

نظريّة الالتزامات
في ضوء
قانون الالتزامات والعقود المغربي

الحزب الثاني

أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاءه

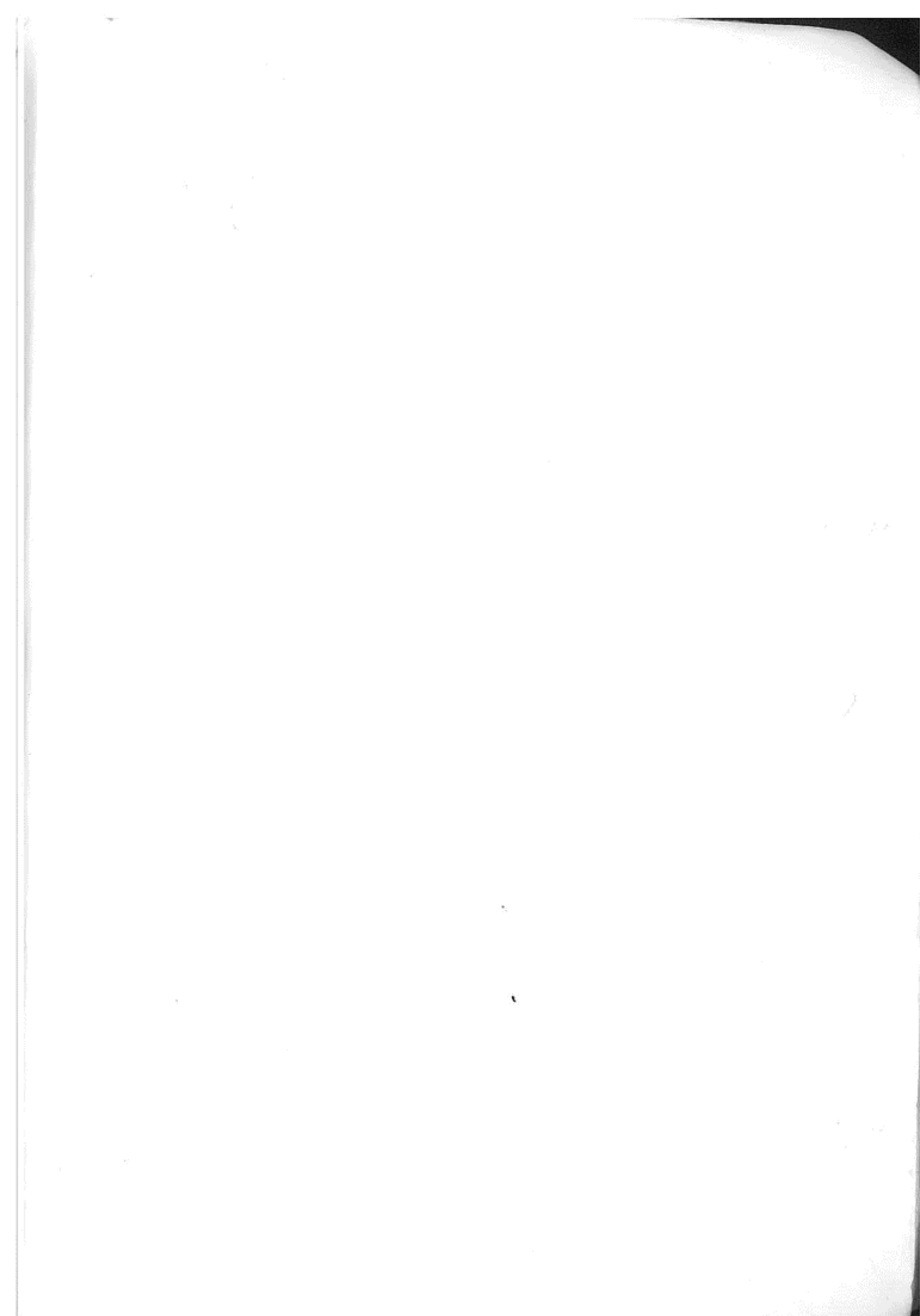
تأليف

مأمون الكزبري

دكتور في الحقوق

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

نَظَرِيَّةُ الْإِلْتِمَامَاتِ
فِي ضَوْءِ
قَانُونِ الْإِلْتِمَامَاتِ وَالْحَقُودِ الْمَغْرِبِيِّ
٢



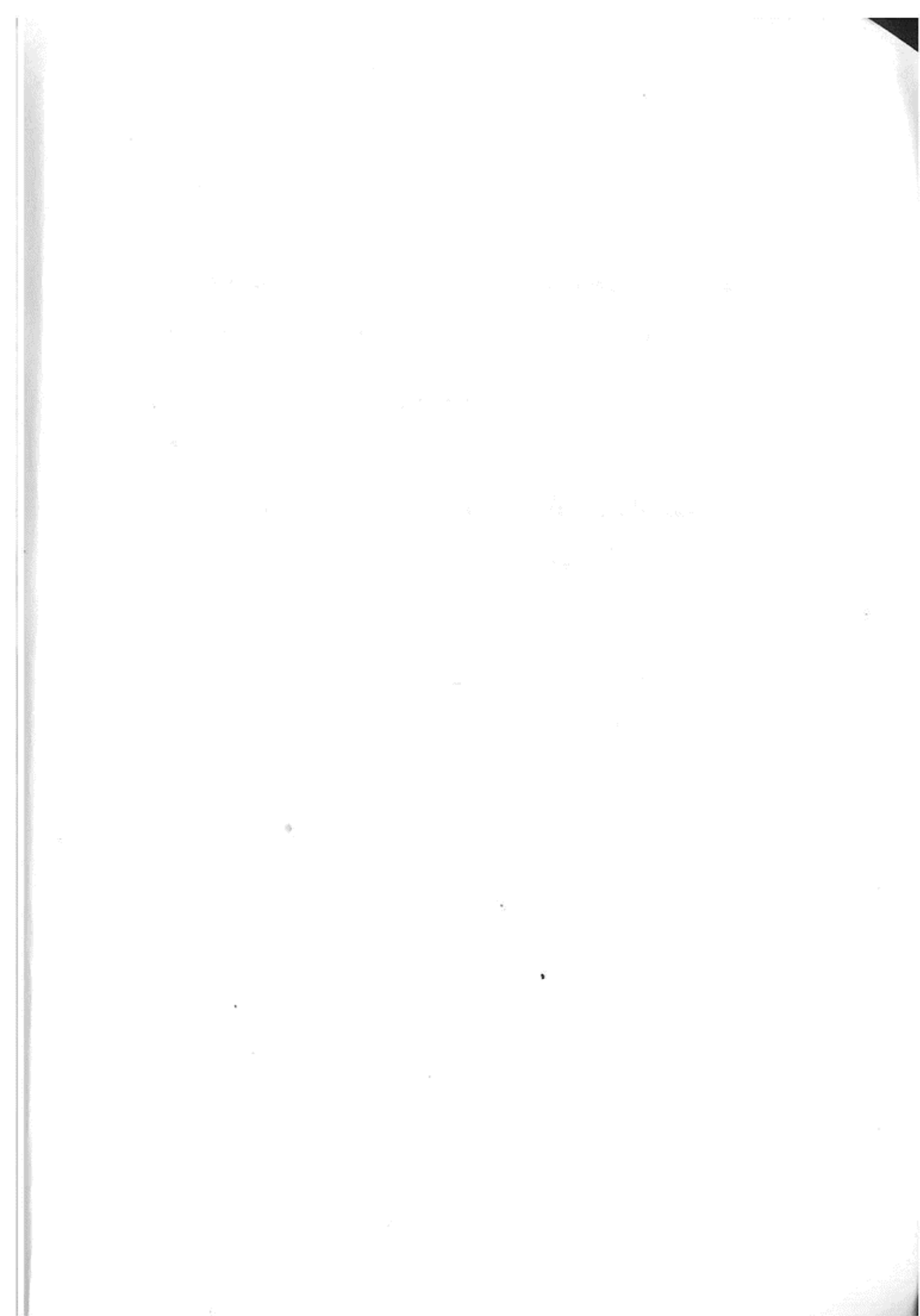
كلية الحقوق ، إثر تأليف وطبع الجزء الأول ، كان خير حافظ لي
على طبع هذا الجزء الثاني لوضعه في متناول رجال القضاء والقانون
من جهة ، وابنائي طلاب كلية الحقوق من جهة ثانية .

فلهذه المؤسسات خالص الشكر على ما لقيته منها من تشجيع
أفخر به وأعتز .

وكل ما أرجو أن أكون وفقت في أداء الرسالة العلمية بأمانة
وإخلاص سائلا المولى أن يمدني بالعون والتوفيق .

بيروت في ٢٥ شوال ١٣٨٩ الموافق ٢ يناير ١٩٧٠

مأمون الكزبري



بسم الله الرحمن الرحيم

هذا الكتاب هو الجزء الثاني من نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي . فالجزء الأول تناول موضوعاً واحداً من هذه النظرية هو مصادر الالتزام . أما هذا الجزء فيبحث في ثلاثة مواضيع : أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه .

وقد كان طبيعياً أن أجعل الجزء الثاني هذا على ثلاثة أقسام : ففي القسم الأول الخاص بأوصاف الالتزام عرضت للأوصاف التي تلحق الرابطة القانونية في الالتزام (الشرط والأجل) ، ثم اتبعت ذلك بالأوصاف التي تلحق محل الالتزام (الالتزام متعدد المحل ، والالتزام البدلي ، والالتزام التخييري) ، ثم بالأوصاف التي تلحق أطراف الالتزام (الالتزام متعدد الأطراف ، والالتزام التضامني ، والالتزام غير القابل للانقسام ، والالتزام القابل للانقسام) .

وفي القسم الثاني المتعلق بانتقال الالتزام تكلمت أول الأمر في الانتقال بوجه عام وفي حوالة الحق بوجه خاص ، ثم انتقلت إلى حوالة مجموعة حقوق وحوالة الذمة المالية ، ثم إلى الحلول ثم إلى الإنابة .

وفي القسم الثالث المعد لانقضاء الالتزام بحث في مختلف أسباب انقضاء الالتزام. وإنني إذ اتبعت التصنيف السائد في التشريعات الحديثة، بدأت الكلام في انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً عن طريق ما يسمى بالوفاء، ثم عرضت لأسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء وتشمل الوفاء بمقابل، والتجديد، والإنابة عندما تحمل معنى التجديد، والمقاصة، واتحاد الذمة. ثم ختمت البحث بأسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به وهي: الإبراء، واستحالة التنفيذ بسبب اجنبي. والتقادم المسقط، والإقالة الاختيارية.

وقد اتبعت في هذا الجزء الثاني الأسلوب الذي كنت اعتمدته في الجزء الأول. فاستوحيت أصل دراستي من نصوص قانون الالتزامات والعقود المغربي. ولكنني كثيراً ما رجعت إلى النصوص المقابلة لها في بعض التقنيات ولا سيما في التقنين الفرنسي وفي كل من التقنين المصري والتقنين السوري والتقنين اللبناني، وذلك لبيان أوجه الشبه وأوجه المفارقات بين هذه التقنيات وبين التقنين المغربي، هذا فضلاً عن أن الرجوع إلى هذه التقنيات لما يساعد أحياناً على فهم النصوص الواردة في قانون الالتزامات والعقود المغربي فهماً صحيحاً، وجلاء ما يمكن أن يكون اكتنفها من غموض أو سد ما يمكن أن يكون اعتراها من نقص.

وإن التشجيع الذي لقيته من المؤسسات الرسمية في المغرب العزيز ولا سيما من وزارة العدل ومن وزارة الشؤون الإدارية ومن

١ - نظرة عامة : قد يكون الالتزام بسيطاً منجزاً (obligation pure et simple) لا يلحقه وصف ما ، كأن يلتزم زيد بدفع مبلغ من المال فوراً إلى عمرو : فالرابطة القانونية في هذا الالتزام الذي يربط المدين عمرو بالدائن زيد هي رابطة وجودها محقق ونفاذها آني ، لها محل واحد هو المبلغ الملتزم بأدائه ، وكل من الطرفين فيها الدائن والمدين غير متعدد .

وقد يكون الالتزام على العكس موصوفاً : والوصف الذي يلحق الالتزام إما أن يتعلق برابطة المديونية التي تربط المدين بالدائن ، أو بمحل الالتزام ، أو بطرفيه الدائن والمدين .

فإذا تعلق الوصف برابطة المديونية . بحيث أضحي وجود هذه الرابطة أو زوالها غير محقق . أو أضحي نفاذها أو انقضاؤها مربوطاً بميعاد ، سمي هذا الوصف بالشرط (condition) أو بالأجل (terme) .

وإذا تعلق الوصف بالمحل ، بحيث بدل أن يقع الالتزام على

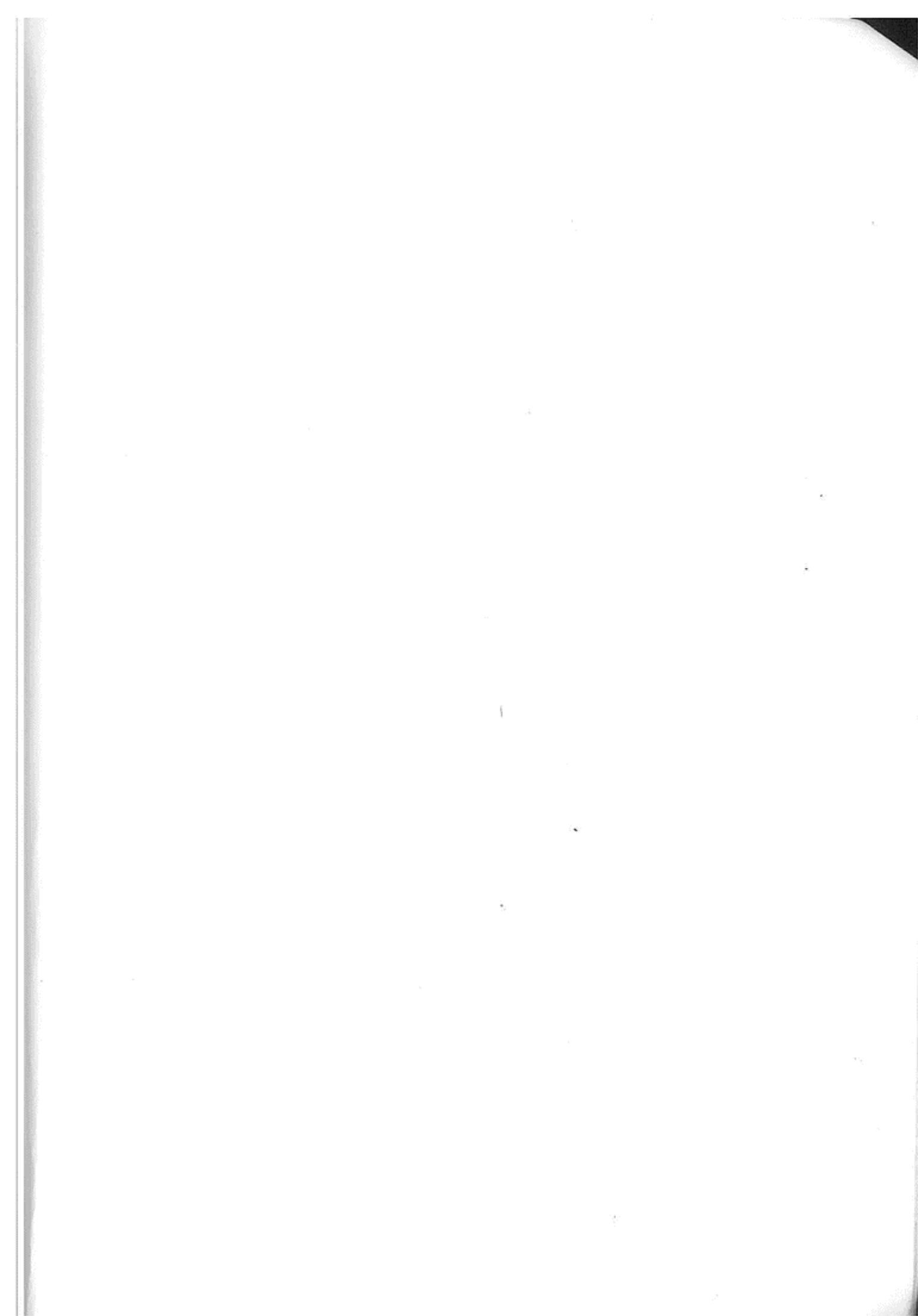
محل واحد ، كان له أكثر من محل . أطلق على هذا الوصف اسم وصف الجمع في الالتزام متعدد المحل (obligation conjonctive) أو وصف البديل في الالتزام البدلي (obligation facultative) أو وصف التخيير في الالتزام التخييري (obligation alternative) . وإذا تعلق الوصف بطرفي الالتزام بحيث بدل أن يكون الطرف الدائن والطرف المدين واحداً . يتعدد أحد هذين الطرفين أو كلاهما . سمي الالتزام عندها التزاماً متعدد الأطراف (obligation conjointe) إذا كان الأطراف لا تربطهم أي رابطة خاصة سوى هذا التعدد ، وسمي التزاماً تضامياً (obligation solidaire) إذا كان يوجد ثمة تضامن بين الأطراف يجعلهم متضامين في الحق أو في الدين ، وسمي التزاماً قابلاً للانقسام (obligation divisible) أو التزاماً غير قابل للانقسام (obligation indivisible) إذا كان الالتزام الذي يطالب به الطرف الدائن أو الذي يترتب على الطرف المدين هو الترام يقبل أو لا يقبل تنفيذه التجزئة .

٢ - مخطط البحث : خصّ المشرع المغربي القسم الثاني من الكتاب الأول من قانون الالتزامات والعقود للبحث في أوصاف الالتزام .

ويشمل هذا القسم المواد ١٠٧ إلى ١٨٨ وقد جعله المشرع في خمسة أبواب عرض في الأول منها للشرط . والثاني للأجل ، والثالث للالتزامات التخييرية . والرابع

7
القسم الأول

أوصاف الالتزام



الباب الأول

الأوصاف التي تدل على الرابطة القانونية في الالتزام

- الشرط

- الأجل



للاللتزامات التضامنية ، والخامس للالتزامات القابلة للانقسام وغير القابلة للانقسام .

أما نحن ، فنفضل أن يكون البحث في أوصاف الالتزام مبوباً بحسب العنصر الذي يتناوله الوصف . فنجعل الأوصاف التي تلحق الرابطة التي تربط المدين بالدائن في باب أول نخصه للشرط والأجل . ونجعل الأوصاف التي تلحق محل الالتزام في باب ثانٍ نخصه لتعدد محل الالتزام حيث نعرض للالتزام متعدد المحل ثم للالتزام البديلي ثم للالتزام التخييري . ونجعل الأوصاف التي تلحق أطراف الالتزام في باب ثالث نتناول فيه الالتزامات التضامنية ثم الالتزامات القابلة للانقسام أو غير القابلة للانقسام .

وعليه سيتضمن هذا القسم ثلاثة أبواب

الباب الأول : الأوصاف التي تلحق الرابطة القانونية في الالتزام :
الشرط والأجل .

الباب الثاني : الأوصاف التي تلحق محل الالتزام : الالتزام متعدد المحل والالتزام البديلي والالتزام التخييري .

الباب الثالث : الأوصاف التي تلحق أطراف الالتزام : الالتزام متعدد الأطراف ، والالتزام التضامني . والالتزام غير القابل للانقسام والالتزام القابل للانقسام .



٣ - تقسيم مواضع هذا الباب : إن الوصف الذي يلحق
 الرابطة القانونية التي تربط المدين بالدائن قد يجعل وجود هذه الرابطة
 أو زوالها غير محقق لأنه علّق على حدوث أمر مستقبل قد يقع وقد
 لا يقع : فالوصف في هذه الحالة يطلق عليه اسم الشرط .

وقد يقتصر الوصف على جعل نفاذ أو انقضاء هذه الرابطة
 القانونية مربوطاً بميعاد معين : فالوصف عندها يطلق عليه اسم
 الأجل .

فعلينا إذن أن نبحث في كل من هذين الوصفين في فصل مستقل.

وعليه سيشتمل هذا الباب على فصلين :

الفصل الأول : الشرط .

الفصل الثاني : الأجل .

الفصل الأول

الشرط

- ٤ - مخطط الفصل : خصّ المشرع لبحث الشرط المواد ١٠٦ الى ١٢٦ . وتقتضينا الإحاطة بهذا البحث أن نعرف الشرط ونوضح مقوماته ، ثم نعرض لمختلف أنواعه . ثم نبين الآثار التي تترتب عليه . وسنفرد لكل من هذه المواضيع فرعاً مستقلاً . وعليه سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة فروع :
- الفرع الأول : تعريف الشرط ومقوماته .
- الفرع الثاني : مختلف أنواع الشرط .
- الفرع الثالث : آثار الشرط .

الفرع الأول

تعريف الشرط ومقوماته

- ٥ - تعريف الشرط : عرف المشرع الشرط في الفقرة الأولى

من المادة ١٠٧ فقال : « الشرط تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع إما وجود الالتزام وإما زواله » .

فالالتزام المقرون بشرط هو إذن التزام مجهول المصير ، إذ الشك يدور حول معرفة ما إذا كان الأمر الذي علق عليه وجود الالتزام أو زواله سيتحقق أو لا يتحقق في المستقبل : فهكذا لو وعدت ابني بمكافأة مالية إذا هو نال إجازة الحقوق هذا العام ، أكون علقته على نيل ابني الإجازة وجود الالتزام الذي رتبته في ذمتي . ولو وهبت عقاراً لصديق لي واشترطت فسخ الهبة إذا هو ارتاد دور القمار . فإن الهبة تنفذ ويتسلم صديقي العقار الموهوب ، ولكن الهبة تفسخ وأسترد العقار الموهوب إذا ارتاد الموهوب له دور القمار . بحيث أكون علقته على ارتياده هذه الدور فسخ الهبة وزوالها . ففي هذين المثالين ، نيل ابني إجازة الحقوق ، وارتداد صديقي دور القمار أمران يبقى تحققهما أو عدم تحققهما في عالم الغيب ، والمستقبل وحده يكشف عن ذلك . فكل منهما ينطبق عليه وصف الشرط لأن الأمر الأول علق على تحققه وجود الالتزام ، والأمر الثاني علق على تحققه زوال الالتزام .

٦ - مقومات الشرط : مرّ معنا أن المادة ١٠٧ تتطلب في الشرط أن يكون أمراً مستقبلاً من جهة وأن يكون غير محقق الوقوع من جهة ثانية . وقد أضافت المادة ١٠٨ أن « كل شرط يقوم على شيء مستحيل أو مخالف للأخلاق الحميدة أو للقانون يقع باطلاً ويؤدي

إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه .

فمن هذه النصوص يتضح أن للشرط مقومات أربعة :

- (أ) - يجب أن يكون أمراً مستقبلاً .
 - (ب) - ويجب أن يكون غير محقق الوقوع .
 - (ج) - ويجب أن يكون غير مستحيل .
 - (د) - ويجب أن يكون غير مخالف للقانون أو للآداب العامة .
- وستناول تفصيل كل من هذه المقومات على حدة . ثم نعرض للملاحظة هامة مؤداها أن الشرط الذي تجمعت فيه هذه المقومات ، لا بد ، حتى يعتد به ، أن لا تنعدم الفائدة منه ، وإلا وجب اعتبار الشرط كأن لم يكن والالتزام المعلق عليه التزاماً منجزاً .

٧ - (أ) يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً : (١) - لا بد في الأمر الذي ينطوي عليه الشرط أن يكون أمراً مستقبلاً : فعندما وعدت ابني بمكافأة مالية إذا هو نال إجازة الحقوق هذا العام ، قد علق التزامي بأداء المكافأة على شرط صحيح لأن نيل الإجازة أمر مستقبلي . وعندما وهبت صديقي عقاراً على أن تفسخ الهبة إذا هو ارتاد دور القمار ، قد علق أيضاً فسخ الهبة وزوالها على شرط صحيح لأن ارتياد دور القمار كذلك أمر مستقبلي .

(٢) - والأمر المستقبلي الذي ينطوي عليه الشرط قد يكون أمراً إيجابياً وقد يكون أمراً سلبياً : ففي المثالين السابقين لقد علق

وجود التزامي بالمكافأة على نيل ابني إجازة الحقوق وهو أمر إيجابي، في حين انني علقت استمرار الهبة وعدم فسخها على شرط امتناع صديقي عن ارتياد دور القمار وهو أمر سلبي .

والأمر الإيجابي والأمر السلبي يستويان في الحكم . على أن ثمة farkاً عملياً يبرز من ناحية تقدير الوقت الذي يعتبر فيه الشرط متحققاً أو متخلفاً : فعندما يكون الشرط أمراً إيجابياً تحدد عادةً مدة قصيرة بحيث إذا انقضت هذه المدة دون أن يتحقق الأمر اعتبر الشرط متخلفاً . فاستحقاق ابني المكافأة مشروط فيه أن ينال الإجازة هذا العام ؛ وقد أعطيه فرصة فأعلق استحقاق المكافأة على نيل الإجازة خلال العام الحالي أو العام الذي يليه . ولكن من المستبعد أن أعلق أداء المكافأة على نيل ابني إجازة الحقوق مهما طال السنون . أما إذا كان الشرط أمراً سلبياً فالمدة غالباً ما تكون طويلة : فالصديق الذي وهبته العقار شرط أن تفسخ الهبة إذا هو ارتاد دور القمار ، عليه أن يمتنع عن ارتياد هذه الدور طول حياته ويبقى من حقي فسخ الهبة واسترداد العقار الموهوب . إذا ما هو ارتاد هذه الدور في أي وقت من الأوقات مهما طال الأمد بين اليوم الذي وقعت فيه الهبة وبين اليوم الذي تحقق فيه الشرط بارتياده دور القمار .

(٣) - وما دام الأمر الذي ينطوي عليه الشرط ، لا بد أن يكون مستقبلاً ، فإن الأمر الماضي أو الأمر الحاضر لا يصح أن يكون شرطاً حتى ولو كان مجهولاً من أحد طرفي الالتزام أو من

كليهما . لذلك حرص المشرع ، بعد تعريفه الشرط في الفقرة الأولى من المادة ١٠٧ ، أن يوضح في فقرتها الثانية أن « الأمر الذي وقع في الماضي أو الواقع حالاً لا يصلح لأن يكون شرطاً وإن كان مجهولاً من الطرفين » . فهكذا في مثال وعدي لابني بالمكافأة شرط نيّله إجازة الحقوق هذا العام . إذا كنت أجهل أو كنا أنا وابني نجهل معاً بأن نتيجة الامتحانات قد ظهرت بالفعل وأن ابني قد نجح ونال الإجازة . فإن وعدي يعتبر وعداً منجزاً غير معلق على شرط ويترتب على أداء المكافأة . وقد جاء في هذا الصدد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري : « فإذا علق الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل . ترتب الالتزام منجزاً لا معلقاً ، ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك »^(١) . أما إذا كنت أجهل أو كنت أنا وابني نجهل معاً عندما التزمت بالمكافأة إن ابني قد رسب في الامتحانات . فإن التزامي يعتبر (التزاماً معدوماً) لا وجود له أصلاً .

٨ - (ب) يجب أن يكون الشرط أمراً غير محقق الوقوع :

(١) - من مقومات الشرط كذلك أن يكون الأمر المستقبل الذي علق عليه وجود الالتزام أو زواله أمراً غير محقق الوقوع . أما إذا كان الأمر محقق الوقوع إن عاجلاً أو آجلاً . وسواء كان موعداً تحققه معلوماً أو غير معلوم . فلا يكون شرطاً . ذلك أن مثل هذا الأمر المحقق الوقوع يفتقر إلى عنصر الجهالة والشك وهو عنصر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء ٣ صفحة ٧ .

يلازم الشرط فلا يقوم بدونه . فإذا قلت لشخص مثلاً أعطيك ألف درهم إذا حلّ الصيف أو إذا توفي فلان فلا يكون تصرفي تصرفاً موقوفاً على شرط لأن حلول الصيف أمر آت في موعده ، وأن الوفاة أمر محتوم لا بد من تحققه يوماً . بل إن تصرفي في هذين المثالين يعتبر تصرفاً مقروناً بأجل أي تصرفاً يتأخر تنفيذه إلى الميعاد الذي يحل فيه الصيف وهو ميعاد معين ، أو إلى اليوم الذي تتحقق فيه الوفاة وهو ميعاد غير معين .

(٢) - على أن الأمر المحقق الوقوع قد يقترن بملازمات تجعل فيه أمراً غير محقق الوقوع . فإذا قلت لشخص مثلاً أعطيك ألف درهم إذا توفي فلان خلال السنة الجارية . يكون تصرفي مقروناً بشرط لأن الموت وإن كان محقق الوقوع في ذاته ، إلا أن حصوله خلال السنة الجارية هو أمر مشكوك فيه . وبذا يصبح الموت في نطاق الملازمات التي أحاطت به شرطاً لا أجلاً .

٩ - (ج) يجب أن يكون الشرط أمراً غير مستحيل الوقوع :

(١) - الأمر مستحيل الوقوع لا يمكن أن يكون شرطاً . والأمر مستحيل الوقوع هو الذي لا يمكن تحقيقه إما بسبب مغايرته لمقتضيات الطبيعة . وإما بسبب تعارضه وأحكام القانون . وهكذا فالاستحالة إما أن تكون استحالة مادية أو طبيعية (impossibilité matérielle ou physique) وإما أن تكون استحالة قانونية أو بحكم القانون (impossibilité juridique) .

والاستحالة المادية التي تحول دون قيام الشرط وبالتالي دون وجود الالتزام المعلق على مثل هذا الشرط هي الاستحالة المطلقة ، أي الاستحالة الموضوعية التي تجعل تحقق الشرط بالوسائل الموجودة في متناول الإنسان مستحيلاً ، لا بالنظر الى شخص المشترط إليه ، بل بالنسبة للكافة . فإذا ما التزم شخص مثلاً باعطاء جائزة لآخر إذا هو رسم مثلاً بدون زوايا أو إذا هو عبر المحيط الأطلسي سباحة أو إذا هو أعاد الحياة إلى ميت ، يكون علق التزامه على شرط مستحيل استحالة مادية مطلقة . مثل هذا الشرط قلما يحصل في الحياة العملية . ويتم إذا ما حصل على اختلال في القوى العقلية للشخص الذي صدر عنه ويؤدي حتماً إلى بطلان الالتزام الذي علق عليه .

أما الاستحالة النسبية فهي الاستحالة التي تقوم بالنسبة إلى شخص المشترط إليه فقط . فمثل هذه الاستحالة لا تمنع من قيام الشرط لأنها عجز شخصي لا استحالة . فإذا اشترط مثلاً شخص على آخر ممن لا يجيدون السباحة أو ركوب الدراجات عبر نهر أبو رقرق سباحة أو الاشتراك في سباق للدراجات ، فإن شرطه هذا لا يعتبر مستحيلاً لأن من السباحين من يستطيع عبر نهر أبو رقرق ومن الذين يجيدون ركوب الدراجات من يشترك في السباق ؛ وقد يتعلم المشترط اليه السباحة أو ركوب الدراجات ويتقن ذلك إلى درجة يستطيع معها يوماً أن يقدم بنفسه على عبور النهر أو الاشتراك بالسباق . لذا يعتبر الالتزام على مثل هذا الشرط التزاماً صحيحاً يتوقف وجوده

أو زواله على تحقق الشرط .

وكما تكون الاستحالة مادية يمكن أن تكون قانونية . فمن يلتزم مثلاً باعطاء عمولة لسمسار اذا اشترى له عيناً موقوفة أو حديقة عامة يكون علق التزامه على شرط مستحيل استحالة قانونية ، لأن التصرف بالوقف أو بالاملاك العامة أمر يحظره القانون تحظيراً مطلقاً . كذلك إذا وعد شخص " آخر بوضع دار تحت تصرفه يسكنها إذا هو طلق زوجته أو تزوج عليها زوجة ثانية " وكان الطلاق أو تعدد الزوجات ممنوعاً في شريعة المشترط إليه ، فإن الوعد يكون معلقاً على شرط مستحيل استحالة قانونية ، ما دام أن الطلاق أو تعدد الزوجات أمر محرم بحكم القانون .

(٢) - ويجب الانتباه إلى ان العبرة في تقدير الاستحالة هي للوقت الذي اشترط فيه الشرط . فالتصرف الذي يعلق على شرط مستحيل يبقى باطلاً حتى لو أصبح الشرط ممكناً في وقت لاحق . وقد أوضح المشرع ذلك في الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٨ حيث قال : « ولا يصير الالتزام صحيحاً إذا أصبح الشرط ممكناً فيما بعد » . فإذا التزم شخص بدفع مبلغ من المال لآخر شرط أن يرشد ابنه بمجرد بلوغه السابعة عشرة من العمر في ظل القانون الحالي الذي لا يسمح بالترشيد قبل بلوغ الثامنة عشرة (١) . فان التزامه يقع باطلاً لاستحالة

(١) راجع المادة ١٦٥ من مدونة الأحوال الشخصية .

الشرط الذي علق عليه ، ويبقى كذلك ولا ينقلب صحيحاً حتى ولو صدر قانون يجيز ترشيده من بلغ السابعة عشرة من عمره .

أما إذا كان الشرط وقت اشتراطه ممكناً ، ثم أصبح بعد ذلك مستحيلاً ، فإنه يعتبر شرطاً صحيحاً قد تخلف (١) . ففي المثال آنف الذكر لو أن اشتراط الترشيده بمجرد بلوغ السابعة عشرة من العمر حصل في ظل قانون يسمح بترشيده من بلغ مثل هذه السن ، فإن الشرط يعتبر شرطاً متخلفاً والالتزام المعلق عليه ساقطاً ، إذا ما صدر قانون يمنع الترشيده قبل تمام الثامنة عشرة من العمر .

(٣) - وتجدر الملاحظة إلى أن اشتراط عدم القيام بعمل مستحيل لا يشكل شرطاً مستحيلاً . بل إن مثل هذا الاشتراط يعتبر لغواً لا معنى له ولا يؤثر على صحة الالتزام الذي علق عليه . فإذا قلت لشخصٍ أعطيك ألف درهم إذا امتنعت هذا العام عن ترشيده ابنك البالغ خمسة عشر عاماً وهو سن يستحيل فيه الترشيده . تعين اعتبار الشرط كأن لم يكن والالتزام كأنه وقع منجزاً غير معلق على شرط .

١٠ - (د) يجب أن يكون الشرط أمراً غير مخالف للقانون أو للآداب العامة : (١) - يجب أن يكون الشرط أمراً لا يخالف

(١) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الجزء ٣ ،

الهامش رقم ٢ صفحة ١٧ .

القانون. فالشرط الذي يخالف القانون هو شرط غير مشروع (condition illicite) وبالتالي هو شرط باطل ومبطل للالتزام المعلق عليه. فإذا وهب مثلاً شخص لآخر مالاً وعلّق الهبة على أن يقبل أو يرفض الموهوب له تركة لم تفتح بعد، فإن اشتراطه يقع باطلاً لمخالفته القانون^(١)، وبطلانه يؤدي إلى بطلان الهبة التي علقت عليه. وكذا يقع باطلاً اشتراط أحد المتقاضين على المحامي استئناف حكم صدر بصورة انتهائية لأن القانون يقضي بعدم جواز استئناف الأحكام الاثنتائية.

والشرط المخالف للقانون وإن كان يلتقي مع الشرط المستحيل استحالة قانونية من حيث أن كلاهما باطل، إلا أنه يتميز عنه من حيث أنه ينصب على أمر يمكن تحقيقه. فشرط استئناف حكم انتهائي أو شرط قبول تركة لم تفتح بعد هو شرط مخالف للقانون ولكنه شرط غير مستحيل. أما شرط تمليك طريقاً عاماً أو عيناً موقوفة فهو شرط مستحيل قانوناً وهو في الوقت نفسه مخالف للقانون وللنظام العام لأن الاستحالة القانونية كثيراً ما يكون مردّها مخالفة أحكام قانونية لها مساس بالنظام العام.

وقد عرض المشرع على وجه التخصيص لبعض أنواع من

(١) راجع المادة ٢٢٩ من قانون الالتزامات والعقود التي تجيز للورثة رفض التركة وتمنع في هذه الحالة إجبارهم على قبولها.

الشروط غير المشروعة التي تقع باطلة وتؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليها وذلك في المادتين ١٠٩ و ١١٠ .

أولاً : فالمادة ١٠٩ نصت في فقرتها الأولى على أن « كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الحقوق والرخص الثابتة لكل إنسان كحق الإنسان في أن يتزوج وحقه في أن يباشر حقوقه المانية . يكون باطلاً ويؤدي الى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه » . فإذا وهب شخص مبلغاً من المال لآخر وعلق هذه الهبة على شرط عدم ممارسته حق الزواج أو عدم ممارسته حق الولاية على أولاده القصر أو على شرط الامتناع بصورة مطلقة ودائمة عن مباشرة حرفة معينة ، كان الشرط باطلاً وكانت الهبة المعلقة على تحقق مثل هذا الشرط الباطل باطلة أيضاً .

على أن المشرع استثنى من حكم البطلان « الحالة التي يمنع فيها أحد الطرفين نفسه من مباشرة حرفة معينة خلال وقت وفي منطقة محددتين » (الفقرة الثانية من المادة ١٠٩) . فإذا باع شخص متجره واشترط على نفسه ان لا يفتح متجراً شبيهاً بالمتجر المبيع وذلك في السوق الذي يقع فيه المتجر المذكور ولمدة خمس سنين ابتداء من تاريخ البيع كان الاشتراط صحيحاً وملزماً .

وتجدر الملاحظة إلى أن الاستثناء من البطلان الذي قرره المشرع يتطلب ، كما هو واضح ، ان يكون الامتناع عن مباشرة الحرفة محدداً من حيث الوقت ومن حيث المكان معاً . أما إذا ورد الامتناع مطلقاً

أو ورد محددًا من حيث الوقت دون المكان أو من حيث المكان دون الوقت ، فانه يقع باطلاً ومبطلاً للالتزام المعلق عليه . وذلك عملاً بحكم الفقرة الأولى من المادة ١٠٩ . لذلك قررنا أن الهبة المعلقة على شرط الامتناع بصورة مطلقة ودائمة عن مباشرة حرفة معينة تعتبر هبة باطلة لكونها معلقة على شرط باطل .

ثانياً : والمادة ١١٠ نصت في فقرتها الأولى على أن « الشرط الذي ينافي طبيعة الفعل القانوني الذي أضيف إليه يكون باطلاً ويبطل الالتزام الذي يعلق عليه » . فإذا ما بيعت بناء واشترطت على المشتري منعه من التصرف في المبيع بصورة مؤبدة . فإن شرطي هذا يقع باطلاً لأنه ينافي حق المالك في التصرف في ملكه وبطلان الشرط يؤدي الى بطلان البيع المعلق عليه . وكذلك إذا انشأت حق سطحية لمصلحة شخص على أن لا يبني ولا يغرس فوق الأرض التي تقرر إنشاء حق السطحية عليها ، اعتبر الشرط باطلاً لأنه ينافي طبيعة حق السطحية الذي يمنح صاحبه حق إنشاء ابنية أو غرس أغراس في الأرض الواقع عليها حقه^(١) ، وبطلان الشرط يؤول الى بطلان إنشاء حق السطحية نفسه .

على أن المشرع أجاز تصحيح الالتزام المعلق على شرط ينافي طبيعة الفعل القانوني الذي أضيف اليه « اذا تنازل صراحةً عن

(١) عرفت المادة ٩٧ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ حق السطحية بأنه « حق عيني عقاري قوامه حيازة بنايات ومنشآت واغراس فوق ملك الغير » .

التمسك بالشرط الطرف الذي وضع لصالحه » (الفقرة الثانية من المادة ١١٠). ففي المثالين السابقين إذا نزلت عن شرط منع المشتري من التصرف في المبيع ، أو عن شرط منع صاحب حق السطحية من البناء أو الغراس فوق الأرض المقرر عليها حق سطحية ، يصحح البيع ويصحح إنشاء حق السطحية وترفع عن هذه التصرفات شائبة البطلان. ولكن لا بد في التصحيح أن يقع التنازل عن التمسك بالشرط بصورة صريحة كما هو واضح من النص. أما التنازل الضمني فلا يكون منتجاً ولا يترتب عليه تصحيح الالتزام.

(٢) - ويجب أن يكون الشرط غير مخالف للآداب العامة. والشرط المخالف للآداب العامة (condition immorale) هو الشرط الذي يرمي إلى حمل شخص على القيام بعمل يناهز القواعد الأخلاقية الواجب صيانتها وحمايتها. فإذا ما التزم مثلاً شخص بأداء ألف درهم لزيد وعلق التزامه على أن يشتري له زيد داراً للمقامرة أو بيتاً للدعارة كان الشرط باطلاً وكان الالتزام باطلاً أيضاً. وكذلك الحكم إذا اشترط الملتزم على الملتزم له أن لا يرتكب جريمة أو أن يقوم بعمل يوجب القانون عليه كأن يمتنع الزوج عن معاشرة غير زوجته. فمثل هذا الشرط يعتبر باطلاً لمخالفته للآداب العامة التي تتطلب أن يمتنع الإنسان عن ارتكاب الجريمة وأن يقوم بواجباته طوعية لا مقابل مكافأة مادية (١).

(١) إذا قصد بإعطاء المال لاحمل الإنسان على الامتناع عن ارتكاب الجريمة =

على أن التزام شخصٍ بأداء مبلغ من المال إذا أقدم الملتزم على ارتكاب عمل غير مشروع أو عملٍ منافي للآداب العامة يعتبر التزاماً صحيحاً معلقاً على شرط سليم لأن الفرق شاسع بين أن يكافأ الشخص ليحمل على قيامه بالواجب حيث يقع الشرط باطلاً لمنافاته للآداب العامة كما قدمنا ، وبين أن يزجر شخص عن عدم القيام بالواجب عن طريق تغريمه بالمال حيث يعتبر الشرط صحيحاً لأنه لا يتعارض والآداب العامة في شيء بل هو يساعد على تقويم الأخلاق وإصلاح النفوس^(١).

ونرى من المفيد هنا أن نذكر بما قلناه في معرض البحث في عدم مشروعية محل الالتزام وسببه ، من أن مفهوم الآداب العامة يتطور باستمرار ، ومن أنه يعود للقضاء تكييف عدم مطابقة الشرط للآداب العامة تبعاً لحاجات العصر وأخلاقه وحسب نظرة المجتمع الى الحياة وإلى الأمور^(٢).

= أو على القيام بواجبه بل مجرد التشجيع على القيام بالواجب كما اذا وعد رب العمل حارساً عنده بزيادة أجره إذا هو أحسن الحراسة فان الشرط يغدو صحيحاً والوعد ملزماً (السنهوري ، المرجع السابق الجزء ٣ الهامش رقم ١ صفحة ٢٣).

(١) دائرة معارف دالوز (Encyclopédie Dalloz) لفظ شرط نبذة رقم

١٩ - السنهوري ، المرجع السابق الجزء ٣ الهامش رقم ١ صفحة ٢٣.

(٢) راجع الجزء الأول من نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات

والعقود المغربي نبذة رقم ١٢٧ صفحة ١٨٤ ونبذة رقم ١٤٢ صفحة ٢٠٨ وما يليها.

١١ - ملاحظة هامة : انعدام الفائدة من الشرط يوجب اعتباره كأن لم يكن : لابد في الشرط ، حتى يعتد به ، من أن تكون ثمة فائدة في تحقيقه . أما اذا طرأ ما من شأنه أن يعدم هذه الفائدة فإنه يجب اعتبار الشرط كأن لم يكن والالتزام المعلق عليه التزاماً منجزاً . فالمادة ١١١ نصت على أنه « يبطل ويعتبر كأن لم يكن الشرط الذي تنعدم فيه كل فائدة ذات بال ، سواء بالنسبة إلى من وضعه أو إلى شخصٍ غيره ، أو بالنسبة إلى مادة الالتزام » . فهكذا مثلاً لو التزمت بأداء مرتب شهري لطالب شرط أن يحصل على الشهادة الثانوية التي تمكنه من الانتساب إلى كلية الحقوق ، ثم صدر نظام ألغى الشهادة الثانوية وجعل الانتساب إلى الكلية يتم على أساس نجاح الطالب في الفحص الذي تجريه المدرسة آخر العام ، فإن شرط الحصول على الشهادة الثانوية تنعدم منه كل فائدة إذا ما نجح الطالب في فحص المدرسة وانتسب إلى كلية الحقوق على أساس هذا النجاح . ففي هذه الحالة يعتبر الشرط كأن لم يكن ويستحق الطالب المرتب الذي رتبته على نفسه .

الفرع الثاني

مختلف أنواع الشرط

١٢ - تصنيف أنواع الشرط : الشرط على أنواع مختلفة يمكن

تصنيفها من زوايا متعددة :

فبمقتضى تصنيف أول ، وهو الأهم ، الشرط ، من حيث أثره . إما أن يكون شرطاً واقفاً وإما أن يكون شرطاً فاسخاً .

وبمقتضى تصنيف ثانٍ ، الشرط ، من حيث تعلقه بإرادة طرفي الالتزام ، إما أن يكون شرطاً غير إرادي أو متروكاً للصدفة ، وإما أن يكون شرطاً إرادياً . وإما أن يكون شرطاً مختلطاً .

وبمقتضى تصنيف ثالث ، قاصر على الشرط الإرادي ، الشرط من حيث دور الإرادة فيه ، إما أن يكون شرطاً إرادياً بسيطاً وإما أن يكون شرطاً إرادياً محضاً وذلك تبعاً لكون هذا الدور مقيداً بظروف الإرادة وملاساتها أو مطلقاً من كل قيد .
ولسوف نعرض لمختلف هذه الأنواع .

١ - التصنيف الأول

الشرط الواقف والشرط الفاسخ

١٣ - الشرط الواقف : الشرط الواقف (condition suspensive)

هو الذي يتوقف عليه وجود الالتزام بحيث إذا تحقق الشرط وجد الالتزام ، وإذا تخلف لا تقوم للالتزام قائمة ولا يخرج إلى الوجود . مثال ذلك أن تتعهد شركة ضمان بدفع تعويض لمالك دار مؤمن عليها إذا هلك الدار بالحريق . مثال ذلك أيضاً أن أقول لشخص أهلك ألف درهم إذا تزوجت . فالشرط في هذين المثالين هو شرط واقف لأن التزام شركة الضمان أو التزامي كواهب لا ينشأ إلا إذا تحقق

الأمر الذي علق عليه وجود الالتزام وهو حدوث الحريق في المثال الأول ، وحدث الزواج في المثال الثاني .

١٤ - الشرط الفاسخ : الشرط الفاسخ (condition résolutoire)

هو الذي يتوقف عليه زوال الالتزام بحيث إذا تحقق الشرط زال الالتزام واعتبر كأن لم يكن ، وإذا تخلف أصبح الالتزام باتاً . مثال ذلك أن يهب شخص لآخر هبة بعوض ويشترط استرداد المال الموهوب إذا أخل الموهوب له بالتزاماته . مثال ذلك أيضاً أن يوافق الدائن على تقسيط دينه شرط أن يدفع المدين هذه الأقساط كل قسط بميعاده وإلا استحق الدين بكامله . فالشرط في هذين المثالين شرط فاسخ لأن الهبة وتقسيط الدين أنتجا آثارهما فوراً فتسلم الموهوب له المال الموهوب ، وقسط دين المدين . ولكن الهبة تفسخ ويسترد الواهب المال الموهوب وتقسيط الدين يزول ويستحق الدائن الدين كله دفعة واحدة إذا أخل الموهوب له بالتزاماته أو تأخر المدين في دفع قسط من الأقساط في ميعاده . لذا يقال عن الشرط هنا إنه شرط فاسخ .

ويلاحظ أن الإلتزام الموقوف على شرط فاسخ هو في حقيقته التزم يتوقف زواله على شرط واقف : فالشرط في واقع الأمر هو إذن شرط واقف في الأحوال كافة بمعنى أنه يتوقف عليه إما وجود الإلتزام وإما زواله . فإن توقف عليه وجود الإلتزام سمي شرطاً واقفاً وإن توقف عليه زوال الإلتزام سمي شرطاً فاسخاً .

١٥ - سلطة القاضي في تعيين نوع الشرط عند الشك : قد يصعب أحياناً معرفة ما إذا كان الشرط الوارد في العقد هو شرط واقف أو شرط فاسخ ويشور بالتالي الشك في تعيين نوع الشرط ، كأن يكرى المالك داراً للسكن شرط أن توافق زوجة المكترى على هذه الدار . فمثل هذا الشرط يمكن اعتباره شرطاً واقفاً بمعنى أن الكراء لا يتم إلا إذا وافقت زوجة المكترى على الدار كما يمكن اعتباره شرطاً فاسخاً بحيث يكون الكراء تاماً واجب التنفيذ على أن يفسخ إذا لم تقع الدار موقع الرضى من الزوجة .

ففي مثل هذه الحالة ، يعود الأمر لقاضي الموضوع الذي يرجع إليه البت فيه مسترشداً بالملابسات والظروف التي تحيط في القضية والتي تمكنه من معرفة نوع الشرط الذي انصرفت اليه نية الطرفين فيحكم على مقتضى هذه النية (١) .

٢ - التصنيف الثاني

الشرط غير الإرادي والشرط الإرادي والشرط المختلط

١٦ - الشرط غير الإرادي : الشرط غير الإرادي ويسمى أيضاً الشرط المتروك للصدفة (condition casuelle) هو الذي لا علاقة له بإرادة الإنسان أصلاً بل تتحكم فيه ظروف خارجة عن هذه الإرادة لأن الأمر الذي يتوقف عليه ليس باستطاعة الدائن ولا المدين

(١) السهوري ، المرجع السابق نبذة رقم ٢٠ صفحة ٣٠ .

تحقيقه أو الحؤول دون تحقيقه . مثل ذلك أن يُعلق الملتزم التزامه على شرط وصول الطائرة أو الباخرة التي تقلُّ ابنه سالمةً إلى مطار أو مرفأ الوصول .

وبدهي أن يقع الشرط غير الإرادي شرطاً صحيحاً دوماً لأن سائر المقومات متوافرة فيه : فهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع وغير مستحيل وليس فيه ما يخالف القانون أو النظام العام أو الآداب العامة.

١٧ - الشرط الإرادي : الشرط الإرادي (condition potestative)

هو الذي يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام الدائن أو المدين وتتحكم به هذه الإرادة بمعنى أن الأمر الذي يقوم عليه يستطيع أحد الطرفين المتعاقدين تحقيقه أو منع تحقيقه . مثل ذلك أن أقول لأحد أهلك هذه الدار إذا انت تزوجت أو إذا أنت سافرت الى فرنسا . مثل ذلك أيضاً أن أقول لشخص أو جرك داري إذا ما رغبت في استئجاره أو أقرضك ألف درهم إذا ما طاب لي ذلك وراق أو ابيعك سيارتي شرط أن يكون لكلينا أو لأحدنا خيار فسخ البيع خلال أسبوع .

ففي هذه الأمثلة يتوقف وجود الهبة على إرادة من اشترطت عليه الزواج أو السفر ، ويتوقف قيام الكراء على إرادة المستأجر وقيام القرض على إرادتي أنا المقرض . كما يتوقف فسخ البيع على إرادة أي من كليتنا أنا البائع والطرف الآخر المشتري أو على إرادة من منا اشترط الفسخ لمصلحته .

والشرط الإرادي يكون صحيحاً أحياناً ويقع غير صحيح أحياناً

أخرى على ما سننصله في معرض البحث في التصنيف اللاحق المتعلق بالتمييز بين الشرط الإرادي البسيط والشرط الإرادي المحض^(١).

١٨ - الشرط المختلط : الشرط المختلط (condition mixte)

هو الشرط الذي يتوقف تحققه على إرادة أحد طرفي الالتزام ومشاركة عامل خارجي عنها (كمجرد الصدفة) أو (إرادة الغير). مثل ذلك أن يعلق الملتزم أداء مكافأة لأحد على شرط النجاح في سباق أو على شرط الزواج من شخص معين. فكل من هذين الشرطين شرط مختلط لأن الشرط الأول يتعلق بإرادة من اشترط عليه النجاح في السباق وكذلك بظروف خارجية قد لا يكون لإرادته سلطان عليها والشرط الثاني يتعلق بإرادة من اشترط عليه الزواج وإرادة من اشترط الزواج منه.

والشرط المختلط هو شرط صحيح لأنه وإن كان يتوقف إلى حد ما على إرادة أحد طرفي الالتزام فهو رهين بعنصر خارج عن هذه الإرادة يجعل تحققه أمراً محتملاً غير محقق وغير مستحيل.

٣ - التصنيف الثالث

الشرط الإرادي البسيط والشرط الإرادي المحض

١٩ - الشرط الإرادي البسيط : الشرط الإرادي البسيط

(condition simplement potestative) هو الشرط الذي وإن كان

(١) نبذة رقم ١٩ إلى ٢٢ صفحة ٣٧ وما يليها.

يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام ، إلا أن هذه الإرادة ليست طليقة من كل قيد بل هي أسيرة مؤثرات وملابسات تحيط بها كأن يعلق تصرف على زواج المتصرف أو المتصرف إليه أو سفره إلى بلد معين أو بيعه دار سكنه .

فمثل هذا الشرط هو شرط صحيح لأنه لا يتوقف على محض إرادة صاحب العلاقة بل هو يخضع ولو بقدر إلى ظروف تخرج عن هذه الإرادة : فالزواج أو السفر أو بيع دار السكن لا يتحقق بمجرد التعبير عن الإرادة بل ثمة صعوبات أو عوائق عائلية أو اجتماعية أو اقتصادية تحوط بهذا الأمر وتحول ربما دون تحقيقه .

٢٠ - الشرط الإرادي (المحض) : الشرط الإرادي المحض (condition purement potestative) هو الذي يتوقف فقط على إرادة صاحب العلاقة ولا يتطلب سوى التعبير عن هذه الإرادة كأن أقول لأحد أبيعك داري إذا راق لي ذلك أو أقرضك مبلغاً من المال إذا أنت أردت الاستقراض . أو أوْجرك داري على أن يكون لأحدنا فسخ الإيجار خلال شهر من تاريخ العقد .

فالشرط في هذه الأمثلة جميعاً هو شرط إرادي محض لأن بيع الدار موقوف على محض إرادتي أنا البائع إن شئت بعت وإن شئت امتنعت ، وأن قرض المبلغ رهين بمحض إرادة الدائن إن شاء تقاضى المبلغ الذي التزمت به وإن شاء أحلني من التزامي ، وأن زمام الإبقاء على الإيجار أو فسخه عائد لمحض إرادة الطرف الذي احتفظ بحق الفسخ .

ولمعرفة ما إذا كان الشرط الإرادي المحض هو شرط صحيح أم هو شرط باطل. لا بد من التمييز بين أن يكون الشرط الإرادي المحض شرطاً واقفاً وبين أن يكون شرطاً فاسخاً.

٢١ - (أ) حكم الشرط الإرادي المحض الواقف : إذا كان الشرط الإرادي المحض الواقف قد علق على إرادة الدائن وقع شرطاً صحيحاً. أما إذا علق على محض إرادة المدين فهو يقع باطلاً ويعتبر الالتزام المعلق عليه باطلاً كذلك ومجرداً من كل أثر. وهذا ما قرره مطلع المادة ١١٢ بقوله : « يبطل الالتزام إذا كان وجوده معلقاً على محض إرادة الملتزم ». فإذا أجرت داري لعمرى والتزمت ببيع هذه الدار بعشرين ألف درهم عند انتهاء مدة الإيجار إذا ما رغب في الشراء فإن التزامي بالبيع المعلق على محض إرادة عمرو الدائن هو التزام صحيح لا يستطيع التحلل منه. أما إذا التزمت مثلاً ببيع داري لزيد إذا ما وجدت ذلك مناسباً فإن التزامي بالبيع المعلق على محض إرادتي أنا الملتزم، يقع باطلاً لأنني لا التزم في مثل هذه الحالة بصورة جدية لا بل إن تصرفي هذا لا يرقى إلى مصاف الالتزام بالمعنى الصحيح.

٢٢ - (ب) حكم الشرط الإرادي المحض الفاسخ : (١) إن الشرط الإرادي المحض الفاسخ هو شرط صحيح سواء كان معلقاً على إرادة الدائن أم كان معلقاً على إرادة المدين. ويترتب على ذلك أن الالتزام المعلق على مثل هذا الشرط يقع التزاماً صحيحاً ويتنج

سائر أثاره القانونية . فالمادة ١١٢ بعد أن أعلنت بطلان الالتزام إذا كان ذات وجوده معلقاً على محض إرادة الملتزم أضافت « ومع ذلك ، يجوز لكل من الطرفين أو لأحدهما أن يحتفظ لنفسه بالحق في أن يصرح خلال أجل محدد بما إذا كان يريد الإبقاء على العقد أو يريد فسخه » . فإذا ما باع مثلاً شخص لآخر داراً واشترط في العقد على أن يكون للبائع أو للمشتري أو لكليهما ممارسة خيار الفسخ خلال اسبوع ، فإن العقد يكون ملزماً للطرفين ولا يؤثر في صحته احتفاظهما أو احتفاظ أحدهما بخيار الفسخ خلال المدة المعينة في العقد .

(٢) وبالنظر لما لخيار الفسخ من أهمية فقد خصه المشرع بعدة مواد بين فيها أحكامه بالتفصيل . وتلخص هذه الأحكام بالأمور التالية :

أولاً : أين كان يسوغ مبدئياً الاحتفاظ بخيار الفسخ في سائر التصرفات المالية ، فإن بعض التصرفات تستثنى من ذلك على ما ورد في المادة ١١٢ وبمقتضاها لا يسوغ اشتراط الاحتفاظ بخيار الفسخ في التصرفات الآتي بيانها على سبيل الخصر :

١ - الاعتراف بالدين .

٢ - الهبة .

٣ - الإبراء من الدين .

٤ - بيع الأشياء المستقبلية المسمى بالسلم .

ثانياً : إذا حدد ميعاد لممارسة خيار الفسخ وجب ممارسة الخيار

خلال هذا الميعاد . أما إذا لم يحدد الميعاد فإنه يسوغ لكل من الطرفين أن يطلب من الآخر أن يصرح بما يريد في ميعاد معقول (المادة ١١٣) .

ثالثاً : إذا انقضى الميعاد دون أن يصرح المتعاقد بأنه يريد فسخ العقد . أصبح هذا العقد نهائياً ابتداء من وقت إبرامه .

وعلى العكس إذا أبدى المتعاقد صراحةً للمتعاقد الآخر رغبته في التخلص من العقد . فإن الاتفاق يعتبر كأن لم يكن (المادة ١١٤) .

رابعاً : إذا مات المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بخيار الفسخ قبل فوات الميعاد المحدد لمباشرته ودون أن يعبر عن قصده ، انتقل حق الخيار لورثته وأصبح لهؤلاء الخيار بين الإبقاء على العقد وبين فسخه خلال الوقت الذي كان باقياً لمورثهم .

وإذا اختلف الورثة فيما بينهم . فإنه لا يسوغ للراغبين منهم في الإبقاء على العقد إجبار الآخرين على قبوله وإنما يجوز لهم أن يأخذوا العقد كله لحسابهم الشخصي (المادة ١١٥) .

خامساً : إذا أصيب المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بخيار الفسخ بالجنون أو بأي سبب آخر من أسباب نقص الأهلية ، عينت المحكمة بناء على طلب المتعاقد الآخر أو أي ذي مصلحة غيره ، مقديماً خاصاً ليقرر . بعد إذن المحكمة . ما إذا كان يقبل العقد أو يفسخه وفق ما تقتضيه مصلحة ناقص الأهلية . وفي حالة الإفلاس يكون المقدم بحكم القانون . هو وكيل التفليسة (السنديك) أو أي ممثل آخر لكتلة ائدائين (المادة ١١٦) .

الفرع الثالث

آثار الشرط

٢٣ - مخطط البحث : يقتضينا بيان آثار الشرط أن نميز بين المرحلة التي ما زال فيها الشرط معلقاً بحيث لا يعلم ما إذا كان سيتحقق أم سيتخلف . وبين المرحلة التي يصبح فيها مصير الشرط مثبتاً فيه بحيث يكون الشرط قد تحقق أو تخلف . ولما كانت الآثار التي تترتب في هذه المرحلة تختلف في الحالة التي يتخلف فيها الشرط عنها في الحالة التي يتحقق ، فإنه يتعين البحث في آثار تخلف الشرط بصورة منفصلة عن آثار تحققه . على أنه لا بد لنا قبل كل ذلك أن نوضح كيف يمكن اعتبار الشرط متحققاً أو متخلفاً .

وعليه سنقسم هذا الفرع الى أربعة مباحث .

المبحث الأول : كيف يعتبر الشرط متحققاً أو متخلفاً .

المبحث الثاني : آثار الشرط في مرحلة التعليق .

المبحث الثالث : آثار تخلف الشرط .

المبحث الرابع : آثار تحقق الشرط .

المبحث الأول

كيف يعتبر الشرط متحققاً أو متخلفاً

٢٤ - وجوب التمييز بين عدة حالات : إن المشرع المغربي ،

إذ أوضح الأحكام التي يجب على أساسها اعتبار الشرط متحققاً أو متخلفاً قد فرق بين أن يكون الشرط عبارة عن حصول أمر ، وبين أن يكون عبارة عن عدم حصول أمر ، وبين أن يتطلب لتحقيقه مشاركة أحد من الغير أو إجراء عمل من الدائن . ثم أضاف إلى القواعد التي تنتظم هذه الحالات قواعد تنتظم الحالة التي يتحقق فيها الشرط أو يتخلف بطريق الغش .

فلنعرض لمختلف هذه الحالات .

٢٥ - الحالة الأولى : الشرط عبارة عن حصول أمر : عرض

المشرع لهذه الحالة في المادة ١١٧ فقال : « إذا علق التزام على شرط حصول أمر في وقت محدد ، اعتبر هذا الشرط متخلفاً إذا انقضى الوقت دون أن يقع الأمر . وفي هذه الحالة لا يجوز للمحكمة أن تمدد الأجل . وإذا لم يحدد أي أجل ، أمكن أن يتحقق الشرط في أي وقت ، ولا يعتبر متخلفاً إلا إذا أصبح مؤكداً أن الأمر لن يقع » .

(آ) ففي الفرضية التي يكون فيها قد حدد أجل لحدوث الأمر كأن يلتزم زيد بدفع ألف درهم لعمرو إذا تزوج ابنه قبل سنة ، يعتبر الشرط محققاً إذا تزوج الابن خلال الأجل المضروب . أما إذا انقضت السنة دون أن يُعقد الزواج فإن الشرط يعتبر متخلفاً . ويمتنع على القاضي في هذه الحالة أن يمد في الأجل المضروب توقعاً لحدوث الزواج بعد مدة وجيزة . وكذلك يجب اعتبار الشرط متخلفاً ، حتى قبل انقضاء الأجل المحدد . إذا أصبح مؤكداً أن الزواج لن يقع

كأن يموت الابن قبل انقضاء السنة (١).

(ب) وفي الفرضية التي لم يحدد فيها أجل لحدوث الأمر كأن يلتزم زيد بدفع ألف درهم لعمره إذا تزوج أخوه . أمكن أن يتحقق الشرط في أي وقت يتزوج فيه الأخ حتى ولو وقع الزواج بعد وفاة زيد لأن التزام هذا الأخير المعلق على شرط ينتقل إلى الخلف العام ويبقى في ذمة هذا الخلف معلقاً حتى يتزوج الأخ ولا يعتبر الشرط متخلفاً في هذه الفرضية إلا إذا أصبح مؤكداً أن الزواج لن يقع كأن تتحقق وفاة الأخ .

٢٦ - الحالة الثانية : الشرط عبارة عن عدم حصول أمر : نصت على هذه الحالة المادة ١١٨ بقولها : « إذا علق التزام مشروع على شرط عدم وقوع أمر في وقت محدد فإن هذا الشرط يتحقق إذا انقضى الوقت من غير أن يقع الأمر . وهو يتحقق كذلك إذا أصبح . قبل فوات الأجل ، مؤكداً أن الأمر لن يقع . وإذا لم يحدد أي أجل . فلا يتحقق الشرط إلا إذا أصبح مؤكداً أن الأمر لن يقع » .

(آ) ففي الفرضية التي يكون فيها قد حدد أجل لعدم حدوث الأمر كأن يلتزم زيد بدفع ألف درهم لعمره شرط ألا يلد له ولد خلال سنة من زوجته المعقود عليها زواجه . يعتبر الشرط محققاً إذا

(١) لم تعرض المادة ١١٧ لهذا الحكم كما فعلت المادة ١١٨ . ولكنه يستخلص

من تطبيق المبادئ العامة .

انقضت السنة دون أن يرزق عمرو ولدأ أو إذا أصبح قبل فوات هذا الأجل من المؤكد أن عمرواً لن يرزق ولدأ كما لو توفيت زوجته قبل انقضاء السنة . أما إذا ولد لعمر و ولد خلال السنة فالشرط يعتبر متخلفاً حتى لو مات الولد بعد ذلك .

(ب) وفي الفرضية التي لم يحدد فيها أجل لعدم حدوث الأمر كأن يلتزم زيد بدفع ألف درهم لعمر و شرط الا يلد له ولد من زوجته المعقود عليها زواجه فإن الشرط لا يتحقق إلا إذا أصبح مؤكداً أن عمرواً لن يرزق ولدأ بأن أصبح عقيماً مثلاً أو ماتت زوجته . أما إذا رزق عمرو ولدأ في أي وقت فإن الشرط يعتبر متخلفاً حتى ولو مات الولد بعد ذلك .

٢٧ - الحالة الثالثة : الشرط يتطلب لتحقيقه مشاركة الغير أو إجراء عمل من الدائن : ورد النص على هذه الحالة في المادة ١١٩ وبمقتضاها : « الشرط الذي يتطلب لتحقيقه مشاركة الغير أو إجراء عمل من الدائن يعتبر متخلفاً إذا رفض الغير مشاركته ، أو إذا لم يقم الدائن بالعمل المقصود ولو كان المانع راجعاً لسبب لا دخل لإرادته فيه . » فمن هذا النص يتبين أن الشرط إذا كان يتطلب لتحقيقه مشاركة أحد من الغير كأن يعلق زيد التزامه بدفع مبلغ لعمر و على شرط أن يتزوج من فتاة معينة . أو إذا كان يتطلب لتحقيقه قيام الدائن بعمل ما . كأن أعلق التزامي بدفع مبلغ إلى مطرب على أن يغني في حفلة دعوته إليها ، فإن الشرط يعتبر متخلفاً إذا رفضت

الفتاة التي عينها زيد أن تتزوج من عمرو أو إذا لم يغني المطرب في الحفلة التي دعوته إليها سواء كان المانع من الغناء يرجع لسببه أم لسبب لا يد له فيه كما لو أصابه مرض أقعده في الفراش . أما إذا عقد عمرو زواجه على الفتاة التي عينها له زيد أو غنى المطرب في الحفلة التي دعوته إليها . فإن الشرط يعتبر متحققاً .

٢٨ - الحالة الرابعة : تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الغش :

نصت المادة (١٢٢) على أن الشرط يعتبر متحققاً « إذا حال من غير حق المدين الملتزم على شرط دون تحققه أو إذا كان ماطلاً في العمل على تحققه » . وأضافت المادة (١٢٣) أن « تحقق الشرط لا ينتج أي أثر إذا حصل بتدليس ممن كانت له فيه مصلحة » . فمن هذه النصوص يتضح أنه لا يسوغ لمن كانت له مصلحة في تخلف الشرط أو في تحققه . أن يعمل بحطئه أو يغش منه على تخلف الشرط أو على تحققه . وذلك تحت طائلة اعتبار الشرط الذي عمل على تخلفه متحققاً والشرط الذي عمل على تحققه متخلفاً .

(آ) فهكذا يعتبر الشرط متحققاً . رغم عدم تحققه في الواقع ،

إذا كان المدين الملتزم تحت شرط قد حال من غير وجه حق دون تحقق الشرط أو كان قد ماطل في العمل على تحققه . فإذا تعهد مثلاً مالك لسمسار أن يدفع له عمولة إذا نجح في بيع عقار مملوك للمتعهد بضمن حدده له . ووجد السمسار مشترياً بهذا الثمن . وامتنع صاحب العقار عن البيع عمداً أو أهمل وماطل حتى يئس المشتري وضاعت

الصفقة ، فإن الشرط يعتبر متحققاً حكماً ويحق للسماح المطالبة بالعمولة التي وعد بها .

(ب) وهكذا أيضاً يجرد الشرط من كل أثر ويعتبر بالتالي متخلفاً ، رغم تحققه في الواقع ، إذا كان الشرط قد تحقق بغش من كانت له مصلحة في تحققه كأن يعتمد المؤمن على الحريق الى حرق البناء الذي أمنه .

المبحث الثاني

آثار الشرط في مرحلة التعليق

١ - الشرط الواقف

٢٩ - المبادئ التي تتجمع حولها آثار الشرط الواقف قبل تحققه : يمكن جمع الآثار التي تترتب على الشرط الواقف قبل تحققه حول مبدئين أساسيين :

أولاً - الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام غير نافذ .

ثانياً - ولكن الالتزام المعلق على شرط واقف هو مع ذلك التزام موجود .

فلنوضح المقصود بهذين المبدئين ولنبين أهم النتائج التي تترتب على كل منهما .

٣٠ - الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام غير نافذ :

لما كان الالتزام المعلق على شرط واقف لا تكتب له الحياة كاملة الا إذا تحقق الشرط . شأنه شأن الجنين في بطن أمه لا يستوي خلقاً سويّاً إلا إذا ولد حياً . فإنه بات من الطبيعي ان لا يتصف مثل هذا الالتزام بمزايا الالتزام الناجز بل يبقى التزاماً ناقصاً غير نافذ ما دام الشرط المعلق عليه لم يتحقق .

وتترتب على ذلك نتائج عديدة أهمها النتائج التالية :

(١) الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام غير مستحق الأداء . وعليه اذا قام المدين بوفاء الالتزام وهو يعتقد خطأ أن التزامة غير معلق على شرط أو أن الشرط قد تحقق . اعتبر أنه وفي ما ليس مستحقاً عليه وجاز له استرداد ما دفع عملاً بالقواعد العامة في دفع غير المستحق .

(٢) الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام غير قابل للتنفيذ الجبري على المدين . وعليه لا يستطيع الدائن مطالبة المدين قضائياً بالوفاء بمثل هذا الالتزام ما دام الشرط في مرحلة التعليق .

(٣) الالتزام المعلق على شرط واقف لا يطاله التقادم المسقط لأن التقادم المسقط لا يسري على الالتزام إلا إذا كان مستحق الأداء والالتزام المعلق على شرط واقف لا يضحى كذلك الا بتحقيق الشرط .

٣١ - الالتزام المعلق على شرط واقف هو (التزام موجود) :

الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام موجود استجمع سائر

أركانها . فالملتزم تحت مثل هذا الشرط يرتبط بما التزم به ولا يستطيع الرجوع فيه ما لم يتخلف الشرط . والدائن بشرط واقف وإن كان دينه لا يصح نافذاً إلا بتحقيق الشرط . فهو مع ذلك دائن تحت شرط واقف .

* لهذه الاعتبارات منح الدائن بشرط واقف بعض الحقوق أهمها الحقوق التالية :

(١) للدائن بشرط واقف اتخاذ جميع الإجراءات التحفظية لحقه (المادة ١٢٦) كأن يطلب استكتاب الملتزم للتثبت من توقيعه على السند المنشئ لحقوقه المعلقة على الشرط الواقف ، أو كأن يطلب وضع الأختام وتحرير قوائم الجرد . أو كأن يقوم بما من شأنه قطع تقادم يمكن أن يسري على حقه بعد تحقق الشرط كما في هبة بشرط واقف واقعة على دين قارب أن يتقادم .

(٢) للدائن بشرط واقف التصرف بحقه . فمشتري الشيء تحت شرط واقف مثلاً يستطيع أن يبيع هذا الشيء أو أن يهبه أو يوصي به للغير على أن تكون حقوق هذا الغير معلقة طبعاً على نفس الشرط الواقف .

(٣) إذا توفي الدائن تحت شرط واقف ، وذلك قبل تحقق الشرط ، فحقوقه لا تنقضي بوفاته بل إنما تنتقل إلى ورثته .

ولكون الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام موجود قد تكتمل حياته بتحقيق الشرط ، فقد حظر المشرع على الملتزم بشرط

واقف أن يجري . في فترة التعليق . أي عمل من شأنه أن يمنع أو يصعب على الدائن مباشرة الحقوق التي تثبت له عند تحقق الشرط (المادة ١٢٥) . فمثلاً لو أن مالك أرض رتب عليها ارتفاعاً بعدم البناء معلقاً على شرط واقف . فإنه لا يستطيع . ما دام الشرط قائماً . أن يبني فوق أرضه . لأن ذلك من شأنه أن يعطل على صاحب الأرض المرتفعة ممارسة ارتفاعه في حالة تحقق الشرط .

٢ - الشرط الفاسخ

٣٢ - المبادئ التي تتجمع حولها آثار الشرط الفاسخ قبل تحقيقه : يمكن جمع الآثار التي تترتب على الشرط الفاسخ قبل تحقيقه حول مبدئين أساسيين :

أولاً : الإلتزام المعلق على شرط فاسخ هو التزام موجود ونافذ .

ثانياً : ولكن الإلتزام المعلق على شرط فاسخ هو التزام معرض

للزوال .

فلنوضح المقصود بهذين المبدئين ولنبين النتائج التي تترتب على كل منهما .

٣٣ - الإلتزام المعلق على شرط فاسخ هو التزام موجود ونافذ :

الإلتزام المعلق على شرط فاسخ هو التزام موجود وينتج آثاره فوراً .

وهذا ما أشار إليه المشرع في المادة ١٢١ بقوله : « الشرط الفاسخ

لا يوقف تنفيذ الإلتزام » .

وتترتب على ذلك نتائج هامة نخص بالذكر منها ما يلي :

(١) الإلتزام تحت شرط فاسخ هو التزم حال وواجب الأداء . وعليه يستطيع الدائن تحت مثل هذا الشرط أن يتقاضاه من المدين طوعاً وإلا ففقضاء عن طريق التنفيذ الجبري .
وله طبعاً أن يتخذ جميع الاجراءات التحفظية لحفظ حقه (المادة ١٢٦) .

(٢) إذا انصب التصرف تحت شرط فاسخ على حق الملكية أو على حق عيني ، فإن المتصرف له يصبح فوراً مالكاً للعين المتصرف فيها او للحق العيني المتصرف فيه . فإذا وهب مثلاً شخص عقاراً لآخر ، شرط أن تفسخ الهبة إذا مات الموهوب له قبل الواهب ، فالهبة تنفذ بمجرد انعقادها ويصبح الموهوب له مالكاً للعقار الموهوب .

(٣) لصاحب الحق بشرط فاسخ (التصرف بحقه) فمشتري الشيء بشرط فاسخ يستطيع مثلاً أن يبيع هذا الشيء أو أن يهبه أو أن يوصي به للغير على أن تكون حقوق الخلف معلقة طبعاً كحق السلف ومهددة مثله بالزوال إذا ما تحقق الشرط الفاسخ .

٣٤ - الإلتزام المعلق على شرط فاسخ هو التزم معرض للزوال : الإلتزام المعلق على شرط فاسخ وإن كان حقاً موجوداً وجوداً كاملاً ونافذاً فوراً ، إلا أنه معرض للزوال : فهو يستمر في انتاج آثاره وتصبح هذه الآثار نهائية وباتة إذا (تخلف) الشرط . أما إذا تحقق الشرط فالإلتزام الذي كان معلقاً عليه يزول ويترتب عندها

على الدائن أن يرد إلى المدين ما كان أخذه منه (المادة ١٢١) .

المبحث الثالث

آثار تخلف الشرط

٣٥ - آثار تخلف الشرط الواقف : يترتب على تخلف الشرط الواقف زوال الالتزام الذي كان معلقاً على تحققه من الوجود ووجوب اعتبار هذا الالتزام كأن لم يكن ومجرداً من كل أثر . فهكذا مثلاً لو كان التزم زيد بدفع مبلغ من المال لعمره شرط أن ينجح في الفحص وسقط فيه ، فإن التزم زيد يزول نهائياً فيصبح غير ملزم بالوفاء أصلاً ، وإذا كان قد وفى شيئاً فمن حقه استرداد ما وفى . وهكذا أيضاً لو كان الدائن بشرط واقف أقدم على التصرف بحقه ، فإن تصرفه يلغى وتلغى بالتبعية حقوق المتصرف إليه لأن هذه الحقوق كانت معلقة على نفس الشرط الواقف كما سبقت الإشارة إليه (١) .

٣٦ - آثار تخلف الشرط الفاسخ : يترتب على تخلف الشرط الفاسخ استقرار الالتزام الذي كان زواله معلقاً على تحقق هذا الشرط ، وصيرورة الالتزام المذكور باتاً ، فيستمر في إنتاج آثاره وتصبح هذه الآثار نهائية . فهكذا مثلاً لو وهب زيد عقاراً لعمره شرط أن تفسخ الهبة إذا مات عمرو الموهوب له قبل شخص آخر اسمه سعد وتخلف هذا الشرط بموت سعد قبل عمرو فإن الهبة تصبح نهائية

(١) راجع نبذة رقم ٣١ صفحة ٩٤ أعلاه .

ويتملك عمرو العقار الموهوب بصورة بارة . وهكذا أيضاً لو أقدم الدائن بشرط فاسخ على التصرف بحقه فإن تصرفه يضحى باتاً غير قابل للنقض ، وتغدو حقوق المتصرف إليه التي كانت مهددة بالزوال في حالة تحقق الشرط الفاسخ ، بارة كذلك ، وتثبت له على وجه قطعي .

المبحث الرابع آثار تحقق الشرط

٣٧ - المبدأ في التشريع المغربي أن لتحقيق الشرط أثراً فورياً

لا أثراً رجعياً : بعض التقنينات كالقانون المدني الفرنسي ^(١) ، والقانون المدني المصري والقانون المدني السوري ^(٢) درجت على اعتبار الشرط إذا تحقق ذا أثر رجعي ينسحب إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام . وفكرة الأثر الرجعي للشرط التي ترجع إلى القانون الروماني قد أخذت بها التشريعات المذكورة لتبرير بعض الآثار التي تترتب على تحقق الشرط وأهمها فسخ التصرفات التي يجريها أثناء قيام الشرط المدين تحت شرط واقف أو صاحب الحق المقرون بشرط فاسخ . ويلاحظ معظم الفقهاء أنه كان بالامكان تبرير فسخ هذه التصرفات دون اللجوء إلى فكرة الأثر الرجعي بل استناداً إلى المبدأ العام القائل بأنه

(١) راجع المادة ١١٧٩ من القانون المدني الفرنسي .

(٢) راجع المادة ٢٧٠ من كل من القانون المدني المصري والقانون المدني

السوري .

لا يجوز لأحد أن ينقل إلى الغير من الحقوق أكثر مما له : فبائع الشيء تحت شرط واقف لا يستطيع أن يتصرف بهذا الشيء للغير إلا تحت هذا الشرط . ومالك العقار تحت شرط فاسخ إذا ما تصرف بالعقار فالمتصرف إليه يتملك العقار تحت نفس الشرط الفاسخ^(١) .

لذلك عمدت بعض التقنيات الحديثة كالتقنين الألماني^(٢) والتقنين السويسري^(٣) إلى التخلي عن فكرة الأثر الرجعي للشرط معتبرة أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي يتحقق فيه الشرط لا في الوقت الذي نشأ فيه الالتزام .

وقد تبني المشرع المغربي ما انتهى إليه كل من التقنين الألماني والتقنين السويسري إذ ورد في المادة ١٢٤ أن « لتحقق الشرط أثراً رجعياً يستند إلى يوم الاتفاق على الالتزام إذا ظهر من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة الالتزام أنه قصد إعطاؤه هذا الأثر » . فمن هذا النص يتبين أنه ما لم يظهر من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة الالتزام أنه قصد إعطاء الشرط إذا تحقق أثراً رجعياً ، فإن المبدأ الذي يجب الاعتداد به هو الأثر الفوري للشرط بحيث يجب اعتبار الالتزام قد وجد أو قد زال في الوقت الذي تحقق فيه الشرط لا في اليوم الذي نشأ فيه الالتزام .

(١) كولان وكابيتان ، دروس في القانون المدني الفرنسي ، الطبعة الثامنة ،

الجزء الثاني . نبذة رقم ٤٠٠ صفحة ٣٧٨ .

(٢) راجع المادة ١٥٨ من القانون المدني الألماني .

(٣) راجع المادة ١٥١ من قانون الالتزامات السويسري .

على أنه لا بد من الملاحظة إلى أن الفقه والاجتهاد في فرنسا متفقان على القول بأن الأثر الرجعي للشرط لا يتعلق بالنظام العام وأنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تجريد الشرط من هذا الأثر ^(١)، كما تجدر الإشارة إلى أن التقنين الألماني أجاز للمتعاقدين الاتفاق صراحةً على أن يكون للشرط أثر رجعي ^(٢) وأن التقنين المصري والتقنين السوري لأن كانا أقرا أن الشرط . إذا تحقق . استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام . فهما سرعان ما أضافا « إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط » ^(٣) .

وبهذا يتضاءل الفارق من الوجهة العملية بين التشريعات التي تأخذ بالأثر الرجعي للشرط وبين التشريعات التي تأخذ بأثره الفوري وتكاد تكون النتائج التي ترتبها هذه التشريعات جميعاً على تحقق الشرط واحدة . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في هذا الصدد ما يأتي : « ... والحق إن شقة

(١) كولان وكابيتان ، المرجع السابق الجزء الثاني نبذة رقم ٤٠٠ صفحة ٣٧٨ - وجوسران ، دروس في القانون المدني الفرنسي ، الطبعة الثانية ، الجزء الثاني نبذة رقم ٧٤٢ صفحة ٤٠٦ - نقض فرنسي قرار ١٠ فبراير ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ٦١ .

(٢) راجع المادة ١٥٩ من القانون المدني الألماني .

(٣) راجع المادة ٢٧٠ من كل من القانون المدني المصري والقانون المدني

الخلاف بين المذهب اللاتيني والمذهب الجرمني ، فيما يتعلق بأثر الشرط ، ليست من السعة كما قد يحسب البعض . فالأحكام العملية أو التطبيقية تكاد تتماثل في ظل كل من هذين المذهبين . والواقع أن الخلاف بينهما لا يعدو أن يكون خلافاً في التصوير لا أكثر . فالمذهب اللاتيني يجعل من استناد أثر الشرط قاعدة عامة ويجيز مع ذلك الاتفاق على عكسها ، بينما يجعل المذهب الجرمني من عدم استناد هذا الأثر قاعدة عامة مع إباحة الخروج عليها^(١) .

٣٨ - الحالات الاستثنائية التي يكون فيها للشرط أثر رجعي :

لئن كان المبدأ في التشريع المغربي أن للشرط إذا تحقق أثراً فورياً ، فإن لهذا المبدأ استثناءان ورد عليهما النص في المادة ١٢٤ وهما : إرادة المتعاقدين في استبعاد الأثر الفوري للشرط وإعطائه أثراً رجعياً ، وطبيعة الالتزام إذا كانت تأبى الأثر الفوري .

(آ) فللمتعاقدين إن رغبا في استبعاد الأثر الفوري للشرط أن يعربا عن إرادتهما في ذلك ، فيعمل عندها بهذه الإرادة وينسحب أثر الشرط إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام . فلو وهب زيد عقاراً لعمرو شرط أن يعود ابنه من السفر سالماً وصرح عن رغبته في أن يكون للشرط الذي اشترطه أثراً رجعياً ، فإن الهبة في هذه الحالة ، إذا ما عاد الابن من السفر سالماً ، تنسحب آثارها إلى اليوم الذي انعقدت فيه . ويعتبر الموهوب له مالكا للموهوب منذ اليوم الذي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الثالث صفحة ٢٠ .

وقعت فيه الهبة مع ما يستتبع ذلك من نتائج ولا سيما من حيث استحقاق ثمار المال الموهوب .

والإعراب عن الإرادة في استبعاد الأثر الفوري يمكن أن يكون صريحاً ويمكن أن يكون ضمناً . إنما يجب التشدد في استخلاص النية الضمنية للمتعاقدين في استبعاد الأثر الفوري لأن المشرع صرف نيتهما المحتملة إلى استبعاد هذا الأثر ولا بد من قيام دليل واضح لا لبس فيه على أنهما قصدا العكس .

(ب) وقد تأبى طبيعة الالتزام الأثر الفوري وتتطلب بالضرورة أن يكون للشرط إذا تحقق أثر رجعي . مثل ذلك أن يتنازل شريك لشريكه عن قدر من حصته السنوية في ثمار مؤسسة للحمامات تستغل في فصل الصيف ، وذلك شرط أن يوافق المالك على تمديد عقد إيجار هذه المؤسسة ، ويوافق المالك على التمديد بعد انقضاء فصل الصيف . فطبيعة الأشياء تقتضي أن يكون لتحقيق الشرط في هذه الحالة أثر رجعي ينسحب الى اليوم الذي تم فيه الاتفاق على التنازل ويستحق الشريك القدر المتنازل عنه في ثمار فصل الصيف المنصرم . مثل ذلك أيضاً أن يجري الشركاء على الشيوع القسمة فيما بينهم وتعلق هذه القسمة على صدور قرار من السلطة الادارية بالترخيص للشريك الأجنبي منهم بتملك العقار الذي آل إليه بنتيجة القسمة ، ويصدر قرار الترخيص . ففي هذه الحالة يكون لصدور القرار ، بحكم الضرورة ، أثر رجعي يستند إلى اليوم الذي تمت فيه القسمة بحيث تعتبر باتة لا منذ صدور قرار الترخيص بل من وقت إجرائها .

٣٩ - النتائج المترتبة على تحقق الشرط الواقف : ترتب على تحقق الشرط الواقف النتائج التالية :

(أ) إذا تحقق الشرط الواقف نشأ الالتزام الذي كان وجوده معلقاً على حدوث الشرط ووجب على الملتزم تنفيذ التزامه رضاء وإلا فللدائن المطالبة بالتنفيذ الجبري . فإذا كان التصرف المعلق على شرط واقف بيعاً مثلاً ، وتحقق الشرط ، وجب على البائع تسليم المبيع وعلى المشتري دفع الثمن وإذا تمتع أحدهما عن القيام بالتزامه حق للآخر اللجوء إلى القضاء لإرغام خصمه على التنفيذ .

(ب) إذا هلك محل الالتزام المعلق على شرط واقف أو تلف أو نقصت قيمته وذلك في مرحلة التعليق ، وجب عند تحقق الشرط اتباع القواعد الوارد عليها النص في المادة ١٢٠ . وهذه القواعد ، ما لم يتفق الطرفان على خلافها ، تتلخص بما يلي :

(١) إذا هلك الشيء هلاكاً تاماً بدون فعل المدين أو خطأه كان تحقق الشرط غير ذي موضوع واعتبر الالتزام كأن لم يكن . أما إذا كان الهلاك التام بخطأ المدين أو بفعله كان للدائن الحق في التعويض .

(٢) وإذا أصاب الشيء تلف أو نقص في القيمة ، وذلك بغير خطأ المدين أو فعله ، وجب على الدائن أن يأخذه في الحالة التي يوجد عليها ومن غير انقاص في الثمن ^(١) .

(١) يلاحظ أن القانون المدني الفرنسي يعطي في هذه الحالة الخيار للدائن =

أما إذا تلف الشيء أو نقصت قيمته بخطأ المدين أو بفعله ، كان للدائن الخيار بين أن يأخذ الشيء في الحالة التي يوجد عليها وبين أن يفسخ العقد ، مع ثبوت الحق في التعويض في الحالتين .

(ج) التصرفات التي يكون المدين قد أجراها في الفترة القائمة بين نشوء الالتزام وتحقق الشرط تفسخ في الحدود التي يمكن فيها أن تضر بالدائن مع عدم الإخلال بالحقوق المكتسبة بطريقة سليمة للغير حسني النية (الفقرة الثانية من المادة ١٢٥) .

وتستدعي هذه النتيجة الملاحظتين التاليتين :

الملاحظة الأولى : لما كان من حق الدائن تحت شرط واقف أن لا يضار بالتصرفات التي يجريها المدين في فترة التعليق ، وكان المتصرف إليه في هذه الفترة لا يستطيع أن يتلقى الحق من المتصرف إلا تحت نفس الشرط الواقف على ما سبق بيانه^(١) ، بات من الطبيعي أن تفسخ هذه التصرفات إذا ما كانت تضر بالدائن : ففي البيع العقاري المعلق على شرط واقف ، إذا أنشأ البائع مثلاً انتفاعاً أو ارتفاقاً على العقار المبيع أثناء قيام الشرط ، يفسخ الانتفاع أو الارتفاق عند تحقق الشرط لأن من حق المشتري تحت شرط واقف أن يتسلم المبيع خالياً من الأعباء والتكاليف التي يكون البائع قد رتبها بعد البيع .

أما التصرفات التي لا تضر بالدائن فتبقى صحيحة ونافذة رغم = بين أن يأخذ الشيء في الحالة التي يوجد عليها ومن غير حظ في الثمن، وبين أن يفسخ العقد (الفقرة الثالثة من المادة ١١٨٢) .

(١) راجع نبذة رقم ٣١ صفحة ٤٨ أعلاه .

تحقق الشرط الواقف لأنه من الأهمية بمكان أن يكفل لها ما ينبغي من الاستقرار . مثل ذلك أعمال الإدارة كالأبجار الذي يعقده المدين تحت شرط واقف أو كبيع الثمار والمحصولات التي حان وقت قطفها أو جنيتها .

الملاحظة الثانية : لما كان من يكتسب حقاً من المدين تحت شرط واقف بطريق سليمة وبحسن نية يجب أن لا تتأثر حقوقه بتحقيق الشرط الواقف الذي كان يجهل وجوده ، كان من الطبيعي أن يحرص المشرع على حماية مثل هذا الغير حسن النية . ففي المثل الذي سقناه أعلاه لو أن المنتفع أو من اكتسب الحق الارتفاقي قد استند يوم إنشاء الانتفاع أو الارتفاق إلى قيود السجل العقاري التي لا تشير إلى الشرط الواقف الذي كان علق عليه البيع لأن الطرفين اقتصرنا على الاتفاق فيما بينهما على الشرط الواقف دون تسجيله في المحافظة العقارية ، فإن حقوق المنتفع أو حقوق مكتسب الحق الارتفاقي لا تتأثر إطلاقاً بتحقيق الشرط الواقف وتبقى للمشتري المتضرر مطالبة البائع بالتعويض عليه عن الأضرار التي تصيبه من جراء انتقال العقار المبيع إليه وهو مثقل بالانتفاع أو الارتفاق المقرر عليه .

٤٠ - النتائج المترتبة على تحقق الشرط الفاسخ : ترتب على

تحقق الشرط الفاسخ النتائج التالية :

(آ) إذا تحقق الشرط الفاسخ . فسخ التصرف الذي كان معلقاً

عليه ووجب مبدئياً إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إجراء التصرف .

لذلك ألزمت المادة ١٢١ الدائن في أن يرد ما أخذه . إذا تحقق الشرط الفاسخ .

(ب) إذا استحال على الدائن رد ما أخذ ، وجب التفريق بين أن تكون الاستحالة بسببه أو بسبب أجنبي لا يد له فيه :

(١) فإذا كانت الاستحالة لسبب يوجب مسؤولية الدائن التزم الدائن بالتعويض على الطرف الآخر (الفقرة الثانية من المادة ١٢١) . فلو أن مشتري العقار تحت شرط فاسخ تركه يتهدم لاهماله العناية به وجب عليه ، إذا تحقق الشرط الفاسخ ، أن يعرض على البائع ما لحقه من ضرر بسبب تهدم المبيع .

(٢) أما إذا كانت الاستحالة لسبب أجنبي لا يد للدائن فيه كأن يتهدم البناء لعب فيه أو نتيجة حادث مفاجئ ، أو قوة قاهرة كوقوع زلزال ، فلا يلزم الدائن بالتعويض على ما يتبين من المفهوم المعاكس للفقرة الثانية من المادة ١٢١ التي تلزم الدائن بالتعويض في الحالة التي يستحيل عليه رد ما أخذه بسبب يوجب مسؤوليته .

(ج) لا يلتزم الدائن برد الثمار والزيادات التي يكون جناها قبل تحقق الشرط بل هو يبقى محتفظاً بها . وكل اشتراط من شأنه أن يحمله برد الثمار يعتبر كأن لم يكن ولا يعمل به (الفقرة الأخيرة من المادة ١٢١) .

(د) التصرفات التي يجريها من يترتب على تحقق الشرط زوال حقوقه وذلك في الفترة التي تسبق تحقق الشرط الفاسخ ، تفسخ في

الحدود التي يمكن فيها أن تضرّ بالطرف الآخر وذلك مع عدم الاخلال بالحقوق المكتسبة بطريقة سليمة للغير حسني النية (الفقرة الأخيرة من المادة ١٢٥) .

وتستدعي هذه النتيجة الملاحظتين التاليتين :

✕ **الملاحظة الأولى :** لما كان من حق المدين تحت شرط فاسخ أن لا يضار بالتصرفات التي يجريها الدائن في فترة التعليق ، وكان المتصرف إليه في هذه الفترة لا يستطيع أن يتلقى الحق من المتصرف الا تحت نفس الشرط الفاسخ كما تقدم القول^(١) ، أضحي من الطبيعي أن تفسخ هذه التصرفات إذا ما كانت تضر بالمدين : ففي البيع العقاري المعلق على شرط فاسخ ، اذا انشأ المشتري مثلاً انتفاعاً أو ارتفاقاً على العقار المبيع ثم تحقق الشرط الفاسخ فسخ الانتفاع أو الارتفاق لأن من واجب المشتري تحت شرط فاسخ ، رد ما أخذه في الحالة التي كان تسلمه فيها وبالتالي خالياً من أي تكليف يكون المشتري قد رتبته عليه بعد البيع .

أما التصرفات التي لا تضر بالمدين فتبقى صحيحة ونافذة رغم تحقق الشرط الفاسخ . مثل ذلك أعمال الادارة كإيجار يعقده الدائن تحت شرط فاسخ أو كبيعه الثمار أو المحصولات التي نصبت وحن قطفها أو جنيها . ذلك أن هذه التصرفات عدا عن كونها لا تضر بالمدين ، فهي ضرورية ويجب إبرامها في الوقت المناسب وصاحب

(١) راجع نبذة رقم ٣٣ صفحة ٥٠ اعلاه .

الحق المعلق على شرط فاسخ يستطيع وحده القيام بها . لذا وجد المشرع أن تبقى هذه التصرفات قائمة حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ .

× **الملاحظة الثانية :** لما كان من يكتسب حقاً من الدائن تحت شرط فاسخ بطريق سليمة وبحسن نية يجب أن لا تتأثر حقوقه بتحقيق الشرط الفاسخ الذي كان يجهل وجوده . كان من الطبيعي أن يحرص المشرع على حماية مثل هذا الغير حسن النية . ففي المثال الذي سقناه أعلاه لو أن المنتفع أو صاحب حق الارتفاق قد استند يوم اكتسابه الانتفاع أو الارتفاق إلى قيود السجل العقاري التي لا تشير إلى الشرط الفاسخ لاقتصار الطرفين على إبرامه فيما بينهما بعقد عادي لم يعمدا إلى تسجيله في السجل العقاري فان حقوق المنتفع أو حقوق مكتسب الحق الارتفاقي تصان رغم تحقق الشرط الفاسخ ويكون المشتري ملزماً بالتعويض على البائع عن الأضرار التي لحقت به من جراء استرداد العقار مكلفاً بالانتفاع أو بالحق الارتفاقي .

الفصل الثاني

الأجل

٤١ - مخطط الفصل : خصّ المشرع لبحث الأجل المواد ١٢٧ الى ١٣٩ . وتقتضينا الاحاطة بهذا البحث أن نعرّف الأجل ونحدد مقوماته ، ثم نعرض لمختلف أنواعه . ثم نعين لمصلحة من يقرر الأجل ثم نوضح الآثار التي تترتب عليه ثم نختم البحث ببيان اسباب حلول الأجل .

وسنفرد لكل من هذه المواضيع فرعاً مستقلاً .

وعليه سنقسم هذا الفصل الى خمسة فروع :

الفرع الأول : تعريف الأجل ومقوماته .

الفرع الثاني : مختلف انواع الأجل .

الفرع الثالث : لمصلحة من يقرر الأجل .

الفرع الرابع : آثار الأجل .

الفرع الخامس : أسباب حلول الأجل .

الفرع الأول

تعريف الأجل ومقوماته

٤٢ - تعريف الأجل : الأجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع يتوقف على حدوثه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه . مثل ذلك أن أتعهد بدفع مبلغ من المال في تاريخ معين حيث حلول هذا التاريخ يترتب عليه وجوب وفاء المبلغ ، أو أن أوجر داري لمدة سنة تنتهي في آخر ديسمبر من العام الحالي حيث حلول هذا التاريخ يترتب عليه انقضاء عقد الأيجار ويسمح لي بالتحلل من هذا العقد .

والأجل كما نرى يشترك مع الشرط من حيث أن كلاهما ينصب على أمر مستقبل . ولكنهما يختلفان عن بعضهما اختلافاً جوهرياً من حيث أن الشرط أمر غير محقق الوقوع فقد يتحقق وقد لا يتحقق ، في حين أن الأجل أمر محقق الوقوع فهو آت دون ما ريب .

٤٣ - مقومات الأجل : يتميز الأجل بمقومين اثنين :

(أ) هو أمر مستقبل .

(ب) وهو أمر محقق الوقوع .

أما المقومان الآخران اللذان يتميز بهما الشرط وهما وجوب كونه غير مستحيل من جهة ، ووجوب كونه غير مخالف للقانون او للأداب العامة من جهة ثانية ، فلا محل لهما في الأجل . لأن الأجل ميعاد لا يتصور فيه إلا أن يكون ممكناً ومشروعاً .

وستتناول تفصيل كل من هذين المقومين اللذين يتميز بهما الأجل على حدة .

٤٤ - (آ) يجب أن يكون الأجل أمراً مستقبلاً : (١) لا بد في الأجل ، كما في الشرط ، أن يكون أمراً مستقبلاً . فني الأمثلة التي سقناها في معرض تعريف الأجل ، عندما تعهدت بدفع مبلغ من المال في تاريخ معين ، ربطت تعهدي بأمر مستقبل يترتب على حلوله نفاذ هذا التعهد ، وعندما أجرت داري لمدة سنة تنتهي في آخر ديسمبر من العام الحالي ربطت كذلك التزامي كمؤجر بأمر مستقبل يترتب على حلوله انقضاء التزامي .

(٢) وما دام الأمر الذي ينطوي عليه الأجل لا بد أن يكون أمراً مستقبلاً ، فإن الأمر الماضي أو الحاضر الذي لا يصح أن يكون شرطاً ، لا يصح كذلك أن يكون أجلاً ولو كان طرفاً للالتزام يجهلان وقت التعامل أن الأجل الذي يضربانه للمستقبل هو أمر قد حل . فلو أن زيداً حدد موعداً لأداء التزامه إزاء عمرو يوم وصول الباخرة التي تقل أول قافلة من الحجيج وكان يجهل وهو يلتزم أن الباخرة آخذة في دخول مرفأ الوصول فإن التزامه لا يكون مربوطاً بأجل بل ينشأ التزاماً منجزاً حال الأداء . وكذلك لو أن زيداً عين يوم موت سعد موعداً للوفاء بالتزامه إزاء عمر وهو يجهل أن سعداً قد أودع اللحد قبل ذلك ، فإن التزامه يعتبر التزاماً منجزاً واجب الأداء في الحال .

٤٥ - (ب) يجب أن يكون الأجل أمراً محقق الوقوع : لا بد في

الأمر الذي ينطوي عليه الأجل أن يكون أمراً محقق الوقوع وذلك بخلاف الشرط الذي ينطوي على أمر مشكوك في وقوعه .

وغالباً ما يكون ميعاد وقوع الأجل معلوماً منذ نشوء الالتزام كتاريخ معين يحل في يوم معين من شهر معين من سنة معينة . ولكن قد يحصل أن يكون ميعاد حلول الأجل مجهولاً كما لو كان الأجل قد حدد برجوع قافلة الحجيج أو بموت شخص . فكل من رجوع القافلة أو الموت أمر لا يعرف الوقت الذي سيقع فيه . ولكن وقوعه محتوم . لذا يصلح أن يكون أجلاً .

الفرع الثاني

مختلف أنواع الأجل

٤٦ - تصنيف أنواع الأجل : الأجل كالشرط على أنواع

مختلفة يمكن تصنيفها من زوايا متعددة :

فبمقتضى تصنيف أول ، وهو الأهم ، الأجل ، من حيث أثره ، إما أن يكون أجلاً واقفاً وإما أن يكون أجلاً فاسخاً .

وبمقتضى تصنيف ثانٍ ، الأجل ، من حيث ميعاد حلوله ، إما أن يكون أجلاً معيناً وإما أن يكون أجلاً غير معين .

وبمقتضى تصنيف ثالث ، الأجل ، من حيث طريقة تحديده ، إما أن يكون أجلاً صريحاً وإما أن يكون أجلاً ضمناً .

وبمقتضى تصنيف رابع ، الأجل ، من حيث مصدره ، إما أن

يكون تعاقدياً أو قانونياً أو قضائياً .
ولسوف نعرض لمختلف هذه الأنواع .

١ - التصنيف الأول الأجل الواقف والأجل الفاسخ

٤٧ - **الأجل الواقف** : **الأجل الواقف** (terme suspensif) هو الذي يتوقف على حدوثه نفاذ الالتزام . فإذا التزم المدين بوفاء الدين في تاريخ معين ، فالتزامه يكون التزاماً مربوطاً بأجل واقف بمعنى أن الدائن لا يستطيع مطالبة المدين بأداء الدين قبل حلول هذا التاريخ . وإذا تعهد المشتري بدفع الثمن أو المستأجر بدفع الأجرة على أقساط كان تعهده مقترناً بآجال واقفة متعاقبة فلا يجوز للبائع ولا للمؤجر الزام المشتري أو المستأجر بأداء أي قسط من الثمن أو من الأجرة قبل حلول الأجل المعين لاستحقاق كل قسط .

٤٨ - **الأجل الفاسخ** : **الأجل الفاسخ** (terme extinctif) هو الذي يترتب على حدوثه انقضاء الالتزام .. فإذا أجر زيد داره لمدة سنتين فالتزاماته كمؤجر تكون مربوطاً بأجل فاسخ بمعنى أنها تنقضي بانتهاء السنة الثانية من مدة الايجار ويستطيع زيد التحلل منها بانتهاء هذه السنة . وإذا التزم عامل أن يعمل مدة ستة أشهر لدى رب عمل أو التزم متعهد بتوريد مواد غذائية الى مستشفى أو مدرسة لمدة سنة فإن التزام كل من العامل أو المتعهد يعتبر مربوطاً بأجل فاسخ بحيث

ينقضي الالتزام بانقضاء هذا الأجل . وكذلك من التصرفات المقرونة بأجل فاسخ عقد الايراد المرتب مدى الحياة حيث ينقضي التزام المدين بموت الدائن الذي تقرر المرتب لمصلحته .

وقد يصعب في بعض الحالات التمييز بين الأجل الفاسخ والشرط الفاسخ . مثل ذلك أن يهب رجل امرأة أو يوصي لها بمرتب شهري تتقاضاه إلى اليوم الذي تتزوج فيه حيث ينقطع المرتب . فمن المهم في هذه الحالة تعيين وصف الالتزام ومعرفة ما إذا كان التزاماً مربوطاً بأجل فاسخ حيث يقع الالتزام صحيحاً . أم ما إذا كان التزاماً معلقاً على شرط فاسخ ابتغى الواهب أو الموصي من ورائه منع المرأة المتصرف إليها من ممارسة حقها في الزواج حيث يقع الشرط باطلاً ويؤدي إلى بطلان الالتزام عملاً بمقتضيات المادة ١٠٩ . ويعود طبعاً لقاضي الموضوع إعطاء الوصف الحقيقي للالتزام في ضوء الظروف والملابسات التي أحاطت بالتصرف . وعند الشك يكيف الوصف بأنه أجل تصحيحاً للتصرف (١) .

٢ - التصنيف الثاني

• الأجل المعين والأجل غير المعين

٤٩ - الأجل المعين : الأجل المعين (terme certain) هو الذي

يعرف ميعاد حلوله على وجه الدقة سواء أكان هذا الميعاد ميعاداً في

(١) السنهاوري ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، الهامش رقم ١ صفحة ٨١ .

التقويم كالحامس عشر من شهر ديسمبر من السنة الحالية أو اليوم الأول من شهر يناير القادم ، أم كان هذا الميعاد ميعاد حدث يقع في تاريخ معين كالיום الأول من عيد الفطر المبارك أو يوم عيد الاستقلال أو يوم عيد العرش .

٥٠ - الأجل غير المعين : الأجل غير المعين (terme incertain)

هو الذي يتعلق بأمر وإن كان محقق الوقوع إلا أن تاريخ حدوثه يبقى مدار جهالة ولا يمكن تعيينه عند نشوء الالتزام . مثل ذلك أن يلتزم زيد بدفع مبلغ لعمر و يوم وفاة سعد أو يوم وصول الباخرة التي تقل أول قافلة للحجيج . فموت سعد أو وصول الباخرة أمر لا ريب فيه ولكننا لا نستطيع تحديد تاريخ وقوعه على وجه الدقة .

ويجب التفريق بين الأجل غير المعين وبين الشرط : ففي الشرط تحوم الجهالة بالنسبة لحدوث الأمر من جهة وبالنسبة لتاريخ حدوث هذا الأمر من جهة ثانية . أما في الأجل غير المعين فالأمر محقق الوقوع في ذاته والجهالة تحوم بالنسبة لميعاد وقوعه ليس إلا .

٣ - التصنيف الثالث

الأجل الصريح والأجل الضمني

٥١ - الأجل الصريح : الأجل الصريح (terme express) هو

الذي يجري تحديده على وجه صريح كأن يعين تاريخ استحقاق قرض في الخامس من يناير من عام ١٩٧٠ أو يعين تاريخ انتهاء عقد إيجار

في الواحد والثلاثين من ديسمبر من عام ١٩٦٩ . ويجري عادةً تحديد الأجل باتفاق الطرفين أو قد يترك تحديده لإرادة الدائن كأن يستقرض زيد مبلغاً من مصرف على أن يكون حلول الأجل بعد إخطار المصرف المدين زيد بشهرين مثلاً . ولكن لا يجوز ترك تحديد الأجل لإرادة المدين تحت طائلة بطلان الالتزام . ذلك أن الدائن يصبح في هذه الحالة تحت رحمة المدين الذي لن يحدد الأجل أبداً بحيث يصبح في واقع الأمر وكأنه لم يلتزم أصلاً . لهذه الاعتبارات قرر المشرع في المادة ١٢٩ أن الالتزام يبطل « إذا ترك تحديد الأجل لإرادة المدين أو كان مناطاً بأمر يتوقف حصوله على مشيئته » .

٥٢ - الأجل الضمني : الأجل الضمني (terme tacite) هو

الذي لم يحدد بصورة صريحة بل ينتج على ما ورد في المادة ١٢٧ « من طبيعة الالتزام أو من طريقة تنفيذه أو من المكان المحدد لهذا التنفيذ » .

(أ) فقد ينتج الأجل من طبيعة الالتزام كأن يتعهد شخص في فصل الشتاء بالقيام بأعمال لا يمكن القيام بها إلا بعد انقضاء هذا الفصل كما لو التزم متعهد بتوريد مهام ومأكولات لمؤسسة حمامات لا تفتح أبوابها إلا في فصل الصيف .

(ب) وقد ينتج الأجل من طريقة تنفيذ الالتزام كأن يورد تاجر لصاحب مصنع خيوطاً قطنية ويعهد إليه بأن يصنع له منها قماشاً . فصاحب المصنع لا يستطيع تسليم القماش فوراً بل لا بد من إعطائه الوقت المعقول الذي تتطلبه صناعة القماش الذي عهد إليه بصناعته

(ج) وقد ينتج الأجل من المكان المحدد لتنفيذ الالتزام كأن يعهد تاجر إلى شركة نقل في الرباط بشحن بضاعة وتسليمها إلى عميل له في فرنسا. فشركة النقل لا يعقل أن يطلب منها تسليم البضاعة فوراً إلى من أرسلت إليه في فرنسا بل لا بد من إعطائها الزمن الكافي الذي يتطلبه نقل البضاعة في الظروف العادية من المغرب إلى فرنسا.

٥٣ - ملاحظة هامة : يجدر لفت النظر إلى أنه ما لم يحدد الأجل صراحةً أو ما لم يستنتج ضمناً فالالتزام يعتبر منجزاً ويتعين تنفيذه فوراً. وهذا ما أشارت إليه المادة ١٢٧ بقولها : « إذا لم يحدد للوفاء بالالتزام ميعاد معين ، وجب تنفيذه على الفور ما لم ينتج الأجل من طبيعة الالتزام أو من طريقة تنفيذه أو من المكان المحدد لهذا التنفيذ »

٤ - التصنيف الرابع

الأجل التعاقدي والأجل القانوني والأجل القضائي

٥٤ - الأجل التعاقدي : الأجل التعاقدي (terme conventionnel) هو الذي يجري تعيينه بمقتضى الاتفاق كأن يحدد المقرض والمستقرض تاريخ استحقاق القرض أو كأن يعين المؤجر والمستأجر تاريخ انتهاء عقد الإيجار ، أو كأن يستنتج الأجل ضمناً من طبيعة الالتزام أو من طريقة تنفيذه أو من المكان المحدد لهذا التنفيذ على ما سبق بيانه^(١).

(١) راجع نبذة ٥٢ صفحة ٧١ أعلاه .

٥٥ - الأجل القانوني : الأجل القانوني (terme légal) هو الذي يكون مصدره القانون . فقد يعتمد المشرع إلى تعيين أجل أدنى أو أقصى لقيام بعض التصرفات أو قد يحدد أجلاً لممارسة بعض الحقوق أو لانقضاءها . فمثل الأجل الأدنى أو الأقصى المعين قانوناً لقيام بعض التصرفات ما ورد عليه النص في المادة ٨٧ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة من أن الكراء الطويل الأمد يجب أن يكون لمدة تفوق ثمان عشرة سنة دون أن تتجاوز تسعاً وتسعين سنة .

ومثل الأجل القانوني لممارسة بعض الحقوق . ميعاد الخمسة عشر يوماً المنصوص عليه في المادة ٣٦ من قانون الالتزامات والعقود والممنوح للغير الملتزم باسمه شرط إقراره الالتزام في أن يصرح بما إذا كان ينوي اقرار الاتفاق ، أو الميعاد المنصوص عليه في المادة ٦٠٤ وبمقتضاها يجب على المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بحق الخيار في البيع المعلق على شرط واقف في أن يصرح بما إذا كان يقصد إمضاء العقد أو نقضه ، خلال مدة ستين يوماً من تاريخ العقد إذا كان البيع واقعاً على عقار وخلال مدة خمسة أيام إذا كان البيع منصّباً على حيوان أو على منقول .

ومثل الأجل القانوني لانقضاء الحق ما ورد عليه النص في المادة ٣٥ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ من أن حق الانتفاع يسقط حتماً بموت المنتفع . أو ما ورد عليه النص في المادة ٩٧٦ من قانون الالتزامات

والعقود من أن حق المالك على الشياخ في الأخذ بالشفعة يسقط بعد مضي سنة على علمه بالبيع الحاصل من شريكه .

٥٦ - الأجل القضائي : الأجل القضائي أو نظرة الميسرة (terme judiciaire) هو الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين حسن النية الملاحق قضائياً . والقوانين تسمح عادة للقاضي في اللجوء إلى نظرة الميسرة للأخذ بيد المدين الجدير بالعطف والرعاية فينظره إلى أجل معقول لتنفيذ التزامه . فهكذا أجاز القانون المدني الفرنسي للقاضي إذ يصدر حكمه على المدين بتنفيذ التزامه أن يمنحه مهلة لهذا التنفيذ ^(١) . وكل من القانون المدني المصري والقانون المدني السوري أجاز كذلك للقاضي « في حالات استثنائية » إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم ^(٢) . وقانون الالتزامات والعقود المغربي ، وإن كان حظر على القاضي في المادة ١٢٨ أن يمنح أجلاً للمدين ما لم يعط هذا الحق بمقتضى الاتفاق أو القانون ، وكان حظر عليه أن يمدد الأجل الاتفاقية أو القانوني ما لم يسمح له القانون بذلك ، فهو ، كبقية التقنينات ، قد سوغ للقضاة في الفقرة الثانية من المادة ٢٤٣ « أن يمنحوا المدين أجلاً »

(١) راجع المادة ١٢٤٤ من القانون المدني الفرنسي .

(٢) راجع الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ من القانون المدني المصري والفقرة الثانية من المادة ٣٤٤ من القانون المدني السوري .

معتدلة للوفاء وأن يوقفوا اجراءات المطالبة ، مع إبقاء الاشياء على حالها » على أن يراعوا في ذلك مركز المدين وأن يستعملوا سلطتهم في هذا الشأن بحرص شديد .

فالمبدأ إذن في التشريع المغربي ، كما في غيره من التشريعات . أن للقاضي أن يمنح المدين أجلاً للوفاء ما لم يكن ممتنعاً عليه ذلك بمقتضى نص في القانون . ذلك أن ثمة آجالاً اتفاقية أو قانونية لا يستطيع القاضي أن يمددها : فهكذا مثلاً إذا علق التزام على شرط حصول أمر في وقت محدد اعتبر الشرط متخلفاً إذا انقضى الوقت دون أن يقع الأمر . وفي هذه الحالة لا يجوز للمحكمة أن تمد الأجل (المادة ١١٧) . وهكذا أيضاً الأجل المحدد بمقتضى اتفاق المتعاقدين أو بمقتضى القانون لممارسة حق الخيار في البيع المعقود على شرط واقف ، هو أجل قاطع لا يستطيع القاضي تمديده (المادة ٦٠٥) . وعلى العكس فثمة أجال أجاز المشرع صراحةً للقاضي أن يمددها . فهكذا مثلاً يحق للمكبري كراء طويل الأمد أن يطالب بفسخ الكراء في حالة تخلف المكبري عن أداء واجبات الكراء مدة سنتين متعاقبتين أو في حالة عدم تنفيذ شروط العقد . غير أن المشرع أجاز للمحكمة التي يطلب منها الفسخ أن تمنح أجلاً للمكبري (المادة ٩١ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣) . فمثل هذا الأجل الذي يمنحه القاضي عملاً بنص قانوني يجيز منحه هو أجل قضائي .

ولكن الأجل القضائي يمكن أن يقرر دون نص يجيزه صراحةً

إذ القاعدة العامة هي أنه ما لم يوجد نص يحظر على القاضي نظرة الميسرة ، فالقاضي يستطيع منح المدين حسن النية أجلاً معتدلاً للوفاء بالتزامه .

الفرع الثالث لمصلحة من يقرر الأجل

٥٧ - أهمية الموضوع : تترتب أهمية كبرى على معرفة الطرف الذي كان الأجل مقررأ لمصلحته لأن هذا الطرف هو الذي يحق له وحده التزول عن الأجل .

والأجل قد يمنح لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن أو لمصلحة المدين والدائن معاً . وفي حالة تعدد المدينين أو الدائنين قد يمنح الأجل لبعض المدينين دون بعض أو لبعض الدائنين دون الآخرين . ولا بد في صدد معرفة الطرف الذي تقرر الأجل لمصلحته من التمييز بين أن يكون الأجل قضائياً وبين أن يكون قانونياً وبين أن يكون تعاقدياً .

٥٨ - (أ) لمصلحة من يقرر الأجل القضائي : الأجل القضائي يقرر دوماً وأبداً لمصلحة المدين . وعليه فللمدين وحده التزول عن الأجل الممنوح له قضائياً والقيام بتنفيذ التزامه إن شاء قبل حلول هذا الأجل .

٥٩ - (ب) لمصلحة من يقرر الأجل القانوني : إن الأجل

القانوني يمنح كذلك دون ما ريب لمصلحة المدين. فمهلة الخمسة عشر يوماً مثلاً التي حددتها المادة ٣٦ لتصريح الغير المتعاقد باسمه ما إذا كان يرغب في إقرار الاتفاق. إنما هي ممنوحة لهذا الغير الذي يلزم بالإعلان عن رغبته خلال هذه الفترة والذي له وحده الإسراع في الاعلان عن هذه الرغبة والتزول عن جزء من المدة التي منحه إياها القانون.

٦٠ - (ج) لمصلحة من يقرر الأجل التعاقيدي : قررت المادة ١٣٥ قاعدة مؤداها أن الأجل التعاقيدي « يفترض فيه أنه مشروط لصالح المدين ... ما لم يقض القانون أو العقد بخلافه ». فبمقتضى هذه القاعدة تقوم قرينة على أن الأجل التعاقيدي يعتبر مشروطاً لمصلحة المدين. ولكن هذه القرينة هي قرينة بسيطة تقبل البينة المعاكسة بحيث يجوز إقامة الدليل على أن الأجل كان مقررراً لمصلحة الطرفين معاً أو لمصلحة الدائن فحسب. وهذا الدليل، على ما نصت عليه المادة ١٣٥ يمكن أن يستمد إما من الاتفاق وإما من القانون.

(آ) فالاتفاق قد يتضمن ما يفيد أن الأجل هو ممنوح لمصلحة الدائن وحده كأن يذكر مثلاً في عقد القرض أن على المدين رد القرض بمجرد اخطار يوجهه إليه الدائن، أو ما يفيد أن الأجل هو ممنوح لمصلحة الدائن والمدين معاً كأن يذكر مثلاً في العقد أنه يمتنع على المدين رد القرض قبل انقضاء الأجل المحدد في هذا العقد، الأمر الذي يستدل منه على أن الأجل لم يكن ممنوحاً لمصلحة المدين فحسب

بل لمصلحة الطرفين .

(ب) وقد يكون الأجل ممنوحاً لمصلحة الدائن بمقتضى نص في القانون . فهكذا مثلاً إذا حدد عقد الوديعة أجلاً معيناً لرد الوديعة ، فإن هذا الأجل يعتبر مقررراً قانوناً لا لمصلحة المدين وهو الوديع بل لمصلحة الدائن وهو المودع . لذلك كان للمودع استرداد الوديعة متى اراد وحتى قبل حلول الأجل المعين في العقد . فقد ورد بهذا المعنى في المادة ٧٩٤ أنه « يجب على الوديع أن يرد الوديعة للمودع بمجرد أن يطلب هذا منه ردها حتى لو كان الاتفاق قد حدد أجلاً معيناً لرد الوديعة » .

ولكن باستثناء الحالات التي ينص فيها القانون أو الاتفاق على أن الأجل التعاقدي هو مقرر لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معاً ، فإن القاعدة الأصلية تبقى في أن الأجل التعاقدي يعتبر مقررراً عادةً لمصلحة المدين .

ويستطيع طبعاً المدين ، عندما يكون الأجل مقررراً لمصلحته ، أن يتنازل عنه ويقوم بوفاء التزامه قبل حلول الأجل المعين لهذا الوفاء دون ما قيد أو شرط ، إذا كان في العقد أو في القانون ثمة نص يخول المدين التنازل عن الأجل المقرر لمصلحته . أما إذا انتفى مثل هذا النص ، فإن حق المدين في الوفاء بالتزامه قبل حلول الأجل مقيد ببعض القيود . وتتلخص هذه القيود المنصوص عليها في المادة ١٣٥ بما يلي :

(آ) إذا كان محل الالتزام نقوداً ، جاز للمدين تأديتها شرط

أن لا تكون للدائن ثمة مضرة من استيفائها . فقد يتضرر الدائن مثلاً لو عرض عليه المدين قبض مبالغ كبيرة من النقود في بدء عطلة قد تستمر عدة أيام تغلق خلالها المصارف أبوابها بحيث يستحيل على الدائن إيداع المبالغ المعروضة عليه في مصرف ويضطر للاحتفاظ بها في حوزته مع ما يرافق ذلك من مخاطر . ففي مثل هذه الحالة يحق للدائن رفض استيفاء النقود المعروضة عليه قبل حلول الأجل .

(ب) أما إذا لم يكن محل الالتزام نقوداً كأن يكون بضاعة مثلاً فإن الدائن لا يجبر على استيفاء ما يعرض عليه قبل حلول الأجل ما لم يرتضه .

الفرع الرابع

آثار الأجل

٦١ - وجوب التمييز بين مرحلة قيام الأجل ومرحلة حلول الأجل : يقتضينا بيان آثار الأجل أن نميز بين المرحلة التي تسبق حلول الأجل أي المرحلة التي يكون فيها الأجل قائماً . وبين المرحلة التي تستتبع حلول الأجل .

وعليه سنقسم هذا الفرع الى مبحثين

المبحث الأول : آثار الأجل قبل حلوله .

المبحث الثاني : آثار الأجل بعد حلوله .

المبحث الأول آثار الأجل قبل حلوله

١ - الأجل الواقف

٦٢ - المبادئ التي تتجمع حولها آثار الأجل الواقف قبل حلوله :
يمكن جمع الآثار التي تترتب على الأجل الواقف قبل حلوله حول
المبادئ الأساسية التالية :

أولاً : الالتزام المربوط بأجل واقف هو التزام كامل الوجود .
ثانياً : ولكنه التزام غير نافذ .
فلنوضح المقصود بهذين المبدئين ولنبين النتائج التي تترتب على
كل منهما .

٦٣ - الالتزام المربوط بأجل واقف هو التزام كامل الوجود :
إن الالتزام المربوط بأجل واقف هو التزام موجود كالاتزام المعلق
على شرط واقف ، بل هو أقوى وجوداً لأن الالتزام المعلق على شرط
واقف قد ينشأ إذا تحقق الشرط ويعتبر كأن لم يكن إذا تخلف الشرط ،
في حين أن الالتزام المربوط بأجل واقف هو التزام كامل الوجود
ولكن نفاذه مرجأ بعض الوقت .

لذا كان طبيعياً أن تترتب على الالتزام المربوط بأجل واقف
النتائج المترتبة على الالتزام المعلق على شرط واقف (المادة ١٣٣) ،
وكذلك نتائج إضافية مستمدة من كون الالتزام المربوط بأجل واقف
هو التزام كامل الوجود .

ومن أهم النتائج التي تترتب على كون الالتزام المربوط بأجل واقف التزاماً كاملاً الوجود النتائج التالية :

(١) يجوز للدائن بدين مقترن بأجل واقف أن يتخذ ، حتى قبل حلول الأجل ، سائر الاجراءات التحفظية لحقوقه كأن يطلب استكتاب الملتزم للتثبت من توقيعه على السند المنشئ لحقوقه المربوطة بأجل واقف أو كأن يطلب وضع الاختتام وتحرير قوائم الجرد ، بل إنه يجوز له أن يطلب كفيلاً أو أي ضمان آخر ، أو أن يلجأ الى الحجز التحفظي إذا كانت له مبررات معتبرة تجعله يخشى إعسار المدين أو فراره (المادة ١٣٨) .

(٢) للدائن بأجل واقف التصرف بحقه . فمشتري الشيء بأجل واقف مثلاً يستطيع أن يبيع هذا الشيء أو أن يهبه أو أن يوصي به للغير على أن تكون حقوق هذا الغير مربوطة طبعاً بنفس الأجل الواقف .

(٣) إذا توفي الدائن بدين مقترن بأجل واقف وذلك قبل حلول الأجل ، فحقوقه لا تنقضي بوفاة بل إنما تنتقل إلى ورثته .

(٤) يجوز لصاحب الحق المقترن بأجل واقف القيام بسائر الأعمال المادية اللازمة لصيانة حقه من التلف . وبالمقابل يمتنع على المدين أن يجري ، في فترة قيام الأجل ، أي عمل من شأنه أن يمنع أو يصعب على الدائن مباشرة حقوقه عند حلول الأجل (الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ المعطوف عليها بالمادة ١٣٤) .

(٥) يسقط الأجل الواقف ويصبح الحق المؤجل مستحق الأداء إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره أو إذا اضعف بفعله الضمانات الخاصة التي سبق له أن اعطاها بمقتضى العقد ، أو لم يعط الضمانات التي وعد بها (المادة ١٣٩) .

(٦) إذا ادى المدين الالتزام قبل حلول الأجل ، لا يسوغ له استرداد ما دفعه ولو كان جاهلاً بوجود هذا الأجل (المادة ١٣٦) .

٦٤ - الالتزام المربوط بأجل واقف هو التزام غير نافذ : ان الالتزام المربوط بأجل واقف وإن كان كامل الوجود ، إلا انه غير نافذ ما دام الأجل لم يحل .
ومن أهم النتائج التي تترتب على عدم نفاذ الالتزام المربوط بأجل واقف النتائج التالية :

(١) الالتزام المربوط بأجل واقف هو التزام غير قابل للتنفيذ الجبري على المدين . وعليه لا يستطيع الدائن مطالبة المدين قضائياً بالوفاء بمثل هذا الالتزام ما دام الأجل لم يحل .

