THE LIBRARIES

COLUMBIA UNIVERSITY

الموجز
في شرح القانون المدني العراقي
الجزء الثاني
في
أحكام الالتزام

مع المقارنة بالفقه الاسلامي

تاليف
عبدالمجيد الحكيم
دكتور في القانون
استاذ مساعد في كلية الحقوق بجامعة بغداد
عميد كلية الحقوق وكالة سابقاً

مع
كلمة للاستاذ الكبير السنهوري

الطبعة الأولى

١٣٨٥هـ ١٩٦٥م

شركة الطبع والنشر الاهلية ـ بغداد ـ تلفون ٨٢٩٥٩

956.7
H127
v.2

اني رأيت انه لا يكتب انسان كتابا في يومه الا قال في غده : لو غير هـذا لكان احسن ، ولو زيد كذا لـكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان افضـل ، ولو ترك هـذا لـكان أجمـل . وهـذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة النشر .

العماد الاصفهاني

اعتـــــذار

لقد تأخر ظهور هذا الجزء الى درجة كبيرة . والسبب في ذلك هـو اني أردت لـه ان يخرج كاملا مـع اثبـات الالتزام . ولكن ما كل ما يتمنى المرء يدركه . وقد رأيت ان تأخير ظهـور الـكتاب أكثر من ذلك يؤدي الى حرمان المشتغلين بالقضايا الحقوقيـة من الاستفادة منه . لذا آثرت اصداره كما هو الآن على ان اصدر بعـده ، بحول الله ، كتابا خاصا في الاثبات .

وفقنا الله جميعا لخدمة العلم وطلبه لوجهه خالصا ، انه سميع مجيب .

المؤلف

كلمة للاستاذ الكبير السنهوري

بعث الاستاذ الكبير الدكتور عبدالرزاق السنهوري الى المؤلف بمناسبة ظهور الطبعة الثانية للجزء الاول من هذا الكتاب برسالة جاء فيها ما يلي :

القاهرة في ٤-٧-٦٥ ٠

عزيزي الدكتور عبدالمجيد الحكيم ٠

« تحية وسلاما وبعد فقد قدم القاهرة الاستاذ ٠٠٠ ثم سلمني مؤلفكم القيم في مصادر الالتزام ، ويمتاز بانه يقارن القانون بالفقه الاسلامي وبانه يورد أحكام محكمة التمييز ٠ واني اعتقد ان الوقت قد حان لتلاقي الفقه والقضاء في العراق ، فتصدر الكتب الفقهية وفيها الاشارة الى أهم أحكام القضاء العراقي٠ وقد مر الفقه العراقي بمرحلة لم يتمكن فيها من ذلك لعدم التعود على نشر أحكام القضاء ٠ واراك قد بدأت مرحلة جديدة ، فانشرت الى احكام محكمة التمييز ، وحسنا فعلت ٠ واني اهنئك على المجهود الموفق الذي بذلته في اخراج هذا المؤلف ٠٠٠ وسرني ان تكون قد توصلت الآن الى رتبة الاستاذ المساعد وعما قريب اهنئك بالاستاذية بمشيئة الله ٠٠٠ وتقبل مني خالص التحية وصادق الشكر » ٠

المخلص

عبدالرزاق أحمد السنهوري

بسم الله الرحمـــن الرحيـم

تمهيـــد

١ ــ رأينا فى الجزء الاول من هذا الكتاب أن من نتائج المعيشة فى المجتمع نشوء روابط قانونية بين الافراد ، وان لهذه الروابط ناحيتين : ايجابية وهي الحق الشخصي ، وسلبية وهي الالتزام . والرابطة القانونية كالكائن الحي لها نشوء وحياة ونهاية . وقد رأينا فى الجزء الاول كيف تنشأ هذه الروابط القانونية ، والمصادر التى تنشؤها وتعطيها الحياة ، من عقد وارادة منفردة وعمل غير مشروع وكسب دون سبب وقانون . ومحل بحثنا فى هذا الجزء هو دراسة الرابطة القانونية بذاتها مستقلة عن مصدرها الذي أنشأها ويعبر عن ذلك بـ «أحكام الالتزام» أو «الالتزام فى حد ذاته»، ويقصد به الاحكام والقواعد العامة التى تطبق على الالتزام من حين نشوئه الى حين زواله وانقضائه .

٢ ــ وقد جرت عادة الفقهاء والقوانين المدنية المختلفة على التعبير عن ذلك بـ « اثار الالتزام » .ونحن لا نرى هذه التسمية صحيحة ، فالالتزام فى ذاته لا يمكن ان ينتج أثرا ما ، اذ هو أثر لمصدره الذي أنشأه وأعطاه قوته الملزمة . وكل ما يجب أن نعرفه فى هذا الباب هو الاحكام التى تطبق على الالتزام من حين نشوئه الى حين زواله وانقضائه . وحكم الالتزام هو وجوب تنفيذه ، وهذا الوجوب انما يضاف الى مصدره الذي أنشأه وأعطاه قوته الملزمة (١) . وعلى ذلك فسنتجنب استعمال تعبير « اثار الالتزام » .

---

(١) وخير دليل على ذلك الالتزام الطبيعي . فهو التزام فقد قوته الملزمة، ولكن يستطيع الدائن والمدين الاتفاق على تجديده بالتزام مدنى ، وعندئذ يصبح التزاما مدنيا يمكن اجبار المدين على تنفيذه . فالقوة الملزمة فى هذه الحالة انما استمدت من الاتفاق الذي حول الالتزام الطبيعي الى التزام مدنى ، لا من الالتزام فى ذاته .

٣ ــ وأول حكم يطبق على الالتزام هو وجوب تنفيذه عينا من قبل المدين ، ويسمى هذا التنفيذ بـ « التنفيذ العينى » أو « التنفيذ المباشر » • فاذا لم يقم المدين بهذا التنفيذ وجب عليه أن يعوض الدائن تعويضا عادلا ، ويسمى ذلك بـ « التنفيذ بمقابل » أو « التعويض » • وهذا ما سنراه فى الباب الاول •

٤ ــ ولما كانت الرابطة القانونية كالكائن الحي ، لها نشوء وحياة وانقضاء ، فقد يطرأ عليها فى أثناء حياتها بعض التغيرات : فقد ينتقل الحق من دائن الى دائن ، وهذا هو حوالة الحق • وقد ينتقل الالتزام من مدين الى مدين ، وهذا هو حوالة الدين • وهذا ما نراه فى الباب الثاني تحت عنوان : انتقال الالتزام •

٥ ــ ثم ان الالتزام قد يكون بسيطا وقد تلحقه بعض الاوصاف التى تؤثر فى قوته الملزمة أو فى قيمته المالية • فقد يعلق على شرط ، وقد يضاف الى أجل ، وقد يتعدد الدائن ، وقد يتعدد المدين ، وقد يتعدد محل الالتزام• وهذه هي الاوصاف التى قد تلحق الالتزام • وسنبحث هذا الموضوع فى الباب الثالث تحت عنوان : أوصاف الالتزام •

٦ ــ ولكن مصير الالتزام حتما الى زوال • وهناك طرق متعددة ينقضى بها الالتزام ويزول • وهذه الطرق سنراها فى الباب الرابع تحت عنوان انقضاء الالتزام •

٧ ــ وأخيرا ليس للالتزام قيمة اذا لم يستطع الدائن أن يثبته • فيجب اذن أن نرى كيف يثبت الالتزام • وسيكون ذلك موضوع الباب الخامس والاخير •

٨ــ وعليه فسنقسم هذا الجزء الى الابواب الخمسة التالية :

الباب الاول ــ تنفيذ الالتزام •

الباب الثانى ــ انتقال الالتزام •

الباب الثالث ــ أوصاف الالتزام •

الباب الرابع ــ نقضاء الالتزام •

الباب الخامس ــ اثبات الالتزام •

الباب الاول

تنفيذ الالتزام

EXÉCUTION DE L'OBLIGATION

تمهيـــــــد

٩ ــ الاصل، كما سبق أن قلنا ، أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه طوعا واختيارا، ويسمى التنفيذ فى هذه الحالة بالتنفيذ العيني الاختياري ، وهـــو لا يثير صعوبة ما • فاذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه وكان هذا التنفيذ لا يزال ممكنا جاز للدائن أن يلتجيء الى السلطة العامة لاجباره على ذلك • ويسمى هذا النوع من التنفيذ بـ « التنفيذ العيني الجبري » ، وهو الذي يهمنا هنا •

١٠ ــ واذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يمكن اجباره عليه تحول التنفيذ العيني الى تنفيذ بمقابل • فيدفع المدين الى الدائن ما يساوي الالتزام الذي فى ذمته ، ويسمى هذا النوع من التنفيذ بـ « التعويض » • ويجب أن يلاحظ أن كلا من هذين النوعين من التنفيذ انما هو تنفيذ جبري ، ولكن الاول تنفيذ عيني جبري والثاني تنفيذ جبري بمقابل •

١١ ــ والدائن يتمتع بضمان يضمن له الحصول على حقه ، وهـذا الضمان هو ذمة المدين المالية التي هي الضمان العام الذي يؤمن لجميع الدائنين الحصول على حقوقهم اذا أخل مدينهم بتنفيذ التزامه •

١٢ ــ ثم أن امكان اجبار المدين على تنفيذ التزامه انما يكون فـى الالتزام الذي نشأ صحيحا وبقى محتفظا بقوته الملزمة ، وهو ما يسـمى بالالتزام المدنى • غير أن هناك التزاما اخر فقد قوته الملزمة ولا يمكـن اجبار المدين على تنفيذه ، الا أن المدين اذا نفذه طوعا واختيـارا فانـه لا يستطيع الرجوع فيه • وهذا النوع من الالتزامات يسمى بـ « الالتـزام الطبيعى » • ولم يعالج القانون المدنى العراقى هذا النـوع من الالتزام ، بخلاف القانون المدنى المصري الذي نص على عدم الجبر فى تنفيذه • وعليه فسوف لا نتكلم عنه نحن أيضا ، على أن نعالجه فى كتابنا الوسيط •

١٣ ــ وعليه فسنقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول ، نتكلم فى الاول عن التنفيذ العينى الجبرى ، وفى الثانى عن التنفيذ بمقابل ، وفى الثالث عن الضمان العام الذي يؤمن للدائنين الحصول على حقوقهم والذي هو ذمـة المـدين الماليـة •

الفصل الاول

التنفيـــذ العيني الجبري

EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

١٤ ــ اذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه جاز للدائن الالتجاء الـــى السلطة العامة لاجباره على ذلك • والتنفيذ الذي يحصل عليه من المديـن عن هذا الطريق يسمى بالتنفيذ العينى الجبري •

ولا بد لامكان الحكـم بالتنفيـذ العينى الجبـري من توافر بعض الشروط • ولكن لا يكفى توافر هذه الشروط والحكم على المدين بتنفيـذ التزامه عينا للحصول فعلا على التنفيذ ، فقد يبقى المدين مصرا على عـدم التنفيذ ، فلا بد من استعمال بعض الوسائل لحمله على التنفيذ • ونرى كلا من تلك الشروط وهذه الوسائل فى فرع مسـتقل •

الفرع الاول

شروط التنفيذ العيني الجبري

١٥ ــ يمكن استخلاص الشروط اللازم توافرها للحكم على المـدين بالتنفيذ العينى الجبري من المادة (٢٤٦) من القانون المدنى • فقـد نصت هذه المادة على أن : « ١ ــ يجبر المدين على تنفيذ التزامه عينيا متى كـان ذلك ممكنا • ٢ ــ على انه اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضـررا جسيما » • ومن قراءة النص المتقدم نستنتج ان الشروط اللازم توافرهـا للحكم على المدين بالتنفيذ العينى الجبري هي :

١ ــ أن يكـون التنفيـذ ممكنـا •

٢ ــ الا يكون فيه ارهاق للمدين ، أو فيه ارهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضررا جسـيما •

٣ ــ وهناك شرط ثالث لم تنص عليه المادة المتقدمة ، ولكنه مفهوم ضمنا ولا حاجة للنص عليه ، وهو أن يطلب الدائن التنفيذ العينى .

وقد أضافت المواد (٢٠٣) من القانون المدنى المصري ، و (٢٠٤) من القانون المدنى السوري ، و (٢٠٦) من القانون المدنى الليبى ، شرطا اخر هو الاعذار . ونحن لا نرى ضرورة للاعذار للحكم على المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، ونرى القانون المدنى العراقى أكثر توفيقا لعدم اشتراطه له . فالطلب الذي يتقدم به الدائن الى المحكمة يكفى للحكم على المدين بذلك ويغنى عن الاعذار . واذا كان الاعذار ضروريا فانما للحكم على المدين بالتعويض لتأخره فى تنفيذ التزامه ، أو لامتناعه عنه نهائيا . وعلى ذلك فلا نتكلم عنه هنا ، بل نتركه الى حين الكلام عن التنفيذ بمقابل ، أو التعويض .

ونرى فيما يلى كلا من الشروط المتقدمة على حدة .

الشرط الاول ــ أن يكون التنفيذ العيني ممكنا

١٦ ــ لا بد لامكان الحصول على التنفيذ العينى من أن يكون هذا التنفيذ ممكنا . فاذا أصبح مستحيلا لم تعد هناك جدوى فى المطالبة به . وينظر عندئذ الى سبب الاستحالة، فاذا كان خطأ المدين حكم عليه بالتعويض، واذا كان سببا أجنبيا انقضى التزامه ولا يلزم بشىء .

ولا يعدو محل الالتزام أن يكون تسليم شىء ، أو عملا ، أو امتناعا عن عمل (١) . ونرى كيف يكون التنفيذ العينى الجبري فى كل من هذه الحالات

---

(١) يتكلم الفقهاء بالاضافة الى ذلك عن الالتزام « بنقل الملكية » . ونحن نرى هذا التعبير غير صحيح ، على الاقل اذا كان محل العقد منقولا . ذلك ان الرضائية لما كانت هي الاصل فالملكية تنتقل بمجرد ابرام عقد البيع وارتباط الايجاب بالقبول ومن غير حاجة الى أية شكلية أخرى . ويترتب على ذلك عدم امكان نشوء التزام خاص بنقل الملكية ، وانما ينشأ على عاتق البائع التزام بتسليم المبيع اذا كان معينا بالذات ، أو بتسليم الكمية المتفق عليها اذا كان المبيع شيئا مثليا .

وقد ارتكب القانون المدنى العراقى هذا الخطأ فجاءت نصوصه مضطربة .

١ ـ محل الالتزام تسليم شيء

١٧ ـ لا يعدو الشيء الذي يكون تسليمه محلا للالتزام أن يكون شيئا معينا بالذات أو شيئا معينا بنوعه فقط ، أي شيئا مثليا . واذا كان شيئا معينا بالذات فهو أما أن يكون منقولا أو عقارا .

١٨ ـ فاذا كان محل التزام المدين تسليم عقار وامتنع عن ذلك ، جاز

فبينما هو ينص فى المادة ٢٤٧ على أن : « الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات» ، اذا به ينص فى المادة (١٤٣) على أن « عقدالمعاوضة الوارد على الاعيان يقتضى ثبوت الملك لكل واحد من العاقدين فى بدل ملكه والتزام كل منهما بتسليم ملكه المعقود عليه للاخر » ، وفى المادة (٥٣١) على انه : « اذا كان المبيع عينا معينة بالذات أو كان قد بيع جزافا نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع ... » . فالمادة (٢٤٧) تتكلم عن « الالتزام بنقل الملكية » ، أما المادتان (١٤٣ و ٥٣١) فتنصان على ان البيع ، أو عقد المعاوضة الوارد على الاعيان ، ينقل الملكية من تلقاء نفسه اذا كان المبيع عينا معينة بالذات أو بيع جزافا . والتعارض واضح بين المادة (٢٤٧) والمادتين (١٤٣ و ٥٣١) ، فالمادة (١٤٧) تضع « الالتزام بنقل الملكية » على قدم المساواة مع عقد المعاوضة الوارد على الاعيان أو البيع . فكل منهما ، حسب المواد المتقدمة ، ينقل من تلقاء نفسه الملكية ، أو الحق العيني الوارد على الشيء . وهذا غير معقول، لان الالتزام عبارة عن أثر من اثار العقد ، ولا يمكن أن ينتج الاثر أثر مؤثره .

ان تعبير « الالتزام بنقل الملكية » لا يمكن أن يكون له معنى الا فى القانون الرومانى ، حيث لم يكن عقد البيع ينقل الملكية من تلقاء نفسه ، بل كان ينشيء على عاتق البائع التزاما بنقلها فيما بعد باحدى طرق نقل الملكية .

قد يقال ان هذا التعبير يمكن أن يكون له معنى فى القانون العراقى وذلك اذا ورد العقد على ملكية عقار أو على أحد الحقوق العينية العقارية ، فهو (العقد) ينشيء على عاتق المدين التزاما بالقيام بالاجراءات اللازمة أمام دائرة الطابو لنقل الملكية أو لانشاء الحقوق العينية العقارية الاخرى . ويمكن الرد على ذلك بأن هذا النوع من العقود فى القانون العراقى اذا لم يسجل فى دائرة الطابو فلا يكون له أثر ، أي لا يلزم البائع ، أو منشيء الحق العيني العقاري ، بتسجيله فى دائرة الطابو (وقد عالجنا هذا الموضوع بالتفصيل فى مقال كتبناه فى شباط سنة ١٩٥٨ ، أي منذ سنتين تقريبا ، ولكننا لم ننشره لعدم وجود مجلة قانونية يمكن نشره فيها » .

للدائن أن يلتجىء الى القضاء للحصول على حكم يلزمه (أي المدين) بتسليم العقار • واذا حاز الحكم قوة الشيء المحكوم فيه Force de la chose jugée أمكن الدائن أن يلتجىء الى دائرة التنفيذ وهي التى تجبر المدين على اخلاء العقار وتسليمه الى الدائن •

١٩ ــ واذا كان محل التزام المدين تسليم منقول معين بالذات وامتنع عن تسليمه ، فاذا كان هذا الشيء موجودا جاز للدائن اللجوء الى القضاء للحكم على المدين بتسليم الشيء وبعد ذلك يودع الدائن الحكم الى دائرة التنفيذ وهي التى تقوم بأخذ الشيء من المدين وتسليمه اليه ، وذلك بعد أن يدلها عليه • واذا لم يكن الشيء موجودا ، بأن أخفاه المدين فى ولم يستطع الدائن العثور عليه ، أو هلك بخطأ المدين ، فان التنفيذ العينى يتحول الى تنفيذ بمقابل ، أي تعويض • وهذا ما سنراه فى محله •

٢٠ ــ واذا كان محل الالتزام تسليم شيء مثلي ، كحنطة أو رز أو تمر ، وامتنع المدين عن تسليه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين ، بعد استئذان المحكمة أو بدون استئذانها فى حالة الاستعجال • وقد نصت على ذلك المادة (٢٤٩) من القانون المدنى بقولها : « ١ ــ اذا ورد الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عينى اخر على شيء لم يعين الا بنوعه فلا ينتقل الحق الا بتعيين الشيء المعين بالذات • ٢ ــ فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة أو بغير استئذانها فى حالة الاستعجال •• » • فاذا حصل الدائن على الشيء جاز له الرجوع على المدين بما دفعه فى الحصول عليه وبالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه •

٢ــ محل الالتزام قيام بعمل

٢١ ــ واذا كان محل التزام المدين قياما بعمل فلا بد من تدخل المدين الشخصى لتنفيذ الالتزام • ولامكان الوصول الى التنفيذ العيني الجبري

فى هذه الحالة يجب التمييز بين حالتين : حالة ما اذا كانت شخصية المدين محل اعتبار فى التنفيذ ، وحالة ما اذا لم تكن شخصية المدين كذلك . ونرى كل حالة على حدة .

أ ـ شخصية المدين اعتبار فى التنفيذ

٢٢ ـ فاذا كانت شخصية المدين محل اعتبار فى تنفيذ الالتزام ، كالطبيب يتعهد باجراء عملية جراحية والرسام يتعهد بعمل لوحة زيتية والممثل يتعهد بالتمثيل فى فلم ، فلا يمكن الحصول على التنفيذ العيني الجبري لعدم جدواه ، اذ سوف لا يكون العمل الذي يقوم به المدين متقنا ، بالاضافة الى أنه اذا أصر نهائيا على الرفض فاننا لا نستطيع اجباره على العمل . ويضيف الفقهاء الى ذلك حجة اخرى هي ما فى اجبار المدين على القيام بعمل من تجاوز على حريته الشخصية .

ب ـ شخصية المدين ليست محل اعتبار فى التنفيذ

٢٣ ـ واذا لم تكن شخصية المدين محل اعتبار فى تنفيذ الالتزام وامتنع عن التنفيذ ، فالتنفيذ العينى الجبري يكون دائما ممكنا ، ويمكن للدائن أن ينفذه على نفقة المدين . فاذا تعهد شخص ببناء دار ، أو باقامة جسر ، أو بتبليط شارع ، أو بمد سكة حديدية ، ولم يقم بتنفيذ ما تعهد به ، جاز للدائن أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين . فيقوم ببناء الدار ، أو باقامة الجسر ، أو بتبليط الشارع ، أو بمد السكة الحديدية ، وذلك بواسطة شخص اخر ، ثم يقيم الدعوى أمام القضاء طالبا الحكم عليم بجميع ما أنفقه مع التعويض عن الضرر الذي أصابه . وقد نصت على ذلك المادة (٢٥٠) مدني بقولها : « ١ ـ فى الالتزام بعمل اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضروريا أن ينفذه بنفسه جاز للدائن أن يستأذن من المحكمة فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا . ٢ ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا اذن من المحكمة » .

٣ ـ محل الالتزام امتناع عن عمل

٢٤ ـ واذا كان محل التزم المدين امتناعا عن عمل وقام به المدين أصبح

التنفيذ العينى الجبري مستحيلا بخطأ المدين بالنسبة للماضى • مثال ذلك أن يتعهد تاجر بعدم منافسة تاجر اخر ثم يفتح متجرا لمنافسته ، أو أن يتعهد ممثل بعدم التمثيل على غير المسرح الذي يمثل فيه ويظهر على غير هذا المسرح ، أو أن يتعهد جار بعدم اقامة جدار يسد النور والهواء على جاره ثم يقيم الجدار • فى جميع هذه الصور ، وغيرها ، يجوز للدائن الالتجاء الى القضاء لازالة ما وقع والحصول على تعويض مناسب • وقد نصت على القاعدة العامة فى هذا الباب المادة (٢٥٢) مدني بقولها : « اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب أزالة ما وقع مخالفا للالتزام مع التعويض اذا كان له محل » •

امكان التنفيذ العيني الجبري فى الامتناع عن عمل بالنسبة للمستقبل

٢٥ ــ والتنفيذ العينى الجبري فى حالة الالتزام بامتناع عن عمل يتحول فى أغلب الاحيان الى تعويض • ولكن يبقى اجبار المدين على التنفيذ العينى ممكنا فى الغالب بالنسبة للمستقبل • فاذا تعهد جار بعدم اقامة جدار يسد النور والهواء على جاره واقام الجدار ، واذا تعهد تاجر بعدم فتح متجر لمنافسة تاجر اخر وفتح متجرا لمنافسته ، جاز للجار وللتاجر الاول الالتجاء الى القضاء للحصول على حكم بهدم الجدار أو بمنع المنافسة ، مع التعويض اذا كان له محل (١) •

---

(١) يسمي العلامة السنهوري هذا النوع من التنفيذ العيني الجبري بالتعويض العيني . ويفرق بينه وبين التنفيذ العيني بأن هذا الاخير يقع قبل وقوع الاخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الاخلال به ، أما الاول فيكون بعد وقوع الاخلال بالالتزام . فازالة المخالفة تكون هي التعويض العينى (الوسيط ، ج ٢ ، ف ٤٤٠) . ونحن لا نرى هذه التسمية دقيقة . فالتعويض انما يلتجأ اليه عند عدم امكان اجبار المدين على التنفيذ العيني ويكون دائما مبلغا من النقود ، بينما هو (أي التعويض) فى المثل الذي نحن بصدده محل الالتزام الذي التزم به المدين ذاته . ونحن نفضل تسميته بالتنفيذ العيني الجبري ، تمييزا له من امتناع المدين عن القيام بالعمل الذي

ويلاحظ أن مصدر الالتزام فى الامثلة التي ذكرناها هو العقد . ولكن قد يكون القانون نفسه هو المصدر للالتزام بالامتناع عن عمل . مثال ذلك التزام الجار بعدم الاضرار بجاره ضررا فاحشا ، والتزام الطبيب والمحامى بعدم افشاء سر المهنة ، فمصدر التزامهما هو القانون .

الشرط الثاني ــ ألا يكون التنفيذ العيني ارهاقا للمدين ، أو فيه ارهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضررا جسيما

٢٦ ــ ولاجل امكان الحكم على المدين بالتنفيذ العينى ، يجب الا يكون فى هذا التنفيذ ارهاق للمدين . فاذا كان فيه ارهاق جاز له أن يطلب من المحكمة اعفاءه من تنفيذ التزامه ، على أن يدفع للدائن تعويضا مناسبا . وتقدير الارهاق يعود للقاضى وسلطته التقديرية ، وهو يختلف باختلاف الناس (١) .

٢٧ ــ ولكن اذا كان العدول عن التنفيذ العيني يلحق بالدائن ضررا جسيما فالحكم به يصبح واجبا ولو كان مرهقا للمدين . وهذا هو صريح

التزم بالامتناع عن القيام به ، الذي هو التنفيذ العيني الاختياري . ويمكننا ان نمثل لذلك بعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه اذا كان محل هذا الالتزام عملا ليست شخصية المدين محل اعتبار فى تنفيذه . ففي هذه لحالة يستطيع الدائن تنفيذ الالتزام على نفقة المدين ، ولكننا لم نسم هذا التنفيذ تعويضا عينيا ولكننا سميناه تنفيذا عينيا جبريا . وهكذا الحال فى الالتزام بامتناع عن القيام بعمل اذا أخل به المدين والتجأ الدائن الى القضاء لازالة المخالفة ، فاذا أجبر المدين عليها (على ازالة المخالفة) أصبحنا أمام تنفيذ ما التزم به المدين عينا ، أي امام تنفذ عيني جبري .

(١) يرجع بعض الفقهاء هذا الشرط الى نظرية التعسف فى استعمال الحق . ويقول الاستاذ السنهوري فى هذا الصدد : « وهذا الشرط تطبيق من تطبيقات نظرية الضرورة ويمكن ارجاعه الى نظرية التعسف فى استعمال الحق، فمن حق الدائن أن يطلب التنفيذ العيني ما دام ممكنا ، ولكنه يكون متعسفا فى هذا الطلب ، فلا يجاب اليه اذا تبين من الظروف ان التنفيذ العني مرهق للمدين أو للغير دون أن تكون هناك فائدة منه تعود على الدائن » (المرجع السابق ، ص ٧٦٤ ، هامش رقم ٢ . كذلك الموجز ، ص٤٣٩ ، هامش رقم ١).

نص الفقرة الثالثة من المادة (٢٤٦) من القانون المدنى • والتوازن هنا مطلوب بين المصالح المتعارضة : مصلحة الدائن ومصلحة المدين • فاذا كان الارهاق الذي يصيب المدين مساويا للضرر الذي يصيب الدائن فالاولى بالرعاية هو الدائن ، لانه انما يطالب بحقه فى غير تعسف • وهذه بعد مسألة وقائع ترجع لتقدير القاضى ، فهو الذي يقارن بين الارهاق الذي يصيب المدين والضرر الذي يصيب الدائن ويوازن بينهما ثم يصدر حكمه مراعيا فيه مصلحة الطرفين •

الشرط الثالث ـ أن يطلب الدائن التنفيذ العيني

٢٨ ـ وهذا الشرط مفهوم ضمنا ، اذ لا يمكن للمحكمة أن تفصل فى قضية اذا لم يرفع لها الامر • واذا رفع لها الامر وطلب الدائن الحكم على المدين بالتعويض لامتناعه عن تنفيذ التزامه ، فلا يجوز للمحكمة أن تحكم على المدين بالتنفيذ العينى الجبري •

٢٩ ـ ولكن مجرد امتناع المدين عن تنفيذ التزامه لا يعطى الدائن الحق فى طلب التنفيذ العينى الجبري ، بل لا بد لذلك من توافر شرطين :

أولهما ـ ألا يكون امتناع المدين عن التنفيذ أو تأخره فيه راجعا الى عدم قيام الدائن بتنفيذ التزامه ، فيكون امتناع المدين عن التنفيذ مشروعا • وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين •

ثانيهما ـ أن يكون حق الدائن حاصلا على الصيغة التنفيذية ، بان يكون مستحقا وحاصلا على حكم حائز قوة الشىء المحكوم فيه ، أو مثبتا فى سند واجب التنفيذ ، كعقد منظم من قبل الكاتب العدل •

فاذا توافر هذان الشرطان جاز للدائن اللجوء الى السلطة العامة لاجبار مدينه على التنفيذ العينى • ويكون ذلك عادة بواسطة الدائرة المختصة بتنفيذ الاحكام القضائية والعقود المنظمة من قبل الكتاب العدول ، وهي دائرة التنفيذ •

الفرع الثانى

وسائل الحصول على التنفيذ العيني الجبري

الاكراه البدني والتهديد المالى

٣٠ ــ أن أهم الوسائل للحصول على التنفيذ العينى الجبري وسيلتان، وهما الاكراه البدنى والتهديد المالى • وهاتان الوسيلتان تستعملان لكسر عناد المدين الموسر ، المماطل • ونرى كلا منهما فى مبحث مستقل •

المبحث الاول

الاكراه البدني

CONTRAINTE PAR CORPS

حبس المدين فى القوانين الغربية

٣١ ــ كان القانون الرومانى القديم يجيز للدائن الذي يعجز مدينه عن الوفاء أن يسترقه ، بل ويقتله • ثم تطور الامر ولم يعد للدائن الا الحق فى حبس مدينه واجباره على العمل لمصلحته • وقد استمر هذا التطور حتى أصبح حق الدائن قاصرا على التنفيذ على أموال مدينه فقط •

٣٢ ــ وقد كان الاكراه البدني ، أو الحبس ، جائزا فى فرنسا ، وعالجته المواد (٢٠٥٩ ــ ٢٠٧٠) من القانون المدنى الفرنسى ، وبقي معمولا به حتى سنة ١٨٦٧ حيث الغي بالقانون الصادر فى ٢٢ تموز من هذه السنة ، وذلك للحصول على مبالغ الغرامات والتعويضات والمصروفات القضائية التى تحكم بها محاكم الجزاء • ويجب فى هذه الحالة على محكمة الجزاء التى تصدر حكما بالغرامة أو بالتعويض أن تحدد فى حكمها مدة الحبس التى يجب أن يقضيها المحكوم عليه عند عدم دفعه المبلغ المحكوم به (١) •

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ج ٧ ، ف ٧٨٤ ، ٧٨٥ .

حبس المدين فى الفقه لاسلامى

٣٣ ــ وقد اتفق الفقهاء المسلمون على عدم جواز حبس المدين المعسر مستندين فى ذلك الى ما ورد فى القرآن الكريم : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى مسيرة »(١) ولكنهم اختلفوا فى جواز حبس المدين الموسر. والرأي السائد عند الائمة هو جواز حبس المدين الموسر « الممتنع عن دفع الحق الى مستحقه الجاء اليه وحملا عليه » (٢) . ونقطة الابتداء فى ما قرره الفقهاء المسلمون فى هذا الباب هي الحديث الشريف : « لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته». ومعنى اللي (بفتح اللام) المطل ، والواجد الغني ، و « يحل عرضه » يغلظ له . وروي عنه (ص) انه قال أيضا : « مطل الغني ظلم » . وبامتناع المدين من قضاء الدين مع قدرته عليه صار ظالما ، والظالم يحبس (٣) .

عبء الاثبات

٣٤ ــ ولما كان المدين لا يحبس الا اذا كان معسرا ، فعلى من يقع عبء الاثبات على المدين أو على الدائن ؟ فكل منهما مدع ، المدين يدعي الاعسار ، والدائن يدعي اليسار ، والقاعدة ان البينة على المدعي . هناك أصل وقاعدة فى هذا الباب . فالاصل فى الناس عدم الغنى ، والقاعدة ان البينة لا ترد على النفي . ويترتب على ذلك أن الملزم بالاثبات هو الدائن ، فيجب عليه أن يثبت يسار المدين . ولكن الاصل المتقدم قد انتسخ بالمعهود عن الناس ، اذ انهم يتكسبون فى الغالب . لذا جوز بعض الفقهاء حبس المدين الى أن يثبت هو اعساره فيخلى سبيله . وان من ثبت عسره عند جمهور الفقهاء لا يجوز حبسه بعد ذلك حتى يثبت الطالب يساره . ومن كان مجهول الحال وطال حبسه

---

(١) البقرة ، آية (٢٨٠) .

(٢) قواعد الاحكام للعز بن عبد السلام ، ج ١ ، ص ١١٠ ، نقلا عن الدكتور صبحي المحمصانى ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ، ج ٢ ، ص ٢٥٨ .

(٣) المبسوط للسرخسى ، ج ٢٠ ، ص ٨٨ ، ج ٢٤ ، ص ١٦٣ .

جاز عند بعض الفقهاء اخراجه بعد مدة يقدرها الحاكم بالقياس الى مقدار الدين واختلاف الاشخاص (١) .

القانون المدني العراقي

٣٥ ــ ولم ينص القانون المدني العراقي على حبس المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه . ولكن قانون التنفيذ أجاز حبس المدين اذا لم ينفذ برضائه سند تنفيذ يتضمن الزاما بتسليم مبلغ معين أو شيء بحكم الدين اذا كانت أمواله الظاهرة التي يمكن حجزها لا تكفي أثمانها لوفاء الدين والنفقات والرسوم والفوائد (م ٢٧) ، أو سند تنفيذ يتضمن الزاما بعمل شيء معين ليس من قبيل لدين (م ٢٥) (٢) .

المبحث الثاني
التهديد المالي
LES ASTREINTES

٣٦ ــ نصت المادة (٢٥٣) من القانون المدني على التهديد المالي كوسيلة غير مباشرة لاجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا وسمته بـ « الغرامات التهديدية » . فقد قضت هذه المادة بأنه : « اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه أو امتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن أن تصدر قرارا بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية ان بقي ممتنعا عن ذلك » .

فاذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا جاز للقاضي ، بناء على طلب الدائن ، أن يصدر قرارا بالزام المدين بتنفيذ التزامه في مدة يحددها في الحكم ، وفي حالة تأخره بالزامه بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو اسبوع أو سنة ، أو أية وحدة زمنية أخرى يحددها الحكم ، حتى يقوم بتنفيذ

---

(١) المحمصاني ، المرجع السابق ، ص ٢٦٠ .

(٢) راجع الاستاذ علي مظفر حافظ ، عضو محكمة تمييز العراق : شرح قانون التنفيذ ، بند ٦٣ ، ٦٤ ، ١٧٧ وما بعده .

التزامه • فاذا قام بالتنفيذ بعد هذا التهديد أو أصر نهائيـــا على الرفض والامتناع ، صرفت المحكمة النظر عن مبلغ الغرامة التى هددته بها وحكمت للدائن بالتعويض الحقيقى الذي يعوضه عما فاته من ربح وما أصابه مـن خسارة ، مراعية فى ذلك مدى التعنت الذي بدا من المـدين (م ٢٥٤) • والملاحظ فى مثل هذه الحالات أن المحاكم تقدر تعويضا اكبر من التعويض الذي تقضى به فى حالة عدم اصدارها قرارا بغرامة تهديدية •

مجال تطبيق التهديد المالي

٣٧ ــ ويمكن اللجوء الى التهديد المالى كوسيلة لحمل المـدين على تنفيذ التزامه فى جميع أنواع الالتزامات ما دام تنفيذ الالتزام لا يزال ممكنا ، فاذا أصبح مستحيلا لم تعد هناك فائدة من اللجوء اليه • فسواء أكان محل الالتزام تسليم شيء معين بالذات أم بنوعه أم عملا أم امتناعا عن عمل ، يمكن للمحكمة أن تحكم به على المدين لكسر عناده وحمله على تنفيذ التزامه •

شروط الحكم بالتهدد المالى

٣٨ ــ هناك شروط لا بد من وافرها لامكان الحكم على المـــدين بالتهديد المالى • وهذه الشروط تستنتج من المادة (٢٥٣) المتقدمة ، وهي :

١ ــ أن يكون التنفيذ العينى لا يزال ممكنا • وهذا الشرط مفهـوم ضمنا ، فاذا أصبح مستحيلا لم تبق هناك فائدة من الحكم بالتهديد المالى • فاذا كان محل الالتزام تسليم عين معينة مثلا وهلكت العين انقضى التـزام المدين ، ويرجع الدائن بالتعويض أو لا يرجع حسبما اذا كان الهلاك بخطأ المدين أو بسبب أجنبي •

٢ ــ أن يكون تدخل المدين ضروريا ، والا ، كما تقول المادة (٢٥٣) ، كان التنفيذ العيني غير ممكـن أو غير ملائم • فاذا كان تدخل المـدين غير ضروري فلا حاجة للجوء الى الغرامات التهديدية ، أوالتهديد المالى ، لاجباره على التنفيذ ، فقد سبق أن رأينا ان الدائن يستطيع أن يحصل على نفقة المدين على الشيء الذي تعهد به هذا الاخير ، بعد استئـذان المحكمـة أو بغير استئذانها فى حالة الاستعجال •

واكثر ما تكون فائدة التهديد المالى فى حالة الالتزام بعمل او بامتناع عن عمل ، اذا كان هذا الامتناع يتجدد فى المستقبل ، أو بتسليم عين معينة . فاذا تعهد طبيب باجراء عملية جراحية ثم رفض اجراءها ، واذا تعهد ممثل بالتمثيل فى فلم سينمائى ، ثم رفض التمثيل ، كانت هناك فائدة من الحكم عليهما بغرامة تهديدية . وكذلك اذا كان محل التزام المدين ابراز مستندات أو وثائق أو خرائط ، أو غير ذلك من الامور ، فان هناك فائدة فى الحكم عليه بغرامة تهديدية لحمله على ابراز ما يخفيه .

٣٩ ــ ولكن اذا طلب الدائن الحكم على المدين بالتهديد المالى فهل للمحكمة أن تصدر من تلقاء نفسها قرارا بغرامة تهديدية اذا لم يطلب منها الدائن ذلك . وهذا هو صريح نص المادة (٢٥٣) المتقدمة .

سلطة المحكمة التقديرية

٣٩ ــ ولكن اذا طلب الدائن الحكم على المدين بالتهديد المالي فهل تكون المحكمة ملزمة باجابته الى طلبه ، أو انها تتمتع بسلطة تقديرية فى ذلك؟ عبارة المادة (٢٥٣) تفيد الجواز لا الوجوب ، فهي تقول : « ... جاز للمحكمة ... » . وهذا ما يذهب اليه الفقه والقضاء فى فرنسا أيضا (١) .

خصائص التهديد المالى

٤٠ ــ بعد استعراضنا للتهديد المالى فيما تقدم نستطيع أن نميز فيه الخصائص التالية :

١ ــ انه تحكمي Arbitraire أي أن القاضى لا يراعى فى تقديره مقدار الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، بل هو يزيد عادة على مقدار الضرر زيادة كبيرة وذلك لان الغاية منه هي كسر عناد المدين المماطل فى تنفيذ التزامه . وعلى القاضى عندما يصدر قراره بالغرامة التهديدية أن يأخذ بنظر لاعتبار مركز المدين وحالته المالية ، فيقضى بغرامة تكفي لكسر عناده .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ج ٧ ، ف ٧٨٩ ، ص ٨٩ .

ولا يشترط فى التهديد المالى أن يكون مساويا للضرر الذي يصيب الدائن ، بل لا يشترط أن يكون هناك ضرر على الاطلاق . فليست الغاية منه التعويض عن الضرر ، بل الضغط على المدين وتهديده لحمله على تنفيذ التزامه .

٢ ــ انه تهديدي Comminatoire . أي أن مبلغ الغرامة الذي تقضى به المحكمة كتهديد لا يعتبر حقا للدائن ولا دينا على المدين. فلا يجوز للدائن أن يطلب تنفيذ الحكم بالغرامة التهديدية ، كما ان المدين لا يجبر على عرض هذا المبلغ عرضا حقيقيا . واذا قام المدين بتنفيذ التزامه جاز له أن يطلب تخفيض المبلغ المحكوم به أو الغاءه حسب الاحوال . وهذا ما نصت عليه المادة (٢٥٤) بقولها : « اذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة نهائيا مقدار التعويض الذي يلزم به المدين ... » .

٣ ــ انه مؤقت Provisoire . وهذه الخاصية تستنتج من السابقة ، فما دام الغرض من الغرامات التهديدية هو كسر عناد المدين فالحكم بها يكون مؤقتا غير نهائي (١) . ويترتب على ذلك عدم امكان الطعن فيه أمام محكمة التمييز (٢) .

٤ ــ انه يقدر عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها المدين فى تنفيذ التزامه ، أو عن كل مرة يخل فيها بتنفيذه ، ولا يقدر جزافا دفعة واحدة .

طبيعة التهديد المالي ــ التهديد المالي والتعويض

٤١ ــ نستنتج مما سبق ان الغرامات التهديدية ليست تعويضا ، فهي لا تقاس بمقدار الضرر الذي أصاب الدائن من جراء عدم التنفيذ ولا تتوقف عليه . واذا حكمت بها المحكمة فان حكمها لا يسبب ، بخلاف الحكم بالتعويض فانه واجب التسبيب .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ص ٩٠ .

(٢) السنهوري ، المرجع السابق : ف ٤٥٢ ، ص ٨١٥ .

الفصل الثانى

التنفيذ بمقابل (أو التعويض)

EXÉCUTION PAR ÉQUIVALENT - DOMMAGES - INTÉRÊTS

٤٢ ــ اذا لم يكن الحصول على التنفيذ العيني ، لا باختيار المدين ولا جبرا عليه ، التجأنا الى التنفيذ بمقابل أو التعويض • والتعويض على نوعين• فهو اما أن يكون عن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه ، أو لتأخره فى تنفيذه • ومما يجب ملاحظته أن هناك التزاما يقبل التنفيذ العيني الجبري فى جميع الاحوال ، وهو الالتزام الذي يكون محله مبلغا من النقود • واذا كان هناك محل للحكم بالتعويض فى هذه الحالة ، فانه يكون تعويضا لتأخر المدين فى التنفيـــذ •

تمييز التعويض مما يشتبه به من أوضاع

٤٢ ــ والاصل فى التنفيذ أن يكون عينيا ، ولا يصار الى التعويض الا عند استحالة التنفيذ مع كونه ممكنا • فاذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه وطلب الدائن الحكم عليه بالتعويض فانه (أي المدين) يستطيع القيام بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا فيتجنب الحكم عليه بالتعويض لعدم التنفيذ • ويترتب على ذلك ان التعويض ليس التزاما تخييريا ولا التزاما بدليا ولا تجديدا لالتزام قديم • اذ ليس للالتزام الا محل واحد هو ما التزم به المدين عينه • ونرى كلا من هذه الامور على حدة •

١ ــ التعويض ليس بالتزام تخييري

٤٤ ــ اما ان التعويض ليس بالتزام تخييري ، فذلك لان محل الالتزام فى الالتزام التخييري متعدد ولكن ذمة المدين تبرأ بالوفاء بواحـــد منها • والخيار فى هذا النوع من الالتزام قد يكون للدائن وقد يكون للمدين وقد يكون للغير • أما فى التعويض ، فلا يملك الدائن وحده ولا المدين وحده أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني • فللدائن أن يرفض التعويض اذا تقدم

به المدين ويطلب التنفيذ العينى اذا كان ممكنا • وللمدين أن يرفض التعويض اذا طلبه الدائن وأن يقوم بالتنفيذ العيني • فالتعويض ليس اذن بالتزام تخييري • ولكن يجوز أن يتفق الدائن والمدين على استبدال التعويض بالتنفيذ العيني بالرغم من بقاء هذا الاخير ممكنا •

٢ ـ التعويض ليس بالتزام بدلي

٤٥ ـ وأما ان التعويض ليس بالتزام بدلي ، فذلك لان للمدين فى هذا النوع من الالتزام أن يفي بشيء غير الشيء الذي التزم به • أما التعويض ، فهو لا يستطيع أن يحل شيئا آخر محله اذا طلبه الدائن وتوافرت شروطه •

٣ ـ التعويض ليس بتجديد لالتزام قديم

٤٦ ـ واما ان التعويض ليس بتجديد لالتزام قديم ، فذلك لان الالتزام الاصلي ينقضى فى التجديد لينشأ محله التزام جديد يختلف عنه فى أحد عناصره الجوهرية ، وليس الامر كذلك فى التعويض • بل أن أساس التعويض هو الالتزام الاصلي بكافة تأميناته وصفاته ودفوعه • وعلى هذا يمكن القول بأن التعويض يحل محل الالتزام الاصلي حلولا عينيا •

أما اذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بغير خطأ المدين ، فان الالتزام ينقضى لان محله أصبح مستحيلا ، ولا يكون هناك محل للتعويض لانتفاء مسؤولية المدين •

تقدير التعويض

٤٧ ـ والتعويض يقدر عادة بمبلغ من النقود • ولكن القانون المدنى لم ينص على ذلك صراحة عند كلامه عن التنفيذ بطريق التعويض •

فقد نصت المادة (٢٥٥) على ان : « ينفذ الالتزام بطريق التعويض فى الاحوال وطبقا للاحكام التى نص عليها القانون » • الا أن المادة (٢٤٦) التى تتكلم عن التنفيذ العيني نصت فى فقرتها الثانية على ما يلي : « على انه اذا كان فى التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما » • ولكن هذه المادة

لا تتكلم الا عن حالة ما اذا كان فى التنفيذ العيني ارهاق للمدين • أما فى الاحوال الاخرى ، فان نص المادة (٢٥٥) عام وليس فى نصوص القانون التى تحيل اليها هذه المادة ما يقضى بأن يكون التعويض مبلغا من النقود • ونحن نرى ان تترك هذه المسألة الى اجتهاد القضاء • فقد يكتفي الدائن بنشر الحكم فى الصحف على حساب المدين ، وذلك كتعويض مناسب له عن الضرر الادبي الذي تعرض له •

٤٨ ــ ومهما يكن من الامر ، فان تقدير التعويض بمبلغ من النقود قاعدة متفق عليها فى مختلف البلاد ، وفى فرنسا تعتبر هذه القاعدة من القواعد المستقرة التى تفهم ضمنا من النصوص العامة للقانون • فقد قضت محكمة التمييز الفرنسية بأنه لا يجوز للمحاكم أن تقضى بتعويض فى صورة أمر بالقيام بعمل لم يأمر به القانون ولم يقض به الاتفاق • فلا يجوز أن يقضى على شركة سكة الحديد بأن تقوم بنفسها باصلاح المنقولات التى تلفت فى أثناء النقل (١) •

أنواع التعويض

سبق أن قلنا ان التعويض أما ان يكون عن عدم التنفيذ أو عن التأخر فيه • والقواعد العامة التى تحكم كلا من هذين النوعين تكاد تكون واحدة • ومع ذلك فبينهما الفرقان التاليان :

١ ــ لا يمكن الجمع بين التنفيذ العيني وبين التعويض عن عدم التنفيذ والا حصل الدائن على حقه مرتين ، ويمكن الجمع بين التعويض عن التأخر فى التنفيذ وبين التنفيذ العيني اذا توافرت شروطه •

٢ ــ لا يستحق التعويض عن التأخر فى التنفيذ الا بعد اعذار المدين • أما التعويض عن عدم التنفيذ ، فهناك حالات لا ضرورة فيها للاعذار • وسنرى هذه الحالات عند كلامنا عن الاعذار •

---

(١) بلانول وريبير واسمان ، ج ٧ ، ص ١٢٧ــ١٢٨

٥٠ ــ بعد هذه الكلمة الموجزة عن التعويض ، تتناول الكلام عنه فى شروطه وكيفية تقديره ، وذلك فى فرعين متتاليين .

الفرع الاول

شروط التعويض

شروط التعويض هي شروط المسؤولية التعاقدية بصورة عامة

٥١ ــ لا بد لامكان الحكم على المدين بالتعويض من توافر الشروط العامة التى رأيناها فى المسؤولية التعاقدية ، وهي :

١ ــ خطأ ينسب الى المدين .

٢ ــ ضرر يصيب الدائن .

٣ ــ علاقة سببية بين الخطأ والضرر .

٤ ــ عدم وجود اتفاق على استبعاد المسؤولية .

٥ ــ الاعـــــذار .

وقد سبق أن رأينا فى الجزء الاول من هذا الكتاب كلا من الخطـــأ والضرر وعلاقة السببية والاتفاق على التعديل من احكام المسؤولية التعاقدية ، فنحيل الى ما قلناه هناك . وتتكلم هنا عن الاعذار فقط .

الاعذار

LA MISE EN DEMEURE

٥٢ ــ اذا حل الاجل المتفق عليه لتنفيذ الالتزام ولم يطالب به الدائن ، فان ذلك يحمل محمل التسامح أو عدم حاجة الدائن الى هذا التنفيذ. فاذا كان الدائن فى حاجه الى الحصول على حقه فيجب عليه ان يظهر رغبته ويبلغها الى المدين . فاذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه بالرغم من تنبيه الدائن اياه كان مخلا بتنفيذ التزامه اخلالا يوجب عليه التعويض . ودعوة المدين مـــن قبل الدائن الى تنفيذ التزامه يسمى فى الاصطلاح القانونى بالاعذار . وعلى ذلك يمكننا تعريف الاعذار بأنه « دعوة المدين ، من قبل لدائن ، الى تنفيـــذ

التزامه ، وتنبيهه الى ان تأخره فى هذا التنفيذ يوجب مسؤوليته عن تعويض الدائن عن الضرر الذي يصيبه نتيجة هذا التأخر» • فحلول الاجل بذاته لا يجعل المدين فى حالة اعذار بتنفيذ التزامه ، • بل لابد للدائن من ان يظهر رغبته فى قيام المدين بتنفيذ التزامه • والقواعد القانونيه العامه تقضى بان الاعذار لا يقع من تلقاء نفسه بمجرد حلول الاجل ، اذ أن حلول الاجل يجعل الدين مستحق الاداء فقط ، ولا يصبح المدين معه فى حالة اعذار ، بل لابد لذلك من عمل قانونى يوجهه الدائن الى مدينه يظهر فيه رغبته الحقيقيه فى الحصول على حقه ، أي فى طلب التنفيذ • وقد نصت على هذه القاعدة المادة (٢٥٦) من القانون المدنى بقولها : « لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » •

٥٣ ــ واهم الحالات التى يكون الاعذار فيها ضروريا هى الحالات التى يطلب فيها الدائن الحكم على المدين بالتعويض لتأخره فى تنفيذ التزامه • اما فى حالة استحالة التنفيذ فلا حاجه للاعذار اذ نعود الى القواعد العامه التى رأيناها فى هذا الباب • فاذا كانت استحالة التنفيذ راجعة الى خطأ المدين حكم عليه بتعويض الدائن بدون حاجه الى الاعذار ، واذا كانت راجعة الى سبب اجنبى لايد للمدين فيه اعفى المدين من التنفيذ العينى ومن التعويض (م ١٦٨) •

كيف يكون الاعذار

٥٤ ــ نصت المادة (٢٥٧) مدنى على أن : « يكون اعذار المدين بانذاره » • فالاصل فى الاعذار ان يتم بانذار المدين • وبهذا المعنى يقول المثل : « قد اعذر من انذر » • والانذار ورقة رسمية من أوراق المحضرين والمبلغين يبلغ فيها الدائن مدينه رغبته فى استيفاء حقه •

٥٥ ــ وفى العراق يسمى الانذار بالتبليغ ، ويتم بواسطه الكاتب العدل • فقد نصت المادة (٢٢) من قانون الكتاب العدول على ان : « لا عبرة

للتبليغ الواقع بشأن عدم تنفيذ مقاولة أو تعهد أو تأخير تنفيذ احدهما أو المطالبه بضمان الا اذا اجري بواسطه الكاتب العدل ».

استثنـــــــاء

٥٦ ــ هذه هى القاعدة العامه فى الاعذار . ومع ذلك فقد نصت الماده (٢٥٧)على انه :«يجوز ان يتم الاعذار باي طلب كتابى اخر . بل يجوز ان يكون مترتبا على اتفاق يقضي بان يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى الانذار » . وعلى ذلك يجوز ان يتم الاعذار بواسطه رسالة عاديه ولو غير مسجله فى المسائل التجارية . ولكن تثور فى هذه الحاله مسأله اثبات وصول هذه الرسالة الى المدين واثبات محتواها .

الحالات التي لا ضرورة فيها للاعذار

٥٧ ــ هناك حالات معينــه نص عليها القانون لاتكــون فيها ضروره للاعذار ، ويعتبر فيها مجرد حلول الاجل اعذارا للمدين بتنفيذ التزامــه . وهذه الحالات أما أن ترجع الى اتفاق الطرفين ، أو الى نص القانون ، أو الى عدم جدوى الانذار . ونرى كلا من ذلك على حدة .

١ ــ اتفاق الطرفين

٥٨ ــ فقد يتفق الطرفان مقدما على ان يــكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل ودون حاجة الى انذار . وهذا الاتفاق اجازتة الماده (٢٥٧). وقد يكون الاتفاق ضمنيا ، ومثاله أن يوجب رب العمل على العــامل اتمام العمل فى تاريخ معين . وقد يوجد اتفاق صريح على عدم الحاجة الى الاعذار ولكن الدائن ينسخه بتصرفه ، كما اذا اشترطت شركة التأمين على المؤمــن عليه عــدم الحاجة الى الاعذار فى اقتضاء اقساط التأمــين ، ثم جرت عادة الشركة بعد ذلك على ان تعذره كلما تأخر ، او ان ترسل اليه عامل التحصيل بتسليم الاقســاط المستحقة (١) .

---

(١) السنهوري ، الوسيــط ، ص ٨٣٥ . الموجز ، ف ٤٢٦ ، ص ٤٢١ هامش رقم ٢ .

٢ ـ نص القـــانون

٥٩ ـ نصت الفقرة (ج) من المادة (٢٥٨) على عدم ضرورة الاعـذار : «اذا كان محل الالتزام رد شى يعلم المدين انه مسروق او شى تسلمه دون حق وهو عالم بذلك » . ففي هذه الحالة يكون المدين سىء النية ، ويجب عليه أن يرد الشىء الى الدائن بدون حاجة الى اعذار ، فاذا تأخر فى الرد كـان مسؤولا عن تعويض الدائن .

وقد نصت المادة (٩٣٧) مدني على أنه : « ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح (١) نفسه وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها » . ونصت المادة (٩٤١) على أنه : « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الانفاق مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى مهمته » . فبمقتض ى المادة الاولى يجب على الوكيل أن يدفع فوائد المبالغ التى استخدمها لمصلحته الخاصة من تاريخ هذا الاستعمال ، وبدون حاجة الى اعذار . وبمقتضى المادة الثانية يجب على الموكل أن يدفع للوكيل فوائد المبالغ التى أنفقها بسبب وكالته من يوم الانفاق ودون حاجة الى اعذار كذلك .

٣ ـ عـــدم جـــدوى الاعـذار

٦٠ ـ وهناك حالات يكون الحكم بالتعويض فيها تطبيقا للقواعد العامة بدون اعذار ، اذ الاعذار فى هذه الحالات يكون لغوا لا فائدة فيه . وقد نصت على هذه الحالات الفقرات أ و ب و ج من المادة (٢٥٨) وهذه الحالات هـــي :

« أ ـ اذا أصبح تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا غير ممكن بفعل المدين ، وعلى الاخص اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أو القيام بعمل وكان لا بد أن يتم التنفيذ فى وقت معين وانقضى الوقت دون أن يتم أو كان الالتـزام امتناعا عن عمل وأخل به المدين » . فاذا كان تنفيذ الالتزام محددا بوقت

---

(١) الصحيح : « لمصلحة » ، لان « صالح » صفة وهو ضد « فاسد » .

معين وترك المدين هذا الوقت يمضى بدون تنفيذ فقد استحال التنفيذ ولا فائدة ترجى بعد ذلك من اعذاره . وكذلك اذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل وقام به المدين ، فقد استحال تنفيذ الالتزام ويكون الاعذار فى هذه الحالة لغوا لا طائل تحته .

« ب ــ اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع » . وهذه الفقرة تتعلق بالمسؤولية التقصيرية . فمن ارتكب عملا غير مشروع ترتب عليه ضرر للغير وجب عليه تعويض هذا الضرر . ولا حاجة لاعذاره للحصول على هذا التعويض .

« ج ــ اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد تنفيذ التزامه » . وفى هذه الحالة أيضا يصبح الاعذار عديم الجدوى .

الاثار القانونية التى تترتب على الاعذار

٦١ ــ اذا أعذر الدائن مدينه فى الاحوال ووفقا للشروط التى نص عليها القانون ترتب على ذلك أثران : أولهما وجوب التعويض ، وثانيهما انتقال تبعة الهلاك من الدائن الى المدين .

الاثر الاول ــ وجوب التعوض

٦٢ــ فيصبح المدين بعد اعذاره مسؤولا عن الضرر الذي يقع على الدائن نتيجة التأخر فى التنفيذ ، وذلك من حين الاعذار . أما فى الفترة السابقة للاعذار ، فانه لا يعوض دائنه عن التأخر فى التنفيذ . فقد سبق أن رأينا أن الدائن الذي له حق مستحق الاداء ولا يطالب به يعتبر راضيا بتأخير التنفيذ ، وانه لا يصيبه ضرر من ذلك ، ما دام لم يظهر رغبته فى استيفاء حقه ، وذلك باعذار المدين . ثم ان نص المادة (٢٥٦) صريح فى ضرورة الاعذار لاستحقاق التعويض .

الاثر الثانى ــ انتقال تبعة الهلاك

فاذا أعذر الدائن مدينه انتقلت تبعة هلاك الشيء محل الالتزام الى المدين فى الحالات التى تكون فيها على الدائن . فاذا كانت يد المدين يد

أمانة ، فانه لا يضمن هلاك الشيء • مثال ذلك الوديع والمستعير والمستأجر فهؤلاء لايضمنون هلاك الوديعة أو العارية أو العين المؤجرة • فاذا أعذر الدائن مدينه بوجوب التسليم تحولت يد الامانة الى يد ضمان ، فيصبح المدين ضامنا لهلاك الشيء الذي فى عهدته ، فيضمن كل من هؤلاء الشيء المودع أو المعار أو المؤجر •

الفرع الثانى

تقدير التعويض

٦٤ ــ اذا توافرت الشروط اللازمة للحكم بالتعويض وجب على القاضي تقديره والحكم به • ولكن قد يكون التعويض مقدرا سابقا قبل عرض القضية أمام القضاء • فقد يتفق المتعاقدان على تقديره جزافا عند العقد ، وقد يحدده القانون مقدما اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود • يخلص لنا مما تقدم ان التعويض أما ان يقدر قضاء او اتفاقا أو قانونا • ونتكلم عن كل من ذلك فى مبحث خاص •

المبحث الاول

التعويض القضائي

٦٥ ــ تنص المادة (١٦٩) من القانون المدني على انه :

« ١ ــ اذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد أو بنص فى القانون فالمحكمة هي التي تقدره •

٢ ــ ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاما بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني اخر أو التزاما بعمل أو بامتناع عن عمل • ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر فى استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به •

٣ ــ فاذا كان المدين لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما فلا يجاوز فى التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت » .

فبمقتضى الفقرة الثانية من هذه المادة على القاضى أن يتوخى فى تقديره للتعويض أن يعوض الدائن عن الضرر الذي لحقه وعن الكسب الذي فاته بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه . وهذان هما العنصران الاساسيان فى التقدير القضائي للتعويض . ولتوضيح هذين العنصرين نضرب المثل التالى : موسيقي يتفق مع متعهد حفلات على احياء حفلة موسيقية فى وقت معين ، ثم لا يحضر لاحياء الحفلة . فى هذا المثل على القاضى ، عند الحكم على الموسيقى بالتعويض ، أن يعوض متعهد الحفلات عن النفقات التى أنفقها فى الاستعداد لاقامة الحفلة ، وأن يعوضه أيضا عن الربح الذي كان يمكن أن يجنيه لو أن الموسيقي نفذ التزامه وحضر لاحياء الحفلة . ولا يجوز أن يتجاوز القاضى فى تقديره للتعويض هذين العنصرين ، وذلك لان الغاية من التعويض انما هي وضع الدائن فى المركز الذي كان يمكن أن يكون فيه لو أن مدينه نفذ التزامه ، لا ايقاع عقوبة بالمدين . وكل ما زاد على هذين العنصرين يعتبر منفعة غير مشروعة بالنسبة للدائن . وقد قضت محكمة نانسى فى حكم لها صادر فى ٨ أيار ١٨٩٨ بأن على الدائن أن يقدم الدليل على المقدار الصحيح لكل من هذين العنصرين لامكان الحصول على المبلغ الذي يطالب به كتعويض (١) . وتقدير المحكمة للتعويض يعتبر فى فرنسا غير خاضع لرقابة محكمة التمييز (٢) .

الضرر الادبي

٦٦ ــ مما لا شك فيه ان القاضى ، فى تقديره للتعويض ، يأخذ بنظر الاعتبار جميع الضرر المادي الذي أصاب الدائن فى ذمته المالية . ولكن هل يجوز له أن يأخذ بنظر الاعتبار الضرر الادبي الذي أصابه نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه ؟ سبق أن رأينا فى الجزء الاول من هذا الكتاب أن القضاء

(١) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ .
(٢) المرجع السابق ، ص ١٦١ .

فى فرنسا قد سار على منح التعويض عن الضرر الادبي فى المسؤولية التقصيرية دون التعاقدية ، وذلك من غير نص يستند اليه فى هذا التمييز • وهذا ما يذهب اليه قسم كبير من الفقهاء الفرنسيين • ويشترط القضاء الفرنسي للحكم بالتعويض عن الضرر الادبي أن يكون هذا الضرر حقيقيا وان يكون على درجة من الاهمية • أما فى الاخلال بالتزام تعاقدي ، فيذهب هذا القضاء ، يؤيده فى ذلك قسم كبير من الفقه ، الى انه لامكان الحكم على المدين بالتعويض يجب أن يكون الضرر الذي يصيب الدائن ضررا ماديا يصيبه فى ذمته المالية ، وعليه فلا تعويض عن الضرر الادبي •

٦٧ — ويحتج قسم اخر من الفقهاء ، وخاصة فلاسفة القانون ، على هذا الرأي ويرون ان المصلحة الادبية مرتبطة غالبا بالمصلحة المادية ، بالرغم من ندرة الحالات التى يحدث فيها ضرر أدبي نتيجة للاخلال بالتزام تعاقدي• ويضربون لذلك مثلا بالالتزام بتسليم شيء • فالشيء الذي يجب تسليمه يمثل للدائن ، بالاضافة الى قيمته المالية ، قيمة أدبية (كاللوحات الفنية والاوراق العائلية) • ويترتب على ذلك أن عدم تنفيذ الالتزام بالتسليم يمكن أن يترتب عليه نتائج تمس شرف الدائن أو اعتباره ، واذا كان الدائن تاجرا أو مستخدما فان هذا الضرر يصيبه فى مصلحته المالية • ويضيفون الى ذلك أن ندرة الضرر الادبي الناتج عن الاخلال بالتزام تعاقدي لاتكون مانعا من الحكم بتعويض هذا الضرر ، اذا كان هذا الضرر موجودا أو أثبت الدائن وجوده ، ويستشهدون لذلك بوجوب الحكم بالتعويض عن الضرر الادبي فى المسؤولية التقصيرية • وحجة اخرى يتمسك بها أنصار التعويض عن الضرر الادبي هي انه لاجل أن يكون تعويض الدائن تاما فمن الضروري أن نمكنه من الحصول على تعويض لجميع الاضرار التى اصابت مصالحه، مهما كانت طبيعة هذه المصالح• أما الاعتراض بان طريقة التعويض التى يمكننا اللجوء اليها انما هي تقديره بالنقود ، فليس أقوى فى الالتزامات التقصيرية منه فى الالتزامات التعاقدية • ففى كلتا الحالتين وجود التعويض ، وان كان ناقصا وغير مساو للضرر ، خير من عدم وجوده مطلقا • وعند

عدم وجود وسائل خاصة ، فان العدالة تقضي باستعمال الوسائل الاعتيادية على أحسن وجه ممكن (١) .

أما فى العراق ، فقد رأينا ان المشرع العراقى قد أخذ بمبدأ التعويض عن الضرر الادبي فى المسؤولية التقصيرية دون التعاقدية .

وقت تقدير الضرر

٦٨ ــ والاصل فى الضرر ان القاضي يجب أن يقدره بالنسبة لوقت تحمل الدائن له ، اذ أن ذلك هو الوسيلة الوحيدة لوضع الدائن فى المركز الذي كان يمكن أن يكون فيه لو أن المدين نفذ التزامه . ومع ذلك اذا نشأ عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه ضرر يزداد مع مرور الزمن ، بالنظر لارتفاع اسعار المواد الاولية أو الايدي العاملة مثلا ، جاز للقاضي أن يزيد فى التعويض بالنسبة التى يتزايد بها الضرر . وعليه فان على القاضي فى مثل هذه الحال أن يقدر التعويض بالنسبة ليوم أصدار القرار . وهذا من الامور المتفق عليها فقها وقضاءً فى فرنسا (٢) .

٦٩ ــ والقاعدة العامة فى التقدير القضائي للتعويض ، أن القاضي يجب أن يقدره بمبلغ من النقود . ومع ذلك قد يكون التعويض أحيانا غير نقدي . ففى دعاوى القذف والسب يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بادانة المدعى عليه فى الصحف ، وهذا النشر يعتبر تعويضا غير نقدي عن الضرر الادبي الذي أصاب المدعى عليه (٣) . ولكن أساس التعويض فى هذه الحالة هو المسؤولية التقصيرية لا التعاقدية .

---

(١) بواتيل ، فلسفة القانون ، ج١ ، ص ٤٦٢ . بلانيول وريبير واسمان المرجع السابق ، ف٨٥٧ ، مع المراجع المشار اليها في هامش رقم ٤ ، ص ١٦٢ وهامش رقم ١ ص ١٦٣ .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف٨٥٦ .

(٣) السنهورى ، المرجع السابق ، ف ٤٧١ ، مع المراجع المشار اليها في هامش رقم ١ ص ٨٤٧ .

المبحث الثاني
التعويض الاتفاقي (أو الشرط الجزائي)
CLAUSE PÉNALE

٧٠ ــ قد يحدد المتعاقدان مقدما بشرط فى صلب العقد مقدار التعويض الذي يجب على المدين دفعه الى دائنه فى حالة عدم تنفيذه لالتزامه أو فى حالة تأخره فى تنفيذه • وهذا الشرط صحيح وملزم للطرفين لعدم مخالفته للنظام العام • ويسمى هذا الشرط فى اللغة القانونية بالشرط الجزائي Clause pénale

وسمى هذا الشرط بالجزائي ، على نعتقد ، لان مبلغ التعويض الذي يتضمنه يكون عادة اكثر من الضرر الحقيقى الذي يصيب الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره فيه • والفرق يمثل جزاءً ، أو غرامة ، يدفع المدين الى تنفيذ التزامه وعدم التأخر فيه • فهو يستعمل اذن كوسيلة تهديدية لحمل المدين على تنفيذ التزامه ، اذا كان المبلغ الوارد فيه كبيرا •

فائدة الشرط الجزائي

٧١ ــ ويلجأ المتعاقدون الى الشرط الجزائي لتقدير التعويض الذي يجب على المدين دفعه فى حالة اخلاله بتنفيذ التزامه تقديرا جزافا ، فيتجنبون بذلك تدخل القضاء فى تقدير التعويض • وهو مفيد للدائن من ناحية الاثبات ، اذ أنه يعفيه من اثبات الضرر الذي يصيبه عند اخلال مدينه فى تنفيذ التزامه •

أمثلة

٧٢ ــ والامثلة على الشرط الجزائي كثيرة متنوعة فى الحياة العملية • فغالبا ما نشاهده فى المقاولات ، سواء بين الافراد أو مع المصالح الحكومية • فرب العمل يشترط دائما على المتعهد أن ينجز العمل فى خلال مدة معينة ، واذا لم ينجزه كان ملزما أن يدفع اليه مبلغا معينا عن كل يوم أو اسبوع ،

أو أية وحدة زمنية اخرى . وفى المناقصات التى تعلنها المصالح العمومية للقيام بالاشغال العامة ، كتبليط الشوارع ، وانشاء الجسور ، واقامة المصانع ، وشق الترع الخ .. تضع الدائرة الحكومية المختصة شرطا جزائية تلزم بمقتضاه الشخص الذي ترسو عليه المناقصة بدفع مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه عن انجاز وتسليم العمل الذي تعهد بانجازه . وفى عقود الايجار يفرض المؤجر على المستأجر شرطا يلتزم بمقتضاه هذا الاخير بدفع مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه فى اخلاء العين المؤجرة .

الفقه الاسلامي

٧٣ ــ ويعرف الفقه الاسلامى الشرط الجزائي ، ففى فقه الشيعة جاء فى كتاب « من لا يحضره الفقيه » لابن بابويه القمي (ج٣ ، ص ١٣) : « روى منصور بن يونس عن محمد الحلبي قال : كنت قاعدا عند قاض وعنده ابو جعفر عليه السلام جالس فاتاه رجلان فقال احدهما انى تكاريت ابل هذا الرجل ليحمل لى متاعا الى بعض المعادن ، فاشترطت أن يدخلنى المعدن يوم كذا وكذا لان بها سوقا اتخوف أن يفوتنى ، فان احتبست عن ذلك حططت من الكراء عن كل يوم احتبسته كذا وكذا وانه حبسنى عن ذلك الوقت كذا وكذا يوما . فقال القاضي : هذا الشرط فاسد وفه كراءه . فلما قام الرجل أقبل الي أبو جعفر عليه السلام وقال : شرطه هذا جايز ما لم يحط بجميع كراه » . وواضح جدا أن الشرط الذي اشترطه صاحب المتاع على المكاري (أي الناقل) انما هو تطبيق لفكرة الشرط الجزائي . فهو يتضمن الزام المدين (المكاري) بدفع مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه فى تنفيذ التزامه ، وهذا المبلغ يحط من الاجرة . أما ماذهب اليه أبو جعفر عليه السلام ، من ضرورة عدم حط جميع الكراء (أي الاجرة) ، فيمكن تفسيره بانه حتى لا يؤدي ذلك الى أن يصبح نقل المتاع مجانا بدون مقابل .

شروط استحقاق التعويض المقدر في الشرط الجزائي

٧٤ ــ ويشترط لاستحقاق المبلغ الذي قدره العاقدان كتعويض عن

اخلال المدين بتنفيذ التزامه الشروط العامة التى رأيناها عند كلامنا عن شروط التعويض وهي : الضرر والخطأ وعلاقة السببية بينهما والاعذار . فاذا لم يقع ضرر على الدائن نتيجة اخلال المدين بتنفيذ التزامه ، أمكن القاضي ، كما سنرى ، الا يحكم به . واذا لم يكن عدم التنفيذ راجعا الى خطأ المدين بل الى سبب أجنبى لا يد له فيه ، فان المدين يعفى من تنفيذ التزامه . وقد سبق أن رأينا ذلك . ويشترط كذلك لاستحقاق التعويض المقدر فى الشرط الجزائي اعذار الدائن لمدينه ، الا فى الحالات التى لاحاجة فيها للاعذار . فاذا لم يعذره فانه يعتبر متساهلا فى ذلك وانه لم يصبه ضرر نتيجة اخلال مدينه فى تنفيذ التزامه .

المبادىء التي تحكم الشرط الجزائي

٧٥ ــ ويحكم الشرط الجزائي فى القانون المدنى العراقى المبدآن التاليان :

١ ــ الشرط الجزائي التزام تبعى لا أصلي .

٢ ــ انه اتفاق على تقدير التعويض .

وهناك مبدأ ثالث يتبعه القضاء الفرنسى ولم يأخذ به القانون المدني العراقي، وهو أن الشرط الجزائي تقدير جزافى للتعويض أي لا يجوز للقاضي أن يزيو فيه أو ينقص منه . ونرى كلا من هذه المبادىء على حدة .

المبدأ الاول ــ الشرط الجزائي التزام تبعي لا أصلي

٧٦ ــ فالمتعاقدان اتفقا على الشرط الجزائي بمناسبة اتفاقهما على التزام اخر وليس ابتداءً . والغاية التى يقصدها المتعاقدان هي حمل المتعاقد على تنفيذ الالتزام الاصلي . وعلى ذلك فالشرط الجزائي لا يقصد لذاته ، فهو لا يعتبر محلا لالتزام أصلي ، بل مجرد تعويض قدره المتعاقدان مقدما .

نتائج

٧٧ ــ ويترتب على الصفة التبعية للشرط الجزائي النتائج التالية :

١ ــ بطلان الالتزام الاصلي يؤدي الى بطلان الشرط الجزائي • فالشرط الجزائي تابع للالتزام الاصلي ، والتابع تابع كما تقول القاعدة الكلية ، أي أن التابع للشيء فى الوجود يكون تابعا لم فى الحكم ، يصح بصحته ويفسد بفساده •

٢ ــ بطلان الشرط الجزائي لا يؤدي الى بطلان الالتزام الاصلي ، اذ أن الشرط الجزائي تابع وفرع ، ويمكن سقوط الفرع مع بقاء الاصل •

٣ ــ اذا طلب الدائن فسخ العقد لعدم تنفيذ المدين لالتزامه واجابته المحكمة الى طلبه ، فانه لا يستطيع أن يطالب بمبلغ الشرط الجزائي ، وذلك لان الفسخ يزيل حكم العقد باثر رجعى الى زمن انعقاده • فاذا زال العقد سقط الالتزام الاصلي ، فاذا سقط الالتزام الاصلي لم يبق محل لتابعه فيسقط هو كذلك • وفى هذه الحالة تقوم المحكمة نفسها بتقدير التعويض اللازم دفعه الى الدائن ، وذلك طبقا للقواعد العامة التى سبق أن رأيناها فى التعويض القضائي •

٤ ــ العبرة بالالتزام الاصلي لا بالشرط الجزائي • فالالتزام الاصلي هو اللازم ما دام ممكنا • وبهذا المعنى قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى مصر فى حكم لها صادر فى ١٩ كانون الثانى ١٩٢٧ بانه : « فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين بالالتزام الاصلي مادام تنفيذه ممكنا • كذلك لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن الا الالتزام الاصلي » (١) • فاذا أصبح تنفيذ الالتزام الاصلي مستحيلا بخطأ المدين ، أمكن الدائن أن يطالب بالشرط الجزائي وأمكن للمدين أن يعرضه على الدائن • أما اذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلا لسبب أجنبي فقد انقضى الالتزام ، ولا يجوز عندئذ للدائن المطالبة بالشرط الجزائي ، لان هذا الشرط ليس الا تقديرا لتعويض مستحق ، وهنا لا يستحق الدائن تعويضا ما •

٥ ــ ويترتب على الصفة التبعية للشرط الجزائي كذلك انه ليس بالتزام تخييري ولا بالتزام بدلي • فهو ليس بالتزام تخييري لان محل الالتزام

---

(١) نقلا عن السنهورى ، المرجع السابق ، ف ٤٨٧ •

التخييري متعدد ولكن ذمة المدين تبرأ بالوفاء باحدها . أما فى الشرط الجزائي ، فلا الدائن يستطيع الاختيار بينه وبين الالتزام الاصلي فيطلب تنفيذ أي منهما شاء ، فهو لا يستطيع الا أن يطلب تنفيذ الالتزام الاصلي ما دام هذا ممكنا . ولا المدين كذلك يستطيع الاختيار بين الالتزام الاصلي والشرط الجزائي ، فهو لا يستطيع أن يعرض الا تنفيذ الالتزام الاصلي اذا كان ممكنا . أما أن الشرط الجزائي ليس التزاما بدليا ، فلان محل الالتزام فى الالتزام البدلي واحد غير متعدد ، ولكن المدين يستطيع اجبار الدائن على قبول شيء اخر عوضا عن المحل الاصلى للالتزام . أما فى الشرط الجزائي فانه لا يستطيع اجبار الدائن على قبوله عوضا عن التنفيذ العيني. وقد سبق أن رأينا هذه الخصيصة عند كلامنا عن التعويض .

٧٨ ــ ولكن يجب الا نستنتج من الصفة التبعية للشرط الجزائي أن الالتزام المصحوب به هو التزام معلق على شرط ، بل هو التزام بسيط . أما الالتزام الوارد فى الشرط الجزائي فانه التزام معلق على شرط ، والشرط هنا هو استحالة تنفيذ الالتزام الاصلي بخطأ المدين (١) .

حكم الشرط الجزائي فى عقد وارد على عقار اذا لم يسجل العقد فى دائرة الطابو

٧٩ ــ وما حكم الشرط الجزائي فى عقد وارد على عقار ، اذا لم يسجله المدين فى دائرة الطابو ؟ تنص الفقرة الثانية من المادة (١١٢٦) من القانون المدنى على أن : « العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانونا » . وتنص الفقرة الاولى من المادة (١٢٨٦) مدنى على انه : « لا ينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله فى دائرة الطابو » . ويترتب على ذلك ان العقد الناقل لملكية عقار أو المرتب لحق رهن عليه لا ينعقد اذا لم تراع فيه الشكلية التي ينص عليها القانون ، أي اذا لم يسجل فى دائرة الطابو . فاذا لم ينعقد العقد فهو فى حكم العدم . ويترتب على ذلك بطلان

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ص ١٨٠ ، مع المراجع المشار اليها هناك .

كل الالتزامات الناشئة عنه بما فيها الشرط الجزائي • ولكن المشرع العراقي انتبه الى هذه الحالة ووضع لها حكما خاصا بها • فقد نصت المادة (١١٢٧) مدني على أن : « التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالزام بالتعويض اذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط » • ولكن يلاحظ هنا أن النص اقتصر على القول : « •• يقتصر على الالزام بالتعويض •• سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط » • ويذهب بعض الفقهاء الى انه ليس أمام الدائن في هذه الحالة الا أن يطالب بتعويض مناسب على أساس المسؤولية التقصيرية لا على أساس المسؤولية التعاقدية (١) ونحن نميل الى اعطاء الدائن، في حالة رفض المدين تسجيل العقد في دائرة الطابو، حق المطالبة بالشرط الجزائي • فما دام القانون ينص على وجوب التعويض ، فليس هناك تعويض خير من التعويض الذي قدره المتعاقدان حين التعاقد • ثم أن هناك فائدة كبيرة في الاخذ بالشرط الجزائي وهي انه يحسم النزاع على مقدار التعويض اللازم دفعه الى الدائن • فقد يدعي هذا بان الضرر الذي أصابه أكبر من مبلغ الشرط الجزائي ، وقد يدعي المدين بان الضرر الذي أصاب الدائن أقل بكثير من مبلغ هذا الشرط ، أو يدعي عدم وجود ضرر مطلقا • فاذا سمحنا للمحكمة باخذ الشرط الجزائي بنظر الاعتبار ، مع مراعاة أحكام المادة (١٧٠) من القانون المدني التي تجيز للمحكمة الزيادة والنقصان في مقداره ، تجنبنا الدخول في محاكمات ومناقشات طويلة ، وتعيين خبراء لتقدير الضرر المطالب بالتعويض عنه وبذلك أيضا نجنب الدائن عبء اثبات الضرر ، اذ يقع عبء اثباته في المسؤولية التقصيرية على عاتقه • ثم أن نص المادة (١١٢٧) نفسه يساعد على ذلك ، فهو يسلم بمبدأ التعويض • أما العبارة الاخيرة من هذه المادة : « •• سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط » فانها سيئة الصياغة ، وكان خيرا منها العبارة التالية : « ••• ولو لم يشترط التعويض في التعهد » • وهذا ، على ما نعتقد ، هو القصد الحقيقي للمشرع • أما القول بانه لما كان العقد قبل التسجيل غير

---

(١) الدكتور حسن علي الذنون ، أحكام الالتزام ، ص ٤١ •

منعقد فالشرط الجزائي باطل ، فيمكننا الرد عليه بان الاتفاق الذي يتم بين الطرفين قبل الذهاب الى دائرة الطابو اتفاق صحيح لاستيفائه شروطه واركانه اللازمة ، ولكنه لا ينتج أثره ، وهو انتقال الملكية ، حتى اتباع الاجراءات اللازمة أمام دائرة الطابو • وعلى ذلك فان عبارة المادة (١١٢٦) التى تنص على أن العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانونا ، عبارة غير موفقة ، هي وعبارة المادة (١١٨٦) التى تنص على أن الرهن التأميني لا ينعقد الا بتسجيله فى دائرة الطابو • وكان خيرا من العبارة الاولى العبارة التالية : « العقد الناقل لملكية عقار لا ينقل الملكية الا بعد تسجيله فى دائرة الطابو » • وكذلك الحال بالنسبة للرهن التأميني ، فالعبارة التالية : « الرهن التأميني لا ينتج أثره الا بعد تسجيله فى دائرة الطابو » ، خير من عبارة المادة (١١٢٧) • وبذلك لا نكون أمام عقد باطل بطلانا مطلقا ، بل أمام عقد صحيح ، مع فارق واحد هو أن الملكية لا تنتقل والرهن التأميني لا يتم الا بعد تسجيل العقد فى دائرة الطابو • وهذا يساعدنا على اعتبار الشروط الواردة فى العقد ومنها الشرط الجزائي •

المبدأ الثاني ـ الشرط الجزائي هو اتفاق على تقدير التعويض

٨٠ ـ وقد اشارت الى ذلك الفقرة الاولى من المادة(١٧٠)مدنى بقولها : « يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق » • ويترتب على هذه الصفة وجوب توافر الشروط العامة التي رأيناها لاستحقاق التعويض ، من خطأ وضرر وعلاقة السببية بينهما واعذار •

ويترتب على هذه الصفة وجوب توافر الشروط العامة التي رأيناها لاستحقاق التعويض ، من خطأ وضرر وعلاقة السببية بينهما واعذار •

١ ـ فاذا كان عدم التنفيذ أو الاخلال به ناتجا عن سبب أجنبى لابد للمدين فيه ، فلا يستحق الشرط اجزائي • وفى هذا المعنى قضت محكمة تمييز العراق فى حكم لها صادر فى ١٠ نيسان ١٩٥٨ (رقم ٣٥٤ ـ ح)

بأنه : « اذا تعذر تنفيذ الالتزام تعذرا يصل الى حد الاستحالة فلا يجوز الحكم بالشرط الجزائي المتفق عليه » . وهذا ما اشارت اليه الفقرة الاولى من المادة (١٧٠) نفسها بقولها : « ويراعى فى هذه الحالة أحكام المواد ١٦٨ و ٢٥٦ و ٢٥٧ و ٢٥٨ » . فالمادة (١٦٨) تنص على انه : « اذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه . وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم فى تنفيذ التزامه» . أما المواد الاخرى التى تحيل اليها المادة (١٦٨) فتتكلم عن ضرورة الاعذار وكيفيته والحالات التى لا ضرورة فيها للاعذار لاستحقاق التعويض . وقد سبق أن رأينا ذلك عند كلامنا عن التعويض القضائي .

٢ ــ ولا يستحق الشرط الجزائي كذلك (مثله فى ذلك مثل التعويض القضائي) الا بعد اعذار المدين . وقد رأينا الان أن الفقرة الاولى من المادة (١٧٠) تشترط مراعاة أحكام المادة (٢٥٦) التى تشترط الاعذار لاستحقاق التعويض . وبهذا المعنى قضت محكمة التمييز العراقية فى حكم لها صادر سنة ١٩٢٢ ، بانه : « تبين ان المائة روبية المشروط اعطاؤها الى المستأجر عند عدم تسليم المفاتيح اليه فى الوقت المعين هي عبارة عن ضمان (تعويض اتفاقى) كما يفهم من مدرجات ورقة الايجار ، وان طلب الضمانة لا يسمح به بدون سحب الانذار وذلك نظرا الى المادة (١٠٦) من أصول المحاكمات الحقوقية ، ولما لم يسحب المميز عليه الانذار على المميز بخصوص المطالبة بهذه الضمانة فاصدار الحكم بتضمين المميز بالمائة روبية بدون سحب الانذار كان مخالفا للقانون » (١) .

٣ ــ ولا يستحق الشرط الجزائي كذلك الا اذا لحق الدائن ضرر من امتناع المدين عن التنفيذ أو التأخر فيه . وقد اشارت الى هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة (١٧٠) ، التى نصت على أنه : « ولا يكون التعويض

---

(١) نقلا عن الدكتور حسن علي الذنون ، المرجع السابق ، ص ٤٢ .

الاتفاقى مستحقا اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضـرر » • فما دام الشرط الجزائي اتفاقا على تقدير التعويض، فلا تعويض اذا لم يكن هناك ضرر •

المبدأ الثالث ـ الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض

٨١ ـ ومعنى ذلك انه اذا قدر المتعاقدان مبلغا يدفعه المدين اذا أخل بتنفيذ التزامه وجب على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه بدون زيادة أو نقصان ، ولو لم يحصل ضرر • وقد سبق أن قلنا أن المشرع العراقى لـم يأخذ بهذا المبدأ • فقد سبق أن رأينا الفقرة الثانية من المادة (١٧٠) مـن القانون المدنى لا تجعل الشرط الجزائي مستحقا اذا أثبت المدين أن الدائن لم يصبه أي ضرر •

ولكن القضاء الفرنسى يأخذ دائما بالشرط الجزائي تغليبا لمبدأ سلطان الارادة ، فيقضى بالمبلغ الذي قدره المتعاقدان كما هـو بـدون زيادة ولا نقصان ، ولو لم يوجد هناك ضرر • ومن هنا جاءت تسمية الشرط الجزائي بانه تقدير جزافى للتعويض •

أما فى مصر ، فالقضاء المختلط كان مترددا فى ذلك حتى صدور حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة فى ٩ شباط ١٩٢٢ ، الـذي يوجب على القاضى أن يتحرى وجود الضرر ، فاذا وجـده قضى بالشـرط الجزائي كما حدده المتعاقدان ، حتى لو كان الضـرر أقـل مما اشترطـه المتعاقدان • واذا لم يجد هناك ضررا رفض الحكم بالشرط الجزائي • وقد كان القضاء الاهلى مترددا كذلك حتى صدور حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف الاهلية فى ٢ كانون الاول سنة ١٩٢٦ • وقد اشترط هذا الحكم وجود الضرر للحكم بالشرط الجزائي ، وأجاز للقاضى أن يعدل فيه بمـا يجعله متناسبا مع الضرر الحاصل • وقد جاء فى هذا الحكم : « ••• فمتى توافرت هذه الشروط (شروط الحكم بالتعويض) وجب على القاضـي أن يحكم بمقدار التضمين الذي قرره المتعاقدان عند اتفاقهما ، وليس لـه أن يقضي باقل منه ولا باكثر • ومع ذلك فاذا ثبت لدى القاضي أن مقدار

هذا التضمين (الشرط الجزائي) جائر وغير مقبول وغير متناسب مع الضرر الذي حصل فعلا للمتعهد اليه ، وبعبارة اخرى اذا تبين أن الشرط الجزائي انما هو فى الواقع ونفس الامر شرط تهديدي ليس الا ــ وهذا أمر واقعى محض وخاص بكل قضية على حدتها ــ فان له فى مثل هذه الحالة فقط أن يمتنع عن التصديق على هذا التعويض الجائر ، وان يقدره هو حسب ما يظهر له من ظروف ووقائع فى الدعوى ..» (١) .

يظهر لنا مما تقدم التدرج فى موقف القضاء فى كل من فرنسا ومصر : فالقضاء الفرنسي لا يجيز تعديل الشرط الجزائي ولا يشترط وجود الضرر ، والقضاء المختلط ، قبل الغائه ، لا يجيز تعديله ولكن بشرط وجود الضرر ، بينما القضاء الاهلي يجيز التعديل ويشترط الضرر .

القانون المدني العراقي

٨٤ ــ وقد أخذ القانون المدنى العراقى بالرأي الذي ذهب اليه القضاء الاهلي فى مصر، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٧٠)، بعد نصها على عدم استحقاق الشرط الجزائي اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، على انه : «ويجوز تخفيضه اذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحا..» وقد وصفت المادة التقدير بكلمة « فادحا » ، وهذه صياغة سيئة ، فقد كان الافضل وصف التقدير بعبارة : « اذا كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة » . وهذا هو التعبير الذي استعمله القانون المدنى المصري (م٢٢٤) . هذا وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة (١٧٠) نفسها تخفيض الشرط الجزائي فى حالة ما اذا كان الالتزام قد نفذ فى جزء منه .

الزيادة في الشرط الجزائي

٨٣ ــ وقد أجازت الفقرة الثالثة من المادة (١٧٠) المتقدمة الزيادة فى الشرط الجزائي اذا ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما . فقد نصت على انه : « أما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب

---

(١) نقلا عن الدكتور ابو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدنى المصرى ١٩٤٥ ، ص ٤٤٥ .

باكثر من هذه القيمة الا اذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أوخطأ جسيما» • ففى غير حالة الغش والخطأ الجسيم على الدائن أن يكتفى بمبلغ الشرط الجزائي • فاذا كان الاخلال بالتنفيذ ناشئا عن خطأ جسيم أو غش صادر من المدين جاز للمحكمة ،بناء على طلب الدائن ، أن تقدر تعويضا اخر يزيد على المبلغ المتفق عليه فى العقد اذا تحقق لديها أن الضرر الذي وقع أكبر منه•

تمييز الشرط الجزائي مما يشتبه به من أوضاع

٨٤ ــ سبق أن رأينا ان الشرط الجزائي انما هو اتفاق على تقدير التعويض ، فهو جزاء على اخلال المدين بتنفيذ التزامه • وهناك حالات اخرى قد يتفق فيها المتعاقدان على بعض الشروط التى تشابه الشرط الجزائي ، والتى قد يدق التمييز بينها وبينه • لذلك يجب أن نميز هنا بين الشرط الجزائي وبين هذه الشروط • وأهم هذه الشروط هي : العربون والشرط الذي يضع حدا أعلى لمسؤولية المدين • وقد يدق التمييز بين الشرط الجزائي وبين الغرامات التهديدية أو التهديد المالى • وسنميز أيضا بينه وبين هذه الغرامات •

١ ــ التمييز بين الشرط الجزائي والعربون

٨٥ ــ نصت المادة (٩٢) من القانون المدني على ما يلى :

« ١ ــ يعتبر دفع العربون دليلا على أن العقد أصبح باتا لا يجوز العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك •

٢ ــ فاذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول • فان عدل من دفع العربون وجب عليه تركه ، وان عدل من قبضه رده مضاعفا » • فالفقرة الثانية من هذه المادة تجيز لكل من المتعاقدين العدول عن العقد لقاء دفع مبلغ العربون • فالعربون يشتبه بالشرط الجزائي ، وقد يحمل على أنه شرط جزائي لتقدير التعويض فى حالة العدول عن العقد •

ومع ذلك فهناك عدة فروق بين العربون وبين الشرط الجزائي • يمكن اجمالها بما يلى :

١ ــ العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد ، فمن أراد من المتعاقدين أن يعدل عن العقد كان له ذلك فى مقابل دفع العربون ، أما الشرط الجزائي فتقدير لتعويض عن ضرر قد يقع • ويترتب على كون العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد ، ان الالتزام بدفع العربون يظل قائما ولو لم يترتب على العدول عن العقد أي ضرر • أما الشرط الجزائي فلا يستحق الا اذا وقع ضرر للدائن ، كما سبق أن رأينا •

٢ ــ العربون لا يجوز تخفيضه ، سواء أكان الضرر الذي أصاب المتعاقد الاخر متناسبا مع العربون أم غير متناسب ، بل يجب دفعه ولو لم يلحق المتعاقد الاخر أي ضرر • وقد سبق أن رأينا أن الشرط الجزائي يجوز تخفيضه حتى يتناسب مع الضرر •

٣ ــ يمكن تكييف العربون بانه البدل فى التزام بدلى • ففى البيع مع العربون مثلا ، يلتزم المشتري التزاما أصليا بدفع الثمن فى مقابل أخذ المبيع ، وله اذا شاء أن يعدل عن هذا الالتزام الاصلي ــ دفع الثمن مقابل أخذ المبيع ــ الى التزام بدلي محله دفع مبلغ العربون من غير مقابل • أما الشرط الجزائي فقد رأينا أن تكييفه القانونى هو تكييف التعويض : فلا هو بالتزام تخييري ولا هو بالتزام بدلى • ومن ثم لا يكون المدين حرا ــ بخلاف المشتري فى المثل المتقدم ــ فى العدول عن تنفيذ التزامه الاصلي ، اذا كان هذا التنفيذ ممكنا ، الى تنفيذ الشرط الجزائي ، بل يجب عليه أن يقوم بتنفيذ التزامه الاصلي اذا طلب الدائن ذلك •

وينبغي الرجوع الى نية المتعاقدين لمعرفة ما اذا كانا قد أرادا بالعربون تحديد قيمة جزافية لا يجوز الانتقاص منها ، أو تقدير تعويض اتفاقى يجوز انتقاصه ، لا سيما اذا كان الجزاء المشروط فادحا • وقد قضت محكمة التمييز المصرية بهذا الخصوص فى حكم لها صادر فى ٥ كانون الثاني ١٩٣٣ بان استظهار نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه • فله أن يستخلص من نص

عقد المبيع ومن ظروف الدعوى وأحولها أن المتعاقدين قصدا به أن يكون البيع تاما منجزا بشرط جزائي ، ولم يقصدا به أن يكون بيعا بعربون أو بيعا معلقا على شرط فاسخ .

٤ ــ يشترط الاعذار للحصول على مبلغ الشرط الجزائي ، أما العربون فلا يشترط فيه الاعذار .

٢ ــ تمييز الشرط الجزائي من التهديد المالي

٨٦ ــ يمكننا من دراستنا للتهديد المالى أن نميز بينه وبين الشرط الجزائي . فالشرط الجزائي يختلف عن التهديد المالى أو الغرامات التهديدية من الوجوه التالية :

١ ــ التهديد المالى يحكم به القاضي ، أما الشرط الجزائي فينفق عليه المتعاقدان .

٢ ــ التهديد المالى تحكمي لا يقاس بمقياس الضرر ، وانما يقصد به التغلب على عناد المدين ، فينظر الى موارده المالية وقدرته على مقاومة الضغط . أما الشرط الجزائي فالاصل فيه أن يقاس بمقياس الضرر .

٣ ــ التهديد المالى وقتي ، فهو لا يقبل التنفيذ الا اذا حول من غرامة تهديدية الى تعويض نهائي . أما الشرط الجزائي فليس بوقتي ولا تهديدي، وانما هو اتفاق نهائي قابل للتنفيذ على حاله ، واذا جاز تخفيضه لفداحة تقديره ، فالاصل فيه عدم التخفيض . أما التهديد المالى فالاصل فيه التخفيض ، لانه يكون عادة أكبر بكثير من الضرر الحقيقى ، فيغلب تخفيضه عند تحويله الى تعويض نهائي .

٤ ــ التهديد المالى عبارة عن وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العينى ، أما الشرط الجزائي فعلى العكس من ذلك يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ العينى .

٥ ــ التهديد المالى يقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخل فيها المدين بتنفيذ التزامه . أما الشرط الجزائي فلا يقدر على هذا النحو الا اذا كان تعويضا عن تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ، فاذا كان تعويضا عن عدم التنفيذ فانه يقدر عادة جزافا .

٨٧ ــ تلك هي الفروق بين الشرط الجزائي والتهديد المالى • الا أن الشهبة تزيد اذا كان الشرط الجزائي يقدر التعويض عن التأخر فى التنفيذ • فقد يدق التمييز بينه وبين التهديد المالى اذا ما حكم القاضي على مقاول تأخر فى تسليم العمل بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه ، أو اتفق المتعاقدان مقدما **على أن يدفع المقاول مبلغا** كبيرا ــ يقرب من الغرامة التهديدية ــ عن **كل يوم يتأخر فيه عن تسليم العمل** ففى كلتا الحالتين يبدو أن المبلغ المقدر انما وضع للتهديد أكثر مما وضع للتعويض عن الضرر • وفى كلتا الحالتين يخفض القاضي هذا المبلغ المقدر : فى الغرامة التهديدية عند ما يحولها الى تعويض نهائي ، وفى الشرط الجزائي عند ما يرى أن تقدير الطرفين كان فادحا ، أو مبالغا فيه الى درجة كبيرة • ولكن الذي يميز بين الوضعين فى مثل هذه الاحوال أن الغرامة التهديدية حكم يصدر من القاضى ، أما الشرط الجزائي فاتفاق يتم مقدما بين الطرفين (١) •

٣ ــ تمييز الشرط الجزائي من شرط الحد الاقصى للمسؤولية

٨٨ ــ عند ما يحدد المتعاقدان مبلغا معينا يجب دفعه عند اخلال المدين بتنفيذ التزامه ، فهما أما أن يقصدا أن يكون هذا المبلغ تقديرا اجماليا أو جزافا للتعويض عن الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة لاخلال مدينه بتنفيذ التزامه ، أو أن يكون هذا المبلغ حدا أعلى لا يجوز أن يتجاوز مقدار التعويض الواجب عند اخلال المدين بتنفيذ التزامه • ففى الحالة الاولى نكون أمام شرط جزائي ، أما فى الحالة الثانية فنكون أمام الشرط الذي يسمى بشرط الحد الاقصى للمسؤولية • وهذا الشرط كثير الاستعمال فى الحياة العملية • فمن ذلك ما يشترطه الناقل فى عقد النقل من أنه لا يكون ملزما أن يدفع اكثر من مبلغ معين عن كل رزمة أو صندوق أو كيلو غرام الخ•• من البضاعة المرسلة ، كتعويض عن فقدانها فى أثناء النقل ، ولو زادت قيمة المنقول على هذا المبلغ • أما اذا قل الضرر عن هذا المبلغ ، فان التعويض يجب تخفيضه •

---

(١) السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٨٦٤ ــ ٨٦٧ •

والفارق بين الشرط الجزائي وشرط الحد الاقصى للمسؤولية هو أن هذا الاخير يجوز تخفيضه ، أما الشرط الجزائي ، فقد سبق أن رأينا القضاء الفرنسي ، أخذا بمبدأ سلطان الارادة ، يحكم به بغض النظر عن تناسبه مع الضرر الحقيقى الواقع على الدائن (١) . أما فى القانون المدنى العراقى ، فقد سبق أن رأينا ان الشرط الجزائي لا يجوز تخفضيه ، الا اذا أثبت المدين ان التقدير كان فادحا ، أو أن الالتزام قد نفذ فى جزء منه .

المبحث الثاني
التعويض القانوني (أو الفوائد)

٧٩ ــ سبق أن قلنا أن القانون قد يتكفل بتقدير مبلغ معين كتعويض للدائن عما يصيبه من ضرر نتيجة اخلال المدين بتنفيذ التزامه . والصورة الوحيدة لهذا التحديد القانونى لمقدار التعويض هي حالة ما اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وقت نشوء الالتزام . والتعويض الذي يقدره القانون فى هذه الحالة هو مقدار الفائدة للمبلغ الواجب دفعه عن المدة التى تأخر فيها المدين فى الوفاء . وهذه هي نظرية الفوائد . ويعالج كثير من الفقهاء التعويض الذي يقرره القانون للعامل فى حوادث العمل باعتباره تطبيقا لنظرية التعويض القانوني . ونحن نخالف ما يذهب اليه هؤلاء الفقهاء ، ولا نرى فى حوادث العمل تطبيقا لنظرية التعويض القانوني . وحجتنا فى ذلك أن التعويض الواجب للعامل نتيجة اصابته بضرر ناشىء عن العمل ليس مصدره اخلال المدين (رب العمل) بتنفيذ التزامه . نعم ، ان القانون هو الذي يحدد فى الحالتين مقدار التعويض اللازم دفعه ، ولكن ذلك قياس مع الفارق . ففى نظرية الفوائد يكون التعويض عن تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ، أما فى حوادث العمل فان المشرع قد حمل رب العمل تعويض العامل عن الاضرار التي قد تصيبه فى أثناء العمل ، أي وهو يعمل لمصلحة رب

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف ٨٧١ . السنهورى ص ٨٦٧ ، هامش رقم ١ .

العمل ، فلسنا أمام تأخر فى التنفيذ بل أمام قاعدة « الغرم بالغنم » ، أي تحمل التبعة . فرب العمل يغنم من عمل العامل فهو الذي يتحمل غرمه . ويمكننا أن نضيف الى ذلك حجة اخرى نستمدها من المادة (١٧١) من القانون المدنى التى تنص على أنه : « اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين فى الوفاء به كان ملزما أن يدفع للدائن على سبيل التعويض فوائد قانونية .. » . فهذه المادة تشترط للحكم بالتعويض القانونى ، أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام . وهذا الشرط لا ينطبق على حوادث العمل . فليس هناك ، كما قلنا ، التزام بمبلغ من النقود معلوم تأخر رب العمل فى الوفاء به . وعلى ذلك فاننا نرى أن الكلام عن حوادث العمل يجب أن يكون عند شرح تشريع العمل ، لا عند الكلام عن التعويض القانونى الذي يستحقه الدائن عند تأخر مدينه فى تنفيذ التزامه .

٩٠ ــ وفى كلامنا عن التعويض القانونى يجب أن نعرف ثلاثة أمور :
١ ــ الشروط التى يتطلبها القانون لاستحقاقه .
٢ ــ مقدار الفوائد التى يقررها القانون فى مثل هذه الاحوال .
٣ ــ الخصائص المميزة للتعويض القانونى .
ونرى كلا من هذه الامور فى مطلب خاص .

المطلب الاول
شروط استحقاق الفوائد القانونية

٩١ ــ سبق أن رأينا الشروط العامة لتحقق مسؤولية المدين وهي : خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر ، وعدم وجود شرط على استبعاد المسؤولية التعاقدية ، وأخيرا الاعذار . وقد حورت هذه الشروط بالنسبة للشروط اللازمة لاستحقاق التعويض القانونى ، أو الفوائد القانونية . فبالنسبة للخطأ اعتبر المشرع مجرد تأخر المدين فى الوفاء خطأ يستوجب مسؤوليته ، وبالنسبة للضرر وعلاقة السببية ، افترض القانون

وجود الضرر واعتبره ناتجا عن خطأ المدين أي عن تأخره فى الوفاء . أما بالنسبة للاعذار فقد استبدل به المطالبة القضائية (١) .

هذا وقد نصت المادة (١٧١) مدنى على انه : « اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين فى الوفاء به كان ملزما أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها أربعة بالمائة فى المسائل المدنية وخمسة بالمائة فى المسائل التجارية . وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها أن لم يحدد القانون أو الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » . ومن هذه المادة نستطيع أن نعرف الشروط اللازمة لاستحقاق الفوائد القانونية ، وهي :

١ ــ أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار حين نشوء الالتزام .

٢ ــ تأخر المدين فى الوفاء .

٣ ــ المطالبة القضائية .

الشرط الاول ــ محل الالتزام مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام

٩٢ ــ وهذا الشرط نصت عليه العبارة الاولى من المادة (١٧١) المتقدمة بقولها « اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود .. » . وعلى ذلك فلا تكون الفوائد القانونية مستحقة الا بالنسبة للالتزام الذي يكون محله مبلغا من النقود منذ نشأته ، وبصرف النظر عن المصدر الذي نشأ عنه الالتزام ، عقدا كان أو ارادة منفردة أو كسبا غير مشروع الخ .. مثال ذلك التزام المقترض برد المبلغ المقترض ، والتزام المشتري بدفع ثمن المبيع والتزام المستأجر بدفع الاجرة الخ .. فاذا لم يكن محل الالتزام ابتداءً مبلغا من النقود ، ولكنه أصبح كذلك فيما بعد ، كالتعويض فى المسؤولية التقصيرية ، أو كما اذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلا بخطأ المدين فى المسؤولية التعاقدية واستحال

(١) السنهوري ، ف ٥٠٦ .

الى تعويض، فلا تنطبق عليه أحكام المادة (١٧١)، وبالتالى لايستحق الدائن فوائدعن التأخر فى التنفيذ • ففي الحالة الاولى تطبق القواعد العامة فى المسؤوليةالتقصيرية ، والغالب فى هذه الحالة أن يكون تقدير التعويض عن التأخر فى التنفيذ داخلا فى تقدير التعويض ذاته • وفى الحالة الثانية تطبق القواعد العامة فى التعويض عن عدم التنفيذ ، والتى سبق أن رأيناها عند دراسة التنفيذ بمقابل • ولا يجب على المحكمة فى مثل هذه الاحوال أن تراعى فى تقديرها ما رسم لفوائد التأخير من حدود • وبهذا المعنى قضت محكمة التمييز المصرية فى حكم لها صادر فى ٢٤ تشرين الثانى سنة ١٩٣٢ بأن : « لقاضى الموضوع ــ متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيع ووجب على المشتري رد الثمن مع التضمينات ــ أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين يلزم به البائع علاوة على الثمن ، أو أن يحتسب عليه الثمن بالفوائد التى يعوض بها على المشتري ما خسره وما حرم منه من الارباح المقبولة قانونا بسبب نزع الملكية والاستحقاق • وليس على القاضى اذا أجرى الفوائد التعويضية على المشتري أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار اليها فى المادة (١٢٤) مدنى » • وكذلك قضت هذه المحكمة فى حكم اخر لها صادر فى ٨ حزيران ١٩٣٣ بان : « للمالك الذي اغتصب ملكه واضيف الى المنافع العامة بغير اتباع الاجراءات القانونية لنزع الملكية حق مطالبة الحكومة بفائدة تعويضية مقابل ريع الارض التى انتزعت ملكيتها منه جبرا عنه ، ولمحكمة الموضوع حق تقدير هذه الفائدة على الوجه الذي تراه غير متقيدة فى ذلك بالقواعد القانونية الخاصة بفوائد التأخير » (١) • ففى جميع هذه الامثلة لم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود حين نشوئه ، وعلى ذلك فالمحكمة لا تتقيد عند تقديرها للتعويض بالحد الاعلى للفائدة القانونية •

٩٣ ــ ويشترط فى المبلغ الذي يكون محلا للالتزام أن يكون معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام • وهذا الشرط نصت عليه المادة (١٧١) السالفة الذكر مباشرة بعد نصها على الشرط الاول فقالت : « •• وكان معلوم المقدار

---

(١) نقلا عن أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص ٤٤٩ ، هامش رقم ١

وقت نشوء الالتزام .. » . فاذا لم يكن المبلغ محددا وقت نشوء الالتزام فلا يسري عليه حكم الفوائد القانونية .

الشرط الثاني ـ تأخر المدين في الوفاء

٩٤ ـ وقد نصت على هذا الشرط المادة (١٧١) ذاتها فقالت : « .. وتأخر المدين فى الوفاء به .. » . ونعيد هنا ما سبق أن قلناه من أن الالتزام يدفع مبلغ من النقود قابل للتنفيذ العيني دائما . وعلى ذلك فالتعويض القانوني ، أو الفوائد ، انما هو تعويض عن التأخر فى التنفيذ ، لا عن عدم التنفيذ . فمجرد تأخر المدين فى تنفيذ التزامه بدفع مبلغ من النقود يكفى للحكم عليه بدفع الفوائد بالسعر الذي يحدده القانون .

الشرط الثالث ـ المطالبة القضائية

٩٥ ـ وقد نصت على هذا الشرط المادة (١٧١) كذلك فى عبارتها الاخيرة ،فقالت : « .. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » .

اشترط المشرع المطالبة القضائية لسريان الفوائد ، ولم يكتف بالاعذار، والسبب الذي حدا به الى هذا التشدد هو أن الفوائد صورة من صور الربى المنهي عنه شرعا .

وقد تشدد المشرع اكثر من ذلك ، فاشترط المطالبة القضائية بالفوائد ، ولم يكتف بالمطالبة باصل الدين . وهذا هو صريح نص المادة (١٧١) المتقدمة . وعلى ذلك فلا يكفى أن يطالب الدائن بأصل الدين فقط بدون ذكر الفوائد ، بل لا بد من ذكر الفوائد فى صحيفة الدعوى . فان لم يذكر الفوائد مع أصل الدين وأراد أن يقدم ، فى أثناء نظر الدعوى ، طلبا اضافيا بالفوائد ، فعلى المحكمة أن ترد طلبه . ويجب عليه فى هذه الحالة أن يرفع دعوى مستقلة للمطالبة بها . ولا تسرى الفوائد حينئذ الامن تاريخ هذه الدعوى .

٩٦ ــ وقد اختلفت الاراء فى مسألتين : الاولى ، اذا رفعت الدعوى ولكن صحيفة الدعوى كانت باطلة • والثانية اذا رفعت الدعوى أمام محكمة غـــير مختصـــة •

فاذا كانت صحيفة الدعوى باطلة ، فقد قضت أحكام لمحاكم المصرية بان الفوائد لا تسري (١) •

أما رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، فالاتجاه الغالب فى القضاء المصري يذهب الى عدم سريان الفوائد • وفى فرنسا كانت المادة (١١٥٣) من القانون المدنى الفرنسي تشترط المطالبة القضائية بالفوائد ، ولكن هـــذه المادة عدلت سنة ١٩٠٠ • ويقضي النص الجديد لهذه المادة بان الانـــذار Sommation بدفع أصل الدين يكفى لسريان الفوائد • وقد صار القضاء الفرنسي بعد هذا التعديل يعتبر رفع الدعوى أمام محكمةغيرمختصة مساويا للاعذار ، وبناءً عليه فانه يكفى لسريان الفوائد • وصار الفقه الفرنســي يعتبر صحيفة الدعوى الباطلة لعيب فى الشكل كافية لسريان الفوائد ، اذا توافرت فيها العناصر اللازمة لتكوين الاعذار (٢) •

اســـتثناء

٩٧ ــ غير أن القاعدة التى تقضى بان المطالبة القضائية ضروريـــة لاستحقاق الفوائد ليست من النظام العام ، وبناء عليه يجوز مخالفتها • وقد تكفلت المادة (١٧١) نفسها ببيان الاحوال التى يجوز فيها مخالفة هـــذه القاعدة • فقد قضت بانه : « •• ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجـارى تاريخا اخر لسريانها • وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » • ومـن قراءة هذا النص يتبين لنا أن مخالفة هذه القاعدة أما أن يكون باتفاق خاص

---

(١) استئناف مختلط في ١٠ كانون الثاني ١٩٢٤ ، نقلا عن السنهوري ، ص ٨٩٦ ، هامش رقم ٣ •

(٢) بلانيول وريبير واسمان ، ج٧ ، ف ٨٨٣ ، ٨٨٥ • بودري وبارد • ج١ ، ف ٥١٥ •

بين الطرفين ، أو اذاقضى بذلك العرف التجارى ، أو نص القانون نفسه على ذلك فى حالات خاصة .

فقد يتفق الطرفان على ان تسري الفوائد من تاريخ الاعذار ، أو من تاريخ حلول الدين ، أو من تاريخ ثبوته فى الذمة . وهذا الاتفاق صحيح وملزم .

وقد يقضي العرف التجارى باحتساب تاريخ اخر لسريان الفوائد . مثال ذلك الحساب الجاري ، فالفوائد فيه تسري من وقت الخصم أو الاضافة ، دون حاجة الى مطالبة قضائية أو أعذار . وقد يحدد القانون التجاري نفسه مبدأ اخر لسريان الفوائد غير تاريخ المطالبة القضائية . فقد نص قانون التجارة العراقى على أن الفوائد المنصوص عنها فى البوليسة تسري من تاريخ تحرير هذه الورقة .

وقد ينص القانون نفسه على مبدأ اخر لسريان الفوائد . وهناك نصوص مبعثرة فى ثنايا القانون المدنى تقضي بذلك ، نذكر منها على سبيل المثال النصوص التالية :

١ ــ ما قضت به المادة (٩٣٧) من انه : « ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها » . وما قضت به المادة (٩٤١) من أن : « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الانفاق مهما كان حظ الوكيل من النجاح » . وقد سبق أن رأينا هاتين المادتين كاستثناء على القاعدة العامة فى ضرورة الاعذار لاستحقاق التعويض .

٢ ــ ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٥٧٢) من انه : « لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الاداء الا اذا أعذر المشتري أو سلمه الشيء المبيع وكان هذا قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره » . فنصت هذه المادة على حالتين يستحق فيهما البائع فوائد الثمن بدون حاجة الى المطالبة القضائية .

وأولى هاتين الحالتين أعذار البائع للمشتري ، فقد اكتفى المشرع فى هذه الحالة لسريان الفوائد بالاعذار ولم يشترط المطالبة القضائية . وثانيتهما اذا كان البائع قد سبق له أن سلم الشيء المبيع الى المشترى وكان هذا الشيء من الاشياء المنتجة لثمرات أو ايرادات أخرى ، ففى هذه الحالة يستحق البائع فوائد الثمن من تاريخ تسليم الشيء المبيع .

٣ ــ ما قضت به الفقرة الاولى من المادة (٦٤٢) مدنى من انه : « اذا أخذ الشريك مبلغا من مال الشركة أو احتجزه لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه دون حاجة الى انذار وذلك من غير اخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلي عند الاقتضاء » .

المطلب الثاني
مقدار الفوائد كما حددها القانون

٩٨ ــ تدخل القانون فحدد سعرا للفائدة ، ولكنه أجاز فى بعض الاحوال النزول عن الحد المقرر ، وفى أحوال أخرى الزيادة عليه .

فقد حددت المادة (١٧١) سعر الفائدة باربعة بالمائة فى المسائل المدنية وخمسة بالمائة فى المسائل التجارية . ولكن الفقرة الاولى من المادة (١٧٢) أجازت للمتعاقدين أن يتفقا على سعر أعلى من ذلك ، على ألا يتجاوز هذا السعر سبعة بالمائة . فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى سبعة بالمائة ، ورد الزائد على هذا القدر .

وقد وقف المشرع ــ كراهية منه للربى ــ موقف ريبة وحذر من الشروط التى يفرضها الدائن على المدين بهذا الخصوص . فاذا كانت هذه الشروط ستارا يخفي به الدائن مقدار الفائدة الحقيقية التي فرضها على المدين وجب تخفيض سعر الفائدة المتفق عليه . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٧٢) بقولها : « وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن اذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الاقصى المتقدم ذكره

تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض اذا ثبت ان هـذه العمـولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة » .
وهناك حالة أخرى أجاز فيها المشرع للمحكمـة أن تخفض الفـائدة أو ألا تقضى بها اطلاقا ، وهى حالة ماذا تسبب الدائن بخطأه فى اطالة امد النزاع. وقد نصت على هذه الحالة الفقرة الثالثة من المادة (١٧٣) بقولها : « أما اذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه فى اطالة أمد النزاع بخطأه فللمحكمـة أن تخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو ألا تقضي بها اطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر » .

وعلى العكس من ذلك ، أجاز المشرع الزيادة على مقدار الفوائد اذا كان الضرر الذي يصيب الدائن يجـاوز الفوائد ، وقـد تسبب فيه المدين بغشه أو بخطأه الجسيم . وقد نصت على هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة (١٧٣) بقولها : « ويجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف الـى الفوائد القانونية أو الاتفاقية اذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قـد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم » .

الفوائد المركبة

٩٩ ــ ويقصد بالفوائد المركبة أن تلحق الفوائد التى استحقت ولم تدفع برأس المال لتصبح جزءً منضما اليه ، تنتج ، كما ينتج رأس المال الاصلي ، فوائد قانونية أو اتفاقية . وقد وقف القانون المدني العراقي بالنسبة لهـذا النوع من الفوائد موقفا أكثر امعانا فى الاحتياط والشدة من موقفه بالنسبة للفوائد البسيطة .

ويكفي للدلالة على خطر الفوائد المركبة أن شخصا لو اقترض مبلغـا بفائدة مركبة قدرها خمسة بالمائة فان هذا المبلغ يتضاعف فى خلال اربعـة عشر عاما ، مع العلم بان الاقتراض لو كان بفائدة بسيطة فان رأس المال لا يتضاعف الا بمرور عشرين عاما .

وقد منعت المادة (١٧٤) مدني صراحة أخذ فوائد على متجمد الفوائد فى غير المسائل التجارية . فقد نصت هذه المادة على انه : « لا يجوز تقاضي

فوائد على متجمد الفوائد .. وذلك كله دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية » .

وقد منعت المادة (١٧٤) المتقدمة نفسها استيفاء فوائد تزيد على رأس المال ، فقضت بأنه : « .. ولا يجوز بأية حال من الاحوال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال » . وقد استثنت هذه المادة من ذلك أيضا المسائل التجارية .

١٠٠ ــ ونلاحظ أخيرا أن احتساب الفوائد والفوائد المركبة انما يكون على أساس التقويم الشمسى لا الهجري (مادة ١٧٦) .

المطلب الثالث
خصائص التعويض القانوني

١٠١ ــ نستطيع الآن ومن خلال دراستنا السابقة أن نعرف ما هي خصائص التعويض القانوني . ويمكن تلخيص هذه الخصائص بثلاث :

١ ــ أن القانون تولى بنفسه تقدير التعويض .

٢ ــ أن القانون افترض وقوع الضرر على الدائن افتراضا لا يقبل اثبات العكس ، واعفاه من اثباته .

٣ ــ أن القانون قد خفف من جهة أخرى العبء عن المدين فجعل مبدأ سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية .

وسنرى ان هذه الخصائص انما هي استثناءات للقواعد العامة التى سبق ان رأيناها فى التعويض .

الخصيصة الاولى ــ القانون تولى بنفسه تقدير التعويض

١٠٢ ــ وذلك بخلاف التعويض القضائي والتعويض الاتفاقى . والسبب الذي حدا بالمشرع الى أن يتولى بنفسه تقدير التعويض عند تأخر المدين فى الوفاء بمبلغ من النقود هو صعوبة تقدير مقدار الضرر الذي يصيب الدائن . فالنقود يمكن استغلالها دائما ، ويمكنها أن تعطي ثمرة

فى كل وقت . ولكن تتدخل عوامل عديدة فى تحديد مقدار النفع الذي يمكن الحصول عليه منها : فكمية النقد المتداول ، والاحوال السياسية العامة ، والاستقرار المالى للدولة ، والدرجة التى عليها البلد من التطور والتقدم العمراني ، ومركز الدائن ، الخ .. كل هذه عوامل تتدخل فى تحديد امكانية استثمار رؤوس الاموال ، والبحث فيها أمر فى غاية الصعوبة بالنسبة للمحاكم ، وقد يثير منازعات لاحد لها . فقطعا لدابر هذه المنازعات تكفل القانون بنفسه تقدير التعويض . وقد سبق أن رأينا أن المشرع قد وضع حدا أعلى لسعر الفائدة لا يجوز تجاوزه ، فاذا تجاوزه المتعاقدان وجب على المحكمة تنزيله الى الحد الاعلى . وهذا مثل من الامثلة النادرة التي يحل فيها المشرع ارادته محل ارادة العاقدين ، فيقضى بتعديل شروط العقد .

الخصيصة الثانية ـ افتراض الضرر

١٠٣ ـ نصت الفقرة الاولى من المادة (١٧٣) مدنى على انه : « لا يشترط لاستحقاق الفوائد التأخيرية ، قانونية كانت أو اتفاقية ، ان يثبت الدائن أن ضررا قد لحقه من هذا التأخير » . وبهذا أعفى المشرع الدائن بمبلغ من النقود الذي يطالب مدينه بتعويض عن تأخره فى تنفيذ التزامه من اثبات أي ضرر لحقه من جراء هذا التأخير ، ولم يسمح للمدين أن يثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر . وقد خرج المشرع بذلك على القواعد العامة التي سبق أن رأيناها فى استحقاق التعويض ، والتي تشترط أن يثبت الدائن الضرر الذي يدعيه نتيجة تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ، والتى تسمح للمدين أن يثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر من جراء تأخره فى تنفيذ التزامه أو عدم تنفيذه له .

الخصيصة الثالثة ـ ضرورة المطالبة القضائية وعدم كفاية الاعذار

١٠٤ ـ ولم يبق ما نقوله عن هذه الخصيصة التي هي كذلك عبارة عن استثناء من القاعدة العامة فى استحقاق التعويض . فقد سبق أن رأينا انه لاستحقاق التعويض يجب على الدائن اعذار مدينه فى التنفيذ . والسبب الذي جعل

المشرع يقف هذا الموقف فى استحقاق الفوائد هو ، كما سبق أن قلنا ، كونها صورة من صور الربا المنهي عنه شرعا ، فاراد أن يقلله الى أقل حد ممكن .

١٠٥ ــ بهذا ننتهي من الكلام عن التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل . وننتقل الان الى الكلام عن الضمان الذي يتمتع به الدائنون للحصول على حقوقهم ، ألا وهو ذمة المدين المالية . وهذ هو موضوع الفصل الثالث من هذا الباب .

الفصل الثالث

حق الضمان العام والمحافظة عليه

١٠٦ ــ سبق أن قلنا أن الشريعة الاسلامية جعلت من العلاقة بين الدائن والمدين علاقة بين ذمتين ماليتين لا علاقة بين شخصين : دائن ومدين. فلم يعد للدائن ذلك الحق الذي كان له فى القانون الروماني على شخص مدينه .

١٠٧ ــ والذمة المالية هي مجموع ما للانسان من حقوق وما عليه من ديون فى الحال والاستقبال . فالحقوق تمثل العناصر الموجبة فى الذمة، والديون تمثل العناصر السالبة . والدائن الذي يمتنع مدينه عن الوفاء بما تعهد به يستطيع الحصول على حقه من العناصر الموجبة الموجودة فى ذمته المالية .

١٠٨ ــ ولما كانت ذمة المدين المالية للمدين هي التى تضمن تنفيذ التزاماته وتأدية ما عليه من ديون ، فان من مصلحة الدائنين أن تبقى هذه الذمة سليمة مليئة . لذلك كان من المنطقي أن يمنح المشرع الدائنين من الوسائل ما يستطيعون به المحافظة على هذه الذمة والحصول على حقوقهم منها . وهذه الوسائل على أنواع مختلفة :

١ ـ طرق تحفظيه

١٠٩ ـ فمنهـا ما تكون فائدته المحافظة على ذمة المـدين المالية ، أو المحافظة على حق للمدين خشية السقوط والضياع • ومن الامثلة على هذه الوسائل : طلب وضع الاختام على أموال المدين ، والتدخل فى قسمة أموال مشاعة اذا كان المدين شريكا فيها ، والتدخل فى الدعاوى التى ترفع من المدين أو عليه • ومثالها أيضا قطع التقادم وقيد الرهن وتجديد القيد الخ ••• فاذا كان للمدين حق يوشك أن يسقط بالتقادم ، فمن مصلحة الدائن أن يقطع هذا التقادم ، وذلك لابقاء الحق فى ذمة مدينه المالية • واذا كان للمدين حق رهن على عقار ولكنه لم يسجله ، فمن مصلحة الدائن أن يسجل هذا الرهن قبل أن يرهن مالك العقار عقاره لدى شخص اخر ويقوم الدائن الجـديد بتسجيل حق الرهن فيتقدم بذلك على الدائن الاول الذي هو المدين بالنسبة للدائن الذي يطلب تسجيل حق الرهن ، الخ •• ودراسة هذه الوسائل تدخل فى موضوع قانون المرافعات ، وعليه فسوف لا تتكلم عنهـا •

٢ ـ طرق تنفيذية

١١٠ ـ ومن هذه الوسائل ما يرمي الى تمكين الدائن من استيفـاء حقه ، وذلك عن طريق الحجز على أموال مدينـه وبيعهـا بالمزاد العلني • ويشترط فى هذه الوسائل أن يكون حق الدائن قد وصل الى درجة البتات ، بان يكون ثابتا بحكم اكتسب الدرجة القطعية أو بعقـد عليـه الصيغـة التنفيذية (ومثاله العقد المنظم من قبل الكاتب العدل) • ودراسة هـذه الوسائل تدخل فى دراسة قانون التنفيذ ، وعليه فسوف لا تدرسها كذلك •

٣ ـ طرق وسط

١١١ ـ ومن هذه الوسائل ما هو بين هذه وتلك • فهو أقوى مـن الوسائل التحفظية ، ودون الوسائل التنفيذية ، فهو يمهد لهذه الاخـيرة • وهذا النوع من الوسائل لا يكفي بحد ذاته للتنفيذ على أموال المـدين ، ولكنه يمهد السبيل لذلك • وقد منح القانون الدائنين هذه الوسائل بغية

التغلب على اهمال مدينهم أو غشه أو سوء نيته . وهذه الوسائل هي التى تهمنا هنا .

١١٢ ــ وقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٢٦٠) من القانون المدني على القاعدة العامة فى هذا الباب ، فقضت بان : « أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بدونه » . وهذا الضمان العام يتساوى فيه جميع الدائنين ، ويجب الا يلتبس بالضمان الخاص الذي منحه القانون لدائن معين على مال معين من أموال مدينه ، والذي يعطيه حق الافضلية والتقدم على بقية الدائنين . مثال ذلك حقوق الرهن والامتياز والاختصاص الخ.. وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة (٢٦٠) نفسها بقولها : « وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون » . وحق الدائن فى التقدم على بقية الدائنين انما يكون بالنسبة للعين التي له عليها حق التقدم فقط . فاذا سد ثمن العين مقدار الدين كان بها ، وان زاد منه شيء وزع على بقية الدائنين ، ان وجدوا ، وان لم يكف ثمن العين لتسديد الدين رجع الدائن بما بقي له على ذمة المدين المالية بوصفها الضمان العام ، وأصبح دائنا عاديا كبقية الدائنين بالنسبة لما بقي له من دين.

أنواع الوسائل التحفظية

١١٣ ــ والوسائل التحفظية التي منحها القانون للدائنين تختلف باختلاف الاحوال . فاذا بدر من المدين غش أو تهاون أو تقصير يؤدي الى ضياع بعض حقوقه ، بان سكت عن المطالبة به مثلا ، كان لكل دائن أن يباشر بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه ، بدعوى خاصة تسمى الدعوى غير المباشرة ، وبذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ بحقه بعد ذلك .

١١٤ ــ وقد لا يقتصر غش المدين وسوء نيته على الناحية السلبية بل يتعداه الى الناحية الايجابية ، فيعمد الى التصرف باموله تصرفا ضارا ، وذلك اضعافا للضمان العام الذي هو ذمته المالية واضرارا بدائنيه . فى هذه الحالة يستطيع الدائن أن يطعن فى هذا التصرف ليجعله غير نافذ فى حقه ، فيعود المال الى الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه . والدعوى التي يطعن

بها الدائن فى التصرف الضار به تسمى : دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق دائنه ، وتسمى أيضا : الدعوى البولصية نسبة الى الفقيه الروماني بولص الذي هو أول من قال بها ، ولكن ذلك أصبح محل شك الان .

١١٥ ــ وقد يفلس المدين ويخاف دائنوه أن يعمد الى تهريب أمواله أو اخفائها بان يجعلها باسم غيره ، وكان لخوفهم أسباب معقولة ، فى هذه الحالة يستطيع الدائنون أن يطلبوا من المحكمة ايقاع الحجر عليه ومنعه من التصرف بامواله . وهذه الوسيلة تسمى : الحجر على المدين المفلس .

١١٦ ــ وأخيرا قد يكون محل التزام المدين الذي يطالبه دائنه بتنفيذ التزامه بين يديه (أي بين يدي المدين) ، ولكن دائنه لم ينفذ ما عليه من التزام . فى هذه الحالة منح القانون المدين حق حبس ما بين يديه حتى يقوم الدائن بتنفيذ التزامه . وهذا هو حق الحبس الذي يدخل فيه الدفع بعدم التنفيذ .

١١٧ ــ وهناك وسيلة أخرى لم يتكلم عنها القانون المدنى العراقى مع الوسائل السابقة ، وهي الحالة التي يعمد فيها المدين الى اخراج بعض أمواله من ذمته المالية بتصرف صوري . فيجوز للدائنين أن يطعنوا فى هذا التصرف بدعوى تسمى : دعوى الصورية . وما دام القانون المدنى لم يتكلم عن هذه الوسيلة مع الوسائل المتقدمة ، فسوف لا نتكلم عنها نحن أيضا .

ونعالج الوسائل المتقدمة بفروع اربعة كما يلى :

١ ــ الدعوى غير المباشرة .

٢ ــ دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق دائنه (الدعوى البولصية).

٣ ــ الحجر على المدين المفلس .

٤ ــ حق الحبس .

الفرع الاول

الدعوة غير المباشرة

١١٨ ــ اذا أصبح الانسان فى وضع مالى سيء واربت ديونه على

حقوقه ، فمن المحتمل أن يهمل فى المطالبة بماله من حقوق على الغير أويتعمد ذلك ، لعلمه مقدما بانها ستذهب الى دائنيه ولا يستفيد هو منها شيئا اذا حصل عليها ، لانها ستدخل فى ذمته المالية التي هي الضمان العام لدائنيه فيحصل عليها هؤلاء الدائنون دونه . لذلك كان من اللازم منح الدائنين طريقا يتقون به نتائج اهمال مدينهم وغشه . والطريق الذي منحه القانون للدائنين فى مثل هذه الحالة هو أن يقيموا الدعوى باسم مدينهم للمحافظة على حقوق هذا الاخير من الضياع ، وبالتالى لادخال هذه الحقوق فى ضمانهم العام . والدعوى التى يستطيع الدائنون اقامتها باسم مدينهم تسمى بـ « الدعوى غير المباشرة » . وهي انما سميت كذلك لعدم وجود رابطة قانونية مباشرة بينهم وبين مدين مدينهم ، فالعلاقة التي تربطهم بهذا الاخير انما تمر بمدينهم ، فالرابطة غير مباشرة ، وعليه فالدعوى غير مباشرة. فاذا كان زيد دائنا لعمرو وكان عمرو دائنا لبكر ولكنه لا يطالبه بماله فى ذمته ، وكان يخشى اعسار عمرو ، أو زيادة اعساره اذا كان معسرا ، كان لزيد مصلحة فى مطالبة بكر بما لعمرو عليه ، اذ أن ما سيدفعه بكر لعمرو سيستعمل للوفاء بما على هذا الاخير لزيد . فالغاية من الدعوى غير المباشرة اذن هي التغلب على غش المدين واهماله .

الاساس القانوني للدعوى غير المباشرة

١١٩ وتقوم الدعوى غير المباشرة على أساس قانونى مزدوج . فهي تقوم من جهة على فكرة الضمان العام باعتبار اموال المدين جميعا تضمن الوفاء بديونه . فاستعمال الدائن لحقوق مدينه لدى الغير لا يقصد منه الا المحافظة على هذا الضمان العام ، فحقوق المدين لدى الغير لم تخرج عن كونها جزءا من هذا الضمان .

وهي تقوم من جهة أخرى على فكرة النيابة ، نيابة الدائن عن مدينه عند استعماله لحقوق هذا الاخير . وهذه النيابة هي نيابة قانونية . وهذا ما أشارت اليه صراحة المادة (٢٦٢) من القانون المدنى بقولها : « يعتبر الدائن فى استعماله لحقوق مدينه نائبا عن هذا المدين » . ولكن هذه

النيابة ليست كبقية أنواع النيابة ، انها نيابة من نوع خاص . فالاصل فى النيابة أن تكون لمصلحة المنوب عنه ، ولكنها فى الدعوى غير المباشرة تكون لمصلحة النائب لا لمصلحة الاصيل فالدائن حين استعماله لحقوق موكله يعتبر نائبا عنه ، ولكنه انما يمارس هذه النيابة لمصلحة نفسه لا لمصلحة مدينه ، فهو يبغى المحافظة على الضمان العام الذي يضمن له استيفاء حقه من مدينه .

حجز ما للمدين لدى شخص ثالث

١٢٠ — ولكن بالرغم من هذه الفوائد الظاهرية للدعوى غير المباشرة، فان اللجوء اليها فى العمل قليل ، بل نادر . ذلك لان هناك وسيلة أخرى تفضلها ، وهي حجز ما للمدين لدى الغير . فاذا كان دين المدين لدى الغير مبلغا من النقود (وهذه هي الحالة الغالبة) ، كان فى وسع الدائن أن يحجز على هذا الدين ويأخذ منه مقدار ماله فى ذمة مدينه . وهو بعمله هذا يحقق فائدة لا يجدها فى الدعوى غير المباشرة ، وهي استقلاله بما يأخذ وعدم مشاركة الدائنين الاخرين اياه فى ما حصل عليه ، أن لم يكونوا قد حجزوا معه على هذا الدين .

١٢١ — بعد هذه المقدمة الوجيزة ، نعالج الدعوى غير المباشرة فى ثلاثة مباحث ، نحدد فى الاول مجال استعمالها ، وفى الثاني شروطها ، وفى الثالث نرى الاثار التي تترتب عليها .

المبحث الاول
مجال استعمال الدعوى غير المباشرة

١٢٢ — نصت المادة (٢٦١) مدني على انه : « يجوز لكل دائن .... أن يستعمل حقوق هذا المدين الا ما اتصل منها بشخصه خاصة أو ما كان منها غير قابل للحجز ... » . فهذه المادة تحدد بوضوح المجال الذي يمكن استعمال الدعوى غير المباشرة فيه. فبمقتضاها يجوز استعمال جميع الحقوق

التي للمدين . ولكن المادة استثنت من هذه الحقوق ما كان متصلا منها بشخص المدين خاصة ، وما كان منها غير قابل للحجز . وبناء عليه فان جميع الحقوق والدعاوى التى تكون جزءا من الذمة المالية والقابلة للحجز ، وغير المتصلة بشخص المدين خاصة ، يمكن للدائن استعمالها . ويترتب على ذلك انه يخرج عن نطاق الدعوى غير المباشرة الرخص ، والدعاوى والحقوق غير المالية ، والحقوق المالية التي لا يجيز القانون الحجز عليها ، وأخيرا الحقوق المالية المتصلة بشخص المدين خاصة . ونرى كلا من ذلك على حدة.

١ ـ الرخص

١٢٣ ـ الرخصة حق متروك استعماله وعدم استعماله الى مطلق تقدير الشخص ، وهو لا يمثل قيمة مالية وان كان من الممكن أن تكون له اثار تزيد أو تنقص من ذمة صاحبه المالية . مثال ذلك حق الشخص فى قبول صفقة تعرض عليه أو رفضها ، وان كانت رابحة . ومن أمثلة الرخص أيضا حق الانسان فى ادارة أمواله بالصورة التى يرتئيها ، حسنة كانت هذه الادارة أو سيئة ، وحقه فى أن ينشر كتابا الفه أو الا ينشره ، وحقه فى قبول هبة عرضت عليه ، وحقه فى طلب الشفعة الخ .. كل هذه الحقوق ليست بحقوق مالية ولكنها رخص يتمتع بها الشخص . وعلى ذلك فهي تخرج عن نطاق استعمال الدعوى غير المباشرة ، لاننا لو سمحنا للدائن باستعمال هذه الرخص فاننا نكون قد سمحنا له بالتدخل فى شؤون مدينه .

