

AL
AL
AL
AL
AL

(N
K
.H
19
V.

2271
2544
366
1963

V.2

2271.2544.366.1963

v.2

Al-Hakim

al-Mujaz fi sharh
al-ganun al-madani

DATE

ISSUED TO

DATE ISSUED

DATE DUE

DATE ISSUED

DATE DUE

JUN 15 2001

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

PAIR>



32101 041378009

الموجز
في شرح القانون المدني العراقي
الجزء الثاني
ف

أحكام الأذونات

مع المقارنة بالفقه الاسلامي

تأليف
عبد العميد العكيم
دكتور في القانون
أستاذ مساعد في كلية الحقوق بجامعة بغداد
عميد كلية الحقوق وكالة سابقاً

مع
كلمة للاستاذ الكبير السنهوري

الطبعة الأولى

١٣٨٥ - ١٩٦٥

شركة الطبع والنشر الاهلية - بغداد - تلفون ٨٢٩٥٩

al-Hakim, Abd al-Majid

الموجز
في شرح القانون المدني العراقي
الجزء الثاني

al-Mujaz fi sharh
al-qanun al-madani

ف

أحكام الأذناء

١٩٦٥

مع المقارنة بالفقه الاسلامي

تأليف

عبدالمجيد الحكيم

دكتور في القانون

أستاذ مساعد في كلية الحقوق بجامعة بغداد

عميد كلية الحقوق وكالة سابقاً

مع

كلمة للاستاذ الكبير السنهوري

الطبعة الأولى

١٩٦٥ - ١٣٨٥

شركة الطبع والنشر الاهلية - بغداد - تلفون ٨٢٩٥٩



2271
2544
366
1963

v.2



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

العماد الاصفهاني

اعتذار

لقد تأخر ظهور هذا الجزء الى درجة كبيرة . والسبب في ذلك هو اني أردت له ان يخرج كاملا مع اثبات الالتزام . ولكن ما كل ما يتمنى المرء يدركه . وقد رأيت ان تأخير ظهور الكتاب أكثر من ذلك يؤدي الى حرمان المشتغلين بالقضايا الحقوقية من الاستفادة منه . لذا آثرت اصداره كما هو الآن على ان اصدر بعده ، بحول الله ، كتابا خاصا في الاثبات .
وفقنا الله جميعا لخدمة العلم وطلبه لوجهه خالصا ،
انه سميع مجيب .

المؤلف

(ب)

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 يلى :
القاهرة في ٤-٧-٦٥

عزيزى الدكتور عبدالمجيد الحكيم .

« تحيية وسلاما وبعد فقد قدم القاهرة الاستاذ ٠٠٠ ثم سلمني مؤلفكم القيم في مصادر الالتزام ، ويمتاز بأنه يقارن القانون بالفقه الاسلامي وبأنه يورد احكام محكمة التمييز . واني اعتقاد ان الوقت قد حان لتلاقي الفقه والقضاء في العراق ، فتصدر الكتب الفقهية وفيها الاشارة الى اهم احكام القضاة العراقي . وقد من الفقه العراقي بمرحلة لم يتمكن فيها من ذلك لعدم التعود على نشر احكام القضاة . واراك قد بدأت مرحلة جديدة ، فانشرت الى احكام محكمة التمييز ، وحسنا فعلت . واني اهنتك على المجهود الموفق الذي بذلته في اخراج هذا المؤلف ٠٠٠ وسرني ان تكون قد توصلت الان الى رتبة الاستاذ المساعد وعما قريب اهنتك بالاستاذية بمشيئة الله ٠٠٠ وتقبل مني خالص التحية وصادق الشكر » .

المُلْكُ

عبدالرزاق احمد السنهوري

(ج)

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد

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

٢ - وقد جرت عادة الفقهاء والقوانين المدنية المختلفة على التعبير عن ذلك بـ «اثار الالتزام» . ونحن لا نرى هذه التسمية صحيحة ، فالالتزام في ذاته لا يمكن ان يتبع أثرا ما ، اذ هو أثر لمصدره الذي أنشأه وأعطاه قوته الملزمة . وكل ما يجب أن نعرفه في هذا الباب هو الأحكام التي تطبق على الالتزام من حين نشوئه إلى حين زواله وانقضائه . وحكم الالتزام هو وجوب تفيذه ، وهذا الوجوب انما يضاف إلى مصدره الذي أنشأه وأعطاه قوته الملزمة ^(١) . وعلى ذلك فستجنب استعمال تعبير «اثار الالتزام» .

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

٣ - وأول حكم يطبق على الالتزام هو وجوب تنفيذه عيناً من قبل المدين ، ويسمى هذا التنفيذ بـ « التنفيذ العيني » أو « التنفيذ المباشر » . فإذا لم يقم المدين بهذا التنفيذ وجب عليه أن يعوض الدائن تعويضاً عادلاً ، ويسمى ذلك بـ « التنفيذ بمقابل » أو « التعويض » . وهذا ما سنراه في الباب الأول ٠

٤ - ولما كانت الرابطة القانونية كالكائن العي ، لها نشوء وحياة واقضاء ، فقد يطأ عليها في أثناء حياتها بعض التغيرات : فقد يتنتقل الحق من دائن إلى دائن ، وهذا هو حالة الحق . وقد يتنتقل الالتزام من مدين إلى مدين ، وهذا هو حواله الدين . وهذا ما نراه في الباب الثاني تحت عنوان : انتقال الالتزام ٠

٥ - ثم إن الالتزام قد يكون بسيطاً وقد تلحظه بعض الأوصاف التي تؤثر في قوته الملزمة أو في قيمته المالية . فقد يعلق على شرط ، وقد يضاف إلى أجل ، وقد يتعدد الدائن ، وقد يتعدد المدين ، وقد يتعدد محل الالتزام . وهذه هي الأوصاف التي قد تتحقق الالتزام . وسنبحث هذا الموضوع في الباب الثالث تحت عنوان : أوصاف الالتزام ٠

٦ - ولكن مصير الالتزام حتماً إلى زوال . وهناك طرق متعددة ينقضى بها الالتزام ويزول . وهذه الطرق سنراها في الباب الرابع تحت عنوان انقضاء الالتزام ٠

٧ - وأخيراً ليس للالتزام قيمة إذا لم يستطع الدائن أن يثبته . فيجب إذن أن نرى كيف يثبت الالتزام . وسيكون ذلك موضوع الباب الخامس والأخير ٠

٨ - وعليه فستنقسم هذا الجزء إلى الأبواب الخمسة التالية :

الباب الأول - تنفيذ الالتزام ٠

الباب الثاني - انتقال الالتزام ٠

الباب الثالث - أوصاف الالتزام ٠

الباب الرابع - انقضاء الالتزام ٠

الباب الخامس - ثبات الالتزام ٠

الباب الاول

تنفيذ الالتزام

EXÉCUTION DE L'OBLIGATION

تمهيد

- ٩ - الاصل، كما سبق أن قلنا ، أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه طوعاً و اختياراً ، ويسمى التنفيذ في هذه الحالة بالتنفيذ العيني الاختياري ، وهو لا يشير صعوبة ما . فإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه وكان هذا التنفيذ لا يزال ممكناً جاز للدائن أن يتوجه إلى السلطة العامة لاجباره على ذلك . ويسمى هذا النوع من التنفيذ بـ « التنفيذ العيني الجبري » ، وهو الذي يهمنا هنا .
- ١٠ - وإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يمكن اجباره عليه تحول التنفيذ العيني إلى تنفيذ بمقابل . فيدفع المدين إلى الدائن ما يساوي الالتزام الذي في ذمته ، ويسمى هذا النوع من التنفيذ بـ « التعويض » . ويجب أن يلاحظ أن كلاً من هذين النوعين من التنفيذ إنما هو تنفيذ جبri ، ولكن الأول تنفيذ عيني جبri والثاني تنفيذ جبri بمقابل .
- ١١ - والدائن يستعن بضمانته يضمن له الحصول على حقه ، وهذا الضمان هو ذمة المدين المالية التي هي الضمان العام الذي يؤمن لجميع الدائنين الحصول على حقوقهم إذا أخل مدينيهم بتنفيذ التزامه .
- ١٢ - ثم أن إمكان اجبار المدين على تنفيذ التزامه إنما يكون في الالتزام الذي نشأ صحيحاً وبقي محتفظاً بقوته الملزمة ، وهو ما يسمى بالالتزام المدني . غير أن هناك التزاماً آخر فقد قوته الملزمة ولا يمكن اجبار المدين على تنفيذه ، إلا أن المدين إذا نفذه طوعاً و اختياراً فإنه لا يستطيع الرجوع فيه . وهذا النوع من الالتزامات يسمى بـ « الالتزام الطبيعي » . ولم يعالج القانون المدني العراقي هذا النوع من الالتزام ، بخلاف القانون المدني المصري الذي نص على عدم الجبر في تنفيذه . وعليه فسوف لا تتكلم عنه نحن أيضاً ، على أن نعالجها في كتابنا الوسيط .
- ١٣ - وعليه فستنقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول ، تكلم في الأول عن التنفيذ العيني الجبri ، وفي الثاني عن التنفيذ بمقابل ، وفي الثالث عن الضمان العام الذي يؤمن للدائنين الحصول على حقوقهم والذي هو ذمة المدين المالية .

الفصل الأول

التنفيذ العيني الجبri

EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

١٤ — اذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه جاز للدائن الاتجاء الى السلطة العامة لاجباره على ذلك . والتنفيذ الذي يحصل عليه من المدين عن هذا الطريق يسمى بالتنفيذ العيني الجبri .

ولا بد لامكان الحكم بالتنفيذ العيني الجبri من توافر بعض الشروط . ولكن لا يكفى توافر هذه الشروط والحكم على المدين بتنفيذ التزامه عينا للحصول فعلا على التنفيذ ، فقد يبقى المدين ممرا على عدم التنفيذ ، فلا بد من استعمال بعض الوسائل لحمله على التنفيذ . ونرى كلاما من تلك الشروط وهذه الوسائل في فرع مستقل .

الفرع الأول

شروط التنفيذ العيني الجبri

١٥ — يمكن استخلاص الشروط اللازم توافرها للحكم على المدين بالتنفيذ العيني الجبri من المادة (٢٤٦) من القانون المدني . فقد نصت هذه المادة على أن : « ١ — يجبر المدين على تنفيذ التزامه عينيا متى كان ذلك ممكنا . ٢ — على انه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدى اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسیما » . ومن قراءة النص المقدم نستنتج ان الشروط اللازم توافرها للحكم على المدين بالتنفيذ العيني الجبri هي :

- ١ — أذ يكون التنفيذ ممكنا .
- ٢ — الا يكون فيه ارهاق للمدين ، أو فيه ارهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضررا جسیما .

٣ - وهناك شرط ثالث لم تنص عليه المادة المتقدمة ، ولكنه مفهوم ضمنا ولا حاجة للنص عليه ، وهو أن يطلب الدائن التنفيذ العيني .
وقد أضافت المواد (٢٠٣) من القانون المدني المصري ، و (٢٠٤) من القانون المدني السوري ، و (٢٠٦) من القانون المدني الليبي ، شرطا آخر هو الاعذار . ونحن لا نرى ضرورة للاعذار للحكم على المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا عينا ، ونرى القانون المدني العراقي أكثر توفيقا لعدم اشتراطه له . فالطلب الذي يتقدم به الدائن الى المحكمة يكتفى للحكم على المدين بذلك ويعنى عن الاعذار . واذا كان الاعذار ضروريا فانما للحكم على المدين بالتعويض لتأخره في تنفيذ التزامه ، أو لامتناعه عنه نهائيا . وعلى ذلك فلا تتكلم عنه هنا ، بل تتركه الى حين الكلام عن التنفيذ بمقابل ، أو التعويض .

ونرى فيما يلى كلا من الشروط المتقدمة على حدة .

الشرط الاول - أن يكون التنفيذ العيني ممكنا

١٦ - لا بد لامكان الحصول على التنفيذ العيني من أن يكون هذا التنفيذ ممكنا . فإذا أصبح مستحيلا لم تعد هناك جدوى في المطالبة به . وينظر عندئذ الى سبب الاستحاله، فإذا كان خطأ المدين حكم عليه بالتعويض، واذا كان سببا أجنبيا اقضى التزامه ولا يلزم بشيء .
ولا يudo محل الالتزام أن يكون تسليم شيء ، أو عملا ، أو امتناعا عن عمل (١) . ونرى كيف يكون التنفيذ العيني الجيري في كل من هذه الحالات

(١) يتكلم الفقهاء بالإضافة 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 «البيع اذا كان معينا بذلك ، أو بتسليم الكمية المتفق عليها اذا كان المبيع شيئا مثليسا .

وقد ارتكب القانون المدني العراقي هذا الخطأ فجاءت نصوصه مضطربة .

١ - محل الالتزام تسليم شيء

١٧ - لا يعدو الشيء الذي يكون تسليمه مملاً للالتزام أن يكون شيئاً معيناً بالذات أو شيئاً معيناً بنوعه فقط، أي شيئاً مثلياً . وإذا كان شيئاً معيناً بالذات فهو أما أن يكون منقولاً أو عقاراً .

١٨ - فإذا كان محل التزام المدين تسليم عقار وامتنع عن ذلك ، جاز .

فبينما هو ينص في المادة ٢٤٧ على أن : « الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينفل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات » ، إذا به ينص في المادة (١٤٣) على أن « عقد المعاوضة الوارد على الأعيان يقتضي ثبوت الملك لكل واحد من العاقدين في بدل ملكه والالتزام كل منهمما بتسليم ملكه المعقود عليه للآخر » ، وفي المادة (٥٣١) على أنه : « إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات أو كان قد بيع جزافاً نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع ... ». فالمادة (٢٤٧) تتكلم عن « الالتزام بنقل الملكية » ، أما المادتان (١٤٣ و ٥٣١) فتنصان على أن البيع ، أو عقد المعاوضة الوارد على الأعيان ، ينقل الملكية من تلقاء نفسه إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات أو بيع جزافاً . والتعارض واضح بين المادة (٢٤٧) والمادتين (١٤٣ و ٥٣١) ، فالمادة (١٤٧) تضع « الالتزام بنقل الملكية » على قدم المساواة مع عقد المعاوضة الوارد على الأعيان أو البيع . فكل منهما ، حسب الوارد المتقدمة ، ينفل من تلقاء نفسه الملكية ، أو الحق العيني الوارد على الشيء . وهذا غير معقول ، لأن الالتزام عبارة عن أثر من آثار العقد ، ولا يمكن أن ينتج الآخر أثر مؤثره .

إن تعبير « الالتزام بنقل الملكية » لا يمكن أن يكون له معنى إلا في القانون الروماني ، حيث لم يكن عقد البيع ينقل الملكية من تلقاء نفسه ، بل كان ينشئ على عاتق البائع التزاماً بنقلها فيما بعد بحدى طرق نقل الملكية .

قد يقال أن هذا التعبير يمكن أن يكون له معنى في القانون العراقي وذلك إذا ورد العقد على ملكية عقار أو على أحد الحقوق العينية العقارية ، فهو (العقد) ينشئ على عاتق المدين التزاماً بالقيام بالإجراءات الالزمة أمام دائرة الطابو لنقل الملكية أو لإنشاء الحقوق العينية العقارية الأخرى . ويمكن الرد على ذلك بأن هذا النوع من العقود في القانون العراقي إذا لم يسجل في دائرة الطابو فلا يكون له أثر ، أي لا يلزم البائع ، أو منشئ الحق العيني العقاري ، بتسجيله في دائرة الطابو (وقد عالجنا هذا الموضوع بالتفصيل في مقال كتبناه في شباط سنة ١٩٥٨ ، أي منذ سنتين تقريباً ، ولكننا لم ننشره لعدم وجود مجلة قانونية يمكن نشره فيها) .

للدائن أن يلتجئ الى القضاء للحصول على حكم يلزم المدين (أي المدين) بتسليم العقار . و اذا حاز الحكم قوة الشيء المحكوم فيه Force de la chose jugée يمكن الدائن أن يلتجئ الى دائرة التنفيذ وهي التي تجبر المدين على اخلاء العقار و تسليمه الى الدائن .

١٩ - و اذا كان محل التزام المدين تسليم منقول معين بالذات وامتنع عن تسليمه ، فإذا كان هذا الشيء موجوداً جاز للدائن اللجوء الى القضاء للحكم على المدين بتسليم الشيء وبعد ذلك يودع الدائن الحكم الى دائرة التنفيذ وهي التي تقوم بأخذ الشيء من المدين وتسليمه اليه ، وذلك بعد أن يدلها عليه . و اذا لم يكن الشيء موجوداً ، بأن أخفاه المدين في ولم يستطع الدائن العثور عليه ، أو هلك بخطأ المدين ، فان التنفيذ العيني يتحول الى تنفيذ بمقابل ، أي تعويض . وهذا ما سنراه في محله .

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

٢- محل الالتزام قيام بعمل

٢١ - و اذا كان محل التزام المدين قياماً بعمل فلا بد من تدخل المدين الشخصى لتنفيذ الالتزام . ولا مكان الوصول الى التنفيذ العيني الجبri

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

أ - شخصية المدين اعتبار في التنفيذ

٢٢ - فإذا كانت شخصية المدين محل اعتبار في تنفيذ الالتزام ، كالطبيب يتعهد بإجراء عملية جراحية والرسام يتعهد بعمل لوحة زيتية والممثل يتعهد بالتمثيل في فلم ، فلا يمكن الحصول على التنفيذ العيني الجبري لعدم جدواه ، اذ سوف لا يكون العمل الذي يقوم به المدين متقدما ، بالإضافة الى أنه اذا أصر نهائيا على الرفض فاننا لا نستطيع اجباره على العمل ، ويضيف الفقهاء الى ذلك حجة اخرى هي ما في اجرار المدين على القيام بعمل من تجاوز على حرية الشخصية .

ب - شخصية المدين ليست محل اعتبار في التنفيذ

٢٣ - واذا لم تكن شخصية المدين محل اعتبار في تنفيذ الالتزام وامتنع عن التنفيذ ، فالتنفيذ العيني الجبري يكون دائما ممكنا ، ويمكن للدائن أن ينفذه على نفقة المدين . فإذا تعهد شخص ببناء دار ، أو باقامة جسر ، أو بتبيط شارع ، أو بمد سكة حديدية ، ولم يتم تنفيذ ما تعهد به ، جاز للدائن أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين . فيقوم ببناء الدار ، أو باقامة الجسر ، أو بتبيط الشارع ، أو بمد السكة الحديدية ، وذلك بواسطة شخص آخر ، ثم يقيم الدعوى أمام القضاء طالبا الحكم علي جميع ما أتفقا عليه من التعويض عن الضرر الذي أصابه . وقد نصت على ذلك المادة (٢٥٠) مدنى بقولها : « ١ - في الالتزام بعمل اذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضروريا أن ينفذه بنفسه جاز للدائن أن يستأنف من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا ٢ ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا اذن من المحكمة » .

