بمجرد الاطلاع على تاريخ ميلاده فلا حاجة للطعن بالتزوير فى المحرر لاثبات أن المتعاقد مصاب بجنون أو عته أو غير ذلك من عوارض الأهلية (٢) .

وبصفة عامة فإن الطعن بالتزوير يكون لازما اذا كان انكار ما جاء بالورقة الرسمية فيه مساس بأمانة الموثق . أما اذا كان الطعن لا يمس أمانة

(١) راجع فى هذا الموضوع : بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٩ ، فقرة ١٤٥٢ ، ص ٨٨٧ وما بعدها ، بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٩٣ ، ص ٣٦٥ ، ملوتى ورينو ، ج ١ ، فقرة ٣٣١ ، ص ٣٦٦ .

(٢) تفض ١١/١١/١٩٣٧ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٤٢١ ، فقرة ٩٧ ، فى نفس المعنى ، بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، ص ٨٨٩ .

- ١٤٧ -

الموثق فيجوز اثبات عكسه دون حاجة الى الطعن في الورقة بالتزوير ويصدق ذلك على كل ما تلقاه الموظف من ذوى الشأن أنفسهم^(١) .

٧١ - عدم الحاجة الى انطعن بالتزوير لاثبات عكس ما تلقاه الموثق من ذوى الشأن :

تطبيقا للمعيار السابق ذكره في الفقرة السابقة فان الطعن في الورقة الرسمية اذا كان لا يمس امانة الموظف فلا تكون هناك حاجة الى الطعن بالتزوير لاثبات عكسها ، بل يجوز اثبات العكس طبقا لما تقرره قواعد الاثبات من جواز اثبات عكس الثابت بكتابة عن طريق أخرى أو عن طريق مبدأ ثبوت بالكتابة معزز بالشهادة أو القرائن .

وعلى هذا النحو فان كل ما يتعارض مع ما قرره الموثق بأنه وقع أمامه وتحت سمعه وبصره لا يجوز دحضه الا عن طريق الطعن في المحرر بالتزوير أما ما يتعارض مع ما تلقاه الموظف من ذوى الشأن مما لا يستطيع الموثق التحقق من صحته أو عدم صحته فيجوز اثبات عكسه بالطرق المعينة في القانون على النحو السابق ذكره ، وفيما يتعلق بما يذكره أصحاب الشأن أمام الموثق تجب التفرقة بين واقعة صدور المعلومات من ذوى الشأن وهذه تتم على يد الموثق وتقع تحت سمعه وبصره ، وبين مضمون هذه المعلومات ، وهذه لا يستطيع الموثق التحقق من صدقها ، ولا يقع العلم بها تحت حسه . ولذلك فان انكارها لا يمس امانة الموثق وبالتالي يجوز الانكار دون حاجة الى الطعن في الورقة بالتزوير . ولتوضيح ذلك اذا أثبت الموثق أن البائع أقر أمامه بأنه استلم الثمن ، أو أنه رأى المشتري يدفع الثمن الى البائع ، فان هذه الواقعة لا يجوز انكارها في ذاتها بغير الطعن في الورقة بالتزوير . أما اذا أنكر أحد الخصوم حقيقة هذه الواقعة بأن ادعى أنها واقعة صورية ، وأن البائع أقر باستلام الثمن دون أن يكون قد استلمه فعلا ، أو أن المشتري دفع للبائع الثمن أمام الموثق من نقود البائع نفسه التي تسلمها منه قبل المثول أمام الموثق ، فان الادعاء بذلك لا يمس امانة الموثق ولذلك فهو يجوز دون

(١) بلانويل وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٥٢ ، ص ٨٨٩ .

- ١٤٨ -

• حاجة الى الطمن فى الورقة بالتزوير (١) •

وكذلك فان الطمن فى التصرف ذاته بالابطال لعيب من عيوب الرضا أو نقص فى الأهلية ، أو الطمن فيه بالبطلان لعدم مشروعية السبب أو المحل أو غير ذلك ، فلا يمس أمانة الموثق ولا يتعلق بعمل قام به الموثق فى حدود وظيفته ، ولذلك فهو جائز دون حاجة الى الطمن فى الورقة بالتزوير (٢) •

٢ - حجية الورقة الرسمية بالنسبة الى الغير

٧٢ - تطبيق التفرقة السابقة :

الورقة الرسمية ليست لنا كدليل اثبات حجية فى ذاتها بالنسبة الى الغير ، وإنما هى تستمد حجيتها من التصرف الذى تمت هذه الورقة لاثباته • والتصرف القانونى تكون له أحيانا حجية فى مواجهة دائن المتصرف وكذلك خلفه الخاص • وفى هذه الحالة ، تكون للورقة الرسمية باعتبارها دليل اثبات التصرف المذكور حجية فى مواجهة الدائن أو الخلف الخاص • فإذا باع شخص عقارا لشخصين مختلفين فى نفس الوقت ، أحدهما بعقد رسمى والآخر بعقد عرفى ، وقام المشتري بالعقد العرفى بتسجيل عقده أولا ، فإنه يتقدم فى هذه الحالة على المشتري بالعقد الرسمى ولا تكون الورقة الرسمية حجة على المشتري بالعقد العرفى المسجل ، لأن العبرة فى التفضيل بين أكثر من مشتر واحد تكون بالأسبقية فى التسجيل • وفى هذا المثال رغم رسمية عقد البيع غير المسجل إلا أنه لا يحتج بالرسمية فى مواجهة المشتري بعقد مسجل لأن التصرف الذى تم تحرير الورقة الرسمية من أجل اثباته لا يقوى فى نظر القانون على مزاحة التصرف الذى تم تسجيله ولو لم يتم اثبات هذا العقد الأخير فى ورقة رسمية بل فى ورقة عرفية •

ولكن إذا فرضنا العكس بأن كان المشتري بالعقد الرسمى هو الذى

(١) بلانيول وريبير وجابولد • ج ٧ • فقرة ١٤٥٢ • من ٨٨٩ • وقفت محكمة النقض بأن استلزام الطمن بالتزوير فى العقد الرسمى لا يكون إلا بالنسبة للبيانات التى شاهدها وتبين الموظف المختص • نفى ١٩٣٧/١١/١١ • مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة • ج ١ • من ٤٢١ • فقرة ٩٧ •

(٢) عبد الرزاق السنهورى • ج ٢ • من ١٥٤ •

سجل عقده أولا ، ففي هذه الحالة يفضل هذا المشتري على المشتري الآخر .
بالعقد العرفي الذي لم يتم تسجيله أو الذي تم تسجيله متأخرا . وفي هذا
الفرض تكون للورقة الرسمية حجية في مواجهة المشتري بالعقد غير المسجل
الذي يعتبر دائما بهذا العقد لبائع العقار .

والمشتري بالعقد غير المسجل لا يستطيع أن ينكر العقد الرسمي المسجل
إلا بطريق الطعن بالتزوير إذا كان في انكاره مساس بأمانة الموثق الذي قام
بتحرير هذا العقد ، أي إذا كان في انكاره مساس بصحة الوقائع التي تمت
تحت سمع الموثق وبصره ، سواء كان الموثق هو الذي قام بيا ، أو كان قد أقر
بسماعها عن ذوى الشأن أو برؤيتها تصدر منهم ، وذلك على التفصيل السابق
ذكره في الفقرات السابقة . أما فيما يتعلق بصدق الوقائع التي تلقاها الموثق
من ذوى الشأن دون أن يملك القدرة على التحقق منها ، فإن الطعن في ذلك لا يس
أمانة الموثق وبالتالي يجوز انكار هذه الوقائع دون حاجة إلى الطعن في المحرر
بالتزوير . فإذا فرضنا أن المشتري بالعقد العرفي غير المسجل أراد أن يطعن
في العقد الرسمي المسجل بعدم حصوله في التاريخ المذكور فيه أو بعدم
حصوله في مكتب التوثيق أو عدم حصول تبادل التعبير عن الإرادة كما أثبتته
الموثق ، أو عدم حصول التوقيع عليه من البائع خلاف ما أثبتته الموثق ، فلا بد
في كل ذلك من الطعن في المحرر بالتزوير .

أما إذا كان وجه الطعن الذي يتمسك به المشتري بالعقد العرفي غير
المسجل هو أن العقد الرسمي بالرغم من كل ما جاء فيه إلا أنه عقد صوري
صورية مطلقة (١) ، وأنه لم يقصد به انتقال الملكية إلى المشتري وأن الثمن

(١) المقصود بالعقد الصوري صورية مطلقة هو العقد الذي لا وجود له ، ولا يسر في
نفس الوقت عقدا آخر ، فهو والعدم سواء . أما العقد الصوري صورية نسبية فهو عقد ظاهر
أعلنه المتعاقدان للناس ، ليسر به عقدا آخر هو العقد الحقيقي النافذ بينهما . وحسب قضا
محكمة النقض فإن العقد الصوري صورية مطلقة لا ينقل الملكية ولو تم تسجيله . أما العقد
الصوري صورية نسبية فإنه ينقل الملكية إذا تم تسجيله وكان العقد الخفي النافذ بين المتعاقدين
من العقود النافذة للملكية أيضا كالمبة مثلا . فليج الذي يسر به هو عقد صحيح تنتقل به
الملكية في الحال إلى الموهوب له إذا كان قد تم تسجيله . راجع على سبيل المثال : نقض ،
١٩٧٠/٤/١٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢١ ، ص ٦١٨ . نقض ١٩٧٠/٥/٢١ ، مجموعة
المكتب الفني ، س ٢١ ، ص ٨٨٦ . نقض ١٩٦٩/١/٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٠ ، ص
٢٢ . وكذلك فإن الصورية النسبية لا يجوز اثباتها فيما بين المتعاقدين إلا بطريق الكتابة ،
نقض ١٩٦٧/٢/٢٣ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٨ ، ص ٤٧٨ .

- ١٥٠ -

قد دفع أمام الموثق من مال البائع نفسه ، أو أن المشتري استرده بعد انتهاء عملية التوثيق ، فإن مثل هذا الطعن لا يمس أمانة الموثق ولذلك يجوز التمسك به دون حاجة الى الطعن في العقد الرسمي بالتزوير ، ويجوز في هذه الحالة اثبات صورية العقد الرسمي صورية مطلقة بكل طرق الاثبات بما في ذلك البينة والقرائن(١) .

وإذا ثبتت الصورية المطلقة لعقد البيع الرسمي ، فإنه يعتبر في هذه الحالة عقدا معدوما لا وجود له ولا تنتقل به الملكية الى المشتري ، ولا يحتج به في مواجهة المشتري الثاني الذي لم يسجل عقده ، بل يصبح من حق هذا الأخير أن يسجل عقده ، فتخلص له الملكية وحده .

وهكذا فإن اثبات الصورية المطلقة يؤدي الى هدم التصرف ذاته ، ولا ينقذ التصرف التصوري صورية مطلقة أي شيء . فلا الرسمية التي تم عن طريقها اثباته ينقذه ، ولا التسجيل الذي تم عن طريقه شهره ينقذه هو أيضا . بل أن هدم التصرف ذاته يؤدي الى عدم كل أثر للورقة الرسمية في الاثبات ، وكل أثر للتسجيل فيما يتعلق بالاحتجاج بالحق العيني العقارى في مواجهة الغير(٢) .

٣ - حجية صور الورقة الرسمية

٧٣ - النصوص القانونية :

تنص المادة ١٢ من قانون الاثبات على أنه : اذا كان أصل المحرر الرسمي

(١) نفق ١٩٧٠/٤/٢٨ . مجموعة الكتب الفن . س ٢١ . ص ٧١٤ . نفق ١٩٦٩/٢/٦ .
مجموعة الكتب الفن . س ٢٠ . ص ٢٧٠ . نفق ١٩٦٩/٦/١٧ . مجموعة الكتب الفن . س ٢٠ . ص ٩٧٩ . اذا كانت الصورية نسبة فاذ اثباتها فيما بين المتعاقدين لا يجوز الا بطريق الكتابة . نفق ١٩٦٧/٢/٢٣ . السابق الاشارة اليه .
(٢) نفق ١٩٧٠/٥/٢١ . مجموعة الكتب الفن . س ٢١ . ص ٨٨٦ . نفق ١٩٦٦/٥/٢٦ .
مجموعة الكتب الفن . س ١٧ . ص ١٢٧١ . نفق ١٩٧٠/٢/٢٦ . مجموعة الكتب الفن . س ٢١ . ص ٣٦٨ .

موجودا فان صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل . - وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع فى ذلك أحد الطرفين . وفى هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل (١) .

وتنص المادة ١٣ من قانون الإثبات على أنه « اذا لم يوجد أصل المحرر الرسمى كانت الصورة حجة على الوجه الآتى : - (أ) أن يكون للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل . - (ب) ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتيا ولكن يجوز فى هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصور الأصلية التى أخذت منها . - (ج) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتمد به الا لمجرد الاستئناس تبعا لنظروف » (٢) .

٧٤ - الفرق بين الأصل والصورة :

سبق أن ذكرنا أن الورقة الرسمية تحرر من أصل يحفظ فى الملفات المعدة لهذا الغرض وترسل صورة منها الى المكتب الرئيسى بالقاهرة لحفظها وتسلم صورة منها لذوى الشأن بعد دفع الرسم (٣) . وهناك فرق بطبيعة الحال بين الأصل والصورة . فالمقصود بالمحرر الرسمى هو الأصل وليس الصورة . لأن الأصل هو الذى يحل توقيعات ذوى الشأن والموثق والشهود . أما الصورة فلا تحمل هذه التوقيعات . والصورة أما أن تكون خطية أو شمسية ، وينبغى أن تكون مطابقة للأصل تماما ويقوم بهذه المطابقة ويشهد عليها موظف رسمى آخر . فالصورة هى أيضا ورقة ورقة رسمية ، ولكنها ورقة رسمية باعتبارها صورة لا باعتبارها أصلا (٤) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التنبه لى للقانون المدنى فى هذا الصدد : « والأصل فى حجية الورقة الرسمية أن تكون قاصرة على نسختها الأصلية . كما تقضى

(١) هذه المادة مطابقة لنص المادة ٣٩٢ من القانون المدنى .

(٢) هذه المادة مطابقة لنص المادة ٣٩٣ من القانون المدنى .

(٣) راجع ما سبق . فقرة ٤٧ .

(٤) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ١٦٢ .

بذلك صراحة المادة ١٩٢٥ من التقنين الهولندي . ويتفرع على ذلك أن الصور الخطية أو الشمسية ، والصور التنفيذية ، والصور الأولى لا تكون بذاتها حجة في الإثبات ، مع أن موطنا عاما يستثنى من مطابقتها للأصل . ولهذه الملة ذكر النص على وجه التحديد أن الصور (تكون حجة بالقدر الذي يعترف فيه بمطابقتها للأصل) مع مراعاة القيد الآتي : فلذى الشأن من الطرفين أن يطلب مراجعة الصورة على الأصل ، فى مواجهة الطرف الآخر . ومؤدى هذا أن مجرد انكار مطابقة الصورة للأصل ، يكفى للالزام بتقديم الأصل ، ولو لم يكن هذا الانكار معززا بدليل « (١) » .

ويظهر من ذلك بوضوح الفارق الجوهرى بين الأصل والصورة . فالأصل يفترض فيه الصحة ولا يجوز انكاره الا عن طريق الطعن بالتزوير ، أما الصورة فإن مجرد انكارها ولو بغير دليل يفقدها قيمتها فى الإثبات ويوجب مطابقتها للأصل . وكان النص الوارد فى المشروع التمييزى للقانون المدنى يجعل عملية المطابقة للأصل أمر جوازى للقاضى . ولكن النص عدل فى لجنة المراجعة بما يجعل المطالبة وجوبية (٢) ، ولقد انتقل النص بعد تعديله على هذا النحو الى قانون الإثبات .

أما اذا لم يحدث انكار للصورة فإنها تفترض مطابقة للأصل ، وتكون حجة فى الإثبات كالأصل تماما . وقد قضت محكمة النقض أن عدم منازعة الخصم فى مطابقة الصورة الشمسية - وهى صورة رسمية - لأصل ورقة الاعلان ، يجعل من حق المحكمة الاكتفاء بالاطلاع بهذه الصورة فلا يعيب حكمها عدم اطلاعها على أصل الورقة (٣) .

وإذا كانت حجية الصورة أقل من حجية الأصل ، فإن حجية الصور فى القوة تختلف أيضا بحسب ما اذا كان الأصل موجودا أو غير موجود .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٣ ، ص ٣٦١ .
(٢) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمييزى للقانون المدنى فى هذا الصدد ما يأتى : « وليس شك فى أن من الأنسب تخويل القاضى سلطة التقدير فى هذا الشأن ، ولا سيما أن شجوع طريقة التصوير الشمسى يقضى على الكثير من أسباب الخطأ فى الصور التى تنقل بالخط أو بالآلة المكتابة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢٣ ، ص ٣٦١) . وقد ذكرنا فى آخر إن القاضى لا يملك بحسب النص الوارد فى التقنين المدنى ، أو فى قانون الإثبات ، سلطة تقديرية فى هذا الشأن .

(٣) نفس ١٩٦٨/٢/١ ، مجموعة المكتب الفنى ، ص ١٩ ، ص ١٩٥ .

٧٥ - حجية الصورة اذا كان الأصل موجودا :

الغالب أن يكون أصل الورقة الرسمية موجودا ومحفوظا في الملفات المعدة لهذا الغرض كما سبق أن ذكرنا ذلك من قبل . وفي هذه الحالة يكون من السهل التحقق من مطابقة الصورة للأصل . ولهذا السبب أيضا فإن المشرع وضع في المادة ١٢/٢ من قانون الاثبات قرينة قانونية بسيطة مؤداها اعتبار الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين . والصورة التي تكتسب حجية الأصل طبقا لهذه القرينة ، هي الصورة الرسمية ، أي الصورة التي شهد موظف عام مختص على مطابقتها للأصل . ولا أهمية بعد ذلك أن تكون هذه الصورة هي الصورة التنفيذية ، أو أن تكون صورة غير تنفيذية ، ولا أهمية لكون الصورة الغير تنفيذية مأخوذة من الأصل مباشرة أو مأخوذة من صورة مأخوذة من الأصل ، مهما تعددت الصور الوسيطة بين الأصل وبين الصورة التي يتم التمسك بها^(١) . ولا أهمية لكون الصورة الرسمية مكتوبة بخط اليد أو مصورة بطريقة فوتوغرافية .

ولكن حجية الصورة الرسمية في كل هذه الفروض هي حجية مؤقتة ، تزول فورا بمجرد انكارها من أحد الطرفين ولو بغير الاستناد الى دليل . وفي هذه الحالة يتمين الرجوع الى الأصل لمطابقته على الصورة ، ويصبح دليل الاثبات في هذا الفرض هو الأصل وليس الصورة^(٢) .

٧٦ - حجية الصورة اذا لم يكن الأصل موجودا :

اذا فقد الأصل بسبب حريق أو سرقة أو تلف أو غير ذلك - وهذا فرض نادر^(٣) - فإن صورة الورقة الرسمية تصبح هي دليل الاثبات الوحيد الممكن تقديمه ، ولذلك فإن القانون يعترف للصورة الرسمية بحجية في

(١) عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٦٣ ١

(٢) راجع نفس الحكم في القانون الفرنسي : بلانيول وريبير وجابوله ، ج ٧ ، فقرة ١٤٩٨ ، ص ٩٤٦ ، بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٩٥ ، ص ٢٦٩ ، غارني وريغو ، ج ١ ، فقرة ٢٢٩ ، ص ٣٧٦ .

(٣) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي انه : يضع على من يتسك بالصورة الخطية أو النسبية عبء اقامة الدليل على فقد الأصل ، (مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٣٦٥) .

الاثبات تختلف قوتها بحسب ما اذا كانت الصورة هي الصورة الرسمية الأصلية أم انها صورة رسمية مأخوذة عن الصورة الأصلية . فهناك اذن ثلاث درجات تتراوح بينها الصورة الرسمية في قوة الاثبات .

(١) حجية الصورة الرسمية الأصلية تنفيذية أو غير تنفيذية : الأصل وهو ما يسمى بالفرنسية Minute أو original لا يسلم لذوى الشأن ، بل تسلم اليهم الصورة الأصلية وهي اما أن تكون تنفيذية grosse أو صورة أصلية أولى غير تنفيذية Première expédition وهي تسلم عقب توثيق المحرر مباشرة ، أو صورة أصلية بسيطة Simple expédition (١) وهي تسلم بعد التوثيق في أى وقت لمن يطلبها من الخصوم ، ويجوز كذلك تسليمها للغير ، بعد الحصول على اذن من قاضى الأمور الوقتية في المحكمة التى يقع مكتب التوثيق في دائرتها (٢) . وتعتبر صورة رسمية أصلية كذلك الصورة التى تحرر في حالة تسليم الأصل لقلم الكتاب بالمحكمة للرجوع اليها فى احدى الدعاوى المرفوعة متى كانت مفضلة من القاضى المنتدب للتحقيق والكاتب والموظف الذى سلم الأصل . وهذه الصورة تحفظ فى مكتب التوثيق وتقوم مقام الأصل الى حين اعادة الأصل (٣) .

فى كل هذه الحالات فان الصورة الرسمية تعتبر صورة رسمية أصلية . فاذا لم يكن الأصل موجودا كانت للصورة حجية الأصل متى كان مظهرها

(١) يلاحظ انه رغم الاختلاف فى الصياغة بين نصوص قانون الاثبات المنقولة عن القانون المدنى الجديد - وبين نص القانون المدنى القديم ، فان الاحكام تكاد تكون واحدة ، باستثناء حالة الصورة الأصلية البسيطة ، فان حكمها فى القانون القديم أن حجتها تتوقف على تقدير القاضى الذى قد يعسرها فى حكم الأصل ، وقد ينزل بها الى درجة مبدأ البوت بالكتابة . راجع : تحت الرافق السجورى ص ١٧١ وما بعدها ، عبد الممنع فرج الممنع ص ٢٩ ، والقانون المحلى الممنع ص ١٧١ الذى يسرى على المحررات التى تم توثيقها فى طله . ونص المادة ٢٣٦/٢٩٦ من القانون القديم على انه : اذا قسم الخصم صور سندات غير صورها واجبة التنفيذ وهي صورها الاولى ، ولا ينفذ الأصل ، وكانت الصور المذكورة محررة بمعرفة احد التأميرين المصومين ، فلقاضى المحرر فى درجة انسداد تلك الصور . وعلى كل حال فانها تصبح فى مقام مبادئ الثبوت بالكتابة .

(٢) م ٨ من قانون التوثيق .

(٣) م ٢٩ من قانون الاثبات . م ٢/١٠ من قانون التوثيق .

الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل (١) .

ونظرا لعدم وجود الأصل ، فإن حجية الصورة تكون في هذه الفروض مستمدة من ذاتها وليس من مطابقتها للأصل . ويرى البعض أن الأخذ بهذا الحكم ينطوي على قدر كبير من الجراءة ، إذ قد تكون الورقة خالية من الشوائب في مظهرها الخارجي ولكنها لا تطابق الأصل . وعدم وجود هذا الأصل سيكون حائلا . دون تحقيق صحتها . واعطائها قوة الأصل فيه خطورة كبيرة ، (٢) .

أما إذا كان مظهر الصورة الرسمية الأصلية يثير الشك في مطابقتها للأصل فيجب في هذه الحالة اطراحها وعدم اعطائها حجية الأصل ، مع اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا توافرت شروط ذلك .

(٢) حجية الصورة الرسمية المأخوذة عن الصورة الأصلية : الصورة الرسمية في هذا الفرض مأخوذة لا عن الأصل ولكنها مأخوذة عن الصورة الأصلية أيا كان نوع الصورة الأصلية تنفيذية أو غير تنفيذية . وفي هذه الحالة تكون للصورة الرسمية نفس قوة الصورة الأصلية المأخوذة عنها . وقد سبق أن رأينا أن الصورة الأصلية تكون لها نفس قوة الأصل ، أي أن الصورة الرسمية تكون لها هنا أيضا نفس قوة الأصل . ولكنها لا تستمد قوتها من ذاتها ، بل تستمد قوتها من افتراض مطابقتها للصورة الأصلية ، فإذا أنكر أحد الخصوم هذه المطابقة فقدت الصورة حجيتها ووجب إجراء مطابقتها بالصورة الأصلية المأخوذة عنها ، ويصبح دليل الإثبات بعد هذه المطابقة هو الصورة الأصلية ، وليست الصورة الرسمية المأخوذة عنها والتي أنكرها أحد الخصوم .

أما إذا لم يمكن إجراء عملية المطابقة بسبب فقد الصورة الأصلية ، فإن

(١) يصف القانون الفرنسي ال حالات المذكورة في المتن ، حالة ما إذا كان قد تم تحرير الصورة في حضور الخصوم وبموافقتهم . أو إذا قام الموق أو خلفاؤه بتحرير الصورة من الأصل القديم الذي مضت أكثر من ثلاثين سنة على تحريره . راجع : مارتى ودينو ، ج ١ ، ص ٣٧٦ .

(٢) راجع مناقشات لجنة القانون المدني في الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٣٦٦ ، عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ١٦٨ .

الصورة الرسمية المأخوذة عنها لا تكون لها حجية في الإثبات الا على سبيل الاستثناس (١) .

(٣) حجية الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة المأخوذة من الصورة الأصلية : الصورة الرسمية في هذا الغرض هي صورة ثالثة ، فهي صورة صورة الصورة بالنسبة للأصل . وحجيتها لذا السبب ضعيفة . فهي يؤخذ بها فقط على سبيل الاستثناس شأنها في ذلك شأن القرائن (٢) . وهي لا تقوم بشأنها قرينة مطابقتها للصورة الأصلية . كما انه لا فائدة من اثبات مطابقتها للصورة المأخوذة عن الصورة الأصلية . لانه بفرض هذه المطابقة فان قيمة الصورة الثالثة في الإثبات لا تزيد شيئا .

أما اذا تمت مطابقتها بالصورة الأصلية ، فينا تكون الحجية مستمدة من الصورة الأصلية ، ونكون قد انتقلنا من هذا الغرض الثالث الى الغرض الأول الخاص بالصورة الأصلية .

وبهذا نكون قد انتهينا من جميع الفروض الخاصة بحالة ما اذا كان الأصل غير موجود . وقد رأينا أن حجية الصورة الرسمية تختلف بحسب ما اذا كانت هي الصورة الأصلية . أما اذا كان الأصل موجودا فلا تكون هناك أهمية للتفرقة بين هذه الفروض المختلفة ، لان الصورة ايا كانت درجتها تعتبر مطابقة للأصل وتكون لها حجية الأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الخصوم فيتمين الرجوع في هذه الحالة الى الأصل .

(١) عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ١٦٩ ، ويذهب البعض الى أن الصورة الرسمية تكون في هذه الحالة مبدأ ثبوت بالكتابة . عبد المنعم فرج الصمة ، ص ١٠٤ ، أحمد نشأت ، ص ١٧٢ ، نقرة ٢٥٤ . ويذهب البعض الآخر الى اعتبار الصورة الرسمية المأخوذة عن الصورة الأصلية في حكم الصورة الأصلية اذا كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالنسك في مطابقتها لها . سليمان مرقس ، أصول الإثبات ، الطبعة الثانية ، ص ٧ .
(٢) ومعنى ذلك انها لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ، راجع : عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ١٧١ .

الفصل الثاني

الأوراق العرفية

٧٧ - الأوراق العرفية المعدة للاثبات والأوراق العرفية الغير المعدة للاثبات :

تنقسم الأوراق العرفية الى قسمين رئيسيين : الأول خاص بالأوراق العرفية المعدة للاثبات *Preuves préconstituées* وهي ما تسمى بالأدلة النجياة كالأوراق التي يثبت فيها أصحاب الشأن إبرام عقد أو استلام مبلغ (١) . وهذه الأوراق يجب أن تكون موقعة من هي حجة عليه . أما القسم الثاني فهو خاص بالأوراق غير النجياة للاثبات ولكنها تصلح للاثبات كأدلة عارضة *Preuves casuelles* ، وهي لا تكون موقعة من أصحاب الشأن كدفاتر التجار أو الأوراق والدفاتر المنزلية ، وقد تكون موقعة منهم ، كالرسائل وأصول البرقيات .

المبحث الأول

الأوراق العرفية المعدة للاثبات

ندرس الأوراق العرفية المعدة للاثبات من ناحية شروط صحتها ومن ناحية حجيتها في الاثبات .

١ - شروط صحة الأوراق العرفية

٧٨ - التوقيع هو الشرط الوحيد :

لا يشترط القانون لصحة الورقة العرفية الا شرطا واحدا هو التوقيع

(١) والأوراق المعدة للاثبات تنقسم بدورها الى أوراق أساسية تم تحريرها عند انشاء التصرف ، وأوراق تقريرية أو تأكيدية عدتها هو تأكيد أو تقوية حق سبق التحقق منه . راجع: هلاوي وريشو ، ج ١ ، فقرة ٢٢٧ ، ص ٣٦١ .

عليها ممن هي حجة عليه (١) . وتسمى الورقة العرفية في القانون الفرنسي *acte sous seing privé* فهي تستمد اسمها من التوقيع عليها ممن يحتاج بها عليه . والتوقيع يتم بعيدا عن تدخل أى موظف رسمي ، فهو من هذه الناحية توقيع خاص . والورقة العرفية هي ورقة مكتوبة ، وهي النوع الثاني من الأدلة الكتابية بعد الورقة الرسمية ، وإن كانت الورقة العرفية أكثر انتشارا في العمل ، لأنه قلما يلجأ أصحاب الشأن الى تحرير ورقة رسمية لاثبات المعاملات التجارية بينهم .

ولا يشترط أن تكون الورقة العرفية مكتوبة باللغة العربية كما هو الشأن في الورقة الرسمية ، بل تجوز أن تكون مكتوبة بأي لغة أخرى حتى ولو كان موقع الورقة يعرف اللغة العربية أو يتمتع بجنسية عربية (٢) . ولا يشترط أن تكون الورقة مكتوبة بطريقة معينة بالذات ، بل قد تكون مكتوبة بخط اليد أو على الآلة الكاتبة ، أو بطريقتي التصوير الشمسي أو بطريقتي الطباعة أو غير ذلك . ومن الجائز أن تكون الورقة مكتوبة بالحبر أو بالرصاص أو بالحبر الجاف أو غير ذلك من المواد . ومن الجائز أن تكون الورقة مكتوبة بخط المدين أو بخط الدائن أو بخط شخص من الغير (٣) .

والتوقيع يكون بطريق الكتابة وهو ما يسمى الامضاء ، ولكن يجوز أن يكون بطريق الختم (٤) ، أو بصمة الأصبع (٥) وذلك مراعاة للضرورة

(١) ويجب أن يكون التوقيع صادرا من الشخص المنسوب اليه التوقيع نفسه لا من شخص آخر كوالده مثلا . راجع نقض ١٩٤٧/٣/٢٧ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٨ ، فقرة ٩٤ .

(٢) نقض ١٩٦٨/١/١٧ ، مجموعة الكتب الفني ، ص ١٩ ، ص ١٠٥ .

(٣) نقض ١٩٦٤/١/٣٠ ، مجموعة الكتب الفني ، ص ١٥ ، ص ١٦٦ .

(٤) نقض ١٩٣٤/٤/٢٦ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٦ ، فقرة ٨٨ ، وقضت محكمة النقض بأن توقيع البائع على العقد بختمه بنفسه أو تكليفه شخصا آخر بالتوقيع عليه بهذا الختم في حضوره ورضاه يجعل التوقيع صادرا منه في الحالين . نقض ١٩٦٦/٦/٢ . مجموعة الكتب الفني ، ص ١٧ ، ص ١٣١٤ . وقضت محكمة النقض بأن التوقيع بختم خطأ بدلا من ختم آخر واقعة مادية لا يجوز اثباتها بالبينة الا باتبات رضاه الشخص المقصود بالتوقيع بختمه بالتعاقد ومطابقة ارادته مع ارادة المتعاقد الآخر . وذلك لا يكون الا بالكتابة اذا زاد فيه الالتزام الناشئ عن العقد على عشرة جنيهات (عشرين جنيها) : نقض ١٩٦٩/١/١٦ ، مجموعة الكتب الفني ، ص ٢٠ ، ص ١١١ .

(٥) قضت محكمة النقض بأن للبصمة قوة الامضاء في نشر الشارع ، كما أن التوقيع

الناشئة من انتشار الأمية بين الغالبية العظمى من المواطنين . والتوقيع يوضع في آخر الكتابة الواردة على الورقة حتى ينصرف أثرها الى كل ما هو مذكور في الورقة . ولا يشترط التوقيع بجانب الاضافات التي تدخل على هذه الورقة ، ويترك تقدير صحة هذه الاضافات الى ما يتبينه القاضى . ولذلك يكون من الأحوط التوقيع أيضا بجانب هذه الاضافات (١) .

وإذا كان التوقيع هو الشرط الوحيد لصحة الورقة العرفية ، فهو أيضا الشرط الجوهرى الذى بغير توافره لا تكون للورقة أى حجية فى الإثبات ، إلا إذا كانت محررة بخط المدين فتعتبر فى هذه الحالة - وكما سنرى فيما بعد - مبدأ ثبوت بالكتابة (٢) .

وإذا كانت الورقة باطلة كدليل اثبات لعدم التوقيع عليها ، فإن ذلك لا يؤدى الى بطلان التصرف ذاته (٣) ، بل يظل التصرف صحيحا ويجوز اثباته بما يقوم مقام الكتابة كالأقرار واليمين .

وجدير بالذكر أن القانون الفرنسى يضع شرطين آخرين لصحة الورقة العرفية بجانب التوقيع عليها ، الشرط الأول هو تعدد النسخ بعدد أصحاب الشأن إذا كانت الورقة مثبتة لعقد من العقود الملزمة للجانبين (م ١٣٢٥ من القانون المدنى الفرنسى) . والشرط الثانى خاص بالتعهدات الملزمة لجانب واحد بدفع مبلغ من النقود أو أداء شئ يمكن تقويمه بالنقود ، ومقتضى هذا الشرط هو ضرورة كتابة المدين بخطة قيمة الالتزام بالحروف لا بالأرقام ، مع وضع عبارة تفيد موافقته على هذه القيمة مثل عبارة *bon pour* . ويعنى عن كتابة هذه العبارة أن يكون المدين قد كتب الورقة كلها بخط يده . والهدف من هذا الشرط الثانى هو الحد من اساءة استعمال التوقيع على

بالامضاء على المحرر من صدر عنه لا ينفى التوقيع بيعة الاصبع أيضا . تقضى ١٩٦٣/١٠/٣١ .
مجموعة الكتب الفنى . س ١٤ ، ص ١٠٠٦ ، راجع أيضا تقضى ١٩٦٦/١٠/٢٥ . مجموعة الكتب
الفنى . س ١٧ ، ص ١٥٨٢ .

(١) عبد الرزاق السنهورى . ج ٢ ، ص ١٧٨ .

(٢) تقضى ١٩٦٩/١/١٦ ، مجموعة الكتب الفنى . س ٣٠ ، ص ١١١ .

(٣) تقضى ١٩٦٥/١١/١٨ ، مجموعة الكتب الفنى . س ١٦ ، ص ١١٠٥ .

• بياض (١) •

والشرطين الذين يضعهما القانون الفرنسى لا وجود لهما فى القانون المصرى الذى لا يشترط فيه الا شرط واحد هو التوقيع (٢) •

٧٩ - التوقيع على بياض :

من المتصور أن يثق شخص فى شخص آخر فيوقع له على ورقة بياض ويسلمها له ليملأها بمعرفته حسب الاتفاق القائم بينهما ، وهذا ما يسمى بالتوقيع على بياض Blanc seing ، والتوقيع على بياض هو توقيع صحيح ملزم لمن صدر منه ، وهو لا يختلف عن التوقيع المعتاد الا انه سابق على تحرير الورقة ، ولا أهمية فى ذلك طالما أن من صدر عنه التوقيع قد قام بذلك عن علم واختيار • فالتوقيع السابق كالتوقيع اللاحق على تحرير الورقة يجعل الورقة حجة على من صدر منه التوقيع سواء بسواء (٣) •

ومع ذلك فقد يحدث أن يخون الشخص الذى استلم الورقة الموقعة على بياض الثقة التى منحه اياها الشخص الصادر منه التوقيع ، فيثبت فيما من الوقائع ما لم يحدث الاتفاق عليه • وحكم القانون فى هذه المسألة هو أن الورقة تظل حجة على من صدر منه التوقيع الى أن يقوم باثبات العكس • ولا يجوز اثبات العكس الا بطريق الكتابة ، لانه لا يجوز اثبات عكس الثابت بكتابة الا بكتابة مثلها ، أو بمبدأ ثبوت بالكتابة معزز بشهادة الشهود • ويعتبر تغيير الحقيقة فى هذه الورقة خيانة للأمانة وليس تزويرا •

(١) مارتى وريجو ، ج ١ ، فقرة ٢٢٢ ، ص ٣٦٧ ، بلانيول وريجو وجابوله ، ج ٧ ، فقرة ١٤٦٣ وما بعدها ، و ص ٩٠١ وما بعدها ، أوبرى ورو ، ج ١٢ ، رقم ٧٥٦ ، ص ١٨٨ وما بعدها ، برون وريجو ، ج ٩ ، فقرة ١١٩٩ ، ص ٢٧٥ وما بعدها •
(٢) ولا بأس أن يكون للورقة تاريخ مذكور فيها • ولكن يقع على عاتق من يدعى تاريخها معنا للورقة أن يثبت ما يدعيه • ولذلك قلنا تخلص ورقة من ذكر تاريخ تحريرها • راجع : بلانيول وريجو وجابوله ، ج ٧ ، فقرة ١٤٦٠ ، ص ٨٩٨ ، عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ١٧٩ • وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تناقض فى القضاء برد وعلان تاريخ الاقرار المتضمن بتزويره مع الاعتداد بفعوى هذا الاقرار ، نقض ١٩٧٠/٥/٢٨ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ٩٤٥ •

(٣) أوبرى ورو ، ج ١٢ ، رقم ٧٥٦ ، ص ١٨٥ •

اما اذا كان الشخص الذى غير الحقيقة فى الورقة قد حصل عليها بغير طريق مشروع وبغير علم الشخص الصادر منه التوقيع ، فان تغيير الحقيقة يرتفع فى هذا الغرض من درجة خيانة الأمانة الى درجة التزوير ويجوز بالتالى اثباته بكل طرق الاثبات . وقد قضت محكمة النقض بأن « الأصل فى الأوراق الموقعة على بياض أن تغيير الحقيقة فيها ممن استؤمن عليها هو نوع من خيانة الأمانة ، ومن ثم فانه يرجع فى اثباته الى القواعد العامة ومن مقتضاها أنه لا يجوز اثبات عكس ما هو ثابت فى الورقة الموقعة على بياض الا أن تكون هناك كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة ولا يخرج عن هذا الأصل الا حالة ما اذا كان من استولى على الورقة قد حصل عليها خلسة أو نتيجة غش أو طرق احتيالية أو بأية طريقة أخرى خلاف التسليم الاختيارى فعندئذ يعد تغيير الحقيقة فيها تزويرا يجوز اثباته بكافة الطرق » (١) .

٢ - حجية الأوراق العرفية فى الاثبات

٨. - حجية الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقع عليها :

تنص المادة ١٤ من قانون الاثبات على أن « يعتبر المحرر العرفى صادرا ممن وقع ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط أو امضاء أو ختم أو بصمة . - أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الانكار ، ويكفى أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الامضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى عنه الحق . - ومن احتج عليه بمحرر عرفى وناقش موضوعه ، لا يقبل منه انكار الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع » .

ويتضح من هذا النص أن حجية الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقع عليها تختلف عن حجية الورقة الرسمية . فالورقة الرسمية يفترض صدورها ممن وقع عليها ولا يجوز انكار ذلك الا عن طريق الطعن بالتزوير كما سبق أن ذكرنا . وعقب اثبات التزوير يقع على عاتق من ينكر صدور

(١) نقض ١٩٦١/٣/٩ . مجموعة الكتب الفنى . س ١٢ . ص ٢١٢ . فى نفس المنى نقض ١٩٦٥/٦/٣ . مجموعة الكتب الفنى . س ١٦ . ص ٦٧٨ . نقض ١٩٧٠/١/٢٢ . مجموعة الكتب الفنى . س ٢١ . ص ١٧٥ . نقض ١٩٦٦/٦/١٦ . مجموعة الكتب الفنى . س ١٧ . ص ١٣٩٩ . نقض ١٩٦٧/٣/١٦ . مجموعة الكتب الفنى . س ١٨ . ص ٦٦٥ .

- ١٦٢ -

التوقيع . أما الورقة العرفية التي لم يشهد موظف عام على صدورها من يوجد عليها توقيع ، لا يمكن أن تكون لها نفس الحجية ، اذ يكفي أن ينكر الشخص المنسوب اليه التوقيع صدور هذا التوقيع منه ، حتى لا يحتج بهذه الورقة عليه ، ويكون على المتمسك بالورقة أن يثبت عن طريق اجراءات تحقيق المخطوط التي سندرسها في الفصل الثالث من هذا الباب ، إن التوقيع الموجود على الورقة هو توقيع الشخص المنسوب اليه التوقيع .

أما اذا اعترف من نسب اليه التوقيع بصدوره منه ، فان الورقة تعتبر في هذه الحالة حجة عليه ، وان جاز أن يطعن فيها بالتزوير .

والفارق بين الادعاء بالتزوير ، وبين انكار التوقيع ، ان الادعاء بالتزوير جائز بالنسبة للأوراق العرفية ، كما أنه الطريق الوحيد للطعن في الأوراق الرسمية ، أما انكار التوقيع فهو خاص بالأوراق العرفية وحدها (م ٢٩ من قانون الاثبات) . والفارق الآخر بينهما أن المدعى بالتزوير هو الذي يقع عليه عبء اثباته ، أما من ينكر صدور التوقيع منه ، فهو ينقل عبء الاثبات الى المتمسك بالورقة ليثبت هو صحة صدور التوقيع عن طريق اجراءات تحقيق المخطوط . وأخيرا فان الادعاء بالتزوير يمثل مرحلة أخطر وأبعد من انكار التوقيع ، لأن التوقيع قد يكون ثابتا كما هو الشأن في الأوراق الرسمية ، وكما هو الشأن في الأوراق العرفية ، التي يعترف فيها صاحب التوقيع بصدوره منه ، أو تسفر فيها اجراءات التحقيق عن صحة صدور التوقيع منه ، ومع ذلك فان الباب يظل مفتوحا للطعن في الورقة بالتزوير رغم افتراض صحة التوقيع في الورقة الرسمية أو رغم ثبوته عن طريق الاعتراف أو التحقيق في الورقة العرفية ، كما في حالة تزوير الورقة بطريق الكشط أو المحو أو التحشير ، وكما في حالة التوقيع على بياض ، وهو متصور بالنسبة للأوراق العرفية . وغير ذلك كثير من طرق التزوير المتصور ادخالها على الورقة رغم صحة التوقيع الموضوع عليه (١) .

(٢) نقيض ١٩٣٦/٢/١٣ ، مجموعة التواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٤٢٤ ، فقرة ١١٨ .
نقيض ١٩٤٣/٤/٢٩ ، مجموعة التواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٤٢٥ ، فقرة ١٢٠ . وقضت محكمة النقض بأن حجة الورقة العرفية انما تستند من شهادة الامضاء الواقع به عليها ، وهي

- ١٦٣ -

وكما يكون المحرر العرفي حجة على من صدر منه الى أن ينكر ذلك صاحب التوقيع ، فانه يكون حجة أيضا على الخلف الخاص أو الدائن ، الى أن ينكر التوقيع الشخص المنسوب اليه التوقيع ولا يجوز أن يصدر الإنكار من الخلف أو الدائن لأن التوقيع غير صادر منها .

أما اذا حدث التمسك بالورقة بعد وفاة صاحب التوقيع ، فانها تكون حجة في مواجهة الخلف الخاص والدائن والوارث والموصى له ، ومع ذلك يجوز لأى من هؤلاء أن يتمسك بعدم صدور الورقة ممن وقعها لا عن طريق انكار التوقيع ، بل عن طريق ما يسمى بالدفع بالجهالة أى الدفع بأنه لم يعلم بصدور التوقيع من الشخص المنسوب اليه . والتمسك بهذا الدفع يجب أن يكون فى صورة يمين يحلفها من يتمسك بالدفع . وهو يؤدي الى سقوط حجية الورقة العرفية الى أن يقوم التمسك باثبات صحتها عن طريق اجراءات تحقيق الحطوط . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التبديلى للقانون المدنى بصدد هذه المسألة « انه رضى من الأنسب اقتفاء أثر المادة ١٢٢٣ من الملتقين الكندى ، فنص على وجوب تعزيز اقرار الوارث أو الخلف بيمين يؤديها ، درءا لما يحتمل من تعسف هذا أو ذاك فى استعمال الرخصة المخولة له ، (١) » .

وجدير بالذكر أن المادة ١٤ من قانون الاثبات استحدثت حكما لم يكن موجودا من قبل وذلك بنصها فى الفقرة الثالثة منها على أن من احتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه ، لا يقبل منه انكار الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الاصبع . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الاثبات أن هذا الحكم المستحدث قد تقرر « سدا لباب المظل والكيد ، ذلك أن مناقشة موضوع المحرز يتعين لتكون جادة منتجة أن تكون وليدة الاطلاع على هذا المحرز . وهو ما يمكن من التحقق من نسبة الخط أو الامضاء أو الختم أو

بهذه المقالة تعتبر حجة بما ورد فيها على صاحب التوقيع بحيث لا يمكن التحلل مما تحل عليه . ١٠ فا بين كيف وصل امضاءه هذا الصحيح الى الورقة التى عليها توقيع واقام الدليل على صحة ما يدعيه من ذلك . تقضى ١٩٧٠/٥/٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، ص ٢١ . ص ٧٩٦ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية . ج ٢ . ص ٣٩٤ :

البصمة لمن يشهد عليه المحرر اذ ان من اليسير على هذا الأخير بمجرد هذا الاطلاع التحقق من هذه النسبة ، فاذا لم ينكرها فور اطلاعه على المحرر وخاض في مناقشة موضوعه فان ذلك منه انما يفيد تسليمه بصحة تلك النسبة فان عاد بعد ذلك الى انكارها وقد سارت الدعوى شوطا بعيدا على أساس صحة المحرر فانما يكون ذلك منه استشعارا لضعف مركزه في الدعوى واستغلالا لنصوص القانون في نقل عبء الاثبات الى التمسك بالورقة ، ورغبة في الكيد والطل ، وهو ما لا يجوز تمكينه منه .

وهذا الحكم المستحدث يضيف فارقا جديدا بين انكار التوقيع وبين الادعاء بالتزوير ، فالادعاء بالتزوير يكون كما تقرر المادة ٤٩ من قانون الاثبات في اية حالة تكون عليها الدعوى ، أما انكار التوقيع فهو لا يجوز التمسك به طبقا لنص المادة ٣/١٤ من قانون الاثبات بعد مناقشة موضوع المحرر (١) .

٨١ - حجية الورقة العرفية من حيث صحة الوقائع الثابتة بها :

إذا ثبت صدور الورقة العرفية من الشخص المنسوبة اليه سواء باعترافه بها أو بمناقشته موضوعها ، أو باثبات صحة التوقيع بعد اتخاذ اجراءات تحقيق الخطوط ، فان فائدة هذه الحجة لا تظهر الا بالنسبة للوقائع الثابتة في هذه الورقة ، لأن التوقيع ليست له قيمة في ذاته وانما قيمته فيما يشهد عليه من صحة الوقائع المذكورة في الورقة .

والقاعدة في هذا الشأن أن الورقة العرفية تكون حجة من حيث صحة الوقائع الثابتة بها ، وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه . وطرق اثبات العكس تختلف بحسب ما اذا كان يحتج بالورقة العرفية فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير .

فاذا ادعى أحد المتعاقدين بعدم صحة الوقائع المذكورة في الورقة فيجب

(١) يرى البعض انه اذا كان من ناقش موضوع المحرر هو محامى الشخص المنسوب اليه المحرر ، وكان وكيلًا بالخصومة فقط ، فانه لايجوز له أن يهدر حقونا موضوعية لمصلحة . والا كان الموكل حاضرا في الجلسة وجب عليه أن يتصل من عمل المحامى في الحال وفي جلسة المرافعة . المواد ٧٥ و ٧٦ و ٧٩ من قانون المرافعات . أحمد أبو الوفا ، المنشآت ، ص ٣٠٤ .

عليه أن يثبت ذلك بالكتابة طبقاً لنص المادة ٦١ فقرة (أ) من قانون الاثبات التي تنص على أنه لا يجوز الاثبات بغير الكتابة ، فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي ، ومن هذا القبيل أن يدعى الخصم الصادر منه التوقيع أن الوقائع المذكورة في الورقة هي وقائع صورية غير مطابقة للحقيقة . فاثبات الصورية فيما بين المتعاقدين لا يكون الا بطريق الكتابة (١) . وكذلك فإن الحلف العام لا يجوز له اثبات صورية تصرف صادر من مورثه الا بطريق الكتابة (٢) ، ما لم يكن قد قصت بهذا التصرف الاضرار به شخصياً ، فإنه يصبح في هذه الحالة في حكم الغير (٣) ، ومن المقرر أن الغير يجوز له اثبات الصورية بكل طرق الاثبات (٤) .

وكذلك يجوز اثبات الصورية بكل طرق الاثبات فيما بين المتعاقدين اذا كانت الصورية تخفى غشاً نحو القانون ، كاثبات أن البيع يخفى رهناً (٥) .

(١) نقض ١٩٥٣/١٢/٢٤ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٥ ، فقرة ٧٩ .
نقض ١٩٤٩/١/٦ مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٠ ، فقرة ٨٠ ، نقض ١٩٤٤/٢/٣ .
١٩٤٤ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٥ ، فقرة ٨١ ، نقض ١٩٤٢/٦/١٨ .
مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٥ ، فقرة ٨٢ ، نقض ١٩٦٢/١٢/٢٧ ، مجموعة
المكتب الفني ، ص ١٣ ، ص ١٢١٤ ، نقض ١٩٦٤/١/١٦ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٥ .
ص ٨٦ ، نقض ١٩٦٦/٥/٥ . مجموعة المكتب الفني ، ص ١٧ ، ص ١٠٣٥ ، نقض ١٩٦٣/٢/٢٣ .
١٩٦٧ . مجموعة المكتب الفني ، ص ١٨ ، ص ٤٧٨ .

(٢) نقض ١٩٥٣/١٢/٢٤ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٦ ، فقرة ٨٥ .
(٣) نقض ١٩٦٧/٢/٢٣ . مجموعة المكتب الفني ، ص ١٨ ، ص ٤٧٨ ، نقض ١/٢/١ .
١٩٦٩ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ٢٠ ، ص ٢٢ ، نقض ١٩٦٩/٣/٢٠ ، مجموعة المكتب الفني .
ص ٢٠ ، ص ٤٥٠ ، نقض ١٩٧٠/٦/١٦ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ٢١ ، ص ١٠٦١ .
قارن مع ذلك بعض أحكام النقض السابقة : نقض ١٩٤٩/٣/٢٤ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ،
ج ٢ ، ص ٧٦١ ، فقرة ٣٠ ، نقض ١٩٥٣/١٢/٢٤ مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ٢ ، ص
٧٦١ ، فقرة ٣١ .

(٤) نقض ١٩٤٩/١٢/٢٩ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ٢ ، ص ٧٦٠ ، فقرة ٢٧ .
نقض ١٩٥٧/٥/٢٣ . مجموعة المكتب الفني ، ص ٨ ، ص ٢٥٠ ، نقض ١٩٥٩/٤/٢ ، مجموعة
المكتب الفني ، ص ١٠ ، ص ٣٠٣ ، نقض ١٩٥٧/١٠/٣١ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ٥٨ ،
ص ٧٥٩ ، نقض ١٩٦٥/١٢/٩ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٦ ، ص ١٢٢٣ ، نقض ١٩٦٦/٥/٢٦ .
١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٧ ، ص ١٠٣٥ ، نقض ١٩٦٩/٢/٦ ، مجموعة المكتب
الفني ، ص ٢٠ ، ص ٢٧٠ ، نقض ١٩٧٠/٤/١٤ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ٢١ ، ص
٦١٨ .

(٥) نقض ١٩٦٦/١٢/٦ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٧ ، ص ١٧٧٠ .

- ١٦٦ -

أو أن البيع قصد به التحايل على أحكام الميراث (١) .

وتاريخ الورقة العرفية حجة فيما بين المتعاقدين وبالنسبة لحلفهما العام . فلا يجوز اثبات عكس هذا التاريخ الا بطريق الكتابة . ولكن ليس لتاريخ الورقة العرفية حجية في مواجهة الغير كما سنرى في الفقرة التالية .

وكما يجوز الطعن في الورقة العرفية بالصورية ، فانه يجوز الطعن في التصرف الثابت بهذه الورقة بكل طرق الطعن المقررة في القانون ، فيجوز الطعن في التصرف الثابت بهذه الورقة بكل طرق الطعن المقررة في القانون ، فيجوز الطعن في التصرف بالابطال بسبب نقص الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة ، أو الطعن بالبطلان لعدم مشروعية السبب أو عدم مشروعية المحل أو غير ذلك . وفي كل حالة يكون الطعن متعلقا بوقائع مادية أو بفش نحر القانون فان الاثبات يكون جائزا بكل الطرق ولو أدى ذلك الى هدم التصرف الثابت في الورقة العرفية . والورقة العرفية لا تزيد في هذا عن الورقة الرسمية (٢) .

أما الورقة العرفية التي لا ينكر التوقيع الوارد عليها ، و لا يطعن في التصرف الثابت فيها ، فانها تصلح كدليل لاثبات جميع التصرفات القانونية مهما بلغت قيمتها ، وكذلك لاثبات جميع الوقائع المادية . وذلك باستثناء الوقائع التي يرسم القانون طريقا خاصا لاثباتها كواقعة الميلاد أو الزواج أو الوفاة أو التصرفات التي يشترط القانون الرسمية لانعقادها .

... - حجية الورقة العرفية بالنسبة للغير من حيث التاريخ الثابت بها :

تنص المادة ١٥ من قانون الاثبات على انه لا يكون المحرر العرفي حجة على الغير في تاريخه الا منذ أن يكون له تاريخ ثابت . ويكون للمحرر تاريخ ثابت : (أ) من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك . (ب) من يوم أن يشبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ . (ج) من يوم أن يؤشر عليه موظف

(١) نض ١٩٥٦/٤/٢٦ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ٧ ، ص ٥٥٣ .

(٢) راجع ما سبق فقرة ٢٩٠ .

عام مختص • (د) من يوم وفاة أحمد ممن لهم على المحرر اثر معترف به من خط أو امضاء أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله في جسمه • (هـ) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه • - ومع ذلك يجوز للمقاضي تبعا للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات •

وطبقا لهذا النص فان تاريخ الورقة العرفية لا يكون حجة على الغير ، والا استطاع المتعاقدان عن طريق تقديم تاريخ الورقة أو تأخيرها ، أن يضرا بمصلحة الغير ، ضررا لا يستطيع له دفعا لأنه لم يشترك في تحرير الورقة • فقد يقع التصرف من شخص ناقص الأهلية ولكن يؤخر تاريخه بحيث يقع بعد بلوغ القاصر سن الرشد ، وقد يقع التصرف من شخص محجور عليه بسبب السفه ، ولكن يقدم تاريخه حتى يقع قبل قرار الحجر • وقد يصدر التصرف في مرض الموت ولكن يقدم تاريخه بحيث يقع قبل مرض الموت • وفى كل هذه الفروض وغيرها فان التاريخ المذكور فى الورقة لا يكون حجة على الغير •

ولا يعتبر من الغير فى حكم المادة ١٥ من قانون الاثبات المتعاقد نفسه فيحتج عليه بتاريخ الورقة الا اذا أثبت عدم صحة هذا التاريخ • ويجب فى هذه الحالة الاثبات بالكتابة (١) ، الا اذا كان تغيير التاريخ ينطوى على غش نحو القانون فيجوز فى هذه الحالة اثبات عدم صحة التاريخ بكل طرق الاثبات •

ولا يعتبر من الغير كذلك الأصل إذا كان قد تم إبرام العقد بطريق النيابة ، لأن النائب يمثل الأصل وتنصرف آثار العقد الى هذا الأخير • ومع ذلك اذا قدم التاريخ حتى يقع قبل انتهاء النيابة ، فيجوز فى هذه الحالة للأصل أن يثبت عدم صحة التاريخ بكل طرق الاثبات لما ينطوى عليه تغيير التاريخ فى هذه الحالة من غش نحو القانون •

ولا يعتبر من الغير كذلك الحلف العام للمتعاقد وهو الوارث أو الموصى

- ١٦٨ -

له بحصة معينة من التركة . ويجب على الوارث اذا ادعى عدم صحة تاريخ الورقة الموقع عليها من مورثه أن يثبت ذلك بطريق الكتابة (١) ، الا اذا انطوى تغيير التاريخ على غش نحو القانون فيصبح الاثبات جائزا بجميع الطرق :

والمثل البارز على غش نحو القانون هو أن يكون القصد من التصرف هو التحايل على أحكام الميراث الآمرة بقصد حرمان الوارث من حقه في الميراث . من هذا القبيل أن يتصرف المورث في أمواله وهو في مرض الموت ، وهو تصرف يأخذ حكم الوصية ويعتبر مضافا الى ما بعد الموت ، وبالتالي لا يكون جائزا لا في حدود ثلث التركة داخلا فيها المتصرف فيه . ولكن حتى لا تنطبق هذه الأحكام فإن المورث يقدم تاريخ التصرف بما يجعله واقعا قبل مرض الموت بما يسمح له بالأضرار بحق الوارث في التركة ، وهو حق يتعلق بالنظام العام ويعتبر المساس به غشا نحو القانون ، يجوز اثباته بكل طرق الاثبات . ولا يعنى ذلك أن الوارث يصبح من الغير بالنسبة لتاريخ التصرف فلا يحتج في مواجهته بهذا التاريخ أصلا كما هو الشأن بالنسبة للغير ، بل ان التاريخ يعتبر حجة على الوارث ، مع الاذن له باثبات عدم صحة هذا التاريخ بكل طرق الاثبات (٢) . وجدير بالملاحظة أن المادة ٩١٦/٢ من القانون المدني تنص في هذه المسألة على ما يأتي : د وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا . فهذا النص يعنى الوارث في عبارته الأخيرة من أى اثبات ويجعله في حكم الغير الذي لا يحتج عليه بتاريخ الورقة اذا لم يكن ثابتا ، بينما هو في عبارته الأولى يلزم باثبات وقوع التصرف في مرض الموت وان كان يجيز لهم القيام بذلك طرق الاثبات . وصياغة النص على هذا النحو تنطوي على اضطراب كبير لعل مرجعه هو اضطراب القضاء في اعتبار الوارث في حكم الغير في هذه الحالة أو في عدم اعتباره كذلك (٣) .

(١) نقض ١٩٦٩/٣/١١ . مجموعة الكتب الفني . ص ٢٠ . ص ٤٠٤

(٢) نقض ١٩٤١/١٢/١٨ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ٢ . ص ٩٦٠ . فقرة ٢٥ .

نقض ١٩٤٣/٤/١٥ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ٢ . ص ٩٥٩ . فقرة ٢٣ . نص

١٩٤٨/١٠/٢١ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ٢ . ص ٩٥٩ . فقرة ٢٤ .

(٣) يرى الدكتور السهوي أن سبب اضطراب القضاء في هذه المسألة هو الخلط بين

الغيرية في ثبوت التاريخ وبين الغيرية في نفاذ التصرف . فالوارث لا يعتبر من الغير بالنسبة

وكما أن الوارث لا يعتبر من الغير فإن الدائن لا يعتبر من الغير كذلك .
وإن جاز أنه كما يجوز للمدين أن يثبت عدم صحة تاريخ الورقة الموقع عليها
من مديده ، بل وله إذا كان يظن في تصرف مدينه بالدعوى البوليسية ، أن
يثبت أن حقه قد نشأ قبل نساء حق التصرف اليه - وهو شرط لمباشرة هذه
الدعوى - بجميع طرق الاثبات (١) .

وعلى عكس المتعاقد والوارث والدائن الذين لا يعتبر أي واحد منهم
غيراً بالنسبة لتاريخ التصرف فيحتج بهذا التاريخ في مواجهته فإن هناك من
الأشخاص من يعتبر غيراً طبقاً لما تفصده المادة ١٥ من قانون الاثبات ويصدق
ذلك على الحلف الخاص والدائن الحاجز .

ويشترط لاعتبار أي من هذين الشخصين غير أن يكون حقه هو ثابت
التاريخ بطريق من طرق اثبات التاريخ التي سنذكرها فيما بعد ، وأن يكون
كذلك حقه مسيراً إذا كان القانون لا يكتفى باثبات التاريخ بل يشترط
أيضاً شهر الحق لا مكان الاحتجاج به في مواجهة الغير . وأن يكون كذلك
حسن النية وهو لا يعتبر كذلك إذا كان يعلم بوجود حق أسبق من حقه
ولكنه بادر باثبات تاريخ تصرفه قبل اثبات تاريخ التصرف الذي نشأ عنه
الحق السابق .

ولكن يلاحظ أنه في الحالات التي يشترط فيها القانون شهر التصرف
بالتسجيل أو القيد ، فإن القيام بالشهر يفني عن الشرطين الآخرين وهما

تاريخ الورقة العرفية ، ولكنه يعتبر من الغير بالنسبة لتنفيذ التصرف في حقه . ولكن القضاء
يخلط بين الغيبة في الحالين ويعتبر الوارث من الغير بالنسبة لثبوت التاريخ في الكثير من
احكامه ، عبد الرزاق السنهوري ، ٢٠ ، ص ٢٠٦ .

(١) بونان وبيرو . ج ٩ ، فقرة ١٢٢١ . ص ٣٠١ . بلانيول وريبير وجابولد . ج ٧ ،
مادة ١٤٨٤ . ص ٩٣٥ . ويلاحظ البعض بحق أن الدعوى البوليسية ليست سوى تطبيق
لقاعدة أن الأسبق في التاريخ هو الأسبق في الحق . وهي قاعدة لا يمكن تطبيقها في جميع الحالات
بطراً للصعوبات العلة . ولذلك حلت محلها قاعدة أخرى أكثر استجابة إلى الضرورات
العلة . هي قاعدة المساواة بين الدائنين . ومع ذلك ففي كل الحالات التي يمكن فيها العودة
إلى قاعدة الأسبق في التاريخ هو الأسبق في الحق فإنه يجب الأخذ بهذه القاعدة الأكثر عدلاً .
وهنا هو الحكم فيما يتعلق بالدعوى البوليسية . راجع في هذا الموضوع : البحث القيم للعلة
Vareille-Sommières ، النزاع بين الديون والافضية بين الدائنين ، المجلة الانتدوية ،
١٩٠٥ . ص ٥٢٧ - ص ٥٤٦ ، ١٩٠٦ ، ص ٤٧٤ - ص ٤٨٩ .

- ١٧٠ -

حسن النية واثبات التاريخ ، ولكننا في هذه الحالة نكون قد انتقلنا من نطاق قواعد اثبات التاريخ الى قواعد الشهر .

والخلف الخاص هو من تلقى حقا عينيا من المتصرف كالمشتري مثلا . فاذا تعلق الأمر ببيع منقول معين بالذات يملكه البائع فان الملكية تنتقل فيه بمجرد العقد . ولذلك فان تحديد تاريخ العقد يكون بالغ الأهمية للتفضيل بين أكثر من مشتر واحد . فاذا كان تاريخ البيع ثابتا بالنسبة لأحد المشترين ، فلا يحتج في مواجهته بتاريخ أى بيع آخر غير ثابت وغير سابق على عقده . بل ولا يجوز اثبات وجود عقد بيع آخر سابق على البيع ثابت التاريخ بأى طريق من الطرق غير ما رسمه القانون لاثبات التاريخ . وهذا هو معنى عدم الاحتجاج بتاريخ الورقة العرفية في مواجهة الغير اذا لم يكن ثابتا . ويشترط للتمسك بالعقد ثابت التاريخ أن يكون المتمسك به حسن النية بالمعنى السابق ذكره .

والواقع أن الخلف الخاص ما هو الا دائن استوفى حقه فعلا . فالمشتري دائن للبائع بانتقال الملكية ، فاذا انتقلت الملكية بحكم القانون فان المشتري يكون قد استوفى حقه كدائن وهو ما يؤدي الى تحوله في نفس الوقت الى مالك ، فيصبح مختصا بشئ معين بالذات تلقاه عن البائع ، وهو بذلك يتميز عن الدائنين العاديين الذين لا يتعلق حقهم بشئ معين بالذات من أموال مدينهم . وهذا التمييز هو الذى يجعل الخلف الخاص من الغير ، بينما لا يجعل الدائنين العاديين من الغير كما سبق أن رأينا . والحق كما لاحظ البعض فان الأفضلية بين الدائنين تقوم على أساس الأمر الواقع (١) . فالدائن الذى يستوفى حقه أولا هو الدائن الذى فاز بجائزة السبق وأصبح من الناحية العملية أفضل من سائر الدائنين جميعا . واذا كان استيفاء الحق فى صورة اكتساب حق عينى فان الدائن يتحول الى خلف خاص ولا يحتج فى مواجهته بتصرفات سلفه غير ثابتة التاريخ .

(١) راجع فى هذا الموضوع : مقال العميد Varelle-Sommières . السابق الإشارة اليه ، المجلة الانتقادية ، س ١٩٠٥ ، ص ٥٣٦ . وراجع فى هذا الموضوع أيضا : بحثنا فى الفرنسية عن دهن المال المستقبلى ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، باريس ١٩٧٠ ، ص ٤٦٧ .

- ١٧١ -

ويقترّب من مركز الخلف الخاص والسبب ذاته ، الدائن الحاجز ، فهو دائن لم يستوفى حقه بعد ولم يتحول الى صاحب حق عيني ، كالحلف الخاص ، ولكنه شرع في استيفاء حقه وحجز طبقا لاجراءات القانون على مال معين بالذات لمدينه ، فتعنى حقه بهذا المال من وقت الحجز تعلقا بحيه القانون بحيث لا يجوز أن يحتج في مواجهة الدائن الحاجز بأى تصرف صادر من المدين يتعلق بهذا المال اذا لم يكن ثابت التاريخ قبل توقيع الحجز .

والخلاصة أن المتعاقد وخلفه العام لا يعتبر من الغير . أما الدائن فهو اذا كان دائنا عاديا فهو لا يعتبر أيضا من الغير . أما اذا كان دائنا قد استوفى حقه فعلا فانه يصبح خلفا خاصا ويتحول بالتالى الى منطقة الغير . ويصدق ذلك على من اكتسب ملكية شئ كان مملوكا لمدينه ، أو اكتسب أى حق عيني آخر عليه سواء كان حقا عينيا أصليا أو قبيعا . ويعتبر الدائن من الغير كذلك اذا كان قد استوفى حقه حكما بأن اتخذ اجراءات الحجز المقررة فى القانون .

ويلاحظ انه اذا حدث تنازع يتعلق باكتساب حقوق عينية عقارية ، فان حسم هذا التنازع يكون على أساس الأسبقية فى الشهر ، وليس على أساس الأسبقية فى اثبات التاريخ . ولكننا فى هذه الحالة نكون قد انتقلنا من نطاق قاعدة الاحتجاج بثبوت تاريخ الورقة العرفية الى قاعدة الاحتجاج بالأسبقية فى شهر التصرفات التى تنشأ أو تقرر حقا من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التسمية .

٨٢ - متى يصبح تاريخ الورقة العرفية ثابتا :

نصت المادة ١٥ من قانون الاثبات على عدة طرق تصبح بها الورقة العرفية ثابتة التاريخ . وهذه الطرق هى :

١ - من يوم أن تقيّد الورقة العرفية فى السجل المدّ لذلك تصبح ثابتة التاريخ . والمقصود بذلك أولا هو اثبات التاريخ ، وهو اجراء تقوم به مكاتب التوثيق عن طريق تحرير محضر يثبت فيه تاريخ تقديم الورقة ورقم ادراجها فى الدفتر المدّ لذلك ويختتم بخاتم المكتب ويوقعه الموثق ، وذلك بشرط أداء الرسم المقرر (١) . ويتحقق اثبات التاريخ كذلك عند اتخاذ اجراءات

(١) راجع المواد ٣١ - ٣٣ - من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق .

- ١٧٢ -

التصديق على توقيعات ذوى الشأن على الأوراق العرفية (١) . والتصديق اجراء لازم لتسجيل التصرفات المنشئة أو المقررة لحقوق عينية عقارية . والتسجيل يؤدي هو أيضا الى اثبات التاريخ ، وإن كان تاريخ المحرر قد ثبت من قبل بمقتضى التصديق على التوقيع (٢) .

٢ - تصبح الورقة العرفية ثابتة التاريخ أيضا من يوم أن يثبت مضمونها في ورقة أخرى ثابتة التاريخ ، سواء كانت هذه الورقة الأخرى رسمية ، أو كانت ورقة عرفية ثابتة التاريخ . والمقصود بثبوت مضمون الورقة العرفية في ورقة أخرى ثابتة التاريخ ، أن يرد ذكر الورقة العرفية وتحديد مضمونها بطريقة تمنع اللبس بينها وبين أى ورقة أخرى (٣) . وقد قضت محكمة النقض بأن ورود المحرر العرفي في محرر آخر ثابت التاريخ من شأنه أن يجعله ثابت التاريخ من يوم ثبوت تاريخ المحرر الذى ورد فيه (٤) . وقضت بأن العقد يكتسب تاريخا ثابتا اذا ذكره العاقدان وأوردا تاريخه وتفاصيله فى انذارات رسمية تبادلاها (٥) .

٣ - تعتبر الورقة العرفية ثابتة التاريخ من وقت أن يؤشر عليها موظف عام مختص ، كأن تقدم الورقة العرفية فى جلسة المرافعة فيؤشر عليها كاتب الجلسة ، أو تقدم ضمن مستندات الدعوى فيؤشر عليها الموظف المختص فى قلم الكتاب ، أو ترسل الورقة بطريق البريد المسجل فيؤشر عليها موظف البريد (٦) ، أو تقدم الورقة الى مصلحة الشهر العقارى فيؤشر عليها مأمور الشهر العقارى وهكذا .

(١) راجع المواد ٢١ - ٢٥ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٢٤٠ .

(٣) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٢٤٠ . عبد المنعم فرج الصدة ، ص ١٥٣ ، مازنى

وربى ، ص ١ ، ص ٣٧٠

(٤) نقض ١٩٥٠/٤/٦ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٩ ، فقرة ١٠٦ .

(٥) نقض ١٩٣٣/٤/١٣ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٩ ، فقرة ١٠٢ .

(٦) أما الخطابات المرسلة بطريق البريد العادى فلا تعتبر ثابتة لعدم وجود سجلات

سكن الرجوع اليها بشأن البريد العادى غير المسجل . عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٢٤١ .

راجع فى أن علم الوصول وهو دليل الاثبات عند الاكثار تضى عنه أى ورقة تصدر من الجهة

التي تدل على وصول كتاب المطالبة . نقض ١٩٧٠/١/٢٢ ، مجموعة الكتب الفنى ، ص ٢١ .

ص ١٩٠ .

- ١٧٣ -

٤ - تعتبر الورقة العرفية ثابتة التاريخ من يوم وفاة أحد ممن لهم على انحرز اثر معترف به من خط أو امضاء أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله في جسده . ويلاحظ أن المادة ٢٩٥ من القانون المدني كانت تعتبر أيضا وجود ختم شخص متوفى على الورقة العرفية مؤديا الى اثبات التاريخ للورقة من وقت الوفاة . ولكن قانون الاثبات عند منقذ بالامضاء أو الخط أو بصمة الاصبع . أما الختم فإنه يسهل التوقيع به بعد وفاة صاحبه فلذلك لا يعتبر وجوده على الورقة العرفية مؤديا بذاته الى اثبات التاريخ . على عكس الحكم الذي كان مقررا في القانون المدني الجديد والقديم (١) .

٥ - تعتبر الورقة العرفية ثابتة التاريخ من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه . وهذا حكم عام ينطبق في غير الحالات الخاصة السابق ذكرها ، وهو يخضع في تطبيقه لما يتحقق منه قاضى الموضوع من ظروف الدعوى ووقائعها . وقد قضت محكمة النقض بأن وسائل اثبات التاريخ الواردة بالمادة ٢٢٩ مدنى (قديم) ليست واردة بها على وجه الحصر . فاذا قدمت ورقة ما في قضية وتناولتها المرافعة بالجلسة التي نظرت بها تلك القضية فهذا يكفى لاعتبار تاريخ الورقة ثابتا من يوم تلك الجلسة (٢) .

٨٣ - متى يحتج بتاريخ الورقة العرفية رغم عدم ثبوته :

بحسب الفقرة الأخيرة من المادة ١٥ من قانون الاثبات يجوز للقاضى تبعا للظروف أن يعتبر تاريخ المخالصات حجة على الغير ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتا . وعلة هذا الحكم هي تيسير المعاملات بين الناس لأن المخالصات من الأوراقا لتي يندر اثبات تاريخها (٣) . ولكن تطبيق هذا الحكم يخضع لسلطة القاضى التقديرية فهو اذا وجد صعوبة عملية في اثبات تاريخ

(١) رغم اعتداد القانون المدني بالختم في اثبات التاريخ . الا انه كان من الجائز اثبات أن الختم قد وضع على الورقة بعد وفاة صاحب الختم . تنص ١٩٢٣/٤/٢٧ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ١ - ص ٣٩ . فقرة ١٠٣ .

(٢) تنص ١٩٣٥/٥/٣٠ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ص ٣٩ . فقرة ١٠٤ .

(٣) ملبول وريبير وجابول . ج ٩ . فقرة ١٤٨٤ . ص ٩٢٦ .

- ١٧٤ -

المخالصة جعل تاريخها حجة على الغير ولو لم يكن ثابتا واذا لم يجد صعوبة في ذلك طبق على المخالصة حكم القواعد العامة في عدم اعتبار تاريخها حجة على الغير ما لم يكن هذا التاريخ ثابتا . ويلاحظ أن القانون يشترط في المخالصات لامكان الاحتجاج بها اذا زادت مدتها على ثلاث سنوات أن تكون مسجلة وليست فقط ثابتة التاريخ (١) . ويلاحظ أيضا أن المادة ٤٠٩ من قانون المرافعات تجعل المخالصات غير ثابتة التاريخ نافذة في حق الدائنين المقيدين حقوقهم ، والدائنين الحازرين لمدة سنة واحدة . وهذا الحكم وجوبى لا يملك القاضي اذاؤه أية سلطة تقديرية (٢) .

٨٤ - مدى حجية صورة الورقة العرفية :

على خلاف صورة الورقة الرسمية التي لها حجية في الاثبات على النحو السابق ذكره (٣) ، فإن صورة الورقة العرفية ليست لها بحسب الأصل أية حجية في الاثبات طالما أن المدين لم يوقع عليها . وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل هو أن لا حجية لصور الأوراق العرفية ولا قيمة لها في الاثبات الا بمقدار ما تهدي الى الأصل اذا كان موجودا فيرجع اليه اما اذا كان غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة اذ هي لا تحمل توقيع من صدرت عنه (٤) . وقضت بأنه لا تثريب على المحكمة اذا هي لم تر الأخذ بصورة شمسية لورقة أريد التدليل بها في الدعوى (٥) .

اما اذا كانت/الورقة العرفية موقعا عليها من صدر منه الأصل ، اعتبرت الورقة في هذه الحالة نسخة ثانية Exempleire وكانت لها نفس قيمة الأصل في الاثبات . واذا وجدت ورقة تشير الى الأصل وتؤكدته وكانت موقعة من صدر منه الأصل فانها تسمى في هذه الحالة بالسند المؤيد Acte recognitif ، وتكون قيمتها في الاثبات مرتبطة ببطاقتها للأصل طالما انها تشير اليه . ولكن اذا لم يوجد الأصل ولم يتمكن من تشهد عليه

(١) راجع المادة ١١ من قانون تنظيم الشهر العقاري . والمادة ١٠٤٦ من القانون المدني .

(٢) راجع هذا الموضوع : كتابنا في التأمينات الشخصية والعينية ، فقرة ٨٤ . ص ٢٣٣ .

(٣) راجع ما سبق . فقرة ٤٩١ وما بعدها .

(٤) نقض ١٩٥٦/٥/٣ . مجوعة الكتب الفنى . ص ٧ . ص ٥٧٢ .

(٥) نقض ١٩٤٧/٣/٢٧ . مجوعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٣٩ . مرة ٩٥ .

- ١٧٥ -

هذه الورقة من اثبات عدم مطابقتها للأصل ، فانها تعتبر مطابقة له وتكون لها نفس قيمته في الاثبات (١) .

المبحث الثاني

الأوراق العرفية غير المعدة للاثبات

١٥ - أربعة أنواع :

سبق أن رأينا أن الأوراق العرفية المعدة للاثبات تعد أصلا للاثبات وتكون موقعة من يحتج بها عليه . وبجانب هذه الأوراق ، توجد أوراق أخرى لم تعد أصلا للاثبات ولا يشترط أن تكون موقعا عليها ومع ذلك فإن القانون يعطيها بعض الحجية في الاثبات . وقد نص قانون الاثبات على أربعة أنواع من هذه الأوراق هي الرسائل والبرقيات ، ودفاتر التجار ، والدفاتر والأوراق المنزلية ، والتأشير ببراءة ذمة المدين . وندرس هذه الأنواع الأربعة فيما يلي :

١ - الرسائل والبرقيات

٨٦ - حجية الورقة العرفية من حيث الاثبات :

تنص المادة ١٦ من قانون الاثبات على أن « تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي من حيث الاثبات » . وتكون للبرقيات هذه القيمة ايضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها ، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك ، .

وهذا النص يوضع حكماً خاصاً بالرسائل *Lettres Missives* ويضع نفس الحكم بالنسبة للبرقيات .

فبالنسبة للرسائل ، ورغم أنها لم تعد أصلا للاثبات إلا أن القانون يعطيها نفس قيمة الورقة العرفية في الاثبات إذا كان موقعا عليها من مرسلها .

(١) مارتى ورينو . ج ١ ، فقرة ٢٣٥ . ص ٣٧٢ ، عبد الرزاق السنهوري . ج ٢ ، فقرة

١٢٩ . ص ٢٥١ .

- ١٧٦ -

ومؤدى ذلك أن موقع الرسالة إذا أنكر توقيعها علينا وجب على من يتمسك بها أن يثبت صحة التوقيع عن طريق اجراءات تحقيق الخطوط . أما إذا ثبتت صحة التوقيع ، فيظل من الجائز أيضا الطعن فى الرسالة بالتزوير . وإذا لم يكن هناك انكار للتوقيع على الرسالة أو ادعاء بتزويرها فإن الرسالة تكون حجة على صحة الوقائع الثابتة بها الى أن يثبت العكس . ولا يجوز اثبات العكس الا بالكتابة . ولا تكون الرسالة حجة فى تاريخها على الغير الا من الوقت الذى يصبح فيه هذا التاريخ ثابتا . ولكن تاريخ الرسالة يكون حجة على مرسلها وعلى خلفه العام وعلى دائته العادى ولو لم يكن التاريخ ثابتا .

ولكن نظرا لأن الرسائل ، فيما عدا المسائل التجارية ، لا تعد أصلا للاثبات ، فإن محررها لا يتوخى فيها غالبا نفس الحيلة التى يتوخاها فى تحرير الأوراق المعدة أصلا للاثبات ، وينبغى أن يكون ذلك فى تقدير القاضى عن تقدير قيمة الرسالة فى الاثبات (١) .

والحق فى التمسك بالرسالة يكون للمرسل اليه ولورثته . ويكون كذلك للغير إذا كانت الرسالة تثبت حقا للغير كما فى الاشتراط لمصلحة الغير أو غير ذلك .

وإذا كانت الرسالة فى غير يد من يريد التمسك بها ، جاز الزام الشخص الذى توجد الرسالة تحت يده بأن يقدمها للاطلاع عليها على النحو السابق دراسته .

ويشترط لجواز التمسك بالرسالة ألا يكون فى التمسك بهما افشاء لأسرار الطرف الآخر (٢) . ويجب فى هذه الحالة على من يتمسك بالرسالة أن يثبت خصه الى انه يتمسك بالرسالة رغم ما بها من افشاء للسرى ، وبطوب منه أن يبين له الاثبات بدليل آخر ، فإذا لم يقبل الخصم ذلك كان متمسكا

(١) مادنى ودينر . ج ١ . فقرة ٢٣٦ . ص ٢٧٣ .

(٢) بلانيول وريبير وجابوله . ج ٧ . فقرة ١٥٠٤ . ص ٩٥١ - ص ٩٥٢ . مادنى ودينر .

ج ١ . فقرة ٢٢٠ . ص ٢٥٥ . فقرة ٢٣٦ . ص ٢٧٣ .

و. جاز التمسك بالرسالة رغم ما قد يودى اليه ذلك من افشاء لأسرار الخصم الذى لم يراع هو حق نفسه (١) .

ويجب كذلك للتمسك بالرسائل ان يكون التمسك بها اذا كان هو شخص آخر غير المرسل اليه ، ان يكون قد حصل عليها بطريق مشروع .

وتستثنى من ذلك جريمة الزنا التى يجوز اثباتها عن طريق الرسائل، ولو كان قد تم الحصول عليها بطريق غير مشروع (٢) ، ورغم ما فى التمسك بها من افشاء للأسرار بطبيعة الحال (٣) .

أما البرقيات فتكون لها نفس قيمة الرسائل فى الإثبات ، اذا كان أصل البرقية موقعا عليه (٤) . فاذا لم يكن أصل البرقية موقعا عليه ، فلا تكون للبرقية قيمة الا على سبيل الاستثناس .

والبرقية هى صورة لورقة عرفية . والأصل أن الصورة لا قيمة لها الا اذا ثبتت مطابقتها للأصل . ومع ذلك فقد نص المشرع على قرينة قانونية بسيطة مؤداها أن البرقية مطابقة للأصل الى أن يثبت العكس . فاذا ادعى المرسل أن البرقية غير مطابقة للأصل فعليه هو أن يطلب من المصلحة المختصة ابراز الأصل حتى تمكن مقارنة الصورة بالأصل . فاذا تبين أن البرقية غير مطابقة للأصل فلا يعتد الا بالأصل . أما اذا تبين أن الأصل قد فقد فلا يعتد بالبرقية الا على سبيل الاستثناس لأنه لا يعرف فى هذه الحالة مدى مطابقتها للأصل ، ولا يعرف ما اذا كان الأصل موقعا عليه أم لا .

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٢٦١ .

(٢) والحكم على خلاف ذلك فى القانون الفرنسى ، حيث يشترط أن يكون قد تم الحصول على الرسائل بطريق مشروع وليس بطريق غير مشروع كالسرقة . وقد قضت محكمة النقض المصرية فى دعوى طلاق بين زوجين فرنسيين سبب زنا الزوجة بعدم قبول الرسائل التى حصل عليها الزوج بطريق السرقة بأن كسر درعا خاصا بزوجه ، وذلك تطبيقا للقانون الفرنسى ، وهو القانون الواجب التطبيق على هذه الدعوى سواء من ناحية الموضوع أو من ناحية أدلة الإثبات . نقض ١٩٥٣/١/٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، ص ٤ ، ص ٣٤٩ . راجع فى الفقه الفرنسى : بلابول وريبير وجابوله ، فقرة ١٤٠٤ ، فقرة ١٤٠٥ .

(٣) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٢٦١ ، هامش ١ .

(٤) نقض ١٩٦٦/١/١١ ، مجموعة المكتب الفنى ، ص ١٧ ، ص ٧١ .