٢ ـ الدعاوى والحقوق غير المالية

١٢٤ ـ ويقصد بهذه الحقوق الحقوق التي لا تنقلب الى مبلغ من المال يضاف الى ذمة المدين ، ومثالها الحقوق المتعلقة بالاحوال الشخصية . وعلى ذلك لا يجوز للدائن أن يرفع عن مدينه دعوى طلاق ، حتى لو كان استعمال هذا الحق من شأنه أن يخفف عبئا ماليا عن المدين كانقطاع دين النفقة ، ولا يجوز له كذلك أن يرفع دعوى ابطال الزواج ، أو دعوى اثبات النسب أو انكاره . ولا يجوز له كذلك استعمال حق اللعان ، ولو أن استعمال هذا الحق من شأنه الا يثبت نسب ولد اللعان من المدين فلا يتحمل

نفقة هذا الولد . وليس للدائن كذلك أن يطلب باسم مدينه انقاص نفقة قدرت لزوجة المدين أو لاحد أقاربه . ولا يجوز للدائن كذلك أن يرفع باسم مدينه دعوى نسب ، حتى لو كانت هذه الدعوى تؤدي الى أن يثبت للمدين ميراث أو وصية أو وقف . ولكن لما كان يجوز للورثة أن يطالبوا بميراث مورثهم ولو اقتضى الامر أن يثبتوا نسبه ، فلدائني الورثة أن يرفعوا هذه الدعوى باسم مدينيهم ،لان القضية تصبح قضية ميراث لا قضية نسب (١) .

٣ ـ الحقوق المالية التى لا يجيز القانون الحجز عليها

١٢٥ سبق أن قلنا ان الحكمة من الدعوى غير المباشرة هي المحافظة على ذمة المدين المالية التي هي الضمان العام للدائنين ، وذلك تمهيدا للحجز على الحق الذي يعيده الدائن الى ضمانه العام . فاذا كان الحق الذي يريد الدائن ارجاعه الى ذمة مدينه لا يمكن الحجز عليه ، فلا تكون له مصلحة فى اقامة الدعوى غير المباشرة ، اذ سوف لا يستطيع استيفاء حقه منه ، فتنعدم بذلك الحكمة التي من أجلها أجاز القانون للدائن أن يتدخل فى شؤون مدينه . ومثال الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها حق السكنى وحق الاستعمال ومرتبات الموظفين (الى حد معين) وديون النفقة . فتخرج هذه الحقوق عن نطاق الدعوى غير المباشرة .

٤ ـ الحقوق المالية المتصلة بشخص المدين

١٢٦ـ والى هذا النوع من الحقوق أشارت المادة (٢٦١) المتقدمة بنصها على أنه : « يجوز لكل دائن .. أن يستعمل حقوق مدينه الا ما اتصل منها بشخصه خاصة ... » . ولم تبين هذه المادة ما هي الحقوق المتصلة بشخص المدين وما هي الحقوق غير المتصلة بشخصه . والحقوق التي تشير اليها هذه المادة هي حقوق مالية يؤدي استعمالها الى زيادة العناصر الموجبة فى ذمة المدين المالية ، وبالتالى الى زيادة الضمان العام . ولكن نظرا لاتصال

---

(١) السنهوري ، ص ٩٦٥ ـ ٩٦٦ ، مع المراجع المشار اليها في هامش رقم ١ ، ص ٩٦٦ .

هذه الحقوق بشخص المدين اتصالا وثيقا فقد اخرجت من نطاق الدعوى غير المباشرة .

١٢٧ ـ ويلاحظ أن وضع معيار عام لبيان الحقوق التى تتصل بشخص الانسان وبين الحقوق التي لا تتصل بشخصه من الصعوبة بمكان . ويقترح بعض الفقهاء للتفرقة بين هذين النوعين من الحقوق المعيار التالى : يعتبر الحق المالى متصلا بشخص المدين اذا قام فى أساسه على اعتبارات أدبية . وعلى العكس من ذلك اذا غلبت عليها الصفة المادية ، فانها تعتبر حقوقا مالية بحتة ويجوز رفع الدعوى غير المباشرة بشأنها (١) . ومثال الحقوق المالية المتصلة بشخص المدين حق الرجوع فى الهبة ، فهذا حق مالي اذا مارسه المدين فانه يعيد الى ذمته عنصرا موجبا ، ومع ذلك فلا يجوز للدائن استعماله نيابة عن مدينه لانه متصل اتصالا وثيقا بشخصه . ومثال هذه الحقوق أيضا التعويض عن الضرر الادبي ، فحق المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر لا ينتقل الى الورثة ، و لايمكن لدائن المتضرر أدبيا ممارسته بالنيابة عنه . أما اذا أظهر المتضرر ارادته فى التعويض عن هذا النوع من الضرر وتحدد التعويض بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي ، فقد أصبح حقا ماليا كسائر الحقوق ينتقل الى الورثة ويستطيع الدائن المطالبة به بالنيابة عن مدينه (٢) .

المبحث الثاني
شروط الدعوى غير المباشرة

١٢٨ ـ تنقسم الشروط التي يجب توافرها لاستعمال الدعوى غير المباشرة الى قسمين : قسم يرجع الى الدائن وقسم يرجع الى المدين . ونرى كلا من ذلك فى مطلب مستقل .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ج٧ ، ف ٩٠٤ . بلانيول وريبير وبولانجيه ج٢ ، ف ١٣٩٣ . السنهوري ، ج٢ ، ص ٩٦٦ . ابو ستيت . ص ٤٦٥ . الذنون ، ص ٦١ ـ ٦٢ .

(٢) السنهوري ، المرجع السابق ، ج١ ، ص ٩١٩ . ج٣ . ص ٩٦٦ . هامش رقم ٤ .

المطلب الاول

الشروط التي ترجع الى الدائن

١٢٩ ــ يشترط فى الدائن ، ليستطيع استعمال الدعوى غير المباشرة ، شرطـان :

١ ــ ان يكون حقه خاليا من النزاع .
٢ ــ أن يكون له مصلحة فى رفع الدعوى .
ونرى كلا من هذين الشرطين على حدة .

الشرط الاول ــ ان يكون حق الدائن خاليا من النزاع

١٣٠ ــ وقد نصت على هذا الشرط المادة (٢٦١) بقولها : «يجوز لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الاداء ... » . وتنقسم الحقوق من حيث قوتها أربع مراتب : فأضعف الحقوق هو الحق المتنازع فيه ، وهـو حق ينصب النزاع على وجوده أو عدم وجوده . فاذا ثبت وجوده فقد يكون مقدرا وقد يكون غير مقدر ، فالحق المحقق أو الخالي من النزاع هو المرتبة الثانية التى تلي مرتبة الحق المتنازع فيه . فاذا خلا الحق من النزاع وكان مقدرا فقد يكون مستحق الاداء وقد يكون غير مستحق الاداء ، فالحق المحقق المستحق الاداء هو المرتبة الثالثة من الحقوق . فاذا كان الحق مستحق الاداء ، فقد يكون واجب التنفيذ ، بأن يكون ثابتا فى حكم اكتسب الدرجة القطعية أو فى عقد رسمي عليه الصيغة التنفيذية ، وقد يكون غير واجب التنفيذ . والحق الواجب التنفيذ هو أقوى أنواع الحقوق .

والشرط الذي اشترطته المادة (٢٦١) لاستعمال الدعوى غير المباشرة هو أن يكون حق الدائن مؤكدا ، أي خاليا من النزاع ، فلم تشترط فيه أن يكون مستحق الاداء أو واجب التنفيذ .

١٣١ ــ ويذهب القضاء والغالبية العظمى من الفقهاء فى فرنسا ومصر الى أن حق الدائن يجب ان يكون مستحق الاداء . ويستندون فى ذلك الى

طبيعة الدعوى غير المباشرة ، فهي لما كانت اجراءا وسطا بين الاجراءات التحفظية والاجراءات التنفيذية ، فلا يكفي فى حق الدائن أن يكون مؤكدا كما لا يشترط فيه أن يكون واجب التنفيذ ، بل يجب أن يكون مستحق الاداء . وهذا المعنى قضت محكمة التمييز الفرنسية فى حكم لها صادر فى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٥ بأنه : « يجب أن يكون حق الدائن عند مباشرة الدعوى محققا ومقدرا ومستحق الاداء (١) » . وعلى ذلك لا يجوز لمن كان حقه غير محقق أو غير مقدر ، أو مقترنا بأجل أو معلقا على شرط ، أن يستعمل هذه الدعوى .

١٣٢ ــ ويعلل الفقه والقضاء فى فرنسا هذا الرأي بأن ممارسة الدعوى غير المباشرة أكثر من طريق تحفظي اعتيادي . فاذا لم يصل استعمال الدعوى غير المباشرة الى درجة طرق التنفيذ الحقيقية ، فهو على الاقل تدخل فى شؤون المدين ، تدخل يهيء ويسهل استعمال الطرق التنفيذية . فمن غير غير المعقول أن يمكن دائن من أن يدخل فى ذمة المدين المالية ، عن طريق الدعوى غير المباشرة ، أموالا لا فائدة له منها فى الحال ، أذ لا يستطيع أن يأخذ منها حقه ، وهي لن تفيد الا غيره من الدائنين . كما أنه ليس من العدل أن نجرد المدين من حريته لمصلحة دائن لا يصيبه ضرر فى الوقت الحاضر ، وهو فى الوقت ذاته لا يستطيع ان يطالب بشيء ، يمكنه أن يحصل على حقه عندما يحل أجله (٢) .

١٣٣ ــ وقد شذ عن هذا الاجماع الاستاذان كولان وكابيتان . وهما يقولان فى الرد على بقية الفقهاء : « يزعم القائلون بالرأي السابق أن استعمال الدعوى لمن كان حقه مؤجلا أو معلقا على شرط عديم الفائدة له لانه لا يستطيع أن يحصل على حقه منه . ولكن هذا القول غير مقنع ، فللدائن المعلق حقه على شرط أو المقترن باجل مصلحة فى منع اختفاء مال من أموال مدينه ، فهو قد يستطيع أن يستوفى حقه منه » (٣) .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف ٩١٢ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢١٨ .

(٣) كولان وكابيتان ودي لاموراندير ، ج٢ ، ط ٨ ، ف ٢٥٤ .

١٣٤ ــ والرأي الذي أخذ به القانون المدني العراقي هو الرأي الذي يذهب اليه العلامة السنهوري والذي خالف فيه ماذهب اليه القضاء الفرنسي وغالبية الفقهاء الفرنسيين والمصريين • فهو يقول في هذا الصدد : « ونحن لا نذهب في ذلك الى ما ذهب اليه الجمهور • لان الدعوى غير المباشرة لها ناحيتان • فهي في العلاقة ما بين الدائن والمدين الذي يستعمل الدائن حقه لا تزيد على اجراء تحفظي، اذ أن الدائن وهو يباشرها انما يحافظ على أموال مدينه التي توشك أن تضيع ، و لايزيد فيها شيئا • وهي في العلاقة ما بين المدين ومدين المدين الذي تقام عليه الدعوى قد تكون اجراءا تحفظيا اذا كان الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه يدخل في هذه الاجراءات ، كما اذا قطع باسم مدينه سريان المدة أو أوقع حجزا تحفظيا على مالمدين مدينه لدى الغير أو جدد قيدا ليحتفظ بحق رهن لمدينه ، وقد تكون أقوى من عمل تحفظي ، كما اذا طالب الدائن باسم مدينه بحق لهذا الاخير في ذمة الغير ، بل قد تكون عملا تنفيذيا ، اذا كان الحق الذي يستعمله الدائن يدخل ضمن هذه الاعمال ، كما اذا قام بتنفيذ حكم صدر لمصلحة مدينه ، والمهم عند النظر في الشروط التي يجب توافرها في الدائن أن ننظر الى الدعوى غير المباشرة من ناحية علاقة الدائن بهذا المدين ، لامن ناحية علاقة المدين بمدين المدين • والدعوى من الناحية الاولى اجراء تحفظي كما قدمنا ، فيكفي أن يكون حق الدائن خاليا من النزاع ، ولا يشترط أن يكون مستحقا • أما اذا نظرنا الى الدعوى من ناحية علاقة المدين بمدين المدين ، فانه يجب أن يكون حق المدين الذي يستعمله الدائن قد وصل من القوة الى الحد الذي تقتضيه الاجراءات التي يتخذها الدائن ، فان كانت هذه الاجراءات تحفظية فانه يكفي أن يكون الحق خاليا من النزاع ، واذا كانت تنفيذية فانه يجب أن يكون الحق قابلا للتنفيذ • وينبني على هذا الرأي الذي نقول به انه ينبغي التمييز بين حق

الدائن فى ذمة مدينه ، وهذا يكفي فيه أن يكون خاليا من النزاع فيجوز لمن كان حقه معلقا على شرط أو موقوفا على أجل أو غير مقدر أن يستعمل حقوق مدينه ، وبين حق المدين فى ذمة مدين المدين وهو الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين ، وهذا يجب أن يكون من القوة بحيث يتفق مع العمل الذي يقوم به الدائن ، فتارة يكفى فيه أن يكون خاليا من النزاع اذا اقتصر الدائن على القيام باعمال تحفظية ، وطورا يجب أن يكون مستحق الاداء اذا قام الدائن بأعمال مطالبة بحق حال ، وأخرى يجب أن يكون قابلا للتنفيذ اذا قام الدائن باعمال تنفيذية » (١) .

ومهما يكن من الامر ، فان القانون المدنى العراقى قد حسم الخلاف فاكتفى بان يكون حق الدائن الذي يريد استعمال الدعوى غير المباشرة محققا ، ولم يشترط فيه أن يكون مستحق الاداء . وعلى ذلك يجوز لمن كان حقه معلقا على شرط أو مقترنا باجل أن يقيم الدعوى غير المباشرة باسم مدينه .

الشرط الثاني ـ أن يكون للدائن مصلحة

١٣٥ ـ اذا كان المشرع قد سمح للدائن أن يتدخل فى شؤون مدينه ، فيقيم الدعوى باسمه على الرغم منه ، فانه لم يفعل ذلك الا لتحقيق مصلحة للدائن . فاذا انتفت المصلحة وجب أن ترد دعوى الدائن على أنها دعوى كيدية . والشخص الذي يدفع بعدم المصلحة أمام الدائن هو مدين المدين الذي يقاضيه الدائن . وتتحقق مصلحة الدائن اذا ثبت ان المدين مهمل فى استعمال حقوقه لدى الغير ، وان هذا الاهمال يسبب ضررا للدائن ، لان أموال المدين الاخرى لا تكفى لسداد ما عليه من ديون .

١٣٦ ـ وعدم استعمال المدين لحقوقه يجب أن يكون ناشئا عن عمد أو اهمال . فاذا نشط المدين بعد اهمال وتولى بنفسه دعواه أمام القضاء ، وجب على الدائن أن يخلي له سبيل . ولا يقبل من الدائن أن يقيم دعوى

---

(١) نظرية العقد ، ص ٧٥٥ـ٧٥٦ . الوسيط ج ٢ ، ف ٥٣٠ وما بعدها .

أخرى أو المضى فى ما اتخذه من اجراءات • ولكن له اذا خشي تواطؤاً أو تراخيا من جانب مدينه ، أن يتدخل فى الدعوى ليحافظ على مصلحته •

١٣٧ ــ والمصلحة التى تشترط فى الدائن لاستعمال الدعوى غير المباشرة هي أن يأتي له هذا الاستعمال بمنفعة • والمنفعة تتحقق اذا كان المدين معسرا لاتكفي أمواله لسداد ديونه • فاذا كان المدين موسرا فلايجوز للدائن أن يستعمل حقوق مدينه ، حتى لو كان عدم استعمال المدين لهذه الحقوق متعمدا • فهو حر فى التصرف بحقوقه وأمواله بالطريقة التى يراها مناسبة ، ما دام ذلك لا يوقع ضررا بدائنيه • فلو أجزنا ذلك للدائن لكان معناه السماح لكل دائن بالتدخل فى شؤون الغير ، اذ يندر أن نجد فى الحياة العملية شخصا ، مهما كان غنيا ، لا يكون مدينا لغيره فى وقت ما •

١٣٨ ــ ولكن اذا كان المدين موسرا ولكن سكوته فى المطالبة بحقه يجعله معسرا ، وكذلك اذا كان معسرا وكان سكوته فى المطالبة بحقه يزيد اعساره، فالضرر يتحقق • وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٢٦١) بقولها : « •• ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا أثبت ان المدين لم يستعمل هذه الحقوق وان اهماله فى ذلك من شأنه أن يسبب اعساره أو أن يزيد فى هذا الاعسار » •

١٣٩ ــ وقد يكون المدين معسرا ويهمل فى استعمال حق له ومع ذلك لا تتحقق مصلحة للدائن فى استعمال حق مدينه • فى هذه الحالة لا يسمح للدائن باقامة الدعوى غير المباشرة • ويتحقق هذا الغرض فى الحالة التي يكون فيها للمدين لدى الغير عين مثقلة برهون سابقة تستغرق قيمتها جميعا ، فلا تعود الدعوى غير المباشرة بمنفعة على الدائن الذي يمارسها •

المطلب الثاني

الشروط التى ترجع الى المدين

١٤٠ ــ أما الشروط التى ترجع الى المدين فهي شرط واحد ، وهو

ادخاله طرفا فى الدعوى . ولكن لا يشترط اعذاره . وهذا ما نصت عليه المادة (٢٦١) نفسها بقولها : « .. ولا يشترط اعذار المدين ولكن يجب ادخاله طرفا فى الدعوى » .

١٤١ ــ ولم ينص القانون الفرنسي على ضرورة ادخال المدين طرفا فى الدعوى ، وكان الدائن يستطيع اقامة الدعوى من دون أن يدخل مدينه طرفا فيها. ولكن العمل جرى على أن يدخل الدائن مدينه طرفا فى الدعوى، وذلك عن طريق الحيطة والحذر ، اذ أن ادخاله فى الدعوى يجعل الحكم الذي يصدر ساريا بحقه.وقد جرى العمل كذلك على ان يطلب مدين المدين ادخاله طرفا فى الدعوى اذا أهمل الدائن ذلك ، وذلك حتى يعتبر الحكم الصادر حجة على الجميع . اذ من القواعد المقررة أن الحكم الصادر فى الدعوى غير المباشرة لا يسري على المدين الا اذا كان طرفا فيها (١) .

وقد أقر القانون المدنى العراقى بنص تشريعى هذا العرف فحسم بذلك خلافا كان من الممكن أن يثور عند عدم وجود هذا النص .

١٤٢ ــ هذا وقد نصت المادة (٢٦١) على عدم ضرورة الاعذار . وهذا شيء منطقى ، فما دامت هي قد اشترطت ادخاله طرفا فى الدعوى لم يبق ثم فائدة من الاعذار ، اذ الادخال طرفا فى الدعوى اقوى من الاعذار .

١٤٣ ــ كما انه لا يشترط لاستعمال الدعوى غير المباشرة ان يكون دين الدائن سابقا فى تاريخه على دين مدينه فى ذمة الغير ، كما يشترط ذلك بالنسبة لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين فى حقوق دائنيه كما سنرى .

١٤٤ ــ ولا حاجة كذلك للدائن بادخال الدائنين الاخرين فى الدعوى . ويسري الحكم الصادر فى الدعوى مع ذلك فى حقهم ، لان المدين ــ وقد رأينا أن من الواجب ادخاله فى الدعوى ــ يمثل جميع

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ج٧ ، ف ٩١٢ .

الدائنين ، والحكم الذي يصدر فى مواجهته يكون حجة عليهم جميعا وفقا للقواعد المقررة فى حجية الامر المقضي (١) .

١٤٥ ــ واخيرا لا حاجة لاستئذان الدائن من المحكمةفى اقامة الدعوى غير المباشرة لان النيابة ، كما سبق أن قلنا ، قانونية وليست اتفاقية .

المبحث الثالث

الآثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة

١٤٦ ــ نصت المادة (٢٦٢) من القانون المدنى على انه : « يعتبر الدائن فى استعماله لحقوق مدينه نائبا عن هذا المدين . وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضمانا لجميع دائنيه » . ومن قراءة هذه المادة تتبين ان الاثار لتى تترتب على الدعوى غير المباشرة تتركز فى فكرتين اساسيتين : أولاهما فكرة النيابة ، فالدائن عند استعماله لحقوق مدينه انما يستعملها نيابة عنه ، ولكن هذه النيابة ، كما سبق أن قلنا ، نيابة قانونية من نوع خاص ، اذ أنها مقررة لمصلحة النائب لا لمصلحة الاصيل . والفكرة الثانية التى تقوم عليها الدعوى غير المباشرة هي المحافظة على الضمان العام للدائنين ، وبناء عليه فالثمرة التى تحصل منها لا يستقل بها الدائن الذى أقام الدعوى ، بل يشترك فيها معه سائر الدائنين ، لانها تدخل فى ذمة المدين المالية التي هي ضمانهم العام .

وتتكلم عن اثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمدين ، وعن اثارها بالنسبة لمدين المدين ، وعن اثارها بالنسبة للدائن .

اولا ــ آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمدين

١٤٧ ــ لما كان الدائن الذي يستعمل الدعوى غير المباشرة انما يستعملها نيابة عن مدينه ، فان هذا الاخير يبقى محتفظا بحقه ولا ترتفع يده

---

(١) السنهوري ، الوسيط ، ج٢ ، ف ٥٣٩ . ص ٩٥٨ .

عنه . فالقاعدة فى هذا الخصوص ان الاصيل يبقى حر التصرف فى ما ناب عنه غيره فيه .

وعلى ذلك فان المدين يبقى حر التصرف فى حقه بكافة انواع التصرفات القانونية . فله أن يبيعه وان يرهنه وان يهبه وان ينزل عنه وان يتصالح عليه وان يستوفيه وان يقضيه بالتجديد والمقاصة .. لانه لا يزال هو المالك ، والدعوى غير المباشرة لم تغل يده عن التصرف بملكه . وكل ما يستطيع الدائن أن يفعله فى مثل هذه الاحوال هو أن يطعن فى تصرف مدينه بدعوى عدم نفاذ التصرف ، كما سنرى ذلك فى مكانه .

ثانيا ـ آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة لمدين المدين

١٤٨ ـ لما كان الدائن الذي يرفع الدعوى غير المباشرة على مدين مدينه ، انما يرفعها نيابة عن مدينه ، فانه يتعرض لجميع الدفوع التى يستطيع مدين المدين أن يوجهها الى دائنه ، أي الى مدين الدائن الذي يقيم الدعوى غير المباشرة . فله أن يتمسك قبله بجميع اسباب انقضاء الدين : كالوفاء والتجديد والمقاصة والتقادم الخ .. يستوي فى ذلك ان يكون سبب الانقضاء سابقا على رفع الدعوى او لاحقا عليها . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بهذا الخصوص فى حكم لها صادر فى ١٠ شباط ١٩٣١ بانه : « اذا كان الحق المرفوع به الدعوى غير المباشرة هو حق المشتري فى أخذ المبيع ولم يكن الثمن قد سدد ، فدائن المشتري عندما يستعمل هذا الحق يجوز أن يواجه البائع بوجوب دفع الثمن » .

١٤٩ ـ وبوجه عام ، ليس للدائن الذي يقيم دعوى باسم مدينه حق أكثر مما للمدين نفسه . فلا يسوغ للدائن اذن أن يسلك طريقا من طرق الاثبات ما كان للمدين أن يسلكه . ولكن ليس لمدين المدين أن يدفع دعوى الدائن بدفوع خاصة بشخص هذا الدائن ، كوقوع مقاصة بين الخصم والدائن شخصيا ، لان الدائن انما ينوب عن المدين فلا يتمسك

قبله الا بما يتمسك به قبل المدين (١) .

ويستطيع مدين المدين المقامة عليه الدعوى غير المباشرة أن يتجاهل الدائن ويقوم بوفاء ما عليه الى دائنه هو ، أي الى المدين .

ثالثا ـ آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للدائن

١٥٠ ـ سبق أن رأينا المادة (٢٦٢) تنص على انه : « ... وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضمانا لجميع دائنيه » . وعلى ذلك فالدائن اذا نجح فى دعواه فهو انما يحفظ حقا لمدينه . فهو لا يستطيع أن يستأثر به ، بل يشاركه فيه بقية الدائنين ، لان الاستئثار بالحق لا يكون الا نتيجة للحجز لا للحكم . فالحكم الصادر فى الدعوى لا يقرر امتيازا لمن صدر لمصلحته .

لذلك ينبغى للدائن أن يحتاط عند رفع الدعوى باسم مدينه ، فيتخذ الى جانب اجراءات رفع الدعوى اجراءات أخرى تكفل له الاستيلاء على ما يحكم به ضد مدينه والتنفيذ عليه بحقه .

الدعوى المباشرة

١٥١ ـ لما كانت ثمرة الدعوى غير المباشرة تدخل ذمة المدين ولا يستأثر بها الدائن الذي أقامها ، فان منفعتها قليلة فى الحياة العملية . لذلك فالقانون قد منح الدائن فى بعض الاحوال دعوى مباشرة يستأثر بثمرتها .

ونذكر على سبيل المثال الدعاوى المباشرة التالية :

١ ـ دعوى المؤجر قبل المستأجر من الباطن

١٥٢ ـ أجاز القانون للمؤجر أن يطلب من المستأجر من الباطن أن يؤدي له مباشرة (لا للمستأجر الاول) ما يكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الاول . وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة (٧٧٦) مدنى بقولها : « ومع ذلك يكون المستأجر الثاني ملزما بأن يؤدي مباشرة ما يكون

---

(١) المرجع السابق ، ص ٩٧٤ ـ ٩٧٥ ، مع الاحكام والمراجع المشار اليها هناك .

ثابتا فى ذمته للمستأجر الاول وقت أن ينذره المؤجر ولا يجوز له أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الاجرة للمستأجر الاول ما لم يكن تعجيل الاجرة متمشيا مع العرف ومدونا بسند ثابت التاريخ » • وقد سبق أن رأينا هذه الدعوى فى الجزء الاول من هذا الكتاب عند الكلام عن نسبية أثر العقد من حيث الاشخاص •

٢ ــ دعوى الموكل قبل نائب الوكيل ودعوى نائب الوكيل قبل الموكل

١٥٣ ــ اذا وكل الوكيل وكيلا عنه ، فى الاحوال التى يجوز له فيها ذلك ، نشأ عن ذلك دعوى مباشرة للموكل قبل وكيل وكيله ، ولهذا الاخير قبل موكل موكله • وقد نصت على ذلك المادة (٩٣٩) مدنى بقولها : « ليس للوكيل أن يوكل غيره الا أن يكون قد اذنه الموكل فى ذلك أو فوض الامر لرأيه • ويعتبر الوكيل الثاني وكيلا عن الموكل فلا ينعزل بعزل الوكيل الاول ولا بموته » •

٣ ــ دعوى المقاول الثاني والعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الاول ضد رب العمل

١٥٤ ــ اذا تعهد مقاول بالقيام بعمل ما كان للعمال الذين يشتغلون لحسابه دعوى مباشرة قبل رب العمل لاستيفاء حقوقهم ويكون كذلك للمقاول الثانى وللعمال الذين يستخدمهم مثل هذه الدعوى • وقد نصت على هذه الدعوى الفقرة الاولى من المادة (٨٨٣) من القانون المدنى فقضت بأنه : « يكون للمقاول الثاني وللعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الاول فى تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لديهم فى ذمة المقاول بشرط أن لايتجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى • ويكون لعمال المقاول الثانى مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الاصلي ورب العمل » • وقد سبق أن رأينا هذه الحالة كذلك فى الجزء الاول من هذا الكتاب عند الكلام عن نسبية أثر العقد من حيث الاشخاص (١) •

---

(١) وقبل ان نترك الكلام عن الدعوى المباشرة ، نلفت النظر الى ان قانون

الفرع الثانى

دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه

ACTION PAULIENNE

١٥٥ ــ الاصل أن الانسان حر التصرف باموالـه بجميع انواع التصرفات ، ولا يمكن منعه من ذلك الا اذا حجر عليه أو أعلن افلاسه . فاذا لم يكن قد أوقع عليه حجر ولا أعلن افلاسه كانت جميع تصرفاته نافذة فى حقه وملزمة لمن يخلفه فى ذمته المالية ، ولا يمكن لاحد الاعتراض عليها . هذا ولما كانت ذمة المدين المالية هي الضمان العام الذي يتمتع به الدائنون لاستحصال حقوقهم ، فان من الطبيعى أن تؤثر تصرفات المدين على هذا الضمان ، فيقوى أو يضعف تبعا لما اذا كانت هذه التصرفات مفقرة

الموجبات والعقود اللبناني قد اورد نصا عاما في الدعوى المباشرة عقب النص الذي أورده فى الدعوى غير المباشرة. فقد نصت المادة (٢٧٧) من هذا القانون على انه : « يكون الامر على خلاف ما تقدم (أي لا تكون نتيجة الدعوى مشتركة بين جميع الدائنين) اذا كان القانون يمنح الدائنين على وجه أستثنائي حق اقامة الدعوى المباشرة ، فان نتائجها تعود الى المدعي دون سواه ، ولا يلزمه ان يقسم الربح بينه وبين سائر الدائنين ، على ان هذه المعادلة لا يمكن اجراؤها الا اذا كانت مقررة بنص صريح يفسر بمعناه المحصور » (الدكتور صبحي الحمصاني : في احكام الالتزام في القانون المدني اللبناني ، ص ٥٩ ــ ٦٠ : السنهوري الوسيط ، ج٢ ، ص ٩٨٠) ويمكننا ان نلاحظ على النص المتقدم انه عديم الفائدة . فما دامت الدعوى المباشرة لا تمنح الا بمقتضى نص خاص ، فيجب الرجوع الى النصوص القانونية التى تمنح بعض الدائنين دعاوى مباشرة قبل مديني مدينيهم ، وعلى ذلك فالنص السابق لا يفيدنا شيئا . بعكس النص على الدعوى غير المباشرة ، فانه نص عام لا يحيل الى نصوص اخرى ، ويمكن تطبيقه على جميع الحالات التي تتوافر فيها الشروط اللازمة .

أومكسبة . وقد سبق أن رأينا أن المدين اذا أهمل فى المحافظة على حقوقه اهمالا يترتب عليه اضعاف ذمته المالية ، كان من حق هؤلاء أن يسعوا للمحافظة على هذا الحق من الضياع ، وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة. وقد سبق أن رأينا ان الدائنين حين استعمالهم للدعوى غير المباشرة انما يعملون باسم مدينهم وينوبون عنه .

١٥٦ — ولكن ما العمل اذا كنا تجاه عمل ايجابى لا سلبى ، يقوم به المدين فيؤدي الى اضعاف الضمان العام للدائنين ؟ مثال ذلك ان يهب المدين عقارا من عقاراته ، أو أن يبيعه بثمن بخس ، فهل يمكن لدائنيه أن يحتجوا على هذا التصرف لانه يضعف ضمانهم العام ؟ الاصل فى هذا الباب أن المدين له مطلق الحرية فى التصرف فى أمواله التصرف الذي يراه مناسبا ، وان تصرفاته جميعا نافذة فى حقه وملزمة لمن يخلفه فى ذمته المالية من ورثة أو دائنين ما لم يحجر عليه أو يشهر افلاسه . ولكن ما القول اذا كان قصد المدين من التصرف بأمواله تصرفا ضارا هو الاضرار بدائنيه ؟ هذا مدين اربت ديونه على حقوقه وأصبح قاب قوسين أو أدنى من الافلاس ، ويرى أن امواله جميعا ستذهب للوفاء بحقوق دائنيه ، فيعمل على تهريبها ، وخاصة الاموال غير المنقولة ، بأن يهبها من أولاده أو أقاربه ، أو بأن يبيعها بثمن بخس من صديق له ، على أن يقوم هذا الصديق أو ذاك القريب باعادتها اليه فيما بعد . ماذا يستطيع الدائن أن يفعل أمام هذا التصرف الذي افقر به مدينه نفسه فاضعف بذلك الضمان العام الذي منحه القانون اياه ؟ اذا ثبت أن المدين كان يروم من وراء تصرفه الاضرار بدائنيه ، فان هؤلاء يستطيعون الطعن بهذا التصرف ولهم أن يطلبوا عدم انصراف أثر تصرف مدينهم اليهم . والطريق الذي يستطيعون به الوصول الى ذلك هو دعوى خاصة تسمى بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق دائنه . ويطلق على هذه الدعوى اسم الدعوى البولصية ، نسبة الى القاضى الرومانى Préteur پولص الذي انتبه اليها ومنحها للدائنين فى حالة قيام مدينهم بمثل هذه التصرفات . ولكن نسبتها

الى هذا الفقيه أصبحت اليوم محل شك كبير (١) .

دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في الفقه الاسلامي

١٥٧ ــ ويعرف الفقه الاسلامى دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق دائنه . فقد ذهب الامام مالك وبعض فقهاء المذهب الحنبلى الى ان المدين اذا ستغرقت أمواله بالديون فلا تصح عقوده التى فيها تبرع ، كالهبة والبيع بالمحاباة وما اشبه ، الا ماجرت العادة بفعله ، سواء فى ذلك أكان المدين محجورا عليه أم لم يكن . واذا تبرع على هذا الوجه فللدائن أن يطلب من الحاكم ابطال التصرف (٢) .

وقد أوضح ذلك ابن القيم بقوله أن حق الغرماء قد تعلق بمال المِديان (٣) ، وان « فى تمكين هذا المديان من التبرع ابطال حقوق الغرماء . والشريعة لا تأتي بمثل هذا فانها انما جاءت لحفظ حقوق أرباب الحقوق بكل طريق وسد الطرق المفضية التي أضاعتها . وقال النبي (ص) : « من أخذ أموال الناس يريد اداءها ادى الله عنه ، ومن أخذها يريد اتلافها اتلفه الله » (٤) . ولا ريب أن هذا التبرع اتلاف لها . فكيف ينفذ تبرع من دعا رسول الله (ص) على فاعله ؟ » (٥) .

ونعالج الدعوى البولصية فى مبحثين : نتكلم فى الاول عن شروطها ، وفى الثانى عن طبيعتها القانونية واثارها وانقضائها .

---

(١) مونييه ، القانون الروماني ، ج٢ ، ف ١٧٩ .

(٢) شرح الخرشى على سيدي خليل (ج٤ ، ص ١٧٣) ، بداية المجتهد (ج٢ ، ص ٢٣٦ــ٢٣٧) ، أعلام الموقعين (ج ٤ . ص ٦ــ٧) . القواعد لابن رجب (القاعدة ١١ ، ص ١٤) ، نقلا عن المحمصاني (ج٢ . ص ٢٧٣ــ٢٧٤)

(٣) المديان هو الذي يقرض كثيرا او يستقرض كثيرا .

(٤) رواه البخاري واحمد وابن ماجه . انظر العيني على البخاري (ج١٢ ، ص ٢٢٦) ، والجامع الصغير للسيوطي (ج٢ ، رقم ٨٣٥١) . نقلا عن المحمصاني ، المرجع السابق ، ص ٢٧٤ .

(٥) اعلام الموقعين (ج٤ ، ص ٦) ، نقلا عن المرجع السابق ، الموضع المذكور أعلاه .

المبحث الاول

شروط الدعوى البولصية

١٥٨ ــ سبق أن قلنا بأن المشرع منح الدائن حق اقامة الدعوى البولصية للتوصل الى اعلان تصرف مدينه غير نافذ فى حقه اذا كان هذا التصرف مفقرا وصدر من المدين اضرارا بدائنيه • ومن الحكمة التى من اجلها منح المشرع هذه لدعوى الى الدائن نستنتج انها تقوم على فكرتين أساسيتين : الغش الذي يصدر من المدين ، والضرر الذي يصيب الدائن •

١٥٩ ــ وشروط الدعوى البولصية ، كما فى شروط الدعوى غير المباشرة ، بعضها يرجع الى حق الدائن ، وبعضها الى التصرف المطعون فيه ، وبعضها الى المدين • ونخصص لكل من هذه الشروط مطلبا خاصا •

المطلب الاول

الشروط التي ترجع الى حق الدائن

شرطان

١٦٠ ــ يشترط فى حق الدائن الذي يريد الطعن فى تصرف مدينه عن طريق الدعوى البولصية شرطان : أولهما أن يكون مستحق الاداء ، وثانيهما أن يكون سابقا على التصرف الذي يريد الطعن فيه • ونرى كلا من هذين الشرطين على حدة •

الشرط الاول ــ حق مستحق الاداء

١٦١ ــ نصت على هذا الشرط المادة (٢٦٣) من القانون المدنى بقولها : « يجوز لكل دائن أصبح حقه مستحق الاداء ••• » • فاذا لم يكن الحق مستحق الاداء فلا يمكن رفع الدعوى البولصية • وفى هذا تختلف هذه الدعوى عن الدعوى غير المباشرة ، فقد سبق أن رأينا ان المشرع أجاز لمن لم يكن حقه مستحق الاداء من الدائنين ، بل كان خاليا من النزاع فقط ، أن يرفع الدعوى غير المباشرة • والسبب فى هذا الفرق هو أن الدعوى

البولصية أكثر خطورة من الدعوى غير المباشرة ، فهي مقدمة تتلوها الاعمال التنفيذية حتما ، لان الدائن الذي يطعن فى تصرفات مدينه يريد بذلك أن يستأثر بحق مدينه وينفذ عليه • فهو يقيم الدعوى باسمه الخاص لا باسم مدينه ، كما هو الحال فى الدعوى غير المباشرة •

١٦٢ — ويترتب على ذلك أن من كان حقه معلقا على شرط واقف أو مقترنا باجل واقف لا يستطيع استعمال الدعوى البولصية • أما اذا كان الحق معلقا على شرط فاسخ أو مقترنا باجل فاسخ ، فان الدائن يستطيع استعمال هذه الدعوى ، لان الشرط الفاسخ والاجل الفاسخ لا يمنعان الحق من أن يكون مستحق الاداء قبل تحقق الشرط ، كما سنرى ذلك عند دراستنا للاجل والشرط (١) •

١٦٣ — ويستوى فى استعمال الدعوى البولصية كل دائن حقه مستحق الاداء ، لا فرق فى ذلك بين دائن شخصى ودائن مرتهن ودائن له حق امتياز • اذ لا يجوز أن يكون الرهن أو الامتياز الذي اريد به تقوية حق الدائن سببا فى اضعاف هذا الحق وحرمان الدائن مما هو ثابت لسائر الدائنين • فاذا كان الشىء الذي تصرف فيه المدين غير الشىء الذي يثبت عليه حق الرهن أو حق الامتياز ، فالامر ظاهر ، لان الدائن ذا التأمين العينى يعتبر دائنا اعتياديا بالنسبة الى هذا الشىء • ولكن يشترط فى هذه الحالة أن يكون الشىء الذي ترتب عليه التأمين العيني العينى غير واف بالدين حتى يتحقق الضرر من التصرف المطعون فيه • أما اذا كان الشىء الذي تصرف فيه المدين هو الشىء الذي ترتب عليه التأمين العينى ، فللدائن صاحب هذا التأمين أن يطعن كذلك فى التصرف حتى لا يكون مضطرا الى تتبع الشىء فى يد الغير فيعرضه الى خطر التطهير (٢) •

---

(١) پلانيول وريپير واسمان ، المرجع السابق ، ف ٩٥٥ •

(٢) المرجع السابق ، ف ٩٥٤ • السنهوري ، ف ٥٧٢ ، مع المراجع المشار اليها في هامش رقم ١ ، ص ١٠٠٧ •

١٦٤ ــ ويجوز كذلك أن يكون حق الدائن غير مقدر ما دام مستحق الاداء ، فيستطيع المضرور فى العمل غير المشروع ، حتى قبل أن يقدر التعويض المستحق له ، أن يستعمل الدعوى البولصية ويطعن فى تصرف صدر من مدينه المسؤول عن العمل غير المشروع بقصد « تهريب » ماله حتى لا ينفذ الدائن عليه بالتعويض المستحق . ولا فرق كذلك فى رفع الدعوى البولصية بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل او امتناع عن عمل ، فالكل سواء فى استعمال هذه الدعوى (١) .

الشرط الثاني ـ حق سابق على التصرف المطعون فيه

١٦٥ ــ لاجل أن يكون للدائن الحق فى التظلم من تصرف مدينه المفتقر ، يجب أن يكون قد اطمأن الى الحق الذي وقع عليه التصرف ، ولا يتحقق ذلك الا اذا كان حقه سابقا على التصرف المطعون فيه . فاذا كان عند المدين عقار مثلا عند تعاقده مع الدائن فان الدائن يكون قد اطمأن الى وجود هذا العقار فى ذمة مدينه ، وذلك للحصول على حقه فى حالة اخلال مدينه بتنفيذ التزمه . فاذا أراد المدين ، بعد ان ترتب الحق فى ذمته ، أن يتصرف بهذا العقار تصرفا مفقرا له ، كان من حق الدائن أن يتظلم من ذلك ، ويكون له الحق حينئذ فى أن يطلب اعتبار هذا التصرف غير نافذ فى حقه . أما اذا كان المدين قد تصرف بالعقار قبل ثبوت حق الدائن فى ذمته ، فلا يعود من حق هذا الاخير أن يتظلم من ذلك وان يدعى حصول ضرر له من وراء هذا التصرف ، اذ أنه عند تعاقده لم يكن فى امكانه أن يعتمد على وجود هذا العقار فى ذمة مدينه ، وذلك للحصول على حقه عند اخلال المدين بتنفيذ التزامه .

عبء الاثبات

١٦٦ ــ ويقع عبء اثبات كون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه على عاتق الدائن ، فهو المدعى والقاعدة أن البينة على من ادعى .

---

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٥٧٢ .

المطلب الثاني
الشروط التي ترجع الى التصرف المطعون فيه

معنى التصرف

١٦٧ ــ ويقصد بالتصرف كل عمل قانونى صادر من المدين ، سواء أكان عقدا أم ارادة منفردة ، وسواء أكان العقد ملزما لجانب واحد أم للجانبين ، وسواء كان بعوض أو بغير عوض . فالنزول عن حق والهبة والوصية والوقف والبيع واجازة العقد الموقوف ، كل هذه التصرفات اعمال قانونية يجوز الطعن فيها بدعوى عدم نفاذ التصرف متى توافرت شروطها .

شـــرطان

١٦٨ ــ أما عن الشروط الواجب توافرها فى التصرف المطعون فيه فهي شرطان : أن يكون ضارا بالدائن ، ومفقرا للمدين . ونرى كلا من هذين الشرطين على حدة .

الشرط الاول ــ التصرف ضار بالدائن

١٦٩ ــ ويقصد بالضرر هنا عدم تمكن الدائن من الحصول على حقه كاملا . ويتحقق ذلك اذا تسبب عن التصرف اعسار المدين أو زيادة اعساره . وقد نصت على هذا الشرط المادة (٢٦٣) بقولها : « يجوز لكل دائن أصبح حقه مستحق الاداء وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه اذا كان هذا التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره .... » . فالضرر شرط جوهري لقبول دعوى عدم نفاذ التصرف ، وهو ليس الا تطبيقا لقاعدة « لا دعوى بدون مصلحة » .

معنى الاعسار

١٧٠ ــ ولكن يجب أن يلاحظ أن المقصود بالاعسار هنا ليس هو الاعسار القانونى ، أي زيادة العناصر السالبة فى الذمة على العناصر

الموجبة ، بل الاعسار الفعلى أي الا يكون للمدين مال ظاهر يفي بجميع ديونه حتى لو كان له مال غير ظاهر يفى بجميع الديون أو مال يتعذر التنفيذ عليه (١) . مثال ذلك أن تكون للمدين أموال تزيد على ديونه ولكنها غير قابلة للحجز أو لا يمكن العثور عليها . وليس على الدائن الذي يريد رفع الدعوى البولصية الا أن يثبت مقدار ما فى ذمة مدينه من ديون وبعد ذلك يفترض القانون اعسار المدين . ولكن الافتراض هنا بسيط قابل لاثبات العكس ، فيستطيع المدين أن ينفيه بان يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها . وهذا ما قضت به المادة (٢٦٥) من القانون المدنى .

ضرورة استمرار الاعسار الى حين رفع الدعوى

١٧١ ــ ويشترط فى الضرر أن يستمر الى حين رفع الدعوى ، أي أن تستمر حالة الاعسار الى ذلك الوقت . فاذا زال الاعسار بعد ذلك لاي سبب كان ، بان تلقى المدين هبة أو وصية أو ارثا أو عقد صفقة رابحة ، زال الضرر الذي كان يمكن أن يحل بالدائن نتيجة تصرف مدينه . وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٢٦٧) بقولها : « اذا وفى المدين بالتزامه وأصبحت امواله كافية للوفاء بما عليه سقط حق الدائن فى التمسك بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين » . ونلاحظ هنا أن النص عطف كفاية أموال المدين على الوفاء عطف جمع لاعطف تخيير، فقال : « اذا وفى المدين بالتزامه وأصبحت امواله كافية للوفاء بما عليه ... » ، ومن مقتضى هذا العطف ضرورة توافر الوفاء وكفاية الاموال لسقوط حق الدائن فى التمسك بعدم نفاذ تصرف مدينه فى حقه . وهذا غير صحيح ، اذ أن أحد هذين الامرين: الوفاء أو كفاية اموال المدين للوفاء بما عليه، يكفى لزوال الضرر عن الدائن. فاذا وفى المدين بالتزامه سقط حق الدائن فى رفع الدعوى ، وكذلك يسقط حق الدائن فى رفع الدعوى اذا أصبحت أموال المدين كافية للوفاء بما عليه . لذلك كان من اللازم على المشرع أن يعطف كفاية أموال المدين على الوفاء عطف تخيير فيكون النص على النحو الاتى : « اذا وفى المدين بالتزامه أو

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ج٧ ، ص ٢٣١ .

أصبحت أمواله كافية .. » . وهذا هو الذي يتفق مع المبدأ الذي أعلنه المشرع فى المادة (٢٦٥) التى نصت على انه : « اذا ادعى الدائن اعسار المدين فليس عليه الا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون وعلى المدين أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها » . فهذه المادة تجيز للمدين ، اذا ادعى الدائن اعساره ، أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها ، ولم تشترط الوفاء . ونحن نعتقد أن هناك غلطا مطبعيا يجب تصحيحه .

١٧٢ ــ ويزول الضرر كذلك اذا قام بالوفاء الشخص الذي تصرف له المدين أضرارا بدائنيه ، فيسقط بذلك حق الدائن فى التمسك بعدم نفاذ تصرف مدينه فى حقه . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٢٦٧) .

ويسقط حق الدائن فى رفع الدعوى البولصية أيضا اذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه وكان هذا الثمن قريبا من ثمن المثل وقام بايداعه صندوق المحكمة (م٢٦٧/٣) .

نتائج

١٧٣ ــ ويترتب على شرط الضرر على النحو المتقدم النتائج التالية :

١ ــ لا يستطيع الدائن الطعن فى تصرف مدينه بالدعوى البولصية اذا انصب التصرف على حق لا يعتبر عنصرا من عناصر الذمة المالية . وقد سبق أن رأينا عند دراستنا للدعوى غير المباشرة أن هناك رخصا أو حقوقا متصلة بشخص المدين لا يمكن الطعن فيها عن طريق هذه الدعوى . ومثال هذه الرخص : الزواج والطلاق والحق المالي الذي لا يمكن الحجز عليه الخ .. فاذا انصب تصرف المدين على حق أو رخصة من هذا النوع فلا يمكن للدائن أن يطعن فيه عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرف ، لانه لم يكن له الحق فى التنفيذ عليه .

٢ ــ يجب على الدائن أن يترك السير فى الدعوى اذا قام المدين أو خلفه أو شخص ثالث بوفاء الدين .

٣ــ اذا باع المدين عقارا له مرهونا لدائن بثمن جدي (أي يقرب من ثمن المثل) فاستغرق دين الدائن المرتهن هذا الثمن بكامله فلا يجوز للدائن الاخر أن يطعن فى هذا التصرف .

٤ ــ اذا وفى المدين أحد دائنيه وكان دين هذا الدائن مستحق الاداء ، ولم يكن الوفاء قد تم نتيجة تواطؤ المدين مع هذا الدائن ، فلا يجوز لبقية الدائنين الطعن بهذا الوفاء . وهذا الحكم يستفاد من المفهوم المخالف لنص الفقرة الثانية من المادة (٢٦٨) التى نصت على انه : « اذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل حلول الاجل فلا يسري هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين . وكذلك لا يسري فى حقهم الوفاء حتى لو حصل بعد حلول الاجل اذا كان هذا الوفاء قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه » .

الشرط الثاني ــ التصرف مفقر للمدين

١٧٤ ــ لا يكفي أن يكون تصرف المدين ضارا بالدائن على النحو المتقدم ، بل يجب أن يكون أيضا مفقرا للمدين ، اذ من الممكن أن يكون التصرف ضارا بالدائن ولكنه لا يعتبر مفقرا للمدين ، ومن ثم لا يعطى الدائن حق الطعن فى التصرف عن طريق الدعوى البولصية . ولبيان ذلك يجب أن نعرف التصرفات الضارة بالدائن والتى لا تعتبر مفقرة للمدين فى عرف الدعوى البولصية .

١٧٤ ــ يمكننا بهذا الصدد أن نقسم تصرفات المدين الضارة بالدائن الى نوعين :

النوع الاول ــ أن يمتنع المدين عن تقوية ضمان الدائنين ، ويتحقق ذلك فى حالتين :

١ ــ أن يمتنع عن زيادة حقوقه ، كأن يرفض هبة .
٢ ــ أن يمتنع عن انقاص التزاماته ، كأن يرفض ابراءً من دين عليه .

النوع الثانى ــ أن يعمل المدين على انقاص ضمان الدائنين ، ويتحقق ذلك فى حالتين :

١ ــ أن يزيد من التزاماته ، كأن يلتزم بديون جديدة .
٢ ــ أن ينقص من حقوقه ، كأن يبيع عينا يملكها أو يحيل حقا له فى ذمة اخر .

ومن المتفق عليه فقها وقضاءً أن النوعين الاولين (الامتناع عن زيادة الحقوق والامتناع عن انقاص الالتزامات) يخرجان عن نطاق الدعوى البولصية فلا يجوز للدائن أن يطعن فى هذا النوع من التصرفات ، لانها ، كما سبق أن رأينا ، عبارة عن رخص أو حقوق متصلة بشخص المدين . فهي وان أضرت بالدائن ليست مفقرة للمدين . وليس للدائن أن يشكو من هذه التصرفات ، لانها لم تجرد المدين من حق كان داخلا فى ضمان الدائن ولم تثقل كاهله بدين جديد يضعف من هذا الضمان .

وقد اختلفت الاراء بالنسبة للنوعين الاخيرين (زيادة الالتزامات وانقاص الحقوق) ، فيذهب القضاء الفرنسى الى أن النوع الاخير فقط (انقاص الحقوق) يعتبر تصرفا مفقرا . فاذا وهب المدين عينا يملكها ، أو أبرأ مدينا من حق له فى ذمته ، فقد انقص من حقوقه . والسبب الذي جعل القضاء الفرنسى يذهب الى هذا الرأي هو أن المشرع الفرنسى لم يفرد لهذه الدعوى سوى مادة واحدة ، وهي فى غاية الاقتضاب وخالية من بيان شروط هذه الدعوى ونطاقها . فكان لا بد له لسد هذا النقص من الرجوع الى المصدر التاريخي لهذا النص، أي الى القانون الرومانى. وتقاليد هذا القانون كانت قد استقرت على ان التصرفات التى يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية هي التصرفات التى تنقص من حقوق المدين .

وينتقد الفقه هذه التفرقة ويرى فى الاخذ بها سلبا للحق الذي أعطيناه للدائن وجعله حقا نظريا مجردا من كل فائدة عملية . فبدلا من أن يبيع المدين عينا يملكها بثمن بخس (وهذا التصرف يجوز الطعن فيه) ، فانه يشتري عينا بثمن باهظ يؤدي الى اعساره أو زيادة اعساره (وهذا تصرف لا يجوز الطعن فيه) ، وبذلك يكون قد تحايل على الاضرار بحقوق

الدائنين ، فيكون القانون قد سلب الدائن بالشمال الحق الذي اعطاه اياه باليمين .

القانون المدني العراقي

١٧٥ ـ وقد تلافى القانون المدنى العراقى ، متبعا فى ذلك القوانين الحديثة ، هذا النقص ، فنص فى المادة (٢٦٣) على انه : « يجوز لكل دائن أصبح حقه مستحق الاداء وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته .. » .

التدخل في القسمة

١٧٦ ـ نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٠٧١) مدني على صورة من صور الدعوى البولصية ، فقضت بان : « لدائني كل شريك أن يطعنوا بالقسمة اذا كان فيها غش أضر بمصلحتهم » . ففى قسمة المال المشاع اذا ثبت أن القسمة انما تمت أضرارا بدائني احد الشركاء ، فلهؤلاء الدائنين أن يطعنوا فى هذه القسمة . والطريق التى يسلكونها انما هي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق دائنه . وفى هذه الحالة اذا أثبت الدائن الغش عاد المال الى الشيوع ، وعند ذلك أما أن تعاد القسمة بحضور الدائنين أو يباع المال بالمزاد العلني ثم يستولي الدائنون على حصة مدينهم .

المطلب الثالث

الشروط التي ترجع الى المدين وخلفه

شرط واحد هو الغش

١٧٧ ـ يشترط فى المدين وخلفه شرط واحد هو الغش . وهذا الشرط هو أهم الشروط فى الدعوى البولصية التى لم تقم الا على محاربة الغش(١) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر في حكم لها صادر في ١٤ نيسان ١٩٣٠ بانه : « لا يكفي ان يكون التصرف المطعون فيه قد تسبب في اعسار المدين او زاد في اعساره على النحو المتقدم ، بل يجب ان يكون هذا التصرف قد صدر من المدين غشا » (نقلا عن السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٥٩٠) .

وشرط الغش هذا هو الذي يدخل العنصر النفسى فى الدعوى البولصية ، ويقابله عنصر الضرر الذي يصيب الدائن الذي هو العنصر المادى . فالدعوى البولصية تقوم على ركنين أساسيين : الغش الذي يصدر من المدين والضرر الذي يصيب الدائن .

معنى الغش

١٧٨ ــ والمراد بالغش هنا انما هو نية الاضرار بالدائنين التى صاحبت العمل الذي قام به المدين . لذلك يجب عدم الخلط بينه وبين التدليس الذي هو عيب من عيوب الرضاء . فالتدليس يكون مصحوبا فى الغالب بطرق احتيالية يراد بها التمويه على أحد المتعاقدين لحمله على التعاقد . وقد عبر عنه القانون المدنى العراقى فى المادة (١٢١) بالتغرير مع الغبن ، وجعل العقد موقوفا على اجازة العاقد المغبون .أما الغش فى الدعوى البولصية فلا تصحبه طرق احتيالية ، بل قد يتواطأ المتعاقدان على الغش ، لذلك فالعقد يبقى صحيحا فيما بينهما ، واذا توصل الدائن الى اعلان عدم نفاذ تصرف مدينه فهو انما يتوصل الى ذلك بالنسبة له فقط . فاذا لم يعلم المدين بالضرر الذي سيصيب دائنيه ، فلا يتحقق شرط الغش المطلوب فى الدعوى البولصية (١) .

الحكم بالنسبة لخلف المدين

١٧٩ ــ ولكن اذا تحقق شرط الغش لدى المدين ، بان ثبتت لديه نية الاضرار بدائنيه ، فهل يشترط أن يكون خلفه ، أي الشخص الذي تعامل معه ، متواطئا معه ، أو على الاقل على علم بهذا القصد السيء ؟ نصت المادة (٢٦٤) مدنى على ما يلى : « ١ ــ اذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ تصرفه فى حق الدائن أن يكون هذا التصرف منطويا على غش من المدين وان يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ومجرد علم المدين انه معسر كاف لافتراض وقوع الغش منه كما يفترض علم من صدر له

---

(١) جوسران ، البواعث في الاعمال القانونية ، ف ١٧٤ .

التصرف بغش المدين اذا كان قد علم أن هذا المدين معسر أو كان ينبغي أن يعلم ذلك . ٢ ــ أما اذا كان التصرف تبرعا فانه لا ينفذ فى حق الدائن حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية وحتى لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا . ٣ ــ واذا كان الخلف الذي انتقل اليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف اخر فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين عند تصرفه للخلف الاول أن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثانى يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الاول أن كان المدين قد تصرف له تبرعا » . ومن قراءة هذا النص يظهر لنا وجوب التمييز بين حالتين : أولا ــ أن يكون تصرف المدين بعوض . ثانيا ــ أن يكون تصرف المدين بغير عوض ، أي تبرعا .

الحالة الاولى ــ تصرف المدين بعوض

١٨٠ ــ الاصل فى عقود المعاوضات أن يسعى الانسان من ورائها لتحقيق منفعة مادية . ولا يمكن تصور اقدام انسان عاقل على التصرف باموالة تصرفا ضارا به . فمن غير الممكن مثلا أن يبيع عينا له بالف وهي تساوي أربعة الاف ، ولا يمكن أيضا أن يتصور أن يقدم انسان عاقل على شراء شيء بأربعة الاف وهو يساوي الفا مثلا . فاذا أقدم مع ذلك على مثل هذا النوع من التصرفات ولم يكن سفيها مبذرا لامواله ، فاننا نفترض انه يروم تحقيق غاية من وراء ذلك ، وهذه الغاية هي تحقيق منفعة مادية كذلك . ولكن كيف يتصور تحقيق منفعة مادية من وراء صفقة خاسرة ؟ اذا كان المتصرف مدينا اربت ديونه على حقوقه ورأى شبح الافلاس ماثلا أمام عينيه فمن المحتمل جدا أن يعمد الى تهريب أمواله الظاهرة التى يسهل الحجز عليها ، وخاصة العقارات ، والى تحويل هذه الاموال الى نقد يمكن اخفاؤه ، ومن المحتمل كذلك أن يتواطأ مع شخص اخر على أن يبيع له هذا الشخص عقارا بثمن مرتفع جدا ، فيكون البائع دائنا له بهذا المبلغ ويشارك الدائنين اقتسام اموال المدين ، وبذلك يتوصل المدين الى حرمان دائنيه من الحصول على حقوقهم كاملة ، فيكون بذلك قد حقق منفعة مادية هي ما حرم الدائنين

منه . فى مثل هذه الحالة على الدائن الذي يريد التمسك بعدم نفاذ تصرف مدينه فى حقه أن يثبت غش مدينه ، أي أن يثبت نية الاضرار به لديه . لان الاصل ، كما سبق أن قلنا ، أن عقود المعاوضات يقصد من ورائها الحصول على منفعة ، والاستثناء أن يقصد من ورائها الاضرار بالغير . ولما كانت العبرة بالاصل ، أي اننا يجب أن نأخذ الامور كما تقضى به ظواهرها ، فعلى من يدعى خلاف هذا الظاهر أن يثبته ، فالقاعدة الكلية فى هذا الباب ، ان البينة لاثبات خلاف الظاهر (م٧٧ مجلة) .

اثبات الغش

١٨١ ــ ولكن كيف يتسنى للدائن اثبات غش المدين ، والغش أمر نفسي لا يمكن الوصول اليه ؟ فى مثل هذه الحالة أقام القانون قرينة قانونية على وجود الغش ، وهذه القرينة هي علم المدين بانه معسر . فاذا كان المدين يعلم انه معسر وعقد مع ذلك صفقة خاسرة ، فهذا دليل على انه ينوي الاضرار بدائنيه ، أي على غشه ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٢٦٤) بقولها : « ومجرد علم المدين انه معسر كاف لافتراض وقوع الغش منه » .

ولكن يلاحظ أن هذه الفقرة اعتبرت علم المدين باعساره قرينة على غشه ، ولكنها لم تنص على حالة علم المدين أن تصرفه سيؤدي الى اعساره، وكان اللازم على المشرع أن ينص على هذه الحالة أيضا . وهذا ما نستنتجه من المادة (٢٦٣) التى نصت على أنه : « ... وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره ..» . هذا ويقع عبء اثبات علم المدين باعساره أو بأن تصرفه سيؤدي الى اعساره على عاتق الدائن ، فهو المدعى فى الدعوى والاصل ان البينة على من ادعى .

علم من صدر له التصرف بغش المدين

١٨٢ ــ ولكن اذا توصل الدائن الى اثبات غش مدينه ، أي الى اثبات علمه باعساره عند ابرامه الصفقة الخاسرة ، فهل يشترط أن يكون من تعامل

مع المدين متواطئا معه على الاضرار بالدائنين ، أو على الاقل على علم بهذا الغش ؟ لما كان الاصل فى عقود المعاوضات أن المتعاقدين يبغيان من ورائها تحقيق منفعة مادية ، فلا يمكننا أن نفترض تواطؤ من تعامل مع المدين على الاضرار بالدائنين ، اذ من الممكن أن يكون المدين قد عمد الى عقد الصفقة الخاسرة أضرارا بدائنيه ولو كان فى ذلك اضرار له نفسه ، ويكون عندئذ مدفوعا بروح الانتقام من دائنيه ، وينطبق عليه عندئذ المثل القائل : اقتلوني ومالكا . ولكن اذا لم يكن فى امكاننا افترض تواطؤ خلف المدين مع هذا الاخير على الاضرار بالدائنين ، فهل يكون معنى ذلك أن التصرف يبقى سليما وان تضيع حقوق الدائنين ؟ الا يكفى علم من تعامل مع المدين باعسار هذا الاخير لافتراض تواطئه معه على الاضرار بالدائنين ؟

اشترطت الفقرة الاولى من المادة (٢٦٤) غش المدين وعلم من صدر له التصرف بهذا الغش ، وأقامت قرينة قانونية على هذا الغش ، وهذه القرينة هي علمه باعسار المدين . فقد نصت هذه الفقرة على انه : « اذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ تصرفه فى حق الدائن أن يكون هذا التصرف منطويا على غش من المدين وان يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ومجرد علم المدين انه معسر كاف لافتراض وقوع الغش منه كما يفترض علم من صدر له التصرف بغش المدين اذا كان قد علم أن هذا المدين معسر أو كان ينبغى أن يعلم ذلك » . ويلاحظ أن القانون نص على قرينة اخرى على علم من صدر له التصرف بغش المدين وهى حالة ما اذا كان ينبغي أن يعلم ذلك . وهذه الحالة يمكن الاستدلال عليها من ظروف الحال . فاذا كانت الظروف التى وقع فيها التصرف توحي بأن اقدام المدين على هذا التصرف لم يكن أمرا طبيعيا ، فى هذه الحالة ينبغي على من تعامل معه أن يستنتج أن المدين انما يبيت امرا باقدامه على هذا التصرف ، وان هذا الامر انما هو الاضرار باحد ، ولا يمكن أن يكون هذا الشخص الا دائنيه . لذلك يجب عليه الا يساعده فى ذلك ، فالله يقول فى كتابه الكريم : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » . فاذا أقدم مع ذلك على

التعامل معه ، فانه يكون قد أقدم على التعامل وهو عالم بغشه . فاذا كان عالما بغشه ، أي باعساره وقت التصرف ، فلا ينفذ هذا التصرف فى حق الدائنين .

١٨٣ ــ ونلاحظ أخيرا أن القانون اعتبر التصرف غير نافذ فقط ، ولم يعتبره باطلا كما هو الحال فى القانون الفرنسي . والسبب فى ذلك أن هناك احتمالا فى أن يكون من تصرف له المدين لم يقصد التواطوء معه على الاضرار بالدائنين بالرغم من علمه باعساره ، لذلك فقد ترك التصرف صحيحا بينهما . ثم أن القانون يهتم فى الدرجة الاولى بحماية حقوق الدائنين وصيانتها من غش المدين ، فاذا توصل الى ذلك استوى لديه أن يتصرف المدين بأمواله التصرف الذي يرتئيه .

١٨٤ ــ ولكن من المحتمل أن يكون المدين عالما بانه معسر ولكنه لم يقصد مع ذلك الاضرار بدائنيه ، بل كان الدافع له على التصرف باعثا اخر كتلبية لنداء واجب ادبي ، أو حصوله على ما يقوم بحاجات معيشته مع وثوقه ان اعساره مؤقت لا يلبث أن يزول ، أو انه كان يرمى من وراء تصرفه الى رواج أعماله ، ولكن الايام اخلفت ظنه ، مثال ذلك ان يشتري عمارة وينفق عليها ليجعل منها دارا من دور السينما ، ولكن السينما لا تنجح ولا تدر الارباح التى كان يتوقعها ، فهل يمكن للدائنين فى مثل هذه الحالة أن يطعنوا فى تصرف مدينهم عن طريق الدعوى البولصية ؟ لم ينص القانون المدنى على هذا الفرض، ولكن يذهب الفقه والقضاء فى فرنسا ومصر الى عدم عطاء الدائن حق الطعن فى تصرف مدينه فى مثل هذه الحالة ، ويتركون لمحكمة الموضوع سلطة مطلقة فى تقدير ذلك (١) .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ص ٢٣٣ ــ ٢٣٤ . جورج ريبير ، القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية ، ص ٣١٧ ــ ٣١٨ ، مع المراجع والاحكام المشار اليها في ص ٣١٧ خاصة . عبدالسلام ذهني ، في الالتزامات . ف ٣٤٦ . السنهوري ، نظرية العقد ، ص ٧٩٨ ــ ٧٩٩ ، كذلك الوسيط ج٢ ، ص ١٠٣٦ ــ ١٠٣٧ . ابو ستيت ، ف ٦٣٨ .

١٨٥ ـ أما اذا كان تصرف المدين تبرعا ، فهـل يشترط غش المـدين وغش من تلقى عنه العين لقبول الطعن فيه عن طريق الدعـوى البولصية ؟ هناك قاعدتان جوهريتان فى هذا الخصوص ، وهما : ١ ـ درء المفاسد أولى من جلب المنافع ، وقد نصت على هذه القاعدة المـادة (٣٠) من المجلـة والمادة (٨) من القانون المدني العراقى • ٢ ـ دفع الديون مقدم عـلى تقديم الهدايا • ومعنى القاعدة الاولى انه اذا ترتب على عمل ما نفع لشخص وضرر لاخر فان الاولى بالرعاية هو الشخص الذي يصيبه ضرر • وفى حالة تبرع المدين، اذا ترتب على تبرعه الاضرار بحقوق دائنيه، فيجب عدم اعتبار تبرعه لاننا فى هذه الحالة أمام مصلحتين متعارضتين : مصلحة الدائنين ومصلحـة من تبرع له المدين ، والاولى بالرعاية هم الدائنون لاننا اذا اعتبرنا التصرف فانهم سوف يخسرون حقوقهم وسوف يكسب المتبرع له ، اما اذا لم نعتبر التصرف نافذا فى حقهم فانهم سوف يحصلون على حقوقهم ، اما المتبرع له فانه سوف لا يخسر شيئا ، وكل ما فى الامر أنه سوف لا يكسب شيئا •

أما معنى القاعدة الثانية فواضح • فاذا كان الانسان مدينا ولم يكن يملك سوى ما يفي به دينه وأراد أن يتبرع لشخص اخر ، فان سلوكه هذا يكـون غير مقبول ، ويجب ألا يعتبر تصرفه مهما كان الشخص الذي يريد أن يتبرع له قريبا له أو عزيزا عليه ومهما كان الباعث له على التبرع شريفا انسانيا • فقبل أن يقدم الهدايا ، يجب عليه أن يدفع حقوق دائنيه • ونلاحظ ان الفكرة الاساسية فى القاعدتين المتقدمتين واحدة وهي أن درء المفاسد أولى مـن جلب المنافع • وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة (٢٦٤) فقضت بانه : « أما اذا كان التصرف تبرعا فانه لا ينفذ فى حق الدائن حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية وحتى لو ثبت ان المدين لم يرتكب غشا » • فلا يشترط فى هذه الحالة غش المدين ، أي نيته فى الاضـرار بدائنيه ، ولا يشترط كذلك علمه بأن هذا التبرع يسبب اعساره أو يزيد فى اعساره • ولا يشترط كذلك علم من صدر له التبرع بحالة المدين المالية ،

ويكفى لنجاح الدائن فى الدعوى البولصية أن يثبت أن هذا التبرع قد سبب اعسار المدين او زاد فى اعساره .

١٨٦ ــ ونلاحظ هنا ان القانون قد ميز فى المعاملة بين من تصرف له المدين بعوض وبين من تصرف له تبرعا ، فاشترط سوء نية الاول ولم يشترط سوء نية الثاني . وهذا منطقي ومعقول ، فاذا كان من تعامل مع المدين قد دفع له مقابلا وكان حسن النية فانه يفضل على الدائن ، ولا يلومن هذا الاخير الا نفسه اذا لم يحتط للامر فيحصل على ضمان خاص لاستيفاء حقه . أما اذا كان المشتري سيء النية فان الدائن هو الذي يجب ان يفضل ، اذ القصد السيء يرد على أهله .

أما فى فرنسا فقد اشترطت المادة (١١٦٧) من القانون المدني الفرنسى الغش فى جميع تصرفات المدين ، معاوضة كان او تبرعا .

خلف الخلف

١٨٧ ــ وما الحكم اذا تصرف خلف المدين بالعين التى تلقاها من هذا الاخير الى شخص آخر ، هل ينجح الدائن فى الطعن فى التصرف الثاني عن طريق الدعوى البولصية ؟ نصت الفقرة الثالثة من المادة (٢٦٤) على هذه الحالة وقضت بأنه : « واذا كان الخلف الذي انتقل اليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف آخر فلا يصح للدائن ان يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين عند تصرفه للخلف الاول ان كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الاول ان كان المدين قد تصرف له تبرعا » . وبمقتضى هذا النص يجب أن نميز بين ما اذا كان تصرف المدين وخلفه من طبيعة واحدة ، وبين ما اذا اختلفت طبيعة تصرف المدين عن طبيعة تصرف خلفه .

الفرض الاول ــ تصرف المدين وتصرف خلفه من طبيعة واحدة

١٨٨ ــ اذا كان تصرف المدين وتصرف خلفه من طبيعة واحدة فاما أن يكون كل منهما بعوض أو تبرعا .

١ ــ فاذا كان تصرف المدين وتصرف خلفه بعوض وجب اثبات الغش في جانب المدين وخلفه وخلف خلفه .

٢ ــ واذا كان تصرف المدين وتصرف خلفه تبرعا ، فلا يشترط الغش في جانب أي منهم ، وتطبق في هذه الحالة القاعدة العامة التي سبق ان رأيناها والقاضية بأن درء المفاسد أولى من جلب المنافع .

الفرض الثاني ــ اختلاف طبيعة تصرف المدين عن تصرف خلفه

١٨٩ ــ وفي هذا الفرض أما أن يكون تصرف المدين بعوض وتصرف خلفه تبرعا أو العكس .

١ ــ فاذا كان تصرف المدين بعوض وتصرف خلفه تبرعا وجب اثبات الغش في جانب المدين وخلفه فقط ، ولا يشترط اثباته في جانب خلف الخلف .

٢ ــ واذا كان تصرف المدين تبرعا وتصرف خلفه بعوض وجب اثبات الغش في جانب خلف المدين وخلف خلفه فقط ، ولا يشترط اثباته في جانب المدين ، كل ذلك على النحو الذي رأيناه فيما تقدم .

ويمكن أن نوجز ما قلناه بالعبارة التالية : حيث يكون التصرف بعوض يجب اثبات الغش ، وحيث يكون تبرعا فلا يجب اثباته .

المبحث الثاني

طبيعة الدعوى البولصية واثارها وانقضاؤها

طبيعة الدعوى البولصية

١٩٠ ــ اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الدعوى البولصية وتكييفها اختلافا كبيرا . فذهب بعضهم الى أنها دعوى بطلان ، واستندوا في ذلك الى كلمة « ابطال » Annuler الواردة في المواد (٢٤٣، ٦٢٢، ٧٨٨) من القانون المدني الفرنسي ، التي هي عبارة عن تطبيقات للدعوى البولصية . ويرد على هذا الرأي بأن دعوى البطلان انما يقيمها طرف في العقد بينما الدعوى البولصية يقيمها شخص ثالث ليس طرفا في العقد . ثم ان الدائن

فى الدعوى البولصية اذا نجح فى دعواه فان تصرف المدين يبقى مع ذلك صحيحا بينه وبين خلفه ، وكل ما فى الامر ان هذا التصرف يعتبر غير نافذ فى حق الدائن • وذهب فريق آخر من الفقهاء الى اعتبار الدعوى البولصية دعوى تعويض ، لان الدائن انما يطالب بتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة تواطؤ مدينه مع خلفه ، فان من يتواطأ مع المدين على الاضرار بالدائن يكون مخطئا فيجب عليه تعويض الضرر الناشىء عن هذا الخطأ • ويرد على هذا الرأي بأن الدائن لا يطلب تعويضا عن ضرر قد وقع له ، بل يطلب منع ضرر ان يلحق به • فاذا نجح الدائن فى دعواه فانه لا يحصل على تعويض وانما على اعلان تصرف مدينه غير نافذ فى حقه • وهناك نظريات أخرى فى الموضوع نعرض عن ذكرها هنا • وأصح الآراء فى هذا الصدد هو الرأي الذي ذهب اليه العلامة السنهوري من ان الدعوى البولصية انما هي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق دائنه (١) • وبهذا الرأي أخذ المشرع العراقى كما سبق أن رأينا • ورأي العلامة السنهوري منطقي ومعقول ، فقد سبق أن قلنا بأن الانسان حر التصرف بأمواله بالطريقة التى يراها مناسبة ، وان آثار تصرفاته تنصرف الى من يخلفه فى ذمته المالية من وريث أو دائن • ولكن هذه الحرية فى التصرف مقيدة بالسلامة من الغش ، والغش هنا هو نية الاضرار بالدائنين ، فاذا صاحب تصرف المدين غش ترتب عليه ضرر للدائنين فلا ينصرف أثر هذا التصرف الى الدائن الذي أصابه ضرر نتيجة هذا التصرف• وبناء عليه فان تسمية هذه الدعوى بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق دائنه هي تسمية موفقة جدا •

اثار الدعوى البولصية

١٩١ ــ يترتب على تكييف الدعوى البولصية بأنها دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق دائنه النتائج التالية :

١ ــ على الدائن أن يرفع الدعوى على المدين وعلى كل من خلف المدين حتى يحصل على حكم بعدم نفاذ تصرفاتهم جميعا فى حقه •

---

(١) نظرية العقد ، ف ٧٣٧ •

٢ ــ ان الحكم الذي يصدر فى الدعوى لا يبطل التصرف ، بل يبقى هذا التصرف قائما بين المدين وبين جميع من خلفه فى العين محل التصرف . ويبقى التصرف كذلك قائما بالنسبة لدائني المدين الآخرين الذين لم يطعنوا فى تصرف مدينهم . أما بالنسبة للدائن رافع الدعوى فان ذلك التصرف ، وان بقي صحيحا بين مدينه وخلفه ، الا أنه لا ينفذ فى حقه ، ويستطيع بعد الحكم أن ينفذ على المال محل التصرف .

١٩٢ ــ ولكن يلاحظ ان اعتبار التصرف غير نافذ فى حق الدائن واعتباره صحيحا بين المدين وخلفه يؤدي الى تعارض فى المصالح : مصلحة الدائن رافع الدعوى البولصية ومصلحة خلف المدين الذي بقي التصرف صحيحا فى حقه . فلو فرضنا ان التصرف كان بيعا ، فان من حق المشتري أن تخلص له ملكية العين المبيعة طبقا لمبدأ نفاذ التصرف فيما بين الطرفين ، ولا تخلص له هذه الملكية الا بعد ان يستوفى الدائن حقه طبقا لمبدأ عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن ، فلا يبقى الا تطبيق المبادىء العامة للتوفيق بين المبدأين .

وتطبيق هذه المبادىء يؤدي الى أن الدائن يستوفي حقه من العين المبيعة ، لان البيع غير نافذ فى حقه . ثم لما كان البيع لا يزال قائما فيما بين المشتري والمدين اذا باع له العين ، فان المشتري يرجع عليه بضمان الاستحقاق ، وله أن يطلب فسخ البيع . ويترتب على الفسخ أن يتحلل المشتري والمدين الذي باع له العين ، فان المشتري يرجع عليه بضمان الثمن بالرغم من تواطئه مع المدين ، واذا كان قد دفع الثمن استرده . ولما كان المدين معسرا فانه ينتظر يساره ، ويرد الى المدين ما بقي من العين بعد تنفيذ الدائن ، وذلك اذا لم يكن هو نفسه قد أدى الثمن ، فان كان قد أداه احتجز ما بقي من العين فى يده واسقطه مما دفعه الى المدين وانتظر للباقي يسار المدين (١) .

---

(١) في هذا المعنى السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٦٠٦ .

انقضاء الدعوى البولصية

١٩٣ ــ نصت المادة (٢٦٩) على أنه : « لا تسمع دعوى عدم نفاذ التصرف بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه للدائن بسبب عدم نفاذ التصرف . ولا تسمع فى جميع الاحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف » . وعلى ذلك فان لسقوط الدعوى البولصية مدتين يستطيع الدائن اقامة الدعوى فى خلال أقصرهما ، وهما :

١ ــ ثلاث سنوات من حين علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف .

٢ ــ خمس عشرة سنة من حين التصرف . فاذا صدر التصرف ولم يعلم الدائن بسبب عدم نفاذه الا بعد مرور اربع عشرة سنة ، بقي أمامه سنة واحدة لاقامة الدعوى .

هذا والمدة التي التي تنص عليها المادة المتقدمة هي مدة سقوط لا مدة تقادم فلا تقف ولا تنقطع .

الفرع الثالث

الحجر على المدين المفلس

١٩٤ ــ اذا تجاوزت ديون المدين المستحقة الاداء على ما له من حقوق فانه يعتبر مفلسا ، ومن المحتمل ان يعمد الى تهريب أمواله واخفائها ، فيضر ذلك بدائنيه باضعافه ضمانهم العام الذي هو ذمته الماليه وقد عالج القانون المدني العراقى هذه الحالة فى المواد (٢٧٠ــ٢٧٩) التي تكلمت عن الحجر على المدين المفلس . وسيكون كلامنا فى هذا الموضوع مقتضبا وبالقدر الذي يساعدنا على تفهم هذه المواد .

١٩٥ ــ نصت المادة (٢٧٠) مدني على أن : « المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق الاداء أزيد من ماله اذا خاف غرماؤه ضياع ماله أو خافوا ان يخفيه أو أن يجعله باسم غيره وكان خوفهم مبنيا على اسباب

معقولة وراجعوا المحكمة فى حجره عن التصرف فى ماله أو اقراره بدين لآخر حجرته المحكمة » . فبعد الحجر لا يستطيع المدين التصرف فى ماله ولا ألاقرار بدين لاخر .

والمحكمة المختصة باصدار حكم الحجر على المدين المعسر هي محكمة البداءة (م ١/٢٧١) .

الآثار التي تترتب على الحكم بالحجر

١٩٦ ــ ويترتب على الحكم بالحجر الاثار التالية :

١ ــ شل يد المدين عن التصرف بأمواله . وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة (٢٧١) فقضت بأنه : « ويجوز لاي دائن بمقتضى هذا الحكم ان يحصل من دائرة الاجراء على قرار بحجز جميع اموال المدين المحجور من عقارات ومنقولات وديون فى ذمة الغير عدا الاموال التي لا يجوز حجزها ويبقى الحجز على أموال المدين قائما لمصلحة جميع الدائنين حتى ينتهي الحجر » . وعلى هذا فلا يستطيع أن يبيع أمواله أو يهبها أو يرهنها .

٢ ــ تعيين حارس على هذه الاموال ، ويعين المدين نفسه حارسا على امواله المحجوز عليها الا اذا قضت الضرورة بغير ذلك (م٣/٣٧١) .

٣ ــ حلول كل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة . ولكن يخصم من هذه الديون مقدار الفائدة القانونية أو الاتفاقية عن المدة التى سقطت بسقوط الاجل (م ١/٢٧٣) .

٤ ــ عدم اعتبار اقرار المدين بدين جديد فى ذمته (م ٢٧٤) . فاذا أقر المدين المحجور بدين لم يثبت قبل الحجر لم يسر الاقرار بحق الدائنين . والحكمة من ذلك واضحة لوجود التهمة ، اذ يغلب أن يعمد المدين الى مثل هذا الاقرار تهريبا لامواله ومنعا لها من الوقوع فى أيدي الدائنين .

٥ ــ عدم جواز الوفاء لاحد الدائنين . فاذا دفع المدين المحجور من ماله دينا فى ذمته لاحد غرمائه فلسائر غرمائه استرداد المبلغ الذي دفعه

(م ٢٧٤) وذلك تحقيقا للمساواة بين الدائنين ، اذ لا يجوز تفضيل بعضهم على بعض .

٦ ــ تعيين نفقة للمدين المحجور ومن لزمته نفقته فى مدة الحجر ، وذلك بناء على عريضة يقدمها لرئيس المحكمة المختصة (م ٢٧٢) .

٧ ــ يجوز لكل دائن بعد الحكم بالحجر أن يتخذ باسمه خاصة ما يلزم من الاجراءات لاستخلاص حقه مع عدم الاخلال بما لسائر الدائنين من مصلحة تعلقت بالحجز الموقع على اموال المدين (م ٢٧٥) . بهذا الحكم يختلف الاعسار المدني عن الافلاس التجاري . فالافلاس التجاري اجراء جماعي يقوم به مجموع الدائنين ولا يقوم به احد الدائنين منفردا باسمه الخاص . أما الاعسار المدنى فاجراء فردي يقوم به كل دائن باسمه الخاص ، على ألا يخل ذلك بما للدائنين من مصالح تعلقت بالحجز الموقع على أموال المدين .

١٩٧ ــ تلك هي أهم الآثار التى تترتب على الحكم بحجر المدين . ولما كانت الحكمة من ايقاع الحجر على المدين المفلس هي الخوف من ان يخفي أمواله أو أن يعمل على تهريبها ، فاذا انتفت هذه الحكمة جاز للمحكمة أن تخفف من آثار الحجر . وقد نص القانون على الحالات التي تنتفي فيها هذه الحكمة ، وهي :

١ ــ اذا أراد المدين ان يتصرف فى أمواله تصرفا لا يضر بالدائنين ، فللمحكمة أن تأذن له فى ذلك . وقد نصت على هذا الفرض المادة (٢٧٧) ، فقضت بأنه : « يجوز للمدين باذن من المحكمة أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضاء الدائنين على أن يكون ذلك بثمن المثل وان يقوم المشتري بايداع الثمن صندوق المحكمة ليستوفى الدائنون منه حقوقهم » .

٢ ــ اذا وافقت أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون . وقد نصت على هذا الفرض المادة (٢٧٦) بقولها : « يجوز للمدين المحجور بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون أن يبيع كل ماله أو بعضه على

أن يخصص الثمن لوفاء ديونه . فاذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع الثمن تعين ايداعه صندوق المحكمة حتى يوزع وفقا للاجراءات المقررة » .

٣ ــ اذا رأت المحكمة ان اتخاذ بعض الاجراءات مما يكفل مصالح الدائنين والمدين فلها أن تتخذها . وقد نصت على هذا الفرض الفقرة الثانية من المادة (٢٧٣) بقولها : « ويجوز للمحكمة بناء على طلب المدين وفى مواجهة ذوي الشأن من دائنيه ان تحكم بابقاء الاجل أو مده بالنسبة الى الديون المؤجلة ، كما يجوز لها أن تمنح المدين أجلا بالنسبة الى الديون الحالة اذا رأت ان هذا الاجراء تبرره الظروف ، وانه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعا » . فاذا كان للمدين بضائع مثلا ، ولم يكن الوقت مناسبا لبيعها . ورأت المحكمه انه اذا اجل بيعها فان اسعارها سترفع بحيث تكفي اثمانها للوفاء بما فى ذمة المدين من ديون ، فى هذه الحالة يجوز للمحكمة ان تحكم بابقاء الاجل بالنسبه للديون المؤجله ، كما يجوز لها ان تمنح المدين اجلا بالنسبه للديون الحالة .

انتهاء الحجر .

١٩٧ ــ نصت المادة (٢٧٨) على الحالات التي ينتهي فيها الحجر ، وهذه الحالات هي :

١ ــ اذا اصبحت ديون المدين لاتزيد على امواله . فالعلة التي جعلت المشرع يكف يد المدين عن التصرف فى امواله قد زالت . فقد سبق ان رأينا ان المادة (٢٧٠) اجازت الحجر على : « المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق الاداء ازيد من ماله » .

٢ ــ اذا قبل الدائنون او بعضهم ابراء المدين من بعض ديونه ، بحيث يصبح الباقي فى ذمته من الديون لا يزيد على ما عنده . ففي هذه الحالة يكون المدين فى الحالة نصت عليها الفقرة الاولى .

٣ ــ اذا قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون ان يكون للحجر اثر في حلولها ، وفي هذه الحالة تعود اجال الديون التي حلت بالحجر الى

ماكانت عليه من قبل بشرط ان يكون المدين قد وفى جميع اقساطها التي حلت .

٤ ــ اذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بالحجر .

أثر انتهاء الحجر

١٩٨ ــ اذا حصل المدين على حكم من المحكمة بانتهاء الحجر جازله ان يحصل من دائرة الاجراء على قرار برفع الحجز الموقع على امواله بسبب الحجر ، وهذا دون اخلال بمااتخذه كل دائن من الاجراءات على اموال المدين باسمه خاصة ولمصلحته وحده (م ٢٧٩) .

الفرع الرابع

الحق فى الحبس للضمان

Droit de rétention

تمهيد وتعريف

١٩٩ ــ اذا كان الانسان مدينا واصبح دائنا لدائنه بشيء يتعلق بالشيء الذي هو مدين به كان له ان يمتنع عن الوفاء بما في ذمته لدائنه حتى يحصل على ماله في ذمة دائنه . وهذا هو الحق في الحبس . اذ ان المدين الذي يصبح دائنا لدائنه انما يحبس الشيء الذي هو مدين به حتى يحصل على ما هو دائن به . مثال ذلك الوديع اذا انفق على العين المودعة نفقات لحفظها وصيانتها كان له ان يحبسها حتى يدفع له المودع هذه النفقات .ومثال ذلك ايضا حق البائع فى حبس المبيع حتى استيفاء الثمن . ومثال ذلك ايضا العامل اذا اجرى عملا على الشيء ، فانله يحبسه حتى يدفع له صاحبه اجرته .

تطور الحق فى الحبس فى الفقه الغربي

٢٠٠ ــ وقد عرف القانون الروماني الحق في الحبس على صورة

دفع هو الدفع بالغش Exceptio doli . فقد منح القاضي الروماني (البريطور Préteur هذا الدفع الى الوديع اذا انفق نفقات على العين المودعه ، وذلك ليرد به مطالبة المودع بالعين المودعه حتى يدفع له ما انفقه على العين . ومنح القاضي هذا الدفع ايضا الى حائز العين الذي يعتقد انها ملكه وينفق عليها نفقات لحفظها او لتحسينها ، وذلك للغرض نفسه ، اي ليرد به مطالبه المالك حتى يدفع له ما انفقه على العين .

٢٠١ ــ وقد كانت العقود الملزمه للجانبين كلها تعتبر من عقود حسن النيه Contrats de bonne foi التي يعتبر الدفع بالغش فيها مفهوما ضمنا . فاذا طالب احد المتعاقدين الاخر بتنفيذ التزامه ولم يكن هو قد نفذ التزامه كان للمتعاقد الاخر ان يرد دعواه بالدفع بالغش ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ . ومن ذلك نرى ان الدفع بعدم التنفيذ انما هو صورة من صور الحق فى الحبس .

٢٠٢ ــ ولم يعالج القانون المدني الفرنسي الحق فى الحبس ولا الدفع بعدم التنفيذ في نظرية عامه ، بل اقتصر على ايراد تطبيقات متفرقه لهما في نصوص مبعثرة في ثناياه . وقد تأثر الفقه الفرنسي بهذا المسلك ، فلم يعالج حق الحبس الا عند معالجته للحالات التي نص فيها القانون عليه ، ولم يحاول ان يضع له نظرية عامه . ولكن صدور القانون المدني الالماني في مطلع القرن العشرين ومعالجته للحق في الحبس في نظرية عامه كان حافزا للفقه الفرنسي على ان يجعل من هذا الحق نظرية عامه . ويرجع الفضل فى ذلك الى الفقيه الفرنسي سالي الذي نقل اكثر نظريات القانون المدني الالماني الى اللغة الفرنسية .

٢٠٣ ــ وقد ترتب على معالجة الحق في الحبس في نصوص خاصة وعدم وضع نظرية عامة له ان اختلف الفقهاء في طبيعته وهل هو حق عيني او حق شخصي . فذهب بعضهم الى عينيته . ولكن غالبية الفقهاء ، وخاصة المعاصرين ، ينكرون عليه هذه الصفه لعدم تضمنه حق التقدم ولا حق التتبع

ولعدم خضوعه الى الاجراءات الخاصة باشهار الحقوق العينيه • والرأي الراجح فقها وقضاء يذهب الى ان الحق في الحبس ليس قاصرا على الحالات التي نص فيها القانون عليه والى انه يجوز ان يمتد الى حالات مماثله • فهو يقوم على اساس من العدالة ، وهذا الاساس يكفي ليجعل منه مبدأ عام (١) •

الحق فى الحبس والدفع بعدم التنفيذ فى الفقه الاسلامي

٢٠٤ ــ ويعرف الفقهاء المسلمون كلا من حق الحبس والدفع بعدم التنفيذ ويعالجونهما تحت عنوان واحد هو حق الحبس • واهم تطبيقات حق الحبس في الفقه الاسلامي واردة في عقود المعاوضه ، ولكن هذا الحق يتسع ليشمل عقود التبرع ايضا • فالوديع اذا انفق على العين المودعه باذن الحاكم كان له ان يحبسها حتى يستوفي ما انفقه •

والتطبيقات الواردة في الكتب الفقهيه لحق الحبس كثيرة متنوعة تشمل مختلف انواع العقود • فمن ذلك ماجاء في « مستمسك العروة الوثقى » للسيد محسن الحكيم (ج ٨ ، ص ٤٣ ، مسألة ١٥) : « ان كلا من المؤجر والمستأجر يملك ما انتقل اليه بالاجارة بنفس العقد • ولكن لايجب تسليم احدهما الا بتسليم الاخر ••• ولا يجب على واحد منهما الابتداء بالتسليم ، ولو تعاسرا اجبرهما الحاكم • ولو كان احدهما باذلادون الاخر ولم يمكن جبره كان للاول الحبس الى ان يسلم الاخر » • وفيما يتعلق بعقد البيع ، جاء فى (المحلى) لابن حزم الظاهري الاندلسي (ج ٨ ، ص ١٠١) : « ••• وامساك البائع سلعته حتى ينتصف • فان حقه واجب في مال المشتري ، فان مطله بحق قد وجب له عنده فهو ظالم معتد لقول النبي (ص) : « مطل الغني ظلم » ، واذ هو ظالم فكل ظالم معتد ، وقال تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » فالسلعة التي ابتاع من مال المشتري • فللمطول بحقه المعتدى

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ج ٧ ، ف ٩١٢ •

عليه ان يعتدى على المعتدي عليه بمثل ما اعتدى به بنص القرآن ،فله امساك السلعه حتى ينتصف » . وفيما يتعلق بعقد العمل ، جاء في « مينة الطالب في حاشية المكاسب » للحاج الشيخ موسى الخوانساري (ج ١ ، ص ١٦٣) « ... وذلك كما يحبس الخياط الثوب المخيط لتضمنه الخياطة التي هي متعوض الاجرة ، وكذلك حبس القصار الثوب » (١).

القانون المدني العراقي

٢٠٥ ــ وقد عالج القانون المدني العراقي الحق في الحبس في خمس مواد ، هي المواد (٢٨٠ــ٢٨٤) ، فبدأ كعادته ، باعطاء حكم جزئي لامبدأ عام . فنص في الفقرة الاولى من المادة (٢٨٠)على ان : « للبائع ان يحبس المبيع الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن الحال وللعامل ان ان يحبس الشيء الذي يعمل فيه الى ان يستوفي الاجر سواء كان لعمله اثر في هذا الشيء و لم يكن ، وذلك كله وفقا للاحكام التي قررها القانون ». وظاهر ان الاحكام التي جاء بها هذا النص مكانها عقد البيع وعقد العمل .

وتعمم الفقرة الثانيه من المادة المتقدمه استعمال الحق في الحبس في جميع المعاوضات الماليه ، فتقول : « وفي كل معاوضه ماليه بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين ان يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق » . وقد اورد القانون المدني القاعدة العامه في هذا الباب في الفقرة الاولى من المادة (٢٨٢) . فقد نصت هذه الفقرة على ان : « لكل من التزم باداء شيء ان يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به » . ويكشف هذا النص عن حقيقه الحق في الحبس . فلا هو حق عيني ولا هو حق شخصي ، وانما هو دفع بعدم التنفيذ . وهذا الدفع يمتد الى حالات لاحصر لها . وقد اورد القانون المدني المصري الجديد النص المتقدم ، مع فرق طفيف في الصياغه في صدر الفصل الذي خصصه للحق في الحبس .

---

(١) للاطلاع على نصوص أخرى ، تراجع رسالتنا ، ص ٣٤٩ــ٣٥٤ .

خطـــة البحث

٢٠٦ ــ بعد هذه المقدمه الموجزه للحق في الحبس ، نتكلم عنه في ثلاثة مباحث • نرى فى الاول كيفية نشوئه وفى الثاني الاثار التي تترتب عليه وفي الثالث اسباب انقضائه وسقوطه •

المبحث الاول

نشـــــوء الحق فى الحبس

الشروط اللازم توافرها لنشوء الحق فى الحبس

٢٠٧ ــ هناك شروط يجب توافرها لنشوء الحق في الحبس • وهذه الشروط تستمد من نص الفقرة الاولى من المادة (٢٨٢)المتقدمه ، وهي الشرطان التاليان :

١ ــ ان يكون هناك شخصان كل منهما دائن للاخر ومدين له ، اي ان يكون هناك دينان متقابـــــلان •

٢ ــ ان يكون هناك ارتبـاط بين الدينـين •

وهناك شرط ثالث مفهوم ضمنا ولاحاجه للنص عليه ، وهو ان يكون الدين المحبوس فيه حالا • فاذا لم يكن قد حل اجله بعد فلا يجوز للمدين ان يقف تنفيذ التزامه حتى يحصل على ماله بذمة دائنه ، ذلك لان الدينين لايكونان عندئذ في درجه واحدة من القوة • فاذا كان البيع بثمن مؤجل لم يجز للبائع ان يحبس المبيع حتى يحصل على الثمن • ونرى كلا مـن الشرطين المتقدمين على حدة •

الشرط الاول ــ دينان متقابلان

٢٠٨ ــ لابد لنشوء الحق في الحبس من ان يكـون هناك شخص مدين لاخر ودائن له في الوقت نفسه ، فيقف الوفاء بما في ذمته حـتى يحصل على ماله فى ذمـة دائنه • ولا يهم محل الدين الاول (اي الديـن الذي يقع عليه الحبس) ولا مـــصدره •

٢٠٩ ــ فيصح ان يكون محل الدين الاول شيئا معينا بالذات او معينا بجنسه او عملا او امتناعا عن عمل • فاذا انفق الوديع على العين المودعة نفقات لحفظها من الهلاك كان له ان يحبسها حتى يستوفي ما انفقه عليها واذا باع شخص كميه من الاشياء المثليه ، كحنطه أورز ، بثمن معجل ولم يدفع المشتري الثمن كان له ان يقف تنفيذ التزامه بالتسليم حتى يدفع المشتري الثمن • وعلى العكس من ذلك ، اذا لم يسلم البائع المبيع كان للمشتري ان يقف تنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى يسلم البائع المبيع • واذا اعطى شخص سيارته الى عامل لاصلاحها ولم يدفع الاجرة كان للعامل ان يحبس السيارة حتى يحصل على أجرته • واذا تعهد صاحب ارض بالا يمنع جاره من المرور فى ارضه فى مقابل جعل معين فانه يستطيع ان يقف تنفيذ التزامه فيمنع الجار من المرور حتى يستوفي جعله (١)•

٢١٠ ــ ويصح ان يكون مصدر الدين الاول عقداًاو عملا غيرمشروع او كسبا دون سبب او نصا فى القانون • فمثال العقد كمصدرللدينما رأيناه فى الامثله المتقدمه من حبس البائع للشيء المبيع وحبس المشتري للثمن ، وحبس العامل للشيء الذي اجرى عليه عمله • ومثال العمل غير المشروع ما اذا تشاجر شخصان واحدث كل منهما ضررا للاخر فاصبح مدينا له بالتعويض وحصل احدهما على حكم بالتعويض قبل الاخر،فالذي لم يحصل بعد على حكم بالتعويض يستطيع الايدفع المبلغ الذي تحدد في ذمته بالحكم حتى يحصل هو بدوره على حكم يحدد مقدار التعويض الذي يجب على الطرف الاخر ان يدفعه له ، ويحصل عندئذ على حقه منه بطريق المقاصة •

٢١١ ــ ومثال الكسب دون سبب كمصدر للدين الاول ما اذا انفق الوديع نفقات لحفظ الوديعه من الهلاك • فالمودع يكون ملزما بان يدفع له ما انفقه ، ومصدر التزامه الكسب دون سبب • ومثاله ايضا ما نصت

---

(١) كاسان ، فى الدفع المستمد من عدم التنفيذ فى العلاقات التبادلية ، رسالة للدكتوراه ، باريس ، ١٩١٤ ، ص ٤٨٥ . نقلا عن السنهوري ، الوسيط ، ص ١١٣٩ .

عليه المادة (١١١٩) مدني من انه : « اذا احدث شخص بناء او غراسا او منشآت اخرى بمواد من عنده على ارض يعلم انها مملوكه لغيره دون رضاء صاحبها كان لهذا ان يطلب قلع المحدثات على نفقة من احدثها . فاذا كان القلع مضرا بالارض فله ان يتملك المحدثات بقيمتها مستحقه للقلع » . فصاحب الارض له ان يطلب قلع ما احدثه الباني او الغارس على نفقه المحدث . فاذا قلعها هو لم يجز له ان يحتفظ بها لنفسه ، بل عليه ان يردها الى صاحبها . ومصدر التزامه بالرد هو الكسب دون سبب . ويجوز له (لصاحب الارض) ان يحبس الانقاض حتى يحصل على التعويض المناسب عن الضرر الذي اصاب ارضه . ومصدر التزام المحدث بتعويض صاحب الارض هو العمل غير المشروع .

٢١٢ ــ ومثال القانون كمصدر للدين الاول مانصت عليه الفقرة الاولى من المادة (١٠٥٨)من القانون المدني من ان : « على صاحب الارض ان يسمح بان تمر بارضه المياه الكافيه لرعي اراضي غيره البعيده عن مورد المياه وليس فيها ماء للزراعة ولا سبيل لمرور المياه اليها مباشرة . وكذلك مياه الصرف الآتيه من الاراضي المجاورة لتصب في اقرب مصرف عام بشرط ان يدفع(١) لصاحب الارض مقدما اجرا سنويا وعلى شرط ان لا يخل ذلك بانتفاع صاحب الارض اخلالا بينا . واذا اصاب الارض ضرر من مسقاة او مصرف يمربها ، سواء كان ذلك ناشئا عن عدم التطهير او عن سوء حالة الجسور والسدود او غير ذلك ، فان لصاحب الارض ان يطلب تعويضا عما اصابه من ضرر » . فصاحب الارض ملزم في هذه الحالة بان يسمح لصاحب الاراضي البعيدة عن مورد المياه بامرار المياه بارضه ، ومصدر الالتزام ، او الزام ، هنا هو القانون . وصاحب الارض البعيدة عن مورد المياه ملزم ، من الجهة الاخرى ، بان يدفع لصاحب الارض التي تمر بها المياه مقدما اجرا سنويا . فاذا لم يدفع صاحب الارض البعيدة الاجر

---

(١) كان على النص أن يذكر فاعل هذا الفعل الذي بعد كثيرا ، فيقول : « بشرط أن يدفع صاحب الارض البعيدة ... » .

كان لصاحب الارض التي يراد امرار المياه منهاان يقف تنفيذ الواجب القانوني او ألالزام ، الذي فرضه القانون عليه بامرار المياه .

استثناء : الالتزام بالرد ناشىء عن عمل غير مشروع

٢١٣ ــ وقد استثنت المادة (٢٨١) مدني من الاحكام المتقدمه حالة ما اذا كان الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع . فاذا كان مصدر التزام الحائز لشيء برده عملا غير مشروع لم يجز له ان يحبسه حتى يسترد ما انفقه عليه من نفقات ، بل يجب عليه ان يرده الى صاحبه اولا ثم يرجع عليه بدعوى الكسب دون سبب .

بقاء الحق فى الحبس حتى التنفيذ الكامل

٢١٤ ــ ويبقى الحق في الحبس قائما حتى لو نفذ الدين الثاني تنفيذا جزئيا او تنفيذا معيبا . فما دام الدين لم ينفذ تنفيذا كاملا فان حبس الدين الاول يبقى جائزا (١) .

---

(١)وقد قضت محكمةالتمييزالمصرية فىحكم لهاصادر فى١٤حزيران ١٩٥١ بانه متى كان الواقع في الدعوى هو ان المطعون عليه تعاقد مع الطاعنة على استغلال « فيلم » في الخارج لقاء مبلغ معين ــ ٧٥٠٠ جنيه ــ يدفعه المطعون عليه ، دفع منه وقت العقد جزءا ــ ١٠٠٠ جنيه ــ وتعهد بدفع جزء اخر ــ ٣٠٠٠ جنيه ــ في مدى شهر من التوقيع على العقد بحيث اذا تأخر عن دفع هذا الجزء فىميعاده يصبح المبلغ الذي دفعه اولا حقا للطاعنة بصفة تعويض ويعتبر العقد لاغيا ، وباقي المبلغ يدفع عند تسليم الفيلم فى الخارج ، وتعهدت الطاعنة بانه يتم ايصال الفيلم الى الخارج فى خلال اربعة شهور من تاريخ التعاقد ــ اي بعد وفاء المطعون عليه بالتزامه ــ وكانالثابت من اوراق الدعوى ان المطعون عليه لم يف بما تعهد به اذ لم يدفع سوى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه بعد المعياد المتفق عليه . فانه يكون للطاعنة ــ رغما عن قبولها الوفاء الجزئي على غير الوجه المتفق عليه ــ ان تحبس التزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل ، اذ ليس من شأن قبول الطاعنه للمبلغ الذي دفعه المطعون عليه بعد المعياد المتفق عليه مايسقط حقها في الحبس . بل كل ماعسى ان يكون له من شأن انه ــ اذا اكمل المطعون عليه المبلغ الى ٣٠٠٠ جنيه ــ يصلح دفعا لدعوى الطاعنه اذا هي رفعتها طالبه الفسخ لعدم وفاء الطاعن بما تعهد به على الوجه المتفق عليه . اما حقها في حبس التزامها بالتسليم ، فلا يسقطه قبولها وفاء بعض المتعهد به بعد المعياد المتفق عليه (مجموعة احكام النقض ، ٢ ، رقم ١٥٥ ، ص ١٠٠٠ ، نقلا عن المرجع السابق ، ص ١١٤٤ ، هامش رقم ١) .

واذا كان الاتفاق او العرف يقضيان بان يكون تنفيذ الالتزام الثاني تاليا لتنفيذ الالتزام الاول لم يجز حبس الالتـزام الاول الى حين تنفيذ الالتزام الثاني • فاذا نص فى عقد الايجار على ان يدفع المستأجر الاجرة مقدما قبل ان يتسلم العين المؤجرة فلا يجوز له ان يحبس الاجرة حتى يتسلـم العين • وقد جرى العرف على ان يقوم صاحب الفندق بتقديم خدماته الى النزيل قبل ان يستوفي الاجرة ، فلا يجوز له حبس هذه الخدمات حتم يستوفـي اجـره (١) •

الشرط الثاني ـ ارتباط بين الدينين Gonnexité ccorrélation

٢١٥ ـ لايكفي ان يكون هناك دينان متقابلان على النحو المتقدم ، بل يجب ان يكون هناك ايضا ارتباط بين هذين الدينين • فاذا لم يكن بينهما ارتباط لم يجز الحبس • ومصدر الارتباط اما ان يكون عقدا ملزمـا للجانبين ، او الفضالة ، او القانون •

٢١٦ ـ فالعقد الملزم للجانبين ينشىء ، كما نعلم ، التزامات متقابـله على عاتق كل من المتعاقدين ، وينشىء في الوقت نفسه ارتباطا بين هـذه الالتزامات بحيث انه اذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز لـلاخر ان يقف تنفيذ التزامه هو ايضا • وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ •

٢١٧ ـ وعمل الفضولي ينشىء كذلك التزامات متقابله على عاتق كل من الفضولي ورب العمل ، وينشىء في الوقت نفسه ارتباطا بين هـذه الالتزامات بحيث انه اذا لم يقم احدهما بتنفيذ التزامه جاز للاخر ان لاينفذ التزامه هو ايضا • فمحل التزام الفضولي هو الاستمرار في العمل الذي بدأه وتقديم الحساب لرب العمل ، ومحل التزام رب العمل هو تعويض الفضولي عما انفقه لمصلحته (لمصلحة رب العمل) • فاذا لم يقم رب العمل بتعويض الفضولي جاز لهذا ان يقف تنفيذ التزامه بالاستمرار فى العمـل وتقديم الحساب • واذا لم ينفذ الفضولي التزامه بالاستمرار في العـمل وتقديم الحساب جاز لرب العمل ان لا ينفذ التزامه بتعويضه •

---

(١) المرجع السابق ، ص ١١٤٤ ـ ١١٤٥

٢١٨ ــ وقد يكون القانون نفسه مصدرا للارتباط بين الالتزامين • مثال ذلك ما اذا قام شخص ، كالوديع والحائز ، بالانفاق على ملك غيره الذي تحت يده مصروفات ضروريه او نافعه ، او بنى او غرس فيه اشجارا ، كان له ان لاينفذ التزامه بتسليم الشيء الى صاحبه حتى يحصل على ما انفقه • وهذا ما نصت عليه المادة (٢٨١) مدني بقولها : « يجوز لمن انفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضروريه او نافعه او انشأ فيه بناء او غرس فيه اشجارا ان يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانونا ... » •

المبحث الثاني

الاثار التي تترتب على الحق فى الحبس

حبس العين وحبس الدين

٢١٩ ــ لايخلو الشيء المحبوس من ان يكون عينا او دينا ، اي شيئا معينا بالذات او شيئا معينا بجنسه • والحبس في الحالة الثانيه يسمى بـ « الدفع بعدم التنفيذ » • ويختلف الاثر الذي يترتب على الحبس في حالة حبس الدين ، اي الدفع بعدم التنفيذ ، عنه في حالة حبس العين من حيث اثر الدفع بالنسبه للغير ، ومن حيث حقوق حابس العين وواجباته • ونرى كلا من حبس العين وحبس الدين في مطلب مستقل •

المطلب الاول

حبس الدين (او الدفع بعدم التنفيذ)

Exceptio non adjmpleti contractus

نطاق الدفع بعدم التنفيذ ونطاق الحق فى الحبس

٢٢٠ ــ سبق ان قلنا ان الدفع بعدم التنفيذ عبارة عن صورة من صور الحق في الحبس ، فنطاقه اضيق من نطاق هذا الاخير ، اذ هو قاصر على

العقود الملزمه للجانبين • اما نطاق الحق في الحبس فيشمل هذه العقود والعقود الملزمه لجانب واحد ، ويشمل ايضا حالات لاتجمع بين الطرفين فيها علاقه تعاقديه سابقه ، كالحائز الذي ينفق على الشيء الذي تحت يده لحفظه وصيانته فيكون له ان يحبسه حتى يستوفي ما انفقه • ومثال الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس في العقود الملزمه للجانبين مانصت عليه المادة (٢٨٠) من قانون المدني من حق البائع في حبس المبيع الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن الحال ، ومن حق العامل فى حبس الشيء الذي يعمل فيه الى ان يستوفي الاجر المستحق • فالبائع مدين بتسليم المبيع ودائن بالثمن ، والعامل مدين بتسليم الشيء الذي يعمل فيه ودائن بالاجر ، فمن حقهما ان يحبسا الشيء الذي في يدهما حتى يستوفيا الثمن او الاجر • وهذا ، كما نرى ، تطبيق لكل من الحق فى الحبس والدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمه للجانبين •

أثر الدفع بعدم التنفيذ فيما بين المتعاقدين

٢٢١ ــ اذا وجد المتعاقد في حالة يستطيع معها ان يستعمل الدفع بعدم التنفيذ لم يمكن اجباره على التنفيذ ، واذا طالبه المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه كان له ان يدفع مطالبته بوجوب تنفيذ التزامه هو ايضا • فاذا طالب البائع المشتري بدفع الثمن ولم يكن هو قد سلم المبيع كان للمشتري ان يدفع تجاهه بوجوب قيامه هو بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع • واذا حرم المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة لفترة ما كان له ان يمتنع عن دفع الاجرة للمدة التي حرم فيها من الانتفاع بالعين • واذا لم يدفع رب العمل الى العامل اجرته وكان الاتفاق يقضي بدفع الاجرة مقدما وطالبه بالعمل ، كان للعامل ان يدفع تجاهه بوجوب دفع الاجرة •

أثر الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للغير

٢٢٢ ــ واذا كسب الغير حقا على محل التزام المدين الذي يدفع بعدم التنفيذ فهل يؤثر ذلك على حق هذا الاخير في التمسك بالدفع ؟

يختلف الجواب عن هذا السؤال في حالة اكتساب الحق قبل ثبوت الدفع عنه في حالة اكتسابه بعده .

٢٢٣ ـ فاذا كسب الغير الحق بعد ثبوت حـــق المدين في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ فان الدفع يسري في حقه . مثال ذلك ما اذا احال البائع شخصا ثالثا بالثمن ولم يكن هو قد سلم المبيع ، فالمشتري يستطيع ان يدفع تجاه المحال له بعدم تسليم البائع للمبيع ولا يدفع له الثمن .وكذلك الامر اذا تصرف المشتري بالمبيع قبل دفع الثمن، بان رهنه او باعه اووهبه ،فالبائع يستطيع ان يدفع بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن تجاه كل من تلقى عن المشتري حقا على المبيع . ويمكن تعليل ذلك بان الانسان لايستطيع ن ينقل الى غيره من الحقوق اكثر مما يملك ، او بقاعـدة : « فاقد الشيء لا يعطيه » . ومثال ذلك ايضا ما اذا اجرشخص ملكه ثم باعه واراد المالك الجديد ان يخرج المستأجر ، فالمؤجر يكون ملزما بتعويض المستأجر ، مالم يتفق على غير ذلك ، « ولا يجبر المستأجر على الاخلاء الا بعد ان يتقاضى التعويض من المؤجر ، او من المالك الجديد نيابة عن المؤجر »(م٧٨٧/١). فحق المستأجر فى استيفاء منفعه العين المؤجرة حتى انتهاء مدة الايجار قد ثبت قبل انتقال الملكية الى المالك الجديد فيستطيع ان يدفع تجاهه (تجاه المالك الجديد) بذلك ولا يسلم العين المؤجرة قبل ان يحصل على التعويض الكافي او على تأمين للوفاء بهذا التعويض .

٢٢٤ ـ واذا كسب الغير الحق قبل ثبوت حق المدين في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ فالدفع لا يسري في حقه . مثال ذلك ماذا رهن شخص داره رهنا تأمينيا ثم اجرها وسلمها الى المستأجر، فان عقد الايجار لا يسري فى حق المرتهن ولا يستطيع المستأجر ان يتمسك تجاهه بحقه في الحـصول على تعويض كما يستطيع ذلك تجاه المالك الجديد ، وذلك لان حق المرتهن قد ثبت قبل ثبـوت حق المستأجر في حبس العين المؤجره .

المطلب الثـــاني

حبس العين

حقوق الحابس وواجباته

٢٢٥ ــ يثير حبس عين معينه بالذات التساؤل بخصوص مسألتـين الاولى ــ الحقوق التي يكتسبها الحابس على العين • والثانيه ــ الواجبات التي يجب عليه القيام بها • ونرى كلا من ذلك على حـدة •

أولا ــ حقوق الحـــابس

٢٢٦ ــ يترتب على ثبوت الحق في الحبس ان الحابس يستطيع ان يحبس العين عن مالكها حتى يستوفي جميع ماله في ذمته • وحق الحابس هذا غير قابل للتجزئه ، فلا يسقط اذا قام مالك العين بوفاء جزء من الدين • وينتقل حق الحابس هذا الى ورثته، فيستطيع الورثه ان يحبسوا العين حتى يستوفوا كل مالمورثهم في ذمة مالك العين • والايسقط هذا الحق بنـزول بعض الورثه عن حقهم في الحبس ، فاذا نزل بعضهم عن حقه في الحبس فان ذلك لايؤثر على الاخرين ، ويستطيع من لم ينزل عن حقه في الحبس ان يحبس العين حتى يستوفي كل حصته من الدين •

ولكن مجرد ثبوت الحق فى الحبس لا يعطي الحابس حق امتياز

٢٢٧ ــ ولكن مجرد ثبوت الحق في الحبس لايعطي الحابس حـق امتياز على الشيء المحبوس • وهذا مانصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٢٨٣) بقولها : « مجرد ثبوت الحق للدائن في حبس الشيء لايعطيه حق امتياز عليه » •فالحق فى الحبس ليس حقاعينيا كماسبق ان رأينا • ويترتب على ذلك ان الدائن الحابس اذا عمد الى اباعة الشيء جبرا على المدين سقط حقه فى الحبس ولا يتقدم على بقية الدائنين فى استيفاء حقه من الثمن ، فهو دائن عادي مثلهم • فيزاحمه هؤلاء فى الثمن ويقاسـمونه اياه قسـمة غرمـــاء •

ولكن قد يصل الحابس الى التقدم على بقية الغرماء فى استيفاء حقه ، وذلك اذا بقي مصرا على حبس العين حتى يحصل على كل حقه ، فعندئذ لايجد هؤلاء بدا من اعطائه حقه اذا كانت قيمة العين تزيد على ماله في ذمة المدين .

ويسري الحق في الحبس على النحو المتقدم في حق المالك للعين وخلفه العام والخاص ودائنيه .

الشيء المعرض للتلف

٢٢٨ ـ واذا كان الشيء المحبوس معرضا للتلف جاز للحابس ان يحصل على اذن من المحكمه في بيعه ، وينتقل الحق في الحبس عندئذ الى الثمن . وقد نصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة (٢٨٣) المتقدمة بقولها : « واذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك او التعيب فللحابس ان يحصل على اذن من المحكمة فى بيعه وفقا للاجراءات المرسومة لبيع الشيء المرهون حيازة وينتقل الحق فى الحبس من الشيء الى ثمنه » . فاذا كان الشيء المحبوس مأكولات يخشى عليها الفساد ، او اشياء اخرى يتسارع اليها التلف اذا بقيت في مكانها لرطوبة مثلا او لوجود حيوانات ضارة ، جاز للحابس ان يحصل على اذن من المحكمة فى بيعه . وفى هذه الحالة يجب عليه اتباع الاجراءات الخاصة ببيع الشيء المرهون حيازة ، اي ان يبيعه في المزاد العلني . ويمكن ان يقاس على هذه الحالة حالة ما اذا كان الشيء المحبوس يتطلب نفقة للمحافظه عليه ، كحصان مثلا .

ويلاحظ أن هناك فرقا بين حالة ما اذا عمد الحابس الى اباعة الشيء المحبوس ولم يكن هذا معرضا للتلف وحالة ما اذا عمد الى اباعته وكان معرضا للتلف . ففي الحالة الاولى يسقط حقه فى الحبس ، اما فى الحالة الثانية فلا يسقط هذا الحق بل ينتقل الى الثمن

ثانيا ـ واجبات الحابس

٢٢٩ ـ هناك واجبان يجب على الحابس القيام بهما ، وقد نصت

عليهما الفقرة الثانيه من المادة (٢٨٣) وهما : ١ ــ المحافظه على الشيء ٢ ــ تقديم حساب عن غلته . وتقول كلمة موجزة عن كل منهما .

١ ــ المحافظة على الشيء

٢٣٠ ــ فيجب على الحابس ان يحافظ على الشيء الذي يحبسه . ومصدر هذا الوجوب هو القانون . ولكن ما هو مقدار العنايه الذي يجب على الحابس ان يبذله في المحافظه على الشيء ؟ القانون المدني العراقي ساكت في هذا الخصوص . وقد اوجب القانون المدني المصري الجديد على الحابس ان يحافظ على الشيء « وفقا لاحكام رهن الحيازة » (م٢٤٧) . ويمكن الاخذ بذلك في العراق بالرغم من سكوت النص . ذلك ان الفقرة الثالثة من المادة (٢٨٣) المتقدمة اوجبت على الحابس في حالة بيعه الشيء المحبوس ان يتبع الاجراءات لخاصة ببيع الشيء المرهون حيازة . والعناية المطلوبه من المرتهن حيازة في المحافظه على الشيء المرهون هي عناية الشخص المعتاد (م ١/١٣٣٨) . وهذه هي القاعدة العامة في الالتزام ببذل عناية . الا اذا نص القانون او الاتفاق على غير ذلك . وعليه يجب على الحابس ان يبذل في المحافظة على الشيء المحبوس العناية التي يبذلها الرجل المعتاد . فاذا قصر في ذلك كان مسؤولا عن التعويض . فاذا كان الشيء المحبوس حصانا مثلا ولم يطعمه حتى نفق ، او كان سيارة وتركها في الشارع حتى سرقت عجلاتها ، كان مسؤولا عن التعويض .

٢ ــ تقديم حساب عن غلة الشيء

٢٣١ ــ ولم يبين القانون المدني العراقي كذلك الطريقه التي يجب على الحابس ان يستغل بها الشيء المحبوس . ويمكننا هنا ايضا ان نرجع الى الرهن الحيازي لنرى كيف يلزم القانون المرتهن باستغلال الشيء المرهون رهنا حيازيا . وقد نصت على ذلك المادة (١٣٤٠) من القانون المدني بقولها : « ليس للمرتهن ان ينتفع بالمرهون رهنا حيازيا دون مقابل . وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفاده من استعماله يخصم من الدين الموثق

بالرهن ولو لم يكن قد حل اجله ، على ان يكون الخصم اولا من قيمة ما انفقه فى المحافظة عليه ، وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض ثم من المصروفات والفوائد، ثم من اصل الدين » (١)•وعليه يمكننا ان نطبق هذه الاحكام على الحابس فنقول بعدم جواز انتفاعه بالشيء المحبوس دون مقابل • واذا كان الشىء يعطي ريعا او استعمله الحابس فيجب عليه ان يخصم الريع الذي حصل عليه وما استفاده من استعمال الشيء من الدين المحبوس فيه او المطالب به• واذاكان الشيء المحبوس قدكلف الحابس نفقات وتكاليف اخرى فان هذه النفقات والتكاليف تخصم من استعماله للشيء اولا ، وما بقي يخصم من الدين •

---

(١) يلاحظ ان عبارة « على ان يكون الخصم من قيمة ما انفقه فى المحافظة عليه ، وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض ، ثم من المصروفات والفوائد » ، هذه العبارة غير صحيحة . والصحيح هو ما يلي : « على ان يخصم من الريع ومما استفاده اولا قيمه ما انفقه فى المحافظة عليه وما دفعه من الضرائب والتكاليف .. ثم المصروفات والفوائد » (بدون حرف الجر « من ») . ذلك ان النص يقول : « .. وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفاده ممن استعماله يخصم من الدين الموثق بالرهن » وهذا صحيح ، لان الريع وقيمة الاستفادة الناشئة عن استعمال الشيء يمثل دينا نشأ للراهن فى ذمة المرتهن ، فيجب ان يطرح من دين المرتهن في ذمة الراهن . ولكن قبل اجراء هذه المقاصة يجب ان نطرح من الريع وقيمة الاستفادة النفقات والتكاليف الاخرى التي انفقها المرتهن على العين المرهونه . لذلك كان يجب ان يكون النص على النحو التالي : « على ان يخصم من الريع ومما استفاده من استعمال الشيء قيمة ما انفقه فى المحافظة على الشيء وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض اولا ، ثم المصروفات والفوائد ».

المبحث الثاني

سقوط الحق فى الحبس

طريق اصلي وطريق تبعي

٢٣٢ ــ ليس الحق فى الحبس حقا اصليا ، بل هو حق تبعي ، تابع للدين المحبوس فيه • ويترتب على ذلك ان يكون له طريقان في الانقضاء : طريق تبعي فينقضي تبعا لانقضاء الدين ، وطريق اصلي فيسقط مع بقاء الدين • ونرى كلا من من هذين الطريقين على حدة •

١ــ انقضاء الحق فى الحبس بطريق تبعي

٢٣٣ ــ لما كان القانون قد منح الحق في الحبس ضمانا لحصول الحابس على ماله في ذمة مالك الشيء المحبوس ، فان هذا الحق ينقضي بانقضاء الدين الذي للحابس في ذمة مالك الشيء • فاذا كان دين الحابس فى ذمة المالك قد نشأ عن مصروفات انفقها للمحافظة على الشيء وصيانته وقام المالك بدفع هذه المصروفات سقط الحق في الحبس ، ويجب على الحابس تسليم الشيء الى مالكه ، واذا امتنع عن ذلك اصبح غاصبا وانقلبت يده من يد امانه الى يد ضمان واصبح مسؤولا عن هلاك الشيء ، حتى لو كان الهلاك بسبب اجنبي •

٢٣٤ ــ وينقضي الحق فى الحبس ايضا اذا انقضى الدين المحبوس فيه باحد طرق انقضاء الالتزام كالتجديد والمقاصة والابراء • ولا يسقط الحق في الحبس الا بانقضاء الدين المحبوس فيه كله ، ذلك لان الحق فى الحبس لا يتجزأ • ولكن يجب ان لا يستعمل الحق فى الحبس بتعسف • فاذا كان الشيء المحبوس كبير القيمة بالنسبة للدين المحبوس فيه وكان يمكن للحابس ان يحبس جزء من الشيء المحبوس ضمانا للحصول على ماله فى ذمة مالك الشيء ولكنه اصر على حبس الشيء كله كان متعسفا ويجبر على تسليم ما يزيد على القدر اللازم لضمان حصوله على ماله فى ذمة مالك الشيء •

مثال ذلك ماذا اودع شخص مائه طن من الرز في احد محلات البيع ، وكانت قيمة الطن الواحد مائة دينار ، ثم اراد ان يرفعها ولكن تحققت عليه لصاحب المحل اجرة مقدارها مائة دينار ورفض صاحب المحل ان يسمح لصاحب الرز برفع شيء منه حتى يوفي المائة دينار كاملة . في هذه الحالة يكون صاحب المحل متعسفا فى استعمال حقه فى الحبس ، فهو يستطيع ان يحبس طنا او طنين ، وهذا يكفي لتأمين حصوله على حقه . وعليه يستطيع صاحب الرز ان يلجأ الى القضاء لاجباره على تسليم الرز بعد ان يترك عنده القدر الكافي لضمان حصوله على الاجرة التي ترتبت له في ذمته .

عدم انقضاء الحق فى الحبس بالتقادم

٢٣٥ ــ ومما يجب ملاحظته ان الدين المحبوس فيه لا يمكن ان ينقضي بالتقادم ، ذلك لان بقاء الشيء المحبوس فى يد الحابس يمنع هذا التقادم . ويترتب على ذلك ان الحق فى الحبس هو ايضا لا يمكن ان ينقضي بالتقادم ،

ثانيا ــ سقوط الحق فى الحبس بطريق أصلي

٢٣٦ ــ هناك عدة طرق يسقط بها الحق في الحبس بطريق اصلي . وهذه الطرق هي :

١ ــ اذا قدم الدائن تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه .

٢ ــ اذا لم يقم الحابس بواجبه فى المحافظة على الشيء وتقديم حساب عن غلته .

٣ ــ اذا زالت الحيازة من يد الحابس برضاه .

٤ ــ اذا هلك الشيء المحبوس .

ونقول كلمه موجزة عن كل من هذه الطرق .

١ ــ تقديم تأمين كاف للوفاء بالدين المحبوس فيه

٢٣٧ ــ وقد نصت على هذه الطريقة من طرق سقوط الحق فى الحبس الفقرة الثانيه من المادة (٢٨٢) بقولها : « فاذا قدم الدائن تأمينا كافيا

للوفاء بالتزامه سقط حق المدين في الامتناع عن اداء ما التزم به » . فاذا قدم الدائن للمدين تأمينا كافيا ، شخصيا كان او عينيا ، للوفاء بالتزامه سقط حق الحابس فى الحبس . ذلك ان الحكمة من منح المدين الحق فى حبس مالدائنه في ذمته هي تأمين حصوله على ماله في ذمه دائنه . فاذا قدم الدائن تأمينا كافيا للوفاء بما فى ذمته انتفت الحكمه من تقرير هـذا الحق . وتقدير ما اذا كان التأمين الذي يقدمه الدائن كافيا مسألة وقائع ترجع لتقدير القاضي .

استثنـــــاء

٢٣٨ ــ وهناك استثناء يرد على القاعدة المتقدمه في حالة البيع بثمن معجل فيستطيع البائع حبس المبيع حتى استيفاء الثمن كله . وقد نصت على هذا الاستثناء المادة (٥٧٧) من القانون المدني بقولها : « ١ ــ للبائع حق حبس المبيع الى ان يستوفي ما هو حال من الثمن . ولو كان المبيع جمله اشياء بيعت صفقه واحده فله حبسه الى ان يستوفي الثمن الحال ، سواء سمي لكل منها ثمن ، او لم يسم ٢٠ ــ واعطاء المشتري رهنا او كفيلا بالثمن الحال لايسقط حـق الحبس » .

٢ ــ اخلال الحابس بواجبه فى المحافظة على الشيء وتقديم حساب عن غلته

٢٣٩ ــ وهذا السبب من اسباب سقوط الحق في الحبس يستفـاد من المفهوم المخالف لنص الفقرة الثانيه من المادة (٢٨٣) التي نصت على انـه : « وعلى الحابس ان يحافظ على الشيء ويقدم حسابا عن غلته » . فاذا لم يقم الحابس بهذين الواجبين ، كما اذا اهمل في المحافظه عـلى الشيء المحبوس اهمالا يعرضه للتلف او لم يقدم حسابا عن غلته بحيـث يؤدي ذلك الى ضياع هذه الغله ، في هذه الحالة يجوز للمالك ان يطلب من القضاء انتزاع الشيء من يد الحابس وايداعه يد عدل .

٣ ــ زوال الحيازة من يد الحابس برضاه

٢٤٠ ــ ويستفاد هذا الطريق من طرق سقوط الحق في الحبس من الجمع بين الفقرتين الاولى والثانيه من المادة (٢٨٤) . فقد نصت الفقرة الاولى

من هذه المادة على انه : « يزول الحق في الحبس بزوال الحيازه » . فهي قد اطلقت ولم تشترط ان يكون زوال الحيازة برضاء الحابس . ولكن الفقرة الثانيه اضافت الى ذلك : « ومع ذلك يجوز لحابس الشيء اذا خرج الشيء من حيازته خفية او بالرغم من معارضته ان يسترد الحيازه اذا هو قام بهذا الطلب في خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من حيازته وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه » . فهذه الفقرة اجازت للحابس ان يسترد الشيء في خلال ثلاثين يوما اذا كان خروج الحيازه من يده خفية او بالرغم من معارضته .

ويتحقق خروج الحيازه برضاء الحابس اذا سلمه طوعا الى المالك او لجأ الى اباعته بالمزاد العلني . ففي هذه الحالة الاخيره يجب عليه ان يسلم الشيء الى من رسا عليه المزاد ، ولكن حقه في الحبس لاينتقل الى الثمن . وقد سبق ان رأينا ذلك .

٤ ـ هلاك الشيء المحبوس

٢٤١ ـ يد الحابس على الشيء المحبوس يد امانه لايد ضمان لان القانون منحه الحق في الحبس ، والاصل في هذا الباب ان « الجواز الشرعي ينافي الضمان » (م ٦ مدني) . فاذا هلك الشيء المحبوس بدون خطأ من الحابس سقط حقه في الحبس وهذا مفهوم بداهة . اما اذا كان الهلاك بخطئه فانه يكون مسؤولا عن تعويض المالك . واذا كان الهلاك بخطأ اجنبي ودفع الاجنبي التعويض انتقل الحق في الحبس الى مبلغ التعويض .

٢٤٢ ـ ننتهي بهذا من الكلام عن الحق في الحبس ، وبذلك ننتهي من الكلام عن تنفيذ الالتزام وهو موضوع الباب الاول من هذا الكتاب . وننتقل الان الى الكلام عن اوصاف الالتزام ، وهو موضوع الباب الثاني .

الباب الثانى

اوصاف الالتزام

MODALITÉS DES OBLIGATIONS

تمهيـــــــــد

٢٤٣ــ تنطبق الاحكام التي رأيناها في الباب السابق على الالتزام البسيط الذي لم يلحقه وصف ما . فاذا باع شخص شيئا من اخر بمبلغ الف دينار كان التزام كل من البائع والمشتري بسيطا غير موصوف . فالبائع ملزم بتسليم المبيع ، والمشتري ملزم بدفع الثمن . ولكن الالتزام قد يلحقه وصف من الاوصاف التي قد تؤثر في قوته الملزمة او في قيمته المالية . ولمعرفة الاوصاف التي قد تلحق الالتزام يجب ان نلقي نظرة على الرابطه القانونيه التي يكون الالتزام احد وجهيها . فهذه الرابطة ، كما سبق ان رأينا (١) ، تتكون من طرفين ، هما الدائن والمدين ، ، ومحل . والالتزام الذي تكلمنا عنه في الباب الاول هو التزام بسيط في كل عنصر من هذه العناصر الثلاثة . فالرابطة القانونية محققة الوجود وواجبه التنفيذ في الحال ، ومحل الالتزام واحد غير متعدد ، وكل من الدائن والمدين واحد غير متعدد ايضا . فالوصف الذي يمكن ان يلحق الالتزام لايمكن ان يكون الا في احد هذه العناصر الثلاثه او في الرابطه ذاتها .

٢٤٤ ــ فاذا لحق الوصف الرابطه القانونيه ذاتها فاما ان يؤثر على وجودها او على نفاذها . فاذا لحقها في وجودها جعلها غير محققة الوجود ، ويسمى في هذه الحالة بـ « الشرط » . واذا لحقها في نفاذها جعلها غير واجبة التنفيذ في الحال ، ويسمى في هذه الحالة بـ « الاجل » . فالشرط والاجل اذن هما الوصفان الذان يمكن ان يلحقا الرابطة القانونية ذاتها .

٢٤٥ ــ وقد يلحق الوصف احد طرفي الرابطة القانونية او كليهما ، فبعد ان كان كل من الطرفين واحدا يصبح متعددا فيتعدد الدائن او المدين او كلاهما . فالتعدد اذن هو الوصف الذي يمكن ان يلحق طرفي الرابطة القانونية ، اي طرفي الالتزام .

٢٤٦ ــ وقد يلحق الوصف محل الرابطه القانونيه ، فبدلا من ان يكون واحدا يكون متعددا . فتعدد المحل اذن هو الوصف الذي يمكن ان يلحق محل الرابطة القانونيه ، او محل الالتزام .

---

(١) الجزء الاول ، ف٥

٢٤٧ ــ وعلى ذلك فاننا نقسم هذا الباب الى فصول اربعه : نتكلم في الاول عن الشرط ، وفي الثاني عن الاجل ، وفي الثالث عن تعدد محل الالتزام ، وفي الرابع عن تعدد طرفي الالتزام .

الفصل الاول

الشرط

LA CONDITION

تمهيـــد وتعريف

٢٤٨ ــ تعني كلمة «شرط»عى العموم الامر الذي يجب حصوله لحصول امر اخر ، ولكنه اذا حصل فليس من الضروري حصول الامر الاخر . لذلك يعرفه علماء اصول الفقه على العموم بانه « الامر الذي يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود » . مثال ذلك : يشترط لاستحقاق الجنين الارث ان يولد حيا،فولادته حيا شرط لاستحقاقه الارث . فاذا انتفى هذا الشرط ، بان ولد ميتا ، فلا يستحق ارثا . ولكنه اذا ولد حيا فليس من المحتم ان يستحق الارث ، فقد يوجد من يحجبه . وفي دائرة المعاملات يميز الفقهاء المسلمون بين التعليق على الشروط والاقتران بالشرط . فمثال الاول ما اذا قال شخص لاخر : « اذا سافر مدينك فانا كفيله » . فنشوء الكفالة تعلق على سفر المدين . لذلك يعرف الفقهاء الشرط التعليقي بانه « تعليق مضمون جمله بحصول مضمون جمله اخرى مرتبطة باداة الشرط » . (١) ومثال الثاني ما اذا اشترى شخص سيارة بشرط ان يصلحها البائع اذا احتاجت الى التصليح في خلال مدة معينه .

٢٤٩ ــ ويعرف فقهاء القانون المـدني الوضعي الشرط كوصف من

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ١٤٨ ، نقلا عن الدكتور صبحي المحمصاني ، النظريه العامة للموجبات والعقودفى الشريعةالاسلامية،ج٢،ص٢٠٢

اوصاف الالتزام بانه : « امر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق عليه نشوء الالتزام اوزواله » . فاذا كان نشوء الالتزام هو الذي علق على تحقق الشرط سمي الشرط «موقفا»او«واقفا»، واذا كان زوال الالتزام هو الذي علق على تحقق الشرط سمي الشرط «فاسخا». ويتفق هذا التعريف مع الشرط التعليقي الذي يقول بـــه الفقهاء المسلمون .

٢٥٠ ــ واذا نظرنا الى الالتزامات التي يمكن ان يعلق نشوؤهـا او زوالها على شرط وجدناها الالتزامات التي مصدرها العقد فقط . فالشرط لايمكن ان يكون الا في ضمن عقد . وعليه فمحل بحثه يجب ان يكون عند دراسة العقد لامع احكـام الالتزام . فنظرية الالتزام محل للنقد من هذه الناحيه ، فهي تبحث الشيء في غير محلـه .