٣ - محل الالتزام امتناع عن عمل

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

التنفيذ العيني الجبري مستحيلًا بخطأ المدين بالنسبة للماضي ° مثال ذلك أن يتعهد تاجر بعدم منافسة تاجر آخر ثم يفتح متجرًا المنافسته ، أو أن يتعهد مثل 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 ° في جميع هذه الصور ، وغيرها ، يجوز للدائن الاتجاه إلى القضاء لازلة ما وقع والحصول على تعويض مناسب ° وقد نصت على القاعدة العامة في هذا الباب المادة (٢٥٢) مدنی بقولها : « اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب أزالة ما وقع مخالفًا للالتزام مع التعويض اذا كان له محل » °

امكان التنفيذ العيني الجيري في الامتناع عن عمل بالنسبة للمستقبل

٢٥ — والتنفيذ العيني الجيري في حالة الالتزام بامتناع عن عمل يتحول في أغلب الأحيان إلى تعويض ° ولكن يبقى اجراء المدين على التنفيذ العيني ممكنا في الغالب بالنسبة للمستقبل ° فإذا تعهد جار بعدم اقامة جدار يسد النور والهواء على جاره واقام الجدار ، وإذا تعهد تاجر بعدم فتح متجر لمنافسة تاجر آخر وفتح متجرًا المنافسته ، جاز للجار وللتاجر الأول الاتجاه إلى القضاء للحصول على حكم بهدم الجدار أو بمنع المنافسة ، مع التعويض اذا كان له محل (١) °

(١) يسمى العلامة السنموري هذا النوع من التنفيذ العيني الجيري بالتعويض العيني . ويفرق بينه وبين التنفيذ العيني بأن هذا الأخير يقع قبل وقوع الالخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الالخلال به ، أما الاول فيكون بعد وقوع الالخلال بالالتزام . فازالة المخالفة تكون هي التعويض العيني (الوسيط ، ج ٢ ، ف ٤٠) . ونحن لا نرى هذه التسمية دقيقة . فالتعويض انما يلتجأ اليه عند عدم امكان اجراء المدين على التنفيذ العيني ويكون دائمًا مبلغًا من النقود ، بينما هو (أي التعويض) في المثل الذي نحن بصدده محل الالتزام الذي التزم به المدين ذاته . ونحن نفضل تسميته بالتنفيذ العيني الجيري ، تميزا له من امتناع المدين عن القيام بالعمل الذي

ويلاحظ أن مصدر الالتزام في الأمثلة التي ذكرناها هو العقد . ولكن قد يكون القانون نفسه هو المصدر للالتزام بالامتناع عن عمل . مثال ذلك التزام الجار بعدم الاضرار بجاره ضررا فاحشا ، والالتزام الطيب والمحامي بعدم افشاء سر المهنة ، فمصدر التزامهما هو القانون .

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

٢٦ — ولأجل امكان الحكم على المدين بالتنفيذ العيني ، يجب الا يكون في هذا التنفيذ ارهاق للمدين . فإذا 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) .

٢١ — ولكن اذا كان العدول عن التنفيذ العيني يلحق بالدائن ضررا جسيما نال الحكم به يصبح واجبا ولو كان مرهقا للمدين . وهذا هو صريح

اللزم 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 في تنفيذه . ففي هذه حالة يستطيع الدائن تنفيذ الالتزام على نفقة المدين ، ولكننا لم نسم هذا التنفيذ تعويضا عينا ولكننا سميناه تنفيذا عينا جبريا . وهكذا الحال في الالتزام بامتناع عن القيام بعمل اذا أخل به المدين والتجأ الدائن الى القضاء لازلة المخالفة ، فإذا أجر المدين عليها (على ازالة المخالفة) أصبحنا أمام تنفيذ ما اللزم به المدين عينا ، أي امام تنفذ عينا جبريا .

(١) يرجع بعض الفقهاء هنا الشرط الى نظرية التعسف في استعمال الحق . ويقول الاستاذ السنهوري في هذا الصدد : « وهذا الشرط تطبيق من تطبيقات نظرية الضرورة ويمكن ارجاعه الى نظرية التعسف في استعمال الحق، فمن حق الدائن أن يطلب التنفيذ العيني ما دام ممكنا ، ولكنه يكون متعرضا في هذا الطلب ، فلا يجاب اليه اذا تبين من الظروف ان التنفيذ العيني مرهق للمدين او للغير دون أن تكون هناك فائدة منه تعود على الدائن » (المرجع السابق ، ص ٧٦٤ ، هامش رقم ٢ . كذلك الموجز ، ص ٤٣٩ ، هامش رقم ١)

نص الفقرة الثالثة من المادة (٢٤٦) من القانون المدني ° والتوازن هنا مطلوب بين المصالح المتعارضة : مصلحة الدائن ومصلحة المدين ° فإذا كان الارهاق الذي يصيب المدين مساوياً للضرر الذي يصيب الدائن فالاولى بالرعاية هو الدائن ، لأنه إنما يطالب بحقه في غير تعسف ° وهذه بعد مسألة وقائع ترجع لتقدير القاضي ، فهو الذي يقارن بين الارهاق الذي يصيب المدين والضرر الذي يصيب الدائن ويوازن بينهما ثم يصدر حكمه مراعيا فيه مصلحة الطرفين °

الشرط الثالث — أن يطلب الدائن التنفيذ العيني

٢٨ — وهذا الشرط مفهوم ضمناً ، إذا لا يمكن للمحكمة أن تفصل في قضية إذا لم يرفع لها الامر ° وإذا رفع لها الامر وطلب الدائن الحكم على المدين بالتعويض لامتناعه عن تنفيذ التزامه ، فلا يجوز للمحكمة أن تحكم على المدين بالتنفيذ العيني الجبري °

٢٩ — ولكن مجرد امتناع المدين عن تنفيذ التزامه لا يعطى الدائن الحق في طلب التنفيذ العيني الجيري ، بل لا بد لذلك من توافر شرطين : أولهما — ألا يكون امتناع المدين عن التنفيذ أو تأخره فيه راجعاً إلى عدم قيام الدائن بتنفيذ التزامه ، فيكون امتناع المدين عن التنفيذ مشروعاً ° وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين °

ثانيهما — أن يكون حق الدائن حاصلاً على الصيغة التنفيذية ، باز يكون مستحقاً وحاصلاً على حكم حائز قوة الشيء المحكوم فيه ، أو مثبتاً في سند واجب التنفيذ ، كعقد منظم من قبل الكاتب العدل °

فإذا توافر هذان الشرطان جاز للدائن اللجوء إلى السلطة العامة لاجبار مدينه على التنفيذ العيني ° ويكون ذلك عادة بواسطة دائرة المختصة بتنفيذ الأحكام القضائية والعقود المنظمة من قبل الكتاب العدول ، وهي دائرة التنفيذ °

الفرع الثاني وسائل الحصول على التنفيذ العيني الجبري

الاكراه البدني والتهديد المالي

٣٠ — أن أهم الوسائل للحصول على التنفيذ العيني الجبري وسيلة، وهو الاكراه البدني والتهديد المالي . وهاتان الوسائلتان تستعملان لكسر عناد المدين الموسر ، الماطل . ونرى كلاً منهما في مبحث مسقى .

المبحث الأول الاكراه البدني

CONTRAINTE PAR CORPS

حبس المدين في القوانيين الغربية

٣١ — كان القانون الروماني القديم يجيز للدائن الذي يعجز مدينه عن الوفاء أن يسترقه ، بل ويقتله . ثم تطور الامر ولم يعد للدائن إلا الحق في حبس مدينه واجباره على العمل لصلحته . وقد استمر هذا التطور حتى أصبح حق الدائن قاصراً على التنفيذ على أموال مدينه فقط .

٣٢ — وقد كان الاكراه البدني ، أو الحبس ، جائزًا في فرنسا ، وعالجهته المواد (٢٠٥٩ - ٢٠٧٠) من القانون المدني الفرنسي ، وبقي معمولاً به حتى سنة ١٨٦٧ حيث الغي بالقانون الصادر في ٢٢ تموز من هذه السنة ، وذلك للحصول على مبالغ الغرامات والتعويضات والمصروفات القضائية التي تحكم بها محاكم الجزاء . ويجب في هذه الحالة على محكمة العجزاء التي تصدر حكمها بالغرامة أو بالتعويض أن تحدد في حكمها مدة الحبس التي يجب أن يقضيها المحكوم عليه عند عدم دفعه المبلغ المحكوم به (١) .

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

حبس المدين في الفقه الإسلامي

٣٣ — وقد اتفق الفقهاء المسلمين على عدم جواز حبس المدين المعاسر مستندين في ذلك إلى ما ورد في القرآن الكريم : « وَإِنْ كَانَ ذُو عَسْرَةٍ فَنَظِرْهُ إِلَى مَسِيرَةٍ »^(١) ولكنهم اختلفوا في جواز حبس المدين الموسر • والرأي السائد عند الأئمة هو جواز حبس المدين الموسر « المتنع عن دفع الحق إلى مستحقه جاءه إِلَيْهِ وَحِمْلًا عَلَيْهِ »^(٢) • ونقطة الابتداء في ما قرره الفقهاء المسلمين في هذا الباب هي الحديث الشريف : « لِي الْوَاجِدُ ظُلْمٌ يَحْلِ عَرْضَهُ وَعَقْوَبَتِهِ » • ومعنى اللي (بفتح اللام) المطل ، والواجد الغني ، و « يحل عرضه » يغليظ له • وروي عنه (ص) انه قال أيضا : « مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ » • وبامتثال المدين من قضاء الدين مع قدرته عليه صار ظالما ، والظالم يحبس^(٣) •

د. براء الإثبات

٣٤ — ولما كان المدين لا يحبس إلا إذا كان معسرا ، فعلى من يقع عبء الإثبات على المدين أو على الدائن ؟ فكل منهما مدع ، المدين يدعى الأعسار ، والدائن يدعى اليسار ، والقاعدة أن البينة على المدعى • هناك أصل وقاعدة في هذا الباب • فالاصل في الناس عدم الغنى ، والقاعدة أن البينة لا ترد على النفي • ويترتب على ذلك أن الملزم بالإثبات هو الدائن ، فيجب عليه أن يثبت يسار المدين • ولكن الأصل المتقدم قد اتسخ بالمعهود عن الناس ، إذ انهم يتكتسبون في الغالب • لذا جوز بعض الفقهاء حبس المدين إلى أن يثبت هو اعساره فيخلص سبيله • وإن من ثبت عسره عند جمهور الفقهاء لا يجوز حبسه بعد ذلك حتى يثبت الطالب يساره • ومن كان مجهول الحال وطال حسنه

(١) البقرة ، آية (٢٨٠) .

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ، ج ١ ، ص ١١٠ ، نقلًا عن الدكتور صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، ج ٢ ، ص ٢٥٨ .

(٣) المبسوط للسرخسي ، 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 — ولم ينص القانون المدني العراقي على حبس المدين المستنعاً على تنفيذ التزامه . ولكن قانون التنفيذ أجاز حبس المدين اذا لم ينفذ برضائه سند تنفيذ يتضمن الزاماً بتسلیم مبلغ معین أو شىء بحکم الدين اذا كانت امواله الظاهرة التي يمكن حجزها لا تكفي أثمانها لوفاء الدين والنفقات والرسوم والقوائد (م ٢٧) ، أو سند تنفيذ يتضمن الزاماً بعمل شىء معین ليس من قبيل الدين (م ٢٥) (٢) .

المبحث الثاني التهديد المالي

LES ASTREINTES

٣٦ — نصت المادة (٢٥٣) من القانون المدني على التهدید المالي كوسيلة غير مباشرة لاجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عيناً وسمته بـ « الغرامات التهدیدية » . فقد قضت هذه المادة بأنه : « اذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه او امتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن أن تصدر قراراً بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهدیدية ان بقي ممتنعاً عن ذلك » .

فإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه تنفيذاً عيناً جاز للقاضي ، بناء على طلب الدائن ، أن يصدر قراراً بالزام المدين بتنفيذ التزامه في مدة يحددها في الحكم ، وفي حالة تأخره بالزامه بدفع مبلغ معین عن كل يوم أو أسبوع 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 . فإذا قام بالتنفيذ بعد هذا التهديد أو أصر نهائياً على الرفض والامتناع ، صرفت المحكمة النظر عن مبلغ الغرامة التي هددته بها وحكت للدائن بالتعويض الحقيقي الذي يعوضه عما فاته من ربح وما أصابه من خسارة ، مراعية في ذلك مدى التعنت الذي بدا من المدين (م) ٢٥٤ والملاحظ في مثل هذه الحالات أن المحاكم تقدر تعويضاً أكبر من التعويض الذي تقضي به في حالة عدم اصدارها قراراً بغرامة تهديدية .

مجال تطبيق التهديد المالي

٣٧ - ويمكن اللجوء إلى التهديد المالي كوسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزامه في جميع أنواع الالتزامات ما دام تنفيذ الالتزام لا يزال ممكناً ، فإذا أصبح مستحيلاً لم تعد هناكفائدة من اللجوء إليه . فسواء أكان محل الالتزام تسلیم شيء معین بالذات أم بنوعه أم عملاً أم امتناعاً عن عمل ، يمكن للمحكمة أن تحکم به على المدين لكسر عناده وحمله على تنفيذ التزامه .

شروط الحكم بالتهديد المالي

٣٨ - هناك شروط لا بد من وافرها لامكان الحكم على المدين بالتهديد المالي . وهذه الشروط تستخرج من المادة (٢٥٣) المتقدمة ، وهي :
١ - أن يكون التنفيذ العيني لا يزال ممكناً . وهذا الشرط مفهوم ضمناً ، فإذا أصبح مستحيلاً لم تبق هناكفائدة من الحكم بالتهديد المالي . فإذا كان محل الالتزام تسلیم عین معينة مثلاً وهلكت العين اقضى التزام المدين ، ويرجع الدائن بالتعويض أو لا يرجع حسبما إذا كان الهملاك بخطأ المدين أو بسبب أجنبي .

٢ - أن يكون تدخل المدين ضرورياً ، والا ، كما تقول المادة (٢٥٣) ، كان التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم . فإذا كان تدخل المدين غير ضروري فلا حاجة للجوء إلى الغرامات التهديدية ، أو التهديد المالي ، لاجباره على التنفيذ ، فقد سبق أن رأينا ان الدائن يستطيع أن يحصل على نفقة المدين على الشيء الذي تعهد به هذا الاخير ، بعد استئذان المحكمة أو بغير استئذانها في حالة الاستعجال .

واكثر ما تكون فائدة التهديد المالي في حالة الالتزام بعمل او بامتناع عن عمل ، اذا كان هذا الامتناع يتجدد في المستقبل ، او بتسلیم عین معينة .
فاما تعهد طبيب باجراء عملية جراحية ثم رفض اجراءها ، واما تعهد ممثل بالتمثيل في فلم سينمائى ، ثم رفض التمثيل ، كانت هناك فائدة من الحكم عاليهما بغرامة تهديدية . وكذلك اذا كان محل التزام المدين ابراز مستندات او وثائق او خرائط ، او غير ذلك من الامور ، فان هناك فائدة في الحكم عليه بغرامة تهديدية لحمله على ابراز ما يخصيه .

٣٩ - ولكن اذا طلب الدائن الحكم على المدين بالتهديد المالي 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 - ولكن اذا طلب الدائن الحكم على المدين بالتهديد المالي فهل تكون المحكمة ملزمة باجابته الى طلبه ، او انها تتمتع بسلطة تقديرية في ذلك ؟ عبارة المادة (٢٥٣) تفيد الجواز لا الوجوب ، فهي تقول : « ٠٠٠ جاز للمحكمة ٠٠٠ » . وهذا ما يذهب اليه الفقه والقضاء في فرنسا أيضا (١) .

خصائص التهديد المالي

٤٠ - بعد استعراضنا للتهديد المالي فيما تقدم نستطيع أن نميز فيه الخصائص التالية :

١ - انه تحكمي Arbitraire أي ان القاضى لا يراعى في تقدیمه مقدار الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، بل هو يزيد عادة على مقدار الضرر زيادة كبيرة وذلك لأن العاية منه هي كسر عناد الدين الماطل في تنفيذ التزامه . وعلى القاضى عندما يصدر قراره بالغرامة التهديدية أن يأخذ بنظراعتبار مركز المدين وحالته المالية ، فيقضى بغرامة تكفي لكسر عناده .

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

ولا يشترط في التهديد المالي أن يكون مساوياً 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 - انه تهدیدي 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 حدثت المحكمة نهائيا مقدار التعويض الذي يلزم به المدين »

٣ - 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) . ويترب على ذلك عدم امكان الطعن فيه أمام محكمة التمييز (٢) .

طبيعة التهديد المالي - التهديد المالي والتعويض

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

(١) پلانيول وريبيه واسمان ، المرجع السابق ، ص ٩٠ .

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

الفصل الثاني

التنفيذ بمقابل (أو التعويض)

EXÉCUTION PAR ÉQUIVALENT - DOMMAGES - INTÉRÊTS

٤٢ — 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 في تنفيذه . ومهما يجب ملاحظته أن هناك التزاما يقبل التنفيذ العيني الجبري في جميع الاحوال ، وهو الالتزام الذي يكون محله مبلغا من النقود . واذا كان هناك محل للحكم بالتعويض في هذه الحالة ، فإنه يكون تعويضا لتأخر المدين في التنفيذ .

تمييز التعويض مما يشتبه به من أوضاع

٤٣ — والاصل في التنفيذ أن يكون عينا ، 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 عينا فيتجنب الحكم عليه بالتعويض لعدم التنفيذ . ويترتب على ذلك ان التعويض ليس التزاما تخiriا ولا التزاما بدليا ولا تجديدا لالتزام قديم . اذ ليس للالتزام الا محل واحد هو ما التزم به المدين عينه . ونرى كلما من هذه الامور على حدة .

١ — التعويض ليس بالالتزام تخيري

٤٤ — اما ان التعويض ليس بالالتزام تخيري ، فذلك لأن محل الالتزام في الالتزام التخيري متعدد ولكن ذمة المدين تبرأ بالوفاء بوحدة منها . وال الخيار في هذا النوع من الالتزام قد يكون للدائن وقد يكون للمدين وقد يكون للغير . أما في التعويض ، فلا يملك الدائن وحده ولا المدين وحده أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني . فللدائن أن يرفض التعويض اذا تقدم

به المدين ويطلب التنفيذ العيني اذا كان ممكناً . وللمدين أن يرفض التعويض اذا طلبه الدائن وأن يقوم بالتنفيذ العيني . فالتغويض ليس اذن بالتزام تخيري . ولكن يجوز أن يتفرق الدائن والمدين على استبدال التعويض بالتنفيذ العيني بالرغم من بقاء هذا الاخير ممكناً .

٢ - التعويض ليس بالتزام بدأي

٤٥ - وأما ان التعويض ليس بالتزام بدلي ، فذلك لأن للمدين في هذا النوع من الالتزام أن يفي بشيء غير الشيء الذي التزم به . أما التعويض ، فهو لا يستطيع أن يحل شيئاً آخر محله اذا طلبه الدائن وتوافرت شروطه .