- ١٧٨ -

وإذا اعتبرت البرقية مطابقة للأصل سواء على أساس القرينة التي أقامها المشرع ، أو بعد التأكد من مطابقة البرقية للأصل ، فإن حجية البرقية في الإثبات تكون هي نفس حجية الورقة العرفية الموقع عليها ، سواء فيما بين المرسل والمرسل إليه أو بالنسبة للغير . ومقتضى ذلك أن للبرقية حجية فيما يتعلق بصورها ممن وقع عليها إلى حد انكار التوقيع . وإذا ثبتت صحة التوقيع جاز الادعاء بالتزوير . وتكون للبرقية حجية فيما يتعلق بصحة الوقائع المذكورة فيها إلى حد إثبات العكس بطريق الكتابة . هذا بالإضافة إلى الحق في التمسك بجميع وجوه الطعن في التصرف الذي تشهد عليه البرقية سواء من ناحية شروط انعقاده أو آثاره أو انقضائه .

٢- دفاتر التجار

٨٧ - المقصود بالدفاتر التجارية :

كان القانون التجاري القديم ينص في المواد ١٠ - ١٤ منه على الدفاتر التجارية التي يجب على التاجر إمسكها ، وهي دفتر اليومية ودفتر الجرد ودفتر المراسلات . وقد صدر القانون رقم ٢٨٨ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٤ في شأن الدفاتر التجارية ، ونص في المادة العاشرة منه على كل إلغاء نصوص القانون التجاري السابق ذكرها ، وأوجبت المادة الأولى من هذا القانون على كل تاجر أن يمسك الدفاتر التجارية التي تستلزمها طبيعة تجارته وأهيتها ، بشرط ألا تقل هذه الدفاتر عن دفترين هما دفتر اليومية ودفتر الجرد . وللتاجر إذا شاء فله أن يمسك دفاتر أخرى كدفتر الاستاذ ، ودفتر التسوية ، ودفتر المخزن ، ودفتر الأوراق التجارية ، ودفتر الخزنة . وله أن يمسك بعض هذه الدفاتر دون البعض الآخر (١) . وإذا توفرت في أي من هذه الدفاتر شروط معينة كانت لها حجية في الإثبات . وهي تارة تكون حجة على التاجر ، وتارة أخرى تكون حجة له .

٨٨ - الدفاتر التجارية حجة على التاجر :

الدفاتر التجارية لا تكون موقعة من التاجر ، ولا تكون مكتوبة بخط يده

(١) نظم قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ موضوع الدفاتر التجارية في المواد ٢١-٢٩ منه. ويرجع في هذا الموضوع إلى هذه النصوص أولاً قبل الرجوع إلى نصوص أي قانون آخر.

- ١٧٩ -

في معظم الأحيان ، ومع ذلك فانها تعتبر حجة على التاجر لأن تحريرها تم تحت اشرافه ، فيعتبر ما ورد بها كأنه اقرار صادر منه ، ومع ذلك فان حجية هذه الدفاتر في الاثبات مقيدة بعدة قيود هي :

(١) نظرا لأن هذه الدفاتر في حوزة التاجر ، فان مطالبة الخصم بالاطلاع عليها لاستخلاص دليل منها تكون بمثابة اجبار التاجر على أن يقدم دليلا ضد نفسه . وقد أعطى المشرع للقاضي في هذا الشأن سلطة تقديرية (م ١٧ تجاري قديم و ١/٢٨ من قانون التجارة الجديد). وقد قضت محكمة النقض بأن « الاستدلال على التاجر بدفاتره ليس حقا مقررًا لخصم التاجر واجبا على المحكمة انالته اياه متى طلبه . بل ان الشأن فيه - بحسب نص المادة ١٧ من القانون التجاري - أنه أمر جوازي للمحكمة ان شامت اجابته اليه وان شامت أطرحته . وكل أمر يجعل القانون فيه للقاضي خيار الأخذ والترك فلا حرج عليه ان مال لجانب دون الآخر من جانبي الخيار ، ولا يمكن الادعاء عليه في هذا بمخالفة القانون » (١) .

(٢) اذا كانت الدفاتر التجارية منتظمة فلا يجوز تجزئة الاقرار الوارد بها . وهذا ما تقرره الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون الاثبات ونصها : « وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ، ولكن اذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجترى ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضا لدعواه » . وطبقا لهذا النص اذا أثبت التاجر في دفتره انه اشترى بضاعة من تاجر آخر ودفع ثمنها ، فلا يجوز للتاجر الآخر أن يستدل من الدفتر على واقعة الشراء ويستبعد في نفس الوقت واقعة الوفاء بالثمن . ويشترط لاستفادة التاجر من هذا الحكم أن تكون دفاتره منتظمة ، أما اذا كانت غير منتظمة ، فيجوز للقاضي أن يجزئ

(٢) نقض ١٩٦١/٣/٩ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٢ ، ص ٢١٢ . في نفس المعنى نقض ١٩٣٥/٥/١٦ مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٩ ، فقرة ١٠٧ . ويلاحظ أن عبارات حكم سنة ١٩٦١ هي بناتها عبارات حكم سنة ١٩٣٥ . راجع أيضا نقض ١٩٥٢/٣/٢٧ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٩ فقرة ١٠٨ ، نقض ١٩٦٥/١١/٣ ، مجموعة الكتب الفني ، ص ١٦ ، ص ١٩٦٦ .

الاقرار الوارد بها . بل لا يجوز للقاضي في هذه الحالة اعتبار الاقرار غير قابل للتجزئة (١) .

(٣) حتى في الفرض الذي تكون فيه الدفاتر منتظمة . فان حجيتها في الاثبات لا تصل الى قوة الدليل الكامل ، بل تعتبر في مستوى القرائن فقط ، ذلك لانها غير موقع عليها . وتترتب على هذا نتيجة هامة وهي جواز اثبات عكس الثابت في هذه الدفاتر بكل طرق الاثبات بما في ذلك البينة والقرائن (٢) .

٨٩ - الدفاتر التجارية حجة للتاجر :

تنص المادة ١٧ من القانون التجاري على أنه « يجوز لنقضاء قبول الدفاتر التجارية لأجل الاثبات في دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية اذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً » . وتنص المادة ١٧/١ من قانون الاثبات على أن « دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تملح أساساً يجيز للقاضي أن يوجيه اليمين المتمة الى أي من الطرفين وذلك فيما يجوز اثباته بالبينة » .

وهذه النصوص تجيز للتاجر أن يحتج بدفاتره هو في مواجهة خصمه ، وذلك على خلاف الأصل في عدم جواز أن يصطنع الخصم دليلاً لنفسه . والدفاتر التجارية تكون حجة في مواجهة تاجر آخر ، وقد تكون كذلك ، وعلى سبيل الاستثناء حجة للتاجر في مواجهة غير التاجر .

١ - دفاتر التاجر تكون حجة له في مواجهة تاجر آخر مثله بشرط أن تكون هذه الدفاتر منتظمة ، وأن يكون العمل المراد اثباته تجارياً بالنسبة للطرفين (٣) . ويستطيع القاضي في هذه الحالة أن يقارن دفتر التاجر بدفتر خصمه ، ليأخذ بأي من الدفترين يراه أقرب الى النفاة والاطمئنان . وقد

(١) نقض ١٩٦٣/٥/٢٢ . مجموعة الكتب الفنى ، ص ١٤ ، ص ٦٩٣ .

(٢) عد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٢٧٩ ، أوبري دود ، ج ١٢ ، رقم ٧٥٧ ، ص ٢٦٢ .

(٣) مصطفى كمال طه ، ج ١ ، ص ١٤٤ .

« وفي نفس المعنى تنص المادة ١/٢٨ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بأنه « يجوز للمحكمة بناءً على طلب الخصم أو من تلقاء ذاتها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره اليها لاستخلاص ما يتعلق بالتزاع المعروض عليها . والمحكمة ان تطلع على الدفاتر بنفسها أو بواسطة خبير تعينه لذلك » .

لا يأخذ بنى من الدفترين اذا لم يطمئن الى أى منهما . واذا كان دفتر التاجر حجة له الا انه يجوز اثبات عكس الثابت بهذا الدفتر بكل طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن (١) .

٢ - ودفاتر التجار لا تكون حجة بحسب الأصل لمصلحة التاجر ضد شخص آخر غير تاجر . ولكن لا يجوز التمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض لما فى ذلك من اثاره لمسائل واقعية لا تباشر بصدها محكمة النقض أية رقابة (٢) .

ومع ذلك فان للتاجر أن يتمسك بدفاتره فى مواجهة شخص غير تاجر اذا تعلق النزاع بأشياء وردھا التاجر الى غير التاجر كالملابس والأغذية ، وبشرط أن يكون من الجائز اثبات الالتزام بطريق الشهادة ، كما لو كانت قيمته لا تتجاوز مائتي جنيه ، أو كانت تتجاوز مائة جنيه ، ولكن وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي (٣) . ويجب فى هذه الحالة بالإضافة الى هذين الشرطين أن يكمل القاضى الدليل المستمد من الدفاتر التجارية باليمين المتمة التى يجوز له أن يوجهها الى أى من الخصمين ، وهو يوجهها بطبيعة الحال الى الخصم الذى يطمئن اليه أكثر من الآخر . وتوجيه اليمين الى التاجر يكون لاستكمال الدليل المستمد من الدفاتر ، اما توجيهها الى خصمه فيكون لتفنيده هذا الدليل .

(١) نقض ١٩٥٦/١/٥ . مجموعة الكتب الفنى . ص ٧ . ص ٥٢ .
 (٢) قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الثابت أن الطاعن لم يسبق له التحدى أمام محكمة الموضوع بأنه غير تاجر وبعدم جواز الاحتجاج عليه بدفاتر المظنون عليه التجارية . فإنه لا يجوز له اثاره هذا النعى لأول مرة أمام محكمة النقض . نقض ١٩٧٠/١/١٥ . مجموعة الكتب الفنى . ص ٢١ . ص ١١٩ .
 (٣) العلاقة بين التاجر وعملاته من ذوى المكانة تكون غالباً مانعاً أدبياً من الحصول على دليل كتابي . وبالتالي يجوز الاثبات بالشهادة . ويجوز أيضاً للتاجر أن يحتج بدفاتره فى مواجهة عميله ولو زادت قيمة الالتزام على عشرين جنيهاً . ومن الأمثلة القضائية على ذلك العلاقة بين الحائك وعملاته من ذوى المكانة الاجتماعية . راجع استئناف مختلط ١٩٢٥/١/٣ . ب ٣٧ - ١٢٨ - مشار اليه فى مصطفى كمال طه . ص ١٤٦ . هامش ١ .

أينما وردت عبارة «عشرين جنيه» فى نص المادتين ٦٠ و ٦١ من قانون الاثبات. تصبح «مائة جنيه» بعد العمل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢. وتصبح «خمسائة جنيه» بعد العمل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع فيما بعد. ص ٢١٥.

٣ - الدفاتر والأوراق المنزلية

٩٠ - ليست حجة لصاحبها وقد تكون حجة عليه :

تنص المادة ١٨ من قانون الإثبات على أن « لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين : (١) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً . (٢) إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته » .

والمقصود بالأوراق والدفاتر المنزلية ، هي تلك التي يقيد بها الشخص حساباته وتصرفاته ليرجع إليها بدلا من الاعتماد على ذاكرته . وهي قد تكون في صورة دفاتر ، وقد تكون في صورة أوراق منفصلة . ولا يشترط فيها إذا كانت دفاتر أن تكون منتظمة ، أو يكون لها أي شكل خاص ، أو تراعى فيها طريقة معينة في تحريرها (١) .

والأوراق والدفاتر المنزلية لا تكون موقفا عليها من تشهد عليه ، ولذلك فالأصل هو عدم جواز الاحتجاج بها في الإثبات . أما إذا كانت هذه الدفاتر والأوراق تحمل توقيع محررها فيجوز للقاضي أن يعتبرها دليل إثبات كامل ضد من صدر منه التوقيع .

وسواء كانت هذه الأوراق والدفاتر تحمل توقيع محررها أو لا تحمل توقيعها فهي لا تكون حجة له ضد غيره تطبيقاً لمبدأ عدم جواز أن يصطنع الشخص دليلاً لنفسه . ولا يمكن الخروج على هذه القاعدة إلا في الحالات النادرة التي يرى فيها القاضي أن هذه الدفاتر من الثقة ما يجعلها في مستوى القرائن القضائية ، كما هو الشأن في الدفاتر التي يقيد فيها الطبيب عدد المرات التي عاد فيها المريض الذي يعالجه ، ولو زادت قيمة أتعاب الطبيب عن حاجته جنيه (٢) . وغنى عن الذكر أن هذه القرينة يجوز نقضها بأي قرينة أخرى مثلها أو بأي دليل آخر أقوى منها .

ولكن إذا كانت الدفاتر المنزلية لا يحتج بها لمصلحة صاحبها كقاعدة

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٣ ، ص ٢٨٥ - ص ٢٨٦ .

(٢) عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٢٨٦ . عبد الحميد فرج الصدة ، ص ١٨٤ .

أهمنا وردت عبارة «عشرين جنيه» في نص المادتين ٦٠ و٦١ من قانون الإثبات، نصيح «ماتة جنيه» بعد العمل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، ونصيح «خمسائة جنيه» بعد العمل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩، راجع فيها بعد، ص ٢١٥.

- ١٨٣ -

عامة ، فانها قد تكون حجة عليه في حالتين استثنائيتين نصت عليهما المادة ١٨ السابق ذكرها . ووجه الاستثناء في هاتين الحالتين أن الدفاتر لا تكون في أى منهما موقعا عليها من صاحبها ، فهي لا ترقى الى درجة الورقة العرفية ومع ذلك فإن المشرع يعتبرها من الأدلة المقبولة في الاثبات (١) . والحالة الأولى هي عندما يذكر محرر الورقة بها صراحة انه استوفى ديناً . وبشروط في هذه الحالة أن يكون التعبير عن استيفاء الدين صريحا لا ضمنيا . والحالة الثانية اذا ذكر محرر الورقة بطريقة صريحة أيضا انه قصد بما دونه فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته . أى أنه يشترط في الحالة الثانية أن تكون طريقة صياغة الورقة كما لو كانت دليلا للاثبات لمصلحة من تثبت له حقا .

ومع ذلك فانه في الحالتين لا تعتبر الأوراق المنزلية في قوة الأوراق العرفية لأنها لا زالت يعوزها التوقيع ، كما انها لم تكن دليلا معدا للاثبات فعلا . ولذلك فانه يجوز اثبات عكسها بكل طرق الاثبات بما في ذلك انبيئة والقرائن (٢) .

وجدير بالذكر أن الأوراق والدفاتر المنزلية تكون تحت يد الشخص انذى يحتج بها عليه ، ولذلك فإن الزامه بتقديمها للقضاء ، يكون الزاما له بأن يقدم دليلا ضد نفسه ، ولا يكون ذلك ممكنا الا اذا توافرت شروط دعوى العرض ، سواء في مبدأها العام أو في تطبيقاتها الخاصة على النحو السابق دراسته . هذا بالإضافة الى الحالات التي يتم فيها تقديم هذه الأوراق بطريقة طبيعية كما لو وجدت هذه الأوراق بين محتويات تركة الشخص التي يتم جردها بعد وفاته طبقا للقانون .

(١) أما اذا كانت الورقة المنزلية موقعا عليها فيجوز اعتبارها في هذه الحالة دليلا كذا كاملا كما ذكرنا في المتن ، وليست هذه حالة من الحالات التي يقصدها المشرع في المادة ١٨ من قانون الاثبات .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٩٢ ، ص ٩٤٢ - ص ٩٤٣ ، بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١٢٣٨ ، ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥ ، اوبري ورو ، ج ١٢ ، رقم ٧٥٨ ، ص ٢٧١ ، عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٢٩٠ ، عبد المنعم فرج الصلة ، ص ١٥٧ .

- ١٨٤ -

٤ - التأشير ببراءة الذمة

٩١ - التأشير ببراءة الذمة بغير توقيع :

تنص المادة ١٩ من قانون الاثبات على أن « التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن الى أن يثبت العكس ، ولو لم يكس التأشير موقعا منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته » . وكذلك يكون الحكم اذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة . وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين » . وطبقا لهذا النص فان التأشير ببراءة ذمة المدين تكون له اذا توافرت شروط معينة قيمة في الاثبات رغم انه غير موقع عليه من الدائن ، أما اذا كان التأشير موقعا عليه من الدائن فانه يعتبر دليلا كتابيا كاملا ولا يحتاج الأمر بشأنه الى نص خاص .

وطبقا للمادة ١٩ فان التأشير ببراءة الذمة اما أن يكون على سند للمدين في حيازة الدائن ، أو يكون على سند آخر تحت يد المدين .

٩٢ - التأشير على سند للمدين في حيازة الدائن :

يحتفظ الدائن بسند الدين في حيازته كدليل اثبات على وجود حقه في مواجهة مدينه . فاذا أشر الدائن على هذا السند ببراءة ذمة المدين عن كل الدين أو عن بعض الدين ، فان هذا التأشير يعتبر دليلا على براءة ذمة المدين رغم انه غير موقع عليه من الدائن . أما اذا كان التأشير موقعا عليه من الدائن فانه يعتبر دليلا كتابيا كاملا طبقا للقواعد العامة وليس طبقا لهذا النص الخاص .

ولا يشترط أن يكون التأشير قد تم بخط الدائن نفسه ، بل يجوز ان يكون بخط الغير ما دام الدائن قد أذنه في ذلك . بل يجوز أن يكون التأشير بخط المدين ، طالما انه تم بموافقة الدائن وتحت اشرافه . ووجود التأشير على السند يفيد بذاته انه تم بموافقة الدائن ، وعليه هو اذا ادعى العكس أن يثبت ما يدعيه .

ويشترط لاكتساب التأشير هذه الحجية في الاثبات ، ألا يكون السند قد خرج من تحت يد الدائن ولو للحظة واحدة ، لأنه اذا خرج السند من تحت

- ١٨٥ -

يد الدائن أصبح من الممكن التأشير عليه ببراءة ذمة المدين من أى شخص آخر بغير موافقة الدائن . ويفترض أن السند لم يخرج من حيازة الدائن . وعليه هو اذا ادعى غير ذلك أن يثبت ما يدعيه .

وإذا اجتمع الشرطان بأن وجد تأشير على سند الدين ببراءة ذمة المدين، ولم يثبت خروج السند من حيازة الدائن ، اعتبر ذلك دليلا على براءة ذمة المدين بحسب ما هو مذكور في التأشير . ولكن هذا الدليل لا يرقى الى مستوى الورقة العرفية ، ولذلك يجوز اثبات عكسه بكل طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن(١) .

ولكن اذا تخلف أى من هذين الشرطين فلا يكون التأشير مع ذلك خلوا من أى فائدة ، فقد يستطيع المدين أن يتمسك به كبدأ ثبوت بالكتابة اذا كان محررا بخط يد الدائن وذلك طبقا للقواعد العامة(٢) .

٩٣ - التأشير على سند أو مخالصة فى حيازة المدين :

وتكون للتأشير حجية فى الاثبات فى هذا الفرض اذا توافر شرطان . الأول أن يكون التأشير مكتوبا بخط الدائن على نسخة من السند الاصلى أو على مخالصة اعدت لاثبات الوفاء بالدين .

وقوام الشرط الأول هو أن يكون التأشير بخط الدائن ، لأنه لو أجاز أن يكون التأشير بخط شخص آخر غير الدائن لكان من السهل على المدين ، والسند فى حيازته ، أن يستكتب عليه تأشير ببراءة ذمته بواسطة أى شخص من الأشخاص . ومن غير المعقول أن يعتبر مثل هذا التأشير دليلا فى الاثبات .

والشرط الثانى هو أن يكون السند فى حيازة المدين ، ولا يشترط أن يظل السند فى حيازة المدين دائما . بل يكفى أن يوجد السند فى حيازة

(١) بولان ويرو . ج ٩ ، فقرة ١٢٤١ . ص ٢٢٧ . نظى فرنسى مرائى ١٨٩٩/١/٢٠ .

سيسى . ١٨٩١ - ١ - ١١٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى . ج ٣ ، ص ٣٨٩ .

المدين ولو لفترة قصيرة طالما أن الدائن أشر عليه بخطه بما يفيد براءة ذمة المدين .

وغنى عن الذكر انه لا يشترط أن يكون التأشير موقعا عليه من الدائن ، والا أصبح دليلا كتابيا كاملا طبقا للقواعد العامة وهو ما لا يحتاج الى نص خاص . وطبقا لهذا النص الخاص فإن التأشير الذى يتوافر فيه الشرطان السابق ذكرهما يكون حجة على الدائن فى براءة ذمة المدين رغم عدم توقيعه على هذا التأشير . ومع ذلك فإنه يجوز للدائن أن يثبت عكس هذا الدليل بكل طرق الاثبات بما فى ذلك البيينة والقرائن . لأن التأشير لا يصل فى هذا الفرض الى قوة الورقة العرفية الموقع عليها (١) .

(١) عبد الرزاق السهورى ، ج ٢ ، ص ٣٠٠ . وما بعدها . مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٣ ، ص ٣٩٠ ، ولكن الحكم فى القانون الفرنسى غير ذلك حيث يعتبر التأشير فى هذا الفرض فى قوة الورقة العرفية بحيث لا يجوز اثبات عكسه الا بالكتابة . وذلك على خلاف الفرض السابق الخاص بالتأشير على سند فى حيازة الدائن حيث الحكم فى القانون الفرنسى يتفق مع الحكم فى القانون المصرى فى جواز اثبات العكس بكل طرق الاثبات . راجع فيما يتعلق بالفرض المذكور فى المتن : بوندان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١٢٤٢ ، ص ٣٢٧ . اوبرى ورو ، ج ١٢ ، رقم ٧٥٨ ، ص ٢٧٧ ، بلانبول وديبير وجابيله ، ج ٧ ، فقرة ١٤٩٥ ، ص ٩٤٤ .

الفصل الثالث

اثبات صحة المحررات

٩٤ - الادعاء بالتزوير وتحقيق الخطوط :

تنص المادة ٢٩ من قانون الاثبات على أن « انكار الخط أو الحتم أو الامضاء أو بصمة الأصبع يرد على المحررات غير الرسمية ، أما ادعاء التزوير فيرد على جميع المحررات الرسمية وغير الرسمية » . وطبقا لهذا النص إذا كانت الورقة عرفية فإن الشخص المنسوب اليه التوقيع الوارد بها يستطيع أن ينكر حجية هذه الورقة من حيث صدورها منه بمجرد انكاره التوقيع المنسوب اليه ، ويكون على الطرف الآخر أن يثبت صحة التوقيع عن طريق اجراءات تحقيق الخطوط . أما إذا كانت الورقة رسمية فلا يجوز لمن نسب اليه التوقيع عليها أن ينكر هذا التوقيع الا عن طريق الادعاء بالتزوير . ويكون الادعاء بالتزوير لازما أيضا بالنسبة للورقة العرفية إذا كان التوقيع الوارد بها مصدقا عليه أمام الموثق أو صدر حكم بصحته أو اعترف الشخص المنسوب اليه بصحته أو تكلم في موضوع المحرر دون انكار التوقيع المنسوب اليه . ويكون الادعاء بالتزوير جائزا بالنسبة للورقة العرفية أيضا وفي جميع الأحوال إذا أراد الشخص المنسوب اليه التوقيع أن يقوم بدور الهجوم على الورقة العرفية وأن يتحمل هو من بادي الأمر عبء اثبات تزوير هذه الورقة . وندرس فيما يلي الادعاء بالتزوير وتحقيق الخطوط في مبحثين متتاليين .

المبحث الأول

الادعاء بالتزوير

٩٥ - اجراءات الادعاء بالتزوير والحكم فيه :

وضع المشرع ثقته في الموظف العام الذي قام بتحرير الورقة الرسمية

ولذلك فهو افترض صحة الورقة ، وجعل كل طعن فيها يمس أمانة الموظف المذكور يتم باجراءات مطولة دقيقة ، حتى لا يقوم أحد بالطعن في ورقة رسمية الا عن تفكير وروية (١) .

وقد أعطى القانون للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير صحة الورقة ولو لم يطعن فيها بالتزوير ، وفي أن يقضى بصحة الورقة أو بطلانها دون اتخاذ اجراءات التحقيق ، وفي تقدير ادلة التزوير ، بما في ذلك قيام القاضي بالمضاهاة بنفسه ، والأخذ برأى الحبير أو عدم الأخذ به ، والحكم بالتزوير على غير شواهد ، أو اذا عجز مدعيه عن اثباته أو على غير الأدلة التي قدمها مدعى التزوير .

وقد أجاز القانون لمن يتمسك بالورقة المطعون فيها أن يتنازل عن التمسك بها . كما قرر توقيع غرامة على مدعى التزوير اذا حكم برفض ادعائه .

وكل هذه الأحكام تصدق على اجراءات الطعن بالتزوير سواء تعلقت الأمر بورقة رسمية أو ورقة عرفية ، وسواء تقدم بالطعن أحد أطراف الورقة أو شخص آخر من الغير .

٩٦ - التقرير بالادعاء بالتزوير وعلان شواهد :

نظرا لان الادعاء بالتزوير هو وسيلة دفاع فانه يجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى (٢) . وبحسب نص المادة ٤٩ من قانون الاثبات يكون الادعاء بالتزوير بتقرير في قلم الكتاب وتبين في هذا التقرير كل مواضع التزوير المدعى بها والا كان باطلا . ويجب أن يعلن مدعى التزوير خصمه في ثمانية الايام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير Moyens de faux واجراءات التحقيق التي يتطلب اثباته بها . والمقصود بشواهد التزوير الأدلة التي يستند اليها الطاعن في اثبات التزوير

(١) المذكرة الايضاحية للشروع التمهيدى . مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى .

ج ٣ . ص ٣٥٥ - ص ٣٥٦ . عبد الرزاق السنهورى ج ٢ . ص ١٤٩ .

(٢) راجع المادة ٤٩ من قانون الاثبات . راجع رمزى سيف . ص ٦٣١ .

- ١٨٩ -

كالشهادة أو القرائن أو تحقيق الخطوط . والجزاء على عدم ذكر شواهد التزوير هو الحكم بسقوط الادعاء بالتزوير وهو جزاء جوازي^(١) .

وتنص المادة ٥٠ من قانون الاثبات على أن « على مدعى التزوير أن يسلم قلم الكتاب المحرر المطعون فيه ان كان تحت يده ، أو صورته المعلقة اليه ، فان كان المحرر تحت يد المحكمة أو الكاتب وجب ايداعه قلم الكتاب » . وتنص المادة ٥٠ من قانون الاثبات على أنه « اذا كان المحرر تحت يد الخصم جاز لرئيس الجلسة بعد اطلاعه على التقرير أن يكلف فوراً أحد المحضرين بتسليم ذلك المحرر أو بضبطه وايداعه قلم الكتاب » . فاذا امتنع الخصم عن تسليم المحرر وتمذر ضبطه اعتبر غير موجود ولا يمنع هذا من ضبطه فيما بعد ان أمكن » .

٩٧ - حق المحكمة في القضاء بصحة الورقة أو تزويرها دون ادعاء بالتزوير أو إحالة الى التحقيق :

الحكم بتزوير الورقة لا يحتاج دائماً الى ادعاء من جانب أحد الخصوم بتزوير الورقة ، بل يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها بحسب المادة ٢٨ من قانون الاثبات ان تقدر ما يترتب على الكشف والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من اسقاط قيمته في الاثبات أو انقاصها . وكذلك تنص المادة ٥٨ من قانون الاثبات على أنه « يجوز للمحكمة ولو لم يدع أمامها بالتزوير في الاجراءات المتقدمة أن تحكم برد أي محرر وبطلانه اذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى انه مزور » . ويجب عليها في هذه الحالة أن تبين في حكمها الظروف والقرائن التي تبينت منها ذلك » .

ومؤدى ذلك انه يجوز للمحكمة أن تقضى بتزوير الورقة ولو لم يدع أحد الخصوم بتزويرها وفقاً للاجراءات السابق ذكرها . وقد قضت محكمة

(١) قضت محكمة النقض بأن عدم بيان اجراءات التحقيق في مذكرة شواهد التزوير لا يربط البطلان بل سقوط الادعاء بالتزوير وهو أمر جوازي للمحكمة ، نقض ١٩٦٤/١٠/٢٢ .
مجسدة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ٩٨٧ . وقضت محكمة النقض بأن تقرير مدعى التزوير ان التوقيع الواقع على المحرر المنسوب اليه ليس بخطه يكفى للإبانة عن موضع التزوير المدعى به .
نقض ١٩٦٤/١٠/٢٢ . السابق الاشارة اليه .

- ١٩٠ -

النقض بأن من حق محكمة الموضوع الحكم بتزوير الورقة في الحال دون اصدار حكم بقبول ادلة التزوير أو بالاحالة الى التحقيق(١) . وقضت بأن من حق المحكمة الحكم بتزوير الورقة سواء ادعى أمامها بالتزوير أم لا وأن تبني حكمها على غير الأدلة التي قدمها مدعى التزوير(٢) .

وحكم المحكمة بتزوير الورقة من تلقاء نفسها هو أمر جوازي لها ، فلا يعيب الحكم عدم استعمال المحكمة حقها في أن تقضي من تلقاء نفسها ببرد وبطلان الورقة المدعى بتزويرها(٣) .

ومن ناحية أخرى فإن استعمال المحكمة لهذا الحق مشروط بأن يظهر لها بجلاء من حالة الورقة أو من ظروف الدعوى انها مزورة ويجب على المحكمة أن تبين في أسباب حكمها الظروف والقرائن التي استبانت منها ذلك(٤) .

ويلاحظ أن حق المحكمة في الحكم بتزوير الورقة من تلقاء نفسها ، يظل قائما طالما كان هناك تمسك بالورقة(٥) . ويقابل حق المحكمة في الحكم بتزوير الورقة من تلقاء نفسها ، حقها أيضا في الحكم باعتبار الورقة صحيحة ما دامت لم تر من ظروف الدعوى انها مزورة(٦) .

-
- (١) نقض ١٩٤٨/٥/٢٠ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٤٠ ، فقرة ٩٠ .
نقض ١٩٥٣/٢/٢٦ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٤٢١ ، فقرة ٩٦ ، نقض ١٦/٣/١٩٦٧ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٨ ، ص ٦٧٢ .
- (٢) نقض ١٩٥٣/١/٢٩ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٤٠ ، فقرة ٩١ ، نقض ١٩٥٥/٢/١٠ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٤٠ ، فقرة ٩٢ ، نقض ٢٤/٦/١٩٥٨ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ٩ ، ص ٦٣٢ ، نقض ١٩٦٢/٥/٢٤ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٣ ، ص ٦٧٦ ، نقض ١٩٦٤/١/٩ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٥ ، ص ٥٣ ، نقض ١٩٦٤/١٢/٣١ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٥ ، ص ١٢٨٨ ، نقض ١٩٦٥/٦/٣ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٦ ، ص ٦٧٨ .
- (٣) نقض ١٩٥٤/١٢/٢ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٤٢١ ، فقرة ٩٤ ، نقض ١٩٥٦/١/٥ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ٧ ، ص ٤٧ .
- (٤) نقض ١٩٥٣/٢/٢٨ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٤١ ، فقرة ٩٥ .
- (٥) نقض ١٩٦٧/٣/١٦ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٨ ، ص ٦٧٢ .
- (٦) نقض ١٩٧٠/٤/٢٣ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ٢١ ، ص ٦٧٧ .

٩٨ - شروط قبول الادعاء بالتزوير والحكم بالتحقيق :

يشترط لقبول الادعاء بالتزوير وما يترتب عليه من احالة الدعوى للتحقيق أن تكون المدعى بتزويرها منتجة في الدعوى ، وأن تكون الشواهد التي يقدمها مدعى التزوير منتجة في اثبات التزوير ، والا تكفى وقائع الدعوى ومستنداتها في اقناع المحكمة بصحة الورقة أو تزويرها دون حاجة الى الاحالة للتحقيق ، وأن يكون من الجائز اثبات تزويرها . وندرس هذه الشروط فيما يلي .

(١) يشترط لقبول دعوى التزوير الفرعية أن تكون منتجة في الدعوى الأصلية . وهذا تطبيق للقواعد العامة في شروط محل الاثبات ، ومن هذه الشروط أن تكون الواقعة المطلوب اثباتها منتجة في الدعوى (١) .

(٢) ويشترط أيضا أن تكون الشواهد التي يستدل بها مدعى التزوير منتجة في اثباته ، أما اذا كانت هذه الشواهد بفرض ثبوت صحتها لا تؤدي الى ثبوت التزوير فلا يكون هناك مبرر للسير في اجراءات التحقيق . وحق قاضي الموضوع في تقدير كون الدليل منتجا في اثبات التزوير أو غير منتج مشروط بأن يقيم قضاؤه في ذلك على أسباب مؤدية (٢) . والمقصود بأدلة التزوير التي تقبلها المحكمة هي الوقائع المتعلقة بالدعوى والمنتجة في اثباتها أما قرائن الأحوال والامارات التي لا تقوم على وقائع يتدافعها الخصوم فلا تعتبر دليلا بالمعنى السابق وليست محلا للمقبول أو الرفض بل يقدرها القاضي عند النظر في موضوع التزوير (٣) - . ويلاحظ أن قبول أحد أدلة التزوير

(١) راجع نفس ١٨/٤/١٩٣٥ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ ص ٤٠٧
فقرة ١ . نفس ١٧/١١/١٩٣٨ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ ص ١٠٤ . فقرة ١
نفس ٢٢/١/١٩٧٠ . مجموعة الكتب الفني . ص ٢١ . ص ١٤٩ . نفس ١٧/١٢/١٩٦٤
مجموعة الكتب الفني . ص ١٥ . ص ١٧٩ . نفس ١٦/٢/١٩٦٧ . مجموعة الكتب الفني . ص ١٨ . ص ٦٦٥ . نفس ١٦/١/١٩٦٩ . مجموعة الكتب الفني . ص ٢٠ . ص ١١١ .

(٢) نفس ٢٦/١/١٩٥٠ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ ص ٤٠٨ . فقرة ٥ .
نفس ٨/٣/١٩٥١ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ ص ٤٠٨ . فقرة ٦ .

(٣) نفس ٨/٣/١٩٥١ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ ص ٤٠٨ . فقرة ٦ .

دون رفض ما عداه يجيز الرجوع للأدلة الأخرى وتقديرها (١) . ومن ناحية أخرى إذا قبلت المحكمة أكثر من دليل من أدلة التزوير وأمرت بتحقيقهم ثم ظهر ما يكفي لتكوين اقتناعها بالتزوير من تحقيق أحد هذه الأدلة فلا تثريب عليها إذا أطرحت الأدلة الأخرى ولم تمض في تحقيقها (٢) . وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر في صلاحية أدلة التزوير باستبعاد بعضها وقبول البعض الآخر هو حكم تمهيدى يكفي في بيان أسبابه مطلق القول بأن الأدلة بعيدة التصديق أو أنها منتجة في الدعى ومتعلقة بها أما حين الفصل في صحة الأوراق فيجب إقامة الحكم على أسباب وافية (٣) .

(٣) ويشترط ثالثا لقبول الادعاء بالتزوير وإحالة الدعوى الى التحقيق الا توجد في وقائع الدعوى الأصلية ومستنداتها ما يكفي لتكوين اقتناع المحكمة بصحة الورقة أو تزويرها ، فإذا هي اقتنعت بشيء من هذا حكمت بما اقتنعت به دون حاجة الى تحقيق . وقد قضت محكمة النقض بأن من حق محكمة الموضوع تقدير أدلة التزوير والحكم بقبول دعوى التزوير أو رفضها بمجرد اطلاعها على الورقة متى كان الدليل الذي أخذت به مقبول عقلا (٤) . وقضت بأن من حق قاضى الموضوع تقدير أدلة التزوير وعدم التزامه بالتحقيق واعتبار السند صحيحا لأسباب مؤدية (٥) . وقضت بأن من حق قاضى الموضوع الحكم بتزوير ورقة دون الالتجاء الى خبير ولا يعيب حكمه إشارته الى رأى خبير فى دعوى أخرى مطمون على تقريره فيها ما دامت أسبابه

-
- (١) نقض ١٩٣٤/٤/٢٩ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤٠٩ . فقرة ٧ .
نقض ١٩٥٥/١/١٣ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤٠٩ . فقرة ٩ .
(٢) نقض ١٩٥٢/١/٣١ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤٠٩ . فقرة ١١ .
(٣) نقض ١٩٣٧/٢/١٨ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤٠٩ . فقرة ١٣ .
وقارب من هذا الحكم نص المادة ١/٥ من قانون الاثبات الذى يقر أن « الأحكام المستندة بأجرائات الاثبات لا يلزم تسيبها ما لم تتضمن قضاء قطعا » .
(٤) نقض ١٩٣٢/٦/١٦ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٠ . فقرة ١٤ .
(٥) نقض ١٩٤٠/١٠/٢١ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١١ . فقرة ١٧ .
نقض ١٩٤٦/١٠/١٧ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٠ . فقرة ١٦ .
نقض ١٩٦٤/١/٩ . مجموعة الكتب الثنى . ص ١٥ . ص ٥٢ . نقض ١٩٦٦/٣/٢٨ . مجموعة الكتب الثنى . ص ١٧ . ص ٧٤٠ . نقض ١٩٧٠/٤/٢٣ . مجموعة الكتب الثنى . ص ٢١ . ص ٦٧٧ .

صحيحة وكافية لحمل قضائه (١) . وقضت بأن من حق المحكمة الحكم بتزوير الورقة دون تحقيق ويكون حكماً متضمناً الرد بعدم لزوم التحقيق (٢) . وقضت بأنه لا يلزم أن تمر دعوى التزوير بمرحلتين ، مرحلة التحقيق ثم مرحلة الفصل فيها ، بل يجوز القضاء برفضها مباشرة (٣) . وقضت بأن حق المحكمة في القضاء بتزوير الورقة دون تحقيق أو ندب خبير متى اطأنت الى التزوير لا يعتبر اخلافاً بحق التمسك بالورقة في الدفاع ما دام قد أدلى بحجة أمامها (٤) . وقضت بأن قضاء محكمة النقض جرى على اطلاق سلطة قاضي الموضوع في الحكم بصحة الورقة المدعى بتزويرها أو بطلانها وردها بناء على ما يستظهره من ظروف الدعوى وملابساتها دون أن يكون ملزماً بالسير في اجراءات التحقيق أو ندب خبير (٥) . وقضت بأن رفض المحكمة طلب الاحالة الى التحقيق لعدم الحاجة اليه مسألة موضوعية تخرج عن رقابة محكمة النقض (٦) . ومع ذلك فإن الحكم بصحة الورقة أو بتزويرها دون تحقيق هو حكم قطعي لا بد من اقامته على أسباب سائفة (٧) .

والواقع أن الشروط السابق ذكرها لقبول الادعاء بالتزوير واحالة الدعوى للتحقيق هي تطبيق للمادة ٥٢ من قانون الاثبات التي تنص على أنه « اذا كان الادعاء بالتزوير منتجاً في النزاع ولم تكفى وقائع الدعوى ومستنداتها لاقتناع المحكمة بصحة المحرر أو بتزويره ورأت أن اجراء التحقيق الذي طلبه الطاعن في مذكرته منتج وجائز أمرت بالتحقيق » .

-
- (١) نقض ١٩٣٣/١٢/١٤ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ ص ٤١١ . فقرة ٢٢ .
 (٢) نقض ١٩٤٢/٦/٢٤ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ ص ٤١١ . فقرة ٢٣ .
 (٣) نقض ١٩٥١/٣/٨ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ ص ٤١١ . فقرة ٢٤ .
 نقض ١٩٦٢/٥/٢٤ . مجموعة الكتب الفنى . س ١٣ ص ٦٧٦ .
 (٤) نقض ١٩٥١/١٢/١٣ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ ص ٤١١ . فقرة ٢٥ .
 نقض ١٩٥٢/٣/٢٧ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ ص ٤١٢ . فقرة ٢٦ .
 (٥) نقض ١٩٦٠/١/٢٨ . مجموعة الكتب الفنى . س ١١ ص ٩٥ .
 (٦) نقض ١٩٦٤/١٢/٣١ . مجموعة الكتب الفنى . س ١٥ ص ١٢٨٨ .
 (٧) نقض ١٩٦٩/٣/٤ . مجموعة الكتب الفنى . س ٢٠ ص ٣٨٢ . وقضت محكمة النقض بأن عدم اجابة طلب المضاهاة أو الرد عليه يعتبر قصوراً اذا كانت المحكمة قد تفرقت في نفس الوقت أن أقوال الشهود لم تقطع فيما أجرى التحقيق بشأنه . نقض ١٩٥٦/١/١٢ . مجموعة الكتب الفنى . س ٧ ص ٦٥ .

(٤) ويلاحظ أن هذا النص يشير الى الشرط الرابع وهو أن يكون اجراء التحقيق جائزا ، وهو لا يكون كذلك اذا كان من شأنه نقض قرينة قانونية قاطعة ، كما لو كان قد سبق صدور حكم بصحة الورقة المدعى بتزويرها مما يتعين معه اعتبار الورقة صحيحة احتراما لحجية الشيء المحكوم به (١) .

وتنص المادة ٥٣ من قانون الاثبات على أن « يشتمل الحكم الصادر بالتحقيق على بيان الوقائع التي قبلت المحكمة تحقيقها والاجراءات التي رأت اثباتها ببا وعلى سائر البيانات المذكورة في المادة ٣٢ » . والحكم الصادر بالتحقيق هو حكم باجراء من اجراءات الاثبات ولذلك لا يلزم تسببه طبقا للمادة ١/٥ من قانون الاثبات (٢) . ويترتب على الحكم بالتحقيق وقف صلاحية المحرر للتنفيذ دون اخلال بالاجراءات التحفظية (م ٥٥ من قانون الاثبات) . وتنص المادة ٣٢ المشار اليها على أن « يشتمل منطوق الحكم الصادر بالتحقيق على :

(أ) ندب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق . (ب) تعيين خبير أو ثلاثة خبراء . (ج) تحديد اليوم والساعة اللذين يكون فيهما التحقيق . (د) الأمر بإيداع المحرر المقتضى تحقيقه قلم الكتاب بعد بيان حالته على الوجه المبين بالمادة السابقة » . وتنص المادة ٥٤ من قانون الاثبات على أن « يجرى التحقيق بالمضاهاة طبقا للاحكام المنصوص عليها في الفرع السابق » - ويجرى التحقيق بشهادة الشهود وفقا للقواعد المقررة » . وندرس فيما يلي التحقيق بالمضاهاة بواسطة الخبير ، وقيام المحكمة بالمضاهاة بنفسها ، والتحقيق عن طريق البيئة والقرائن .

(١) رمزي سيف ص ٦٣٢ وهو يشير الى محمد حامد فهمي . فقرة ٥٥٠ . أما اذا صدر الحكم بصحة الورقة العرفية بعد انكار صحتها ، فلا يمنع هذا الحكم من الادعاء بتزوير الورقة بعد ذلك ، لأن الوقيع قد يكون صحيحا ومع ذلك تكون الورقة مزورة .

(٢) جاء في المقدمة الايضاحية لقانون الاثبات أن أهم ما استحدثته المشرع ما اضافته في المادة الخامسة منه الى المادة ١٦٠ المقابلة لها في قانون المرافعات (الملغى) من اعفاء بعض الاحكام الصادرة بالأمر باجراءات الاثبات (وهي الاحكام التي لا تتضمن قضاء قطعيا) ، من التسبب مكثفا في ذلك بمنطوق الحكم وحده إذ الأمر في هذه الاحكام موكول لمطلق تقدير القاضي فهو يملك العدول عما أمر به من اجراءات الاثبات كما يملك بعد مباشرة اجراء الاثبات ان يأخذ بنتيجته .

٩٩ - التحقيق بالمضاهاة بواسطة أهل الخبرة :

تنص المادة ٣٣ من قانون الإثبات على أن « يكلف قلم الكتاب الخبير بالحضور أمام القاضي في اليوم والساعة المعينين لمباشرة التحقيق » (١) . وتنص المادة ٣٤ على أن « على الخصوم أن يحضروا في الموعد المذكور لتقديم ما لديهم من أوراق المضاهاة والاتفاق على ما يصلح منها لذلك ، فإن تخلف الخصم المكلف بالإثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه في الإثبات ، وإذا تخلف خصمه جاز اعتبار الأوراق المقدمة للمضاهاة صالحة لها » . ويلاحظ أن الخصم المكلف بالإثبات الذي تشير إليه هذه المادة هو من يدعى بتزوير الورقة على خلاف الأصل في صحتها (٢) .

وتنص المادة ٣٦ من قانون الإثبات على أن « تكون مضاهاة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الذي حصل انكساره على ما هو ثابت لمن يشهد عليه المحرر من ختم أو إمضاء أو ختم أو بصمة أصبع » . ويعتبر ثابتاً بهذا المعنى ويصح أن يكون أساساً للمضاهاة : أ - الخط أو الإمضاء أو بصمة الأصبع المتفق عليه بين الخصوم . ب - الخط أو الإمضاء أو بصمة الأصبع الموضوع من محررات رسمية (٣) . ج - الجزء الذي يعترف الخصم بصحته

(١) قضت محكمة النقض بأن مخالفة المادة التي تقضى بقيام الخبير بأمورية المضاهاة في حضور القاضي المنتسب للتحقيق وكاتب المحكمة لا يترتب عليها بطلان إلا إذا كان من شأن المخالفة الإخلال بحق الدفاع . نقض ١٩٣٤/٢/٢٢ . مجموعة القواعد في ٢٠ سنة ، ج ١ ، ص ١٢ ، ٤ ، فقرة ٣٢ .

(٢) راجع ما سبق . فقرة ٣٢ ، نقض ١٩٥٣/١٢/٢٤ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ١٦ ، ٤ ، فقرة ٦٠ . نقض ١٩٥٣/١/٨ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٤١٦ ، فقرة ٦١ . نقض ١٩٥٠/٣/٢٣ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٤١٦ ، فقرة ٦٣ . وقد قضت محكمة النقض بعدم التزام المحكمة بأن تطلب من مدعى التزوير تقديم أوراق المضاهاة وجواز اكتفائها في إجراء المضاهاة على أوراق قدمها المدعى عليه . نقض ١٩٥٢/١٢/١٢ ، مجموعة القواعد في ٢٠ سنة ، ج ١ ، ص ٤١٢ ، فقرة ٢٩ .

(٣) قضت محكمة النقض باعتبار فوائدهم القروعة والمراض المقدمة للجهات الرسمية من المصدرة والموقع عليها منه بصفته أوراقاً رسمية تصلح للمضاهاة . نقض ١٩٣٦/٢/١٣ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٤١٢ ، فقرة ٣٠ . وقضت محكمة النقض بحسب المحكمة أن تطرح ما يقدم لها من أوراق المضاهاة ولو كانت رسمية بشرط أن تكون الأسباب التي تستند إليها في ذلك سائفة ، نقض ١٩٦٣/١٠/٣١ . مجموعة الكتب الفنى ، ص ١٤ ، ص ١٠٠٦ .

من المحرر المقتضى تحقيقه . د - الخط أو الامضاء انذى يكتبه الخصم أمام القاضي أو البصة التي يطبعها أمامه (١) . ويجوز للقاضي ان يامر بإحضار المحررات الرسمية المطلوبة للمضاهاة عليها من اجبه التي تكون بها أو ينتقل مع الخبر الى محلها للاطلاع عليها بغير نقدها (م ٣٨ من قانون الاثبات) . وفي حاله تسليم المحررات الرسمية لعلم ان الكتاب تقوم الصور اتى تفسخ منها مقام الأصل متى دلت ممضاة من القاضي المنتدب والكتاب والموظف الذى تسلم الأصل ، ومتى أعيد الأصل الى محله ، ترد الصورة المأخوذة منه الى قلم الكتاب ويصير الفاؤها (م ١٩ من قانون الاثبات) . ويوقع الخبر والخصوم والقاضى والكتاب على أوراق المضاهاة قبل الشروع فى التحقيق ويذكر ذلك فى المحضر (م ٤٠ من قانون الاثبات) . وتراعى فيما يتعلق بأولى الخبرة القواعد المقررة فى الباب الثامن من قانون الاثبات وهو الباب الخاص بالخبرة (م ٤١ من قانون الاثبات) . وأهم هذه القواعد هو ما تقرره المادة ١٥٦ من قانون الاثبات من أن « رأى الخبر لا يقيده المحكمة » . وقضاء محكمة النقض يجرى من قديم على أن « قاضى الموضوع هو الخبر الاعلى فيما يتعلق بالوقائع المطروحة أمامه » (٢) . وقد قضت محكمة النقض بأن من حق قاضى الموضوع أن يحكم بصحة المحرر لأسباب سائفة وعدم تقيده برأى الخبر فى ذلك أو تقيده رايه بأسباب صريحة بل أن بيانها للأسباب التى تعتمد عليها يفنى (٣) . وقضت بأن من حق المحكمة عدم الأخذ برأى الخبراء المنتدبين والأخذ برأى الخبر الاستشارى متى ثبت اقتناعها بأسباب مؤدية (٤) . وقضت بأن اعتماد المحكمة على المضاهاة التى أجرتها بنفسها بالإضافة الى تقرير الخبر الذى ندبته ليس فيه تناقض (٥) . وقضت بحق محكمة الموضوع فى ندب رئيس

(١) راجع المادة ٣٧ من قانون الاثبات . راجع نقض ١٩٦٥/١٢/٢١ . مجموعة المكتب الفنى .

س ١٦ . ص ١٣٠٠ .

(٢) راجع نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ . مجموعة المكتب الفنى . س ٢١ . ص ٣٢٢ .

(٣) نقض ١٩٤٢/١/٢٩ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ١٣ . ٤ . فقرة ٤٠ .

(٤) نقض ١٩٥١/٥/٢٢ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ١٤ . ٤ . فقرة ٤٢ .

نقض ١٩٧٠/٤/٢٨ . مجموعة المكتب الفنى . س ٢١ . ص ١١٦ . نقض ١٩٧٠/٤/٢ . مجموعة

المكتب الفنى . س ٢١ . ص ٥٥٩ . نقض ١٩٦٩/١١/٦ . مجموعة المكتب الفنى . س ٢٠ . ص

١١٧٠ .

(٥) نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ . مجموعة المكتب الفنى . س ٢١ . ص ٣٢٢ .

مكتب إبحاث التزوير الذي سبق أن اعتمد تقرير الخبير المنتدب في الدعوى
ليفيد النظر في التقرير على ضوء اطلاعه على تقرير الخبير الاستشاري^(١) .

وبحسب نص المادة ١٥٣ من قانون الإثبات للمحكمة أن تأمر باستدعاء
الخبير في جلسة تحددها لمناقشته في تقريره ان رأت حاجة لذلك ، ويبدى
الخبير رأيه مؤيدا بأسبابه ، وتوجه اليه المحكمة من نلفاء نفسها أو بناء على طلب
الخصوم ما نراه من الأسئلة مفيدا في الدعوى . واستدعاء الخبير على هذا النحو
هو أمر جوازي للمحكمة . وقد قضت محكمة النقض بأن مناقشة الخبير غير
واجبة على المحكمة الا اذا كانت هي قد قررت هذا الاجراء^(٢) .

واذا كان للمحكمة أن تطرح رأى الخبير المنتدب ، فان لها أيضا أن تأخذ
به . وقد قضت محكمة النقض بأن اقامة الحكم بالتزوير على استخلاص سائغ
أخذا بتقرير الخبير المنتدب يعتبر ردا ضنيا على طلب خبير مرجح ، وعلى
التقرير الاستشاري^(٣) . وقضت بأن اقامة الحكم بالتزوير على أسباب سائغة
أخذا بتقارير الخبراء المقدمة والقرائن التي أضافها فلا يعيبه عدم اشارته الى
تنحى أحد الخبراء عن مهمته بحجة استحالة تحقيق الامضاء بدون مستحضرات
انقطع استيرادها^(٤) . وقضت بأنه يجوز احالة الحكم في بيان أوجه الخلاف
بين الامضاء المطعون فيها والمضاهاة على تقرير الخبير^(٥) .

ولكن اذا اخذت المحكمة بتقرير الخبير فلا يجوز لها أن تسمخه . وقد
قضت محكمة النقض بأن القضاء بالتزوير استنادا الى تقرير الخبير مع ثبوت
أن هذا التقرير لم يقطع برأى في التزوير يعتبر قصورا^(٦) . وقضت بأن

(١) نفس ١٩٧٠/٤/٢ . مجموعة المكتب الفني . س ٢١ . ص ٥٥٩ .

(٢) نفس ١٩٥٢/٥/٢٢ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٣ . فقرة ٣٣ .

نفس ١٩٥٣/٤/٣٠ . مجموعة القواعد في ٥٢ سنة . ج ١ . ص ٤١٣ . فقرة ٣٥ .

(٣) نفس ١٩٥٢/٢/٢٦ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٣ . فقرة ٣٦ .

وقضت محكمة النقض بجواز الاكتفاء برأى الخبير في تعيينه زمن تحرير اوردة المطعون بها
بالتزوير وان نخذ المحكمة من ذلك قرينة على صحتها . نفس ١٩٤٥/٣/١ . مجموعة القواعد
في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٢ . فقرة ٢٨ .

(٤) نفس ١٩٥٠/٣/٢ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٣ . فقرة ٣٧ .

(٥) نفس ١٩٥١/١/١٤ . مجموعة القواعد في ٥٢ سنة . ج ١ . ص ٤١٣ . فقرة ٣٨ .

(٦) نفس ١٩٥٠/٣/٢ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٤ . فقرة ٤٤ .

- ١٩٨ -

استناد الحكم في القضاء برد وبطلان السند المطعون فيه بالتزوير الى تقريرى الخبيرين المتقدمين فى الدعوى برغم اختلافهما فى تحديد مواطن التزوير وطريقة حصوله والتفاوت الظاهر بين الرايين فيها يعتبر قصورا (١) .

١٠٠ - قيام المحكمة بالمضاهاة بنفسها :

حق المحكمة فى القيام بالمضاهاة بنفسها دون انتداب خبير ، يرجع الى القاعدة التى تقرر أن قاضى الموضوع هو الخبير الأعلى فى كل ما يتعلق بالوقائع المطروحة أمامه . وقضت محكمة النقض بأن من حق المحكمة أن تجرى المضاهاة بنفسها دون الاستعانة بخبير ولو كان قد سبق صدور قرار منها بتدب خبير (٢) . وقضت بأن المحكمة غير ملزمة بتحرير تقرير بعينية المضاهاة التى تجريها اذا حسبها أن تضمن حكمها ما عينته (٣) .

١٠١ - حق المحكمة فى القضاء بالتزوير على غير شواهده او اذا عجز مدعيه عن اثباته :

وهذا الحق متفرغ عن حق المحكمة فى احكم بالتزوير من تلقاء نفسها ولو لم يدعى به أحد الخصوم ، فيكون لها من باب أولى أن تحكم بالتزوير على غير الشواهد التى قدمها مدعى التزوير أو اذا عجز المدعى عن اثبات دعواه . وقد قضت محكمة النقض بأن محكمة الموضوع غير مقيدة بما يسفر عنه تحقيق الأدلة المحكوم بقبولها ولها أن تستند الى أى دليل آخر تستنتجه من ظروف الدعوى ولو كان غير وارد فى أدلة التزوير (٤) أو كان على غير الشواهد التى أمرت بتحقيقها (٥) ، بشرط أن تقيم قضاءها على أسباب سائفة (٦) . وقضت

(١) نقض ١٩٥٦/٣/١٥ . مجموعة الكتب الفنى . س ٧ . ص ٣٣٦ .

(٢) نقض ١٩٥١/٦/١٤ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٤ . فقرة ٤٦ .

راجع أيضا نقض ١٩٥١/١٢/١٣ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٤ . فقرة ٤٧ .

نقض ١٩٥٥/١٢/١٥ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٤ . فقرة ٤٧ . نقض

١٩٤٨/١٢/١٦ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٤ . فقرة ٤٨ .

(٣) نقض ١٩٥١/٦/١٤ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٥ . فقرة ٤٩ .

راجع أيضا نقض ١٩٦٦/٥/٣١ . مجموعة الكتب الفنى . س ١٧ . ص ١٠٩٩ . نقض ١٩٦٧/٤/١٧ .

١٩٦٩ . مجموعة الكتب الفنى . س ٢٠ . ص ٦٢١ .

(٤) نقض ١٩٤٠/٥/٢ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٧ . فقرة ٦٤ .

(٥) نقض ١٩٥٤/١٢/٢ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٧ . فقرة ٦٥ .

- ١٩٩ -

بحق المحكمة في الاقتناع بالتزوير ولو عجز مدعيه عن اثباته (١) . وقضت بجواز الحكم بتزوير المحرر ولو كان مدعى التزوير قد قرر في شواهد أنه الحتم مصطنع له وتبين أنه الحتم الصحيح متى تبينت المحكمة من التحقيق أن التوقيع به تم بغير علمه (٢) .

١.٢ - جواز اثبات التزوير بأبينة والقرائن :

رغم أن اثبات التزوير يؤدي الى دحض دليل كتابي ، كما أن نفي التزوير يؤدي الى الاعتراف بصحة هذا الدليل ، الا انه لا يشترط لذلك أى اثبات كتابي على عكس القاعدة التي تقرر انه لا يجوز اثبات عكس الثابت بكتابة الا بكتابة منلها . ويرجع ذلك الى سببين . الاول هو أن الامر في دعوى التزوير اذا ما قبت ادلته يكون متعلقا بجريمة أو غش . ومن الثابت أنه يجوز اثبات النقص بكل طرق الاثبات بما في ذلك البينة والقرائن . واذا كان مع الجائز لدعى التزوير أن يثبت ما يدعيه بكل طرق الاثبات ، فانه يتحتم القول بأن من حق المتمسك بالورقة أن يثبت صحتها بكل طرق الاثبات أيضا، مراعاة للمساواة بين الخصوم في استعمال حق الاثبات وتطبيقا للمبدأ الذي يقرر انه اذا جاز الاثبات بطريق من طرق الاثبات فيجوز اثبات العكس بنفس الطريق أيضا (٣) . وهو ما تقرره المادة ٦٩ من قانون الاثبات بنصها على أن « الاذن لأحد الخصوم باثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائما أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق » . والسبب الثاني الذي يبرر جواز اثبات التزوير بكل طرق الاثبات هو أن التحقيق كما تقول محكمة النقض « يدور في هذه الأحوال حول صحة الورقة أو عدم صحتها وتنصرف أقوال الشهود والخبراء الى واقعة مادية في حصول التوقيع بالامضاء أو الحتم أو البصمة من يد من نسب اليه الورقة وبعننه أو عدم حصول شيء من ذلك » .

(١) قضت محكمة النقض بأن استدلال المحكمة على تزوير الورقة دليل مرجعه مجرد الشك في تادئة الذي لم يكن محل طعن استدلال عامه . نقض ١٩٤٧/٥/١٤ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٧ . فقرة ٦٨ .

(٢) نقض ١٩٥٣/٢/١٢ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٧ . فقرة ٦٦ .

(٣) نقض ١٩٥٢/٥/١ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤٧ . فقرة ٦٧ .

(٤) نقض ١٩٤٢/١/٢٩ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٥ . فقرة ٦٨ .

- ٢٠٠ -

وليس هذه الوقائع بذاتها ما يمكن الحصول على محرر لاثباتها (١) .
فالتزوير هو واقعة مادية يتحتم قبول كل طرق الاثبات في الاستدلال على وجودها أو عدم وجودها .

والواقع ان قضاء محكمة النقض متواتر على جواز آثبات التزوير بالينة والقرائن ، وإن ذلك يدخل في سيطرة قاضي الموضوع التقديرية بشرط أن يقيم حكمه على أسباب سائفة مقبولة عقلا (٢) . وأنه إذا أقامت المحكمة الحكم بالتزوير على مجموعة قرائن مجتمعة فلا يجوز الخطن في حكمها على أساس عدم كفاية كل قرينة على حدة لاثبات التزوير (٣)

١.٣ - عدم لزوم بيان طريقة التزوير :

استقرت احكام القضاء على أن الحكم الذي يقضى بتزوير ورقة ليس ملزما ببيان طريقة التزوير اذ يكفي أن يقتنع القاضي بعدم صحة الورقة لينقضي بتزويرها دون البحث في أي الوسائل اتبعت في ذلك (٤) . وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي للقضاء بتزوير الورقة اثبات عدم صدورهما ممن استندت اليه دون حاجة لبيان طريقة التزوير (٥) . ومن الطرق المألوفة للتزوير قيام شخص آخر بالتوقيع على الورقة غير الشخص المنسوب اليه هذا

- (١) نقض ١٩٥٥/١٢/٨ مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٥ . فقرة ٥٢ .
(٢) نقض ١٩٣٥/٥/١٦ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٥ . فقرة ٥٠ .
نقض ١٩٥٥/٢/١٠ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . فقرة ٥٤ نقض ١٩٤٢/١٢/٣١ .
مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٥ . فقرة ٥٣ . نقض ١٩٥٥/٤/٧ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٥ . فقرة ٥٤ . نقض ١٩٥٠/٢/٢ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٥ . فقرة ٥٤ . نقض ١٩٥١/٦/١٤ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٦ . فقرة ٥٨ . نقض ١٩٤٧/٦/٥ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤١٦ . فقرة ٥٩ .

- (٣) نقض ١٩٦٦/١٢/٨ . مجموعة الكتب الفنى . ص ١٧ . ص ١٨٤٦ . نقض ١/١٤/١٩٦٩ . مجموعة الكتب الفنى . ص ٢٠ د ص ١٥ . نقض ١٩٧٣/٣/١٦ . مجموعة الكتب الفنى . ص ١٨ . ص ٦٧٢ .

- (٤) نقض ١٩٤١/١٠/٣٠ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤٢٠ . فقرة ٨٧ . نقض ١٩٤١/٦/١٤ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤٢٠ . فقرة ٨٨ . نقض ١٢/٢/١٩٥٤ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤٢٠ . فقرة ٨٩ .

- (٥) نقض ١٩٦٧/٣/١٦ . مجموعة الكتب الفنى . ص ١٨ . ص ٦٧٢ . نقض ١٠/٢٢/١٩٦٤ . مجموعة الكتب الفنى . ص ١٥ . ص ٩٨٧ .

- ٢٠١ -

التوقيع ، أو الاضافة الى هذه الورقة أو ازالة جزء منها بالقطع أو التزويق لرفع بعض عباراتها(١) .

١٠٤ - غرامة الادعاء بالتزوير بغير حق :

نص الشرع على غرامة توقع على من يدعى بتزوير ورقة تم يحكم بسقوط هذا الادعاء أو رفضه وذلك للمحافظة على قيمة الادلة الكتابية في الاثبات ، وحتى لا يقدم أحد الخصوم على الادعاء بتزوير ورقة عن خفة وعدم روية . وقد نصت المادة ٥٦ من قانون الاثبات على أنه : اذا حكم بسقوط حق مدعى التزوير في ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لا تقل عن خمسة وعشرين جنيهاً ولا تجاوز مائة جنية . - ولا يحكم عليه بشيء اذا ثبت بعض ما ادعاء . وينطبق هذا النص في حالة الحكم بسقوط الادعاء بالتزوير طبقاً للمادة ٢/٤٩ تجزأء على عدم اعلان الخصم الآخر بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير واجراءات التحقيق المطلوب اثباته بها . وينطبق هذا الحكم أيضا اذا حكم برفض الادعاء بالتزوير بعد اقتناع المحكمة بصحة الورقة المطعون فيها . ولكن لا يحكم بهذه الغرامة في حالة عدم قبول الادعاء بالتزوير بسبب عدم انتساجه في الدعوى الاصلية(٢) . ونظرا لأن غرامة التزوير التي كانت مقررة في قانون المرافعات القديم (م ٢٩١) كانت محددة بعشرين جنيهاً ، فان هذا القانون هو الذي يسرى على الادعاء بالتزوير الذي يقدم في ظله ، ولا يسرى قانون المرافعات لسنة ١٩٤٩ الذي رفع الغرامة الى خمس وعشرين جنيهاً (م ٢٨٨) ، أو قانون الاثبات الجديد الذي رفع الغرامة فجعلها تتراوح بين خمس وعشرين جنيهاً ومائة جنية(٣) .

وغرامة التزوير هي جزاء وجوبي ينفي الحكم به اذا توافرت شروطه .

زاد هذا المبلغ عشرين مثلاً . ق ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وق ١٨ لسنة ١٩٩٩ . راجع الملحق رقم (١)

والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب .

(١) نقيض ١٩٧٠/٥/٥ . مجموعة الكتب المنس . ص ٢١ . ص ٢٩٦ .

(٢) نقيض ١٩٥٥/٤/٧ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤٢٢ . فقرة ١٠٦ .

(٣) في هذا النقيض : نقيض ١٩٥٢/١٠/٣٠ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤٢٣ . فقرة ١٠٨ . نقيض ١٩٥٥/٢/١٠ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤٢٣ .

فقرة ١٠٩ . نقيض ١٩٥٥/٤/٢٨ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤٢٣ . فقرة ١١١ .

- ٢٠٢ -

ويحكم بالغرامة القاضى المدنى الذى يعطى أمامه بالتزوير . وذلك بخلاف ما اذا ثبت التزوير فإن الحكم بعقوبة التزوير على من ارتكب هذه الجريمة يكون من اختصاص القاضى الجنائى (١) . وتختلف هذه العقوبة بحسب ما اذا كان التزوير فى أوراق سمة أو عرقية على النحو المقرر فى قانون العقوبات .

١.٥ - انتنازل عن التمسك بالورقة المدعى بتزويرها :

تنص المادة ٥٧ من قانون الاثبات على أن : للسعى عليه بالتزوير انتهاء اجراءات الادعاء فى اية حالة كانت عليها بنزوله عن التمسك بالمرحور المطعون فيه . - وللمحكمة فى هذه الحالة أن تأمر بضبط المرحور أو بحفظه اذا طلب مدعى التزوير ذلك لمصلحة مشروعة . وطبقا لهذا النص فان تنازل المتمسك بالورقة المطعون فيها بالتزوير يوجب قفل باب المرافعة فى مادة التزوير سواء طلب ذلك أحد الخصوم أو لم يطلب ذلك أحد منهم (٢) . ولكن لابد لانطباق هذا الحكم من التنازل عن التمسك بالورقة فى مجموعها فاذا حدث التنازل فقط بالنسبة لبعض اجزائها كتاريخها مثلا فلا يكون هناك محل لاعمال هذا الحكم (٣) .

والتنازل عن التمسك بالورقة المطعون فيها كما يوقف اجراءات التحقيق فى صحة الورقة ، فانه يوقف أيضا حق المحكمة فى الحكم بتزوير الورقة من تلقاء نفسها . فاذا قضت المحكمة بطلان الورقة رغم التنازل عن التمسك بها كان حكمها مخالفا للقانون (٤) . ولكن يجوز للمحكمة أن تأمر بضبط المرحور أو بحفظه اذا طلب مدعى التزوير ذلك لعلة مشروعة .

١.٦ - دعوى التزوير الأصلية :

الأصل أن الادعاء بالتزوير يتم أمام اخصاء فى دعوى أصلية يتمسك فيها أحد الخصوم بورقة معينة ويدعى الخصم الآخر بتزوير هذه الورقة .

(١) نفس ١٩٤٩/٦/٢ . مجموعة القواعد فى ٢٥ - ج ١ . ص ٤٢٢ . فقرة ١٠٢
(٢) نفس ١٩٤٩/٦/٢ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤٢٢ . فقرة ١٠١
(٣) نفس ١٩٤٨/٥/٢ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤٢٢ . فقرة ١٠٣
(٤) نفس ١٩٤٩/٦/٢ . السابق الاشارة اليه . نفس ١٩٦٧/٣/١٦ . مجموعة المكتب
الى ص ١٨ . ص ٦٧٢ .

- ٢.٣ -

ويسمى الادعاء بالتزوير فى هذه الحالة دعوى التزوير الفرعية . ومن أحكام الدعوى الفرعية أن قيمتها تقدر بقيمة الدعوى الأصلية (١) ، كما أنه لا يجوز الفصل فى الدعوى الأصلية ودعوى التزوير الفرعية بحكم واحد ، بل لابد من الفصل أولا فى دعوى التزوير الفرعية ثم الفصل بعد ذلك فى الدعوى الأصلية (٢) .

ولكن من الجائز أن ترفع دعوى التزوير بصفة أصلية أى قبل رفع أى دعوى أخرى يتم فيها التمسك بالورقة المدعى بتزويرها . وتنص المادة ٥٩ من قانون الاثبات على أنه : يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من بيده ذلك المحرر ومن يفيد منه لسماع الحكم بتزويره ، ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة . - وتراعى المحكمة فى تحقيق هذه الدعوى والحكم فيها القواعد المنصوص عليها فى هذا الفرع والفرع السابق عليه .

وهذا النص يقابل المادة ٢٩١ من قانون المرافعات المنفى لسنة ١٩٤٩ ، وكان القضاء يأخذ بحكمه بغير نص فى ظل قانون المرافعات القديم السابق على قانون سنة ١٩٤٩ المشار اليه (٣) .

وبطبيعة الحال لا يجوز الالتجاء الى دعوى التزوير الأصلية اذا كان قد حصل فعلا الاحتجاج بالورقة المدعى بتزويرها فى نزاع قائم أمام القضاء ، وفى هذه الحالة يتعين على مدعى التزوير أن يسلك طريق الادعاء بالتزوير كوسيلة دفاع فى ذات موضوع الدعوى ، أى يلجأ الى دعوى التزوير الفرعية (٤) .

ويلاحظ أن دعوى التزوير الأصلية تعتبر تطبيقا من تطبيقات الدعاوى التى لا يشترط فيها توافر المصلحة القائمة لقبولها بل تكفى فيها المصلحة المحتملة (٥) . ويتم التحقيق فى دعوى التزوير الأصلية بنفس الاجراءات

(١) نقض ١٩٥٦/٦/٢١ . مجموعة الكتب الفنى . ص ٧ ، ص ٧٤٢ .

(٢) نقض ١٩٦٥/١١/١٨ . مجموعة الكتب الفنى . ص ١٦ . ص ١١٠٥ .

(٣) نقض ١٩٣٩/٣/٣٠ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . ج ١ . ص ٤٢٥ ، فقرة ١١٩ .

(٤) نقض ١٩٦٥/١١/١١ . مجموعة الكتب الفنى . ص ١٦ . ص ١٠٠٩ .

(٥) رمزى سيف ، فقرة ٨٨ . ص ١٢٣ وما بعدها .

- ٢٠٤ -

السابق دراستها بصدد دعوى التزوير الفرعية ، ويصدر فيها الحكم اما بصحة الورقة او بطلانها .

المبحث الثاني

تحقيق الخطوط

١٠٧ - حالات تحقيق الخطوط :

تتخذ اجراءات تحقيق الخطوط عندما يحدث انكار للخط او للتوقيع على ورقة عرفية ممن صدر منه الخط او التوقيع او عندما يحدث ادعاء بالجباله، من الوارث او الحلف للشخص المنسوب اليه الخط او التوقيع . وهذه الاجراءات قاصرة فقط على الورقة العرفية . ولا تنطبق على الورقة الرسمية التي لا يجوز انكار التوقيع الوارد عليها الا بطريق الادعاء بالتزوير على النحو السابق دراسته .

ومع ذلك فان الورقة العرفية لا يجوز انكار التوقيع الوارد عليها اذا كان هذا التوقيع مصدقا عليه امام الموثق ، او كان قد صدر حكم بصحته ، سواء صدر هذا الحكم فى دعوى صحة توقيع اصلية ، او أصدره القاضى من تلقاء نفسه قبل الحكم فى موضوع الدعوى الاصلية طبقا لحق القاضى فى الحكم من تلقاء نفسه بصحة او بطلان أية ورقة مقدمة فى الدعوى . ولا يجوز انكار التوقيع الوارد على الورقة العرفية اذا كان قد اعترف بها الشخص المنسوب اليه التوقيع عليها ، او كان قد تكلم فى الموضوع الذى تتضمنه هذه الورقة (م ٣/١٤ من قانون الاثبات) . وفى كل هذه الحالات يظل من لجأ الى الطعن فى الورقة بالتزوير لاثبات انه رغم صحة التوقيع الوارد عليها الا أن صاحب التوقيع لم يوقع على هذه الورقة باختياره كان تكون الورقة قد دست عليه او حدث تغيير فى مضمونها بطريق الاضافة او الحذف (١) .

فاجراءات تحقيق الخطوط تقتصر اذن على الحالات التى يحدث فيها انكار

(١) نفس ١٩٥٨/٦/٢٤ ، مجموعة المكتب النشر ، ص ٩ ، ص ٦٣٣ .

- ٢٠٥ -

- للخط أو للتوقيع أو ادعاء بجبالة الخط أو التوقيع على ورقة عرفية لم تثبت صحة الخط أو صحة التوقيع عليها من قبل (١) .
- ويقع عبه اثبات صحة الورقة العرفية على من يتمسك بها (٢) .

١٠٨ - شروط الأمر بالتحقيق :

تنص المادة ٣٠ من قانون الإثبات على انه « اذا أنكر من يشهد عليه المحرر خطه أو امضاءه أو ختمه أو بصمة اصبعه أو أنكر ذلك خلفه أو نائبه وكان المحرر منتجا في النزاع ولم تكفى وقائع الدعوى ومستنداتهما لتكوين عقيدة المحكمة في شأن صحة الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة اصبعه أمرت المحكمة بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما » .

ويتضح من هذا النص أن شروط الأمر بالتحقيق أن يكون انكار التوقيع أو الخط أو الادعاء بالجبالة منتجا في النزاع ، وألا يوجد في وقائع الدعوى ومستنداتهما ما يكفى لتكوين عقيدة المحكمة بصحة الخط أو التوقيع .

ويرجع في دراسة هذين الشرطين الى ما سبق أن ذكرناه بصدد شروط قبول الادعاء بالتزوير ، حيث يتحد الحكم في الفرضين .

وهناك شرط ثالث لقبول الأمر بالتحقيق هو أن يكون من الجائز انكار التوقيع أو الخط أو الادعاء بالجبالة . وقد سبق أن رأينا أن ذلك لا يجوز اذا

(١) أما اذا ما اقتصر من تشهد عليه الورقة بانكرو صحة ما ورد بهذه الورقة كله أو بعضه فإنه لا يكون منكرا لصدور الورقة منه ولا تسقط بالتالي حجية الورقة في الإثبات . ولا تكون هناك حاجة الى اتخاذ احكام التحقيق ، بل على من يطعن في صحة الوقائع الناتجة بالورقة أن يثبت ما يدعيه عن طريق الكتابة ، لأن الورقة العرفية حجة بالنسبة لصحة الوقائع الناتجة بها إلى أن يثبت العكس بدليل صادر للورقة ذاتها ، وهو دليل كتابي بحسب الأصل . وقد قضت محكمة النقض بأن الورقة العرفية حجة بما دون فيها على من نسب اليه توقيعها عليها إلا اذا أنكر ذات الامضاء أو الختم الموقع به صراحة . أما اقتضار الانكار على المدون بالورقة كله أو بعضه فلا ينافي بالمعنى المقصود في المادة ١/٣٩٤ مدني (المقابلة للمادة ١٤ من قانون الإثبات الجديد) . نقض ١٩٦٧/٤/٤ ، مجموعة الكتب الفنى ، ص ١٨ ، ص ٧٦٠ .

(٢) بلض ١٩٥٥/٦/٢ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٠٩ ، فقرة ١٧ .

- ٢٠٦ -

تعلق الأمر بورقة رسمية ، أو بورقة عرفية تم التصديق عليها أمام الموثق أو صدر حكم أو اعتراف بصحة التوقيع الوارد عليها^(١) . وهذا الشرط الثالث له ما يقابله أيضا في شروط الادعاء بالتزوير وإن اختلف مضمون الشرط هنا عن مضمونه هناك .

أما الشرط الرابع من شروط قبول الادعاء بالتزوير وهو أن تكون الشواهد التي يستدل بها مدعى التزوير منتجة في إثباته ، فلا مقابل له هنا بصدد انكار الخط أو التوقيع أو الادعاء بالجهالة . والسبب في ذلك أن حجية الورقة العرفية من حيث صدورها ممن هو منسوبة إليه تسقط بمجرد انكار الخط أو التوقيع ، ويكون على المتمسك بالورقة أن يثبت صحة الخط أو التوقيع عن طريق إجراءات تحقيق الخطوط . فإذا كان القانون يسقط حجية الورقة العرفية من حيث صدورها من الشخص المنسوبة إليه بمجرد الانكار فلا يكون هناك مقتضى لتكليف هذا الشخص ذاته بتقديم شواهد تؤيد انكاره ، إذ الانكار وحده يكفي . أما من يدعى بالتزوير فيقع عليه عبء إثبات التزوير ، ولذلك لا بد في قبول دعواه أن تكون قائمة على شواهد تؤيدها .

وأجراءات التحقيق إما أن تكون بطريق المضاهاة ، أو بالاستماع إلى الشهود ، أو بالطريقتين معا .

١٠٩ - التحقيق بالمضاهاة : حالة :

التحقيق بالمضاهاة يمكن أن يتم بواسطة أهل الخبرة ، على النحو السابق دراسته في تحقيق الادعاء بالتزوير . والحكم واحد في الحالتين ، وهو ما قرره المادة ٥٤ من قانون الإثبات بصدد التحقيق في التزوير . ونحيل في دراسة هذه المسألة إلى ما سبق أن ذكرناه في هذا الشأن .

ومن ناحية أخرى فإن من حق القاضي أن يقوم بالمضاهاة كما هو الشأن بالنسبة للتحقيق في التزوير .

(١) نفاذ ١٩٦٩/٣/١١ ، مجموعة الكتب المر ، ص ٢٠ ، ص ٤٠٤ .

١١ - التحقيق بسماع الشهود :

تنص المادة ٤٢ من قانون الاثبات على أن « لا تسمع شهادة الشهود الا فيما يتعلق باتبات حصوله الكتابة أو الامضاء أو الختم أو بصمة الاصبع على المحرر المقتضى تحقيقه من نسبت اليه » وتراعى في هذه الحالة القواعد المقررة في الفصل الخاص بشهادة الشهود » .

والحكم الذى يترر هذا النص فى فقرته الأولى يعتبر تطبيقاً للقواعد الخاصة بحجية الورقة من حيث صحة الوقائع الواردة بها . وطبقاً لهذه القواعد لا يجوز اثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة الا بطريق الكتابة أيضاً . فلا يجوز اثبات عدم انعقاد العقد الثابت فى ورقة عرفية بطريق الشهادة . ولذلك اذا انكر الشخص المنسوب اليه التوقيع على هذه الورقة صدور هذا التوقيع منه ، فلا تقبل شهادة الشهود الا بصدد صدور التوقيع أو عدم صدوره ، لا بصدد تطابق الارادتين أو عدم تطابقهما .

وفى هذا يختلف التحقيق فى صحة الخطأ أو التوقيع ، عن التحقيق فى الادعاء بالتزوير . ففىما يتعلق بالتزوير يجوز الاثبات بالشهادة والقرائن ليس فقط بخصوص صدور التوقيع من عدمه بل وبخصوص التصرف ذاته الذى تشهد عليه الورقة المدعى بتزويرها . وسبب الاختلاف فى الحالتين أن التزوير يتعلق بجريمة أو غش ما يجوز اثباته بجميع الطرق ولو تعلق الأمر بالتصرف الوارد بالورقة المدعى بتزويرها (١) .

١١١ - غرامة انكار الورقة الصحيحة :

نصت المادة ٤٣ من قانون الاثبات على انه « اذا حكم بصحة كل المحرر فيحكم على من انكره بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز خمسين جنيهاً » (٢) .

والغرامة المقررة فى هذا النص هى غرامة مدنية مقررة لمصلحة الخزانة العامة ضد من ينكر ورقة عرفية صحيحة فيؤدى بانكاره الى تعطيل سير

(١) نصت محكمة النقض بأن القاعدة التى تقصر سماع البينة على واقعة الكتابة أو الامضاء دون الالتزام الثابت بها مقصورة على تحقق الخطوط ولا مجال لتطبيقها فى دعوى التزوير .

(٢) زاد هذا المبلغ عشرين مثلاً . ق ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وق ١٨ لسنة ١٩٩٩ . راجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب .

- ٢٠٨ -

العدالة . وتشبه هذه الغرامة في طبيعتها وأحكامها ، الغرامة التي توقع على من يدعى تزوير ورقة رسمية أو عرفية ثم يحكم بسقوط هذا الادعاء أو رفضه مع الفارق في أن غرامة انكار الورقة الصحيحة تتراوح بين عشرة جنيئات وخمسين جنيها .

ولكن تتفق الغرامتان في أن الحكم بأى منهما وجوبى عند وقوع المخالفة . كما أن الغرامة التي توقع على تلك المنصوص عليها في القانون الذي حدثت في ظله أى الذى حدث الادعاء بالتزوير أو انكار الورقة الصحيحة في ظله ، حتى ولو صدر الحكم فى ظل قانون جديد رفع مبلغ الغرامة ، كما فعل قانون الاثبات الذى رفع الغرامة بالنسبة لكل من المخالفتين (١) . وقد صدرت فى هذا المعنى عدة أحكام لمحكمة النقض أشرنا إليها بصدد غرامة الادعاء بالتزوير ،

وغرامة انكار الورقة الصحيحة لا يحكم بها الا اذا حكم بصحة كل المحرز ، أى اذا ثبت كذب الانكار فى مجموعه . أما اذا تبين أن الورقة صحيحة فى جزء منها وغير صحيحة فى الجزء الآخر ، كما لو تبين أنها مكتوبة بخط المدين ولكنها غير موقعة بامضائه ، وكان الشخص المنسوب اليه الورقة

(١) راجع ما سبق فقرة رقم ٥١٧ ، رقم ١ ، رقم ٣ .

نقض ١٩٤٢/١/٢٩ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ . ص ٤١٥ ، فقرة ٥٢ .

(٢) جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات ما يأتى : « رفع المشروع فى المادتين ٤٢ ، ٥٦ منه الغرامة المنصوص عليها فى المادتين ٢٧٥ ، ٢٨٨ المقابلتين لهما فى قانون المرافعات القائم (السابق) والذى يحكم بها عند الحكم بصحة الورقة بعد رفض الدفع بانكار الخط أو الامضاء أو الختم أو البصمة المنسوبة لمن تشهد عليه ، أو بعد رفض الاعاء بتزويرها ، فجعل هذه الغرامة فى الحالة الاولى لا تقل عن عشرة جنيئات ولا تجاوز خمسين جنيها فى حين جعلها القانون القائم (السابق) لا تقل عن اربعة جنيئات ولا تجاوز خمسة عشرة جنيها ، وجعلها فى الحالة الثانية لا تقل عن خمسة وعشرين جنيها ولا تجاوز مائة جنيه فى حين حددتها القانون القائم (السابق) خمسة وعشرين جنيها ، وقد حدا المشرع الى هذا الاتجاه حرصه على ضمان جدية سلوك سبيل الدفع بالانكار أو الادعاء بالتزوير لخطورة هذا المسلك بما يترتب عليه من تعطيل للفصل فى الدعوى ووقت لصاحبة المحرز المظنون عليه بالتزوير للتنفيذ عند الحكم بتحقيق الادعاء بتزويره » .

- ٢٠٩ -

ند أنكر أنها بخطه أو بامضاه ، فلا يحكم بالغرامة في هذه الحالة لأن الإنكار
لأن على حق في جزء منه .