(٢) الالتزام المربوط بأجل واقف لا يمكن أن تقع المقاصة القانونية بينه وبين التزام آخر مستحق الأداء للمدين على الدائن ، لأن المقاصة القانونية لا تكون الا في التزامين مستحقين الأداء (المادة ٣٦٢) والالتزام المربوط بأجل واقف ليس التزاماً مستحق الأداء .

(٣) الالتزام المربوط بأجل واقف لا يمكن أن يسري عليه

التقادم المسقط لأن التقادم المسقط لا يتناول الالتزام الا اذا كان مستحق الأداء والالتزام المربوط بأجل واقف لا يستحق الأداء الا عند حلول الأجل (١).

(٤) إذا تقرر بطلان أو الغاء الوفاء الحاصل قبل حلول الأجل ، وترتب على ذلك استرداد المبالغ المدفوعة ، فإن الالتزام يعود . وفي هذه الحالة يستطيع المدين أن يتمسك بمزية الأجل المشروط فيما بقي من مدته (المادة ١٣٧) .

٢ - الأجل الفاسخ

٦٥ - المبادئ التي تتجمع حولها آثار الأجل الفاسخ قبل حلوله :
يمكن جمع الآثار التي تترتب على الأجل الفاسخ قبل حلوله حول مبدأين أساسيين :

اولاً : الالتزام المقترن بأجل فاسخ هو التزام موجود ونافذ .
ثانياً : ولكنه التزام يزول حتماً بحلول الأجل .

(١) يستثنى من ذلك ما إذا كان الأجل موكولاً تعيينه إلى ارادة الدائن كما لو اتفق على حلول الدين بعد إخطار الدائن المدين بسنة ، حيث يسري التقادم في حق هذا الدين من وقت وجوده لا من وقت حلول الأجل الموكول الى ارادة الدائن ، والا كان غير قابل للتقادم (السنهوري المرجع السابق الجزء الثالث الهامش رقم (١) صفحة ٨٠) .

فلنوضح المقصود بهذين المبدئين ولنبين النتائج التي تترتب على كل منهما .

٦٦ - الالتزام المقترن بأجل فاسخ هو التزام موجود ونافذ :
ان الالتزام المقترن بأجل فاسخ هو كالاتزام المعلق على شرط فاسخ .
موجود ونافذ فوراً .

وتترتب على ذلك النتائج التالية :

(١) الدائن بأجل فاسخ له حق حال واجب الأداء . وعليه
يستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعاً ورضاء وإلا فقضاء وكرهاً . وله
أن يوقع على مدينه الحجز التحفظي بل والحجوز التنفيذية .

(٢) إن صاحب الحق المقترن بأجل فاسخ يملكه حالاً . فله
أن يقوم بسائر الأعمال الادارية كما له أن يتصرف فيه بجميع أنواع
التصرفات الجائزة . وهذه التصرفات تنفذ فوراً ولكنها تكون مرتبطة
بنفس الأجل الفاسخ . فالمستأجر الأصلي مثلاً إذا ما أجّر من الباطن
أو تنازل عن إيجاره للغير فان حقوق المستأجر من الباطن او المتنازل
له عن الايجار لا يمكن أن تتجاوز حدود الايجار الأصلي .

(٣) لما كان الالتزام المقترن بأجل فاسخ واجب الأداء، فان
التقادم المسقط يسري عليه منذ نشوئه .

٦٧ - الالتزام المقترن بأجل فاسخ يزول حتماً بحلول الأجل :
ان الالتزام المقترن بأجل فاسخ هو التزام موقت بطبيعته ويزول حتماً
بحلول الأجل . وهنا يظهر الاختلاف الجوهرى بين الالتزام المربوط

بأجل فاسخ وبين الالتزام المعلق على شرط فاسخ : فالأول مؤكد الزوال في حين أن الثاني هو معرض فقط للزوال بحيث يزول إذا تحقق الشرط الفاسخ، ويستمر في انتاج آثاره وتصبح هذه الآثار نهائية وباتة إذا تخلف الشرط .

ويترتب على كون الحق المقترن بأجل فاسخ حقاً مؤقتاً بطبيعته أن جميع تصرفات صاحب مثل هذا الحق تقيد بحدود هذا الحق وتكون مؤقتة مثله، لأن المتصرف لا يستطيع أن ينقل الى المتصرف إليه أكثر مما له .

المبحث الثاني

آثار الأجل بعد حلوله

- ٦٨ - آثار الأجل الواقف : (آ) بمجرد حلول الأجل الواقف يصبح الالتزام المقترن بمثل هذا الأجل قابلاً للتنفيذ وينقلب من التزام غير نافذ إلى التزام مستحق الأداء وواجب التنفيذ . وعليه :
- (١) يجوز للدائن إذا امتنع المدين عن الوفاء بدينه طواعية ، أن يجبره على ذلك عن طريق القضاء .
 - (٢) تجوز المقاصة القانونية بين الدين الذي حلّ أجله وبين دين مقابل له على الدائن مستحق الأداء .
 - (٣) يسري على الدين الذي حلّ أجله التقادم المسقط ويبدأ سريان هذا التقادم منذ حلول الأجل .

(ب) ويجب لفت النظر إلى أن المدين يعتبر في حالة مطل إذا تأخر في تنفيذ التزامه رغم حلول الأجل، لأن مطل المدين في التشريع المغربي يتحقق بمجرد حلول الأجل (المادة ٢٥٥) وذلك خلاف ما هو عليه الحال في التقنين الفرنسي^(١) وفي كل من التقنين المصري والسوري^(٢) حيث لا يكفي لاعتبار المدين في حالة مطل مجرد حلول الأجل . بل لا بد ، حتى يعتبر كذلك ويجبر على تنفيذ التزامه . من أن يوجه إليه الدائن انذاراً يتم مبدئياً بحجة رسمية .

(ج) ولما كان المشرع رتب على الأجل الواقف آثار الشرط الواقف (المادة ١٣٤) فإنه يجب أن تطبق على حلول الأجل الواقف أحكام تحقق الشرط الواقف سواء بالنسبة لهلاك محل الالتزام أو تلفه أو نقص قيمته (المادة ١٢٠) ، أم بالنسبة للتصرفات التي يكون المدين قد أجراها في الفترة الممتدة بين نشوء الالتزام وحلول الأجل (الفقرة الثانية من المادة ١٢٥)^(٣) .

٦٩ - آثار الأجل الفاسخ : (آ) بمجرد حلول الأجل الفاسخ ينقضي الحق الذي كان مربوطاً به ، وذلك من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى صدور حكم يقرر هذا الانقضاء . ويترتب على انقضاء

(١) راجع المادة ١١٣٩ من القانون المدني الفرنسي .

(٢) راجع المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري والمادة ٢٠٤ من القانون المدني السوري .

(٣) راجع نبذة رقم ٣٩ صفحة ٥٨ أعلاه .

الحق بحلول الأجل الفاسخ زوال جميع التصرفات التي كان أجزاها صاحب الحق في فترة قيام حقه . فالإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار مثلاً يزول بزوال الإيجار الأصلي لأن التابع تابع .

(ب) ولما كان المشرع رتب على الأجل الفاسخ آثار الشرط الفاسخ (المادة ١٣٤) فإنه يجب أن نطبق على حلول الأجل الفاسخ أحكام تحقق الشرط الفاسخ سواء من حيث إلزام الدائن برد ما أخذه أو استحالة هذا الرد بسبب الدائن أو بسبب أجنبي لا يد له فيه ، أو احتفاظ الدائن بالثمار والزيادات التي يكون جناها قبل حلول الأجل الفاسخ (المادة ١٢١) ، أم من حيث التصرفات التي يكون أجزاها من يترتب على حلول الأجل الفاسخ زوال حقوقه، وذلك في الفترة التي تسبق حلول هذا الأجل ^(١) .

الفرع الخامس أسباب حلول الأجل

٧٠ - تعداد هذه الأسباب : يحل الأجل بأحد الأسباب الثلاثة

التالية :

← (أ) بانقضائه .

← (ب) بالتزول عنه ممن هو مقرر لمصلحته .

← (ج) بسقوطه .

(١) راجع نبذة رقم ٤٠ صفحة ٦٠ أعلاه .

وسنعرض تباعاً لكل من هذه الأسباب .

٧١ - حلول الأجل بانقضائه: ينقضي الأجل بتحقيق الأمر الذي كان يتوقف على حدوثه نفاذ الالتزام أو زواله إذا كان من نوع الأجل غير المعين ك وفاة شخص أو رجوع القافلة الأولى من الحجيج . أو بمضي الميعاد المضروب لنفاذ الالتزام أو زواله إذا كان من نوع الأجل المعين كالיום الأول من شهر يناير من العام الحالي . وقد أوضح المشرع في المواد ١٣٠ الى ١٣٣ القواعد التي يجب اتباعها في حساب الأجل المعين الذي هو الغالب في الحياة العملية . وتتلخص هذه القواعد بما يلي :

(١) يبدأ سريان الأجل من تاريخ العقد ما لم يعين المتعاقدان أو القانون تاريخاً آخر . وفي الالتزامات الناجمة عن جرم أو شبه جرم يبدأ سريان الأجل من تاريخ الحكم الذي يحدد التعويض الذي يجب على المدين أدائه (المادة ١٣٠) .

(٢) اليوم الذي يبدأ منه العد لا يحتسب من الأجل^(١) . والأجل المقدر بعدد من الأيام ينقضي بانتهاء يومه الأخير (المادة ١٣١) . فإذا أعطي المدين مثلاً عشرة أيام لدفع دينه منذ فاتح يناير فإن اليوم الأول من يناير لا يدخل في الحساب وتعد عشرة أيام من بعده بحيث

(١) تطبق نفس القاعدة على الأجل غير المعين بحيث إذا جعل مبدأ سريان الأجل من وقت وقوع أمر معين ، فلا يحسب اليوم الذي يقع فيه هذا الأمر عند حساب الأجل .

ينتهي الأجل بانقضاء اليوم الحادي عشر من شهر يناير .

(٣) عندما يكون الأجل مقدراً بالأسابيع أو بالأشهر أو بالسنة ، يكون المقصود بالأسبوع مدة سبعة أيام كاملة . وبالشهر مدة ثلاثين يوماً كاملة وبالسنة مدة ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً كاملة (المادة ١٣٢) .

(٤) إذا وافق حلول الأجل يوم عطلة رسمية ، قام مقامه أول يوم يليه من أيام العمل (المادة ١٣٣) .

٧٢ - حلول الأجل بالتزول عنه : الأجل ليس من متعلقات النظام العام . لذا يمكن التزول عنه . على أن التزول عن الأجل ، حتى يكون صحيحاً وملزماً يجب أن يصدر عن قرر الأجل لمصلحته . فإذا ما كان الأجل مقررراً لمصلحة الدائن وحده كما في الوديعة ، أو لمصلحة الدائن والمدين معاً كما في عقود القرض بفائدة ، فلا ينقضي الأجل بتزول المدين عنه ، بل لا بد لانقضائه من صدور التزول عن الدائن ، إذا كان الأجل مقررراً لمصلحته وحده ، أو عن الدائن والمدين كليهما إذا كان الأجل مقررراً لمصلحتهما معاً .

ويحسن التذكير هنا ، بأنه ما لم يقض العقد أو القانون بخلاف ذلك ، يشترط لصحة نزول المدين عن الأجل ، إذا كان محل الالتزام نقوداً أن لا يكون للدائن ثمة مضرة في استيفائها قبل الأوان ، وإذا لم يكن محل الالتزام نقوداً أن يرتضي الدائن استيفاء الالتزام قبل

حلول الأجل (المادة ١٣٥) (١).

٧٣ - حلول الأجل بسقوطه : منح الأجل يقوم على ثقة من الدائن بمدينه . فإذا ظهر أن هذه الثقة كانت في غير موضعها وأن مصالح الدائن باتت مهددة بالخطر، فمن العدل أن يسقط حق المدين بالأجل . لذا نصت المادة ١٣٩ على فقدان المدين مزية الأجل في الحالات الأربع التالية :

أولاً : إذا أشهر إفلاسه .

ثانياً : إذا أضعف بفعله ما أعطى الدائن من تأمينات خاصة بمقتضى العقد .

ثالثاً : إذا لم يقدم للدائن ما وعد بتقديمه من التأمينات .

رابعاً : إذا أخفى عن غش التكاليف والامتيازات السابقة المترتبة على التأمينات المقدمة منه .

وسنعرض على التعاقب لمختلف هذه الحالات .

٧٤ - سقوط الأجل لشهر إفلاس المدين : إذا كان المدين تاجراً وأشهر إفلاسه فإنه يترتب على الحكم بالافلاس اعتبار جميع الديون لأجل ديوناً حالة لا فرق بين أن تكون هذه الديون ديوناً تجارية أم ديوناً مدنية . ذلك أن الافلاس يقتضي تصفية الوضع الذي خلفه الافلاس تصفية عامة، وأن هذه التصفية العامة تتطلب بالضرورة الاعتداد بجميع ديون المفلس حتى ما كان منها لم يستحق بعد . يضاف إلى

(١) راجع نبذة رقم ٦٠ صفحة ٧٧ أعلاه .

ذلك أن مجرد إعلان الإفلاس يستتبع لإنهيار ثقة الدائن بمدينه وثقة الدائن، على ما بيناه، هي العماد الذي يرتكز عليه الأجل ويبرره .
ويلاحظ أن اجتهاد القضاء في فرنسا ، رغم اقتصار نص المادة ١١٨٨ (المماثلة للمادة ١٣٩ من قانون الالتزامات والعقود المغربي) على حالة الإفلاس ، فإنه توسع في تطبيق النص وجعله شاملاً حالة إعسار المدين غير التاجر (deconfiture du débiteur). ولكن سقوط الأجل بسبب الاعسار لا يكون إلا بحكم من القضاء يقرر هذا السقوط وذلك لعدم وجود قرار بشهر إعسار المدين غير التاجر شبيه بقرار شهر إفلاس المدين التاجر . ثم إنه من المتفق عليه أن السقوط يرجع فيه إلى تاريخ رفع الدعوى إلى المحكمة بإعلان الاعسار^(١) .

ويلاحظ كذلك أن التقنين المدني القديم في مصر كان قاصراً على النص على سقوط الأجل بشهر إفلاس المدين . ومع ذلك فكان الاجتهاد يميل الى القول بسقوط الأجل باعسار المدين إعساراً فعلياً^(٢) .
وفي رأينا يحسن القضاء المغربي صنعاً إذا هو اتبع نهج القضاء الفرنسي والقضاء المصري وتوسع في تطبيق المادة ١٣٩ بحيث تعتبر

(١) جوسران ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، نبذة رقم ٧٣٢ و ٧٣٣ صفحة

٣٩٩ الى ٤٠١ - وكولان وكايتان : المرجع السابق . الجزء الثاني ، نبذة رقم ٤٠٣ صفحة ٣٨١ و ٣٨٢ - نقض فرنسي ٣٠ مارس ١٨٩٢ داللو ٩٢-١-٢٨١ ونقض فرنسي ٦ فبراير ١٩٠٧ داللو ١٩٠٨-١-٤٠٨ .

(٢) السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء الثالث نبذة رقم ٧٢ صفحة ١١٢ .

والهامش رقم (٢) صفحة ١١٢ و ١١٣ .

شاملة حالة إعسار المدين غير التاجر ولا سيما أن التقنيات الحديثة كالقانون المدني المصري والقانون المدني السوري التي أخذت بنظام الاعسار وقتنته ، تضع صراحةً على قدم المساواة شهر الإفلاس وشهر الاعسار من حيث سقوط الأجل^(١) .

ولما يساعد على سلوك النهج الذي ندعو إلى اتباعه ، هو أن المشرع المغربي نفسه قد وضع على قدم المساواة شهر إفلاس المدين الأصلي وحالة إعساره من حيث أنه رتب على كلٍ منهما منع الكفيل من طلب تجريد المدين الأصلي من أمواله (المادة ١١٣٧) كما وضع على قدم المساواة إعسار المكفول كفالة حضورية أو إشهار إفلاسه من حيث براءة ذمة الكفيل (المادة ١١٦٨) .

على أن اسقاط الأجل بسبب إعسار المدين يتطلب طبعاً إقامة دعوى للحصول على حكم قضائي بذلك، ويرجع في الاسقاط إلى تاريخ رفع الدعوى .

٧٥ - سقوط الأجل لإضعاف تأمينات الدائن : إذا كان الدائن قد منح أجلاً للمدين ارتكازاً منه على التأمينات التي كان قد قدمها له ، فإن المنطق يقضي بأن يكون الدائن غير ملزم على انتظار حلول الأجل إذا ما أقدم المدين على إضعاف هذه التأمينات وأن يكون له بالتالي في هذه الحالة المطالبة باسقاط المدين في الأجل .

(١) راجع المادة ٢٧٣ من القانون المدني المصري والمادة ٢٧٣ كذلك من

القانون المدني السوري .

على أن سقوط الأجل لاضعاف التأمينات يتطلب توافر عدة شروط :

أولاً: يجب أن يكون الدائن حصل على تأمينات خاصة كرهن على منقول (gage) أو رهن عقاري (antichrèse) أو رهن رسمي (hypothèque) أو كفالة (cautionnement) . أما الضمان العام (gage général) الذي يتمتع به كل دائن على مجموع أموال مدينه فلا يعتبر من قبيل الضمانات الخاصة . وعليه إذا ما تصرف المدين بقسم من أمواله وأنقص بالتالي الضمان العام الذي يعود لدائنيه ، فإن هؤلاء لا يستطيعون استناداً إلى إضعاف هذا الضمان العام المطالبة باسقاط حق المدين في الأجل (١) .

ثانياً: يجب أن يكون مصدر التأمينات الخاصة الممنوحة للدائن هو العقد . فالمادة ١٣٩ تنص على اسقاط حق المدين في الأجل إذا هو « أضعف التأمينات الخاصة التي سبق له أن اعطاها بمقتضى العقد » . ويقصد بالتأمينات الخاصة التعاقدية تلك التي تمنح بموجب عقد كالرهن الحيازي بنوعيه المنقول وغير المنقول ، والرهن الرسمي الرضائي ، والكفالة ، وتلك التي تقرر استناداً إلى إرادة المتعاقدين الضمنية وتعتبر ممنوحة للدائن نتيجة اتفاق ضمني بينه وبين مدينه كالامتياز الخاص الممنوح للمؤجر على المنقولات الموجودة في المأجور ضماناً لاستيفاء

(١) إنما إذا أدى تصرف المدين بأمواله إلى حد الإعسار فإن الدائنين يستطيعون المطالبة باعتبار المدين في حالة إعسار وعندها يسقط الأجل بسبب الإعسار لا بسبب إضعاف التأمينات .

الأجرة (١)

ثالثاً: يجب أن يكون إضعاف التأمينات قد حدث بفعل المدين نفسه اي بخطأه كأن يمنح المدين دائته رهناً رسمياً على بناء أو حرج ويعتمد إلى هدم البناء أو قطع أشجار الحرج .

أما إذا كان إضعاف التأمينات الخاصة قد نتج عن سبب أجنبي لا دخل لارادة المدين فيه كأن تهبط قيمة العقار المقرر عليه الرهن نتيجة أزمة اقتصادية ، أو تتدهور قيمة الأسهم المقرر عليها الرهن نتيجة خسائر أصابت الشركة مصدرة هذه الأسهم ، فإن المدين في هذه الحالة لا تسقط عنه مزية الأجل بقوة القانون ، إنما يكون للدائن « الحق في أن يطلب تأمينات تكميلية ، حتى إذا لم تقدم ، حق له أن يطلب تنفيذ الالتزام على الفور » (الفقرة الأخيرة من المادة ١٣٩) .

٧٦ - سقوط الأجل لعدم تقديم المدين الضمانات التي وعدها :

إذا حصل المدين على أجل نتيجة وعده الدائن بتقديم ضمانات خاصة تضمن تنفيذ التزامه وأخلّ المدين بوعده ولم يقدم هذه الضمانات ، فهو يفقد حقه في الأجل ، وذلك لنفس الاعتبارات التي توّول إلى إسقاط الأجل بسبب إقدام المدين على إضعاف ما أعطاه للدائن من تأمينات خاصة .

(١) جوسران ، المرجع السابق ، الجزء الثاني نبذة رقم ٧٣٤ صفحة ٤٠١ -

وكولان وكابيتان ، المرجع السابق الجزء الثاني ، نبذة رقم ٤٠٣ صفحة ٣٨٢ .

٧٧ - سقوط الأجل لإخفاء المدين عن غش التكاليف والامتيازات

السابقة المترتبة على التأمينات المقدمة منه : إذا منح المدين ضمانات خاصة لدائنه وأخفى عن غش التكاليف والامتيازات السابقة المترتبة على هذه الضمانات وذلك كي يحمل الدائن على الاطمئنان للضمانات المذكورة التي ما كان ليكتفي بها لو علم حقيقة أمرها ، فإن من حق الدائن ، إذ تتضح له الحقيقة ، أن يطالب بإسقاط حق المدين في الأجل . مثل ذلك أن يعطي المدين دائنه رهناً على عقار ويوهمه أن مستأجر هذا العقار لمدة عشر سنين لم يدفع بعد شيئاً من الأجر ثم يتبين للدائن أن المستأجر أدّى أجرة العشر سنين مقدماً . مثل ذلك أيضاً أن يمنح المدين لدائنه رهناً رسمياً على أرض يوهمه أنها صالحة للبناء ويمكن أن تباع بثمن لائق ثم يظهر للدائن أنها مكلفة بارتفاق عدم البناء عليها وأنها لا تباع إلا بثمن بخس . ففي مثل هذه الحالات يفقد المدين مزية الأجل . وهذا ما أوضحته المادة ١٣٩ إذ هي بعد أن قررت إسقاط حق المدين في الأجل إذا اشهر إفلاسه أو أضعف بفعلة التأمينات التعاقدية الخاصة أو لم يعط تلك التي وعد بها أضافت « ويسري نفس الحكم على الحالة التي يكون المدين فيها قد أخفى عن غش التكاليف والامتيازات السابقة التي تضعف التأمينات المقدمة منه » .

الباب الثاني

الأوصاف التي تلحق محل الالتزام

- الالتزام متعدد المحل
- الالتزام البدلي
- الالتزام التخييري

+

11

12

٧٨ - نظرة عامة : قد يكون للالتزام محل واحد كأن ألتزم بدفع مبلغ من النقود أو ألتزم بتسليم سيارة أو ألتزم بالتخلي لشخص عن جني ثمار بستان لي . ففي هذه الأمثلة وما شابهها يكون الالتزام بسيطاً (obligation pure et simple) أو التزاماً ذا محل واحد (obligation à objet unique) .

وقد يكون للالتزام أكثر من محل واحد . وبهذا الوصف يكون الالتزام على ثلاثة أنواع :

(١) التزام متعدد المحل (obligation conjonctive) .

(٢) التزام بدلي (obligation facultative) .

(٣) التزام تخيري (obligation alternative) .

٧٩ - خطة البحث في هذا الباب : لم يتناول المشرع المغربي بالبحث الالتزام متعدد المحل ولا الالتزام البدلي . إنما هو أفرد باباً خاصاً للالتزام التخييري لما لهذا الوصف من أثر ولما للأحكام التي يستقل بها من أهمية .

لذا سنقتصر في فصل أول على مجرد التعريف بكل من الالتزام متعدد المحل والالتزام البدلي ثم في فصل ثان سنعرض بالتفصيل الى الالتزام التخييري .

وعليه سيشتمل هذا الباب على فصلين :

الفصل الأول : الالتزام متعدد المحل والالتزام البدلي .

الفصل الثاني : الالتزام التخييري .

الفصل الأول

الالتزام متعدد المحل والالتزام البدلي

٨٠ - الالتزام متعدد المحل : الالتزام متعدد المحل هو التزام واحد ذو محال (متعددة) مثل ذلك أن يهب شخص لآخر في صك واحد مبلغاً من النقود وعقاراً وسيارة. فالهبة في هذه الحالة لها محال متعددة ويلزم الواهب تنفيذاً للالتزامه أن يؤدي للموهوب له سائر هذه المحال .

والالتزام متعدد المحل لا يختلف من حيث أثاره ومن حيث الأحكام التي تنتظمه عن الالتزام ذي المحل الواحد. ففي هذا الالتزام وذاك يجب على الملتزم أداء الالتزام كاملاً. وفي هذا وذاك لا يجوز تجزئة الوفاء : فكما أن المدين في الالتزام ذي المحل الواحد يجب عليه أداء هذا المحل كاملاً ولا تبرأ ذمته إلا بإداء هذا المحل ، كذلك يجب على المدين في الالتزام متعدد المحل أداء المحال كلها ولا تبرأ ذمته إلا بأدائها جميعاً. وكذلك إذا أضحي تنفيذ الالتزام غير ممكن أصلاً أو أضحي غير ممكن إلا في جزء منه كان الحكم واحداً سواء

بالنسبة للالتزام ذي المحل الواحد أم بالنسبة للالتزام متعدد المحال :
ففي الحالتين يجوز للدائن طلب الفسخ إذا كان التنفيذ غير ممكن
أصلاً ويجوز له الخيار بين طلب الفسخ وبين طلب تنفيذ الجزء الذي
ما زال ممكناً إذا كان عدم إمكان التنفيذ قاصراً على جزء من
الالتزام (المادة ٢٥٩) .

على أن الالتزام ذا المحل الواحد يكون تارة منقولاً وتارة عقاراً
تبعاً لطبيعة هذا المحل ، في حين أن الالتزام متعدد المحل قد يكون
منقولاً أو عقاراً إذا كانت محال الالتزام كلها منقولة أو عقارية، وقد
يكون مختلطاً بعبارة عقار وبعضه منقول إذا كانت محاله ليست من
طبيعة واحدة بل كان بعضها منقولاً وبعضها الآخر عقاراً .

٨١ - الالتزام البدلي : الالتزام البدلي هو التزام لا يشمل محله
ألا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر
جرى تعيينه . مثل ذلك أن يوصي شخص لأحدٍ بعقار ويعطي ورثته
الحق في الاحتفاظ بالعقار الموصى به ، إذا رغبوا في ذلك ، مقابل
دفع مبلغ عشرة آلاف درهم للموصى له . فمحل التزام الورثة هنا
شيء واحد هو العقار . ولكن يجوز لهم أن يستبدلوا بالعقار مبلغ
عشرة آلاف درهم للوفاء بالتزامهم ولا يستطيع الموصى له أن يرفض
هذا الوفاء .

لذلك يعتبر الشيء الذي يشمل محل الالتزام البدلي ، لا البديل
الذي تبرأ ذمة المدين بادائه ، هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين

طبيعته . ففي المثال الذي سقناه أعلاه يعتبر الالتزام البدلي التزاماً عقارياً لأن الشيء الموصى به هو عقار .

وما دام للالتزام البدلي محل واحد ، هو المحل الأصلي ، فإنه يترتب على هلاك هذا المحل الأصلي بسبب أجنبي انقضاء الالتزام ، حتى ولو أن البديل ما زال قائماً وممكناً تأديته .

وغني عن القول أنه يجب أن تتوافر في المحل الأصلي جميع الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام وإلا وقع الالتزام باطلاً . أما البديل فإن توافرت فيه الشروط قام مقام الأصل في الوفاء ، وإلا سقط هو ، وبقي الالتزام بمحله الأصلي قائماً وتحويل من التزام بدلي إلى التزام بسيط ذي محل واحد .

← وتجدر الإشارة إلى أن الخيار في الالتزام البدلي هو للمدين الذي له أن يبرئ ذمته بأداء إما المحل الأصلي وإما البديل . فإن اختار أداء المحل الأصلي فليس للدائن أن يطالب بالبديل وإن اختار البديل فليس للدائن أن يطالب بالمحل الأصلي . أما الدائن فإنه لا يستطيع أن يطالب إلا بالمحل الأصلي لأن المحل الأصلي هو وحده محل الالتزام . فإذا طالب الدائن باستيفاء هذا المحل جاز للمدين الوفاء به ، كما جاز له ، إن شاء ، الوفاء بالشيء البديل .

الفصل الثاني

الالتزام التخييري

٨٢ - مخطط الفصل : خصّ المشرع لبحث الالتزام التخييري المواد ١٤١ الى ١٦٢ . ويقتضينا الامام بهذا البحث أن نعرّف الالتزام التخييري ونبين مختلف الشروط الواجب توافرها لقيام مثل هذا الالتزام ، ثم نعين لأي من طرفي الالتزام يثبت الخيار وما هو مصدر هذا الخيار . ثم نعرض لأحكام الالتزام التخييري .

وسنفرد لكل من هذه المواضيع فرعاً مستقلاً .

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة فروع .

الفرع الأول : تعريف الالتزام التخييري وشروط قيامه .

الفرع الثاني : لمن يثبت الخيار وما هو مصدره .

الفرع الثالث : احكام الالتزام التخييري .

الفرع الأول

تعريف الالتزام التخييري وشروط قيامه

٨٣ - تعريف الالتزام التخييري : الالتزام التخييري هو الالتزام

الذي يشمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى

واحداً منها . مثل ذلك أن يلتزم أحد الشركاء بتقديم حصته في الشركة ، حسب رغبته ، إما عقاراً وإما سيارةً وإما مبلغاً من النقود . فمحل الالتزام يتعين هنا في ضوء اختيار الشريك ويكون إما العقار وإما السيارة وإما مبلغ النقود .

٨٤ - شروط قيام الالتزام التخييري : لا بد لقيام الالتزام التخييري من توافر ثلاثة شروط :

- (أ) يجب أن يكون للالتزام محال متعددة .
- (ب) يجب أن يتوافر في كل من هذه المحال الشروط الواجب توافرها عادةً في المحل .
- (ج) يجب أن يكون الواجب الأداء محلاً واحداً من هذه المحال المتعددة .

فلنوضح المقصود بمختلف هذه الشروط .

٨٥ - (أ) تعدد محل الالتزام : (١) يجب لقيام الالتزام التخييري أن يكون للالتزام محال متعددة لا فرق بين أن تكون هذه المحال جميعها عقاراً (كأن التزم ببيع أرض زراعية أو حرج أو دار للسكن) ، أو جميعها منقولا (كأن التزم ببيع ساعة أو خاتم أو آلة للتصوير) ، أو أشياء غير معينة بالذات (كأن التزم بتقديم مبلغ من النقود أو كمية من الارز الرشيدي أو كمية من البن البرازيلي) ، أو عملاً (كأن يتعهد مهندس بتنظيم مخطط للبناء أو بالاشراف على البناء) ، أو امتناعاً عن عمل (كأن يلتزم تاجر بعدم فتح محل تجاري

في سوق معينة أو بعدم مشاركة تاجر آخر يتعاطى التجارة في نفس السوق).

ويصح أن تجتمع مختلف أنواع هذه المحال أو بعضها في التزام واحد كأن يلتزم شريك مثلاً بتقديم حصته للشركة إما أرضاً ، وإما اسهماً أو سندات ، وإما مبلغاً من النقود ، وإما عملاً يقوم به لمصلحة الشركة، وإما امتناعاً عن القيام بعمل من نفس العمل الذي تقوم به الشركة .

وعليه يمكننا أن نقرر بأن كل شيء يصلح أن يكون محلاً للالتزام البسيط يمكن أن يكون محلاً في الالتزام التخييري شرط أن تقترن به أشياء أخرى من نوعه أو من غير نوعه . والمهم هو أن يتعدد محل الالتزام فلا يقتصر على محل واحد .

(٢) والجدير بالذكر أن الغالب في العمل أن يكون محل الالتزام التخييري شيئين . وهذا ما يفسر جنوح المشرع المغربي ، وهو يعرض لآثار الالتزام التخييري ، إلى البحث في الالتزامات التخييرية التي ينصب محلها على شيئين (المادة ١٤٦ والمواد ١٤٨ الى ١٥٢) . ولكن يصح في الالتزام التخييري أن يكون محله أكثر من شيئين . لذلك اشترطنا لقيام مثل هذا الالتزام تعدد المحال فيه لافرق بين أن يكون قاصراً على محلين اثنين فحسب أم شاملاً أكثر من محلين .

٨٦ - (ب) توافر شروط المحل في كل من المحال المتعددة :

(١) يجب أن يتوافر في كل من المحال المتعددة التي ينطوي عليها الالتزام التخييري جميع الشروط الواجب توافرها عادة في المحل

والمنصوص عليها في المواد ٥٧ الى ٦١ : ذلك أن الاختيار قد يقع على أي من هذه المحال فيضحي هو المحل الوحيد للالتزام ، فلا بد إذن من توافر مختلف الأركان فيه . وعليه يجب أن يكون كل من المحال المتعددة في الالتزام التخييري : (١) مشروعاً ، (٢) ممكناً . (٣) معيناً أو قابلاً للتعين .

فإذا كان محل الالتزام التخييري شيئين وتوافرت الأركان آنفة الذكر في أحدهما ولم تتوافر في الآخر ، أو كان محل الالتزام التخييري عدة أشياء ولم تتوافر الأركان إلا في واحد منها دون الآخرين . فإن الالتزام يعتبر في هذه الحالات التزاماً بسيطاً غير تخييري محله الشيء الذي توافرت فيه الأركان .

وقد نصت بعض التقنيات صراحة على هذا الحكم . فالمادة ١١٩٢ من القانون المدني الفرنسي مثلاً ورد فيها « يكون الالتزام بسيطاً ولو عقد في صورة التزام تخييري ، إذا كان أحد الشئين لا يمكن أن يكون محلاً للالتزام » . والمادة ٦١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني اعتبر « أنه إذا كان أحد المواضيع وحده قابلاً للتنفيذ فالموجب يكون أو يصبح من الموجبات البسيطة » . والحكم كما نرى هو من متطلبات القواعد العامة ومن البدهة بحيث لا حاجة للنص عليه .

(٢) ويجب لفت النظر إلى أن العبرة في معرفة ما إذا كانت الأركان متوافرة في المحال المتعددة للالتزام التخييري ، هي لوقت

نشوء الالتزام : فإذا كانت الأركان متوافرة في هذا الوقت كان الالتزام تخييراً حتى لو فقد بعضها هذه الأركان فيما بعد . وعلى العكس فإن الالتزام يكون بسيطاً إذا كانت الأركان متوافرة في محل واحد فقط من المحال المتعددة ، ويبقى بسيطاً ولا ينقلب إلى التزام تخييري حتى لو توافرت الأركان بعد ذلك في المحال الأخرى أو في بعضها .

(٣) على أن ناحية هامة انفرد فيها قانون الالتزامات والعقود المغربي في الحالة التي يكون فيها الالتزام التخييري منذ الأصل التزاماً بسيطاً لكون أحد محلي هذا الالتزام مستحيلاً أو غير مشروع . أو في الحالة التي ينقلب فيها الالتزام التخييري إلى التزام بسيط لصيرورة أحد محليه مستحيلاً أو غير مشروع بعد نشوء الالتزام ، وهي أن أعطى الدائن الخيار بين التمسك بالعقد والمطالبة بتنفيذ المحل الذي كان أو بقي تنفيذه ممكناً ، وبين المطالبة بفسخ العقد . فقد ورد بهذا المعنى في المادة ١٤٧ أنه « إذا أصبح طريق من طرق تنفيذ الالتزام مستحيلاً أو غير مشروع أو كان كذلك عند نشوء الالتزام كان للدائن أن يختار بين طرق التنفيذ الأخرى أو أن يطلب فسخ العقد » ، وذلك خلاف سائر التقنيات التي تقضي في هذه الحالة بأن يكون العقد ملزماً وأن يبقى الالتزام فيه قاصراً على المحل الذي كان أو بقي تنفيذه ممكناً .

ولما كان يتبين من نص المادة ١٤٧ أن الخيار بين طلب الفسخ وبين طلب التنفيذ إنما هو مقرر عندما يكون أو يصبح أحد محلي الالتزام التخييري مستحيلاً أو غير مشروع ، فإنه لا يمكن منح هذا الخيار في الحالة التي يكون فيها أحد محلي هذا الالتزام غير معين أو

غير قابل للتعين لاقتصار النص القانوني على حالتي الاستحالة وعدم المشروعية . وعليه عندما يكون الالتزام التخييري التزاماً بسيطاً منذ الأصل لكون أحد محليه غير معين أو غير قابل للتعين، فإنه لا يجوز للدائن المطالبة بفسخ العقد بل يبقى حقه قاصراً على المطالبة بتنفيذ المحل القابل للتنفيذ .

٨٧ - (ج) محل واحد من المحال المتعددة هو واجب الأداء :

إن الالتزام التخييري، وإن كان ينطوي على محال متعددة ، إلا أن محلاً واحداً من هذه المحال هو الواجب الأداء . وبعبارة أخرى تبرأ ذمة المدين إذا أدى واحداً منها .

وتترتب على ذلك نتيجتان :

النتيجة الأولى : هي أنه قبل حصول الخيار ، يكون من الممكن طلب تنفيذ أي محل من المحال المتعددة كأن ثمة تضامناً عينياً وموضوعياً (*solidarite réelle et objective*) يقوم بين هذه المحال . ومن شأن هذا التضامن العيني الموضوعي تقوية ضمان الدائن الذي يكون باستطاعته ، إذا اضحى تنفيذ محل من محال الالتزام التخييري مستحيلاً المطالبة بتنفيذ محل آخر فيتوفر له بذلك مجال أوسع للتنفيذ .

أما النتيجة الثانية : فهي أنه بعد اختيار المحل الواجب الأداء يصبح هذا المحل وحده محلاً للالتزام وينقلب الالتزام التخييري إلى التزام بسيط محله الشيء الذي وقع عليه الخيار . وهذا ما أوضحته المادة ١٤٢ بقولها : « بمجرد حصول الخيار يعتبر الالتزام أنه لم يكن

له ، منذ الأصل . محل الا الشيء الذي وقع الخيار عليه » .

الفرع الثاني

لمن يثبت الخيار وما هو مصدره

٨٨ - لمن يثبت الخيار : (آ) ورد في المادة ١٤١ أنه « يسوغ لكل من المتعاقدين في الالتزام التخييري أن يحتفظ لنفسه بخيار التعيين لأجل محدد » .

فمن هذا النص يتبين أن خيار التعيين في الالتزام التخييري يمكن أن يكون لكلٍ من الطرفين المتعاقدين .

ولئن كان الخيار يعطى على الغالب للمدين ، فإنه يجوز للطرفين الاتفاق على أن يكون الخيار للدائن لا للمدين . وفي كل حال يجب أن يكون الاتفاق صريحاً . فإذا كان الخيار للمدين استطاع أن يعرض الوفاء بالمحل الذي يختاره هو من محال الالتزام المتعددة وتبرأ ذمته براءة تامة بأداء هذا المحل . أما إذا كان الخيار للدائن فلا يستطيع المدين أن يعرض ما يختاره هو ، بل يجب عليه أن يقوم بوفاء المحل الذي يقع عليه اختيار الدائن .

(ب) وفي حالة عدم تعيين الطرف الذي يعود له خيار التعيين بصورة صريحة في العقد ، فإن الالتزام التخييري يقع باطلا . وهذا ما قرره المادة ١٤١ بقولها : « وببطل الالتزام (التخييري) إذا لم يحدد فيه الطرف الذي احتفظ لصالحه بخيار التعيين » .

وجدير بالذكر أن النهج الذي سار عليه المشرع المغربي من حيث وجوب تعيين صاحب الخيار بصورة صريحة تحت طائلة بطلان الالتزام، يختلف عن النهج الذي اتبعه في هذا الخصوص التقنين الفرنسي وبعض التقنينات الحديثة كالقانون المدني المصري والقانون المدني السوري وقانون الموجبات والعقود اللبناني : فبحسب هذه التقنينات يكون الخيار للمدين ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك^(١).

ويترتب على هذا الاختلاف في النهج نتيجتان هامتان :

أولاً: إن خيار التعيين لا يكون للمدين حسب قانون الالتزامات والعقود المغربي إلا إذا أعطي له هذا الخيار صراحةً في العقد ، في حين أن التقنين الفرنسي والتقنينات التي نهجت نهجه تعتبر أن المدين هو صاحب الخيار في الأصل ما لم ينص على خلاف ذلك في العقد.

ثانياً : إذا لم يبين الطرفان المتعاقدان من له الخيار ، وقع الالتزام التخييري باطلاً حسب قانون الالتزامات والعقود المغربي . أما في التقنين الفرنسي والتقنينات التي سلكت سلوكه فإن الالتزام التخييري يكون صحيحاً في هذه الحالة ويعطى الخيار للمدين تطبيقاً للقاعدة الكلية القائلة بأن الاتفاق عند الشك يفسر لمصلحة المدين .

٨٩ - مصدر الخيار : (آ) إن مصدر خيار التعيين هو العقد

(١) راجع المادة ١١٩٠ من القانون المدني الفرنسي ، والمادة ٢٧٥ من كل من القانون المدني المصري والقانون المدني السوري ، والمادة ٥٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

في الغالب، حيث يلتزم المدين بإرادته، بتأدية شيء من اشياء متعددة يختاره هو أو يختاره الدائن حسبما يكون الخيار قد قرره الاتفاق له أو للدائن .

ولكون العقد هو مصدر خيار التعيين في الغالب ، نرى المشرع المغربي قد قصر النص عليه في المادة ١٤١ خلافاً لأكثر التشريعات الحديثة التي تذكر القانون إلى جانب العقد كمصدر للخيار . ففي كل من القانون المدني المصري والقانون المدني السوري ، يكون الخيار في الالتزام التخييري للمدين « ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك ^(١) » وفي القانون المدني العراقي « اذا أطلق خيار التعيين فهو للمدين ، الا إذا قضى القانون أو اتفق المتعاقدان على أن الخيار يكون للدائن » ^(٢) .

(ب) على أنه رغم اقتصار نص المادة ١٤١ على ذكر العقد كمصدر لخيار التعيين، فإنه يجب ذكر القانون كمصدر أيضاً لمثل هذا الخيار . والأمثلة على الخيار الذي ينشأ بمقتضى نص قانوني ، كثيرة في التشريع المغربي . ويمكننا أن نذكر منها الحالات التالية :

(١) إذا أصبح الشيء المرهون عرضةً للتلف أو الهلاك وبيع بأذن من القاضي فإن المادة ١٢٠٦ من قانون الالتزامات والعقود

(١) راجع المادة ٢٧٥ من كل من القانون المدني المصري والقانون المدني

السوري

(٢) راجع المادة ٢٩٨ من القانون المدني العراقي .

تسوغ للمدين إما أن يطلب إيداع هذا الثمن في خزانة عامة وإما أن يأخذه لنفسه في مقابل أن يسلم للدائن شيئاً آخر يحمل بالرهن بدل الشيء الذي رهن في الأصل .

(٢) إذا أساء الدائن المرتهن إلى الشيء المرهون أو أهمله أو عرّضه للخطر ، فإن المادة ١٢٠٨ من قانون الالتزامات والعقود منحت المدين الخيار بين :

- أن يطلب وضع المرهون في يد أمين .
- أو أن يجبر الدائن على إعادة المرهون إلى الحالة التي كان عليها عند إبرام الرهن .
- أو أن يطلب رد المرهون مقابل دفع الدين ، حتى لو كان الأجل باقياً لما ينقض .

(٣) إذا هلك العقار المقرر عليه رهن رسمي أو أصابه تلف بصورة أصبح غير كاف لضمان حقوق الدائن ، فإن المادة ١٧٨ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفوظة ، قد اعطته الخيار بين أن يطلب استيفاء دينه وبين أن يحصل على تأمين إضافي .

(٤) إذا أحدث شخص بناء أو غرساً في أرض الغير وكان سيء النية فإن المادة ١٨ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ قد أعطت مالك الأرض الخيار بين الزام الباني أو الغارس على هدم البناء أو قلع الأغراس وبين أن يستبقي البناء والغراس مقابل دفع قيمة المواد للباني أو الغارس .

(٥) إذا أحدث شخص بناء أو غرساً في أرض الغير وكان حسن النية فإن المادة ١٨ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ قد منعت على مالك الأرض الزام الباني أو الغارس بهدم ما بناه أو قلع ما غرسه، وإنما أعطته الخيار بين أن يدفع للباني أو الغارس قيمة المواد مضافاً إليها أجره اليد العاملة وبين أن يدفع له قيمة التحسين الذي طرأ على الأرض بنتيجة البناء أو الغراس .

الفرع الثالث أحكام الالتزام التخييري

٩٠ - المواضيع التي تثيرها احكام الالتزام التخييري : يشير الالتزام التخييري من حيث الأحكام التي تسري عليه موضوعين : (اولهما) كيف يتم تعيين المحل الواجب الأداء من بين المحال المتعددة للالتزام التخييري ، (وثانيهما) ماذا يكون الحكم لو أن هذه المحال هلكت كلها أو هلك بعضها قبل أن يتم اختيار المحل الواجب الأداء . فلنعرض لكل من هذين الموضوعين في مبحث مستقل .

المبحث الأول تعيين المحل الواجب الأداء

٩١ - كيف يتم تعيين المحل : (أ) يتم تعيين المحل بإعلان صاحب الخيار إرادته في أنه اختار محلاً معيناً من المحال المتعددة للالتزام

التخيري . وهذا التعبير عن الارادة ، ككل تعبير من جانب واحد موجه إلى شخص معين ، لا يحدث أثره إلا اذا وصل إلى علم الطرف الآخر . وهذا ما قرره المادة ١٤٢ بقولها : « يتم الخيار بإجراء التصريح به للمتعاقد الآخر » . وعليه إذا اختار صاحب الخيار محلا ما ، وقبل أن تتصل هذه الارادة بعلم الطرف الآخر ، عدل عن ارادته واختار محلا غير المحل الأول ، فإنه يعمل بارادته الجديدة شرط أن تصل هذه الارادة الجديدة إلى علم الطرف الآخر قبل وصول الارادة الأولى .

(ب) وكذلك يمكن أن يكشف صاحب الخيار عن إرادته في تعيين المحل عن طريق التنفيذ الفعلي : فإذا كان الخيار للمدين وعمد إلى الوفاء بمحل من المحال المتعددة لالتزامه التخيري ، أو إذا كان الخيار للدائن وعمد إلى قبض محل معين من هذه المحال أو إلى المطالبة بأداء محل معين ، فإن هذا التنفيذ يعتبر بمثابة إعلان عن إرادة الاختيار ويتعين على هذا النحو المحل الواجب الأداء .

(ج) ويعتبر التنفيذ الجزئي من قبل المدين أو الدائن لمحل معين من المحال بمثابة التنفيذ الكلي من حيث أعمال حق الخيار فلا يستطيع المدين ، بعد أن نفذ جزءاً من محل معين ولا الدائن بعد أن قبل التنفيذ الجزئي في محل من المحال إلا المضي في تنفيذ المحل حتى النهاية دون إمكان العدول عن تنفيذ المحل الذي بدئ في تنفيذه إلى تنفيذ محل آخر .

٩٢ - يجب أن يتناول التعيين محلاً واحداً بأكمله : (آ) يجب

أن يتناول تعيين صاحب الخيار محلاً من المحال المتعددة للالتزام التخييري فلا يختار شيئاً آخر خارجاً عن نطاق هذه المحال . وكذلك يجب أن يختار محلاً بأكمله فلا يسوغ له أن يختار جزءاً من محل وجزءاً من محل آخر . وقد نصّ المشرع الفرنسي صراحةً على هذا الحكم بالنسبة لخيار المدين إذ ورد في المادة ١١٩٩ من القانون المدني الفرنسي أن « المدين يستطيع الوفاء بالتزامه بتسليمه أحد الشيئين المتعهد بهما ، ولكنه لا يستطيع إجبار الدائن أن يتسلم جزءاً من أحد هذين الشيئين وجزءاً من الشيء الآخر » . أما قانون الالتزامات والعقود المغربي فقد نصّ على هذا الحكم بالنسبة لخيار المدين والدائن على حد سواء . فقد جاء في المادة ١٤٦ ما يلي :

« تبرأ ذمة المدين بأداء أحد الشيئين الموعود بهما . ولكنه لا يستطيع إجبار الدائن على أن يأخذ جزءاً من أحدهما وجزءاً من الآخر .

ليس للدائن الا الحق في الأداء الكامل لأحد الشيئين الموعود بهما . وهو لا يستطيع أن يجبر المدين على أن يؤدي له جزءاً من أحدهما وجزءاً من الآخر » .

(ب) على أنه إذا كان الالتزام التخييري التزاماً ينفذ في آجال دورية ، كما إذا تعهد مورد أغذية أن يورد أغذية لأحد المستشفيات او لإحدى المدارس في مواعيد دورية على أن يترك له أو لإدارة المستشفى أو المدرسة الحق في اختيار صنف أو أكثر من أصناف متعددة من

الأغذية ، فإنه يجوز للمورد أو لإدارة المستشفى أو المدرسة حسبما يكون الخيار له أو لها اختيار صنف أو أصناف معينة في أجل من هذه الأجل الدورية واختيار صنف أو أصناف أخرى في أجل لاحق ، هذا ما لم يوجد في العقد نص يقضي بعكس ذلك كأن يذكر في العقد أن اختيار صنف أو أصناف في أجل معين يعتبر ملزماً في الأجل اللاحقة . وقد نصت المادة ١٤٣ صراحة على هذا الحكم فقالت : « في الاداءات الدورية الواقعة على أشياء يثبت الخيار بينها فإن الخيار الذي يتبع عند حلول أحد الأجل لا يمنع صاحب الحق من أن يغير في خياره عند حلول أجل آخر وذلك ما لم ينتج عكسه من السند المنشئ للالتزام » .

٩٣ - يجب أن يتم التعيين خلال الميعاد المعين لذلك : (أ) يجب أن يتم تعيين المحل خلال المدة التي حددت في العقد لاستعمال الخيار. ذلك أن التقنين المغربي أوجب تعيين ميعاد لخيار التعيين على ما يتبين من المادة ١٤١ التي أجازت لكل من المتعاقدين في الالتزام التخيري « أن يحتفظ لنفسه بخيار التعيين لأجل محدد » . فصاحب الخيار ملزم إذن بإعلان اختياره خلال المدة المعينة له في العقد . أما إذا لم يعين للخيار مدة فإن ذلك يكون سبباً لبطلان الالتزام التخيري . ولئن كان التشريع المغربي يلتقي من هذه الناحية مع التشريع العراقي الذي يوجب هو كذلك تعيين مدة للخيار^(١) فهو يختلف عن التقنين الفرنسي

(١) نصت المادة ٢٩٩ من القانون المدني العراقي على أنه « يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار » .

وكل من التقنين المصري والسوري واللبناني حيث لا نجد نصاً يوجب تحديد ميعاد للخيار .

(ب) وإذا مات من ثبت له الخيار قبل أن يختار ، انتقل الخيار إلى ورثته ، في حدود الوقت الذي كان باقياً للمورث . وإذا اشهر إفلاسه ثبت الخيار لمجموع دائنيه .

وإذا لم يتمكن الورثة أو الدائنون من الاتفاق فيما بينهم ، ساغ للطرف الآخر أن يطلب تحديد أجل لهم عن طريق القضاء ، حتى إذا انقضى هذا الأجل ثبت الخيار له (المادة ١٤٥) .

(ج) وحكم امتناع الدائن عن ممارسة حق الخيار هو ما قرره المادة ١٤٤ بقولها : « إذا ماطل الدائن في الاختيار كان للطرف الآخر أن يطلب من المحكمة أن تمنحه أجلاً معقولاً يتخذ فيه قراره . فإذا انقضى هذا الأجل من غير أن يختار الدائن ثبت الخيار للمدين » .

(د) أما حكم امتناع المدين عن ممارسة حق الخيار فلم يعرض له المشرع . فتطبيقاً للمبادئ العامة نرى توجيه انذار للمدين باستعمال خياره حتى إذا ماطل في الاختيار كان للدائن أن يطلب من المحكمة أن تمنح المدين أجلاً معقولاً يتخذ فيه قراره . فإذا انقضى هذا الأجل من غير أن يختار المدين تولى القاضي بنفسه اختيار المحل الواجب الأداء مسترشداً في ذلك بإرادة المدين وبظروف التعاقد وبغير ذلك من الملابسات . ولا يمكن هنا القول بانتقال الخيار إلى الدائن حتى لا يوضع المدين تحت رحمته وتحكمه ، ولأن انتقال الخيار إلى من ليس له حق الخيار يقتضي نصاً خاصاً ، فإذا انتفى النص وجب أن يتولى

القضاء الاختيار .

٩٤ - لتعيين المحل أثر رجعي يستند إلى تاريخ نشوء الالتزام التخييري : أياً كان الطرف الذي احتفظ لنفسه بخيار التعيين ، فإنه متى استعمل حقه واختار المحل الواجب الأداء، أصبح هذا المحل وحده هو محل الالتزام، وانقلب الالتزام التخييري التزاماً بسيطاً ذا محل واحد هو المحل الذي وقع عليه الاختيار .

ولهذا التعيين أثر رجعي ، بمعنى أن المحل الذي اختير يعتبر هو المحل الوحيد للالتزام منذ نشوئه لا من تاريخ ممارسة حق الاختيار . وهذا ما قرره المشرع صراحةً في المادة ١٤٢ إذ قال : « بمجرد حصول الخيار يعتبر الالتزام أنه لم يكن له ، منذ الأصل ، محل إلا الشيء الذي وقع الخيار عليه » .

ويترتب على هذا (الأثر الرجعي) نتائج هامة نخص بالذكر منها النتائج التالية :

(١) تتحدد طبيعة الالتزام التخييري منذ البدء ، بالتعيين الذي سيتم وقت ممارسة الخيار . فإذا كانت محال الالتزام التخييري بعضها عقاراً وبعضها منقولاً مثلاً ، ووقع الخيار على محل عقاري ، اعتبر الالتزام التخييري منذ الأصل التزاماً بسيطاً عقارياً .

(٢) إذا كانت محال الالتزام التخييري نقل ملكية أشياء متعددة ووقع الخيار على شيء من هذه الأشياء مما تنتقل ملكيته بمجرد التعاقد كما في المنقول المعين بالذات ، فإن ملكية الشيء الذي وقع عليه الاختيار تعتبر قد انتقلت منذ نشوء الالتزام التخييري ويعتبر الدائن

مالكاً لهذا الشيء منذ ذاك الوقت لا منذ ممارسة الخيار . وعليه إذا ما اشهر إفلاس المدين ما بين نشوء الالتزام التخييري وممارسة حق الخيار ، فإن الدائن الذي يعتبر مالكاً للمنقول منذ نشوء الالتزام التخييري ، يستطيع استرداد المنقول من التفليسة دون أن يشاركه فيه الدائنون .

(٣) إذا تصرف الدائن في محل من المحال التي ينطوي عليها الالتزام التخييري وذلك في الفترة ما بين نشوء الالتزام وما بين ممارسة حق الخيار ، ثم وقع الخيار على المحل المتصرف فيه ، اعتبر تصرف الدائن تصرفاً باتاً لانه من قبيل تصرف المالك في ملكه .

المبحث الثاني حكم الهلاك

٩٥ - نظرة عامة : عرض المشرع المغربي في المواد ١٤٧ الى ١٥٢ لهلاك محال الالتزام التخييري كلها أو بعضها قبل أن يتم أختمار المحل الواجب الأداء وبيّن الأحكام الواجبة الاتباع في أكثر الصور التي يمكن أن تطرأ عملياً في هذا الصدد ، مكتفياً بالنسبة للصور الأخرى بالقواعد العامة التي يمكن عن طريق تطبيقها الوصول بيسر وسهولة إلى الحل الملائم .

وهو عالج الموضوع في أكثر نواحيه على أساس أن محل الالتزام التخييري شيان معينان بالذات وأن شيئاً منهما قد هلك أو الشئين معاً قد هلكا . ونحن توخياً للسهولة سقتبع نفس النهج مع لفت النظر

إلى أن الحكم يبقى واحداً إذا كان محل الالتزام أكثر من شيئين أو كان يشمل فيما يشمل عملاً أو امتناعاً عن عمل .
ويقتضينا الامام بالموضوع التفريق بين حالتين : حالة هلاك الشيئين معاً وحالة هلاك أحد الشيئين فقط دون الآخر .

١ - هلاك الشيئين معاً

٩٦ - وجوب التمييز بين الهلاك بسبب اجنبي أم بخطأ أحد الطرفين : لا بد لمعرفة الحكم الذي يترتب على هلاك الشيئين معاً من التمييز بين فرضيات ثلاث حسبما يكون الهلاك بسبب اجنبي لا يد للطرفين فيه ، أم يكون بخطأ من المدين أو بعد مماطلته ، أم بخطأ من الدائن .

٩٧ - الفرضية الأولى : هلاك الشيئين بسبب أجنبي : إذا كان هلاك الشيئين معاً يعود لسبب اجنبي لا يد للطرفين فيه وقبل أن يثبت المطل على المدين ، فإن الالتزام التخيري ينقضي لاستحالة تنفيذه سواء كان الخيار للدائن أم كان الخيار للمدين . وهذا ما قرره المادة ١٤٨ بقولها : « ينقضي الالتزام التخيري إذا أصبح الأمران المكونان لمحلّه مستحيلين في نفس الوقت وبدون خطأ المدين وقبل أن تثبت مماطلته » .

ولا يختلف الحكم إذا هلك الشيئان بسبب أجنبي الواحد بعد الآخر : ففي هذه الحالة كما في حالة هلاك الشيئين في وقت واحد ينقضي التزام المدين لاستحالة التنفيذ وإن كان من الناحية النظرية

يصبح الالتزام بسيطاً في الحالة الأولى بهلاك أحد الشئين ثم ينقضي وهو بهذا الوصف بهلاك الشيء الثاني، في حين أنه في حالة هلاك الشئين في وقت واحد ينقضي الالتزام وهو تخيري دون أن يتحول إلى التزام بسيط قبل انقضائه .

٩٨ - الفرضية الثانية : هلاك الشئين بخطأ من المدين أو بعد مماطلته : إذا هلك الشئان معاً بخطأ من المدين أو بعد ثبوت مماطلته فالحكم يختلف بين أن يكون الخيار للدائن وبين أن يكون الخيار للمدين .

(١) فإذا كان الخيار للدائن فقد أعطاه المشرع الحق في أن يلزم المدين بتأدية قيمة أي من الشئين الذي يقع عليه اختياره . وبهذا قالت المادة ١٤٩ : « إذا أصبح الأمران اللذان يشملهما الالتزام مستحيلين في نفس الوقت بخطأ المدين أو بعد مماطلته وجب عليه أن يدفع قيمة أي منهما وفق ما يختاره الدائن » .

وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من أن نص المادة ١٤٩ قد أشار إلى الصورة التي يهلك فيها الشئان في وقت واحد ، فإن الحكم لا يختلف في حالة هلاك الشئين الواحد بعد الآخر ، إذ المهم في الأمر أن يهلك الشئان معاً بخطأ من المدين أو بعد مماطلته؛ ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا الهلاك قد حصل في وقت واحد أو حصل في وقتين متعاقبين : ففي الحالتين يثبت للدائن الحق في أن يرجع على المدين بقيمة أي من الشئين الذي يختاره .

(٢) أما إذا كان الخيار للمدين ، فيجب عملاً بالأحكام العامة ، منح المدين الحق في أن يختار دفع قيمة أي من الشيئين إذا كان هلاكهما حصل في وقت واحد ، وإلزامه بأداء قيمة الشيء الذي طرأت عليه استحالة التنفيذ أخيراً ، إذا كان الهلاك قد حصل في وقتين مختلفين (١) .

٩٩ - الفرضية الثالثة : هلاك الشيئين بخطأ من الدائن : إذا هلك الشيئان معاً بخطأ من الدائن فالحكم يختلف كذلك بين أن يكون الخيار للمدين وبين أن يكون الخيار للدائن .

(١) فإذا كان الخيار للمدين فقد أوجب المشرع على الدائن « أن يعرض المدين عن آخر ما استحال منهما إذا كانت استحالتهما في وقتين مختلفين ، وعن نصف قيمة كل منهما إذا استحالاً في وقت واحد » (المادة ١٥٢) .

(٢) أما إذا كان الخيار للدائن ، فيجب عملاً بالأحكام العامة ، إعطاء الدائن الحق في أن يختار استيفاء لحقه أحد الشيئين فتراً بذلك ذمة المدين . وبما أن الدائن مسؤول عن هلاك الشيء الذي لا يقع عليه اختياره ، فإنه يتعين عليه أداء قيمته للمدين .

٢ - هلاك أحد الشيئين

١٠٠ - وجوب التمييز بين الهلاك بسبب أجنبي أم بخطأ أحد الطرفين : هنا أيضاً يتطلب بيان الحكم الذي يترتب على هلاك أحد

(١) ذلك أنه إذا هلك أحد الشيئين قبل الآخر ، وجب استبعاد الشيء الذي هلك أولاً من نطاق التخيير حتى لا يفيد المدين من خطئه . هذه العلة يترتب عليه أداء قيمة الشيء الذي هلك في الآخر .

الشيئين دون الآخر ، التمييز بين نفس الفرضيات الثلاث : فرضية هلاك هذا الشيء بسبب أجنبي لا يد للطرفين فيه ، وفرضية هلاكه بخطأ من المدين أو بعد مماطلته . وفرضية هلاكه بخطأ من الدائن .

١٠١ - الفرضية الأولى : هلاك أحد الشيئين بسبب أجنبي :

إذا هلك أحد الشيئين بسبب أجنبي لا يد للطرفين فيه فالحكم يختلف بين أن يكون الخيار مقررًا للدائن وبين أن يكون الخيار مقررًا للمدين .

(١) فإذا كان الخيار مقررًا للدائن ، فإن له أن يختار بين استيفاء الشيء الذي لم يهلك وبين أن يطلب فسخ العقد . وقد نصت على ذلك المادة ١٤٧ بقولها : « إذا أصبح طريق من طرق تنفيذ الالتزام مستحيلًا ... كان للدائن أن يختار بين طرق التنفيذ الأخرى أو أن يطلب فسخ العقد » .

(٢) أما إذا كان الخيار مقررًا للمدين ، فيسقط هذا الخيار ولا يكون له إلا الوفاء بالشيء الباقي لأن الالتزام انقلب من التزام تخيري إلى التزام بسيط له محل واحد هو الشيء الذي لم يهلك .

١٠٢ - الفرضية الثانية : هلاك أحد الشيئين بخطأ من المدين

أو بعد مماطلته : إذا هلك أحد الشيئين بخطأ من المدين أو بعد مماطلته ، وجب التمييز بين الحالة التي يكون فيها الخيار للدائن وبين الحالة التي يكون فيها الخيار للمدين .

(١) فإذا كان الخيار للدائن فإن المشرع منحه الخيار بين « أن

يطلب إما أداء الشيء الذي ما زال ادأؤه ممكناً وإما التعويض عن استحالة أداء الشيء الآخر .

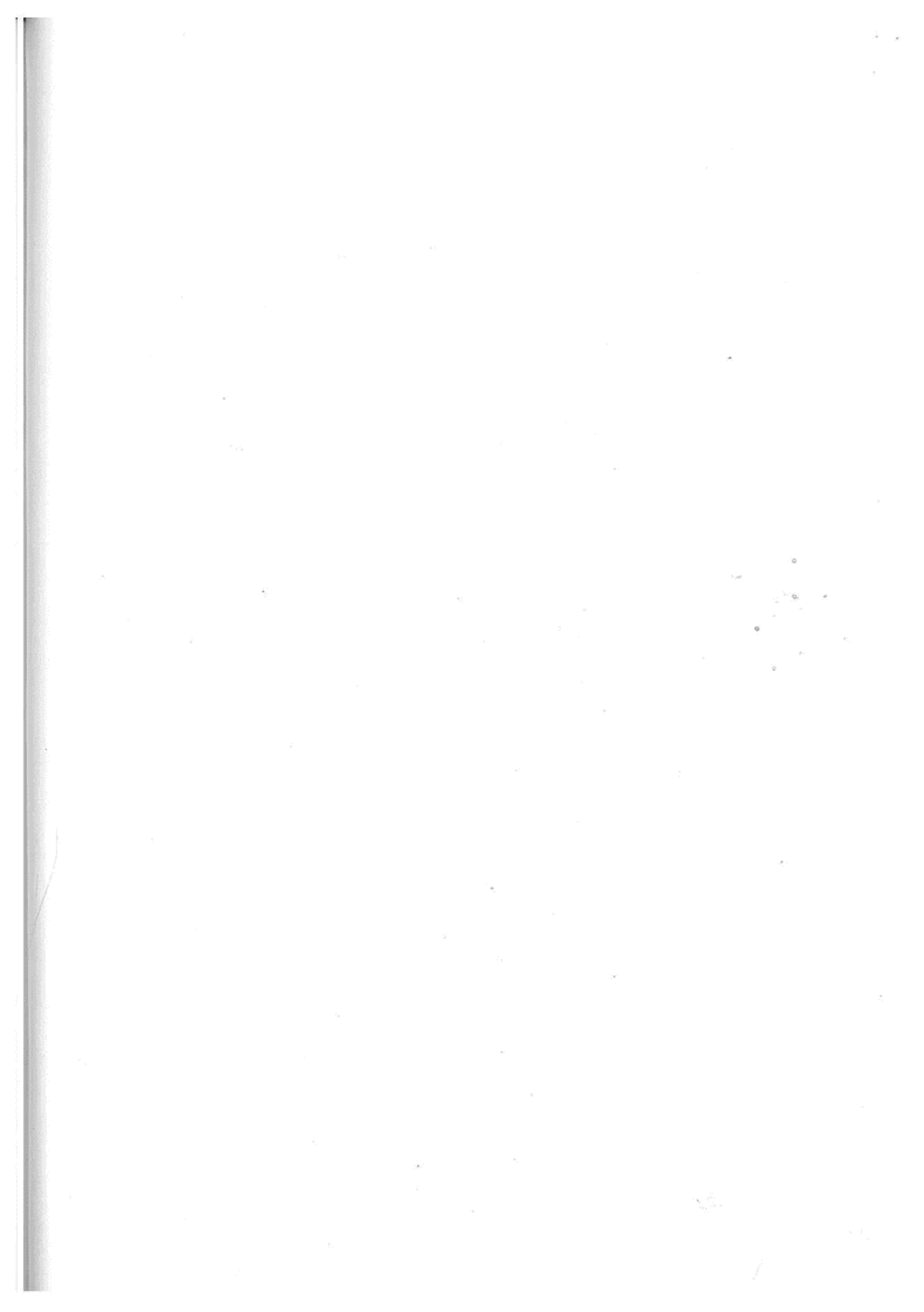
(٢) وأما إذا كان الخيار للمدين فلا مناص من اعتبار الشيء الذي هلك بخطأه هو الشيء الذي لم يختره ، فلا يبقى أمامه إلا الشيء الباقي الذي يتعين عليه الوفاء به حتى لا يفيد من خطأه .

١٠٣ - الفرضية الثالثة : هلاك أحد الشئين بخطأ من الدائن :

إذا هلك أحد الشئين بخطأ من الدائن ، ترتب كذلك التفريق بين أن يكون الخيار للدائن وبين أن يكون الخيار للمدين .

(١) فإذا كان الخيار للدائن ، فقد أوجب المشرع اعتباره أنه قد اختار هذا الشيء بحيث لا يسوغ له أن يطلب الشيء الباقي (المادة ١٥١) .

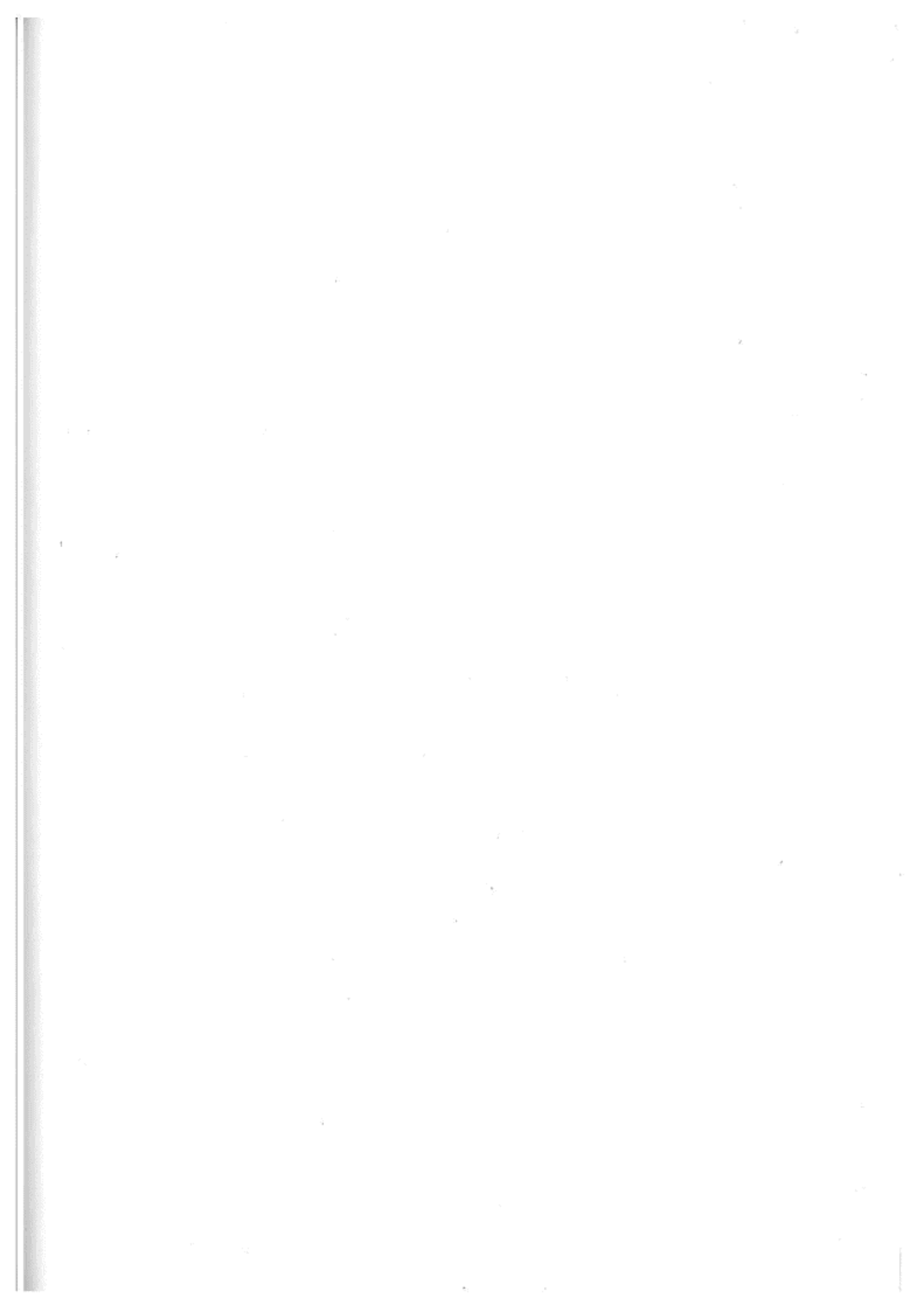
(٢) أما إذا كان الخيار للمدين ، فبمقتضى الأحكام العامة ، يجب أن يكون له الخيار بين الوفاء بالشيء الباقي للدائن مع الرجوع عليه بقيمة الشيء الذي هلك بخطأه ، وبين اعتبار الشيء الذي هلك بخطأ الدائن هو الشيء الواجب الأداء فتبرأ ذمته من الالتزام ولا يرجع على الدائن بشيء .



الباب الثالث

الأوصاف التي تلحق أطراف الالتزام

- الالتزام متعدد الأطراف
- الالتزام التضامني
- الالتزام غير القابل للانقسام والالتزام القابل للانقسام



١٠٤ - نظرة عامة : قد يتعدد أطراف الالتزام بحيث بدل أن يكون الطرف الدائن والطرف المدين واحداً ، يتعدد أحد هذين الطرفين أو كل منهما .

ويتخذ هذا التعدد صوراً مختلفة :

ففي صورة أولى يتعدد الطرف الدائن أو الطرف المدين أو كلاهما دون أن تربط الطرف المتعدد أي رابطة خاصة سوى رابطة التعدد فيسمى الالتزام عندها التزاماً متعدد الأطراف (obligation conjointe).

وفي صورة ثانية تقوم رابطة تضامنية بين الأطراف المتعددين تجعلهم متضامنين في الحق أو في الدين فيسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام التضامني (obligation solidaire) .

وفي صورة ثالثة قد يكون الالتزام الذي يطالب به الطرف الدائن أو الذي يترتب على الطرف المدين يقبل أو لا يقبل تنفيذه التجزئة فيسمى التزاماً قابلاً للانقسام في الحالة الأولى (obligation divisible) والتزاماً غير قابل للانقسام في الحالة الثانية (obligation indivisible) .

والالتزام متعدد الاطراف لا ينمرد بأحكام خاصة. كل ما في الأمر أن الالتزام ينقسم بين الدائنين المتعددين أو على المدينين المتعددين كل بالقدر الذي يحدده القانون أو يعينه الاتفاق . فإذا توفي زيد مثلاً

وكان له دين في ذمة عمرو انتقل هذا الدين الى ورثته وانقسم فيما بينهم كل بحسب نصيبه في الإرث . وإذا اشترى عدة اشخاص عقاراً صفقة واحدة دون تضامن فيما بينهم التزم كل منهم بجزء من الثمن يوازي مقدار الحصة التي اشتراها كما جرى تعيينها في عقد الشراء . ومتى انقسم الالتزام بين الدائنين أو على المدينين المتعدين تحول بموجب هذا الانقسام الى التزامات متعددة كل منها لصالح دائن أو في ذمة مدين واضحى كل التزام من هذه الالتزامات المتعددة مستقلاً عن الالتزامات الأخرى .

أما الالتزامات التضامنية والالتزامات القابلة للانقسام والالتزامات غير القابلة للانقسام فتتفرد بأحكام خاصة وتترتب عليها آثار هامة . لذا خصتها المشرع بالبحث .

ونحن بدورنا سنكتفي بالبحث في الالتزامات التضامنية ، ثم في الالتزامات القابلة للانقسام والالتزامات غير القابلة للانقسام .

١٠٥ - خطة البحث في هذا الباب : سنبحث في فصل اول

في الالتزامات التضامنية ، ثم في فصل ثانٍ سنعرض للالتزامات القابلة للانقسام وللالتزامات غير القابلة للانقسام .

وعليه سيشتمل هذا الباب على فصلين :

الفصل الأول : الالتزامات التضامنية .

الفصل الثاني : الالتزامات غير القابلة للانقسام والالتزامات

القابلة للانقسام .

الفصل الاول

الالتزامات التضامنية

١٠٦ - التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين : الالتزامات التضامنية على نوعين حسبما يكون الطرف المتضامن في الالتزام هو الطرف الدائن فيكون هناك ما يسمى اصطلاحاً بالتضامن بين الدائنين (solidarité entre les créanciers) او التضامن الايجابي (solidarité active) ، أو يكون هو الطرف المدين فيكون هناك ما يسمى اصطلاحاً بالتضامن بين المدينين (solidarité entre les débiteurs) أو التضامن السلبي (solidarité passive) .

وقد خصّ المشرع بحثاً مستقلاً لكل من هذين النوعين من الالتزامات التضامنية فبدأ بالتضامن بين الدائنين الذي أفرد له المواد ١٥٣ الى ١٦٣ ثم انتقل إلى التضامن بين المدينين الذي عرض له في المواد ١٦٤ الى ١٨٠ .

ونحن سنتبع نفس النهج فنبحث على التعاقب في التضامن بين الدائنين ثم في التضامن بين المدينين .

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى فرعين :

الفرع الأول : التضامن بين الدائنين .

الفرع الثاني : التضامن بين المدينين .

الفرع الأول

التضامن بين الدائنين

١٠٧ - مباحث هذا الفرع : يقتضينا بحث التضامن بين الدائنين

أن نعرف هذا النوع من التضامن ونعين مصادره ، ثم نوضح الآثار التي تترتب عليه .

لذا سنقسم هذا الفرع إلى مبحثين :

المبحث الأول : تعريف التضامن بين الدائنين وتعيين مصادره .

المبحث الثاني : آثار التضامن بين الدائنين .

المبحث الأول

تعريف التضامن بين الدائنين وتعيين مصادره

١٠٨ - تعريف التضامن بين الدائنين : (آ) عرفت المادة

١٥٤ الالتزام التضامني بين الدائنين فقالت : « يكون الالتزام تضامنياً

بين الدائنين إذا كان لكل منهم الحق في قبض الدين بتمامه ولم يكن

المدين ملتزماً بأن يدفع الدين إلا مرة واحدة لواحد منهم » . مثل

ذلك أن يقرض زيد وعمرو وبكر مبلغاً من المال إلى سعد ، ويذكر في العقد أن زيداً وعمرواً وبكراً هم متضامنون فيما بينهم . ففي هذه الحالة يحق لكل من زيد وعمرو وبكر استيفاء الدين بتمامه في الاستحقاق، كما أن لسعد أن يدفع كامل الدين لأي واحد يختاره من بين دائنيه الثلاثة المتضامين ويبرئ بذلك ذمته براءة تامة تجاههم جميعاً .

(ب) وليس من الضروري حتى يكون الالتزام تضامنياً بين الدائنين أن تكون الرابطة التي تربط كل واحد من الدائنين بالمدين هي من نوع واحد ؛ بل إن الالتزام يبقى تضامنياً حتى لو اختلفت روابط الدائنين بالمدين وتعددت صفة هذه الروابط : فهكذا مثلاً قد يكون التزام المدين تجاه أحد الدائنين المتضامين التزاماً منجزاً غير مقترن بشرط أو مربوط بأجل ، ويكون التزامه تجاه الدائن الثاني موقوفاً على شرط ، ويكون التزامه تجاه الدائن الثالث مربوطاً بأجل . وهذا ما أشارت إليه المادة ١٥٤ بقولها : « ويمكن أن يكون الالتزام تضامنياً بين الدائنين حتى لو اختلف حق أحدهم عن حق الآخر بأن كان معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل في حين أن حق الآخر بات منجزاً » .

١٠٩ - مصادر التضامن بين الدائنين : نصت المادة ١٥٣ على

ما يلي :

« التضامن بين الدائنين لا يفترض ، ويلزم أن ينشأ من العقد أو يتقرر بمقتضى القانون أو أن يكون النتيجة الحتمية لطبيعة المعاملة .

ومع ذلك فإذا تعهد عدة أشخاص بأمر واحد في نفس العقد ومشاركين افترض فيهم أنهم تعهدوا به متضامين ، ما لم يكن العكس مصرحاً به أو ناتجاً عن طبيعة المعاملة .

يتضح من هذا النص أن المشرع ذكر ثلاثة مصادر للتضامن بين الدائنين :

(١) العقد .

(٢) القانون .

(٣) طبيعة المعاملة .

وفي الواقع ورغم تعدد المصادر التي ذكرها المشرع ، فإن التضامن بين الدائنين يبقى من الأمور النادرة في العمل ويكاد لا ينشأ إلا عن العقد أو عن الإرادة بوجه أعم .

والسبب في ندرة التضامن بين الدائنين أن ضرر هذا التضامن قد يفوق فوائده : فالكسب الذي يجنيه الدائنون وهو سهولة الحصول على الدين من حيث أن أيّاً منهم يستطيع استيفاء كامل الدين ، هو كسب لا يذكر ازاء الخطر الذي يمكن أن يكونوا عرضة له فيما إذا أعسر الدائن الذي قبض الدين وأصبح رجوعهم عليه عديم الجدوى . يضاف إلى ذلك أن ما يفيده الدائنون من التضامن يستطيعون تحقيقه بسهولة ويسر عن غير هذا الطريق ، إذ هم يملكون عند حلول الأجل إعطاء من يختارون من بينهم توكيلاً بقبض الدين كله .

بعد هذه الملاحظة التي اوردناها بشأن ندرة التضامن بين الدائنين

لنعرض لمختلف مصادره .

١١٠ - القانون كمصدر للتضامن بين الدائنين : أكثر الشراح ينفون أن يكون القانون مصدراً للتضامن بين الدائنين^(١) . ومع ذلك فإننا نستطيع أن نذكر تطبيقاً للتضامن بين الدائنين بمقتضى نص في القانون ما ورد في المادة ١٠١٨ من أن لكل من الشركاء في شركة المفاوضة^(٢) أن يقوم بقبض الأدعاءات والغاء الصفقات ، والاعتراف بالدين وإجراء رهن حيازي أو ضمان آخر في الحدود التي تقتضيها الإدارة .

على أنه لا بد لنا من الاعتراف بأن هذا التضامن الذي قرره نص في القانون إنما مصدره عقد شركة المفاوضة حيث يوكل الشركاء بعضهم بعضاً في تسيير أمور الشركة والانفراد بالعمل من غير مشاورة الآخرين .

١١١ - طبيعة المعاملة كمصدر للتضامن بين الدائنين : قد يكون التضامن بين الدائنين نتيجة حتمية لطبيعة المعاملة . مثل ذلك الحالة

(١) جوسران ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٧٥٧ صفحة ٤١٢ - أوبري ورو ، الجزء الرابع نبذة رقم ٢٩٨ مكررة صفحة ٢٤ - بودري وبارد ، الجزء الثاني نبذة رقم ١١٢٢ صفحة ٢٥٢ .

(٢) شركة المفاوضة هي الشركة التي يفوض فيها الشركاء بعضهم لبعض في الإدارة مع التصريح بأن أيّاً منهم يستطيع الانفراد بالعمل من غير المشاورة مع الآخرين (المادة ١٠١٧) .

التي ينقلب فيها أشخاص، من مدينين متضامنين بموجب عقد، إلى دائنين متضامنين كأن يبيع عدة أشخاص بالتضامن فيما بينهم شيئاً ما ويلتزمون بتسليم المبيع إلى المشتري، ثم يخل المشتري بالتزاماته فيبرر ذلك المطالبة بفسخ البيع. ففي هذه الحالة تقضي طبيعة المعاملة أن يضحي البائعون دائنين متضامنين في المطالبة بالفسخ بحيث يحق لكل منهم أن يمارس الدعوى بمفرده ويطلب بفسخ البيع بمجموعه. مثل ذلك أيضاً أن تُعقد هبة من قبل عدة أشخاص على سبيل التضامن فيما بينهم. ثم يحصل ما يبرر الرجوع في الهبة. ففي هذه الحالة يضحي الواهبون متضامنين في هذا الرجوع بحيث يستطيع كل منهم ممارسة دعوى الرجوع بالنسبة للشيء الموهوب بكامله.

١١٢ - العقد أو الإرادة بوجه عام كمصدر للتضامن بين الدائنين:

إن المصدر الرئيسي للتضامن بين الدائنين هو العقد أو الإرادة بوجه أعم. مثل ذلك أن يهب شخص مبلغاً من المال أو يوصي به لأشخاص متعددين ويجعلهم الواهب أو الموصي متضامنين في المطالبة بهذا المبلغ.

وثمة تطبيق للتضامن بين الدائنين كان شاع في فرنسا للتهرب من ضريبة التركات هو الحساب المشترك (compte joint)، وبمقتضاه كان يودع المورث والوارث المحتمل - كزوج وزوجته أو أب وابنه أو نحو ذلك - النقود باسميهما في مصرف من المصارف، على أن يكونا دائنين متضامنين لهذا الحساب المشترك. وبذلك يتمكن كل منهما أن يسحب كامل المبلغ بمفرده حتى لو مات الطرف الآخر

ويفادى بذلك تأدية ضريبة التركات . غير أن قانونين صدرا في ٣١ مارس ١٩٠٣ و ٣١ ديسمبر ١٩٠٣ اعتبرا هذا الحساب المشترك ملكاً مشتركاً للمودعين بحيث إذا مات أحدهما اعتبر نصيبه تركة تستحق عليها الضريبة ^(١) . ومنذ ذلك الحين زالت معالم الحسابات المشتركة في فرنسا . ولكن هذه الحسابات ما زالت شائعة حيثما لم يصدر بعد تقنين مشابه للتقنين المالي الفرنسي .

١١٣ - التضامن بين الدائنين لا يفترض : إن قانون الالتزامات والعقود المغربي ، شأنه شأن سائر التشريعات ، عمد إلى استهلال بحث التضامن بتقرير قاعدة أساسية مؤادها ان « التضامن بين الدائنين لا يفترض » . فما لم توجد إرادة واضحة لا لبس فيها بانشاء هذا التضامن فإنه لا يقوم .

ولا يفهم من ذلك أن التضامن بين الدائنين لا بد أن يرد فيه شرط صريح . فقد يستخلص ضمناً من الظروف والملابسات . إنما يجب أن لا يكون هناك شك في أنه مشروط . وقد ورد بهذا الخصوص في المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني المصري ما يأتي : « ومن الأصول المقررة أن التضامن بنوعيه لا يفترض . وليس يقصد بذلك إلى وجوب اشتراطه بصريح العبارة . فقد تنصرف إليه الارادة ضمناً

(١) كولان وكاييتان ، المرجع السابق ، الجزء الثاني نبذة رقم ٤١٣ صفحة

٣٩١ - وجوسران ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، نبذة رقم ٧٥٦ صفحة ٤١٢ .

ولكن ينبغي أن تكون دلالة الاقتضاء في مثل هذه الحالة واضحة لا خفاء فيها « (١) » .

ومن الأمثلة على التضامن الضمني ما ورد عليه النص في الفقرة الثانية من المادة ١٥٣ من أنه إذا اشترط عدة اشخاص مشتركين وفي نفس العقد ديناً واحداً افترض فيهم أنهم اشترطوه متضامين ، ما لم يكن العكس مصرحاً به أو ناتجاً عن طبيعة العاملة « (٢) » .

وليس من الضروري في الشرط الصريح أن يرد لفظ « التضامن » بالذات . فأي عبارة تؤدي معنى التضامن يمكن الاعتداد بها كأن يشترط في العقد أن للمدين الوفاء بكامل الدين لأي واحد من الدائنين أو أن لأي من الدائنين حق استيفاء كامل الدين من المدين .

المبحث الثاني آثار التضامن بين الدائنين

- ١١٤ - التمييز بين علاقة الدائنين بالمدين وعلاقة الدائنين فيما بينهم : يجب بحث آثار التضامن بين الدائنين من زاويتين :
- من حيث علاقة الدائنين المتضامين بالمدين .
 - ثم من حيث علاقة الدائنين المتضامين بعضهم ببعض .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الثالث صفحة ٥١ .

(٢) راجع نص الفقرة الثانية من المادة ١٥٣ كما ورد في الأصل الفرنسي .

١ - علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين.

١١٥ - القواعد الأساسية التي تسود علاقة الدائنين بالمدين :

يمكن جمع الأحكام التي تسود علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين حول القواعد الأساسية التالية :

أولاً : ينقضي الالتزام في حق جميع الدائنين بوفاء المدين الدين لأي واحد منهم .

ثانياً : ينقضي الالتزام كذلك في حق جميع الدائنين بأسباب أخرى اعتبرها المشرع بمنزلة الوفاء .

ثالثاً : إذا قام أحد الدائنين بعمل ضار فإن بقية الدائنين لا يضارون به .

رابعاً : إذا قام أحد الدائنين بعمل نافع فإن الدائنين الآخرين يفيدون منه .

فلنبحث في هذه القواعد على التعاقب .

١١٦ - أولاً : انقضاء الالتزام بالوفاء : ينقضي الالتزام التضامني

في حق جميع الدائنين إذا أوفاه المدين لأي واحد منهم • وليس لمن اختاره المدين من الدائنين أن يرفض استيفاء الدين كله ، بل ليس له أن يقتصر على قبض نصيبه من هذا الدين ويرفض قبض الباقي وإنما عليه أن يقبض كل الدين . وهذه هي الميزة الجوهرية للتضامن بين الدائنين .

وإذا رفض الدائن الذي اختاره المدين استيفاء الدين جاز للمدين أن يعرضه عليه عرضاً حقيقياً ويتبع هذا العرض بالإيداع الفعلي وفقاً للأجراءات المقررة للعرض والإيداع في المادة ٢٧٥ وما يليها . وهذا ما أشار إليه المشرع في المادة ١٥٥ حيث قرر « أن الالتزام التضامني ينقضي في حق جميع الدائنين إذا تم في حق أحدهم ... إيداع الشيء المستحق » .

وتجدر الإشارة إلى أن المدين لا يستطيع أن يفرض على الدائن وفاء حصته من الدين فحسب . فللدائن رفض هذا الوفاء الجزئي والاصرار على استيفاء الدين بكامله .

على أن هذا لا يمنع من أن يتفق المدين مع أحد الدائنين على أن يؤدي له نصيبه من الدين فقط . ففي هذه الحالة تبرأ ذمة المدين تجاه بقية الدائنين بقدر ما دفع ويصبح لكل من هؤلاء مطالبة المدين بالدين بعد أن يحسم منه حصة الدائن التي تم دفعها . وهذا ما قرره الفقرة الثانية من المادة ١٥٥ إذ قالت : « إذا وفى المدين لأحد الدائنين المتضامنين حصته من الدين ، برئت ذمته في حدود هذه الحصة في مواجهة الباقيين » .

١١٧ - ثانياً : انقضاء الالتزام بأسباب انزلها المشرع منزلة الوفاء :

(أ) لئن كانت بعض التقنيات كالقانون المدني الفرنسي ، والقانون المدني المصري والقانون المدني السوري تقصر انقضاء الالتزام التضامني في حق جميع الدائنين المتضامنين على سبب واحد من أسباب

انقضاء الالتزامات وهو الوفاء ، ولا ترتب على أسباب الانقضاء الأخرى براءة ذمة المدين قبل باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمته إزاء المدين بسبب من هذه الأسباب^(١) ، فإن المشرع المغربي ، شأنه في ذلك شأن المشرع اللبناني^(٢) ، قد توسع في الأسباب التي توؤل إلى انقضاء الالتزام التضامني في مواجهة الدائنين جميعاً واعتبر بمثابة الوفاء : (١) الوفاء بمقابل ، (٢) المقاصة . (٣) التجديد .

وهذا ما قرره المادة ١٥٥ صراحةً بقولها : « ينقضي الالتزام التضامني في حق جميع الدائنين . إذا تم في حق أحدهم الوفاء به أو الوفاء بمقابل ، أو إيداع الشيء المستحق ، أو المقاصة أو التجديد » .

(ب) أما أسباب انقضاء الالتزام الأخرى غير الوفاء والوفاء بمقابل والمقاصة والتجديد ، أي أسباب الانقضاء الكامنة في الإبراء واتحاد الذمة والتقدم ، فإن المشرع المغربي شأنه شأن المشرع اللبناني في ذلك ، اتبع النهج الذي سار عليه القانون المدني الفرنسي وكل من القانون المدني المصري والقانون المدني السوري ، من حيث أنه لم يرتب عليها إذا حصلت فيما بين المدين وأحد الدائنين المتضامنين انقضاء الالتزام التضامني تجاه جميع الدائنين ، بل قصر أثرها على

(١) راجع المادة ١١٩٧ من القانون المدني الفرنسي وجوسران المرجع السابق ، الجزء الثاني ، نبذة رقم ٧٥٨ صفحة ٤١٣ - وراجع المادة ٢٨٢ من القانون المدني المصري والمادة ٢٨٢ كذلك من القانون المدني السوري .

(٢) راجع الفقرة الأولى من المادة ١٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

براءة ذمة المدين تجاه باقي الدائنين في حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قبله .

فهكذا نصت المادة ١٥٦ على أن « الابراء من الدين الحاصل من أحد الدائنين المتضامنين لا يسوغ الاحتجاج به في مواجهة الآخرين . وهو لا يبرئ ذمة المدين من الدين الا في حدود حصة من أجراه » ثم تابعت فقالت : « اتحاد الذمة الحاصل بين أحد الدائنين المتضامنين وبين المدين لا يترتب عليه انقضاء الالتزام إلا بالنسبة لهذا الدائن » . وهكذا أيضاً ورد في المادة ١٥٨ أن « التقادم الذي يتم ضد أحد الدائنين المتضامنين لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الآخرين » .

وعليه إذا أبرأ أحد الدائنين المتضامنين المدين ، فلا تبرأ ذمته نحو بقية الدائنين الا بقدر حصة الدائن الذي صدر منه الابراء ويكون لأي من هؤلاء الرجوع على المدين ببقية الدين . وإذا اتحدت ذمة أحد الدائنين المتضامنين بذمة المدين بأن ورث المدين أحد هؤلاء الدائنين فإن اتحاد الذمة لا يقضي الدين بالنسبة إلى بقية الدائنين إلا في حدود حصة الدائن الذي اتحدت ذمته بذمة المدين . وإذا تقادم الدين بالنسبة لأحد الدائنين المتضامنين ولم يتقادم بالنسبة للآخرين لأن حقهم مربوط بأجل أو موقوف على شرط ، فإن المدين لا يستطيع الاحتجاج بإزاءهم إلا بقدر حصة الدائن الذي انقضى حقه بالتقادم .

١١٨ - ثالثاً : الأعمال الضارة الصادرة عن أحد الدائنين لا

تضر بقية الدائنين : إذا قام أحد الدائنين المتضامنين بعمل ضار فإن

بقية الدائنين لا يضارون به . ذلك أن الدائنين المتضامنين إنما يعتبرون أن كلا منهم قد وكل الآخرين فيما ينفعه لا فيما يضره . وعليه كانت القاعدة أن الأعمال التي يقوم بها أحد الدائنين المتضامنين ويكون من شأنها الاضرار بالدائنين الآخرين لا يسري أثرها في حقهم .

وتترتب على هذه القاعدة النتائج التالية :

(١) إذا ارتكب أحد الدائنين المتضامنين خطأ أوجب مسؤوليته تجاه المدين فإن هذا الخطأ لا يكون له أثر قبل باقي الدائنين ولا يسألون عنه (الفقرة الثانية من المادة ١٥٨) .

(٢) إذا ثبتت المماثلة بحق أحد الدائنين المتضامنين فإن أثر هذه المماثلة يبقى محصوراً بالدائن الذي تحقق مطله (الفقرة الثانية من المادة ١٥٨) .

(٣) إذا صالح أحد الدائنين المتضامنين المدين وانطوى الصلح على إبراء المدين من الدين أو كان من شأن الصلح أن يهدد مركز بقية الدائنين ويسيء إليه ، فإن هذا الصلح لا يمكن الاحتجاج به ضدهم إلا إذا قبلوا به (المادة ١٦٠) .

(٤) إذا منح أحد الدائنين المتضامنين أجلاً للمدين فإن هذا الأجل لا يسري في مواجهة بقية الدائنين ما لم ينتج العكس عن طبيعة المعاملة أو عن اتفاقات المتعاقدين (المادة ١٦١) .

(٥) إذا وجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين للمدين وحلفها ، أو إذا صدر حكم ضد أحد الدائنين المتضامنين لصالح المدين فإن

بقية الدائنين لا يضارون باليمين ولا بالحكم ، هذا كله ما لم ينتج العكس عن إتفاقات الاطراف أو عن طبيعة المعاملة (المادة ١٥٧) .

(٦) إذا وجه المدين اليمين إلى أحد الدائنين المتضامين ونكل هذا الدائن عن حلفها ، فاننا رغم سكوت المشرع عن هذه الحالة نرى أن لا يضار بقية الدائنين بهذا النكول وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة القائلة بأن الدائنين المتضامين لا يضارون بالأعمال الضارة التي يقوم بها أحدهم .

١١٩ - رابعاً : الأعمال النافعة الصادرة عن أحد الدائنين يفيد منها بقية الدائنين : لأن كان يمتنع على الدائن المتضامن أن يقوم بما من شأنه الاضرار بقية الدائنين فإنه ليس ما يحول دون قيامه بأعمال تعود عليهم بالنفع . فمثل هذه الأعمال ، إذا ما صدرت عنه ، يفيد منها سائر الدائنين المتضامين وتسري بحقوقهم .

وتترتب على هذه القاعدة النتائج التالية :

(١) إذا قطع أحد الدائنين المتضامين التقادم استفاد من هذا القطع جميع الدائنين (المادة ١٥٩) .

(٢) إذا صالح أحد الدائنين المتضامين المدين وتضمن هذا الصلح الاعتراف بالحق أو بالدين فإن هذا الصلح يفيد منه بقية الدائنين (المادة ١٦٠) .

(٣) إذا وجه المدين اليمين إلى أحد الدائنين المتضامين وحلفها هذا الدائن ، فاننا نرى ، رغم سكوت المشرع عن هذه الحالة أن ،

يفيد بقية الدائنين من حلف أحدهم اليمين وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة القائلة بإفادة سائر الدائنين المتضامين من الأعمال النافعة التي يقوم بها أحد هؤلاء الدائنين .

على أن المشرع المغربي استثنى من هذه القاعدة نكول المدين عن حلف اليمين الموجهة إليه كما استثنى صدور حكم ضده لصالح أحد الدائنين . فمن الرجوع إلى المادة ١٥٧ يتضح أن الدائن المتضامن إذا وجه اليمين للمدين ونكل عن حلفها أو إذا صدر حكم على المدين لمصلحة أحد الدائنين المتضامين فإن بقية الدائنين لا يفيدون من نكول المدين عن حلف اليمين كما لا يفيدون من الحكم الصادر لمصلحة أحدهم هذا ما لم ينتج العكس من اتفاقات الأطراف أو من طبيعة المعاملة .

ويخالف المشرع المغربي في هذا الاستثناء ما درجت عليه معظم التشريعات ولا سيما القانون المدني المصري والقانون المدني السوري^(١) .

واننا لا نرى مبرراً لهذا الاستثناء .

(١) السنهاوري ، المرجع السابق ، الجزء الثالث نبذة رقم ١٤٤ صفحة ٢٢٧
ونبذة رقم ١٤٥ صفحة ٢٢٨ - مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الثالث
صفحة ٩٤ .

ولما كان الاستثناء يفسر تفسيراً ضيقاً فإنه يجب حصر حكم المادة ١٥٧ في اليمين الموجهة من أحد الدائنين المتضامين للمدين . أما اليمين التي يوجهها المدين لأحد الدائنين المتضامين ويحلفها فلا يسري عليها الاستثناء وتطبق بحقها القاعدة العامة على ما بيناه أعلاه .

٢ - علاقة الدائنين المتضامين بعضهم ببعض

١٢٠ - انقسام الدين في علاقة الدائنين بعضهم ببعض : (أ) لأن كان من خصائص الدين المترتب لمصلحة عدة دائنين متضامين أنه لا ينقسم في علاقتهم بالمدين ، بل يسوغ لأي دائن قبض كامل الدين من المدين ، ويسوغ للمدين اداء الدين كله لأي دائن ، فإن الدين في علاقة الدائنين المتضامين بعضهم ببعض ينقسم وما يستوفيه أحدهم من المدين يصير من حق الدائنين جميعاً ويتحاصون فيه كل بقدر حصته .

(ب) ولتحديد حصة كل دائن يجب الرجوع مبدئياً إلى الاتفاق الذي نشأ بموجبه التضامن . أما إذا كان لا يوجد اتفاق يعين حصة كل من الدائنين المتضامين فإنه يتعين جعل الدين حصصاً متساوية بين الدائنين وذلك عملاً بالقاعدة الوارد عليها النص في المادة ٩٦١ وبمقتضاها « عند الشك يفترض أن أنصباة الشركاء (في الشيء أو الحق) متساوية » .

(ج) وقاعدة وجوب تقسيم ما يقبضه أحد الدائنين المتضامين

فيما بينهم جميعاً تسري سواء قبض الدائن ما قبض على سبيل الوفاء أم الصلح ، كما هي تسري أياً كانت الطريقة التي استوفي الدين بموجبها، لا فرق بين أن يكون الدائن قبض الدين رأساً من المدين أم قبضه من كفيل أو من مدين آخر التزم إنابةً عن المدين الأصلي . وهذا ما قرره المادة ١٦٢ إذ قالت : « ما يقبضه كل من الدائنين المتضامنين ، سواء على سبيل الوفاء أو الصلح يصبح مشتركاً بينه وبين الدائنين الآخرين ، كل على قدر حصته . وإذا أعطي لأحد الدائنين كفيل أو ارتضيت لصالحه إنابة من أجل حصته كان من حق الدائنين الآخرين أن يشتركوا معه فيما يدفعه الكفيل أو المدين المناب ، وهذا كله ما لم ينتج العكس عن اتفاق المتعاقدين أو عن طبيعة المعاملة » .

(د) وكذلك تسري قاعدة انقسام الدين في علاقة الدائنين بعضهم ببعض أياً كان المقدار الذي قبضه الدائن لا فرق بين أن يكون قبض كل الدين أو قبض جزءاً منه . بل هي تسري حتى لو كان الدائن قبض حصته فقط من الدين حيث يسوغ للدائنين الآخرين الرجوع عليه بقدر أنصباؤهم في الحصة المقبوضة . هذا ما لم يمنع على الدائن المتضامن تقديم ما قبض لسبب أجنبي لا يد له فيه ، كأن يهلك الشيء أو المبلغ المقبوض بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ حيث تنتفي مسؤوليته ، ويتحمل الهلاك هو وسائر الدائنين المتضامنين . أما إذا كان الهلاك يرجع إلى خطأه ، فيبقى مسؤولاً تجاه بقية الدائنين في حدود أنصباؤهم . وبهذا المعنى ورد في المادة ١٦٣ أن « الدائن

المتضامن الذي يقبض حصته ولا يستطيع تقديمها للدائنين الآخرين بسبب يرجع إلى خطأه ، ملزم تجاههم في حدود انصباهم منها » .

الفرع الثاني التضامن بين المدينين

١٢١ - مباحث هذا الفرع : سنتبع في بحثنا التضامن بين المدينين نفس النهج الذي سرنا عليه في بحثنا التضامن بين الدائنين ، فنبداً بتعريف التضامن بين المدينين وتعيين مصادره ، ثم ننتقل إلى بيان الآثار التي تترتب عليه .

لذا سنقسم هذا الفرع إلى مبحثين :

- المبحث الأول : تعريف التضامن بين المدينين وتعيين مصادره .
- المبحث الثاني : آثار التضامن بين المدينين .

المبحث الأول

تعريف التضامن بين المدينين وتعيين مصادره

١٢٢ - تعريف التضامن بين المدينين : (آ) عرّفت المادة ١٦٦

التضامن بين المدينين بقولها : « يثبت التضامن بين المدينين إذا كان كل منهم ملتزماً شخصياً بالدين بتمامه وكان يحق للدائن أن يجبر أيّاً منهم على أداء هذا الدين كله أو بعضه ، لكن لا يحق له أن يستوفيه

الا مرة واحدة». مثل ذلك أن يستقرض زيد وعمرو وبكر مبلغاً من المال من سعد وينص في العقد على أن زيداً وعمرواً وبكراً متضامنون فيما بينهم في أداء المبلغ. ففي هذه الحالة يحق لسعد استيفاء تمام دينه في الاستحقاق من أي واحد يختاره من بين مدينه الثلاثة المتضامين وتبرأ بنتيجة هذا الاستيفاء ذمة المدينين جميعاً في مواجهته.

(ب) والتضامن بين المدينين ، خلافاً للتضامن بين الدائنين ، هو كثير الشيوع في الحياة العملية ، وقلّ أن نجد دائناً لمدينين متعددين في التزام واحد دون أن يكون تضامنهم مشروطاً بمقتضى العقد أو أحياناً بمقتضى القانون نفسه . ذلك أن التضامن بين المدينين يزيد في ضمان الدائن من حيث أن ضمانه العام، بدل أن يكون قاصراً على أموال مدين واحد، يصبح شاملاً أموال عدة مدينين . قد يقال بأن الكفالة تعطي أيضاً الدائن نفس الضمان من حيث أنها تضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصلي وتجعل أموال هذا وذاك مشمولة بالضمان العام المقرر للدائن. ولكن ثمة فارقاً هاماً يوجد بين الكفالة وبين تضامن المدينين : ففي الكفالة ، لا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل ، إذا طلب هذا الأخير التجريد^(١) ، الا بعد الرجوع على المدين الأصلي ، بينما في التضامن بين المدينين يستطيع الدائن أن يرجع ابتداء على أي واحد يختاره من مدينه المتضامين . لذلك قلّ أن يطلب الدائن كفيلاً أو يعرض عليه كفيل إلا ويشترط أن يلتزم هذا الكفيل بالتضامن

(١) التجريد هو حجز وبيع أموال المدين الأصلي .

مع المدين الأصلي .

(ج) وتجدر الملاحظة إلى أنه لا يشترط، حتى يكون الالتزام تضامياً بين المدينين، أن تكون الرابطة التي تربط الدائن بكل واحد من المدينين هي من نوع واحد. بل إن الالتزام يبقى التزاماً تضامياً حتى لو اختلفت روابط الدائن بالمدينين وتعددت صفة هذه الروابط : فهكذا مثلاً يصح أن يكون التزام أحد المدينين المتضامين التزاماً بسيطاً أي التزاماً منجزاً غير مقترن بشرط أو مربوط بأجل ، ويكون التزام مدين آخر التزاماً موقوفاً على شرط ، ويكون التزام مدين ثالث التزاماً مربوطاً بأجل . ثم إذا حصل أن كان التزام أحد المدينين المتضامين مشوباً بعيب من عيوب الرضى أو بنقص في الأهلية ، فلا تتأثر بذلك التزامات بقية المدينين . وهذا ما قرره المادة ١٦٧ بقولها : « يسوغ أن يكون الالتزام تضامياً ، حتى لو التزم أحد المدينين بطريقة تخالف تلك التي التزم بها الآخرون كما إذا قام التزامه معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل وجاء التزام مدين آخر باتاً منجزاً . ولا يعيب نقص الأهلية لدى أحد المدينين الالتزام المتعاقد عليه من الآخرين » .

١٢٣ - مصادر التضامن بين المدينين : نصت المادة ١٦٤ على أن « التضامن بين المدينين لا يفترض . ويلزم أن ينشأ صراحةً من السند المنشئ للالتزام ، أو من القانون ، أو أن يكون النتيجة الحتمية لطبيعة المعاملة » .

فمن هذا النص يتضح أن للتضامن بين المدينين ثلاثة مصادر :

(١) العقد أو بصورة أعم إرادة الانسان .

(٢) القانون .

(٣) طبيعة المعاملة .

ولسوف نعرض لمختلف هذه المصادر .

١٢٤ - القانون كمصدر للتضامن بين المدينين : كثيراً ما يقوم

التضامن بين المدينين بمقتضى نص في القانون . وفي هذه الحالة يجب التقيد بالنص وعدم القياس عليه لأن حالات التضامن القانوني تعتبر أنها قد وردت على سبيل الحصر .

والنصوص التي تقضي بوجود التضامن بين المدينين كثيرة نجدها

في قانون الالتزامات والعقود وفي غيره من التشريعات .

(آ) ففي قانون الالتزامات والعقود يمكن أن نذكر على سبيل

المثال الحالات التالية :

(١) الحالة المنصوص عليها في المادة ٩٩ وبمقتضاها « اذا وقع

الضرر من اشخاص متعددين عملوا متواطئين ، كان كل منهم مسؤولاً بالتضامن عن النتائج ، دون تمييز بين من كان منهم محرّضاً أو شريكاً أو فاعلاً أصلياً » .

(٢) الحالة المنصوص عليها في المادة ١٠٠ وهي الحالة التي يتعدد

فيها المسؤولون عن الضرر ويتعذر تحديد فاعله الأصلي من بينهم أو يتعذر تحديد النسبة التي ساهموا بها في الضرر حيث يعتبرون جميعاً

مسؤولين عن هذا الضرر على وجه التضامن فيما بينهم .

(٣) الحالة المنصوص عليها في المادة ٩١٢ وموئداها أن التضامن يقوم بقوة القانون بين الوكلاء المتعديين « إذا حدث الضرر للموكل بتدليسهم أو بخطأهم المشترك وتعذر تحديد نصيب كل منهم في وقوعه ، أو إذا كانت الوكالة غير قابلة للتجزئة ، أو إذا اعطيت الوكالة بين التجار لأعمال التجارة ما لم يشترط غير ذلك » .

(٣) الحالة المنصوص عليها في المادة ١١٣٨ وبمقتضاها إذا تعدد الكفلاء فإن التضامن يقوم فيما بينهم إذا كانت الكفالة قد أبرمت من كل كفيل على انفراد من أجل الدين كله أو اذا كانت تعتبر فعلا تجارياً بالنسبة إلى الكفلاء .

(ب) وفي التشريعات الأخرى غير القانون المدني يمكن أن نذكر على سبيل المثال الحالات التالية :

(١) في القانون التجاري يمكن ذكر تضامن الشركاء في شركات التضامن (المادة ٣٢) وتضامن موقعي سند السحب (المادة ١٦٥) أو موقعي السند للأمر (المادة ١٦٥ المعطوف عليها بالمادة ١٩٤) .

(٢) وفي قانون العقوبات يمكن ذكر التضامن بين المحكوم عليهم من أجل نفس الجناية أو نفس الجنحة أو نفس المخالفة بالنسبة للغرامات والرد والتعويضات المدنية والصوائر (المادة ١٠٩) .

(٣) وفي قانون المسطرة المدنية يمكن ذكر التضامن بين

الخصوم في تأدية أجور ونفقات المترجم أو الخبير ^(١) (المادة ١٣٧) .

١٢٥ - طبيعة المعاملة كمصدر للتضامن بين المدينين : قد يكون التضامن بين المدينين نتيجة حتمية لطبيعة المعاملة كأن يلتزم مثلاً مهندسان يعملان في مكتب واحد بتنظيم مخطط بناء وتقديمه لمالك أرض ، أو كأن يلتزم عدة أشخاص بتسليم شيء معين بذاته لشخص آخر . ففي هذين المثالين يترتب على كل من المهندسين تنظيم المخطط وتقديمه لمالك الأرض ، كما يترتب على كل من الأشخاص الذين تعهدوا بتسليم الشيء أن ينفذ هذا التعهد ، وكل ذلك حتى لو لم يشترط أي تضامن في السند المنشئ للالتزام ، لأن طبيعة العمل هنا تحتم قيام التضامن بين المدينين .

١٢٦ - العقد أو الإرادة بوجه أعم كمصدر للتضامن بين المدينين :

قد ينشأ تضامن المدينين من اتفاق يجري فيما بينهم وبين الدائن كأن يبيع أحد سيارته لشخصين مناصفة فيما بينهما ويشترط في عقد البيع أو في عقد منفصل تالٍ لعقد البيع تضامن المشتريين في الوفاء بالثمن .

وقد ينشأ التضامن عن إرادة منفردة كوعد بجائزة يعلن عنه عدة أشخاص على وجه التضامن فيما بينهم لمن يعثر على شيء ضائع أو يقوم بأي عمل آخر ، أو كما في التقنين الفرنسي ، لو أوصى أحد بمبلغ من النقود لشخص ونص في الوصية على أن الورثة متضامنون

(١) على أنه يجب لفت النظر إلى أنه لا يجوز متابعة الخصوم غير المحكوم

عليهم بالمصروفات إلا في حالة إعسار المحكوم عليهم .

في أداء المبلغ الموصى به للموصى له^(١).

١٢٧ - التضامن بين المدينين لا يفترض : (آ) ان التضامن بين المدينين ، كالتضامن بين الدائنين ، لا يفترض افتراضاً ، بل لا بد من الاتفاق عليه اتفاقاً واضحاً لا لبس فيه ولا غموض . ولا شك أن أهمية هذه القاعدة هي التي دعت المشرع المغربي ، شأن سائر المشرعين ، على النص عليها في مطلع بحث التضامن بين المدينين ، حيث ورد في المادة ١٦٤ التي استهل بها المشرع هذا البحث أن « التضامن بين المدينين لا يفترض ويلزم أن ينتج صراحة عن السند المنشئ للالتزام أو من القانون ، أو أن يكون النتيجة الحتمية لطبيعة المعاملة » .

ولكن فارقاً هاماً يوجد من هذا القبيل بين تضامن الدائنين وبين تضامن المدينين : فتضامن الدائنين ، على ما كنا بيناه^(٢) يصح أن يقع ضمناً . أما تضامن المدينين فقد اشترطت المادة ١٦٤ من قانون الالتزامات والعقود المغربي ، كما هو الحال في التقنين الفرنسي^(٣) وفي التقنين اللبناني^(٤) أن يرد فيه شرط صریح ، وهذا بخلاف ما هو

(١) أما في الشرع الاسلامي فالوصية مقدمة على الميراث ويأخذ الموصى له الوصية كاملة من التركة قبل الورثة ما دامت تخرج من الثلث سواء اشترط الموصي تضامن الورثة في أداء الوصية أم لم يشترط ذلك .

(٢) راجع نبذة رقم ١١٣ صفحة ١٣٧ أعلاه .

(٣) راجع المادة ١٢٠٢ من القانون المدني الفرنسي .

(٤) راجع المادة ٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

عليه الوضع في بعض التقنيات كالقانون المدني المصري والقانون المدني السوري^(١) حيث التضامن بنوعيه سواء كان فيما بين الدائنين أم فيما بين المدينين يجوز اشتراطه صراحةً كما يجوز وقوعه ضمناً واستخلاصه من الظروف والملابسات .

وهنا ، كما في التضامن بين الدائنين ، ليس من الضروري في الشرط الصريح أن يرد بلفظ « التضامن » بل يكفي أن تستعمل عبارة تفيد هذا المعنى كأن يشترط الدائن على مدينه أن يكونوا جميعاً متكافلين بالدين إزاءه أو أن يكون كل منهم مسؤولاً شخصياً عن كامل الدين ، أو أن له الرجوع على أي واحد منهم بالدين كله أو ما شاكل ذلك من العبارات التي تؤدي قصد الاتفاق على التضامن .

(ب) على أن القاعدة القائلة بعدم افتراض التضامن بين المدينين لئن كانت مطلقةً في بعض التقنيات بحيث تشمل المسائل المدنية والتجارية على حد سواء كما هو الحال في كل من التقنين المصري والتقنين السوري^(٢) ، فإن الأمر ليس كذلك في التشريع المغربي : ذلك أن المشرع المغربي ، تمشياً مع الفقه والقضاء في فرنسا اللذين استمرا على قصر القاعدة على المسائل المدنية^(٣) ، قد قرر في المادة

(١) و (٢) راجع المادة ٢٧٩ من كل من القانون المدني المصري والقانون المدني السوري .

(٣) كولان وكابيتان ، المرجع السابق الجزء الثاني نبذة رقم ٤١٩ صفحة ٣٩٣ - وجوسران المرجع السابق ، الجزء الثاني ، نبذة رقم ٧٨١ صفحة =

١٦٥ أن « التضامن يقوم بحكم القانون في الالتزامات المتعاقد عليها بين التجار لأغراض المعاملات التجارية ، وذلك ما لم يصرح السند المنشئ للالتزام أو القانون بعكسه » .

فالأصل إذن في المغرب كما هو الوضع في فرنسا وكما اتجه إليه التشريع اللبناني^(١) ، قيام التضامن في المسائل التجارية ما لم ينص في العقد على استبعاده : فمثلا إذا عقد عدة تجار صفقة تجارية واحدة دون أن يشترط عليهم البائع التضامن ، فإنهم مع ذلك يعتبرون متضامنين إزاءه في أداء الثمن ما لم يستبعد التضامن بشرط صريح .

المبحث الثاني

آثار التضامن بين المدينين

١٢٨ - التمييز بين علاقة الدائن بالمدينين وعلاقة المدينين فيما بينهم : لا بد لجلاء آثار التضامن بين المدينين من ان نتبع نفس النهج الذي كنا سرنا عليه عند بحثنا آثار التضامن بين الدائنين فنتناول بحث تلك الآثار من زاويتين :

= ٤٢٤ - ونقض فرنسي ٢٠ أكتوبر ١٩٢٠ سيريه ١٩٢٢ - ١ - ٢٠١ ، و ١٣ يناير ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ١٠٤ ، و ١٨ يوليو ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ - ١ - ٣٨٠ .

(١) راجع الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

- من حيث علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين .
- ثم من حيث علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض .

١ - علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين

١٢٩ - القواعد الأساسية التي تسود علاقة الدائن بالمدينين :

يمكن جمع الأحكام التي تسود علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين حول القواعد الأساسية التالية :

أولاً : للدائن أن يستوفي الدين كله من أي مدين متضامن .
ثانياً : للمدين أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً ولكن ليس له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين .

ثالثاً : ينقضي الالتزام في حق جميع المدينين المتضامنين بالوفاء .

رابعاً : ينقضي الالتزام كذلك في حق جميع المدينين المتضامنين بأسباب أخرى اعتبرها المشرع بمنزلة الوفاء .

خامساً : إذا قام أحد المدينين المتضامنين بعمل ضار فإن بقية المدينين لا يضارون بهذا العمل .

سادساً : إذا قام أحد المدينين المتضامنين بعمل نافع فإن المدينين الآخرين يفيدون منه .

فلنبحث في هذه القواعد على التعاقب .

١٣٠ - أولاً: للدائن استيفاء الدين كله من أي مدين متضامن :
 (آ) نصت المادة ١٦٦ على أن للدائن الحق في « أن يجبر أيّاً من المدينين المتضامنين على أداء الدين كله أو بعضه ولكن لا يحق له أن يستوفيه الا مرة واحدة ». فالدائن يسوغ له أن يختار أي مدين متضامن ويطالبه بالدين جميعه . وهذا يرجع إلى وحدة المحل في الالتزام التضامني . فالمدينون جميعاً ملزمون تجاه الدائن بمحل واحد قد يكون تأدية مبلغ من النقود أو تسليم مبيع أو القيام بأي عمل آخر .
 ويبقى للدائن اختيار من يريد من المدينين في ممارسة حق المطالبة بتأدية الدين حتى لو كان مديناً آخر من مدينه قد منحه رهناً حيازياً أو رهناً رسمياً . فبالرغم من وجود هذه الضمانات العينية ، ليس ما يمنع الدائن من أن يرجع على مدين آخر غير الذي منحه الرهن إذ قد يجد الدعوى الشخصية التي يوجهها ضد أحد المدينين المتضامنين أكثر يسراً وأقل كلفةً من الدعوى العينية التي يرجع بها بمقتضى الرهن .

وليس للمدين إذا طالبه الدائن بالدين كله أن يقتصر على دفع حصته من الدين . فللدائن رفض هذا الوفاء الجزئي والاصرار على استيفاء الدين بكامله .

(ب) وإذا اختار الدائن أحد المدينين المتضامنين وطالبه بالدين كله ثم رأى بعد ذلك أن يطالب بالدين مديناً غيره ظهر له أن مطالبته أقل مشقةً وأكثر جدوى ، فإن رجوعه على المدين الأول ليس بمانع

من رجوعه على المدين الآخر : فله إدخال المدين الثاني بالدعوى الأولى واستصدار حكم على المدينين معاً على وجه التضامن ، وله إن شاء أن يترك دعواه الأولى ويقيم دعوى جديدة على المدين الثاني وحده ويطلبه فيها بالدين كله . وهذا ما أشار إليه مطلع المادة ١٧٦ عندما قال : « مطالبة الدائن الموجهة ضد أحد المدينين المتضامنين لا تمتد الى الآخرين ولا تمنع الدائن من أن يوجه اليهم مطالبة مماثلة » .

(ج) كنا بينا في معرض تعريفنا التضامن بين المدينين ^(١) ، أن الرابطة التي تربط الدائن بكل واحد من المدينين المتضامنين ليست من نوع واحد بحيث يمكن أن يكون التزام أحد المدينين موقوفاً على شرط والالتزام مدين آخر مربوطاً بأجل في حين يكون التزام مدين ثالث منجزاً . ففي مثل هذه الوضعية يجب على الدائن ، إذ يلاحق مدينه أن يراعي ما يلحق رابطة كل مدين من وصف . وعليه لئن كان يجوز له ملاحقة المدين الثالث على الفور . فإنه لا يستطيع الرجوع على المدين الأول إلا بعد تحقق الشرط ولا على المدين الثاني إلا بعد حلول الأجل .

١٣١ - ثانياً : حق المدين بالتمسك بالدفع الخاصة به وبالدفع المشتركة دون الدفع الخاصة بغيره : نصت المادة ١٦٨ على أن « لكل مدين متضامن أن يتمسك بالدفع الشخصية الخاصة به وبالدفع المشتركة بين المدينين المتضامنين جميعاً . ولا يسوغ له أن يتمسك

(١) راجع نبذة رقم ١٢٢ صفحة ١٤٨ أعلاه .

بالدفوع الشخصية المحضة المتعلقة بواحد أو أكثر من المدينين معه .
فمن هذا النص يتبين أن أوجه الدفع التي يمكن أن يثيرها المدين المتضامن على نوعين : دفوع يسوغ له أن يتمسك بها ودفوع يمتنع عليه التمسك بها .

١٣٢ - الدفوع التي يحق للمدين المتضامن التمسك بها : الدفوع التي يحق للمدين المتضامن التمسك بها هي الدفوع الشخصية الخاصة به ، والدفوع المشتركة بين المدينين المتضامين جميعاً .

(آ) فلكل من المدينين المتضامين أن يتمسك بالدفوع الشخصية الخاصة به . فإذا كان التزامه مثلاً موقوفاً على شرط أو مربوطاً بأجل وطالبه الدائن بتنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط أو حلول الأجل ، جاز له دفع هذه المطالبة . وإذا كانت إرادته يوم التزم قد شابها عيب من عيوب الرضى كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو كان التزم وهو ناقص الأهلية فله التمسك بالعيب الذي شاب إرادته كما له التمسك بنقص أهليته إذا ما طالبه الدائن بتنفيذ التزامه .

(ب) وكذلك لكل من المدينين المتضامين أن يتمسك بالدفوع المشتركة بين المدينين جميعاً . فإذا كان العقد الذي أنشأ الالتزام التضامني باطلاً في الأصل لفقدان ركن من أركان انعقاده كانهدام المحل أو السبب أو كعدم مشروعية المحل أو السبب ، كان لكل مدين يلاحقه الدائن أن يتمسك ببطلان العقد .

وإذا كان العقد الذي أنشأ الالتزام التضامني قابلاً للإبطال بسبب

عمّ المدينين جميعاً كأن كانوا وقعوا كلهم في نفس الغلط أو كانوا كلهم عرضة للإكراه أو التدليس ، فإن من حق كل مدين يرجع عليه الدائن أن يتذرع بإبطال العقد .

وإذا كان الدائن لم يف بما التزم به ازاء المدينين المتضامنين كأن يكون امتنع عن تأدية ثمن شيء تعهدوا على وجه التضامن بتسليمه إليه ، كان لكل منهم دفع المطالبة بتسليم الشيء ما دام المشتري لم يقيم بوفاء الثمن ..

١٣٣ - الدفوع التي يمتنع على المدين المتضامن التمسك بها : يمتنع على المدين المتضامن أن يتمسك بالدفوع الخاصة بغيره من المدينين المتضامنين . فإذا كان التزام أحد المدينين المتضامنين منجزاً ، فليس له ، إذا طالبه الدائن بتأدية الدين ، أن يتمسك بكون التزام مدين آخر من المدينين المتضامنين هو معلق على شرط لم يتحقق أو هو مربوط بأجل لم يحل بعد . وإذا كان أحد المدينين المتضامنين قد شاب إرادته عيب من عيوب الرضى أو كان ناقص الأهلية يوم التزم ، فليس لغيره أن يحتج بذلك .

١٣٤ - ثالثاً : انقضاء الالتزام في حق جميع المدينين بالوفاء : (آ) ينقضي الالتزام التضامني في وجه جميع المدينين المتضامنين إذا وفاه أحدهم . ومن حق كل واحد من المدينين المتضامنين أن يقوم بهذا الوفاء ولا يستطيع الدائن أن يرفض الاستيفاء كما لا يستطيع أن يصرّ على المدين في أن لا يوفيه إلا حصته في الدين إذا كان المدين

راغباً في تأدية الدين كله .

على أنه إذا أوفى أحد المدينين المتضامين حصته في الدين فقط وذلك بموافقة الدائن ، فعندها يكون للدائن أن يرجع على أي من المدينين المتضامين الآخرين بالباقي من الدين .

ويجب التفريق بين هذه الصورة حيث يستوفي الدائن فعلاً حصة أحد المدينين فلم يعد له إلا باقي الدين يرجع به على أي مدين متضامن آخر ، وبين صورة إبراء أحد المدينين من التضامن وقبول الدائن بتقسيم الدين لصالحه حيث لم يقبض الدائن حصة المدين المبرأ ، وحيث يبقى له بالتالي مطالبة أي مدين آخر بالدين كله لأنه لم يستوف من هذا الدين شيئاً وذلك ما لم يكن الدائن قد اتفق مع المدين المبرأ على عكس ذلك ، أي على استئصال حصته من الدين عند الرجوع على المدينين المتضامين الآخرين . وهذا ما قرره المادة ١٧٣ بقولها : « الدائن الذي يرتضي تجزئة الدين لصالح أحد المدينين يبقى له الحق في الرجوع على الآخرين بكل الدين ما لم يوجد شرط يقضي بغير ذلك » .