٣ - التعويض ليس بتجديد لالتزام قديم

٤٦ - وأما ان التعويض ليس بتجديد لالتزام قديم ، فذلك لأن الالتزام الاصلي ينقضى في التجديد لينشأ محله التزام جديد يختلف عنه في أحد عناصره الجوهرية ، وليس الامر كذلك في التعويض . بل أن أساس التعويض هو الالتزام الاصلي بكافة تأميماته وصفاته ودفوعه . وعلى هذا يمكن القول بأن التعويض يحل محل الالتزام الاصلي حولاً عيناً .

أما اذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بغير خطاً المدين ، فإن الالتزام ينقضى لأن محله أصبح مستحيلاً ، ولا يكون هناك محل للتعويض لاتفاق مسؤولية المدين .

تقدير التعويض

٤٧ - والتعويض يقدر عادة بمبلغ من النقود . ولكن القانون المدني لم ينص على ذلك صراحة عند كلامه عن التنفيذ بطريق التعويض .

فقد نصت المادة (٢٥٥) على ان : « ينفذ الالتزام بطريق التعويض في الاحوال وطبقاً للأحكام التي نص عليها القانون » . الا أن المادة (٢٤٦) التي تتكلم عن التنفيذ العيني نصت في فقرتها الثانية على ما يلي : « على انه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض تقدبي اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً » . ولكن هذه المادة

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

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

أنواع التعويض

سبق أن قلنا ان التعويض أما ان يكون عن عدم التنفيذ أو عن التأخر فيه . والقواعد العامة التي تحكم كلًا من هذين النوعين تكون واحدة . ومع ذلك فيبينهما الفرقان التاليان :

١ — لا يمكن الجمع بين التنفيذ العيني وبين التعويض عن عدم التنفيذ والا حصل الدائن على حقه مرتين ، ويمكن الجمع بين التعويض عن التأخر في التنفيذ وبين التنفيذ العيني اذا توافرت شروطه .

٢ — لا يستحق التعويض عن التأخر في التنفيذ الا بعد الاعذار للمدين . أما التعويض عن عدم التنفيذ ، فهناك حالات لا ضرورة فيها للاعذار . وسنرى هذه الحالات عند كلامنا عن الاعذار .

(١) بلانول وريسيير واسمان ، ج ٧ ، ص ١٢٧-١٢٨

٥٠ — بعد هذه الكلمة الموجزة عن التعويض ، تناول الكلام عنه في شروطه وكيفية تقديره ، وذلك في فرعين متتالين ٠

الفرع الأول

شروط التعويض

شروط التعويض هي شروط المسؤولية التعاقدية بصورة عامة

٥١ — لا بد لامكان الحكم على المدين بالتعويض من توافر الشروط العامة التي رأيناها في المسؤولية التعاقدية ، وهي :

- ١ — خطأ ينسب إلى المدين ٠
- ٢ — ضرر يصيب الدائن ٠
- ٣ — علاقة سببية بين الخطأ والضرر ٠
- ٤ — عدم وجود اتفاق على استبعاد المسؤولية ٠
- ٥ — الاعذار ٠

وقد سبق أن رأينا في الجزء الأول من هذا الكتاب كلا من الخطأ والضرر وعلاقة السببية والاتفاق على التعديل من أحكام المسؤولية التعاقدية ، فنحيل إلى ما قلناه هناك ٠ ونتكلم هنا عن الاعذار فقط ٠

الاعذار

LA MISE EN DEMEURE

٥٢ — اذا حل الأجل المتفق عليه لتنفيذ التزام ولم يطالب به الدائن ، فإن ذلك يحمل مholder التسامح أو عدم حاجة الدائن إلى هذا التنفيذ . فإذا كان الدائن في حاجة إلى الحصول على حقه فيجب عليه أن يظهر رغبته ويبلغها إلى المدين ٠ فإذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه بالرغم من تنبيه الدائن إياه كان مخلاً بتنفيذ التزامه أخلاً يوجب عليه التعويض ٠ ودعوة المدين من قبل الدائن إلى تنفيذ التزامه يسمى في الاصطلاح القانوني بالاعذار ٠ وعلى ذلك يمكننا تعريفه، لاعذار بأنه « دعوة المدين ، من قبل الدائن ، إلى تنفيذ

التزامه ، وتنبيهه الى ان تأخره في هذا التنفيذ يوجب مسؤوليته عن تعويض الدائن عن الضرر الذي يصيغه نتيجة هذا التأخير » . فحلول الاجل بذاته لا يجعل المدين في حالة اعذار بتنفيذ التزامه ، بل لا بد للدائن من ان يظهر رغبته في قيام المدين بتنفيذ التزامه . والقواعد القانونية العامه تقضي بان الاعذار لا يقع من تلقاء نفسه بمجرد حلول الاجل ، اذ ان حلول الاجل يجعل الدين مستحق الاداء فقط ، ولا يصبح المدين معه في حالة اعذار ، بل لا بد لذلك من عمل قانوني يوجهه الدائن الى مدینه يظهر فيه رغبته الحقيقية في الحصول على حقه ، أي في طلب التنفيذ . وقد نصت على هذه القاعدة المادة (٢٥٦) من القانون المدني بقولها : « لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » .

٥٣ - واهم الحالات التي يكون الاعذار فيها ضروريا هي الحالات التي يطلب فيها الدائن الحكم على المدين بالتعويض لتأخره في تنفيذ التزامه . اما في حالة استحالة التنفيذ فلا حاجه للاعذار اذ نعود الى القواعد العامه التي رأيناها في هذا الباب . فاذا كانت استحالة التنفيذ راجعة الى خطأ المدين حكم عليه بتعويض الدائن بدون حاجه الى الاعذار ، واذا كانت راجعة الى سبب اجنبي لا يد للمدين فيه اعفى المدين من التنفيذ العينى ومن التعويض (م ١٦٨) .

كيف يكون الاعذار

٥٤ - نصت المادة (٢٥٧) مدنی على أن : « يكون اعذار المدين باذاره » . فالاصل في الاعذار ان يتم باذار المدين . وبهذا المعنى يقول المثل : « قد اعذر من اندر » . والانذار ورقة رسمية من أوراق المحضرین والمبلغين يبلغ فيها الدائن مدينه رغبته في استيفاء حقه .

٥٥ - وفي العراق يسمى الاقتدار 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 أحدهما أو المطالبه بضمانته اذا اجري بواسطه الكاتب العدل »

امتناع

٥٦ — هذه هي القاعدة العامة في الاعدار . ومع ذلك فقد نصت المادة (٢٥٧) على انه : «يجوز ان يتم الاعدار باي طلب كتابي اخر . بل يجوز ان يكون مترتبًا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى الانذار » . وعلى ذلك يجوز ان يتم الاعدار بواسطه رسالة عاديه ولو غير مسجله في المسائل التجاريه . ولكن ثور في هذه الحاله مسئله اثبات وصول هذه الرساله الى المدين واثبات محتواها .

الحالات التي لا ضرورة فيها للانذار

٥٧ — هناك حالات معينه نص عليها القانون لاتكون فيها ضرورة للانذار ، ويعتبر فيها مجرد حلول الاجل اعدارا للمدين بتنفيذ التزامه . وهذه الحالات أما أن ترجع الى اتفاق الطرفين ، أو الى نص القانون ، أو الى عدم جدواى الانذار . ونرى كلا من ذلك على حدة .

١ - اتفاق الطرفين

٥٨ — فقد يتفق الطرفان مقدمًا على ان يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل ودون حاجة الى انذار . وهذا الاتفاق اجازته المادة (٢٥٧) . وقد يكون الاتفاق ضمنيا ، ومثاله أن يوجب رب العمل على العامل اتمام العمل في تاريخ معين . وقد يوجد اتفاق صريح على عدم الحاجة الى الاعدار ولكن الدائن ينسخه بتصرفه ، كما اذا اشترطت شركة التأمين على المؤمن عليه عدم الحاجة الى الاعدار في اقتضاء اقساط التأمين ، ثم جرت عادة الشركة بعد ذلك على ان تعذره كلما تأخر ، او ان ترسل اليه عامل التحصيل بتسلیم الاقساط المستحقة (١) .

(١) السنهوري ، الوسيط ، ص ٨٣٥ . الموجز ، ف ٤٢٦ ، ص ٤٢١

هاماش رقم ٢ .

٥٩ - نصت الفقرة (ج) من المادة (٢٥٨) على عدم ضرورة الاعذار : « 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 ، فإذا تأخر في الرد كان مسؤولاً عن تعويض الدائن .

وقد نصت المادة (٩٣٧) مدنی على أنه : « ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكيل لصالح (١) نفسه وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحة من وقت استخدامها » . ونصت المادة (٩٤١) على أنه : « على الموكيل أن يرد للوكيل ما أتفقاً في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتمد مع الفوائد من وقت الاتفاق مما كان حظ الوكيل من النجاح في مهمته » . وبمقتضى المادة الأولى يجب على الوكيل أن يدفع فوائد المبالغ التي استخدمها لمصلحته الخاصة من تاريخ هذا الاستعمال ، وبدون حاجة إلى اعتذار . وبمقتضى المادة الثانية يجب على الموكيل أن يدفع للوكيل فوائد المبالغ التي أتفقاً عليها بسبب وكالته من يوم الاتفاق دون حاجة إلى اعتذار كذلك .

٣ - عدم جدوى الاعذار

٦٠ - وهناك حالات يكون الحكم بالتعويض فيها تطبيقاً للقواعد العامة بدون اعذار، اذ الاعذار في هذه الحالات يكون لغواً لا فائدة فيه . وقد نصت على هذه الحالات الفقرات أ و ب و ج من المادة (٢٥٨) وهذه الحالات هي :

«أ— 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 في وقت معين وانقضى الوقت دون أن يتم أو كان الالتزام امتناعا عن عمل وأخل به المدين » . فإذا كان تنفيذ الالتزام محددا بوقت

(١) الصحيح: «مصلحة»، لأن «صالح» صفة وهو ضد «فاسد».

معين وترك المدين هذا الوقت يمضي 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 في هذه الحالة لغوا لا طائل تحته .

« ب – 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 – اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد تنفيذ التزامه » . وفي هذه الحالة أيضا يصبح الاعذار عديم الجدوى .

الآثار القانونية للتى تترتب على الاعذار

٦١ – اذا اعذر الدائن مدينه في الاحوال ووفقا للشروط التى نص عليها القانون ترتب على ذلك آثارا : أولهما وجوب التعويض ، وثانيهما انتقال بعثة الهالك من الدائن الى المدين .

الاثر الاول – وجوب التعويض

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

الاثر الثاني – انتقال بعثة الهالك

فإذا اعذر الدائن مدينه انتقلت بعثة هلاك الشيء محل الالتزام الى المدين في الحالات التي تكون فيها على الدائن . فإذا كانت يد المدين يد

أمانة ، فإنه لا يضمن هلاك الشيء . مثلاً ذلك الوديع المستعير والمستأجر
فهؤلاء لا يضمنون هلاك الوديعة أو العاربة أو العين المؤجرة . فإذا أعذر الدائن
مدينه بوجوب التسليم تحولت يد الامانة إلى يد ضمان ، فيصبح المدين
ضامناً لهلاك الشيء الذي في عهده ، فيتضمن كل من هؤلاء الشيء الموعدي
أو المعارض أو المؤجر .

الفرع الثاني تقدير التعويض

٦٤ — إذا توافرت الشروط الالزمة للحكم بالتعويض وجب على
القاضي تقديره والحكم به . ولكن قد يكون التعويض مقدراً سابقاً قبل
عرض القضية أمام القضاء . فقد يتطرق المتعاقدان على تقديره جزاً عنـد
العقد ، وقد يحدده القانون مقدماً إذا كان محل الالتزام مبلغـاً من النقود .
يخلص لنا مما تقدم أن التعويض أما أن يقدر قضاء أو اتفاقاً أو قانونـاً .
وتتكلـم عنـ كل من ذلك في مبحث خاص .

المبحث الأول التعويض القضائي

- ٦٥ — تنـص المادة (١٦٩) من القانون المدني على أنه :
- « ١ — إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنـص في القانون
فالمحكمة هي التي تقـدره .
- ٢ — ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاماً
بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزاماً بعمل أو بامتناع عن
عمل . ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع
الحق عليه أو بسبب التأخـر في استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعـية
لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به .

٣ - فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت » ٠

فيemptif الفقرة الثانية من هذه المادة على القاضى أن يتلوخى في تقديره للتعويض أن يعوض الدائن عن الضرر الذى لحقه وعن الكسب الذى فاته بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه ٠ وهдан هما العنصرين الاساسيان فى التقدير القضائى للتعويض ٠ وللتوسيح هذين العنصرين نضرب المثل التالى : موسيقى يتلقى مع متعهد حفلات على احياء حفلة موسيقية فى وقت معين ، ثم لا يحضر لاحياء الحفلة ٠ في هذا الشلل على القاضى ، عند الحكم على الموسيقى بالتعويض ، أن يعوض متعهد الحفلات عن النفقات التى أتفقها في الاستعداد لإقامة الحفلة ، وأن يعوضه أيضاً عن الربح الذى كان يمكن أن يجنيه لو أن الموسيقى تقدّم التزامه وحضر لاحياء الحفلة ٠ ولا يجوز أن يتتجاوز القاضى في تقديره للتعويض هذين العنصرين ، وذلك لأن الغاية من التعويض إنما هي وضع الدائن في المركز الذي كان يمكن أن يكون فيه لو أن مدينه تقدّم التزامه ، لا إيقاع عقوبة بالمدين ٠ وكل ما زاد على هذين العنصرين يعتبر منفعة غير مشروعة للدائن ٠ وقد قضت محكمة نانسى في حكم لها صادر في 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) ٠ وتقدير المحكمة للتعويض يعتبر في فرنسا غير خاضع لرقابة محكمة التمييز (٢) ٠

الضور الأدبي

٦٦ - مما لا شك فيه أن القاضى ، في تقديره للتعويض ، يأخذ بنظر الاعتبار جميع الضرر المادي الذي أصاب الدائن في ذمته المالية ٠ ولكن هل يجوز له أن يأخذ بنظر الاعتبار الضرر الأدبي الذي أصابه نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه ؟ سبق أن رأينا في الجزء الأول من هذا الكتاب أن القضاء

(١) بلانيل وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ ٠

(٢) المرجع السابق ، ص ١٦١ ٠

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

٦٧ - ويحتاج قسم اخر من الفقهاء ، وخاصة فلاسفة القانون ، على هذا الرأي ويرون ان المصلحة الادبية مرتبطة غالباً بالمصلحة المادية ، بالرغم من ندرة الحالات التي يحدث فيها ضرر ادبي نتيجة للاخلال بالتزام تعاقدي . ويضربون لذلك مثلاً بالالتزام بتسلیم شيء . فالشىء الذي يجب تسلیمه يمثل للدائن ، بالإضافة الى قيمته المالية ، قيمة أدبية (كاللوحات الفنية والوراق العائلية) . ويترتب على ذلك أن عدم تنفيذ الالتزام بتسلیم يمكن أن يتربّ عليه تداعي تمس شرف الدائن أو اعتباره ، وإذا كان الدائن تاجراً أو مستخدماً فإن هذا الضرر يصبه في مصلحته المالية . ويضيفون إلى ذلك أن ندرة الضرر الادبي الناتج عن الاخالل بالتزام تعاقدي لا تكون مانعاً من الحكم بتعويض هذا الضرر ، اذا كان هذا الضرر موجوداً أو أثبت الدائن وجوده ، ويستشهدون لذلك بوجوب الحكم بالتعويض عن الضرر الادبي في المسؤولية التقصيرية . وحججة أخرى يتمسك بها أنصار التعويض عن الضرر الادبي هي انه لا جل أن يكون تعويض الدائن تماماً فمن الضروري أن نسكنه من الحصول على تعويض لجميع الاضرار التي اصابت مصالحه، مهما كانت طبيعة هذه المصالح . أما الاعتراض باز طريقة التعويض التي يمكننا اللجوء إليها ائماً هي تقديره بالنقود ، فليس أقوى في الالتزامات التقصيرية منه في الالتزامات التعاقدية . ففى كلتا الحالتين وجود التعويض ، وان كان ناقصاً وغير مساو للضرر ، خيراً من عدم وجود مطلقاً . وعند

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

اما في العراق ، فقد رأينا ان المشرع العراقي قد أخذ بمبدأ التعويض عن
الضرر الادبي في المسؤولية التقصيرية دون التعاقدية .

وقت تقدير الضرر

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

٦٩ — والقاعدة العامة في التقدير القضائي للتعويض ، أن القاضي
يجب أن يقدر بمبلغ من التقادم . ومع ذلك قد يكون التعويض أحياناً غير
تقدي . ففي دعوى القذف والسب يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل
التعويض بنشر الحكم القاضي بادانة المدعى عليه في الصحف ، وهذا النشر
يعتبر تعويضاً غير قدي عن الضرر الادبي الذي أصاب المدعى عليه^(٣) .
ولكن أساس التعويض في هذه الحالة هو المسؤولية التقصيرية لا التعاقدية .

(١) بواتيل ، فلسفة القانون ، ج ١ ، ص ٤٦٢ . بلانيول وريبير واسمان
المراجع السابق ، ف ٨٥٧ ، مع المراجع المشار إليها في هامش رقم ٤ ، ص ١٦٢
وهامش رقم ١ ص ١٦٣ .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ، المراجع السابق ، ف ٨٥٦ .

(٣) السنهوري ، المراجع السابق ، ف ٤٧١ ، مع المراجع المشار إليها في
هامش رقم ١ ص ٨٤٧ .

المبحث الثاني التعويض الاتفافي (أو الشرط الجزائي)

CLAUSE PÉNALE

٧٠ — قد يحدد المتعاقدان مقدماً بشرط في صلب العقد مقدار التعويض الذي يجب على المدين دفعه إلى دائنه في حالة عدم تنفيذه لالتزامه أو في حالة تأخره في تنفيذه . وهذا الشرط صحيح وملزم للطرفين لعدم مخالفته للنظام العام . ويسمى هذا الشرط في اللغة القانونية بالشرط

الجزائي Clause pénale

وسمى هذا الشرط بالجزائي ، على نعتقد ، لأن مبلغ التعويض الذي يتضمنه يكون عادة أكثر من الضرر الحقيقي الذي يصيب الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره فيه . والفرق يمثل جزاءً ، أو غرامة ، يدفع المدين إلى تنفيذ التزامه وعدم التأخر فيه . فهو يستعمل أذن كوسيلة تهديدية لحمل المدين على تنفيذ التزامه ، إذا كان المبلغ الوارد فيه كبيراً .