ولا يحكم بالغرامة كذلك إذا اعترف من أنكر الورقة بصحتها قبل أن
يصدر حكم بذلك . ولا يحكم بالغرامة أيضا إذا سقطت الخصومة طبقا للمادة
١٣٤ من قانون المرافعات ، أو إذا انقضت الخصومة بالتقادم طبقا للمادة ١٤٠
من قانون المرافعات ، أو إذا حكم باعتبارها كأن لم تكن ، أو إذا انقضت لاي
سبب من أسباب الانقضاء دون الحكم في موضوعها (١) . فشرط الحكم
بالغرامة هو أن يصدر حكم بصحة الورقة العرفية بعد الادعاء بانكارها .
ويستتبع ذلك أيضا أن الغرامة لا يحكم بها إذا أصدر القاضي حكما من تلقاء
نفسه بصحة الورقة العرفية دون أن يسبق ذلك انكار لصحتها من جانب
الشخص المنسوبة اليه هذه الورقة . ولا يحكم بالغرامة إذا صدر حكم بعدم
قبول انكار الورقة لعدم توافر شروط الامر بالتحقيق السابق ذكرها (٢) .
ولا يحكم بالغرامة بطبيعة الحالة إذا كان الشخص المنسوب اليه التوقيع على
الورقة ، لم ينكر صحة صدورها منه ، ولكنه أنكر فقط صحة الوقائع الواردة
بها ولم يقر باثبات عكس ما ينكره ، لأن الإنكار في هذه الحالة لا يستتبع
اجراءات تحقيق الخطوط ، ولا يسقط حجية صدور الورقة ممن صدرت منه ،
وقد ذكرنا ذلك من قبل (٣) .

ويذهب البعض الى أن الغرامة يحكم بها فقط عند صدور الحكم بصحة
الورقة العرفية بعد انكارها من الشخص المنسوبة اليها ، ولكن لا يحكم بها
عند الادعاء بجبانيتها من شخص آخر غيره كالوارث أو الخلف (٤) . وعبرة
النص تؤيد هذا الرأي لأنها تقرر الغرامة ضد من أنكر الحرر ، والإنكار غير
الادعاء بالجبنالة ولا يجوز التوسع في تفسير النصوص الجزائية .

(١) أحمد أبو الوفا . التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وملائمات .
ج ٢ . ص ١١٢٣ .

(٢) نقض ١٩٣٥/٤/٢٥ ، مجموعة التواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٠٩ ، لقطة ١٦ .
(٣) راجع ما سبق ، لقطة ٥٢٦ ، وراجع نقض ١٩٦٧/٤/٤ . مجموعة الكتب الفقهية ، ص
١٨ ، ص ٧٦٠ .

(٤) محمد حامد نسي ، لقطة ٥٤٠ ، ص ٥٦٦ ، والمشاوي ، لقطة ٩٢٧ ، ص ٥٠٦ ،
- اليه في : أحمد أبو الوفا المرجع السابق ، ص ١١٢٣ .

١١٢ - دعوى تحقيق الخطوط الأصلية :

نص المادة من ٤٥ من قانون الاسات على انه . يجوز لمن بده محرر غير رسمى أن يحتصم من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بحظه أو بامضائه أو بختمه أو ببصمة اصبعه ولو كان الالتزام الوارد به غير مسحق الاداء ويكون ذلك بدعوى صلابة بالاحراءات المعتادة .

وتنص المادة ٤٦ من قانون الاثبات على انه « اذا حضر المدعى عليه وافر . اثبت المحكمة اقراره . وتكون جميع المصروفات على المدعى ويعتبر المحرر معترفا به اذا سكت المدعى عليه أو لم يكره أو لم يسبه الى سواء » . وتنص المادة ٤٧ على انه . اذا لم يحضر المدعى عليه حكمت المحكمة فى عيبه بصفة الخطأ . أو الامضاء أو الختم أو بصمة الاصبع . ويجوز استئناف هذا الحكم فى جميع الاحوال . وتنص المادة ٤٨ على انه « اذا أنكر المدعى عليه الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الاصبع فيجوز التحقيق طبقا للقواعد المتقدمة » . ويستخلص من هذه النصوص ما يأتى .

(١) دعوى تحقيق الخطوط الاصلية هى دعوى أصلية ترفع باجراءات أصلية . وهى بذلك تختلف عن اجراءات تحقيق الخطوط الفرعية التى تتم عندما يحدث انكار لورقة عرفية اثناء النظر فى دعوى أخرى أصلية .

(٢) مصلحة المدعى فى دعوى تحقيق الخطوط الاصلية هى غالبا مصلحة ائتمالية وهى الاستيثاق لحق بخشى روال دليله عند النزاع . فالمستفيد من الورقة العرفية التى لم يستحق اداء الالتزام الوارد بها يحتج أن يموت الشخص الذى وقع على هذه الورقة قبل حلول الالتزام فيدعى وراثته من بعده . جهالتهم لصدور هذه الورقة من مورثهم . فقطما لكل براع من هذا القبيل يرجع المستفيد من الورقة العرفية دعوى تحقيق الخطوط الاصلية ليحصل على حكم بصحة التوقيع الوارد على هذه الورقة . وهو حكم يعطى حجية على صحة الورقة العرفية سواء فى مواجهة الشخص المنسوبة اليه أو فى مواجهة أى شخص آخر .

- ٢١٢ -

يحكم بصحتها ويوقع على من أنكرها الغرامة السابق ذكرها . أما إذا أسفرت إجراءات التحقيق عن عدم صحة الورقة ، فإن القاضي يحكم ببطالان الورقة العرفية وعدم صحتها .

١١٣ - حكم مشترك بين دعوى التزوير الفرعية وبين إجراءات تحقيق الخطوط الفرعية :

تنص المادة ٤٤ من قانون الإثبات على أنه « إذا قضت المحكمة بصحة المحرر أو برده أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحته أخذت في نظر موضوع الدعوى في الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة » . ويستفاد من هذا النص أنه إذا قرر القاضي قبول دعوى التزوير الفرعية ، أو دعوى تحقيق الخطوط الفرعية فيتعين عليه أن يوقف الفصل في الدعوى الأصلية ، لأن الحكم في الدعوى الفرعية سيكون حاسما في الدعوى الأصلية . (١)

ويترتب على ذلك أيضا أنه إذا حكم القاضي بتزوير الورقة ، رسمية كانت أو عرفية ، فلا يجوز له أن يحكم في موضوع الدعوى الأصلية في نفس الوقت لأنه بذلك يحرم المتمسك بالورقة من إثبات حقه بطريقة أخرى . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه « لا يجوز الحكم بتزوير الورقة وفي الموضوع معا بل يجب أن يكون القضاء بالتزوير سابقا على الحكم في موضوع

(١) راجع ما سبق . فقرة ٦١ . راجع نقض ١٣/٢/١٩٣٦ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٤٢٤ ، فقرة ١١٨ ، نقض ٢٩/٤/١٩٤٣ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٤٢٥ ، فقرة ١٢٠ ، نقض ٥/٥/١٩٧٠ ، مجموعة الكتب الفن . ص ٢١ ، ص ٧٩٦ . ويتطبق نفس المبدأ إذا كان قد صدر حكم بعدم قبول انكار صحة الورقة العرفية . راجع : نقض ١٩/١١/١٩٣٦ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٠٨ ، فقرة ١٣ .

- ٢١٣ -

الدعوى وذلك حتى لا يحرم الخصم اندى مسك بالورقة التي قضى بتزويرها من أن يقدم ما عسى أن يكون لديه من أدلة قايومية أخرى لاثبات ما أراد اثباته . والحكم يرد وبطلان عقد البيع - المظعون فيه بالتزوير - لا يعنى بطلان الاتفاق ذاته واما بطلان الورقة المبته له ومن ثم فإن هذا الحكم لا يحول دون اثبات حصول هذا الاتفاق بنى دليل آخر مقبول قانونا « (١) » .

وترتب على ذلك أخيرا أنه إذا حكم القاضي بصحة الورقة المدعى بتزويرها أو التي حدث انكارها . و يجوز له الحكم فى نفس الوقت فى موضوع الدعوى الأصلية ، لأنه بذلك يحرم من تشهد عليه هذه الورقة من اثبات عكس الثابت بها بدليل آخر . وقد سبق أن رأينا أن حجية الاوراق الرسبة فيما تلقاه الموثق عن ذوى الشأن ، وكذلك حجية الورقة العرفية فى كل ما يتعلق بصحة الوقائع الواردة بها . هى حجية تظل قائمة الى أن يثبت العكس ، سواء بدليل كتابى آخر . أو بنوع دليل كتابى كما فى حالة الغش مثلا . .

ويخلص من كل ذلك أن الحكم بصحة الورقة أو بعدم صحتها أو بتزويرها يعنى فقط أن أحد الخصوم قد كسب جولة فى معركة الاثبات . فلا يجوز الحكم فى موضوع الدعوى الأصلية قبل تمكين الخصم الآخر من الرد على ما حققه خصمه من كسب . ويكون ذلك عن طريق النظر فى الدعوى الأصلية من جديد ، وهو ما يجوز اما فى نفس الجلسة التى صدر فيها الحكم فى الدعوى الفرعية أو فى جلسة أخرى يحدد معادها فى اقرب وقت .

تنويه

رفع الحد الجائز فيه الاثبات بالشهادة من وقت إلى آخر

طبقا للمادة ٤٠٠ من التقنين المدني كان الحد الجائز فيه الاثبات بالشهادة هو عشرة جنيهاً أو أقل. وعندما صدر قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، أصبح هذا الحد هو ما لا يجاوز عشرين جنيهاً. ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ الذي رفع الحد إلى ما لا يجاوز مائه جنيهاً. وأخيراً صدر القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩، الذي نص في الفقرة الثالثة من المادة الأولى منه، على أنه «وتستبدل عبارة (خمسائة جنيهاً) بعبارة (مائة جنيهاً) أينما وردت في نص المادتين ٦٠ و٦١ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية». وهكذا ارتفع الحد الجائز الاثبات فيه بالشهادة إلى خمسائة جنيهاً.

ونظراً لأن هذا الحد قد يرتفع إلى أكثر من ذلك في المستقبل، فإنا نوجه النظر إلى أمرين:

١- القوانين الحديثة لا تلغى تماماً القوانين القديمة، وذلك بمراعاة القواعد المعمول بها في تنازع القوانين من حيث الزمان، وما تنص عليه المادة ٩ من القانون المدني من أنه «تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقدماً النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه اعداده» (راجع فقرة ٦، ص ١٥ وما بعدها من هذا الكتاب).

٢- بمراعاة ما سبق فقد ذكرنا في فقرة ٤٨ من هذا الكتاب جميع الحدود القصوى باعتبارها جميعاً قابلة للتطبيق بحسب الوقت الذي أعد فيه الدليل، أو الوقت الذي كان ينبغي اعداده فيه.

الكتاب الثاني في أحكام الالتزام

مقدمة

١١٤- تعريف الالتزام:

الالتزام حق من الحقوق المالية، يطلق عليه أحيانا اصطلاح الحق الشخصي أو حق الدائنية. فهو إذا نظر إليه من الجانب الايجابي سمي حقا، وإذا نظر إليه من الجانب السلبي سمي التزاماً. وهو يعتبر حقا شخصيا لانه حق لشخص في مواجهة شخص آخر، ولا يرد على مال خاص من أموال هذا الشخص. وهو يعتبر من حقوق الدائنية، لأن العلاقة بين هذين الشخصين هي علاقة دين. فصاحب الحق هو الدائن، والطرف الآخر هو المدين. واصطلاح الالتزام هو أصدق الاصطلاحات في التعبير عن هذه العلاقة. وعلى هذا النحو يمكن تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية بمقتضاها يلتزم شخص بأداء معين نحو شخص آخر. وقد أخذنا هذا التعريف عن فقهاء الرومان، وهو لا زال صالحا حتى اليوم.

١١٥- تحليل الالتزام:

من الممكن تحليل الالتزام إلى عنصرين، الأول هو عنصر الواجب أو المديونية، والثاني هو عنصر الجزاء أو المسؤولية^(١). ويمقتضى العنصر الأول فان على المدين أن يستجيب من تلقاء نفسه إلى الواجب الذي يفرضه عليه الالتزام فيؤدي للدائن ما يستحقه قبله سواء كان ذلك في

(١) المسؤولية عنصر من عناصر الالتزام، وليست مصدرا لالتزام جديد. علي خلاف ما يقول به الأستاذ بلاثبول في المسؤولية العقدية، وما تقول به محكمة النقض الفرنسية في المسؤولية التقصيرية. راجع في هذا الموضوع كتابنا، مصادر الالتزام، ١٩٩٩ - ٢٠٠٠، فقرة ٢٦٨، ص ٦٤ وما بعدها

صورة اعطاء أو عمل أو الامتناع عن عمل. فاذا لم يستجب المدين إلى عنصر المديونية في التزامه، فإن الدائن يستطيع في هذه الحالة أن يحرك العنصر الثانى وهو عنصر المسؤولية أو الجزاء. وهو فى هذا يستعين بالسلطة العامة التى تقهر ارادة المدين وتجبره على الوفاء بالتزامه للدائن.

١١٦- أهمية نظرية الالتزام وتطورها:

نظرية الالتزام هى أهم نظريات القانون، وهى من القانون، كما يقول الدكتور السنهورى، بمثابة العمود الفقرى فى الجسم.^(٢) وقد استوحت نظرية الالتزام مبادئها من حاجات العمل، وعلاقات الأفراد فى المجتمع، واحساس الانسان بالعدل. أما صياغتها فلا ترجع إلى فقيه واحد أو جيل من الفقهاء، بل هى ثمرة الفكر القانونى كله على مدى الأجيال ومنذ آلاف السنين. وهكذا تبدو نظرية الالتزام راسخة متطورة فى نفس الوقت.

والعوامل المؤثرة فى تطور نظرية الالتزام هى إما فكر الانسان أو واقع المجتمع.

وفكر الانسان هو خالق النظم إلى حد كبير. ومن الطبيعى أن تتأثر نظرية الالتزام بالأفكار السائدة فى المجتمع. وبالفعل فإن تطور الفكر الانسانى من المبادئ الفردية التى كانت سائدة فى بداية القرن التاسع عشر إلى المبادئ الاشتراكية التى تسود فى الوقت الحاضر، قد أدى إلى تطور ملحوظ فى نظرية الالتزام. فبعد أن كان المبدأ السائد هو مبدأ

(٢) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ١، فقرة ١٥، ص ١٢٦

-٢٢١-

سلطان الارادة على أساس أن العقد هو شريعة المتعاقدين وأنه التعبير الوحيد المقبول عن العدل، عرفت الآن نظريات أخرى تؤدي إلى التقييد من مبدأ سلطان الارادة. من هذا نظرية عقود الاذعان ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الاستغلال وهي تؤدي إلى تعديل العقد على غير ما جاء فى شروطه. ومن هذا تدخل المشرع فى عقد ايجار الأماكن بوضع حد أقصى للأجرة وتقرير الامتداد القانونى لهذا العقد حتى بعد انقضاء مدته. والأمثلة غير ذلك كثيرة لا حصر لها وستتضح لنا من خلال دراستنا.

وواقع الحياة أيضا من أهم عناصر التأثير فى النظم القانونية وتطورها، ولذلك ليس غريبا أن تؤدي الثورة الصناعية إلى تطور كبير فى نظرية الالتزام، وقد ظهر ذلك بوضوح فى نطاق المسئولية، وعقد العمل، وعقد التأمين وغير ذلك.

ولعل من أهم علامات تطور نظرية الالتزام - من ناحية الصياغة القانونية - ظهور مصادر جديدة للالتزام بجانب المصادر التقليدية المعروفة. ونقصد بالمصادر الجديدة، مصدرين بالذات هما القرار الإدارى وحكم القاضى، وهو ما عرضناه بالتفصيل فى كتابنا الخاص بمصادر الالتزام.^(٣)

١١٧- المقصود بأحكام الالتزام:

متى نشأ الالتزام صحيحا، سواء كان مصدره العقد أو غيره من مصادر الالتزام، فإنه يكون صالحا لانتاج آثاره التى تتلخص فى ضرورة (٣) راجع كتابنا، مصادر الالتزام، مصدران جديدهان للالتزام، الباب السادس والباب السابع، من ص ٢٥٥ إلى آخر الكتاب.

- ٢٢٢ -

قيام المدين بتنفيذه طوعا واختيارا، استجابة منه إلى عنصر المديونية في هذا الالتزام، والا فان الالتزام ينفذ جبرا على المدين تحقيقا لقوته القانونية التي يعبر عنها عنصر المسؤولية فيه. وآثار الالتزام هي الباب الأول في أحكام الالتزام.

غير أن أحكام الالتزام لا تقتصر على آثاره البسيطة فحسب بل تتناول موضوعات أخرى هي على وجه التحديد، أوصاف الالتزام، وانتقاله، وانقضاؤه، وإثباته.^(٤)

فالالتزام لا يكون دائما بسيطا، بل قد يكون موصوفا. ومن أوصاف الالتزام، الشرط والأجل. فإذا كان وجود الالتزام معلقا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع فانه يكون معلقا على شرط واقف. وإذا كان زوال الالتزام معلقا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع فانه يكون معلقا على شرط فاسخ. أما إذا كان نفاذ الالتزام مضافا إلى أمر مستقبل محقق الوقوع فانه يكون مضافا إلى أجل واقف. وإذا كان زوال الالتزام مضافا إلى أمر مستقبل محقق الوقوع فانه يكون مضافا إلى أجل فاسخ. ومن أوصاف الالتزام كذلك تعدد طرفي الالتزام. فقد يكون الدائن أكثر من شخص واحد. وقد يكون المدين أكثر من شخص واحد. وهنا تدور مشكلة التضامن بين الدائنين إذا تعددوا أو بين المدينين إذا تعددوا.

والالتزام باعتباره علاقة بين دائن ومدين يجوز أن يتغير فيه

(٤) راجع في القانون الفرنسي، مارتى وريشو، القانون المدني، ج٢، فقرة ٥٥٠ وما بعدها؛ مازو، دروس في القانون المدني، الفقرات من ٧١٦ إلى ١٢٨٣؛ بلاكبول وريبير وولانجيه، القانون المدني، ج٢، الفقرات ١٤٧٠ وما بعدها.

-٢٢٣-

شخص الدائن أو شخص المدين. فالالتزام قابل للانتقال والتحويل من شخص إلى آخر. وانتقال الالتزام من جانب الدائن يتم عن طريق حوالة الحق، أما انتقاله من جهة المدين فيتم عن طريق حوالة الدين.

غير أن الالتزام لا يوجد مؤبداً على الدوام، فهو ككل شئ مصيره الانقضاء. وأول سبب لانقضاء الالتزام هو تنفيذه عن طريق الوفاء به. ومع ذلك فهناك أسباب أخرى لانقضاء الالتزام غير الوفاء وهى الوفاء بمقابل والتجديد والائابة والمقاصة واتحاد الذمة والبراء واستحالة التنفيذ والتقادم المسقط.

والالتزام قد ينشأ صحيحاً، ولكن المدين ينازع فى وجوده أو فى مقداره. وفى هذه الحالة يتعين على الدائن أن يثبت مصدر الالتزام وكذلك مقداره.

وندرس فيما يلى فى خمسة أبواب متتالية آثار الالتزام، وأوصاف الالتزام، وانتقال الالتزام، وانقضاء الالتزام، وإثبات الالتزام.

الباب الأول آثار الالتزام

١١٨- الالتزام المدني والالتزام الطبيعي:

تنص المادة ١٩٩ من القانون المدني على أن « (١) ينفذ الالتزام جبرا على المدين. (٢) ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر في تنفيذه ». والالتزام بالمعنى الكامل لهذا الاصطلاح هو الالتزام المدني، أما الالتزام الطبيعي فهو التزام ناقص يفتقر إلى عنصر المسؤولية والجزاء. فالالتزام المدني كما سبق أن رأينا يتحلل إلى عنصرين، الأول هو عنصر المديونية أو الواجب، والثاني هو عنصر المسؤولية أو الجزاء. أما الالتزام الطبيعي فهو لا ينطوي إلا على عنصر واحد، هو عنصر الواجب أو المديونية. فمن الواجب على المدين في التزام طبيعي أن يوفى بالتزامه، ولكنه إذا تخلف عن الوفاء به فلا يجبر على ذلك. والالتزام الطبيعي بهذا الوصف، يقترب كثيرا من الواجب الأخلاقي الذي لا يحميه القانون بأي جزاء مدني. وهو في الواقع يقف في مرتبة وسطى بين الالتزام المدني وبين الواجب الأخلاقي. (٥) فهو يقترب من الواجب الأخلاقي في أن القانون لا يرتب أي جزاء على الإخلال به. ولكنه يقترب مع ذلك من الالتزام المدني في أن القانون قد اعتمد به ورتب عليه بعض الآثار القانونية. ويظهر ذلك بوضوح عندما يقوم المدين من تلقاء نفسه بالوفاء به. فان القانون لا يعتبره متبرعا أو موفيا بما هو غير مستحق عليه، بل يعتبره موفيا بالالتزام قانوني في ذمته.

(٥) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ٧٧٩، ص ٧٥١.

والالتزام الطبيعي يرجع في أصله إلى الواجب الأخلاقي من ناحية، وإلى الالتزام المدني من ناحية أخرى. فهو إما واجب أخلاقي ارتفع في نظر القانون إلى درجة تبرر الاعتداد به، دون أن يصل مع ذلك إلى مرتبة الالتزام المدني. أو هو بحسب أصله التزام مدني، انخفضت قيمته في نظر القانون، فأصبح لا يترتب على الإخلال به أي جزاء، ولكنه لم يصل في انخفاضه إلى درجة الواجب الأخلاقي الذي لا يعتد به القانون إطلاقاً.

١١٩- دور القاضي في اقرار الالتزام الطبيعي:

تنص المادة ٢٠٠ من القانون المدني على أن «يقدير القاضي، عند عدم النص، ما إذا كان هناك التزام طبيعي. وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام».

ويشير هذا النص إلى الدور الإيجابي الذي يقوم به القاضي في استكشاف الالتزام الطبيعي وإقراره.^(٦) والقاضي يسترشد في هذا الشأن بفكرة العدل، أساس القانون، والمصدر البعيد لكل أحكامه. والقاضي لا يعتمد في بحثه على فكرته الشخصية عن العدل، ولكنه يراعي أصلاً الشعور السائد في الجماعة، والقيم التي ينبض بها ضمير هذه الجماعة. ولذلك فإن إقرار القاضي بوجود التزام طبيعي، لا يعتبر عملاً منشأ لهذا الالتزام، بل هو كاشف له فقط. وحتى يعترف القاضي بوجود التزام طبيعي لابد من توافر عنصرين، أحدهما مادي والثاني معنوي وقانوني.

(٦) ومع ذلك فقد يستأثر المشرع بالقول بوجود التزام طبيعي، ولا يترك مجالاً للسلطة التقديرية للقاضي، كما هو الشأن في المادة ١/٣٨٦ مدني التي تنص على أنه «يترتب على التقادم انتضاء الالتزام، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي».

فالعنصر الأول، وهو العنصر المادي يعتمد على وجود واجب أدبي محدد على عاتق شخص معين. ويجب أن يكون هذا الواجب محددا تحديدا كافيا يجعله قابلا للتنفيذ. والواجبات الأدبية التي يمكن اعتبارها التزامات طبيعية ترجع في أصلها كما سبق القول إلى فرض من فرضين.

١- فهي قد تكون التزامات مدنية انخفضت قيمتها في نظر القانون بسبب عائق حال دون نشأتها صحيحة كالتزام ناقص الأهلية، أو بسبب عائق أوقف ترتيب آثارها بعد نشأتها صحيحة، كالتقادم الذي يؤدي إلى انقضاء الالتزامات ويمنع المطالبة بها. وفي الحالتين فإن التزام ناقص الأهلية،^(٧) أو الالتزام الذي انقضى بالتقادم، لا يعتبر التزاما مدنيا، ولا جبر في تنفيذه، ولكنه يعتبر مع ذلك التزاما طبيعيا، بحيث إذا وفى به المدين لا يكون متبرعا، أو موفيا لغير المستحق عليه.

وبلاحظ أنه بالنسبة للالتزام الطبيعي الذي يتخلف عن الالتزام المدني الذي انقضى بالتقادم، لا يقوم القاضى بأى دور ايجابي، فهذه حالة من الحالات التي ورد بشأنها نص خاص، هو نص المادة ١/٣٨٦ مدني التي تقرر أنه «يترتب على التقادم انقضاء الالتزام. ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي». بينما الدور الايجابي للقاضى لا يظهر الا في الحالات غير المنصوص عليها.

(٧) هناك موضوع يدرس في عقد الكفالة وهو مدي صحة كفالة التزام ناقص الأهلية. وتنص المادة ٧٧٧ مدني على أن «من كفل التزام ناقص الأهلية وكأنت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول». وأجمع كتابنا في التأمينات الشخصية والمبنية، فقرة ١٩، ص ٤٠ وما بعدها.

٢- والالتزامات الطبيعية قد تكون بحسب أصلها واجبات أخلاقية، ارتفع شأنها، حتى أمكن الاعتداد بها، دون أن تصل مع ذلك إلى درجة الالتزامات المدنية. ومن هذا القبيل التزام الشخص بمكافأة شخص آخر أدى له خدمة دون أن يتكبد نفقة، والتزام الشخص بتعويض سيدة عن علاقة غير شرعية بعد انتهاء هذه العلاقة، والتزام الشخص بالانفاق على أقاربه الذين لا يقع على عاتقه في مواجعتهم التزام قانوني بالنفقة، والتزام الأب بتجهيز ابنته.

والعنصر الثاني للالتزام الطبيعي، وهو العنصر المعنوي والقانوني. وهو يقوم من ناحية على احساس المدين بتحملة بهذا الالتزام الطبيعي. وينبغي أن يتفق احساسه هذا من ناحية أخرى مع احساس الجماعة، وما ينبغي أن يكون عليه احساس الفرد داخل نطاق الجماعة التي يعيش فيها. فالعنصر الثاني معنوي ولكنه موضوعي. وهو معنوي ولكنه كذلك قانوني، اذ يجب ألا يتعارض احساس الفرد بالتزامه الطبيعي، مع مقتضيات النظام العام في الجماعة التي يعيش فيها. فالمدين الذي يلتزم بدفع دين قمار، يكون التزامه باطلا من الناحية المدنية، وهو لا يصلح كذلك لأن يعتبر التزاما طبيعيا لتعارضه مع النظام العام. فاذا وفي المدين بهذا الالتزام جاز له استرداد ما وفاه.

١٢٠- آثار الالتزام الطبيعي :

تنص المادة ٢٠١ من القانون المدني على أنه « لا يسترد المدين ما أداه باختباره، قاصدا أن يوفى التزاما طبيعيا ». وتنص المادة ٢٠٢ من القانون المدني على أن « الالتزام الطبيعي يصلح سببا لالتزام مدني ».^(٨)

(٨) يرفض البعض الاستعانة بفكرة التجديد للقول بأن الالتزام المدني يحل محل الالتزام الطبيعي بطريق التجديد. لأن فكره التجديد لا تنطبق إلا إذا كان يوجد التزام مدني قديم. والصحيح كما تقول الأعمال التحضيرية للقانون المدني، أن الأمر يتعلق بانشاء التزام مدني =

ويقرر هذان النصان الفكرة الأساسية في الالتزام الطبيعي، وهي أنه وإن كان لا يجوز تنفيذه جبراً، إلا أنه إذا قام المدين بالوفاء به اختياراً، فإنه لا يكون متبرعاً أو موفياً بما هو غير مستحق عليه، بحيث يجوز له الرجوع في الهبة أو استرداد ما دفع بغير حق. بل يعتبر موفياً بالالتزام على عاتقه وبالتالي فلا يجوز له استرداد ما وفاه. ويشترط لاعتبار وفاء المدين بالالتزام الطبيعي، وفاء لا يجوز الرجوع فيه توافر عنصر معنوي مصاحب للوفاء وهو عمل مادي.

أما العنصر المعنوي فهو قصد المدين الوفاء بالالتزام الطبيعي، قصداً لا يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه. فيجب أن يكون المدين عالماً بأن الالتزام الذي يوفى به هو التزام طبيعي لا جبر في تنفيذه. ويجب أن يقصد المدين الوفاء بهذا الالتزام رغم علمه بعدم إمكان تنفيذه عليه جبراً. وبغير هذه الإرادة الواعية من جانب المدين فإن أي وفاء يقوم به لا يعتبر وفاءً، بل يعتبر دفعا لغير المستحق ويجوز بالتالي استرداده. مثال ذلك أن يقع المدين في غلط أو تدليس يجعله يتوهم أن الالتزام الذي يوفى به هو التزام مدني، أو أن يكره على الوفاء بالالتزام الطبيعي بغير اختيار من جانبه. (٩)

= جديد يكون الالتزام الطبيعي هو سببه. ولكن يبقى السؤال قائماً حول مصدر هذا الالتزام الجديد. فإذا تم الوفاء بالالتزام الطبيعي فإن مصدر الالتزام المدني الجديد يكون هو الوفاء وهو تصرف قانوني أو عقد جديد يتم بين الموفي والموفي له.

(٩) قضت محكمة النقض بأن «مناط الاعتناء بهذا الوفاء وعدم أحقية المدين المدني في طلب استرداده أن يكون الوفاء صادراً من المدين عن رضا واختيار ولا إكراه فيه والا جاز له المطالبة برده، ويعتبر الوفاء نتيجة إكراه - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - إذا حصل تحت تأثير الحجز الذي توقع على أموال المدين الموفي. (نقض ١٩٧٨/١١/٢٨، طعن رقم ٢٢ لسنة ٤٧ ق، منشور في محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني، ١٩٨٠ ص ٧٤٨).

والوفاء الصحيح بالالتزام الطبيعي كما قد يكون في الحال، من الجائز أن يكون في المستقبل. والوفاء الحال لا يحتاج إلى بيان. أما الوفاء المستقبل فهو عندما يعد المدين بالوفاء بالتزامه الطبيعي في المستقبل. ففي هذه الحالة ينشأ التزام مدني جديد على عاتق المدين، ويكون سببه هو الالتزام الطبيعي. ويكون المدين قد وفى بالالتزام الطبيعي عن طريق انشاء التزام مدني. وهذا هو ما يقصده المشرع بقوله في المادة ٢٠٢ مدني من أن «الالتزام الطبيعي يصلح سببا لالتزام مدني».

١٢١- آثار الالتزام المدني: التنفيذ القهري:

الالتزام المدني هو الالتزام بالمعنى الكامل لهذا الاصطلاح. وإذا أطلق لفظ الالتزام فيكون المقصود به هو الالتزام المدني. ولذلك سنقتصر في دراستنا المقبلة على الالتزام المدني دون غيره. وسنكتفى في شأنه باطلاق لفظ الالتزام عليه، دون تخصيصه بأي وصف خاص. وآثار الالتزام تتلخص في ضرورة تنفيذه إما طوعا واختيارا أو جبرا على المدين وقهرا لارادته. والتنفيذ الاختياري للالتزام لا يشير أى بحث خاص. ولكن الذى يحتاج إلى بحث هو التنفيذ القهرى. عندما يرفض المدين الاستجابة إلى عنصر المديونية فى التزامه. والتنفيذ القهرى من نوعين، الأول هو التنفيذ العيني، والثانى هو التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض.

وندرس فيما يلى فى ثلاثة فصول متتالية: التنفيذ العيني، والتنفيذ بمقابل، والوسائل التى وضعها القانون لكفالة حقوق الدائنين.

الفصل الأول التنفيذي العيني

١٢٢- شروط التنفيذ العيني:

التنفيذ العيني هو الأصل، فلا يجوز للمدين أن يعرض التنفيذ بمقابل متى كان التنفيذ العيني ممكناً، ولا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل إذا عرض المدين أن ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً. فالتنفيذ بمقابل هو تعويض للدائن عن حقه في الحالات التي لا تتوافر فيها شروط التنفيذ العيني. وقد نص المشرع على هذه الشروط في المادة ٢٠٣ مدني التي تقرر أنه «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 أرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً». ويتضح من هذا النص أن للتنفيذ العيني أربعة شروط هي:

١- الشرط الأول هو أن يكون التنفيذ العيني ممكناً. فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً لم يعد هناك محل للمطالبة به، بل لا يكون أمام الدائن إلا المطالبة بالتعويض أي التنفيذ بمقابل. ويشترط أن ترجع الاستحالة إلى خطأ المدين. (١) إما إذا استحال تنفيذ الالتزام بغير خطأ من المدين. فإن الالتزام ينقضي بغير مسئولية عليه، ولا يحق للدائن مطالبته بالتعويض.

(١٠) راجع في تعريف الخطأ العقدي، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ١٣٢، ص ١٦٩ وما بعدها

٢- والشرط الثاني هو أن يطلب الدائن التنفيذ العيني، أو أن يتقدم به المدين. فإذا طلب الدائن التنفيذ العيني، فلا يجوز للمدين أن يعرض عليه التنفيذ بمقابل، لأن التنفيذ العيني هو الأصل كما سبق القول. وإذا عرض المدين التنفيذ العيني فلا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل، بل تبرأ ذمة المدين بقيامه بالتنفيذ العيني رضى به الدائن أو لم يرض. ولكن إذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني بل طلب التنفيذ بمقابل، ولم يعرض المدين التنفيذ العيني بل رضى بالتنفيذ بمقابل، فيؤخذ ذلك على أنه اتفاق ضمنى بين الدائن والمدين على استبدال التنفيذ العيني بالتنفيذ بمقابل، ويتخلف بالتالى شرط من شروط التنفيذ العيني وهو أن يطالب به الدائن أو يتقدم به المدين.^(١١)

٣- والشرط الثالث للتنفيذ العيني هو ألا يكون فيه ارهاق للمدين، أو أن يكون فيه ارهاق للمدين إذا كان العدول عنه يسبب ضررا جسيما للدائن. ويعتبر هذا الشرط تطبيقا خاصا لنظرية التعسف فى استعمال الحق مع مراعاة الموازنة العادلة فى المصالح المتعارضة من ناحية أخرى. فالدائن من حقه أن يطالب بالتنفيذ العيني. ولكن إذا كان فى ذلك ارهاق للمدين فإن المطالبة تكون تعسفا من الدائن فى استعمال حقه ويكون الأولى به أن يكتفى بالتنفيذ بمقابل. ولكن إذا كان فى عدم التنفيذ العيني ما يسبب ضررا جسيما للدائن فمن حقه أن يطالب بالتنفيذ العيني ولو ترتب عليه ارهاق للمدين. لأن حق الدائن فى التنفيذ

(١١) كما جاء فى الأعمال التحضيرية للقانون المدني، فإن جواز التنفيذ بمقابل أحيانا رغم إمكان التنفيذ العيني، لا يؤدي إلى القول بأننا بصدد التزام بدلي أو تخييري، على النحو الذى سندرسه عند دراسة أوصاف الالتزام.

العيني في هذا الفرض أولى بالرعاية من مصلحة المدين في العدول عنه إلى التنفيذ بمقابل.

٤- والشرط الرابع للتنفيذ العيني، هو الاعذار الذي يجب أن يوجهه الدائن للمدين معبرا به عن ارادته في اقتضاء التنفيذ العيني لالتزامه، وسنرى في الفصل الثاني من هذا الباب، أن الاعذار شرط أيضا لاستحقاق التعويض في التنفيذ بمقابل.

١٢٣- موضوع التنفيذ العيني:

موضوع التنفيذ العيني هو كما يدل عليه اسمه عين محل الالتزام الذي التزم به المدين. ونظرا لأن محل الالتزام قد يكون إعطاء شيء (نقل ملكية أو حق عيني آخر على شيء)، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، فإن موضوع التنفيذ العيني يختلف ضرورة بحسب نوع محل الالتزام.

١٢٤- محل الالتزام إعطاء شيء معين بالذات يملكه الملتزم:

تنص المادة ٢٠٤ مدني على أن «الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئا معينًا بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل». وطبقا لهذا النص إذا كان محل الالتزام نقل ملكية شيء معين بالذات أو ترتيب حق عيني عليه، وكان الشيء مملوكا للملتزم، فإن الالتزام ينفذ في الحال وفي لحظة نشأته وتنتقل الملكية أو الحق العيني إلى الدائن بهذا الالتزام. والتنفيذ يتم في هذه الحالة بقوة القانون ذاته. غير أن النص يشير إلى ضرورة التفرقة بين المنقول والعقار. فإذا كان

الشيء المطلوب نقل ملكيته أو ترتيب حق عيني عليه منقولا كحيوان مثلا أو قطعة أثاث... الخ فإن الحكم السابق ذكره يصدق بغير استثناء وتنتقل ملكية الشيء محل الالتزام أو الحق العيني المطلوب ترتيبه عليه إلى الدائن في هذا الالتزام في نفس لحظة نشأته وبقوة القانون.

أما إذا كان محل الالتزام عقارا كأرض أو منزل فإن الالتزام بنقل ملكيته لا ينفذ في الحال وبقوة القانون، بل لابد من اتخاذ إجراءات التسجيل حتى يترتب هذا الأثر. (١٢)

١٢٥- محل الالتزام اعطاء شيء معين بالنوع:

تنص المادة ٢٠٥ مدنى على أنه « (١) إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بافراز هذا الشيء. (٢) فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقه المدين بعد استئذان القاضى، أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال. كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض». وطبقا لهذا النص إذا كان محل الالتزام شيئا غير معين بذاته بل معين بنوعه، كأن يلتزم تاجر غلال بنقل ملكية كمية من القمح إلى أحد الأشخاص، فإن هذا الالتزام لا ينفذ من تلقاء نفسه وبحكم القانون، ولا تنتقل بالتالى الملكية إلى المتصرف إليه بمجرد العقد، بل يشترط لانتقال الملكية أن يقوم التاجر بافراز الشيء (١٣) المبيع، أى يفصله عن كميات الغلال الأخرى الموجودة فى مخازنه. ففى هذه اللحظة فقط وهى لحظة الافراز تنتقل الملكية إلى

(١٢) راجع فى انتقال الملكية فى العقار، كتابنا، عقد البيع، فقرة ٢٨، ص ١٦٤ وما بعدها.

(١٣) راجع فى انتقال الملكية بالافراز، كتابنا، عقد البيع، فقرة ٣٧، ص ١٥٩ وما بعدها.

المشتري. ولا يشترط بعد ذلك أى شرط آخر لانتقال الملكية. وخاصة لا يشترط أن يتسلم المشتري الشئ المبيع فعلا. فالملكية تنتقل بالافراز لا بالتسليم. وان كان الغالب أن يتعاصر الافراز مع التسليم.

وإذا لم يقم المدين بافراز الشئ المبيع تنفيذا لالتزامه بنقل الملكية، جاز للدائن أن يحصل على شئ مثله من السوق على نفقة المدين ويعتبر ذلك تنفيذا عينيا للالتزام. وعلى الدائن أن يستأذن القاضى فى ذلك بطريق رفع الدعوى والحصول على حكم. ولكن يجوز له استثناء فى حالة الاستعجال أن يحصل على الشئ المماثل لمحل الالتزام بغير اذن من القاضى، على أن يخضع فى تصرفه هذا لرقابة القاضى فيما بعد عندما يتقدم إليه بطلب الحصول على ثمن الشئ الذى اشتراه من السوق بدلا من محل الالتزام الذى كان يجب على المدين أن يقوم بتنفيذه.

وجوز للدائن أن يعدل عن طلب التنفيذ العينى إلى طلب التعويض كما هو الحكم فى كل حالة يتخلف فيها المدين عن التنفيذ العينى. (١٤)

ويلاحظ أن «الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشئ والمحافظة عليه حتى التسليم» (م ٢٠٦ مدنى)، سواء كان الشئ معيناً بذاته وقت العقد أو تم افرازه بعد ذلك.

(١٤) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٢، فقرة ٣٢٤؛ منصور مصطفى منصور، العقود المساه، ١٩٥٦، فقرة ٦٣؛ اساعيل غانم، عقد البيع، فقرة ٩٤، سمير تاغور، عقد البيع، ص ١٦٢.

١٢٦ - محل الالتزام القيام بعمل:

إذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل، فقد يكون التزاما بتحقيق نتيجة وهو ما يسمى الالتزام بغاية، كالالتزام المقاول بأقامة بناء، أو التزام المهندس برسم لوحة هندسية. وفي مثل هذه الحالات لا يكون المدين قد نفذ التزامه الا إذا حقق النتيجة المطلوبة منه فعلا. ولكن الالتزام بعمل قد يكون التزاما ببذل عناية فقط، وهو ما يسمى الالتزام بوسيلة، كالالتزام الطبيب بمعالجة المريض أو التزام المحامى بالدفاع عن حق. وفي مثل هذه الحالات يكون المدين قد نفذ التزامه إذا بذل العناية المطلوبة، حتى ولو لم تتحقق النتيجة المطلوبة. وهي فى المثليين السابقين شفاء المريض، أو كسب الحق المطلوب الدفاع عنه.

وإذا كان الالتزام ببذل عناية، فالغالب أن تكون العناية المطلوبة هى عناية الرجل العادى، وهو رب الأسرة المعنى بشئون نفسه. ولكن من الجائز أن تكون العناية المطلوبة أكثر أو أقل من عناية الرجل العادى بحسب نص القانون أو اتفاق المتعاقدين (م ٢١١ مدنى). (١٥)

ومن المتصور فى الالتزام بعمل أن يكون فى حكم القاضى ما يغنى عن قيام المدين بتنفيذ التزامه بنفسه، وذلك بحسب طبيعة الالتزام ذاته (م ٢١٠ مدنى) مثال ذلك الحكم بصحة التعاقد، فان تسجيله يقوم مقام تسجيل العقد الذى رفض المدين القيام بتسجيله. ولذلك يقال أن الحكم يقوم مقام العقد. (١٦)

(١٥) راجع فى التفرقة بين الالتزام بنتيجة والالتزام بعناية، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ١٣٣، ص ١٦٩ وما بعدها.

(١٦) راجع كتابنا عقد البيع، دعوى صحة التعاقد، فقرة ٤٣، ص ١٨٥ وما بعدها.

وفى كثير من الحالات لا تكون لشخصية المدين أهمية خاصة بالنسبة للدائن. كما لو التزم مقاول بأقامة بناء، فإن ما يهم الدائن هو اقامة البناء، فبدلاً من نكل المدين عن القيام بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، كما يجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء (م ٢٠٩ مدنى).

ولكن فى بعض الحالات الأخرى تكون لشخصية المدين أهمية خاصة عند الدائن وذلك طبقاً لطبيعة الالتزام أو اتفاق المتعاقدين. كما لو التزم فنان برسم لوحة فنية أو احياء حفلة موسيقية أو غير ذلك. فى هذه الحالة يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين (م ٢٠٨ مدنى). وفى نفس الوقت فإن المدين لا يقهر على تنفيذ التزامه بنفسه لأن فى ذلك اعتداء على حرته الشخصية. ولا يكون أمام الدائن الا المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ.

١٢٧- محل الالتزام الامتناع عن عمل:

التنفيذ العينى للالتزام بالامتناع عن عمل معين هو عدم القيام بهذا العمل فعلاً. ومن الأمثلة على التزامات بالامتناع عن عمل أن يتعهد ممثل بالعمل لدى شركة سينمائية مع التزامه بعدم العمل لدى شركة أخرى منافسة، والتزام المهندس بالعمل لدى شركة هندسية مع التزامه بعدم العمل لدى شركة أخرى. والتزام التاجر الذى يبيع محله التجارى بعدم منافسة التاجر المشتري للمحل فى نفس المنطقة التى يوجد بها المحل المبيع. والتزام مالك الأرض بعدم البناء على جزء منها أو عدم الارتفاع بالبناء إلى قدر معين... الخ. وإذا قام المدين بالعمل المطلوب

عدم القيام به فانه يكون قد أخل بالتزامه. ويرى البعض أن التنفيذ العيني يصبح في هذه الحالة مستحيلا. حتى ولو أمكن ازالة العمل الذى قام به المدين. اذ تعتبر الازالة فى هذه الحالة تعويضا عينياً وليس تنفيذا عينيا للالتزام بالامتناع عن عمل.^(١٧) ولكننا نؤيد الرأى الذى يذهب إلى أنه إذا أمكن ازالة العمل المخالف كهدم البناء المجاور. أو غلق المحل التجارى المنافس، فائنا نكون بصدد تنفيذ عيني للالتزام. وتنص المادة ٢١٢ مدنى على أنه «إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب ازالة ما وقع مخالفا للالتزام. وله أن يطلب من القضاء ترخيصا فى أن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين».

ويلاحظ على هذا النص أنه لا يجيز للدائن أن يقوم بالازالة بنفسه ولو فى حالة الاستعجال، على خلاف الحكم الذى رأيناه بالنسبة للالتزام باعطاء أو الالتزام بعمل. والسبب فى ذلك كما يقول الدكتور السهنورى أن ازالة ما وقع مخالفا للالتزام بالامتناع عن عمل أمر لا يخلو من العنف، فلا يصح أن يتولاه الدائن بنفسه قبل أن يستصدر حكما من القاضى.^(١٨) وقد لا يحكم القاضى بالازالة إذا كانت تسبب ارهاقا شديدا للمدين. ويكتفى فى هذه الحالة بالحكم للدائن بتعويض نقدى، الا اذا كان فى عدم التنفيذ العيني ما يلحق بالدائن ضررا جسيما، فيراعى القاضى فى هذه الحالة جانب الدائن ويحكم له بالازالة ولو نشأ عنها ضرر جسيم بالمدين.

(١٧) عبد الرزاق السهنورى، الوجيز، فقرة ٧٩٨، ص ٧٧٩، ويرى الأستاذ السهنورى، أن الفرق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني أن الأول يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الإخلال به، والثاني يكون بعد وقوع الإخلال فإزالة المخالفة هي التعويض العيني، ص ٧٧٩، هامش ٢.

(١٨) السهنورى، المرجع السابق، ص ٧٧٩.

١٢٨- وسائل التنفيذ العيني:

وسائل التنفيذ العيني كثيرة وأولها أن يقوم المدين من تلقاء نفسه بتنفيذ التزامه طوعا واختيارا وهو ما يسمى بالوفاء الذي سندرسه عند دراستنا لاسباب انقضاء الالتزام. وقد يتم التنفيذ العيني بقوة القانون كما سبق أن رأينا في حالة الالتزام بنقل ملكية شئ معين بالذات يملكه الملتزم. وقد يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العيني كما رأينا في حالة الحكم الصادر بصحة التعاقد. وقد يقوم الدائن نفسه بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين في حالة الاستعجال كما سبق أن ذكرنا. ولكن غالبا ما يتم التنفيذ العيني عن طريق استصدار حكم من القضاء يتم تنفيذه بواسطة المحضر الذى يستعين فى ذلك بكل وسائل السلطة العامة فيخرج المدين من المكان الذى يشغله بغير حق، ويسلم الدائن الشئ الذى يرد حقه عليه، ويبيع أموال المدين بالمزاد العلنى استيفاء لحق الدائن... الخ.

ومن وسائل التنفيذ العيني أيضا الاكراه البدنى، والغرامة التهديدية. ونذكر فيما يلى كلمة موجزة عن كل من هذين النظامين.

١٢٩- الأصل هو عدم جواز الاكراه البدنى:

كان جزاء الاخلال بالالتزام فى العصور القديمة، وخاصة فى القانون الرومانى، هو الاكراه البدنى على جسم المدين، فيقتله الدائن أو يسترقه ويبيعه عبدا فى الأسواق أو يحبسه ... الخ. ويرجع هذا الحكم إلى اختلاط القانون المدنى بالقانون الجنائى، واختلاط التعويض المدنى بالعقوبة الجنائية. (١٩) وقد تطورت الأفكار فى العصر الحديث، وأصبح

(١٩) راجع فى تطور التفرقة بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ١٥٩، ص ٢١٥ وما بعدها.

-٢٣٩-

من غير الجائز تنفيذ الالتزام البدني بطريق الاكراه على جسم المدين. لأن الشخص يسأل عن دينه في ماله لا في جسمه، ولأن الاخلال بالالتزام لا يعتبر جريمة تستوجب عقوبة جنائية. ويأخذ القانون المصري بالأفكار الحديثة في عدم جواز تنفيذ الالتزام بطريق الاكراه البدني. فالمدين يسأل عن دينه في ماله لا في جسمه. فإذا أفلس المدين أو أعسر، ضاع حق الدائن ولم يعد في استطاعته أن يفعل للمدين شيئاً. ولكن استثناء على هذا المبدأ فإن الاكراه البدني لازال جائزاً في مصر في حالتين على وجه التحديد:

١- الحالة الأولى خاصة بدين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن، فإذا كان المدين قادراً على الوفاء بأي من هذه الديون وكلفه القاضى بالوفاء ولكنه نكل، فإنه يحبس مدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً إكراهاً له على الوفاء. ويخرج من الحبس إذا دفع ما عليه أو أحضر كفيلًا. (راجع م ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية). (٢٠)

٢- والحالة الثانية خاصة بالمبالغ الناشئة عن الجريمة والمقتضى بها للحكومة في مواجهة مرتكب الجريمة، كالغرامة وغيرها من مصروفات وتعويضات. ويلاحظ أنه بالنسبة للغرامة فإنها تستهلك بمقدار عشرة قروش عن كل يوم يحبس فيه المحكوم عليه بهذه الغرامة (راجع م ٥١١ وما بعدها من قانون الاجراءات الجنائية).

(٢٠) تم إلغاء لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بمقتضى القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، ومع ذلك فلا زالت المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات تقرر أن «كل من صدر عليه حكم واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجته أو أقاربه أو أصهاره أو أجره حضنة أو رضاعة أو مسكن، وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وغرامة لا تتجاوز مائة جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين...». راجع، كتابنا، أحكام الأسرة، ص ٢٩١ وما بعدها.

١٣٠- الغرامة التهديدية (التهديد المالي): (٢١)

إذا كان من غير الجائز بحسب الأصل الاكراه البدنى على جسم المدين، فقد وضع القانون نظاما آخر من شأنه الضغط على ارادة المدين والتأثير فيها بما يحمله على تنفيذ التزامه عينا، وهذا النظام هو التهديد المالى، وهو ما يسميه المشرع فى عبارة فيها بعض التجوز بالغرامة التهديدية. وطبقا لهذا النظام فان القاضى يحكم على المدين بمبلغ معين من التعويض عن كل ساعة أو يوم أو شهر أو أية فترة أخرى من الزمن يتأخر فيها فى تنفيذ التزامه. وتظهر فائدة هذا التهديد المالى فى كل الحالات التى لا يمكن فيها تنفيذ الالتزام بغير تدخل المدين شخصيا. ونظرا لاستحالة الاكراه البدنى عليه فلا تكون هناك وسيلة أخرى مقبولة أفضل من الضغط النفسى على المدين عن طريق تهديده بزيادة المبالغ التى سيحكم بها عليه كلما تأخر فى التنفيذ العينى لالتزامه. وقد نص المشرع على شروط التهديد المالى فى المادة ٢١٣ مدنى التى تقرز أنه « (١) إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم يالزام المدين بهذا التنفيذ، ويدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك. (٢) واذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لاکراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة». ويتضح من هذا النص أنه يشترط للحكم بالتهديد المالى ما يأتى:

(٢١) راجع فى القانون الفرنسى، مارتى وريتر، القانون المدنى، ج٢، ص ٦٨٧ وما بعدها؛ مازو، دروس فى القانون المدنى، فقرة ٩٤٠ وما بعدها، ص ٨٢٤ وما بعدها.

١- أن يظل التنفيذ العيني ممكنا، أما إذا أصبح مستحيلا فلا يكون هناك مجال لمحاولة الضغط على ارادة المدين عن طريق التهديد المالى أو غيره.

٢- أن يكون هذا التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم الا بواسطة المدين أو عن طريق تدخله، أما إذا أمكن الاستغناء عن المدين، فلا تكون هناك حاجة للضغط على ارادته، كما هو الشأن فى كل الحالات التى ينفذ فيها الالتزام من تلقاء نفسه بقوة القانون، أو التى يقوم فيها حكم القاضى مقام العمل الذى التزم به المدين، أو التى يستطيع فيها الدائن تنفيذ الالتزام على نفقة المدين. وعلى عكس ذلك فان التهديد المالى يكون له مجال فى كل الالتزامات بعمل أو الامتناع عن عمل التى لا يمكن فيها الاستغناء عن تدخل المدين، كالتزام أحد الممثلين بالتمثيل فى مسرحية معينة أو بعدم العمل لدى شركة سينمائية معينة، والتزام أحد المحتكرين بتوريد المياه أو الكهرباء أو التليفون ... الخ.

٣- ويشترط كذلك للحكم بالتهديد المالى أن يطلبه الدائن، فلا يجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه. وإن كان بعض الفقه يذهب إلى جواز ذلك. (٢٢)

وأهم خصائص الغرامة التهديدية انها تستحق عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أية فترة زمنية أخرى يتأخر فيها المدين عن التنفيذ العينى. ويؤدى مرور الزمن على هذا النحو إلى تراكم الغرامة المحكوم بها عليه. وهذا ما قد يدفعه إلى المبادرة بالتنفيذ.

(٢٢) عبد الرزاق السنهوري، الوجز، فقرة ٨٠٣، ص ٧٨٤، هامش ١؛ سليمان مرقس، القانون المدني، ج ٢، فقرة ٦٠٨، ص ٥٩٣.

-٢٤٢-

وبلاحظ أن اصطلاح الغرامة فيه بعض التجوز لأن الأمر لا يتعلق بعقوبة جنائية بينما الغرامة من اصطلاحات القانون الجنائي.

وبلاحظ كذلك أن الغرامة المالية ليست تعويضا يحكم به للدائن في مواجهة المدين. لأن التعويض يستحق عن ضرر محقق، أما الغرامة فإن القاضى يحكم بها بغض النظر عن أى ضرر أصاب الدائن وكوسيلة فقط للتأثير على ارادة المدين.

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز تنفيذ الحكم الصادر بالغرامة فهو حكم وقتى تهديدى يعاد النظر فيه فيما بعد على ضوء الموقف الذى اتخذته المدين من التهديد الذى وجهه اليه القاضى.

ويتفق مع هذه الأحكام انه يجوز للقاضى أن يزيد فى مبلغ الغرامة كلما رأى داعيا لذلك، ولا ضرر من الزيادة طالما أنه سيعاد تقدير التعويض النهائى فى آخر الأمر. (٢٣)

١٣١- تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائى:

تنص المادة ٢١٤ مدنى على أنه «إذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعيًا فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين». ويصدر الحكم الوارد فى هذا النص عن الطبيعة الوقتية لحكم الغرامة التهديدية باعتباره وسيلة للضغط على ارادة المدين. وهى وسيلة إما أن تؤدى إلى الغرض منها فيمثل المدين للتهديد ويقوم بالتنفيذ،

(٢٣) ويملك القاضى سلطة تقديرية فى الحكم بالغرامة التهديدية أو عدم الحكم بها. ولا يخضع حكمه لرقابة محكمة النقض.

وأما أن يستمر الدائن فى عناده فتكشف وسيلة التهديد عن قصورها. وفى الحالتين لا يكون هناك محل فى الاستمرار فى تهديد المدين، بل يجب وضع تقييم نهائى للموقف عن طريق الحكم على المدين بالتعويض بسبب تأخره فى التنفيذ أو امتناعه عن التنفيذ أصلاً.

ويقدر التعويض النهائى طبقاً للقاعدة العامة فى التعويض وهى أنه يحسب على أساس ما أصاب الدائن من خسارة وما فاتته من كسب. ولكن يضاف إلى هذه القاعدة فكرة أخرى هى مقدار العنت الذى بدا من المدين فى إصراره على عدم التنفيذ رغم التهديد المالى الموجه إليه. فإذا كان هذا العنت كبيراً جاز للقاضى أن يعتبر كل الغرامة التهديدية المحكوم بها بمثابة تعويض نهائى يستحقه الدائن فى مواجهة المدين. وعلى العكس إذا امتثل المدين للتهديد وقام بالتنفيذ فى فترة معقولة، فإن القاضى يلغى حكم الغرامة ولا يلزم المدين إلا بالتعويض العادى المقابل للضرر الحقيقى الذى أصاب الدائن. (٢٤)

وأياً كان مبلغ التعويض الذى يحكم به القاضى فإن هذا الحكم يعتبر حكماً صادراً فى الموضوع ويجوز تنفيذه بوسائل القهر. أما الغرامة التهديدية فإنها تصفى وتعتبر كأن لم تكن بعد أن حل محلها الحكم النهائى بالتعويض.

ولكن من الواجب حتى يؤدى نظام التهديد المالى الغاية منه، ألا يبالغ القضاء فى الالتجاء إلى هذه الوسيلة، وأن يراعى الاعتدال كذلك فى الغرامة المحكوم بها.

(٢٤) سليمان مرقس، فقرة ٦١٠، ص ٥٩٤: الشهورى، الوجيز، فقرة ٨٠٧، ص ٧٨٧.

الفصل الثاني التنفيذ بطريق التعويض

١٣٢- حالات التنفيذ بطريق التعويض وأنواعه:

التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض هو بديل عن التنفيذ العيني. ولذلك فإن حالات التنفيذ بطريق التعويض هي تلك التي لا تتوافر فيها شروط التنفيذ العيني. ويكون ذلك عندما يصبح التنفيذ العيني مستحيلاً، أو عندما يطلب الدائن التنفيذ بطريق التعويض ولا يعرض المدين التنفيذ العيني، أو عندما يكون في التنفيذ العيني أرهاق شديد للمدين بينما التنفيذ بطريق التعويض لا يسبب ضرراً كبيراً للدائن. وقد سبق بيان ذلك.

أما أنواع التنفيذ بطريق التعويض فهي تختلف بحسب الطريقة التي يتم بها تقدير التعويض. وهناك ثلاثة طرق لتقدير التعويض، الأول هو الطريق القضائي عندما يلجأ الدائن إلى القضاء للحكم له بالتعويض في مواجهة المدين. والثاني هو الطريق الاتفاقي عندما يتفق المتعاقدان مقدماً على مقدار التعويض وهو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي.^(٢٥) والثالث هو الطريق القانوني عندما يتكفل القانون بتقدير التعويض كما هو الشأن في تحديد سعر الفائدة، وهو ما يسمى بالتعويض القانوني. وندرس فيما يلي في ثلاثة مباحث متتالية التعويض القضائي والتعويض الاتفاقي والتعويض القانوني.

(٢٥) راجع كتابنا، مصادر الالتزام، فترة ٢٩٦، ص ٤٧٢ وما بعدها.

المبحث الأول

التعويض القضائي

يشترط لاستحقاق التعويض القضائي أن يقوم الدائن باعذار المدين، وأن يرفع بعد ذلك دعوى فى مواجهته أمام القضاء، حيث يتولى القاضى تقدير التعويض والحكم به.

١٣٣ - الاعذار:

الاعذار كما سبق أن رأينا شرط من شروط التنفيذ العيني. (٢٦) وهو كذلك شرط من شروط التعويض القضائي. وسنرى أيضا أنه شرط لاستحقاق التعويض الاتفاقى. والحكمة من اشتراط الاعذار هى التأكد من تصميم الدائن على استيفاء حقه فى مواجهة المدين. وقد نص المشرع على مبدأ ضرورة الاعذار فى المادة ٢١٨ التى تقرر أنه «لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين، ما لم ينص على غير ذلك».

وقد نص المشرع على الشكل الذى يتم به الاعذار فى المادة ٢١٩ التى تقرر أنه «يكون اعذار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى اجراء آخر». ويتضح من هذا النص أن الوسيلة الأولى للاعذار هى الانذار. والانذار ورقة رسمية من أوراق المحضرين يقوم فيها الدائن بتكليف المدين بالوفاء ويضعه بذلك موضع التأخر فى التنفيذ. ويقوم مقام الانذار أية ورقة رسمية أخرى

(٢٦) راجع ما سبق، فقرة ١٢٢.

يظهر منها بوضوح رغبة الدائن أن ينفذ المدين التزامه كصحيفة الدعوى أو محضر الحجز الذى يسبق التنفيذ... الخ.

وبلاحظ أن النص السابق ذكره يشير إلى امكان الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات، ولكن ذلك لم يعد جائزا فى الوقت الحاضر بعد الغاء النصوص المشار اليها فى قانون المرافعات. ومع ذلك فلا يشترط فى العلاقات التجارية الاعذار بطريق رسمى، بل يكفى أن يتم الاعذار بأى شكل ولو كان ذلك بخطاب عادى أو بمجرد اخطار شفوى. وذلك تمشيا مع فكرة السرعة فى المعاملات التجارية. (٢٧) ومن ناحية أخرى فمن الجائز أن يتم الاتفاق مقدما بين الدائن والمدين على أن يكون الاعذار فى شكل غير رسمى كخطاب مسجل أو خطاب عادى. بل يجوز الاتفاق على اعتبار المدين معذرا بمجرد حلول الأجل ودون حاجة إلى أى اجراء من جانب الدائن.

ومن ناحية أخرى فهناك حالات لا يشترط فيها الاعذار وهذه الحالات هى:

١- اذا اتفق المتعاقدان على عدم ضرورة الاعذار سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا. ويترتب على هذا الاتفاق أن المدين يعتبر معذرا بمجرد حلول أجل الوفاء بالمدين (م ٢١٩).

٢- اذا نص القانون على عدم ضرورة الاعذار. وتوجد بعض النصوص القانونية المتفرقة فى هذا المعنى (راجع م ٢/٧٠٦ مدنى، و ٧١٠ مدنى فى عقد الوكالة).

٣- إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، كما لو كان التزام المدين هو الامتناع عن القيام بعمل، فقام بالعمل المطلوب عدم القيام به (م. ١٢٢٠).

٤- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع، كمن يصيب غيره بخطئه في حادث سيارة، فلا حاجة للمصاب في أن يعذر المخطئ بدفع التعويض المستحق له (م. ٢٢٠ ب).

٥- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك (م. ٢٢٠ ج).

٦- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه.

في كل الحالات السابقة فإن المدين يعتبر معذرا بمجرد استحقاق الدين ودون حاجة إلى أي إجراء آخر، وذلك بحسب الاتفاق أو نص القانون أو طبيعة الأشياء.

ويلاحظ أن الأثر الهام للاعذار هو استحقاق التعويض في مواجهة المدين، ويشمل ذلك التعويض عن عدم التنفيذ، وكذلك التعويض عن التأخر في التنفيذ محسوبا من وقت الاعذار. (٢٨)

١٣٤- تقدير التعويض بواسطة القاضي:

التعويض القضائي كما يدل عليه اسمه يتم تقديره بواسطة القاضي، وهو يسترشد في ذلك بقاعدة موضوعية نص عليها المشرع في المادة ١/٢٢١ مدني التي تقرر أنه «إذا لم يكن التعويض مقدرا في

العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول». ويتضح من هذا النص أن عناصر التعويض التى يبنى عليها القاضى تقديره هى ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب. فالتعويض يكون بقدر الضرر. والضرر الذى يصيب الدائن من عدم التنفيذ إما أن يكون خسارة لحقته أو كسب فات عليه، أو هذين العنصرين معا. ومن الامثلة على ذلك أن يرفض ممثل احياء حفلة تمثيلية التزم باحيائها قبل صاحب المسرح. فيكون الضرر الذى لحق هذا الأخير هو ما لحقه من خسارة تتمثل فى نفقات اعداد الحفل، وما فات عليه من كسب فى صورة ربح كان سيعود عليه من احياء هذه الحفلة.

ولكن فى جميع الأحوال فان الدائن لا يستحق تعويضا الا عن الضرر المباشر فقط، وهو الذى يمكن اعتباره نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فيه. وقد سبق أن درسنا هذه المسألة من قبل.^(٢٩)

ومن ناحية أخرى فان التعويض لا يستحق أصلا اذا أثبت المدين أن تنفيذا الالتزام أصبح مستحيلا لسبب أجنبى لا يد له فيه (م ٢١٥ مدنى)،^(٣٠) فهو بهذا ينفى مسئوليته، والتعويض ما هو الا عنصر المسئولية فى الالتزام.

(٢٩) راجع كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ١٤٠، ص ١٨٢ وما بعدها.

(٣٠) راجع كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ١٤١، ص ١٨٤ وما بعدها.

المبحث الثاني التعويض الاتفاقي، الشرط الجزائي،

١٣٥- تعريف الشرط الجزائي:

الشرط الجزائي ليس فيه فكرة الجزاء أو العقوبة على النحو الذي قد يوحي به اسمه. ولكنه اتفاق مسبق بين المتعاقدين على تقدير قيمة التعويض في حالة اخلال المدين بالتزامه العقدي. وهذا الاتفاق قد يوضع كشرط في العقد، أو يتم اقراره في وقت لاحق على ابرام العقد وقبل تنفيذه. وهو في جميع الأحوال لا ينشئ التزاما جديدا على عاتق المدين ولكنه مجرد وسيلة لتقدير التعويض الذي يستحقه الدائن عند اخلال المدين بالالتزام بالعقد، أو هو وسيلة اتفاقية لتحديد الطريقة التي يمكن بها تحريك عنصر المسؤولية في التزام المدين. ولذلك فان الشرط الجزائي يتبع التزام المدين ويظل محكوما بشروط هذا الالتزام وآثاره. وقد نص المشرع على جواز الشرط الجزائي في المادة ٢٢٣ مدني التي تقرر أنه «يجوز للمتعاقدين أن يحددوا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠».

١٣٦- متى يستحق الشرط الجزائي: (٣١)

لا يستحق الشرط الجزائي الا باستحقاق التعويض ذاته، فهو ليس التزاما مستقلا، ولكنه مجرد وسيلة لتقدير التعويض. ولذلك لا يستحق الشرط الجزائي الا بتوافر عناصر المسؤولية في مواجهة المدين وهي الخطأ

(٣١) راجع كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٢٩٦، ص ٤٧٢ وما بعدها.

والضرر وعلاقة السببية. ويشترط كذلك لاستحقاقه أن يقوم الدائن
باعذار المدين، الا في الحالات التي لا يشترط فيها الاعذار على النحو
السابق ذكره.

وليس في الأحكام السابق ذكرها ما يستحق التعليق الا الشرط
الخاص بتوافر الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي. لأنه توجد شبهة في
الواقع في أن الشرط الجزائي يستحق حتى ولو لم يلحق الدائن أى ضرر
من عدم التنفيذ، على أساس أن المتعاقدين باتفاقهما على شرط جزائي
قد اتفقا على أن الدائن يلحقه دائما ضرر من عدم التنفيذ وقاما في نفس
الوقت بتقدير قيمة الضرر. وهذا الرأي هو الذى يأخذ به القانون المدنى
الفرنسى فى المادة ١١٥٢ منه التى تقرر أن عدم التنفيذ يستوجب دفع
المبلغ المتفق عليه بغير زيادة أو نقص^(٣٢) ولكن القانون المدنى المصرى
الجديد قرر عكس هذا الحكم فى المادة ١/٢٢٤ التى تنص على أنه «لا
يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى
ضرر».

وقد يقال ما هى فائدة الشرط الجزائي بالنسبة للدائن إذا كان لا
يستحق فى حالة عدم وجود أى ضرر يلحقه. والرد على ذلك هو أن
الشرط الجزائي يقلب عبء الاثبات. فبغير الشرط الجزائي يكون على
الدائن أن يثبت مقدار الضرر الذى لحقه، أما مع وجود الشرط الجزائي
فإن الضرر يكون مفترضا وينتقل إلى المدين عبء اثبات انعدام الضرر

(٣٢) ولكن المشرع الفرنسى المحدث أصدر قانون ٩ يوليو ١٩٧٥، بتعديل نصوص التثمين
المدنى فى هذا الشأن. وأصبح من الجائز للقاضي أن يعدل الشرط الجزائي بما يتفق مع الضرر
الذى أصاب الدائن.

حتى لا يلتزم بدفع التعويض. ومن الناحية العملية فإن نقل عبء
الاثبات مسألة غاية في الأهمية.

١٣٧- آثار الشرط الجزائي:

تحدد آثار الشرط الجزائي على ضوء الفكرة الأساسية التي يقوم
عليها وهي أنه وسيلة اتفاقية لتحديد التعويض، ولذلك فهو لا يتخطى
في آثاره الغاية منه وهي تعويض الضرر الذي أصاب الدائن من عدم
التنفيذ. وقد نص المشرع على هذه الآثار في المادتين ٢٢٤، ٢٢٥ مدني
وتتلخص أحكامهما فيما يلي:

١- لا يستحق التعويض الاتفاقى أصلاً إذا أثبت المدين أن الدائن
لم يلحقه أى ضرر وقد سبق بيان ذلك.

٢- يجوز للقاضي أن يخفف الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن
التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ
في جزء منه. وهذا الحكم نتيجة طبيعية للحكم السابق لأنه إذا كان من
الجائز عدم استحقاق الشرط الجزائي أصلاً، فيكون من الجائز من باب
أولى تخفيض هذا الشرط بحسب مقدار الضرر. وهنا أيضاً تتمثل فائدة
الشرط الجزائي في نقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين الذي يصبح
ملتزماً بدفع التعويض المتفق عليه كله ما لم يثبت أن الضرر الذي أصاب
الدائن أقل من هذا التعويض. ومن الأمثلة على ذلك أن يتفق ماقول على
اقامة بناء لرب العمل في أجل محدد مع التزامه بدفع مائه جنيه عن كل
يوم تأخير. فإذا تأخر الماقول في تسليم البناء فإنه يلتزم بدفع التعويض
الاتفاقي ما لم يثبت أن الضرر الذي يلحق الدائن أقل من مائة جنيه

اليوم كأن يكون عائد هذا البناء لا يتجاوز عشرة جنيهات في اليوم. ففي هذه الحالة لا يلتزم المفاوض الا بدفع مبلغ العشرة جنيهات المذكورة بغض النظر عن الشرط الجزائي. (٣٣)

٣- ويجوز من ناحية أخرى أن يطالب الدائن بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقي اذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما. وأن الضرر جاوز التعويض المتفق عليه. فاذا جاوز الضرر التعويض الاتفاقي فان الشرط الجزائي يعتبر بمثابة اتفاق على تخفيف المسؤولية وهذا جائز. ولكن اذا ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما، فان شرط تخفيف المسؤولية يكون باطلا ويرجع إلى الأصل وهو أن يكون التعويض بقدر الضرر.

والخلاصة أن الشرط الجزائي لا ينشئ التزاما جديدا، ولكنه فقط وسيلة لتقدير التعويض، وتظهر أهم آثاره في نقل عبء الاثبات، ولكنه يظل دائما متحكوما بالفكرة الأساسية في أن التعويض يقدر بالضرر. (٣٤)

(٣٣) وجدير بالذكر أن تعديل القاضي للشرط الجزائي يؤدي إلى نشأة التزام قضائي جديد محل محل الالتزام العقدي، ويكون حكم القاضي مجددا، ومنشأ ومصدرا للالتزام.

(٣٤) كان القانون المدني القديم ينص على أنه «إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحا به في العقد أو في القانون فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر منه. ولكن القضاة كان يهتدون هذا النص ولا يحكم به».

- ٢٥٤ -

المبحث الثالث التعويض القانوني (الفوائد)

١٣٨- أنواع الفوائد:

إذا استحققت الفائدة كتعويض عن استغلال رأس المال كالمقترض يلتزم بدفع فائدة للمقترض عن مدة القرض فانها تكون فائدة تعويضية. والفائدة التعويضية دائما فائدة اتفاقية. أما إذا استحققت الفائدة كتعويض عن التأخير في الوفاء بالتزام نقدي فانها تكون فائدة تأخيرية، وهذه اما أن تكون اتفاقية تقرر بمقتضى العقد، أو قانونية استحققت بمقتضى القانون عند توافر شروط معينة. وفوائد التأخير القانونية هي تعويض قانوني عن الضرر الذي يصيب الدائن من حرمانه من الاستفادة بحقه في فترة التأخير. (٣٥)

١٣٩- شروط فوائد التأخير القانونية:

تنص المادة ٢٢٦ مدني على أنه «إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره».

(٣٥) مارتى وريتر، القانون المدني، ج٢، ٢١٠ وما بعدها؛ سليمان مرقس، ج٢، ٢٢٢، ٢٢٣ وما بعدها.

ويتضح من هذا النص أن شروط استحقاق فوائد التأخير القانونية

هى:

١- أن يتعلق الأمر بالتزام محله مبلغ من النقود، فالفائدة تعريض خاص بالتزامات النقدية.

٢- أن يكون مبلغ الالتزام معلوم المقدار بوجه كاف وقت المطالبة به أمام القضاء. ويعنى ذلك أن تكون أسس تحديد هذا المبلغ ثابتة بما لا يدع مجالاً واسعاً للقاضى فى تقدير المبلغ المستحق. فدين الثمن فى عقد البيع معلوم بقدر كاف ومن ثم تستحق عنه فوائد التأخير من وقت المطالبة به، أما دين التعويض عن حادث سيارة فهو لا يصبح معلوماً بوجه كاف إلا بعد صدور الحكم به ومن ثم فلا يستحق عنه فوائد التأخير إلا بعد صدور الحكم وليس من وقت المطالبة به. (٣٦)

٣- أن يتأخر المدين فى الوفاء بالتزامه. واستحقاق الفوائد عن تأخر المدين هو الذى يحدد صفة هذه الفوائد باعتبارها فوائد تأخير. وفى نفس الوقت فإن تأخر المدين فى الوفاء يتحقق معه خطأ المدين. والخطأ شرط لمسئولية المدين والتزامه بالتعويض فى مواجهة الدائن. وما الفائدة إلا التعويض الذى قرره القانون للدائن فى هذا النوع من المسئولية.

٤- لم يشترط القانون بجانب الخطأ الذى يتمثل فى التأخر فى الوفاء، توافر شروط المسئولية الأخرى وهى الضرر وعلاقة السببية.

(٣٦) ومع ذلك فإن الحكم بالتعويض فى المسئولية التقصيرية لا ينشئ التزاماً جديداً مصدره الحكم كما تذهب إلى ذلك محكمة النقض الفرنسية، راجع كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٢٦٣، ص ٣٩١ وما بعدها.

وتعبير أدق فإن المشرع افترض وجود الضرر وعلاقة السببية بمقتضى قرينة لا تقبل اثبات العكس. وأساس هذه القرينة هي الفكرة المنطقية التي مؤداها أن كل شخص يحرم من النقود المستحقة له يصيبه من ذلك ضرر مؤكد لأن النقود يمكن دائما استغلالها، والحرمان منها هو حرمان من فرصة الاستغلال المذكورة. وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ٢٢٨ مدنى التى تقرر أنه «لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير». (٣٧)

٥- يجب بجانب تأخر المدين فى الوفاء، أن يقوم الدائن باعذاره. ولم يكتف المشرع بأن يتم الاعذار عن طريق الانذار أو غيره من الأشكال الرسمية، بل اشترط أكثر من ذلك أن يتم الاعذار فى صورة مطالبة قضائية برفع الدعوى على المدين. ففوائد التأخير لا تستحق الا من وقت المطالبة القضائية كقاعدة عامة. ومع ذلك فترد على هذه القاعدة بعض الاستثناءات وأهمها أن يتفق المتعاقدان على استحقاق فوائد التأخير من أى وقت آخر سابق على المطالبة القضائية، كوقت الاعذار بطريق الانذار أو حتى بمجرد حلول الأجل. وكذلك قد ينص المشرع على استحقاق فوائد التأخير فى وقت سابق على المطالبة القضائية، كنص المادة ٧١٠ مدنى على التزام الموكل بدفع فوائد التأخير عن المبالغ التى أنفقها الوكيل لحسابه من وقت الاتفاق.

فاذا توافرت هذه الشروط بأن كان محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار، وتأخر المدين فى الوفاء به، فإن الدائن يستحق قبله فوائد تأخير قانونية من وقت المطالبة القضائية بالسعر الذى حدده القانون.

(٣٧) راجع فى عبء اثبات الضرر، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ١٣٧، ص ١٧٨ وما بعدها.

١٤٠- سعر فوائد التأخير القانونية :

بحسب نص المادة ٢٢٦ مدنى السابق ذكرها فان سعر فوائد التأخير القانونية التى يستحقها الدائن من وقت المطالبة القضائية هو ٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية. ويعتد فى تحديد صفة الدين بشخص المدين لا بشخص الدائن. فاذا كان المدين تاجرا أو كان الدين مترتبا على عملية تجارية قام بها المدين فانه يعتبر تجاريا ويستحق فائدة سعرها ٥٪ أما اذا لم يكن المدين تاجرا أو لم يكن مترتبا على عملية تجارية قام بها المدين فان الدين يعتبر مدنيا ويستحق فائدة سعرها ٤٪ حتى ولو كان الدائن تاجرا أو كانت العملية تجارية بالنسبة له. (٢٨)

١٤١- سعر الفائدة الاتفاقية :

من المقرر أن السعر القانونى للفوائد التأخيرية لا يسرى الا اذا لم يوجد اتفاق بين أطراف النزاع على تحديد سعر آخر للفائدة، فاذا وجد اتفاق من هذا القبيل فهو الذى يسرى. وفى هذه الحالة تكون فوائد التأخير اتفاقية وليست قانونية. ومن ناحية أخرى فان الفوائد قد تشترط فى غير حالات التأخير كتعويض عن استغلال رأس المال، وتسمى فى هذه الحالة الفوائد التعويضية كما سبق القول. وهذا النوع من الفوائد يكون دائما اتفاقيا.

وعلى هذا النحو فان الفوائد الاتفاقية اما أن تكون فوائد تأخيرية أو فوائد تعويضية. وفى الحالتين فان سعر الفائدة يتحدد على أساس

(٢٨) عبد الرزاق السنهوري، الرجز، فقرة ٨٢٥، ص ٨٢٣.

اتفاق المتعاقدين. ومن المتصور أن يكون أقل أو أكثر من سعر فوائد التأخير القانونية. ولكن المشرع وضع حدا أقصى لسعر الفائدة الاتفاقية هو ٧٪ بحيث إذا زاد السعر المتفق عليه عن هذا القدر فانه ينقص إلى ٧٪. وقد جاء هذا الحكم في المادة ٢٢٧ مدنى التى تقرر أنه « (١) يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة. فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر. (٢) وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها، اشترطها الدائن إذا زادت هى 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». وأهم ما يلاحظ على هذا النص:

١- الحد الأقصى لسعر الفائدة يتعلق بالنظام العام فلا تجوز مجاوزته.

٢- مجاوزة الحد الأقصى لسعر الفائدة لا يؤدي إلى ابطال العقد فى مجموعه، ولكن تخفض الفائدة المرتفعة إلى الحد الأقصى، ويظل العقد بعد ذلك قائما. (٣٩)

٣- القانون يحارب الفائدة الباهظة سواء ظهرت سافرة تحت اسم الفائدة، أو كانت مستترة تحت اسم آخر فى صورة منفعة من أى نوع كان يلتزم بها المدين فى مواجهة الدائن.

(٣٩) ويعتبر هذا الحكم من تطبيقات نظرية انتقاص العقد المنصوص عليها فى المادة ١٤٣ من القانون المدنى. راجع كتابنا، مصادر الالتزام فقرة ٨٢ ص ٩٣ وما بعدها.

١٤٢ - جواز تخفيض سعر الفائدة:

إذا تحدد سعر الفائدة قانوناً أو اتفاقاً فإنه يكون واجب الدفع على المدين. ومع ذلك فقد أجاز المشرع في أربع حالات استثنائية تخفيض السعر المقرر للفائدة. وندرس هذه الحالات فيما يلي:

١- الحالة الأولى: وتحقق هذه الحالة إذا تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النزاع. وقد جاء هذا الحكم في المادة ٢٢٩ التي تنص على أنه «إذا تسبب الدائن، بسوء نية، وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض الفوائد القانونية كانت أو اتفاقية أو لا يقضى بها إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع دون مبرر». ويفترض في تطبيق هذا النص أن الدين استحق الإداء وتأخر المدين في الوفاء به فاستحق عليه فوائد تأخير بالسعر المتفق عليه أو بالسعر القانوني في حالة عدم الاتفاق. ولكن بجانب خطأ المدين، فإن الدائن أخطأ أيضاً في إطالة أمد النزاع بسوء نية هادفاً من ذلك تراكم الفوائد على المدين. ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض الفائدة أو ألا يقضى بها إطلاقاً عن المدة التي طال فيها أمد النزاع وذلك بقدر التعسف الذي أظهره الدائن في إطالة أمد النزاع دون مبرر.^(١)

٢- الحالة الثانية: وتحقق هذه الحالة إذا زاد مجموع الفوائد على رأس المال. وقد جاء هذا الحكم في المادة ٢٣٢ مدني التي تقرر أنه «لا يجوز نقاضى فوائد على متجمد الفوائد، ولا يجوز في أية حال أن يكون

(١) رجع على المدين عبء اثبات سوء نية الدائن، سليمان مرقس، ج ٢، فقرة ٦٥٠، ص ٦٢٨.
عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ٨٣٩، ص ٨٢٨.

مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون
اخلال بالقواعد والعادات التجارية».

ويعبر هذا الحكم عن كراهية المشرع المصرى للربا، فهو قد أجاز
الفائدة ولكن فى حدود لا يصح تجاوزها. وطبقا لهذا الحكم فان الفوائد
التي يستحقها الدائن عن الدين لا يجوز أن تزيد فى مجموعها عن
مقدار الدين ذاته مهما طالّت المدة التي استحققت عنها هذه الفائدة. ولكن
المشرع يستثنى من هذا الحكم الحالات التي تجبىز فيها المعاملات
التجارية زيادة مجموع الفوائد على رأس المال. ومن هذا القبيل الدين
الناشئ عن الحساب الجارى فى البنوك. بل ان محكمة النقض المصرية
ذهبت إلى أن كل القروض التي تمنحها البنوك مستثناة من هذا الحكم
بسبب الصعوبة التي يصادفها أى بنك فى الحصول على النقود التي
يمنحها بعد ذلك فى صورة قروض لعملائه. فهو يحصل عادة على هذه
النقود من بنوك أخرى ويعتبر التعامل بين هذه البنوك تعاملات تجارية
بحسب أن يزيد فيه مجموع الفوائد على رأس المال، فيجب تطبيق
نفس الحكم على معاملات البنوك مع الأفراد، حتى ولو كان المدين
المقترض غير تاجر وكان القرض قد تم لأغراض غير تجارية. (٤١)

٣- الحالة الثالثة: وهذه الحالة منصوص عليها فى المادة ٢٣٢
السابق ذكرها وهى خاصة بالفوائد المركبة، وهو ما يعبر عنه بتقاضى
فوائد على متجمد الفوائد. فالقاعدة هى عدم جواز تقاضى الفوائد
المركبة. وكل اتفاق على ذلك لا يعمل به وتخفيض الفائدة المتفق عليها

(٤١) نقض مدني - جلسة ٢٧ يونيو سنة ١٩٦٢ - مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٢٥٥
لسنة ٢٧ ق، ص ١٤، رقم ١٣٢ ص ٩٤٦.

-٢٦٠-

بحيث تسرى فقط على أصل الدين وليس على الفوائد السابق ترتيبها عليه. ولكن يستثنى من هذه القاعدة ما تقضى به العادات التجارية من جواز تقاضى فوائد مركبة عن الدين. فهي كما سبق أن رأينا يجوز أن تزيد على رأس المال، وهي أيضا يجوز أن تكون مركبة يتقاضاها البنك على متجمد الفوائد المستحقة له. (٤٢)

٤- الحالة الرابعة: وهي خاصة ببيع أموال المدين بالمزاد العلني سدادا لدينه. فقد قررت المادة ٢٣٠ مدني عدم سريان الفوائد في مواجهة المدين من وقت رسو المزاد ولو طالت بعد ذلك اجراءات توزيع الثمن على الدائنين. (٤٣) فإذا وجد اتفاق على خلاف ذلك لا يعمل به، وتخفيض الفائدة بحيث لا تزيد عن القدر المستحق وقت رسو المزاد.