(ب) وإذا رفض الدائن استيفاء الدين من أحد المدينين فإنه يجوز لهذا المدين أن يعرضه عليه عرضاً حقيقياً ويتبع هذا العرض بالإيداع الفعلي وفقاً للأجراءات المقررة للعرض والإيداع في المادة ٢٧٥ وما يليها .

(ج) وبمجرد وفاء أحد المدينين الدين ، أو في حالة تمتع الدائن عن الاستيفاء بمجرد إتمام المدين لإجراءات العرض الحقيقي والإيداع

الفعلي ، تبرأ ذمته من الدين كما تبرأ ذمة جميع المدينين الآخرين .
وهذا ما أشارت اليه المادة ١٦٩ حيث ورد أن الوفاء وإيداع الشيء
المستحق من شأن كل منهما إبراء ذمة جميع المدينين المتضامين .

١٣٥ - رابعاً : انقضاء الالتزام بأسباب أخرى اعتبرها المشرع
بمنزلة الوفاء : (آ) لأن كانت بعض التقنيات كالقانون المدني
الفرنسي^(١) والقانون المدني المصري والقانون المدني السوري^(٢) تقصر
انقضاء الالتزام التضامني في مواجهة جميع المدينين المتضامين على
الوفاء والوفاء بمقابل والتجديد ولا ترتب على أسباب الانقضاء
الأخرى جميعاً الحاصلة لمصلحة مدين متضامن سوى براءة ذمة المدينين
الآخرين بقدر حصة هذا المدين^(٣) ، فإن المشرع المغربي قد توسع
في الأسباب التي توؤل إلى انقضاء الالتزام التضامني في حق جميع
المدينين المتضامين فلم يقصرها على الوفاء والوفاء بمقابل والتجديد
بل أضاف إلى هذه الأسباب أيضاً سببين آخرين هما : المقاصة والابراء
من الدين .

فقد ورد في المادة ١٦٩ أن الوفاء بمقابل وإيداع الشيء المستحق

(١) جوسران ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، نبذة رقم ٧٧٢ صفحة ٤٢١ .

(٢) راجع المادتين ٢٨٤ و ٢٨٦ من القانون المدني المصري والقانون المدني

السوري .

(٣) راجع المواد ٢٨٧ و ٢٨٨ و ٢٨٩ و ٢٩٢ من القانون المدني المصري

والقانون المدني السوري .

والمقاصة الواقعة بين أحد المدينين والدائن تبريء ذمة جميع المدينين الآخرين .»

وورد في المادة ١٧١ أن «التجديد الحاصل بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين يبرئ ذمة الآخرين ما لم يرتضوا الانضمام إليه في التحمل بالالتزام الجديد . ومع ذلك ، إذا اشترط الدائن انضمام المدينين المتضامنين الآخرين ، فامتنعوا عنه فإن الالتزام القديم لا ينقضي .» فالتجديد يقضي إذن الدين القديم على وجه قاطع وما يستتبع ذلك من براءة ذمة جميع المدينين المتضامنين ويقيم مكانه ديناً جديداً . وإذا أراد الدائن أن ينقل التضامن إلى الدين الجديد، فعليه أن يحصل على موافقة باقي المدينين المتضامنين في أن يلتزموا متضامنين في هذا الدين . فإذا لم يوافقوا على ذلك وكان الدائن قد اشترط لتنام التجديد موافقتهم ، فإن التجديد لا ينعقد ويظل الالتزام القديم قائماً .

وورد في المادة ١٧٢ أن «الإبراء من الدين الحاصل لأحد المدينين المتضامنين يفيد جميع الآخرين ما لم يظهر الدائن صراحةً رغبته في عدم حصول الإبراء إلا لذلك المدين وبالنسبة إلى حصته من الدين . وفي هذه الحالة الأخيرة لا يثبت لباقي المدينين المتضامنين الرجوع على من أبرئ إلا بالنسبة إلى نصيبه في حصة المعسرين منهم .» فإبراء أحد المدينين المتضامنين من الدين يكون إذن سبباً لانقضاء الدين بالنسبة لجميع المدينين المتضامنين هذا ما لم يعلن الدائن صراحةً أنه يقصر الإبراء على المدين الذي أبرأه وبالنسبة إلى حصته من الدين فقط .

إذا ادّى أحد المدينين هذا الباقي من الدين ، كان له عند الانقضاء أن يرجع على المدين الذي أبرأه الدائن بنصيبه في حصة المعسر منهم على النحو الذي سنبينه في معرض بحث علاقة المتضامنين بعضهم ببعض^(١) .

ويجب التفريق بين إبراء أحد المدينين المتضامنين من الدين حيث تبرأ ذمة جميع المدينين المتضامنين ويفقد الدائن حقه في الرجوع على أي واحد منهم وبين إبراء أحد المدينين من التضامن حيث كما سبق وبيناه يحتفظ الدائن بحقه في الرجوع على بقية المدينين بكل الدين أو بما تبقى من الدين بعد استئزال حصة المدين الذي أبرأه الدائن من التضامن إذا وجد شرط يقضي بهذا الاستئزال .

(ب) أما أسباب انقضاء الالتزام الأخرى غير الوفاء والوفاء بمقابل والمقاصة والتجديد والإبراء ، أي أسباب الانقضاء الكامنة في اتحاد الذمة والتقادم فإن المشرع المغربي نهج نهج سائر التقنيات بالنسبة لاتحاد الذمة^(٢) من حيث أنه لم يرتب على هذا السبب إذا حصل لمصلحة أحد المدينين ، انقضاء الالتزام التضامني بالنسبة للمدينين الآخرين ، بل قصر أثره على براءة ذمة هؤلاء المدينين في حدود حصة المدين الذي برئت ذمته بسبب اتحاد الذمة . فقد ورد بهذا المعنى في المادة ١٧٥ أن « اتحاد الذمة الحاصل بين الدائن وبين مدينه المتضامنين لا ينهي الالتزام إلا بالنسبة إلى حصة هذا المدين » . أما بالنسبة للتقادم فقد

(١) راجع نبذة رقم ١٤١ صفحة ١٧٣ .

(٢) راجع المادة ١٢٠٩ من القانون المدني الفرنسي وراجع المادة ٢٨٨ =

اتبع المشرع المغربي حكماً يختلف عن الحكم الذي أخذت به أكثر هذه التقنيات : ففي حين قررت التقنيات المذكورة أن الدين إذا انقضى بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين^(١) نرى المشرع المغربي يأخذ بحكم آخر مؤداه « أن التقادم الذي يتم لصالح أحد المدينين لا يفيد الآخرين » (المادة ١٧٦) .

١٣٦ - خامساً : الأعمال الضارة الصادرة عن أحد المدينين لا

تضر بقية المدينين : إذا قام أحد المدينين المتضامنين بعمل ضار فإن بقية المدينين لا يضارون بهذا العمل . ذلك أن الوكالة التبادلية (mandat mutuel) أو النيابة التبادلية (représentation mutuelle) القائمة بين المدينين المتضامنين إنما تعتبر قائمة فيما ينفعهم لا فيما يضرهم . وعليه كانت القاعدة الأساسية أن كل عمل يقوم به مدين متضامن

= من كل من القانون المدني المصري والقانون المدني السوري - وراجع المادة ٣٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني

(١) راجع المادة ٢٩٢ من كل من القانون المدني المصري والقانون المدني السوري - وراجع المادة ٣٤٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني و خليل جريج النظرية العامة للموجبات الطبعة الثانية الجزء الأول صفحة ٤٩ .

ويكون من شأنه الاضرار بالمدينين الآخرين ، لا يسري أثره في حقهم .
وترتب على هذه القاعدة النتائج التالية :

(١) إذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين مطالبةً قضائية ،
فإن هذه المطالبة لا تضر المدينين الآخرين ولا يكون لها أثر إزاءهم .
وهذا ما قرره المادة ١٧٦ بقولها : « مطالبة الدائن الموجهة ضد أحد
المدينين المتضامنين لا تمتد إلى الآخرين ولا تمنع الدائن من أن يوجه
إليهم مطالبةً مماثلة » .

(٢) إذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة لأحد
المدينين المتضامنين فإن ذلك لا يضر بباقي المدينين ولا يسوغ للدائن
أن يتمسك بقطع التقادم أو بوقفه تجاههم . وقد ورد بهذا المعنى في
الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ أن « وقف التقادم وقطعه بالنسبة إلى
أحد المدينين المتضامنين لا يوقف التقادم ولا يقطعه بالنسبة للآخرين » .
(٣) إذا ارتكب أحد المدينين المتضامنين خطأ في تنفيذ التزامه
وترتبت على هذا الخطأ مسؤوليته قبل الدائن ، فباقي المدينين لا يضارون
بذلك (المادة ١٧٧) .

(٤) إذا ثبت المثل على أحد المدينين المتضامنين فإن هذا المثل
لا ينتج أثراً بالنسبة لباقي المدينين (المادة ١٧٧) .

(٥) إذا سقط الأجل في حق أحد المدينين المتضامنين في الحالات
المنصوص عليها في المادة ١٣٩ (كما إذا أشهر إفلاسه ، أو أضعف
بفعلة التأمينات الخاصة التي سبق أن أعطاها للدائن ، أو لم يعطه تلك

التي وعده بها) ، فإن هذا السقوط يبقى محصوراً بالمدين الذي سقط عنه الأجل فلا ينتج أي أثر في مواجهة بقية المدينين المتضامنين إذا كانوا منحوا أجلاً في السابق ويبقى من حقهم التمسك بالأجل الذي كان ممنوحاً لهم (المادة ١٧٧) .

(٦) إذا صدر حكم ضد أحد المدينين المتضامنين لصالح الدائن ، فإن بقية المدينين المتضامنين لا يضارون بهذا الحكم ، ما لم ينتج العكس من السند المنشئ للالتزام أو من طبيعة المعاملة (المادة ١٧٧) .

(٧) إذا صالح أحد المدينين المتضامنين الدائن وانطوى الصلح على ما من شأنه أن يحمل المدينين بالتزام أو أن يزيد فيما هم ملتزمون به ، فإن هذا الصلح لا يمكن الاحتجاج به ضدهم إلا إذا قبلوا به (المادة ١٧٤) .

(٨) إذا وجه أحد المدينين المتضامنين اليمين للدائن فحلفها ، أو إذا وجه الدائن اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فنكل عن حلفها ، فإننا رغم سكوت المشرع عن هاتين الحالتين نرى أن لا يضار بقية المدينين بحلف اليمين في الحالة الأولى وبالنكول عن حلفها في الحالة الثانية^(١) ، وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة القائلة بأن المدينين

(١) يلاحظ أن كلا من المشرع المصري والسوري قرر صراحةً أنه « إذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يميناً حلفها فلا يضار بذلك باقي المدينين » (الفقرة الثانية من المادة ٢٩٥ من كل من القانون المدني المصري والقانون المدني السوري) .

المتضامنين لا يضارون بالأعمال الضارة التي يقوم بها أحدهم .

١٣٧ - سادساً : الأعمال النافعة التي يقوم بها أحد المدينين يفيد منها الباقيون : لأن كانت النيابة أو الوكالة التبادلية تحظر على المدين المتضامن أن يقوم بما من شأنه الإضرار ببقية المدينين ، فإن هذه النيابة أو هذه الوكالة تؤهله لأن ينوب عنهم في الأعمال التي تعود عليهم بالنفع . فمثل هذه الأعمال إذا ما صدرت عن أحد المدينين المتضامنين يفيد منها بقية المدينين وتسري بحقهم .

وتترتب على ذلك النتائج التالية :

(١) مطل الدائن بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين ينتج آثاره لصالح الآخرين (المادة ١٧٠) .

(٢) إذا صالح أحد المدينين المتضامنين الدائن وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو أي سبب من أسباب انقضائه فإن هذا الصلح يفيد منه سائر المدينين (المادة ١٧٣) .

(٣) إذا وجه أحد المدينين المتضامنين اليمين للدائن فنكل عن حلفها ، أو إذا وجه الدائن اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلفها ، فأننا رغم سكوت المشرع ، نرى أن يفيد بقية المدينين من النكول عن حلف اليمين في الحالة الأولى ومن حلفها في الحالة الثانية^(١)، وذلك

(١) يلاحظ أن المشرع المصري والمشرع السوري عرضا للحالة التي يوجه فيها الدائن اليمين الى أحد المدينين المتضامنين ويحلفها وقررا أن المدينين الآخرين في هذه الحالة يستفيدون من ذلك (راجع الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٥ من كل من =

تطبيقاً للقاعدة العامة القائلة بأن الوكالة أو النيابة التبادلية القائمة بين المدينين المتضامنين تقضي بأن يفيد سائر المدينين من الأعمال النافعة التي يقوم بها أحد هؤلاء المدينين .

على أن المشرع المغربي استثنى من هذه القاعدة صدور حكم ضد الدائن لصالح أحد المدينين المتضامنين . فمن الرجوع الى المادة ١٧٧ يتضح أن « قوة الأمر المقضي لا تنتج آثارها إلا بالنسبة إلى المدين الذي كان طرفاً في الدعوى وذلك فيما يقضى به له أو عليه ما لم ينتج عكس ذلك من السند المنشئ للالتزام أو من طبيعة المعاملة » . فلئن كان المشرع المغربي تمشى فيما قرره من أحكام في هذه المادة مع ما درجت عليه سائر التشريعات من حيث حصر أثر الحكم الصادر ضد أحد المدينين المتضامنين لصالح الدائن في مواجهة هذا المدين وعدم سريانه على بقية المدينين ، فهو قد خالف أكثر التشريعات إذ منع على المدينين الاستفادة من الحكم الصادر ضد الدائن لمصلحة أحدهم . لأن هذه التشريعات تجمع على منح المدينين المتضامنين الحق في الافادة من الحكم الصادر لصالح أحد هؤلاء المدينين باستثناء الحالة التي يكون فيها الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه (١) .

= القانون المدني المصري والقانون المدني السوري .

(١) راجع المادة ٢٩٦ من القانون المدني المصري والقانون المدني السوري ، والمادة ٣٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، والمادة ٣٣٣ من القانون المدني العراقي .

٢ - علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض

١٣٨ - القواعد الأساسية التي تسود علاقة المدينين بعضهم ببعض :
إن علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض تسودها أحكام الوكالة والكفالة (المادة ١٧٨). ويمكن جمع هذه الأحكام حول القواعد الأساسية التالية :

أولاً : رجوع المدين المتضامن الذي وفى الدين على الآخرين .
ثانياً : انقسام الدين بقوة القانون بين المدينين بنسبة حصة كل واحد منهم فيه .

ثالثاً : تحمل المليئين من المدينين المتضامنين حصة المعسرين أو الغائبين منهم .

رابعاً : التزام صاحب المصلحة في الدين وحده بكل الدين .
وسنبحث تباعاً في مختلف هذه القواعد .

١٣٩ - أولاً : رجوع المدين المتضامن الذي وفى الدين على الآخرين : التضامن بين المدينين لا يقوم إلا في العلاقة فيما بينهم وبين الدائن . أما في علاقة المدينين بعضهم ببعض فإن الدين ينقسم عليهم ويكون لمن وفى الدين منهم للدائن حق الرجوع على الآخرين كل بقدر حصته .

وحق الرجوع يثبت للمدين إذا وفى الدين فعلاً أو قضى الدين نحو الدائن بطريقة تقوم مقام الوفاء كالوفاء بمقابل أو المقاصة . وهذا ما اشارت اليه المادة ١٧٩ بقولها : « المدين المتضامن الذي يؤدي الدين كاملاً ، أو الذي يترتب على وقوع المقاصة بينه وبين الدائن انقضاء الدين بتمامه ، لا يحق له الرجوع على الآخرين الا بقدر حصة

كل منهم في الدين » .

١٤٠ - ثانياً : انقسام الدين بقوة القانون بين المدينين بنسبة حصة كل واحد منهم فيه : لقد نصت المادة ١٧٩ على أن « الالتزام المتعاقد عليه تضامنياً تجاه الدائن ينقسم بقوة القانون بين المدينين » . فالمدين الذي وفي الدين لا يجوز له الرجوع على أي مدين آخر إلا بقدر حصته .

ولتحديد هذه الحصة يجب الرجوع مبدئياً إلى السند المنشئ للالتزام التضامني والعمل بمقتضاه . فإذا عقد مثلاً ثلاثة مدينين قرضاً والتزموا إزاء المقرض على وجه التضامن وعينوا في العقد أن حصة أحدهم في هذا القرض هي النصف وحصة الثاني الثلث وحصة الثالث السدس ، ودفع المدين الأول الدين كله في الاستحقاق ، فإنه لا يجوز له الرجوع على المدين الثاني إلا بثلث هذا الدين ولا على المدين الثالث إلا بسدسه . وقد يكون الإتفاق ضمناً كما إذا اشترى ثلاثة أشخاص عقاراً على الشيوع فيما بينهم للأول النصف وللثاني الثلث وللثالث السدس والتزموا على وجه التضامن بدفع الثمن للبائع . ففي مثل هذه الحالة ينقسم الدين بينهم بنسبة حصة كل منهم في العقار ، بحيث إذا دفع أحدهم الثمن كله عاد على شريكه بقدر هذه الحصة .

أما إذا لم يوجد اتفاق يعين حصة كل من المدينين ، المتضامنين في الدين ، فإنه يتعين جعل الدين حصصاً متساوية بين المدينين وذلك عملاً بالمبدأ الوارد عليه النص في المادة ٩٦١ وبمقتضاها « عند الشك يفترض أن أنصباء الشركاء (في الشيء أو الحق) متساوية » .

١٤١ - ثالثاً : تحمل المليئين من المدينين المتضامنين لحصص المعسرين أو الغائبين منهم : ورد في المادة ١٧٩ أنه « إذا كان أحد المدينين المتضامنين معسراً أو غائباً ، قسمت حصته في الدين بين كل المدينين الآخرين الموجودين والمليئي الذمة مع حفظ حق هؤلاء في الرجوع على من دفعوا عنه حصته . هذا كله ما لم يوجد شرط يقضي بخلافه » . فإذا دفع أحد المدينين المتضامنين الدين كله وتغذر عليه الرجوع على أحد المدينين لاعساره أو لغيابه ، فإن من حقه أن يرجع على كل من المدينين المتضامنين الآخرين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر أو الغائب . فلو افترضنا مثلاً أن المدينين المتضامنين كانوا خمسة وأن حصصهم في الدين وقدره خمسمائة درهم كانت متساوية وأن أحدهم دفع هذا الدين كله ووجد من بين المدينين مدين معسر ، فإن من حق المدين الذي وفي الدين أن يرجع على كل من المدينين الثلاثة المليئين بمبلغ مائة وخمسة وعشرين درهماً منها مائة هي حصته الأصلية في الدين والخمس والعشرون الزائدة هي نصيبه في حصة المعسر ، ويتحمل الدافع في النهاية هو أيضاً مائة وخمسة وعشرين درهماً .

وقد سبق أن لفتنا النظر إلى أن المدين المتضامن الذي أبرأه الدائن من حصته في الدين يتحمل هو أيضاً عند الاقتضاء نصيبه في حصة المعسر أو الغائب شأنه في ذلك شأن بقية المدينين المليئين .

وبدهي أن المدينين الذين يتحملون نصيباً من حصة المدين المعسر

أو الغائب يبقى لهم الحق في الرجوع على من دفعوا عنه حصته .
ثم إنه إذا وجد شرط يقضي باستبعاد تقسيم حصة المدين المعسر
أو الغائب على المدينين الآخرين الموجودين والمقتدرين أو إذا وجد
شرط يقضي بعدم تطبيق هذه القاعدة بحق البعض منهم فإنه يعمل
بالشرط لأن هذه القاعدة ليست من متعلقات النظام العام وبوسع المدينين
المتضامنين الاتفاق على ما يخالفها .

١٤٢ - رابعاً : التزام صاحب المصلحة في الدين وحده بكل

الدين : لقد نصت المادة ١٨٠ على أنه « إذا كانت المعاملة التي من
أجلها حصل التعاقد على الالتزام التضامني لا تخص إلا أحد المدينين
المتضامنين ، التزم هذا المدين تجاه الباقيين بكل الدين . ولا يعتبر هؤلاء
بالنسبة إليه إلا ككفلاء » . فمن هذا النص يتبين أنه قد يحصل أن لا
يكون المدينون المتضامنون هم جميعاً أصحاب مصلحة في الدين
التضامني بل تكون المصلحة عائدة لبعضهم دون الآخرين أو تكون
المصلحة لواحد منهم فقط . ففي هذه الحالة يبقى المدينون جميعاً ،
سواء من كان منهم صاحب مصلحة أم لا ، مسؤولين على وجه التضامن
قبل الدائن الذي له أن يرجع على أي منهم بالدين كله . أما فيما
بينهم فيعتبر أصحاب المصلحة دائنين أصليين ويعتبر الباقيون كفلاء .
ونتيجة لذلك لا يتحمل الدين إلا صاحب المصلحة فيه . فلو فرضنا
مثلاً أن أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين
ووفى الدين هو إلى الدائن فليس له حق الرجوع على الباقيين . أما إذا
وفى الدين مدين غيره فإنه يكون لهذا المدين أن يرجع عليه بكامل الدين .

الفصل الثاني

الالتزامات غير القابلة للانقسام والالتزامات القابلة للانقسام

١٤٣ - مخطط الفصل : خصّ المشرع المغربي بحثين منفصلين أحدهما للالتزامات غير القابلة للانقسام في المواد ١٨١ الى ١٨٥ والثاني للالتزامات القابلة للانقسام في المواد ١٨٦ الى ١٨٨ . ونحن سنتبع نفس النهج فنبحث أولا في الالتزامات غير القابلة للانقسام ثم ننتقل الى البحث في الالتزامات القابلة للانقسام . وعليه سنقسم هذا الفصل الى فرعين :

الفرع الأول : الالتزامات غير القابلة للانقسام .

الفرع الثاني : الالتزامات القابلة للانقسام .

الفرع الأول

الالتزامات غير القابلة للانقسام

١٤٤ - نظرة عامة : الالتزامات غير القابلة للانقسام هي الالتزامات التي لا يقبل محلها التجزئة فتتأثر بعدم قابلية المحل للتجزئة

فتضحى هي نفسها غير قابلة للانقسام . مثل ذلك الالتزام بانشاء حق ارتفاق بالمرور لمصلحة عقار لا منفذ له ، حيث لا يتصور تجزئة الالتزام ، لأن محله ، وهو الارتفاق ، إما أن يكون ككل وإما أن لا يكون أصلاً . وموضوع الالتزامات غير القابلة للانقسام موضوع اشتهر بالتعقيد والغموض . وقد زاد في تعقيده وغموضه مؤلف وضعه الفقيه ديمولان (Dumoulin) وهو من اشهر الفقهاء الفرنسيين في القرن السادس عشر ، عالج فيه هذا الموضوع باسهاب وشبهه بتيه يفضل فيه الساري وقد وضع له المفاتيح والخيوط التي يهتدي بها لاجتياز هذا التيه . ولكن جاء بعده الفقيه بوتيه (Pothier) فوضع حداً لهذا الاخراج وعالج الموضوع في بضع صفحات وعن بوتيه أخذ واضعوا التقنين الفرنسي نصوص المواد ١٢١٧ الى ١٢٢٥ التي خصوها للالتزامات غير القابلة للانقسام والتي اقتبس عنها المشرع المغربي المواد ١٨١ الى ١٨٥ .

١٤٥ - مباحث هذا الفرع : يقتضينا البحث في الالتزامات غير القابلة للانقسام أن نعرض للأسباب التي تجعل الالتزام كذلك ، ثم نبين الآثار التي تترتب على كون الالتزام غير قابل للانقسام .

وعليه سنقسم هذا الفرع الى مبحثين :

المبحث الأول : أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام .

المبحث الثاني : الآثار المترتبة على عدم قابلية الالتزام للانقسام .

المبحث الأول

أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام

١٤٦ - بيان هذه الأسباب : نصت المادة ١٨١ على أن الالتزام يكون غير قابل للانقسام :

« (١) بمقتضى طبيعة محله ، إذا كان هذا المحل شيئاً أو عملاً لا يقبل القسمة سواء كانت مادية أو معنوية .

(٢) بمقتضى السند المنشئ للالتزام أو بمقتضى القانون ، إذا ظهر من السند أو من القانون أن تنفيذ الالتزام لا يمكن أن يكون جزئياً » .

فمن هذا النص يتضح أن عدم قابلية الالتزام للانقسام يرجع لأحد الأسباب الثلاثة التالية :

أولاً : طبيعة محل الالتزام .

ثانياً : إرادة الإنسان .

ثالثاً : إرادة المشرع .

وسنعرض تباعاً لكلٍ من هذه الأسباب .

١٤٧ - عدم قابلية الالتزام للانقسام بسبب طبيعة محله : إن

عدم قابلية محل الالتزام للانقسام بطبيعته يعتبر السبب الرئيسي والمصدر الأساسي للالتزامات غير القابلة للانقسام .

(آ) وقلّ ما يكون الالتزام الذي ينصب محله على نقل حق

عيني غير قابل للانقسام بطبيعته . فمثل هذا الحق يكون دوماً قابلاً للانقسام إما انقساماً مادياً (division matérielle) كما في نقل ملكية عشرة اطنان من السكر حيث يمكن أن ينقسم محل الالتزام بصورة مادية إلى أجزاء متعددة تنقل ملكيتها جزءاً بعد جزء ، وإما انقساماً معنوياً (division intellectuelle) كما في نقل ملكية عقار حيث يمكن أن ينقسم الالتزام بصورة معنوية إلى نقل الملكية حصصاً بعد أخرى كالنصف ثم الثلث ثم السدس . لذلك حرص المشرع على القول في المادة ١٨١ بأن الالتزام غير القابل للانقسام هو الذي يكون محله غير قابل للقسمة « سواء أكانت مادية أم كانت معنوية » .

على أن هناك ثلاثة حقوق عينية لا تقبل الانقسام بطبيعتها القانونية وهي الرهن الحيازي (nantissement) والرهن الرسمي (hypothèque) والارتفاق (servitude) . فمن يلتزم بإنشاء حق ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار مجاور، أو من يلتزم بمنح رهن حيازي أو رسمي لدائنه ، لا يستطيع أن يجزئ التزامه لأن محل مثل هذا الالتزام غير قابل بطبيعته للانقسام بصورة حتمية .

(ب) أما الالتزامات التي يكون محلها القيام بعمل ، فكثيراً ما تعتبر التزامات غير قابلة للانقسام . فهكذا مثلاً لو التزم عدة أشخاص بتسليم سيارة فإن مثل هذا الالتزام لا تصح تجزئته لأن السيارة كل لا يتجزأ عند التسليم ومن حق الدائن أن يرجع على أي واحد من الملتزمين ويطالبه بالتسليم . وهكذا أيضاً لو عهد مالك أرض إلى متعهده

بإشادة دار عليها فإن التزام المتعهد يعتبر كلا غير قابل للتجزئة ولا يعتبر الالتزام قد نفذ إلا إذا تم بناء الدار بأكملها .

(ج) وأما الالتزامات التي يكون محلها الامتناع عن القيام بعمل فهي تكاد تعتبر دوماً من الالتزامات غير القابلة للانقسام ، إذ أن أي عمل يقوم به الملتزم يشكل خرقاً للالتزام . فإذا ما تنازل مثلاً عدة أشخاص عن متجر لهم والتزموا بعدم فتح متجر مماثل للمتجر المتنازل عنه في السوق الذي يوجد فيه هذا المتجر ، فإن التزامهم لا يستطيعون القيام به إلا بصورة غير مجزئة وغير قابلة للانقسام ، وذلك بامتناع كل واحد منهم عن فتح متجر مماثل للمتجر المتنازل عنه .

١٤٨ - عدم قابلية الالتزام للانقسام بارادة الانسان : يمكن أن يكون الالتزام غير قابل للانقسام إذا ظهر من السند المنشئ للالتزام أن تنفيذه لا يمكن أن يكون جزئياً . ففي الحالة هذه نحن أمام التزام يقبل الانقسام بطبيعته ولكن إرادة المتعاقدين أرادته غير قابل للانقسام . وعدم القابلية للانقسام هنا تسمى عدم تجزئة اتفاقية (indivisibilité conventionnelle) أو عدم تجزئة في التنفيذ (indivisibilité solutione tantum) .

وعدم قابلية الالتزام للانقسام بسبب ارادة الانسان هو اكثر شيوعاً في العمل من عدم قابلية الالتزام للانقسام بسبب طبيعة محله .

وإرادة الانسان في جعل الالتزام غير قابل للانقسام إما أن

تكون صريحة (expresse) وإما أن تكون ضمنية (tacite).

(أ) فالإرادة تكون صريحة إذا ورد في العقد المنشي للالتزام أن تنفيذه يجب أن يكون ككل غير قابل للتجزئة. وأكثر ما يقع ذلك في الالتزامات التضامنية عندما يرغب الدائن في أن لا يتجزأ الالتزام على ورثة من يتوفى من المدينين المتضامنين فيشترط صراحة في العقد أن المدينين التزموا تجاه الدائن التزاماً تضامنياً وغير قابل للتجزئة. وكذلك كثيراً ما ينص نظام الشركات المغفلة على أن السهم غير قابل للتجزئة بالنسبة إلى الشركة فلا يجوز أن يمثل السهم إزاء الشركة سوى شخص واحد.

(ب) وتكون الإرادة ضمنية إذا تبين أن الغرض الذي كان يرمي إليه المتعاقدان يحتم اعتبار الالتزام غير قابل للانقسام ولو أنهما لم ينصا صراحة على ذلك. فهكذا مثلاً لو أقرض شخص مبلغاً لآخر على أن يرده له في أجل معين لاضطراره إليه كله ليسترد عيناً أو ليكسب حصة شائعة عن طريق الشفعة وكان هذا المبلغ بمجموعه ضرورياً لممارسة الاسترداد أو للأخذ بالشفعة، فإن الالتزام هنا لا يتجزأ طبقاً للغرض الذي رمى إليه المتعاقدان. وهكذا أيضاً لو اشترى شخص أرضاً بمساحة معينة ليقم معملاً أو مدرسة أو مستشفى وكان البناء يتطلب كل هذه المساحة وكان البائعون على علم بكل ذلك، فإن التزام البائعين، وإن كان لم ينص على ذلك في عقد البيع، يعتبر التزاماً غير قابل للتجزئة نظراً للغرض الذي كان يسعى المشتري لتحقيقه.

١٤٩ - عدم قابلية الالتزام للانقسام بارادة المشرع : يمكن أن يكون مصدر عدم قابلية الالتزام للانقسام نص في القانون . مثل ذلك ما قرره المادة ٢٤٣ من قانون الالتزامات والعقود من حيث عدم جواز إجبار الدائن على « أن يستوفي الالتزام على أجزاء ولو كان هذا الالتزام قابلاً للتجزئة » . مثل ذلك أيضاً ما ورد عليه النص في المادة ٩٧٤ من حيث وجوب ممارسة الشريك على الشيوع حق الشفعة بالنسبة للحصة المبيعة بكاملها : فإذا كان مثلاً لأحد الشركاء ثلث منقول أو عقار وباع هذا الثلث لآخر . وجب على الشريك الراغب في أخذ الحصة المبيعة بالشفعة أن يشفعها كلها دون تجزئة . فإذا اقتصر على المطالبة بتملك جزء من الحصة المبيعة فلا تكون مطالبته منتجة وتبقى مجردة من كل أثر قانوني .

والقانون كمصدر لعدم قابلية الالتزام للانقسام هو في الواقع أقل أهمية من المصدرين السابقين . بل إن بعض التشريعات كالقانون المدني المصري والقانون المدني السوري وجدت الاستغناء عن هذا المصدر وقصرت عدم قابلية الالتزام للانقسام على مصدرين اثنين : طبيعة محل الالتزام والاتفاق^(١) .

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على عدم قابلية الالتزام للانقسام

١٥٠ - أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام تظهر في حالة تعدد المدينين أو الدائنين : إن أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام لا تظهر (١) راجع المادة ٣٠٠ من القانون لمداني المصري ومن القانون المدني السوري.

إلا إذا تعدد المدينون أو الدائنون . أما حيث لا يتعدد الطرف الدائن ولا الطرف المدين فيتعين الوفاء بالالتزام كاملاً دون تجزئة حتى لو كان من الالتزامات القابلة للانقسام . وقد ورد بهذا المعنى في المادة ١٨٦ أنه « في العلاقات بين الدائن والمدين يجب تنفيذ الالتزام الذي من شأنه أن يقبل الانقسام كما لو كان غير قابل له » .

وعليه ما دام كل من الدائن والمدين واحداً لا فرق بين أن يكون الالتزام الذي يربطهما مما يقبل الانقسام أو لا يقبله : ففي الحالتين يحق للدائن أن يرفض الوفاء الجزئي وأن يصرّ على تنفيذ الالتزام تنفيذاً كاملاً كما لو كان غير قابل للانقسام .

أما إذا تعدد المدينون أو تعدد الدائنون ، فعندها تظهر عملياً أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام .

فعلينا إذن أن نعرض لحالة تعدد المدينين ثم لحالة تعدد الدائنين .

١٥١ - (آ) الآثار المترتبة في حالة تعدد المدينين : ترتب على

عدم قابلية الالتزام للانقسام ، في حالة تعدد المدينين ، الآثار التالية :

(١) كل مدين من المدينين بالتزام غير قابل للانقسام ، يلزم

بوفاء الالتزام وفاء كاملاً . وهذا ما قرره المادة ١٨٢ بقولها : « إذا

تحمل عدة أشخاص بالتزام غير قابل للانقسام ، التزم كل منهم

بالدين بتمامه ... »

وعليه يحق للدائن أن يرجع على أي من مدينيه ويطالبه بالتنفيذ

الكامل . وفي هذه الحالة ليس للمدين الملاحق أن يعرض الوفاء الجزئي حتى لو كان محل الالتزام قابلاً بطبيعته للانقسام وجعل غير قابل بارادة المتعاقدين . وإنما يسوغ له عملاً بالمادة ١٨٤ أن يطلب مهلة لادخال المدينين الآخرين في الدعوى المقامة عليه ، حتى يحول دون الحكم عليه وحده بكل الدين . إلا انه إذا كان من طبيعة الدين الا يقع الوفاء به إلا من المدين الذي رفعت الدعوى عليه ، ساغ أن يحكم عليه به وحده مع ثبوت الحق له في الرجوع على باقي المدينين بقدر حصصهم وفقاً لأحكام المادة ١٧٩ المتعلقة برجوع المدين المتضامن على بقية المدينين المتضامين والتي كنا عرضنا لها في معرض بحثنا علاقة المدينين المتضامين بعضهم ببعض ^(١) .

(٢) إذا توفي المدين بالتزام غير قابل للانقسام فالالتزام لا يتجزأ فيما بين الورثة بل يبقى محافظاً على عدم قابليته للانقسام ويلتزم كل وريث بتنفيذ التزام مورثه تنفيذاً كاملاً . فالمادة ١٨٢٥ بعد أن قررت أن كلا من المدينين الملتزمين بدين غير قابل للانقسام يلتزم بالدين بتمامه ، قد أضافت « ويسري نفس الحكم بالنسبة إلى تركة من تعاقد على التزام من هذا النوع » .

على أنه يبقى للوريث الذي يلاحقه الدائن أن يطلب مهلة لادخال بقية الورثة في الدعوى حتى يصدر الحكم عليهم جميعاً بالدين ما لم يكن الوفاء بالدين لا يمكن أن يقع إلا من الوريث الذي رفعت عليه

(١) راجع نبذة رقم ١٤٠ صفحة ١٧٢ أعلاه .

الدعوى حيث يسوغ إصدار الحكم عليه وحده مع حفظ حقه في الرجوع على بقية الورثة على النحو الذي بيناه أعلاه بالنسبة للمدين في علاقته مع بقية المدينين (المادة ١٨٤) .

ويجدر هنا لفت النظر إلى أن عدم تجزئة الالتزام غير القابل للانقسام بين ورثة المدين هو الميزة التي تتفوق بها الالتزامات غير القابلة للانقسام على الالتزامات التضامنية التي تتجزأ بين ورثة المدينين المتضامنين . لذلك كثيراً ما يعتمد الدائن ، زيادةً في صيانة حقوقه ، على اشتراط كون المدينين قد التزموا قبله التزاماً تضامنياً وغير قابل للتجزئة .

(٣) إذا قطع التقادم ضد أحد المدينين ، فإن هذا القطع ينتج أثره ضد سائر المدينين لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضي ، إذا انقطع التقادم بالنسبة لأحد المدينين ، أن ينقطع بالنسبة إلى المدينين الآخرين (المادة ١٨٥) .

١٥٢ - (ب) الآثار المترتبة في حالة تعدد الدائنين : ترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام ، في حالة تعدد الدائنين ، الآثار التالية :

(١) لا يستطيع أحد من الدائنين في الالتزامات غير القابلة للانقسام أن يستقل باستيفاء كل الدين . فوفاء الدين لا يمكن أن يقع إلا للدائنين مجتمعين ما لم يكن أحدهم مفوضاً من الآخرين فيجوز له عندئذٍ أن يطالب بالوفاء باسم الجميع . وهذا ما قرره المادة ١٨٣

بقولها : إذا كان لعدة أشخاص حق في التزام غير قابل للانقسام من غير أن يكون بينهم تضامن لم يسغ للمدين أن يؤدي الدين إلا لهم مجتمعين ، ولا يسوغ لأي واحد من الدائنين أن يطلب تنفيذ الالتزام إلا باسم الجميع ، وبشرط أن يأذنوا له في ذلك » .

وجدير بالذكر أن المشرع المغربي يلتقي في الحكم الذي اتبعه في المادة ١٨٣ مع المشرع اللبناني ^(١) ، ولكنه يخالف ما أخذ به المشرع الفرنسي ^(٢) وكل من المشرع المصري والمشرع السوري ^(٣) الذين يجيزوا للدائن في الالتزام غير القابل للانقسام أن يطلب بأداء الالتزام كاملاً ما لم يعترض أحد الدائنين على ذلك فيلزم عندئذ المدين بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إيداع الشيء محل الالتزام .

(٢) يجوز لكل من الدائنين أن يطلب ، لمصلحة الجميع ، إيداع الشيء المستحق ، أو تسليمه إلى أمين تعينه المحكمة ، إذا كان غير صالح للإيداع (الفقرة الثانية من المادة ١٨٣) .

(٣) إذا قطع أحد الدائنين التقادم على المدين ، أفاد من ذلك سائر الدائنين واعتبر التقادم مقطوعاً بالنسبة إليهم جميعاً (المادة ١٨٥) .

(١) راجع المادة ٧٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٢) راجع المادة ١٢٢٤ من القانون المدني الفرنسي .

(٣) راجع المادة ٣٠٢ من كل من القانون المدني المصري والقانون المدني

السوري .

الفرع الثاني

الالتزامات القابلة للانقسام

١٥٣ - تعريف الالتزام القابل للانقسام : الالتزامات القابلة للانقسام هي التي يكون محلها قابلاً للتجزئة كالالتزام عدة مدينين لا تضامن فيما بينهم بتأدية مبلغ من النقود أو بتسليم كمية من الحبوب حيث ينقسم الالتزام بين المدينين فلا يؤدي كل منهم إلا نصيبه من مبلغ النقود أو من كمية الحبوب .

وحكم الالتزامات القابلة للانقسام يختلف في الحالة التي يكون فيها كل من الطرف الدائن والطرف المدين واحداً عنه في الحالة التي يتعدد فيها الطرف الدائن أو الطرف المدين .

لذا يجب علينا أن نوضح الحكم في كل من هاتين الحالتين .

١٥٤ - حكم الالتزام القابل للانقسام في حالة كون الطرف الدائن والمدين واحداً : إن الالتزام القابل للانقسام ، في الحالة التي يكون فيها كل من الطرف الدائن والطرف المدين واحداً ، يعتبر كما لو كان التزاماً غير قابل للانقسام . ونعني بذلك أن للدائن مطالبة المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً كاملاً وأن من حقه رفض تنفيذ الالتزام جزئياً . فإذا كان زيد مديناً لعمرو بمبلغ خمسة آلاف درهم مثلاً ، وعرض زيد على عمرو وفاء نصف هذا المبلغ فلعمرو الدائن رفض هذا العرض والاصرار على استيفاء المبلغ كله . وهذا ما أوضحه مطلع المادة ١٨٦ بقوله : « في العلاقات بين الدائن والمدين يجب تنفيذ

الالتزام الذي من شأنه أن يقبل الانقسام كما لو كان غير قابل له .
 وبدهي أن تماثل الحكم بين الالتزامات القابلة للانقسام والالتزامات
 غير القابلة للانقسام في الحالة التي يكون فيها كل من الطرف الدائن
 والطرف المدين واحداً يزول بمجرد وفاة أي من هذين الطرفين
 وانتقال تركته إلى ورثة متعددين حيث نصبح إزاء حالة تعدد الطرف
 الدائن أو الطرف المدين التي تخضع للأحكام المبينة في النبذة التالية .

١٥٥ - حكم الالتزام القابل للانقسام في حالة تعدد الطرف

الدائن أو المدين : (آ) القاعدة العامة ، في الحالة التي يتعدد فيها
 الطرف الدائن أو الطرف المدين ، أنه لا يجوز لأحد الدائنين أن يطالب
 ولا لأحد المدينين أن يلزم إلا بنسبة حصته في الدين . فلو أن ثلاثة
 أشخاص يملكون داراً مثلاً فيما بينهم باعوا هذه الدار، فلا يسوغ
 لكل منهم أن يطالب بأكثر من ثلث الثمن . ولو أن شخصاً يملك عقاراً وباعه
 لثلاثة أشخاص مثلاً فيما بينهم فلا يحق له أن يلزم كلا من المشتريين
 الثلاثة إلا بثلث الثمن . ولو أن الالتزام نشأ في الأصل لمصلحة دائن
 واحد أو على عاتق مدين واحد وتوفي الدائن أو المدين ، فلا يستطيع
 كل من ورثة الدائن أن يطالب ولا كل من ورثة المدين أن يلزم إلا
 بنسبة نصيبه في دين المورث . وقد ورد بهذا المعنى في الفقرة الثانية
 من المادة ١٨٦ أنه « لا يلجأ إلى التقسيم إلا إذا تعدد المدينون الذين
 لا يسوغ لهم أن يطالبوا بالدين ولا يلتزمون بأدائه إلا بقدر حصة
 كل منهم فيه » ثم أضافت الفقرة الثالثة من نفس المادة « ويطبق نفس

الحكم على الورثة . فلا يحق لهم أن يطالبوا ولا عليهم أن يؤدوا الا بقدر مناب كل واحد منهم في الدين الموروث .

(ب) على أن لقاعدة تجزئة الالتزام القابل للانقسام بين المدينين استثناءان ورد عليهما النص في المادة ١٨٧ :

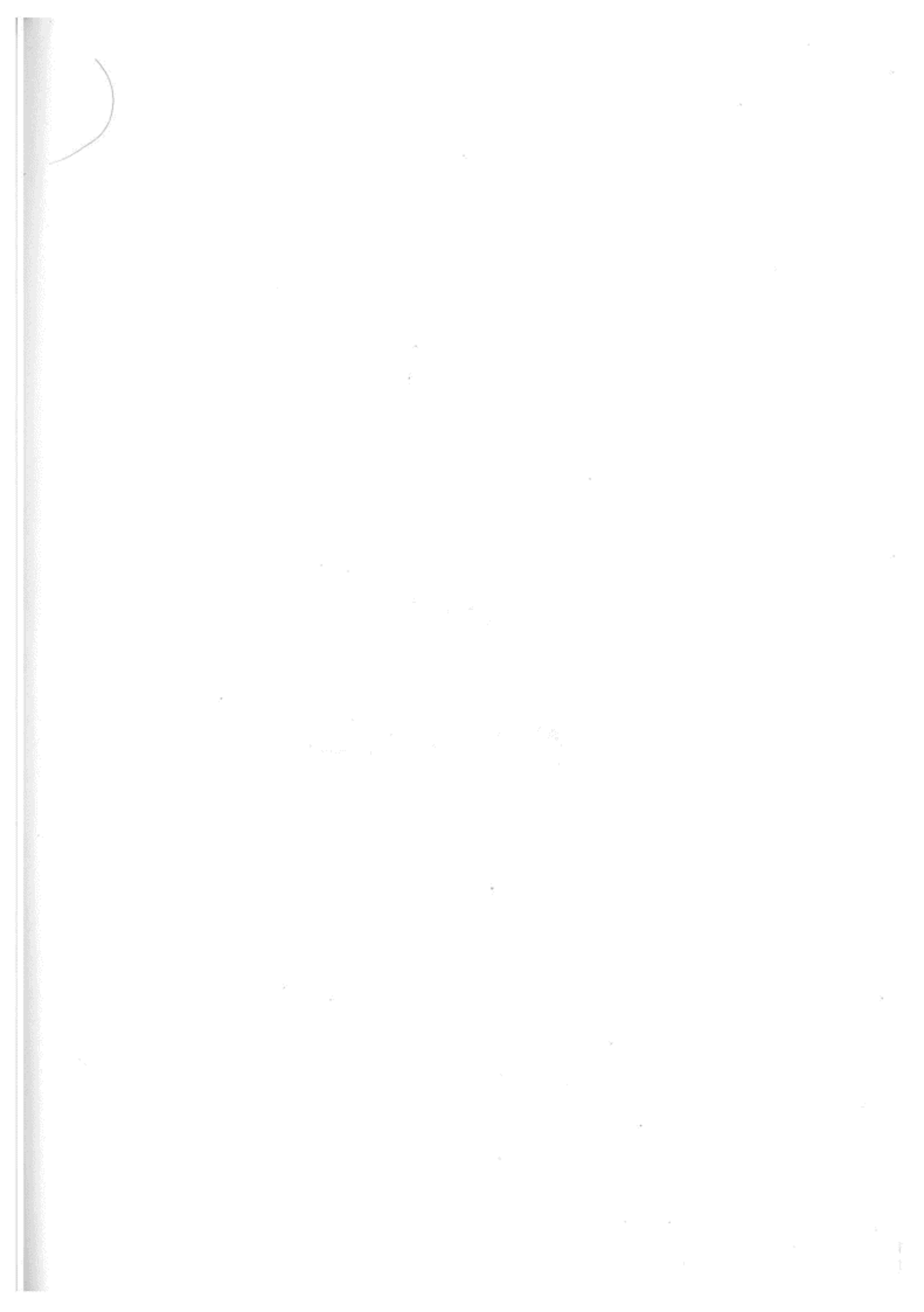
(١) الاستثناء الأول يتعلق بالحالة التي يكون فيها محل الدين تسليم شيء معين بذاته وموجود بين يدي أحد المدينين .

(٢) والاستثناء الثاني يتعلق بالحالة التي يكون فيها أحد المدينين مكلفاً وحده بتنفيذ الالتزام بمقتضى السند المنشئ له أو بمقتضى سند لاحق .

ففي كل من هاتين الحالتين يجوز أن يطالب بالدين كله المدين الحائز للشيء المعين أو المدين المكلف بالتنفيذ ، مع ثبوت الحق له في الرجوع على الملتزمين معه ، إذا كان طبعاً لهذا الرجوع محل . ويجب لفت النظر إلى أنه في الحالتين المذكورتين أعلاه ، إذا ما قطع التقادم ضد المدين الذي يمكن أن يطالب بكل الدين ، فإن هذا القطع ينتج أثره ضد سائر الملتزمين معه (المادة ١٨٨) .

القسم الثاني

انتقال الالتزام



١٥٦ - نظرة عامة : عرض المشرع في القسم الثالث من الكتاب الأول من قانون الالتزامات والعقود . لانتقال الالتزامات . ويشمل هذا القسم المواد ١٨٩ الى ٢٢٧ .

وقد اقتصر المشرع المغربي ، كالمشرع الفرنسي ، على البحث في هذا القسم فيما يسمى اصطلاحاً بانتقال الحق (cession de créances) دون انتقال الدين (cession de dettes) .

ذلك أن في كل التزام دائناً ومديناً . فانتقال الالتزام يمكن أن يتصور عن طريق تحويل حق الدائن الى دائن آخر حيث يتبدل الدائن دون المدين . ويمكن أن يتصور عن طريق تحويل دين المدين إلى مدين آخر حيث يتغير المدين دون الدائن .

وطبيعي أن يكون لتغيير الدائن في الحالة الأولى أهمية كبرى في نظر المدين وأن يكون لتغيير المدين في الحالة الثانية أهمية أكبر في نظر الدائن : فالمدين قد لا يروق له أن يستبدل بدائن رحيم شفوق دائناً جباراً قد قلبه من حجر . والدائن قد لا يرضيه أن يستبدل بمدينه الموسر المليء ، مديناً فقيراً معسراً .

لذلك فإن القانون الروماني والتشريعات القديمة ، لأن كانت استساغت انتقال الالتزام إلى الوارث بسبب الموت فهي لم تعرف حوالة

الالتزامات فيما بين الأحياء لأن فكرة الالتزام ، باعتباره إذ ذاك رابطة شخصية بين دائن ومدين كانت تحول دون ذلك . إذ لم يكن ليتصور أي تبديل في أحد شخصي الالتزام دون حلّ الرابطة الالتزامية نفسها .

ثم ما لبثت أن تطورت فكرة الالتزام فأخذ عنصر الرابطة الشخصية في الالتزام يتقلص رويداً رويداً وبدأ العنصر المادي فيه ، يبرز شيئاً فشيئاً بحيث أصبح من الميسور في ظل هذه الفكرة المتطورة أن نتصور إمكانية انتقال الالتزام من دائن إلى آخر باعتبار الالتزام قيمة مالية لا رابطة شخصية وبالنظر إلى موضوعه لا بالنسبة إلى أطرافه . وقد أقرّ القانون المدني الفرنسي وأكثر التقنينات اللاتينية انتقال الحق . ولكنها وقفت عند هذا الحد ولم تصل إلى الأخذ بحالة الدين من مدين إلى آخر كما فعل التقنين الألماني^(١) وقانون الالتزامات والعقود السويسري^(٢) وبعض التقنينات العربية الحديثة كالتقنين اللبناني^(٣) والتقنين المصري والتقنين السوري^(٤) .

وقانون الالتزامات والعقود المغربي . كما اسلفنا ، وقف هو

(١) راجع المواد ١٤١٤ الى ١٤١٩ من القانون المدني الألماني .

(٢) راجع المواد ١٧٥ الى ١٨٣ من قانون الالتزامات والعقود السويسري .

(٣) راجع المادة ٢٧٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٤) راجع المواد ٣١٥ الى ٣٢١ من كل من القانون المدني المصري والقانون

المدني السوري .

أيضاً عند حد حوالة الحق ولم يتناول بالبحث حوالة الدين .

١٥٧ - مواضيع هذا القسم : إن المشرع ، في القسم الذي خصّه لانتقال الالتزامات ، عرض في باب أول للانتقال بوجه عام حيث بحث في الحوالة ، ثم عرض في الأبواب الثلاثة اللاحقة لحوالة مجموعة حقوق وحوالة الذمة المالية ، ثم للحلول ، ثم للإنابة .
ونحن سنتبع في بحثنا نفس الخطة ونخص لكلٍ من هذه المواضيع باباً مستقلاً .

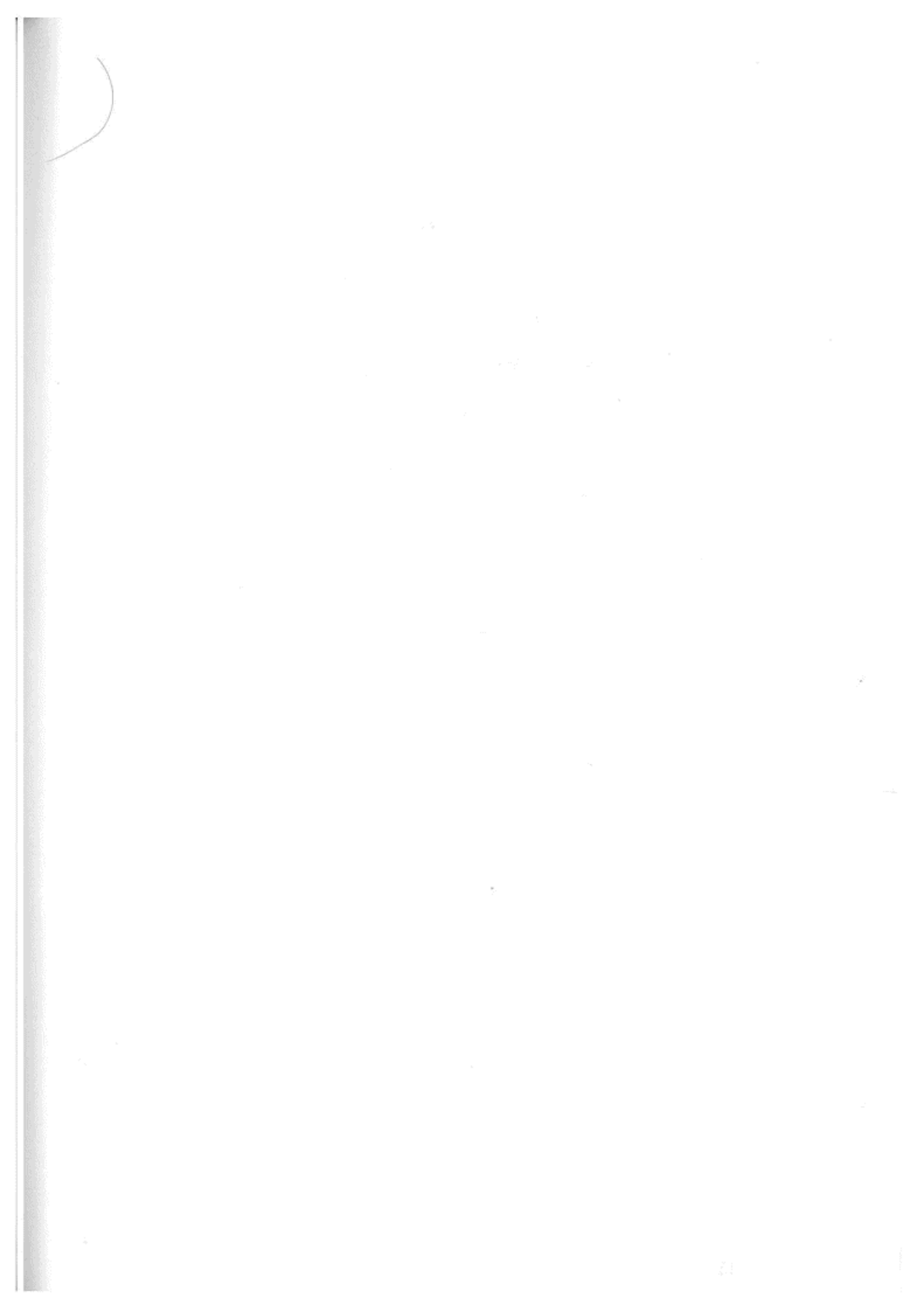
وعليه سيشتمل هذا القسم على أربعة أبواب .

الباب الأول : الانتقال بوجه عام : الحوالة .

الباب الثاني : حوالة مجموعة حقوق وحوالة الذمة المالية .

الباب الثالث : الحلول .

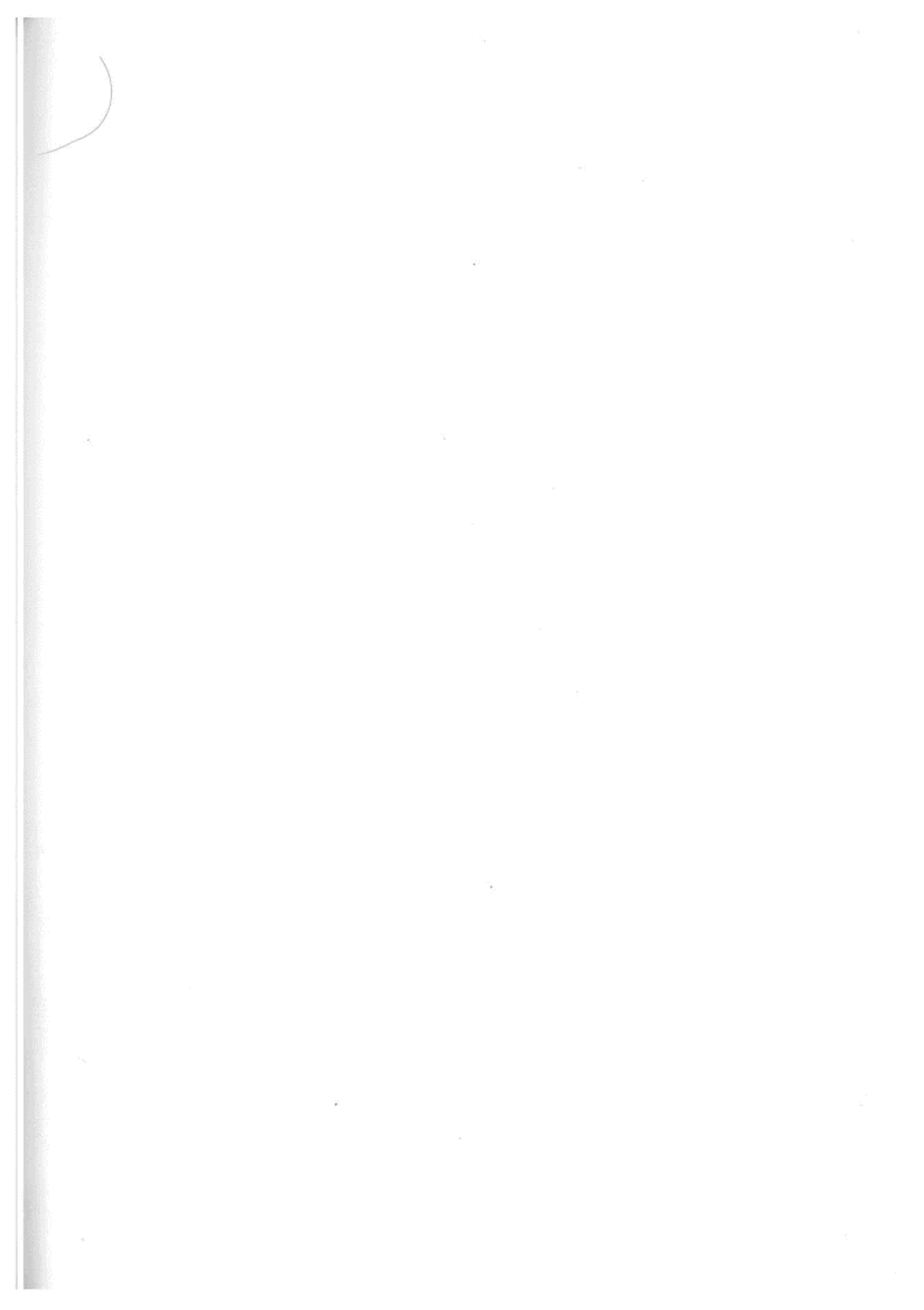
الباب الرابع : الإنابة .



الباب الأول

الإنشغال بوجه عام

— الحوالة



١٥٨ - انتقال الحقوق يكون مصدره إما القانون وإما الاتفاق :

إن انتقال الحق من الدائن القديم الى دائن آخر إما أن يكون مصدره القانون وإما أن يكون مصدره اتفاق المتعاقدين (المادة ١٨٩) .

(أ) فانتقال الحق قد يتم بمقتضى القانون كما في الحالات التالية :

(١) انتقال الحقوق إلى الوريث بموت المورث .

(٢) انتقال حق المستأجر الذي يتنازل عن إيجاره إلى الغير المتنازل

له ما لم يكن في العقد نص يمنع المستأجر من التنازل عن حقه أو ما لم يكن التنازل لا يأتلف مع طبيعة المأجور (المادة ٦٦٨) .

(٣) حلول المالك الجديد محل سلفه في الحقوق الناجمة عن الايجار

القائم شرط أن يكون هذا الايجار قد أجري بدون غش وأن يكون له تاريخ سابق على التصرف (المادة ٦٩٤) .

(٤) حلول الدولة محل المضرور عندما يحكم عليها بوصفها

مسؤولة عن أخطاء رجال التعليم العام وموظفي الشبيبة والرياضة وذلك لاسترداد المبالغ المحكوم بها عليها ، إما من رجال التعليم وموظفي الشبيبة والرياضة وإما من الغير (المادة ٨٥ مكرر) .

(٥) حلول المحال له محل الوريث الذي حوّل حقه في التركة

حيث تنتقل بحكم القانون الحقوق والالتزامات المتعلقة بالتركة إلى

المحال له (المادة ٢٠٩) .

(ب) وانتقال الحق قد يكون مصدره اتفاق المتعاقدين كأن يتفق الدائن مع الغير على أن يحول له حقه في ذمة المدين فيحل الغير محل الدائن في هذا الحق نفسه .
ويسمى الدائن محيلا (cédant) لأنه يحيل الغير بالحق المترتب له في ذمة المدين .

ويسمى الغير وهو الدائن الجديد محالا له (cessionnaire) لأن الدائن أحاله بحقه .

ويسمى المدين محالا عليه (cédé) لأن الدائن الأصلي أحال عليه الدائن الجديد .

وحالة الحق عن طريق الاتفاق هو الذي خصه المشرع بالبحث في المواد ١٨٠ الى ٢٠٨ وهو الذي سنعرض له في هذا الباب .

١٥٩ - خطة البحث في هذا الباب : يقتضينا البحث في حوالة الحق أن نبين شروط الحوالة ثم نوضح الآثار التي تترتب عليها .
وعليه سيشتمل هذا الباب على فصلين :

الفصل الأول : شروط الحوالة .

الفصل الثاني : آثار الحوالة .

الفصل الأول

شروط الحوالة

١٦٠ - التمييز بين شروط انعقاد الحوالة وشروط نفاذها :
إن شروط حوالة الحق على نوعين : النوع الأول يجب توافره لانعقاد الحوالة فيما بين المتعاقدين، والنوع الثاني يجب توافره لتصبح الحوالة نافذة إزاء الغير .

وسنعرض في فرع أول شروط انعقاد الحوالة بين المتعاقدين ثم في فرع ثان لشروط نفاذ الحوالة إزاء الغير .

الفرع الأول

شروط انعقاد الحوالة بين المتعاقدين

١٦١ - وجوب تطبيق مبادئ التعاقد عامة إلى جانب شروط خاصة تتعلق بمحل الحوالة وبسببها : القاعدة الأصلية أن الحوالة تخضع لمبادئ التعاقد عامة سواء من حيث أركانها أم من حيث إثباتها . على

أن ثمة شروطاً خاصة يجب توافرها في محل الحوالة وفي سببها .
فلنبحث في القاعدة الأصلية ثم لنبحث في الشروط الخاصة المتعلقة
بمحل الحوالة ثم في سببها .

١ - وجوب تطبيق مبادئ التعاقد عامة

١٦٢ - (آ) من حيث أركان الحوالة : الأصل في حوالة الحق
أنها لا تخضع لمراسيم خاصة بل يكتفى لانعقادها توافر أركان العقد
بوجه عام : فيكفي إذن أن يحصل تراضي المحيل والمحال له وأن
يكون كل منهما متمتعاً بأهلية التصرف وأن يكون محل الحوالة مشروعاً
وأن يكون السبب الذي تحمل عليه الحوالة غير مخالف للقانون أو
للنظام العام أو الآداب العامة . وهذا ما أشارت إليه المادة ١٩٤ بقولها :
« الحوالة التعاقدية لدين أو لحق أو لدعوى تصير تامة برضى الطرفين ،
ويحل المحال له محل المحيل في حقوقه ابتداء من وقت هذا التراضي » .

١٦٣ - (ب) من حيث إثبات الحوالة : وكذلك تراعى من
حيث إثبات الحوالة القواعد العامة في البيئات : فإذا حوّل دائن حقه
الذي تزيد قيمته على ٢٥٠ درهماً بثمن يفوق ٢٥٠ درهماً ، فإن
المحيل لا يستطيع إثبات التزام المحال له بالثمن ، ولا المحال له يستطيع
إثبات التزام المحيل بنقل هذا الحق إلا بالكتابة أو ببدء ثبوت بالكتابة
معزز بالشهادة والقرائن ولا تسمع البيئة بالشهادة والقرائن (المادة

٤٤٣ والمادة ٤٤٧) . أما إذا كان الحق المحال به تفوق قيمته ٢٥٠ درهماً وكان ثمن الحوالة دون ذلك ، فإن المحيل يستطيع إثبات التزام المحال له بالثمن بالشهادة والقرائن لأن الثمن في حدود ٢٥٠ درهماً ، ولكن المحال له لا يستطيع إثبات التزام المحيل بنقل الحق إلا بالكتابة أو ببدء ثبوت بالكتابة معزز بالشهادة والقرائن لأن الحق المحال به تزيد قيمته على ٢٥٠ درهماً . وإذا كان كل من قيمة الحق المحال به و ثمن الحوالة دون ٢٥٠ درهماً فالمحيل يستطيع اثبات التزام المحال له بالثمن بالشهادة والقرائن ، كما أن المحال له يستطيع إثبات التزام المحيل بنقل الحق المحال به بالشهادة والقرائن أيضاً .

ولما كان المحال له ، حتى في الحالة التي يجوز له فيها اثبات حقه بالشهادة والقرائن ، يكون وضعه أسلم إذا ما كانت الحوالة مثبتة بسند خطي ، لذلك فقد أوجب المشرع على المحيل أن يسلم للمحال له ، إلى جانب سند الدين المحال به وما يكون لديه من وسائل إثباته ، سنداً يثبت حصول الحوالة . ويمكن أن يكون هذا السند رسمياً إذا طلب المحال له ذلك على أن تكون مصروفات هذا السند الرسمي على عاتقه . فقد ورد بهذا المعنى في المادة ١٩٩ أنه « يجب على المحيل أن يسلم للمحال له سنداً يثبت وقوع الحوالة ، وان يقدم له إلى جانب سند الدين ، ما يكون لديه من وسائل إثباته والبيانات اللازمة لمباشرة الحقوق المحولة ، ويجب عليه أن يقدم للمحال له سنداً رسمياً يثبت وقوع الحوالة إذا طلب منه ذلك . ومصروفات هذا السند على المحال له » .

٢ - الشروط الخاصة المتعلقة بمحل الحوالة

١٦٤ - كل حق شخصي يصلح مبدئياً أن يكون محلاً للحوالة :
إن كل حق شخصي يصلح مبدئياً أن يكون محلاً للحوالة به من
دائنه الأصلي إلى دائن جديد . أما الحق العيني فتتبع في نقله من صاحبه
إلى الغير أحكام خاصة تختلف عن الأحكام التي تطبق في حوالة الحقوق
الشخصية (١) .

وأغلب ما يقع أن يكون محل الحوالة مبلغاً من النقود . ولكن
يجوز أن يكون محل الحوالة أشياء مثلية غير النقود كحوالة صفقة
قطن يجريها من له حق فيها لصاحب مصنع للنسيج ، كما يجوز أن
يكون عيناً معينة بالذات شرط أن يكون الحق شخصياً لا عينياً كما
في الوعد ببيع شيء حيث يتمتع الموعود له بحق شخصي قبل الواعد
يتعلق بالشيء الموعود ببيعه ويجوز له أن يحول هذا الحق لشخص
آخر .

وكذلك يجوز أن يكون محل الحق المحال به عملاً أو امتناعاً عن
عمل : فالمستأجر مثلاً ، وهو دائن للمؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين

(١) "فالحقوق العينية المترتبة على العقارات المحفوظة مثلاً تنتقل بالنسبة للمتعاقدين
وبالنسبة للغير بتسجيلها في السجل العقاري (المادة ٦٧ من ظهير ٩ رمضان ١٣٣١) .
والحقوق العينية المترتبة على منقول تنتقل بين المتعاقدين بمجرد التعاقد (المادة ٤٨٨
من قانون الالتزامات والعقود) ، وقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية تكفل
لمن حاز المنقول حقه قبل الغير .

المؤجرة ، يستطيع أن ينزل عن حقه لشخص آخر ؛ ومشتري المتجر الذي اشترط على بائعه عدم المنافسة يسوغ له أن ينزل عن المتجر الذي اشتراه لشخص آخر فيشمل النزول حق المشتري قبل البائع بعدم المنافسة .

ويستوي أيضاً في قابلية الحق للحالة أن يكون مدنياً أو تجارياً أو أن يكون مدوناً في سند خطي كحكم قضائي أو حجة رسمية أو حجة عرفية ، أو غير مدون أصلاً ولا دليل عليه إلا الشهادة والقرائن .

وكذلك يستوي أن يكون الحق المحال به منجزاً أو مربوطاً بأجل أو معلقاً على شرط . وهذا ما أشار اليه المشرع صراحةً في المادة ١٩٠ حيث قال : « يجوز أن يرد الانتقال على الحقوق أو الديون التي لم يحل أجل الوفاء بها » .

١٦٥ - استثناء بعض الحقوق الشخصية لانتقال الحوالة أو تتطلب حوالتها شروطاً خاصة : لأن كان المبدأ أن كل حق شخصي يقبل الحوالة وأن الحوالة تتم وفق قواعد التعاقد عامة ، فإن ثمة استثناءات لهذا المبدأ تقضي بعدم قابلية بعض الحقوق الشخصية للحوالة أو تتطلب لتمام الحوالة توافر شرط خاص هو اقترانها بموافقة المدين المحال عليه .

فلنبين أولاً الحقوق التي لا تصلح أن تكون محلاً للحوالة ثم لنعرض ثانياً للحقوق التي تتطلب حوالتها موافقة المدين المحال عليه .

١٦٦ - أولا : الحقوق التي لا تقبل الحوالة : إن الحقوق التي لا تصلح أن تكون محلا للحوالة هي : (أ) الحقوق المحتملة أو الحقوق المستقبلية . (ب) الحقوق التي تمتنع حوالتها بمقتضى سند انشائها أو بمقتضى القانون . (ج) الحقوق التي تتسم بطابع شخصي محض . (د) الحقوق التي لا تقبل الحجز أو التعرض . لنبحث في كل هذه الحقوق على حدة .

١٦٧ - (أ) الحقوق المحتملة أو الحقوق المستقبلية : نصت المادة ١٩٠ على أنه « لا يجوز أن يرد الانتقال على الحقوق المحتملة » . ويراد بالحق المحتمل (droit éventuel) أو بالحق المستقبل (droit futur) الحق الذي لا وجود قانوني له في الحال وإنما يحتمل وجوده في المستقبل ، وذلك خلاف الحق الشرطي الذي له وجود قانوني في الحال وإن كان هذا الوجود غير بات وغير كامل . مثال الحق الاحتمالي حق الموصي له قبل موت الموصي ، وحق الشفيع قبل بيع الحصة المشفوع فيها . فمثل هذه الحقوق حقوق محتملة أو حقوق مستقبلية لأنه ينقصها عنصر جوهري من عناصر وجودها ، هو موت الموصي في المثال الأول وبيع الشريك حصته في الشيء الشائع وإعلان شريكه إرادته في أخذ الحصة المباعة بالشفعة في المثال الثاني .

وتجدر الملاحظة إلى أن الفقه الفرنسي بوجه عام ومعه قسم من الاجتهاد ذهب إلى إقرار جواز حوالة الحق الاحتمالي (١) ، كما أن

(١) أوبري ورو ، الجزء الخامس نبذة رقم ٣٥٩ صفحة ١٣٣ - بلانول =

بعض التقنيات الحديثة كقانون الموجبات والعقود اللبناني أجازت صراحةً حوالة الحقوق المستقبلية ^(١). وفي مصر أجاز القضاء للمالك عقار أن يحول مقدماً الريع الذي ينتجه عقاره في المستقبل واعتبر هذه الحوالة ساريةً حتى في حق الدائنين المقيدين قبل الحوالة . وذهب كذلك إلى السماح لمقاول في أن يحول إلى أحد المصارف الأجرة التي تستحق له في نظير الاعمال التي سيعهد بها إليه صاحب العمل ، وذلك ضماناً لحساب جارٍ يفتحه له المصرف ^(٢).

أما في المغرب ، فإزاء المنع القاطع الوارد عليه النص في المادة ١٩٠ ، لا نستطيع إلا التمسك بعدم جواز وقوع الحوالة على الحقوق المحتملة .

١٦٨ - (ب) الحقوق التي تمتنع حوالتها بمقتضى سند انشائها أو بمقتضى القانون : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٩١ على أن الحوالة تبطل « إذا كان الدين أو الحق غير ممكن تحويله بمقتضى سند انشائه أو بمقتضى القانون » .

(١) فقد يحصل أن يرد في السند الذي نشأ الحق بموجبه نص

= وريبير وردوان الجزء ٧ نبذة رقم ١١١٤ صفحة ٤٩٣ و ٤٩٤ - نقض فرنسي ١٧ مارس ١٨٩١ سيريه ١٨٩٥-١-٤٤٤ ، و ٢٩ يونيو ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨-٤٦٣-١ .

(١) راجع المادة ٢٨١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٢) السهوري ، المرجع السابق ، الجزء الثالث . نبذة رقم ٢٥١ صفحة ٤٥٣ .

يمنع صاحب الحق من التنازل عن حقه للغير . فإذا اشترط مثلاً المستقرض على المقرض في سند القرض ، أو المؤجر على المستأجر في عقد الإيجار ، عدم حوالة حقه المستمد من القرض أو الإيجار إلى الغير ، فإنه يعمل بهذا الشرط ، وتكون الحوالة الجارية رغم هذا الشرط باطلة وغير ملزمة للمستقرض أو للمؤجر .

(٢) وقد يحصل أن يمنع القانون بنص صريح حوالة حق من الحقوق . مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٤٨١ من قانون الالتزامات والعقود من أنه « لا يسوغ للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا لا بأنفسهم ولا بوسطاء عنهم ، الأموال المنقولة ... التي يناط بهم بيعها أو تقويمها ... » وذلك تحت طائلة البطلان . فبمقتضى هذا النص ، الحقوق التي يوكل إلى السماسرة والخبراء ببيعها أو بتقويمها لا يصح أن تجري حوالتها لمصلحة هؤلاء السماسرة أو الخبراء وإلا وقعت الحوالة باطلة . مثال ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٣٠ من المسطرة المدنية من أنه « يمنع كل كاتب ضبط وكل قاض من أن يكتسب أو تحول إليه ملكية الحقوق المتنازع عليها في دائرة اختصاص المحاكم التي يباشر فيها مهامه كل ذلك سواء كان مباشرة أو بواسطة وكذلك يمنع عليه أن يكتسب أو أن تحول إليه مباشرة أو بالواسطة الأموال والحقوق والديون التي يلتزم بالقيام بأجراءات بيعها أو الاذن به ... وكل تصرف يخالف لهذا المنع يكون باطلاً » . فقانون المسطرة يمنع إذن أن تجري حوالة الحقوق المتنازع عليها أمام محكمة لمصلحة كتاب

الضبط أو القضاة الذين يباشرون أعمالهم في دائرتها كما يمنع أن تحول لمصلحتهم الحقوق والديون الموكول اليهم القيام باجراءات بيعها أو الاذن به وكل ذلك تحت طائلة بطلان الحوالة الجارية خلافاً لهذا المنع.

١٦٩ - (ج) الحقوق التي تنسم بطابع شخصي محض : الحقوق

التي تنسم بطابع شخصي محض وتكون بالتالي متصلة اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن لا تقبل الحوالة على ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٩١ . وقد ضرب المشرع مثلاً على هذا النوع من الحقوق . حق انتفاع أحد المستحقين في حبس من الحبوس الخاصة . ومن الأمثلة التي يمكن سوقها كذلك حق المستعير في استعمال الشيء المعار بنفسه إذا كانت العارية قد تمت مراعاةً لشخصه أو لغرض محدد على وجه التخصيص (المادة ٨٣٨ من قانون الالتزامات والعقود) . فتنازل المستعير في مثل هذه الحالة لغيره ، عن استعمال الشيء المعار ، رغم المنع القانوني ، يقع باطلاً .

١٧٠ - (د) الحقوق التي لا تقبل الحجز أو التعرض : نصت

الفقرة الثالثة من المادة ١٩١ على أن الحوالة تبطل إذا كان محلها حقاً « لا يقبل الحجز أو التعرض » . مثل ذلك النفقة والحد الأدنى من أجور العمال أو رواتب الموظفين : فالنفقة والحد الأدنى من الأجور والرواتب من الحقوق التي يقرر المشرع عدم قابليتها للحجز أو التعرض لحاجة أصحابها إليها في أمور معيشتهم . فهي بالتالي تستعصي على الحوالة . على أن المشرع أوضح أن الدين « إذا كان لا يقبل الحجز الا

في حدود جزء محدد منه أو قيمة محددة ، صحت الحوالة في حدود هذه النسبة . فhekذا مثلاً لا يجوز حجز أجور العمال أو رواتب الموظفين الا ضمن الحدود التي عينها القانون . فإذا وقعت حوالة الأجور أو الرواتب ضمن هذه الحدود كانت حوالة صحيحة وانتجت آثارها

١٧١ - ثانياً : الحقوق التي تتطلب حوالتها موافقة المدين :

(آ) إن الحقوق التي تكون موضع نزاع تتطلب حوالتها توافر شرط خاص هو اقترانها بموافقة المدين . فحوالة الحقوق المتنازع فيها تجوز . إنما يشترط فيها أن تتم بموافقة المدين المحال عليه تحت طائلة البطلان . وبهذا صرّحت المادة ١٩٢ : « تبطل حوالة الحق المتنازع فيه ما لم تتم بموافقة المدين المحال عليه » .

وقد أوضح المشرع أن المقصود في هذا الصدد بكون الحق متنازِعاً فيه ، أن يكون ثمة نزاع « في جوهر الحق أو الدين نفسه عند البيع أو الحوالة » ، أو أن تكون هناك « ظروف من شأنها أن تجعل من المتوقع إثارة منازعات قضائية جدية حول جوهر الحق نفسه » .

فلا بد إذن، حتى يعتبر الحق موضع نزاع وتتوقف حوالته على موافقة المدين ، أن يكون النزاع قائماً على جوهر الحق كأن يدعي المدين عدم ترتب الدين في ذمته أصلاً ، أو أن يكون من المتوقع إثارة نزاع قضائي جدي حول هذا الجوهر كأن تكون الدعوى التي أقامها المدين لمنع الدائن من معارضته بالدين قد ردت لعدم الاختصاص

أو لفقدان شرط من شروط قبول الدعوى وكان لا بد أن يعاود المدين رفع الدعوى مجدداً لدى مرجعها المختص أو بعد استكمال النواقص التي ادت إلى ردها المرة الأولى .

أما إذا كان النزاع بين الدائن والمدين ينحصر بملحقات الدين كالفوائد مثلاً . فلا يعتبر الحق منازعاً فيه ولا تخضع حوالاته لموافقة المدين . ويعتبر الحق غير منازع فيه أيضاً إذا كانت الدعوى التي اقامها المدين لمنع الدائن من معارضته بالدين قد ردت في الجوهر وكان المدين يهدد باثارة النزاع مجدداً لدى القضاء رغم اكتساب الحكم الدرجة القطعية .

(ب) وجدير بالذكر أن التشريع الفرنسي وكذلك بعض التقنيات الحديثة كالتقنين المصري والتقنين السوري تجيز حوالة الحق المتنازع فيه دون اشتراط قبول المحال عليه . إنما إذا وقعت الحوالة بعوض . وحمايةً للمدين المحال عليه من أن يكون المحال له مرابياً اشترى الدين المتنازع فيه بثمن بخس ليتابع النزاع مع المحال عليه دون ما هوادة حتى يحصل منه مجموع الدين المحال به . فقد أجازت هذه التشريعات للمدين الذي ينازع في هذا الدين أن يتخلص من مطالبة المحال له إذا هو رد إليه الثمن الذي تمت فيه الحوالة مضافاً إليه المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع^(١) .

(١) راجع المادة ١٧٠٠ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٤٦٩ من القانون المدني المصري والمادة ٤٣٧ من القانون المدني السوري .

أما المشرع المغربي فقد اختار أن يعلّق تمام حوالة الحق المنازع فيه ، سواء كانت الحوالة بعوض أم بغير عوض ، على موافقة المدين المحال عليه والا اعتبرت الحوالة باطلة إذا وقعت بدون هذه الموافقة . ويلتقي المشرع المغربي في موقفه هذا مع المشرع اللبناني الذي هو أيضاً يشترط لقيام حوالة الحق المنازع فيه رضا المدين بهذه الحوالة ^(١) .

٣ - الشروط الخاصة المتعلقة بسبب الحوالة :

١٧٢ - بطلان الحوالة إذا كانت تهدف إبعاد المدين عن قضائه الطبيعيين : لا بد لصحة الحوالة أن تكون مبنية على سبب مشروع . وقد اعتبر المشرع أن سبب الحوالة يكون غير مشروع إذا هدف المحيل إقصاء المدين عن قضائه الطبيعيين وجعله خاضعاً لاختصاص محكمة ما كان ليخضع لها لولا حصول الحوالة . ففي مثل هذه الحالة تقع الحوالة باطلة لأنها تكون مبنية على سبب غير مشروع . وبهذا المعنى ورد في المادة ١٠٩ أن حوالة الحق « تكون باطلة سواء تمت بعوض أو على سبيل التبرع ، إذا لم يكن لها من هدف إلا إبعاد المدين عن قضائه الطبيعيين وجره إلى محكمة أخرى غير محكمته وفقاً لما تقتضيه جنسية المحال له » . وقد كان لهذا النص أهمية كبرى يوم كان يوجد

(١) راجع المادة ٢٨١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني . إنما يلاحظ أن المشرع اللبناني لا يعتبر الحق منازعاً فيه إلا إذا كان النزاع معروضاً على القضاء وكان يتناول جوهر الحق .

في المغرب محاكم قنصلية ثم محاكم عصرية للنظر في الدعاوى التي تكون للأجنبي مصلحة فيها. حيث كان من السهل على دائن مغربي أن يحيل بحقه على مدين مغربي إلى محال له أجنبي، حتى يخرج المدين المحال عليه عن قضائه الطبيعيين ويجعله خاضعاً للمحاكم القنصلية أو للمحاكم العصرية. أما بعد زوال هذه المحاكم فلم يعد لنص المادة ١٩٣ شأن يذكر في الحقل الداخلي^(١). ولكن تبقى له أهمية في الحقل الدولي حيث يمكن أن تجري حوالة الدين من دائن مغربي مثلاً إلى شخص فرنسي ليكون بالإمكان مقاضاة المدين المحال عليه المغربي أمام القضاء الفرنسي تأسيساً على أن التقنين الفرنسي يجيز للمواطن الفرنسي مقاضاة الأجنبي أمام المحاكم الفرنسية ولو كان المدعى عليه الأجنبي مقيماً في بلد أجنبي وحتى لو كان العقد الذي يستند إليه المواطن الفرنسي قد نظم لمصلحته في بلد أجنبي^(٢).

الفرع الثاني

شروط نفاذ الحوالة إزاء الغير

١٧٣ - الأصل وجوب إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها ووجود استثناءات لهذا الأصل : مرّ معنا أن الحوالة تنعقد بالتراضي بين

(١) على أنه يبقى في الحقل الداخلي امكانية تصور إقدام الدائن على حوالة حقه لمحال إليه يقطن في غير دائرته ودائرة المحال عليه ليجبر هذا الأخير . إذا ما أراد اللجوء إلى القضاء . على أن يقيم الدعوى لدى محكمة دائرة المحال إليه .

(٢) راجع المادة ١٤ من القانون المدني الفرنسي .

المحيل والمحال له دون ما حاجة لرضاء المدين المحال عليه إلا في حالة واحدة هي حالة حوالة الحق المتنازع فيه .
ولكن الحوالة، حتى تتعدى آثارها حلقة المتعاقدين وتصبح نافذة^{١٧٤} لإزاء المدين المحال عليه وفي مواجهة الغير، لا بد في الأصل من توافر شرط أساسي يرمي إلى تحقيق شهر الحوالة وإحاطة المدين والغير علماً بوقوعها .

وهذا الشرط الأساسي هو إعلان الحوالة للمدين إعلاناً رسمياً أو قبوله بها في محرر ثابت التاريخ .
على أن لهذا الأصل بعض الاستثناءات : فثمة حقوق تعتبر الحوالة فيها نافذة^{١٧٥} لإزاء الكافة بمجرد انعقادها بين الطرفين . وثمة حقوق أخرى أوجب القانون لجعل الحوالة الواقعة عليها نافذة^{١٧٦} في مواجهة الغير ، اتباع إجراءات خاصة غير إجراء الاعلان أو القبول .
فلنبحث في الأصل ثم لنعرض للاستثناءات .

١ - الأصل وجوب إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها

١٧٤ - إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها ضروري لنفاذ الحوالة
إزاء الغير : نصت المادة ١٩٥ على ما يلي : « لا ينتقل الحق للمحال له به تجاه المدين والغير الا بتبليغ الحوالة للمدين تبليغاً رسمياً أو بقبوله إياها في محرر ثابت التاريخ ...
« حوالة الحقوق في شركة يلزم لسريانها على الغير أن تبلغ للشركة

أو تقبل منها في محرر رسمي أو في محرر عرفي سجل في المنطقة الجنوبية من المملكة » .

وعليه ما دامت الحوالة لم تبلغ إلى المدين ، شخصاً طبيعياً كان أم شركة ، بصورة رسمية ، أو ما دام لم يقبل بها في محرر ثابت التاريخ ، فإن الحوالة تبقى مجردة من أي أثر في حق المدين المحال عليه وفي مواجهة الغير ، وتكون بالتالي حقوق المحال له مهددة وعرضة للضياع .

(١) فالمدين المحال عليه ملتزم في الأصل بإزاء دائته الأصلي . فما لم يعلم بالحوالة عن طريق الاعلان الرسمي أو ما لم يقبل بها في محرر ثابت التاريخ ، يكون من حقه أن يرفض دفع ما هو مترتب في ذمته إلى غير دائته . والدائن من جهته قد يبادر ، رغم الحوالة ، إلى استيفاء حقه من المدين المحال عليه أو إلى إنهاء هذا الحق بطريق من طرق انقضاء الالتزام الأخرى : ففي هذه الحالة تترتب طبعاً مسؤولية المحيل إزاء المحال له ، ولكن ذمة المدين المحال عليه تبرأ من الحق ما لم يكن الوفاء بالدين أو انقضاؤه قد تم نتيجة التواطؤ فيما بين الدائن المحيل والمدين المحال عليه إضراراً بحقوق المحال له حيث يجوز للمحال له عدم الاعتداد بالوفاء الحاصل بطريق الغش واعتباره باطلا . وقد ورد بهذا المعنى في المادة ١٩٨ أنه « إذا دفع المدين الدين للمحيل أو أنهاه بالاتفاق معه بأي طريق آخر قبل أن تبلغ له الحوالة من المحيل أو من المحال له برئت ذمته ما لم يقع منه

تدليس أو خطأ جسيم» .

فإذا استثنينا حالة التدليس والتواطؤ بين الدائن المحيل والمدين المحال عليه ، يقتضينا الرجوع إلى المبدأ العام وبمقتضاه تبرأ ذمة المدين المحال عليه إذا وفي الحق لدائنه الأصلي ما دام لم يبلغ وقوع الحوالة رسمياً أو ما دام لم يقبل بها في محرر ثابت التاريخ .

(٢) ثم إن الدائن قد يعمد ، بعد إجراء الحوالة ، إلى التصرف في حقه مرة ثانية كأن يحيله إلى شخص غير المحال له الأول . فإذا قام المحال له الثاني بإعلان الحوالة إلى المدين المحال عليه ، قبل أن يقوم المحال له الأول بإعلان عن حوالة ، كانت الأفضلية للمحال له الثاني . وهذا ما قرره المادة ١٩٧ بقولها : « إذا حوّل نفس الدين لشخصين فضل منهما من بلغ حوالة للمدين المحال عليه قبل الآخر ، ولو كانت حوالة متأخرة في التاريخ » .

وهنا كذلك ، كما في الحالة السابقة ، تستثنى الحالة التي يقع فيها إعلان الحوالة الثانية قبل الحوالة الأولى ، نتيجة غش من المحيل يشترك فيه المحال عليه . فتطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بان الغش يفسد التصرفات (fraus omnia corrumpit) ، تقع الحوالة الثانية باطلة ويحق للمحال له الأول أن يبادر إلى إعلان الحوالة أصولاً للمدين ويطالبه بدفع الحق المحال به سواء كان المدين قد وفي هذا الحق للمحال به الثاني أم لم يكن قد وفاه بعد (١) .

(١) السنهاوري ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، نبذة رقم ٢٦٨ صفحة ٤٨٢ .

(٣) يضاف إلى ذلك أن دائني المحيل يبقى من حقهم إيقاع الحجز على الدين المحال به تحت يد المدين المحال عليه ، إذ ، ما لم تتبع الاجراءات المتطلبة قانوناً لشهر الحوالة من إعلانها للمدين بصورة رسمية أو قبوله بها في محرر ثابت التاريخ ، فإن هذا الدين يعتبر جزءاً من ذمة مدينهم المالية وبالتالي عنصراً من الضمان العام الذي يتمتعون به على هذه الذمة المالية .

لذلك كله فإن من مصلحة المحال له أن يسرع في إعلان الحوالة للمدين إعلاناً رسمياً ، أو في الحصول منه على محرر ثابت التاريخ يتضمن قبوله بها ، لأن هذه الاجراءات وحدها تجعل الحوالة نافذة في مواجهة المدين وفي مواجهة الغير ، وهو أمر يعنيه بالطبع أن يتحقق حتى لا تكون حقوقه مهددة بالضياح .

٢ - الحالات الاستثنائية التي تعتبر فيها الحوالة نافذة إزاء الغير بمجرد انعقادها أو تتطلب لنفادها اجراءات غير الاعلان أو القبول

١٧٥ - الحالة الاستثنائية التي تعتبر فيها الحوالة نافذة إزاء الغير بمجرد انعقادها : خلافاً للأصل الذي قررناه وبمقتضاه لا تعتبر الحوالة نافذة إزاء الغير إلا باعلانها للمدين إعلاناً رسمياً أو بقبوله بها في محرر ثابت التاريخ ، توجد ثمة حالة تكون فيها الحوالة نافذة إزاء الكافة بمجرد انعقادها بين الطرفين المحيل والمحال له . وقد أشار المشرع إلى هذه الحالة في آخر الفقرة الأولى من المادة ١٩٥ حيث

استثنى من اجراءات الاعلان أو القبول « الحالة المنصوص عليها في المادة ٢٠٩ » وهي حالة حوالة من له حقوق في تركة هذه الحقوق الى الغير . فبمجرد انعقاد هذه الحوالة بين المحيل والمحال له ، تنتقل الحقوق والالتزامات المتعلقة بالتركة بقوة القانون إلى المحال له وذلك إزاء الكافة ودون أي إجراء .

١٧٦ - الحالات الاستثنائية التي أوجب فيها القانون لنفاذ الحوالة اتباع اجراءات غير الاعلان أو القبول : توجد ثمة أوضاع لا تكون فيها الحوالة نافذة إزاء الغير بمجرد انعقادها ، بل لا بد حتى تعتبر كذلك من اتباع إجراءات خاصة غير إجراءات الاعلان أو القبول . وتشمل هذه الأوضاع : (آ) حوالة عقود كراء العقارات أو اكريتها أو الايرادات الدورية المترتبة عليها . (ب) حوالة الكمبيالات والسندات للأمر والسندات لحاملها .

فلنوضح الاجراءات الخاصة المطلوبة في كل من هذه الأوضاع لتكون الحوالة نافذة إزاء الغير .

١٧٧ - (آ) حوالة عقود كراء العقارات أو اكريتها أو الايرادات الدورية المترتبة عليها : إن حوالة عقود الكراء أو الأكرية المتعلقة بالعقارات وغيرها من الأشياء القابلة للرهن الرسمي كالسطحية أو حوالة الايرادات الدورية المترتبة عليها ، اذا ما تقررت لفترة تزيد على سنة ، لا تكون سارية المفعول إزاء الغير إلا إذا وردت في محرر ثابت التاريخ (المادة ١٩٦) .

وإذا كان العقار محفظاً في السجل العقاري ، فحوالة الأجور لمدة تزيد على سنة لا تسري بحق الغير إلا إذا جرى قيدها في السجل المذكور (المادة ٦٥ من ظهير ٩ رمضان ١٣٣١ بشأن التحفيظ العقاري) .

١٧٨ - (ب) حوالة الكمبيالات والسندات للأمر والسندات لحاملها : نصت المادة ٢٠٨ على أن حوالة الكمبيالات والسندات للأمر والسندات لحاملها تخضع لأحكام خاصة . وهذه الأحكام الخاصة التي أشار إليها قانون الالتزامات والعقود هي الأحكام التي وردت في قانون التجارة بشأن انتقال السندات للأمر أو السندات الأسمية أو السندات لحاملها . وتتلخص هذه الأحكام بما يلي :

(١) إن السندات للأمر (titres à ordre) كالكمبيالة (lettre de change) والسند للأمر (billet à ordre) والشك للأمر (chèque à ordre) وبوليصة التأمين (police d'assurance) وبوليصة الشحن (connaissance) تكون حوالتها نافذة في حق المدين وفي حق الغير عن طريق تظهيرها (endossement) ، وذلك بأن يضع صاحب السند توقيعه في ظهر السند سواء ذكر اسم الشخص المظهر له أو اكتفى بالتوقيع دون ذكر اسم الشخص المظهر له حيث يسمى التظهير « بالتظهير على بياض » (endossement à blanc) .

(٢) أما السندات الأسمية (titres nominatifs) كأسهم الشركات الأسمية (actions nominatives) أو سندات القرض الأسمية

(obligations nominatives) فان نفاذ حوالتها في حق الشركة وفي حق الغير يتوقف على قيد الحوالة في سجل خاص تحتفظ به الشركة .
(٣) وأما السندات لحاملها (titres au porteur) وتشمل الأسهم والسندات التي تحرر لحاملها أيّاً كان ، فتعتبر حوالتها نافذة في مواجهة المدين وفي مواجهة الغير بمجرد التسليم المادي أو بمجرد أن ينتقل السند للحامل من حيازة المحيل إلى حيازة المحال له .

وجدير بالذكر أن الاجراءات التي نصّ عليها قانون التجارة لجعل حوالة السندات للأمر أو السندات الأسمية أو السندات لحاملها نافذة في مواجهة الغير قد أقرّ الفقه والاجتهاد إمكانية تطبيقها على الديون المدنية المثبتة بسندات اتخذت شكل السندات للأمر أو السندات الأسمية أو لحاملها، حيث لا موجب لاتباع إجراءات الإعلان أو القبول لتكون حوالة مثل هذه الديون سارية المفعول في حق المدين وفي حق الغير، بل يكفي باتباع الاجراءات المقررة لكل نوع من هذه السندات (١) .

(١) جوسران ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، نبذة ٨٢٥ صفحة ٤٤٧ -

وكولان وكابيتان المرجع السابق الجزء الثاني نبذة رقم ٣٨٥ صفحة ٣٦٢ و ٣٦٣ -

والسنهوري ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، نبذة رقم ٢٦٩ صفحة ٤٨٦ .

الفصل الثاني

آثار الحوالة

١٧٩ - مخطط الفصل : الحوالة تنقل مبدئياً الى المحال له نفس الحق الذي كان يتمتع به المحيل . ثم إنها إذا كانت بعوض ترتب الضمان على المحيل إزاء المحال له . وقد ترد الحوالة على جزء من الدين فما هو الحكم الذي يسود علاقة المحيل بالمحال له في هذه الحالة .

ولسوف نبحث في مبدأ انتقال الحق من المحيل إلى المحال له . ثم في ضمان المحيل ، ثم في الحوالة الواقعة على جزء من الدين .

وعليه سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة فروع :

الفرع الأول : انتقال الحق المحال به من المحيل الى المحال له .

الفرع الثاني : ضمان المحيل .

الفرع الثالث : أثر الحوالة الواقعة على جزء من الدين .

الفرع الأول

انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له

١٨٠ - الحق الذي ينتقل للمحال له هو نفس الحق الذي كان للمحيل :
 إن الحوالة تنقل من المحيل إلى المحال له نفس الحق الذي كان يتمتع به المحيل . وعليه : (أ) فالحق ينتقل إلى المحال له بقيمته وصفاته .
 (ب) وتنتقل مع الحق التوابع المتممة له والتكاليف والالتزامات التي تنقله . (ج) وكذلك ينتقل الحق بما عليه من دفع .
 ولسوف نوضح مختلف هذه الأمور .

١٨١ - (أ) انتقال الحق إلى المحال له بقيمته وصفاته : (أ) إن الحق المحال به ينتقل بالحوالة بكل قيمته حتى لو كان المحال له دفع فيه للمحيل ثمناً أقل كما هو الغالب . فإذا ما أدى مثلاً زيد مبلغ ثمانمائة درهم لعمره مقابل حوالة أجراها له عمرو بدين له على بكر قيمته ألف درهم ، فإن من حق زيد المحال له أن يستوفي من بكر المحال عليه قيمة الدين المحال به بتمامه أي ألف درهم .

(٢) والحق المحال به ينتقل بالحوالة بالصفات التي كان يتصف بها : فإذا كان حقاً مدنياً أو تجارياً انتقل بصفته المدنية أو التجارية إلى المحال له . وإن كان موقوفاً على شرط أو مربوطاً بأجل انتقل إلى المحال له بهذا الوصف . وإن كان حقاً قابلاً للتنفيذ بموجب حكم انتقل بهذه الصفة أيضاً . وإن كان حقاً ينتج فوائد ، انتقل بقابليته لانتاج الفوائد .

١٨٢ - (ب) انتقال الحق الى المحال له مع توابعه ومع تكاليفه والتزاماته : (١) نصت المادة ٢٠٠ على أن حوالة الحق تشمل توابعه المتممة له . وتطبيقاً لهذه القاعدة قررت المادة نفسها الأحكام التالية :

اولاً : إذا كان للدين المحال به امتياز ما ، يجعله مقدماً على سائر الديون المترتبة في ذمة المدين المحال عليه ، كالديون الناشئة عن مصروفات مرض الموت مثلاً أو كالديون الناشئة عن المصروفات القضائية المنفقة للمحافظة على الضمان العام ^(١) ، فإن الدين ينتقل الى المحال له مع ما كان له من امتياز . على أن المشرع استثنى من ذلك الحالة التي يكون فيها الامتياز متعلقاً بشخص المحيل حيث ينتقل الحق بالحوالة مجرداً من صفته الممتازة : فلو أحالت مثلاً الزوجة حقاً من حقوقها المضمونة بالرهن الجبري المقرر على عقارات زوجها ، فالمحال له لا يستطيع أن يعتبر الحق المحال به مضموناً بالامتياز المستمد من الرهن الجبري المقرر للزوجة على عقارات زوجها لأن مثل هذا الرهن الجبري متصل بشخص الزوجة ولا ينتقل إلى الغير .

ثانياً : إذا كان الحق المحال به باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فإن الحوالة تشمل دعاوى البطلان أو الإبطال التي كانت للمحيل : فلو أن البائع ، قبل استيفائه الثمن من المشتري ، حوّل حقه الى آخر ، وكان البيع باطلاً لعدم مشروعية المحل أو السبب مثلاً ، أو كان قابلاً للإبطال لنقص في أهلية البائع يوم أن عقد البيع ، أو لعب

(١) راجع المادة ١٢٤٨ من قانون الالتزامات والعقود .

شاب إرادته إذ ذاك كغلط أو تدليس أو إكراه ، فإن الحق ينتقل بالحوالة مصحوباً بدعاوى البطلان أو الإبطال بحيث يسوغ للمحال له إن شاء بدل أن يطالب بالثمن ، أن يطعن بالبيع ويطالب ببطلانه أو بابطاله (١) ليسترد المبيع .

ثالثاً : إذا كان الدين المحال به ينتج فوائد فإنه ينتقل إلى المحال له أصلاً وفائدة . والفوائد التي تنتقل إلى المحال له ليست قاصرة على تلك التي تستحق بعد الحوالة . بل هي تشمل كذلك تلك التي حلت ولم تدفع ما لم يشترط غير ذلك أو تقضي العادة بخلافه حيث تبقى الفوائد المستحقة وغير المقبوضة حتى إجراء الحوالة من حق المحيل ولا تنتقل إلى المحال له .

وقد وجد المشرع أن ينبه إلى أن الحكم المتعلق بالفوائد لا يطبق على المسلمين لأن اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه على ما ورد عليه النص في المادة ٨٧٠ .

رابعاً : إذا كان للحق المحال به ضمانات ما كرهن حيازي على منقول أو على عقار أو كرهن رسمي أو كفالة ، فإن الحوالة تشمل هذه الضمانات شرط أن يكون تم الاتفاق على ذلك صراحة بين المحيل والمحال له . وما لم يرد مثل هذا الاتفاق الصريح ، فالحق

(١) هذا طبعاً ما لم ترافق الحوالة ظروف وملابسات يعتبر معها أن المحيل قد تنازل ضمناً عن حق الإبطال لنقص الأهلية أو لليب الذي شاب إرادته حيث لا يستطيع المحال له إذ ذاك التمسك بهذا الحق .

المحال به ينتقل بالحوالة دون ضماناته .

ويختلف الحكم الذي اتبعه التقنين المغربي في هذا المجال عن الحكم الذي أخذ به التقنين الفرنسي ^(١) وسارت عليه بعض التقنيات الحديثة كالتقنين المصري والتقنين السوري ^(٢) . فهذه التقنيات تطبق على الضمانات ما تطبقه على التوابع عموماً وتعتبر بالتالي هذه الضمانات مشمولة بالحوالة فتنتقل بقوة القانون من المحيل إلى المحال له ، ما لم يكن ثمة اتفاق بين الطرفين على عدم انتقال هذه الضمانات أو بعضها . أما قانون الالتزامات والعقود المغربي فهو يقضي ، كما بينا ، بأن حوالة الحق لا تشمل ضماناته الا إذا ورد على ذلك نص صريح .

وقد وجد المشرع أن يعرض للالتزامات رعاية الشيء المرهون والمحافظة عليه في الحالة التي يصرح في العقد على أن حوالة الحق تشمل الرهن ، فقرر في المادة ٢٠١ على أنه « إذا شملت الحوالة الرهن الحيازي أيضاً ، فإن المحال له بمجرد تسلمه الشيء المرهون يحل محل المحيل في كل الالتزامات التي كانت ثابتة عليه للمدين ، بصدد رعاية الشيء المرهون والمحافظة عليه . وعند عدم تنفيذ هذه الالتزامات ، فإن المحيل والمحال له مسؤولان بالتضامن تجاه المدين » . على أن المشرع سرعان ما أوضح أن هذه القاعدة لا محل لها إذا حصلت

(١) راجع المادة ١٦٩٢ من القانون المدني الفرنسي .

(٢) راجع المادة ٣٠٧ من كل من القانون المدني المصري والقانون المدني

السوري .

الحوالة بمقتضى القانون أو بمقتضى حكم حيث يكون المحال له مسؤولاً وحده تجاه المدين عن الشيء المرهون .

(٢) وكما أن الحق ينتقل إلى المحال له مع توابعه . كذلك فهو ينتقل إليه مع التكاليف والالتزامات التي تثقله عملاً بالقاعدة العامة القائلة الغرم بالغنم . إلا إذا اشترط عكس ذلك فينتقل عندها الحق مطهراً مما كان يثقله من تكاليف والتزامات . وقد ورد بهذا المعنى في المادة ٢٠٢ « البيع أو الحوالة الواردة على حق أو دين تشمل التكاليف والالتزامات المترتبة عليه ما لم يشترط غير ذلك » . فإذا اتفق مثلاً المشتري والبائع على أن يتم دفع الثمن في موطن المشتري وإن ينظم عند وفاء الثمن سند رسمي لاثبات الوفاء على أن يتحمل البائع مصاريف هذا السند ، وقبل أن يقبض البائع الثمن ، حوّل حقه إلى آخر ، فإن الحق المحال به ينتقل مع الالتزامات والتكاليف التي كانت تثقله بحيث يترتب على المحال له استيفاء الثمن في موطن المشتري كما يترتب عليه تحمل مصاريف السند الرسمي المثبت لوفاء الثمن .

١٨٣ - (ج) انتقال الحق الى المحال له بما عليه من دفع :

إن الحق ينتقل بالحوالة بما عليه من دفع . لهذا أجازت المادة ٢٠٧ للمدين « أن يتمسك في مواجهة المحال له بكل الدفع التي كان يمكنه التمسك بها في مواجهة المحيل بشرط أن يكون أساسها قائماً عند حصول الحوالة أو عند تبليغها » . فإذا كان يوجد ، وقت

حصول الحوالة أو حتى عند تبليغها دفوع ترجع إلى انقضاء الحق أو إلى بطلانه أو إلى انفساخه ، فإن المدين المحال عليه يستطيع أن يدلي بهذه الدفوع في مواجهة المحال له كما كان يستطيع الادلاء بها في مواجهة المحيل بالذات .

على أنه تطبيقاً لأحكام الصورية التي تقضي بعدم سريان العقد المستتر إزاء الغير حسن النية ، فإن المشرع منع على المدين المحال عليه التمسك في مواجهة المحال له ، بوصفه غيراً في حقل الصورية ، بالدفوع المستمدة من الاتفاقات السرية ما لم تكن هذه الاتفاقات ناتجة من السند المنشئ للالتزام وما لم يكن المحال له على علم بها . فقد ورد بهذا المعنى في الفقرة الثانية من المادة ٢٠٧ أنه لا يجوز للمدين « أن يتمسك بالدفع بالصورية ولا بما وقع تبادله بينه وبين المحيل من الاتفاقات السرية المعارضة والتعهدات الخفية إذا كانت غير ناتجة من السند المنشئ للالتزام ولم يكن المحال له قد علم بها » فإذا حوّل البائع حقه بالثمن إلى آخر ، وكان الثمن المحدد في العقد الذي جرت الحوالة على أساسه ، أكثر من الثمن المتفق عليه حقيقةً في السر ، فإن المشتري المحال عليه لا يستطيع الادلاء في مواجهة المحال له بالعقد المستتر والتمسك بالثمن المحدد بموجب هذا العقد إذا كان المحال له يجهل أمر الصورية . أما إذا كان صك الحوالة تضمن الإشارة إلى الوضع الصوري وكان المحال له قد احيط علماً بهذا الوضع ، فإنه يسوغ للمدين المحال عليه الادلاء بالعقد المستتر في

مواجهة المحال له والتمسك بالتالي بالثمن المحدد في هذا العقد المستتر.

الفرع الثاني

ضمان المحيل

١٨٤ - محل الضمان : يضمن المحيل للمحال له أفعاله الشخصية سواء كانت الحوالة بعوض أم كانت بغير عوض . وإذا كانت الحوالة بعوض فإن المحيل يضمن بحكم القانون كونه دائناً أو صاحب حق كما يضمن وجود الدين أو الحق وقت الحوالة وحقه في التصرف فيه . وكذلك يضمن يسار المدين إذا التزم صراحةً بذلك أو إذا كان قد أحال ديناً على شخص . كان معسراً وقت إبرام الحوالة .

فلنبحث في ضمان المحيل لأفعاله الشخصية ، ثم في ضمانه كونه دائناً وضمانه وجود الدين وحقه في التصرف فيه ، ثم في ضمانه ليسار المدين .

١٨٥ - ضمان المحيل لأفعاله الشخصية :

له ، سواء كانت الحوالة بعوض أم كانت بغير عوض ، جميع ما يصدر عنه بعد الحوالة من أفعال تؤدي إلى زوال الحق المحال به أو الانتقاص منه .

فهكذا لو أن المحيل أقدم ، بعد إجراء الحوالة وقبل صيرورتها نافذةً في حق المدين ، على استيفاء كل أو بعض الحق من هذا المدين

المحال عليه ، لترتب عليه المسؤولية وكان للمحال له الرجوع عليه بالضمان .

وهكذا أيضاً ترتب المسؤولية على المحيل ويجوز الرجوع عليه بالضمان ، إذا هو عمد ، بعد إجراء الحوالة ، إلى التصرف في الحق المحال به تصرفاً مناقضاً للحوالة الأولى بأن باعه أو وهبه ثانيةً أو رهنه واستطاع المحال له الثاني جعل حوالته نافذة في حق المحال له الأول .

وإذا ترتبت المسؤولية على المحيل وأمكن الرجوع عليه بالضمان نتيجة ما صدر عنه من أفعال شخصية أدت الى زوال الحق المحال به أو الانتقاص منه ، فإن هذا الضمان يكون بالزامه بتعويض المحال له تعويضاً كاملاً عما أصابه من ضرر وفقاً لمبادئ المسؤولية التقصيرية لأن التعويض هنا مصدره خطأ من جانب المحيل . وعليه يجب أن يشمل قيمة الحق المحال به وكذلك التعويض عن أي ضرر مباشر يكون قد لحق بالمحال له . ويستوي في ذلك أن تكون الحوالة جرت بعوض أم بغير عوض ، كما تستوي في الحوالة بعوض أن يكون ما دفعه المحال له للمحيل ثمناً للحوالة ، مساوياً لقيمة الحق المحال به أو أقل من هذه القيمة .

١٨٦ - ضمان المحيل كونه دائئاً وضمانه وجود الدين وحقه في التصرف فيه : (آ) إذا كانت الحوالة بعوض ولم يكن ثمة اتفاق خاص بين المحيل والمحال له على الضمان ، فإن المحيل يضمن بحكم القانون كونه دائئاً كما يضمن وجود الدين وحقه في التصرف فيه . فقد ورد

بهذا المعنى في المادة ٢٠٣ ما يلي :

« من أحال بعوض ديناً أو أي حق معنوي آخر يلتزم بأن يضمن :

- ١ - كونه دائناً أو صاحب حق .
 - ٢ - وجود الدين أو الحق وقت الحوالة .
 - ٣ - حقه في التصرف فيه .
- وكل هذا ولو حصلت الحوالة بغير ضمان » .

وعليه :

اولاً : يجب الضمان على المحيل إذا كان أحال ديناً ليس هو الدائن له أو حقاً ليس هو صاحبه كما في حوالة يجريها وكيل مكلف بقبض الدين المحال به ليس إلا أو يجريها وريث ظاهر ثم يتقرر بطلان الحوالة بطلب من الدائن أو الوارث الحقيقي .

ثانياً : ويجب الضمان على المحيل إذا كانت الحوالة إنصبت على حق غير موجود كأن تقع على حق مصدره عقد باطل أو قابل للإبطال ويتقرر بطلان أو إبطال هذا العقد أو كأن تقع على حق انقضى قبل إجراء الحوالة بسبب من أسباب الانقضاء كالتقادم .

وضمان وجود الدين أو الحق لا يقتصر على أصل هذا الدين أو هذا الحق بل يتعداه إلى التوابع المرتبطة به ما لم تكن هذه التوابع قد اتفق الطرفان صراحةً على عدم شمولها بالضمان . وقد ورد بهذا المعنى في المادة ٢٠٣ أن المحيل « يضمن أيضاً وجود التوابع ، كالامتيازات وغيرها من الحقوق التي كانت مرتبطة بالدين أو بالحق المحال في

وقت الحوالة ، ما لم تكن قد استثنيت صراحةً » .

ثم إن ضمان وجود الحق وتوابعه ، إنما مداره هذا الوجود وقت انعقاد الحوالة ، بحيث إذا كان الحق وجد مع توابعه في هذا الوقت فلا ضمان على المحيل إذا زال الحق أو بعض توابعه بعد ذلك لسبب لا يد للمحيل فيه . مثل ذلك أن تقع الحوالة على حق بدأ التقادم يسري ضده وقت إجراء الحوالة . فإذا اكتمل التقادم بعد أن انتقل الحق إلى المحال له وسقط ، فلا ضمان على المحيل لأن الحق وجد وقت الحوالة وزواله كان لسبب لاحق عليها .

ثالثاً : وكذلك يجب على المحيل الضمان إذا كان الحق أو الدين المحال به لا يحق للمحيل التصرف فيه ، كما لو كانت يد المحيل على هذا الحق أو على هذا الدين يد دائن مرتهن أو يد أمين .

ويجدر لفت النظر إلى أن المحال عليه إذا رجع بالضمان القانوني الذي رتبته المشرع على المحيل ، فإنه لا يستطيع إلزامه إلا ببرد ما كان استوفاه منه عوضاً عن الحق المحال به ^(١) مع سائر المصروفات التي يكون قد تكبدها المحال له سواء في إبرام الحوالة أو في ملاحقة المدين

(١) قد يكون المبلغ الذي استوفاه المحيل من المحال له أقل من قيمة الحق المحال به . لذا قلنا بأن الرجوع بالضمان القانوني بسبب عدم كون المحيل دائناً أو صاحب حق ، أو بسبب عدم وجود الدين أو الحق ، أو بسبب إنتفاء حق التصرف فيه ، لا يتسع للمطالبة بقيمة الحوالة بل هو قاصر على المطالبة بالمبلغ الذي كان أداءه المحال له إلى المحيل في مقابل الحق المحال به .

المحال عليه دون جدوى ، أو في الرجوع بالضمان على المحيل .
يستثنى من ذلك ما إذا ارتكب المحيل تدليساً حيث يحق للمحال له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته بسبب هذا التدليس كأن يكون المحيل تعمد عن غش إخفاء عدم وجود الحق ، موضوع الحوالة ، على المحال له ، وكان هذا الأخير اعتمد على الحق المحال به للقيام بمشروع فقوحي بعدم وجود الحق وفات عليه القيام بهذا المشروع نتيجة لذلك .

ولئن كان المشرع لم يوضح في المادة ٢٠٣ التي خصتها للضمان القانوني مدى شمول هذا الضمان ، فإنه قد أوضح الأمر في المادة ٢٠٤ المتعلقة بضمان المحيل يسار المدين حيث قال : « ويشمل هذا الضمان ثمن الحوالة الذي قبضه المحيل ومصروفات مطالبة المدين التي اضطر المحال له لانفاقها . ولا يمنع ذلك المحال له من الحق في تعويضات أكبر ، في حالة التدليس الواقع من المحيل » . وما دام الرجوع في حالة ضمان يسار المدين قد جعله المشرع ضمن هذه الحدود ، فمن باب أولى أن نبقي في نطاق الحدود نفسها في الحالة التي لا يضمن فيها المحيل إلا كونه دائناً أو صاحب حق ، ووجود الدين أو الحق ، وحقه في التصرف فيه .

(ب) أما إذا كانت الحوالة بلا عوض ، فالضمان الذي سبق وقررناه لا يترتب على المحيل لأن الضمان المذكور هو قاصر على الحالة التي تقع فيها الحوالة بعوض . كل ما في الأمر أن المحيل يكون

مسؤولاً في مواجهة المحال له عن الضرر الذي يلحق به بسبب تدليسه ولا ضمان سوى ذلك عليه . وقد وجد المشرع أن ينبه إلى ذلك في الفقرة الأخيرة من المادة ٢٠٣ حيث قال : « ومن أحوال بدون عوض لا يضمن حتى وجود الدين أو الحق المحال وإنما يكون مسؤولاً عما يترتب على تدليسه » .

١٨٧ - ضمان المحيل يسار المدين : إلى جانب الضمان القانوني الذي يشمل كون المحيل دائناً ووجود الدين وحقه في التصرف فيه ، يمكن أن يشمل ضمان المحيل يسار المدين .

وشمول ضمان المحيل ليسار المدين لا يكون مبدئياً الا باتفاق خاص يلتزم المحيل بمقتضاه صراحةً بهذا الضمان .

على أن المشرع المغربي اعتبر المحيل ضامناً كذلك يسار المدين ، ولو لم ينص على هذا الضمان في العقد « إذا كان المحيل قد أحوال ديناً على شخص كان معسراً عند إبرام الحوالة » .

فإذا ضمن المحيل يسار المدين ورجع المحال له بهذا الضمان بسبب إعسار المدين ، فقد أوضح المشرع في المادة ٢٠٤ ، على ما بيناه أعلاه ، أن هذا الضمان يشمل ثمن الحوالة الذي دفعه المحيل وسائر المصروفات التي تكبدها المحال له في إبرام الحوالة او في ملاحقة المدين المحال عليه أو في الرجوع بالضمان على المحيل ، هذا فضلاً عن التعويضات التي يحق للمحال له أن يطالب بها في حالة الغش . والمشرع ، إذ منع على المحال له الرجوع بأكثر مما دفعه الى

المحيل مع المصروفات ، قد قصد قطع الطريق على المرايين الذين يستغلون حاجة المضطرين لمبالغ نقدية ، فيشترون حقوقهم بثمن بخس ويضمنون لأنفسهم حق الرجوع بها كاملةً عليهم إذا لم يستوفوها من المدينين المحال عليهم . لذا قصر حقهم في الرجوع بالضمان على المحيل بما دفعوه ليس إلا مع المصروفات .

١٨٨ - سقوط ضمان المحيل يسار المدين : إذا التزم المحيل بضمان يسار المدين في عقد الحوالة ، فإن المشرع قد أعفاه من التحمل بهذا الضمان في الحالتين التاليتين المنصوص عليهما في المادة ٢٠٥ : أولاً : إذا كان عدم الوفاء راجعاً إلى فعل المحال له أو إلى إهماله كما لو لم يتم هذا الأخير باتخاذ الاجراءات اللازمة لاستيفاء الدين مما أدى إلى إعسار المدين المحال عليه .

ثانياً : إذا كان المحال له قد منح المدين امتداداً للأجل بعد حلول الدين ، وكان بسبب هذا الامتداد تفاقم الوضع المالي للمدين المحال عليه وادّعى ذلك إلى تعذر استيفاء الدين المحال به .

الفرع الثالث

أثر الحوالة الواقعة على جزءٍ من الدين

١٨٩ - المبدأ : اشتراك المحيل والمحال له في الحق المحال به : إذا حوّل الدائن أو صاحب الحق جزءاً من دينه أو من حقه ، ورجع كل من المحال له والمحيل على المدين ، الأول لاستيفاء جزء الدين أو

الحق المحال به ، والثاني لاستيفاء الجزء الذي لم تشمله الحوالة ، وكانت ذمة المدين غير مليئة ، فلا يكون لأحدهما أفضلية على الآخر في استيفاء دينه أو حقه ، بل يتوازع الطرفان ما يمكن قبضه من المدين على قدم المساواة كل بقدر دينه أو حقه كما يباشران الدعاوى المتعلقة بالدين أو الحق كل بنسبة حصته في الدين أو الحق . وقد جاء بهذا المعنى في المادة ٢٠٦ أنه « إذا وردت الحوالة على جزء من الدين ، جاز للمحيل والمحال له ، كل بقدر حصته أن يباشر الدعاوى الناتجة عن الدين المحال » . فهكذا مثلاً لو أن دائناً حوّل لآخر ثلث دينه البالغ مجموعه الف وخمسمائة درهم ورجع المحيل والمحال له على المدين ، وكان كل ما يوجد في ذمة هذا المدين يساوي تسعمائة درهم ، فإن هذا المبلغ يوزع بين المحيل والمحال له مثلاًثةً بحيث يستوفي المحيل ستمائة درهم مقابل دينه البالغ الف ، ويستوفي المحال له ثلاثمائة درهم مقابل دينه البالغ خمسمائة .

١٩٠ - حالات استثنائية تكون فيها الأولوية للمحال له : لئن كان الأصل في الحوالة الواقعة على جزء من الدين ، اشتراك المحيل والمحال له على قدم المساواة في الحق المحال به ، فإن لهذا الأصل بعض الاستثناءات يتقدم فيها المحال له على المحيل وتكون له الأفضلية في استيفاء الجزء المحال به من الدين .

وهذه الحالات الاستثنائية التي ورد عليها النص في المادة ٢٠٦ هي التالية :

أولاً : إذا اشترط المحال له صراحةً حق الأفضلية لمصلحته في عقد الحوالة .

ثانياً : إذا كان المحيل قد ضمن للمحال له يسار المدين المحال عليه أو كان التزم بالوفاء عند عدم قيام المدين المحال عليه بأداء الدين .

ففي كل من هاتين الحالتين يتقدم المحال له على المحيل في استيفاء الجزء المحال به، ولا يحق للمحيل قبض شيء من المتبقي من الدين الذي لم تشمله الحوالة إلا بعد أن يكون المحال له استوفى تمام مطلوبه .

الباب الثاني

حوالة مجموعة الحقوق وحوالة الذمة المالية

١٩١ - حوالة مجموعة حقوق : يراد بحوالة مجموعة حقوق

(transport d'un ensemble de droits) حوالة حق في تركة كأن يتنازل أحد أولاد المتوفى لمصلحة شخص آخر عن حقوقه في التركة التي خلفها المورث .

وقد عرض المشرع للحوالة الواقعة على حق في تركة في المادة ٢٠٩ وقرر القواعد الثلاث التالية :

(أ) من أحال حقه في تركة لا يضمن إلا كونه وارثاً .

(ب) لا تصح الحوالة إلا إذا كان الطرفان المحيل والمحال له يعرفان قيمة التركة . فإذا كان المحيل أجرى الحوالة وهو يجهل كون التركة تشمل حقوقاً خلاف تلك التي اعتد بها وقت الحوالة وتزيد في قيمتها ، أو إذا كان المحال له قبل الحوالة وهو يجهل كون التركة مثقلة بتكاليف وأعباء نخط من قيمتها ولم يكن ليلحظ هذه التكاليف والأعباء وقت الحوالة ، فإن الحوالة في الحالتين لا تصح ويمكن إبطالها .

(ج) بمجرد انعقاد الحوالة بين الطرفين ، تنتقل الحقوق

والالتزامات المتعلقة بالتركة بقوة القانون إلى المحال له . فالحوالة الواقعة على حق في التركة تسري إذن في مواجهة الكافة دون ما حاجة لاجراءات الاعلان أو القبول وذلك استثناء من القاعدة العامة التي تعلق سريان الحوالة في مواجهة الغير على القيام بهذه الاجراءات .

١٩٢ - حوالة الذمة المالية : يراد بحوالة الذمة المالية

(transport d'un patrimoine) حوالة كيان مالي موحد يضم الحقوق والالتزامات العائدة لشخص طبيعي أو معنوي ، كحوالة مؤسسة تجارية (fonds de commerce) أو حوالة تركة بكاملها .

وقد عرض المشرع لحوالة الذمة المالية في المادة ٢١٠ وبين الأحكام التي يجب أن تسود مثل هذه الحوالة سواء بالنسبة لدائني الذمة المالية التي وقعت عليها الحوالة ام بالنسبة لشخص المحال له .

(أ) فبالنسبة لدائني المؤسسة التجارية أو التركة أو الذمة المالية بصورة أعم التي وقعت عليها الحوالة ، قرر المشرع أن لهم أن يباشروا ، من وقت حصول الحوالة دعاويهم ، على نحو ما يقرره لهم القانون ، ضد المدين السابق وضد المحال له معاً ، ما لم يكونوا ارتضوا الحوالة صراحة حيث ينحصر حقهم باستيفاء دينهم من المحال له .

فعند وقوع الحوالة على ذمة مالية ، المبدأ إذن هو أن لدائني هذه الذمة الخيار بين الرجوع على مدينهم الأصلي المحيل ، او الرجوع على المدين الجديد المحال له أو الرجوع عليهما معاً .

على أنه يستثنى من هذا المبدأ ما إذا كان دائنوا الذمة المالية المحال

بها ، ارتضوا الحوالة صراحةً حيث يفقدون حق الرجوع على المحيل
وينحصر حقهم في استيفاء الدين من المدين الجديد المحال له .
ويجدر لفت النظر إلى أن رضا دائي الذمة المالية يشترط فيه ،
لينتج أثره ، أن يقع بصورة صريحة . أما الرضاء الصمني فلا يعتد به
ولا يفقد الدائنين حقهم بالرجوع على المحيل وعلى المحال له معاً .
(ب) أما بالنسبة لشخص المحال له ، فقد أوضح المشرع أنه
لا يكون مسؤولاً إلا في حدود الحقوق التي تضمها الذمة المالية التي
أحيل بها إليه على نحو ما يظهر من الجرد .

وعليه ، بمجرد أن تستغرق مطالب دائي الذمة المالية الحقوق
التي آلت إلى المحال له ، تبرأ ذمة هذا الأخير ويضحي غير مسؤول
بتحمل أي مطلب آخر . وبالمقابل لا يمكن تقييد المسؤولية الواقعة
على عاتق المحال له ولا إسقاطها عنه بمقتضى اتفاقات تبرم فيما بينه
وبين المدين السابق . فإذا اتفق المحيل والمحال له على حصر مسؤولية
المحال له بجزء مما هو مترتب على الذمة المالية التي أحيلت له ، أو
على رفع كل مسؤولية عنه في مواجهة دائي هذه الذمة المالية ، فلا
يتأثر هؤلاء الدائنون بمثل هذا الاتفاق ويبقى من حقهم الرجوع على
المحال له في حدود الحقوق التي ضمتها الذمة المالية المحال بها إليه .