خطـــة البحث

٢٥١ ــ والكلام في الشرط يقتضي معـرفة مقوماته ، اي الشروط اللازم توافرها فيه لينتج اثره وانواعه ، واخيرا الاثار التي تترتب عليـــه . ونعالج كلا من ذلك في فرع خاص

الفرع الاول

مقومات الشرط أو شروطه

شـــرطان

٢٥٢ ــ عرفنا الشرط بانه امر مستقبل غير محقق الوقوع . فشروطه او مقوماته اذن هي انه : ١ ــ امر مستقبل ، ٢ ــ غير محقق الوقوع . ونرى كلا من هذين الشرطين على حـده .

اولا ــ أمر مستقبل

٢٥٣ ــ يجب ، ليكون الامر شرطا ، ان يكون امرا مستقبلا . مثال ذلك ما اذا قال شخص لاخر : « اذا عينت موظفا اشتريت دارك » ، وما اذا

وعد شخص ابنه باعطائه دارا يسكنها اذا تزوج ، وما اذا وعد شخص بمبلغ من النقود لمن يكتشف دواء لداء معين او لمن يعثر على شيء ضائع • فكل من التعيين فى الوظيفة ، والزواج ، واكتشاف الدواء ، والعثور على الشيء الضائع ، امر مستقبل ، ومن ثم كان الالتزام المعلق عليه التزاما معلقا على شرط ، اذ يتوقف نشوؤه على تحقق هذا الشرط •

٢٥٤ ــ واذا كان الامر الذي علق عليه المتعاقدان الالتزام متحققا عند التعليق كان الالتزام منجزا وواجب الوفاء فى الحال لا معلقا على شرط ، ولو لم يكونا يعلمان بذلك • فاذا كان الشخص الذي وعد بشراء الدار اذا عين موظفا قد عين موظفا ولكنه لم يكن يعلم بذلك ، واذا كان هناك من اكتشف الدواء الذي وعد الواعد بجائزة لمن يكتشفه ، واذا كان هناك من عثر على الشى الضائع عند الوعد ، كان التزام الواعد في كل هذه الصور منجزا غير معلق على شرط ويجب عليه تنفيذه •

٢٥٥ ــ ويمكن ان يكون الشرط امرا سلبيا ، بان يكون عملا يمتنع المدين عن القيام بــه لفترة معينه او مدى الحياة • مثال الاول ما اذا اشترط صاحب مصنع على مهندس بالا يعمل فى مصنع آخر لمدة معينه • ومثال الثاني ما اذا اوصى زوج لزوجته بدار واشترط ان تتفرغ لتربية اولادها منه والا فسخت الوصية • فكل من عدم اشتغال المهندس فى المصنع المعين وعدم الزواج امر مستقبل ، ومن ثم كانت الالتزامات المعلقة عليها التزامات معلقه على شرط • فاذا لم يعمل المهندس في المصنع استحق المبلغ ، واذا لم تتزوج الارمــــله بقيــت مستحقه للدار •

ثانيا ــ أمر غير محقق الوقوع

٢٥٦ ــ ويجب ان يكون الشرط ايضا امرا غير محقق الوقوع • فاذا كان الامر الذي علق عليه العقد مستحيلا او محقق الوقوع في المستقبــل لم يكن شرطا • وهذا هو الامر الجوهري فى الشرط ، وبه يختلف عــن الاجل • فكل منهما امر مستقبل ، ولكن الشرط امر مستقبل غير محقق

الوقوع ، اما الاجل فامر محقق الوقوع • ويعبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم ان الشرط يجب ان يكـون « معدوما على خطر الوجود » • وقد استعار القانون المدني العراقي هذا التعبير فنص في الفقرة الثانيه من المادة (٢٨٦) على انه : « ويشترط لصحة التعليق ان يكون مـدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود ، لامحققا ولا مستحيلا » •

٢٥٧ ــ فاذا كان الامر الذي علق عليه العقـد محقق الـوقوع في المستقبل كان اجلا لا شرطا ، حتى اذا لم يمكن معرفة وقت وقوعه • فاذا علق العقد على وفاة شخص لم نكن امام شرط بل امام اجل ، ذلك ان الموت امر محقق الوقوع • ولكن اذا حدد الموت بتاريخ معين كان شرطا ، ذلك ان الموت في تاريخ معين امر غير محقق الوقوع • فلو وعد شخص اخر بان يشتري داره اذا مات ابوه (ابو الواعـد) في السـنة القادمه كانت الوفاة شرطا ، لان وقوع الوفاة في السنة القادمه ليس بالامر المحقق الوقوع •

الفرع الثانى

أنواع الشرط

٢٥٨ ــ ينقسم الشرط من حيث اثره الى واقف وفاسخ ، ومن حيث تحققه الى احتمالي ، وارادي ، وارادي محض • ونرى كلا مـن هذين القسمين في مبحث مستقبل •

المبحث الاول

أنواع الشرط من حيث أثره

الشرط الواقف والشرط الفاسخ

٢٥٩ ــ ينقسم الشرط من حيث اثره ، كما قلنا قبل قليل ، الى واقف وفاسخ • ونرى كلا من هذين النوعين فى مطلب مستقبل •

المطلب الاول

الشرط الواقف

Condition suspensive

٢٦٠ ــ يكون الشرط واقفا اذا علق عليه نشوء العقد او الالتزام ، بحيث انــه اذا تحقق الشرط انعقد العقد ونشأت الالتزامات في ذمة كــل من طرفيه ، او نشأ الالتزام فى ذمة الواعد اذا اكنا امام الارادة المنفــردة كمصدر للالتزام • مثال الاول ما اذا قال شخص لاخر : « اذا رفعت في هذا الشهر اشتريت سيارتك بالف دينار » ، او: « اذا نقلت الى المدينةالفلانية استأجرت دارك التي فيها بملغ كذا » ،وقال الثاني قبلت • فاذا رفع الموظف او نقل الى المدينة المذكورة انعقدالعقد ،فيلزم باخذ السيارةواعطاء الف دينارفى الحالة الاولى وبا ستئجار الدار بالمبلغ المتفق عليه في الحالة الثانيه • ومثال الثاني ما اذا وعد شخص ابنه بجائزة اذا نجح في الامتحان او وعد بجائزة لمن يقوم بعمل معين • فاذا نجح الابن في الامتحان نشأ التزام في ذمة ابيه باعطائه مبلغ الجائزة واذا قام شخص بالعمل المعين نشأ التزام في ذمة الواعد باعطائه الجائزة التي وعد بها •

واذا تخلف الشرط فى الصور المتقدمة لم ينشأ عقد ولا التزام •وهذاما نصت عليه المادة (٢٨٨) من القانون المدني بقولها : « العقد المعلق على شرط واقف لاينفذ الا اذا تحقق الشرط » • فاذا لم يرفع الموظف او لــم ينقل لم ينعقد العقد ، ولا ينشأ ، بالتالي ، التزام على عاتقه باخذ السيارة ودفع الالف دينار ولا باستئجار الدار بالمبلغ المتفق عليه • ولا ينشأ ايضا التزام على عاتق الطرف الاخر يبعه السيارة بالف دينار ، ولا بتأجيره الدار • واذا لم ينجح الابن فى الامتحان ، او لم يقم شخص بالعمل المطلوب ، فلاينشأ التزام في ذمة الواعد بدفع الجائزه التي وعــد بها •

الشرط الواقف المستحيل والشرط الواقف المخالف للنظام العام أو الآداب

٢٦١ ــ واذا كان الشرط الواقف مستحيلا او مخالفا للنظام العام او للاداب كان العقد باطلا ولا ينشأ عنه اي التزام (م ١/٢٨٧) • وامثلة الشرط الواقف المستحيل والشرط الواقف المخالف للنظام العام او للاداب كثيره • ونرى كلا منها على حدة •

١ ــ الشرط الواقف المستحيل

٢٦٢ ــ ويقصد بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقه لا النسبيه • فاذا تعهد شخص لطبيب بمبلغ من المال اذا هو احيا ميتا كان التعهد معلقا على شرط واقف مستحيل • ذلك ان التقدم العلمي فى ميدان الطب لم يتوصل بعد الى احياء الميت • وكذلك الامر اذا وعد شخص اخر بمبلغ من المال اذا هو عبر المحيط سباحة • ومثال الشرط المستحيل ايضا الوصول الى القمر ، اذ لم يصل بعد شخص اليه • ولكن المحاولات مستمرة للوصول اليه ولايستبعد ان يصل الانسان اليه قريبا ، وعندئذ تصبح الاستحالة نسبيه لامطلقه •

الاستحالة المادية والاستحالة القانونية

٢٦٣ ــ والا ستحالة قد تكون ماديه ، وهذا ما رأيناه في الامثله المتقدمه • وقد تكون قانونيه ، ومثالها تعليق العقد على الزواج من احدى المحارم • فالقانون يمنع هذا الزواج ، وعليه فالتعليق عليه يكون تعليقا على شرط مستحيل استحالة قانونيه • ومثال الاستحالة القانونيه ايضا الطلاق فى البلدان التي تمنعه ، والزواج باكثر من امرأة فى البلدان التي تمنع تعدد الزوجات ، والزواج باكثر من اربع نساء فى البلدان التي تتخذ الشريعه الاسلاميه شرعالها • فالعقد المعلق على احد هذه الامور يكون معلقا على شرط مستحيل استحالة قانونيه ، وبالتالي فهو باطل ولا ينشأ عنه التزام ما •

٢ ـ الشرط الواقف المخالف للنظام العام أو الآداب

٢٦٤ ـ ومثال الشرط الواقف المخالف للنظام العام الشرط القاضي بالايطلق المشترط عليه زوجته ابدا . فاذا كان القانون يعترف للانسان بالحق في تطليق زوجته كان الشرط الذي يمنعه من ذلك مخالفا للنظام العام ، وعليه فالعقد الذي علق عليه يكون باطلا ولا ينشأ عنه اي التزام . وكذلك الامر اذا علق العقد على الايتزوج احد المتعاقدين ، فالشرط الذي علق عليه العقد مخالف للنظام العام فالعقد باطل . ولكن اذا كان هناك غرض مشروع يرمي اليه المشترط من وراء الشرط فالشرط صحيح ، كما اذا وهب شخص مطلقته دارا ، او اوصى لزوجته بدار ، واشترط عليها الا تتزوج ، وكان قصده من ذلك هو ان تكرس نفسها لتربية اولاده منها . والغالب ان يوجد مثل هذا الشرط في عمل من اعمال التبرع ، كهبه او وصية .

٢٦٥ ـ ومثال الشرط المخالف للاداب اشتراط انشاء علاقة جنسيه غير مشروعة . فالعقد المعلق على مثل هذا الشرط باطل لمخالفته للاداب . ومثل هذا الشرط لايقع الا في ضمن عقد تبرع . ولكن العقد في الحقيقه عقد معاوضه العوض فيه هو انشاء العلاقه الجنسيه غير المشروعه .

٢٦٦ ـ ويمكننا ان نبطل العقد اذا تضمن شرطا مخالفا للنظام العام او الاداب بالاستناد الى الحديث الشريف : « المؤمنون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا » . وقد رأينا هذا الحديث في عدة مناسبات في الجزء الاول من هذا الكتاب .

الشرط المخالف للنظام العام والشرط المستحيل استحالة قانونية

٢٦٧ ـ ويمكن التميز بين الشرط المخالف للنظام العام والشرط المستحيل استحالة قانونيه ، وان كان كل منهما باطلا . فاشتراط عدم الزواج قد يكون شرطا مخالفا للنظام العام ولكنه شرط غير مستحيل ، اما اشتراط

الزواج من محرم فشرط مستحيل استحالة قانونيه وهو في الوقت ذاته مخالف للنظام العام لان الاستحالة القانونية كثيراما ترجع الى مخالفةالنظام العام(١).

الشرط الواقف ومحل العقد

٢٦٨ ــ يلاحظ ان العقد المعلق على شرط واقف مستحيل او مخالف للنظام العام او للاداب يمكن ابطاله من جهتين : الشرط والمحل . فقد سبق ان رأينا (٢) ان المحل ، حتى يكون قابلا للتعامل فيه ، يجب ان يكون ممكنا اذا كان عملا او متناعا عن عمل ، والا يكون مخالفا للقانون ولاللنظام العام والاداب . فاذا علق العقد على شرط مستحيل او مخالف للقانون او للنظام العام او الاداب كان باطلا من جهه المحل ومن جهة التعليق . ومن هذا نرى ان بحث الشرط يجب ان يكون مع العقد ، لامع احكام الالتزام .

المطلب الثاني

الشـــرط الفاســـخ

Conditiou rèsolutoire

٢٦٩ ــ يكون الشرط فاسخا اذا علق عليه فسخ العقد وزواله . مثال ذلك ما اذ اباع شخص شيئا واشترط على المشتري ان يكون لـه حـق استرداد المبيع فى خلال مدة معينة بعد دفع الثمن والمصروفات ، وهذا هـو بيع الوفاء . ففي هذا المثال العقد موجود وصحيح ، ولكن فسخه وزواله معلق على شرط ، فاذا تحقق هذا الشرط فسخ العقد وزال . فاذا رد البائع الثمن الى المشتري مع المصروفات التي تحملها هذا فسخ البيع واسـترد المبيع . واذا لم يرد البائع الثمن فى خلال المدة المتفق عليها فان الشرط يكون قد تخلف ويلزم العقد ويستقر نهائيا . فالعقد يكون فى خلال مدة التعليق ، حسب تعبير الفقهاء المسلمين ، « نافذا غير لازم » . ومثال الشرط الفاسـخ

---

(١) السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، ص ٢٢ .
(٢) الجزء الاول ، ف ٢٩٧ وما بعدها .

أيضا ما اذا وهب شخص آخر عينا واشترط أن يكون له حق استردادها اذا رزق ولدا ٠فاذا رزق الواهب ولدا فسخت الهبة وكان للواهب أن يسترد العين الموهوبة ٠

القول بوحدة طبيعة الشرط

٢٧٠ ــ وقد ذهب بعض الفقهاء الى القول بوحدة طبيعة الشرط ، أي الى أن الشرط واحد سواء كان واقفا أو فاسخا ، وحجتهم فى ذلك ان الشرط الفاسخ اذا كان من طبيعته أن يزيل التزاما من جهة فانه ينشىء التزاما من جهة أخرى ٠ ويستشهد أصحاب هذا الرأي فى ذلك ببيع الوفاء ، فيقولون ان البائع اذا رد الثمن مع المصروفات فى خلال المدة المتفق عليها زالت ملكية المشتري ونشأ فى ذمته التزام برد المبيع الى البائع ٠ ولكن هذا الرأي لم تأخذ به غالبية الفقهاء ، ولم يأخذ به أيضا القانون المدني العراقى ، فهو قد ميز بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ ٠

٢٧١ ــ وقد تدق أحيانا معرفة ما اذا كان الشرط واقفا او فاسخا ، كما فى البيع المعلق على شرط موافقة الغير على البضاعة المبيعة ، فهل الشرط هنا واقف ولا يتم البيع الا اذا وافق الغير على البضاعة ، او هو شرط فاسخ وينفذ البيع فى الحال على ان يفسخ اذا لم يوافق الغير على البضاعة؟ يرجع الامر فى ذلك الى تبين ارادة الطرفين المشتركة ، ويستخلص قاضى الموضوع هذه الارادة من الظروف والملابسات ، فاذا تبين ان ارادة الطرفين قد انصرفت الى أن يكون الشرط واقفا أو الى أن يكون فاسخا التزم هذه النية وحكم بمقتضاها (١) ٠

---

(١) او بري ورو ، ج ٤ ، ط ٦ ، ص ٨٨ ، مع المراجع المشار اليها في هامش رقم ٣ ٠ السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٣٠ ٠

وقد قضت محكمة التمييز المصرية فى حكم لها صادر فى ٩ ايار ١٩٤٠ بان الشرط القاضي بان من يرسو عليه المزاد في اطيان موقوفة تباع بقصد الاستبدال لايستحق المبيع الا اذا وافقت المحكمه الشرعيه على الاستبدال يعد مشتريا بشرط واقف لابشرط فاسخ ، لان اجازة الاستبدال من المحكمه انما هي شرط واقف لافاسخ (نقلا عن السنهوري ، المرجع السابق ، الموضع المذكور اعلاه ، هامش رقم ٢) ٠

تضمن الشرط الواقف للشرط الفاسخ وبالعكس

٢٧٢ ــ يلاحظ بعض الفقهاء أن كلا من الشرط الواقف والشرط الفاسخ يتضمن الاخر حتما فالامر المستقبل الذي يكون شرطا واقفا بالنسبة لاحد الطرفين يقوم بدور شرط فاسخ بالنسبة للاخر • وينتج من ذلك أن الاتفاق على نقل الملكية عندما يكون معلقا على شرط يكون من شأنه أن يكون على الشيء حقا ملكية : الاول معلق على شرط واقف والثانى معلق على شرط فاسخ • ولكن عندما يتحقق الشرط او يتخلف فان احد هذين الحقين يستبعد الاخر (١) • مثال ذلك بيع الوفاء ، فالبائع يكون ملكا تحت شرط واقف والمشتري يكون مالكا تحت شرط فاسخ • ولا يوافق فقهاء اخرون على هذا الرأي ، ويرون ان من ينقل الى غيره حقا تحت شرط فاسخ، وخاصة حق الملكية ، لا يمكن أن يجد فى هذا الشرط الفاسخ نفسه سببا تحت شرط واقف لاكتساب الملكية التي نقلها الى غيره (٢) •

الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو الآداب

٢٧٣ ــ سبق ان رأينا الفقرة الاولى من المادة (٢٨٧) تنص على بطلان العقد اذا علق على شرط واقف مخالف للنظام العام أو الآداب ، وعلى صحة العقد واعتبار الشرط لغوا غير معتبر اذا كان فاسخا • وقد سبق ان رأينا أيضا ان العقد المعلق على شرط فاسخ انما هو عقد موجود ولكن فسخه وزواله هو الذي علق على الشرط • فاذا كان هذا الشرط مخالفا للنظام العام أو الآداب فلا يمكن أن يتحقق • وعدم امكان تحققه يرجع الى استحالته القانونية ، فالقانون لا يعترف بالشرط اذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب ويترتب على ذلك ان العقد يبقى مستقرا غير معرض للزوال •ولكن اذا كان الشرط الفاسخ الذي علق عليه العقد هو الدافع الى التعاقد فانه يبطل العقد•

---

(١) بودري وبارد ، ج١٣ (التزامات ٢) ، ط ٣ ، ف ٧٧٥ ، مع المراجع المشار اليها فى هامش رقم ٤ ، ص ١٥ .

(٢) اوبري ورو ، المرجع السابق ص ٨٩ ، مع المراجع المشار اليها في هامش رقم ٤ .

وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٢٨٧) بقولها : « ومع ذلك يبطل العقد الذي علق على شرط فاسخ مخالف للاداب أو النظام العام اذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للتعاقد » . وقد سبق ان رأينا أمثلة للشرط الفاسخ المخالف للنظام العام وللشرط الفاسخ المخالف للاداب . فمثال الاول ما اذا وهب شخص آخر شيئا واشترط عليه ألا يطلق زوجته ، فاذا طلقها استرد الشيء منه . ومثال الثاني ما اذا وهب رجل امرأة شيئا ، كعقد نفيس ، على ان تعاشره معاشرة غير مشروعة ، فاذا ما انقطعت عن معاشرته استرد العقد . فالشرط فى هذه الامثلة فاسخ ومخالف للنظام العام أو للاداب وكان هو الدافع الى التعاقد ، وعليه يبطل هو والعقد (١) .

الشرط الفاسخ الضمني

٢٧٤ ــ هناك مايسمى بالشرط الفاسخ الضمني يفترض وجوده في العقود للجانبين ويجيز لاحد الطرفين ان يطلب فسخ العقد اذا لم يقم الطرف الاخر بتنفيذ التزامه . ويجب عدم الخلط بين هذا الشرط وبين الشرط الفاسخ الصريح الذي تتكلم عنه لاختلاف طبيعه كل منهما عن طبيعة الاخر . اذ الشرط الفاسخ الضمني ليس في حقيقته شرطا ، بل هو افتراض يفترض في العقود الملزمة للجانبين لتبرير طلب فسخ العقد عند عدم تنفيذ احد الطرفين لالتزامه (٢) .

---

(١) وقد سبق ان رأينا ذلك فى الجزء الاول من هذا الكتاب عند الكلام عن الشروط المقترنه بالعقد (ف ٣٤٣ وما بعدها) .

(٢) وقد قضت محكمة التمييز المصرية فى حكم لها صادر فى ٢ أيار ١٩٤٦ بان الشرط الفاسخ الصريح وشرطه الضمني يختلفان طبيعة وحكما . فالشرط الفاسخ الضمني Le pacte commissoire tacite لايستوجب الفسخ حتما اذ هو خاضع لتقدير القاضي ، وللقاضي ان يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل المدين نفسه له ان يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل ان يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ . اما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضي به المادة (٣٣٤) من القانون المدني (القديم) موجب للفسخ حتما ، فلا يملك معه القاضي امهال المشتري المتخلف عن اداء الثمن ،

☚

المبحث الثـــاني

أنواع الشرط من حيث تحققه وتخلفه

٢٧٥ ــ ينقسم الشرط من حيث تحققه وتخلفه الى ثلاثه انواع : فهو اما ان يكون تحققه او تخلفه متروكا الى مجرد الصدفه ويسمى بـ (بالشرط الاحتمالي) او الى ارادة احد الطرفين ويسمى بـ « الشرط الارادي » ، او الى ارادة احد الطرفين مقترنه بامر خارجي ويسمى بـ « الشرط المختلط » ، ونرى كلا من هذه الانواع على حـدة .

١ ــ الشرط الاحتمالي Condition Casuelle

٢٧٦ ــ الشرط الاحتمالي هو الذي يترك امر تحققه وتخلفه لامـر لاعلاقه لارادة احد الطرفين فيه اي لمجرد الصدفه . مثال ذلك التعليق على وفرة الانتاج الزراعي ، او على ارتفاع او انخفاض الاسعار ، او على صدور

ولا يستطيع المشتري ان يتفادى الفسخ باداء الثمن او عرضه بعد اقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمي الى الوفاء ، بل قد يكون شرط الفسخ الصريح موجبا للفسخ بلا حاجة الى تنبيه اذا كانت صيغته صريحـه في الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجه الى تنبيه ولا انذار . وعلى ذلك فاذا كانت محكمة الدرجه الاولى قد اقامت قضاءها بفسخ العقد على ان المشتري اذ قصر في الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقا في طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمني المفترض في جميع العقود التبادليه ، ثـم جاءت محكمه الاستئناف فقالت ان الفسخ كان متفقا عليه جزاء للتخلف عن اداء الثمن واذ قد ثبت لها تخلف المشتري فهي تقرر حق البائع في الفسخ نزولا على حكم الشرط الفاسخ الصريح عملا بنص المادة (٣٣٤) مدني (قديم) ، ثم لم تلبث ان قالت فى اخر حكمها انها تؤيد الحكم المستأنف لاسبابه وتأخذ منه اسبابا لحكمها ، فحكمها هذا يكون قد اقيم على امرين واقعيين متغايرين ولا يمكن ان يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرط الفسخ الصريح والفسخ الضمني طبيعة وحكما ، وهذا تعارض في اسبـاب الحكم يعيبه ويستوجب نقضه (مجموعة عمر ، ٥ رقم ٦٨ ، ص ١٥٥ ، نقلا السنهوري المرجع السابق ، ٢٩ ، هامش) .

قانون معين ، الخ ... وحكم هذا الشرط انه صحيح ملزم ، واقفا كان او فاسخا . ويصح كذلك التصرف القانوني المعلق عليه ، لانه امر مستقبل غير محقق الوقوع وغير مخالف للنظام العام ولا للاداب .

٢ ـ الشرط الارادي Condition potestative

٢٧٧ ـ والشرط الارادي هو المتروك امر تحققه وتخلفه لارادة احد المتعاقدين . مثال ذلك تعليق العقد على سفر احد المتعاقدين ، او على كتابته مقالا فى احدى الصحف ، او زواجه من شخص غير معين ، الخ ....

٢٧٨ ـ والشرط الارادي اما ان يتوقف تحققه وتخلفه على ارادة الدائن ويسمى بـ « الشرط الارادي البسيط » Condition simplement Potestative ، او على ارادة المدين ويسمى ، بـ« الشرط الارادي المحض » Condition purement potesfative ويختلف حكم كل من هذين الشرطين عن حكم الاخر .

فاذا توقف على ارادة الدائن كان صحيحا ملزما ، واقفا كان او فاسخا . فمثال الشرط الواقف ما اذا قال شخص لاخر : اذا تزوجت (انت) فانى اؤجرك داري بملغ كذا ، او اذا سافرت (انت) فاني اشتري دارك بملغ كذا . ومثال الشرط الفاسخ بيع الوفاء . فاذا باع شخص داره بشرط ان يكون له استردادها بعد رد الثمن ، كان الشرط صحيحا لانه شرط فاسخ تعلق تحققه او تخلفه على ارادة الدائن .

واذا توقف على ارادة المدين ، فاذا كان واقفا بطل الشرط والتصرف . مثال ذلك ما اذا قال شخص لاخر : ابيعك داري اذا اردت (انا) ، او اذا رأيت ذلك فى مصلحتي . ففي هذه الحالة يكون تحقق الشرط وتخلفه متوقفا على محض ارادة المدين ان شاء ابرم العقد وان لم يشأ لم يبرمه . وبعبارة اخرى هو لم يلتزم بشىء . وحكم هذا الشرط انه باطل هو والعقد المعلق عليه . اما اذا كان الشرط فاسخا فانه يكون صحيحا هو والعقد المعلق عليه . مثال ذلك شرط الخيار ، او خيار الشرط . فاذا باع شخص او اشترى شيئا على ان يكون له الخيار لمدة معينه كان الشرط صحيحا .

٣ ـ الشرط المختلط Condition Mixte

٢٧٩ ـ والشرط المختلط هو الذي يعلق تحققه وتخلفه على ارادة احد الطرفين وامر خارجي . مثال ذلك ان يهب شخص اخر شيئا اذا تزوج (الموهوب له) من فتاة معينه . وحكم هذا الشرط انه صحيح وملزم .

الفرع الثالث

آثار الشرط

٢٨٠ ـ تختلف الاثار التي تترتب على الشرط في مرحلة التعليق ، اي قبل تحققه او تخلفه ، عنها بعد هذه المرحلة ،اي بعد تحققه اوتخلفه.والشرط اذا تحقق انتج اثره من حين التعليق لامن حين تحققه اي يكون لتحققه اثر رجعي . وعليه فاننا نقسم هذا الفرع الى ثلاثه مباحث ، نتكلم في الاول عن اثر الشرط في مرحلة التعليق وفي الثاني عن اثره بعد مرحلة التعليق ، وفي الثالث عن فكرة الاثر الرجعي .

المبحث الاول

أثر الشرط فى مرحلة التعليق

٢٨١ ـ يختلف اثر الشرط في مرحلة التعليق باختلاف ما اذا كان واقفا او فاسخا . ونرى كلا من ذلك في مطلب مستقل .

المطلب الاول

الشـــرط الواقف

٢٨٢ ـ قبل الكلام عن اثر الشرط الواقف في مرحلة التعليق نضرب المثل التالي لتوضيحه : اذا قلت لك باني اذا نقلت من بغداد فاني ابيعك

سيارتي بمبلغ كذا وقبلت انت هذا الايجاب، ولم انقل انا بعد من بغداد ،فماهي اثار هذا الاتفاق بيني وبينك؟ الجواب عن هذا السؤال يقتضي معرفة مراتب الحق من حيث الوجود والنفاذ . وهذا مانراه فيما يلي .

مراتب الحق من حيث الوجود والنفاذ

٢٨٣ ــ يمكن تقسيم الحق من حيث الوجود والنفاذ الى ست مراتب كما يلي :

١ ــ مرتبة الحق الاحتمالي ، وهو مالاوجود له ولكن يحتمل وجوده في المستقبل . ومثاله ان يكون عند الانسان بطاقه يانصيب ، فحقه في الجائزة غير موجود ولكنه محتمل ، فهو معدوم على خطر الوجود .

٢ ــ مرتبة الحق المعلق على شرط واقف ، وهو حق موجود فعلا ولكنه غير كامل الوجود .

٣ ــ مرتبة الحق المؤجل ، وهو حق موجود وجودا كاملا ولكنه غير نافذ في الحال . كما اذا كان لي في ذمتك مائه دينار تستحق بعد سنه .

٤ ــ مرتبة الحق المعلق على شرط فاسخ ، وهو حق موجود وجودا كاملا ، وهو في الوقت ذاته حق نافذ ولكنه موجود على خطر الزوال . مثال ذلك حق المشتري في بيع الوفاء .

٥ ــ مرتبة الحق المقترن باجل فاسخ ، وهو حق موجود وجودا كاملا ، وهو نافذ الى اجل ثم ينقضي بانقضاء هذا الاجل . مثال ذلك حق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة .

٦ ــ مرتبة الحق المنجز ، وهو حق موجود وجودا كاملا وهو نافذ الى غير اجل .

ويضيف العلامة السنهوري الى هذه المراتب مرتبة اخرى هي مرتبة الحق المعدوم الذي لاوجود له ولايحتمل وجوده . ولكننا لانرى مايقول

---

(١) المرجع السابق ، ف ٢٩ .

به الاستاذ حقا ولا مرتبة من مراتب الحق • اذ الحق المعدوم الذي لاوجود له ولا يحتمل وجوده ليس الا العدم،والعدم لايمكن اعتباره مرتبة من المراتب •

مرتبة الحق المعلق على شرط واقف : حق موجود ولكنه غير كامل الوجود

٢٨٤ ــ وقد اختلف الفقهاء في طبيعة الحق المعلق على شرط واقف ، فذهب بعضهم الى انه حق وذهب اخرون الى انه مجرد امل • ولكن الرأي الراجح يذهب الى انه حق موجود فعلا ولكن وجوده غير كامل • فالدائن يملك حقا لامجرد امل • ويترتب على كل من كون الحق المعلق على شرط واقف حقا ومن كونه غير كامل الوجود ، بعض النتائج • ونرى هذه النتائج فيما يلي :

اولا ــ النتائج التي تترتب على ان الحق المعلق على شرط واقف حق موجود

٢٨٥ ــ يترتب على ان الدائن يملك حقا لا مجرد امل النتائج التالية :

١ ــ ينتقل هذا الحق من الدائن الى خلفه بهذه الصفه ، خاصا كان الخلف او عاما • فيجوز له ان يوصي به ، وان يبيعه وان يرهنه ، وان ينزل عنه بارادته المنفردة ، الخ •••

٢ ــ يجوز للدائن ان يتخذ الوسائل التحفظيه اللازمه لحمايه حقه ، كوضع الاختام وتحرير قوائم الجرد وتصديق توقيع مدينه اذا كتب العقد في محرر غير مصدق من الكاتب العدل • وله كذلك ان يتدخل في الدعاوى التي ترفع من مدينه او عليه لمراقبه سير الاجراءات التي تضر بحقه • وله كذلك ان يتدخل في القسمه اذا كانت العين محل حقه مشاعة •

ثانيا ــ النتائج التي تترتب على كون الحق المعلق على شرط واقف غير كامل الوجود

٢٨٦ ــ ويترتب على انالحق المعلق على شرط واقف غير كامل الوجود النتائج التاليه :

١ ــ لا يكون قابلا لاي نوع من انواع التنفيذ ، لا التنفيذ الجبري ولا التنفيذ الاختياري ، فلا يستطيع الدائن اتخاذ الوسائل التنفيذيه للحصول على حقه . واذا قام المدين بتنفيذ التزامه معتقدا انه ملزم بتنفيذه فانه يكون قد دفع ماليس بواجب عليه ويجوز له استرداد ما دفع بدعوى استرداد مادفع دون حق .

٢ ــ لا يسري عليه التقادم المسقط الا من وقت تحقق الشرط . ذلك ان التقادم انما يسري على الحق من حين استحقاقه ، والحق المعلق على شرط واقف انما هو حق غير مستحق الاداء .

٣ ــ لايتحمل صاحب الحق المعلق على شرط واقف تبعه الهلاك ، ولا يستطيع التصرف بالشيء الذي عليه حقه . فاذا كان الحق المعلق على شرط واقف هو حق الملكيه كان لهذا الحق ما لكان : مالك تحت شرط واقف وهو الذي انتقلت اليه الملكيه معلقه على هذا الشرط ، ومالك تحت شرط فاسخ وهو من انتقلت منه الملكيه الى المالك تحت شرط واقف . مثال ذلك ما اذا قال شخص لاخر : اذا نقلت من وظيفتى فاني ابيعك داري التي اسكنها وقبل الاخر . فقبل تحقق الشرط يكون على الدار حقا ملكيه :حق معلق على شرط فاسخ وهو حق صاحب الدار ، وهو حق كامل الوجود ، وحق معلق على شرط واقف وهو حق الطرف الاخر ، وهو حق غير كامل الوجود (١) .

٤ ــ لا تثبت الشفعه الا عند تحقق الشرط .فلا يستطيع المالك تحت شرط واقف ان يأخذ بالشفعه ، كما لا يمكن طلب الشفعه بالنسبة للعقار المبيع تحت شرط واقف قبل تحقق الشرط .

القانون المدني العراقي

٦٨٧ ــ ذلك موجز للاثار التي يرتبها فقهاء القانون المدني الوضعي على الشرط الواقف فى مرحلة التعليق ، فما هو الحكم فى القانون المدني

---

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٤٢ .

العراقي ؟ تنص المادة (٢٨٨) من هذا القانون على ان « العقد المعلق على شرط واقف لاينفذ الا اذا تحقق الشرط » • وهذا النص مأخوذ عن الفقه الاسلامي • وقد سبق ان رأينا فى الجزء الاول من هذا الكتاب(١) حكم العقد الموقوف ، وهو انه يتعلق على الاجازه • فاذا لحقته الاجازه نفذ باثر رجعي الى حين صدوره ، وان لم تلحقه انعدم واصبح هو والعقد الباطل بمنزلة سواء • ولكن قبل الاجازة ما هو مركز صاحب الحق المعلق على شرط واقف، هل يملك حقا او مجرد امل؟اذا قلنا انه يملك حقا كان معنى ذلك انه يستطيع اتخاذ الاجراءات التحفظية اللازمة لحماية هذا الحق ويستطيع التصرف به ايضا ، واذا قلنا انه يملك مجرد امل كان معنى ذلك انه لايملك هذه الامور• يذهب الدكتور حسن على الذنون الى ان الدائن « لايملك ــ وفقالا حكام الشريعه ولا حكام القانون المدني العراقي ــ وقت قيام التعليق سوى مجرد امل • وينتج من هذا انه لايستطيع ان يتخذ الوسائل التحفظيه التي اشرنا اليها سالفا » • ويذهب الاستاذ السنهوري الى امكان تطبيق الاحكام المتقدمه في القانون المدني العراقي ، ذلك لان الحق غير النافذ حق موجود • ونحن نميل الى الاخذ برأي الاستاذ السنهوري • فاذا قال شخص لاخر :اذا نقلت من وظيفتي قبل التاريخ الفلاني فاني ابيعك سيارتي بمبلغ كذاوقال الاخر قبلت وأراد صاحب السيارة قبل التاريخ المذكور ان يبيع السيارة من شخص اخر ، وان يتصرف بها تصرفا ينقص من قيمتها افلا يستطيع المالك تحت شرط واقف ان يعترض على ذلك ؟ نحن نرى له ذلك ، حتى بتطبيقنا القواعد العامة في الشريعه الاسلاميه • فقد سبق ان رأينا الحديث الشريف : « المؤمنون عند شروطهم ، الا شرطا احل حراما او حلالا » ، والشرط فى المثال المتقدم لم يحل حراما ولا حرم حلالا • فاذا اراد بائع السيارة ان يتصرف بها تصرفا يضر بالمشتري فانه يكون قد خالف الشرط الذي اتفق معه عليه ، وبالتالي يجوز للمشتري تحت شرط واقف ان يعترض على هذا التصرف ويتخذ الاجراءات التحفظية للمحافظة على السيارة • ويترتب على ذلك ان صاحب الحق المعلق على شرط واقف يملك حقا لامجرد امل •

---

(١) ف ٥٢٢ وما بعدها .

المطلب الثاني

الشرط الفاسخ

٢٨٨ ــ سبق رأينا ان الحق المعلق على شرط فاسخ هو حق موجود ونافذ ، ولكنه على خطر الزوال • وعليه فهو في مرحلة التعليق يكون حقا منجزا ، اي بسيطا غير موصوف • فالدائن يملك اذن حقا مؤكدا ، ولكن هذا الحق على خطر الزوال • ويترتب على كل من هاتين الصفتين للحق المعلق على شرط فاسخ بعض النتائج ، نراها فيما يلي :

اولا ــ النتائج التي تترتب على ان الدائن يملك حقا مؤكدا

٢٨٩ ــ يترتب على ان الدائن في الحق المعلق على شرط فاسخ يملك حقا مؤكدا عكس النتائج التي رأيناها في الحق المعلق على شرط واقف • وهذه النتائج هي :

١ ــ يجوز للدائن ان يتخذ الوسائل التنفيذيه لاستحصال حقه ، وله ان يرفع دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنه (الدعوى البولصيه) وله ان يطهر العقار مما عليه من الديون المضمونه برهون • كما يستطيع تتبع الشيء وانتزاعه من يداي شخص انتقل اليه •

٢ ــ اذا قام المدين بتنفيذ التزامه فانه لايستطيع ان يطالب باسترداد مادفع عن طريق دعوى استرداد مادفع دون حق ، لانه انما دفع دينا مستحقا واجب التنفيذ •

٣ ــ يسري التقادم بالنسبه للحق المعلق على شرط فاسخ ، لانه حق مستحق الاداء • ففي بيع الوفاء ، مثلا ، اذا لم يطالب المشتري بالمبيع حتى مضت مدة التقادم تملكه البائع •

٤ ــ يستطيع صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ان يطلب بالشفعه، وان يطلب القسمه اذا كانت العين شائعه •

٥ ــ يستطيع صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ان يتصرف بالشيء الذي يرد عليه حقه كافة انواع التصرفات ومقابل ذلك هو الذي يتحمل الهلاك .

ثانيا ــ النتائج التي تترتب على كون الحق المعلق على شرط فاسخ على خطر الزوال

٢٩٠ ــ ويترتب على كون الحق المعلق على شرط فاسخ على خطر الزوال النتائج التاليه :

١ ــ اذا كان الدائن قد استوفى حقه من المدين ثم تحقق الشرط وجب عليه ان يرد ما استلمه ، ويجوز للمدين ان يقيم عليه دعوى استرداد مادفع دون حق لاسترداد ما دفعه اليه .

٢ ــ لاتقع مقاصة حق معلق على شرط فاسخ بحق منجز ، ذلك لان الحق المعلق على شرط فاسخ انما هو حق موجود على خطر الزوال، اي عرضة للزوال ، فهو اضعف من الحق المنجز .

القانون المدني العراقي

٢٩١ ــ ذلك هو موجز لاثر الشرط الفاسخ في مرحلة التعليق في الفقه الغربي . اما في القانون المدني العراقي فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٢٨٩) على ان : « العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذا غير لازم » . وقد سبق ان رأينا في الجزء الاول من هذا الكتاب (١) ان العقد غير اللازم هو الذي يستطيع احد العاقدين او كلاهما ، الرجوع عنه بارادته المنفردة . فاذا كان كل من العاقدين يستطيع الرجوع عنه بارادته المنفردة كان غير لازم من الجانبين ، كالوكالة والعاريه والوديعه . واذا كان احد العاقدين فقط يستطيع الرجوع عنه كان ذلك لوجود خيار لهذا العاقد. ويمكن القول بانطباق الاحكام المتقدمه على العقد غير اللازم في القانون المدني ، ذلك ان مركز المتعاقد الذي ليس له الخيار في هذا العقد هو تماما كركز صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ في الفقه الغربي . مثال ذلك البيع بشرط الخيار .

---

(١) ف ٥٢٢

فان من يكون له الخيار يكون مالكا تحت شرط فاسخ ، يستوي في ذلك البائع والمشتري . فاذا كان الخيار للمشتري كان مالكا تحت شرط فاسخ ، فيكون مالكا بكل معنى الكلمة ، ولكن ملكه معرض للزوال . فتنطبق عليه عندئذ الاحكام التي رأيناها فى الفقه الغربي . وكذلك الامر اذا كان الخيار للبائع .

المبحث الثاني

اثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق

٢٩٢ ـ يقصد باتتهاء التعليق معرفة مصير الشرط الذي علق عليه العقد ، فهو اما ان يتحقق او يتخلف .

كيف يتحقق الشرط وكيف يتخلف

٢٩٣ ـ اذا حددت مدة لتحقق الشرط وجب ان يتحق في هذه المدة . فاذا تحقق بعدها ، ولو بمدة وجيزه ، اعتبر متخلفا . واذا لم تحدد مدة لتحققه وجب الرجوع الى نية الطرفين لمعرفة الشكل الذي ارادا ان يتحقق به الشرط . فاذا قال شخص لاخر : اذا تزوجت (انت) بعتك داري بملغ كذا ، او اذا عينت (انا) في الوظيفة الفلانية فاني اشتري دارك بمبلغ كذا ، فهل يمكن القول بان الشرط يمكن ان يتحقق حتى موت الشخص الذي يتوقف تحقق الشرط على زواجه او موت الشخص الذي يتوقف تحقق الشرط على حصوله على الوظيفة حيث تجعل الوفاة من المؤكد عدم امكان تحقق الشرط ، او ان هناك مدة مفهومة ضمنا بين الطرفين يجب ان يتم الزواج او الحصول على الوظيفه في خلالها ؟ يعود تقدير ذلك الى قاضي الموضوع ، فهو الذي يقدر الوجه الذي اراد الطرفان ان يكون عليه تحقق الشرط . واذ تحقق الشرط او تخلف تحدد مصير العقد نهائيا ولا يمكن الرجوع فيه .

تحقق الشرط او تخلفه بغش من له مصلحة فى ذلك

٢٩٤ ـ ويعتبر الشرط قد تحقق اذا حال دون تحققه عن طريق الغش الطرف الذي له مصلحة فى تخلفه . كما انه يعتبر قد تخلف اذا تحقق بطريق الغش من

قبل الطرف الذي له مصلحة فى ان يتخلف (١)•

٢٩٥ ــ بعد هذه الكلمة الموجزة عن كيفية تحقق الشرط وكيفية تخلفه، نتكلم عن اثر الشرط بعد بعد مرحلة التعليق فى كل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ •

اولا ــ الشرط الواقف

٢٩٦ ــ سبق ان قلنا ان الحق المعلق على شرط واقف هو حق موجود ولكنه غير كامل الوجود فاذا تحقق الشرط زال النقص واستكمل الحق جميع عناصره واصبح حقا منجزا • ويترتب على ذلك كل النتائج التي تترتب على الحق المنجز • فيستطيع الدائن ان يطالب بالحق بعد ان لم يكن ذلك فى استطاعته ، ويستطيع كذلك استعمال جميع الوسائل للحصول عليه • واذا كان قد قبض شيئا فانه لا يرده ، لانه انما قبض شيئا مستحقا له • ويسري التقادم على الحق المعلق على شرط واقف من حين تحقق الشرط ، لانه اصبح حقا مستحق الاداء • واذا كان صاحب الحق المعلق على شرط واقف قد تصرف فيه صحت تصرفاته لان الحق يعتبر موجودا من وقت التعليق لا من وقت تحقق الشرط ، وهذا هو الاثر الرجعي لتحقق الشرط كما سنراه •

٢٩٧ ــ واذا تخلف الشرط زال الوجود الناقص للحق الذي كان معلقا عليه واصبح كأن لم يكن موجودا منذ البداية ، وذلك بفعل الاثر الرجعي • ويترتب على ذلك عكس النتائج التي رأيناها فيما تقدم • فاذا لم يكن المدين قد وفى بالتزامه فلا يلزم بالوفاء ، واذا كان قد وفى شيئا كان له ان يسترده• واذا كان صاحب الحق قد تصرف فيه زالت تصرفاته بفعل الاثر الرجعي • وقد اوجزت المادة (٢٨٨) من القانون المدني الاحكام المتقدمة بقولها : « العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ الا اذا تحقق الشرط » •

---

(١) يراجع فى كيفية تحقق الشرط وتخلفه بصورة خاصة بودري وبارد ، ج١٣ (التزامات ٢) ، ف ٧٩٠ــ٨٠٨، ص ٢٤ــ٣٦ . كذلك السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٣٥ ــ ٣٧ .

ثانيا ـ الشرط الفاسخ

٢٩٨ ـ اذا تحقق الشرط الفاسخ زال الحق الذي كان معلقا عليه ، ويعتبر هذا الحق كأن لم يكن منذ البداية وذلك بفعل الاثر الرجعي لتحقق الشرط . ويترتب على ذلك عكس النتائج التي رأيناها فى تحقق الشرط الواقف . فاذا كان الدائن قد استلم شيئا وجب عليه ان يرده ، واذا استحال الرد بخطأه تحققت مسؤوليته ووجب عليه التعويض وفقا للقواعد العامة التي سبق ان رأيناها . اما اذا كانت الاستحالة لسبب اجنبي فان التزامه بالرد ينقضي ولا يلزم بالتعويض . ووجوب الرد يكون على اساس رد ما استلم دون حق . ويترتب على ذلك ايضا سقوط التصرفات التي قام بها صاحب الحق قبل تحقق الشرط .

٢٩٩ ـ واذا تخلف الشرط الفاسخ استقر الحق الذي كان معلقا عليه . فهو بعد ان كان على خطر الزوال اصبح ثابتا مستقرا غير معرض للزوال . ويترتب على ذلك ان التصرفات التي اجراها صاحب الحق فى مرحلة التعليق تبقى صحيحة غير قابلة للزوال .

وقد نصت على الاحكام المتقدمة الفقرة الاولى من المادة (٢٨٠) من القانون المدني بقولها : « العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذا غير لازم فاذا تحقق الشرط فسخ العقد والزم الدائن برد ما اخذه ، فاذا استحال رده وجب الضمان . واذا تخلف الشرط لزم العقد »

استثناء ـ اعمال الادارة الصارة قبل تحقق الشرط

٣٠٠ ـ وقد استثنت الفقرة الثانية من المادة (٢٨٩) المتقدمة من النتائج المترتبة على تحقق الشرط الفاسخ « اعمال الادارة الصادرة من الدائن » ، فهذه الاعمال تبقى رغم تحقق الشرط . ومثال اعمال الادارة الايجار ، وبيع الثمار ، وقيد الرهن ، وتحرير العقار اذا كان مثقلا برهن . والحكمه من الابقاء على هذه الاعمال هي انها ضرورية للمحافظة على العين

ويجب القيام بها فى وقتها المناسب ، ويجب كذلك ان يؤمن لها من الاستقرار ما يكفل لها البقاء حتى يتيسر اجراؤها . ولما كان صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ هو الذي يملك الادارة ، فقد يسر له القانون مهمته بان ابقى اعماله قائمه حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ .

٣٠١ ــ ويشترط للابقاءعلى اعمال الادارة رغم تحقق الشرط الفاسخ الشرطان التاليان :

١ ــ حسن نية من صدرت عنه هذه الاعمال ، فيجب الا يتخذ منها ذريعه يتوسل بها الى تعطيل حق الطرف الاخر اذا تحقق الشرط الفاسخ .

٢ ــ عدم مجاوزة المألوف في هذه الاعمال (١).

ولم ينص القانون المدني العراقي على هذه الشروط ، ولكنها عبارة عن تطبيق القواعد العامة فى المعاملات .

المبحث الثالث

الاثر الرجعي لتحقق الشرط

Effet rètroactif de la condit ion accomplie

٣٠٢ ــ سبق ان قلنا ان معنى الاثرالرجعي هوان الشرط اذا تحققانتج اثره من حين الاتفاق لا من حين تحققه . ولما كان هذا يبدو غريبا ، اذ كيف يمكن ان يقع امر اليوم وينتج اثره بالنسبة الى الماضي ، فقد اختلف الفقهاء فى بيان الاساس الذي تقومعليه فكرة الاثر الرجعي لتحقق الشرط .

٣٠٣ ــ فذهب بعضهم الى ان الاثر الرجعي ليس الا افتراضا Fiction افترضه المشرع ، يقوم فى اعتبارالالتزام المعلق على شرط اما كما لو كان منجزا منذ الابتداء او كما لو لم يوجد مطلقا . ويترتب

---

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٥٨ ــ ٥٩ .

على هذا التعليل انه لا يجوز التوسع فى افتراض الاثر الرجعي ، بل يجب قصره على الاحوال التي قصد المشرع صراحة او ضمنا ان يكون لتحقق الشرط فيها هذا الاثر . ولكن هذا التعليل لا يحل الاشكال ، اذ يبقى ان نعرف لماذا افترض المشرع هذا الافتراض فى النتائج التي رتبها على تحقق الشرط . والحقيقة اننا لا نلجأ الى هذا التعليل الا اذا اعوزنا الدليل المنطقي لتبرير قاعدة قانونية نص عليها المشرع (١) .

٣٠٤ ــ وذهب فقهاء اخرون الى ان الحق المعلق على شرط هو حق موجود ، وليس من شأن تحقق الشرط الا تثبيت Confirmation هذا الحق . بهذا القول تتفق قاعدة الاثر الرجعي مع فكرة الحق المعلق على شرط ، فالحق يسبق تحقق الشرط ولا يكون من شأن هذا التحقق ان ينشئه من عدم ، بل هو يثبته . وعليه يكون من الطبيعي ان ترقى اثار تحقق الشرط الى اليوم الذي انشأ فيه اتفاق الطرفين الحق المعلق عليه (٢) .

ولكن يؤخذ على هذا الرأي انه يقتصر على تفسير الشرط الواقف دون الشرط الفاسخ . ويؤخذ عليه ، حتى فى تفسيره للشرط الواقف ، انه يفترض ان الحق المعلق على شرط واقف موجود منذ البداية وتحقق الشرط انما يقتصر على تثبيته ، وهذا التفسير مصادرة على المطلوب Pétition de principe فأن وجود الحق منذ البداية لم تقل به الا لان للشرط اثرا رجعيا ، فلا يجوز ان يفسر هو نفسه هذا الاثر الرجعي (٣) .

٣٠٥ ــ ويذهب الاستاذ السنهوري الى ان فكرة الاثر الرجعي

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ ــ ٣٤٥ . بودري وبارد ، المرجع السابق ، ف ٨٠٩ــ١ ، ص ٤٢ . بلانيول وريبير وبولانجيه ،ج٢، ط ٣ ، ف ١٣٦٦ .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ص ٣٤٥ ، مع المراجع المشار اليها فى هامش رقم ٣.

(٣) السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٦٢

تستجيب فى اكثر الاحوال لظروف التعاقد وللنية المحتملة للمتعاقدين . ذلك ان المتعاقدين لا يعرفان وقت التعاقد ان كان الشرط يتحقق او لا يتحقق ،ولو انهما كانا يعرفان ذلك لما علقا العقد على الشرط ولجعلاه عقدا بسيطا منجزا فيمكن اذن فى كثير من الاطمئنان تفسير نيتهما على انهما ارادا ان يسند اثر العقد الى وقت التعاقد لا الى وقت تحقق الشرط (١).

موقف القوانين المدنية الحديثة من فكرة الاثر الرجعي

٣٠٦ ــ وبالنظر للنتائج التي تترتب على فكرة الاثر الرجعي من منع التصرف بالمال ، ومن جعل من تعامل مع المالك تحت شرط معرضا لزوال الحقوق التي اكتسبها من هذا الاخير ، وما يؤدي اليه ذلك من تعقيد فى المعاملات وعدم استقرار للحقوق ،لم تأخذ القوانين المدنية الحديثة، وخاصة القانون الالماني والسويسري، بفكرة الاثر الرجعي لتحقق الشرط . فقضى هذان القانونان بعدم الاثر الرجعي الا اذا اتفق الطرفان على ان يكون لتحققه هذا الاثر فى العلاقة فيما بينهما .

فكرة الاثر الرجعي فى الفقه الاسلامي

٣٠٧ ــ ولم يأخذ الفقهاء المسلمون بفكرة الاثر الرجعي فى شرط التعليق الصريح . بل هناك قاعدة كلية تقرر عكس ذلك ، وهذه القاعدة هي : « المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط ،ومعدوم قبل ثبوت شرطه » . مثلا لو علق الزوج طلاق امرأته على دخول دار فلا تطلق امرأته من هذا الطريق قبل الدخول الموقوف عليه (٢) .

٣٠٨ ــ الا ان الامر يكون على خلاف ذلك فى العقود والتصرفات التي تكون بحسب ما هيتها معلقة على شرط ضمني . فحينئذ يكون لتحقق

---

(١) المرجع السابق ، ص٦٥ . وهناك نظريات اخرى فى الموضوع اعرضنا عن ذكرها . يراجع فى ذلك بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ص ٣٤٥ ــ ٣٤٦ ، كذلك كولان وكاپيتان ، ج٢ ، ط ٨ ، ف ٤٠٠ .

(٢) المجامع وشرحه المنافع ، ص ٣٣٢ ، نقلا عن الدكتور صبحي المحمصاني المرجع السابق ، ص ٢٠٥ .

الشرط اثر رجعي • مثال ذلك تصرفات المريض مرض الموض ، فأن بطلانها معلق على الموت • فاذا مات المريض بطلت ، واذا برىء نفذت • وكذلك الحكم فى العقود الموقوفه ، فهي تنفذ بالاجازه وتعتبر صحيحة منذ انعقادها ولكنها تبطل بعدم الاجازة وتعد كأن لم تكن ابدا • ومن ذلك ايضا اجازة الورثة لوصية المورث وباقي تصرفاته الموقوفه ، فانها تنفذ من وقت الوفاة لا من وقت الاجازة (١)•

القانون المدني العراقي

٣٠٩ ــ ولم يأخذ القانون المدني العراقي بما اخذ به القانونان الالماني والسويسري ، ولا بما يقول به الفقهاء المسلمون ، بل اخذ بما تأخذ به القوانين اللاتينية فاعتبر الشرط يتحقق باثر رجعي الا اذا اتفق المتعاقدان او قضت طبيعة العقد بعكس ذلك • وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٢٩٠) بقولها : «اذا تحقق الشرط واقفا كان او فاسخا استند اثره الى الى الوقت الذي تم فيه العقد الا اذ تبين من ارادة المتعاقدين او من طبيعة العقد ان وجود الالتزام او زواله يكون فى الوقت الذي تحقق فيه الشرط » •

النتائج التي تترتب على الاثر الرجعي لتحقق الشرط

٣١٠ ــ يترتب على الاثر الرجعي لتحقق الشرط نتائج هامة ، نذكر اهمها فيما يلي :

١ ــ التصرفات التي تصدر من صاحب الحق المعلق على شرط واقف تصبح ، عند تحقق الشرط ، نافذة منذ البداية • فلو ان مالكا لعين تحت شرط واقف باع هذه العين او رهنها ، ثم تحقق الشرط الواقف ، فانه يتحقق بأثر رجعي لا بالنسبة للمالك تحت شرط واقف وحده ، بل بالنسبة للمشتري او المرتهن ايضا • فيعتبر المالك تحت شرط واقف بعد تحقق الشرط مالكا للعين

---

(١) المرجع السابق ، الموضع المذكور اعلاه .

منذ البداية ، ويترتب على ذلك انه يعتبر مالكا للعين وقت ان باعهـــا او رهنها • ومن ثم تنتقل الملكية الى المشتري او ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن لا من وقت تحقق الشرط الواقف ، بل من وقت التعاقد مع المالك • وعكس ذلك هو الذي يترتب على الاثر الرجعي لتحقق الشرط الفاسخ • فلو ان مالكا تحت شرط فاسخ تصرف فى العين ببيع او رهن ثم تحقق الشرط الفاســخ فانه يتحقق بأثر رجعي ، فيعتبر انه لم يكن مالكا منذ البداية ، فيكون البيع او الرهن الذي صدر منه قد صدر من غير مالك فلا تنتقل الملكية الى المشتري ، ولا ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن • ويلاحظ ان هذا الحكم الاخير يخفف منه قاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » اذا كان محل الالتزام منقولا • ففي هذه الحالة اذا كان البائع او الراهن مالكا تحت شرط فاسخ ثم تحقق الشرط فانه يتحقق باثر رجعي ، ومن مقتضى ذلك ان تزول عنه الملكية منذ البداية فيعتبر انه لم يكن مالكا من حين التعاقد ، ويعتبر المشتري او المرتهن انه كان قد تعامل مع غير ما لك • ولكن قاعدة الحيازه فى المنقول سند الملكية تجعل المشتري يتملك الشيء بالحيازة اذا كان حسن النية •

٢ ــ اذا كان المدين تحت شرط واقف قد اعتقد خطأ ان الشرط قد تحقق فوفى بالدين ، فقد سبق ان رأينا ان له ان يسترد ما دفع وفقا للقواعد العامة فى استرداد ما دفع دون حق • ولكن جواز الاسترداد مقصور على المرحلة التي يكون فيها الشرط معلقا ، فاذا تحقق الشرط فانه يتحقق باثر رجعي ويعتبر المدين انه كان مدينا فعلا حين دفع فلا يستطيع استرداد ما وفاه •

والعكس هو الذي يترتب على الاثر الرجعي لتحقق الشرط الفاسخ • فلو ان المدين ادى للدائن تحت شرط فاسخ حقه فانه يكون مؤديا لدين عليه فلا يستطيع ان يسترده ما دام الشرط معلقا • فاذا ما تحقــق الشــرط زال حق الدائن باثر رجعي ، وكان للمدين ان يسترد ما دفع ، اذ يتبين انه لم يكن مدينا وقت ان دفع ،فيكون قد دفع غير المستحق •

٣ ــ للدائن تحت شرط واقف ، اذا تحقق الشرط ان يطعن في تصرفات مدينه عن طريق الدعوى البولصية ، حتى ما كان منها سابقا على تحقق الشرط ، فان حقه يعتبر ، بفعل الاثر الرجعي ، موجودا منذ الاتفاق عليه لا منذ تحقق الشرط ، ومن ثم يعتبر سابقا على تصرف المدين .

استثناءات من مبدأ الاثر الرجعي

٣٠٩ ــ ليس الاثر الرجعي لتحقق الشرط مطلقا ، بل ترد عليه بعض الاستثناءات . وفيما يلي اهم هذه الاستثناءات : ــ

١ ــ بقاء اعمال الادارة . سبق ان رأينا الفقره الثانيه من المادة (٢٨٩) تنص على ان اعمال الادارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط الفاسخ . وكان من مقتضى الاثر الرجعي لتحقق الشرط ان تسقط هذه الاعمال ، لان تحقق الشرط الفاسخ يجعل المال تحت هذا الشرط كأن لم يكن مالكا من حين العقد . ولكن هذه الاعمال تبقى نافذة بالرغم من تحقق الشرط ما دامت قد تمت بحسن نية وفى الحدود المعقولة .

٢ ــ ليست فكرة الاثر الرجعي من النظام العام ، فيجوز للمتعاقدين ان يستبعدا صراحة او ضمنا الاثر الرجعي ، فينصا على ان اثر الشرط انما يكون من حين تحققه لا من حين التعاقد .

٣ ــ قد تستعصي طبيعة العقد على الاثر الرجعي . والعقود التي تستعصي طبيعتها على الاثر الرجعي هي العقود المستمرة التنفيذ . فاذا علقت هذه العقود على شرط فاسخ ونفذت مدة من الزمن ثم تحقق الشرط ، فلا يمكن فى هذه الحالة اعمال الاثر الرجعي لتحقق الشرط ، اذ العقد قد نفذ

---

(١) للاطلاع على نتائج اخرى يراجع : السنهوري، المرجع السابق، ف٤٣. بلانيول وريبير واسمان ، ج٧ ،ف ١٠٤٠ . بودري وبارد ، المرجع السابق ،ف ٨١٣ ــ ٨٢٤ . كولان وكاپيتان ودي لاموراندير ،ج٢ ، المرجع السابق ، ص ٣٧٧ ــ ٣٧٩ .

بالنسبة للماضي ولا يمكن الرجوع فى الزمن ، ولا يفسخ العقد الا بالنسبة للمستقبل .

٤ ــ اذا اصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب اجنبي لايد للمدين فيه . فاذا باع شخص شيئا تحت شرط واقف ولم يسلمه ثم هلك الشيء وبعد ذلك تحقق الشرط ، فان تحققه لا يحدث باثر رجعي ويهلك الشيء على البائع لا على المشتري . اما اذا كان المشترط فاسخا فان الهلاك يكون على المشتري . فاذا باع شخص شيئا تحت شرط فاسخ ، كبيع الوفاء مثلا ، وسلمه الى المشتري ، ثم هلك الشيء ثم تحقق الشرط ، فالهلاك يكون على المشتري . ويمكن ان نضع قاعدة عامة فى هذا الباب ، وهي ان الشيء يهلك على مالكه .

وقد نصت على الاستثناءات المتقدمة المادة (٢٩٠) من القانون المدني مباشرة بعد نصها على القاعدة العامة فى رجعية اثر الشرط فقد نصت هذه المادة على انه : « ١ ــ اذا تحقق الشرط واقفا كان او فاسخا استند اثره الى الوقت الذي تم فيه العقد الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين او من طبيعة العقد ان وجود الالتزام او زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط . ٢ــ ومع ذلك لا يكون للشرط اثر رجعي اذا اصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن بسبب اجنبي لايد للمدين فيه » .

الفصل الثانى

الاجل

LE TERME

تعريف

٣١٠ ــ يمكن تعريف الاجل كوصف من اوصاف العقد او الالتزام بانه « امر مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه نفاذ العقد اوانقضاؤه ». فاذا كان نفاذ العقد هو المترتب على الاجل كان الاجل واقفا ، واذا كان انقضاء العقدوزواله هو المترتب على الاجل كان الاجل فاسخا اومنهيا. Extinctif

والكلام عن الاجل يقتضي معرفة مقوماته ، وانواعه ، واثاره ، واسباب انتهائه . ونعالج كلا من هذه الامور فى فرع مستقل .

الفرع الاول

مقومات الاجل

شرطان

٣١١ ــ نستخلص من التعريف المتقدم للاجل انه يشترط فيه الشرطان التاليان :

١ ــ ان يكون امرا مستقبلا .
٢ ــ ان يكون امرا محقق الوقوع .

ونرى كلا من هذين الشرطين على حدة .

اولا ـ امر مستقبل

٣١٢ ـ يجب ان يكون الاجل امرا مستقبلا ، وفى هذا يتفق مع الشرط فكل منهما امر مستقبل • فلو كان امرا ماضيا او حاضرا لم يكن اجلا وكان العقد منجزا غير مضاف الى اجل ، حتى لو كان المتعاقدان يجهلان عندالتعاقد ان الاجل الذي ضرباه للمستقبل كان قد حل • فلو عين الملتزم اجلا لتنفيذ التزامه موت شخص معين ، وكان هذا الشخص قد مات قبل ذلك دون ان يعلم الملتزم ، فان الالتزام ينشأ فى هذه الحالة منجزا حال الاداء (١)• ويكون الاجل عادة تاريخا معينا فى يوم معين ، من شهر معين ، من سنة معينة •

ثانيا ـ امر محقق الوقوع

٣١٣ ـ ويجب ان يكون الاجل امرا محقق الوقوع ، وفى هذا يختلف عن الشرط • •فالشرط ، كما سبق ان رأينا ، امر مستقبل غير محقق الوقوع• وهذا الفرق بين الشرط والاجل جوهري وعليه تترتب الفروق الاخرى • فلما كان الشرط امرا غير محقق الوقوع كان العقد المعلق عليه غير نافذ اذا كان الشرط واقفا ، وغير لازم اذا كان الشرط فاسخا ، ومن ثم اذا تحقق الشرط تحقق باثر رجعي • اما الاجل فامر محقق الوقوع ، فالعقد المقترن به عقد تام ولكنه غير نافذ اذا كان الاجل واقفا ،اي ان حكمه مؤجل فقط • ومن ثم لا يكون للاجل اثر رجعي

الاجل المعين والاجل غير المعين

٣١٤ ـ قد يكون الاجل معينا ، وقد يكون غير معين • فالاجل المعين Terme certain هو ما كان تاريخ وقوعه معينـــا ، كيوم معين في شهـــر معين فى سنة معينة • والاجل غير المعين Terme Incertain هو الذي لا يعرف تاريخ وقوعه • وعدم معرفة تاريخ وقوع الاجل لا ينفي عنه صفة الاجل ، ذلك انه اذا كان امرا محققا فان تحققه انما ينصرف الى وقوعه لا الى

---

(١) السنهوري ، الوسيط ، ف ٤٨ ، ص ٧٨ ، كذلك الموجز ، ف ٤٨٣ .

تاريخ وقوعه . وخير مثال للاجل غير المعين الموت ، فهو امر محقق الوقوع ولكن تاريخ وقوعه غير معروف . ففي التأمين على الحياة ، التزام شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين عند موت المؤمن على حياته هو التزام مضاف الى اجل غير معين . وفى الالتزام بترتيب مرتب مدى الحياة ، التزام المدين بالمرتب مضاف الى اجل غير معين هو وفاة صاحب الحق فى المرتب .

التمييز بين الاجل غير المعين والشرط

٣١٥ ــ وقد يلتبس الامر احيانا بين الاجل غير المعين والشرط ، وخاصة اذا استعمل الطرفان ادوات التعليق على شرط او الاضافة الى اجل كلا فى محل الاخرى . مثال ذلك ما ذا قال شخص لاخر : « عندما تتزوج أؤجرك داري بمبلغ كذا » ، او : « اذا امطرت السماء اشترات حاصل ارضك » . فى هذه الحالة نرجع الى معيار التمييز بين الاجل والشرط ، ولا اهمية للعبارات التي استعملها المتعاقدان . فاذا كان الامر محقق الوقوع كان اجلا ، ولو استعمل المتعاقدان اداة الشرط «اذا» ، واذا كان غير محقق الوقوع كان شرطا ، ولو استعمل المتعاقدان كلمة (عندما) التي تفيد الاضافة الى المستقبل . فالزواج امر غير محقق الوقوع فهو شرط ، والمطر امر محقق الوقوع ولكن تاريخ وقوعه غير معروف ، وعليه فهو اجل

التزام المدين بالوفاء عند الميسرة او لدى القدرة والاستطاعة

٣١٦ ــ ومن صور الالتباس الذي قد يحدث بين الشرط والاجل غير المعين ما اذا اتفق المتعاقدان على ان يكون الوفاء « لدى القدرة والاستطاعة او عند الميسرة » فهل تعتبر القدرة والميسرة اجلا او شرطا ؟ فالقدرة او الميسرة قد تعتبر شرطا باعتبارها امرا غير محقق الوقوع ، فيكون المدين قد علق التزامه على شرط واقف هو القدرة والميسرة ، فاذا ايسر وتحققت مقدرته على الوفاء فقد تحقق الشرط ووجب عليه الوفاء بالتزامه . اما اذا لم ييسر ولم تتحقق مقدرته على الوفاء طول حياته فقد تخلف الشرط وسقط التزامه ولا يجب عليه الوفاء . كما ان القدرة

والميسرة قد تعتبر اجلا ، فيكون المدين قد قصد ان يفي بدينه على كل حال ، اما عند القدرة والميسرة ، او عند الموت اذا لم يواته اليسار حال حياته ، فيكون الاجل هنا غير معين وهو احد حادثين : اليسار او الموت. واذا قام شك في تعرف قصد المتعاقدين وما اذا ارادا ضرب اجل للوفاء او تعليق الوفاء على شرط ، فسرناه بالاجل لا بالشرط . فقد سبق ان رأينا فى تفسير العقد (١) قاعدة « اعمال الكلام اولى من اهماله » ، ورأينا فى شرح هذه القاعدة ان الكلام اذا احتمل معنيين حملناه على المعنى الذي يعطيه اثرا اكبر . وتفسير قصد المتعاقدين فى الحالة التي نحن بصدد بانهما ارادا الاجل لا الشرط انما هو تطبيق لهذه القاعدة . قد يعترض على هذا التفسير بانه يتعارض وقاعدة « الشك يفسر لمصلحة المدين » ، ويمكن الرد على هذا الاعتراض بان تفسير قصد المتعاقدين بانهما ارادا الشرط لا الاجل يؤدي الى اهمال الكلام لا اعماله ، وهذ يخالف القواعد العامة فى التفسير ويخالف المعهود فى المعاملات ، اذ المعهود فى المعاملات فى مثل هذه الحالة ان المتعاقدين انما يريدان تأجيل الوفاء الى حين القدرة والاستطاعة ، اي ان يجعلا من هذه اجلا لا شرطا . ثم ان هناك قاعدة كلية اخرى تقضي بانه : « يلزم مراعاة الشرط قدر الامكان » (م٨٣ مجله) . وتطبيق هذه القاعدة يقتضي تفسير المقصود بالمقدرة او الميسرة بالاجل لا بالشرط .

٣١٧ ــ فاذا تبين لنا ان المتعاقدين قصدا الاجل ولا الشرط كان للدائن ان يطلب تحديد موعد للوفاء ، فاذا لم يتفق هو والمدين على ذلك جاز له ان يطلب من المحكمة ان تعين موعدا وقد اجازت المادة (٩٢٧) من القانون المدني له ذلك ، فنصت على انه : « اذا تبين من الالتزام ان المدين لا يقوم بوفائه ا لاعند المقدرة او الميسرة عينت المحكمة ميعادا مناسبا لحلول الاجل مراعيه فى ذلك موارد المدين الحاليه والمستقبله مفترضه فيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه » . وقد امدت هذه

(١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف٦٠٩ وما بعدها .

المادة القاضي بالعناصر التي يستعين بها فى تعيين ميعاد حلول الدين . وهذه العناصر هي : ١ ــ موارد المدين الحالية ، اي الاموال الموجودة عنده . ٢ ــ موارده المستقبلة ، اي الاموال التي يتوقع ان يحصل عليها فى المستقبل . ٣ ــ ان يتطلب من المدين عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه . فيتطلب منه ان يقدم الوفاء بديونه على بعض حاجاته الاخرى . فاذا عجز القاضي ، فى اي وقت من حياة المدين ، عن تحديد موعد للوفاء بتعيين اليوم الذي يصبح فيه المدين موسرا او قادرا على الوفاء بدينه ، تربص به حتى الموت . فاذا مات حل دينه ، ويستوفي الدائن حقه من التركة (١).

الاجل فى العقود المستمرة التنفيذ

٣١٨ ــ سبق ان رأينا فى الجزء الاول من هذا الكتاب (٢) ان العقود المستمرة التنفيذ هي العقود التي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها وبه يتحدد تنفيذها ، وبقدر ما يمر من الزمن تعتبر هذه العقود قد نفذت فى جزء منها . وقد سبق ان رأينا امثلة لهذه العقود ، وهي الايجار والعمل والتوريد ، فهل يمكننا ان نعتبر هذه العقود مقترنة باجل فاسخ ؟ اذا نظرنا الى الزمن فى هذه العقود وجدناه عنصرا جوهريا وبه يتحدد تنفيذ الالتزام ، فاذا انعدم كان العقد باطلا ، بعكس الحال فى العقود الاخرى فالزمن عنصر عرضي فيها ، فاذا انعدم كان العقد منجزا . فعقد الايراد المرتب مدى الحياة عقد مستمر التنفيذ الزمن فيه هو حياة من رتب له الايراد ، فاذا انعدم الزمن فيه، بان كان صاحب الايراد قد مات قبل العقد ، كان باطلا . وهذا ما قضت به المادة (١٩٧٤) من القانون المدني الفرنسي بقولها : « كل عقد رتب ايرادا مدى الحياة لشخص كان قد مات في يوم ابرام العقد لا يكون له اي اثر » . اما فى العقود

---

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٥٤

(٢) ف ٧٠ وما بعدها .

(٣) يراجع فى ذلك الاستاذ عبد الحي حجازي ، فى عقد المدة . كذلك السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٥٢

الاخرى ، فاذا انعدم الزمن كان العقد منجزا حال الاداء . فاذا عين الملتزم اجلا لتنفيذ التزامه موت شخص معين ثم تبين انهذا الشخص كان قد مات قبل العقد دون ان يعلم الملتزم ، فان الالتزام ينشأ فى هذه الحالة منجزا حال الاداء . وقد سبق ان رأينا ذلك .

الفرع الثانى

انواع الاجـل

٣١٩ ــ ينقسم الاجل من حيث اثره الى واقف وفاسخ ، ومن حيث مصدره الى اجل اتفاقي واجل قضائي ، او نظرة الميسرة ، واجل قانوني . ونرى انواع الاجل من حيث اثره اولا ، ثم انواعه من حيث مصدره، وذلك فى مبحثين متتابعين .

المبحث الاول

انواع الاجل من حيث اثره

(الاجل الواقف والاجل الفاسخ)

الاجـل الواقـف Terme suspensif

٣٢٠ ــ يكون الاجل واقفا اذا ترتب على حلوله نفاذ العقد . فالعقد موجود مستكمل كافة عناصره واركانه بدون الاجل ، ولكن نفاذه اضيف الى اجل ، فلا يمكن المطالبة بتنفيذه فى الحال . فاذا حل الاجل اصبح نافذا وامكن مطالبة المدين بتنفيذ التزامه . مثال ذلك القرض المؤجل ، فالمقترض يلتزم برد ما اقترضه بعد مدة من استلام مبلغ القرض . فاذا حل الميعاد المعين للدفع وجب عليه ان ان يدفع ما بذمته وامكن مطالبته بذلك . وكذلك الامر فى العارية والوديعة والاجارة ، فالتزام كل من المستعير والوديع والمستأجر برد العين المعاره او المودعة او المؤجرة مقترن باجل واقف .

الاجل الفاسخ او المنهي Terme extinctif

٣٢١ ــ ويكون الاجل فاسخا او منهيا اذا ترتب على حلوله انقضاء العقد ، او الالتزام ، وزواله . ولا يصف بعض الفقهاء الفرنسيين (١) الاجل في هذه الحالة بـ « الفاسخ » Résolutoire لما يشعر به هذا الوصف من الاثر الرجعي ، كما في الشرط الفاسخ ، ويستعملون بدلا منه تعبير « الاجل المنهي » . وقد استعمل القانون المدني العراقي تعبير « فاسخ » ، وكذلك فعل القانون المدني المصري . وسنرى ذلك في محله .

٣٢٢ ــ وقد اختلف الفقهاء في ما اذا كان يوجد اجل فاسخ ام لا . فذهب بعضهم الى ان الاجل الفاسخ ليس وصفا من اوصاف الالتزام بالمعنى الدقيق ، لانه لا يعدل من اثاره ، والى انه الطريق الطبيعي لانهاء الالتزام بالمعنى الدقيق ، لانه لا يعدل من اثاره ، والى انه الطريق الطبيعي لانهاء الالتزام الزمني ، اي الذي يستغرق تنفيذه مدة من الزمن ، فهو يحدد مدة بقاء ذلك الالتزام . وليس هنا مجال ايراد حجج كل من الفريقين .

المبحث الثاني

انواع الاجل من حيث مصدره

الاجل الاتفاقي والاجل القضائي والاجل القانوني

٣٢٣ ــ مصدر الاجل اما ان يكون اتفاق الطرفين او القانون او القضاء . وعليه فهو اما ان يكون اتفاقيا او قانونيا او قضائيا ، ويسمى في هذه الحالة الاخيرة بـ « نظرة الميسرة » . ونرى كلا من ذلك على حدة .

اولا ــ الاجل الاتفاقي

٣٢٤ ــ الاصل في الاجل ان يتفق عليه المتعاقدان . فيتفق البائع

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ج٧ ، ف ٩٩٨ .

(٢) يراجع السنهوري ، الوسيط ، ف ٥٦ ، مع المراجع المشار اليها في هامش رقم ١ ، ص ٨٩ .

والمشتري مثلا على تأجيل دفع الثمن الى ميعاد معين ، او على دفعه اقساطا في مواعيد يتفقان عليها ، او على تأخير تسليم المبيع . وقديكون الاتفاق الذي يحدد الاجل ضمنيا ، وعندئذ يستخلص من طبيعة المعاملة . مثال ذلك ان يتفق المتعاقدان في الصيف على عمل لا يمكن ان يتم الا في فصل الشتاء ، كما اذا تعهد مقاول في الشتاء بتبريد مستشفى او عمارة او دوائر حكومية الخ .. فتبريد المحل لا يمكن ان يتم الا في الصيف . وعلى العكس من ذلك قد يتفق المتعاقدان في الصيف على عمل لا يمكن ان يتم الا فصل الشتاء ، كما اذا اتفقا على تدفئة محل وكان الوقت صيفا . وقد تدق المسألة احيانا، فيصعب تحديد الاجل بالضبط . مثال ذلك ان يتعهد مقاول ببناء عماره دون تحديد مدة لانهاء العمل وتسليم العمارة . فاذا وقع نزاع في ذلك قامت المحكمة بتعيين المدة مسترشدة في ذلك بالمألوف بين الناس والعادة المتبعة في مثل هذه الامور .

ثانيا ـ الاجل القانوني

٣٢٥ ـ وقد يقوم القانون نفسه بتحديد الاجل . والامثلة على ذلك كثيرة . من ذلك ما نصت عليه المادة (١٠٧٠) من القانون المدني من انه : « لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص او شرط . ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين . فاذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة اطول او مدة غير معينة فلا يكون الاتفاق معتبرا الا لمدة خمس سنين .. » . ومن ذلك ايضا ما نصت عليه المادة (٧٤١) مدني في حالة عدم تحديد مدة لعقد الايجار ، او عقد الايجار لمدة غير محدودة ، او تعذر اثبات المدة المدعى بها ، فيعتبر الايجار منعقدا للمدة المحدودة لدفع الاجرة وينتهي بانقضاء هذه المدة بناء على طلب احد العاقدين اذا هو نبه المتعاقد الاخر بالاخلاء في مواعيد تنص عليها المادة نفسها . ومن ذلك ايضا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٩٠٣) في حالة ما اذا عقد العمل لمدة حياة العامل او

رب العمل او لاكثر من خمس سنوات ، ففي هذه الحالة يجوز للعامل بعد خمس سنوات ان يفسخ العقد دون تعويض على ان ينظر رب العمل الى ستة اشهر • وهناك نصوص اخرى كثيرة نعرض عن ذكرها ونكتفي بالنصوص المتقدمة •

وقد يصدر المشرع قوانين استثنائية فى اوقات الازمات الاقتصادية يمنح بموجبها اجلا لجميع المدينين للوفاء بديونهم •

ثالثا ـ الاجل القضائي (او نظرة الميسره) Délai de grâce

٣٢٦ ـ وقد يمنح القاضي المدين المعسر اجلا للوفاء بدينه اذا استدعت حالته الرأفة به ، ولم يلحق الدائن ضرر جسيم نتيجة هذا التأجيل ولم يوجد نص فى القانون يمنع ذلك • والاجل القضائي يسمى فى الفقه الاسلامي بـ « نظرة الميسرة » • وقد سبق ان رأينا ان هذه التسمية مأخوذة من الاية الكريمة : « وان كان ذو كسرة فنظرة الى ميسرة »(١) •

٣٢٧ ـ وقد نص القانون المدني العراقي على المبدأ فى نظرة الميسرة فى الفقرة الثانية من المادة (٣٩٤)• فقد نصت هذه المادة على انه: « ••ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعها نص فى القانون ان تنظر المدين الى اجل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم »• فمنح المحكمة المدين نظرة الميسره راجع الى تقديرها الا اذا منعها نص فى القانون • ومثال النص القانوني الذي يمنعها من منح نظرة الميسرة ما قضت به الفقرة الثانية من المادة (٥٨١) من انه : « ويتعين الحكم بالفسخ فورا اذا طلب البائع ذلك وكان مهددا ان يضيع عليه المبيع والثمن » • ومن ذلك ايضا ما نصت عليه المادة (٥٨٢) من انه « اذا اشترط البائع ان يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد كان للمشتري مع ذلك ان يدفع بعد انقضاء الميعاد ما دام لم يعذر الا اذا نص فى العقد على ان الفسخ يقع دون اعذاره • وفى كل حال لا يجوز للمحكمة ان تمنح المشتري اي اجل » •

---

(١) البقرة ، آية ٢٨٠

شروط منح المهلة القضائية لو نظرة الميسره

٣٢٨ ــ وقد نصت المادة (٣٩٤) على الشروط اللازم توافرها لمنح نظرة الميسرة • وهذه الشروط هي :

١ ــ ان يكون المدين معسراً •

٢ ــ ان تستدعي حالته ذلك ، فيجب الا يكون اعساره قد حل بخطأه او غشـــــه •

٣ ــ الا يترتب على المهلة ضرر جسيم بالدائن •

وقد اشترطت بعض القوانين شرطا رابعا هو الا تكون المحكمة قدمنحت المدين مهلة سابقة ، ولم ينص القانون المدني العراقي على هذا الشـرط • ويذهب بعض الفقهاء الى انه على الرغم من عدم وجود هذا الشرط فانه يجب تطبيقـــه (١)•

ونحن لا نميل الى الاخذ بهذا الرأي ، ونرى انه يجوز للمحكمة ان تمنح المدين مهله ولو كانت قد منحته سابقا مهلة اخرى ، وذلك اذا كانت حالته تستدعي ذلك • فقد يحدث فى اثناء الازمات الاقتصادية الا يستطيع المدين الوفاء بالتزامه بالرغم من المهلة التي منحته اياها المحكمة• ثم ان المشرع العراقي لم ينص على هذا الشرط ، ولو كان يريد الاخذ به لنص عليه صراحة كما فعلت بقية القوانين •

اثر المهلة القضائيـــة

٣٢٩ ــ الاثر الوحيد للمهلة القضائية انها تمنع الاستمرار فى الدعوى وليس من شأنها ان ترجىء استحقاق الدين او حلوله ، فاذا ايسر المدين قبل انتهائها جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ان تأمره بالوفاء فى الحال •والمهلة القضائية لا تمنع المقاصة ولا الفوائد التأخيرية • ومن اثار المهلة القضائية انها تمنع سريان التقادم ، فلا يبدأ هذا بالسريان على الحق قبل انقضائها •

---

(١) الدكتور حسن علي الذنون ، احكام الالتزام ، ١٣٧١ هـ ــ ١٩٥٢ م، ص ١٧٥ .

ولكن الدين يبقى حالا مع جميع النتائج المترتبة على ذلك فيبقى الاعذار بكامل اثاره وتنتقل تبعة الهلاك الى المدين الذي لم يقم بتسليم محل الالتزام في الوقت المحدد له . ويجوز للدائن ان يتخذ الوسائل اللازمة للمحافظة على حقه كالدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية .

الحقوق التي يلحقها الاجل

٣٣٠ جميع الحقوق العينية والشخصية يمكن ان يلحقها وصف الاجل ما عدا حق الملكية . وقد نصت على هذا الحكم المادة (٢٩٢) من القانون المدني بقولها : « ولا يصح في العقد اقتران الملكية باجل » . والسبب في ان حق الملكية لا يمكن ان يلحقه الاجل هو انه حق تأبى طبيعته ان يقترن باجل واقف او فاسخ ، فهو يجب ان يكون مؤبدا . وهو يتأبد في انتقاله من مالك الى مالك . فلا يجوز مثلا ان ابيعك داري لمدة سنة . ولا يجوز كذلك ان يقترن باجل واقف ،فلايجوز مثلا ان اشترى دارك ابتداء من السنة القادمة(١).

لمصلحة من يتقرر الاجل ؟

٣٣١ ــ الاصل في الاجل انه يتقرر لمصلحة المدين ، ومع ذلك فقد يتبين العكس من طبيعة العقد او من ظروف التعاقد او من نص القانون. وهذا ما قضت به الفقرة الاولى من المادة (٢٩٤) مدني بقولها ، « يفترض في الاجل انه ضرب لمصلحة المدين الا اذا تبين من العقد او نص في القانون او من الظروف انه ضرب لمصلحة الدائن او لمصلحة الطرفين معا » .

فمثال الاجل المضروب لمصلحة الدائن ما اذا كان شخص ينوي بناء عمارة في تاريخ معين واتفق مع متعهد على ان يورد له ما يلزم من مواد

---

(١) يذهب الدكتور حسن علي الذنون الى ان العقد الناقل للملكية يجوز اقترانه باجل ، فيجوز ان تقول للمشتري ابيعك هذه العين بمبلغ قدره كذا بعد سنة او سنتين (المرجع السابق ١٧١) . ولكن هذا الرأي يثير التساؤل بالنسبة لانتقال الملكية ، فهل تنتقل هذه في الحال او بعد سنتين ؟ فاذا قلنا انها تنتقل فلا يكون العقد عندئذ قد اقترن باجل . واذا قلنا انها لا تنتقل كنا أمام وعد بالبيع لا أمام بيع تام .

البناء واشترط عليه ان يكون تسليم هذه المواد فى تاريخ معين ، وهو يقصد بذلك ان يتخلص من ايجاد محل لخزن هذه الاشياء . ومثاله ايضا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٩٦٩) مدني من انه : « اذا كان الايداع باجرة فليس للوديع ان يردها قبل الاجل المعين الا اذاكان له عذر مشروع .. » .

٣٣٢ ــ وقد تقضي طبيعة العقد بان يكون الاجل لمصلحة الطرفين . مثال ذلك عقد القرض بفائدة ، فهو فى مصلحة الدائن لانه يتقاضى فائدة عن المدة التي تسبق الوفاء ، وهو فى مصلحة المدين لانه لا يكون ملزما بالوفاء قبل حلول الاجل

الفرع الثالث

اثار الاجل

٣٣٣ ــ تختلف اثار الاجل قبل حلوله عنها بعد حلوله . ونرى كلامن هذه الاثار فى مبحث مستقل .

المبحث الاول

اثار الاجل قبل حلوله

٣٣٤ ــ الاجل كالشرط نوعان : واقف وفاسخ . وتختلف الاثار التي تترتب على كل منهما عن الاثار التي تترتب على الاخر . ونرى كلا من ذلك على حدة .

اولا ــ الاجل الواقف

٣٣٥ ــ ومثال الاجل الواقف ما اذا اشترى شخص شيئا على ان يدفع ثمنه بعد مدةمعينة.ففي هذا المثل يكونالمشتري ملزماباالاداء بعد انقضاءالمدة المحددة للوفاء ، فالتزامه فى هذه الحالة مقترن باجل واقف . فما هي اثار

الالتزام المقترن بمثل هذا الاجل ؟ تنص الفقرة الاولى من المادة (٢٩٣) مدني على ان « العقد المضاف الى اجل واقف ينعقد سببا فى الحال ولكن يتأخر وقوع حكمه الى حلول الوقت المضاف اليه » . وهذه المادة مقتبسة من الفقه الاسلامي ، فلا بد من معرفة ما يقرره هذا الفقه فى هذا الصدد . تنقسم العقود فى الفقه الاسلامي من حيث جواز اضافتها الى المستقبل الى نوعين :

١ ــ العقود التي لا تتضمن التمليك فى الحال ، وهذه وحدها يصح اضافتها المستقبل . واهم هذه العقود الاجارة والوكالة والكفالة والمزارعة والمساقاة . فيصح مثلا ان أؤجرك داري لمدة سنة على ان تبدأ الاجارة فى اليوم الاول من الشهر القادم ، ويصح ايضا ان يكفل شخص اخر ابتداء من تاريخ معين ، ويصح كذلك ان تضاف المزارعة والمساقاة ، وبقية العقود المشابهة لها ، الى اجل على النحو المتقدم .

٢ ــ العقود التي هي من نوع التمليك فى الحال ، كالبيع والهبه ، وهذه لا تصح اضافتها الى المستقبل (١) . وقد نص القانون المدني على ذلك في المادة (٢٩٢) بقوله : « لا يصح فى العقد اقتران الملكية باجل » .

الحق المقترن باجل واقف مؤكد الوجود ولكنه غير نافذ

٣٣٦ ــ فاذا اضيف العقد الذي يصح اقترانه باجل الى اجل واقف انعقد فى الحال وانتج اثره ، وهو انشاء الالتزمات على عاتق كل من المتعاقدين ولكن حكمه ، وهو وجوب تنفيذ هذه الالتزامات ، يتأخر الى حلول الاجل المضاف اليه . ويترتب على ذلك ان الدائن فى العقد المضاف الى اجل واقف يملك حقا مؤكدا ، ولكن حقه هذا غير نافذ فى الحال . ويترتب على كل

---

(١) يضيف الدكتوتر حسن علي الذنون الى هذين النوعين من العقود نوعا ثالثا وهو : « عقود لا تكون الا مضافة لاجل وهي الوصية والايصاء » (المرجع السابق ، ص ١٧٠) . ومن الواضح جدا ان « الوصية والايصاء » ليست بعقود . ثم اننا لم نستطع ان نميز بين الوصية والايصاء . فالايصاء مصدر « اوصى » ، والوصية اسم من الايصاء ، وقد يسمى الموصى به فيقال : « هذه وصيته » اي الموصى به . ويقال اوصى اليه ، اي اقامه وصيا (راجع البستان ، كلمة اوصاه) . وقد جاء فى القرآن الكريم : من بعد وصية يوصى بها » (النساء آية ١١) .

من كون الدائن يملك حقا مؤكدا ومن كون حقه غير نافذ فى الحال بعض النتائج نذكر اهمها فيما يلي :

١ ـ النتائج التي تترتب على ان الدائن يملك حقا مؤكدا

٣٣٧ ـ النتائج التي تترتب على كون الحق المقترن باجل واقف حقا مؤكدا تشابه النتائج التي تترتب على الحق المعلق على شرط واقف . واهم هذه النتائج هي التالية :

١ ـ يستطيع صاحب الحق المضاف الى اجل واقف ان يتصرف بحقه بكافة انواع التصرفات ، كالبيع والهبه والابراء ، الخ .. وينتقل منه كذلك الى ورثته .

٢ ـ يجوز للدائن ان يتخذ الوسائل التحفظية للمحافظة على حقه ، كوضع الاختام ، وتصديق توقيع مدينه اذا لم يكن مصدقا من الكاتب العدل، واقامة الدعوى غير المباشرة ، الخ .. وذلك على النحو الذي رأيناه فى الحق المعلق على شرط واقف .

٣ ـ اذا وفى المدين دينه المؤجل عن بينة واختيار لم يكن له استرداد ما دفع بدعوى استرداد ما دفع دون حق ، لانه انما وفى دينا موجودا ومؤكدا في ذمته ، ويعتبر نازلا عن الاجل المقرر لمصلحته .

٤ـ اذا هلكت العين محل الحق المؤجل قضاء وقدرا ، اي بدون خطأ المدين ، هلكت على الدائن لا على المدين ، فالمستعير والمستأجر مدينان برد العين المعارة او المؤجرة عند انتهاء مدة الاعارة او الاجارة ، فاذا هلكت العين قبل الرد بدون خطئهما هلكت على المعير او المؤجر . قد يتبادر الى الذهن ان هذا الحكم يختلف عن الحكم الذي رأيناه فى الحق المعلق على شرط واقف ، فقد سبق ان رأينا ان الشيء يهلك فى هذا الحق على المدين بالتسليم لا على الدائن ، كما اذا باع شخص سيارته تحت شرط واقف هو ان يوافق شخص ثالث على البيع ، فالسيارة تهلك قبل تحقق الشرط على المدين بالتسليم ، اي البائع ، لا على الدائن به ، اي المشتري . ولكن الحقيقة هي ان لا فرق بين الحالتين ، ذلك ان الشيء انما يهلك على مالكه ، والمالك فى الحق

المعلق على شرط واقف هو المدين بالتسليم ، بينما فى الحق المضاف الى اجل واقف هو الدائن بالتسليم .

٢ ـ النتائج التي تترتب على ان حق الدائن غير نافذ

٣٣٨ ـ ولكن الدائن فى الحق المضاف الى اجل واقف اذا كان يملك حقا مؤكد الوجود ، الا ان حقه هذا غير نافذ. ويترتب على ذلك بعض النتائج نذكر اهمها فيما يلي :

١ ـ لا يستطيع الدائن المطالبة بحقه قبل حلول الاجل (١) .

٢ ـ وهو لا يستطيع كذلك اقامة الدعوى البولصية لانها مقدمة للاعمال التنفيذية ، وهو لا يستطيع التنفيذ بحقه فى الحال كما تقدم القول .

٣ ـ لا يسري التقادم بالنسبة للحق المضاف الى اجل الا من حين حلول الاجـــــل .

٤ ـ لا يستطيع الدائن ان يتمسك بالمقاصة بين حقه المؤجل وبين دين حال عليه للمدين ، ذلك لان المقاصة لا تقع الا بين دينين في درجة واحدة من القوة ، والدين الحال اقوى من الدين المؤجل . ثم ان المقاصة تتضمن التنفيذ الجبري ، والدين المؤجل لا يمكن الاجبار على تنفيذه كما قلنا .

٥ ـ لا يجوز للدائن ان يحبس حقا للمدين عنده ، لان الحبس لا يكون الا بدين مستحق الاداء . وقد سبق ان رأينا ذلك فى حـق الحبس .

ثانيا ـ الاجل الفاسخ

الحق المقترن باجل فاسخ حق موجود ونافذ ولكنه مؤكد الزوال

٣٣٩ ـ واذا كان الاجل فاسخا فحق الدائن قبل حلول الاجل موجـود ونافذ ولكنه مؤكد الزوال عند حلول الاجل . مثال ذلك حق المستأجـــر فى الانتفاع بالعين المؤجرة فى خلال مدة الايجار ، فالمستأجر يتمتع بحق ثابت فى الانتفاع بالعين المؤجرة فى الحال ولكن الى حين . فاذا انتهت مدة الايجار

---

(١) لذلك يقول المثل الفرنسي الشائع : « المدين لاجل غير مدين بشيء »
Qui doit à terme ne doit rien.

زال حقه فى ذلك ووجب عليه اعادة العين المؤجرة الى المؤجر . وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٢٩٣) مدني بقولها : « العقد المقترن باجل فاسخ يكون نافذا فى الحال ولكن يترتب على انتهاء الاجل انقضاء العقد » .

٣٤٠ ــ ويترتب على ان الحق المقترن باجل فاسخ حق موجود ان الدائن يستطيع ان يطالب به ، وان يتخذ جميع الوسائل التنفيذية للحصول عليه ولاجبار المدين على التنفيذ .

ويترتب على هذه الصفة للحق المقترن باجل فاسخ ان صاحبه يستطيع ان يتصرف به بكافة انواع التصرفات ،وتنفذ هذه التصرفات فى الحال ولكن فى حدود حقة . فهو حق محدود باجله فهو حق مؤقت ضرورة . فالمستأجر مثلا يستطيع ان يتصرف فى حقه بالايجار من الباطن وبالنزول عن الايجار لغيره ، ويكون ذلك بطبيعة الحال فى حدود الايجار الاصلي (١).

مقارنة بين الحق المقترن باجل فاسخ والحق المعلق على شرط فاسخ

٣٤١ ــ واذا قارنا بين الحق المقترن باجل فاسخ والحق المعلق على شرط فاسخ وجدنا هما يتفقان فى الوجود والنفاذ ، فكل منهما حق موجود ونافذ ، ولكنهما يختلفان فى ان الحق المقترن باجل فاسخ مؤكد الزوال اما الحق المعلق على شرط فاسخ فعلى خطر الزوال اي محتمل الزوال . فالحق المقترن باجل فاسخ اضعف من هذه الناحية من الحق المعلق على شرط فاسخ، ولكنه اقوى منه من ناحية اخرى فهو عندما يزول لا يزول باثر رجعي ، بعكس الحق المعلق على شرط فاسخ فهو يزول باثر رجعي (٢) .

المبحث الثاني

اثار الاجل بعد حلوله

١ ــ الاجل الواقف

٣٤٢ ــ اذا حل الاجل الواقف اصبح حق الدائن نافذا ، فيستطيع

---

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٦٧ .
(٢) المرجع السابق ، الموضع المذكور اعلاه .

المطالبة به ، ويستطيع كذلك اجبار المدين على تنفيذ التزامه واتخاذ الوسائل التنفيذية للحصول على حقه . وحلول الاجل الواقف يجعل حق الدائن ، بصورة عامة ، بسيطا لا موصوفا ، وعندئذ تنطبق عليه القواعد العامة التي رأيناها فى تنفيذ الالتزام .

٣٤٣ ــ وليس لحلول الاجل الواقف اثر رجعي كما هو الحال فى تحقق الشرط الواقف ، فلا يعتبر الحق نافذا من وقت الاتفاق ، بل من وقت حلول الاجل . وهذا مستفاد من ان الاجل امر محقق الوقوع ، ويتفق فى الوقت ذاته مع نية الطرفين (١) .

هل يترتب على انتهاء الاجل الواقف ان يصبح المدين فى حالة اعذار ؟

٣٤٣ ــ واذا انتهى الاجل الواقف فهل يترتب على انتهائه ان يصبح المدين فى حالة اعذار بتنفيذ التزامه ، او لابد من اعذار الدائن اياه ؟ مثال ذلك ما اذا انتهت مدة الاعارة ، او مدة الايجار ، او حل اجل الدين اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، فهل يصبح كل من المستعير والمستأجر والمقترض معذرا برد العين المعارة اوالعين المستأجرة او بوفاء الدين ؟ اذا قلنا بذلك كان معناه تحول يد المدين من يد امانة الى يد ضمان فى حالة العارية والايجار ، فتنتقل تبعة هلاك العين المعارة والعين المؤجرة من عاتق المعير والمؤجر الى عاتق المستعير والمستأجر ، ويترتب على ذلك ايضاان المقترض يجب ان يدفع فوائد المبلغ للمدة التي تأخر فيها عن الوفاء . وقد اخذت بذلك بعض القوانين المدنية الحديثة ،كقانون الالتزامات السويسري (م٢|١٠٢) الذي اعتبر المدين فى حالة اعذار عند حلول الاجل اذا كان اليوم الذي يجب فيه الوفاء قد حدد باتفاق الطرفين . وكذلك فعل القانون المدني الالماني (١). اما القانون المدني العراقي فلم يتطرق الى هذه المسألة . لذلك فلا بد من اعذار الدائن للمدين لترتب الاثار المتقدمة .

---

(١) السنهوري ، الوسيط ، ف ٧٧ ،ص ١٣٠ ،كذلك الموجز ، ف ٤٨٩ .
(٢) سالي ، النظرية العامة للالتزام فى القانون المدني الالماني ،ف٨٩ ،ص ٢٤ ــ ٢٦ .

المبحث الثـــالث

انتهاء الاجـــل

طريق طبيعي وطريقان استثنائيان

٣٤٤ ــ الطريق الطبيعي لانتهاء الاجل هو حلوله ، وهذا الطريق لا يثير صعوبه ما • فاذا اقترض شخص مبلغا من المال الى اجل وحل الاجل وجب عليه ان يدفع المبلغ الذي اقترضه • واذا عينت فترة لحلول الاجل فانه يحل في اليوم الاخير من هذه الفترة،كما اذا حدد لحلوله العشرة الاولى من شهر رمضان او الشهر الثالث من سنة ١٩٦٠ فانه يحل في اخر اليوم العاشر من شهر رمضان وفي الحادي والثلاثين من الشهر الثالث من سنة ١٩٦١ ، ويمكن المطالبه بالدين ابتداء من اليوم الذي يلي هذين اليومين •

٣٤٥ ــ وقد ينتهي الاجل قبل حلوله استثناء اذا وجدت اسباب تؤدي الى ذلك • وهناك سببان يؤديان الى هذا الانتهاء • وهما : النزول عن الاجل ممن قرر لمصلحته ، وسقوطه • ونرى كلا من هذين السببين على حدة •

اولا ــ انتهاء الاجل بالنزول عنه ممن قرر لمصلحته

٣٤٦ ــ وقد نصت على هذا الطريق من طرق انتهاء الالتزام الفقـــرة الثانيه من المادة (٢٩٤) من القانون المدني بقولها : « واذا تمحض الاجـل لمصلحة احد الطرفين جاز لهذا الطرف ان ينزل عنه بارادته وحده » • فـــاذا كان الاجل قد ضرب لمصلحة الدائن وحده جازله ان ينزل عنـــه بارادته المنفردة • ففي الوديعه اذا حددت مدة لمصلحة المودع ، الذي هو الدائن ، جازله ان يطلب استرداد ما اودع قبل انقضاء المدة المحدودة • وقد نصت على ذلك الفقرة الثانيه من المادة (٩٦٩) مدني بقولها : واذا كان الايداع باجـرة فليس للوديع ان يردها قبل الاجل المعين الا اذا كان له عذر مشروع • ولكن للمودع ان يطلب ردها متى شاء على ان يدفع الاجرة المتفق عليها » •

واذا كان الاجل قد ضرب لمصلحة المدين وحده جاز له ان ينزل عنه بارادته المنفردة . ففي العاريه اذا حددت مدة لمصلحة المستعير جاز لهذا ان يرد الشيء المعار قبل انتهاء المدة المحددة . وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٨٦١) مدني بقولها : « وفي كل حال يجوز للمستعير ان يرد الشيء المعار قبل الاعارة ... » . اما اذا كان الاجل قد ضرب لمصلحة الطرفين فلا يجوز لاحدهما ان ينهيه بارادته المنفردة بل لابد من اتفاق الطرفين على ذلك . ففي الاجارة مثلا لايجوز للمؤجر وحده ، او للمستأجر وحده ، ان ينهي الاجارة قبل انتهاء مدة الايجار .

ثانيا ـ انتهاء الاجل بسقوطه

٣٤٧ ـ يسقط الاجل اذا حرم منه المدين رغم ارادته . والاجل الذي يسقط انما هو الاجل الذي ضرب لمصلحة المدين ، فلا يسقط الاجل الذي ضرب لمصلحة وقد نصت على سقوط الاجل المادة (٢٩٥) مدني بقولها : « يسقط حق المدين في الاجل : ـ

آ ـ اذا حكم بافلاسه .

ب ـ اذا اضعف بفعله الى حد كبير ما اعطى للدائن من تأمين خاص حتى لو كان هذا التأمين قد اعطي بعقد لاحق او بمقتضى القانون . هذا مالم يختر الدائن ان يطالب بتكملة التأمين . اما اذا كان اضاف التأمين يرجع الى سبب لادخل لارادة المدين فيه فان الاجل يسقط ما لم يتوق المدين هذا السقوط بان يقدم للدائن ما يكمل التأمين .

ج ـ اذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات » .

وقد نصت هذه المادة على ثلاثة اسباب لسقوط الاجل ، وهي : الحكم بافلاس المدين ، واضعاف المدين بفعله التأمينات التي اعطاها للدائن ، واخيرا اذا لم يقدم للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات . ونرى كلامن هذه الاسباب على حدة .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ج٧ ، ف ١١١٣ .

أ ـ سقوط الاجل للحكم بافلاس المدين

٣٤٨ ـ يؤدي الحكم بافلاس المدين الى حلول جميع ديونه المؤجلة وذلك حتى لا يستقل بعض الدائنين بالحصول على حقوقهم على حساب غيرهم من الدائنين . ذلك ان الديون المؤجلة اذا لم تحل فان اصحاب الديون الحالة والتي اعلن الافلاس من اجلها سيستولون على اموال المدين ، وقد لا يبقى شيء لاصحاب الديون المؤجلة ، لذلك قرر المشرع حلول الديون المؤجلة بالافلاس حتى يشترك اصحاب هذه الديون مع اصحاب الديون الحالة قسمه اموال المدين ، فيحصل كل منهم على حقه او على جزء يتناسب ومقدار دينه ، وبذلك تتحقق المساواة بين الدائنين .

الحجر على المدين المفلس

٣٤٩ ـ والافلاس نظام خاص بالقانون التجاري ولا يحكم به الا اذا كان المدين تاجرا ، فاذا لم يكن تاجرا امكن اللجوء الى نظام الحجر على المدين المفلس الذي سبق ان رأيناه . ويصدر الحكم بالحجر من محكمة البداءة ، ويترتب عليه حلول جميع الديون المؤجلة بعد ان يخصم منها مقدار الفائدة الاتفاقية او القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الاجل (م٢٧٣/١) . ويسمى القانون المدني المصري الجديد هذه الحالة بـ « الاعسار » ، ويقال للمدين في هذه الحالة : « المدين المعسر » تمييزا له من المدين التاجر الذي يقال له : « المفلس » والذي يطبق عليه نظام الافلاس . ويسمي القانون المدني العراقي المدين المعسر بـ « المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق الاداء ازيد من ماله » (١) .

---

(١) يلاحظ ان عبارة « الذي يكون دينه المستحق الاداء ازيد من ماله » شرح زائد . ذلك ان المدين المفلس في الفقه الاسلامي هو الذي يكون دينه المستحق الاداء ازيد من ماله . وعليه فقد كان بامكان واضع النص المتقدم ان يكتفي باحدى العبارتين : « المدين المفلس » او « المدين الذي يكون دينه المستحق الاداء ازيد من ماله » . ثم ان عبارة « الذي يكون دينه المستحق الاداء ازيد من ماله » عبارة ركيكة ، وخير منها العبارة التالية : « الذي اربت ديونه المستحقة الاداء على امواله » . وعليه فاننا نقترح النص التالي بدلا من الجملة الاولى من المادة (٢٧٠) : « المدين الذي اربت ديونه المستحقة الاداء على امواله .. » .

ب ـ سقوط الاجل لاضعاف التأمينات

٣٥٠ ـ ويسقط الاجل كذلك اذا اضعف المدين التأمينات التي اعطاها للدائن ضمانا للدين . ويقصد بالتأمينات هنا التأمينات الخاصة التي تترتب عليها حقوق عينية كرهن او امتياز (١) ، لا الضمان العام للدائنين الذي هو ذمة المدين المالية . فالمدين يبقى حر التصرف باملاكه التي لم يعطها تأمينا خاصا للدائن بكافة انواع التصرفات وبالطريقة التي يراها مناسبة ولو ادى ذلك الى اعساره ، ولا يستطيع الدائن ان يطلب سقوط الاجل .

٣٥١ ـ ولا يهم مصدر هذه التأمينات ، فقد يكون العقد وقد يكون القانون . والعقد الذي ينشىء هذه التأمينات اما ان يكون العقد الذي نشأ عنه الدين المؤجل او عقدا لاحقا . فمثال الاول ما اذا اشترى شخص شيئا بثمن مؤجل واتفق مع البائع في عقد البيع ذاته على اعطائه رهنا تأمينا او رهنا حيازيا على دار او عين اخرى يملكها . ومثال الثاني ما اذا اتفق المشتري مع البائع في المثل المتقدم بعد ابرام عقد البيع وثبوت الدين في ذمة المشتري على اعطائه الرهن . ومثال القانون كمصدر لهذه التأمينات حقوق الامتياز ، وهي حقوق تعطي صاحبها اولوية في استيفاء دينه . مثال ذلك حق المؤجر في استيفاء الاجرة له امتياز على ما يكون موجودا في العين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي (م١٣٧٤/١) مدني ، وكذلك المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن اجرة الاقامة وما صرف لحسابه يكون يكون حق امتياز على الامتعة التي احضرها النزيل في الفندق او ملحقاته (م١٣٧٥/١) مدين .

٣٥٢ ـ ولا بد لسقوط الاجل من اضعاف كبير يصيب التأمينات بفعل المدين . ومعنى الاضعاف هو ان تقل قيمة هذه التأمينات . مثال ذلك ان تكون

---

(١) يضيف الدكتر حسن علي الذنون الى هذه التأمينات « الكفالة الشخصية » (المرجع السابق ،ص ١٧٩) . وهذا ما لا يمكن قبوله ، اذ كيف يتصور ان يضعف المدين بفعله هذه الكفالة الشخصية ، اي الكفيل ؟!

هذه التأمينات دارا اوبستانا رهنها المدين عند الدائن ثم هدم الدار اوقطع اشجار البستان ، فهبطت قيمتها هبوطا كبيرا • ومعنى الهبوط الكبير ان تصبح قيمة الشيء الذي اعطي كتأمين اقل من مبلغ الدين •

٣٥٣ ــ فاذا توافر الشرطان المتقدمان ــ وجود تأمين خاص وضعف كبير يصيبه بفعل المدين ــ سقط الاجل الذي كان يتمتع به المدين • ولكن يجوز للدائن فى هذه الحالة ان يطالب المدين بتكملة التأمين حتى يبلغ ما كان عليه قبل ان يصيبه الضعف فاذا اجابه المدين الى طلبه بقي الاجل ولم يسقط • والدائن غير مجبر على هذا الطلب ، فهو بالخيار ، فاذا لم يختر تكملة التأمين سقط الاجل وحل الدين • فالالتزام هنا تخييري الخيار فيه للدائن فهو بالخيار بين ان يطالب المدين بتكملة التأمين وبين ان يطالبه بالوفاءفورا لسقوط الاجل •

اضعاف التأمين بسبب اجنبي

٣٥٤ ــ واذا كان اضعاف التأمين يرجع لسبب اجنبي لا يد للمدين فيه ، كصاعقة تقع فتحرق اشجار البستان او زلزال يهدم الدار ، فالاجل يسقط كذلك ولكن المدين يستطيع ان يتوقاه بتقديم تأمينات اخرى للدائن تعوض عليه الضعف الذي اصاب التأمينات الاولى • والالتزام هنا ايضا تخييري ، ولكن الخيار فيه للمدين لا للدائن • فهو بالخيار بين ان يكمل التأمين وبين ان يدفع الدين • والسبب فى هذا الخيار الذي منحه المشرع للمدين هو ان الضعف لم يصب التأمين بفعله بل بسبب اجنبي (١) • ويلاحظ ان الدين الذي حل بسقوط الاجل ، في هذه الحالة ، ينتقص منه الفوائد بالسعر القانوني او الاتفاقي عن المدة مابين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين (١) •

---

(١) السنهور ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص ١١٩ .

(٢) وقد طبق القانون المدني العراقي الاحكام المتقدمة فى حالة ما اذا كان التأمين الخاص رهنا تأمينيا او رهنا حيازيا . ففي الرهن التأميني نصت المادة (١٢٩٧) على انه :

« ١ ــ اذا هلك العقار المرهون رهنا تأمينيا او تعيب قضاء وقدرا كان هلاكه أو تعيبه على الراهن . وفى هذه الحالة اذا لم يقبل المرتهن بقاء الدين

سقوط الاجل لعدم تقديم المدين ما وعد به من تأمين .

٣٥٥ ــ ويسقط الاجل كذلك اذا وعد المدين فى العقد بان يقدم للدائن تأمينا خاصا ولم يقدمه له ولا يخصم من الدين فى هذه الحالة الفوائد عن المدة المتبقية لحلول الاجل ، وذلك لان الاجل انما سقط بخطأ المدين (١) .

سقوط الاجل بموت المدين

٣٥٦ ــ تنص المادة (٢٩٦) مدني على ان : « الدين لا يحل بموت الدائن ويحل بموت المدين الا اذا كان مضمونا بتأمينات عينية » . ومعنى ذلك ان موت المدين يعجل بحلول الاجل والسبب فى ذلك ان التركة يجب تصفيتها . ولما كانت القاعدة ان « لا تركه الا بعد سداد الديون » ، فيجب وفاء الديون قبل توزيع التركة على الورثة . ولاجل سداد الديون ، يجب ان تحل اجالها اذا كانت مؤجلة . ولكن القانون استثنى من ذلك حالة واحدة ، هي حالة ما اذا كان الدين مضمونا بتأمينات عينية . ففي مثل هذه الحالة لا يدخل الضمان العيني فى توزيع التركه الا بعد حلول الاجل واداء الدين المضمون بها .

بلا تأمين يكون المدين مخيرا بين ان يقدم تأمينا كافيا او ان يوفى الدين فورا قبل حلول الاجل . واذا اختار وفاء الدين فورا ولم يكن للدين فوائد منفصلة عنه فلا يكون للدائن حق الا فى استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصا منه الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين .

٢ ــ واذا تسبب الراهن بخطأه فى هلاك المرهون او تعيبه كان المرتهن مخيرا بين ان يطلب تأمينا كافيا او ان يستوفي حقه فورا » .

وفى الرهن الحيازي نصت الفقرة الاولى من المادة (١٣٣٦) مدني على ان يتبع فى تخيير المدين او الدائن اذا هلك المرهون قضاء وقدرا أو بخطأ الراهن احكام الرهن التأميني الواردة فى المادة (١٢٩٧) .

(١) المرجع السابق ، ص ١٢١ .

الفصل الثالث

تعدد محل الالتزام

Pluralité d'objet de l'obligation

تمهيـــــد

٣٥٧ ــ هناك ثلاث صور للتعدد كوصف يرد على محل الالتزام .

١ ــ فقد يتعدد محل الالتـــزام ولكـــن الاشـــياء الواجبـــة علـــى المديـــن تعتبـــر شـــيئا واحـــدا . مثـــال ذلك ما اذا اشترى شخص مائة كتاب صفقه واحدة بدون تعيين ثمن كل واحد منها ، ومثال ذلك ايضا ما اذا اشترى شخص حصانا وبقرة صفقه واحدة وبـدون تعيين ثمن كل منهما ايضا ، ومثال ذلك ايضا ما اذا تعهد متعهد ببنـاء دار ومدرسة .ويسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام متعدد المحل(Obligation conjointe) . وهذا الوصف لا اهمية له ، لان محل الالتزام يعتبر واحدا او كلا لا يتجزأ ، وتطبق عليه الاحكام التي تطبق علـى الالتـــزام البسيط غير الموصوف . فيستطيع الدائن ان يطالب المدين بتنفيذ كل ما التزم به ، او بتسليم جميع الاشياء المتفق عليها ، وله كذلك ان يرفـض التنفيـــذ الجزئي . واذ هلك بعض المحل ، او بعض الاشياء التي تكون المحل ، انقصنا من الثمن بنسبة الهالك . ويستطيع الدائن ان يطلب الفسخ لعدم التنفيذ اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه كاملا ، اي اذا لم يسلم جميع الاشياء التي التزم بتسليمها ، ويستطيع كذلك ان يدفع بعدم التنفيذ اذا طالبه المدين بدفع الثمن مثلا ولم يكن هو قد قام بتنفيذ كل ما التزم به .

ويعالج الفقهاء المسلمون هذا النوع من الالتزام باسهاب عند كـلامهم عن تفرق الصفقة . فاذا قال البائع مثلا بعتك هذين الحصانين بمائة دينار لم

يجز للمشتري ان يقول قبلت هذا الحصان بخمسين دينارا ولا ينعقد البيع ، وذلك لان القبول فى احدهما تفريق للصفقة على البائع (١).

ونكتفي بما تقدم بالنسبة لهذا النوع من الالتزام لان محله فى الحقيقة بسيط غير موصـــوف .

٢ــ وقد يتعدد محل الالتزام ولكن الوفاء باحد الاشياء المتعددة يكفي لابراء ذمة المدين . كما اذا باع شخص ، او اشترى ، هذه السيارة او تلك او باع داره الفلانية او مخزنه الفلاني . فى هذه الامثلة تعدد محل التزام المدين، ولكن الوفاء لا يجب الا بواحد منها . ويسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام التخييري (Obligation alternative) ويسميه الفقهاء المسلمون بـ « خيار التعيـــــين » .

٣ ــ وقد لا يكون للالتزام الا محل واحد ، ولكن المدين يستطيـــع الوفاء بشيء اخر بدلا منه واجبار الدائن على قبول هذا الوفاء . كما اذا باع شخص مائة طن من التمر واحتفظ لنفسه باعطاء خمسين طنا من الحنطة بدلا من التمر . فى هذه الحالة لم يتعدد محل التزام المدين وليس له الا شيء واحد هو المائة طن من التمر ، ولكنه يستطيع ان يعطي الدائن خمسين طنا من الحنطة بدلا من المائة طن من التمر ، وان يجبره على قبول ذلك . ويسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام البدلي Obligation facultative

ونعالج كلا من الالتزام التخييري والالتزام البدلي فى فرع مستقل .

---

(١) وقد سبق ان رأينا عند الكلام عن انتقاص العقد فى الفقه الاسلامي ان الصفقة اذا اشتملت على حلال وحرام فالفقهاء فريقان ، فريق يبطل الصفقة كلها وفريق يصحح البيع فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن (الجزء الاول ، ف٥١٧).

الفرع الاول

الالتزام التخييري (او خيار التعيين)

تعريـــــف

٣٥٨ ــ يكون الالتزام تخييريا اذا كان هناك شيئان او اكثر يصلح اي منها ان يكون محلا للوفاء ، بحيث اذا ادى المدين واحدا منها برئت ذمتـه. والخيار فى تعيين الشيء الذي يتم به الوفاء قد يكون للدائن وقد يكـون للمدين . مثال ذلك ما اذا باع شخص داره او سيارته ، فمحل التزامه هنا اما الدار او السيارة وليس الدار والسيارة ، ويستطيع الوفاء باي منهما اذا كان الخيار له ، كما ان الدائن يستطيع ان يختار ايا شاء منهما اذا كان له الخيار .

فائدة خيـــار التعيـــين

٣٥٩ ــ ولخيار التعيين فائدة كبرى فى حياة المعاملات والتجارة ، اذ فيه ضمان لحق الدائن . فاذا هلك احد الاشياء التي تكون محل التزام المدين فان هـــذا الهـــلاك لا يترتب عليه انقضاء حـــق الدائـــن ولا براءة ذمـــة المدين . فاذا كان الخيار للدائن وهلك احد الاشياء فان حقه لا ينقضـــي ويستطيع ان يختار احد الاشياء الباقية . كما انه اذا كان الخيار للمديـــــن وهلك احد الاشياء التي التزم بالوفاء بواحد منها فان ذمته لا تبرأ ويجب عليه الوفاء باحد الاشياء الباقيـــة .

وخيار التعيين يعطي ، من جهة اخرى، مجالا للتفكير والتروي واستشارة اهل الخبرة بامور البيع والشراء . فالذي يشتري او يبيع واحدا من عـــدة اشياء ويحتفظ لنفسه بحق تعيين الشيء فى خلال مدة معينة انما يقصد بذلك اعمال الفكر والاطلاع على حالة السوق والبيع والشراء . فالذي يريد ان يشتري سيارة مثلا ويذهب الى احد معارض بيع السيارات ويجد فيه عـــدة

سيارات يقع اختياره عليها ولكنه لا يعرف مزايا كل منها ، فى هذه الحالة يتفق مع البائع على سعر كل منها على ان يكون له اختيار احداها فى خلال يومين مثلا . وهو يستطيع فى خلال هذين اليومين ان يسأل المطلعين على شؤون السيارات ويستأنس برأيهم ثم يختار احدى السيارات .

شروط الالتزام التخييري

٣٦٠ ــ هناك شروط لا بد من تحققها لقيام الالتزام التخييري او خيار التعيين ، وهي :

١ ــ ان يتعدد محل الالتزام ، ٢ ــ ان تتوافر فى كل من الاشياء التي تعهد المدين باحدها الشروط اللازم توافرها فى محل العقد ، ٣ ان يكون احد الاشياء فقط هو الواجب الاداء . ونرى كلا من هذه الشروط على حدة .

الشرط الاول ــ تعدد محل الالتزام

٣٦١ ــ لا بد لقيام خيار التعيين من وجود شيئين او اكثر يمكن ان يقع الخيار على احدها . فاذا لم يكن هناك الا شيء واحد فان هذا الشيء هو الذي يتعين محلا للالتزام ولا يكون عندئذ محل للخيار ، ويكون الالتزام عندئذ بسيطا غير موصوف . ولا يهم نوع الاشياء التي تصلح ان تكون محلا للوفاء ، فيصح ان تكون منقولا او عقارا او عملا او امتناعا عن عمل او مبلغا من النقود . فيصح ان يلتزم شخص نحو اخر بان يبيعه داره بمبلغ كذا او بان يبني له دارا اخرى بدلا منها . ويصح كذلك ان يتعهد شخص باعطاء اخر دارا او سيارة . ويصح ايضا ان يلتزم الشريك بتقديم حصته فى الشركة مبلغا من النقود او ارضا او سيارة او اسهما او سندات او غير ذلك (١) . ويصح ان يكون محل الالتزام عملا او امتناعا عن عمل او تسليم شيء ، فيصح ان تكون حصة الشريك فى الشركة امتناعا عن انتاج السلعة التي ستنتجها الشركة ، او انشاء الابنية التي ستقوم فيها مصانع الشركة ، او مبلغا من النقود او بضاعة من البضائع .

---

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٨٤

٣٦٢ ــ ويجب فى الاشياء المتعددة ان تكون مختلفة الجنس ، فاذا اتحدت فى الجنس كان الالتزام بسيطا غير موصوف ومعلقا على ارادة من له الخيار . فاذا وعدتك باقراضك الف دينار او الفي دينار لم يكن الالتزام تخييريا بل بسيطا غير موصوف . فاذا كان الخيار للمقرض كان تحديد المبلغ معلقا على ارادته ، واذا كان للمقترض كا ن تحديده معلقا على ارادته . وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٢٩٨) مدني بقولها : « يصح ان يكون محل الالتزام احد اشياء قيميه او مثليه من اجناس مختلفة .. » ولكن اذا كانت الاشياء من جنس واحد ولكن بشروط مختلفة فالالتزام يكون تخييريا ، كما اذا تعهد شخص باقراض اخر الف دينار بفائدة قدرها خمسة بالمائةاوالفي دينار بفائدة قدرها اربعة بالمائة . فالخيار موجود فى هذا المثال بين المبلغين ولو كانا من جنس واحد .

الشرط الثاني ــ توافر شروط محل العقد فى كل من الاشياء التي تعهد بها المدين

٣٦٣ ــ ولا بد ايضا لقيام الالتزام التخييري من توافر الشروط اللازم توافرها فى محل العقد فى كل من الاشياء التي التزم بها المدين . فاذا كان شيئا وجب ان يكون موجودا ، او معينا او قابلا للتعيين ، وقابلا للتعامل فيه . واذا كان عملا او امتناعا عن عمل وجب ان يكون ممكنا . كل ذلك على النحو الذي رأيناه فى محل العقد . فاذا ورد الخيار على شيئين وكان احدهما غير مستوف للشروط المتقدمة تعين محل الالتزام فى الشيء الثاني وكان الالتزام بسيطا غير موصوف .

٣٦٤ ــ والعبرة فى توافر الشروط المتقدمة انما تكون عند ابرام العقد ونشوء الالتزام . فاذا توافرت فى هذا الوقت كان الالتزام تخييريا ولو تخلفت بعد ذلك . وعلى العكس من ذلك اذا لم تتوافر هذه الشروط الا فى احد الاشياء فقط ثم توافرت فى بقية الاشياء بعد ابرام العقد ، فان الالتزام يكون بسيطا غير موصوف .فاذا كان احد الاشياء التي تعهدبها المدين خارج التعامل

عند ابرام العقد ثم اصبح قابلا للتعامل بعد ذلك ، او كان العمل ممنوعا ثم رفع المنع عنه بعد ابرام العقد ، فالعقد يكون في كل ذلك بسيطا غير موصوف .

الشرط الثالث ـ احد الاشياء فقط هو الواجب الاداء

٣٦٥ ـ ولا بد لقيام الالتزام التخييري ايضا من ان يكون احد الاشياء التي ورد عليها العقد فقط هو الواجب الاداء ، فاذا كانت كلها واجبة لم يكن الالتزام تخييريا بل بسيطا غير موصوف . ويترتب على ذلك انه اذا هلك بعض هذه الاشياء فان حق الدائن لا ينقضي بل يمكن ان يقع الخيار على احد الاشياء الباقية ، وفى ذلك ما فيه من ضمان يقوي حق الدائن . ويترتب على ذلك انه اذا وقع الخيار على احد الاشياء فان الالتزام يصبح بسيطا غير موصوف .

لمن يكون الخيار

٣٦٦ ـ والاصل فى الخيار ان يكون للمدين (١) الا اذا اتفق المتعاقدان او نص القانون على غير ذلك ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٢٩٨) مدني بقولها : « واذا اطلق خيار التعيين فهو للمدين الا اذا قضى القانون او اتفق المتعاقدان على ان الخيار (٢) يكون للدائن » . فاذا اتفق المتعاقدان على ان يكون الخيار للدائن . صح اتفاقهما ويجوز ان يكون الاتفاق ضمنيا . اما النص الذي يعطي الخيار للدائن فمثاله ما نصت عليه الفقرة (ب) من المادة (٢٩٥) من سقوط اجل الدين اذا اضعف المدين بفعله الى حد كبير ما اعطى للدائن من تأمين ، ومن اعطاء الدائن الخيار بين سقوط الاجل وبين المطالبة بتكملة التأمين . وقد سبق ان رأينا ذلك عند الكلام عن الاجل . ومثاله ايضا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٢٩٧) من سقوط اجل

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم لها صادر فى ٢٠ ايار ١٩٢٥ بانه اذا كان هناك خيار فى دفع الثمن فورا مع خصم معين او دفعه الى اجل ، فالخيار يكون للمدين لا للدائن ، ولا يجوز للدائن او الوسيط ان يجبر المدين على الدفع فورا .

(٢) كلمة « خيار » الثانية هذا زائدة وكان يمكن الاستغناء عنها .

الدين اذا تسبب الراهن بخطئه فى هلاك المرهون او تعيبه ، ومن اعطاء المرتهن الخيار فى طلب تأمين كاف او استيفاء حقه فورا • وقد سبق ان رأينا ذلك ايضا عند الكلام عن الاجل •

هل يمكن ان يكون الخيار لاجنبي عن العقد ؟

٣٦٧ ــ وهل يجوز ان يتفق الطرفان على ان يكون الخيار لشخص ثالث اجنبي عن العقد ؟ يذهب الدكتور حسن علي الذنون الى ذلك (١) • وهذا الرأي وان كان يتفق مع مبدأ سلطان الارادة ، الا انه يخالف النص مخالفة صريحة • فقد سبق ان رأينا الفقرة الثانية من المادة (٢٩٨) تنص على انه : « واذا اطلق خيار التعيين فهو للمدين الا اذا اتفق المتعاقدان على ان الخيار يكون للدائن » • وقد انتبه القانون المدني المصري الجديد الى هذا النقص فى القانون المدني العراقي فنص على ان يكون الخيار للمدين « ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك » • ومعنى هذه العبارة هو جواز الاتفاق على ان يكون الخيار للدائن او لشخص ثالث اجنبي عن العقد •

مدة الخيار

٣٦٨ ــ اذا اتفق المتعاقدان على مدة للخيار وجب ان يتم الخيار فى خلال هذه المدة • فاذا امتنع من تقرر الخيار لمصلحته عن تعيين الشيء الذي يختاره نظرنا هل هو الدائن او المدين • فاذا كان الخيار للمدين وامتنع عن التعيين جاز للدائن ان يلجأ الى القضاء لتتولى المحكمة تعيين محل الالتزام • واذ كان الخيار للدائن وامتنع عن التعيين انتقل الخيار الى المدين • وقد نصت على ذلك المادة (٢٩٩) مدني بقولها : « ١ ــ يلزم فى خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار • ٢ــ فاذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار فى المدة المحددة جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ان تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام • اما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار انتقل الخيار الى المدين » • ويلاحظ هنا ان القانون قد ميز بين

---

(٢) احكام الالتزام ، المرجع السابق ، ف ١٧٧ •

حالة ما اذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار ، وبين حالة ما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار • فهو قداوجب على الدائن اللجوء الى المحكمة لتعين بنفسها محل الالتزام اذا امتنع المدين عن الاختيار •اما بالنسبة للمدين فلم يوجب عليه ذلك ، بل جعل الخيار ينتقل اليه اذا كان للدائن وامتنع عن الاختيار في المدة المحددة •

٣٦٩ ــ وما الحكم اذا لم تحدد مدة للخيار ؟ القانون ساكت فى هذا الصدد • ولكن تطبيق القواعد العامة يقضي باللجوء الى المحكمة لتحدد بنفسها مدة للخيار • فاذا حددت المحكمة المدة طبقنا الفقرة الثانية من المادة (٢٩٩) المتقدمة • فاذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار في خلال المدة التي حددتها المحكمة جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ان تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام • واذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار فى خلال المدة التي حددتها المحكمة انتقل الخيار الى المدين •

انتقال الحق فى الخيار الى الورثة

٣٧٠ ــ وخيار التعيين حق لمن تقرر لمصلحته ، فاذامات صاحبه قبل انتهاء مدة الخيار انتقل الى ورثته (م٣٠٠) • ولكن هل يجب اتفاق الورثة على التعيين ؟ القانون ساكت هنا ايضا ، ولكن تطبيق القواعد العامة يقتضي اتفاقهم جميعا على التعيين فاذا اختار بعضهم شيئا واختار اخرون شيئا اخر كانواورثة المدين وجب على الدائن ان يلتجيء الى المحكمة لتعين بنفسها الشيء محل الالتزام ، واذا كانوا ورثة الدائن انتقل الخيار الى المدين •

هل يحدث التعيين باثر رجعي ؟

٣٧١ ــ واذا استعمل صاحب الخيار خياره وعين الشيء محل الالتزام ، فهل يستند اثر هذا التعيين الى حين ابرام العقد اولا يحدث هذا الاثر الا من حين التعيين ؟ القانون ساكت والفقهاء فريقان فى هذا الصدد • والرأي الراجح يذهب الى ان الاختيار يحدث باثر رجعي ، اي يستند باثره الى حين ابرام العقد • ويترتب على الاخذ بهذا الرأي النتائج التالية :

١ ــ اذا كان العقد بيعا وكان الخيار للمشتري وباع البائع احد الاشياء محل الالتزام قبل ان يختار المشتري ، ثم اختار المشتري الشيء الذي باعه البائع ،كان للمشتري ان يسترد الشيء من المشتري الثاني لانه يعتبر مالكا له من وقت الخيار . ولكن اذا كان المشتري الثاني حسن النية وتسلم الشيء اذا كان منقولا فانه يستطيع التمسك بقاعدة « الحيازة في المنقول سند الملكية » ويتملك الشيء .

٢ ــ اذا كان الخيار للمشتري وافلس البائع قبل تعيين المشتري الشيء الذي يختاره ، كان لهذا الاخير ان يسترد الشيء الذي وقع اختياره عليه من التفليسه لانه يعتبر مالكا له من حين العقد لا من حين التعيين ،فلا يدخل هذا الشيء في ذمة المدين المالية ولا يشاركه فيه بقية دائني البائع .

٣ ــ اذا تصرف من له الخيار بالشيء قبل استعمال خياره صح تصرفه. فاذا كان الخيار للدائن وتصرف باحد الاشياء ثم اختار هذا الشيء صح تصرفه لانه يعتبر مالكا له عند التصرف . واذا كان الخيار للمدين وتصرف باحد الاشياء صح تصرفه وتحدد محل التزامه باحد الاشياء الباقية .

احكام الهلاك

٣٧٢ ــ والاهمية العملية لخيار التعيين لا تظهر الا في حالة هلاك احد الاشياء التي تعهد بها المدين . ويختلف الحكم في هذه الحالة في حالة ما اذا كان الخيار للدائن عنه في حالة ما اذا كان الخيار للمدين . وتوخيا للوضوح سنفترض ان الاشياء التي تعهد بها المدين هي شيئان معينان بالذات فقط وان احدهما هو الذي هلك . اما حالة هلاك كلا الشيئين فلا تهمنا لانها لا تثير صعوبة بالنسبة للخيار . لان الهلاك يؤدي الى انقضاء التزام المدين وانقضاء الخيار تبعا لذلك، مع العلم بان الهلاك اذا كان بسبب اجنبي فلا مسؤولية على المدين ، اما اذا كان العلم بان الهلاك اذا كان بسبب اجنبي فلا مسؤولية على المدين ، اما اذا كان بخطئه فانه يلزم بالتعويض . ونرى الحكم اذا كان الخيار للمدين اولا ، ثم الحكم اذا كان الخيار للدائن .

الحالة الاولى ـ الخيار للمدين

٣٧٣ ـ اذا كان الخيار للمدين وهلك احد الشيئين ، اوكلاهما ، فلا يعدو ان يكون الهلاك بسبب اجنبي او بخطأ الدائن او بخطأ المدين .

١ ـ فاذا هلك احد الشيئين بخطأ المدين كان له ان يلزم الدائن بقبول الثاني . وكذلك الحكم اذا كان الهلاك بسبب اجنبي . ذلك ان محل الالتزام يتركز فى الشيء الذي لم يهلك مادام الخيار للمدين . فاذا باع شخص سيارة او حصانا مثلا ثم نفق الحصان ، كان له ان يلزم المشتري بقبول السيارة .

٢ ـ واذا هلك الشيئان بخطأ المدين ، فى هذه الحالة يجب عليه ان يدفع للدائن قيمة اخر شيء هلك . ذلك ان الشيء الاول لما هلك بخطئه فان التزامه يكون قد تركز فى الثاني ، ولما هلك هذا ايضا بخطئه فيجب عليه ان يدفع قيمته للدائن .

٣ ـ واذا هلك احد الشيئين بخطأ المدين والاخر بسبب اجنبي، فانعلى المدين ان يدفع للدائن قيمة اخر شيء هلك كما فى الحالة السابقة . ذلك ان الشيء الذي هلك اولا اذا كان قد هلك بسبب اجنبي فان التزام المدين يكون قد تركز فى الثاني ، ولما هلك هذا بخطأ المدين فان عليه ان يدفع قيمته للدائن . وكذلك الامر اذا هلك الشيء الاول بخطأ المدين والثاني بسبب اجنبي ، فلما كان الشيء الاول قد هلك بخطأ المدين فان التزامه يكون قد تركز فى الثاني ، فاذا هلك الثاني بسبب اجنبي فانه يبقى مسؤولا لان هلاك الشيء الاول كان بخطئه ، ولولا هذا الخطأ لما تركز التزامه فى الشيء الثاني .

٤ ـ واذا هلك احد الشيئين بخطأ الدائن فان للمدين ان يختار الشيء الذي هلك ، وتبرأ ذمته عندئذ من الدين ولا يرجع على الدائن بشيء . وله كذلك ان يختار الشي الذي لم يهلك ، وله عندئذ الرجوع على الدائن بقيمة الشيء الهالك .

٥ ـ واذا هلك كلا الشيئين بخطأ الدائن فان للمدين ان يختار احد الشيئين وتبرأ ذمته من الدين ، ويرجع على الدائن بعدئذ بقيمة الشيءالاخر .