١٤٣- جواز الزيادة في سعر الفائدة:

كما أجاز المشرع تخفيض سعر الفائدة في بعض الحالات الاستثنائية. فقد أجاز الزيادة على سعر الفائدة في بعض الحالات الأخرى. وهما حالتان ندرسهما فيما يلي:

١- الحالة الأولى: وهي تتحقق إذا تسبب المدين بسوء نية في أحداث ضرر بجواز الفائدة. وقد نصت على هذا الحكم المادة ٢٣١ مدني التي تقر أنه «يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى

(٤٢) ونظرا لضخامة القروض التي تمنحها البنوك والتي تصل إلى مئات المليارات من الجنيهات، فإن الاستثناء يتجه إلى أن يصبح أكثر تطبيقا من القاعدة ذاتها.

(٤٣) راجع كتابنا في التأمينات العينية، ٢٠٠٠، البيع بالمزاد العلني، فقرة ٦٢ وما بعدها، ص ١٨٨ وما بعدها.

الفوائد، اذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية».

وهذا النص مستمد من الأصل الذى تقوم عليه الفوائد وهى أنها تعويض عن التأخير فى الوفاء بالالتزام. فاذا تبين فى ظروف خاصة أن هذا التعويض لا يكفى لجبر الضرر، فيكون الأجدر الزيادة فى هذه الفوائد بما يؤدى إلى جبر الضرر فعلا، ولكن يشترط لتطبيق هذا الحكم الاستثنائى أن يتوافر شرطان أولهما أن يزيد الضرر عن الفوائد المقررة. ويقع على الدائن عبء اثبات هذه الزيادة. ويكون ذلك مثلا اذا اضطر الكفيل إلى بيع ماله بثمن بخس لوفاء دين المدين مع قدرة المدين على الوفاء بدينه، أو أن يكون الدائن منتظرا استيفاء حقه لابرام صفقة رابحة يدفع فيها الدين الذى يستحقه قبل مدينه، فلا يوفى المدين بدينه وتفتوت على الدائن هذه الصفقة. والشرط الثانى أن يكون المدين سئ النية أى يعلم بالضرر الزائد الذى سيلحق دائته من عدم الوفاء، ويكون قادرا على الوفاء ومع ذلك يتأخر فى القيام بذلك.^(٤٤) فاذا اجتمع الضرر الزائد مع التعسف وسوء النية من جانب المدين، جاز للدائن أن يحصل على تعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد ويحسبه القاضى بقدر الضرر أى بقدر ما لحق الدائن من خسارة أو ما فاتته من كسب.

٢- الحالة الثانية: وهى خاصة بالحساب الجارى. وقد جاء النص عليها فى المادة ٢٣٣ مدنى التى تقرر أن «الفوائد التجارية التى تسرى

(٤٤) قضت محكمة النقض بأن تأخير المدين فى الوفاء بالدين لا يستوجب أكثر من الزامه بالفائدة القانونية، ما لم يثبت الدائن أن هذا التأخير كان بسوء نية المدين وترتب عليه الحاق ضرر استثنائى بالدائن. (تقضى مدني، جلسة ٢٢ يونيو سنة ١٩٦١، مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ١٠٥ لسنة ٢٦ ق - س ١٢، رقم (٨٦)، ص ٥٦١).

على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات، ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى». والحساب الجارى هو أحد عمليات البنوك استثناء المشرع من كل الاحكام المتعلقة باستحقاق الفوائد أو سعرها. (٤٥)

ففيما يتعلق بالاستحقاق فان الفوائد فى الحساب الجارى تسرى من وقت الخصم والاضافة، ولا يشترط لسريانها مطالبة قضائية أو اعذار.

ومن حيث السعر فلا يتحدد الحد الأقصى بخمسة فى المائة فى حالات السعر القانونى أو بسبعة فى المائة فى حالات السعر الاتفاقي، بل يتحدد السعر وفقا للعادات التجارية فى الجهات المختلفة.

ومن ناحية أخرى فمن الجائز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، ومن الجائز أن يزيد مجموع الفوائد على رأس المال، كما سبق القول. وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة التنفيذ بطريق التعويض فى أنواعه الثلاثة، القضائى والاتفاقي والقانونى، وننتقل الآن إلى دراسة ما يكفل تنفيذ الالتزام.

(٤٤) ونظرا لضخامة القروض التي تمنحها البنوك والتي تصل إلى مئات المليارات من الجنيهات، فإن الاستثناء يتجه في التطبيق إلى أن يصبح أعم من القاعدة ذاتها، كما ذكرنا من قبل.

الفصل الثالث

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

١٤٤- فكرة الضمان العام:

وضع المشرع الكثير من النظم القانونية التي من شأنها كفالة حقوق الدائن في مواجهة المدين، بما يمكنه من تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً أو تنفيذاً بمقابل عن طريق التعويض.

وهذه النظم بعضها عام يستفيد منها أى دائن وتدخل تحت فكرة الضمان العام للدائنين، وهى أساسا الدعوى غير المباشرة، والدعوى البولصية، ودعوى الصورية، والحق فى الحبس، ودعوى الاعسار. وبجانب هذه النظم توجد نظم أخرى خاصة لا يستفيد منها الا الدائنين أصحاب الحقوق المفضلة. وهم أصحاب التأمينات الشخصية والعينية. وهى الكفالة والرهن الرسمى والرهن الحيازى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز. وسنكتفى فيما يلى بدراسة موجزة عن وسائل الضمان العام التى يستفيد منها كل دائن، أما نظم الضمان الخاصة فمحلها دراسة متخصصة خارج نطاق نظرية الالتزام.

وفكرة الضمان العام^(١٦) نص عليها المشرع فى المادة ٢٣٤ مدنى التى تقرر أن « (١) أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. (٢)

(١٦) راجع فى فكرة الضمان العام، كتابنا، فى التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ١، ص ٥ وما بعدها.

-٢٦٤-

وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون». وطبقا لهذه الفكرة فان كل أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه. ومقتضى ذلك أنه يجوز للدائن عند التنفيذ بحقه الذي تقرر بحكم قضائي أو أى سند تنفيذي آخر، أن يتخير ما شاء من أموال المدين للتنفيذ عليه. ولو كانت قيمة المال الذي يطلب بيعه بالمزاد العلني أكثر بكثير من قيمة الدين المستحق للدائن، ولا عنت بالمدين في ذلك فالأولى به أن يوفى دينه إذا كان لديه مال ذا قيمة كبيرة.

ولكن حق الدائن في التنفيذ اذا كان يمتد إلى كل الأموال المملوكة للمدين، الا أنه يتقيد في ذلك بأن تكون هذه الأموال مملوكة للمدين وقت التنفيذ. فاذا كان المدين قد تصرف في مال كان يملكه من قبل ولو كان هذا المال موجودا في ذمته وقت نشأة الدين، وكان الدائن قد عوله عليه في منح ائتمانه للمدين، فلا يجوز للدائن أن ينفذ على هذا المال. فالقاعدة أن الدائن العادي لا يجوز له أن يتتبع أموال خرجت من ذمة المدين قبل التنفيذ، فهو لا يملك ما يسمى بالحق في التتبع.^(٤٧) ولهذا السبب فان الدائن قد يتعامل مع مدين موسر وقت نشأة الدين ولكنه يجد هذا المدين معسرا وقت التنفيذ.

ومن ناحية أخرى فاذا كان حق الدائن في الضمان العام يرد على كل أموال المدين، غير أن كل الدائنين متساوون في هذا الضمان بغض النظر عن تاريخ نشأة دين أى واحد منهم. فاذا اعتمد الدائن وقت نشأة الدين على أنه لا يوجد دائن آخر غيره لهذا المدين، فانه قد يفاجأ وقت

(٤٧) راجع الحق في التتبع، كتابنا، التأمينات الشخصية والمعينة، فقرة ٩٣ وما بعدها، ص ٢٤٣ وما بعدها.

التنفيذ بأن المدين قد أنشأ ديونا جديدة على عاتقه وأن دائنين آخرين قد ظهوروا ولم يكن لهم وجود من قبل. وكل هؤلاء الدائنين من نشأ دينه أولا ومن نشأ دينه أخيرا يتساوون عند التنفيذ على أموال المدين. بحيث إذا لم تكف أموال المدين للوفاء بكل ديونه، اقتسم الدائنون حصيلة التنفيذ قسمة غرما أى بقدر نصيب كل منهم فى مجموع الديون.

وهكذا فان الضمان العام رغم ما فيه من امتداد حق الدائن إلى كل أموال المدين، وما فيه من مساواة بين جميع الدائنين، الا أنه ينطوى على سلبية ظاهرة تتمثل فى أن الدائن لا يستطيع أن يعترض على تصرف المدين فى أمواله، ولا يستطيع أن يتتبع أموال المدين بعد خروجها من ذمته، ولا يستطيع منع المدين من انشاء ديون جديدة على عاتقه، ولا يستطيع ادعاء أية أفضلية على الدائنين الذين نشأت حقوقهم بعده. (٤٨)

ولذلك فان الدائن يكون دائما مهددا بخطر اعسار المدين أى زيادة ديونه على حقوقه. وهو خطر لا يستطيع الدائن أن يدفعه الا اذا استعان بوسيلة من وسائل الضمان الخاص وبصفة أساسية التأمينات العينية وهى الرهن بنوعيه والاختصاص والامتياز. أما الدائن العادى فلا يملك أى وسيلة لدفع خطر اعسار المدين الناشئ عن تصرفاته العادية المؤدية إلى انقاص حقوقه أو زيادة التزاماته. لأن الدائن ليس من حقه أن يقيد حرية المدين فى التصرف. فالدين ليس سببا من أسباب الحجر على المدين أو الحد من حريته فى التصرف.

ومع ذلك اذا انطوت تصرفات المدين على اهمال أو غش من جانبه

(٤٨) راجع الحق فى الافضلية. كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٨٧ وما بعدها، ص ٢٢٩ وما بعدها.

فهنا يجوز للدائن أن يتحرك حماية لحقه في الضمان العام. وقد أعطاه المشرع في هذا المجال بعض الوسائل التي نذكرها فيما يلي.

١٤٥- الدعوى غير المباشرة:

إذا أهمل المدين في استعمال حقوقه بما يؤدي إلى اعساره أو الزيادة في اعساره، جاز للدائن أن يستعمل هذه الحقوق باعتباره نائبا قانونيا له، ويؤدي ذلك إلى حفظ هذه الحقوق بما يدعم حق الضمان العام المقرر لكل الدائنين.

وشروط الدعوى غير المباشرة هي: ١- أن يكون للدائن حق ثابت في مواجهة المدين. ولا يشترط أن يكون هذا الحق مستحق الأداء. ٢- ويشترط أن يكون للمدين حق من أي نوع كان كدين في ذمة شخص آخر أو حق عيني على شيء من الأشياء. ٣- ويشترط أن يهمل المدين في المحافظة على هذا الحق بأن يسكت عن مطالبة مدينه بما يؤدي إلى سقوط حقه بالتقادم أو أن يتكاسل في رفع دعوى استحقاق لحماية حق ملكية على شيء ينازعه فيه شخص آخر. ٤- ويشترط أن يؤدي ذلك إلى اعسار المدين أو الزيادة في اعساره. أما إذا كان للمدين مال آخر يكفي للوفاء بكل دينه فلا يجوز لأي دائن من دائنيه أن يتدخل في شئونه. ٥- إذا رفع الدائن الدعوى نيابة عن مدينه عند توافر الشروط السابقة فيجب عليه أن يدخل هذا المدين في الدعوى حتى يصدر الحكم فيها في مواجهته، فإذا لم يفعل ذلك كانت الدعوى غير مقبولة،^(٤٩) ولكن لا يشترط اعذار المدين لاستعمال حقوقه. وأثار الدعوى غير المباشرة هي:

(٤٩) ولا حاجة للدائن أن يدخل الدائنين الآخرين في الدعوى. استئناف مخطوط، ٢٦ مابر

١٩١٥م ٢٧ ص ٣٥١، مشار إليه في السهري، الوجيز، ص ٨٤٦، هامش ١.

١- الدائن لا يعمل لحسابه الشخصي ولكنه يعتبر نائبا عن المدين. والنيابة في هذه الحالة نيابة قاتونية مقررمة بمقتضى القانون فى المادة ٢٣٦ التى تقرر أنه «يعتبر الدائن فى استعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين...». ٢- يترتب على الحكم السابق أن كل فائدة يجنبها الدائن من استعمال حقوق مدينه لا تعود عليه شخصيا، ولكنها تعود إلى المدين نفسه بما يؤدي إلى تدعيم ذمته المالية، وبالتالي تدعيم حق الضمان العام لجميع الدائنين. فتكون الفائدة التى جناها الدائن الذى باشر الاجراءات هى اشتراكه مع سائر الدائنين الآخرين فى ثمرة هذه الاجراءات دون اختصاصه وحده بها. وقد جاء هذا الحكم فى الشرط الثانى من المادة ٢٣٦ «وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضمانا لجميع دائنيه».

١٤٦- الدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات:

يرجع اسم الدعوى البولصية إلى أحد رجال القانون الرومانى (بولص). الذى يقال أنه هو الذى ابتدعها. ويطلق على هذه الدعوى أيضا اسم دعوى عدم نفاذ التصرفات، لأن الهدف منها هو عدم نفاذ التصرف الذى قام به المدين فى مواجهة دائته اذا توافرت شروط معينة. وندرس فيما يلى شروط هذه الدعوى وآثارها.

أ- شروط الدعوى البولصية: سبق أن رأينا أن المدين بحسب الأصل حر فى القيام بأى تصرف يرغب فيه. لأن علاقة الدين لا تؤدى إلى الحجر على ارادته. ومع ذلك فقد أجاز المشرع للدائن أن يعترض على تصرف المدين اذا كان طابعه الغش والتواطؤ بما يؤدي إلى الاضرار بحق الدائن، وهذه الفكرة العامة تتحدد بالشروط الآتية:

١- يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، أى أن يكون أجل الوفاء به قد حل فعلا. ولا يكفى أن يكون موجودا محقق الوجود كما هو الشأن فى الدعوى غير المباشرة السابق دراستها. والسبب فى هذا التشدد هو أن الطعن فى تصرف المدين أشد خطرا من استعمال حقوقه.

٢- ويجب أن يكون التصرف الذى قام به المدين موقرا، أى مؤديا إلى الانتقاص من حقوقه أو الزيادة فى التزاماته. كأن يخرج المدين مالا من ذمته بطريق الهبة أو بطريقة البيع لأنه سيتمكن غالبا من اخفاء ثمن البيع بعيدا عن متناول الدائن. ويصدق نفس الشيء اذا زاد المدين من التزاماته كأن يبرم قرضا جديدا، أو أن يلتزم بضمان مدين آخر بطريق الكفالة.

٣- يجب أن يكون هذا التصرف الموقر مؤديا إلى اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره، أى مؤديا إلى نقص حقوق المدين عن التزاماته بما يحول بينه وبين الوفاء بهذه الالتزامات كاملة. أما اذا لم يكن التصرف مؤديا إلى ذلك، فلا اعتراض عليه ولو كان موقرا للمدين، طالما بقى له مال آخر يكفى للوفاء بكل ديونه. ويقع على الدائن عبء اثبات اعسار المدين. ولكن المشرع خفف عليه فطلب منه أن يثبت فقط الديون التى فى ذمة المدين، فاذا ثبت ذلك قامت قرينة الاعسار. وعلى الدائن اذا أراد أن ينفيها أن يثبت هو أن لديه مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها (م ٢٣٩ مدنى). (٥٠)

(٥٠) ويملك قاضي الموضوع سلطة تقديرية لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض فى القول بأن تصرف المدين هو الذى سبب اعساره أو زاد فى هذا الاعسار. وما اذا كان الاعسار باقيا إلى وقت رفع الدعوى. وان كان لمحكمة النقض أن تتحقق من أن محكمة الموضوع قد تثبتت من هذه الأمور الواقعية. (نقض مدنى، جلسة ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢، مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٢٧ سنة ٢٠ - ق - م - رقم (٨٤) ص ٤٩٦).

٤- يجب أن يكون التصرف المفقور المؤدى إلى اعسار المدين تالياً في الوجود على حق الدائن الذى طعن فيه بعدم النفاذ. أما اذا كان سابقاً على حق الدائن، فلا يستساع من الدائن أن يطعن فيه، لأن المفروض أنه تعامل مع المدين وهو عالم بهذا التصرف فلا يلومن الا نفسه. وهنا أيضاً يتشدد المشرع فى الدعوى البولصية فيضع شرطاً لم يشترطه فى الدعوى غير المباشرة وذلك للفارق فى الخطورة بين الدعويين.

٥- ويشترط أخيراً أن يتطوى التصرف على غش من المدين، وعلى تواطؤ من المتصرف اليه. ويعتبر التصرف منطوياً على غش من المدين، اذا صدر منه وهو عالم أنه معسر، ويعتبر التصرف منطوياً على تواطؤ من المتصرف اليه اذا كان يعلم أن المدين معسر. ويلاحظ أن شرط الغش والتواطؤ، مطلوب فقط فى التصرفات بعوض كالبيع والقرض... الخ،^(٥١) أما اذا تصرف المدين فى ماله بطريق التبرع فلا يشترط لا غش لمدين، ولا تواطؤ المتصرف اليه. (م ٢٣٨ مدنى).

فشروط الدعوى البولصية اذن هى أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، سابقاً فى الوجود على تصرف المدين المظعون فيه، والذى يجب أن يكون مفقراً ومؤدباً إلى اعساره أو الزيادة فى اعساره، ومنطوياً على غش من جانبه وتواطؤ من المتصرف اليه.

ب- آثار الدعوى البولصية: تتلخص آثار الدعوى البولصية فى عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن الذى رفع هذه الدعوى، مع بقاء هذا

(٥١) ويتعلق الأمر هنا أيضاً بمسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض، راجع السنهوري، الرجيز، لفرة ٧٨٢، ص ٨٦٨.

- ٢٧٠ -

التصرف قائما في العلاقة بين المدين والمتصرف اليه. ويستوجب ذلك الملاحظات الآتية:

١- الدائن لا يرفع هذه الدعوى باسم المدين وبالنسبة عنه كما هو الشأن في الدعوى غير المباشرة، ولكنه يرفعها باسمه شخصا ضد المدين وضد الشخص الذي تصرف اليه المدين.

٢- لا يطالب الدائن بإبطال التصرف الذي أبرمه المدين، بل يظل هذا التصرف قائما مادام قد أبرم صحيحا طبقا للتواعد العامة، ولكن الدائن يطالب فقط بعدم نفاذ التصرف في مواجهته. (٥٢)

٣- يترتب على الحكم بعدم النفاذ اعتبار أن افتقار المدين لم يحدث قط، فإذا كان المدين قد باع شيئا يملكه فإن هذا الشيء يعتبر باقيا في ذمته ويجوز للدائن التنفيذ عليه استيفاء لحقه. (٥٣)

٤- ولكن لا تعود الفائدة من الدعوى إلى الدائن الذي رفعها وحده، بل تعود إلى كل دائن آخر غيره طالما كان مستوفيا لشروطها بالنسبة له، أي كان حقه مستحق الأداء وموجودا قبل التصرف المطعون فيه. وهذا ما عبر عنه المشرع في المادة ٢٤٠ مدني بقوله «متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر التصرف اضرارا بهم».

في نسها ما رجع إليها

(٥٢) الدعوى البوليصية ليست دعوى بطلان أو دعوى تعرض. راجع في القانون الفرنسي، مارتى ورونو، ج ٢، فقرة ٧١٤ وما بعدها.

(٥٣) يقول مارتى ورونو في المرجع السابق، أن الدائن رافع الدعوى يتصرف على من اكتسب الملكية من المدين المعسر.

١٤٧- دعوي الصورية:

يحدث كثيرا في العمل أن يبرم تصرف صوري لا وجود له في الواقع. والصورية تحقق للمتعاقدین أغراضا شتى. فالشخص ينقل ملكية شيء مملوك له إلى غيره لابعاد هذا الشيء عن متناول دائنيته، مع احتفاظه في نفس الوقت بملكية هذا الشيء في علاقته بالتصرف إليه، ويكون ذلك بإبرام عقد ظاهر أو صوري يعلنه المتعاقدان للناس ويقران فيه أن ملكية الشيء قد انتقلت بطريق البيع مثلا من أحدهما للآخر.^(٥٤) وفي نفس الوقت يبرم المتعاقدان فيما بينهما عقدا آخر يقران فيه بقاء الملكية وعدم انتقالها ويسمى هذا العقد بالعقد الحقيقي أو العقد المستتر. ويسمى كذلك في لغة المحاكم «ورقة الضد». ويحدث نفس الأمر إذا كان الهدف من نقل الملكية في الظاهر، هو زيادة ملكية المتصرف إليه بما يسمح له بالانضمام إلى عضوية جمعية أو شركة، أو التقدم إلى مصاهرة أسرة تتطلب هذه الملكية. الخ. وفي جميع الأحوال فإنه يوجد دائما في الصورية عقدان، أحدهما ظاهر معلن للناس، وثانيهما حقيقي ومستتر بين المتعاقدين. ويشترط لتحقيق الصورية إبرام العقدین في نفس الوقت، وأن يكون أطراف كل منهما هم نفس الأشخاص.

وحكم القانون في الصورية هو أن العقد النافذ بين المتعاقدين وبالنسبة لورثتهما، هو العقد المستتر، لأنه هو العقد الحقيقي الذي يعبر عن ارادتهما الحقيقية (م ٢٤٥ مدني).

(٥٤) راجع في أن عقد البيع الصوري ولو تم تسجيله لا ينقل الملكية، كتابنا، عقد البيع، فقرة ٤٥، ص ١٩٦ وما بعدها.

أما بالنسبة للغير، وبصفة خاصة دائني كل من المتعاقدين، فقد أجاز لهم المشرع التمسك بالعقد الصوري، وهو العقد الظاهر الذي أعلنه المتعاقدان للناس، إذا المفروض ألا يعلم الغير بالعقد المستتر الذي أخفاه المتعاقدان عن الناس. وعلى هذا النحو إذا باع شخص شيئاً يملكه بعقد صوري واحتفظ بملكيته بعقد حقيقي، فإنه يجوز مع ذلك لدائن المشتري أن يتمسك بالعقد الصوري، أي أن يعتبر أن الملكية قد انتقلت فعلاً إلى مدينه المشتري ومن ثم يجوز له بالتالي أن ينفذ على هذا الشيء وببيعه بالمزاد العلني استيفاءً لحقه. ويشترط لذلك أن يكون دائن المشتري حسن النية لا يعلم أن هذا العقد صوري غير حقيقي، ويفترض في الدائن حسن النية وعلى من يدعى عكس ذلك يقع عبء الإثبات.

ولكن كما يجوز للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر، فيجوز له أيضاً أن يتمسك بالعقد الحقيقي إذا علم بوجوده. بل هو إذا علم بوجوده فلا يجوز له أن يتمسك بغيره. وعلى هذا النحو ففي المثال السابق يجوز لدائن البائع أن يتمسك بالعقد المستتر الحقيقي الذي يمتصه لا وجود لهذا البيع، وبالتالي يجوز لدائن البائع أن ينفذ على الشيء المباع على أساس أنه باق في ذمة مدينه. (٥٥)

ولكن قد يحدث أن تتعارض مصالح ذوي الشأن فيتتمسك بعضهم بالعقد الحقيقي ويتمسك البعض الآخر بالعقد الظاهر، كما لم تمسك دائن البائع بالعقد الحقيقي واعتبر البيع غير قائم والملكية باقية

(٥٥) قضت محكمة النقض بأن «العقد الصوري يعتبر غير موجود ولو سجل». نقض مدني ١٩٤٣/١١/٢٥. مجموعة القواعد التي قدرتها محكمة النقض، ج١، ص ٣٨١. فقرة ٢١٧؛ راجع أحكام النقض الأخرى المشار إليها في كتابنا، عقد البيع، فقرة ٤٥، ص ١٩٦ وما بعدها.

-٢٧٣-

فى ذمة مدينه، وتمسك دائن المشتري بالعقد الظاهر واعتبر أن البيع قائم وأن الملكية انتقلت إلى ذمة مدينه هو. فى هذه الحالة قرر المشرع أن الأفضلية تكون لمن تمسك بالعقد الظاهر (م ٢/٢٤٤ مدنى). وقد أراد المشرع بهذا الحكم أن يحس الأوضاع الظاهرة، وذلك حماية للثقة المشروعة فى المعاملات، لأن من حق الغير اذا كان حسن النية أن يطمئن إلى الظاهر الذى أعلن للناس، ولو تعارض مع وضع حقيقى لم يكن يعلم به.

وهكذا فان الحماية التى أعطاه المشرع للدائن الذى يتمسك بالعقد الحقيقى لا تقوم الا إذا لم تتعارض مع مصلحة دائن آخر حسن النية يتمسك بالعقد الظاهر.

١٤٨- الحق فى الحبس :

الحق فى الحبس وسيلة من وسائل الضمان، وهو يقوم على فكرة مؤداها أنه اذا كان الشخص دائنا ومدينا لغيره فى نفس الوقت فمن الجائز أن يستوفى حقه من دينه، أو أن يمتنع عن الوفاء بدينه إلى أن يستوفى حقه، ويتحقق هذا الحكم فى كثير من الفروض.

فاذا توافرت فى كل من الدينين شروط خاصة، فانهما ينقضيان بقدر الأقل منهما، وهذه هى المقاصة التى سندرسها فيما بعد كسبب من أسباب انقضاء الالتزام.

واذا لم تتوافر شروط المقاصة وكان مصدر كل من الدينين عقدا ملزما للجانبين، فانه يجوز لأى من المتعاقدين أن يتمسك بعدم التنفيذ،

أى يمتنع عن تنفيذ التزاماته إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته أيضا. وقد سبق أن درسنا الدفع بعدم التنفيذ.^(٥٦)

وإذا كان الارتباط بين الالتزامين لم ينشأ عن عقد ملزم للجانبين، فإن تمسك أحد الطرفين بعدم تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، يصدق عليه اصطلاح الحق في الحبس، وهو الاصطلاح الواسع الذى يصدق أيضا على المقاصة وعلى الدفع بعدم التنفيذ. وقد نص المشرع على القاعدة العامة فى الحق فى الحبس فى المادة ٢٤٦ مدنى التى تقر أنه « (١) لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبطة به. أو ما دام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا. (٢) ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزة، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة. فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له، الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع». ويتضح من هذا النص أن أهم تطبيقات الحق فى الحبس يوجد فى حالة حائز الشئ أو محرزة إذا أنفق عليه مصروفات ضرورية لحفظه من الهلاك أو مصروفات نافعة تؤدي إلى الزيادة فى قيمة الشئ. ففى مثل هذه الحالة يوجد ارتباط مادي بين التزام الحائز برد الشئ إلى مالكه، وبين التزام المالك برد هذه المصروفات إلى الحائز الذى أنفقها. فيجوز للحائز استعمالا لحقه فى الحبس أن يمتنع عن رد الشئ إلى أن يستوفى المصروفات التى يستحقها.^(٥٧)

(٥٦) الدفع بعدم التنفيذ تطبيق خاص من تطبيقات الحق فى الحبس لا مجال له إلا فى العديد الملزومة للجانبين، راجع كتابنا فى مصادر الالتزام، فقرة ١٤٨ ص ١٩٨ وما بعدها

(٥٧) ونشهد من ذلك الحائز بحسن نية، بل والغاصب أيضا. راجع كتابنا فى مصادر الالتزام.

ويمتضى حقه فى الحبس، يجوز للحائز أن يمنع الدائنين الآخرين من التنفيذ على الشئ الذى يباشر عليه الحق فى الحبس. ولكن اذا هو أجاز للدائنين التنفيذ على الشئ، فانه لا يصبح متقدما عليهم فى شئ بل يتحول إلى دائن عادى، قد يفضله أى واحد منهم اذا كان له حق ضمان خاص كرهن مثلاً (م ١٤٧/١ مدنى).

ومن ناحية أخرى فان الحق فى الحبس ينقضى اذا خرج الشئ من يد حائزه أو محرزه، لأن هذا الحق يعتمد فى وجوده على وجود الشئ فى يد محرزه وينقضى بالتالى بخروجه من يده (م ٢٤٨/١ مدنى).

ومع ذلك يجوز لحابس الشئ، اذا خرج الشئ من يده خفية أو بالرغم من معارضته، أن يطلب استرداده، اذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج الشئ من يده، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه (م ٢٤٨/٢ مدنى).

والحق فى الحبس، ليس حقاً عينياً كالرهن، ولكنه وسيلة خاصة من وسائل الضمان، أعطاها المشرع لكل دائن متى توافرت شروط الارتباط بين التزامه قبل مدينه، وبين حقه هو قبل نفس المدين، وذلك مراعاة لاعتبارات العدل والمنطق.

١٤٩ - دعوي الاعسار:

إذا أفلس المدين التاجر فانه يشهر افلاسه وتصفى أمواله وتوزع على الدائنين، طبقاً للقواعد المقررة فى القانون التجارى. أما إذا كان المدين غير تاجر فلا يطبق عليه نظام الافلاس التجارى، ولكن ينطبق عليه نظام الاعسار المدنى. ويمتضى هذا النظام يجوز أن يشهر اعسار

المدين اذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه مستحقة الاداء (م ٢٤ مدنى). ويكون شهر الاعسار بحكم تصدره المحكمة، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه. (م ٢٥٠ مدنى). وعلى المحكمة قبل أن تشهر اعسار المدين، أن تراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت به، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة، فتتنظر إلى موارده المستقبلية ومقدرته الشخصية، ومسئوليته التى أدت إلى اعساره، ومصالح دائنيه المشروعة وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المالية. (م ٢٥١ مدنى)، وقد يؤدى هذا البحث إلى عدم الحكم بشهر الاعسار رغم أن أموال المدين لا تكفى لوفاء ديونه مستحقة الاداء.

وأهم أثر يترتب على نظام الاعسار أنه بمجرد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار، لا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين، يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين. (م ٢٥٧ مدنى). وهذا الحكم هو الذى يجعل من دعوى الاعسار وسيلة من وسائل المحافظة على حقوق الدائنين، لأنه اعتباراً من تسجيل صحيفة هذه الدعوى لا يجوز للمدين أن يقوم بأى تصرف يؤدى إلى زيادة اعساره والاضرار بالتالى بحقوق الدائنين السابقين. (٥٨)

ولكن على خلاف الافلاس التجارى فان الاعسار المدنى لا يؤدى إلى غل يد المدين عن ادارة أمواله، بل يظل من حق المدين أن يتصرف

(٤٨) راجع فى المقارنة بين الاعسار المدنى والرهن القضائى المعروف فى القانون الفرنسى . بلانول وبيكيه، ج ١٢، فقرة ٥٦؛ جوسران، ج ٢ فقرة ١٧١٢؛ كولان وكابتان، ج ٢، فقرة ١٧٤١.

- ٢٧٧ -

فى ماله، ولو بغير رضا الدائنين، على أن يكون ذلك بضمن المثل، وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقا لاجراءات التوزيع، أما اذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل، كان التصرف غير سار فى حق الدائنين، الا اذا أودع المشتري فوق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل. فالهدف الأساسى من نظام الاعسار هو حماية حقوق الدائنين، وليس تقييد حرية المدين، فالمدين يحتفظ بحريته فى التصرف بشرط عدم الاضرار بحقوق دائنيه. (راجع م ٢٥٨ مدنى).

وبهذا نكون قد انتهينا من الباب الأول الخاص بآثار الالتزام، بعد أن درسنا فيه التنفيذ العينى والتنفيذ بمقابل بطريق التعويض، وكفالة حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان، وننتقل إلى الباب الثانى لندرس أوصاف الالتزام.

الباب الثاني أوصاف الالتزام

١٥٠ - الالتزام البسيط والالتزام الموصوف: (١)

الالتزام في صورته البسيطة هو علاقة بمقتضاها يلتزم شخص هو المدين بأداء معين ومؤكد وفوري، في مواجهة شخص آخر هو الدائن. ودراستنا السابقة لآثار الالتزام كانت تنصب على هذه الصورة من صور الالتزام. ولكن يحدث كثيرا في العمل أن وصفا يلحق الالتزام في أى عنصر من عناصر التعريف السابق، فينعكس هذا الوصف على الالتزام في مجموعه، ويصبح الالتزام في هذه الحالة موصوفا وليس بسيطا والوصف قد يلحق الالتزام في الرابطة الملزمة ذاتها فيجعل وجودها أو روالها غير محقق الوقوع وهذا هو الشرط، أو يجعل تنفيذه أو انقضاءها متراجيا إلى أجل. وهذا هو الأجل.

والوصف قد يلحق الالتزام في محله فيجعله متعددًا أو بدلًا أو تحبيرًا، فيصبح الالتزام نفسه متعدد المحل أو بدلًا أو تحبيرًا. وأخيرا فإن الوصف قد يلحق الالتزام في طرفيه فيجعل في كل طرف أكثر من شخص واحد. وهذا هو الالتزام المتعدد الأطراف، سواء كان التعدد بغير تضامن أو بطريق التضامن.

ودرس في فصل أول الشرط والأجل، وفي فصل ثان، الالتزام المدلى والتحبير ومتعدد المحل، وفي فصل ثالث تعدد أطراف الالتزام

(١) راجع أوصاف الالتزام في القانون الفرنسي، مارتني وروتر، ج٢، فقرة ٧٢٣ وما بعدها ماريو، دروس في القانون المدني، ص ٨٦٨ وما بعدها؛

الفصل الأول الشرط والأجل

١٥١- مقارنة:

الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوجود، أما الأجل فهو أمر مستقبل محقق الوقوع. والشرط قد يتوقف عليه وجود الالتزام وهو الشرط الواقف، وقد يترتب عليه زوال الالتزام، وهو الشرط الفاسخ. أما الأجل فقد يتوقف عليه تنفيذ الالتزام وهذا هو الأجل الواقف. وقد يترتب عليه انقضاء الالتزام وهذا هو الأجل الفاسخ. وندرس فيما يلي الشرط والأجل في مبحثين متتاليين.

المبحث الأول الشرط

١٥٢- تعريف الشرط ومقوماته:

تنص المادة ٢٦٥ مدني على أنه «يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع». ويتضح من هذا النص أن الشرط هو أمر مستقبل وغير محقق الوقوع. ويضاف إلى هذا التعريف أنه غير مخالف للنظام العام، وأنه عنصر عارض في الالتزام.

١- فأول مقومات الشرط أنه أمر مستقبل. مثال ذلك أن يلتزم شخص في مواجهة شخص آخر باعطائه مكافأة إذا نجح في الامتحان أو إذا فاز في سباق أو إذا تزوج من سيدة معينة.... الخ.

فاذا لم يكن الأمر الذى علق عليه الالتزام مستقبلا بل كان قد حدث فعلا ولو لم يكن يعلم به المتعاقد فان الالتزام يكون منجزا غير معلق على شرط. ويحدث ذلك فى الأمثلة السابقة اذا كان الموعد له قد نجح فى الامتحان أو فاز فى السباق أو تزوج السيدة المذكورة فعلا وقت صدور الوعد اليه. (٢)

٣- وأهم مقومات الشرط انه غير محقق الوقوع، فهو حدث احتمالى متوقف فى تحققه على الصدفة والظروف. ومعنى ذلك أن الشرط غير محقق الوقوع من ناحية، وغير مستحيل من ناحية أخرى. فهو اذا كان محقق الوقوع فانه يكون أجلا وليس شرطا، مثال ذلك تعليق الالتزام على حلول العام الجديد أو على موعد جنى القطن. واذا كان الأمر المستقبل محقق الوقوع ولكنه غير معروف الميعاد، كالموت مثلا، فانه يكون أجلا ولا يعتبر شرطا، لأن الموت محقق الوقوع وان كان غير محدد الميعاد. ولكن قد ينقلب الموت إلى شرط اذا اشترط وقوعه فى فترة محددة. فهو لا يكون محقق الوقوع فى هذه الفترة بالذات ومن ثم يصدق عليه وصف الشرط.

ومن ناحية أخرى فيجب ألا يكون الشرط مستحيل الوقوع استحالة مطلقة سواء كانت هذه الاستحالة مادية كاحياء شخص مات أو الامساك بالشمس... الخ. أو استحالة قانونية كالزواج من سيدة محرم أو كسب طعن فى قضية بعد انقضاء مدته. فالشرط هو أمر محتمل لا هو محقق ولا هو مستحيل. وفى هذا تنص المادة ٢٦٦/١ مدنى «لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط غير ممكن...».

(٢) عبد الرزاق السنهوري، الوجز، فقرة ٩٤٠، ص ٩٤٢؛ سليمان مرقس، ج ٢، فقرة ٧٤٤، ص ٧٣٣.

٣- وما يتصل بفكرة الاحتمال أن يكون الشرط متوقفا على محض ارادة المدين أو ارادة الدائن. فإذا كان الشرط فاسخا فإنه يكون صحيحا اذ من الجائز أن يترك إلى أى من المتعاقدين الحق فى فسخ الالتزام بعد وجوده. أما اذا كان الشرط واقفا فإنه اذا كان معلقا على محض ارادة الدائن فإنه يكون جائزا لأنه من المتصور أن يترك إلى الدائن الحق فى تقاضى الالتزام أو اعفاء المدين منه. (٣) أما اذا كان الشرط الواقف معلقا على محض ارادة المدين، فإن الالتزام لا يقوم، لأنه من غير المتصور أن يوجد التزام له كيان قانونى ويكون وجوده متوقفا على محض ارادة المدين اذا أراد أنشاء واذا لم يشأ لم تقم للالتزام قائمة. بل هو التزام غير منعقد. من الأصل. وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ٢٦٧ مدنى التى تقرر أنه «لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة المدين».

٤- ويجب أن كون الشرط غير مخالف للنظام العام والآداب. وفي هذا تقرر المادة ٢٦٦ مدني « (١) لا يكون الالتزام قائما اذا علق على.... شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا اذا كان الشرط واقفا، أما اذا كان فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم. (٢) ومع ذلك لا يقوم الالتزام اذا علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، اذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام»

وطبقا لهذا النص إذا اتفق مثلا على دفع مبلغ من النقود إذا وقعت
حرمة معينة أو إذا اشتغلت سيدة معينة بالدعارة.. الخ. فإن الشرط

(٣) عبد الرزاق السهري، الوجيز، فقرة ٩٤١، ص ٩٤٤؛ سليمان مرقس، ج ٢، فقرة ٧٤٥، ص ٧٣٥.

يكون باطلا وكذلك العقد الذى تضمنه. أما إذا اتفق على أن الالتزام ينقضى إذا ارتكبت جريمة معينة أو وقع أى أمر آخر مخالف للنظام العام، فإن الشرط نفسه لا يعتد به، ويظل الالتزام قائما إلا إذا كان ارتكاب هذه الجريمة أو وقوع هذا الأمر المخالف للنظام العام أو الآداب هو الباعث الدافع للالتزام ففى هذه الحالة يبطل الالتزام والشرط معا.

٥- ومن مقومات الشرط أخيرا أنه عنصر عارض فى الالتزام، من المتصور أن يقوم الالتزام بدونه. بل أن الأصل هو أن الالتزام بسيط غير معلق على شرط. ولذلك لا يصلح أن يكون شرطا الشئ الذى لا يتصور قيام الالتزام بدونه، فلا يصلح أى ركن من أركان الالتزام شرطا فيه. فمحل الالتزام مثلا وهو ركن من أركانه لا يصلح فى نفس الوقت شرطا يعلق عليه الالتزام. فإذا التزم شخص بأن يدفع لأحد الجراحين مبلغا من النقود إذا أجرى له عملية جراحية، فإن الالتزام فى هذه الحالة لا يكون معلقا على شرط، بل يكون منجزا، لأن قيام الجراح بإجراء العملية هو محل التزام الجراح الذى لا يتصور وجود الالتزام بدونه.

١٥٣- آثار الشرط:

إذا كان الالتزام معلقا على شرط فإن حكمه يختلف فى الفترة السابقة على تحقق هذا الشرط وهى فترة التعليق عن حكمة بعد تحقق الشرط وتدرس هاتين المرحلتين فيما يلى:

أ- الفترة السابقة على تحقق الشرط: وفى هذه الفترة تجب التفرقة بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ.

١- حكم الالتزام قبل تحقق الشرط الواقف: تنص المادة ٢٦٨ على

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

ويتضح من هذا النص أن الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام موجود قبل تحقق الشرط، ولكنه غير بات وغير نافذ، أما كونه موجود فيترتب عليه اعتباره عنصراً إيجابياً في ذمة الدائن يجوز له أن يتصرف فيه إلى الغير كما ينتقل إلى ورثته بالميراث. وكذلك يجوز للدائن أن يتخذ الاجراءات اللازمة للمحافظة على حقه، وهي ما يسمى بالاجراءات التحفظية كوصع الأختام وفرض الحراسة.. الخ.^(١)

ومع ذلك فإن هذا الالتزام لا يكون باتاً قبل تحقق الشرط إذ لا يعرف ما إذا كان الشرط سيتحقق أم لا. ويطرأ على ذلك أن هذا الالتزام يكون غير نافذ أيضاً فلا هو يقبل التنفيذ القهري عن طريق بيع أموال المدين بالمزاد العلني، ولا هو يقبل التنفيذ الاختياري من جانب المدين. وإذا قام المدين بوفائه اختصاراً معتقداً أنه غير معلق على شرط جاز له استرداد ما وفاه طبقاً لقواعد استرداد ما دفع بغير حق.

٢- حكم الالتزام قبل تحقق الشرط الفاسخ: إذا كان الالتزام معلقاً على شرط فاسخ، فإنه يعتبر مع ذلك موجوداً ونافذاً قبل تحقق الشرط. فيجوز للدائن أن يطلب تنفيذه جبراً على المدين. وإذا قام المدين بوفائه التزامه اختصاراً فإنه لا يستطيع استرداد ما وفاه. ومع ذلك فإن الالتزام

(١) نص المادة ١/٧٧٨ مدني، على أنه «... يجوز الكفالة في الدين الشرطي»، راجع كتابنا في التأمينات الشخصية والمبنية، فقرة ٢٢، ص ٤٧ وما بعدها.

مع وجوده ونفاذه يكون مهتدا بالزوال. فهو يزول اذا تحقق الشرط، وفي هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يطالب بتنفيذه اذا لم يكن قد نفذ، ويتعين عليه أن يرد للمدين ما استوفاه منه اذا كان الالتزام قد سبق تنفيذه فعلا.

ب- الفترة التالية على تحقق الشرط أو تخلفه: وتختلف أحكام هذه الفترة أيضا بحسب ما اذا كان الشرط واقفا أو فاسخا.

١- تحقق الشرط الواقف أو تخلفه: اذا تحقق الشرط الواقف فان ذلك يجعل الالتزام باتا نافذا. فيصبح من حق الدائن أن يطالب بتنفيذه جبرا على المدين، كما يصح التنفيذ الاختياري من جانب المدين. وتترتب آثار الالتزام في هذه الحالة من وقت نشأته وليس من وقت تحقق الشرط. (٥) ويعبر عن ذلك بفكرة الأثر الرجعي للشرط. فاذا كان الدائن قد تصرف في حقه قبل تحقق الشرط فان تصرفه يعتبر نافذا من وقت حدوثه وليس من وقت تحقق الشرط، وقد نص المشرع على الأثر الرجعي للشرط، وهو نص ينطبق على الشرط الواقف كما ينطبق على الشرط الفاسخ، في المادة ٢٧٠ التي تقر انه « (١) اذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام، الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله، انما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط. (٢) ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعي، اذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه». ويتضح من هذا النص أن الأصل هو نفاذ الالتزام بأثر رجعي من وقت

(٥) تنص المادة ١٠٤٠ مدني على أنه «يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط». راجع كتابنا في التأمينات الشخصية والمهنية، فقرة ٧٣، ص ١٦٦.

نشأته، ولكن ترد على هذا الأصل بعض الاستثناءات وهي: ١- أن يتفق المتعاقدان على أن يبدأ نفاذ الالتزام من وقت تحقق الشرط ولا يرجع إلى وقت نشأة الالتزام. فالشرط وليد الإرادة ومن ثم يجوز للإرادة أن تتحكم في آثاره. ٢- إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن قبل تحقق الشرط لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، كما لو هلك الشيء محل الالتزام. فإن الالتزام ينقضى في هذه الحالة ولا يكون له أثر لا من وقت نشأته ولا من وقت تحقق الشرط. ٣- إذا كانت طبيعة الالتزام تتنافى مع الأثر الرجعي للشرط.

أما إذا تخلف الشرط الواقف أي تأكد عدم إمكان تحققه فإن الالتزام يعتبر كأن لم يكن ولا يكون له أي أثر منذ نشأته وإذا كان قد نفذ قبل ذلك فيجوز استرداد ما تم الوفاء به بغير حق.

٢- تحقق الشرط الفاسخ أو تخلفه: تنص المادة ٢٦٩ مدني على أنه «يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه، فإذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض. (٢) على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط». وطبقاً لهذا النص فإن تحقق الشرط الفاسخ يترتب عليه زوال الالتزام بأثر رجعي، فيصبح الالتزام كأن لم يكن ويتعين على الدائن إذا كان قد استوفى حقه أن يرد ما استوفاه بعد أن زال هذا الحق. أما إذا أصبح الرد مستحيلاً لسبب هو مسئول عنه فإنه يلتزم بالتعويض. (١) ومع ذلك لا يكون لزوال الالتزام أثر رجعي خلافاً للأصل

(١) سليمان مرقس، ج ٢، فقرة ٧٥٤، ص ٧٤٢؛ عبد الرزاق السنهوري، الوجز، فقرة ٩٥٧.

فى الحالات الاستثنائية السابق ذكرها بصدد الشرط الواقف وهى: ١- اذا اتفق المتعاقدان على أن الالتزام يزول من وقت تحقق الشرط فقط مع الاعتداد بآثاره السابقة. ٢- إذا أصبح إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد مستحيلا لسبب أجنبى لا يد للدائن فيه. فإذا كان البيع معلقا على شرط فاسخ وتسلم المشتري الشئ المبيع، ثم هلك الشئ فى يده لسبب أجنبى كقوة قاهرة، ثم تحقق بعد ذلك الشرط الفاسخ، فانه خلافا للأثر الرجعى لزوال العقد لا يلتزم المشتري برد الشئ الذى هلك أو حتى التعويض عن هلاكه. ٣- إذا كانت طبيعة الالتزام تتنافى مع الأثر الرجعى لزواله، وهو ما يتحقق بصفة خاصة فى عقود المدة، كعقد الإيجار، فإن تحقق الشرط الفاسخ الذى علق عليه العقد، يؤدى إلى انتهائه بالنسبة للمستقبل فقط، دون زواله بالنسبة للماضى، لأنه لا يمكن محو الزمن وما تحقق من تنفيذ العقد. ٤- وأخيرا فإنه لا يترتب على زوال الالتزام بأثر رجعى أن تزول أعمال الإدارة التى قام بها الدائن فى الفترة السابقة على تحقق الشرط، فإذا اشترى شخص عقارا بمقتضى عقد معلق على شرط فاسخ، وقام بتأجير العقار قبل تحقق الشرط، فانه اذا تحقق الشرط بعد ذلك وزال العقد وعاد العقار إلى ملكية البائع، فإن الإيجار الصادر من المشتري فى الفترة السابقة على زوال البيع يظل مع ذلك نافذا، وذلك لعدم خطورة أعمال الإدارة من ناحية وللعمل على استقرار المعاملات من ناحية أخرى. (٧) وننتقل الآن إلى دراسة الأجل.

(٧) راجع فى الرهن الصادر من المالك الذى زالت ملكيته بأثر رجعى، نص المادة ١٠٣٤ مدنى التى تقر بقاء الرهن الصادر من المالك الذى زالت ملكيته بأثر رجعى بشروط خاصة حماية للدائن المرتهن وهو ما يعنى أن المشرع قد حد من الأثر الرجعى لزوال الملكية، راجع كتابنا فى التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٧٧، ص ١٧٨ وما بعدها. ونقرأ فى هذا الكتاب ما بأننى: «إذا راعينا الحماية المقررة فى قانون الشهر العقارى كفت المادة ١٠٣٤ من القانون المدنى عن أن تكون استثناء من القواعد العامة، لتصبح تطبيقا لقاعدة عامة جديدة مقتضاها يحسد المشرع من الأثر الرجعى لزوال الملكية بما لا يؤثر فى حقوق الغير حسن النية».

المبحث الثاني الأجل

١٥٤- تعريف الأجل ومقوماته:

تنص المادة ٢٧١ مدنى على أنه: « (١) يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع. (٢) ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه ».

ويتضح من هذا النص أن الأجل كالشرط هو أمر مستقبل. ولكنه يختلف عنه في صفة جوهرية وهى أنه محقق الوقوع على خلاف الشرط الذى يتميز اساسا بفكرة الاحتمال وعدم اليقين فى شأن وقوعه أو عدم وقوعه.

١- فأول مقومات الأجل أنه أمر مستقبل، وهو عادة يكون ميعادا يحدد للوفاء بالالتزام أو لانتقضائه، كأن يحدد ميعاد للوفاء بمبلغ القرض أو لدفع دين الثمن. والأجل قد يكون محددا باليوم والساعة، وقد يكون محددا بموسم من المواسم كالخصاد أو جنى القطن، أو عودة الحجاج.. الخ. ويجوز كذلك أن يحدد الأجل بموت شخص من الأشخاص.

٢- وأهم مقومات الأجل أنه حدث محقق الوقوع، وهذه هى الصفة الجوهرية فيه التى تميزه عن الشرط كما سبق أن ذكرنا، ولا يشترط أن يكون ميعاد تحقق الأجل معلوما قبل وقوعه كيوم من أيام الشهر والسنة. بل يكفى أن يكون الأمر الذى أضيف اليه الالتزام محقق الوقوع ولو لم يكن تاريخ وقوعه معلوما حتى يعتبر ضربا من الأجل. والمثل

البارز على ذلك هو الموت فهو واقع لا محالة بالنسبة لكل شخص وان كان لا يمكن تحديد ميعاده قبل وقوعه. فاذا التزمت شركة تأمين بدفع مبلغ التأمين عند وفاة المؤمن عليه فان التزامها يكون معلقا على أجل واقف، واذا التزم شخص بدفع ايراد مرتب مدى الحياة لشخص آخر، فان التزام الشخص الأول يكون معلقا على أجل فاسخ هو وفاة الشخص الثاني صاحب الحق في الايراد المرتب مدى الحياة.

٣- ومن مقومات الأجل كذلك، وفي هذا يتفق مع الشرط ومع سائر أوصاف الالتزام، أنه أمر عارض في الالتزام، من المتصور أن يقوم الالتزام بدونه.^(٨) ولذلك لا يجوز اعتبار أى عنصر أساسى فى الالتزام، أجلا له. فالزمن مثلا عنصر أساسى فى عقد الايجار لأن الانتفاع بالشئ المؤجر يتحقق شيئا فشيئا، فهو لا يتصور الا ممتدا فى الزمان، ولذلك لا يتصور عقد الايجار بغير امتداده فى الزمان. وبالتالي فان مدة الانتفاع فى عقد الايجار لا يمكن اعتبارها أجلا للالتزامات الناشئة عن هذا العقد. وذلك على خلاف عقد البيع الذى يعتبر تأجيل دفع الثمن فيه

(٨) والفترة الزمنية لتنفيذ الالتزام، ليست هي الأجل الذي يوصف به الالتزام أحيانا، وانما هي فكرة مستقلة تتصل بطبيعة الالتزام في صورته البسيطة في كثير من الاحيان. فكل التزام بعمل أو بالامتناع عن عمل هو التزام وارد على شئ مستقبل ولا بد فيه من فترة زمنية حتى يمكن تنفيذه. والالتزام باعطاء شئ مستقبل معين بالذات لا بد فيه من فترة زمنية حتى يتحقق الشئ ويمكن تنفيذ الالتزام. أما الاشياء المعينة بنوعها فهي لا يمكن أن توصف بأنها أشياء مستقبلية، فكما أن المثليات لا تهلك أبدا فهي أيضا لا تتحقق في المستقبل أبدا. بل هي موجودة دائما في الحاضر. ومع ذلك فان نقل ملكيتها يحتاج إلى فترة من الزمن للقيام بافرازها. وفي كل هذه الحالات - وهي تشمل الجانب الأكبر من المعاملات - يكون الزمن فيها لازما لتنفيذ الالتزام لزوما مرتبطا بطبيعته البسيطة غير الموصوفة، راجع في هذا الموضوع بحثنا في رهن المال المستقبل، المجلة الفصلية للقانون المدني، باريس، ١٩٧٠، ص ٤٥٥.

أمرا عارضا يجوز أن يكون أو لا يكون. ولذلك فإن تحديد ميعاد لاحق للوفاء بثمن البيع يعتبر أجلا واقفا للالتزام المشتري بدفع الثمن.

١٥٥- أنواع الأجل:

الأجل اما أن يكون واقفا أو فاسخا. والأجل الواقف هو الذى يترتب على حدوثه نفاذ الالتزام. أما الأجل الفاسخ فهو الذى يترتب على حدوثه انقضاء الالتزام. ومن أمثلة الأجل الواقف تحديد ميعاد لدفع ثمن البيع أو لرد مبلغ القرض أو لرد الشئ المستعار أو الشئ المودع.. الخ، ومن أمثلة الأجل الفاسخ انقضاء الالتزام بدفع ايراد مرتب مدى الحياة بوفاة الشخص الذى حددت حياته كنهاية للالتزام بدفع الايراد المرتب. ويعتبر كذلك انتهاء عقد الايجار بانتهاء مدته، وانتهاء عقد العمل بانتهاء مدته. والأجل الفاسخ لا يمكن اعتباره وصفا من أوصاف الالتزام الا على سبيل التجوز، لأنه لا يوجد عادة الا فى العقود الزمنية. والزمن فى هذه العقود عنصر جوهري وليس عنصرا عارضا فيها، ومع ذلك فقد جرى العمل على اعتبار الاجل الفاسخ من أوصاف الالتزام، ويرى الدكتور السنهورى^(٩) أنه لا مانع من اطلاق تعبير «الأجل الفاسخ» على المدة فى العقود الزمنية، فى شئ من التجوز، فان الأحكام لا تتغير سواء اعتبر الأجل الفاسخ فى العقود الزمنية أصلا أو اعتبر وصفا.

١٥٦- مصادر الأجل:

الأجل يلحق الالتزام باتفاق المتعاقدين أو بنص القانون أو بحكم القاضى. والغالب أن يكون الاتفاق هو مصدر الأجل فيتنفق المتعاقدان

(٩) عبد الرزاق السنهوري، الوجز، فقرة ٩٦٤، ص ٩٦٤.

على ميعاد لدفع الثمن أو رد مبلغ القرض أو تسليم الشيء محل العقد... الخ. ولكن من الجائز كذلك أن يتولى القانون تحديد الأجل. ومن هذا القبيل نص المادة ١/٧٤١ مدنى الذى حدد أجل الايراد المرتب مدى الحياة بموت الشخص الذى يتفق على أن يمنح الايراد مدى حياته. ومن هذا القبيل أن يصدر تشريع فى أوقات الأزمات والحروب بتأجيل الديون بالنسبة لبعض الطوائف أو بالنسبة لبعض المناطق بحسب الأحوال. وقد يتحدد الأجل بحكم القاضى، ومن هذا القبيل نظرة المبصرة، وهى أجل قضائى (١٠) نصت عليه المادة ٣٤٦ مدنى التى تقرر أنه « (١) يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً فى ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقتضى بغير ذلك. (٢) 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». ونظرة المبصرة هى أجل واقف، قرره القاضى مراعاة لظروف المدين فى وقت كان الالتزام فيه واجب التنفيذ فوراً، وترتب عليه تأجيل تنفيذ الالتزام. وسندرس نظرة المبصرة عند دراستنا للوفاء بالالتزام.

١٥٧- آثار الأجل الواقف:

فى تحديد آثار الأجل ينبغى التمييز بين مرحلتين، الأولى قبل حلول الأجل والثانية بعد حلوله.

(١٠) الحاق وصف الالتزام بقتضى السلطة التقديرية للقاضى، يؤدى إلى تجديد الالتزام، وانشا التزام جديد مصدره حكم القاضى. راجع كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٢٩٩ صفحة ٤٨٢ وما بعدها.

آثار الأجل الواقف قبل حلوله: تنص المادة ٢٧٤/١ مدني على أنه «إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف، فإنه لا يكون نافذا الا في الوقت الذي ينتضى فيه الأجل، على أنه يجوز للدائن، حتى قبل انقضاء الأجل، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه، وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين اذا خشى افلاس المدين أو اعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول». ويتضح من هذا النص أن الالتزام قبل تحقق الأجل يكون موجودا وباتا ولكنه غير نافذ.

أ- فالالتزام موجود وقائم قبل حلول الأجل وفي هذا يتفق الأجل الواقف مع الشرط الواقف. وترتب على ذلك أنه يجوز للدائن أن يتصرف في حقه بنقله إلى الغير، كما أن حقه ينتقل بالميراث إلى ورثته باعتباره عنصرا ايجابيا في ذمته.

ب- والالتزام المضاف إلى أجل واقف هو التزام بات وفي هذا يختلف الأجل الواقف عن الشرط الواقف. (١١) والسبب في هذا الاختلاف هو أن الأجل أمر مستقبل محقق الوقوع ويؤدي ذلك إلى نفى أى احتمال بالنسبة لوجود الالتزام ذاته. أما الشرط وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع فإنه بطبع الالتزام بطابع عدم الاستقرار، فلا يكون الالتزام المعلق على شرط باتا، بينما يكون الالتزام المضاف إلى أجل باتا، لأن الأجل آت لا ريب فيه. وترتب على صفة البت في الالتزام المؤجل ما يأتي:

١- يجوز للدائن أن يطالب بتأمين خاصة ككفالة أو رهن (١٢)، اذا

(١١) عبد الرزاق السهمري، الوجيز، فقرة ٩٧١، ص ٩٧١ وما بعدها؛ سليمان مرتس، ج ٢، فقرة ٧٥٩، ص ٧٤٧ وما بعدها.

(١٢) راجع المادتين ١/٧٧٨ و ١٠٤٠ مدني، حيث يقرر المشرع جواز كفالة ورهن الدين المستقبل.

خشى افلاس المدين أو اعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول. ٢- أما إذا شهر افلاس المدين فعلا أو اعساره وفقا لنصوص القانون فإن الأجل يسقط ويصبح الالتزام نافذا. ٣- ويسقط الأجل كذلك إذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص كما لو قام المدين بأعمال أدت إلى هلاك الشيء المرهون. ٤- ويسقط الأجل كذلك إذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات. وفي كل الحالات التي يسقط فيها الأجل يصبح الالتزام نافذا كما سنرى. (١٣)

ج- ولكن الالتزام قبل حلول الأجل أو قبل سقوطه لسبب من الأسباب السابق ذكرها، لا يكون نافذا. وترتب على ذلك أنه لا يجوز للدائن أن ينفذ التزامه تنفيذا قهريا قبل حلول الأجل، ومن ناحية أخرى فإنه إذا قام المدين بوفاء التزامه وفاء اختياريا قبل حلول أجله، وكان يعتقد أن الأجل قد حل فإنه يكون قد دفع غير المستحق ويجوز له استرداد ما وفاه. ولكن يجوز للدائن في هذه الحالة أن يرد فقط ما استفاده من الوفاء المعجل ويكون ذلك عادة إذا كان الدين نقودا، هو مقدار الفائدة بالسعر القانوني أو الاتفاقى عن المدة التي عجل فيها الوفاء. أما إذا وفى المدين بدينه قبل حلول الأجل وهو عالم بذلك فإنه يكون متنازلا عن الأجل. والتنازل سبب من أسباب حلول الأجل. (١٤)

(١٣) تنص المادة ٢٧٣ مدني على أن «يسقط حق المدين في الأجل: (١) إذا شهر إفلاسه أو اعساره وفقا لنصوص القانون. (٢) إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هنا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لاراده المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا. (٣) إذا لم يقدم الدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات».

(١٤) راجع في الوفاء بدين مؤجل قبل أن يحل أجله، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٢٢٩ صفحة ٣٣٠ وما بعدها.

آثار الأجل الواقف بعد حلوله: يحل الأجل اما بانقضاء مدته، أو بسقوطه لسبب من الأسباب السابق ذكرها، أو لتنازل المدين عنه باختباره. ويترتب على حلول الأجل أن الالتزام يصبح نافذا وبالتالي يجوز للدائن أن يجبر مدينه على الوفاء بالتزامه مستعينا في ذلك بوسائل التنفيذ القهرى، وكذلك يصح الوفاء الاختيارى من جانب المدين. وليس لحلول الأجل أثر رجعى، فالالتزام لا يصبح نافذا الا من وقت حلول الأجل وليس من وقت نشأة الالتزام كما هو الحكم فى الشرط الواقف.

١٥٨- آثار الأجل الفاسخ:

وينبغى هنا أيضا ائتميز بين مرحلتين الأولى قبل حلول الأجل، والثانية بعد حلوله.

آثار الأجل الفاسخ قبل حلوله: الالتزام المضاف إلى أجل فاسخ هو التزام موجود ونافذ. فيجوز التصرف فيه إلى الغير، وهو ينتقل بالميراث. ويجوز للدائن أن يقتضيه جبرا على المدين، كما يجب على المدين أن يوفى به طوعا واختيارا.

ولكن الالتزام رغم نفاذه فهو مؤكد الزوال، فاذا كان الشرط الفاسخ يجعل الالتزام مهددا بالزوال، لأن الشرط قد يحدث وقد لا يحدث، فان الأجل الفاسخ يجعل الالتزام مؤكد الزوال لأن الأجل قادم لا شك فيه. ويترتب على حلول الأجل الفاسخ زوال الالتزام.

آثار الأجل الفاسخ بعد حلوله: تنص المادة ٢٧٤/٢ مدنى على أنه «ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعى». وزوال الالتزام هو الأثر المقصود من الأجل

الفاسخ، فهو كما يدل عليه اسمه يفسخ الالتزام أى يزيله. ولكن الالتزام لا يزول بأثر رجعى، بل يزول من وقت تحقق الأجل، أما الآثار التى ترتبت فى الفترة التى كان الالتزام قائما فيها وموجودا، فهى تظل قائمة لا بلحقها أى مساس، ولكن من ناحية أخرى فإن الالتزام يكف عن ترتيب أى أثر بعد زواله. (١٥)

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة الشرط والأجل وهما وصفان يلحقان بالالتزام فى الرابطة الملزمة ذاتها. والشرط والأجل يتفقان فى أن كلا منهما أمر مستقبل وأن أيا منهما قد يكون واقفا أو فاسخا. ولكنهما يختلفان بصفة أساسية فى أن الشرط أمر غير محقق الوقوع بينما الأجل أمر محقق الوقوع. وتترتب على هذا الفارق الجوهرى كل الفروق الأخرى فى الأحكام السابق دراستها. فالشرط الواقف قبل تحققه يجعل الالتزام موجودا ولكنه غير بات وغير نافذ أما الأجل الواقف فهو يجعل الالتزام موجودا وباتا ولكنه غير نافذ. والشرط الواقف بعد تحققه يجعل الالتزام نافذا من وقت نشأة الالتزام. أما الأجل الواقف بعد حلوله فهو يجعل الالتزام نافذا من وقت حلوله فقط بغير أثر رجعى. والشرط الفاسخ قبل تحققه يجعل الالتزام موجودا وناफذا ولكنه مهدد بالزوال، فإذا تحقق زال الالتزام بأثر رجعى، أما الأجل الفاسخ فهو قبل حلوله يجعل الالتزام موجودا ونافذا ولكنه مؤكد الزوال. فإذا حل الأجل زال الالتزام من وقت تحققه وبغير أثر رجعى.

وننتقل إلى دراسة الأوصاف التى قد تلحق الالتزام فى محله فتجعله متعددا.

(١٥) بقول الأستاذان مارتى ودينو. أن الأجل الفاسخ أقرب أن يكون سببا من أسباب انقضاء الالتزام، من أن يكون وصفا من أوصافه، القانون المدنى، ج ٢، فقرة ٧٢٧، ص ٧٤٦.

الفصل الثانى تعدد محل الالتزام

إذا تعدد محل الالتزام بأن التزم المدين مثلاً بدفع مبلغ من النقود وتمكين الدائن فى نفس الوقت من الانتفاع بعين يملكها، فإن ذلك لا يترتب عليه أى أثر قانونى خاص. ولكن الآثار القانونية الخاصة تترتب على تعدد المحل فى حالتى الالتزام التخييرى، والالتزام البدلى.

١ - الالتزام التخييري

١٥٩ - تعريف:

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». ويتضح من هذا النص أن الالتزام التخييري هو الالتزام الذى يكون محله متعدداً ومع ذلك لا يطلب من المدين أن ينفى بكل الأشياء المتعددة فى مجموعها، بل تبرأ ذمته بالوفاء بواحد منها فقط.

والأصل أن يكون الخيار للمدين فهو الذى يحدد المحل الذى يوفى به، فإذا اختار شيئاً من الأشياء المتعددة انحصر محل الالتزام فى هذا الشئ. ومع ذلك من الجائز أن يتفق المتعاقدان أو أن ينص القانون على أن يكون الخيار للدائن لا للمدين.^(١٦)

(١٦) التنفيذ بمقابل، أى بطريق التمسك، سواء كان قضائياً أو اتفاقياً (الشرط الجزائى)، هو عنصر المستولبة فى الالتزام، وليس تعدداً تخييرياً أو بدلياً فى محله.

ويشترط حتى يوصف الالتزام بالتخيير أن يصلح كل شئ من الأشياء المتعددة محلاً للالتزام طبقاً للقواعد العامة، فإذا لم تتوافر شروط المحل وهي الامكان والتعيين والمشروعية الا فى شئ واحد من هذه الأشياء، فان الالتزام يكون بسيطاً لا تخييرياً.

١٦٠ - حكم الالتزام التخييري:

حكم الالتزام التخييري أن ذمة المدين تبرأ بالوفاء بشئ واحد من الأشياء المتعددة. وإذا كان الخيار للمدين فى تحديد هذا الشئ فعليه أن يقوم بذلك وأن يؤدي الشئ الذى اختاره فى الأجل المحدد للالتزام. فإذا امتنع المدين عن الاختيار أو اذا تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم، فللدائن أن يطلب إلى القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فإذا لم يتم ذلك عند حلول الأجل، فان القاضى هو الذى يقوم بالاختيار. أما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، فللمدين أن يطلب إلى القاضى تعيين أجل يختار فيه الدائن أو يتفق فيه الدائنون فإذا لم يتم ذلك عند حلول الأجل فان الخيار لا ينتقل إلى القاضى كما هو الحكم فى الحالة السابقة، ولكنه ينتقل إلى المدين رجوعاً إلى الأصل وهو أن الخيار للمدين (م ٢٧٦ مدنى).

وإذا استحال تنفيذ الالتزام بالنسبة لكل الأشياء المتعددة لسبب أجنبى عن المدين، فان الالتزام ينقضى، ولكن اذا كان المدين مسئولاً عن استحالة التنفيذ ولو بالنسبة لواحد فقط من الأشياء المتعددة، وكان له الخيار فى نفس الوقت فانه يلتزم بدفع قيمة آخر شئ استحال تنفيذه، لأن الالتزام يتركز فى آخر شئ هلك، ويكون المدين

مستولا عن قيمة هذا الشيء، ولو كان خطؤه قد أدى إلى هلاك شيء هلك
أولا (م٢٧٧). (١٧)

٢- الالتزام البدلي

١٦١- تعريف الالتزام البدلي وأحكامه:

تنص المادة ٢٧٨ على أنه « (١) يكون الالتزام بدليا إذا لم يشمل
محلله الا شيئا واحدا، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر.
(٢) الشيء الذي يشمل محل الالتزام - لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين
بأدائه - هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين طبيعته». ويتضح من
هذا النص ما يأتي:

١- الالتزام البدلي له أكثر من محل، ولكن أحدها فقط هو المحل
الأصلي أما الآخر فهو محل بدلي، على خلاف الالتزام التخييري الذي لا
يوجد فيه محل أصلي وآخر بدلي، بل تتساوى كل الأشياء المتعددة في
القيمة إلى أن يتحدد محل الالتزام بواحد منها باختيار صاحب الحق في
الخيار أو بهلاك الأشياء الأخرى. (١٨)

٢- وترتب على ما سبق أنه إذا هلك المحل الأصلي في الالتزام
البدلي فإن الالتزام ينقضي، وعلى خلاف ذلك إذا هلك أحد الأشياء.

(١٧) وإذا هلك أحد الشئين بسبب أجنبي، تركز المحل في الشيء الآخر أما إذا كان هلاك أحد
الشئين بخطأ المدين، فللذات أن يطالب بالشيء الباقي، أو أن يطلب التعويض عن الشيء
الذي هلك.

(١٨) الالتزام التخييري يطلق عليه بالفرنسية اسم ALTERNATIVE أما البدلي فيطلق
عليه اسم FACULTATIVE.

المتعددة فى الالتزام التخيبرى فان الالتزام لا ينقضى بل ينصرف إلى الأشياء الباقية.

٣- صاحب الحق فى اختيار الوفاء بالمحل الأصلى أو المحل البدلى، هو المدين، وقد سبق أن رأينا أنه فى الالتزام التخيبرى يجوز أن يكون الخيار للدائن، وإن كان هو بحسب الأصل للمدين.

٤- المحل الأصلى فى الالتزام البدلى هو الذى يحدد طبيعته وما إذا كان متعلقاً بعقار أو بمنقول ويحدد كذلك قيمته التى يتوقف عليها تحديد المحكمة المختصة. أما فى الالتزام التخيبرى فان طبيعته تكون غير محددة وكذلك قيمته، إلى أن ينحصر المحل فى أحد الأشياء المتعددة.

ومن أمثلة الالتزام البدلى أن يلتزم المقترض برد مبلغ القرض فى أجل معين، أو ينقل ملكية أرض معينة أو منزل معين بدلا من مبلغ النقود، فتكون النقود هى المحل الأصلى، والأرض أو المنزل هو المحل البدلى. (١٩)

ونتقل الآن إلى دراسة الوصف الذى قد يلحق الالتزام فى طرفيه.

(١٩) اختيار المحل التخيبرى أو البدلى، لا يعنى تغيير محل الالتزام، ولا يشير بالتالى مسألة تجديد الالتزام بتغيير محله.

الفصل الثالث

تعدد طرفى الالتزام

١٦٢- تعدد طرفى الالتزام بغير تضامن:

قد يتعدد الدائنون فى الالتزام أو يتعدد المدينون فيه دون أن يكون هناك تضامن بين الدائنين أو المدينين المتعدين. والتعدد على هذا النحو ينشأ بنص القانون أو بالاتفاق، فطبقا للقانون اذا توفى الدائن عن ورثة متعددين، فان حقه فى الدين ينتقل إلى هؤلاء الورثة كل بقدر نصيبه. فبعد أن كان هناك دائن واحد يصبح هناك أكثر من دائن. ولكن لا يوجد تضامن بين هؤلاء الدائنين المتعدين. واذا اشترى أكثر من شخص منزلا أو أرضا على الشيوع، فان كلا منهم يصبح مدينا بدين الثمن فى حدود حصته فى الشيوع. فهنا يتعدد المدينون ولكن لا يوجد تضامن بينهم.

واذا تعدد أطراف الالتزام أو طرفيه بغير تضامن بينهم، فان الالتزام ينقسم بين الأشخاص المتعدين. ويكون التزام كل منهم قائما بذاته مستقلا عن غيره. ويؤدى ذلك إلى تعدد الالتزامات واستقلالها. فلا نكون بصدد التزام واحد وأشخاص متعددين، بل بصدد التزامات متعددة لا يوجد فى أى منها تعدد فى أى طرف من أطرافها. (٢٠) وبالتالي فان التعدد بغير تضامن لا يعتبر وصفا من أوصاف الالتزام، بل يعتبر التزام كل شخص من الأشخاص المتعدين بسيطا بالنسبة له.

(٢٠) التضامن وليس التعدد هو الذي يعتبر وصفا للالتزام. ولكن التضامن لا يتصور وجوده بالطبع إلا فى حالة التعدد.

- ٣٠٠ -

وهكذا إذا تعدد الدائنون بغير تضامن بينهم فلا يجوز لأى منهم أن يطالب المدين بغير نصيبه فى الدين، ولا يجوز للمدين أن يوفى أى منهم بأكثر من نصيبه فى الدين. وكذلك فإن الاجراءات التى يتخذها الدائن لوقف التقادم أو قطعه أو اعذار المدين أو مطالبته قضائيا لا يسرى أثرها الا بالنسبة للدائن الذى اتخذها وحده دون غيره من الدائنين المتعددين.

ومن ناحية أخرى اذا تعدد المدينون بغير تضامن بينهم، فلا يجوز للدائن أن يطالب أى منهم بأكثر من نصيبه فى الدين. واذا أعسر أحد المدينين غير المتضامنين فإن الآخرين لا يتحملون نتائج هذا الاعسار بل يتحملها الدائن وحده. وكذلك اذا اتخذ الدائن اجراءات وقف التقادم أو قطعة أو اعذار المدين أو مطالبته قضائيا فان أثر هذه الاجراءات لا يسرى الا بالنسبة للمدين الذى اتخذت فى مواجهته.

أما اذا تعدد الدائنون وكانوا متضامنين فيما بينهم أو تعدد المدينون وكانوا متضامنين فيما بينهم، فإن الالتزام لا يتقسم فى أى من الحالتين، بل يكون التزاما واحدا موصوفا بالتضامن بين الدائنين به أو المدينين فيه. (٢١) والتضامن وصف من أوصاف الالتزام. وبأخذ حكم التضامن أن يكون الالتزام غير قابل للاتقسام بحسب طبيعته أو بحسب الغاية منه. وندرس فيما يلى فى مبحثين متتالين الالتزام التضامنى وعدم القابلية للاتقسام.

(٢١) ومعنى ذلك بتعبير آخر، أن التضامن يزدى إلى ادماج الالتزامات المتعددة فى التزام واحد.

-٣٠١-

المبحث الأول الالتزام التضامني

التضامن اما أن يكون بين الدائنين أو بين المدينين، أو بين كل منهم في نفس الوقت.

١- التضامن بين الدائنين

١٦٣- التضامن بين الدائنين لا يفترض بل لابد من الاتفاق عليه :

تنص المادة ٢٧٩ مدنى على أنه «التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون». ومقتضى هذا النص أن مجرد التعدد بين الدائنين أو المدينين لا يؤدي إلى افتراض التضامن بينهم نظرا لخطورة الآثار التى تترتب عليه. والتضامن بين المدينين قد يتقرر بمقتضى نص القانون أو اتفاق المتعاقدين. أما التضامن بين الدائنين فانه لا يتقرر الا بمقتضى اتفاق المتعاقدين أو بمقتضى وصية ولا يكون القانون مصدرا له. والواقع أن التضامن بين الدائنين نادر فى العمل لأنه كما يقال تربو مضاره على فوائده. ففوائده هى أن يتمكن الدائنون من تحصيل الدين عن طريق واحد منهم. وهذه الفائدة يمكن ادراكها عن طريق اعطاء توكيل لأحدهم مع امكان عزل هذا الوكيل فى أى وقت. (٢٢) أما التضامن بين الدائنين فيؤدي إلى تمكين أى دائن من استيفاء كل الدين، ولا يكون لسائر الدائنين الا الحق فى الرجوع على هذا الدائن، فاذا أعسر تحملوا كلهم

(٢٢) من أهم أمثلة التضامن بين الدائنين، أن يفتح أكثر من شخص واحد حسابا مشتركا لدى أحد البنوك، ويكون لكل واحد منهم حق السحب من هذا الحساب.

- ٣٠٢ -

نتيجة الاعسار. وقد حاول المشرع التخفيف من هذه الآثار بالنص في المادة ٢٨٠ على جواز اعتراض أى من الدائنين على أن يتم الوفاء لواحد منهم فقط. والمشرع بهذا النص يرد التضامن بين الدائنين إلى فكرة أقرب إلى الوكالة في التحصيل كما سنرى.

والصور الغالبة للتضامن بين الدائنين تتحقق عندما يوجد تضامن بين المدينين وهو الأكثر شيوعا في العمل، ثم ينقلب هؤلاء المدينون إلى دائنين بسبب ظروف تنفيذ العقد. مثال ذلك أن يتعدد الواهبون في عقد هبة والواهبون هم المدينون باعطاء الهبة، فإذا حدث سبب يبرر الرجوع في الهبة وأراد الواهبون المتضامنون أن يستردوا الهبة فانهم يكونون في هذه الحالة دائنين متضامين في دعوى الرجوع في الهبة. وقد ينشأ التضامن بين الدائنين ابتداء كما لو أوصى شخص لعدة أشخاص بمال في تركة ونص في الوصية على أن يكون هؤلاء الأشخاص متضامين في المطالبة بحقوقهم في التركة.

١٦٤- تعدد الروابط ووحدة الالتزام:

إذا تعدد الدائنون وكانوا متضامين فيما بينهم فإن الالتزام لا ينقسم بل يكون التزاما واحدا، ومع ذلك فتوجد أكثر من رابطة في هذا الالتزام بعدد الدائنين المتضامين.

وأهم النتائج التي تترتب على وحدة الدين أو وحدة الالتزام، هي حق أى من الدائنين المتضامين في أن يطالب بكل الدين. كما أن الوفاء الذي يقوم به المدين لأحد الدائنين يكون مبرثا لذمته في مواجهة الآخرين. ولكن وحدة الدين لا تمنع تعدد الروابط في الالتزام فلكل دائن رابطة

-٣.٣-

خاصة تربطه بالمدين. ويترتب على تعدد الروابط: ١- من الجائز أن تكون علاقة أحد الدائنين بالمدين صحيحة وأن تكون علاقة دائن آخر موصوفة كما لو كان حقه معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل. ٢- من الجائز أن تكون علاقة أحد الدائنين بالمدين صحيحة وأن تكون علاقة دائن آخر مشوبة بعيب من عيوب الارادة أو نقص الأهلية. ٣- ومن الجائز أخيرا أن ينتضى الالتزام بالنسبة لأحد الدائنين ولا ينتضى بالنسبة لغيره منهم.

والواقع أن آثار التضامن بين الدائنين لا تعدو أن تكون توفيقا بين وحدة الدين وتعدد الروابط. وتخضع هذه الآثار لفكرة جوهرية مؤداها أن هناك نيابة تبادلية بين الدائنين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر. (٢٣) وتظهر هذه النيابة في الوفاء بالدين لأحد الدائنين وانقضاء الدين بسبب غير الوفاء، وبعض الآثار الأخرى.

١٦٥- الوفاء بالدين لأحد الدائنين:

تنص المادة ٢٨١ مدنى على أنه « (١) يجوز للدائنين المتضامنين، مجتمعين أو منفردين، مطالبة المدين بالوفاء، وبراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين. (٢) ولا يجوز للمدين اذا 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 جميعا ».

والفائدة الأساسية للتضامن بين الدائنين هو أن يتمكن أحد

(٢٣) مارتى ورينو، ج٢، فقرة ٧٧٩، ص ٧٨٢.

الدائنين من استيفاء الدين كله لحسابه ولحساب الآخرين، وأن يتمكن المدين من الوفاء بالدين كله لأحد الدائنين دون حاجة إلى السعى اليهم جميعا.

وإذا رجع أحد الدائنين فانه يرجع باعتباره أصيلا عن نفسه ونائبا عن الدائنين الآخرين. ونظرا لأن النيابة فيما ينفع لا فيما يضر، فقد أجاز المشرع لأي من الدائنين أن يعترض على أن يتم الوفاء لواحد منهم فقط. وفي هذا تنص المادة ١/٢٨٠ على أنه «إذا كان التضامن بين الدائنين، جاز للمدين أن يوفى الدين لأي منهم، إلا إذا مانع أحدهم في ذلك». وحتى يعتد بالاعتراض الصادر من أحد الدائنين فيجب أن يتم في الوقت المناسب وقبل أن يتم الوفاء فعلا. ويجب أن يكون هذا الاعتراض ثابتا طبقا للقواعد العامة في الإثبات. وإذا اعترض أحد الدائنين على أن يتم الوفاء لغيره منهم، فانه يصح مع ذلك الوفاء لأي دائن متضامن باستثناء حصة الدائن المعارض.^(٢٤)

وإذا كان من شأن التضامن عدم انقسام الدين بين الدائنين، إلا أنه لا يمنع انقسام الدين بين ورثة أي واحد منهم. وفي هذا تنص المادة ٢/٢٨٠ «ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامين، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام». وطبقا لهذا النص إذا توفي أحد الدائنين عن ثلاثة ورثة ذوي أنصبة متساوية فإن الالتزام ينقسم بين هؤلاء الورثة ولا يجوز الوفاء لأي منهم إلا بثالث

(٢٤) يلاحظ الأستاذان مارتى وروتر، أن مدة التضامن بين الدائنين هي السبب في أن القضا لم تنح له الفرصة في إصدار أحكام في المسائل النظرية التي يختلف فيها الفقهاء.. المرجع السابق، ص ٧٨٣.

الدين، مع بقاء الدين واحدا بالنسبة للدائنين الباقين على قيد الحياة حيث يجوز الوفاء لأى منهم بكل الدين.

وإذا رجع أحد الدائنين على المدين فيجوز لهذا الأخير أن يتمسك فى مواجهة الدائن بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن والناشئة عن الرابطة الخاصة التى تربطه بالمدين وذلك طبقا لفكرة تعدد الروابط السابق الاشارة اليها.

فاذا كان الالتزام فى مواجهة هذا الدائن قابلا للإبطال بسبب عيب فى ارادة المدين كغلط أو اكراه أو تدليس، فيجوز التمسك بهذا الدفع فى مواجهة الدائن الذى يسرى الدفع فى مواجهته. وإذا كان الالتزام بالنسبة لهذا الدائن معلقا على شرط واقف أو مضافا إلى أجل فلا يجوز له المطالبة بالدين قبل تحقق الشرط أو حلول الأجل، ولو كان الالتزام منجزا بالنسبة للدائنين الآخرين.

ويجوز للمدين كذلك أن يتمسك فى مواجهة أى دائن بأوجه الدفع المشتركة بين جميع الدائنين. مثال ذلك أن يكون المدين قد سبق له الوفاء بكل الدين لواحد من الدائنين. فإذا رجع عليه بعد ذلك واحد آخر فإن المدين يتمسك فى مواجهته ببرائة ذمته بالنسبة لجميع الدائنين بالوفاء الذى أداه لواحد منهم.

١٦٦ - انقضاء الدين لسبب غير الوفاء:

تنص المادة ٢٨٢/١ على أنه «إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين الا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله».

وطبقاً للقواعد العامة فإن الالتزام ينقضى لأسباب أخرى غير الوفاء كالمقاصة والابراء والتقادم.. الخ، والأسباب الأخرى غير الوفاء لا يمكن أن تعود بالفائدة على الدائنين الآخرين غير الدائن الذي تحقق سبب الانقضاء بالنسبة له. (٢٥) ونظراً لأن الدائن لا يعتبر نائباً عن غيره من الدائنين الا فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم ، فانه لا يتصور بالتالى أن يكون الدائن نائباً عن غيره من الدائنين فى أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء. فهو فيما يتعلق بهذه الأسباب يكون أصيلاً عن نفسه فقط. ولهذا اذا انقضى الالتزام بالنسبة لأحد الدائنين المتضامنين لسبب آخر غير الوفاء فانه لا ينقضى بالنسبة لغيره من الدائنين الا فى حدود حصة هذا الدائن الذى انقضى التزام المدين فى مواجهته. وعلى هذا النحو اذا أصبح المدين دائناً فى نفس الوقت لأحد الدائنين المتضامنين وانقضى دين كل من المدين وهذا الدائن بالمقاصة، فان الالتزام لا ينقضى مع ذلك بالنسبة للدائنين الآخرين الا بقدر حصة الدائن الذى انقضى حقه بالمقاصة. واذا أبرأ أحد الدائنين المتضامنين، المدين من الدين، فان هذا الابراء لا يحتج به فى مواجهة الدائنين الآخرين الا فى حدود حصة الدائن الذى صدر منه الابراء. (٢٦) واذا تقادم الالتزام بالنسبة لأحد الدائنين المتضامنين ولم يكن قد تقادم بالنسبة لسائر الدائنين، فان الالتزام لا ينقضى بالنسبة لهؤلاء الا بقدر حصة الدائن الذى انقضى التزامه بالتقادم. وهكذا بالنسبة لكل الأسباب الأخرى لانقضاء الالتزام غير الوفاء، والتى ستدرسها عند دراستنا لانقضاء الالتزام.