فائدة الشرط الجزائي

٧١ — ويلجأ المتعاقدون إلى الشرط الجزائري لتقدير التعويض الذي يجب على المدين دفعه في حالة اخلاله بتنفيذ التزامه تقديرًا جزاً ، فيتجنبون بذلك تدخل القضاء في تقدير التعويض . وهو مفيد للدائن من ناحية الإثبات ، إذ أنه يعطيه من ثبات الضرر الذي يصبه عند اخلال مدينه في تنفيذ التزامه .

أمثلة

٧٢ — والامثلة على الشرط الجزائري كثيرة متعددة في الحياة العملية . فغالباً ما نشاهده في المقاولات ، سواء بين الأفراد أو مع المصالح الحكومية . فرب العمل يشترط دائناً على المعهد أن ينجز العمل في خلال مدة معينة ، وإذا لم ينجزه كان ملزماً أن يدفع إليه مبلغاً معيناً عن كل يوم أو أسبوع ،

أو أية وحدة زمنية أخرى . وفي المناقشات التي تعلنها المصالح العمومية للقيام بالاشغال العامة ، كتبليط الشوارع ، وانشاء الجسور ، واقامة المصانع ، وشق الترع الخ . . . تضع الدائرة الحكومية المختصة شرطاً جزائية تلزم بمقتضاه الشخص الذي ترسو عليه المناقضة بدفع مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه عن انجاز وتسليم العمل الذي تعهد بانجازه . . وفي عقود الایجار يفرض المؤجر على المستأجر شرطاً يلتزم بمقتضاه هذا الاخير بدفع مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه في اخلاء العين المؤجرة .

الفقه الاسلامي

٧٣ - ويعرف الفقه الاسلامي الشرط الجزائي ، ففى فقه الشيعة جاء في كتاب « من لا يحضره الفقيه » لابن بابويه القمي (ج ٣ ، ص ١٣) : « روى منصور بن يونس عن محمد الحلبى قال : كنت قاعداً عند قاضى وعنده ابو جعفر عليه السلام جالس فاتاھ رجلان فقال احدهما انى تکاريت ابل هذا الرجل ليحمل لى متابعاً لى بعض المعادن ، فاشترطت اأن يدخلنى المعدن يوم کذا وكذا لان بها سوقاً اتخوف اأن يفوتنى ، فان احتسبت عن ذلك حططت من الكراء عن كل يوم احتسبته کذا وكذا وانه حبسنى عن ذلك الوقت کذا وكذا يوماً . فقال القاضي : هذا الشرط فاسد وفه کراءه . فلما قام الرجل أقبل الي ابو جعفر عليه السلام وقال : شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه » . وواضح جداً اأن الشرط الذى اشتراه صاحب المتابع على المکاري (أي الناقل) انساً هو تطبيق لفكرة الشرط الجزائي . فهو يتضمن الزام المدين (المکاري) بدفع مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه في تنفيذ التزامه ، وهذا المبلغ يحط من الاجرة . أما ماذهب اليه ابو جعفر عليه السلام ، من ضرورة عدم حط جميع الكراء (أي الاجرة) ، فيمكن تفسيره بأنه حتى لا يؤدي ذلك الى أن يصبح نقل المتابع مجاناً بدون مقابل .

شروط استحقاق التعويض المقدر في الشرط الجزائي

٧٤ - ويشترط لاستحقاق المبلغ الذي قدره العقدان كتعويض عن

اخلال المدين بتنفيذ التزامه الشروط العامة التي رأيناها عند كلامنا عن شروط التعويض وهي : الضرر والخطأ وعلاقة السببية بينهما والاعذار . فإذا 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 اجنبي لا يد له فيه ، فان المدين يعفى من تنفيذ التزامه . وقد سبق أن رأينا ذلك . ويشترط كذلك لاستحقاق التعويض المقدر في الشرط الجزائي اعذار الدائن لمدينه ، الا في الحالات التي لاحاجة فيها للاعذار . فإذا لم يعذر فالاته يعتبر متساهلا في ذلك وانه لم يصبه ضرر نتيجة اخلال مدينه في تنفيذ التزامه .

المبادئ التي تحكم الشرط الجزائي

٧٥ - ويحكم الشرط الجزائي في القانون المدني العراقي المبدآن التاليان :

- ١ - الشرط الجزائي التزام تبعي لا اصلي .
- ٢ - انه اتفاق على تقدير التعويض .

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

المبدأ الأول - الشرط الجزائي التزام تبعي لا اصلي

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

نتائج

٧٧ - ويترب على الصفة التبعية للشرط الجزائي النتائج التالية :
(الموجز ج ٢ - ٣٣)

١ - بطلان الالتزام الاصلي يؤدي الى بطلان الشرط الجزائي . فالشرط الجزائي تابع للالتزام الاصلي ، والتابع تابع كما تقول القاعدة الكلية ، أي أن التابع للشىء في الوجود يكون تابعاً لم في الحكم ، يصح بصحته ويفسد بفساده .

٢ - بطلان الشرط الجزائي لا يؤدي الى بطلان الالتزام الاصلي ، اذ أن الشرط الجزائي تابع وفرع ، ويمكن سقوط الفرع مع بقاء الاصل .
٣ - اذا طلب الدائن فسخ العقد لعدم تنفيذ المدين للالتزامه واجبته المحكمة الى طلبه ، فانه لا يستطيع ان يطالب بمبلغ الشرط الجزائي ، وذلك لأن الفسخ يزيل حكم العقد باثر رجعى الى زمن انعقاده . فإذا زال العقد سقط الالتزام الاصلي ، فإذا سقط الالتزام الاصلي لم يبق محل لتابعه فيسقط هو كذلك . وفي هذه الحالة تقوم المحكمة نفسها بتقدير التعويض اللازم دفعه الى الدائن ، وذلك طبقاً للقواعد العامة التي سبق أن رأيناها في التعويض القضائي .

٤ - العبرة بالالتزام الاصلي لا بالشرط الجزائي . فالالتزام الاصلي هو اللازم ما دام ممكناً . وبهذا المعنى قضت محكمة الاستئناف المختلطة في مصر في حكم لها صادر في ١٩٢٧ كانون الثاني بانه : « فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين بالالتزام الاصلي مادام تنفيذه ممكناً . كذلك لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الاصلي » (١) . فإذا أصبح تنفيذ الالتزام الاصلي مستحيلاً بخطأ المدين ، أو مكن الدائن أن يطالب بالشرط الجزائي وأمكن للمدين أن يعرضه على الدائن . أما إذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً لسبب أجنبي فقد اقضى الالتزام ، ولا يجوز عندئذ للدائن المطالبة بالشرط الجزائي ، لأن هذا الشرط ليس إلا تقديرًا لتعويض مستحق ، وهنا لا يستحق الدائن تعويضاً ما .

٥ - ويترتب على الصفة التبعية للشرط الجزائي كذلك انه ليس بالتزام تخيري ولا بالتزام بدللي . فهو ليس بالتزام تخيري لأن محل الالتزام

(١) نقلًا عن السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٤٨٧ .

التخييري متعدد ولكن ذمة المدين تبرأ بالوفاء باحدها . أما في 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 الشرطالجزائي ليس التزاما بدنيا ، فلان محل الالتزام في الالتزام البدني واحد غير متعدد ، ولكن المدين يستطيع اجبار الدائن على قبول شيء اخر عوضا عن المحل الاصلى للالتزام . أما في الشرطالجزائي فإنه لا يستطيع اجبار الدائن على قبوله عوضا عن التنفيذ العيني . وقد سبق أن رأينا هذه الخصيصة عند كلامنا عن التعويض .

٧٨ — ولكن يجب الا نستتب من الصفة التبعية للشرطالجزائي أن الالتزام المصحوب به هو التزام معلق على شرط ، بل هو التزام بسيط . أما الالتزام الوارد في الشرطالجزائي فإنه التزام معلق على شرط ، والشرط هنا هو استحالة تنفيذ الالتزام الاصلي بخطأ المدين (١) .

حكم الشرطالجزائي في عقد وارد على عقار اذا لم يسجل العقد في دائرة

الطابو

٧٩ — وما حكم الشرطالجزائي في عقد وارد على عقار ، اذا لم يسجله المدين في دائرة الطابو ؟ تنص الفقرة الثانية من المادة (١١٢٦) من القانون المدني على أن : « العقد الناقل للملكية 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 في دائرة الطابو » . ويترتب على ذلك ان العقد الناقل للملكية عقار أو المرتب لحق رهن عليه لا ينعقد اذا لم تراع فيه الشكلية التي ينص عليها القانون ، أي اذا لم يسجل في دائرة الطابو . فإذا لم ينعقد العقد فهو في حكم العدم . ويترتب على ذلك بطلان

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

كل الالتزامات الناشئة عنه بما فيها الشرط الجزائي . ولكن المشرع العراقي اتبه الى هذه الحالة ووضع لها حكما خاصا بها . فقد نصت المادة (١١٢٧) مدنى على أن : « التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط » . ولكن يلاحظ هنا أن النص اقتصر على القول : « ٠٠٠ يقتصر على الالتزام بالتعويض ٠٠٠ 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 الأخذ بالشرط الجزائي وهي انه يحسم النزاع على مقدار التعويض اللازم دفعه الى الدائن . فقد يدعى هذا بان الضرر الذي أصابه أكبر من مبلغ الشرط الجزائي ، وقد يدعى المدين بان الضرر الذي أصاب الدائن أقل بكثير من مبلغ هذا الشرط ، أو يدعى عدم وجود ضرر مطلقا . فإذا 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 : « ٠٠٠ سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط » فانها سيئة الصياغة ، وكان خيرا منها العبارة التالية : « ٠٠٠ ولو لم يشترط التعويض في التعهد » . وهذا ، على ما نعتقد ، هوقصد الحقيقي للمشرع . أما القول بأنه لما كان العقد قبل التسجيل غير

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

منعقد فالشرطالجزائى باطل ، فيمكنتنا الرد عليه بان الاتفاق الذى يتم بين الطرفين قبل الذهاب الى دائرة الطابو اتفاق صحيح لاستيفائه شروطه واركانه الالزمه ، ولكنه لا ينتج أثره ، وهو انتقال الملكية ، حتى اتباع الاجراءات الالزمه أمام دائرة الطابو . وعلى ذلك فان عبارة المادة (١١٢٦) التي تنص على أن العقد الناقل للملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانونا ، عبارة غير موقعة ، هي وعبارة المادة (١١٨٦) التي تنص على أن الرهن التأميني لا ينعقد الا بتسجيله في دائرة الطابو . وكان خيرا من العبارة الاولى العبارة التالية : « العقد الناقل للملكية عقار لا ينقبل الملكية الا بعد تسجيله في دائرة الطابو » . وكذلك الحال بالنسبة للرهن التأميني ، فالعبارة التالية : « الرهن التأميني لا ينتج أثره الا بعد تسجيله في دائرة الطابو » ، خير من عبارة المادة (١١٢٧) . وبذلك لا تكون أمام عقد باطل بطلا مطلقا ، بل أمام عقد صحيح ، مع فارق واحد هو أن الملكية لا تنتقل والرهن التأميني لا يتم الا بعد تسجيل العقد في دائرة الطابو . وهذا يساعدنا على اعتبار الشروط الواردة في العقد ومنها الشرط الجزائى .

المبدأ الثاني - الشرط الجزائى هو اتفاق على تقدير التعويض

٨٠ — وقد اشارت الى ذلك الفقرة الاولى من المادة (١٧٠) مدنى بقولها : « يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في 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 — فإذا كان عدم التنفيذ أو الالخلال به ناتجا عن سبب أجنبى لا بد للمدين فيه ، فلا يستحق الشرط الجزائى . وفي هذا المعنى قضت محكمة تميز العراق في حكم لها صادر في ١٠ نيسان ١٩٥٨ (رقم ٣٥٤ - ح)

بأنه : « اذا تعذر تنفيذ الالتزام تعذر ا يصل الى حد الاستحالة فلا يجوز الحكم بالشرط الجزائي المتفق عليه » . وهذا ما اشارت اليه الفقرة الاولى من المادة (١٧٠) نفسها بقولها : « ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد ١٦٨ و ٢٥٦ و ٢٥٧ و ٢٥٨ » . فالمادة (١٦٨) تنص على انه : « اذا استحال على الملتم بـ العقد اـن ينفذ الـالتزام عـينا حـكم عـلـيـه بـالـتعـويـض لـعدـم الـوفـاء بـالتـزـامـهـ ماـ لمـ يـثـبـتـ اـن اـسـتـحـالـةـ التـنـفـيـذـ قدـ نـشـأـتـ عـنـ سـبـبـ اـجـنبـيـ لاـ يـدـ لـهـ فـيـهـ وـكـذـلـكـ يـكـوـنـ الـحـكـمـ اـذـ تـأـخـرـ الـمـلـتـمـ بـ فـيـهـ اـنـ يـنـفـذـ الـتـزـامـهـ » . أما المواد الاخرى التي تحيل اليـهاـ المـادـةـ (١٦٨)ـ فـتـكـلـمـ عـنـ ضـرـورـةـ الـاعـذـارـ وـكـيفـيـتـهـ وـالـحـالـاتـ التـيـ لـاـ ضـرـورـةـ فـيـهـ لـالـاعـذـارـ لـاستـحـقـاقـ الـتعـويـضـ . وـقـدـ سـبـقـ اـنـ رـأـيـناـ ذـلـكـ عـنـ كـلـامـنـاـ عـنـ الـتعـويـضـ الـقضـائـيـ .

٢ - ولا يستحق الشرط الجزائي كذلك (مثله في ذلك مثل التعويض القضائي) الا بعد اعذار المدين . وقد رأينا الان أن الفقرة الاولى من المادة (١٧٠) تشرط مراعاة أحكام المادة (٢٥٦) التي تشرط الاعذار لاستحقاق التعويض . وبهذا المعنى قضت محكمة التمييز العراقية في حكم لها صادر سنة ١٩٢٢ ، باـنهـ : « تـبـيـنـ اـنـ الـمـائـةـ روـيـةـ الـمـشـروـطـ اـعـطاـءـهـ اـلـىـ الـمـسـتـأـجـرـ عـنـ عـدـمـ تـسـلـيمـ الـمـفـاتـيحـ اـلـيـهـ فـيـ الـوقـتـ الـمـعـينـ هـيـ عـبـارـةـ عـنـ ضـمـانـ (ـ تعـويـضـ اـتـفـاقـيـ)ـ كـمـاـ يـفـهـمـ مـنـ مـدـرـجـاتـ وـرـقـةـ الـايـجارـ ،ـ وـاـنـ طـلـبـ الضـمـانـ لـاـ يـسـمـحـ بـهـ بـدـوـنـ سـحـبـ الـاـنـذـارـ وـذـلـكـ نـظـرـاـ اـلـىـ الـمـادـةـ (١٠٦)ـ مـنـ اـصـوـلـ الـمـحاـكـمـ الـحـقـوقـيـةـ ،ـ وـلـاـ لـمـ يـسـحـبـ الـمـيـزـ عـلـيـهـ الـاـنـذـارـ عـلـىـ الـمـيـزـ بـخـصـوصـ الـمـطـالـبـ بـهـذـهـ الـضـمـانـ فـاـصـدـارـ الـحـكـمـ بـتـضـمـينـ الـمـيـزـ بـالـمـائـةـ روـيـةـ بـدـوـنـ سـحـبـ الـاـنـذـارـ كـاـنـ مـخـالـفاـ لـلـقـانـونـ » (١) .

٣ - ولا يستحق الشرط الجزائي كذلك الا اذا لـحـقـ الدـائـنـ ضـرـرـ منـ اـمـتـاعـ الـمـدـيـنـ عـنـ التـنـفـيـذـ اوـ التـأـخـرـ فـيـهـ . وقد اـشارـتـ اـلـىـ هـذـاـ الـحـكـمـ الفقرـةـ الثـانـيـةـ مـنـ الـمـادـةـ (١٧٠)ـ ،ـ التـيـ نـصـتـ عـلـىـ أـنـهـ :ـ «ـ وـلـاـ يـكـوـنـ الـتعـويـضـ

(١) نـقـلاـ عـنـ الـدـكـتوـرـ حـسـنـ عـلـيـ الـذـنـونـ ،ـ الـمـرـجـعـ السـابـقـ ،ـ صـ ٤٢ـ .

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

المبدأ الثالث - الشرط الجزائى تقدير جزافى للتعويض

٨١ - ومعنى ذلك انه اذا قدر المتعاقدان مبلغا يدفعه المدين اذا أخل بتنفيذ التزامه وجب على القاضى الحكم بالمبلغ المتفق عليه بدون زيادة أو نقصان ، ولو لم يحصل ضرر . وقد سبق أن قلنا أن الشرع العراقى لم يأخذ بهذا المبدأ . فقد سبق أن رأينا الفقرة الثانية من المادة (١٧٠) من القانون المدنى لا تجعل الشرط الجزائى مستحضا اذا أثبت المدين أن الدائن لم يصبه أي ضرر .

ولكن القضاء الفرنسي يأخذ دائما بالشرط الجزائى تعليبا لمبدأ سلطان الارادة ، فيقضى بالمبلغ الذى قدره المتعاقدان كما هو بدون زيادة ولا نقصان ، ولو لم يوجد هناك ضرر . ومن هنا جاءت تسمية الشرط الجزائى بأنه تقدير جزافى للتعويض .

أما في مصر ، فالقضاء المختلط كان متربدا في ذلك حتى صدور حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة في ٩ شباط ١٩٢٢ ، الذي يوجب على القاضى أن يتحرى وجود الضرر ، فإذا وجده قضى بالشرط الجزائى كما حدده المتعاقدان ، حتى لو كان الضرر أقل مما اشترطه المتعاقدان . وإذا لم يوجد هناك ضررا رفض الحكم بالشرط الجزائى . وقد كان القضاء الاهلى متربدا كذلك حتى صدور حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف الاهلية في ٢ كانون الاول سنة ١٩٢٦ . وقد اشترط هذا الحكم وجود الضرر للحكم بالشرط الجزائى ، وأجاز للقاضى أن يعدل فيه بما يجعله متناسبا مع الضرر الحالى . وقد جاء في هذا الحكم : « ٠٠٠ فمتى توافرت هذه الشروط (شروط الحكم بالتعويض) وجب على القاضى أن يحكم بمقدار التضمين الذى قرره المتعاقدان عند اتفاقهما ، وليس له أن يقضى باقل منه ولا باكثر . ومع ذلك فإذا ثبت لدى القاضى أن مقدار

هذا التضمين (الشرط الجزائي) جائز وغير مقبول وغير مناسب مع الضرر الذي حصل فعلاً للمتعهد اليه ، وبعبارة اخرى اذا تبين أن الشرط الجزائي انما هو في الواقع ونفس الامر شرط تهديدي ليس الا – وهذا أمر واقعى محض وخاص بكل قضية على حدتها – فان له في مثل هذه الحالة فقط أن يمتنع عن التصديق على هذا التعويض الجائز ، وان يقدره هو حسب ما يظهر له من ظروف وواقف في الدعوى ٠٠٠)^١

يظهر لنا مما تقدم التدرج في موقف القضاة في 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 ٠

القانون المدني العراقي

٨٤ — وقد أخذ القانون المدني العراقي بالرأي الذي ذهب إليه القضاة الاهلي في 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 فادحاً» وقد وصفت المادة التقدير بكلمة «فادحاً» ، وهذه صياغة سيئة ، فقد كان الأفضل وصف التقدير بعبارة : « اذا كان مبالغ فيه الى درجة كبيرة » . وهذا هو التعبير الذي استعمله القانون المدني المصري (م ٢٢٤) . هذا وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة (١٧٠) نفسها تخفيض الشرط الجزائي في حالة ما اذا كان الالتزام قد نفذ في جزء منه ٠

الزيادة في الشرط الجزائي

٨٣ — وقد أجازت الفقرة الثالثة من المادة (١٧٠) المتقدمة الزيادة في الشرط الجزائي اذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً . فقد نصت على انه : «اما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب

(١) نقلًا عن الدكتور ابو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ١٩٤٥ ، ص ٤٤٥

باكثر من هذه القيمة الا اذا أثبتت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً» .
ففي غير حالة الغش والخطأ الجسيم على الدائن أن يكتفى بمبلغ الشرط
الجزائي . فإذا كان الإخلال بالتنفيذ ناشئاً عن خطأً جسيم أو غش صادر من
المدين جاز للمحكمة ، بناءً على طلب الدائن ، أن تقدر تعويضاً آخر يزيد
على المبلغ المتفق عليه في العقد اذا تحقق لديها أن الضرر الذي وقع أكبر منه .