٦ ــ واذا هلك احد الشيئين بخطأ الدائن والاخر بسبب اجنبي ، فان كان الشيء الذي هلك اولا قد هلك بسبب اجنبي والثاني بخطأ الدائن فان الدائن يكون قد استوفى حقه وتبرأ ذمة المدين • اما اذا كان الشيء الاول قد هلك بخطأ الدائن والثاني بسبب اجنبي ، فللمدين ان يختار هذا الشيء الثاني من الالتزام ، ويرجع عندئذ على الدائن بقيمة الشيء الذي هلك بخطئه •

الحالة الثانية ــ الخيار للدائن

٣٧٤ ــ واذا كان الخيار للدائن وهلك احد الشيئين ، او كلاهما ، فلا يعدو ان يكون الهلاك كذلك بخطأ المدين او بخطأ الدائن او بسبب اجنبي •

١ ــ فاذا هلك احد الشيئين بسبب اجنبي تركز الالتزام في الشيء الذي لم يهلك ، ويجب على الدائن قبوله •

٢ــ واذا هلك احد الشيئين بخطأ المدين كان الدائن بالخيار بين ان يختار الشيء الذي هلك فيرجع بقيمته على المدين ،وبين ان يختار الشيء الباقي وعندئذ تبرأ ذمة المدين بالوفاء به •

٣ ــ واذا هلك احد الشيئين بخطأ الدائن كان له الخيار بين ان يختار الشيء الذي هلك بخطئه وعندئذ تبرأ ذمة المدين ، وبين ان يختار الشيء الذي لم يهلك وعندئذ يجب عليه ان يدفع للمدين قيمة الشيء الذي هلك •

٤ ــ واذا هلك الشيئان بخطأ المدين كان للدائن ان يختار ايا شاء منهما ويرجع عندئذ بقيمته على المدين •

٥ ــ واذا هلك احد الشيئين بخطأ المدين والاخر بسبب اجنبي ، في هذه الحالة للدائن ان يختار الشيء الذي هلك بخطأ المدين فيرجع عليه بقيمته، وله كذلك ان يختار الشيء الذي هلك بسبب اجنبي وعندئذ تبرأ ذمة المدين • لذلك فمن مصلحته ان يختار الشيء الذي هلك بخطأ المدين حتى يرجع عليه بقيمته •

٦ــ واذا هلك الشيئان بخطأ الدائن كان له ان يختار احدهما ، ولما كان هذا الشيء قد هلك فقد برئت ذمة المدين ، ويرجع عليه المدين بقيمة الشيء الاخر •

٧ ــ واذا هلك احد الشيئين بخطأ الدائن والاخر بسبب اجنبي فانه بالخيار بين أن يختار الشيء الذي هلك بخطئه فتبرأ ذمة المدين ، وبين ان يختار الشيء الذي هلك بسبب اجنبي وعندئذ تبرأ ذمة المدين ايضا ولكنه يرجع على الدائن بقيمة الشيء الذي اتلفه . لذلك فمن مصلحة الدائن ان يختار الشيء الذي هلك بخطئه حتى لا يرجع عليه المدين بشيء .

٨ ــ واذا هلك احد الشيئين بخطأ الدائن والاخر بخطأ المدين فللدائن ان يختار الشيء الذي هلك بخطئه وعندئذ تبرأ ذمة المدين ، وله كذلك ان يختار الشيء الذي هلك بخطأ المدين فيرجع عليه بقيمته ، وعندئذ يرجع عليه المدين بقيمة الشيء الذي هلك بخطئه (اي بخطأ الدائن) .

٣٧٥ ــ وليس في الاحكام المتقدمة الا تطبيق للقواعد العامة . ولم ينص القانون المدني العراقي الا على حالة واحدة هي حالة ما اذا كان الخيار للمدين وهلك احد الشيئين او كلاهما بخطئه او بسبب اجنبي . وقد نصت على ذلك المادة (٣٠١) بقولها : « اذا كان خيار التعيين للمدين وهلك احد الشيئين في يده كان له ان يلزم الدائن بالثاني ، فان هلكا معا انفسخ العقد . واذا كان المدين مسؤولا عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من الشيئين فيكون ملزما ان يدفع قيمة اخر شيء هلك » .

تمييز الالتزام التخييري مما يشتبه به من الاوضاع

٣٧٦ ــ هناك اوضاع قد تشتبه بالالتزام التخييري فلا بد من التمييز بينها وبينه . واهم هذه الاوضاع هي الشرط الجزائي والالتزام المعلق على شرط واقف . ونرى كلا منهما على حدة .

١ ــ التمييز بين الالتزام التخييري والشرط الجزائي

٣٧٧ ــ سبق ان رأينا ان الشرط الجزائي عبارة عن تقدير اتفاقي للتعويض الذي يجب على المدين ان يدفعه اذا لم يقم بتنفيذ التزامه ، وهو لا يستحق الا اذا كان عدم تنفيذ الالتزام ناشئا عن خطأ المدين . فاذا كان

عدم التنفيذ راجعا الى سبب اجنبي لا يد للمدين فيه فان التزام هذا الاخير ينقضي وتبرأ ذمته ولا يلزم بشيء . اما فى الالتزام التخييري فان استحالة تنفيذ احد الاشياء محال الالتزام لا يترتب عليه براءة ذمة المدين ، بل يتركز الالتزام فى الاشياء الباقيـــــة .

وفرق اخر بين الالتزام التخييري والشرط الجزائي هو ان الدائن لا يملك الخيار بين مبلغ التعويض المنصوص عليه فى الشرط الجزائي وبين طلب تنفيذ الالتزام الاصلي اذا كان الالتزام الاصلي ممكـن التنفيذ ، اما فى الالتـزام التخييري فهو يملك هذا الخيار على النحو الذي رأيناه .

٢ ــ التمييز بين الالتزام التخييري والالتزام المعلق على شرط واقف

٣٧٨ ــ ويختلف الالتزام التخييري عن الالتزام المعلق على شـــرط واقف فى ان وجوده مؤكد ، اما الالتزام المعلق على شرط واقف فوجوده غير مؤكد ، اذ هو معلق على امر مستقبل غير محقق الوقوع . ولا يمكـن تشبيه الخيار بالشرط الواقف والقول بان كلا منهما امر مستقبل غير محقق الوقوع . ذلك ان الخيار امر محقق الوقوع ، فاذا امتنع من له الخيار عـن التعيـين انتقل الحق فى ذلك الى غيره ، فاذ كان الخيار للمدين انتقل الى القاضي ، واذا كان للدائن انتقل للمدين .

الفرع الثانى

الالتزام البدلي

٣٧٩ ــ يكون الالتزام بدليا اذا كان محل التزام المدين شيئا واحـدا ولكنه يستطيع ان يفي بشيء اخر بدلا من محل التزامه الاصلي وان يجبـر الدائن على قبول هذا الشيء . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣٠٢) من القانون المدني بقولها : « يكون الالتزام بدليا اذا لم يكـن محله الا شيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين اذا ادى بدلا منه شيئا اخر » .

مصدر الخيار فى الالتزام البدلي

٣٨٠ ــ ومصدر الخيار فى الالتزام البدلي اما ان يكون الاتفاق او الارادة المنفردة او القانون . وخير مثال للالتزام البدلي الذي مصدره الاتفاق العربون . فقد سبق ان رأينا (١) انه اذا عين عربون فى العقد كان لكل من المتعاقدين ان يعدل عن العقد فى مقابل دفع مبلغ العربون الى المتعاقد الاخر . فكل من المتعاقدين ، اذا كان هناك عربون ، يلتزم التزاما اصليا بقبول العقد وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ، والتزاما تبعيا بدفع مبلغ العربون . ومثال الالتزام البدلي الذي مصدره العقد كذلك ما اذا باع شخص سيارة من نوع معين على ان يكون تسليمها فى تاريخ معين واحتفظ لنفسه بالحق فى ان يسلم الدائن سيارة من نوع اخر . فيكون المحل الاصلي لالتزام البائع هو السيارة المتفق عليها ، ولكنه يستطيع الوفاء بسيارة من نوع اخر .

ومثال الارادة المنفردة كمصدر للالتزام البدلي الوصية . فاذا اوصى شخص بشيء لاخر واجاز للوارث ان يعطي الموصى له مبلغا من النقود بدلا من الشيء الموصى به ففي هذا المثال يكون على الوارث التزام اصلي باعطاء الموصى به الى الموصى له ، ولكنه يستطيع ان يحل محل هذا الالتزام دفع مبلغ من النقود ، ولا يستطيع الموصى له ان يرفض ذلك . ومصدر الخيار الذي يتمتع به الوارث هنا هو ارادة الموصى المنفردة .

ومثال القانون كمصدر للالتزام البدلي ما نصت عليه الفقرة (ب) من المادة (٢٩٥) من سقوط اجل الدين اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب اجنبي لادخل لارادة المدين فيه . فالمدين يستطيع فى هذه الحالة ان يتوقى سقوط الاجل بان يقدم للدائن ما يكمل التأمين . ففي هذا المثال يكون المدين ملتزما التزاما اصليا بوفاء الدين ، ولكن له ان يحل محل هذا

---

(١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ١٦٢ وما بعدها .

الوفاء اكمال التأميات للدائن ، وليس للدائن ان يرفض ذلك • وهناك نصوص قانونية اخرى تسمح للمدين بان يحل شيئا اخر محل التزامه الاصلي نعرض عن ذكرها هنا •

طبيعة الالتزام البدلي

٣٨١ ــ والذي يحدد طبيعة الالتزام فى الالتزام البدلي انما هو محل الالتزام الاصلي لا البدل ، فهو الواجب الاداء لا هذا الاخير • وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة (٣٠٢) بقولها : « والاصل لا البدل هو وحده محل الالتزام وهو الذي يحدد طبيعته » • ويترتب على هذا التكييف النتائج التالية :

١ ــ لا يستطيع الدائن ان يطالب الا بمحل الالتزام الاصلي ، اما المدين فيستطيع ان يفي بالمحل الاصلي او بالبدل ، ويستطيع ان يجبر الدائن على قبول البدل •

٢ ــ محل الالتزام الاصلي هو الذي يحدد المحكمة المختصة بنظر الدعوى ، فاذا كان المحل عقارا كانت المحكمة التي يقع هذا العقار فى دائرة اختصاصها هي المختصة بنظر الدعوى ، ولو كان البدل منقولا •

٣ ــ اذا كان محل الالتزام الاصلي غير مشروع او مستحيلا فان الالتزام لا ينشأ ولو كان البدل مشروعا او ممكنا ذلك لان مصدره الذي اوجده ، وهو العقد ، يكون باطلا ، فاذا كان العقد باطلا لم ينشأ عنه اي التزام •

٤ ــ اذا هلك محل الالتزام الاصلي بسبب اجنبي برئت ذمة المدين ولا يمكن اجباره على الوفاء بالبدل •

٥ ــ محل الالتزام الاصلي هو الذي يحدد طبيعة التزام المدين مقدما ، فنعلم عند نشوء الالتزام فى ذمة هذا الاخير ما اذا كان محل التزامه تسليم شيء او عملا او امتناعا عن عمل •

مقارنة بين الالتزام التخييري والالتزام البدلي

٣٨٢ ــ الفرق الجوهري بين الالتزام التخييري والالتزام البدلي هو

ان محل الالتزام فى الالتزام البدلي واحد غير متعدد ولكن المدين يستطيع الوفاء بشيء اخر غير محل التزامه الاصلي ، اما فى الالتزام التخييري فمحل الالتزام متعدد وكل من الاشياء المتعددة يعتبر محلا للالتزام ويمكن المطالبة به اذا وقع عليه الاختيار • وعلى هذا الفرق الجوهري بين الالتزامين تترتب النتائج التالية :

١ ــ لا يستطيع الدائن فى الالتزام البدلي ان يطالب المدين الا بالمحل الاصلي، فاذا طالبه به كان للمدين ان يفي به او بالبدل • اما فى الالتزام التخييري فاذا كان الخيار للدائن كان له ان يطالب المدين بالوفاء باي شاء من الاشياء التي تكون محلا للالتزام ، واذا كان الخيار للمدين كان له ان يعرض ايا شاء منها •

٢ ــ اذا هلك محل الالتزام الاصلي فى الالتزام البدلي بسبب اجنبي انقضى التزام المدين ، ولا يستطيع الدائن اجباره على الوفاء بالبدل • اما فى الالتزام التخييري فان هلاك احد الاشياء بسبب اجنبي يجعل الالتزام يتركز فى الاشياء الباقية • ويسري الحكم نفسه اذا كان محل الالتزام الاصلي فى الالتزام البدلي ، او احد الاشياء فى الالتزام التخييري ، خارجا عن التعامل منذ البداية لعدم توافر شروط المحل فيه •

٣ ــ طبيعة الالتزام فى الالتزام البدلي محددة مقدما ، فهي تتحدد بطبيعة المحل الاصلي لا بطبيعة البدل، اما فى الالتزام التخييري فلا تتحدد طبيعة الالتزام الا بعد التعيين •

٤ ــ الخيار فى الالتزام البدلي للمدين دائما ، اما فى الالتزام التخييري ففي القانون المدني العراقي قد يكون الخيار للمدين وقد يكون للدائن، وفى القانون المدني المصري قد يكون لاجنبي ايضا •

٥ ــ لا يكون للوفاء فى الالتزام البدلي اثر رجعي ، فلا ينقلب الالتزام

الى التزام بسيط منذ البداية . اما فى الالتزام التخييري فقد سبق ان رأينا ان التعيين يستند باثره الى الماضي ، فينقلب الالتزام الى التزام بسيط منذالبداية.

٦ ــ تقع المطالبة القضائية فى الالتزام البدلي على محل الالتزام الاصلي، اما فى الالتزام التخييري فاذا كان الخيار للدائن فان بامكانه ان يطالب باي شيء يختاره . واذا كان الخيار للمدين فلا يستطيع (الدائن) المطالبة بشيء دون اخر الا بعد ان يتم التعيين من قبل المدين (١) .

---

(١) يراجع فى ذلك : بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف ١٠٥٣ . بودري وبارد ، المرجع السابق ، ف ١٠٥٠ . اوبري ورو ، ج٤ ، ص ٧٠ ــ ٧٣ . السنهوري ، المرجع السابق ، ف ١٠٦ .

الفصل الرابع

تعدد طرفى الالتزام

Obligation a sujets multiples

٣٨٣ ــ اذا ورد التعدد على طرفي الالتزام كان له ثلاث صور :

١ــ فقد يتعدد احد طرفي الالتزام ، او كلاهما ، من غير ان تربط بين اطرافه رابطة خاصة . كما اذا تعدد الدائنون وكان المدين واحدا وكانت حصة كل من الدائنين محددة مقدما ، وكان كل دائن لا يستطيع مطالبة المدين الا بحصته من الدين واذا قبضها فانه يختص بها وتخلص له وحده . مثال ذلك ما اذا اشترى شخص سيارة مملوكة لشخصين مناصفة ، فلا يستطيع كل من البائعين ان يطالب المشتري الا بنصف الثمن . وقد يتعدد المدينون ويكون الدائن واحدا ولكنه لا يستطيع ان يطالب كل مدين الا بحصته من الدين . مثال ذلك ما اذا اشترى شخصان شيئا سويه ولم ينص فى العقد على تضامنهما فى دفع الثمن ، فلا يستطيع البائع مطالبة كل من المشتريين الا بنصف الثمن . هذا النوع من التعدد يسمى بالتعدد الصوري ، ويسمى الالتزام فيه بالالتزام متعدد الاطراف Oblgation conjointe ، وهو لايهمنا لانه لايثير صعوبة في العمل وذلك لوجود عدد من الروابط القانونيه بقدر عدد الدائنين او المدينين .

٢ ــ وقد يتعدد احد طرفي الالتزام ، او كلاهما ، وتربط بين الدائنين او المدينين رابطه خاصة . مثال ذلك ان يتعدد الدائنون ويكون المدين واحدا ويستطيع كل دائن ان يطالب المدين بكل الدين ، او ، على العكس ، ان يتعدد المدينون ويكون الدائن واحدا ويستطيع مطالبة اي شاء من المدينين

بكل الدين . هـذا النوع من التعدد يسمى بالتعدد مع التضامن ، ويسمى الالتزام فيـــه بالتزام التضامني Obligation solidaire ، ويسمى الدائنون بالدائنين المتضامنين ويسمى التضامن في هذه الحـــالة بالتضامن الايجابي Soldarité activ ، ويسمى المدينون بالمدينين المتضامنين ويسمى التضامن في هذه الحالة بالتضامن السلبي Solidarité passive

٣ ــ وقد يتعدد احد طرفي الالتزام ، او كلاهما ، ولكن محل الالتزام لايمكن ان ينقسم على الدائنين ولا بين المدينين . ويسمى الالتزام في مثل هذه الحالة بالالتزام غير القابل للانقسام Opligation Indivisible

٣٨٤ ــ وقد عالج القانون المدني العراقي تعدد طرفي الالتزام فى فرعين، خصص الاول للتضامن ما بين الدائنين والثاني للتضامن مابين المدينين . وقد تكلم فى الفرع الاول عن الدين المشترك والدائنين المتضامنين، وفى الفرع الثاني عن المدينين المتضامنين وعدم قابلية الالتزام للانقسام . وسنتبعه فى بحثنا ، فنقسم هذا الفصل الى اربعه فروع ، نتكلم في الاول عن الدين المشترك ، وفي الثاني عن الدائنين المتضامنين او التضامن الايجابي، وفي الثالث عن المدينين المتضامنين او التضامن السلبي ، وفي الرابع والاخير عن الالتزام غير القابل للانقسام .

الفرع الاول

الديـــن المشـــترك (١)

٣٨٥ ــ قد يتعدد الدائنون ولكن الرابطة التي تربط كلا منهم بالمدين تبقى مستقلة عن الروابط التي تربط الاخرين به، وهذا هو التعدد الصوري الذي رأيناه قبل قليل وقد عرف الفقهاء المسلمون صورة اخرى من تعدد الدائنين،

(١) يراجع فى ذلك بصورة خاصة رسالة الدكتور شفيق شحاته :«النظرية العامه للالتزامات في الشريعه الاسلاميه » . الجزء الاول : طرفا الالتـــزام ، القاهرة ١٩٣٦ ، ف ٢٨٧ يوما بعدها .

هي صورة وسط بين التعدد الصوري وتعدد الدائنين مع التضامن • وتسمى هذه الصورة بالدين المشترك • مثاله ما اذا مات شخص عن دين له في ذمة اخر ، فان ورثته يرثون الدين ويصبح الدين مشتركا بينهم بنسبة انصبتهم فى التركة • ومثاله ايضا ما اذا بيع مال مشترك دون تعيين حصة كل من الشركاء • وقد اخذ القانون المدني العراقي بنظرية الدين المشترك ، خلافا للقوانين المدينه لبقية البلدان العربيه ، وافرد له اثنتي عشرة مادة • ومعظم الاحكام التي جاء بها مأخوذ عن المواد (١٠٩١ ــ ١١١٢) من مجلة الاحكام العدليه والمواد (١٦٨ ــ ١٨٩) من مرشد الحيران •

ونعالج الدين المشترك في مبحثين ، نخصص الاول لمصادره والثاني للاثار التي تترتب على الاشتراك في الدين •

المبحث الاول

مصادر الدين المشترك

مصدران : وحدة الصفقة وسبق الاشتراك فى المال

٣٨٦ ــ تقضي المادة (٣٠٣) من القانون المدني بانه « ١ ــ يكون الدين مشتركا بين عدة دائنين اذا نشأ من سبب واحد وكان غير متجزيء اما لوحدة الصفقة او لسبق الاشتراك فى المال الذي نشأ عنه الدين• ٢ــفيعتبر دينا مشتركا ثمن المبيع المشترك بين اثنين او اكثر وثمن الشيئين ولو كانا غير مشتركين ما دام البيع فى الحالتين قد صدر صفقة واحدة من غير تعيين ثمن حصة كل واحد • ويعتبر دينا مشتركا كذلك الدين الايل بالارث الى عدة ورثه وقيمة المال المشترك اذا استهلك وبدل القرض المستقرض من مال مشترك » • يظهر من الفقرة الاولى من هذه المادة ان الدين يكون مشتركا بين عدة دائنين اذا نشأ من سبب واحد وكان غير متجزيء • ويقصد بالسبب هنا المصدر الذي اوجد الدين •

وعدم تجزؤ الدين اما ان يرجع الى وحدة الصفقة او لسبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين . ففي الحالة الاولى يكون الاتفاق مصدر الدين المشترك ، وفي الحالة الثانية يرجع الاشتراك في الدين الى طبيعة الاشياء . وعليه فمصادر الدين المشترك هي :

١ ــ وحدة الصفقة ، او الاتفاق .

٢ ــ سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين ، او طبيعة الاشياء .

ونرى كلا من هذين المصدرين على حدة .

المصدر الاول ــ وحدة الصفقة ، او الاتفاق

٣٨٧ ــ ويقصد بوحدة الصفقة ان يبيع شخصان مالا مشتركا بينهما بعقد واحد وبدون تعيين حصة كل منهما في الثمن ، وكذلك الحكم اذا اجرا عينا مشتركة بينهما ولم يعينا حصة كل منهما في الاجرة . مثال ذلك ما اذا كان شخصان يملكان دارا على الشيوع وباعاها بعقد واحد من غير ان يعينا في العقد حصة كل منهما في الثمن . ومثال ذلك ايضا ما اذا كان هناك شخصان احدهما يملك ارضا والاخر يملك الابنية المقامة على الارض وباعا الابنية والارض بعقد واحد من دون تعيين ثمن حصة كل منهما . فاذا عين ثمن حصة كل منهما لم يكن الدين مشتركا ، وكنا امام تعدد صوري . فهنا اتفاق ضمني بين البائعين والمشتري على ان يكون الدين بالثمن مشتركا بين البائعين ، ويدل على هذا الاتفاق ان البيع صدر صفقة واحد بثمن واحد من غير تعيين ثمن حصة كل من البائعين . وهذا لا يمنع من قيام اتفاق بين البائعين في علاقة احدهما بالاخر يحدد حصة كل منهما في الثمن (١) .

المصدر الثاني ــ سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين ، او طبيعة الاشياء

٣٨٨ ــ وفي هذه الصورة يكون هناك مال مملوك بين اكثر من شخص وينشأ الدين المشترك بسبب الاشتراك في هذا المال . ولا يهم مصدر

---

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ف ١٥٣ .

الاشتراك فى المال ، فقد يكون الارث وقد يكون الوصيه وقد يكون العقد او اي سبب اخر . فاذا اتلف شخص مالا مشتركا ووجب عليه الضمان كان الدين الناشيء فى ذمته بالتعويض دينا مشتركا بين مالكي المال المتلف . واذا اقرض المالكون المتعددون مالا مشتركا بينهم فالدين برد القرض يكون دينا مشتركا بينهم (١) .

نشوء الدين المشترك ابتبداء

٣٨٩ ــ وقد ينشأ الدين المشترك ابتداء ، لا عن وحدة الصفقة ولا عن سبق الاشتراك فى المال . وله يقع ذلك فى الارث والوصية والهبه . فاذا توفي شخص عن عدد من الورثة وكان له دين فى ذمة اخر كان هذا الدين مشتركا بين الورثة بنسبة حصصهم فى التركة . وكذلك اذا اوصى شخص بدين له على اخر الى شخصين او اكثر ، او وهب الدين الذي له على اخر اخر الى شخصين او اكثر واحالهما عليه بالدين ، يصبح مشتركا بين الموصى لهم او الموهوب لهم . فالدين فى الصور المتقدمة مشترك لاتحاد سببه وهو الارث او الوصيه او الهبه ، لا لوحدة الصفقة ولا لسبق الاشتراك في المال .

---

(١) يلاحظ انه فى بيع المال المشترك يشترط ، ليكون الدين مشتركا ، ان يصدر البيع صفقه واحدة ، ولا يشترط ذلك في اقراض المال المشترك . ذلك ان المال الذي يرده المقترض انما هو بديل عن المال المشترك الذي كان سببا في نشوء الدين ، فيأخذ صفته ويكون مالا مشتركا مثله . اما الثمن في حالة بيع المال المشترك فلا يأخذ صفة المال المشترك الا اذا كان الشيء قد بيع على انه مال مشترك ، اي صفقه واحدة ، وذلك لاحتمال ان يبيع كل مالك نصيبه في المال الشائع على حدة فتتعدد الصفقه وينقسم الثمن على البائعين ، فلا يكون دينا مشتركا .

اما فى الاتلاف فلا مجال للكلام عن وحدة الصفقة ، ذلك لاننا لسنا امام تصرف قولي بل امام تصرف فعلي . فالمتلف قد اتلف مالا مشتركا وهو مسؤول عن التعويض ، والتعويض الذي يدفعه يحل محل المال الذي اتلفه فيتخذ صفته . ولما كان المال المتلف شائعا فالمال الذي يحل محله ، وهو التعويض ، يكون شائعا هو ايضا .

المبحث الثاني

الاثار التي تترتب على الاشتراك فى الدين

٣٩٠ ــ تختلف الاثار التي تترتب على الاشتراك فى الدين فى علاقة الدائنين بالمدين عنها فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض • ونرى كلا من ذلك فى مطلب مستقل •

المطلب الاول

علاقة الدائنين بالمدين

٣٩١ ــ يحكم علاقة الدائنين بالمدين فى الدين المشترك مبدأ جوهري هو ان الدين ينقسم عند المطالبة به ، فهو واحد عند نشوئه منقسم عند المطالبة به • ويترتب على ذلك النتيجتان التاليتان :

١ ــ لايستطيع كل دائن ان يطالب المدين الا بحصته من الدين فقط •

٢ ــ الاعمال التي يقوم بها كل دائن فيما يتعلق بحصته من الدين لا ينصرف اثرها الى حصص شركائه ، نافعة كانت هذه الاعمال او ضارة • ومعنى ذلك انه لا تقوم بين الدائنين نيابة متبادلة ، كماهو الحال فى التضامن بين الدائنين كما سنرى •

ونرى كلا من النتيجتين المتقدمتين على حدة •

النتيجة الاولى ــ عدم استطاعة كل دائن المطالبة الا بحصته فقط

٣٩٢ ــ وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣٠٤) من القانون المدني بقولها : « اذا كان الدين مشتركا فلكل واحد من الشركاء ان يطلب حصته فقط » • فالدائن لايستطيع ان يطالب المدين الا بحصته ، ولايستطيع ان يطالبه باكثر من حصته • والمدين يستطيع ان يفي اي دائن حصته فقط ، ولا يجوز له ان يفي احد الدائنين كل الدين • واذا فعل ذلك لم تبرأ ذمته من حصص

باقي الشركاء ، ولكل من هؤلاء ان يطالب المدين بحصته من الدين ويجبر المدين على الوفاء ، وله بعد ذلك ان يرجع على الدائن الذي قبض كل الدين بما قبضه زيادة على حصته .

واذا دفع المدين الى احد الدائنين حصته من الدين المشترك برئت ذمته نحوه وكان بقية الدائنين بالخيار بين مشاركته فيما قبضه لانه قبض مالا مشتركا ، وبين الرجوع على المدين بحصصهم . واذا اختاروا الرجوع على المدين لم يجز لهم الرجوع على الدائن الذي قبض حصته الا اذا توى نصيبهم ، اي لم يحصلوا عليه لاعسار المدين او لالموته مفلسا .

وقد يؤجل احد الدائنين حصته من الدين ، وعندئذ لا يجوز له مطالبة المدين الا عند حلول الاجل . ولم تجز المجلة لاحد الدائنين ان يؤجل الدين المشترك بلا اذن الاخر (م١١١٢) ، آخذة فى ذلك برأي ابي حنيفه (١) . وقد اجا زالصاحبان للدائن ان يؤجل حصته دون حصة شريكه .

٣٩٣ ــ وحصة كل دائن تتحدد اما باتفاق بين الدائنين او بنص القانون . فمثال النص القانوني الذي يحدد حصة كل دائن فى الدين المشترك قانون الميراث . فالشارع يحدد نصيب كل من الورثة فى التركة . فاذا مات الدائن عن زوجه وابنين وثلاث بنات ، مثلا ، كان للزوجة ثمن الدين ولكل من الابنين الربع ولكل من البنات الثمن . وكذلك اذا باع الورثة مالا تركه مورثهم صفقة واحدة بدون تحديد حصة كل منهم فى المال ، فان حصة كل منهم تتحدد بحسب حصته فى التركة . فاذا لم يوجد اتفاق او نص قانوني يحدد حصة كل من الدائنين فالمفروض ان حصصهم متساوية .

---

(١) وتعليل ذلك ، كما جاء فى شرح سليم باز للمجلة ، (ص ٦١٧) ، انه : « اذا صح التأجيل فى الحصتين لصار تصرفا فى حق شريكه بدون اذنه . وان صح فى حصة المؤجل لادى الى قسمة الدين قبل قبضه ، وذا لا يجوز » (نقلا عن المرجع السابق ، ص ٢٤٧ ، هامش) .

النتيجة الثانية ـ عدم وجود نيابة متبادلة بين الدائنين

٣٩٤ ـ ما دام الدين المشترك ينقسم عند المطالبة به ، فلا يبقى كلا كما كان عند نشوئه ، فان ذلك يترتب عليه ان كل عمل يقوم به احد الدائنين بخصوص الدين انما يقوم به لمصلحة نفسه فقط ، فلا يستفيد منه بقية الدائنين ولا يضارون به . اي ان الدائن لا يمثل بقية الدائنين عند قيامه بهذا العمل .

فاذا قطع احد الدائنين التقادم فهو انما يقطعه فى حق نفسه فقط ، ولا ينقطع بالنسبة لحصص الدائنين الاخرين . وكذلك الامر اذا وجد سبب يقطع التقادم بالنسبة لاحد الدائنين (كصغر او حجر او غيبة) ، فان هذا السبب لا يستفيد منه بقية الدائنين .

واذا اعذر احد الدائنين المدين او قاضاه فهو انما يفعل ذلك بالنسبة لحصته وحدها ، ولا يستفيد من ذلك بقية الدائنين . وعلى العكس من ذلك اذا اعذر المدين احد الدائنين بوجوب تسلم حصته ، فان هذا الاعذار لا يسري على بقية الدائنين .

واذا وجهت اليمين من احد الدائنين الى المدين ،او من المدين الى احد الدائنين ، وحلف من وجهت اليه اليمين او نكل ، اثر ذلك كله لا ينصرف الى بقية الدائنين .

واذا وهب احد الدائنين المدين حصته او ابرأه منها او صالحه عليها او نزل له عن التأمينات المقدمة ضمانا للوفاء لم ينفذ كل ذلك الا في حصة هذا الدائن فقط ولا يسري اثره الى حصص بقية الدائنين .

٣٩٥ ـ وقد اختلفت الاراء فى حالة ما اذا حصل احد الدائنين على حكم ضد المدين ، فذهب بعضهم الى عدم استفادة بقية الدائنين من هذا الحكم الا اذا كانوا ورثة ،لان كلا منهم يعتبر ممثلا للاخرين (١) . وذهب اخرون الى عكس هذا الرأي والى ان جميع الدائنين يستفيدون من هذا الحكم ولا يكلفون بعد ذلك باثبات حقوقهم لان الدين المشترك ناشيء عن سبب

(١) الاستاذ السنهوري ، المرجع السابق ، ف ١٦٠ ، ص ٢٥٠ .

قانوني واحد (١) . ونحن نميل الى الاخذ بالرأي الثاني لما سبق ان قلناه من ان الدين المشترك واحد عند نشوئه ، اي ان سببه ومصدره القانوني واحد . فاذا اقام احد الدائنين الدعوى لاثبات الدين وحصل على حكم لمصلحته وجب ان يستفيد بقية الدائنين من هذا الحكم . ذلك ان الدائن انما حصل على حكم بالنسبة لاصل الدين لا بالنسبة لحصته فقط . ولما كان الدين لا يزال مشتركا بين جميع الدائنين فانهم يستفيدون منه حتما . فاذا كان شخصان يملكان سيارة بينهما وباعاها صفقة واحدة ثم حدث نزاع فى هذا الشأن واقام احدهما الدعوى على المشتري وحصل على حكم ضده فلا بد ان يستفيد شريكه من هذا الحكم .

المطلب الثاني
علاقة الدائنين بعضهم ببعض

٣٩٦ ـ تحكم علاقة الدائنين فى الدين المشترك بعضهم ببعض قاعدة اساسية هي انه ليس للدائن الذي قبض شيئا من الدين المشترك ان يستبد به لنفسه ، حتى لو كان ما قبضه اقل من حصته . فلبقية الدائنين ان يشاركوه فيما قبض ثم يرجعون جميعا على المدين كل بقدر حصته من الدين . ولهم ايضا ان يختاروا الرجوع على المدين ، فاذا كان معسرا رجعوا على الدائن الذي قبض حصته فحملوه نصيبه فى اعسار المدين . وقد نصت على ذلك المادة (٣٠٤) مدني بقولها :

« ١ ـ اذا كان الدين مشتركا فلكل واحد من الشركاء ان يطلب حصته منه .

٢ ـ فاذا قبض احد الشركاء شيئا من الدين المشترك فالشركاء الاخرون بالخيار ان شاؤوا شاركوه فيما قبضه عينا ويتبعون هم والقابض المدين بما بقي لكل منهم فى ذمته وان شاؤوا تركوا للقابض ما قبضه واتبعوا المدين بحصتهم .

---

(١) الدكتور حسن علي الذنون ، المرجع السابق ، ف ١٨٢ ، ص ١٩٨ .

٣ ــ فان اختاروا متابعة المدين فلا يرجعون على القابض بشيء الا اذا توى نصيبهم فيرجعون عندئذ على القابض بحصتهم فيما قبضه ويأخذون منه مثل المقبوض لا عينـــــه » .

يتبين من النص المتقدم انه فى حالة قبض احد الدائنين فى الدين المشترك شيئا من الدين يكون بقية الدائنين بالخيار بين امرين :

١ ــ مشاركة الدائن فيما قبضه .

٢ ــ الرجوع على المدين بحصصهم . فان كان معسرا رجعوا علـــى الدائن القابض فحملوه نصيبه فى اعسار المدين .

ونرى كلا من ذلك علـــى حـــدة .

اولا ــ مشاركة الدائنين الاخرين للدائن القابض فيما قبضه

٣٩٧ ــ من صفات الدين المشترك انه ينقسم عند المطالبة به ، فـــلا يستطيع احد الدائنين ان يطالب المدين الا بحصته من الدين . ولكن هذا الانقسام ليس تاما ، فاذا قبض احد الدائنين حصته لم تسلم له وكان لبقيـــة الدائنين ا ن يشاركوه فيما قبض ، حتى لو كان ما قبضه اقل من حصته . فلو فرضنا ان مقدار الدين ثمانمائة دينار وان عدد الدائنين اربعة وان حصصهم متساوية ، فاذا قبض احد الدائنين حصته ، ومقدارها مائتا دينار ، كـــان لكل من الدائنين الثلاثة الاخرين ان يشاركه فيما قبض ويأخذ منه خمسين دينارا ، فيكون كل من الدائنين قد استوفى خمسين دينارا من حصته وبقي له مائة وخمسون دينارا . فاذا فرضنا ان احد الدائنين استوفى بعد ذلك مائـــة دينار كان لبقية الدائنين ان يرجعوا عليه كل بخمسة وعشرين دينارا ، فيكون مجموع ما استوفاه كل دائن خمسة وسبعين دينارا ، ويبقى لـــه خمســـة وعشرون دينارا وهكذا كلما قبض احد الدائنين من المدين شيئا من الدين شاركه فيه الاخرون على النحو المتقدم حتى يستوفوا كلهم حصصهم باكملها .

٣٩٨ ــ واذا خرج ما قبضه احد الدائنين من يده ، فان كان خروجه بتصرف قولي ، كبيع او هبه ، او استهلكه او هلك تبعد منه فان بقيـــــة

يرجعون عليه بالضمان كل بقدر حصته من الدين المشترك . اما اذا هلك الشيء بسبب اجنبي لايد للدائن القابض فيه فان هذا الدائن يعتبر مستوفيا لما قبضه ويحسب عليه من حصته ولا يرجع عليه بقية الدائنين بشيء ، ولا يبقى امامهم عندئذ الا الرجوع على المدين بحصصهم فى الدين المشترك . وقد نصت على هذا الحكم المادة (٣٠٥) من القانون المدني بقولها : « ١ ــ اذا قبض احد الشركاء حصته من الدين المشترك واخرجها من يده بوجه من الوجوه او استهلكها فللشركاء الاخرين ان يضمنوه نصيبهم . ٢ــ اما اذا هلكت فى يده بلا تقصير فلا يضمن نصيب شركائه فى المقبوض ويكون مستوفيا حقه . وما بقي من الدين فى ذمة المدين يكون للشركاء الاخرين » . ويسري هذا الحكم على حالة ما اذا لم يستوف الدائن حقه مباشرة من المدين ، بل من اخر ككفيل او محال عليه (م٣٠٦) .

٣٩٩ ــ واذا لم يكن ما استوفاه الدائن من جنس الدين بل شيئا اخر ، كأن اشترى من المدين شيئا بحصته من الدين المشترك ، فليس لبقية الدائنين ان يشاركوه فيما قبض من المقابل الا اذا تراضوا على ذلك ، بل لهم ان يرجعوا عليه بالضمان كل بنسبة حصته من الدين (م٣٠٧) . واذا استأجر احد الشركاء بحصته من الدين المشترك شيئا صار قابضا لحصته ، ولشركائه الخيار فى تضمينه ما اصاب حصصهم وفى اتباع المدين (م٣٠٨) .

٤٠٠ ــ واذا صالح احد الدائنين المدين على حصته من الدين المشترك فان كان بدل الصلح من جنس الدين فشركاؤه مخيرون ان شاؤوا شاركوه فى المقبوض وان شاءوا اتبعوا المدين . وان كان بدل الصلح من خلاف جنس الدين فالشركاء بالخيار ايضا في اتباع المدين او الشريك المصالح . وفي هذه الحالة يكون الشريك المصالح بالخيار ان شاء سلم اليهم نصيبهم في المقبوض وان شاء دفع اليهم نصيبهم فى الدين (م٣٠٩) . فاذا كان لثلاثة اشخاص على اخر تسعمائه دينار وكانت حصصهم متساويه وصالح احدهم المدين على حصته بمائة وخمسين دينارا ، فان بقية الدائنين بالخيار ان شاؤوا رجعوا على المدين بحصصهم من الدين المشترك وان شاؤوا شاركوا الدائن

القابض بما قبض ، وفي هذه الحالة يأخذ كل منهم من الدائن خمسين دينارا . اما اذا كان بدل الصلح شيئا اخر ، كحنطه او تمر مثلا ، واختار الدائنون الاخرون الرجوع على الدائن القابض ، فان هذا الاخير بالخيار بين ان يدفع لهم حصتهم في الدين ، اي مائة دينار لكل منها ، وبين ان يدفع لهم حصتهم في الشيء الذي قبضه .

٤٠١ ــ واذا مات المدين معسرا وكان احد الدائنين وارثاله طبقنا القاعدة القاضية بالا تركه الا بعد سداد الديون . فيشترك الدائنون فى قسمة التركة كل بحسب حصته فى الدين ، بما فيهم الوارث (٣١٠).

٤٠٢ ــ واذا استوفى احد الدائنين حصته من الدين المشترك عن طريق المقاصة بدين للمدين عليه ، فاذا كان دين المدين على هذا الدائن قد ثبت قبل ثبوت الدين المشترك فلا رجوع لبقية الدائنين على الدائن لانه لا يكون قد استوفى شيئا ، وانما المدين هو الذي يكون قد استوفى ماله في ذمة هذا الدائن . واذا كان دين المدين على الدائن قد ثبت بعد ثبوت الدين المشترك فان الدائن يعتبر قد استوفى حقه فيرجع عليه بقية الدائنين بحصصهم(م٣١١).

وقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٣١٢) على صورة خاصة من صور المقاصة هي حالة ما اذا نشأ دين المدين على الدائن عن اتلاف الدائن مالا للمدين ووجب عليه التعويض وتقاص دين التعويض بالدين المشترك ، واجازت لبقية الدائنين الرجوع على الدائن المتلف . فقد نصت هذه الفقرة على انه : « اذا اتلف احد الشركاء في دين مشترك مالا للمدين وتقاصا بحصته ضمانا فلشركائه اخذ نصيبهم منه » . ويجب قياس اتلاف النفس على اتلاف المال ولو لم ينص القانون على ذلك . فاذا قتل احد الدائنين في الدين المشترك المدين ووجبت عليه الدية وتقاص الدين الذي نشأ لورثة المدين عليه نتيجة القتل في الدين المشترك كان لبقية الدائنين ان يرجعوا على هذا الدائن ويشاركوه في حصته من الدين المشترك التي تقاصت بمبلغ الدية .

٤٠٣ ــ وهناك حالات لايستوفي الدائن فيها شيئا من المدين ومع ذلك

يعتبر مستوفيا لحصته من الدين المشترك ، ومع ذلك لارجوع لبقية الدائنين عليه لمشاركته فيما قبض . وهذه الحالات هي حالة كفالة احد الدائنين في الدين المشترك مدينا للمدين وضمانه الدين ، وحالة الهبه والابراء .

وقد نصت على الحالة الاولى الفقرة الثانيه من المادة (٢١٢) بقولها : « اما اذا ضمن للمدين دينا واجباله على شخص اخر وصارت حصته قصاصا بالدين الذي ضمنه فلا شيء لشركائه عليه . واذا رجع على المكفول عنه وقبض منه مبلغ الضمان لم يكن لشركائه ان يشاركوه فيه » . فاذا كفل احد الدائنين في الدين المشترك دينا للمدين في ذمة شخص ثالث واعسر المكفول عنه وضمن الدائن الدين وتقاصت حصته فى الدين المشترك بدين المدين على المكفول عنه ، فليس لبقية الدائنين الرجوع عليه بحصصهم حتى لو رجع الدائن على المكفول عنه وحصل منه على مبلغ الضمان .

ونصت على الهبه والابراء المادة (٢١٣) بقولها : « اذا وهب احد الشركاء حصته من الدين المشترك للمدين او ابرأ ذمته منها فهبته او ابراؤه صحيحان ولا يضمن نصيب شركائه فيما وهب او ابرأ » . والعلة فى عدم اعطاء بقية الدائنين الرجوع على الدائن الواهب او المبريء ان هذا الدائن لم يقبض شيئا .

٤٠٤ ــ ويمكن تلخيص الاحكام المتقدمة بالقواعد التالية :

١ ــ اذا قبض الدائن حصته من جنس الدين ، سواء بنفسه او من كفيل او محال عليه ، او صالح المدين عن حصته وكان بدل الصلح من جنس الدين ، كان لبقية الدائنين ان يرجعوا عليه ويشاركوه فيما قبض عينا .

٢ ــ اذا قبض الدائن مقابلا لحصته ، او استأجر بحصته عينا للمدين ، او صالح المدين عن حصته ولم يكن بدل الصلح من جنس الدين ، رجع عليه بقية الدائنين بضمان حصصهم من الدين المشترك لانه ليس فى يده شيء من جنس الدين حتى يشاركوه فيه . ويسري هذا الحكم على حالة ما اذا قبض احد الدائنين حصته من الدين المشترك ولكنها خرجت من يده ببيع او هبه

او استهلكها او هلكت بخطئه . ويسري هذا الحكم ايضا في حالة ما اذا اتلف الدائن مالا للمدين ووجب عليه الضمان وتقاص دين الضمان بحصته في الدين المشترك .

٣ ـ اذا برئت ذمة المدين من حصة الدائن من دون ان يقبض هذا شيئا من المدين لم يكن لبقية الدائنين الرجوع عليه . ويتحقق ذلك في حالة المقاصة بدين للمدين ثبت على الدائن قبل ثبوت الدين المشترك ، وفي حالة ضمان الدائن دينا واجبا للمدين على شخص اخر وسقوط حصته في الدين المشترك بالمقاصة مع الدين الذي ضمنه . ويتحقق ذلك ايضا في حالة هبة الدائن للمدين حصته من الدين المشترك وابرائه اياه منها . والعلة في عدم رجوع بقية الدائنين في هذه الحالات هي ان الدائن ليس في يده شيء من جنس الدين حتى يمكن مشاركته فيه ، وهو لم يقبض شيئا حتى يضمنه لشركائه . ولا يبقى امام هؤلاء عندئذ الا الرجوع على المدين بحصصهم . ويسري هذا الحكم على حالة ما اذا قبض احد الدائنين حصته ولكنها هلكت بسبب اجنبي ،فيكون في حكم من لم يقبض شيئا .

ثانيا ـ رجوع بقية الدائنين على الدائن القابض بنصيبه في اعسار المدين

٤٠٥ ـ اذا اختار الدائنون الاخرون الرجوع على المدين بحصصهم وعدم مشاركة الدائن القابض في حصته التي قبضها سقط حقهم في الرجوع عليه الا اذا توت حصصهم ، اي هلكت باعسار المدين ، ففي هذه الحالة يعود حقهم في الرجوع على الدائن الذي قبض حصته ومشاركته فيما قبض بنسبة حصصهم . فاذا كان الدين ثمانمائة دينار والدائنون اربعة وكانت حصصهم متساوية ، وقبض احدهم حصته من الدين المشترك وقدرها مائتا دينار ، واختار بقية الدائنين الرجوع على المدين بحصصهم ولكنهم وجدوه معسرا ، في هذه الحالة لهم ان يرجعوا على الدائن القابض بنسبة حصصهم ، فيرجع كل منهم بخمسين دينارا . وهكذا يكون كل من الدائنين الاربعة قد حصل على ربع حصته من الدين .

الاعسار الجـــزئي

٤٠٦ ــ ويسري الحكم المتقدم فى حالة الاعسار الجزئي • فاذا اختار بقية الدائنين الرجوع على المدين ولم يحصلوا الا على ثلاثمائة دينـــار مثلا ، اي على نصف حقهم ، فى هذه الحالة توزع الخسارة على جميع الدائنين فيرجع كل من الدائنين الثلاثة على الدائن القابـــض بخمسة وعشريـــن دينارا • وبذلك يكون كل من الدائنين الاربعة قد حصل على مائة وخمســة وعشرين دينارا من اصل مائتي دينار •

اعســـار الدائـــن القـــابض

٤٠٧ ــ وقد يقع الدائـــن الذي قبض حصته من الدين المشترك هـــو نفسه فى الاعسار • فاذا اراد الدائنون الاخـــرون الرجـــوع عليـــه نتيجـــة اعسار المدين ووجدوه معسرا هو ايضا تحملوا وحدهم نتيجة اعسار المدين •

اســـــتثناء

٤٠٨ ــ ليست القواعد المتقدمة والتي تحكم علاقة الدائنين بعضهم ببعض من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها • فيجوز ان يتفـــق الدائنون على تقسيم الدين المشترك ، وفى هـــذه الحالة ينقسم الديـــن ويختص كل منهم بحصته ولا يشاركه فيها بقية الشركاء ، حتى لو اعسر المدين ولم يحصلوا على حصصهم • وقد نصت على ذلك المادة (٢١٤) مدني بقولها : « ١ ــ فى الدين المشترك يجوز الاتفاق فيما بين الشركاء على ان يكون لكل منهم الحق فى قبض حصته من الدين من غير ان يكون لسائر الشركـــاء الرجوع عليه حتى لو توت حصصهم • ٢ــ وفى هذه الحالة ينقسم الدين المشترك على الدائنين قسمة تامة ويختص كل منهم بحصته فى الدين من غير ان يشاركه فيها غيره بوجه من الوجوه » •

الفرع الثانى

الدائنون المتضامنون (او التضامن الايجابي)

Créanciers solidaires, solidarité active

٤٠٩ ــ فى هذا النوع من تعدد الدائنين يكون لكل دائن ان يطالب المديــن بكل الديــن ، وتبرأ ذمة المدين اذا وفى الدين لاي كان من الدائنين

والفائدة التي قد تحصل من هذا النوع من التضامن هي تسهيل الوفاء على المدين او تسهيل قبضه على الدائنين • فيقوم المديــن بالوفاء مرة واحدة لاحد الدائنين بدلا من الوفاء لكل دائن بحصته كما هو الحال في الديــن المشترك ، او يقوم احد الدائنين بمطالبة المدين واستيفاء الدين كله بدلا من قيام كل دائن على انفراد بمطالبة المدين للحصول على حصته من الدين كما هو الحال فى الدين المشترك • وهكذا يتجنب كل من المدين والدائنين المتضامنين المشاكل والصعوبات التي رأيناها فى الدين المشترك •

٤١٠ ــ والتضامن بين الدائنين نادر الوقوع فى الحياة العملية • ويرجع سبب ذلك الى ان مضاره اكثر من فوائده ، اذ ان فائدته الوحيدة هي فى تمكين اي من الدائنين من مطالبة المدين بكل الدين وفى تمكين المدين مــن الوفاء بكل الدين لاي كان من الدائنين • وهذه الفائدة يقابلها محذور كبير هو تعرض الدائنين لخطر اعسار الدائن الذي قبض كل الدين ، اذ لا يمكنهم الرجوع على المدين الموفي لان ذمته تكون قد برئت بالوفاء لاحدهم بكــل الدين • وهذه الفائدة يمكن الوصول اليها عــن طريــق توكيل الدائنــين

احدهم بقبض كل الدين . وخطورة الوكالة اقل من خطورة التضامن الايجابي، اذ فى امكان الدائنين عزل الوكيل بقبض الدين متى شاءوا .

ونبحث التضامن الايجابي فى مبحثين ، نخصص الاول لمصادره والثاني لاثـــــاره .

المبحـــث الاول

مصادر التضامـن بين الدائنين

٤١١ ــ تقضي المادة (٣١٥) مدني بانه : « لا يكون الدائنون متضامنين الا اذا كان هناك اتفاق على ذلك او كان القانون ينص على تضامنهـم » . فالاصل اذن ان التضامن بين الدائنين لا يفترض ، بل يجب الاتفاق عليه صراحة او ان يكون منصوصا عليه فى القانون . فمصادر التضامن الايجابي ، حسب هذه المادة ، هي الاتفاق والقانون .

٤١٢ ــ فاذا كان الاتفاق هو مصدر التضامن بين الدائنـــين فـلا بد من ان يكون صريحا واضحا . واذا كان الاتفاق عليه ضمنيا فيجب ان لا يكون هناك شك فى انصـــراف ارادة الطرفـــين اليه ، فاذا كـــان كان هناك شك وجب تأويله لنفي التضامن لا لاثباته . فاذا باع شخصـان سيارة يملكانها على الشيوع ولم يشترطا التضامن فيما بينهما فى اقتضـاء الثمن فلا يجوز استخلاص التضامن من ملكيتهما المشتركة للســـيارة ، وينقسم الثمن عليهما بنسبة حصة كل منهما فى السيارة . فاذا لم تعين حصة كل منهما عند البيع اصبح الثن دينا مشتركا بينهما ، ونطبق عليه الاحكام العامة التي رأيناها فى الدين المشترك (١) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدنـي المصري فى هذا الصدد ما يلي : « ومن الاصول المقررة ان التضامن بنوعيه لا يفترض . وليس يقصد بذلك الى وجوب اشتراطه بصريح العبـــارة ، فقـد

واكثر ما يقع التضامن الايجابي عندما يكون هناك مدينون متضامنون ويتحولون الى دائنين متضامنين . مثال ذلك ما اذا باع عدة اشخاص شيئا وتضامنوا فى الالتزام بالتسليم ثم لم يدفع المشتري الثمن ، فى هذه الحالة يكونون جميعا دائنين بالتضامن فى طلب الفسخ واسترداد المبيع .

٤١٣ ــ وقد تكون الارادة المنفردة مصدراً للتضامن بين الدائنين . مثال ذلك ما اذا اوصى شخص لعدة اشخاص بمبلغ من النقود ونص فى وصيته على ان يكون لكل من الموصى لهم الحق فى مطالبة الورثة بكل المبلغ الموصى به . فى هذه الحالة ينشأ التضامن الايجابي ابتداء ، لا بتحوله من تضامن سلبي الى تضامن ايجابي ولا بالاتفاق عليه فى ضمن عقد .

٤١٤ ــ اما القانون فيكاد يجمع الفقهاء على انه لا يمكن ان يكون مصدرا للتضامن بين الدائنين . ولم نجد فى المراجع التي بين ايدينا مثلا واحدا يمكن اعتبار القانون فيه مصدرا لهذا النوع من التضامن (١) . وعليه فان نص القانون المدني العراقي على ان القانون يمكن ان يكون مصدرا للتضامن بين الدائنين لا تطبيق له .

الفقه الاسلامي

٤١٥ ــ ويعرف الفقه الاسلامي التضامن بين الدائنين فى حالتين هما شركة المفاوضة وشركة الاعمال .

فشركة المفاوضة هي الشركة التي يضع فيها الشركاء حصصا متساوية ،

تنصرف اليه الارادة ضمنا ، ولكن ينبغي ان تكون دلالة الاقتضاء فى مثل هذه الحالة واضحة لاخفاء فيها . فاذا اكتنف الشك هذه الدلالة وجب ان يؤول لنفي التضامن لا لاثباته » (مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج٣ ، ص ٥١ ، نقلا عن السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥) .

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ج٧ ، ف ١٠٦٠ ، ص ٣٦٨ . اوبري ورو ، ج٤ ، ط ٦ ، ص ٢٤ . بودري وبارد ، المرجع السابق ، ف ١١٢٢ ، ص ٢٥٢ . بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج٢ ، ط ٣ ف ١٨٤٦ ، ص ٥٩٩ . جوسران ، ج٢ ، ط ٣ ، ف ٧٥٧ . السنهوري ، المرجع السابق ، ف ١٢٦ .

وتوزع الارباح بينهم بالتساوي . فاذا باعوا مالا من اموال الشركة او اجروه كانوا متضامنين فى المطالبة بتسليم المبيع . وكذلك اذا غصب شخص او اتلف مالا من اموال الشركة كان جميع الشركاء متضامنين فى المطالبة برد المال المغصوب او بضمان المال المتلف .

وشركة الاعمال هي الشركة التي رأس مالها عمل الشركاء ، فيقدم كل من هؤلاء عمله للشركة . ويكون الشركاء متضامنين فى المطالبة بالاجر المستحق لهم . فيستطيع كل منهم ان يطالب صاحب العمل بكل الاجرة .

المبحث الثاني

الاثار التي تترتب على التضامن بين الدائنين

٤١٦ ــ تختلف اثار التضامن الايجابي فى العلاقة بين الدائنين والمدين عنها فى العلاقة بين الدائنين المتضامنين انفسهم . ونرى كلا من ذلك فى مطلب مستقل .

المطلب الاول

العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين

مبادىء ثلاثة

٤١٧ ــ تحكم علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين المبادىء الثلاثة التالية:

١ ــ لكل دائن مطالبة المدين بكل الدين ، كما ان المدين يستطيع الوفاء بكل الدين لاي دائن .

٢ ــ اذا طالب احد الدائنين المدين بكل الدين كان للمدين ان يحتج تجاه هذا الدائن باوجه الدفع الخاصة به (بالدائن المطالب) وباوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا . واذا كان للمدين دفع خاص تجاه احد الدائنين الاخرين كان له ان يتمسك بهذا الدفع تجاه الدائن المطالب .

٣ ــ اذا قام احد الدائنين بعمل نافع بالنسبة للدين استفاد منه بقية الدائنين ، واذا قام بعمل ضار فان هذا العمل لا ينفذ بحق الدائنين الاخرين فالدائن الذي يقوم بعمل نافع بالنسبة للدين يعتبر وكيلا عن الاخرين عند قيامه بالعمل ، ولا يعتبر كذلك بالنسبة للاعمال الضارة . ونرى كلا من هذه المبادىء على حدة .

أولا ــ امكان مطالبة اي دائن بكل الدين وامكان المدين الوفاء بكل الدين لاي دائن

٤١٨ ــ من مزايا التضامن الايجابي ان كل دائن متضامن يستطيع مطالبة المدين بكل الدين . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة(٣١٦) مدني بقولها : « يجوز للدائنين المتضامنين مجتمعين ومنفردين مطالبة المدين بكل الدين » فاذا طالب احد الدائنين المدين بالوفاء وجب على هذا ان يفي له الدين كله . واذا رفض المدين ذلك كان بامكان الدائن اجباره عليه بواسطة القضاء . فاذا استوفى الدائن الدين كله برئت ذمة المدين بالنسبة لسائر الدائنين .

واذا طالب الدائنون المتضامنون المدين مجتمعين وجب عليه ان يوفي كلا منهم حصته من الدين فقط .

وقد جاء في الفقرة الاولى من المادة (٢٨١) من القانون المدني المصري (المقابلة للفقرة الاولى من المادة (٣١٦)مدني عراقي) زيادة غير موجودة في النص العراقي ، وهذه الزيادة هي : « ويراعي في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل اثر الدين » . وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المصري بخصوص هذه الزيادة ما يلي : « وقد يلحق رابطة بعض الدائنين المتضامنين بالمدين وصف يختلف عن الوصف الذي تتسم به رابطة البعض الاخر ، كأن يكون الدين معلقا على شرط بالنسبة لفريق منهم، ومضافا الى اجل بالنسبة للباقين . وفي هذه الحالة يتعين على كل منهم ان يعتد بالوصف اللاصق برابطته عند مطالبة المدين بالوفاء . وقد يطرأ هذا الوصف

على الرابطة بعد تمام التعاقد ، فقد يرتضي بعض الدائنين مثلا ان يولي المدين اجلا للوفاء بالدين ، وفى هذه الحالة لا يجوز ان يحتج على الدائنين الاخرين بهذا الاجل ، ما لم يتضح نقيض ذلك من مشارطة ترتيب الالتزام او من طبيعة التعامل او من نص فى القانون » (١) • ويلاحظ ان المذكرة الايضاحية ضربت مثلا على حالة ما اذا كانت رابطة احد الدائنين المتضامنين مقترنة باجل ، وهو ان يولي هذا الدائن المدين اجلا للوفاء بالدين ، ولكنها لم تضرب مثلا على حالة تعليق رابطة احد الدائنين المتضامنين على شرط • ويمكننا ان نتصور مثلا على ذلك فى حالة ما اذا كان مصدر التضامن هو الوصية • فاذا اوصى شخص بشيء لعدد من الاشخاص وجعلهم دائنين متضامنين فى مطالبة الورثة بالموصى به واشترط ان لا يستحق احدهم حصته الا اذا قام بعمل معين (وهذا شرط واقف) • فى مثل هذه الحالة لا يستطيع هذا الموصى له ان يطالب بحصته الا اذا قام بالعمل ، اي الا اذا تحقق الشرط •

٤١٩ ــ وكما ان لكل دائن متضامن ان يطالب المدين بكل الدين ، كذلك للمدين ان يوفي كل الدين لاي من الدائنين المتضامنين • ويستطيع المدين ان يختار ايا شاء من الدائنين ويوفي له بكل الدين • ولا يستطيع الدائن الذي يعرض عليه المدين هذا الوفاء ان يرفضه ويقتصر على قبض حصته فقط ، وفى ذلك ما فيه من ضمان للمدين ، اذ يستطيع ان يوفي احد الدائنين كل الدين دون ان يضطر الى تجزئة الدين واعطاء كل دائن حصته على انفراد • واذا رفض الدائن الذي اختاره المدين قبض الدين كان للمدين ان ينذره بواسطة الكاتب العدل او ان يطلب من المحكمة ايداعه لدى شخص ثالث ، وعندئذ تبرأ ذمته لاتجاه هذا الدائن فحسب بل تجاهه وتجاه سائر الدائنين الاخرين •

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج٣ ، ص ٥٨ .

قيد : عدم ممانعة احد الدائنين الاخرين بوفاء كل الدين لدائن اخر

٤٢٠ ــ ولكن اذا كان للمدين ان يفي كل الدين لاحد الدائنين ، الا ان ذلك مقيد بعدم ممانعة احد الدائنين الاخرين فى هذا الوفاء . وهذا ما نصت عليه المادة (٣١٧) . فهي بعد ان اجازت للمدين ان يفي كل الدين لاي من الدائنين اضافت قائلة « الا اذا انذره دائن اخر بان يمتنع من ذلك » . فاذا انذر احد الدائنين المدين بالامتناع عن الوفاء بكل الدين كان للمدين ان يفي هذا الدائن حصته من الدين وان يفي باقي الدين الى الدائن الذي اختاره .

ثانيا ــ الاحتجاج بالدفوع وبانقضاء الدين تجاه الدائن المطالب بكل الدين

٤٢١ ــ اذا طالب احد الدائنين المتضامنين المدين بكل الدين وكان للمدين دفع خاص بهذا الدائن او دفع مشترك بين الدائنين جميعا فله ان يتمسك بهذه الدفوع تجاه هذا الدائن . وكذلك اذا كان للمدين دفع خاص باحد الدائنين الاخرين يترتب عليه براءة ذمته من حصة هذا الدائن فله ان يتمسك به تجاه الدائن المطالب . وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٣١٦) بقولها : « وليس للمدين اذا طالبه احد الدائنين المتضامنين بالوفاء ان يحتج على هذا الدائن باوجه الدفع الخاصة بدائن اخر الا بقدر نصيب هذا الدائن اذا برئت منه ذمته ، ولكن له ان يحتج باوجه الدفع الخاصة به وباوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا » .

فمثال اوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب ان تكون حصة هذا الدائن قد انقضت بالمقاصة بدين للمدين على هذا الدائن ، او ان يكون هذا قد ابرأ المدين من حصته من الدين او وهبه اياها ، الخ ..

ومثال اوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا ان يكون العقد الذي انشأ الالتزام التضامني باطلا ، او موقوفا لنقص فى اهلية المدين او لعيب فى رضاه ، فمثل هذا العيب يمكن الاحتجاج به على جميع الدائنين . ومثال ذلك ايضا

ما اذا كان المدين قد وفى الدين جميعه لدائن غير الدائن المطالب ، فبرئت ذمته تجاه جميع الدائنين .

اما اوجه الدفع الخاصة بدائن اخر غير الدائن المطالب بالدين فهي مثل اوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب . وفى هذه الحالة لا يستطيع المدين الاحتجاج بهذه الدفوع تجاه الدائن المطالب الا بقدر حصة الدائن الذي يمكن الاحتجاج تجاهه بهذه الدفوع .

ثالثا ـ وكالة كل دائن متضامن عن الدائنين الاخرين بالنسبة للاعمال النافعة دون الضارة

٤٢٢ ـ لا يجوز لاحد الدائنين ان يأتي عملا يضر بالدائنين الاخرين ، واذا اتى عملا من شأنه الاضرار بهم فلا ينفذ هذا العمل فى حقهم (م٢/٣١٨) . وعلى العكس من ذلك اذا قام احد الدائنين بعمل نافع فان بقية الدائنين يستفيدون منه . والسبب فى استفادة الدائنين من الاعمال النافعة التي يقوم بها بعضهم وعدم نفاذ الاعمال الضارة فى حقهم هو ان كل دائن يعتبر وكيلا عن بقية الدائنين عند قيامه بعمل يتعلق بالدين ، وان بقية الدائنين يعتبرون قد وكل كل منهم الاخر بهذا الخصوص . واذا كان كل منهم قد وكل الاخر فلا يمكن ان يوكله الا فيما ينفع ، لا فيما يضر .

الاعمال النافعة

٤٢٣ ـ فمثال الاعمال النافعة ما اذا قطع احد الدائنين التقادم ، فهو ينقطع لمصلحة سائر الدائنين المتضامنين ، لان الدائن الذي قطع التقادم يعتبر وكيلا عن الدائنين الاخرين فى هذا العمل الذي يفيدهم جميعا . وكذلك اذا اعذر احد الدائنين المدين ، فان بقية الدائنين يستفيدون من هذا الاعذار لانه مفيد لهم . ومثل الاعذار المطالبة القضائية بالفوائد ، فاذا طالب احد الدائنين بالفوائد التأخيرية استفاد من ذلك جميع الدائنين . وكذلك الحكم اذا حصل احد الدائنين المتضامنين على حكم ضد المدين ، فان بقية الدائنين

يستفيدون من هذا الحكم ، ما لم يكن الحكم مبنيا على سبب خاص بالدائن الذي صدر الحكم لمصلحته .

الاعمال الضارة

٤٢٤ ــ ومثال الاعمال الضارة ما اذا حصل المدين على حكم ضد احد الدائنين المتضامنين ،فلايمكن له التمسك بهذا الحكم ضد بقية الدائنين . وكذلك اذا أعذر المدين احد الدائنين المتضامنين ،فان هذا الاعذار لا يسري في حق بقية الدائنين .

المطلب الثاني

علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض

انقسام الدين

٤٢٥ ــ يحكم علاقة الدائنين المتضامنين ببعضهم مبدأ اساسي هو ان الدين ينقسم فيما بينهم ، وما يقبضه احدهم يشترك فيه الجميع . فالتضامن بين الدائنين يشبه الاشتراك في الدين ، او الدين المشترك ، من هذه الناحية . وقد نصت على هذا المبدأ المادة (٣١٩) من القانون المدني بقولها : « كل ما يستوفيه احد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ويقتسمونه سوية الا اذا وجد اتفاق او نص يقضي بغير التساوي » . واذا لم يوجد نص قانوني او اتفاق يحدد حصة كل من الدائنين المتضامنين اعتبرت حصصهم متساوية وقسم عليهم الدين بالتساوي .

الاساس القانوني لرجوع بقية الدائنين بحصصهم

٤٢٦ ــ ويمكن تلمس الاساس القانوني لرجوع كل دائن بحصته على الدائن الذي قبض كل الدين اما في وكالة ضمنية او في قواعد الفضالة .

فبمقتضى الوكالة الضمنية يعتبر الدائن القابض اصيلا عن نفسه في القبض ووكيلا عن بقية الدائنين .

وبمقتضى قواعد الفضالة يعتبر الدائن القابض اصيلا عن نفسه وفضوليا بالنسبة لحصص باقي الدائنين .

الفرع الثالث

المدينون المتضامنون (او التضامن السلبي)

Débiteurs solidaires, solidarité passive

تمهيـــد : اهمية التضامن بين المدينين وكثرة وقوعه فى العمل

٤٢٧ ــ يكون المدينون متضامنين اذا كان للدائن الحق فى مطالبة اي شاء منهم بكل الدين بالرغم من قابلية محل الالتزام للانقسام ، واذا وفى احدهم كل الدين برئت ذمته وذمم الباقين • فاذا باع شخص شيئا من ثلاثة اشخاص واشترط ان يكونوا متضامنين فى الوفاء بالثمن ، كان له الحق فى مطالبتهم مجتمعين ومنفردين ، والمدين الذي يختاره الدائن ويطالبه بالثمن يكون ملزما بالوفاء به •

٤٢٨ ــ والتضامن بين المدينين كثير الوقوع فى الحياة العملية ، بعكس التضامن بين الدائنين • فهو خير ضمان شخصي للدائن يضمن له الحصول على حقه فى حالة اعسار بعض المدينين • فهو نوع من الكفالة الشخصية ، ولكنه اقوى انواع الكفالة •

فأبسط انواع الضمانات او التأمينات الشخصية هو الكفالة البسيطة ، وفيها لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين الاصلي • فاذا طالبه الدائن ، بالوفاء كان له ان يدفع تجاهه بحق التجريد ، اي ان يطلب منه ان يقوم بمطالبة المدين اولا فاذا لم تكف امواله للوفاء بالدين قام هو بالوفاء •واذا تعدد الكفلاء فى الكفالة البسيطة فان كلا منهم يتمتع بحق التقسيم بالاضافة الى حق التجريد •اي ان الدين ينقسم على عدد الكفلاء ، فلا يدفع كل كفيل الا حصته فى اعسار المدين الاصلي •

والدرجة الثانية من الكفالة هي الكفالة مع التضامن • وفى هذا النوع

من الكفالة يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل ابتداء ، ولكن التزام الكفيل يبقى ، مع ذلك ، تابعا لالتزام المدين الاصلي ، مما يجعله ادنى مرتبة من المدين المتضامن • فالكفيل يستطيع التمسك بالدفوع الشخصية التي يستطيع المدين الاصلي التمسك بها • فاذا كان التزام المدين الاصلي باطلا او موقوفا فالكفيل يستطيع التمسك بهذه الدفوع تجاه الدائن •

واقوى انواع التأمينات الشخصية هو التضامن بين المدينين ، ففيه يكون كل مدين مدينا اصليا بكل الدين ويستطيع الدائن ان يطالب ايا شاء من المدينين بكل الدين ، ولا يستطيع المدين الذي يطالبه الدائن بالدين ان يتمسك بالدفوع الشخصيه البحته التي يستطيع مدين اخر التمسك بها •

بعد هذه المقدمه الوجيزة ، نعالج التضامن بين المدينين في مبحثين نتكلم في الاول عن مصادره وفي الثاني عن اثاره •

المبحث الاول

مصادر التضامن السلبي

مصدران : الاتفاق والقانون

٤٢٩ ــ تقضي المادة (٣٢٠) من القانون المدني بان : « التضامن ما بين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق او نص فى القانون » • فمصادر التضامن السلبي اذن اثنان : الاتفاق والقانون • ونرى كلا منهما في مطلب مستقل •

المطلب الاول

الاتفاق كمصدر للتضامن السلبي

الاتفاق على التضامن لا يفترض ويجب ان يكون واضحا

٤٣٠ ــ يصح ان يرد الاتفاق على التضامن في صلب العقد او في عقد

لاحق . وسواء ورد فى العقد الاصلي او فى عقد لاحق ، فانه يجب ان يكون صريحا لالبس فيه ولا ابهام ، ولا يجوز افتراضه . فاذا باع شخص قطعة ارض من اربعة اشخاص مثلا ، صفقة واحدة بدون ان يعين حصة كل واحد منهم فى الارض او الثمن ، فلا يجوز ان نستخلص من ذلك ان المشترين الاربعة متضامنون فى الوفاء بالثمن ، بل يجب اعتبارهم متساوين في الحصص ، فيكون لكل منهم ربع الارض على الشيوع وعلى كل منهم ربع ثمنها بعد انقسام الدين عليهم . فاذا اراد البائع ان يكونوا متضامنين في وفاء الثمن وجب عليه ان يشترط ذلك بوضوح لايترك مجالا للشك . فاذا لم يشترطه لم يكن المشترون متضامنين فى الوفاء بالثمن وفسر الشك لمصلحتهم ، فالقاعدة ان الشك يفسر لمصلحة المدين .

٤٣١ ـ ولكن اذا كان التضامن بين المدينين يجب ان يكون واضحا ، فليس معنى ذلك انه يشترط فيه ان يرد بعبارات خاصة . فيجوز ان يكون شرط التضامن ضمنيا . والشرط الضمني يستخلص من ظروف التعاقد ،ولكن يجب في هذه الحالة الاتدع هذه الظروف مجالا للشك فيه (١) .

---

(١) وفى هذا المعنى قضت محكمة التمييز المصرية فى حكم لها صادر فى ٢٩ تشرين الاول سنة ١٩٤٢ بانه : « اذا استخلصت محكمة الموضوع من اتفاق اربعة شركاء فى اجارة على ان يكون الايجار من الباطن بمعرفتهم جميعا وتحصيل الاجرة بواسطة فلان وكيل اثنين منهم هما اخوان وباشراف الشريكين الاخرين ، وان ترسل المبالغ المحصلة للمؤجر الاصلي خصما من الاجرة ، وان تحفظ جميع المستندات تحت يد واحد منهم (احد الاخوين) ، وان يكون لباقي الشركاء ان يأخذوا بيانا بما يهمهم على ان يقدم الحساب فى نهاية كل سنة، اذا استخلصت من عبارات هذا الاتفاق على ضوء ما ذكرته من الاعتبارات والظروف القائمة فى الدعوى ان فلانا المذكور لم يكن وكيلا عن الشريكين الاخرين ، وان الاخوين يجب لذلك اعتبارهما مسؤولين قبلهما عن المبالغ التي حصلها هذا الوكيل ولو لم يكونا قد قبضاها منه ، فانها انما تكون قد فصلت فى مسألة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها . ثم اذا هي استخلصت من عبارات الاتفاق ومن ظروف الدعوى ايضا ان الاخوين انما قصدا تطمين باقي الشركاء بان يتحمل كل منهما

النتائج التي تترتب على عدم جواز افتراض التضامن

٤٣٢ ــ ويترتب على عدم جواز افتراض التضامن النتائج التاليه :

١ ــ على من يدعي قيام التضامن ان يثبت وجوده .

٢ ــ عند الشك فى قيام التضامن فانه يعتبر غير قائم .

٣ ــ الحكم الذي يقضي بتضامن المدينين دون ان يبين مصدر هذا التضامن ، وهل هو الاتفاق او القانون ، واذا كان اتفاقا فهل الاتفاق صريح او ضمني ، واذا كان ضمنيا فكيف استخلص قاضي الموضوع من عبارات التعاقد وظروفه وجود التضامن الذي لاشك فيه ، هذا الحكم يجب نقضه (١) .

التضامن بين المدينين فى المسائل التجارية

٤٣٣ ــ وقد اختلف الفقهاء في فرنسا في جواز افتراض التضامن ما بين المدينين فى المسائل التجارية ، فذهبت غالبيتهم ، ومعهم القضاء ، الى ان التضامن يفترض فى المسائل التجارية ، بعكس الحال فى المسائل المدنيه . فاذا اشترى عدة تجار بضاعة من تاجر اخر دون ان يشترط البائع ان يكون المشترون متضامنين فى دفع الثمن ، فانهم يكونون مع ذلك متضامنين فى ادائه للبائع ، الا اذا استبعد التضامن بشرط خاص .

اما في العراق فيجب التمييز بين حالة ما اذا قضى العرف التجاري بالتضامن وحالة ما اذا لم يقض به . فاذا لم يقض العرف التجاري ولم يشترطه الدائن فلا مجال لافتراضه . اما اذا قضى العرف التجاري بالتضامن بين

المسؤولية المترتبة على ما يقع من هذا الوكيل ، فان هذا الاستخلاص يكون سائغا والحكم عليهما بالتضامن يكون فى محله » (مجموعة عمر ، ٣، رقم ١٨٢ ، ص ٤٨٨ ، نقلا عن السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٢٦٣ــ٢٦٤) .

(١) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف ١٠٦٥ ، ص ٣٧٢ ، مع الاحكام المشار اليها فى هامش رقم ١ . السنهوري المرجع ، السابق ، ص ٢٦٥ .

المدينين في مسائل معينه فيجب الاخذ بهذا العرف ، فالعرف مصدر من مصادر القانون يلجأ اليه القاضي عند عدم وجود نص تشريعي في مسألة معينه • فاذا كان العرف التجاري يقضي بالتضامن بين المدينين فانه يعتبر كانه قد اشترط في العقد ، اذ المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم •

المطلب الثاني

القانون كمصدر للتضامن

نصوص متفرقة

٤٣٤ ــ وقد ينص القانون على التضامن بين المدينين في حالات خاصة • وهناك نصوص متفرقه في قوانين مختلفه تقضي بهذا النوع من التضامن • من ذلك مانصت عليه الفقرة الثانيه من المادة (٨٧١) من القانون المدني من انه : « واذا كان كل من المهندس المعماري والمقاول مسئولا عما وقع فى العمل من عيب كانا متضامنين فى المسئولية » • ومن ذلك ايضا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٨٦) من انه : « اذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد او المتعدي منهما فلو ضمنا معا كانا متكافلين فى الضمان » • ومن ذلك ايضا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٠) من تضامن الكفلاء فى الكفالة القضائية والقانونية والتجارية فيما بينهم وتضامنهم مع المدين • ومن ذلك ايضا ما قضت به المادة (١٩٨) من اعتبار غاصب الغاصب بحكم الغاصب واعطائها المغصوب منه حق الرجوع على اي شاء منهما • فقد نصت هذه المادة على ان : « غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب • فاذا غصب احد من الغاصب المال المغصوب واتلفه او تلف فى يده فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمنه الغاصب الاول وان شاء ضمنه الغاصب الثاني •• ٢ــ كذلك اذا اتلف احد المال المغصوب الذي هو فى يد الغاصب فان المغصوب منه يكون بالخيار ان شاء ضمنه الغاصب وهو يرجع على المتلف وان شاء ضمنه المتلف ولا يكون

لهذا رجوع على احد » . فالتضامن في كل هذه الامثلة مصدره القانون . وهناك نصوص اخرى تقضي بالتضامن بين المدينين نعرض عن ذكرها اكتفاء بما تقدم .

المبحث الثاني

اثار التضامن السلبي

علاقة الدائن بالمدينين وعلاقة المدينين ببعضهم

٤٣٥ ـ تختلف اثار التضامن بين المدينين فى علاقة الدائن بالمدينين عنها فى علاقة المدينين المتضامنين ببعضهم . ونرى كلا من ذلك فى مطلب مستقل .

المطلب الاول

العلاقة بين الدائنين والمدينين المتضامنين

مبادىء ثلاثة

٤٣٦ ـ تحكم علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين ثلاثة مبادىء وهي : ١ـ وحدة المحل ، فيعتبر الدين كلا لا يتجزأ ويستطيع الدائن مطالبة اي شاء من المدينيين بكل الدين . ٢ـ تعدد الروابط ، فالرابطة التي تربط احد المدينين بالدائن تختلف عن الروابط التي تربط غيره من المدينين به . ٣ـ النيابة المتبادلة بين المدينين فيما ينفع لا فيما يضر ، فاذا قام احد المدينين بعمل نافع بالنسبة للدين استفاد منه بقية المدينين ، اما العمل الضار فلا ينصرف اثره اليهم . ويترتب على كل من هذه المباديء بعض النتائج ، نراها فيمايلي:

اولا ـ الاثار التي ترد الى وحدة المحل

٤٣٧ ـ اهم اثار التضامن السلبي هو فى اعتبار كل مدين ملزما بكل الدين ، فيستطيع الدائن ان يطالب ايا شاء من المدينين المتضامنين بكل

الدين ، واذا طالب احدهم لم يسقط حقه فى مطالبة غيره ، فيستطيع مطالبتهم منفردين ومجتمعين . ولا يستطيع المدين الذي يطالبه الدائن بالدين ان يقتصر على دفع حصته فقط . واذا وفى احد المدينين المتضامنين الدين برئت ذمته وذمم باقي المدينين وكان له الرجوع على المدينين الاخرين كل بقدر حصته . واذا اقام الدائن الدعوى على احد المدينين المتضامنين كان لهذا ان يطلب ادخال باقي المدينين فى الدعوى حتى يصدر الحكم على الجميع ، كما ان لباقي المدينين ان يطلبوا من تلقاء انفسهم ادخالهم فى الدعوى ، وذلك حتى يحافظوا على حقوقهم ويمنعوا ما يمكن ان يقع من تواطؤ بين الدائن والمدين المقامة عليه الدعوى . وقد نصت على هذا المبدأ الفقرة الاولى من المادة (٣٢١) مدني بقولها : « اذا كان المدينون متضامنين فللدائن ان يطالب بالدين كله من شاء منهم وان يطالبهم به مجتمعين . ومطالبته لاحدهم لا تمنعه من مطالبة الاخرين » .

انقضاء الالتزام بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين

٤٣٨ ــ وقد ينقضي الدين بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين باحد اسباب انقضاء الالتزام غير الوفاء ، وفى هذه الحالة لا يستطيع الدائن المطالبة الا بعد خصم حصة المدين الذي انقضى الدين بالنسبة له . ذلك ان الدين يعتبر واحدا ، او كلا ، بالنسبة لجميع المدينين ، فاذا انقضى جزء منه فان هذا الجزء ينقضي بالنسبة لجميع المدينين . واسباب انقضاء الالتزام غير الوفاء هي التجديد ، والمقاصة ، واتحاد الذمة ، والابراء ، والتقادم ، واليمين . ونقول فيما يلي كلمة موجزة عن كل من هذه الاسباب واثرها على التزام بقية المدينين المتضامنين .

١ ــ التجديد

٤٣٩ ــ التجديد استبدال التزام جديد بالتزام قديم يختلف عنه فى احد عناصره ، وهي محله او احد طرفيه او مصدره . فتغيير المحل يكون باحلال شيء جديد محل القديم ، مبلغ من النقود بدلا من سيارة مثلا .

وتغيير احد طرفي الالتزام يكون بتغيير الدائن او بتغيير المدين • فتغيير الدائن يكون بان يتفق الدائن والمدين وشخص ثالث على ان يكون هذا الشخص الثالث هو الدائن الجديد • وتغيير المدين يكون باتفاق الدائن مع شخص اخر على ان يكون هذا الشخص الثالث هو الدائن الجديد • وتغيير المدين يكون باتفاق الدائن مع شخص اخر على ان يكون هذا الشخص هو المدين بدل المدين الاصلي على ان تبرأ ذمة المدين الاصلي بدون حاجة الى رضاه ، او باتفاق المدين مع شخص اخر على ان يحل محله فى الدين ويوافق الدائن على ذلك •

وايا كانت صورة التجديد ، فان الاثر الذي يترتب عليه هو انقضاء الالتزام الاصلي بتأميناته الشخصية والعينية ، ما لم ينص الاتفاق او القانون على خلاف ذلك • فاذا قام احد المدينين المتضامنين بتجديد دين الدائن بدين يكون هو الملتزم فيه فقد برئت ذمم باقي المدينين • ذلك ان التضامن من نوع التأمينات الشخصية فينقضي بانقضاء الدين القديم • ولكن يجوز للدائن ان يشترط عند تجديد الدين بقاء المدينين الاخرين متضامنين بالدين الجديد ، فاذا وافقوا على ذلك بقوا مدينين متضامنين بالدين الجديد كما كانوا بالنسبة للدين القديم • وقد نصت على هذا الحكم المادة (٣٢٣) من القانون المدني بقولها : « يترتب على تجديد الدين بين الدائن واحد المدينين المتضامنين ان تبرأ ذمة(١) باقي المدينين الا اذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم » •

٢ ـ المقاصة

٤٤٠ ـ اذا ترتب لاحد المدينين المتضامنين دين فى ذمة الدائن سقط من دين هذا الاخير بقدر الدين الذي ترتب للمدين فى ذمته ، فاذا طالب الدائن هذا المدين بالدين كان للمدين ان يدفع تجاهه بالمقاصة بقدر ما ترتب له فى ذمته • ولكن بقية المدينين المتضامنين لا يستطيعون الدفع بالمقاصة الا بقدر حصة هذا المدين فى الدين • فاذا كان مقدار الدين الف دينار وكان عدد

---

(١) الصحيح : ذمم •

المدينين اربعة وترتب لاحدهم دين فى ذمة الدائن بمقدار ثمانمائة دينار. ولكن اذا طالب الدائن احد المدينين المتضامنين الاخرين فان هذا المدين لا يستطيع ان يدفع تجاهه الا بمائتين وخمسين دينارا . وهذا المبلغ هو حصة المدين الاخر (الذي ترتب له دين على الدائن) فى الدين . وقد نصت على هذا الحكم المادة (٣٢٤) مدني بقولها : « لا يجوز للمدين المتضامن ان يحتج بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن اخر الا بقدر حصة هذا المدين الاخر » .

٣ ـ اتحاد الذمة

٤٤١ ـ قد يموت الدائن ويرثه احد المدينين المتضامنين ، وقد يموت احد المدينين المتضامنين ويرثه الدائن ، وفى هذه الحالة تتحد ذمة الدائن بذمة هذا المدين ويسقط من الدين بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته بذمة الدائن .

فاذا مات الدائن وورثه احد المدينين المتضامنين فان هذا المدين يصبح هو الدائن ، واذا طالب احد المدينين بالدين فان هذا المدين لا يستطيع الاحتجاج باتحاد ذمة المدين الذي ورث الدائن بكل الدين ، بل بمقدار حصة المدين الوارث الذي اصبح دائنا . مثال ذلك ما اذا باع شخص دارا لاربعة اشخاص بمبلغ الاف دينار واشترط تضامنهم فى دفع الثمن ثم مات وورثه احد المدينين ، فى هذه الحالة تتحد ذمة هذا المدين وذمة دائنه بمقدار حصته من الدين ، اي بمبلغ الف دينار ، فلا يرجع على بقية المدينين الا بثلاثة الاف دينار . وقد نصت على هذا الحكم المادة (٣٢٥) من القانون المدني بقولها : « اذا اتحدت ذمة الدائن واحد مدينيه المتضامنين فان الدين لا ينقضي بالنسبة لباقي المدينين الا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع ذمة الدائن » .

٤٤٢ ـ واذا مات احد المدينين المتضامنين وورثه الدائن اصطدمنا بقاعدة « لا تركه الا بعد سداد الدين » . فاذا لم يكن المدين الذي ورثه الدائن معسرا فان تركته تلزم بمقدار حصته من الدين ، فلا يعود فى استطاعة الدائن الذي ورث المدين ان يرجع على بقية المدينين الا بعد

استنزال حصة المدين لذي ورثه . فاذا كان مقدار الدين الف دينار والمدينون المتضامنون اربعة ومات احدهم وورثه الدائن ،وكانت تركة هذا المدين مليئة ، فلا يرجع الدائن الوارث على بقية المدينين الا بسبعمائة وخمسين دينارا . اما اذا مات المدين المتضامن معسرا فان الدائن لا يلزم بالدين ويرجع على بقية المدينين بكل الدين ، اي بالف دينار . ولم ينص القانون المدني على هذا الحكم ، ولكن يمكن تقريره بتطبيق القواعد العامة .

٤ ـ الابراء

٤٤٣ ـ قد يبرىء الدائن احد المدينين المتضامنين ، وفى هذه الحالة اما ان يكون الابراء من الدين او من التضامن .

فاذا كان الابراء من الدين ، فقد يكون من كل الدين او من حصة المدين فى الدين فقط . فاذا ابرأ الدائن احد المدينين المتضامنين من كل الدين برئت ذمة هذا المدين ولا يستطيع الدائن الرجوع عليه بعد ذلك بشيء . اما بقية المدينين ، فاذا لم يصرح الدائن بانه اراد ابراءهم مع المدين الذي ابرأه فانهم يبقون ملزمين بالدين بعد خصم حصة المدين الذي ابرأه الدائن . وقد يصرح الدائن بانه لم يرد بابرائه المدين ان يبريء المدينين الاخرين حتى من حصة المدين الذي ابرأه وانه يحتفظ لنفسه بحق الرجوع عليهم بكل الدين ، وفى هذه الحالة يستطيع الدائن الرجوع على المدينين الاخرين بكل الدين ولا يطالب المدين الذي ابرأه بشيء . ولمن دفع الدين من المدينين ان يرجع على الباقين كل بقدر حصته من الدين ، بما فيهم المدين الذي ابرأه الدائن . وقد يتضح ان الدائن اراد بابرائه ان يعفي المدين من كل مسؤولية ، فى هذه الحالة يتحمل هو نفسه حصة المدين الذي ابرأه ، واذا اعسر أحد المدينين الاخرين فانه (الدائن) هو الذي يتحمل حصة المدين الذي ابرأه فى حصة المدين المعسر .

واذا كان الابراء من التضامن فقط ، لا من الدين ولا من حصة المدين المبرأ من الدين ، فلا يستطيع الدائن ان يطالب هذا المدين الا بمقدار حصته

من الدين . اما بالنسبة لباقي المدينين المتضامنين فيستطيع مطالبتهم مجتمعين ومنفردين بكل الدين . وقد نصت على الاحكام المتقدمة المواد (٣٢٦ـ٣٢٨) من القانون المدني .

٥ ـ التقادم

٤٤٤ ـ قد ينقضي الدين بالتقادم بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين فقط ، وفى هذه الحالة تبرأ ذمة هذا المدين وذمم المدينين الاخرين بقدر حصة هذا المدين . وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الاولى من المادة (٣٢٩) مدني بقولها :« اذا كانت دعوى الدين بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين لا يجوز سماعها بسبب التقادم استفاد باقي المدينين بقدر حصة المدين الذي لا يجوز سماع الدعوى ضده » .

ثانيا ـ الاثار التي ترد الى تعدد الروابط

٤٤٥ ـ بالرغم من وحدة المحل ، يبقى المدينون المتضامنون مرتبطين بالدائن بروابط متعددة تختلف احداها عن الاخرى . فيبقى كل مدين مرتبطا بالدائن ، بالاضافة الى رابطة التضامن التي تربطه مع باقي المدينين بالدائن ، برابطته الخاصة التي قد تختلف عن الروابط التي تربط غيره من المدينين المتضامنين بالدائن . وهذا هو معنى تعدد الروابط فى التضامن بين المدينين .

اختلاف الاوصاف التي قد تلحق روابط المدينين المتضامنين

٤٤٦ ـ ولما كانت الروابط التي تربط المدينين المتضامنين بالدائن متعددة ، فمن الممكن ان يكون بعض هذه الروابط موصوفا وبعضها بسيطا . وقد يختلف الوصف الذي يلحق احدى هذه الروابط عن الوصف الذي قد يلحق غيرها ، فقد تكون احدى هذه الروابط معلقة على شرط واقف ، واخرى مقترنة باجل واقف ، وثالثة منجزة ، فيجب على الدائن مراعاة ذلك عند مطالبته احد المدينين بالدين . فهو لا يستطيع مطالبة المدين المعلق

دينه على شرط واقف قبل تحقق الشرط ، ولامطالبة المدين الذي يتمتع باجل قبل حلول الاجل ، وهكذا ..

الدفـــــــوع

٤٤٧ ــ ومن مقتضى مبدأ تعدد الروابط ان بعض المدينين المتضامنين قد يكون له دفوع خاصة به لايستطيع غيره من المدينين التمسك بهـــا . ولتمييز الدفوع التي يمكـــن التمسك بها من قبل احد المدينين المتضامنين فقط من الدفوع التي يمكـــن التمسك بها من قبل المدينين جميعا تقســـم الدفوع الى ثلاثة اقسام: دفوع عينية او مشتركة، ودفوع شخصية، ودفوع مختلطة.

١ ــ الدفوع العينية او المشتركـة Exceptions réelles, communes

٤٤٨ ــ فالدفوع العينية او المشتركة هي التي ترد على اصل الديـن ويمكـن لجميع المدينين المتضامنين التمسك بها . مثال ذلك الدفع ببطلان العقد لمخالفة محله للقانون او للنظام العام والاداب . وكذلك الدفع بالتقادم، وبكون العقد معلقا على شرط واقف لم يتحقق ، او مضافا الى اجل واقف لـــم يحـــل ، الخ ...

٢ ــ دفـــوع مختلطـــة Exceptions mixtes

٤٤٩ ــ والدفوع المختلطة هي التي تتحقق بالنسبة لبعض المدينين المتضامنين ولكن يستفيد منها المدينون الاخرون . وهذه الدفوع هي التي تنشأ عن انقضاء الدين بالنسبة لاحد المدينين فقط . وقد سبق ان رأينا الاسباب التي تؤدي الى انقضاء الدين بالنسبه لاحد المدينين فقط . وانما سميت هذه الدفوع بالدفوع المشتركه لانها شبيهة بالدفوع العينيه من جهة حيث يمكن لجميع المدينـين المتضامنين التمسك بها ، وشبيهة بالدفوع الشخصية التي لا يمكن التمسك بها الا بقدر حصة المدين الذي ثبتت له من جهة اخرى .

٣ ــ الدفوع الشخصية Exceptions personnelles

٤٥٠ ــ والدفوع الشخصية هي التي تتحقق بالنسبة لبعض المدينـين

المتضامنين فقط ، ولا يستفيد منها غيرهم من المدينين • ومثالها الدفوع المتعلقة بنقص الاهلية ، وعيوب الرضاء ، وبكون الدين معلقا على شروط واقف لم يتحقق او مضافا الى اجل واقف لم يحل • وتسمى هذه الدفوع بالدفوع الشخصية البحتة ايضا •

٤٥١ ــ وقد نصت على القاعدة العامة فى هذا الباب الفقرة الثانية من المادة (٣٢١) بقولها : « ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء ان يحتج باوجه الدفع الخاصة بمدين اخر الا بقدر نصيب هذا المدين اذا كان قد انقضى بوجه من الوجوه • ولكن يجوز له ان يحتج باوجه الدفع الخاصة به وباوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعا » •

ثالثا ــ الاثار التي ترد الى فكرة النيابة المتبادلة فيما ينفع لا فيما يضر

٤٥٢ ــ ومعنى النيابة المتبادلة بين المدينين المتضامنين ان كل مدين يعتبر ممثلا للاخرين فى الاعمال النافعة التي يقوم بها ، لا فى الاعمال الضارة• فاذا قام احدهما بعمل نافع استفادوا منه جميعا ، واذا قام بعمل ضار ، او قام الدائن بعمل ضد احدهم ، اقتصر اثر هذا العمل على المدين الذي قام بالعمل وعلى المدين الذي قام الدائن ضده بالعمل ، ولم ينصرف الى باقي المدينين • وقد اورد القانون المدني العراقي عدة تطبيقات لهذا المبدأ فى المواد (٣٢٩ــ٣٣٣) ، وهي : انقطاع التقادم او وقفه ، وخطأ احد المدينين فى تنفيذ التزامه ، والاعذار والمطالبة القضائية ، والصلح مع احد المدينين ، واقرار احد المدينين المتضامنين او اقرار الدائن ، وصدور حكم على احد المدينين او لمصلحته • ونقول كلمة موجزة عن كل من ذلك •

١ ــ انقطاع التقادم او وقفه بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين

٤٥٣ ــ رأينا فى الاثار التي ترد الى فكرة تعدد الروابط ان الدين اذا انقضى بالتقادم بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين استفاد منه باقي المدينين بقدر حصة هذا المدين من الدين • وهنا نرى الصورة العكسية ، فاذا كان التقادم ساريا بالنسبة للدين فان من مصلحة المدينين ان يستمر هذا التقادم

حتى ينقضي الدين كله فتبرأ ذممهم ، ولكن اذا قام الدائن بقطعه بالنسبة لاحدهم فانه ينقطع بالنسبة لهذا المدين، فهل يستطيع الدائن الاحتجاج على باقي المدينين بذلك ومطالبتهم جميعا بالدين ؟ ان قطع التقادم عمل ضار بالنسبة لبقية المدينين ، وفى فرنسا يعتبر كل مدين ممثلا للمدينين الاخرين فى جميع الاعمال التي يقوم بها ، ومعنى ذلك ان يستفيد الدائن من قطع التقادم بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين ، فيحتج عليهم بذلك ويطالبهم مجتمعين ومنفردين بالنسبة للاعمال الضارة . وعليه فالمدين الذي انقطع التقادم بالنسبة له لا يعتبر ممثلا لباقي المدينين ، فلا يسري اثر هذا الانقطاع اليهم وقد نصت على ذلك المادة (٣٢٩) مدني بقولها : « ١ ــ اذا كانت دعوى الدين بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين لا يجوز سماعها بسبب التقادم استفادمن ذلك باقي المدينين بقدر حصة المدين الذي لا يجوز سماع الدعوى ضده . ٢ ــ واذا انقطعت مدة التقادم او وقف سريانها بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن ان يتمسك بذلك قبل باقي المدينين » .

٢ ــ خطأ احد المدينين فى تنفيذ التزامه

٤٥٤ ــ الخطأ فى تنفيذ الالتزام من الافعال الضارة ،فاذا ارتكب احد المدينين المتضامنين فى تنفيذ التزامه خطأ احدث ضرر للدائن كان هذا المدين وحده مسؤولا عن تعويض الضرر ولا يسأل باقي المدينين معه ، وهم لا يكونون مسؤولين الا عن تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا . واذا ارتكب احد المدينين المتضامنين خطأ جسيما واخر خطأ يسيرا كانت مسؤولية الاول اشد من مسؤولية الثاني . وقد نصت على هذا المبدأ المادة (٣٣٠) بقولها : « لا يكون المدين المتضامن مسؤولا فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام الا عن فعله .. » . ويتجلى فى هذا النص بوضوح استبعاد فكرة النيابة المتبادلة بالنسبة للاعمال الضارة .

٣ ــ الاعذار والمطالبة القضائية

٤٥٥ ــ سبق ان رأينا أن الاعذار شرط للحصول على التعويض عن الضرر الناتج عن تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ، وسبق ان رأينا ايضا

ان من اثار الاعذار انتقال تبعة الهلاك الى المدين بالتسليم . فاذا اعذر الدائن احد المدينين المتضامنين بوجوب التنفيذ ترتب على هذا الاعذار الزام هذا المدين بتعويض الدائن عن الضرر الذي يصيبه نتيجة التأخر فى التنفيذ، وترتب على ذلك ايضا انتقال تبعة الهلاك الى المدين . فاذا اشترى شخص سيارة مثلا من ثلاثة اشخاص واشترط ان يكونوا متضامنين فى تسليم السيارة ، ولما لم يقوموا بالتسليم فى الوقت المتفق عليه اعذر المشتري احدهم، فهل يسري اثر هذا الاعذار الى المدينين الاخرين ؟ لما كانت اثار الاعذار ضارة فان اعذار احد المدينين المتضامنين من قبل الدائن لا تسري اثاره الى باقي المدينين . ويسري الحكم نفسه بالنسبة للمطالبة القضائية .فاذا قاضى المشتري فى المثل المتقدم احد البائعين المتضامنين فى تسليم السيارة وحصل على حكم ضده فان هذا الحكم لا يسري ضد البائعين الاخرين .

٤٥٦ ــ وعلى العكس من ذلك اذا قام احد المدينين المتضامنين باعذار الدائن ، فان لذلك اثرا نافعا بالنسبة لهذا المدين . فاذا امتنع المشتري فى المثل المتقدم عن تسلم السيارة وقام احد المدينين المتضامنين باعذاره بوجوب تسلمها ، فان تبعة هلاك السيارة تنتقل من عاتق المدين الى عاتق الدائن . وقد نصت على هذه الاحكام المادة (٣٣٠) المتقدمة نفسها بقولها : « .. واذا اعذر الدائن احد المدينين المتضامنين اوقاضاه فلا يكون لذلك اثر بالنسبة لباقي المدينين . اما اذا اعذر احد المدينين المتضامنين الدائن فان باقي المدينين يستفيدون من هذا الاعذار » . وهذا النص تطبيق واضح لاستبقاء فكرة النيابة المتبادلة فى الاعمال النافعة واستبعادها فى الاعمال الضارة .

٤ ــ الصلح مع احد المدينين المتضامنين

٤٥٧ ــ قد يكون الالتزام متنازعا فيه بين الدائن وبين جميع المدينين المتضامنين فيعمد الدائن الى الصلح مع احدهم . فاذا كان فى هذا الصلح منفعة للمدينين (بأن نزل الدائن عن جزء من الدين ، او عن

فوائده ، او تضمن شروطا اخف من الشروط السابقة) استفاد منه باقي المدينين ،ذلك ان المدين الذي عقده يعتبر ممثلا لهم فى عقده . اما اذا لم يكن فى الصلح منفعة للمدينين المتضامنين فالمدين الذي عقده لا يعتبر ممثلا لهم فى عقده ، وبالتالي لا يسري فى حقهم . وقد نصت على هذا المبدأ المادة (٣٣١) مدني بقولها : « اذا تصالح الدائن مع احد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الابراء من الدين او براءة الذمة منه باية وسيلة اخرى استفاد منه الباقون . اما اذا كان من شأن هذا الصلح ان يرتب فى ذمتهم التزاما او يزيد فيما هم ملتزمون به لا ينفذ فى حقهم الا اذا قبلوه » .

٥ ـ أقرار أحد المدينين المتضامنين واقرار الدائن

٤٥٨ ـ اذا اقام الدائن الدعوى على احد المدينين المتضامنين وحصل على حكم ضده وكان الحكم مستندا الى اقرار المدين فقط فان هذا الاقرار لا يسري بحق المدينين الاخرين ، ذلك ان المدين المقر لا يعتبر ممثلا لهم من جهة ، ومن جهة اخرى لان الاقرار حجة قاصرة على المقر . وكذلك الحكم اذا نكل احد المدينين المتضامنين عن اليمين او وجه هو اليمين الى الدائن فحلفها هذا الاخير .

اما اذا اقر الدائن لاحد المدينين المتضامنين فان باقي المدينين يستفيدون من هذا الاقرار لانه نافع لهم . وقد نصت على ذلك المادة (٣٣٢) مدني بقولها : « اذا اقر احد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسري هذا الاقرار فى حق الباقين . ٢ ـ واذا نكل احد المدينين المتضامنين عن اليمين او وجه الى الدائن يمينا فحلفها فلا يضار بذلك باقي المدينين . ٣ ـ اما اذا حلف احد المدينين المتضامنين فان المدينين الاخرين يستفيدون من ذلك » .

٦ ـ صدور حكم على أحد المدينين المتضامنين أو لمصلحته

٤٥٩ ـ واذا اقام المدينين المتضامنين الدعوى على الدائن بخصوص الدين وحصل على حكم ضده استفاد باقي المدينين المتضامنين من هذا الحكم،

لان المدين الذي اقام الدعوى يعتبر ممثلا لهم . اما اذا كان مبنيا على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لمصلحته (لعيب فى الرضاء او قصر ، الخ ..) فان المدينين الاخرين لا يستفيدون منه . والسبب فى ذلك يرجع الى مبدأ تعدد الروابط الذي سبق ان رأيناه .

وعلى العكس من ذلك اذا حصل الدائن على حكم على احد المدينين المتضامنين ، فان هذا الحكم لا يمكن الاحتجاج به على الباقين . واذا اراد الدائن ان يسري الحكم فى حقهم وجب عليه ان يدخلهم جميعا فى الدعوى ، او ان يقيم دعوى خاصة على كل منهم .

وقد نصت على الاحكام المتقدمة المادة (٣٣٣) بقولها : « اذا صدر حكم على احد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين . ٢ـ اما اذا صدر الحكم لصالح احدهم فيستفيد منه الباقون الا اذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه » .

المطلب الثاني

علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم

انقسام الدين

٤٦٠ ـ تحكم علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض قاعدة جوهرية هي انقسام الدين . فاذا وفى احدهم الدين فانه يرجع على كل من الاخرين بقدر حصته من الدين . وقد نصت على هذه القاعدة الفقرة الاولى من المادة (٣٣٤) من القانون المدني بقولها : «لمن قضى الدين من المدينين الرجوع على الباقين بما دفعه زائدا على ما هو واجب عليه كل بقدر حصته » . ولكن كيف تعين حصة كل من المدينين فى الدين ؟ اذا لم يكن فى العقد نص يحدد حصة كل من المدينين فى الدين ، ولم ينص القانون على تحديد هذه الحصة افترضنا ان هذه الحصص متساوية ويقسم الدين

بالتساوي بين جميع المدينين • فاذا اشترى اربعة اشخاص ارضا زراعية بمبلغ عشرة الاف دينار ولم يذكر فى العقد حصة كل منهم فى الارض ، فالمفروض ان حصصهم متساوية ، واذا وفى احدهم الثمن كله رجع على كل من الثلاثة الاخرين بالفين وخمسمائة دينار • ولكن هذا الافتراض ليس قاطعا ، بل بسيط قابل لاثبات العكس • فيستطيع من له مصلحة من المدينين المتضامنين فى الدين أن يثبت ان حصته اقل من حصة غيره •

وقد يحدد القاضي مقدار حصة كل من المدينين المتضامنين فى الدين ، وهذا ما يحدث عادة فى المسؤولية التقصيرية • فاذا اشترك عدة اشخاص فى احداث ضرر وامكن تعيين مقدار جسامة خطأ كل منهم فى احداثه ، فالقاضي يحدد فى الحكم الذي يصدره مقدار مايتحمله كل منهم فى النهاية من مبلغ التعويض

اعسار بعض المدينين المتضامنين وتحمل الاخرين حصصهم

٤٦١ ــ اذا قضى احد المدينين المتضامنين الدين واراد الرجوع على الاخرين فوجد بعضهم معسرا وزعت حصة المدين المعسر على المدينين الموسرين • وهذا ما نصت عليه المادة (٣٣٤) من القانون المدني المتقدمة ، فهي بعد ان اعطت المدين الموفي حق الرجوع على الاخرين بما دفعه زائدا على ما هو واجب عليه اضافت : « فاذا كان احد منهم معسرا تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذي وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته » • فاذا كان مقدار الدين الف دينار والمدينون المتضامنون خمسة وكانت حصصهم متساوية ، ودفع احدهم الدين ، وعندما اراد الرجوع على الاربعة الاخرين وجد احدهم معسرا ، فانه يرجع على كل من الثلاثة الباقين بمائتين وخمسين دينارا بدلا من مائتي دينار • واذا وجد اثنين من الاربعة الباقين معسرين فانه يرجع على كل من الاثنين الاخرين بثلث الدين ، فينقسم الدين على الثلاثة الموسرين ، ويتحمل هؤلاء تبعة اعسار الاثنين الاخرين •

الوقت الذي يؤخذ بنظر الاعتبار في اعسار المدين

٤٦٢ ــ ويتناقش الفقهاء فى فرنسا ومصر حول تعيين الوقت الذي يجب

ان يؤخذ بنظر الاعتبار فى اعسار المدين • فذهب الفقه فى فرنسا الى ان العبرة فى قيام الاعسار انما هي بالوقت الذي وفى فيه احد المدينين المتضامنين الدين • ففي هذه اللحظة نشأ حقه فى الرجوع على بقية المدينين المتضامنين ، بما فى ذلك تقسيم حصة المدين المعسر على المدينين الموسرين • فاذا تأخر المدين الذي وفى الدين فى الرجوع على بقية المدينين حتى اعسر بعضهم فانه هو الذي يتحمل وحده نتيجة هذا الاعسار ، لانه اهمل فى المطالبة وهو الذي يجب ان يتحمل نتيجة هذا الاهمال (١)• ويرى الاستاذ السنهوري(٢) هذا الرأي محل نظر ، ويقول بوجوب التمييز بين حالة ما اذا كان المدين مقصرا وحالة ما اذا لم يصدر منه اي تقصير • وهو يرى ان الاصل فى الاعسار ان يقوم وقت الوفاء للدائن ، فاذا وقع بعد هذا الوقت تحمل المدين الذي وفى الدين وحده حصة المعسر ، الا اذا اثبت انه لم يقصر اطلاقا فى المحافظة على حقه ضد المدين المعسر • وما يقول به الاستاذ السنهوري منطقي ومعقول ، وهو ليس الا تطبيقا للقواعد العامة •

قضاء الدين بغير الوفاء

٤٦٣ ــ واذا قضى احد المدينين المتضامنين الدين او جزء منه لا عن طريق الوفاء بل عن طريق اخر ، كالوفاء بقابل ، والصلح اذا لم يكن بدل الصلح من جنس الدين ، والحوالة على شخص ثالث ، فانه يرجع على المدينين الاخرين بما ضمن لا بما ادى فعلا ، حتى لو كان ما اداه اقل قيمة مما ضمن • فاذا كان مبلغ الدين الف دينار مثلا وكان الدائنون اربعة وتصالح احدهم مع الدائن على سيارة بدل الالف دينار ، فانه يرجع على كل من المدينين الاخرين بقدر حصته من الدين ، حتى لو كانت قيمة السيارة اقل من الف دينار • وكذلك الامر اذا وهب الدائن احد المدينين الدين ، فالمدين

---

(١) بودرى وبارد ، المرجع السابق ، ف ١٢٦٠ • ص ٣٧١ •
(٢) الوسيط ، المرجع السابق ، ص ٣٦٥ •

الموهوب له يرجع على كل من المدينين الاخرين بقدر حصته من الدين ويسري الحكم نفسه اذا احال احد المدينين الدائن بالدين على شخص ثالث . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣٣٥) من القانون المدني بقولها : « اذا قضى احد المدينين المتضامنين الدين بغير الشيء الوجب اداؤه او بطريق اخر يقوم مقام الوفاء كالهبة او الحوالة رجع على بقية المدينين بما ضمن لا بما ادى » .

أحد المدينين المتضامنين فقط هو صاحب المصلحة في الدين

٤٦٤ ــ واذا كان احد المدينين المتضامنين وحده صاحب المصلحة فى الدين ، ولم يكن المدينون الاخرون فى الحقيقة الا كفلاء ، فالذي يتحمل الدين فى النهاية هو المدين صاحب المصلحة . فاذا وفى هذا المدين الدين لم يرجع على احد ، واذا وفاه احد المدينين الاخرين فانه يرجع على المدين صاحب المصلحة بكل الدين . وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة (٣٣٥) بقولها : « اذا كان احد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فهو الذي يتحمله كله قبل الباقين » .

٤٦٥ ــ هذا فيما يتعلق بعلاقة المدينين المتضامنين ، اذا كانوا كفلاء ، بالدائن : احكام التضامن هي التي تطبق عليهم فى هذه العلاقة اما فى علاقتهم ببعضهم ، فان احكام الكفالة هي التي تطبق ، فيتمتعون بحق التجريد . فاذا وفى احدهم الدين واراد الرجوع على الباقين بحصصهم فيه كان لهم ان يتمسكوا قبله بحق التجريد ، ويطلبوا من المدين الكفيل الذي وفى الدين ان يرجع اولا على المدين الاصلي فاذا لم تكف امواله للوفاء بالدين تحمل كل منهم حصته فى الدين .

الاساس القانونى لرجوع المدين الموفي على باقي المدينين المتضامنين

٤٦٦ ــ اذا وفى احد المدينين المتضامنين الدين كان له ان يرجع على

باقي المدينين اما بدعوى شخصيه او بدعوى الحلول ٠ونقول كلمة موجزة عن كل من هذين الدعويين ٠

١ ـ الدعوى الشخصية

٤٦٧ ـ تقوم الدعوى الشخصية التي يرجع بها المدين الموفي على المدينين الاخرين على اساس من الوكالة او الفضالة ٠ ذلك ان هذا المدين يعتبر اصيلا عن نفسه بالوفاء ، اما بالنسبة لباقي المدينين فهو اما ان يكون وكيلا عنهم او فضوليا ٠ فاذا اراد الرجوع عليهم على هذا الاساس ، فهو اما ان يرجع عليهم بدعوى الوكيل تجاه موكله او بدعوى الفضولي تجاه رب العمل ٠ وكل من هاتين الدعويين تسمح للمدين الذي وفى الدين ان يرجع على المدينين الاخرين كل بقدر حصته ٠ فاذا اختار الرجوع بدعوى الوكالة فانه يستطيع المطالبة بفوائد المبالغ التي دفعها من تاريخ الدفع ٠ وهذا ما نصت عليه المادة (٩٤١) مدني التي سبق ان رأيناها ٠ فقد نصت هذه المادة على انه : « على الموكل ان يرد للوكيل ما انفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد من وقت الانفاق ٠٠ » ٠ ويسري التقادم بالنسبة لدعوى الوكالة من حين الوفاء لا من حين حلول الدين ٠ اما الرجوع بدعوى الفضالة فغير ممكن فى القانون المدني العراقي ، ذلك لان هذا القانون لم يتكلم عن الفضالة ، واعتبر من قضى دين غيره بلا امره متبرعا لا رجوع له عليه بشيء (م٢٣٩) (١)٠

٢ ـ دعوى الحلول

٤٦٨ ـ ومعنى الحلول ان يحل الموفي محل الدائن فى الدين ، فيرجع بدعوى هذا الدائن على المدينين الاخرين ٠ وقد نصت على ذلك المادة (٣٧٩) مدني بقولها : « اذا دفع الدين شخص غير المدين حل محل الدائن بحكم القانون فى الاحوال الاتية : أـ اذا كان ملزما بالدين مع

---

(١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ٩٩١ ٠ وفي قضاء دين الغير يراجع ف ١٠١٣ وما بعدها ٠

المديـن او ملزما بوفائه عنه » . والرجوع بدعوى الحلول له مزايا لا توجد في الدعوى الشخصية . فاذا كان الديـن مضمونا بتأمينات فان هذه التأمينات تبقى وتنتقل الى الشخص الذي وفى الديـن وحل محل الدائـن لتضمـن له الحصول على الديـن . وهذا ما نصت عليه المادة (٣٨١) مدني بقولها : « من حل قانونا او اتفاقا محل الدائـن كان له حقه بما لهذا الحق مـن خصائص وما يلحقه مـن توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه مـن دفوع . ويكون هذا الحلول بالقدر الذي اداه مـن حل محل الدائـن » .

ولكـن اذا كان لدعوى الحلول هذه المزية فان فيها محذورا لا يوجد في الدعوى الشخصية . ذلك ان التقادم يسري بالنسبة لها من حين حلول الاجل لا مـن حين الوفاء ، بعكس الحال في الدعوى الشخصية . فاذا كانت مدة التقادم بالنسبة للدعويين واحدة فان دعوى الحلول تنقضي قبل دعـوى الوكالـة او الفضالة . ذلـك ان حلـول الاجل سـابق علـى دعوى الوفاء في الغالب . وعلى كل حال فالخيار بين الدعويين متروك للمدين الذي وفى الديـن .

التضامن بين المدينين في الفقه الاسلامي

٤٦٩ ــ والفقه الاسلامي يعرف التضامـن بين المدينين ، وتعالج الكتب الفقهية هذا النوع مـن التضامـن باسهاب . ومصدر التضامـن في هـذا الفقه اما ان يكون الاتفاق او الشرع ، اي نص القانون .

٤٧٠ ــ فمثال الاتفاق كمصدر للتضامن ما اذا تعهـد كل من المدينين ان يكفل المدينين معه ، اذ يصبح كل منهم ملزما بجميع الديـن . وكذلك اذا استقرض عدة اشخاص مالا مـن رجل على ان كل واحد كفيل عـن صاحبه . ولا يشترط الفقهاء بصورة عامة ان تذكر الكفالة المتبادلة صراحة، بل يكفي النص على ان للدائـن ان يطالب ايا شاء مـن المدينين .

٤٧١ ــ ومثال الشرع كمصدر للتضامن الشركاء في شركة المفاوضة وفي شركة العنان بالاعمال . فقد سبق رأينا ان الشركاء في هاتين الشركتين

يكونون دائنين متضامنين فى المطالبة بالديون التي تثبت للشركة فى ذمة الغير • وهم يكونون كذلك مدينين متضامنين في الوفاء بالديون التي تترتب على الشركة للغير • فالشركاء فى شركة المفاوضة اذا التزموا معا كان كل منهم مسؤولا عن تنفيذ الالتزام باكمله • ويكون كل منهم مسؤولا ايضا عن الكل ولو ان واحدا فقط حضر عند العقد ، ولكن اساس الالتزام يختلف • فالعاقد يطالب بكل الدين على اساس العقد ، اما شريكه فعلى اساس الكفاله • وكذلك الشركاء في شركة العنان بالاعمال يكونون مسؤولين بالتضامن عن التزامهم بالعمل • ويسألون كذلك بالتضامن عن التعويض المستحق فى حالة هلاك الشيء المسلم لهم ، ولو كان الهلاك بخطأ احدهم • واساس التضامن هنا ايضا الكفالة •

٤٧٢ — وفي اثار التضامن يقرر الفقهاء المسلمون على العموم الاثار التي رأيناها فى علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين ، وفى علاقة المدينين المتضامنين ببعضهم • فهم يقررون ان للدائن مطالبه اي شاء من المدينين ، وله مطالبتهم مجتمعين ومنفردين ، واذا طالب احدهم لم يسقط حقه في مطالبة الاخرين • ويقرر الفقهاء المسلمون كذلك ان الوفاء الصادر من احد المدينين يبرىء ذمم المدينين الاخرين • وكذلك الحكم بالنسبه لطرق انقضاء الالتزام الاخرى غير الوفاء ، كالوفاء بمقابل ، وحوالة الدين ، وهبته واتحاد الذمة ، والابراء منه وفى هذه الحالة لا يبرأ باقي المدينين الا بقدر حصة المدين المبرأ •

وفى علاقة المدينين المتضامنين ببعضهم يقرر الفقهاء المسلمون ما رأيناه فى الفقه الغربي من انقسام الدين ومن تحمل المدينين الموسرين حصة المدين العسر (١) •

---

(١) يراجع فى ذلك رسالة الدكتور شفيق شحاته المشار اليها سابقا ، ف ٣٤٦ وما بعدها •

الفرع الرابع

الالتزام غير القابل للانقسام

Obligation indivjsible

٤٧٢ ــ يكون الالتزام غير قابل للانقسام اذا لم يكن من الممكن تنفيذه تنفيذا جزئيا • مثال ذلك ما اذا اشترى شخص سيارة من شخصين • فالبائعان ملزمان بتسليم السيارة ، ويستطيع ان يطالب ايا شاء منهما بهذا التسليم ، اذ لايمكن ان يقوم كل منهما بتسليم حصته من الدين كما لو كان المبيع شيئا من المثليات ، كمائه طن من الحنطه مثلا • ونعالج الالتزام غير القابل للانقسام في مبحثين ، نرى في الاول اسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام وفى الثاني اثاره •

المبحث الاول

اسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام

سببان : طبيعة المحل والاتفاق

٤٧٣ ــ تقضي المادة (٣٣٦) من القانون بان : « يكون الالتزام غير قابل للانقسام : ١ ــ اذا ورد على محل لايقبل بطبيعته ان ينقسم • ٢ ــ اذا تبين من الغرض الذي رمى اليه المتعاقدان ان الالتزام لايجوز تنفيذه منقسما او اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك » • ومن هذا النص يظهر لنا ان عدم القابليه للانقسام اما ان يرجع الى طبيعة المحل او الى اتفاق الطرفين• ونرى كلا من هذين السببين على حدة •

اولا ـ عدم القابلية للانقسام الراجع الى طبيعة المحل

٤٧٤ ـ يميز ديمولان Dumoulin ، وهو من فقهاء القرن السادس عشر ، فى عدم القابلية للانقسام الراجع الى طبيعة المحل بين صورتين : عدم الانقسام المطلق ، وعدم الانقسام النسبي .

فيكون عدم القابلية للانقسام مطلقا Absolue اذا كان محل الالتزام لايقبل الانقسام باي شكل من الاشكال . والامثله التي يضر بها ديمولان لهذه الصورة هي انشاءحق ارتفاق او حق رهن . فانشاء هذين الحقين لايقبل الانقسام باي شكل من الاشكال ، لانهما لا يقبلان الانقسام بطبيعتهما القانونية . ومن الامثلة على عدم الانقسام المطلق ايضا ما اذا كان محل الالتزام شيئا لايمكن انقسامه ، كحصان مثلا،او امتناعا عن عمل . فاذا باع شخصان حصانا فالمشتري يستطيع ان يطالب ايا شاء منهما بتسليم الحصان ، ولا يمكن ان يطالب كلا من البائعين بتسليم نصف الحصان . وكذلك الامر اذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل ، فهو لايكون قابلا للانقسام . فمجرد قيام المدين بجزء ولو يسير من العمل الذي التزم بعدم القيام به يعتبر اخلالا بالتزامه .

ويكون عدم القابلية للانقسام نسبيا Relative اذا كان محل الالتزام غير قابل للانقسام بشكله الطبيعي ، ولكن يمكن تصور انقسامه فى التنفيذ . والمثل الذي يضربه ديمولان وبوتييه على هذا النوع من عدم القابلية للانقسام هو التعهد ببناء منزل . فالالتزام فى هذه الصورة يمكن تصور انقسامه ، فيتعهد متعهد بوضع الاسس ، ويتعهد متعهد اخر باقامة الجدران ، ويتعهد ثالث بعمل الابواب والشبابيك ، الخ ... ولكن اذا ورد التعهد على بناء منزل فانه يكون غير قابل للانقسام ، ذلك انما يسمى منزلا ، كما يقول بوتييه ، لايمكن ان يوجد الا عند انهاء العمل ، مما يترتب عليه ان الالتزام لايمكن ان يتم الا ببناء المنزل كاملا (١) .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف ١١٠١ ، ص ٤٠٧ ـ ٤٠٨ .

ثانيا ـ عدم القابلية للانقسام الراجع الى الاتفاق

٤٧٥ ـ وفي هذا النوع من عدم القابليه للانقسام يكون الالتزام قابلا للانقسام بطبيعته ولكن المتعاقدين يتفقان على اعتباره غير قابل للانقسام ، وقد نصت الفقرة الثانيه من المادة (٣٣٦) مدني على حالتين يكون فيهما الالتزام غير قابل للانقسام نتيجة أتفاق الطرفين ، وهما : ١ ـ اذا تبين من الغرض الذي رمى اليه المتعاقدان ان الالتزام لايجوز تنفيذه منقسما . ٢ ـ اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك .

٤٧٩ ـ فمثال عدم القابليه للانقسام الراجع الى اتفاق الطرفين ما اذا اشترى شخص مائه طن من الحنطه مثلا واشترط ان يكون تسليم هذه الكميه غير قابل للانقسام . فمحل الالتزام في هذه الحالة قابل للانقسام بطبيعته ، ولكن اتفاق الطرفين جعله غير قابل له . واكثر مايقع هذا النوع من عدم القابليه للانقسام في التضامن الايجابي ، وذلك عند مالايريد الدائنون المتضامنون ان ينقسم الدين على ورثة اي منهم ، وفي القانون الفرنسي عندما لايريد الدائن ان ينقسم الدين على ورثة اي من المدينين . ولا يمكن الاخذ بهذا الحكم الاخير في العراق ، فالقاعدة في الشريعه الاسلاميه ان « لاتركة الا بعد سداد الديون » .

٤٧٧ ـ وقد يكون الاتفاق على عدم قابلية الالتزام للانقسام ضمنيا وذلك اذا تبين ان الغرض الذي رمى اليه المتعاقدان يجعل الالتزام غير قابل للانقسام . مثال ذلك ما اذا اشترى شخص قطعه ارض ليقيم عليها مستشفى، وكان هذا الغرض داخلا فى حساب الطرفين ، فللمشتري ان يطالب البائع بتسليم الارض بمساحتها المتفق عليها ، ولا يمكن للبائع ان ينفذ التزامه بتسليم الارض جزئيا ، فيسلم نصفها او ثلاثة ارباعها مثلا . ومثال ذلك ايضا ماذاتعهد شخص باقراض اخر مبلغامن النقودليستردعينا اوليشفع فيهاوكان هذا المبلغ كله ضرويا للاسترداد او للاخذ بالشفعه ، فالالتزام فى هذه الحالة لا يتجزأ طبقا للغرض الذي رمي اليه المتعاقدان . وكذلك

اذا تعهد شخص باقراض اخر مبلغا من المال لبناء دار ، فمبلغ القرض كله ضروري لبناء الدار(١) .

المبحث الثاني

الاثار التي تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام

تعدد الدائنين وتعدد المدينين

٤٧٨ ــ لا تظهر الاهمية العملية لعدم قابلية الالتزام للانقسام الا عند تعدد المدينين او تعدد الدائنين . فاذا كان كل من الدائن والمدين واحدالم تثر تثر امامنا صعوبة . فسواء اكان الالتزام قابلا للانقسام ام غير قابل له ، فانه فى تنفيذه يكون غير قابل له دائما . فالدائن يستطيع ان يطلب التنفيذ الكلي ، ولا يستطيع المدين ان يجبره على التنفيذ الجزئي . وانما تظهر الاهمية العملية لعدم قابلية الالتزام للانقسام فى حالة تعدد المدينين او تعدد الدائنين ، ذلك ان الاصل فى تعدد المدينين ان ينقسم الدين عليهم ، فاذا لم يكن قابلا للانقسام امكن الدائن ان يطالب ايا شاء منهم بالتنفيذ الكلي ، وكل مدين يكون ملزما بالتنفيذ الكامل حتى لو لم يكن هناك تضامن بين المدينين . وكذلك الامر اذا تعدد الدائنون فالاصل الا يستطيع كل دائن ان يطالب الا بحصته فى الدين ، فاذا كان الالتزام غير قابل للانقسام امكن كل دائن ان يطالب المدين بكل الدين ، حتى لو لم يقم تضامن بين الدائنين .

٤٧٩ ــ والتعدد اما ان يوجد منذ نشوء الالتزام او يطرأ بعد ذلك ،

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف ١١٠٢ . ص ٤١٠ . بودرى وبارد ، المرجع السابق ، ف ١٣٢٧ . دى باج . ج٣ . ف ٣٠٠ . اوبري ورو ، ج٤ ، ص ٧٤ . بلانيول وريبير وبولانجيه . ج ٢ . ف ١٩٠٤ ، ص ٦١٩ ــ ٦٢٠ . جوسران ، ج ٢ . ف ٧٩٥ . ص ٤٩٣ ــ ٤٩٤ السنهورى ، ف ٢١٢ ، ص ٣٧٩ ــ ٣٨٠ .

وذلك بان يموت الدائن او المدين عن عدد من الورثة . ولكن لا مجال لتطبيق هذه الحالة الاخيرة فى العراق ، وذلك لما سبق ان قلناه من ان القاعدة فى الشريعة الاسلامية هي ان لا تركة الا بعد سداد الديون .

ونرى اثار عدم قابلية الالتزام للانقسام فى كل من تعدد الدائنين وتعدد المدينين ، وذلك فى مطلبين متتابعين .

المطلب الاول

تعدد المدينين في الالتزام غير القابل للانقسام

علاقة الدائن بالمدينين وعلاقة المدينين فيما بينهم

٤٨٠ ــ تقضي المادة (٣٣٧) مدني بانه : « ١ ــ اذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا . ٢ــ وللمدين الذي وفى الدين حق الرجوع على الباقين كل بقدر حصته الا اذا تبين من الظروف غير ذلك » . يظهر من هذا النص ان الحكم الذي يطبق على علاقة الدائن بالمدينين فى الالتزام غير القابل للانقسام يختلف عن الحكم الذي يطبق على علاقة المدينين بعضهم ببعض . ونرى كلا من ذلك في فقرة مستقلة .

الفقرة الاولى

علاقة الدائن بالمدينين

مبدآن

٤٨١ ــ يحكم علاقة الدائن بالمدينين فى الالتزام غير القابل للانقسام مبدآن ، وهما وحدة المحل وعدم وجود نيابة متبادلة بين المدينين . ويترتب على كل من هذين المبدأين بعض النتائج ، نراها فيما يلي .

اولا ـ النتائج التى ترد الى وحدة المحل

٤٨٢ ـ يعتبر المحل فى الالتزام غير القابل للانقسام كلا لا يتجزأ • ويترتب على ذلك النتائج التالية :

١ ـ يستطيع الدائن ان يطالب ايا شاء من المدينين بكل الدين ، كما يجوز لاي من المدينين ان يوفي الدائن كل الدين ، وينقضي الالتزام عندئذ بالنسبة للمدين الموفي وبالنسبة لباقي المدينين •

٢ ـ اذا طالب الدائن احد المدينين بالدين كان لهذا المدين ان يطلب ادخال باقي المدينين فى الدعوى حتى يحكم عليهم جميعا ، كما يجوز لباقي المدينين ان يتدخلوا من تلقاء انفسهم فى الدعوى لرعايةحقوقهم•

٣ ـ اذا انقضى الدين بالنسبة لاحد المدينين بسبب غير الوفاء (كالمقاصة ، واتحاد الذمة ، والابراء ، الخ ••) استفاد من ذلك بقية المدينين وينقضي الدين بالنسبة لهم هم ايضا • وهذا عكس ما رأيناه فى التضامن السلبي • فالمدينون المتضامنون لا يستطيعون التمسك باحد اسباب انقضاء الالتزام غير الوفاء بالنسبة لاحدهم الا بقدر حصة هذا المدين (١) •

٤ ـ اذا لم يقم المدينون بتنفيذ الالتزام واستحال هذا الى تعويض نقدي فان مبلغ التعويض ينقسم عليهم • ذلك ان العقبة التي كانت تحول دون الانقسام قد زالت ، وهذا بعكس الحالة بالنسبة للتضامن بين المدينين حيث يبقى الدين غير منقسم حتى اذا استحال الى تعويض نقدي •

٥ ـ اذا انقطع التقادم بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين او اوقف فانه ينقطع او يقف بالنسبة للمدينين الاخرين •

٦ ـ اذا صالح احد المدينين الدائن وكان فى الصلح ابراء من

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف ١١٠٣ • ص ٤١١ ـ ٤١٢ •

(٢) المرجع السابق ، الموضع المذكور اعلاه • السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٣٨٨ •

جزء من الدين استفاد بقية المدينين من ذلك . ذلك انه لما كان الدين غير قابل للانقسام فابراء احد المدينين يتضمن ابراء الاخرين . وهذا هو الحكم فى التضامن بين المدينين او التضامن السلبي ، ولكنه يقوم هناك على وجود نيابة متبادلة فيما ينفع لا فيما يضر .

٧ ــ اذا اقر الدائن لاحد المدينين وكان الاقرار متعلقا بالدين ذاته لا بامر خاص بالمدين المقر له ، فان بقية المدينين يستفيدون من هذا الاقرار . وهذا هو الحكم فى التضامن السلبي ، ولكنه يقوم هناك على وجود نيابة متبادلة فيما ينفع لا فيما يضر .

ولكن اذا اقر احد المدينين للدائن فان اقراره لا يسري اثره الى بقية المدينين ، ذلك لان الاقرار حجة قاصرة على المقر .

٨ ــ اذا وجه الدائن اليمين الى المدينين فحلفها وكانت متعلقة بالدين ذاته استفاد من ذلك بقية المدينين . وهذا هو ايضا الحكم بالنسبة للتضامن السلبي ، ولكنه يقوم هناك لا على وحدة المحل بل على وجود نيابة متبادلة فيما ينفع لا فيما يضر . اما اذا نكل المدين عن اليمين فان نكوله يعتبر اقرارا ولا يسري اثره عندئذ الى بقية المدينين .

اما اذا وجه احد المدينين اليمين الى الدائن فحلفها فان ذلك لا يضر ببقية المدينين . ذلك انه ليس من طبيعة الالتزام غير القابل للانقسام ان يضر توجيه احد المدينين اليمين الى الدائن ببقية المدينين . وهذا هو الحكم ايضا فى التضامن السلبي ، ولكنه يقوم هناك على عدم وجود نيابة متبادلة فى الاعمال الضارة ، لا على وحدة المحل .

٩ ــ اذا صدر حكم على احد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام وكان الحكم مبنيا على اسباب ترجع الى الدين ذاته ، فان اثر الحكم يسري فى حق المدينين الاخرين . وهذا عكس ما رأينا فى التضامن السلبي ، فالحكم الصادر على احد المدينين المتضامنين لا يحتج به على المدينين الاخرين ، وذلك راجع الى عدم قيام النيابة المتبادلة بالنسبة للاعمال الضارة .

اما اذا صدر الحكم لمصلحة احد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام فان المدينين الاخرين يستفيدون من هذا الحكم . وهذا هو ايضا الحكم فى التضامن السلبي ، ولكنه يقوم هناك على النيابة المتبادلة فيما ينفع لا على وحدة المحل .

ثانيا ـ النتائج التى ترد الى عدم قيام نيابة متبادلة بين المدينين

٤٨٣ ـ ويترتب على عدم قيام نيابة متبادلة بين المدينين فى الالتزام غير القابل للانقسام النتائج التالية :

١ ـ اذا اعذر الدائن احد المدينين لم يسر هذا الاعذار فى حق المدينين الاخرين ولا يعتبرون فى حالة اعذار . وكذلك الامر اذا اعذر احد المدينين الدائن ، فلا يستفيد باقي المدينين من الاعذار ذلك ان المدين الذي قام بالاعذار انما قام به لمصلحته الخاصة ولا يمثل باقي المدينين فى ذلك ، اذ لا تجمع المدينين فى الالتزام غير القابل للانقسام نيابة متبادلة ، وكل ما يجمعهم انما هو وحدة المحل . وهذا هو الحكم فى التضامن السلبي ، وهو يقوم هناك على عدم قيام النيابة بالنسبة للاعمال الضارة .

٢ ـ وينطبق الحكم المتقدم بالنسبة للمطالبة القضائية . فمطالبة الدائن احد المدينين لا يسري اثرها الى بقية المدينين لانعدام النيابة فيما بينهم . وهذا هو الحكم ايضا فى التضامن السلبي ، وهو يقوم هناك على انعدام النيابة فى الاعمال الضارة .

٣ ـ اذا صالح احد المدينين الدائن وتضمن الصلح شروطا اشد لم يسر هذا الصلح فى حق بقية الدائنين الا اذا قبلوه ، وذلك تطبيقا لمبدأ نسبية اثر العقود وعدم سريان اثرها الى غير عاقديها من جهة ، ومن جهة اخرى لان المدين المتصالح لا يعتبر نائبا عن بقية المدينين عند ابرامه عقد الصلح . وهذا هو الحكم ايضا فى التضامن السلبي ، ويقوم فيه على انعدام النيابة بالنسبة للاعمال الضارة (١) .

---

(١) السنهورى ، ف ٢١٨ .

الفقرة الثانية

علاقة المدينين فيما بينهم

انقسـام الدين

٤٨٤ ـ يحكم علاقة المدينين ببعضهم القاعدة التي رأيناها فى التضامن السلبي وهي انقسام الدين . فاذا وفى احدهم الدين كان له الرجوع على الباقين كل بقدر حصته . والرجوع لا يكون بطبيعة الحال بحصة كل مدين بالدين نفسه لان الدين غير قابل للانقسام ، وانما يرجع الموفى بدين شخصي مصدره الوكالة او الفضالة ، وذلك على النحو الذي رأيناه فى رجوع المدين المتضامن الذي يوفي كل الدين على بقية المدينين المتضامنين . فاذا كان محل الالتزام تسليم سيارة مثلا وقام احد المدينين بتسليمها الى الدائن فانه يرجع على باقي المدينين بحصته من ثمن السيارة . ويمكن للمدين الموفي ان يرجع على باقي المدينين بدعوى الحلول ، وفي هذه الحالة اذا كانت طبيعة الالتزام تقبل الانقسام فانه ينقسم ويرجع عندئذ على كل من المدينين بحصته من الدين عينا . فاذا كان محل الالتزام مائة طن من التمر مثلا وكان المدينون اربعة وقام احدهم بتسليم هذه الكمية من التمر واراد ان يرجع بدعوى الحلول ، فانه يرجع على كل من المدينين الاخرين بخمسة وعشرين طنا من التمر ، فهم ملزمون جميعا بتسليم هذه الكمية من التمر وكان التزامهم غير قابل للانقسام ، فيكون للمدين الذي وفى كل الدين ان يرجع على الباقين كل بقدر حصته من الدين عينا لانه يكون قد حل محل الدائن . اما اذا كانت طبيعة المحل تأبى الانقسام ، كسيارة او حصان مثلا ، فان رجوع المدين الموفي على باقي المدينين يكون عندئذ بقدر حصة كل منهم فى قيمة الدين . فاذا كانت قيمة السيارة الف دينار مثلا وكان المدينون اربعة وقام احدهم بتسليمها للدائن ، فانه يرجع على كل من الباقين بمائتين وخمسين دينارا .

٤٨٥ ــ وتتبع القواعد العامة التي سبق ان رأيناها فى التضامن السلبي فيما يتعلق بتعيين حصة كل مدين ، وفى تحمل المدينين الموسرين حصة المدين المعسر كل بقدر حصته من الدين . فالاصل ان تكون حصص المدينين متساوية ، الا اذا كان هناك اتفاق او نص فى القانون يقضي بغير ذلك واذا تبين من الظروف ان احد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فانه هو الذي يتحمله فى النهاية . فاذا كان هو الذي يتحمله فى النهاية فاذا كان هو الذي دفعه لم يرجع على احد ، واذا دفعه احد المدينين الاخرين كان له ان يرجع على المدين صاحب المصلحة . وقد سبق ان رأينا كل ذلك عند الكلام عن التضامن السلبي .