البَابُ الثَّالِثُ الْحُلُولُ



١٩٣ - التعريف بالحلول وفائدته : اعتبر المشرع المغربي الحلول طريقاً من طرق انتقال الالتزام وتناوله بالتفصيل في معرض البحث في هذه الطرق . أما القانون المدني الفرنسي ^(١) والتشريعات العربية الحديثة كقانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري والقانون المدني السوري ^(٢) ، فقد عرضت للحلول في صدد البحث في الوفاء .

ذلك أن الوفاء قد يتم من قبل المدين بالذات فينقضي بذلك الدين نهائياً .

ولكن الوفاء قد يتم من قبل غير المدين وعندها يحل الغير الذي وفي الدين محل الدائن، ويكون له الرجوع على المدين بما وفي عنه ما لم يكن متبرعاً . وهذا ما يسمى اصطلاحاً « بالوفاء مع الحلول »
(paiement avec subrogation) .

(١) راجع المادة ١٢٤٩ وما يليها من القانون المدني الفرنسي .

(٢) راجع المادة ٣١١ وما يليها من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، والمادة

٣٢٦ وما يليها من القانون المدني المصري والمادة ٣٢٥ وما يليها من القانون المدني السوري .

والغير، الذي وفي الدين ، يستطيع أن يرجع على المدين ليسترد منه ما وفاه عنه بدعوى شخصية وفقاً للقواعد العامة : فقد تكون هذه الدعوى دعوى وكالة فيما إذا كان المدين هو الذي كلف الغير بالوفاء نيابة عنه . وقد تكون دعوى فضالة فيما إذا كان الغير قد وفي الدين دون علم المدين أو بعلمه ولكن دون معارضته . وقد تكون دعوى اثناء بلا سبب إذا كان الغير قد وفي الدين رغم معارضة المدين، على أن يكون للمدين منع رجوع الموفي عنه كلاً أو بعضاً إذا قام الدليل على أن له مصلحة في اعتراضه على الوفاء .

إلا أن الغير قد يرى من مصلحته أن لا يرجع على المدين بدعواه الشخصية، بل بدعوى الدائن نفسه، وذلك في حالة وجود ضمانات عينية أو شخصية قدمها المدين ضماناً للوفاء، إذ يكون باستطاعة المدين ، فيما إذا مارس دعوى الدائن ، أن يستفيد من هذه الضمانات ويأمن بذلك مزاحمة الدائنين الآخرين له ، تلك المزاحمة التي يكون عرضة لها فيما إذا رجع بدعواه الشخصية وكان المدين معسراً .

وبهذا تظهر الفائدة الأولى للحلول : فالغير الذي يفى عن المدين يقدم على ذلك وهو ضامن استرداد ما وفي به ، فيمد يد المعونة إلى المدين ، أو يوظف أمواله ، إن كان ذلك هدفه ، وهو على ثقة من استعادة ما اوفى به .

على أن فائدة الوفاء مع الحلول لا تنحصر بالغير فحسب بل تتعداه إلى كل من المدين والدائن : فالوفاء مع الحلول يحمي المدين

من ملاحقة الدائن له ومن التنفيذ على أمواله في وقت يكون من الصعب فيه عليه أن يتحاشى مثل هذه الاجراءات . والوفاء مع الحلول يفيد منه الدائن . إذ هو عن طريقه يحصل على حقه في وقت يكون فيه المدين غير قادر على ايصاله اليه .

غير أن الدائن قد يرغب، في بعض الأحوال، في عدم استيفاء دينه من غير المدين. كما لو كان الدين منتجاً لفائدة لائقة أو كانت له ميزات لا يمكن الحصول عليها بتوظيف آخر للمال .

لهذا رأى المشرع أن يشجع الغير على الوفاء من جهة وأن يحافظ على مصلحة الدائن من جهة أخرى من حيث عدم إلزامه باستيفاء الدين عندما لا يكون راغباً في ذلك : فهو تشجيعاً منه للغير على الوفاء . قد منح هذا الغير جميع المزايا والحقوق التي كان يتمتع بها الدائن . وهو محافظةً منه على مصلحة الدائن رأى أن يحصر الوفاء مع الحلول في أحوال معينة ، ثم يترك . فيما عدا هذه الأحوال . للدائن أو للمدين الحق في الاتفاق مع الغير على أن يخل هذا الأخير محل الدائن . فيما إذا رغب أحدهما في ذلك .

١٩٤ - أنواع الحلول : نصت المادة ٢١١ على أن « الحلول محل الدائن في حقوقه يقع إما بمقتضى الاتفاق وإما بمقتضى القانون » . فالحلول إذن على نوعين : حلول قانوني (subrogation légale) يتم بحكم القانون دون أن يتوقف على رغبة الدائن أو المدين . وحلول اتفاقي (subrogation conventionnelle) يقوم على اتفاق يبرم بين

الغير والدائن أو بين الغير والمدين .

١٩٥ - خطة البحث في هذا الباب : يقتضينا الاطلاع بالحلول
أن نبحث في الحلول الاتفاقية ثم في الحلول القانونية وأن نعرض بعد
ذلك لآثار الحلول .

وعليه سنقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول :

الفصل الأول : الحلول الاتفاقية .

الفصل الثاني : الحلول القانونية .

الفصل الثالث : آثار الحلول .

الفصل الاول

الحلول الاتفاقي

١٩٦ - مخطط الفصل : الحلول الاتفاقي إما أن يتم باتفاق الموفي مع الدائن وإما أن يتم باتفاق الموفي مع المدين . فعلينا إذن أن نبحث على التتابع في هذين النوعين من الحلول الاتفاقي .

وعليه سيشتمل هذا الفصل على فرعين :

الفرع الأول : الحلول نتيجة اتفاق الموفي مع الدائن .

الفرع الثاني : الحلول نتيجة اتفاق الموفي مع المدين .

الفرع الأول

الحلول نتيجة اتفاق الموفي مع الدائن

١٩٧ - كنه هذا النوع من الحلول : الحلول نتيجة اتفاق الموفي مع الدائن يقع « اذا أحلّ الدائن الغير محله عند قبضه الدين منه في الحقوق والدعاوى والامتيازات والرهون الرسمية التي له على المدين » (المادة ٢١٢) .

فالدائن الذي يرغب في استيفاء حقه ولا يجد لدى المدين ما يفي به ، قد يتفق مع الغير على أن يحل هذا الغير محله قبل المدين ليشجعه بذلك على الوفاء . والغير الذي ينوي الوفاء عن المدين ليمد اليه يد المعونة في الوقت العسير قد يجد في الاتفاق مع الدائن على هذا الحل ما يشجعه على الوفاء وما يضمن له استرداد ما يفي به .

١٩٨ - شروطه : ورد في المادة ٢١٢ أن الحلول نتيجة اتفاق الموفي مع الدائن « يجب أن يقع صراحةً وأن يتم في نفس الوقت الذي يحصل فيه الأداء » . فلا بد إذن في مثل هذا الحلول من توافر شرطين : (أ) يجب أن يكون صريحاً . (ب) يجب أن يتم في وقت الوفاء .

(أ) يجب أن يكون الحلول صريحاً . ولا نغني بذلك أنه يجب استعمال عبارة معينة أو ألفاظ محددة ؛ بل المقصود أن يكون التعبير عن إرادة الدائن في الحلول تعبيراً واضحاً جلياً ، لا أن يكون تعبيراً ضمنياً . وبهذا يتفق قانون الالتزامات والعقود المغربي مع القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود اللبناني اللذين يشترطان هما أيضاً وجوب وقوع الحلول بصورة صريحة ^(١) ، وذلك بخلاف ما هو عليه الحال في بعض التقنيات الحديثة كالتقنين المصري والتقنين السوري حيث يكفي المشرع برضاء الدائن بالحلول سواء أحصل هذا

(١) راجع المادة ١٢٥٠ من القانون المدني الفرنسي ، والمادة ٣١٣ من قانون

الموجبات والعقود اللبناني .

الرضاء بصورة صريحة أم حصل بصورة ضمنية (١).

(ب) ويجب أن يتم الاتفاق على الحلول وقت الوفاء بحيث لا يسوغ أن يقع الحلول لا قبل الوفاء ولا بعده : فقبل الوفاء كل ما يمكن تصوره هو تعهد بالحلول لا اتفاق على الحلول . وبعد الوفاء ، يصبح الحلول مستحيلاً إذ الوفاء يقضي الدين بصورة نهائية مع سائر ما يلحقه من توابع وضممانات ويمتنع بعث الدين من جديد لمصلحة الموفي الذي أوفى بالدين دون أن يحله الدائن محله إذ ذاك . يضاف إلى ذلك أن عدم اشتراط الاتفاق على الحلول وقت الوفاء يترك الباب مفتوحاً للتواطؤ بين الدائن والمدين على إحلال اجنبي محل الدائن إضراراً بباقي الدائنين . مثل ذلك ما لو كان شخص مديناً بأكثر من دين واحد وكان قد أجرى رهناً رسمياً على عقار له لضمان هذه الديون بترتيب معين . فهو قد يفي الدائن الأول من أمواله ويقضي بذلك الرهن الرسمي ذا المرتبة الأولى ثم لا يلبث أن بتواطأ والدائن ليحل هذا الأخير أجنبياً محله ويعيد الرهن الرسمي ، الذي انقضى ، بنفس المرتبة الأولى التي كانت له ، الأمر الذي يضر بحقوق الدائنين أصحاب الرهون المتأخرة في المرتبة .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع أخضع الحلول عامة للأحكام المقررة في حقل الحوالة (المادة ٢١٦) . وعليه يقتضينا هنا تثبيت

(١) راجع المادة ٣٢٧ من القانون المدني المصري والمادة ٣٢٦ من القانون

المدني السوري .

القاعدتين التاليتين :

اولاً : يعتبر الحلول تاماً بين الموفي وبين الدائن بمجرد وقوع الاتفاق بين الطرفين (المادة ١٩٤ المعطوف عليها بالمادة ٢١٦) .
ثانياً : ولكن هذا الحلول لا يصبح نافذاً في مواجهة المدين وفي مواجهة الغير إلا بإعلانه للمدين إعلانياً رسمياً أو بقبوله إياه في محرر ثابت التاريخ (المادة ١٩٥ المعطوف عليها بالمادة ٢١٦) .

الفرع الثاني

الحلول نتيجة اتفاق الموفي مع المدين

١٩٩ - كنه هذا النوع من الحلول : لئن كان من الطبيعي أن يتنازل الدائن بإرادته عن حقوقه وضماناته تجاه المدين ليحل الموفي محله فيها ، فإن إجباره على ذلك ومن قبل المدين بالذات ليدو لأول وهلة غريباً . إلا اننا لو تركنا الأمر للدائن وحده ، فإنه قد يرفض أن يحل الغير محله في كل مرة يرى فيها من مصلحته الإبقاء على الدين . لذا رأى المشرع إعطاء المدين كذلك الحق بأن يحل الغير محل الدائن ليستطيع عند اللزوم أن يفي بدينه عن طريق هذا الغير .

وهذا النوع من الحلول قد عرف أول ما عرف في فرنسا إثر انتهاء الحروب الدينية التي دامت من عام ١٥٦٢ حتى عام ١٥٨٩ . فلقد كانت فائدة القروض زمن هذه الحروب مرتفعة . ولما وضعت الحرب أوزارها واستقرت الأوضاع ، عادت الفوائد إلى وضع طبيعي وانخفضت بحيث أضحى ، من مصلحة المدينين ، أن يسددوا ديونهم القديمة عن طريق عقد قروض مع دائنين جدد بفوائد معتدلة لقاء

إعطائهم نفس الضمانات التي كانت ممنوحةً للدائنين القدامى . وأمام تعنت هؤلاء الدائنين ورفضهم لإحلال الدائنين الجدد محلهم في تلك الضمانات ، أصدر هنري الرابع في مايو عام ١٦٠٩ قراراً قضى بإمكانية إجراء الحلول باتفاق المدين مع الغير دون ما حاجةٍ إلى رضا الدائن .

وعليه ، فالحلول بالاتفاق مع المدين ، مع ما فيه من شذوذ وغرابة ، إنما تقتضيه الحياة العملية : فالمدين الذي يرغب في التخلص من دائنه لسبب ما ، كأن يكون الدين بفائدة مرتفعة ، أو كأن يكون الدائن فظاً غليظ القلب ، يستطيع بواسطة هذا الحلول أن يستقرض مالا بشروط أفضل ليفي بها دينه .

وقد أقرّ المشرع المغربي الحلول نتيجة اتفاق الموفي مع المدين في المادة ٢١٣ حيث نصّ على ما يلي : « يقع الحلول الاتفاقي أيضاً ، عندما يقترض المدين الشيء أو المبلغ الذي يكون محل الالتزام بقصد قضاء الدين . ويحل المقرض في الضمانات المخصصة للدائن . ويحصل هذا الحلول بغير رضى الدائن » .

وقد يرفض الدائن استيفاء الدين . فحتى لا يتعطل الحلول في مثل هذه الحالة أوضح المشرع في المادة ٢١٣ أنه « إذا رفض الدائن استيفاء الدين ، تم الحلول إذا قام المدين بالإيداع على وجه صحيح » .

٢٠٠ - شروطه : عينت المادة ٢١٣ شروط الحلول نتيجة اتفاق الموفي مع المدين . ومن الرجوع إلى هذه المادة يتبين أنه لا بد كي يقع هذا

الحلول صحيحاً من توافر الشروط الثلاثة التالية :

(آ) يجب أن يكون كل من عقد القرض والتوصيل مدرجاً في محرر ثابت التاريخ .

(ب) يجب أن يصرح في عقد القرض أن المبلغ أو الشيء قد اقترض لوفاء الدين . وفي التوصيل أن الوفاء قد وقع بالنقود أو الشيء المقدم من الدائن الجديد لهذا الغرض . وفي حالة الابداع . يجب ذكر البيانات السابقة في التوصيل المسلم من أمين الودائع .

وقد هدف المشرع من وراء تطلبه هذين الشرطين منع التواطؤ بين المدين والغير إضراراً بحقوق دائنيه : ذلك أن المدين قد يفي دائنه من أمواله الشخصية ، ثم يلجأ للتواطؤ مع أجنبي فيعقد معه قرضاً يذكر فيه كذباً أن المال المقرض مخصص للوفاء بالدين ليحل هذا الاجنبي المقرض محل ذلك الدائن فيما كان له من ضمانات ، الأمر الذي يضر بمصلحة الدائنين الآخرين . فممنعاً للتحايل وإثباتاً لقيام الصلة بين القرض والوفاء كان لا بد للمشرع من أن يشترط ورود كل من القرض والتوصيل في محرر ثابت التاريخ ، والتصريح في عقد القرض عن تخصيص المال المستقرض للوفاء ، وفي التوصيل عن حصول الوفاء من هذا المال .

(ج) أما الشرط الثالث الذي تطلب المشرع توافره ، فهو أن يُحِلَّ المدين صراحةً الدائن الجديد في الضمانات المخصصة بالدين القديم .

وهنا كما في الحلول، نتيجة اتفاق الموفي مع الدائن لا نعني بالحلول الصريح وجوب استعمال عبارة معينة أو الفاظ محددة. بل نقصد أن يكون التعبير عن ارادة المدين في الحلول تعبيراً واضحاً جلياً، لا أن يكون تعبيراً ضمنياً. وبهذا لئن كان قانون الالتزامات والعقود المغربي يلتقي مع قانون الموجبات والعقود اللبناني، الذي يشترط كذلك وجوب وقوع الحلول بصورة صريحة^(١)، فهو يختلف مع التقنين الفرنسي^(٢) وكل من التقنين المصري والتقنين السوري^(٣) حيث يكفي المشرع برضاء المدين بالحلول سواء كان هذا الرضاء صريحاً أم كان ضمنياً.

وتجدر الملاحظة إلى أن الحلول الذي يقع مستوفياً الشروط الثلاثة المذكورة أعلاه يلزم الطرفين المتعاقدين ويسري على الكافة، لأنه قائم على رضى المدين به في محرر ثابت التاريخ، وأن المادة ١٩٥ المعطوف عليها بالمادة ٢١٦ تنص على أن الحق المحال به ينتقل في مواجهة الغير بقبول المدين الحوالة بمحرر ثابت التاريخ.

(١) راجع المادة ٣١٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(٢) راجع المادة ١٢٥٠ من القانون المدني الفرنسي، وجوسران، المرجع

السابق، الجزء الثالث، نبذة رقم ٨٩٥ صفحة ٤٧٩.

(٣) راجع المادة ٣٢٨ من القانون المدني المصري والمادة ٣٢٧ من القانون

المدني السوري.

الفصل الثاني

الحلول القانوني

٢٠١ - كنهه وتحديد حالاته : الحلول القانوني هو الذي يكون بمقتضى نص في القانون . وقد حدّد المشرع حالات الحلول القانوني في المادة ٢١٤ . ومن المجمع عليه أن حالات الحلول القانوني قد وردت على سبيل الحصر فلا يجوز القياس عليها ولا التوسع في تفسير النصوص المتعلقة بها .

وحالات الحلول القانوني هي أربعة :

اولاً : الحلول لفائدة الدائن الذي يفني بدين دائن آخر ، مقدم عليه بسبب امتياز أو رهن رسمي أو رهن حيازي .

ثانياً : الحلول لفائدة مكتسب العقار في حدود ثمن اكتسابه ، إذا كان هذا الثمن قد استخدم في الوفاء بديون الدائنين المرتهنين للعقار رهناً رسمياً .

ثالثاً : الحلول لفائدة من وفى ديناً كان ملتزماً به مع المدين أو عنه .

رابعاً : الحلول لفائدة من له مصلحة في انقضاء الدين من غير أن يكون ملتزماً به شخصياً .

فلنوضح مختلف هذه الحالات .

٢٠٢ - الحالة الأولى : الحلول لفائدة الدائن الذي يفني بدين دائن آخر مقدم عليه بسبب امتياز أو رهن : مثل ذلك ما لو وجد دائنان لمدين واحد وكان للأول منهما رهن رسمي أو حيازي من الدرجة الأولى على عقار^(١) يملكه المدين ، وللثاني رهن رسمي أو حيازي من الدرجة الثانية على نفس العقار ، أو كان للدائن الأول رهن حيازي من الدرجة الأولى على منقول عائد للمدين وللدائن الثاني رهن حيازي من الدرجة الثانية على المنقول ذاته ، وكانت قيمة العقار أو المنقول الحالية لا تكفي لوفاء مجموع المطلوب الدائنين وإن تك كافية لوفاء دين الأول منهما . ففي مثل هذه الحالة ، إذا باشر الدائن المتقدم في المرتبة إجراءات بيع العقار ، فإن ذلك يضر بالدائن المتأخر في المرتبة ، الذي تقضي مصلحته في إرجاء هذه الاجراءات الى وقت

(١) لئن كان ورد في النص العربي للمادة ٢١٤ . أن الحلول القانوني يقع لفائدة الدائن الذي يفني بدين دائن آخر يقدم عليه بسبب « رهن حيازي لمنقولات » فإن عبارة النص كما وردت بالفرنسية (créancier gagiste) و (gage) يمكن أن تتسع للرهن الحيازي عموماً سواء ورد على منقول أو على عقار . لذا اعتبرنا الحلول القانوني ممنوحاً للدائن الذي يفني بدين دائن آخر مقدم عليه بسبب رهن حيازي على عقار أو على منقول على حد سواء .

أكثر ملاءمة للبيع . لذا فقد فسخ المشرع المجال لهذا الدائن المتأخر في المرتبة في أن يقوم هو بوفاء الدائن المتقدم عليه ويحل محله حكماً ، فيضمن بذلك لنفسه استيفاء الدينين معاً في المستقبل .

وليس من الضروري في هذه الحالة من حالات الحلول أن يكون الموفي دائناً مرتهناً ، بل يجوز أن يكون دائناً عادياً ويرى من مصلحته أن يفي الدائن المرتهن ليفيد من دعوى الحلول . لذا وجد المشرع أن يوضح أن الحلول القانوني يقع لفائدة الدائن الذي يفي بدين دائن آخر « سواء كان ذلك الدائن مرتهناً رهناً رسمياً أو مرتهناً رهناً حيازياً أو مجرد دائن عادي » .

وكذلك يستوي أن يكون دين الموفي سابقاً في التاريخ أو لاحقاً على دين الموفي له . فالدائن الذي يفي بدين دائن آخر مقدم عليه بسبب امتياز أو رهن ، يستفيد من الحلول القانوني حتى لو كان دين الموفي لاحقاً في التاريخ على دين الموفي له .

ولكن يشترط أن يكون الموفي دائناً لنفس المدين كما يشترط أن يكون الموفي له دائناً مقدماً عليه في المرتبة .
وعليه :

(أ) ليس لأجنبي غير دائن أن يفي دائناً صاحب امتياز أو رهن ليحل محله بقوة القانون ، وإن كان له أن يعتمد إلى اتفاق مع الدائن أو المدين ليحل محل الدائن حلاً لاتفاقياً .

(ب) وليس للدائن المتقدم الذي يقوم بوفاء دائن متأخر عليه

في المرتبة أن يحل قانوناً محله حتى لو كانت له مصلحة في مثل هذا الوفاء، كأن يرغب دائن له رهن رسمي من الدرجة الثانية في وقف إجراءات التنفيذ التي باشرها دائن له رهن رسمي من الدرجة الثالثة، لعدم ملائمة الظروف لهذه الإجراءات. والعلة في عدم حلول الموفي هنا محل الدائن المتأخر الموفي له هي اقتصار النص على منح الحلول للدائن الذي يوفي دائناً آخر « مقدماً عليه بسبب امتياز أو رهن رسمي أو رهن حيازي ». والحلول القانوني، كما ذكرنا، لا بد فيه من نص. إلا أن هذا لا يمنع الدائن المتقدم من أن يلجأ إلى الحلول الاتفاقية لتأمين مصلحته. بل إن مجرد وفائه بدين الدائن المتأخر يخرج هذا الدائن من الميدان ويسهل على الموفي الوصول إلى الهدف الذي ينشده وهو وقف إجراءات التنفيذ التي باشرها هذا الدائن المتأخر.

٢٠٣ - الحالة الثانية : الحلول لفائدة مكتسب العقار ، في حدود ثمن اكتسابه ، إذا كان هذا الثمن قد استخدم في الوفاء بديون الدائنين المرتهنين للعقار رهنًا رسمياً : لكل دائن صاحب رهن رسمي على عقار أن يباشر إجراءات نزع ملكية هذا العقار لاستيفاء دينه من الثمن ، وذلك ضد أي شخص وجد العقار في يده بما له من حق التتبع . لذا فمن يعرض عليه شراء عقار مقرر عليه رهن رسمي ، يرى من مصلحته أن يفي بالثمن ، الدين المضمون بالرهن الرسمي ، ليحل محل الدائن في حقوقه ويتقي التنفيذ على العقار فيضمن بقاءه في حوزته. وتظهر فائدة هذه الحالة الثانية من الحلول بصورة أوضح فيما

لو وجد أكثر من رهن رسمي على العقار المعروض للبيع ، إذ يقوم المشتري بوفاء الدائن المتقدم في المرتبة ليحل محله ويتقدم بذلك على باقي الدائنين المرتهنين المتأخرين في المرتبة فيما إذا أقدم هؤلاء أو أحد منهم على مباشرة إجراءات التنفيذ . بل إن حلول المشتري هنا قد يعدم كل مصلحة لهؤلاء في مباشرة هذه الاجراءات وذلك فيما اذا كانت قيمة العقار . في حالة طرحه في المزاد العلني . لن تبلغ أكثر مما دفعه المشتري للدائن الأول وفاء لدينه .

على أنه تجدر الملاحظة إلى أن الراغب في شراء عقار مقرر عليه رهن رسمي قلّ ما يلجأ إلى طريقة الحلول . فهو يفضل ترك إجراءات نزع الملكية تتبع في حق مثل هذا العقار ، حتى يشتريه بالمزاد مطهرًا من كل تكليف أو حق مرتب عليه .

٢٥٤ - الحالة الثالثة : الحلول لفائدة من وفي ديناً كان ملتزماً

به مع المدين أو عنه : تعتبر هذه الحالة من أهم حالات الحلول القانوني . ثم إن علة الحلول القانوني هنا واضحة : فالموفا ملزم بالمدين مع المدين أو عنه ، فله مصلحة كبرى في أدائه . بل هو يجبر على هذا الأداء ؛ ومن ثمّ حق له أن يرجع على المدين بدعوى الدائن بعد أن يحلّ محله .

(آ) فالموفا قد يكون ملزماً بالمدين مع المدين كأن يكون مديناً

متضامناً . أو مديناً مع غيره في دين غير قابل للانقسام . أو كفيلًا متضامناً مع كفلاء آخرين في علاقته بهؤلاء الكفلاء . فأى من هؤلاء

وفى الدين جاز له الرجوع على المدين بدعوى الدائن بعد أن يحل محله بحكم القانون : فإذا وفى أحد المدينين المتضامين الدين للدائن ، جاز له أن يرجع بدعوى الحلول على كل من شركائه المدينين بقدر حصته في الدين (المادة ١٧٩) . وإذا وفى المدين بدين غير قابل للانقسام الدين للدائن ، جاز له أيضاً أن يرجع بدعوى الحلول على كل مدين معه في هذا الدين بقدر حصته من الدين (المادة ١٧٩ المعطوف عليها بالمادة ١٨٤) . وإذا وفى أحد الكفلاء المتضامين الدين كله للدائن ، جاز له الرجوع على كل كفيل بدعوى الحلول بمقدار نصيبه في كفالة الدين (المادة ١١٤٥) .

(ب) وقد يكون الموفي ملزماً بالدين عن المدين كأن يكون كفيلاً شخصياً غير متضامن مع المدين ، أو كأن يكون وكيلاً بالعمولة : فإذا وفى الكفيل الشخصي الدين عن المدين ، حق له الرجوع بدعوى الحلول على المدين بكل ما دفع ، لأن المدين هو الذي يجب في النهاية أن يتحمل الدين كله . وكذلك إذا وفى الوكيل بالعمولة ثمن البضاعة التي اشتراها لعميله ، حل محل البائع ، الذي وفاه حقه ، في الرجوع بالثمن على هذا العميل .

٢٠٥ — الحالة الرابعة : الحلول لفائدة من له مصلحة في انقضاء الدين من غير أن يكون ملتزماً به شخصياً : إن الشخص الذي يقدم للدائن ضماناً عينية يضمن بها دين شخص آخر كرهن حيازي يضعه تحت تصرف الدائن أو رهن رسمي يقرره لمصلحة الدائن على

عقار جارٍ بملكه ويسمى اصطلاحاً « بالكفيل العيني » لا يكون ملتزماً شخصياً بالدين المضمون بالرهن الحيازي أو الرسمي الذي قدمه للدائن . ومع ذلك فإن له مصلحة في قضاء هذا الدين ليسترد المال المرهون رهناً حيازياً أو ليحصل على تشطيب إشارة الرهن الرسمي الموضوعة على عقاره . فإذا هو دفع الدين إلى الدائن ، كان له أن يرجع بدعوى الحلول على المدين بكل ما دفع ، لأن المدين هو الذي يجب أن يتحمل الدين بمجموعه .

*

الفصل الثالث

آثار الحلول

٢٠٦ - آثار الحلول هي مبدئياً نفس آثار الحوالة : إن الأثر المباشر للحلول هو أن يحتل الموفي المركز القانوني الذي كان يتمتع به الدائن في حقه تجاه المدين ، بحيث يكون له أن يطالب بهذا الحق الذي انتقل اليه ، وأن يفيد منه كما لو كان هو الدائن الأصلي . ولا فرق في هذا أن يكون الحلول اتفاقياً أو قانونياً .

فآثار الحلول هي مبدئياً نفس آثار الحوالة . لذلك عندما عرض المشرع لآثار الحلول اكتفى بالاحالة على النصوص التي كان أوردها في باب الانتقال بوجه عام . فقد ورد بهذا المعنى في المادة ٢١٦ : « يخضع الحلول بالنسبة إلى آثاره للقواعد المقررة في المواد ١٩٠ و ١٩٣ إلى ١٩٦ و ٢٠٣ السابقة » .

٢٠٧ - نتائج تطبيق قواعد الحوالة على الحلول : إن أهم النتائج التي تترتب على تطبيق قواعد الحوالة على الحلول هي التالية :

(أ) يجوز أن يرد الحلول على الحقوق والديون التي لم يحل أجل

الوفاء بها. ولكن لا يجوز أن يرد على الحقوق المستقبلية أو الحقوق المحتملة (المادة ١٩٠ المعطوف عليها بالمادة ٢١٦).

(ب) يبطل الحلول إذا لم يكن له من هدف إلا إبعاد المدين عن قضائه الطبيعيين وجره إلى محكمة أخرى وفقاً لما تقتضيه جنسية الموفي (المادة ١٩٣ المعطوف عليها بالمادة ٢١٦).

(ج) الحلول الاتفاقي يتم برضاء الطرفين ويحل الموفي محل الدائن في حقوقه ابتداء من هذا الوقت (المادة ١٩٤ المعطوف عليها بالمادة ٢١٦). على أنه يجب ملاحظة ما اشترطه المشرع في الحلول الحاصل نتيجة اتفاق الموفي مع المدين من حيث إبرام كل من عقد القرض والتوصيل في محرر ثابت التاريخ (المادة ٢١٣).

(د) لا يكون للحلول أثر في مواجهة المدين والغير إلا بإعلانه للمدين إعلاناً رسمياً أو بقوله إياه في محرر ثابت التاريخ (المادة ١٩٥ المعطوف عليها بالمادة ٢١٦).

(هـ) الحلول في عقود الكراء أو في الأكرية المتعلقة بالعقارات وغيرها من الأشياء القابلة للرهن الرسمي أو الحلول في الإيرادات الدورية المترتبة عليها إذا ما تقررت لفترة تزيد على سنة، لا يكون ساري المفعول في مواجهة الغير إلا إذا ورد في محرر ثابت التاريخ (المادة ١٩٦ المعطوف عليها بالمادة ٢١٦).

وإذا كان العقار محفظاً، فالحلول في الأكرية لأكثر من سنة لا يكون له أثر إزاء الغير إلا إذا جرى قيده في السجل العقاري

(المادة ٦٥ من ظهير ٩ رمضان ١٣٣٣) .

(و) الدائن الذي أحلّ محله الموفي يلتزم ، إذا كان الحلول بعوض ، بأن يضمن :

(١) كونه دائناً أو صاحب حق .

(٢) وجود الدين أو الحق وقت وقوع الحلول .

(٣) حقه في التصرف فيه .

وكل هذا حتى لو حصل الحلول بعير ضمان .

وهو يضمن أيضاً وجود التوابع كالامتيازات وغيرها من الحقوق التي كانت مرتبطة بالدين الذي أداه له الموفي والتي كانت موجودة في وقت وقوع الحلول ، هذا ما لم تكن قد استثنيت صراحة (المادة ٢٠٣ المعطوف عليها بالمادة ٢١٦) .

٢٠٨ - حكم الحلول الجزئي : في حالة الحلول الجزئي ، بسبب استيفاء الدائن جزءاً من دينه ، القاعدة في الحلول ، كما هي في الحوالة ، أن الدائن الموفي جزئياً ، يشترك مع الموفي في مباشرة حقوقهما ضد المدين كل بقدر حصته في الدين (المادة ٢١٥) . وهذا الحكم الذي يتفق والحكم الذي اتبعه قانون الموجبات والعقود اللبناني (١) ، يختلف عن الحكم الذي سار عليه التقنين الفرنسي (٢) واعتمده من

(١) راجع المادة ٣١٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٢) راجع المادة ١٢٥٢ من القانون المدني الفرنسي .

بعد كل من التقنين المصري والتقنين السوري ^(١) وبمقتضاه يتمتع الدائن الذي اسنوفى دينه جزئياً بحق أفضلية على الموفي في استيفاء ما بقي له من دين في ذمة المدين .

على أن اختلاف الحكم في حالة الحلول الجزئي، بين التشريع المغربي من جهة وكل من التقنين الفرنسي والمصري والسوري من جهة ثانية، يتضاءل شأنه إذا عرفنا أن هذه التقنينات الأخيرة تجيز للمتعاقدين الاتفاق على أن لا يكون للدائن الموفي جزئياً أي أفضلية على الموفي ، وهو ما يكاد يشترطه دوماً الموفي ضمناً لحقوقه، وعرفنا فوق ذلك أن الاجتهاد في فرنسا ^(٢) المؤيد بنص صريح في التقنين المصري والتقنين السوري ^(٣) يرى في ميزة افضلية الدائن الموفي جزئياً على الموفي ميزة شخصية يتمتع بها وحده ولا تنتقل إلى غيره ، بحيث أن الدائن الموفي جزئياً إذا ما عمد إلى استيفاء رصيد دينه من موفٍ ثان أحله محله فيما بقي له من حق إزاء المدين ، فإن الموفي الأول والموفي الثاني يكونان من حيث مطالبة المدين بمنزلة سواء، ويرجع كل منهما على هذا الأخير بقدر ما هو مستحق له، ويتقاسمان ما يصيبانه من مال المدين قسمة الغرماء .

(١) راجع المادة ٣٣٠ من القانون المدني المصري والمادة ٣٢٩ من القانون المدني السوري .

(٢) راجع جوسران ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، نبذة رقم ٩٠١ صفحة ٤٨٢ - وكولان وكايبتان المرجع السابق ، الجزء الثاني نبذة رقم ٣١٨ صفحة ٣٠٦ .

(٣) راجع الفقرة الثانية من المادة ٣٣٠ من القانون المدني المصري والفقرة الثانية من المادة ٣٢٩ من القانون المدني السوري .

البابُ الرابع

الإِنَابَةُ

٢٠٩ - التعريف بالانابة ومختلف صورها : الانابة نظام قانوني

يطلب بواسطته شخص ويسمى « المنيب » (Déléguant) من شخص آخر ويسمى « المناب » (Délégué) ، بأن يقوم بأداء ما أو أن يلتزم بمثل هذا الأداء لمصلحة شخص ثالث هو « المناب لديه » (Délégataire) .

والانابة لا تتطلب بالضرورة وجود علاقات سابقة بين أطرافها الثلاثة : فقد تم بين أشخاص لا تجمعهم أي رابطة كما لو رغب شخص في أن يهب أو يقرض مبلغاً من المال لآخر دون أن يكون هذا المبلغ متوفراً لديه ، فيطلب بصفته منيباً من صديق له هو المناب أن يؤدي المبلغ إلى الموهوب له أو إلى المستقرض المناب لديه ، على أن يرجع الصديق المناب على المنيب بعد ذلك بالمبلغ أو لا يرجع تبعاً لما إذا كانت علاقتهما قد بنيت على اساس العوض أو قد سادتها نية التبرع .

الا أن الانابة قد تجري ، وهذا هو الحال الغالب في الحياة العملية ، بين أشخاص تربط فيما بينهم علاقات سابقة ، إذ غالباً ما يكون المنيب مديناً للمناب لديه ودائناً للمناب . مثل ذلك ما لو كان زيد قد استقرض

الف درهم من بكر ، ثم باع زيد منقولا لعمره بثمان قدره الف درهم بحيث أصبح دائناً له بالثمان . فإذا استحق القرض على زيد فإنه يطلب إلى عمرو « المناب » أن يدفع الثمن بين يدي بكر « المناب لديه » حتى إذا ما قام عمرو بالأداء ، انقضى التزام المدين زيد بنجاه الدائن بكر ، وانقضى التزام المشتري عمرو تجاه البائع زيد . وفي هذه الصورة تلعب الانابة دوراً شبيهاً بحالة الحق .

وقد أشار المشرع في معرض تعريفه الانابة في المادة ٢١٧ الى هاتين الصورتين من صور الانابة فقال : « الانابة تصرف بمقتضاه يحول الدائن حقوقه على المدين لدائنه هو ، وفاء لما هو مستحق عليه . وتكون الانابة أيضاً في تصرف من يكلف أحداً من الغير بالوفاء عنه ، ولو لم يكن هذا الغير مديناً لمن وكله على الوفاء » .

٢١٠ - خطة البحث في هذا الباب : إن البحث في الانابة كصورة من صور انتقال الالتزام يتطلب منا أن نعرض لشروطها ثم للأثار التي تترتب عليها .

وعلى ذلك سنقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول : شروط الانابة .

الفصل الثاني : آثار الانابة .

الفصل الأول

شروط الانابة

٢١١ - وجوب تطبيق مبادئ التعاقد عامة إلى جانب بعض الشروط الخاصة : القاعدة الأصلية في الانابة أنها كحوالة الحق لا تخضع لمراسيم خاصة. بل هي تنعقد وتنتج آثارها إذا روعيت فيها الشروط المتطلبة لصحة التعاقد عامة .

على أن المشرع أورد شروطاً خاصة يجب أن تتوافر سواء في كيفية التعبير عن اجراء الانابة . أم في محلها أم في سببها . يضاف إلى ذلك أن ثمة حالة استثنائية لا يكتفى فيها لتمام الانابة برضاء المنيب والمناوب لديه ، بل يشترط لصحتها . علاوةً على ذلك توافر قبول المدين المناوب .

فلنعرض للقاعدة الأصلية ثم، لنوضح الشروط الخاصة ثم، لنبحث في الحالة الاستثنائية التي يشترط فيها لصحة الحوالة قبول المدين المناوب إلى جانب رضاء المنيب والمناوب لديه .

٢١٢ - القاعدة الأصلية : وجوب تطبيق مبادئ التعاقد عامة على الانابة : الأصل أنه يكفي لتمام الانابة أن تتوافر أركان الانعقاد بوجه عام : فيكفي إذن أن يحصل تراضي المنيب والمناب لديه ولو بغير علم المدين المناب (الفقرة الأولى من المادة ٢١٩) ، وأن يكون كل منهما اهلاً للتصرف إذ الاشخاص الذين لا يتمتعون بأهلية التصرف لا يحق لهم إجراء الانابة (المادة ٢١٨) ، وأن يكون محل الانابة مشروعاً ، وأن يكون السبب الذي تحمل عليه الانابة غير مخالف للقانون أو للنظام العام أو الآداب العامة .

٢١٣ - شرط خاص يتعلق بكيفية التعبير عن إجراء الانابة : أوجب المشرع أن يكون التعبير عن الإرادة في إجراء الانابة ، كما في إجراء الحلول ^(١) ، تعبيراً صريحاً . فالمادة ٢١٨ أوضحت « أن الانابة لا تفترض . ويلزم أن تكون صريحة » . وليس المقصود بالتعبير الصريح ، استعمال عبارة معينة أو لفظ بذاته ، بل المقصود أن يعلن المنيب والمناب لديه عن إرادتهما في الانابة بصورة واضحة جلية ، لا بصورة ضمنية .

٢١٤ - شروط خاصة تتعلق بمحل الانابة : (أ) ورد في المادة ٢٢٠ أن الانابة لا تصح :

« ١ - إلا إذا كان الدين المناب عليه صحيحاً قانوناً .

(١) راجع نبذة ١٩٧ صفحة ١١٦ أعلاه بالنسبة للحلول نتيجة اتفاق الموفي مع الدائن ونبذة رقم ١٩٩ صفحة ١١٨ بالنسبة للحلول نتيجة اتفاق الموفي مع المدين .

٢ - إلا إذا كان الدين الذي على الدائن المنيب صحيحاً كذلك .

فاذا كان زيد مديناً لبكر ودائناً لعمر و أناب زيد عمرواً أن يدفع الدين المترتب بذمة هذا الأخير إلى بكر ، فإن الانابة لا تكون صحيحة إلا إذا كان كل من دين المنيب زيد إزاء المناب لديه بكر ، ودين عمرو المناب إزاء زيد (وهو الدين المناب عليه) صحيحاً . أما إذا كان أحد الدينين باطلا لسبب من الأسباب وقعت الانابة باطلة أيضاً .

ولكن ليس ضرورياً لصحة الانابة أن يكون الدينان ، الدين المناب عليه والدين المترتب على الدائن المنيب متساويين في مقدارهما ولا أن يكون سببهما متشابهين (المادة ٢٢١) : فيستوي في الانابة أن يكون الدين المناب عليه موازياً تماماً للدين المترتب على الدائن المنيب أو أن يكون أقلّ أو أكثر منه . ويستوي كذلك أن يكون سبب كل من هذين الدينين واحداً كما لو نشأ كلاهما عن قرض أو أن يختلف هذا السبب كأن يكون الدين المناب عليه ناشئاً عن قرض والدين المترتب على الدائن المنيب ناشئاً عن بيع .

(ب) ثم إن الانابة شأنها شأن الحوالة لا تجوز في الحقوق الاحتمالية أو الحقوق المستقبلية (الفقرة الثانية من المادة ٢٢٠) . مثال الحق الاحتمالي حق الموصى له قبل موت الموصي أو حق الشفيع قبل بيع الحصة المشفوع فيها . فمثل هذا الحق ينقصه عنصر جوهرى من عناصر وجوده هو موت الموصي بالنسبة للموصى له . وبيع الشريك

حصته في الشيء الشائع بالنسبة لحق الشفيع أخذ الحصة المباعة بالشفعة.
لذا لا يسوغ ، أن يكون محلا للانابة .

٢١٥ - شرط خاص يتعلق بسبب الانابة : لقد أحال المشرع في المادة ٢٢٥ على الأحكام المقررة في المادة ١٩٣ وأوجب تطبيق هذه الأحكام على الانابة . وعليه تبطل الانابة ، سواء أتمت على سبيل العوض ام التبرع إذا لم يكن لها من هدف إلا ابعاد المدين النائب عن قضاته الطبيعيين وجره إلى محكمة أخرى وفقاً لما تقتضيه جنسية النائب لديه . ففي مثل هذه الحالة تعتبر الانابة مبنية على سبب غير مشروع وعدم مشروعية السبب يفضي إلى بطلان التصرف .

وقد سبقت لنا الإشارة إلى أن أحكام المادة ١٩٣ فقدت الأهمية التي كانت لها في ظل المحاكم القنصلية والمحاكم العصرية كما سبقت لنا الإشارة إلى أن هذه الأحكام لئن كان لم يعد لها شأن يذكر في الحقل الداخلي فثمة إمكانية لتطبيقها في الحقل الدولي ما زالت قائمة كأن تحصل الانابة من منيب مغربي إلى مناب له إفرنسي ليستطيع هذا الأخير جرّ المناب المغربي أمام القضاء الفرنسي (١) .

٢١٦ - الحالة الاستثنائية التي يشترط فيها لصحة الانابة قبول المدين المناب : لئن كانت الانابة في الأصل تنعقد وتنتج آثارها بمجرد رضا المنيب والمناب لديه ، فإن ثمة حالة استثنائية أوجب فيها المشرع لصحة الانابة قبول المدين المناب بها علاوة على رضا

(١) راجع نبذة رقم ١٧٢ صفحة ٢١٠ و ٢١١ أعلاه .

المنيب والمناب لديه ، وهي الحالة التي يوجد فيها أسباب عدائية بين المناب لديه والمدين المناب حيث تتوقف صحة الانابة على قبول هذا الأخير . فالمادة ٢١٩ بعد أن قررت أن الانابة تتم برضاء المنيب والمناب لديه ولو بغير علم المدين المناب ، أضافت « بيد أنه إذا وجدت هناك أسباب عدائية بين المناب لديه والمدين المناب لزم قبول هذا الأخير لصحة الانابة ، وكان له كامل الحرية في الرفض » . وعليه لأن كان يمتنع مبدئياً على المدين المناب أن يعطل الانابة التي حصلت بتراضي المنيب والمناب لديه ، فإنه يستطيع ذلك إذا وجدت عداوة بينه وبين الدائن الجديد المناب لديه . وقد كان من العدل والمنطق منح حرية رفض الانابة للمدين المناب في مثل هذه الحالة ، حتى لا تكون الانابة سبباً لخلق المزيد من الشقاق والمنازعات بين شخصين توجد في الأصل بينهما عداوة .

الفصل الثاني

آثار الانابة

٢١٧ - مخطط الفصل : يجب بحث اثار الانابة بالنسبة للطرفين فيها المنيب والمناب لديه ، ثم بالنسبة للمدين المناب .

١ - آثار الانابة بالنسبة للمنيب

٢١٨ - القواعد التي تتجمع حولها هذه الآثار : يمكن جمع الآثار التي تترتب على الانابة بالنسبة للمنيب حول القواعد الثلاث التالية :

اولا : الانابة تبرئ مبدئياً ذمة المنيب إزاء المناب لديه ما لم يشترط غير ذلك .

ثانياً : استثناء توجد حالات لا تبرأ فيها ذمة المنيب إزاء المناب لديه .

ثالثاً : الأصل أن المنيب لا يضمن يسار المناب .

لنوضح مختلف هذه القواعد .

٢١٩ - الانابة تبرئ مبدئياً ذمة المنيب إزاء المناب لديه ما لم يشترط غير ذلك : ورد في المادة ٢٢٣ أن « الانابة الصحيحة تبرئ ذمة المنيب ما لم يشترط غير ذلك » . فالأصل إذن أن الانابة تبرئ ذمة المنيب قبل المناب لديه الذي يصبح حقه محصوراً في استيفاء الدين من المناب ، هذا ما لم يتفق على غير ذلك ، أي ما لم يشترط الدائن المناب لديه الاحتفاظ بحق رجوعه على المنيب طالما أنه لم يستوف حقه من المناب .

واشترط المناب لديه الاحتفاظ بحق رجوعه على المنيب هو الغالب في العمل، إذ أن الدائن قلماً يقبل بانقضاء حقه إزاء المدين ليحل محله التزام قبل شخص قد لا يعرفه معرفةً وثيقةً أو لا يعرف مقدار ملاءته . لذا فهو يرضى بالانابة شريطة أن يبقى دينه قبل الملتزم الأصلي قائماً فيضمن بذلك حقه من هذا أو ذاك وتبقى له إمكانية الرجوع على مدينه الأول حين اللزوم بالدين وبما يضمنه من ضمانات ودعاوى لا يكون باستطاعته الافادة منها فيما لو قبل بالانابة دون الاحتفاظ بحق الرجوع على المنيب .

٢٢٠ - استثناء توجد حالات لا تبرأ فيها ذمة المنيب إزاء المناب لديه : خلافاً للأصل الذي قررناه من أن الانابة تبرئ ذمة المنيب ما لم يشترط غير ذلك ، قرر المشرع الإبقاء في بعض الحالات على انشغال ذمة المنيب إزاء المناب لديه حتى لو لم يشترط هذا الأخير ذلك .

وهذه الحالات الاستثنائية التي لا يترتب على الانابة فيها براءة ذمة المنيب، بل يبقى للمناب لديه الرجوع عليه من أجل مبلغ الدين وتوابعه، قد ورد تعدادها على سبيل الحصر في المادة ٢٢٤. وهي ثلاثة:

الحالة الأولى: هي الحالة التي يتقرر فيها عدم وجود الالتزام المناب عليه أو فسخه لسبب من أسباب البطلان أو الفسخ المقررة في القانون. مثل ذلك أن يحول المدين زيد لدائنه عمرو حق قبض ثمن بضاعة باعها زيد لبكر ثم يبطل البيع لانعدام أهلية المشتري بكر أو يفسخ لعيب وجد في المبيع. ففي مثل هذه الفرضية لا تبرأ ذمة المنيب زيد، بل يجوز لدائنه عمرو الرجوع عليه بالدين حتى لو كان عمرو قبل الانابة دون الاحتفاظ بحق الرجوع.

الحالة الثانية: هي الحالة المنصوص عليها في المادة ٣٥٤ وبمقتضاها «يسوغ للمناب أن يتمسك في مواجهة الدائن الجديد (المناب لديه) بالدفع المتعلقة بالأهلية الشخصية، إذا كانت هذه الدفع مبنية على أساس وقت قبوله الانابة، ومجهولة عندئذ منه». فإذا كان التزام المناب نحو المنيب قابلاً للإبطال لنقص في الأهلية وكان المناب قد دفع في مواجهة المناب لديه بإبطال هذا الالتزام وكانت الشروط الواردة في المادة ٣٥٤ متوافرة، وتقرر نتيجة لذلك إبطال التزام المناب وامتنع بالتالي على المناب لديه استيفاء دينه منه، فإنه يحق للمناب لديه الرجوع على المنيب بالدين ولو لم يشترط مثل هذا الرجوع في صك الانابة.

الحالة الثالثة : هي الحالة التي يثبت فيها المدين المناب أنه تحلل من الدين قبل أن تصل الانابة إلى علمه كأن يكون وفى الدين إلى المنيب نفسه أو إلى وكيل عنه في وقت كان يجهل وقوع الانابة فيه . ففي هذه الحالة لا يستطيع المناب لديه استيفاء الدين المناب عليه ثانية من المناب ويبقى له حق الرجوع على المنيب حتى لو لم يكن قد احتفظ بهذا الحق .

أما إذا وفى المدين المناب الدين للمنيب ، بعد علمه بحصول الانابة ، فإنه يبقى مسؤولاً تجاه المناب لديه مع حفظ حقه في استرداد ما دفعه للمنيب .

٢٢١ - لا يضمن المنيب يسار المناب : إذا وقعت الانابة وطرأت ظروف أدت إلى إعسار المدين - الذي كان موسراً وقت الانابة - فإنه ليس للمناب لديه الرجوع على المنيب لأن المنيب ، كالمحيل ، لا يضمن في الأصل يسار المدين .

أما إذا وقعت الانابة في وقت كان فيه المناب معسراً ، فإن الضمان يترتب على المنيب . وفي هذه الحالة يرجع المناب لديه على المنيب بمبلغ الدين وبمصرفات مطالبة المناب التي اضطرت المناب لديه لانفاقها وذلك من غير إخلال بحق المناب لديه في تعويضات اكبر في حالة الغش الواقع من المنيب (المادة ٢٠٤ المعطوف عليها بالمادة ٢٢٥) . وكذلك ، ورغم أن المشرع لم يعرض للموضوع ، يقتضينا التسليم بأن المنيب يضمن للمناب لديه يسار المدين المناب فيما إذا اشترط ذلك صراحة في عقد الانابة .

٢ - آثار الانابة بالنسبة للمناصب لديه

٢٢٢ - الانابة تنقل للمناصب لديه نفس الحق الذي كان للمنيب :
القاعدة الأصلية في الانابة ، كما هي في الحوالة ، أن الحق الذي كان
للمنيب إزاء المناصب ينتقل هو نفسه للمناصب لديه :
وعليه .

(أ) فالحق ينتقل إلى المناصب لديه بقيمته وصفاته : فهو ينتقل
بقيمته حتى لو كان ما أداه المناصب لديه للمنيب أقل من هذه القيمة .
وهو ينتقل بالصفات التي كان يتصف بها : فإذا كان حقاً مديناً أو
تجارياً انتقل إلى المناصب لديه بصفته المدنية أو التجارية . وإن كان حقاً
مربوطاً بأجل أو موقوفاً على شرط انتقل إلى المناصب لديه بهذا الوصف .
وإن كان قابلاً للتنفيذ بموجب حكم انتقل بهذه الصفة أيضاً . وإن
كان ديناً ينتج فوائد ، انتقل مع قابليته لإنتاج الفوائد .

(ب) والحق ينتقل إلى المناصب لديه مع توابعه المتممة له كالامتيازات ،
مع استثناء ما كان منها متعلقاً بشخص المنيب . وتشمل الانابة دعاوى
البطلان أو الإبطال التي كانت للمنيب كماتشمل الفوائد التي حلت ولم
تدفع ما لم يشترط غير ذلك أو تقضي العادة بخلافه على أن لا يطبق
هذا الحكم على المسلمين .

أما الرهون الحيازية والرسمية والكفالات فهي لا تنتقل من
المنيب إلى المناصب لديه إلا بشرط صريح (المادة ٢٠٠ المعطوف عليها
بالمادة ٢٢٥) .

وإذا شملت الانابة الرهن الحيازي ، فإن المناب لديه ، بمجرد تسلمه الشيء المرهون، يحل محل المنيب في سائر الالتزامات التي كانت ثابتة عليه للمدين الراهن بصدد رعاية الشيء المرهون والمحافظة عليه . وعند عدم تنفيذ هذه الالتزامات فإن المنيب والمناب لديه يسألان متضامنين تجاه الراهن (المادة ٢٠١ المعطوف عليها بالمادة ٢٢٥) .

(ج) ويتلقى المناب لديه الحق أو الدين المناب عليه بالتكاليف والالتزامات التي تثقله ما لم يشترط غير ذلك ، فينتقل عندها الحق أو الدين مطهراً مما كان يلحق به من تكاليف والتزامات (المادة ٢٠٢ المعطوف عليها بالمادة ٢٢٥) .

وقد سبق أن عرضنا لمختلف هذه الأمور بالتفصيل في معرض البحث في انتقال الحق المحال به من المحيل الى المحال له ^(١) . فليرجع إلى ذلك .

٢٢٣ - حكم الانابة على مدين واحد لشخصين مختلفين : إذا جرت الانابة على مدين واحد لشخصين مختلفين ، أوجب المشرع أن تكون الأفضلية لمن يعلن منهما انابته للمدين المناب قبل الآخر ولو كانت إنابته لاحقة في التاريخ (المادة ١٩٧ المعطوف عليها بالمادة ٢٢٥) . أما في حالة عدم إعلان الانابة للمدين ، أو في حالة إعلان الانابة للمدين في وقت واحد ، فقد قرر المشرع أن تكون الأولوية بين المناب ليهما للسابق في تاريخ سنده . فإن كانت الانابتان مؤرختين

(١) راجع نبذة رقم ١٨٠ الى ١٨٢ صفحة ٢٢١ وما يليها .

في نفس اليوم ولم يتيسر تحديد ساعة اجراء كل منهما ، قسم المبلغ على الدائنين بنسبة دين كل منهما (المادة ٢٢٦) .

٣ - آثار الانابة بالنسبة للمناب

٢٢٤ - القواعد التي تتجمع حولها هذه الآثار : يمكن جمع الآثار التي تترتب على الانابة بالنسبة للمناب حول القواعد الثلاث التالية :

- اولاً : للمناب التمسك في مواجهة المناب لديه بالدفع التي كانت له قبل المنيب .
 - ثانياً : للمناب الرجوع على المنيب عند الاقتضاء في حدود ما دفع للمناب لديه .
 - ثالثاً : براءة ذمة المناب بالوفاء الحاصل للدائن الأصلي قبل أن يعلن بالانابة .
- لنعرض لمختلف هذه القواعد .

٢٢٥ - للمناب التمسك في مواجهة المناب لديه بالدفع التي كانت له قبل المنيب : كنا بينا أن الانابة تنقل للمناب لديه نفس الحق الذي كان للمنيب إزاء المناب . لذا أضحي طبيعياً أن لا يتأثر الوضع الحقوقي للمناب عندما يحل ، نتيجة الانابة ، دائن جديد (هو المناب لديه) محل الدائن القديم (وهو المنيب) ، ويعمد هذا الدائن الجديد إلى مطالبة المناب بالوفاء بالالتزام الذي كان مترتباً عليه إزاء

المنيب وأصبح بعد الانابة مترتباً لمصلحة المناب لديه .

وما دام الأمر كذلك ، فإن من حق المناب ان يحتج في مواجهة المناب لديه بسائر الدفعات التي كان يستطيع الادلاء بها في مواجهة دائته الأصلي المنيب . وقد ورد بهذا المعنى في المادة ٢٢٢ أنه « يجوز للمدين المناب أن يتمسك في مواجهة الدائن الجديد بكل الوسائل والدفعات التي كان يمكنه أن يحتج بها في مواجهة الدائن المنيب ولو كانت تتعلق شخصياً بهذا الأخير » . فإذا كان الدين المناب عليه باطلا لسبب من الأسباب ، أو كان قابلاً للإبطال لنقص في أهلية المناب أو لعب شاب إرادته تلقائياً كوقوعه في غلط ، أو نتيجة عمل قام به الدائن شخصياً كتدليس أو اكراه صدر عنه ، فإنه يسوغ للمناب أن يدفع ببطالان أو إبطال التزامه في مواجهة دائته الجديد المناب لديه كما كان يستطيع الاحتجاج بهذه الدفعات في مواجهة دائته الأصلي المنيب .

٢٢٦ - للمناب الرجوع على المنيب عند الاقتضاء في حدود ما دفع للمناب لديه : كنا ، في معرض التعريف بالانابة ، أوضحنا أن الانابة يمكن أن تحصل في صورة أولى ، نتيجة قيام دائن بتحويل حقوقه على المدين لدائته هو وفاء لما هو مستحق عليه ؛ كما يمكن أن تحصل ، في صورة ثانية ، نتيجة تكليف شخص أحداً من الغير بالوفاء عنه ولو لم يكن هذا الغير مديناً لمن وكله على الوفاء (١) .

فعندما تتخذ الانابة هذه الصورة الثانية ، يعتبر المناب وكيلاً عن

(١) راجع نبذة ٢٠٩ صفحة ٢٦٧ أعلاه .

المنيب ويحق له عملاً بأحكام الوكالة أن يرجع على الموكل « بما اضطر إلى تسبيقه من ماله وإلى انفاقه من المصروفات من أجل تنفيذ الوكالة » (المادة ٩١٤). لذا وجد المشرع ، إذ عرض لعلاقة المناب بالمنيب . أن يوضح في المادة ٢٢٧ أن المناب « إذا دفع الدين ، ولم يكن مديناً للمنيب . حق له الرجوع عليه في حدود المبلغ الذي دفعه . وفقاً لقواعد الوكالة » .^(١)

٢٢٧ - براءة ذمة المناب بالوفاء الحاصل للدائن الأصلي قبل أن يعلن بالانابة : الأصل أن المدين يلزم بالوفاء بالتزامه إلى دائته . وإذا حوّل الدائن دينه إلى شخص آخر بطريق الانابة . فانه يترتب على المدين الوفاء بالدين إلى المناب لديه الذي حل محل المنيب . ولكن ذلك يتطلب بالضرورة أن يعلن المناب بوقوع الانابة إما من قبل المنيب وإما من قبل المناب لديه . أما إذا لم يعلن بالانابة ودفع الدين إلى دائته الأصلي دون غش أو خطأ جسيم ، فإن ذمته تبرأ ويمتنع على المناب لديه مطالبته بالوفاء ثانية . وعلى هذا قرر المشرع أنه « إذا دفع المناب الدين لدائته الأصلي المنيب أو أنهاء بالاتفاق معه بأي طريق آخر . قبل أن تبلغ له الانابة من المنيب أو المناب لديه ، برئت ذمته بما لم يقع منه تدليس أو خطأ جسيم (المادة ١٩٨ المعطوف عليها بالمادة ٢٢٥) .

(١) هذا طبعاً ما لم يكن المناب قد قام بالوفاء عن المنيب مدفوعاً بنية التبرع حيث لا يكون له حق الرجوع بما دفع .

القسم الثالث

انقضاء الالتزام

٢٢٨ - الالتزام مؤقت بطبيعته ومصيره حتماً الى الزوال : خصّ

قانون الالتزامات والعقود المغربي القسم السادس من الكتاب الأول للبحث في انقضاء الالتزامات : فالالتزام او الحق الشخصي بطبيعته مؤقت إذ هو يتنافى وفكرة الديمومة ومصيره الحتمي ، مهما طال الأمد ، الى الزوال : ذلك أن بقاء المدين ملتزماً ابدياً نحو الدائن يتنافى والحرية الشخصية . ثم إن الأصل براءة الذمة وانشغالها أمر عارض والعارض معد عاجلاً أو آجلاً للتلاشي ، حتى إذا تلاشى برئت ذمة المدين وعادت الى حالتها الأصلية . وبهذا يختلف الحق الشخصي عن الحق العيني الأصلي الذي هو مبدئياً حق دائم ^(١) .

٢٢٩ - تحديد اسباب انقضاء الالتزام : ينقضي الالتزام باسباب

(١) لأن كان حق الملكية يتصف دوماً وأبدأً بصفة الديمومة فإن بعض الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية كحق الارتفاق أو حق الانتفاع يمكن أن تكون مؤقتة بصورة استثنائية كما إذا انشئ الارتفاق أو الانتفاع لمدة معينة . أما عند عدم تحديد مدة - وهو الأصل - فإن حق الارتفاق يتأبد كحق الملكية ، وحق الانتفاع يدوم مدى حياة المنتفع .

مختلفة يعددها القانون . فالمادة ٣١٩ من قانون الالتزامات والعقود (١) نصت على أن « الالتزامات تنقضي بما يأتي : (١) الوفاء (حيث عرض المشرع للوفاء العادي وللوفاء بمقابل) (٢) استحالة التنفيذ ، (٣) الإبراء الاختياري ، (٤) التجديد ، (٥) المقاصة ، (٦) إتحاد الذمة ، (٧) التقادم ، (٨) الإقالة الاختيارية .

ومن الملاحظ أن التعداد الذي أورده المادة ٣١٩ ليس تعداداً جامعاً : ففي العقود المستمرة (أي العقود التي تنشأ عنها التزامات تربط صاحبها لمدة قد تطول أو تقصر) كعقد الكراء أو عقد الشركة ، قد تنقضي التزامات المكري أو المكثري كما قد تنقضي التزامات الشركاء بحلول الأجل المعين في العقد . وفي العقود التي يلعب فيها الاعتبار الشخصي دوراً هاماً كما في الوكالة أو عقد العمل أو الإراد العمري (أي الإراد المرتب مدى الحياة) قد ينقضي الالتزام بموت المتعاقد الذي كانت شخصيته مدار اعتبار وقت التعاقد . وقد ينقضي

(١) تقابل هذه المادة في التشريع المغربي المادة ١٢٣٤ في القانون المدني الفرنسي والمادة ٢٩٠ في قانون الموجبات والعقود اللبناني . أما القانون المدني المصري والقانون المدني السوري فهما لم يعددا أسباب الانقضاء في مادة خاصة ، وإنما في الباب الذي ورد فيه البحث في انقضاء الالتزام ، عرض المشرع في فصول مختلفة للأسباب التي ينقضي فيها الالتزام فخصّ الفصل الأول للوفاء ؛ وخصّ الفصل الثاني لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء حيث تطرق للوفاء بمقابل ، ثم للتجديد والائابة ، ثم للمقاصة ، ثم لائحاد الذمة ؛ وخصّ الفصل الثالث لانقضاء الالتزام دون الوفاء به حيث بحث في الإبراء ، ثم في استحالة التنفيذ ، ثم في التقادم المسقط .

الالتزام بالارادة المنفردة كما في الوديعة ^(١) أو في العارية ^(٢) أو في الشركة المعقودة لمدة غير محددة ^(٣) . غير أن هذه الأسباب التي ينقضي معها الالتزام في بعض الحالات الخاصة إنما تبحث عادة في معرض دراسة نظرية العقد أو في معرض البحث في العقود المسماة التي نشأت عنها مثل هذه الالتزامات ^(٤) .

لذا نرى طرح هذه الأسباب الخاصة وقصر دراستنا على الأسباب العامة لانقضاء الالتزامات كما ورد تعدادها في المادة ٣١٩ من قانون الالتزامات والعقود .

٢٣٠ - تصنيف أسباب إنقضاء الالتزام : يصنف رجال القانون

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٩٤ على أنه « يجب على الوديع أن يرد الوديعة للمودع بمجرد أن يطلب هذا منه ردها ولو كان الاتفاق قد حدد أجلا معيناً لرد الوديعة » .

(٢) ورد في الفقرة الثانية من المادة ٨٤١ أن العارية إذا أجريت من غير تحديد للغرض الذي يستعمل الشيء فيه « كان للمعير أن يطلب رده في أي وقت شاءه ، ما لم يقض العرف بغير ذلك » .

(٣) بمقتضى المادة ١٠٥٧ « إذا لم تكن مدة الشركة محددة لا بمقتضى العقد ، ولا بطبيعة العمل الذي انعقدت من أجله ، أمكن لكل من الشركاء أن ينسحب منها بقيامه بإعلام باقي شركائه بانسحابه بشرط أن يحصل منه هذا الانسحاب بحسن نية وفي وقت لائق » .

(٤) كولان وكابيتان ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، نبذة رقم ٢٨٠ صفحة

٢٧٥ - ماجد الحلواني ، نظرية الالتزام العامة ، الجزء الثالث صفحة ٥ و ٦ .

أسباب انقضاء الالتزامات تصنيفات عدة أهمها التصنيف المبني على التمييز بين الأسباب التي توؤل إلى انقضاء الالتزام عن طريق تنفيذه عيناً بالوفاء ، وبين الأسباب التي ينقضي معها الالتزام عن طريق تنفيذه بما يعادل الوفاء ، وبين الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام دون تنفيذ إطلاقاً .

وإلى جانب هذا التصنيف الأول يمكن ذكر تصنيفين آخرين : تصنيف ثانٍ يقوم على تقسيم أسباب إنقضاء الالتزامات إلى أسباب انقضاء مباشرة وأسباب انقضاء غير مباشرة ، وتصنيف ثالث يقول بوجود التمييز بين أسباب انقضاء مبنية على تصرف قانوني ، وأسباب انقضاء مبنية على واقعة مادية .

فلنعرض لمختلف هذه التصنيفات .

٢٣١ - التصنيف الأول : انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً بالوفاء ،

أو بتنفيذه بما يعادل الوفاء ، أو بدون تنفيذ إطلاقاً : يقوم هذا التصنيف على تقسيم أسباب انقضاء الالتزام إلى أنواع ثلاثة :

(أ) النوع الأول يتضمن الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً أي بإداء نفس محل الالتزام الذي التزم به المدين كتسليم البائع الشيء المبيع أو أداء المستقرض مبلغ القرض أو قيام المهندس أو الطبيب أو المحامي بالعمل الموكول إليه . وهذا النوع لا يشمل إلا الوفاء وهو الطريق العادي لانقضاء الالتزام .

(ب) أما النوع الثاني فيتضمن الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء

الالتزام لا بتنفيذه عيناً عن طريق الوفاء ، بل بما يعادل الوفاء . ويشمل هذا النوع : (١) الوفاء بمقابل حيث يرضى الدائن أن يأخذ استيفاء لحقه شيئاً آخر غير الشيء الذي ذكر في الالتزام ؛ (٢) التجديد حيث ينقضي الالتزام في مقابل إنشاء التزام جديد يحل محله ؛ (٣) المقاصة حيث ينقضي التزام المدين بالتزام يقابله ترتب له على دائته ؛ (٤) اتحاد الذمة حيث ينقضي الالتزام عن طريق أن يجتمع في شخص واحد صفة الدائن والمدين لنفس . هذا الالتزام .

(ج) وأما النوع الثالث فيشمل الأسباب التي تؤدي الى انقضاء الالتزام دون أن ينفذ لا عيناً ولا بمقابل . ويدخل في هذا النوع : (١) الإبراء حيث ينزل الدائن عن حقه دون مقابل ؛ (٢) استحالة التنفيذ لسبب اجنبي حيث تقضي هذه الاستحالة الالتزام وتبرئ ذمة المدين دون ترتيب أي تعويض عليه ؛ (٣) التقادم المسقط حيث ينقضي الالتزام بمضي المدة القانونية دون المطالبة به وتبرأ ذمة المدين تبعاً لذلك دون أي مقابل ؛ (٤) الاقالة الاختيارية حيث يرتضي المتعاقدان ، عقب إبرام العقد ، الرجوع عنه والتحلل من الالتزامات التي كانت ترتبت عليه .

وهذا التصنيف هو الذي أخذت به التشريعات العربية الحديثة كقانون الموجبات والعقود اللبناني (١) والقانون المدني المصري والقانون

(١) راجع المادة ٢٩٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

المدني السوري (١).

ومن الملاحظ أن هذه التقنيات لم تذكر الاقالة الاختيارية بين أسباب انقضاء الالتزام ، لأنها عندما عرضت لأسباب انقضاء الالتزام ، قد قصرت البحث على الأسباب التي تؤدي إلى زوال الالتزام بصورة مباشرة ، وإن إقالة العقد ، هي كإبطاله وفسخه ، سبب لانقضاء العقد - مصدر الالتزام - ولا توؤل إلى انقضاء الالتزام إلا بطريق تبعي وبصورة غير مباشرة .

٢٣٢ - التصنيف الثاني : أسباب انقضاء مباشرة وأسباب انقضاء غير مباشرة: قد ينقضي الالتزام بطريق مباشر يؤدي إلى زواله وذلك إما بتنفيذه عيناً وإما بادائه عن طريق الوفاء بمقابل أو المقاصة أو التجديد وإما بحدوث واقعة تقضي إلى تلاشي كالإبراء أو التقادم . وقد ينقضي الالتزام بطريق غير مباشر كما لو تقرر إبطال العقد أو فسخه أو كما لو اتفق الطرفان على إقالة العقد المبرم بينهما ، حيث زوال العقد يترتب عليه بالضرورة وبصورة تبعية زوال الالتزام الناشئة عنه .

٢٣٣ - التصنيف الثالث : أسباب انقضاء مبنية على تصرف قانوني وأسباب انقضاء مبنية على واقعة مادية : يجب بحسب هذا التصنيف أن نطبق على أسباب انقضاء الالتزام ما يطبق على مصادره : فكما أن مصدر الالتزام يمكن أن يكون إما تصرفاً قانونياً كالعقد أو الإرادة

(١) راجع الهامش رقم ١ صفحة ٢٨٦ أعلاه .

المنفردة وإما واقعة مادية كالجوار أو العمل غير المشروع ^(١) ، كذلك فإن انقضاء الالتزام يتم إما نتيجة تصرف قانوني وإما نتيجة واقعة مادية .

فالالتزام قد ينقضي نتيجة تصرف قانوني كما في الوفاء ^(٢) أو الوفاء بمقابل أو التجديد أو الإبراء حيث الانقضاء يرجع الى تعبير عن الإرادة .

والالتزام قد ينقضي نتيجة واقعة مادية كما في اتحاد الذمة أو استحالة التنفيذ أو التقادم حيث الانقضاء مرده عمل مادي لا أثر للعنصر الإرادي فيه .

وتبرز أهمية هذا التصنيف في أن أسباب الانقضاء التي ترجع إلى تصرف قانوني تتطلب، ما دامت هي قائمة على تعبير عن الإرادة، أن تتوافر فيمن تصدر عنه أهلية معينة ورضاء سليم وأن يكون لها محل وسبب . أما أسباب الانقضاء القائمة على وقائع مادية فهي لا تتطلب شيئاً من ذلك .

(١) راجع بشأن هذا التصنيف لمصادر الالتزام الجزء الأول من كتابنا « نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي » نبذة رقم ١١ صفحة ٢١ و ٢٢ .

(٢) الوفاء هو في الحقيقة واقعة مختلطة يمتزج فيها التصرف القانوني والعمل المادي . ومع ذلك فقد أدخلنا الوفاء في ذمرة التصرفات القانونية لأن وجه التصرف القانوني في الوفاء هو الغالب .

٢٣٤ - مخطط البحث : سنعمد في دراستنا لانقضاء الالتزام التصنيف الذي اتبعته التشريعات العربية الحديثة وتبناه الفقه ، فنبداً البحث في انقضاء الالتزام عن طريق تنفيذه عيناً أي عن طريق الوفاء به ؛ ثم ننتقل الى البحث في انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء حيث نعرض للوفاء بمقابل ، ثم للتجديد والانابة ، ثم للمقاصة ، ثم لاتحاد الذمة ؛ ونختم الكلام بالبحث في انقضاء الالتزام دون الوفاء به حيث نعرض للابراء ، ثم لاستحالة التنفيذ ، ثم للتقادم المسقط ، ثم لإقالة العقود .

وعليه سيشتمل هذا القسم على ثلاثة أبواب :

الباب الأول : انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً : الوفاء .

الباب الثاني : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء : الوفاء بمقابل ، التجديد والانابة ، المقاصة ، اتحاد الذمة .

الباب الثالث : انقضاء الالتزام دون الوفاء به : الابراء ، استحالة التنفيذ ، التقادم المسقط ، إقالة العقود .

الباب الأول

إنقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً

— الوفاء

٢٣٥ - نظرة عامة: الوفاء هو السبب الطبيعي والطريق المألوف لانقضاء الالتزام : ذلك أن نشوء الالتزام صحيحاً ينطوي بالضرورة على تعهد المدين بتنفيذ ما التزم به ، وليس له في الأصل أن يبرئ ذمته إلا إذا قام بالوفاء بما تعهد به . فالوفاء هو إذن نهاية المطاف في الالتزام ويبدو وكأنه أثر رئيسي من آثاره . لذا عمدت بعض التشريعات كالتشريع السويسري والتشريع البولوني إلى فصل الوفاء عن بقية اسباب انقضاء الالتزام ودمج أحكامه بالأحكام المتعلقة بتنفيذ الالتزامات ^(١) . أما المشرع المغربي ، فقد آثر ، كمعظم التشريعات ، ضمّ الوفاء إلى بقية أسباب انقضاء الالتزام وعدم الفصل بينه وبين هذه الأسباب ، اعتباراً منه بحق ، أن الجمع بين أسباب الانقضاء جميعاً في بحث واحد أقرب للمنطق وأدعى للفائدة ، هذا فضلاً عن أن البحث في تنفيذ الالتزام يقتضي التطرق إلى مواضيع مختلفة كموضوع عدم التنفيذ أو التأخر فيه وما يترتب على ذلك من مسؤولية ، وموضوع التنفيذ

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثالث ، صفحة ٦٦ - وجوسران ، المرجع السابق ، الجزء الثاني نبذة رقم ٨٣٤ صفحة ٤٥٢ - وماجد الحلواني ، نظرية الالتزام العامة ، الجزء الثالث صفحة ٤ - و خليل جريج ، النظرية العامة للموجبات « الطبعة الثانية » الجزء الرابع صفحة ١٩٤ .

العيني والتنفيذ بطريق التعويض ، وموضوع الوسائل الممنوحة للدائن في سبيل ضمان تنفيذ الالتزام ، الأمر الذي يفضل معه جمع هذه المواضيع في بحث مستقل عن الوفاء .

والوفاء على نوعين : وفاء يتم من المدين أو من هو في حكمه ^(١) فيقضي على الالتزام نهائياً بالنسبة للدائن والمدين على حد سواء ويزول معه كل أثر للالتزام ويسمى « الوفاء البسيط » (paiement pur et simple) ، ووفاء يحصل من غير المدين فيقتصر أثره على انقضاء الالتزام بالنسبة للدائن ليس إلا ، دون المدين الذي تبقى ذمته مشغولة بالالتزام تجاه دائن جديد هو شخص الموفي الذي يحل محل الدائن القديم . وهذا النوع من الوفاء يعرف بالوفاء مع الحلول (paiement avec subrogation) .

والوفاء مع الحلول هو أقرب لانتقال الالتزام منه لانقضائه ، ما دام أن المدين يبقى ملتزماً تجاه الموفي . لذلك فإن المشرع المغربي قد أحسن صنعا إذ خالف التشريعات التي تبحث في الوفاء بنوعيه في معرض البحث في اسباب انقضاء الالتزام ^(٢) ، فعالج أحكام الوفاء مع الحلول في القسم الذي خصه لانتقال الالتزام وقصر البحث في

(١) يعتبر في حكم المدين وكيل المدين .

(٢) من التشريعات التي تبحث في الوفاء البسيط وفي الحلول معاً كسبب لانقضاء الالتزام القانون المدني الفرنسي ، وقانون الموجبات والعقود اللبناني ، والقانون المدني المصري والقانون المدني السوري .

القسم الذي خصه لانقضاء الالتزام على الوفاء البسيط فحسب الذي ينقضي معه الالتزام بصورة نهائية .

٢٣٦ خطة البحث في هذا الباب : يقتضينا الإمام في الوفاء

أن نوضح معناه وطبيعته ، ثم نحدد طرفيه الموفي والموفى له ، ثم نبين محل الوفاء ثم نعين مكانه وزمانه ونحدد من يتحمل نفقاته .

وعليه سنقسم هذا الباب إلى أربعة فصول :

الفصل الأول : معنى الوفاء وطبيعته .

الفصل الثاني : طرفا الوفاء : الموفي والموفى له .

الفصل الثالث : محل الوفاء .

الفصل الرابع : مكان الوفاء وزمانه ونفقاته .

الفصل الأول

معنى الوفاء وطبيعته

٢٣٧ - معنى الوفاء : الوفاء ، بالمعنى الحقوقي ، يقصد به قيام المدين بتنفيذ الالتزام الذي رتبته على نفسه ، وذلك عن طريق أداء محل هذا الالتزام : فإذا كان محل الالتزام نقل حق عيني كما في التزام بائع عقار محفظ مثلاً ، فوفاء البائع بالتزامه يتم بتسجيل ملكية العقار المبيع على اسم المشتري في السجل العقاري ؛ وإذا كان محل الالتزام القيام بعمل كالتزام المؤجر نحو المستأجر من حيث تمكنه من الانتفاع بالمأجور أو التزام المستقرض إزاء المقرض من حيث رد مبلغ القرض إليه ، فإن المؤجر أو المستقرض يعتبر قد وفى بالتزامه إذا قام الأول بتسليم المأجور إلى المستأجر وقام الثاني بدفع مبلغ القرض إلى المقرض ؛ وإذا كان محل الالتزام الامتناع عن عمل كالتزام ممثل بعدم قبول التمثيل لدى شركة منافسة للشركة التي تعاقد معها ، فإن الممثل يعتبر قائماً بالوفاء بالتزامه ما دام يرفض العمل مع هذه الشركة المنافسة .

فالوفاء ، بمفهومه الحقوقي ، هو أعم إذن من الوفاء بمفهومه الشائع في اللغة الدارجة حيث يقتصر معناه على أداء المدين ديناً محله مبلغ من النقود، وذلك برد المدين هذا المبلغ من النقود الى الدائن .

٢٣٨ - طبيعة الوفاء: اختلف الفقه في تحديد طبيعة الوفاء وذهب في ذلك مذاهب شتى :

(آ) فالبعض رأى في الوفاء مجرد واقعة مادية تصدر عن المدين فتبرأ بها ذمته . وتبعاً لذلك قرر القائلون بهذا الرأي أن الوفاء لا يتوقف اثباته على الكتابة بالغة ما بلغت قيمة الشيء الموفى به ، بل يمكن إقامة البينة عليه بالشهادة والقرائن شأنه في ذلك شأن سائر الوقائع المادية .

ولكن هذا الرأي هجره الفقه والاجتهاد منذ القديم ونبذته سائر التشريعات التي اجمعت على أن الوفاء يخضع من حيث الاثبات لما يخضع له الالتزام نفسه .

وهذا ما سار عليه قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي يتطلب لاثبات انشاء الالتزام أو انقضائه دليلاً كتابياً إذا تجاوزت قيمة الالتزام ٢٥٠ درهماً (المادة ٤٤٣) .

(ب) والرأي السائد اليوم يعتبر أن الوفاء وإن كان لا بد فيه من عمل مادي كتسليم المقرض مبلغ من النقود أو قيام البائع بتسجيل العقار المبيع على اسم المشتري أو امتناع الممثل من العمل لدى مؤسسة منافسة ، إلا أنه قبل كل شيء تعبير عن الارادة يتجسد في نية المدين

التحلل من تعهده وفي نية الدائن الحصول على محل هذا التعهد ، وهو إذن يدخل دون ما ريب في عداد التصرفات القانونية .
على أن الفقهاء اختلفوا في تكييف طبيعة التصرف القانوني الذي ينطوي عليه الوفاء .

(١) فالبعض يرى في الوفاء نوعاً من التعبير عن الارادة المنفردة هي إرادة المدين الذي ، بمجرد قيامه بالوفاء ، يتحلل من الالتزام الثابت في ذمته ، دون ما حاجة لقبول الدائن . وحجة من يعتمد هذا الرأي ، أن للمدين ، في حالة عرضه على الدائن تنفيذ الالتزام عرضاً حقيقياً ، اذا ما رفض الدائن استيفاء الدين ، كان للمدين أن يبرئ ذمته بارادته المنفردة عن طريق ايداعه مبلغ الالتزام في مستودع الامانات الذي تعينه المحكمة (المادة ٢٧٥)^(١) .

(٢) والبعض الآخر يعتبر الوفاء بمثابة اتفاق عادي بين الدائن والمدين على إنهاء الالتزام بحيث لا بد فيه من توافق ارادتي الدائن والمدين . ويستند القائلون بهذا الرأي إلى أن للدائن رفض الوفاء بغير الشيء المستحق أصلاً أو بطريقة تختلف عن الطريقة التي حددها السند المنشئ للالتزام أو العرف عند سكوت هذا السند (المادة ٢٤٢)^(٢) .

(٣) ورأي ثالث يعتبر الوفاء اتفاقاً يتميز بمقومات خاصة من

(١) من هذا الرأي عبد الحفي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثالث صفحة ٩ إلى ١٢ - وماجد الحلواني ، المرجع السابق صفحة ١٤ و صفحة ١٦ .
(٢) من هذا الرأي عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الالتزام صفحة ٩٥ .

حيث أنه اتفاق مفروض على طرفيه من جهة ، ومن حيث أنه اتفاق مفروض في محله من جهة ثانية : فهو اتفاق مفروض على طرفيه لا خيار لهما فيه لأن المدين ملزم بوفاء ما تعهد به والدائن ملزم بقبول هذا الوفاء ؛ ثم هو اتفاق مفروض في محله لأن المدين ملزم بوفاء نفس محل الالتزام والدائن ملزم بقبول هذا المحل وليس لأحدهما دون موافقة الطرف الآخر أن يعدل في محل الالتزام فيزيده أو ينقصه أو يستبدل به محلاً آخر ^(١) .

والقائلون بهذا الرأي يسلمون بأن الوفاء ، وإن كان يعتبر مبدئياً اتفاقاً يتم بين المدين والدائن ، فانه يصبح تصرفاً قانونياً بارادة منفردة هي ارادة المدين وحدها ، عندما يرفض الدائن دون وجه حق قبول الوفاء ويلجأ المدين الى عرض الدين عرضاً حقيقياً ^(٢) .

ونحن من أنصار الرأي لأخير . وعليه فاننا نقرر أن القاعدة الأصلية في الوفاء أنه اتفاق من نوع خاص له مقومات تميزه عن الاتفاقات العادية من حيث أنه مفروض على طرفيه ومفروض في محله : فالاتفاق المنشئ للالتزام أساسه حرية المتعاقدين اللذين لهما إبرام العقد أو عدم إبرامه ، كما لهما ، إذ يبرما العقد ، أن يحددا محل الالتزام على الوجه

(١) من هذا الرأي السهوري ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٣٦١ صفحة ٦٤٢ -

وخليل جريج ، المرجع السابق صفحة ١٩٥ .

(٢) السهوري ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٣٦٢ صفحة ٦٤٣ - و خليل .

جريج ، المرجع السابق صفحة ١٩٥ .

الذي يرغبانه . أما الوفاء الذي يقضي الالتزام فهو اتفاق مفروض على المدين والدائن اللذين لا مناص لهما من ابرامه ولا يستطيعان تجنبه تحت طائلة ترتب المسؤولية على المتمرّد ، كما هو اتفاق مفروض في محله ، إذ أن محل الالتزام هو نفسه دون غيره ، الذي يجب على المدين اداؤه وعلى الدائن قبوله .

على أن الوفاء يصبح على سبيل الاستثناء تصرفاً قانونياً بارادة منفردة ، هي ارادة المدين ، عندما يرفض الدائن تعسفياً قبول قبض محل الالتزام ، ويضطر المدين الى اتباع اجراءات العرض الحقيقي والايذاء .

٢٣٩ - النتائج المترتبة على كون الوفاء تصرفاً قانونياً : يترتب على اعتبار الوفاء تصرفاً قانونياً نتيجتان هامتان :

(أ) يتطلب في الوفاء ما يتطلب في كل تصرف قانوني من شروط انعقاد وصحة .

(ب) يخضع الوفاء ، من حيث إثباته ، للأحكام العامة في إثبات التصرفات القانونية .

فلنبحث في كلٍ من هاتين النتيجتين ولنوضح ما يتفرع عنهما من أحكام :

٢٤٠ - (أ) يتطلب في الوفاء ما يتطلب في كل تصرف قانوني من شروط انعقاد وصحة : إن قيام الوفاء صحيحاً يتطلب توافر ما يتطلبه كل تصرف قانوني من شروط الانعقاد والصحة .

فلا بد في الوفاء من توافر الرضاء . وغالباً ما يكون التنفيذ المادي للالتزام تعبيراً عن هذا الرضاء : فدفعة المستقرض مبلغ القرض مثلاً يعتبر بمثابة إيجاب وتسلم الدائن هذا المبلغ بمثابة قبول لهذا الإيجاب . واتباع المدين اجراءات العرض الحقيقي والإيداع في حالة رفض الدائن قبول الوفاء ، يشكل تعبيراً عن ارادة المدين المنفردة في التحلل من التزامه .

ولا بد أن يكون الرضاء صادراً ممن يتمتع بالأهلية التي يحددها القانون (١) ، وأن يكون سليماً من العيوب التي يمكن ان تشوب الارادة من غلط أو إكراه أو تدليس أو غبن وإلا جاز الطعن بالوفاء والمطالبة بإبطاله ممن عيبت ارادته .

ثم لا بد أن يكون للوفاء محل . ومحل الوفاء هو نفس محل الالتزام المترتب تنفيذه على المدين .

ولا بد أخيراً من أن يحمل الوفاء على سبب مشروع شأنه في ذلك شأن سائر التصرفات القانونية . وسبب الوفاء هو قضاء الدين العالق في ذمة المدين . فإذا وفى المدين المسلم مثلاً فوائده عن قرض مدني لدائن مسلم وهو ما يحرمه القانون (المادة ٨٧٠) اعتبر هذا الوفاء مبنياً على سبب غير مشروع فيقع باطلا ويجوز للمدين استرداد ما دفع (المادة ٧٢) .

(١) سنبحث في أهلية الموفي والموفى له في معرض البحث في طرفي الوفاء صفحة ٣٠٨ وما يليها أدناه .

٢٤١ - (ب) يخضع الوفاء، من حيث اثباته، للأحكام العامة في اثبات التصرفات القانونية: إن إثبات الوفاء يخضع لأحكام البينات التي يخضع لها إثبات التصرفات القانونية بوجه عام. وعليه:

(١) يترتب على المدين، إذا ادعى وفاء التزامه، أن يقيم الدليل على هذا الادعاء لأنه من القواعد الكلية أن البينة على المدعي. وعلى هذا قرر المشرع المغربي أن الدائن إذا أثبت وجود الالتزام، كان على المدين، إذا ادعى انقضاءه أن يثبت هو هذا الانقضاء (المادة ٤٠٠).

(٢) يتم اثبات الوفاء بالطرق التي يثبت فيها انشاء الالتزام. فلا بد إذن فيه من دليل خطي إذا زادت قيمة الالتزام الموفى به على ٢٥٠ درهماً. وهذا ما أكدته المشرع عندما وضع على قدم المساواة من حيث وجوب الدليل الخطي، الاتفاقات الرامية إلى نشوء الالتزام وتلك التي تهدف إنهاءه إذا ما تجاوزت قيمة الالتزام ٢٥٠ درهماً (المادة ٤٤٣).

على أن المشرع المغربي، حرصاً منه على تسهيل مهمة المدين من حيث حصوله على دليل لإثبات الوفاء، قد أورد بعض الأحكام الخاصة في المادتين ٢٥١ و ٢٥٢.

فالمادة ٢٥١ نصت على أن « للمدين الذي وفى الالتزام الحق في أن يطلب استرداد السند المثبت لدينه، موقعاً عليه بما يفيد براءة ذمته. فإن تعذر على الدائن أن يرد سند الدين أو كانت له مصلحة مشروعة في الاحتفاظ به حق للمدين أن يطلب على نفقته توصيلاً موثقاً

مثبتاً براءته » .

والمادة ٢٥٢ ورد فيها أن « للمدين الذي يفى بعض الالتزام الحق في أن يطلب اعطائه توصيلاً بما يدفعه وله أيضاً أن يطلب التأشير بما يفيد حصول الوفاء الجزئي على سند الدين » .

ففي ضوء هذه النصوص نستطيع تقرير القواعد التالية :

القاعدة الأولى : الأصل أن من حق المدين الذي يوفي التزامه كله أن يطلب استرداد السند المثبت للدين موقعاً عليه من الدائن بما يفيد براءة ذمة المدين .

وهذه الطريقة تفضل بالبداية أخذ المدين مخالصة خطية مع بقاء السند في حوزة الدائن : ذلك أن المخالصة قد تضيع أو قد تهلك فلا يبقى لدى المدين دليل لاثبات الوفاء إذا ما طالب الدائن ثانيةً بالسند الباقي في حوزته . أما إذا استرد المدين السند موقعاً عليه بما يفيد الوفاء فإنه يمتنع نهائياً على الدائن أن يطالب بالدين مرة أخرى .

وقد يتعذر على الدائن رد السند كما لو فقده أو كما لو تلف بسبب حادث قهري : أو قد تكون للدائن مصلحة مشروعة في الاحتفاظ به كما لو وجد السند في يد أحد ورثة الدائن وطلب هذا الورث الاحتفاظ بالسند كي يضمن تفادي أي نزاع بشأن قيمته فيما بينه وبين بقية الورثة . ففي مثل هذه الحالات يحق للمدين أن يطلب من دائنه توصيلاً ليثبت فيه براءته ^(١) .

(١) في الحالة التي تكون فيها للدائن مصلحة مشروعة في الاحتفاظ بالسند ، =

وإذا أراد المدين . زيادة في الحيلة ، أن يكون هذا التوصيل موثقاً^(١) ، فله ذلك إنما نفقات التوثيق تقع على عاتقه .

القاعدة الثانية : إذا وفى المدين التزامه جزئياً ، كان من حقه أن يطلب اعطائه توصيلاً بما أداه وأن يطلب أيضاً ، بالإضافة الى ذلك . التأشير على سند الدين بما يفيد الوفاء الجزئي . والغرض من هذا التأشير الزيادة في الحيلة وتمكين المدين ، في حالة ضياع التوصيل أو هلاكه . اثبات الوفاء الجزئي ومنع الدائن من مطالبة المدين بما وفاه من الدين مرة ثانية ما دام أن سند الدين نفسه يحمل ما يفيد الوفاء الجزئي .

القاعدة الثالثة : إذا امتنع الدائن ، في حالة استعداد المدين وفاء دينه ، عن رد السند موقفاً عليه بما يفيد براءة ذمة المدين ، أو إذا امتنع الدائن ، في حالة الوفاء الجزئي ، عن اعطاء المدين توصيلاً بذلك

= يحسن بالمدين ، علاوةً على أخذه التوصيل ، أن يطلب من الدائن التوقيع على السند الباقي في حوزته بما يفيد براءة الذمة منه .

(١) التوثيق على التوصيل يحقق للمدين غرضين : فهو من جهة يجعل المدين في مأمن من انكار الدائن لتوقيعه الا عن طريق الطعن بالتزوير . وهو من جهة ثانية يزيد في مناعة التوصيل من حيث أنه يصبح دليلاً على تاريخه حتى بالنسبة للغير (المادة ٤١٩) ، خلاف ما لو كان التوصيل عرفياً حيث لا يكون حجة على تاريخه الا بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص حينما يعمل هذا الخلف باسم مدينه (المادة ٤٢٥) .

وعن التأشير على السند بما يفيد هذا الوفاء الجزئي ، كان للمدين أن يلجأ ، في وفاء دينه ، الى اجراءات العرض الحقيقي والايداع ؛وعندها تقع نفقات ذلك على عاتق الدائن لأنه هو الذي امتنع ، دون وجه حق ، من تمكين المدين الحصول على اثبات الوفاء بالطرق التي عينها القانون .



الفصل الثاني

طرفا الوفاء : الموفي والموفى له

٢٤٢ - مخطط الفصل : الأصل في الوفاء أنه اتفاق بين شخصين : شخص الموفي من جهة وشخص الموفى اليه من جهة ثانية .
فمن عساه يصلح لاتخاذ صفة الموفي أو صفة الموفى له وما هي الشروط الواجب توافرها في كل من هذين الطرفين ليكون الوفاء صحيحاً .

هذا ما سنبحثه في فرعين نعد أحدهما للموفي والثاني للموفى له .

الفرع الأول

الموفي

٢٤٣ - من يصلح لاتخاذ صفة الموفي : يصلح لاتخاذ صفة الموفي الأشخاص الآتي بيانها : (آ) المدين أو نائبه ؛ (ب) كل شخص له مصلحة في وفاء الالتزام ؛ (ج) اي شخص اجنبي حتى لو لم تكن

له مصلحة في الوفاء .

٢٤٤ - (آ) الموفي هو المدين أو نائبه : الأصل أن المدين ذاته هو الذي يقوم بالوفاء لأن عبء الالتزام يقع عليه وله المصلحة الأولى في وفائه : فللمدين إذن حق الوفاء بالمدين وهو في الوقت نفسه مجبر على هذا الوفاء .

ولا يعني ذلك أنه يتعين على المدين القيام بالوفاء بنفسه : فالوفاء يقع صحيحاً إذا قام به من ينوب عن المدين كالوكيل أو الممثل الشرعي من ولي أو وصي أو مقدم ، أو الحارس على أموال المدين ، أو وكيل التفليسة .

وقد أشار المشرع المغربي الى ذلك في مطلع المادة ٢٣٦ حيث أعلن أنه « يجوز للمدين أن ينفذ الالتزام إما بنفسه وإما بواسطة شخص آخر » .

على أن المدين يلزم استثناء على القيام بالوفاء بنفسه ، دون أحد غيره ، في حالتين ورد عليهما النص في المادة ٢٣٦ :

اولاً : إذا اشترط الدائن صراحةً على المدين أن يقوم شخصياً بأداء الالتزام . ففي هذه الحالة لا يسوغ للمدين أن يجعل شخصاً آخر يحل مكانه في الوفاء حتى ولو كان هذا الشخص أفضل منه في أداء الالتزام .

ثانياً : إذا كان يستنتج من طبيعة الالتزام أو من الظروف التي رافقته أن المدين ملزم على تنفيذ الالتزام بنفسه كأن يتمتع المدين

بمهارة شخصية تكون الباعث الذي دفع الى ابرام العقد. ففي مثل هذه الحالة حيث يكون الاعتبار الشخصي للمدين ذا أثر في نشوء الالتزام ، كما في التزام فنان مشهور برسم لوحة فنية أو في التزام طبيب ماهر باجراء عملية جراحية ، يحق للدائن أن يرفض اي وفاء لا يقوم به المدين نفسه .

وفيما عدا هاتين الحالتين ، يجب تطبيق القاعدة الأصلية وبمقتضاها يصح وفاء الالتزام إما من قبل المدين بالذات أو من قبل من ينوب عنه ويمتنع على الدائن رفض الوفاء الذي يعرضه عليه نائب المدين .

٢٤٥ - (ب) الموفي هو شخص له مصلحة في وفاء الالتزام :

علاوةً على المدين أو نائبه ، يجوز أن يقوم بوفاء الالتزام كل شخص له مصلحة في هذا الوفاء . ويعتبر ذو مصلحة في الوفاء المدين المرتبط مع غيره في التزام تضامني أو في التزام غير قابل للانقسام ، والكفيل الشخصي ، والكفيل العيني ، والحائز للعقار المرهون .

فكل واحد من هؤلاء مسؤول عن وفاء الالتزام ومجبر عليه إزاء الدائن إما لأنه ملتزم بالدين مع المدين كما في التضامن وإما لأنه ملتزم بالدين عن المدين كما في الكفالة .

وعليه فإن لكل منهم وفاء الالتزام وليس للدائن الامتناع عن قبول هذا الوفاء حتى ولو اعترض المدين على ذلك وبلغ اعتراضه إلى الدائن (١) .

(١) السنهاوري ، المرجع السابق الجزء الثالث، نبذة رقم ٣٧١ صفحة ٦٥٥ و ٦٥٦ .

ويجدر لفت النظر إلى أنه في الحالة التي يقوم أي من هؤلاء بوفاء الدين لالتزامه به مع المدين أو عنه ، يستطيع الموفي أن يرجع على المدين إما بدعوى شخصية ^(١) لاسترداد ما دفعه وفاء للدين، وإما بدعوى الحلول لأنه حلّ حلولا قانونياً محل الدائن في حقوقه وله بالتالي مطالبة المدين بهذه الحقوق نفسها (المادة ٢١٤) .

٢٤٦ - (ج) الموفي هو شخص اجنبي لا مصلحة له في الوفاء : يجوز أن يقوم بوفاء الدين شخص اجنبي عن المدين ولا مصلحة قانونية له في هذا الوفاء ، شرط أن لا يكون المدين ملزماً بوفاء الالتزام بنفسه بمقتضى العقد او بمقتضى طبيعة الالتزام ، إذ في هذه الحالة ، على ما مرّ معنا ، يتعين وفاء الالتزام على المدين بالذات ومن حق الدائن رفض أي وفاء يعرض عليه من غير المدين . وقد وجد المشرع أن ينبه إلى هذا الشرط عندما أجاز للغير أن ينفذ الالتزام عن المدين فنصّ في المادة ٢٣٧ على أنه « اذا لم يكن واجباً تنفيذ الالتزام من المدين شخصياً ، ساع أن ينفذ من الغير ولو برغم ارادة الدائن » .

فهكذا مثلاً يستطيع صديق المدين أو قريبه أن يتقدم في الوقت العصيب لدفع الدين عن المدين تفادياً لما عسى أن يتخذه الدائن بحقه من اجراءات قد تنال من سمعته المالية . فالدائن في مثل هذه الحالة

(١) قوام الدعوى الشخصية هنا إما الفضالة إذا كان الموفي قد قام بالوفاء بعلم المدين أو بغير علمه ولكن دون معارضته ، وإما الاثراء بلا سبب إذا كان الموفي قد وفى الدين رغم معارضة المدين .

لا يستطيع الامتناع عن قبول الوفاء إذ ما يهيمه هو استيفاء حقه استيفاء صحيحاً وسيان أن يستوفيه من مدينه نفسه أو من غير مدينه . وإذا ما امتنع ، جاز للغير اتباع اجراءات العرض الحقيقي والايداع ، لأن المشرع أجاز له أداء الالتزام عن المدين « ولو برغم ارادة الدائن » . وهذا الوفاء الذي يقوم به الغير لحساب المدين وبراء لدمته ، يبرئ طبعاً ذمة المدين (المادة ٢٣٧) .

على أن ثمة حالة يمتنع فيها على الغير وفاء الالتزام وهي الحالة التي يعارض فيها هذا الوفاء الدائن والمدين معاً . ففي هذه الحالة لا يسوغ للغير القيام بالوفاء ما دام الدائن والمدين اتفقا كلاهما على الممانعة في هذا الوفاء . وقد نصّ المشرع على ذلك في الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣٧ حيث قال « ولا يجوز أن ينفذ الالتزام من الغير برغم ارادة المدين والدائن معاً » .

ويلاحظ انه لا بد . حتى يمتنع على الغير وفاء الالتزام عن المدين . من اشتراك المدين والدائن معاً في الاعتراض على هذا الوفاء . ولا يكفي اعتراض أحدهما استقلالاً : فاذا اعترض المدين على الوفاء جاز للدائن رغم ذلك أن يقبله . وإذا اعترض الدائن وحده كان للغير أن يلزمه بقبوله ما دام المدين قابلاً وفاء الدين .

ومن حق الغير الذي قام بالوفاء أن يرجع على المدين بتقدير ما دفعه ما لم يكن قد قصد التبرع له به . ورجوع الغير على المدين يكون بدعوى شخصية يختلف قوامها بحسب الأحوال : فقد يكون قوامها

الوكالة إذا كان المدين قد أقرّ الوفاء وذلك استناداً الى القاعدة العامة القائلة « الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » ؛ وقد يكون قوامها الفضالة إذا كان الغير قد قام بالوفاء بدون علم المدين أو بعلمه ولكن دون معارضته ؛ وقد يكون قوامها الاثراء بلا سبب إذا كان الغير قد أوفى بالالتزام بالرغم من معارضة المدين .

ولا يكون للغير الذي وفي التزام المدين الحلول محل الدائن في حقوقه وبالتالي المطالبة بنفس هذه الحقوق الا عن طريق الحلول الاتفاقي بمقتضى اتفاق يجري فيما بين الموفي والدائن (المادة ٢١٢) او فيما بينه وبين المدين (المادة ٢١٣) .

٢٤٧ - ما يشترط في الموفي لصحة الوفاء : تشترط بعض التقنيات ليعتبر الوفاء صحيحاً أن يكون الموفي مالكاً للشيء الذي وفي به وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه ^(١) . وهذان الشرطان انما يتطلبان عندما يكون الوفاء متعلقاً بالتزام محله اعطاء شيء أي نقل ملكية شيء أو حق عيني عليه إلى الدائن ^(٢) كما في التزام بائع مثلاً بنقل ملكية المبيع الى المشتري في بيع واقع على شيء محدد بنوعه . حيث ملكية

(١) راجع بهذا الخصوص المادة ١٢٣٨ من القانون المدني الفرنسي ، والمادة

٣٢٥ من القانون المدني المصري والمادة ٣٢٤ من القانون المدني السوري .

(٢) راجع جوسران ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٨٤٢ صفحة ٤٥٥ - وكولان

وكايتان المرجع السابق . نبذة رقم ٢٨٣ صفحة ٢٧٦ - والسنهوري المرجع السابق

نبذة رقم ٣٦٥ صفحة ٦٤٧ .

هذا الشيء لا تنتقل بمجرد انعقاد البيع .

ورغم أن قانون الالتزامات والعقود المغربي قد سكت عن الموضوع . فإنه لا بد من تطلب هذين الشرطين لصحة الوفاء ، عندما يكون محل الالتزام الموفى به اعطاء شيء ، لأنهما من مقتضيات القواعد العامة ومن الواجب مراعاتهما دون حاجة إلى نص .

فلنوضح كلا من هذين الشرطين :

٢٤٨ - الشرط الأول : ملكية الموفى للشيء الموفى به : لا بد لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفاه وإلا لما تمكن من نقل ملكية هذا الشيء إلى الدائن ولما تحققت بالتالي الغاية المقصودة من الوفاء إذ يبقى الدائن عرضة لاستحقاق ما استوفاه من قبل المالك الحقيقي .

فالوفاء بشيء لا يملكه الموفى هو إذن وفاء قابل للإبطال ما لم يجزه مالك الشيء حيث بمقتضى الاجازة تنتقل ملكيته إلى الدائن انتقلا لا شائبة فيه ويغدو الوفاء صحيحاً وينقضي به الدين نهائياً .

والدائن هو الذي من حقه المطالبة بإبطال الوفاء بشيء لا يملكه الموفى لأن الإبطال مقرر في الأصل لمصلحته حتى يستطيع الحصول على وفاء جديد صحيح . ويبقى له هذا الحق حتى لو كان بميسوره دفع دعوى استحقاق المالك الحقيقي والاحتفاظ بما استوفاه عن طريق الادلاء بقاعدة «الحيازة في المنقول سند للملكية» إذا ما كان الشيء الموفى به منقولاً ، أو عن طريق التقادم المكسب إذا ما كان هذا الشيء

عقاراً : ذلك أن الدائن ليس مجبراً على التمسك بالحيازة او بالتقادم حتى يخلص له ملك الغير ، إذا كان ضميره يأبى عليه ذلك ، وله دوماً أن يرد الشيء الموفى به ويطلب بوفاء جديد يقع على شيء يملكه الموفى (١).

أما الموفى فإن بعض التشريعات ، كالقانون المدني الفرنسي ، قد سمحت له صراحةً بالمطالبة بإبطال الوفاء حتى يسترد الشيء الذي وفى به ليعيده إلى صاحبه ويقوم بوفاء جديد يقع على شيء آخر يملكه (الفقرة الثانية من المادة ١٢٣٨) . وجمهرة الفقه تؤيد هذا الاتجاه تأسيساً على أن المصلحة تقضي بفسح المجال للموفى بملك الغير أن يصحح الوفاء فيسترد الشيء الموفى به ليعيده إلى مالكه ويتجنب مطالبته به في المستقبل ، ويسلم الدائن ، قبل استرداد الشيء منه ، شيئاً معادلاً له تماماً . وليس في هذا التصحيح ما يضر بمصلحة الدائن أو ما يتنافى والعدالة ما دام أن استرداد الشيء من الدائن مرهون بتسليمه شيئاً آخر يعادله معادلة تامة (٢).

لهذه الاعتبارات اتجه الفقه في مصر وسورية إلى القول بمنح

(١) كولان وكايتان ، المرجع السابق نبذة رقم ٢٨٣ صفحة ٢٧٦ - السهوري
المرجع السابق نبذة رقم ٣٦٦ صفحة ٦٤٧ - ماجد الحلواني ، المرجع السابق
صفحة ٢٣ و ٢٤ .

(٢) جوسران . المرجع السابق نبذة رقم ٨٤٣ صفحة ٤٥٥ - وكولان
وكايتان ، المرجع السابق نبذة رقم ٢٨٣ صفحة ٢٧٦ .

الموفي حق التمسك بإبطال الوفاء الذي أجراه بشيء لا يملكه . رغم عدم وجود النص على ذلك ^(١) .

ونحن نويد هذا الاتجاه ولا سيما أن تمكين الموفي من تصحيح الوفاء يخدم مصلحة الدائن ويحسن وضعه من حيث أنه يبعد عنه خطر استحقاق الشيء من قبل مالكه الحقيقي ويجعله يملك تملكاً صحيحاً الشيء بالجديد الذي تسلمه بدل الشيء المسترد منه .

على أن إبطال الوفاء بطلب من الموفي وإلزام الدائن على رد الشيء الذي كان تسلمه لا يتصور إلا إذا كان هذا الشيء ما زال موجوداً في حوزة الدائن ومحتفظاً بذاتيته . أما إذا كان الدائن قد استهلك هذا الشيء أو كان خلطه بشيء جار بملكه وعلى نحو لا يمكن معه تمييزه ، وكان الدائن أقدم على ذلك عن حسن نية . فإنه يمتنع على الموفي المطالبة بإبطال الوفاء ومن حق الدائن الاحتفاظ بما استوفاه ^(٢) .

٢٤٩ - الشرط الثاني : اهلية الموفي للتصرف في الشيء الموفى به :
علاوة على اشتراط كون الموفي مالكاً للشيء الموفى به . يشترط

(١) السهوري ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٣٦٦ صفحة ٦٤٨ . وهامش

رقم ٢ صفحة ٦٤٨ - وماجد الحلواني ، المرجع السابق صفحة ٢٤ و ٢٥ .

(٢) راجع الفقرة الثانية من المادة ١٢٣٨ من القانون المدني الفرنسي - وكولان

وكايتان ، المرجع السابق : نبذة رقم ٢٨٣ صفحة ٢٧٦ - وجوسران ، المرجع

السابق نبذة رقم ٨٤٣ صفحة ٤٥٦ - والسهوري ، المرجع السابق ، نبذة رقم

٣٦٦ صفحة ٦٤٩ .

لصحة الوفاء أن يكون الموفي أهلاً للتصرف بهذا الشيء . فالوفاء ، كما سبق بيانه ، هو تصرف قانوني . والتصرف القانوني لا يكون صحيحاً منتجاً آثاره إلا إذا كان صادراً عن من هو أهل للتصرف . وعليه لا بد في الموفي أن يكون بالغاً سن الرشد وغير محجور عليه لجنون أو سفه . فان كان قاصراً أو ناقص الأهلية كان له أو لمثله الشرعي المطالبة بإبطال الوفاء .

وحق الإبطال هنا محصور طبعاً بالموفي القاصر أو ناقص الأهلية . أما الدائن فلا يجوز له التمسك بعدم أهلية الموفي لإبطال الوفاء . ثم إن حق القاصر أو ناقص الأهلية في إبطال التصرف منوط بوجود مصلحة له في هذا الإبطال وفي استرداد الشيء الموفي به ، كما لو عجل المدين الوفاء قبل حلول الأجل وأراد استرداد ما دفع لينتفع بفسحة الأجل ، أو كما لو كان ملزماً بإداء شيء من نوع متوسط في الجودة ووقع الوفاء بشيء من أحسن نوع حيث للموفي استرداد هذا الشيء ليفي بشيء من نوع أقل جودة . أو كما لو كان الالتزام تخييرياً وحصل الوفاء بأعلى الشئتين قيمة حيث للقاصر أو ناقص الأهلية استرداد ما وفى به ليفي مجدداً بالشيء الأقل قيمة .

أما إذا لم يلحق الوفاء بالقاصر أو ناقص الأهلية أي ضرر وانتفت بالتالي كل مصلحة له في الاسترداد فإن وفاءه يعتبر صحيحاً ولا يحق له المطالبة بإبطاله . وهذا ما قرره المشرع صراحةً في المادة ٢٤١ وبمقتضاها « الوفاء أو التنفيذ الذي يقوم على شيء مستحق ولا يضر

بناقص الأهلية الذي اجراه ينقضي به الدين ولا يسوغ الاسترداد ضد الدائن الذي قبضه » .

بقي أن نتساءل ما إذا كان الموفي غير المتمتع بأهلية التصرف يتمتع عليه أن يتمسك بإبطال الوفاء عند تحقق المصلحة له في هذا الإبطال . في الحالة التي يكون فيها الدائن الذي قبض الشيء الموفى به ، قد استهلك هذا الشيء عن حسن نية ، كما هو الحكم في حال الوفاء بشيء لا يملكه الموفي .

لو رجعنا الى القانون المدني الفرنسي لوجدنا المشرع ينص صراحة على المنع واضعاً على قدم المساواة الوفاء بشيء لا يملكه الموفي والوفاء بشيء ليس للموفي أهلية التصرف فيه من حيث زوال حق الموفي في إبطال الوفاء في الحالة التي يستهلك فيها الموفى له الشيء الموفى به عن حسن نية . فالفقرة الثانية من المادة ١٣٢٨ ورد فيها أن « الوفاء بمبلغ من النقود أو بشيء يستهلك بالاستعمال لا يسترد من الدائن إذا كان قد استهلكه بحسن نية ولو كان الوفاء بالشيء قد وقع من غير مالكه أو من شخص غير أهل للتصرف فيه » .

أما قانون الالتزامات والعقود المغربي فهو يقتصر ، شأنه في ذلك شأن التشريع المصري والتشريع السوري ^(١) ، على القول بأن وفاء

(١) تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ من القانون المدني المصري والفقرة الثانية من المادة ٣٢٤ من القانون المدني السوري على أن « الوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضي به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفي » .

ناقص الأهلية شيئاً مستحقاً ينقضي به الدين ويمتنع معه استرداد الشيء الموفى به من الدائن، فيما اذا كان هذا الوفاء لم يلحق ضرراً بالموفى (المادة ٢٤١). فمن هذا النص يتبين بوضوح انه لا يمتنع على ناقص الأهلية التمسك بابطال الوفاء الا في حالة واحدة هي الحالة التي لا يلحقه من الوفاء ضرر. أما اذا كان يصيبه ضرر من هذا الوفاء فله التذرع بالابطال دون ما قيد وحتى لو كان الدائن قد استهلك الشيء الموفى به بحسن نية.

وعليه فإن من حق الموفى ناقص الأهلية ، في ظل التشريع المغربي، كما هو الحال في التقنين المصري والتقنين السوري ^(١) ، أن يطالب بابطال الوفاء الذي ألحق به ضرراً سواء بقي الشيء الموفى به في حوزة الدائن أم كان قد استهلكه. وطبيعي ، في هذه الحالة الأخيرة ، أن ينحصر حق الموفى ناقص الأهلية في الزام الدائن بالتعويض عن الشيء الذي استهلكه على أن يفي له بالشيء الأقل قيمة فيستفيد من الفرق ما بين القيمتين .

الفرع الثاني

الموفى له

٢٥٠ - من يصلح لاتخاذ صفة الموفى له : الأصل في الموفى له أن يكون الدائن أو نائبه . وفي بعض الحالات وعلى وجه الاستثناء

(١) السنهاوري ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٣٦٧ صفحة ٦٥٢ .

يقع الوفاء صحيحاً ومبرئاً لذمة المدين رغم أن الموفى له هو شخص من الغير لا صفة له لاستيفاء الدين .

٢٥١ - (آ) الموفى له هو الدائن أو نائبه : ورد في المادة ٢٣٨ أنه « يجب أن يقع الوفاء للدائن نفسه أو لممثله المأذون له على وجه صحيح أو للشخص الذي يعينه الدائن لقبض الدين ... »

فالأصل إذن أن يقع الوفاء للدائن لأنه هو صاحب الحق وهو الذي يستطيع أن يبرئ ذمة المدين من الدين المترتب عليه . وعلى المحكمة . عندما يطالب شخص بدين يدعيه على آخر . أن تتحقق من صفة المدعي وكونه صاحب حق في استيفاء الدين وإلا كان حكمها مفتقراً إلى أساس قانوني . وقد ورد بهذا المعنى في قرار للمجلس الأعلى : « لا يصح الوفاء إلا إذا كان لرب الدين . ولهذا يجب على المحكمة أن تتحقق مما إذا كان المتوصل بالكراء قد تملك الخانوت في المدة التي قبض كراءها إن وقع نزاع بين الفريقين في هذه النقطة وإلا يكون حكمها غير مرتكز على أساس » (١) .

والدائن الذي نعينه هنا لا يتحتم أن يكون هو الدائن صاحب الحق يوم نشوء الالتزام ، بل الدائن الذي نقصده هو الدائن صاحب الحق وقت وقوع الوفاء : ذلك أن الحق قد ينتقل ، ما بين فترة نشوئه وفترة وفائه ، باحدى الطرق القانونية كالأرث أو الحوالة حيث

(١) المجلس الأعلى (الغرفة الأولى) الحكم عدد ١٤٣ تاريخ ٢١ فبراير

١٩٦٢ ، مجلة القضاء والقانون العدد رقم ٦٥ الى ٦٧ صفحة ٢٧٥ .

يصبح الورثة خلفاً عاماً للمورث والمحال له خلفاً خاصاً للمحيل ،
 وحيث يقع الوفاء صحيحاً اذا تم بين يدي خلف الدائن العام أو الخاص .
 وكما يصح الوفاء للدائن أو خلفه ، كذلك يصح لنائب الدائن
 لا فرق بين أن تكون هذه النيابة اتفاقية كما في الوكالة ، أو قانونية
 كما في حال الوصي أو الولي أو المقدم ، أو قضائية كما في حال وكيل
 التفليسة أو الحارس القضائي . وفي مختلف هذه الأحوال يجب أن
 يتثبت الموفي من صفة الموفى له ويستطيع أن يطالبه باقامة الدليل على
 هذه الصفة : فاذا ادعى أحد مثلاً أنه وكيل عن الدائن وطلب استيفاء
 الدين بهذه الصفة ، جاز للمدين أن يطلب منه ابراز السند الذي يثبت
 الوكالة .

واذا وفى المدين الدين لشخص لا ينوب عن الدائن نيابة صحيحة ،
 فان الوفاء يقع باطلاً ولا يبرئ ذمة المدين . وفي هذه الحالة يبقى
 للدائن الحق في مطالبة المدين بوفاء الدين ، ويكون طبعاً للمدين حق
 الرجوع على الموفى له الأول بدعوى استرداد غير المستحق .

وبغية تسهيل إقامة الدليل على صفة من يطالب باستيفاء الدين
 نيابةً عن المدين ، نصّ المشرع في المادة ٢٣٩ على أن « من قدم
 توصيلاً أو إبراء من الدائن أو سنداً يأذن له بقبض ما هو مستحق له
 افترض فيه أنه مأذون في استيفاء الالتزام ، ما لم يكن المدين في واقع
 الأمر قد علم أو كان عليه أن يعلم أن لا حقيقة لهذا الاذن » . وعليه
 إذا ما وجد في يد من يطالب بالدين توصيلاً أو إبراء من الدائن أو

تفويضاً خطياً منه بقبض الدين ، فإن ذلك يعتبر قرينةً على صفته لاستيفاء الدين ولا ضرورة لاثبات هذه الصفة بدليل آخر .

على أن هذه القرينة تنهدم ولا يعتد بالوفاء الذي يجريه المدين لمن يقدم له التوصيل أو الإبراء أو التفويض بالقبض ، إذا كان المدين يعلم أو كان عليه أن يعلم أن لا حقيقة للاذن الذي يستند اليه من بيده مثل هذا التوصيل أو الإبراء أو التفويض بالقبض ، كأن يكون الدائن ، بعد صدور هذه التصرفات ، رجع عنها وأحاط المدين علماً بذلك أو وجه اليه نهياً بأن لا يدفع الدين الا له شخصياً . فإذا كان المدين ، رغم علمه بعدم حقيقة الاذن كما في المثال الأول ، أو رغم أنه كان عليه أن يعلم بعدم حقيقته كما في المثال الثاني ، قد أقدم على وفاء الدين لمن ابرز له التوصيل أو الإبراء أو التفويض بالقبض ، فانه يعتبر قد وفى الدين لمن ليست له صفة لاستيفائه ، فلا تبرأ ذمته ويبقى للدائن أو لمن ينوب عنه نيابةً صحيحة أن يطالب باستيفاء الدين .

٢٥٢ - (ب) الموفى له هو شخص من الغير : الأصل كما قدمنا أن كل وفاء لغير الدائن أو من ينوب عنه نيابةً صحيحة يقع باطلاً ولا يبرئ ذمة المدين الذي يبقى ملتزماً بالوفاء ثانيةً لصاحب الحق . على أن الوفاء لغير الدائن أو نائبه يكون صحيحاً في بعض الحالات على وجه الاستثناء . وقد ورد النص على هذه الحالات في المادتين ٢٣٨ و ٢٤٠ .

فالمادة ٢٣٨ جاء فيها أن « الوفاء لمن ليست له صلاحية استيفاء

الدين لا يبري ذمة المدين إلا :

١ - إذا اقره الدائن ولو ضمناً أو استفاد منه .

٢ - إذا أذنت به المحكمة .

وبمقتضى المادة ٢٤٠ « يكون صحيحاً الوفاء الحاصل بحسن نية لمن يحوز الحق ، كالوارث الظاهر ولو استحق منه فيما بعد » .

ففي ضوء هذه النصوص يتبين أن الوفاء لشخص لا صفة له في استيفاء الدين يكون صحيحاً في إحدى الحالات الأربع التالية :

الحالة الأولى : إذا أقرّ الدائن الوفاء .

الحالة الثانية : إذا استفاد الدائن منه .

الحالة الثالثة : إذا أذنت به المحكمة .

الحالة الرابعة : إذا وقع لدائن ظاهر .

٢٥٣ - الحالة الأولى : إقرار الدائن الوفاء : قد يوفي المدين

الدين لو قيل انتهت وكالته أو تجاوز حدودها أو عزل عن الوكالة ؛ أو قد يوفيه لشخص يدعي أنه مأذون بالقبض مع أنه ليس كذلك في الواقع . ففي مختلف هذه الفرضيات وما شابهها يعتبر الوفاء باطلاً ولا يبري ذمة المدين . ومع ذلك إذا أقرّ الدائن الوفاء أصبح صحيحاً لأن هذا الإقرار من شأنه أن يقلب الموفى له من فضولي إلى وكيل عملاً بالقاعدة الكلية القائلة « الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » .

وللإقرار هنا أثر رجعي بمعنى أن الوفاء يعتبر صحيحاً لا من وقت صدور الإقرار ، بل من وقت وقوع الوفاء . ولما كان هذا الإقرار

تصرفاً قانونياً ، فإن على ذي المصلحة أي على المدين أو بصورة أعم على الموفي أن يثبت هذا التصرف وفقاً لقواعد الاثبات العامة .

٢٥٤ - الحالة الثانية: استفادة الدائن من الوفاء : إذا وفى المدين

الدين لغير الدائن وعاد هذا الوفاء بمنفعة على الدائن فان الوفاء يعتبر صحيحاً ومبرئاً لذمة المدين بقدر المنفعة التي عادت عليه . فهكذا مثلاً لو أن الغير الموفي له بكل الدين قد ادّى مجموع ما استوفاه الى الدائن الحقيقي أو ادّى اليه جزءاً مما استوفاه فإن الدائن يكون قبض حقه كاملاً في الفرضية الأولى وبرئت ذمة المدين تجاهه براءة تامة ، أو يكون قبض جزءاً من حقه في الفرضية الثانية وبرئت ذمة المدين ازاءه في حدود الجزء الذي قبضه وامتنع على الدائن الرجوع على المدين الا بباقي الدين . وهكذا ايضاً لو كان زيد مثلاً دائناً لبكر بمبلغ الف درهم وحلّ أجل هذا الدين وقبض زيد من سعد بوصفه مديناً لبكر مبلغ الف درهم استيفاء لدينه ، فإن ذمة سعد تبرأ تجاه دائئه بكر في حدود مبلغ الألف درهم التي أداها الى زيد تأسيساً على أن وفاء سعد هذا المبلغ إلى زيد قد عاد بالمنفعة على بكر من حيث أنه قضى الدين الذي كان مترتباً عليه ازاء دائئه زيد فيجب بالتالي الاعتداد بمثل هذا الوفاء واعتباره مبرئاً للذمة .

٢٥٥ - الحالة الثالثة: الوفاء بإذن من المحكمة: قد تأذن المحكمة

للمدين بأن يقوم بوفاء دينه لغير الدائن . فمثل هذا الوفاء يعتبر صحيحاً ومبرئاً للذمة . والمثال التقليدي على هذه الحالة وفاء

المدين الدين لدائن او دائني دائنه بناء على قرار من القضاء يصدر إثر اجراءات الحجز لدى الغير . فكل دائن يستطيع أن يحجز ما لمدينه لدى الغير إما بناء على سند تنفيذي وإما بناء على إذن من القاضي يمنح استناداً إلى طلب خطي مع الرجوع الى هذا القاضي إذا وجدت صعوبة (المادة ٣٢٠ من قانون المسطرة المدنية) . ومذ أن يبلغ الغير هذا الحجز يمتنع عليه أن يوفي بدينه إلى دائنه تحت طائلة بطلان الوفاء^(١) (المادة ٣٢٣) وهو يبرئ ذمته بادائه مباشرة، الى موقعي الحجز المقررة صحتها، مبالغ ديونهم بما فيها رأس المال والتوابع التي تقررها المحكمة وذلك فيما اذا كان المبلغ المترتب في ذمته للمحجوز عليه كافياً لتسديد هذه الديون ؛ أما اذا لم يكن المبلغ كافياً فان المحجوز عليه تبرأ ذمته بايداعه هذا المبلغ في كتابة ضبط المحكمة حيث يوزع على الدائنين الحاجزين بالمحاصة (المادة ٣٢٧) .

٢٥٦ - الحالة الرابعة : الوفاء لدائن ظاهر : اذا وفي المدين الدين عن حسن نية لدائن ظاهر وجب الاعتداد بوفائه وترتب اعتبار ذمته بريئة تجاه الدائن الحقيقي من الدين الذي وفاه للدائن الظاهر . ويقصد بالدائن الظاهر الدائن الذي لا يملك الدين حقيقة ولكن يحوز هذا الدين ظاهراً بحيث يظنه الناس جميعاً انه هو الدائن الحقيقي . فتحقق صفة الدائن الظاهر منوط إذن في قيام وضع ظاهر تطمأن اليه

(١) هذا باستثناء الجزء غير القابل للحجز من أجر أو راتب الذي يبقى من حق المدين المحجوز عليه استيفاؤه من الغير المحجوز لديه رغم الحجز .

النفوس ويولد الاعتقاد لدى الكافة أن صاحب هذا المظهر هو الدائن الحقيقي^(١). ومثال الدائن الظاهر الوارث الذي يستولي على التركة بوصفه صاحب الحق فيها ويقبض ديون المورث ثم يتبين بعد ذلك انه ليس بوارث لوجود وريث آخر يحجبه ؛ أو الموصى له الذي يقبض المال الموصى به بموجب وصية يتقرر فيما بعد بطلانها أو ابطالها ؛ أو المحال له الذي يقبض الدين المحال به ثم يتبين أن حوالته كانت باطلة .

فالوفاء الذي يقوم به المدين لأي دائن ظاهر من هؤلاء الدائنين يعتبر وفاء صحيحاً شريطة أن يكون الموفي حسن النية أي أن يعتقد عند الوفاء أنه يؤدي الدين الى صاحبه الحقيقي وانه إنما يؤديه على هذا الاعتبار . أما اذا كان الموفي سيء النية كأن يعلم بوجود الوريث الحقيقي أو ببطالان الوصية أو الحوالة فان وفاءه الدين للدائن الظاهر لا يبري ذمته تجاه الدائن الحقيقي .

ولا يتطلب لصحة الوفاء للدائن الظاهر توافر حسن النية لدى هذا الدائن . فالوفاء يبقى صحيحاً حتى لو كان الدائن الظاهر سيء النية أي عالماً حقيقة أمره : ذلك أن الحماية التي اقراها القانون ليست

(١) جوسران ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٨٥٠ صفحة ٤٥٨ ؛ وكولان وكابيتان ، المرجع السابق نبذة رقم ٢٨٤ صفحة ٢٧٨ ؛ والسنهوري ، المرجع السابق نبذة رقم ٤٢٤ صفحة ٧٢٠ و ٧٢٢ ؛ وماجد الحلواني ، المرجع السابق ، صفحة ٣١ ؛ و خليل جريج ، المرجع السابق صفحة ٢٠١ و ٢٠٢ .