تمييز الشرط الجزائي مما يشتبه به من أوضاع

٨٤ — سبق أن رأينا ان الشرطالجزائي انما هو اتفاق على تقدير
التعويض ، فهو جزء على اخلال المدين بتنفيذ التزامه . وهناك حالات
اخري قد يتطرق فيها المتعاقدان على بعض الشروط التي تشبه الشرط
الجزائي ، والتي قد يدق التمييز بينها وبينه . لذلك يجب أن نميز هنا بين
الشرطالجزائي وبين هذه الشروط . وأهم هذه الشروط هي : العربون
والشرط الذي يضع حداً أعلى لمسؤولية المدين . وقد يدق التمييز بين
الشرطالجزائي وبين الغرامات التهديدية أو التهديد المالي . وسنميز أيضاً
بينه وبين هذه الغرامات .

١ — التمييز بين الشرطالجزائي والعربون

٨٥ — نصت المادة (٩٢) من القانون المدني على ما يلى :
« ١ — يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز
العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢ — فإذا 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 مضافاً » . فالفقرة الثانية من هذه المادة تجيز لكل
من المتعاقدين العدول عن العقد لقاء دفع مبلغ العربون . فالعربون يشتبه
بالشرطالجزائي ، وقد يحمل على أنه شرط جزائي لتقدير التعويض في حالة
العدول عن العقد .

ومع ذلك فهناك عدة فروق بين العربون وبين الشرطالجزائي . يمكن
اجمالها بما يلى :

١ - العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد ، فمن أراد من المتعاقدين أن يعدل عن العقد كان له ذلك في مقابل دفع العربون ، أما الشرط الجزائي فقد يندر لتعويض عن ضرر قد يقع . ويترتب على كون العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد ، أن الالتزام بدفع العربون يظل قائما ولو لم يترتب على العدول عن العقد أي ضرر . أما الشرطالجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر للدائن ، كما سبق أن رأينا .

٢ - العربون لا يجوز تخصيصه ، سواء أكان الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر متناسبا مع العربون أم غير متناسب ، بل يجب دفعه ولو لم يلحق المتعاقد الآخر أي ضرر . وقد سبق أن رأينا أن الشرطالجزائي يجوز تخصيصه حتى يتناسب مع الضرر .

٣ - يمكن تكيف العربون بانه البدل في التزام بدلـى . ففي البيع مع العربون مثلا ، يتلزم المشتري التزاماً أصلياً بدفع الثمن في مقابلأخذ المبيع ، وله اذا شاء أن يعدل عن هذا الالتزام الأصلي – دفع الثمن مقابل أخذ المبيع – إلى التزام بدلـى محلـه دفع مبلغ العربون من غير مقابل . أما الشرطالجزائي فقد رأينا أن تكيفه القانوني هو تكيف التعويض : فلا هو بالتزام تخيري ولا هو بالتزام بدلـى . ومن ثم لا يكون المدين حرا – بخلاف المشتري في المثل المتقدم – في العدول عن تنفيذ التزامـه الأصلي ، اذا كان هذا التنفيذ ممكنا ، إلى تنفيذ الشرطالجزائي ، بل يجب عليه أن يقوم بتنفيذ التزامـه الأصلي اذا طلب الدائن ذلك .

وينبغي الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما اذا كانوا قد أرادـا بالعربون تحديد قيمة جزافية لا يجوز الاتقاص منها ، أو تقدير تعويض اتفاقـى يجوز اتقاصـه ، لا سيما اذا كان الجزء المشروط فادحا . وقد قضـت محكمة التميـز المصرية بهذا الخصوص في حكم لها صادر في ٥ كانون الثاني ١٩٣٣ بـان استظهـار نـية المـتعـاقـدين من ظـروف الدـعـوى وـوقـائـعـها مـا يـدخلـ في سـلـطةـ قـاضـىـ المـوضـوعـ ، ولا رـقـابةـ لـمحـكـمةـ النـقضـ عـلـيـهـ . فـلهـ أـنـ يـسـتخـلـصـ منـ نـصـ

عقد المبيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن المتعاقدين قصدوا به أن يكون البيع تماماً منجزاً بشرط جزائي ، ولم يقصدوا به أن يكون بيعاً بعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ ٠

٤ - يشترط الاعذار للحصول على مبلغ الشرط الجزائي ، أما العربون فلا يشترط فيه الاعذار ٠

٢ - تمييز الشرط الجزائي من التهديد المالي

٨٦ - يمكننا من دراستنا للتهديد المالي أن نميز بينه وبين الشرط الجزائي ٠ فالشرط الجزائي يختلف عن التهديد المالي أو الغرامات التهديدية من الوجوه التالية :

١ - التهديد المالي يحكم به القاضي ، أما الشرط الجزائي فيتفق عليه المتعاقدان ٠

٢ - التهديد المالي تحكمي لا يقاس بمقاييس الضرر ، وإنما يقصد به التغلب على عناد المدين ، فينظر إلى موارده المالية وقدرته على مقاومة الضغط ٠ أما الشرط الجزائي فالاصل فيه أن يقاس بمقاييس الضرر ٠

٣ - التهديد المالي وقتي ، فهو لا يقبل التنفيذ إلا إذا حول من غرامة تهديدية إلى تعويض نهائي ٠ أما الشرط الجزائي فليس بوقتي ولا تهديدي ، وإنما هو اتفاق نهائي قابل للتنفيذ على حاله ، وإذا جاز تخفيضه لفداحة تقديره ، فالاصل فيه عدم التخفيض ٠ أما التهديد المالي فالاصل فيه التخفيض ، لأنه يكون عادة أكبر بكثير من الضرر الحقيقي ، فيغلب تخفيضه عند تحويله إلى تعويض نهائي ٠

٤ - التهديد المالي عبارة عن وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني ، أما الشرط الجزائي فعلى العكس من ذلك يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ العيني ٠

٥ - التهديد المالي يقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخل فيها المدين بتنفيذ التزامه ٠ أما الشرط الجزائي فلا يقدر على هذا النحو إلا إذا كان تعويضاً عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، فإذا كان تعويضاً عن عدم التنفيذ فإنه يقدر عادة جزاً ٠

٨٧ — تلك هي الفروق بين الشرط الجزائي والتهديد المالي . الا أن الشبهة تزيد اذا كان الشرط الجزائي يقدر التعويض عن التأخر في التنفيذ . فقد يدق التمييز بينه وبين التهديد المالي اذا ما حكم القاضي على مقاول تأخر في تسليم العمل بغرامة تهديدية عن كل يوم يتاخر فيه ، أو اتفق المتعاقدان مقدما على أن يدفع المقاول مبلغا كبيرا — يقرب من الغرامات التهديدية — عن كل يوم يتاخر فيه عن تسليم العمل ففى كلتا الحالتين يبدو أن المبلغ المقدر انا وضع للتهديد أكثر مما وضع للتعويض عن الضرر . وفي كلتا الحالتين يخوض القاضي هذا المبلغ المقدر : في الغرامة التهديدية عند ما يحولها الى تعويض نهائى ، وفي الشرط الجزائي عند ما يرى أن تقدير الطرفين كان فادحا ، أو مبالغوا فيه الى درجة كبيرة . ولكن الذي يميز بين الوضعين في مثل هذه الاحوال أن الغرامة التهديدية حكم يصدر من القاضى ، أما الشرط الجزائي فاتفاقا يتم مقدما بين الطرفين (١) .

٣ - تمييز الشرط الجزائي من شرط الحد الأقصى للمسؤولية

٨٨ — عند ما يحدد المتعاقدان مبلغا معينا يجب دفعه عند اخلال المدين بتنفيذ التزامه ، فهما أاما أن يقصدوا أن يكون هذا المبلغ تقديرًا اجماليًا 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 . ففي الحالة الاولى تكون أمام شرط جزائي ، أما في الحالة الثانية فنكون أمام الشرط الذي يسمى بشرط الحد الأقصى للمسؤولية . وهذا الشرط كثير الاستعمال في الحياة العملية . فمن ذلك ما يشترطه الناقل في عقد النقل من أنه لا يكون ملزما أن يدفع أكثر من مبلغ معين عن كل رزمة أو صندوق أو كيلو غرام الخ . من البضاعة المرسلة ، كتعويض عن فقدانها في أثناء النقل ، ولو زادت قيمة المقول على هذا المبلغ . أما اذا قل الضرر عن هذا المبلغ ، فإن التعويض يجب تخفيضه .

(١) السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٨٦٤ - ٨٦٧ .

والفارق بين الشرط الجزائي وشرط الحد الاقصى للمسؤولية هو أن هذا الاخير يجوز تخصيصه ، أما الشرط الجزائي ، فقد سبق أن رأينا القضاء الفرنسي ، أخذنا بمبدأ سلطان الارادة ، يحكم به بعض النظر عن تناسبه مع الضرر الحقيقي الواقع على الدائن (١) . أما في القانون المدني العراقي ، فقد سبق أن رأينا ان الشرط الجزائي لا يجوز تخصيصه ، الا اذا أثبت المدين ان التقدير كان فادحا ، أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه .

المبحث الثاني

التعويض القانوني (أو الفوائد)

٧٩ — سبق أن قلنا أن القانون قد يتکفل بتقدير مبلغ معين كتعويض للدائن عما يصيبه من ضرر نتيجة اخلال المدين بتنفيذ التزامه . والصورة الوحيدة لهذا التحديد القانوني لمقدار التعويض هي حالة ما اذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وقت نشوء الالتزام . والتعويض الذي يقدره القانون في هذه الحالة هو مقدار الفائدة للمبلغ الواجب دفعه عن المدة التي تأخر فيها المدين في الوفاء . وهذه هي نظرية الفوائد . ويعالج كثير من الفقهاء التعويض الذي يقرره القانون للعامل في حوادث العمل باعتباره تطبيقاً لنظرية التعويض القانوني . ونحن نخالف ما يذهب اليه هؤلاء الفقهاء ، ولا نرى في حوادث العمل تطبيقاً لنظرية التعويض القانوني . وحيثتنا في ذلك أن التعويض الواجب للعامل نتيجة اصابته بضرر ناشئ عن العمل ليس مصدره اخلال المدين (رب العمل) بتنفيذ التزامه . نعم ، ان القانون هو الذي يحدد في الحالتين مقدار التعويض اللازم دفعه ، ولكن ذلك قياس مع الفارق . ففى نظرية الفوائد يكون التعويض عن تأخر المدين في 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 لصالحة رب

(١) بلانديول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف ٨٧١ . السنہوری ص ٨٦٧ ، هامش رقم ١ .

العمل ، فلسنا أمام تأخر في التنفيذ بل أمام قاعدة « الغرم بالغنم » ، أي تحمل التبعة . فرب العمل يغنم من عمل العامل فهو الذي يتحمل غرمه . ويمكننا أن نضيف إلى ذلك حجة أخرى تستمدتها من المادة (١٧١) من القانون المدني التي تنص على أنه : « اذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً أن يدفع للدائن على سبيل التعويض فوائد قانونية . . . » . فهذه المادة تشرط للحكم بالتعويض القانوني ، أن يكون محل الالتزام مبلغًا 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 في الوفاء به . وعلى ذلك فاننا نرى أن الكلام عن حوادث العمل يجب أن يكون عند شرح تشريع العمل ، لا عند الكلام عن التعويض القانوني الذي يستحقه الدائن عند تأخر مدینه في تنفيذ التزامه .

- ٩٠ - وفي كلامنا عن التعويض القانوني يجب أن نعرف ثلاثة أمور :
- ١ - الشروط التي يتطلبها القانون لاستحقاقه .
 - ٢ - مقدار الفوائد التي يقررها القانون في مثل هذه الاحوال .
 - ٣ - الخصائص المميزة للتعويض القانوني .
- ونرى كلا من هذه الامور في مطلب خاص .

المطلب الأول

شروط استحقاق الفوائد القانونية

٩١ - سبق أن رأينا الشروط العامة لتحقق مسؤولية المدين وهي : خطأ وضرر وعلاقة سلبية بين الخطأ والضرر ، وعدم وجود شرط على استبعاد المسؤولية التعاقدية ، وأخيراً الاعذار . وقد حورت هذه الشروط بالنسبة للشروط الالزمة لاستحقاق التعويض القانوني ، أو الفوائد القانونية . وبالنسبة للخطأ اعتبر المشرع مجرد تأخر المدين في الوفاء خطأ يستوجب مسؤوليته ، وبالنسبة للضرر وعلاقة السلبية ، افترض القانون

وجود الضرر واعتبره ناتجاً عن خطأ المدين أي عن تأخره في الوفاء . أما بالنسبة للإعذار فقد استبدل به المطالبة القضائية^(١) .

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

١ - أن يكون محل الالتزام مبلغًا من النقود معلوم المقدار حين نشوء الالتزام .

٢ - تأخر المدين في الوفاء .

٣ - المطالبة القضائية .

الشرط الأول - محل الالتزام مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام

٩٢ - وهذا الشرط نصت عليه العبارة الأولى من المادة (١٧١) المتقدمة بقولها « اذا كان محل الالتزام مبلغًا من النقود . . . » . وعلى ذلك فلا تكون الفوائد القانونية مستحقة الا بالنسبة للالتزام الذي يكون محله مبلغًا من النقود منذ نشأته ، وبصرف النظر عن المصدر الذي نشأ عنه الالتزام ، عقداً كان أو إرادة منفردة أو كسباً غير مشروع الخ . . . مثل ذلك التزام المقتضى برد المبلغ المقترض ، والالتزام المشتري بدفع ثمن المبيع والالتزام المستأجر بدفع الأجرة الخ . . . فإذا لم يكن محل الالتزام ابتداءً مبلغًا من النقود ، ولكنه أصبح كذلك فيما بعد ، كالتعويض في المسؤولية التقتصيرية ، أو كما إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلًا بخطأ المدين في المسؤولية التعاقدية واستحال

(١) السنهوري ، ف ٥٠٦ .

إلى تعويض، فلا تنطبق عليه أحكام المادة (١٧١)، وبالتالي لا يستحق الدائن فوائد عن التأخير في التنفيذ . ففي الحالة الأولى تطبق القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ، والغالب في هذه الحالة أن يكون تقدير التعويض عن التأخير في التنفيذ داخلاً في تقدير التعويض ذاته . وفي الحالة الثانية تطبق القواعد العامة في التعويض عن عدم التنفيذ ، والتي سبق أن رأيناها عند دراسة التنفيذ بمقابل . ولا يجب على المحكمة في مثل هذه الأحوال أن تراعي في تقديرها ما رسم لفوائد التأخير من حدود . وبهذا المعنى قضت محكمة التمييز المصرية في حكم لها صادر في ٢٤ تشرين الثاني سنة ١٩٣٢ بأن : « لقاضى الموضوع – متى افسخ البيع بسبب استحقاق البيع ووجب على المشتري رد الشن مع التضمينات – أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين يلزم به البائع علاوة على الشن ، أو أن يحتسب عليه الشن بالفوائد التي يعوض بها على المشتري ما خسره وما حرم منه من الارباح المقبولة قانوناً بسبب نزع الملكية والاستحقاق . وليس على القاضى إذا أجرى الفوائد التعويضية على المشتري أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار إليها في المادة (١٢٤) مدنى » . وكذلك قضت هذه المحكمة في حكم آخر لها صادر في ٨ حزيران ١٩٣٣ بأن : « للسالك الذي اغتصب ملكه وأضيف إلى المنافع العامة بغير اتباع الاجراءات القانونية لنزع الملكية حق مطالبة الحكومة بفائدة تعويضية مقابل ريع الأرض التي انتزعت ملكيتها منه جبراً عنه ، ولمحكمة الموضوع حق تقدير هذه الفائدة على الوجه الذي تراه غير مقتيدة في ذلك بالقواعد القانونية الخاصة بفوائد التأخير » (١) . ففى جميع هذه الأمثلة لم يكن محل الالتزام مبلغاً من النقود حين نشوئه ، وعلى ذلك فالمحكمة لا تتقييد عند تقديرها للتعويض بالحد الأعلى للفائدة القانونية .

٩٣ – ويشترط في المبلغ الذي يكون ملحاً للالتزام أن يكون معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام . وهذا الشرط نصت عليه المادة (١٧١) السابقة الذكر مباشرة بعد نصها على الشرط الأول فقالت : « .. وكان معلوم المقدار

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

وقت نشوء الالتزام ٠٠ ٠ فاذا لم يكن المبلغ محددا وقت نشوء الالتزام
فلا يسري عليه حكم الفوائد القانونية ٠

الشرط الثاني - تأخر المدين في الوفاء

٩٤ - وقد نصت على هذا الشرط المادة (١٧١) ذاتها فقالت : « ٠٠ وتأخر المدين في الوفاء به ٠٠ ٠ ونعيد هنا ما سبق أن قلناه من أن الالتزام يدفع مبلغ من النقود قابل للتنفيذ العيني دائما ٠ وعلى ذلك فالتعويض القانوني ، أو الفوائد ، إنما هو تعويض عن التأخير في التنفيذ ، لا عن عدم التنفيذ ٠ فمجرد تأخر المدين في تنفيذ التزامه بدفع مبلغ من النقود يكفى للحكم عليه بدفع الفوائد بالسعر الذي يحدده القانون ٠

الشرط الثالث - المطالبة القضائية

٩٥ - وقد نصت على هذا الشرط المادة (١٧١) كذلك في عبارتها الأخيرة ، فقالت : « ٠٠ وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ٠ وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره ٠» ٠

اشترط المشرع المطالبة القضائية لسريان الفوائد ، ولم يكتف بالاعذار ، والسبب الذي حدا به إلى هذا التشدد هو أن الفوائد صورة من صور الربي المنهي عنه شرعا ٠

وقد تشدد المشرع أكثر من ذلك ، فاشترط المطالبة القضائية بالفوائد ، ولم يكتف بالمطالبة باصل الدين ٠ وهذا هو صريح نص المادة (١٧١) المتقدمة ٠ وعلى ذلك فلا يكفى أن يطالب الدائن بأصل الدين فقط بدون ذكر الفوائد ، بل لا بد من ذكر الفوائد في صحيفة الدعوى ٠ فان لم يذكر الفوائد مع أصل الدين وأراد أن يقدم ، في أثناء نظر الدعوى ، طلبا اضافيا بالفوائد ، فعلى المحكمة أن ترد طلبه ٠ ويجب عليه في هذه الحالة أن يرفع دعوى مستقلة للمطالبة بها ٠ ولا تسري الفوائد حينئذ الامن تاريخ هذه الدعوى ٠

بخلاف صحيفة الدعوى ورفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة

٩٦ — وقد اختلفت الآراء في مسألتين : الاولى ، اذا رفعت الدعوى ولكن صحيفة الدعوى كانت باطلة . والثانية اذا رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة .

فإذا كانت صحيفة الدعوى باطلة ، فقد قضت أحكام محاكم مصرية
بان الفوائد لا تسري (١) .

اما رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، فالاتجاه الغالب في القضايا المصرية يذهب إلى عدم سريان الفوائد . وفي فرنسا كانت المادة (١١٥٣) من القانون المدني الفرنسي تشرط المطالبة القضائية بالفوائد ، ولكن هذه المادة عدل سنة ١٩٠٠ . ويقضي النص الجديد لهذه المادة بان الانذار Sommation الفرنسي بعد هذا التعديل يعتبر رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة مساويا للاعذار ، وببناءً عليه فإنه يكفي لسريان الفوائد . وصار الفقه الفرنسي يعتبر صحيفة الدعوى الباطلة لعيب في الشكل كافية لسريان الفوائد ، اذا توافرت فيها العناصر الالزمة لتكون الاعذار (٢) .

استثناء

٩٧ — غير أن القاعدة التي تقضي بان المطالبة القضائية ضرورية لاستحقاق الفوائد ليست من النظام العام ، وبناء عليه يجوز مخالفتها . وقد تكفلت المادة (١٧١) نفسها ببيان الاحوال التي يجوز فيها مخالفة هذه القاعدة . فقد قضت بانه : « .. ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها . وهذا كل ما لم ينص القانون على غيره » . ومن قراءة هذا النص يتبين لنا أن مخالفة هذه القاعدة أما أن يكون باتفاق خاص

(١) استئناف مختلط في ١٠ كانون الثاني ١٩٢٤ ، نقل عن ألسنة هوري ص ٨٩٦ ، هامش رقم ٣ .

(٢) پلانيول وريبير والسمان ، ج ٧ ، ف ٨٨٣ ، ٨٨٥ . بودري وبارد ج ١ ، ف ٥١٥ .

بين الطرفين ، أو اذاقتى بذلك العرف التجارى ، أو نص القانون نفسه
على ذلك في حالات خاصة .

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

وقد يقضى 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 اعذار . وقد يحدد القانون
التجارى نفسه مبدأ اخر لسريان الفوائد غير تاريخ المطالبة القضائية . فقد
نص قانون التجارة العراقى على أن الفوائد المنصوص عنها في البوليصة
تسري من تاريخ تحرير هذه الورقة .

وقد ينص القانون نفسه على مبدأ اخر لسريان الفوائد . وهنالك
نصوص مبعثرة في ثنايا القانون المدنى تقضى بذلك ، نذكر منها على سبيل
المثال النصوص التالية :

١ - ما قضت به المادة (٩٣٧) من انه : « ليس للوكيل أن يستعمل
مال الموكل لصالح نفسه وعليه فوائد المال الغلى استخدمها لصالحه من
وقت استخدامها » . وما قضت به المادة (٩٤١) من أن : « على الموكل أن
يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتمد مع الفوائد من وقت
الاتفاق مما كان حظ الوكيل من النجاح » . وقد سبق أن رأينا هاتين
المادتين كاستثناء على القاعدة العامة في ضرورة الاعذار لاستحقاق التعويض .

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

وأولى هاتين الحالتين أعدار البائع للمشتري ، فقد اكتفى المشرع في هذه الحالة لسريان الفوائد بالاعدار ولم يشترط المطالبة القضائية . وثانيهما اذا كان البائع قد سبق له أن سلم الشيء المبيع الى المشتري وكان هذا الشيء من الاشياء المنتجة لشرفات او ايرادات أخرى ، ففي هذه الحالة يستحق البائع فوائد الثمن من تاريخ تسليم الشيء المبيع .

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

المطلب الثاني مقدار الفوائد كما حددها القانون

٩٨ - تدخل القانون فحدد سعرا للفائدة ، ولكنه أجاز في بعض الاحوال النزول عن الحد المقرر ، وفي أحوال أخرى الزيادة عليه .

فقد حددت المادة (١٧١) سعر الفائدة باربعة بالمائة في المسائل المدنية وخمسة بالمائة في المسائل التجارية . ولكن الفقرة الاولى من المادة (١٧٢) أجازت للمتعاقدين أن يتلقا على سعر أعلى من ذلك ، على ألا يتتجاوز هذا السعر سبعة بالمائة . فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة بالمائة ، ورد الزائد على هذا القدر .

وقد وقف المشرع - كراهية منه للربى - موقف ريبة وحذر من الشروط التي يفرضها الدائن على المدين بهذا الخصوص . فإذا كانت هذه الشروط ستارا يخفى به الدائن مقدار الفائدة الحقيقة 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 هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة » . وهنالك حالة أخرى أجاز فيها المشرع للمحكمة أن تخفض الفائدة أو ألا تخضى بها اطلاقا ، وهي حالة ما إذا تسبب الدائن بخطأه في اطالة أمد النزاع . وقد نصت على هذه الحالة الفقرة الثالثة من المادة (١٧٣) بقولها : « أما إذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه في اطالة أمد النزاع بخطأه فللمحكمة أن تخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو ألا تخضى 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 يجاوز الفوائد ، وقد تسبب فيه المدين بغضه أو بخطأه الجسيم . وقد نصت على هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة (١٧٣) بقولها : « ويجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد القانونية أو الاتفاقية اذا أثبتت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغض منه أو بخطأ جسيم » .

الفوائد المركبة

٩٩ — ويقصد بالفوائد المركبة أن تلحق الفوائد التي استحقت ولم تدفع برأس المال لتصبح جزءاً منضما اليه ، تنتج ، كما ينتج رأس المال الاصلي ، فوائد قانونية أو اتفاقية . وقد وقف القانون المدني العراقي بالنسبة لهذا النوع من الفوائد موقفاً أكثر امعاناً في الاحتياط والشدة من موقفه بالنسبة للفوائد البسيطة .

ويكفي للدلالة على خطر الفوائد المركبة أن شخصاً لو افترض مبلغاً بفائدة مرکبة قدرها خمسة بالمائة فان هذا المبلغ يتضاعف في خلال اربعة عشر عاماً ، مع العلم بان الاقتراض لو كان بفائدة بسيطة فان رأس المال لا يتضاعف الا بمرور عشرين عاماً .

وقد منعت المادة (١٧٤) مدني صراحة أخذ فوائد على متجمد الفوائد في 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 التي يتلقاها الدائن أكثر من رأس المال » . وقد استثنى هذه المادة من ذلك أيضا المسائل التجارية .

١٠٠ — ونلاحظ أخيرا أن احتساب الفوائد والفوائد المركبة إنما يكون على أساس التقويم الشمسي لا الهجري (مادة ١٧٦) .

المطلب الثالث

خصائص التعويض القانوني

١٠١ — نستطيع الآن ومن خلال دراستنا السابقة أن نعرف ما هي خصائص التعويض القانوني . ويمكن تلخيص هذه الخصائص بثلاث :
١ — أن القانون تولى بنفسه تقدير التعويض .
٢ — أن القانون افترض وقوع الضرر على الدائن افتراضا لا يقبل ثبات العكس ، واعفاء من اثباته .
٣ — أن القانون قد خفف من جهة أخرى العبء عن المدين فجعل مبدأ سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية .

وسنرى أن هذه الخصائص إنما هي استثناءات للقواعد العامة التي سبق ن رأيناها في التعويض .

الخصيصة الأولى — القانون تولى بنفسه تقدير التعويض

١٠٢ — وذلك بخلاف التعويض القضائي والتعويض الاتفاقي . والسبب الذي حدا بالشرع إلى أن يتولى بنفسه تقدير التعويض عند تأخر المدين في الوفاء بمبليغ من النقود هو صعوبة تقدير مقدار الضرر الذي يصيب الدائن . فالنقود يمكن استغلالها دائما ، ويمكنها أن تعطي ثمرة

في كل وقت . ولكن تتدخل عوامل عديدة في تحديد مقدار النفع الذي يمكن الحصول عليه منها : فكمية النقد المتداول ، والاحوال السياسية العامة ، والاستقرار المالي للدولة ، والدرجة التي عليها البلد من التطور والتقدم العمراني ، ومركز الدائن ، الخ .. كل هذه عوامل تتدخل في تحديد امكانية استثمار رؤوس الاموال ، والبحث فيها أمر في غاية الصعوبة بالنسبة للمحاكم ، وقد يشير منازعات لاحد لها . فقطعاً للدابر هذه المنازعات تكفل القانون بنفسه تقدير التعويض . وقد سبق أن رأينا أن المشرع قد وضع حداً أعلى لسعر الفائدة لا يجوز تجاوزه ، فإذا تجاوزه المتعاقدان وجب على المحكمة تنزيله إلى الحد الأعلى . وهذا مثل من الأمثلة النادرة التي يحل فيها المشرع أرادته محل ارادة العقددين ، فيقضي بتعديل شروط العقد .

الخصيصة الثانية - افتراض الضرر

١٠٣ - نصت الفقرة الاولى من المادة (١٧٣) مدنى على انه : « لا يشترط لاستحقاق الفوائد التأخيرية ، قانونية كانت أو اتفاقية ، ان يثبت الدائن أن خساراً قد لحقه من هذا التأخير » . وبهذا أعفى المشرع الدائن بمبلغ من النقود الذي يطالب مدینه بتعويض عن تأخره في 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 في استحقاق التعويض ، والتي تشترط أن يثبت الدائن الضرر الذي يدعوه نتيجة تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، والتي تسمح للمدين أن يثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر من جراء تأخره في تنفيذ التزامه أو عدم تنفيذه له .

الخصيصة الثالثة - ضرورة المطالبة القضائية وعدم كفاية الاعذار

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

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

١٠٥ — بهذا تنتهي من الكلام عن التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل وتنقل الان الى الكلام عن الضمان الذي يتمتع به الدائنوں للحصول على حقوقهم ، ألا وهو ذمة المدين المالية . وهذا هو موضوع الفصل الثالث من هذا الباب .

الفصل الثالث

حق الضمان العام والمحافظة عليه

١٠٦ — سبق أن قلنا أن الشريعة الاسلامية جعلت من العلاقة بين الدائن والمدين علاقة بين ذمتيں ماليتین لا علاقة بين شخصین : دائن و مدين . فلم يعده للدائن ذلك الحق الذي كان له في القانون الروماني على شخص مدينه .

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

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

١ - طرق تحفظية

١٠٩ - فهنما تكون فائدته المحافظة على ذمة المدين المالية ، أو المحافظة على حق للمدين خشية السقوط والضياع . ومن الأمثلة على هذه الوسائل : طلب وضع الاختام على أموال المدين ، والتدخل في قسمة أموال مشاعة اذا كان المدين شريكا فيها ، والتدخل في الدعاوى التي ترفع من المدين أو عليه . ومثالها أيضا قطع التقادم وقيد الرهن وتتجديد القيد الخ كان للمدين حق يوشك أن يسقط بالتقادم ، فمن مصلحة الدائن أن يقطع هذا التقادم ، وذلك لابقاء الحق في ذمة مدینه المالية . وإذا كان للمدين حق رهن على عقار ولكنه لم يسجله ، فمن مصلحة الدائن أن يسجل هذا الرهن قبل أن يرهن مالك العقار عقاره لدى شخص آخر ويقوم الدائن الجديد بتسجيل حق الرهن فيتقدم بذلك على الدائن الأول الذي هو المدين بالنسبة للدائن الذي يطلب تسجيل حق الرهن ، الخ . . . دراسة هذه الوسائل تدخل في موضوع قانون المرافعات ، وعليه فسوف لا تتكلم عنها .

٢ - طرق تنفيذية

١١٠ - ومن هذه الوسائل ما يرمي الى تسكين الدائن من استيفاء حقه ، وذلك عن طريق الحجز على أموال مدینه وبيعها بالزاد العلني . ويشترط في هذه الوسائل أن يكون حق الدائن قد وصل الى درجة البتات ، بان يكون ثابتا بحكم اكتسب الدرجة القطعية أو بعقد عليه الصيغة التنفيذية (ومثاله العقد المنظم من قبل الكاتب العدل) . دراسة هذه الوسائل تدخل في دراسة قانون التنفيذ ، وعليه فسوف لا تدرسها كذلك .

٣ - طرق وسط

١١١ - ومن هذه الوسائل ما هو بين هذه وتلك . فهو أقوى من الوسائل التحفظية ، ودون الوسائل التنفيذية ، فهو يمهد لهذه الاخيرة . وهذا النوع من الوسائل لا يكفي بحد ذاته للتنفيذ على أموال المدين ، ولكنه يمهد السبيل لذلك . وقد منح القانون الدائنين هذه الوسائل بغية

لتغلب على اهمال مدينهم أو غشه أو سوء نيته . وهذه الوسائل هي التي تهمنا هنا .

١١٢ — وقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٢٦٠) من القانون المدني على القاعدة العامة في هذا الباب ، فقضت بان : « أموال المدين جسيعها ضامنة للوفاء بدونه » . وهذا الضمان العام يتساوى فيه جميع الدائنين ، ويجب الا يتتبس بالضمان الخاص الذي منحه القانون لدائن معين على مال معين من أموال مدینه ، والذي يعطيه حق الافضليه 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 في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون » . وحق الدائن في التقدم على بقية الدائنين انما يكون بالنسبة للعين التي له عليها حق التقدم فقط . فإذا سد ثمن العين مقدار الدين كان بها ، وإن زاد منه شيء وزع على بقية الدائنين ، إن وجدوا ، وإن لم يكف ثمن العين لتسديد الدين رجع الدائن بما بقي له على ذمة المدين المالية بوصفها الضمان العام ، وأصبح دائنا عادياً كبقية الدائنين بالنسبة لما بقي له من دين .

أنواع الوسائل التحفظية

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

١١٤ — وقد لا يقتصر غش المدين وسوء نيته على الناحية السلبية بل يتعداه إلى الناحية الإيجابية ، فيعمد إلى التصرف بأمواله تصرفًا ضاراً ، وذلك اضعافاً للضمان العام الذي هو ذمته المالية وأضراراً بدائنيه . في هذه الحالة يستطيع الدائن أن يطعن في هذا التصرف ليجعله غير نافذ في حقه ، فيعود المال إلى الضمان العام تمهدًا للتنفيذ عليه . والدعوى التي يطعن

بها الدائن في التصرف الضار به تسمى : دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه ، وتسمى أيضاً : الدعوى البولصية نسبة إلى الفقيه الروماني يواصي الذي هو أول من قال بها ، ولكن ذلك أصبح محل شك الآن .

١١٥ — وقد يفلس المدين ويحاف دائرته أن يعمد إلى تهريب أمواله أو اختفائها بان يجعلها باسم غيره ، وكان لخوفهم أسباب معقولة ، في هذه الحالة يستطيع الدائرون أن يطلبوا من المحكمة ايقاع الحجر عليه ومنعه من التصرف بأمواله . وهذه الوسيلة تسمى : الحجر على المدين المفلس .

١١٦ — وأخيراً قد يكون محل التزام المدين الذي يطالبه دائنه بتنفيذ التزامه بين يديه (أي بين يدي المدين) ، ولكن دائنه لم ينفذ ما عليه من التزام . في 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 — وهناك وسيلة أخرى لم يتكلم عنها القانون المدني العراقي مع الوسائل السابقة ، وهي الحالة التي يعمد فيها المدين إلى اخراج بعض أمواله من ذمته المالية بتصرف صوري . فيجوز للدائرين أن يطعنوا في هذا التصرف بدعوى تسمى : دعوى الصورية . وما دام القانون المدني لم يتكلم عن هذه الوسيلة مع الوسائل المتقدمة ، فسوف لا تتكلم عنها نحن أيضاً . ونعالج الوسائل المتقدمة بفروع اربعة كما يلى :

١ — الدعوى غير المباشرة .

٢ — دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه (الدعوى البولصية) .

٣ — الحجر على المدين المفلس .

٤ — حق الحبس .

الفرع الأول

الدعوة غير المباشرة

١١٨ — اذا أصبح الانسان في وضع مالي سيء واربت ديونه على

حقوقه ، فمن المحتمل أن يهمل في المطالبة بماله من حقوق على الغير أو يتعدى ذلك ، لعلمه مقدماً بأنها ستذهب إلى دائناته ولا يستفيد هو منها شيئاً إذا حصل عليها ، لأنها ستتدخل في ذمته المالية التي هي الضمان العام للدائناته فيحصل عليها هؤلاء الدائنوون دونه . لذلك كان من اللازم منح الدائنين طرقاً يتيقون به تأثير اهمال مدينهم وغضبه . والطريق الذي منحه القانون للدائنين في مثل هذه الحالة هو أن يقيموا الدعوى باسم مدينهم للمحافظة على حقوق هذا الأخير من الضياع ، وبالتالي لا دخال هذه الحقوق في ضمانهم العام . والدعوى التي يستطيع الدائنوون اقامتها باسم مدينهم تسمى بـ « الدعوى غير المباشرة » . وهي إنما سميت كذلك لعدم وجود رابطة قانونية مباشرة بينهم وبين مدينهم ، فالعلاقة التي تربطهم بهذا الأخير إنما تسر بمدينهم ، فالرابطة غير مباشرة ، وعليه فالدعوى غير مباشرة . فإذا كان زيد دائناً لعمرو وكان عمرو دائناً لبكر ولكنه لا يطالب به ماله في ذمته ، وكان يخشى اعسار عمرو ، أو زيادة اعساره إذا كان معسراً ، كان زيد مصلحة في مطالبة بكر بما لعمرو عليه ، إذ أن ما سيدفعه بكر لعمرو سيستعمل للوفاء بما على هذا الأخير لزيد . فالغاية من الدعوى غير المباشرة ذن هي التغلب على غش المدين واهماله .