المطلب الثاني

تعدد الدائنين في الالتزام غير القابل للانقسام

علاقة الدائنين بالمدين وعلاقة الدائنين فيما بينهم

٤٨٦ــ تقضي المادة (٣٣٨) من القانون المدني بأنه: « ١ــ اذا تعدد الدائنون فى التزام غير قابل للانقسام او تعدد ورثة الدائن فى هذا الالتزام جاز لكل دائن او وارث ان يطالب باداء الالتزام كاملا . فاذا اعترض أحد الدائنين او الورثة على ذلك كان المدين ملزما باداء الالتزام للدائنين مجتمعين او «باداء» (١) الشي محل الالتزام . ٢ــ ويرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام كل بقدر حصته » . ومن هذا النص يتبين ان الحكم الذي يطبق على علاقة الدائنين بالمدين يختلف ، كما فى تعدد المدينين ، عن الحكم الذي يطبق على علاقة الدائنين ببعضهم . ونرى كلا من ذلك فى فقرة مستقلة .

---

(١) الصحيح : بايداع . والظاهر ان هناك غلطا مطبعيا .

الفقـــرة الاولـــى

علاقة الدائنين بالمديـــن

٤٨٧ ــ تحكم علاقة الدائنين فى الالتزام غير القابل للانقسام على العموم المباديء التي تحكم علاقة المدينين بالدائن فى هذا النوع من الالتزام ، وهي وحدة المحل وعدم وجود نيابة متبادلة بين الدائنين • ونرى فيما يلي النتائج التي تترتب على كل مـن ذلـــك •

اولا ــ النتائج التـــي تترتب على وحدة المحل

٤٨٨ ــ يعتبر محل الالتزام فى الالتزام غير القابل للانقسام ، كما فى تعدد المدينين ، كلا لا يتجزأ • ويترتب على ذلك النتائج التالية :

١ ــ يستطيع أي دائـن ان يطالب المديـن بكل الدين ، ويستطيع المديـن ان يفي كل الديـن كله لاي دائـن • واذا مات الدائـن فى التزام غير قابل للانقسام عـن عدد من الورثة جاز لكل وارث ان يطالب المديـن بكل الديـن • ولكـن يجوز لاي دائـن او وارث ان يعترض على اداء المديـن الديـن لاحد الدائنين الاخريـن • فى هذه الحالة يجب على المدين اداء الالتزام الى الدائنين مجتمعين ، واذا تعذر عليه ذلك يجب عليه ايـداع الشيء محل الالتزام • ويلاحظ ان هناك غلطا مطبعيـا فى النـص ، اذ تكررت فى النص كلمة « باداء » ، والصحيح ان الثانية منهما يجب ان تكون « بايداع » •ويلاحظ الفقهاء فى هذا الصدد ان عدم قابلية الالتزام للانقسام الراجع الى طبيعة المحل هو وحده الذي يمنع انقسام الحق بين الدائنـين فى حالة تعددهم ، اما عدم القابلية للانقسام الراجع الى الاتفاق فلا يمنـع الا انقسام الديـن بين المدينين ولا يمنع انقسام الحق بين الدائنين • وبعبـارة اخرى لا ينتج اثاره الايجابية كما فى التضامـن الايجابي • فاذا كـان الدائن واحدا عند نشوء الالتزام وكان عدم قابلية الالتزام للانقسام راجعا الى الاتفاق ومات هذا الدائـن عـن عدد مـن الورثة فـان الديـن

ينقسم عليهم . ثم ان من مصلحتهم ان يطالب كل منهم بحصته فى الديـــن ما دام الديـن قابلا للانقسام (١) .

واذا لم يقم المديـن بتنفيذ التزامه واستحال هذا الى تعويض نقـدي فانه ينقسم على الدائنين على النحو الذي رأيناه فى تعدد المدينين ، فقد زال المانع الذي كان يحول دون انقسامه . والقاعدة فى هـذا الباب انـه : « اذا زال المانع عاد الممنـوع » .

٢ ـ اذا انقطع التقادم او وقف بالنسبة لاحد الدائنين استفاد مـن ذلك باقي الدائنين ، ذلك ان محل الالتزم يعتبر كلا لا يتجزأ فلا يتصور أن ينقطع التقادم فيه بالنسبة لبعض الدائنين دون البعض الاخر . وهذا هـو الحكم فى التضامـن الايجابي ، او التضامـن بين الدائنين ، ولكنه يقوم هناك على اساس مـن النيابة المتبادلة بين الدائنين .

٣ ـ اذا اقر المديـن لاحد الدائنين وكان الاقرار يتعلق بالديـن ذاته ، استفاد من هذا الاقرار بقية الدائنين ، وذلك للعلة نفسها وهي وحدة المحل . فمحل الالتزام يعتبر كلا لا يتجزأ فلا يتصور الاقرار فيه بالنسبة لبعـض الدائنين دون بعض . وكذلك الامر اذا وجه المديـن اليمين الى احد الدائنين فحلفها وكانت اليمين متعلقة باصل الديـن ، فان بقية الدائنين يستفيـدون مـن ذلـك .

ثانيا ـ النتائج التي تترتب على عدم وجود نيابة متبادلة

٤٨٩ ـ لا يجمع الدائنين فى الالتزام غير القابل للانقسام ، كما لا يجمع المدينين فى هذا النوع مـن الالتزام ، سوى وحدة المحل ، فلا تجمعهم نيابة متبادلة كتلك التي تجمع بين الدائنين المتضامنين فى التضامـن الايجـابي . ويترتب على عدم وجود هذه النيابة النتائج التاليـة :

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف ١١٠٤ . ص ٤١٢ . بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٢٢ ف ١٩١٣ . جوسران ، ج ٢ . ف ٨٠٠ . السنهوري ، ف ٢٢٤ ، ص ٣٩٨ .

١ ــ اذا اعذر احد الدائنين المدين لم يستفد باقي الدائنين من هذا الاعذار ، فالدائن انما يقوم بذلك لمصلحة نفسه وهو لا يمثل بقية الدائنين عند قيامه بالاعذار . وقد رأينا عكس ذلك فى التضامن الايجابي ، اذ يستفيد الدائنون المتضامنون من الاعذار الذي يوجهه احدهم الى المدين وذلك لوجود النيابة المتبادلة فيما بينهم .

وكذلك الامر بالنسبة للمطالبة القضائية . فاذا طالب احد الدائنين المدين مطالبة قضائية فان الدائنين الاخرين لا يستفيدون من هذه المطالبة ، وان كانت تقطع التقادم بالنسبة لهم (١) . ولكن يخفف من هذه القاعدة ان الدائن الذي قام بالاعذار او بالمطالبة القضائية اذا حصل على الدين فان باقي الدائنين يشاركونه فيما قبض، كما سنرى فى علاقة الدائنين ببعضهم .

٢ ــ اذا صالح احد الدائنين المدين فان اثر هذا الصلح لا يسري الى بقية الدائنين ، سواء اكان لهم فى الصلح نفع ام ضرر . ذلك ان الصلح اذا تضمن اسقاط شيء من الدين فان اثره لا يسري الى بقية الدائنين طبقا لمبدأ نسبية اثر العقود ، واذا تضمن فائدة فلا يسري اثره اليهم ايضا لان الدائن المتصالح لا يعتبر ممثلا لبقية الدائنين لانعدام النيابة المتبادلة ، وقد سبق ان رأينا فى التضامن الايجابي ان الدائنين المتضامنين يستفيدون من الصلح الذي يعقده احدهم مع المدين وذلك لوجود النيابة المتبادلة .

انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء

٤٩٠ ــ سبق ان قلنا بان لكل دائن فى الالتزام غير القابل للانقسام الاعتراض على اداء الالتزام كاملا لاحد الدائنين الاخرين ، وفى هذه الحالة يجب على المدين اداء لالتزام الى الدائنين مجتمعين او ايداع الشيء محل الالتزم . ولكن ما الحكم اذا انقضى الدين بالنسبة لاحد الدائنين بسبب غير الوفاء ، كالمقاصة ، واتحاد الذمة ، والابراء ، الخ .. واعترض بقية

---

(١) السنهوري ، ص ٤٠٢ ، هامش رقم ٢ .

بقية الدائنين على هذا الانقضاء ؟ فى هذه الحالة لا يحتج على بقية الدائنين بهذا الانقضاء الا بقدر حصة الدائن الذي قام فيه سبب الانقضاء . فاذا كان محل الالتزام لا يقبل الانقسام بطبيعته ، كحصان مثلا ، وطالب احد الدائنين الاخرين المدين بالوفاء فان المدين يكون ملزما بالوفاء لهذا الدائن بكل الدين ثم يرجع عليه بحصة الدائن الذي قام فيه سبب الانقضاء (١) .

الفقرة الثانية

علاقة الدائنين فيما بينهم

انقسام الدين

٤٩١ ـ القاعدة التي تحكم علاقة الدائنين بعضهم ببعض هي انقسام الدين . فمن استوفى منهم كل الدين رجع عليه الباقون كل بقدر حصته . والرجوع اما ان يكون بدعوى شخصية هي دعوى الوكالة او الفضالة ، أو بدعوى عينيه هي دعوى الدين .

٤٩٢ ـ ونطبق القواعد العامة التي سبق ان رأيناها فى تعيين حصة كل دائن وفى تحمل الدائنين نتيجة اعسار الدائن القابض اعسارا جزئيا . ففيما يتعلق بتعيين حصة كل دائن ، الاصل ان تعتبر حصص الدائنين متساويه مالم يتبين العكس من الاتفاق او نص القانون . وفيما يتعلق بتحمل الدائنين نتيجة اعسار من قبض الدين منهم اعسارا جزئيا ، فان هذه النتيجة توزع عليهم بنسبة حصصهم فى الدين . فاذا كان مقدار الدين الف دينار مثلا وكان عدد الدائنين اربعه وكانت حصصهم متساويه وقبض احدهم الدين واعسر بحيث لم يحصلوا منه الاعلى ثلاثمائه ديناراً ، فعندئذ يوزع هذا المبلغ بينهم بالتساوي ، فلا يحصل كل منهم الاعلى مائة دينار ، اي على خمسي حقه .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ص ٤١٢ ـ ٤١٣ . بلانيول وريبير وبولانجيه ، ف ١٩١٤ ، ص ٦٢٢ . السنهورى . ف ٢٢٥ .

وكذلك الحكم اذا كان المعسر هو المدين ، فيتحمل الدائنون جميعا ، بما فيهم الدائن الذي استوفى الدين ، نتيجة هذا الاعسار كل بقدر حصته في الدين .

مقارنة بين التضامن وعدم القابلية للانقسام

أوجه الشبه وأوجه الخلاف

٤٩٣ ـ هناك اوجه شبه واوجه خلاف بين التضامن بنوعيه ، السلبي والايجابي ، وبين عدم قابليه الالتزام للانقسام ، يمكن ايجازها فيما يلي :

١ ـ أوجه الشبه

٤٩٤ ـ يتفق كل من التضامن وعدم قابلية الالتزام للانقسام من النواحي التالية :

١ ـ يجوز لاي دائن في التضامن الايجابي ان يطالب المدين بكل الدين . وفي الالتزام غير القابل للانقسام في حالة تعدد الدائنين يجوز كذلك لاي دائن ان يطالب المدين بكل الدين .

٢ ـ يجوز للمدين في كلا النظامين ان يوفي الدين لاي دائن الا اذا انذره احد الدائنين الاخرين فى التضامن الايجابي ، واعترض احد الدائنين الاخرين او احد الورثة الاخرين فى الالتزام غير القابل للانقسام .

٣ ـ يجوز للدائن فى التضامن السلبي ان يطالب ايا شاء من المدينين بكل الدين . وفى الالتزام غير القابل للانقسام فى حالة تعدد المدينين يجوز للدائن كذلك ان يطالب ايا شاء من المدينين بكل الدين وفى كلا النظامين يجوز لاي مدين أن يوفي الدين كله للدائن .

٤ ـ يرجع الدائنون فى التضامن الايجابي على الدائن الذي قبض كل الدين . وفى الالتزام غير القابل للانقسام فى حالة تعدد الدائنين يرجع الدائنون كذلك على الدائن الذي قبض كل الدين كل بقدر حصته .

٥ــ فى التضامن السلبي يرجع المدين الذي وفى كل الدين على بقية المدينين كل بقدر حصته .

٢ ــ أوجه الخلاف

٤٩٥ ــ ويختلف التضامن عن عدم القابلية للانقسام من النواحي التالية :

١ ــ اذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء بالنسبة لاحد المدينين ، فهي التضامن السلبي لا يستفيد بقية المدينين المتضامنين ، وفى التضامن الايجابي لايضار بقية الدائنين المتضامنين ، الا بقدر حصة المدين المتضامن الذي انقضى الدين بالنسبة له . اما فى الالتزام غير القابل للانقسام ، ففي حالة تعدد المدينين يستفيد المدينون من انقضاء الدين بالنسبة لاحدهم وفى حالة تعدد الدائنون لا يستفيد المدين من أنقضاء الدين بالنسبة لاحدهم ، الدائنين اذا اعترض الدائنون الاخرون الا بقدر حصة الدائن الذي قام فيه سبب لانقضاء .

٢ ــ اذا استحال الالتزام الى تعويض نقدي لعدم تنفيذه فانه يبقى غير منقسم على المدينين المتضامنين وبالنسبةللدائنين المتضامنين . اما فىالالتزام غير القابل للانقسام فانه ينقسم على المدينين او على الدائنين .

٣ ــ تجمع الدائنين المتضامنين والمدينين المتضامنين نيابة متبادلة ، اما فى الالتزام غير القابل للانقسام فلا يجمع الدائنين ولا المدينين مثل هذهالنيابة.

٤ ــ فى التضامن بين الدائنين ينقسم الالتزام على الورثة ، اما فى الالتزام غير القابل للانقسام فانه لا ينقسم (١) .

---

(١) السنهورى ، ص ٤٠٦ ــ ٤٠٧ .

الباب الثالث

انتقال الالتزام

TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

تمهيد

المقصود بانتقال الالتزام

٤٩٦ — يقصد بانتقال الالتزام حلول شخص محل احد طرفي الرابطة القانونية من غير ان يؤثر ذلك على طبيعة هذه الرابطة . وطرفا الرابطة ، كما نعلم ، هما الدائن والمدين . فاذا كان الحلول محل الدائن كنا امام حوالة حق ، واذا كان محل المدين كنا امام حوالة دين . وينتقل الحق او الدين بصفاته وتأميناته ودفوعه الى الدائن الجديد او المدين الجديد .

فاذا كان الدين معلقا على شرط او مضافا الى اجل او حالا ، واذا كان مدنيا او تجاريا ، واذا كان تضامنيا او غير قابل للانقسام ، فانه ينتقل الى الدائن الجديد او الى المدين الجديد بهذه الصفات .

واذا كان مضمونا بضمانات عينية كالرهن الرسمي او الرهن الحيازي او حق امتياز ، او بضمانة شخصية كالكفالة ، فانه ينتقل مع هذه الضمانات . ولكن الكفالة لا تنتقل الا برضاء الكفيل كما سنرى .

واذا كان لدى المدين دفوع يستطيع التمسك بها تجاه الدائن فانها تنتقل الى المدين الجديد او تجاه الدائن الجديد . فاذا كان المدين يستطيع ان يدفع مطالبة الدائن ببطلان العقد لمخالفة محله مثلا للقانون او للنظام او الاداب ، فانه يستطيع ان يدفع بذلك تجاه الدائن الجديد فى حوالة الحق ، ويستطيع المدين الجديد ان يدفع بذلك ايضا تجاه الدائن . وكذلك الامر اذا كان العقد موقوفا لعيب شاب رضاء المدين ، او لنقص فى اهليته ، او اذا كان الالتزام قد انقضى باحد اسباب الانقضاء ، فان هذه الدفوع تنتقل الى المدين الجديد ويمكنه التمسك بها تجاه الدائن . فى حوالة الدين ، وتنتقل ضد الدائن الجديد ويستطيع المدين التمسك تجاهه فى حوالة الحق .

٤٩٧ ــ بعد ان عرفنا المقصود بانتقال الالتزام نمهد للكلام عن الحوالة بالقاء نظرة سريعة على تطور فكرة انتقال الالتزام فى الفقه الغربي ، وعلى فكرة انتقال الالتزام فى الفقه الاسلامي ، واخيرا نميز بين الحوالة وما يشتبه بها من او اوضاع ونظم قانونية .

١ ــ تطور فكرة انتقال الالتزام في الفقه الغربي

القانون الروماني

٤٩٨ ــ لم يكن انتقال الالتزام ممكنا فى القانون الروماني القديم ، بل لم يكن متصورا . فالالتزام فى هذا القانون كان عبارة عن رابطة شخصية بحتة تربط المدين بالدائن . ثم ان الالتزام ما كان ينشأ الا باتباع شكليات معينة ، وهو ما كان ينشأ الا على عاتق من قام بهذه الشكليات ، وكذلك الحق ما كان ينشأ الا لمن قام المدين بهذه الشكليات لمصلحته . وقد كان الحق الشخصي متصلا بشخص الدائن اتصالا وثيقا ، كحق الانتفاع الذي يعتبر متصلا اتصالا وثيقا بشخص المنتفع ، فلم يكن من الممكن انتقاله الى شخص اخر .

٤٩٩ ــ ولم يتمكن القانون الروماني من التوصل الى النتائج التي يمكن الحصول عليها فى القوانين الحديثة عن طريق حوالة الحق او حوالة الدين الا باتباع طرق ملتوية كالتجديد بتغيير الدائن بالنسبة لحوالة الحق ، والتجديد بتغيير المدين بالنسبة لحوالة الدين ، وكالوكالة القضائية وذلك بان يكلف الدائن المحال له باستحصال الدين من المدين ثم يعفيه من تقديم الحساب بحيث يستطيع ان يحتفظ لنفسه بما يحصل عليه من المدين . وهناك طريقة اخرى استعملها القانون الروماني للتوصل الى حوالة الحق وهي بيع التركة . فاذا اشترى شخص تركة متوفي انتقلت اليه الدعاوي التي كانت للمتوفى ضد مدينيه (١) . ولكن

---

(١) وكان القانون الروماني قد اعترف بانتقال حقوق المتوفى الى ورثته ، ولكن هذا الانتقال لا علاقة له بالحوالة ، فهو يتم بحكم القانون . لذلك فلا نرى

هذه الطرق والوسائل لم تكن مأمونة العواقب ولا تعطي من النتائج مايمكن الحصول عليه مباشرة من حوالة الحق وحوالة الدين • ففي التجديد ينقضي الالتزام القديم بصفاته وتأميناته ودفوعه ، وفي شراء التركه لايمكن تحقيق الحوالة بين الاحياء • اما في الوكالة القضائيه بقبض الدين فكان يمكن عزل الوكيل • ولكن العمل استمر عليها حتى اصبح التوكيل بالقبض مألوفا ، ومنه دخلت حوالة الحق فى القانون الفرنسي القديم (١) •

القانون الفرنسي القديم

٥٠٠ ــ استمر القانون الفرنسي القديم على ماكان عليه القانون الروماني فلم يعرف لاحوالة الحق ولا حوالة الدين • والسبب في ذلك ، كما قلنا ، هو النظرة الشخصيه التي كان القانون الروماني ينظر بها الى الالتزام واعتباره اياه رابطه شخصية بحته • ولكن ضرورات الحياة العمليه كانت اقوى من أن يقف فى وجهها التصوير الروماني للالتزام • واول ما ظهرت الحاجة الى ذلك كان في الانتقال بسبب الموت ، فوسع انتقال حقوق المتوفى الى ورثته الى انتقال ديونه • ولاجل ان يخفي الفقهاء البدعة التي جاءوا بها ابتدعوا فكرة الافتراض ، فقالوا بان شخصية الوارث انما هي امتداد الشخصية المورث •

٥٠١ ــ هذا بالنسبة للانتقال بسبب الموت Mortis causa

اما الانتقال بين الاحياء فقد كان التقدم بالنسبة له أبطأ بكثير منه بالنسبة للانتقال بسبب الموت • فبالنسبه لحوالة الحق ظل التوكيل القضائي الذي

دقيقا ما يقول به الاستاذ الكبير السنهورى من ان الفقه الاسلامي « قد عرف حوالة الحق بسبب الموت » (الوسيط ، المرجع السابق ، ص ٤٢٢) • فحوالة الحق عقد ينقل به الشخص حقا له فى ذمة اخر الى شخص ثالث ، وليس هناك عقد فى انتقال الحقوق بسبب الموت •

(١) مونييه ، القانون الروماني ، ج٢ ، ف ١٩٠ ــ ١٩٢ ، ٢٠٦ • لوانت ومونييه ، الالتزامات فى القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ، ١٩٥٤ ، ص ٣٩٦ ــ ٣٩٩ • جيرار ، القانون الروماني ، ط ٧ ؛ ص ٧٧١ ــ ٧٧٨ •

رأيناه في القانون الروماني يلجأ اليه للوصول الى نقل الحق من دائن الى اخر واصبح مألوفا ، ومنه دخلت حوالة الحق القانون الفرنسي القديم واصبح من المسلم به في هذا القانون ان الدائن يمكنه ان يحول حقه الى شخص اخر دون حاجة لرضاء المدين بهذه الحوالة ، وذلك ، كما يقول پوتييه ، بالرغم من ان التحليل القانون الدقيق Selon la subtilité du droit يأبى انتقال الحق ، الذي هو رابطة شخصية ، الى شخص ثالث ، ويأبى كذلك بيعه . ذلك ان المدين لما كان قد التزم تجاه شخص معين فانه لا يمكن ان يصبح مدينا تجاه شخص اخر بنقل الحق لان هذا النقل ليس من فعله (١) .

اما حوالة الدين فقد لاقت مقاومة اكبر من تلك التي لاقتها حوالة الحق ، ووقف تطور القانون الفرنسي ، والقوانين اللاتينيه ، عند هذا الحد ، وذلك باستثناء القانون المدني الايطالي الجديد . فلا يعرف القانون المدني الفرنسي اليوم حوالة الدين ، وليس هناك من سبيل الى تغيير المدين فى الالتزام الا عن طريق التجديد او الانابة فى الوفاء . والسبب فى ذلك ان شخصية المدين اهم من شخصية الدائن ، فقيمة الالتزام المالية تتأثر بشخصيته وملاءته وما اذا كان مماطلا فى الوفاء ام لا . فلم يكن من السهل التسليم بتحويل الالتزام من مدين الى اخر بدون موافقة الدائن . فاذا دخل الدائن طرفا فى التحويل اصبحنا امام تجديد الالتزام بتغيير المدين . اما بالنسبة لتغيير الدائن فى حوالة الحق ، فيستوي لدى المدين الوفاء للدائن الاصلي او للدائن الجديد . ويمكن الاعتراض على هذه الحجة بان تغيير الدائن امر يهم المدين ايضا ، فبعض الدائنين اكثر تسامحا واقل تعنتا فى المطالبة من غيرهم . ويرد على هذا الاعتراض بان المهم فى الالتزام هو الوفاء لا المطالبة ، اي ناحية المدين لا ناحية الدائن .

القوانين الجرمانية

٥٠٢ ــ وقد سارت القوانين الجرمانية فى التطور حتى نهايته ، فاعترفت

---

(١) بودري وبارد ، ج ١٤ (التزامات ٣)، ف ١٧٦٣ : ص ٨١ــ٨٣ .

بحوالة الديـــن بعد ان اصبح الالتزام قيمة مالية اكثر منه رابطة شخصية . وقد نص القانون المدني الالماني على ذلك فى المواد (٤١٤ــ٤١٩) منه (١) . وكذلك فعل قانون الالتزامات السويسري فى المواد (١٧٥ ــ ١٨٣) . وقد نص القانون المدني النمساوي على قاعدة عامة فى هذا الباب ، فقد نصت المادة (١٣٩٣) منه على ان : « جميع الحقوق القابلة للتعامل يمكـــن ان تكـــون محـــلا للحـــوالة » .

٢ ــ انتقال الالتزام في الفقه الاسلامي

حوالة الدين

٥٠٣ ــ وقد عرف الفقه الاسلامي حوالة الديـــن بجميع مذاهبه ، مع اختلاف فى الشروط اللازم توافرها لصحتها ولزومها . وهي مـــن نوع بيـــع الديـــن بالديـــن الذي لا يجيزه كثير من الفقاء ، ولكنها جوزت « لحاجة الناس مسامحة وارفاقا » (٢) . ونقطة الابتداء فى ما قرره الفقهاء فى هـــذا هي الحديث الشريف : « مطل الغني ظلم ، فاذا اتبع احدكم على مليء فليتبع » . وفى لفظ لاحمد : « ومن احيل على مليء فليحتل » (٣) .

وقد عرف الفقهاء المسلمون الحوالة التجارية وسموها « السفتجه » ، وصورتها ان يدفع شخص لاخر مبلغا من المال على ان يدفعه لصاحبـــه او لوكيله فى مدينة اخرى ، وعنهم اخذها الغرب ، وذلك عـــن طريق الاندلس وعـــن طريق ايطاليا ابان الحروب الصليبية وتحت تأثير العرب والمسلمين الذين دخلوا تلك البلاد وكان لهم فيها شأن كبير ، لا سيما فى عهد فريدريك الثاني (١١٩٤ــ١٢٥٠ م) ، يوم كان ملك صقلية حيث قربهم اليه وولاهم وظائف ادارية وقضائية . والدليل على ذلك ان كلمة الحوالة لا تزال تستعمل فى اللغة

---

(١) سالي ، النظرية العامة للالتزام فى المشروع الاول للقانون المدني الالماني ، ط ٢ ، ف ١٠٥ ، ١٠١ .

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز ، ج١٠ ، ص ٣٣٨ ، نقلا عن المحمصـــاني المرجع السابق ، ص ٣٤٦ .

(٣) نيل الاوطار ، ج٥ ، ط٢ ؛ ص ٢٥٠ . وفي رواية اخرى : « .. واذا اتبع احدهم ... » .

الفرنسية وغيرها بلفظ « افال » Aval ، بمعنى تظهير السفتجة على سبيل الكفالة (١) .

٥٠٤ ـ ويميز الفقهاء المسلمون فى هذا الصدد بين نوعين من الحوالة : الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة . فتكون الحوالة مقيدة اذا كان للمحيل دين على المحال عليه او كان له عنده مال ، وقيد وفاء الحوالة بهذا الدين او المال . وتكون مطلقة اذا لم يكن للمحيل دين او مال لدى المحال عليه ، او كان له ولكن لم يقيد الوفاء بهذا الدين او المال .

٥٠٥ ـ وقد اختلف الفقهاء فى حكم الحوالة . فذهب ابو حنيفة وابو يوسف الى ان الدين ينتقل من ذمة المدين الى ذمة المحال عليه ولكنه يعود الى ذمته عند التوى ، اي الهلاك ، وذلك اذا لم يحصل المحال له على المحال به من المحال عليه لافلاسه او حجوده الحوالة وعدم وجود بينة . وذهب محمد بن الحسن الشيباني تلميذ ابي حنيفة الى ان المطالبة وحدها تنتقل الى المحال عليه دون الدين ، فيبقى الدين دون المطالبة فى ذمة المدين . ويترتب على ذلك ان المحيل اذا وفى الدين فانه لا يكون متبرعا ، واذا ابرأ المحيل المحال عليه من الدين فان الابراء لا يرتد بالرد لان الدين لا يزال فى ذمة المدين وما اسقطه الدائن انما هو المطالبة الا الدين . وذهب زفر بن الهذيل الى عدم انتقال الدين ولا المطالبة الى ذمة المحال عليه ، فتكون الحوالة عبارة عن ضم ذمة المحال عليه الى ذمة المحيل فى المطالبة ، فلا تزيد عندئذ عن أن تكون كفالة ولا يزيد المحال عليه عن ان يكون كفيلا .

وذهب فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة الى انه يجب ان يكون للمحيل على المحال عليه دين مساو فى المقدار ومشابه فى الجنس للدين المحال به فيوفي المحال عليه الدين الذي فى ذمته للمحيل الى المحال له . وهذه هي

---

(١) پول او فلان Huvelin ، مقال عن تاريخ السفتجه ، في « حوليات القانون التجارى » ، ١٩٠١ ، باريس ، ص ٢٢ ـ ٢٦ ، نقلا عن المحمصاني . المرجع السابق ، ص ٣٤٧ .

الحوالة المقيدة فى الفقه الحنفي . وحكم هذه الحوالة فى هذه المذاهب هو براءة ذمة المحيل ، فلا يرجع عليه المحال له الا اذا كان المحال عليه مفلسا قبل الحوالة . اماالحوالة المطلقة فلا يعترف بها فقهاء هذه المذاهب ، وهي لاتعدو ان تكون كفالة ، ويسميها فقهاء المذهب المالكي « حمالة » (١) .

اما فقهاء الشيعة الامامية فقد اجازوا كلا نوعي الحوالة ، المطلقة والمقيدة . ففيما يتعلق بالحوالة المقيدة جاء فى كتاب « من لا يحضره الفقيه » (ج٣ ، ص ٣١) : « سأل ابو ايوب ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بالمال ايرجع عليه قال لا يرجع عليه ابدا الا ان يكون قد افلس قبل ذلك » . وهذا الحكم يتفق وما يذهب اليه فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة . وفيما يتعلق بالحوالة المطلقة ، فهم (فقهاء الشيعه) يجيزونها ويسمونها « الحوالة على البريء » ، ويعتبرونها نوعا من القرض من المحال عليه للمحيل (٢)

حوالة الحق

٥٠٦ ــ اما حوالة الحق فيكاد اجماع الفقهاء ينعقد على عدم جوازها ما عدا مذهب الامام مالك الذي يجيزها بشروط معينة . ولكن الفقهاء أوجدوا حيلا يمكن بواسطتها تحقيق كثير من الاغراض التي يراد الوصول اليها عن طريق الحوالة . ومن هذه الحيل ، فى المذهب الحنفي ، هبة الدين مع التوكيل بالقبض ، والاقرار بالاسم المستعار .

١ ــ هبة الدين مع التوكيل بالقبض

٥٠٧ ــ في هذه الحالة يوكل الدائن من يريد ان يحول له حقه فى قبض هذا الحق ثم يهبه اياه . وقد نصت على ذلك المادة (٨٤٨) من المجلة

---

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٢٤٠ ، مع المراجع المشار اليها هناك .

(٢) العروة الوثقى ، كتاب الحوالة ، ص ٦٧٧ .

بقولها : « من وهب طلبه الذي هو فى ذمة احد لاخر واذنه صراحة بالقبض بقوله اذهب واقبضه ، فاذا ذهب الموهوب له وقبضه تتم الهبه » • وقد سبق ان رأينا القانون الروماني يلجأ الى هذه الحيلة ، ، وذلك عن طريق التوكيل بالقبض ثم اعفاء الوكيل من تقديم الحساب •

٢ ـ الاقرار بالاسم المستعار

٥٠٨ ـ فى هذه الحالة يقر الدائن لمن يريد ان يحول له حقه بان هذا الحق له • وقد نصت على ذلك المادة (١٥٩٣) من المجله بقولها : « اذا قال احد ان الطلب المحرر فى السند الذي هو فى ذمة فلان وهو كذا قرشا ، وان كان قد تحرر باسمي الا انه لفلان ، واسمي الذي تحرر فى السند هو مستعار ، يكون قد اقر بان المبلغ المذكور فى نفس الامر هو حق لذلك » • ومعنى ذلك ان من كان اسمه معينا كدائن فى سند الدين اذا اقر ان اسمه فيه انما كان على سبيل الاعارة وان الدين لم يكن فى الحقيقة له ، بل كان لشخص اخر ، فان اقراره هذا صحيح ، وللمقر له ان يقبض الدين بدون تفويض من المقر •

٣ ـ تمييز الحوالة مما يشتبه بها من الاوضاع والنظم القانونية

٥٠٩ ـ هناك اوضاع او نظم قانونية تشابه الحوالة ، فيجب تمييزها منها قبل الكلام عن الحوالة فى ذاتها • وهذه الاوضاع او النظم هي التجديد والانابة فى الوفاء ، والوفاء مع الحلول ، والاشتراط لمصلحة الغير • ونقول هنا كلمة موجزة عن كل من هذه النظم مع مقارنتها بالحوالة ، على ان نعود اليها بالتفصيل عند الكلام عن انقضاء الالتزام •

١ ـ الحوالة والتجديد

٥١٠ ـ يتم التجديد Novation بتغيير احد طرفي الالتزام او محله او سببه • والذي يقترب من الحوالة فى التجديد هو تغيير احد طرفيه ، الدائن او المدين • فتعيين الدائن يشابه حوالة الحق ، وتغيير المدين يشابه حوالة الدين • ولكن يختلف التجديد عن الحوالة فى انه يقضي الالتزام ويحل محله التزاما جديدا قد يختلف

عـن الالتزام الاول بتأميناته وصفاته ودفوعه • ما الحوالة فينتقل فيها الحق او الديـن بصفاته التي كان عليها وتنتقل معه تأميناته ودفوعه •

٢ ـ حوالة الدين والانابة في الوفاء •

٥١١ ـ يكون هنا كانابة فى الوفاء Délgéation اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص اجنبي يلتزم بوفاء الدين مكانه (مكان المدين)(م٤٠٥/١)• فاذا اتفق المديـن مع الدائـن على أن تبرأ ذمته كان ذلك تجديدا للديـن بتغيير المديـن • وقد سبق ان رأينا الفرق بين هذا النوع مـن التجديـد وبين حوالة الديـن • واذا لم يتفقا على براءة ذمة المديـن فان الالتزام يبقى فى ذمة هذا الاخير وينشأ الى جانبه التزام اخر فى ذمة الشخص الاجنبـي (م٤٠٦/٢) • وفى هذا تختلف الانابة فى الوفاء عـن حوالة الديـن ، ففـي هذه الاخيرة ينتقل الديـن بصفاته وتأميناته ودفوعه الى المديـن الجديد ، اما فى الاولى فينشأ التزام جديد الى جانب الالتزام القديـم • ولكـن يجب ان يلاحظ ان الدائـن لا يستطيع ان يحصل على حقه مرتين ، مرة من المديـن ومرة مـن الشخص الثالث ، بالرغم مـن أن نص الفقرة الثانية من المادة (٤٠٦) مـن القانون المدني قد يوحي بذلك •

٣ ـ حوالة الحق والوفاء مع الحلول

٥١٢ ـ يكون هناك وفاء مع الحلول Paiement avec subrogation اذا قام بوفاء الدين شخص ثالث غير المديـن وحل محل الدائـن فى الحق الذي له، وينتقل الحق فى هذه الحالة الى الموفي بصفاته وتأميناته ودفوعه•وفى هذا يشابه الوفاء مع الحلول حوالة الحق حيث ينتقل الحق فى كلتا الحالتين بصفاته وتأميناته ودفوعه • ولكـن يختلف الوفاء مع الحلول عـن حوالة الحق فى انه وفاء للديـن بكل معنى الكلمة ، اما حوالة الحق فلا تتضمن معنى الوفاء ، بل قد تتضمن المضاربة وقد تتضمن التبرع • فاذا احال الدائن حقه الى اخر بمقابل فانه يبيعه اياه ولا يستوفيه ، وهذا يتضمن المضاربة ، واذا احاله له بدون مقابل فانه يهبه اياه ولا يستوفيه ، وهذا يتضمـن التبرع•

ويترتب على هذا الفرق بين حوالة الحق والوفاء مع الحلول فروق اخرى سنراها فى مكانها .

٤ ـ الحوالة والاشتراط لمصلحة الغير

٥١٣ ـ سبق ان رأينا فى الاشتراك لمصلحة الغير ان المشترط يشترط حقا لمصلحة المنتفع ، فاذا كان المشترط مدينا للمنتفع فانه يحقق الفائدة المتوخاة من حوالة الدين وهي تغيير المدين ونقل الدين من ذمته (ذمة المشترك) الى ذمة المدين الجديد الذي هو المتعهد . ولكننا سبق ان رأينا (١) . ان المشترط لا يحول حقا للمنتفع بل يشترط لمصلحته حقا يلزم به المتعهد ، وان المنتفع انما يستمد الحق من العقد المبرم بين المشترط والمتعهد مباشرة ، فلا يمر هذا الحق فى ذمة المشترط . فلا تبرأ ذمة المشترط من الدين كما هو الحال فى حوالة الدين ، كما ان التزام المتعهد نحو المنتفع يختلف عن التزام المشترط نحو المنتفع . فلكل من هذين الالتزامين صفاته وتأميناته ودفوعه الخاصة به .

٥١٤ ـ بعد هذه المقدمة الموجزة ، نتكلم عن انتقال الالتزام فى فصلين نخصص الاول لحوالة الدين والثاني لحوالة الحق .

---

(١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ٥٩٥ ، ٥٩٦ .

الفصل الاول

حوالة الدين

CESSION DE DETTE

تعريـــــــف

٥١٥ ــ حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المدين الى ذمة شخص اخر ، فيصبح هذا الشخص ملزما بالوفاء بدلا من المدين • ويسمى المديـن محيلا ، والدائـن محالا له ، والشخص الذي نقل الدين الى ذمته محالا عليه • وهؤلاء هم اطراف الحوالة •

نوعا الحوالة : الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة

٥١٦ ــ وحوالة الدين نوعان : مطلقة ومقيدة •

فهي تكون مطلقة اذا لم يكن للمحيل على المحال عليه دين ولم يكن له عنده عين ، او كان له عليه ديـن او عنده عين ولكنه (المحيل) لم يقيد اداء الدين من الدين الذي له عليه او من العين التي له عنده (م٣٣٩/٢) •

وتكون مقيدة اذا قيد المحيل اداء الدين مما له فى ذمة المحال عليه مـن ديـن او عين (م٣٣٩/٣) •

خطـــــة البحـــث

٥١٧ ــ هناك شروط واركان لا بد من توافرها لانعقاد الحوالـــة ، فيجب ان نراها أولا • فاذا ما عرفنا هذه الشروط والاركان بقي ان نعرف احكام الحوالة • ونرى كلا من ذلك فى فرع خاص •

الفرع الاول

اركان الحوالة وشروطها

اركان الحوالة هي اركان العقد بصورة عامة

٥١٨ ــ الحوالة من العقود الرضائية ، فيجب لانعقادها توافر الاركان والشروط اللازم توافرها لانعقاد العقد وصحته ، من تراض ومحل وسبب . ويجب ان يكون الرضاء صحيحا غير مشوب بعيب وان يكون صادرا من ذي اهلية . ويجب كذلك ان تتوافر فى محل الحوالة ، الذي هو الدين المحال به ، الشروط العامة التي رأيناها فى محل العقد . اما السبب فهو الغرض الذي قصد المحيل تحقيقه من وراء الحوالة . ولا يقصد بهذا الغرض الغرض المباشر الذي تقول به النظرية التقليدية ، بل الغرض البعيد او غير المباشر الذي تقول به النظرية الحديثة ، اي الباعث الدافع . ونحيل فى كل ذلك الى القواعد العامة فى الموضوع والتي رأيناها فى الجزء الاول من هذا الكتاب .

٥١٩ ــ وحوالة الدين اما ان تتم باتفاق بين المحيل والمحال عليه ، او باتفاق بين المحال له والمحال عليه ، او باتفاق بين المحال له والمحال عليه . دون تدخل من المحيل . ونرى كلا من ذلك على حدة .

ولا ــ أنعقاد الحوالة باتفاق بين المحيل والمحال عليه

٥٢٠ ــ اذا تمت الحوالة باتفاق بين المحيل والمحال عليه فانها تصطدم بحق الدائن ، الذي هو المحال له لذلك يجب الحصول على اقراره لها . فاذا قبلها نفذت فى حقه .والقبول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا . واذا رفضها لم تنفذ فى حقه ويبقى الدين فى ذمة المحيل . ويجوز لكل من المحيل والمحال عليه ان يقوم بابلاغ الحوالة الى الدائن المحال له وان يحدد له مدة معقولة لقبولها ، فاذا سكت ولم يجب اعتبر سكوته رفضها (م٣٤٠) ، ولا تنفذ الحوالة فى حقه ، ويترتب على ذلك بقاء الدين فى ذمة المدين

الاصلي الذي هو المحيل . ويلاحظ ان المشرع اخذ هنا بقاعدة : « لا ينسب الى ساكت قول » فاعتبر سكوت المحال له رفضا للحوالة ، ولم يأخذ بقاعدة : « السكوت فى معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولا » .

٥٢١ ــ وقد بحث الفقهاء المسلمون هذا النوع من الحوالة واستندوا فى ذلك الى الحديث الشريف الذي سبق ان رأيناه ، وهو : « مطل الغني ظلم ، فاذا اتبع احدكم على مليء فليتبع » ، او كما رواه الامام احمد ابن حنبل : « ومن احيل على مليء فليحتل » . وتذهب غالبية الفقهاء الى ان الامر فى هذا الحديث انما هو للندب ، لذلك فهم يشترطون لنفاذ الحوالة فى حق الدائن اقراره لها . وبهذا الرأي اخذ القانون المدني العراقي . ويذهب الامام احمد بن حنبل الى ان الامر هنا للوجوب ، اي اذا احيل الدائن على شخص مليء غير معسر فانه يكون ملزما بقبول الحوالة واستيفاء حقه من المحال عليه . لذلك لا يشترط فقهاء المذهب الحنبلي رضاء الدائن بالحوالة لنفاذها فى حقه . لانه اذا رفض كان متعنتا ، ويجوز عندئذ اللجوء الى القضاء لاجباره على قبول الحوالة .

الاثر الرجعي للاقرار

٥٢٢ ــ الاقرار عمل قانوني صادر من جانب واحد ، فاذا اقر المحال له الحوالة فان اقراره لا يعتبر قبولا لايجاب معروض عليه ، اما اقرار الدائن فضروري لنفاذ الحوالة فى حقه فقط ، ولا اثر له على انعقادها . ويترتب على ذلك ان الدائن اذا اقر الحوالة فانها تنتج اثرها من حين ابرامها بين المحيل والمحال له لا من حين الاقرار ، فيكون للاقرار اثر رجعي . ويترتب على ذلك ايضا ان احد طرفي الحوالة ــ المحيل والمحال عليه ــ اذا فقد اهليته قبل الاقرار فان ذلك لا يمنع من صدور الاقرار . وهذا بخلاف ما اذا لم يكن للاقرار اثر رجعي ، اذ يجب فى هذه الحالة ان يكون كل من المحيل والمحال عليه باقيا على اهليته عند صدور الاقرار (١)

---

(١) السنهوري ، ف ٣٢٢ ، ص ٥٧٨ .

ثانيا ـ انعقاد الحوالة باتفاق بين المحال له والمحال عليه

٥٢٣ ـ ويمكن ان تتم حوالة الدين باتفاق بين المحال له (الدائن) والمحال عليه (المدين الجديد) ، وفى هذه الحالة لا يشترط لصحتها رضاء المحيل (المدين الاصلي) ، بل تتم وتنفذ بمجرد اتفاق الدائن والمدين الجديد ، ويكون هذا الاخير ملزما بالوفاء للدائن . ولكن اذا اراد المدين الجديد (المحال عليه) الاحتفاظ بحقه فى الرجوع على المدين الاصلي (المحيل) فيجب عليه ان يحصل على اقراره للحوالة (م٣٤١) . فاذا لم يحصل على اقراره فلا رجوع له عليه ، اذ يعتبر متبرعا (١).

شروط صحة الحوالة

٥٢٤ ـ تقضي المادة (٣٤٢) مدني بانه « يشترط لصحة الحوالة ان يكون المحيل مدينا للمحال له والا فهي وكالة » . وهذا النص مأخوذ عن الفقه الاسلامي . وقد كان المشرع في غنى عن ايراده ، اذ انه يستفاد من تعريفه للحوالة . فهو قد عرفها بانها : « نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال له » . وهذا التعريف يقتضي ان يكون المحيل مدينا للمحال له .

الديون التي تصح بها الحوالة

٥٢٥ ـ تقضي المادة (٣٤٣) مدني بان : « كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة بشرط ان يكون معلوما » . ومعنى ذلك ان الدين الذي لا تصح به الكفالة لا تصح به الحوالة . فمثال الدين الذي تصح به الكفالة ثمن المبيع ودين القرض والاجرة ، الخ .. فيصح ان يطلب البائع من المشتري كفيلا باداء الثمن ، ويصح ان يطلب المقرض والمؤجر من المقترض والمستأجر كفيلا باداء الدين او الاجرة . فكما تصح الكفالة بهذه

---

(١) وفى القانون المصري يكون له الرجوع بمقتضى قواعد الاثراء بلا سبب (السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٥٧٩ ، هامش رقم ٢ . كذلك ص ٥٨٢) .

الديـــون تصح بها الحوالة • فاذا كان الديـــن لا تصح به الكفالة فلا تصح به الحوالة • مثال ذلك دين الوديعة • فاذا اودع شخص شيئا عند اخر فـــلا يستطيع ان يطلب منه كفيلا برد الشيء المودع ، وعليه فلا يستطيع الوديع ان يحيل المودع على اخر بقبض الشيء المودع •

٥٢٦ ــ وقد اشترطت المادة المتقدمة كذلك ان يكون الديـــن المحال به معلوما • فاذا لم يكـــن معلوما فلا تصح به الحوالة • وهنا تختلف الكفالة عـــن الحوالة • فكفالة الديـــن غير المعلوم جائزة ، اما حوالته فغير جائزة • فاذا احدث شخص ضررا لاخر ووجب عليه تعويض هذا الضرر ، فمقـــدار التعويض غير معلوم قبل تحديده باتفاق او بحكم قضائي ، وعليه فلا يجوز للمديـــن بالتعويض ان يحيل الدائـــن به (المتضرر) على شخص ثالث • ذلك ان الديـــن الناشيء عـــن العمل الضار غير معلوم المقدار • ولكـــن مـــع ذلك تصح الكفالة بهذا الديـــن ، فيجوز للدائـــن بالتعويض ان يطلب من المديـــن به (محدث الضرر) كفيلا بدفع مبلغ التعويض بعد تحديده رضاءاو قضـــــاء •

حوالة المستحق فى الوقف غريمه على متولي الوقف

٥٢٧ ــ وكمثال على الديـــن الذي تصح به الحوالة ضربت المادة (٣٤٤) احالة المستحق فى الوقف غريمه على متولي الوقف حوالة مقيدة باستحقاقه فى الغله • فقد نصت هذه المادة على انه : « تصح احالة المستحق فى الوقف غريمه حوالة مقيدة باستحقاقه على متولي الوقف اذا كانت غلة الوقف متحصلـــة فى يده وقبل الحوالة • ولا تصح الحوالة اذا لم تكن الغلة متحصلة فى يـــد المتولي » • وهذه المادة غير موفقة لسببين :

١ ــ ان احالة المستحق فى الوقف غريمه باستحقاقه على المتولي ليست حوالة دين بل حوالة حق ، وذلك لانها تتم بين المحيل والمحال له • وقد سبق ان رأينا ان حوالة الدين انمـــا تتم باتفاق بين المحيـــل والمحال عليه ،

او باتفاق بين المحـــــال له والمحـــــال عليه . اما فى احالـــة المستحق فى الوقف فانها تتم باتفاق بين المحيل والمحال له ، وهذه حوالة حـق لا حوالة ديـن .

٢ ــ اشترطت المادة قبول متولي الوقف للحوالة ، وهذا الشـرط لا معنى له لان المتولي ليس وصيا ولا قيما على المستحقين فى الوقف . والظاهر ان المشرع انما وضع هذا الشرط ليكون منطقيا مع نفسه فى معالجة هـذه الحالة فى حوالة الديـن ، اذ لا يشترط قبول المحال عليه لانعقاد حوالة الحق . ولكنه (المشرع) ما دام قد عالج هذه الحالة فى حوالة الديـن ، وما دامت هذه الحوالة لا تتم باتفاق بين المحيل والمحال له بل اما باتفاق بين المحيل والمحال عليه او باتفاق بين المحال له والمحال عليه ، فقد اشترط قبول متولي الوقف للحـــوالة . ولكنه لم يكـن موفقا فى ذلك ، فقبول المتولي لا يجعـــل مـن احالة المستحق حوالة ديـن ، فهي حوالة حق بالرغم من اشتراط هذا القبـــــول .

قبـــــول الاب او الوصـي

٥٢٨ ــ واذا كان المحال له هو الاب او الوصي بديـن للصغير فيجب ان يكون فى قبول الحوالة مصلحة للصغير ، وذلك بان يكون المحال عليه املأ من المحيل . فاذا لم يكن للصغير مصلحة فى ذلك ، بان كان المحال عليـــــه مساويا فى اليسار للمحيل او اقل منه يسارا ، فلا تجوز الحوالة (م٣٤٥) .

الفرع الثانى

احكام حوالة الديـن

علاقـــات ثـــلاث

٥٢٩ ــ اطراف الحوالة ثلاثة : محيل ومحال له ومحال عليه ، والحوالة تنشيء علاقات بين هؤلاء الاشخاص الثلاثة والعلاقات التي تنشأ عـــن الحوالة هي التالية :

١ــ العلاقة بين المحال له والمحال عليه .

٢ ــ العلاقة بين المحال له والمحيل .

٣ ــ العلاقة بين المحال عليه والمحيل .

ونعالج كلا من هذه العلاقات فى مبحث خاص .

المبحث الاول

العلاقة بين المحال له والمحال عليه

انتقال الدين الى المحال عليه بصفاته وتأميناته ودفوعه

٥٣٠ ــ سواء تمت الحوالة باتفاق بين المحيل والمحال عليه او باتفاق بين المحال له والمحال عليه ، فالاثر الذي يترتب عليها واحد ، وهو انتقال الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه بصفاته وتأميناته ودفوعه . فيحل المحال عليه محل المحيل فى الدين وتبرأ ذمة المحيل منه . وقد نصت على ذلك المادة (٣٤٦) من القانون المدني بقولها : « اذا قبل المحال له الحوالة ورضي المحال عليه بها بريء المحيل من الدين ومن المطالبة معا وثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه » .

وقد سبق ان رأينا ان ذمة المحيل انما تبرأ من وقت الاتفاق على الحوالة . ذلك انها اذا تمت باتفاق بين المحال له والمحال عليه فانها تنعقد نافذة فى حق المحال له مباشرة ، واذا تمت باتفاق بين المحيل والمحال عليه فانها لا تنفذ فى حق المحال له الا بعد اقراره لها . ولكن هذا الاقرار ينتج اثره بالاستناد الى الماضي . وقد سبق ان رأينا ذلك .

والدين ينتقل من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه بصفاته وتأميناته ودفوعه . ونرى كلا من ذلك فى مطلب مستقل .

المطلـــب الاول

انتقال الدين الى المحال عليه بصفاتـه

٥٣١ ـ يقصد بانتقال الدين بصفاته انه اذا كـان التـزام المحيـل بسيطا فانـه ينتقل بهذه الصفـة ويكون التزام المحال عليه بسيطـا كذلك • واذا كان التزام المحيل موصوفا باحد الاوصاف فانه ينتقل الى المحال عليه بالوصف الذي كان عليه • فاذا كان دين المحيل معلقا على شرط او مضافا الى اجل ، او دينا تجاريا ، او غير قابل للانقسام ، او منتجا لفوائد ، او مستحق التنفيذ : الخ ••• فانه ينتقل بهذه الصفات الى المحال عليه • وقد نصت على هذا الحكم المادة (٣٤٧) مدني بقولها : « يتحول الدين على المحال عليه بصفته التي على المحيل فان كان حالا تكون الحوالة به حالة وان كان مؤجلا تكون مؤجله » • ويلاحظ على هذه المادة سوء الصياغه ، فواضعها لم يلاحظ الناحية اللغوية • فهو قد استعمل اداة الشرط الجازمـة « ان » ، ولم يجزم جوابها • فكان يجب ان تكون صياغة المادة على النحو التالي : « ••• فان كان حالا تكن الحوالة •• وان كان مؤجـلا تكـن مؤجلة » • ثم ان المشرع استعمل تعبير « يتحول الديـن » ، وكـان ينبغي ان يستعمل تعبير « ينتقل الدين » • ذلك لانه سبق ان عرف حوالة الدين فى الفقرة الاولى من المادة (٣٣٩) بانها : « نقل الدين ••• » ، ومن مقتضى نقل الدين ان الدين ينتقل •

المطلب الثـــاني

انتقال الدين الى المحال عليه بضماناته

الضمانات العينية والضمانات الشخصية

٥٣٢ ـ اذا كان الدين المحال به مضمونا بضمانات فان هذه الضمانات تنتقل معه لتضمن الوفاء للمحال له • والضمانات التي تضمن الدين اما ان تكون عينية او شخصيه • ونرى كلا منهما على حدة •

اولا ـ الضمانـــات العينيـــة

٥٣٣ ـ اذا كان المدين قد قدم للدائـن ضمانا عينيا ، كرهن رسمي او رهن حيازي ، فان هذا الضمان ينتقل مع الدين الى المحال عليه ويبقى الدين مضمونا بهذا الرهن كما كان فى ذمة المدين الاصلي ، ويصبح المدين بمثابـة كفيل عيني . ذلك ان ذمته قد برئت من الديـن بالحوالة ، ولكـن ماله بقي مرهونا لضمان الديـن .

٥٣٤ ـ واذا كان الدين مضمونا بحق الحبس فانه ينتقل الى المحـال عليه بهذه الصفة كذلك . فالبائع له حق حبس المبيع حتى يدفع المشتري الثمن . فاذا احال المشتري البائع بالثمن على شخص اخر فان حق البائع فى حبس المبيع لا يسقط ، بل يبقى حتى يستوفي الثمن مـن المحال عليه . وقد نصت على الاحكام المتقدمة الفقرة الاولى مـن المادة (٣٤٨) مدني بقولها : « تبقى للديـن المحال به ضماناته بالرغم من تغير شخص المديـن فاذا احال الراهن المرتهـن بالدين على اخر او احال المشتري البائع بالثمن على اخر فلا يسـقط حق المرتهن فى الرهن ولا حق البائع فى حبس المبيع » .

حوالة المرتهن غريما له على الراهن وحوالة البائع غريما له على المشتري

٥٣٥ ـ وعلى العكس مما تقدم اذا احال المرتهن على الراهن او احال البائع على المشتري . فاذا كان المرتهن مدينا واحال دائنه على الراهن فـان حقه فى الرهن يسقط ، وكذلك اذا كان البائع مدينا واحال دائنه على المشتري وقد نصت على ذلك العبارة الاخيرة من الفقرة الاولى مـن المادة (٣٤٨) المتقدمة بقولها : « اما اذا احال المرتهن غريما له على الراهن فان حقه فى الرهن يسقط ولا يكون رهنا للمحال له ، وكذا اذا احال البائع غريما له على المشتري بالثمن يسقط حقه فى حبس العين المبيعة » . وقد حدث خلاف بين الفقهاء بشأن هذه

الحوالة وهل هي حوالة حق او حوالة دين . فذهب الدكتور حسن علي الذنون (١) الى ان هذه الحوالة انما هي حوالة حق لا حوالة دين . فهو يقول فى هذا الصدد : « وواضح جدا ان لا علاقة لهذه الامثلة بحوالة الدين ، فهي حوالة حق ، وهذا مظهر من مظاهر الخلط والارتباك الذين وقع فيهما المشرع العراقي كثيرا عندما حاول التوفيق بين فقه القانون المدني وفقه الشريعة الاسلامية » . وذهب العلامة السنهوري (٢) الى ان هذه انما هي حوالة دين لا حوالة حق . فهو يقول فى هذا الصدد : « وواضح جدا ان الحوالة هنا حوالة دين لا حوالة حق ، ولو كانت حوالة حق لما سقط حق الرهن اوالحق فى حبس العين المبيعة . ففي حالة الدائن المرتهن ، المفروض ان لهذا الدائن غريما أي دائنا ، فاراد ان يوفيه حقه ، فوفاه اياه عن طريق احالته على مدينه الراهن . وهذه حوالة دين ، فان الدائن المرتهن نقل الدين الذي فى ذمته الى ذمة مدينه الراهن فى مقابل الدين الذي له فى ذمة هذا المدين وهو الدين المضمون بالرهن ، فانقضى الدين المضمون بالرهن قصاصا وسقط الرهن تبعا لذلك ، وبرئت ذمة الدائن المرتهن من الدين الذي كان فى ذمته لدائنه ، واصبح هذا الدائن الاخير دائنا للمدين الراهن ، ولكن لا بالدين المضمون بالرهن فهذا الدين قد انقضى كما قدمنا ، بل بالدين الذي كان فى ذمة الدائن المرتهن ثم حول الى ذمة المدين الراهن ، ومن ثم لا يكون هذا الدين مضمونا بالرهن ــ وهذا هو الامر فى حالة البائع الذي احال غريمه على المشتري بالثمن ، فقد نقل البائع الدين الذي فى ذمته لغريمه الى ذمة المشتري فى مقابل الثمن الذي له ، فسقط الثمن قصاصا وانقضى بسقوطه الحق فى حبس العين المبيعة . واصبح دائن البائع هو الدائن للمشتري ، ولكن لا بدين الثمن الذي كان للبائع فقد سقط هذا الدين كما قدمنا ، بل بالدين الذي كان فى ذمة البائع لدائنه وقد حوله البائع الى ذمة المشتري » . والحجة التي يقدمها العلامة السنهوري من انه لو كانت

---

(١) احكام الالتزام ، ط ١٩٥٢ ، ف ٢٣٣ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٥٩٤ ، هامش .

الحوالة حوالة حق لما سقط حق الرهن او الحق فى حبس العين المبيعة حجة وجيهة • ولكن يمكن الاعتراض عليها بان حوالة الدين انما تتم بين المحيل والمحال عليه ، بشرط الحصول على اقرار المحال له ، او باتفاق بين المحال له والمحال عليه ، اما فى احالة الدائن المرتهن غريمه على المدين الراهن واحالة البائع غريمه المشتري بالثمن فالنص يوحي بانها تتم باتفاق بين المحيل والمحال له ، وهذه حوالة حق • اما اذا تمت الحوالة بين الراهن (المحال عليه) والمرتهن (المحيل) واقرها دائن المرتهن (المحال له) فانها ولا شك حوالة دين •

ثانيا ـ الضمانات الشخصية

٥٣٦ ـ واذا كان المدين الاصلي قد قدم كفيلا للدائن فالكفالة تسقط بالحوالة ولا يبقى الكفيل كفيلا للمحال عليه الا اذا رضي بالحوالة ، يستوى فى ذلك ان يكون الكفيل شخصيا او عينيا (م٢/٢٤٨) • ويسري هذا الحكم حتى لو كان الكفيل متضامنا مع المدين • ولا يعترض على هذا الحكم بان الكفيل لما كان متضامنا مع المدين فانه لا يتمتع بحق التجريد وان الدائن يمكنه ان يطالبه مباشرة قبل مطالبة المدين الاصلي ، وبذلك فهو لا يعلق اهمية خاصة على شخص المدين وملاءته ،وبهذا تنتفى ضرورة الحصول على رضائه بالحوالة ليبقى كفيلا للمدين الجديد • ذلك ان الكفيل عندما كفل المدين الاصلي انما كان معتمدا على ثقته بقيامه بالوفاء عند حلول الاجل وبذلك فلا يبقى ثم حاجة الى رجوع الدائن عليه • فالكفالة انما تقوم على الثقة الشخصية ، وهذه الثقة كانت متوافرة لدى الكفيل بالنسبة للمدين الاصلي ، اما بالنسبة للمدين الجديد فغير متوافرة • وعليه فاذا لم يقبل الكفيل الحوالة فلا تسري فى حقه ولا يكون كفيلا للمدين الجديد •

المطلب الثالث

انتقال الدين الى المحال عليه بدفوعه

٥٣٧ ــ وينتقل الدين الى المحال عليه بدفوعه التي كان فى استطاعة المحيل ان يتمسك بها وان يدفع بها مطالبة الدائن المحال له • فيستطيع المحال عليه ان يدفع مطالبة المحال له باوجه الدفع التي كان المحيل يستطيع التمسك بها والمتعلقة بذات الدين • فاذا كان الدين باطلا مثلا لمخالفة محله للقانون او للنظام العام او الاداب ، او كان الدين قد انقضى بالوفاء او الابراء او التجديد او التقادم ، فالمحال له يستطيع ان يتمسك بهذه الدفوع وان يدفع بها مطالبة المحال له • ويستطيع المحال عليه ان يتمسك تجاه المحال له بالدفوع الخاصة به هو كذلك ، كالمقاصة وعيوب الرضاء ، كما اذا شاب رضاءه عند قبول الحوالة غلط او تدليس او اكراه او كان ناقص الاهلية الخ • •ولكنه لا يستطيع التمسك بالدفوع الخاصة بشخص المحيل ، كالدفع باتحاد الذمة او بحق الحبس او الدفع بعدم التنفيذ الثابت للمحيل ، وغير ذلك من الدفوع التي لا تتعلق الدين • وقد نصت على ذلك المادة (٣٤٩) مدني بقولها : « للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من دفوع متعلقة بذات الدين وليس له ان يتمسك بما كان من الدفوع خاصا بشخص المحيل وانما يجوز له ان يتمسك بما كان خاصا بشخصه هو » •

براءة ذمة المحال عليه من الدين

٥٣٨ ــ تقضي المادة (٣٥٠) من القانون المدني بان : « تبرأ ذمة المحال عليه من الدين باداء المحال به او بحوالته اياه على اخر او بالابراء او الهبه او باتحاد الذمة أو باي سبب اخر يقضي الالتزام » • ولم يكن المشرع بحاجة الى ايراد هذا النص ، فهو عبارة عن تطبيق للقواعد العامة ، وكان من الافضل عدم ذكره •

اعسار المحال عليه من الدين

٥٣٩ ــ واذا لم يحصل المحال له على كل المحال به من المحال عليه وكان له حق الرجوع على المحيل فانه يرجع عليه بالباقي • وقد نصت على ذلك المادة

(٣٥١) مدني بقولها : « اذا مات المحال عليه مدينا يقسم ما له بين الدائنين وبين المحال له بالحصص وما بقي للمحال له بعد القسمة يرجع به على المحيل اذا كان له حق الرجوع » . ويكون للمحال له حق الرجوع على المحيل فى الحوالة المقيدة اذا هلك ما للمحيل عند المحال عليه . ويلاحظ على هذه المادة انها نصت على حالة موت المحال عليه مدينا . وكان الافضل النص على « اعسار المحال عليه وعدم تمكن المحال له من الحصول على كل الدين المحال به » بدلا من ذلك (١).

---

(١) ينتقد لدكتور حسن علي الذنون المادة (٣٥١) المذكورة فى المتن من جهتين الاولى ـ انها زائدة لا حاجة اليها . ونحن نتفق معه فى ذلك ، اذ ليست هذه المادة الا تطبيقا للقواعد العامة فى هذا الباب وقد كان بامكان المشرع الاستغناء عنها . الثانية ـ ان المادة ليست صحيحة على اطلاقها . فهو يقول فى هذا الصدد : « فهي تجعل الدائن المحال له دائنا عاديا يزاحمه ، عند موت المحال عليه ، دائنو هذا المدين الجديد . وقد فات واضعي هذا القانون ان هذا الحكم وان كان مقررا فى الفقه الاسلامي الا انه ليس صحيحا على اطلاقه وفقا لقواعد القانون المدني وللمادة (٣٤٨) بشكل خاص ، ذلك ان دين المحال له قد يكون دينا ممتازا فى ذمة المدين الاصلي فتبقى له هذه الصفة اذ ينتقل الى ذمة المحال عليه كأن يكون الدين نفقة واجبة على المدين الاصلي او ان يكون اجر خادم او كاتب او اي اجير اخر ، ففي هذه الحالة ينتقل الى ذمة المحال عليه باعتباره دينا ممتازا متقدما على سائر الديون العادية . وهكذا يتبين ان قول المشرع بأن مال المحال عليه عند موته ، يقسم بين المحال له وبين الغرماء على مقدار حصصهم قول غير صحيح ... الى ان يقول : وهذا مثل من امثلة كثيرة جدا تدل دلالة واضحة على عدم توفيق المشرع فى الجمع بين الفقهين الاسلامي والمدني جمعا غير متنافر ولا متناقض » (احكام الالتزام ، ف ٢٣٦) . ونحن لا نتفق مع الاستاذ فيما يذهب اليه من وجوب بقاء الدين ممتازا بالنسبة للمحال عليه كما كان بالنسبة للمحيل . ذلك ان تقدم الدائن (المحال له) على الدائنين الاخرين انما يكون فى العلاقة بين المحيل والمحال له لا فى العلاقة بين المحال له والمحال عليه . فالمحال له بالنسبة للمحال عليه دائن عادي لا يتقدم على الاخرين . ولكنه اذا لم يحصل على حقه كاملا فانه يرجع على الضمان العيني الذي كان له على اموال المحيل . لذلك قلنا عند الكلام عن انتقال الضمانات العينية ان ذمة المحيل تبرأ من الدين ولكن ما له يبقى ضامنا للدين ، فيصبح بمثابة كفيل عيني . هذا عن الضمان العيني . اما عن الضمان الشخصي فانه لا يثير صعوبة ، ذلك ان الكفيل لا يكفل المحال عليه الا اذا رضي بالحوالة .

٥٤٠ ــ وقد عالج القانون المدني العراقي الحوالة المقيدة فى المواد (٣٥٢ ــ ٣٥٦) منه • واكثر الاحكام التي جاء بها انما هو تطبيق للقواعد العامة ومأخوذ عن مجلة الاحكام العدلية ومرشد الحيران • فقد نصت المادة (٣٥٢) على انه : « اذا اشترط المحيل فى الحوالة أن يبيع المحال عليه عينا مملوكه للمحيل ويؤدي الدين المحال به من ثمنها وقبل المحال عليه الحوالة بهذا الشرط صحت الحوالة ولا يجبر المحال عليه على الدفع قبل البيع ويجبر على البيع وتأدية الدين من الثمن » • وهذه المادة واضحة ولا تحتاج الى شرح ، وهي ليست الا تطبيقا للقواعد العامة •

٥٤١ ــ والشيء الذي يمكن ان تقيد به الحوالة ، فيما عدا الحالة المتقدمة ، اما ان يكون دينا للمحيل على المحال عليه ، او عينا مودعة له عنده ، او عينا مغصوبة بيده • ونرى كلا من هذه الحالات على حدة •

١ ــ الحوالة المقيدة بدين للمحيل على المحال عليه

٥٤٢ ــ اذا كان للمحيل دين على المحال عليه وقيد الحوالة بهذا الدين ثم سقط الدين ، فى هذه الحالة يجب التمييز بين حالة ما اذا كان السقوط بامر عارض بعد الحوالة او بامر سابق عليها •

فاذا كان السقوط بامر عارض بعد الحوالة فانها لا تبطل (م٣٥٣/١) • وقد ضربت الفقرة الاولى من المادة (٣٥٣) مثلا على ذلك احالة البائع غريمه على المشتري بثمن المبيع ثم هلاك المبيع عند البائع قبل تسليمه الى المشتري ، وكذلك رد المبيع بخيار عيب او غيره • فالمبيع قبل تسليمه الى المشتري يهلك على البائع ولا يلزم المشتري عندئذ بدفع الثمن • فاذا احال البائع دائنه على المشتري بالثمن ثم هلك المبيع قبل تسليمه الى المشتري فالحوالة لا تبطل ، ويبقى المشتري ملزما بدفع المحال به الى المحال له بالرغم من ان التزامه بدفع الثمن قد سقط • وكذلك الحكم اذا رد المشتري المبيع بخيار البيع بعد الحوالة ، فمع ان التزامه بدفع الثمن قد سقط الا انه

يبقى ملزما بدفع الدين المحال به الى المحال له . ولكن يبقى للمشتري فى كلتا الحالتين حق الرجوع على المحيل بما اداه للمحال له .

واذا كان السقوط بامر سابق على الحوالة وتبينت براءة ذمة المحال عليه من الدين فالحوالة تبطل ويعود الدين الى ذمة المحيل . وقد ضربت الفقرة الثانية من المادة (٣٥٣) مثلا على ذلك استحقاق المبيع . فاستحقاق المبيع يتبين منه ان البائع لم يكن مالكا له عند البيع ، فيسقط التزام المشتري بدفع الثمن . وسبب بطلان الحوالة فى هذه الحالة وعدم بطلانها فى الحالة السابقة ان سبب سقوط الدين هنا سابق على الحوالة لان الالتزام بدفع الثمن لا ينشأ ويعتبر غير موجود من حين البيع ، اما فى الحالة السابقة فسبب سقوط الدين لا حق للحوالة لانه قد حدث بعد تمام البيع ، وعليه فالحوالة تبطل . اما اذا استحق المبيع بعد دفع المحال عليه المحال به الى المحال له فانه يرجع بما اداه . وفى هذه الحالة له الخيار فى الرجوع ، ان شاء رجع على المحيل وان شاء رجع على المحال له (م٣٥٤) .

٢ ـ الحوالة المقيدة بعين مودعة للمحيل عند المحال له

٥٤٣ ـ واذا كان للمحيل عين مودعة عند المحال عليه وقيد الحوالة بالعين المودعة ثم هلكت العين قبل ادائها للمحال له، فان كان الهلاك بلا تعد من الوديع ، اي بسبب اجنبي ، بطلت الحوالة وعاد الدين الى ذمة المحيل . ويلحق بالهلاك استحقاق العين المودعة . وان كان الهلاك بتقصير او تعد من المحال عليه ، اي بخطئه ، فلا تبطل الحوالة ويبقى المحال عليه ملزما باداء المحال به الى المحال له (م٣٥٥) .

٣ ـ الحوالة المقيدة بعين مغصوبة للمحيل عند المحال عليه

٥٤٤ ـ واذا كان للمحيل عين مغصوبة عند المحال عليه وقيد الحوالة بالعين المغصوبة ثم هلكت العين فى يد المحال عليه فلا تبطل الحوالة، يستوي فى ذلك ان يكون الهلاك بخطأ المحال عليه او بدون خطئه (م٣٥٦/١) . والسبب فى ذلك ان يد الغاصب يد ضمان لا يد امانة ، فيضمن هلاك الشيء

ولو لم يكن الهلاك بغير خطأ منه . اما اذا استحقت العين المغصوبة للغير فالحوالة تبطل (م٢/٣٥٦) . والسبب فى ذلك ان الاستحقاق يعيد العين المغصوبة الى مالكها ، فلا تكون قد هلكت .

هذا وفى جميع الاحوال التي تبطل فيها الحوالة يرجع المحال له بحقه على المحيل .

المبحث الثاني

العلاقة بين المحال له والمحيل

براءة ذمة المحيل

٥٤٥ ـ يحكم علاقة المحيل بالمحال له قاعدة اساسية هي براءة ذمة المحيل من الدين بمجرد انعقاد الحوالة ونفاذها . فاذا تمت الحوالة باتفاق بين المحال له والمحال عليه فان ذمة المحيل تبرأ فى الحال . واذا تمت باتفاق بين المحيل والمحال عليه فلا تبرأ ذمة المحيل الا بعد اقرار المحال له لها . ويترتب على براءة ذمة المحيل عدم استطاعة المحال له مطالبته بالدين المحال به ، بل تتوجه مطالبته الى المحال عليه . والمحال له لا يعود في استطاعته مطالبة المحيل حتى لو تعذر عليه الحصول على دينه من المحال عليه لاعساره .

استثناء

٥٤٦ ـ ويجوز للمحال له الرجوع على المحيل استثناء فى الحالتين التاليتين :

١ ـ اذا اشترط الرجوع عند اعسار المحال عليه .

٢ ـ فى الحوالة المقيدة بدين للمحيل على المحال عليه او بعين له عنده، وديعة أو مغصوبة ، اذا سقط الدين او هلكت العين او استحقت . ففي هذه الحالة يرجع المحال له على المحال عليه على النحو الذي سبق ان بيناه .

وقد نصت على الاحكام المتقدمة المادة (٣٥٧) مدني فقضت بانه : « ١ ــ لا يرجع المحال له بدينه على المحيل الا اذا اشترط فى الحوالة خيار الرجوع او بطلت الحوالة المقيدة بسقوط الدين او هلاك العين او استحقاقها وفقا للاحكام السابقة. ٢ــ اما مجرد تعذر استيفاء الدين من المحال عليه وتفليسه ولو بامر المحكمة فلا يوجبان بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل » . ويلاحظ هنا ان هذا الحكم مخالف للرأي السائد فى الفقه الحنفي والذي اخذت به المجلة . فبراءة ذمة المحيل فى هذا المذهب وفى المجلة مقيدة بعدم التوى ، اي بعدم الهلاك . فهي كفالة اكثر منها حوالة ، اذ لما كانت مقيدة بعدم التوى فهي لا تعدو ان تكون ضم ذمة المحال عليه الى ذمة المحيل .

٥٤٧ ــ واذا اشترط المحال له عدم براءة ذمة المحيل كان العقد كفالة لا حوالة . فيستطيع المحال له مطالبة اي شاء من المحيل او المحال عليه . والكفالة هنا عارية عن حق التجريد ، فلا يستطيع المحيل اذا طالبه المحال له ان يدفع بحق التجريد الذي يملكه الكفيل العادي ، فلا يستطيع ان يدفع بان المحال عليه قادر على تنفيذ التزامه (م٣٥٨) .

المبحث الثالث

العلاقة بين المحيل والمحال عليه

الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة

٥٤٨ ــ يختلف حكم العلاقة بين المحيل والمحال عليه فى الحوالة المطلقة عنه فى الحوالة المقيدة . ونرى كلا منهما على حدة .

أولا ــ الحوالة المطلقة

٥٤٩ ــ سبق ان قلنا ان المحال عليه فى الحوالة المطلقة قد لا يكون مدينا للمحيل وليس للمحيل عنده عين مودعة او مغصوبة ، وقد يكون مدينا له

او قد يكون للمحيل عنده عين مودعة أو مغصوبة ولكنه (المحيل) لم يقيد اداء الحوالة بهذا الدين او بهذه العين .

٥٥٠ ــ فاذا لم يكن المحال عليه مدينا ولم يكن عنده عين مودعة او مغصوبة ، فانه يرجع على المحيل بعد الاداء لا قبله ، ويرجع عليه بالمحال به لا بما اداه فعلا (م٣٥٩) . فاذا كان المحال به مبلغا من النقود ولكن المحال عليه ادى شيئا اخر ، كحصان او سيارة مثلا ، فانه يرجع على المحيل بالمبلغ المحال به لا بقيمة الحصان او السيارة .

٥٥١ ــ واذا كان المحال عليه مدينا للمحيل او كان للمحيل عنده عين مودعة او مغصوبة ولم يقيد المحيل الاداء بما له على المحال عليه من دين او عين فان له (للمحيل) ان يطالب المحال عليه بالدين الذي له فى ذمته او بالعين المودعة او المغصوبة ، وذلك الى ان يؤدي المحال عليه الدين للمحال له . فاذا اداه سقط ما عليه للمحيل بقدر ما ادى (م٣٦٠) . فاذا كان للمحيل عند المحال عليه سيارة او حصان مثلا او كان المحال عليه مدينا للمحيل بمبلغ الف دينار ، واحال هذا عليه شخصا بمبلغ خمسمائة دينار ولكنه لم يقيد الوفاء بالالف دينار التي له فى ذمته او بالحصان او السيارة ، فانه (المحيل) يستطيع ان يطالب المحال عليه برد الحصان او السيارة او بوفاء مبلغ الالف دينار التي له فى ذمته ، وذلك لان الحوالة مطلقة ولم يقيد الوفاء بهذه الاشياء . ولكن اذا قام المحال عليه بالوفاء للمحال له فعندئذ يسقط من الدين الذي عليه مقدار ما ادى . فلو فرضنا ان قيمة الحصان او السيارة فى المثل المتقدم هي سبعمائة دينار وان مبلغ الحوالة هو خمسمائة دينار وادى المحال عليه هذا المبلغ الى المحال له ، فانه يبقى عليه مبلغ مائتي دينار . اما اذا كان المحال عليه مدينا للمحيل بمبلغ الف دينار واحال هذا الاخير عليه شخصا بمبلغ خمسمائة دينار واداها الى المحال له ، فعندئذ يبقى عليه مبلغ خمسمائة دينار

ثانيا ـ الحـــوالة المقيـــدة

٥٥٢ ـ واذا كان للمحيل ديـن فى ذمة المحال عليه او كان له عنـــده عين مودعة او مغصوبة وقيد الحوالة بهذا الديـن أو بتلك العين فلا يعـود يملك مطالبة المحال عليه بالديـن الذي له فى ذمته او بالعين التي له عنده ٠ولا يستطيع المحال عليه كذلك ان يدفع للمحيل الديـن الذي له فى ذمته او العين التي له عنده ، واذا دفع فانه يضمن قيمته للمحال له ويكون له عندئـذ الرجوع على المحيل (م٣٦١/١) ٠فاذا كان للمحيل الف دينارفى ذمة المحالعليه او كان له عنده سيارة مودعة او مغصوبة وقيد الحوالة بالالف دينـــار او بالسيارة ، فانه لا يستطيع مطالبته بعد الحوالة بالديـن ولا بالسيارة ، ولا يستطيع المحال عليه كذلك ان يدفع له (للمحيل) الالف دينار التي لـــه فى ذمته ولا ان يسلمه السيارة ، واذا فعل ضمن الالف دينار او قيمة السيارة ٠

اعســـار المحـال عليـــه

٥٥٣ ـ اذا اعسر المحيل قبل اداء المحال عليه المحال به فى الحوالةالمقيدة فهل يشارك بقيمة دائنيه المحال له بمبلغ الحوالة ؟ تقضي الفقرة الثانية مـن المادة (٣٦١) مدني بان ليس لهم ذلك ٠ والسبب فى هذا الحكم ان المحال له يملك الديـن او العين التي تقيدت بها الحوالة بمجرد انعقاد الحوالـة ٠ وعليه فلا يستطيع باقي دائني المحيل مزاحمته فى ما ملكه قبل افلاس مدينهم ٠

الفصل الثانى

حوالة الحق

CESSION DE CRÉANCE

تعريـــــــــــف

٥٥٤ ــ حوالة الحق عبارة عــن اتفاق او عقد يتفق فيه الدائن مــع شخص ثالث على ان يحول له حقه الذي فى ذمة المديــن ، فيحل هـــــذا الشخص محله (محل الدائن) فى الحق نفسه ، وينتقل اليه الحق بصفاتـــه وتأميناته ودفوعه ، على النحو الذي سبق ان رأيناه .

ويسمى الدائــن محيلا ، والاجنبي ، او الدائــن الجديد ، محالا له ، والمدين محالا عليـــه .

الاغراض التي يمكن تحقيقها عــن طريق حوالة الحق

٥٥٥ ــ والاغراض التي تستعمل فيها حوالة الحق كثيرة متنوعة . فقد يقصد المحيل ان يبيع حقه من المحال له فيتقاضى ثمنا لهذا الحق ، وعندئــذ يكون عليه الضــمان الذي على البائع . وقد يقصد ان يهب حقه للمحال له ، وتطبق عندئذ احكام الهبه . وقد يقصد المحيل ان يرهــن حقه عند المحال له، وذلك اذا كان حقه مؤجلا ولا يريد بيعه وكان فى حاجة الى المال ، فيعمد الى اقتراض ما يحتاج اليه مــن المحال له ويرهــن عنده الحق الذي له علـــى المديــن . وقد يقصد الوفاء بدين عليه للمحال له ، فيحيله على مدينه بالحق الذي لـــه عليـــه .

الحقوق القابلة للحوالـــــة

٥٥٦ ــ تقضي المادة (٣٦٢) من القانون المدني بانه : « يجوز للدائـن ان يحول الى غيره ما له مـن حق على مدينه الا اذا حال دون ذلك نـص فى القانون او اتفاق المتعاقديـن او طبيعة الالتزام .. »• وتقضي المادة (٣٦٤) منه بانه : « لا تجوز حوالة الحق الا بقدر ما يكون منه قابلا للحجـز » • فالاصل اذن ، بمقتضى المادة (٣٦٢) ، هو ان كل حق شـخصي قابـل للحوالة • ولكـن هذه الاصل غير مطلق ، فهناك استثناءات ترد عليه • وهذه الاستثناءات اما ان ترجع الى نص فى القانون ، او الى اتفاق المتعاقدين ، او الى طبيعة الالتزام ، أو كان الحق غير قابل للحجز • ونرى كلا من الاصـل والاستثناءات علـــى حدة •

الاصل ــ كل حق شخصي قابل للحوالة

٥٥٧ ــ يستوي فى القابلية للحوالة جميع الحقوق الشخصية ، مدنية او تجارية ، سواء اكان محلها مبلغا مـن النقود ام اشياء مثلية ، ام عمـــلا ، ام امتناعا عن عمل عمل ، ام عينا معينة بالذات • ويستوي فى ذلك ايضا ان يكون الحق منجزا ، او معلقا على شرط ، او مقترنا باجل •

الاســـــــــتثناءات

٥٥٨ ــ ولا يكون الحق الشخصي قابلا للحوالة فى الحالات التالية :

١ ــ اذا اتفق المتعاقدان على ذلك •

٢ ــ اذا حالت دون ذلك طبيعة الالتزام •

٣ ــ اذا منع القانون الحوالة •

٤ ــ اذا كان الحق غير قابل للحجز •

ونرى كلا مـن ذلك على حدة •

اتفـــــاق المتعاقديـــــن

٥٥٩ ــ ليست قابلية الحق للحوالة مـن النظام العام ، فيجـــوز ان يشترط المديـن على دائنه عدم احالة حقه الى شخص ثالث •وهذا الشرط

صحيح وملزم • مثال ذلك ما تشترطه شركات النقل من عدم قابلية بطاقات السفر ذهابا وايابا وبطاقات الاشتراك للنزول عنها الى غير من صدرت باسمه • ومثال ذلك ايضا اشتراط المؤجر على المستأجر عدم النزول عن الايجار لغيره ، فاذا نزل المستأجر عن الايجار لشخص ثالث لم يسر هذا النزول فى حق المؤجر • وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٧٦١) مدني بقولها : « منع المستأجر من ان يؤجر للغير يقتضي منعه من التنازل عن الايجار وكذلك العكس » •

٢ ـ طبيعة الالتزام

٥٦٠ ـ اذا كانت شخصية الدائن قد اخذت بنظر الاعتبار عند نشوء الحق فان هذا الحق لا يكون قابلا للحوالة • وهناك امثلة كثيرة على هذا النوع من الحقوق • من ذلك الحق فى النفقه ، والحق بالتعويض عن الضرر الادبي اذا لم تتحدد قيمته بمقتضى اتفاق او حكم نهائي (م٢٠٥ـ٣)• ومن ذلك ايضا حق الشريك فى شركة الاشخاص ، وحق المستأجر فى الايجار اذا اخذت شخصيته بنظر الاعتبار عند ابرام العقد ، الخ ••

٣ ـ نص القانون

٥٦١ ـ وقد ينص القانون على عدم جواز حوالة بعض الحقوق • من ذلك به ماتقضي المادة (٥٩٥) من انه : « لايجوز للحكام ولا للقضاة ولا للمدعين العامين ونوابهم ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ومساعديهم ان يشتروا لاباسمهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله او بعضه اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمه التي يباشرون عملهم في دائرتها » • ومن ذلك ايضا مانصت عليه المادة (٥٩٦) مدني من انه : «لايجوز للمحامين ان يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل باسمائهم او باسماء مستعارة» • فلم يجز المشرع للاشخاص المنصوص عليهم فى المادتين المتقدمتين شراء الحقوق المتنازع فيها،وما شراء الحق المتنازع فيه الاحوالته من صاحبه الى المشتري •

٤ عدم قابلية الحـــق للحجز

٥٦٢ ــ واذا كان الحق غير قابل للحجز لم تجز حوالته • وقد نصت قوانين مختلفة على طائفة من الحقوق لا يجوز الحجز عليها ، وبالتالي لا تجوز حوالتها • ونذكر فيما يلي بعضا من هذه الحقوق على سبيل المثال :

١ ــ رواتب الموظفين فراتب الموظف لايجوز الحجز عليه الا الى حد معين • وعليه لاتجوز حوالة الجزء غير القابل للحجز منه •

٢ ــ مرتبات التقاعد والمكافأة التي يستحقها الموظف عند احالته على التقاعـــد او الاستغناء عنـــه •

٣ ــ النفقه المقررة لشخص على اخر : فهذه النفقه انما قررت لسد حاجة صاحبها ، فلا يجوز الحجز عليها ، وبالتالي لا تجوز حوالتها •

٥٦٣ ــ بعد هذه المقدمة الوجيزه عن حوالة الحق وعن الحقوق القابلة لها ،نتكلم عنهافى فرعين، نخصص الاول لشروطها واركانها ،والثاني لاحكامها•

الفرع الاول

اركان حوالة الحـــق وشروطها

٥٦٤ ــ الحوالة عقد ، فاركانها وشروطها هي اركان وشروط الـــعقد بصورة عامة مـــن تراض ومحل وسبب • والشروط اللازم توافرها فى حوالة الحق على نوعين : شروط صحة ،وشروط نفاذ • ونرى كلا من هذه الشروط فـــي مبحث مستقـــل •

المبحـــث الاول

شـــروط صحـــــة حوالة الحـــق

شروط صحة حوالة الحـــق هي الشروط اللازمة لانعقادها

٥٦٥ ــ وشروط صحة حوالة الحق هي الشروط اللازمة لانعقادها • وهي تنعقد باتفاق بين المحيل والمحال له • وعليه فلا بد مـــن توافر رضاهما ،

مع باقي الشروط بطبيعة الحال . اما رضاء المحال عليه فليس ضروريا . وقد نصت على ذلك المادة (٣٦٢) مدني في عبارتها الاخيرة بقولها : « .. وتتم الحوالة دون حاجة الى رضاء المحال عليه » . ويلاحظ ان هذه العبارة قد حشرت حشرا في المادة (٣٦٢) . فبينما هي (المادة) تتكلم عن القاعدة العامة في الحقوق القابلة للحوالة وعن الاستثناءات الواردة عليها ، اذا بها تنتقل فجأة الى الكلام عن عدم الحاجة الى رضاء المحال عليه . ثم ان المشرع العراقي قد افرد مادة خاصة ، هي المادة (٣٦٤) ، للنص على عدم جواز حوالة الحق الا بقدر ما يكون منه قابلا للحجز . وقد كان الاولى به ان يضع نص هذه المادة مع نص المادة (٣٦٢) بدلا من النص على عدم الحاجة الى رضاء المحال عليه. فكان الاولى ان تكون هذه المادة على النحو التالي: «يجوز للدائن ان يحول الى غيره ما له من حق على مدينه الا اذا حال دون ذلك نص في القانون او اتفاق المتعاقدين او طبيعة الالتزام . ولا تجوز الحوالة الا بقدر ما يكون قابلا للحجز من الحق » . ويلاحظ هنا ايضا ان مكان العبارة الاخيرة من المادة (٣٦٢) انما هو المادة (٣٦٣) التي تتكلم عن شروط نفاذ الحوالة ، لا المادة (٣٦٢) التي تضع القاعدة العامة في حوالة الحق . فكان يجب ان تكون المادة (٣٦٣) على النحو التالي : « تتم الحوالة دون حاجة الى رضاء المحال عليه ، ولكنها لا تكون نافذة في حقه او في حق الغير الا اذا قبلها او اعلنت اليه .. » .

لا حاجة الى شكلية معينة ولكن يجب مراعاة قواعد الاثبات

٥٦٦ ــ والحوالة من العقود الرضائية ، فلا يشترط لانعقادها شكلية معينة . ولكن يجب في اثباتها مراعاة القواعد العامة في الاثبات . فاذا كانت الحوالة بمبلغ يزيد على عشرة دنانير فلا بد من محرر لاثباتها ، ولا يجوز اثباتها بالشهادة والقرائن ، ما عدا المسائل التجارية التي لها قواعدها الخاصة.

المبحث الثاني

شروط نفاذ حوالة الحق

اعلان المحال عليه بالحوالة او قبوله لها

٥٦٧ ــ وشروط نفاذ الحوالة هي الشروط التي تجعل الاحتجاج بها على الغير او على المحال عليه ممكنا . وقبل الكلام عن هذه الشروط لا بد من تحديد الغير اولا .

يقصد بالغير فى حوالة الحق كل من كسب على الحق المحال به حقا يتعارض وحق المحال له . وهذا الغير اما ان يكون محالا له ثانيا ، او دائنا للمحيل اوقع حجزا على الحق المحال به لدى المحال عليه ، او دائني المحيل اذا أشهر افلاسه او اعساره ، فهؤلاء يصبحون من الغير بالنسبة للمحال له . ومعنى صيرورة الحوالة نافذة فى حق هؤلاء الاغيار ان المحال له اذا تزاحم مع احدهم فانه هو الذي يتقدم اذا كان تاريخ نفاذ حوالته سابقا على تاريخ نفاذ الحوالة الثانية او نفاذ الحجز او الافلاس فى حقه هو .

ويشترط لنفاذ الحوالة فى حق الغير او فى حق المحال عليه احد امرين: اعلان المحال عليه بالحوالة او قبوله لها . وهذا ما نصت عليه المادة (٣٦٣) مدني بقولها : « لاتكون الحوالة نافذة فى حق المحال عليه او فى حق الغير الا اذا قبلها المحال عليه او اعلنت له . على ان نفاذها فى حق الغير بقبول المحال عليه يستلزم ان يكون هذا القبول ثابت التاريخ » . فلكي تكون الحوالة نافذة فى حق المحال عليه لابد من علمه بها . وعلمه بها، وفقا للمادة المتقدمة ، اما ان يكون باعلانه بها او بقبوله لها . ولكي تكون نافذة فى حق الغير لا بد كذلك من اعلان الحوالة الى المحال عليه او قبوله لها .

الغرض من هذه الاجراءات

٥٦٨ ــ والغرض من الاجراءات المتقدمة ــ اعلان الحوالة للمدين او قبوله لها ــ انما هو مراعاة مصلحة المحال له اولا وقبل كل شيء ، وذلك لكي يصبح بعدها صاحب الحق وحده تجاه المحال عليه وتجاه الغير فلا يشاركه

فيه غيره . ويقصد بالاجراءات المتقدمة مراعاة مصلحة الغير بالدرجة الثانية . اذ لهذا الغير مصلحة فى نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه ، فهذا الاخير هو الذي يستطيع ان يخبره ان المحيل كان قد حول الى شخص اخر او ان حجزا قداوقع على الحق تحت يده ، فيمتنع عن التعامل معه (مع المحيل) . ويقصد اخيرا بهذه الاجراءات مراعاة مصلحة المحيل ، لانه اذا كانت الحوالة بعوض فانه يضمن حصول المحال له على الحق المحال به ، فلا يعود يخشى ان يحجز دائنوه على حقه لدى المحال عليه قبل ان تصبح الحوالة نافذة فى حقهم . ويذهب الاستاذ الكبير السنهوري الى ان الغرض من هذه الاجراءات مراعاة مصلحة المدين (المحال عليه) اولا « وذلك حتى يعلم بالحوالة فيمتنع من معاملة الدائن الاصلي (المحيل) ولا يعامل الا الدائن الجديد (المحال له)»(١) .

ونحن لا نتفق مع الاستاذ فيما يذهب اليه ولا نرى فى اعلان المدين بالحوالة او قبوله لها مراعاة لمصلحته . ذلك ان الحوالة لما كانت لا تعتبر نافذة فى حقه الا اذا قبلها او اعلنت اليه ، فسيان لديه ان يدفع الحق المحال به الى المحال له او ألى الغير ، واذا دفعه الى الغير فلا يضمنه للمحال له لان الحوالة لم تكن نافذة فى حقه قبل اعلانه بها او قبوله لها .

اعلان المحال عليه بالحوالة

٥٦٩ ــ ويقوم بالاعلان المحال له او المحيل ، فلكل منهما ، كما سبق ان رأينا ،مصلحة فى ذلك . والغالب ان يصدر الاعلان من المحال له ، لانه يخشى ان يعمد المحيل الى التصرف بالحق المحال به مرة اخرى او ان يوقع احد دائني المحيل حجزا على حق لمحيل لدى المحال عليه .

وهل يشترط ان يتم الاعلان بطريق رسمي ، كالكاتب العدل ؟ يذهب الفقهاء على العموم الى ذلك . ونحن لا نتفق معهم فيما يذهبون اليه ، ونرى انه يكفي لنفاذ الحوالة فى حق المحال عليه ان يتم الاعلان بورقة عرفية ولو لم تكن ثابتة التاريخ ، بل يمكن ان يتم شفهيا ، فاذا جاء المحال له الى المحال

(١) الوسيط ، المرجع السابق ، ص ٤٧٤ .

عليه بكتاب من المحيل يتضمن الحوالة ووقع عليه المحال عليه مشيرا على الكتاب بانه قد اعلن بالحوالة ، فان هذا يكفي لنفاذ الحوالة فى حقه . وكذلك اذا ابلغ المحال له المحال عليه بالحوالة بصورة شفهية بحضور شهود، فاننا نرى ذلك كافيا لوقوع الاعلان ، وهذا يتفق مع الفقرة الثانية من المادة (٣٧٢) التي لا تبريء ذمة المحال عليه اذا وفى الدين للمحيل وكان يعلم وقت الوفاء بصدور الحوالة . هذا بالنسبة لنفاذ الحوالة فى حق المحال عليه ، اما بالنسبة لنفاذها فى حق الغير فيجب ان يكون القبول ثابت التاريخ . وحجتنا فيما نذهب اليه من جهة هي ان الفقهاء انما يشترطون الطريق الرسمي فى الاعلان للتأكد من وقوعه وعدم امكان انكاره من قبل المحال عليه ، وهذا يتحقق بالطرق التي ذكرناها . فاذا وقع المحال عليه بانه اعلن بالحوالة فان هذا الاعلان يكون قد ثبت . وحجتنا فيما نذهب اليه من جهة اخرى هي ان القانون قد اطلق ولم يشترط ان يتم الاعلان بالطريق الرسمي ، والقاعدة ان « المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصا اودلالة» . ثم ان العبارة الاخيرة من المادة (٣٦٣) نفسها تقدم لنا حجة اخرى لتأييد رأينا . فهي قد اشترطت لنفاذ الحوالة فى حق الغير اذا كان هذا النفاذ بقبول المحال عليه ان يكون هذا القبول ثابت التاريخ . ومن المفهوم المخالف لهذا النص نستطيع ان نستنتج ان نفاذ الحوالة فى حق الغير اذا لم يكن بقبول المحال عليه ، اي بالاعلان ، فلا يشترط فيه ان يكون ثابت التاريخ . وما دام لا يشترط فيه ان يكون ثابت التاريخ ، فمن الجائز ان يتم الاعلان بورقة عرفية او بصورة شفهية . اما مايثور من مسائل فى هذا الصدد فيتعلق بالاثبات .

قبول المحال عليه الحوالة

٥٧٠ ــ وقبول المحال عليه الحوالة هو الطريق الثاني لنفاذها فى حقه او فى حق الغير . ويجب التمييز هنا بين نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه ونفاذها فى حق الغير . فنفاذها فى حق المحال عليه لا يشترط فيه ان يكون القبول ثابتا فى ورقة رسمية ، بل يكفي ان يثبت فى محرر عرفي ، بل يجوز

ان يكون شفهيا . ويخضع فى هذه الحالة للقواعد العامة فى الاثبات اذا انكر المحال عليه صدوره منه . اما فى حق الغير فلا تكون الحوالة نافذة الا اذا كان قبول المحال عليه ثابت التاريخ .

هل يقوم علم المحال عليه بصدور الحوالة مقام الاعلان أو القبول

٥٧١ ـ وما الحكم اذا علم المحال عليه بالحوالة عن غير طريق الاعلان او القبول ، هل يقوم هذا العلم مقام الاعلان او القبول ، او لا بد من اعلانه بها أو قبوله لها على النحو المتقدم ؟ يذهب الفقه والقضاء فى فرنسا الى وجوب الاعلان او القبول وعدم كفاية العلم ، وحجتهم فى ذلك ان القانون اذا رسم طريقا معينا للعلم بتصرف من التصرفات فيجب ان يتم العلم عن هذا الطريق ولا يجوز ان يتم بطريق اخر . ويشبهون لذلك بالتسجيل (فى الطابو) لاشهار الحقوق العينية العقارية ، فلا ينفذ انتقال هذه الحقوق فى حق الغير الا من هذا الطريق . ولكن يخفف من شدة هذه القاعدة قاعدتان اخريان ، الاولى هي قاعدة « الغش يفسد كل شيء » Fraus omnia corrumpit ومفاد هذه القاعدة ان المحال عليه اذا علم بالحوالة عن غير طريق الاعلان او القبول وتواطأ مع المحيل او مع محال له ثان على الوفاء له اضرار بحق المحال له الاول ، فان هذا الوفاء لا يعتبر نافذا فى حق هذا الاخير لانه يكون قد تم عن طريق الغش ، والغش يفسد كل شيء . وفى هذه الحالة يجب على المحال عليه ان يقوم بالوفاء مرة اخرى للمحال له ، ولا يبقى امامه الا الرجوع على من وفى له بطريق الغش . والقاعدة الثانية تقوم على اساس المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي التي نصت عليها المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي . ومفاد هذه القاعدة ان علم المحال عليه بالحوالة وسكوته وقيامه بالوفاء للمحيل او للغير يجعله مخطئا ومسؤولا عن تعويض الضرر الذي اصاب المحال له نتيجة ذلك . وخير تعويض يمكن الزامه به هو ابطال الوفاء الذي قام به لغير المحال له (للمحيل او للغير) واعتبار الحوالة نافذة فى حقه والزامه بالوفاء مرة ثانية (١) . ويؤيد الاستاذ

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ج ٧ ف ١١٢٢ ، ص ٤٣٦ـ٤٣٨ ، مع المراجع والاحكام المشار اليها فى الهوامش .

السنهوري وبعض احكام القضاء المصري ما يذهب اليه الفقه والقضاء في فرنسا مع الاستثناء الاول المتعلق بالغش . اما الاستثناء الثاني القائم على اساس من المسؤولية التقصيرية فلا يتطرق اليه الاستاذ (١). اما في العراق فنص المادة (٣٦٣) مدني ساكت ، ولا نرى ما يمنع من الاخذ بما يذهب اليه الفقه والقضاء في فرنسا ، خاصة وان الفقرة الثانية من المادة (٣٧٢) لا تبرىء ذمة المحال عليه اذا وفى الدين الى المحيل قبل اعلانه بالحوالة او علمه بها اذا اثبت المحال له علمه (علم المحال عليه) بالحوالة عند الوفاء . وعليه فعلم المحال عليه بالحوالة في القانون المدني العراقي يقوم مقام الاعلان او القبول بالنسبة لنفاذ الحوالة في حق المحال عليه .

الفرع الثاني

احكام حوالة الحق

تطبيق القواعد العامة

٥٧٢ ــ سبق ان قلنا ان حوالة الحق انما هي عقد او اتفاق ، فالاحكام التي تطبق عليها انما هي احكام العقود والاتفاقات بصورة عامة . فاذا كان هناك عوض كانت الحوالة من عقود المعاوضة وطبقنا عليها احكام هذه العقود . واذا لم يكن هناك عوض كانت من عقود التبرع ، اي هبة ، وطبقنا عليها احكام الهبه .

العلاقات المختلفة التي تنشؤها الحوالة ــ علاقات اربع

٥٧٣ ــ اشخاص الحوالة ثلاثة : محيل ومحال له ومحال عليه ، والحوالة تنشيء علاقات بين هؤلاء الاشخاص الثلاثة . ثم ان هناك الغير الذي قد يزاحم المحال له بالحق المحال به ، فيؤدي ذلك الى نشوء علاقة بينهما . يخلص لنا مما تقدم ان العلاقات التي تنشأ عن الحوالة اربع : العلاقة بين المحال له والمحال عليه ، والعلاقة بين المحال له والمحيل ، والعلاقة بين المحال عليه والمحيل ، واخيرا العلاقة بين المحال له ولغير . ونرى كلا من هذه العلاقات في مبحث مستقل .

(١) الوسيط ، المرجع السابق ، ف ٢٦٨ ، ص ٤٨٠ــ٤٨٥ ، مع الاحكام المشار اليها هناك .

المبحث الاول

العلاقة بين المحال له والمحال عليه

قاعدتان

٥٧٤ ــ يحكم علاقة المحال له بالمحال عليه قاعدتان جوهريتان هما :

١ ــ حلول المحال له محل المحيل فى الحق المحال به نفسه ، بصفاته وتأميناته .

٢ ــ امكان المحال عليه التمسك تجاه المحال له بالدفوع التي كان فى استطاعته التمسك بها عند اعلانه بالحوالة او قبوله لها ، وكذلك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة . ونرى كلا من هاتين القاعدتين فى مطلب مستقل .

المطلب الاول

حلول المحال له محل المحيل فى الحق المحال به نفسه

٥٧٥ ــ تقضي المادة (٣٦٥) من القانون المدني بان : « ينتقل الحق الى المحال له بصفته وضماناته كالكفالة والامتياز والرهن ، وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من فوائد واقساط » . فاعتبارا من الوقت الذي تصبح فيه الحوالة نافذة فى حق المحال عليه تنقطع الرابطة التي كانت تربطه بالمحيل ولا يعود هذا الاخير دائنا له ، ويصبح للمحال عليه دائن جديد هو المحال له (١).

٥٧٦ ــ وينتقل الحق الى المحال له بالصفات التي كان عليها قبل

---

(١) وقد عالج القانون المدني المصري العلاقة بين المحال له والمحال عليه قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حق هذا الاخير ، اي قبل اعلانه بها او قبوله لها . فقد نصت المادة (٣٠٦) منه على انه : « يجوز قبل اعلان الحوالة او قبولها ان يتخذ الدائن المحال له من الاجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل اليه » . وهذا النص عبارة عن تطبيق للقواعد العامة ، ويمكن الاخذ به فى العراق ولو لم ينص عليه القانون .

الحوالة . فاذا كان تجاريا ، او منتجا لفوائد ، او مستحق الاداء ، او مقترنا باجل ، او معلقا على شرط ، الخ ... فانه ينتقل الى المحال له بهذه الصفات .

٥٧٧ ـ وينتقل الحق الى المحال له بتأميناته وملحقاته . فاذا كان الحق مضمونا برهن رسمي او برهن حيازي او بكفالة ، فانه ينتقل مع هذه التأمينات ، وتبقى هذه التأمينات ضامنة لوفاء الحق للمحال له . واذا كان للحق ملحقات فان هذه الملحقات تنتقل كذلك الى المحال له . فاذا كان له فوائد لم تدفع فانها تنتقل الى المحال له . واذا كان للمحيل دعاوى تتعلق بالحق ، كحق الفسخ لعدم دفع الثمن او لعدم قيام الطرف الاخر بتنفيذ التزامه ، فان هذه الدعاوى تنتقل الى المحال له . واذا كان الحق ثابتا بسند رسمي واجب التنفيذ او بحكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية فانه ينتقل الى المحال له قابلا للتنفيذ ويستطيع المحال له ان ينفذه فى الحال .

٥٧٨ ـ وما دامت الرابطة التي كانت تربط المحال عليه بالمحيل قد انقطعت واصبح المحال له هو الدائن فلا يجوز للمحال عليه ان يوفي الدين للمحيل ، واذا فعل وجب عليه الوفاء مرة اخرى للمحال له ، ويكون له عندئذ الرجوع على المحيل بدعوى استرداد ما دفع دون حق . ولا يجوز كذلك للمحيل ، بعد نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه ، ان يتصرف بالحق المحال به مرة اخرى باي نوع من انواع التصرفات ، وكل تصرف يصدر منه يكون باطلا .

استثناء ـ الحقوق الشخصية البحتة

٥٧٩ ـ ولكن اذا كان الحق ينتقل من المحيل الى المحال عليه بصفاته وتأميناته ، الا انه يستثنى من ذلك الحقوق الشخصية البحتة . مثال ذلك ما اذا كان المحيل قاصرا فالتقادم لا يسري فى حقه . فهذا الحق فى وقف سريان التقادم لا ينتقل للمحال له لانه حق متعلق بشخص المحيل .

المطلب الثاني

انتقال الدفوع ضد المحال له

نوعان من الدفوع

٥٨٠ ـ تقضي المادة (٣٦٦) من القانون المدني بان : « للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له ، عند صيرورة الحوالة نافذة فى حقه ، ان يحتج بها على المحيل كما يجوز له ان يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال له وحده » . ومن مقتضى هذه المادة ان الدفوع التي يستطيع المحال عليه التمسك بها تجاه المحال له اما ان تكون خاصة بالمحيل او المحال له . ونرى كلا من ذلك على حدة .

اولا ـ الدفوع الخاصة بالمحيل

٥٨١ ـ لما كان المحال له يحل محل المحيل فى الحق المحال به ويستفيد من ضماناته وتأميناته وملحقاته ، اي يستفيد من جميع حقوق المحيل، فمن العدل ان يتحمل الدفوع التي كان بامكان المحال عليه التمسك بها قبل المحيل . فالغرم بالغنم ، كما ان الغنم بالغرم . فيستطيع المحال عليه ان يحتج قبل المحال له بان العقد الذي انشأ الالتزام باطل لمخالفة محله للقانون اوللنظام العام والاداب ، او بان الحق كان قد انقضى بأحد طرق انقضاء الالتزام كالوفاء والتجديد والابراء ، او بان العقد الذي نشأ عنه الحق موقوف لان رضاءه كان مشوبا بعيب او لانه كان قاصرا عند التعاقد ، او بان الدين يشتمل على فوائد ربوية تتجاوز الحد القانوني ويجب تخفيضها ، او بان الحق معلق على شرط واقف لم يتحقق ، او على شرط فاسخ تحقق ، الخ ... ويمكن ان يبرر ذلك بقاعدة « ان الانسان لا يستطيع ان ينقل الى غيره اكثر مما يملك » او « فاقد الشيء لا يعطيه ».

استثناء : الدفع بالمقاصة وباتحاد الذمة

٥٨٢ ـ هناك دفعان لا يستطيع المحال عليه التمسك بهما قبل المحال له،

وهما الدفع بالمقاصة والدفع باتحاد الذمة .

فاذا كان الحق المحال به قد انقضى بالمقاصة وقبل المحال عليه الحوالة مع علمه بوقوعها (بوقوع المقاصة) فلايعود فى استطاعته التمسك بذلك ودفع مطالبة المحال له عند ما يطالبه بالوفاء .والسبب فى ذلك ان قبوله للحوالة مع علمه بالمقاصة يعتبر نزولا منه عن التمسك بها . ولكن له ان يرجع بعد ذلك على المحيل .

واذا كان المحال عليه وارثا للمحيل وقبل نفاذ الحوالة فى حقه مات المحيل وورثه هو (المحال عليه) ، فاذا كانت الحوالة بعوض فان المحال عليه لا يستطيع ان يدفع مطالبة المحال باتحاد الذمة ، بل عليه ان يدفع مبلغ الحوالة من التركة اولا . والسبب فى ذلك ان الحوالة اذا كانت بعوض طبق عليها حكم البيع ، فيلتزم المحيل بالضمان وينتقل هذا الضمان الى تركته ، والقاعدة، ان لا تركة الا بعد سداد الديون . اما اذا كانت الحوالة بدون عوض فالمحال عليه يستطيع ان يدفع مطالبة المحال له باتحاد الذمة ، ذلك ان الهبة لاتتم الا بالقبض (م٦٠٣/١) ..

ثانيا ـ الدفوع الخاصة بالمحال له

٥٨٣ ـ ويقصد بالدفوع الخاصة بالمحال له وقوع المقاصة بين الدين المحال به ودين نشأ للمحال عليه فى ذمة المحال له . وهل يدخل فى هذه الدفوع بطلان عقد الحوالة الذي هو سند المحال له ؟ تقضي العبارة الاخيرة من المادة (٣١٢) من القانون المدني المصري (المقابلة للمادة ٣٦٦ مدني عراقي) بان للمحال عليه ان يتمسك « بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة » . ويضرب الاستاذ السنهوري على هذه الدفوع مثلا بطلان العقد ،ولكنه يضيف الى ذلك ان الدفع بالبطلان يجوز ان يتمسك به كل ذي مصلحة ، وعليه فهذا الدفع لا يرجع الى قواعد الحوالة بل الى قواعد البطلان المطلق « اذ يستطيع التمسك بالبطلان المطلق كل ذي مصلحة » . ويستنتج الاستاذ من ذلك ان النص العراقي خير من النص المصري (١) .

---

(١) المرجع السابق ، ص ٥٣٣ ، و٥٣٤ ، هامش رقم ١

حوالة الحقوق المتنازع فيهـــا

٥٨٤ ــ الاصل ان المحال له يستطيع مطالبة المحال عليه بالقيمة الاسمية للحق المحال به ، بغض النظر عن المبلغ الحقيقي الذي دفعه للمحيـل • ولكن المشرع استثنى مـن ذلك حوالة الحقوق المتنازع فيها • فاذا كان الحق المحال به متنازعا فيه بين المحيل والمحال عليه وباعه المحيل من المحال له فالمبلغ الذي يقبضه يكون دائما اقل من القيمة الحقيقية للحق المحال به • وقد اجـاز المشرع للمحال عليه ان يرد للمشتري (المحال له) الثمن الحقيقي الذي دفعه مع النفقات وفوائد الثمـن بالسعر القانوني مـن وقت الدفع • وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى مـن المادة (٥٩٣) بقولها : « الحق المتنازع فيه اذا نزل عنه صاحبه الى شخص اخر بمقابل فللمتنازل ضده ان يتخلص مـن المطالبة اذا هو رد الى المشتري الثمـن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفـات وفوائد الثمـن بالسعر القانوني مـن وقت الدفع » • والسبب الذي جعل المشرع يقرر هذا الحكم هو ان شراء الحقوق المتنازع فيها لايقصد به الا المضاربة التي تقوم دائما على استغلال حاجة الاخرين ، فاراد ان يسـد الطريق على المضاربين فاعطى المدين (المحال عليه) الحق فى استرداد الحق المتنازع فيه بعد ان يدفع لمشتريه (المحال له) الثمـن الحقيقي الذي دفعه مع فوائده ونفقات العقد •

قيـــد : انتفـــاء فكرة المضاربـــة

٥٨٥ ــ ولكـن هذا الحق الذي منحه الشارع للمدين مقيد بالحكمـة التي مـن اجلها منحه اياه الا وهي محاربة المضاربة ، فاذا انتفت هذه الحكمة، بان انتفت المضاربة ، فالمدين لايستطيع استعمال هذا الحق • وقـد نصت المادة (٥٩٤) مدني على حالات لا يستطيع المحال عليه استرداد الحق المتنازع لانتفاء فكرة المضاربة • وهذه الحالات هي :

أ ــ « اذا كان الحق داخلا ضمن مجموعة اموال بيعت جزافا بثمن واحد » . ففكرة المضاربة بعيده هنا . ذلك ان المشتري لا يشتري الحق المتنازع فيه وحده ، بل يشتريه مع اموال اخرى .

ب ــ « اذا كان (الحق) شائعا بين ورثة او ملاك اخرين وباع احدهم نصيبه للاخر » . فبيع الوريث حصته لاحد الورثة ، وبيع المالك حصته لاحد المالكين على الشيوع ، لا يقصد به المضاربة بل التخلص من حالة الشيوع ، والقانون يساعد على التخلص من الشيوع .

ج ــ « اذا نزل عنه (عن الحق) مدين لدائنه وفاء للدين المستحق فى ذمته » . فالدائن (المحال له) عندما قبل الحوالة انما قبلها لاستيفاء ما له بذمة المحيل ولم تكن عنده فكرة المضاربة .

د ــ « اذا كان (الحق) يشمل عقارا وبيع لمن انتقلت اليه ملكية العقار » . فالغرض من شراء الحق المتنازع فيه هنا هو منع حصول دعوى . فاذا كان زيد يملك عقارا مرهونا لدى عمرو بدين متنازع فيه واشترى بكر العقار ، فالعقار ينتقل اليه مثقلا بحق الرهن الذي لعمرو عليه . فاذا اشترى بكر من عمرو الحق المتنازع فيه الذي له (لعمرو) على زيد ، فان زيدا لا يستطيع ان يستعمل حق الاسترداد ضد بكر ، ذلك ان هذا الاخير لم يشتر الحق لاجل المضاربة بل لاجل التخلص من الدعوى .

المبحث الثاني

العلاقة بين المحال له والمحيل

الالتزامات التي تنشؤها الحوالة

٥٨٦ ــ سبق ان رأينا ان الحوالة اما ان تكون بعوض او بغير عوض . فاذا كانت بعوض كانت بيعا وطبقت عليها احكام البيع ، واذا كانت بغير عوض كانت هبة وطبقت عليها احكام الهبة . والبيع ينشيء التزامات متقابلة على كل من البائع والمشتري . واهم التزامات البائع التزامه بالتسليم والتزامه بالضمان ، واهم لتزمات لمشتري لتزامه بدفع الثمن . اما فى الهبه فالواهب لا يلتزم بالتسليم ولا بالضمان . ولما كانت الحوالة بعوض بيعا فالمحيل يلتزم

بالتسليم وبالضمان ، وهذان الالتزامان هما اللذان يهماننا هنا . اما التزام المحال له فلا يثير صعوبة ، ذلك ان المحيل لا يوافق ، فى الغالب ، على الحوالة الا اذا كان قد استوفى حقه . ولما كانت الحوالة بغير عوض هبة فالمحيل لا يلتزم بشيء الا اذا اخفى سبب استحقاق الحق المحال به على المحال له فاصاب هذا الاخير ضرر ، فيرجع عليه (على المحيل) بالتعويض . ونعالج كلا من التزام المحيل بالتسليم والتزامه بالضمان فى مطلب مستقل .

المطلب الاول

التزام المحيل بالتسليم

تسليم سند الحق ووسائل اثبات هذا الحق

٥٨٧ ـ الالتزام بالتسليم من اهم التزامات المحيل قبل المحال له . ذلك ان الحوالة اذا كانت بعوض ، وهذه هي الحالة الغالبة ، كان حكمها حكم البيع ، المحيل فيه هو البائع ، ولما كان البائع يلتزم بالتسليم فالمحيل فى الحوالة بعوض يلتزم كذلك بالتسليم . الا ان هناك فرقا بين التزام البائع بالتسليم وبين التزام المحيل به . فالبائع يلتزم بتسليم المبيع ذاته للمشتري ، اما المحيل فيلتزم بتسليم سند الحق ، لا الحق ذاته . ويلتزم المحيل كذلك بان يقدم للمحال له الوسائل اللازمة لاثبات الحق المحال به ولتمكينه من الحصول عليه اذا كان غير ثابت بالكتابة . وهذا ما نصت عليه المادة (٣٦٧) من القانون المدني بقولها : « يجب على المحيل ان يسلم المحال له سند الحق المحال به وان يقدم له وسائل اثبات هذا الحق وما هو ضروري من بيانات لتمكينه من حقه » .

حوالة جزء من الحق لا الحق كله

٥٨٨ ـ واذا كان الحق ثابتا فى سند واحال الدائن جزء منه ولم يحوله كله ، صار السند مشتركا بين المحيل والمحال له ويمكن عندئذ ايداعه لدى امين لحسابهما كليهما . ولكن هذه الطريقة غير سليمة ولا تفي بالغرض الا اذا اراد الطرفان المطالبة بحقهما فى وقت واحد . لذلك جرى العمل على

استبدال سندين يحتوي كل منهما على حق صاحبه بالسند الاصلي (١).

تسليم السند الذي يثبت التأمينات

٥٨٩ ــ سبق ان رأينا ان الحق ينتقل الى المحال له بصفاته وتأميناته ، ومن مقتضى انتقاله بتأميناته التزام المحيل بتسليم السند الذي يثبت هذه التأمينات ، كالكفالة والرهن التأميني ، الى المحال له ، وذلك من غير حاجة الى النص على ذلك فى عقد الحوالة ، الا اذا اتفق على خلاف ذلك .

ومن مقتضى انتقال الحق بصفاته انه اذا كان منتجا لفوائد فانه ينتقل الى المحال له بهذه الصفة . واذا كان قد انتج فوائد فانها تنتقل الى المحال له ، ولو كانت مستحقة عن مدة سابقة على الحوالة ، مادامت لم تقبض ، الا اذا اتفق على خلاف ذلك . ويجب على المحيل ان يمكن المحال له من الحصول عليها . فالفوائد المستحقة تعتبر من توابع الحق فتنتقل معه ، ما لم يتفق على غير ذلك . وتنتقل مع المحق المحال به أيضا كل ميزة اخرى متصلة به ولو لم تكن من ضماناته . فلو ان مستأجرا حصل من المؤجر فى عقد الايجار على وعد ببيع العين المؤجرة ، ثم نزل المستأجر عن الايجار لاخر ، فالمتنازل له ينتقل اليه حق المستأجر فى الايجار ومعه الوعد بالبيع الصادر من المؤجر (١).

انتقال الدعاوى التي تؤكد الحق دون الدعاوي التي تنافيه

٥٩٠ ــ قد يكون للمحيل دعاوى يستطيع استعمالها ضد المحال عليه ، فهل تنتقل هذه الدعاوى الى المحال له ؟ يفرق الفقهاء في هذا الباب بين الدعاوي التي ترمي الى تأكيد الحق وتثبيته والدعاوي التي ترمي الى القضاء عليه ، ويذهبون الى ان النوع الاول فقط ينتقل الى المحال له اما النوع الثاني فلا ينتقل . ويضربون للنوع الاول مثلا دعوى الفسخ ، وللنوع الثاني دعوى الابطال .

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ج ٧ ، ف ١١٢٥ ، ص ٤٤٥ .

(١) بودري لاكانتنري وسينيا ، عقد البيع ، ف ٨١١ ، نقلا عن السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٤٩٧ ، هامش رقم ١ .

١ ـ دعـــــوى الفســـــخ

٥٩١ ـ دعوى الفسخ عبارة عـن ضمان للدائن فى عقد ملزم للجانبين ، يستطيع بواسطتها الحصول على حقه بعد ان تعرض للضياع بسبب عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه . ففي البيع مثلا يستطيع البائع بواسطة هذه الدعوى استرداد المبيع من المشتري اذا لم يقم هذا بدفع الثمن . فاذا احال البائـــع شخصا بالثمن الذي له على المشتري ولم يقم هذا بالوفاء فى الوقت المعين ، كان بامكان المحال له ان يفسخ البيع مكان البائع ويسترد العين المبيعة مـن المحال عليـــــه .

دعـــــوى الابطـــال

٥٩٢ ـ ودعوى الابطال فى الفقه الغربي مقررة لمصلحة المتعاقد الذي كان قاصرا او كان رضاؤه مشوبا بعيب عند التعاقد . فاذا احال البائع شخصا بالثمن ثم تبين انه كان ناقص الاهلية او ان رضاءه كان معيبا عند التعاقد ، فالمحال له لا يستطيع اقامة دعوى الابطال لان هذه الدعوى متعلقة بشخص المحيـــل . فاذا كان المحيل عالما عند الحوالة بسبب البطلان اعتبرت الحوالة اجازة منه للعقد ، واذا لم يكـن عالما به فلا يمكـن ان نفترض انه اراد ان ينقل حقه فى ابطال العقد الى المحال له ، ومـن ثم لاتنتقل هذه الدعوى اليه . هذا ما لم يوجد اتفاق على انتقال هذه الدعوى اليه (١) .

الحق فى عدم اجازة العقد الموقوف

٥٩٣ ـ هذا فى الفقه الغربي ، اما فى الفقه الاسلامي فالعقد فى الحالات المتقدمة ـ نقص الاهلية وعيوب الرضاء ـ يكون موقوفا على الاجازة . فاذا احال المحيل حقه مع علمه بسبب التوقف كان ذلك اجازة ضمنية منه للعقد . اما اذا لم يكـن عالما بسبب التوقف عند الحوالة ثم علم به ، فهل ينتقل حقه فى عدم اجازة العقد الى المحال له ، وهل يستطيع هو استعمال حقه فى عدم اجازة العقد اذا كان له مصلحة فى ذلك ؟ الجواب عـن هذا السؤال يكون

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف ١١٢٦ ، ص ٤٤٨ .

بالسلب بالنسبة للمحال له ، فلا يجوز له استعمال حق المحيل فى عدم اجازة العقد ما دام المحال عليه مستعدا لان يدفع له الحق المحال به واذا ماطل عليه فى دفع المحال به كان كان امامه (امام المحال له) دعوى الفسخ . اما بالنسبة للمحيل فاننا نرى انه يستطيع استعمال حقه فى عدم اجازة العقد اذا كان ذلك لا يلحق ضررا بالمحال له ، وذلك بان يدفع له الحق المحال به . فاذا باع شخص سيارة وكان ناقص الاهلية او كان رضاؤه معيبا عند التعاقد بحيث انه غبن غبنا فاحشا ، واحال شخصا بالثمن ثم اطلع على سبب توقف البيع واراد استعمال حقه فى عدم اجازته واسترداد السيارة ، فاذا كان مستعدا لان يدفع للمحال له الحق المحال به فلا نرى ما يمنع من ذلك ، اي ما يمنع استعمال حقه فى عدم اجازة البيع واسترداد السيارة .

المطلب الثاني

التزام المحيل بضمان الحق المحال به

ما يضمنه المحيل للمحال له وما يرجع به المحال له على المحيل

٥٩٤ ــ التزام المحيل بضمان الحق المحال به اهم التزاماته جميعا ، اذ لولا هذا الحق لما أمكن ان تكون هناك حوالة . ودراسة التزام المحيل بالضمان هذا تقتضي معرفة الامرين التاليين :

١ ــ ما يضمنه المحيل للمحال له .

٢ ــ ما يرجع به المحال له على المحيل فى الحالات التي يتحقق فيها ضمان المحيل

ونرى كلا من ذلك فى فقرة مستقلة .

الفقرة الاولى
ما يضمنه المحيل للمحال له
حالات مختلفة

٥٩٥ ــ اول ما يضمنه المحيل هو تعديه ، سواء كانت الحوالة بعوض او

بغير عوض . ثم ان الحوالة اذا كانت بعوض فالمحيل يضمن للمحال له وجود الحق عند الحوالة ، وهذا الضمان يقع على عاتق المحيل بحكم القانون ، ويسمى بالضمان القانوني . واذا كانت الحوالة بغير عوض فالنصوص القانونية في الحوالة لا تجعل المحيل ضامنا لشيء ، ولكن نصوصا اخرى تجعله مسؤولا عن التعويض اذا تعمد اخفاء سبب استحقاق الحق ، وهذه المسؤولية ، او الضمان ، تدخل في نطاق الضمان القانوني . ثم ان هذا الضمان القانوني قد يعدل تشديدا او تخفيفا ، فقد يتفق المتعاقدان على تشديده او تخفيفه . وحكم هذا الاتفاق يختلف في الحوالة بعوض عنه في الحوالة بغير عوض .

يخلص لنا مما تقدم ان هناك حالات مختلفة لضمان المحيل ، وهي : ١ ـ ضمان التعدي ، ٢ ـ الضمان القانوني في الحوالة بعوض ، ٣ ـ الضمان القانوني في الحوالة بغير عوض ، ٤ ـ الضمان الاتفاقي في الحوالة بعوض ، ٥ ـ الضمان الاتفاقي في الحوالة بغير عوض . ونرى كلا من ذلك على حدة .

١ ـ ضمان التعدي

٥٩٦ ـ تقضي المادة (٣٧١) من القانون المدني بان : « يضمن المحيل تعديه حتى لو كانت الحوالة بغير عوض وحتى لو اشترط عدم الضمان » . وضمان التعدي معناه التزام المحيل بعدم القيام باي عمل من شأنه الانتقاص من الحق المحال به او من توابعه ، يستوي في ذلك ان تكون الحوالة بعوض او بغير عوض . فيكون مسؤولا اذا استوفى الحق المحال به بعد الحوالة وقبل صيرورتها نافذة في حق المحال عليه ، او تصرف فيه تصرفا مخالفا للتصرف الاول ، بان باعه ، او رهنه ، او وهبه ، او احال به شخصا اخر وقام المحال له الثاني باعلان المحال عليه بالحوالة او حصل على قبوله لها ، الخ ...

٢ ـ الضمان القانوني في الحوالة بعوض

٥٩٧ ـ اذا كانت الحوالة بعوض فالمحيل يضمن وجود الحق المحال به عند الحوالة من غير حاجة الى النص على ذلك في العقد (عقد الحوالة) ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٣٦٨) من القانون المدني

بقولها : « اذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل الا وجود الحق المحال به وقت الحوالة مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » . وضمان وجود الحق المحال به يقتضي ان يكون المحيل مالكا لهذا الحق . فالمحيل يضمن اذن الحق المحال به ، ويضمن كذلك ملكيته لهذا الحق . فاذا لم يكن الحق موجودا عند الحوالة تحقق الضمان على المحيل . وهو يعتبر كذلك فى الحالات التالية:

١ ــ اذا كان قد انقضى باحد اسباب الانقضاء ، كالتقادم والابراء والمقاصة والوفاء والتجديد ، الخ ... او اذا كان احد دائني المحيل قد اوقع عليه حجزا .

٢ ــ اذا كان العقد الذي انشأه معلقا على شرط فاسخ لم يعلم به المحال له وتحقق هذا الشرط ، ذلك ان الشرط يتحقق باثر رجعي . وكذلك الامر اذا كان العقد باطلا لمخالفة محله او سببه للقانون او للنظام العام والاداب ، او كان موقوفا لمصلحة المحال عليه ولم يجز هذا العقد .

٣ ــ اذا كان ناشئا عن التزام تخييري الخيار فيه للمحال عليه وهلك احد الاشياء محال الالتزام بخطأ الدائن (المحيل) واختار المدين (المحال عليه) الشيء الذي هلك . ذلك أن المحال عليه اذا اختار الشيء الذي هلك بخطأ المحيل انقضى التزامه وزال ، بالتالي ، الحق المحال به .

ضمان وجود توابع الحق المحال به

٥٩٨ ــ والضمان القانوني الذي يقع على عاتق المحيل بوجود الحق المحال به يقتضي التزام المحيل بضمان وجود توابع هذا الحق والتي تنتقل معه من غير حاجة الى نص فى عقد الحوالة، كالرهن والكفالة وحق الامتياز . لا يقتضي ان يكون ضامنا لكفاية هذا التأمين . فهو لا يضمن كفاية الرهن ولكن ضمان المحيل لوجود التأمين ، أي الرهن او الامتياز او الكفالة ، او الامتياز ولا ملاءة الكفيل .

٥٩٩ ــ وضمان المحيل لوجود الحق المحال به وتوابعه انما ينصب على وجود هذا الحق وتوابعه عند انعقاد الحوالة، فاذا كان موجودا فى هذا الوقت وسقط بعد ذلك بدون خطأ من المحيل فلا رجوع للمحال له بشيء عليه (على

المحيـل) . فاذا كان التقادم قد بدأ يسري على الحق المحال به قبل الحوالة واستمر فى سريانه بعدها حتى اكتمل وسقط فلا رجوع للمحال له على المحيل بشيء ، فالحق كان موجودا عند صدور الحوالة ولم يسقط بخطأ المحيـل ، بل بخطأ المحال له .

٣ ـ الضمان القانوني فى الحوالة بغير عوض

٦٠٠ ـ اذا كانت الحوالة بغير عوض ، اي تبرعا ، فلا يضمن المحيل وجود الحق المحال به (م٢/٣٦٨) ، واذا لم يحصل المحال له على شيء من المحال عليه فلا رجوع له على المحيل بشيء لانه لم يدفع شيئا فيرجع به عليه . واذا وجد اتفاق يقضي برجوع المحال له على المحيل عند عدم حصوله على شيء من المحال عليه كان الاتفاق باطلا لمخالفته للمادة (٣٧٠) التي لم تجز رجوع المحال له على المحيل باكثر مما دفعه له ، وفى الحوالة بغير عوض لم يدفع هو للمحيل شيئا . فقد نصت هذه المادة على انه : « اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين فلا يلزم المحيل الا برد مااخذه من المحال له مع الفوائد والمصروفات حتى لو وجد اتفاق يقضي برد اكثر من ذلك » .

قيد : عدم تعمد المحيل اخفاء سبب الاستحقاق على المحال له

٦٠١ ـ ولكن هذا الحكم لا يمكن قبوله على اطلاقه . فهناك المادة (٦١٤) مدني التي تقتضي بانه : « ١ ـ لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق او الا اذا كانت الهبة بعوض ، وفى هذه الحالة الاخيرة لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ما اداه الموهوب له من عوض . كل هذا ما لم يتفق على غيره . ٢ ـ واذا استحق الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيماله من حقوق ودعاوى » . فبمقتضى الفقرة الاولى من هذه المادة لا يضمن الواهب فى الهبة بدون عوض استحقاق الموهوب الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، فاذا تعمد ذلك كان ضامنا . ولما كانت الحوالة بدون عوض هبة فان هذه الاحكام تنطبق عليها . فاذا تعمد المحيل فى هذا النوع من الحوالة اخفاء سبب استحقاق

الحق المحال به على المحال له كان ضامنا .

٦٠٢ ـ ويلاحظ هنا ان فى نص الفقرة الاولى من المادة (٦١٤) المتقدمة نقصا . فهي قد نصت على ضمان الواهب استحقاق الموهوب اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، ولكنها لم تبين ما يضمنه الواهب ، هل يضمن قيمة الموهوب او يلزم بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي أصابه نتيجة استحقاق الموهوب ؟ تنص الفقرة الاولى من المادة (٤٩٤) من القانون المدني المصري (المقابلة للفقرة الاولى من المادة ٦١٤ مدني عراقي) على زيادة غير موجودة فى النص العراقي . فقد اضاف النص المصري ما يلي : « وفى الحالة الاولى يقدر القاضي للموهوب له تعويضا عادلا عما اصابه من الضرر » . وقد كان على المشرع العراقي ان يضيف هذا الحكم الى الفقرة الاولى من المادة (٦١٤) ، فمن الضروري جدا تحديد مسؤولية الواهب (المحيل) فى هذه الحالة ومقدار الضمان الذي يلزم به . ونحن نرى امكان الاخذ بما جاء فى القانون المدني المصري من زيادة ولو لم ينص عليه القانون المدني العراقي ، ذلك ان هذه الزيادة عبارة عن تطبيق للقواعد العامة فى المسؤولية. فبمقتضى النص المصري يحكم للموهوب له (المحال له) بدون عوض بتعويض عادل عن الضرر الذي اصابه نتيجة استحقاق الموهوب اذا تعمد الواهب اخفاء سبب الاستحقاق . والضمان الذي يقع على الواهب هنا مصدره الخطأ، فالمسؤولية تقصيرية لا تعاقديه . وبناء عليه يجب على الموهوب له بدون عوض (المحال له بدون عوض) ان يثبت الضرر الذي اصابه وفقا للقواعد العامة فى المسؤولية التقصيرية ، وعندئذ تتحقق مسؤولية الواهب ، او المحيل بدون عوض .

٦٠٣ ـ ويلاحظ هنا ايضا ان الضمان فى الحوالة بغير عوض (او الهبه بغير عوض) قد يكون اكبر من الضمان فى الحوالة بعوض (او الهبه بعوض). ذلك ان الحوالة اذا كانت بعوض فالمحال له لا يرجع على المحيل الا بما اداه مع فوائده والمصروفات التي تحملها . فاذا كان الثمن الذي دفعه للمحيل

زهيدا فانه لا يستطيع الرجوع على المحيل باكثر مما دفعه له . اما فى الحوالة بدون عوض فالمحيل يكون مسؤولا عن تعويض الضرر الذي اصاب المحال له ، وقد يكون هذا الضرر كبيرا . ولكن الذي يبرر هذا الفرق بين الحالتين ان المسؤولية فى الحوالة بدون عوض تقصيرية، اما فى الحوالة بعوض فتعاقدية. وقد سبق ان رأينا ان التعويض فى المسؤولية التعاقدية لا يتجاوز الضرر المباشر المتوقع ، اما فى المسؤولية التقصيرية فيشمل الضرر المباشر كله ، متوقعا كان او غير متوقع .

٤ ـ الضمان الاتفاقي فى الحوالة بعوض

٦٠٤ ـ يستطيع المحيل والمحال له الاتفاق على شروط تعدل من احكام الضمان القانوني . وهذه الشروط اما ان تخفف من هذا الضمان او تشدد منه . ونرى كلا من ذلك على حدة .

أ ـ الشروط المخففة لضمان المحيل

٦٠٥ ـ يستطيع المحيل ان يشترط عدم ضمان وجود توابع الحق المحال به والتي تنتقل معه بدون حاجة الى نص بذلك فى عقد الحوالة ، كالرهن والامتياز والكفالة . فاذا كان الحق مضمونا برهن واشترط المحيل عدم ضمان الرهن ثم تبين ان الرهن غير موجود لسبب من الاسباب ، فانه لا يكون مسؤولا عن ذلك .

وقد يشترط المحيل عدم ضمان وجود الحق المحال به ذاته . ويقع ذلك غالبا اذا كان المحيل غير متأكد من ان الحق الذي يحوله يعود له ، او كان غير متأكد من وجود الحق المحال به . وهذا الشرط صحيح وملزم للمحال له . ذلك ان الخطر الذي يتعرض له هذا الاخير له ما يقابله عادة ، اذ يغلب فى مثل هذه الاحوال ان يكون الثمن الذي يدفعه للمحيل بخسا يقل كثيرا عن قيمة الحق المحال به .

حالتان

٦٠٦ ـ هذا ولمعرفة مدى عدم التزام المحيل بالضمان يجب التمييز بين حالتين :

١ــ ان يكون الحق المحال به موجودا ولكن تملك المحيل له غير مؤكد

٢ ــ ان يكون الحق المحال به غير مؤكد الوجود .

الحالة الاولى ــ الحق المحال به موجود ولكن تملك المحيل له غير مؤكد

٦٠٧ ــ قد يكون الحق المحال به موجودا ولكن المحيل غير متأكد من تملكه له ، فيشترط عدم الضمان اذا لم يكن مالكا للحق . مثال ذلك ان يبيع موصى له الموصى به ويشترط عدم الضمان اذا تبين ان الموصى كان قد رجع عن وصيته . واثر هذا الشرط انه يعفي البائع (المحيل) من دفع تعويض للمشتري (المحال له) عن الضرر الذي يصيبه نتيجة عدم حصوله على المحال به ، ولكنه لا يعفيه من رد الثمن الذي قبضه ولا من دفع النفقات التي تكبدها المحال له .