متجهة الى الدائن الظاهر بل الى المدين الذي وفاه الدين عن حسن نية. وطبيعي أن للدائن الحقيقي ، في حالة الوفاء للدائن الظاهر ، أن يرجع على هذا الدائن بدعوى الاثراء بلا سبب لاسترداد ما استوفاه دون حق اذا كان حسن النية وقت استيفاء الدين ، كما له أن يرجع عليه بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية إذا كان الدائن الظاهر سيء النية بأن كان يعلم الا حق له فيما استوفاه .

٢٥٧ - ما يشترط في الموفي له لصحة الوفاء : يشترط ، حتى يعتبر الوفاء صحيحاً ، أن يكون الموفي له أهلاً لاستيفاء الدين : ذلك أن الوفاء يعتبر بالنسبة اليه تصرفاً في الدين ، فلا بد إذن أن يكون أهلاً للقيام بهذا التصرف ، أي أن يكون راشداً غير محجور عليه . أما إذا كان الدائن قاصراً أو ناقص أهلية فلا يجوز الوفاء إلا لنائبه الشرعي من ولي أو وصي أو مقدم . وعليه اذا تم الوفاء للقاصر أو ناقص الأهلية شخصياً ، فانه يقع وفاء قابلاً للابطال . وهذا الابطال مقرر طبعاً لمصلحة الموفي اليه القاصر أو ناقص الأهلية وحده دون الموفي الذي ليس له أن يتمسك بالابطال لاسترداد ما دفع .

على أن الوفاء لمن لا يتمتع بأهلية استيفاء الدين يصبح وفاء صحيحاً إذا عاد عليه بالمنفعة حيث تبرأ ذمة الموفي بقدر هذه المنفعة . وقد ورد بهذا المعنى في المادة ٢٤١ أن « الوفاء الحاصل لناقص الأهلية يكون صحيحاً إذا اثبت المدين أنه استفاد منه على معنى المادة (٩) » . ومن الرجوع الى المادة (٩) هذه المحال عليها « يكون هناك نفع إذا

انفق ناقص الأهلية الشيء الذي تسلمه في المصروفات الضرورية أو النافعة أو إذا كان هذا الشيء لا زال موجوداً في حاله » .

وتجدر الملاحظة إلى أن مشروع القانون المدني المصري كان يشتمل على نص مماثل لنص المادة ٢٤١^(١). إلا أن هذا النص قد حذف في لجنة المراجعة لأن حكمه « حكم تفصيلي يكفي فيه تطبيق القواعد العامة »^(٢).

ويتضح من نص المادة ٢٤١ أن الموفي هو المكلف باثبات المنفعة التي عادت على الدائن ناقص الأهلية . وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق القانونية بما فيها الشهادة والقرائن لأن حصول المنفعة من الوقائع المادية التي يجوز اثباتها بجميع وسائل الاثبات . فإذا اثبت الموفي أن المنفعة التي جناها الموفي إليه ناقص الأهلية تساوي ما كان استوفاه أو تزيد عن ذلك . كأن يكون اشترى ناقص الأهلية بالدين الذي قبضه عقاراً تفيض قيمته على هذا الدين ، برئت ذمة الموفي براءة كاملة : وإذا اثبت أن المنفعة هي أقل قدرأ مما استوفاه كأن تكون قيمة العقار الذي اشتراه ناقص الأهلية بالدين الذي تسلمه أدنى من

(١) كانت المادة ٤٦٨ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تنص على أنه « إذا كان الدائن غير أهل لاستيفاء الدين فلا يصح الوفاء له ، إلا إذا أجاز هذا الوفاء بعد أن يصبح أهلاً لاستيفاء الدين . على أنه إذا أصاب الدائن منفعة من الوفاء ، كان هذا الوفاء صحيحاً بقدر هذه المنفعة » .

(٢) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء ٣ صفحة ١٩٢ .

هذا الدين فان ذمة الموفي لا تبرأ إلا في حدود قيمة هذا العقار .
 أما اذا لم تحصل للدائن ناقص الأهلية منفعة ما من الوفاء كأن
 يكون بدد ما استوفاه في العبث واللهو أو انفقته في غير ما يفيد ، فإن
 الوفاء لا يصح وتبقى ذمة الموفي مشغولة بالدين .

ولا بد من لفت النظر إلى أنه لا يشترط استمرار المنفعة التي
 جناها القاصر أو ناقص الأهلية من الدين الذي استوفاه . بل يكفي أن
 تكون حصلت له فعلاً فيعتد بها ولو أنها زالت فيما بعد . فلو أن
 العقار الذي اشتراه ناقص الأهلية قد هلك مثلاً لسبب أجنبي لا يد
 له فيه . فإن براءة ذمة الموفي بقدر المنفعة التي كانت اصابته الدائن
 ناقص الأهلية من الوفاء لا تتأثر بهذا العارض بل تبقى قائمة رغم زوال
 المنفعة (١) .

(١) السنهاوري ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٤١٤ صفحة ٧١٣ والمرجع المشار

اليها في الهامش رقم ٢ في الصفحة المذكورة .

الفصل الثالث

محل الوفاء

٢٥٨ - المواضيع التي تتصل بمحل الوفاء : الوفاء ، على ما سبق بيانه ، هو قيام المدين بتنفيذ الالتزام الذي رتبته على نفسه وذلك عن طريق أداء محل هذا الالتزام (المادة ٣٢٠) . وحتى يكون الوفاء صحيحاً مبرئاً للذمة ، يجب أن يتم بذات الشيء المستحق دون غيره ، وان يتناول هذا الشيء كاملاً دون تجزئة . وقد ترتب أحياناً على المدين ديون متعددة من نوع واحد ، وغالباً ما تكون هذه الديون مبالغ من النقود ، ويحصل أن ما يؤديه المدين لدائنه لا يكفي للوفاء بالديون جميعاً الأمر الذي يتطلب تحديد أي من الديون المذكورة قد انقضى واي بقي في ذمة المدين وهو ما يسمى اصطلاحاً بتعيين جهة الوفاء في حالة تعدد الديون (imputation de paiement) .

فالمواضيع التي تتصل بمحل الوفاء هي إذن ثلاثة :

اولاً : وجوب أداء ذات الشيء المستحق .

ثانياً : وجوب أداء هذا الشيء كاملاً دون تجزئة .

ثالثاً : تعيين جهة الوفاء في حالة تعدد الديون .
وسنفرد فرعاً خاصاً لكل من هذه المواضع .

الفرع الأول

وجوب أداء ذات الشيء المستحق

٢٥٩ - التمييز بين عدة فرضيات : قد يكون الشيء المستحق شيئاً معيناً بذاته ؛ وقد يكون شيئاً معيناً بنوعه ؛ وقد يكون مبلغاً من النقود ؛ وقد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل .
فلنعرض لكل من هذه الفرضيات .

٢٦٠ - الشيء المستحق هو شيء معين بذاته : (أ) اذا كان الشيء المستحق شيئاً معيناً بذاته كالعقار المحدود والموصوف في الرسم العقاري رقم ١٠ في منطقة أكداال في الرباط ، أو السيارة من نوع فيات عام ١٩٦٨ ذات اللوحة السياحية رقم ٥٦٧٠ ، فالوفاء ، حتى يكون مبرئاً لذمة المدين . يجب أن يقع على هذا العقار أو هذه السيارة بالذات : فلا المدين يمكنه إلزام الدائن على قبول شيء آخر ولو من قيمة متساوية أو من قيمة أعلى ، ولا الدائن يمكنه إلزام المدين على الوفاء بغير الشيء المترتب عليه ولو من قيمة أدنى . وهذا ما ورد عليه النص في المادة ٢٤٢ إذ قالت « لا تبرأ ذمة المدين الا بتسليم ما ورد في الالتزام قدرأ وصنفأ . ولا يحق له أن يجبر الدائن على قبول شيء آخر غير المستحق له ... »

وبدهي أن للدائن والمدين الاتفاق على أن يقع الوفاء بشيء غير الشيء الذي ذكر في الالتزام. ولكن عندها نخرج عن إطار الوفاء العادي وندخل ضمن نطاق ما يسمى الوفاء بمقابل وهو غير الوفاء كما سرى (١).

(ب) والشيء الموفى به يجب أن يسلم مبدئياً في الحالة التي كان عليها وقت نشوء الالتزام. لذا يتعين على المدين أن يحافظ على هذا الشيء حتى التسليم ويبذل في سبيل ذلك عناية الرجل المعتاد. فإذا قام بالتزامه هذا لا يكون مسؤولاً عن أي عيب يصيب الشيء بسبب أجنبي لا يد له فيه، بل إن تبعة ذلك تقع على الدائن، وللمدين أن يرى ذمته بتسليمه الشيء بالحالة المتعينة التي هو عليها وقت التسليم. أما إذا كان العيب الذي لحق بالشيء يرجع إلى خطأ المدين أو إهماله أو إذا كان المدين في حالة مطل وقت حصول العيب فإن مسؤولية هذا العيب تقع عليه، هو المدين، ويلتزم بالتعويض على الدائن عن الأضرار اللاحقة به وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية. وهذا ما قرره المشرع في المادة ٢٤٥ وبمقتضاها: « تبرأ ذمة المدين بشيء معين بذاته بتسليمه في الحالة التي كان عليها وقت العقد؛ ومع ذلك يكون مسؤولاً عن العيوب التي تحصل منذ هذا التاريخ: (١) إذا نشأ العيب عن فعل أو خطأ يتحمل مسؤوليته وفقاً للأحكام المقررة في الجرائم وشبه الجرائم؛ (٢) إذا كان في حالة مطل وقت

(١) راجع الفصل الأول من الباب الثاني أدناه.

حصول العيب » .

٢٦١ - الشيء المستحق هو شيء معين بنوعه : (أ) قد يكون الشيء المستحق معيناً بنوعه ليس إلا كمائة كيلو من الشاي أو الف لتر من الزيت أو خمسمائة طن من القمح . فعندها لا يجبر المدين على تسليم هذا الشيء من أجود نوع كما لا يحق له أن يسلمه من أدنى نوع ، بل إنما يتم وفاء الالتزام بتسليم شيء من النوع الوسط . وقد ورد بهذا المعنى في المادة ٢٤٤ « إذا لم يعين الشيء إلا بنوعه لم يكن المدين ملزماً بأن يعطي ذلك الشيء من أحسن نوع ، كما لا يمكنه أن يعطيه من أردئه » .

(ب) أما إذا كان الشيء المستحق معيناً بنوعه وصنفه كمائة كيلو من الشاي من النخب الأول أو الف لتر من زيت الزيتون من الدرجة الممتازة ، فإن المدين لا تبرأ ذمته إلا إذا سلم الشيء وفق ما هو متفق عليه من حيث المقدار والنوع والصنف دون ما نظر إلى ما يمكن أن يطرأ على الأسعار من تقلبات . وهذا ما أكدته المشرع في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ حيث قال : « إذا كان محل الالتزام أشياء مثلية لا يكون المدين ملتزماً إلا بنفس المقدار والصنف والنوع المبينة في الالتزام كيفما كانت الزيادة أو النقص في القيمة » .

على أن الشيء المعين بنوعه وصنفه قد يصبح غير موجود عند حلول الأجل . ففي هذه الحالة أعطى المشرع الخيار للدائن « بين أن ينتظر حتى يوجد وبين أن يفسخ الالتزام وأن يسترد ما سبق له

دفعه بسبب العقد » (الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦) .

٢٦٢ - الشيء المستحق هو مبلغ من النقود: (أ) عندما يكون الشيء المستحق نقوداً ، المبدأ هو انه يجب على المدين ، ليريئ ذمته أن يوفي دينه بتسليم النقد المشروط في العقد ؛ وليس له الوفاء ، دون رضا الدائن ، بشيء غير النقود أو بنقد غير النقد المشروط ^(١) . فالنقود هي أشياء مثلية وينطبق عليها نص المادة ٢٤٦ وبمقتضاها إذا كان محل الالتزام شيئاً مثلياً ، التزم المدين بأن يسلم هذا الشيء كما هو مبين في الالتزام من حيث المقدار والصنف والنوع دون ما نظر الى تقلبات الاسعار زيادة أو نقصاناً . فالمدين إذن هو الذي يتحمل مخاطر ارتفاع سعر النقد المعين للوفاء كما هو الذي يستفيد من انخفاض هذا السعر .

(ب) وليس للمدين أن يلزم الدائن على استيفاء دينه شكاً يحرره على مصرف أو كميالة يسحبها على مدين له أو حوالة بريدية . وإذا ما قبل الدائن تسلم الشك أو الكميالة أو الحوالة البريدية ، فإن الدين لا ينقضي بمجرد هذا التسلم بل إن المدين لا تبرأ ذمته إلا باستيفاء الدائن فعلاً قيمة الشك أو الكميالة أو الحوالة البريدية ^(٢) .

(١) هذا باستثناء الحالة التي يتقرر فيها للنقد « التعامل الاجباري » (cours forcé) كما سنبينه ادناه .

(٢) جوسران ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٨٥٢ صفحة ٤٥٩ - وكولان وكابيتان ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٢٩٦ مكرر صفحة ٢٨٥ - السنهوري ، =

(ج) وفي الماضي كان التعامل الشائع هو التعامل بالنقود المعدنية وحدها. أما في العالم الحديث فقد حلّ محلّ التعامل بالنقود المعدنية أو قام إلى جانبه التعامل بالنقد الورقي الذي يتخذ شكل أوراق مصرفية يصدرها بنك الإصدار في الدولة ولها قوة إبراء عامة بحيث يلزم المواطنون على قبولها في الوفاء على أساس امكانية إبدالها في كل وقت نقوداً أو سبائك ذهبية لدى بنك الإصدار الذي يلزم بتوفير تغطية ذهبية أو بالعملات الأجنبية القوية قبل إصدار العملة الورقية. وبهذه الصورة يكون للنقد الورقي المتداول « تعامل قانوني » أو « سعر قانوني » (cours légal) بمعنى أن له بحكم القانون قيمة النقد المعدني الذي قام النقد الورقي إلى جانبه أو حلّ محله .

وبدهي أن لا ضير على المدين في استيفاء دينه نقداً ورقياً ما دام التعادل قائماً بين النقدين الورقي والمعدني وما دام باستطاعة المدين أن يستبدل الذهب بهذا النقد الورقي في أي وقت شاء .

(د) على أن المسألة تتخذ وجهاً آخر عندما تقرر الدولة تخفيض قيمة نقدها ، كما حصل مؤخراً في فرنسا إذ خفضت قيمة الفرنك

= المرجع السابق، هامش رقم ٣ صفحة ٧٥٥ - و خليل جريج ، المرجع السابق ،
 صفحة ٢١٢ و ٢١٣ - وماجد الحلواني ؛ المرجع السابق صفحة ٦٠ - محكمة
 النقض الفرنسية قرار ١٧ ديسمبر ١٩٢٤ ، سيريه ١٩٢٥-١-١٩ ؛ وقرار ١٦
 ديسمبر ١٩٣١ ، دالوز ١٩٣٢-١-٣٨ ؛ وقرار ٢١ مارس ١٩٣٢ ، دالوز الاسبوعي
 ١٩٣٢-٢١٧ .

من ١٨٠ غرام من الذهب للفرنك الواحد الى ١٦٠ غرام . ففي مثل هذه الحالة من الواضح أن العملة الورقية ، بعد التخفيض ، تعطي من الذهب أقل مما كانت تعطيه قبل التخفيض الأمر الذي يلحق ضرراً بالدائن إذا ما بادر المدين الى دفع دينه بالنقد الورقي الجديد .

فاتقاء لمثل هذا الضرر قد يشترط الدائن على مدينه أن يكون وفاء الدين بالذهب (clause or) أو بما يعادل الذهب (clause valeur or) . فهل هذا الشرط صحيح وملزم للمدين ؟

من رأي بعض الفقهاء أن التعامل القانوني المقرر للنقد الورقي له مساس بالنظام العام بحيث يستطيع المدين ، رغم شرط الوفاء بالذهب أو بما يعادل الذهب ، أن يدفع دينه بالنقد الورقي ذي التعامل القانوني (١) . ولكن الرأي الراجح يعتبر أن تقرير التعامل القانوني للنقد الورقي يقصد به تسهيل تداول النقد واعطاؤه الصفة الرسمية ولا مساس له بالنظام الاقتصادي أو المالي للدولة . وعليه ليس ما يمنع الدائن اشتراطه على المدين وفاء دينه بالنقد المعدني دون سواه (٢) .

ونحن نعتقد أن هذا الرأي الأخير هو الرأي الصواب . وهو الذي

(١) من هذا الرأي بلانيول وريبير ، الوسيط في القانون المدني ، الطبعة الحادية عشرة ، الجزء ٢ نبذة رقم ٤٢٣ مكرر - والسنهوري ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٤٤٧ صفحة ٧٥٦ و ٧٥٧ .

(٢) من هذا الرأي ، جوسران ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٨٥٦ صفحة ٤٦١ - وماجد الحلواني ، المرجع السابق ، صفحة ٦٤ .

يبدو لنا أن المشرع المغربي قد تبناه عندما نصّ في المادة ٢٤٦ على أنه « إذا كان اسم العملة الواردة في الالتزام يسري على نقود عديدة متداولة قانوناً ولكنها مختلفة القيمة ، كان للمدين ، عند الشك ، أن يبري ذمته بالدفع بالنقود الأقل قيمة » .

ففي ضوء هذا النص ، عند تدني قيمة النقد الورقي عن قيمة النقد المعدني ، لئن كان باستطاعة المدين أن يبري ذمته بإداء دينه نقداً ورقياً عند وجود الشك ، فإنه لا يستطيع ذلك عندما يوجد في العقد ما يلزم المدين على وفاء دينه نقداً معدنياً أي عندما يتضمن العقد شرط الوفاء بالذهب أو بما يعادل الذهب حيث يمتنع على المدين ، في هذه الحالة ، أداء دينه نقداً ورقياً ويكون من حق الدائن الإصرار على استيفاء دينه ذهباً .

(هـ) على أن الدولة لا تقتصر في بعض الظروف السياسية أو الأزمات الاقتصادية على إعطاء النقد الورقي تعاملًا أو سعراً قانونياً (cours légal) ، بل هي تعتبر أن لهذا النقد « تعاملًا إلزامياً » أو « سعراً إجبارياً » (cours forcé) بمعنى أنها تفرض التعامل بالنقد الورقي دون أن يكون لحامله الحق بإبداله نقداً معدنياً : ذلك أن الدولة عندما تعتمد إلى إعطاء النقد الورقي تعاملًا إلزامياً ، تسمح لبنك الإصدار بإصدار أوراق مصرفية دون تغطية أي دون أن يكون ملزماً بتوفير النقد الذهبي اللازم لإبدالها لدى الطلب . وهذا يسبب بالطبع تضخماً نقدياً ويستتبع بالضرورة تدنياً في قيمة النقد الورقي

وهبوطاً في قيمته الشرائية .

فهل اشتراط الدائن على مدينه وفاء الدين بالذهب او بما يعادل الذهب يبقى ملزماً للمدين حتى عندما يكون للنقد تعاملًا الزامياً أو سعراً إجبارياً .

هذا السؤال ظل زمناً طويلاً وما زال مدار جدل . والرأي الراجح الذي يكاد يكون قد استقر نهائياً في الفقه والاجتهاد يقوم على التمييز بين العقود الداخلية والعقود الدولية .

(١) ففي العقود الداخلية يجب القول ببطان شرط الدفع بالذهب أو بما يعادل الذهب تأسيساً على أن فرض التعامل الاجباري علاوة على التعامل القانوني يعني الزام الافراد على قبول النقد الورقي دون إمكانية استبداله بالنقد المعدني ويهدف حماية مصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد في البلاد مما يجب معه اعتبار النصوص التي فرضت هذا التعامل الاجباري نصوصاً لها مساس بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها (١) .

وإذا كان تبين أن اشتراط الدائن على مدينه وجوب الوفاء بالذهب أو بما يعادل الذهب كان هو الباعث الرئيسي الذي دفع الى التعاقد فإن بطلان هذا الشرط يؤدي إلى بطلان العقد كله . أما اذا لم يتبين ذلك فان البطلان يقتصر على الشرط وحده دون العقد الذي يبقى قائماً مجرداً من الشرط وبالتالي مسوغاً للمدين الوفاء بالتزامه بالنقد الورقي (٢) . وكل ذلك طبعاً ما لم يوجد نص قانوني يمنع التعامل

(١) و (٢) جوسران ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٨٥٨ صفحة ٤٦٢ و ٤٦٣ =

بالذهب (١) حيث كل عقد يتضمن اشتراط الوفاء بالذهب او بما يعادل الذهب يعتبر باطلا بقوة القانون حتى لو لم يكن هذا الاشتراط هو الباعث الرئيسي على التعاقد.

(٢) أما في العقود الدولية فإن شرط الوفاء بالذهب أو بما يعادل الذهب هو شرط صحيح وملزم تأسيساً على أن سلطان النصوص التي فرضت التعامل الاجباري لا يمتد خارج حدود الدولة التي أصدرت هذه النصوص ، هذا ما لم يعتمد المشرع الى إصدار تشريع خاص يحرم التعامل بالذهب عموماً^(٢) حيث يبطل شرط الوفاء بالذهب او

= كولان وكابيثان ، المرجع السابق نبذة رقم ٢٥٩ صفحة ٢٨٣ و ٢٨٤ - خليل جريج ، المرجع السابق صفحة ٢١٢ - والسنهوري ، المرجع السابق نبذة رقم ٤٤٧ ٧٥٥ - وماجد الحلواني صفحة ٦٧ وما يليها . ومحكمة النقض الفرنسية قرار ١١ فبراير ١٨٧٣ دالوز ١٨٧٨-١-١٧٧ - وقرار ١٧ مايو ١٩٢٧ دالوز الاسبوعي ١٩٢٨-١-٢٥ ؛ ومحكمة استئناف باريس ، قرار ١٦ ابريل ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٦-١٠٥-٢ .

(١) من الامثلة على مثل هذه النصوص المادة الأولى من القرار ١٨ ل.ر. الصادر بتاريخ ٢٦-١-٩٤٠ في سورية ولبنان وبمقتضاها : « يمنع تحرير التعهدات المدنية أو التجارية مهما كان نوعها بعملة من الذهب أو بوزن من الذهب وبمبلغ من العملة القانونية بمثل ما يقابله من العملة الذهب أو وزن الذهب . وكل عقد خولف فيه هذا المنع يكون لاغياً .. » .

(٢) مثال ذلك النص الوارد في القرار ١٨ ل.ر. تاريخ ٢٦-١-٩٤٠ المذكور=

بما يعادل الذهب في سائر انواع العقود الداخلية منها والخارجية أو يقتصر على إصدار تشريع يقرر فيه بطلان هذا الشرط في العقود الدولية (١) اكتفاء منه بالنسبة للعقود الداخلية بما هو مستقر عليه الأمر من حيث بطلان الشرط في هذه العقود .

(٣) ويجب التمييز بين شروط الدفع بالذهب أو بما يعادل الذهب وهي شروط باطلة في المعاملات الداخلية وبين شروط الوفاء ببضاعة معينة (*clauses de paiement en marchandises*) كما في التزام مستأجر أرض زراعية بوفاء الأجرة كمية من الحبوب أو الغلال أو شروط الوفاء بقدر من النقد يمثل كمية من بضاعة معينة (*clauses de paiement valeur marchandise*) كما في التزام مستأجر أرض زراعية بدفع مبلغ من النقد يوازي سعر كمية من الحبوب أو الغلال . فشرط الوفاء ببضاعة معينة أو بقدر من النقد يوازي كمية من بضاعة معينة هو شرط ذات صبغة اقتصادية يعتبر الدائن فيه مضارباً بالسلعة، فيتحمل خسارتها أو يجني ربحها تبعاً لتقلبات الأسعار وتبدل الظروف الاقتصادية . وعلى هذا لا ينظر الى مثل هذا الشرط على أنه تهرب

= في الهامش رقم ١ في الصفحة ٣٣٩ أعلاه .

(١) مثال ذلك المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ في مصر وبمقتضاه « تبطل شروط الدفع ذهباً في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية ، والتي تكون قد قومت بالجنهيات المصرية أو الاسترلينية أو بنقد اجنبي آخر كان متداولاً في مصر (الفرنك والجنه التركي) ولا يترتب عليها أي أثر » .

من العامل الاجباري وهو بالتالي شرط صحيح وملزم^(١). هذا ما لم يتبين أن المتعاقدين قد قصدا من استعمالهما هذا الشرط الاحتيال على القانون وإلزام المدين على وفاء دينه ذهباً رغم التعامل الاجباري حيث يقع الشرط باطلا.

٢٦٣ - الشيء المستحق هو عمل او امتناع عن عمل: (آ) إذا كان محل الالتزام عملاً فإن مداه وكيفية الوفاء به يتحددان بحسب نوعه: فالالتزام بعمل قد يكون محله بذل عناية أو انجاز عمل معين أو تسليم شيء.

فإذا كان محل الالتزام بذل عناية، كما في التزام الوديع بالمحافظة على الوديعة، فإن المدين يعتبر قد وفى التزامه إذا بذل من العناية ما يبذله الشخص العادي.

وإذا كان محل الالتزام انجاز عمل معين، كالتزام مهندس بتنظيم مخطط بناء فإن وفاء المدين بالتزامه يكون بانجاز المخطط المطلوب. وإذا كان محل الالتزام تسليم شيء، كالتزام البائع بنقل حيازة المبيع الى المشتري فإن البائع يعتبر قد وفى بالتزامه إذا ما تخلى عن الشيء المبيع ووضعه تحت تصرف المشتري بحيث يمكنه من حيازته بدون عائق.

(ب) وإذا كان محل الالتزام امتناعاً عن عمل، فإن المدين

(١) جوسران المرجع السابق نبذة رقم ٨٥٩ صفحة ٤٦٣ - كولان وكايتان، المرجع السابق نبذة رقم ٢٩٥ صفحة ٢٨٤ - والسنهوري، المرجع السابق الهامش رقم (١) صفحة ٧٥٨ - ماجد الحلواني المرجع السابق صفحة ٧٢ - و خليل جريج المرجع السابق صفحة ٢١٢.

يعتبر قائماً بالوفاء بالتزامه ما دام ممتنعاً عن إجراء العمل الذي التزم بالامتناع عنه ؛ فإذا أتى العمل الممنوع اعتبر مخلاً بالتزامه وترتب عليه التعويض للدائن .

الفرع الثاني

وجوب أداء الشيء كاملاً دون تجزئة

٢٦٤ - مواضيع هذا الفرع : المبدأ الأصلي هو أن الوفاء يجب أن يتناول الشيء المستحق كله دون تجزئة . ولكن لهذا المبدأ بعض الاستثناءات .

فلنبحث في المبدأ ثم لنعرض لمختلف الاستثناءات التي ترد عليه .

٢٦٥ - مبدأ عدم تجزئة الوفاء : (أ) الأصل في الوفاء أن يتناول الدين المستحق كله فلا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على قبول استيفاء جزء من الدين الحال ، حتى ولو كان هذا الدين قابلاً للتجزئة . فالدائن بالف درهم مثلاً له أن يرفض قبض تسعمائة وخمسين درهماً يعرض المدين عليه وفاءها من أصل الدين المترتب بذمته . وهكذا يعتبر الدين الواحد في العلاقة ما بين الدائن والمدين كما لو كان ديناً غير قابل للتجزئة بطبيعته . وقد اقرّ المشرع المغربي هذا المبدأ في المادة ٢٤٣ حيث قال : « إذا لم يكن هناك إلا مدين واحد ، لم يجبر الدائن على أن يستوفي الالتزام على أجزاء ، ولو كان هذا الالتزام قابلاً للتجزئة ... » .

ومبدأ عدم تجزئة الوفاء تتطلبه مقتضيات العدالة لأن ما يستطيع الدائن تحقيقه إذ يستوفي كل دينه دفعة واحدة ، كما هو مشروط في الاتفاق ، يصبح صعب المنال بل وربما مستحيلاً إذا ما استوفي دينه مجزئاً على دفعات متعددة .

(ب) ويجب لفت النظر الى أن الفوائد والنفقات ، في حالة ترتبها ، تعتبر تابعة لأصل الدين فتندمج فيه ولا يسوغ للمدين أن يجبر الدائن على استيفاء الأصل دون توابعه . أما إذا كان الدين مقسماً إلى عدة أقساط تستحق في أجال مختلفة أو كان من الاداءات الدورية كوجبة الكراء ، فكل قسط على حدة ، وكل أداء من الاداءات الدورية بمفرده يعتبر ديناً مستقلاً تطبق عليه قاعدة عدم تجزئة الوفاء ويجب بالتالي وفاؤه دفعة واحدة .

(ج) وكذلك لا بد من التنبيه الى أن عدم جواز تجزئة الوفاء لا ينطبق الا على الدين الواحد . فاذا وجدت ديون متعددة وحلت جميعها وعرض المدين وفاء دين من هذه الديون فلا يجوز للدائن الامتناع عن استيفاء ما يعرض المدين الوفاء به والاصرار على استيفاء الديون جميعاً دفعة واحدة بحجة عدم تجزئة الوفاء : ذلك أننا في هذه الفرضية أمام ديون متعددة ولسنا إزاء دين واحد ومبدأ عدم تجزئة الوفاء يكون في حالة الدين الواحد لا في حالة تعدد الديون .

٢٦٦ - الاستثناءات لمبدأ عدم تجزئة الوفاء : إن مبدأ عدم تجزئة الوفاء ليس مطلقاً ، بل ترد عليه استثناءات عديدة . وترجع هذه

الاستثناءات إما الى اتفاق المتعاقدين ، أو الى نص في القانون ، أو الى حكم من القضاء .

٢٦٧ (أ) تجزئة الوفاء باتفاق المتعاقدين : إن مبدأ عدم تجزئة الوفاء ليس من متعلقات النظام العام . وعليه يجوز الاتفاق على ما يخالفه عند إبرام العقد أو حتى عند الوفاء : فقد يحصل أن يُضمّن الطرفان العقد بنداً يجيز للمدين تجزئة الدين عند الوفاء ؛ وقد يحصل أن لا يتمسك الدائن عند حلول أجل الدين ، بمبدأ عدم التجزئة ، ويقبل استيفاء جزء من دينه على أن يستوفي الرصيد بعد مدة . فوفاء الدين كله دفعة واحدة أو وفاؤه مجزئاً أمر يعني الدائن والمدين ولهما أن ينظماه حسب مشيئتهما . ولهذا نرى المشرع المغربي ، إذ يقرر مبدأ عدم تجزئة الوفاء في المادة ٢٤٣ ، يحرص على النص صراحةً على أن هذا المبدأ إنما يطبق « ما لم يتفق على خلافه » .

٢٦٨ (ب) تجزئة الوفاء بمقتضى نص في القانون : قد يجيز القانون للمدين الوفاء الجزئي في بعض الحالات الخاصة أهمها الحالات التالية :

(١) المقاصة : يترتب على المقاصة ، عند توافر شروطها ، انقضاء الدينين المتقابلين ، دين الدائن ودين المدين في حدود الأقل منهما مقداراً (المادة ٣٦٧) . فعند وقوع المقاصة على هذا النحو يكون صاحب الدين الأكثر مقداراً وكأنه قد استوفى جزءاً من دينه عن طريق المقاصة .

(٢) تعدد الكفلاء غير المتضامنين : إذا كفل عدة كفلاء بعقد واحد نفس الدين دون قيام تضامن فيما بينهم ، لا يلتزم كل منهم الا بقدر حصته من الدين (المادة ١١٣٨). وعليه إذا رجع الدائن على أحد الكفلاء، لا يجوز له أن يطالبه الا بقدر نصيبه في الكفالة اي بجزء من الدين. وهذا يعني أن الوفاء يجرأ في علاقة الدائن بكفلائه غير المتضامنين .

(٣) الدين الموروث : إذا توفي الدائن أو المدين عن ورثة متعددين، انقسم الدين حكماً بين الورثة بحيث لا يجوز لكل من ورثة الدائن أن يطالب لنفسه، ولا لكل من ورثة المدين أن يطالب شخصياً الا في حدود نصيبه من التركة، هذا طبعاً مع عدم الاخلال ، في حالة وفاة المدين ، بقواعد الميراث الشرعية التي تقضي بالا ميراث الا بعد سداد الدين وبأن الورثة لا يلتزمون الا في حدود اموال التركة ونسبة مناب كل واحد منهم .

(٤) الكمبيالة والسند للأمر : ان المادة ٢٤٣ من قانون الالتزامات والعقود نفسها قد استثنت الكمبيالات من تطبيق مبدأ عدم جواز تجزئة الوفاء . وانسجاماً مع هذا الاستثناء أكد قانون التجارة إلزام حامل الكمبيالة أو السند للأمر على قبول الوفاء الجزئي ومنع عليه رفض مثل هذا الوفاء الجزئي اذا ما عرضه المسحوب عليه في الكمبيالة أو المتعهد في السند للأمر (المادة ١٥٢ والمادة ١٩٤) .

٢٦٩ (ج) تجزئة الوفاء بمقتضى حكم من القضاء : لم يكن قانون الالتزامات والعقود يتضمن في الأصل نصاً يجيز للقاضي أن يتدخل

لمصلحة المدين إذا ما دعت حالته أو الظروف الاقتصادية الى مثل هذا التدخل ليمنحه آجالاً معقولة يدفع فيها دينه مجزئاً. ولما وجد المشرع المغربي أن في ذلك تحقيقاً للعدالة، أضاف بموجب ظهير أصدره في ١٨ مارس ١٩١٧ فقرة ثانية الى المادة ٢٤٣ نص فيها على أنه رغم مبدأ عدم تجزئة الوفاء « يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوه آجالاً معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا اجراءات المطالبة، مع ابقاء الأشياء على حالها ». فبمقتضى هذا النص يستطيع القاضي بدل أن يلزم المدين باداء دينه دفعةً واحدةً كما يتطلبه مبدأ عدم تجزئة الوفاء، أن يعتمد الى تقسيط هذا الدين الى آجال معقولة وأن يجبر الدائن على استيفاء دينه مجزئاً. على أن المشرع أوجب على القاضي أن لا يستعمل سلطته التقديرية في هذا المضمار الا ضمن نطاق ضيق، وان لا يتخذ مثل هذا التدبير الا اذا كان له ما يبرره من حيث مركز المدين أي من حيث حسن نيته ومن حيث وجوده في وضع يجعله اهلاً للمساعدة والرعاية.

الفرع الثالث

تعيين جهة الوفاء في حالة تعدد الديون

٢٧٠ - التعيين يكون عن طريق المدين أو الدائن أو القانون :

قد يترتب أحياناً على المدين لصالح دائنه عدة ديون من جنس واحد وغالباً ما تكون هذه الديون مبالغ من النقود. ويحصل أن يؤدي

المدين للدائن مبلغاً من المال لا يكفي للوفاء بديونه جميعاً، الأمر الذي يقتضينا أن نحدد أي دين من هذه الديون قد تم وفاؤه بالمبلغ المدفوع أو بعبارة أخرى أن نعين جهة الوفاء .

لقد خصّ المشرع المغربي لهذا الموضوع المادتين ٣٢٣ و ٣٢٤ . ومن الرجوع الى نص هاتين المادتين يتضح أن تعيين جهة الوفاء يوكل بها اولاً للمدين ثم للدائن ثم للقانون .

٢٧١ - تعيين جهة الوفاء عن طريق المدين : الأصل أن يكون للمدين الحق في تعيين جهة الوفاء ؛ ذلك أن المدين يستطيع أن يجبر الدائن على استيفاء دينه إذا ما وقع الوفاء صحيحاً ؛ فاذا ما تعددت الديون ووفى المدين بعضها ، يجب أن يكون له هو ، تعيين اي من الديون يود قضاءه وإجبار الدائن على استيفائه . وهذا ما اكده المشرع في مطلع المادة ٣٢٣ إذ قال : « تخصم المدفوعات من الدين الذي يعينه المدين عند الدفع . فاذا سكت المدين ، بقي له الحق في تعيين الدين الذي قصد وفاءه ... » (١)

(١) يشترط لصحة تعيين جهة الوفاء عن طريق المدين ألا يتعسف في استعمال حقه في التعيين إضراراً بحقوق الغير : فإذا عيّن مثلاً المدين ديناً غير مضمون بكفالة رغم أنه أقل عبثاً عليه من دين مضمون بكفالة شخصية أو عينية وذلك حتى لا يحرر الكفيل من كفالاته ، فإن مثل هذا التعيين يعتبر تعسفياً ويجوز للمحكمة أن تعدل فيه عند الاقتضاء ، وفق ما تقتضيه المصلحة المشروعة لمختلف الأطراف (جوسران ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٨١٥ صفحة ٤٧١ - والسنهوري ، المرجع السابق ، الهامش رقم ٢ صفحة ٧٦٨) .

فالكلمة الفصل في تعيين جهة الوفاء تعود إذن للمدين . وله أن يستعمل هذا الحق عند الوفاء أو بعده ^(١) ومن الملاحظ أن بعض التشريعات كالقانون المدني المصري والقانون المدني السوري تقيد حق المدين في تعيين جهة الوفاء في حالة « وجود مانع قانوني أو اتفاقي يحول دون هذا التعيين » ^(٢) . ورغم أن قانون الالتزامات والعقود المغربي خلو من مثل هذا القيد فإنه مما لا ريب فيه أنه واجب التطبيق دون نص عملاً بمقتضيات المبادئ العامة . فمن المبادئ العامة أن العقد شريعة المتعاقدين (المادة ٢٣٠) . وعليه إذا كان الدائن والمدين اتفقا مقدماً على ترتيب معين للوفاء فيجب العمل بمقتضى هذا الاتفاق ولا يستطيع المدين أن يعين ديناً غير الدين الواجب وفاؤه وفقاً للترتيب المتفق عليه ؛ وإذا كان الدائن والمدين اتفقا حين الوفاء على تعيين محل هذا الوفاء ، فلا يجوز للمدين بآرادته المنفردة أن يهدم ما تم الاتفاق عليه وتعيين دين آخر غير الدين المعين باتفاق الطرفين .

(١) يلاحظ أن أكثر التشريعات توجب على المدين أن يعين جهة الدفع عند الوفاء (المادة ١٢٥٣ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٣٤٤ من القانون المدني المصري والمادة ٣٤٢ من القانون المدني السوري) وإلا سقط حقه في التعيين . أما المشرع المغربي فقد أجاز للمدين الذي أهمل تعيين جهة الدفع عند الوفاء أن يتلافى إهماله ويعتمد إلى هذا التعيين بعد ذلك .

(٢) راجع المادة ٣٤٤ من القانون المدني المصري والمادة ٣٤٢ من القانون المدني السوري .

وكذلك من المبادئ العامة أنه لا يجوز للإنسان ان يمارس حقاً لا يسمح له القانون في ممارسته . وعليه لا يحق للمدين أن يعين جهة الوفاء ديناً يفوق قدره المبلغ المدفوع لأنه يكون في هذه الحالة أجبر الدائن على القبول بوفاء جزئي والمدين ليس من حقه ، كما نعلم ، إجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئي (المادة ٢٤٣) . ولا يجوز أيضاً للمدين أن يعين جهة الوفاء ديناً لم يحل أجله بعد ، إذا كان الأجل مقررأ لمصلحة الدائن ، لأن المدين يكون في مثل هذه الحالة أرغم الدائن على استيفاء دين قبل حلول أجله والمدين ليس له ذلك (المادة ١٣٥) .

٢٧٢ - تعيين جهة الوفاء عن طريق الدائن : إذا أهمل المدين ممارسة حقه في تعيين جهة الوفاء ، فإن هذا الحق ينتقل للدائن ، الذي له أن يعين في التوصيل الذي يسلمه للمدين الدين الذي يعتبره قد انقضى بالوفاء ^(١) . فإذا تسلم المدين التوصيل وقبله التزم بتعيين جهة الوفاء الوارد فيه ولا يجوز له أن يعين ديناً غير الدين المبين في التوصيل ما دام هذا الدين المبين في التوصيل متفقاً مع مصالحه . فالمادة ٣٢٤ ورد فيها : « إذا قبل المدين بعدة ديون توصيلاً قد عين الدائن بمقتضاه الدين الذي يخصم منه ما قبضه ، فلا يجوز للمدين أن يطلب وقوع الخصم من دين آخر ما دام الخصم المذكور في التوصيل متفقاً

(١) يشترط لصحة تعيين جهة الوفاء عن طريق الدائن ، كما هو الحال بالنسبة لتعيين جهة الوفاء عن طريق المدين ، ألا يتعسف في استعمال حقه في التعيين (راجع الهامش رقم ١ في الصفحة ٣٤٧ أعلاه) .

مع مصالحه .

فالمدين يلتزم إذن بالتعيين الوارد في التوصيل شرط أن يكون هذا التعيين متفقاً ومصلحته ؛ وإلا فله الاعتراض عليه وعدم التقيد به .
فهكذا مثلاً لو كان يترتب على المدين دين قد حلّ أجله وآخر لم يستحق بعد ، أو دين ذو فائدة ودين بلا فائدة ، وعين الدائن في التوصيل أن ما دفعه له مدينه هو وفاء للمدين الذي حلّ أجله أو للمدين ذي الفائدة ، فإن هذا التعيين يلزم المدين لأنه يتفق ومصلحته . أما إذا كان الدين الذي عينه الدائن في التوصيل هو الدين الذي لم يستحق بعد أو الدين بلا فائدة ، فإن من حق المدين ، إذا شاء ، عدم الاعتداد بهذا التعيين المغاير لمصلحته والمبادرة الى إجراء تعيين آخر يتفق وهذه المصلحة .

٢٧٣ - تعيين جهة الوفاء عن طريق القانون : إذا لم يعين المدين جهة الوفاء وكان الدائن لم يعين كذلك في التوصيل الذي سلمه للمدين الدين الذي يعتبره قد انقضى بالوفاء ، فإن القانون يتكفل عندها بنفسه أمر هذا التعيين :

ومن الرجوع الى احكام المادة ٣٢٣ ، يجب اتباع الترتيب التالي :
اولاً : اذا كانت الديون المتعددة بعضها قد حلّ وبعضها لم يحل ، فالدين الذي يعتبر قد انقضى بالوفاء هو الدين الحال لأن ذلك أدعى لمصلحة المدين .

ثانياً : إذا تعددت الديون الحالة ، اعتبر الدين المنقضي الدين

الذي يكون فيه ضمان الدائن أقل من ضمانه في غيره : فإذا كان بين الديون الحالة ما هو مضمون برهن او كفالة ، وكان بينها ما ليس مضموناً بشيء من ذلك فان جهة الوفاء تكون الدين غير المضمون.

ثالثاً : إذا تساوت الديون في الضمان ، كأن تكون جميعها من الديون العادية غير المضمونة بضمان خاص ، فان المدين يعتبر قد وفى الدين الأكثر كلفة عليه . فبين دينين أحدهما بفائدة والآخر بلا فائدة أو أحدهما بفائدة أقل من الثاني ، أو دين يخضع لتقادم طويل ودين يخضع لتقادم قصير فان الدين الذي يعتبر قد انقضى بالوفاء هو الدين بفائدة أو الدين بالفائدة الأعلى أو الدين الذي يخضع للتقادم الطويل .

رابعاً : إذا تساوت الديون في كلفتها على المدين ، اعتبر الدين المدفوع الدين الأقدم تاريخاً .

ويقصد بالدين الأقدم تاريخاً الدين الأسبق في الوجود لا الدين الأسبق في الحلول : فبين دينين متعادلين في اعبائهما على المدين عقد أحدهما في فاتح يونيو والثاني في فاتح يوليو ، فان الدين الذي يعتبر منقضياً بالوفاء هو الدين المعقود في فاتح يونيو .

وتجدر الملاحظة الى أن الحكم الذي اعتمدته المشرع المغربي من حيث تعيين جهة الوفاء على هذا النحو عند تساوي الديون في كلفتها على المدين ، لئن كان يتفق والحكم الذي كان سار عليه المشرع الفرنسي^(١)

(١) راجع المادة ١٢٥٦ من القانون المدني الفرنسي .

فإنه يختلف عن النهج الذي اتبعه المشرع المصري ومن بعده المشرع السوري من جهة والمشرع اللبناني من جهة ثانية : فحسب التشريع المصري والسوري ^(١) إذا تساوت الديون في الكلفة كان تعيين جهة الوفاء من حق الدائن ؛ أما حسب التشريع اللبناني ^(٢) فإن الوفاء في هذه الحالة يتناول الديون جميعاً بنسبة كل منها .

(١) راجع المادة ٣٤٥ من القانون المدني المصري والمادة ٣٤٣ من القانون المدني السوري .

(٢) راجع المادة ٣٠٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني . ويلاحظ ان الحل الذي اتبعه المشرع اللبناني كان منصوباً عليه أصلاً في مشروع القانون المدني المصري ؛ ولكن لجنة مجلس الشيوخ عدلت عن هذا الحكم وجعلت تعيين جهة الوفاء للدائن (مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء ٣ صفحة ٢٢٣) .

الفصل الرابع

مكان الوفاء وزمانه ونفقاته

٢٧٤ - مكان الوفاء : عرض المشرع المغربي لمكان الوفاء في

المادة ٢٤٨ فقال :

« يجب تنفيذ الالتزام في المكان الذي تقتضيه طبيعة الشيء
أو يحدده الاتفاق . فإذا لم يحدد الاتفاق مكاناً للتنفيذ .
« وجب أن يقع في مكان أبرام العقد . إذا قام على أشياء
« يكون نقلها كثير الكلفة أو صعباً . وإذا كان من الممكن
« نقل محل الالتزام . دون صعوبة . ساع للمدين أن يقوم
« بالوفاء أينما وجد الدائن ما لم يكن للدائن مبرر معقول
« في عدم قبول الوفاء المعروض عليه . وفي الالتزامات
« الناشئة عن الجريمة . يحصل التنفيذ في مقر المحكمة التي
« باشرت القضية » .

فمن مقتضى هذا النص . يجب لتعيين مكان الوفاء . التمييز بين
الالتزامات الناشئة عن التصرفات القانونية ، وبين الالتزامات الناشئة

عن الأعمال غير المشروعة .

٢٧٥ - مكان الوفاء في الالتزامات الناشئة عن التصرفات القانونية :

(أ) الأصل أن يكون وفاء الالتزامات الناشئة عن التصرفات القانونية في المكان الذي تقتضيه طبيعة الشيء أو يحدده الاتفاق .

(١) فطبيعة الشيء تحتم أحياناً أن يقع الوفاء في مكان وجود هذا الشيء . فالوفاء بالتزام بائع العقار من حيث تسليم المبيع الى المشتري او الوفاء بالتزام مرّجر العقار من حيث وضع المأجور في حوزة المستأجر ، او الوفاء بالتزام صاحب مسبح بتمكين المشتركين من السباحة فيه . إنما يجب أن يتم في المكان الذي يوجد فيه العقار موضوع البيع او الاجار أو يوجد فيه المسبح .

(٢) وقد يتفق الطرفان على تحديد المكان الذي يكون فيه وفاء الالتزام . ففي هذه الحالة بتقيد الدائن والمدين بما اتفقا عليه ولا يجوز لأي منهما مخالفته . وهذا الاتفاق قد يكون صريحاً كأن يشترط في عقد القرض أن يتم دفع المبلغ الذي استقرضه المدين ، في موطن الدائن أو في موطن المدين (١) ، وقد يكون ضمناً كما لو اتفق الطرفان

(١) قد يوضح في العقد أن الموطن المقصود هو الموطن يوم الاتفاق حيث لا يعتد بأي تغيير يطرأ عليه . وقد يوضح على العكس أن الموطن المعني هو الموطن وقت الوفاء حيث الموطن في ذلك الوقت هو الذي يعول عليه . أما اذا لم يوضح ذلك في الاتفاق فيفترض في الطرفين انهما اتفقا على أن يكون مكان الوفاء هو الموطن وقت الاتفاق لان هذا الموطن هو الذي كان معروفاً من قبلهما وقت التعاقد . =

في عقد تبادلي على الوفاء بالتزامهما في وقت واحد . إذ يستخلص من ذلك اتفاقهما الضمني على أن يكون الوفاء في مكان واحد ايضاً يتعين تبعاً لنوع الالتزامات ومحلها . ففي البيع مثلاً . وما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك . يعتبر البيع قد أبرم معجل الثمن ويلتزم المشتري بدفعه في نفس وقت حصول التسليم . (المادة ٥٧٧) الأمر الذي يفترض معه أن نية الطرفين انصرفت الى أن الوفاء بالثمن يجب أن يتم في مكان التسليم .

(ب) أما إذا لم يحدد الاتفاق مكاناً للوفاء فالحكم يختلف في المغرب عنه في أكثر التشريعات : فبينما في أغلب القوانين ^(١) يكون الوفاء في هذه الحالة في موطن المدين وقت الوفاء عملاً بالقاعدة القائلة بأن الدين يطلب ولا يحمل (la dette est quérable et non portable) . جنح المشرع المغربي الى التمييز بين فرضيتين حسبما يكون محل الالتزام يتناول اشياء يكون نقلها صعباً او يتطلب نفقات باهظة . أو يكون واقعاً على اشياء يمكن نقلها بيسر وسهولة كالاتزام بدفع مبلغ من النقود : ففي الفرضية الأولى يبري المدين ذمته بتسليم الأشياء في المكان

= (السهوري . المرجع السابق نبذة رقم ٤٦٧ صفحة ٧٩٠ والمراجع المذكورة في الهامش رقم ٤ في الصفحة ٧٩٠) .

(١) راجع المادة ١٢٤٧ من القانون المدني الفرنسي ، والمادة ٣٤٧ من القانون المدني المصري . والمادة ٣٤٥ من القانون المدني السوري والمادة ٣٠٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

الذي أبرم فيه العقد ويتحمل الدائن نفسه عند الاقتضاء مخاطر ونفقات نقل هذه الأشياء إلى حيث يريد. وفي الفرضية الثانية، يستطيع المدين أن يقوم بالوفاء في أي مكان يوجد فيه الدائن ما لم يكن للدائن مبرر معقول في عدم قبول الوفاء المعروض عليه في ذلك المكان، كأن يعرض المدين دفع مبالغ كبيرة لدائته وهو في قرية للاصطياف يرتادها بصورة عابرة ولا يوجد فيها بنك أو فندق أمين يستطيع أن يودع فيه هذه المبالغ الكبيرة حيث يحق للدائن أن يرفض قبول الوفاء الذي يعرضه عليه المدين.

٢٧٦ - مكان الوفاء في الالتزامات الناشئة عن الأعمال غير

المشروعة: اعتبر المشرع أن مكان الوفاء في الالتزامات الناشئة عن الأعمال غير المشروعة الجرائم وأشباه الجرائم^(١) هو مقر المحكمة التي باشرت القضية. ومن المعلوم أن المحكمة التي تبشر القضايا الناجمة عن الجرائم وأشباه الجرائم هي إما محكمة المكان الذي وقع فيه الفعل الجرمي المسبب للضرر وإما محكمة موطن المدعى عليه (الفقرة الأخيرة من المادة ٢٤ من قانون المسطرة المدنية).

٢٧٧ - زمان الوفاء: ان المشرع المغربي، إذ تطرق في المادة

٢٤٧ إلى الأحكام الخاصة بزمان الوفاء قد أحال على النصوص المتعلقة

(١) لأن كان نص المادة ٢٤٨ ورد قاصراً على الجرائم فإنه يجب تطبيقه على

أشباه الجرائم أيضاً لأن أشباه الجرائم تخضع مبدئياً لنفس الأحكام التي تخضع لها الجرائم.

بالأجل كما وردت في المادة ١٢٧ وما بعدها .

وتطبيقاً لهذه النصوص نستطيع أن نذكر هنا بالقواعد التالية ^(١) :

اولاً : إذا لم يحدد للوفاء بالالتزام أجل معين وجب تنفيذ الالتزام فوراً (المادة ١٢٧) .

ثانياً : إذا كان الأجل ناتجاً من طبيعة الالتزام أو من طريقة تنفيذه أو من المكان المعين لهذا التنفيذ ، تولى القاضي تعيين هذا الأجل ووجب الوفاء بالالتزام عند حلول هذا الأجل (المادة ١٢٧) .

ثالثاً : إذا حدد للوفاء بالالتزام أجل بمقتضى الاتفاق ، وجب تنفيذ الالتزام عند حلول الأجل التعاقدي . على أنه يجوز للمدين . إذا ما كان الأجل مشروطاً لمصلحته ، أن ينفذ الالتزام قبل حلول أجله إذا كان محله نقوداً ولم تكن للدائن ثمة مضرة في استيفائه . وإذا لم يكن محل الالتزام نقوداً ، لا يجبر الدائن على استيفائه قبل حلول الأجل ما لم يرتضه ، كل ذلك طبعاً ما لم يقض القانون أو العقد بخلافه (المادة ١٣٥) .

رابعاً : يحق للقاضي استثناء أن يؤخر وفاء الدين الحال ويمنح المدين أجلاً أو نظرة ميسرة (délai de grâce) إذا كان الاتفاق أو القانون يخوله مثل هذا الحق (المادة ١٢٨) .

٢٧٨ - نفقات الوفاء : نصت المادة ٢٥٠ على أن « مصروفات

(١) سبق أن عرضنا هذه القواعد بالتفصيل في الفصل الثاني من الباب الأول

من القسم الأول .

الوفاء تقع على عاتق المدين ^(١) وذلك ما لم يشترط عكسه أو تجري العادة بخلافه ، ومع استثناء الحالات التي يقضي فيها القانون بحكم مخالف .

فالوفاء بالالتزام قد يتطلب بعض النفقات كنفقات شحن البضاعة إلى مكان الوفاء أو نفقات ارسال حوالة بريدية أو شكاً الى الدائن ، أو نفقات التوصيل الموثق المثبت لبراءة المدين ، أو نفقات إفراز محل الالتزام بالوزن أو الكيل أو العد .

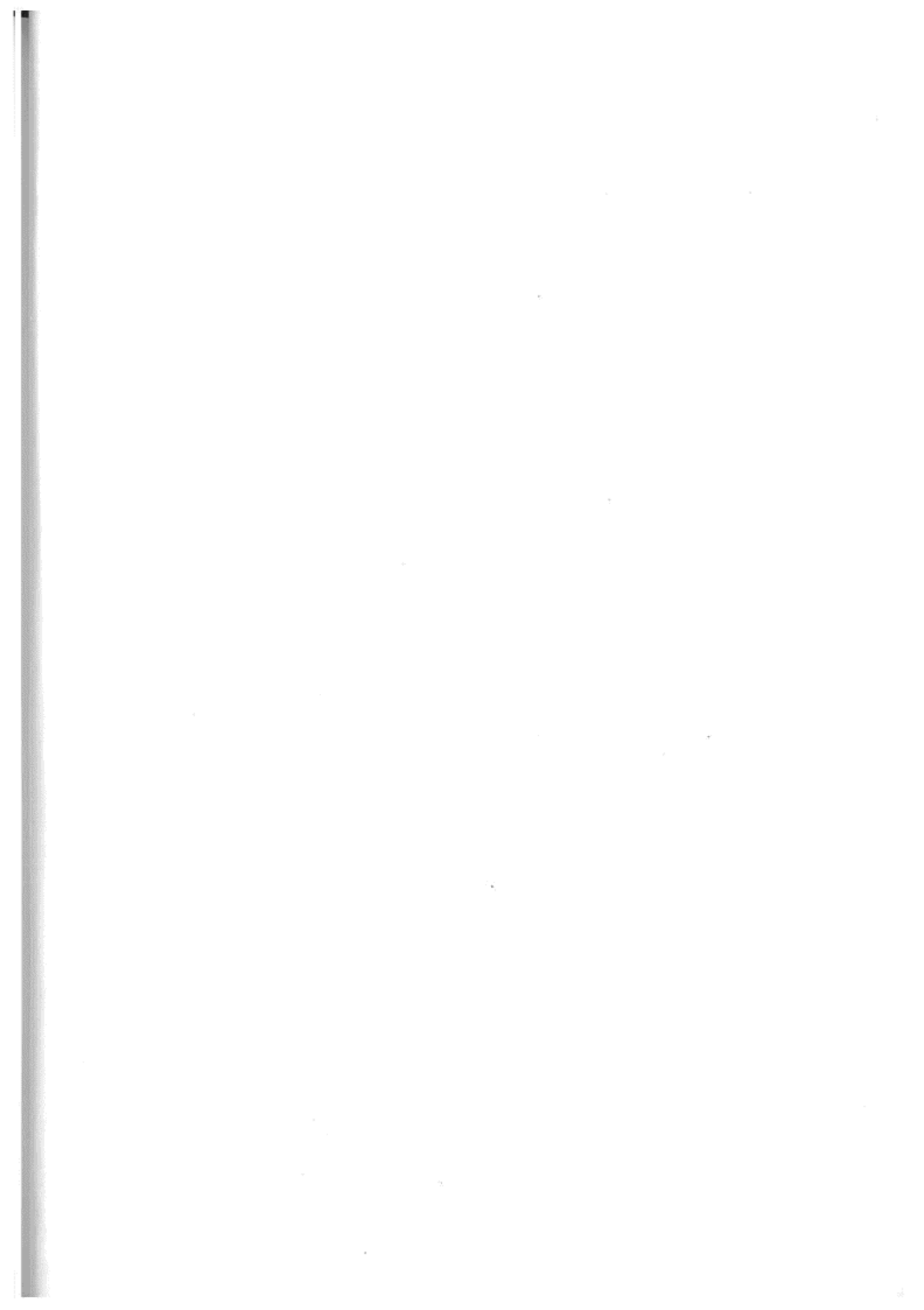
فنفقات الوفاء هذه جميعها يتحملها المدين لأنها تعتبر متممة للالتزام الذي يجب عليه تنفيذه ابراء لذمته .

على أنه يجوز اتفاق الطرفين على عكس ذلك أو قد يقضي العرف بخلافه . فعندها يتحمل الدائن نفقات الوفاء . وكذلك يتحمل الدائن هذه النفقات إذا كان القانون يقضي بذلك : فهكذا لو اضطر المدين لعرض الدين على الدائن عرضاً حقيقياً ثم لايداعه لحسابه فإن مصروفات العرض والايداع تقع على عاتق الدائن بمقتضى نص في القانون هو نص المادة ٢٨٧ .

(١) لأن كانت نفقات الوفاء تقع على عاتق المدين فان مصروفات القبض تقع على الدائن (المادة ٢٥٠) . فاذا كان المدين وفي دينه بواسطة حوالة بريدية أو بواسطة شك ، وكان قبض الحوالة البريدية من مركز البريد أو قبض الشك من البنك يستدعي استيفاء نفقة أو رسم ما ، فان عبء هذه النفقة أو هذا الرسم يتحمله الدائن .

البابُ الثاني

إنقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء



٢٧٩ - تقسيم مواضيع هذا الباب : يتناول هذا الباب اسباباً تؤدي الى انقضاء الالتزام لا بتنفيذه عيناً عن طريق الوفاء ، وإنما بما يعادل الوفاء .

وهذه الأسباب تشمل ما يأتي :

(١) الوفاء بمقابل (dation en paiement) حيث يرضى الدائن أن يأخذ استيفاء لحقه شيئاً آخر غير الشيء محل الالتزام .

(٢) التجديد (novation) حيث ينقضي الالتزام في مقابل انشاء التزام جديد يحل محله . ويلحق بالتجديد من حيث انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء الانابة (délégation) .

(٣) المقاصة (compensation) حيث ينقضي التزام المدين بالتزام يقابله ترتب له على دائته .

(٤) اتحاد الذمة (confusion) حيث ينقضي الالتزام عن طريق إجتماع صفة الدائن والمدين لنفس الالتزام في شخص واحد . وستتولى عرض أحكام كل من هذه الأسباب في فصل خاص .

وعليه سنقسم هذا الباب الى أربعة فصول

الفصل الأول : الوفاء بمقابل .

الفصل الثاني : التجديد والانابة .

الفصل الثالث : المقاصة .

الفصل الرابع : اتحاد الذمة .

الفصل الأول

الوفاء بمقابل

٢٨٠ - مخطط الفصل : الأصل أن المدين لا يستطيع أن يجبر الدائن على استيفاء غير الشيء الذي له الحق في استيفائه حتى ولو كانت قيمة الشيء المعروض تساوي أو تفوق قيمة الشيء المستحق . والأصل كذلك أن الدائن لا يستطيع أن يطلب من مدينه الوفاء بشيء غير الشيء الذي التزم بادائه حتى ولو كان الشيء الذي يطلبه الدائن من مدينه أقل قيمة من الشيء الواجب الأداء .

ولكن هذا لا يمنع الدائن والمدين من الاتفاق على أن يستوفي الدائن شيئاً آخر في مقابل دينه . فإذا استوفى الدائن فعلاً هذا الشيء انقضى الالتزام وبرأت ذمة المدين عن طريق الوفاء بمقابل .

وكي نلمّ بهذا السبب من أسباب انقضاء الالتزام يجب علينا أن نتناول بالبحث تعريف الوفاء بمقابل وبيان عناصره ، ثم تحديد طبيعته القانونية ، ثم عرض الآثار التي تترتب عليه . وسنخص فرعاً مستقلاً لكل من هذه الابحاث .

- وعليه سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة فروع :
- الفرع الأول : تعريف الوفاء بمقابل وبيان عناصره .
- الفرع الثاني : طبيعة الوفاء بمقابل .
- الفرع الثالث : آثار الوفاء بمقابل .

الفرع الأول

تعريف الوفاء بمقابل وبيان عناصره

٢٨١ - تعريف الوفاء بمقابل : الوفاء بمقابل على ما يتضح من المادة ٣٢١ هو اتفاق يقوم بين الدائن والمدين بمقتضاه « يرضى الدائن أن يأخذ استيفاء لحقه ، شيئاً آخر ، غير الشيء الذي ذكر في الالتزام » . مثال ذلك أن يتفق زيد الدائن بعشرين ألف درهم مع عمرو المدين بهذا المبلغ ، على أن ينقل عمرو لدائنه زيد ملكية عقار معين وفاء لدينه الأصلي البالغ عشرين ألف درهم وينقل اليه فعلاً ملكية هذا العقار . ففي مثل هذه الحالة ينقضي التزام عمرو وتبرأ ذمته تجاه دائنه زيد عن طريق الاستعاضة عن الوفاء بمحل الالتزام الأصلي وهو العشرون ألف درهم ، بالوفاء بمحل جديد هو ملكية العقار الذي اتفق على نقل ملكيته من المدين عمرو الى الدائن زيد .

٢٨٢ - عناصر الوفاء بمقابل : إن الوفاء بمقابل ، على ما يتبين من تحليل تعريفه ، ينطوي على عنصرين :

العنصر الأول : هو اتفاق بين الدائن والمدين على أن يعطي المدين

لدائنه ، على سبيل الوفاء بالتزامه ، شيئاً غير الشيء المستحق .
 العنصر الثاني : هو تنفيذ هذا الاتفاق فعلاً بان يُعطي الدائن
 لمدينه الشيء المتفق عليه .

لنفصل الكلام في كل من هذين العنصرين .

٢٨٣ - العنصر الأول : الاتفاق على إعطاء شيء غير الشيء
 المستحق : (آ) يقوم الوفاء بمقابل على اتفاق يعقد بين الدائن والمدين
 على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بمحل آخر : ذلك أن المدين .
 كما نعلم ، لا يجبر على الوفاء بغير محل الالتزام والدائن من جهته لا
 يستطيع أن يطالب باستيفاء غير هذا المحل . فلا بد إذن لتصور
 إمكانية الوفاء بمحل غير المحل المستحق . من تراضي الطرفين الدائن
 والمدين واتفاقهما معاً على ذلك .

(ب) واتفاق الدائن والمدين على الوفاء بمقابل يبرم بالضرورة
 بعد نشوء الالتزام . والأغلب أن يكون ايضاً لاحقاً لحلول الالتزام .
 ولكن ليس ما يمنع وقوعه قبل ذلك .

ثم إن هذا الاتفاق قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً . وقد
 اعتبر المشرع المغربي بمثابة اتفاق ضمني على الوفاء بمقابل « أخذ الدائن
 بدون تحفظ شيئاً آخر غير الذي كان محلاً للالتزام » (المادة ٣٢١) .

(ج) ويترتب على اعتبار الوفاء بمقابل اتفاقاً وجوب إخضاعه
 لما تخضع له الاتفاقات عموماً سواء من حيث شروط الانعقاد والصحة
 أم من حيث الإثبات .

اولاً : فمن حيث شروط الانعقاد والصحة يتطلب في الوفاء بمقابل ما يلي :

(١) لا بد من توافر أهلية التصرف في كل من الدائن والمدين لأن الوفاء بمقابل ، بالنسبة للدائن ، يحمل إلى جانب معنى استيفاء الدين معنى التنازل عن الشيء المستحق ، وبالنسبة للمدين يحمل الوفاء بمقابل إلى جانب معنى الوفاء ، معنى التصرف بالشيء الجديد الذي سيعطيه للدائن بدل الشيء المستحق (١) .

(٢) ولا بد من أن تكون ارادة كل من الطرفين سليمة من العيوب التي يمكن أن تشوبها من غلط او تدليس أو إكراه أو غبن وإلا كان الاتفاق على الوفاء بمقابل عرضة للإبطال من قبل من عيبت ارادته .

(٣) ثم لا بد أن يكون للاتفاق محل : والمحل هنا هو الشيء الجديد الذي يجب أن يعطيه المدين لدائنه بدلا عن الشيء الأصلي المستحق : فمن حيث كون هذا المحل شيئاً جديداً يتحتم أن لا يكون مشمولاً بالالتزام الأصلي . وعليه فاختيار المدين محلاً من محال الالتزام التخييري أو اختيار المدين المحل البديل في الالتزام البدلي لا ينطوي على معنى الوفاء بمقابل لأن المحل الذي يؤديه المدين في مثل هذا النوع من الالتزامات هو من صلب الالتزام الأصلي ولا يشكل محلاً جديداً يستعوض به الدائن عن محل هذا الالتزام . ومن حيث كون المحل

(١) جوسران ، المرجع السابق ، الجزء الثاني نبذة رقم ٩٢٩ صفحة ٤٩٤ .

شيئاً يعطى للدائن (dation) فإنه يجب أن يكون هذا المحل عبارة عن نقل ملكية شيء أو حق عيني يجريه المدين لدائنه . ومن ثم لا يصح الاستعاضة عن محل الالتزام الأصلي بعمل أو امتناع عن عمل يقوم به المدين لمصلحة الدائن كأن يلتزم المدين بمبلغ من المال . بالبحث عن شيء مفقود للدائن أو بعدم مزاحمته في تجارته مقابل المبلغ المترتب بذمته . ففي مثل هذه الحالة . لا يكون الوضع وضع وفاء بمقابل بل تجديداً للمدين بتغيير محله . وكذلك لا يكفي المدين . بدل الوفاء بمحل الالتزام الأصلي . أن ينقل إلى دائنه حقاً شخصياً ثابتاً له في ذمة الغير . فمثل ذلك إن حصل . لا يكون من قبيل الوفاء بمقابل وإنما حوالة حق أو إنابة .^(١)

(٤) ولا بد أخيراً أن يكون للاتفاق سبب شأن سائر التصرفات القانونية . وسبب الوفاء بمقابل هو الوفاء بالمدين الأصلي . وعليه إذا انعدم هذا السبب . كأن يثبت فيما بعد أن الالتزام الأصلي لم يكن مترتباً على المدين . فإن الوفاء بمقابل يقع باطلا لانعدام سببه .

ثانياً : ومن حيث الاثبات يخضع الوفاء بمقابل للأحكام العامة في الاثبات : فلا بد إذن فيه من دليل كتابي إذا زادت قيمة الالتزام على ٢٥٠ درهماً (المادة ٤٤٣) .

(١) جوسران . المرجع السابق . نبذة رقم ٩٢٦ صفحة ٤٩٢ - والسنهوري .

المرجع السابق نبذة رقم ٤٧٦ صفحة ٨٠١ - وماجد الحلواني . المرجع السابق صفحة ١٤٣ .

على أن المشرع اعتبر أخذ الدائن بدون تحفظ شيئاً آخر غير الشيء المستحق أصلاً بمثابة قرينة على قبوله بالوفاء بمقابل (٣٢١) . وبعض التشريعات كالتشريع الألماني وقانون الموجبات والعقود اللبناني التي أقرت نفس القرينة أوضحت أنها من القرائن البسيطة التي يمكن إقامة الدليل على عكسها (١) . أما قانون الالتزامات والعقود المغربي فقد سكت عن الموضوع . ورغم ذلك فإنه يجب اعتبار قرينة القبول بالوفاء بمقابل المستمدة من أخذ الدائن دون تحفظ شيئاً غير الشيء المستحق قرينة غير قاطعة وأنه يجوز بالتالي للدائن أن يقيم الدليل على عكسها لأن ذلك من مقتضيات المبادئ العامة الواجبة التطبيق بدون نص . فالفقه في مصر ، يقر قيام القرينة كما يقر كونها من القرائن البسيطة رغم أن المشرع المصري لم يتطرق أصلاً للموضوع (٢) . وقد ورد بهذا الصدد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي « أما فيما يتعلق بالاثبات ، فيفرض في الدائن ، إذا قبل الوفاء بغير ما هو مستحق له دون تحفظ ، أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة ٣١٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه « إذا بدا شك ما ولم يعترض الدائن أو لم يبد تحفظاً عند الإيفاء باداء العوض ، فالدائن يعد ، الى أن يقدم برهان على العكس ، قابلاً لذلك الإيفاء ومعتزلاً بكونه مبرئاً لذمة المدينون » . (راجع بنفس المعنى الفقرة الثانية من المادة ٣٦٤ من القانون المدني الألماني) .

(٢) السنهاوري ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٤٧٥ صفحة ٨٠٠ .

الوفاء من المدين ، الا ان يقوم دليل يسقط هذه القرينة (١) .. »

٢٨٤ — العنصر الثاني : تنفيذ الاتفاق باعطاء الدائن فعلا الشيء

المشقق عليه : لا يكفي الاتفاق بين الدائن والمدين على الاستعاضة عن المحل القديم للالتزام بمحل جديد ، بل لا بد من تنفيذ هذا الاتفاق فعلا وذلك باعطاء هذا الشيء الجديد للدائن ، اي ، كما سبق بيانه بنقل ملكيته إليه . فإذا كان المحل الجديد مثلاً كمية من الحبوب فانه يجب لتمام الوفاء بمقابل . أن تفرز كمية الحبوب وتوضع تحت تصرف الدائن . وإن كان عقاراً محفظاً فانه يجب تسجيله على اسم الدائن ليصبح جارياً بملكه . أما مجرد التزام المدين بنقل ملكية كمية الحبوب أو مجرد التزامه بنقل ملكية العقار المحفظ دون نقل الملكية فعلا . فانه لا يشكل وفاء بمقابل بل تجديداً للالتزام بتغيير محله .

وما دام لا بد في الوفاء بمقابل من أن يتملك الدائن الشيء الجديد . فإنه لا يمكن تصور حدوث وفاء بمقابل بطريق الوصية بأن يوصي المدين لدائنه بمال للوفاء بالدين المترتب عليه : ذلك أن الوصية لا تنقل ملكية الموصى به الا بعد وفاة الموصي وأن للموصي الرجوع فيها دائماً الأمر الذي يتعارض وطبيعة الوفاء بمقابل من حيث أنه تصرف منجز ينتج أثره فور حصوله . كذلك وللاعتبارات ذاتها لا يتم الوفاء بمقابل إذا تنازل المدين لدائنه عن عقار له وفاء لدينه واحتفظ لنفسه

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الثالث صفحة ٢٣٧ .

بحق استرداد هذا العقار خلال مدة معينة (١).

ويجدر لفت النظر الى أن وجوب نقل ملكية الشيء الجديد من المدين الى الدائن، هو الذي يميز الوفاء بمقابل عن التجديد. ففي التجديد يلتزم المدين بالتزام جديد يحل محل الالتزام القديم، بحيث تبقى الرابطة الالتزامية قائمة بين المدين والدائن ولا تزول هذه الرابطة الا بوفاء المدين بالالتزام الجديد. أما في الوفاء بمقابل فلا يكفي قيام التزام جديد بدل الالتزام القديم ولو كان هذا الالتزام الجديد هو التزام بنقل الملكية، بل لا بد من تنفيذ هذا الالتزام الجديد فعلاً ونقل ملكية محل هذا الالتزام للدائن بحيث تبرأ ذمة المدين وتنقضي بذلك علاقة المدين بدائنه.

الفرع الثاني

طبيعة الوفاء بمقابل

٢٨٥ - قيام عدة نظريات في صدد تحديد طبيعة الوفاء بمقابل :
اختلفت الآراء في تحديد طبيعة الوفاء بمقابل وذهب الفقه في ذلك مذاهب شتى يمكن جمعها حول نظريات ثلاث : النظرية الأولى تكيف الوفاء بمقابل على أساس أنه بيع تعقبه مقاصة ، والنظرية الثانية ترى فيه صورة من صور الوفاء ، والنظرية الثالثة تعتبره تصرفاً قانونياً مركباً

(١) السهوري ، المرجع السابق ، هامش رقم (٢) صفحة ٨٠١ - وخليل جريج المرجع السابق صفحة ٢٤٠ .

(acte juridique complexe) فيه التجديد من جهة ووفاء عن طريق نقل الملكية من جهة ثانية .

فلنوضح مختلف هذه النظريات .

٢٨٦ - النظرية الأولى : الوفاء بمقابل بيع تعقبه مقاصة : وكيف الفقهاء الذين ينادون بهذه النظرية الوفاء بمقابل على الأساس التالي : يبيع المدين لدائنه شيئاً بثمن يوازي الدين الأصلي المترتب بذمته بحيث يصبح الدائن بذلك مديناً بهذا الثمن . ثم تقع المقاصة ما بين الدين الأصلي المترتب في ذمة المدين وبين الثمن الواجب اداؤه على الدائن فينقضي بذلك كلا الدينين ويبقى المدين عند الاقتضاء ملزماً بنقل ملكية الشيء المقابل للدائن في الحالة التي لم تنتقل فيها ملكية هذا الشيء حكماً بمجرد تمام العقد .

لا جرم أن هذه النظرية تستقيم عندما يكون محل الالتزام الأصلي مبلغاً من النقود ويكون محل الالتزام المقابل شيئاً مما تنتقل ملكيته بمجرد التعاقد . فهكذا مثلاً لو أن زيداً كان دائناً لعمرى بمبلغ خمسة آلاف درهم ، وقبل زيد استيفاء لحقه ، أخذ لوحة فنية عائدة لعمرى تساوي قيمتها مقدار الدين ، أمكن تكييف الوفاء بمقابل هنا على أساس بيع اعقبته مقاصة .

ولكن عيب هذه النظرية أنها لا تستقيم عندما يكون محل الالتزام الأصلي شيئاً محدداً بذاته كسيارة معينة ، أو محدداً بنوعه كعشرة اطنان من السكر ، ويكون محل الالتزام المقابل منصباً كذلك على شيء محدد

بذاته أو بنوعه . ففي مثل هذه الحالة لا يمكن اعتبار الوفاء بمقابل منطوياً على بيع ما، لانتفاء كل أثر للثمن وكون البيع لا يتصور بدون ثمن يلتزم المشتري بدفعه للبائع ^(١) (المادة ٤٧٨) .

وعيبها أيضاً أنها لا تستقيم عندما يكون الشيء المقابل الذي استعويض فيه عن الشيء المستحق أصلاً مما لا يمكن أن تنتقل ملكيته بمجرد الاتفاق كأن يكون هذا الشيء المقابل شيئاً معيناً بنوعه ويتطلب نقل ملكيته إفرازه بالكيل أو الوزن أو العد ، أو يكون عقاراً محفظاً لا تنتقل ملكيته إلا بتسجيله على اسم صاحبه في السجل العقاري . ففي مثل هذه الحالة تتمخض الوضعية القانونية عن تجديد بتغيير محل الدين ولكنها لا يمكن أن تشكل وفاء بمقابل ، لأن الوفاء بمقابل ، كما سبق بيانه ، لا يتم إلا إذا انتقلت ملكية الشيء الجديد فعلاً إلى الدائن وأن ذمة المدين لا تبرأ إلا بنقل هذه الملكية .

٢٨٧ - النظرية الثانية : الوفاء بمقابل صورة من صور الوفاء :

يرى القائلون بهذه النظرية أن الوفاء بمقابل هو صورة من صور الوفاء استعويض فيه عن محل الالتزام المترتب في الأصل على المدين ، بمحل آخر حل محله وارتضى الدائن أخذه استيفاء لحقه ، وذلك خروجاً على المبدأ القائل بوجوب الوفاء بذات المحل المتفق عليه فيما بين الطرفين يوم نشوء الالتزام .

ويترب على هذا التكييف القانوني أنه إذا تقرر بطلان أو ابطال

(١) جوسران ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٩٢٧ صفحة ٤٩٣ .

الوفاء بمقابل لسبب من الأسباب ، أو إذا استحق مقابل الوفاء لكون المدين لا يملك الشيء الذي أوفى به ، عاد الدين الأصلي الى حاله السابق مع سائر ضماناته وكان للدائن أن يرجع على مدينه بدعوى هذا الدين نفسه .

ولكن هذه النتيجة تتعارض والأحكام المطبقة فقهاً واجتهاداً على الوفاء بمقابل والتي تقضي بزوال الضمانات التي كانت تضمن الحق زوالاً نهائياً حتى ولو ابطال الوفاء بمقابل أو استحق مقابل الوفاء . فالمادة ١١٥٩ من قانون الالتزامات والعقود المغربي المطابقة للمادة ٢٠٣٨ من القانون المدني الفرنسي تنص على أنه « إذا قبل الدائن مختاراً ، وفاء لحقه ، شيئاً آخر غير الشيء المستحق له برئت ذمة الكفيل ولو كان متضامناً ، وذلك ولو استحق الشيء من يد الدائن او رده الدائن بسبب ما يشوبه من عيوب خفية » . ويستند الفقه الى هذا النص الوارد بصدد الكفالة للقول بوجوب تعميم حكمه بطريق القياس على جميع الضمانات واعتبار هذه الضمانات منقضية الى غير رجعة بمجرد تمام الوفاء بمقابل (١) .

وعليه ، وبالرغم من أنه يبدو لأول وهلة أن قانون الالتزامات والعقود ، كالقانون المدني الفرنسي قد يكون كيف الوفاء بمقابل

(١) جوسران ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٩٢٨ صفحة ٤٩٣ و ٤٩٤ -
والسنهوري المرجع السابق نبذة رقم ٤٧٩ صفحة ٨٠٤ - و خليل جريج المرجع
السابق صفحة ٤١١ - وماجد الحلواني المرجع السابق صفحة ١٤٦ .

على أنه ضرب من الوفاء ، إذ هو عرض للوفاء بمقابل في معرض البحث في الوفاء بوجه عام ، فإنه لا يمكن التوقف عند هذا التكييف ، لأن من مقتضياته أن يعود الدين الأصلي مع صائر ضماناته اذا ما ابطال الوفاء بمقابل أو استحق مقابل الوفاء ، وهو ما لا ينسجم اطلاقاً مع المبدأ المستقر القائل بان الوفاء بمقابل تنقضي معه التأمينات التي كانت تكفل الحق انقضاء نهائياً ولا تعود هذه التأمينات حتى ولو ابطال الوفاء بمقابل أو استحق المقابل في يد الدائن .

٢٨٨ - النظرية الثالثة : الوفاء بمقابل تصرف قانوني مركب من التجديد ومن وفاء عن طريق نقل الملكية : تقوم هذه النظرية على اعتبار الوفاء بمقابل تصرفاً قانونياً مركباً (acte juridique complexe) فيه تجديد من جهة ، ووفاء عن طريق نقل الملكية من جهة ثانية .

فبحسب التكييف القانوني الذي ينادي به اصحاب هذه النظرية ينطوي الوفاء بمقابل على عمليتين قانونيتين : العملية الأولى هي اتفاق الدائن والمدين على تجديد الالتزام وذلك بالاستعاضة عن محل الالتزام القديم بمحل آخر هو المقابل للوفاء . ونتيجة لهذه العملية القانونية الأولى ينقضي الالتزام القديم وتنقضي معه ضماناته إن وجدت ، ويحل مكانه التزام جديد محله المقابل للوفاء . اما العملية الثانية فهي مبادرة المدين الى وفاء التزامه الجديد عن طريق نقل ملكية الشيء الذي استعاض به عن محل الالتزام القديم . وهذه العملية الثانية تحمل في ثناياها معنيين : معنى الوفاء العادي من جهة إذ الالتزام الجديد المستحدث يوفى به

عيناً فينقضي بالوفاء كما انقضى الالتزام القديم بالتجديد ؛ ومعنى نقل الملكية من جهة ثانية إذ الوفاء بالالتزام الجديد تم بنقل ملكية محل هذا الالتزام من المدين الى الدائن كما تنتقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري .

وهكذا فالوفاء بمقابل ذو طبيعة مركبة : فهو تجديد ووفاء ونقل ملكية . وقد وود بهذا الصدد في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري ما يلي : « بيد أن المشرع آثر أن يختص الوفاء بمقابل ببعض النصوص إزاء ما هو ملحوظ من ازدواج أثره وتراكب طبيعته في فقه القانون : فيراعى من ناحية أن الادلاء بعوض ينقل ملكية ما يؤدي في مقابل الوفاء ، وفي هذه الحدود تطبق أحكام البيع . ويراعى من ناحية أخرى أنه يهيئ للمدين طريقاً لبراء ذمته من الدين ، وفي هذا النطاق تطبق قواعد الوفاء . وقد يقال أخيراً إن الاعتياض ينتهي أمره إلى تجديد يعقبه الوفاء مباشرة »^(١) .

وجدير بالذكر أن هذه النظرية الأخيرة هي الراجحة في الفقه^(٢) ، وهي التي تتفق والنصوص التشريعية المتضمنة أحكام الوفاء بمقابل .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الثالث صفحة ٢٣٤ .

(٢) بلاينول وريبير ، موسوعة القانون المدني ، الطبعة الحادية عشرة ، الجزء ٢ نبذة رقم ٥٢٣ - جوسران ، المرجع السابق نبذة رقم ٩٢٨ صفحة ٤٩٣ - السنهوري ، المرجع السابق نبذة رقم ٤٨٠ صفحة ٨٠٥ - خليل جريج المرجع السابق ، صفحة ٢٤١ و ٢٤٣ - ماجد الحلواني ، المرجع السابق ، صفحة ١٤٨ .

الفرع الثالث آثار الوفاء بمقابل

٢٨٩ - تنوع آثار الوفاء بمقابل : الوفاء بمقابل ، كما سبق بيانه ، هو عمل مركب من تجديد ووفاء ونقل ملكية . لذا كان من الطبيعي أن تترتب عليه آثار متنوعة بعضها يستمد حكمه من التجديد وبعضها من الوفاء العادي وبعضها من البيع او نقل الملكية بصورة أعم .

٢٩٠ - (أ) آثار الوفاء بمقابل من حيث كونه تجديداً : إن الآثار التي تترتب على اعتبار الوفاء بمقابل تجديداً تتلخص بما يلي :
اولاً : ينقضي الالتزام الأصلي ، ويحل مكانه التزام جديد يكون محله الشيء الذي اتفق الطرفان على الاستعاضة به عن محل الالتزام القديم .

ثانياً : تنقضي التأمينات التي كانت تضمن الالتزام القديم بصورة نهائية . فلا يستطيع الدائن العودة الى التمسك بها والافادة منها حتى ولو ابطال الوفاء بمقابل أو لو استحق الشيء الموفى به في يد الدائن .
ثالثاً : يشترط في الدائن والمدين توافر أهلية التصرف لدى كل منهما لأن الدائن يقدم في الوفاء بمقابل على التنازل عن الشيء المستحق أصلاً والمدين يقدم على نقل ملكية الشيء الجديد الذي سيعطيه للدائن بدل الشيء المستحق .

٢٩١ - (ب) آثار الوفاء بمقابل من حيث كونه وفاء : يترتب على الوفاء بمقابل ، من حيث كونه وفاء ، جميع آثار الوفاء العادي

وبصورة خاصة ما يلي :

اولاً : إذا تعددت ديون المدين من جنس واحد وكان ما أوفاه المدين وفاء بمقابل لا يكفي للوفاء بها جميعاً ، وجب الرجوع ، لمعرفة اي دين من هذه الديون قد تم وفاؤه ، الى أحكام تعيين جهة الوفاء كما هي مقررة للوفاء العادي في المادتين ٣٢٣ و ٣٢٤ . (١)

ثانياً : إذا تبين أن ما أوفاه المدين وفاء بمقابل كان لقاء دين وهمي لا وجود له ، اتبعت احكام وفاء غير المستحق ، وكان للمدين استرداد المقابل الذي اعطاه لدائنه ، وذلك عن طريق دعوى استرداد غير المستحق .

ثالثاً : إذا ألحق الوفاء بمقابل ضرراً بدائني المدين الموفي كأن يكون المدين قد عمد الى الوفاء بمقابل لقضاء دين أحد دائنيه قبل حلول الأجل المعين أصلاً للوفاء أو حتى بعد حلول هذا الأجل ولكن نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن ، فإنه يجوز لدائني الموفي المتضررين ، الطعن في الوفاء بمقابل عن طريق الدعوى البولصية ، كما هو الأمر في حال الوفاء العادي . فيما إذا كانت طبعاً شروط هذه الدعوى متوافرة في القضية .

٢٩٢ - (ج) آثار الوفاء بمقابل من حيث كونه ناقلاً للملكية :

تترتب على الوفاء بمقابل من حيث كونه ناقلاً للملكية الآثار التي تترتب على البيع . وقد ورد بهذا الصدد في المادة ٣٢٢ أن المدين الذي

(١) راجع نبذة رقم ٢٧٠ الى ٢٧٣ صفحة ٣٤٦ وما يليها .

يوفي دينه بطريق الوفاء بمقابل « يلتزم بنفس الضمان الذي يتحمل به البائع ، سواء من اجل العيوب الخفية في الشيء أو من أجل عدم كفاية الحجة ». ورغم أن نص هذه المادة قد اقتصر على وجوب تطبيق بعض أحكام البيع على الوفاء بمقابل ، فإننا نستطيع الجزم بان هذا النص ، شأن النصوص الواردة بهذا الصدد في التقنينين المصري والسوري ^(١) وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني ^(٢) ، لم يورد الأحكام التي ذكرها على سبيل الحصر ، بل إنما أوردتها على سبيل التمثيل والتخصيص بحيث يبقى أن المبدأ الذي يجب تقريره في التشريع المغربي ، كما ذهب الى ذلك الفقه بالنسبة للتشريعات آتفة الذكر ^(٣) ، هو أن الوفاء بمقابل ، من حيث كونه ناقلاً للملكية يجب أن يخضع لأحكام البيع ويجب أن تترتب عليه من الآثار ما يترتب على البيع . ومن أهم هذه الآثار ما يلي :

اولا : ضمان العيوب الخفية : اذا كشف الدائن في الشيء الذي أخذه مقابل دينه عيباً خفياً فإنه يرجع على المدين بالضمان كما يرجع المشتري على البائع طبقاً لأحكام ضمان عيوب الشيء المبيع المقررة

(١) راجع المادة ٣٥١ من القانون المدني المصري والمادة ٣٤٩ من القانون المدني السوري .

(٢) راجع المادة ٣١٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٣) السنهاوري ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٤٨٢ صفحة ٨١٠ - ماجد الحلواني ، المرجع السابق ، صفحة ١٥١ - خليل جريج ، المرجع السابق صفحة ٢٤٣ .

في المواد ٥٤٩ الى ٥٧٥ من قانون الالتزامات والعقود .

على أن رجوع الدائن بالضمان لا محل له عندما يكون الوفاء بمقابل قد تم وفاء للالتزام ناشئ عن عقد بلا عوض كما لو وهب زيد عشرة الاف درهم لعمره ثم اتفق الطرفان على أن يأخذ الموهوب له عمره عقاراً لزيد استيفاء للمبلغ الموهوب . ففي مثل هذه الحالة لا يضمن الواهب زيد العيوب الخفية التي يمكن أن تظهر في العقار الموفى به . فالفقرة الأخيرة من المادة ٣٢٢ نصت صراحةً على عدم تطبيق قاعدة الضمان « على التبرعات وغيرها مما ليس فيه عوض » . اما في الوفاء بمقابل الذي يتم لقضاء التزام ناشئ عن عقد بعوض : فان للدائن الموفى له بالمقابل أن يرجع بضمان العيوب الخفية شأنه شأن المشتري . وعليه :

(١) يثبت الضمان للدائن اذا كان العيب الذي اكتشف في الشيء الموفى به بطريق الوفاء بمقابل مما ينقص في قيمته نقصاً محسوساً أو مما يجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد (المادة ٥٤٩) .

(٢) إذا ثبت الضمان كان للدائن الموفى له الخيار بين الفسخ وبين الاحتفاظ بالشيء الموفى به مع حفظ حقه في المطالبة بالتعويض إذا كان الموفى يعلم عيوب هذا الشيء ولم يصرح بأنه يعطيه بغير ضمان ، او كان الموفى نفى وجود هذه العيوب (المادة ٥٥٦) .

(٣) إذا اختار الدائن الفسخ ورد الشيء الموفى به كان له أن

يلزم المدين لا بالدين الأصلي الذي انقضى نهائياً بالتجديد ، بل بقيمة المقابل وقت الاستحقاق مضافاً إليها المصروفات الضرورية والنافعة كمصروفات الزراعة والري والصيانة وكذلك مصروفات العقد . وإذا كان وقع من المدين الموفي تدليساً فإنه يلزم بان يعرض على الدائن سائر الخسائر التي تسببت له من جراء الفسخ (المادة ٥٦١) .

ثانياً : ضمان الاستحقاق : إذا استحق الشيء المقابل في يد الدائن ولا سيما إذا كان مرد هذا الاستحقاق عدم كفاية الحجة التي تثبت ملكية المدين للشيء المقابل الموفى به ، رجع الدائن على المدين بضمان الاستحقاق كما يرجع المشتري على البائع طبقاً لأحكام ضمان الاستحقاق المقررة في المادة ٥٣٣ الى ٥٤٨ من قانون الالتزامات والعقود .

على أن رجوع الدائن بضمان الاستحقاق لا محل له إذا كان الوفاء بمقابل قد تمّ وفاء للالتزام ناشئ عن عقد بلا عوض . فلو أن الواهب زيد اتفق والموهوب له عمرو على أن يأخذ هذا الأخير استيفاء للمبلغ الموهوب عقاراً لزيد ثم حصل ان استحق هذا العقار من يد عمرو فإنه لا رجوع لعمرو على زيد لعدم ترتب الضمان في هذه الحالة كما في حالة ظهور عيوب خفية . (الفقرة الثانية من المادة ٣٢٢) .

أما إذا تم الوفاء بمقابل وفاء للالتزام ناشئ عن عقد بعوض فإن للدائن الموفى له بالمقابل ان يرجع بضمان الاستحقاق شأنه شأن المشتري . وعليه :

(١) إذا استحق المقابل كله ثبت للدائن الرجوع بقيمته وقت

الاستحقاق مضافاً إليها مصروفات العقد والمصروفات القضائية التي انفقها على دعوى الضمان وكذلك الخسائر المترتبة مباشرة عن الاستحقاق (المادة ٥٣٨) . وإذا كان الموفي بمقابل سيء النية التزم بأن يدفع للدائن حسن النية كل المصروفات التي انفقها حتى مصروفات الزينة أو الترف (المادة ٥٤٠) .

(٢) أما إذا استحق المقابل جزئياً فيجب التمييز بين أن يبلغ الاستحقاق من الأهمية ما يجعل هذا المقابل معيباً وبين أن يكون الاستحقاق قليل الأهمية : ففي الحالة الأولى التي يبلغ فيها الاستحقاق الجزئي من الأهمية حداً بحيث يعيب الشيء المقابل وبحيث أن الدائن الموفي له كان يمتنع عن قبول أخذ هذا الشيء لو علم بالأمر ، يثبت للدائن الخيار بين الرجوع بقيمة الجزء الذي حصل استحقاقه والاحتفاظ بالشيء بالنسبة إلى الباقي وبين رد الشيء الموفي به والرجوع بالتعويضات كما في حالة الاستحقاق الكلي . أما في الحالة التي لا يبلغ فيها الاستحقاق الجزئي من الأهمية الحد الكافي لتبرير الفسخ ، فإنه لا يثبت للدائن إلا المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر (المادة ٥٤٢) .

ثالثاً : تمسك المدين بالرهن الجبري لضمان التعويض المعدل المترتب على الدائن : قد يعطي المدين لدائنه على سبيل الوفاء بمقابل عقاراً محفظاً تزيد قيمته على الدين الأصلي فيترتب له في ذمة الدائن تعويض معدل (Soulte) . فهذا التعويض المعدل المترتب للمدين على الدائن مضمون برهن جبري على العقار الموفي به شأن المدين في ذلك ،

شأن البائع أو المقيض الذي قرر له القانون رهناً جبرياً على العقار المبيع
أو المقيض به لضمان ثمن البيع أو التعويض المعدل للمقايضة (المادة
١٧٠ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣) .

رابعاً : حق فسخ الوفاء بمقابل إذا لم يوف الدائن بالتعويض المعدل :
إذا أعطى المدين لدائنه منقولا أو عقاراً تفوق قيمته مقدار الدين وترتب
له نتيجة ذلك تعويض معدل في ذمة الدائن ، كان له أن يطلب فسخ
الوفاء بمقابل إذا امتنع الدائن عن أداء هذا التعويض المعدل أسوة بحق
البائع أو أي متعاقد بصورة أعم في فسخ العقد إذا لم يقم المتعاقد الآخر
 بتنفيذ التزامه (المادة ٢٥٩) .

الفصل الثاني

التجديد والانابة

٢٩٣ - مخطط الفصل : خصّ المشرع الباب الرابع من القسم

المتعلق بانقضاء الالتزامات ، للبحث في التجديد .

ولما كانت الانابة في الوفاء التي كثيراً ما يقتصر أمرها على أن تكون سبيلاً لانتقال الالتزام ليس الا ، قد تحمل أحياناً معنى التجديد ويترتب عليها عندئذٍ انقضاء الالتزام ، فقد وجد المشرع المغربي ، اذ يبحث في التجديد ، ان يفرد بعض النصوص للانابة .

ونحن بدورنا قد الحقنا الانابة بالتجديد وبحثنا فيهما معاً في هذا الفصل للارتباط الوثيق بين نظام التجديد ونظام الانابة عندما تنطوي الانابة على فكرة التجديد وتكون بذلك سبباً لانقضاء الالتزام .

وعليه سنقسم هذا الفصل الى فرعين :

الفرع الأول : التجديد .

الفرع الثاني : الانابة .

الفرع الأول

التجديد

٢٩٤ - تمهيد : قد يحصل أن يتفق الدائن والمدين على اعتبار الالتزام الأصلي الذي يربطهما منقضيًا في مقابل ان يحل محله التزام جديد يختلف عن الأول في عنصر من عناصره .

فهذه الصورة من صور انقضاء الالتزام القائمة على استبدال التزام جديد بالتزام قديم هي التي يطلق عليها اسم التجديد .

ونظام التجديد قديم العهد وكان له شأن عظيم في القانون الروماني : ذلك أن سيطرة المذهب الشخصي للالتزام إذ ذاك الذي كان يرى في الالتزام قبل كل شيء رابطة شخصية تربط الدائن بالمدين ، لم يكن ليقبل بانتقال الالتزام من ذمة الى ذمة ولم يكن بالتالي ليقر حوالة الحق أو حوالة الدين مما كان لا بد معه لتصور انتقال الالتزام فيما بين الأحياء من اللجوء الى التجديد عن طريق قضاء الالتزام القديم ونشوء التزام جديد يحل محله .

أما اليوم فقد أصبح نظام التجديد محدود الأهمية وقلّ اللجوء إليه في الحياة العملية لأن الحوالة والاناة والحلول تحقق الغرض المقصود من هذا النظام وتفضله من وجوه (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الثالث صفحة ٢٤٣ - كولان

وكايتان المرجع السابق الجزء الثاني نبذة رقم ٣٢٣ صفحة ٣١٠ و ٣١١ - جوسران

المرجع السابق الجزء الثاني نبذة رقم ٩٠٥ صفحة ٤٨٣ و ٤٨٤ .

ولعلّ هذا ما حدا بالتقنيات الجرمانية على صرف النظر تماماً عن التجديد خلافاً للتقنيات اللاتينية التي جرت على أفراد مكان لأحكام التجديد في النصوص متأثرة بما كان للتجديد من منزلة في القانون الروماني (١).

٢٩٥ - تقسيم مواضيع هذا الفرع : إن المشرع المغربي قد نهج نهج التقنيات اللاتينية وأفرد باباً خاصاً للتجديد حيث عرفه وبين مختلف طرقه ثم حدد شروطه ثم أوضح آثاره .

ونحن سنعرض لمختلف هذه المواضيع في ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تعريف التجديد وبيان مختلف طرقه .

المبحث الثاني : شروط التجديد .

المبحث الثالث : آثار التجديد .

المبحث الأول

تعريف التجديد وبيان مختلف طرقه

٢٩٦ - تعريف التجديد : التجديد هو اتفاق الدائن والمدين على الاستعاضة عن الالتزام الأصلي الذي كان يربطهما بالالتزام جديد يحل محله . فمن خصائص التجديد والحالة هذه أنه سبب لانقضاء الالتزام القديم ومصدر لنشوء الالتزام الجديد الذي حلّ مكانه . وقد أشار المشرع المغربي الى هذه الخاصة عندما عرف التجديد في المادة ٣٤٧

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الثالث صفحة ٢٤٠ .

بقوله : « التجديد انقضاء التزام في مقابل إنشاء التزام جديد يحل محله » .

٢٩٧ - مختلف طرق التجديد : نصت المادة ٣٥٠ من قانون الالتزامات والعقود على ما يأتي :
« يحصل التجديد بثلاث طرق :

- ١ - ان يتفق الدائن والمدين على إحلال التزام جديد محل القديم الذي ينقضي ، او على تغيير سبب الالتزام القديم .
- ٢ - أن يحل مدين جديد محل القديم الذي يحلله الدائن من الدين . ويجوز أن يحصل هذا الاحلال من غير مشاركة المدين القديم .
- ٣ - أن يحل ، نتيجة تعهد جديد ، دائن جديد محل القديم الذي تبرأ ذمة المدين بالنسبة إليه ... »

فمن هذا النص يتبين أن التجديد يمكن أن يكون إما بطريق تغيير الالتزام وإما بطريق تغيير المدين ، وإما بطريق تغيير الدائن .
فلنعرض لمختلف هذه الطرق :

٢٩٨ - (أ) التجديد بتغيير الالتزام : يكون التجديد بتغيير الالتزام إذا اختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم بمحله أو بسببه .
اولاً : يتجدد الالتزام بتغيير محله كأن يكون محل الالتزام القديم مبلغاً من النقود فيتفق الطرفان على أن يصبح محل الالتزام الجديد سلعة معينة أو مقداراً معيناً من القمح أو القطن ، أو كأن يكون على العكس محل الالتزام القديم سلعة أو بضاعة فيوافق الطرفان على الاستعاضة عن

هذا الالتزام بالالتزام يكون محله مبلغاً من النقود .

وكذلك يعتبر من قبيل تجديد الالتزام بتغيير محله ، ما لو كان محل الالتزام مبلغاً مقطوعاً من المال فاستبدله المتعاقدان بدفع مرتب موقت أو مرتب عمري الى المدين أو على العكس ما لو كان محل الالتزام مرتباً موقتاً أو عمرياً فاستعاض عنه بمبلغ مقطوع .

ومن قبيل تجديد الالتزام بتغيير محله تعديل طبيعة هذا المحل كأن يكون محل الالتزام القديم ديناً مدنياً فيستعاض عنه بالالتزام جديد يكون محله ديناً تجارياً أو العكس ^(١) .

وكذلك يعتبر تجديداً للالتزام بتغيير محله التعديل الذي يتناول كيان الالتزام ووجوده كأن يكون الالتزام القديم منجزاً فيعلقه الطرفان على شرط واقف أو شرط فاسخ أو كما لو كان الالتزام في الأصل معلقاً على مثل هذا الشرط فيعدلانه الى التزام منجز ^(٢) .

وتجدر الإشارة إلى ان الغالب أن يتعادل المحل الجديد والمحل القديم في القيمة . ولكن هذا التعادل ليس بشرط لصحة التجديد . فقد يزيد أو ينقص أحدهما عن الآخر دون أن يكون لذلك أثر على قيام التجديد ووقوعه صحيحاً .

(١) السنهاوري ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٤٩١ صفحة ٨٢٤ و ٨٢٥

(٢) جوسران، المرجع السابق ، نبذة رقم ٩٠٨ صفحة ٤٨٥ - كولان وكابيتان

المرجع السابق نبذة رقم ٣٢٧ صفحة ٣١٣ - بلاينول وريبير ، المرجع السابق نبذة

رقم ٥٤١ - السنهاوري المرجع السابق نبذة رقم ٤٩٠ صفحة ٨٢٣ .

ثانياً : ويتجدد الالتزام بتغيير سببه كأن يتفق البائع زيد والمشتري عمرو على أن يبقى الثمن في ذمة عمرو على سبيل القرض . ففي هذه الحالة كان سبب التزام عمر القديم عقد البيع ؛ أما سبب التزامه الجديد فقد أصبح عقد القرض .

وكذلك من قبيل التجديد بتغيير السبب ، ما لو اتفق المؤجر سعد والمستأجر بكر على أن يحتفظ بكر بالأجرة التي ترتبت عليه على سبيل الوديعة . فهنا بعد أن كان سبب التزام بكر الأصلي عقد الكراء ، صار سبب التزامه الجديد عقد الوديعة . وعلى العكس لو أن المستعير استأجر العارية من مالكة المعير فان الرابطة القانونية بين الطرفين تتجدد بتغيير سببها إذ يصبح مصدر الالتزام برد المال والمحافظة عليه عقد الإيجار بعد أن كان عقد العارية .

ومن أهم تطبيقات التجديد بتغيير السبب تقييد الالتزام في حساب جار^(١) . ففي الحساب الجاري ذي الصفة المدينة^(٢) نرى الدفعات

(١) الحساب الجاري هو الاتفاق الحاصل بين شخصين على أن ما يسلم كل منهما للآخر بدفعات مختلفة من نقود وأموال واسناد تجارية قابلة للتملك يسجل في حساب واحد لمصلحة الدافع وديناً على القابض دون أن يكون لأي منهما حق مطالبة الآخر بما سلمه له بكل دفعة على حدة ، بحيث يصبح الرصيد النهائي وحده عند إقفال هذا الحساب ديناً مستحقاً ومهيئاً للأداء .

(٢) يكون الحساب الجاري مدينياً أو تجارياً حسب صفة المتعاقدين ، وكل دفعة تدخل في الحساب تكتسب الصفة العامة له (راجع المادة الرابعة من مشروع لجنة=

المختلفة التي يقدمها كل من الطرفين للآخر وتفيد في الجهة الدائنة من الحساب او الجهة المدينة تبعاً للظروف ، تفقد ذاتيتها وتتجدد إذا هي قيدت في الحساب الجاري وقطع هذا الحساب وتم إقراره (١) بحيث ينشأ عن هذا الحساب الجاري التزام جديد لمصلحة أحد الفريقين يتحدد بالرصيد المتبقي بعد قطع الحساب وإقراره . وبعض التشريعات المدنية كالتشريع السويسري والتشريع المصري والتشريع السوري قد أقرت صراحة هذا النوع من التجديد . فالمادة ٣٥٥ من القانون المدني المصري ورد فيها : « لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جارٍ وإنما يتجدد الالتزام اذا قطع رصيد الحساب وتم اقراره » . ورغم عدم وجود نص في التشريع المغربي مماثل لهذا النص ، شأنه في ذلك شأن التشريع الفرنسي ، فإنه يجب الأخذ بالمبدأ الذي يقره النص المذكور لأنه مسلم به في الفقه والاجتهاد (٢) .

٢٩٩ - (ب) التجديد بتغيير المدين : يتجدد الالتزام بتغيير المدين إذا حلّ مدين جديد محل المدين القديم الذي يتحلل من الالتزام .

= تعديل قانون التجارة الأفرنسي - راجع ايضاً رزق الله الانطاكي ونهاد السباعي ، موسوعة الحقوق التجارية الجزء الثالث صفحة ٢٥٩) .

(١) في الحساب الجاري ذي الصفة التجارية يفقد الالتزام ذاتيته وصفاته وضمائنه ويتجدد بمجرد قيده في الحساب الجاري .

(٢) كولان وكايتان ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٣٢١ صفحة ٣٠٨ - جوسران ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٩٠٨ صفحة ٤٨٥ - نقض فرنسي قرار ١٧ ديسمبر ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩-٤٩ .

والتجديد بتغيير المدين يمكن أن يتخذ إحدى صورتين :

(١) ففي الصورة الأولى يتفق المدين مع الدائن على أن يحل شخص ثالث محل المدين ويقبل هذا الشخص الثالث بأن يكون هو المدين الجديد . ففي هذه الصورة يتم التجديد بمشاركة ثلاثة أطراف : الدائن ، والمدين الأصلي ، والمدين الجديد الذي قد لا تربطه بالمدين الأصلي أي رابطة سابقة أو قد يكون - وهو الأغلب - مديناً لهذا المدين الأصلي . مثال ذلك أن يحل مستأجر مستأجراً آخر محله في عقد الايجار بموافقة المؤجر على أن يلتزم المستأجر الجديد بالأجرة مكان المستأجر القديم الذي يتحلل من التزاماته إزاء المؤجر . مثال ذلك أيضاً أن أبيع مالا وأطلب من المشتري دفع الثمن كله أو بعضه لدائن لي تسديداً لما هو مترتب بذمتي قبل هذا الدائن الذي يوافق على حلول المشتري محلي في المديونية .

وهذا النوع من التجديد يسمى بالانابة لأن المدين الأصلي قد أناب مديناً جديداً عنه في وفاء الدين . وسنبحث في الانابة في الفرع الثاني من هذا الفصل مكتفين هنا بالإشارة إلى أن الانابة كطريقة للتجديد توصف بأنها إنابة كاملة (*Délégation parfaite*) نظراً لأنها تقضي الدين القديم وتحل ديناً آخر محله ، وذلك تفريقاً لها عن الانابة القاصرة (*Délégation imparfaite*) الذي يبقى فيها المدين الأصلي ملزماً بالدين إلى جانب المدين الجديد بحيث يصبح للدائن مدينان بدل مدين واحد ، مدين بالدين الأصلي ومدين بالدين الجديد على

أن تبرأ ذمة كليهما إذا بادر أحدهما إلى الوفاء بدينه .

ويجب لفت النظر إلى أنه لا بد ، في هذه الصورة الأولى من التجديد ، من اتفاق الأطراف الثلاثة الدائن والمدين الأصلي والشخص الثالث على أن يحل هذا الشخص الثالث محل المدين الأصلي في الالتزام . وعليه لا يكون هناك تجديد إذا لم يتفق على أن يكون الشخص الثالث مديناً بل وكيلًا أو مفوضاً عن المدين بوفاء الدين . وهذا ما حرص المشرع المغربي على التنبيه إليه في الفقرة الأخيرة من المادة ٣٥٠ بقوله : « مجرد تعيين المدين شخصاً يلتزم بأن يقوم بالوفاء بالدين مكانه لا يؤدي إلى التجديد » .

(٢) أما في الصورة الثانية فيحصل التجديد باتفاق بين الدائن والمدين الجديد وحدهما على أن يحل هذا الأخير محل المدين الأصلي . ففي هذه الصورة كما نرى يتم التجديد دون مشاركة المدين الأصلي بل بمجرد اتفاق الدائن والمدين الجديد . وليس ذلك بمستغرب . فقد مرّ معنا أنه يجوز لأجنبي أن يفي الدين عن المدين دون حاجة إلى رضائه ^(١) . فلم لا يستطيع هذا الأجنبي أن يتحمل بالدين عن طريق التجديد بمعزل كذلك عن رضاء المدين ؟

ومثال التجديد بمجرد اتفاق الدائن والمدين الجديد ودون مشاركة المدين القديم ، أن يتخذ دائن شركة أو دائن شركة أحد الورثة أو أحد الشركاء مديناً له بدل الشركة أو بدل الشركة . ففي مثل هذه الحالة

(١) راجع نبذة رقم ٢٤٦ صفحة ٣١١ أعلاه .

تبرأ ذمة التركة أو ذمة الشركة وتصبح الرابطة الالتزامية قائمة بين الدائن وبين الورث أو الشريك الذي قبل أن يتحمل بالالتزام . ويعتبر المدين الجديد بحكم من يتعهد عن المدين الأصلي بوفاء الالتزام؛ لذلك سمي هذا النوع من التجديد تعهداً بالوفاء (Expromissio) .

٣٠٠ - (ج) التجديد بتغيير الدائن : يتجدد الالتزام بتغيير الدائن إذا تم الاتفاق بين الدائن والمدين وشخص اجنبي على أن يصبح هذا الشخص الاجنبي هو الدائن الجديد . فاذا حصل شيء من ذلك انقضى الالتزام القديم وحلّ محله التزام جديد يختلف عن الالتزام القديم بشخص الدائن . مثال ذلك أن ينبب البائع زيد المشتري عمرو في وفاء الثمن الى دائن لزيد اسمه بكر ويوافق الأطراف الثلاثة على ذلك . ففي هذه الحالة ينقضي الالتزام الذي كان مترتباً على المشتري عمرو إزاء البائع زيد ويحل محله التزام ترتب على المشتري عمرو إزاء الدائن بكر وحصل بالتالي تجديد للالتزام بتغيير الدائن .

ولا بد لتمام التجديد بتغيير الدائن من مشاركة أطراف ثلاثة : الدائن القديم والمدين والدائن الجديد . وضرورة مشاركة هذه الأطراف الثلاثة هو الذي يميز التجديد عن حوالة الحق التي تنعقد ، على ما تقدم معنا باتفاق الدائن القديم والدائن الجديد دون حاجة إلى رضا المدين الذي إنما يبلغ الحوالة أو يطلب منه قبولها لا لانعقادها بل لتكون نافذة في حقه ^(١) : ذلك أن الامر يقتصر في الحوالة على أن المدين

(١) راجع المادتين ١٩٤ و ١٩٥ من قانون الالتزامات والعقود .

قد تغير عليه دائته وليس في ذلك من الخطر ما يستلزم رضا المدين الذي يبقى ملتزماً بنفس الدين . أما في التجديد بتغيير الدائن فإن التزاماً قديماً ينقضي ويحل محله التزام جديد يشغل ذمة المدين . فلا بد لقيام هذا الالتزام الجديد من اتفاق بين الدائن والمدين على ذلك ، ومن ثمّ كان لا بد من رضا المدين .

ثمّ إنه يشترط ، حتى يستقيم التجديد بتغيير الدائن ، كما هو الحال بالنسبة للتجديد بتغيير المدين ، أن تكون نية الأطراف قد اتجهت إلى إحلال الدائن الجديد محل الدائن القديم في دين جديد . وعليه لا مجال للقول بوجود التجديد إذا لم يتفق على أن يكون الشخص الجديد دائناً بل وكيلاً أو مفوضاً عن الدائن في استيفاء الدين . وهذا ما نبه إليه المشرع المغربي في الفقرة الأخيرة من المادة ٣٥٠ حيث قال : « لا يؤدي إلى التجديد مجرد تعيين الدائن شخصاً للاستيفاء عنه » .

المبحث الثاني

شروط التجديد

٣٥١ - بيان هذه الشروط : ورد في الفقرة الثانية من المادة ٣٤٧ أن « التجديد لا يفترض بل يجب التصريح بالرغبة في إجرائه » . والزمّت المادة ٣٤٨ لاجراء التجديد « (١) ان يكون الالتزام القديم صحيحاً - (٢) أن يكون الالتزام الجديد الذي يحل محله صحيحاً بدوره » .

وأكدت المادة ٣٤٩ انه « لا يمكن حصول التجديد إلا اذا كان الدائن أهلاً للتفويت والمدين الجديد أهلاً للالتزام ... »
وأوضحت المادة ٣٥١ أن « احلال شيء محل الشيء المبين في الالتزام القديم يمكن أن يعد تجديداً إذا كان من شأنه أن يلحق بالالتزام تعديلاً جوهرياً ... »

ففي ضوء هذه النصوص يتبين أنه لا بد لتمام التجديد من توافر ثلاثة شروط :

الشرط الأول : وجود التزام صحيح يستعاض عنه بانشاء التزام آخر صحيح كذلك يغير الأول في عنصر من عناصره الجوهرية .
الشرط الثاني : تمتع الأطراف في التجديد بالأهلية اللازمة .
الشرط الثالث : توافر نية التجديد لدى هؤلاء الأطراف .

٣٠٢ - الشرط الأول : وجود التزام صحيح يستعاض عنه بانشاء التزام آخر صحيح يغير الأول في أحد عناصره الجوهرية : يتطلب هذا الشرط تحقق الأمور التالية :

(أ) وجود التزام صحيح .

(ب) الاستعاضة عن هذا الالتزام بالتزام جديد صحيح .

(ج) مغايرة الالتزام الجديد للالتزام القديم في أحد عناصره الجوهرية .
لنوضح مختلف هذه الأمور .

٣٠٣ - (أ) وجود التزام صحيح : تقوم عملية التجديد على الاستعاضة عن التزام قديم بالتزام جديد يحل محله . فالالتزام القديم

هو إذن السبب في إنشاء الالتزام الجديد ، لذا لا يمكن أن ينشأ هذا الالتزام الجديد ما لم يكن مرتكزاً على سبب موجود وما لم يكن هذا السبب صحيحاً . ولهذا اشترط المشرع أول ما اشترط لاجراء التجديد « أن يكون الالتزام القديم صحيحاً » . (المادة ٣٤٨) .

وعليه :

(١) إذا كان الالتزام القديم معدوماً أصلاً وظن وجوده توهماً، كأن يكون الوديع اعتقد نفسه مسؤولاً عن هلاك الوديعة الحاصل بنتيجة قوة قاهرة ، وهو ما لا يسأل عنه (المادة ٨٠٨) . أو كان الالتزام القديم قد انقضى قبل التجديد ، كأن يكون بادر شخص الى الوفاء بالالتزام بدون علم المدين . فإنه لا يمكن أن يكون هناك تجديد ولو اتفق الأطراف على انشاء التزام جديد يحل محل الالتزام الموهوم : ذلك أن الالتزام الجديد يستمد قوامه من الالتزام القديم الذي حل محله ، فإذا انتفى هذا الالتزام القديم لا تقوم للتجديد قائمة لتخلف سببه .

(٢) وإذا كان الالتزام القديم باطلاً ، كأن يكون مبنياً على عقد قرض بفائدة معقود بين متعاقدين مسلمين وهو ما يحرمه القانون (المادة ٨٧٠) فإنه لا يصلح اساساً للتجديد لأن الالتزام الباطل هو التزام مجرد من كل أثر (المادة ٦٠٣) ، ويجب إذن اعتباره بحكم العدم .

(٣) وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد قابل للإبطال لنقص في الأهلية أو لعب شاب الارادة وجرى تجديده في وقت ما زال فيه سبب الإبطال قائماً، كأن يكون ناقص الأهلية بادر الى تجديد التزامه

قبل أن يبلغ سن الرشد أو كأن يكون من عيب ارادته بالاكراه أو الغلط قد جدد الالتزام وهو بعد تحت وطأة الاكراه أو قبل اكتشافه الغلط، فإن التجديد الذي يتم في مثل هذه الظروف لا يكون صحيحاً، لان الالتزام القديم يبقى قابلاً للإبطال، رغم تجديده، وإبطال هذا الالتزام يفضي بالضرورة الى ابطال التجديد (١).

أما إذا جرى تجديد الالتزام في وقت قد زال فيه سبب الإبطال، كأن يكون القاصر قد جدد الالتزام بعد بلوغه سن الرشد، أو كأن يكون من عيب إرادته بالاكراه أو الغلط قد جدد التزامه بعد زوال الاكراه أو بعد اكتشاف الغلط، وكان من أجرى التجديد قد أقدم عليه وهو على بصيرة من الأمر، فإنه يعتد عندها بالتجديد لأنه يعتبر إذ ذاك بمثابة إجازة للعقد وتنازل عن دعوى الإبطال. وبعض التشريعات كالشريع المصري والتشريع السوري والتشريع اللبناني (٢) اقرت صراحةً هذا الحكم. أما المشرع المغربي، شأنه شأن المشرع الفرنسي، فهو

(١) على أن العاقد الذي وجد الإبطال لمصلحته، إذا ما بادر، بعد التجديد، إلى إجازة العقد المعيب في وقت زال فيه سبب الإبطال، فإن العقد ينقلب صحيحاً وبانقلابه صحيحاً يصحح التجديد نفسه.

(٢) ورد في الفقرة الثانية من المادة ٣٥٣ من القانون المدني المصري وفي الفقرة الثانية من المادة ٣٥١ من القانون المدني السوري ما يلي « أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام التجديد إجازة العقد وأن يحل محله ». راجع بنفس المعنى الفقرة الثانية من المادة ٣٢٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

لم يعرض له بنص صريح . ومع ذلك فإنه يجب العمل به لأنه من مقتضيات المبادئ العامة ^(١) .

(٤) وإذا كان الالتزام القديم معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ وجرى تجديده . فإن التجديد يكون هو أيضاً معلقاً على نفس الشرط بحيث إذا تحقق الشرط الواقف أو تخلف الشرط الفاسخ أضحى الالتزام القديم باتاً . وبصيرورته كذلك . يصبح الالتزام الجديد باتاً أيضاً وبالتالي تترتب على التجديد آثاره . أما إذا تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فإن الالتزام القديم ينعدم . وبانعدامه ، ينعدم الالتزام الجديد بالتبعية ويزول كل أثر للتجديد . هذا طبعاً ما لم تكن نية الطرفين انصرفت إلى الاعتداد بالتجديد حتى لو زال الالتزام القديم بحكم الشرط ، كما إذا استعاض المتعاقدان عن التزام معلق على شرط قيمته ألف درهم بالتزام منجز قيمته خمسمائة درهم ففي مثل هذه الحالة يقع التجديد باتاً تحقق الشرط أم تخلف ^(٢) .

(٥) وإذا كان الالتزام القديم طبيعياً ، وهو الذي لا جبر في تنفيذه . فإن الآراء انقسمت لمعرفة ما إذا كان مثل هذا الالتزام يصلح أن يكون محلاً للتجديد .

فمن رأي البعض أن ذلك يصح شرط أن يكون المدين قد أقدم

(١) كولان وكابيتان ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٣٢٧ صفحة ٣١٣ -

وجوسران ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٩١٦ صفحة ٤٨٨ .

(٢) السنهوري ، المرجع السابق ، هامش رقم ١ صفحة ٨١٩ .

على التجديد وهو عالم بأن التزامه كان طبيعياً وانه موافق على أن يحل محله التزاماً مدنياً^(١) وقد تبنى المشرع اللبناني هذا الرأي وصرح أن الالتزام الطبيعي ، يمكن أن يتخذ اساساً للالتزام مدني وذلك عن طريق تجديده^(٢).

وفي رأي آخر يمكن أن يكون الالتزام الطبيعي سبباً للالتزام مدني ولكنه لا يصلح أن يكون محلاً للتجديد لأن التجديد يفترض فيه تغير الالتزام القديم والاستعاضة عنه بالتزام جديد يختلف عن الأول بمحله أو سببه أو بشخص المدين أو الدائن وأن التزام المدين بأداء الالتزام الطبيعي ليس من شأنه تغير أي عنصر من عناصر هذا الالتزام ولا يحمل بالتالي أي معنى من معاني التجديد^(٣) . وقد تبنى التشريع المصري والتشريع السوري هذا الاتجاه واقتصر كل من هذين التشريعين على القول بأن « الالتزام الطبيعي يصلح سبباً للالتزام مدني^(٤) » .

٣٠٤ - (ب) انشاء التزام جديد صحيح : ولا بد في التجديد من نشوء التزام جديد يحل محل الالتزام القديم . وهذا الالتزام الجديد يشترط فيه بالبداية أن يكون التزاماً صحيحاً إذ لا يعقل أن يقبل

(١) جوسران ، المرجع السابق نبذة رقم ٩١٦ صفحة ٤٨٨ .

(٢) راجع الفقرة الثالثة من المادة ٣٢٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٣) كولان وكايتان ، المرجع السابق نبذة رقم ٢٧٨ صفحة ٢٧٢ .

(٤) راجع المادة ٢٠٢ من القانون المدني المصري والمادة ٢٠٣ من القانون

المدني السوري .

الدائن بانقضاء الالتزام القديم إلا إذا كان على يقين أن الالتزام الجديد التزام لا غبار عليه ومنتج لآثاره القانونية . وعلى هذا فإن المشرع المغربي بعد أن أوجب لقيام التجديد أن يكون الالتزام القديم صحيحاً ، قد أضاف بأنه يلزم أيضاً لذلك « أن يكون الالتزام الجديد الذي يحل محله صحيحاً بدوره » (المادة ٣٤٨) .

وعليه :

(١) إذا كان الالتزام الجديد باطلا لسبب من الأسباب كأن تكون مثلاً الشروط الشكلية التي أوجب القانون مراعاتها لنشوء الالتزام لم تتوفر في عقد التجديد أو كأن يكون محل الالتزام الجديد مخالفاً للنظام العام ، فإن التجديد لا تقوم له قائمة ويبقى الالتزام القديم على أصله فلا ينقضي .

(٢) وإذا كان الالتزام الجديد قابلاً للإبطال لنقص في الأهلية مثلاً أو لعب في الإرادة فأن مصير التجديد يبقى معلقاً : فالتجديد يزول ويعود الالتزام القديم كما كان في الأصل إذا ما بادر صاحب الحق في الإبطال إلى الطعن في الالتزام الجديد وتقرر إبطال هذا الالتزام . أما إذا تقادمت دعوى الإبطال أو إذا أقدم في أي وقت صاحب الحق في الإبطال على إجازة العقد وهو على بصيرة من الأمر ، فإن التجديد ينقلب صحيحاً فينقضي الالتزام القديم بصورة نهائية ويحل محله الالتزام الجديد على وجه بات .

(٣) وإذا كان الالتزام الجديد معلقاً على شرط واقف أو على

شرط فاسخ فان التجديد بدوره يقع معلقاً على نفس الشرط بحيث اذا تحقق الشرط الواقف أو تخلف الشرط الفاسخ قام الالتزام الجديد بصورة نهائية واصبح التجديد باتاً. أما اذا تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ فإن الالتزام الجديد يزول وزواله يؤول بالضرورة الى زوال التجديد وبالتالي الى عودة الالتزام القديم كما كان في الأصل.

٣٠٥ - (ج) مغايرة الالتزام الجديد للقديم في عنصر جوهري:

(١) لا يكفي في التجديد مجرد حلول التزام جديد محل الالتزام القديم. بل لا بد أن يكون هذا الالتزام الجديد مغايراً للالتزام السابق في عنصر من عناصره الجوهرية.

ويعد الالتزام الجديد مختلفاً عن الالتزام القديم في عنصر جوهري إذا كان ثمة تعديل في شخص المدين أو في شخص الدائن أو في محل الالتزام أو في سببه على ما سبق بيانه إذ عرضنا لمختلف طرق التجديد^(١).

ومن قبيل التعديل الجوهري في الالتزام الذي يعتبر بمثابة تغيير في محله، إدخال شرط واقف أو فاسخ على التزام منجز، أو بالعكس الغاء شرط واقف أو فاسخ كان الالتزام معلقاً عليه وتحويله بالتالي من التزام معلق على شرط الى التزام منجز. وكذلك من قبيل التجديد بطريقة تغيير محل الالتزام التعديل الذي يتناول طبيعة هذا المحل، بأن كان مدنياً فاستعيض عنه بدين تجاري أو العكس، أو التعديل الذي يتناول ذاتيته بأن كان التزاماً بسيطاً فاستبدل بالتزام تخيري أو كان.

(١) راجع نبذة رقم ٢٩٧ إلى ٣٠٠ صفحة ٣٨٥ وما يليها أعلاه.

التزاماً تخييرياً فعدل الى التزام بسيط^(١) . فمثل هذه التعديلات الجوهرية في محل الالتزام هي التي يمكن أن يقوم معها التجديد وهي التي عنها المشرع المغربي عندما صرح في المادة ٣٥١ أن « إحلال شيء محل الشيء المبين في الالتزام القديم يمكن أن يعد تجديداً اذا كان من شأنه أن يلحق بالالتزام تعديلاً جوهرياً ... »

(٢) أما إذا كان الالتزام الجديد لا يغير الالتزام القديم في أي عنصر من عناصره فلا يكون هناك طبعاً تجديد ، بل إن الأمر لا يعدو أن يشكل إجازة للالتزام القديم (confirmation) من قبل ناقص الأهلية أو من قبل من عيبت ارادته حتى يزول الإبطال الذي كان يهدد هذا الالتزام أو أن يشكل إقراراً (Ratification) للالتزام من قبل الغير ليسري على هذا الغير .