الأساس القانوني للدعوى غير المباشرة

١١٩ وتقوم الدعوى غير المباشرة على أساس قانوني مزدوج . فهي تقوم من جهة على فكرة الضمان العام باعتبار أموال المدين جمعاً تضمن الوفاء بديونه . فاستعمال الدائن لحقوق مدينه لدى الغير لا يقصد منه إلا المحافظة على هذا الضمان العام ، فحقوق المدين لدى الغير لم تخرج عن كونها جزءاً من هذا الضمان .

وهي تقوم من جهة أخرى على فكرة النيابة ، بنيابة الدائن عن مدينه عند استعماله لحقوق هذا الأخير . وهذه النيابة هي نيابة قانونية . وهذا ما أشارت إليه صراحة المادة (٢٦٢) من القانون المدني بقولها : « يعتبر الدائن في استعماله لحقوق مدينه نائباً عن هذا المدين » . ولكن هذه

النيابة ليست كبقية أنواع النيابة ، إنها نيا^ة من نوع خاص . فالاصل في النيابة أن تكون لمصلحة المنوب عنه ، ولكنها في الدعوى غير المباشرة تكون لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصيل . فالدائن حين استعماله لحقوق موكله يعتبر نائبا عنه ، ولكنه إنما يمارس هذه النيابة لمصلحة نفسه لا لمصلحة مدينه ، فهو يبغى المحافظة على الضمان العام الذي يضمن له استيفاء حقه من مدينه .

حجر ما للدين لدى شخص ثالث

١٢٠ — ولكن بالرغم من هذه الفوائد الظاهرية للدعوى غير المباشرة ، فإن اللجوء إليها في العمل قليل ، بل نادر . ذلك لأن هناك وسيلة أخرى تفضلها ، وهي حجز ما للدين لدى الغير . فإذا كان دين المدين لدى الغير مبلغا من النقود (وهذا هي الحالة الغالبة) ، كان في وسع الدائن أن يحجز على هذا الدين ويأخذ منه مقدار ماله في ذمة مدينه . وهو بعمله هذا يتحقق فائدة لا يجدها في الدعوى غير المباشرة ، وهي استقلاله بما يأخذ وعدم مشاركة الدائنين الآخرين إيه في ما حصل عليه ، أن لم يكونوا قد حجزوا معه على هذا الدين .

١٢١ — بعد هذه المقدمة الوجيزة ، تعالج الدعوى غير المباشرة في ثلاثة مباحث ، نحدد في الأول مجال استعمالها ، وفي الثاني شروطها ، وفي الثالث نرى الآثار التي تترتب عليها .

المبحث الأول

مجال استعمال الدعوى غير المباشرة

١٢٢ — نصت المادة (٢٦١) مدنی على انه : « يجوز لكل دائن ٠٠٠٠ أن يستعمل حقوق هذا الدين الا ما اتصل منها بشخصه خاصة أو ما كان منها غير قابل للحجز ٠٠٠ ॥ » . فهذه المادة تحدد بوضوح المجال الذي يمكن استعمال الدعوى غير المباشرة فيه . فبمقتضاه يجوز استعمال جميع الحقوق

التي للمدين . ولكن المادة أستثنى من هذه الحقوق ما كان متصلة منها بشخص المدين خاصة ، وما كان منها غير قابل للحجز . وبناء عليه فإن جميع الحقوق والدعوى التي تكون جزءاً من الديمة المالية والقابلة للحجز ، وغير المتصلة بشخص المدين خاصة ، يمكن للدائن استعمالها . ويترتب على ذلك انه يخرج عن نطاق الدعوى غير المباشرة الشخص ، والدعوى والحقوق غير المالية ، والحقوق المالية التي لا يجيز القانون الحجز عليها ، وأخيراً الحقوق المالية المتصلة بشخص المدين خاصة . ونرى كلاماً من ذلك على حدة .

١ - الرخص

١٢٣ - الرخصة حق متروك استعماله وعدم استعماله الى مطلق تقدير الشخص ، وهو لا يمثل قيمة مالية وإن كان من الممكن أن تكون له اثار تزيد أو تنقص من ذمة صاحبه المالية . مثال ذلك حق الشخص في قبول صفقة تعرض عليه أو رفضها ، وإن كانت رابحة . ومن أمثلة الشخص أيضاً حق الإنسان في ادارة أمواله بالصورة التي يريتها ، حسنة كانت هذه الادارة أو سيئة ، وحقه في أن ينشر كتاباً فيه أو لا ينشره ، وحقه في قبول هبة عرضت عليه ، وحقه في طلب الشفعة الخ . كل هذه الحقوق ليست بحقوق مالية ولكنها رخص يتمتع بها الشخص . وعلى ذلك فهي تخرج عن نطاق استعمال الدعوى غير المباشرة ، لأننا لو سمحنا للدائن باستعمال هذه الشخص فاننا نكون قد سمحنا له بالتدخل في شؤون مدينه .

٢ - الدعوى والحقوق غير المالية

١٢٤ - ويقصد بهذه الحقوق الحقوق التي لا تنقلب الى مبلغ من المال يضاف الى ذمة المدين ، ومثالها الحقوق المتعلقة بالاحوال الشخصية . وعلمى ذلك لا يجوز للدائن أن يرفع عن مدینه دعوى طلاق ، حتى لو كان استعمال هذا الحق من شأنه أن يخفف عبئاً مالياً عن المدين كاقطاع 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 ٠ وليس للدائن كذلك أن يطلب باسم مدینه اتفاصل نفقة
قدرت لزوجة المدين أو لأحد أقاربه ٠ ولا يجوز للدائن كذلك أن يرفع
باسم مدینه دعوى نسب ، حتى لو كانت هذه الدعوى تؤدي إلى أن يثبت
للمدینين ميراث أو وصية أو وقف ٠ ولكن لما كان يجوز للورثة أن يطالبوا
بميراث مورثهم ولو اقتضى الامر أن يثبتوا نسبة ، فلدائنی الورثة أن
يرفعوا هذه الدعوى باسم مدینيهم ، لأن القضية تصبح قضية ميراث لا
قضية نسبة (١) ٠

٣ - الحقوق المالية التي لا يعترف 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 تمهدًا للحجز
على الحق الذي يعيده الدائن إلى ضمانه العام ٠ فإذا كان الحق الذي يريد
الدائن ارجاعه إلى ذمة مدینه لا يمكن الحجز عليه ، فلا تكون له مصلحة في
إقامة الدعوى غير المباشرة ، اذ سوف لا يستطيع استيفاء حقه منه ، فتنتعدم
بذلك الحكمة التي من أجلها أجاز القانون للدائن أن يتدخل في شؤون
مدینه ٠ ومثال الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها حق السكنى وحق
الاستعمال ومرتبات الموظفين (إلى حد معين) وديون النفقة ٠ فتخرج هذه
الحقوق عن نطاق الدعوى غير المباشرة ٠

٤ - الحقوق المالية المتصلة بشخص المدين

١٢٦ - والى هذا النوع من الحقوق أشارت المادة (٣٦١) لتقديره بنصها على
أنه : «يجوز لكل دائن أن يستعمل حقوق مدینه الا ما اتصل منها
بشخصه خاصة ٠٠٠» ٠ ولم تبين هذه المادة ما هي الحقوق المتصلة بشخص
المدين وما هي الحقوق غير المتصلة بشخصه ٠ والحقوق التي تشير إليها
هذه المادة هي حقوق مالية يؤدي استعمالها إلى زيادة العناصر الموجبة في
ذمة المدين المالية ، وبالتالي إلى زيادة الضمان العام ٠ ولكن نظراً لاتصال

(١) السنهوري ، ص ٩٦٥ - ٩٦٦ ، مع المراجع المشار إليها في هامش

رقم ١ ، ص ٩٦٦ ٠

هذه الحقوق بشخص المدين اتصالاً وثيقاً فقد اخرجت من نطاق الدعوى
غير المباشرة .

١٢٧ - ويلاحظ أن وضع معيار عام لبيان الحقوق التي تتصل بشخص
الإنسان وبين الحقوق التي لا تتصل بشخصه من الصعوبة بمكان . ويقترح
بعض الفقهاء للتفرقة بين هذين النوعين من الحقوق المعيار التالي : يعتبر
الحق المالي متصلة بشخص المدين إذا قام في أساسه على اعتبارات أديبية .
وعلى العكس من ذلك إذا غلت عليها الصفة المادية ، فإنها تعتبر حقوقاً
مالية بحثة ويجوز رفع الدعوى غير المباشرة بشأنها ^(١) . ومثال الحقوق
المالية المتصلة بشخص المدين حق الرجوع في الهبة ، فهذا حق مالي إذا
مارسه المدين فإنه يعيد إلى ذمته عنصراً موجباً ، ومع ذلك فلا يجوز للدائن
استعماله نيابة عن مدنه لأنه متصل اتصالاً وثيقاً بشخصه . ومثال هذه
الحقوق أيضاً التعويض عن الضرر الأدبي ، فحق المطالبة بالتعويض عن
هذا الضرر لا ينتقل إلى الوراثة ، ولا يمكن للدائن المتضرر أديباً ممارسته
باليابسة عنه . أما إذا أظهر المتضرر ارادته في التعويض عن هذا النوع من
الضرر وتحدد التعويض بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي ، فقد أصبح حقاً
مالياً كسائر الحقوق ينتقل إلى الوراثة ويستطيع الدائن المطالبة به باليابسة عن
مدنه ^(٢) .

المبحث الثاني شروط الدعوى غير المباشرة

١٢٨ - تنقسم الشروط التي يجب توافرها لاستعمال الدعوى غير
المباشرة إلى قسمين : قسم يرجع إلى الدائن وقسم يرجع إلى المدين . ونرى
كلاً من ذلك في مطلب مستقل .

(١) پلانيول وريبير وأسمان ، ج ٧ ، ف ٩٠٤ . پلانيول وريبير وبولانجييه
ج ٢ ، ف ١٣٩٣ . السننوري ، ج ٢ ، ص ٩٦٦ . أبو ستيت . ص ٤٦٥ .
الذنون ، ص ٦١ - ٦٢ .

(٢) السننوري ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٩١٩ . ج ٣ ، ص ٩٦٦ .
هامش رقم ٤ .

المطلب الأول

الشروط التي ترجع إلى الدائن

١٢٩ - يشترط في الدائن ، لاستعمال الدعوى غير المباشرة ،

شرطان :

١ - ان يكون حقه خاليا من النزاع •

٢ - أن يكون له مصلحة في رفع الدعوى •

ونرى كلا من هذين الشرطين على حدة •

الشرط الأول - ان يكون حق الدائن خاليا من النزاع

١٣٠ - وقد نصت على هذا الشرط المادة (٢٦١) بقولها : «يجوز لكل دائن

ولو لم يكن حقه مستحق الاداء ٠٠٠ » . وتنقسم الحقوق من حيث قوتها أربع مراتب :

فأضعف الحقوق هو الحق المتنازع فيه ، وهو حق ينصب النزاع على وجوده أو عدم وجوده . فإذا ثبت وجوده فقد يكون مقدرا وقد

يكون غير مقدر ، فالحق المحقق أو الخالي من النزاع هو المرتبة الثانية التي تلي مرتبة الحق المتنازع فيه . فإذا خلا الحق من النزاع وكان مقدرا فقد

يكون مستحق الاداء وقد يكون غير مستحق الاداء ، فالحق المتحقق المستحق الاداء هو المرتبة الثالثة من الحقوق . فإذا كان الحق مستحق الاداء ، فقد

يكون واجب التنفيذ ، لأن يكون ثابتا في حكم اكتسب الدرجة القطعية أو في عقد رسمي عليه الصيغة التنفيذية ، وقد يكون غير واجب التنفيذ . والحق

الواجب التنفيذ هو أقوى أنواع الحقوق .

والشرط الذي اشتريته 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 - ويذهب القضاء والغالبية العظمى من الفقهاء في فرنسا ومصر

إلى أن حق الدائن يجب أن يكون مستحق الاداء . ويستندون في ذلك إلى

(الموجز ج ٢ - ٥٥)

طبيعة الدعوى غير المباشرة ، فهي لما كانت اجراءاً وسطاً بين الاجراءات التحفظية والاجراءات التنفيذية ، فلا يكفي في حق الدائن أن يكون مؤكداً كما لا يتشرط فيه أن يكون واجب التنفيذ ، بل يجب أن يكون مستحقاً الاداء . وهذا المعنى قضت محكمة التمييز الفرنسية في حكم لها صادر في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٥ بأنه : « يجب أن يكون حق الدائن عند مباشرة الدعوى متحققاً ومقدراً ومستحقاً الاداء (١) » . وعلى ذلك لا يجوز لمن كان حقه غير متحقق أو غير مقدر ، أو مقترباً بأجل أو معلقاً على شرط ، أن يستعمل هذه الدعوى .

١٣٣ — ويعلل الفقه والقضاء في فرنسا هذا الرأي بأن ممارسة الدعوى غير المباشرة أكثر من طريق تحفظي اعتيادي . فإذا لم يصل استعمال الدعوى غير المباشرة إلى درجة طرق التنفيذ الحقيقة ، فهو على الأقل تدخل في شؤون المدين ، تدخل يهيء ويسهل استعمال الطرق التنفيذية . فمن غير غير المعقول أن يمكن دائن من أن يدخل في ذمة المدين المالية ، عن طريق الدعوى غير المباشرة ، أموالاً لافائدة له منها في الحال ، أذ لا يستطيع أن يأخذ منها حقه ، وهي لن تقييد إلا غيره من الدائنين . كما أنه ليس من العدل أن نجرد المدين من حريةه لصلاحة دائن لا يصيغ ضرر في الوقت الحاضر ، وهو في الوقت ذاته لا يستطيع أن يطالب بشيء ، يمكنه أن يحصل على حقه عندما يحل أجله (٢) .

١٣٤ — وقد شدَّ عن هذا الاجماع الاستاذان كولان وكابيتان . وهما يقولان في الرد على بقية الفقهاء : « يزعم القائلون بالرأي السابق أن استعمال المدعى على من كان حقه مؤجلاً أو معلقاً على شرط عديم الفائدة له لأنه لا يستطيع أن يحصل على حقه منه . ولكن هذا القول غير مقنع ، فللدائنين المطلق حقه على شرط أو المقرن باجل مصلحة في منع اختفاء مال من أموال مدينه ، فهو قد يستطيع أن يستوفى حقه منه » (٣) .

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

(٢) المرجع السابق ، ص ٢١٨ .

(٣) كولان وكابيتان ودي لامورانديير ، ج ٢ ، ط ٨ ، ف ٢٥٤ .

١٣٤ — والرأي الذي أخذ به القانون المدني العراقي هو الرأي الذي يذهب إليه العلامة السنهوري والذي خالف فيه ما ذهب إليه القضاء الفرنسي وغالبية الفقهاء الفرنسيين والمصريين . فهو يقول في هذا الصدد : « ونحن لا نذهب في ذلك إلى ما ذهب إليه الجمهور . لأن الدعوى غير المباشرة لها ناحيتان . فهي في العلاقة ما بين الدائن والمدين الذي يستعمل الدائن حقه لا تزيد على إجراء تحفظي ، إذ أن الدائن وهو يباشرها إنما يحافظ على أموال مدينه التي توشك أن تضيع ، ولا يزيد فيها شيئاً . وهي في العلاقة ما بين المدين ومدين المدين الذي تقام عليه الدعوى قد تكون إجراءاً تحفظياً إذا كان الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه يدخل في هذه الإجراءات ، كما إذا قطع باسم مدينه سريان المدة أو أوقع حجزاً تحفظياً على مالمدين لدى الغير أو جدد قيدها ليحتفظ بحق رهن مدينه ، وقد تكون أقوى من عمل تحفظي ، كما إذا طالب الدائن باسم مدينه بحق لهذا الأخير في ذمة الغير ، بل قد تكون عملاً تنفيذياً ، إذا كان الحق الذي يستعمله الدائن يدخل ضمن هذه الاعمال ، كما إذا قام بتنفيذ حكم صدر لمصلحة مدينه ، والمهم عند النظر في الشروط التي يجب توافرها في الدائن أن نظر إلى الدعوى غير المباشرة من ناحية علاقة الدائن بهذا المدين ، لامن ناحية علاقة المدين بمدين المدين . والدعوى من الناحية الأولى إجراء تحفظي كما قدمنا ، فيكفي أن يكون حق الدائن خالياً من النزاع ، ولا يتشرط أن يكون مستحضاً . أما إذا نظرنا إلى الدعوى من ناحية علاقة المدين بمدين المدين ، فإنه يجب أن يكون حق المدين الذي يستعمله الدائن قد وصل من القوة إلى الحد الذي تتضمنه الإجراءات التي يتخذها الدائن ، فإن كانت هذه الإجراءات تحفظية فإنه يكفي أن يكون الحق خالياً من النزاع ، وإذا كانت تنفيذية فإنه يجب أن يكون الحق قابلاً للتنفيذ . وينبني على هذا الرأي الذي نقول به أنه ينبغي التمييز بين حق

الدائن في ذمة مدینه ، وهذا يکفى فيه أن يكون خاليا من النزاع فيجوز لمن
كان حقه معلقا على شرط أو موافقا على أجل أو غير مقدر أن يستعمل
حقوق مدینه ، وبين حق المدين في ذمة مدین المدين وهو الحق الذي يستعمله
الدائن باسم المدين ، وهذا يجب أن يكون من القوة بحيث يتتفق مع العمل
الذي يقوم به الدائن ، فتارة يکفى 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 تفيذية » (١) .

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

الشرط الثاني - أن يكون للدائن مصلحة

١٣٥ — اذا كان المشرع قد سمح للدائن أن يتدخل في شؤون مدینه ، فيقيم
الدعوى باسمه على الرغم منه ، فإنه لم يفعل ذلك الا لتحقيق مصلحة
للدائن . فإذا انتفت المصلحة وجب أن ترد دعوى الدائن على أنها دعوى
كيدية . والشخص الذي يدفع بعدم المصلحة أمام الدائن هو مدین المدين
الذي يقاضيه الدائن . وتحقق مصلحة الدائن اذا ثبت ان المدين مهملا في
استعمال حقوقه لدى الغير ، وان هذا الاهماض يسبب ضررا للدائن ، لأن
أموال المدين الأخرى لا تكفى لسداد ما عليه من ديون .

١٣٦ — وعدم استعمال المدين لحقوقه يجب أن يكون ناشئا عن عدم
او اهمال . فإذا نشط المدين بعد اهمال وتولى بنفسه دعواه أمام القضاء ،
وجب على الدائن أن يخللي له سبيل . ولا يقبل من الدائن أن يقيم دعوى

(١) نظرية العقد ، ص ٧٥٥-٧٥٦ . الوسيط ج ٢ ، ف ٥٣٠ وما بعدها .

أخرى أو المضى في ما اتخذه من اجراءات . ولكن له اذا خشي تواطئاً أو تراخيًا من جانب مدینه ، أن يتدخل في الدعوى ليحافظ على مصلحته .