(٢٥) عبد الرزاق السنهوري، الوجهز، فقرة ١٠١٤، ص ١٠٠٨.

(٢٦) مارتى ووينو، ج ٢، فقرة ٧٧٩، ص ٧٨٣.

١٦٧- نيابة تبادلية فيما ينفع لا فيما يضر:

تنص المادة ٢/٢٨٢ على أنه «ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين». وهذا النص يقرر المبدأ السابق ذكره. وهو أن كل دائن متضامن يعتبر وكيلًا أو نائبًا عن الدائنين الآخرين. ولكن هذه الوكالة قاصرة على ما هو نافع لهم، فهي وكالة فيما ينفع لا فيما يضر. وقد رأينا تطبيقات هذه الفكرة في انقضاء الالتزام لسبب غير الوفاء. وهي تطبق أيضا بصفة خاصة على كل عمل إرادى يقوم به أحد الدائنين في مواجهة المدين. فإذا كان هذا العمل مفيدا للدائنين استفادوا جميعا منه، أما إذا كان العمل ضارا بالنسبة لهم فإن آثاره لا تلحقهم. ومن الأمثلة على الأعمال المفيدة أن يقوم أحد الدائنين بقطع التقادم السارى لمصلحة المدين أو يقوم باعذار المدين بما يؤدي إلى جواز التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل، أو يقوم برفع الدعوى على المدين بما يؤدي إلى سريان الفوائد في مواجهته أو يستصدر حكما من القضاء ضد المدين،^(٢٧) أو يحصل على اقرار من المدين بالدين.... الخ. فكل هذه الأفعال ينصرف أثرها إلى الدائنين جميعا، ويجوز لأى منهم أن يتمسك بها. ومن الأمثلة على الأعمال الضارة أن يقوم المدين باعذار أحد الدائنين أو رفع الدعوى عليه أو الحصول منه على أجل جديد للوفاء بالالتزام أو التصالح معه على تخفيض قيمة

(٢٧) ويرى البعض في فرنسا أن الحكم يحدث أثره بالنسبة لجميع الدائنين المتضامنين سواء صدر لمصلحة الدائن الذي رفع الدعوى أو صدر ضده. ولكن البعض يرى أن الحكم الصادر ضد الدائن رافع الدعوى لا يحتج به في مواجهة الدائنين الآخرين. ولم يحسم القضاء الفرنسي هذه المسألة لندرة التطبيقات العملية. راجع، مارتى وريتر، المرجع السابق، ص ٧٨٢. على عكس المشرع المصري الذي قرر في المادة ١/٢٩٦ مدني علي أنه «إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقيين».

الدين... الخ. فهذه الأعمال الضارة وغيرها لا ينصرف أثرها إلى الدائنين الآخرين.

١٦٨ - علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض:

تنص المادة ٢٨٣ على أنه « (١) كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين يصير من حق الدائنين جميعا وتحاصون فيه. (٢) وتكون القسمة بينهم بالتساوي، الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ».

وطبقا لهذا النص فان الدين ينقسم بين الدائنين المتضامنين في علاقتهم بعضهم ببعض، فهم اذا كانوا قد تضامنوا أمام المدين، الا أنهم فيما بينهم يرجعون إلى الأصل الذي يحكم علاقتهم ويتم الحساب بينهم على أساس نصيب كل منهم في الدين. فاذا استوفى أحدهم كل الدين أو بعضه، وجب عليه أن يعطى كلا منهم نصيبه فيما استوفاه. والاتفاق القائم بين الدائنين هو الذي يحدد نصيب كل منهم. وقد يصل الاتفاق إلى درجة أن يكون واحد من الدائنين فقط هو صاحب المصلحة في الدين، وهو وحده الدائن الحقيقي بكل الدين، ولكنه صور غبره من الأشخاص في صورة دائنين متضامنين معه. (٢٨) ففي هذا المثال اذا استوفى هذا الدائن الدين فانه لا يرد شيئا مما استوفاه إلى الدائنين الصوريين لأن العبرة في الصورية بالعقد الحقيقي فهو وحدة العقد النافذ بين المتعاقدين أنفسهم. واذا لم يوجد اتفاق على تحديد نصيب كل من الدائنين في

(٢٨) الحساب المشترك في البنوك هو أهم تطبيق للتضامن بين الدائنين. ويتم فتح الحساب عادة بين المورث ووارثه حتى يستطيع الوارث سحب كل الرصيد في حالة وفاة المورث الذي هو وحده في الواقع الذي أودع النقود في البنك. ولكن المشرع الفرنسي منذ عام ١٩٠٣، جعل الحساب ينقسم بين المورث ووارثه، بحيث لا يستطيع الوارث سحب نصيب المورث دون دفع ضريبة التركات على نصيب المورث، مارتى وروتر، المرجع السابق، ص ٧٨٢.

الدين أو لم يوجد نص يحدد هذا النصيب، افترض أن حصة كل منهم مساوية لحصة الآخرين، وينقسم الدين بينهم بطريق التساوي.

٢- التضامن بين المدينين

١٦٩- نظرة عامة:

على عكس التضامن بين الدائنين، فإن التضامن بين المدينين كثير الوقوع في العمل. وقلما يوجد في التزام أكثر من مدين واحد، إلا ويشترط الدائن التضامن بينهم. وكذلك كثيرا ما ينص القانون على التضامن بين المدينين. ويقوم التضامن بين المدينين على نفس الفكرة التي يقوم عليها التضامن بين الدائنين وهي وحدة الدين وتعدد الروابط، وما يستتبع ذلك من وجود نيابة تبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر. والفائدة الأساسية التي يجنبها الدائن من التضامن بين المدينين هي أنه يستطيع أن يطالب أي مدين متضامن بكل الدين، ولو أعسر أحد هؤلاء المدينين فلا يتأثر حق الدائن. أما العلاقة بين المدينين بعضهم وبعض فيتم تصفيتهم وفقا للاتفاق القائم بينهم أو طبقا للقانون.

١٧٠- التضامن بين المدينين لا يفترض: (٢٩)

التضامن بين المدينين تترتب عليه نتائج خطيرة بالنسبة لكل منهم. ولذلك لا يكفي أن يتعدد المدينون في التزام حتى يفترض التضامن بينهم بل لابد أن يتفق عليه أو أن ينص عليه القانون. وقد

(٢٩) راجع في الموضوع، رسالة الدكتوراه، دراكبيديس، المبدأ الذي على أساسه لا يفترض التضامن، باريس، ١٩٣٩.

نصت على هذا الحكم المادة ٢٧٩ السابق ذكرها بصدد التضامن بين الدائنين. والتضامن بين المدينين يتم عادة باتفاق صريح بين الدائن والمدينين المتعديدين. ويجوز أن يتم أيضا باتفاق ضمني يستخلص من ظروف التعاقد. ويخضع اثبات هذا الاتفاق للقواعد العامة فى الإثبات التى سنذكرها فيما بعد. ولكن يلاحظ أنه فى المسائل التجارية يجوز الإثبات بكل الطرق بما فى ذلك البيئة والقرائن، ولذلك يسهل إثبات التضامن فى العلاقات التجارية. بل ان قيام الالتزام بين تجار فى علاقة تجارية هو فى ذاته قرينة على التضامن بين المدينين فى هذه العلاقة، فإذا أمكن تدعيم هذه القرينة بقرائن أخرى فيكون التضامن بين المدينين التجار قد أصبح ثابتا.

والتضامن بين المدينين قد يكون مصدره القانون. ومن الأمثلة على ذلك التضامن بين الوكلاء اذا تعددوا (م ٧٠٧ مدنى) والتضامن بين الوكيل ونائبه (م ٧٠٨ مدنى)، والتضامن بين المهندس والمقاول المعماري فى مسئوليتهما عن تهدم البناء (م ٦٥١ مدنى). ومن هذا القبيل نص المادة ١٦٩ مدنى الذى يقيم القاعدة فى التضامن بين المسئولين المتعديدين عن عمل غير مشروع كما لو اشترك أكثر من شخص بخطئه فى وقوع حادث سيارة سبب ضررا للغير. (٣٠)

١٧١- وحدة الدين وتعدد الروابط:

التضامن بين المدينين وصف من أوصاف الالتزام يحفظ للالتزام وحدته رغم تعدد المدينين فيه. ويؤدى وحده الالتزام إلى حق الدائن فى

(٣٠) راجع كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٢١٨، ص ٢١٩.

مطالبة أى مدين متضامن بكل الدين، كما أن الوفاء الذى يقوم به أى مدين متضامن يؤدى إلى براءة ذمة المدينين الآخرين.

ولكن رغم وحدة الدين فان كل مدين متضامن تربطه بالدائن رابطة خاصة. ويؤدى تعدد الروابط إلى أن أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء كالتقادم أو اتحاد الذمة أو المقاصة أو الإبراء... الخ. اذا تحققت بين الدائن وأحد المدينين المتضامين، فلا يتخطى أثرها إلى غيره منهم.

ومن ناحية أخرى فان تعدد الروابط يسمح لكل مدين بأن يتمسك فى مواجهة الدائن بأوجه الدفع الخاصة به أو بأوجه الدفع المشتركة بين جميع المدينين دون أوجه الدفع الخاصة بمدين آخر غيره.

وأخيرا فان تعدد الروابط يفسر أن الأعمال التى قد تصدر من أحد المدينين المتضامين يجوز أن تنفع الآخرين، ولكن لا يجوز أن تضرهم. (٣١)

١٧٢- الوفاء بالدين من أحد المدينين:

تنص المادة ٢٨٤ على أنه «إذا كان التضامن بين المدينين فان وفاء أحدهم بالدين مبرئ لذمة الباقيين». وتنص المادة ١/٢٨٥ على أنه «يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامين بالدين مجتمعين أو منفردين، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين». ويقرر هذان النصان أهم الأحكام التى تترتب على التضامن بين

(٣١) يفرق الدكتور السهوري بين الالتزام التضامني الذي يكون مصدره واحدا، وبين الالتزام التضامني، حيث تتعدد مصادر كل التزام مع أن الدين واحد، كما إذا تعدد الكفلاء بعقود مختلفة، وكان كل كفيل يضمن الدين في مجموعه، الرجيز، فقرة ١٠٢٦، ص ١٠١٨ وما بعدها.

المدينين، وهى حق الدائن فى أن يستوفى كل الدين من أى المدينين المتضامنين. والتضامن بين المدينين مقصود به أصلا مصلحة الدائن، وحتى لا يتأثر حقه بالاعسار الذى قد يلحق بأحد المدينين المتضامنين. فالدائن يتخير عادة أكثر المدينين يسارا ويرجع عليه بكل الدين. ولكن يجوز للدائن أن يدخل مدينا آخر فى الدعوى أو يدخل المدينين المتضامنين جميعا، أو يرفع الدعوى عليهم جميعا من بادئ الأمر، أو يترك المدين الذى رفع عليه الدعوى ويتجه بالمطالبة إلى مدين آخر غيره.

وإذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين فيجوز لهذا الأخير أن يدخل المدينين الآخرين فى الدعوى، حتى إذا صدر عليه الحكم بدفع كل الدين للدائن فانه يصدر فى نفس الحكم أيضا ما يلزم المدينين الآخرين بدفع نصيبهم فى الدين للمدين الذى دفع كل الدين للدائن. ويجوز لهؤلاء أن يتدخلوا فى الدعوى من أنفسهم، كما يجوز للقاضى أن يدخلهم فى الدعوى من تلقاء نفسه. (٣٢)

وإذا طالب الدائن أحد المدينين بكل الدين، فيجوز لهذا المدين أن يتمسك بأوصاف الالتزام الخاصة به، كأن يكون الالتزام معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل بالنسبة له، ولو كان منجزا بالنسبة لسائر المدينين، طبقا لفكرة تعدد الروابط بين الدائن والمدينين.

وطبقا لنفس الفكرة أيضا تنص المادة ٢/٢٨٥ على أنه «ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه

(٣٢) راجع فى دور القاضى الاجامى فى الاتبات وفى سير المحصرمة، ما سبق، فقرة ٨، ص ١٩ وما بعدها.

المشتركة بين المدينين جميعا». وحسب هذا النص يجوز للمدين أن يتمسك في مواجهة الدائن بنقص أهليته أو بعيب في إرادته كغلط أو تدليس. ولكن لا يجوز للمدين أن يتمسك بدفع خاص بمدين آخر كنقص أهلية المدين الآخر أو وقوعه في غلط أو تدليس. ويجوز للمدين أن يتمسك بأوجه الدفع المشتركة بين جميع المدينين كأن يكون العقد باطلا لعيب في شكل العقد، أو يوجد سبب للمطالبة بفسخ العقد، أو أن يكون الدين قد انقضى بالوفاء الذي قام به أحد المدينين المتضامنين. أما أسباب الانقضاء الأخرى فهي لا تحدث أثرها إلا بالنسبة لكل مدين تحقق له سبب من هذه الأسباب على ما سئرى.

وإذا مات أحد المدينين المتضامنين فإن الدين لا يتقسم على ورثته، بل تظل تركته مسنولة عن كل الدين، طبقا للقاعدة الشرعية في أنه لا تركة إلا بعد سداد الدين. وقد سبق أن رأينا عكس هذا الحكم بالنسبة لموت أحد الدائنين المتضامنين، إذ أن الدين يتقسم بين ورثة هذا الدائن.

١٧٣- انقضاء الدين لسبب غير الوفاء:

القاعدة أنه إذا انقضى الدين لسبب غير الوفاء بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين، فإن ذمة الآخرين لا تبرأ إلا بقدر حصة المدين الذي انقضى الدين بالنسبة له وذلك تطبيقا لفكرة تعدد الروابط في الالتزام التضامنى. وقد طبق المشرع هذه القاعدة على بعض أسباب انقضاء الالتزام غير الوفاء وهى التجديد والمقاصة واتحاد الذمة والابراء والتقادم. وندرس هذه التطبيقات فيما يلى:

١- التجديد: نصت المادة ٢٨٦ مدنى على أنه «يترتب على تجديد الدين بين الدائن واحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين، الا اذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم». والتجديد يتم بتغيير شخص الدائن أو المدين أو محل الالتزام. وهو يؤدي إلى انقضاء الالتزام القديم ونشأة التزام جديد يحل محله ويختلف عنه فى شخص الدائن أو شخص المدين أو المحل. (٣٣) وينصرف نص المادة ٢٨٦ إلى الحالتين اللتين يتم فيهما التجديد اما بتغيير شخص المدين أو محل الالتزام. ونظرا لأن التجديد يؤدي إلى انقضاء الالتزام القديم بتأميناته و ضماناته، فان الالتزام التضامنى ينقضى وتبرأ ذمة المدينين المتضامنين جميعا. ومع ذلك اذا عبر الدائن عن ارادته فى بقاء المدينين الآخرين ملتزمين بالالتزام الجديد، فان التجديد لا يحدث أثره الا بالنسبة للمدين الذى اتفق مع الدائن على التجديد، فتبرأ ذمة هذا المدين عن الدين كله، أما ذمة المدينين الآخرين فلا تبرأ الا بقدر حصة المدين الذى برئت ذمته بالتجديد.

٢- المقاصة: تنص المادة ٢٨٧ مدنى على أنه «لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر، الا بقدر حصة هذا المدين». والمقاصة تحدث عندما يكون الدائن مدينا لمدينه والعكس صحيح. ويؤدي ذلك إلى انقضاء كل من الدينين بمقدار الأقل منهما. فاذا فرضنا أن حق الدائن فى مواجهة المدينين المتضامنين مقداره خمسمائة، وعدد هؤلاء المدينين خمسة ونصيب كل منهم فى الدين هو الخمس، ثم أصبح أحدهم دائنا للدين بخمسمائة، فان الدائن لا يستطيع أن يطالب هذا المدين بالدين لأنه انقضى بينهما بالمقاصة. ولكن

(٣٣) راجع فى التفرقة بين التجديد الارادى والتجديد الضرورى، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة

إذا رجع الدائن على مدين آخر من المدينين الخمسة، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك بالمقاصة الا بقدر نصيب المدين الذي انقضى الالتزام بالنسبة له. وهذا النصيب مائة فقط. ويتعين على المدين الذي رجع عليه الدائن أن يفى له بالباقي وقدره أربعمئة. (٣٤)

٣- اتحاد الذمة: تنص المادة ٢٨٨ على أنه «إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامين، فإن الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقي المدينين، الا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن».

ويتحقق اتحاد الذمة إذا آلت ذمة المدين إلى الدائن بأن ورث الدائن مدينه، أو آلت ذمة الدائن إلى المدين بأن ورث المدين دائته. وفي الحالتين فإن الالتزام ينقضى أو يقوم مانع من موانع المطالبة به، فإذا مات الدائن وورثه أحد المدينين المتضامين فإن حق الدائن ينتقل بالميراث إلى هذا المدين. وينقضى التزام هذا المدين باتحاد الذمة، ولكن يظل من حقه أن يطالب المدينين الآخرين بكل الدين بعد استئزال نصيبه منه ويجوز له أن يوجه مطالبته إلى أى واحد منهم فهو يرجع عليهم بحق الدائن. أما إذا مات أحد المدينين المتضامين وورثه الدائن، فإن دين هذا المدين ينقضى باتحاد الذمة، ولكن يجوز للدائن أن يرجع على أى من المدينين الآخرين، ولا يجوز لهؤلاء أو لواحد منهم التمسك فى مواجهة الدائن باتحاد الذمة الذى حدث بينه وبين أحدهم، الا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته بذمة الدائن. (٣٥)

(٣٤) وإذا دفع المدين الآخر أربعمئة جنبه للدائن، فيجوز لهذا المدين أن يرجع على المدين الآخر الذى تمسك بالمقاصة فى مواجهة الدائن بقدر نصيبه فى الدين، على النحو الذى سنراه فيما بعد، فقرة ٦٢.

(٣٥) عبد الرزاق السنهوري، الرجيز، فقرة ١٠٣٤، ص ١٠٢٦.

٣- الأبراء: تنص المادة ٢٨٩ مدنى على أنه « (١) اذا برأ الدائن أحد المدينين المتضامين، فلا تبرأ ذمة الباقيين الا اذا صرح الدائن بذلك. (٢) فاذا لم يصدر منه هذا التصريح، لم يكن له أن يطالب باقى المدينين المتضامين الا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه، الا أن يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين. وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر البراء لصالحه بحصته فى الدين». وتنص المادة ٢٩٠ مدنى على أنه «اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامين من التضامن، بقى حقه فى الرجوع على الباقيين بكل الدين، ما لم يتفق على غير ذلك». وتنص المادة ٢٩١ على أنه « (١) فى جميع الأحوال التى يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامين، سواء أكان البراء من الدين أم من التضامن، يكون لباقي المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه فى حصة المعسر منهم وفقا للمادة ٢٩٨. (٢) على أنه اذا أحل الدائن المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين، فان الدائن هو الذى يتحمل نصيب هذا المدين فى حصة المعسر». ويتضح من هذه النصوص ما يلى:

١- اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامين من الدين، فيجوز له مع ذلك أن يرجع على المدينين الآخرين أو على أحدهم بكل الدين بعد استئزال حصة المدين الذى أبرأه. (٣٦)

٢- اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامين، وفى نفس الوقت صرح بأنه يبرئ سائر المدينين فان الالتزام يتقضى بالنسبة لهم جميعا ولا يجوز للدائن أن يرجع على أى منهم بعد ذلك.

٣- إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامين، وفى نفس الوقت صرح بأنه يحتفظ بحقه كاملاً قبل المدينين الآخرين، فيجوز له فى هذه الحالة أن يرجع على أى منهم بكل الدين.

٤- فى الحالة السابقة إذا وفى أحد المدينين بكل الدين، جاز له أن يرجع بعد ذلك على المدين الذى أبرأه الدائن بقدر نصيبه فى الدين، إذ لا يجوز أن يضار أى مدين من عمل يقوم به الدائن لمصلحة مدين آخر.

٥- إذا أبرأ الدائن أحد المدينين من الدين ولم يحتفظ بحقه فى الرجوع بالدين كاملاً على الآخرين، فانه لا يرجع عليهم الا بمقدار الدين بعد استئزال حصة المدين الذى أبرأه. وفى هذه الحالة إذا وفى أحد المدينين بالباقي من الدين فانه لا يرجع على المدين الذى أبرأه الدائن لأنه لم يوف شيئاً عنه فقد انتقضت حصة هذا المدين بإبراء الدائن.

٦- ولكن إذا حدث فى الحالة السابقة أن أعسر أحد المدينين المتضامين مما يحرم المدين الذى وفى من الرجوع عليه، فان هذا المدين لا يتحمل حصة المعسر بمفرده بل يرجع على المدينين المتضامين كل منهم بقدر نصيبه فى حصة المعسر، بما فى ذلك المدين الذى أبرأه الدائن. لأن الدائن أبرأه من حصته فى الدين ولكن لم يبرئه عن مسئوليته فى حصة المعسر من المدينين الآخرين.

٧- أما إذا كان الدائن قد أبرأ المدين من حصته فى الدين ومن مسئوليته عن حصة المعسر من المدينين الآخرين، فان الدائن هو نفسه الذى يتحمل بنصيب المدين الذى أبرأه فى حصة المدين الذى أعسر.

٨- إذا لم يبرى الدائن المدين من الدين، ولكن أبرأه من التضامن

فقط، فيترتب على ذلك أن الدائن لا يرجع على هذا المدين إلا بقدر نصيبه في الدين، وإن جاز له أن يرجع على أى من الآخرين بكل الدين. وإذا وفى بالدين مدين آخر غير المدين الذى أبراه الدائن من التضامن، فللمدين الذى وفى الدين أن يرجع على المدين الذى أبراه الدائن من التضامن فقط بنصيبه في الدين، ونصيبه في حصة المعسر من المدينين. وسندرس قواعد رجوع المدينين المتضامنين بعضهم على بعض فيما بعد.

٥- التقادم: تنص المادة ٢٩٢ مدنى على أنه « (١) إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين. (٢) وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين». ومن المتصور أن ينتضى الالتزام بالتقادم بالنسبة لبعض المدينين دون البعض الآخر، إذا كان التزام البعض مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط، فلا يسرى التقادم بالنسبة لهؤلاء فوراً بينما يسرى التقادم فى الحال بالنسبة للبعض الآخر الذى يكون الالتزام منجزاً بالنسبة له. فإذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة لأحد المدينين، فلا يجوز للآخرين أن يتمسكوا فى مواجهة الدائن بالتقادم إلا بقدر حصة المدين الذى انقضى التزامه لهذا السبب. ويحدث نفس الشئ إذا قطع الدائن التقادم بالنسبة لبعض المدينين دون البعض الآخر، فإن قطع التقادم يودى إلى عدم انقضاء الالتزام فى نفس الوقت الذى انقضى فيه التزام آخر لم تنقطع مدة تقادمه. على أنه ينبغى تفسير السبب الذى من أجله لا يودى انقطاع التقادم بالنسبة للبعض إلى انقطاعه بالنسبة إلى غيره من المدينين. ويتضح هذا السبب من الفقرة التالية:

١٧٤- النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر:

نظرا لتعدد الروابط بين الدائنين والمدينين المتضامنين، فإن كلا من المدينين يعتبر نائبا عن غيره منهم في علاقته بالدائن. ولكن هذه النيابة تتحدد بالقدر الذي ينفع المدينين ولا يضرهم. وتظهر آثار هذه الفكرة فيما يلي:

١- تنص المادة ٢٩٣/١ على أنه «لا يكون المدين المتضامن مسئولا عن تنفيذ التزامه الا عن فعله». ومقتضى هذا النص أنه اذا ارتكب أحد المدينين في تنفيذ الالتزام خطأ سبب ضررا للدائن أكثر من الضرر الناشئ عن مجرد عدم التنفيذ، فإن هذا المدين وحده هو الذي يلتزم بتعويض الدائن عن هذا الضرر. (٣٧)

٢- تنص المادة ٢٩٣/٢ على أنه «اذا أعذر الدائن أحد المدينين المدينين المتضامنين أو قاضاه، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين. أما اذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن، فإن باقى المدينين يستفيدون من هذه الاعذار». وطبقا لهذا النص اذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه وترتب على ذلك مثلا قطع التقادم الذى كان ساريا لمصلحة هذا المدين، فإن التقادم لا ينقطع مع ذلك بالنسبة للمدينين الآخرين، ما لم يتخذ الدائن اجراءات قطع التقادم فى مواجهة كل منهم.

وعلى العكس اذا كان أحد المدينين هو الذى أعذر الدائن مطالبا أياه بتسليم الشئ الذى التزم هو والمدينون الآخرون بتسليمه للدائن، فإن

(٣٧) راجع في تعريف الخطأ العقدي، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ١٣٣ وما بعدها، ص ١٦٩ وما بعدها.

سائر الدائنين يستفيدون من هذا الاعذار الذي ينقل تبعة الهلاك إلى الدائن، بحيث إذا لم يتسلم الدائن الشيء بعد الاعذار وهلك الشيء فإنه يهلك عليه. (٣٨)

٣- تنص المادة ٢٩٤ مدني على أنه «إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى، استفاد منه الباقيون. أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاما أو يزيد فيما هم ملتزمون به، فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه».

وينطبق هذا النص على الحالة التي يوجد فيها نزاع بين الدائن وجميع المدينين المتضامين، يتعلق بأصل الدين أو مقداره أو توابعه كالفوائد.... الخ فإذا تم صلح منفرد بين الدائن وأحد المدينين المتضامين فإن هذا الصلح يسرى بالنسبة للجميع إذا كان في مصلحتهم، أي إذا حقق الموقف الذي يتمسكون به أو حقق بعض هذا الموقف. وعلى العكس إذا كان الصلح أقرب إلى تحقيق وجهة نظر الدائن فيجوز للمدينين الآخرين عدم الاعتداد بهذا الصلح مع استمرارهم في تمسكهم بموقفهم الأول. (٣٩)

(٣٨) راجع في تبعة الهلاك الكلي للشيء المبيع قبل التسليم، كتابنا، عقد البيع، فقرة ٦٢، ص ٢٤٥، حيث يقرر المشرع في المادة ٤٣٧ تحمل البائع تبعة الهلاك الكلي قبل التسليم، بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، ويختلف مع الحكم المقرر في القانون الفرنسي. وحتى لا يؤدي هذا الحكم إلى الإضرار بالبائع وهو مستعد للتسليم، بينما المشتري هو الذي لا يريد ذلك، فقد قررت المادة ٣٤٧ السابق ذكرها، أن تبعة الهلاك تنتقل إلى المشتري من الوقت الذي يملكه فيه البائع يتسلم المبيع.

(٣٩) عهد الرزاق السنهوري، الوجهز، فقرة ١٠٤١، ص ١٠٣٣.

٤- تنص المادة ١/٢٩٦ على أنه «إذا أقر أحد المدينين المتضامين بالدين، فلا يسرى هذا الاقرار في حق الباقيين». وينطبق هذا النص على الحالة التي لا يكون لدى الدائن دليل اثبات قبل المدينين. فإذا أقر أحدهم بالدين فإنه يصبح ثابتا في مواجهته، ولكن الدائن لا يستطيع أن يتمسك بهذا الاقرار في مواجهة المدينين الآخرين. وعلى العكس إذا حصل أحد المدينين على اقرار الدائن بخصوص مسألة من المسائل فللمدينين جميعا أن يتمسكوا بهذا الاقرار. (٤٠)

٥- تنص المادة ٢/٢٩٥ على أنه «إذا نكل أحد المدينين المتضامين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا حلفها، فلا يضر بذلك باقى المدينين، وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامين فحلف، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك». وينطبق هذا النص أيضا على الحالات التي لا يوجد فيها دليل اثبات لدى الدائن أو لدى المدينين. فإذا وجه الدائن اليمين إلى أحد المدينين فلم يحلف مما ترتب عليه ثبوت حق الدائن، أو وجه أحد المدينين اليمين إلى الدائن فحلف مما ترتب عليه عدم ثبوت ما يدعيه المدين فإن المدينين الآخرين لا يضارون في أى من الحالتين. وعلى العكس إذا وجه الدائن اليمين إلى أحد المدينين المتضامين فحلف مما ترتب عليه عدم ثبوت حق الدائن فإن سائر الدائنين يستفيدون من ذلك. ويصدق نفس الحكم إذا وجه أحد المدينين اليمين إلى الدائن فلم يحلفها. (٤١)

٦- تنص المادة ٢٩٦ مدنى على أنه «(١) إذا صدر حكم على

(٤٠) راجع في الاقرار القضائي، ما سبق، فقرة ٥٥، ص ١٢٢.

(٤١) راجع في البين الحاسمة، ما سبق، فقرة ٥٧، ص ١٢٤.

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 الذي صدر الحكم لصالحه». وطبقاً لهذا النهج إذا كان الدائن قد استصدر حكماً ضد أحد المدينين المتضامنين دون أن يكون الآخرين طرفاً في الدعوى، فإن هذا الحكم لا يحتج به عليهم. وعلى العكس إذا كان أحد المدينين قد حصل على حكم ضد الدائن فإن للمدينين الآخرين التمسك بهذا الحكم، إلا إذا كان سبب صدوره يتعلق بحق خاص لمن صدر لمصلحته كأن يتقرر إبطال الالتزام بسبب نقص أهلية أحد المدينين، ففي هذه الحالة لا يستفيد من الحكم المدينون الآخرون. (٤٢)

ومن كل الأمثلة السابقة رأينا أن المشرع أقام نيابة تبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر. وقد أورد المشرع تطبيقات لهذه القاعدة في المسؤولية عن الخطأ وفي الإعذار والمطالبة القضائية والصلح والاقترار واليمين والحكم، وهي التطبيقات السابق ذكرها.

١٧٥- علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض:

إذا كان الدين واحداً في علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين، إلا أنه ينقسم في علاقة المدينين بعضهم ببعض. فإذا وفى أحد المدينين كل الدين أو بعضه، جاز له أن يرجع على الباقيين كل بقدر نصيبه. ونصيب كل من المدينين في الدين يتحدد على أساس الاتفاق القائم بينهم. فقد

(٤٢) عهد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ١٠٤٤، ص ١٠٣٥؛ نقض مدني، ١٩٧٢/٥/١٦. مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٢٣٧ ق - ص ٢٣، رقم (١٤٥) ص ١٩٣٣.

يكون لكل منهم حصة متساوية في الدين وهذا هو الغالب. وقد يكون لأحدهم حصة أكبر أو أصغر من حصة غيره. بل وقد يكون أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة في الدين. أى يكون هو وحده المدين بكل الدين في علاقته بالمدينين الآخرين وان كان هؤلاء قد ظهروا أمام الدائن بمظهر مدينين أصحاب مصلحة في الدين وهم في الواقع مجرد كفلاء للمدين لا مصلحة لهم في الدين.^(٤٣) وتكون الكفالة في هذه الحالة قد بلغت أقصى درجات الحماية للدائن. وقد نص المشرع على هذه الحالة في المادة ٢٩٩ مدنى التى تقرر أنه «إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقيين». وطبقا لهذا النص اذا كان المدين الذى وفى للدائن هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فانه لا يرجع بشئ على المدينين الآخرين. أما اذا وفى بالدين مدين آخر ليست له مصلحة فى الدين فانه يرجع على المدين الأصلي بكل ما وقاه.^(٤٤)

وإذا لم يوجد اتفاق أو نص على نصيب كل من المدينين فى الدين فانه ينقسم بينهم بطريق التساوى وهذا ما تنص عليه المادة ٢/٢٩٧

(٤٣) راجع في التفرقة بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن، كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٣٦ ص ٨٥ وما بعدها. الكفيل المتضامن يلتزم بصفة تبعية ويجوز له التمسك بهيمة ذمته بقدر ما أضعه الدائن بخطئه من التأمينات الضامنة للدين. ولكن المدين المتضامن لا يجوز له ذلك.

(٤٤) قضت محكمة النقض بأنه ولئن كان يجوز للمدين المتضامن أن يتفق مع غيره من المدينين المتضامين على أن يتحمل وحده بكل الدين محل التضامن، إلا أنه لا يجوز لغيره من المدينين المتضامين الرجوع عليه بهذا الدين إلا اذا كان قد وقاه بالفعل للدائن، ولا يغني عن ذلك صدور أحكام نهائية عليه بالدين، طالما أنه لم يتم الوفاء به بالفعل تنفيذا لهذه الأحكام». (نقض مدنى - جلسة ٣ مايو سنة ١٩٧٦، مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ١٧٤ لسنة ٤٤ ق - ص ٢٧، رقم ٢٠٢ ص ١٠٥٦).

- ٣٢٤ -

«وينقسم الدين اذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بين الجميع، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك». وشرتب على هذا النص أنه اذا وفى أحد المدينين كل الدين أو بعضه فانه يرجع على المدينين الآخرين، كل بقدر نصيبه محسوبا بعدد الرؤوس. ولكن لا يجوز لأى مدين أن يطالب مدين آخر بأكثر من نصيبه.

وبلاحظ أن المدين عندما يرجع على غيره من المدينين فهو يرجع عليهم أما بدعوى شخصية وهى دعوى الوكالة أو الفضالة أو يرجع عليهم بدعوى عينية هى دعوى الحلول محل الدائن، لأن المدين الذى يوفى الدائن يحل محله فى حقه ويرجع على المدينين الآخرين كما لو كان الدائن نفسه هو الذى يرجع عليهم. وهو ما سندرسه فيما بعد عند دراستنا للوفاء. ولكن حتى مع رجوع المدين على أحد زملائه بدعوى الدائن فهو لا يستطيع أن يطالبه بكل الدين كما يستطيع الدائن، بل بقدر نصيبه فقط. وهذا ما يقرره المشرع فى المادة ٢٩٧/١ التى تنص على أنه «اذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقيين الا بقدر حصته فى الدين، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن».

١٧٦- حصة المعسر توزع على المدينين الموسرين:

اذا أعسر أحد المدينين المتضامنين فان الدائن لا يتحمل نتيجة هذا الاعسار، بل يجوز له كما سبق أن يرجع بكل الدين على أى مدين موسر. وهذه هى الفائدة الكبيرة التى يحققها نظام التضامن. ولكن اذا وفى أحد المدينين كل الدين فهو لا يتحمل به وحده ولكنه يرجع على المدينين الآخرين بقدر نصيب كل منهم، ونظرا لوجود مدين معسر بين

-٣٢٥-

هؤلاء المدينين فإن المدين الذي وفى الدين لا يستفيد من الرجوع عليه بشئ. ولكن من الظلم أن يتحمل هو وحده كل حصة المدين المعسر. ولذلك قرر المشرع أن حصة المدين المعسر توزع على سائر المدينين الموسرين بما فيهم المدين الذى وفى الدين، فيرجع المدين الذى وفى الدين على كل مدين آخر بحصة هذا المدين ونصيبه فى حصة المعسر منهم^(٤٥). وهذا هو مضمون نص المادة ٢٩٨ مدنى التى تقرر أنه «إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين، كل بقدر حصته».

المبحث الثاني عدم القابلية للانقسام

١٧٧- متى يكون الالتزام غير قابل للانقسام:

يكون الالتزام غير قابل للانقسام اما بحسب طبيعته أو بحسب الاتفاق.

١- تنص المادة ٣٠٠ على أنه «يكون الالتزام غير قابل للانقسام: (أ) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم». ومن هذا القبيل الالتزام بنقل ملكية شئ من الأشياء أو بترتيب حق عيني عليه، اذ من غير المتصور أن تنتقل الملكية نصف انتقال أو أن يترتب الحق العيني بطريقة جزئية. ومن ذلك أيضا التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع

(٤٥) ويقول الاستاذ السهوري «وهنا تبرز فكرة التضامن فتلاصق حتى علاقة المدينين فيما بينهم، ذلك بأنهم، حتى في علاقتهم بعضهم ببعض يتضامنون في تحمل حصة المعسر منهم»، الوجيز، فقرة ١٠٤٨، ص ١٠٤١.

بالعين المؤجرة. (٤٦) ويشمل ذلك الالتزام بالتسليم والالتزام بالصيانة والالتزام بضمان الاستحقاق. ويلاحظ أن عدم القابلية للانقسام قد يرجع إلى خلقه الشيء كالالتزام بتسليم قطعة أثاث أو آلة موسيقية أو حيوان.. الخ. وقد يرجع عدم القابلية للانقسام إلى عمل الإنسان كالمحل التجارى فهو يتكون من عناصر مختلفة هي مكان المحل وزبائنه وحقوقه وديونه والسلع الموجودة به، ومع ذلك فإن الالتزام بتسليمه لا يقبل الانقسام لأن هذه العناصر قد اجتمعت بفعل الإنسان فى تكوين محل واحد لا يقبل الانقسام هو المحل التجارى.

٢- ومن ناحية أخرى تنص المادة ٣٠٠ مدنى على أن « يكون الالتزام غير قابل للانقسام: (ب) اذا تبين من الغرض الذى رمى اليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً، أو اذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك». وفى هذه الحالة فإن المحل يكون قابلاً للانقسام بطبيعته كالالتزام بدفع مبلغ من النقود، ومع ذلك تتجه ارادة المتعاقدين إلى جعله غير قابل للانقسام. والصورة العملية لذلك أن يتفق الدائن مع المدينين المتعاقدين على التضامن بينهم وكذلك على عدم قابلية الدين للانقسام. وفى هذه الحالة فإن الدين لا ينقسم بين المدينين فى علاقتهم بالدائن نتيجة للتضامن بينهم ولا ينقسم كذلك بين ورثة أحدهم فى علاقة الورثة بالدائن نتيجة لعدم القابلية للانقسام.

ويحدث نفس الشيء اذا كان التضامن بين الدائنين فإن الدين لا ينقسم بين ورثة الدائن المتوفى بفعل عدم القابلية للانقسام لا بفعل

(٤٦) راجع كتابنا عقد الاجار، عدم قابلية الالتزام بالتسليم للانقسام، فقرة ٧٦، ص ١٢٥ وما بعدها.

التضامن الذى لا يمنع انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين كما سبق أن رأينا^(٤٧) (م ٢/٢٨٠) وجدير بالذكر أن الفائدة من عدم القابلية للانقسام لا تظهر الا فى حالة تعدد المدينين أو تعدد الدائنين. أما اذا كان الدائن واحدا والمدين واحدا، فسيبان أن يكون المحل قابلا للانقسام أو غير قابل للانقسام، لأن المدين فى هذه الحالة يلتزم بوفاء الالتزام كله فى مواجهة دائنه.

١٧٨- تعدد المدينين وعدم القابلية للانقسام:

آثار عدم القابلية للانقسام تشبه آثار التضامن أحيانا وتزيد عليها أحيانا أخرى وتقل عنها كذلك فى بعض الحالات. أما التشابه بين التضامن وعدم القابلية للانقسام فيظهر فى أن من حق الدائن أن يطالب أى مدين بكل الدين لأن الالتزام ذاته غير قابل للانقسام. وهذا ما تقرره المادة ١/٣٠١ «اذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا». ويترتب على ذلك انه اذا قام أحد المدينين بوفاء الالتزام فان ذلك يودى إلى براءة ذمة الآخرين.

ولكن عدم القابلية للانقسام تزيد فى الأثر عن التضامن فى أنه اذا انقضى الالتزام لاي سبب آخر غير الوفاء كالتقادم مثلا فى علاقة الدائن بأحد المدينين، فان الالتزام ينقضى بالنسبة لجميع المدينين، لأنه غير قابل للانقسام فلا يتصور انقضائه بالنسبة لبعضهم ويقائه بالنسبة للبعض الآخر. وذلك أبعد أثرا من التضامن الذى لا يودى إلى انقضاء الالتزام لسبب غير الوفاء الا بقدر حصة المدين الذى انقضى التزامه.^(٤٨)

(٤٧) راجع ما سبق، فقرة ١٦٥.

(٤٨) راجع ما سبق، فقرة ١٧٣.

أما أَر عدم القابلية للانقسام تقل في الأثر أحيانا عن التضامن فيظهر ذلك إذا استحال تنفيذ الالتزام عينا وتحولت المطالبة إلى التنفيذ بمقابل بطريق التعويض النقدي، فإن الالتزام يتحول في هذه الحالة إلى التزام قابل للانقسام لأن محله وهو التعويض النقدي قابل للانقسام. فلا يطالب الدائن أحد المدينين إلا بقدر نصيبه في التعويض. وذلك أقل أثراً من التضامن الذي يجعل المدين مسئولاً في مواجهة الدائن عن الدين في مجموعه سواء كان التنفيذ عينياً أو كان تنفيذاً بمقابل بطريق التعويض.

ورغم الفروق السابقة فإن آثار التضامن تتطابق تماماً مع آثار عدم القابلية للانقسام إذا قام بالوفاء أحد المدينين في الالتزام القابل للانقسام. فطبقاً للمادة ١-٣/٢ «للمدين الذي وفى بالدين حق الرجوع على الباقيين، كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك». وهنا تنطبق كل الأحكام السابق ذكرها في التضامن بين المدينين.^(٤٩) فالدين ينقسم في علاقة المدينين بعضهم ببعض، ويرجع من وفى الدين على كل منهم بقدر نصيبه فيه. ويتحدد هذا النصيب بحسب الاتفاق أو بنص القانون. وقد يكون أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فيتحمل به كله نحو الباقيين. وإذا لم يوجد اتفاق أو نص فإن الدين ينقسم بالتساوي بين المدينين. وكذلك يضاف إلى حصة كل مدين نصيبه في حصة المعسر منهم.

١٧٩- تعدد الدائنين وعدم القابلية للانقسام:

تنص المادة ٣٠٢ مدنى على أنه «(١) إذا تعدد الدائنون في التزام غير قابل للانقسام، أو تعدد ورثة الدائن في هذا الالتزام، جاز لكل دائن

(٤٩) راجع ما سبق، فقرة ١٧٤ وفقرة ١٧٥

أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا، فاذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك، كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إبداع الشيء محل الالتزام. (٢) ويرجع الدائنون على الدائن الذى استوفى الالتزام، كل بقدر حصته».

وهنا أيضا نرى أن التضامن يتشابه مع عدم القابلية للانقسام فى أنه يجوز لأى دائن أن يطالب المدين بكل الدين، وأن الوفاء الذى يقوم به المدين لأحد الدائنين يبرى ذمته أمام الآخرين. ونرى هنا أيضا نفس الحكم الذى رأيناه فى التضامن وهو حق كل دائن فى أن يعترض على أن يتم الوفاء لأحدهم بمفرده، وفى هذه الحالة يتعين على المدين أن يوفى بالالتزام للدائنين مجتمعين أو يودع الشيء محل الالتزام لحساب الدائنين جميعا بالاجراءات المقررة قانونا.

ويتشابه النظامان أيضا فى أن انقضاء الالتزام لسبب غير الوفاء بالنسبة لأحد الدائنين لا يؤدى إلى انقضائه بالنسبة لغيره منهم الا بقدر نصيب الدائن الذى انقضى التزامه. (٥٠)

ويتشابه النظامان كذلك فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض، من حيث انقسام الدين بينهم، ورجوعهم جميعا كل بقدر نصيبه على الدائن الذى استوفى الدين كله.

ولكن عدم القابلية للانقسام تزيد فى الأثر عن التضامن فى أنها تجعل الدين غير منقسم بين ورثة أحد الدائنين، على خلاف

- ٣٣ -

التضامن الذى لا يحول دون انقسام الدين على ورثة الدائنين كما سبق أن رأيناه. (٥١)

وعلى خلاف ذلك فإن عدم القابلية للانقسام تقلل فى الأثر عن التضامن عندما يستحيل تنفيذ الالتزام عينا أو عندما لا يطالب به الدائن ولا يعرضه المدين ويقتصر الأمر على المطالبة بالتنفيذ بمقابل بطريق التعويض. فإن الالتزام فى هذه الحالة يصبح قابلا للانقسام، ولا يجوز لأى دائن أن يطالب المدين الا بقدر نصيبه فى الدين فقط، الا اذا كان الدين تضامنيا فى نفس الوقت فتسرى آثار النظامين معا.

والواقع أنه من المصلحة للدائن اذا تعدد المدينون أن يشترط التضامن وعدم القابلية للانقسام فى نفس الوقت حتى يستفيد من كل من الوصفين فيما يزيد فيه أى منهما عن الآخر. وكذلك الأمر اذا تعدد الدائنون فان اشتراط التضامن مع عدم الانقسام يكون أوفى بالغرض.

وبهذا ننتهى فى دراسة أوصاف الالتزام وهى توجد فى الشرط والأجل وهما يتعلقان برابطة الالتزام ذاتها. وهى توجد أيضا فى الالتزام التخبيرى والالتزام البدلى وهنا يلحق الوصف محل الالتزام. وهى توجد أخيرا فى التضامن وعدم القابلية للانقسام. وهذه أوصاف تتعلق بطرفى الالتزام. وننقل الآن إلى دراسة انتقال الالتزام.

الباب الثالث انتقال الالتزام

١٨٠- نظرة عامة:

الالتزام قد ينتقل من جانب الدائن، فيختفى الدائن الأصلي ويظهر دائن جديد، ويسمى انتقال الالتزام في هذه الحالة حوالة الحق. وقد ينتقل من جانب المدين، فيختفى المدين الأصلي ويظهر مدين جديد، ويسمى انتقال الالتزام في هذه الحالة حوالة الدين. والجوهرى فى انتقال الالتزام سواء من جانبه الايجابى أو من جانبه السلبى أن الالتزام يظل كما هو لا يتغير من حيث مقداره وضماناته وتوابعه والدفع التى ترد عليه.^(١) فالدائن الجديد فى حوالة الحق يستفيد من كل الضمانات التى كانت تضمن حق الدائن السابق وتسرى لمصلحته الفوائد التى تسرى قبل انتقال الالتزام إليه، وكذلك يتعرض هذا الدائن للدفع التى كان يجوز توجيهها للدائن السابق كالدفع ببطلان الالتزام أو انقضائه لسبب سابق على الحوالة. ومن ناحية أخرى فإن المدين الجديد يصبح مدينا بنفس الالتزام الذى انتقل اليه من المدين السابق من حيث مقداره وفوائده والدفع التى يجوز له أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن.

وإذا ألقينا نظرة تاريخية على موضوع انتقال الالتزام بالمعنى السابق ذكره، فإننا نجد تطورا هاما حدث فى هذا المجال منذ القانون

(١) (نقض مدني - جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ - مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ٣٥٢ لسنة ٤١ق- السنة ٢٨، رقم ١٣٣، ص٧٣٢).

الرومانى إلى اليوم. فمن المعروف أن القانون الرومانى ينظر إلى الالتزام نظرة شخصية خالصة. فالالتزام رابطة شخصية بين دائن ومدين. وبالتالي فلا يتصور تغيير شخص الدائن أو المدين، ون انقضاء الالتزام ذاته. وقد ترتب على ذلك أن انتقال الالتزام مع بقائه قائما لم يكن جائزا فى القانون الرومانى. وفى الحالات التى يراد فيها تغيير شخص الدائن أو شخص المدين، لم يكن هناك بد من الالتجاء إلى تجديد الالتزام عن طريق تغيير شخص الدائن أو شخص المدين. ولكن التجديد سبب من أسباب انقضاء الالتزام على ما سنرى. وهو يؤدى إلى انقضاء الالتزام السابق ونشأة التزام جديد يحل محله والالتزام السابق ينقضى بضماناته وتوابعه ودفعه. (٢).

ولذلك فإن العمل كان يجرى فى القانون الرومانى عندما يراد احلال شخص آخر محل الدائن مع بقاء الالتزام قائما، أن يعطى الدائن للشخص الآخر توكيلا فى تحصيل الدين. ولكن عيب التوكيل أن بقاءه يتوقف على محض ارادة الدائن الأصلى الذى يجوز له الغاء التوكيل فى أى وقت. فليس فى التوكيل أى حماية لشخص الوكيل يمكن مقارنته بالضمان الذى يعطيه حوالة الحق للدائن الجديد. ورغم قصور الوكالة عن تحقيق غايات حوالة الحق إلا أنها ظلت الوسيلة العملية الوحيدة المستخدمة فى القانون الرومانى فى هذا المجال. وانتقلت هذه الوسيلة إلى القانون الفرنسى وشاع استعمالها، ثم كانت هى المنفذ الذى خرجت منه حوالة الحق عن طريق اعطاء ضمانات خاصة للوكيل فى التحصيل أدت فى مجموعها إلى تغيير مركزه إلى مركز المحال له بالحق. وهكذا عرف القانون الفرنسى القديم والجديد نظام حوالة الحق. (٣)

(٢) عبد الرزاق السنهوري، الوجز، فقرة ١٠٦٧، ص ١٠٥٨.

(٣) مارني ودينو، ج ٢، فقرة ٨٠٢، ص ٨٠٧.

أما حوالة الدين فقد ظل الباب مغلقا في وجهها نظرا لخطورة التغيير في شخص المدين. وهو أهم في الالتزام من شخص الدائن لأنه هو المسئول عن وفاء الالتزام وهو الأمر الذي يتوقف على احساسه بالمسئولية وعلى قدرته المالية ودرجة يساره. وهذه أشياء تختلف من مدين إلى آخر، فيكون تغيير شخص المدين بالتالي بالغ الخطورة بالنسبة للدائن.^(٤)

ومع ذلك فإن القوانين المتأثرة بالنزعة الجرمانية، وهي التي لا تعتبر الالتزام رابطة شخصية بين دائن ومدين، بقدر ما هو قيمة مالية يجوز التصرف فيها سواء من الناحية الايجابية أو الناحية السلبية، قد ذهبت إلى جواز حوالة الدين كما تجوز حوالة الحق. وبأخذ بهذا الحكم القانون المدني الألماني وقانون الالتزامات السويسري. أما القانون المصري فقد تخير طريقة بين النزعتين الشخصية والموضوعية للالتزام. فهو لا يعتبر الالتزام مجرد رابطة شخصية أو مجرد قيمة مالية، ولكنه يعتبر الالتزام رابطة مالية بين شخصين. ومن ثم أجاز حوالة الحق. كما أجاز حوالة الدين. وندرس كلا من هاتين المسألتين في فصلين متتاليين.

(٤) القانون الفرنسي لا يعرف حوالة الدين بصفة مستقلة، ولكنه يعرفها في إطار حوالة العقد في مجموعه بما يشمل من حقوق والتزامات. راجع، مارتني ورينو، ج٢، ص ٨٠٨.

الفصل الأول حوالة الحق

١٨١- تعريف حوالة الحق :

حوالة الحق عقد بمقتضاه ينقل شخص هو الدائن في الالتزام ويسمى المحيل، حقه إلى شخص آخر هو الدائن الجديد لهذا الالتزام ويسمى المحال له، حقه قبل شخص ثالث هو المدين في هذا الالتزام، ويسمى المحال عليه. وحوالة الحق تتم تحقيقا لأغراض مختلفة. فقد يكون الغرض منها هو بيع الحق من المحيل إلى المحال له. وهنا تسرى قواعد البيع وأهمها وجوب الثمن على المشتري ووجوب الضمان على البائع. وقد يكون الغرض منها هو التبرع بالحق من المحيل إلى المحال له، وهنا تسرى قواعد عقد الهبة من وجوب نية التبرع. وقد يكون الغرض من الحوالة هو رهن الحق للمحال له فتكون الحوالة عقد رهن تسرى عليه قواعد الرهن، وأهمها وجود دين للمحال له في ذمة المحيل يبرر انشاء الرهن ضمانا له.^(٥) وقد يكون الغرض من الحوالة هو الوفاء بدين المحيل قبل المحال له فيكون الحق المحال مقابل الوفاء بهذا الدين.

وأيا كان الغرض من الحوالة، وأيا كانت صورة العقد الذي تتم به الحوالة، فللحوالة ذاتها أحكام خاصة بها لا بد من مراعاتها في جميع الأحوال. وهذه الأحكام تتعلق بشروط الحوالة من حيث انعقادها ونفاذها،

(٥) راجع في رهن الدين، كتابنا في التأمينات الشخصية والمبينة، فقرة ١٤٦ ص ٢٧٠ وما بعدها.

وكذلك من حيث الآثار التى تترتب عليها. وندرس هذه الأحكام فيما يلى.

١- شروط انشاء الحوالة

١٨٢- عقد الحوالة:

الحوالة عقد يتم بين الدائن القديم (المحيل) وبين الدائن الجديد (المحال له)، على انتقال حق الأول إلى الثانى فى مواجهة المدين (المحال عليه). ولا يشترط فى الحوالة الا رضا الدائن القديم والدائن الجديد، أما المدين فلا يشترط القانون المدنى الجديد رضاه، لأن المهم فى الالتزام بالنسبة للمدين هو محل الالتزام وليس شخص الدائن. فالالتزام عبء على المدين لا يعينه فى سبيل الخلاص منه أن يوفيه لشخص أو لآخر. وقد نص المشرع على هذا الحكم صراحة فى المادة ٣٠٣ مدنى فى عبارتها الأخيرة التى جاء فيها «وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين».

والحوالة عقد، ولذلك ينبغى أن تستكمل شروط انعقاد العقد، من حيث الرضا والمحل والسبب. فيجب أن يتم تكوين العقد عن ارادة كاملة وصليمة من العيب وأن يكون السبب مشروعاً.^(٩)

أما بالنسبة للمحل فإن محل عقد الحوالة هو الالتزام الذى يجرى تحويله. والأمل أن كل التزام قابل للتحويل من شخص إلى آخر. سواء كان هذا الالتزام باعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل. ولكن

(٩) من يفرق بين العقد والاتفاق، يقول أن الحوالة اتفاق لاتها لا تنشئ التزاماً جديداً، ولكنها تحوله فقط إلى شخص آخر، وقد سبق أن ذكرنا فى كتابنا، مصادر الالتزام، أنه لا أهمية للفرقة بين العقد والاتفاق، راجع ص ٩.

الغالب أن يكون الالتزام الذي يتم تحويله هو التزام نقدي محله مبلغ من النقود.

ولكن استثناء من هذا الأصل فإن بعض الالتزامات لا يجوز تحويلها. وقد نص المشرع على الأصل وعلى الاستثناءات الواردة عليه في المادة ٣٠٣ التي تقرر أنه «يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، إلا إذا حال دون ذلك القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام...».

١- فالقانون لا يجيز حوالة بعض الحقوق لاتصالها الوثيق بشخص صاحبها أو لطابعها الاجتماعي أو الانساني. والمثل البارز على ذلك كل الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها. وقد نصت المادة ٣٠٤ مدني على أنه «لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز». ومن الحقوق التي لا تقبل الحجز عليها وبالتالي لا تجوز حوالتها دين النفقة، وكذلك مستحقات العمال والأجراء ومرتبات موظفي الحكومة والعاملين بها. والواقع أنه لو جازت الحوالة بالنسبة لهذه الحقوق لأمكن التحايل على عدم جواز الحجز عليها، إذ يكفي أن يحيل صاحب الحق حقه إلى دائته فيغنيه هذا عن الحجز على هذا الحق. (٧)

٢- وقد يتفق المتعاقدان على عدم جواز حوالة الحق إلى شخص آخر وفي هذه الحالة يمتنع على الدائن أن يحيل حقه إلى الغير. ومثال ذلك أن يتفق المؤجر على منع المستأجر من حوالة حقه في

(٧) وقد طبق المشرع هذا الحكم في نص المادة ١١٢٥ في رهن الدين مقرباً «إذا كان الدين غير قابل للحوالة أو للحجز فلا يجوز رهنه». ورهن الدين كما سبق أن ذكرنا هو حوالة للدين على سبيل الرهن، راجع كتابنا في التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ١٤٦، ص ٣٧ وما بعدها.

الايجار إلى الغير عن طريق التأجير من الباطن، فيتقيد المستأجر بهذا الحظر. (٨)

٣- وقد تستعصى طبيعة الالتزام على الحوالة، إذا كان الالتزام يقوم على رابطة شخصية روعى فيها شخص الدائن، مثال ذلك الالتزام بدفع مصروفات تعليم شخص معين.

٢- شروط نفاذ الحوالة

حوالة الحق تنتج أثرها ليس فقط في العلاقة بين الدائن القديم والدائن الجديد، بل كذلك في مواجهة المدين وبالنسبة للغير. وقد وضع المشرع شروطا لنفاذ الحوالة بالنسبة للمدين وبالنسبة للغير ندرسها فيما يلي.

١٨٣- شروط نفاذ الحوالة بالنسبة للمدين:

تنص المادة ٣٠٥ مدني على أنه «لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها، على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ». ويتضح من هذا النص أن الاجراء الذي يتم به نفاذ الحوالة في مواجهة المدين هو اعلانه بها أو قبوله لها.

(٨) ومع ذلك فقد يجيز المشرع الحوالة رغم اتفاق المزجر والمستأجر علي عدم جوازها، كما في بيع الجردك، حيث يقرر المشرع في المادة ٢/٥٩٤ مدني «ومع ذلك إذا كان الأمر خاصا بإيجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر للمحكمة بالرغم من وجود الرط المانع أن تقضي بإبقائه الإيجار إذا قدم المشتري ضمانا كافيا ولم يلحق المزجر من ذلك ضرر محقق»، راجع كتابتنا، عقد الإيجار، فقرة ١٦٧، ص ٢٧٠ وما بعدها.

١- اعلان الحوالة: اعلان الحوالة للمدين يتم باجراء رسمى عن طريق ورقة من أوراق المحضرين.^(٩) ولا يشترط فى هذا الاعلان أى شكل خاص، بل يكفى ذكر البيانات المتعلقة بالحوالة وهى تاريخ الحوالة وطرفيها والالتزام المحال. والذي يقوم بهذا الاعلان هو عادة الدائن الجديد حتى يحفظ حقه فى مواجهة المدين. وقد يقوم به الدائن القديم حتى يحفظ حق الدائن الجديد ويمنعه بالتالى من الرجوع عليه بالضمان. وإذا أعلنت الحوالة للمدين فان ذلك يمنعه من التعامل مع الدائن السابق ويفرض عليه أن يوفى بالدين للدائن الجديد. أما قبل الاعلان فان المدين لا يكون قد علم بالحوالة أو بشخص الدائن الجديد ولذلك فان الحوالة لا تكون قد نفذت فى حقه، بل هو يوفى الدين إلى الدائن القديم بغير مسئولية عليه فى مواجهة الدائن الجديد. وإعلان الحوالة جائز فى أى وقت لاحق على ابرامها، بشرط ألا يتأخر ذلك إلى وقت يصبح فيه اعلاتها غير ذى فائدة. كما لو أحال الدائن حقه مرتين، وقام الدائن المحال له الثانى باعلان الحوالة الثانية أولاً. فان اعلان الحوالة الأولى بعد ذلك لا تكون له فائدة. ويصدق نفس الحكم اذا تأخر اعلان الحوالة إلى أن وقع حجز من الغير على الحق المحال به.

٢- قبول المدين للحوالة: المدين لا يملك رفض الحوالة، ومن ثم فان قبوله لها لا يعنى أنه يوافق عليها ويقرها. ولكن يعنى فقط أنه علم

(٩) قضت محكمة النقض بأن «الاعلان الذي تنفذ به الحوالة في حق المدين أو الغير بالتطبيق لحكم المادة ٣٠٥ من القانون المدني هو الاعلام الرسمي الذي يتم بواسطة المحضرين وفقاً لقواعد قانون المرافعات ولا يفنى عن هذا الاعلان الرسمي مجرد اختصار المدبر بكتاب مسجل.. إذ متى رسم القانون طريقاً محدداً للمعلم فلا يجوز استظهاره إلا بهذا الطريق، (نقض مدني - جلسة ٥ يناير سنة ١٩٧٦، مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٢٢٠ لسنة ٣٩ ق- السنة ٢٧، رقم (٣٧)، ص ١٣٢).

بالحوالة وأنها أصبحت نافذة في حقه. فإذا رفض المدين قبول الحوالة، فما على الدائن القديم أو الجديد الا أن يعلنه على يد محضر فتصير نافذة في حقه كما سبق أن رأينا. وكذلك فإن قبول المدين للحوالة لا يعنى اسقاط حقه في التمسك في مواجهة الدائن الجديد بالدفع التي كانت له في مواجهة الدائن القديم، بل يظل متمسكا بكل حقوقه السابقة. ولا يشترط لنفاذ الحوالة في حق المدين أن يكون تاريخها ثابتا بشكل رسمى، بل لا يشترط أن يتم هذا القبول في أى شكل خاص. فهو يجوز أن يكون مكتوبا في ورقة رسمية أو ورقة عرفية أو أن يتم في خطاب شفوى. فشرط اثبات التاريخ مطلوب فقط لنفاذ الحوالة في مواجهة الغير كما سنرى. ويشترط في قبول المدين للحوالة أن يكون في وقت لاحق على إبرامها، فالقبول السابق على إبرام الحوالة لا أثر له. (١٠) ويشترط كذلك أن يكون القبول في وقت سابق على حدوث أى شئ يجعل هذا القبول عديم الفائدة كتوقيع حجز أو اعلان حوالة أخرى.

٣- علم المدين بالحوالة: إذا علم المدين بالحوالة بغير طريق الاعلان الرسمي، أو بغير طريق القبول، فإن هذا العلم لا يكفى في ذاته لنفاذ الحوالة في حقه بحسب الأصل، لأن المشرع جعل نفاذ الحوالة متوقفا على اتخاذ واحد من اجرائين معينين فلا بد من مراعاة ما اشترطه المشرع

(١٠) قضت محكمة النقض بأن «مؤدي نص المادة ٣٠٥ من القانون المدني - علي ألا تكون حواله الحق المدني نافذة قبل المدين إلا إذا قبلها أو أعلن بها - أن القول الذي يعتد به في هذا الخصوص هو ذلك الذي يصدر من المدين وقت الحوالة أو بعدها... أما إذا تضمنت عبارة السند تحويلا للدائن بتحويل الحق موضوع السند لمن يشاء بغير توقف علي رضا المدين فإن ذلك لا يعد قبولا بالمعنى الذي قصده المشرع بالمادة ٣٠٥» (نقض مدني - جلسة ١٩٥٩/١١/١٩ - مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٢٥ ق - السنة ١٠، رقم (١٠٤) ص ٦٨٤).

لنفاذ الحوالة. ومع ذلك إذا علم المدين بالحوالة وقام بعد ذلك بتصرف ينطوي على الغش من ناحيته وعلى التواطؤ من ناحية الدائن القديم (المحيل)، كأن قام المدين بالوفاء للدائن القديم رغم علمه بالحوالة، وحصل لنفسه مقابل ذلك على تخفيض لقيمة الدين، فإن هذا الوفاء لا يعتد به في مواجهة الدائن الجديد عملاً بقاعدة أن الغش يفسد كل شيء. (١١)

١٨٤- شروط نفاذ الحوالة بالنسبة للغير:

تصبح الحوالة نافذة في حق الغير بأبلاغها للمدين أو بقبوله لها قبولاً ثابت التاريخ. فاعلان الحوالة بالطريق الرسمي يؤدي إلى نفاذها في مواجهة المدين وفي مواجهة الغير في نفس الوقت. وقبول المدين للحوالة غير ثابت التاريخ يؤدي إلى نفاذها في مواجهة المدين دون الغير. أما إذا كان تاريخ القبول ثابتاً فإنها تكون نافذة في مواجهة المدين والغير في نفس الوقت. (١٢)

والمقصود بالغير، ليس هو كل شخص أجنبي لا علاقة له بأطراف الحوالة. فهذا الشخص لا تعنيه الحوالة ولا يؤثر فيه نفاذها. ولكن المقصود بالغير هو كل شخص يضر من نفاذ الحوالة. ومن هذا القبيل أن يحيل الدائن حقه إلى أكثر من دائن جديد، فيصبح كل واحد من هؤلاء، في حكم الغير بالنسبة للآخر. ومثال ذلك أن يرهن الدائن حقه لشخص ويبيعه لشخص آخر، فيصبح كل من المحال له المشتري، والمحال له المرتهن من الغير بالنسبة للآخر.

(١١) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ١٠٨٠، ص ١٠٧٥؛ سليمان مرقس، ص ٧٨١ هامش ١.

(١٢) راجع في انهاء التاريخ، ما سبق، فقرة ٤٤، ص ١٠٨.

١٨٥- اجراءات أخرى لتنفاذ بعض أنواع الحقوق :

يشترط القانون زيادة على الاجراءات السابق ذكرها ، بعض الاجراءات الخاصة بالنسبة لبعض أنواع الحقوق. فاذا كان الحق ثابتا فى سند اسمى كسندات قرض عام أو خاص أو أسهم شركة خاصة، أو فى سند اذنى كالكمبيالة والسند الاذنى، فان حوالته ينبغى أن تتم بالشكل المبين فى القانون التجارى. فالسندات الاسمية تتم حوالتها بقيد فى سجلات المؤسسة التى صدرت منها هذه السندات، وكذلك بالتأشير على صك السند ذاته، وتصبح الحوالة نافذة من وقت اتخاذ هذه الاجراءات. والسندات الاذنية كالكمبيالة مثلا، تتم حوالتها عن طريق تظهيرها أى بكتابة على ظهر الورقة تفيد حوالتها. أما السندات لحاملها كالشيكات فقد أدمج القانون الحق فى الصك ذاته واعتبرها لذلك فى حكم المنقولات المادية التى يتم ترتيب الحقوق عليها بمجرد تسليم الصك ذاته إلى المحال له. (١٣)

٣- آثار الحوالة

١٨٦- تعدد العلاقات :

تظهر آثار الحوالة فى ثلاث علاقات هى علاقة المحال له بالمحيل، وعلاقة المحال له بالمحال عليه، وعلاقة المحيل بالمحال عليه، وتدرس هذه العلاقات فيما يلى.

(١٣) راجع كتابنا فى التأمينات الشخصية والمعنية، رهن الدين، فقرة ١٤٦، ص ٣٧٠ وما بعدها.

أ- علاقة المحيل بالمحال له

الأثر الهام للحوالة والذي يظهر في علاقة المحيل بالمحال له، هو انتقال الحق المحال به من الأول إلى الثاني، مع التزام المحال بالضمان في مواجهة المحال له.

١٨٧- انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له:

يترتب على حوالة الحق انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له فور انعقاد الحوالة. ولا يتأخر ترتيب هذا الأثر إلى وقت نفاذ الحوالة في مواجهة المدين أو بالنسبة للغير. والحق الذي ينتقل إلى المحال له هو نفس حق المحيل قبل المحال عليه. ويعنى ذلك أن الحق ينتقل بمقداره وخصائصه وتوابعه وضمائنه. فالمحال له يكتسب نفس مقدار الحق ولو كان قد دفع للمحيل ثمنا أقل من هذه القيمة كما هو الغالب في العمل. والمحال له يكتسب الحق بخصائصه كما لو كان الدين تجاريا أو مدينا. والحق ينتقل إلى المحال له بتوابعه، كالفوائد فهي تستحق للمحال له كما كانت تستحق للمحيل. والحق ينتقل للمحال له بضماناته كما لو كان الحق مضمونا بكفالة أو كان التزاما تضاميا أو غير قابل للتقسام، أو كان مضمونا برهن رسمي أو رهن حيازي أو غير ذلك من التأمينات العينية.^(١٤) ومن الضمانات التي تنتقل كذلك الدعاوى التي تكون للمحيل قبل المحال عليه كدعوى الفسخ لعدم دفع ثمن البيع. وأخيرا فإن الحق ينتقل إلى المحال له بالدفع الواردة عليه. وسنرى ذلك عند دراستنا

(١٤) قضت محكمة النقض بأن «ينتقل الحق المحال به - وعلى ما يجري عليه قضاء هذه المحكمة - بالحوالة من المحيل إلى المحال له بصناته ودفعه كما تنتقل معه توابعه ومنها الدعاوى التي تزكده...» (تقضى مدني جلسة ١٩٧٨/٥/١٦ - مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٢٠٠ لسنة ٤٥ ق - السنة ٢٩ رقم ٢٤٧، ص ١٢٦١).

للعلاقة بين المحال له والمحال عليه. وقد أجمل المشرع الأحكام السابقة في المادة ٣٠٧ التى تنص على أن «تشمل الحوالة الحق وضماناته، كالكفالة والامتياز والرهن، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط».

وإذا كان الحق ينتقل إلى المحال له من وقت انعقاد الحوالة فأنما يكون ذلك فى العلاقة بين المحيل والمحال له. فمنذ ذلك الوقت يجب على المحيل أن يمتنع عن كل عمل من شأنه الاضرار بالمحال له، كحوالة الحق مرة أخرى أو رهنه أو استيفاء قيمته من المحال عليه. ويتعين عليه إذا دفع له المحال عليه الدين أن يرد ما استوفاه إلى المحال له. وإذا هو قصر فى شئ من هذا التبيل فإنه يكون مسئولاً فى مواجهة المحال له، ولو كانت الحوالة بغير عوض، ولو كان قد اشترط عدم الضمان.

١٨٨- التزام المحيل بضمان الحق المحال به للمحال له:

المحيل مسئول عن أفعاله الشخصية فى مواجهة المحال له، وهو ضامن أيضاً لوجود الحق المحال به ضماناً يختلف بحسب ما إذا كانت الحوالة بعوض أو بغير عوض.

١- مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية: تنص المادة ٣١١ مدنى على أن «يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان».^(١٥) وقد سبق أن رأينا

(١٥) قضت محكمة النقض بأنه «ويستوي في ذلك أن تكون الحوالة بعوض أو بغير عوض ولو اشترط المحيل عدم الضمان، وذلك أن مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية تعتبر مسئولية تقصيرية لا يجوز الاتفاق على التحلل منها أو تعديلها» (نقض ١٩٧٩/٦/٢٥، طعن ٤٤٠ لسنة ٤٥ قضائية، منشور في محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص ١٠٠٣).

أنه يجب على المحيل أن يمتنع من وقت إبرام الحوالة عن كل تصرف يتعلق بالحق المحال به كحوالته مرة أخرى أو رهنه أو استيفاء قيمته. وإذا هو فعل شيئاً من هذا كان للمحال له أن يرجع عليه بقيمة الحق المحال به كله مع فوائده وملحقاته. وليس فقط بالثمن الذي دفعه هو مقابل هذا الحق.

٢- إذا كانت الحوالة بعوض: تنص المادة ٣٠٨ / ١ على أنه «إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل الا وجود الحق المحال به وقت الحوالة، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك». ويصدق هذا النص على الحالة التي لا يكون فيها المحيل متبرعاً بالحق للمحال له بل نقله له مقابل عوض اقتضاه منه. وفي هذه الحالة فإنه يكون ضامناً لوجود الحق وقت الحوالة. ويكون بالتالي مسئولاً أمام المحال له إذا لم يكن الحق المحال به موجوداً وقت الحوالة. ويعتبر الحق غير موجود وقت الحوالة، إذا كان وجوده قد تقرر بمقتضى سند تقرر بطلانه. أو كان قد انقضى قبل الحوالة بالوفاء أو التجديد أو المقاصة أو الإبراء أو التقادم أو غير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام. هذا هو الأصل ولكن يجوز التعديل فيه باتفاق المتعاقدين سواء بالتخفيف من الضمان أو بالتشديد فيه. ومن صور التخفيف أن يتفق على عدم ضمان المحيل لتوابع الحق أو لضمائنه. وقد يصل التخفيف إلى درجة الاعفاء من كل مسئولية عن وجود الحق طالما أن سبب المساس بالحق لا يرجع إلى أعمال المحيل الشخصية اللاحقة لانعقاد الحوالة.^(١٦) وعلى العكس قد يتفق على

(١٦) لأن مسئولية المحيل في هذه الحالة تكون تقصيرية لا يجوز الاتفاق على الاعفاء أو التخفيف منها، راجع الهامش السابق وحكم النقص.

التشديد في مسئولية المحيل بجعله مسئولاً ليس فقط عن وجود الحق المحال به وقت الحوالة، بل كذلك عن يسار المحال عليه وقدرته على الوفاء.

وقد نظم المشرع هذه المسألة في المادة ٣٠٩ مدني التي تقرر أنه «(١) لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان. (٢) وإذا ضمن المحيل يسار المدين، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك». فالأصل أن المحيل لا يضمن له أنه سيجد المحال عليه موسراً عندما يرجع عليه بالحق المحال له. ولكن يجوز مع ذلك الاتفاق على هذا النوع من الضمان. وإذا أطلق لفظ اليسار دون تحديد فانه ينصرف فقط إلى يسار المدين وقت الحوالة إذ المفروض ألا يعلم المحيل أو يضمن ما سيكون عليه حال المدين في المستقبل. ومع ذلك فيجوز الاتفاق على أن يضمن المحيل يسار المدين وقت رجوع المحيل عليه.

وإذا تحقق ضمان المحيل في أي فرض من الفروض السابقة فان المحال له لا يرجع عليه بقيمة الحق المحال به وملحقاته كما هو الشأن في ضمان المحيل لأفعاله الشخصية، ولكن يرجع عليه المحال له بالعروض الذي دفعه له مع فوائده القانونية والمصروفات. وقد نص المشرع على هذا الحكم في المادة ٣١٠ التي تنص على انه «إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك». فلو كان المحال له قد دفع للمحيل ألفاً. فهو يرجع عليه بهذا القدر مع فوائده بالسعر القانوني من وقت الدفع، مع المصروفات التي أنفقها في إبرام

الحوالة ثم في مطالبة المدين ثم في الرجوع بالضمان على المحيل. ولا يجوز الرجوع بأكثر من ذلك ولو وجد اتفاق على عكسه. (١٧) ولكن يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان بجعله قاصرا على أصل المبلغ دون الفوائد والمصروفات، أو حتى عدم الضمان اطلاقا، اذا من الجائز أن يشترط المحيل عدم التزامه بالضمان وقد سبق أن ذكرنا ذلك.

٣- الحوالة بغير عوض: تنص المادة ٣٠٨/٢ مدني على أنه «إذا كانت الحوالة بغير عوض، فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق». ويستند هذا الحكم إلى قواعد العدالة. والفرض الذي ينطبق عليه خاص بحالة ما إذا كان المحيل قد تبرع بالحوالة إلى المحال له، فاذا تبين بعد ذلك أن الحق غير موجود وقت الحوالة، فإن المحال له لا يكون قد خسر شيئا من ماله حتى يرجع به على المحيل. فلا يكون المحيل ضامنا لوجود الحق وقت الحوالة. ولكن سبق أن رأينا أنه يكون مسئولاً عن أفعاله الشخصية اللاحقة لأبرام الحوالة، ولو كانت الحوالة بغير عوض. ومن ناحية أخرى إذا تعمد المحيل إخفاء سبب ضياع الحق، وترتب على ذلك ضرر للمحال له، كأن يكون قد اعتمد على الحق المحال له في إبرام صفقة أو أي شيء من هذا القبيل، فإنه يستحق في هذه الحالة تعريضا عادلا يقدره القاضي (م ١/٤٩٤ مدني). (١٨)

(١٧) وقد أريد بهذا الحكم كما يقول الدكتور السهوري قطع الطريق على المضاربين. الوجيز، ص ١٠٨٢، هامش ٢.

(١٨) تنص المادة ١/٤٩٤ مدني على أن «لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض. وفي الحالة الأولى يقدر القاضي للموهوب له تعريضا عادلا عما أصابه من ضرر. وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما آداه الموهوب له من عوض. كل هذا ما لم يتفق على غيره».

ب- علاقة المحال له بالمحال عليه

١٨٩- قبل نفاذ الحوالة :

الأصل ألا تنشأ أى علاقة بين المحال له والمحال عليه قبل نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه عن طريق اعلاته بها أو قبوله لها. فقبل ذلك لا يكون المحال عليه ملزما الا فى مواجهة المحيل وهو الدائن الأصلي. وكل وفاء يقوم به للمحيل يكون مبرئا لذمته. ومع ذلك فقد أجاز المشرع للمحال له أن يتخذ الاجراءات التحفظية ولو قبل نفاذ الحوالة. وقد جاء هذا الحكم فى المادة ٣٠٦ التى تنص على أنه «يجوز قبل اعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الاجراءات ما يحافظ به على الحق الذى انتقل إليه».

ومن قبيل الاجراءات التحفظية أن يقوم المحال له بقطع التقادم الذى أوشك أن يكتمل بالنسبة للحق المحال به. وهو قد يقطع التقادم عن طريق مطالبة المحال عليه قضائيا وبهذا الاجراء ينقطع التقادم وفى نفس الوقت يتم اعلان الحوالة ونفاذها. والتقادم قد ينقطع عن طريق حصول المحال له على اقرار من المحال عليه بالدين. والاقرار بالدين قد لا يقترن بقبول الحوالة فيؤدى إلى قطع التقادم دون نفاذ الحوالة فى حق المدين المحال عليه. ومن الاجراءات التحفظية التى يجوز للمحال له أن يقوم بها قبل نفاذ الحوالة، توقيع حجز تحفظى لدى مدين المحال عليه أو قيد رهن ضامن للحق المحال به أو تجديد هذا القيد ... الخ. (١٩)

(١٩) والاجراءات التحفظية يجوز أن يقوم بها المحيل أيضا لأنه لا زال هو الدائن الأصلي للمحال عليه. وهكذا بالنسبة للاجراءات التحفظية يوجد دالتان للمحال عليه هما المحيل والمحال له.

ومن ناحية أخرى فإنه رغم عدم نفاذ الحوالة في حق المدين (المحال عليه)، فإنه يجوز لهذا الأخير أن يوفى بالدين للمحال له ويعتبر ذلك وفاء صحيحا مبرئا لزمته منظوبا في نفس الوقت على قبول ضمنى للحوالة. ولكن إذا وفى المحال عليه بالدين للمحيل فإن هذا الوفاء يكون صحيحا ومبرئا لزمته بشرط ألا يتعمد الاضرار بالمحال له عن طريق التواطؤ مع المحيل. فالمحال عليه محظور بالنسبة له الغش والتواطؤ اضرارا بالمحال له، حتى قبل نفاذ الحوالة في حقه. (٢٠)

١٩٠- بعد نفاذ الحوالة:

بمجرد نفاذ الحوالة في حق المحال عليه فإن الحق يكون قد انتقل من المحيل إلى المحال له في مواجهة المحال عليه. ويصبح لهذا الأخير دائن واحد هو المحال له. ويمتنع عليه بالتالى أن يوفى بالدين للمحيل وهو الدائن الأول. ويحق للمحال له أن يقتضى الحق من المحال عليه. والحق الذى ينتقل هو نفس حق المحيل بصفاته وملحقاته وتوابعه و ضماناته ودفعه كما سبق أن ذكرنا. ونكتفى في هذا المقام بإيضاح ما يتعلق بالدفع فالأمر فيها يتعلق أكثر ما يكون بالعلاقة بين المحال له والمحال عليه. وقد نص المشرع على حكمها في المادة ٣١٢ التى تقرر أن «للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة».

(٢٠) يلتزم المحال عليه عدم الاضرار بالمحال له، فلا يجوز له الوفاء للمحيل على سبيل الغش والتواطؤ، أما إذا أجبره المحيل على الوفاء له فلا يكون المحال عليه مسئولاً في مواجهة المحال له، لأن الفرض أن الحوالة لم تصبح نافذة في حقه بعد.

وطبقا لهذا النص فان للمدين (المحال عليه) أن يتمسك بنوعين من أنواع الدفع في مواجهة الدائن الجديد (المحال له).

١- يجوز للمدين أن يتمسك بكل الدفع المتعلقة بالحق وقت نفاذ الحوالة في حقه أى وقت اعلاته بالحوالة أو وقت قبوله لها. كأن يتعلق الدفع ببطلان الالتزام أو فسخه أو انقضائه لأى سبب من أسباب انقضاء الالتزام كالوفاء أو التقادم أو الإبراء ... الخ. (٢١) ويجوز التمسك بأى دفع من هذه الدفع ولو نشأ سبب الدفع فى الفترة ما بين انعقاد الحوالة ونفاذها، اذ العبرة بالنسبة للمدين (المحال عليه) بوقت نفاذ الحوالة فى حقه. فهو لو كان قد وفى بالالتزام للمدين الأول (المحيل) بعد انعقاد الحوالة وقبل نفاذها، كان وفاؤه مبررنا لذمته فى مواجهة الدائن الجديد (المحال له) وقد سبق أن ذكرنا ذلك من قبل.

٢- ويجوز للمدين كذلك أن يتمسك بالدفع الناشئة عن عقد الحوالة ذاته، لأن كل آثار الحوالة، ومنها انتقال الحق من المحيل إلى المحال له فى مواجهة المحال عليه تنشأ عن هذا العقد. فاذا كان هذا العقد باطلا جاز للمدين أن يتمسك بهذا البطلان، باعتباره صاحب مصلحة فى التمسك بالبطلان وهذا ما تقضى به القواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص. (٢٢)

(٢١) قضت محكمة النقض بأن «يجوز للبائع أن يتمسك قبل من حول له المشتري حقوقه ببطلان البيع لانه صدر منه وهو ناقص الأهلية». (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٥٥، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ٣٤٠ لسنة ٢١ق، س٦، رقم (٧٦) ص ٥٩٤).

(٢٢) وإذا كان سبب البطلان مقررًا لمصلحة المحيل وحده، فلا بد من ادخاله في الدعوى لمعرفة ما إذا كان يريد أن يتمسك بالبطلان أم أنه يريد اجازة العقد القابل للإبطال.

ج- علاقة المحيل بالمحال له

١٩١- قبل نفاذ الحوالة وبعد نفاذها

سبق أن رأينا أنه قبل نفاذ الحوالة في حق المدين (المحال عليه)، لا يوجد بالنسبة له إلا دائن واحد هو الدائن الأول (المحيل)، ويحق لكل من الطرفين أن يتصرف على هذا الأساس. فيحق للمحيل أن يطالب المحال عليه بالدين، وأن يجبره على ذلك، ولا يستطيع المحال عليه دفع هذه المطالبة إلا عن طريق المبادرة بقبول الحوالة، فتصبح بالتالى نافذة في حقه. ومن ناحية أخرى يجوز للمدين أن يوفى بالدين لدائنه الأول ويعتبر هذا الوفاء مبرئاً لذمته في مواجهته وفي مواجهة المحال له. (٢٣)

وكذلك يجوز للمحيل قبل نفاذ الحوالة أن يحول الحق مرة أخرى لدائن آخر أو أن يرهنه. وقد تصبح الحوالة الثانية نافذة قبل الحوالة الأولى وهو ما سندرسه فيما بعد. ويجوز لدائني المحيل أن يوقعوا حجزاً على حق المحيل قبل المحال عليه ولا يعتد بالحوالة في مواجهة الحاجزين ولو تم اعلاتها بعد توقيع الحجز.

أما إذا أصبحت الحوالة نافذة في حق المدين (المحال عليه)، فإنه يصبح ملتزماً في مواجهة دائن واحد هو المحال له. أما الدائن السابق (المحيل) فإنه يصبح أجنبياً عن الدين لا يجوز له المطالبة باستيفائه، وكل وفاء له لا يبرئ ذمة المدين في مواجهة الدائن الجديد (المحال له).

(٢٣) بشرط ألا يتم الوفاء بطريق الغش والتواطؤ للاضرار بحق المحال له.