(٣) وكذلك لا يعد تجديداً ادخال تعديل غير جوهري على الالتزام القديم . وقد اعتبرت المادة ٣٥١ من قبيل التعديلات غير الجوهرية تغيير مكان التنفيذ (بأن كان في موطن المدين فجعله المتعاقدان في موطن الدائن) ، أو التعديلات الواردة على شكل الالتزام (بأن كان التزاماً غير موثق بسند خطي أو موثقاً بسند عرفي فوثقه الطرفان بسند رسمي) أو التعديلات الواردة على القيود المضافة له كالأجل (بأن كان الالتزام مستحق الأداء فأعطي أجلاً للمدين أو كان لأجل قصير فمد في الأجل ، أو لأجل طويل فقصر) والشروط (كتغيير

(١) السنهاوري ، المرجع السابق ، الهامش رقم ٥ صفحة ٨٢٣ .

عملة الوفاء أو تعديل معدل الفائدة برفعها أو بانقاصها أو باضافة بند جزائي الى الالتزام (١) والضمانات (كتقرير ضمانه شخصيه أو عينيه ضماناً للوفاء بالالتزام او التنازل عن مثل هذه الضمانه التي كانت مقرره من قبل) .

والتعداد الوارد في المادة ٣٥١ ليس تعداداً حصرياً بل هو على سبيل التمثيل . والمبدأ الذي يجب الرجوع اليه في هذا الصدد هو أن كل

(١) ورد في المادة ٣٥١ في نصها العربي أن « تغيير مكان التنفيذ أو التعديلات الواردة ... على القيود المضافة له كالأجل والشرط ... لا تعد تجديداً » . فقد يستفاد من ظاهر هذا النص أن التعديل الذي يتناول الشرط (Condition) كادخال شرط واقف او فاسخ على التزام منجز او على العكس كالغاء شرط واقف او فاسخ كان الالتزام الأصلي معلقاً عليه لا يعتبر بحد ذاته تجديداً ، شأنه شأن التعديل الذي يتناول الأجل . والحقيقة أن التعديل الذي يتناول الشرط هو تعديل جوهري للالتزام لانه انما يتعلق بكيان الالتزام ووجوده (Existence) وذلك خلاف التعديل في الأجل الذي لا يمس ذات الالتزام وكيانه بل يمس نفاذه (Exgibilité) . لذا كنا ادخلنا مثل هذا التعديل ضمن التعديلات الجوهرية في محل الالتزام التي يترتب عليها تجديد الالتزام . أما التعديل الذي لا يعتبر جوهرياً ولا يشكل تجديداً فهو الذي يتناول شروط العقد وبنوده (كتعديل الفائدة رفعاً وحقاً أو تغيير عملة الوفاء او ادخال بند جزائي الى الالتزام) لا الذي يتناول الشرط بالمعنى الاصطلاحي . ولعل النص كما ورد بالفرنسية يوضح هذه الناحية اذ وردت عبارة (les Conditions de l'obligation) وهي تفيد « شروط الالتزام » ولم ترد عبارة (la Condition) كما يجب أن يكون عليه النص لو أن ما قصده المشرع كان الشرط بالمعنى الاصطلاحي .

تعديل لا يتناول عنصراً جوهرياً من عناصر الالتزام لا يمكن أن يعتبر تجديداً لهذا الالتزام .

على أن التعديل الذي يتناول عنصراً غير جوهري في الالتزام، لئن كان ليس من شأنه أن يشكل تجديداً بحد ذاته ، فإن الأمر على عكس ذلك إذا كان الأطراف المعنية قد أعلنوا صراحةً عن إرادتهم في تجديد الالتزام . عندها يعتبر مثل هذا التعديل ، رغم وروده على عنصر غير جوهري ، تغييراً في محل الالتزام وبالتالي تجديداً للالتزام . وهذا ما أوضحه المشرع المغربي في آخر المادة ٣٥١ حيث بعد تأكيده أن التغيير في عنصر غير جوهري في الالتزام لا يعتبر تجديداً، أضاف « إلا إذا كان المتعاقدان قد قصدها صراحةً » .

٣٥٦ - الشرط الثاني : تمتع الأطراف في التجديد بالأهلية اللازمة :
التجديد ، ككل تصرف قانوني ، يتطلب قيامه توافر الأهلية اللازمة لدى الأطراف المشتركة فيه . وقد عرض المشرع لهذه الأهلية في المادة ٣٤٩ فنص على أنه « لا يمكن حصول التجديد إلا إذا كان الدائن أهلاً للتفويت والمدين الجديد أهلاً للالتزام . ولا يجوز للأولياء والوكلاء ومن يتولون أموال غيرهم إجراء التجديد ، إلا في الأحوال التي يجوز لهم فيها إجراء التفويت » .

ففي ضوء هذا النص نستطيع القول بأنه لا يكفي في التجديد أن يكون الدائن أهلاً لاستيفاء الدين والمدين أهلاً للوفاء به ، بل لا بد أن يكون الدائن أهلاً للتفويت والمدين أهلاً للالتزام ، لأن التجديد

كما نعلم ينطوي على انقضاء التزام وإنشاء التزام جديد يحل محله . ومن ثم لا يجوز للقاصر أو للمحجور عليه أن يجدد الالتزام ، بل إن التجديد يتم من قبل النائب الشرعي بعد الحصول على إذن من المحكمة لأن التجديد هو عمل من أعمال التصرف وأعمال التصرف لا يحق للنائب الشرعي ممارستها إلا باذن من القاضي (المادة ١١ من قانون الالتزامات والعقود) . وكذلك لا يستطيع الوكيل بالقبض أو بالوفاء إجراء تجديد الالتزام بالوكالة عن الدائن أو المدين لعدم شمول الوكالة لمثل هذا العمل من أعمال التصرف . أما الدائن المتضامن أو المدين المتضامن فإن كلا منهما يستطيع إجراء التجديد بحيث إذا أجراه الدائن المتضامن انقضى الالتزام التضامني في حق جميع الدائنين وإذا أجراه المدين المتضامن برئت ذمة سائر المدينين الآخرين ، وذلك لأن المشرع المغربي اعتبر وكالة الدائن المتضامن أو المدين المتضامن شاملة تجديد الالتزام (المادة ١٥٥ والمادة ١٧١) (١) .

(١) لئن كان موقف المشرع المغربي يتفق والمشرع اللبناني في التضامن الايجابي والسليبي من حيث التجديد (تراجع المادتان ١٣ و ٣١ من قانون الموجبات والعقود) فانه يختلف عن موقف التشريع المصري والتشريع السوري اللذين يرتبان على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامين براءة ذمة سائر المدينين (المادة ٢٨٦ من القانون المدني المصري ومن القانون المدني السوري) ولكنهما لا يرتبان على تجديد الدين بين المدين وأحد الدائنين المتضامين براءة ذمة المدين قبل بقية الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قبله (الفقرة الأولى من المادة ٢٨٢ من=

٣٠٧ - الشرط الثالث : توافر نية التجديد لدى الأطراف :ورد

في الفقرة الثانية من المادة ٣٤٧ أن « التجديد لا يفترض بل يجب التصريح بالرغبة في إجرائه ». وعليه فليس كل تغيير في الالتزام يعتبر تجديدًا ، بل لا بد من أن تظهر نية الأطراف المعنية في أنهم قصدوا بهذا التغيير تجديد الالتزام .

وقول المشرع إن « التجديد لا يفترض بل يجب التصريح بالرغبة في إجرائه » لا يفهم منه أنه لا بد أن يعبر عن الرغبة في التجديد بنص صريح في العقد . فقد يستخلص التجديد من ظروف الحال . والمهم في الأمر أن تكون الدلالة على التجديد واضحة لا خفاء فيها ولا لبس . فهكذا مرّ معنا ، أن نية التجديد تعتبر قائمة إذا كان الالتزام الجديد مغايراً للالتزام القديم في محله أو في سببه ^(١) أو في شخص المدين ^(٢) أو في شخص الدائن ^(٣) . فكل تغيير من هذا القبيل يعتبر تعديلاً جوهرياً في الالتزام يستخلص منه التجديد بوضوح .

= القانون المدني المصري والقانون المدني السوري) . ومن الجدير بالذكر أن موقف المشرع المصري والمشرع السوري يتفق وموقف القانون الفرنسي الذي يقر إمكانية التجديد في التضامن السليبي (الفقرة ٣ من المادة ١٢٩٤) دون التضامن الايجابي حيث الفقه يعتبر أن التجديد الذي يجريه المدين مع أحد الدائنين المتضامين ليس من شأنه أن يقضي الالتزام . (جوسران ، المرجع السابق نبذة رقم ٧٥٨ صفحة ٤١٣) .

(١) راجع نبذة رقم ٢٩٧ صفحة ٣٨٥ وما يليها اعلاه .

(٢) راجع نبذة رقم ٢٩٨ صفحة ٣٨٥ وما يليها اعلاه .

(٣) راجع نبذة رقم ٢٩٩ صفحة ٣٨٨ اعلاه .

وهكذا مرّ معنا أن ادخال تعديل غير جوهري على الالتزام كتغيير مكان التنفيذ أو التعديلات الواردة على شكل الالتزام أو على القيود المضافة له كالأجل والشروط والضمانات لا يمكن أن تستخلص منه نية التجديد بل لا بد في هذه الحالة من أن يقيم ذو المصلحة الدليل على وجود التجديد ^(١) (المادة ٣٥١) . وكذلك من المقرر أن استلام البائع من المشتري سندات تجارية بالثمن لا يعتبر تجديداً ينقضي معه التزام المشتري بدفع الثمن وما يتبعه من حبس المبيع واسترداده وفسخ البيع عند الاقتضاء ، ليحل محله التزام جديد بوفاء قيمة السندات ، هذا طبعاً ما لم يتفق على التجديد وتقام البينة على ذلك ^(٢) .

وتتبع في اثبات التجديد القواعد العامة في الاثبات . فلا بد إذن لمن يدعي وجود التجديد من تقديم دليل خطي إذا كانت قيمة الالتزام تفوق ٢٥٠ درهماً (المادة ٤٤٣) ما لم تكن توجد بداية حجة بالكتابة حيث تسمع البينة بالشهادة والقرائن (المادة ٤٤٧) .

اما استخلاص نية التجديد من الظروف المحيطة بتغيير عنصر من عناصر الالتزام فهي مسألة واقع يترك تقديرها لقاضي الموضوع ولا

(١) راجع نبذة رقم ٣٠٣ صفحة ٣٩٣ أعلاه .

(٢) جوسران ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٩١٠ . صفحة ٤٨٦ - وكولان ركابيتان ، المرجع السابق نبذة رقم ٣٢٥ صفحة ٣١٢ - والسنهوزي ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٤٩٧ صفحة ٨٣٦ - ونقض فرنسي ٥ اغسطس ١٨٧٨ دالوز ٧٩-١-٧١ - ونقض فرنسي ٢٨ ابريل ١٩٠٠ دالوز ٩٠١-١-١٧ .

يخضع فيها لرقابة محكمة النقض^(١).

المبحث الثالث

آثار التجديد

٣٠٨ - للتجديد أثر مسقط وأثر منشيء : يترتب على التجديد اثران أحدهما مسقط والآخر منشيء : فالأثر المسقط هو انقضاء الالتزام القديم نهائياً. أما الأثر المنشيء فهو قيام التزام جديد يحل محل الالتزام القديم.

١ - الأثر المسقط

٣٠٩ - انقضاء الالتزام القديم : (أ) التجديد يفضي الى انقضاء الالتزام القديم. وانقضاء هذا الالتزام هو انقضاء تام يشمل الأصل وما يلحق هذا الأصل من توابع وما يضمنه من تأمينات شخصية أو عينية وما يتعلق به من دعاوى أو ما يرد عليه من دفعات. وهكذا فالالتزام القديم يزول نهائياً من الوجود وتزول معه توابعه ، شأن التجديد في ذلك شأن الوفاء.

(ب) على أن زوال هذا الالتزام القديم مرهون بنشوء التزام

(١) كولان وكابيتان ، المرجع السابق نبذة رقم ٣٢٥ صفحة ٣١٢ - وجوسران المرجع السابق نبذة رقم ٩٠٩ صفحة ٤٨٦ - والسنهوري ، المرجع السابق نبذة رقم ٤٩٧ صفحة ٨٣٨ - وماجد الحلواني المرجع السابق صفحة ١٦٩ ونقض فرنسي ١٥ مايو ١٨٩٥ دالوز ٩٥-١-٤٢٣ ، ونقض فرنسي ١٠ يونيو ١٩١٣ سيرييه ١٩١٤-١-١٤٣ ، ونقض فرنسي ٢٥ يوليو ١٩٢٥ دالوز ٢٧-١-٢٢.

جديد صحيح خالياً من أسباب البطلان . أما إذا كان الالتزام الجديد باطلا لسبب من الأسباب فإن الالتزام الأول يبقى على حاله .

ولكن زوال الالتزام القديم لا يتوقف على تنفيذ الالتزام الجديد كما هو الحال في الوفاء بمقابل : فالوفاء بمقابل يقتضي تنفيذ الالتزام الجديد فوراً ولا يكون من شأنه قضاء الالتزام الأصلي الا إذا تم نقل ملكية الشيء المقابل إلى الدائن . أما التجديد فيكتفى فيه بإنشاء التزام جديد دون ما ضرورة لأن يكون هذا الالتزام واجب التنفيذ فوراً .

وقد أوضحت الفقرة الأولى من المادة ٣٥٦ هذه الأحكام فقالت : « بالتجديد ينقضي الالتزام القديم نهائياً ، اذا كان الالتزام الجديد الذي حل محله صحيحاً ولو لم يقع تنفيذ الالتزام الجديد » .

وثمة حالة وجد المشرع المغربي أن ينبه إليها وهي ما إذا كان الالتزام الجديد نشأ معلقاً على شرط واقف . ففي هذه الحالة يتوقف أثر التجديد من حيث انقضاء الالتزام القديم على تحقق الشرط الواقف . فاذا لم يتحقق هذا الشرط اعتبر التجديد كأن لم يكن وبقي الالتزام القديم كما كان في الأصل (الفقرة الثانية من المادة ٣٥٦) .

(ج) والأصل في التجديد كما أوضحنا أن يكون سبباً لانقضاء التأمينات التي كانت تضمن الوفاء بالالتزام القديم . على أن الإحاطة بهذا الموضوع تقتضي أن نميز بين التأمينات العينية التي قدمها المدين أو التي قررها القانون وبين التأمينات العينية أو الشخصية التي قدمها الغير .

٣١٠ - التأمينات العينية المقدمة من المدين أو المقررة قانوناً : قد يكون المدين قدّم ضماناً للوفاء بالتزامه رهناً رسمياً على عقار أو رهناً حيازياً على منقول أو على عقار . وقد يكون الالتزام المترتب على المدين من الالتزامات المضمونة برهن عقاري جبري ^(١) أو المضمونة بامتياز عام أو خاص على منقول أو بامتياز عقاري ^(٢) .

فما هو أثر التجديد على هذه التأمينات التي كانت تضمن الالتزام القديم ؟

(١) الرهن الجبري هو الرهن المخول بحكم قضائي بدون رضى المدين في حالات معينة عددها القانون على سبيل الحصر . ومن أهم انواعه الرهن الجبري المقرر ضماناً لحقوق فاقدى الأهلية وناقصيهها او الرهن الجبري المقرر ضماناً لحقوق وديون الزوجة أو الرهن الجبري المقرر ضماناً لحقوق البائع والمقايض والمقاسم ... (المادة ١٦٣ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة) .

(٢) الامتياز هو حق اولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظراً لسبب الدين (المادة ١٢٤٣ من قانون الالتزامات والعقود) .

ومن امثلة الديون المضمونة بامتياز عام على منقول مصروفات الجنازة والديون الناشئة عن مصروفات مرض الموت ، والأجور والتعويضات المترتبة للخدم والكتابة والعمال ، والمبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين وعائلته من مواد غذائية ... (المادة ١٢٤٨ من قانون الالتزامات والعقود) .

ومن أمثلة الديون المضمونة بامتياز خاص على منقول مصروفات الزراعة ، وأجرة المباني والأراضي الزراعية ، والمصروفات المتفقة لحفظ الشيء ... (المادة ١٢٥٠ =

أجاب المشرع على ذلك في المادة ٣٥٥ فقال :

« الامتيازات والرهن الرسمية الضامنة للدين القديم لا تنتقل الى الدين الذي يحل محله ، الا اذا احتفظ بها الدائن صراحة » .

الاتفاق الذي من شأنه أن ينقل الضمانات العينية من الدين القديم الى الجديد لا ينتج أثراً بالنسبة الى الغير ، إلا إذا أبرم في نفس الوقت الذي يتم فيه التجديد وكان وارداً في رسم ثابت التاريخ .

ففي ضوء هذا النص نستطيع تقرير ما يلي :

اولاً : الأصل في التجديد أن يكون سبباً لانقضاء التأمينات التي كانت تضمن الالتزام القديم : ذلك أن هذه التأمينات تتبع الالتزام الأصلي وجوداً وعدماً فإذا زال الأصل وجب أن تزول معه توابعه عملاً بالقاعدة الكلية التابع يتبع الأصل .

ثانياً : على أن المشرع لاعتبارات عملية محضة قد أباح الخروج على هذه القاعدة وأجاز استبقاء التأمينات رغم انقضاء الالتزام الذي كانت تضمنه ونقلها إلى الالتزام الجديد الذي حل محله . ولكن ذلك لا يتم حكماً وبمجرد الاتفاق على التجديد . بل لا بد من اتفاق خاص على انتقالها إلى جانب الاتفاق على التجديد .

(١) فإذا كان التجديد قد تم بتغيير الالتزام جاز للدائن والمدين

= من قانون الالتزامات والعقود .

ومن أمثلة الديون المضمونة بامتياز عقاري النفقات القضائية الناشئة عن بيع

العقار وتوزيع ثمنه (المادة ١٥٥ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣) .

الاتفاق على نقل التأمينات التي كانت تضمن الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد شرط أن لا يتعدى ذلك حدود الالتزام القديم، بمعنى أنه لا يجوز أن يضمن التأمين من الالتزام الجديد إلا بمقدار ما كان يضمن من الالتزام الأصلي^(١). فإذا كانت قيمة الالتزام الأصلي المضمون برهن توازي خمسة آلاف درهم وتجدد هذا الالتزام بحيث حل محله التزام تبلغ قيمته ثمانية آلاف درهم ورافق التجديد اشتراط انتقال الرهن إلى الالتزام الجديد، فإن هذا الرهن لا يضمن الالتزام الجديد بمجموعه بل لا يضمن سوى خمسة آلاف درهم .

وتبرز أهمية نقل التأمينات إلى الالتزام الجديد في حدود الالتزام الأصلي ليس إلا، عندما يكون المدين قد عقد ديوناً متعاقبة جعلها مضمونة برهن رسمي برتب مختلفة . فإذا جدد المدين الدين المضمون برهن من المرتبة الأولى واستعاض عنه بدين أكبر قيمة من الدين الأصلي ونقل الرهن الرسمي إلى الدين الجديد كله فإن الدائنين أصحاب الرهون من الرتب المتأخرة يتضررون، لأن الرهن المتقدم على رهونهم يزداد عبوه عن ذي قبل . فمنعاً لهذا الضرر ، وجب حصر التأمين الذي ينتقل إلى الالتزام الجديد في حدود الالتزام الأصلي .

(٢) وإذا كان التجديد قد حصل بتغيير الدائن فإن للأطراف الثلاثة

(١) جوسران ، المرجع السابق نبذة رقم ٩١٣ صفحة ٤٨٧ - وكولان وكايتان

المرجع السابق نبذة رقم ٣٢٨ صفحة ٣١٤ - والسنهوري ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٥٠٥ صفحة ٨٥٠ . وماجد الحلواني المرجع السابق صفحة ١٧٩ .

الدائن القديم والمدين والدائن الجديد الاتفاق على استبقاء التأمينات ونقلها إلى الالتزام الجديد . ولا بد من مشاركة هؤلاء الأطراف الثلاثة في الأمر ، إذ أن التجديد في الأصل لا يتم إلا برضاهم جميعاً .

(٣) وإذا كان التجديد قد جرى بتغيير المدين فإن الرأي الراجح في فرنسا يشترط لانتقال الامتيازات والتأمينات من الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد موافقة المدين الأصلي إلى جانب موافقة الدائن والمدين الجديد بحيث في هذه الحالة ، كما في حالة التجديد بتغيير الدائن ، لا بد تحقيقاً لاستبقاء التأمينات من مشاركة الأطراف جميعاً المدين القديم والدائن والمدين الجديد^(١) . وهذا الحكم قد أخذ به المشرع اللبناني صراحة^(٢) بينما جنح كل من المشرع المصري والمشرع السوري إلى إقرار إمكانية استبقاء التأمينات بمجرد اتفاق الدائن والمدين الجديد على ذلك ودون ما حاجة إلى رضا المدين القديم^(٣) .

(١) جوسران ، المرجع السابق نبذة رقم ٩١٤ صفحة ٤٨٧ و ٤٨٨ - وكولان وكابيتان المرجع السابق نبذة رقم ٣٢٨ صفحة ٣١٤ .

(٢) نصت الفقرة الثالثة من المادة ٣٢٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه « يجوز وضع نص صريح يشترط به الحاق الرهون والحقوق الممتازة ورهون المنقولات بالدين الجديد على الشروط نفسها التي كانت ضامنة للموجب الساقط ، ولا يكون ذلك الا إذا رضي بهذا اللاحق صاحب الملك المترتب عليه حق الرهن او الامتياز » .

(٣) نص المقطع (ب) من الفقرة الأولى من المادة ٣٥٧ من القانون المدني المصري ومن المادة ٣٥٥ من القانون المدني السوري على انه « إذا كان التجديد =

ونحن في ضوء نص الفقرة الأولى من المادة ٣٥٥ من قانون الالتزامات والعقود المغربي المماثلة لنص المادة ١٢٧٨ من القانون المدني الفرنسي نؤيد موقف الفقه الفرنسي ونرى ، في حالة التجديد بتغيير المدين ، ضرورة اشتراك المدين القديم في الاتفاق الذي يهدف نقل ضمانات الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد وبالتالي نعتبر أن نقل هذه الضمانات لا يمكن أن يتم إلا برضاء هذا المدين: ذلك أن التجديد بتغيير المدين يمكن اعتباره بمثابة وفاء من الغير . والوفاء يبريء ذمة المدين الأصلي ويقضي على التزامه . وانقضاء الالتزام يستتبع انقضاء التأمينات التي كانت تضمنه . ولا سبيل إلى الإبقاء على هذه التأمينات ضماناً للالتزام الذي نشأ بين الدائن والمدين الجديد إلا إذا وافق على ذلك المدين القديم أو إذا ورد نص تشريعي يقضي ببقائها ولو بدون رضاء هذا المدين كما هو الحال في التقنين المدني المصري والتقنين المدني السوري . وما دام التشريع المغربي خلواً من مثل هذا النص فلا بد إذن من أخذ موافقة المدين القديم إذا أردنا استبقاء التأمينات التي كانت تضمن الالتزام الأصلي ونقلها إلى الالتزام الجديد لتضمن الوفاء به .

ثالثاً : حرصاً على حقوق الغير وحتى لا يضار هذا الغير من انتقال التأمينات العينية إلى الالتزام الجديد، فقد أوجب المشرع المغربي ليكون الاتفاق على نقل هذه التأمينات نافذاً إزاء الكافة، أن يبرم الاتفاق المذكور

=بتغيير المدين جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة إلى رضاء المدين القديم .

في نفس الوقت الذي يتم فيه التجديد ، وأن يكون وارداً في رسم ثابت التاريخ .

(آ) فالاتفاق على نقل التأمينات يجب أن يتم في نفس الوقت الذي يتم فيه التجديد . ذلك أن التجديد من شأنه أن يقضي الالتزام الأصلي . وانقضاء هذا الالتزام يقضي بالضرورة إلى انقضاء التأمينات التي كانت تضمن هذا الالتزام. وقد يفيد الغير من انقضاء هذه التأمينات كصاحب رهن من المرتبة الثانية في حالة زوال الرهن من المرتبة الأولى نتيجة تجديد الدين الذي كان مضموناً بهذا الرهن من المرتبة الأولى . فلا يجوز حرمان الغير مما أفاده عن طريق بعث التأمينات مجدداً باتفاق يعقب التجديد على نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد . ومن ثم اشترط المشرع حتى يكون الاتفاق على نقل الضمانات العينية من الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد ذا أثر إزاء الغير ، ان يبرم هذا الاتفاق مع التجديد في وقت واحد .

(ب) ثم إن الاتفاق على نقل التأمينات يجب أن يرد في سند ثابت التاريخ وذلك منعاً للتواطؤ والإضرار بالغير . ذلك أنه لو جاز أن يكون الاتفاق غير ثابت التاريخ، لأمكن تقديم تاريخه حتى يكون معاصراً للتجديد ولو كان الاتفاق في الواقع لاحقاً ، فتبقى التأمينات ضامنة للالتزام الجديد مع أنه كان ينبغي أن تنقضي . فتفادياً لمثل هذا المحذور وما يمكن أن يسببه من أضرار للغير ، وجد المشرع أن يشترط لنفاذ الاتفاق على نقل التأمينات من الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد وروده

في حجة ثابتة التاريخ .

رابعاً : يلاحظ أن نص المادة ٣٥٥ من قانون الالتزامات والعقود ، الذي جاء مطابقاً لنص المادة ١٢٧٨ من القانون المدني الفرنسي ، لم يجعل التأمينات التي يمكن اشتراط نقلها من الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد قاصرة على التأمينات الاتفاقية التي يقدمها المدين لدائنه (كالرهن الرسمي الرضائي والرهن الحيازي على منقول والرهن الحيازي العقاري) ، بل أطلقها حتى غدت شاملة أيضاً التأمينات التي يقررها القانون (كالرهونات الجبرية والامتيازات) . وهذا عيب أخذته الفقه الفرنسي على النص لأن الامتياز ضمانه قررهما القانون على أموال المدين نظراً لصفة في الدين وأن الرهن ضمانه قررهما القانون حفظاً لمصلحة فئة معينة من الدائنين كالقصر والزوجة والمحجور عليهم . فكان ينبغي والحالة هذه ألا يسمح باشتراط انتقال مثل هذه الضمانات تبعاً لتجديد الالتزام ، لأن الدين الجديد قد لا تكون له صفة الديون الممتازة وصاحب هذا الدين الجديد قد لا يكون من زمرة الأشخاص الذين أراد القانون حماية مصلحتهم .

والجدير بالذكر أن بعض التشريعات كالقانون المدني المصري والقانون المدني السوري قد تجنبت هذا العيب بأن جعلت التأمينات العينية التي يمكن اشتراط استبقائها وانتقالها إلى الالتزام الجديد قاصرة على التأمينات الاتفاقية التي ارتضى المدين تقديمها لضمان دينه الأصلي^(١) .

(١) راجع المادة ٣٥٧ من القانون المدني المصري والمادة ٣٥٥ من القانون

المدني السوري .

وحسناً فعلت هذه التشريعات وحسناً يفعل المشرع المغربي إذ ينهج نهجها إذا عمد إلى إعادة النظر في قانون الالتزامات والعقود .

٣١١ - التأمينات العينية أو الشخصية المقدمة من الغير : قد يكون الغير هو الذي قدم التأمينات التي تضمن الالتزام الأصلي . وهذه التأمينات إما أن تكون شخصية وذلك بأن ضمّ الغير ذمته المالية إلى ذمة المدين عن طريق الكفالة أو التضامن، وإما أن نكون عينية وذلك بأن رتب الغير رهناً على مال مملوك له ضماناً للوفاء بالالتزام المدين وقدم ما يسمى بالاصطلاح القانوني كفالة عينية^(١) .

فالقاعدة هنا أن التأمينات المقدمة من الغير سواء كانت شخصية أم كانت عينية تسقط بالتجديد ولا يمكن أن تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا بموافقة الغير : ذلك أن الغير ضمن التزاماً معيناً بذاته هو الالتزام الأصلي ؛ فحتى يضمن التزاماً غيره لا بد من رضائه بهذا الضمان . وعليه إذا ما اشترط الأطراف في التجديد بقاء التأمينات المقدمة من الغير وانتقالها إلى الالتزام الجديد ووافقوا جميعاً على ذلك، فموافقتهم هذه تبقى عديمة الأثر ما دام الغير، مقدم التأمين، لم يقبل بالأمر حتى ولو كان الالتزام الجديد أقل قيمة من الالتزام القديم .

وقد ورد بهذا المعنى في صدد التضامن أن « التجديد الحاصل بين

(١) هي كفالة لأن صاحبها ملزم بوفاء دين الغير الذي خصصت لضمانه ؛ وهي كفالة عينية لأن صاحبها يلزم على الوفاء بالدين المضمون من المال المرهون وحده دون أمواله الأخرى .

الدائن وأحد المدينين المتضامنين يبريء ذمة الآخرين ما لم يرتضوا الانضمام إليه في التحمل بالالتزام الجديد ، ومع ذلك إذا اشترط الدائن انضمام المدينين الآخرين ، فامتنعوا منه ، فإن الالتزام القديم لا ينقضي» (المادة ١٧١) .

وكذلك الأمر في الكفالة : « فالتجديد الحاصل مع المدين الأصلي يبريء ذمة الكفلاء ، ما لم يرتضوا ضمان الالتزام الجديد . غير أنه إذا اشترط الدائن تقدم الكفلاء لضمان الالتزام الجديد ثم امتنعوا فإن الالتزام القديم لا ينقضي »^(١) .

٢ - الأثر المنشئ

٣١٢ - انشاء التزام جديد : يترتب على التجديد أثر إنشائي إلى جانب أثره المسقط : فهو في الوقت الذي يقضي الالتزام الأصلي

(١) هذا النص وإن كان ورد في معرض البحث المخصص للكفالة الشخصية ، إلا أنه واجب التطبيق على الكفالة العينية أيضاً من باب أولى : ذلك أن الكفيل العيني يفترض فيه أنه أكثر حذراً من الكفيل الشخصي وأقل ثقة منه بالمدين الأصلي من حيث أنه حدد كفالته بعين معينة ليس إلا ، في حين أن الكفيل الشخصي ارتضى أن تكون كفالته شاملة لجميع ذمته المالية . وما دام لا يمكن في حالة التجديد اعتبار الكفالة التي قدمها الكفيل الشخصي ضماناً للالتزام الأصلي ، ضامنةً للالتزام الجديد إلا إذا ارتضى الكفيل الشخصي ذلك ، فإنه لا يعقل عدم تطبيق الحكم نفسه بحق الكفيل العيني .

ينشئ التزاماً جديداً يحل محل الالتزام المنقضي. وهذا الالتزام الجديد هو غير الالتزام القديم : فله ذاتيته وصفاته وله دعاواه ودفعه، وله تأميناته الخاصة عند الاقتضاء .

فهكذا مثلاً :

قد يكون الالتزام الأصلي مدنياً فينشأ الالتزام الجديد تجارياً أو العكس .

وقد يكون الالتزام الأصلي واجب التنفيذ في موطن المدين في حين أن الالتزام الجديد يعين تنفيذه في موطن الدائن .

وقد يكون الالتزام القديم تضامياً فيجدد بالترام مضمون برهن حيازي ، أو يكون التزاماً مضموناً بتأمينات عينية أو شخصية فيستعاض عنه بالترام عادي خالٍ من أي ضمان .

وقد يكون الالتزام الأصلي موثقاً بحجة عرفية ويستبدل به الترام جديد بسند رسمي .

وقد يكون الالتزام الأصلي مما يتقدم بخمس سنين لأنه مثلاً أجرة استحققت عن العين المأجورة (المادة ٣٩١) بينما يكون الالتزام الجديد يتقدم بخمس عشرة سنة لأن مصدره أصبح عقد قرض بين المؤجر والمستأجر تناول الأجر المستحقة .

وفي كل ذلك القاعدة الأساسية التي يجب تقريرها هي أن التجديد أنشأ التزاماً جديداً حل محل الالتزام القديم وان علاقة الأطراف في التجديد يحددها هذا الالتزام الجديد لا الالتزام القديم الذي انقضى نهائياً في أصله وتوابعه .

الفرع الثاني

الإنابة

٣١٣ - تمهيد : الإنابة ، بمفهومها الواسع ، تصرف قانوني يطلب بمقتضاه شخص اسمه المنيب من شخص آخر اسمه المناب أن يقوم بأداء ما أو أن يلتزم بمثل هذا الأداء لمصلحة شخص ثالث اسمه المناب لديه .

والإنابة بهذا المفهوم الواسع قد تتم بين أشخاص لا علاقة قانونية سابقة فيما بينهم بحيث تكون هي مصدر هذه العلاقة . مثال ذلك ما لو أراد شخص أن يقرض أو يهب آخر مبلغاً من المال وكان هذا المبلغ غير متوفر لديه إذ ذاك ، فهو يطلب بوصفه منياً من قريب أو صديق له هو المناب أن يؤدي المبلغ إلى المستقرض أو الموهوب له المناب لديه على أن يرجع المناب على المنيب بعد ذلك أو لا يرجع حسبما يكون نفذ ما كلف به على أساس العوض أو نفذه بنية التبرع .

فهذا النوع من الانابة ، كما هو ظاهر ، مستقل كل الاستقلال عن نظام التجديد ولا تربطه بهذا النظام أي رابطة .

وثمة نوع آخر من الانابة، وهو الحال الغالب عملياً ، يتم بين أشخاص تربط فيما بينهم علاقات سابقة كأن يكون المنيب دائماً للمناب ومديناً للمناب لديه . مثال ذلك أن يبيع زيد مالاً لعمر ويطلب زيد من المشتري عمرو دفع الثمن لسعد وفاءً لدين كان استقرضه منه زيد . ففي هذه الحالة إذا ما قام عمرو بأداء المبلغ لسعد انقضت التزامات الأطراف

جميعاً : التزام المشتري عمرو بدفع الثمن إلى البائع زيد ، والتزام المستقرض زيد برد القرض إلى المقرض سعد .
وهذا النوع من الإنابة ليس من نمط واحد ولا تترتب عليه دوماً نفس الآثار .

فقد يقبل المناب لديه الإنابة على أن يبقى محتفظاً بحقه كاملاً قبل المنيب : ففي هذه الحالة يبقى المدين الأصلي (المنيب) ملزماً بالمدين إلى جانب المدين الجديد (المناب) بحيث يصبح للدائن مدينان بدل مدين واحد : مدين بالمدين الأصلي ومدين بالمدين الجديد على أن تبرأ ذمة الاثنين معاً بمجرد مبادرة أحدهما إلى الوفاء بدينه . ويعرف هذا النمط من الإنابة اصطلاحاً بالإنابة الناقصة أو الإنابة القاصرة (*délégation imparfaite*) لأنه لا يبرئ ذمة المنيب . وهذه الإنابة القاصرة هي التي أشار إليها المشرع المغربي عندما صرح في المادة ٢٢٣ أنه يجوز الاشتراط على أن لا يترتب على الإنابة براءة ذمة المنيب .

وقد تترتب على الإنابة براءة ذمة المدين الأصلي (المنيب) بحيث تصبح الرابطة القانونية ، بعد الإنابة ، قائمة بين الدائن (المناب لديه) وبين المدين الجديد (المناب) . وتعرف الإنابة الجارية على هذا الوجه بالإنابة الكاملة (*délégation parfaite*) تتميز لها عن الإنابة القاصرة حيث يبقى المدين الأصلي (المنيب) ، رغم الإنابة ، ملزماً تجاه الدائن المناب لديه .

والإنابة الكاملة قد يقصد منها الدائن حوالة حقوقه على المدين لدائنه

هو وفاء لما هو مستحق عليه له (المادة ٢١٧ وما يليها) . فالإنابة عندها تشكل صورة من صور حوالة الحق . وقد سبق أن عرضنا لهذه الصورة التي تظهر فيها الإنابة في القسم الثاني من هذا الكتاب وهو القسم الذي أعدناه للبحث في انتقال الالتزامات .

وقد يقصد في الإنابة إبراء ذمة المدين وحلول مدين آخر محله يلتزم هو بوفاء الدين للدائن . فالإنابة عندئذ تنطوي على تجديد الالتزام بتغيير المدين . فهذه الصورة من صور الإنابة التي تحمل معنى التجديد، هي التي سنتناول بحثها في هذا الفرع .

٣١٤ - مخطط البحث : سنبدأ البحث بتحديد شروط الإنابة ثم ننتقل إلى بيان آثارها ثم نختم الكلام بالمقارنة بين نظامها ونظام الإنابة عندما تحمل معنى حوالة الحق .

وعليه سنقسم هذا الفرع إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : شروط الإنابة

المبحث الثاني : آثار الإنابة .

المبحث الثالث : مقارنة الإنابة كسبب للتجديد بالإنابة كسبب لحوالة الحق .

المبحث الأول

شروط الانابة

٣١٥ - شروط الانابة هي مبدئياً شروط التجديد : الإنابة كصورة من صور التجديد بتغيير المدين تتطلب لتمامها توافر سائر

الشروط التي يتطلبها قيام التجديد^(١) .

وعليه :

(أ) فالشرط الأول الواجب توافره هو وجود التزام صحيح على المنيب قبل المناب لديه وكون الالتزام المترتب على المناب قبل المنيب هو قائم وصحيح كذلك . وهذا ما نص عليه المشرع في المادة ٢٢٠ حيث قال : « لا تصح الإنابة :

(١) إلا إذا كان الدين المناب عليه صحيحاً قانوناً .

(٢) إلا إذا كان الدين الذي على الدائن المنيب صحيحاً كذلك .

ولا تجوز الانابة في الحقوق الاحتمالية » .

لنفرض مثلاً أن زيداً باع بضاعة لعمر و أصبح دائناً بالثمن وأن زيداً كان سبق له أن استقرض مبلغاً من المال من سعد وبات مديناً له بهذا المبلغ . فإذا أراد زيد بوصفه منيباً تكليف عمرو بوصفه مناباً أن يؤدي الثمن إلى سعد بوصفه مناباً لديه ، فالإنابة هذه التي بمقتضاها يستبدل سعد بمدينه القديم زيد مديناً جديداً هو عمرو والتي تنطوي بالتالي على تجديد الالتزام بتغيير المدين لا تكون ملزمة ومنتجة آثارها القانونية إلا إذا كان كل من التزام المشتري عمرو وإزاء البائع زيد والتزام المستقرض زيد إزاء المقرض سعد التزاماً صحيحاً . أما إذا كان أحد هذين الالتزامين معدوماً أو باطلاً فإن الإنابة تبطل وتعتبر كأن لم تكن .

(١) للوقوف على تفاصيل هذه الشروط يرجع الى النبعة رقم ٣٠١ الى ٣٠٧

صفحة ٣٩٢ وما يليها .

وكذلك تبطل الإنابة إذا كان محلها حقاً احتمالياً . فهكذا مثلاً إذا كان زيد مديناً لسعد بمبلغ من المال فإنه ليس باستطاعة زيد أن يطلب من دائئه سعد أن يستبدل بدينه ، ديناً قد يترتب للمنيب زيد قبل شركة معينة مقابل ثمن مقابلة يأمل أن ترسو عليه مزادتها ، أو قبل ناشر معين لقاء نشر رواية يزعم تأليفها ونشرها بواسطة هذا الناشر . مثل هذه الإنابة إن وقعت تكون باطلة لأنها تتناول حقوقاً احتمالية وإن الإنابة لا تجوز في الحقوق الاحتمالية .

وتجدر الإشارة هنا أن الإنابة في التشريع المغربي تختلف في هذا الصدد اختلافاً جوهرياً عنها في بعض التشريعات كالتشريع السوري والتشريع المصري حيث تعتبر الإنابة صحيحة حتى لو كان الالتزام المترتب على المناب قبل المنيب (أي الالتزام المناب عليه) التزاماً باطلاً^(١) . فهذه التشريعات اتبعت ما قرره الفقه والقضاء في فرنسا^(٢) ، وما أخذ به كل من التقنين المدني الألماني والتقنين السويسري^(٣) من حيث اعتبار

(١) ورد في المادة ٣٦١ من القانون المدني المصري والمادة ٣٥٩ من القانون المدني السوري ما يلي : « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع ... »

(٢) كولان وكابيتان ، المرجع السابق نبذة رقم ٣٣٤ صفحة ٣١٩ . ونقض فرنسي قرار ٧ مارس ١٨٥٥ . داللو ٥٥-١-١٠٧ ؛ ونقض فرنسي ٢٤ يناير ١٨٧٢ داللو ٧٣-١-٧٥ . ونقض فرنسي ٢١ مارس ١٩١٠ سيريه ١٩١٣-١-٢٤١ .

(٣) راجع الفقرة الأولى من المادة ٧٨٤ من القانون المدني الألماني ، والفقرة =

التزام النائب قبل النائب لديه التزاماً مجرداً (obligation abstraite) لا صلة بينه وبين التزام المنيب قبل النائب ، بمعنى أن النائب يبقى ملتزماً ازاء النائب لديه ويمتنع عليه إثارة أي دفع في مواجهة هذا الأخير حتى لو ثبت أن التزامه نحو المنيب كان باطلاً .

(ب) والشرط الثاني الواجب توافره لتمام الانابة هو تمتع الأطراف في الانابة بالأهلية اللازمة . وقد عرض المشرع لهذه الأهلية في المادة ٢١٨ حيث قرر أن « الأشخاص الذين لا يتمتعون بأهلية التصرف لا يحق لهم إجراء الانابة » .

فكل من المنيب والنائب لديه يجب إذن أن يكون راشداً غير محجور عليه .

أما القاصر أو ناقص الأهلية فلا يصح أن يكون بنفسه طرفاً في الانابة . وإنما يمثلها فيها نائبه الشرعي الذي لا بد له ليكون تمثيله صحيحاً ، من الحصول على إذن من المحكمة لأن الانابة تعتبر عملاً من أعمال التصرف ، وأعمال التصرف لا يجوز للنائب الشرعي ممارستها الا باذن من القاضي (المادة ١١) .

وكذلك لا يستطيع الوكيل بالقبض أو بالوفاء ، او الوكيل وكالة عامة ، اجراء الانابة بالوكالة عن الدائن او المدين لان الانابة ، على ما نعلم ، تفضي الى ابراء ذمة المدين المنيب ، وان البراء من الدين هو من التصرفات التي لا يحق للوكيل القيام بها الا باذن صريح أو في

= الأولى من المادة ٤٦٨ من قانون الالتزامات السويسري .

الحالات التي يستثنيها القانون صراحة (المادة ٨٩٤) . أما الدائن المتضامن أو المدين المتضامن فلكل منهما إجراء الانابة بحيث إذا أجراها الدائن المتضامن انقضى الالتزام التضامني في حق جميع الدائنين ، وإذا أجراها المدين المتضامن برئت ذمة سائر المدينين الآخرين ، وذلك لأن المشرع المغربي أجاز صراحة للدائن المتضامن أو المدين المتضامن القيام بتجديد الالتزام (المادة ١٥٥ والمادة ١٧١) ^(١) وان الانابة هي تجديد للالتزام بتغيير المدين .

(ج) أما الشرط الثالث الواجب تحقيقه الى جانب الشرطين السابقين فهو توافر نية التجديد لدى الأطراف في الانابة بحيث يقبل هؤلاء بانقضاء الالتزام الذي كان مترتباً على المدين الأصلي المنيب وبنشوء التزام جديد محله يقوم بين المدين الجديد المناب وبين الدائن المناب لديه .

على أن ثمة اختلافاً هاماً يلحظ في صدد توافر نية التجديد بين الانابة من جهة وبين التجديد عموماً من جهة ثانية : ففي حين أن الرغبة في التجديد ، كما بيناه سابقاً ^(٢) ، يمكن أن يعبر عنها بنص صريح في العقد كما يمكن ان تستخلص من أي تغيير في عنصر من عناصر الالتزام الجوهرية ، نرى المشرع المغربي ، شأنه شأن المشرع الفرنسي ^(٣) ،

(١) راجع الهامش رقم (١) في الصفحة ٤٠٣ أعلاه .

(٢) راجع نبذة رقم ٣٠٥ صفحة ٣٩٩ وما يليها أعلاه .

(٣) راجع المادة ١٢٧٣ من القانون المدني الفرنسي .

يتشدد في الانابة فلا يعتبرها منطوية على التجديد الا إذا صدر عن الدائن المناب لديه تصريح يعلن فيه بوضوح أنه قد قصد إبراء ذمة مدينه المنيب وقبل بأن يحل محله المدين الجديد المناب . وهذا ما يستفاد من المادة ٣٥٢ وقد جاء فيها أن « الانابة التي بمقتضاها يعطي المدين للدائن مديناً آخر غيره يلتزم بأن يدفع له الدين ، تؤدي الى التجديد ، اذا صرح الدائن بانه يقصد ابراء ذمة مدينه الذي أجرى الانابة وبأنه يتنازل عن كل حق له في الرجوع عليه » .

المبحث الثاني

آثار الانابة

٣١٦ - آثار الانابة تسودها أحكام التجديد إلى جانب بعض الأحكام الخاصة : ترتب على الانابة المنطوية على تجديد بتغيير المدين الآثار التي ترتب على كل تجديد : فهي تبرئ ذمة المدين الأصلي المنيب وتنشي التزاماً جديداً على المناب قبل الدائن المناب لديه . ولئن كانت الأحكام العامة التي قررناها في معرض البحث بآثار التجديد تنطبق مبدئياً على الانابة (١) فإن ثمة أحكاماً خاصة تجب مراعاتها علاوة على تلك الأحكام العامة .

ويقتضينا بسط هذه الأحكام أن نتناول البحث في علاقة المنيب

(١) راجع بشأن هذه الأحكام النبذة رقم ٣٠٨ إلى ٣١٢ صفحة ٤٠٦ وما يليها

بالمنا ب لديه ، ثم في علاقة المنا ب لديه بالمنا ب ثم أخيراً في علاقة المنيب بالمنا ب .

٣١٧ - علاقة المنيب بالمنا ب لديه : أوضحت المادة ٣٥٣ علاقة

المنيب بالمنا ب لديه فقالت : « يترتب على الانابة براءة ذمة المدين ولا يكون للدائن أي رجوع عليه ، ولو أصبح المدين المنا ب في حالة عسر ، ما لم يكن عسره هذا واقعاً بالفعل عند حصول التجديد ، بدون علم من الدائن » .

فالانابة ، باعتبارها تجديدأ بتغيير المدين ، تبری ذمة المدين الأصلي المنيب ، شرط طبعاً ، كما هو الحال في كل تجديد ، أن يكون الالتزام الجديد المنشأ في ذمة المنا ب قبل المنا ب لديه صحيحاً .

وعليه ، اذا نشأ التزام المنا ب صحيحاً ، فقد المنا ب لديه كل رجوع على المدين الأصلي ولو أصبح المدين في حالة عسر لأن الدائن المنا ب لديه هو الذي يتحمل تبعه هذا الاعسار .

أما اذا كان المنا ب معسراً وقت الانابة وكان المنا ب لديه غير عالم بذلك فإن الانابة لا تترتب عليها براءة ذمة المنيب بل للمنا ب لديه ، في هذه الحالة ، حق الرجوع عليه بدعوى الدين الأصلي : ذلك أن المشرع افترض هنا بان الدائن المنا ب لديه ، لم يكن ليقبل بالانابة وما يتبعها من براءة ذمة المدين الأصلي المنيب الا على اساس يسر المنا ب وملاءته وقت الانابة . فاذا تبين أن المنا ب كان واقعاً بالفعل في حالة إعسار إذ ذاك ، وكان المنا ب لديه يجهل ذلك ، وقعت الانابة عرضة

للابطال لغلط المناب لديه اذ قبل بالانابة ، حاسباً ان المناب مليء ،
ولتدليس المنيب إذا ما أجرى الانابة وهو عالم بعسر المناب ؛ وابطال
الانابة يعيد الالتزام الأصلي الذي كان يترتب في ذمة المنيب الى سابق
عهده بما كان يضمه من تأمينات .

٣١٨ - علاقة المناب لديه بالمناب : لما كانت الانابة قد انشأت
التزاماً جديداً في ذمة المناب للمناب لديه حل محل الالتزام الأصلي
الذي انقضى بالتجديد فإن للمناب لديه أن يطالب المناب بتنفيذ هذا
الالتزام الجديد . ويبقى حقه محصوراً بهذه المطالبة حتى لو أعسر
المناب بعد الانابة ، إذ في هذه الحالة ، كما كنا بيناه ، يتحمل المناب
لديه ، هو ، تبعة هذا الاعسار .

وانطلاقاً من الفكرة التي تقول بان التزام المناب قبل المناب لديه
هو التزام مجرد (obligation abstraite) لا يتأثر بالالتزام القديم
الذي كان يربط المناب بالمنيب بل هو مستقل عنه تمام الاستقلال ،
فان معظم التشريعات تمنع على المناب الاحتجاج بإزاء المناب لديه
بأي نوع من الدفع التي كان يستطيع أن يستمدّها من علاقته بالمنيب ،
ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ^(١) كأن يشترط المناب اعتبار

(١) ورد في المادة ٣٦١ من القانون المدني المصري ما يلي : يكون التزام المناب
قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً أو كان هذا الالتزام
خاضعاً لدفع من الدفع ... كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره . راجع بنفس
المعنى المادة ٣٥٩ من القانون المدني السوري والفقرة الأولى من المادة ٧٨٤ من =

التزامه نحو المنيب سبباً لالتزامه تجاه المناب لديه أو كأن يشترط صراحةً عدم حرمانه من الاحتجاج في مواجهة المناب لديه بالدفع التي يمكن له الاحتجاج بها في مواجهة المنيب، ويربط بذلك فيما بين الالتزامين وجوداً وعدمياً وصحةً وبطلاناً.

أما المشرع المغربي فهو آثر أن لا يأخذ بفكرة تجريد التزام المناب نحو المناب لديه عن سببه على إطلاقها بل جعلها مقيدةً ببعض الشروط، بحيث ما لم تتوافر هذه الشروط، يستطيع المناب التمسك في مواجهة المناب لديه بالدفع التي كان يستطيع الاحتجاج بها في مواجهة المنيب.

(آ) فالشرط الأول الواجب توافره، هو أن يكون التزام المناب قبل المنيب التزاماً صحيحاً في الأصل (المادة ٢٢٠). أما إذا كان هذا الالتزام باطلاً لسبب من الأسباب فإن الانابة كلها لا تصح، كما سبق أن أوضحناه^(١). وعليه، إذا أبرمت الانابة، رغم بطلان الالتزام المذكور، فإنه يبقى من حق المناب أن يحتج في مواجهة المناب لديه ببطلان التزامه نحو المنيب وبالتالي ببطلان الانابة مع ما يستتبع ذلك من بطلان الالتزام الجديد الذي يربط المناب بالمناب لديه.

= القانون المدني الألماني والفقرة الأولى من المادة ٦٨ من قانون الالتزامات السويسري .
وتجدر الإشارة إلى أن الفقه والقضاء في فرنسا يقران الحكم نفسه بدون نص
(راجع الهامش رقم (٢) في الصفحة ٤٢٢ أعلاه).

(١) راجع الصفحة ٤٢١ أعلاه.

(ب) والشرط الثاني هو أن يكون المناب لديه حسن النية . فالمادة ٣٥٤ نصت على أنه « ليس للمدين الذي يقبل الانابة أن يتمسك ، في مواجهة الدائن الجديد حسن النية ، بالدفع التي كان يسوغ له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي مع بقاء حقه في الرجوع على هذا الأخير » ، الأمر الذي يتبين منه بوضوح أن منع المناب من التمسك في مواجهة المناب لديه بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها في مواجهة المنيب مشروط فيه أن يكون المناب لديه حسن النية. فهكذا مثلاً لو أن علاقة المنيب بالمناب كانت مستمدة من عقد بيع وكان اكتشف المناب بوصفه مشترياً عيباً في المبيع أو كانت وقعت له معارضة فيه وترتب له حق فسخ البيع بسبب ضمان العيب او ضمان الاستحقاق الذي يتمتع به كل مشتري إزاء بائعه ، فإن المناب لا يستطيع الاحتجاج بحق الفسخ في مواجهة المناب لديه للتدخل من التزامه نحوه ، إذا كان هذا المناب لديه حسن النية أي جاهلاً بوجود العيب أو حصول المعارضة للمشتري المناب في الوقت الذي تمت فيه الانابة . بل ان المناب يظل ملزماً بتنفيذ التزامه للمناب لديه على أن يبقى له حق الرجوع على المنيب .

أما إذا كان المناب لديه سوء النية فيستطيع المدين المناب ان يتمسك في مواجهته بسائر الدفع التي كان من حقه التذرع بها في مواجهة المنيب ، لأن المشرع اشترط صراحةً لعدم جواز التمسك بهذه الدفع أن يكون المناب لديه حسن النية .

(ج) أما الشرط الثالث فهو أن لا تكون الدفع المدلى بها في مواجهة المناب لديه سواء كان حسن النية ام سيئها ، دفعوياً متعلقة

بالأهلية الشخصية . فالمقطع الأخير من المادة ٣٥٤ ورد فيه أن المدين المناب « يسوغ له أن يتمسك في مواجهة الدائن الجديـد بالدفعـوـع المتعلقة بالأهلية الشخصية ، اذا كانت هذه الدفعـوـع مبنية على اساس وقت قبوله الانابة ومجهولة عندئذٍ منه » . فالمناب الذي كان التزامه نحو المنيب قابلاً للابطال لنقص في الأهلية ويقبل الانابة ، يستطيع أن يحتج في مواجهة المناب لديه بنقص الأهلية لابطال التزامه نحو المنيب وبالتالي لابطال الانابة ، شرط أن تكون الانابة وقعت في وقت ما زال باستطاعة المناب الطعن بالتزامه في مواجهة المنيب وأن يكون المناب قد قبل الانابة وهو يجهل أن التزامه نحو المنيب قابل للابطال .

(د) بقيت الإشارة الى أن قاعدة اعتبار التزام المناب نحو المناب لديه التزاماً مجرداً لا مساس لها بالنظام العام وأنه يجوز الاتفاق على عكسها . ورغم أن المشرع المغربي لم ينص على ذلك صراحةً كما فعلت بعض التشريعات ^(١) ، فليس ما يمنع اقرار صحة مثل هذا الاتفاق ولو بدون نص يميزه لأن ذلك من مقتضيات المبادئ العامة . وعليه إذا ما احتفظ المناب بحقه في التمسك ازاء المناب لديه بالدفعـوـع التي يستطيع الاحتجاج بها في مواجهة المنيب ، فانه يعمل بذلك ويكون باستطاعة المناب اذذاك ان يحتج في مواجهة المناب لديه بسائر الدفعـوـع التي يحق له ان يتمسك بها ازاء المنيب وذلك حتى لو كان المناب لديه حسن النية وحتى لو كانت الدفعـوـع ليست من الدفعـوـع المتعلقة

(١) راجع الصفحة ٤٢٧ اعلاه والهامش رقم (١) في الصفحة المذكورة .

٣١٩ - علاقة المنيب بالمناب : قد يقبل المناب بتكليف من المنيب أداء التزام إلى المناب لديه دون أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المنيب والمناب . فاذا قام المناب بتنفيذ الالتزام الذي رتبته على نفسه نحو المناب لديه كان له حق الرجوع بدعوى شخصية على المنيب لاسترداد ما دفع ما لم يكن المناب قد انصرفت نيته إلى التبرع للمنيب بقيمة ما أداه فعندئذ لا يرجع بشيء على المنيب .

أما إذا كان المناب مديناً للمنيب وقبل الانابة فالوضع يختلف بين أن تكون الانابة ، إلى جانب انطوائها على تجديد الدين بتغيير المدين ، قد تضمنت كذلك قصد المناب تجديد الدين المترتب في ذمته للمنيب عن طريق تغيير الدائن وبين أن تكون لم تتضمن مثل هذا القصد : ففي الحالة الأولى يعتبر المناب قابلاً بأن يستبدل بدائنه الجديد (وهو المناب لديه) دائته القديم (وهو المنيب) وبأن يفى التزامه تجاه المنيب بالالتزام الجديد الذي نشأ بذمته للمناب لديه . وما دام الأمر كذلك ، فلا يكون للمناب الرجوع بشيء على المنيب إذا ما قام المناب بالوفاء بالالتزام الذي رتبته على نفسه قبل المناب لديه . أما في الحالة الثانية فإن التزام المناب بإزاء المنيب يبقى مستقلاً عن الالتزام الذي نشأ بذمته قبل المناب لديه نتيجة الانابة . وعليه إذا وفى المناب بهذا الالتزام إلى المناب لديه حق له أن يرجع على المنيب لاسترداد ما دفع على أن يكون للمنيب طبعاً مطالبة المناب بالوفاء بالتزامه نحوه . وقد

تجري اذ ذاك المقاصة بين ما يطلبه المناب من المنيب وبين ما يطلبه المنيب من المناب ، اذا ما توافرت شروط المقاصة ، ويكون ذلك سبباً لانقضاء حق رجوع المناب على المنيب .

المبحث الثالث

الانابة كسبب للتجديد والانابة كسبب لحالة الحق

٣٢٠ - وجوه اختلاف الانابة كسبب للتجديد عن الانابة كسبب لحالة الحق : الانابة قد تفضي احياناً الى انقضاء الحق الذي للمنيب على المناب والاستعاضة عن هذا الحق بحق جديد لمصلحة المناب لديه . فهي عندئذٍ نوع من تجديد الدين بتغيير المدين وبالتالي سبباً من أسباب انقضاء الالتزام .

والانابة احياناً أخرى يقتصر دورها على حوالة نفس الحق الذي للمنيب في ذمة المناب الى دائن آخر هو المناب لديه . عندها تشكل الانابة صورة من صور انتقال الحق وسبباً من أسباب انتقال الالتزام . والانابة كسبب لانقضاء الالتزام تختلف عن الانابة كسبب لانتقال الالتزام من عدة وجوه سواء من حيث الانعقاد ام من حيث النفاذ ام من حيث الآثار .

(آ) فمن حيث الانعقاد الانابة كسبب لانتقال الالتزام تتم برضى المنيب والمناب لديه ولو بدون علم المدين المناب (المادة ٢١٩) . أما الانابة كسبب للتجديد فلا بد فيها أن يلتزم المناب تجاه المناب

لديه . لذا فهي لا تنعقد الا برضاء الأطراف الثلاثة جميعاً : المنيب
والمناوب والمناوب لديه .

(ب) ومن حيث النفاذ تقتضي الانابة كسبب لانتقال الالتزام ،
شأنها في ذلك شأن الحوالة ، تبليغ المدين المناوب الانابة تبليغاً رسمياً أو
قبوله بها بمحرر ثابت التاريخ بحيث إذا جرت الانابة لشخصين فضل
منهما المناوب لديه الذي بلغ الانابة للمدين المناوب (المادة ١٩٧ المعطوف
عليها بالمادة ٢٢٥) ، وبحيث اذا دفع المناوب الدين للمنيب أو أنهاه
بالاتفاق معه باي طريق آخر قبل أن تبلغ اليه الانابة برئت ذمته (المادة
١٩٨ المعطوف عليها بالمادة ٢٢٥) . أما الانابة كسبب لانقضاء الالتزام
فلا تتطلب اعلان المدين المناوب ما دام أن الانابة قد وقعت بمشاركة
وتمت برضائه .

(ج) ومن حيث الآثار ، الانابة كسبب لانتقال الالتزام تنقل
الى المناوب لديه نفس الحق الذي كان للمنيب قبل المناوب بصفاته
ودعاواه ودفعه وتكاليفه وضماناته مما عدا الرهون الحيازية والرسمية
والكفالات التي لا تنتقل الا بنص صريح (المادة ٢٠٠ والمادة ٢٠٢
المعطوف عليهما بالمادة ٢٢٥) . اما في الانابة كسبب لانقضاء الالتزام
فان حق المنيب قبل المناوب ينقضي نهائياً (المادة ٣٥٦) وتنقضي معه
توابعه (المادة ٣٥٢ والمادة ٣٥٥) ويترتب للمناوب لديه في ذمة المناوب
حق جديد بصفاته ودعاواه ودفعه وتأميناته .

الفصل الثالث

المقاصة

٣٢١ - مخطط الفصل : تقع المقاصة عندما يصبح شخصان كل منهما دائناً ومديناً. للآخر فينقضي الدينان في حدود الأقل منهما إذا ما توافرت بعض الشروط .

فعلينا إذن أن نبين الشروط الواجب توافرها لتقع المقاصة ثم الآثار التي تترتب عليها .

ولكن لا بد لنا قبل ذلك من التعريف بهذا السبب من أسباب انقضاء الالتزام وإعطاء لمحة وجيزة عن أصله التاريخي ثم عن وضعه في التشريع المقارن ثم عن فوائده العملية اليوم .

ولما كان يوجد إلى جانب المقاصة التي عرض لها المشرع والتي تعرف بالمقاصة القانونية (compensation légale) ، نوعان آخران من المقاصة ، مقاصة اتفاقية (compensation conventionnelle) ومقاصة قضائية (compensation judiciaire) ، فإنه يقتضينا إعطاء فكرة عن هذين النوعين من المقاصة .

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى أربعة فروع :

الفرع الأول : تعريف المقاصة وأصلها التاريخي ووضعها في التشريع المقارن وفوائدها .

الفرع الثاني : شروط المقاصة .

الفرع الثالث : آثار المقاصة .

الفرع الرابع : المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية .

الفرع الأول

تعريف المقاصة وأصلها التاريخي ووضعها في التشريع المقارن وفوائدها.

٣٢٢ - تعريف المقاصة : المقاصة طريق من طرق انقضاء الالتزام بمقتضاها تبرأ ذمة المدين من الدين المترتب عليه مقابل براءة ذمة دائنه من دين ترتب عليه لمصلحة مدينه وذلك في حدود الأقل من هذين الدينين . فالمقاصة تقع إذن على ما قرره المشرع في المادة ٣٥٧ عندما يكون كل من الطرفين « دائناً للآخر ومديناً له بصفة شخصية » . مثل ذلك أن يستقرض زيد مبلغ خمسة آلاف درهم من عمرو ، ثم يبيع زيد إلى عمرو سيارة بثمن قدره خمسة آلاف درهم . فبدل أن يدفع المستقرض زيد مبلغ القرض إلى دائنه عمرو ، وبدل أن يؤدي المشتري عمرو ثمن السيارة إلى بائعه زيد ، تجري المقاصة بين الدينين فينقضي التزام كل من المستقرض زيد والمشتري عمرو وتبرأ ذمة كليهما . فإن كان أحد الدينين أقل من الآخر كأن يحدد ثمن السيارة في المثال الذي سقناه بأربعة آلاف

درهم ، فإن المقاصة تقع في حدود هذا المبلغ بحيث ينقضي التزام المشتري عمرو كلياً وتبرأ ذمته من الثمن وينقضي التزام المستقرض زيد جزئياً بما يوازي مقدار هذا الثمن فلا يبقى ملزماً إلا بالوفاء بالرصيد وقدره ألف درهم .

وقد وجد المشرع المغربي ، في مستهل البحث في المقاصة ، أن ينبه في المادة ٣٥٧ إلى أن هذا السبب من أسباب انقضاء الالتزام يحظر وقوعه بين المسلمين « عندما يكون من شأنه أن يتضمن مخالفة لما تقضي به الشريعة الإسلامية » . ففي مثالنا آنف الذكر لو أن المستقرض زيد باع المقرض شيئاً من الأشياء المعتبرة من النجاسات وفقاً للشريعة ، كقطع من الخنازير مثلاً ، لامتنع وقوع المقاصة بين الثمن الذي ترتب له نتيجة هذا البيع وبين مبلغ القرض ، لأن في ذلك مخالفةً لتعاليم الشريعة التي تقضي ببطلان البيع الذي يكون محله شيئاً من النجاسات (المادة ٤٨٤) .

٣٢٣ - الأصل التاريخي للمقاصة ووضعها في التشريع المقارن:

إن الحقوق الرومانية ظلت فترة طويلة تجهل المقاصة كسبب لانقضاء الالتزام ما لم يكن الدائن والمدين تراضيا على انقضاء التزاماتهما المتقابلة في حدود الأقل منها عن طريق اتفاق خاص يعقدانه لهذا الغرض . ولكن ما لم يبرم بينهما مثل هذا الاتفاق ، فإنه يترتب على كل مدين الوفاء بالتزامه ؛ وإن امتنع عن الوفاء جاز للدائن مطالبته بالدين أمام القضاء ، وفي هذه الحالة يقتصر حق المدعى عليه في الإجابة على الدعوى بما إذا كانت ذمته مشغولة بالدين أم لا ، دون أن يتمكن من دفع دعوى دائنه

بدعوى مقابلة يطالب فيها بالدين المترتب له في ذمة هذا الدائن . وهكذا كان يحكم على المدين بالوفاء بدينه على أن يبقى للمدين بعد ذلك رفع دعوى مستقلة على دائنه للمطالبة بالدين الذي له في ذمته (١) .

إلا أن القانون الروماني لم يلبث أن أقرّ للمدين الذي له دين في ذمة دائنه والذي يطالبه الدائن قضائياً بالوفاء بدينه ، الحق في الرد على دعوى دائنه « بدفع الغش » (*exceptio doli*) تأسيساً على أن الدائن الذي يطالب مدينه بالوفاء دون إجراء المقاصة بين ماله وما عليه يرتكب غشاً . وبذلك ظهرت عن طريق الدفع بالغش فكرة المقاصة .

ثم تطور مفهوم المقاصة في عهد جوستينيان وأضحت تجري بحكم القانون (*ipso jure*) بعد أن كانت في بادئ العهد تجري بحكم من القضاء نتيجة الدفع بالغش . ولكن ذلك لم يكن يعني أن المقاصة أضحت مقاصة قانونية تقع حكماً ، بل ظلت مقاصة قضائية لا بد من الإدلاء بها أمام القاضي الذي له أن يحكم بها أو لا يحكم تبعاً للظروف والملاسات . كل ما في الأمر أن المقاصة لم تعد تتطلب لإجرائها الشكليات التي كان يقتضيها الدفع بالغش .

غير أن شراح القانون الروماني ، نتيجة خطأ في تفسير نصوص هذا القانون حيث ورد أن المقاصة تقع بحكم القانون (*ipso jure*)

(١) جيرار ، الوجيز في الحقوق الرومانية ، الطبعة الثامنة صفحة ٧٤٩ - كولان وكابيتان المرجع السابق ، الجزء الثاني ، نبذة رقم ٣٣٩ صفحة ٣٢٣ - السنهوري ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٥٢٧ صفحة ٨٧٧ .

ذهبوا إلى القول بأن المقاصة في القانون الروماني هي مقاصة قانونية تتم حكماً (de plein droit) بمجرد تلاقي الدينين دون ما حاجة لحكم قضائي . وقد انتقل هذا التفسير الخاطي إلى القانون المدني الفرنسي ومنه إلى التشريعات اللاتينية التي أخذت جميعها بمفهوم المقاصة القانونية التي تقع بصورة حتمية وبقوة القانون وحده (١) .

أما التقنيات الجرمانية ، كالقانون المدني الألماني (٢) ، وقانون الالتزامات السويسري (٣) ، فقد استبعدت فكرة المقاصة القانونية واعتبرت المقاصة تصرفاً من تصرفات الإرادة المنفردة بحيث يكون وقوعها رهيناً بإعلان إرادة من له مصلحة بالادلاء بها على أن يكون لهذا الإعلان عن الإرادة أثر رجعي يستند إلى اليوم الذي تلاقي فيه الدينان .

غير أن الاختلاف بين المذهب اللاتيني والمذهب الجرماني يكاد يكون نظرياً ولا ينطوي عملياً على فوارق تذكر : ففي المذهب اللاتيني ، رغم كون المقاصة قانونية ، لا بد من التمسك بها من قبل ذي المصلحة لتترتب آثارها وتتطلب إذن من الوجهة العملية إعلاناً عن الإرادة .

(١) راجع المادة ١٢٩٠ من القانون المدني الفرنسي - وجوسران ، المرجع السابق الجزء الثاني نبذة رقم ٩٣٤ صفحة ٤٩٦ - وكولان وكايتان ، المرجع السابق الجزء الثاني رقم ٣٣٩ صفحة ٣٢٤ - والسنهوري المرجع السابق نبذة رقم ٥٢٧ صفحة ٨٧٧ .

(٢) راجع المادة ٣٨٨ و ٣٨٩ من القانون المدني الألماني .

(٣) راجع المادة ١٣٨ من قانون الالتزامات السويسري .

وفي التقنيات الجرمانية ، رغم أن المقاصة لا تحصل إلا بإعلان عن الإرادة ممن له مصلحة بالتمسك بها ، فإن لهذا الإعلان عن الإرادة أثراً رجعياً يستند إلى يوم تلاقي الدينين . وهكذا ، ففي النظامين اللاتيني والجرماني تنقضي الالتزامات المتقابلة بالمقاصة من يوم تلاقيها ^(١) .

وقانون الالتزامات والعقود المغربي ذهب مذهب التقينينات اللاتينية وأخذ إذن بمفهوم المقاصة القانونية . ولئن كان المشرع قد نصّ في المادة ٣٥٨ على أنه « ليس للقاضي أن يعتد بالمقاصة إلا إذا حصل التمسك بها صراحةً ممن له الحق فيها » ، فقد قصد بذلك التنبيه إلى أن المقاصة ليست من النظام العام فلا يسوغ للقاضي الحكم بها من تلقاء نفسه بل بناء على طلب ممن له مصلحة فيها . وبذلك يلتقي التقنين المغربي مع كل من التقنين المصري والتقنين السوري ^(٢) ، ويتعد عن التقنين اللبناني ^(٣) الذي اختار اتباع وجهة النظر الجرمانية مؤكداً على أن المقاصة ليست قانونية بل هي تقع بإعلان إرادة من له مصلحة في التمسك بها .

٣٢٤ - فوائد المقاصة : تتجلى فوائد المقاصة في أنها طريق

(١) جوسران المرجع السابق ، الجزء الثاني نبذة رقم ٩٣٧ صفحة ٤٩٧ - ماجد الحلواني ، المرجع السابق الجزء الثالث صفحة ٢٠٥ .

(٢) راجع المادة ٣٦٥ من القانون المدني المصري والمادة ٣٦٣ من القانون المدني السوري .

(٣) راجع المادة ٣٣٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

مختصر للوفاء إلى جانب كونها أداة ضمان فعالة لاستيفاء الدين .

(آ) فهي طريق مختصر للوفاء من حيث أنها تقضي دينين معاً دون ما حاجة لنقل النقود والمثلثات ، محل الالتزامين المتقابلين ، من ذمة كل مدين إلى ذمة كل دائن : فلو أن زيداً استقرض مبلغ ألف درهم من عمرو وحصل أن أصبح عمرو مديناً لزيد بمثل هذا المبلغ أو بأكثر أو أقل منه ، فليس ثمة حاجة لأن يقوم كل من زيد وعمرو بأداء نفس المبلغ إلى الطرف الآخر الدائن ، بل ينقضي الدينان المتقابلان بالمقاصة دون أن يدفع زيد إلى عمرو ولا عمرو إلى زيد أي مبلغ إذا كان الدينان متساويين أو يكتفى بأن يدفع زيد إلى عمرو أو عمرو إلى زيد الفرق بين الدينين إذا كان المترتب في ذمة عمرو لمصلحة زيد ينقص عن ألف درهم أو يفوق هذا القدر . وبذلك تسهل المقاصة عملية الوفاء وتؤدي إلى الاقتصاد في نفقات هذه العملية وإلى تجنب عناء إخراج ونقل النقود والمثلثات من ذمة المدين إلى ذمة الدائن مع ما يرافق ذلك من مخاطر وتبعات .

(ب) ثم إن المقاصة أداة ضمان فعالة إذ بمقتضاها يستطيع الدائن أن يحبس المبلغ المترتب عليه لمدينه ويختص به دون غيره من دائني المدين العاديين فيستوفي حقه منه مقدماً عليهم جميعاً . فعن طريق المقاصة يصبح الدائن إذن وكأنه دائن مرتين أو دائن ذو امتياز، والدين الذي في ذمته وكأنه دين مرهون لديه ضماناً للوفاء بالحق المترتب له على مدينه. وبذلك تشكل المقاصة وسيلة ضمان منتجة تجعل الدائن واثقاً من استيفاء دينه

في كل حال .

وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري إلى فوائد المقاصة فقالت : « إن المقاصة تنطوي على معنيين ، أولهما معنى الوفاء فكل من الدينين يقاس وفاءً بالدين الآخر ؛ والثاني معنى الضمان لأن من يتمسك بها ، لتلاقي ما وجب في ذمته بما وجب له في ذمة هذا الدائن من حيث القصاص ، يضمن استيفاء دينه مقدماً على سائر الدائنين » (١) .

(ج) وللمقاصة في الحياة العملية شأن كبير ولا سيما في الحقل التجاري حيث تدعو الحاجة إلى السرعة في التعامل والاقتصاد في الاجراءات والنفقات . فكثيراً ما ينشأ بين التجار أو بينهم وبين المصارف أو بين المصارف بعضها مع بعض التزامات متقابلة بحيث يكون كل طرف دائناً ومديناً للطرف الآخر . فهذه الديون تنقضي بالمقاصة . وأهم تطبيقات المقاصة اليوم نجدها في الحسابات الجارية (comptes courants) حيث يتقاص الحساب الدائن والحساب المدين ويبقى بعد المقاصة رصيد لمصلحة صاحب الحساب الدائن يحق له أن يستوفيه ؛ وكذلك في غرف المقاصة (chambres de compensation) التي يدخل في مهامها إجراء المقاصة بين ما هو مترتب للمصارف وما هو مترتب عليها فيصرف النظر بذلك عن نقل قيمة سائر الديون من مصرف إلى مصرف ثم إعادتها إلى المصرف الذي خرجت منه ، بل يكتفى بعد إجراء المقاصة بنقل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الثالث ، صفحة ٢٧٤ .

الرصيد لمصلحة المصرف الدائن .

الفرع الثاني شروط المقاصة

٣٢٥ - بيان هذه الشروط : لا بد لوقوع المقاصة من توافر

الشروط الخمسة التالية :

الشرط الأول : أن يكون الدينان بين نفس الشخصين .

الشرط الثاني : أن يكون محل الدينين نقوداً أو مثليات متحدة

في النوع والجودة .

الشرط الثالث : أن يكون كل من الدينين خالياً من النزاع

ومستحق الأداء .

الشرط الرابع : أن يكون كل من الدينين صالحاً للمطالبة به

قضاءً .

الشرط الخامس : أن لا يكون أحد الدينين مما تمتنع المقاصة فيه

قانوناً .

لنفصل الكلام في كل شرط من هذه الشروط ثم لنبين أن وقوع

المقاصة لا يتطلب توافر أي شرط آخر خلاف الشروط المذكورة .

٣٢٦ - الشرط الأول : وجوب كون الدينين بين نفس الشخصين :

يجب لوقوع المقاصة أن يكون الدينان مترتبين بين نفس الشخصين أي

أن يكون كل من الطرفين في المقاصة مدينًا بشخصه للطرف الآخر

وفي الوقت نفسه دائماً بشخصه له . وهذا ما قرره المشرع في المادة ٣٥٧ إذ قال : « تقع المقاصة إذا كان كل من الطرفين دائماً للآخر ومديناً له بصفة شخصية » . فإذا استقرض زيد مبلغاً من المال من عمرو ثم باع زيد لعمرو منقولاً وأصبح دائماً له بالثمن وقعت المقاصة بين مبلغ القرض ومقدار الثمن .

ويترتب على ذلك أن المقاصة لا تقع إذا كان أحد الطرفين مديناً للطرف الآخر بصفته الشخصية ودائماً له بصفة أخرى : فلو أن علي زيد مثلاً مبلغاً من المال للدائن عمرو ، وكان ترتب لزيد بوصفه وكيلًا أو نائباً شرعياً مبلغ من المال في ذمة عمرو ، فلا محل للمقاصة بين الدين المترتب على زيد شخصياً لمصلحة عمرو ، وبين الدين المترتب له بوصفه وكيلًا أو نائباً شرعياً في ذمة عمرو . وتطبيقاً لهذا المبدأ قرر المشرع في المادة ٣٦٠ أنه « ليس للشريك في شركة أن يتمسك في مواجهة دائته بالمقاصة بما هو مستحق على هذا الدائن للشركة ، وليس لدائن الشركة أن يتمسك في مواجهة الشريك بالمقاصة بما هو مستحق له على الشركة ، كما انه ليس له أن يتمسك في مواجهة الشركة بما هو مستحق له على أحد الشركاء شخصياً » .

ولا تقع المقاصة كذلك بين دين للدائن في ذمة المدين وبين دين لكفيل المدين في ذمة الدائن لعدم تقابل هذين الدينين لأن أحدهما في ذمة المدين للدائن والثاني في ذمة الدائن للكفيل لا للمدين . ولكنه يجوز للكفيل ، إذا ما طالبه الدائن بأداء الدين المكفول ، أن يتمسك بالمقاصة

بين هذا الدين المكفول وبين ما هو مستحق له شخصياً على الدائن أو ما هو مستحق على الدائن للمدين الأصلي (المادة ١١٥٣) وذلك لتقابل الدينين في الفرضية الأولى ، وفي الفرضية الثانية لكون التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين الأصلي المكفول وكونه ينقضي بمجرد انقضاء هذا الالتزام الأصلي بالمقاصة .

٣٢٧ - الشرط الثاني : وجوب كون محل الدينين نقوداً أو مثليات

متحدة في النوع والحدودة : ورد النص على هذا الشرط في المادة ٣٦١ وبمقتضاها « لا تقع المقاصة إلا بين دينين من نفس النوع ، وعلى سبيل المثال ، بين الأشياء المنقولة المتحدة صنفاً ونوعاً أو بين النقود والمواد الغذائية » ، ذلك أن المقاصة وفاء إجباري لالتزامين متقابلين . فلا بد أن يكون هذان الالتزامان متحدتين في المحل حتى يتمكن كل من الطرفين استيفاء حقه عن طريق المقاصة من نفس الشيء الواجب الأداء .

وعلى هذا فالمقاصة تجوز بين التزامين محل كل منهما مبلغ من النقود أو بين التزامين محل كل منهما أشياء مثلية شرط أن تكون متحدة في الصنف والنوع كأن يكون محل كل من الالتزامين عدداً من أسهم شركة معينة أو كمية من القمح الأميركي من الصنف الممتاز أو كمية من الشاي السيلاني من الصنف المتوسط أو كمية من القطن المصري من نوع الكرنك .

ولكن المقاصة لا تجوز إذا كان محل كل من الالتزامين أو محل

أحدهما شيئاً معيناً بذاته كدار أو سيارة (١) أو كان محل كل من الالتزامين عملاً أو امتناعاً عن عمل أو كان محل أحد الالتزامين عملاً ومحل الآخر امتناعاً عن عمل (٢) ، وذلك لفقدان التماثل بين محل الالتزامين .

وكذلك لا تجوز المقاصة ولو كان محل الالتزامين أشياء مثلية إذا اختلف هذا المحل من حيث النوع ^{النوع} ~~الصفة~~ بأن كان محل أحدهما مبلغاً من النقود ومحل الآخر كمية من القمح أو السكر ، أو كان محل أحدهما كمية من القمح والآخر كمية من السكر .

ولا محل أيضاً للمقاصة إذا اتحد محلا الالتزامين من حيث النوع ^{النوع} ~~الصفة~~ ولكنهما اختلفا من حيث النوع ^{النوع} ~~الصفة~~ والجودة كأن يكون محل أحد الالتزامين كمية من الشاي السيلاني من النوع ^{النوع} ~~الصفة~~ الممتاز ومحل الالتزام الثاني كمية من الشاي السيلاني من الصنف الوسط .

٣٢٨ - الشرط الثالث : وجوب كون كل من الدينين خالياً

من النزاع ومستحق الأداء : نصت المادة ٣٦٢ على أنه « يلزم ، لإجراء المقاصة ، أن يكون كل من الدينين خالياً من النزاع ومستحق الأداء » (٣) .

(١) جوسران ، المرجع السابق الجزء الثاني ، نبذة رقم ٩٤٠ صفحة ٤٩٩ - وكولان وكابيتان ، المرجع السابق نبذة رقم ٣٤٣ صفحة ٣٢٥ - وماجد الحلواني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث صفحة ٢١٣ .

(٢) السنهوري ، المرجع السابق نبذة رقم ٥٣٤ صفحة ٨٩١ .

(٣) ورد في النص العربي للمادة ٣٦٢ أنه يلزم لإجراء المقاصة أن يكون كل =

(آ) يجب أن يكون كل من الدينين خالياً من النزاع ، ويقصد بذلك أن يكون كل من الدينين محققاً في وجوده ومعلوماً في مقداره . فإذا كان أحد الدينين غير محقق في وجوده كأن يكون محل نزاع جدي امتنع وقوع المقاصة . ويعود طبعاً لقاضي الموضوع تقدير ما إذا كانت المنازعة جدية وقائمة على أساس أم أنها منازعة وهمية أراد بها الدائن وقف إجراء المقاصة ليتسنى له استيفاء دينه من المدين قبل سداد ما هو مترتب عليه لمدينه بحجة أن مطلوب هذا المدين منازع فيه . وكذلك يعتبر الدين غير محقق في وجوده إذا كان معلقاً على شرط واقف^(١) : ذلك ان الدين المعلق على شرط واقف قد يوجد إذا تحقق الشرط وقد لا يوجد إذا تخلف الشرط . فلا يمكن ان يكون مثل هذا الدين محلاً للمقاصة لأن المقاصة تنطوي على معنى الوفاء الجبري ولا جبر في وفاء دين معلق على شرط واقف قبل تحقق الشرط .

ولا يكفي حتى يكون الدين خالياً من النزاع أن يكون محققاً في وجوده ، بل يجب كذلك أن يكون معلوم المقدار . فمن ترتب له دين في ذمة آخر نتيجة تضرره من عمل غير مشروع أو نتيجة قيامه

= من الدينين « محدد المقدار » ، مع أن العبارة التي وردت في الأصل الفرنسي تفيد أنه يلزم لاجراء المقاصة أن يكون كل من الدينين « خالياً من النزاع » (dette liquide) (١) أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين محقق الوجود . وعليه تجوز المقاصة بينه وبين دين آخر . فإذا تخلف الشرط الفاسخ ثبتت المقاصة نهائياً وإذا تحقق زالت المقاصة وعاد الدين الذي انقضى بها الى الوجود ثانية .

بعمل فضالة ، لا يستطيع اجراء المقاصة بين حقه في التعويض قبل المسؤول أو قبل رب العمل وبين دين مترتب عليه لمصلحة أحد من هؤلاء ؛ بل لا بد من تقدير هذا التعويض عن طريق القضاء أو عن طريق الاتفاق . فاذا تم هذا التقدير أضحي الدين معلوم القدر وأصبح بالتالي صالحاً للمقاصة .

(ب) ثم إنه يجب أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء : ذلك أن المقاصة تنطوي كما قدمنا على معنى الوفاء الجبري ولا جبر على الوفاء إلا إذا كان الدين مستحق الأداء . وعليه لا تقع المقاصة بين دين حال ودين مؤجل أو بين دينين كلاهما مضاف إلى أجل لم يحل بعد .

على أن الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين ، وهو ما يسمى بنظرة الميسرة ، لا يمنع من إجراء المقاصة إذا ثبتت قدرة المدين على الدفع كأن ينشأ له حق في ذمة دائنه : فنظرة الميسرة قد منحها القاضي للمدين يوم كان غير قادر على الوفاء بدينه . أما وقد أصبح قادراً على الوفاء بهذا الدين عن طريق المقاصة بينه وبين ما ترتب له في ذمة الدائن ، فلم يعد من مبرر لانتظاره ووجب إجراء المقاصة .

ومثل نظرة الميسرة ، الأجل الذي يمنحه الدائن لمدينه تبرعاً منه وتفضلاً . فمثل هذا الأجل لا يحول دون إجراء المقاصة ، ولو قبل انقضائه ، إذا ما تحسن وضع المدين وأضحى دائناً لدائنه ، إذ في هذه الحالة ، كما في الأجل القضائي ، لم يعد ما يبرر الانتظار .

أما إذا كان كل من الدينين أو كان أحدهما مربوطاً بأجل ، فلا تقع المقاصة إلا بعد حلول الأجل إما بانقضاء مدته . أو بالتزول عنه من قبل من هو مقرر لمصلحته أو بسقوطه لسبب من أسباب السقوط التالية : (١) إقدام المدين بفعله على إضعاف الضمانات الخاصة التي أعطاها بمقتضى العقد ؛ (٢) عدم إعطاء المدين لدائنه الضمانات التي كان وعده بها ؛ (٣) إخفاء المدين عن غش التكاليف والامتيازات السابقة التي تضعف الضمانات المقدمة منه . ويبدو أن المشرع أراد الإشارة إلى أسباب السقوط هذه عندما قرر في المادة ٣٦٢ أن « سقوط الأجل الناتج عن عسر المدين ... يجعل الدين قابلاً للمقاصة » .

ولكن إذا سقط الأجل بسبب إفلاس المدين أو إعساره ، فإن الدين رغم حلوله لا يكون صالحاً للمقاصة ، لأنه يمنع على المدين الذي شهر إفلاسه أو أعلن إعساره الوفاء بديونه ، والمقاصة كما نعلم تنطوي على معنى الوفاء الجبري فلا تصح بعد شهر الإفلاس أو إعلان الإعسار .

وتجدر الملاحظة إلى أن المشرع أورد في المادة ٣٦٢ نصاً مؤداه أن « سقوط الأجل الناتج عن افتتاح التركة يجعل الدين قابلاً للمقاصة » . وقد كان هذا النص ينسجم مع مقتضيات المادة ١٤٠ التي كانت ترتب على موت الملتزم حلول ديونه المربوطة بأجل . أما وقد ألغيت المادة ١٤٠ بموجب ظهير ١٩ يوليوز ١٩٢٢ ، فإن النص آنف الذكر أصبح بالبداية غير ذي موضوع ما دام موت الملتزم لم يعد ليوثر على

استمرار الأجل ولا يشكل سبباً لسقوطه .

٣٢٩ - الشرط الرابع : وجوب كون كل من الدينين صالحاً للمطالبة به قضاءً : يشترط لوقوع المقاصة أن يكون كل من الدينين مما تجوز المطالبة به قضائياً اي مما يصح تنفيذه جبراً على المدين . أما إذا كان كلا الدينين أو أحدهما ديناً لا يسوغ إلزام المدين على الوفاء به فإنه يمتنع إجراء المقاصة .

وعليه لا تقع المقاصة بين الالتزامات الطبيعية كما لا تقع بين التزام مدني والتزام طبيعي لعدم إمكان إجبار المدين بالتزام طبيعي على تنفيذ التزامه .

وكذلك لا تقاص بالنسبة للديون التي تقادمت . فقد ورد بهذا المعنى في المادة ٣٦٣ أنه « لا يسوغ التمسك بالدين الذي انقضى بالتقادم من أجل إجراء المقاصة » . فإذا كان قد ترتب دين في ذمة زيد لمصلحة عمرو وكان لزيد دين في ذمة عمرو سبق أن سقط بالتقادم ، فلا يستطيع زيد إجراء المقاصة بين الدين الذي عليه لعمرو وبين الدين الذي كان مترتباً له في ذمة عمرو والذي انقضى بالتقادم .

٣٣٠ - الشرط الخامس : وجوب كون كل من الدينين مما لا تمتنع المقاصة فيه قانوناً : الأصل أن المقاصة تجوز في مختلف الديون أياً كان مصدرها . فالمادة ٣٥٧ اكتفت لوقوع المقاصة أن يكون كل من الطرفين دائناً للآخر ومديناً له بصفة شخصية » . والمادة ٣٦٤ أجازت وقوع المقاصة بين الديون ولو كانت مختلفة في أسبابها .

على أن المشرع وجد لاعتبارات خاصة منع المقاصة في بعض الحالات . وهذه الحالات التي ورد عليها النص في المادتين ٣٦٥ و ٣٦٦ هي التالية :

٣٣١ - الحالة الأولى : كون أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز : نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ على أن المقاصة لا تقع « إذا كان سبب أحد الدينين حقاً لا يجوز الحجز عليه » . وقد مثل المشرع على هذه الحالة بالنفقة : فالمدين بالنفقة ، إذا أصبح دائماً لمن كانت النفقة مقررة لمصلحته ، لا يستطيع الامتناع عن أداء النفقة لصاحبها والتمسك بإجراء المقاصة بين هذه النفقة وبين الدين الثابت له في ذمة مستحق النفقة نظراً لعدم قابلية النفقة للحجز .

وكذلك لا تقع المقاصة بين القدر غير القابل للحجز من الأجور المترتبة للعامل وبين دين مقابل ترتب لرب العمل على العامل مقابل ما أداه له مثلاً من مأكّل أو ملبس أو مسكن : فرب العمل لا يستطيع الامتناع عن أداء القدر غير القابل للحجز من أجور العامل بحجة أن هذه الأجور قد جرى التقاض بينها وبين الدين المترتب له في ذمة العامل .

٣٣٢ - الحالة الثانية : كون أحد الدينين شيئاً نزع من صاحبه دون حق أو حقاً نشأ عن عمل غير مشروع : ورد النص على هذه الحالة في الفقرة الثانية من المادة ٣٦٥ وبمقتضاها : « لا تقع المقاصة ضد دعوى استرداد شيء نزع من صاحبه بدون وجه حق إما بالإكراه

أو بالغش ، أو ضد دعوى المطالبة بحق ناشئ عن جريمة أو شبه جريمة أخرى . فلو أن شخصاً استولى على مبلغ من المال أو على شيء من المثلثات ككمية من القطن أو القمح نتيجة الغش أو الإكراه ، أو نتيجة عمل آخر غير مشروع كالسرقة أو النصب أو الغصب وطالب المالك باسترداد المبلغ أو الشيء المنتزع منه ، فليس لمنتزع الشيء التمسك بالمقاصة بين المال المطلوب استرداده وبين مال مماثل ثبت له في ذمة صاحب المال المنتزع .

والذي يحصل عملياً ، هو أن يكون شخص دائناً لآخر بمبلغ من المال أو بشيء من المثلثات ، ويمتنع المدين عن الوفاء بدينه فيعمد الدائن إلى انتزاع ما يماثل دينه من النقود أو المثلثات غشاً أو إكراهاً أو غصباً أو سرقة قصد استيفاء حقه بنفسه . فحتى في هذه الحالة يمتنع إجراء المقاصة بين ما استولى عليه الدائن وبين ما كان مترتباً له في ذمة مدينه : ذلك أنه لا يجوز للإنسان أن يأخذ حقه بيده بل عن طريق القضاء . فإن هو فعل ذلك أصبح مديناً بما أخذه عنوة وترتب عليه رده . ولئن كان المشرع قد منع المقاصة هنا ، فذلك ليقطع الطريق على الدائنين من انتزاع حقهم بأنفسهم من مدينيهم بدل أن يلجأوا إلى القضاء كما يقتضيه النظام العام .

٣٣٣ - الحالة الثالثة : كون أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً

ويطالب باسترداده : قرر المشرع في الفقرة الثالثة من المادة ٣٦٥ أن المقاصة لا تقع « ضد دعوى استرداد الوديعة أو عارية الاستعمال ،

أو ضد دعوى التعويض الناشئة عن هذين العقدين في حالة هلاك الشيء المستحق . فإذا أودع شخص مبلغاً من النقود أو شيئاً من المثلثات لدى شخص آخر وأصبح المودع لديه دائناً للمودع ، فليس له أن يمتنع عن الرد حينما يطالب بذلك ويدعي وقوع المقاصة بين الوديعة وبين ما ترتب له في ذمة المودع من مبلغ من النقود أو من أشياء مماثلة لما تسلمه على سبيل الوديعة . والحكم نفسه يطبق على عارية الاستعمال حيث يمتنع كذلك على المستعير ، إذا طُلب بالرد ، أن يتمسك بالمقاصة بين الشيء المستعار وبين دين نشأ له في ذمة المعير محله شيء مماثل للشيء المستعار : ذلك أن المودع لديه أو المستعير إنما أوثمن على الشيء المودع أو المستعار ؛ فلا يستطيع الإخلال بهذه الأمانة والامتناع عن الرد ، ولو عن طريق المقاصة ، بل لا بدّ له من رد الوديعة أو العارية أولاً على أن يكون له المطالبة باستيفاء دينه بعد ذلك .

وتجدر الملاحظة إلى أن منع المقاصة ليس قاصراً على الحالة التي يطالب فيها كل من المودع أو المعير برد الوديعة أو العارية عيناً . بل هو يبقى قائماً ، على ما أوضحه المشرع صراحةً ، حتى في حالة هلاك الوديعة أو العارية وترتب تعويض عن هذا الهلاك للمودع أو للمعير . فهذا التعويض إذا ما تم تقديره اتفاقاً أو قضاءً ، لا يستطيع المودع لديه أو المستعير الامتناع عن أدائه بحجة إجراء المقاصة بينه وبين مبلغ من المال ترتب له في ذمة المودع أو المعير . بل هنا أيضاً يلزم المودع لديه أو المستعير بدفع التعويض ومن ثمّ يطالب بالدين الذي له في ذمة مدينه .

٣٣٤ - الحالة الرابعة : كون المدين تنازل عن التمسك بالمقاصة :

عرضت لهذه الحالة الفقرة الرابعة من المادة ٣٦٥ فقالت : « لا تقع المقاصة إذا كان المدين قد تنازل من بادئ الأمر عن التمسك بالمقاصة أو كان العقد المنشئ للالتزام يمنعه من التمسك بها » . ذلك ان المقاصة ليست من النظام العام بل هي مقررة لمصلحة المدين . فيجوز له إذن أن ينزل عن التمسك بها .

والنزول عن التمسك بالمقاصة ، في التشريع المغربي ، يمكن وقوعه بعد ثبوت الحق فيها كما يمكن وقوعه قبل ذلك كأن ينص في العقد المنشئ للالتزام المدين على منعه من التمسك بالمقاصة بين هذا الالتزام وبين أي التزام ذي محل مماثل قد ينشأ لمصلحة هذا المدين في ذمة دائنه . وقد اتبع المشرع المغربي في ذلك ما سار عليه الفقه الفرنسي ^(١) . وهو لئن كان يلتقي في هذا الخصوص مع التقنين اللبناني الذي يجيز للمدين العدول عن التمسك بالمقاصة مقدماً ^(٢) ، فهو يختلف عن المذهب الذي أخذ به كل من التقنين المصري والتقنين السوري حيث لا يعتد بالنزول عن المقاصة إلا إذا وقع بعد ثبوت الحق فيها ^(٣) .

ولا يشترط في النزول أن يكون صريحاً بل يمكن أن يقع ضمناً

(١) جوسران ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، نبذة رقم ٩٣٦ صفحة ٤٩٦ .

(٢) راجع المادة ٣٣١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٣) راجع المادة ٣٦٥ من القانون المدني المصري والمادة ٣٦٣ من القانون

المدني السوري .

كما لو أقدم المدين على الوفاء طوعاً بحق الدائن في وقت كانت فيه ذمة الدائن مشغولة لإزاءه بدين مماثل ، أو كما لو قبل الدائن إضافة دينه الحال إلى أجل حيث يعتبر متنازلاً عن مقاصته بدين حال مترتب عليه لمصلحة مدينه .

٣٣٥ - الحالة الخامسة : كون أحد الدينين عبارة عن رسوم أو ضرائب للدولة أو للجماعات المحلية : نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٣٦٥ على أن المقاصة لا تقع « ضد حقوق الدولة والجماعات المحلية من أجل الضرائب والرسوم ما لم يكن حق من يتمسك بالمقاصة واجباً على نفس الصندوق الذي يطالب بالضريبة أو الرسم » . فإذا استحق رسم أو استحققت ضريبة على شخص وكان هذا الشخص دائئاً للدولة أو لجماعة محلية بمبلغ من المال ، امتنع مبدئياً بإجراء التقاص بين ما هو مترتب عليه من رسم أو ضريبة وبين ما هو مترتب له على الدولة أو على الجماعة المحلية ؛ بل وجب عليه أداء الرسم أو الضريبة وكان له مطالبة الدولة أو الجماعة المحلية بدينه بعد ذلك . على ان المقاصة تجوز استثناءً فيما إذا كانت الضرائب أو الرسوم المترتبة عائدة لنفس صندوق الدائرة الذي أضحى مديناً لمن هو ملزم بهذه الضرائب أو الرسوم ، كأن يكون ورّد متعهد بعض مهام لدائرة الجمارك (أي الديوانة) وكانت هذه المهام مستوردة من خارج البلاد وخاضعة لرسم استيراد يؤدي للدائرة المذكورة ؛ ففي هذه الحالة يجوز إجراء المقاصة بين ثمن المهام المترتب على دائرة الجمارك وبين الرسوم المترتبة

في ذمة المستورد لمصلحة هذه الدائرة .

٣٣٦ - الحالة السادسة : كون المقاصة تلحق ضرراً بالحقوق المكتسبة للغير : ورد النص على هذه الحالة في المادة ٣٦٦ وبمقتضاها : « لا تقع المقاصة إذا كان فيها اضرار بالحقوق المكتسبة للغير على وجه قانوني صحيح » . فالمقاصة يجب أن لا تكون سبباً للإضرار بحقوق الغير المشروعة وإلا امتنع وقوعها . فهكذا مثلاً لو أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه ، لما جاز للمدين المحجوز تحت يده أن يتمسك بالمقاصة ، لأن في ذلك إضراراً بالغير الحاجز^(١) . وهكذا أيضاً ، إذا حوّل الدائن حقه للغير ، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يستطيع هذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، وذلك حتى لا تكون المقاصة سبباً للإضرار بالمحال له الذي أضحي هو صاحب الحق المنتقل إليه بالحوالة^(٢) .

(١) على أن للمدين الذي وقع الحجز تحت يده وامتنعت عليه المقاصة أن يحجز هو أيضاً ما تحت يد نفسه ليشترك مع الغير الحاجز في اقتسام الدين المحجوز قسمة الغرماء (مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الثالث ، صفحة ٢٨٦) .

(٢) أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة وإنما أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة إذ لا دخل لارادته في نفاذ الحوالة بحقه كما هو الحال عند قبوله لها دون تحفظ . (راجع المادة ٣٦٧ من القانون المدني المصري والمادة ٣٣٦ من القانون المدني السوري) .

٣٣٧ - لا تتطلب المقاصة أي شرط آخر خلاف ما ذكر :
 إن المقاصة يكفي لوقوعها توافر الشروط التي أوضحناها فيما سبق ،
 ولا تتطلب أي شرط آخر علاوة على ما ذكر .
 وعليه :

(أ) يستوي لوقوع المقاصة أن يكون مصدر الدينين واحداً
 كأن يكون كل منهما نشأ عن عقد قرض مثلاً أو أن يكون مصدرهما
 مختلفاً كأن يكون سبب أحد الدينين القرض وسبب الدين الآخر
 بيعاً أو عملاً غير مشروع . وهذا ما أعلنه المشرع في المادة ٣٦٤
 إذ قرر أن المقاصة يسوغ وقوعها « بين ديون مختلفة في
 أسبابها » .

(ب) ثم إنه يستوي لوقوع المقاصة أن يكون الدينان متساويين
 أو غير متساويين في المقدار . فقد أجاز المشرع التقاص بين ديون مختلفة
 في مقاديرها موضعاً أن المقاصة ، في حالة اختلاف الدينين من
 حيث المقدار ، « تقع في حدود الأقل منهما » (المادة ٣٦٤) .

(ج) وكذلك لا يشترط القانون في المقاصة اتحاد مكان الوفاء
 في الدينين المتقابلين . فقد يكون دين أحد الطرفين واجب الوفاء في الدار
 البيضاء ودين الآخر في مراكش . ومع ذلك تقع المقاصة بين الدينين رغم
 عدم اتحاد مكان الوفاء . وقد وجد المشرع أن يوضح ذلك في المادة
 ٣٦٢ فقال : « لا يلزم (لاجراء المقاصة) أن يكون الدينان واجبي
 الأداء في نفس المكان ... » بيد أنه يتعين على من يتمسك بالمقاصة

في هذه الحالة أن يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه من جراء هذه المقاصة ، من استيفاء حقه أو الوفاء بدينه في المكان الذي حدد لذلك . فلو فرضنا أن أحد الدينين واجب الأداء في الرباط والدين الآخر واجب الأداء في باريس ، وإن الدائن الذي اشترط الوفاء في باريس قد تحمل خسارة من جراء عدم استيفائه حقه في هذه المدينة بسبب المقاصة ، كان لهذا الدائن أن يرجع على الطرف الآخر بالتعويض عن الخسارة التي لحقت به ولا سيما بنفقات نقل المبلغ إذا كان قد أُلجئ إلى ذلك ^(١) .

الفرع الثالث

آثار المقاصة

٣٣٨ - تعيين هذه الآثار : عرض المشرع لآثار المقاصة في المادتين ٣٦٧ و ٣٦٨ .

فالمادة ٣٦٧ نصت على ما يلي :

« يترتب على المقاصة ، عند التمسك بها ، انقضاء الدينين ، في حدود الأقل منهما مقداراً ، ابتداءً من الوقت الذي وجد فيه معاً مستوفيين للشروط التي يحددها القانون لاجراء المقاصة » .
والمادة ٣٦٨ ورد فيها :

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الثالث صفحة ٢٧٤ و ٢٧٥ .

« إذا تعددت على نفس الشخص ديون قابلة للمقاصة طبقت في شأنها القواعد المقررة في خصم المدفوعات » .

فمن هاتين المادتين يتبين أن آثار المقاصة يمكن جمعها حول القواعد الثلاث التالية : (١) إن حكم المقاصة حكم الوفاء إذ هي تقضي الدينين في حدود الأقل منهما مقداراً .

(٢) إن المقاصة تتم لا من وقت التمسك بها ، بل ابتداءً من الوقت الذي وجد فيه الدينان مستوفيين للشروط التي يحددها القانون لإجراء المقاصة . (٣) إذا تعددت الديون التي تقبل التقاص كان تعيين جهة الدفع عن طريق المقاصة كتعيينها عن طريق الوفاء العادي .

ولما كان ترتب هذه الآثار يتوقف على التمسك بالمقاصة من قبل من له الحق فيها ، فإنه يتعين علينا قبل أن نفصل الكلام في آثار المقاصة ، أن نعرض لمبدأ وجوب التمسك بالمقاصة من قبل ذي المصلحة فيها .

٣٣٩ - وجوب التمسك بالمقاصة ممن له مصلحة فيها :

إن المقاصة في التشريع المغربي ، كما هي في التقنين الفرنسي وفي سائر التقنينات التي حذت حذوه ، مقاصة قانونية . والمقصود بذلك ، على ما كنا بيناه (١) ، أن المقاصة ، بمجرد توافر شروطها ، تقع بصورة حتمية وبقوة القانون وحده .

(١) راجع نبذة رقم ٣٢٣ صفحة ٣٦٤ أعلاه .

ولكن هذا لا يعني أن المقاصة لها مساس بالنظام العام بحيث تجري بصورة آلية ورغم إرادة ذوي المصلحة . بل لا بد للراغب في الإفادة منها من التمسك بها ، وإلا اعتبر متنازلاً عنها وامتنع على القاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه . لهذا وجد المشرع المغربي أن يوضح في المادة ٣٥٨ أن القاضي ليس له أن يعتد بالمقاصة « إلا إذا حصل التمسك بها صراحةً ممن له الحق فيها » . لهذا أيضاً وجد واضع المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أن يبين في المذكرة الإيضاحية أن المشروع « لم يختار مذهب التقنين الألماني في وقوع المقاصة بمقتضى إعلان يصدر من جانب واحد ، بل التزم على نقيض ذلك التصوير اللاتيني في ترتيب أثرها بحكم القانون . وكل ما هنالك أنه نصّ على وجوب طلبها ، تأكيداً لنفي ارتباطها بالنظام العام أو تخويل القضاء سلطة الحكم بها من تلقاء نفسه » (١) .

وعليه ، ما لم يتمسك المدين بالمقاصة ، لا يمكن ترتيب آثارها حتى ولو كانت سائر شروطها متوافرة . وليس للقاضي في حال من الأحوال أن يقضي بها من تلقاء نفسه حتى ولو كان عالماً بأمرها .

والتمسك بالمقاصة يصح في أية حال كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ؛ بل يصح الإدلاء بالمقاصة

(٢) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الثالث صفحة ٢٨٢ .

حتى بعد صدور حكم نهائي وفي أثناء الاجراءات التنفيذية ، على أن تكون طبعاً شروطها توافرت أثناء المرحلة الاستثنائية أو أثناء مرحلة التنفيذ ، لأن توفر الشروط قبل ذلك وعدم تمسك المدين بالمقاصة رغم قيام شروطها إذ ذاك يعتبر تنازلاً عنها .

٣٤٠ - المقاصة تقضي الدينين في حدود الأقل منهما مقداراً :
للمقاصة نفس أثر الوفاء بالنسبة لكل من الدينين المتقابلين :
فكل دين يعتبر قد استوفي من الدين المقابل وانقضى كلاً أو جزءاً نتيجة هذا الوفاء .

(آ) فكل من الدينين المتقابلين ينقضي كله إذا كان الدينان متساويين في القيمة وتزول بانقضائه سائر توابعه ، شأن المقاصة في ذلك شأن الوفاء تماماً . وعليه إذا كان أحد الدينين أو كلاهما ينتج فوائد أو كان مضموناً بكفالة أو برهن حيازي أو رسمي ، فإن الفوائد تنقطع كما أن كلاً من الكفالة أو الرهن ينقضي تبعاً لانقضاء الالتزام الأصلي ، فيتحرر الكفيل من كفالته ويرد المرهون إلى صاحبه إذا كان الرهن حيازياً ويجري تشطيب قيد الرهن في السجل العقاري إذا كان الرهن رسمياً . لهذا كان للكفيل الشخصي ، على ما كنا بيناه (١) ، أن يتمسك بالمقاصة الواقعة بين مدينه وبين الدائن لأن المقاصة تقضي الدين المكفول

(١) راجع نبذة رقم ٣٢٦ صفحة ٤٤٢ أعلاه .

فتنقضي بانقضائه الكفالة .

(ب) أما إذا كان الدينان المتقابلان غير متساويين في القيمة فإنهما ينقضيان في حدود الأقل منهما مقداراً : فالدين الأصغر قيمةً ينقضي بكامله والدين الآخر ينقضي في جبرءٍ منه معادلٍ للدين الأول . وانقضاء الدين الأصغر قيمةً بكامله يُفضي إلى انقضاء سائر توابعه : فإذا كان هذا الدين ينتج فائدة مثلاً انقطعت الفائدة ، وإن كان مضموناً برهن أو كفالة زال الرهن أو زالت الكفالة . وانقضاء الدين الأكبر قيمةً بصورة جزئية يفضي إلى استمرار توابعه قائمة على أن يحصر أثرها بالرصيد المتبقي : فإذا كان هذا الدين ينتج فائدة أو كان مضموناً برهن أو كفالة ، فإن الرصيد الذي تبقى بعد إعمال المقاصة يستمر في إنتاج الفائدة كما يبقى مضموناً بالتأمينات التي كانت تضمن الدين كله من رهن أو كفالة .

٣٤١ - المقاصة تتم لا من وقت التمسك بها بل من وقت

توافر شروطها : إن المقاصة تترتب آثارها لا من وقت تمسك ذي المصلحة بها ، بل منذ توافر شروطها القانونية . فهي إذن تستند إلى الوقت الذي أصبح فيه الدينان المتقابلان صالحين للمقاصة سواء كان هذا الوقت لاحقاً أم سابقاً للوقت الذي جرى فيه التمسك بالمقاصة .

فهكذا لو تمسك أحد الطرفين بالمقاصة وكان دينه منازعاً فيه أو غير محدد المقدار أو مربوطاً بأجل ، فإن المقاصة يتأخر وقوعها إلى الوقت الذي يحسم فيه النزاع أو يحدد فيه مقدار الدين أو يصبح الدين حالاً .

وعلى العكس إذا تلاقي دينان توافرت فيهما شروط المقاصة وتأخر المدين بالتمسك بها فإن المقاصة تعتبر واقعة منذ تلاقي الدينين . وقد أوردت بعض التقنيات مثلاً على ذلك فقررت أنه إذا تلاقي دينان توافرت فيهما شروط المقاصة وتأخر المدين بالتمسك بها بحيث مضت على أحدهما مدة التقادم فإن هذا لا يمنع من وقوع المقاصة بهذا الدين رغم تقادمه ، ما دامت مدة التقادم لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة ^(١) . ورغم انتفاء مثل هذا النص في التشريع المغربي ، فإن حكمه واجب التطبيق لأنه من مقتضيات المبدأ العام الذي أخذ به هذا التشريع والقائل بأن العبرة في المقاصة ليست لوقت التمسك بها بل لوقت تلاقي دينين توافرت فيهما الشروط التي يحددها القانون لإجراء المقاصة .

(١) ورد في المادة ٣٦٦ من القانون المدني المصري وفي المادة ٣٦٤ من القانون المدني السوري ما يلي : « 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 » .

٣٤٢ - تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء :

قد يحصل أن يتلاقى دين صالح للمقاصة من جهة مع ديون متعددة متقابلة معه من جهة ثانية صالحة هي أيضاً للمقاصة . مثل ذلك أن يكون زيد مديناً لعمرو بمبلغ من المال ثم يصبح عمرو بدوره مديناً لزيد بديون متعددة . ففي مثل هذه الفرضية أي دين من هذه الديون تقع المقاصة فيه ؟ أجاب المشرع على ذلك في المادة ٣٦٨ بقوله : « إذا تعددت على نفس الشخص ديون قابلة للمقاصة طبقت في شأنها القواعد المقررة في خصم المدفوعات » . وهذا يعني أن علينا أن نطبق على تعيين جهة الدفع في المقاصة القواعد المقررة في المادتين ٣٢٣ و ٣٢٤ والتي كنا فصلنا أحكامها عند الكلام في تعيين جهة الدفع في الوفاء (١) .

وتتلخص هذه القواعد بما يلي :

(أ) تقع المقاصة في الدين الذي يعينه المدين من بين الديون المتعددة المترتبة عليه لدائنه .

(ب) أما إذا لم يعين المدين الدين الذي يجب أن تقع فيه المقاصة ، انتقل هذا التعيين إلى الدائن الذي له أن يعين في التوصيل الذي يسلمه للمدين ، الدين الذي يعتبره قد انقضى بالمقاصة . فإذا تسلم المدين التوصيل وقبله التزم بتعيين جهة

(١) راجع نبذة ٢٧٠ الى ٢٧٣ صفحة ٣٤٦ وما يليها أعلاه .

الدفع الوارد فيه ما دام هذا التعيين متفقاً مع مصالحه .
 (ج) وإذا أهمل كل من المدين والدائن تعيين جهة الوفاء فقد تكفل القانون نفسه هذا الأمر وأوجب اعتبار الدين الذي تجري المقاصة فيه هو الدين الذي يكون للمدين مصلحة أكبر في أدائه . ولتعيين هذا الدين يتبع الترتيب التالي : الدرجة الأولى تعطى للدين الذي يكون فيه ضمان الدائن أقل من ضمانه في غيره ، فإن تساوت الديون في الضمان ، كان الدين الذي تقع فيه المقاصة . الدين الأكثر كلفةً على المدين ، وإن تساوت الديون في كلفتها وقعت المقاصة في الدين الأقدم تاريخاً .

الفرع الرابع

المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية

٣٤٣ - المقاصة الاتفاقية : مرّ معنا أن المقاصة القانونية يتوقف وقوعها على توافر شروط عينها المشرع ؛ فإن لم تتوافر هذه الشروط امتنع إجراء المقاصة القانونية .

ففي مثل هذه الحالة التي لا تجوز فيها المقاصة القانونية ، قد تكون ثمة إمكانية لوقوع ما يسمى بالمقاصة الاتفاقية وهي مقاصة تقع رغم تخلف شروط المقاصة القانونية .

والمقاصة الاتفاقية أو على الأصح المقاصة الإرادية قد تقع بارادة واحدة إذا كان الشرط المتخلف مقررأ في الأصل لمصلحة

طرف واحد ؛ وقد تقع باتفاق الطرفين إذا كان الشرط المتخلف مقررًا لمصلحتهما معاً .

(آ) فالمقاصة تتم اختياريةً بإرادة طرف واحد في الأحوال التالية :

(١) إذا كان أحد الدينين محل نزاع وتنازل المدين عن المنازعة فيه حيث يستطيع بإرادته وحده إجراء التقاص بين هذا الدين والدين المقابل المترتب له على دأئه .

(٢) إذا كان أحد الدينين مربوطاً بأجل وتنازل من كان الأجل في مصلحته عنه حيث يكون له إجراء المقاصة بين هذا الدين والدين الحال المقابل .

(٣) إذا كان أحد الدينين مما لا تصح المطالبة به قضاءً كالإتزام طبعي حيث بمقدور المدين بمثل هذا الإلتزام الوفاء به عن طريق التقاص بينه وبين دين مدني مترتب له في ذمة دأئه .

(٤) إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع من صاحبه دون حق أو كان شيئاً مودعاً أو معاراً حيث يسوغ لصاحب هذا الشيء إجراء التقاص بإرادته وحده بين الدينين .

(ب) وتقع المقاصة الاختيارية باتفاق الطرفين في الأحوال التالية :

(١) إذا كان كل من الدينين غير مستحق الأداء حيث

يجوز للطرفين التنازل كل منهما عن الأجل المقرر لمصلحته والاتفاق على اجراء التقاص بين الدينين .

(٢) إذا اختلف محل الدينين من حيث ^{النوع} الصنف بأن كان محل أحدهما مبلغاً من النقود ومحل الآخر كمية من القمح أو السكر أو كان محل أحدهما كمية من القمح والآخر كمية من السكر حيث يستطيع الطرفان قضاء هذين الدينين عن طريق المقاصة الاتفاقية .

(٣) إذا اختلف محل الدينين المتحدنين ^{لوعياً} صنفاً من حيث النوع والجودة كأن يكون محل أحدهما كمية من الشاي الصيني من النوع الممتاز ومحل الالتزام الثاني كمية من الشاي الصيني من الصنف الوسط حيث يمكن للطرفين الاتفاق على إجراء التقاص بين هذين الدينين .

وسواء وقعت المقاصة الإرادية بإرادة أحد الطرفين أم وقعت باتفاقهما ، فإنها تنتج نفس آثار المقاصة القانونية . على أن ثمة farkاً هاماً يلحظ في هذا الصدد بين المقاصة القانونية من جهة والمقاصة الاتفاقية أو الإرادية من جهة ثانية : ذلك أن المقاصة القانونية تتم وتنتج آثارها لا من وقت التمسك بها ، بل من الوقت الذي يصبح فيه الدينان المتقابلان صالحين للمقاصة . أما المقاصة الاتفاقية أو الإرادية فلا تتم ولا تنتج آثارها إلا من وقت التمسك بها إذا كانت وقعت بإرادة أحد الطرفين

المنفردة ، أو من وقت الاتفاق عليها إذا كانت حصلت نتيجة اتفاق الطرفين .

٣٤٤ - المقاصة القضائية : المقاصة القضائية هي المقاصة التي تقع أثناء النظر في دعوى معروضة على القضاء ، عندما لا تتوافر شروط المقاصة القانونية ، ويكون الشرط المتخلف من الشروط المقررة لمصلحة المدعي أو لمصلحة الطرفين ويرفض المدعي التنازل عن هذا الشرط ، فيتعذر بذلك إجراء المقاصة الاتفاقية ولا يبقى أمام المدعي عليه سوى طلب المقاصة القضائية عن طريق دعوى عارضة يتقدم بها جواباً على دعوى المدعي .

ومن أهم الحالات العملية التي يتصور فيها وقوع المقاصة القضائية ما إذا كان المدعي يطالب بدين ثابت معلوم القدر ويكون المدعي عليه دائماً بتعويض ينازع المدعي في مبدأ ترتبه ، أو يسلم به ولكنه يعارض في تعيين مقداره على النحو الذي يطلبه المدعي عليه . ففي مثل هذه الفرضية يتقدم المدعي عليه بدعوى عارضة يطلب فيها حسم النزاع القائم حول مبدأ ترتب التعويض أو تعيين مقدار هذا التعويض ، ومن ثمّ إجراء المقاصة القضائية بين الدينين .

وللقاضي طبعاً حرية التقدير في قبول طلب المدعي عليه والحكم به مع الدعوى الأصلية ، أو في رفض النظر بهذا الطلب مع الدعوى الأصلية على أن يكون للمدعي عليه رفع دعوى مستقلة بادعائه ان شاء ، أو على أن يستبقي القاضي طلب المدعي عليه للفصل فيه بعد الفصل

في الدعوى الأصلية التي قد تكون جاهزة للحكم ومن شأن التحقيق في طلب المدعى عليه العارض تعطيل الفصل فيها .

فإذا رفض القاضي النظر في طلب المدعى عليه العارض مع الدعوى الأصلية سواء احتفظ له بإقامة دعوى مستقلة به ، أو قرر استبقاءه ليفصل فيه فيما بعد ، لم يكن ثمة مجال لإجراء أي مقاصة . ويكون الأمر كذلك إذا فصل القاضي في الطلب العارض مع الدعوى الأصلية وقرر رده لسبب من الأسباب .

أما إذا استجاب القاضي للطلب العارض وحكم به للمدعى عليه ، فإنه يتعين عندها إجراء المقاصة بين دين المدعي ودين المدعى عليه . وتنتج المقاصة القضائية ما تنتجه المقاصة القانونية من آثار ولا سيما من حيث انقضاء الدينين المتقابلين في حدود الأقل منهما مقداراً مع زوال سائر توابع الدين المنقضي . إلا أن هذه الآثار لا تترتب من وقت رفع الطلب العارض بل من وقت الفصل في هذا الطلب وصدور الحكم ، لأن هذا الحكم هو الذي يقرر المقاصة . فالحكم بالمقاصة هو إذن حكم منشئ لها وليس كاشفاً عنها ويجب بالثالي اعتباره منطلقاً لآثارها .

الفصل الرابع

اتحاد الذمة

٣٤٥ - مخطط الفصل : عرض المشرع لاتحاد الذمة في المادتين ٣٦٩ و ٣٧٠ حيث عرّفه وبين آثاره .
وللإلمام بهذا السبب من أسباب انقضاء الالتزام نرى أن نعرفه ونوضح مختلف الحالات التي يتحقق فيها ، ثم نبين آثاره .
وعليه سنقسم هذا الفصل إلى فرعين :
الفرع الأول : تعريف اتحاد الذمة وبيان مختلف حالاته .
الفرع الثاني : آثار اتحاد الذمة .

الفرع الأول

تعريف اتحاد الذمة وبيان مختلف حالاته

٣٤٦ - تعريف اتحاد الذمة : عرّف المشرع اتحاد الذمة في المادة ٣٦٩ بقوله : « إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن والمدين

لنفس الالتزام ، نتج اتحاد في الذمة يؤدي إلى انتهاء علاقة دائن بمدين . فاتحاد الذمة هو إذن اجتماع صفة الدائن وصفة المدين لالترزام واحد في شخص واحد ، كأن يتوفى الدائن ويرثه المدين أو يتوفى المدين ويرثه الدائن . ففي مثل هذه الحالة تتحد صفتا الدائن والمدين في طرف واحد ويحتم هذا الاتحاد انقضاء الالتزام ما دام أن الدائن أصبح هو المدين وأنه يتعذر على الدائن أن يطالب نفسه بالوفاء بالالتزام لنفسه .

ويجب التمييز بين اتحاد الذمة والمقاصة : فهذان النظامان لئن كانا يتشابهان من حيث اننا ، في كل منهما ، نجد الشخص الواحد يجمع في نفسه صفتا الدائن والمدين ، إلا أن ثمة فرقاً جوهرياً يلحظ بين اتحاد الذمة من جهة والمقاصة من جهة ثانية : ففي اتحاد الذمة يوجد دين واحد اجتمعت في أحد طرفيه صفة الدائن وصفة المدين . أما في المقاصة فيوجد دينان متقابلان الدائن في الأول منهما مدين في الثاني ، والدائن في الثاني مدين في الأول .

٣٤٧ - حالات اتحاد الذمة : إن اتحاد الذمة يتحقق عملياً أكثر ما يتحقق عن طريق الأرث أو الوصية . ولكنه يمكن أن يحصل كذلك عن طريق التصرفات القانونية فيما بين الأحياء .

(أ) فاتحاد الذمة يتحقق عن طريق الارث فيما إذا توفي الدائن وكان المدين هو الوارث الوحيد للدائن أو كان هو أحد ورثته : فإذا كان المدين هو الوريث الوحيد للدائن انتقل اليه الدين بالكامل

مع سائر عناصر التركة وتجمعت في شخصه صفتا الدائن والمدين وانقضى بذلك الدين كله عن طريق اتحاد الذمة . وإذا كان المدين مثلاً هو أحد ثلاثة ورثة ورث كل منهم ثلث التركة ، فإن الدين ينتقل إليه في حدود الثلث وتتجمع صفتا الدائن والمدين في شخصه ضمن هذه الحدود فينقضي دينه بهذا القدر ويبقى ملتزماً بثلثي الدين تجاه التركة.

وفي التقنينات الغربية ولا سيما في التقنين الفرنسي ، يمكن أن يتحقق اتحاد الذمة عن طريق الارث أيضاً ، فيما إذا توفي المدين ، وكان الدائن هو الوارث الوحيد للمدين أو كان هو أحد ورثته وقبل الميراث دون قيد ^(١) . أما في المغرب ، كما في سائر الدول العربية ، فإن مبادئ الشريعة الإسلامية التي تحكم نظام الارث لا تدع مجالاً لوقوع اتحاد الذمة في مثل هذه الحالة ، لأن من مقتضيات هذه المبادئ أن لا تركة قبل سداد الديون الأمر الذي يتحتم معه أن يتقاضى الدائن دينه من تركة مورثه المدين ثم يرث صافي هذه التركة أي التركة خالية من الالتزامات التي كانت مترتبة عليها . ففي الشريعة الإسلامية ينتضي إذن دين الدائن قبل مورثه المدين بطريق الوفاء لا بطريق اتحاد الذمة .

(١) أما إذا كان الوارث لم يقبل الميراث إلا مع اشتراط الجرد (sous bénéfice d'inventaire) ، فإنه يستوفي دينه أولاً من التركة ، ثم يرث التركة بعد سداد الديون ، ولا يكون إذن في هذه الحالة ثمة مجال للقول بانقضاء الدين عن طريق اتحاد الذمة ، ما دام هذا الدين قد انقضى بالوفاء .

(ب) ويتحقق كذلك اتحاد الذمة عن طريق الوصية كأن يوصي الدائن لمدينه ، بالدين الذي له في ذمته كله أو بجزء منه ، أو كأن يوصي الدائن بجزء شائع من التركة إلى مدينه .

(١) فإذا أوصى الدائن بمدينه كله أو بجزء منه إلى مدينه ، فإن المدين الموصى له يصبح دائئاً في نفس الدين بحكم الوصية وتتجمع في شخصه صفتا الدائن والمدين وينقضي بذلك الدين كله أو في حدود الجزء الموصى به عن طريق اتحاد الذمة .

ولا يتصور أن يوصي المدين بمدينه للدائن لأن ما يمكن أن يوصى به هو الحق لا الالتزام .

(٢) وإذا أوصى الدائن بجزء شائع من التركة إلى مدينه كأن يكون أوصى له بربع تركته مثلاً ، فإن المدين الموصى له يصبح بحكم الوصية دائئاً بربع الدين الذي كان مترتباً عليه للموصي ، فتتجمع صفتا الدائن والمدين فيه في حدود ربع الدين ، ويؤول ذلك إلى انقضاء هذا الربع باتحاد الذمة ويبقى مدينئاً بثلاثة أرباع الدين الباقية للتركة .

أما إذا كان المدين هو الذي أوصى بجزء شائع من التركة إلى دائئه كربعها مثلاً فإن الدائن الموصى له يكون دائئاً للتركة بمبلغ الدين وموصى له بربع التركة . فطبقاً لقواعد الشريعة في الميراث ، يستوفي الدائن تمام دينه من التركة أولاً ، ثم يأخذ ربع صافي التركة . فالدين هنا ينقضي إذن عن طريق الوفاء لا عن طريق اتحاد الذمة .