الحالة الثانية ــ الحق المحال به غير مؤكد الوجود

٦٠٨ ــ وقد يكون الحق المحال به غير مؤكد الوجود ولا ينقل المحيل الى المحال له الا الدعوى التي يملكها ضد المحال عليه . فى مثل هذه الحالة تكون الحوالة بيعا للحقوق المتنازع فيها ، وهي جائزة وفقا للمادة (٥٩٣) التي سبق ان رأيناها (ف ٥٨٤) . والعقد يكون فى هذه الحالة احتماليا . مثال ذلك ان يبيع المطالب بتعويض ما قد يحصل عليه من تعويض قبل صدور الحكم به (بالتعويض) ويشترط عدم الضمان اذا لم يحكم له بالتعويض ولم يحصل المشتري (المحال له) على شيء ، او ان يبيع مدع بارث حصته فى التركه قبل ان يثبت نسبه من المتوفى فتثبت له صفة الوارث ويشترط عدم الضمان اذا لم تثبت له هذه الصفة ولم يحصل المحال له على شيء . وشرط عدم الضمان فى هذه الحالة صحيح ويعفي المحيل من رد الثمن الذي قبضه من المحال له ومن رد فوائده اذا لم يحصل المحال

له على الحق المحال به (١) . وقد اجازت هذا النوع من الاتفاقات الفقرة الاولى من المادة (٣٦٨) فى عبارتها الاخيرة . فهي بعد ان نصت على عدم ضمان المحيل فى الحوالة بعوض الا وجود الحق المحال به اضافت : « ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » .

ب ـ الشروط المشددة لضمان المحيل

٦٠٩ ـ والشروط المشددة يشترطها المحال له على المحيل ليشدد من ضمانه . فقد سبق ا ن رأينا ان المحيل لا يضمن بمقتضى الضمان القانوني الا وجود الحق المحال به ، ولكن يستطيع المحال له ان يشدد من هذا الضمان فيفرض عليه ضمان يسار المحال عليه .

فاذا اشترط المحال له هذا الشرط فالمحيل لا يضمن الايسار المحال عليه وقت ابرام الحوالة ، الا اذا اشترط المحال له صراحة ان يضمن المحيل يسار المحال عليه فى المستقبل . وهذا ما نصت عليه المادة (٣٦٩) مدني بقولها : « اذا ضمن المحيل يسار المحال عليه فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك » .

٥ ـ الضمان الاتفاقي فى الحوالة بغير عوض

٦١٠ ـ سبق ان رأينا الفقرة الاولى من المادة (٦١٤) المتعلقة بالهبه تقضي بعدم ضمان الواهب استحقاق الموهوب الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق او كانت الهبه بعوض ، وتضيف هذه الفقرة الى ذلك : « كل ذلك ما لم يتفق على غيره » . ولما كانت الحوالة بغير عوض هبة فالعبارة المتقدمة تنطبق عليها . ويترتب على ذلك جواز اشتراط المحال له فى الحوالة بغير عوض الرجوع بالتعويض على المحيل اذا لم يحصل على شيء من المحال

---

(١) ومما يقع فى العمل من الحوالات التي يشترط فيها عدم الضمان ان السنديك او المصفي، بعد ان يستوفي الحقوق الثابتة والحقوق التي يسهل استيفاؤها ، يبيع الحقوق الاخرى جملة واحدة مع اشتراط عدم الضمان (بودري لاكانتنري وسينيا ، ف ٨٢٧) ، نقلا عن السنهوري ، المرجع السابق، ص ٥٠٧ ، هامش رقم ١ .

عليه ، اما لعدم وجود الحق المحال به او لاستحقاقه ، وفى هذا تشديد للضمان القانوني الوارد فى المادة (٦١٤) بشأن الهبه . فالواهب لا يضمن، كما رأينا ، الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق او كانت الهبه بعوض . وباشتراط الموهوب له بدون عوض (او المحال له بدون عوض) ضمان الواهب (او المحيل) ولو لم يتعمد اخفاء سبب الاستحقاق يكون قد شدد من الضمان القانوني . ولكن ما هو مقدار التعويض الذي يستحقه المحال له بغير عوض فى هذه الحالة ؟ ان تطبيق القواعد العامة فى هذا الباب يقتضي الا يتجاوز فى التعويض مقدار الضرر الذي اصاب المحال له ، فاذا تجاوزه كان الزائد ربحا غير مشروع ، وهذا لا يجوز . هذا من جهة ، ومن جهة اخرى لا يجوز الاتفاق على الا يكون المحيل مسؤولا عن الضرر الذي يصيب المحال له حتى لو تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، او اخفى غشا عدم وجود الحق . ذلك ان المسؤولية هنا تقصيرية وهذه لا يجوز الاتفاق على استبعادها (١).

الفقرة الثانية

ما يرجع به المحال له على المحيل

المبدأ العام

٦١١ ـ اذا تحقق ضمان المحيل وثبت للمحال له الرجوع عليه فان اقصى ما يرجع به هذا هو ما دفعه مع فوائده من يوم الدفع وما تكلفه من نفقات فى ابرام عقد الحوالة وفى مطالبة المحال عليه وفى الرجوع على المحيل . والمحيل ملزم برد كل ذلك ، سواء كان الضمان قانونيا او اتفاقيا .

وقد نصت على ذلك المادة (٣٧٠) مدني بقولها : « اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين فلا يلزم المحيل الا برد ما اخذه من المحال له مع الفوائد والمصروفات حتى لو وجد اتفاق يقضي برد اكثر من ذلك » . واذا كان هنا شرط يقضي بعدم ضمان المحيل حتى لوجود الحق المحال به ، فلا يرجع المحال له على المحيل بشيء .

---

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٢٨٤ ، ص ٥١٤ .

٦١٢ ــ ولا يجوز ان يشترط المحال له الرجوع على المحيل باكثر مما دفعه . فالمادة (٣٧٠) المتقدمة قد منعت ذلك ، ونصها من النصوص الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . والسبب الذي دفع المشرع الى تقرير هذا الحكم هو ان بيع الحق باقل من قيمته يتضمن المضاربة دائما . فالمشتري عندما يشتري الحق باقل من قيمته يعلم مقدما انه معرض لعدم الحصول على الحق الذي يشتريه ، اي الحق المحال به . فاذا اطمأن مقدما الى انه اذ لم يحصل على الحق المحال به فانه يستطيع الرجوع على المحيل والحصول على كل الحق المحال به منه ، فان ذلك يشجع المضاربين والمرابين على استغلال حاجة المحتاجين . وقد سد المشرع الطريق عليهم بهذا النص وضيق عليهم الخناق ولم يسمح لهم ان يشترطوا الرجوع باكثر مما دفعوه الى المحيل مع فوائده والمصروفات التي تكبدوها .

اعسار المحال عليه جزئيا

٦١٣ ــ قد يرجع المحال له على المحال عليه ولا يحصل منه الا على جزء من الحق المحال به ، فما هو المقدار الذي يرجع به على المحيل؟ مثال ذلك ان يشتري المحال له حقا قيمته خمسمائة بثلاثمائة ، وعند رجوعه على المحال عليه لا يحصل منه الا على مائتين وخمسين ، فما هو المبلغ الذي يرجع به على المحيل ؟ هناك ثلاثة حلول متصورة ، وهي :

١ ــ ان يرجع المحال له على المحيل بـ (٢٥٠) ، لان هذا المبلغ لا يتجاوز ما دفعه للمحيل . ويؤخذ على هذا الحل انه يمكن المحال له من الحصول على اكثر مما دفعه للمحيل ، وهذا مخالف للمادة (٣٧٠) التي سبق ان رأيناها .

٢ ــ ان يرجع المحال له على المحيل بـ (٥٠) ، وذلك لانه سبق ان استوفي (٢٥٠) من اصل ما دفعه للمحيل ومقداره (٣٠٠) . فبرجوعه على المحيل بـ (٥٠) يكون قد استوفى ما دفعه ولا يكون قد استوفى اكثر مما دفعه ، و لايكون بذلك قد خالف المادة (٣٧٠) .

٣ــ ان يقسم الحق المحال به قسمة تناسبيه بين ما دفعه المحال له الى

المحيل وبين القيمة الحقيقية للحق المحال به . فلما كان الحق المحال به (٥٠٠) ، ولما كان المحال له قد دفع (٣٠٠) ، اي ثلاثة اخماس الحق ، فانه يرجع على المحيل بثلاثة اخماس الباقي . ولما كان قد قبض (٢٥٠) من اصل الحق المحال به فالباقي (٢٥٠) ، وثلاثة اخماس هذا المبلغ تساوي (١٥٠) ، فيرجع المحل له على المحيل بهذا المبلغ . وقدانقسم الفقهاء بين الرأيين الثاني والثالث . ونحن نؤثر الرأي الثاني ، لانه لايساعد المحال له على الحصول على اكثر مما دفعه الى المحيل .

المبحث الثالث

العلاقة بين المحال عليه والمحيل

فترتان

٦١٤ ــ يجب التمييز ، فى العلاقة بين المحال له والمحال عليه ، بين فترتين : الفترة السابقه على نفاذ الحوالة في حق المحال عليه ، والفترة اللاحقه لهذا النفاذ .

١ ــ الفترة السابقه لنفاذ الحوالة في حق المحال عليه

٦١٥ ــ يبقى المحيل ، قبل نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه بالاعلان او القبول ، هو الدائن للمحال عليه . فيستطيع التصرف بالحق المحال به بجميع انواع التصرفات . فله ان يستوفيه منه ، وان يقضيه باحد اسباب انقضاء الالتزام . ويستطيع دائنو المحيل الحجز على الحق المحال به . واذا وفى المحال عليه الحق الى المحيل برئت ذمته . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣٧٢) بقولها : « تبرأ ذمه المحال عليه اذا لم يقبل الحوالة ووفى الدين للمحيل قبل ان يعلن بها » .

استثناء : علم المحال عليه بالحوالة عند الوفاء

٦١٦ ــ ولكن اذا كان المحال عليه بعلم بصدور الحوالة وقام مع ذلك بالوفاء للمحيل فان ذمته لاتبرأ بهذا الوفاء . ذلك ان قيامه بالوفاء للمحيل

مع علمه بالحوالة يعتبر تواطؤا منه مع المحيل على الاضرار بالمحال لـــه • وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانيه من المادة (٣٧٢) المتقدمـه التي قضت بانه : « ومع ذلك لاتبرأ ذمته بهذا الوفاء اذا اثبت المحال له انه كـان يعلم وقت الوفاء بصدور الحوالة » • فالوفاء يعتبر في هذه الحالة قائمـا على الغش ، والغش ، كما نعلم ، يفسد كل شيء •

٢ ــ الفترة اللاحقه لنفاذ الحوالة في حق المحال عليه

٦١٧ ــ وبعد نفاذ الحوالة في حق المحال عليه ، بالاعلان او القبول ، تنقطع العلاقه التي كانت تربطه بالمحيل وتنشأ علاقه جديده تربطه بالمحال له ، ويصبح المحال له هو الدائن للمحال عليه بدلا من المحيل • فلايعود فى استطاعة المحيل مطالبة المحال عليه بالدين ولا التصرف به ، كما لايعود بامكان المحال عليه الوفاء للمحيل ، واذا وفاه لم تبرأ ذمته ويجب عليه الوفاء مرة ثانيـه للمحال له • وتنتقل للمحال له جميع الحقوق التي كانت للمحيل والدفوع التي كان بامكان المحال عليه التمسك بها ضد المحيل ، ماعدا الدفوع الشخصيه البحته ، وذلك على النحو الذي سبق ان رأيناه في محلـه •

المبحث الرابع

العلاقة بين المحال له والغير

تحديد معنى الـــغير

٦١٨ ــ سبق ان حددنا معنى الغير في حوالة الحق بانه كل من اكتسب على الحق المحال به حقا يتعارض وحق المحال له • وهذا الغير ، كما سبق ان رأينا ، اما ان يكون محالا له ثانيا او دائنا للمحيل اوقع حجزا عـــلى ما لمدينه (المحيل) لدى شخص ثالث (المحال عليه) • وهناك طائفة اخرى من الغيرهم دائنو المحيل اذا اعلن افلاسه او اعساره • وقد سبق ان رأينا انه لكي تكون الحوالة نافذةفي حق الغير يجب ان تكون قد اعلنت للمحال عليه بالطريق الرسمي ، او ان يكون قد قبلها قبولا ثابت التاريخ • والمشاكل التي تثيرهـا

العلاقه بين المحال له والغير هي تزاحم المحال له مع احد الاشخاص الذين يعتبرون من الغير . ونرى تزاحم المحال له مع كل من هؤلاء على انفراد .

١ ـ تزاحم المحال له واحد دائني المحيل المفلس او المعسر

٦١٩ ـ لاتثور صعوبة بالنسبة لتزاحم دائني المحيل المفلس او المعسر مع المحال له . فاذا احال الدائن حقه ، وقبل ان تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير (بالاعلان او القبول) اعلن افلاسه او اعساره . فى هذه الحالة يصبح دائنو المحيل من الغير بالنسبة للمحال له ، وذلك من حين صدور الحكم بالافلاس (مع الفترة السابقة للحكم والتي تسمى بفترة الريبة) ومن وقت اقامة دعوى الاعسار . والقاعدة العامة فى هذا الباب ان اعلان الافلاس او الاعسار يغل يد المدين عن التصرف باموواله وادارتها . فاذا لم تكن الحوالة قد نفذت فى حق الغير حتى اعلان الافلاس او الاعسار فان الحوالة لا تنفذ فى حق الدائنين لانهم يعتبرون من الغير . وفى هذه الحالة يدخل الحق المحال به فى مجموع اموال المدين ويتقاسمه الدائنون والمحال له قسمة غرماء .

٢ ـ تزاحم المحال له مع محال لـه ثان

٦٢٠ـ ولاتثور صعوبة كذلك بالنسبة لتزاحم المحال له مع محال له ثان . فمن من المحال لهما ، الاول والثاني ، قام قبل الاخر باعلان الحوالة الى المحال عليه او حصل على قبوله لها قبولا ثابت التاريخ يفضل على الاخر . وقد نصت على هذا الحكم المادة (٣٧٣) مدني بقولها : «اذا تعددت الحوالة بحق فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة فى حقه » . ويمكن الوصول الى هذا الحكم بتطبيق القواعد العامة فى الخلف الخاص .

٣ ـ تزاحم المحال لـه مع دائن حاجز

٦٢١ ـ وتثور الصعوبة عند تزاحم المحال له مع دائن حاجز . فاذا احال الدائن حقه وقبل ان تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير اوقع احد دائني المحيل حجزا على الحق المحال به ، فهل يستبد الدائن الحاجز بالمبلغ كله او يشاركه فيه المحال الذي لم يقم بما يلزم لجعل لحوالة نافذة فى حق الغير؟

تقضي الفقرة الاولى من المادة (٣٧٤) مدني بانه : « اذا حجز الحق وهو فى يد المحال عليه قبل ان تصبح الحوالة نافذة فى حق الحاجز كانت الحوالة بمثابة حجز اخر » . وبمقتضى هذا النص تعتبر الحوالة حجزا ، فيشترك الدائن الحاجز مع المحال ويقتسمان الحق قسمة غرماء . فاذا كان حق الحاجز (٤٠٠) والحوالة بـ (٦٠٠) وما للمحيل على المحال عليه (٨٠٠) ، فان الحاجز والمحال له يقتسمان مبلغ الـ (٨٠٠) قسمة غرماء ، فيأخذ الدائن الحاجز خمسي المبلغ، اي (٣٢٠) ، ويأخذ المحال له ثلاثة اخماسه ، اي (٤٨٠) .

التزاحم بين دائن حاجز ومحال له ودائن حاجز ثان

٦٢٢ ــ وهناك صورة اخرى ثار بشأنها خلاف كبير فى فرنسا وتشعبت بشأنها اراء الفقهاء واحكام المحاكم ، وهي حالة ايقاع حجز ثان بعد صيرورة الحوالة نافذة فى حق الغير . مثال ذلك ما اذا احال دائن حقه ، وقبل ان تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير اوقع احد دائني المحيل حجزا على الحق المحال به، ثم قام المحال له باجراءات العلانية (الاعلان او القبول) ، ثم اوقع دائن اخر حجزا على الحق المحال به . ما الحكم فى هذه الحالة ، هل يقتسم الجميع (الحاجز الاول والمحال له والحاجز الثاني) الحق قسمة غرماء ، او يحجب المحال له الحاجز الثاني ؟ هناك عدة اراء ، ونحن نستعرضها لنرى بعد ذلك الرأي الذي اخذ به القانون المدني العراقي . ولكن قبل ان نستعرض هذه الاراء نذكر القاعدتين التاليتين :

١ ــ يعتبر الدائنون الحاجزون فى درجة واحدة ، ولا يفضل بعضهم على بعض حتى لو كان حجزه سابقا فى التاريخ على حجز غيره .

٢ ــ اذا نفذت الحوالة فى حق الغير (بالاعلان او القبول) فالمحال له يستقل بالحق المحال به ولا يشاركه فيه من يأتي بعده من الدائنين الحاجزين او المحال لهم

الرأي الاول ــ بطلان الحجز الثاني وتقسيم الحق بين الحاجز الاول والمحال له

٦٢٣ ــ يذهب انصار هذا الرأي الى ان الحجز الثاني ما دام قد جاء

بعد ان اصبحت الحوالة نافذة فى حق الغير فانه يعتبر باطلا . وعليه فلا يستطيع الحاجز الثاني ان يشترك فى قسمة الدين . ويترتب على ذلك ان الحق يقسم بين الحاجز الاول والمحال له قسمة غرماء ، كما رأينا فى المادة (٣٧٤) . ويعترض على هذا الرأي انه يفضل الحاجز الاول على الحاجز الثاني ، وهذا يخالف القاعدة التي قررناها من ان الدائنين يعتبرون فى درجة واحدة ولا يفضل احدهم على غيره ولو كان حجزه سابقا فى التاريخ على حجز غيره من الدائنين .

الرأي الثاني ـ مشاركة الحاجز الثاني للحاجز الاول وعدم مشاركته للمحال له

٦٢٤ ـ ويذهب انصار هذا الرأي الى انه لما كان الدائنون الحاجزون يعتبرون فى درجة واحدة فان الحاجز الثاني يشارك الحاجز الاول فيما يصيبه فقط ولا يشارك المحال له . وعلى هذا الاساس يقسم الحق بين الحاجز الاول والمحال له قسمة غرماء ، ثم يقسم ما يصيب الحاجز الاول بينه وبين الحاجز الثاني . ويؤخذ على هذا الرأي انه يحمل الحاجز الاول نتيجة اهمال الحاجز الثاني ، اذ لولا اهمال هذا الاخير لحصل الحاجز الاول على حقه كاملا .

الرأي الثالث ـ اعتبار الحوالة بمثابة حجز

٦٢٥ ـ سبق ان رأينا الفقرة الاولى من المادة (٣٧٤) تقرر انه : «اذا حجز الحق وهو فى يد المحال عليه قبل ان تصبح الحوالة نافذة فى حق الحاجز كانت الحوالة بالنسبة للحاجز بمثابة حجز اخر» ، وبمقتضى هذا النص تعتبر الحوالة بمثابة حجز . ولما كنا قد قررنا ان الدائنين الحاجزين يعتبرون فى درجة واحدة ، فالحق يقسم بين الحاجز الاول والمحال له والحاجز الثاني قسمة غرماء . ويعترض على هذا الرأي انه يجعل الحاجز المتأخر يزاحم المحال له بعد اصبحت الحوالة نافذة ، وهذا لا يجوز وفقا للقواعد التي قررناها .

الرأي الرابع ـ تقسيم الحق بين الحاجز الاول والمحال له والحاجز الثانى ثم تكملة قيمه الحوالة من حصة الحاجز الثاني

٦٢٦ ـ وبمقتضى هذا الرأي يقسم الحق المحال به بين الحاجز الاول والمحال له والحاجز الثاني قسمة غرماء ، ثم يؤخذ من حصة الحاجز الثاني ما

يكمل به المحال له قيمة الحوالة . فاذا كان الحق المحال به (٣٠٠٠) وحق الحاجز الاول (١٥٠٠) وحق الحاجز الثاني (١٥٠٠) ، فانه يقسم بين الجميع قسمة غرماء فيأخذ المحال له (١٥٠٠) ويأخذ كل من الحاجزين (٧٥٠) ، ثم يأخذ المحال له من حصة الحاجز الثاني ما يكمل به قيمة الحوالة . ولما كانت الحوالة بـ (٣٠٠٠) والمحال له قد حصل على (١٥٠٠) فان ما يرجع به على الحاجز الثاني يستغرق حصة هذا الاخير كلها ، وعليه يحصل الحاجز الاول على (٧٥٠) والمحال له على (٢٢٥٠) ولا يأخذ الحاجز الاخير شيئا . وهذا الرأي هو الذي اخذ به القانون المدني العراقي . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٣٧٤) على انه : « وفى الحالة المنصوص عليها فى الفقرة السابقة اذا وقع حجز ثان بعد ان اصبحت الحوالة نافذة فى حق الغير فان الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء على ان يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة » . وعيب هذا الرأي انه يجعل المحال له يستفيد من وجود الحاجز الثاني . فلو لم يكن هذا الحاجز موجودا لقسم الحق بين الحاجز الاول والمحال له قسمة غرماء ، ولاصاب الحاجز الاول (١٠٠٠) بدلا من (٧٥٠) والمحال له (٢٠٠٠) بدلا من (٢٢٥٠) .

وهناك حلول فقهية اخرى نعرض عن ذكرها هنا اكتفاء بما تقدم . ومما يجب ملاحظته ان كلا من الحلول المتقدمة يضطر فى النهاية الى التضحية باحد الاشخاص ، ولا يوجد من بينها حل يحقق العدالة المطلقة بين الجميع .

٦٢٧ ــ الى هنا ننتهي من الكلام عن حوالة الحق ، وبذلك ننتهي من الكلام عن انتقال الالتزام . وننتقل الان الى الكلام عن انقضاء الالتزام ، وهو موضوع الباب الرابع من هذا الكتاب .

الباب الرابع

انقضاء الالتزام

EXTINCTION DES OBLIGATIONS

تمهيـــد

طرق انقضاء الالتزام

٦٢٨ ــ هناك عدة طرق ينقضي بها الالتزام ويختفي من الوجود ، وهناك تقسيمات عديدة يقسم بها الفقهاء هذه الطرق • ولكننا سنتبع التقسيم الذي اخذ به القانون المدني العراقي •

يقسم القانون المدني العراقي طرق انقضاء الالتزام الى ثلاثـــة أقسام : الوفاء ، وما يعادل الوفاء ، وبدون وفاء ولا بما يعادل الوفاء • ونرى كلا من ذلك على حدة •

القســـــم الاول ــ الوفــاء

٦٢٩ ــ بالوفاء ينقضي الالتزام بتنفيذه عينا • فاذا كان محل الالتـــزام عملا قام به المدين ، واذا كان امتناعا امتنع عنه ، واذا كان تسليم شيء سلمه ، وهكذا ، الخ ••• والوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام ، بغض النظر عن مصدره الذى انشأه واعطاه قوته الملزمة •

القسم الثانى ــ ما يعادل الوفاء

٦٣٠ ــ وهنا ينقضي الالتزام لا بقيام المدين بتنفيذ ما التزم به عينا ، بل بشيء اخر يساويه ويعادله • ويشمل هذا القسم الطرق التالية : ١ ــ الوفاء بمقابل ، ٢ ــ التجديد ، ٣ ــ المقاصة ، ٤ ــ اتحاد الذمة •

القسم الثالث ــ انقضاء الالتزام بدون وفاء ولا بما يعادل الوفاء

٦٣١ ــ وقد ينقضي الالتزام من غير ان يوفى به المدين، ومن غير ان يحصل الدائن على ما يعادل الوفاء • ويشمل هذا القسم الطرق التالية : ١ ــ الابراء، ٢ ــ استحالة التنفيذ بسبب اجنبي ، ٣ ــ التقادم المسقط •

انقضاء الالتزام وزواله لزوال العقد الذى انشأه

٦٣٢ ــ وننبه هنا الى وجوب عدم الخلط بين انقضاء الالتزام باحد الطرق المتقدمة وزواله لزوال العقد الذي انشأه • فالالتزامات التعاقدية تزول اذا زال العقد الذى انشأها • وقد سبق ان رأينا عند الكلام عن نظرية العقد(١)، أن العقد يزول بالابطال والفسخ والاقالة والالغاء ، وكذلك بعدم اجازته اذا كان موقوفا • فاذا زال العقد زال بأثر رجعى الى حين نشوئه • ويترتب على ذلك زوال الالتزامات التى انشأها ، فتعتبر كأن لم تكن منذ الابتداء •

خطة البحث

٦٣٣ ــ تكلم القانون المدنى العراقي عن انقضاء الالتزام فى ثلاثة فصول، خصص الاول للوفاء ، والثاني لما يعادل الوفاء ، والثالث لانقضاء الالتزام دون ان يوفى به • ونحن نتبعه فى ذلك ، فنقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول على النحو نفسه •

---

(١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ٥٠٣ وما بعدها .

الفصل الاول

الوفاء

Paiement

الوفاء والتنفيذ العيني الاختيارى

٦٣٤ ــ الوفاء ، كما قلنا ، هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام وزواله ، وهو قيام المدين بتنفيذ ما التزم به عينا • فهو والتنفيذ العيني الاختياري اذن شيء واحد • وعليه فالمعنى القانونى له اوسع من معناه اللغوى الذى ينصرف عادة الى دفع مبلغ من النقود •

ولما كان الوفاء والتنفيذ العينى الاختيارى شيئا واحدا فقد عالجته بعض القوانين المدنية الحديثة ، كقانون الالتزامات السويسري ، عند الكلام عن تنفيذ الالتزام لا عند الكلام عن انقضائه • ولكن هناك امور فى الوفاء لا يمكن معالجتها عند الكلام عن تنفيذ الالتزام ، كأطراف الوفاء ، ولمن يكون الوفاء ، ومن يقوم بالوفاء ، الخ... وذلك بالرغم من اتحاد الوفاء والتنفيذ العيني فى الجوهر •

التكييف القانونى للوفاء

٦٣٥ ــ الرأى السائد فقها وقضاء يذهب الى ان الوفاء عمل قانونى من جانبين • وبعبارة اخرى هو اتفاق بين الدائن والمدين ، فيجب ان تتوافر فيه الشروط العامة اللازم توافرها فى كل اتفاق من تراض ومحل وسبب • واذا امتنع الدائن عن قبوله اجبر عليه عن طريق العرض والايداع ، وعندئذ يصبح عملا قانونيا من جانب واحد ، اى ارادة منفردة هى ارادة المدين وحده •

ونحن نرى ان الوفاء عمل قانوني من جانب واحد(١). ذلك انه لما كان بامكان المدين ان يجبر الدائن على قبوله فان معنى ذلك ان قبول الدائن ليس بشرط لصحة الوفاء ونفاذه ، فيتم بارادة المدين وحده . فاذا قبل الدائن الوفاء ابتداء فان هذا القبول لا يغير شيئا من طبيعة العمل الذى يقوم به المدين ، الا وهو الوفاء . فقد كان بامكانه ان يستغنى عن هذا القبول اذا رفضه الدائن .

خطة البحث

٦٣٦ ــ بعد هذه الكلمة الموجزة عن الوفاء وطبيعته ، نتكلم عنه فى اربعة فروع ، نخصص الاول لاطرافه ، والثانى لمحله ، والثالث لزمانه ، والرابع لمكانه ونفقاته ، وذلك على النحو الذى سار عليه القانون المدنى . اما اثبات الوفاء فنعالجه عند الكلام عن اثبات الالتزام ، وذلك فى الباب الخامس والاخير من هذا الكتاب .

الفرع الاول

طرفا الوفاء

الموفى والموفى له والغير

٦٣٧ ــ طرفا الوفاء هما الموفى والموفى له . والاصل ان المدين هو الذي يقوم بالوفاء ، ولكن قد يقوم به شخص اخر . والاصل كذلك ان يكون الوفاء للدائن ، ولكن قد يكون لشخص اخر غيره . وعليه فاننا نقسم هذا الفرع الى مبحثين ، نرى فى الاول من يقوم بالوفاء ، وفى الثانى لمن يكون الوفاء .

---

(١) من هذا الرأى : دى باج ، ج٣ ، ف ٣٩٦ .

المبحث الاول

من يقوم بالوفاء

(الموفى SOLVENS)

الوفاء البسيط والوفاء مع الحلول

٦٣٨ ــ الوفاء اما ان يقوم به المدين ، وهذه هي الحالة الغالبة ، او شخص اخر غيره . فاذا قام بالوفاء شخص اخر غير المدين فاما ان يكون لهذا الشخص الرجوع على المدين او لا يكون له ذلك . واذا كان له حق الرجوع فاما ان يرجع بدعوى شخصية هى دعوى الوكالة او دعوى الكسب دون سبب ، او بالدعوى التي كانت للدائن ضد المدين . فاذا قام بالوفاء المدين ، او شخص اخر ليس له الرجوع على المدين ، او كان له الرجوع ولكن بالدعوى الشخصية ، سمى الوفاء بـ «الوفاء البسيط» . واذا قام به شخص اخر غير المدين وكان له الرجوع على المدين بالدعوى التى كانت للدائن ضد هذا الاخير سمى بـ « الوفاء مع الحلول » . ونرى كلا من الوفاء البسيط والوفاء مع الحلول فى مطلب مستقل .

المطلب الاول

الوفاء البسيط

الوفاء من قبل المدين او نائبه او شخص ثالث

٦٣٩ ــ الاصل ان المدين ، او نائبه ، هو الذى يقوم بالوفاء ، لانه هو الملتزم به . ويمكن ان يقوم بالوفاء كذلك شخص اجنبى بامر المدين او بدون امره ، ولو لم تكن له مصلحة فى الوفاء . ولا يستطيع الدائن ان يرفض الوفاء الذى يقوم به شخص اجنبى الا اذا كانت شخصية المدين محل اعتبار عند نشوء الالتزام . والاجنبى الذى يقوم بالوفاء بدلا من المدين قد تكون له مصلحة فى ذلك ، كالكفيل . وللدائن ان يرفض الوفاء الصادر من اجنبي

لا مصلحة له فى الوفاء اذا اعترض المدين على ذلك وبلغ الدائن اعتراضه . وقد نصت على ذلك كله المادة (٣٧٥) مدني بقولها : « ١ ــ يصح وفاء الدين من المدين او نائبه ويصح وفاؤه من اى شخص اخر له مصلحة فى الوفاء كالكفيل والمدين المتضامن مع مراعاة ما جاء فى المادة (٢٥٠) . ٢ ــ ويصح ايضا وفاء الدين من اجنبي لا مصلحة له فى الوفاء بأمر المدين او بغير امره . على انه يجوز للدائن ان يرفض الوفاء من الغير اذا اعترض المدين على ذلك وابلغ الدائن هذا الاعتراض»(١) .

شروط صحة الوفاء

٦٤٠ ــ سبق ان قلنا ان الوفاء عمل قانونى . ويترتب على ذلك انه يشترك لصحته ونفاذه ان تتوافر فى الموفى الاهلية اللازمة لصدور هذا العمل منه . ثم ان الوفاء اذا كان محله تسليم شيء فالموفى يجب ان يكون مالكا لما يسلمه . ويجب اخيرا الا يؤدي الوفاء الى الاضرار ببقية دائني المدين يخلص مما تقدم انه يشترط لصحة الوفاء ونفاذه توافر الشروط الثلاثة التالية :

١ ــ ان يكون الموفى مالكا لما يدفعه للدائن .

٢ ــ ان يكون الموفى اهلا للتصرف بالمال الموفى به .

٣ ــ الا يؤدي الوفاء الى الاضرار ببقية دائني المدين . ونرى كلا من هذه الشروط على حدة .

الشرط الاول ملكية الموفى لما يدفعه للدائن

٦٤١ ــ اذا لم يكن الموفى مالكا لما اوفى به كان الوفاء باطلا يمكن الطعن فيه . وقد نصت على ذلك المادة (٣٧٦) مدنى بقولها : « يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه ان يكون الدافع مالكا لما دفعه ، فأن استحق بالبينة

---

(١) يلاحظ على هذه المادة ان فقرتها الاولى مثلت لـ « اى شخص له مصلحة فى الوفاء » بالكفيل والمدين المتضامن . وهذا غير دقيق . فالمدين المتضامن مدين اصلى ، وفى درجة واحدة من المديونية مع المدين المتضامن الاخر ، بينما الكفيل لا يزيد عن كونه مدينا تبعيا .

واخذه صاحبه او هلك واخذ بدله فللدائن الرجوع بدينه على غريمه » . ويستطيع الطعن فى هذا الوفاء كل من الدائن والموفى ومالك الشيء .

٦٤٢ ــ فيستطيع الدائن ان يطعن فى صحة الوفاء وان يطلب الوفاء مرة ثانية ، بعد ان يرد ما استلمه . والسبب فى اعطائه حق الطعن فى الوفاء هو انه يكون معرضا لدعوى الاستحقاق التى قد يقيمها عليه المالك الاصلى . وقد يستطيع الدائن ان يتملك الشيء الموفى به بالتقادم او بقاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » ولكنه يأبى ذلك لان ضميره لا يطاوعه عليه ، فلا يمكن اجباره على قبول هذا الوفاء .

٦٤٣ ــ ويستطيع الموفى كذلك ان يطعن فى صحة الوفاء ، بشرط ان يعرض على الدائن الوفاء بشيء اخر يملكه . قد يقال ان بامكان الدائن ان يرد مطالبة الموفى بقاعدة : « من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه » ، او بقاعدة : « من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض » ، ولكن يرد على ذلك بان المدين اذ يطالب الدائن برد ما استلمه انما يعرض عليه شيئا اخر ، وليس لدى الدائن سبب معقول يمنعه من قبول ذلك . اما اذا كان لديه سبب معقول فبامكانه ان يرفض الرد . ويتحقق ذلك اذا كان ما اوفاه الموفى مبلغا من النقود او شيئا مثليا واستهلكه الدائن او اختلط بأمواله بصورة لا يمكن تمييزه منها .

٦٤٤ ــ واخيرا يستطيع مالك الشيء ان يطعن فى صحة الوفاء ويطلب استرداد الشيء ، وذلك عن طريق دعوى الاستحقاق يرفعها على الموفى او على الدائن . ولكن هذه الدعوى قد تصطدم بالتقادم المانع من سماع الدعوى او بقاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » .

رجوع الدائن على المدين

٦٤٥ ــ واذا اقام المالك الدعوى على الدائن واثبت ملكيته للشيء بالبينة وانتزعه منه كان للدائن الرجوع على الموفى . اما اذا اثبت المالك ملكيته باقرار الدائن فلا رجوع لهذا الاخير على الموفى بشيء . ذلك ان

الاقرار حجة قاصرة ، بعكس البينة التى هى حجة متعدية • وكذلك الحكم اذا هلك الشيء واخذ المالك بدلـه ، فله (للدائـن) الرجوع على المديـن (م ٣٧٦) •

اســـتهلاك الدائـن للشيء الموفى بـــه

٦٤٦ ــ واذا استهلك الدائن الشيء الموفى به او اختلط بماله بصورة لا يمكن معها تمييزه منه وكان حسن النية فانه يعتبر مستوفيا لحقه ، ولا يكون له عندئذ ان يطالب المدين بالوفاء مرة اخرى • اما المالك الاصلى فلا يستطيع الرجوع عليه بدعوى الاستحقاق لان الشيء لم يعد له وجود ، ولا يستطيع الرجوع عليه كذلك بالتعويض لانه لم يرتكب خطأ ، فلا يبقى امامه الا الرجوع على الموفى • والدعوى التى يرجع بها على هذا الاخير اما ان تكون دعوى تعويض اذا كان الموفى سيء النيـة ، او دعوى الكسب دون سبب اذا كان حسن النية •

الشرط الثانى ــ اهلية التصرف لدى الموفى

٦٤٧ ــ ويشترط ثانيا لصحة الوفاء ونفاذه ان يكون الموفى اهلا للتصرف فى المال الموفى به • والمقصود بالاهلية هنا اهلية الاداء ، فيجب ان يكون الموفى بالغا عاقلا • فاذا لم يكن قد بلغ سن الرشد ، او بلغها ولكنه كان محجورا عليه فان وفاءه يصح ولكن هذه الصحة ليست مطلقة كما لو كان بالغا عاقلا ، بل هى صحة مقيدة بالا يلحق الوفاء به ضررا • وقد نصت على ذلك المادة (٣٧٧) من القانون المدنى بقولها : « اذا كان المدين صغيرا مميزا او كبيرا معتوها او محجورا عليه لسفه او غفلة ودفع الدين الذى عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى(١) • فاذا كان الموفى غير اهل للتصرف فى الشيء الموفى به وكان الوفاء ضـارا به فان وفاءه لا يكون صحيحـا ، ويستطيع ان يطلب استرداد ما دفع(٢) •

---

(١) يلاحظ سوء الصياغة على هذه المادة ، فكلمة « بالموفى » كان يجب ان تكون « به » .

(٢) يذهب الدكتور حسن على الذنون الى ان هناك « تناقضا واضحا بين

الشرط الثالث ـ عدم اضرار الوفاء ببقية الدائنين

٦٤٨ ـ ويشترط ثالثا واخيرا لصحة الوفاء ونفاذه الا يؤدى الى الاضرار ببقية دائنى المدين . وقد خصصت المادة (٣٧٨) من القانون المدنى الضرر بحالة ما اذا كان المدين فى مرض موته وادى الوفاء الى الاضرار ببقية الدائنين . فقد نصت هذه المادة على انه : « لا يصح للمدين ان يوفى دين احد غرمائه فى مرض موته اذا ادى هذا الوفاء الى الاضرار ببقية الدائنين» ،

فكرة العقد الموقوف لنقص الاهلية او لعيب من عيوب الرضاء ، كما وردت فى الفقه الاسلامى والقانون المدنى العراقى ، وبين القول ببراءة ذمة ناقص الاهلية بوفاء ما تعهد به . . الى ان يقول : فاذا كان لابد لنا من اعمال المادة المتقدمة فاننا نقرر هنا انها تعتبر خروجا على القواعد العامة اى انها نص استثنائى ، ولهذا وجب تفسيرها تفسيرا ضيقا ، بمعنى ان وفاء ناقص الاهلية لا يعتبر مبرئا لذمته الا اذا دل هذا الوفاء على رغبته فى اجازة العقد . وهو يعتبر كذلك اذا كان هذا الوفاء لصالحه او لم يلحق به ضررا على اقل تقدير » (احكام الالتزام ، ١٩٥٤ ، ف ٢٨٣ ، ص ٢٥٠ ـ ٢٥٥) . ولنا على ما يذهب اليه الدكتور الملاحظتان التاليتان :

١ ـ لا يشترط فى التزام ناقص الاهلية الذي يقوم بالوفاء به ان يكون مصدره العقد ، فقد يكون مصدره عملا ضارا اوكسبا دون سبب . وفى هذه الحالة تنطبق القاعدة الواردة فى المادة (٧٧) مدنى والواردة فى المتن .

٢ ـ اذا كان مصدر التزام ناقص الاهلية هو العقد فاننا نتفق مع الاستاذ فى ما يذهب اليه من ان هناك تعارضا (نفضل استعمال كلمة «تعارض» بدلا من تناقض) بين فكرة العقد الموقوف كما وردت فى الفقه الاسلامى والقانون المدني العراقي وبين القول ببراءة ذمة ناقص الاهلية بوفائه بما تعهد به ، ولكننا لا نتفق معه فى الطريقة التي يصحح بها هذا الوفاء . فهو يعتبر هذا الوفاء ، اذا لم يلحق ضررا بناقص الاهلية ، دليلا على رغبة ناقص الاهلية باجازة العقد . فهو يقول فى هذا الصدد : « . . ان وفاء ناقص الاهلية لا يعتبر مبرئا لذمته الا اذا دل هذا الوفاء على رغبته فى اجازة العقد ...» . وهذا غير صحيح .

ذلك ان الذى يملك اجازة عقد ناقص الاهلية ليس هو ناقص الاهلية ، بل من ينوب عنه من ولى او وصى او قيم . ونحن نذهب الى ما يذهب اليه الاستاذ الكبير السنهورى (الوسيط ، ج٣ ، ص ٦٤٦ ، هامش رقم ٣) من ان الذى يصحح الوفاء انما هو المشرع ، وذلك اذا لم يلحق هذا الوفاء ضررا بناقص الاهلية .

وهذا الشرط يمكن استنتاجه من تطبيق القواعد العامة فى دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق دائنه . فالاصل ، كما نعلم ، ان الانسان حر التصرف باملاكه . ولكن هذه الحرية مقيدة بعدم الاضرار بالدائنين . فاذا ترتب على التصرف ضرر لهم كان لهم ان يطعنوا فيه عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرف . وفى حالة المريض مرض الموت ، اذا قام بوفاء احد دائنيه وترتب على هذا الوفاء اعساره او زيادة اعساره فانه (التصرف) يكون ضارا بهم لانه يؤدى الى عدم تمكنهم من الحصول على حقوقهم كاملة . ذلك ان الديون المؤجلة تحل بالموت . فاذا مات المريض وحلت ديونه ولم يكن فى التركة ما يكفى للوفاء بها جميعا فقد تضرر الدائنون، وكان من حقهم ان يطعنوا فى الوفاء .

٦٤٩ ــ ويمكن قياس الاعسار على مرض الموت . فالمدين المعسر اذا وفى احد دائنيه فان هذا الوفاء يترتب عليه الاضرار ببقية الدائنين ، فيستطيع هؤلاء الطعن فيه . وكل ذلك انما هو تطبيق للقواعد العامة .

المطلب الثاني

الوفاء مع الحلول(١)

Payement avec subrogation

تمهيد

٦٥٠ ــ اذا قضى شخص دين غيره فالاصل انه يقصد الرجوع عليه بما وفاه عنه . وهذا الرجوع اما ان يكون بدعوى شخصية او بدعوى عينية .

---

(١) بعض المراجع : دي باج ، ج٣ ، ف ٥١٣ وما بعدها . بودري وبارد ، ج ١٣ ، (التزامات ٢) ، ف ١٥١٦ وما بعدها . بلانيول وريبير واسمان ،ج٧ف ١٢١٩ وما بعدها . بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٢ ، ف ١٧٤١ وما بعدها . اوبرى ورو ، ج٤ ، ط ٢٦٣ وما بعدها . كولان وكابيتان ، ج ٢ ، ط ٨ ، ف ٣١٠ وما بعدها . السنهورى ، الوسيط ، ف ٣٧٥ وما بعدها ، كذلك الموجز ، ف ٥٥٠ وما بعدها . ابو ستيت ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى ، ١٩٤٥ ، ف ٧٧٦ وما بعدها .

فالدعوى الشخصية تقوم فى القانون المدنى العراقى على اساس من الوكالة ، وذلك اذا كان الوفاء بامر المدين ، او من الكسب دون سبب ، وذلك اذا كان للدافع مصلحة فى دفع الدين او لم يكن عنده نية التبرع(١) . اما الرجوع بدعوى الفضالة فغير ممكن فى هذا القانون لانه لم يعتبر الفضالة مصدرا من مصادر الالتزام ، متأثرا فى ذلك بالفقه الاسلامى .

والدعوى العينية هى الدعوى التى كانت للدائن ضد المدين . وتمتاز الدعوى العينية هذه على الدعوى الشخصية بان الدين اذا كان مضمونا بضمانات خاصة فان هذه الضمانات تنتقل لتضمن للموفى الحصول على ما وفاه عن المدين . وهذا النوع من الوفاء يسمى بـ « الوفاء مع الحلول » . ذلك ان الموفى يحل محل الدائن فى الدين ، وينتقل اليه هذا الاخير بصفاته وتأميناته ودفوعه .

فائدة الوفاء مع الحلول .

٦٥١ ـ وللوفاء مع الحلول فوائد كثيرة فى الحياة العملية ، فهو مفيد لكل من الموفى والدائن والمدين وغير ضار بأحد فى الوقت نفسه . فهو مفيد للموفى لانه يساعده على استغلال ماله بصورة مأمونة العواقب . وهو مفيد للدائن لانه يساعده فى الحصول على حقه فى الوقت المناسب ويجنبه اللجوء الى اقامة الدعوى امام المحاكم . وهو مفيد للمدين ، اذ هو يتوقى به قيام دائنه بالتنفيذ ، فيستبدل به دائنا جديدا يمنحه اجلا للوفاء . والوفاء مع

---

(١) يقول الاستاذ الكبير السنهوري فى هذا الصدد : « والرجوع بالدعوى الشخصية فى التقنين العراقي لا يكون الا بدعوى الاثراء بلا سبب ، ما لم يكن الموفى مأمورا من المدين بوفاء الدين فيرجع عليه بدعوى الوكالة ويكون نائبا عنه فى وفاء الدين ... » (الوسيط ، ج٣ ، ص ٦٥٩ ، هامش رقم ١) . وهذا القول لا يصح على اطلاقه ، بل يجب تقييده بالقيدين الواردين فى المتن ، وهما وجود مصلحة للدافع او عدم وجود نية التبرع لديه . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٢٣٩) من القانون المدنى بقولها : « اذا قضى احد دين غيره سقط الدين عن المدين سواء قبل او لم يقبل ، ويعتبر الدافع متبرعا لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا امره الا اذا تبين من الظروف ان للدافع مصلحة فى دفع الدين او انه لم تكن عنده نية التبرع »

الحلول لا يضر فى الوقت نفسه بأى شخص اخر من كفيل او دائن اخر للمدين، اذ لا يتغير بالنسبة لهؤلاء سوى اسم الدائن .

مصادر الحلول

٦٥٢ ـ وحلول الموفى محل الدائن اما ان يكون مصدره القانون او الاتفاق . فالقانون يقرر احيانا لبعض الاشخاص الذين يدفعون دين غيرهم الحلول محل الدائن الذى دفعوا له دينه . وقد يحل الموفى محل الدائن بمقتضى اتفاق . وهذا الاتفاق اما ان يتم مع الدائن او مع المدين .

خطة البحث

٦٥٣ ـ وستكون معالجتنا للوفاء مع الحلول برؤية حالاته الثلاث اولا ، وهي الحلول القانوني والحلول بالاتفاق مع الدائن والحلول بالاتفاق مع المدين ، وحكمه ثانيا ، وتكييفه القانونى ثالثا واخيرا . فاذا انتهينا من ذلك عقدنا مقارنة بينه وبين حوالة الحق لوجود بعض الشبه بينهما ، ثم تساءلنا عن موقف الفقه الاسلامى منه . ويكون ذلك فى سبعة مقاصد متتابعة .

المقصد الاول

الحلول القانوني

حالات اربع

٦٥٤ ـ هناك اربع حالات يحل فيها من دفع دين غيره محل الدائن بحكم القانون . وقد نصت على هذه الحالات المادة (٣٧٩) مدنى بقولها :

« اذا دفع الدين شخص غير المدين حل الدافع محل الدائن بحكم القانون فى الاحوال الآتية :

أ ـ اذا كان ملزما بالدين مع المدين او ملزما بوفائه عنه .

ب ـ اذا كان دائنا ووفى دائنا اخر مقدما عليه بماله من تأمين عينى ، ولو لم يكن للدافع اى تأمين .

ج ــ اذا كان قد اشترى عقارا ودفع ثمنه تسديدا لاحد الدائنين اللذين خصص العقار لضمان حقوقهم .

د ــ اذا كان هناك نص يقرر للدافع حق الحلول ».

ونرى كلا من هذه الحالات على حدة .

الحالة الاولى ــ الموفى ملزم بالديــن مع المدين او ملزم بوفائه عنه .

٦٥٥ ــ يكون فى هذه الحــالة امام الدائن اكثر من شخص يستطيع الرجوع عليه بكل الدين . والمدينون قد يكونون كلهم مدينين اصليين ، وقد يكون بعضهم مدينا اصليا وبعضهم مدينا تبعيا . وهذه هى الحالة الغالبة ، وهي اعم حالات الحلول القانوني . وعلة الحلول فيها واضحة ، لان الموفى ملزم بالدين مع المدين او ملزم بوفائه عنه . فهو يجبر على الوفاء اذا امتنع عنه ، فمن حقه اذن ان يكون له الرجوع على المدين بدعوى الدائن .

٦٥٦ ــ والموفى فى هذه الحالة اما ان يكون ملزما بالدين مع المدين او ملزما بوفائه عنه .

فهو يكون ملزما مع المدين اذا كان مدينا متضامنا او مدينا فى دين غير قابل للانقسام . فكل من المدينين المتضامنين والمدينين فى دين غير قابــل للانقسام يعتبر ملزما بكل الدين . فاذا دفع احدهم ما زاد على حصته كان له الرجوع على بقية المدينين بدعوى الحلول ، فيستفيد من التأمينــات التى تضمن الدين .

وهو يكون ملزما بوفاء الدين عن المدين اذا كان كفيلا . والكفيــل اما ان يكون كفيلا شخصيا او كفيلا عينيا . والكفيل العينى هو الذى يقدم ماله ضمانا للوفاء بدين على شخص اخر(١) . والكفيل ، شخصيا كان عينيــا ومتضامنا او غير متضامن ، اذا دفع الدين حل محل الدائن ورجع على المدين

(١) ويسمى هذا النوع من الكفــالة فى الفقه الاســلامى : بــ « الرهن المستعار » . وقد عالجته المجلة فى المواد (٧٢٦ــ٧٢٨) .

بكل الدين . ولكن اذا كان هناك عدة كفلاء ودفع احدهم الدين واراد الرجوع على الاخرين فالدين ينقسم بينهم بحكم القانون ، ولا يستطيع الكفيل الذى دفع الدين الرجوع على باقى الكفلاء الا بقدر حصة كل منهم فى الدين . واذا كان هناك كفيلان احدهما عينى والاخر شخصى ودفع احدهما الدين فانه يحل محل الدائن ويرجع على الاخر ، ويقسم عليهما الدين فى هذه الحالة باعتبار ان الكفيل الشخصى قد كفل الدين كله وان الكفيل العينى لم يكفله الا بمقدار قيمة العين التى قدمها ضمانا للوفاء بالدين ، فيتحمل الكفيل العيني من الدين بنسبة قيمة العين الى كل الدين ويتحمل الكفيل الشخصي الباقي . فاذا كان الدين (٦٠٠) مثلا وكان هناك كفيل شخصي وكفيل عيني ، وكانت قيمة العين التي قدمها هذا الاخير ضمانا للوفاء (٢٠٠) ، ووفى احد الكفيلين الدين فانه يرجع على الاخر بنسبة (٦٠٠) الى (٢٠٠) . فتكون حصة الكفيل الشخصى (٤٥٠) وحصة الكفيل العينى (١٥٠) .

الحالة الثانية ـ الموفى دائن متأخر يوفى دائنا متقدما عليه .

٦٥٧ ـ اذا كان هناك دائنان لمدين واحد ، احدهما متقدم على الآخر بماله من تأمين عيني (رهن او امتياز) واراد المتقدم ان يبيع الشيء الذي له التأمين عليه فى وقت غير مناسب بحيث ان الشىء يباع بأقل من قيمته الحقيقية ، مما يترتب عليه عدم كفاية الثمن للوفاء بالدينين معا . فى هذه الحالة يكون من مصلحة الدائن المتأخر فى التأمين ، او الذى ليس له اى تأمين ، ان يدفع للدائن المتقدم حقه ويحل محله فى التأمين ويؤجل البيع الى الوقت المناسب ، وعندئذ يستطيع الحصول على حقه كاملا . مثال ذلك ما اذا كان لزيد على عمرو دين مقداره (١٠٠٠) دينار مضمون برهن على عقار يملكه عمرو قيمته (٢٠٠٠) دينار ، ولبكر على عمرو دين مقداره (٨٠٠) دينار مضمون برهن بالدرجة الثانية على العقار نفسه ، او لم يكن مضمونا برهن مطلقا ، واراد زيد أن يبيع العقار للحصول على حقه ولكن الوقت لم يكن مناسبا ، بحيث ان العقار لا يباع بأكثر من (١٥٠٠) دينار . من

مصلحة بكر فى هذه الحالة ان يدفع لزيد حقه ويؤخر البيع الى الوقت المناسب حيث يباع العقار بقيمته الحقيقية ، ومقدارها (٢٠٠٠) دينار ، فيحصل على ما دفعه الى زيد وماله فى ذمة عمرو كاملا . فاذا دفع بكر فى المثل المتقدم الى زيد ماله فى ذمة عمرو حل محله فى التأمين بحكم القانون .

شرطان

٦٥٨ ــ ويشترط لحلول الموفى محل الدائن الشرطان التاليان :

١ ــ ان يكون الموفى دائنا للمدين نفسه . فان لم يكن دائنا لم يحل محل الدائن حلولا قانونيا فى ماله من تأمين . ولكن اذا لم يكن بامكان الموفى الحلول محل الدائن حلولا قانونيا ، الا ان بامكانه ان يحل محله حلولا اتفاقيا ، وذلك بالاتفاق مع الدائن او مع المدين . وسنرى ذلك فى محله .

٢ ــ ان يكون الموفى له دائنا متقدما على الموفى بماله من تأمين عينى . فان لم يكن له اى تأمين ، او كان الموفى هو المتقدم فى التأمين ، فلا تكون له عندئذ مصلحة تبرر الحلول لانه مساو له فى الدرجة او متقدم عليه .

الحالة الثالثة ــ مشترى العقار المرهون

٦٥٩ ــ وهذه الحالة عبارة عن تطبيق للحالة الاولى ، وكان فى الامكان الاستغناء عن النص عليها صراحة(١) . ذلك ان مشترى العقار المرهون ملزم بالوفاء عن المدين (البائع) للدائن المرتهن ما دامت ملكية العقار قد انتقلت اليه .

ورب قائل يقول : كيف تتحقق لمشترى العقار المرهون مصلحة فى الحلول محل الدائن المرتهن ، فيصبح مرتهنا لعقار يملكه هو نفسه ؟ ولبيان

---

(١) ويرجع النص على هذه الحالة فى القانون المدنى الفرنسى الى اعتبارات تاريخية تخص هذا القانون . ذلك ان القانون الفرنسى القديم لم يكن يتضمن قاعدة فى حلول الموفى اذا كان ملتزما بالدين مع المدين او ملزما بوفائه عنه . ولما وضع القانون المدنى الفرنسى سنة (١٨٠٤) وضعت فيه هذه القاعدة العامة ، ولكن واضعيه استبقوا ، مع ذلك ، النص على الحالة التى نحن بصددها .

هذه المصلحة تفترض ان هناك عقارا مرهونا باعه صاحبه . فالمشترى للعقار يستطيع ان يحرر العقار مما يثقله من رهن ، ولا يحتاج عندئذ الى الحلول محل الدائن المرتهن . ولكن قد تكون له مصلحة فى ان يدفع للدائن المرتهن حقه ويحل محله ، فيصبح مرتهنا لملك نفسه ، وذلك فى الصورتين التاليتين :

١ ــ اذا كانت قيمة العقار مساوية للثمن الذى دفعه ، بحيث انه اذا بيع فى المزاد العلني لم يبلغ اكثر من الثمن الذي التزم به . فاذا كان العقار مرهونا لدى اكثر من دائن ، وكان الثمن الذي التزم به المشترى لا يكفي الا لوفاء احد الدائنين المرتهنين فقط ، فى هذه الحالة للمشترى مصلحة فى دفع الثمن الى هذا الدائن والحلول محله فى رهنه الذى يأتى فى الدرجة الاولى . ولا يكون للدائنين المتأخرين عندئذ مصلحة فى بيع العقار ، ذلك ان ثمنه فى المزاد لن يصل الى اكثر من الثمن الذى دفعه المشترى الى الدائن المرتهن الاول وحل به محله . فاذا بيع العقار فهم سوف لا يحصلون على شىء بعد ان يستولى المشترى على الثمن الذى دفعه الى الدائن المرتهن الاول . وهكذا يتخلص المشترى من اللجوء الى اجراءات التطهير وفك الرهن التى تكلف نفقات ووقتا . ويستطيع المشترى كذلك ، بفضل هذا الحلول القانونى ، أن يوقف عمليا الدائنين المرتهنين عن مباشرة التنفيذ على العقار الذى اشتراه .

٢ ــ اذا كان العقد الذى اشترى به المشترى العقار موقوفا او قابلا للفسخ فان له (للمشترى) مصلحة فى ان يحل محل الدائن المرتهن ، اذ ان ذلك يحقق له تأمينا عينيا عند رجوعه بالثمن فى حالة عدم اجازة البيع او فسخه او ابطاله .

الحالة الرابعة ــ وجود نص خاص يقرر للموفى الحلول محل الموفى له

٦٦٠ ــ وهناك حالات خاصة يقضى فيها القانون بحلول الموفى محل الموفى له . من ذلك ما تقضى به المادة (١٠٠١) مدنى من انه : «يحل المؤمن

قانونا محل المستفيد بما يدفعه من تعويض عن الحريق قبل من تسبب بفعله في الضرر الذى نجمت عنه مسؤولية المؤمن وتبرأ ذمة المؤمن قبل المستفيد من كل التعويض او بعضه اذا اصبح هذا الحلول متعذرا لسبب راجع الى المستفيد » • وبمقتضى هذا النص اذا امنت شركة التأمين على مكان من الحريق واحترق المكان بخطأ شخص معين ، فالشركة تدفع للمؤمن له المبلغ المؤمن به وتحل محله قانونا ضد المسؤول عن الحريق •

ومن ذلك ايضا ما يقضى به القانون التجاري من حلول موفي الكمبيالة بطريق التوسط محل الحامل فى حقوقه •

المقصد الثاني

الحلول بالاتفاق مع الدائن

٦٦١ — يستطيع الدائن استيفاء حقه من شخص ثالث غير المدين ويحله محله فى ماله من ضمانات ودعاوى ضد المدين ، كما يستطيع اي شخص غير المدين لا يوجد فى احدى حالات الحلول القانوني ان يدفع للدائن حقه على ان يحل محله فى هذه الضمانات والدعاوى • وهذا الاتفاق صحيح ومفيد لكل من الدائن والمدين • فالدائن لا يخسر شيئا، بل ، على العكس ، قد يحصل على حقه قبل حلول الاجل ، وقد يوفر على نفسه المتاعب التي يجرها التنفيذ على العين التي له عليها الضمان العيني • والمدين لا يضار كذلك بهذا الوفاء مع الحلول شيئا ، اذ يستوي لديه ان تكون العين التي يملكها ضمانا للدائن الاول او للدائن الثاني • وقد اجازت ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣٨٠) من القانون المدني بقولها : « للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين ان يتفق مع هذا الغير على ان يحل محله حتى لو لم يقبل المدين بذلك » •

٦٦٢ ــ بعد ان نصت الفقرة الاولى من المادة (٣٨٠) المتقدمة على الحلول بالاتفاق مع الدائـــن ، نصت على الشروط اللازم توافرها لصحة هذا الحلول بقولها : « ... ويكون الاتفاق بورقه رسمية لايجوز ان يتأخر تأريخها عن وقت الوفاء» . وبمقتضى هذا النص ، يجب لصحة الحلول بالاتفاق مع الدائن توافر الشرطـــين التاليين : ١ ــ ان يكـــون الحلـــول ثابتا فى ورقـة رسمية ، اي مصدقا مـــن الكاتب العدل . وقد كان مشروع القانون المدني المصري الجديد يشترط هذا الشرط ايضا ، ولكنه حذف فى لجنة المراجعـة لعدم ضرورته . ولم يشترط القانون المدني الفرنسي هذا الشرط . وكل ما اشترطه هو ان يكون الاتفاق على الحلول صريحا (م١٢٥٠/١) .

٢ ــ الا يتأخر تاريخ الورقة الرسمية عـــن تاريخ الوفاء . والعلـــة فى اشتراط هذا الشرط هي ان تأخر تاريخ الاتفـــاق على الحلول عـــن تأريـــخ الوفاء يفتح الطريق للتحايل والغش . فقد يكون على العقار رهـــن اخر يلي الرهـــن الاول فى المرتبة ، ويكون المديـــن قد وفى الدائـــن المرتهـــن الاول وفاء بسيطا انقضى به الرهـــن الذي يأتي فى المرتبة الاولى . وفى هذه الحالة يتقدم الرهن الذي يأتي فى المرتبة الثانية فيصبح فى الدرجة الاولى . ثـــم يتواطأ المدين بعد ذلك مع الدائن الذي استوفى حقه ويجعله يصطنع اتفاقا مع اجنبي يذكر فيه ان هذا الاجنبي هو الذي دفع الدين للدائن وحـــل محلـــه فى الرهـــن ، فيعود بذلك الرهـــن الذي كان فى المرتبة الاولى والذي كان قد انقضى الى الظهور ،ويحل الاجنبي فيه محل الدائن . وبذلك يرجع الرهن الذي اصبح فى المرتبة الاولى الى المرتبة الثانية ، فيتضرر، صاحب هذا الرهن.

المقصد الثالث

الحلول بالاتفاق مع المدين

٦٦٣ ــ اجازت الفقرة الثانية مـــن المادة (٣٨٠) مدني للمدين ان يقترض

مالا يوفي به الديـن الذي عليه ويحل المقرض محل الدائن فى الضمانـات العينية التي كان يتمتع بها ضمانا للديـن ، وذلك بقولها : « وللمدين ايضا اذا اقترض مالا سدد به الدين أن يحل المقرض محل الدائـن الذي استوفى حقه ولو بغير رضاء هذا الدائن ، على ان يكون الاتفاق على الحلول بورقة رسمية وان يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفـاء وفى مخالصة التسديد ان الوفاء كان مـن هذا المال الذي اقترضه مـن الدائن الجديد» . وهذا النوع مـن الوفاء مع الحلول يتم بالاتفاق بين المدين والمقرض ، واذا عارض الدائـن فالحلول يتم رغم معارضته .

٦٦٤ ـ ويرى الفقهاء ان هذا النوع مـن الحلول لا يبدو طبيعيا، بعكس الحلول بالاتفاق مع الدائـن . فالذي يتصرف فى حق الدائن ليس هو الدائن نفسه بل المديـن ، وهو يتصرف بهذا الحق رغم ارادة الدائـن الذي هو صاحب الحق . ولكـن الفوائد العملية التي يحققها هذا النوع مـن الحلول هي التي تبرره . فهو فيه منفعة للمديـن دائما ، اذ لا يقدم هذا عليه الا اذا تأكد مـن وجود هذه المنفعة . اما وجه النفع فهو ان الوفاء مع الحلول يمكنه من العثور على دائن بشروط اخف من الشروط السابقة . فاذا كان ديـن الدائـن الاول بفائدة قدرها ٧٪ مثلا ، ووجد المدين شخصا اخر يقبل ان يقرضه بدون فائدة او بفائدة تقل عـن ٧٪ ، فان له منفعة فى قضاء الديـن القديم واحلال المقرض الجديد محل الدائـن . وقد يكون المقرض الجديد اكثر تسامحا واقل تعنتا فى المطالبة مـن الدائـن الاول . هذا بالنسبة للمنفعة التي يجنيها المدين من الوفاء مع الحلول . وهذه المنفعة لا تقتصر عليـه وحده ، فالمقرض يستفيد هو كذلك مـن هذه العملية وذلك باستثمار ماله فى قرض بفائدة مضمون بضمانات عينية كافية . اما الدائـن الذي يدفع له المديـن حقه فلا يتضرر مـن ذلك ، لانه يستوفي حقه كاملا ولا يخسر شيئا . واذا كان هناك دائنون اخرون لاحقون له فى درجة التأمين فهم لا يضارون كذلك . فالدائـن الاول كان سابقا عليهم فى الدرجة وحل محله دائن جديد . فهم لم يتغير مركزهم بالنسبة لما كان عليه قبل الوفاء مع الحلول .

شـــــروط

٦٦٥ ــ ومن قراءة الفقرة الثانية من المادة (٣٨٠) نستنتج انها تشترط لصحة هذا الحلول توافر الشروط التالية :

١ ــ ان يقترض المدين مبلغا من المال لغرض الوفاء بالدين الذي عليه.
٢ــ ان يذكر فى عقد القرض ان المال المقترض قد خصص لوفاء هذا الدين.
٣ ــ ان يكون الاتفاق على الحلول ثابتا فى ورقة رسمية .
٤ ــ ان يذكر فى مخالصة التسديد ان الوفاء كان من هذا المال الذي اقترضه المدين من الدائن الجديد .

والغرض من هذه الشروط الشكلية هو منع التواطؤ بين المدين والدائن على احياء رهن كان قد انقضى . وقد رأينا مثالا على ذلك فى الحلول بالاتفاق مع الدائن . فاذا كان المدين قد وفى الدين فالتأمين العيني الذي كان للدائن بهذا الدين يكون قد انقضى . فاذا كان هناك دائن اخر يأتي فى مرتبة لاحقة فى التأمين فأنه يتقدم ويصبح فى المرتبة الاولى . ومن الممكن أن يتواطأ المدين مع الدائن الاول بعد الوفاء على احلال اجنبي محله ، فيعمدان الى كتابة عقد بالقرض يذكر ان فيه ان هذا الاجنبي هو الذي اقرض المدين المال لوفاء الدين ، ويقدمان تاريخ العقد فيكون سابقا على تاريخ الوفاء . وهكذا يحل الاجنبي (المقرض) فى تأمين عيني كان قد انقضى ، ويتقدم بهذه الصورة على الدائن الذي كان فى المرتبة الثانية بالنسبة للتأمين واصبح فى المرتبة الاولى . فالشرط على ان يكون الاتفاق على الحلول ثابتا فى ورقة رسمية يحول دون هذا التواطؤ .

معارضـــة الدائـــن

٦٦٦ ــ وقد يعارض الدائن فى هذا النوع من الحلول . فى هذه الحالة يستطيع المدين اللجوء الى طريق العرض والايداع . فينذر الدائن بواسطة الكاتب العدل بوجوب تسلم حقه ، ويودع مبلغ الدين بأسمه لدى الكاتب العدل . ويلجأ بعد ذلك الى المحكمة للحصول على حكم بصحة الايداع وبراءة ذمته من الدين .

ولكن اللجوء الى هذا الطريق نادر جدا فى الحياة العملية • ذلك ان الدائن ليس له مصلحة فى المعارضة فى الحلول • وهو يعرف مقدما ان معارضته فى هذا الصدد غير مجدية لان المدين يستطيع اللجوء الى العرض والايداع ، فيتم ذلك رغم ارادته •

موقف القوانين الجرمانية من هذه الشروط

٦٦٧ ــ ولا تشترط القوانين الجرمانية الشروط المتقدمة • فهي تجيز للمدين ان يوفي دائنه ويستبقى عند الوفاء ضمانات هذا الدين قائمة يستطيع الاستفادة منها • فيعطيها لمقرض يقرضه المال بعد هذا الوفاء لقاء هذه الضمانات • ولا ضرر يصيب الدائنين اللاحقين فى الضمان من ذلك ، فهم لم تتغير اوضاعهم وانما تغير عليهم اسم الدائن المتقدم فقط ، وقد كان متقدما عليهم على كل حال • ويسمى ذلك فى هذه القوانين بالشهادات العقارية Cédules Hypothé caires (١)

المقصد الرابع

حكم الوفاء مع الحلول

٦٦٨ ــ حكم الوفاء مع الحلول واحد ، قانونيا كان الحلول او اتفاقيا• وقد نصت على هذا الحكم المادة (٣٨١) من القانون المدني بقولها :«من حل قانونا او اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع• ويكون هذا الحلول بالقدر الذي اداه من حل محل الدائن » • ويمكن تلخيص ذلك بالقاعدتين التاليتين :

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد يتضمن نصا على سبيل الخيرة فى هذا المعنى ، ولكن لجنة المراجعة حذفته واثرت البقاء على التقاليد اللاتينية فى الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع المدين (السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٦٨٥) .

١ ــ يحل الموفي محل الدائــن فى الحق ذاته .

٢ ــ يرجع الموفي على المديــن بقدر ما ادى للدائــن . فلا يشترط فى الوفاء ان يكون كليا ، فهو قد يكون جزئيا .

ونرى كلا مــن هاتين القاعدتين على حده .

القاعدة الاولى ــ حلول الموفي محل الدائن فى الحق ذاته

٦٦٩ ــ بالوفاء يحل الموفي محل الدائــن فى الحق ذاته ، فينتقل اليه هذا الحق بصفاته وتأميناته وتوابعه ودفوعه . فاذا كان الحق تجاريا انتقل الى الموفى بهذه الصفة بما يترتب على ذلك من نتائج . واذا كان الحق ينتج فوائد انتقل الى الموفي منتجا للفوائد بالسعر المتفق عليه . وينتقل مع الحق كذلك دعوى الفسخ والحق فى الحبس . فاذا كان الدين ثمن مبيع ودفعه الموفي الى البائع (الدائــن) ولم يقم المشتري (المدين) بالوفاء فى الوقت المتفق عليه فالموفي يستطيع ان يطلب فسخ البيع واسترداد العين المبيعة . وكذلك الامر اذا كان الدائــن يتمتع بحق حبس عين تعود للمدين ، فأن حقه فى الحبس هذا ينتقل الى الموفي ، ويستطيع هذا الاخير ان يحبس العين حتى يقوم المدين بوفاء الدين .

وينتقل مع الحق كذلك ما يضمنه من تأمينات عينيــة كالرهــن ، او شخصية كالكفالة . والا يستطيع الكفيل ان يعترض على تغير الدائن ، لان الذي يؤخذ بنظر الاعتبار عند الكفالة انما هو شخص المدين لا شخــص الدائن . ويعتبر فى حكم التأمينات الشخصية التضامــن وعدم قابلية الالتزام للانقسام . فاذا كان هناك مدينون متضامنون ، او كان هنــاك مدينون متعددون وكان الالتزام غير قابل للانقسام ، فالموفي يستطيع ، كما كان الدائن يستطيع ، ان يرجع على اي مديــن متضامن ، او على اي مديــن فى الالتزام غير القابل للانقسام ، بكل الديــن .

وينتقل مع الحق كذلك الدفوع التي كان بامكان المدين ان يدفع بهــا مطالبة الدائــن ، كالدفع بالمقاصة والبطلان وانقضاء الديــن لسبب مــن الاسباب . ويجوز للمديــن كذلك آن يدفع مطالبة الموفي بان الحق معلــق

على شرط واقف لم يتحقق ، او على شرط فاسخ تحقق ، او بأنه مؤجل ولما يحل الاجل .

اعتراض ورد

٦٧٠ ــ قد يعترض على القول بأن الدين ينتقل الى الموفي بصفاته وتأميناته ودفوعه بأنه اذا كان سبب الدين قد تغير فان معنى ذلك ان الدين السابق قد انقضى وانقضت معه صفاته وتأميناته ودفوعه ، فكيف تنتقل هذه الصفات والتأمينات والدفوع الى الدين الجديد ، مع ان القاعدة الكلية تقرر بأن « تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات » ؟ يمكن الرد على هذا الاعتراض بأن هذه الامور تنتقل بنص القانون . فالمشرع هو الذي قرر انتقالها لاعتبارات ترجع للعدالة وتسهيل المعاملات .

استثناء ــ عدم انتقال الدفوع فى الحلول بالاتفاق مع المدين

٦٧١ ــ ونلفت النظر هنا الى حقيقة غابت عن انظار الفقهاء ، وهي تتعلق بانتقال الدفوع . فهم يقولون بان الدفوع التي كان بامكان المدين التمسك بها تجاه الدائن يستطيع التمسك بها قبل الموفي . وهذا القول غير صحيح على اطلاقه . فالدفوع لا تنتقل ضد الموفي الا في الحلول القانوني والحلول بالاتفاق مع الدائن . اما فى الحلول بالاتفاق مع المدين فليس لهذا الاخير التمسك تجاه الموفى بالدفوع التي كان بأمكانه التمسك بها قبل الدائن، وذلك لان مصدر الدين قد تغير . فبعد ان كان الدين ناشئا عن بيع او ايجار او كسب دون سبب او عمل غير مشروع ، الخ .. اصبح ناشئا عن عقد قرض . واذا كان للمدين دفوع يمكنه التمسك بها قبل الموفي فهي الدفوع الناشئة عن عقد القرض فقط .

ولم ينتبه المشرع العراقي الى هذه الناحية ، فجاءت المادة (٣٨١) منه مطلقة ، ولم يستثن من ذلك الحالة التي نحن بصددها . فقد نصت هذه المادة على أن : « من حل قانونا او اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع .....» .

القاعدة الثانية ـ لايشترط فى الحلول ان يكون كاملا (الحلول الجزئي)

٦٧٢ ـ الاصل فى الوفاء ان يكون كاملا . ولكن ذلك ليس بالامر الضروري ، فهو قد يكون جزئيا . فقد يقتصر الموفي على الوفاء بجزء من الدين ، وقد يكون الوفاء كاملا ولكن الرجوع لا يكون بكل الدين . ويتحقق ذلك فى الصور التالية :

١ ـ ان يقتصر الموفي على الوفاء بجزء من الدين ، لا الدين كله . مثال ذلك ما اذا كان على شخص دين مقداره (١٠٠٠) دينار مقسط الى قسطين مقدار كل قسط (٥٠٠) دينار وحل اجل القسط الاول ولم يكن لديه المال الكافي للوفاء ، فقام احد اصدقائه بالوفاء عنه . فى هذه الحالة يحل الموفي محل الدائن فى نصف الدين ، ويبقى الدائن دائنا بالنصف الاخر .

٢ ـ اذا كان الموفي مدينا متضامنا ، او مدينا فى دين غير قابل للانقسام ، او كفيلا متضامنا ، ووفى الدين ، فلا يرجع فى هذه الحالة على المدينين المتضامنين الاخرين ، ولا على المدينين فى الدين غير القابل للانقسام ، ولا على الكفلاء المتضامنين ، الا بقدر حصة كل منهم فى الدين . بامكان الدائن فى الحالات المتقدمة ان يرجع على كل من الاشخاص المذكورين بكل الدين ، واذا وفى احدهم الدين حل محل الدائن فى الدين كله ، ولكن رجوع الموفي من هؤلاء لا يكون بكل الدين . فالوفاء كان بكل الدين ، اما الرجوع فقد تجزأ . والسبب فى ذلك هو اننا لو اجزنا للموفي من الاشخاص المتقدم ذكرهم ان يرجع على اي من الاخرين بكل الدين ، بعد استنزال حصته طبعا ، فأن معنى ذلك ان يكون للموفي الرجوع على اي من الاخرين بكل الدين كذلك ، وهكذا يتكرر الرجوع بكل الدين ، بعد خصم حصة الموفي . فتجنبا لتكرر الرجوع بكل الدين قصر حق الموفي من هؤلاء على الرجوع على كل من الباقين بحصته فقط ، على ان يتحمل الجميع بالطبع حصة المعسر منهم .

رجوع الموفي على المدين بما اده فعلا للدائن لا بكل الدين

٦٧٣ ــ اذا قبل الدائن الوفاء بجزء من الدين واحل الموفي محله فى الدين كله واراد هذا الاخير الرجوع على المدين فلا يرجع عليه الا بما اداه فعلا للدائن لا بكل الدين . فالذي يستفيد من الفرق انما هو المدين لا الموفي . مثال ذلك ما اذا كان مقدار الدين (١٠٠٠) دينار وقبل الدائن من الموفي (٨٠٠) دينار واحله محله فى الالف كلها واراد الموفي الرجوع على المدين ، فلا يرجع عليه بـ (١٠٠٠) دينار بل بـ (٨٠٠) ، وهو ما اداه فعلا الى الدائن . وهذا فرق جوهري بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق . فقد سبق ان رأينا ان المحال له فى حوالة الحق يرجع على المحال عليه بكل الدين لا بما اداه فعلا . والسبب فى هذا الفرق هو ان الوفاء مع الحلول لا يتضمن معنى المضاربة . فالموفي حين يدفع للدائن حقه لا يقصد المضاربة بل اسداء خدمة له او استثمار ماله فى مورد امين ، او دفع لانه كان ملزما بالدين مع المدين او ملزما بالوفاء عنه . بعكس المحال له فى حواله الحق ، فهو يقصد المضاربة دائما عندما تكون الحوالة بعوض .

تقدم الدائن فى الرجوع على المدين فى الوفاء الجزئي

٦٧٤ ــ اذا دفع الموفي جزء من الدين واستبقى الدائن لنفسه الجزء الباقي ، وعند الرجوع على المدين لم يكف ما عنده للوفاء بكل الدين ، فالدائن يتقدم على الموفي فى الحصول على حقه ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك . فاذا كان للشخص على اخر دين مقداره (١٠٠٠) دينار ، وكان هذا الدين مضمونا برهن على عقار ، ودفع الموفي الى الدائن (٥٠٠) دينار ، فى هذه الحالة يصبح على العقار رهنان كل منهما بـ (٥٠٠) دينار . فاذا بيع العقار ولم يزد ثمنه على (٨٠٠) دينار ، فالدائن يتقدم على الموفي فى ستيفاء حقه ، فيحصل اولا على (٥٠٠) وما يبقى بعد ذلك ، ومقداره (٣٠٠) دينار ، يأخذه الموفي . كل ذلك ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك . فيجوز ان يتفق الدائن والموفي على ان يتقدم الموفي على الدائن فى استيفاء حقه

او على تساويهما فى الرجوع واقتسامهما مال المدين قسمة غرماء . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣٨٢) مدني بقولها : « اذا وفى غير المدين الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقي له من حق مقدما على من وفاه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » .

الرجوع فى حالة عدم وجود تأمين

٦٧٥ ــ سبق ان قلنا ان امام الموفي دعويين فى الرجوع على المدين : دعوى شخصية هي دعوى الوكالة او دعوى الكسب دون سبب ، ودعوى الحلول . ودعوى الحلول لا توجد الا اذا كان هناك تأمين عيني يضمن للدائن الحصول على حقه ، فيحل الموفي محله فى هذا التأمين . فان لم يكن هناك تأمين عيني لم يكن هناك حلول ، ويصبح كل من الدائن والموفي مجرد دائن عادي . ولكن هل يبقى الدائن متقدما على الموفي بجزء من الدين فى استيفاء ما بقي له من حق ، وذلك تطبيقا لنص الفقرة الاولى من المادة (٣٨٢) المتقدمة ؟ الجواب عن هذا السؤال يجب ان يكون بالسلب ، بالرغم من عموم نص الفقرة المتقدمة واطلاقه . ذلك ان الدائن انما يتقدم على الموفي بجزء من الدين بماله من تأمين عيني ، فاذا لم يكن له هذا التأمين كان دائنا عاديا ، ويرجع عندئذ هو والموفي على الضمان العام الذي هو ذمة المدين المالية . وقد سبق ان رأينا ، عند الكلام عن هذا الضمان ، ان الدائنين يتساوون فى الرجوع عليه ، فلا يفضل احدهم على الاخر .

وينطبق ما تقدم اذا لم يكن هناك الا ضمان شخصي ، اي كفالة . فيتساوى الموفي بجزء من الدين والدائن فى الرجوع على الكفيل ، لانهما يكونان فى هذه الحالة دائنين عاديين بالنسبة للكفيل ، فيرجعان على ذمته المالية ولا يتقدم احدهما على الاخر .

تساوي الموفين فى الرجوع على المدين

٦٧٦ ــ اذا كان الاصل ان يتقدم الدائن على الموفي بجزء من الدين

فى الرجوع على المدين ، الا ان ذلك لا ينطبق بالنسبة لموفى ثان دفع للدائن الجزء الاخر من الدين . فاذا كان مقدار الدين (١٠٠٠) دينار ودفع شخص للدائن (٥٠٠) ، فالدائن يتقدم ، فى الاصل ، على الموفي فى استيفاء الـ (٥٠٠) الاخرى . ولكن اذا دفع شخص اخر للدائن الـ (٥٠٠) الاخرى فان هذا الموفي الثاني لايتقدم على الموفي الاول في الرجوع على المدين ، بل يتساويان فى الرجوع ويقتسمان اموال المدين قسمة غرماء . وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٣٨٢) مدني بقولها : « واذا حل شخص اخر محل الدائن فيما بقي له من حق رجع من حل اخيرا هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء ».

المقصد الخامس

التكييف القانوني للحلول

صعوبة تكييف الحلول من الناحية النظرية

٦٧٧ ــ لما كان الوفاء طريقا من طرق انقضاء الحق ، فالقول بانتقال الحق عن طريق الوفاء امر يصعب قبوله من الناحية النظرية . فاذا كان الموفي قد وفى الدائن حقه ، فكيف يمكن القول بعد ذلك بان هذا الحق قد انتقل الى الموفي بصفاته وتأميناته ودفوعه !؟ المنطق القانوني يقضي بان الوفاء ينهي الدين نهائيا ، فتبرأ منه ذمة المدين وتبرأ كذلك من توابعه وتأميناته ودفوعه . فالقول بانتقال الحق الى الموفي معناه انقضاء الحق وبقاؤه فى آن واحد . وهذا تناقض ذلك ان البقاء والانقضاء نقيضان ، والنقيضان امران وجودي وعدمي ، اي عدمي لذلك الوجودي . فالبقاء وجود ، والانقضاء عدمه . والنقيضان لا يجتمعان ولا يرتفعان ، فلا يمكن ان يكون الشيء نفسه فى وقت واحد موجودا وغير موجود ، او لا هو موجود ولا هو غير موجود .

ازاء هذه الصعوبات وضع الفقهاء عدة نظريات . فذهب بعضهم الى القول بان الحق ينقضي ولكن التأمينات تبقى . وذهب اخرون الى بقاء الحق

على اساس من الافتراض القانوني . ويذهب الفقه الحديث الى القول بأن الوفاء مع الحلول عملية مركبة : فهو وفاء للحق من جانب الدائن ، وانتقاله من جانب المدين . وتقول فيما يلي كلمة موجزة عن كل من هذه النظريات الثلاث .

النظرية الاولى ـ انقضاء الحق وبقاء التأمينات

٦٧٨ ـ ذهب فريق من الفقهاء الى ان الحق قد انقضى بالوفاء ، ولكن التأمينات تبقى . والذي يستبقيها انما هو القانون ، وذلك لينقلها الى حق الموفي فى الرجوع على المدين بما وفاه من دينه . فكأن دعوى الحلول فى هذه النظرية هي نفسها الدعوى الشخصية التي يرجع بها الموفي على المدين ، وانما نقل القانون اليها التأمينات التي تكفل حق الدائن بعد انقضاء هذا الحق بالوفاء(١) . وقد اعترض على هذا الرأي بانه اذا كان الحق ينقضي بالوفاء ، فالمنطق يقضي بانقضاء تأمينات هذا الحق ايضا . فالتابع تابع كما تقول القاعدة الكلية .

النظرية الثانية ـ بقاء الحق وانتقاله الى الموفي

٦٧٩ ـ امام الاعتراض الموجه الى النظرية السابقة ذهب فريق اخر من الفقهاء الى القول بأن الحق لاينقضي بل ينتقل الى الموفي بتأميناته وصفاته ودفوعه . اما كيف يبقى الحق بعد الوفاء فيفسره هذا الفريق على اساس من الافتراض القانوني . فالقانون يفترض بقاء الحق وانتقاله الى الموفي . ويعترض على هذا الرأي بأن القول بالافتراض يصح فى القانون الروماني ، اما فى القانون الحديث ، حيث يستطيع المشرع ان يفرض ارادته ، فهو ليس بتعليل كاف . ونحن لا نلجأ الى الافتراض الا حين يعوزنا الدليل العقلي والمنطقي لتبرير قاعدة قانونية موجودة .

---

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٤٠٣ .

النظرية الحديثة ـ الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة للدائن وانتقاله بالنسبة للمدين

٦٨٠ ـ وقد هجر الفقه الحديث اللجوء الى فكرة الافتراض القانوني لتعليل بقاء الحق بعد الوفاء . فهو يذهب الى القول بان الوفاء مع الحلول عملية مركبة ويحللها الى عناصرها الاولية . فهو وفاء للحق من جهة الدائن ، وانتقاله من جانب المدين .

١ ـ فهو وفاء للحق بالنسبة للدائن لانه يستوفي حقه من الموفي . وبذلك ينقضي الحق بالنسبة له .

٢ ـ وهو انتقال للحق بالنسبة للمدين . فالمدين لم يوف الحق بنفسه، بل وفاه عنه غيره ، فلا ينقضي بالنسبة له بل ينتقل الى الموفي ، لانه هو الذي وفى الحق ، على ان يحل محل الدائن فيه .

هذا الرأي هو الذي ساد فى الفقه الحديث ، وهو الذي يتلاءم اكثر من غيره مع وظيفة الوفاء مع الحلول ومع الغرض الذي يراد الوصول اليه بواسطته .

المقصد السادس

مقارنة بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق

٦٨١ ـ رأينا فى المقصد السابق ان الرأي السائد فى الفقه الحديث يذهب الى ان الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة للدائن وانتقال له بالنسبة للمدين، اي حوالة حق . وهذا ما دعى بعض الفقهاء المعاصرين(١) الى القول بان الوفاء وحوالة الحق اللذين يتضمنهما الوفاء مع الحلول انما هما وفاء وحوالة حق من نوع خاص Sui generis . والحقيقة ان بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق اوجه شبه كثيرة ، بحيث ان الفقهاء القدامى اعتبروا الوفاء مع الحلول طريقا من طرق حوالة الحق . ففي كلا النظامين يحل دائن جديد محل دائن قديم ، وينتقل الحق الى الدائن الجديد بصفاته وتأميناته ودفوعه .

---

(١) دي باج ، ج ٣ ف ٥٥٤ .

ولكن بين النظامين ، بالرغم من اوجه الشبه بينهما ، فرقا جوهريا هو ان المحال له فى حوالة الحق مضارب يبغي دائما تحقيق كسب من وراء شراء الحق بأقل من قيمته ، بينما الموفي فى الوفاء مع الحلول لا يبغي ذلك . فهو اما ان يكون ملزما بالدين مع المدين او ملزما بوفائه عنه ، او هو شخص يبغي تقديم خدمة لصديق فى حاجة الى المساعدة تجاه دائن يريد التنفيذ بحقه ، وهذا فى الحلول بالاتفاق مع المدين . صحيح ان الموفي اذ كان يتقاضى فوائد ، فى الحلول بالاتفاق مع المدين ، فأنه يبغي تحقيق كسب من وراء الوفاء وفى هذه الحالة يقترب الوفاء مع الحلول كثيرا من حوالة الحق . الا انه يبقى بينهما ، بالرغم من ذلك ، فرق مهم ، هو ان الكسب الذي يحققه المحال له فى حوالة الحق يقوم فى الفرق بين قيمة الحق الحقيقية وما دفعه ثمنا لهذا الحق ، اما فى الوفاء مع الحلول فالكسب الذي يحققه الموفي فى حالة وجود فوائد يتمثل فى فوائد المبلغ الذي دفعه وفاء للدين . ولا يخفى ان هذه الفوائد يجب الا تتجاوز الحد الذي يقرره القانون .

٦٨٢ ــ ويترتب على هذا الفرق بين حوالة الحق والوفاء مع الحلول ــ وهو ان المحال له مضارب دائما بينما الموفي ليس كذلك ــ فرق من حيث الرجوع : ما يرجع به الموفي على المدين فى الوفاء مع الحلول وما يرجع به المحال له على المحال عليه فى حوالة الحق ، ورجوع الموفي على الدائن فى الوفاء مع الحلول فى حالة عدم وجود الحق به ورجوع المحال له على المحيل فى حوالة الحق فى حالة عدم وجود الحق المحال به . وهناك فرق بين الوفاء مع الحلول فى حالة عدم وجود الحق الموفى به ورجوع المحال له على حيث الدعوى التي يرجع بها كل من الموفي والمحال له . ونرى كلا من ذلك على حدة .

اولا ــ الفرق من حيث شروط الانعقاد والنفاذ

٦٨٣ ــ سبق ان رأينا أن رضاء الدائن لا بد منه لانعقاد حوالة الحق ، فهي تتم باتفاق بينه وبين المحال له . اما الوفاء مع الحلول ، فيمكن ان يتم

برضاء الدائن وبغير رضائه . ويمكن ان يتم كذلك بدون رضاء كل من الدائن والمدين ، وذلك فى الحلول القانوني .

وسبق ان رأينا كذلك ان حوالة الحق لا تنفذ فى حق المحال عليه (المدين)، وفى حق الغير ، الا باعلانه بها او قبوله لها . اما الوفاء مع الحلول ، فينفذ فى حق المدين وفى حق الغير بمجرد اتفاق الدائن والموفي فى الحلول بالاتفاق مع الدائن ، وبنص القانون فى الحلول القانوني ، ولا حاجة الى اي اجراء اخر . الا ان الحيطة تقتضي من الموفي فى الحلول بالاتفاق مع الدائن ان يخطر المدين بأنه وفى الدين وبان الدين قد انتقل اليه ، لئلا يقوم بالوفاء للدائن قبل علمه بالوفاء السابق ، فلا يعود فى استطاعة الموفي عندئذ، اي اذا وفى المدين الدين للدائن قبل علمه بالوفاء ، الا الرجوع على الدائن .

ثانيا ـ الفرق من حيث الرجوع

٦٨٤ ـ لما كان المحال له مضاربا يشتري الحق المحال به بقصد تحقيق كسب ، فهو يرجع على المحال عليه بقيمة الدين الاسمية ، ولو كان ما اداه اقل من هذه القيمة . اما الموفي فى الوفاء مع الحلول ، فلما لم يكن عنده هذا القصد فهو لا يرجع على المدين الا بما اداه فعلا للدائن(١). ويترتب على هذا الفرق فى الغرض الذي يرمي اليه كل من المحال له فى حوالة الحق والموفي فى الوفاء مع الحلول فرق اخر يتعلق برجوع المحال له او الموفي على المحيل او الدائن فى حالة عدم وجود لحق المحال به او الحق الموفى . فالمحال له يرجع على المحيل بالضمان ، فيطالبه بالفوائد عن المبلغ الذي دفعه اليه . اما الموفي فيرجع على الدائن بدعوى استرداد ما دفع دون حق . ويترتب على ذلك ان الموفي لا يستطيع مطالبة الدائن بالفوائد الا اذا كان سيء النية ،

---

(١) ويذهب القضاء الى انه لاجل التمييز بين الوفاء مع الحلول وبين حوالة الحق ، يجب الرجوع الى غرض من تعامل مع الدائن . فان كان غرضه اداء خدمة للمدين بوفاء دينه فهذا هو الوفاء مع الحلول . وان ظهر من ظروف الدعوى انه لم يكن يرمي الى هذا الغرض ، وجب اعتبار العقد حوالة حق (السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٧٠٥ ، هامش ، مع الاحكام المشار اليها هناك).

وعندئذ يرجع عليه بالتعويض عن الضرر الذي اصابه نتيجة عدم وجود الحق الموفى .

ثالثا ـ الفرق من حيث الدعوى التي يرجع بها كل من المحال له والموفى

٦٨٥ ـ سبق ان رأينا عند دراستنا لعلاقة المحال له بالمحيل فى حوالة الحق ان المحال له ليس له من دعوى ضد المحال عليه الا دعوى الحق المحال به الذي انتقل اليه . اما الموفي فى الوفاء مع الحلول فامامه دعويان : دعوى الحلول ، والدعوى الشخصية التي تقوم على اساس من الوكالة او الكسب دون سبب . ولكل من هاتين الدعويين ميزات على الاخرى . فاذا رجع الموفي بدعوى الحلول فانه يتمتع بجميع ضمانات الحق الذي وفاه ، عينية كانت هذه الضمانات او شخصية . وينتقل اليه الحق كذلك بصفاته وتوابعه ودفوعه . وقد سبق ان رأينا معنى ذلك .

ولكن اذا كان لدعوى الحلول هذه الميزة ، فان للدعوى الشخصية ميزات تجعل الرجوع بها فى بعض الاحيان افضل للموفي من الرجوع بدعوى الحلول . فمن هذه الميزات :

١ ـ اذا كان الدين الذي وفاه الموفي غير منتج لفوائد فالرجوع بالدعوى الشخصية على اساس من الوكالة يمكنه من المطالبة بالفوائد القانونية من حين الدفع .

٢ ـ اذا كان التقادم قد بدأ يسري على الحق قبل الوفاء فأنه يستمر فى السريان بعد الوفاء ، فاذا رجع الموفي بدعوى الحلول كان معرضا لخطر اكتمال التقادم . اما الدعوى الشخصية فالتقادم لا يبدأ بالسريان عليها الا من حين الوفاء . لذلك من مصلحة الموفي ان يرجع بالدعوى الشخصية .

المقصد السابع

الوفاء مع الحلول في الفقه الاسلامي

٦٨٦ ــ بعد هذا العرض الموجز للوفاء مع الحلول فى الفقه الغربي والقانون المدني العراقي نتوقف قليلا لنرى موقف الفقه الاسلامي منه .

سبق ان قلنا فى مناسبات متعددة ان هذا الفقه له لغته الفقهية واصطلاحاته الخاصة به . فهو لا يعرف اغلب المصطلحات التي يستعملها الفقه الغربي ، ولكن ذلك لا يعني انه يجهل الفكرة التي تعبر عنها هذه المصطلحات . وقد كانت طريقتنا فى تقرير ما اذا كان الفقه الاسلامي يعرف الافكار التي تعبر عنها اصطلاحات الفقه الغربي تقوم فى استعراض اقوال وعبارات من الفقه الاسلامي تتضمن الافكار التي تعبر عنها المصطلحات التي يستعملها الفقهاء الغربيون . ففيما يتعلق بالوفاء مع الحلول ، هناك مسألة فى المذهب المالكي تسمى بـ « قلب الرهن» ، وهي تقابل الوفاء مع الحلول . ومؤدي ذلك ان يكون بيد انسان رهن فى دين مؤجل ويحتاج الى دينه قبل الاجل فيبيعه بما يباع به ، ويحل المشتري للدين محل بائعه فى حقوقه فى الرهن . ويجري كتابه هذا التفرغ فى ظهر وثيقة الدين(١) . فهذه المسألة تقابل تماما ما رأيناه فى الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع الدائن . وكل ما هنالك من فرق بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي هو ان الفقه الاسلامي يسمى العملية « بيعا» ، بينما يسميها الفقه الغربي «وفاء مع الحلول» اما النتائج التي نصل اليها فواحدة ، وهي حلول الموفي او المشتري محل الدائن او البائع فى حقوقه فى الرهن .

---

(١) البهجة فى شرح التحفة ، ج٢ ، ص ٤٧ ــ ٤٨ ، نقلا عن الدكتور المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ج٢ ، ١٩٤٨ ، ص ٣٤٥ .

المبحث الثاني

لمن يكون الوفاء

مسائل ثلاث

٦٨٧ ــ لكي يكون الوفاء صحيحا مبرئا يجب ان يتم للدائن او نائبه . وقد يتم الوفاء لا للدائن ولا لنائبه ، اي لشخص لا صفة له فى استيفاء الدين، ومع ذلك يكون صحيحا مبرئا لذمة المدين . وقد يتعذر الوفاء للدائن ، وفى هذه الحالة يستطيع المدين القيام بالعرض والايداع .

يخلص لنا مما تقدم ان هناك مسائل ثلاث تتطلب البحث ، وهي :

١ ــ الوفاء للدائن او نائبه .

٢ ــ الوفاء لشخص لا صفة له فى استيفاء الدين .

٣ ــ العرض والايداع .

ونرى كلا من ذلك فى مطلب مستقل .

المطلب الاول

الوفاء للدائن أو نائبه

المقصود بالدائن

٦٨٨ ــ الاصل فى الوفاء ان يتم للدائن ، فهو صاحب الحق وهو الذي له الحق فى استيفائه . والمقصود بالدائن هنا هو من يملك الدين وقت الاستيفاء لا وقت نشوء الدين . فقد ينشأ الدين لشخص ولكنه يكون لشخص اخر بعد ذلك ، كما لو احاله الدائن ، او وفاه شخص غير المدين وحل محل الدائن فى الدين ، او مات الدائن وخلفه ورثته فى الحق ، الخ ..

شروط صحة الوفاء للدائن

٦٨٩ ــ ويشترط لصحة الوفاء للدائن وبراءة ذمة المدين من الدين ان يكون الدائن متمتعا باهلية استيفاء الحق ، اي بأهلية الاداء .

ذلك ان استيفاء الحق عبارة عن تصرف فيه ، فيجب ان تتوافر فى المستوفي اهلية استيفاء الحق ، وهذه هي اهلية الاداء . فان لم يكن الدائن متمتعا بهذه الاهلية عند الوفاء ، بان كان قاصرا او محجورا ، لم يكن الوفاء صحيحا ، ولا تبرأ ذمة المدين من الدين . فاذا صرف الدائن ما قبضه فى ما لا يعود عليه بنفع الزم المدين بالوفاء مرة ثانية . فقد كان يجب عليه ان يعلم ان الوفاء يجب الا يتم لناقص الاهلية . وهناك مثل فى الفقه الفرنسي يقول : « من اساء الوفاء وفى مرتين »

Qui paye mal paye deux fois

استثناء

٦٩٠ ــ اذا كان الاصل ان الوفاء لناقص الاهلية لا يعتبر صحيحا مبرئا للذمة ، الا انه يعتبر صحيحا فى الحالتين التاليتين :

١ ــ اذا اجاز الدائن الوفاء بعد بلوغه سن الرشد او رفع الحجر عنه . فالاجازة فى هذه الحالة تعتبر وكالة سابقة .

٢ ــ اذا عاد الوفاء بنفع على الدائن . فيصح الوفاء فى هذه الحالة بقدر المنفعة التي عادت على الدائن من الوفاء ، ويبطل بالنسبة للباقي . فلو فرضنا ان مقدار الدين كان (١٠٠٠) دينار ، وبعد ان قبضه الدائن اشترى دارا بـ (٨٠٠) دينار وملابس بـ (٥٠) دينارا ، وبذر الباقي . فى هذه الحالة يصح الوفاء لحد (٨٥٠) دينارا ويبطل بالنسبة للمائة وخمسين دينارا الباقية .

الوفاء لنائب الدائن

٦٩١ ــ سبق ان عرفنا النيابة(١) بانها حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل فى انشاء تصرف قانوني مع انصراف اثر هذا التصرف الى شخص الاصيل لا الى شخص النائب ، ورأينا ان لها ثلاثة مصادر : القانون والاتفاق والقضاء .

---

(١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ١٢٨ .

٦٩٢ ــ فالنيابة تكون قانونية فى الحالات التي يكون الاصيل فيها قاصرا او محجورا • وفيما يتعلق بالوفاء ، اذا كان الدائن قاصرا او محجورا لجنون او عته ناب عنه وليه فى كل الاعمال والتصرفات القانونية ، ومنها استيفاء ماله من حقوق فى ذمة الغير ، فيجب على المدين الا يوفي الدين الى الدائن نفسه ، بل الى وليه •

٦٩٣ ــ والنيابة الاتفاقية هي الوكالة • فيستطيع الدائن ان يوكل عنه شخصا اخر فى قبض ماله من حقوق لدى الغير • ويعتبر الوفاء للوكيل صحيحا مبرئا لذمة المدين • والوكالة نوعان : عامة وخاصة • فالوكالة العامة تتضمن اعمال الادارة بما فيها قبض الديون • والوكالة الخاصة هي التي تتم لاجراء عمل قانوني معين ، كبيع او ايجار • فالوكالة بالبيع لا تتضمن وكالة بقبض الثمن ، وكذلك الوكالة بالايجار لا تتضمن وكالة بقبض الاجرة •

٦٩٤ ــ وقد يكون القضاء هو مصدر النيابة ، كما فى الوصي المنصوب والقيم ووكيل التفليسه • فاذا لم يكن للقاصر ولي ولا وصي مختار نصب له القاضي وصيا • ويعين القاضي قيما للشخص الذي يصاب بجنون او عته ولم يكن له ولي طبيعي ، اي اب او جد ، وكذلك للشخص الذي يصاب بسفه او غفلة • فالوفاء بالحقوق التي لهؤلاء الاشخاص فى ذمة الغير يجب الا يتم لهم بالذات ، بل للوصي او القيم الذي تعينه المحكمة •

واذا اعلن افلاس تاجر عينت المحكمة وكيلا للتفليسة يكون له قبض الحقوق التي للمفلس على الغير واداء الديون التي عليه • ويسمى هذا الوكيل بـ « السنديك » • فالسنديك يعتبر نائبا عن المفلس فى قبض حقوقه ويعتبر الوفاء له صحيحا مبرئا للذمة •

٦٩٥ ــ وقد نصت على الاحكام المتقدمة المادة (٣٨٣) مدني بقولها :

« ١ ــ يصح دفع الدين للدائن او وكيله ان كان غير محجور، فان كان محجورا فلا يصح دفع الدين اليه بل يدفع لمن له حق قبضه من ولي او وصي او قيم •

٢ ــ فأن دفع المدين الدين الى الدائن المحجور فلا يعتبر دفعه ولاتبرأ ذمتـــه من الدين بل اذا هلك مادفعه او ضاع من المحجور فللولي او الوصي او القيم مطالبه المدين بالدين ».

المطلب الثاني

الوفاء لشخص لا صفة له في استيفاء الدين

اصل واستثناءات

٦٩٦ ــ تقضي المادة (٣٨٤) مدني بانه :«اذا كان الوفاء لشخص غير الدائـــن او نائبه (١) فلا تبرأ ذمة المدين مـــن الديـــن الا اذا اقر الدائـــن هذا الوفاء او تم الوفاء بحســـن نية لشخص كان الديـــن له ظاهرا(٢) كالوارث الظاهر » . ومعنى هذا النص ان مـــن تم له الوفاء اذا لم يكـــن الدائـــن ولا نائبه فالوفاء لا يكون صحيحا ولا تبرأ ذمة المدين من الدين. ولكـــن النص استثنى من ذلك الحالتين التاليتين :

١ ــ اذا اقر الدائـــن هذا الوفاء .

٢ ــ اذا تم الوفاء بحســـن نية لشخص كان الدين له فى الظاهر لا حقيقة، اي للدائن الظاهر .

وهناك حالة ثالثة يتم فيها الوفاء لا للدائـــن ولا لنائبه ومع ذلك يكون صحيحا ، وهي حالة ما اذا حجز دائن للدائن على ما لمدين مدينه (مدين الدائن) لدى الغير الذي هو المدين .

ونرى كلا مـــن هذه الحالات على حدة .

---

(١) يلاحظ على النص ركالة التعبير . وخير منه : « اذا تم الوفاء لغير الدائن او نائبه ... ».

(٢) كلمة « ظاهرا » هذه كان يجب ان تكون : «فى الظاهر » . ذلك انها خبر « كان » ، والجملة خبرية ، فتؤخذ (الكلمة) بمعناها الحقيقي . فيكون معنى النص : « ... لشخص كان له الدين واضحا ... » اي مؤكدا ، او ما فى معناه . ونحن نقترح النص التالي : (... لشخص كان له الدين فى الظاهر لا حقيقة ... » .

الحالة الاولى ـ اقرار الدائن للوفاء

٦٩٧ ـ اذا دفع المدين الدين الى شخص يعلم انه ليس هو الدائن ولا نائبه فوفاؤه غير صحيح ، ولا تبرأ ذمته الا اذا اقر الدائن هذا الوفاء. ولكن كيف يحصل ان يدفع المدين الى شخص يعلم انه ليس هو الدائن ولا نائبه ؟ من الممكن ان يحدث ذلك اذا كان بين الدائن ومن دفع له المدين الدين علاقة قرابة او عمل ، كما اذا كان القابض ابن الدائن او قريبا له او مستخدما عنده او وكيلا انتهت وكالته او عزل عن الوكالة وكان ينبغي على المدين ان يعلم بذلك . فى هذه الحالة يعتبر القابض فضوليا . فاذا اقر الدائن القبض اعتبر ذلك اجازة منه لعمل الفضولي ، والاجازة اللاحقة وكالة سابقة . فينقلب الفضولي وكيلا من حين القبض ، وذلك بفعل الاثر الرجعي للاقرار او الاجازة .

الحالة الثانية ـ الوفاء للدائن الظاهر

٦٩٨ ـ رأينا فى مناسبات عديدة ان حرص المشرع على استقرار المعاملات جعله يأخذ الظاهر الذي اطمأن اليه الناس فى معاملاتهم بنظر الاعتبار ، ويرتب على التصرفات التي تتم استنادا الى هذا الظاهر النتائج القانونية نفسها التي تترتب اذا اتفق هذا الظاهر مع الحقيقة . وقد طبق القانون المدني العراقي نظرية الاوضاع الظاهرة هذه فى الوفاء للدائن الظاهر . والدائن الظاهر هو الذي يوجد الدين فى حيازته ولكنه لا يملكه حقيقة . وقد ضرب القانون مثلا للدائن الظاهر بالوارث الظاهر . والوارث الظاهر هو الذي تؤول اليه التركة ثم يظهر من يحجبه . فقبل ظهور الحاجب اذا قبض الوارث الظاهر الحقوق التي كانت للمتوفى كان قبضه صحيحا ، ويعتبر الوفاء فى هذه الحالة قد تم للدائن الحقيقي .

وهناك صور مختلفة للدائن الظاهر ، منها الموصى له اذا قبض الموصى به ثم ظهر ان الوصية باطلة او ان الموصي كان قد رجع عن وصيته ، فانه يكون هو الدائن ظاهرا عند الوفاء(١).

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم لها صادر فى ٢٣

حيازة الحق وحيازة السند المثبت للحق

٦٩٩ ــ والذي يجعل من الشخص دائنا ظاهرا انما هو حيازة الحق لا حيازة السند المثبت لهذا الحق ، كما اذا عثر شخص على سند بدين وتقدم به الى المدين طالبا الوفاء باعتباره وكيلا للدائن ، او على اساس ان الدائن قد حول له الحق . فى مثل هذه الحالة لا تكفي حيازة السند لتجعل من الحائز دائنا ظاهرا . فيجب على المدين ان يتحقق من صحة ادعاء حامل السند .

استثناء ــ السند لحامله

٧٠٠ ــ ويستثنى مما تقدم السند لحامله . ذلك ان هذا النوع من السندات قد وضع بحيث يكون فى امكان حامله ممارسة حقوق الدائن . فاذا عثر شخص على سند لحامله فان فى استطاعته مطالبة الموقع على السند بالوفاء . فمجرد حمله للسند يجعله يظهر بمظهر المالك ،فيكون دائنا ظاهرا(١).

شروط

٧٠١ ــ ويشترط لصحة الوفاء للدائن الظاهر الشرطان التاليان :

١ ــ ان يكون الموفى له حائزا للحق ، ولا يكفي ان يكون حائزا للسند

حزيران ١٩١٠ بانه : « اذا دفعت الادارة تعويضا عن نزع الملكية الى حائز العقار باعتبار انه المالك ، ولم يكن فى الحقيقة مالكا ، فقد اوفت بالدين الى الدائن الظاهر » . وقضت محكمة الاستئناف الاهلية فى مصر فى حكم لها صادر فى ١١ اذار ١٩٢٨ بانه : « اذا وزعت وزارة الاوقاف ريع وقف معين على المستحقين كل بحسب الحصة التي قررها مفتيها دون ان يصدر اي اعتراض من اصحاب الشأن ، ثم تبين بعد ذلك بحكم شرعي نهائي ان حصة احد المستحقين تزيد عما كان يتناوله ، لم يجز له ان يرجع على الوزارة بقيمة الفرق ، لان هذه القيمة دفعت الى مستحق اخر كان قبل الحكم الشرعي هو الدائن الظاهر » (نقلا عن السنهوري : المرجع السابق ، ص ٧٢٢ . كذلك الموجز ، ص ٥٥٨ ، هامش رقم ٢) .

(١) فال ، السندات لحاملها ، ج١ ، ف ٨ ص ٦ نقلا عن بودري وبارد المرجع السابق ف ١٤٤٦ ، ص ٥٤٠ .

المثبت للحق . وقد رأينا فيما تقدم معنى حيازة الحق والفرق بينها وبين حيازة السند المثبت للحق .

٢ ــ ان يكون الموفي حسن النية . فلا يكفي ان يكون الموفى له حائزا للحق ، بل يجب ان يكون الوفاء قد تم بحسن نية . ومعنى حسن النية هنا هو ان يعتقد الموفي عند الوفاء انه انما يوفي للدائن الحقيقي . فاذا كان المدين يعلم ان الدائن الظاهر ليس دائنا فى الحقيقة ودفع له الدين فانه يكون سيء النية ولا يعتبر وفاؤه صحيحا ، فلا تبرأ ذمته من الدين ويمكن اجباره على الوفاء ثانية .

وحسن النية انما يشترط فى الموفي . فلا يشترط فى الموفى له ان يكون حسن النية هو ايضا . ذلك ان الغاية من اشتراط هذا الشرط انما هي حماية المدين ، ويكفي لتأمين هذه الحماية أن يكون هو نفسه حسن النيه . ولا يهم بعد ذلك ان يكون الدائن الظاهر سيء النيه ، فالدائن الحقيقي سوف يرجع عليه ، حسن النيه كان او سيئها .

ما الحكم اذا عاد الوفاء بمنفعة على الدائن ؟

٧٠٢ ــ تضيف المادة (٣٣٣) من القانون المدني المصري (المقابلة للمادة ٣٨٤ مدني عراقي) الى الحالتين السابقتين ــ اقرار الدائن والوفاء للدائن الظاهر ــ حالة ثالثة هي حالة ما ذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء وبقدر هذه المنفعة . فهل يمكن الاخذ بهذه الحالة فى القانون المدني العراقي ؟ قبل ان نجيب عن هذا السؤال يجب ان نوضحه ببعض الامثلة . يضرب الاستاذ الكبير السنهوري(١) والمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري لهذه الحالة الامثلة التالية :

---

(١) المرجع السابق ، ف ٤٢٣ .

١ ــ اذا كان القابض فضوليا قبض الدين عن الدائن لاسداء خدمة عاجلة له ، ثم دفع له الدين بعد ذلك . فالوفاء يكون صحيحا فى هذه الحالة لان الفضولي يعتبر نائبا عن الدائن .

٢ ــ اذاكان الموفى له قد ادى الدين فعلا للدائن ، فيكون الدائن قد قبض حقه كاملا ، ولاتعود له مصلحة فى التمسك بابطال الوفاء ، فينقلب الوفاء صحيحا ويبرىء ذمة المدين .

٣ ــ لو كان الموفى له دائنا للدائن وقبض الدين استيفاء لحقه فى ذمة الدائن وكان هذا الحق واجب الوفاء فورا ومقدما على غيره من ديون الدائن ، او أدى الموفى له بما استوفاه دينا على الدائن تتوافر فيه هذه لشروط فهنا عادت منفعة على الدائن من الوفاء وذلك بسداد دين فى ذمته واجب السداد فورا ، فتبرأ ذمة المدين بقدر هذه المنفعة .

من الواضح ان الحالتين الاوليين عبارة عن حالة واحدة . فسواء اكان الموفى له فضوليا ام غير فضولي ، فهو ما دام قد ادى الدين فيما بعد الى الدائن فالحكم واحد ، ولا يستطيع الدائن الرجوع على المدين لانه قد قبض حقه فعلا . فلم يبق الا الحالة الاخيرة ، وهي الوفاء لدائن الدائن . فهل تنطبق هذه الحالة فى القانون المدني العراقي ،وهل يمكننا القول بان المدين اذا دفع الدين لدائن دائنه فان وفاءه يكون صحيحا مبرئا لذمته؟ يذهب الاستاذان السنهوري وحسن علي الذنون الى ذلك . فيقول الاستاذ السنهوري « بامكان تطبيق قواعد الاثراء بلا سبب فى هذه الحالة ، وهي قواعد اقرها التقنين العراقي »(١). ويضرب الاستاذ الذنون على ذلك مثلين احدهما ان يفي شخص لغير الدائن فيقوم هذا الشخص الذي استلم الدين بدفعه الى الدائن الحقيقي ، والاخر ان يكون على شخص قرض من غير فائدة ويكون دائنه مدينا لشخص اخر بدين مساوله تنشأ عنه فائدة فيفي المدين لدائن دائنه بما عليه ، فينقضي بهذا التزام دائنه . ويضيف الاستاذ

---

(١) المرجع السابق ، ص ٧١٨ ، هامش رقم ٢ .

الذنون الى ذلك قوله ان « لا مصلحة للدائن فى الطعن بعدم صحة الوفاء ويجب ان يعتبر الوفاء مبرئا لذمة المدين »(١) . ونحن لا تتفق مع الاستاذين الفاضلين فى ما يذهبان اليه . فقد سبق ان رأينا(٢) ان القانون المدني العراقي اعتبر من قضى دين الغير بلا امره متبرعا ولم يعطه حق الرجوع على المدين ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٢٣٩) منه بقولها :« اذا قضى احد دين غيره بلا امره سقط الدين عن المدين سواء قبل او لم يقبل ويعتبر الدافع متبرعا لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا امره ..»

الحالة الثالثة ـ الوفاء لدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين

٧٠٣ ـ اذا كان الدائن مدينا بدين مستحق الاداء فان دائنه يستطيع ان يحجز على ماله (لمدينه الدائن) لدى مدينه ، ويسمى ذلك فى اللغة القانونية بـ « حجز ما للمدين لدى الغير » او « الحجز تحت يد المدين » . فاذا حجز دائن الدائن على ما لمدينه (الدائن) لدى مدينه (مدين المدين) لم يعد فى استطاعة هذا الاخير الوفاء لدائنه ، وعليه فى هذه الحالة ان يقوم بالوفاء لدائن دائنه ، اي للحاجز والوفاء فى هذه الحالة صحيح مبريء لذمة المدين ، مع ان دائن الدائن ليس هو الدائن ولا نائبه ، اي هو شخص ليس له صفة فى استيفاء الدين . والحجز تحت يد المدين ، او حجز ما للمدين لدى الغير ، من مسائل قانون المرافعات ، فنكتفي فى شأنه بهذا القدر .

معارضة الغير فى الوفاء

٧٠٤ ـ ومن المسائل التي تعالج مع الحالة الاخيرة معارضة الغير فى الوفاء . ويحصل ذلك فى حالة ضياع السندات والاوراق التجارية وسرقتها، فيطلب المالك الاصلي من المدين عدم الوفاء لحامل هذه السندات والاوراق . وفى هذه الحالة يجب على المدين الامتناع عن الوفاء حتى صدور حكم فى ذلك . وهذه المسألة من مسائل القانون التجاري ، فنكتفي فى شأنها بهذا القدر .

---

(١) احكام الالتزام ١٩٥٤ ، ف ٢٨٨ .
(٢) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ١٠١٣ .

المطلب الثالث

العرض والايداع

تمهيد

٧٠٥ ــ سبق ان رأينا عند الكلام عن التعويض ان المدين اذا لم يقم بتنفيذ التزامه فى الوقت المتفق عليه واراد الدائن ان يحمله نتائج عدم التنفيذ فانه يقوم بأعذاره . وقد سبق ان رأينا هذه النتائج من تحمل تبعه الهلاك وسريان الفوائد وغير ذلك من الامور . فاعذار المدين هو الطريق الذي منحه الشارع للدائن ليحافظ به على حقوقه . ونرى هنا الصورة العكسية ، وهي ان يكون المدين مستعدا للوفاء بالتزامه ولكنه لا يستطيع ذلك اما لان الدائن لا يريد استيفاء ماله بذمة المدين لسبب من الاسباب ، او لانه غائب او محجور وليس هناك من ينوب عنه فى استيفاء حقوقه ، او لانه غير معروف ، كما لو مات ولا يعرف وارثه ، او كان الدين متنازعا عليه بين عدة اشخاص ولا يستطيع المدين ان يقرر من هو الدائن الحقيقي منهم ، او كان الوفاء يتطلب قيام الدائن بعمل معين ورفض الدائن القيام بهذا العمل ، او لغير ذلك من الاسباب . فى مثل هذه الاحوال للمدين مصلحة فى الوفاء بما عليه من دين وتخليص ذمته ، اما لان الدين منتج لفوائد ويريد التخلص منها ، او لان هناك رهنا او كفيلا ويريد ان يفك الرهن او يبرىء الكفيل ، او لغير من ذلك من الاسباب . وقد توقع المشرع حدوث مثل هذه الحالات فنظم حماية المدين حماية كافية . وتقوم هذه الحماية فى اجراء خاص يقوم به المدين فيلقي به تبعة عدم الوفاء على عاتق الدائن . والقيام بهذا الاجراء يتم على مرحلتين هما العرض والايداع . فالعرض هو تنبيه المدين للدائن بأنه مستعد للوفاء بما عليه من دين وان عليه (الدائن) ان يبادر الى استيفائه فى مدة يحددها . والايداع هو قيام المدين بوضع الشيء المدين به فى مكان معين . فاذا تم الايداع وقبله الدائن او صدر حكم بصحته برئت ذمة المدين

لانه يعتبر بمثابة وفاء . فالعرض والايداع يعتبران ، اذن ، بمثابة اعذار للدائن تترتب عليه النتائج التي تترتب على اعذار المدين . وقد نصت على ذلك المادة (٣٨٥) من القانون المدني بقولها : « ١ ــ اذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا ، او اذا رفض القيام بالاعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، او اذا اعلن انه لن يقبل الوفاء فيجوز(١) للمدين ان ينذر الدائن بوجوب استيفاء حقه فى مدة مناسبة يحددها فى الانذار .

٢ ــ ولا يتم اعذار الدائن الا اذا اودع المدين الشيء على ذمة الدائن بعد انقضاء هذه المدة وانذره بهذا الايداع » .

كيف يتم العرض والايداع ؟ مراحل ثلاث

٧٠٦ ــ ولكي ينتج العرض والايداع النتائج التي ينص عليها القانون ، هناك اجراءات يجب على المدين القيام بها . وهذه الاجراءات تمر بثلاث مراحل . فهي تبدأ بأنذار يوجهه المدين للدائن بوجوب استيفاء حقه فى مدة مناسبة يحددها فى الانذار . فاذا لم يجد الانذار فى حمل الدائن على استيفاء حقه انتقل المدين الى المرحلة الثانية وهي مرحلة العرض الحقيقي ، ويتم بايداع الشيء فى مكان معين . والمرحلة الثالثة والاخيرة هي حصول المدين على قبول الدائن للايداع ، او على حكم بصحته . ونرى كلا من هذه المراحل على حدة .

المرحلة الاولى ــ انذار الدائن

٧٠٧ ــ يبدأ المدين ، اذا رفض قبول الوفاء المعروض عليه ، بانذار يوجهه للدائن بوجوب استيفاء حقه فى مدة مناسبة يحددها فى الانذار . ويتم الانذار بواسطة الكاتب العدل . ويشترط لصحة الانذار ان يكون المدين قد عرض على الدائن الوفاء الكامل . فيجب ان يعرض عليه الدين كله ، مع فوائده وملحقاته ، وان يعرضه فى وقت حلوله وفى مكان الوفاء . ولما كان العرض والايداع بمثابة وفاء ، فيجب ان تتوافر فى المدين اهلية الوفاء وفى الدائن

---

(١) الاصح : « جاز » بصيغة الماضي .

اهلية الاستيفاء . وتطبق عندئذ القواعد العامة التي رأيناها عند الكلام عن الوفاء . فاذا قبل الدائن الوفاء المعروض عليه ، او اذعن للانذار الموجه اليه ، سلمه المدين اياه وانتهى كل شيء . واذا اصر على الرفض انتقل المدين الى المرحلة الثانية ، وهي مرحلة الايداع .

الاثار التي تترتب على الانذار

٧٠٨ ـ ويلاحظ ان الانذار الذي يوجهه المدين الى الدائن بوجوب استيفاء حقه لايعتبر بمثابة اعذار ، فلا تترتب عليه اثار هذا الاخير . فلا تنتقل تبعة الهلاك الى الدائن ، ولا يقف سريان الفوائد ، ولا يستطيع المدين مطالبه الدائن بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه نتيجة عدم قيام الاخير باستيفاء حقه في ميعاده . فهذه النتائج لا تترتب الا على الايداع ، كما سنرى .

المرحلة الثانية ـ الايداع

٧٠٩ ـ اذا لم يجد العرض الذي تقدم به المدين فى صورة انذار فى حمل الدائن على استيفاء حقه فى المدة المحددة فى الانذار كان بامكان المدين اللجوء الى ايداع الشيء على ذمة الدائن . ويختلف الايداع بأختلاف الاشياء .

فاذا كان الشيء نقودا قام المدين بايداعها لدى الكاتب العدل . ولم ينص القانون المدني على الجهة التي يودع فيها الشيء اذا كان منقولا معينا بالذات . وقد ذهبت محكمة تمييز العراق فى حكم لها صادر سنة ١٩٤٤(١) فيما يتعلق بتنفيذ الاحكام القضائية الى ان دائرة التنفيذ (الاجراء سابقا) يمكنها استلام الاعيان وتسليمها لشخص ثالث ، لقاء تعهده بالمحافظة عليها . ولكن قرار محكمة التمييز هذا لا ينطبق الا بالنسبة لسندات التنفيذ ، حيث يقوم الدائن بايداع سند التنفيذ الى هذه الدائرة طالبا منها تنفيذه على المدين . اما فى غير ذلك من الحالات فلا نرى امكان لجوء

---

(١) تحت رقم ١٧٩ ـ ٤٤ وتاريخ ٢٠ ـ ١١ ـ ١٩٤٤ . والحكم مذكور فى شرح قانون التنفيذ ، للاستاذ على مظفر حافظ عضو محكمة التمييز ، بغداد ١٩٥٧ ـ ١٩٥٨ .

المدين الى هذه الدائرة لايداع الشيء لديها . وعليه فلا بد من قيام المشرع بتعيين مرجع تودع لديه مثل هذه الاشياء ، كماهو جار فى البلاد الاخرى .

واذا كان الشيء المراد تسليمه عقارا ، او شيئا معدا للبقاء حيث وجد كمضخة ، فان بامكان المدين ان يطلب من المحكمة وضعه تحت يدل عدل . ويقوم تسليم لشيء الى العدل مقام الايداع .

واذا كان الشيء معرضا للتلف او يكلف نفقات باهظة فى ايداعه جاز للمدين ان يحصل على اذن من المحكمة فى بيعه بسعره المعروف فى الاسواق . واذا تعذر بيعه بالصورة الاعتيادية فبالمزاد العلني . ويقوم ايداع الثمن مقام ايداع الشيء نفسه . واذا لم يكن هناك متسع من الوقت لاستئذان المحكمة لان الشيء معرض للتلف جاز للمدين بيع الشيء بدون اذنها .

وقد نصت على الاحكام المتقدمة المادة (٣٨٧) مدني بقولها :

« ١ ــ اذا كان محل الوفاء عقارا او شيئا معدا للبقاء حيث وجد وطلب المدين من المحكمة وضعه تحت يد عدل قام تسليم الشيء للعدل مقام الايداع .

٢ ــ واذا كان شيئا يسرع اليه التلف او يكلف نفقات باهظة فى ايداعه فانه يجوز(١) للمدين بعد استئذان المحكمة اودون استئذان عند الضرورة ان يبيعه بسعره فى الاسواق ، فان تعذر ذلك فبالمزاد العلني . ويقوم ايداع الثمن مقام ايداع الشيء نفسه » .

النتائج التي تترتب على الايداع

٧١٠ ــ لم يعتبر القانون المدني العراقي الدائن فى حالة اعذار الا بعد قيام المدين بايداع الشيء ، بينما اعتبره القانون المدني المصري فى حالة اعذار بمجرد عرض المدين الشيء عليه ورفضه قبول الوفاء المعروض عليه على هذا النحو ، بعد تسجيل المدين ، بطبيعة الحال ، هذا الرفض على يد محضر باعلان رسمي ، اذ يعتبر هذا الاعلان اعذارا للدائن برفضه الوفاء .

---

(١) تعبير ركيك ، والاصح : «جاز» بدلا من : «فانه يجوز» .

واهم النتائج التي تترتب على الاعذار نتيجتان : انتقال تبعة الهلاك من المدين الى الدائن ، وانقطاع سريان الفوائد .

ففي الحالات تكون تبعة هلاك الشيء فيها على المدين تنتقل هذه التبعة بالاعذار الى الدائن . فهلاك المبيع قبل التسليم يتحمله البائع . ولكن هذا الاخير اذا عرض على المشتري الشيء المبيع مستوفيا للاوصاف المتفق عليها ورفض المشتري تسلمه وقام البائع بايداعه ثم هلك كان الهلاك على المشتري . وقد نصت على هذا الحكم صراحة الفقرة الاولى من المادة (٥٤٧) مدني بقولها : « اذا هلك المبيع في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري الا اذا حدث الهلاك بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع ..» .

ويترتب على الاعذار ايضا ، اي على الايداع ، توقف سريان الفوائد . فاذا كان الدين منتجا لفوائد فان سريان هذه الفوائد يقف من حين قيام المدين بايداع المبلغ المدين به .

نفقات الايداع

٧١١ ــ والذي يتحمل نفقات الايداع انما هو الدائن لا المدين . فاذا كان الشيء يتطلب نفقات لنقله الى محل الايداع ، او اجوراً لحفظه في المحل الذي يودع فيه ، كانت هذه النفقات على الدائن .

المرحلة الثالثة ــ قبول الدائن للايداع او صدور حكم بصحته

٧١٢ ــ لا يعتبر الايداع بمثابة وفاء ، ولا تترتب عليه النتائج المتقدمة ، بمجرد قيام المدين به . فاذا اراد المدين قطع كل نزاع بهذا الشأن فعليه ان يحصل على قبول الدائن له . واذا رفض الدائن اعطاء قبوله فامام المدين اللجوء الى القضاء للحصول على حكم بصحته (صحة الايداع) . فاذا لم يقبل الدائن الايداع ولم يحصل المدين على حكم بصحته فالقانون المدني العراقي لا يأخذه بنظر الاعتبار ، ولا يعتبره بمثابة وفاء . وهذا ما يستنتج من المفهوم المخالف للفقرة الاولى من المادة (٣٨٦) التي نصت على ان : « يقوم الايداع مقام الوفاء اذا قبله الدائن او صدر حكم بصحته » .

فاذا قبل الدائن الوفاء ، او حصل المدين على حكم بصحته ، اعتبر صحيحا وقام مقام الوفاء من حين الايداع لا من حين القبول او صدور الحكم ، وتترتب عليه النتائج التي رأيناها فيما تقدم ، من توقف سريان الفوائد وتحمل الدائن لتبعة الهلاك ونفقات الايداع . وهذا ما نصت عليه المادة (٣٨٦) مدني بقولها : « ١ ــ يقوم الايداع مقام الوفاء اذا قبله الدائن او صدر حكم بصحته ٢٠ــ وفى هذه الحالة تكون نفقات الايداع على الدائن وهو الذي يتحمل تبعة هلاك الشيء من وقت الايداع ، ومن هذا الوقت ايضا يقف سريان الفوائد » .

رجوع المدين فى العرض

٧١٣ ــ يستطيع المدين ، بعد قيامه بالعرض والايداع ، ان يرجع فى العرض الذي تقدم به الى الدائن وان يسترد الشيء الذي اودعه . ويختلف حكم هذا الرجوع فى حالة حصوله قبل قبول الدائن له او صدور حكم بصحته عنه بعد ذلك . ونرى كلا من ذلك على حدة .

١ ــ رجوع المدين قبل قبول الدائن للايداع او صدور حكم بصحته .

٧١٤ ــ سبق ان رأينا ان القانون المدني العراقي لم يعتبر الايداع بمثابة وفاء الا اذا قبله الدائن او صدر حكم بصحته . فقبل قبول الدائن او صدور الحكم لا تبرأ ذمة المدين ، ويبقى الشيء الذي اودعه على ملكه ، فيستطيع الرجوع فى عرضه واسترداد ما اودعه . فاذا كان معه مدينون اخرون فان ذممهم لا تبرأ ويظلون ملزمين بالدين معه . وكذلك الامر اذا كان هناك كفلاء . فهؤلاء لا تبرأ ذممهم تجاه الدائن ويستطيع هذا الرجوع عليهم بالدين اذا لم يقم المدين بالوفاء . وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الاولى من المادة (٣٨٩) مدني بقولها : « اذا عرض المدين الدين واتبع العرض بايداع او باجراء مماثل جاز له ان يرجع فى هذا العرض ما دام الدائن

لم يقبله ، او ما دام لم يصدر حكم نهائي بصحته . واذا رجع فلا تبرأ ذمة(١) شركائه فى الديـن ولا ذمة(٢) الضامنين » .

٢ ــ رجوع المدين بعد قبول الدائن للايداع او صدور حكم بصحته

٧١٥ ــ لما كان الايداع بعد قبول الدائـن له او صدور حكم بصحته يقوم مقام الوفـاء ، فان معنى ذلك ان الدين ينقضي وتبرأ ذمة المديـن . فاذا اراد هذا الرجوع فى عرضه فلا بد من موافقة الدائن . فاذا وافق الدائن انشغلت ذمة المدين من جديد . وفى هذه الحالة تسقط التأمينات التي كانت تضمن الدين ، وتبرأ ذمم المدينين الاخرين اذا كان هناك اكثر مـن مدين، وتبرأ كذلك ذمم الكفلاء . وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٣٨٩) المتقدمة بقولها : «فاذا رجع المدين فى العرض بعد ان قبله الدائن او بعد ان حكم بصحته وقبل الدائن منه هذا الرجوع لم يكن لهذا الدائن ان يتمسـك بعد ذلك بما يكفل حقـه من تأمينات وتبرأ ذمة الشـركاء من الدين وذمة الضامنـين » .

الفرع الثانى

محل الوفاء

OBJET DU PAIEMENT

مسائل مختلفة

٧١٦ ــ الاصل ان على المدين ان يوفي بالشيء المستحق ذاته ، فلا يجبر الدائن على قبول شيء اخر ولو كان اعلى قيمة من الشيء المستحق ، كما لا يجبر المدين على اعطاء شيء اخر ولو كان اقل قيمة من الشـيء الواجب

---

(١) و(٢) الصحيح «ذمم» بالجمع .

الاداء . ولكن هذا الاصل يحتمل استثناء فى حالة ما اذا كان الشيء الواجب الاداء مبلغا من النقود . والاصل كذلك ان على المدين ان يوفي بالشيء المستحق كله ، فلا يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي . ولكن هذا الاصل يحتمل بعض الاستثناءات ايضا . وقد تتعدد الديون التي فى ذمة المدين ويفي المدين بما لا يكفي للوفاء بها جميعا ، وفى هذه الحالة يجب تعيين الدين الذي يقع الوفاء به . يخلص لنا مما تقدم ان هناك ثلاث مسائل تتطلب البحث ، وهي :

١ ــ الوفاء بالشيء المستحق ذاته .

٢ ــ الوفاء بالشيء المستحق كله .

٣ ــ تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون .

ونرى كلا من هذه المسائل فى مبحث خاص .

المبحث الاول

الوفاء بالشيء المستحق ذاته

٧١٧ ــ على المدين ، كما تقدم القول ، ان يوفي الدائن الشيء المستحق ذاته ، ولا يجبر الدائن على قبول شيء آخر ولو كان اعلى قيمة من الشيء المستحق . وليس فى ذلك الا تطبيق لقاعدة «العقد شريعة المتعاقدين »(١). والشيء المستحق اما ان يكون شيئا معينا بالذات ، اي عينا ، او شيئا معينا

(١) يذهب بعض الفقهاء الى ان هناك استثناءات لهذا المبدأ فى حالة الالتزام التخييري والوفاء بمقابل . ولكننا اذا تعمقنا فى النظر لم نجد هناك استثناء ، ووجدنا ان ما يقال له استثناء ليس استثناء الا فى الظاهر . ذلك ان الالتزام التخييري والوفاء بمقابل . ولكننا اذا تعمقنا فى النظر لم نجد هناك المتعاقدين » ، لا استثناء لها .

بجنسه ، اي دينا . والدين اما ان يكون شيئا مثليا او مبلغا من النقود . ونرى كلا من ذلك على حدة(١) .

اولا ـ الشيء المستحق عين (Corps certain)

٧١٨ ـ اذا كان الشيء المستحق علينا ، اي شيئا معينا بالذات كحصان او سيارة ، فعلى المدين ان يسلمه الى الدائن بالحالة التي يكون عليها وقت الوفاء . ولا يجبر الدائن على قبول شيء اخر غير الشيء المتفق عليه ، ولو كانت قيمته تزيد على قيمة الشيء الواجب . وقد نصت على هذا المبدأ الفقرة الاولى من المادة (٣٩٠) مدني بقولها : «اذا كان الدين مما يتعين بالتعيين فليس للمدين ان يدفع غيره بدلا منه بدون رضاء الدائن حتى لو كان هذا البدل مساويا فى القيمة للشيء المستحق او كانت له قيمة اعلى» .

تبعة الهلاك [Risque]

٧١٩ ـ وهل يضمن المدين الشيء اذا هلك قبل التسليم ؟ يجب التمييز فى هذا الصدد بين ما اذا كانت يد المدين يد امانة او يد ضمان . فاذا كانت يده يد امانة ، كالمستأجر والمستعير والوديع ، الخ .. فانه لا يتحمل تبعة هلاك الشيء اذا كان الهلاك بسبب اجنبي لا يد له فيه . واذا كانت يده يد ضمان ، كالغاصب والسارق ، فهو ضامن ولو كان الهلاك بسبب اجنبي . ويلاحظ ان يد المدين تتحول من يد امانة الى يد ضمان اذا اعذره الدائن بالتسليم ولم يسلم .

ثانيا ـ الشيء المستحق شيء مثلي [Chose de genre]

٧٢٠ ـ واذا كان الشيء المستحق شيئا مثليا ، كالحنطة والشعير ، فعلى المدين ان يسلم الكمية من الجودة المتفق عليها . فان لم يكن هناك اتفاق

---

(١) اما اذا كان الشيء عملا او امتناعا عن عمل ، فقد سبق ان رأينا ، عند الكلام عن تنفيذ الالتزام ، كيف يكون الوفاء بهذا النوع من الالتزام (ف ٩ وما بعدها) .

على درجة الجودة ، فمن النوع المتوسط . فلا يجبر المدين على تسليم نوع جيد ، كما لا يجبر الدائن على قبول نوع رديء ، وفى ذلك توفيق بين مصلحة الطرفين وتحقيق للعدالة بينهما . فاذا كان محل التزام المدين مائة طن من الحنطة مثلا ولم يعين نوع الحنطة فعلى المدين ان يسلم الكمية من النوع المتوسط فى الجودة . واذا عين النوع وكان هناك درجات فى الجودة فعلى المدين ان يسلم النوع من الدرجة المتوسطة فى الجودة .

٧٢١ ــ ولم ينص القانون المدني العراقي على القاعدة المتقدمة . ولكن الفقرة الثانية من المادة (٣٩٠) نصت على ان الدين اذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين بالعقد ، فللمدين دفع مثله وان لم يرض الدائن . ومعنى ذلك ان العقد اذا ورد على هذه الكمية من الحنطة ، اي ان الكمية كانت موجودة ومشارا اليها عند العقد ، فالمدين يستطيع ان يسلم الدائن كمية اخرى مثل الكمية الاولى ولو لم يرض الدائن(١).

ثالثا ــ الشيء المستحق مبلغ من النقود

٧٢٢ ــ واذا كان الشيء المستحق مبلغا من النقود وجب على المدين الوفاء بالمبلغ المتفق عليه وبالعملة المتفق عليها ، ورقية كانت العملة او معدنية .