١٩٢- التزام بين أكثر من محال له:

تنص المادة ٣١٣ على أنه «إذا تعددت الحوالة بحق واحد، فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير». وينطبق هذا النص على الحالة التي يحول فيها الدائن حقه إلى شخص أول ثم يحوله بعد ذلك إلى شخص ثان أو إلى شخص ثالث وهكذا. ومن الجائز أن تكون الحوالة في كل الفروض من نوع واحد كبيع مثلاً أو رهن. ومن المتصور أن تكون من أنواع مختلفة، كبيع ورهن وهبة ووفاء بمقابل. وحكم هذه المسألة هو أن الدائن الذي يفضل على غيره من الدائنين هو الذي نفذت حوالاته قبل غيره عن طريق اعلاتها للمدين أو الحصول منه على قبول ثابت التاريخ. ولا يعتد في هذا الشأن بتاريخ انشاء الحوالة، فقد تفضل حوالة نشأت أخيراً على حوالة نشأت أولاً، إذا كانت الحوالة المتأخرة في النشأة أسبق في النفاذ. (٢٤)

١٩٣- التزام بين المحال له والدائنين الحاجزين:

تنص المادة ٣١٤ مدني على أنه «(١) إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر. (٢) وفي هذه الحالة، إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة». وقد تضمن هذا النص حكماً لفرضين من فروض التزام المتصورة بين المحال له

(٢٤) وإذا حول الدائن جزءاً من حقه إلى أكثر من محال، وكانت الحقوق المحال بها لا تزيد في مجموعها عن حق الدائن المجل. فلا يوجد في هذه الحالة التزام بين المحال لهم.

والدائنين الحاجزين، ولكنه أغفل الحكم المتعلق بفرض ثالث وذلك لوضوحه. فهناك اذن فروض ثلاثة لكل منها حكم خاص، وهو ما نذكره فيما يلي.

١- الفرض الأول: التزام بين الدائن المحال له وبين الدائن الحاجز المتأخر: لم ينص المشرع على حكم هذا الفرض لوضوحه. فإذا قام الدائن الجديد (المحال له) بإعلان الحوالة أو حصل على قبول ثابت التاريخ لها من المدين، ثم قام بعد ذلك دائن آخر للمحيل بالحجز تحت يد المحال عليه على الحق المحال به، فانه يكون قد وقع حجزا متأخرا على حق لم يعد في ذمة مدينه وهو المحيل، بل أصبح في ذمة شخص آخر هو المحال له، ولذلك لا يعتد بهذا الحجز في مواجهة المحال له لأنه جاء متأخرا بعد نفاذ الحوالة، ويستأثر المحال له بكل الحق المحال به دون الدائن الحاجز المتأخر.

٢- الفرض الثاني: التزام بين المحال له والدائن الحاجز المتقدم: ويتحقق هذا الفرض اذا قام أحد دائني المحيل بالحجز تحت يد المحال عليه، قبل أن تصبح الحوالة نافذة بالنسبة للغير، ثم قام بعد ذلك المحال له بإعلان الحوالة إلى المحال عليه بما يجعلها نافذة في مواجهة الغير. في هذه الحالة جاء نفاذ الحوالة متأخرا بعد نفاذ الحجز. وقد اعتبر المشرع أن المحال له وهو دائن للمحيل بالضمان في حكم من قام بتوقيع حجز ثان على أساس اعتبار الحوالة ذاتها بمثابة حجز ثان. ونظرا لأن المبدأ المقرر هو المساواة بين الدائنين الحاجزين لا فرق بين حاجز متقدم وآخر متأخر، فيؤدى ذلك إلى المساواة بين الدائن الحاجز المتقدم وبين المحال له المتأخر وهو الذى اعتبر حاجزا متأخرا. فإذا لم يكن المال المحجوز عليه كافيا لوفاء حق كل منهما، فانه يقسم بينهما قسمة غرما. كل بقدر قيمة حقه.

٣- الفرض الثالث: حوالة بين حجزين:^(٢٥) ويتحقق هذا الفرض بإضافة عنصر ثالث إلى الفرض الثانى السابق ذكره، وهو أن يوقع حجز متقدم ثم تعلن حوالة حق فتصبح نافذة، ثم يوقع بعد ذلك حجز متأخر. فهناك إذن حجز متقدم وحجز متأخر وحوالة تقع بينهما. وتأتى الدقة فى هذا الفرض من أن القانون يعتبر الحجز الأول مساويا فى القيمة للحوالة التالية له ومساويا أيضا للحجز المتأخر. فالحجز الأول مساو فى القيمة للحوالة التالية له على أساس اعتبارها هى بمثابة حجز ثان كما سبق أن رأينا. وهو مساو فى القيمة للحجز المتأخر لأن كل الحجزين تتساوى فى القيمة بغض النظر عن الأسبقية فى توقيع أى منها. ولكن من ناحية أخرى - وهنا وجه الصعوبة - فإن المشرع يعتبر الحوالة مفضلة على الحجز المتأخر لأنها أصبحت نافذة قبل توقيعها. أى أن الحوالة تتساوى مع الحجز المتقدم وتفضل الحجز المتأخر، بينما يتساوى الحجز المتقدم معها ومع الحجز المتأخر. ولحل هذه الصعوبة فقد وضع القانون حكما تشريعيا مؤداه أن توزيع المال يتم على مرحلتين، الأولى يقسم فيها قسمة غرماء بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر، والثانية يعاد فيه التقسيم بين المحال له وبين الحاجز المتأخر بحيث يأخذ المحال له ما يستكمل به حقه من نصيب الحاجز المتأخر. فإذا فرضنا أن حق كل من هؤلاء الأشخاص الثلاثة هو ٣٠٠ بينما كان الحق الذى يتقاسمونه هو ٦٠٠ فإن كل منهم يحصل فى توزيع أول على ٢٠٠ وهو نصيب كل منهم فى قسمة الغرماء. ثم يحصل المحال له على ١٠٠ أخرى يستكمل بها حقه وهو ٣٠٠ من نصيب الحاجز المتأخر الذى يصبح بعد ذلك ١٠٠ فقط، فيكون التوزيع النهائى هو ٢٠٠:٣٠٠:١٠٠.

(٢٥) عبد الرزاق السنهوري، الوجز، فقرة ١١٠١، ص ١٠٩٤؛ أنظر أيضا مسألة مشابهة عندما يتم قيد الرهن الرسمي بين حجزين، كتابنا التأمينات الشخصية والمبنية، ص ٢٣٢

الفصل الثاني حوالة الدين

١٩٤- تعريف حوالة الدين :

حوالة الدين هي الجانب المقابل لحوالة الحق، فهي انتقال الالتزام من جانب المدين. فيظل الدائن كما هو ولكن شخص المدين هو الذي يتغير. والمدين الجديد يسمى المحال عليه. ولم يعط المشرع أسماء جديدة للدائن أو للمدين السابق، فهناك في حوالة الدين ثلاثة أطراف هم الدائن والمدين والمحال عليه وهو المدين الجديد.

وحوالة الدين لها تطبيقات عملية كثيرة. كالمستأجر الذي يتنازل عن الإيجار لغيره انما يتنازل عن حقه في الإيجار وكذلك يحيل التزاماته قبل المؤجر وأهمها الالتزام بدفع الأجرة. ومالك العقار المرهون الذي يبيعه بما عليه من دين، انما يحيل إلى المشتري الدين الذي يشق العقار المبيع. ومالك المحل التجاري الذي يبيعه للغير، ينقل في نفس الوقت إلى المشتري الحقوق المتعلقة بهذا المحل وكذلك الالتزامات التي يتحملها. (٢٦١) ويدرس حوالة الدين بنفس الطريقة التي درسنا بها حوالة الحق فندرس أولا شروط انعقادها ثم شروط نفاذها ثم آثارها.

(٢٦١) في كل الأمثلة التي ذكرناها، تتم حوالة الدين، ضمن حوالة العقد في مجموعه. ولكن لا مانع بالطبع أن تتم حوالة الدين بصفة مستقلة. والقانون الفرنسي لا يعرف حوالة الدين إلا ضمن حوالة العقد في مجموعه، راجع، مارني وروبو، ج ٢، ص ٨٠٨.

-٣٥٥-

١- شروط انشاء حوالة الدين

١٩٥- الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه:

تنص المادة ٣١٥ على أنه «تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين». ويخضع هذا الاتفاق للقواعد العامة في نظرية العقد من حيث شروط تكوين العقد وصحة الارادة، وأحكام المحل والسبب. ومحل عقد الحوالة هو الدين الذي تتم حوالتة. وكل دين يصلح أن يكون محلا للحوالة. وسبب عقد الحوالة هو الغرض الذي تتم الحوالة من أجله. ويشترط أن يكون هذا الغرض مشروعاً. ويبدو من المادة ٣١٥ السابق ذكرها أن الحوالة تتم بين المدين الأصلي والمدين الجديد (المحال عليه) دون حاجة إلى اشتراك الدائن في إبرامها. ومع ذلك فإن تغيير شخص المدين له أهمية خطيرة بالنسبة للدائن. فشخص المدين هو الذي يحدد قيمة الالتزام. فعلى شخص المدين ودرجة يساره تتوقف كل الاحتمالات المتعلقة بالوفاء بالالتزام. ولذلك فإن بعض القوانين كالقانون الألماني يجعل حوالة الدين تتم بين الدائن والمدين الجديد دون تدخل من المدين الأصلي. وقد أخذ المشرع المصري بهذا الحكم أيضاً ولكن بصفة احتياطية وذلك مراعاة للتناسق المنطقي بين حوالة الحق وحوالة الدين. (٢٧) فإذا كانت حوالة الحق تتم باتفاق بين الدائن الأصلي والدائن الجديد كما رأينا من قبل، فإن المنطقي أن حوالة الدين تتم باتفاق بين المدين الأصلي

(٢٧) قضت محكمة النقض بأنه «مفاد الراد ٣١٥، ٣١٦، ٣٢١ من القانون المدني أن حوالة الدين تتحقق أما باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه الذي يصبح يقتضاه مبدئنا بدلا منه ولا ينفذ في مواجهة الدائن بغير اقراره، وأما باتفاق بين الدائن والمحال عليه بغير رضا المدين الأصلي». (نقض مدني - ١٩٧٨/٤/١٩ - مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٦٠٦ لسنة ٤٣ق - ص ٢٩، رقم ٢٠٤، ص ١٠٣١).

والمدين الجديد. ولكن مراعاة لحق الدائن في حوالة الدين فان الحوالة لا تكون نافذة بالنسبة له الا اذا أقرها. واشترط اقرار الدائن للحوالة حتى تنفذ في حقه ينفي كل شبهة ضرر يمكن أن تلحق به من حوالة لم يشترك في ابرامها. وسندرس نفاذ الحوالة فيما بعد.

١٩٦-الاتفاق بين الدائن وبين المدين الجديد (المحال عليه) :

تنص المادة ٣٢١ على أنه « (١) يجوز أيضا أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلي في التزامه. (٢) وتسرى في هذه الحالة أحكام المادتين ٣١٨ و٣٢٠ ».

وتنص هذه المادة على الصورة الثانية للاتفاق الذي يجوز أن تتم به حوالة الدين. وفي هذه الصورة لا يشترك المدين الأصلي اطلاقا. بل تتم الحوالة بين الدائن وبين المدين الجديد. فالدائن وافق على حلول شخص آخر محل المدين الأصلي. وهذا الشخص الآخر قد وافق بدوره على أن يتحمل بالدين بدلا من المدين الأصلي، فلا تكون هناك حاجة لموافقة المدين الأصلي على مثل هذا الاتفاق. بل ولا تجوز منه المعارضة. لأن القاعدة هي جواز وفاء الدين من غير المدين ودون علمه أو رغم معارضته (م٣٢٣). وحوالة الدين أقل درجة من الوفاء به فعلا. فاذا جاز الأكثر جاز الأقل. وإذا تمت حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمدين الجديد فانها تكون نافذة بمجرد انعقادها ولا يشترط في نفاذها أن تعلن إلى المدين الأصلي أو أن يوافق عليها. والسبب في هذا الحكم واضح، فالمدين الأصلي لا يملك شيئا اذا اخوالة فلا حاجة إلى قبوله ولا أهمية لرفضه.

فلا تكون هناك فائدة لاعلاته بالحوالة بل تصبح الحوالة نافذة في حقه بمجرد انعقادها.

ولكن يترتب على عدم اشتراك المدين الأصلي اطلاقاً في انشاء الحوالة في هذه الصورة الثانية، اختلاف بعض آثار الحوالة عنها في الصورة الأولى التي تتم الحوالة بالعقد الذي يبرمه المدين الأصلي مع المدين الجديد. ويظهر ذلك في أمرين هما: ١- إذا اشترك المدين الأصلي في إبرام الحوالة فإن للمدين الجديد أن يرجع عليه بمقتضى العقد القائم بينهما، أما إذا لم يشترك المدين الأصلي في إبرام الحوالة، فإن رجوع المدين الجديد عليه بما وفاه للدائن لا يستند إلى عقد وإنما إلى القواعد العامة في الاثراء بلا سبب. ٢- المدين الأصلي عندما يبرم عقد الحوالة مع المدين الجديد إنما يضمن للدائن يسار المحال عليه، بينما هو لا يضمن ذلك إذا تمت الحوالة دون أن يشترك في إبرامها. وسيتضح ذلك أكثر عند دراستنا لآثار الحوالة.

٢- نفاذ حوالة الدين في حق الدائن

١٩٧- شرط اقرار الدائن:

تنص المادة ٣١٦ 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 ليقرر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الاقرار، أعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة». ويتضح من هذا النص أن الحوالة لا تكون نافذة في حق الدائن قبل اقراره لها. وهذا الحكم خاص بالصورة الأولى لاتعقاد الحوالة وهي التي تتم فيها الحوالة

بين المدين الأصلي والمحال عليه. أما في الصورة الثانية التي تتم فيها الحوالة بين الدائن والمحال عليه فمن غير المعقول أن يشترط اقرار الدائن للحوالة وهو الذي اشترك في ابرامها. أما في الصورة الأولى فالنص يقتضى اقرار الدائن للحوالة حتى تنفذ في حقه وليس فقط مجرد اعلانه بها. ويكفى اقرار الدائن للحوالة حتى ولو لم يعلن بها، اذا علم هو بها وأقرها من تلقاء نفسه.^(٢٨) والاقرار تعبير بالارادة المنفردة للدائن، وهو لا ينتج أثره الا من الوقت الذي يصل فيه إلى من وجه اليه سواء كان هو المدين الأصلي أو المدين الجديد.

وقد لا يقر الدائن الحوالة من تلقاء نفسه، فيقوم المدين الأصلي أو المحال عليه باعلان الحوالة للدائن ويطلب منه أن يبدى رأيه في أجل معقول يحدده له. ويخضع هذا التحديد لرقابة القاضي. ولكن امعانا من القانون في حماية ارادة الدائن فانه لا يعتبر مرور هذا الأجل بمثابة قبول للحوالة بل اعتبره بمثابة رفض لها. فالقبول لابد أن يكون صريحا لا يستخلص من مجرد السكوت عن الرد.

والدائن لا يجبر على قبول الحوالة مهما كانت الظروف، حتى ولو كان المدين الجديد أكثر يسارا من المدين الأصلي. فالدائن لا يجبر على تحسين مركزه. ومع ذلك فقد عدل المشرع في الأحكام السابقة بالنسبة لحالة معينة بالذات وهي الخاصة ببيع عقار مرهون مع حوالة الدين

(٢٨) تنص المادة ٤١٥ من التقنين المدني الألماني على أن الدائن لا يجوز له أن يقر الحوالة إلا بعد أن يعلن بها، حتى يبقى مصير الحوالة في يد المدين الأصلي والمحال عليه، فيستطيع المدول عنها أو التعديل فيها، قبل اعلاتها للدائن. راجع، السنهوري، الوجيز، ص ١٠٩٩.

المضمون بهذا الرهن للمشتري.^(٢٩) وقد نصت على هذا الحكم الخاص المادة ٣٢٢ مدني، وهي تقرر أنه « (١) لا يستتبع بيع العقار المرهون رهنا رسميا انتقال الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشتري الا اذا كان هناك اتفاق على ذلك. (٢) فاذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين، وسجل عقد البيع، تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يجاوز ستة أشهر، فاذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته اقرارا».

والحالة الواردة في هذا النص، من أهم حالات حوالة الدين في المعاملات بين الناس. فمالك العقار المرهون الذي يبيعه لشخص آخر انما ينتقل ملكيته اليه مثقلة بالرهن. ومن مصلحة الطرفين أن ينتقل أيضا اليه الدين المضمون بهذا الرهن خصما من ثمن البيع. فاذا أتفق على ذلك تكون حوالة الدين قد تمت بين المدين الأصلي والمدين الجديد. وهي لا تصبح نافذة في حق الدائن الا اذا أقرها. فاذا تم تسجيل البيع وأعلنت الحوالة رسميا للدائن فيتعين عليه أن يحدد موقفه بالقبول أو الرفض. وقد أعطاه المشرع مدة معقولة لاتخاذ قراره وهي ستة أشهر ولم يترك تحديد المدة للمدين السابق أو المدين الجديد بل حددها بنفسه. وعلى عكس القاعدة الأصلية في أن سكوت الدائن عن القبول يعتبر رفضا، فان سكوته في هذه الحالة بالذات اعتبره المشرع قبولا. وذلك تحجيذا منه لحوالة الدين في هذه الحالة تحقيقا لمصلحة كل من المدين الأصلي والمدين الجديد دون أي اضرار بالدائن في مسألة تتعلق بنظام الائتمان

(٢٩) المشتري للعقار المرهون يطلق عليه اسم الحائز. وهو غير مدين بالدين، ولكنه مسئول عنه مسئولية عينه في حدود قبضه العقار المرهون. راجع في تحديد المقصود بالحائز للعقار المرهون، كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٩٥ ص ٢٤٩ وما بعدها.

العقارى '٣' ولكن اذا رخص الدائن الحواله خلال مده الشهور السه فانها لا تكون نافذه فى حقه وان ظلت قائمه فى علاقه بين المدين الاصلى والمدين الجديد على ما سرى عند دراسة اثار الحواله

٣- آثار حواله الدين

١٩٨- تعدد العلاقات:

تظهر آثار حواله الدين فى عدة علاقات متنوعه وهى علاقه الدائن بالمحال عليه وعلاقه الدائن بالمدين الاصلى وعلاقه المدين الاصلى بالمحال عليه وهو المدين الجديد ويدرس هذه العلاقات فيما يلى

أ- علاقه الدائن بالمحال عليه

١٩٩- انتقال الدين الاصلى بضماناته ودفعه

١- العلاقه بين الدائن والمحال عليه وهو المدين الجديد لا تنشأ الا بعد أن تصبح الحواله نافذه فى حق الدائن فاذا لم تكن الحواله نافذه فى حق الدائن فلا تكون هناك أية علاقه بين الدائن والمدين الجديد (المحال عليه)، بل تظل العلاقه قائمه بين الدائن والمدين الاصلى ولكن اذا نفذت الحواله فى حق الدائن فان المحال عليه يصبح مدينا للدائن بدات الدين، ويعتبر كذلك من وقت ابرام الحواله وليس فقط من وقت انعقادها

فاذا أبرمت الحواله بين الدائن والمدين الجديد فانها تنعقد نافذه

(٣) واذا قبل الدائن حواله الدين، فان مشتري العقار المرهون يصبح مدينا شخصيا له اي يصبح راعيا للعقار المرهون. ويفقد بالتالى صفة الحائز ولا يجوز له أن يستخدم حقوق الحائز في تطهير العقار أو التخلي عنه راجع في معنى هذه الاصطلاحات كتابا التأمينات الشخصية والعينية، الفقرات من ٥ الى ١١٦ ص ٢٦٨ وما بعدها

وينطبق انعقادها مع انعقادها منذ البداية أما إذا أبرمت الحوالة بين المدين الأصلي والمدين الجديد، ثم أقرها الدائن بعد ذلك، فإن الاقرار يجعلها نافذة في حقه بأثر رجعي منذ إبرامها (٣١) أى أنه فى جميع الأحوال التى توجد فيها علاقة بين الدائن والمدين الجديد فإن هذه العلاقة تستند إلى وقت إبرام الحوالة

٢- الدين الذى ينتقل إلى ذمة المدين الجديد (المحال عليه) فى علاقته بالدائن، هو نفس الدين الذى كان فى ذمة المدين القديم فى مواجهة الدائن فهو نفس الدين بكل خصائصه وصفاته وتوابعه. ويشمل ذلك أن يكون الدين مديا أو تجاريا بسيطا أو موصوفا. ثابتا فى سند عادى أو فى سند تنفيذى، منتجا لفوائد أو غير منتج لها. الخ.

٣- وينتقل الدين ذاته إلى المدين الجديد (المحال عليه) بضماناته، وقد نص المشرع على ذلك فى المادة ٣١٨ التى تقرر أنه « (١) تبقى للمدين المحال به ضماناته (٢) ومع ذلك لا يبقى الكفيل، عينيا كان أو شحصيا ملتزما قبل الدائن الا اذا رضى بالحوالة». وطبقا لهذا النص اذا كان الدين الذى انتقل للمدين الجديد مضمونا من قبل برهن رسمى أو رهن حيازى أو اختصاص أو امتياز فان كل هذه التأمينات العينية تظل قائمة وضامنة للدين ولمصلحة الدائن فى مواجهة المدين الجديد (المحال عليه) كما كانت ضامنة له فى مواجهة المدين الأصلي. ولكن اذا كان الدين مضمونا بكفالة، أى مضمونا عن طريق شخص آخر غير المدين

(٣١) والاقرار قد يكون صريحا وكما تقول محكمة النقض فان «استظهار بيه المتعاقدين واستحلاصها من أوراق الدعوى وظروفها هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى أقامت فصاها على أسباب ساتفة تكفي لحمله» (نقض مدني / ٣١ / ١٩٧٦ - مجموعة أحكام النقض الطعن رقم ٦٢١ لسنة ٣٩ ق - ص ٢٧ - رقم ٢٣٧ - ص ١٢٤)

رضى أن يكون كفيلا للمدين سواء بتقديم ضمانه العام للدائن (الكفيل الشخصي)، أو بتخصيص مال خاص لضمان حق الدائن (الكفيل العيني)، فإن هذا الضمان لا يظل قائما بالنسبة للمدين الجديد (المحال عليه) إلا إذا وافق الكفيل على الحوالة. لأن الشخص عندما يرضى بضمان مدين فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى هذا المدين بالذات دون غيره، ما لم يرض الكفيل بضمان مدين آخر. (٣٢)

٤- والدين ينتقل إلى المحال عليه (المدين الجديد) بدفوعه، وقد نص المشرع على هذا الحكم في المادة ٣٢٠ التي تنص على أن «للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها. كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة». ويتضح من هذا النص أن المحال عليه وهو المدين الجديد يستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائن بنوعين من الدفوع هما:

١- الدفوع التي كان يجوز للمدين الأصلي أن يتمسك بها في مواجهة الدائن. وهذا الحكم نتيجة طبيعة لانتقال ذات الدين من المدين الأصلي للمدين الجديد بدفوعه. ومن هذا القبيل أن يكون من حق المدين الأصلي أن يتمسك ببطان الالتزام أو بقابليته للإبطال أو بفسخه لعدم تنفيذ الدائن لالتزامه المقابل لالتزام المدين، فيجوز للمدين الجديد (المحال عليه) أن يتمسك بكل هذه الدفوع وغيرها كاتقضاء الالتزام في العلاقة بين الدائن والمدين الأصلي.

(٣٢) راجع كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، حيث طبق المشرع نفس الحكم على التجديد والائابة الكاملة (م ٢/٣٥٦ مدني)، فقرة ٤٣، ص ٩٩ وما بعدها.

٢- الدفع المستمدة من عقد الحوالة ذاته. وتبرير هذا الحكم أن عقد الحوالة هو الذي جعل المحال عليه ملتزماً في مواجهة الدائن، فيكون من الطبيعي أن يتمسك المحال عليه بكل الدفع المستمدة من هذا العقد بالذات، كأن يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال أو أصبح مفسوخاً لتحقيق شرط فاسخ أو منعداً لتحقيق شرط واقف. وأسباب البطلان قد تكون متعلقة بتخلف شرط شكلي (عدم الرسمية في عقد الهبة إذا كانت حوالة الدين قد تمت على سبيل التبرع صراحة)، أو لعدم مشروعية المحل (الدين المحال دين قمار)، أو لعدم مشروعية السبب (التنازل عن عقد إيجار مكان لإدارته للدعارة).

ويخلص مما سبق أن علاقة الدائن بالمحال عليه تصبح بعد نفاذ الحوالة في حق الدائن هي ذات علاقة الدين التي كانت بين الدائن والمدين الأصلي من حيث خصائص الدين وضماناته ودفعه.

ب- علاقة الدائن بالمدين الأصلي

٢٠٠- براءة ذمة المدين الأصلي مع ضمانه ليسار المحال عليه:

بمجرد أن تصبح الحوالة نافذة في حق الدائن سواء انعقدت نافذة منذ البداية في حالة ما إذا انعقدت بين الدائن والمحال عليه مباشرة، أو انعقدت بين المدين الأصلي والمحال عليه ثم أصبحت نافذة في مواجهة الدائن باقراره لها، فإن ذمة المدين الأصلي تبرأ بالنسبة للدائن، ولا يجوز لهذا الأخير أن يطالبه بالوفاء بالالتزام الذي انتقل إلى مدين جديد هو المحال عليه. (٣٣)

(٣٣) يمكن اعتبار حوالة الدين من أسباب انتضاء الالتزام. كالتجديد - بتغيير شخص المدين، والانتابة الكاملة.

ومع ذلك فإن المدين الأصلي يكون ضامنا ليسار المدين الجديد (المحال عليه) على النحو الذى نصت عليه المادة ٣١٩ مدنى «يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسرا وقت اقرار الدائن للحوالة ما لم يتفق على غير ذلك». وجدير بالذكر أن المدين الأصلي لا يضمن يسار المدين الجديد الا فى الصورة التى يتم فيها ابرام الحوالة بين هذين الشخصين ثم يعلن بها الدائن فيقرها. لأنه فى هذا الفرض يكون المدين الأصلي هو الذى اختار المدين الجديد وقدمه للدائن فيجب أن يكون ضامنا ليسار هذا المدين وقت اقرار الدائن للحوالة. وهو الوقت الذى تبرأ فيه ذمة المدين الأصلي فى مواجهة الدائن. أما فى الصورة التى يتم فيها عقد الحوالة بين الدائن نفسه والمدين الجديد، فإن المدين الأصلي لا يكون ضامنا ليسار المدين الجديد فالدائن هو الذى اختاره ويتحمل هو نتائج هذا الاختيار.

وفى الصورة الأولى التى يضمن فيها المدين الأصلي يسار المحال عليه فإن هذا الضمان ينصرف إلى اليسار وقت اقرار الدائن للحوالة، وليس الى وقت استيفاء الدائن للدين. فاذا كان المدين الجديد موسرا وقت اقرار الدائن للحوالة، ثم تأخر الدائن فى مطالبته بتقصير من جانبه أو حتى دون تقصير اذا كان الدين لم يحل أجل الوفاء به بعد، فأصبح المحال عليه معسرا وقت التنفيذ عليه فإن المدين الأصلي لا يكون مسئولاً عن اعسار المدين الجديد، الا للاحق لاقرار الدائن للحوالة.

ويلاحظ أن الالتزام بالضمان هو التزام جديد غير الدين الذى انتقل عن طريق حوالة الحق. وجدير بالذكر أن التزام المدين الأصلي بضمان يسار المدين الجديد لا يتعلق بالنظام العام. فيجوز الاتفاق على عدم

التزام المدين الأصلي بهذا الضمان، كما يجوز الاتفاق على أن الضمان ينصرف ليس فقط إلى يسار المحال عليه وقت نفاذ الحوالة، بل إلى يساره وقت التنفيذ عليه. (٣٤)

ج- علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه

تختلف هذه العلاقة بحسب ما اذا كانت الحوالة نافذة في حق الدائن أو غير نافذة في حقه.

٢٠١- قبل نفاذ الحوالة في حق الدائن:

تنص المادة ٣١٧ مدنى على أنه « (١) مادام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة اقرارا أو رفضا كان المحال عليه ملزما قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المناسب ما لم يوجد اتفاق يقتضى بغير ذلك، ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة. (٢) على أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن، ما دام لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى الحوالة». وينطبق هذا النص على الحوالة التى تتم بين المدين الأصلي والمحال عليه وقبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الدائن باقراره لها. وينطبق هذا النص أيضا على الحالة التى يحدد فيها الدائن موقفه برفض اقرار الحوالة بما يمنع نفاذها في حقه. ومقتضى الحكم الوارد بالنص أن الموقف الذى يتخذه الدائن سواء كان غير محدد أو كان قاطعا في الرفض فانه لا يؤثر في صحة ونفاذ عقد الحوالة في العلاقة بين طرفي هذا العقد وهما المدين الأصلي والمدين الجديد. فالعقد نشأ صحيحا بينهما فيكون ملزما لهما بغض النظر عن

(٣٤) وفي هذا الفرض يصبح المدين الأصلي كقبلا للمحال عليه.

موقف أى شخص آخر.^(٣٥) ويترتب على ذلك ضرورة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا العقد وأهمها التزام المدين الجديد بأن يوفى بالدين للدائن. ومعنى ذلك التزامه بتخليص ذمة المدين الأصلي فى مواجهة الدائن. وهو ما يستطيع القيام به إما عن طريق الدفع للدائن مباشرة. والدائن لا يملك الامتناع عن قبول الوفاء من غير المدين حتى ولو كان لا يريد ذلك. أو يقوم المدين الجديد بدفع المبلغ أو إعطاء محل الدين للمدين الأصلي الذى يقوم هو بوفاء التزامه بنفسه. وتكون النتيجة التى هدف إليها عقد الحوالة وحققها فعلا هى براءة ذمة المدين الأصلي قبل الدائن بالوفاء الذى يقوم به المدين الجديد. فالدائن يملك رفض قبول حوالة الدين إلى مدين جديد، ولكنه لا يملك رفض استبقاء الدين من شخص أجنبى عن الدين. فالمدين الجديد يوفى بالدين باعتباره أجنبيا عن الدائن وأجنبيا عن الدين، وأن كان ملتزما بوفائه فى علاقته بالمدين الأصلي.

ولكن نظرا للارتباط القائم بين الالتزامات المتقابلة فى أى عقد من العقود فإنه إذا كان عقد الحوالة قد أنشأ التزاما على عاتق المدين الأصلي كالتزام بنقل ملكية منزل أو تسليمه للمدين الجديد مقابل التزام المدين الجديد بالوفاء للدائن، فإنه يجوز للمدين الجديد (المحال عليه) أن يمتنع عن تنفيذ التزامه قبل الدائن كنوع من الدفع بعدم التنفيذ إذا لم يقم المدين الأصلي بتنفيذ التزامه المقابل لهذا الالتزام.^(٣٦)

(٣٥) يجوز بالطبع أن يحتج الطرفان على سقوط الحوالة إذا رفضها الدائن. فالأحكام الواردة فى نص المادة ٣١٧ لا تتعلق بالنظام العام.

(٣٦) راجع فى الدفع بعدم التنفيذ. كتابنا مصادر الالتزام. فقرة ١٤٨ وما بعدها ص ١٩٨ وما بعدها.

-٣٦٧-

٢٠٢- بعد نفاذ الحوالة في حق الدائن:

إذا أصبحت الحوالة نافذة في حق الدائن فان الدين ينتقل إلى المدين الجديد (المحال عليه) وتبرأ ذمة المدين الأصلي. ومعنى ذلك أن المدين الجديد أقاد المدين الأصلي بما يعادل مقدار دينه قبل الدائن. ويتحقق هذا الأثر بمجرد نفاذ الحوالة وقبل أن يقوم المحال عليه بالوفاء فعلا للدائن. ويعتبر ذلك تنفيذا من المدين الجديد للالتزام الناشئ في ذمته عن عقد الحوالة الذي تم بينه وبين المدين الأصلي، أيا كانت طبيعة هذا العقد تبرعا أو قرضا أو وفاء لثمن بيع... الخ. ويرجع دائما إلى عقد الحوالة لمعرفة نوع الالتزام الواقع على المدين الجديد قبل المدين الأصلي، ومدى حق المدين الجديد في الرجوع على المدين الأصلي، أو العكس. اما اذا تمت الحوالة بين الدائن والمدين الجديد مباشرة، فلا يجوز لهذا الأخير أن يرجع على المدين الأصلي على أساس أى عقد من العقود، اذ لا يوجد عقد بينهما. ولكن يرجع عليه طبقا لقواعد الاثراء بلا سبب اذا توافرت شروطها، وهى اثراء المدين الأصلي ببراءة ذمته قبل دائه على حساب المدين الجديد (المحال عليه) الذي يوفى من ماله دين غيره. (٣٧)

الباب الرابع انقضاء الالتزام

الالتزام لا ينشأ ليدوم أبدا. فهو رابطة بين شخصين، ومما يتعارض مع الحرية الشخصية أن تظل هذه الرابطة قائمة على الدوام.^(١)

٢٠٣ - أسباب انقضاء الالتزام:

مصير الالتزام هو الانقضاء حتما لسبب من الأسباب. وقد نص المشرع على ثمانية أسباب لانقضاء الالتزام. وقسم هذه الأسباب تقسيما علميا بحسب مدى تحقيقها للغاية المباشرة من الالتزام وهي تنفيذه تنفيذا عينيا. فالسبب الأساسي لانقضاء الالتزام هو تنفيذه تنفيذا عينيا عن طريق الوفاء به. ولذلك فقد خصص المشرع فصلا أولا للوفاء باعتباره الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام. وخصص الفصل الثانى لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء. وأسباب ذلك أربعة، الوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة. وخصص الفصل الثالث لانقضاء الالتزام دون الوفاء به، وأسباب ذلك ثلاثة، الإبراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم المسقط. ونحن نتابع المشرع فى الخطة التى انتهجها، فندرس انقضاء الالتزام فى ثلاثة فصول متتالية على النحو السابق ذكره.

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ١١٢٤، ص ١١١٤. أما الحق المعنى فهو يرد على شئ، ومن المتصور القول أنه حق دائم كما يقال عن حق الملكية.

الفصل الأول

انقضاء الالتزام بتنفيذه عينا (الوفاء)

٢٠٤ - طبيعة الوفاء:

الوفاء له طبيعة مزدوجة، فهو التنفيذ العيني للالتزام المدين، أى أنه عمل مادي يؤدي إلى تحقيق الغاية من الالتزام. وهو فى نفس الوقت تصرف قانوني يتم بين الموفى وبين الموفى له. غير أن صفة التصرف القانوني فى الوفاء غالبية على صفة التصرف المادي فيه.^(٢) فالوفاء هو أساسا اتفاق بين الموفى والموفى له بمقتضاه يتم انقضاء الالتزام الذى يتم الوفاء به، وهذا الاتفاق يخضع للشروط العامة لابرام أى اتفاق، وهى الشروط التى تتعلق بالأهلية والارادة والمحل والسبب. واعتبار الوفاء اتفاقا لا يمنع أن له طبيعته الخاصة فهو اتفاق يكاد أن يكون مفروضا على كل من المدين والدائن. فالمدين اذا رفض الوفاء الاختبارى أجبر عليه بطريق التنفيذ القهرى، والدائن اذا رفض الاستيفاء أجبر عليه بطريق اجراءات العرض الحقيقى. وهو أيضا اتفاق له محل محدد هو نفس محل الالتزام، ولا يقبل ذلك التفسير أو التعديل من جانب الدائن وحده أو من جانب المدين وحده. فالدائن لا يستطيع أن يستوفى شيئا غير محل الالتزام ولو كان أقل منه. والمدين لا يستطيع أن يوفى بشئ غير محل الالتزام ولو كان أكثر منه. بل يجب أن يكون الوفاء بذات

(٢) راجع فى طبيعة الوفاء، نيكول كاتالا، الطبيعة القانونية للوفاء، رسالة، باريس ١٩٦٠ وتفرق الأستاذة كاتالا، بين الوفاء الذى تختلف طبيعته بحسب الالتزام ذاته، وبين انقضاء الالتزام الذى يتحقق بأرضا، الدائن دون الاعتداد بأرادة المدين. راجع مارتى وريزو، ج٢، فقرة ٥٥٢ وما بعدها.

محل الالتزام. وإذا كان الوفاء مفروضا على الدائن والمدين فإن ذلك يقتضى وضع أحكام تفصيلية تتعلق بطرفى الوفاء وهما الموفى والموفى له. كما وأنه إذا كان الوفاء مفروضا من حيث محله فإن ذلك يقتضى دراسة الأحكام المتعلقة بمحل الوفاء. وقد قسم المشرع الأحكام الواردة فى الفصل الخاص بالوفاء إلى قسمين، الأول فى طرفى الوفاء والثانى فى محل الوفاء. ونتابع خطة المشرع فى هذا الشأن.

المبحث الأول

طرفا الوفاء

٢٠٥- الموفى والموفى له:

من يقوم بالوفاء هو الموفى ومن يتلقى الوفاء هو الموفى له. والأصل أن يكون الموفى هو المدين وأن يكون الموفى له هو الدائن. ولكن ترد على هذا الأصل استثناءات كثيرة.

المطلب الأول

الموفى

٢٠٦- أهلية الموفى وملكيته:

سواء كان الموفى هو المدين أو غير المدين^(٣) فإنه يشترط لصحة

(٣) قضت محكمة النقض بأن «الوفاء بالدين من الغير لا يبىري ذمة المدين إلا إذا اتجهت إرادة الموفى إلى الوفاء بدين غيره أما إذا ظن الموفى وقت الوفاء أنه يدفع ديناً على نفسه فلا يعتبر هذا وفاء لدين على الغير وإنما وفاء لدين غير مستحق يجوز للموفى المطالبة باسترداد ما وفاء على أساس دفع غير المستحق». (نقض مدني - ١٩٧٧/٤/٢٥ - مجتموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٤١ق - س ٢٨ - رقم ١٧٧ - ص ١٠٣٢).

الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي يوفى به وأهلا للتصرف فيه. وقد نصت على هذا الحكم المادة ٣٢٥ وهي تقرر « (١) يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه. (٢) ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينتضى به الالتزام، إذا لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى ».

وطبقا لهذا النص يجب توافر شرطين لصحة الوفاء. أولهما أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي يوفى به، لأنه إذا لم يكن مالكا لهذا الشيء، فإن وفاء به يكون تصرفا في ملك الغير وهو تصرف باطل بطلانا نسبيا، ولا يحتاج به مواجهة المالك الحقيقي الذي يجوز له أن يسترد الشيء الموفى به من الدائن، فلا يكون هذا الأخير قد استوفى حقه قبل مدينه، ولا يكون المدين قد أبرأ ذمته قبل دائنه. والشرط الثاني أن يكون الموفى أهلا للتصرف في الشيء الذي يوفى به، فإذا كان ناقص الأهلية لصغر السن أو للسفه أو الغفلة، فإن وفاء به يكون قابلا للإبطال لنقص الأهلية ويجوز للموفى أن يسترد ما وفاءه^(٤) ولكن المشرع قيد حقه في الاسترداد فمنعه من ذلك إذا كان قد وفى بنفس الشيء المستحق فعلا وليس بشئ أفضل منه. وكان في نفس الوقت ملزما بهذا الوفاء بأن كان

= وحتى يستطيع الموفى استرداد غير المستحق، فلا بد من تحطيم الوفاء كتصرف قانوني، ونحوه إلى واقع مادي، عن طريق اثبات الغلط أو الإكراه. راجع في هذا الموضوع، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٢٢٧، ص ٢٢٧ وما بعدها.

(٤) تنص المادة ١٨١ مدني على أن « (١) كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده. (٢) على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص أو أن يكون قد أكره على هذا الوفاء ». فحق ناقص الأهلية في الاسترداد المقرر في هذا النص، يتقيد بما نص عليه المشرع في المادة ٣٢٥ على النحو المذكور في المتن، راجع، كتابنا، مصادر الالتزام فقرة ٢٢٤ وما بعدها، ص ٢٢٣ وما بعدها.

-٣٧٣-

يوفي بدينه الشخصى، فلم يلحق الوفاء به ضررا كما يقرر النص السابق ذكره. أما إذا الحق به الوفاء ضررا، جاز له التمسك بإبطاله بسبب نقص أهليته. ونظرا لأن الوفاء قد يقع من المدين أو من غير المدين. فيجب معرفة من يصح منه الوفاء. وكذلك حق الموفى إذا كان غير المدين فى الرجوع على هذا الأخير بما وقاه.

١- من يصح منه الوفاء

٢٠٧- نص القانون:

تنص المادة ٣٢٣ مدنى على أن « (١) يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء، وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨. (٢) ويصح الوفاء أيضا مع التحفظ السابق من ليست له مصلحة فى هذا الوفاء، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم ارادته. على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض». ويتضح من هذا النص أن الوفاء قد يقع من جانب المدين أو نائبه أو أى شخص له مصلحة فى الدين أو من شخص لا مصلحة له فى الدين.

١- فالاصل أن يقع الوفاء من المدين بالالتزام. بل ويجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين إذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل، ونص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه، طبقا للمادة ٢٠٨ من القانون المدنى. وفى غير هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يعترض على قبول الوفاء من غير المدين طالما أن المدين نفسه لا يعترض على ذلك.

٢- ويجوز أن يتم الوفاء من نائب المدين كالكفيل أو الوصى أو القيم طالما أن الوفاء بالالتزام يدخل في حدود سلطة النائب. هذا ما لم يكن الوفاء واجبا من المدين بنفسه طبقا للفقرة السابقة.^(٥)

٣- ويجوز الوفاء أيضا من أى شخص غير المدين إذا كانت له مصلحة في الوفاء بالمدين، كالمدين المتضامن والكفيل والحائز الذي انتقلت إليه ملكية العقار المرهون ضمانا لهذا الدين. هذا ما لم يكن الوفاء واجبا من المدين نفسه طبقا لما سبق قوله.

٤- ويجوز أخيرا الوفاء من أى شخص ولو لم تكن له مصلحة في الدين كما لو كان قريبا للمدين أو صديقا له. ويصح الوفاء في هذه الحالة ولو دون علم المدين أو رغم إرادته. ولكن إذا اعترض المدين على الوفاء من الغير الذي لا مصلحة له في الوفاء، فإن ذلك يعطى للدائن الحق في قبول هذا الوفاء أو رفضه. ولو لم يكن له هذا الحق قبل اعتراض المدين وإبلاغ الدائن به. وكذلك فإن جواز الوفاء من شخص لا مصلحة له في الدين مشروط بآلا يكون الوفاء واجبا على المدين القيام به بنفسه كما سبق القول.

٢- رجوع الموفي علي المدين

٢٠٨- الدعوي الشخصية ودعوي الحلول:

إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، وكان الموفي غير متبرع للمدين،

(٥) قضت محكمة النقض بأن «المجادلة في الوفاء بالالتزام من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون تعقيب عليها ما دامت قد أقامت قضاها على أسباب سائغة وله أصله الثابت في الأوراق ولا مخالفة فيه للقانون ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهي إليها. (نقض مدني، ١٩٧٩/٤/٢٩، طعن رقم ٧٠٩، سنة ٤٤ قضائية، منشور من محمد كمال عبد العزيز، ص ١٠١٢)

جاز للموفى أن يرجع على المدين بما وفاه من دينه. وللموفى فى رجوعه على المدين دعويان.

١- الدعوى الأولى هى الدعوى الشخصية التى تقوم على أساس حق شخصى جديد (التزام جديد) يكون الموفى دائنا فيه قبل المدين. وينشأ هذا الالتزام الجديد اما عن عقد وكالة اذا كان الموفى وفى الدين بأمر المدين، أو ينشأ طبقا لقواعد الفضالة اذا كان الموفى لم يتلق أمرا من المدين ولكنه وفى به تحقيقا لمصلحة عاجلة للمدين ولم يكن المدين قد علم بهذا الوفاء أو علم به ولم يعترض عليه. (٦) وقد ينشأ الالتزام الجديد طبقا للقواعد العامة فى الاثراء بلا سبب اذا لم تتوافر صفة الاستعجال فى الوفاء بدين المدين، أو كان المدين قد اعترض على قيام الموفى بالوفاء. وسواء رجع الموفى بدعوى الفضالة أو دعوى الاثراء بلا سبب، فانه اذا كان الوفاء قد تم دون علم المدين أو رغم معارضته، فانه يجوز للمدين أن يدفع رجوع الموفى كلاً أو جزءاً اذا كانت لديه أسباب تبرر الاعتراض على الوفاء. ومن هذه الأسباب أن يكون هو قد سبق له الوفاء بهذا الالتزام أو أن يكون الالتزام قد انقضى لآى سبب آخر كالمقاصة أو التجديد أو البراء... الخ أو أن يكون لدى المدين دفع يؤدى إلى بطلان العقد الذى نشأ عنه الالتزام أو فسخه أو زواله لآى سبب.

وقد نصت على الأحكام السابقة المادة ٣٢٤ مدنى التى تقرر انه « (١) اذا قام الغير بوفاء الدين، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه. (٢) ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير ارادته أن

(٦) راجع فى شروط الفضالة، كتابنا، مصادر الالتزام، وخاصة شرط القيام بأمر عاجل وضروري لرب العمل، فترة ٢٣٤، ص ٣٣٧.

يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلا أو بعضا ، اذا أثبت أن له أية مصلحة في الاعتراض على الوفاء» (٧).

٢- والدعوى الثانية التي يجوز للموفى أن يرجع بها على 'مدين' هي دعوى الحلول. والمقصود بذلك أن الموفى يحل محل الدائن الذي استوفى حقه. فهو يرجع بنفس حق الدائن وليس بحق جديد. فهو قد وفى الدائن حقه وحل محله فيه بما يسمح له بالرجوع على المدين كما لو كان الدائن نفسه هو الذي يرجع على المدين. والوفاء الذي يعطى الحق في الحلول محل الدائن يسمى الوفاء مع الحلول. ويسمى الحلول في هذه الحالة الحلول بسبب الوفاء. وتعتبر دعوى الحلول عينية لأن الموفى يرجع بعين الحق الذي وفاه، وذلك بالمقابلة للدعوى الشخصية التي يرجع فيها الموفى بحق شخصي جديد أساسه الوكالة أو الفضالة أو الاثراء بلا سبب. وفي الحالات التي يجوز فيها للموفى أن يرجع بدعوى الحلول العينية يجوز له أيضا أن يرجع بالدعوى الشخصية. ولكن لا يجوز له أن يرجع بالدعويين في نفس الوقت. غير أن الرجوع بدعوى الحلول لا يحق للموفى في جميع حالات الوفاء، بل لابد من وجود سبب قانوني للحلول. وهذا السبب إما أن يكون هو نص القانون أو اتفاق المتعاقدين. فالحلول بحسب مصدره إما أن يكون حلولا قاتونيا، أو حلولا اتفاقيا. وندرس كلا من هذين المصدرين فيما يلي.

(٧) قضت محكمة النقض بأنه ولئن كان للأجنبي عن العقد الوفاء بالمدين لمصلحة اقتصادية تعود عليه، وبصح وفاؤه حتي ولو كان رغما عن المدين ويحق له بالتالي الرجوع عليه بدعوى شخصية لا بدعوى الحلول، إلا أن شرط ذلك أن تعود من الوفاء منفعة علي المدين، فإذا أوفى الأجنبي بالتزام غير قائم أو بالتزام زال تبعا لعدم تحقق الشرط المعلق عليه انتهى حق المدين في الرجوع». (نقض ١٩٧٨/٤/١٢، طعن رقم ٤٤٢، سنة ٤٤ قضائية، مشير في محمد كمال عبد العزيز، ص ١٤، ١١).

٢٠٩ - الحلول القانوني:

تنص المادة ٣٢٦ مدني على أنه «إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية: (أ) إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه. (ب) إذا كان الموفى دائنا وفي دائنا آخر مقدما عليه بماله من تأمين عيني، ولو لم يكن للموفى أى تأمين. (ج) إذا كان الموفى قد اشترى عقارا ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم، (د) إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول». وقد أورد هذا النص عدة حالات يكون للموفى فيها أن يرجع على المدين بدعوى الحلول بمقتضى نص القانون ذاته ودون حاجة إلى اتفاق المتعاقدين. وهذه الحالات هي:

١- إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو عنه: ويكون الموفى ملزما بالدين مع المدين إذا كان مدينا متضامنا معه أو مدينا معه فيه دين لا يقبل القسمة. ويكون الموفى ملزما بالدين عن المدين إذا كان كفيلًا له سواء كان كفيلًا شخصيًا أو عينيًا. (٨) أو إذا كان حائزًا للعقار

(٨) راجع في حق الكفيل بالرجوع على المدين الأصلي بدعوى الحلول، كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٥٣ وما بعدها، ص ١١٢ وما بعدها.

وقد اعتبرت محكمة النقض أن المتبرع الذي يرجع على التابع، في حكم الكفيل الذي يرجع على المدين الأصلي، وقضت بأن «دعوى الحلول التي يستطيع المتبرع - وهو في حكم الكفيل المتضامن - الرجوع بها على تابعه بعد وفاته بالتعويض للدائن المبرور. وهي الدعوى المنصوص عليها في المادة ٧٩٩ من القانون المدني والتي ليست إلا تطبيقًا للقاعدة العامة في الحلول محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفى ملزما بوفاء الدين عن المدين». (نقض مدني - ١٩٦٩/٣٠ - مجموعة النقض المدنية - الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ - رقم ٣٣ ص ١٩٩).

وقد قطعت محكمة النقض برأي هو الرأي الراجح في مسألة خلاقية، هي تحديد الأساس القانوني لسرولة المتبرع عن أعمال التابع. وقد ذكرنا في كتابنا، مصادر الالتزام، ص ٢٨٧ ما يأتي «وتذهب النظرية الأخيرة وهي الأكثر قبولًا إلى القول بأن المتبرع ضامن للتابع، أي أنه في حكم الكفيل، والكفالة لم تنشأ هنا عن العقد، ولكن عن القانون...».

المرهون في نفس الدين. ففي كل هذه الحالات يكون الموفى ملزماً بوفاء الدين بشكل أو بآخر ويكون قيامه بالوفاء هو تنفيذ لواجب قانوني مفروض عليه، فيكون من الطبيعي أن يشجعه المشرع على الوفاء باعطائه الحق في الحلول محل الدائن في دعواه قبل المدين.

٢- الوفاء من دائن متأخر لدائن متقدم: إذا وجد دائنون أصحاب تأمينات عينية كرهن رسمي مثلاً. ودائنون عاديون، فإن الأولين يتقدمون على الآخرين. ومن ناحية أخرى فإن أصحاب التأمينات العينية يتقدم بعضهم على بعض بحسب الأسبقية في شهر حقوقهم. فإذا قام أحد الدائنين المتأخرين سواء كان دائناً عادياً أو دائناً مرتهناً ولكنه متأخر في مرتبة رهنه، بوفاء حق دائن آخر صاحب تأمين عيني متقدم في المرتبة، فإن الدائن الموفى يحل محل الدائن الذي استوفى حقه في رجوعه على المدين.

٣- وفاء الحائز للدين المضمون بالعقار: الحائز للعقار المرهون هو بحسب الأصل الشخص الذي يشتري عقاراً مرهوناً لضمان دين من الديون. والعقار تنتقل ملكيته إلى المشتري مثقلاً بالرهن. ومن مصلحة المشتري بطبيعة الحال أن يخلص له العقار خالياً من كل رهن. ولذلك إذا قام الحائز بدفع الثمن لا للبائع ولكن للدائن المرتهن للعقار الذي اشتراه، فإنه يحل محل الدائن الذي استوفى حقه، ويحل محله بصفة خاصة في الرهن الضامن لهذا الحق، فيصبح دائناً مرتهناً للعقار الذي تملكه بالشراء. وينتضي الرهن باتحاد الذمة، أو يظل قائماً لمصلحة المالك الجديد إذا كانت هناك رهون أخرى أقل في المرتبة من هذا الرهن بالذات. (٩)

(٩) راجع في رجوع الحائز بدعوى الحلول، كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ١٠١ ب. ص ٢٦٢. وأنظر بصفة خاصة عدم رجوع الحائز على الكفيل، والرجوع الناقص للحائز على حائز آخر مثله، ص ٢٦٢ وما بعدها.

والحائز في المثال السابق يكون ملزماً بوفاء الدين عن المدين في حدود المبلغ الذي في ذمته بسبب شراء العقار وهو في جميع الأحوال مسئول مسئولية عينية عن وفاء الدين المضمون بالرهن. فيكون تشجيعه على الوفاء للدائن عن طريق احلاله محله، أمر مرغوب فيه وذلك تحقيقاً لمصلحة الدائن ومصلحة الحائز ومصلحة المدين أيضاً. (١٠)

٤- الحالات الأخرى المنصوص عليها في القانون: في غير الحالات السابق ذكرها فإن القانون يضع نصوصاً كثيرة يقرر فيها حلول الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه. ومن هذا القبيل نص المادة ٧٧١ مدني التي تقرر حلول المؤمن بما دفعه من تعويض عن الحريق في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله في الضرر.

٢١٠- الحلول الاتفاقية:

إذا لم يوجد نص في القانون على حلول الموفى محل الدائن، فإنه من الجائز أن يتقرر الحلول بمقتضى اتفاق بين المتعاقدين. وهذا الاتفاق يتم تارة مع الدائن وتارة مع المدين.

١- الحلول بالاتفاق مع الدائن: تنص المادة ٣٢٧ على أن «للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء». وطبقاً لهذا النص يجوز أن يتفق الدائن مع الشخص

(١٠) الحائز غير مدين بالدين، ولكنه مسئول عنه في حدود قيمة العقار المرهن. وهذا هو المقصود بأن مسئولية الحائز هي مسئولية عينية. وتجري دائماً المقارنة بين مركز الحائز ومركز الكفيل العيني في أن كلا منهما، كما يقول المشرع بالنسبة للكفيل العيني «لا يجوز التفيد على ماله إلا ما رهن من هذا الماله» (م ١٠٥ مدني)، راجع، كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٩٦، ص ٢٥١ وما بعدها.

الأجنبي الذي يوفى بالدين على أن يحل الموفى محل الدائن في حقه قبل المدين. ولا يشترط أن يتم هذا الاتفاق في أى شكل خاص. وهو عادة يتم في نفس الوقت الذي يتم فيه الوفاء للدائن. ويجوز أن يتم الاتفاق على الحلول في وقت سابق على الوفاء. ولكن لا يجوز الاتفاق على ذلك في وقت لاحق على الوفاء. فإذا تم دون اتفاق على الحلول، فلا يجوز الاتفاق على الحلول بعد ذلك منعاً للاضرار بالدائنين الآخرين ودفعاً لكل تحايل بين الدائن والمدين بالاشتراك مع الموفى.^(١١)

٢- الحلول بالاتفاق مع المدين: تنص المادة ٣٢٨ مدني على أنه «يجوز أيضاً للمدين إذا اقترض مالا وفى به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه، ولو بغير رضا هذا الدائن، على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد». وطبقاً لهذا النص فإن المدين هو الذي يحل شخصاً آخر محل الدائن في حقه قبله. ويشترط لذلك أن يتوافر شرطان: ١- أن يقترض المدين مالا من الغير لوفاء الدين ويذكر ذلك في عقد القرض. ٢- أن يقوم المدين بوفاء الدين من هذا المال بالذات ويذكر ذلك في مخالصة الوفاء. ومن المتصور أن تتم هاتين

(١١) وقد قضت محكمة النقض بأن: «تنص المادة ٣٢٧ من القانون المدني على أن الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك ولا يبيح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء». ومفاد ذلك أنه يشترط للحلول في هذه الحالة وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدني - أن يتفق الموفى والدائن على الحلول، ولا ضرورة لرضا المدين به، وأن يتم الاتفاق على الحلول وقت الوفاء. على الأكثر وقد قصد من هذا الشرط الأخير إلى درء التحايل فقد يتواطأ الدائن مع المدين بعد أن يكون هذا قد استوفى حقه متفتنان غشاً على حلول أحد الإغيار لتفويت حق دائن مرتين ثان متأخر في المرتبة فيما لو أقر النص صحة الاتفاق على الحلول بعد الوفاء» (١٩٧٧/٣/٢٢) في الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤٣ ق (نقض مدني - ١٩٧٧/٣/٢٢ - مجموعة محكمة النقض - الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤٣ ق - ٢٨ - رقم ١٣٤ - ص ٧٢٥).

العمليتين في وقت واحد وفي سند واحد. ومن المتصور أن يسبق القرض، عملية الوفاء. ولكن من غير الجائز أن يأتي القرض بعد الوفاء لأن ذلك يكون دليلا على أن الوفاء لم يتم من مبلغ القرض، فلا يجوز بالتالي إحلال المقرض محل الدائن، منعا للغش والتواطؤ بين الدائن والمدين بالاشتراك مع المقرض، اضرارا بحقوق الدائنين الآخرين. (١٢)

وسواء كان الحلول قانونيا أو اتفاقيا فإن الآثار التي تترتب عليه تكون واحدة في الحالتين وهو ما ندرسه فيما يلي.

٢١١- آثار الحلول: انتقال حق الدائن إلى الموفي:

تنص المادة ٣٢٩ على أن «من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابيع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفعوع. ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن». وطبقا لهذا النص فإن الموفي يرجع على المدين كما لو كان الدائن نفسه هو الذي يرجع على المدين. فهو يحل محل الدائن في كل حقه قبل المدين ويشمل ذلك ما يلي:

١- يكون حق الموفي هو نفس حق الدائن بخصائصه كما لو كان الدين تجاريا أو مدنيا، أو تسرى بالنسبة له مدة تقادم خاصة، أو كان قابضا في سند تنفيذي يجوز التنفيذ بمقتضاه دون حاجة إلى استصدار حكم من القاضي ... الخ. (١٣)

(١٢) فإذا تعاقبت العمليتان، فلا بد أن تكون كلا منهما ثابتة التاريخ، حتى يمكن التحقق من أن الاتفاق على الحلول سابق على الوفاء. راجع، عبد الرزاق السنهوري، الرجيز، ص ١١٣١، هامش ٢.

(١٣) ولقضت محكمة النقض بأنه «وإذا كان أساس دعوي رجوع الكفيل على المدين بما أوفاه منه هو حلل الكفيل محل الدائن... وكان القرض المكفول عملا تجاريا بالنسبة لطرفه = =

٢- يكون حق الموفى هو نفس حق الدائن بما يلحقه من توابع، كأن يكون منتجا لفوائد بسعر معين. (١٤)

٣- يكون حق الموفى هو نفس حق الدائن بما يكفله من تأمينات، كأن يكون الحق مضمونا بكفالة أو برهن أو غير ذلك.

٤- يكون حق الموفى هو نفس حق الدائن بما يرد عليه من دفع، فإذا كان من الجائز التمسك فى مواجهة الدائن ببطان حقه أو انقضائه أو فسخه أو زواله لأى سبب فانه يجوز التمسك بأى من هذه الدفع فى مواجهة الموفى الذى حل محل الدائن.

ولكن يلاحظ أن انتقال حق الدائن إلى الموفى بالشكل الكامل السابق ذكره ترد عليه عدة استثناءات لا يكون فيها الحلول كاملا بل يكون حلولا ناقصا أو قاصرا. وتدرس هذه الحالات فيما يلى.

٢١٢- حالات الحلول الناقص:

١- الحالة الأولى: الوفاء الجزئى فى صورته البسيطة: اذا وفى الغير جزءا من الدين للدائن فانه لا يرجع على المدين الا بما وفاه وذلك طبقا للعبارة الأخيرة من المادة ٣٢٩ السابق ذكرها والتى تقرر أن الحلول يكون «بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن». وفى هذا

== فان الكفيل الموفى يحل محل الدائن فيه بماله من خصائصه، ومنها صفته التجارية وبالتالي يكون للكفيل أن يرفع دعواه على المدين أمام المحكمة التجارية المتفق بين الدائن والمدين على اختصاصها. (نقض مدني - ١٩٦٨/١/٢٥ - مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٢٨٩ لسنة ٣١ق - م١٩، رقم ١٩ ص ١١٦).

(١٤) قضت محكمة النقض بأنه «إذا كانت الفائدة المقررة للمدين ٢٪ فليس له أن يطالب بأكثر من ذلك». (نقض مدني - ١٩٧٧/٢/٢٣ - مجموعة أحكام النقض الطعن رقم ٥١ لسنة ٤٣ق - م٢٨ - رقم ١٠١ ص ٥٤٨).

يختلف الوفاء مع الحلول عن حوالة الحق التي رأينا فيها أن المحال له يرجع بكل حق الدائن المحيل حتى ولو كان قد دفع ثمننا للحوالة أقل من هذا الحق. لأن حوالة الحق فيها معنى المضاربة. أما الوفاء مع الحلول فلا يقصد به إلا تمكين الموفى من الحصول على المبلغ الذي وفاه فعلا فلا يرجع بكل حق الدائن إذا كان الوفاء جزئيا. (١٥) فإذا كان الدائن قد أبرأ المدين من الجزء الباقي من الدين، فإن المدين هو الذي يستفيد من هذا الأبراء وليس الموفى الذي لا يرجع عليه إلا بالجزء الذي وفاه للدائن فقط دون الجزء الذي تنازل عنه الدائن للمدين.

٢- الحالة الثانية: الوفاء الجزئي وعدم مزاحمة الدائن: في هذه الحالة أيضا يكون الموفى قد وفى جزءا من الدين فقط. ولكن الدائن لم يبرئ المدين عن الجزء الباقي. فإذا تصورنا أن الموفى حل محل الدائن في جزء من حقه وبقي للدائن جزء آخر قبل المدين، فهل يجوز أن يزاحم الموفى في مطالبته بما وفاه، الدائن في مطالبته بالجزء الباقي له، فيستفيد مثلا من نفس مرتبة الرهن الذي يضمن حق الدائن؟ قرر المشرع في هذا الشأن أن الموفى وفاء جزئيا لا يزاحم الدائن بل يستوفى الدائن الجزء الباقي له، ثم إذا بقى شيء بعد ذلك من قيمة المال المخصص للضمان كان للموفى أن يستوفى حقه منه. والحكمة من هذا الحكم أن الدائن لا يجبر أن يقبل وفاء جزئيا لحقه كما سنرى. فإذا قبل من غير المدين أن يوفيه جزءا من حقه فانه يفترض أن الدائن قد احتفظ لنفسه

(١٥) راجع في التفرقة بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق من حيث شروط الاتعقاد والآثار، عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ١١٤٥، ص ١١٣٧ وما بعدها؛ سليمان مرقس، ج ٢، فقرة ٨٥٩، ص ٨٣٢ وما بعدها.

بالأولوية فيما يتعلق بالجزء الباقي. (١٦) ويجوز بطبيعة الحال الاتفاق على عكس هذا الحكم المنسوب إلى إرادتهما المفترضة. وقد نص المشرع على هذا الحكم في المادة ١/٣٣٠ وهي تقرر «إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء. ويكون فى اسيفاء ما بقى له من حق مقدما على من وفاء، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك».

٣- الحالة الثالثة: الوفاء الجزئى من أكثر من شخص واحد: تنص المادة ٢/٣٣٠ على أنه «إذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق رجوع من حل أخيراً هو ومن تقدمه فى الحل كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء». وبواجه هذا النص الفرض الذى يوفى أكثر من شخص واحد بجزء من الدين بحيث يستوفى الدائن كل حقه. وحكم هذا الفرض أن كل من وفى بجزء من الدين يحل محل الدائن بقدر ما وفاء، ويستفيد الموفون جميعاً من ضمانات حق الدائن، ويتقاسمون ثمرة الرجوع على المدين - كل بنسبة الجزء الذى وفاء إلى سائر الأجزاء الأخرى.

٤- الحالة الرابعة: الوفاء من أحد الملتزمين بالدين معاً: إذا وفى بالدين كله أحد المدينين المتضامنين أو أحد المدينين فى دين لا يقبل الانقسام فإنه لا يرجع على شركائه فى الدين الا بقدر نصيب كل منهم، وليس بكل حق الدائن وذلك تفادياً للدخول فى حلقة مفرغة تتعدد فيها الاجراءات بلا نهاية. وقد سبق أن ذكرنا هذا الحكم عند دراستنا

(١٦) سليمان مرقس، ج٢، فقرة ٨٥٨، ص ٨٣٢: عبد الرزاق السهوي، الوجيز، فقرة ١١٤٣، ص ١١٣٤

للتضامن بين المدينين طبقا للمادة ١/٢٩٧ التي تقرر أنه «إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين الا بقدر حصته فى الدين، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن».

٥- الحالة الخامسة: الوفاء من أحد الحائزين: تنص المادة ٣٣١ على أنه «إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين، وحل محل الدائنين، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين الا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار». ويصدق هذا النص على الحالة التى يشتري فيها أكثر من شخص كل منهم عقارا مرهونا ضمانا لنفس الدين. ويقوم أحدهم بوفاء كل الدين. فطبقا لفكرة الحلول الكامل يكون من حق الموفى أن يرجع على أى مشتر لعقار آخر بكل الدين كما كان يحق للدائن نفسه. ولكن المشرع جعل الحلول فى هذه الحالة ناقصا. فلا يرجع الحائز على أى حائز آخر الا بقدر نصيب الحائز الآخر. وبحسب نصيب كل من الحائزين بحسب قيمة العقار الذى يملكه إلى قيمة العقارات الاخرى المرهونة ضمانا لنفس الدين.. (١٧)

ويخلص من الحالات الخمس السابق ذكرها أنه كلما كان الوفاء جزئيا، كان الحلول قاصرا على الجزء الذى تم الوفاء به. وكذلك يكون الحلول ناقصا ولو كان الوفاء كليا فى حالة الرجوع من أحد الملتزمين بالدين معا على غيره منهم، أو فى حالة الرجوع من أحد الحائزين على غيره من الحائزين.

(١٧) راجع فى أن الحائز لا يرجع اطلاقا على الكفيل العيني، ويرجع رجوعا ناقصا على غيره من الحائزين، كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ١٠٢ وما بعدها، ص ٢٦٢ وما بعدها.

بالأولوية فيما يتعلق بالجزء الباقي. (١٦) ويجوز بطبيعة الحال الاتفاق على عكس هذا الحكم المنسوب إلى إرادتهما المفترضة. وقد نص المشرع على هذا الحكم في المادة ١/٣٣٠ وهي تقرر «إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء. ويكون فى اسيفاء ما بقى له من حق مقدما على من وفاء، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك».

٣- الحالة الثالثة: الوفاء الجزئى من أكثر من شخص واحد: تنص المادة ٢/٣٣٠ على أنه «إذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق رجوع من حل أخيراً هو ومن تقدمه فى الحل كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء». وبواجه هذا النص الفرض الذى يوفى أكثر من شخص واحد بجزء من الدين بحيث يستوفى الدائن كل حقه. وحكم هذا الفرض أن كل من وفى بجزء من الدين يحل محل الدائن بقدر ما وفاء، ويستفيد الموفون جميعاً من ضمانات حق الدائن، ويتقاسمون ثمرة الرجوع على المدين «كل بنسبة الجزء الذى وفاه إلى سائر الأجزاء الأخرى».

٤- الحالة الرابعة: الوفاء من أحد الملتزمين بالدين معاً: إذا وفى بالدين كله أحد المدينين المتضامين أو أحد المدينين فى دين لا يقبل الانقسام فإنه لا يرجع على شركائه فى الدين الا بقدر نصيب كل منهم، وليس بكل حق الدائن وذلك تفادياً للدخول فى حلقة مفرغة تتعدد فيها الاجراءات بلا نهاية. وقد سبق أن ذكرنا هذا الحكم عند دراستنا

(١٦) سليمان مرقس، ج٢، فقرة ٨٥٨، ص ٨٣٢: عبد الرزاق السهوي، الوجيز، فقرة ١١٤٣، ص ١١٣٤

للتضامن بين المدينين طبقا للمادة ١/٢٩٧ التي تقرر أنه «إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين الا بقدر حصته فى الدين، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن».

٥- الحالة الخامسة: الوفاء من أحد الحائزين: تنص المادة ٣٣١ على أنه «إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين، وحل محل الدائنين، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين الا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار». ويصدق هذا النص على الحالة التى يشتري فيها أكثر من شخص كل منهم عقارا مرهونا ضمانا لنفس الدين. ويقوم أحدهم بوفاء كل الدين. فطبقا لفكرة الحلول الكامل يكون من حق الموفى أن يرجع على أى مشتر لعقار آخر بكل الدين كما كان يحق للدائن نفسه. ولكن المشرع جعل الحلول فى هذه الحالة ناقصا. فلا يرجع الحائز على أى حائز آخر الا بقدر نصيب الحائز الآخر. وبحسب نصيب كل من الحائزين بحسب قيمة العقار الذى يملكه إلى قيمة العقارات الاخرى المرهونة ضمانا لنفس الدين.. (١٧)

ويخلص من الحالات الخمس السابق ذكرها أنه كلما كان الوفاء جزئيا، كان الحلول قاصرا على الجزء الذى تم الوفاء به. وكذلك يكون الحلول ناقصا ولو كان الوفاء كليا فى حالة الرجوع من أحد الملتزمين بالدين معا على غيره منهم، أو فى حالة الرجوع من أحد الحائزين على غيره من الحائزين.

(١٧) راجع فى أن الحائز لا يرجع اطلاقا على الكفيل العيني، ويرجع رجوعا ناقصا على غيره من الحائزين، كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ١٠٢ وما بعدها، ص ٢٦٢ وما بعدها.

المطلب الثاني الموفي له

٢١٣- الموفي له هو الدائن أو نائبه:

تنص المادة ٣٣٢ على أن «يكون الوفاء للدائن أو لنائبه. ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً». ويقوم الحكم الوارد في هذا النص على فكرة بسيطة مؤداها أن الدائن هو صاحب المصلحة في الدين. ولذلك من الطبيعي أن يتم الوفاء له. ولكن نظراً لأن الوفاء تصرف قانوني أو هو اتفاق بين الموفى والموفي له، فلا بد أن يكون الدائن متمتعاً بأهلية الأداء. فإن كان عديم الأهلية أو ناقصها فلا يكون الوفاء له صحيحاً بل لا بد من الوفاء لنائبه القانوني، كالولي أو الوصي أو القيم على المحجور عليه. ومع ذلك فإذا عادت على الدائن الذي ليس أهلاً للاستيفاء، فائدة من الوفاء الذي تم له، فإن ذمة المدين تبرأ بقدر هذه الفائدة.

وكما يصح الوفاء للدائن نفسه فإنه يصح لنائبه، إذ أن النيابة القانونية جائزة في كل التصرفات القانونية بحسب الأصل. ولا يكون هناك مانع من الوفاء لنائب الدائن إلا إذا وجد اتفاق خاص على أن يكون الوفاء للدائن شخصياً. أما إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق فإن الوفاء يكون لنائب الدائن كما يكون للدائن نفسه. والنائب إما أن يكون نائباً قانونياً كالولي، أو نائباً قضائياً كالوصي والقيم وسنديك التفليسة، أو نائباً اتفاقياً كالوكيل الاتفاقى. (١٨)

(١٨) ويجوز للموفي أن يودع مبلغ الدين في حساب جاري للدائن لدى أحد البنوك ويعتبر البنك نائباً عن الدائن في استيفاء الدين.

وقد وضع المشرع قرينة قانونية يمكن للمدين أن يستدل منها على أن الشخص الذي يتقدم للاستيفاء منه هو نائب عن الدائن، وذلك عندما يتقدم له هذا الشخص بمخالصة صادرة من الدائن، مثال ذلك بواب العمارة الذي يقدم للمستأجر إيصال الأجرة، فإن ذلك يكفي دليلة على نيابة البواب عن المؤجر ويجعل الوفاء له صحيحا مبرئا لذمة المستأجر.

ولكن إذا كان الأصل أن يتم الوفاء للدائن أو لنائبه، فإنه في بعض الحالات يتم لغير الدائن أو نائبه.

٢١٤- الموفي له غير الدائن:

تنص المادة ٣٣٣ على أنه «إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين الا اذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه، ويقدر هذه المنفعة، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته». وطبقا لهذا النص فإن هناك ثلاث حالات فقط يكون الوفاء فيها مبرئا لذمة المدين رغم أنه قد تم لغير الدائن أو نائبه.

١- إذا وفى المدين الدين شخصا غير مفوض من الدائن فى استيفاء الدين، ولكن الدائن أقر الوفاء بعد ذلك. فالأقرار اللاحق يعتبر كالوكالة السابقة. ويعتبر الموفى له كالنائب عن الدائن فى استيفاء الدين. (١٩)

(١٩) قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان صحيحا أن قبض الدائن قيمة الشيك الذي استلمه آخر من المدين بعد اقراره منه لهذا الوفاء بحيث يصبح هذا الغير فى هذه الحالة وكبلا بعد أن بدأ فضوليا - علي ما تقضي به المادة ٣٣٣ من القانون المدني ومذكرته التفسيرية...» (نقض مدني، ١٩٦٢/٤/٥ - مجموعة قواعد النقض، طعن رقم ٢٤٠ لسنة ٢٦ق، ص ١٣، رقم ٦١ ص ٤١٤).

٢- إذا تم الوفاء لغير الدائن أو نائبه ومع ذلك عادت على الدائن منفعة من هذا الوفاء، كأن قام الموفى له بسداد المبلغ الذي استوفاه للدائن، أو قام بدفعه في دين على الدائن واجب الاداء فورا، فإن ذمة المدين تبرأ بقدر المنفعة التي عادت على الدائن.

٣- إذا قام المدين بالوفاء لشخص كان الدين في حيازته، ويسمى هذا الشخص اصطلاحا بالدائن الظاهر، وهو شخص غير الدائن الحقيقي ومع ذلك فإن الناس تأخذه على أنه الدائن الحقيقي. مثال ذلك الوارث الظاهر وهو شخص غير وارث حقيقة ولكنه يعتبر نفسه ويعتبره الناس الوارث الحقيقي، إلى أن ينكشف الوضع الظاهر، ويظهر الوارث الحقيقي. ومثال ذلك، أيضا حائز الشيء الذي يظهر كأنه المالك له. كالشخص الذي يصل إلى يده سند لحامله دون أن يكون صاحب حق فيه. ويتجه المشرع في كثير من النصوص إلى حماية الأوضاع الظاهرة، حماية للشقة المشروعة في المعاملات. (٢٠) ومن هذه النصوص، النص الذي ندرسه الآن وهو الخاص بالوفاء للدائن الظاهر. فقد اعتبر المشرع أن الوفاء لغير الدائن الحقيقي يكون صحيحا إذا تم للدائن الظاهر وهو الشخص الذي يكون الدين في حيازته. ولا يكون للدائن الحقيقي أن يرجع على المدين الذي برئت ذمته بالوفاء للدائن الظاهر، ولكن يرجع فقط على الدائن الظاهر طبقا لقواعد الاثراء بلا سبب.

٢١٥- العرض الحقيقي والايداع:

افترضا في كل ما سبق ذكره عن الموفى له سواء كان هو الدائن أو

(٢٠) راجع في الموضوع، عبد الباسط جمبي، نظرية الأوضاع الظاهرة، رسالة من القاهرة، على الألة الكاتبة، ١٩٥٥

نائبه أو غير الدائن، أن الوفاء يتم باتفاق بين طرفين هما الموفى والموفى له. ولكن يحدث أن يمتنع الدائن عن استيفاء حقه، فيجوز للمدين في هذه الحالة أن يجبره على ذلك عن طريق العرض الحقيقي والایداع. وقد نصت المادة ٣٣٤ على أنه «إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء، أعتبر أنه قد تم اعذاره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض باعلان رسمي». (٢١) وهناك حالات أخرى غير رفض الدائن يجوز فيها للمدين أن يلجأ للعرض الحقيقي والایداع. وقد نصت على هذه الحالات المادة ٣٣٨ وهي تقرر «يكون الایداع أو ما يقوم مقامه من اجراء جائز أيضا، اذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء. أو كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص، أو كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الاجراء». وفي جميع الحالات التي يتم فيها العرض الحقيقي والایداع، يكون الوفاء قد تم بالارادة المنفردة من جانب المدين، وليس باتفاق بين الموفى والموفى له. والحالات التي يجوز فيها ذلك بحسب النصين السابقين هي: ١- اذا رفض الدائن استيفاء حقه أو أعلن أنه لن يقبل ذلك أو رفض الانتقال إلى مكان المدين اذا كان متفقا على أن الوفاء يتم في مكان المدين، أو رفض القيام بأي اجراء لا يتم الوفاء بدونه.

(٢١) قضت محكمة النقض بأن «عرض البائع علي المشتري أمام المحكمة البضاعة المبعة هو عرض حقيقي وفقا للمادة ٦٩٧ من قانون المرافعات - القديم - متى كان المقدم لم يحدد ميعادا للتسليم». (نقض مدني - ١٩٥١/٢/٨ - مجموعة قواعد النقض، الطعن رقم ١٢٤ لسنة ١٨ق - س ٢ - رقم ٦٠ ص ٣١٠).

- ٣٩ -

٢- إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه، كما لو انتقل حق الدائن بالميراث إلى شخص لا يعرفه المدين أو لا يعلم مكان إقامته.

٣- إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب قانوني يقبل عنه الوفاء. وقد سبق أن رأينا أن الوفاء للدائن نفسه في هذه الحالة لا يكون ميراثاً لذمة المدين.

٤- إذا كان الدين متنازعا فيه بين عدة أشخاص، كما لو وجد أكثر من محال له واحد، أو أكثر من وارث واحد، يدعى كل منهم أنه صاحب الحق الوحيد في الاستيفاء.

والأسباب السابق ذكرها لم يذكرها المشرع على سبيل الحصر، بل أجاز للمدين أن يلجأ للعرض الحقيقي والإيداع في كل حالة يوجد فيها سبب جدي يبرر ذلك. ومن هذا القبيل أن يتعذر على المدين أن يحصل من الدائن على مخالصة بالوفاء. فيقوم بإيداع الدين حتى يكون لديه الدليل على براءة ذمته.

٢١٦- إجراءات العرض الحقيقي والإيداع:

تمر إجراءات العرض الحقيقي بثلاث مراحل وهي الاعتذار، والعرض الحقيقي، والإيداع.

١- فيجب على المدين أولاً أن يعذر الدائن بقبول الوفاء، ويكون الاعتذار بإعلان رسمي على يد محضر. ويجب أن يكون الإعلان متضمناً استعداد الدين للوفاء بكل الدين وملحقاته وأن يتم ذلك عند حلول أجل

الوفاء بالدين. والحاجة إلى الاعذار لا تظهر إلا في الحالات التي يرفض فيها الدائن استيفاء الدين. أما في الحالات الأخرى التي يجوز فيها العرض الحقيقي والإيداع كجهل المدين بشخصية الدائن أو موطنه.. الخ. فلا يكون هناك محل لاعذار الدائن بل يلجأ المدين إلى الاجراء الثانى مباشرة، وهو العرض الحقيقي ثم الإيداع بعد ذلك. وإذا تم اعذار الدائن ترتبت على ذلك عدة نتائج هامة نصت عليها المادة ٣٣٥ «إذا تم اعذار الدائن، تحمل تبعة هلاك الشئ أو تلفه، ووقف سريان الفوائد، وأصبح للمدين الحق فى ايداع الشئ على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر». وطبقا لهذا النص إذا تم اعذار الدائن ثم هلك الشئ الواجب التسليم أو تلف فانه يهلك أو يتلف على الدائن لا على المدين، بينما هو يهلك على المدين لو لم يكن قد أعذر الدائن فى تسلمه. (٢٢) وكذلك يقف سريان الفوائد التى كانت سارية لمصلحة الدائن.

٢- والمرحلة الثانية بعد الاعذار هى مرحلة العرض الحقيقي، وهو يتم على يد محضر فاذا كان محل الدين نقودا أو أشياء أخرى يمكن حملها فان المحضر يحملها معه ويعرضها على الدائن. فاذا رفض الدائن ذلك ذكر المحضر هذا الرفض فى المحضر الذى يحرره. أما ما لا يمكن تسليمه من الأعيان فى موطن الدائن فيتم عرضه بمجرد تكليف الدائن على يد محضر بتسلمه (م ٤٨٧ من قانون المرافعات الجديد).

٣- فاذا رفض الدائن العرض الحقيقي، بدأ الاجراء الثالث والأخير وهو الإيداع. ويختلف اجراء الإيداع بحسب طبيعة الشئ فاذا كان

(٢٢) جعل المشرع تبعة هلاك الشئ المبيع مرتبطه بالتسليم، وليس بانتقال الملكية، راجع كتابنا، عقد البيع، فقرة ٦٢، ص ٢٤٥ وما بعدها.

المعروض نقودا قام المحضر بإيداعها خزانة المحكمة في اليوم التالي لتاريخ محضر العرض الحقيقي على الأكثر، وعلى المحضر أن يعلن الدائن بصورة من محضر الايداع خلال ثلاثة أيام من تاريخه. وإذا كان المعروض شيئا غير النقود جاز للمدين الذي رفض عرضه أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة الترخيص في ايداعه بالمكان الذي يعينه القاضي إذا كان الشيء مما يمكن نقله، أما إذا كان الشيء معدا للبقاء حيث وجد جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة (راجع المادة ٤٨٨ من قانون المرافعات الجديد).

٢١٧- آثار العرض والايداع:

تنص المادة ٣٣٩ مدنى على أن «يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء، إذا تلاه ايداع يتم وفقا لأحكام قانون المرافعات، أو تلاه أى اجراء مماثل، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته». وطبقا لهذا النص فإن مجرد العرض والايداع. لا يؤدي إلي براءة ذمة المدين، بل لابد من حدوث أمر آخر يؤكد العرض والايداع وهذا الأمر الآخر هو واحد من اثنتين: فاما أن يقبل الدائن العرض الحقيقي والايداع أى يعدل عن الموقف السلبي أو موقف الرفض الذى كان يتخذه، أو أن يصدر حكم نهائى بصحة العرض والايداع. وهذا الحكم يصدر فى الدعوى التى يرفعها المدين بطلب صحة العرض والايداع، أو يرفعها الدائن بطلب بطلان العرض والايداع. (٢٣)

(٢٣) استصدار حكم من القضاء ليس شرطا ضروريا لصحة الايداع وقد قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان المتأجر عندما عرض السيارة المؤجرة عرضا رسبيا على الموجه عند انتهاء مدة العقد ورفض المؤجر استلامها قام بإيداعها «جراجا» معبنا وانتز المؤجر بذلك على يد محضر وصرح له باستلامها بغير قيد ولا شرط، فوجب على المحكمة أن تقول كلمتها في»

فإذا قبل الدائن العرض والایبداع أو صدر حكم نهائي بصحة العرض والایبداع، ترتب الأمر الذي يهدف إليه المدين وهو براءة ذمته من الدين. كما لو كان قد وفى به فعلا للدائن. وتبرأ ذمة المدين من وقت العرض. أى أن أثر قبول الدائن أو صدور حكم نهائي بصحة العرض يرجع إلى الماضى إلى وقت العرض.