(ج) وقد يحصل أن يتم اتحاد الذمة عن طريق التصرفات القانونية

ما بين الأحياء . مثل ذلك أن تشتري شركة سندات قرض كانت أصدرتها حيث تتحد صفتا الدائن والمدين في شخص الشركة وتنطفئ هذه السندات عن طريق اتحاد الذمة . مثل ذلك أيضاً أن يعمد المسحوب عليه الذي قبل الكمبيالة إلى شراء هذه الكمبيالة قبل استحقاقها فتصبح ملكه ؛ وبذا يضحى دائماً لنفسه وينقضي الدين باتحاد الذمة . ويمكن أيضاً أن يتحقق اتحاد الذمة نتيجة تصرف قانوني ما بين الأحياء فيما إذا أقدم مستأجر العين على شراء المأجور حيث يصبح دائماً ومديناً بالأجرة فتتحد الذمة في هذه الأجرة ويمتنع استيفاؤها . وفي التشريعات التي تحوّل المدين في حق متنازع فيه قد جرى التنازل عنه بمقابل لمصلحة شخص آخر ، أن يتخلص من مطالبة المتنازل له إذا هو رد إلى هذا الأخير الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع ، كما في التشريع المصري والتشريع السوري والتشريع اللبناني^(١) ، تشكل هذه الحالة صورة من صور انقضاء الالتزام باتحاد الذمة نتيجة تصرف قانوني ما بين الأحياء ، لأن المدين ، إذ يقدم على استرداد الدين المتنازع فيه من المتنازل له ، يصبح دائماً لنفسه ، فتجتمع صفتا الدائن والمدين في شخصه وينقضي الدين باتحاد الذمة .

(١) راجع المادة ٤٦٩ من القانون المدني المصري والمادة ٤٣٧ من القانون

المدني السوري والمادة ٢٨١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

الفرع الثاني آثار اتحاد الذمة

٣٤٨ - القواعد التي تتجمع حولها هذه الآثار : يمكن جمع الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة حول القواعد التالية :

اولاً : اتحاد الذمة يقضي الدين كلياً أو جزئياً .

ثانياً : انقضاء الدين عن طريق اتحاد الذمة أقرب الى شل طلب التنفيذ منه الى انقضاء حقيقي .

ثالثاً : زوال سبب اتحاد الذمة يعيد الدين إلى الوجود .

لنفصل الكلام في كلٍ من هذه القواعد .

٣٤٩ - اتحاد الذمة يقضي الدين كلياً أو جزئياً : إذا اتحدت الذمة في دين ما ، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة . وقد نبه المشرع إلى ذلك في الفقرة الثانية من المادة ٣٦٩ فقال : « ويسوغ أن يكون اتحاد الذمة كلياً أو جزئياً ، حسبما يكون متعلقاً بالدين كله أو بجزء منه » . فإذا توفي المدين مثلاً وآلت تركته بمجموعها إلى دائئه أو إذا أوصى الدائن بكامل الدين الى مدينه كان اتحاد الذمة كلياً وآل ذلك إلى انقضاء الدين كله . أما إذا توفي المدين عن عدة ورثة وكان دائئه من بين هؤلاء الورثة أو إذا أوصى الدائن بحصة شائعة من التركة إلى دائئه ، فإن اتحاد الذمة يضحى جزئياً ويقتصر أثره على انقضاء الدين بقدر نصيب الوارث في التركة أو بقدر الحصة الشائعة التي أوصى له بها .

٣٥٠ - انقضاء الدين عن طريق اتحاد الذمة أقرب إلى شل طلب التنفيذ منه إلى انقضاء حقيقي: إن انقضاء الدين عن طريق اتحاد الذمة هو أقرب إلى شل طلب تنفيذ هذا الدين منه إلى انقضاء حقيقي: فالدين الذي يطاله اتحاد الذمة لا ينقضي كما ينقضي عن طريق الوفاء أو التجديد أو المقاصة حيث يزول الدين حقيقةً ولا يعود له وجود، وإنما هو يصبح غير قابل للنفاذ لقيام عقبة طبيعية تقف في وجه هذا النفاذ إذ اتحدت صفتا الدائن والمدين في شخص واحد وأصبح من المستحيل أن يطالب هذا الشخص نفسه بالدين^(١). وقد ورد بهذا المعنى في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري ما يلي: « ويراعى أن اتحاد الذمة ليس في حقيقته سبباً من أسباب انقضاء الالتزام؛ بل هو مانع طبيعي يحول دون المطالبة بالدين، من جراء اتحاد صفتي الدائن والمدين في ذات الشخص^(٢) ». ولا ريب أن المشرع المغربي تعمد الإشارة إلى هذه الحقيقة عندما أعلن في المادة ٣٦٩ أن اتحاد الذمة الذي ينتج عن اجتماع صفة الدائن والمدين لنفس الالتزام في شخص واحد إنما « يؤدي إلى انتهاء علاقة دائن بمدين ». فاتحاد الذمة يقتصر إذن أثره على إنهاء علاقة الدائن بالمدين وشل

(١) كولان وكايتان المرجع السابق الجزء الثاني نبذة رقم ٣٥١ صفحة ٣٣٣ - والسنهوري المرجع السابق الجزء الثالث نبذة رقم ٥٦٨ صفحة ٩٥٢ و ٩٥٣ - وماجد الحلواني المرجع السابق صفحة ٢٤٥ وما يليها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثالث صفحة ٢٩٣.

طلب تنفيذ الدين . ولكنه لا يحول دون الاعتداد بالدين من نواحٍ عديدة أهمها النواحي التالية :

(أ) يعتد بالدين ، رغم انقضائه باتحاد الذمة ، في حساب الضريبة المترتبة على التركة وفي حساب نصاب الثلث المسموح بالوصية به طبقاً لأحكام الشريعة ، كما يعتد به من حيث تحديد حصة كل وارث في التركة أو حصة الموصى له بجزء شائع منها . فإذا كانت تركة زيد المتوفى تبلغ مثلاً ستة آلاف درهم منها ثلاثة آلاف درهم دين مترتب في ذمة عمرو واتحدت ذمة زيد وعمرو عن طريق الارث وانقضى الدين المترتب على عمرو نتيجة هذا الاتحاد ، فإن استيفاء الضريبة على تركة زيد إنما تستوفى على أساس أن قيمتها ستة آلاف درهم لا ثلاثة آلاف ؛ وإذا كان زيد قد ترك وصية وجب لمعرفة ما إذا كان المبلغ الموصى به لا يتجاوز ثلث التركة الاعتداد بدين عمرو رغم انقضائه باتحاد الذمة واعتباره قائماً في حساب هذا النصاب ؛ كذلك يؤخذ هذا الدين بعين الاعتبار كعنصر من عناصر التركة ، عند تحديد مقدار الحصة الشائعة التي يمكن أن توّول بالارث أو بالوصية إلى أحد الورثة وتقوّم التركة ، للوصول إلى هذا الغرض ، على أساس أن قيمتها ستة آلاف درهم لا ثلاثة آلاف فحسب .

(ب) إذا اتحدت ذمة الكفيل والدائن بأن مات الدائن وورثه الكفيل ، فإن التزام الكفيل ينقضي باتحاد الذمة ولكن الدين الأصلي لا ينقضي بل يبقى مترتباً في ذمة المدين تجاه الدائن ويكون من حق الكفيل ، الذي أصبح هو الدائن ، أن يطالب المدين بوفاء هذا الدين .

(ج) إذا اتحدت ذمة الكفيل والمدين الأصلي بأن مات المدين وورثه الكفيل أو مات الكفيل وورثه المدين ، انقضت الكفالة . ومع ذلك إذا كان لهذا الكفيل كفيل ، فإن التزام كفيل الكفيل يبقى قائماً بالاستناد إلى التزام الكفيل رغم انقضاء التزام الكفيل باتحاد الذمة ، كما أن الضمانات التي كان حصل عليها الدائن لضمان الوفاء بالتزام الكفيل تستمر قائمة وذلك رغم انقضاء الكفالة . وقد نصّ المشرع صراحةً على هذا الحكم في الفقرة الثانية من المادة ١١٥٦ حيث قال : « اتحاد الذمة الحاصل بين المدين الأصلي وبين الكفيل عندما يرث أحدهما الآخر ، ينهي الكفالة ، ولا يبقى الا الالتزام الأصلي . غير أن الدائن يحتفظ بدعواه ضد كفيل الكفيل ، كما يحتفظ بالضمانات التي حصل عليها لضمان الوفاء بالتزام الكفيل » .

(د) إذا اتحدت الذمة بين الدائن وبين أحد مدينيه المتضامنين بأن ورث أحد المدينين المتضامنين الدائن فإن الدين لا ينقضي إلا بالنسبة إلى حصة هذا المدين (المادة ١٧٥) . وعليه فإن للمدين المتضامن الذي ورث الدائن واتحدت ذمته بدمته في حدود حصته من الدين ، أن يرجع على كل من المدينين المتضامنين الآخرين بالباقي من الدين بعد استئصال حصته في الدين .

أما إذا ورث الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فإن مبادئ الشريعة الإسلامية ، كما سبقت لنا الإشارة إليه ، تحول دون وقوع اتحاد الذمة في مثل هذه الحالة لأن المبادئ المذكورة تقضي بأن لا تركة

قبل سداد الديون . وعليه يبقى للدائن أن يطالب تركة المدين المتضامن المتوفى كما يبقى له أن يطالب أي مدين متضامن آخر بكامل الدين .

(هـ) إذا اتحدت الذمة بين أحد الدائنين المتضامين وبين المدين بأن ورث المدين أحدهم فإن اتحاد الذمة لا يقضي الالتزام الا بقدر حصة هذا الدائن المتضامن (الفقرة الثانية من المادة ١٥٦) . وعليه وما دام أن هذه الحصة وحدها هي التي يصبح فيها الدائن المتضامن مديناً ودائناً في وقت واحد ، فإن أيّاً من الدائنين المتضامين الآخرين يستطيع أن يرجع على المدين بالدين بعد استئصال حصة الدائن المتضامن المتوفى .

أما إذا ورث أحد الدائنين المتضامين المدين فإنه يجب استبعاد وقوع أي إتحاد ذمة عملاً بالمبدأ القاضي بأن لا تركة قبل سداد الدين ويبقى من حق كل من الدائنين المتضامين ، بما فيهم الدائن الوريث أن يستوفي من تركة المدين المتوفى الدين كله .

٣٥١ - زوال سبب إتحاد الذمة يعيد الدين إلى الوجود : إن

الأثر الذي يترتب على إتحاد الذمة من حيث انقضاء الدين أو على الأصح من حيث شل تنفيذه يبقى مستمراً ما دام السبب الذي أدّى إلى هذا الاتحاد قائماً . أما إذا زال السبب المذكور فإن الدين الذي كان انقضى وأصبح تنفيذه مشلولاً يعود إلى الظهور .

ولا بد هنا من التمييز بين أن يكون السبب الذي أدّى إلى إتحاد

الذمة قد زال بأثر رجعي أم زال بأثر غير رجعي :

(آ) فإذا زال السبب بأثر رجعي ، اعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن بالنسبة للكافة وعاد الدين إلى الوجود والنفاذ بجميع مقوماته وخصائصه ، وعادت معه جميع التأمينات التي كانت تضمن تنفيذه . وهذا ما أكد عليه المشرع في المادة ٣٧٠ حيث قال : « إذا زال السبب الذي ادّعى لاتحاد الذمة ، عاد الدين بتوابعه في مواجهة جميع الأشخاص ، واعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن أبداً » . فإذا ما أوصى الدائن بدينه للمدين مثلاً وادّعى موت الدائن إلى انقضاء الدين باتحاد الذمة ، ثم ظهر بعد ذلك أن الوصية باطلة أو قابلة للإبطال وتقرر فعلاً بطلانها أو إبطالها ، فإن الدين الذي انقضى باتحاد الذمة يعود إلى الوجود بصفاته وتوابعه وضمائنه ، ويكون للورثة الحق في مطالبة المدين بأداء هذا الدين كما يكون لهم الاستفادة عند الاقتضاء من سائر التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به .

(ب) أما إذا زال السبب بأثر غير رجعي كأن يبيع الوارث التركة بما لها من ديون ومن ضمن هذه الديون الدين الذي كان مترتباً عليه للمورث ، فإن الدين يعود إلى الظهور في ذمة الوارث باعتباره مديناً ويكون للمشتري الحق بمطالبة أداء هذا الدين . ولكن الغير لا يضار بعودة الدين إلى الوجود على هذه الصورة . فلو كان الدين الذي انقضى باتحاد الذمة مضموناً بكفالة مثلاً ، فإن هذه الكفالة التي انقضت بانقضاء الدين الأصلي تبقى منقضية ولا تعود بعودة الدين مجدداً بعد أن زال بأثر غير رجعي السبب الذي ادّعى إلى انقضائه . وعليه

لا يستطيع مشتري التركة الرجوع على الكفيل لأن هذا الكفيل قد برئت ذمته من الكفالة ولا يمكن أن يتأثر بالاتفاق الذي تمّ بين الوريث المدين وبين مشتري التركة والذي ينحصر أثره بالطرفين المتعاقدين ولا يتعداه إلى الغير .

الباب الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

٣٥٢ - نظرة عامة : قد ينقضي الالتزام عن طريق تنفيذه عيناً اي عن طريق الوفاء بنفس محل الالتزام الذي التزم به المدين . وقد ينقضي بأسباب تعادل الوفاء وهي : الوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة .

وثمة أسباب أخرى تؤول إلى انقضاء الالتزام دون أن ينفذ لا عيناً ولا بمقابل ، أي دون أن يؤدي شيء ما للدائن . ويتحقق ذلك في الأسباب التالية : الإبراء ، واستحالة التنفيذ ، والتقادم المسقط ، وإقالة العقود .

وهذه الأسباب التي ينقضي معها الالتزام دون الوفاء به هي التي سنعرض لها في هذا الباب .

٣٥٣ - تقسيم مواضيع هذا الباب : سنبدأ البحث بالابراء ثم ننتقل إلى اتحاد الذمة فالتقادم المسقط وإقالة العقود .

وسنفرد لكل من هذه الأسباب فصلاً مستقلاً .

وعليه سنقسم هذا الباب إلى أربعة فصول :

الفصل الأول : الإبراء .

الفصل الثاني : استحالة التنفيذ .

الفصل الثالث : التقادم المسقط .

الفصل الرابع : إقالة العقود .

الفصل الأول

الإبراء

٣٥٤ - مخطط الفصل : عرض المشرع للإبراء في المواد ٣٤٠ الى ٣٤٦ . ونحن في ضوء نصوص هذه المواد سنعرف الإبراء ونحدد طبيعته ، ثم نعين شروطه ، ثم نبين آثاره .
وعليه سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة فروع :
الفرع الأول : تعريف الإبراء وطبيعته .
الفرع الثاني : شروط الإبراء .
الفرع الثالث : آثار الإبراء .

الفرع الأول

تعريف الإبراء وطبيعته

٣٥٥ - تعريف الإبراء : الإبراء هو نزول الدائن باختياره ودون مقابل عن الالتزام المترتب له في ذمة المدين . مثل ذلك أن يكون

زيد دائئاً لعمره بمبلغ من المال أو بتسلم شيء ويتنازل زيد طواعية عن هذا المبلغ أو عن هذا الشيء دون عوض . فمثل هذا التنازل يرى ذمة عمرو من الالتزام الذي كان مترتباً عليه ويكون سبباً لانقضائه رغم عدم الوفاء به .

٣٥٦ — طبيعة الإبراء : ورد في المادة ٣٤٠ ما يلي :

« ينقضي الالتزام بالابراء الاختياري الحاصل من الدائن الذي له أهلية التبرع . والابراء من الالتزام ينتج أثره ما دام المدين لم يرفضه صراحة » .

فمن هذا النص يتضح أن الابراء يتميز بميزتين أساسيتين :
الميزة الأولى : أنه تصرف قانوني يتم بإرادة الدائن المنفردة .
الميزة الثانية : أنه تصرف تبرعي محض من جانب الدائن .
لنفصل الكلام في كل من هاتين الميزتين .

٣٥٧ — (أ) الابراء تصرف يتم بإرادة الدائن المنفردة: يتم الابراء باعلان الدائن عن ارادته في النزول عن حقه . فهو إذن تصرف إرادي منفرد ينتج أثره بمجرد اتصاله بعلم المدين ودون ما حاجة لاقتراحه بقبول من وجه إليه . ذلك أن من مقتضيات المبادئ العامة، على ما أقره المشرع في المادة ١٨، أن « الالتزامات الصادرة من طرف واحد تلزم من صدرت عنه بمجرد وصولها إلى علم الملتزم له » .

ويلتقي المشرع المغربي إذ اعتبر الابراء تصرفاً من تصرفات لإرادة المنفردة مع كل من القانون المدني المصري والقانون المدني

السوري الذي قرر أن «الابراء يتم متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده»^(١) ويتعد عن التشريع الفرنسي^(٢) والتقنين اللبناني^(٣) اللذين يكيّفان الابراء على أساس أنه إتفاق يبرم بين الدائن والمدين على قضاء الدين دون مقابل.

ويترتب على كون الابراء تصرفاً إرادياً منفرداً نتائج بالغة الأهمية نخص بالذكر منها النتائج التالية :

أولاً : ما دام الابراء تصرفاً من تصرفات الارادة المنفردة ، فهو يلزم صاحبه وينتج أثره من حيث إنهاء الالتزام بمجرد وصوله إلى علم المدين ، ولا يتطلب لتمامه صدور قبول عن المدين كما كان يقتضيه الأمر لو أن الابراء كان اتفاقاً.

ثانياً : بمجرد أن يتصل الابراء بعلم المدين ، يضحى الدائن ملتزماً به ويمتنع عليه الرجوع عنه ؛ بخلاف ما لو كان الابراء اتفاقاً حيث يجوز للدائن الرجوع عنه ما دام لم يقترن بقبول المدين (المادة ٢٦) .

ثالثاً : إذا مات الدائن أو فقد أهليته قبل أن يتصل الابراء بعلم المدين فإن ذلك لا يحول دون تمام الابراء عندما يبلغ أمره المدين سواء علم هذا الأخير بموت الدائن أو بفقد أهليته قبل اتصال الابراء

(١) راجع المادة ٣٧١ من القانون المدني المصري والمادة ٣٦٩ من القانون المدني السوري .

(٢) راجع المادة ١٢٨٥ من القانون المدني الفرنسي .

(٣) راجع المادة ٣٣٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

بعلمه أو بعد هذا الاتصال . أما لو كان الإبراء اتفاقاً ، فإن موت الدائن أو فقد أهليته بعد صدور الإبراء عنه ، لئن كان لا يحول دون تمام الإبراء إذا كان المدين قد قبله قبل علمه بموت الدائن أو بفقد أهليته ، فإنه يمنع قيامه إذا كان قبول المدين قد صدر بعد علمه بموت الدائن أو بفقد أهليته (المادة ٣١) .

٣٥٨ - (ب) الإبراء تصرف تبرعي محض من جانب الدائن :

(١) إن الإبراء يقضي الالتزام دون أي عوض يتقاضاه الدائن الذي نزل مختاراً عن حقه . ومن ثمّ فالإبراء تصرف تبرعي محض . وقد أكدّ المشرع على هذه الناحية عندما أوجب في الفقرة الأولى من المادة ٣٤٠ صدور الإبراء من دائن « له أهلية التبرع » .

وهذا ما يميز الإبراء عن بعض التصرفات القانونية المشابهة له كالتجديد والصلح العادي والصلح الذي يعقده التاجر المفلس مع دائنيه . ففي التجديد ، لئن كانت ذمة المدين تبرأ من الدين القديم ، فإنها تنشغل بدين جديد حلّ محله ، بحيث لا يقع الإبراء من الدين الأصلي بدون عوض ، بل مقابل انشاء الدين الجديد الذي استبدل به الطرفان الدين الأصلي .

وفي الصلح العادي لئن كان ثمة إبراء يصدر عن الطرفين المتصالحين فهو إبراء بمقابل لأن كلا منهما يتزل عن بعض مطالبه مقابل التسليم له بالمطالب الأخرى .

وفي الصلح الذي يبرمه التاجر المفلس مع دائنيه ، لئن كان الدائنه ن

يرثون ذمة مدينهم من جزء من الديون، فهم لا يفعلون ذلك تبرعاً منهم بل لقناعتهم بأن ما يقبلون به هو في مصلحتهم ويشكل أقصى ما يمكن الحصول عليه . ويترتب على ذلك أن الصلح مع المفلس يتخلف عنه في ذمة المدين التزام طبيعي محله الجزء من الدين الذي أبرئ منه ، في حين أن الأبراء العادي يقضي الالتزام بصورة نهائية ولا يتخلف عنه أي التزام طبيعي في ذمة المدين .

(٢) - ويترتب على كون الأبراء تصرفاً تبرعياً وجوب إخضاعه لقواعد الوصية الموضوعية إذا صدر عن الدائن وهو مريض مرض الموت : فإذا صدر الأبراء لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه توقفت صحة الأبراء على إقرار باقي الورثة (المادة ٣٤٤) ؛ وإذا صدر لغير وارث فإنه لا يصح إلا في حدود ثلث ما يبقى في تركة المتوفى بعد سداد ديونه ومصروفات جنازته (المادة ٣٤٥).

الفرع الثاني شروط الأبراء

٣٥٩ - شروط شكلية وشروط موضوعية : لا بد لنا للإمام بشروط الأبراء من التمييز بين الشروط المتطلبة في الشكل وبين الشروط المتطلبة في الموضوع .
ففيما يتعلق بالشروط الشكلية القاعدة أن الأبراء تصرف رضائي لا يخضع تمامه لأي شكل خاص .

وفيما يتعلق بالشروط الموضوعية القاعدة أن الإبراء تصرف تبرعي يتطلب توافر الشروط التي يتطلبها كل تبرع .

فلنعرض لكلٍ من هاتين القاعدتين :

٣٦٠ - القاعدة الأولى : الإبراء تصرف رضائي لا يشترط لتمامه

أي شكل خاص : (أ) الإبراء من التصرفات الرضائية التي تتم بمجرد الاعلان عن الإرادة دون ما حاجة لأن يجري التعبير عن هذه الإرادة في قالب شكلي معين .

(ب) لا جرم أن الإبراء ينطوي على تبرع ويعتبر بمثابة هبة غير مباشرة . ومع ذلك فهو لا يخضع لأي شرط شكلي لأنه من المبادئ العامة أن الهبات غير المباشرة لا تشترط فيها الرسمية التي تشترط في الهبات المباشرة . وبعض التقنيات كالتقنين الألماني ^(١) ، والتقنين المصري والسوري ^(٢) والتقنين اللبناني ^(٣) نصت صراحة على أن الإبراء لا يشترط فيه شكل خاص . أما التشريع المغربي ، فهو ، كالتشريع الفرنسي ، لم يعرض للموضوع بنص صريح . ومع ذلك فإننا ، أسوة بموقف الفقه في فرنسا ^(٤) ، نستطيع الجزم بأن المشرع

(١) راجع المادة ٣٩٧ من القانون المدني الألماني .

(٢) راجع المادة ٣٧٢ من القانون المدني المصري والمادة ٣٧٠ من القانون المدني السوري .

(٣) راجع المادة ٣٣٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٤) جوسران ، المرجع السابق ، الجزء الثاني نبذة رقم ٩٥٣ صفحة ٥٠٣ - وكولان وكابيتان المرجع السابق ، الجزء الثاني نبذة رقم ٣٥٣ صفحة ٣٣٤ .

قد أخذ بمبدأ عدم اشتراط الشكلية في الابرء ، ما دام أنه أقرّ إمكانية حصول الابرء بصورة ضمنية واستنتاجه من أي فعل يدل بوضوح عن رغبة الدائن في التنازل عن حقه ؛ هذا بالاضافة إلى أن المشرع عندما عرض للابرء الصريح قد اقتصر على القول بأن مثل هذا الابرء يمكن أن ينتج عن اتفاق أو توصيل أو أي سند آخر يتضمن إرادة الدائن في تحليل المدين من الدين أو هبته إياه ، دون أن يشترط إفراغ هذه الارادة في سند رسمي أو أي شكل خاص .

(ج) ولا تتطلب الشكلية في الابرء حتى ولو كان الالتزام الذي يبرئ الدائن مدينه منه من الالتزامات الناشئة عن عقد شكلي سواء كان الشكل مفروضاً بحكم القانون أم كان مشروطاً باتفاق الطرفين المتعاقدين عملاً بالمادة ٤٠٢ من قانون الالتزامات والعقود : فالبيع العقاري مثلاً يجب اجراؤه كتابة في محرر ثابت التاريخ (المادة ٤٨٩) ؛ فهو إذن عقد شكلي بحكم القانون . فإذا أراد البائع إبراء المشتري من الثمن وقع الابرء صحيحاً أياً كان الشكل الذي أفرغ فيه ودون ما حاجة إلى سند رسمي . وكذلك لو أن المؤجر والمستأجر ، رغم كون عقد الايجار عقداً رضائياً ، اتفقا على تنظيم هذا العقد بصك رسمي وحولاه إذن بارادتهما إلى عقد شكلي ، وأراد المؤجر إبراء المستأجر من الاجرة ، فإن ذلك يصح دون ما ضرورة لوقوع الابرء في حجة رسمية .

(د) على أن الابرء لئن كان لا يشترط فيه شكل خاص ،

فإن على المدين أن يثبت وقوعه .

وإثبات الإبراء يخضع مبدئياً لقواعد الإثبات العامة : فإذا كان الالتزام الذي يدعي المدين أن دائنه قد أبرأه منه تزيد قيمته على ٢٥٠ درهماً وجب إثبات الإبراء بينة خطية أو ببداية بينة خطية معززة بالشهادة والقرائن (المادة ٤٤٣) والمادة (٤٤٧) . أما إذا كان هذا الالتزام يقل عن ٢٥٠ درهماً فإنه يمكن إثباته بسائر الوسائل الثبوتية ولا سيما بالشهادة والقرائن .

(هـ) وفي الواقع غالباً ما يحصل الإبراء صراحةً فينتج عن اتفاق أو توصيل أو أي سند آخر يتضمن تحليل المدين من الدين أو هبته لإياه (الفقرة الأولى من المادة ٣٤١) . ففي مثل هذه الحالة من الإبراء الصريح تقوم البينة عليه بسهولة عن طريق الإدلاء بالاتفاق أو التوصيل أو السند المتضمن تصريح الدائن بالتزول عن الحق الذي له في ذمة مدينه .

وقد يحصل الإبراء بصورة ضمنية بأن « ينتج من كل فعل يدل بوضوح عن رغبة الدائن في التنازل عن حقه » (الفقرة الثانية من المادة ٣٤١) . مثل ذلك ما لو أن مستأجراً ، رغم عدم انقضاء مدة إيجاره ورغم دفعه اجرة هذه المدة بكاملها ، قد أقدم على إخلاء العين المأجورة ووضعها خالية تحت تصرف المؤجر . فمثل هذا العمل يعتبر نزولاً عن حقوق المستأجر المستمدة من عقد الإيجار وبالتالي إبراءً ضمناً للمؤجر

من الالتزامات المترتبة عليه بمقتضى هذا العقد . ويعود طبعاً للقضاء تقدير ترتب أو عدم ترتب الإبراء على الفعل الذي يستند اليه المدين لاستخلاص الإبراء الضمني منه .

(و) وابتغاء تسهيل الأمر على المدين في إثبات الإبراء ، قرر المشرع اعتبار إرجاع الدائن أصل سند الدين إلى مدينه قرينة قانونية على الإبراء . وبالنظر لما لهذه القرينة القانونية من أهمية نرى أن نعرض لها بشيء من التفصيل .

٣٦١ - القرينة القانونية على الإبراء المبنية على إرجاع الدائن السند الأصلي إلى مدينه : نصت الفقرة الثالثة من المادة ٣٤١ على أن « إرجاع الدائن اختياراً إلى المدين السند الأصلي للدين يفترض به حصول الإبراء من الدين » . فإعادة الدائن سند الدين الأصلي إلى المدين سواء كان هذا السند حجة عرفية أم كان الصورة الأصلية للسند الرسمي الصالحة للتنفيذ ، يعتبر قرينة قانونية على وقوع الإبراء . وهذه القرينة القانونية هي قرينة قاطعة لا تقبل البينة المعاكسة وذلك عملاً بالمادة ٤٥٣ التي تمنع قبول أي إثبات يخالف القرينة القانونية

ويختلف الحكم الذي اتبعه المشرع المغربي بهذا الخصوص مع الحكم الذي أخذ به المشرع الفرنسي من جهة ، والمشرع اللبناني من جهة ثانية ، وكل من المشرع المصري والسوري من جهة ثالثة .

ففي فرنسا يفرق القانون بين أن يكون السند الأصلي الذي تخلى عنه الدائن للمدين هو سند عادي أم سند رسمي : فالتخلي عن السند الأصلي العادي يعتبر قرينة قاطعة على الإبراء من الدين لا يجوز إثبات عكسها (١) . أما التخلي عن الصورة الأصلية للسند الرسمي الصالحة للتنفيذ (*grosse de l'acte*) فإنه يعتبر قرينة بسيطة على الإبراء من الدين قابلة لإثبات العكس (٢) . ويعلل الفقهاء هذا الفارق في الحكم بين الحالين بأن السند العادي هو البيئة الوحيدة في حوزة الدائن ؛ فتخليه عن هذا السند دليل قاطع على استيفائه الدين أو على إبراء المدين منه ؛ لذا كان طبيعياً أن لا تسمع أي بيئة معاكسة على هذا الدليل . أما صورة السند الرسمي الصالحة للتنفيذ فهي إلى جانب كونها دليلاً في يد الدائن على حقه قبل المدين ، تعطي الدائن إمكانية التنفيذ المباشر على أموال مدينه ؛ فتخلي الدائن عنها قد يكون القصد منه التنازل عن إمكانية هذا التنفيذ المباشر ليس إلا . لذا كان من المعقول أن يمنح الدائن حق هدم قرينة براءة الذمة التي رتبها القانون على تخليه عن هذه الصورة إلى مدينه وإقامة البيئة على العكس (٣) .

(١) راجع المادة ١٢٨٢ من القانون المدني الفرنسي .

(٢) راجع المادة ١٢٨٣ من القانون المدني الفرنسي .

(٣) كولان وكابيتان ، المرجع السابق ، الجزء الثاني نبذة رقم ٣٥٥ صفحة =

أما قانون الموجبات والعقود اللبناني فهو اعتبر تسليم الدائن السند الأصلي للمدين عادياً كان هذا السند أم رسمياً بمثابة قرينة قانونية بسيطة قابلة للبيئة المعاكسة في كل حال (١) .

وأما القانون المدني المصري والقانون المدني السوري فهما استبعدا اعتبار تسليم الدائن إلى مدينه السند العادي أو صورة السند الرسمي القابلة للتنفيذ بمثابة قرينة قانونية واقتصرا على اعتبار ذلك مجرد قرينة قضائية يترك أمر تقدير قيمتها الثبوتية للقاضي (٢) . فقد يكتفي بها دليلاً على الإبراء ، وقد لا يرى فيها شيئاً من ذلك . وإذا رتب عليها الإبراء لمصلحة المدين ، جاز للدائن أن يقدم البيئة المعاكسة .

ولا بد لنا تنمةً للبحث من بيان الملاحظات التالية :

أولاً : إن قرينة الإبراء القانونية التي رتبها المشرع لمصلحة المدين إنما تقوم إذا كان الدائن تخلى لمدينه عن أصل السند العادي أو عن صورة السند الرسمي الأصلية الصالحة للتنفيذ . أما إذا تخلى الدائن عن صورة السند العادي مع احتفاظه بالنسخة الأصلية ، أو عن صورة

= ٣٣٦ و ٣٣٧ - وجوسران المرجع السابق ، الجزء الثاني نبذة رقم ٩٥٥ صفحة ٥٠٥ و ٥٠٦ .

(١) راجع المادة ٣٤٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٢) السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، نبذة رقم ٥٨٠ صفحة

٩٧١ - وماجد الحلواني المرجع السابق الجزء الثالث صفحة ٢٦١ .

عن السند الرسمي غير صالحة للتنفيذ مع احتفاظه بالنسخة الصالحة للتنفيذ ، فإن ذلك لا يشكل أي قرينة قانونية على الإبراء بل من المستبعد أن ينزله القاضي حتى منزلة القرينة القضائية .

ثانياً : إن قرينة الإبراء القانونية رهينة بأن يقع إرجاع الدائن سند الدين الأصلي إلى المدين بملء اختياره . أما إذا كان الدائن قد جرد من السند الأصلي نتيجة الإكراه أو السرقة أو النصب أو أي عمل غير مشروع آخر ، فإن ذلك يبعدنا بالبدهة عن التخلي الاختياري ويهدم القرينة القانونية من أساسها .

ثالثاً : إن قرينة الإبراء القانونية تترتب على إرجاع سند الدين إلى المدين . أما إعادة التأمينات التي قدمت إليه ضماناً لاستيفاء الدين ، فإنه لا يعتبر بحد ذاته تنازلاً عن هذا الدين وإبراءاً للمدين منه . وقد وجد المشرع أن ينبه إلى ذلك فقرر في المادة ٣٤٢ أن « إرجاع الدائن الشيء المقدم على سبيل الرهن لا يكفي لافتراض حصول الإبراء من الدين » .

٣٦٢ - القاعدة الثانية : الإبراء تصرف تبرعي يتطلب

توافر الشروط التي يتطلبها كل تبرع : لما كان الإبراء يتميز بأنه تصرف تبرعي ، فإنه يجب ، من حيث الشروط الموضوعية ، إخضاعه لما يخضع له كل تبرع . لذا يتطلب في الإبراء أن تتوافر لدى الدائن الذي يصدر عنه أهلية التبرع ، وأن تكون

إرادته خالية من العيوب ، وأن تتجمع في كل من محل الإبراء وسببه الشروط القانونية المتطلبة في المحل والسبب عامة .

(آ) فالدائن الذي يصدر عنه الإبراء يجب أن يكون متمتعاً بأهلية التبرع . وقد نصّ المشرع على هذا الشرط في الفقرة الأولى من المادة ٣٤٠ حيث علّق انقضاء الالتزام بالإبراء على صدوره من دائن له أهلية التبرع . وعليه فليس للقاصر أو المحجور عليه ولو كان مأذوناً بالإدارة أو باجراء بعض التصرفات ، أن يبرىء ذمة مدينه ، كما لا يجوز لنائبه الشرعي من ولي أو وصي أو مقدم أن يبرىء ذمة مدين القاصر أو ناقص الأهلية الخاضع لنيابته الشرعية ، لأن إبراء المدين يعتبر من التصرفات الضارة ضرراً محضاً بالقاصر أو ناقص الأهلية ، وأنه يحظر أصلاً على النائب الشرعي القيام بمثل هذه التصرفات ، بل إنه يمنع عليه ذلك حتى بإذن من المحكمة لأن المحكمة نفسها لا تملك الإذن بالتبرع بأموال القاصر والمحجور عليه (المادة ١٢ من قانون الالتزامات والعقود) .

(ب) ثم إنه يجب ، حتى يصح الإبراء ، أن تكون إرادة الدائن سليمة خالية من أي عيب يمكن أن يشوبها وإلا وقع الإبراء قابلاً للإبطال . وأكثر ما يمكن أن تكون إرادة الدائن عرضةً له ، في العمل ، هو عيب الإكراه . لذا غني المشرع

في إبراز وجوب خلو الإرادة من هذا العيب في المادة ٣٤٠ التي استهل بها بحث الإنابة فقال بأن « الالتزام ينقضي بالإبراء الاختياري الحاصل من الدائن الذي له أهلية التبرع » .

(ج) ولا بد أخيراً أن يكون للإبراء محل وسبب تتوافر فيهما شروط المحل والسبب : فلو أن الإبراء شمل مثلاً حقوقاً يمنع التصرف فيها كحقوق الولاية والنسب ، أو لو أن الدافع إلى الإبراء كان باعثاً غير مشروع أو أن السبب الدافع إليه قد تخلف وانعدم ، فإن الإبراء في مثل هذه الفرضيات يقع باطلاً تطبيقاً للقواعد العامة .

الفرع الثالث آثار الإبراء

٣٦٣ - القواعد التي تتجمع حولها هذه الآثار : يمكن جمع الآثار التي تترتب على الإبراء حول القاعدتين التاليتين :
أولاً : الإبراء يقضي الالتزام ويقضي معه سائر ضماناته .
ثانياً : ولكن الالتزام يعود إذا رفض المدين الإبراء .
لنفصل الكلام في كلٍ من هاتين القاعدتين :

٣٦٤ - الإبراء يقضي الالتزام ويقضي معه سائر ضماناته :
إذا أبرأ الدائن مدينه أدى ذلك إلى إنقضاء الدين .
وهذا ما قرره المشرع في مستهل المادة ٣٤٠ حيث قال :

« ينقضي الالتزام بالإبراء الاختياري الحاصل من الدائن الذي له أهلية التبرع ». وبانقضاء الدين تنقضي بصورة تبعية جميع التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به . فإذا كان الدين مضموناً بكفالة شخصية أو عينية برئت ذمة الكفيل تبعاً لبراءة ذمة المدين الأصيل ؛ وإذا كان الدين مضموناً برهن حيازي أو رسمي انقضى الرهن تبعاً لانقضاء الدين المضمون بالرهن ووجب رد المرهون إلى صاحبه أو شطب قيد الرهن الرسمي في السجل العقاري .

وقد يحصل أن يمنح الدائن إبراءً عاماً لمدينه شاملاً كل دين دون تحفظ . فمثل هذا الإبراء يُفضي إلى انقضاء جميع ما كان مترتباً في ذمة المدين ولا يصح الرجوع فيه حتى لو كان الدائن لا يعلم مقدار الديون التي سيشملها الإبراء الصادر عنه . كذلك لا يؤثر في صحة الإبراء العام اكتشاف سندات دين لم يلحظها الدائن وقت الإبراء . وبهذا قالت المادة ٣٤٦ « الإبراء أو التحليل من كل دين على العموم ودون تحفظ لا يصح الرجوع فيه وتبرأ ذمة المدين نهائياً ، ولو كان الدائن يجهل المقدار الحقيقي لدينه أو اكتشف سندات كانت مجهولة لديه ... » .

على أن المشرع أجاز على سبيل الاستثناء الرجوع في الإبراء إذا كان صادراً عن الوارث في دين موروثه وكان الوارث قد

حمل على الإبراء نتيجة غش أو تدليس ارتكبه المدين أو شخص من الغير عمل بالتواطؤ مع المدين . وهذا ما قرره المادة ٣٤٦ إذ أوضحت أن الإبراء العام لئن كان مبدئياً يلزم صاحبه فهو ليس كذلك ويصح الرجوع فيه « إذا كان الإبراء حاصلًا من الوارث في دين موروثه وثبت حصول الغش أو التدليس من جانب المدين أو جانب أشخاص آخرين متواطئين معه » .

٣٦٥ - الالتزام يعود إذا رفض المدين الإبراء : يفضي الإبراء إلى انقضاء الالتزام الذي كان مترتباً على المدين . وهذا الأثر لا يتوقف ، كما نعلم ، على قبول المدين ، لأن الإبراء تصرف إرادي منفرد . ولكن المدين يستطيع ، إن شاء ، رفض الإبراء الحاصل لمصلحته ، إذا ما وجد فيه حرجاً له أو صدقةً لا يرغب في أن يمن عليه بها الدائن .

وإذا رفض المدين الإبراء ، أو حسب تعبير فقهاء الشريعة إذا ما رده ، فإن الإبراء مجرد من كل أثر ويعتبر كأن لم يكن ، ويعود الدين إلى ذمة المدين كما كان بجميع مقوماته وصفاته وتأميناته .

ورفض المدين للإبراء لا بد ، حتى يعتد به ، أن يقع بصورة صريحة وذلك خلاف الإبراء نفسه الذي ، كما مر معنا ، يمكن أن يحصل صراحةً كما يمكن أن يحصل ضمناً . وقد

أكد المشرع على وجوب صدور الرفض بصورة صريحة فنص في المادة ٣٤٣ على أنه « لا يكون للإبراء من الالتزام أي أثر إذا رفض المدين صراحة قبوله » .

ولئن كان المدين حراً في رفض قبول الإبراء عندما يصل إلى علمه ، فهو يفقد هذه الحرية ويمتنع عليه الرفض في حالتين ورد عليهما النص في المادة ٢٤٣ :

أولاً : إذا كان سبق للمدين أن قبل الإبراء . فهذا القبول يلزم صاحبه ولا يجوز الرجوع فيه عملاً بالمبادئ العامة .

ثانياً : إذا كان الإبراء قد تم بطلب من المدين . فهنا سعى المدين للحصول على الإبراء وتم له ذلك . ومن القواعد الكلية أن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه . لذا كان طبعياً أن يمنع المدين من رد الإبراء بعد أن كان تم بطلب منه .

الفصل الثاني

استحالة التنفيذ

٣٦٦ - مخطط البحث : ينقضي الالتزام وتبرأ ذمة المدين منه إذا أصبح تنفيذه مستحيلاً . هذا حكم تفرضه طبيعة الأمور إذ لا يمكن الزام أحد على تنفيذ ما يستحيل تنفيذه .
(à l'impossible nul n'est tenu)

وقد عرض المشرع لاستحالة التنفيذ في المواد ٣٣٥ إلى ٣٣٩ .
ونحن في ضوء هذه النصوص سنعرض للشروط الواجب توافرها حتى تتحقق استحالة التنفيذ ثم نبين الآثار التي تترتب على هذه الاستحالة .

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى فرعين :

الفرع الأول : شروط استحالة التنفيذ .

الفرع الثاني : آثار استحالة التنفيذ .

الفرع الأول

شروط استحالة التنفيذ

٣٦٧ - تحديد هذه الشروط : نصت المادة ٣٣٥ على أن الالتزام ينقضي « إذا نشأ ثم أصبح محله مستحيلاً استحالة طبيعية أو قانونية بغير فعل المدين أو خطئه وقبل أن يصير في حالة مطل » .

فمن هذا النص يتبين أن استحالة التنفيذ التي ينقضي معها الالتزام لا بدّ ، حتى تتحقق ، من توافر الشروط الثلاثة التالية :

- الشرط الأول : أن يكون الالتزام نشأ ممكناً .
 - الشرط الثاني : أن يكون محله أصبح مستحيلاً .
 - الشرط الثالث : أن تكون هذه الاستحالة بسبب أجنبي لا بد للمدين فيه .
- فلنوضح مختلف هذه الشروط .

٣٦٨ - الشرط الأول : يجب أن يكون الالتزام نشأ ممكناً : الاستحالة التي من شأنها أن تؤدي إلى انقضاء الالتزام هي الاستحالة التي تطرأ بعد نشوء التزام يكون محله ممكناً . أما إذا كان محل الالتزام مستحيلاً منذ البداية فاننا نصبح أمام التزام باطل في الأصل لأن من شروط قيام الالتزام كون محله ممكناً على ما نصت عليه المادة ٥٩

وبمقتضاها « يبطل الالتزام الذي يكون محله شيئاً أو عملاً مستحيلاً إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون » .

وعليه يجب التمييز بين الحالة التي يكون فيها المحل مستحيلاً منذ نشوء الالتزام وبين الحالة التي يكون فيها المحل ممكناً عند نشوء الالتزام ويضحي مستحيلاً بعد ذلك : ففي الحالة الأولى يجاهنا التزام باطل لم يوجد أصلاً ليصح القول بانقضائه. أما في الحالة الثانية فنحن أمام التزام نشأ صحيحاً واجب التنفيذ، ثم طرأ ما جعل محله مستحيلاً. فهنا يمكن القول بانقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه. لذلك اشترطنا حتى تتحقق استحالة التنفيذ التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام أن يكون الالتزام نشأ ممكناً.

٣٦٩ - الشرط الثاني : يجب أن يصبح محل الالتزام مستحيلاً :

(أ) والاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة التي تجعل الوفاء بالالتزام غير ممكن **بالتامة**. أما إذا طرأت ظروف جعلت تنفيذ الالتزام مرهقاً **فلا يؤدي ذلك إلى انقضاء الالتزام بل يبقى الالتزام واجب التنفيذ حتى لو كان ذلك يلحق بالمدين خسائر فادحة**.

وتجدر الملاحظة هنا إلى أن القضاء الإداري، تطبيقاً لنظرية الحوادث الطارئة (*théorie de l'imprévision*) ، يفسح المجال، عندما يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً، برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. وقد أخذت بعض التقنيات المدنية كالقانون المدني المصري والقانون المدني السوري بهذه النظرية ^(١). أما قانون الالتزامات والعقود المغربي فهو

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري (وتقابلها =

لم يأخذ بهذه النظرية شأنه في ذلك شأن القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود اللبناني . وعليه فالمدين حسب التشريع المغربي يبقى مجبراً على تنفيذ التزامه حتى لو طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وأصبح معها تنفيذ الالتزام مرهقاً .

(ب) والمعيار في استحالة التنفيذ هو معيار موضوعي ينظر فيه لا إلى شخص المدين وإمكانياته ، بل إلى الكافة ؛ أو بعبارة أخرى هي الاستحالة التي ترجع إلى الالتزام في ذاته والتي تجعل تنفيذ هذا الالتزام غير ممكن على أي شخص يكون في محل المدين . أما الاستحالة التي تقوم بالنسبة إلى الملتزم فقط ، كأن تكون البضاعة المتعاقد عليها قد نفذت في محلات البائع ولكن ما زال يوجد ما يماثلها في السوق ، فإنه لا يعتد بها ولا تجيز القول بانقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه . بل إن البائع يبقى ملزماً بتدارك البضاعة من السوق وتسليمها للمشتري ما لم يفضل المشتري الاستعاضة عن التنفيذ العيني بالتنفيذ بطريق التعويض حيث يلزم البائع بالتعويض عليه عما لحقه من خسارة وفاته من ربح .

=الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من القانون المدني السوري) على أنه « إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » .

(ج) ثم إن العبرة في استحالة التنفيذ هي للوقت المحدد لتنفيذ الالتزام : ففي هذا الوقت بالذات يجب أن يكون التنفيذ مستحيلاً وأن تكون هذه الاستحالة نهائية .
وعليه :

(١) لو أن الاستحالة طرأت في الفترة ما بين نشوء الالتزام وبين الوقت المحدد للتنفيذ ثم زالت عند حلول ميعاد التنفيذ بحيث أصبح هذا التنفيذ ممكناً ، فإنه لا يوبئه لها ولا تؤثر على الالتزام الذي يبقى قائماً واجب التنفيذ ^(١) . فلو أن تاجراً التزم مثلاً بتسليم كمية من القمح في مطلع شهر أكتوبر ، وصدر في شهر يوليو قرار عن السلطات المختصة منع المتاجرة بالقمح حتى آخر شهر أغسطس ، فلا يكون لهذا القرار أثر على التزام التاجر ما دام أن استحالة التنفيذ زال أثرها عند حلول الأجل المعين للتسليم .

(٢) ولو أن الاستحالة وجدت في الوقت المعين للتنفيذ ، ولكنها كانت استحالة موقوتة ، ومن المتوقع زوالها في فترة يجدي فيها تنفيذ الالتزام دون أن تفوت الغاية من العقد ، فإنها لا تقضي الالتزام بل يقتصر أثرها على وقفه إلى أن يصبح قابلاً للتنفيذ فينفذ ^(٢) . ففي مثالنا آنف الذكر لو أن القرار المتضمن منع المتاجرة بالقمح أوجب استمرار المنع حتى منتصف أكتوبر فإن التزام التاجر بتسليم كمية

(١) و (٢) السنهاوري ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٥٨٧ صفحة ٩٨٤ -
وخليل جريج المرجع السابق صفحة ٣٠٢ و ٣٠٣ .

القمح . موضوع الصفقة ، في مطلع اكتوبر ، لا ينقضي بسبب الاستحالة الموقوتة بل يتأخر تنفيذه إلى اليوم الذي تزول فيه هذه الاستحالة ، إذا كان طبعاً ليس في عدم التسليم في فاتح اكتوبر ما يحول دون تحقيق الغرض الذي من أجله عقدت الصفقة .

(٥) واستحالة التنفيذ ، على ما ورد في نص المادة ٣٣٥ . يستوي فيها أن تكون استحالة مادية أو طبيعية أو أن تكون استحالة قانونية . ففي الحالتين تكون الاستحالة سبباً لانقضاء الالتزام .

(١) فالاستحالة تكون مادية إذا كان الشيء المتعاقد عليه شيئاً معيناً بذاته وهلك هذا الشيء ؛ أو إذا كان شيئاً معيناً بنوعه كأزهار نادرة من نوع معين أتلّفها الطوفان أو الصقيع برمتها ؛ وكذلك تعتبر الاستحالة مادية إذا كان محل الالتزام القيام بعمل وأصبح تنفيذ هذا العمل غير ممكن كما لو التزم طبيب بإجراء عملية جراحية وفقد بصره أو برت يده نتيجة حادث اصطدام ؛ أو إذا كان محل الالتزام الامتناع عن القيام بعمل وأصبح تنفيذه مستحيلاً بأن اضطر المدين إلى القيام بالعمل الذي كان ملتزماً بالامتناع عنه .

ويعود للقاضي تقدير الاستحالة المادية لأنها من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع دون أن يخضع في تقديره للمجلس الأعلى .

(٢) وتكون الاستحالة قانونية إذا نجمت عن موانع قانونية حالت دون تنفيذ الالتزام . مثل ذلك أن يلتزم شخص بنقل ملكية عقار

يملكه فيستملك العقار للمصلحة العامة قبل الموعد المعين لنقل ملكيته .
مثل ذلك أيضاً أن يلتزم شخص بتوريد كمية من الشاي الصيني وتصدر
السلطات المختصة انظمة تمنع الاتجار بالشاي الصيني أو تقضي بإخضاعه
للتقنين والمراقبة .

٣٧٠ - الشرط الثالث : يجب أن تكون استحالة التنفيذ بسبب

أجنبي لا يد للمدين فيه : (آ) لا بد حتى ينقضي الالتزام باستحالة
التنفيذ ، أن تكون هذه الاستحالة بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه .

ويقصد بالسبب الأجنبي : (١) القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ؛
(٢) فعل الغير ؛ (٣) خطأ الدائن . فإذا استحال على المدين تنفيذ
التزامه نتيجة قوة قاهرة أو حادث فجائي كأن يتعذر على مزارع
تسليم المحصول الذي التزم بتسليمه نتيجة فيضان لم يكن بالوسع دفعه
ولا توقعة ، أو نتيجة فعل الغير كأن يكون استولى سارق على الشيء
الذي كان التزم المدين بأدائه دون أي تقصير منه ، أو نتيجة خطأ الدائن
نفسه كأن يكون الشيء محل الالتزام قد هلك بعد أن رفض الدائن
دون سبب معتبر قانوناً استيفاء الأداء المعروض عليه من المدين ، فإن
المدين في مثل هذه الحالات جميعاً تبرأ ذمته من الالتزام الذي كان
مرتباً عليه فينقضي هذا الالتزام ويتحلل منه بصورة نهائية .

ويجب طبعاً على المدين الذي يدعي انقضاء التزامه باستحالة تنفيذه
أن يثبت هو أن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي لا بد له فيه .
(ب) أما إذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى فعل المدين أو

خطأه كأن يكون أهمل العناية بالشيء محل الالتزام فتلف نتيجة هذا الإهمال ، أو إذا كان السبب الاجنبي الذي ادّعى إلى استحالة التنفيذ يرجع إلى خطأ المدين أو فعله كأن يكون قصر في المحافظة على الشيء فسهل على السارق الاستيلاء عليه ، أو إذا كان السبب الأجنبي الذي ادّعى إلى استحالة التنفيذ قد حصل بعد أن أصبح المدين في حالة مطل كأن يكون المدين تأخر في تنفيذ التزامه من غير سبب مقبول رغم حلول الأجل أو رغم الانذار الصريح الذي وجهه إليه الدائن بوفاء الدين ، فإن الالتزام لا ينقضي بل يبقى قائماً . إنما بدل التنفيذ العيني الذي أصبح مستحيلاً فإن المدين يجبر على تنفيذ التزامه عن طريق التعويض . وفي هذه الحالة لا يصح القول بأن التزاماً جديداً محله التعويض . حل محل الالتزام القديم الذي أصبح محله مستحيلاً . بل إن الالتزام القديم ذاته يبقى قائماً مع استبدال التعويض بالمحل القديم الذي لم يعد تنفيذه ممكناً : فالالتزام بالتعويض يظل مصدره العقد ، ويظل مضموناً بنفس التأمينات التي كانت تضمن التنفيذ العيني ، كما أن التقادم الذي كان يسري ضد الالتزام في الأصل يستمر في سريانه ولا ينقطع ليحل محله تقادم جديد .

الفرع الثاني

آثار استحالة التنفيذ

٣٧١ - القواعد التي تتجمع حولها هذه الآثار : تتجمع آثار

استحالة تنفيذ الالتزام بسبب اجنبي لا يد للمدين فيه حول القواعد

الثلاث التالية :

اولاً : انقضاء الالتزام وتوابعه .

ثانياً : انتقال حقوق ودعاوى المدين إلى الدائن عند الانقضاء .

ثالثاً : تبعة الاستحالة على الدائن في العقود غير التبادلية وعلى المدين في العقود التبادلية .

لنفصل الكلام في كل من هذه القواعد .

٣٧٢ - انقضاء الالتزام وتوابعه : (أ) يترتب على استحالة

تنفيذ الالتزام بسبب اجنبي لا يد للمدين فيه انقضاء الالتزام . هذا إذا كانت الاستحالة كاملة كأن يهلك الشيء محل الالتزام ، ولا يبقى له أثر . أما إذا كانت الاستحالة جزئية فقد قررت المادة ٣٣٦ أن الالتزام لا ينقضي إلا جزئياً . فلو أن شخصاً التزم بتوريد قطيع من الغنم إلى آخر ، وهلك عدد من الأغنام بسبب وباء ، فإن التزام المورد ينقضي بالنسبة للأغنام التي هلكت ليس إلا ويبقى ملزماً بتوريد بقية القطيع . على أن المشرع لحظ في المادة ٣٣٦ نفسها حالة ما إذا كان الالتزام بطبيعته « لا يقبل الانقسام إلا مع ضرر للدائن » ، كأن يكون محل الالتزام وضع دار تحت تصرف شخص لينتفع منها وتهلك بعض أقسام هذه الدار بحيث يصبح الانتفاع بالدار بعد هلاكها جزئياً لما يضر بالدائن ، وقرر في هذه الحالة أن للدائن « الخيار بين أن يقبل الوفاء الجزئي وبين أن يفسخ الالتزام في مجموعه » .

(ب) وانقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه يستتبع انقضاء

جميع التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به ، لأن هذه الضمانات هي بحكم التابع والتابع يتبع المتبوع وجوداً وعدماً : فإذا كان الالتزام مضموناً بكفالة شخصية أو عينية انقضت هذه الكفالة تبعاً لانقضاء الالتزام الأصلي وبرئت ذمة الكفيل ؛ وإذا كان يوجد ثمة رهن حيازي أو رسمي فإن الرهن ينقضي كذلك ويجب رد المرهون إلى الراهن أو شطب قيد الرهن الرسمي في السجل العقاري .

(ج) وتجدر الملاحظة إلى أن الالتزام إذا كان مترتباً في ذمة مدينين متضامين ، واستحال تنفيذه لسبب أجنبي لا يد لأحدهم فيه انقضى في مواجهتهم جميعاً وبرئت ذمة كل واحد منهم . أما إذا استحال التنفيذ بخطأ أحد المدينين المتضامين ، فإن هذا المدين يكون مسؤولاً وحده عن تنفيذ الالتزام بطريق التعويض ؛ أما بقية المدينين المتضامين فينقضي التزامهم وتبرأ ذمتهم منه إذ تعتبر الاستحالة بالنسبة إليهم ناجمة عن فعل الغير وعائدة بالتالي لسبب أجنبي لا يد لهم فيه .

كذلك إذا استحال على المدين تنفيذ التزام مترتب لمصلحة عدة دائنين متضامين لسبب أجنبي لا يد له فيه ، فإن الالتزام ينقضي في مواجهة جميع الدائنين المتضامين وتبرأ ذمة المدين تجاه كل واحد منهم .

٣٧٣ - انتقال حقوق ودعاوى المدين إلى الدائن عند الاقتضاء :

إذا انقضى التزام المدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد له فيه ، فإن عليه أن ينزل للدائن عما عسى يترتب له من حقوق ودعاوى

قبل الغير : فلو استحال تسليم الشيء للدائن بسبب هلاكه ، وكان هذا الشيء مؤمناً عليه لدى شركة تأمين ، أو كان هلاك الشيء بفعل الغير وترتب على هذا الغير تعويض الضرر الناجم عن الهلاك ، فإن على المدين أن يتنازل للدائن عن حقه في التأمين أو التعويض . وقد وجد المشرع المغربي أن يثبت هذا الحكم بنص صريح فقرر في المادة ٣٣٧ أنه « إذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه ، بغير خطأ المدين فان الحقوق والدعاوى المتعلقة بالشيء المستحق والعائدة للمدين تنتقل منه للدائن » .

ومن الملاحظ أن المشرع الفرنسي والمشرع اللبناني من بعد حرصاً أيضاً على تأكيد الحكم نفسه بنص مماثل ^(١) . أما المشرع المصري والمشرع السوري فلم يعرضا للموضوع بنص صريح اكتفاء منهما بمقتضيات القواعد العامة ^(٢) .

٣٧٤ - تبعة الاستحالة على الدائن في العقود غير التبادلية وعلى المدين في العقود التبادلية : إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انقضى التزام هذا المدين وبرئت ذمته . وبذلك يتعذر على الدائن استيفاء حقه عيناً كما يتعذر عليه الحصول على أي تعويض .

(١) راجع المادة ١٣٠٣ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٣٤٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٢) السنهاوري ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٥٨٩ صفحة ٩٨٩ و ٩٩٠ - وماجد الحلواني المرجع السابق صفحة ٢٧١ و ٢٧٢ .

وعليه :

(أ) إذا كان الالتزام الذي انقضى قد نشأ عن عقد غير تبادلي ، فإن الذي يتحمل تبعه الاستحالة ليس هو المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه بل المتعاقد الآخر ، صاحب الحق الذي يضيع عليه حقه . ففي الوديعة مثلاً ، إذا استحال رد الشيء المودع لهلاكه بسبب أجنبي لا يسد للوديع فيه ، برئت ذمة الوديع وتحمل المودع تبعه هذه الاستحالة . من هنا كانت القاعدة أن تبعه الاستحالة في العقود غير التبادلية تقع على الدائن .

(ب) أما إذا كان الالتزام الذي انقضى قد نشأ عن عقد تبادلي ، فإن انقضاء هذا الالتزام يفضي إلى انقضاء الالتزام المقابل له المترتب في ذمة المتعاقد الآخر . ومن ثمّ فتبعه الاستحالة في العقد التبادلي تقع على المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه : ذلك أن المدين يهلك حينئذٍ محل التزامه دون أن يستطيع مطالبة الطرف الآخر بشيء فيكون هو الذي تحمل الخسارة . ففي البيع مثلاً ، إذا هلك المبيع قبل نقل ملكيته وتسليمه نتيجة قوة قاهرة ، انقضى التزام البائع ، وانقضاء التزام البائع يفضي إلى انقضاء التزام المشتري بتأدية الثمن ، بحيث يتحمل تبعه هلاك المبيع ، البائع الذي هو المدين بالالتزام الذي أضحي تنفيذه مستحيلاً . من هنا كانت القاعدة أن تبعه الاستحالة في العقود التبادلية تقع على المدين .

وقد ايد المشرع المغربي هذه القاعدة في الفقرة الأولى من المادة ٣٣٨ حيث قال : « إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعاً إلى سبب خارج عن إرادة المتعاقدين وبدون أن يكون المدين في حالة مطل ، برئت ذمة هذا الأخير ، ولكن لا يكون له الحق في أن يطلب أداء ما كان مستحقاً على الطرف الآخر » .

ويترتب على هذه القاعدة أن أحد الطرفين المتعاقدين في العقد التبادلي ، إذا كان قد ادّعى فعلاً التزامه إلى الطرف الآخر الذي برئت ذمته لاستحالة التنفيذ بسبب أجنبي لا يد له فيه ، فإن من حق الطرف الذي ادّعى التزامه أن يسترد ما أداه كلاً أو جزءاً بحسب الأحوال ، لأن ما أداه يعتبر في يد الطرف الآخر بمثابة غير المستحق (الفقرة الثانية من المادة ٣٣٨) . فلو أن المشتري ، في مثالنا أعلاه ، سبق له أن دفع كل الثمن أو جزءاً منه إلى البائع ، كان له ، وقد تحلل هذا الأخير من التزامه لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، أن يطالب باسترداد ما كان أداه للبائع .

غير ان استحالة تنفيذ التزام أحد الطرفين المتعاقدين في العقد التبادلي، إذا كانت راجعة الى فعل الطرف الآخر أو إلى أي سبب يعزى إليه ، بقي للطرف الذي استحال تنفيذ التزامه الحق في أن يطلب تنفيذ الالتزام المقابل المستحق له ، شرط أن يرد للطرف الآخر ما وفره بسبب عدم تنفيذ التزامه أو ما استفاده من الشيء محل هذا الالتزام (المادة ٣٣٩) . فلو أن هلاك المبيع في المثال الذي كنا سقناه حصل

نتيجة فعل المشتري أو خطأه ، فإنه يبقى للبائع إلزام المشتري بالوفاء بالثمن على أن يكون ملزماً إزاء المشتري بالنفقات التي وفرها على نفسه بسبب عدم التنفيذ كنفقات نقل المبيع وتسليمه ، على فرض أنه كان ملزماً بها بموجب عقد البيع ؛ وكذلك بما يقابل الفائدة التي جناها من الشيء الهالك كأن يكون تصرف ببقايا هذا الشيء تصرفاً بعوض .



الفصل الثالث

التقادم المسقط

٣٧٥ - التقادم على نوعين مكسب ومسقط : التقادم على نوعين :
تقادم مكسب وتقادم مسقط . فالتقادم المكسب هو الذي يسمح لحائز
الحق العيني أن يكسب هذا الحق إذا استمرت حيازته مدة من الزمن
عينها القانون . أما التقادم المسقط فهو سبب يؤدي إلى انقضاء الحقوق
الشخصية والعينية مما عدا حق الملكية ^(١) إذا سكت عليها صاحبها
وأهمل المطالبة بها زمناً حدده القانون .

والذي يهمنا هنا هو التقادم المسقط في حقل الالتزامات .

٣٧٦ - مخطط الفصل : عرض المشرع للتقادم المسقط في المواد

٣٧١ إلى ٣٩٢ .

ونحن في ضوء هذه النصوص سنعمد إلى تعريف التقادم المسقط
وبيان الأساس القانوني الذي يركز عليه ؛ ثم ننتقل إلى بيان مختلف
الشروط الواجب توافرها ليتحقق التقادم ؛ ثم نبحث في كيفية أعمال

(١) حق الملكية هو حق دائم لا ينقضي بعدم الاستعمال أي بالتقادم المسقط .

التقادم وفي الآثار التي تترتب عليه ؛ ثم نختم البحث بكلمة نخصها
لمدد الاسقاط لنتعرف على كنه هذه المدد وميَّز بينها وبين التقادم
المسقط .

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى أربعة فروع :
الفرع الأول : تعريف التقادم المسقط والأساس الذي يرتكز
عليه .

الفرع الثاني : شروط تحقق التقادم المسقط .
الفرع الثالث : إعمال التقادم المسقط وآثاره .
الفرع الرابع : مدد الاسقاط .

الفرع الأول

تعريف التقادم المسقط والأساس الذي يرتكز عليه

٣٧٧ - تعريف التقادم المسقط : التقادم المسقط هو سبب لانقضاء
الحقوق المتعلقة بالذمة المالية ولا سيما الالتزامات ، إذا توافى صاحبها
عن ممارستها أو أهمل المطالبة بها خلال مدة معينة يحددها القانون .
فالزمن الذي يتغلب على كل شيء ، والذي ينال من المؤسسات
والقوانين والكلمات ، يهدم الحقوق كذلك ، فيدفع بها إلى عالم النسيان
ويجعلها تتلاشى لمجرد أنها بقيت راكمدة مدة طويلة دون أن تستعمل
أو يطالب بها ^(١) .

(١) جوسران ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٩٦٧ صفحة ٥١٠ .

وتلاشي الحق بالتقادم يعني طبعاً منع سماع الدعوى به . وقد وجد المشرع أن يؤكد على هذا المعنى ، عندما أوضح في المادة ٣٧١ التي استهل بها بحث التقادم أن « التقادم خلال المدة التي يحددها القانون يسقط الدعوى الناشئة عن الالتزام » . فلو أن زيداً استحق له مبلغ من المال كان أقرضه لعمره ، وجاء بعد عشرين عاماً وأقام الدعوى على عمره أو على ورثته للمطالبة بهذا المبلغ ، كان من حق عمره أو من حق ورثته من بعده دفع دعوى زيد بالتقادم المسقط وطلب ردها، لأن التزام عمره يعتبر منقضيًا بالتقادم والدعوى به غير مسموعة ، لأن المشرع حدد أقصى مدة للمطالبة بالحق بخمسة عشر عاماً (المادة ٣٨٧) .

٣٧٨ - الأساس القانوني الذي يركز عليه التقادم المسقط :

(أ) الأساس الأول الذي تركز عليه فكرة التقادم هو توفير الاستقرار في المجتمع وإشاعة الاطمئنان والثقة بين أفرادهِ : ففتح باب المنازعات على وجه الديمومة يشيع جواً من الفوضى والاضطراب . فلو أننا سمحنا للدائن بأن يطالب بحقه مهما مرَّ من الزمن على نشوء هذا الحق ، ألا نرهق المدين الذي قد يكون وفي دينه في الاستحقاق ، إذ نكلفه بالمحافظة إلى ما لا نهاية على التوصيل الذي كان حصل عليه إذ ذاك حتى يستطيع إبرازه في أي وقت شاء الدائن أن يطالب فيه بالمدين ؟ ولو أن المدين توفي ، وبعد عشرات السنين فاجأ الدائن الورثة بدعواه ، كم يكون شاقاً على الورثة إلزامهم بإبراز التوصيل الذي يثبت براءة ذمة المورث والذي قد يكون فقد أو خفي مكانه . أليس

من الأفضل في مثل هذه الحالات ، توفيراً للاستقرار وضماناً للطمأنينة ، تقرير مبدأ التقادم المسقط ووضع حد لمطالبة الدائن بعد أن سكت عن حقه زمناً طويلاً .

(ب) تضاف إلى هذا الأساس المستمد من وجوب توفير الاستقرار ، اعتبارات مستمدة من قرينة براءة الذمة لمصلحة المدين ومن أن الدائن المهمل يجب أن يتحمل هو وزر إهماله .

فلئن كان يعفى المدين من إقامة الدليل على براءة ذمته ويكتفى منه بالادلاء بالتقادم المسقط ، عندما يسكت الدائن عن المطالبة بحقه مدة طويلة ، فما ذلك إلا لحصول الظن القوي بأن السكوت لم يقع إلا مستنداً إلى النزول عن ذلك الحق لسبب يقتضيه ، إذ لا يعقل أن يترك الدائن حقه مدة طويلة دون أن يكون قد استوفاه أو أبرأ ذمة المدين منه . قد يحصل ولا ريب أن يستغل نظام التقادم المسقط مدين لم يدفع دينه ولم يحصل على إبراء من دائنه ، فيحتمي وراء هذا النظام ليدفع دعوى الدائن ويلحق به الحيف . ولكن ذلك نادر الوقوع . والذي يحصل في العمل ، أن المدين الذي يدلي بالتقادم المسقط يكون وفي دينه وتكون ذمته بريئة . والعبرة طبعاً للشائع الغالب لا للقليل النادر . وعليه فوضع التقادم المسقط في متناول المدين الذي يقاضيه الدائن بعد مدة طويلة ، إنما تبرره قرينة على براءة ذمة هذا المدين من الدين الذي يطالب به .

ثم لئن كان الدائن أهمل المطالبة بالحق المترتب له ، وهو قادر

على المطالبة ، واستمر في إهماله دون عذر زمنياً طويلاً ، فإنه ليس من المستغرب حرمانه من المطالبة بحقه . ففي مثل هذا الحرمان عقوبة مشروعة على إهماله المتماذي . وإذا ما أدى هذا الحرمان إلى الإضرار به ، فمرد ذلك إهماله ، وعليه أن يتحمل وزر الإهمال الصادر عنه^(١).

الفرع الثاني

شروط تحقق التقادم المسقط

٣٧٩ - تحديد هذه الشروط : إن تحقق التقادم المسقط يتطلب

توافر شرطين :

(١) إلى جانب هذه الاعتبارات التي يتركز عليها التقادم المسقط بوجه عام ، توجد اعتبارات خاصة لبعض حالات التقادم : فهكذا مثلاً ، تقادم الالتزامات الدورية كالأجور بخمس سنين مرده أن المدين بمثل هذه الالتزامات يؤديها عادةً من ريعه لا من رأس ماله ؛ فإذا تراكت لأكثر من خمس سنين أضطر المدين إلى أدائها من رأس المال لا من الريع وادّعى ذلك إلى إرهابه ؛ لذا كان من الانصاف للمدين أن يقرر القانون إسقاط الالتزامات الدورية التي مضى على استحقاقها عليه أكثر من خمس سنين حتى لا يجبر في حال على دفع ما مضى على استحقاقه أكثر من هذه المدة .. وهكذا أيضاً تقادم دعوى التجار والموردين وأرباب المصانع من أجل التوريدات المقدمة منهم للأفراد لاستعمالهم الخاص بستتين مبني على قرينة الوفاء إذ لا يعقل أن يسكت هؤلاء عن استيفاء حقهم أكثر من عامين . فإذا ما هم سكتوا ؛ فسكوتهم يفسر على أنهم استوفوا حقهم . لذلك أوجب المشرع في المادة ٣٩٠ على من يتمسك =

الشرط الأول : أن لا يكون الحق أو الدعوى مما لا يتقدم .
 الشرط الثاني : أن تنقضي المدة المحددة قانوناً لتحقيق التقدم .
 ولسوف نفرد مبحثاً خاصاً لكل من هذين الشرطين .
 وعليه سيشتمل هذا الفرع على مبحثين :

المبحث الأول : وجوب كون الحق أو الدعوى مما يتقدم .
 المبحث الثاني : وجوب انقضاء المدة المحددة قانوناً لتحقيق التقدم .

المبحث الأول

وجوب كون الحق أو الدعوى مما يتقدم

٣٨٠ - المبدأ : القاعدة الأصلية أن كل الالتزامات والدعاوى الناشئة عنها تخضع للتقدم المسقط . وهذا ما أكدته المشرع في المادة ٣٧١ حيث قرر أن « التقدم خلال المدة التي يحددها القانون يسقط الدعوى الناشئة عن الالتزام » ، مؤيداً بذلك مبدأ سريان التقدم على أي التزام وعلى أي دعوى تنشأ عنه .

٣٨١ - الاستثناءات : إن لمبدأ شمول التقدم كل التزام وكل

= بمثل هذا التقدم القصير حلف اليمين على أنه أدّى دينه فعلاً، فإن نكل هدرت قرينة الوفاء المقررة لمصلحته وجاز للدائن المطالبة بحقه واستيفائه ولو بعد انقضاء سنتين على نشوئه .

دعوى تتعلق به بعض الاستثناءات (١). فثمة التزامات تستعصي على التقادم بمقتضى نص في القانون جعلها غير قابلة لأن تتقادم.

وهذه الالتزامات غير القابلة استثناء للتقادم والوارد عليها النص في المادتين ٣٧٧ و ٣٧٨ هي :

- (أ) الالتزامات المضمونة برهن حيازي أو رهن رسمي .
 - (ب) الالتزامات بين الأزواج .
 - (ج) الالتزامات بين الأب أو الأم وأولادهما .
 - (د) الالتزامات بين ناقص الأهلية أو الأشخاص المعنوية وبين من له الولاية عليهم .
- لنعرض لكل من هذه الاستثناءات .

(١) يلاحظ أن بعض الدعاوى العينية كذلك لا تخضع للتقادم المسقط : فدعوى الاستحقاق لا يطالها التقادم كحق الملكية نفسه . ودعوى طلب القسمة أيضاً لا يمكن أن تنقضي بالتقادم على ما قرره المشرع صراحة في المادة ٩٨١ . وكل من دعوى طلب حق المرور للأرض المحصورة على الأراضي المجاورة الممنوحة بمقتضى المادة ١٤٢ من ظهر ١٩ رجب ١٣٣٣ المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة ودعوى طلب تملك نصف تعلية الجدار المشترك في حالة إقدام أحد الشركاء على تعلية هذا الجدار الممنوحة بمقتضى المادة ١٢٥ من نفس الظهير، تبقى مسموعة ما بقي الوضع الذي يبررها قائماً وهو الانحصار في الحالة الأولى والجدار المشترك في الحالة الثانية، وتستعصي إذن على التقادم المسقط .

٣٨٢ - (آ) الالتزامات المضمونة برهن حيازي أو رهن رسمي :
 نصت المادة ٣٧٧ على أنه « لا محل للتقادم إذا كان الالتزام مضموناً
 برهن حيازي على منقول أو برهن رسمي ». فالالتزام المضمون
 برهن حيازي أو برهن رسمي لا يتقادم مهما مرّ من الزمن عليه ما
 دام الدائن محتفظاً بحيازة المرهون أو ما دامت إشارة الرهن الرسمي
 مسجلة لمصلحته في السجل العقاري : ذلك أن إبقاء المرهون في حيازة
 الدائن المرتهن رهنًا حيازياً أو إبقاء قيد الرهن الرسمي في السجل العقاري
 مسجلاً على اسمه يشكل إقراراً مستمراً بترتب الدين في ذمة المدين؛
 ووجود هذا الإقرار المستمر يمنع بداهةً من سريان التقادم بحق الدائن
 المرتهن .

ويلاحظ أن نص المادة ٣٧٧ ورد قاصراً على الالتزام المضمون
 برهن حيازي على منقول . ولكننا نعتقد أن الحكم لا يختلف بالنسبة
 للالتزام المضمون برهن حيازي على عقار ولا سيما أن المشرع نفسه
 جعل من أسباب انقطاع التقادم إقرار المدين بحق الدائن ، واعتبر
 تقديم أي ضمان للدائن بمثابة إقرار بالدين (المادة ٣٨٢) . فإعطاء
 المدين لدائنه منذ البدء رهنًا حيازياً على عقار ينطوي على إقرار بالدين
 منذ نشوئه؛ وهذا الإقرار يبقى مستمراً ومانعاً من سريان التقادم ما دام
 العقار في حوزة الدائن المرتهن ، الأمر الذي يترتب عليه اعتبار الدين
 المضمون برهن حيازي على عقار غير قابل للتقادم ، شأنه شأن الدين
 المضمون برهن حيازي على منقول . لذلك قلنا إن الالتزام المضمون

برهن حيازي لا يقبل التقادم سواء كان المرهون منقولاً أو كان عقاراً.

٣٨٣ - (ب) الالتزامات بين الأزواج : نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٧٨ أنه « لا محل لأي تقادم بين الأزواج خلال مدة الزواج ». فكل حق يترتب للزوج إزاء زوجته أو للزوجة إزاء زوجها يستعصي على التقادم ويمكن المطالبة به مهما طال الزمن على نشوئه . إنما لا بد ، حتى يكتسب هذا الحق المناعة التي خصه بها المشرع . أن تكون الزوجية قائمة . فبمجرد أن تنحل الزوجية ، كأن يموت أحد الزوجين أو يفرق بينهما الطلاق . تزول هذه المناعة عن الحق الذي كان لأحدهما على الآخر لزوال المانع ، ويضحي حقاً قابلاً للتقادم . والسبب الذي دعى المشرع إلى منع سريان التقادم بين الزوجين خلال مدة الزواج ، هو رفع الحرج الذي يمكن أن يقع فيه أحد الزوجين فيما لو قارب حقه أن يتقادم ووجد نفسه مضطراً لمقاضاة زوجه أو اتخاذ إجراءات بحقه ليمنع سريان التقادم . ففي ذلك ما قد يهدد رابطة الزوجية بالانفصام ويفسد في كل حال صفو العلاقة بين الزوجين .

٣٨٤ - (ج) الالتزامات بين الأب أو الأم واولادهما : ورد في الفقرة الثانية من المادة ٣٧٨ أنه « لا محل لأي تقادم بين الأب أو الأم واولادهما ». فكل حق تترتب للأب أو الأم على الابن أو للأبن على الأب أو الأم هو حق لا يسري عليه التقادم وتسمع الدعوى به في أي وقت شاء صاحب الحق مباشرتها .

ولا يشترط في الابن الدائن أن يكون قاصراً حتى لا يتقادم دينه .

بل إن مجرد قيام علاقة البنوة بين الدائن والمدين يكفي ليكسب الدين مناعة تجعله غير قابل للتقادم .

ثم إن النص ورد قاصراً على الالتزامات التي تترتب على الأب أو الأم تجاه الابن أو على الابن تجاه أبيه أو أمه . وعليه فالالتزامات التي تترتب على أصل أبعد من الأب أو الأم إزاء الفرع ، أو على فرع أبعد من الابن إزاء الأصل لا ينطبق عليها النص وتعتبر من الالتزامات القابلة للتقادم .

٣٨٥ - (د) الالتزامات بين ناقص الأهلية والأشخاص المعنوية

وبين من له الولاية عليهم : عرضت الفقرة الثالثة من المادة ٣٧٨ لهذا النوع من الالتزامات التي لا يطالها التقادم فقالت : « لا محل لأي تقادم بين ناقص الأهلية أو الحبس أو غيره من الأشخاص المعنوية والوصي أو المقدم أو المدير ما دامت ولايتهم قائمة ولم يقدموا حساباتهم النهائية » . فلو حصل أن ترتب للمحجور عليه أو لجهة حبس أو شركة أو جمعية حق ما في ذمة الوصي أو المقدم أو في ذمة المدير الذي عهد إليه بالولاية على الحبس أو الشركة أو الجمعية ، فإن هذا الحق لا يسري عليه التقادم ما دامت ولاية هؤلاء قائمة وما داموا لم يقدموا حساباتهم النهائية . ولا بد من توافر هذين الشرطين معاً لعدم سريان التقادم بحيث لو أن ولاية النائب الشرعي أو المدير انتهت ولكنه لم يتم بتقديم حسابه النهائي ، فالحق المترتب بذمته لمصلحة ناقص الأهلية أو الشخص الاعتباري تبقى له مناعته ، ولا تزول عنه هذه المناعة

ويصبح قابلاً للتقادم . ما لم يُقدم هذا الحساب النهائي .

٣٨٦ - ملاحظة بشأن الالتزامات غير القابلة للتقادم : إن الالتزامات المضمونة برهن ، أو الالتزامات بين الأزواج ، أو بين الأب أو الأم واولادهما . أو بين ناقصي الأهلية أو الأشخاص الاعتبارية وبين من له الولاية عليهم تعتبر استثناء التزامات غير قابلة للتقادم إذا كان سبب عدم تقادمها قائماً منذ نشوئها ، كأن يكون الرهن منح للدائن وقت انعقاد الدين أو يكون الدين ترتب للزوج على زوجه بعد ارتباطهما بالزواج . أما إذا كان هذا السبب مفقوداً عند نشوء الالتزام ووجد بعد ذلك فإن الالتزام ينشأ قابلاً للتقادم ثم ينقطع أو يتوقف بحسب الأحوال .

فإذا كان الالتزام في الأصل التزاماً عادياً غير مقرون بأي ضمان واستحق أجله وبدأ التقادم يسري عليه ، ثم أقدم المدين على إعطاء دائئه رهناً ، فإن ذلك يعتبر بمثابة إقرار منه بالدين ويكون سبباً لقطع التقادم بالنسبة للماضي (المادة ٣٨٢) ، كما يكون سبباً لتحويل الدين بالنسبة للمستقبل من دين يتقادم إلى دين غير قابل للتقادم ما دام المرهون في حيازة الدائن المرتهن ، بحيث إذا استرد المدين المرهون زالت المناعة عن الدين وأصبح من جديد ديناً عادياً قابلاً للتقادم منذ وقوع هذا الاسترداد .

وإذا نشأ الحق لمصلحة رجل أو امرأة ثم عقد الرجل أو المرأة الزواج على شخص المدين ؛ أو إذا كان ترتب على الأب أو على

الأم أو على ابنهما أو على ولي ناقص الأهلية أو الشخص الاعتباري دين لمصلحة زيد وانتقل هذا الدين بطريق الحوالة أو بطريق الوصية من الدائن زيد إلى ابن المدين ، أو إلى أبيه أو أمه ، أو إلى ناقص الأهلية أو الشخص الاعتباري الخاضع لولاية المدين ، فإن التقادم الذي كان يسري على الحق قبل زواج الدائن بالمدين أو كان يسري على دين زيد قبل أن ينقل بالحوالة ، يتوقف عن السريان وتعتبر إذن رابطة الزوجية ، أو الأبوة والأمومة ، أو البنوة ، أو الولاية الشرعية سبباً موقفاً للتقادم . وهذا ما أشارت إليه صراحة بعض التقنينات ، كالتقنين اللبناني إذ هي عندما عرضت لأثر هذه الرابطة بالنسبة للتقادم قد اوضحت أن الرابطة المذكورة تمنع سريان التقادم وإذا كان سارياً وقف (١) .

المبحث الثاني

وجوب انقضاء المدة المحددة قانوناً لتحقيق التقادم

٣٨٧ - المواضيع التي تتصل بهذا المبحث : لا بد ، حتى يتحقق تقادم الالتزام ، أن تنقضي المدة التي حددها القانون . فعلينا أن نحدد طول هذه المدة ثم نبين بدءها وكيفية حسابها . ولما كان يحصل أحياناً أن تعترض سبيل التقادم عقبات تعيق تحقيقه وتعطل مضيه فتكون سبباً لوقفه أو تزيل كل أثر سابق له فتكون سبباً لقطعه ، وجب

(١) راجع المادة ٣٥٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

علينا أن نبحث في وقف التقادم وقطعه . وثمة سؤال أخير نرى ضرورة طرحه والإجابة عليه ، وهو ما إذا كان يمكن عن طريق الاتفاق تعديل مدة التقادم .

وعليه سنقسم هذا البحث إلى أربعة مطالب :

المطلب الأول : طول مدة التقادم .

المطلب الثاني : بدء مدة التقادم وكيفية حسابها .

المطلب الثالث : قطع التقادم ووقفه .

المطلب الرابع : حكم الاتفاقات المعدلة لمدة التقادم القانونية .

المطلب الأول

طول مدة التقادم

٣٨٨ - قاعدة عامة واستثناءات : القاعدة العامة أن مدة التقادم محددة في التشريع المغربي بخمس عشرة سنة . ولكن لهذه القاعدة استثناءات عديدة .

فعلى أن نعرض للقاعدة العامة ثم للاستثناءات التي ترد عليها .

٣٨٩ - القاعدة العامة : مدة التقادم خمس عشرة سنة : ورد في المادة ٣٨٧ أن « كل الدعاوى الناشئة عن الالتزام تتقادم بخمس عشرة سنة ، فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد والاستثناءات التي يقضي بها القانون في حالات خاصة » . فمن هذا النص يتبين أن القاعدة الأصلية التي أخذ بها المشرع المغربي هي تحديد مدة التقادم بخمس

عشرة سنة : فكل دعوى تنشأ عن التزام يقبل التقادم يجب أن ترفع في مدة أقصاها خمس عشرة سنة وإلا امتنع سماعها .
ويلتقي التشريع المغربي من حيث تحديده مدة التقادم مبدئياً بخمس عشرة سنة مع كل من التقنين المصري والتقنين السوري . ولكنه يخالف تقنينات أخرى جنحت إلى إعتماد مدة أطول أو أقصر من هذه المدة كالتشريع الفرنسي الذي حدد مدة التقادم بثلاثين سنة ، والتشريع اللبناني الذي حددها بعشر سنين .

وإن تحديد مدة التقادم بخمس عشرة سنة هو في رأينا تحديد مناسب : فلا هو مبالغ في طوله بحيث يرهق المدين كما في التشريع الفرنسي ، ولا هو مبالغ في قصره بحيث يباغت الدائن كما في التشريع اللبناني .

٣٩٠ - الاستثناءات : إن لمبدأ تحديد مدة التقادم بخمس عشرة سنة بعض الاستثناءات . وهذه الاستثناءات قل فيها ما يتطلب مدة أطول، إنما يكفي المشرع عادةً بمدد أقصر من خمس عشرة سنة .

والاستثناءات المذكورة ورد بعضها في نصوص متناثرة خارج بحث التقادم . ولكن أكثرها ورد مباشرة في نصوص أعقبت النص الذي أعلن فيه المشرع القاعدة العامة القاضية بتحديد مدة التقادم بخمس عشرة سنة .

ونحن سنكتفي بإعطاء أمثلة على الاستثناءات التي وردت في نصوص خاصة متناثرة هنا وهناك، ثم نعرض بالتفصيل للإستثناءات التي نص عليها القانون في بحث التقادم .

٣٩١ - الاستثناءات الواردة في نصوص خاصة خارجة عن بحث

التقادم : إن المشرع أورد في نصوص منتشرة في مختلف نواحي قانون الالتزامات والعقود (١) حالات استثنائية تتقادم فيها الدعوى بمدد غير المدة التي حددها المشرع مبدئياً بخمس عشرة سنة . ونكتفي على سبيل المثال ، بذكر الحالات التالية :

(أ) نصت المادة ٨٥ مكرر على أن دعوى المسؤولية التي يقيمها المتضرر أو أقاربه أو خلفاؤه ضد الدولة باعتبارها حالة محل رجال التعليم العام وموظفي الشبيبة والرياضة بنتيجة ارتكاب فعل ضار من الأطفال أو الشبان الذين عهد بهم إليهم أو ضدهم ، تتقادم بمضي ثلاث سنوات تبدأ من يوم ارتكاب الفعل الضار .

(ب) ورد في المادة ١٠٦ أن دعوى التعويض من جراء جريمة أو شبه جريمة تتقادم بمضي خمس سنوات تبتدىء من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر الضرر ومن هو المسؤول عنه ، وتتقادم في

(١) قد نجد في تقنينات أخرى غير قانون الالتزامات والعقود ، نصوصاً تحدد مدة التقادم بخلاف ما تحدده القاعدة العامة الوارد عليها النص في المادة ٣٨٧ . من ذلك مثلاً ما نصت عليه المادة ٣٢ من ظهر ١٩ رجب ١٣٣٣ المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفوظة من أنه في الحالة التي لا يقوم فيها المشتري بتبليغ الشراء للشركاء على الشيوع فإن حق هؤلاء بأخذ الحصة المبيعة بالشفعة « يتقادم بمضي شهرين ابتداء من تاريخ العقد إن حرر بمحضر الشركاء وفي جميع الأحوال بمضي سنة ابتداء من تاريخ تقييد البيع (في السجل العقاري) إن لم يحضره الشركاء » .

جميع الأحوال بمضي عشرين سنة تبتدىء من وقت حدوث الضرر.^(١)

(ج) إن دعاوى إبطال الالتزامات لعب شاب إرادة الملتزم تتقدم بسنة في كل الحالات التي لا يحدد فيها القانون أجلاً مخالفاً (المادة ٣١١). ويبدأ سريان هذا التقدم في حالة الإكراه من يوم زواله ، وفي حالة الغلط والتدليس من يوم اكتشافهما . أما بالنسبة إلى التصرفات المبرمة من القاصرين فمن يوم بلوغهم سن الرشد ؛ وبالنسبة إلى التصرفات المبرمة من المحجور عليهم وناقصي الأهلية فمن يوم رفع الحجر عنهم أو من يوم وفاتهم فيما يتعلق بورثتهم إذا مات ناقصو الأهلية وهم على هذه الحالة . وفي حالة الغبن اللاحق بالراشدين فمن يوم وضع اليد على الشيء محل العقد (المادة ٣١٢). وتنقضي دعوى الإبطال بالتقدم في جميع الحالات بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد (المادة ٣١٤).

(د) نصت المادة ٥٧٣ على أن الدعوى الناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع بالنسبة إلى العقارات خلال ٣٦٥ يوماً بعد التسليم ، وبالنسبة إلى الأشياء المنقولة والحيوانات خلال ٣٠ يوماً بعد التسليم (المادة ٥٧٣).

(هـ) ورد في المادة ٨٥٥ أن دعاوى كل من المعير والمستعير على الآخر الناشئة عن إخلال المستعير بالتزاماته ولا سيما من حيث المحافظة

(١) يكاد يكون هذا النص فريداً في نوعه من حيث إطالة مدة التقدم حتى عشرين سنة : ذلك أن المشرع عندما يبتعد عن القاعدة العامة التي تحدد مدة التقدم بخمس عشرة سنة ليقرر استثناء مدة أخرى ، فهو يعمد إلى تقصير المدة لا إلى إطالتها.

على الشيء المعار أو استعماله إياه وفقاً لما تقتضيه طبيعته ، أو عن حق المستعير في استرداد المصروفات التي اضطر لانفاقها أو في التعويض عن الأضرار التي لحقتها به الشيء المعار بسبب عيب فيه ، تتقدم كلها بستة أشهر تبدأ بالنسبة إلى المعير من وقت رد الشيء إليه ، وبالنسبة إلى المستعير من وقت انتهاء العقد .

٣٩٢ - الاستثناءات التي نصّ عليها المشرع في بحث التقادم :

إلى جانب الاستثناءات آنفة الذكر التي وردت في نصوص خاصة خارج بحث التقادم ، أورد المشرع ، عقب القاعدة العامة المحددة مدة التقادم بخمس عشرة سنة ، استثناءات عديدة اكتفى فيها المشرع بمدد أقصر من هذه المدة .

ويمكننا تصنيف هذه الاستثناءات في زمرتين : زمرة أولى ينقضي فيها الدين بمجرد الإدلاء بالتقادم دون إمكانية إقامة أي بينة على انشغال ذمة المدين شأن التقادم القصير في ذلك شأن التقادم العادي طويل الأمد ؛ وزمرة ثانية يعتبر فيها التقادم قائماً على قرينة وفاء قابلة للبينّة المعاكسة عن طريق توجيه اليمين للمدين بأنه أدى الدين فعلاً .
ولسوف نعرض لكل من هاتين الزمرتين .

٣٩٣ - زمرة الاستثناءات التي لا تقبل إقامة أي بينة على انشغال

ذمة المدين : هذه الزمرة من الاستثناءات تتعلق بحالات يتقدم فيها الالتزام بخمس سنين . وتتميز هذه الحالات في أن آثار التقادم من حيث سقوط الدعوى تترتب بمجرد أن يتمسك به ذو المصلحة دون

أن يكون بمقدور الدائن تفادي سقوط الدعوى عن طريق إقامة البينة على انشغال ذمة المدين، ولا حتى عن طريق تكليف هذا الأخير حلف اليمين على براءة ذمته .

وقد ورد النص على هذه الحالات في المادتين ٣٩١ و ٣٩٢ .

(آ) فالمادة ٣٩١ ورد فيها أن « الحقوق الدورية والمعاشات وأكرية الأراضي والمباني والفوائد وغيرها من الأداءات المماثلة تتقادم في مواجهة أي شخص كان بخمس سنوات ابتداء من حلول كل قسط .» فالأجرة التي تترتب لمؤجر العقار ولا سيما أجرة المباني والأراضي الزراعية^(١) والرواتب والمعاشات والأجور المستحقة للموظفين والمستخدمين (مما عدا الخدم والعمال الذين تتقادم أجورهم بسنة واحدة على ما سرى) والفوائد الاتفاقية أو القانونية في القروض المنتجة فائدة بما في ذلك فوائد الأسهم والسندات (كوبونات) والإيرادات المرتبة مدى الحياة (Rentes viagères) أو الإيرادات الدائمة (rentes perpétuelles) كلها أداءات تتقادم بخمس سنين .

ويسري هذا التقادم الحمسي ابتداء من حلول كل قسط : فإذا كانت أجرة المباني مثلا تدفع سنوياً في مطلع كل عام وكان راتب الموظف أو المستخدم يدفع مشاهرة في آخر كل شهر فإن مطلع السنة أو آخر الشهر يعتبر مبدأ لسريان تقادم أجرة هذه السنة أو راتب

(١) أما الأجور التي تترتب لمؤجر المنقول فهي تتقادم بسنة واحدة على ما أوضحه المشرع في المقطع الخامس من الفقرة الثالثة من المادة ٣٨٨ .

ذاك الشهر .

ويجب الانتباه إلى أن الأداءات التي تتقدم بخمس سنين هي الأداءات التي تتصف بصفتي الدورية والتجدد : فالأجرة والفائدة هي دورية بمعنى أنها تستحق في مواعيد دورية منتظمة كل شهر أو كل ثلاثة اشهر أو كل سنة ؛ وهي متجددة بمعنى أنها بطبيعتها مستمرة لا تنقطع . وعليه فالديون التي تستوفي صفة الدورية دون استيفاء شرط التجدد تخضع للتقدم العادي الطويل لا للتقدم الخمسي : فالدين المقسط أقساطاً دورية على عدة سنوات أو على عدة أشهر هو دين دوري يؤدي في مواعيد معينة منتظمة . ولكنه دين غير متجدد لأنه ينقضي بدفع آخر قسط منه . ومن ثم يتقدم هذا الدين بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات .

وتجدر الملاحظة إلى أن الدين الدوري المتجدد قد يتحول إلى دين عادي كأن ترتب أجور للمؤجر على المستأجر عن عدة سنين، ويتفق الطرفان على أن تبقى الأجور المستحقة في عهدة المستأجر على سبيل القرض . فدين القرض هذا ، وإن كان سببه الأصلي أداءات دورية متجددة ، قد أصبح رأس مال مصدره عقد القرض، والتقدم الذي يسري عليه هو التقدم الطويل العادي لا التقدم الخمسي .

وبعض التقنيات ، كالتقنين المصري والتقنين السوري قد اشترطت صراحة صفتي الدورية والتجدد في الأداء حتى يكون خاضعاً للتقدم الخمسي^(١) .

(١) ورد في المادة ٣٧٥ من القانون المدني المصري والمادة ٣٧٣ من القانون المدني =

أما المشرع المغربي ، فهو كالـمشرع الفرنسي ^(١) والمشرع اللبناني ^(٢) اقتصر على النص صراحةً على صفة الدورية تاركاً صفة التجدد تستنتج من الأمثلة التي أوردتها على الأداءات التي تتقدم بخمس سنوات والتي هي بطبيعتها أداءات متجددة .

(ب) والمادة ٣٩٢ ورد فيها أن « جميع الدعاوى بين الشركاء بعضهم مع بعض أو بينهم وبين الغير بسبب الالتزامات الناشئة عن عقد الشركة ، تتقدم بخمس سنوات ، ابتداء من يوم نشر سند حل الشركة ، أو من يوم نشر انفصال الشريك عنها . وإذا كان حق دائن الشركة لا يحل أجله إلا بعد النشر فإن التقدم لا يبدأ إلا بعد هذا الحل . وذلك كله دون إخلال بما يقرره القانون من تقدم أقصر في موضوع الشركة » . ذلك أن عقد الشركة قد ينشئ التزامات على شريك تجاه شركائه أو على الشركاء إزاء الغير ، وتحل الشركة أو ينفصل عنها أحد الشركاء دون أن تكون الالتزامات المذكورة قد نفذت بعد . فمثل هذه الالتزامات تستدعي بطبيعتها السرعة في التنفيذ . لذا وجد

= السوري ما يلي : « يتقدم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين ، كأجرة المباني والأراضي الزراعية ومقابل الحكر ، وكالفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات » .

(١) راجع المادة ٢٢٧٧ من القانون المدني السوري .

(٢) راجع المادة ٣٥٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

المشرع أن يخضعها للتقادم الحمسي .

والتقادم الحمسي على ما هو واضح من النص لا يبدأ من تاريخ حل الشركة أو من تاريخ خروج أحد الشركاء منها ، بل إن سريانه يتأخر حتى إتمام نشر حل الشركة أو نشر انفصال الشريك عنها وفقاً لمقتضيات القانون . وإذا كان نشأ ثمة حق لمصلحة أحد الشركاء أو لمصلحة الغير وكان هذا الحق مربوطاً بأجل أو معلقاً على شرط واقف وحصل أن حلت الشركة أو انفصل أحد الشركاء عنها ونشر ذلك أصولاً ، فإن التقادم الحمسي لا يبدأ إلا بعد حلول الأجل أو تحقق الشرط الواقف .

٣٩٤ - زمرة الاستثناءات القائمة على قرينة وفاء قابلة للبيئة

المعاكسة: (آ) تتميز هذه الزمرة من الاستثناءات بأن التقادم فيها يقوم على قرينة وفاء غير قاطعة بل قابلة للبيئة المعاكسة بحيث إذا أدلى ذو المصلحة بالتقادم المسقط جاز للشخص الذي يحتج ضده بهذا التقادم أن يقيم البيئة على أن ذمة المدين ما زالت مشغولة بالدين رغم انقضاء مدة التقادم .

غير أن هذه البيئة محصورة بطريق واحد ليس إلا هو توجيه اليمين للمدين ليقسم أن الدين قد دفع فعلاً ، أو توجيه اليمين لأرامل المدين ولورثته ولأوصيائهم إن كانوا قاصرين ليصرحوا بما إذا كانوا لا يعلمون بأن الدين مترتب على المدين (الفقرة الثانية من المادة ٣٩٠

المضافة بموجب ظهير ٦ يوليوز ١٩٥٤). فإن استجاب من وجهت اليه اليمين وحلفها برئت ذمة المدين بصورة نهائية. وإن نكل عن حلفها ثبت الدين في ذمة المدين ووجب عليه الوفاء به ؛ ولا يتقدم الدين بعد ذلك الا بخمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم بثبوت الدين في ذمة المدين.

(ب) ومدة التقادم في هذه الزمرة من الاستثناءات ليست واحدة بل هي تختلف من دعوى إلى أخرى. فبعض الدعاوى تتقدم بخمس سنين ، وبعضها يتقدم بستين ، وبعضها يتقدم بسنة واحدة. وثمة دعوى يمكن أن تتقدم بمدة شهر .

اولا : تتقدم بخمس سنوات دعوى التجار والموردين وأرباب المصانع بسبب التوريدات التي يقدمونها لغيرهم من التجار أو الموردين أو أرباب المصانع من أجل حاجات مهنتهم (الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨).

ثانياً : وتتقدم بستين :

(١) دعوى الأطباء والجراحين والمولدين وأطباء الأسنان والبيطرة من أجل ما يقومون به من زيارات ويؤدونه من عمليات ، وكذلك من أجل ما يوردونه من أشياء وما يقدمونه من نقود ابتداء من تاريخ حصوله (المقطع الأول من الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨).

(٢) دعوى الصيادلة من أجل الأدوية التي يوردونها ، ابتداء من

تاريخ توريدها (المقطع الثاني من الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨) .

(٣) دعوى المؤسسات الخاصة أو العامة المخصصة لعلاج الأمراض البدنية أو العقلية أو لرعاية المرضى ، من أجل العلاج المقدم منها لمرضاها والتوريدات والمصروفات الحاصلة منها لهم ، ابتداء من تاريخ تقديم العلاج أو حصول التوريدات (المقطع الثالث من الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨) .

(٤) دعوى المهندسين المعماريين وغيرهم من المهندسين والخبراء والمساحين من أجل مواصفاتهم أو عملياتهم والمصروفات المقدمة منهم ابتداء من تاريخ تقديم المواصفة أو إتمام العمليات أو إجراء المصروفات (المقطع الرابع من الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨) .

(٥) دعاوى التجار والموردين وأرباب المصانع من أجل التوريدات المقدمة منهم للأفراد لاستعمالهم الخاص (المقطع الخامس من الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨) .

(٦) دعوى الفلاحين ومنتجي المواد الأولية من أجل التوريدات المقدمة منهم ، إذا كانت قد استخدمت في الأغراض المنزلية للمدين ، وذلك ابتداء من يوم وقوع هذه التوريدات (المقطع السادس من الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨) .

ثالثاً : وتتقدم بسنة واحدة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً :

(١) دعوى المعلمين والأساتذة وأصحاب المؤسسات المخصصة لاقامة التلاميذ العامة منها والخاصة من أجل أتعابهم المستحقة على تلاميذهم وكذلك من أجل التوريدات المقدمة منهم إليهم ، وذلك ابتداء من حلول الأجل المحدد لدفع أتعابهم (المقطع الأول من الفقرة الثالثة من المادة ٣٩٨) .

(٢) دعوى الخدم من أجل أجورهم وما قاموا به من مصروفات وغير ذلك من الأداءات المستحقة لهم بمقتضى عقد إجازة العمل ، وكذلك دعوى المخدمين ضد خدامهم من أجل المبالغ التي يسبقونها لهم على أساس تلك الرابطة (المقطع الثاني من الفقرة الثالثة من المادة ٣٨٨) .

(٣) دعوى العمال والمستخدمين والمتعلمين والمتجولين ومندوبي التجارة والصناعة ، من أجل رواتبهم وعمولاتهم ، وما أدوه من مصروفات بسبب وظائفهم ، وما يستحقونه من عطلة سنوية مؤدى عنها أو ما يعوضها وذلك عن السنة الجارية وعند ثبوت الحق في عطل مجتمعة عن السنة أو السنتين الماضيتين .

دعوى أرباب الحرف من أجل توريداتهم ومياوماتهم وما أنفقوه بسبب تقديم خدماتهم .

دعوى المخدم أو رب العمل من أجل المبالغ المسبقة للعمال والمستخدمين والمتعلمين والمتجولين والمندوبين من أجورهم أو عمولاتهم أو المبالغ التي أنفقوها بسبب خدماتهم (المقطع الثالث من الفقرة الثالثة

من المادة (٣٨٨) .

(٤) دعوى أصحاب الفنادق والمطاعم ، من أجل الإقامة والطعام وما يصرفونه لحساب زبائنهم (المقطع الرابع من الفقرة الثالثة من المادة (٣٨٨) .

(٥) دعوى مكري المنقولات من أجل أجرتها (المقطع الخامس من الفقرة الثالثة من المادة (٣٨٨) .

(٦) دعوى وكلاء الخصومة من أجل الأتعاب ، والمبالغ التي يصرفونها وذلك ابتداء من الحكم النهائي أو من عزلهم من الوكالة (الفقرة الأولى من المادة (٣٨٨) .

(٧) دعوى الوسطاء من أجل استيفاء السمسرة ، إبتداء من إبرام الصفقة (الفقرة الثانية من المادة (٣٨٩) .

(٨) دعوى المتعاقدين ضد الأشخاص المذكورين فيما سبق ، من أجل ما سبقوه لهم لأداء ما أنيط بهم من أعمال ، وذلك ابتداء من نفس التاريخ المقرر لكل طائفة منهم (الفقرة الثالثة من المادة (٣٨٩) .

(٩) الدعاوى التي تثبت من أجل العوار والضيايع والتأخير وغيرها من الدعاوى التي يمكن ان تنشأ عن عقد النقل ، سواء أكانت ضد الناقل أو الوكيل بالعمولة أو ضد المرسل أو المرسل إليه ، وكذلك الدعاوى التي تنشأ بمناسبة عقد النقل .

وتحسب مدة هذا التقادم ، في حالة الهلاك الكلي ، ابتداء من اليوم الذي كان يجب فيه تسليم البضاعة ، وفي غير ذلك من الأحوال ،

ابتداء من يوم تسليم البضاعة للمرسل إليه أو عرضها عليه (الفقرة الرابعة من المادة ٣٨٩) .

وفي حالة النقل الحاصل لحساب الدولة لا يبدأ التقادم إلا من يوم تبليغ القرار الإداري المتضمن للتصفية النهائية أو للأمر النهائي بالأداء (الفقرة الرابعة من المادة ٣٨٩) .

رابعاً : وتتقدم بشهر واحد دعوى الرجوع التي تنشأ عن عقد النقل وتوجه ممن يثبت له الضمان ضد الضامن كأن توجه دعوى ضياع بضاعة أو دعوى عوارها ضد الناقل الأصلي ويكون الناقل الأصلي عهد بالنقل إلى ناقل ثانوي بحيث يثبت للناقل الأصلي الرجوع بالضمان على الناقل الثانوي . وتتقدم الشهر هذا لا يبدأ إلا من يوم مباشرة الدعوى ضد الشخص الذي يثبت له الضمان (المقطع قبل الأخير من المادة ٣٨٩) .

٣٩٥ - التقادم القصير القائم على قرينة الوفاء يسري ولو حصل الاستمرار في التوريدات أو التسليم أو الخدمات أو الأعمال : ورد في الفقرة الأولى من المادة ٣٩٠ أن التقادم المنصوص عليه في المادتين ٣٨٨ و ٣٨٩ - وهو التقادم القصير القائم على قرينة الوفاء - « يسري ولو حصل الاستمرار في التوريدات أو التسليم أو الخدمات أو الأعمال » . ذلك أن الديون التي يرد عليها التقادم القصير تترتب في الغالب على عقود تقتضي نشاطاً مستمراً أو متجدداً ، كخدمات الأجراء وعمل من يزاولون المهن الحرة وتوريد البضائع وما إلى ذلك . فكل دين من هذه الديون يعتبر قائماً بذاته رغم استمرار نشاط الدائن

وتجدده ، ويسقط بانقضاء خمس سنين أو سنتين أو سنة واحدة بحسب الأحوال ، بمجرد أن تكتمل ذاتيته ويصبح مستحق الأداء . فهكذا مثلاً قد يكون اعتاد الشخص استجرار المواد الغذائية من بقالة أو الأدوية والعقاقير من صيدلية على أن يدفع ثمن ما استجره من مواد آخر كل شهر أو آخر كل اسبوع أو يوماً فيوماً . فالدين الذي ترتب على استجراره يتقادم ابتداء من استحقاقه كل شهر أو كل أسبوع أو كل يوم حسب المألوف في التعامل حتى ولو استمر البقال أو الصيدلي في توريد مواد أخرى لعميله . وهكذا أيضاً لو ترتب لصاحب الفندق دين في ذمة التزيل مقابل أجر إقامته و ثمن ما قدمه له من طعام أو شراب أو خدمات ، فإن هذا الدين يتقادم مذ تنتهي الإقامة حتى ولو عاد التزيل إلى الفندق مرة ثانية وترتب عليه أجر جديد لصاحب الفندق . وكذلك لو عالج طبيب مريضاً واقتصرت المعالجة على زيارة واحدة يسري تقادم ما استحقه من أجر عقب انتهاء الزيارة ؛ وإذا اقتضت المعالجة زيارات متعددة فمجموع أجرة هذه الزيارات يتقادم منذ انتهاء آخر زيارة . ولا يمنع من تقادم أجرة الزيارة أو أجرة الزيارات معالجة الطبيب مريضه بعد ذلك لمرض جديد الم به .

المطلب الثاني

بدء مدة التقادم وكيفية حسابها

٣٩٦ - القاعدة العامة في تحديد بدء سريان مدة التقادم: القاعدة العامة أن بدء سريان مدة التقادم يكون من وقت أن يكتسب الدائن الحق ويصبح بمقدوره الحصول عليه . وهذا ما أكدته المشرع في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٠ حيث قال : « لا يسري التقادم بالنسبة للحقوق إلا من يوم اكتسابها » : ذلك أن الدائن يمتنع عليه قبل ذلك أن يطالب بحقه ؛ فلا يعقل إذن أن نجعل التقادم يسري عليه وإلا آلت النتيجة إلى أن الدائن يفقد حقه حتى قبل أن يتيسر له ممارسة هذا الحق .

٣٩٧ - تطبيقات للقاعدة : بعد أن نصّ المشرع على القاعدة العامة التي تقضي ببدء سريان مدة التقادم وقت صيرورة الحق مكتسباً مستحق الأداء ، أورد تطبيقات عديدة لهذه القاعدة في المادة ٣٨٠ فقال : (١) إن الحقوق المعلقة على شرط واقف لا يسري عليها التقادم إلا من وقت تحقق الشرط : ذلك أن الحق المعلق على شرط واقف لا يضحى مستحق الأداء إلا بتحقيق الشرط الذي قد يتحقق وقد لا يتحقق . لذا كان طبيعياً أن لا يبدأ تقادم مثل هذا الحق إلا من وقت تحقق الشرط .

أما الحق المعلق على شرط فاسخ ، فإنه نافذ منذ وجوده ويزول بتحقيق الشرط . لذا كان سريان التقادم على الحق المعلق على شرط فاسخ في وقت نشوء الحق . فإذا اكتملت مدة التقادم سقط الحق

سواء تحقق الشرط بعد ذلك أم لم يتحقق ؛ أما إذا لم تكتمل المدة وتحقق الشرط الفاسخ فإن الحق نفسه الذي كان معلقاً عليه يزول من أساسه وبزواله لا يبقى أثر للتقادم .

(٢) إن دعوى الضمان لا يسري عليها التقادم إلا من وقت حصول الاستحقاق أو تحقق الفعل الموجب للضمان . فإذا أقام شخص دعوى على مشتري عين واستحق المدعي كل أو بعض هذه العين بنتيجة الدعوى ، أو إذا حصل تعرض لمشتري العقار بأن مارس أحد حق ارتفاق على هذا العقار ، أو إذا اكتشف المشتري عيباً في المبيع كان أخفاه عليه المشتري ، فإن دعوى الضمان التي يحق للمشتري أن يقيمها على البائع يبدأ تقادمها من وقت ثبوت الاستحقاق بحكم نهائي في الفرضية الأولى ، ومن وقت حصول التعرض في الفرضية الثانية ، ومن وقت اكتشاف العيب في الفرضية الثالثة .^(١)

(٣) إن الدعوى التي تتوقف مباشرتها على أجل ، لا يبدأ سريان التقادم عليها إلا من وقت حلول الأجل . فلو أن حق الدائن كان مربوطاً بأجل واقف مثلاً ، لما جاز للدائن الادعاء بحقه إلا بعد حلول الأجل . ومن ثمّ فسريان التقادم على الدعوى بهذا الحق لا يبدأ إلا من ذاك الوقت .

٣٩٨ - استثناءات للقاعدة : إن لقاعدة سريان مدة التقادم منذ

(١) لو كان العيب ظاهراً غير خفي لبدا سريان التقادم منذ تسليم المبيع

(المادة ٥٧٣) .

اكتساب الحق واستحقاقه بعض الاستثناءات . وهذه الاستثناءات المقررة بنصوص خاصة على نوعين : نوع أول يجعل سريان مدة التقادم لاحقاً ليوم اكتساب الحق ، ونوع ثانٍ يجعله مقدماً على هذا اليوم .

(أ) فمن النصوص التي تجعل مبدأ سريان مدة التقادم بعد يوم اكتساب الحق يمكننا أن نذكر على سبيل المثال ما ورد في المادة ١٠٦ من أن دعوى التعويض عن جرم أو شبه جرم تتقادم بخمس سنوات تبدأ من اليوم الذي يبلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر، الضرر من جهة، والشخص المسؤول عن الضرر من جهة ثانية. فهذا اليوم يتأخر عن اليوم الذي كسب فيه المضرور الحق بالتعويض وهو اليوم الذي وقع فيه العمل غير المشروع . وكذلك يمكننا أن نذكر ما ورد في المادة ٣١١ من أن دعاوى الإبطال لنقص في الأهلية أو للغلط أو للتدليس أو الإكراه تتقادم بسنة واحدة تبدأ من يوم بلوغ القاصر سن الرشد أو من يوم اكتشاف الغلط أو التدليس أو من يوم زوال الإكراه وهو يوم يتأخر بالبداية عن اليوم الذي نشأ فيه حق الإبطال .

(ب) أما النصوص التي تجعل مبدأ سريان مدة التقادم قبل يوم اكتساب الحق فمثالها ما قرره المادة ٣٧٦ من أن « التقادم يسقط الدعاوى المتعلقة بالالتزامات التبعية في نفس الوقت الذي يسقط فيه الدعوى المتعلقة بالالتزام الأصلي ، ولو كان الزمن المحدد لتقادم الالتزامات التبعية لم ينقض بعد » . فقد يبدأ سريان تقادم الحق الأصلي قبل استحقاق الحق التبعية من فوائد وملحقات كأن يذكر مثلاً في

عقد أبرم بين مورد وتاجر أن ثمن المواد الموردة المترتب في ذمة التاجر ينتج فائدة بعد انقضاء ستة أشهر على استلام التاجر المواد الموردة إليه . فتقادم ثمن المواد الموردة يبدأ من يوم استلام التاجر هذه المواد وهو يوم لم تستحق بعد فيه الفوائد الاتفاقية . فإذا انقضى خمس سنين على هذا الاستلام انقضى الدين الأصلي بالتقادم الخمسي المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ وسقطت الدعوى المتعلقة بهذا الحق . وسقوط الدعوى المتعلقة بالحق الأصلي تُفضي بالتبعية إلى سقوط الدعوى بالفائدة رغم أن المدة الممتدة بين يوم استحقاق الفائدة ويوم سقوط الدعوى الأصلية بالتقادم تقل عن خمس سنوات . وبذلك نكون جعلنا التقادم يسري بالنسبة للفائدة قبل استحقاقها، وذلك استثناء من القاعدة الأصلية التي تحتم عدم سريان التقادم بالنسبة للحقوق إلا من يوم اكتسابها .

٣٩٩ - كيفية حساب مدة التقادم : (آ) نصت المادة ٣٨٦ على أن التقادم « يحسب بالأيام الكاملة لا بالساعات . ولا يحسب اليوم الذي يبدأ التقادم منه في الزمن اللازم لتمامه . ويتم التقادم بانتهاء اليوم الأخير من الأجل » .

ففي ضوء هذا النص يمكننا تقرير القواعد التالية :

أولاً : حساب مدة التقادم يجري بالأيام لا بالساعات . ذلك أن حساب المدة بالساعات يقتضي أن نحدد على وجه الدقة الساعة التي بدأ فيها التقادم وهو أمر غير ممكن، لأن الذي ألفه الناس عند تعيين

التاريخ هو الاقتصار على ذكر اليوم دون الساعة .

ثانياً : حساب المدة يجري بالأيام الكاملة . وهذا يعني وجوب حساب المدة ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل التالي . لذلك قرر المشرع عدم إدخال اليوم الذي يبدأ التقادم منه في الحساب لأنه يوم ناقص ، جزء من يوم ، وليس يوماً كاملاً .

ثالثاً : تنقضي مدة التقادم بانتهاء اليوم الأخير من الأجل ، اي عند منتصف ليل اليوم المذكور .

(ب) إذا وافق حلول آخر يوم من مدة التقادم يوم عطلة رسمية ، فإن سريان التقادم يوقف بالقوة القاهرة إلى أول يوم من أيام العمل يأتي بعده (المادة ١٣٣) ؛ ولا تكتمل مدة التقادم إلا بانقضاء هذا اليوم دون أن يقطع الدائن سريانه .

(ج) تحسب مدة التقادم بالتقويم الميلادي لا بالتقويم الهجري : ذلك أن المشرع صرح في المادة ١٣٢ أن المقصود بالسنة ، عندما يكون الأجل مقدراً بالسنة ، مدة ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً كاملة ، كما أنه عندما عرض في المادتين ٣٨٨ و ٣٨٩ للحالات التي يتقادم فيها الحق بسنة واحدة أوضح أن المعني بالسنة سنة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً .

المطلب الثالث قطع التقادم ووقفه

٤٠٠ - التمييز بين أسباب قطع التقادم وأسباب وقفه : قد تطرأ أثناء سير التقادم عقبات تعترض سبيله فتزيل كل أثر سابق له وتكون سبباً لقطعه ، أو تعيق تحقيقه وتعطل مضيه فتكون سبباً لوقفه .

ويجب التفريق بين أسباب قطع التقادم وأسباب وقفه : فأسباب القطع تقضي على المدة السابقة وتجعلها كأن لم تكن ، بحيث إذا ما بدأ سريان تقادم جديد بعد انقطاعه ، وجب أن يستمر المدة الكاملة لتترتب عليه آثاره . أما أسباب الوقف فهي تعطل التقادم عن السير حماية لبعض الأشخاص الذين يستحقون رعاية القانون ، بحيث إذا زال المانع عاد التقادم يمضي في سريانه مع حساب المدة السابقة .

وعليه لا بد لنا أن نبحث في قطع التقادم أولاً ثم في وقفه .

١ - قطع التقادم

٤٠١ - أسباب قطع التقادم تصدر إما عن المدين وإما عن الدائن : عيّن المشرع أسباب قطع التقادم في المادتين ٣٨١ و ٣٨٢ . ومن الرجوع إلى هذه النصوص يتبين أن أسباب قطع التقادم إما أن تصدر عن الدائن وهو ما عرض له المشرع في المادة ٣٨١ وإما أن تصدر

عن المدين وذلك بأقراره بحق الدائن وهو ما عرض له المشرع في المادة ٣٨٢ .

٤٠٢ - أسباب القطع الصادرة عن الدائن: إن أسباب قطع التقادم الصادرة عن الدائن هي ثلاث : (آ) مطالبة الدائن المدين بحقه ؛ (ب) طلب الدائن قبول دينه في تفليسة المدين ؛ (ج) مباشرة الدائن أي إجراء تحفظي أو تنفيذي على أموال المدين أو تقديم أي طلب للحصول على إذن بذلك .

لنوضح كلا من هذه الأسباب :

٤٠٣ - (آ) مطالبة الدائن المدين بحقه : ورد في الفقرة الأولى من المادة ٣٨١ أن التقادم ينقطع « بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية يكون لها تاريخ ثابت ومن شأنها أن تجعل المدين في حالة مطل لتنفيذ التزامه ، ولو رفعت أمام قاض غير مختص ، أو قضي ببطلانها لعب في الشكل » .

فمن هذا النص يتبين أن مطالبة الدائن المدين بحقه من شأنها أن تقطع التقادم سواء كانت هذه المطالبة قضائية أم كانت غير قضائية .

اولا : المطالبة القضائية : (١) إن المطالبة القضائية تقطع التقادم . ويقصد بالمطالبة القضائية الطلب الواقع فعلا للمحكمة والجازم بالحق الذي يظهر الدائن رغبته دون لبس في أنه راغب في الحصول عليه . ولا يقوم مقام المطالبة القضائية ، كسبب قاطع للتقادم ، المدعاة لدى قاضي الأمور المستعجلة لاتخاذ تدبير عاجل كوصف حالة

راهنة : فطلب وصف الحالة الراهنة لا يمس موضوع الحق ولا ينطوي على مطالبة بهذا الحق فلا يقطع من ثمّ التقادم ^(١) . وقد ورد بهذا المعنى في قرار لمحكمة النقض في سورية « إن دعوى اثبات الحالة الراهنة المرفوعة لدى القضاء المستعجل ليست إلا إجراء وقتياً لتأييد الحق فيما بعد ولا تعتبر مطالبة بهذا الحق ولا تقطع التقادم ^(٢) » .

على أن الادعاء لدى القضاء المستعجل يمكن الاعتداد به استثناء كسبب قاطع للتقادم فيما إذا تضمن ، ولو خطأ ، طلباً تناول جوهر الحق حيث يعتبر بمثابة دعوى رفعت إلى محكمة غير مختصة ^(٣) ، أو فيما إذا كان يهدف اتخاذ تدبير لحفظ مال المدين كطلب الحراسة ^(٤) حيث يعتبر بمثابة إجراء تحفظي ينطبق عليه نص الفقرة الثالثة من المادة ٣٨١ الذي يجيز قطع التقادم « بكل إجراء تحفظي أو تنفيذي يباشر على أموال المدين أو بكل طلب يقدم للحصول على الاذن في مباشرة هذه الاجراءات » .

(١) السنهاوري ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٦٢٩ صفحة ١٠٩١ و ١٠٩٢ -
وخليل جريج المرجع السابق صفحة ٣٤٥ .

(٢) محكمة النقض السورية قرار رقم ٢٢٥ تاريخ ٧-٣-١٩٦٠ ، مجلة القانون العدد الرابع لعام ١٩٦٠ صفحة ٢١٩ .

(٣) السنهاوري ، المرجع السابق ، الهامش رقم (١) صفحة ١٩٠٢ - وخليل جريج المرجع السابق الهامش رقم (٢) صفحة ٣٤٥ .

(٤) خليل جريج ، المرجع السابق ، الهامش رقم (٢) صفحة ٣٤٥ .

وكذلك لا يعتبر الطلب المقدم للجنة المساعدة القضائية للاعفاء من الرسوم من الاجراءات القضائية إذ ليس فيه معنى التكليف بالحضور أمام المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى ، وإنما مجرد التماس بالاعفاء من الرسوم يقتضي استدعاء الخصم بالطريق الإداري للحضور أمام اللجنة لسماع أقواله في طلب الاعفاء^(١) . ولمحكمة النقض في سورية قرار بهذا المعنى ورد فيه « ان رفع الدعوى بطلب المعونة القضائية لا يقطع التقادم لأنه لا ينطوي على المطالبة بالحق^(٢) » .

ثم إن المطالبة الادارية لا تقوم مقام المطالبة القضائية ولا تقطع التقادم . وعلى هذا قررت محكمة النقض في سورية تصديق حكم استثنائي تضمن رد الدعوى لسقوطها بالتقادم . لأنه تبين لها أن طالب الطعن « لم يقدم (لمحكمة الموضوع) ما يثبت قيامه بالمطالبة القضائية وأن المطالبة الادارية لا تغني عن المطالبة القضائية في هذا الصدد لأنها لا تعتبر مانعاً من اللجوء إلى القضاء^(٣) » .

(١) السنهاوري ، المرجع السابق . نبذة رقم ٦٢٩ صفحة ١٠٩٢ .

(٢) محكمة النقض السورية قرار رقم ٦٦٢ تاريخ ١٠-٥-١٩٦٠ مجلة القانون العدد العاشر لعام ١٩٦٠ صفحة ٦١٥ .

على أن الطلب المقدم إلى لجنة المساعدة القضائية لئن كان لا يعتبر مطالبة قضائية ولا يقطع التقادم بهذا الوصف ، فإنه يمكن أن يترتب عليه هذا الأثر فيما إذا تضمن طلب الحصول على إذن بمباشرة إجراء تحفظي أو تنفيذي على أموال المدين وذلك عملاً بالفقرة الثالثة من المادة ٣٨١ .

(٣) محكمة النقض السورية قرار رقم ٦٦٢ تاريخ ١٠-٥-١٩٦٠ مجلة القانون العدد العاشر لعام ١٩٦٠ صفحة ٦١٥ .

(٢) ويلاحظ أن المشرع المغربي اعتبر المطالبة القضائية قاطعة للتقادم ولو رفعت إلى محكمة غير مختصة ، شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي والمشرع اللبناني وكل من المشرع المصري والمشرع السوري^(١) : ذلك أن الدائن قد لا يكون متمكناً من قواعد الاختصاص ويرفع الدعوى خطأ أمام غير مرجعها ؛ فيجب أن يغتفر له هذا الخطأ . وفي كل حال ما دام الدائن قد طالب مدينه قضائياً فقد أظهر بذلك رغبته في استيفاء حقه ، ويجب الاعتداد بهذه الرغبة أياً كانت المحكمة التي رفعت إليها الدعوى سواء كانت مختصة أم كانت غير مختصة للنظر فيها . ويستوي أن يكون عدم الاختصاص نوعياً كأن يرفع الدائن دعواه أمام محكمة الصلح بدل أن يرفعها أمام المحكمة الابتدائية، أو يكون محلياً كأن يقدم الدائن دعواه إلى المحكمة الابتدائية في الرباط في حين أنها من اختصاص المحكمة الابتدائية في الدار البيضاء . ففي الحالتين ينقطع التقادم ولا يعود إلى السريان مجدداً إلا منذ صدور حكم نهائي بعدم الاختصاص .

(٣) ويلاحظ كذلك أن المشرع المغربي اعتبر المطالبة القضائية قاطعة للتقادم ولو قضي ببطلانها لغيب في الشكل مخالفاً بذلك موقف المشرع الفرنسي الذي ينكر كل أثر للمطالبة القضائية من حيث قطع

(١) راجع المادة ٢٢٤٦ من القانون المدني الفرنسي ، والمادة ٣٥٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، والمادة ٣٨٣ من القانون المدني المصري والمادة ٣٨٠ من القانون المدني السوري .

التقادم ، في حال رد الدعوى لعيب في الشكل ^(١) . وقد أحسن المشرع المغربي إذ اعتد بالمطالبة القضائية ولو تقرر بطلانها ، ملتقياً بذلك مع المشرع اللبناني ^(٢) إذ ليس ما يبرر التمييز بين رد الدعوى لعدم الاختصاص وردها لعيب في الشكل ، لا بل ربما كانت مسؤولية من يرتكب مخالفة شكلية أقلّ خطورة من مسؤولية من يخالف قواعد الاختصاص . وعليه فإن الدعوى التي يقيمها الدائن وترد لعيب في الشكل تقطع التقادم ويبدأ تقادم جديد من يوم صدور الحكم النهائي المتضمن رد الدعوى .

(٤) بقيت الإشارة إلى أن أي انقطاع لا يترتب على المطالبة القضائية فيما إذا تنازل عنها صاحبها أو فيما إذا لم يقض ببطلانها لعيب في الشكل بل ردت لسبب آخر كعدم صحة الخصومة أو انتفاء الصفة لدى المدعي أو كونها غير مقبولة في حالتها الحاضرة كأن تكون سابقة أوانها ، أو كونها غير محقة في الجوهر .