---

(١) يذهب الدكتور حسن على الذنون فى شرحه للفقرة الثانية من المادة (٣٩٠) الى ان المشرع اراد بالتعيين فى العقد ان يذكر نوع المحل ووصفه ومقداره. وهو يستنتج من ذلك ان هذه الفقرة لغو لا فائدة فيه ، وكان يحسن بالمشرع عدم ايرادها (احكام الالتزام ، ١٩٥٤ ص ٢٦٣) . ونحن لا نتفق مع الاستاذ فى ما يذهب اليه . ذلك ان النص يقول : «.. فللمدين دفع مثله ..» . فاذا كان قصد المشرع من التعيين بالعقد هو ذكر المحل ووصفه ومقداره فقط فلا يكون عندنا شيء يدفع المدين مثله . فكل ما هناك عبارة عن شيء مذكور بوصفه ومقداره ، ولا يتعين هذا الشيء الا بالتعيين . وعندئذ لا يمكن أعمال كلمة «مثله» الواردة فى النص . اما اذا اعتبرنا قصد المشرع من التعيين بالعقد هو تعيين الشيء بذاته ، وذلك بالاشارة اليه عند العقد ، واجزنا للمدين ان يدفع مثله ولو لم يرض الدائن فعندئذ يمكننا اعمال النص . واعمال النص اولى من اهماله .

واذا كانت العملة المتفق عليها اجنبية ، كالباون والدولار ، وتعذر الحصول عليها فى العراق جاز الوفاء بالدينار العراقي مقوما بسعر الصرف فى يوم الوفاء . واذا وفى المدين بشيك على احد المصارف فان ذمته لا تبرأ بمجرد تسليمه الشيك للدائن ، بل بقبض الدائن قيمة الشيك فعلا من المصرف .

٧٢٣ ــ ولا يثير الوفاء بمبلغ من النقود صعوبة اذا لم يكن للعملة الورقية سعر قانوني (Cours légal) . فالدائن يستطيع ان يرفض قبول العملة الورقية وان يطلب الوفاء بالذهب . واذا تحدد للعملة الورقية سعر قانوني اصبح الدائن ملزما بقبولها ، والا تعرض للمسؤولية الجنائية . ولكن الوفاء بالعملة الورقية فى هذه الحالة لا اهمية له لان الدائن يستطيع استبدال الذهب بالعملة الورقية لدى مصرف الاصدار . ولا تظهر اهمية الوفاء بالعملة الورقية الا اذا فرض المشرع السعر الالزامي (Cours forcé) للعملة الورقية . ففي هذه الحالة يكون الدائن ملزما بقبول العملة الورقية ولا يستطيع استبدال الذهب بها ، فيتعرض لتقلبات قيمتها بالنسبة للذهب ، وقد تهبط هذه القيمة عند التضخم هبوطا كبيرا وتضعف قوتها الشرائية ، فيتعرض الدائن لخسارة كبيرة .

شرط الذهب (Clause Or)

٧٢٤ ــ ولتجنب النتائج التي قد تترتب على انخفاض قيمة العملة الورقية جرت العادة على ان يتفق المتعاقدان على الوفاء الذهب ،وهذا ما يسمى بـ «شرط الذهب» ، او الوفاء بالعملة الورقية ولكن بقيمة الذهب ، وهذا ما يسمى بشرط القيمة بالذهب Clause Valevr - Or . فماقيمة هذا الشرط ،وهل هو صحيح او باطل ؟ يفرق الفقه والقضاء فى فرنسا بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية ، ويذهب الى صحة الشرط فى الاخيرة دون الاولى ، وذلك لان اعتبار الشرط صحيحا فى المعاملات الداخلية يلحق ضررا بقيمة العملة الوطنية ، فيعتبر الشرط باطلا لمخالفته للنظام العام . فقد سبق ان

رأينا(١) ان القوانين التي تتعلق بالعملة تعتبر من النظام العام ، وان نصوصها آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . وقد صدر فى فرنسا قانون فى ٢٥ حزيران ١٩٢٨ ثبت سعر الفرنك وقضى صراحة بصحة شرط الذهب فى المعاملات الخارجية . وفى مصر صدر مرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ قضى ببطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والخارجية على السواء .

٧٢٥ ــ اما فى العراق فقد نصت المادة الاولى من قانون العملة رقم (٤٤) لسنة ١٩٣١ على انه : «ابتداء من اليوم الاول من شهر تموز سنة ١٩٣١ يكون الدينار الوحدة القياسية للعملة فى العراق» . ونصت المادة الثانية من القانون نفسه على ان : « المقاولات والبيوع والتأديات وقوائم الحساب والاوراق والسندات والضمانات المتعلقة بالنقود والمعاملات على اختلاف انواعها والمعاطاة وجميع الاشياء المختصة بالنقود او المترتب عليها دفع نقود او تبعة دفعها تعتبر كأنها اجريت او نظمت او عقدت او استحصلت فى العراق وفقا للوحدة المتحدة اساسا فى هذا القانون ما لم يكن قد نص على خلاف ذلك باتفاق خاص » . والظاهر من العبارة الاخيرة من هذه المادة جواز شرط الذهب او شرط القيمة بالذهب .

المبحث الثاني

الوفاء بالشيء المستحق كله

الاصل : عدم جواز تجزئة الوفاء

٧٢٦ ــ اذا حل اجل الوفاء وجب على المدين ان يدفع للدائن الشيء المستحق كله ولا يجبر الدائن على استيفاء جزء من الدين . كما ان المدين لا يجبر على وفاء جزء من الدين واستبقاء الجزء الاخر فى ذمته، حتى لو كان الدين قابلا للتجزئة كمبلغ من النقود او شيء مثلي . وقد نصت على ذلك المادة

(١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ٣٢٦ .

(٣٩٢) مدني بقولها : « اذا كان الدين حالا فليس للمدين ان يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض(١) ولو كان قابلا للتبعيض » . وليس فى هذا الا تطبيق للمبدأ الذي رأيناه فى المبحث السابق من وجوب الوفاء بالشيء المستحق ذاته . فهذا النوع من الوفاء يقتضي ان يكون الوفاء بالشيء المستحق كله .

استثناء

٧٢٧ ــ ولكن اذا كان الاصل ان على المدين ان يوفي بالشيء المستحق كله الا ان هذا الاصل ليس مطلقا ، فالقانون ينص على بعض الاستثناءات له من ذلك المقاصة اذا توافرت شروطها ، فالدينان المتقابلان يسقطان بقدر الاقل منهما . فالدائن بالدين الاكبر يجبر على قبول الباقي ، وهذا وفاء جزئي . واذا كان هناك عدة مدينين غير متضامنين واراد الدائن الرجوع عليهم فلايرجع على كل منهم الا بقدر حصته من الدين ، وهذا ايضا وفاء جزئي . واذا كان الدين مضمونا بعدة كفلاء غير متضامنين فالدين ينقسم عليهم جميعا ، ولا يرجع الدائن على كل منهم الا بقدر نصيبه فى الدين المكفول . وهناك حالات اخرى يتجزأ فيها الوفاء نعرض عن ذكرها ونكتفي بما تقدم على سبيل المثال لا الحصر(٢) .

---

(١) كان ينبغي ان يكون النص على النحو التالي : « ... فليس للمدين ان يجبر دائنه على قبول بعضه دون بعضه الاخر ... » . ذلك ان كلمة «بعض» لا تدخل عليها الالف واللام لانها معرفة بالاضافة لفظا او تقديرا . واذا اخذنا برأي بعض النحويين الذين يجيزون دخول الالف واللام عليها لاعتبارهم اياها بمعنى «جزء» ، فعندئذ يجب ان تكون عبارة « بعضه الاخر » : « البعض الاخر » .

(٢) يضيف بعض الفقهاء الى الحالات المتقدمة لتجزئة الوفاء حالة ما اذا اتفق الطرفان على الوفاء الجزئي (السنهوري ، الوسط ، المرجع السابق ، ف ٤٥١ ، ص ٧٦١ . بلانيول وريبير واسمان ، ج٧ ف ١١٦٣ . بودري

المبحث الثالث

تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون

٧٢٨ ــ قد يكون الشخص مدينا بعدة ديون من جنس واحد ولدائن واحد ، كثمن مبيع وبدل ايجار وقرض وتعويض عن ضرر ، الخ .. ويوفي بما لا يكفي لسدادها جميعا ، وقد يكون مدينا بدين واحد تتبعه مصروفات وفوائد ويؤدي للدائن ما لا يفي بالدين مع هذه الملحقات ، فمن اي من هذه الديون يخصم ما اداه المدين ؟ تسمى هذه المسألة بـ « احتساب الخصم» Imputation des paiements . ولمعرفة الدين الذي يخصم منه ما اداه المدين اهمية بالغة لاختلاف الديون فى قوتها ، ولا نبعضها قد يكون منتجا لفوائد وبعضها الاخر بدون فائدة . وقد ميز القانون المدني العراقي فى هذا الصدد بين حالتين : حالة ما اذا كان هناك ديون متعددة ، وحالة ما اذا كان هناك دين واحد ولكن تتبعه ملحقات . ونرى كلا من ذلك على حدة .

اولا ــ تعدد الديون

٧٢٩ ــ تقضي الفقرة الاولى من المادة (٣٩٣) مدني بانه : «اذا دفع المدين احد دينين واجبين فى ذمته وكان احدهما مطلقا والاخر مشمولا بكفالة او برهن ، او كان احدهما قرضا والاخر ثمن(١) مبيع او كان احدهما مشتركا والاخر خاصا،او كان الدينان متباينين بوجه من الوجوه واختلف الطرفان فى جهة

وبارد ، ج١٣ (التزامات ٢) ، ف ١٤٧٩) . ونحن لا نتفق مع هؤلاء الفقهاء فى ما يذهبون اليه . ذلك ان تجزئة الوفاء اذا كانت نتيجة لاتفاق الطرفين فاننا لا نكون امام استثناء لمبدأ عدم تجزئة الوفاء بل امام تطبيق له . فالاستثناء الحقيقي انما هو الذي يجبر فيه الدائن على قبول الوفاء الجزئي ، لا الذي يتفق عليه الطرفان .

(١) هناك غلط مادي او مطبعي فى النص بالنسبة لكلمة «ثمن» . فقد ورد فى النص كلمة «ضمن» بدلا من «ثمن» .

الدين يعتبر قول المدين فى تعيين جهة الدفع». ومعنى هذا النص انه اذا كان فى ذمة المدين اكثر من دين واحد ولم تكن هذه الديون فى درجة واحدة من القوة ، ووفى المدين بما لا يكفي للوفاء بها جميعا ، فان اتفق الطرفان على احتساب الخصم كان اتفاقهما ملزما ، وان اختلفا اعتبر قول المدين فى تعيين الدين الذي يحتسب منه الخصم(١).

ثانيا ـ دين واحد تتبعه ملحقات

٧٣٠ ـ واذا لم يكن على المدين الا دين واحد ، ولكن معه مصروفات وفوائد ، وكان ما اداه للدائن لا يكفي للوفاء بالدين مع المصروفات والفوائد ، ولم يتفق مع الدائن على الجهة التي يحصل الخصم منها ، فالخصم يكون من

---

(١) وقد خالف القانون المدني العراقي فى هذا ما ذهب اليه القانون المدني المصري الجديد . فقد نص هذا الاخير فى المادة (٣٤٤) منه على انه : « اذا تعددت الديون فى ذمة المدين ، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد ، وكان ما اداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعا ، جاز للمدين عند الوفاء ان يعين الدين الذي يريد الوفاء به ما لم يوجد مانع قانوني او اتفاقي دون هذا التعيين » . ونص فى المادة (٣٤٥) على انه : « اذا لم يعين المدين على الوجه المبين فى المادة السابقة ، كان الخصم من حساب الدين الذي حل ، فاذا تعددت الديون الحالة فمن حساب اشدها كلفة على المدين ، فاذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذي يعينه الدائن » . ويذهب الاستاذ الكبير السنهوري الى ان حكم القانون العراقي يتفق فى مجموعه مع التقنين المصري (المرجع السابق ، ص ٧٦٥ ، هامش) . ولكننا من المقارنة بين النص العراقي والنص المصري لا نستطيع الاتفاق مع الاستاذ فى ما يذهب اليه . ذلك ان القانون المصري يكل تعيين الدين المدفوع ، اذا لم يقم به المدين ، الى القانون ثم الى الدائن . وقد وضع هذا القانون قاعدة لتعيين المدفوع ، فقرر انه اذا لم يعين المدين الدين المدفوع كان الخصم من حساب الدين الذي حل ، فاذا تعددت الديون الحالة فمن حساب اشدها كلفة على المدين . اما التعيين من قبل الدائن فيكون فى حالة ما اذا تعددت الديون الحالة وتساوت فى عبئها على المدين . كل هذا لم يأخذ به القانون المدني العراقي ، وترك التعيين للمدين فى حالة اختلاف الطرفين فى تعيين جهة الدفع .

المصروفات اولا ، ثم من الفوائد ، ثم من اصل الدين . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٣٩٣) المتقدمة بقولها : « اذا كان المدين ملزما بان يعوض مع الدين مصروفات وفوائد وكان ما اداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات خصم ما ادى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من اصل الدين . كل هذا ما لم يتفق على غيره» .

الفرع الثالث

زمان الوفاء

الاصل : وجوب الوفاء فورا

٧٣١ ـ الاصل ان على المدين ، اذا لم يكن الوفاء مؤجلا او كان مؤجلا وحل الاجل ، ان يبادر الى الوفاء بالتزامه . فاذا اشترى شخص شيئا وجب على كل من البائع والمشتري ان ينفذ التزامه فى الحال . فعلى المشتري ان يدفع الثمن الى البائع ، وعلى البائع ، ان يسلم المبيع الى المشتري . واذا اقترض شخص شيئا وحل اجل الوفاء وجب عليه ان يوفي الدين فى الحال . وهذا ما نصت عليه العبارة الاولى من الفقرة الثانية من المادة (٣٩٤) بقولها : « فاذا لم يكن الدين مؤجلا او حل اجله ، وجب دفعه فورا » .

استثناء : اتفاق المتعاقدين او حكم القضاء

٧٣٢ ـ ولكن الاصل المتقدم ليس مطلقا . فقد يتفق المتعاقدان على تأجيل الوفاء بعد وجوبه ، وقد يقضي القضاء بتأجيله .

فالمتعاقدان يستطيعان تأجيل الوفاء او تقسيط الدين ، وعندئذ لا يعود فى استطاعة الدائن مطالبة المدين بالدين او بالقسط فى الحال . وقد نصت ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣٩٤) مدني بقولها : « اذا اجل الدين او

قسط الى اقساط معلومة فلا يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين او القسط قبل حلول اجله » . والاجل فى هذه الحالة هو الاجل الواقف الذي سبق ان رأيناه (ف ٢٦٠ وما بعدها) .

وقد يقضي القاضي عند الضرورة بتحديد وقت اخر للوفاء غير وقت حلول الدين ، وذلك اذا لم يمنعه نص فى القانون ولم يلحق الدائن ضرر جسيم . وهذه هي نظرة الميسرة التي سبق ان رأيناها (ف ٣٢٦ وما بعدها). وقد نصت على ذلك العبارة الثانية من الفقرة الثانية من المادة (٣٩٤) من القانون المدني بقولها : « ... ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعها نص فى القانون ان تنظر المدين الى اجل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم ».

الوفاء قبل حلول الاجل

٧٣٣ ــ واذا كان الاجل قد تقرر لمصلحة المدين فان فى استطاعته الوفاء قبل حلول الاجل ، وليس للدائن ان يعترض على ذلك . فاذا اشترى شخص شيئا بثمن مؤجل واراد الوفاء قبل حلول الاجل فله ذلك ، ولا يستطيع الدائن ان يرفض قبول هذا الوفاء بحجة عدم حلول الاجل . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣٩٥) مدني بقولها : « اذا كان الدين مؤجلا فللمدين ان يدفعه قبل حلول الاجل اذا كان الاجل متمحضا لمصلحته ، ويجبر الدائن على القبول».

استحقاق المقبوض

٧٣٤ ــ وتثور بمناسبة الوفاء قبل حلول الاجل مسألة ما اذا استحق ما وفاه المدين ، فهل يستطيع الدائن مطالبته بالوفاء مرة ثانية فى الحال ، او يعود الدين مؤجلا كما كان ؟ مثال ذلك ما اذا التزم شخص بتسليم سيارة فى ميعاد معين وسلمها قبل حلول اجل التسليم ، ثم اقام شخص ثالث الدعوى على مستلم السيارة واثبت بالبينة ملكيته للسيارة واستردها منه ، فهل فى

استطاعة الدائن مطالبة المدين بتسليم سيارة اخرى فى الحال ، او يجب عليه الانتظار لحين حلول الاجل ؟ يعود الدين فى هذه الحالة مؤجلا كما كان، ولا يستطيع الدائن مطالبة المدين بتسليم سيارة اخرى فى الحال . وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٣٩٥) مدني بقولها : « فاذا قضى المدين الدين قبل حلول الاجل ثم استحق المقبوض عاد الدين مؤجلا كما كان » .

الفرع الرابع

مكان الوفاء ونفقاته

LIEU ET FRAIS DU PAIEMENT

٧٣٥ ــ اذا اتفق المتعاقدان على تعيين المكان الذي يتم فيه الوفاء وجب اتباع اتفاقهما ، ولا يجوز لاي منهما ان يطلب الوفاء فى غير المكان المتفق عليه . فاذا لم يتفقا على ذلك فهل يجب على المدين ان يحمل الدين الى الدائن، او يجب على الدائن ان يسعى الى محل المدين ليطالبه بالدين ؟ هناك قاعدة تقضي بان الدين مطلوب Quérable لا محمول Portable اي ان على الدائن ان يطالب بالدين فى محل المدين وليس على المدين ان يحمل الدين الى محل الدائن . وقد ميز القانون المدني العراقي فى هذا الصدد بين حالتين : ١ ــ ان يكون للشيء الملتزم بتسليمه حمل ومؤونة ، ٢ ــ الا يكون للشيء حمل ومؤونة . ونرى كلا من ذلك على حدة .

الحالة الاولى ــ الشيء له حمل ومؤونة .

٧٣٦ ــ المقصود بالشيء الذي له حمل ومؤونة هو الشيء الذي لا يمكن نقله بسهولة ويسر ، كالاشياء المثلية كالحنطة والشعير والاقمشة . ومما يجب ملاحظته ان هذه الاشياء انما تعتبر كذلك اذا تعينت فى العقد ، بان كانت موجودة ومشارا اليها عند العقد ، كما لو باع هذه الكمية من الحنطة او

الاقمشة او الاخشاب ، او كانت معروفة من الطرف الاخر ، كما لو باعه الكمية من الحنطة الموجودة فى مخزنه وكان المشتري قد رآها . فاذا لم تكن مشارا اليها فى العقد ولم يكن الطرف الاخر قد رآها ، فلا تدخل عندئذ فى عداد هذه الاشياء . ويدخل فى عداد الاشياء التي لها حمل ومؤونة الاشياء المعينة بالذات (الاعيان) اذا لم تكن من الاشياء التي يمكن نقلها بسهولة ويسر ، كالمضخة وآلة الحرث . والحكم بالنسبة لهذه الاشياء ان المتعاقدين اذا لم يتفقا على مكان تسليمها فانها تسلم فى المكان الذي تكون فيه عند ابرام العقد . وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٣٩٦) مدني بقولها : « اذا كان الشيء الملتزم به مما له حمل ومؤونة(١) كالمكيلات والموزونات والعروض ونحوها وكان العقد مطلقا لم يعين فيه مكان التسليم يسلم الشيء فى المكان الذي كان موجودا فيه وقت العقد » .

الحالة الثانية ـ الشيء ليس له حمل ومؤونه

٧٣٧ ـ واذا لم يكن للشيء الملتزم بتسليمه حمل ومؤونة فالوفاء يكون فى موطن المدين او فى مركز اعماله اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الاعمال . ويقصد بالشيء الذي ليس له حمل ومؤونه الاشياء التي يمكن نقلها بسهولة ويسر ، كحصان او سيارة ، وكذلك المثليات اذا لم تكن معينة ومشارا اليها فى العقد ، كما اذا باعه مائة طن من الحنطة او كذا مترا من القماش ، الخ... ولم تكن هذه الاشياء معينة ومشاررا اليها فى العقد ، ولا معينا مكانها . وبعبارة اخرى اذا كانت دينا ، اي وصفا فى الذمة . ويدخل فى عداد هذه الاشياء النقود . والحكم بالنسبة لهذه الاشياء ان يكون تسليمها فى المكان الذي يوجد فيه موطن المدين . وبذلك تنطبق القاعدة القائلة ان الدين مطلوب او مسعي اليه ، لا محمول او مسعي به . وهذا ما نصت عليه

---

(١) يلاحظ على النص سوء الصياغة . فقد كان من الافضل التعبير على النحو التالي : « اذا كان للشيء حمل ومؤونه ... » .

الفقرة الثانية من المادة (٣٩٦) المتقدمة بقولها : « وفى الالتزامات الاخرى يكون الوفاء فى موطن المدين وقت وجوب الوفاء او فى المكان الذي يوجد فيه محل اعماله اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الاعمال ما لم يتفق على غير ذلك ».

ارسال الدين مع رسول المدين او دفعه الى رسول الدائن

٧٣٨ ـ تقضي المادة (٣٩٧) مدني بانه : « اذا ارسل المدين الدين مع رسوله الى الدائن فهلك فى يد الرسول قبل وصوله هلك من مال المدين. وان امر الدائن المدين بان يدفع الدين الى رسول الدائن فدفعه اليه وهلك فى يده فهلاكه من مال الدائن ويبرأ المدين من الدين ». وهذه المادة ليست الا تطبيقا للقواعد العامة ، وكان من الافضل عدم ايرادها على هذا النحو والنص بدلا منها على ان يد رسول المدين حكمها حكم يد المدين ويد رسول الدائن حكمها حكم يد الدائن . ذلك ان يد المدين اما ان تكون يد ملك او يد ضمان او يد امانه . فاذا كانت يد المدين يد ملك فان تسليم الشيء الى رسوله لا يخرج هذا الشيء من ملكه ، فيبقى على ملكه وهو فى يد الرسول كما كان فى يده . مثال ذلك البائع . فاذا ارسل البائع المبيع مع رسوله ، فان الشيء وهو فى يد الرسول يبقى على ملك البائع فيهلك عليه . واذا كانت يد المدين على الشيء يد ضمان فارساله الشيء مع رسوله الى الدائن لا يعفيه من الضمان ما دام الشيء فى يد الرسول . وكذلك الامر اذا كانت يد المدين يد امانة ، كالوديع . فاذا ارسل الوديع الشيء المودع مع رسوله فان يد الرسول تكون يد امانه كيد الوديع ، فاذا هلك الشيء بدون خطأ منه هلك على الدائن لا على المدين . . هذا بالنسبة للمدين ورسوله . اما بالنسبة لرسول الدائن ، فلما كان حكم يد رسوله حكم يده هو نفسه فان تسليم الشيء الى رسوله يعتبر بمثابة تسليم له نفسه ، فتنتقل تبعة الهلاك اليه فى الحالات التي تكون فيها على المدين .

نفقات الوفاء

٧٣٩ ــ تقضي المادة (٣٩٨) مدني بان : « نفقات الوفاء على المدين الا اذا وجد اتفاق او عرف او نص يقضي بغير ذلك » • ومعنى هذا النص ان كل ما يلزم لتعيين الشيء وتسليمه للدائن ، من فرز ووزن وتغليف وتحميل وما الى ذلك ، يقع على عاتق المدين ، الا اذا اتفق المتعاقدان او قضى العرف او القانون بان يكون على الدائن • فاذا اشترى شخص مائة طن من التمر مثلا فنفقات وزنه ووضعه فى اكياس وتحميله فى السيارات العائدة للدائن يتحملها البائع •• وقد نصت المادة (٥٤٢) على ذلك بقولها : « تكاليف تسليم المبيع كأجرة الكيل والوزن تلزم البائع وحده ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغير ذلك » • ولكن النص المتقدم ليس من النصوص الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها • فيجوز الاتفاق على ان يتحمل المشتري هذه النفقات • وقد يقضي العرف التجاري او القانون بذلك •

٧٤٠ ــ بهذا ننتهي من الكلام عن الوفاء ، وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام • وننتقل الان الى الكلام عن الطريق الثاني من طرق انقضاء الالتزام ، وهو الانقضاء بما يعادل الوفاء ، وهو موضوع الفصل الثاني من هذا الباب •

الفصل الثانى

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

تمهيد وتقسيم

٧٤١ ــ قد ينقضي الالتزام لا بقيام المدين بالوفاء بما التزم به عينا بل بما يعادل ويساويه . ولهذا الطريق من طرق انقضاء الالتزام اربع صور . فقد يدفع المدين للدائن شيئا اخر بدلا من الشيء الواجب ، وهذا هو الوفاء بمقابل او الاعتياض . وقد يتفق الدائن والمدين على احلال دين جديد محل الدين القديم يختلف عنه فى احد عناصره الجوهرية ، وهذا هو التجديد الذي من صوره الانابة فى الوفاء . وقد ينشأ للمدين دين فى ذمة دائنه فيصبح دائنا له ، وعندئذ تبرأ ذمته بقدر الدين الذي نشأ له فى ذمة دائنه ، وهذا ما يسمى بالمقاصة . وقد تجتمع صفتا الدائن والمدين فى احد الطرفين ، وذلك بان يموت الدائن ويرثه المدين او يموت المدين ويرثه الدائن، فلا يطالب الدائن الا نفسه لان حقوق المدين انتقلت اليه بوفاة فيجب عليه ان يدفع ديون المدين قبل ان يرثه ، وذلك تطبيقا لقاعدة « لا تركة الا بعد سداد الديون » ، وعندئذ يقوم بالوفاء لنفسه هو . واذا كان المتوفى هو الدائن وورثه المدين انتقل حق الدائن بالميراث الى المدين ، وعندئذ يصبح المدين دائنا لنفسه . وهذا هو اتحاد الذمة .

ونقسم هذا الفصل الى خمسة فروع ، نخصص الاول للوفاء بمقابل او الاعتياض ، والثاني للتجديد ، والثالث للانابة فى الوفاء ، والرابع للمقاصة ، والخامس والاخير لاتحاد الذمة .

الفرع الاول

الوفاء بمقابل (او الاعتياض)

[DATION EN PAIEMENT]

٧٤٢ ــ سبق ان رأينا ان الدائن لا يجبر على قبول شيء غير الشيء الذي هو دائن به ولو كان اعلى قيمة ، وان المدين لا يجبر على تقديم شيء فى الوفاء غير الشيء المدين به ولو كان اقل قيمة . ولكن اذا كان الدائن والمدين لا يجبران على ذلك ، الا انهما يستطيعان الاتفاق عليه ، فيقدم المدين شيئا غير الشيء الذي فى ذمته ويقبل الدائن هذا الشيء ، فينقضي الالتزام فى الحال وتبرأ منه ذمة المدين . مثال ذلك ما اذا كان محل التزام المدين مبلغا من النقود وعند الوفاء اتفق مع الدائن على اعطائه شيئا اخر ، كسيارة ، بدلا من النقود وقبل الدائن ذلك واستلمه من المدين . فى هذه الحالة ينقضي الالتزام الذي كان فى ذمة المدين وتبرأ ذمته منه . وقد اشارت الى ذلك المادة (٣٩٩) من القانون المدني بقولها : « اذا قبل الدائن فى استيفاء حقه شيئا آخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء » .

٧٤٣ ــ والوفاء بمقابل اتفاق بين الدائن والمدين ، فيجب ان تتوافر فى كل منهما الاهلية اللازمة للوفاء والاستيفاء . ولما كان الوفاء بمقابل من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيجب ان يكون كل من الموفي والمستوفي كامل الاهلية . فاذا كان المدين ناقص الاهلية ولم يلحق الوفاء بمقابل به ضررا صح وفاؤه (م٣٧٧) . واذا كان الدائن ناقص الاهلية لم يصح الوفاء له الا اذا اجازه من له حق الاجازة من ولي او وصي او قيم . فاذا لم يجزه هذا لم تبرأ ذمة المدين من الدين ، ويجب عندئذ اعادة الشيء الذي أستلمه الدائن الى المدين اذا كان لا يزال موجودا فى يده ،

واذا هلك لم يضمن قيمته . واذا عاد الوفاء عليه بمنفعه وجب عليه ان يرد ما يساوي قيمة المنفعة التي حصل عليها . وليس فى كل هذا الا تطبيق للقواعد العامة التي سبق ان رأيناها .

٧٤٤ ــ ويشترط لصحة الوفاء بمقابل ايضا ان يتم الوفاء عند الاتفاق ، فينقضي الالتزام وتبرأ منه ذمة المدين فى الحال . فاذا كان المقابل دار مثلا ، فيجب على المدين ان ينقل ملكية الدار فى دائرة الطابو . واذا كان المقابل شيئا مثليا وجب فرزه لتنتقل ملكيته الى الدائن . وهذا الشرط هو الذي يميز الوفاء بمقابل من التجديد بتغيير محل الالتزام . ففي هذا الاخير ينقضي الالتزام القديم ويقوم مقامه التزام جديد ، فى حين ان الالتزام الجديد فى الوفاء بمقابل يجب تنفيذه فى الحال .

التكييف القانوني للوفاء بمقابل وحكمه

٧٤٥ ــ وقد اختلف الفقهاء فى التكييف القانوني للوفاء بمقابل . فذهب فريق الى انه بيع ، المبيع فيه هو المقابل والدين هو الثمن . وذهب اخرون الى انه نوع من الوفاء تغير فيه المحل الاصلي . وهذا الرأي هو الذي كان سائدا فى القانون الفرنسي القديم . والرأي الذي اخذ يسود فى الفقه الحديث يذهب الى ان الوفاء بمقابل عمل مركب من تجديد بتغيير المحل ووفاء بنقل الملكية . ويترتب على اعتبار اوفاء بمقابل بيعا انطباق احكام البيع عليه . فيجب ان تتوافر فى الطرفين الاهلية اللازمة لممارسة هذا العقد . واذا استحق المقابل الذي دفعه المدين الى الدائن رجع هذا عليه بدعوى ضمان الاستحقاق لا بدعوى الدين الاصلي . واذا ظهر فى المقابل عيب خفي رجع الدائن على المدين بدعوى ضمان العيوب الخفية .

ويترتب على اعتبار الوفاء بمقابل وفاء انقضاء التأمينات التي كانت تضمن الدين القديم ووجوب تطبيق القواعد العامة التي رأيناها فى تعيين جهة الدفع اذا تعددت الديون التي للدائن فى ذمة المدين . وقد اخذ القانون المدني العراقي بهذا الرأي واعتبر الوفاء بمقابل بيعا من جهة ووفاء من جهة

اخرى • وهذا ما نصت عليه المادة (٤٠٠) منه بقولها : « يسري على الوفاء بمقابل من حيث انه ينقل ملكية الشيء الذي اعطي فى الدين احكام البيع وبالاخص ما يتعلق منها باهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية • ويسري عليه من حيث انه يقضي الدين احكام الوفاء وبالاخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات »•

الفرع الثانى

التجديد

(NOVATION)

تعريف التجديد واهميته

٧٤٦ ــ يكون هناك تجديد اذا استبدلنا بالالتزام القائم التزاما جديدا يختلف عنه فى احد عناصره الجوهرية من محل او دائن او مدين • والتجديد يقضي الالتزام القديم وينشيء الالتزام الجديد ويحله محله •

وقد كان للتجديد اهمية كبيرة فى القانون الروماني حيث لم يكن هذا القانون يعترف بحوالة الحق ولا بحوالة الدين • فكان لا بد من اللجوء اليه اذا أريد تغيير الدائن أو المدين • أما فى القوانين الحديثة فقد تضاءلت هذه الاهمية الى حد كبير نظرا لاقرار هذه القوانين لكل من حوالة الحق وحوالة الدين ، ولوجود الوفاء بمقابل الى جانبهما • وقد اغفلت بعض القوانين المدنية الحديثة ، كالقانون المدني الالماني ، الاشارة الى التجديد ، مكتفية فى ذلك بحوالة الحق وحوالة الدين والوفاء بمقابل • وتكاد اهمية التجديد تنحصر فى الوقت الحاضر فى حالة ما اذا اريد تغير مصدر الالتزام أو محله • فمثال تغيير المصدر ما اذا كان مصدر الدين عقد بيع وجعل عقد قرض • ومثال تغيير المحل ما اذا كان المحل عينا وجعل مبلغا من النقود • وتتكلم عن التجديد فى مبحثين ، نخصص الاول لشروطه والثاني لاثاره•

المبحث الاول

شروط التجديد

شروط اربعـــة

٧٤٧ ــ سبق ان عرفنا التجديد بانه استبدال التزام جديد بالتزام قديم ، وقلنا ان الالتزام الجديد يجب ان يختلف عن الالتزام القديم فى أحد عناصره. ثم ان نية الطرفين يجب ان تنصرف الى التجديد . يخلص لنا مما تقدم ان هناك شروطا اربعة يجب توافرها لتحقق التجديد ، هي : ١ ــ وجود التزام قـديم، ٢ ــ انشاء التزام جديد وحلوله محل الالتزام القديم ، ٣ ــ اختلاف الالتزام الجديد عـن الالتزام القديم فى حد عناصره ، ٤ ــ نية التجديد .

الاهليـــــة

٨٤٨ ــ ويشترط بعض الفقهاء شرطا خامسا هو الاهلية . ونحـن نرى ان الاهلية شرط عام فى جميع التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . فاذا كان الطرفان متمتعين باهلية الاداء الكاملة كان التصرف نافذا ، واذا كان احدهما، أو كلاهما ، ناقص الاهلية تعلق النفاذ على الاجازة . أما بالنسبة للولـــي والوصي والقيم ، فلا مجال للكلام عـن الاهلية ، بـل عن مدى السلطـــة التي يتمتعون بها . وعليه فسوف لا نتكلـم عـن الاهلية كشرط خامس فى التجـديد .

ونرى كلا مـن الشروط الاربعة المتقدمة على حدة .

الشروط الاول ــ وجود التزام قديم

٧٤٩ ــ لما كان التجديد استبدال التزام جديد بالتزام قديم فلا بـد مـن وجود التزام قديم لامكان استبدال الالتزام الجديد به . فاذا لـم يكن هناك التزام قديم ، كما اذا كان الالتزام القديم قد انقضى قبل التجديد بسبب مـن الاسباب او كان العقد الذي انشأه باطلا ، فلا يتم التجديد .

٧٥٠ ــ واذا كان الالتزام الجديد مصدره عقد موقوف وكان سبب التوقف لا يزال موجودا عند التجديد فالتجديد يكون موقوفا هو ايضا . فاذا كان سبب التوقف نقص الاهلية ، مثلا وكان المدين لا يزال ناقص الاهلية عند التجديد ، او كان عيبا من عيوب الرضاء وكان العيب لا يزال باقيا عند التجديد ، فالتجديد فى هاتين الحالتين يكون موقوفا هو ايضا . اما اذا كان سبب التوقف قد زال عند التجديد واقدم المدين على التجديد وهو على بينة من الامر ، فان ذلك يعتبر اجازة ضمنية منه للعقد . فاذا كان سبب التوقف نقص الاهلية مثلا وكان المدين عند التجديد كامل الاهلية ، فان اقدامه على التجديد بعد اكتمال اهليته يعتبر اجازة ضمنية منه للعقد . وكذلك الامر اذا كان سبب التوقف عيبا فى الرضاء وزال العيب ثم اقدم المدين على التجديد .

٧٥١ ــ واذا كان الالتزام القديم معلقا على شرط كان التجديد معلقا على الشرط نفسه . فاذا كان الشرط واقفا وتحقق ، او فاسخا وتخلف ، اصبح التجديد باتا . اما اذا تخلف الشرط الواقف او تحقق الشرط الفاسخ ، فالالتزام القديم يزول باثر رجعي ، ويزول التجديد تبعا لذلك .

٧٥٢ ــ وقد اختلف الفقهاء بالنسبة للالتزام الطبيعي . فذهب بعضهم الى انه يمكن ان يكون محلا للتجديد ، وذهبت غالبيتهم الى عدم امكان ذلك والى انه يمكن ان يكون سببا لالتزام مدني فقط .

الشرط الثاني ــ انشاء التزام جديد وحلوله محل الالتزام القديم

٧٥٣ ــ ولا بد لتحقق التجديد من انشاء التزام جديد وحلوله محل الالتزام القديم الذي قضاه التجديد . ومصدر الالتزام الجديد هو التجديد ذاته ، اي العقد المبرم بين الدائن والمدين . فاذا كان هذا العقد باطلا لم ينشأ التزام جديد ، وبالتالي يبقى الالتزام القديم على حاله . واذا كان هذا العقد موقوفا كان التجديد نفسه موقوفا . فاذا استعمل المتعاقد الذي توقف العقد لمصلحته حقه فى نقض العقد ونقضه زال التجديد وعاد الالتزام القديم

بفعل الاثر الرجعي لزوال التجديد . فالتجديد يعتبر كأن لم يكن فى هذه الحالة . واذا اجاز هذا المتعاقد العقد استقر التجديد نهائيا ، واستقر تبعا لذلك الالتزام الجديد .

٧٥٤ ـ واذا كان عقد التجديد معلقا على شرط كان التجديد نفسه معلقا على هذا الشرط . فاذا كان الشرط وافقا وتحقق ، او فاسخا وتخلف ، فقد استقر التجديد ، واستقر تبعا لذلك الالتزام الجديد وحل محل الالتزام القديم . واذا كان الشرط فاسخا وتحقق ، او واقفا وتخلف ، فالتجديد لا يتحقق ، ولا ينشأ ، تبعا لذلك ، التزام جديد، فيبقى الالتزام القديم على حاله .

الشرط الثالث ـ اختلاف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فى احد عناصره الجوهرية

٧٥٥ ـ لا يكفي لتحقق التجديد حلول التزام جديد محل التزام قديم ، بل يجب ، بالاضافة الى ذلك ، ان يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فى احد عناصره الجوهرية . اما التغيير فى عنصر غير جوهري فلا يعتبر تجديدا . والعناصر الجوهرية التي يعتبر التغيير فيها تجديدا هي الدين والدائن والمدين . والتغيير فى الدين اما ان يكون فى محله او فى مصدره . فالعناصر الجوهرية اذن هي محل الدين ومصدره والدائن والمدين . ونرى كلا من ذلك على حدة .

التجديد بتغيير محل الدين

٧٥٦ ـ فمثال التجديد بتغيير محل الدين ما اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود واتفق الدائن والمدين على ان يكون شيئا اخر ، كسيارة او كمية من الحنطة ، أو كان سيارة او شيئا اخر واتفقا على ان يكون مبلغا من النقود .

ادخال شرط او الغاء شرط

٧٥٧ ـ وما الحكم اذا ادخل شرط على التزام منجز ، او الغي شرط من التزام معلق ؟ يذهب الفقهاء الى القول بان هذا يعتبر تعديلا جوهريا بحيث

انه يكون تجديدا بتغيير محل الدين(١) . ولكننا نرى هذا الرأي محل نظر بالنسبة لادخال شرط على الالتزام . ذلك ان اثر التجديد ، كما سنرى، هو انقضاء الالتزام القديم بتأميناته العينية والشخصية . فاذا كان الالتزام منجزا وادخلنا عليه شرطا فهل يمكن القول بوجود تجديد بحيث ان التأمينات تسقط ، فتبرأ تبعا لذلك ذمة الكفيل وتسقط التأمينات العينية التي كانت تضمن الالتزام ؟ لا نرى ذلك . ذلك ان ادخال الشرط على الالتزام انما يضعف من قوته ، ويخفف بذلك من عبء المدين والكفيل. فلا يستطيع المدين ان يطلب سقوط التأمينات العينية التي قدمها ضمانا للوفاء بحجة وقوع تجديد ، ولا يستطيع الكفيل الادعاء ببراءة ذمته للعلة نفسها . ذلك ان الدين بعد ان كان منجزا اصبح معلقا على شرط ، والدين المعلق على شرط اضعف قوة من الدين المنجز . فهو اذا علق على شرط واقف اصبح كل من المدين والكفيل غير ملزم الا اذا تحقق لشرط ، واذا علق على شرط فاسخ ظل كل من المدين والكفيل ملزما مع احتمال زوال التزامهما اذا تحقق الشرط . مثال ذلك ما اذا أتفق الدائن والمدين على انه اذا وقع الامر الفلاني فان ذمته تبرأ ، وهذا شرط فاسخ ، او اتفقا على الا يكون ملزما بالوفاء الا اذا وقع الامر الفلاني ، وهذا شرط واقف . في مثل هذه الحالة لا يستطيع المدين ولا الكفيل الادعاء بوقوع تجديد، فيطلب الاول سقوط التأمينات العينية ويطلب الثاني سقوط الكفالة . ذلك ان ادخال الشرط في الصور المتقدمة انما هو نزول من الدائن عن بعض حقه ، فلا يمكن الزامه باكثر مما نزل عنه .

---

(١) بودري وبارد ، ج ١٤ (التزامات ٣) ، ف ١٠٧٢ ،ص ١٢. بلانيول وريبير واسمان ، ج ٧ ، ف ١٢٦٤ ، ص ٥٩٢ . دي باج ، ج ٣ ، ص٥٣٣. جوسران ، ج ٢ ، ف٩٠٨ ، ص ٥٥٢ . السنهوري ، المرجع السابق ، ص٧٢٣. ابو ستيت ، ف ٨٠٠ ، ص ٦١٣ .

٢ ـ التجديد بتغيير مصدر الديـن

٧٥٨ ـ ومثال تغيير مصدر الدين ، او سببه ، ما اذا اشترى شخص شيئا ولم يدفع ثمنه واتفق مع البائع على ان يكون الثمن قرضا فى ذمته . فى هذه الحالة اصبح مصدر التزام المشتري قرضا بعد ان كان بيعا . ومثال ذلك ايضا ما اذا اراد المشتري فى المثل المتقدم ان يدفع الثمن فطلب منه البائع ان يبقيه عنده على سبيل الوديعة . فى هذه الحالة اصبح مصدر الدين عقد وديعة بعد ان كان عقد بيع .

٧٥٩ ـ وقد نصت على الصورتين المتقدمتين من صور التجديد المادة (٤٠١) من القانون المدني بقولها : « يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين على ان يستبدلا بالالتزام الاصلي التزاما جديدا يختلف عنه فى محله او فى مصدره ».

٣ ـ التجديد بتغيير الدائـن

٧٦٠ ـ والتجديد بتغيير الدائن يتم باتفاق بين المدين والدائن وشخص ثالث على ان يحل هذا الشخص الثالث محل الدائن ، ويكون هو الدائن بدلا منه . ولا بد لحصول التجديد عن هذا الطريق من اتفاق الاشخاص الثلاثة المتقدمين ، المدين والدائن القديم والدائن الجديد . وهذا ما ما اشارت اليه العبارة الاولى من المادة (٤٠٢) مدني بقولها : « يجوز تجديد الالتزام ايضا بتغيير الدائن اذا اتفق الدائن والمدين واجنبي على ان يكون هذا الاجنبي هو الدائن الجديد .. » . فبهذا الاتفاق ينقضي التزام المدين تجاه الدائن القديم بتأميناته وصفاته ودفوعه ويحل محله التزام جديد تجاه الدائن الجديد . وباشتراط هذا الاتفاق يختلف التجديد بتغيير الدائن عن كل من حوالة الحق والحلول الاتفاقي .

حوالة الحـق

٧٦١ ـ فحوالة الحق تتم باتفاق بين الدائن القديم والدائن الجديد

بدون حاجة الى رضاء المدين ، ويكفي اعلانه بها لنفاذها فى حقه لا لانعقادها. والعلة فى عدم اشتراط رضاء المدين هنا هي ان الحق الذي فى ذمته لم يتغير، وكل ما هنالك انه (الحق) انتقل الى دائن جديد ، فتغير عليه (على المدين) دائنه ، وهذا ليس من الخطورة بحيث يستلزم رضاء المدين . اما فى التجديد بتغيير الدائن ، فهناك ، بالاضافة الى تغير الدائن ، تغير فى الدين. فقد انقضي الدين القائم وحل محله دين جديد شغل ذمة المدين ، وهذا يقتضي الاتفاق بين المدين والدائن الجديد . ومن ثم فلا بد من رضاء المدين .

الحلول الاتفاقي

٧٦٢ ــ ويختلف الحلول الاتفاقي عن التجديد بتغيير الدائن فى انه لا يستلزم اتفاق الاطراف الثلاثة . فهو وفاء من جهة وانتقاله من جهة اخرى ، وهذا يكفي فيه اتفاق طرفين اثنين فقط . فالدائن الجديد اما ان يتفق مع الدائن القديم على ان يوفيه الدين ويحل محله فيه ، او يتفق مع المدين على الوفاء للدائن وعلى قبوله اياه دائنا جديدا بدلا من الدائن القديم . فاحد الطرفين فى الحلول اذن هو الدائن الجديد ، والطرف الثاني اما ان يكون الدائن القديم او المدين(١) .

٤ ــ التجديد بتغيير المدين

٧٦٣ ــ والتجديد بتغيير المدين له صورتان . فهو اما ان يتم باتفاق الدائن مع شخص ثالث على ان يكون هذا الشخص الثالث مدينا بدلا من المدين الاصلي وعلى ان تبرأ ذمة المدين الاصلي بدون حاجة الى رضاه، او باتفاق بين المدين وشخص ثالث على ان يكون هذا الشخص الثالث مدينا بدلا منه ويرضى الدائن بذلك . وقد نصت على ذلك المادة (٤٠٢) مدني بقولها : « يجوز تجديد الالتزام ... بتغيير المدين اذا اتفق الدائن مع اجنبي على ان يكون هذا الاجنبي مدينا مكان المدين الاصلي وعلى

---

(١) السنهوري ، المرجع السابق ص ٨٢٦ ــ ٨٢٧ .

ان تبرأ ذمة المديـن الاصلي دون حاجة لرضائه او اذا قبل شخص اجنبي ان يكون المديـن الجديد وحصل المديـن الاصلي على اجازة الدائن لذلك» .

٧٦٤ ـ والتجديد اذا تم بين الدائـن والشخص الاجنبي سمي تعهدا بدلا مـن المديـن Expromissio ، ذلك ان الشخص الاجنبي انما يتعهد بالوفاء بدلا مـن المديـن . واذا تم بين المديـن الاصلـي والشخص الاجنبي ورضي الدائن بذلك سمي انابة فى الوفاء Délégation وهذه سنراها فيما بعد .

التجديد بتغيير المديـن وحوالة الديـن

٧٦٥ ـ سبق ان رأينا(١) ان حوالة الديـن اما ان تتم باتفاق بين المحيل والمحال عليه ، اي بين المديـن القديم والمديـن الجديد ، او باتفاق بين المحال له والمحال عليه ، اي بين الدائن والمدين الجديد . ورأينا كذلك انها اذا تمت بين المحيل والمحال عليه فيجب اقرار الدائـن ، اي المحال له ، لها . وهذا يشابه التجديد بتغيير المديـن . فالتجديد الذي يتم باتفاق الدائن مـع شخص اجنبي على ان يكون هذا الاجنبي مدينا بدلا مـن المديـن الاصلي يقابل حوالة الديـن التي تتم بين المحال له والمحال عليه ، اي بين الدائـن والمديـن الجديد . والتجديد الذي يتم باتفاق بين المديـن وشخص اجنبي يقابل الحوالة التي تتم بين المحيل والمحال عليه ، اذ يشترط رضاء الدائن فى كل مـن هذا التجديد وهذه الحوالة . ولكـن اشتراط هذا الرضاء فى التجديد يختلف عنه فى الحولة . فهو فى التجديد شرط انعقاد ، اما فى الحوالة فشرط نفاذ . فالتجديد لا ينعقد بدون رضاء الدائـن ، اما الحوالة فتنعقد بدون رضائه ولكـن يشترط اقراره لها لتنفذ فى حقه . والسبب فى هذا الفرق بين التجديد والحوالة هو ان التجديد يقضي الديـن بصفاته وتأميناته ودفوعه

---

(١) ف ٥١٩ وما بعدها .

وينشيء للدائن مكانه دينا جديدا ، فكان رضاؤه شرط انعقاد . اما الحوالة فلا تقضي الدين القديم بل تنقله بصفاته وتأميناته ودفوعه ، ومن ثم كان رضاء الدائن شرطا لنفاذها فى حقه لا لانعقادها . ورب قائل اننا ما دمنا نشترط رضاء الدائن فى كل من التجديد والحوالة فما الفرق بين اعتبارنا هذا الرضاء شرط انعقاد واعتبارنا اياه شرط نفاذ ، فالنتيجة واحدة فى كلتا الحالتين وهي انصراف الاثر الى الدائن اذا رضي وعدم انصرافه اليه اذا رفض ؟ وهذا سؤال وجيه يمكن الجواب عنه بان امرا من الامور اذا اعتبرناه شرط انعقاد فان معنى ذلك ان هذا الامر يكون ركنا فلا يكون للعمل القانوني وجود بدونه ، واذا اعتبرناه شرط نفاذ فان معناه ان العمل القانوني له وجود ولكنه لا ينتج اثره فى حق من تعلق به الا اذا رضي . ويترتب على هذا الفرق ان العمل القانوني لا يكون له وجود فى الحالة الاولى الا من حين وجود الامر الذي اعتبرناه شرط انعقاد بالنسبة له ، وهو الرضاء ، بينما هو موجود فى الحالة الثانية قبل اعطاء الرضاء . فيكون الرضاء بمثابة اجازة او اقرار .

الشرط الرابع ـ نية التجديد ANIMUS NOVANDI

٧٦٦ـ لما كانت النتائج التي تترتب على التجديد على هذه الدرجة من الخطورة فلا بد من ان تنصرف اليه ارادة المتعاقدين صراحة ، واذا استخلص من الظروف فيجب الا تدع هذه الظروف شكا فى وجود هذه الارادة . واذا قام شك فى ذلك وجب تفسيره فى نفي نية التجديد لا فى اثباتها . وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الاولى من المادة (٣٥٤) من القانون المدني المصري بقولها : « التجديد لا يفترض ، بل يجب النص عليه صراحة ، أو ان يستخلص من الظروف » . ولم يتضمن القانون المدني العراقي مثل هذا النص ، ولكن يمكن الاخذ به بدون نص لانه تطبيق للقواعد العامة .

وتتشدد المحاكم فى ضرورة توافر نية التجديد ولا تعتبر اي تغيير يجريه العاقدان كافيا للدلالة على توافر هذه النية . فهي لا تعتبر اعطاء المدين

سندا او كمبيالة بدين موجود ، ولا تأجيل الوفاء او تقسيطه اوتغيير مكانه، ولا تغيير سعر الفائدة ، هي لا تعتبر كل ذلك تجديدا الا اذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك .فاذا اعطى المشتري البائع كمبيالة او سندا بالثمن ، او اعطى المستأجر المؤجر كمبيالة او سند بالاجرة الماثبتة ، فان فى ذلك لا يعتبر تجديدا ، ويبقى للبائع حق الامتياز ، ويبقى الدين خاضعا للقواعد العامة فى التقادم .

اثبات نية التجديد

٧٦٧ــ التجديد عقداو اتفاق، وهذا التشدد فى ضرورة توافرنيةالتجديد لا يجعل منه عقدا شكليا ، فيمكن اثبات هذه النية بالطرق العامة للاثبات. فاذا وقع نزاع على توافر نية التجديد فالبينة على مدعي توافرها . ويخضع الاثبات هنا للقواعد العامة . ففي المسائل المدنية اذا تجاوز المبلغ عشرة دنانير فان نية التجديد يجب اثباتها بالكتابة . اما فى المسائل التجارية فيجوز اثبات النية بكافة طرق الاثبات ، بما فيها البينة والقرائن .

المبحث الثاني

آثار التجديد

اثر مزدوج : قضاء التزام قديم وانشاء التزام جديد

٧٦٨ ــ للتجديد اثر مزدوج . فهو ، من جهة ، يقضي التزاما قائما ، وهو ، من جهة اخرى ، ينشىء التزاما جديدا يحله محل الالتزام الذي قضاه . وهذا ما نصت عليه المادة (٤٠٣) من القانون المدني بقولها : « اذا جدد الالتزام سقط الالتزام الاصلي وحل محله التزام جديد » . وقد سبق ان رأينا انه لا بد لانقضاء الالتزام القديم من نشوء التزام جديد . فاذا لم ينشأ التزام جديد فالالتزام القديم يبقى بصفاته وتأميناته ودفوعه . ويتم التجديد بمجرد نشوء الالتزام الجديد ، ولا يتوقف نفاذه الى حين تنفيذ

هذا الالتزام . ويترتب على ذلك ان التجديد اذا كان بتغيير المحل وتعهد المدين بان يقدم للدائن شيئا معينا بالذات ، كسيارة ، ثم استحق هذا الشيء فالالتزام القديم لا يعود ، ويرجع الدائن على المدين بضمان الاستحقاق .

وسبق ان رأينا كذلك انه لا بد لصحة التجديد من ان يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فى احد عناصره الجوهرية . والالتزام الجديد يختلف عن الالتزام القديم كذلك فى صفاته وتأميناته ودفوعه . فقد يكون الالتزام الاصلي مدنيا والالتزام الجديد تجاريا . وقد يكون الالتزام الاصلي مضمونا بتأمينات شخصية او عينية وتنقضي بانقضائه ولا تبقى لضمان الدين الجديد . وعلى العكس من ذلك قد يكون الدين الاصلي غيرمضمون بتأمين ما ويكون الدين الجديدمضمونا . ودفوع الالتزام الجديد تختلف عن دفوع الالتزام القديم . فدفوع الالتزام الجديد مستمدة من عقد التجديد ، بينما للالتزام القديم دفوعه الخاصة به .

التأمينات

٧٦٩ ــ واذا كان الالتزام القديم مضمونا بتأمينات خاصة ولم ينص الطرفان على تجديدها لضمان الدين الجديد فانها تسقط . وهذا فرق جوهري بين الحوالة والتجديد . فقد سبق ان رأينا(١) ان هذه التأمينات تنتقل فى الحوالة بدون حاجة الى اتفاق خاص ، بينما هي لا تنتقل فى التجديد اذا لم يتفق الطرفان على نقلها . وهذا ما نصت عليه المادة (٤٠٤) مدني بقولها : « اذا كان الدين الاصلي مكفولا بتأمينات شخصية او عينية وصار تجديده سقطت التأمينات الا اذا جددت هي ايضا » . والتأمينات التي تكفل الدين الاصلي أما ان يقدمها المدين او شخص ثالث . والتأمينات التي يقدمها المدين هي تأمينات عينية دائما . ونرى كلا من ذلك على حدة .

١ ــ التأمينات العينية التي يقدمها المدين

٧٧٠ ــ وانتقال التأمينات فى هذه الحالة يختلف باختلاف ما اذا كان التجديد بتغيير الدين او بتغيير الدائن او بتغيير المدين .

(١) ف ٤٩٦ ، ٥١٠ ، ٥٣٢ ــ ٥٣٦ ، ٥٧٧ .

فاذا كان التجديد بتغيير الدين جاز للدائن والمدين ان يتفقا على نقل التأمينات الى الدين الجديد . ولكن الاتفاق فى هذه الحالة لا ينفذ فى حق الغير الا فى الحدود التي لا تلحق به ضررا . والغير هنا هو دائن مرتهن يأتي فى مرتبة لا حقه . فاذا كان الدين الجديد أكبر من الدين القديم فالتأمينات لا تضمنه الا فى حدود الدين القديم . فاذا كان الدين القديم (١٠٠٠) دينار مثلا، وكان مضمونا برهن فى الدرجة الاولى على عقار قيمته (١٥٠٠) دينار ،وكان هناك رهن فى الدرجة الثانية مقداره (٥٠٠) دينار . فاذا كان مقدار الدين الجديد (١٢٠٠) دينار فالرهن اذا انتقل لضمان هذا الدين فلا يضمن منه الا (١٠٠٠) دينار . وبذلك لا يضار الدائن المرتهن الثاني الذي يلي المرتهن الاول فى الدرجة .

واذا كان التجديد بتغيير الدائن فنقل التأمينات يتم باتفاق المدين والدائن القديم والدائن الجديد . ذلك ان هذا النوع من التجديد لا يتم الا باتفاق هؤلاء الاشخاص الثلاثة ، فلا بد من اتفاقهم ايضا على نقل التأمينات لضمان الدين الجديد .

واذا كان التجديد بتغيير المدين فنقل التأمينات يتم باتفاق الدائن والمدين الجديد ، ولا حاجة لرضاء المدين الاصلي . والسبب فى عدم الحاجة الى هذا الرضاء هو ان التجديد نفسه يتم بدون حاجة الى رضاء المدين . فمركزه (مركز المدين) انما يتحسن فى هذه الحالة ولا يسوء . فهو بعد ان كان مدينا اصليا اصبح كفيلا عينيا .

التأمينات العينية التي يرتبها القانون

٧٧١ ــ ينتقد الفقيهان الفرنسيان بودري وبارد(١) المادة (١٢٧٨) من القانون المدني الفرنسي لانها اجازت للدائن ان يشترط انتقال حقوق الامتياز والرهون لضمان الدين الجديد بدون ان تميز بين الرهون التي يرتبها المدين وحقوق الامتياز والرهن التي يرتبها القانون . وحجة هذين

(١) المرجع السابق ، ف ١٧٣٧ .

الفقيهين فى ذلك هي ان القانون اذا رتب امتيازا او رهنا لضمان دين ما فهو انما يفعل ذلك لصفة خاصة فى هذا الدين ، فلا يجوز نقل هذه التأمينات لتضمن دينا لا تتوافر فيه هذه الصفة . ولا يرى باقي الفقهاء ضيرا فى ذلك ما دام هذا النقل لا يلحق ضررا باحد(١) . ويذهب الاستاذ الكبير السنهوري(٢) الى مايذهب اليه الفقيهان بودري وبارد . وقد جاء القانون المدني المصري متأثرا بهذا الرأي فخصص التأمينات التي تنتقل لضمان الدين الجديد بتلك التي قدمها المدين . فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٣٥٧) منه على انه : « اذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الاصلي .. » .

اما القانون المدني العراقي فقد جاءت عبارته عامة . فقد سبق ان رأينا المادة (٤٠٤) منه تنص على انه : « اذا كان الدين الاصلي مكفولا بتأمينات شخصية او عينية وصار تجديده سقطت التأمينات الا اذا جددت هي ايضا » . وعليه يمكن القول ان جميع انواع التأمينات يمكن الاتفاق على نقلها فى هذا القانون ، اتفاقية كانت او قانونية .

هل يجب ان يتم الاتفاق على نقل التأمينات مع التجديد فى وقت واحد ؟

٧٧٢ ــ يذهب جمهور الفقهاء الى ان الاتفاق على نقل التأمينات يجب ان يتم مع التجديد فى وقت واحد . وقد نص القانون المدني على ذلك صراحة فى الفقرة الاولى من المادة (٣٥٧) منه بقوله : « لا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذا فى حق الغير الا اذا تم مع التجديد فى وقت واحد .. » . والسبب فى تقرير هذا الحكم هو حماية الغير . والغير هنا ، كما سبق ان رأينا ، هو دائن مرتهن يأتي فى مرتبة لاحقة . فيقال فى هذا الصدد ان التجديد اذا تم بدون نقل التأمينات فان هذه التأمينات تكون قد سقطت ، وعندئذ يتقدم الدائن الذي يلي الدائن الاول فى المرتبة ويحل فى مرتبته .

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ج٧ ، ف ١٢٦٩ . جوسران ، ج ٢ ، ف ٩١٣ . كولان وكابيتان ، ج٢ ، ف ٣٢٨ . دي باج ، ج٣ ، ف ٥٩٩ ، ٦٠٠ . بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج٢ ، ف ١٨١٧ .

(٢) المرجع السابق ، ف ٥٠٦ .

فاذا اجزنا نقل التأمينات فى اتفاق لا حق للتجديد فان الدائن اللاحق فى فى المرتبة يرجع عن المرتبة التي تقدم اليها الى مرتبته السابقة ، وبذلك يتضرر. لذلك يشترط الفقهاء ان يكون الاتفاق على نقل التأمينات ثابت التاريخ .

ولم يشترط القانون المدني العراقي هذا الشرط ، اذ لم يرد فيه نص مشابه للنص المصري . فقد سبق ان رأينا المادة (٤٠٤) منه تنص على انه « اذا كان الدين الاصلي مكفولا بتأمينات شخصية او عينية وصار تجديده سقطت التأمينات الا اذا جددت هي ايضا » . فهل يمكن القول بوجوب توافر هذا الشرط لنفاذ الاتفاق على نقل التأمينات فى حق الغير ؟ اذا قلنا ان واضعي القانون المدني العراقي ارادوا البقاء على التقاليد اللاتينية فالجواب يجب ان يكون بالايجاب . ولكننا لا نرى ضيرا فى جواز الاتفاق على نقل التأمينات فى اتفاق لاحق للتجديد . اما ما يقال من تضرر الدائن اللاحق فى المرتبة فلا تتفق عليه . ذلك ان مرتبة هذا الدائن لم تتغير ، ولا زاد بالنسبة اليه مقدار الدين المضمون بهذه التأمينات . فالتأمين كان موجودا على كل حال وسابقا عليه وبقي على حاله وفى مرتبته ، فلا يمكن القول بوجود ضرر حقيقي يصيبه نتيجة ذلك . ويمكن ان يثور التساؤل ، من جهة اخرى ، عن الفرق بين الاتفاق على نقل التأمينات مع الاتفاق على التجديد والاتفاق على نقلها فى اتفاق لاحق . اننا لا نرى فرقا فى ذلك ما دام مركز الدائن اللاحق فى الدرجة قد بقي على حاله ، ولم يزد مقدار الدين السابق عليه .

٢ ـ التامينات التي يقدمها شخص ثالث

٧٧٣ ـ والتأمينات التي يقدمها شخص ثالث اما ان تكون شخصية او عينية . فالتأمينات الشخصية هي الكفالة والتضامن ، فيكون الشخص الثالث كفيلا للمدين او مدينا متضامنا معه . والتأمينات العينية هي الرهن، فيقدم الشخص الثالث ماله كرهن لضمان الدين ، ويكون عندئذ كفيلا عينيا . وهذا هو الرهن المستعار فى الفقه الاسلامي .

(الموجز ـ ج ٢ ، م ٢٦)

والتأمينات فى هذه الحالة لا تنتقل لضمان الديـن الجديد الا اذا رضي الشخص الثالث الذي قدمها . فالكفيل تبرأ ذمته اذا جدد الديـن ، ولا يبقى كفيلا للديـن الجديد الا اذا رضي بذلك . وكذلك الامر بالنسبة للمديـن المتضامـن . وقد سبق ان رأينا ، عند الكلام عـن التضامـن السلبي ،(١) ان احد المدينين المتضامنين اذا جدد الديـن بديـن يكون هو المديـن فيه فان ذمم باقي المدينين المتضامنين تبرأ الا اذا احتفظ الدائـن بحقه قبلهم ووافقوا هم على ذلك . فان لم يوافقوا فلا يكونون مدينين متضامنين فى الديـن الجديد ، ويبقى الديـن القديم بالنسـبة لهم ويكونـون متضامنين فيـه .

وكذلك الامر بالنسبة للتأمين العيني الذي قدمه الشخص الثالث فهو لا ينتقل لضمان الديـن الجديد الا اذا رضي الشخص الثالث الذي قدمه . واذا كان التأمين العيني الذي قدمه الشخص الثالث ضامنا لديـن اخر متأخر فى المرتبة وقبل الشخص الثالث ان ينتقل التأمين لضمان الديـن الجديـد فيجب ان يكون ذلك فى حدود الديـن الاول والا يزيد عليه(٢) . وليـس فى هذا الا تطبيق للقواعد العامة .

---

(١) ف ٤٣٩

(٢) السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٥٠٨ ، ص ٨٥٤ .

الفرع الثالث

الانابة في الوفاء

(La délégation)

تعريـــف

٧٧٤ ــ يكون هناك انابة في الوفاء اذا طلب المدين من الـــدائن ان يرتضي شخصا ثالثا قبل ان يلتزم بوفاء الدين مكانه ، وقبل الدائن هـذا الشخص الثالث كمدين • والمدين يسمى فى هذه الحالة «منيبا» (Délégant) والدائـن « منابا لديـه » (Délégataire) ، والشـخص الثالث الذي قبل ان يلتزم تجاه الدائن « منابا » (Délegué)

العلاقات السابقة على الانابة

٧٧٥ ــ ولابد ، ليكون هناك انابة في الوفاء ، من ان يكون المنـاب لديه دائنا للمنيب ، فان لم يكن دائنا له فلا نكون امام انابة فى الوفاء • ذلك ان الانابة في الوفاء عبارة عن طريق من طرق انقضاء الالتزام ، فان لم يكن ثمة التزام لم يعد التصرف القانوني انابة فى الوفاء • لذلك نحن لا نتفق مـع من يذهب من الفقهاء الى عدم ضرورة كون المنيب مدينا للمناب لديه • اما المناب ، فلا يشترط فيه ان يكون مدينا للمنيب • وهذا مانصت عليـــه المادة (٤٠٥) من القانون المدني بقولها : « ١ ــ تتم الانابة اذا حصل المديـن على رضاء الدائن بشخص اجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين • ٢ ــ ولا تقتضي الانابة ان يكون هناك مديونيه سابقه مابين المدين والاجنبي » •

فائـدة الانابـة

٧٧٦ ــ وللانابة ، في الحالات التي يكون فيها علاقه مديونيه سابقه بين المنيب والمناب ، فائدة عمليه لاتنكر • ذلك انها تقوم مقام وفاء مزدوج •

فاذا كان المناب مدينا للمنيب وحصل المنيب على رضاء دائنه بالتزام المناب بالوفاء مكانه فاننا بذلك نكون قد قمنا بعمليتي وفاء : وفاء المناب للمنيب ووفاء المنيب لدائنه (المناب لديه) . وتظهر اهمية ذلك فى حالة ما اذا كان اطراف الانابة في مناطق بعيدة عن بعضها . ففي البيع بثمن مؤجل ، مثلا ، اذا كان البائع في بغداد والمشتري في الموصل ، وكان البائع مدينا لشخص فى الموصل ، فاذا حصل البائع على رضاء دائنه بالتزام المشتري بالوفاء له عند حلول الاجل وقبل الدائن ذلك فان ذلك يوفر على المشتري الوفاء للبائع ، وعلى البائع الوفاء لدائنه فى الموصل ، ويجنب ، بالتالي ، نقل المبلغ من الموصل الى بغداد للوفاء للبائع ، ونقله من بغداد الى الموصل للوفاء لدائن هذا الاخير .

الانابة الكاملة والانابة القاصرة او الناقصة

٧٧٧ ــ والانابة قد تتضمن تجديدا بتغيير المدين ، ويكون ذلك في حالة ما اذا رضي المناب لديه بالتزام المناب وابرأ ذمة المنيب من الدين . وتسمى الانابة في هذه الحالة بالانابة الكامله (Délégation Parfaite) ويترتب على الانابة فى هذه الحالة النتائج التي تترتب على التجديد والتي سبق ان رأيناها ، وهي انقضاء الدين السابق بصفاته وتأميناته ودفوعه . وقد نصت على هذا النوع من الانابة الفقرة الاولى من المادة (٤٠٦) مدني بقولها : « اذا اتفق المتعاقدون في الانابة على ان يستبدلوا التزاما جديدا بالالتزام الاول كانت الانابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين » .

٧٧٨ ــ فاذا لم يبرىء المناب لديه ذمة المنيب فلا تتضمن الانابة تجديدا بتغيير المدين ، ويبقى الدين الاصلي ، فى هذه الحالة ، قائما الى جانب الدين الجديد ، ويكون للمناب لديه ، عندئذ ، مدينان : المنيب وهو مدينه الاصلي ، والمناب وهو المدين الجديد . ويقال للانابة فى هذه الحالة «قاصرة» او « ناقصه » Imparfaite وهي تسمى كذلك لانها لاتتضمن تجديدا بتغيير المدين ، فهي لم تبرىء ذمة المنيب .

٧٧٩ ــ واذا قارنا بين الانابة الكاملة والانابة القاصرة او الناقصة وجدنا الثانية تفضل الاولى بالنسبة للدائن (المناب لديه) . ذلك ان الانابة الكاملة يترتب عليها ، كما رأينا ، انقضاء الدين القديم وبراءة ذمة المدين (المنيب) منه براءة تامه ، وتنقضي تبعا لذلك التأمينات التي كانت تضمن الدين القديم . اما فى الانابة القاصرة فيقوم الدين الجديد الى جانب الدين القديم ، فلا يتعرض الدائن لخطر اعسار المدين الجديد ، ويكون له مدينان هما المنيب والمناب ، فيقوى بذلك ضمانه . لذلك يندر في العمل ان يلجأ المتعاقدون الى الانابة الكامله . وبالنظر لهذا الفرق الكبير بين نوعي الانابة يجب ان يكون الاتفاق على التجديد واضحا . فاذا قام شك في ذلك فسرناه فى استبعادنية التجديد . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٤٠٦) مدني المتقدمه بقولها : « والاصل ان الانابة لايفترض فيها التجديد . فاذا لم يكن هناك اتفاق عليه قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الاول »

آثار الانابة فى الوفاء

٧٨٠ ــ تختلف الاثار التي تترتب على الانابة فى الوفاء فى الانابة الكاملة عنها في الانابة القاصرة او الناقصه . ونرى كلا من ذلك على حدة .

اولا ــ الانابة الكاملة

٧٨١ ــ لما كانت الانابة الكاملة تتضمن تجديدا بتغيير المدين ، فالاثر الذي يترتب عليها هو انقضاء الدين السابق ، اي دين المنيب تجاه المناب لديه، وذلك على النحو الذي رأيناه فى التجديد . فهذا الدين ينقضي بصفاته وتأميناته ودفوعه ، وتبرأ منه ذمة المنيب نهائيا . وقد تتضمن الانابة الكاملة تجديدا بتغيير الدائن كذلك ، وذلك فى حالة ما اذا كان المناب مدينا للمنيب . فبالانابة يتغير عليه دائنه هو ايضا . فبعد ان كان دائنه المنيب اصبح المناب لديه .

٧٨٢ ــ وهل يشترط لصحة الانابة ان يكون المناب مليئا غير معسر وقت الانابة ؟ تشترط ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣٦٠) من القانون المدني

المصري. اما القانون المدني العراقي فلم يرد فيه مثل هذا الشرط ، فما الحكم فيه ، وهل يمكننا القول بضرورة ذلك بدون نص ؟ اذا لم يكن المناب لديه يعلم باعسار المناب عند الانابة فالقواعد العامة فى الغلط تساعدنا فى الوصول الى الحكم الذي قرره القانون المدني المصري بنص صريح . فقد سبق ان رأينا(١) الفقرة الثالثة من المادة (١١٨) مدني تنص على عدم نفاذ العقد اذا وقع غلط في امور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط ان يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد . فيسار المناب امر جوهري ، ولو كان المناب لديه يعلم باعساره لما قبل ان تكون الانابه كاملة . فاذا كان المناب معسرا عند الانابة ولم يكن المناب لديه يعلم بذلك فيمكن القول بانه (المناب لديه) وقع في غلط في امر تبيح له نزاهة المعاملات ان يعتبره ضروريا للمتعاقد . وهذا هو الغلط في امر جوهري . فاذا ابطلنا الانابة للغلط رجع الدين الاصلي الى حالته الاولى ، بصفاته وتأميناته ودفوعه .

ثانيا ـ الانابة القاصرة او الناقصة

٧٨٣ ـ لما كانت الانابة القاصرة لا تتضمن تجديدا للدين فالاثر الذي يترتب عليها هو ان يكون للدائن مدينان بدلا من مدين واحد . فلا تبرأ ذمة المنيب من الدين ، ويبقى هذا الدين بصفاته وتأميناته ودفوعه ، وينشأ الى جانبه دين اخر في ذمة المناب . ويلاحظ انه اذا اصبح للدائن مدينان الا ان محل دين كل منهما واحد ، وان اختلف مصدر كل من الدينين فمصدر دين المنيب تجاه المناب لديه نجده في العلاقه السابقة على الانابه ، اما مصدر دين المناب تجاه المناب لديه فعقد الانابه . ويستطيع المناب لديه ان يرجع على اي من المنيب والمناب ، واذا وفى احدهما بالدين برئت ذمته وذمة الاخر . ويترتب على ذلك ان الانابة من شأنها ان تضم ذمة المناب الى ذمة المنيب في الوفاء ، فيصبحان مدينين بالتضامم (IN SOLIDUM) فيكون المناب بمثابة كفيل متضامن بالنسبة للمنيب .

---

(١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ٢٣٧ .

رجوع المناب لديه على المناب

٤٨٤ ــ وسواء اكانت الانابة كاملة ام قاصرة ، فان دين المناب تجاه المناب لديه يعتبر التزاما مجردا (OBLIGATION ABSTRAITE) لا ينظر فيه الى العلاقة السابقة بينه (بين المناب) وبين المنيب، ولا الى الدفوع التي كان بامكانه التمسك بها تجاهه . فاذا كان هو مدينا للمنيب وكان دينه قد انقضى لسبب من الاسباب ، او لم يكن مدينا البتة ، فانه لا يستطيع ان يتمسك بذلك ضد المناب لديه ، الا اذا اشترط ذلك صراحة . فاذا لم يحتفظ بحقه فى التمسك تجاه المناب لديه بالدفوع التي كان بامكانه التمسك بها تجاه المنيب لم يعد امامه الا الرجوع على المنيب . وقد نصت على ذلك المادة (٤٠٧) مدني بقولها : « يكون التزام المناب صحيحا حتى لو كان ملتزما قبل المنيب وكان التزامه هذا باطلا او خاضعا لدفع من الدفوع . ولا يبقى للمناب(١) الا حق الرجوع على المنيب . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره »

الانابة القاصرة والاشتراط لمصلحة الغير

٧٨٥ ــ ومما تجدر الاشارة اليه فى هذا المقام هو ان النتائج التي تترتب على الانابة القاصرة يمكن الوصول اليها عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير فيشترط الدائن (المنيب) على مدينه (المناب) ان يقوم بالوفاء لدائنه هو (المناب لديه) . وباقرار هذا الاخير للاشتراط ينشأ له حق مباشر تجاه مدين مدينه الذي هو المناب ، فيكون له بذلك مدينان : مدينه الاصلي وهو المنيب او المشترط ، ومدين مدينه وهو المناب او المتعهد . مثال ذلك ما اذا اشترط البائع على المشتري ان يقوم بالوفاء الى دائنه (دائن البائع) . فباقرار دائن البائع لهذا الاشتراط يكون امامه مدينان : مدينه الاصلي وهو البائع ، اي المشترط ، ومدين مدينه وهو المشتري ، اي المتعهد

---

(١) كان ينبغي استعمال الضمير بدلا من تكرار كلمة (المناب) ، فيكون النص : « ولا يبقى له .. » .

ولكن بالرغم من هذا التشابه فى النتائج التي يمكن الوصول اليها عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير والانابة القاصرة ، الا ان بينهما الفرقين التاليين:

١ ــ الاشتراط لمصلحة الغير يتم باتفاق المشترط والمتعهد ، اما المنتفع فلا يعتبر طرفا فيه ، ورضاؤه ليس شرط انعقاد بل لجعل الاشتراط غير قابل للنقض . بينما المناب لديه فى الانابة القاصرة طرف فى العقد ، ولا تتم الانابة بدون رضاه ، اي بدون اشتراكه فى ابرامها .

٢ ــ يستطيع المتعهد فى الاشتراط لمصلحة الغير ان يحتج على المنتفع بالدفوع التي يستطيع الاحتجاج بها على المشترط ، اما المناب فلا يستطيع التمسك تجاه المناب لديه بالدفوع التي يستطيع التمسك بها تجاه المنيب .

الفرع الرابع

المقاصة

(La compensation)

تمهيد وتعريف

٧٨٦ ــ قد ينشأ للمدين دين في ذمة دائنه فيصبح دائنا ومدينا له في الوقت نفسه ، وبذلك يكون عندنا دينان متقابلان ، اذ يكون كل من الطرفين دائنا للآخر ومدينا له . وبدلا من قيام كل من المدينين بالوفاء لدائنه ثم استيفاء حقه منه ، يقوم كل دين مكان الاخر ويستوفي كل دائن حقه من الدين الذي في ذمته . وهذه هي المقاصة . فاذا كان الدينان متساويين في المقدار فقد برئت ذمة كل من المدينين ، واذا كان احدهما اكبر من الاخر دفع المدين بالدين الاكبر لدائنه ما يتبقى في ذمته بعد اسقاط الدين الذي له على دائنه من الدين الذي لدائنه عليه . فاذا كان زيد مدينا لعمرو بـ(١٠٠٠) دينار، ثم اشترى عمرو منه (من زيد) بضاعة بمبلغ (٨٠٠) دينار فبدلا من قيام زيد بدفع (١٠٠٠) دينار الى عمرو وقيام عمرو بعد ذلك بدفع (٨٠٠) دينار الى زيد ، يقوم زيد بدفع (٢٠٠) دينار الى عمرو ، وهذا المبلغ يمثل الفرق بين ما لعمرو في ذمته وماله في ذمة عمرو . فيمكننا تعريف المقاصة اذن بانها: « طريق من طرق انقضاء الالتزام يتم فيها الانقضاء بتقابل دينين في ذمتي شخصين بحيث يكون كل منهما دائنا للاخر ومدينا له » ، او كما عرفها القانون المدني العراقي (م٤٠٨) بانها : « اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه(١) ».

---

(١) كان من الادق تعريف كلمة «غريمه» الثانية هذه بالاشارة والالف واللام بدلا من الاضافة الى الضمير ، فتكون : « هذا الغريم » . وبذلك يكون النص على النحو التالي : « المقاصة هي اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لهذا الغريم ».

فوائد المقاصة : اداة وفاء وضمان

٧٨٧ ــ وللمقاصة فائدتان كبيرتان . فهي اداة وفاء من جهة ، واداة ضمان من جهة اخرى .

فهي اداة وفاء لانها تقضي دينين فى وقت واحد ، فلا يدفع كل من المدينين الى دائنه شيئا الا اذا كان احد الدينين اكبر من لاخر ، وعندئذ يدفع المدين بالدين الاكبر الفرق بين الدينين . وبذلك يتجنب كل من المدينين الوفاء والاستيفاء وما يكلفه ذلك من نفقات وعناء وما يمكن التعرض له من مخاطر عند النقل . فالوفاء الذي تقوم به المقاصة انما هو وفاء مبسط (Payement Abrégé) . ومن هنا كانت لها اهمية كبرى فى المعاملات التجارية التي تقوم على السرعة فى التعامل والتوفير فى النفقات . وخير مثال على ذلك الحساب الجاري وغرف المقاصة . فالحساب الجاري (Compte Courant) حساب يفتح بين تاجرين يسجل فيه كل منهما ما ينشأ له فى ذمة الاخر . وما ينشأ للاخر عليه . وتقع المقاصة بين الديون المتقابلة ولا يدفع فى النهاية الا الرصيد ، اي ما يتخلف بعد اجراء المقاصة . وغرف المقاصة Chambres de Compensation عبارة عن محلات يجتمع فيها ممثلو المصارف لاجراء المقاصة بين ما لهذه المصارف وما عليها ، وبذلك يستغنى عن نقل النقود من المصرف المدين الى المصرف الدائن ثم نقلها بعد ذلك الى المصرف الذي خرجت منه .

والمقاصة ، من جهة اخرى ، اداة ضمان . فالمدين الذي يصبح دائنا لدائنه انما يستوفي حقه من الدين الذي فى ذمته ، فيتقدم بذلك على دائني دائنه فى حالة افلاس هذا الاخير ، وبذلك يضمن الحصول على حقه . وما كان ليستطيع ذلك لولا المقاصة .

---

(١) ويقال لها بالانكليزية (Clearing Houses) ، وهي اقدم من غرف المقاصة الفرنسية .

تطور فكرة المقاصة فى الفقه الغربي

٧٨٨ ــ وقد مرت فكرة المقاصة بتطور طويل فى الفقه الغربي. فقد كانت غير ممكنة فى القانون الروماني القديم بسبب مبدأ وحدة الدعوى الذي كان يقضي بان لا ينظر القاضي فى وقت واحد الا فى قضية واحدة . فكان يسأل المدعى عليه فيما اذا كان مدينا ام لا ، وكان على هذا ان يجيب بالايجاب او النفي فقط ولا يقبل منه ان يضيف شيئا اخر . وقد كان من نتائج ذلك عدم تمكن المدعى عليه من طلب المقاصة بين الدين الذي للمدعي عليه بما له من دين على المدعي ، فكان عليه ان يقيم دعوى مستقلة بذلك . وقد اقر القضاة الرومان بعض الاستثناءات لمبدأ وحدة الدعوى هذا ، ثم وضعت قاعدة عامة تعطي المدعى عليه الدفع بالغش يدفع به دعوى الدائن اذا لم يجر المقاصة بين ماله وما عليه(١) . وهكذا اصبح فى امكان المدين ان يجبر دائنه على اجراء المقاصة . وقد استمر تطور القانون الروماني فى هذا الخصوص حتى جاء جستنيان وادخل اصلاحاته الشهيرة . ومن ضمن الاصلاحات التي ادخلها جستنيان ان قرر ان المقاصة تجري بحكم القانون (IPSO JURE) . والرأي الراجح فى الفقه الحديث يذهب الى ان ما كان يقصده جستنيان انما هو عدم ضرورة التمسك بالغش لاجراء المقاصة(٢). فهو ، حسب هذا الرأي ، عندما قرر ذلك لم يكن يعني ان المقاصة تتم بدون التمسك بها امام القضاء ، فكان لا بد للمدين من التمسك بها امام القاضي والقاضي يتمتع فى ذلك بسلطه تقديرية وكان بامكانه ان يرفض اجراءها .

هذا هو الرأي الراجح فى معنى التعديل الذي ادخله جستنيان فى هذا الصدد . ولكن فقهاء القانون الفرنسي القديم فسروا عبارة « بحكم القانون » التي اوردها جستنيان بانها تعني ان المقاصة قانونية لا قضائية ، أي

---

(١) وبذلك يكون الدفع بالغش الاصل المشترك لكل من الحق فى الحبس والدفع بعدم التنفيذ والمقاصة .

(٢) لبوانت ومونييه ، الالتزامات فى القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ، ص ٣٨٧ــ٣٩٣ .

انها تتم بمجرد تلاقي الدينين وبدون حاجة الى حكم قضائي ، وحتى بدون علم الطرفين بوقوعها • وقد اخذ القانون المدني الفرنسي بهذا الفهم غير الصحيح فنص فى المادة (١٢٩٠) على ان المقاصة تتم بحكم القانون وقوته ، وحتى بدون علم الطرفين المدينين ويترتب على ذلك ان

De plein droit et par la seule force dl la loi, méme a l'inu des débiters.

على القاضي ان يحكم بالمقاصة بمجرد توافر شروطها ، وليس له ان يرفض ذلك بحجة ان التحقق من الدين المقابل يقتضي وقتا واجراءات طويلة•

المقاصة فى القوانين الجرمانية

٧٨٩ ــ وقد ذهبت القوانين الجرمانية ، وعلى رأسها القانونان الالماني والسويسري ، فى المقاصة مذهبا يخالف ما ذهب اليه كل من القانون الروماني فى عهد جستنيان والقانون المدني الفرنسي • فهي لم تأخذ بالمقاصة التي قال بها جستنيان ولا بالمقاصة القانونية التي قال بها القانون المدني الفرنسي ، بل جعلت اجراء المقاصة رهينا باعلان عن الارادة (Déclaration de la Volonté) يصدر عن احد الطرفين ، اي بارادة منفردة • فاذا صدر هذا الاعلان عن الارادة وكانت شروط المقاصة متوافرة فانها تقع باثر رجعي الى حين توافر هذه الشروط • وفى هذه الحالة يجب على القاضي ان يحكم بها ، وهو لا يتمتع بسلطة تقديرية فى ذلك • ومن هذا يتبين ان هذه المقاصة ليست قضائية ولا قانونية • فهي ليست قضائية لان القاضي لا يتمتع بسلطة تقديرية اذا عرضت عليه ، وقد لا تعرض عليه وتتم خارج ساحة القضاء باعلان عن الارادة • وهي ليست قانونية لانها لا تقع بحكم القانون ، بل لا بد من صدور الاعلان عن الارادة •

المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

٧٩٠ ــ واذا لم تتوافر الشروط اللازمة لوقوع المقاصة بحكم القانون فان ذلك لا يمنع وقوعها باتفاق الطرفين او بارادة احدهما فقط ، وذلك اذا

كانت الشروط المتخلفة مقررة لمصلحة احد الطرفين ونزل عنها من تقررت لمصلحته وتسمى فى هذه الحالة بالمقاصة الاختيارية او الاتفاقية (Compensation Conventionnelle Facultive,) • واذا لم يمكن التوصل الى اجراء المقاصة الاتفاقية فبامكان المدعى عليه ان يطلب من القاضي اجراءها فى اثناء نظر لدعوى • وتسمى عندئذ بالمقاصة القضائية (Compensation Judiciaire)

القانون المدني العراقي

٧٩١ ــ وقد اشار القانون المدني العراقي الى المقاصة القانونية والمقاصة الاختيارية فقط ، ولم يشر الى المقاصة القضائية • فهو ، بعد ان عرف المقاصة فى المادة (٤٠٨) ، اضاف فى الفقرة الاولى من المادة (٤٠٩) بان « المقاصة اما جبرية تحصل بقوة القانون او اختيارية تحصل بتراضي المتداينين»(١) • وعليه فاننا نقسم هذا الفرع الى مبحثين ، نتكلم فى الاول عن المقاصة القانونية وفى الثاني عن المقاصة الاختيارية • وسنعالج المقاصة القضائية مع هذه الاخيرة•

المبحث الاول

المقاصة القانونية

شروط وآثار

٧٩٢ ــ عالج القانون المدني المقاصة فى قسمين ، تكلم فى الاول عن شروطها وفى الثاني عن آثارها • ونحن نتبعه فى ذلك ، فنعالج كلا من ذلك فى مطلب مستقل •

---

(١) يلاحظ ان كلمة «متداينين» هذه غير موفقة ، وكان خيرا منها كلمة «مدينين» . ذلك انها تفيد ان مصدر الدين هو الارادة . فتداينا داين احدهما الاخر . اما كلمة «مدين» فتشير الى حالة المديونية ولا تشير الى مصدر الدين .

المطلب الاول

شروط المقاصة القانونية

شـــروط خمســة

٧٩٣ ــ هناك شروط خمسة يجب توافرها لا مكان وقوع المقاصـــة القانونية • وهذه الشروط هي :

١ ــ ان يكون هناك دينان متقابلان •

٢ ــ ان يكون الدينان من نوع واحد ، اي متشابهين او متماثلين •

٣ ــ ان يتساوى الدينان فى القوة ، بان يكون كل منهما صالحا للمطالبة به قضاء وخاليا مـــن النزاع •

٤ ــ ان يكون كل مـــن الدينين حالا •

٥ ــ ان يكون كل من الدينين من الديون التي تقع فيها المقاصة • ونرى كلا مـــن هذه الشروط على حـــدة

الشرط الاول ــ دينان متقابلان Deux dettes ré ciproques

٧٩٤ ــ لا بد لوقوع المقاصة ، اولا وقبل كل شي ، من وجود دينـــين متقابلين • ويقصد بالديـــن هنا ان يكون المطلوب وصفا فى الذمة ، اي ما يقابل العين • كما يقصد بالتقابل ان يكون كل من الطرفين دائنا فى شخصه للاخر ومدينا له فى شخصه • فاذا كان احدهما دائنا فى شخصه ومدينا بصفة اخرى لم تقع المقاصة • فلا تقع المقاصة بين دين للولي او الوصي أو القيم فى ذمة شخص وديـــن لهذا الشخص فى ذمة الصغير او المحجور ، ولا بين دين للشركة على احد الاشخاص ودين لهذا الشخص على مدير الشركة • فالولي والوصي والقيم ليس هو الصغير ، ومدير الشركة ليس هو الشركة(١)• ولا

---

(١) وفى هذا المعنى قضت محكمة التمييز البلجيكية فى حكم لها صـــادر فى ١١ اذار ١٩٠٢ بان الاب الولي على ابنه والمدين لرب العمل الذي يعمـــل عنده ابنه لا يستطيع التمسك بالمقاصة تجاه رب العمل بالدين الذي لابنه على رب العمل (نقلا عن دي باج ، المرجع السابق ف ٦٢٧ ، ص ٥٦٢).

تعتبر دوائر الدولة شخصية واحدة . فلا يمكن التمسك بالمقاصة فى دين لاحدى الدوائر على احد الافراد بدين لهذا الفرد على دائرة اخرى(١) . فاذا كان احد الافراد مدينا لمديرية ضريبة الدخل مثلا ودائنا لامانة العاصمة بقيمة استملاك ارض ، فلا يستطيع ان يطلب من ضريبة الدخل ان تجري المقاصة بين مالها عليه وماله على امانة العاصمة .

وقد نص القانون المدني الفرنسي على الكفيل صراحة ، فقضى فى المادة (١٢٩٤) بان الكفيل يستطيع التمسك بالمقاصة فى دين للمدين المكفول فى ذمة الدائن ، ولكن المدين المكفول لا يستطيع التمسك بالمقاصة فى دين للكفيل فى ذمة الدائن .

ولكن اذا كان الكفيل دائنا للدائن المكفول له وطالبه هذا فانه يستطيع التمسك بالمقاصة بالدين الذي له عليه ، ولا يستطيع الدائن مطالبة المدين المكفول بعد ذلك . وقد سبق ان رأينا(٢) المادة (٣٢٤) مدني لا تجيز للمدين المتضامن ان يحتج بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن اخر الا بقدر حصة هذا المدين الاخر .

٧٩٥ ــ فاذا وجد دينان على النحو المتقدم وقعت المقاصة ، ولا ينظر الى مصدر كل من الدينين ولا الى اهلية كل من المدينين . وهذا الشرط يستفاد من تعريف المقاصة الوارد فى المادة (٤٠٨) مدني . فقد سبق ان رأينا تعريف هذه المادة للمقاصة بانها «اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه فى مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه» .

الشرط الثاني ــ دينان من نوع واحد

٧٩٦ ــ ويشترط ايضا لوقوع المقاصة ان يكون الدينان من نوع واحد ومتماثلين فى الجودة ، اي ان يكون كل منهما من النقود او الاشياء

---

(١) المرجع السابق ، ف ٦٢٨.
(٢) ف (٤٤٠)

المثلية المتماثلة فى النوع والجودة ، كأن يكونا كلاهما من الحنطة العجيبة او من التمر من نوع الزهدي . فاذا اختلف الدينان فى الجنس او النوع او الجودة فلا تقع المقاصة . فلا تقع بين دينين محل حدهما حنطة ومحل الاخر شعير ، ولا بين دينين محل احدهما حنطة عجيبة ومحل الاخر حنطة كرديه . واذا كانت الحنطة الكردية على درجات فى الجودة فلا تقع المقاصة بين دينين محلهما من هذه الحنطة ولكن محل الاول من الدرجة الاولى ومحل الثاني من الدرجة الثانية . وقد نصت على هذا الشرط العبارة الاولى من الفقرة الثانية من المادة (٤٠٩) مدني بقولها : « ويشترط لحصول المقاصة اتحاد الدينين جنسا ووصفا .. » . والحكمة من اشتراط هذا الشرط هي ان المقاصة لما كانت فى حكم الوفاء فيجب ان تضع كلا من الطرفين فى الحالة التي يكون فيها لو انه استوفى حقه فعلا . ولا يتحقق ذلك الا اذا كان الدينان متماثلين فى النوع والجودة .

٧٩٧ ــ وقد اجازت المادة (١٢٩١) من القانون المدني الفرنسي المقاصة اذا كان محل احد الدينين نقودا ومحل الثاني حبوبا تعينت اسعارها بالتسعير الرسمي . وهذا الحكم لا يمكن الاخذ به فى القانون المدني العراقي لاشتراطه صراحة اتحاد الدينين جنسا ووصفا .

الشرط الثالث ــ تساوي الدينين فى القوة ، بان يكون كل منهما صالحا للمطالبة به قضاء وخاليا من النزاع

٧٩٨ ــ والشرط الثالث الذي يجب توافره لوقوع المقاصة القانونية هو ان يتساوى الدينان فى القوة . وهما يكونان كذلك اذا كان كل منهما صالحا للمطالبة به قضاء وخاليا من النزاع .

الدين الصالح للمطالبة القضائية

٧٩٩ ــ ويقصد بالدين الصالح للمطالبة به قضاء الدين المدني ، اي الدين الذي يمكن الاجبار على تنفيذه . فاذا مضت عليه مدة التقادم اصبح دينا طبيعيا ولم يعد بالامكان المطالبة به امام القضاء، فلا يعود صالحا للمقاصة.

فاذا كان احد الدينين طبيعيا فلا تقع المقاصة ، مدنيا كان الدين المقابل او طبيعيا . فاذا كان الدين المقابل مدنيا فهو اقوى من الدين الطبيعي ، ومن ثم لا تقع المقاصة ، واذا كان طبيعيا هو ايضا فلا تقع المقاصة كذلك ، ولكن لا لعدم تساوي الدينين فى القوة بل لان كلا من الدينين لا يمكن المطالبة به قضاء . فالنتيجة التي نصل اليها فى هذه الحالة هي النتيجة التي نصل اليها عن طريق عدم صلاحية الدين للمطالبة القضائية .

٨٠٠ ــ ومما يجب ملاحظته ان المقصود بالقوة هنا ليس كون الدين مضمونا بضمانات عينية او شخصية ، بل صلاحيته للمطالبة القضائية . فاذا توافرت شروط المقاصة وكان احد الدينين مضمونا بضمان عيني او شخصي فان ذلك لا يمنع المقاصة . ولا يمنع المقاصة كذلك كون احد الدينين ثابتا فى حكم بات او فى سند مصدق او منظم من الكاتب العدل بينما الثاني ثابت فى سند عادي ، ما لم يقع نزاع عليه .

الدين الخالي من النزاع

٨٠١ ــ ويقصد بالدين الخالي من النزاع الدين الذي لم يقع نزاع على اصله ولا على مقداره . فالاول هو الدين المحقق (CERTAINE) والثاني هو الدين المعلوم المقدار (LIQUIDE)

٨٠٢ ــ فاذا وقع نزاع على اصل الدين فهو غير محقق ، ولا يمكن ، بالتالي ، ان تقع المقاصة بينه وبين دين محقق . ويشترط فى النزاع ليمنع المقاصة ان يكون جديا . فلا يكفي اي نزاع ليجعل من الدين غير محقق ، اذ لا يعدم احد الطرفين حجة ما لينازع فى الدين فيمنع بذلك وقوع المقاصة . ويرجع تقدير النزاع الى قاضي الموضوع ، فهو الذي يقرر ما اذا كان النزاع جديا او لا يقصد منه الا منع وقوع المقاصة(١) . ويعتبر دينا غير محقق

(١) ولا تشترط القوانين الجرمانية هذا الشرط ، لان المعنى الغالب للمقاصة فيها هو معنى الضمان اكثر من معنى الوفاء (سالي ، دراسة عن النظرية العامة للالتزام فى المشروع الاول للقانون المدني الالماني ، ط ٢ ، ف ٦٥ ، ص ٥٦ ــ ٥٧) .

الدين المعلق على شرط واقف ، لانه ، كما سبق ان رأينا(١) ، معدوم على خطر الوجود . اما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو موجود على خطر الزوال ، وبالتالي يمكن ان تقع المقاصة بينه وبين الدين المنجز . واذا تحقق الشرط زالت المقاصة وعاد الدين باثر رجعي وعاد الدين المقابل كما كان(٢).

ومما يجب ملاحظته ان النزاع اذا وقع على اصل الدين فمنع المقاصة القانونية فان بامكان الدائن بهذا الدين ان يلجأ الى الحجز تحت يد نفسه (Saisie-arrêt sur soi-même) ، ويطلب بعد ذلك اجراء المقاصة القضائية . وهذه المسألة من مسائل قانون المرافعات ، فنكتفي في شأنها بهذا القدر .

٨٠٣ ـ واذا كان الدين غير معلوم المقدار فلا يصلح للمقاصة . فلا يستطيع الدائن في المسؤولية التعاقدية او في المسؤولية التقصيرية او في الكسب دون سبب ان يجري المقاصة بين حقه في التعويض قبل تقديره وبين دين عليه للمدين . ويعتبر الدين غير معلوم المقدار اذا كان يحتاج في تقديره الى عمليات معقدة واقوال خبراء ، كما يحدث في تصفية الشركات والتركات . فاذا كان لا يحتاج الا الى مجرد عملية بسيطة فانه يعتبر معلوم المقدار . كما اذا القى استاذ محاضرات في معهد غير حكومي وكانت اجور المحاضرة الواحدة معلومة ، وكما اذا نام مريض في مستشفى خصوصي واجريت له عملية جراحية . فاذا كان الاستاذ مدينا لادارة المعهد ولم يعرف عدد المحاضرات التي القاها فانه ، بالرغم من ذلك يستطيع ان يطلب المقاصة بين ما هو مدين به للمعهد وما هو دائن له به من اجور المحاضرات . ولا يمكن لادارة المعهد ان تدفع بان ماله في ذمة المعهد غير معلوم المقدار . ذلك ان

---

(١) ف ٢٥٦ ، ص ١٢٦

(٢) وقد سبق ان اعطينا عكس هذا الرأي (ف ٢٩٠). والرأي الذي نقرره الان نراه اكثر عدلا ومنطقية .

معرفة ما هو دائن به لا يتطلب اكثر من عملية حسابية بسيطة . وكذلك الامر بالنسبة للمريض اذا كان دائنا للمستشفى . فاذا طلب مدير المستشفى اجراء المقاصة بين ما للمريض فى ذمة المستشفى وما للمستشفى فى ذمة المريض ، فالمريض لا يستطيع ان يرفض ذلك بحجة ان الدين الذي للمستشفى فى ذمته غير معلوم المقدار . فمعرفة ما للمستشفى فى ذمته لا تتطلب اكثر من عملية حسابية بسيطة ، تجمع فيها اجور الايام التي قضاها فى المستشفى مع اجور العملية الجراحية والامور التابعة لها.

الشرط الخامس ـ ان يكون كلا الدينين من الديون التي تقع فيها المقاصة

٨٠٤ ـ هناك ديون لا يمكن اجراء المقاصة فيها لعدم قابليتها لذلك . وعدم قابلية الدين للمقاصة اما ان يرجع الى عدم امكان المطالبة به فى الحال ، وهذا هو الدين المؤجل او غير المستحق للاداء ، او لعدم قابليته للحجز ، او لمصدره. ويدخل فى هذه الحالة الاخيرة دين الوديع برد الشيء المودع ، ودين الغاصب برد الشيء المغصوب . ونرى كلا من ذلك على حدة.

اولا ـ الدين غير المستحق للاداء

٨٠٥ ـ اذا كان احد الدينين ، او كلاهما ، غير مستحق الاداء فلا تقع المقاصة . فالمقاصة ، كما سبق القول ، وفاء اجباري ، والمدين لا يجبر على وفاء دينه قبل حلول اجله . ولكن نظرة الميسرة التي يمنحها القاضي للمدين لا تمنع المقاصة . ذلك ان القاضي لا يمنح المدين هذه النظرة الا اذا كان غير قادر على الوفاء فورا ، ونشوء دين له فى ذمة دائنه معناه انه قادر على ذلك فتقع المقاصة ، ولا يسمح له عندئذ باستيفاء الدين الذي نشأ له فى ذمة دائنه على ان يقوم هو بالوفاء عند انتهاء النظرة التي منحه القاضي اياها ، بل تجري المقاصة بين الدينين . وقد اعتبر القانون المدني المصري (م٣٦٢ـ٢) فى حكم نظرة الميسرة الاجل الذي تبرع به الدائن .

ثانيا ـ عدم قابلية الدين للحجز

٨٠٦ ـ ولا تقع المقاصة كذلك اذا كان احد الدينين ، او كلاهما ، غير

قابل للحجز ، كدين النفقة ورواتب الموظفين الى حد معين . والسبب الذي يجعل الدين غير قابل للمقاصة هو ان حصول الدائن على الدين ضروري ضروري للقيام باوده ، فاذا اجزنا للمدين الامتناع عن الوفاء فان ذلك يعرض الدائن الى عدم الحصول على ما يؤمن معيشته ومعيشة افراد عائلته. لذلك قرر الشارع عدم جواز الحجز على مثل هذا الدين . فاذا كان الدين غير قابل للحجز فهو غير قابل للمقاصة ايضا . ويترتب على ذلك ان على المدين بالدين غير القابل للحجز ان يوفي بما في ذمته لدائنه ثم يطالب هذا الدائن بما ترتب له فى ذمته .

ثالثا ـ دين الوديع برد الشيء المودع ودين الغاصب برد الشيء المغصوب

٨٠٧ ـ اذا نشأ للوديع فى ذمة المودع دين من جنس الشيء المودع فلا يجوز له ان يمتنع عن رد هذا الشيء بحجة وقوع المقاصة بين دين المودع بالشيء المودع والدين الذي نشأ له فى ذمة المودع ، بل يجب عليه ان يرد الشيء المودع اولا ثم يطالب المودع بالدين الذي نشأ له فى ذمته . وكذلك الامر اذا نشأ للغاصب فى ذمة المغصوب منه دين من جنس الشيء المغصوب. وقد نصت على ذلك المادة (٤١٠) من القانون المدني بقولها : « اذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة والدين والوديعة من جنس واحد ، او كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة(١) من جنسها(٢) فلا تصير الوديعة او العين

---

(١) كان على واضع النص ان يستعمل تعبير « الشيء المغصوب » بدلا من « العين المغصوبة » . ذلك ان المقاصة لا تقع ، كما سبق ان رأينا ، الا فى الديون . فهي لا تقع فى الاعيان . فيجب ان يكون كل من الدينين من النقود او الاشياء المثلية .

(٢) يلاحظ على النص ركاكة التعبير . فهو يقول : « .. او كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها ... » ولو قال : « ... او كان للغاصب على صاحب العين المغصوبة دين من جنسها ... » ولم يفصل بين كلمة «دين» و « من جنسها » لكان اقوى . هذا مع ملاحظة ما ذكرناه فى الهامش السابق من ان تعبير « العين المغصوبة» كان يجب ان يكون «الشيء المغصوب».

المغصوبة قصاصا بالدين الا اذا تقاص الطرفان بالتراضي» . ومما يجب ملاحظته هنا انه لانطباق النص المتقدم يجب ان يكون الشيء المودع اوالشيء المغصوب من النقود او الاشياء المثلية ، وذلك لينطبق عليه وصف الدين .

٨٠٨ ـ والحكمة من تقرير الحكم المتقدم هي ان الوديعة من العقود التي تقوم على الثقة ، فلا يجوز للوديع ان يستغل هذه الثقة ويمتنع عن رد الشيء المودع . فعليه ان يرد هذا الشيء اولا ، وبذلك يكون قد ادى الامانة، ثم يطالب مدينه المودع بما ترتب له فى ذمته. وقد اضاف القانون المدني المصري (م٣٦٤/ب) الى الشيء المودع الشيء المعار عارية ، استعمال ، ولم يجز للمستعير ان يمتنع عن رد الشيء المعار اذا ترتب له فى ذمة المعيردين مشابه للشيء المعار(١) .

وكذلك الامر بالنسبة للغاصب فاذا غصب شخص من اخر شيئا مثليا او نقودا ثم ترتب له فى ذمة المغصوب منه دين مشابه للشيء المغصوب ، فلا يجوز له ان يمتنع عن الرد بحجة وجوب اجراء المقاصة . وقد قصد المشرع بذلك الضرب على يد الغاصب وعدم التشجيع على الغصب . فيجب عليه ان يرد ما غصبه اولا ، ثم يطالب مدينه المغصوب منه بما ترتب له فى ذمته(٢) .

---

(١) ويلاحظ الاستاذ السنهوري (المرجع السابق ، ص ٩٠٨) ان هذه الحالة صعبة التصور ، لان الاشياء المثلية لا تعار بل تقرض . ولاجل ذلك يفترض الاستاذ ان المدين بمبلغ من النقود قد اعار دائنه عينا معينة بالذات وهلكت العين بتقصير من الدائن فاصبح مسؤولا عن التعويض. ثم قدر هذا التعويض اتفاقا او قضاء ، واصبحت شروط المقاصة متوافرة ما بين الدين الذي فى ذمة المدين للدائن والتعويض الذي فى ذمة الدائن للمدين . وبالرغم من توافر شروط المقاصة لا يجوز للدائن ان يتمسك بها ، وليس له ان يمتنع عن دفع التعويض للمعير . وذلك، كما يقول الاستاذ، لان المعير قد ائتمنه على الشيء المعار ،بل نزل له عن منفعته دون اجر ، فلا يكون جزاؤه على ذلك ان يمتنع المستعير عن دفع التعويض المستحق ولو عن طريق التمسك بالمقاصة .

(٢) ولم يستعمل القانون المدني المصري تعبير «غصب» ، بل استعمل تعبير « شيء نزع دون حق من يد مالكه » (م ٣٦٤/أ) . والمعنى واحد ، سوى ان

المطلب الثاني

آثار المقاصة القانونية

اثر المقاصة فيما بين الطرفين واثرها بالنسبة للغير

٨٠٩ ــ يختلف اثر المقاصة فيما بين الطرفين عنه بالنسبة للغير . ففيما بين الطرفين ينقضي الدينان بقدر الاقل منهما . اما بالنسبة للغير ، فاذا اكتسب حقا على احد الدينين فلا يجوز ان تقع المقاصة اضرارا بهذا الحق . ونرى كلا من ذلك فى مقصد مستقل .

المقصد الاول

أثر المقاصة فيما بين الطرفين

انقضاء الدينين بقدر الاقل منهما من حين صلاحهما للمقاصة

٨١٠ ــ لما كانت المقاصة طريقا من طريق انقضاء الالتزام فالاثر الذي يترتب عليها هو انقضاء الدينين اذا كانا متساويين ، وانقضاؤهما بقدر الاقل منهما اذا كانا غير متساويين . فهي بمثابة وفاء ، ويعتبر كل دائن قد استوفى حقه من الدين الذي فى ذمته . وقد نصت على ذلك العبارة الاولى من المادة (٤١٣) مدني بقولها : « تقع المقاصة بقدر الاقل من الدينين .. » . ويترتب على ذلك كل النتائج التي تترتب على انقضاء الالتزام . فيقف سريان الفوائد من حين تلاقي الدينين متوافرة فيهما شروط المقاصة ، وتنقضي التأمينات التي كانت تضمن احد الدينين او كليهما ، شخصية كانت هذه التأمينات او عينية . فتبرأ ذمة الكفيل ، ويستطيع ان يتمسك بالمقاصة الواقعة

تعبير القانون المدني العراقي مأخوذ عن الفقه الاسلامي ، بينما تعبير القانون المدني المصري مأخوذ عن الفقه الغربي . فنزع الشيء من يد مالكه دون حق يعبر عنه الفقهاء المسلمون بالغصب ، مع ملاحظة ان التعبير الاسلامي يعطي المعنى بكلمة واحدة بينما التعبير الغربي لا يعطيه الا بسبع كلمات . ومن القواعد المقررة فى اللغة العربية ان « خير الكلام ما قل ودل » .

بين المدين المكفول والدائن المكفول له . وقد سبق ان رأينا(١) ان المدين المتضامن يستطيع التمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن اخر ، ولكن بقدر حصة هذا المدين الاخر من الدين .

انقضاء الدينين من حين تلاقيهما لا من حين التمسك بالمقاصة

٨١١ ـ واذا وقعت المقاصة فهي لا تقع من حين التمسك بها ، بل تستند باثرها الى الوقت الذي توافرت فيه شروطها . ويترتب على ذلك ان احد هذه الشروط اذا تخلف بعد ذلك فان هذا التخلف لا يمنع وقوع المقاصة. فاذا كان احد الدينين قد مضت عليه مدة التقادم عند التمسك بالمقاصة ولكن هذه المدة لم تكن قد انقضت عند توافر شروط المقاصة ، فان ذلك لا يمنع من وقوعها. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٤١٤) مدني بقولها: «اذا كان الدين لا تسمع به الدعوى لمرور الزمن وقت التمسك بالمقاصة فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة ما دامت المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى لم تكن قد تمت في الوقت الذي اصبحت فيه المقاصة ممكنة ».

المقاصة بين دين للكفيل على المكفول له ودين هذا على المدين

٨١٢ ـ واذا كان للكفيل على المكفول له دين من جنس الدين المكفول فبامكانه ان يتمسك بالمقاصة . ولا تظهر اهمية ذلك الا بالنسبة للكفيل الذي لا يتمتع بحق التجريد . فالكفيل الذي يتمتع بهذا الحق يستطيع ان يدفع مطالبة الدائن المكفول له بوجوب مطالبة المدين المكفول اولا . اما الكفيل المحروم من حق التجريد فاذا كان دائنا للدائن المكفول له وطالبه بالدين المكفول به فانه يستطيع التمسك بالمقاصة بين الدين الذي له على الدائن المكفول له والدين الذي لهذا الاخير على المدين المكفول . وقد نصت على ذلك صراحة المادة (٤١٢) من القانون المدني بقولها : « اذا كان للكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به فالدينان يلتقيان قصاصا من غير رضاهما ، وان كان من

---

(١) ف ٤٤٠ ، ٧٩٤ .

غير جنس الدين المكفول به فلا يلتقيان قصاصا الا بتراضي الدائن المكفول له مع الكفيل لا مع المدين ».

النزول عن المقاصة

٨١٣ ــ والمقاصة ليست من النظام العام ، فيجوز النزول عنها . ولم ينص القانون المدني العراقي على ذلك ، ولكنه يستفاد ضمنا من المفهوم المخالف للمادة (٤١٣) التي تقضي بعدم وقوع المقاصة « الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها » . فهي ما دامت لا تقع الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، فمعنى ذلك ان من له مصلحة فيها اذا لم يتمسك بها فانها لا تقع . اذ يعتبر ذلك نزولا منه عن التمسك بها .

النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها والنزول عنها بعد ثبوت هذا الحق

٨١٤ ــ والنزول عن التمسك بالمقاصة بعد ثبوت الحق فيها جائز ، ويستفاد من المفهوم المخالف لنص المادة (٤١٣) المتقدمة(١) فنص هذه المادة على عدم وقوع المقاصة الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها معناه ان الحق فى التمسك بها ثابت ولكنها لا تقع لان من له مصلحة لم يتمسك بها . وقد تقدم القول بان عدم التمسك بالمقاصة من قبل صاحب الحق فيها يعتبر نزولا منه عن هذا الحق . وقد وقع هذا النزول بعد ثبوت الحق فى التمسك بها .

٨١٥ ــ ولكن هل يجوز الاتفاق مقدما على عدم جواز التمسك بالمقاصة؟ منعت (٣٦٥) من القانون المدني المصري ذلك صراحة . اما القانون المدني العراقي فقد رأينا قبل قليل انه لم يتكلم عن هذه المسألة . فهل يمكن القول بجوازها فيه ؟ يذهب الاستاذ الكبير السنهوري(٢) الى ذلك . ولكن يثور هنا التساؤل من جهتين . فمن جهة يمكن القول كيف ينزل الشخص

---

(١) ويثور هنا اشكال . فالمقاصة بعد ثبوت الحق فيها تكون قد قضت الدينين من وقت تلاقيهما بحكم القانون ، فكيف يمكن بعد ذلك النزول عنها وعودة الدينين بعد انقضائهما ؟! (بيدان ولا جارد ، ج٩ ، ف ١٠٥٠ ، نقلا عن الاستاذ السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٩١٣ ، هامش رقم ٢).

(٢) المرجع السابق ، ص ٩١٠ ، هامش رقم ١ .

عن حق لم يملكه بعد . ومن جهة اخرى الا يكون فى اجازة النزول مقدما السماح للقوي بالتحكم فى الضعيف وفرض شروطه عليه ؟ فاذا تعاقد شخصان احدهما قوي اقتصاديا والاخر ضعيف اقتصاديا ، وكان القوي اقتصاديا هو الدائن واشترط على المدين الضعيف اقتصاديا الا يتمسك بالمقاصة اذا ترتب له دين فى ذمته (ذمة الدائن القوي اقتصاديا) وقبل المدين ذلك مضطرا ، فهل يمكن القول بصحة هذا الشرط ؟ اذا طبقنا القواعد العامة فى عيوب الارادة فاننا نستطيع ان نقول ان ارادة المدين لم تكن سليمة . فهو لم يقبل بذلك الا مضطرا لحاجته الى التعاقد . لذلك فاننا نميل الى عدم جواز النزول عن التمسك بالمقاصة قبل ثبوت الحق فيها .

حالة من حالات النزول الضمني عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها نص عليها القانون

٨١٦ ــ وقد نصت المادة (٤١٦) مدني على حالة خاصة من حالات النزول الضمني عن المقاصة بعد ثبوتها ، فقضت بانه : « اذا وفى المدين دينا وكان له ان يطلب المقاصة فيه بحق له فلا يجوز له ان يتمسك اضرارا بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه الا اذا كان يجهل وجود هذا الحق وكان له فى ذلك عذر مقبول » . فاذا كان لزيد فى ذمة عمرو دين مضمون بتأمينات، عينية او شخصية ، ثم نشأ لعمرو فى ذمة زيد دين مساو فى مقداره للدين الذي عليه لزيد فالمقاصة تقع من حين ثبوت هذا الدين . ويترتب على ذلك سقوط التأمينات التي كانت تكفل دين زيد فى ذمة عمرو . فاذا قام زيد ، بالرغم من ذلك ، بوفاء الدين الذي نشأ فى ذمته لعمرو واراد بعد ذلك الرجوع على عمرو بدينه فلا يستطيع التمسك بالتأمينات التي كانت تكفل دينه ، الا اذا كان يجهل وجود دينه المضمون بتأمينات فى ذمة عمرو وكان له عذر مقبول فى هذا الجهل . وعليه يقع عبء اثبات العذر . وتقدير ما اذا كان العذر مقبولا او غير مقبول يعود لقاضي الموضوع(١) . فاذا لم يكن

(١) وقد كانت المادة (٣٦٩) من القانون المدني المصري تشترط ان يثبت

له عذر مقبول واراد الرجوع بدينه فلا يرجع الا بدعوى استرداد ما دفع دون حق .

المقصد الثاني

اثر المقاصة بالنسبة للغير

عدم جواز التمسك بالمقاصة اضرارا بحقوق الغير

٨١٧ ـ اذا كسب الغير حقا على احد الدينين المتقابلين فلا يجوز التمسك بالمقاصة اضرارا بحقوق هذا الغير (م٤١٥ـ١) . والغير الذي يكسب حقا على احد الدينين اما ان يكون دائنا اوقع حجزا تحفظيا او محالا له وقبل المحال عليه الحوالة بدون تحفظ. ونرى كلا من ذلك على حدة .

١ ـ ايقاع حجز تحفظي على احد الدينين

٨١٨ ـ اذا اوقع الدائن حجزا تحفظيا على ما لمدينه لدى شخص ثالث ـ مدين المدين ـ فلا يجوز لهذا الشخص ان يقوم بالوفاء لدائنه هو ، لان هذا الوفاء يضر بحقوق الدائن الحاجز . ويترتب على ذلك ان مدين المدين اذا نشأ له بعد الحجز دين فى ذمة دائنه هو فلا يجوز له ان يتمسك بالمقاصة. والسبب فى ذلك ان المقاصة نوع من الوفاء . وقد تقدم القول ان الوفاء بدين محجوز حجزا تحفظيا فيه اضرار بحق الدائن الحاجز . وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٤١٥) مدني بقولها : « فاذا اوقع الغير حجزا تحت يد المدين ثم اصبح دائنا لدائنه فلا يجوز له ان يتمسك بالمقاصة اضرارا بالحاجز » .

٨١٩ ـ ولكن اذا لم يكن بامكان المدين التمسك بالمقاصة فبامكانه ان يحجز هو ايضا على الدين الذي هو مدين به ، اي ان يوقع حجزا تحفظيا

المدين العذر المقبول فى جهله بوجود حقه ، ولكن حذف هذا الشرط فى لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بواقعه جهل المدين بوجود حقه ، وحسما للمنازعات التي تنشأ عن تقدير ما يعتبر مقبولا او غير مقبول من الاعذار ».

تحت يد نفسه . وفى هذه الحالة يشترك مع الدائن الحاجز فى اقتسام الدين قسمة الغرماء .

حوالة احد الدينين وقبول المحال عليه الحوالة بدون تحفظ

٨٢٠ ـ اذا كان هناك دينان صالحان للمقاصة وحول احد الدائنين حقه على مدينه الى شخص ثالث وقبل المدين الحوالة بدون تحفظ ، اي بدون ان يحتفظ بحقه فى اجراء المقاصة ، فلا يعود بامكانه التمسك بها تجاه المحال له ، ولا يبقى امامه عندئذ الا الرجوع على مدينه المحيل . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٤١٧) مدني بقولها : « اذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين ان يتمسك على المحال له بالمقاصة التي كان له ان يتمسك بها قبل قبوله الحوالة ولا يكون له الا الرجوع بحقه على المحيل » . وعلة هذا الحكم هي اننا اذا أجزنا للمحال عليه التمسك بالمقاصة بعد قبوله الحوالة فان ذلك يؤدي الى الاضرار بحقوق المحال له ، فهو قد كسب حقا على الحق المحال به . وقد سبق ان رأينا الفقرة الاولى من المادة (٤١٥) لا تجيز ايقاع المقاصة اضرارا بحقوق اكتسبها الغير . ولا يلومن المحال عليه فى هذه الحالة الا نفسه . فقد كان عليه ان لا يقبل الحوالة بدون تحفظ ، اي كان عليه ان يقيد قبوله بحقه فى اجراء المقاصة بين الدين المحال به وما قد يكون له فى ذمة المحيل . ولا يمنع هذا الحكم كون المحال عليه جاهلا بوجود حق له فى ذمة المحيل عند قبوله للحوالة . ولكن فى هذه الحالة تعود التأمينات التي كانت تضمن حقه . وهذا الحكم يمكن الوصول اليه بالقياس على ما نصت المادة (٤١٦) من جواز التمسك بالتأمينات اذا وفى المدين الدين ولم يطلب المقاصة وكان يجهل وجود حقه وكان له فى هذا الجهل عذر مقبول .

المبحث الثاني

المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

COMPENSATION FACULTATIVE, CONVENTIONNELLE

المقاصة الاختيارية او الاتفاقية

٨٢١ ــ رأينا فى المبحث السابق الشروط اللازم توافرها لوقوع المقاصة القانونية ، وهذه الشروط اما ان تكون قد روعي فيها مصلحة احد الطرفين او مصلحتهما معا . فاذا تخلف احدهما لم تقع المقاصة . ولكن ذلك لا يمنع الطرف الذي قرر الشرط المتخلف لمصلحته من ان ينزل عنه . واذا كان الشرط المتخلف قد قرر لمصلحة كلا الطرفين فان ذلك لايمنعهما ايضا من النزول عن هذا الشرط واجراء المقاصة باتفاقهما وتسمى المقاصة فى هذه الحالة بالمقاصة الاختياريه او الاتفاقيه .

٨٢٢ ــ فمثال الشرط المقرر لمصلحة احد الطرفين استحقاق الاداء . فاذا كان احد الدينين مستحق الاداء والاخر مؤجلا فالمقاصة القانونيه لاتقع . ولكن المدين بالدين المؤجل ، الدائن في الوقت نفسه بالدين الحال ، يستطيع ان ينزل عن الاجل المقرر لمصلحته ويجري المقاصة بين الدين المؤجل الذي في ذمته لدائنه والدين الحال الذي له في ذمة دائنه . وبذلك يكون قد نزل عن حقه في الاجل . ومثال هذا الشرط ايضا الخلو من النزاع . فاذا كان احد الدينين محققا والاخر متنازعا فيه فالمقاصة القانونيه لاتقع ولكن المدين بالدين المتنازع فيه ، الدائن في الوقت نفسه بالدين المحقق ، يستطيع ان يجري المقاصة بين الدين المحقق الذي له في ذمة مدينه والدين المتنازع فيه الذي في ذمته لمدينه . وهكذا بالنسبة لبقية الشروط .

٨٢٣ ــ ومثال الشرط المقرر لمصلحة كلا الطرفين التماثل بين الدينين . فاذا لم يكن الدينان من جنس واحد ووصف واحد ، بان كان احدهما نقدا والاخر عينا ، فالمقاصة القانونية لاتقع كذلك . ولكن ذلك لايمنع الطرفين

من الاتفاق على اجراء المقاصة الاختيارية . فيستطيعان تقدير قيمة العين بالنقد ، ثم اجراء المقاصة بين هذه القيمة والدين المقابل .

٨٢٤ــ وقد نصت على ما تقدم الفقرة الثانية من المادة (٤٠٩) مدني . فهي بعد ان بينت شروط المقاصة الجبرية او القانونية ، اضافت : « ولا يشترط ذلك فى المقاصة الاختيارية ، فان كان الدينان من جنسين مختلفين او متفاوتين فى الوصف او مؤجلين او احدهما حالا والاخر مؤجلا او احدهما قويا والاخر ضعيفا فلا يلتقيان قصاصا الا بتراضي المتداينين سواء اتحد سببهما او اختلف » .

المقاصة القضائية

COMPENSTION JUDICIARE, RECONVENTIONNELLE

٨٢٥ ــ اذا لم تتوافر شروط المقاصة القانونية ، ولم يمكن التوصل الى اجراء المقاصة الاختيارية لان الشروط المتخلفة قد روعي فيها مصلحة كلا الطرفين لا مصلحة المدعى عليه وحده ، فبامكان المدعى عليه ان يطلب من القاضي فى اثناء نظر الدعوى ان يجري المقاصة . والمقاصة فى هذه الحالة تسمى بالمقاصة القضائية لان القاضي هو الذي يجريها ، وتكون فى صورة طلب مقابل من المدعى عليه يسمى بـ «طلب عارض» او « دعوى عارضه » . واذا استعرضنا الشروط التي الجأ تخلفها المدعى عليه الى طلب المقاصة القضائية وجدناها احد شرطين : الخلو من النزاع او معلومية المقدار . اما الشروط الاخرى ــ وهي التقابل والصلاحية للمطالبة القضائية والقابلية للحجز واستحقاق الاداء ــ فلا بد من توافرها جميعا لا مكان طلب المقاصة القضائية . فاذا توافرت هذه الشروط ولكن دين المدعى عليه كان متنازعا فيه او غير معلوم المقدار ، كالحق فى التعويض عن ضرر ، فان بامكان المدعى عليه ان يطلب من القاضي ، فى اثناء نظر الدعوى ، ان يحسم النزاع او ان يقدر الدين ثم يجري المقاصة مع دين المدعي . والقاضي يتمتع فى هذه الحالة بسلطة تقديرية . فاذا رأى ان حسم النزاع او تقدير الدين يستغرق

وقتا طويلا او اجراءات معقدة فله ان يرفض طلب المدعى عليه ويطلب منه ان يقيم دعوى مستقلة .

الاثار التي تترتب على المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

٨٢٦ ـ الاثار التي تترتب على المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية هي ، على العموم ، الاثار التي تترتب على المقاصة القانونية . فينقضي الدينان بقدر الاقل منهما وتسقط التأمينات ويقف سريان الفوائد . وتنتج المقاصة الاختيارية اثارها من حين الاتفاق على اجرائها . اما المقاصة القضائية فقد اختلف الفقه والقضاء بشأنها . فذهب فريق الى ان الحكم منشىء لها ، وبالتالي لا تنتج اثرها الا من حين صدوره . وذهب اخرون الى ان الحكم كاشف ، ويترتب على ذلك انها تنتج اثرها من حين تلاقي الدينين .

الفرع الخامس

اتحاد الذمة (١)

(LA CONFUSION)

تمهيد وتعريف

٨٢٧ ــ قد تجتمع صفتا الدائن والمدين فى شخص واحد وفى دين واحد فيصبح هذا الشخص دائنا لنفسه ومدينا لها فى هذا الدين ، وعندئذ يقوم مانع من المطالبة والوفاء ، اذ لايتصور ان يطالب الشخص نفسه او ان يقوم بالوفاء لنفسه . وهذا الاجتماع قد يكون فى الحقوق الشخصية ويسمى عندئذ بـ « اتحاد الذمة » (Confusion) ، وقد يكون فى الحقوق العينية ويسمى بـ «التجمع» او « الادغام » (Consolidation).

٨٢٨ ــ فمثال اتحاد الذمة ما اذا مات الدائن وورثه المدين . فالدائن يملك حقا شخصيا تجاه المدين ، والحقوق الشخصية تنتقل ، كما سبق ان رأينا(٢) ، الى الخلف العام . فيرث المدين الدائن فى الحق الشخصي ، ولكنه يرثه تجاه نفسه هو فيصبح دائنا بالحق الذي ورثه ومدينا به ، فلا يطالب عندئذ الا نفسه وهذا لا يتصور . وفى هذه الحالة يقوم مانع من المطالبة ، فيصاب الدين ، فى الحقيقة ، بشلل يجعله غير قابل للتنفيذ ، لعدم امكان المطالبة به(٣) . اما اذا مات المدين وورثه الدائن فقاعدة

---

(١) يراجع ، بالاضافة الى المراجع العامة ، مقال للاستاذ ضياء شيت خطاب بعنوان : « اتحاد الذمة فى القانون المدني العراقي » ، منشور فى مجلة القضاء ، العدد الثاني ، السنة الخامسة عشرة ، ص ٢٠٠ ــ ٢١٣ .

(٢) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ٥٣٨ .

(٣) وهنا تظهر فائدة التمييز الذي يقول به الفقهاء الالمان بين عنصري المديونية والمسؤولية. فعنصر المسؤولية ينقضي لعدم امكان المطالبة بالدين . أما عنصر المديونية فيبقى لعدم قيام المدين بالوفاء الفعلي (يراجع فى التمييز بين عنصري المديونية والمسؤولية : الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ٢١ ، ٢٢).

« لا تركه الا بعد بعد سداد الديون » فى الشريعة الاسلامية تمنع اتحاد الذمة . وفى هذه الحالة يستوفي الدائن حقه من التركة كأي دائن اخر . وما يبقى بعد ذلك يذهب الى الورثة ، وهو منهم . ومثاله ايضا ما اذا اوصى الدائن للمدين بالدين . فيتلقى هذا الاخير الحق عن طريق الوصية، ولكنه يتلقاه على نفسه فيصبح دائنا لنفسه بالدين الموصى به ومدينا لها به، فيحصل اتحاد فى الذمة كما فى الحالة المتقدمة . وقد نص القانون المدني العراقي على ذلك فى المادة (٤١٨) بقوله : « فى الدين الواحد اذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين انقضى الدين لاتحاد الذمة(٤) بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة ».

٨٢٩ ــ ومثال اتحاد الذمة فى الحقوق العينية ما نصت عليه المادة (١٢٥٩) من القانون المدني من انتهاء حق المنفعة اذا اجتمع فى شخص واحد صفتا المنتفع والمالك ، وما نصت عليه المادة (١٢٨١) من انقضاء حق الارتفاق باجتماع العقارين فى يد مالك واحد . ومثاله ايضا انقضاء الرهن التأميني باتحاد الذمة فى المرتهن او فى مالك العقار (م١٣١٧) ، وانقضاء الرهن الحيازي اذا اجتمع الرهن مع حق الملكية فى يد شخص واحد (م١٣٤٩/ب).

اتحاد الذمة والمقاصة

٨٣٠ ــ ويجب الانتباه هنا الى عدم الخلط بين اتحاد الذمة والمقاصة . ففي المقاصة يوجد دينان بين طرفين كل منهما دائن للاخر ومدين له فيسقط الدينان بقدر الاقل منهما . اما فى اتحاد الذمة فلا يوجد الا دين واحد احد طرفيه دائن غير مدين والثاني مدين غير دائن ، ولكن اختفى احد الطرفين واجتمعت صفتا الدائن والمدين فى شخص الاخر ، وقام عندئذ مانع من المطالبة والتنفيذ جعل الدين غير ممكن او متصور المطالبة والتنفيذ . اذ لا يتصور ان يطالب الشخص نفسه ، او ان ينفذ لها .

(٤) عبارة «لاتحاد الذمة » هذه شرح زائد يمكن الاستغناء عنه .

اتحاد الذمة فى الفقه الاسلامي

٨٣١ ــ ولاتحاد الذمة تطبيقات كثيرة فى الفقه الاسلامي • فمن ذلك ما نصت عليه المادة (٤٤٢) من المجلة من زوال حكم الاجارة اذا ملك المستأجر عين المأجور بارث او هبة ، وما نصت عليه المادة (٦٦٧) من براءة الكفيل من الكفالة اذا توفى الدائن وانحصرت وراثته فى المدين ، ومن براءته بقدر حصة المدين فقط اذا كان للدائن وارث اخر ، وما نصت عليه المادة(٧٠٠) من زوال حكم الحوالة اذا توفي المحال له وكان وارثه المحال عليه •

هل اتحاد الذمة سبب من اسباب انقضاء الالتزام ؟

٨٣٢ ــ وقد اختلف الفقهاء فى التكييف القانوني لاتحاد الذمة ، فاعتبره بعضهم سببا من اسباب انقضاء الالتزام ولم يعتبره اخرون كذلك • فذهب الفريق الاول الى تشبيهه ، فى الاثار التي تترتب عليه ، بالوفاء ، والى انه يقضي الالتزام تماما كما يقضيه الوفاء او التنفيذ العيني(١)• وذهب الفريق الثاني الى انه ليس من الدقة اعتبار اتحاد الذمة طريقا من طرق انقضاء الالتزام فهو لا يقضي الالتزام كما يقضيه الوفاء والمقاصة والتجديد ، بل يمنع المطالبة به • والى هذا الرأي يذهب جمهور الفقهاء ، يؤيده فى ذلك القضاء • ويترتب على هذا الرأي ان اتحاد الذمة ما دام اثره يقتصر على جعل المطالبة بالدين والتنفيذ غير ممكنين فان السبب الذي ادى الى ذلك اذا زال وكان لزواله اثر رجعي فالدين يظهر من جديد ، وذلك تطبيقا لقاعدة « اذا زال المانع عاد الممنوع » • مثال ذلك ما اذا كان سبب اتحاد الذمة هو الوصية ، ثم تبين ان الوصية باطلة • فبطلان الوصية يترتب عليه زوالها باثر رجعي ، فيزول اتحاد الذمة باثر رجعي نتيجة لذلك ، وبالتالي يظهر الدين من جديد•

---

(١) توليبه ، ج ٧ ، ف ٤٢٢ ، نقلا عن بودري وبارد ، المرجع السابق ، ص ٢٣٩ ، هامش رقم ٢. بيدان ولا جارد ، ج ٩ ، ف ١٠٧١ ــ ١٠٧٦ ، نقلا عن السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٩٥٣ ، هامش رقم ١ .

٨٣٣ ــ وقد اخذ القانون المدني العراقي بالرأي الثاني ، فنص فى المادة (٤١٩) على انه : « اذا زال السبب الذي ادى الى اتحاد الذمة وكان لزواله اثر رجعي عاد الالتزام الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعا . ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن » .

اثر اتحاد الذمة : انقضاء الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة

٨٣٤ ــ والاثر الذي يترتب على اتحاد الذمة هو انقضاء الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة . وهذا ما نصت عليه المادة (٤١٨) ، التي سبق ان رأيناها ، بقولها : « فى الدين الواحد اذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين انقضى الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذي اتحدت فيه » . فالدين انما ينقضي بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة . فاذا مات الدائن وورثه المدين فى نصف التركة فلا ينقضي من الدين الا نصفه . وقد سبق ان رأينا ان الدين لا ينقضي فى الحقيقة ، بل يقوم مانع يشله ويمنع المطالبة به وتنفيذه ، وذلك لما قلناه من عدم تصور مطالبة الانسان نفسه او قيامه بالتنفيذ لنفسه .

نتائج : انقضاء التأمينات

٨٣٥ ــ وبالرغم من ان انقضاء الدين فى اتحاد الذمة ليس انقضاء حقيقيا ، الا ان النتائج التي تترتب عليه فيما يتعلق بالتأمينات هي النتائج التي تترتب على الانقضاء الحقيقي . فاذا كان هناك كفيل فان ذمته تبرأ(١) .

(١) اما اذا مات المدين وورثه الدائن ، فقد سبق ان رأينا قاعدة « لا تركة الا بعد سداد الديون » تمنع اتحاد الذمة . وعليه فاذا مات المدين معسرا وورثه الدائن فلا تبرأ ذمة الكفيل .

وقد نصت المادة (٢٠٣٥) من القانون المدني الفرنسي على حالة اتحاد ذمة الكفيل والمدين الاصلي وقضت بان هذا الاتحاد فى الذمة لا يقضي دعوى الدائن ضد كفيل الكفيل . ومن الواضح ان اتحاد الذمة لا يتحقق فى هذه الحالة لعدم وجود علاقة مديونية ودائنية بين الكفيل والمدين ، وهذا شرط اساسي فى اتحاد

واذا كان هناك ضمان عيني ، كرهن ، فهو يسقط كذلك . وعلة ذلك ان الدائن اذا مات وورثه المدين فان هذا الاخير يصبح مرتهنا لملك نفسه ، فيسقط الرهن .

الاعتداد بالدين بالرغم من انقضائه باتحاد الذمة: تقدير ثلث التركة في الوصية

٨٣٦ ـ لما لم يكن انقضاء الدين في اتحاد الذمة انقضاء حقيقيا يتم عن طريق الوفاء ، بل عبارة عن شلل يصيبه فيمنع المطالبة به ، فان ذلك يترتب عليه ان الدين يجب ان يؤخذ بنظر الاعتبار عند تقدير الثلث الذي يجوز الايصاء به . فاذا مات الدائن وورثه المدين كان هناك اتحاد في الذمة مانع من المطالبة بالدين . ولكن اذا كان المدين قد ورث الدائن فلا يمكن مطالبته بالدين ، الا ان الدائن اذا كان قد اوصى بثلث تركته فالدين الذي انقضى باتحاد الذمة يجب اخذه بنظر الاعتبار عند حساب مقدار الثلث . فلو فرضنا ان مقدار الدين كان (٩٠٠) دينار ، وان ما ترك الدائن من مال كان (٦٠٠) دينار ، فان مجموع التركة يكون (١٥٠٠) دينار ، وبالتالي يكون ثلثها (٥٠٠) دينار . في حين اننا اذ لم نأخذ الدين بنظر الاعتبار لكان مقدار التركة (٦٠٠) دينار ، ولكان ثلثها (٢٠٠) دينار(١) . واذا كان الدين

الذمة . وكل ما في الامر انهما كليهما مدينان في دين واحد ، ولكن احدهما مدين اصلي والاخر مدين تبعي . فاذا مات احدهما وورثه الاخر فلا علاقة لذلك بكفيل الكفيل .