وجدير بالذكر أنه يجوز للمدين أن يرجع فى عرضه وأن يسترد الشئ المودع فى الوقت السابق على قبول الدائن العرض أو صدور حكم بصحته. أما بعد قبول الدائن أو صدور حكم بصحة العرض فلا يجوز للمدين أن يرجع فى عرضه. ويشترط فى رجوع المدين فى عرضه بجانب أن يتم ذلك قبل موافقة الدائن أو صدور حكم بصحة العرض، أن يقوم المدين باعلان الدائن على يد محضر بنيته فى الرجوع فى العرض ولا يعترض الدائن على ذلك لمدة ثلاثة أيام.^(٢٤) فيفهم من ذلك أن الدائن غير مكترث بالعرض ولن يصيبه ضرر من رجوع المدين فيه. وإذا رجع المدين فى العرض واسترد الشئ المودع فإنه يظل مدينا بالدين ولا تبرأ ذمته أو ذمة شركائه فى الدين ولا ذمة الضامنين (م. ٣٤٠ مدنى).^(٢٥)

= هذا الاجراء وهل يعتبر ماثلا للايداع في حكم المادة ٣٣٩ مدني وهل هو يؤكد صحة العرض ويتوافر فيه موجب الايداع من تخلي المدين وصلاحيه مكان الايداع. فاذا كانت المحكمة قد اعتبرت أن عرض السبارة في هذه الحالة كان ناقصا دون أن تبحث صحة الاجراء الذي اتخذه المستأجر وتطلبت منه أن يكون قد حصل مبدئيا على حكم بايداع السبارة فان الحكم يكون قد خالف القانون، إذ أن هذا الاجراء ليس من الشروط المحتمية لصحة الاجراء الماثل بالايداع الذي يجب أن يقد العرض. فكما يجوز أن يكون هذا الاجراء الماثل قد طلب ابتدا من القضاء في صورة دعوي مراسه، يجوز أن يعرض على القضاء كدفع في دعوي المطالبة بالاجرة ليقول فيه المدعى من حيث استيفاء الشروط السابق بيانها (١٩٥٦/١٢/٢٧). (نقض مدني، مجموعة أحكام النقض، المجلد ٢٦ لسنة ٢٣ ق ص ٧ - رقم ١٤٥ - ص ١٠٢٢).

(٢٤) ٤٩٢ من قانون المرافعات المجدد.

(٢٥) قضت محكمة النقض بأن «الايداع الحاصل على ذمة أحد دائني المدين لا يخرج به المبلغ»

المبحث الثاني

محل الوفاء

٢١٨- الوفاء بالشئ المستحق أصلا:

تنص المادة ٣٤١ مدنى على أن «الشئ المستحق أصلا هو الذى به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شئ غيره، ولو كان هذا الشئ مساويا له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى».

ويحدد هذا النص محل الوفاء بأنه نفس محل الالتزام الذى يتم الوفاء به. فإذا كان محل الالتزام إعطاء شئ معين بالذات كمنزل أو قطعة أرض أو حصان... إلخ. فيجب أن يتم الوفاء بذات الشئ. ولا يجبر الدائن على قبول شئ آخر غيره ولو كان أفضل منه. ولكن إذا قبل الدائن استيفاء شئ غير محل الالتزام فإن ذلك جائز. وهذا هو الوفاء بمقابل الذى سندرسه فيما بعد. وإذا كان محل الالتزام إعطاء شئ معين بالتنوع ككمية من الحبوب أو مقدار من القطن، فيجب على المدين أن يوفى بهذا الشئ، بنفس الكمية أو المقدار ونفس درجة الجودة المتفق عليها. فإذا لم يكن هناك اتفاق على درجة الجودة، وجب أن تكون درجة جودة الشئ الذى يتم الوفاء به متوسطة. (م ١٣٣/٢ مدنى). (٢٦) وإذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وجب الوفاء بقدر عددها المذكور فى العقد ولا يكون لزيادة قيمة العملة أو انخفاضها أى أثر (م ١٣٤ مدنى).

= المورد من ملكية المورد إلا بقبول الدائن له، فقبل ذلك يستطيع المدين أن يوجه المبلغ الذى أودعه أية جهة أخرى» (نقض ١٩٣٤/٤/٢٨، مجموعة قواعد النقض، ١٣٢،

كما يجب الوفاء بالعملة النقدية ذاتها وليس بحوالة بريدية أو كمبيالة أو شيك، فهذه ليست نقودا ولا يصح بها الوفاء الا اذا قبلها الدائن. (٢٧) واذا كان محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عنه، وجب القيام بالعمل المطلوب القيام به أو الامتناع عن العمل المنهى عنه بغير نقص أو زيادة.

٢١٩- الوفاء بكل الشيء المستحق:

تنص المادة ٣٤٢ مدنى على أنه «(١) لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئيا لحقه. ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك. (٢) فاذا كان الدين متنازعا فى جزء منه وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء». وطبقا لهذا النص فان الدين لا يقبل التجزئة بحسب الأصل فى العلاقة بين الدائن والمدين حتى ولو كان يقبل التجزئة بحسب طبيعته كالدين النقدي. فلا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على قبول استيفاء جزء من الدين، ولا يجوز للدائن أن يجبر المدين على الوفاء بجزء من الدين اذا كان المدين يعرض الوفاء بكل الدين. ولكن يجوز مع ذلك الخروج على الاصل فى عدم تجزئة الدين إما باتفاق المتعاقدين أو حكم القاضى أو نص القانون. فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على تقسيط الوفاء بالدين سواء تم هذا الاتفاق وقت انشاء الالتزام أو عند حلول أجل الوفاء به. ويجوز للقاضى أن يمنع المدين آجالا يقسط فيها الوفاء بالتزامه طبقا لأحكام نظرة الميسرة التى سندرسها فيما بعد (م ٢/٣٤٦ مدنى). ويجوز

(٢٧) قضت محكمة النقض بأن «الشيك وإن اعتبر فى الأصل أداه وفاء الا أن مجرد سحب الشيك لا يعتبر وفاء مبرئا للذمه صاحبه. ولا ينقضى التزامه إلا بقيام البنك المسحوب عليه بصرف قيمة الشيك للمستفيد». (نقض مدنى ١٩٧٩/١٢/١٠ - مجموعة أحكام النقض. الطعن رقم ٤١٧ لسنة ٤٥ق. ص ٣٠- رقم (٣٧٥) ص ١٩٧).

للقانون أن يقرر تجزئة الدين في بعض الأحيان، كالمقاصة فهي تؤدي إلى انقضاء كل من الدينين بقدر الأقل منهما وهو أمر يؤدي إلى تجزئة الوفاء بأحد الدينين. وسنتبين ذلك عند دراستنا للمقاصة كسبب من أسباب انقضاء الالتزام. ومن هذا القبيل أيضا ما تنص عليه المادة ٢/٣٤٢ السابق ذكرها، عندما يشور نزاع بين الدائن والمدين على جزء من الدين، فيجوز للدائن في هذه الحالة أن يجبر المدين على الوفاء بالجزء غير المتنازع فيه، وترك الجزء المتنازع فيه إلى أن يفصل فيه القضاء. (٢٨)

٢٢٠- الوفاء بالدين وملحقاته:

لا يكفي أن يفي المدين بأصل الدين، بل يجب أن يفي به وملحقاته كالقوائد والمصروفات. بل أن المشرع جعل الوفاء بالملحقات واجبا قبل الوفاء بأصل الدين. بحيث إذا كان المبلغ الذي وفى به المدين لا يكفي للوفاء بالأصل والملحقات فإن الخصم يتم من الملحقات أولا وقبل أصل الدين. وقد نصت على هذا الحكم المادة ٣٤٣ مدني وهي تقرر أنه «إذا كان المدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وقوائد وكان ما أداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات، خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من القوائد ثم من أصل الدين، كل هذا ما لم يتفق على غيره». ويفترض هنا النص أن الدائن قبل وفاء جزئيا لحقه، وأنه لم يتفق مع المدين على كيفية خصم الجزء الذي تم الوفاء به من أصل الدين وملحقاته. ولذلك

(٢٨) قضت محكمة النقض بأنه «وان كانت المادة ٢/٣٤٢ من القانون المدني تنص على أنه ليس للمدين أن يرفض الوفاء بالجزء المعترف به من الدين إذا قبل الدائن إستيفاءه إلا أن المادة ٣٤٩ من ذات القانون تخوله إذا وفي الدين كله حق المطالبة بحد سنة الدين أو الغائه، فإذا رفض الدائن ذلك جاز له أن يردع الشئ المستحق ابتداء قضائيا». (نقض مدني ١٩٧٢/٢/١٧ - مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٩٤ لسنة ٣٧ ق - س ٢٣ - الرقم ٩٣٣ - ص ٢١١).

يضع النص قاعدة مكملة يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافتها، ومؤداها أن ما دفع يخصم أولا من المصروفات، والمقصود بذلك نفقات انشاء الدين ونفقات الوفاء به وهى التى يتحملها المدين بحسب الأصل (م ٣٤٨ مدنى). ومن أمثلة نفقات الوفاء بالدين، نفقات انتقال المدين إلى مكان الدائن إذا كان الوفاء واجبا فى موطن الدائن أو نفقات ارسال النقود بالبريد أو عن طريق البنوك أو نفقات الكيل والوزن... الخ. ثم يخصم ما دفع بعد ذلك من الفوائد المستحقة للدائن سواء كانت فوائد تعويضية أو تأخيرية، قانونية أو اتفاقية. ثم يخصم الباقي بعد ذلك من أصل الدين. وهذه القواعد لا تتعلق بالنظام العام، بل يجوز الاتفاق على ترتيب آخر للطريقة التى يتم بها خصم ما دفع من أصل الدين ومصروفاته وفوائده. (٢٩)

١٢١- تعدد الديون مع وحدة كل من الدائن والمدين :

واجه المشرع القرض الذى يكون فيه للدائن أكثر من حق واحد فى مواجهة مدين واحد. فاذا وفى المدين بشئ لا يكفى للوفاء بكل هذه الديون معا فمن أى دين يحسب الشئ الذى تم الوفاء به؟.

وقد نصت المادة ٣٤٤ اجابة على هذا التساؤل أنه «إذا تعددت الديون فى ذمة المدين، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد، وكان ما أداه

(٢٩) راجع فى الملحق الذى يضمنها الرهن الرسمى، كتابنا التأمينات الشخصية والعينية، فى موضوع الأفضلية، فقرة ٨٩، ص ٢٣٥، وتناول فى هذا الموضوع شرح المادة ١٠٥٨/٢ مدنى التى تقر أن يدخل فى التوزيع مع أصل الدين وفى نفس مرتبة الرهن «فوائد الستين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التى تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزداد، دون مساس بالقيود الخاصة التى تؤخذ ضمانا لفوائد أخرى قد استحققت والتى تحسب مرتبتها من وقت اجرائتها. «.

المدين لا يفي بهذه الديون جميعا، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به، ما لم يوجد مانع قانونى أو اتفاقى يحول دون هذا التعيين».

وتنص المادة ٣٤٥ على أنه «إذا لم يعين الدين على الوجه المبين فى المادة السابقة، كان الخصم من حساب الدين الذى حل. فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين، فإذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن». ولتطبيق هذه النصوص يجب أن يكون هناك مدين واحد ودائن واحد وعدة ديون فى ذمة هذا المدين قبل هذا الدائن، وأن تكون هذه الديون من جنس واحد كمبلغ من النقود مثلا، وأن يكون الشئ الذى تم الوفاء به لا يكفى لوفاء هذه الديون جميعا. فيكون من المتعين تحديد الدين الذى تم الوفاء به حتى تبرأ ذمة المدين منه مع بقاء الديون الأخرى فى ذمته. (٣٠) وقد وضع المشرع عدة حلول لتعيين جهة الدفع وذلك على الترتيب الآتى: ١- المدين هو الذى يعين الدين الذى يوفى به. إلا إذا وجد مانع يفرض عليه أن يكون الوفاء أولا بدين غير الدين الذى اختار هو الوفاء به، أو حال مانع قانونى دون ذلك كما لو اختار المدين أن يوفى بدين لا يكفى الوفاء به المبلغ الذى دفعه للدائن فيكون ذلك بمثابة اجبار الدائن على قبول وفاء جزئى لحقه وهو غير جائز كما سبق أن رأينا.

٢- إذا لم يعين المدين جهة الدفع فيكون الوفاء قد تم للمدين الذى

(٣٠) قضت محكمة النقض بأن «المستفاد من نص المادتين ٣٤٤ و ٣٤٥ من القانون المدنى أن تعيين الدين المدفوع إنما يقوم إذا كان على المدين ديون متعددة لدائن واحد وكانت جميعها من جنس واحد». (نقض مدنى ١٩٧٠/٤/٢٣ - مجموعة أحكام النقض - ج ٢١ - الطعن رقم ٨٥ لسنة ٣٦ ق رقم (١١٤) ص ٧٠٢).

-٣٩٩-

حل، اذ المفروض أن يوفى المدين بما حل عليه من دين قبل أن يوفى بدين لم يحل أجل الوفاء به بعد.

٣- فإذا وجد أكثر من دين حل أجل الوفاء به، فيكون الخصم من الدين الأكثر كلفة على المدين، لأن المفروض أن ارادة المدين تتجه إلى تخليص نفسها من الديون الأشد كلفة عليها قبل الديون الأقل كلفة. ويكون الدين أشد كلفة اذا كان ينتج فائدة دون غيره من الديون، أو كانت فائدته أكبر أو كانت مدة تقادمه أطول أو كان ثابتا فى سند تنفيذى أو كان مضمونا بكفالة أو رهن أو غير ذلك من التأمينات ... الخ.

٤- فإذا تعددت الديون الحالة ولم يعرف أى منها أشد كلفة على المدين، فإن الدائن هو الذى يعين الدين الذى يتم الوفاء به. فالمدين لم يستخدم رخصة الاختيار التى أعطاها له المشرع، وليست له مصلحة فى الوفاء بدين دون غيره، فلا ضرر أن ينتقل الحق فى الاختيار إلى الدائن نفسه.

٢٢٢- زمان الوفاء بالالتزام:

تنص المادة ٣٤٦ مدنى على أنه «يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضى بغير ذلك. (٢) على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية، اذا لم يمنعه نص فى القانون أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم».

ويتضح من هذا النص أن الأصل هو الوفاء بالالتزام فوراً أى بمجرد نشأته. ولكن يحدث كثيراً فى العمل أن يتفق المتعاقدان على تأجيل الوفاء بالالتزام أى تعليق الالتزام على أجل واقف. فالمقتضى يلتزم برد مبلغ القرض فى أجل معين والبائع يلتزم بتسليم المبيع فى تاريخ معين والمشتري يلتزم بسداد الثمن فى نفس التاريخ.. وهكذا. ومن ناحية أخرى فقد يكون تأخير الوفاء بالالتزام مما تقتضيه طبيعة الالتزام. وعلى وجه التحديد فإن كل الالتزامات التى محلها عمل أو الامتناع عن عمل لا يمكن تنفيذها فى الحال. فهى بحسب طبيعتها يتم تنفيذها مستقبلاً. (٣١) وكذلك فإن القانون نفسه قد يتدخل فى تحديد أجل الوفاء بالالتزام. مثال ذلك فوائد التأخير التى لا تستحق بحسب الأصل إلا من تاريخ المطالبة القضائية. فإذا لم يكن تأجيل الوفاء بالالتزام مما يقتضيه اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام أو نص القانون، فيجب أن يتم الوفاء بالالتزام فور نشأته. ومع ذلك فقد وضع المشرع نظاماً يجوز عن طريقه تأجيل الوفاء بالالتزام بواسطة القاضى. وهو ما يسمى نظرية المبصرة. فالقاضى يستطيع أن ينظر المدين إلى أجل أول آجال يقسط فيها الدين إذا توافرت شروط معينة هى: ١- أن تكون ظروف المدين تبرر هذا التيسير، بأن يكون حسن النية فى تأخره فى الوفاء وأن يكون لديه مال يكفى للوفاء بالدين إذا أجل القاضى ميعاد الوفاء به أو قسط عليه الدين. أما إذا كان المدين سئ النية أو كان معسراً فلا يكون هناك مجال للتيسير عليه. ٢- ألا يترتب على تأجيل الدين ضرر جسيم للدائن إذا لا يجوز التيسير للمدين على حساب الإضرار البالغ بالدائن. ٣- ألا يكون

(٣١) راجع فى شرح نص المادة ١/١٣١ مدني التى تنص أنه «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً»، كتابنا مصادر الالتزام، فقرة ٦٢ وفقرة ٦٤، ص ٧٠٠ وما بعدها.

هناك مانع قانوني لنظرة المبصرة ومن هذا الشأن ما يقرره القانون التجاري من أنه، لا يجوز للقضاة أن يعطوا مهلة بدفع قيمة الكمبيالة. ٤- ويجب أخيرا أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي أجلا معقولا من شأنه أن يحفز المدين على الوفاء ويساعده على ذلك وهو ما يرجع إلى تقدير القاضي. ويلاحظ أن الحكم بنظرة المبصرة هو أمر جوازي للقاضي يدخل في سلطته التقديرية. (٣٢) ويترتب على نظرة المبصرة ما يترتب على الأجل الواقف من آثار. وبصفة خاصة لا يجوز تنفيذ الالتزام جبرا قبل حلول الأجل الذي عينه القاضي. ولكن هذا الأجل لا يمنع الدائن من اتخاذ الاجراءات التحفظية. ويصبح الالتزام واجب التنفيذ فورا بمجرد حلول الأجل. وكذلك يسقط الأجل بافلاس المدين أو اعساره، أو اذا أضعف بفعله ما أعطى للدائن من تأمين خاص، أو اذا لم يقدم له ما وعد بتقديمه من تأمينات.

٢٢٣- مكان الوفاء بالالتزام:

تحديد مكان الوفاء بالالتزام من المسائل الهامة من الناحية العملية. لأن المدين لا يعتبر متأخرا في الوفاء بالالتزام الا اذا رفض القيام بذلك في نفس المكان المعين للوفاء. والأصل أن يحدد المتعاقدان مكان الوفاء. وقد يكون هذا المكان هو موطن المدين أو موطن الدائن أو مكان وجود العقار محل الالتزام، أو المكان الذي يصرف منه الدائن حوالة بريدية أو شيكا على أحد البنوك. أو أن يكون هذا المكان هو مكتب أحد

(٣٢) نظرة المبصرة تؤدي إلى تجديد الالتزام بتغيير وصف من أوصافه هو الأجل، وهو ما يؤدي إلى انقضاء الالتزام القديم، ونشأة التزام جديد، مصدره حكم القاضي، ويكون حكم القاضي الصادر بما له من سلطة تقديرية، حكما مجددا ومنشأ ومصدرا لالتزام جديد، وهذه واحدة من تطبيقات الالتزام القضائي. راجع، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٢٩٩، ص ٤٨٢.

المحاميين.. الخ. فإذا لم يوجد اتفاق من هذا القبيل فقد تكفل القانون بتحديد مكان الوفاء، ويختلف الحكم بحسب نوع محل الالتزام.

١- فإذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات كمنزل أو قطعة أثاث مثلاً فإنه بحسب المادة ٣٤٧/١ يجب تسليم هذا الشيء «فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك». والعبرة بمكان وجود الشيء وقت نشأة الالتزام وليس وقت الوفاء به.

٢- أما إذا لم يكن محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، فإن مكان الوفاء به يكون موطن المدين أو مركز أعماله. (٣٣) وقد نصت على هذا الحكم المادة ٣٤٧/٢ وهى تقرر «أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال». ويسرى هذا النص على كل التزام يكون محله إعطاء شئ غير معين بالذات، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. وأساس هذه القاعدة أن الدين مطلوب غير محمول، أى أن الدائن هو الذى يسعى إلى المدين فى طلب الدين، وليس المدين هو الذى يسعى للدائن حاملاً له الدين. والعبرة بموطن المدين وقت الوفاء وليس وقت نشأة الالتزام. وإذا تعلق الالتزام بنشاط المدين التجارى أو الصناعى أو الزراعى فإن مكان الوفاء يكون هو مركز أعمال المدين الذى يتعلق بها الالتزام. ولكن يجوز

(٣٣) قضت محكمة النقض بأنه «لما كان الأصل فى تنفيذ الالتزام أن يكون دفع الدين فى محل المدين إلا إذا اتفق على خلاف ذلك...» (نقض ١٩٥٤/١٢/٩، مجموعة أحكام النقض، ١٢٢، ٢٧٨، محمد كمال عبد العزيز، ص ١٠٤٩).

-٤.٣-

للمدين أن يتنازل عن هذا الحكم المقرر لمصلحته ويقوم بوفاء الدين في موطن الدائن. وقد يستدل على تنازل المدين من حمله معظم أقساط الدين بنفسه إلى الدائن. فيكون من الواجب عليه أن يستمر في ذلك بالنسبة للأقساط الأخرى الباقية. (٣٤)

(٣٤) يستدل في تفسير المقد، علي ما جرى عليه العمل بين الطرفين في تنفيذه. راجع، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ١٢٢، ص ١٤٧.

الفصل الثانى انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

٢٢٤ - تعداد:

أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء هى الوفاء بمقابل والتجديد والائابة فى الوفاء والمقاصة واتحاد الذمة. وفى كل هذه الأسباب لا ينقضى الالتزام بالوفاء بالشئ المستحق أصلا ولكن بما يعادل هذا الشئ.

المبحث الأول الوفاء بمقابل

٢٢٥ - تعريف الوفاء بمقابل وبيان أركانه:

تنص المادة ٣٥٠ مدنى على أنه «إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشئ المستحق. قام هذا مقام الوفاء». ويتضح من هذا النص أن الوفاء بمقابل هو اتفاق بين الدائن والمدين على أن يوفى المدين للدائن بشئ آخر غير محل الالتزام ويقوم المدين بوفاء هذا الشئ فعلا. فالدائن يستعويض فى الوفاء بمقابل بشئ آخر غير الشئ محل الالتزام. وهو إذا كان لا يجبر على قبول الوفاء بشئ غير المستحق أصلا، الا أنه يملك قبول ما يعرضه المدين من الوفاء بشئ آخر غير المستحق أصلا. والوفاء بمقابل سبب لانقضاء الالتزام غير الوفاء. وهو بحسب التعريف السابق ذكره يتكون من عنصرين أولهما الاتفاق بين الدائن والمدين وثانيهما تنفيذ هذا الاتفاق.

١- فالوفاء بمقابل اتفاق بين الدائن والمدين. لأن المدين لا يستطيع أن يفرض على الدائن استيفاء شيء غي المستحق أصلا. ولكن يجوز للدائن أن يقبل ذلك إذا أراد. وفي هذه الحالة ينعقد عقد جديد بين الدائن والمدين. ويجب أن يكون هذا العقد صحيحا طبقا للقواعد العامة من حيث الارادة والأهلية والمحل والسبب. وهناك شرط خاص بالمحل وهو أن يتمثل في نقل ملكية شيء من المدين إلى الدائن عوضا عن الشيء المستحق أصلا، كنقل ملكية سيارة أو منزل أو دفع مبلغ من النقود. أما إذا كان محل الالتزام الناشئ عن العقد الجديد هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل فلا نكون بصدد وفاء بمقابل بل بصدد تجديد للالتزام عن طريق إنشاء التزام جديد يحل محل الالتزام السابق كما سنرى فيما بعد.

٢- والعنصر الثاني للوفاء بمقابل هو أن ينفذ هذا الاتفاق في الحال^(٣٥) فتنقل الملكية إلى الدائن. ويكون ذلك في الأشياء المعينة بالذات بمجرد العقد، وفي الأشياء المعينة بالنوع بطريق الاقراز، مع ضرورة تسجيل العقد فيما يتعلق بالعقارات، وقد درسنا ذلك من قبل. أما إذا لم تنتقل الملكية بل اقتصر الأمر على إنشاء التزام بنقل الملكية، فإن عنصرا من عناصر الوفاء بمقابل يكون قد تخلف، ويمكن فقط اعتبار الاتفاق الذي وقع تجديدا للالتزام بتغيير محله.

(٣٥) التصرف المضاف إلى ما بعد الموت كالوصية لا يصلح أن يكون وفاء بمقابل. وقد قضت محكمة النقض بأن «وفاء الديون بغير طريقة دفعها نقدا يجب أن يكون حاصلا باتفاق الطرفين (الدائن والمدين المتعاقدين) وأن يكون فوق ذلك متجزا نافذا غير قابل للعدول عنه. فإذا كان الوفاء المدعى به هو عن طريق الوصية... فإن هذا التصرف الذي هو بطبيعته قابل للعدول عنه في حياة الموصي لا يتحقق به شرط الوفاء بالدين قاتونا...» (نقض مدني - أول ابريل سنة ١٩٤٣ - مجموعة أحكام النقض (مجموعة عمر) - ج٤ - الطعن رقم ٤ لسنة ١١ق - رقم (٣٨) ص ٩٥).

٢٢٦- طبيعة الوفاء بمقابل:

يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن الوفاء بمقابل عمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية. فالوفاء بمقابل هو أولاً تجديد للالتزام. فالالتزام السابق ينقضى ويحل محله التزام جديد يختلف عنه في محله. والالتزام السابق ينقضى بكل ملحقاته وضمائنه. والوفاء بمقابل هو في نفس الوقت وفاء بالالتزام الجديد عن طريق نقل ملكية الشيء الذي استعيب به عن الشيء المستحق أصلاً. ولا بد أن تنتقل الملكية فعلاً حتى يمكن اعتبار ما تم بين الدائن والمدين وفاء بمقابل. فإذا لم تنتقل الملكية فعلاً فيكون ما تم هو فقط تجديد للالتزام السابق، وهو سبب مستقل من أسباب انقضاء الالتزام، ولكنه سبب مختلف عن الوفاء بمقابل الذي هو تجديد ووفاء في نفس الوقت.

٢٢٧- آثار الوفاء بمقابل:

تنص المادة ٣٥١ على أنه «يسرى على الوفاء بمقابل، فيما إذا كان ينتقل ملكية شيء أعطى في مقابلة الدين، أحكام البيع، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمن الاستحقاق وضمن العيوب الخفية. ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء. وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات».

وفهم من هذا النص في ضوء ما سبق ذكره عن طبيعة الوفاء بمقابل من أنه عمل مركب من تجديد ووفاء ما يأتي:

١- الالتزام السابق ينقضى بملحقاته وتأميناته نتيجة للتجديد وهو العنصر الأول من عناصر الوفاء بمقابل.

٢- الالتزام الجديد الناشئ عن اتفاق الوفاء بمقابل ينقضى بالوفاء الذى يتمثل فى نقل ملكية شئ وهو العنصر الثانى من عناصر الوفاء بمقابل.

٣- نظرا لأن الوفاء بمقابل يؤدي إلى نقل ملكية شئ، فتسرى عليه أحكام البيع وأهمها: أ- يجب أن تتوافر فى المدين الأهلية اللازمة لنقل ملكية الشئ محل الوفاء بمقابل. ب- اذا تبين أن هذا الشئ غير مملوك للمدين واسترده مالكة من الدائن فان هذا الأخير يرجع على المدين بقواعد ضمان الاستحقاق المقررة فى عقد البيع. (٣٦) ج- اذا ظهر للدائن عيب خفى فى الشئ الذى انتقلت ملكيته اليه فانه يرجع على المدين بقواعد ضمان العيوب الخفية المقررة فى عقد البيع. (٣٧)

المبحث الثانى التجديد

٢٢٨- تعريف التجديد:

التجديد هو اتفاق على استبدال التزام قديم بالتزام جديد يحل محله. فالالتزام القديم ينقضى وفى نفس الوقت ينشأ التزام جديد يحل محله ويختلف عنه فى المحل أو فى شخص الدائن أو شخص المدين. وقد قلت أهمية التجديد من الناحية العملية بسبب وجود نظم أخرى تؤدي نفس الغاية التى يحققها التجديد. فالوفاء بمقابل يمكن أن يغنى عن التجديد بتغيير المحل. وحوالة الحق يمكن أن تغنى عن التجديد بتغيير

(٣٦) راجع فى أحكام ضمان الاستحقاق، كتابنا، عقد البيع، فقرة ٧٢، ص ٢٨٥ وما بعدها.

(٣٧) راجع فى ضمان العيوب الخفية، كتابنا، عقد البيع، فقرة ٧٤، ص ٣٠٩ وما بعدها.

شخص الدائن. وحوالة الدين يمكن أن تغنى عن التجديد بتغيير شخص المدين. ومع ذلك فلا زالت لنظرية التجديد أهمية علمية كبيرة. فلا غنى عن هذه النظرية فى تفسير الكثير من النظم القانونية. (٣٨)

٢٢٩ - شروط التجديد:

شروط التجديد هى تغيير فى عنصر من عناصر الالتزام القديم، يؤدي إلى انقضائه وحلول التزام جديد محله، مع توافر عنصر نفسى هو نية التجديد.

١ - فالشرط الأول للتجديد هو تغيير فى الالتزام القديم من حيث محله أو مصدره، أو تغيير فى شخص المدين، أو تغيير فى شخص الدائن، وفى هذا المعنى تنص المادة ٣٥٢ على أنه «يتجدد الالتزام (أولا) بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأسمى التزام جديدا يختلف عنه فى محله أو فى مصدره. (ثانيا) بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مدينا مكان المدين الأسمى، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأسمى دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد. (ثالثا) بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد». ويتضح من هذا النص أن التغيير فى الالتزام القديم يكون فى واحد من ثلاثة.

(٣٨) فكرة التجديد متصورة حتى خارج نطاق نظرية الالتزام. وجوهر فكرة التجديد هو حل محل أمر آخر. ومن الممكن أن نتحدث بطريقة صحيحة عن التجديد فى القانون الرسمى. فالتقنيات كما يقول فرانسوا جني تؤدي إلى تجديد القانون القديم. والأستاذ هريو يرى أن إصدار دستور جديد فيه معنى تجديد أساس الدولة. وقد كان جان حاك روسو، يعتقد أن الدستور يجدد العقد الاجتماعى الأول الذى أنشأ الدولة. راجع، كتاب، مصادر الالتزام، فقرة ٢٥١، ص ٣٦٠ وما بعدها.

أولاً: التغيير في الالتزام القديم ذاته من حيث محله أو مصدره.
فمن حيث المحل يتفق مثلاً على أن يكون محل الالتزام الجديد هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو نقل ملكية منزل بعد أن كان محل الالتزام القديم هو دفع مبلغ من النقود أو إعطاء إيراد مرتب مدى الحياة. ومن حيث المصدر يتفق مثلاً على أن المشتري يلتزم بدفع الثمن باعتباره قرضاً بفائدة وليس ثمناً لبيع. (٣٩)

ثانياً: التغيير في شخص المدين وهو يتم بطريقتين تشابهان
طريقتي حوالة الدين. فإذا اتفق الدائن مع شخص أجنبي على أن يصبح هو المدين بالالتزام فإن التجديد يتم دون حاجة إلى موافقة المدين الأصلي. وتطابق هذه الطريقة تماماً حوالة الدين بالاتفاق بين الدائن والمدين الجديد. (٤٠) أما الطريقة الثانية للتجديد فهي أن يتفق المدين القديم والمدين الجديد والدائن على حلول المدين الجديد محل المدين القديم. وتشابه هذه الطريقة حوالة الدين عن طريق الاتفاق بين المدين القديم والمدين الجديد، وتختلف عنها في أن موافقة الدائن في حوالة الدين شرط لنفاذ الحوالة في حقه بينما هي شرط لانعقاد التجديد وليس فقط لنفاذه.

(٣٩) ومن حيث المصدر يمكن أن يحدث التجديد إذا اتفق الطرفان على أن يصبح المستعير أو المودع لديه، مستأجراً للمشيء محل العارية أو الوديعة. راجع، عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ١١٨٣، ص ١١٧٩.

(٤٠) وقد قضت محكمة النقض بأن «تجديد الالتزام بتغيير المدين يتم طبقاً للمادة ٢/٣٥٢ من القانون المدني بغير حاجة لرضا المدين الأصلي... ومتى كان لا حاجة لهذا الرضا. لا في انعقاد التجديد ولا في نفاذه فإن علم المدين الأصلي بالتجديد لا يكون لازماً لحصوله». (نقض مدني - ١٩٦٥/٥/١٣ - مجموعة أحكام النقض ص ١٦، الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣٠، رقم (٩٥) ص ٥٨٢).

ثالثا: التعبير في شخص الدائن وهو يتم باتفاق بين الدائن القديم والدائن الجديد والمدين. ويختلف هذا الحكم عن حوالة الحق في أن رضا المدين ليس شرطا لانعقاد حوالة الحق أو حتى لنفاذ الحوالة التي يمكن أن تنفذ في مواجهة المدين بمجرد اعلائها اليه.

٢- والشرط الثاني للتجديد هو حلول التزام جديد محل الالتزام القديم. ويجب لتحقيق هذا الشرط أن يكون كل من الالتزامين صحيحا. وقد نصت المادة ٣٥٣ مدني على هذا الحكم، وهي تقرر « (١) لا يتم التجديد الا اذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان. (٢) أما اذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد قابل للإبطال، فلا يكون التجديد صحيحا الا اذا قصد بالالتزام الجديد اجازة العقد، وأن يحل محله». وطبقا لهذا النص اذا كان الالتزام القديم باطلا بطلانا مطلقا فانه يكون كالعدم لا يمكن تجديده. «(١) أما اذا كان الالتزام القديم باطلا بطلانا نسبيا فانه يكون قابلا للتجديد اذا اتجهت ارادة صاحب الحق في التمسك بالابطال إلى اجازة هذه الالتزام، فتمت اجازته أولا ثم يتم تجديده بعد ذلك. ويجب كذلك أن ينشأ الالتزام الجديد صحيحا. أما اذا كان عقد التجديد باطلا فان التجديد لا يتم، واذا كان قابلا للإبطال فانه يكون مهددا بالزوال اذا تمسك بذلك صاحب المصلحة في الابطال.

(٤١) وقد قضت محكمة النقض بأنه «إذا كانت المادة ١/٣٥٣ من التقنين المدني تفترض في التجديد إنتضاء التزام ونشأة التزام مكانه. فإذا كان الالتزام القديم باطلا امتنع أن يكون محلا لتجديد لأنه بات التزاما مقدوما في نظر القانون. (نقض مدني - ١٩٧٨/٤/١٩ - مجموعة أحكام النقض س ٢٩ - طعن رقم ٦٠٦ لسنة ٤٣ق، رقم (٢٠٤) ص ١٠٣١).

وقضت محكمة النقض بأن «التجديد لا يرد على العقد الباطل...» (نقض مدني - ١٩٧٤/٢/١٨ - مجموعة أحكام النقض س ٢٥، طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٣٨ق، رقم (٥٩) ص ٣٥٨).

٣- والشرط الثالث للتجديد هو توافر نية التجديد. وقد نصت على هذا الحكم ٣٥٤ مدنى وهى تقرر أن « (١) التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف (٢) وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول الا زمان الوفاء أو مكانه أو كلفيته، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول الا التأمينات أو سعر الفائدة، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره». وتنص المادة ٣٥٥ مدنى على أنه « (١) لا يكون تجديدا مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار. (٢) وانما يجدد الالتزام اذا قطع رصيد الحساب وتم اقراره. على أنه اذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص، فان هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك».

ويتضح من هذه النصوص أن مجرد التغيير فى عنصر من عناصر الالتزام لا يترتب عليه مباشرة تجديد هذا الالتزام، بل لابد أن تتجه نية المتعاقدين إلى احداث هذا الأثر. (٤٢) وهذا ما يسمى بنية التجديد. فالتغيير فى شخص الدائن قد يكون المقصود به حوالة الحق وليس تجديد الالتزام. والتغيير فى شخص المدين قد يكون المقصود به حوالة الدين وليس تجديد الالتزام، والتغيير فى محل الالتزام قد لا يقصد به سوى

(٤٢) اشترط نية التجديد يعنى أن التجديد رضائي لا يتم بغير اتجاه إرادة المتعاقدين إلى حدوثه. ويوجد مع ذلك نوع آخر من التجديد لا يقل أهمية عن التجديد الرضائي. وهو التجديد الضروي الذي يحدث بحكم القاضي عندما يقوم بتعديل العقد بمقتضى سلطته التقديرية، أو يحدث بمقتضى القانون عندما يصدر المشرع قانونا يعدل فيه العقود القائمة. وفي التجديد الضروي تنقضي الالتزامات العقدية القديمة، وتنشأ محلها التزامات جديدة مصدرها حكم القاضي أو نص القانون. راجع فى دراسته مستفيضة لفكرة التجديد الضروي، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٢٥١ وما بعدها، ص ٣٦٠ وما بعدها.

إحداث هذا التغيير فقط دون تجديد الالتزام كله، كما لو كتب سند جديد ككمبالة مثلا لتأكيد وجود الالتزام أو اتفاق على تغيير زمان الوفاء أو مكانه أو كلفته أو تعديل سعر الفائدة أو التنازل عن بعض التأمينات أو انشاء تأمينات جديدة. فمثل هذه التغييرات وغيرها لا تؤدي إلى تجديد الالتزام الا اذا وجدت نية التجديد، وهو ما يكشف عنه إما الاتفاق الصريح على التجديد، أو الاتفاق الضمني الواضح. إما اذا ثار شك في وجود نية التجديد فانه يفسر على أساس عدم تجديد الالتزام. (٤٣)

وقد وضع المشرع حكما خاصا للحساب الجارى وموداه أن تقييد أى التزام فى الحساب الجارى يؤدي إلى انقضاء هذا الالتزام لأنه يفتى فى الحساب الجارى ويصبح عنصرا من عناصره. أما الالتزام الجديد فلا ينشأ بمجرد قيد الالتزام السابق فى الحساب الجارى ولكنه ينشأ عندما يتم قطع رصيد الحساب ويتم اقراره. ففى هذه الحالة ينشأ التزام جديد، وتكون عملية التجديد قد تمت. ففى الحساب الجارى بالذات لا يتعاصر انقضاء الالتزام القديم مع نشأة الالتزام الجديد، على خلاف الأصل فى التجديد، بل ينقضى الالتزام القديم بمجرد تقييده فى الحساب الجارى. ويتأخر وقت نشأة الالتزام الجديد إلى وقت قطع الحساب الجارى واقراره. ويختلف أيضا نظام الحساب الجارى عن الالتزامات العادية، فى أن التأمينات التى كانت ضامنة للالتزام القديم لا تنقضى مع انقضاء هذا

(٤٣) وقضت محكمة النقض بأن «كون التجديد لا يفترض وهو ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٥٤ من القانون المدني لا يقتضى أن ينص صراحة فى العقد على التجديد بل أنه يقرم أيضا - وعلى ما تقرره تلك المادة - إذا كان يستخلص بوضوح من الظروف». (نقض مدني - ١٩٦٥/٥/١٣ - مجموعة أحكام النقض - ص ١٦٦، الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣٠ ق. رقم (٩٥)، ص ٥٨٢).

الالتزام بل تظل قائمة لضمان رصيد الحساب وهو الالتزام الجديد، هذا ما لم يتفق على غيره. والقاعدة في التجديد كما سنرى هي عكس ذلك اذ أن التأمينات تنقضى بانقضاء الالتزام القديم ولا تنتقل الى الالتزام الجديد ما لم يتفق على خلاف ذلك. وقد راعى المشرع فى الأحكام الخاصة التى وضعها للحساب الجارى ما يلائم المعاملات التجارية من مقتضيات. (٤٤)

٢٣٠ - آثار التجديد:

أهم آثار التجديد هى أن الالتزام القديم ينقضى، وينشأ محله التزام جديد. فالتجديد سبب من أسباب انقضاء الالتزام، وهو فى نفس الوقت عقد منشئ لالتزامات جديدة. والالتزام القديم ينقضى مع ملحقاته وكذلك التأمينات الضامنة له. ولكن يجوز الاتفاق على انتقال التأمينات التى كانت تضمن الالتزام القديم إلى ضمان الالتزام الجديد. وقد نصت على هذه الأحكام المادة ٣٥٦ وهى تقرر « (١) يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأسمى بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد. (٢) ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأسمى الا بنص فى القانون، أو الا اذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك».

(٤٤) وقد قضت محكمة النقض بأن «الحساب الجارى الذى يخضع لقاعدة عدم جواز التجزئة هو الحساب الذى يتضمن وجود معاملات متصلة بين طرفيه يعتبر كل منهما مدينا أحيانا ودائنا أحيانا أخرى، وتكون هذه العمليات منسابة يتخلل بعضها بعضا بحيث تكون مدفوعات أحد الطرفين مقبولة بمدفوعات من الطرف الآخر...» (نقض مدني - ١٩٦٨/١/٢٥ - مجموعة أحكام النقض س ١٩، رقم الطعن ٢٨٩ لسنة ٣١ ق. (١٩) ص ١١٦). وفي نفس المعنى،

(نقض مدني - ١٩٦٩/٦/١٩، مجموعة أحكام النقض س ٢٠، الطعن رقم ٣٦٢ لسنة ٣٥ ق. رقم ١٦١ ص ١٠٣).

وتطبيقا لهذا النص فإن التأمينات الضامنة للالتزام القديم كالرهن مثلا لا تنتقل إلى حماية الالتزام الجديد إلا بنص القانون أو اتفاق المتعاقدين. ومن الأمثلة على نص القانون ما سبق ذكره من أن التأمينات تنتقل في الحساب الجارى ضمانا لرصيد الحساب بعد قطعه وإقراره.

وفيما يتعلق بانتقال التأمينات باتفاق المتعاقدين فيجب التفرقة بين التأمينات العينية المقدمة من المدين كالرهن الرسمى أو الرهن الحيازى. وبين التأمينات الشخصية المقدمة من الغير كالكفالة والتضامن بين المدينين وكذلك التأمينات العينية المقدمة من الغير كالكفالة العينية. فنقل التأمينات العينية المقدمة من المدين تتم بنفس الطريقة التى يتم بها التجديد نفسه وفى نفس الاتفاق الذى يتم به التجديد، فلا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذا فى حق الغير إلا إذا تم مع التجديد فى وقت واحد (م ٣٥٧/٢).

أما التأمينات المقدمة من الغير كالكفالة عينية كانت أو شخصية والتضامن فانها لا تنتقل إلى الالتزام الجديد. «إلا إذا رضى بذلك الكفلاء، والمدينون المتضامنون» (م ٣٥٨). والحكمة من هذا الحكم واضحة، وهى أن الأجنبى الذى قبل أن يكفل التزاما معيناً، يتقاضى ضمانه بانقضاء هذا الالتزام، ولا يصبح ضامنا للالتزام الجديد إلا إذا صدر منه رضا جديد. (٤٥)

المبحث الثالث الانابة في الوفاء

٢٣١- تعريف الانابة وعلاقتها بالتجديد:

تنص المادة ٣٥٩ على أن «تتم الانابة اذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين. (٢) ولا تقتضى الانابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبي». ويتضح من هذا النص أن الانابة في الوفاء تفترض وجود ثلاثة أشخاص، الأول هو المنيب وهو المدين الذي ينب غيرة في الوفاء بدينه للدائن، والشخص الثاني هو المناب وهو المدين الجديد الذي ينسبه المدين الأول في الوفاء للدائن، والشخص الثالث هو المناب لديه وهو الدائن الذي ينب لديه المنيب الشخص الجديد ليفى له بالدين.

والانابة من نوعين فهي إما أن تكون كاملة أو ناقصة. والانابة الكاملة هي تلك التي يختفى فيها المنيب وهو المدين الأصلي ولا يصبح مدينا للدائن الا المناب وهو المدين الجديد. والانابة الكاملة تنطوي على تجديد للالتزام بتغيير شخص المدين. أما الانابة القاصرة فانها لا تؤدي إلى تجديد الالتزام أو إلى براءة ذمة المدين الأصلي وهو المنيب، بل يظل المنيب مدينا ويضاف اليه مدين جديد هو المناب، ويؤدي هذا إلى تقوية ضمان الدائن.

٢٣٢- شروط الانابة الكاملة وآثارها:

تنص المادة ١/٣٦٠ على أنه «إذا اتفق المتعاقدون في الانابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا، كانت هذه الانابة تجديدا

للاللتزام بتغيير المدين، وترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه، على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا وألا يكون المناب معسرا وقت الانابة». ويتضح من هذا النص أنه يشترط لوجود الانابة الكاملة نفس شروط التجديد السابق دراستها وهي أن يوجد اتفاق بين أصحاب الشأن على استبدال التزام قديم بالالتزام جديد يحل محله. وأن يكون محل كل من الالتزامين صحيحا. وأن تتوافر نية التجديد. وهي لا تقتصر بل لابد من الاتفاق صراحة على التجديد أو أن يستخلص ذلك بوضوح من ظروف التعاقد.

أما آثار الانابة الكاملة فهي بذاتها آثار التجديد بتغيير شخص المدين وذلك على النحو الآتي:

١- تنقضى العلاقة بين المدين الأصلي (المنيب) وبين الدائن (المناب لديه). وسبب انقضاء هذه العلاقة هو التجديد. ولكن المشرع وضع شرطا لذلك هو ألا يكون المناب (المدين الجديد)، معسرا وقت الانابة. فإذا كان المدين الجديد معسرا وقت الانابة فإن ذمة المدين الأصلي لا تبرأ قبل الدائن. (٤٦)

٢- تنشأ علاقة دين جديدة بين المناب والمناب لديه. وتنص المادة ٣٦١ على أن «يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفع. ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد اتفاق

(٤٦) وهذا الشرط قد يفسر بالقول بأن الانابة الكاملة لا تختلط بالتجديد. كما أن التجديد أوسع نطاقا من الانابة الكاملة، لأنه يتم احبانا بتغيير في شخص الدائن أو في محل الالتزام أو مصدره.

يقضى بغيره». وطبقا لهذا النص إذا كان المدين الجديد (المناب) قد قبل الانابة بسبب اعتقاده بمديونية المدين القديم (المنيب) كوسيلة لقضاء هذه المديونية، ثم تبين له أنه غير مدين للمدين القديم بسبب بطلان هذا الدين أو انقضائه لسبب سابق على الانابة، فإنه لا يستطيع أن يتمسك بدفع من هذا القبيل في مواجهة الدائن (المناب لديه)، بل يتعين عليه أن يوفى له الدين ثم يرجع بعد ذلك على المدين الأصلي (المنيب) بما وفاه. (٤٧)

٣- من الجائز أن يرجع المدين الجديد (المناب) على المدين الأصلي (المنيب) بما وفاه إذا لم يكن مدينا له، ولم يكن في نفس الوقت متبرعا له. ويكون الرجوع إما بدعوى الوكالة أو دعوى الفضالة أو القواعد العامة للأثر بلا سبب.

٢٣٣- الانابة القاصرة:

تنص المادة ٢/٣٦٠ على أنه «ومع ذلك لا يفترض التجديد في الانابة، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول». وطبقا لهذا النص فإنه إذا تخلفت نية التجديد الواضحة فإن الالتزام الأول لا ينقضى بل يظل قائما وينشأ إلى جواره التزام جديد يسانده ولكن لا يحل محله. وتترتب على ذلك عدة آثار في ثلاث علاقات متعددة.

(٤٧) يقال أن التزام المناب هو التزام مجرد، لا يخضع لنظرية السبب. راجع في الالتزام المجرد، كتابنا مصادر الالتزام، فقرة ٧٦، ص ٨٧. ومع ذلك يجوز للمناب أن يخضع التزامه لنظرية السبب فيشترط أن يكون التزامه نحو المناب لديه خاضعا لالتزامه قبل المنيب. راجع، عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، ١١٩٣، ص ١١٩٢. ومعنى ذلك أن تجريد التزام المناب ليس أمرا حتميا في الانابة، مثل التزام موقع الشيك الذي لا يجوز إخضاعه لأية علاقات أخرى خارجه عن الشيك ذاته.

١- فالعلاقة بين المنيب (المدين الأول) والمناب لديه (الدائن) تظل قائمة كما هي، ولا تبرأ ذمة المنيب الا باستيفاء الدائن حقه سواء منه أو من المناب.

٢- ينشأ التزام جديد إلى جانب الالتزام الأول. والمدين في الالتزام الجديد هو المناب، والدائن هو نفس الشخص الذي أصبح له الآن مدينان يحق له أن يطالب أى منهما بالدين قبل الآخر. وكل من هذين الدينين قد نشأ مستقلا عن الآخر فى مصدره. ولذلك لا تسرى قواعد التضامن بين المدينين التى تفترض وحدة الدين، ولا تسرى كذلك قواعد الكفالة التى تفترض تبعية أحد الدينين للآخر. ولكن تسرى القواعد الخاصة بالانابة الناقصة التى تقوم على أساس وجود التزامين إلى جوار بعض، وان كان حق الدائن بالنسبة لهما هو حق واحد. وكما سبق أن ذكرنا فانه لا يجوز للمدين الجديد (المناب) أن يتمسك فى مواجهة الدائن بأى دفع مستمد من علاقته بالمدين الأول.

٣- وكما سبق أن ذكرنا فى الانابة الكاملة، فان المناب الذى يوفى الدين للدائن يحق له أن يرجع على المنيب بما وفاه طبقا لأحكام الوكالة أو الفضالة أو الاثراء بلا سبب، وذلك اذا لم يكن متبرعا له بالانابة أو لم يكن مدينا له من قبل.

المبحث الرابع المقاصة

٢٣٤- تعريف المقاصة وأنواعها:

المقاصة هي انقضاء التزامين فى نفس الوقت بقدر الأقل منهما.

ويشترط أن يكون الدائن في أحد هذين الالتزامين هو المدين في الالتزام الآخر، فيكون الدائن مدينا لمدينه، ويكون المدين دائنا لدائنه في نفس الوقت. ويشترط أن يكون محل كل من الدينين نقودا أو مثليات متحده في النوع والجودة. وأن يكون كل منهما مستحق الأداء، خالبا من النزاع، صالحا للمطالبة به قضاء. والمقاصة نوع من الوفاء فكل دائن يستوفى حقه من حق مدينه قبله. والمقاصة سبب من أسباب انقضاء الالتزام اذ أن كل من الدينين ينقضى بقدر الأقل منهما. والمقاصة كثيرة الوقوع في العمل وخاصة في المعاملات التجارية ومن أمثلتها ما يقع في الحساب الجارى من مقاصة بين خصوم الحساب وأصوله، وما تقوم به غرف المقاصة من تسوية العمليات بين البنوك.

والمقاصة من أنواع ثلاثة فهي أما أن تكون قانونية وهي التي تقع بحكم القانون اذا توافرت شروطها. وهي التي عنى المشرع بوضع الأحكام التفصيلية الخاصة بها. واما أن تكون قضائية وهي التي تقع بحكم القاضى الذى يستكمل أحد الشروط الناقصة فى المقاصة القانونية. واما أن تكون اختيارية وهي التي تقع بإرادة أحد الطرفين أو بإرادتهما معا، بالتنازل عن شرط من شروط المقاصة لم يتوافر، من قبل صاحب المصلحة فى هذا الشرط.

وندرس هذه الأنواع الثلاثة فيما يلى.

١- المقاصة القانونية

٢٣٥- شروط المقاصة القانونية:

تنص المادة ٣٦٢ مدنى على أن « (١) للمدين حق المقاصة بين ما

هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن، ولو اختلف سبب الدينين، اذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الأداء، صالحا للمطالبة به. (٢٠) ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن». ويتضح من هذا النص أن شروط المقاصة هى:

١- يجب أن يكون هناك دينان متقابلان، الدائن فى كل منهما مدين فى الآخر. ولا تشترط أهلية الوفاء أو الاستيفاء لأن المقاصة واقعة مادية وليست تصرفا قانونيا كالوفاء.

٢- ويجب أن يكون محل كل من الدينين نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة. فلا تجوز المقاصة بين دين قطن والآخر محله قمح أو بين دينين أحدهما محله قطن وأشمونى والآخر محله قطن كرنك. ولا تجوز المقاصة بين دينين محل كل منهما عمل أو الامتناع عمل ولو تشابه العمل أو الامتناع فى كل منهما.

٣- ويجب أن يكون كل من الدينين صالحا للمطالبة به قضا، أى أن يكون ديننا مدنيا صحيحا وقائما لم ينقض. فلا يقع بين دينين أحدهما طبيعى أو سقط بالتقادم أو نتج عن عقد باطل وبين دين آخر صحيح ومنتهج لآثاره القانونية.

٤- ويجب أن يكون كل من الدينين خاليا من النزاع. (٤٨) فاذا

(٤٨) وقد نضت محكمة النقض بأنه «إذا كان البين من الأذواق أن هناك خلافا بين طرفي الدعاي حول أجره الجراج وأن الحبير المتدب لم يعرض لها ولم يحددها... وكانت هذه الأجرة ليست معلومة المقدار ولا خالية من النزاع، فلا على الحكم إن هو ذهب فى خصوصها إلى أنه ازا. مقاصة قضائية...» (نقض مدني - ١٩٧٤/٤/٦ - مجموعة أحكام النقض ص ٢٨ - الطعن رقم ٥٥٥ لسنة ٤٣ ق - رقم ١٦٠ ص ٩٣٦).

نازع أحد الطرفين في وجود أحد الدينين نزاعا جديا كأن رفع الدعوى يطلب فيها الحكم بإبطاله أو بانتقضائه فلا يكون هذا الدين صالحا لوقوع المقاصة بينه وبين الدين الجديد. وخلو الدين من النزاع يقتضى أيضا أن يكون الدين معين المقدار أما إذا كان تعيين مقداره يقتضى إصدار حكم من القاضى كالحكم بالتعويض عن عمل غير مشروع أو القيام بعملية حساب معقدة تقتضى تعيين خبير، فلا تكون شروط المقاصة قد توافرت.

٥- ويجب أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء فورا. فلا تقع المقاصة بين دينين كل منهما مؤجل أو بين دينين أحدهما مؤجل والآخر حال الأداء. وتبرير هذا الحكم أن المقاصة نوع من الوفاء الاجبارى، فهى كالوفاء لا تكون واجبة الا اذا كان الدين مستحق الاداء. ولكن اذا كان الدين مؤجلا نتيجة لنظرة الميسرة التي منحها القاضى للمدين فلا يمنع ذلك المدين من التمسك بالمقاصة بين التزام مدينه قبله وبين التزامه هو قبل المدين. لأن نظرة الميسرة المقصود به التيسير علي المدين حتي يتمكن من الوفاء، وهو قد أصبح قادرا علي الوفاء بالحق الذي نشأ له في ذمة المدين. ويصدق نفس الحكم علي الأجل الذي يمنحه الدائن لمدينه علي سبيل التبرع.

٦- ويجب كذلك أن يكون كل من الدينين قابلا للحجز عليه، لأن المقاصة كالوفاء الاجباري لا تجوز بالنسبة لدين غير قابل للحجز كدين النفقة مثلا. فاذا طالب الدائن بالنفقة بحقه فيها فلا يجوز للمدين بالنفقة أن يتمسك بالمقاصة بين هذا الدين وبين حقه هو قبل المدين بالنفقة.

٧- ويجب أخيرا التمسك بوقوع المقاصة، فهي لا تقع من تلقاء

-٤٢٢-

نفسها ولا يقضي بها القاضي من تلقاء نفسه. فهي وإن كانت تقع بقوة القانون، إلا أنه لصاحب المصلحة أن يتنازل عنها بعد ثبوت الحق فيها. فإذا هو سكت عن التمسك بها افترض أنه تنازل عنها. ولكن التمسك بالمقاصة جائز في كل مرحلة من مراحل الدعوي، وجائز حتي بعد صدور حكم نهائي وأثناء اجراءات التنفيذ، نظرا لأنها تقع بقوة القانون ويجوز لصاحب المصلحة أن يتمسك بها في أي وقت.

وحتي يحمي المشرع صاحب المصلحة في المقاصة فانه لا يجيز التنازل عنها قبل ثبوت الحق فيها، أي قبل اكتمال شروطها. ولكن اذا اكتملت شروطها وثبت الحق فيها فانه يجوز التنازل عنها بعد ذلك، فهي لا تتعلق بالنظام العام. والتزول عن المقاصة يعيد الدينين إلي الوجود ويصبح من حق كل من الطرفين أن يطالب بحقه قبل الآخر. ولكن نزول أحد الطرفين عن حقه في التمسك بالمقاصة لا يمنع الطرف الآخر من التمسك بها. وقد نصت علي هذه الأحكام المادة ٣٦٥/١ وهي تقرر أن «لا تقع المقاصة الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز التزول عنها قبل ثبوت الحق فيها».

٢٣٦- شروط غير مطلوبة لوقوع المقاصة:

تنص المادة ٣٦٢ السابق ذكرها علي أن للمدين حق المقاصة... ولو اختلف سبب الدينين. وطبقا لهذا النص تجوز المقاصة بين دين مصدره عقد بيع ودين آخر مصدره عقد قرض، فليس من شروط المقاصة أن ينشأ كل من الالتزامين عن مصدر واحد أو مصدر متشابه.

وتنص المادة ٣٦٣ علي 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 ما له من حق أو الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي عين لذلك». وطبقا لهذا لانص فليس من شروط المقاصة أن يتحد مكان الوفاء بأي من الالتزامين. ولكن يجب علي من يتمسك بالمقاصة أن يعرض الطرف الآخر عن الضرر الذي لحقه من عدم الوفاء في المكان الذي عين أصلا للوفاء، وهو فرض يندر وقوعه في العمل.

٢٣٧- الديون التي لا تقع فيها المقاصة:

تنص المادة ٣٦٤ علي أنه «تقع المقاصة في الديون أيا كان مصدرها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية: (أ) إذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوبا رده. (ب) إذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا عارية استعمال وكان مطلوبا رده. (ج) إذا كان أحد الدينين حقا غير قابل للحجز». وقد نصت هذه المادة علي ثلاث حالات لا تجوز فيها المقاصة.

الحالة الأولى إذا عمد الدائن إلي استيفاء حقه غصبا من مدينه دون أن يلجأ إلي القضاء فان ما يحصل عليه لا يعتبر استيفاء لحقه بل يعتبر عملا غير مشروع ويتعين عليه رده. فاذا طالبه المدين بالرد فلا يجوز له كذلك التمسك بالمقاصة لأن الالتزام بالرد ناشئ عن عمل غير مشروع، وذلك حتي لا يلجأ أحد إلي استيفاء حقه بغير الوسائل القانونية.

الحالة الثانية إذا أودع شخص لدي شخص آخر شيئا أو أعاره

له. ثم هلك هذا الشيء وأصبح المودع لديه أو المستعير ملتزما بالتعويض، فلا يجوز لأي منهما أن يتمسك بالمقاصة بين التزامه بالتعويض عن الوديعة أو العارية وبين حق له قبل المودع أو قبل المعير.

والحالة الثالثة خاصة بالديون غير القابلة للحجز كدين النفقة، وقد سبق أن ذكرنا أنه لا يجوز للمدين بدين من هذه الديون أن يتمسك بالمقاصة بين دينه وبين حق له قبل دائئه.

٢٣٨- آثار المقاصة فيما بين الطرفين:

تنص المادة ٣٦٥/٢ علي أنه «يترتب علي المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما. ، منذ الوقت الذي يصبح فيه صالحين للمقاصة، ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتحسينها في الوفاء».

وطبقا لهذا النص فإنه يترتب علي المقاصة انقضاء كل من الدينين بقدر الأقل منهما. فإذا كان كل من الدينين مساويا للآخر انقضي كل من الدينين تماما. وإذا كان أحدهما أكثر من الآخر كآلف وخمسمائة مثلا، انقضي الدين الذي قيمته خمسمائة تماما، وانقضي من دين الآلف خمسمائة وبقي منه خمسمائة أخرى.

وتقع المقاصة بحكم القانون بمجرد توافر شروطها، ولكن لا يظهر أثر ذلك إلا إذا تمسك به صاحب المصلحة فيها. ويرجع هذا الأثر إلي الماضي أي إلي وقت تحقق شروط المقاصة. ولا أهمية للتأخر في التمسك بالمقاصة حتي ولو كان أحد الطرفين قد انقضي بالتقادم وقت التمسك بالمقاصة، طالما أنه كان قائما وقت توافر شروط المقاصة. وفي هذا المعني تنص المادة ٣٦٦ «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». ويرجع هذا الحكم إلي ما سبق قوله من أن المقاصة تقع بقوة القانون حتي دون حاجة إلي علم صاحب المصلحة بوقوعها، بشرط أن يتمسك بها بعد ذلك في الوقت المناسب أي من قبل أن يكون الطرف الآخر قد استوفي حقه منه فعلا أو قبل أن يتخلف أي شرط جوهرى من شروط المقاصة السابق دراستها.

٢- المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

٢٣٩- المقاصة الاختيارية:

تقع المقاصة الاختيارية اذا لم يتوافر شرط من شروط المقاصة القانونية السابق ذكرها، وتنازل عن هذا الشرط صاحب المصلحة في التمسك بعدم وقوع المقاصة. فاذا كان محل أحد الدينين نقودا ومحل الآخر قطنا أو حبويا جاز للطرفين الاتفاق علي وقوع المقاصة بين الدينين. واذا كان أحد الدينين حال الاداء والدين الآخر غير حال جاز للدائن بالدين الحال أن يتنازل عن حقه في التمسك بعدم وقوع المقاصة فتقع من وقت تنازله.

واذا كان أحد الدينين غير خال من النزاع أو غير معلوم المقدار جاز للمدين بهذا الدين أن يتنازل عن التمسك بعدم وقوع المقاصة فتقع من وقت تنازله. واذا كان أحد الدينين التزاما طبيعيا لاجبر في تنفيذه والآخر التزاما مدنيا، جاز للدائن في الالتزام المدني أن يتمسك بوقوع المقاصة بين حقه المدني وبين دينه الطبيعي. والمقاصة الاختيارية يترتب عليها نفس الأثر الذي يترتب علي المقاصة القانونية فينقضي كل من الدينين

بقدر الأقل منهما. ولكن هذا الأثر لا يرجع إلي الماضي وإنما يترتب من وقت اعلان الإرادة في وقوع المقاصة الاختيارية. ففي هذا الوقت فقط تكون شروط المقاصة قد توافرت.

٢٤٠ - المقاصة القضائية :

تقع المقاصة القضائية في الحالات التي لا تتوافر فيها شروط المقاصة القانونية ولا تتجه الإرادة إلي اجراء المقاصة الاتفاقية. وهذه الحالات محصورة في الواقع في تخلف شرط خلو الحق من النزاع وتعيين مقداره.^(٤٩) أما الشروط الأخرى فهي تتعلق بمصلحة كل من الطرفين الخاصة ولا يجوز للقاضي أن يقضي فيها بما لم يختره صاحب المصلحة. أما إذا كان أحد الالتزامين غير خال من النزاع أو غير معلوم المقدار فإن البحث في ذلك يكون من صميم عمل القاضي. ويجوز للطرف الذي له حق متنازع فيه أو غير معلوم المقدار أن يلجأ إلي القاضي لحسم النزاع في هذا الحق أو لتعيين مقداره. فإذا قام القاضي بذلك فإن شروط المقاصة تكون قد توافرت ويحكم القاضي بوقوعها.^(٥٠) ويكون هذا

(٤٩) قضت محكمة النقض بأن «النص في المادة ٦٨ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون العمل.. يدل علي أن المشرع وعلي خلاف القاعدة العامة في المقاصة القانونية التي تستلزم لوقوعها أن يكون الدينان خاليين من النزاع، أجاز لصاحب العمل اقتطاع مبلغ التعويض من أجر العامل، أي إيقاع المقاصة بين ما هو مستحق له من تعويض وبين أجر العامل في حدود أجر خمسة أيام في الشهر ولو كان استحقاقه للتعويض أو مقداره محل نزاع» (نقض ١٠ فبراير ١٩٩٤، مجموعة أحكام النقض، س ٤٥، بند (٧١) طعن رقم ٣٦ لسنة ٦٠ ق، ص ٣٣٦ وما بعدها).

(٥٠) وقضت محكمة النقض بأنه «إذا بشرط للدعاء بالمقاصة القضائية - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - أن ترفع به دعوى أصلية أو أن يطلب في صورة طلب عارض يقدم بصحيفة تعلن إني الخصم أو يبدي شفاهاً في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها تطبيقاً لنص المادة ١٢٣ من قانون المرافعات، وكانت الطلبات الجديدة لا تقبل في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها طبقاً لنص المادة ٢٣٥ من هذا»

الحكم منشأ للمقاصة، بحيث لا يترتب أثرها من انقضاء كل من الدينين بقدر الأقل منهما وانقضاء التأمينات الا من وقت صدور الحكم، وليس من وقت تلاقي الدينين كما هو الشأن في المقاصة القانونية، أو من وقت اعلان الارادة كما هو الشأن في المقاصة الاختيارية.

المبحث الخامس اتحاد الذمة

٢٤١- تعريف اتحاد الذمة وآثاره:

يتحقق اتحاد الذمة عندما تجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين في نفس الوقت^(٥١) كأن يرث الدائن مدينه أو يرث المدين دائنه.

== القانون، فمن ثم لا يجوز طلب المقاصة القضائية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (نقض ٣٠ ماي ١٩٩١، مجموعة أحكام النقض، س٤٢، الطعن رقم ١٧٢٤ لسنة ٥٥ ق و ٢٢٧٧ لسنة ٥٧ ق، بند ١٩٦، ص ١٢٧٢ وما بعدها). راجع في نفس المعنى، نقض ٢٥ فبراير ١٩٩٠، ومجموعة أحكام النقض، س٤١، بند ١٠٠، طعن ٢٥٧، س٥٨ ق، ص ٥٩١ وما بعدها).

(٥١) قضت محكمة النقض بأن

«مؤدي النص في المادة ٣٧٠ من القانون المدني علي أنه إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلي دين واحد إنقضي هذا الدين بالقدر الذي انحلت فيه الذمة وإذا زال السبب الذي أدي لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الدين إلي الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلي ذوي الشأن جميعا ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن. وان شراء المتأجر العين المؤجرة من المؤجر وانتقال الملكية إليه هو صورة من صور انتهاء الإيجار باتحاد الذمة وذلك بمجرد وقوع البيع ذلك لأن المتأجر بشرائه العين حل محل المؤجر فاجتمعت له صفتا المؤجر والمتأجر مما مؤداه انقضاء عقد الإيجار باتحاد الذمة بما لازمه أنه يزوال سبب اتحاد الذمة كالتقضاء بفسخ عقد البيع وبما للحكم بالفسخ من أثر رجعي وعودة المتعاقدين إلي الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد عملا بالمادة ١٦٠ من القانون المدني تعود العلاقة الإيجارية التي كانت قائمة بينهما قبل انقضاء عقد البيع بحيث يعود المشتري متاجرا والبائع مؤجرا لاستعادته صفة المالك، أي تترتب التزامات عقد الإيجار بمقرماته الأصلية بينهما»

(نقض مدني - ١٩٩٢/١/٢٩ - مجموعة أحكام النقض س٤٣، طعن رقم ٢٦٠٢، ٢٦٨٩ لسنة ٦٠ ق، رقم (٥٦) ص ٢٥٥ ج١).

فأكثر ما يقع من اتحاد الذمة يكون عن طريق الميراث أو الوصية. فالشخص عندما يصبح بالميراث أو الوصية هو الدائن والمدين في نفس الوقت تستجبل عليه مطالبه نفسه فينقضي الالتزام باتحاد الذمة. ولكن لعل الأصح من الناحية القانونية أن اتحاد الذمة ليس سببا من أسباب انقضاء الالتزام بقدر ما هو مانع من موانع المطالبة بالحق، فهو يشل وجود الحق ويمنع المطالبة به ولكنه لا يعدمه تماما. وسيتضح لنا معني ذلك عندما نري أن الدين الذي انقضي باتحاد الذمة يجوز أن يبعث من جديد. وقت نصت المادة ٣٧٠ علي شروط اتحاد الذمة وآثاره وهي تقرر « (١) اذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلي دين واحد، انقضي هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة. (٢) واذا زال السبب الذي أدي لاتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي، عاد الدين إلي الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلي ذوي الشأن جميعا، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن». ويتضح من هذا النص ما يأتي:

١- اتحاد الذمة يحدث عندما تجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين في نفس الوقت، والمثل البارز علي ذلك في القانون المصري عندما يرث المدين دائنه سواء بطريق الميراث أو الوصية.

٢- انقضاء الدين بسبب اتحاد الذمة يقع بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة. فاذا ورث المدين نصف تركة دائنه فان الدين ينقضي بمقدار النصف فقط، ويظل المدين مدينا للورثة الآخرين بالنصف الآخر. (٥٢)

(٥٢) قضت محكمة النقض بأن المقرر - وعلي ما جري به قضاء محكمة النقض - أنه وإن كان عقد الإيجار ينتهي باتحاد الذمة، كما إذا اشترى المستأجر العين المؤجرة، لأنه بهذا الشراء تكون قد اجتمعت له صفتا المستأجر، فهو فينقضي الالتزام باتحاد الذمة وينتهي الإيجار، إلا أن شرط ذلك أن يشمل البيع كامل العين المؤجرة. أما إذا اقتصر علي حصة

-٤٢٩-

٣- اذا زال السبب الذي أدي إلي اتحاد الذمة كأن أبطلت الوصية التي ترتب عليها اتحاد الذمة. فان الدين يعود إلي الوجود هو وملحقاته وضماناته. ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن. ويؤكد هذا الحكم ما سبق قوله من أن اتحاد الذمة ليس سببا من أسباب انقضاء الالتزام بقدر ما هو مانع من موانع المطالبة به. فاذا زال هذا المانع ظل الالتزام قائما واجب الاداء.

= شاعره فيها فإن عقد الإيجار يبقى قائما وناقذاً قبل المستأجر بشروطه ولا يحق له التحلل منه، ولا يكون له سوى حصته في الأجرة بقدر نصيبه في الشبوع بفتضيها ممن له الحق في إدارة المال أو يخصمها من الأجرة». (نقض مدني ٢٥ يونيو ١٩٩٥، بند ١٧٩، طعن رقم ٢٢٩٤، لسنة ٥٨ق، ص ٤٦، ص ٩١٦ وما بعدها).

الفصل الثالث انقضاء الالتزام دون الوفاء به

أسباب انقضاء الالتزام دون وفاء هي الإبراء واستحالة التنفيذ والتقادم المسقط. وندرس هذه الأسباب فيما يلي.

المبحث الأول الإبراء

٢٤٢- شروط الإبراء وآثاره:

تنص المادة ٣٧١ علي أن «ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً. ويتم الإبراء متي وصل إلي علم المدين ويرتد برده». وتنص المادة ٣٧٢ علي أن «(١) تسري علي الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري علي كل تبرع. (٢) ولا يشترط فيه شكل خاص، ولو وقع علي التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان». ويتضح من هذه النصوص ما يلي:

١- الإبراء تصرف علي سبيل التبرع يتنازل به الدائن عن حقه قبل مدينه دون مقابل. وهذا هو الفارق بين الإبراء وبين الوفاء الذي يتلقي فيه الدائن نفس حقه، وبين الوفاء بمقابل الذي يتلقي فيه الدائن مقابلاً لهذا الحق.

٢- الإبراء تصرف ارادي من جانب واحد هو الدائن، وهو ككل تصرف ارادي لا ينتج أثره الا من الوقت الذي يصل فيه إلي علم من وجه إليه وهو المدين.

٣- إذا كانت ارادة المدين غير مطلوبة لتسام الإبراء باعتباره تصرفا اراديا من جانب الدائن وحده وليس عقدا بينه وبين المدين، الا أن الإبراء يرتد مع ذلك اذا رفضه المدين. فقد لا يقبل المدين علي نفسه أن يبرئه دائته من دينه دون مقابل.

٤- نظرا لأن الإبراء تصرف تبرعي فيجب أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية لصحة التبرع في القواعد العامة وأهمها أن تكون ارادة الدائن صحيحة وأن يكون الدائن كامل الأهلية. (٥٣)

٥- الإبراء تصرف تبرعي فهو كالهبة، ولكنها هبة غير مباشرة. والقانون لا يستوجب بالنسبة للهبة غير المباشرة مراعاة الشروط الشكلية للهبة المباشرة. ولذلك فانه لا يشترط أن يتم الإبراء في أي شكل خاص، حتي ولو كان الالتزام الذي يرد عليه الإبراء قد نشأ عن عقد شكلي يخكم القانون أو الاتفاق. فاذا نشأ الدين المضمون برهن رسمي في نفس العقد الرسمي الذي أنشأ الرهن فان التنازل عن هذا الدين بطريق الإبراء

(٥٣) قضت محكمة النقض بأن:

«لما كان الالتزام ينقضي بنص المادة ٣٧١ من القانون المدني إذا أبرأ الدائن مدينه مختارا وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بدلالة المحرر المقدم من المظعون ضده والمؤرخ والمعنون بعبارة - إتفاق استلام مبالغ وتخالف - والذي تضمن أن المظعون ضده إستوفي من الطاعن ما حصله من أجرة الأرض الزراعية ومحاسبا عنه وعن مبالغ أخرى أداها الطاعن واستلم المظعون ضده التوكيلات التي أصدرها وأصبح الطاعن غير مكلف بأي عمل يتعلق بها. مما مفاده أن المظعون ضده قد أبرأه من أدا. ما التزم به في الاتفاق المؤرخ... من أداء أجرة الأرض الزراعية حتي لو لم يحصلها فأطرح الحكم المظعون فيه هذا الدفاع وأقام قضاءه علي مجرد القول بأن العقد المبرم بين الطرفين والمؤرخ.. قد ألزم الطاعن بأداء الأجرة ولو لم يحصلها الطاعن ولم يحصل أثر الاتفاق اللاحق فيانه يكون قد خالف الشايت بالأوراق».

(نقض مدني - ١٩٩٣/١/١٢ - مجموعة أحكام النقض ص ٤٤، طعن رقم ٣١٦٩ لسنة ٦١ق، رقم (٣٧) ص ٢٠٠ ج ١).

-٤٣٢-

يجوز دون مراعاة أي شكل خاص. غاية الأمر فإن علي المدين الذي يتمسك بوقوع الإبراء أن يثبت ما يدعيه إذا نازعه الدائن أو ورثته في ذلك.

٥- وأخيرا فإن الإبراء سبب من أسباب انقضاء الالتزام، وهذا هو الأثر الهام الذي يترتب عليه. فالالتزام ينقضي هو وملحقاته وتأميناته دون أن يكون الدائن قد استوفي حقه أو ما يقابل هذا الحق.

المبحث الثاني استحالة التنفيذ

٢٤٣- شروط استحالة التنفيذ:

تنص المادة ٣٧٣ علي أنه «ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه». ويرجع هذا الحكم إلي قاعدة طبيعية مؤداها أنه لا تكليف بمستحيل. ولذلك فإن استحالة تنفيذ الالتزام سبب من أسباب انقضائه. ولكن يشترط لذلك ما يلي:

١- يجب أن يكون الالتزام قد نشأ ممكنا، أما إذا كان الالتزام مستحيلا قبل نشأته كالاتزام بنقل ملكية منزل انهدم قبل إبرام العقد، فإنه يكون التزاما باطلا لا ينشأ أصلا وبالتالي لا يتصور بشأنه الانقضاء. لأن ما لم يوجد لا يكون هناك مجال لانقضائه.

٢- ويجب أن يصبح تنفيذ الالتزام بعد نشأته مستحيلا وليس فقط مرهقا أو صعبا بالنسبة للمدين. فالالتزام المرهق يظل قائما بالنسبة

للمدين وان جاز تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليه إذا توافرت شروطها.
أما الالتزام المستحيل فانه ينقضي.

٣- الاستحالة المؤدية إلى انقضاء الالتزام إما أن تكون مادية أو قانونية. ومن الأمثلة على الاستحالة المادية أن ينهدم المنزل المطلوب نقل ملكيته أو تنفق الماشية المطلوب تسليمها أو أن تبتري يد الفنان الذي التزم برسم لوحة، أو أن يضطر المدين إلى القيام بالعمل الذي التزم بالامتناع عن القيام به. ولكن يلاحظ أن الالتزام الذي محله شيء مثلي كالنقود لا يتصور أن يصبح مستحيلاً لأن المثليات لا تهلك. ومن الأمثلة على الاستحالة القانونية أن يلتزم شخص بنقل ملكية عقار فتززع ملكية هذا العقار للمنفعة العامة. والاستحالة بنوعيتها المادي والقانوني تؤدي إلى انقضاء الالتزام.

٤- يجب أن ترجع استحالة التنفيذ إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه.^(٥٤) أما إذا رجعت استحالة التنفيذ إلى خطأ المدين، فإن الالتزام لا ينقضي بل يصبح من حق الدائن الرجوع على المدين بالتنفيذ بمقابل، أي التنفيذ بطريق التعويض. والسبب الأجنبي هو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير.^(٥٥) وعلى المدين يقع عبء اثبات السبب الأجنبي.

(٥٤) قضت محكمة النقض بأن «لمحكمة الموضوع تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر سبباً أجنبياً ينتفي به الالتزام وتنقضي به المسؤولية متى أقامت قضاها على أسباب سائغة». (نقض ٢٧ نوفمبر ١٩٩٥، بند ٢٤١، طعن رقم ٢٦٧٨، ص ٦٣، ص ١٢٣ وما بعدها).

(٥٥) راجع كتابنا مصادر الالتزام، حيث نقرأ «ومن الأمثلة على السبب الأجنبي الذي يقطع علاقة السببية، أن يتمهد تاجر بتوريد سلعة من الخارج، ثم يصدر قرار من الحكومة بمنع استيراد هذه السلعة. وفي هذا المثال يتحقق الخطأ في جانب المدين بمجرد عدم قيامه بتحقيق التسبجة وهي توريد السلعة، ويصيب الدائن ضرر إذا كان يعتمد في عمله على هذه =

٢٤٤- آثار استحالة التنفيذ:

أهم أثر لاستحالة التنفيذ بغير خطأ المدين هو انقضاء الالتزام وملحقاته وتأميناته. (٥٦) وإذا كان هذا الالتزام ناشئاً عن عقد ملزم للجانبين، فإن الالتزام المقابل له ينقضي أيضاً وينفسخ العقد (م ١٥٩ مدني).

وبالتالي فإن المدين يتحمل تبعه استحالة التنفيذ لأنه لا يستطيع أن يطالب بالالتزام المقابل لالتزامه الذي استحال تنفيذه. أما إذا كان الالتزام ناشئاً عن عقد ملزم لجانب واحد، فإن هذا الالتزام ينقضي باستحالة تنفيذه، وتحمل الدائن في هذه الحالة تبعه استحالة التنفيذ لأن ذمة المدين تبرأ في مواجهته ولا يقابل ذلك سقوط التزام عليه هو قبل المدين إذ لا وجود لمثل هذا الالتزام في العقد الملزم لجانب واحد. (٥٧)

المبحث الثالث

التقادم المسقط

٢٤٥- الأساس القانوني للتقادم المسقط:

الفكرة الأساسية التي يقوم عليها التقادم المسقط هي استقرار المعاملات. فالحق الذي يسكت صاحبه عن المطالبة به مدة طويلة لا يكون

السلعة ولا يمكنه أن يستبدلها بسلعة أخرى منتجة انتاجاً محلياً. ومع ذلك لا تقوم مسئولية المدين لانتفاء علاقه السببية، بحدوث سبب أجنبي هو قرار الحكومة الذي منع استيراد هذه السلعة، فقرة ١٤٩، ص ١٨٤ وما بعدها.

(٥٦) ويجوز مع ذلك أن يتفق الطرفان على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة (م ١/٢١٧ مدني)، راجع كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ١٣٦، ص ١٧٥.

(٥٧) راجع في انقضاء العقد وتحمل التبعه، كتابنا مصادر الالتزام، فقرة ١٤٧، ص ١٩٦.

له أن يطالب به بعد انقضاء هذه المدة وإلى أجل غير محدد. لأن سكوت الدائن عن المطالبة مدة طويلة فيه دلالة على أنه استوفي حقه أو أنه قد نزل عنه للمدين، أو أن الدائن شخص مهمل فتكون رعاية حق المدين أولى. وفي جميع الأحوال فإنه من غير المقبول من ناحية استقرار المعاملات أن يطالب المدين بالاحتفاظ بمخالصة الوفاء مهما طال الأجل، وأن يسمح للدائن أو ورثته بمطالبة المدين أو ورثته بعد مرور عدة أجيال. ولذلك فإن كل التشريعات تجعل مرور مدة معينة من الوقت سببا من أسباب انقضاء الالتزام. وهذه المدة بحسب الأصل ثلاثين عاما في القانون الفرنسي وخمسة عشر عاما في القانون المصري. غير أن المشرع ينص على مدد أخرى للتقادم بالنسبة لبعض الديون وهو ما ندرسه فيما يلي.

٢٤٦- مدد التقادم المختلفة:

إذا لم يوجد نص خاص يحدد تقادم التزام معين، فإن هذه المدة تكون خمس عشرة سنة باعتبار هذه المدة هي الأصل وما عداها فهو استثناء. وقد نصت على هذا الحكم المادة ٣٧٤ التي تقرر أنه «يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية». وقد وردت عقب هذا النص عدة نصوص أخرى تحدد مدد تقادم مختلفة لبعض الالتزامات المعينة مراعاة منها لبعض الاعتبارات الخاصة. ونذكر هذه الحالات المختلفة فيما يلي.

١- يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين، كأجرة المباني والأراضي الزراعية، ومقابل الحكر، وكالفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات (م ٣٧٥/١).

٢- تتقدم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماصرة والأساتذة والمعلمين، اذا كانت هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات. وقد تقرر التقدم القصير المدة في هذه الحالات علي أساس قرينة الوفاء (م ٣٧٦ مدني).

٣- تتقدم بخمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة، (٥٨) ويتقدم بثلاث سنوات الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق (م ٣٧٧ مدني).

٤- تتقدم بسنة الحقوق الآتية: (أ) حقوق التجار والصناع من أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الاقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم. (ب) حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قموا به من توريدات. ويلاحظ أن مدة التقدم القصيرة في هذه الحالات تقوم علي قرينة الوفاء لأن الغالب أن أصحاب الحقوق المذكورة يستوفون حقوقهم في هذه المدة القصيرة. ومع ذلك فان الالتزام لا يسقط بمرور مدة السنة فقط، بل يجب علي من يتمسك بأن الحق قد تقدم بسنة أن يحلف اليمين علي أنه أدي الدين فعلا. وهذه اليمين

(٥٨) قضت محكمة النقض بأنه:

والحق في المطالبة بدين الضريبة، تبدأ مدة سقوطه من تاريخ وجبه في ذمة المدين فإذا كان مزجلا أو معلقا علي شرط، فإن ميعاد سقوطه يبدأ من يوم حلول الأجل أو تحقق الشرط - مثال - طلب الممول إصدار بطاقة ضريبة، تضمنه بطريق اللزوم الاخطار بمزاولة النشاط.

(نقض مدني - ١٩٩١/١/٢٥ - مجموعة أحكام النقض ص ٤٢، الطعن رقم ٢١٧١ لسنة ٥٦ ق، رقم (٩١) ص ٥٦١، ج ١).

-٤٣٧-

يوجهها القاضي من تلقاء نفسه أي بغير طلب من الدائن. وإذا توفي المدين فإنها توجه إلي ورثته. وإذا كان المدين قاصرا فإنها توجه إلي وصيه. ويحلف الوارث أو الوصي بأنه لا يعلم بوجود الدين أو يعلم بوجود الوفاء. (م ٣٧٨ مدني).

٢٤٧- كيفية حساب مدة التقادم:

تنص المادة ٣٨٠ مدني علي أن «تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها». وتنص المادة ٣٨١ علي أنه «(١) لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص الا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء. (٢) وبخاصة لا يسري التقادم بالنسبة إلي دين معلق علي شرط واقف الا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط، وبالنسبة إلي ضمان الاستحقاق الا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق، وبالنسبة إلي الدين المؤجل الا من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل. (٣) وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفا علي ارادة الدائن، سري التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من اعلان ارادته». ويتضح من هذه النصوص ما يأتي:

١- التقادم الذي يقوم في أساسه النظري علي قرينة استيفاء الدائن لحقه أو كجزء لا هماله في المطالبة به لا يتصور أن يبدأ سريانه الا من الوقت الذي يصبح فيه هذا الحق واجب الأداء. فاذا كان الدين معلقا علي شرط واقف أو كان مضافا إلي أجل فان سريان تقادمه لا يبدأ الا من وقت تحقق الشرط أو حلول الأجل.