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قد نصّ صراحةً على أنه « إذا ترك المدعي الخصومة ، أو جعلها تسقط بمضي المدة ، أو رفضت دعواه ، فإن انقطاع التقادم يعتبر كأن لم يكن » . وليس في قانون الالتزامات والعقود المغربي مقابل لهذا النص . ولكن ما ورد فيه ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . فيمكن الأخذ بأحكامه في المغرب كما قرر

(١) راجع المادة ٢٢٤٧ من القانون المدني الفرنسي .

(٢) راجع المادة ٣٥٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

الفقه الأخذ بها في مصر ولبنان رغم انتفاء النص ^(١).

ثانياً : المطالبة غير القضائية : إن المطالبة غير القضائية تقطع التقادم كالمطالبة القضائية . ويقصد بالمطالبة غير القضائية المطالبة التي يوجهها الدائن إلى المدين عن غير طريق القضاء شرط أن يكون لها تاريخ ثابت وأن يكون من شأنها أن تجعل المدين في حالة مطل لتنفيذ التزامه . ومثل المطالبة غير القضائية القاطعة للتقادم ، المطالبة التي تحصل بأنذار يوجهه الدائن إلى المدين بواسطة الموثق . مثلها أيضاً الانذار الذي يرسله الدائن ببرقية أو بكتاب مضمون يرسله إلى المدين على ما ورد عليه النص صراحة في المادة ٢٥٥ .

ويلاحظ أن التشريع اللبناني يعتد بالمطالبة غير القضائية لقطع التقادم ^(٢) . أما التشريع المصري والتشريع السوري فلا يرتبان أي أثر على مثل هذه المطالبة من حيث قطع التقادم ^(٣) .

٤٠٤ - (ب) طلب الدائن قبول دينه في تفليسة المدين : ورد في الفقرة الثانية من المادة ٣٨١ أن التقادم ينقطع « بطلب قبول الدين في تفليسة المدين » . ذلك أن المطالبة الفردية يمتنع اجراؤها منذ شهر الإفلاس ، ويحل محلها تثبيت الدائن دينه في التفليسة . لذا كان طبيعياً

(١) السنهوري ، المرجع السابق نبذة رقم ٦٢٩ صفحة ١٠٩٦ - و خليل جريج المرجع السابق صفحة ٣٤٦ .

(٢) راجع المادة ٣٥٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٣) السنهوري ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٦٢٩ صفحة ١٠٩١ وهامش رقم

(٣) في الصفحة ١٠٩١ .

أن يعتبر الطلب الذي يقدمه الدائن بقبول دينه في تفليسة المدين قاطعاً للتقادم لأنه يقوم في الواقع مقام المطالبة القضائية .

٤٠٥ - (ج) مباشرة الدائن أي إجراء تحفظي أو تنفيذي على أموال المدين أو تقديم طلب للحصول على إذن بذلك : نصت الفقرة الثالثة من المادة ٣٨١ على أن التقادم ينقطع « بكل إجراء تحفظي أو تنفيذي يباشر على أموال المدين أو بكل طلب يقدم للحصول على الإذن في مباشرة هذه الاجراءات » . فحجز أموال المدين حجزاً تنفيذياً أو تحفظياً أو وضع الأختام على هذه الأموال أو حجز ما للمدين لدى الغير حجزاً تنفيذياً أو تحفظياً ، أو قيد الدائن المخول رهناً جبرياً ^(١) هذا الرهن على عقار المدين كل ذلك يعتبر من الأسباب القاطعة للتقادم . كذلك يعتبر سبباً قاطعاً للتقادم كل طلب يقدم للحصول على إذن في مباشرة هذه الاجراءات كطلب الدائن المساعدة القضائية لاتخاذ إجراء من هذا النوع أو طلب الترخيص للنائب الشرعي باتخاذ اجراءات تحفظية أو تنفيذية باسم القاصر أو نافص الأهلية ، أو طلب تسجيل قيد موقت في السجل العقاري لأجل حفظ حق يُدعى به على عقار محفظ ، ولا سيما من أجل حفظ رهونات الجبرية ^(٢) .

(١) الرهن الجبري هو المخول بحكم قضائي بدون رضى المدين في حالات خاصة عددها القانون على سبيل الحصر (المادة ١٦٣ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة) .

(٢) راجع المادة ٨٥ من ظهير ٩ رمضان ١٣٣١ بشأن التحفيظ العقاري والمادة ١٧٢ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣١ .

٤٠٦ - أسباب القطع الصادرة عن المدين وذلك بإقراره بحق الدائن : إلى جانب أسباب القطع الصادرة عن الدائن والمبينة أعلاه ، يمكن أن يقطع التقادم بأسباب صادرة عن المدين وذلك بأن يقر بالحق المترتب في ذمته لمصلحة الدائن . وقد عرض المشرع لقطع التقادم بإقرار المدين في المادة ٣٨٢ حيث قال : « وينقطع التقادم أيضاً بكل أمر يعترف المدين بمقتضاه بحق من بدأ التقادم يسري ضده ، كما إذا جرى حساب عن الدين ، أو أدّى المدين قسطاً منه وكان هذا الأداء ناتجاً عن سند ثابت التاريخ ، أو طلب أجلاً للوفاء ، أو قدم كفيلأ أو أي ضمان آخر . أو دفع بالتمسك بالمقاصة عند مطالبة الدائن له بالدين » . فالمدين الذي انقضت مدة على استحقاق دينه دون أن يكتمل التقادم ، ويقر بترتب الدين في ذمته ، يكون بإقراره هذا نزل عن المدة المنقضية . ولما كان النزول عن التقادم كله بعد اكتمال مدته جائزاً كما سنرى ، فإنه من باب أولى أن يكون باستطاعة المدين النزول عن جزء من مدة التقادم بعد انقضائها عن طريق إقراره بالدين .

لذا فكل إقرار بالدين يصدر عن المدين يكون سبباً لانقطاع التقادم ويترتب عليه عدم الاعتداد بالمدة المنقضية حتى صدور هذا الاقرار وابتداء تقادم جديد يسري من ذاك الوقت .

ولإقرار المدين إما أن يكون صريحاً وإما أن يكون ضمناً .

(آ) فالإقرار الصريح ينجم عن كل تعبير عن إرادة المدين يفيد اعترافه بترتب الدين في ذمته . ولا يشترط فيه شكل خاص :

فقد يظهر في صورة اتفاق يكون المدين أحد طرفيه ؛ وقد يرد في رسالة يسطرها المدين إلى دائته أو إلى شخص آخر ؛ وقد يثبت في محضر قسمة أو في محضر جرد تركة أو شركة ؛ وقد يكون بتصريح إرادي منفرد يصدر عن المدين .

(ب) أما الاقرار الضمني فهو الذي يستخلص من أي عمل يقوم به المدين أو أي موقف يقفه ويحمل معنى الاعتراف بالمدين المترتب في ذمته . ومن أمثلة الاقرار الضمني القاطع للتقادم « ما إذا جرى حساب عن الدين ، أو أدى المدين قسطاً منه وكان هذا الأداء ناتجاً عن سند ثابت التاريخ ، أو طلب أجلاً للوفاء ، أو قدم كفيلًا أو أي ضمان آخر ، أو دفع بالتمسك بالمقاصة عند مطالبة الدائن له بالدين » (المادة ٣٨٢) . ومن الأمثلة كذلك على الاقرار الضمني بالدين وفاء المدين الفوائد المترتبة عليه ، ومفاوضة المدين للدائن في مقدار الدين لا في وجوده ، وعرض المدين على الدائن تعويضاً بدل التنفيذ العيني للالتزام ، وقبول المدين الاسقاط أو الإبراء من أصل الحق . أما مجرد طلب الصلح بشأن مطالبة بحق فلا يعتبر إقراراً بأصل الحق (الفقرة الثانية من المادة ٤٠٧) .

(ج) والاعتراف سواء كان صريحاً أم كان ضمناً هو تصرف إرادي منفرد ينتج أثره بدون حاجة لقبول المقر له وبمجرد صدوره عن المدين . ولا يسوغ الرجوع فيه ولو كان الدائن لم يعلم به (الفقرة الأخيرة من المادة ٤١٤) .

(٥) وتتبع في إثبات الاقرار الصريح القواعد العامة في الاثبات : فإذا كان هذا الاقرار يتعلق بالتزام تزيد قيمته على ٢٥٠ درهماً امتنع اثباته بالشهادة أو القرائن (المادة ٤١٣) ووجب إقامة الدليل عليه بالكتابة أو ببداية حجة بالكتابة معززة بالشهادة والقرائن (المادة ٤٤٣ والمادة ٤٤٧) . أما إذا كان يتعلق بالتزام تقل قيمته عن ٢٥٠ درهماً فإنه يجوز اثباته بجميع الوسائل الثبوتية .

أما بالنسبة لاثبات الاقرار الضمني فيفرق بين أن يكون هذا الاقرار مستخلصاً من تصرف قانوني أو من واقعة مادية : فإذا كان مستخلصاً من واقعة مادية كتسليم المدين عيناً للدائن على سبيل الرهن الحيازي ، فهو يثبت بثبوت الواقعة المادية الدالة عليه ، واثبات هذه الواقعة المادية يمكن أن يكون بأي وسيلة من وسائل الاثبات . أما إذا كان مستخلصاً من تصرف قانوني كأداء الفوائد ، أو الدفع بالمقاصة ، فيجب اثباته وفق القواعد العامة في الاثبات ولا بد إذن من دليل كتابي أو ما يقوم مقامه إذا زادت قيمة الالتزام على ٢٥٠ درهماً ولو كانت قيمة الفوائد المؤداة ، أو قيمة الدين الذي يطلب المدين اجراء المقاصة به تقل عن ٢٥٠ درهماً . يستثنى من ذلك ما إذا كان الاقرار الضمني مستخلصاً من أداء قسط من الدين حيث اشترط المشرع في كل حال أن يكون هذا الأداء ناتجاً عن سند ثابت التاريخ .

٤٠٧ - الآثار التي تترتب على قطع التقادم : يمكن جمع الآثار

التي تترتب على قطع التقادم حول القواعد التالية :

اولاً : إن المدة المنقضية قبل حصول السبب الذي أدّى إلى قطع

التقادم ، يزول كل أثر لها وتهدر من حساب مدة التقادم إذا ما عاد إلى السريان من جديد . وقد أعلن المشرع عن هذه القاعدة في مطلع المادة ٣٨٣ بقوله : « إذا انقطع التقادم بوجه صحيح ، لا يحسب في مدة التقادم الزمن السابق لحصول ما أدى إلى انقطاعه . » فلو أن الدائن أقام دعوى على مدينه ليطالبه بدين يتقادم بخمس عشرة سنة في وقت كان انقضى على استحقاق الدين عشر سنين ، ثم ردت هذه الدعوى لعدم الاختصاص مثلاً واكتسب الحكم الدرجة القطعية ، وأهمل الدائن المطالبة بدينه بعد ذلك ، فإن المدين لا يستطيع ، إذا ما أراد الادلاء بالتقادم أن يدخل في الحساب مدة العشر سنين المنقضية قبل إقامة الدعوى التي ردت لعدم الاختصاص لأن هذه المدة يجب اعتبارها قد هدرت وكأن لم تكن .

ثانياً : إن تقادماً جديداً يبدأ سريانه من وقت زوال السبب الذي أدّى إلى قطع التقادم . وهذا ما نبه إليه المشرع في المادة ٣٨٣ حيث بعد إعلانه وجوب عدم احتساب الزمن السابق على حصول قطع التقادم أضاف إن « مدة جديدة تبدأ للتقادم من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع » .

ثالثاً : الأصل أن مدة التقادم الجديد تكون نفس مدة التقادم القديم الذي انقطع . فلو ترتب مثلاً تعويض لطبيب إزاء مريضه ، وقبل انقضاء سنتين على استحقاق هذا التعويض وهي المدة التي تتقادم فيها أجور الأطباء (المقطع الأول من الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨) ،

طلب المريض أجلاً للوفاء ، فإن هذا الطلب يترتب عليه قطع التقادم ويبدأ من تاريخ وقوعه تقادم جديد تكون مدته سنتين كالتقادم القديم، لأن مدة التقادم تبقى كما كانت عندما تعود إلى السريان، بعد زوال السبب الذي أدى إلى قطع التقادم .

على أن التقنيات تستثني عادةً من هذه القاعدة ، بنص صريح ، ما إذا كان الدين الخاضع للتقادم القصير قد صدر حكم نهائي به أو صدر عن المدين إقرار صريح بترتبه في ذمته ؛ فهذا الدين ، بعد صدور الحكم أو الإقرار ينقلب إلى دين عادي يخضع للتقادم العادي : ففي فرنسا قرر المشرع ^(١) أن الديون التي تتقادم بسنتين أو أقل والوارد تعدادها في المواد ٢٢٧١ إلى ٢٢٧٣ تضحى خاضعةً للتقادم العادي وقدره ثلاثون سنة إذا صدر حكم بالزام المدين بها أو إذا أقرّ المدين بترتب الدين في ذمته في ذيل محاسبة أو فاتورة أو ورقة منظمة لدى موثق شرط أن تكون هذه الوثائق مثبتةً لمقدار الدين . ويرر الفقه هذا التحويل في مدة التقادم بقولهم إن التقادم القصير مبني على قرينة الوفاء ؛ فإذا صدر حكم بالدين أو أقر به المدين صراحةً فإن هذه القرينة تنتفي وبانتفاءها لا يبقى من مبرر للبقاء على التقادم القصير . وفي مصر وسورية ، بعد أن قرر المشرع وجوب اعتبار مدة التقادم الجديد نفس مدة التقادم القديم أوضح أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي فأياً كانت مدة التقادم السابق

(١) راجع الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧٤ .

تصبح مدة التقادم الجديد ، مدة التقادم العادي وهي خمس عشرة سنة وإذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بأقرار المدين ، اوضحت مدة التقادم الجديد كذلك مدة التقادم العادي أي خمس عشرة سنة^(١) . وفي لبنان طبق المشرع قاعدة تحويل مدة التقادم على جميع حالات التقادم القصير ووضع على قدم المساواة صدور الحكم وصدور إقرار بالدين من المدين فقال : « إذا جرى الاعتراف بالدين في صك أو أثبت هذا الدين بحكم فالمهلة الجديدة لمرور الزمن تبقى عشر سنوات »^(٢) .

أما في المغرب فلم يعرض المشرع للموضوع بنص صريح . ورغم ذلك فيجب الأخذ بقاعدة تحويل مدة التقادم في حالي صدور حكم أو صدور إقرار صريح عن المدين وذلك عملاً بمقتضيات المبادئ العامة : ذلك أن الدين الذي كان يخضع للتقادم القصير ، بمجرد صدور حكم به ، أو إقرار صريح عن المدين بترتبه في ذمته ، ينقلب ديناً جديداً بطريق تجديد سببه فيخرج بذلك عن الاستثناءات التي يخضعها المشرع للتقادم القصير ويضحي ديناً عادياً تنطبق عليه القاعدة العامة القائلة بتقادم الحقوق والالتزامات بخمس عشرة سنة . وجدير بالذكر أن فكرة التجديد (novation) هي التي يستند إليها الفقه والقضاء في فرنسا للقول بتحول مدة التقادم من مدة قصيرة إلى مدة

(١) راجع المادة ٣٨٥ من القانون المدني المصري والمادة ٣٨٢ من القانون المدني السوري .

(٢) راجع الفقرة الثانية من المادة ٣٥٩ .

طويلة^(١). وليس ما يمنع الأخذ بنفس الفكرة في المغرب والاستناد إليها لتبرير تحول الدين الخاضع لتقادم قصير إلى دين يخضع للتقادم العادي في حالة الحكم به أو في حالة صدور إقرار صريح عن المدين بترتبه في ذمته.

رابعاً: الأصل أن انقطاع التقادم ينحصر أثره بطرفي الالتزام الذي انقطع تقادمه. وعليه إذا آل دين لعدة ورثة وانقسم فيما بينهم وقطع أحدهم التقادم ضد المدين، فإن أثر هذا القطع ينحصر أثره به وحده ولا يتعداه إلى بقية الورثة الذين يبقى التقادم سارياً عليهم؛ وكذلك إذا قطع الدائن التقادم ضد الكفيل فلا يقطععه ضد المدين الأصلي؛ وإذا قطعه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا ينقطع بالنسبة للآخرين (الفقرة الثانية من المادة ١٧٦). ولما كان ورثة الدائن وخلفاؤه حكمهم حكم الدائن نفسه، فقد كان طبيعياً أن يمتد أثر قطع التقادم إليهم. ولهذا قرر المشرع في المادة ٣٨٥ أنه «يسوغ التمسك بانقطاع التقادم في مواجهة ورثة الدائن وخلفائه».

ولكن ثمة استثناءات توجد لهذا الأصل يمتد فيها أثر الانقطاع إلى غير طرفي الالتزام الذي انقطع تقادمه. من ذلك ما نصت عليه المادة ٣٨٤ من أن انقطاع التقادم ضد الوارث الظاهر أو غيره ممن يحوز

(١) جوسران، المرجع السابق نبذة رقم ٩٨٨ صفحة ٥١٩ و ٥٢٠ - وكولان

وكايتان، المرجع السابق نبذة رقم ٣٦٩ صفحة ٣٥٢ - والسنهوري المرجع السابق

الهامش رقم ٢ صفحة ١١٢٠.

الحق ، يسري على من يخلفه في حقوقه من وارث أو مالك حقيقي .
 من ذلك أيضاً أن الأفعال التي تقطع التقادم لصالح أحد الدائنين
 المتضامين أو لصالح أحد الدائنين بالتزام غير قابل للانقسام تفيد
 الآخرين (المادة ١٥٩ والمادة ١٨٥) . وأن قطع التقادم إذا حصل
 ضد أحد المدينين بالتزام غير قابل للانقسام انتج أثره ضد الباقيين -
 (المادة ١٨٥) . وأن قطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي يمتد إلى
 الكفيل (المادة ١١٥٨) .

ولكن امتداد أثر التقادم إلى غير طرفي الالتزام الذي انقطع
 تقادمه يظل أمراً استثنائياً . وتبقى القاعدة الأصلية التي يجب الرجوع
 إليها أن قطع التقادم لا يتعدى أثره حلقة الدائن والمدين في هذا الالتزام .

٢ - وقف التقادم

٤٠٨ - أسباب وقف التقادم بعضها يتعلق بالشخص وبعضها
 يرجع إلى ظروف مادية اضطرارية : عرض المشرع لأسباب وقف
 التقادم في المواد ٣٧٨ و ٣٧٩ و ٣٨٠ . ومن الرجوع إلى هذه النصوص
 يتضح أن أسباب وقف التقادم ليست من طبيعة واحدة : فبعضها
 مستمد من اعتبارات تتعلق بشخص الإنسان وبعضها يرجع إلى ظروف
 مادية اضطرارية .

٤٠٩ - أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص : قرر المشرع
 وقف التقادم لمصلحة الأشخاص الآتي بيانها : (أ) الدائن الذي يكون

مرتبطاً بالمدين برابطة الزوجية ، أو البنوة ، أو الأبوة أو الأمومة ،
أو الولاية الشرعية ؛ (ب) القاصرين وناقصي الأهلية ؛ (ج) المفقود
والغائب ^(١) ؛ (د) الدائن الذي يقوم مانع أدبي يتعذر معه عليه أن
يطلب بحقه .

لنوضح كلا من هذه الأسباب .

٤١٠ - (آ) وقف التقادم لمصلحة الدائن الذي يكون مرتبطاً
بالمدين برابطة الزوجية أو البنوة ، أو الأبوة أو الأمومة ، أو الولاية
الشرعية : إن قيام رابطة الزوجية ، أو البنوة ، أو الأبوة أو الأمومة ،
أو الولاية الشرعية بين الدائن والمدين لما يجعل الدين غير قابل للتقادم ،
إذا كان الدين قد نشأ ومثل هذه الرابطة قائمة بينهما . وهذا ما حمل
المشرع على القول في المادة ٣٧٨ أن لا محل لأي تقادم بين الأشخاص
الذين توجد فيما بينهم رابطة من هذا النوع . وهذا ما دفعنا إلى
اعتبار الالتزامات القائمة بين الأزواج أو بين الأبْن وبين أبيه أو
أمه ، أو بين ناقصي الأهلية والأشخاص الاعتبارية وبين من لهم عليهم
ولاية شرعية التزامات غير قابلة للتقادم وبحسبنا فيها على أساس أنها
استثناء لمبدأ شمول التقادم كل التزام وكل دعوى تتعلق به .

(١) ورد في نص الفقرة الرابعة من المادة ٣٨٠ أن التقادم يقف « ضد الغائبين ...
ويعتبر في حكم الغائب من يوجد بعيداً عن المكان الذي يتم فيه التقادم » ، في حين
ورد في النص الفرنسي لفظ « absent » . وهذا اللفظ يفيد « المفقود » لا الغائب
الذي يوجد بعيداً عن موطنه والذي ينطبق عليه المقطع الأخير من النص .

على أنه لا بد لنا أن نردد ما سبق أن لفتنا النظر إليه من أن رابطة الزوجية ، أو البنوة ، أو الأبوة أو الأمومة ، أو الولاية يمكن أن تكون سبباً لوقف التقادم إذا كان الالتزام نشأ قبل قيام مثل هذه الرابطة بين الدائن والمدين ثم وجدت تلك الرابطة نتيجة ارتباط الدائن والمدين برابط الزوجية . أو نتيجة كون الدين المترتب على الأب أو الأم أو ابنهما . أو على ولي ناقص الأهلية أو الشخص الاعتباري ، قد انتقل بالجوالة أو بالوصية إلى ابن المدين أو إلى أبيه أو أمه . أو إلى ناقص الأهلية أو الشخص الاعتباري الخاضع لولاية المدين (١) .

لذا وجب علينا أن نثبت هنا . إذ نعرض لأسباب وقف التقادم . أن التقادم . إذا كان بدأ في سريانه . فإنه يمكن أن يتوقف عن السير لمصلحة الدائن إذا ربطته بالمدين رابطة الزوجية . أو البنوة . أو الأبوة أو الأمومة . أو الولاية الشرعية .

٤١١ - (ب) وقف التقادم لمصلحة القاصر وناقص الأهلية :

ورد في المادة ٣٧٩ أن التقادم « لا يسري ضد القاصرين غير المرشدين وناقصي الأهلية الآخرين إذا لم يكن لهم وصي أو مساعد قضائي أو مقدم ، وذلك إلى ما بعد بلوغهم سن الرشد أو ترشيدهم أو تعيين نائب قانوني لهم » .

يستدعي هذا النص الملاحظات التالية :

(١) راجع نبذة رقم ٣٨٦ صفحة ٥٢٥ أعلاه .

أولاً : إن المشرع المغربي اشترط لوقف التقادم لمصلحة القاصرين غير المرشدين وناقصي الأهلية ، أن لا يكون لهم نائب شرعي يعنى بشؤونهم . أما إذا كان إلى جانبهم ولي أو وصي أو مقدم فإن التقادم يسري بخفتهم كما يسري بحق الراشدين . وعلى النائب الشرعي أن يبادر إلى اتخاذ الاجراءات اللازمة لقطع التقادم أو للمطالبة بحق القاصرين أو ناقصي الأهلية وإلا كان مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بهم .

ويتفق الموقف الذي وقفه المشرع المغربي . من حيث تعليق وقف التقادم لمصلحة القاصرين وناقصي الأهلية على عدم وجود نائب شرعي لهم . مع الموقف الذي وقفه كل من المشرع اللبناني والمشرع المصري والمشرع السوري ^(١) ؛ ولكنه يختلف عن الموقف الذي اختاره المشرع الفرنسي والقاضي بوقف التقادم لمصلحة القاصرين وناقصي الأهلية حتى لو كان لهم نائب شرعي يدير شؤونهم ^(٢) .

ونحن نعتقد أن المشرع المغربي أحسن صنفاً فيما ذهب إليه لأنه ليس من ضرورة استدعي تقرير وقف التقادم لمصلحة القاصر أو ناقص الأهلية الذي يوجد إلى جانبه نائب شرعي يعنى بأموره ويتولى إدارة شؤونه ولا سيما أن أي ضرر لا يلحق من حيث النتيجة بالقاصر أو

(١) راجع المادة ٣٥٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة ٣٨٢ من القانون

المدني المصري والمادة ٣٧٩ من القانون المدني السوري .

(٢) راجع المادة ٢٢٥٢ من القانون المدني الفرنسي .

بناقص الأهلية ما دام النائب الشرعي يتحمل مسؤولية ضياع الحق إذا ما تقادم بفعله أو بخطأه .

ثانياً : إن المشرع المغربي قرر وقف التقادم لمصلحة القصر وناقصي الأهلية الذين ليس لهم نائب شرعي بصورة مطلقة لا فرق بين تقادم عادي مدته خمس عشرة سنة وبين تقادم قصير مدته خمس سنوات أو سنتان أو سنة واحدة .

ويتفق المشرع المغربي في ذلك مع المشرع اللبناني الذي أوجب هو أيضاً وقف كل تقادم أياً كان نوعه لمصلحة القصر وناقصي الأهلية ^(١) . أما المشرع الفرنسي ومن بعده كل من المشرع المصري والمشرع السوري فقد آثروا حصر وقف التقادم بالنسبة لهؤلاء على التقادم الطويل الذي تزيد مدته على خمس سنوات ^(٢) . أما التقادم القصير الذي تكون مدته خمس سنوات أو أقلّ من ذلك فيسري على الدائنين كافة حتى ولو كانوا قصرأ أو ناقصي الأهلية .

والحكم الذي اتبعه كل من التقنين المغربي والتقنين اللبناني في هذا الخصوص ، يفضل في رأينا الحكم الذي اتبعته التقنينات الأخرى : ذلك أن الهدف من وقف التقادم هو حماية القاصر أو ناقص الأهلية الذي لم يعين له نائب قانوني ؛ وهذه الحماية واجبة أياً كانت مدة

(١) راجع المادة ٣٥٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٢) راجع المادة ٢٢٥٢ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٣٨٢ من القانون

المدني السوري والمادة ٣٧٩ من القانون المدني السوري .

التقادم . بل هي في الواقع أكثر ضرورة^١ في التقادم القصير منها في التقادم الطويل لأن أسباب وقف التقادم للقصير أو نقص الأهلية قد تزول قبل انقضاء مدة التقادم الطويل فيرشد القاصر أو يبلغ سن الرشد ويثوب ناقص الأهلية إلى رشده ، أو يعين لهما في كل حال نائب قانوني فيصان الحق الذي كان مهدداً بالضيايع وتتخذ الاجراءات اللازمة في الوقت المناسب لقطع تقادم الحق أو للمطالبة به . أما بالنسبة للتقادم القصير فقد تنقضي على الغالب مدته قبل زوال أسباب وقفه وتكون بالتالي حقوق القاصر أو ناقص الأهلية عرضة^٢ لضيايع أكيد .

ثالثاً : إن وقف التقادم يستمر بالنسبة للقاصر حتى يرشد وإلا فحتى بلوغه سن الرشد ؛ ويستمر بالنسبة لناقص الأهلية حتى زوال سببه بعودة المجنون إلى عقله وكف السفه عن تبذيره . هذا كله ما لم يعين للقاصر أو ناقص الأهلية نائب قانوني قبل ذلك ، حيث بمجرد تعيين هذا النائب القانوني يزول أثر الوقف ويعود التقادم إلى السريان .

٤١٢ - (ج) وقف التقادم لمصلحة المفقود والغائب : نصت الفقرة الرابعة من المادة ٣٨٠ على أن التقادم لا يسري « ضد الغائبين » إلى أن يثبت غيابهم ويعين نائب قانوني عنهم . ويعتبر في حكم الغائب من يوجد بعيداً عن المكان الذي يتم فيه التقادم . « إن ما قصده المشرع بهذا النص هو تقرير وقف التقادم لمصلحة المفقود (absent) »^(١) .

(١) راجع الهامش رقم (١) في الصفحة ٥٦٣ أعلاه .

والمفقود هو الشخص الذي لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكنه لا يعرف له مكان (١). فإلى أن يتثبت القاضي من فقدان الشخص أصولاً ويعين له نائباً شرعياً، يقف سريان التقادم بحقه. ويعتبر بحكم المفقود « الغائب » أي الشخص الذي يوجد بعيداً عن المكان الذي يتم فيه التقادم ويمتنع عليه بسبب هذا البعد المطالبة بحقه أو على الأقل اتخاذ الإجراءات اللازمة لقطع تقادم هذا الحق. فالتقادم يقف سريانه بحق الغائب إلى أن تنتهى له أسباب العودة إلى مباشرة أعماله.

٤١٣ - (د) وقف التقادم لمصلحة الدائن الذي يقوم مانع أدبي يتعذر معه عليه أن يطالب بحقه : بعد أن قرر المشرع المغربي وقف التقادم لمصلحة أشخاص معينين عددهم في المواد ٣٧٨ و ٣٧٩ و ٣٨٠، أضاف مبدأ عاماً في الفقرة الأخيرة من المادة ٣٨٠ ، سؤداه أن التقادم يقف سريانه لمصلحة أي دائن « يوجد بالفعل في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال الأجل المقرر للتقادم ». ومثل هذا المبدأ أخذ به كثير من التشريعات : فالتقنين اللبناني أوجب وقف التقادم لمصلحة الدائن « إذا استحال عليه قطعه لسبب لم يكن فيه مختاراً » (٢) ؛ وكل من التقنين المصري والتقنين السوري أيّد بدوره عدم سريان التقادم « كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب

(١) راجع المادة ٢٠٢ من قانون الأحوال الشخصية في سورية .

(٢) راجع المادة ٣٥٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

بحقه ولو كان المانع ادبياً^(١) ... ». أما في فرنسا فالمشرع أورد على سبيل الحصر أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى حالة الأشخاص وأنكر بذلك قاعدةً تقليدية كانت سائدة في القانون المدني الفرنسي القديم وبمقتضاها يجب وقف سريان التقادم ضد الدائن لأي مانع يتعذر معه عليه القيام بقطعه .

وهذا المبدأ العام الذي أعلنته الفقرة الأخيرة من المادة ٣٨٠ يتسع لشمول حالات عديدة غير الحالات القانونية التي خصها المشرع بالذكر . ومثلها علاقة الموكل بالوكيل في حدود أعمال الوكالة وما دامت الوكالة قائمة . وعلاقة الخادم بالمخدوم ما دام عقد الاستخدام قائماً ، وعلاقة القرابة أياً كانت إذا بدت علاقة وثيقة واقرنت بملاسات تؤكد وجود الظروف المانعة من المطالبة بالحق .

وتقدير وجود مثل هذه الظروف التي تقوم معها حالات يقف فيها التقادم عن السريان متروك لسلطان القاضي الذي له أن يعتبرها سبباً موقفاً للتقادم وله أن لا يرى فيها شيئاً من ذلك . بخلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة لحالات وقف التقادم القانونية التي عددها المشرع والتي لا يستطيع القاضي ، إذا وجدت واحدة منها ، إلا أن يرتب عليها وقف التقادم .

والقاضي في تقديره حالات وقف التقادم المستمدة من « ظروف

(١) راجع المادة ٣٨٢ من القانون المدني السوري والمادة ٣٧٩ من القانون

المدني السوري .

تجعل من المستحيل على الدائن أن يطالب بحقه « لا يخضع لرقابة المجلس الأعلى . إنما يجب عليه أن يستعمل الحكمة في تقديره ويضبط بإحكام حدود الظروف المانعة من المطالبة بالحق ، حتى لا تنفذ ثغرات إلى نظام التقادم ولا يختل الأساس الذي يقوم عليه .

٤١٤ - أسباب وقف التقادم العائدة لظروف مادية اضطرارية :

إن ما أوردته المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة ٣٨٠ من أن التقادم لا يسري بحق الدائن الذي « يوجد بالفعل في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال الأجل المقرر للتقادم » لا يقتصر على الحالات التي يمتنع فيها على الدائن المطالبة بحقه لاعتبارات معنوية تتعلق بالشخص ، وهي حالات اتينا على ذكرها في النبذة السابقة ، بل هو يتسع للحالات التي يرجع فيها المانع من ممارسة الحق إلى ظرف مادي اضطراري يقرب من القوة القاهرة : مثل ذلك انقطاع المواصلات بسبب الفيضانات بحيث امتنع على الدائن الوصول إلى مقر المحكمة لاتخاذ الاجراءات اللازمة للمطالبة بحقه ؛ مثل ذلك أيضاً نشوب حرب مفاجئة أو حدوث اضطرابات أو قيام فتنة في البلاد أو إعلان الأحكام العرفية إذا كان أدى ذلك إلى منع المواطنين من مزاوله أعمالهم . وكذلك يعتبر سبباً موقفاً لسريان التقادم جهل الدائن بوجود حقه من غير تقصير منه .

ففي هذه الحالات وما شابهها يتوقف التقادم عن السريان طالما الظروف الاضطراري المانع من المطالبة بالحق قائماً .

وهنا أيضاً يترك لقاضي الموضوع تقدير وجود هذا الظرف وأثره ولا معقب على هذا التقدير من المجلس الأعلى .

٤١٥ - الآثار التي تترتب على وقف التقادم : يمكن جمع الآثار التي تترتب على وقف التقادم حول القاعدتين التاليتين :

أولاً : إذا وقف التقادم لسبب يوجهه، فإن سيره يتعطل ولا يعود إلى السريان إلا من وقت زوال هذا السبب . وإذا زال السبب الموقوف وعاد التقادم إلى السريان . فإن المدة التي كان وقف خلالها لا تحسب ضمن مدة التقادم ؛ ولكن المدة السابقة تؤخذ بعين الاعتبار وتضاف إلى المدة التالية لزوال السبب الواقف . فلو أن دائناً بحق يتقادم بخمس عشرة سنة أهمل مثلاً المطالبة بحقه عشر سنين ثم غادر البلاد وانقطعت أخباره بحيث وجب اعتباره بحكم المفقود ولم يعين له نائب قانوني إلا بعد انقضاء سنتين . فمدة السنتين هذه التي وقف فيها التقادم عن- السريان لا تدخل في حساب التقادم ؛ إنما يعاود التقادم سريانه منذ تعيين النائب القانوني للمفقود بحيث إذا مرت خمس سنوات بعد هذا التعيين دون المطالبة بالحق ، اعتبر ساقطاً بالتقادم لأن هذه السنوات الخمس تضاف إلى السنوات العشر السابقة وتكتمل فيها مدة التقادم .

ثانياً : الأصل أن وقف التقادم ينحصر أثره بالشخص الذي تقرر الوقف لمصلحته ولا يستفيد من ذلك أحد سواه . فلو وقف التقادم لمصلحة أحد الورثة بسبب قصره ، فإن أثر هذا الوقف لا يمتد إلى الورثة الراشدين . وكذلك لا يستفيد دائن متضامن من وقف التقادم

بسبب نقص أهلية دائن متضامن آخر . وإذا وقف سريان التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين ، فلا يسوغ للدائن أن يتمسك بذلك إزاء باقي المدينين (الفقرة الثانية من المادة ١٧٦) .

على أن لهذا الأصل ثمة استثناءات منها أن التقادم إذا وقف بالنسبة إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام ، فإن طبيعة عدم تجزئة المحل تقتضي وقف سريان التقادم بالنسبة إلى باقي المدينين . ومنها كذلك أن التقادم إذا وقف لصالح أحد الدائنين في التزام غير قابل للانقسام ، انتفع بذلك سائر الدائنين نظراً لما تقتضيه طبيعة عدم التجزئة (١) .

ولكن امتداد أثر وقف التقادم إلى غير الشخص الذي تقرر الوقف لمصلحته يبقى أمراً استثنائياً وتبقى القاعدة الأصلية في هذا الخصوص أن وقف التقادم يجب حصره بالشخص الذي قام به السبب الواقف .

المطلب الرابع

الاتفاقات المعدلة لمدة التقادم القانونية

٤١٦ - وجوب التمييز بين الاتفاقات التي تطيل مدة التقادم والاتفاقات التي تقصرها : (آ) بعض التشريعات منعت صراحةً الاتفاق مقدماً على تعديل مدة التقادم التي قررها القانون لا بالزيادة ولا بالنقص .

(١) السهوري ، المرجع السابق ، الهامش رقم (١) صفحة ١٠٨٧ .

فهكذا مثلاً قرر كل من المشرع المصري والمشرع السوري أنه « لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون ^(١) ». وهكذا أيضاً قرر المشرع اللبناني أنه « لا يجوز للدائن أن يطيل أو يقصر مدة مرور الزمن ^(٢) » .

(ب) أما القانون المدني الفرنسي فهو لم يعرض للموضوع بنص صريح . إنما الفقه والاجتهاد ، استناداً إلى النص الوارد في المادة ٢٢٢٠ والذي يمنع النزول مقدماً عن التقادم ، استقرا على تحريم الاتفاق على إطالة مدة التقادم لأن هذه الإطالة تكون بمثابة نزول مسبق عن التقادم . ولكنهما أجازا الاتفاق على تقصير مدة التقادم بحجة أن تقصير المدة يخدم مصلحة المدين . ولكن الواقع أثبت أن كثيراً ما يكون المدين هو الجانب القوي كما في العقود الإذعانية ، كعقود التأمين حيث يضمن المؤمن بولصة التأمين بنوداً تنص على تقصير مدة التقادم بل وعلى إسقاط حق المؤمن له إذا لم يتم خلال مدة قصيرة بالتبليغ عن الحادث أو بتقديم المستندات . لذلك وجد المشرع الفرنسي أن يحرم في قانون ١٣ يوليوز ١٩٣٠ المنظم لعقد التأمين في فرنسا أي اتفاق على تقصير مدة التقادم في عقود التأمين ^(٣) .

(١) راجع المادة ٣٨٨ من القانون المدني المصري والمادة ٣٨٥ من القانون المدني السوري .

(٢) راجع المادة ٣٤٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٣) كولان وكابيتان ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٣٦٤ صفحة ٣٤٧ و ٣٤٨ - وجوسران المرجع السابق نبذة رقم ٩٩٠ ورقم ٩٩١ صفحة ٥٢١ و ٥٢٢ .

فالقاعدة العامة في فرنسا تقوم إذن على التمييز بين العقود المتضمنة إطالة مدة التقادم ، وبين العقود التي تنطوي على تقصير هذه المدة : فالعقود المطيلة لمدة التقادم هي ممنوعة وباطلة ؛ أما العقود المقصرة لهذه المدة فتقع صحيحة وتنتج آثارها ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك .

(ج) وفي المغرب عرض المشرع للاتفاقات المعدلة لمدة التقادم في المادة ٣٧٥ فقال : « لا يسوغ للمتعاقدين ، بمقتضى اتفاقات خاصة ، تمديد أجل التقادم إلى أكثر من الخمس عشرة سنة التي يحددها القانون » . ورغم أن هذا النص ورد قاصراً ، كما هو ظاهر ، على مدة التقادم الطويل . فإنه مما لا ريب فيه أن الحكم الذي ينطوي عليه يجب تطبيقه على سائر مدد التقادم والقول بمنع أي اتفاق يتضمن تمديد مدة التقادم لا فرق بين أن يكون هذا التقادم عادياً مدته خمس عشرة سنة أم قصيراً مدته خمس سنوات أو سنتان أو سنة واحدة : ذلك أن الاتفاق على إطالة مدة التقادم بصورة مسبقة يحمل معنى التنازل مقدماً عن التقادم ويتعارض ونص المادة ٣٧٣ وبمقتضاه « لا يسوغ التنازل مقدماً عن التقادم » . وهو نص مماثل للنص الوارد في القانون المدني الفرنسي والذي بالاستناد إليه قرر الفقه والقضاء منع الاتفاق على تمديد مدة التقادم قصيراً كان أم طويلاً .

أما الاتفاقات الرامية إلى تقصير مدة التقادم فليس ثمة ما يمنعها قانوناً ؛ لا بل إن نص المادة ٣٧٥ إذ منع الاتفاقات التي تتضمن تمديد أجل التقادم . يكون . من طريق المفهوم المعاكس ، قد أقر

ضمناً جواز الاتفاقات التي تهدف تقصير هذا الأجل .
وعليه ، ففي المغرب كما في فرنسا يميز بين الاتفاق على إطالة
مدة التقادم فيقع باطلا وبين الاتفاق على تقصير هذه المدة فيكون صحيحاً
منتجاً آثاره .

ولا بد لنا من سوق الملاحظتين التاليتين :

اولاً : قد يحصل أن يحيز القانون على سبيل الاستثناء الاتفاق على
زيادة مدة التقادم . فهكذا مثلاً بعد أن حددت المادة ٥٧٣ تقادم
الدعوى الناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من
الصفات الموعود بها بمدة ٣٦٥ يوماً بعد التسليم بالنسبة للعقارات وبمدة
٣٠ يوماً بعد التسليم بالنسبة للمنقولات والحيوانات . أضافت أنه « يسوغ
تمديد هذه الآجال أو تقصيرها باتفاق المتعاقدين » . وبدهي أنه في حالة
وجود نص صريح كهذا النص يعتبر الاتفاق على زيادة مدة التقادم
اتفاقاً صحيحاً وذلك استثناء من القاعدة العامة القائلة ببطلان مثل هذا
الاتفاق .

ثانياً : إن منع تمديد مدة التقادم يقصد به حظر الاتفاق على
تمديد مدة التقادم مسبقاً وقبل أن يبدأ . ولكنه لا يتناول الاتفاق الذي
يهدف وقف سريان تقادم بصورة مؤقتة ريثما ينجلي أمر يتعلق بوجود
الدين الذي بدأ يتقادم . فمثل هذا الاتفاق يعتبر صحيحاً ^(١) . وقد

(١) كولان وكابيتان المرجع السابق نبذة رقم ٣٦٤ صفحة ٣٤٧ - وجوسران

المرجع السابق نبذة رقم ٩٩٢ صفحة ٥٢٢ .

حصل أن محكمة النقض في بلجيكا قررت الاعتداد باتفاق أبرم بين إدارة البريد وصاحب حوالة بريدية ادّعى أن الإدارة دفعت الحوالة إلى شخص انتحل اسمه زوراً، وتضمن هذا الاتفاق قبول صاحب الحوالة بإرجاء إقامة الدعوى ريثما تنتهي التحقيقات التي تجريها النيابة العامة وإدارة البريد ، وموافقة إدارة البريد على وقف سريان مدة التقادم طيلة فترة الانتظار (١).

فوقف التقادم يتم إذن بإرادة الإنسان كما يحصل بإرادة المشرع . وليس في الاتفاق على الوقف أي معنى للتنازل المسبق ، ما دام هو يقع في وقت يكون فيه التقادم بدأ يسري ، ووجد الطرفان ، تحقيقاً لمصلحة مشتركة ، إعاقته عن المضي بصورة موقته .

الفرع الثالث إعمال التقادم المسقط وآثاره

٤١٧ - المواضيع التي تتصل بهذا الفرع : إذا اكتملت مدة التقادم المسقط بالنسبة للالتزام ما ، فإن هذا الالتزام لا ينقضي من تلقاء نفسه بل لا بد للمدين من التمسك بالتقادم . وقد يرى المدين بدل التمسك به أن ينزل عنه ويحول بذلك دون ترتيب الآثار التي كان يمكن أن تترتب عليه .

فالمواضيع التي يجب بحثها هي إذن وجوب التمسك بالتقادم ، ثم

(١) محكمة النقض البلجيكية قرار ٤ أكتوبر ١٨٩٤ دالوز ١٨٩٦-٢-١٦٩.

الآثار التي تترتب على التقادم إذا تمسك به ذو المصلحة . ثم النزول عن التقادم بعد اكتمال مدته .

وسنفرد مبحثاً مستقلاً لكل من هذه المواضيع وعليه سيشتمل هذا الفرع على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : وجوب التمسك بالتقادم .

المبحث الثاني : آثار التقادم .

المبحث الثالث : النزول عن التقادم .

المبحث الأول

وجوب التمسك بالتقادم

٤١٨ - لا بد لذي المصلحة من التمسك بالتقادم ولا يجوز للقاضي الاستناد اليه من تلقاء نفسه : نصت المادة ٣٧٢ على أن « التقادم لا يسقط الدعوى بقوة القانون ، بل لا بد لمن له مصلحة فيه أن يحتج به . وليس للقاضي أن يستند إلى التقادم من تلقاء نفسه » .

فمن هذا النص يتبين بوضوح أن التقادم لا يسقط الدعوى إلا إذا تمسك به ذو المصلحة . ويعني ذلك أن التقادم لا يكون بصورة دعوى يقيمها المدين بقصد إعلان سقوط حق دائنه بالتقادم ، بل هو يتخذ صورة دفع (exception) يتقدم به المدعى عليه رداً على دعوى المدعي ليتحقق له رد هذه الدعوى .

والدفع بالتقادم ليس من متعلقات النظام العام . لذا وجب على

ذي المصلحة أن يثبته من نفسه ليحكم به القاضي . أما إذا أهمل المدعى عليه الادلاء بالتقادم فإنه يمتنع على القاضي الأخذ به من تلقاء ذاته ، لأن رد الدعوى بالتقادم ، كردها بقوة الشيء المقضي ، لا يحكم به إلا بطلب من الخصوم .

ثم إن الدفع بالتقادم ليس من الدفوع الشكلية بل هو دفع في الجوهر . وعليه لا يستطيع المدعي الذي ردت دعواه على أساسه ، أن يجدد الدعوى ولو غيّر في المبررات وفي الأسلوب (١) .

٤١٩ - من هو ذو المصلحة في التمسك بالتقادم : ورد في المادة ٣٧٢ أن لذي المصلحة التمسك بالتقادم . فمن هو ذو المصلحة في ذلك؟ (أ) الأصل أن المدين هو الذي له التمسك بالتقادم ليبرئ ذمته من الدين الذي يطالبه به الدائن . فالمدين ، الذي يعلم أن ذمته بريئة ، يفضل بدل أن يتحمل عبء اثبات براءة ذمته ، الادلاء بالتقادم وهو مرتاح الضمير مطمئن البال . أما إذا كانت ذمته ما زالت مشغولة بالدين فقد تأبى عليه نفسه أن يدفع دعوى المدعي بالتقادم .

(ب) وخلف المدين حكمه حكم المدين بالذات من حيث التمسك بالتقادم . ويستوي الخلف العام والخلف الخاص في ذلك : فإذا طولبت تركة المدين بالدين ، جاز للورثة دفع هذه المطالبة عن طريق الادلاء بالتقادم ولا سيما إذا كان تعذر عليهم وجود وثائق تثبت براءة ذمة المورث وكانوا يعلمون أن مورثهم أدّى الدين الذي

(١) جوسران ، المرجع السابق ، نبذة رقم ٩٩٣ صفحة ٥٢٢ .

تطالب به تركته . وإذا طوّل المحال عليه بالدين . وكانت ذمة المحيل بريئة من هذا الدين ، استطاع المحال عليه ، بوصفه خلفاً خاصاً للمحيل ، أن يدلي بالتقادم شأنه شأن المحيل نفسه .

وغني عن البيان أن الفترة التي انقضت من أصل مدة التقادم ، والدين في ذمة السلف ، تضاف إلى المدة التي تمر بعد انتقال الحق إلى الخلف .

(ج) وللكفيل كذلك أن يتمسك بتقادم دين المدين الأصلي ، كأن يكون الدائن قطع التقادم بالنسبة للكفيل دون أن يقطعه بالنسبة للمدين الأصلي الذي استمر التقادم يسري لمصلحته ، إلى أن اكتملت مدته . ففي هذه الحالة إذا طوّل الكفيل بالدين ، جاز له أن يتمسك بانقضاء دين المدين الأصلي بالتقادم ومن ثمّ ببراءة ذمته ، هو الكفيل ، تبعاً لبراءة ذمة الأصلي .

وتجدر الإشارة إلى أن للكفيل التمسك بتقادم الدين في كل حال ولو تنازل عنه المدين الأصلي (المادة ٣٧٤) .

(د) وفي التشريعات التي تقر الدعوى غير المباشرة كما في التقنين الفرنسي ، والتقنين اللبناني ، وكل من التقنين المصري والتقنين السوري ، يجوز للدائن أن يتمسك بالتقادم بالنيابة عن مدينه فيما إذا أقيمت دعوى على هذا المدين وكانت قد تقادمت واحجم المدين مع ذلك عن المطالبة بردها رغم انقضاءها بالتقادم .

أما التشريع المغربي فهو لا يقر الدعوى غير المباشرة . ومع ذلك

فهو يسمح للدائن أن يتمسك بالتقادم ولو تنازل عنه المدين الأصلي (المادة ٣٧٤) . وعليه إذا أقدم دائن بدين تقادم . على إقامة دعوى على مدينه ، أو إذا أقدم على طلب الاشتراك بتوزيع أموال هذا المدين ، وأهمل المدين الادلاء بالتقادم . فإن من حق أي دائن آخر أن يتدخل في الدعوى أو في إجراءات التوزيع ، إن لم يكن طرفاً فيها ، ويتمسك بالتقادم ، حتى إذا ردت دعوى الدائن الذي سقط دينه بالتقادم أو رد طلب اشتراكه في عمليات التوزيع ، خلصت أموال المدين لدائنيه الآخرين الذين لم تتقادم ديونهم واستطاعوا استيفاء ديونهم من هذه الأموال .

(هـ) وفي التشريعات التي تعتبر أن انقضاء الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين يفيد باقي المدينين المتضامنين بقدر حصة هذا المدين ، كما في التشريع اللبناني والتشريع المصري والتشريع السوري ، يستطيع المدين المتضامن ، إذا ما طالبه الدائن بكامل الدين . أن يدفع بتقادم الدين الحاصل لمصلحة مدين متضامن آخر وذلك بقدر حصة هذا المدين .

أما التشريع المغربي فهو يعتبر أن انقضاء الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لا يفيد بقية المدينين (المادة ١٧٦) . وعليه يمتنع على هؤلاء المدينين الادلاء بالتقادم الحاصل لمصلحة أحدهم .

٤٢٠ - جواز التمسك بالتقادم في أي مرحلة من مراحل الدعوى أمام محاكم الأساس : يجوز لذي المصلحة التمسك بالتقادم في أي

مرحلة من مراحل الدعوى أمام محاكم الأساس : فله الدفع بالتقادم أمام محكمة الدرجة الأولى ولو بعد أن أدلى بدفوع أخرى شكلية أو موضوعية ، شرط طبعاً أن يقع ذلك قبل قفل باب المرافعة لأنه يمتنع على الخصوم الادلاء بأي طلب أو دفع بعد ذلك . وإذا فاته التمسك بالتقادم أمام محكمة الدرجة الأولى فله أن يستدرك الأمر في طور المحاكمة الاستئنافية ويدي بالتقادم لأول مرة أمام محكمة الاستئناف وفي أية حال كانت عليها الدعوى شرط ، هنا أيضاً ، أن يقع ذلك قبل قفل باب المرافعة .

ولكن ليس لذي المصلحة ، إذا كان لم يسبق له أن أدلى بالتقادم في المرحلتين الابتدائية والاستئنافية ، أن يتمسك بالتقادم لأول مرة أمام المجلس الأعلى في معرض الطعن بالنقض : ذلك أن المجلس الأعلى لا ينظر الا بالدفوع التي اثيرت أمام محاكم الأساس ما لم يكن من الدفوع المتعلقة بالنظام العام . والدفع بالتقادم ليس له مساس بالنظام العام .

على أن المجلس الأعلى ، إذا نقض الحكم المطعون فيه لسبب من الأسباب وأحال القضية على محكمة من محاكم الأساس ، فإن لذي المصلحة الادلاء بالتقادم أمام محكمة الاحالة لأنها محكمة أساس ، والتمسك بالتقادم جائز أمام محاكم الأساس في أي حالة كانت عليها الدعوى ^(١) .

(١) كولان دكاتيان . المرجع السابق نبذة رقم ٣٧١ صفحة ٣٥٣ -
جوسران ، المرجع السابق . نبذة رقم ٩٩٣ صفحة ٥٢٣ - والسنهوري المرجع
السابق نبذة رقم ٦٥٤ صفحة ١١٣٩ و ١١٤٠ .

المبحث الثاني

آثار التقادم

٤٢١ - وجوب التمييز بين المرحلة السابقة على التمسك بالتقادم وبين المرحلة التي تعقب ذلك: إن التقادم إذا اكتملت مدته لا يسقط الدعوى بقوة القانون . بل لا بد لمن له مصلحة فيه أن يحتج به (المادة ٣٧٢) .

فعلينا إذن . للإحاطة بآثار التقادم على الالتزام الذي اكتمل تقادمه ، أن نميز بين المرحلة السابقة على تمسك ذي المصلحة بالتقادم . وبين المرحلة التي تعقب ذلك .

٤٢٢ - (أ) آثار التقادم الذي اكتمل في المرحلة السابقة على التمسك به : إن الالتزام الذي اكتملت مدة تقادمه لا ينقضي بمجرد اكتمال هذه المدة . بل يظل التزاماً مدنياً ملزماً للمدين إلى أن يدفع بتقادمه .

ويترتب على ذلك نتائج عديدة نخص بالذكر منها ما يلي :

اولاً : إذا وفى المدين بالتزامه فلا يستطيع استرداد ما دفع بحجة أن التزامه قد انقضى بالتقادم وأنه دفع غير المستحق . وذلك حتى لو كان وفى بالالتزام وهو يجهل وقوع التقادم . فالمادة ٧٣ نصت صراحةً على أن « الدفع الذي يتم تنفيذاً لدين سقط بالتقادم ... لا يخول الاسترداد ... ولو كان الدافع يجهل واقعة التقادم » .

ثانياً : إذا كان المدين . رغم علمه بتقادم دينه ، قدم كفالة أو

أي ضمان آخر ، فإنه يعتبر قد تنازل ضمناً عن الادلاء بالتقادم وصحت الكفالة كما صحّ الضمان . أما إذا كان يجهل كون دينه قد تقادم وقت قدم الكفالة أو الضمان ، فإنه يستطيع الطعن بهذه التصرفات للغلط في القانون إذا توافرت الشروط التي يتطلبها القانون لإبطال الالتزام لغلط في القانون ^(١) ، كما يستطيع أن يدلي بعد ذلك بانقضاء دينه بالتقادم .

ثالثاً : إذا أصبح الدائن مديناً لمدينه بدين توافرت فيه شروط المقاصة، وتمسك الدائن بالمقاصة قبل أن يتمسك المدين بالتقادم انقضى الدينان بمجرد تلاقيهما، لأن الدين الذي اكتملت مدة تقادمه يبقى قائماً رغم اكتمال هذه المدة، ومن حق الدائن إجراء المقاصة بينه وبين دين ترتب عليه لمصلحة مدينه والتمسك بهذه المقاصة، ما دام وقع ذلك في وقت لم يكن المدين قد تمسك بعد بالتقادم .

٤٢٣ - (ب) آثار التقادم الذي اكتمل في المرحلة اللاحقة للتمسك به : إذا اكتملت المدة وتمسك المدين بالتقادم ترتب الأثران التاليان :

اولاً : انقضاء الالتزام وامتناع سماع الدعوى به .
ثانياً : تخلف التزام طبيعي في بعض الأحيان عن الالتزام المدني الذي انقضى بالتقادم .

(١) نصت المادة ٤٠ على أن « الغلط في القانون يخول لإبطال الالتزام : (١) - إذا

كان هو السبب الوحيد أو الأساسي ؛ (٢) - إذا امكن العذر عنه » .

لنوضح كلا من هذين الأثرين :

٤٢٤ - انقضاء الالتزام وامتناع سماع الدعوى به : (١) إذا تمسك المدين بالتقادم انقضى الالتزام وامتنع على الدائن مقاضاة المدين والزامه على الوفاء به . وهذا ما أعلنه المشرع في المادة ٣٧١ حيث قال : « التقادم خلال المدة التي يحددها القانون يسقط الدعوى الناشئة عن الالتزام » .

(٢) وانقضاء الالتزام لا يقتصر على الأصل بل هو يشمل سائر توابع هذا الأصل . وقد وجد المشرع أن يوضح هذه الناحية فقرر في المادة ٣٧٦ أن « التقادم يسقط الدعاوى المتعلقة بالالتزامات التبعية في نفس الوقت الذي يسقط فيه الدعوى المتعلقة بالالتزام الأصلي ، ولو كان الزمن المحدد لتقادم الالتزامات التبعية لم ينقض بعد » . فلو أن ديناً يتقادم بسنتين كان ينتج فائدة ، وانقضى على استحقاقه أكثر من سنتين وتمسك المدين بالتقادم عندما قاضاه الدائن ، لترتب على ذلك سقوط الدعوى بالدين وسقوط ما ترتب على هذا الدين من فائدة رغم أن الفوائد تعتبر من الأداءات الدورية التي تتقادم بخمس سنوات .

(٣) لأن كان من المسلم به أن التقادم يمنع سماع دعوى الدائن بالالتزام الذي اكتمل تقادمه ، فانه من المختلف فيه ما إذا كان التقادم يمنع كذلك الدائن من التمسك عند الاقتضاء بهذا الالتزام عن طريق الدفع .

والرأي الراجح الذي أخذ به الفقه والقضاء في فرنسا أن الدعوى

إذا كانت تنقضي بالتقادم فإن الدفع دائم لا يتقادم ^(١) : ذلك أن الدعوى هي التي تكون في متناول الدائن . فيستطيع أن يرفعها خلال مدة التقادم . فإن انقضت هذه المدة ولم يرفعها كان طبيعياً أن تسقط . أما الدفع فهو منح للمدعى عليه ليواجه به طلب المدعي الذي يوجهه ضده . فما لم يوجد طلب من المدعي لا يتسنى للمدعى عليه أن يواجهه بدفع . من هنا كانت القاعدة القائلة ببقاء الدفع ما بقي الطلب حتى لو انقضت على الدفع مدة التقادم .

ومن أهم تطبيقات هذه القاعدة أن كلا من دعوى البطلان والابطال تتقادم . أما الدفع بالبطلان أو الابطال فلا يتقادم .

ومن الملاحظ أن التقنين اللبناني عرض للموضوع بنص صريح وقرر خلافاً لما هو سائد في فرنسا أن « مرور الزمن يسقط الموجب نفسه فلا يمكن بعد ذلك الاستفادة منه بوجه من الوجوه لا بإقامة دعوى ولا بتقديم دفع ^(٢) » . في حين أن كلا من المشرع المصري والمشرع السوري سكّتا عن الموضوع مما حمل الفقه على تأييد موقف القضاء والفقه في فرنسا والقول إذن بأن الدين إذا كان يسقط بالتقادم عن طريق الدعوى فإنه يمكن التمسك بوجوده عن طريق الدفع ^(٣) .

(١) جوسران . المرجع السابق نبذة رقم ٩٩٥ صفحة ٥٢٤ - السنيهوري .

المرجع السابق الهامش رقم (١) صفحة ١١٥٩ .

(٢) راجع المادة ٣٦١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٣) السنيهوري . المرجع السابق . نبذة رقم ٦٦٩ صفحة ١١٥٩ .

أما في المغرب فإن المشرع قد أيد صراحةً ما استقر عليه الرأي في فرنسا فقهاً وقضاءً من حيث حصر أثر التقادم على سقوط الدعوى دون الدفع : فمجملة المواد التي وردت في بحث التقادم أكدت أن الذي يسقط بالتقادم هو الدعوى ليس إلا . يضاف إلى ذلك أن الفقرة الأخيرة من المادة ٣١٥ أعلنت بجلاء أن الدفع بالابطال لا يخضع للتقادم .

وعليه نستطيع الجزم أن نصوص التشريع المغربي تقتضينا القول بأن الالتزام إذا تقادم فالدعوى به تسقط ؛ ولكن ذلك لا يمنع عند الاقتضاء من التمسك بوجوده عن طريق الدفع .

٤٢٥ - تخلف التزام طبيعي في بعض الأحيان عن الالتزام المدني الذي انقضى بالتقادم : إذا تمسك المدين بالتقادم وادّعى ذلك إلى سقوط الالتزام ، فإنه قد يتخلف عن الالتزام الذي تقادم التزام طبيعي في ذمة المدين : ذلك أن المدين قد يدلي بالتقادم دون أن يكون أدّى فعلاً ما هو مترتب في ذمته . ففي هذه الحالة لئن كانت ذمته تبرأ من الالتزام المدني فإنها تبقى مشغولة بالتزام طبيعي قد يعمد يوماً إلى الوفاء به . أما إذا كان المدين أدّى فعلاً دينه وأدلى بالتقادم المسقط ليخفف عنه عبء الإثبات ليس إلا ، فإن أي التزام طبيعي لا يتخلف في ذمته .

ومن مميزات الالتزام الطبيعي الذي قد يتخلف عن الالتزام المدني الساقط بالتقادم ، أنه لا جبر في تنفيذه : فالمدين بالتزام طبيعي

يستطيع ، إن شاء ، الوفاء به . ولكنه إذا ما أبى ، فلا سبيل لالزامه على ذلك .

وفي الحالة التي يعتمد فيها المدين إلى الوفاء بالالتزام الطبيعي المتخلف في ذمته . فإن هذا الوفاء لا يعتبر دفعاً لغير مستحق بل يكون مبنياً على سبب مشروع ويمتنع على الموفي استرداد ما دفع .

ويسوغ كذلك اعتبار الالتزام الطبيعي سبباً لانشاء التزام مدني جديد غير الالتزام الذي تقادم : فالمدين الذي بدل أن يفى بدينه الطبيعي . يتعهد لدائنه بالوفاء بهذا الدين ، يرتب على نفسه التزاماً مدنياً صحيحاً ؛ يكون من حق الدائن . في حالة عدم تنفيذه رضاء ، المطالبة بتنفيذه جبراً عن طريق القضاء .

المبحث الثالث

النزول عن التقادم

٤٢٦ - التمييز بين النزول عن التقادم مقدماً والنزول عنه بعد حصوله : ورد في المادة ٣٧٣ أنه « لا يسوغ التنازل مقدماً عن التقادم ، ولكن يسوغ التنازل عنه بعد حصوله » .
ففي هدي هذا النص الذي نجد ما يماثله في سائر التقنينات ^(١) ،

(١) راجع المادتين ٢٢٢٠ و ٢٢٢١ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٣٨٨ من القانون المدني المصري ، والمادة ٣٨٥ من القانون المدني السوري . والمادة ٣٤٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، والمادة ٤٤٣ من القانون المدني العراقي .

يجب التفريق بين حالتين : (آ) حالة النزول عن التقادم مقدماً قبل ثبوت الحق فيه ؛ (ب) وحالة النزول عن التقادم بعد حصوله وثبوت الحق فيه .

لنعرض لكل ما هاتين الحالتين .

٤٢٧ - (آ) النزول عن التقادم مقدماً قبل ثبوت الحق فيه :

يمنع القانون صراحةً النزول عن التقادم بصورة مسبقة قبل ثبوت الحق فيه . فلا يستطيع إذن الدائن والمدين الاتفاق على أن لا يثير المدين تقادم الحق مهما طال الزمن بين نشوئه وبين وقوع المطالبة فيه وبالتالي على أن الحق لن يتقادم ولو اكتملت مدة تقادمه القانونية : ذلك أنه لو جاز مثل هذا الاتفاق لأشترط كل دائن على مدينه عدم تقادم الدين ؛ وتعميم هذا الاشتراط في التعامل بهدم نظام التقادم من أساسه .

لذا فكل اتفاق على النزول عن التقادم مقدماً يعتبر باطلاً ، ومن حق المدين ، إذا طوّل بالدين أن يدفع بالتقادم إذا ما اكتملت مدته . رغم ارتباطه بمثل هذا الاتفاق . وعلى هذا قررت محكمة النقض في سورية « أن المشرع لا يجيز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه... ومن حيث أن الشركة المطعون ضدها قد تمسكت بالتقادم بعد ثبوت الحق فيه فإن تنازلها مسبقاً عن هذا التقادم لا يلزمها بشيء لمخالفته للنصوص القانونية الا مرة ولا يحد من حقها باثارة الدفع بالتقادم أثناء روية الدعوى (١) » .

(١) محكمة النقض السورية قرار رقم ٦٠ تاريخ ٢٩-١-١٩٦٢ ، مجلة نقابة المحامين بدمشق العدد الأول لعام ١٩٦٢ صفحة ٥ .

وحظر الاتفاق على النزول عن التقادم مقدماً يشمل جميع انواع التقادم لا فرق بين تقادم قصير تكتمل مدته بخمس سنين أو بسنتين أو بسنة واحدة وبين تقادم عادي مدته خمس عشرة سنة .

٤٢٨ - (ب) النزول عن التقادم بعد حصوله وثبوت الحق فيه :
لئن كان لا يجوز النزول عن التقادم مقدماً . فإنه يسوغ النزول عنه بعد حصوله وثبوت الحق فيه : ذلك أن التمسك بالتقادم حق يتمتع به المدين : وهذا الحق ليس له مساس بالنظام العام : ومن ثمّ فليس ما يمنع المدين من أن ينزل عنه .

والنزول عن التقادم يمكن أن يتخذ إحدى صورتين : فهو إما أن يكون صريحاً وإما أن يكون ضمناً .

(١) فالنزول الصريح ينجم عن كل تعبير عن الارادة يفيد هذا المعنى . ولا يشترط فيه شكل خاص أو عبارات معينة بذاتها . إنما يجب في إثباته اتباع القواعد العامة في البيّنات . وعليه إذا كان الحق المتنازل عنه مما تفوق قيمته ٢٥٠ درهماً وجب إثبات النزول عن التمسك بتقادمه بحجة خطية أو ببدا حجة معززة بالشهادة والقرائن (المادتان ٤٤٣ و ٤٤٧) .

(٢) أما النزول الضمني عن التقادم فيستنتج من أي موقف يقفه المدين ويستخلص منه ما يستفاد حتماً أنه نزل عن الدفع بالتقادم . مثل ذلك أن يقوم المدين . رغم اكتمال مدة التقادم . بطلب أجل من الدائن للوفاء بدينه . أو بدفع جزء من اصل الدين أو بدفع فوائد

الدين كلها أو بعضها ، أو بتقديم كفالة أو رهن . فمثل هذه الأمور تحمل في طياتها إقراراً بترتب الدين في ذمة المدين رغم اكتمال مدة تقادمه وبالتالي تعتبر نزولاً ضمنيّاً عن التقادم . أما إثارة الدفع بالتقادم في مرحلة متأخرة من مراحل الدعوى فلا يكفي بحده ذاته لاستخلاص النزول عن التقادم ما لم ترافق ذلك ظروف وملابسات يتحتم معها هذا الاستخلاص . وعند الشك يستبعد النزول طبعاً لأن النزول لا يفترض . والاستخلاص الضمني متروك في كل حال لتقدير القاضي ولا معقب عليه في ذلك من المجلس الأعلى .

(٣) بقي التنبيه إلى أن النزول عن التقادم سواء كان صريحاً أم كان ضمنيّاً يتطلب صدوره ممن هو أهل للتصرف بحقوقه : ذلك أن النزول عن التقادم يوول إلى استبقاء الذمة مشغولة بدين كان يمكن أن ينقضي لولا هذا النزول . فهو إذن يخرج عن أعمال الإدارة المألوفة ويعتبر عملاً من أعمال التصرف . وعليه لا يجوز وقوعه من القاصر أو ناقص الأهلية ، كما لا يجوز أن يقوم به النائب الشرعي من ولي أو وصي أو مقدم إلا بإذن المحكمة .

الفرع الرابع

مدد الإسقاط

٤٢٨ - تعريف مدد الإسقاط : مدة الاسقاط ، ويقال لها بالفرنسية

(délais prefix) أو (délais de déchéance) هي مدد حتمية

عينها المشرع للقيام خلالها بعمل معين أو لاستعمال رخصة منحها القانون وذلك تحت طائلة بطلان العمل الذي لم ينجز خلال الميعاد المضروب أو فقدان الرخصة التي لم تمارس قبل انصرام هذا الميعاد .
 أياً كان السبب الذي حال دون القيام بالعمل أو دون ممارسة الرخصة .
 حتى ولو كان هذا السبب قوة قاهرة أو حادثاً مفاجئاً . من هنا جاءت تسمية هذه المدد بمدد إسقاط لأنه يترتب على انقضائها سقوط حتمي ومبرم للحق الذي كان وجوده منوطاً بممارسته خلال المدة المحددة قانوناً .

ومثال مدد الاسقاط المدد التالية :

(١) المدد الواردة في قانون المسطرة المدنية لممارسة مختلف طرق الطعن .

(٢) مدة الخمسة عشر يوماً الممنوحة للغير الملتزم عنه شرط إقرار الغير هذا الالتزام وذلك للتصريح بما إذا كان يرغب في إقرار الالتزام المذكور (المادة ٣٦) .

(٣) مدة الثلاثين يوماً التي أعطاها المشرع لحابس الشيء ، إذا خرج الشيء المحبوس من يده خفية عنه أو برغم معارضته ، كي يسترد هذا الشيء (المادة ٢٩٧) .

(٤) المدة التي قررها المشرع للمتعاقد الذي احتفظ لنفسه بحق الخيار في البيع ليصرح بما إذا كان يقصد إمضاء العقد أو نقضه وقدرها ستون يوماً تبدأ من تاريخ العقد بالنسبة الى العقارات وخمسة أيام بالنسبة

إلى الحيوانات والمنقولات (المادة ٦٠٤) .

(٥) مدة الثلاثة أيام الممنوحة للشفيع كي يدفع ثمن الحصة المشفوعة وتوابعها وإلا لم يكن لمباشرة الشفعة أي أثر (المادة ٩٧٤) .

(٦) مدة السنة المقررة للمالك على الشيعاء من تاريخ علمه بالبيع ، كي يأخذ الحصة المبيعة بالشفعة (المادة ٩٧٦) .

(٧) مدة السنة التي أوجب المشرع على الشركاء على الشيوع الطعن بالقسمة لعيب شاب إرادة المتقاسمين تحت طائلة عدم قبول الدعوى (المادة ١٠٩١) .

٤٢٩ - النظام الذي تخضع له مدد الإسقاط : تخضع مدد الاسقاط لنظام يختلف اختلافاً كلياً عن النظام الذي تخضع له مدد التقادم ، وذلك من نواح عديدة أهمها النواحي التالية :

(آ) إن مدد الاسقاط تعتبر من النظام العام فلا تنقطع ولا تتوقف لسبب من الأسباب : فهي تسري على الكافة وتنتج أثرها في كل حال ، هذا ما لم يقرر المشرع استثناء وقفها بنص صريح ، كما فعل بالنسبة لمدة السنة الممنوحة للمالك على الشيوع من أجل أخذ الحصة المبيعة بالشفعة ، حيث أجاز وقف المدة لمصلحته . إذا ثبت أن عائقاً مشروعاً كالإكراه قد منعه من ممارسة حقه خلال المدة القانونية .

(ب) يمتنع تعديل مدد الاسقاط زيادة أو نقصاناً عن طريق الاتفاق ما لم يوجد نص يسمح استثناء بانقاص المدة كما في المادة ٦٠٤ المتعلقة بممارسة حق الخيار المحتفظ به في عقد البيع ، حيث

بعد أن حدد المشرع المدة الواجب ممارسة الحق خلالها ، أجاز للمتعاقدین الاتفاق على أجل أقصر .

(ج) إن مدد الاسقاط لمساسها بالنظام العام . لا يتوقف إعمالها على تمسك ذي المصلحة بها . بل إن من حق القاضي ومن واجبه أن يتمسك بمدد الاسقاط من تلقاء نفسه وبدون طلب من الخصوم .

(د) إن الحق الذي يسقط لعدم ممارسته خلال الميعاد المحدد قانوناً لممارسته ، إنما يسقط سقوطاً كاملاً شاملاً بحيث لا يسوغ التمسك به بعد ذلك لا بطريق الدعوى ولا بطريق الدفع ، وبحيث لا يتخلف عنه أي التزام طبيعي .

٤٣٠ - معيار التمييز بين مدة التقادم ومدة الإسقاط : قد يكون النص بحد ذاته من الواضح بحيث يسهل بالاستناد إليه معرفة ما إذا كانت المدة التي حددها المشرع هي مدة تقادم أم هي مدة إسقاط : فعندما ينص المشرع على أن الحق يتقادم أو أن الدعوى تتقادم أو على أنه يجب ممارسة الحق أو الدعوى خلال مدة معينة وإلا تقادم الحق أو تقادمت الدعوى أو سقطت ، نكون إزاء مدة تقادم . وعندما ينص المشرع على وجوب ممارسة الحق أو الدعوى خلال مدة وإلا سقط الحق أو اعتبرت الدعوى غير مقبولة أو لم يكن للحق أو للدعوى أي أثر . نكون إزاء مدة إسقاط .

ومدد الاسقاط تحدد عادة بآجال قصيرة . لذا يغلب في المدد القصيرة أن تكون من قبيل مدد الاسقاط .

أما إذا وقعت شبهة في شأن مدة ما لمعرفة ما إذا كانت هي مدة إسقاط أم مدة تقادم ، فخير معيار لتحديد طبيعتها هو التعرف على الغرض الذي قصد إليه المشرع من تقرير هذه المدة : فإن كان قصد منها غرضاً من أغراض التقادم أي حماية الأوضاع المستقرة أو تسهيل أمر الإثبات على المدين فهي مدة تقادم ؛ وإن كان هدف منها أن يحتم على صاحب الحق ممارسة حقه خلال أجل مضروب وإلا عوقب بفقد حقه ، فهي مدة إسقاط . (١)

(١) جوسران ، المرجع السابق ، نبذة رقم ١٠٠٤ صفحة ٥٢٨ و ٥٢٩ -

السنهوري ، المرجع السابق نبذة رقم ٥٩٤ صفحة ١٠٠١ و ١٠٠٢ .

الفصل الرابع

اقالة العقود

٤٣١ - تعريف الإقالة: يسوغ للمتعاقدين ، بعد إبرامهما عقداً ما ، الاتفاق على إقالة هذا العقد والتحلل من الالتزامات التي نشأت عنه . فالعقد في الأصل قد انعقد بإرادتهما المشتركة والالتزامات التي نجمت عنه قد قبلت التحمل بها بتراضيهما . فليس ما يمنع ، إذا ما اقتضت مصلحتهما ذلك ، أن يعمدا إلى فسخ هذا العقد بإرادتهما المشتركة والتحلل مما رتبته عليهما من التزامات . فإذا جنحا إلى ذلك ، أنهدم العقد وزالت ، تبعاً لانهدامه ، الالتزامات التي كانت نشأت عنه . وهذا ما أوضحه المشرع في المادة ٣٩٣ بقوله : « تنقضي الالتزامات التعاقدية ، إذا ارتضى المتعاقدان ، عقب إبرام العقد ، التحلل منها وذلك في الحالات التي يجوز فيها الفسخ بمقتضى القانون » .

فالاقالة هي إذن سبب غير مباشر لانقضاء الالتزامات التعاقدية ، يحصل عن طريق فسخ المتعاقدين اختيارياً العقد الذي كان مصدراً لها ، والذي يستتبع فسخه زوال ما كان مترتباً عليه من التزامات .

٤٣٢ - مختلف صور الإقالة : الإقالة يمكن أن تتخذ إحدى صورتين : فهي قد تقع بصورة صريحة ، وقد تم بصورة ضمنية .

(أ) فهي تقع بصورة صريحة كأن ينظم البائع والمشتري أو المؤجر والمستأجر اتفاقاً لاحقاً لعقد البيع أو الإيجار يصرحان فيه انهما أقالا البيع أو الإيجار وجرداه من كل أثر .

وتتبع في إثبات الإقالة الصريحة القواعد العامة في الإثبات : فلا بد إذن من حجة خطية أو بدء بينة خطية معززة بالشهادة والقرائن إذا كانت تتناول عقداً تفوق قيمته ٢٥٠ درهماً أو عقداً نظمه الطرفان خطياً ولو كانت قيمته تقل عن هذا المبلغ (المادتان ٤٤٣ و ٤٤٧) .

(ب) وتقع الإقالة بصورة ضمنية عندما تستنتج من عمل أو موقف يفيد حتماً إرادة المتعاقدين في إقالة العقد الذي كان أبرماه قبلاً » كأن يقوم المستأجر مثلاً بعد انعقاد الإيجار بإعادة مفتاح العين المؤجرة للمؤجر ، والمؤجر برد ما كان قبضه من أجره إلى المستأجر . فمثل هذه الأعمال التي قام بها كل من المؤجر والمستأجر تنطوي على رغبتهما الأكيدة في إقالة عقد الإيجار . وقد عرض المشرع للإقالة الضمنية في المادة ٣٩٤ حيث أقر سواغيتها ومثل عليها بما يفيد إقالة عقد البيع فقال : « يجوز أن تقع الإقالة ضمناً ، كما هي الحال إذا أقام كل من المتعاقدين بعد إبرام البيع بإرجاع

ما أخذ من مبيع أو ثمن للآخر » .

٤٣٣ - تطبيق القواعد العامة لصحة الالتزامات التعاقدية على الإقالة :

لما كانت الإقالة تصرفاً قانونياً تعاقدياً ، بات طبيعياً أن تخضع من حيث صحتها للقواعد العامة المتطلبة لصحة العقد . لذا أوضح المشرع في الفقرة الأولى من المادة ٣٩٥ أن « الإقالة تخضع من حيث صحتها للقواعد العامة المقررة للالتزامات التعاقدية » .

وعليه لا بد في الطرفين في الإقالة من تمتعهما بأهلية التصرف ؛ ولا بد أن يكون رضاها سليماً خالياً من كل عيب ؛ ولا بد أن يكون للإقالة محل مشروع وأن تحمل على سبب غير مخالف للقانون أو للنظام العام أو الآداب العامة .

وقد وجد المشرع أن يعرض على الخصوص للإقالة التي تقع من النائب الشرعي أو الوكيل فاشترط لصحتها أن يكون سبب الشرعي أو الوكيل صلاحية اجرائها وأن يتم إبرامها وفق الاجراءات المتطلبة قانوناً للقيام بها وأن تتحقق منفعة لمن يتولى أمرهم النائب الشرعي أو الوكيل . وقد ورد بهذا الخصوص في الفقرة الثانية من المادة ٣٩٥ أن « الأوصياء والمديرين وغيرهم من الأشخاص الذين يعملون باسم غيرهم لا يسوغ لهم أن يتقايلا إلا في الحالات ووفقاً للإجراءات الواجبة للقيام بالتفويضات التي تخولها لهم ولايتهم . ويشترط أن تكون هناك منفعة للأشخاص الذين يعملون باسمهم » .

٤٣٤ - آثار الإقالة : يجب التفريق بين آثار الإقالة بالنسبة للطرفين المتقايلين وبين آثارها بالنسبة للغير .

(آ) ففيما يتعلق بالطرفين ، القاعدة الأساسية أن الإقالة تعيدهما إلى الحالة التي كانا عليها وقت إبرام العقد (الفقرة الأولى من المادة ٣٩٧) . فالعقد الذي كان أبرمه المتعاقدان يعتبر إذن بعد الإقالة كأن لم يكن .

وترتب على هذه القاعدة الأساسية النتائج التالية :

أولاً - يجب على كل من الطرفين أن يعيد للآخر ما أخذه منه بمقتضى العقد الذي وقعت فيه الإقالة (الفقرة الثانية من المادة ٣٩٧) . فإذا تقايل البائع والمشتري مثلاً عقد البيع ترتب على البائع أن يعيد الثمن إلى المشتري وعلى المشتري أن يعيد المبيع إلى البائع .

ثانياً : إذا كان العقد شيئاً معيناً بالذات وهلك هلاكاً تاماً ، كسيارة تحولت إلى حطام نتيجة حادث ، امتنعت الإقالة إذ لا سبيل في هذه الحالة لإرجاع السيارة ، وبالتالي لإعادة الطرفين إلى الوضع الذي كانا عليه وقت إبرام العقد .

وكذلك تمتنع الإقالة مبدئياً إذا تعيب الشيء كساعة تقع ويكسر عقربها ، أو حصل له بصنع الإنسان تغيير في طبيعته كالقمح يحول طحيناً ، أو إذا استحال على المتعاقدين لأي سبب آخر أن يرجع أحدهما للثاني ما أخذه منه بالضبط كأن يكون تصرف

المشتري بجزء من البضاعة التي وردت عليها الصفقة المراد إقالتها .
على أن للمتعاقدين الاتفاق على أن يعرض أحدهما الثاني الفرق
الناجم عن تعيب الشيء ، أو تغييره ، أو تعذر إعادة ما أخذ
بالضبط لسبب من الأسباب ، فعندها تصح الإقالة (المادة
٣٩٦) .

ثالثاً : إذا تضمن عقد الإقالة تعديلاً للعقد الأصلي ، فإن
الإقالة تفسد وتحول إلى عقد جديد يحل محل العقد الأول (الفقرة
الثالثة من المادة ٣٩٧) . فإذا كان البائع والمشتري إذ يتقايلان ،
اتفقا مثلاً على تخفيض الثمن الذي كان معيناً في عقد البيع المزمع
إقالاته ، فإن العقد الذي يبرمونه لا يعتبر عقد إقالة أعاد المتعاقدان
إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد . بل إنما يعتبر عقد بيع
جديد حل محل العقد الأول وأضحى مصدر التزامات ترتبت على
كل من الطرفين فيه .

(ب) أما بالنسبة للغير ، فالقاعدة هنا ، كما في الحقل
التعاقدي عموماً . ان العقد ينحصر أثره بالطرفين المتعاقدين ،
فلا ينشئ حقوقاً للغير ولا يرتب عليه التزامات . على ان المشرع ،
حفاظاً على مصالح الغير الذي اكتسب بحسن نية حقوقاً على
الأشياء التي تناولها عقد الإقالة ، قرر أن هذا الغير لا يضار
بالحقوق التي اكتسبها . فقد ورد بهذا المعنى في المادة ٣٩٨ ان
« الإقالة الاختيارية لا تضر بالغير الذي اكتسب بوجه صحيح

حقوقاً على الأشياء التي هي محل الإقالة . فلو أن مشتري بضاعة رهنها رهنأ حيازياً لدى دائن ، ثم اتفق والبائع على إقالة عقد البيع المتعلق بهذه البضاعة وأخذ على عاتقه أداء دين الدائن ليحرر البضاعة ويردها إلى صاحبها ، فإن الدائن المرتهن لا يتأثر بعقد الإقالة ويبقى من حقه الاحتفاظ بالمرهون ، وعند عدم دفع الدين بالاستحقاق المبادرة إلى بيعه واستيفاء دينه من الثمن .

فهرس

القسم الاول اوصاف الالتزام

صفحة

١١

نظرة عامة

الباب الاول

الأوصاف التي تلحق الرابطة القانونية في الالتزام

١٧

تقسيم مواضيع الباب

الفصل الاول

الشرط

١٨

مخطط الفصل

الفرع الاول

تعريف الشرط ومقوماته

١٨

تعريف الشرط

١٩

مقومات الشرط

٢٠

(أ) يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً

٢٢

(ب) يجب أن يكون الشرط أمراً غير محقق الوقوع

٢٣

(ج) يجب أن يكون الشرط أمراً غير مستحيل الوقوع

صفحة

(د) يجب أن يكون الشرط أمراً غير مخالف للقانون أو
للآداب العامة

٢٦

ملاحظة هامة : انعدام الفائدة من الشرط يوجب اعتباره كأن لم يكن ٣٢

الفرع الثاني
مختلف أنواع الشرط

٣٢

تصنيف أنواع الشرط

٣٣

التصنيف الأول : الشرط الواقف والشرط الفاسخ

٣٣

الشرط الواقف

٣٤

الشرط الفاسخ

التصنيف الثاني : الشرط غير الإرادي والشرط الإرادي

٣٥

والشرط المختلط

٣٥

الشرط غير الإرادي

٣٦

الشرط الإرادي

٣٧

الشرط المختلط

التصنيف الثالث : الشرط الإرادي البسيط والشرط

٣٧

الإرادي المحض

٣٧

الشرط الإرادي البسيط

٣٨

الشرط الإرادي المحض

(أ) حكم الشرط الإرادي المحض

٣٩

الواقف

(ب) حكم الشرط الإرادي المحض

٣٩

الفاسخ

الفرع الثالث آثار الشرط

- مخطط البحث ٤٢
- المبحث الأول : كيف يعتبر الشرط متحققاً أو متخلفاً ٤٢
- وجوب التمييز بين عدة حالات ٤٢
- الحالة الأولى : الشرط عبارة عن حصول أمر ٤٣
- الحالة الثانية : الشرط عبارة عن عدم حصول أمر ٤٤
- الحالة الثالثة : الشرط يتطلب لتحقيقه مشاركة الغير أو إجراء ٤٤
- عمل من الدائن ٤٥
- الحالة الرابعة : تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الغش ٤٦
- المبحث الثاني : آثار الشرط في مرحلة التعليق ٤٧
- الشرط الواقف ٤٧
- المبادئ التي تتجمع حولها آثار الشرط الواقف قبل تحقيقه ٤٧
- أولاً : الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام غير نافذ ٤٨
- ثانياً : الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام موجود ٤٨
- الشرط الفاسخ ٥٠
- المبادئ التي تتجمع حولها آثار الشرط الفاسخ قبل تحقيقه ٥٠
- أولاً : الالتزام المعلق على شرط فاسخ هو التزام موجود و نافذ ٥٠
- ثانياً : الالتزام المعلق على شرط فاسخ هو التزام معرض للزوال ٥١
- المبحث الثالث : آثار تخلف الشرط ٥٢
- آثار تخلف الشرط الواقف ٥٢

صفحة

٥٢	آثار تخلف الشرط الفاسخ
٥٣	المبحث الرابع : آثار تخلف الشرط
	المبدأ في التشريع المغربي أن لتحقق الشرط أثراً فورياً لا أثراً رجعياً
٥٣	
٥٦	الحالات الاستثنائية التي يكون فيها للشرط أثر رجعي
٥٨	النتائج المترتبة على تحقق الشرط الواقف
٦٠	النتائج المترتبة على تحقق الشرط الفاسخ

الفصل الثاني

الأجل

٦٤	مخطط الفصل
----	------------

الفرع الأول
تعريف الأجل ومقوماته

٦٥	تعريف الأجل
٦٥	مقومات الأجل
٦٦	(أ) يجب أن يكون الأجل أمراً مستقبلاً
٦٦	(ب) يجب أن يكون الأجل أمراً محقق الوقوع

الفرع الثاني
مختلف أنواع الأجل

٦٧	تصنيف أنواع الأجل
٦٨	التصنيف الأول : الأجل الواقف والأجل الفاسخ
٦٨	الأجل الواقف
٦٨	الأجل الفاسخ

صفحة

٦٩	التصنيف الثاني : الأجل المعين والأجل غير المعين
٦٩	الأجل المعين
٧٠	الأجل غير المعين
٧٠	التصنيف الثالث : الأجل الصريح والأجل الضمني
٧٠	الأجل الصريح
٧١	الأجل الضمني
	التصنيف الرابع : الأجل التعاقدي والأجل القانوني والأجل
٧٢	القضائي
٧٢	الأجل التعاقدي
٧٣	الأجل القانوني
٧٤	الأجل القضائي

الفرع الثالث

لمصلحة من يقرر الأجل

٧٦	أهمية الموضوع
٧٦	(أ) لمصلحة من يقرر الأجل القضائي
٧٦	(ب) لمصلحة من يقرر الأجل القانوني
٧٧	(ج) لمصلحة من يقرر الأجل التعاقدي

الفرع الرابع

آثار الأجل

٧٩	وجوب التمييز بين مرحلة قيام الأجل ومرحلة حلول الأجل
٨٠	المبحث الأول : آثار الأجل قبل حلوله
٨٠	الأجل الواقف
٨٠	المبادئ التي تتجمع حولها آثار الأجل الواقف قبل حلوله

صفحة

- ٨٠ الالتزام المربوط بأجل واقف هو التزام كامل الوجود
- ٨٢ الالتزام المربوط بأجل واقف هو التزام غير نافذ
- ٨٣ الأجل الفاسخ
- ٨٣ المبادئ التي تتجمع حولها آثار الأجل الفاسخ قبل حلوله
- ٨٤ الالتزام المقترن بأجل فاسخ هو التزام موجود و نافذ
- ٨٤ الالتزام المقترن بأجل فاسخ يزول حتماً بحلول الأجل
- ٨٥ المبحث الثاني : آثار الأجل بعد حلوله
- ٨٥ آثار الأجل الواقف
- ٨٦ آثار الأجل الفاسخ

الفرع الخامس

أسباب حلول الأجل

- ٨٧ تعداد هذه الأسباب
- ٨٨ حلول الأجل بانقضائه
- ٨٩ حلول الأجل بالتزول عنه
- ٩٠ حلول الأجل بسقوطه
- ٩٠ سقوط الأجل لشهر إفلاس المدين
- ٩٢ سقوط الأجل لإضعاف تأمينات الدائن
- ٩٤ سقوط الأجل لعدم تقديم المدين الضمانات التي وعد بها
- سقوط الأجل لإخفاء المدين عن غش التكاليف والامتيازات
- ٩٥ السابقة المترتبة على التأمينات المقدمة منه

الباب الثاني الأوصاف التي تلحق محل الالتزام

٩٩

نظرة عامة

٩٩

خطة البحث في الباب

الفصل الأول الالتزام متعدد المحل والالتزام البدلي

١٠١

الالتزام متعدد المحل

١٠٢

الالتزام البدلي

الفصل الثاني الالتزام التخييري

١٠٤

مخطط الفصل

الفرع الأول تعريف الالتزام التخييري وشروط قيامه

١٠٤

تعريف الالتزام التخييري

١٠٥

شروط قيام الالتزام التخييري

١٠٥

(أ) تعدد محل الالتزام

١٠٦

(ب) توافر شروط المحل في كل من المحال المتعددة

١٠٩

(ج) محل واحد من المحال المتعددة هو واجب الأداء

الفرع الثاني

لمن يثبت الخيار وما هو مصدره

١١٠

لمن يثبت الخيار

١١١

مصدر الخيار

الفرع الثالث أحكام الالتزام التخييري

- المواضيع التي تثيرها أحكام الالتزام التخييري ١١٤
- المبحث الأول : تعيين المحل الواجب الأداء ١١٤
- كيف يتم تعيين المحل ١١٤
- يجب أن يتم التعيين خلال الميعاد المعين لذلك ١١٧
- لتعيين المحل أثر رجعي يستند إلى تاريخ نشوء الالتزام التخييري ١١٩
- المبحث الثاني : حكم الهلاك ١٢٠
- نظرة عامة ١٢٠
- هلاك الشيئين معاً ١٢١
- وجوب التمييز بين الهلاك بسبب أجنبي أم بخطأ أحد الطرفين ١٢١
- الفرضية الأولى : هلاك الشيئين بسبب أجنبي ١٢١
- الفرضية الثانية : هلاك الشيئين بخطأ من المدين أو بعد مماطلته ١٢٢
- الفرضية الثالثة : هلاك الشيئين بخطأ من الدائن ١٢٣
- هلاك أحد الشيئين . ١٢٣
- وجوب التمييز بين الهلاك بسبب أجنبي أم بخطأ أحد الطرفين ١٢٣
- الفرضية الأولى : هلاك أحد الشيئين بسبب أجنبي ١٢٤
- الفرضية الثانية : هلاك أحد الشيئين بخطأ من المدين أو بعد مماطلته ١٢٤
- الفرضية الثالثة : هلاك أحد الشيئين بخطأ من الدائن ١٢٥

الباب الثالث الأوصاف التي تلحق أطراف الالتزام

١٢٩

نظرة عامة

١٣٠

خطة البحث في الباب

الفصل الأول الالتزامات التضامنية

١٣١

التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين

الفرع الأول

التضامن بين الدائنين

١٣٢

مباحث الفرع

١٣٢

المبحث الأول : تعريف التضامن بين الدائنين وتعيين مصادره

١٣٢

تعريف التضامن بين الدائنين

١٣٣

مصادر التضامن بين الدائنين

١٣٥

القانون كمصدر للتضامن بين الدائنين

١٣٥

طبيعة المعاملة كمصدر للتضامن بين الدائنين

١٣٦

العقد أو الارادة بوجه عام كمصدر للتضامن بين الدائنين

١٣٧

التضامن بين الدائنين لا يفترض

١٣٨

المبحث الثاني : آثار التضامن بين الدائنين

١٣٨

التمييز بين علاقة الدائنين بالمدين وعلاقة الدائنين فيما بينهم

١٣٩

علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين

١٣٩

القواعد الأساسية التي تسود علاقة الدائنين بالمدين

١٣٩

أولاً : انقضاء الالتزام بالوفاء

صفحة

- ثانياً : انقضاء الالتزام بأسباب أنزلها المشرع منزلة الوفاء ١٤٠
- ثالثاً : الأعمال الضارة الصادرة عن أحد الدائنين لا تضر بقية الدائنين ١٤٢
- رابعاً : الأعمال النافعة الصادرة عن أحد الدائنين يفيد منها بقية الدائنين ١٤٤
- علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض ١٤٦
- انقسام الدين في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ١٤٦
- الفرع الثاني
- التضامن بين المدينين
- مباحث الفرع ١٤٨
- المبحث الأول : تعريف التضامن بين المدينين وتعيين مصادره ١٤٨
- تعريف التضامن بين المدينين ١٤٨
- مصادر التضامن بين المدينين ١٥٠
- القانون كمصدر للتضامن بين المدينين ١٥١
- طبيعة المعاملة كمصدر للتضامن بين المدينين ١٥٣
- العقد أو الإرادة بوجه أعم كمصدر للتضامن بين المدينين ١٥٣
- التضامن بين المدينين لا يفترض ١٥٤
- المبحث الثاني : آثار التضامن بين المدينين ١٥٤
- التمييز بين علاقة الدائن بالمدينين وعلاقة المدينين فيما بينهم ١٥٦
- علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين ١٥٧
- القواعد الأساسية التي تسود علاقة الدائن بالمدين ١٥٧
- أولاً : للدائن استيفاء الدين كله من أي مدين متضامن ١٥٨
- ثانياً : حق المدين بالتمسك بالدفع الخاصة به وبالدفع المشتركة دون الدفع الخاصة بغيره ١٥٩

صفحة

- ١٦٠ الدفع التي يحق للمدين المتضامن التمسك بها
- ١٦١ الدفع التي يمتنع على المدين المتضامن التمسك بها
- ١٦١ ثالثاً : انقضاء الالتزام في حق جميع المدينين بالوفاء
- رابعاً : انقضاء الالتزام بأسباب أخرى اعتبرها المشرع
- ١٦٣ بمنزلة الوفاء
- خامساً : الأعمال الضارة الصادرة عن أحد المدينين لا تضر
- ١٦٦ بقية المدينين
- سادساً : الأعمال النافعة التي يقوم بها أحد المدينين يفيد
- ١٦٩ منها الباقيون
- ١٧١ علاقة المدينين المتضامين بعضهم ببعض
- ١٧١ القواعد الأساسية التي تسود علاقة المدينين بعضهم ببعض
- أولاً : رجوع المدين المتضامن الذي وفى الدين على
- ١٧١ الآخرين
- ثانياً : انقسام الدين بقوة القانون بين المدينين بنسبة حصة
- ١٧٢ كل واحد منهم فيه
- ثالثاً : تحمل المدينين المتضامين لحصص المعسرين
- ١٧٣ أو الغائبين منهم
- ١٧٤ رابعاً : التزام صاحب المصلحة في الدين وحده بكل الدين

الفصل الثاني

الالتزامات غير القابلة للانقسام
والالتزامات القابلة للانقسام

صفحة

الفرع الأول
الالتزامات غير القابلة للانقسام

- نظرة عامة ١٧٥
- مباحث الفرع ١٧٦
- المبحث الأول : أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام ١٧٧
- بيان هذه الأسباب ١٧٧
- عدم قابلية الالتزام للانقسام بسبب طبيعة محله ١٧٧
- عدم قابلية الالتزام للانقسام بإرادة الانسان ١٧٩
- عدم قابلية الالتزام للانقسام بإرادة المشرع ١٨١
- المبحث الثاني : الآثار المترتبة على عدم قابلية الالتزام للانقسام ١٨١
- أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام تظهر في حالة تعدد المدينين أو الدائنين ١٨١
- (أ) الآثار المترتبة في حالة تعدد المدينين ١٨٢
- (ب) الآثار المترتبة في حالة تعدد الدائنين ١٨٤

الفرع الثاني
الالتزامات القابلة للانقسام

- تعريف الالتزام القابل للانقسام ١٨٦
- حكم الالتزام القابل للانقسام في حالة كون الطرف الدائن والمدين واحداً ١٨٦
- حكم الالتزام القابل للانقسام في حالة تعدد الطرف الدائن أو المدين ١٨٧

القسم الثاني انتقال الالتزام

١٩١	نظرة عامة
١٩٣	مواضيع القسم

الباب الأول

الانتقال بوجه عام : الحوالة

١٩٧	انتقال الحقوق يكون مصدره إما القانون وإما الاتفاق
١٨٩	خطة البحث في الباب

الفصل الأول

شروط الحوالة

١٩٩	التمييز بين شروط انعقاد الحوالة وشروط نفاذها
-----	--

الفرع الأول

شروط انعقاد الحوالة بين المتعاقدين

	وجوب تطبيق مبادئ التعاقد عامة إلى جانب شروط خاصة تتعلق
١٩٩	بمحل الحوالة وسببها
٢٠٠	وجوب تطبيق قواعد التعاقد عامة
٢٠٠	(أ) من حيث أركان الحوالة
٢٠٠	(ب) من حيث إثبات الحوالة
٢٠٢	الشروط الخاصة المتعلقة بمحل الحوالة
٢٠٢	كل حق شخصي يصلح مبدئياً أن يكون محلاً للحوالة

صفحة

- استثناء بعض الحقوق الشخصية لا تقبل الحوالة أو تتطلب حوالتها
 ٢٠٣ شروطاً خاصة
 ٢٠٤ أولاً : الحقوق التي لا تقبل الحوالة
 ٢٠٤ (أ) الحقوق المحتملة أو الحقوق المستقبلية
 (ب) الحقوق التي تمتنع حوالتها بمقتضى سند إنشائها أو
 ٢٠٥ بمقتضى القانون
 ٢٠٧ (ج) الحقوق التي تتسم بطابع شخصي محض
 ٢٠٧ (د) الحقوق التي لا تقبل الحجز أو التعرض
 ٢٠٨ ثانياً : الحقوق التي تتطلب حوالتها موافقة المدين
 ٢١٠ الشروط الخاصة المتعلقة بسبب الحوالة
 بطلان الحوالة إذا كانت تهدف إبعاد المدين عن قضائه الطبيعيين ٢١٠

الفرع الثاني

شروط انعقاد الحوالة إزاء الغير

- الأصل وجوب إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها ووجود استثناءات
 ٢١١ لهذا الأصل
 ٢١٢ الأصل وجوب إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها
 ٢١٢ إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها ضروري لنفاذ الحوالة إزاء الغير
 الحالات الاستثنائية التي تعتبر فيها الحوالة نافذة إزاء الغير بمجرد
 ٢١٥ انعقادها أو تتطلب لنفاذها إجراءات غير الإعلان أو القبول
 الحالة الاستثنائية التي تعتبر فيها الحوالة نافذة إزاء الغير بمجرد
 ٢١٥ انعقادها
 الحالات الاستثنائية التي أوجب فيها القانون لنفاذ الحوالة اتباع
 ٢١٦ إجراءات غير الإعلان أو القبول

صفحة

- (آ) حوالة عقود كراء العقارات أو اكريتها أو الايرادات
الدورية المترتبة عليها ٢١٦
- (ب) حوالة الكمبيالات والسندات للأمر والسندات لحاملها ٢١٧

الفصل الثاني

آثار الحوالة

٢١٨

مخطط الفصل

الفرع الأول

- انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له
- الحق الذي ينتقل للمحال له هو نفس الحق الذي كان للمحيل ٢٢٠
- (آ) انتقال الحق إلى المحال له بقيمته وصفاته ٢٢٠
- (ب) انتقال الحق إلى المحال له مع توابعه ومع تكاليفه والتزاماته ٢٢١
- (ج) انتقال الحق إلى المحال له بما عليه من دفع ٢٢٤

الفرع الثاني

ضمان المحيل

- محل الضمان ٢٢٦
- ضمان المحيل لأفعاله الشخصية ٢٢٦
- ضمان المحيل كونه دائناً وضمانه وجود الدين وحقه في التصرف فيه ٢٢٧
- ضمان المحيل يسار المدين ٢٣١
- سقوط ضمان المحيل يسار المدين ٢٣٢

صفحة

الفرع الثالث

أثر الحوالة الواقعة على جزءٍ من الدين

٢٣٢

المبدأ : اشتراك المحيل والمحال له في الحق المحال به

٢٣٣

حالات استثنائية تكون فيها الأولوية للمحال له

الباب الثاني

حوالة مجموعة حقوق وحوالة الذمة المالية

٢٣٧

حوالة مجموعة حقوق

٢٣٨

حوالة الذمة المالية

الباب الثالث

الحلول

٢٤٣

التعريف بالحلول وفائدته

٢٤٥

أنواع الحلول

الفصل الأول

الحلول الاتفاقي

٢٤٧

مخطط الفصل

الفرع الأول

الحلول نتيجة اتفاق الموفي مع الدائن

٢٤٧

كنه هذا النوع من الحلول

٢٤٨

شروطه

الفرع الثاني الحلول نتيجة اتفاق الموفي مع المدين

- ٢٥٠ كنه هذا النوع من الحلول
٢٥١ شروطه

الفصل الثاني الحلول القانوني

- ٢٥٤ كنهه وتحديد حالاته
الحالة الأولى : الحلول لفائدة الدائن الذي يفني بدين دائن
آخر مقدم عليه بسبب امتياز أو رهن
٢٥٥
الحالة الثانية : الحلول لفائدة مكتسب العقار . في حدود ثمن
اكتسابه . إذا كان هذا الثمن قد استخدم
في الوفاء بديون الدائنين المرتهنين للعقار رهناً
رسمياً
٢٥٧
الحالة الثالثة : الحلول لفائدة من وفى ديناً كان ملتزماً به
مع المدين أو عنه
٢٥٨
الحالة الرابعة : الحلول لفائدة من له مصلحة في انقضاء الدين
من غير أن يكون ملتزماً به شخصياً
٢٥٩

الفصل الثالث آثار الحلول

- ٢٦١ آثار الحلول هي مبدئياً نفس آثار الحوالة
٢٦١ نتائج تطبيق قواعد الحوالة على الحلول
٢٦٣ حكم الحلول الجزئي

صفحة

الباب الرابع الإجابة

- ٢٦٧ التعريف بالإجابة ومختلف صورها
٢٦٨ خطة البحث في الباب

الفصل الأول شروط الإجابة

- ٢٦٩ وجوب تطبيق مبادئ التعاقد عامة إلى جانب بعض الشروط الخاصة
٢٧٠ القاعدة الأصلية : وجوب تطبيق قواعد التعاقد عامة على الإجابة
٢٧٠ شرط خاص يتعلق بكيفية التعبير عن الإجابة
٢٧٠ شروط خاصة تتعلق بمحل الإجابة
٢٧٢ شرط خاص يتعلق بسبب الإجابة
٢٧٢ الحالة الاستثنائية التي يشترط فيها لصحة الإجابة قبول المدين المناب

الفصل الثاني آثار الإجابة

- ٢٧٤ مخطط الفصل
٢٧٤ آثار الإجابة بالنسبة للمنيب
٢٧٤ القواعد التي تتجمع حولها هذه الآثار
الإجابة تبريء مبدئياً ذمة المنيب إزاء المناب لديه ما لم يشترط غير ذلك
٢٧٥
٢٧٥ استثناءً توجد حالات لا تبرأ فيها ذمة المنيب إزاء المناب لديه
٢٧٧ لا يضمن المنيب يسار المناب
٢٧٨ آثار الإجابة بالنسبة للمناب لديه

صفحة

- ٢٧٩ الإجابة تنقل للمناوب لديه نفس الحق الذي كان للمنيب
- ٢٨٠ حكم الإجابة على مدين واحد لشخصين مختلفين
- ٢٨٠ آثار الإجابة بالنسبة للمناوب
- ٢٨٠ القواعد التي تتجمع حولها هذه الآثار
- ٢٨٠ للمناوب التمسك في مواجهة المناوب لديه بالدفع التي كانت له
- ٢٨٠ قبل المنيب
- ٢٨١ للمناوب الرجوع على المنيب عن الاقتضاء في حدود ما دفع للمناوب
- ٢٨٢ لديه
- ٢٨٢ براءة ذمة المناوب بالوفاء الحاصل للدائن الأصلي قبل أن يعلن بالإجابة

القسم الثالث

انقضاء الالتزام

- ٢٨٥ الالتزام موقت بطبيعته ومصيره حتماً إلى الزوال
- ٢٨٥ تحديد أسباب انقضاء الالتزام
- ٢٨٧ تصنيف أسباب انقضاء الالتزام
- التصنيف الأول : انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً بالوفاء ، أو بتنفيذه بما يعادل الوفاء ، أو بدون تنفيذه إطلاقاً
- ٢٨٨
- التصنيف الثاني : أسباب انقضاء مباشرة وأسباب انقضاء غير مباشرة
- ٢٩٠
- التصنيف الثالث : أسباب انقضاء مبنية على تصرف قانوني وأسباب انقضاء مبنية على واقعة مادية
- ٢٩٠

صفحة

٢٩٢

مخطط البحث

الباب الأول
انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً :
الوفاء

٢٩٥

نظرة عامة

٢٩٧

خطة البحث في الباب

الفصل الأول
معنى الوفاء وطبيعته

٢٩٨

معنى الوفاء

٢٩٩

طبيعة الوفاء

٣٠٢

النتائج المترتبة على كون الوفاء تصرفاً قانونياً

(أ) يتطلب في الوفاء ما يتطلب في كل تصرف قانوني من

٣٠٢

شروط انعقاد وصحة

(ب) يخضع الوفاء من حيث إثباته للأحكام العامة في إثبات

٣٠٤

التصرفات القانونية

الفصل الثاني
طرفا الوفاء : الموفي والموفى له

٣٠٨

مخطط الفصل

الفرع الأول
الموفي

٣٠٨

من يصلح لاتخاذ صفة الموفي

٣٠٩

(أ) الموفي هو المدين أو نائبه

صفحة

- ٣١٠ (ب) الموفى هو شخص له مصلحة في وفاء الالتزام
 ٣١١ (ج) الموفى هو شخص اجنبي لا مصلحة له في الوفاء
 ٣١٣ ما يشترط في الموفى لصحة الوفاء
 ٣١٤ الشرط الأول : ملكية الموفى للشيء الموفى به
 ٣١٦ الشرط الثاني : أهلية الموفى للتصرف في الشيء الموفى به

الفرع الثاني

الموفى له

- ٣١٩ من يصلح لاتخاذ صفة الموفى له
 ٣٢٠ (آ) الموفى له هو الدائن أو نائبه
 ٣٢٢ (ب) الموفى له هو شخص من الغير
 ٣٢٣ الحالة الأولى : إقرار الدائن بالوفاء
 ٣٢٤ الحالة الثانية : استفادة الدائن من الوفاء
 ٣٢٤ الحالة الثالثة : الوفاء بإذن من المحكمة
 ٣٢٥ الحالة الرابعة : الوفاء الدائن طاهر
 ٣٢٧ ما يشترط في الموفى له لصحة الوفاء

الفصل الثالث

محل الوفاء

- ٣٣٠ المواضيع التي تتصل بمحل الوفاء

الفرع الأول

وجوب أداء ذات الشيء المستحق

- ٣٣١ التمييز بين عدة فرضيات
 ٣٣١ الشيء المستحق هو شيء معين بذاته

صفحة

- ٣٣٣ الشيء المستحق هو شيء معين بنوعه
 ٣٣٤ الشيء المستحق هو مبلغ من النقود
 ٣٤١ الشيء المستحق هو عمل أو امتناع عن عمل

الفرع الثاني

وجوب أداء الشيء كاملاً دون تجزئة

- ٣٤٢ مواضيع الفرع
 ٣٤٢ مبدء عدم تجزئة الوفاء
 ٣٤٣ استثناءات لمبدأ عدم تجزئة الوفاء
 ٣٤٤ (أ) تجزئة الوفاء باتفاق المتعاقدين
 ٣٤٤ (ب) تجزئة الوفاء بمقتضى نص في القانون
 ٣٤٥ (ج) تجزئة الوفاء بمقتضى حكم من القضاء

الفرع الثالث

تعيين جهة الوفاء في حالة تعدد الديون

- ٣٤٦ التعيين يكون عن طريق المدين أو الدائن أو القانون
 ٣٤٧ تعيين جهة الوفاء عن طريق المدين
 ٣٤٩ تعيين جهة الوفاء عن طريق الدائن
 ٣٥٠ تعيين جهة الوفاء عن طريق القانون

الفصل الرابع

مكان الوفاء وزمانه ونفقاته

- ٣٥٣ مكان الوفاء
 ٣٥٤ مكان الوفاء بالالتزامات الناشئة عن التصرفات القانونية
 ٣٥٦ مكان الوفاء في الالتزامات الناشئة عن الأعمال غير المشروعة

الباب الثاني انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

الفصل الأول الوفاء بمقابل

الفرع الأول تعريف الوفاء بمقابل وبيان عناصره

العنصر الأول : الاتفاق على إعطاء شيء غير الشيء المستحق
العنصر الثاني : تنفيذ الاتفاق بإعطاء الدائن فعلاً الشيء
المتفق عليه

الفرع الثاني طبيعة الوفاء بمقابل

قيام عدة نظريات في صدد تحديد طبيعة الوفاء بمقابل

النظرية الأولى : الوفاء بمقابل بيع تعقبه مقاصة

النظرية الثانية : الوفاء بمقابل صورة من صور الوفاء

النظرية الثالثة : الوفاء بمقابل تصرف قانوني مركب من

التجديد ومن وفاء عن طريق نقل الملكية

صفحة

الفرع الثالث
آثار الوفاء بمقابل

- ٣٧٥ تنوع آثار الوفاء بمقابل
٣٧٥ (أ) آثار الوفاء بمقابل من حيث كونه تجديداً
٣٧٥ (ب) آثار الوفاء بمقابل من حيث كونه وفاءً
٣٧٦ (ج) آثار الوفاء بمقابل من حيث كونه ناقلاً للملكية
٣٧٧ ضمان العيوب الخفية
٣٧٩ ضمان الاستحقاق
تمسك المدين بالرهن الجبري لضمان التعويض المعدل
المرتب على الدائن
٣٨٠
٣٨١ فسخ الوفاء بمقابل إذا لم يوف الدائن بالتعويض المعدل

الفصل الثاني
التجديد والإنابة

مخطط الفصل ٣٨٢

الفرع الأول
التجديد

- ٣٨٣ تمهيد
٣٨٤ تقسيم مواضيع الفرع
٣٨٤ المبحث الأول : تعريف التجديد وبيان مختلف طرقه
٣٨٤ تعريف التجديد
٣٨٥ مختلف طرق التجديد
٣٨٥ (أ) التجديد بتغيير الالتزام
٣٨٨ (ب) التجديد بتغيير المدين

صفحة

٣٩١	(ج) التجديد بتغير الدائن	
٣٩٢	المبحث الثاني : شروط التجديد	
٣٩٢	بيان هذه الشروط	
	الشرط الأول : وجود التزام صحيح	
	يستعاض عنه بانشاء التزام	
	آخر صحيح يغير الأول في	
٣٩٣	أحد عناصره الجوهرية	
٣٩٣	(أ) وجود التزام صحيح	
	(ب) انشاء التزام جديد	
٣٩٧	صحيح	
	(ج) مغايرة الالتزام الجديد	
٣٩٩	في عنصر جوهري	
	الشرط الثاني : تمتع الأطراف في التجديد	
٤٠٢	بالأهلية اللازمة	
	الشرط الثالث : توافر نية التجديد لدى	
٤٠٤	الأطراف	
٤٠٦	المبحث الثالث : آثار التجديد	
٤٠٦	للتجديد أثر مسقط وأثر منشيء	
٤٠٦	الأثر المسقط	
٤٠٦	انقضاء الالتزام القديم	
	التأمينات العينية المقدمة من المدين أو المقررة	
٤٠٨	قانوناً	

صفحة

	التأمينات العينية أو الشخصية المقدمة من	
٤١٥	الغير	
٤١٦	الأثر المنشئ	
٤١٦	انشاء التزام جديد	
	الفرع الثاني	
	الإجابة	
٤١٨	تمهيد	
٤٢٠	مخطط البحث	
٤٢٠	المبحث الأول : شروط الإجابة	
٤٢٠	شروط الإجابة هي مبدئياً شروط التجديد	
٤٢٥	المبحث الثاني : آثار الإجابة	
	آثار الإجابة تسودها أحكام التجديد إلى جانب	
٤٢٥	بعض الأحكام الخاصة	
٤٢٦	علاقة المنيب بالمناب لديه	
٤٢٧	علاقة المناب لديه بالمناب	
٤٣١	علاقة المنيب بالمناب	
	المبحث الثالث : الإجابة كسبب للتجديد والإجابة كسبب لحالة	
٤٣٢	الحق	
	إختلاف الإجابة كسبب للتجديد عن الإجابة	
٤٣٢	كسبب لحالة الحق	
	الفصل الثالث	
	المقاصة	
٤٣٤	مخطط الفصل	

الفرع الأول
تعريف المقاصة وأصلها التاريخي ووضعها
في التشريع المقارن وفوائدها

- ٤٣٥ تعريف المقاصة
٤٣٦ الأصل التاريخي للمقاصة ووضعها في التشريع المقارن
٤٣٩ فوائد المقاصة

الفرع الثاني
شروط المقاصة

- ٤٤٢ بيان هذه الشروط
٤٤٢ الشرط الأول : وجوب كون الدينين بين نفس الشخصين
الشرط الثاني : وجوب كون محل الدينين نقوداً أو مثليات
٤٤٤ متحدة في النوع والحدود
الشرط الثالث : وجوب كون كل من الدينين خالياً من النزاع
٤٤٥ ومستحق الأداء
الشرط الرابع : وجوب كون كل من الدينين صالحاً للمطالبة
٤٤٩ بـ "قضاء"
الشرط الخامس : وجوب كون كل من الدينين مما لا تمتنع المقاصة
٤٤٩ فيه قانوناً
الحالة الأولى : كون أحد الدينين حقاً غير
٤٥٠ قابل للحجز
الحالة الثانية : كون أحد الدينين شيئاً نزع
من صاحبه دون حق أو حقاً
٤٥٠ نشأ عن عمل غير مشروع

صفحة

- الحالة الثالثة : كون أحد الشئين مودعاً أو
 ٤٥١ معاراً ويطالب باسترداده
- الحالة الرابعة : كون المدين تنازل عن التمسك
 ٤٥٣ بالمقاصة
- الحالة الخامسة : كون أحد الدينين عبارة عن
 ٤٥٤ رسوم أو ضرائب للدولة أو
 للجماعات المحلية
- الحالة السادسة : كون المقاصة تلحق ضرراً
 ٤٥٥ بالحقوق المكتسبة للغير
- ٤٥٦ لا تتطلب المقاصة أي شرط آخر خلاف ما ذكر
- الفرع الثالث
 آثار المقاصة
- ٤٥٧ تعيين هذه الآثار
- ٤٥٨ وجوب التمسك بالمقاصة ممن له مصلحة فيها
- ٤٦٠ المقاصة تقضي الدينين في حدود الأقل منهما مقداراً
- ٤٦١ المقاصة تتم لا من وقت التمسك بها بل وقت توافر شروطها
- ٤٦٣ تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء
- الفرع الرابع
 المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية
- ٤٦٤ المقاصة الاتفاقية
- ٤٦٧ المقاصة القضائية

الفصل الرابع اتحاد الذمة

٤٦٩

مخطط الفصل

الفرع الأول
تعريف اتحاد الذمة وبيان مختلف حالاته

٤٦٩

تعريف اتحاد الذمة

٤٧٠

حالات اتحاد الذمة

الفرع الثاني
آثار اتحاد الذمة

٤٧٤

القواعد التي تتجمع حولها هذه الآثار

٤٧٤

اتحاد الذمة يقضي الدين كلياً أو جزئياً

انقضاء الدين عن طريق اتحاد الذمة أقرب إلى شل طلب التنفيذ

٤٧٥

منه إلى انقضاء حقيقي

٤٧٨

زوال سبب اتحاد الذمة يعيد الدين إلى الوجود

الباب الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

٤٨٣

نظرة عامة

٤٨٣

تقسيم مواضيع الباب

الفصل الأول الإبراء

٤٨٤

مخطط الفصل

صفحة

الفرع الأول
تعريف الإبراء وطبيعته

- ٤٨٤ تعريف الإبراء
٤٨٥ طبيعة الإبراء
٤٨٥ الإبراء تصرف يتم بإرادة الدائن المنفردة
٤٨٧ الإبراء تصرف تبرعي محض من جانب الدائن

الفرع الثاني
شروط الإبراء

- ٤٨٨ شروط شكلية وشروط موضوعية
القاعدة الأولى : الإبراء تصرف رضائي لا يشترط لتمامه أي شكل
٤٨٩ خاص
القرينة القانونية على الإبراء المبينة على إرجاع
٤٩٢ الدائن السند الأصلي إلى مدينه
القاعدة الثانية : الإبراء تصرف تبرعي يتطلب توافر الشروط
٤٩٥ التي يتطلبها كل تبرع

الفرع الثالث
آثار الإبراء

- ٤٩٧ القواعد التي تتجمع حولها هذه الآثار
٤٩٧ الإبراء يقضي الالتزام ويقضي معه سائر ضماناته
٤٩٩ الإبراء يعود إذا رفض المدين الإبراء

الفصل الثاني استحالة التنفيذ

مخطط البحث

٥٠١

الفرع الأول شروط استحالة التنفيذ

تحديد هذه الشروط

٥٠٢

الشرط الأول : يجب أن يكون الالتزام نشأ ممكناً

٥٠٢

الشرط الثاني : يجب أن يصبح محل الالتزام مستحيلاً

٥٠٣

الشرط الثالث : يجب أن تكون استحالة التنفيذ بسبب أجنبي لا

٥٠٧

يد للمدين فيه

الفرع الثاني آثار استحالة التنفيذ

القواعد التي تتجمع حولها هذه الآثار

٥٠٨

انقضاء الالتزام وتوابعه

٥٠٩

انتقال حقوق ودعاوى المدين إلى الدائن عند الانقضاء

٥١٠

تبعة الاستحالة على الدائن في العقود غير التبادلية وعلى المدين

٥١١

في العقود التبادلية

الفصل الثالث

التقادم المسقط

التقادم على نوعين : مسقط ومكسب

٥١٥

مخطط الفصل

٥١٥

صفحة

الفرع الأول

تعريف التقادم المسقط والأساس الذي يركز عليه

٥١٦ تعريف التقادم المسقط

٥١٧ الأساس القانوني الذي يركز عليه التقادم المسقط

الفرع الثاني

شروط تحقق التقادم المسقط

٥١٩ تحديد هذه الشروط

٥٢٠ المبحث الأول : وجوب كون الحق أو الدعوى مما يتقادم

٥٢٠ المبدأ

٥٢٠ الاستثناءات

(أ) التزامات مضمونة برهن حيازي أو رهن

٥٢٢ رسمي

٥٢٣ (ب) الالتزامات بين الأزواج

٥٢٣ (ج) الالتزامات بين الأب أو الأم وأولادهما

(د) الالتزامات بين ناقص الأهلية والأشخاص

٥٢٤ المعنوية وبين من لهم الولاية عليهم

٥٢٥ ملاحظة بشأن الالتزامات غير القابلة للتقادم

٥٢٦ المبحث الثاني : وجوب انقضاء المدة المحددة قانوناً لتحقيق التقادم

٥٢٦ المواضيع التي تتصل بالمبحث

٥٢٦ المطلب الأول : طول مدة التقادم

٥٢٧ قاعدة عامة واستثناءات

٥٢٧ القاعدة العامة : مدة التقادم خمس عشرة سنة

٥٢٧ الاستثناءات

صفحة

- الاستثناءات الواردة في نصوص خاصة خارجة
 ٥٢٩ عن بحث التقادم
- الاستثناءات التي نص عليها المشرع في بحث
 ٥٣١ التقادم
- زمرة الاستثناءات التي لا تقبل إقامة أي بينة على
 ٥٣١ انشغال ذمة المدين
- زمرة الاستثناءات القائمة على قرينة وفاء قابلة
 ٥٣٥ للبيننة المعاكسة
- التقادم القصير القائم على قرينة الوفاء يسري ولو
 حصل الاستمرار في التوريدات أو التسليم أو
 ٥٤٠ الخدمات أو الأعمال
- المطلب الثاني : بدء مدة التقادم وكيفية حسابها
 ٥٤٢ القاعدة العامة في تحديد بدء سريان مدة التقادم
 ٥٤٢ تطبيقات للقاعدة
 ٥٤٣ استثناءات للقاعدة
 ٥٤٥ كيفية حساب مدة التقادم
- المطلب الثالث : قطع التقادم ووقفه
 ٥٤٧ التمييز بين أسباب قطع التقادم وأسباب وقفه
 ٥٤٧ قطع التقادم
 أسباب قطع التقادم تصدر إما عن المدين وإما عن
 ٥٤٧ عن الدائن
 أسباب القطع الصادرة عن الدائن
 ٥٤٨ (آ) مطالبة الدائن المدين بحقة
 ٥٤٨

صفحة

- ٥٤٨ المطالبة القضائية
- ٥٥٣ المطالبة غير القضائية
- ٥٥٣ (ب) طلب الدائن قبول دينه في تفليسة المدين
- (ج) مباشرة الدائن أي إجراء تحفظي أو تنفيذي على أموال المدين أو تقديم طلب للحصول على إذن بذلك
- ٥٥٤ أسباب القطع الصادرة عن المدين وذلك بإقراره بحق الدائن
- ٥٥٥ الآثار التي نترتب على قطع التقادم
- ٥٥٧ وقف التقادم
- ٥٦٢ أسباب وقف التقادم بعضها يتعلق بالشخص وبعضها يرجع إلى ظروف مادية اضطرارية
- ٥٦٢ أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص
- (أ) وقف التقادم لمصلحة الدائن الذي يكون مرتبطاً بالمدين برابطة الزوجية أو البنوة أو الأبوة أو الأمومة أو الولاية الشرعية
- ٥٦٣ (ب) وقف التقادم لمصلحة القاصر وناقص الأهلية
- ٥٦٤ (ج) وقف التقادم لمصلحة المفقود والغائب
- ٥٦٧ (د) وقف التقادم لمصلحة الدائن الذي يقوم مانع أدبي يتعذر معه عليه أن يطالب بحقه
- ٥٦٨ أسباب وقف التقادم العائدة لظروف مادية اضطرارية
- ٥٧٠

صفحة

- ٥٧١ الآثار التي تترتب على وقف التقادم
- ٥٧٢ المطلب الرابع : الاتفاقات المعدلة لمدة التقادم القانونية
- ٥٧٢ وجوب التمييز بين الاتفاقات التي تطيل مدة التقادم والاتفاقات التي تقصرها
- ٥٧٢ الفرع الثالث
- إعمال التقادم المسقط وآثاره
- ٥٧٦ المواضيع التي تتصل بهذا الفرع
- ٥٧٧ المبحث الأول : وجوب التمسك بالتقادم
- لا بد لذي المصلحة من التمسك بالتقادم ولا يجوز للقاضي الاستناد إليه من تلقاء نفسه
- ٥٧٧ من هو ذو المصلحة في التمسك بالتقادم
- ٥٧٨ جواز التمسك بالتقادم في أي مرحلة من مراحل الدعوى أمام محاكم الأساس
- ٥٨٠
- ٥٨٢ المبحث الثاني : آثار التقادم
- وجوب التمييز بين المرحلة السابقة على التمسك بالتقادم وبين المرحلة التي تعقب ذلك
- ٥٨٢ (أ) آثار التقادم الذي اكتمل في المرحلة السابقة على التمسك به
- ٥٨٢ (ب) آثار التقادم الذي اكتمل في المرحلة اللاحقة للتمسك به
- ٥٨٣ انقضاء الالتزام وامتناع سماع الدعوى به
- ٥٨٤ تخلف التزام طبيعي في بعض الأحيان عن الالتزام المدني الذي انقضى بالتقادم
- ٥٨٦

صفحة

- المبحث الثالث : النزول عن التقادم ٥٨٧
- التمييز بين النزول عن التقادم مقدماً والنزول ٥٨٧
- عنه بعد حصوله
- (أ) النزول عن التقادم مقدماً قبل ثبوت ٥٨٨
- الحق فيه
- (ب) النزول عن التقادم بعد حصوله وثبوت ٥٨٩
- الحق فيه

الفرع الرابع
مدد الإسقاط

- تعريف مدد الإسقاط ٥٩٠
- النظام الذي تخضع له مدد الإسقاط ٥٩٢
- معيار التمييز بين مدة التقادم ومدة الإسقاط ٥٩٣

الفصل الرابع
إقالة العقود

- تعريف الإقالة ٥٩٥
- مختلف صور الإقالة ٥٩٦
- تطبيق القواعد العامة لصحة الالتزامات التعاقدية على الإقالة ٥٩٧
- آثار الإقالة ٥٩٨