(١) يضيف الاستاذ السنهوري الى هذه الحالة حالتين اخريين، هما حالة اتحاد ذمة الكفيل والدائن ، وحالة اتحاد ذمة احد المدينين المتضامنين والدائن (المرجع السابق ، ف ٥٧٠ و٥٧٢) . ونحن اذا امعنا النظر في هاتين الحالتين لم نجدهما مشابهتين للحالة المذكورة في المتن .

ففي حالة اتحاد ذمة الكفيل والدائن ، النتيجة التي نصل اليها واحدة ، سواء وفى الكفيل الدين ثم رجع على المدين او مات الدائن وورثه الكفيل واراد الرجوع على المدين .

واتحاد ذمة احد المدينين المتضامنين والدائن لا يختلف عن قيام احد هؤلاء المدينين بالوفاء للدائن سوى في امكان رجوع المدين الوارث على أي مدين اخر بكل الباقي من الدين ، بعد خصم حصته منه ، في اتحاد الذمة وعدم

←

يتجاوز ثلثي التركة فعلى المديـــن الوارث ، عندئذ ، ان يدفع الى الموصى له بثلث التركة ما يكمل به الثلث • مثال ذلك ما اذا كان مقدار الدين (١٥٠٠) دينار ومقدار ما ترك الدائـــن (٦٠٠) دينار ، فمجموع التركة فى هذه الحالة يكون (٢١٠٠) دينار وثلث هذا المبلغ يساوي (٧٠٠) دينار ولما كان الموصي لم يترك عدا الديـــن سوى (٦٠٠) دينار ، فعلى المدين الوارث ، عندئذ ، ان يدفع للموصى له (١٠٠) دينار ، وهو ما يكمل به الثلث •

زوال السبب الذي ادى الى اتحاد الذمة باثر رجعي

٨٣٧ ــ اذا زال السبب الذي ادى الى اتحاد الذمة وكان لزواله أثـــر رجعي عاد الدين الى الظهور بصفاته وتأميناته ودفوعه ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكـــن • فتعود التأمينات الشخصية والعينية بعد سقوطها • فيرجع الكفيل كفيلا ، وتعود الحقوق العينية التي كانت تضمن الديـــن الى الظهور • وهذا ما نصت عليه المادة (٤١٩) مدني بقولها : « اذا زال السبب الذي ادى الى اتحاد الذمة وكان لزواله اثر رجعي عاد الالتزام الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعا • ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن » • مثال ذلك ما اذا كان سبب اتحاد الذمة الوصية،وكانت التركةمستغرقة بالديون•فالوصية فى هذه الحالة تكون موقوفة على اجازة الدائنين ، ان اجازوها نفذت باثر رجعي وان لم يجيزوها بطلت باثر رجعي • وفى هذه الحالة الاخيرة يعود الدين الى الظهور بصفاته وتأميناته ودفوعه •

٨٣٧ مكرر ــ بهذا ننتهي من الكلام عن اتحاد الذمة ، وبذلك ننتهي من الكلام عن انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء • وننتقل الان الى الكلام عن انقضاء الالتزام بغير وفاء ولا بما يعادل الوفاء ، وهو موضوع الفصل الثالث والاخير من هذا الباب •

امكانه الرجوع فى حالة الوفاء الا بقـــدر حصـــة كل مدين فى الدين . وهـــذا الفرق فى مدى الرجوع لا يمكن ان يستنتج منه اننا اخذنا الدين بنظر الاعتبار بالرغم من انقضائه باتحاد الذمة كما فعلنا عندما اردنا تقدير ثلث التركة . فنحن قد اسقطنا حصة المدين المتضامن الذي وفى الدين للدائن ويريد الرجوع على المدينين الاخرين ولم نأخذ حصته بنظر الاعتبار . وهذا عكس ما فعلناه عندتقدير ثلث التركة ، فقد اخذنا الدين فى هذه الحالة بنظر الاعتبار .

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام بغير وفاء ولا بما يعادل الوفاء

اسباب ثلاثة

٨٣٨ ــ قد ينقضي الالتزام من غير ان يحصل الدائن على حقه ولا على ما يقابل او يعادل هذا الحق • ويرجع ذلك اما لان الدائن قد نزل عن حقه ، او لانه مضطر الى عدم استيفائه ، او لان القانون يمنعه من المطالبة به •

فنزول الدائن عن حقه يقال له الابراء من الدين •

واضطراره الى عدم استيفائه يرجع الى ان تنفيذه من قبل المدين لم يعد ممكنا ، ويقال له استحالة التنفيذ •

والقانون يمنعه من المطالبة به لانه تركه بدون مطالبة مدة معينة من الزمان ، ويسمى فى هذه الحالة بـ « التقادم المسقط » •

فاسباب انقضاء الالتزام بدون وفاء ولا بما يعادل الوفاء ، اذن ، هي الابراء ، واستحالة التنفيذ ، والتقادم المسقط • ونتكلم عن كل من هذه الاسباب فى فرع مستقل •

الفرع الاول

الابراء

LA REMISE DE DETTE

تمهيد وتعريف

٨٣٩ ــ ينقضي الالتزام فى الابراء بدون ان يحصل الدائن على حقه ولا على ما يقابل هذا الحق وبرضاه • فالدائن قد قبل بهذا الانقضاء من غير ان يحصل على شيء من مدينه • فيمكننا تعريف الابراء ، اذن ، بانه

« نزول الدائن عن حقه تجاه المدين بدون مقابل » • فهو عمل من اعمال التبرع(١) • وبهذا يختلف الابراء عن كل من استحالة التنفيذ والتقادم المسقط • ففي استحالة التنفيذ يكون الدائن مضطرا الى عدم استيفاء حقه، وفى التقادم المسقط يمنعه القانون من المطالبة به •

التكييف القانوني للابراء :

٨٤٠ ــ ولما كان الابراء نزولا من الدائن عن حقه قبل مدينه، وبالتالي عملا من اعمال التبرع ، فهل هو عمل قانوني يتم من جانبين ، اي يجب فيه الايجاب والقبول ، او عمل صادر من جانب واحد ، اي تكفي فيه الارادة المنفرد لنشوئه ؟ يختلف الفقه الغربي فى هذا عن الفقه الاسلامي •

الفقه الغربي :

٨٤١ ــ فالفقه الغربي يعتبره اتفاقا او عقدا كباقي العقود ، يجب لنشوئه ارتباط الايجاب بالقبول وفقا للقواعد العامة فى هذا الباب • وتعرفه المادتان (١٢٨٥ و ١٢٨٧) من القانون المدني الفرنسي بانه «اعفاء اتفاقي» (Décharge conventionnelle) • ويترتب على هذا التصوير ان القبول اذا لم يرتبط بالايجاب وفقا للقواعد العامة فالابراء لا يتم ولا تبرأ ذمة المدين ، ويستطيع الدائن ان يرجع قبل قبول المدين • ويترتب على ذلك ايضا ان الابراء لا يتم اذا مات الدائن او المدين قبل القبول •

٨٤٢ ــ والابراء اذا كان يعتبر عقدا فى الفقه الغربي فهو عقد من عقود التبرع ، اي هبة • ولكنه هبة غير مباشرة، لانه هبة الدين للمدين • وهذه الهبة لا يشترط فيها استيفاء الشروط الشكلية اللازم توافرها فى الهبات بصورة عامة • ويترتب على هذا التكييف ضرورة توافر الاهلية الكاملة فى الدائن •

---

(١) ويترتب على ذلك انه اذا وقع فى مرض الموت فانه يأخذ حكم الوصية . وهذا ما اخذ به القانون المدني العراقي فى الفقرة الثانية من المادة (١١٠٩) منه .

الفقه الاسلامي

٨٤٣ ــ اما الفقه الاسلامي فيميز بين نوعين من الابراء : ابراء اسقاط وابراء استيفاء • فابراء الاسقاط هو النزول عن الحق ، وهو الذي يهمنا هنا • وابراء الاستيفاء هو نوع من الاقرار ، ففيه يعترف الدائن بقبض حقه واستيفائه • والفرق بين نوعي الابراء هو ان الاول انشاء والثاني اخبار ويترتب على ذلك ان دعوى الكذب تسمع فى الاول دون الثاني(١) •

٨٤٤ ــ والابراء لدى اغلب الفقهاء المسلمين تصرف يتم من جانب واحد هو الدائن • فهو لا يحتاج ، لكي يتم ، الى قبول من المدين •ويترتب عليه سقوط الدين وتأميناته • فتبرأ ذمة المدين وذمة الكفيل ، واذا كان هناك حق عيني ، كرهن ، يضمن الدين فهو يسقط كذلك • ولكن ابراء الدائن الكفيل لا يترتب عليه براءة ذمة المدين •

ارتداد الابراء بالرد

٨٤٥ ــ ولكن اذا كان الابراء يتم ويسقط الدين بايجاب من الدائن فقط من غير حاجة الى قبول من المدين ، الا ان المدين قد يكون لديه من الاسباب ما يحمله على عدم قبول هذا التفضل من الدائن ، وعندئذ يصطدم سقوط الدين بارادة المدين بحقه فى رفض هذا السقوط وفى القيام بالوفاء بما عليه من دين • لذلك يقرر الفقهاء المسلمون ان الابراء يرتد بالرد • فهو يتم بايجاب من الدائن ، اي بارادته المنفردة ، ولكنه يرتد بالرد • فاذا رد المدين الابراء فالدين يبقى على حاله ولا يسقط •

نتائج :

٨٤٦ ــ ويترتب على ذلك النتائج التالية :

١ ــ اذا ابرأ الدائن المدين ولم يرد المدين الابراء ومات فان ذمته تبرأ ولا يؤخذ الدين من تركته •

(١) علي حيدر ، شرح المجلة ، الكتاب الثاني عشر ، ص ٦٧ •

٢ ــ يمكن ابراء الميت من دينه • وهو يصبح نهائيا بمجرد صدوره ، وذلك لعدم امكان صدور الرد من الميت • وقد اخذ القانون المدني العراقي بالحكم المتقدم عن الفقه الاسلامي (م٤٢٢) • اما الرد من الورثة فلم يتطرق اليه القانون المدني ، ويذهب بعض الفقهاء الى انه لا عبرة به لان الورثة ليسوا هم المدينين •

٣ ــ لا يستطيع الدائن الرجوع عن الابراء بعد صدوره منه ، لان اثره وهو سقوط الدين ، قد ترتب عليه بمجرد صدور الايجاب منه ، لان الساقط كالمعدوم و« الساقط لا يعود كما ان المعدوم لا يعود » (م٥١ مجلة)(١) •

٤ ــ اذا كان المدين محجورا فالابراء يصبح نهائيا بمجرد صدوره ، وذلك لعدم امكان الرد • لا من المحجور ، ولا من الولي او الوصي او القيم ، وذلك لان رد الابراء من التصرفات الضارة ضررا محضا • وهؤلاء ليس لهم اجراء مثل هذه التصرفات •

الابراء الخاص والابراء العام :

٨٤٧ ــ والابراء نوعان : خاص وعام • فالخاص ما تعلق بحق معين، ولا تسمع الدعوى من الدائن بعد ذلك بخصوص هذا الحق • والعام هو ما تعلق بكل ما للمبرىء على المبرأ من حقوق ودعاوى ، ولا تسمع الدعوى من المبرىء بعد ذلك على المبرأ بخصوص حق سابق على الابراء وتسمع بخصوص الحقوق الناشئة بعده •

هل يستطيع دائنو المدين الطعن فى رده عن طريق الدعوى البولصية ؟

٨٤٨ ــ ورد المدين يعتبر عملا ضارا بدائنيه ، فهل يستطيع هؤلاء الطعن فيه عن طريق دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق دائنه

---

(١) وقد نص القانون المدني المصري فى المادة (٣٧١) منه على ان الابراء يتم « متى يوصل الى علم المدين .. ». ويترتب على هذا التعبير امكان رجوع الدائن عن الابراء قبل وصوله الى علم المدين .

(البولصية) ؟ يذهب بعض الفقهاء الى ذلك(١) • وحجتهم فى ما يذهبون اليه هي ان الرد يزيد فى التزامات المدين ، لان الدين يعود بالرد بعد انقضائه • ونحن لا نميل الى هذا الرأي لانه يؤدي الى اجبار المدين على قبول تفضل من الدائن ، فى حين انه قد يكون لديه من الاسباب ما يحمله على عدم قبول هذا التفضل • ثم اننا نستطيع ان نجد سندا اخر لرأينا من مجموع نصوص القانون المدني المتعلقة بهذه الدعوى • فالمادة (٢٦٣) مدني اجازت لكل دائن اصبح حقه مستحق الاداء وصدر من مدينه تصرف ضار به ان يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه « اذا كان هذا التصرف قد انقص من حقوق المدين او زاد فى التزاماته » ، ولكنها اضافت فى اخرها العبارة التالية : « متى توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية » • واذا رجعنا الى المادة التالية وجدناها تتكلم فى فقرتها الاولى عن التصرفات الصادرة من المدين بعوض ، وفى فقرتها الثانية عن التصرفات الصادرة تبرعا • فالفقرة الاولى لا علاقة لها بموضوعنا فلانتطرق اليها • اما الفقرة الثانية فلا تجعل التبرع نافذا فى حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، وحتى لو لم يرتكب المدين غشا • وهنا يثور السؤال التالي : هل يعتبر رد المدين ابراء دائنه له تبرعا ؟ لا نرى ذلك ، لانه انما يرفض قبول تبرع من دائنه • ورفض التبرع ليس تبرعا •

تعليق الابراء :

٨٤٩ ــ وهل يصح تعليق الابراء ، كما اذا علق الدائن ابراء مدينه من بعض الديون على اداء البعض الاخر ؟ هناك رأيان فى الفقه الاسلامي ، رأي يجيزه ورأي لا يجيزه • وحجة من لا يجيز التعليق ان الابراء وان كان اسقاطا الا انه يتضمن معنى التمليك ، فالدائن اذ يبرىء مدينه انما يملكه حقه الثابت فى ذمته ، والتصرف الذي يفيد التمليك لا يصح تعليقه على شرط ولو كان ملائما له • وقد اخذ القانون المدني العراقي بالرأي الاول،

(١) السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، ص ٩٦٧ •

فنص فى المادة (٤٢٣) على انه : « يصح تعليق الابراء . فان علق الدائن ابراء مدينه من بعض الديون بشرط اداء البعض الاخر واداه المدين برىء وان لم يؤده فلا يبرأ ويبقى عليه الدين كله » .

الابراء فى ضمن عقد صلح :

٨٥٠ ــ وقد يرد الابراء فى ضمن عقد صلح ، كما اذا تصالح الدائن مع مدينه على جزء من حقه . وهنا اما ان يكون الابراء خاصا او عاما . وتطبق عندئذ القواعد التي رأيناها فى هذين النوعين من الابراء . فلا تسمع بعد الابراء الخاص الدعوى من الدائن بخصوص الحق الذي ابرأ مدينه منه وتسمع بخصوص غيره ، ولا تسمع بعد الابراء العام الدعوى بخصوص حق سابق على الابراء وتسمع بخصوص حق نشأ بعده . مثال ذلك ما اذا كان لشخص على اخر الف دينار وادعى المدين انه وفى الدين وانكر الدائن ذلك ثم تصالح معه الدائن على خمسمائة دينار ، فهذا الصلح يتضمن ابراء المدين من الخمسمائة الباقية ولو لم يذكر فى الصلح الابراء من الباقي(١) . هذا ومما يجب ملاحظته ان بدل الصلح يجب ان يكون من جنس الدين . فان لم يكن من جنسه فلا يكون هناك صلح ولا ابراء بل وفاء بمقابل .

٨٥١ ــ ومثال الابراء العام فى ضمن عقد الصلح ما اذا كان هناك نزاع بين شخصين على ملكية شيء معين وكان لاحدهما على الاخر عدة حقوق واتفقا على ان ينزل المدين للدائن عن ملكية الشيء المتنازع فيه فى مقابل ان ينزل له الدائن عن جميع الحقوق والدعاوى التي له عليه . فهذا الصلح تضمن ابراءً عاما ، ولا تسمع الدعاوى من الدائن بعد ذلك بخصوص حق سابق على الصلح وتسمع بخصوص حق ناشىء بعده . ولا يشترط فى الابراء ان يقترن بالصلح ، فيجوز ان يكون لاحقا له بعقد مستقل . وقد نصت على الاحكام المتقدمة المادة (٤٢٤) مدني بقولها :

---

(١) علي حيدر ، المرجع السابق ، ص ٤٣ .

« ١ ــ اذا اتصل بالصلح ابراء خاص بالمصالح عنه فلا تسمع الدعوى فى خصوص ذلك وتسمع فى غيره • واذا اتصل بالصلح(١) ابراء عام عن(٢) الحقوق والدعاوى كافة فلا تسمع على المبرأ دعوى فى اي حق كان قبل الصلح وتسمع على الحق الحادث بعده • ٢ ــ وحكم البراءة المنفردة عن الصلح كحكم البراءة المتصلة به فى الخصوص والعموم » •

ابراء الدائن احد المدينين المتضامنين ــ احالة

٨٥٢ ــ قد يكون هناك عدة مدينين متضامنين ويبرىء الدائن احدهم، وعندئذ لا تبرأ ذمم الباقين ، ويستطيع الدائن ان يطالب ايا شاء منهم بكل الدين • ونحيل هنا الى ما سبق ان قلناه فى هذا الصدد عند الكلام عن التضامن السلبي (ف ٤٤٣) •

الابراء المدني والابراء التجاري :

٨٥٣ ــ الابراء الذي تكلمنا عنه فيما تقدم هو الابراء المدني ، وهو اجراء فردي يقوم به الدائن • وهناك نوع اخر من الابراء التجاري ويدرس عند دراسة القانون التجاري • واهم ما يميز بين هذين النوعين من الابراء هو ان التجاري اجراء جماعي يقوم به الدائنون مع مدينهم المفلس ، وهو لا يعتبر كالابراء المدني عملا من اعمال التبرع • فالدائنون اذ يبرئون مدينهم من جزء من حقوقهم انما يريدون ان يتجنبوا خسارة اعظم قد تحل بهم اذا هم اصروا على السير فى الاجراءات القانونية الخاصة بالافلاس • لذلك يذهب فريق من الفقهاء الى ان هذا النوع من الابراء يتخلف عنه التزام طبيعي فى ذمة المدين المفلس بوفاء ما تبقى فى ذمته •

---

(١) تكرار كلمة « صلح » تعبير ركيك ، وخير منه الاستعاضة بالضمير والقول : « واذا اتصل به .. ».

(٢) الصحيح « من » .. فيقال : ابرأه من ، لا ابرأه عن .

الفرع الثاني

استحالة التنفيذ

IMPOSSIBLITé D'EXéCUTION

٨٥٤ ــ اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه انقضى الالتزام ولا يجبر على تنفيذه • فالقاعدة العامة فى هذا الباب ان لا التزام بمستحيل A L'impossible nul n'est tenu • واستحالة التنفيذ اما ان يترتب عليها براءة ذمة المدين نهائيا او ينشأ عنها التزام المدين بالتعويض•والاستحالةالتي تهمنا هنا هي الاولى ، اي التي يترتب عليها براءة ذمة المدين نهائيا •

شـــروط :ــ

٨٥٥ ــ ويشترط لتحقق الاستحالة الشروط التالية : ١ ــ ان تكون لاحقة لنشوء الالتزام • ٢ ــ ان لا تكون راجعة الى خطأ المدين ، اي ترجع الى سبب اجنبي • ٣ــ ان لا يكون المدين قد رضي بتحمل التبعة • ٤ ــ ان لا يكون المدين فى حالة اعذار قبل الاستحالة • ونرى كلا من هذه الشروط على حدة •

الشرط الاول ــ استحالة التنفيذ لاحقة لنشوء الالتزام

٨٥٦ ــ لابد للقول ببراءة ذمة المدين من ان تكون الاستحالة طارئة بعد نشوء الالتزام فى ذمته • لانها اذا كانت سابقة عليه فهو لا ينشأ لاستحالة المحل • وعندئذ لا تكون ذمته قد انشغلت لتبرأ بعد ذلك •

٨٥٧ ــ والمقصود بالاستحالة هنا انما هو الاستحالة المطلقة ، اي التي لا يستطيع معها المدين القيام بتنفيذالتزامه مطلقا• اما اذا جدت ظروف جعلت هذا التنفيذ مرهقا فقط فاننا نكون فى نطاق نظرية اخرى هي نظرية الظروف الطارئة • وقد سبق ان رأينا(١) ان تنفيذ الالتزام اذا اصبح

(١) الجزء الاول ، ف ٦٣١ وما بعدها .

مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة فللقاضي ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول • ولا يعتبر فى حكم الاستحالة المطلقة الاستحالة الموقتة • ففي هذه الحالة يؤجل تنفيذ الالتزام اذا لم يكن هذا التأجيل يتعارض مع الغرض الذي تم التعاقد من اجله • كما اذا كان العقد عقد توريد لمدة معينة وانقطع وجود السلعة المتفق على توريدها انقطاعا تاما ولمدة معينة ، فتأجيل التنفيذ فى هذا المثل يتعارض مع الغرض الذي تم التعاقد من اجله • فالغرض من التعاقد انما كان الحصول على الشيء فى خلال المدة المتفق عليها ، وتأجيل التنفيذ يتعارض مع هذا الغرض •

٨٥٨ ــ والاستحالة ، كما نعلم ، اما طبيعية فعلية او قانونية • فالاولى مسألة وقائع تخضع لرقابة محكمة التمييز(١) •

الشرط الثاني ــ استحالة التنفيذ ترجع لسبب اجنبي

٨٥٩ ــ لا يكفى للقول بانقضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين منه مجرد استحالة التنفيذ ، بل يجب ان لا ترجع هذه الاستحالة الى خطأ المدين بل الى سبب اجنبي لا يد له فيه• فاذا كانت راجعة الى خطئه فلا تبرأ ذمته بل تتغير طريقة تنفيذ الالتزام فتتحول من تنفيذ عيني الى تنفيذ بمقابل، اي تعويض• ويترتب على ذلك ان الالتزام الاصلي اذا كان مضمونا بتأمينات عينية او شخصية فان هذه التأمينات تبقى لتنفيذ التعويض •

الشرط الثالث ــ ان لا يكون المدين قد رضي بتحمل تبعة الهلاك •

٨٦٠ ــ ولا بد كذلك للقول بانقضاء الالتزام نتيجة استحالة التنفيذ من ان لا يكون المدين قد رضي بتحمل تبعة الهلاك • فالمدين اذا كان قد قبل ذلك عند نشوء العقد فانه يقوم عندئذ بدور المؤمن لمصلحة الدائن ، وعندئذ لا تبرأ ذمته منه اذا استحال عليه تنفيذ التزامه وهو الذي يتحمل

---

(١) يراجع فى التمييز بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية ، والاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية ، الجزء الاول ، ف ٢٩٧ وما بعدها .

تبعة هذه الاستحالة . وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٢٥٩) مدني بقولها : « يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة(١) » .

الشرط الرابع ـ ان لا يكون المدين فى حالة اعـذار

٨٦١ ـ ولابد اخيرا لانقضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين منه نتيجة لاستحالة التنفيذ من ان لا يكون المدين فى حالة اعذار قبل الاستحالة . فاذا كان فى حالة اعذار فهو الذي يتحمل تبعة استحالة التنفيذ ، اي تبعة الهلاك ، ولو لم تقع الاستحالة بخطئه ، اي ترجع الى سبب اجنبي لا يد له فيه .

٨٦٢ ـ ويكون المدين فى حالة اعذار اما نتيجة اعذار الدائن له او بحكم القانون . فاذا أعذر الدائن مدينه بوجوب تنفيذ التزامه ولم ينفذه ثم استحال عليه تنفيذه فهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة ولو كانت لسبب اجنبي . ويكون المدين فى حالة اعذار بحكم القانون اذا كان محل التزامه رد شيء يعلم انه مسروق او شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك (م٢٥٨/ج) .

الاثار التي تترتب على استحالة التنفيذ :

٨٦٣ ـ اذا توافرت الشروط المتقدمة فى الاستحالة ترتب عليها حكمها وهو انقضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين منه . ويترتب على ذلك ايضا انقضاء التأمينات الشخصية والعينية التي كانت تضمن تنفيذ الالتزام .

استحالة التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين :

٨٦٤ ـ وتثير استحالة تنفيذ التزام احد المتعاقدن فى العقود الملزمة للجانبين التساؤل بالنسبة للالتزام المقابل ، فهل ينقضي هو كذلك وتبرأ ذمة المتعاقد الاخر منه ؟ سبق ان مر بنا(٢) حكم هذه الحالة ، وهو انفساخ

(١) الجزء الاول ، ف ٦٧١
(٢) الجزء الاول ، ف ٦٩٩ وما بعدها .

العقد بحكم القانون وانقضاء الالتزام المقابل • وقد نصت على ذلك المادة (١٧٩) من القانون المدني بقولها : « ١ ــ اذا هلك المعقود عليه فى المعاوضات وهو فى يد صاحبه انفسخ العقد ••• ٢ ــ فالمبيع اذا هلك فى يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع » •

يد الامانة ويد الضمان

٨٦٥ ــ واستحالة التنفيذ ، اي تبعة الهلاك ، ترتبط ارتباطا وثيقا بفكرة اليد • فاذا كانت يد الشخص على الشيء يد امانة فهو لا يضمنه ، اي لا يتحمل تبعة هلاكه ، واذا كانت يد ضمان فهو ضامن له ، اي لا يتحمل تبعة هلاكه ، واذا كانت يد ضمان فهو ضامن له ، اي يتحمل تبعة هلاكه• وقد نص القانون المدني العراقي على هذه القاعدة فى المادة (٤٢٦) ، ثم وضع فى المادة (٤٢٧) معيارا لتمييز يد الامانة من يد الضمان • فنص فى الفقرة الاولى من هذه المادة على ان اليد تعتبر يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه ، وتعتبر يد امانة اذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائبا عن المالك • فالمعيار هنا هو قصد حائز الشيء • فاذا حاز شخص شيئا وهو يقصد تملكه فيده يد ضمان ، واذا حازه لا بقصد تملكه بل باعتباره نائبا عن مالكه فيده يد امانة • فالغاصب ومن اخذ الشيء على سوم الشراء يدهما على الشيء يد ضمان لانهما حازاه بقصد تملكه• فاذا هلك بيدهما ولو بدون تعد ولا تقصير منهما فهما ضامنان ، اي يتحملان تبعة هذا الهلاك • والمستأجر والوديع والمستعير ومن اخذ الشيء على سوم النظر يدهم على الشيء يد امانة لانهم لم يحوزوا الشيء بقصد تملكه بل بقصد رده الى المالك ، أي باعتبارهم نائبين عن المالك ، وبالتالي اذا هلك الشيء بدون تعد ولا تقصير منهم فهو لا يضمنون ، اي لا يتحملون تبعة هذا الهلاك ، والمالك هو الذي يتحمل هذه التبعة •

تحول يد الامانة الى يد ضمان :

٨٦٦ ــ وقد تكلم القانون المدني فى الفقرة الثانية من المادة (٤٢٧)

المتقدمة عن انقلاب يد الامانة الى يد ضمان • ويتحقق هـذا الانقـلاب او التحول فى حالة ما اذا كان صاحب اليد ، ولو بغير قصد التملك ، قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق او اخذه بغير اذنه • فاذا كانت يد الحائز للشيء قد بدأت يد امانة ثم طلب صاحب الشيء منه تسليمه وامتنع عن ذلك بدون وجه حق فان يده تنقلب من امانة الى يد ضمان ، وبالتالي هو الذي يتحمل تبعة هلاكه • ويلاحظ بهذه المناسبة ان العبارة الاخيرة من الفقرة المتقدمـة قرنت اخذ الشيء بغير اذن صاحبه بحبس الشيء عن صاحبه دون وجه حق ونصت على انقلاب يد الحائز فى هاتين الحالتين من يد امانة الى يد ضمان • وهذا غير صحيح • فاخذ الشيء بغير اذن صاحبه لا يجعل اليد تنقلب من يد امانة الى يد ضمان ، بل يجعلها يد ضمان ابتداءً •

تحول يد الضمان الى يد امانة ـ يد البائع لعين معينة بالذات قبل التسليم:

٨٦٧ ـ وقد نص القانون المدني فى المادة (٤٢٨) على انه : « اذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان • وتنقلب يد امانة اذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس » • وهذه المـادة لا تنطبق الا على البائع لعين معينة بالذات قبل تسليمه العين الى المشـتري • وقد اعتبر القانون يد البائع يد ضمان ، فاذا هلك المبيع قبل تسليمه الـى المشتري هلك عليه • ولكنه ، من جهة اخرى ، اعتبر هذه اليد يد امانة اذا قام سبب لحبس المبيع لدى البائع • كما اذا كان البيع نقـدا ولم يـدفع المشتري الثمن • وهذه الحالة عكس الحالة السابقة ففيها تتحول يد الضمان الى يد امانة • وقد سبق للمشرع العراقي ان نص على الحكم الاول فى الفقرة الثانية من المادة (١٧٩) بقوله : « فالمبيع اذا هلك فى يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري» • وعندئذ يكون نص المادة (٤٢٨) تكرارا لا لزوم له •

٨٦٨ ـ بهذا تنتهي من الكلام عن استحالة التنفيذ ، وننتقل الان الى الكلام عن السبب الاخير من اسباب انقضاء الالتزام ، وهو التقادم المسقط •

الفرع الثالث

مرور الزمان المانع من سماع الدعوى

(التقادم المسقط)

LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE

تمهيـــد

معنى التقادم ونوعاه : المكسب والمسقط

٨٦٩ ــ التقادم لغة مصدر مــن تقادم • وتقادم الشيء بمعنى قــدم (بضم الدال) • وقدم الشيء مضى على وجوده زمان طويــل • فمعنــى التقادم اذاً هو مضي زمان طويل ، ويقال له فى لغة القانون « مرور الزمان»، ويقال له ايضا « التقادم » • وهو اما ان يؤدي الى كسب حق و فقــده• فاذا ادى الى كسب لحق سمي تقادمامكسبا (Prescription acquistive) ويقال له ايضا الحيازة (Usucapion) • وهو أحد اسباب كسب لحقوق العينية العقارية • واذا ادى الى فقد الحق سمي تقادما مسقطا • وهو يؤدي الى سقوط الحقوق العينية العقارية ، عدا حق الملكية ، وكذلك الحقــوق الشخصية • وسقوط الحقوق الشخصية معناه انقضاء الالتزامات المقابلة لها• وقد عالج القانون المدني الفرنسي كلا من التقادم المكسب والمسقط فى مكان واحد • وينتقد الفقه الفرنسي هذا المسلك لاختلاف وظيفة كلا من هــذين النوعين من التقادم • وقد تجنب القانون المدني العراقي هذا العيب فعالج النوع الاول عند الكلام عن كسب الملكية والحقوق المتفرعة عنهــا • امــا النوع الثاني ، فما تعلق منه بسقوط الحقوق العينية العقارية تكلم عنه عند الكلام عن انقضاء هذه الحقوق ، وما تعلق منه بسقوط الحقوق الشخصية تكلم عنه عند الكلام عن انقضاء الالتزام تحت عنــوان « مــرور الزمــان

المانع من سماع الدعوى » ، وذلك فى المواد (٤٢٩ ــ ٤٤٣) • والذي يهمنا هنا هو النوع الاخير فقط ، لانه هو الذي يتعلق بموضوعنا •

الحكمة من تقرير التقادم :

٨٧٠ ــ والتقادم فى الفقه الغربي يرقى بجذوره الى القانون الروماني • وقد قيل فى تبريره ان المصلحة تقضي به • فاستقرار التعامل يقوم عليه الى حد كبير • فالاوضاع اذا استقرت على حال معينة مدة من الزمن واطمأن اليها الناس ، فليس من المصلحة قلبها ، فان ذلك يؤدي الى احلال الفوضى والاضطراب فى المجتمع • هذا من جهة ، ومن جهة اخرى قيل فى تبرير التقادم المسقط ان سكوت الدائن عن المطالبة بحقه مدة طويلة مع قدرته على المطالبة به دليل على استيفائه له • فاذا سمحنا له بالمطالبة به بعد هذه المدة فاننا نكلف المدين من امره عسرا • فقد يستحيل عليه اثبات وفائه بالدين لضياع او تلف سند المخالصة بسبب طول العهد او وفاة الاشخاص الذين يستطيع الاستشهاد بهم • فتقرير التقادم فى هذه الحالة اذا انما تقرر للاخذ بيد المدين وحمايته من مطالبة الدائن له •

الفقه الاسلامي

٨٧١ ــ ولا يقر الفقهاء المسلمون التقادم بنوعيه ، المكسب والمسقط• ونقطة الابتداء فى الاحكام التي يقررونها فى هذا الصدد هي الحديث الشريف « لا يسقط حق امرىء مسلم وان قدم » • وقد رتبوا على هذا الحديث ان الحق ، فى الاصل ، لا يسقط ولا يكتسب بمرور الزمان • فوضع اليد على غير المباح من الاموال لا يثبت الملكية مهما مضى من الزمن على وضع اليد • كما ان ترك المطالبة بالحق لا يسقط الحق مهما مضى من الزمن على ذلك • وقد اتفق الفقهاء المسلمون على ذلك •

٨٧٢ ــ ولكن متأخري فقهاء الحنفية والمالكية رأوا ان مصالح الناس يهددها الفساد والتحايل وعدم الاستقرار فاقروا مبدأ مرور الزمان ، ولكن

لا كمكسب او مسقط للحقوق بل كدافع للدعوى فقط ، يستفيد منه واضع اليد والمدين • اما الحق فباق على حالة لم يسقط • فلو رد القاضي دعوى الدائن بسبب وجود مرور زمان فيها يبقى المدعى عليه مدينا للمدعي، ويكون قد هضم حق المدعي • وقد عللوا تقرير مبدأ التقادم بان السكوت عن المطالبة وعدم اقامة الدعوى مدة طويلة ، مع القدرة عليها ومع عدم العذر ، دليل على عدم الحق ظاهرا ، كما ان شهوده وادلته التي قدمها بعد مضي تلك المدة تحتمل شبهة التزوير والاحتيال • فتقرير مبدأ مرور الزمان كدافع للدعوى انما كان لمنع الاحتيال والتزوير ولتأمين استقرار المعاملات(١) • وقد اخذت بذلك مجلة الاحكام العدلية ، فنصت على مدد لا يجوز بعدها سماع بعض الدعاوى •

٨٧٣ ــ وقد بنى فقهاء الحنفية والمالكية عدم سماع الدعوى للتقادم على الاستحسان والضرورات العملية ، لان الاصل ان الحق لا يسقط بالتقادم • ووجه الاستحسان هو منع التزوير والاحتيال • وعللوه بان اثبات الدفع بعد مرور مدة طويلة متعذر لامكان موت الشهود او نسيانهم• هذا الى ان سكوت الدائن عن المطالبة بدون عذر « يعد كالاقرار المنطوق به من الطالب (الدائن) للمطلوب (المدين) بانه لا حق له عليه » ، ولان هذا السكوت يحمل على حصول الدفع « لان الغالب من الحال انه قضاء • وقد قضى بتغليب الاحوال عمر بن الخطاب ، وقاله مالك(٢) • وقد اختلف الفقهاء فى المدة التي لا تسمع بعدها الدعوى • فذهب بعضهم الى انها ثلاثون سنة ، وذهب اخرون الى انها ثلاث وثلاث سنة ، وذهب اخرون الى انها ست وثلاثون • وهذا يسمى بمرور الزمان الاجتهادي • وقد

(١) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد ، ج ٢ ، ص ١٢٧٢ وما بعدها ، مع المراجع المشار اليها هناك .
(٢) شرح الخطاب علي سيدي خليل ، ج ٦ ، ص ٢٢٨ــ٢٣٠ ، نقلا الدكتور صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ، ج٢ ، ص ٣١٧ .

وجد السلاطين العثمانيون هذه المدة طويلة فقللوها الى خمس عشرة سنة . فاصدر السلطان سليمان القانوني (١٥٢٠ ــ ١٥٦٦) امرا نهى فيه قضاة الاسلام عن سماع دعوى تركها المدعي خمس عشرة سنة بلا عذر ، ولكنه استثنى من ذلك الوقف والارث ، فابقى المدة فيهما ثلاثا وثلاثين سنة . وقد ادخلت المجلة الميراث ضمن ما لا تسمع فيه الدعوى بعد خمس عشرة، وجعلت المدة التي لا تسمع بعدها دعوى الوقف ستا وثلاثين سنة(١) .

الاساس الذي يقوم عليه منع سماع الدعوى

٨٧٤ ــ ولكن كيف يمنع سماع الدعوى مع الاعتراف بوجود الحق؟ وجد الفقهاء المخرج من ذلك فى قاعدة تخصيص القضاء . فمن القواعد المقررة فى هذا الباب ان القضاء يجوز تخصيصه بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصوصات . فلولي الامر ، اي السلطان ، ان يقيد القاضي ويخصصه بالقضاء فى منطقة معينة ولمدة معينة وان يمنعه من النظر فى مسائل معينة اذا كانت المصلحة تقضي بذلك . وعندئذ ليس له ان ينظر الدعاوى المتعلقة بتلك المسائل ، واذا نظر فلا ينفذ حكمه(٢) .

---

(١) الاستاذ محمد عبد اللطيف ، التقادم المكسب والمسقط ، مطابع دار النشر الجامعات المصرية ، ١٩٥٨ ، ص ١٢ .

(٢) وقد نصت المجلة على هذه القاعدة فى المادة (١٨٠١) منها بقولها : « القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصومات . مثلا الحاكم المأمور بالحكم بمدة سنة يحكم فى تلك السنة فقط ، وليس له أن يحكم قبل حلول تلك السنة او بعد مرورها . وكذلك الحاكم المنصوب فى ناحية يحكم فى جميع اطراف تلك الناحية وليس له ان يحكم فى غير ناحية . والحاكم المنصوب على ان يحكم فى محكمة معينة له ان يحكم فى تلك المحكمة فقط ، وليس له ان يحكم فى محل اخر . وكذلك لو صدر امر سلطاني بان لا تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بمصلحة العامة ، ليس للحاكم ان يستمع تلك الدعوى ويحكم بها . او كان الحاكم مأذونا باستماع بعض الخصومات المعينة فله أن يسمع الخصومات التي اذن بها وان يحكم فيها فقط ، وليس له استماع ما عداها والحكم بها . وكذلك لو صدر امر سلطاني بالعمل برأي مجتهد فى خصوص لما ان رأيه بالناس ارفق ولمصلحة العصر أوفق ، فليس للحاكم ان يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد . واذا عمل فلا ينفذ حكمه» .

خطة البحث

٨٧٥ ــ نص القانون المدني على مدد مختلفة للتقادم فيجب ان نرى هذه المدد • ثم ان هذه المدد قد تقف وقد تنقطع ، فيجب ان نرى متى يكون ذلك • ثم يجب ان نرى كيف تحتسب هذه المدد • فاذا انتهينا من ذلك بقي ان نرى كيف يجب اعمال التقادم والاثار التي تترتب عليه • وعلى ذلك فاننا نقسم هذا الفرع الى المباحث التالية :

المبحث الاول ــ مدد التقادم

المبحث الثاني ــ كيفية حساب مدد التقادم

المبحث الثالث ــ وقف مدد التقادم

المبحث الرابع ــ قطع مدد التقادم

المبحث الخامس ــ كيفية اعمال التقادم

المبحث السادس ــ الآثار التي تترتب على التقادم

المبحث الاول

مدد التقادم

٨٧٦ ــ نص القانون المدني على ثلاث مدد يتم فيها التقادم • الاولى خمس عشرة سنة ، ويقال للتقادم فيها التقادم العام والتقادم الطويل • والثانية خمس سنوات ، ويقال للتقادم فيها التقادم الخمسي • والثالثة سنة واحدة ، ويقال للتقادم فيها التقادم الحولي • والتقادم القصير • ونرى كلا من ذلك في مطلب مستقل •

المطلب الاول

التقادم العام او الطويل

٨٧٧ ــ الاصل في القانون المدني العراقي ان مدة التقادم خمس عشرة سنة ، الا ما استثني بنص خاص • وقد نصت على ذلك المادة (٤٢٩) منه

بقولها : « الدعوى بالالتزام ، ايا كان سببه ، لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة ، مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة » . فكل التزام لم ينص القانون على مدة خاصة يتقادم بها لا تسمع به الدعوى بعدها اذا لم يطالب الدائن به فى خلالها . وقد اخذ القانون المدني المدة المذكورة عن الفقه الاسلامي مقننا فى المجلة . فقد نصت المجلة فى المادة (١٦٦٠) منها على ان : « لا تسمع دعوى الدين والوديعة والملك والعقار والميراث والعقارات الموقوفة التي ليست بعائدة الى أصل الوقف والعموم كالمقاطعة او التصرف بالاجارتين والمشروطة والتولية والغلة بعد ان تركت خمس عشرة سنة » .

المطلب الثاني

التقادم الخمسي

اصل واستثناء :

٨٧٨ ـ الاصل ان كل حق دوري متجدد يتقادم بخمس سنوات . وقد استثنى القانون من هذا الاصل الريع المستحق فى ذمة الحائز سيء النية والريع الواجب على متولي الوقف الى المستحقين . ونرى كلا من الاصل والاستثناء على حدة .

الاصل : الحقوق الدورية المتجددة

٨٧٩ ـ نصت الفقرة الاولى من المادة (٤٣٠) مدني على الحقوق التي يتم التقادم بشأنها بخمس سنوات بقولها : « كل حق دوري متجدد ، كالاجرة والفوائد والرواتب والايرادات المرتبة لا تسمع الدعوى به على المدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس سنوات » . فالحقوق التي تتقادم بخمس سنوات انما هي الحقوق الدورية المتجددة ، وهذا هو الضابط فيها : الدورية والتجدد . والمقصود بالدورية (Périodicité) هو ان

يستحق الحق فى مواعيد منتظمة كشهر او سنة او اكثر من ذلك او اقل. والمقصود بالتجدد (Renouvellement) ان الحق لا يجب الا بمرور فترة من الزمن . وهذا يكون فى العقود المستمرة التنفيذ . فاذا فقد الحق احد هذين الشرطين فلا يتقادم بخمس سنوات بل بخمس عشرة سنة . مثال ذلك الدين المقسط الى أقساط ، فهو قد توافرت فيه صفة الدورية ولم تتوافر فيه صفة التجدد ، فهو ينقضي بدفع اخر قسط منه ، وبالتالي لا يدخل فى عداد الحقوق الدورية المتجددة المنصوص عليها فى المادة المتقدمة . والحقوق التي نصت عليها المادة المتقدمة خير مثال يوضح ذلك. ونرى كلا منها على حدة .

١ ـ الاجرة :

٨٨٠ ـ فالاجرة هي العوض الذي يدفع فى مقابل المنفعة كأجرة الدور والدكاكين والمخازن والاراضي الزراعية وغير ذلك من المباني والعقارات . ولكن لا يعتبر من الاجرة التعويض الذي يجب على المستأجر ان يدفعه الى المالك نتيجة الاضرار التي يحدثها فى العين المؤجرة .

٨٨١ ـ ولكن اذا كان الايجار لمدة سنة واحدة وبدل الايجار يدفع دفعة واحدة ، فهل يعتبر الالتزام الناشىء عنه من الحقوق الدورية المتجددة فيتقادم بخمس سنوات ، ام لا يعتبر كذلك فلا يتقادم الا بخمس عشرة سنة ؟ ذهبت محكمة تمييز العراق فى حكم لها صادر فى ٢٧ـ١ـ٥٩ الى الرأي الثاني(١) .

---

(١) وقد جاء فى حكمها ما يلي : « .. كان على المحكمة التحقق هل ان المميز استأجر البستان لسنة واحدة ام لسنوات عديدة كان يدفع البدل فى زمن معين ، لان لهذه النتائج اهمية كبرى فى تقرير الدفع الذي تمسك به المميز . ثم انه ليس كل التزام ينشأ عن عقد الايجار يتقادم بمضي خمس سنوات ، فبدل ايجار بستان لمدة سنة واحدة يتقادم كل التزام ينشأ معه بعد مضي خمس عشرة سنة . اما اذا كان الالتزام دوريا ويتجدد فحينذاك يطبق بحقه التقادم المنصوص عنه فى المادة المذكورة » . (القضاء المدني العراقي للاستاذ سلمان بيات ، ج ١ ، ص ٤٣١) .

الفوائـــد :

٨٨٢ ــ والفوائد هي ريع رأس المال ، وهي متجـددة • والاصـل ان تدفع كل سنة • ولكن قد يتفق على دفعها لمدة اقل من ذلك ، كثلاثـة أشهر مثلا • وهي اما ان تكون اتفاقية او قضائية او قانونية • وهي ، أيا كان مصدرها ، تتقادم بخمس سنوات • ويعتبر من الفوائد ريع الاسهـم وفوائد السندات • ويشترط لاستحقاق الفوائد احتفاظها بصفتي الدورية والتجدد • فاذا جمدت وادمجت برأس المال فلا تعتبر عندئذ فـوائد ولا تتقادم بخمس سنوات ، بل تنطبق عليها القاعدة العامة ، اي التقادم العام ، فلا تتقادم الا بخمس عشرة سنة • وتفقد الفوائد صفتي الدورية والتجدد كذلك ، فلا تتقادم بخمس سنوات بل بخمس عشرة سنة ، اذا قام بدفعها شخص اخر غير المدين ، كالكفيل والوكيل ، او صدر بها حكم قضائي •

٢ ــ الرواتب والايرادات المرتبة :

٨٨٣ ــ والرواتب هي حقوق دورية متجددة تدفع عادة كل شهر او كل اسبوع ، وتنطبق بالنسبة للموظفين والمستخدمين ومـن فى حكمهـم ، كالمتعاقدين ، ولا تنطبق بالنسبة للعمال والخدم ومن فى حكمهم ، كالطباخين وسائقي السيارات الخصوصية •

وكذلك الايرادات المرتبة تعتبر حقوقا دورية متجددة ، سواء أكانت لمدى الحياة ام لمدة معينة •

الحكمة من تقرير التقادم بالنسبة للحقوق الدورية المتجددة :

٨٨٤ ــ والحكمة من تقرير التقادم الخمسي بالنسبة للحقوق الدورية المتجددة هي عدم ارهاق المدين • فهو انما يدفع هذه الحقوق مما يحصل عليه من ريع دوري متجدد ، كالمستأجر يدفع الاجرة من راتبه اذا كـان موظفا ، ومما يكسبه يوميا اذا كان كاسبا •

فاذا لم يطالب بها الدائن لمدة طويلة وتراكمت وسمح للدائن بالمطالبة بها لكل المدة التي لم يطالب فيها بها فانها ستكون مبلغا كبيرا ينوء به كاهل

المدين اذا كان موظفا ، وقد يعجز عن الوفاء به . واذا كان كاسبا فسيضطر الى دفع المبلغ من رأس ماله ، وفى هذا ما فيه من ارهاق بالنسبة له(١) .

وقيل فى تبرير هذا النوع من التقادم كذلك ان هذه الحقوق (الدورية المتجددة) انما يعتمد عليها الدائن فى معيشته اليومية ، فلا يهمل المطالبة بها. فاذا لم يطالب بها لمدة خمس سنوات فذلك قرينة على استيفائه لها ، ويصعب على المدين بعد هذه المدة اثبات قيامه بالوفاء لصعوبة احتفاظه بالمخالصات الدورية التي يأخذها من الدائن .

استثناء : الريع المستحق فى ذمة الحائز سيء النية والريع الواجب على متولي الوقف اداؤه للمستحقين

٨٨٥ ــ استثنت الفقرة الثانية من المادة (٤٣٠) من التقادم الخمسي « الريع المستحق فى ذمة الحائز سيء النية والريع الواجب على متولي الوقف اداؤه للمستحقين ، وجعلت المدة بالنسبة لهما خمس عشرة سنة ، أي اخضعتهما للاصل العام فى هذا الباب .

٨٨٦ ــ والسبب فى استثناء الحائز السيء النية من التقادم الخمسي هو ان الريع لا يعتبر فى العلاقة بينه وبين المالك من الحقوق الدورية المتجددة ، بل تحول الى رأس مال واجب الاداء للمالك ، ومن ثم لا يتقادم بخمس سنوات بل بخمس عشرة سنة(٢) .

٨٨٧ ــ اما بالنسبة للريع الواجب على متولي الوقف اداؤه للمستحقين فقد اختلفت احكام القضاء المصري فى ظل القانون المدني القديم اختلافا كبيرا . فذهب بعض الاحكام الى انه مما يستحق دفعة سنويا وبالتالي اعتبرته من الديون الدورية المتجددة التي تسقط بمضى خمس سنوات من تاريخ استحقاقه . وذهبت احكام اخرى الى عكس هذا الرأي . وحجتها

---

(١) الاستاذ السنهوري ، فى ملاحظاته على المادة (٤٣٠) فى لجنة القانون المدني .

(٢) السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، ف ٦٠٣ ، ص ١٠٢٨ــ١٠٢٩ .

فى ذلك ان ناظر الوقف انما هو وكيل المستحقين ، فان قبض الغلة اعتبرت امانة تحت يده لحسابهم ، ولا يتقادم حقهم فيها ما بقيت مفرزة فى يد الناظر غير مختلطة بماله • ولكن كان الناظر قد استهلك هذه الغلة او هلكت بتعديه او بتقصيره فانه يصبح مسؤولا عن فعله قبل المستحق ، ولهذا عندئذ ان يطالبه بحقه باعتباره دينا لا يتقادم الا بانقضاء خمس عشرة سنة • وقد ايدت محكمة الاستئناف الاهلية بدوائرها المجتمعة فى ٣ ايار ١٩٣٠ هذا الرأي ، وبه اخذ القانونان المصري والعراقي • وبذلك حسما خلافا كان موجودا فى القضاء المصري فى هذا الصدد، وكان من الممكن ان يثور فى القضاء العراقي ايضا •

المطلب الثالث

التقادم الحولي او القصير

٨٨٨ ــ نصت المادة (٤٣١) مدني على بعض الحقوق يتم التقادم بشأنها بمدة قصيرة هي سنة واحدة ، والتقادم فى هذه الحالة يقال له التقادم الحولي والتقادم القصير • والحقوق التي نصت عليها المادة المتقدمة تعود الى ثلاث طوائف من الناس هم : ١ ــ اصحاب المهن الحرة • ٢ ــ الباعة ومن فى حكمهم • ٣ ــ العملة والخدم ومن فى حكمهم • والسبب فى جعل التقادم بالنسبة لهذه الحقوق قصيرا الى هذا الحد هو ان العادة جرت بان يقوم اصحابها باستيفائها بمجرد انتهاء خدماتهم ، فان لم يطالبوا بها حتى مضت سنة على انتهاء هذه الخدمات فذاك يرجع فى الغالب الى استيفائهم لها • ولكن قرينة الوفاء هنا غير قوية لقصر المدة التي تتقادم فيها هذه الحقوق • لذلك قرر المشرع تقويتها بيمين توجيهها المحكمة من تلقاء نفسها الى المدين اذا كان حيا بان ذمته غير مشغولة ، والى ورثته اذا كان ميتا ، والى وليه اذا كان محجورا ، بانهم لا يعلمون بوجود الدين • ونرى كل طائفة من هؤلاء على حدة •

اولا ـ اصحاب المهن الحرة :

٨٨٩ ـ نصت على أصحاب المهن الحرة الفقرة الاولى من المادة (٤٣١) من القانون المدني بقولها : « ١ ـ لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة فى الحقوق الآتيـة : أ ـ حقوق الاطبـاء والصيادلة والمحامين والاساتذة والمعلمين والمهندسين والخبـراء ووكـلاء التفليسة والسماسرة ، وبوجه عام كل من يزاول مهنة حرة على ان تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما ادوه من عمل وما تكبدوه من مصروفات» . ويلاحظ ان النص بعد ان يخصص مهنا معينة يعود فيعمم الحكم الى كل من يزاول مهنة حرة . وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يتضمن مثل هذا النص ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفتـه لان فيـه « توسعا يجعل الحكم غير منضبط » ، ولانه ، كما تقول اللجنة « يحسن فى مدد التقادم الخاصة ان تعين الحقوق التي تتقادم بانقضاء هذه المدة تعيينا نافيا للشبهة»(١) . ونقول فيما يلي كلمة موجزة عن كل من اصحاب المهن المتقدمة .

١ ـ الاطبـــاء :

٨٩٠ يقصد بالطبيب هنا كل من يحمل شهادة علمية تتعلق بمعالجـة جسم الانسان من الناحية الحياتية (Biology) ، لا النفسية ولا البدنية. فيدخل فى ذلك اطباء الابدان والعيون والاسنان والمولدون والجراحـون والبياطرة ، ولا يدخل فيه المحللون النفسانيون ولا المرضون ولا المضمدون ولا المدربون الرياضيون ، فهؤلاء لا تتقادم حقوقهم بسنة واحدة بل بالتقادم العام او الطويل ، اي بخمس عشرة سنة . ولكن هل يعتبر المجبرون مـن الاطباء ؟ لا نرى ذلك وذلك لان النص المتعلق بالتقادم الحولي من النصوص ذات التفسير الضيق التي لا يجوز التوسع فى تفسيرها .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٣١٣ ، نقلا عن السنهوري، السابق ، ص ١٠٣٤ .

٨٩١ ــ والحقوق المستحقة للاطباء والتي تتقادم بسنة واحدة هي الاجور التي يستحقونها على معالجة مرضاهم وما عسى ان يكونوا قد تكبدوه من مصروفات فى اثناء العلاج ، كمصروفات الانتقال والتحليلات واقامة المريض ليكون تحت ملاحظة الطبيب(١) . ويدخل فى هذه الحقوق ايضا اجور الاقامة فى المستشفى اذا كان علاج الطبيب للمريض فى مستشفى خصوصي يعود للطبيب المعالج .

٢ ــ الصيادلة :

٨٩٢ ــ والحقوق التي يستحقها الصيادلة والتي تتقادم بسنة واحدةهي الناشئة عن ثمن الادوية التي يبيعونها لعملائهم . وكل صفقة تعتبر قائمة بذاتها . واذا كان هناك عدة صفقات فالتقادم يبدأ بالنسبة لكل صفقة من حين تمامها .

٣ ــ المحامون :

٨٩٣ ــ اما المحامون فقد تغير الحكم الوارد بشأنهم فى القانون المدني بالمادة (٣١) من قانون المحاماة رقم (٨٤) لسنة ١٩٦٠ . فقد نصت هذه المادة على ان « يسقط حق المحامي فى مطالبة موكله باتعاب المحاماة عندعدم وجود سند بها بمضي خمس سنوات من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية» .وعليه فالتقادم بالنسبة لهم اصبح خمسيا يتم بخمس سنوات لاحوليا يتم بسنة واحدة . هذا من جهة ، ومن جهة اخرى نصت المادة المتقدمة من قانون المحاماة على سقوط حق المحامي لا على عدم سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر مشروع . وعليه فلا توجه المحكمة اليمين الى الموكل على ان ذمته غير مشغولة . ثم ان الذي يسقط بمضي خمس سنوات انما هو اتعاب المحامي ، اي الاجرة التي اتفق عليها مع موكله . اما ما عدا ذلك ، كرسوم الدعوى وغير ذلك ، فينطبق عليه التقادم العام ، اي التقادم بخمس

(١) المرجع السابق ، ص ١٠٣٥ .

عشرة سنة . وعندئذ لا يسقط ، بل لا تسمع به الدعوى على الموكل اذا انكر(١) .

٤ ـ الاساتذة والمعلمون :

٨٩٤ ـ والحقوق التي تتحقق للاساتذة والمعلمين والتي تتقادم بسنة واحدة هي التي يستحقونها عن الدروس والمحاضرات التي يعطونها بصورة خاصة او فى المدارس الاهلية . ويدخل فى هذه الحقوق اثمان ما يزودونه لتلاميذهم من كتب وادوات واشياء دراسية اخرى . ولكن اذا كان التلميذ فى مدرسة اهلية ويعيش فى قسم داخلي تابع للمدرسة فهل ينطبق الحكم المتقدم على الاجور التي تستحقها المدرسة عن السكنى فى القسم الداخلي والطعام الذي يتناوله فيه ؟ لا نرى ذلك ، وذلك لان القسم الداخلي وما يتعلق به لاعلاقة له بالناحية العلمية . وعليه فما يستحق على التلميذ لادارة المدرسة من هذه الناحية لا يتقادم بسنة واحدة بل بالتقادم الطويل ، اي بخمس عشرة سنة .

---

(١) يقول الدكتور حسن علي الذنون فى هذا الصدد : « ان المبالغ التي يدفعها المحامي نيابة عن موكله كرسوم التسجيل والطوابع ورسوم استخراج صور الاحكام والسندات تعتبر ديونا عادية تسقط بمضى خمس عشرة سنة » . وهذا غير صحيح بمقتضى القانون المدني . فالفقرة الاولى من المادة (٤٣١) مدني المذكورة فى المتن صريحة فى دخول هذه المبالغ مع الاتعاب فهي تقول : « على ان تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما ادوه من عمل وما تكبدوه من مصروفات » .

هذا ومما يجب ملاحظته هو ان الذي يتقادم بسنه انما هو حقوق المحامي على موكله لا العكس . فاذا ترتب للموكل على المحامي شيء فهذا لا يتقادم الا بالتقادم الطويل ، اي بخمس عشرة سنة . ولكن ، بالرغم من ذلك ، لم تنتبه محكمة صلح الناصرية الى ذلك . ففي قضية وكل شخص محاميا فى دعوى ودفع له مبلغا قدره عشرة دنانير ولم يحضر المحامي المرافعة رغم تأجيلها جلستين متواليتين ، فاقام عليه الدعوى وطلب الزامه بالمبلغ المذكور وتحميله المصاريف فردت المحكمة دعواه ، واستندت فى حكمها الى الفقرة (أ) من المادة (٤٣١) من القانون المدني . ولكن محكمة التمييز نقضت الحكم .

٥ ـ المهندســون :

٨٩٥ ـ والحقوق التي تثبت للمهندسين والتي تتقادم بسنة واحدة هي الاجور التي يستحقونها عن وضع التصاميم والاشراف على تنفيذها ، ومـا يتكبدونه من نفقات فى هذا الشأن • ولكن اذا اخذ المهندس العمل كله عـلى نفقته ، بما فيه وضع التصاميم وتنفيذها واقامة البناء ، فلا نكون عندئذ تجاه اجور بل تجاه عقد مقاولة ، وعندئذ لا يتقادم ما يستحقه المهندس بسنة واحدة بل بخمس عشرة سنة •

٦ ـ الخبراء ووكـلاء التفليسة والسماسرة

٨٩٦ ـ والخبير والسمسار يستحقان على العميل الاتعاب وما يتكبدانه من نفقات • اما وكيل التفليسة (السنديك) فيستحق اتعابه وما يتكبده من نفقات على التفليسة • والحقوق التي يستحقها هؤلاء تتقادم ، كما بالنسبة للاشخاص المذكورين سابقا ، بسنة واحدة •

ثانيا ـ الباعـة ومن فى حكمهم

٨٩٧ ـ تقضي الفقرة (ب) من المادة (٤٣١) بما يلي: «لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة فى الحقوق الآتيـة :

ب ـ حقوق التجار والصناع عن اشياء وردوها لاشخاص لا يتجرون فى هذه الاشياء ، وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الاقامة وثمـن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم» • والحقوق المذكـورة فى النص المتقدم هي التي تنشأ عن عقود تتعلق بالاستهلاك اليومي ، كالمواد الغذائية، او بالحياة اليومية، كالملابس والاحذية ، والتي تسدد فى الغالب فورا ،واذا لم تسدد فورا فلا يتأخر تسديدها عادة عن نهاية الشهر حيث يقبض المدين راتبه، فيسدد منه ما فى ذمته • واصحاب هذه الحقوق هم : التجار والصنـاع ، واصحاب الفنادق والمطاعم • ونقول فيما يلي كلمة موجزة عن كل منهم •

١ ـ التجـار

٨٩٨ ـ وحقوق التجار التي تتقادم بسنة واحدة هي الناشئة عن اشياء

وردوها لاشخاص لا يتجرون بهذه الاشياء • والمقصود بـ « الاشخاص الذين لا يتجرون بهذه الاشياء » ان يكون البيع لغرض الاستهلاك الخاص لا لغرض التجارة ، ولو كان المشتري تاجرا • فما يبيعه تاجر الجملة لتاجر المفرد لا يدخل فى نطاق موضوعنا ، فلا يتقادم ما ينشأ عنه من حقوق بسنة واحدة بل بخمس عشرة سنة • فيدخل فى الحقوق المتقدمة الحقوق الناشئة للقصاب والبقال ولمخازن التجهيزات المنزلية عن قيمة الاشياء التي يبيعونها لعملائهم •

٨٩٩ ــ هذا ويشترط فى البائع ان يكون تاجرا ، اي يشتري ليبيع لغرض الكسب • فاذا لم تتوافر فيه هذه الصفة فلا ينطبق عليه النص المتقدم ، وبالتالي لا يتقادم حقه بسنة واحدة بل بخمس عشرة سنة • فالمزارع الذي يبيع حاصلات ارضه لا يعتبر تاجرا ، فلا ينطبق عليه النص المتقدم • وبالتالي اذا نشأت له حقوق عن هذا البيع فلا تتقادم بسنة واحدة بل بخمس عشرة سنة •

٢ ــ الصنـــاع

٩٠٠ ــ والمقصود بالصناع اصحاب الحرف اليدوية كالخياطين والحلاقين والميكانيكيين وصانعي الاحذية ومن على شاكلتهم • والحقوق التي لهؤلاء وتتقادم بسنة واحدة هي الحقوق الناشئة لهم على عملائهم نتيجة تقديم مصنوعاتهم او خدماتهم لهم لاستهلاكهم الخاص • فاذا كان تقديم المصنوعات لغرض التجارة فلا ينطبق النص ، وبالتالي لا تتقادم حقوقهم الناشئة عنها بسنة واحدة بل بالتقادم العام او الطويل ، اي بخمس عشرة سنة • مثال ذلك ما اذا باع صانع احذية كمية من الاحذية من بائع مفرد ، فالحق الذي ينشأ له عليه لا يتقادم بسنة واحدة بل بخمس عشرة سنة • وكذلك اذا كان تقديم الخدمات لا للانتفاع الخاص بل لبيعها ، كما لو اشتغل ميكانيكي او خياط او صانع احذية عند صاحب محل يتعاطى تصليح الآلات الميكانيكية او الخياطة أو صنع الاحذية ، فى هذه الحالة لا تنطبق

نصوص القانون المدني فلا تتقادم حقوق هؤلاء بسنة واحدة ، بل نصوص قانون العمال وعندئذ تتقادم حقوقهم بالمدة التي ينص عليها هذا القانون .

٣ ـ اصحاب الفنادق والمطاعم :

٩٠١ ـ والحقوق التي لاصحاب الفنادق والمطاعم والتي تتقادم بسنة واحدة هي الحقوق الناشئة لهم فى ذمة عملائهم عن ثمن الطعام ، وعن السكنى فى الفندق وما يتبعها من غسل الملابس وكيها وتقديم الطعام فى الفندق وما قد يعطيه صاحب الفندق للعميل من سلفة عند الحاجة . ولا يعتبر فندقا الغرف المؤثثة (Chambres meublées) التي تؤجرها العوائل ، والحقوق الناشئة لاصحابها تعتبر حقوقا دورية متجددة يسري عليها التقادم الخمسي .

ثالثا ـ العملة ومن فى حكمهم :

٩٠٢ ـ نصت الفقرة (ج) من المادة (٤٣١) مدني على حقوق العملة ومن فى حكمهم بقولها : « لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة فى الحقوق الاتية : ج ـ حقوق العملة والخدم والاجراء من اجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات » . والاشخاص الذين تتكلم عنهم المادة هم الذين يعيشون على ما يكسبونه من عملهم اليومي ، سواء كان باجرة يومية او اسبوعية او شهرية . ويدخل فيهم العامل والبواب والخادم والطباخ وسائق السيارة والفلاح الذي يعمل فى الحديقة ، وكذلك النجار والحداد ومصلح انابيب الماء اذا لم ينطبق عليهم وصف الصناع ، سواء كانوا يعملون فى بيت او فندق او مطعم او مقهى او ما شابه ذلك . وقد جرت العادة على ان تدفع لهؤلاء حقوقهم بدون تأخير ، سواء كان ذلك يوميا او اسبوعيا او شهريا ، بحسب الاتفاق .

هل يسري التقادم الحولي بالنسبة للحقوق التي يستحقها العامل بمقتضى قانون العمال ؟

٩٠٣ ـ يجيز قانون العمال للعامل الذي يفصل من العمل ان يطالب

بالحقوق المترتبة له عن الاجازات التي يستحقها ، فهل تعتبر هذه الحقوق من قبيل الاجور اليومية فيسري بشأنها التقادم الحولي ، ام لا تعتبر كذلك فيسري بحقها التقادم العام ، اي التقادم بخمس عشرة سنة ؟ تضاربت احكام محكمة التمييز فى هذا الصدد • فبينما نراها تأخذ بالرأي الثاني فى حكم لها صادر فى ١٦–١٠–٥٦ ، فتقول فيه : « ان دعوى المدعي تلخص فى انه استخدم عاملا لدى الشركة من ١–١–٥٢ الى ٢–١–٥٦ حيث استقال • وقد ترتبت له حقوق عن الاجازات الاعتيادية لسنين مختلفة وساعات اضافية عمل فيها ، وقد حكم له بمبلغ معين وصدق تمييزا • ولدى ملاحظة المادة (٤٣١) مدني والفقرة (ج) منها وجد انها نصت بصراحة على عدم سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة ويشمل ذلك حقوق العملة والاجراء ، ولا تسمع الدعوى فى هذه الحقوق ••» • بينما تذهب محكمة التمييز الى هذا الرأي اذا بها تذهب الى عكس هذا الرأي بعد شهر من الحكم المتقدم ، فتذهب فى حكم اخر لها صادر فى ١٧–١١–٥٦ الى « •• ان الحقوق المدعى بها استحقها المدعي بالاستناد الى قانون العمال ، والحقوق التي ارادها القانون المدني هي اجور العمال اليومية او الشهرية وليست الحقوق المترتبة بموجب قانون العمال • وعلاوة على هذا فان قانون العمال اجاز للعامل ان يطالب بحقوقه المذكورة بعد فصله من العمل • لهذا لا وجه لتطبيق مدة التقادم على الحقوق المدعى بها بموجب قانون العمال •••»(١)

احكام خاصة بالتقادم الحولي :

٩٠٤ – نص القانون المدني على احكام خاصة بالتقادم الحولي ، وهذه الاحكام هي :

١ – لا تسمع الدعوى فى الحقوق التي تتقادم بسنة واحدة

(١) تراجع احكام اخرى متضاربة فى القضاء المدني ، المرجع السابق ، ص ٤٣٢–٤٣٨ •

حتى لو بقي الدائن مستمرا في تقديم خدماته او اعماله او توريداته (م٤٣١/٢) • فكل خدمة او عمل او توريد او صفقة ، يعتبر الحق الناشيء عنها قائما بذاته ويتقادم من وقت استحقاقه •

٢ ــ لما كان التقادم الحولي يقوم على قرينة الوفاء ، ولما كانت هذه القرينة غير قوية لقصر مدة التقادم ، فالمشرع قد دعم هذه القرينة بيمين توجهها المحكمة من تلقاء نفسها الى المدين اذا كان حيا ، والى ورثته اذا كان ميتا ، والى وليه اذا كان محجورا ، بانهم لا يعلمون بوجود الدين (م ٤٣١/٣) • ويلاحظ هنا ان النص ناقص • فهو لم ينص على ممثل الشخص المعنوي ، كمدير الشركة وممثل الحكومة ، وكان يجب النص على توجيه اليمين اليه اسوة بالاشخاص الذين ذكرهم(١) •

٣ ــ اذا اخذ الدائن من مدينه سندا بالدين ، فالدين لا يتقادم بسنة واحدة بل بالتقادم الطويل ، اي بخمس عشرة سنة •

المبحث الثاني

كيفية حساب مدد التقادم

حساب المدد بالايام لا بالساعات وبالتقويم الميلادي لا الهجري :

٩٠٥ ــ تقضي المادة (٤٣٣) مدني بان : تحسب المدة التي تمنع سماع الدعوى بالتقويم الميلادي وتكون بالايام لا بالساعات » • ومعنى حساب المدة بالايام لا بالساعات عدم اعتبار اليوم الناقص ، لان هذا يقتضينا معرفة

---

(١) وقد سدت محكمة التمييز هذا النقص ، فهي تشترط توجيه اليمين الى هؤلاء الاشخاص ، بالرغم من عدم نص القانون عليهم . فهي تقول، مثلا ، في حكم لها صادر في ٢٣ــ٢ــ٥٨ : « ان محكمة البداءة لم توجه اليمين المنصوص عليها في الفقرة (ج) من المادة (٤٣١) مدني الى المدعى عليه (رئيس بلدية الموصل) المتمسك بالتقادم بانه لا يعلم بان دائرته مشغولة الذمة بالمبلغ المدعى به . وحيث ان ذلك نقص يستلزم النقض قرر نقض الحكم ..».

الساعة التي بدأ فيها سريان التقادم ، وهذا متعذر • وعليه فلا يعتبر اليوم الاول من سريان التقادم وتحسب المدة من اليوم التالي له • ويدخل فى الحساب ايام العطل الرسمية ، فلا تنقص من مجموع المدة • ولكن اذا صادف اليوم الاخير يوم عطلة رسمية فالمدة تكمل باليوم اللاحق له ، فيجوز اتخاذ الاجراءات فى هذا اليوم •

اما السنون فتحسب بالتقويم الميلادي لا الهجري ، والسنة الميلادية اطول من السنة الهجرية • وقد سبق للقانون المدني ان نص على هذه القاعدة فى المادة التاسعة منه •

اضافة مدة السلف الى مدة الخلف :

٩٠٦ ــ واذا ترك الدائن الدعوى مدة ومات وتركها وارثه مدة اخرى وبلغ مجموع المدتين المدة المقررة للتقادم فالتقادم يكتمل ولا تسمع الدعوى بعد ذلك • (م ٤٣٢) •

مبدأ سريان التقادم : تاريخ استحقاق الدين

٩٠٧ ــ الاصل ان يبدأ سريان التقادم من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الاداء • فالدائن لا يستطيع ، قبل هذا التاريخ ، مطالبة مدينه بالوفاء ، وبالتالي لا يمكن ان ينسب اليه اهمال او تقصير • والتقادم ، كما نعلم ، انما تقرر جزاءً للدائن على اهماله وتقصيره فى المطالبة بحقه • وتطبيقا للاصل المتقدم يبدأ سريان التقادم بالنسبة للدين المؤجل من تاريخ حلول الاجل او سقوطه او النزول عنه ممن تقرر لمصلحته • وبالنسبة للدين المعلق على شرط واقف يبدأ سريان التقادم من حين تحقق الشرط • فاذا كان الشرط فاسخا فمن حين نشوء الدين ، ذلك لان الدائن يستطيع المطالبة بحقه من هذه اللحظة ، والذي علق على شرط انما هو زوال الحق وانقضاؤه لا نشوؤه • واذا استحق المبيع فالدعوى التي يقيمها المشتري على البائع بضمان الاستحقاق يبدأ سريان التقادم بالنسبة لها من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق • وقد نصت على الاحكام المتقدمة المادة (٤٣٤) مدني

بقولها : « ١ ــ يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى من اليوم الذي يصبح فيه الالتزام مستحق الاداء • ٢ ــ ففي دعوى الدين المؤجل تبدأ المدة من وقت حلول الاجل ، وفى دعوى ضمان الاستحقاق من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق » • والامثلة للديون الواردة فى المادة المتقدمة انما جاءت على سبيل المثال لا الحصر • وهناك امثلة لديون اخرى ، كالحق الاحتمالي ، وهو الذي لم يتأكد وجوده ، ومثاله الحق فى التعويض عن عمل غير مشروع قبل ان يتحقق الضرر • فقبل ان يتحقق الضرر لا ينشأ حق فى التعويض ، وانما ينشأ الحق اذا تحقق الضرر • فهو اذاً حق احتمالي • فاذا تحقق الضرر اصبح حقا مؤكدا ، وعندئذ يبدأ التقادم بالنسبة له من هذه اللحظة •

ميعاد الوفاء متوقف على ارادة الدائن

٩٠٨ ــ واذا كان ميعاد استحقاق الدين متوقفا على ارادة الدائن فسريان التقادم بالنسبة له يبدأ من الوقت الذي يستطيع فيه الدائن اعلان ارادته • مثال ذلك السندات المستحقة حين الطلب و لدى الاطلاع (à vue) ، فهذه السندات يبدأ سريان التقادم بالنسبة لها من الوقت الذي يستطيع فيه الدائن مطالبة المدين بالوفاء ، وهذا الوقت هو ، عادة ، تاريخ تحرير هذه السندات ، مالم يثبت الدائن انه لم يكن فى استطاعته المطالبة بالوفاء الا من تاريخ لاحق • وقد نصت على الحكم المتقدم الفقرة الثالثة من المادة (٤٣٤) مدني بقولها : « واذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفا على ارادة الدائن ، سرى مرور الزمن من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من اعلان ارادته » •

المبحث الثالث

وقف مدد التقادم

SUSPENSION DE LA PRESCRIPTION

المقصود بوقف التقادم :

٩٠٩ ــ يقصد بوقف التقادم ان يكون سريانه قد بدأ ولكن طرأ طارىء

جعل هذا السريان يتوقف ، فلا تعتبر المدة التي تمر فى اثناء قيام الطارىء ، ولكن المدة السابقة عليه تبقى محفوظة • وعندما يزول الطارىء الذي اوقف التقادم يعود هذا الى السريان من جديد ، وعندئذ تضاف المدة السابقة على التوقف الى المدة السارية بعد زواله ، ومتى بلغ مجموع المدتين المدة المقررة فى القانون يكتمل التقادم ولا تسمع الدعوى •

اسباب وقف التقادم

٩١٠ ــ واسباب وقف التقادم هي العذر الشرعي • وقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٤٣٥) على الاعذار الشرعية فى هذا الباب بقولها : «١ــ تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعي ، كأن يكون المدعي صغيرا او ان تكون الدعوى بين الزوجين ، او بين الاصول والفروع ، او ان يكون هناك مانع اخر يستحيل معه على المدعي ان يطالب بحقه» • والاعذار الشرعية التي نصت عليها هذه المادة هي : الصغر ، والحجر ، والغيبة ، وعلاقة الزوجية ، والعلاقة بين الاصول والفروع ، واخيرا المانع الذي يستحيل معه على المدعي ان يطالب بحقه • ونقول فيما يلي كلمة موجزة عن كل من هذه الامور •

١ ــ الصغر والحجر :

٩١١ ــ من الاعذار الشرعية التي تقف سير التقادم الصغر والحجر • ولكن يشترط لذلك ان لا يكون للصغير او المحجور من ينوب عنهما ويمثلهما قانونا • فاذا كان لهما نائب فالتقادم يسري فى حقهما ، واذا لم يقم النائب بالاجراءات اللازمة لقطع التقادم كان مسؤولا امام الصغير او المحجور •

٢ ــ الغيبة

٩١٢ ــ والغيبة انما تعتبر عذرا يقف سير التقادم اذا كان الغائب فى حالة لا يستطيع معها ان يطالب بحقه • وقد اشترط القانون المدني لذلك ان يكون فى بلاد اجنبية نائية • وتقرير ما اذا كان الغائب فى هذه الحالة من عدم استطاعة المطالبة مسألة وقائع تعود لقاضي الموضوع •

٣ ـ علاقة الزوجية والعلاقة بين الاصول والفروع :

٩١٣ ـ وعلاقة الزوجية تعتبر عذرا شرعيا يقف سير التقادم ما دام الزوجان يعيشان سوية فى سلام ووئام . والسبب فى ذلك ان مطالبة احد الزوجين الاخر تؤدي الى احلال الشقاق بينهما وتعكير صفو العائلة ، وبالتالي الى هدم كيان الاسرة .

٩١٤ ـ والعلاقة بين الاصول والفروع تعتبر ايضا عذرا شرعيا يقف سير التقادم ، وذلك للعلة المتقدمة نفسها .

٤ ـ مانع يستحيل معه على المدعي ان يطالب بحقه

٩١٥ ـ اضافت المادة (٤٣٥) الى الاعذار المتقدمة « مانع اخر يستحيل معه على المدعي ان يطالب بحقه » . وهذه العبارة انما اضيفت الى النص لتجعله يشمل حالات لا تدخل فى الاعذار المتقدمة . فمن هذه الحالات قيام حرب او ثورة او عصيان مسلح بحيث يستحيل معه على صاحب الحق ان ان يطالب بحقه . ومن هذه الحالات ايضا اعلان منع التجول فيمتنع على الدائن الخروج من داره(١) . ومن هذه الحالات ايضا ما اذا وقع الدائن اسيرا فى الحرب . وعلى كل حال فهذه مسألة وقائع تخضع لتقدير قاضي الموضوع(٢) .

سريان التقادم ضد بعض الدائنين فى حالة تعددهم .

٩١٦ ـ وقد يتعدد الدائنون ويتركون المطالبة بالدين حتى يتم التقادم بشأنه ، ولكن كان لبعضهم عذر شرعي ولم يكن للبعض الاخر ، فالدعوى

---

(١) كتب هذا الجزء من البحث فى اثناء منع التجول بعد حركة ١٨ تشرين الثاني ١٩٦٣ .

(٢) وتطبيقا لنص المادة (٤٣٥) مدني المتقدمة قضت محكمة تمييز العراق فى حكم لها صادر فى ١٤ـ٣ـ١٩٦٠ بان «المدعي غاب عن العراق فسكن الكويت لغرض التجارة . ان هذا الغياب لا يعتبر عذرا تقف فيه المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كما ولم يثبت ان هناك مانعا استحال معه على المدعي (المميز) ان يطالبه بحقه ، ... وحيث قد مضت المدة القانونية لسماع الدعوى يصبح القرار برد الدعوى موافقا للقانون.. .

تسمع بحق من كان له عذر بقدر حصته من الدين ولا تسمع بحق غيره • وقد نص القانون المدني على هذه القاعدة ولكنه حصرها بالورثة فقط • فقد نصت المادة (٤٣٦) منه على انه : « اذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم من غير عذر المدة المقررة وكان لباقي الورثة عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصتهم من الدين » • وكان من الافضل النص على الدائنين بصورة عامة بدلا من تخصيصه بالورثة • فالعلة التي تبرر قطع التقادم بالنسبة لبعض الورثة قد تتحقق بالنسبة لاي دائن •

المبحث الرابع

قطع مدد التقادم

INTERRUPTION DE LA PRESCRIPTION

المقصود بقطع التقادم والفرق بينه وبين وقف التقادم

٩١٧ ــ يقصد بقطع التقادم سقوط المدة السارية لاحد الامور التي سنراها ، فتعتبر هذه المدة كأن لم تكن • فاذا بدأ التقادم مرة ثانية فانه يبدأ من جديد ، ويجب عندئذ مرور المدة المنصوص عليها فى القانون كلها • ومن هذا التعريف يظهر لنا الفرق بين وقف التقادم وقطعه • ففي وقف التقادم تعتبر المدة السابقة على الوقف باقية وتضاف الى المدة السارية بعده • فاذا بلغ مجموع المدتين المدة المحددة فى القانون للتقادم امتنع سماع الدعوى • ويلاحظ بهذه المناسبة ان القانون المدني استعمل تعبير « انقطاع المدة » ، وهذا غير صحيح ، والصحيح هو « قطع المدة » • لان الانقطاع يتم بحكم القانون كالانفساخ ، اما قطع المدة فيتم نتيجة عمل يقوم به الدائن او المدين كما سنرى •

اسباب قطع التقادم

٩١٨ ــ والاسباب التي تؤدي الى قطع مدة التقادم بعضها يصدر من

الدائن وبعضها يصدر من المدين • فالاسباب التي تصدر من الدائن هي المطالبة القضائية وما فى حكمها • والاسباب التي تصدر من المدين هي اقراره بحق الدائن وما هو فى حكم الاقرار • ونرى كلا من ذلك فى مطلب مستقل • فاذا انتهينا من ذلك قلنا ، فى مطلب ثالث ، كلمة موجزة على الاثر الذي يترتب على قطع التقادم ، او انقطاعه كما يقول القانون المدني •

المطلب الاول

الاسباب الصادرة من الدائن

المطالبة القضائية DEMANDE JUDICIAIRE

٩١٩ ــ اذا اقام الدائن الدعوى على مدينه مطالبا اياه بحقه فان هذه المطالبة القضائية تقطع التقادم الذي كان ساريا قبلها • ولا بد لقطع التقادم من ان تكون المطالبة قضائية ، اي باقامة الدعوى امام القضاء (ctation en justice) ، فلا يكفي مجرد المطالبة الشفهية ، ولا المطالبة بكتاب ، ولو مسجل ، ولا الانذار بواسطة الكاتب العدل • ولا يقطع مرور الزمان حتى « قول الدائن فى دعوى سابقة انه يحتفظ بحق المطالبة بحقوقه الباقية »(١) •

اقامة الدعوى امام محكمة غير مختصة :

٩٢٠ ــ وما الحكم اذا طالب الدائن مدينه مطالبة قضائية ولكنه اقام الدعوى امام محكمة غير مختصة ، فهل تكفي هذه المطالبة لقطع التقادم باعتبار ان الدائن قد طالب مدينه مطالبة قضائية ، ام لا تقطعه باعتبار ان الدعوى المقامة امام محكمة غير مختصة باطلة ولا تنظر فيها المحكمة ؟ اجازت الفقرة الاولى من المادة (٤٣٧) مدني ان تقطع الدعوى المقامة امام محكمة غير مختصة التقادم ولكنها اشترطت لذلك ان يكون رفع الدعوى الى المحكمة غير المختصة ناتجا عن غلط مغتفر • وتقدير ما اذا كان الغلط مغتفرا مسألة

(١) محكمة تمييز العراق فى ١١ــ٥ــ٥٩ .

وقائع يفصل فيها قاضي الموضوع • ويستوي فى ذلك ان تكون المحكمة غير مختصة اختصاصا محليا او اختصاصا نوعيا(١) •

اكتمال التقادم قبل صدور الحكم

٩٢١ ــ ومجرد اقامة الدعوى يكفي لقطع التقادم ولو تمت المدة قبل صدور الحكم • فاذا اقام الدائن الدعوى فى اليوم الاخير من مدة التقادم فالتقادم ينقطع ولولم يصدر الحكم الا بعد مدة طويلة من اقامة الدعوى • وقد نصت على هذا الحكم العبارة الاخير من الفقرة الاولى من المادة (٤٣٧) مدني بقولها : « •• فان طالب الدائن غريمه فى المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فانها تسمع بعدها » •

ما يعتبر فى حكم المطالبة القضائية

٩٢٢ ــ وهناك امور اعتبرها القانون المدني كالمطالبة القضائية ورتب عليها الاثر الذي رتبه على المطالبة القضائية ، وهو قطع مدة التقادم • وقد نصت على هذه الامور المادة (٤٣٧) بقولها : « وكالمطالبة القضائية الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس او توزيع • وبوجه عام اي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه اثناء السير فى احدى الدعاوى » •

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يتضمن مثل هذا القيد ، ولكن لجنة المراجعة حذفته . وقد قيل فى تبرير هذا الحذف السببان التاليان : (الاول) ان القواعد التي يقوم عليها اختصاص المحاكم قد تكون معقدة فى بعض الاحوال ، فيلتبس الامر على الدائن ويرفع الدعوى امام محكمة غير مختصة عن خطأ مغتفر . فالقانون يفترض ان الدائن لم يرفع الدعوى امام محكمة غير مختصة الا عن خطأ مغتفر ، فهو لا مصلحة له فى تكبد المصروفات واضاعة الوقت فى رفع الدعوى امام محكمة غير مختصة الا اذا كان قد وقع فى هذا الخطأ . (الثاني) ان الدائن ، وقد رفع الدعوى على المدين يطالبه بحقه ، قد اظهر بذلك نيته المحققة فى انه يريد تقاضي هذا الحق ، ويستوي فى ظهور هذه النية ان تكون الدعوى مرفوعة امام محكمة مختصة او امام محكمة غير مختصة ، وهذه النية من جانب الدائن هي الاصل فى قطع التقادم (مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج٣ ، ص ٣٣٣ ، السنهوري المرجع السابق ، مع الاحكام والمراجع المشار اليها فى هوامش ٢و٣) .

والامور التي اعتبرها هذا النص بحكم المطالبة القضائية هي : الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس او توزيع ، واي عمل يقوم به للتمسك بحقه اثناء السير فى احدى الدعاوى .

٩٢٣ ــ فاذا اشهر افلاس المدين طلب من الدائنين ان يتقدموا الى التفليسة بما يثبت حقوقهم . وتقدم الدائن بحقه فى التفليسة يعتبر كالمطالبة القضائية ويقطع التقادم . وكذلك الامر اذا اعلن توزيع اموال المدين على دائنيه بدون اشهار افلاسه وتقدم الدائن بحقه فى هذا التوزيع فان تقدمه يعتبر كالمطالبة القضائية ويقطع التقادم .

٩٢٤ ــ اما ما نصت عليه المادة المتقدمة من « اي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه اثناء السير فى احدى الدعاوى » فمثاله الطلب المقابل او الطلب العارض (Demande reconventionnelle) الذي يتقدم به الدائن الى القاضي فى اثناء دعوى مقامة من قبل المدين على الدائن ، باجراء المقاصة القضائية . فاذا كان للمدين على الدائن حق واقام عليه الدعوى مطالبا اياه به وطلب الدائن من القاضي اجراء المقاصة القضائية ، فان طلبه هذا يسمى « طلبا مقابلا » او « طلبا عارضا » ويعتبر كالمطالبة القضائية ويقطع التقادم . ومثال ذلك ايضا ان يتدخل الدائن فى الدعوى كشخص ثالث .

٩٢٥ ــ واذا كان بيد الدائن سند واجب التنفيذ ، ككمبيالة منظمة من الكاتب العدل ، وقدمه الى دائرة التنفيذ طالبا تنفيذه فان هذا التقديم يقطع التقادم كذلك . وكذلك الامر اذا اوقع الدائن حجزا على اموال مدينه او على ماله لدى الغير ، فان ذلك كله يقطع التقادم .

المطلب الثاني

الاسباب الصادرة من المدين

اقرار المدين بحق الدائن

٩٢٦ ــ واقرار المدين بحق الدائن يقطع التقادم ، والسبب فى ذلك انه

يعتبر نزولا منه عن المدة السابقة على الاقرار • فهو يعتبر كاقرار المدين ، امام القضاء بما يدعيه الدائن ، حيث يعتبر هذا الاقرار نزولا منه عن حقه فى مطالبة خصمه باثبات ما يدعيه •

٩٢٧ ــ وليس الاقرار نزولا عن حق ، فلا يعتبر من التصرفات الضارة ضررا محضا • وعليه فلا يشترط فى المقر اهلية الاداء الكاملة • فاقرار ناقص الاهلية صحيح وقاطع للتقادم ، ولكن يشترط لصحته ان يكون ناقص الاهلية متمتعا ، عند نشوء الدين ، بالاهلية اللازمة لانشاء هذا الدين فى ذمته ، كما لو كان مأذونا له فى ممارسة التجارة ونشأ الدين عن التصرفات المأذون له فى اجرائها • ويستطيع الولي والوصي والقيم كذلك الاقرار بدين فى ذمة القاصر او المحجور ، واقرارهم يقطع التقادم الذي بدأ يسري لمصلحة هؤلاء • ولو كان الاقرار من التصرفات الضارة ضررا محضا لما استطاعوا ذلك ولما كان لاقرارهم هذا الاثر •

٩٢٨ ــ والاقرار تصرف قانوني صادر من جانب واحد ، فلا يحتاج الى قبول الدائن ، كما لا يجوز للمدين ان يرجع فيه بعد صدوره منه •

الاقرار الصريح والاقرار الضمني

٩٢٩ ــ والاقرار اما صريح او ضمني • فالصريح يستخلص من أي تعبير عن الارادة يصدر من المدين ، شفهيا كان او تحريريا ، وموجها الى الدائن او الى شخص ثالث او صادرا من جانب واحد • والضمني هو الذي لا يعتبر فى ذاته اقرارا ولكن لا يمكن تفسيره الا على انه اقرار • كما لو قام بوفاء جزء من الدين ، او دفع فوائده ، او طلب مهلة للوفاء ، او قدم تأمينا ، عينيا او شخصيا ، ضمانا للوفاء بالدين • وهذه ، على كل حال ، مسألة وقائع القاضي هو الذي يبت فيها ، فهو الذي يقرر ما اذا كان التصرف الصادر من المدين يتضمن اقرارا ام لا •

٩٣٠ ــ وقد اعتبرت الفقرة الثانية من المادة (٤٣٨) مدني ترك المدين تحت يد الدائن مالا مرهونا بالدين رهن حيازه اقرارا ضمنيا منه بالدين •

المطلب الثـــالث

الاثر الذي يترتب على قطع التقادم

سقوط المدة السابقة وبدء تقادم جديد مساو فى مدته للتقادم المنقطع

٩٣١ ــ سبق ان مر بنا ان قطع التقادم معناه سقوط المدة السارية قبل القطع واعتبارها كأن لم تكن • وعندئذ يبدأ تقادم جديد لا يعتـد فيـه بالمدة السابقة ، فيجب ان تمر مدة مساوية للمدة المقررة فى القانون للتقادم المقطوع • وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٤٣٩) مدني بقولها: « ١ ــ اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، بدأت مدة جديـدة كالمدة الاولى » •

اســـتثناء : صدور حكم بالدين والتقادم الحولي

٩٣٢ ــ على ان القاعدة المتقدمة والقاضية بان المدة الجديدة تساوي المدة الساقطة يرد عليها استثناءان نصت عليهما الفقرة الثانية من المادة (٤٣٩) المتقدمة ، وهذان الاستثناءان هما : ١ ــ اذا حكم بالدين وحاز الحكـم درجة البتات ، ايا كانت مدة التقادم السابق • ٢ ــ اذا كان التقادم حوليا وانقطع باقرار المدين • ففي هاتين الحالتين تكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، ايا كانت مدة التقادم السابق• ولكن يجب الانتباه هنا الى ان الدين المحكوم به اذا كان يتضمن التزامات دورية متجددة لا تستحق الاداء الا بعد صدور الحكم فان مدة التقادم الجديد بالنسبة لها هي المدة المقررة لها فى القانون ، لا خمس عشرة سنة • والمدة المقررة لتقادم هذه الديون،كما سبق ان رأينا ، هي خمس سنوات • مثال ذلك ما اذا حكم عـلى المستأجر بان يدفع ما فى ذمتهمن اجرة وان يدفع فى المستقبل ما يستحق عليه مـن اقساط • فالتقادم بالنسبة للمبلغ المحكوم به عن الاجرة السابقة على الحكم يتقادم بخمس عشرة سنة ، لان هذا المبلغ فقد صفة الدورية والتجدد • اما بالنسبة للاقساط التي ستستحق فى المستقبل فتتقادم بخمس سنوات لا بخمس

عشرة سنة . والسبب فى ذلك هو ان هذه هذه الاقساط لم تكن مستحقة عند صدور الحكم ، وانما ستستحق فى المستقبل على شكل اقساط دورية متجددة ، فيتقادم كل قسط منها بخمس سنوات تبدأ بالسريان من الوقت الذي يحل فيه هذا القسط . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٣٨٥) من القانون المدني المصري على الحكم المتقدم . اما القانون العراقي فلم ينص عليه ، ولكن يمكن الاخذ به بدون نص لانه ليس الا تطبيقا للقواعد العامة .

المبحث الخامس

كيف يجب أعمال التقادم

المحكمة لا تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب التمسك به

٩٣٣ ـ لا يترتب على التقادم سقوط الدين ولا براءة ذمة المدين منه، وانما يترتب عليه عدم سماع الدعوى فقط . لذلك يتصل التمسك به اتصالا وثيقا بذمة المدين وضميره . فقد يكون عنده وازع من دين او ضمير يمنعه من التمسك بالتقادم ، وعندئذ يجب ان لايحال بينه وبين ذلك فالمحكمة لا تحكم به من تلقاء نفسها اذا لم يتمسك به المدين ولا اي شخص اخر له مصلحة فى التمسك به ، كالكفيل والمدين المتضامن ، ودائن المدين الذي يتمسك به نيابة عن المدين ، وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٤٤٢) مدني بقولها : « ١ ـ لا يجوز للمحكمة ان تمتنع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان ، بل يجب ان يكون ذلك بناء على طلب المدين او بناء على طلب دائنيه او اي شخص اخر له مصلحة فى هذا الدفع ولو لم يتمسك به المدين » .

التمسك بالتقادم فى اية حالة كانت عليها الدعوى :

٩٣٤ ــ والتمسك بالتقادم ممكن فى اية حالة كانت عليها الدعوى • فيستطيع المدين ان يتمسك به امام محكمة البداءة وامام محكمة الاستئناف، ولكن يجب ان لا يكون فى تأخيره التمسك به منذ الابتداء ما يدل على نزوله عنه ضمنا • اما امام محكمة التمييز فلا يستطيع المدين الدفع بالتقادم للمرة الاولى ، وذلك لان هذه المحكمة لا تنظر من الناحية الموضوعية فى امور لم تعرض على محكمة الموضوع • ثم ان الدفع بالتقادم ليس من النظام العام فتقضي به محكمة التمييز من تلقاء نفسها •

عدم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه :

٩٣٥ ــ تقضي المادة (٤٤٣) مدني بانه : « لا يجوز التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان قبل ثبوت الحق فى هذا الدفع »• فكل اتفاق يتفق فيه الطرفان ، او يفرضه الدائن على المدين ، على عدم تقادم الدين بعد المدة التي حددها القانون باطل • والحكمة من عدم اجازة النزول عن التقادم مقدما واضحة ، وهي ان هذا النزول اذا اجيز لفرضه الدائنون على المدينين ، ولا تنفى الغرض الذي رمى اليه المشرع من وراء تقريره التقادم وهو تثبيت الاوضاع المستقرة • ثم ان المدين لا يستطيع ، عند التعاقد ، ان يرفض هذا الشرط من الدائن لان الدائن هو سيد الموقف فى الغالب • هذا من جهة ، ومن جهة اخرى يعتبر رفض المدين هذا الشرط من الدائن دليلا على نيته المبيتة سابقا فى عدم الوفاء بالدين اذا مرت مدة التقادم ولو لم يوف به •

عدم جواز الاتفاق على مدة للتقادم تختلف عن المدة المحددة فى القانون

٩٣٦ ــ وكما لا يجوز النزول عن التقادم مقدما قبل ثبوت الحق فيه، لا يجوز الاتفاق على مدة للتقادم تختلف عن المدة المحددة فى القانون • فلا يجوز الاتفاق على مدة اطول ولا على مدة اقصر منها • فالمدد التي ينص عليها القانون للتقادم من النظام العام • ثم اننا اذا بحنا مثل هذه الاتفاقات

لاتخذها الدائنون ذريعة يتوسلون بها الى الحصول مقدما على نزول المدينين من الناحية العملية عن التقادم • فينص فى الاتفاق ، مثلا ، على ان الدين لا يتقادم الا بخمسين سنة • وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٤٤٣) مدني المتقدمة فى عبارتها الاخيرة بقولها :«•••كما لايجوز الاتفاق على عدم جواز سماع الدعوى بعد مدة تختلف عن المدة التي حددها القانون »(١) •

جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه

٩٣٧ ــ ولكن اذا كان نزول المدين عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه غير جائز لوجود شبهة الضغط عليه من قبل الدائن ، الا ان هذه الشبهة غير موجودة فى حالة نزوله عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه ، وعندئذ لا يكون نزوله فى هذه الحالة الا استجابة لداعي الضمير•وعليه فهذا النزول من المدين جائز • وقد اجازته الفقرة الثانية من المادة (٤٤٣) مدني بقولها : « وانما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه ان يتنازل ولو دلالة عن الدفع بعد ثبوت الحق فيه ••» •

النزول الصريح والنزول الضمني

٩٣٨ ــ ونزول المدين عن التمسك بالتقادم ، او الدفع به ، كأقراره بحق الدائن ، اما صريح او ضمني • فالنزول الصريح يكون بكل تعبير عن الارادة يدل دلالة اكيدة عليه ، ولا يشترط فيه شكلية معينة • والضمني يستفاد من تصرف المدين ، كما اذا اقام الدائن عليه الدعوى بالدين وتعمد عدم الدفع بالتقادم ، بحيث يفهم من سلوكه انه لا يريد التمسك به • ولكن هذه القرينة غير قاطعة ، فليس من الضروري دائما ان يدل عدم دفع المدين بالتقادم على ارادته فى النزول عنه ، فهو يستطيع ، كما سبق ان رأينا،

(١) بالرغم من صراحة النص المتقدم من عدم جواز الاتفاق على مدة للتقادم تختلف عن المدة التي حددها القانون يذهب الاستاذ حسن علي الذنون الى جواز الاتفاق على تقصير هذه المدة (المرجع السابق ، ص ٣٤٩ ــ ٣٥٠).

ان يتمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ما دام لم يصدر منه ما يدل صراحة او ضمنا على اقراره بحق الدائن او نزوله عن التمسك بالتقادم • وهذه ، كما سبق ان مر بنا ، مسألة وقائع القاضي هو الذي يفصل فيها • وكما يستفاد الاقرار الضمني من طلب المدين مهلة من الدائن بعد تقادم الدين ومن تقديمه تأمينا للوفاء بالدين ، ومن دفعه فوائد الدين، الخ••• كذلك النزول الضمني عن التمسك بالتقادم يستفاد من هذه الامور• والحقيقة ان اقرار المدين بحق الدائن هو نزول منه عن التمسك بالتقادم• فكل ما قلناه بشأن الاقرار الصريح والضمني ينطبق بالنسبة للنزول الصريح والضمني عن التقادم •

الاهليـــة :

٩٣٩ــ وهل يشترط فى المدين الذي ينزل عن التمسك بحقه فى التقادم ان يكون متمتعا باهلية الاداء الكاملة ؟ يقول النص : « •• يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه ان يتنازل ولو دلالة عن الدفع بعد ثبوت الحق فيه••» • وقد سبق ان قلنا ، عند الكلام عن الاقرار (ف٩٢٧) ، انه يشترط لصحة اقرار ناقص الاهلية ان يكون متمتعا بالاهلية اللازمة لانشاء الدين الذي يقر به فى ذمته • وقلنا كذلك ان الولي والوصي والقيم يستطيعون الاقرار بدين فى ذمة القاصر والمحجور • وينطبق هذا القول بالنسبة للنزول عن التمسك بالتقادم • ومما يجب ملاحظته فى هذا الصدد ان النص المتقدم الذي يشترط فى من ينزل عن الدفع بالتقادم بعد ثبوت الحق فيه ان يملك التصرف فى حقوقه ، هذا النص يخالف الفكرة التي تبناها القانون المدني العراقي عن اثر التقادم • فالحق فى هذا القانون لا يسقط بالتقادم وانما لا تسمع الدعوى به فقط • ويترتب على ذلك ان المدين اذا اقر بالحق امام المحكمة اخذ باقراره ولا يستطيع التمسك بالتقادم بعد ذلك • وما دمنا قد اجزنا للصغير ومن فى حكمه ان يقر بدين عليه واجزنا للولي ومن فى حكمه ان يقر بدين فى ذمة الصغير ، فيجب ان نجيز لهم النزول عن التمسك

بالتقادم ، لاننا اذا لم نجز لهم ذلك لوصلوا اليه عن طريق الاقرار • والظاهر ان هذا النص قد أخذ عن القانون المدني المصري (م٢/٣٨٨) ، ولكن مع عدم الانتباه الى اختلاف العلة أو الحكمة في القانون المدني المصري عنها في القانون المدني العراقي • فالاثر الذي يترتب على التقادم في المدني المصري هو انقضاء الالتزام وفوائده وملحقاته (م ٣٨٦) ، اما في المدني العراقي فلا يترتب مثل هذا الاثر • فالدين يبقى على حاله ، كما قلنا ، ولكن الدعوى به لا تسمع •

ورأينا نتيجة ذلك ، وهي ان المدين اذا أقر بالدين أمام المحكمة أخذ باقراره • اما في القانون المدني المصري فاذا تمسك المدين بالتقادم فالحق يسقط ولو أقر بعد ذلك بالدين(١) •

---

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١١٥٣ ، هامش ٣ • ويذهب الاستاذ الكبير السنهوري الى أن أحكام التقنين العراقي تتفق في هذا الصدد مع أحكام التقنين المصري (ص ١١٤١) • ونحن لا نتفق مع الاستاذ في ما يذهب اليه ، وذلك للاعتبارات التي ذكرناها في المتن • فما دام الحق في القانون المدني المصري يسقط بالتقادم فذمة المدين تبرأ ، فالنزول عن التمسك بالتقادم يجعل المدين ، كما يقول الاستاذ السنهوري نفسه (ص ١١٤٧) ، في موقف من يلتزم• ويرتب الاستاذ على ذلك عدم استطاعة الصغير والمحجور النزول عن حقهما في التمسك بالتقادم ، وكذلك عدم استطاعة الوصي أو القيم النزول عن حق الصغير في التمسك بالتقادم من غير اذن المحكمة (الموضع المذكور أعلاه) • حتى ان المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري نصت صراحة على اعتبار التنازل بمنزلة التبرع ورتبت على ذلك وجوب توافر أهلية التبرع في من يصدر منه التنازل (مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج٣ ، ص٣٤٥) • اما في القانون المدني العراقي ، فلما كان الدين لا يسقط بالتقادم فعكس ما تقدم هو الذي يتقرر • فيجوز ، كما قلنا في المتن ، للصغير ومن في حكمه ان يقر بدين في ذمته ، كما يجوز للولي ومن في حكمه الاقرار بدين في ذمة الصغير • فاذا جاز لهم الاقرار بالدين جاز لهم النزول عن التمسك بالتقادم • ثم ان الاستاذ السنهوري يجيز للولي ومن في حكمه النزول عن حق الصغير في التمسك بالتقادم اذا حصل على اذن المحكمة • وهذا الشرط الذي يقول به الاستاذ لم ينص عليه القانون ، ولا ندري كيف يجوز للمحكمة ان تجيز للولي ومن في حكمه النزول عن حق الصغير في التمسك بالتقادم • فالنزول عن التمسك بالتقادم يعتبر ، في القانون المدني المصري ، من التصرفات الضارة ضررا محضا، فلا يملك الولي ومن في حكمه ولا المحكمة القيام به •

(الموجز ، ج٢ ، م ٣١)

أثر النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه

٩٤٠ ـ يترتب على نزول المدين عن التمسك بالتقادم بعد ثبوت حقه فيه بقاء الحق ثابتا بعد ان كان معرضا للسقوط عن طريق الدفع ، ويجب عليه ، عندئذ ، الوفاء به للدائن .

وكما يبدأ بعد الاقرار تقادم جديد ، كذلك يبدأ بعد النزول عن التمسك بالتقادم تقادم جديد . وتطبق عندئذ القواعد والمدد التي رأيناها هناك ، فنحيل الى ما قلناه في هذا الصدد (ف ٩٢٦ ـ ٩٣٠) .

عدم نفاذ النزول عن التقادم اذا صدر اضرارا بحق الدائنين

٩٤١ ـ تقضي الفقرة الثانية من المادة (٤٤٣) مدني المتقدمة في عبارتها الاخيرة بان : « التنازل لا ينفذ في حق الدائنين اذا صدر اضرارا بهم » . وهذا النص يتعلق بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه (البولصية) . فاذا اكتملت مدة التقادم وثبت حق المدين في التمسك به ولكنه نزل عنه اضرارا بدائنين اخرين ، وذلك لكي يزاحم الدائن الذي مر التقادم بالنسبة لحقه الدائنين الاخرين الذين لم يكتمل التقادم بالنسبة لحقوقهم ، فهذا النزول من المدين عن حقه في التمسك بالتقادم لا ينفذ في حق دائنيه الاخرين ويستطيع هؤلاء ان يطعنوا فيه بالدعوى البولصية . والنص المتقدم على عدم نفاذ النزول عن التقادم اذا صدر اضرارا بالدائنين ضروري في القانون المدني العراقي لازالة الشك في ذلك وما قد يحصل من خلاف في جواز أو عدم جواز طعن الدائنين في نزول مدينهم عن التمسك بالتقادم بالدعوى البولصية . ذلك ان المادة (٢٦٣) من هذا القانون اجازت الطعن في التصرف الصادر من المدين والضار بالدائن اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته . واذا نظرنا الى النزول عن التمسك بالتقادم على ضوء النصوص التي رأيناها وجدناه لم ينقص من حقوق المدين ولا زاد في التزاماته . فالحق ، كما سبق ان مر بنا ، لم يسقط بالتقادم ، فالنزول عن التقادم لا ينشىء اذن حقا جديدا في ذمة المدين . وعليه فالنص المتقدم ضروري لتمكين الدائنين من الطعن

في نزول مدينهم عن التمسك بالتقادم ، لان هـذا النص إذا لم يكن موجودا في القانون لما كان بامكان الدائنين الطعن في تصرف المدين ، وذلك لما تقدم من ان نزول المدين عن التقادم لم ينقص من حقوقـه ولا زاد في التزاماته • وهذا ، على ما نرى ، عكس الحكم في القانون المدني المصري • فلما كان هـذا القانون يقرر سقوط الحق بالتقادم ، فالنزول عن التقادم بعد ثبوته ينشىء الالتزام مرة ثانيـة في ذمـة المدين ، فيكون قـد زاد في التزاماته • حتى ان المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي لهذا القانون قد نصت ، كما سبق ان رأينـا صراحة على اعتبار التنازل عن التقـادم بمنزلة التبرع • لذلك فاننا نرى ان الدائنين ، في القانون المدني المصري ، يسـتطيعون الطعن في نزول مدينهم عن التقادم بالدعوى البولصية اذا صدر النزول اضرارا بحقهم ، وذلك من غـير حاجة الى النص المتقدم الوارد في المادة (٣٨٨) منه(١) •

المبحث السـادس

الاثار التي تترتب على التقادم

اثار التقادم قبل التمسك به

٩٤٢ – يميز الفقهاء في القوانين المدنية التي تعتبر التقادم سببا من أسباب سـقوط الدين بين الاثار التي تترتب على التقادم قبل التمسك به والآثار التي تترتب عليه بعد التمسك به • فالالتزام ، قبل ان يتمسـك المدين بالتقادم ، يعتبر التزاما مدنيا واجب الوفاء • فمجرد مرور مدة التقادم لا يقضي الالتزام اذا لم يتمسك به المدين • فاذا وفى المدين به فانه يكون قد وفى بالتزام واجب في ذمته ، ولا يستطيع استرداد ما دفعه على أساس استرداد ما دفع دون حق ،

---

(١) عكس هـذا الرأي الاسـتاذ السنهوري • فهو يرى ان النزول عن التقادم لا ينقص من حقوق المدين ولا يزيد في التزاماته ، بل يقتصر به المدين على الامتناع عن انقاص التزاماته (المرجع السابق ، ص ١١٤٩) •

ولو كان يجهل عند الوفاء باكتمال مدة التقادم • وكذلك اذا نشأ للمدين حق في ذمة دائنه وتوافرت شروط المقاصة فانها تقع اذا تمسك الدائن بهـا ، ولا يستطيع المدين التمسك بالتقادم بعد ذلك لان الدينين يكونان قد انقضيا بمجرد تلاقيهمـا • وهـذه النتـائج تترتب في القانون المدني العراقي والقوانين المدنيـة الاخرى •

آثار التقادم بعد التمسك به

٩٤٣ ـ اما اثار التقادم بعـد التمسك به فتختلف في القانون المدني العراقي عنها في القوانين المدنية الاخرى التي تعتبر التقـادم سببا من أسباب انقضـاء الالتزام ، وان كانت النتجة النهائية واحـدة • ففي القوانين المدنية الاخرى اذا تمسك المدين بالتقادم سقط الدين وتوابعه وملحقاته(١) • فلا يمكن اجبار المدين على الوفاء به • وتسـقط مع الدين التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به ، شخصية كانت هذه التأمينات أم عينية • ويسقط مع الدين كذلك فوائده ، ولو لم تمض عليها مدة التقادم الخمسي • فلو فرضنـا ان الدين ينتج فوائد وان هذه الفوائد تسقط بخمس سنوات بينما الدين لا يسقط الا بخمس عشرة سنة، ولم تدفع بعد فوائد السنوات الاربع الاخيرة واكتملت مدة التقادم بالنسبة لاصل الدين وتمسك به المدين ، في هذه الحالة يسقط الدين وتسقط فوائده كذلك • والنتائج المتقدمة انما تترتب تطبيقا لقاعدة «اذا سقط الاصل سقط الفرع» • فالتأمينات والفوائد عبارة عن ملحقات وتوابع للدين ، فاذا سقط الدين سقطت هي معه • ولكن قد تسقط الفوائد ويبقى الدين • وذلك يحصل اذا مضت مدة التقادم بالنسبة لهذه الفوائد ولم تمض بالنسبة لاصل الدين • وتنطبق في هذه الحالة قاعدة « قد يسقط الفرع مع بقاء الاصل » •

---

(١) وهناك رأي في الفقه الغربي يذهب الى أن الذي يسقط بالتقادم انما هو الدعوى لا الحق (بلانيول وريبير ورادوان ، ج٧ ف ١٣٩٣ ، ص ٧٢٦) وقد سبق ان رأينا متأخري فقهاء الحنفية والمالكية يقولون به (ف٨٧٢) • ونرى من ذلك أن الفقهاء المسلمين قد سبقوا فقهاء الغرب في اعطاء هذا الرأي •

٩٤٤ ـ هذا هو الحكم في القوانين المدنية . أما في القانون المدني العراقي، فقد سبق ان رأينا ان الدين لا يسقط بالتقادم ولكن الدعوى به لا تسمع . ورأينا كذلك ما يترتب على ذلك من نتائج ، وهي ان المدين اذا أقر بحق الدائن امام المحكمة فانه يؤخذ باقراره ويلزم بالدين (م ٤٤٠) . ورأينا كذلك ان الدعوى اذا لم تسمع بالدين للتقادم فهي لا تسمع كذلك بفوائده وملحقاته وقد نصت على ذلك المادة (٤٤١) مدني بقولها : « اذا لم تسمع الدعوى بالحق لمرور الزمان فلا تسمع الدعوى (١) بالفوائد وغيرها من الملحقات حتى لو لم تكمل المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بهذه الملحقات » وهذا الحكم يتفق مع ما رأيناه في الفقه الغربي .

نتيجة :

٩٤٥ ـ يخلص لنا مما تقدم ان الاثر الذي يترتب على التقادم بعد التمسك به واحد ، سواء اخذنا بما يذهب اليه القانون المدني العراقي من ان الحق لا يسقط بالتقادم ولكن الدعوى به لا تسمع أو بما يذهب اليه القانون المدني المصري والقوانين المدنية الاخرى من ان الدين يسقط بالتقادم ، هذا الاثر هو عدم تمكن الدائن من الحصول على حقه . ولكن يختلف القانون المدني المصري والقوانين المدنية الاخرى عن القانون المدني العراقي في انها تنص على تخلف التزام طبيعي في ذمة المدين ، بينما لا ينص القانون المدني العراقي على تخلف مثل هذا الالتزام . والسبب في ذلك واضح . فالقانون المدني المصري والقوانين المدنية الاخرى ما دامت ترتب على التقادم سقوط الدين من دون وفاء، فهي تنص على تخلف التزام طبيعي في ذمة المدين . اما القانون المدني العراقي فلما كان لا يرتب على التقادم مثل هذا الاثر ، بل يرتب عليه عدم سماع الدعوى فقط ، فهو لا ينص على تخلف مثل هذا الالتزام . وقد سبق ان رأينا

---

(١) كلمة « الدعوى » هذه زائدة وكان يمكن الاستغناء عنها .

بعض الفقهاء المسلمين يقولون بمثل هذا الرأي ، وان لم يستعملوا مصطلحات الفقه الغربي . فقد سبق ان رأينا(١) متأخري فقهاء الحنفية والمالكية عندما قرروا مبدأ مرور الزمان كدافع للدعوى فقط يقررون كذلك ان الحق باق لم يسقط ، وان القاضي لو رد دعوى الدائن بسبب وجود مرور زمان فيها فالمدعى عليه يبقى مدينا للمدعي ويكون قد هضم حقه .

التقادم المسقط وسقوط الحق :

٩٤٦ – وينبغي ، قبل ان ننتهي من موضوع التقادم المسقط ، ان نقول كلمة موجزة في التمييز بينه وبين سقوط الحق . فسقوط الحق Déchéance يختلف عن تقادمه في الغرض الذي تقرر من أجله . فالتقادم المسقط ، كما سبق ان رأينا ، انما تقرر لحماية الاوضاع المستقرة ، أو ليقوم قرينة على الوفاء ، أو للتخفيف على المدين وعدم ارهاقه . اما سقوط الحق فجزاء قرره المشرع على عدم استعمال حق أو رخصة من قبل صاحبهما في خلال مدة معينة . فاذا لم يستعمل صاحب الحق أو الرخصة حقه أو رخصته في خلال هذه المدة سقط حقه نهائيا . ويترتب على هذا الفرق بين التقادم المسقط والسقوط النتائج التالية :

١ – المدد التي ينص عليها القانون للتقادم تقف وتنقطع ويمكن النزول عنها ، أما المدد التي ينص عليها لسقوط الحق فلا تقف ولا تنقطع ولا يمكن النزول عنها .

٢ – لا يعتبر التقادم من النظام العام ، فهو لا ينتج أثره الا اذا تمسك به من تقرر لمصلحته ، وليس للمحكمة ان تمتنع عن النظر في الدعوى للتقادم من تلقاء نفسها من غير ان يطلب منها ذو المصلحة ذلك . اما السقوط فيعتبر من النظام العام ، وتقرره المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يطلب منها ذو المصلحة ذلك .

---

(١) ف ٨٧١ .

٣ ـ يتخلف عن سقوط الحق بالتقادم التزام طبيعي في ذمة المدين (في بعض القوانين) ، اما السقوط فلا يتخلف عنه مثل هذا الحق .

٤ ـ الدفع بالتقادم لا يتقادم ، أي لا يسقط بالتقادم . اما الدفع بسقوط الحق فيسقط مع الحق بانتهاء المدة المقررة لاستعماله .

امثلة :

٩٤٧ ـ وخير طريقة لتوضيح فكرة السقوط هي اعطاء امثلة له . فمن ذلك ما نصت عليه المادة (١٢٥) من القانون المدني التي تتكلم عن الاستغلال ، من تحديد سنة للمستغل ليطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول اذا كان العقد معاوضه ، ولينقصه اذا كان تبرعا . فميعاد السنة ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم . فاذا مضت السنة ولم يطلب المتعاقد المستغل ذلك، سقط حقه فيه . ومن ذلك أيضا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٣٦) من اجازة العقد الموقوف . فهي قد حددت ثلاثة أشهر لاستعمال خيار الاجازة والنقض . فاذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا ، وسقط حق المتعاقد في نقض العقد بعد ذلك ، مهما كان سبب عدم استعماله خياره في ذلك . ومن ذلك أيضا دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع لا تسمع بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي احدثه ، ولا تسمع بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (م ٢٣٢) . فالمدة هنا مدة سقوط أيضا لا مدة تقادم . وهناك أمثلة اخرى كثيرة منتشرة في ثنايا القانون لا داعي لذكرها وانما ذكرنا الامثلة المتقدمة على سبيل المثال ولتوضيح الفكرة فقط .

ملاحظة اخيرة :

٩٤٨ ـ وقبل ان نترك موضوع التقادم لابد لنا من ابداء الملاحظة التالية : ان القانون المدني العراقي لم يقرر سقوط الحق بالتقادم ، ورتب على ذلك ان

المدعى عليه اذا أقر بحق المدعي أمام المحكمة أخذ باقراره . ولكن ما الحكم اذا ابرز الدائن الى المحكمة سندا موقعا من المدين وسألت المحكمة المدين عن توقيعه على السند ، فهل ينكر هذا توقيعه ليستفيد من مرور الزمان ، أم يقر ويدفع بمرور الزمان ؟ فاذا أقر بتوقيعه أخذ باقراره ولا يستطيع بعد ذلك الدفع بمرور الزمان . واذا انكر توقيعه فهناك طرق التحقق من ذلك . ثم ان هناك سندات مصدقة من الكاتب العدل لا يستطيع الموقع عليها انكار توقيعه ، ومعنى ذلك عدم استطاعته التمسك بمرور الزمان(١) .

٩٤٩ – بهذا ننتهي من الكلام عن انقضاء الالتزام ، وهو موضوع الباب الرابع من هذا الكتاب . وننتقل الان الى اثبات الالتزام ، وهو موضوع الباب الخامس والاخير .

---

(١) قبل ان نترك موضوع التقادم نشير الى ان للاستاذ ضياء شيت خطاب عضو محكمة تمييز العراق ، مقالا في هذا الموضوع منشورا في مجلة القضاء سنة ١٩٥٧ ، وقد عملنا كل ما في جهدنا للحصول على العدد المنشور فيه المقال فلم نفلح .

فهرس اجمالى لمحتويات الكتاب

صفحة

١ تمهيـــد

٣ **الباب الاول ـ تنفيذ الالتزام**

٥ الفصل الاول ـ التنفيذ العيني الجبري

٥ الفرع الاول ـ شروط التنفيذ العيني الجبري

١٣ الفرع الثاني ـ وسائل الحصول على التنفيذ العيني الجبري

١٣ المبحث الاول ـ الاكراه البدني

١٥ المبحث الثاني ـ التهديد المالي

١٩ الفصل الثاني ـ التنفيذ بمقابل (أو التعويض)

٢٢ الفرع الاول ـ شروط التعويض

٢٧ الفرع الثاني ـ تقدير التعويض

٢٧ المبحث الاول ـ التعويض القضائي

٣١ المبحث الثاني ـ التعويض الاتفاقي (أو الشرط الجزائي)

٤٥ المبحث الثالث ـ التعويض القانوني (أو الفوائد)

٥٦ الفصل الثالث ـ حق الضمان العام والمحافظة عليه

٥٩ الفرع الاول ـ الدعوى غير المباشرة

٦١ المبحث الاول ـ مجال استعمال الدعوى غير المباشرة

٦٤ المبحث الثاني ـ شروط الدعوى غير المباشرة

٧١ المبحث الثالث ـ الاثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة

٧٥ الفرع الثاني ـ دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه (البولصية)

٧٨ المبحث الاول ـ شروط الدعوى البولصية

٩٤ المبحث الثاني ـ طبيعة الدعوى البولصية واثارها وانقضاؤها

٩٧ الفرع الثالث ـ الحجر على المدين المفلس

صفحة

١٠١ الفرع الرابع ـ الحق في الحبس للضمان
١٠٥ المبحث الاول ـ نشوء الحق في الحبس
١١٠ المبحث الثاني ـ الاثار التي تترتب على الحق في الحبس
١١٧ المبحث الثالث ـ سقوط الحق في الحبس
١٢١ **الباب الثاني ـ أوصاف الالتزام**
١٢٣ الفصل الاول ـ الشرط
١٢٤ الفرع الاول ـ مقومات الشرط أو شروطه
١٢٦ الفرع الثاني ـ أنواع الشرط
١٢٦ المبحث الاول ـ أنواع الشرط من حيث أثره
١٢٧ المطلب الاول ـ الشرط الواقف
١٣٠ المطلب الثاني ـ الشرط الفاسخ
١٣٤ المبحث الثاني ـ أنواع الشرط من حيث تحققه وتخلفه
١٣٦ الفرع الثالث ـ اثار الشرط
١٣٦ المبحث الاول ـ أثر الشرط في مرحلة التعليق
١٣٦ المطلب الاول ـ الشرط الواقف
١٤١ المطلب الثاني ـ الشرط الفاسخ
١٤٣ المبحث الثاني ـ أثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق
١٤٦ المبحث الثالث ـ الاثر الرجعي لتحقق الشرط
١٥٣ الفصل الثاني ـ الاجل
١٥٣ الفرع الاول ـ مقومات الاجل
١٥٨ الفرع الثاني ـ أنواع الاجل
١٥٨ المبحث الاول ـ أنواع الاجل من حيث أثره
١٥٩ المبحث الثاني ـ أنواع الاجل من حيث مصدره
١٦٤ الفرع الثالث ـ أثار الاجل

صفحة

١٦٤ المبحث الاول ـ اثار الاجل قبل حلوله
١٦٨ المبحث الثاني ـ اثار الاجل بعد حلوله
١٧٠ المبحث الثالث ـ انتهاء الاجل
١٧٦ الفصل الثالث ـ تعدد محل الالتزام
١٧٨ الفرع الاول ـ الالتزام التخييري (أو خيار التعيين)
١٨٨ الفرع الثاني ـ الالتزام البدلي
١٩٣ الفصل الرابع ـ تعدد طرفي الالتزام
١٩٤ الفرع الاول ـ الدين المشترك
١٩٥ المبحث الاول ـ مصادر الدين المشترك
١٩٨ المبحث الثاني ـ الاثار التي تترتب على الاشتراك في الدين
٢٠٨ الفرع الثاني ـ الدائنون المتضامنون (أو التضامن الايجابي)
٢٠٩ المبحث الاول ـ مصادر التضامن بين الدائنين
٢١١ المبحث الثاني ـ الاثار التي تترتب على التضامن بين الدائنين
٢١٧ الفرع الثالث ـ المدينون المتضامنون (أو التضامن السلبي)
٢١٨ المبحث الاول ـ مصادر التضامن السلبي
٢٢٢ المبحث الثاني ـ اثار التضامن السلبي
٢٤٠ الفرع الرابع ـ الالتزام غير القابل للانقسام
٢٤٠ المبحث الاول ـ أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام
المبحث الثاني ـ الاثار التي تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام
٢٥٦ **الباب الثالث ـ انتقال الالتزام**
٢٦٧ الفصل الاول ـ حوالة الدين
٢٦٨ الفرع الاول ـ أركان الحوالة وشروطها
٢٧٢ الفرع الثاني ـ أحكام حوالة الدين
٢٧٣ المبحث الاول ـ العلاقة بين المحال له والمحال عليه

صفحة

٢٨٢ المبحث الثاني ـ العلاقة بين المحال له والمحيل
٢٨٣ المبحث الثالث ـ العلاقة بين المحيل والمحال عليه
٢٨٦ الفصل الثاني ـ حوالة الحق
٢٨٩ الفرع الاول ـ أركان حوالة الحق وشروطها
٢٨٩ المبحث الاول ـ شروط صحة حوالة الحق
٢٩١ المبحث الثاني ـ شروط نفاذ حوالة الحق
٢٩٥ الفرع الثاني ـ أحكام حوالة الحق
٢٩٦ المبحث الاول ـ العلاقة بين المحال له والمحال عليه
٣٠١ المبحث الثاني ـ العلاقة بين المحال له والمحيل
٣١٥ المبحث الثالث ـ العلاقة بين المحال عليه والمحيل
٣١٦ المبحث الرابع ـ العلاقة بين المحال له والغير
٣٢١ **الباب الرابع ـ انقضاء الالتزام**
٣٢٤ الفصل الاول ـ الوفاء
٣٢٥ الفرع الاول ـ طرفا الوفا
٣٢٦ المبحث الاول ـ من يقوم بالوفاء (الموفي)
٣٢٦ المطلب الاول ـ الوفاء البسيط
٣٣١ المطلب الثاني ـ الوفاء مع الحلول
٣٥٥ المبحث الثاني ـ لمن يكون الوفاء
٣٥٥ المطلب الاول ـ الوفاء للدائن أو نائبه
٣٥٨ المطلب الثاني ـ الوفاء لشخص لا صفة له في استيفاء الدين
٣٦٤ المطلب الثالث ـ العرض والايداع
٣٧٠ الفرع الثاني ـ محل الوفاء
٣٧١ المبحث الاول ـ الوفاء بالشيء المستحق ذاته
٣٧٥ المبحث الثاني ـ الوفاء بالشيء المستحق كله

صفحة

٣٧٧ المبحث الثالث ـ تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون
٣٧٩ الفرع الثالث ـ زمان الوفاء
٣٨١ الفرع الرابع ـ مكان الوفاء ونفقاته
٣٨٥ الفصل الثاني ـ انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء
٣٨٦ الفرع الاول ـ الوفاء بمقابل (أو الاعتياض)
٣٨٨ الفرع الثاني ـ التجديد
٣٨٩ المبحث الاول ـ شروط التجديد
٣٩٧ المبحث الثاني ـ اثار التجديد
٤٠٣ الفرع الثالث ـ الانابة في الوفاء
٤٠٩ الفرع الرابع ـ المقاصة
٤١٣ المبحث الاول ـ المقاصة القانونية
٤٢٨ المبحث الثاني ـ المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية
٤٣١ الفرع الخامس ـ اتحاد الذمة
٤٣٧ الفصل الثالث ـ انقضاء الالتزام بغير وفاء ولا بما يعادل الوفاء
٤٣٧ الفرع الاول ـ الابراء
٤٤٤ الفرع الثاني ـ استحالة التنفيذ
٤٤٩ الفرع الثالث ـ مرور الزمان المانع من سماع الدعوى (التقادم المسقط)
٤٥٣ المبحث الاول ـ مدد التقادم
٤٥٣ المطلب الاول ـ التقادم العام أو الطويل
٤٥٤ المطلب الثاني ـ التقادم الخمسي
٤٥٨ المطلب الثالث ـ التقادم الحولي أو القصير
٤٦٦ المبحث الثاني ـ كيفية حساب مدد التقادم
٤٦٨ المبحث الثالث ـ وقف مدد التقادم
٤٧١ المبحث الرابع ـ قطع مدد التقادم
٤٧٧ المبحث الخامس ـ كيف يجب أعمال التقادم
٤٨٣ المبحث السادس ـ الاثار التي تترتب على التقادم

جدول الخطأ والصواب

بالرغم من الجهود الكبيرة التي بذلناها في التصحيح عند طبع الكتاب ، الا ان اغلاطا كثيرة قد وقعت . وفيما يلي أهم هذه الاغلاط ، تاركين الباقي الى فطنة القارىء كما اننا سنبذل كل جهودنا لتلافي ذلك في الطبعة الثانية ان شاء الله .

صفحة	سطر	خطأ	صواب
٥	١٦	تنفيذا	تنفيذا عينيا
٨	٨و١٣	وتسليه	وتسليمه
٨	١٠	يتحول	يصبح مستحيلا ويتحول
٩	٤	اعتبار	محل اعتبار
٩	١٩	عليم	عليـــه
١٠	٢٤	دائمـــا	غالبـــا
١٤	٤	مسيرة	ميسرة
١٤	١٢	الا اذا	اذا
١٤	١٣	أو	ام
١٥	١٦	أو امتنع	وامتنع
١٧		تحذف الاسـطر ٨ و٩و١٠	
١٩	٤	يكن	يمكن
١٩	١٣	مع كونه	أو امتناع المدين عنه مع كونه
٢٤	٢١	عليه	لـــه
٢٧	٢	الوديعة أو العارية	العين المودعـة أو المعارة أو المؤجرة

ص	س	خطأ	صواب
٣١	٩	على	على ما
٣٣	١٧	يزيو	يزيد
٣٤	٣	لم	لـــه
٣٤	١٧	بالالتزام	الا بالالتزام
٣٧		يحذف السطران ٢١	و٢٢
٣٨	٨	١٦٨	١٧٠
٤٣	١	المبيـــع	البيع
٤٥	٥	تخفضيه	تخفيضه
٤٥	٧	الثاني	الثالث
٤٦	٩	معلوم	معلوم المقدار
٤٩	٢	تضاف العبارة التالية الى اخر السطر :	مثـال ذلك ما اذا اتلف شخص مال اخر أو غصبه ووجب عليـــه التعويض
٥٣	٤	ماذا	ما اذا
٥٨	٥	بدونه	بديونه
٥٨	١٦ و١٧	التحفظية	الوسط
٥٩	٢٤	الدعوة	الدعوى
٦٥	٢٢	أو	ولا
٦٦	١٧	بمكنه	ويمكنه
٧٢	١٩	يواجه	يواجهه
٧٣	١٣	به	له به
٧٦	٢	هؤلاء	دائنيه

ص	س	خطأ	صواب
٧٦	١٦	من اولاده	لأولاده
٧٧	١٢	التي	الى
٧٩	٩	تحقق النشوط	تحقق الشرط أو حلول الاجل
٨٠	١٠	المفتقر	المفقر
٨٨	١٣	يبيع له	يبيعه
٩٠	١٢	هذا الغش	هذا العلم
٩٣	١١	كان	كانت
٩٧	١٥	على ماله	ماله
١٠١	٢٠	يحبسه	ان يحبسه
١٠١	٢١	صاحبه	رب العمل
١١٧	١	الثاني	الثالث
١٢٦	١٦	وارادي محض	ومختلط
١٢٧	٢١	يبعه	ببيعه
١٢٩	١٢ و٢٠ و٢١ و٢٢	الشرط	الشرط الواقف
١٣٢	٨	ملكا	مالكا
١٣٨	٨	حقا	حقا موجودا
١٤٠	٢١	حلالا	حرم حلالا
١٤٤	١	يتخلف	يتحقق
١٤٥	١٥	٢٨٠	٢٨٥
١٤٥	١٩	الصادة	الصادرة
١٤٧	٦	لترير	لتبرير
١٤٩	١	الموض	الموت

ص	س	خطأ	صواب
١٥٢	٦	المشترط	الشرط
١٥٦	٨	بصدد	بصددها
١٥١	١٨	ولا	لا
١٥٦	٢١	٩٢٧	٢٩٧
١٦٠	أخير	اذا	اذا ابرم
١٦١	٢٣	يدفع	يدفع الثمن
١٦٢	١	لو	أو
١٦٤	أخير	فما هي اثار	فما حكم
١٦٩	٩	انتهاء الاجل الواقف	حلول الاجل الفاسخ
١٧١	٥	الاعارة	انتهاء الاعارة
١٧١	أخير	١١١٣	١٠١٣
١٧١	١٢	لمصلحة	لمصلحة الدائن
١٧١	١٧	يطلب	يطالب
١٧٣	١١	تأمينا	تأمينيا
١٧٣	١٩	يكون	يكون له
١٨٤	٤	من وقت	من حين العقد لا من وقت
١٨٤	٢٣	يحذف السطر	
١٨٦	٤	من	فتبرأ ذمته من
١٩٤	٢	بالتزام	بالالتزام
١٩٤	اخير	يوما	وما
١٩٧	٨	وله يقع	ويقع
١٩٧	١٢	يصبح	فالدين يصبح
١٩٩	٨	لا لموته	لموته

ص	س	خطأ	صواب
٢٠٢	٢١	خمسه وعشرون	مائة وخمسة وعشرون
٢٠٢	اخير	تبعد	بتعد
٢٠٢	اخير	بقية	بقية الدائنين
٢٠٤	٤	منها	منهم
٢٠٥	٤	٢١٢	٣١٢
٢٠٥	١٢	٢١٣	٣١٣
٢٠٧	١٧	٢١٤	٣١٤
٢١١	٢	بتسليم المبيع	بالثمن
٢١٥	٢٣	الدائنين	الدائنين بالمدين
٢٢٠	١٨	يقض	يقض به
٢٢٢	١١	الدائنين	الدائن
٢٢٤	٣	تحذف العبارة من : وتغيير المدين . . الى الجديد	
٢٢٥	١	تضاف العبارة التاليه بعد كلمة دينار :	فان هذا المدين يستطيع ان يدفع تجاه الدائن بثمانمائة دينار
٢٢٥	١٦	الاف	أربعة الاف
٢٢٨	٢٠	المشتركه	المختلطة
٢٢٩	٢	تحذف عبارة : ويكون الدين معلقا على شرط واقف لم يتحقق أو مضافا الى أجل واقف لم يحل	
٢٣٠	٧	تضاف العبارة التالية بعد كلمة « ومنفردين » : ولكن القانون المدني العراقي استبعد فكرة النيابة المتبادلة بين المدينين المتضامنين	

ص	س	خطأ	صواب
٢٣٢	٢٣	المدينين	أحد المدينين
٢٤٠	٦	ويستطيع	ويستطيع المشتري
٢٤٦	١١	المدينين	احد المدينين
٢٤٧	١٤	السلبي	السلبي بالنسبة لاعذار الدائن أحد المدينين
٢٤٧	٢١	الدائنين	المدينين
٢٤٩	٦	تحذف عبارة : فاذا كان هو الذي يتحمله في النهاية	
٢٥٠	٣	الدائنين	الدائنين بالمدين
٢٦٢	١٥	المحيل	المحال له
٢٦٢	١٦	الا	لا
٢٦٤	٢٤	فتعيين	فتغيير
٢٦٦	٤	الاشتراك	الاشتراط
٢٦٦	٧ و١٠ و١٢	المشترك	المشترط
٢٦٨	٢٢	رفضها	رفضا
٢٦٩	٢٠	لـــه	عليـــه
٢٧٠	١٤	لـــه	عليـــه
٢٧١	١٣	بعد	قبل
٢٧٧	٥	المشتري	على المشتري
٢٧٨	٨	لـــه	عليـــه
٢٧٨	٢٤	من الدين	تحذف
٢٨٠	اخير	البيع	العيب
٢٨٥	١٤	بقيمة	بقية
٢٩٣	٢٣	او	و

ص	س	خطأ	صواب
٢٩٤	١٥	اضرار	اضرارا
٢٩٩	٩	المحال	المحال له
٣٠٥	٣	عليه	المحال عليه
٣٠٨	١٨	تقتضي	تقضي
٣١٥	١١	المحال له	المحيل
٣٢٧	١٠	يشترك	يشترط
٣٥١	١٨	به	الموفى به
٣٥١	٢٠	يحذف السطر ويحل محله ما يلي :	الوفاء مع الحلول وحوالة الحق من حيث شروط الانعقاد والنفاذ ومن ...
٣٥٨	١٧	لمدين مدينه	لمدينه
٣٦٥	١٩	رفض	رفض الدائن
٣٦٨	٣	تكون	التي تكون
٣٦٩	٩	العرض	العرض والايداع
٣٧٢	٤	علينا	عينا
٣٨٥	٥	يعادل	يعادله
٤٠٦	١١	للمتعاقد	للتعاقد
٤٢٤	١٩	منعت	منعت المادة
٤٤٠	٢٣	يوصل	وصل
٤٤٩	١٧	كلا	كل
٤٥٨	٣	كان	اذا كان
٤٦٦	١٠	ذكرهم	تقدم ذكرهم
٤٧٣	١٢	CTATION	CITATION
٤٧٨	اخير	بحنا	ابحنا

تاريخ انتهاء الطبع ١٢-١٠-١٩٦٥

COLUMBIA UNIVERSITY
0026812940

956.7
H127
2

APR 1 4 1967