٢- مدة التقادم تحسب بالأيام لا بالساعات وذلك للتيسير في

الحساب، لانه من المتعذر معرفة الساعة التي يبدأ فيها التقادم علي وجه الدقة.

٣- لا يحسب اليوم الأول الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء، ولكن يبدأ الحساب من اليوم التالي إلي أن تكتمل مدة التقادم في اليوم الأخير من هذه المدة.

٢٤٨- وقف التقادم:

إذا كان الالتزام ينقضي بعدم المطالبة به مدة من الزمن، فإنه لا يدخل في حساب هذه المدة الفترة أو الفترات التي يوجد فيها مانع لدي الدائن يمنعه من المطالبة بحقه. وهذا هو المقصود بوقف التقادم، أي وقف سريان مدته في فترة يمتنع فيها المطالبة بالالتزام. وقد نصت علي وقف التقادم المادة ٣٨٢ مدني وهي تقرر « (١) لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه علي الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا. وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب. (٢) ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته علي خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له من يمثله قانونا». ويتضح من هذا النص أن المانع الذي يوقف التقادم اما أن يكون شخصا أو ماديا.

ومن الأمثلة علي المانع الشخصي أن تكون هناك اعتبارات أدبية تمنع الدائن من المطالبة بحقه كالعلاقة بين الزوجين، أو العلاقة بين الأب وابنه أو العلاقة بين الموكل والوكيل. فهؤلاء لا يسري التقادم بينهم. ومن الأمثلة علي المانع الشخصي كذلك أن يكون الدائن عديم الأهلية أو ناقصها أو كان غائبا أو كان محكوما عليه بعقوبة جنائية ولم يكن له

نائب يمثله قانونا. ويشترط لوقف سريان التقادم بالنسبة لهؤلاء الأشخاص أن تكون مدة التقادم أكثر من خمس سنوات، أما الالتزامات التي مدة تقادمها خمس سنوات فأقل فإن هذه المدة تستمر في السريان في مواجهة عديم الأهلية ومن في حكمه ولا تقف بسبب المانع الشخصي لدي الدائن، لأن أساس التقادم فيها هو رعاية مصلحة المدين وحتى لا تتراكم الديون عليه، أو مراعاة طبيعة المعاملات التجارية. ومن ثم لا تكون للموانع الشخصية لدي الدائن أي أثر في سريان تقادم هذه الديون.

ومن الأمثلة على المانع المادي أن تقوم حرب أو ثورة أو فتنة أو تنقطع المواصلات أو غير ذلك مما يشبه القوة القاهرة التي تمنع الدائن من المطالبة بحقه. فإذا زال هذا المانع بدأ سريان التقادم.

ويلاحظ أنه إذا حدث السبب المؤدي إلي وقف التقادم بعد بدء سريانه فإن المدة السابق سريانها تظل محسوبة وتضاف إلي المدة الجديدة التي تبدأ بعد زوال المانع. وفي هذا الحكم يظهر الفارق الجوهرى بين وقف التقادم وقطع التقادم الذي يؤدي إلي زوال المدة السابق سريانها بحيث تبدأ مدة تقادم جديدة.

٢٤٩ - انقطاع التقادم:

ينقطع التقادم باجراء معين فيه معني اصرار الدائن علي المطالبة بحقه أو اقرار المدين بهذا الحق. ويؤدي قطع التقادم إلي زوال المدة السابق سريانها وبدء سريان تقادم جديد بنفس المدة. (٥٩)

(٥٩) قضت محكمة النقض بأن:

ومفاد نص المادة ٣٨٣ من القانون المدني - وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المطالبة القضائية التي تنقطع التقادم المسقط هي المطالبة الصريحة الجازمة أمام القضاء =

وقد نصت المادة ٣٨٣ علي أن « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، وبالتنبيه، وبالحجز، وبالمطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تغليس أو في توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى ». وتنص المادة ٣٨٤ علي أن « (١) ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا أو ضمنيا. (٢) ويعتبر اقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينيا لوفاء الدين ». ويتضح من هذين النصين أن قطع التقادم يحدث اما بإجراء من الدائن أو بإقرار من المدين. والإجراء الذي يتخذه الدائن يجب أن يصل إلى حد المطالبة القضائية فلا تكفى المطالبة الودية أو الانتذار بخطاب مسجل أو الاعتذار على يد محضر، بل يجب أن يصل الأمر إلى حد رفع دعوى أمام القضاء ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة، أو المطالبة بالحق أثناء نظر دعوى مرفوعة أو التنبيه على المدين بالدفع بعد صدور حكم في الدعوى أو على أساس سند تنفيذي يجوز التنفيذ به دون حاجة إلى استصدار حكم، أو بالحجز بناء على حكم أو سند تنفيذي. ويقوم مقام الدعوى في حالة إفلاس المدين أن يتقدم الدائن بقبول حقه في إجراءات التفليسة الجماعية حيث يمتنع على الدائن رفع دعوى فردية مستقلة.

== بالحق الذي يراد إقتضاه، ولهذا فإن صحيفة الدعوى المرفوعة للمطالبة بحق ما لا تنقطع التقادم إلا في خصوص هذا الحق وما التحق به من تراهم مما يجب بوجوبه ويسقط بسقوطه، فممتي تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما فإن رفع الدعوى بطلب أحدهما لا يترتب عليه انقطاع مدة التقادم بالنسبة للحق الآخر باعتبار أن الحق في التعويض يقبل التجزئة.

(تنض مدني - ١٩٩٥/١١/١٢ - مجسرة أحكام النقض س ٤٦ ج ٢، الطعن رقم ٤١٢٥ لسنة ٦٤ ق، رقم (٢١٤) ص ١١٠٢).

ويؤدى إلى انقطاع التقادم أيضا اقرار المدين بالدين سواء كان اقرارا صريحا أو ضمنيا. وقد ضرب المشرع مثلا على الاقرار الضمنى بأن يضع المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين. فاذا كانت قد بدأت مدة التقادم فى السريان منذ خمس سنوات مثلا ثم قام المدين بعد ذلك باعطاء رهن حيازى للدائن فان التقادم ينقطع وتزول مدة الخمس سنوات السابق سريانها وتبدأ مدة تقادم جديدة. وهذا هو الأثر الهام لانقطاع التقادم الذى تنص عليه المادة ٣٨٥/١ «إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون مدته هى مدة التقادم الأولى». وتطبيقا لهذا النص اذا افترضنا أنه سرت مدة تقادم قدرها أربعة عشر سنة ثم قام الدائن برفع دعوى يطالب فيها المدين بحقه فان مدة التقادم السابق سريانها تزول وتبدأ مدة تقادم جديدة. يكون سريانها من وقت انتهاء اجراءات التقاضى بصدور حكم فى الدعوى. وتكون مدة التقادم الجديد هى نفس مدة التقادم السابقة سواء كانت خمس عشرة سنة أو خمس سنوات أو ثلاث سنوات أو سنة واحدة. على انه فى الحالات التى يصدر فيها حكم بحق الدائن فان مدة التقادم الجديدة بالنسبة للالتزام المقرر فى الحكم تكون خمس عشرة سنة ولو كانت مدة تقادم الدين المحكوم به أقل من ذلك (م ٣٨٥/٢). وأساس هذا الحكم هو اعطاء أكبر قيمة ممكنة لأحكام القضاء. فالحكم القضائى يؤدى إلى تقوية الحق بأن يطيل مدة تقادمه، اذا كانت قصيرة بحسب الأصل.

٢٥٠- آثار التقادم:

تنص المادة ٣٨٦ مدنى على أنه «(١) يترتب على التقام انقضاء

الالتزام. ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي. (٢) وإذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات». ويتضح من هذا النص أن التقادم سبب من أسباب انقضاء الالتزام. وهو يؤدي إلى انقضاء الالتزام وملحقاته كالفوائد حتى ولو كانت الفائدة قد استحققت بعد استحقاق الدين الأصلي وبالتالي فإن مدة تقادمها لم تكتمل بعد. والتقادم سبب من أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به عملاً على استقرار المعاملات. وهو إذا كان يقوم أحياناً على قرينة الوفاء إلا أنه في كثير من الأحيان لا يكون الدائن قد استوفى حقه. وفي مثل هذه الحالة فإن المدين تبرأ ذمته قبل الدائن دون أن يوفى بدينه ولذلك فإنه يظل ملتزماً من الناحية الأخلاقية بالوفاء بالدين. وهذا الالتزام ليس التزاماً مدنياً ولكنه التزام طبيعي لا قهر في تنفيذه. ولكن إذا وفى به المدين وهو عالم بأنه يوفى بالتزام طبيعي فإنه يكون قد وفى بدين عليه ولا يجوز له استرداد ما وفاه.

٢٥١- كيفية التمسك بالتقادم:

إذا اكتملت مدة التقادم فإن الدين لا ينقضى من تلقاء نفسه. وكذلك لا يجوز للقاضي أن يحكم بانقضائه من تلقاء نفسه بل لابد أن يتمسك بذلك المدين نفسه أو أى شخص آخر صاحب مصلحة في انقضاء الدين بالتقادم ومثال ذلك دائن المدين إذا من مصلحته أن ينقضى دين دائن آخر بالتقادم حتى لا يزاحمه هذا الدائن إذا لم تكن أموال المدين تكفى للوفاء بجميع ديونه. ومثال ذلك أيضاً كفيل المدين فمن مصلحته أن ينقضى التزام المدين بالتقادم حتى ينقضى التزامه هو أيضاً بطريق التبعية. ويجوز للمدين أو غيره من أصحاب المصلحة، التمسك بالتقادم

فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية لأول مرة. (م٣٨٧).

ونظام التقادم ذاته يتعلق بالنظام العام. ولذلك لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه أى قبل اكتمال مدته. كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون.

ولكن إذا اكتملت مدة التقادم وأصبح الحق فيه ثابتا للمدين، فإن هذا الحق لا يتعلق بالنظام العام، ولكنه كأى حق آخر يجوز لصاحبه أن يتنازل عنه. وبالتالى يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أى تكون لديه أهلية التصرف أن ينزل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه. وإذا نزل المدين عن الحق فى التقادم بدأت مدة تقادم جديدة مدتها خمس عشرة سنة ولو كانت مدة التقادم الأصلية أقل من ذلك، قياسا على انقطاع التقادم باقرار المدين. (م٣٨٥/٢).

وإذا تنازل المدين عن حقه فى التقادم جاز لدائنى هذا المدين أن يطعنوا فى تنازله بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها على النحو السابق دراسته.

وبهذا ننتهى من دراسة أسباب انقضاء الالتزام.

الملاحق

الملحق رقم (١)

بعض نصوص

قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩

بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية
وقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية
وقانون الرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية*

باسم الشعب
رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتي نصه، وقد أصدرناه:

(المادة الأولى)

تستبدل عبارة (عشرة آلاف جنيه) بعبارة (خمسة آلاف جنيه)، وعبارة (ألفي جنيه) بعبارة (خمسمائة جنيه) أينما وردت - إحداهما أو كليهما - في نصوص المواد ٤١ و ٤٢ و ٤٣ و ٤٧ و ٢٧٧ و ٤٨٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وتستبدل عبارة «خمسمائة مثل» بعبارة «ثلاثمائة مثل» وعبارة «أربعمائة مثل» بعبارة «مائتي مثل» في نص البند (١) من المادة (٣٧) من القانون المشار إليه في الفقرة السابقة.

وتستبدل عبارة (خمسمائة جنيه) بعبارة (مائة جنيه) أينما وردت في نص المادتين ٦٠ و ٦١ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

* الجريدة الرسمية، العدد ١٩ مكر (أ) من ١٧ مايو ١٩٩٩.

وتستبدل عبارة (مائتى جنيه) بعبارة (مائة جنيه) فى الفقرة الأخيرة من المادة (٤) من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية.

(المادة الرابعة)

تزداد بمقدار المثل قيمة الغرامات الواردة فى المواد ١٤ و ٦٨ (فقرة ثانية) و ٩٩ (فقرة أولى و ١١٠ (فقرة أولى) و ١٨٨ (فقرة ثانية) و ٢٣١ (فقرة ثانية) و ٢٤٦ و ٣١٥ و ٣٢٤ و ٣٩٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وفى المواد ٤٣ و ٥٦ (فقرة أولى) و ٧٨ (فقرة أولى و ٨٠ و ١٤٥ و ١٤٨ (فقرة ثالثة) و ١٥٢ (الفقرتان الثالثة والخامسة) من قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية.

-٤٤٩-

الملحق رقم (٢)

بعض نصوص

قانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢

بتعديل بعض أحكام قوانين المرافعات المدنية والتجارية والإثبات
فى المواد المدنية والتجارية والعقوبات والاحراءات الجنائية
وحالات واجراءات الطعن أمام محكمة النقض والرسوم القضائية
ورسوم التوثيق فى المواد المدنية

(نشر بالجريدة الرسمية - العدد ٢٢ (مكرر) فى أول يونيه سنة ١٩٩٢)

باسم الشعب
رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه، وقد أصدرناه:

(المادة الخامسة)

تزداد إلى عشرة أمثالها قيمة الغرامات فى المواد ١٤ و ٦٨ فقرة ثانية
و ٩٧ فقرة أولى و ٩٩ فقرة أولى و ١١٠ فقرة أولى و ١١٥ فقرة ثانية و ١٨٨
فقرة ثانية و ٢٣١ فقرة ثانية و ٢٤٦ و ٢٥٧ و ٣١٥ و ٣٢٤ و ٣٩٧ و ٩٨٢
و ٩٩٤ و ٩٩٦ و ٩٩٧ و ١٠٠٠ فقرة أولى و ١٠٠١ و ١٠٠٩ فقرة ثانية من
قانون المرافعات المدنية والتجارية، وفى المواد ٤٣ و ٥٦ فقرة أولى و ٧٨ فقرة
أولى و ٨٠ و ١٤٥ و ١٤٨ فقرة ثالثة و ١٥٢ فقرة ثالثة وخامسة من قانون
الإثبات فى المواد المدنية والتجارية، وفى المادة ٣٦ فقرة ثانية بقانون رقم ٥٧
لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات واجراءات الطعن بالنقض.

(المادة السابعة)

**تستبدل عبارة « مائه جنيه » بعبارة « عشرين جنيها » الواردة في
المادتين ٦٠ و ٦١ من قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية.**

الملحق رقم (٣)

قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨

بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية

(الجريدة الرسمية - العدد ٢٢ في ١٩٦٨/٥/٣٠)

بعد الديباجة

مادة ١ - يلغى الباب السادس من الكتاب الأول من القسم الأول من القانون المدني والباب السابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية والتجارية، الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ويستعاض عن النصوص الملغاة بنصوص القانون المرافق كما يلغى كل نص آخر يخالف أحكامه

مادة ٢ - ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره

يبصم هذا القانون بحاتم الدولة ويعد كقانون من قوانينها

صدر برئاسة الجمهورية في ٣ ربيع الأول سنة ١٣٨٨ ١ ٣ مايو سنة

(١٩٦٨)

جمال عبد الناصر

قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية

الباب الأول

أحكام عامة

مادة ١- على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه.

مادة ٢- يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً قبولها

مادة ٣- إذا تدبت المحكمة أحد فضايتها لمباشرة إجراء من إجراءات الإثبات وجب عليها أن تحدد أجلاً لا يجاوز ثلاثة أسابيع لمباشرة هذا الإجراء.

ويعين رئيس الدائرة عند الاقتضاء من يخلف القاضى المنتدب.

مادة ٤- إذا كان المكان الواجب إجراء الاثبات فيه بعيداً عن مقر المحكمة جاز لها أن تتدب لإجرائه قاضى محكمة المواد الجزئية الذى يقع هذ المكان فى دائرتها، وذلك مع مراعاة الميعاد المنصوص عليه فى المادة السابقة.

مادة ٥- الأحكام الصادرة باجراءات الإثبات لا يلزم تسبيبها ما لم تتضمن قضاء قطعياً.

ويجب إعلان منطوق هذه الأحكام إلى من لم يحضر جلسة النطق بها، وكذلك يجب إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ اجراء الإثبات وإلا كان العمل باطلاً.

ويكون الإعلان بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد يومين.

مادة ٦- كلما استلزم إتمام الإجراء أكثر من جلسة، أو أكثر من يوم.

ذكر في المحضر اليوم والساعة اللذان يحصل التأجيل إليهما ولا محل لإخبار من يكون غائباً بهذا التأجيل.

مادة ٧- تقدم المسائل العارضة المتعلقة بإجراءات الإثبات للقاضي المنتدب وما لم يقدم له منها لا يجوز عرضه على المحكمة.

وما يصدره القاضي المنتدب من القرارات في هذه المسائل يكون واجب النفاذ وللخصوم الحق في إعادة عرضها على المحكمة عند نظر القضية ما لم ينص القانون على غير ذلك.

مادة ٨- على القاضي المنتدب إذا أحال القضية على المحكمة لأي سبب أن يعين لها أقرب جلسة مع إعلان الغائب من الخصوم بتاريخ الجلسة بوساطة قلم الكتاب.

مادة ٩- للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أن أسباب العدول بالمحضر ويجوز لها أن تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها.

الباب الثاني الأدلة الكتابية

الفصل الأول - المحررات الرسمية

مادة ١٠ - المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته أو اختصاصه.

فإذا لم تكسب هذه المحررات صفة رسمية، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوى الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم.

مادة ١١ - المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً.

مادة ١٢ - إذا كان أصل المحرر الرسمى موجوداً فإن صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينزع فى ذلك أحد الطرفين، وفى هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل.

مادة ١٣ - إذا لم يوجد أصل المحرر الرسمى كانت الصورة حجة على الوجه الآتى:

(١) يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجى لا يسمع بالشك فى مطابقتها للأصل

(ب) ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها.

(ج) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد به إلا لمجرد الاستتاس تبعاً للظروف.

الفصل الثاني - المحررات العرفية

مادة ١٤- يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقع ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة.

أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار، ويكفى أن يحلف بمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق.

ومن احتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه، لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع.

مادة ١٥- لا يكون المحرر العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت.

ويكون للمحرر تاريخ ثابت.

(أ) من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك.

(ب) من يوم أن يشبث مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ.

(ج) من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص.

(د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو

بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو

يبصم لعله في جسمه.

(هـ) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه.

ومع ذلك يجوز للقاضى تبعا للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات.

مادة ١٦- تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفى من حيث الاثبات. وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع فى مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

وإذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس.

مادة ١٧- دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساسا يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة.

وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجرى ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضا لدعواه.

مادة ١٨- لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا فى الحالتين الآتيتين:

(١) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينه.

(٢) إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته.

مادة ١٩- التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس، ولو لم يكن التأشير موقعا منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته.

وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة، وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين.

الفصل الثالث - طلب إلزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده

مادة ٢٠- يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أى محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده:

(أ) إذا كان القانون يجيز مطالبة بتقديمه أو تسليمه.
(ب) إذا كان مشتركا بينه وبين خصمه، ويعتبر المحرر مشتركا على الأخص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة.

(ج) إذا استند إليه خصمه في أى مرحلة من مراحل الدعوى.

مادة ٢١- يجب أن يبين في هذا المطلب:

(أ) أوصاف المحرر الذى يعينه.
(ب) فحوى المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل.
(ج) الواقعة التى يستدل به عليها.
(د) الدلائل والظروف التى تؤيد أنه تحت يد الخصم.
(هـ) وجه إلزام الخصم بتقديمه.

مادة ٢٢ - لا يقبل الطلب إذا لم تراعى فيه أحكام المادتين السابقتين.

مادة ٢٣ - إذا أثبت الطالب طلبه وأقر الخصم بأن المحرر فى حيازته أو سكت أمرت المحكمة بتقديم المحرر فى الحال أو فى أقرب موعد تحدده.

وإذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتا كافيا لصحة الطلب وجب أن يحلف المنكر يمينا «بأن المحرر لا وجود له أو أنه لا يعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به.

مادة ٢٤ - إذا لم يقدم الخصم بتقديم المحرر فى الموعد الذى حددته المحكمة أو امتنع من حلف اليمين المذكورة اعتبرت صورة المحرر التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله وموضوعه.

مادة ٢٥ - إذا قدم الخصم محرراً للاستدلال به فى الدعوى فلا يجوز له سحبه بغير رضا خصمه إلا باذن كتابى من القاضى أو رئيس الدائرة بعد أن تحفظ منه صورة فى ملف الدعوى يؤشر عليها قلم الكتاب بمطابقتها للأصل.

مادة ٢٦ - يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن فى إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده وذلك فى الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها فى المواد السابقة.

مادة ٢٧ - كل من حاز شيئا أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقا متعلقا به متى كان فحص الشئ ضروريا للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه. فإذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى، فللقاضى أن يأمر بعرضها على ذى الشأن وتقديمها عند الحاجة إلى القضاء، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها فى إثبات حق له.

على أنه يجوز للقاضي أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشئ إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة في الإمتناع عن عرضه.

ويكون عرض الشئ في المكان الذي يوجد فيه وقت طلب العرض ما لم يعين القاضي مكانا آخر، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدما، وللقاضي أن يعلق عرض الشئ على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشئ تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض.

الفصل الرابع - إثبات صحة المحررات

مادة ٢٨- للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها.

وإذا كانت صحة المحرر محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرره ليبدى ما يوضح حقيقة الأمر فيه.

مادة ٢٩- انكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الأصبع يرد على المحررات غير الرسمية، أما ادعاء التزوير فيرد على جميع المحررات الرسمية وغير الرسمية.

الفرع الأول - انكار الخط والإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع وتحقيق الخطوط

مادة ٣٠- إذا أكر من يشهد عليه المحرر خطه أو امضاء أو ختمه أو بصمة أصبعه أو أنكر ذلك خلقه أو نائبه وكان المحرر متجعا في النزاع ولم

- ٤٦٠ -

تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة فى شأن صحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة أصبعه أمرت المحكمة بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما.

مادة ٣١- يحرر محضر تبين به حالة المحرر وأوصافه بياناً كافياً ويوقعه رئيس الجلسة وكاتب المحكمة والمحضور ويجب توقيع المحرر ذاته من رئيس الجلسة والكاتب.

مادة ٣٢- يشتمل منطوق الحكم الصادر بالتحقيق على:

- (أ) ندب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق.
- (ب) تعيين خبير أو ثلاثة خبراء.
- (ج) تحديد اليوم والساعة اللذين يكون فيهما التحقيق.
- (د) الأمر بإبداع المحرر المقتضى تحقيقه قلم الكتاب بعد بيان حالته على الوجه المبين بالمادة السابقة.

مادة ٣٣- يكلف قلم الكتاب الخبير المحضور أمام القاضى فى اليوم والساعة المعينين لمباشرة التحقيق.

مادة ٣٤- على المحصور أن يحضروا فى الموعد المذكور لتقديم ما لديهم من أوراق المضاهاة والإتفاق على ما يصلح منها لذلك، فإن تخلف المحصر المكلف بالإثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه فى الإثبات، وإذا تخلف خصمه جاز اعتبار الأوراق المقدمة للمضاهاة صالحة لها.

مادة ٣٥- على المحصر الذى يئازع فى صحة المحرر أن يحضر بنفسه للاستكتاب فى الموعد الذى يعينه القاضى لذلك، فإن امتنع عن المحضور بغير عذر مقبول جاز الحكم بصحة المحرر.

-٤٦١-

مادة ٣٦- تكون مضاهاة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الذى حصل انكاره على ما هو ثابت لمن يشهد عليه المحرر من خط أو امضاء أو ختم أو بصمة الأصبع.

مادة ٣٧- لا يقبل للمضاهاة فى حالة عدم اتفاق الخصوم إلا:

(أ) الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الموضوع على محررات رسمية.

(ب) الجزء الذى يعترف الخصم بصحته من المحرر المقتضى تحقيقه.

(ج) خطه أو امضاؤه الذى يكتبه أمام القاضى أو البصمة التى يطبعها أمامه.

مادة ٣٨- يجوز للقاضى أن يأمر باحضار المحررات الرسمية المطلوبة للمضاهاة عليها من الجهة التى يكون بها أو ينتقل مع الخبير إلى محلها للاطلاع عليها بغير نقلها

مادة ٣٩- فى حالة تسليم المحررات الرسمية لقلم الكتاب تقوم الصور التى تنسخ منها مقام الأصل متى كانت ممضاة من القاضى المنتدب والموظف الذى سلم الأصل، ومتى أعيد الأصل إلى محله، رد الصورة المأخوذة منه إلى قلم الكتاب ونصير الفاؤه.

مادة ٤٠- يوقع الخبير والخصوم والقاضى والكاتب على أوراق المضاهاة قبل الشروع فى التحقيق ويذكر ذلك فى المحضر.

مادة ٤١- تراعى فيما يتعلق بأولى الخبرة القواعد المقررة فى الفصل المتعلق بالخبرة.

-٤٦٢-

مادة ٤٢- لا تسمع شهادة الشهود الا فيما يتعلق باثبات حصول الكتابة أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع على المحرر المقتضى تحقيقه من نسبت إليه.

وتراعى فى هذه الحالة القواعد المقررة فى الفصل الخاص بشهادة الشهود.

مادة ٤٣- إذا حكم بصحة كل المحرر فيحكم على من أنكره بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز خمسين جنيهاً^(١١)

مادة ٤٤ - إذا قضت المحكمة بصحة المحرر أو برده أو قضت بسقوط الحق فى إثبات صحته أخذت فى نظر موضوع الدعوى فى الحال أو حدود لتظهر أقرب جلسة.

مادة ٤٥- يجوز لمن بيده محرر غير رسمى أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطه أو بامضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق الأداء. ونحو ذلك بدعوى أصلية بالاحرامات المعتادة

مادة ٤٦- إذا حضر المدعى عليه وأقر. أثبتت المحكمة إقراره. وتكون جميع المصروفات على المدعى ويعتبر المحرر معترفاً به إذا سكت المدعى عليه أو لم ينكره أو لم ينسبه إلى سواه.

مادة ٤٧- إذا لم يحضر المدعى عليه حكمت المحكمة فى غيبته بصحة

(١١) راد هذا المبلغ عشرين مثلاً و٢٢ لسنة ١٩٩٢ و١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع الملحق رقم ١١١ والملحق رقم ١٢١ من هذا الكتاب.

-٤٦٣-

الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع ويجوز استئناف هذا الحكم فى جميع الأحوال.

مادة ٤٨- إذا أنكر المدعى عليه الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع فيجرب التحقيق طبقاً للقواعد المتقدمة.

الفرع الثاني - الادعاء بالتزوير

مادة ٤٩- يكون الادعاء بالتزوير فى أية حال تكون عليها الدعوى بتقرير فى قلم الكتاب، وتبين فى هذا التقرير كل مواضع التزوير المدعى بها والا كان باطلاً.

ويجب أن يعلن مدعى التزوير خصمه فى الثمانية الأيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير وإجراءات التحقيق التى يطلب إثباته، والا جاز الحكم بسقوط إدعائه.

مادة ٥٠- على مدعى التزوير أن يسلم قلم الكتاب المحرر المطعون فيه إن كان تحت يده، أو صورته المعلنه إليه، فان كان المحرر تحت يد المحكمة أو الكاتب وجب إيداعه قلم الكتاب.

مادة ٥١- إذا كان المحرر تحت يد الخصم جاز لرئيس الجلسة بعد اطلاعه على التقرير أن يكلف فوراً أحد المحضرين بتسليم ذلك المحرر أو بضبطه وإيداعه قلم الكتاب.

فاذا امتنع الخصم عن تسليم المحرر وتعذر ضبطه أعتبر غير موجود ولا يمنع هنا من ضبطه فيما بعد إن أمكن.

مادة ٥٢- إذا كان الادعاء بالتزوير منتجاً فى النزاع ولم تكف وقائع

-٤٦٤-

الدعوى ومستنداتها لاقتناع المحكمة بصحة المحرر أو بتزويره ورأت أن إجراء التحقيق الذي طلبه الطاعن في مذكرته منتج وجائز أمرت بالتحقيق.

مادة ٥٣- يشتمل الحكم الصادر بالتحقيق على بيان الوقائع التي قبلت المحكمة تحقيقها والاجراءات التي رأت إثباتها بها وعلى سائر البيانات المذكورة في المادة ٣٢.

مادة ٥٤- يجرى التحقيق بالمضاهاة طبقاً للأحكام المنصوص عليها في النزاع السابق.

ويجرى التحقيق بشهادة الشهود وفقاً للتواعد المقررة لذلك.

مادة ٥٥- الحكم بالتحقيق عملاً بالمادة ٥٢ يقف صلاحية المحرر للتنفيذ دون إخلال بالاجراءات التحفظية

مادة ٥٦- إذا حكم بسقوط حق مدعى التزوير في إدعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لا تقل عن خمسة وعشرين جنيهاً ولا تتجاوز مائة جنية. (١)

ولا يحكم عليه بشئ إذا ثبت بعض ما ادعاه.

مادة ٥٧- للمدعى عليه بالتزوير إنهاء إجراءات الادعاء في أية حالة كانت عليها بنزوله عن التمسك بالمحرر المطعون فيه.

وللمحكمة في هذه الحالة أن تأمر بضبط المحرر أو بحفظه إذا طلب مدعى التزوير ذلك لمصلحة مشروعه.

(١) زاد هذا المبلغ عشرين مثلاً. ق ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وق ١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع الملحق رقم (١)، والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب.

-٤٦٥-

مادة ٥٨ - يجوز للمحكمة - ولو لم يدع أمامها بالتزوير بالاجراءات المتقدمة - أن تحكم برد أى محرر ويطلانه إذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور.

ويجب عليها فى هذه الحالة أن تبين فى حكمها الظروف والقرائن التى تبينت منها ذلك.

مادة ٥٩ - يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من بيده ذلك المحرر ومن يفيد منه لسماع الحكم بتزويره ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة.

وتراعى المحكمة فى تحقيق هذه الدعوى والحكم فيها للقواعد المنصوص عليها فى هذا الفرع والفرع السابق عليه.

الباب الثالث

شهادة الشهود

مادة ٦٠- فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرين جنيها^(١) أو كان غير محدد القيمة؛ فلا تجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف؛ ويجوز الاثبات بشهادة الشهود إذا كانت زيادة الالتزام على عشرين جنيها لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل.

وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الاثبات بشهادة الشهود فى كل طلب لا تزيد قيمته على عشرين جنيهاً ولو كانت هذه الطلبات فى مجموعها تزيد على هذه القيمة ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة.

وتكون العبرة فى الوفاء إذا كان جزئياً بقيمة الالتزام الأصل.

مادة ٦١- لا يجوز الاثبات بشهادة الشهود ولو لم تزيد القيمة على عشرين جنيها^(١).

(أ) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي.

(ب) إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.

(١) أصبح المبلغ خمساً جنيهاً راجع التعديلات التشريعية، ص ٢١٥ من هذا الكتاب. وراجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب.

(ج) إذا طالب أحد الخصوم فى الدعوى بما تزيد قيمته على عشرين جنيهاً^(١) ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة.

مادة ٦٢- يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت الكتاب.

وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة.

مادة ٦٣- يجوز كذلك الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابى.

(أ) إذا وجد مانع مآدى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى.
(ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه.

مادة ٦٤- لا يكون أهلاً للشهادة من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة. على أنه يجوز أن تسمع أقوال من لم يبلغ هذه السن بغير يمين على سبيل الاستدلال.

مادة ٦٥- الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لا يشهدون ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى علمهم فى أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانونى ولم تأذن السلطة المختصة فى إذاعتها ومع ذلك فلهذه السلطة أن تأذن لهم فى الشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم.

مادة ٦٦- لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو

(١) أصبح المبلغ خمسائة جنيه. راجع التعديلات التشريعية، ص ٢١٥ من هذا الكتاب. وراجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب.

-٤٦٨-

غيرهم من طريق مهنته أو صنعتهم بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد أو انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جريمة أو جنحة.

ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم.

مادة ٦٧- لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضا الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالها إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جريمة أو جنحة وقعت منه على الآخر.

مادة ٦٨- على الخصم الذي يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن يبين الوقائع التي يريد إثباتها كتابة أو شفاهاً في الجلسة.

مادة ٦٩- الاذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نقبها بهذا الطريق.

مادة ٧٠- للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجيز القانون فيها الإثبات بشهادة الشهود متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة.

كما يكون لها في جميع الأحوال، كلما أمرت بالإثبات بشهادة الشهود، أن تستدعى للشهادة من ترى لزوماً لسماع شهادته إظهاراً للحقيقة.

مادة ٧١- يجب أن يبين في منطوق الحكم الذي يأمر بالإثبات بشهادة

-٤٦٩-

الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور باثباتها والا كان باطلا، ويبين كذلك فى الحكم اليوم الذى يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذى يجب أن يتم فيه.

مادة ٧٢- يكون التحقيق أمام المحكمة ويجوز لها - عند الاقتضاء - أن تنتدب أحد قضاتها لاجرائه.

مادة ٧٣- يستمر التحقيق إلى أن يتم سماع جميع شهود الاثبات والنفى فى الميعاد ويجرى سماع شهود النفى الجلسة ذاتها التى سمع فيها شهود الاثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع.

وإذا أجل التحقيق لجلسة أخرى كان النطق بالتأجيل بمثابة تكليف لمن يكون حاضرا من الشهود بالحضور فى تلك الجلسة الا إذا أعفتهم المحكمة أو القاضى صراحة من الحضور.

مادة ٧٤- إذا طلب أحد الخصوم خلال الميعاد المحدد للتحقيق مد الميعاد حكمت المحكمة أو القاضى المنتدب على الفور فى الطلب بقرار يثبت فى محضر الجلسة.

وإذا رفض القاضى مد الميعاد جاز التظلم إلى المحكمة بناء على طلب شفى يثبت فى محضر التحقيق وتحكم فيه المحكمة على وجه السرعة، ولا يجوز الطعن بأى طريق فى قرار المحكمة.

ولا يجوز للمحكمة ولا للقاضى المنتدب مد الميعاد لأكثر من مرة واحدة.

مادة ٧٥- لا يجوز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع الشهود بناء على طلب الخصوم.

مادة ٧٦- إذا لم يحضر الخصم شهادة أو لم يكلفه الحضور في الجلسة المحددة قررت المحكمة أو القاضى المنتدب الزامه باحضاره أو بتكليفه الحضور لجلسة أخرى ما دام الميعاد المحدد لتمام التحقيق لم ينقض فاذا لم يفعل سقط الحق فى الاستشهاد به. ولا يخل هذا بأى جزاء آخر يرتبه القانون على هذا التأخير.

مادة ٧٧- إذا رفض الشهود الحضور اجابة لدعوة الخصم أو المحكمة وجب على الخصم أو قلم الكتاب حسب الأحوال تكليفهم الحضور لأداء الشهادة قبل التاريخ المعين لسماعهم بأربع وعشرين ساعة على الأقل عدا مواعيد المسافة.

وبجوز فى أحوال الاستعجال نقص هذا الميعاد وتكليف الشاهد الحضور ببرقية من قلم الكتاب بأمر من المحكمة أو القاضى المنتدب.

مادة ٧٨- إذا كلف الشاهد الحضور تكليفاً صحيحاً ولم يحضر حكمت عليه المحكمة أو القاضى المنتدب بغرامة مقدارها مائتا قرش^(١) وشبت الحكم فى المحضر ولا يكون قابلاً للطعن. وفى أحوال لاستعجال الشديد يجوز أن تصدر المحكمة أو القاضى أمراً باحضار الشاهد.

وفى غير هذه الأحوال يؤمر باعادة تكليف الشاهد الحضور اذا كان لذلك مقتضى وتكون عليه مصروفات ذلك التكليف، فاذا تخلف حكم عليه بضعف الغرامة المذكورة ويجوز للمحكمة أو القاضى اصدار أمر باحضاره.

(١) زاد هنا المبلغ عشرين مثلاً. ق ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وق ١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) من هنا الكتاب.

مادة ٧٩- يجوز للمحكمة أو للقاضي المنتدب اقالة الشاهد من الغرامة إذا حضر وأبدى عذراً مقبولاً.

مادة ٨٠- إذا حضر الشاهد وامتنع بغير مبرر قانوني من أداء اليمين أو من الاجابة حكم عليه طبقاً للأوضاع المتقدمة بغرامة لا تتجاوز عشرة جنيهات. (١)

مادة ٨١- إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور جاز أن ينتقل إليه القاضي المنتدب لسماع أقواله فان كان التحقيق أمام المحكمة جاز لها أن تندب أحد قضااتها لذلك، ويدعى الخصوم لحضور تأدية هذه الشهادة ويحرر محضر بها يوقعه القاضي المنتدب والكاتب.

مادة ٨٢- لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلا ان يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حادثة أو مرض أو لأي سبب آخر.

مادة ٨٣- من لا قدرة له على الكلام يؤدي الشهادة اذا أمكن ان يبين مراده بالكتابة أو بالاشارة.

مادة ٨٤- يؤدي كل شاهد شهادته على انفراد بغير حضور باقى الشهود الذين لم تسمع شهادتهم.

مادة ٨٥- على الشاهد ان يذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه؛ وان يبين قرابته أو مصاهرته ودرجتها ان كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم، ويبين كذلك ان كان يعمل عند احدهم.

(١) زاد هذا المبلغ عشرين مثلاً. ق ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وق ١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب.

-٤٧٢-

مادة ٨٦- على الشاهد ان يحلف يمينا بأن يقول الحق وألا يقول الا الحق والا كانت شهادته باطلة؛ ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته ان طلب ذلك.

مادة ٨٧- يكون توجيه الأسئلة إلى الشاهد من المحكمة أو القاضى المتدب. ويجيب الشاهد أولا عن أسئلة الخصم الذى استشهد به ثم عن أسئلة الخصم الآخر دون أن يقطع أحد الخصوم كلام الآخر أو كلام الشاهد وقت أداء الشهادة.

مادة ٨٨- اذا انتهى الخصم من استجواب الشاهد فلا يجوز له ابداء أسئلة جديدة إلا باذن المحكمة أو القاضى.

مادة ٨٩- لرئيس الجلسة أو لأى من أعضائها أن يوجه للشاهد مباشرة ما يراه من الأسئلة مفيدا فى كشف الحقيقة.

مادة ٩٠- تزدى الشهادة شفاها ولا يجوز الاستعانة بمفكرات مكتوبة الا باذن المحكمة أو القاضى المتدب حيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى.

مادة ٩١- تثبت إجابات الشهود فى المحضر ثم تتلى على الشاهد ويوقعها بعد تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه منها وإذا امتنع عن التوقيع ذكر ذلك وسببه فى المحضر.

مادة ٩٢- تقدر مصروفات الشهود ومقابل تعطيلهم بناء على طلبهم ويعطى الشاهد صورة من أمر التقدير تكون نافذة على الخصم الذى استدعاه.

مادة ٩٣- يشتمل محضر التحقيق على البيانات الآتية:

(أ) يوم التحقيق ومكان وساعة بدئه وانتهائه مع بيان الجلسات التى استغرقها.

(ب) أسماء الخصوم وألقابهم وذكر حضورهم أو غيابهم وما صدر بشأنهم من الأوامر.

(ج) ما يديه الشهود وذكر تحليفهم اليمين.

(د) الأسئلة الموجهة إليهم ومن تولى توجيهها وما نشأ عن ذلك من المسائل العارضة ونص إجابة الشاهد عن كل سؤال.

(و) توقيع الشاهد على إجابته بعد إثبات تلاوتها وملاحظاته عليها.

(ز) قرار تقدير مصروفات الشاهد إذا كان قد طلب ذلك.

(ح) توقيع رئيس الدائرة أو القاضى المنتدب والكاتب.

مادة ٩٤- إذا لم يحصل التحقيق أمام المحكمة أو حصل أمامها ولم تكن المرافعة قد تمت فى نفس الجلسة التى سمع فيها الشهود، كان للخصوم الحق فى الاطلاع على محضر التحقيق.

مادة ٩٥- بمجرد إنتهاء التحقيق أو انقضاء الميعاد المحدد لإقامه يعين القاضى المنتدب أقرب جلسة لنظر الدعوى ويقوم قلم الكتاب باخبار الخصم الغائب.

مادة ٩٦- يجوز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ويحتمل عرضه عليه أن يطلب فى مواجهة ذوى الشأن سماع ذلك الشاهد.

ويقدم هذا الطلب بالطرق المعتادة إلى قاضى الأمور المستعجلة وتكون مصروفاته كلها على من طلبه وعند تحقق الضرورة يحكم القاضى بسماع الشاهد متى كانت الواقعة مما يجوز إثباته بشهادة الشهود.

مادة ٩٧- لا يجوز فى هذه الحالة تسليم صورة من محضر التحقيق ولا تقديمه إلى القضاء إلا إذا رأت محكمة الموضوع عند نظره جواز إثبات

-٤٧٤-

الواقعة بشهادة الشهود، ويكون للخصم الاعتراض أمامها على قبول هذا الدليل، كما يكون له طلب سماع شهود نفي لمصلحته.

مادة ٩٨- تتبع في هذا التحقيق القواعد المتقدمة عند ما نص عليه في الماد ٦٩، ٧٢، ٧٣، ٧٤، ٩٤.

الباب الرابع القرائن وحجية الأمر المقضي الفصل الأول - القرائن

مادة ٩٩- القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

مادة ١٠٠- يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون؛ ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود.

الفصل الثاني - حجية الأمر المقضي

مادة ١٠١- الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً.

وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها.

مادة ١٠٢- لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً.

الباب الخامس الإقرار واستجواب الخصوم الفصل الأول - الإقرار

مادة ١٠٣- الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعية بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة.

مادة ١٠٤- الإقرار حجة قاطعة على المقر.

ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعه منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى.

الفصل الثاني - إستجواب الخصوم

مادة ١٠٥- للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم ولكل منهم أن يطلب إستجواب خصمه الحاضر.

مادة ١٠٦- للمحكمة كذلك أن تأمر بحضور الخصم لإستجوابه سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب خصمه، وعلى من تقرر إستجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التي حددها القرار.

مادة ١٠٧- إذا كان الخصم عديم الأهلية أو ناقصها جاز إستجواب من ينوب عنه، وجاز للمحكمة مناقشته هو إن كان مميزاً في الأمور المأذون فيها.

وبجوز بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية توجيه الاستجواب إلى من يمثلها قانوناً. ويشترط في جميع الأحوال أن يكون المراد استجوابه أهلاً للتصرف في الحق المتنازع فيه.

-٤٧٦-

مادة ١٠٨- إذا رأت المحكمة أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب رفضت طلب الاستجواب.

مادة ١٠٩- يوجه الرئيس الأسئلة التي يراها إلى الخصم، ويوجه إليه كذلك ما يطلب الخصم الآخر توجيهه منها وتكون الإجابة في الجلسة ذاتها إلا إذا رأت المحكمة إعطاء ميعاد للإجابة.

مادة ١١٠- تكون الإجابة في مواجهة من طلب الاستجواب ولكن لا يتوقف الاستجواب على حضوره.

مادة ١١١- تدون الأسئلة والأجوبة بالتفصيل والدقة بحضور الجلسة، وبعد تلاوتها يوقع عليها الرئيس والكاتب والمستجوب وإذا امتنع المستجوب من الإجابة أو من التوقيع ذكر في المحضر امتناعه وسببه.

مادة ١١٢- إذا كان للخصم عذر يمنعه من الحضور للاستجواب، جاز للمحكمة أن تندب أحد قضااتها لاستجوابه على نحو ما ذكر.

مادة ١١٣- إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع من الإجابة بغير مبرر قانوني جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك.

الباب السادس

اليمين

مادة ١١٤- يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، على أنه يجوز للقاضي أن يمنح توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها.

-٤٧٧-

ولمن وجهت إليه اليمين أن يردّها على خصمه، على أنه لا يجوز الرد إذا انصب اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان، بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين.

مادة ١١٥- لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة فى واقعة مخالفة للنظام العام.

ويجب أن تكون الواقعة التى تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه، فإن كانت غير شخصية له انصبت على مجرد علمه بها.

وجوز للوصى أو القيم أو وكيل الغائب أن يوجه اليمين الحاسمة فيما يجوز له التصرف فيه.

وجوز أن توجه اليمين الحاسمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى.

مادة ١١٦- لا يجوز لمن يوجه اليمين أو ردّها أن يرجع فى ذلك متى قبل خصمه أن يحلف.

مادة ١١٧- لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذى وجهت إليه أو وردت عليه، على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائى، فإن الخصم الذى أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق فى الطعن على الحكم الذى صدر ضده.

مادة ١١٨- كل من وجهت اليه اليمين فنكل عنها دون أن يردّها على خصمه، وكل من وردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه.

مادة ١١٩- للقاضى أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين لىبنى على ذلك حكمه فى موضوع الدعوى أو فى قيمة ما يحكم به.

-٤٧٨-

ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وإلا تكون الدعوى خالية من أى دليل.

مادة ١٢٠- لا يجوز للخصم الذى وجه إليه القاضى اليمين المتضمنة أن يردّها على الخصم الآخر.

مادة ١٢١- لا يجوز للقاضى أن يوجه إلى المدعى اليمين المتضمنة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى.

ويحدد القاضى حتى فى هذه الحالة حدا أقصى للقيمة التى يصدق فيها المدعى بيمينه.

مادة ١٢٢- يجب على من يوجه إلى خصمه اليمين أن يبين بالدقة الوقائع التى يريد استحقاقه عليها ويذكر صيغة اليمين بعبارة واضحة.

مادة ١٢٣- للمحكمة أن تعدل صيغة اليمين التى يعرضها الخصم بحيث توجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها.

مادة ١٢٤- إذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا فى جوازها ولا فى تعلّقها بالدعوى وجب عليه ان كان حاضرا بنفسه أن يحلفها قورا أو يردّها على خصمه والا اعتبر ناكلا، ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعادا للحلف إذا رأت لذلك وجها، فان لم يكن حاضرا وجب تكليفه على يد محضر للحضور لحلفها بالصيغة التى أقرتها المحكمة، وفى اليوم الذى حددته، فان حضر وامتنع دون أن ينازع أو تخلف بغير عذر اعتبر ناكلا لذلك.

مادة ١٢٥- إذا نازع من وجهت إليه اليمين فى جوازها أو فى تعلّقها بالدعوى ورفضت المحكمة منازعته وحكمت بتعليقه بينت فى منطوق حكمها

-٤٧٩-

صيغة اليمين، ويعلن هذا المنطوق للخصم إن لم يكن حاضرا بنفسه ويتبع ما نص عليه في المادة السابقة.

مادة ١٢٦- إذا كان لمن وجهت إليه اليمين عذر يمنعه من الحضور انتقلت المحكمة أو نذبت أحد قضااتها لتحليفه.

مادة ١٢٧- تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف «احلف» ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة.

مادة ١٢٨- لمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقا للأوضاع المقررة في ديانته إذا طلب ذلك.

مادة ١٢٩- يعتبر في حلف الاخرس ونكوله إشارته المعهودة ان كان لا يعرف الكتابة، فان كان يعرفها فحلفه ونكوله بها.

مادة ١٣٠- يحضر محضر بحلف اليمين يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضى المنتدب والكاتب.

الباب السابع

المعاينة

مادة ١٣١- للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه أو أن تتدب أحد قضااتها لذلك.

وتحرر المحكمة أو القاضى محضرا تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة والا كان العمل باطلا.

مادة ١٣٢- للمحكمة أو لمن تتدبه من قضااتها حال الانتقال تعيين

خبير للاستعانة به فى المعاينة، ولها وللقاضى المنتدب من يرى سماعه من الشهود وتكون دعوة هؤلاء للحضور بطلب ولو شفويا من كاتب المحكمة.

مادة ١٣٣- يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء أن يطلب فى مواجهة ذوى الشأن وبالطرق المعتادة من قاضى الأمور المستعجلة الانتقال للمعاينة وتراعى فى هذه الحالة الأحكام المبينة فى المواد السابقة.

مادة ١٣٤- يجوز للقاضى فى الحالة المبينة فى المادة السابقة، أن يندب أحد الخبراء للانتقال والمعاينة وسماع الشهود بغير يمين وعندئذ يكون عليه أن يعين جلسة لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير وأعماله.

وتتبع القواعد المنصوص عليها فى الباب الخاص بالخبرة.

الباب الثامن

الخبرة

مادة ١٣٥- للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بندب خبير واحد أو ثلاثة ويجب أن تذكر فى منطوق حكمها:

- (أ) بياناً دقيقاً لمأمورية الخبير والتدابير العاجلة التى يؤذن له اتخاذها.
- (ب) الأمانة التى يجب إيداعها خزانة المحكمة لحساب مصروفات الخبير وأتعابه والخصم الذى يكلف إيداع هذه الأمانة والأجل الذى يجب فيه الإيداع والمبلغ الذى يجوز للخبير سحبه لمصروفاته.
- (ج) الأجل المضروب لإيداع تقرير الخبير.
- (د) تاريخ الجلسة التى تؤجل إليها القضية للمرافعة فى حالة إيداع الأمانة وجلسة أخرى أقرب منها لنظر القضية فى حالة عدم إيداعها.

-٤٨١-

(هـ) وفي حالة دفع الأمانة لا تشطب الدعوى قبل إخبار الخصوم بإيداع الخبير
تقريره طبقاً للإجراءات المبينة في المادة ١٥١

مادة ١٣٦- إذا اتفق الخصوم على اختيار خبير أو ثلاثة اقرت المحكمة
اتفاقهم.

وفيما عدا هذه الحالة تختار المحكمة الخبراء من بين المقبولين أمامها
إلا إذا قضت بغير ذلك ظروف خاصة، وعليها حينئذ أن تبين هذه الظروف في
الحكم.

وإن كان التنب لمكتب الخبراء أو قسم الطب الشرعى أو أحد الخبراء
الموظفين وجب على الجهة الإدارية فور إخطارها بإيداع الأمانة تعيين شخص
الخبير الذى عهد إليه بالمأمورية وإبلاغ المحكمة بهذا التعيين ويجرى فى حقه
حكم الماد ١٤٠.

مادة ١٣٧- إذا لم تدفع الأمانة من الخصم المكلف إيداعها ولا من غيره
من الخصوم كان الخبير غير ملزم بأداء المأمورية وتقرر المحكمة سقوط حق
الخصم الذى لم يقوم بدفع الأمانة فى التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير إذا
وجدت أن الأعذار التى أبدتها لذلك غير مقبولة.

مادة ١٣٨- فى اليومين التالبيين لإيداع الأمانة يدعى قلم الكتاب
الخبير - بكتاب مسجل - ليطلع على الأوراق المودعة ملف الدعوى بغير أن
يتسلمها ما لم تأذن له المحكمة أو الخصوم فى ذلك وتسلم إليه صورة من
الحكم.

مادة ١٣٩- إذا كان الخبير غير مقيد اسمه فى الجدول وجب أن يحلف

أمام قاضى الأمور الوقتية - وبغير ضرورة لحضور الخصوم - بمبنا أن يؤدى عمله بالصدق والأمانة وإلا كان العمل باطلا.

مادة ١٤٠- للخبير خلال الخمسة الأيام التالية لتاريخ تسلم صورة 'انكم من قلم الكتاب أن يطلب إعفاءه من أداء مأموريته ولرئيس الدائرة التى عينته أو القاضى الذى عينه أن يعفيه منها إذا رأى أن الأسباب التى أبداها لذلك مقبولة.

وبجوز فى الدعاوى المستعجلة أن تقرر المحكمة فى حكمها نقص هذا الميعاد. فإذا لم يؤد الخبير مأموريته ولم يكن قد أعفى من أدائها جاز للمحكمة التى نديته أن تحكم عليه بكل المصروفات التى تسبب فى إنفاقها بلا فائدة وبالتعويضات إن كان لها محل وذلك بغير إخلال بالجزاءات التأديبية.

مادة ١٤١- يجوز رد الخبير:

(أ) إذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت من الخصم أو زوجته بعد تعيين الخبير بقصد رده.

(ب) إذا كان وكيلًا لأحد الخصوم فى أعماله الخاصة أو وصيا عليه أو قيما أو مظنونة وراثته له بعد موته أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصى أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية فى الدعوى.

(ج) إذا كان له أو لزوجيه أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن هو وكيله عنه أو وصيا أو قیما علیه مصلحة فی الدعوى القائمة.
(د) إذا كان يعمل عند أحد الخصوم أو كان قد إعتاد مؤاکلة أحدهم أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدية، أو كانت بينهما عداوة أو مودة يرجع معها عدم استطاعته أداء مأموریه بغير تحیز.

مادة ١٤٢- يحصل طلب الرد بتكليف الخبير المحضور أمام المحكمة أو القاضی الذی عینه وذلك فی الثلاثة الأيام التالية لتاریخ الحكم بتعيينه إذا كان هذا الحكم قد صدر بحضور طالب الرد وإلا ففي الثلاثة الأيام التالية لإعلان منطوق الحكم اليه.

مادة ١٤٣- لا يسقط الحق فی طلب الرد إذا كانت أسبابه قد طرأت بعد ذلك الميعاد أو إذا قدم الخصم الدليل على أنه لم يعلم بها إلا بعد انقضائه.

مادة ١٤٤- لا يقبل من أحد الخصوم طلب رد الخبير المعين بناء على اختياره إلا إذا كان سبب الرد قد حدث بعد تعيينه.

مادة ١٤٥- يحكم فی طلب الرد على وجه السرعة ولا يجوز الطعن فی الحكم الصادر فيه بأي طريق. وإذا رفض طلب الرد حكم على طالبه بغرامة لا تقل عن خمسة جنيهاً ولا تزيد على عشرين جنيهاً. (١)

مادة ١٤٦- على الخبير أن يحدد لبدء عمله تاريخاً لا يجاوز الخمسة عشر يوماً التالية للتليف المذكور فی المادة ١٣٨ وعليه أن يدعو الخصوم

(١) زاد هنا المبلغ عشرين مثلاً. ق ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وق ١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب.

بكتب مسجلة ترسل قبل ذلك التاريخ بسبعة أيام على الأقل يخبرهم فيها
بمكان أول اجتماع ويومه وساعته.

وفي حالات الاستعجال يجوز أن ينص في الحكم على مباشرة العمل في
ثلاثة الأيام التالية لتاريخ التكليف المذكور على الأكثر وعندئذ يدعى
الخصوم بإشارة برقية ترسل قبل الاجتماع الأول بأربع وعشرين ساعة على
الأقل - وفي حالات الاستعجال القصوى يجوز أن ينص في الحكم على
مباشرة المأمورية قورا ودعوة الخصوم بإشارة برقية للحضور في الحال

ويترتب على عدم دعوة الخصوم بظلان عمل الخبير

مادة ١٤٧- يجب على الخبير أن يباشر أعماله ولو في عيبه الخصوم
متى كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح.

مادة ١٤٨- يسمع الخبير أقوال الخصوم وملاحظاتهم ويسمع - بغير
يمين - أقوال من يحضرونهم أو من يرى هر سماع أقواله إذا كان الحكم قد
أذن له في ذلك.

مادة ١٤٩- يجب أن يشمل محضر أعمال الخبير على بيان حصول
الخصوم وأقوالهم وملاحظاتهم موقعة منهم ما لم يكن لديهم مانع من ذلك
فيذكر في المحضر كما يجب أن يشمل على بيان أعمال الخبير بالتفصيل
وأقوال الأشخاص الذين سمعهم من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم
وتوقيعاتهم.

مادة ١٥٠ - يجب على الخبير أن يقدم تقريرا موقعا منه بنتيجة أعماله
والأوجه التي استند اليها بإيجاز ودقة

فان كان الخبراء ثلاثة فلكل منهم أن يقدم تقريراً مستقلاً برأيه ما لم يتفقوا على أن يقدموا تقريراً واحداً يذكر فيه رأى كل منهم وأسبابه.

مادة ١٥١- يودع الخبير تقريره ومحاضر أعماله قلم الكتاب ويودع كذلك جسم الأوراق التي سلمت إليه فاذا كان مقر المحكمة المنظورة أمامها الدعوى بعيداً عن موطن الخبير جاز له إيداع تقريره وملحقاته قلم كتاب أقرب محكمة له، وعلى هذه المحكمة إرسال الأوراق المودعة إلى المحكمة التي تنظر الدعوى

وعلى الخبير أن يخبر الخصوم بهذا الإيداع في الأربع والعشرين ساعة التالية لحصوله وذلك بكتاب مسجل.

مادة ١٥٢- اذا لم يودع الخبير تقريره في الأجل المحدد في الحكم الصادر بتعيينه وجب عليه أن يودع قلم الكتاب قبل انقضاء ذلك الأجل مذكرة يبين فيها ما قام به من الأعمال والأسباب التي حالت دون اتمام مأموريته

وفي الجلسة المحددة لنظر الدعوى اذا وجدت المحكمة في مذكرة الخبير ما يبرر تأخير منحه أجلاً لانحجاز مأموريته وإيداع تقريره.

فان لم يكن ثمة مبرر لتأخره حكمت عليه المحكمة بغرامة لا تزيد على خمسة عشر جنيهاً^(١) ومنحته أجلاً آخر لانحجاز مأموريته وإيداع تقريره أو استبدلت به غيره وألزمته برد ما يكون قد قبضه من الأمانة إلى قلم الكتاب وذلك بغير اخلال بالجزاءات التأديبية والتعويضات ان كان لها وجه ولا يقبل الطعن في الحكم الصادر بابدال الخبير والزامه برد ما قبضه من الأمانة.

^(١) راجع هذا المبلغ عشرون مثلاً في ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وفي ١٨ لسنة ١٩٩٩ راجع الملحق رقم (١١) والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب.

وإذا كان التأخير ناشئا عن خطأ الخصم حكم عليه بغرامة لا تقل عن جنيه ولا تزيد عن خمسة عشر جنيها^(١)، ويجوز الحكم بسقوط حقه في التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير.

مادة ١٥٣- للمحكمة أن تأمر باستدعاء الخبير في جلسة تحددها لمناقشته في تقريره ان رأت حاجة لذلك، ويبدى الخبير رأيه مؤيدا بأسبابه، وتوجه إليه المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم ما تراه من الأسئلة مفيدا في الدعوى.

مادة ١٥٤- للمحكمة أن تعيد المأمورية إلى الخبير ليتدارك ما تبينه له من وجوه الخطأ أو النقص في عمله أو بحثه ولها أن تعهد بذلك إلى خبير آخر أو إلى ثلاثة خبراء آخرين ولهؤلاء أن يستعينوا بمعلومات الخبير السابق.

مادة ١٥٥- للمحكمة أن تعين خبيرا لإبداء رأيه مشافهة بالجلسة بدون تقديم تقرير ويثبت رأيه في المحضر.

مادة ١٥٦- رأى الخبير لا يقيد المحكمة.

مادة ١٥٧- تقدر أتعاب الخبير ومصروفاته بأمر يصدر على عريضة من رئيس الدائرة التي عينته أو قاضى محكمة المواد الجزئية الذى عينه بمجرد صدور الحكم فى موضوع الدعوى.

فاذا لم يصدر هذا الحكم فى الثلاثة الأشهر التالية لإيداع التقرير لأسباب لا دخل للخبير فيها قدرت أتعابه ومصروفاته بغير انتظار الحكم فى موضوع الدعوى.

(١) زاد هذا المبلغ عشرين مثلاً. ق ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وق ١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب.

-٤٨٧-

مادة ١٥٨- يستوفى الخبير ما قدر له من الأمانة ويكون أمر التقدير فيما زاد عليها واجب التنفيذ على من طلب تعيينه من الخصوم، وكذلك على الخصم الذى قضى بالزامه بالمصروفات.

مادة ١٥٩- للخبير ولكل خصم فى الدعوى أن يتظلم من أمر التقدير وذلك خلال الثمانية الأيام التالية لإعلانه.

مادة ١٦٠- لا يقبل التظلم من الخصم الذى يجوز تنفيذ أمر التقدير عليه إلا إذا سبقه ايداع الباقي من المبلغ المقدر خزانة المحكمة مع تخصيصه لأداء ما يستحقه الخبير.

مادة ١٦١- يحصل التظلم بتقرير فى قلم الكتاب ويترتب على رفعه وقف تنفيذ الأمر وينظر فى غرفة المشورة بعد تكليف الخبير والخصوم الحضور بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد ثلاثة أيام، على أنه إذا كان قد حكم نهائيا فى شأن الإلزام بمصروفات الدعوى فلا يختصم فى التظلم من لم يطلب تعيين الخبير ولم يحكم عليه بالمصروفات.

مادة ١٦٢- إذا حكم فى التظلم بتخفيض ما قدر للخبير جاز للخصم أن يحتج بهذا الحكم على خصمه الذى يكون قد أدى للخبير ما يستحقه على أساس أمر التقدير دون اخلال بحق هذا الخصم فى الرجوع على الخبير.

الفهرس

صفحة

الكتاب الأول

في الاثبات

- ١- تعريف الاثبات القضائي وبيان أهميته ٣
- ٢- الاثبات القضائي والاثبات العلمى أو التاريخى ٥
- ٣- نظم الاثبات القضائي المعروفة ٧
- ٤- مكان قواعد الاثبات فى القانون ٩
- ٥- قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٤ ١٤
- ١٩٦٨
- ٦- تنازع قواعد الاثبات من حيث الزمان ١٥
- ٧- خطة الدراسة ١٨

الفصل الأول

مبدأ حياد القاضي

- ٨- دور القاضي فى الاثبات ١٩
- ٩- حق الخصوم فى الاثبات ٢٣
- ١٠- لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه ٢٧
- ١١- لا يجبر الخصم على أن يقدم دليلاً ضد نفسه: حدود هذه القاعدة (دعوى العرض) ٢٩

- ١٢- موقف القانون المصرى من دعوى العرض ٣٣

الفصل الثانى

محل الاثبات

- ١٣- تعريف ٤٥

١- محل الاثبات هو مصدر الحق وليس الحق ذاته

٤٥ ١٤- نقل محل الاثبات

٤٧ ١٥- الاثبات يرد على مصدر الحق

٢- محل الاثبات هو الواقع وليس القانون

٥٠ ١٦- الواقع والقانون

٥٤ ١٧- القانون ليس محلا للاثبات

٥٦ ١٨- مشكلة اثبات القانون الأجنبي

٥٩ ١٩- مشكلة اثبات العرف والعادات الاتفاقية

٣- شروط محل الاثبات

٦١ ٢٠- وضع المشكلة

٦٢ ٢١- يجب أن تكون الواقعة محددة

٦٢ ٢٢- يجب أن تكون الواقعة ممكنة

٦٤ ٢٣- يجب أن تكون الواقعة متنازعا فيها

٦٤ ٢٤- يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى

٦٥ ٢٥- يجب أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى

٦٨ ٢٦- يجب أن تكون الواقعة جائزة الاثبات قانونا

الفصل الثالث

عبء الاثبات

٧٠ ٢٧- أهمية تحديد من يقع عليه عبء الاثبات

٧١ ٢٨- عبء الاثبات يقع على من يدعى خلاف الأصل

٧٤ ٢٨- الأصل في الالتزامات براءة الذمة

٧٦ ٢٩- الأصل في الحقوق العينية هو الأمر الواقع

٧٩ ٣٠- الأصل هو ما يتفق مع المبادئ العامة

٧٩ ٣١- الأصل في القانون هو الظاهر

٨١ ٣٢- الأصل هو ما قام عليه الدليل فعلا

٨٣ ٣٣- الأصل هو ما قام عليه الدليل فرضا - القرائن القانونية -

- ٣٤- المبدأ العام فيمن يقع عليه عبء الاثبات ٨٦
٣٥- نقل عبء الاثبات بمقتضى الاتفاق ٩٠

الفصل الرابع طرق الاثبات

- ٣٦- فكرة عامة ٩١
٣٧- مدى تعلق طرق الاثبات بالنظام العام ٩٤
٣٨- رقابة محكمة النقض بشأن طرق الاثبات ٩٧
٣٩- تقسيمات طرق الاثبات ١٠٠

المبحث الأول الاثبات بالكتابة ١- الأوراق الرسمية

- ٤٠- تعريف الورقة الرسمية ١٠٣
٤١- حجية الورقة الرسمية في الاثبات ١٠٤
٤٢- حجية صورة الورقة الرسمية ١٠٥

٢- الأوراق العرفية

- ٤٣- حجية الورقة العرفية على من وقعها ١٠٧
٤٤- حجية الورقة العرفية بالنسبة للغير ١٠٨
٤٥- استثناء المخالصات من ضرورة اثبات التاريخ ١٠٩

المبحث الثاني

الاثبات بالشهادة (البينة)

- ٤٧- حجية الاثبات بالبينة في المعاملات التجارية ١١٢
٤٨- جواز الاثبات بالشهادة في المواد المدنية في نطاق ١١٢

محدود

- ٤٩- عدم جواز الاثبات بالشهادة في نفس النطاق المحدود ١١٤
٥٠- جواز الاثبات بالشهادة خارة النطاق المحدود ١١٥

-٤٩٢-

المبحث الثالث

القرائن

- ١١٧ ٥١- القرينة القضائية والقرينة القانونية
١١٧ ٥٢- القرينة القانونية القاطعة وغير القاطعة
١١٩ ٥٣- حجية الأمر المقضى
١٢ ٥٤- حجية الحكم الجنائي أمام القاضى المدنى

المبحث الرابع

الاقرار

- ١٢١ ٥٥- الاقرار القضائى
١٢٢ ٥٦- الاقرار غير القضائى
١٢٤ ٥٧- اليمين الحاسمة
١٢٦ ٥٨- اليمين المتممة

الفصل الخامس

الأدلة ذات القوة المطلقة (الأدلة الكتابية)

- ١٢٧ ٥٩- الأوراق الرسمية والأوراق العرفية
١٢٩ ٦٠- حكم مشترك بين الورقة الرسمية ، الورقة العرفية

الفصل الأول

الأوراق الرسمية

المبحث الأول

شروط صحة الورقة الرسمية

- ١٣١ ٦١- ثلاثة شروط
١- تحرير الورقة بواسطة موظف عام أو شخص
مكلف بخدمة عامة
١٣١ ٦٢- تحرير الورقة الرسمية
١٣٢ ٦٣- موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة
٢- اختصاص الموظف العام
١٣٦ ٦٤- اختصاص الموظف العام من حيث الموضوع

- ١٣٩ ٦٥- اختصاص الموظف العام من حيث المكان
٣- مراعاة الأوضاع القانونية في تحرير
الورقة الرسمية
١٤ ٦٦- الأوضاع المعمول بها أمام مكتب التوثيق
٤- الجزاء علي مخالفة شروط صحة الورقة الرسمية
١٤٢ ٦٧- الجزاء هو البطلان

المبحث الثاني

حجية الورقة الرسمية في الاثبات

- ١٤٤ ٦٨- حجية الورقة الرسمية في مواجهة الكافة
١- حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين
١٤٥ ٦٩- التفرد بين ما وقع تحت بصر الموثق أو سمعه وبين ما
تلقاه من دوى الشأن
١٤٦ ٧- ضرورة الطعن بالتزوير عند انكار ما وقع تحت بصر الموثق
أو سمعه
١٤٧ ٧١- عدم الحاجة إلى الطعن بالتزوير لاثبات عكس ما تلقاه
الموثق من دوى الشأن
٢- حجية الورقة الرسمية بالنسبة للغير
١٤٨ ٧٢- تطبيق النقرة السابقة
٣ حجية صورة الورقة الرسمية

- ١٥ ٧٣- النصوص القانونية
١٥١ ٧٤- الفرق بين الأصل والصورة
١٥٣ ٧٥- حجية الصورة اذا كان الاصل موجودا
١٥٣ ٧٦- حجية الصورة اذا لم يكن الاصل موجودا

الفصل الثاني

الأوراق العرفية

- ٧٧ الأوراق العرفية المعدة للاثبات والأوراق الغير معه
للائات

المبحث الأول الأوراق العرفية المعدة للاثبات ١- شروط صحة الأوراق العرفية

- ٧٨- التوقيع هو الشرط الوحيد ١٥٧
- ٧٩- التوقيع على بياض ١٦٠
- ### ٢- حجية الأوراق العرفية في الاثبات
- ٨٠- حجية الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقع عليها ١٦١
- ٨١- حجية الورقة العرفية من حيث صحة الوقائع الثابتة بها ١٦٤
- ٨٢- متى يصبح تاريخ الورقة العرفية ثابتا ١٧١
- ٨٣- متى يحتج بتاريخ الورقة العرفية رغم عدم ثبوته ١٧٣
- ٨٤- مدى حجية صورة الورقة العرفية ١٧٤

المبحث الثاني الأوراق العرفية غير المعدة للاثبات

- ٨٥- أربعة أنواع ١٧٥

١- الرسائل والبرقيات

- ٨٦- حجية الورقة العرفية من حيث الاثبات ١٧٥

٢- دفاتر التجار

- ٨٧- المقصود بالدفاتر التجارية ١٧٨
- ٨٨- الدفاتر التجارية حجة على التاجر ١٧٨
- ٨٩- الدفاتر التجارية حجة للتاجر ١٨٠

٣- الدفاتر والأوراق المنزلية

- ٩٠- ليست حجة لصاحبها وقد تكون حجة عليه ١٨٢

٤- التأشير ببراءة الذمة

- ٩١- التأشير ببراءة الذمة بغير توقيع ١٨٤
- ٩٢- التأشير على سند الدين في حيازة المدين ١٨٤
- ٩٣- التأشير على سند أو مخالصة في حيازة المدين ١٨٥

الفصل الثالث

اثبات صحة المحررات

١٨٧ ٩٤- الادعاء بالتزوير وتحقيق الخطوط

المبحث الأول

الادعاء بالتزوير

١٨٧ ٩٥- اجراءات الادعاء بالتزوير والحكم فيه

١٨٨ ٩٦- التقرير بالادعاء بالتزوير واعلان شواهد

١٨٩ ٩٧- حق المحكمة فى القضاء بصحة الورقة أو تزويرها دون

ادعاء بالتزوير أو احالة إلى التحقيق

١٩١ ٩٨- شروط قبول الادعاء بالتزوير والحكم بالتحقيق

١٩٥ ٩٩- التحقيق بالمضاهاة بواسطة أهل الخبرة

١٩٨ ١٠٠- قيام المحكمة بالمضاهاة بنفسها

١٩٨ ١٠١- حق المحكمة فى القضاء بالتزوير على غير شواهد أو

إذا عجز مدعيه عن اثباته

١٩٩ ١٠٢- جواز اثبات التزوير بالبينة والقرائن

٢٠٠ ١٠٣- عدم لزوم بيان طريقة التزوير

٢٠١ ١٠٤- غرامة الادعاء بالتزوير بغير حق

٢٠٢ ١٠٥- التنازل عن التمسك بالورقة المدعى بتزويرها

٢٠٢ ١٠٦- دعوى التزوير الأصلية

المبحث الثانى

تحقيق الخطوط

٢٠٤ ١٠٧- حالات تحقيق الخطوط

٢٠٥ ١٠٨- شروط الأمر بالتحقيق

٢٠٦ ١٠٩- التحقيق بالمضاهاة: احالة

٢٠٧ ١١٠- التحقيق بسماع الشهود

٢٠٧ ١١١- غرامة انكار الورقة الصحيحة

- ٢١٠ ١١٢- دعوى تحقيق الخطوط الأصلية
١١٣- حكم مشترك بين دعوى التزوير الفرعية وبين اجراءات
٢١٢ تحقيق الخطوط الفرعية
٢١٥ تنوية

الكتاب الثاني أحكام الإلتزام

- ٢١٩ ١١٤- تعريف الإلتزام
٢١٩ ١١٥- تحليل الإلتزام
٢٢٠ ١١٦- أهمية نظرية الإلتزام وتطورها
٢٢١ ١١٧- المقصود بأحكام الإلتزام

الباب الأول آثار الإلتزام

- ٢٢٤ ١١٨- الإلتزام المدنى والإلتزام الطبيعى
٢٢٥ ١١٩- دور القاضى فى اقرار الإلتزام الطبيعى
٢٢٧ ١٢٠- آثار الإلتزام الطبيعى
٢٢٩ ١٢١- آثار الإلتزام المدنى: الإلتزام القهرى

الفصل الأول التنفيذ العينى

- ٢٣٠ ١٢٢- شروط التنفيذ العينى
٢٣٢ ١٢٣- موضوع التنفيذ العينى
٢٣٢ ١٢٤- محل الإلتزام اعطاء شئ معين بالذات يملكه الملتزم
٢٣٣ ١٢٥- محل الإلتزام اعطاء شئ معين بالنوع
٢٣٥ ١٢٦- محل الإلتزام القيام بعمل
٢٣٦ ١٢٧- محل الإلتزام الامتناع عن عمل
٢٣٨ ١٢٨- وسائل التنفيذ العينى

- ١٢٩- الأصل هو عدم جواز الاكراه البدنى ٢٣٨
١٣٠- الغرامة التهديدية (التهديد المالى) ٢٤٠
١٣١- تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائى ٢٤٢

الفصل الثانى

التنفيذ بطريق التعويض

- ١٣٢- حالات التنفيذ بطريق التعويض وأنواعه ٢٤٤

المبحث الأول

التعويض القضائى

- ١٣٣- الاعذار ٢٤٥

- ١٣٤- تقدير التعويض بواسطة القاضى ٢٤٧

المبحث الثانى

التعويض الاتفاقى (الشرط الجزائى)

- ١٣٥- تعريف الشرط الجزائى ٢٤٩

- ١٣٦- متى يستحق الشرط الجزائى ٢٤٩

- ١٣٧- آثار الشرط الجزائى ٢٥١

المبحث الثالث

التعويض القانونى (الفوائد)

- ١٣٨- أنواع الفوائد ٢٥٣

- ١٣٩- شروط فوائد التأخير القانونية ٢٥٣

- ١٤٠- سعر فوائد التأخير القانونية ٢٥٦

- ١٤١- سعر الفائدة الاتفاقية ٢٥٦

- ١٤٢- جواز تخفيض سعر الفائدة ٢٥٨

- ١٤٣- جواز الزيادة فى سعر الفائدة ٢٦٠

الفصل الثالث

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ

وسائل ضمان

- ١٤٤- فكرة الضمان العام ٢٦٣

٢٦٦	١٤٥- الدعوى غير المباشرة
٢٦٧	١٤٦- الدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات
٢٧١	١٤٧- دعوى الصورية
٢٧٣	١٤٨- الحق فى الحبس
٢٧٥	١٤٩- دعوى الاعسار

الباب الثاني

أوصاف الالتزام

٢٧٨	١٥٠- الالتزام البسيط والالتزام الموصوف
-----	--

الفصل الأول

الشرط والأجل

٢٧٩	١٥١- مقارنة
-----	-------------

المبحث الأول

الشرط

٢٧٩	١٥٢- تعريف الشرط ومقوماته
٢٨٢	١٥٣- آثار الشرط

المبحث الثاني

الأجل

٢٨٧	١٥٤- تعريف الأجل ومقوماته
٢٨٩	١٥٥- أنواع الأجل
٢٨٩	١٥٦- مصادر الأجل
٢٩٠	١٥٧- آثار الأجل الواقف
٢٩٣	١٥٨- آثار الأجل الفاسخ

الفصل الثاني

تعدد محل الالتزام

١- الالتزام التخيري

٢٩٥	١٥٩- تعريف
٢٩٦	١٦٠- حكم الالتزام التخيري

٢- الالتزام البدلي

٢٩٧ ١٦١- تعريف الالتزام البدلي وأحكامه

الفصل الثالث

تعدد طرفي الالتزام

٢٩٩ ١٦٢- تعدد طرفي الالتزام بغير تضامن

المبحث الأول: الالتزام التضامني

١- التضامن بين الدائنين

١٦٣- التضامن بين الدائنين لا يفترض بل لابد من الاتفاق

٣٠١ عليه

٣٠٢ ١٦٤- تعدد الروابط ووحدة الالتزام

٣٠٣ ١٦٥- الوفاء بالدين لأحد الدائنين

٣٠٥ ١٦٦- انقضاء الدين لسبب غير الوفاء

٣٠٧ ١٦٧- نيابة تبادلية فيما ينفع لا فيما يضر

٣٠٨ ١٦٨- علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض

٢- التضامن بين المدينين

٣٠٩ ١٦٩- نظرة عامة

٣٠٩ ١٧٠- التضامن بين المدينين لا يفترض

٣١٠ ١٧١- وحدة الدين وتعدد الروابط

٣١١ ١٧٢- الوفاء بالدين من أحد المدينين

٣١٣ ١٧٣- انقضاء الدين لسبب غير الوفاء

٣١٩ ١٧٤- النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر

٣٢٢ ١٧٥- علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض

٣٢٤ ١٧٦- حصة المعسر توزع على المدينين الميسرين

المبحث الثاني: عدم القابلية للانقسام

٣٢٥ ١٧٧- متى يكون الالتزام غير قابل للانقسام

٣٢٧ ١٧٨- تعدد المدينين وعدم القابلية للانقسام

٣٢٨ ١٧٩- تعدد الدائنين وعدم القابلية للانقسام

الباب الثالث انتقال الالتزام

٣٣١ ١٨٠- نظرة عامة

الفصل الأول حوالة الحق

٣٣٤ ١٨١- تعريف حوالة الحق

١- شروط انشاء الحوالة

٣٣٥ ١٨٢- عقد الحوالة

٢- شروط نفاذ الحوالة

٣٣٧ ١٨٣- شروط نفاذ الحوالة بالنسبة للمدين

٣٤٠ ١٨٤- شروط نفاذ الحوالة بالنسبة للغير

٣٤١ ١٨٥- اجراءات أخرى لنفاذ بعض الحقوق

٣- آثار الحوالة

٣٤١ ١٨٦- تعدد العلاقات

١- علاقة المحيل بالمحال له

٣٤٢ ١٨٧- انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له

٣٤٣ ١٨٨- التزام المحيل بضمان الحق المحال به للمحال له

٢- علاقة المحال له بالمحال عليه

٣٤٧ ١٨٩- قبل نفاذ الحوالة

٣٤٨ ١٩٠- بعد نفاذ الحوالة

٣- علاقة المحيل بالمحال له

٣٥٠ ١٩١- قبل نفاذ الحوالة وبعد نفاذها

٣٥١ ١٩٢- التزام بين أكثر من محال له

٣٥١ ١٩٣- التزام بين المحال له والدائنين الحاجزين

الفصل الثاني حوالة الدين

٣٥٤ ١٩٤- تعريف حوالة الدين

١- شروط انشاء حوالة الدين

٣٥٥ ١٩٥- الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه

٣٥٦ ١٩٦- الاتفاق بين الدائن وبين المدين الجديد (المحال عليه)

٢- نفاذ حوالة الدين في حق الدائن

٣٥٧ ١٩٧- شرط اقرار الدائن

٣- آثار حوالة الدين

٣٦٠ ١٩٨- تعدد العلاقات

١- علاقة الدائن بالمحال عليه

٣٦٠ ١٩٩- انتقال الدين الأصلي بضماناته ودفعه

٢- علاقة الدائن بالمدين الأصلي

٣٦٣ ٢٠٠- براءة ذمة المدين الأصلي مع ضمانه ليسار المحال عليه

٣- علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه

٣٦٥ ٢٠١- قبل نفاذ الحوالة في حق الدائن

٣٦٧ ٢٠٢- بعد نفاذ الحوالة في حق الدائن

الباب الرابع

انقضاء الالتزام

٣٦٩ ٢٠٣- أسباب انقضاء الالتزام

الفصل الأول

انقضاء الالتزام بتنفيذه عينا (الوفاء)

٣٧٠ ٢٠٤- طبيعة الوفاء

المبحث الأول: طرفا الوفاء

٣٧١ ٢٠٥- الموفى والموفى له

المطلب الأول: الموفى

٣٧١ ٢٠٦- أهلية الموفى وملكيته

١- من يصح منه الوفاء

٣٧٣ ٢٠٧- نص القانون

٢- رجوع الموفى على المدين

- ٢٧٤ ٢٠٨- الدعوى الشخصية ودعوى الحلول
٢٧٧ ٢٠٩- الحلول القانونى
٢٧٩ ٢١٠- الحلول الاتفاقى
٢٨١ ٢١١- آثار الحلول: انتقال حق الدائن إلى الموفى
٢٨٢ ٢١٢- حالات الحلول الناقص

المطلب الثانى: الموفى له

- ٢٨٦ ٢١٣- الموفى له هو الدائن أو نائبه
٢٨٧ ٢١٤- الموفى له غير الدائن
٢٨٨ ٢١٥- العرض الحقيقى والايداع
٢٩٠ ٢١٦- اجراءات العرض الحقيق والايداع
٢٩٢ ٢١٧- آثار العرض والايداع
٢٩٤ ٢١٨- الوفاء بالشئ المستحق أصلا
٢٩٥ ٢١٩- الوفاء بكل الشئ المستحق
٢٩٦ ٢٢٠- الوفاء بالدين وملحقاته
٢٩٧ ٢٢١- تعدد الديون مع وحدة كل من الدائن والمدين
٢٩٩ ٢٢٢- زمان الوفاء بالالتزام
٤٠١ ٢٢٣- مكان الوفاء بالالتزام

الفصل الثانى

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

- ٤٠٤ ٢٢٤- تعريف

المبحث الأول

الوفاء بمقابل

- ٤٠٤ ٢٢٥- تعريف الوفاء بمقابل وبيان أركانه
٤٠٦ ٢٢٦- طبيعة الوفاء بمقابل
٤٠٦ ٢٢٧- آثار الوفاء بمقابل

المبحث الثاني: التجديد

- ٢٢٨- تعريف التجديد ٤٠٧
٢٢٩- شروط التجديد ٤٠٨
٢٣٠- آثار التجديد ٤١٣

المبحث الثالث: الانابة في الوفاء

- ٢٣١- تعريف الانابة وعلاقتها بالتجديد ٤١٥
٢٣٢- شروط الانابة الكاملة وآثارها ٤١٥
٢٣٣- الانابة القاصرة ٤١٧

المبحث الرابع: المقاصة

- ٢٣٤- تعريف المقاصة وأنواعها ٤١٨

١- المقاصة القانونية

- ٢٣٥- شروط المقاصة القانونية ٤١٩
٢٣٦- شروط غير مطلوبة لوقوع المقاصة ٤٢٢
٢٣٧- الديون التي تقع فيها المقاصة ٤٢٣
٢٣٨- آثار المقاصة فيما بين الطرفين ٤٢٤

٢- المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

- ٢٣٩- المقاصة الاختيارية ٤٢٥
٢٤٠- المقاصة القضائية ٤٢٦

المبحث الخامس: اتحاد الذمة

- ٢٤١- تعريف اتحاد الذمة وآثاره ٤٢٧

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

المبحث الأول: الإبراء

- ٢٤٢- شروط الإبراء وآثاره ٤٣٠

المبحث الثاني: استحالة التنفيذ

- ٢٤٣- شروط استحالة التنفيذ ٤٣٢
٢٤٤- آثار استحالة التنفيذ ٤٣٤

المبحث الثالث : التقادم المسقط

- ٤٣٤ ٢٤٥- الأساس القانوني للتقادم المسقط
- ٤٣٥ ٢٤٦- مدد التقادم المختلفة
- ٤٣٧ ٢٤٧- كيفية حساب مدة التقادم
- ٤٣٨ ٢٤٨- وقف التقادم
- ٤٣٩ ٢٤٩- انقطاع التقادم
- ٤٤١ ٢٥٠- آثار التقادم
- ٤٤٢ ٢٥١- كيفية التمسك بالتقادم
- ٤٤٥ الملاحق