١٣٧ — والمصلحة التي تشرط في الدائن لاستعمال الدعوى غير المباشرة هي أن يأنى له هذا الاستعمال بمنفعة . والمنفعة تتحقق اذا كان المدين معسراً لا تكفي أمواله لسداد ديونه . فإذا كان المدين موسرًا فلا يجوز للدائن أن يستعمل حقوقه مدينه ، حتى لو كان عدم استعمال المدين لهذه الحقوق متعمداً . فهو حر في التصرف بحقوقه وأمواله بالطريقة التي يراها مناسبة ، ما دام ذلك لا يوقع ضرراً بدائنه . فلو أجزنا ذلك للدائن لكن معناه السماح لكل دائن بالتدخل في شؤون الغير ، اذ يندر أن نجد في الحياة العملية شخصاً ، مهما كان غنياً ، لا يكون مديناً لغيره في وقت ما .

١٣٨ — ولكن اذا كان المدين موسرًا ولكن سكوته في المطالبة بحقه يجعله معسراً ، وكذلك اذا كان معسراً وكان سكوته في المطالبة بحقه يزيد اعساره ، فالضرر يتحقق . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٢٦١) بقولها : « ٠٠ ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً الا اذا أثبت ان المدين لم يستعمل هذه الحقوق وان اهماله في ذلك من شأنه أن يسبب اعساره أو أن يزيد في هذا الاعسار » .

١٣٩ — وقد يكون المدين معسراً ويهمل في استعمال حق له ومع ذلك لا تتحقق مصلحة للدائن في استعمال حق مدينه . في هذه الحالة لا يسمح للدائن باقامة الدعوى غير المباشرة . ويتتحقق هذا الغرض في الحالة التي يكون فيها للمدين لدى الغير عين مثقلة برهون سابقة تستغرق قيمتها جميعاً ، فلا تعود الدعوى غير المباشرة بمنفعة على الدائن الذي يمارسها .

المطلب الثاني

الشروط التي ترجع الى المدين

١٤٠ — أما الشروط التي ترجع الى المدين فهي شرط واحد ، وهو

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

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

وقد أقر القانون المدني العراقي بنص تشريعى هذا العرف فحسب بذلك خلافا كان من الممكن أن يثور عند عدم وجود هذا النص .

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

١٤٣ — كما انه لا يتشرط لاستعمال الدعوى غير المباشرة ان يكون دين الدائن سابقا في تاريخه على دين مدينه في ذمة الغير ، كما يتشرط ذلك بالنسبة للدعوى عدم تفاذ تصرفات المدين في حقوق دائرته كما سنتى .

١٤٤ — ولا حاجة كذلك للدائن بادخال الدائنين الآخرين في الدعوى . ويسري الحكم الصادر في الدعوى مع ذلك في حقهم ، لأن المدين — وقد رأينا أن من الواجب ادخاله في الدعوى — يمثل جميع

(١) پلانيلور وريپير واسمان ، ج ٧ ، ف ٩١٢ .

الدائنين ، والحكم الذي يصدر في مواجهته يكون حجة عليهم جميعا وفقا للقواعد المقررة في حجية الامر الم قضي (١) .

١٤٥ — واخيرا لا حاجة لاستئذان الدائن من المحكمة في اقامة الدعوى غير المباشرة لأن النيابة ، كما سبق أن قلنا ، قانونية وليس اتفاقية .

المبحث الثالث

الآثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة

١٤٦ — نصت المادة (٢٦٢) من القانون المدني على انه : « يعتبر الدائن في استعماله لحقوق مدینه نائبا عن هذا المدين . وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضمانا لجميع دائنيه » . ومن قراءة هذه المادة تتبيّن ان الآثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة تتركز في فكرتين اساسيتين : أولاهما فكرة النيابة ، فالدائن عند استعماله لحقوق مدینه انما يستعملها نيابة عنه ، ولكن هذه النيابة ، كما سبق أن قلنا ، نيابة قانونية من نوع خاص ، اذ أنها مقررة لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصيل . والفكرة الثانية التي تقوم عليها الدعوى غير المباشرة هي المحافظة على الضمان العام للدائنين ، وبناء عليه فالشمرة التي تحصل منها لا يستقل بها الدائن الذي أقام الدعوى ، بل يشتراك فيها معه سائر الدائنين ، لأنها تدخل في ذمة المدين المالية التي هي ضمانهم العام .

وتتكلم عن آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمدين ، وعن اثارها بالنسبة لمدين المدين ، وعن اثارها بالنسبة للدائنين .

اولا - آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمدين

١٤٧ — لما كان الدائن الذي يستعمل الدعوى غير المباشرة انما يستعملها نيابة عن مدینه ، فإن هذا الاخير يبقى محتفظا بحقه ولا ترتفع يده

(١) السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ف ٥٣٩ . ص ٩٥٨ .

عنه . فالقاعدة في هذا الخصوص ان الاصل يبقى حر التصرف في ما ناب عنه غيره فيه .

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

ثانياً - آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة لمدين المدين

١٤٨ - لما كان الدائن الذي يرفع الدعوى غير المباشرة على مدين مدينه ، انما يرفعها نيابة عن مدينه ، فانه يتعرض لجميع الدفعات التي يستطيع مدين المدين أن يوجهها إلى دائن ، أي إلى مدين الدائن الذي يقيم الدعوى غير المباشرة . فله أن يتمسك قبله بجميع اسباب انتقامه الدين : كالوفاء والتجديد والمقاصة والتقادم الخ .. يستوي في ذلك أن يكون سبب الانتقام سابقاً على رفع الدعوى او لاحقاً عليها . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بهذا الخصوص في حكم لها صادر في ١٠ شباط ١٩٣١ بأنه : « اذا كان الحق المرفوع به الدعوى غير المباشرة هو حق المشتري فيأخذ المبيع ولم يكن الشمن قد سدد ، فدائن المشتري عندما يستعمل هذا الحق يجوز أن يواجه البائع بوجوب دفع الشمن » .

١٤٩ - وبوجه عام ، ليس للدائن الذي يقيم دعوى باسم مدينه حق أكثر مما للمدين نفسه . فلا يسوغ للدائن اذن أن يسلك طريقاً من طرق الأثبات ما كان للمدين أن يسلكه . ولكن ليس لمدين المدين أن يدفع دعوى الدائن بدفع خاصه بشخص هذا الدائن ، كوقوع مقاصة بين الخصم ولدائن شخصياً ، لأن الدائن إنما ينوب عن المدين فلا يتمسك

قبله الا بما يتمسك به قبل المدين (١) .
ويستطيع مدين المدين المقاومة عليه الدعوى غير المباشرة أن يتجاهل
الدائن ويقوم بوفاء ما عليه إلى دائره هو ، أي إلى المدين .

ثالثاً - آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للدائن

١٥٠ - سبق أن رأينا المادة (٢٦٢) تنص على انه : « .. وكل
فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضماناً
لجميع دائنيه » . وعلى ذلك فالدائن اذا نجح في دعواه فهو انما يحفظ حقاً
لمدينه . فهو لا يستطيع أن يستثثر به ، بل يشاركه فيه بقية الدائنين ، لأن
لاستثمار بالحق لا يكون الا نتيجة للحجز لا للحكم . فالحكم الصادر في
الدعوى لا يقرر امتيازاً من صدر مصلحته .

لذلك ينبغي للدائنين أن يحتاط عند رفع الدعوى باسم مدينه ، فيتخد
إلى جانب اجراءات رفع الدعوى اجراءات أخرى تكفل له الاستيلاء على
ما يحكم به ضد مدينه والتنفيذ عليه بحقه .

الدعوى المباشرة

١٥١ - لما كانت ثمرة الدعوى غير المباشرة تدخل ذمة المدين ولا
يستثثر بها الدائن الذي أقامها ، فإن منفعتها قليلة في الحياة العملية . لذلك
فالقانون قد منح الدائن في بعض الاحوال دعوى مباشرة يستثثر بثرتها .
دنذكر على سبيل المثال الدعاوى المباشرة التالية :

١ - دعوى المؤجر قبل المستأجر من الباطن

١٥٢ - أجاز القانون للسؤال أن يطلب من المستأجر من الباطن أن
يؤدي له مباشرة (لا للمستأجر الاول) ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر
الاول . وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة (٧٧٦) مدنى
بقولها : « ومع ذلك يكون المستأجر الثاني ملزماً بأن يؤدي مباشرة ما يكون

(١) المرجع السابق ، ص ٩٧٤ - ٩٧٥ ، مع الاحكام والمراجع المشار إليها

هناك .

ثابتنا في 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 تعجيز الاجرة متماشيا مع العرف ومدوناً بسند ثابت التاريخ ٠ وقد سبق أن رأينا هذه الدعوى في الجزء الاول من هذا الكتاب عند الكلام عن نسبية أثر العقد من حيث الاشخاص ٠

٢ - دعوى الموكيل قبل نائب الوكيل ودعوى نائب الوكيل قبل الموكيل

١٥٣ - إذا وكل الوكيل وكيلاً عنه ، في الاحوال التي يجوز له فيها ذلك ، نشأ عن ذلك دعوى مباشرة للموكيل قبل وكيل وكيله ، ولهذا الاخير قبل موكله ٠ وقد نصت على ذلك المادة (٩٣٩) مدنى بقولها : « ليس للوكيل أن يوكِّل غيره إلا أن يكون قد اذنه الموكيل في ذلك أو فوض الامر لرأيه ٠ ويعتبر الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكيل فلا ينزعز بعزل الوكيل الاول ولا بموته » ٠

٣ - دعوى المقاول الثاني والعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الاول

ضد رب العمل

١٥٤ - اذا تعهد مقاول بالقيام بعمل ما كان للعمال الذين يستغلون لحسابه دعوى مباشرة قبل رب العمل لاستيفاء حقوقهم ويكون كذلك للمقاول الثاني وللعمال الذين يستخدمهم مثل هذه الدعوى ٠ وقد نصت على هذه الدعوى الفقرة الاولى من المادة (٨٨٣) من القانون المدني فقضت بأنه : « يكون للمقاول الثاني وللعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لديهم في ذمة المقاول بشرط أن لا يتجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى ٠ ويكون لعمال المقاول الثاني مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الاصلي ورب العمل » ٠ وقد سبق أن رأينا هذه الحالة كذلك في الجزء الاول من هذا الكتاب عند الكلام عن نسبية أثر العقد من حيث الاشخاص (١) ٠

(١) وقد قبل ان نترك الكلام عن الدعوى المباشرة ، نلتفت النظر الى ان قانون

الفروع الثانية

دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه

ACTION PAULIENNE

١٥٥ — الاصل أن الإنسان حر التصرف بامواله بجميع انواع التصرفات ، ولا يمكن منعه من ذلك الا اذا حجر عليه أو أعلن افلاسه . فإذا لم يكن قد أوقع عليه حجر ولا أعلن افلاسه كانت جميع تصرفاته نافذة في حقه وملزمة لمن يخلفه في ذمته المالية ، ولا يمكن لأحد الاعتراض عليها . هذا ولما كانت ذمة المدين المالية هي الضمان العام الذي يتمتع به الدائنوون لاستحصل حقوقهم ، فإن من الطبيعي أن تؤثر تصرفات المدين على هذا الضمان ، فيقوى أو يضعف بما إذا كانت هذه التصرفات مفقرة

الموجبات والعقود اللبناني قد اورد نصا عاما في الدعوى المباشرة عقب النص الذي أورده في 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 يمنع الدائنين على وجه استثنائي حق اقامة الدعوى المباشرة ، فإن 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 يفسّر بمعناه المقصود » (الدكتور صبحي الحمصاني : في احكام الالتزام في القانون المدني اللبناني ، ص ٥٩ - ٦٠ : السنهوري الوسيط ، ج ٢ ، ص ٩٨٠) ويمكننا ان نلاحظ على النص المتقدم انه عديم الفائدة . فما دامت الدعوى المباشرة لا تمنع الا بمقتضى نص خاص ، فيجب الرجوع الى النصوص القانونية التي تمنع بعض الدائنين دعاوى مباشرة قبل مدينيتهم ، وعلى ذلك فالنص السابق لا يفيدنا شيئا . يعكس النص على الدعوى غير المباشرة ، فإنه نص عام لا يحيل الى نصوص اخرى ، ويمكن تطبيقه على جميع الحالات التي تتوافق فيها الشروط الازمة .

أو مكسبة . وقد سبق أن رأينا أن المدين اذا أهمل في المحافظة على حقوقه اهالا 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 وينبئون عنه .

١٥٦ - ولكن ما العمل اذا كنا تجاه عمل ايجابي لا سلبي ، يقوم به المدين فيؤدي الى اضعاف الضمان العام للدائنين ؟ مثال ذلك ان يهب المدين عقارا من عقاراته ، او ان يبيعه بشمن بخس ، فهل يمكن لدائنيه أن يتحجوا على هذا التصرف لانه يضعف ضمانهم العام ؟ الاصل في هذا الباب أن المدين له مطلق الحرية في التصرف في أمواله التصرف الذي يراه مناسبا ، وان تصرفاته جميعا نافذة في حقه وملزمة لمن يخلفه في ذمته المالية من ورثة او دائنين ما لم يحجر عليه أو يشهر افلاسه . ولكن ما القول اذا كان قد صد المدين من التصرف بأمواله تصرفا ضارا هو الاضرار بدائنيه ؟ هذا مدين اربت ديونه على حقوقه وأصبح قاب قوسين او أدنى من الانفاس ، ويرى أن امواله جميعا ستذهب للوفاء بحقوق دائنيه ، فيعمل على تهريبيها ، وخاصة الاموال غير المنقوله ، بأن يهبها من أولاده أو أقاربه ، أو بأن يبيعها بشمن بخس من صديق له ، على أن يقوم هذا الصديق أو ذاك القريب باعادتها اليه فيما بعد . ماذما يستطيع الدائن أن يفعل أمام هذا التصرف الذي افتر به مدينه نفسه فاضعف بذلك الضمان العام الذي منحه القانون اياه ؟ اذا ثبت أن المدين كان يروم من وراء تصرفه الاضرار بدائنيه ، فإن 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 شفاعة تصرف المدين في حق دائنه . ويطلق على هذه الدعوى اسم الدعوى البولصية ، نسبة الى القاضي الروماني *Préteur* پولص الذي اتبه اليها ومنحها للدائنين في حالة قيام مدينهم بمثل هذه التصرفات . ولكن نسبتها

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

دوى عدم نفاذ تصرف المدين في الفقه الاسلامي

١٥٧ — ويعرف الفقه الاسلامي دوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه . فقد ذهب الامام مالك وبعض فقهاء المذهب الحنبلى الى ان المدين اذا سترغقت امواله بالديون فلا تصح عقوده التي فيها تبرع ، كالهبة والبيع بالمحاباة وما اشبه ، الا ما جرت العادة بفعله ، سواء في ذلك أكان المدين محجورا عليه أم لم يكن . واذا تبرع على هذا الوجه فللدان ان يطلب من الحكم ابطال التصرف (٢) .

وقد اوضح ذلك ابن القيم بقوله أن حق الغرماء قد تعلق بمال المدين (٣) ، وان « في تمكين هذا المدين من التبرع ابطال حقوق الغرماء . والشريعة لا تأتي بمثل هذا فانها ائما جاءت لحفظ حقوق أرباب الحقوق بكل طريق وسد الطرق المفضية التي أضاعتتها . وقال النبي (ص) : « من أخذ أموال الناس يريد ادائها 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 الدوى البولصية في مبحثين : تكلم في الاول عن شروطها ، وفي الثاني عن طبيعتها القانونية واثارها واقضائها .

(١) موئليه ، القانون الروماني ، ج ٢ ، ف ١٧٩ .

(٢) شرح الخرشى على سيدي خليل (ج ٤ ، ص ١٧٣) ، بداية المجتهد (ج ٢ ، ص ٢٣٦-٢٣٧) ، أعلام الموقعين (ج ٤ . ص ٧-٦) . القواعد لابن رجب (القاعدة ١١ ، ص ١٤) ، نقلابن المحمصاني (ج ٢ . ص ٢٧٣-٢٧٤) .

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

(٤) رواه البخاري واحمد وابن ماجه . انظر العيني على البخاري (ج ١٢ ، ص ٢٢٦) ، والجامع الصغير للسيوطى (ج ٢ ، رقم ٨٣٥١) . نقلابن المحمصاني ، المرجع السابق ، ص ٢٧٤ .

(٥) اعلام الموقعين (ج ٤ ، ص ٦) ، نقلابن المرجع السابق ، الموضع المذكور أعلاه .

المبحث الاول

شروط الدعوى البولصية

١٥٨ — سبق أن قلنا بأن المشرع منح الدائن حق قامة الدعوى البولصية للتوصيل إلى اعلان تصرف مدينه غير نافذ في حقه اذا كان هذا التصرف مفقرًا وصدر من المدين اضرارا بدائنه . ومن الحكمة التي من اجلها منح المشرع هذه لدعوى إلى الدائن تستتبع انها تقوم على فكرتين أساسيتين : الغش الذي يصدر من المدين ، والضرر الذي يصيب الدائن .

١٥٩ — وشروط الدعوى البولصية ، كما في شروط الدعوى غير المباشرة ، بعضها يرجع إلى حق الدائن ، وبعضها إلى تصرف المطعون فيه ، وبعضها إلى المدين . ونخصص لكل من هذه الشروط مطلبًا خاصا .

المطلب الاول

الشروط التي ترجع إلى حق الدائن

شرطان

١٦٠ — يتشرط في حق الدائن الذي يريد الطعن في 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 — حق مستحق الاداء

١٦١ — نصت على هذا الشرط المادة (٢٦٣) من القانون المدني بقولها : «يجوز لكل دائن أصبح حقه مستحق الاداء ٠٠٠» . فإذا لم يكن الحق مستحق الاداء فلا يمكن رفع الدعوى البولصية . وفي 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 حاليا من النزاع فقط ، أن يرفع الدعوى غير المباشرة . والسبب في هذا الفرق هو أن الدعوى

البولصية أكثر خطورة من الدعوى غير المباشرة ، فهي مقدمة تتلوها الأعمال التنفيذية حتى ، لأن الدائن الذي يطعن في تصرفات مدینه يريد بذلك أن يستأثر بحق مدینه وينفذ عليه . فهو يقيم الدعوى باسمه الخاص لا باسم مدینه ، كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة .

١٦٢ — ويترتب على ذلك أن من كان حقه معلقا على شرط واقف أو مقتنا باجل واقف لا يستطيع استعمال الدعوى البولصية . أما إذا كان الحق معلقا على شرط فاسخ أو مقتنا باجل فاسخ ، فإن الدائن يستطيع استعمال هذه الدعوى ، لأن الشرط الفاسخ والاجل الفاسخ لا يمنع الحق من أن يكون مستحقا للاداء قبل تحقق الشرط ، كما سنرى ذلك عند دراستنا للأجل والشرط (١) .

١٦٣ — ويستوى في استعمال الدعوى البولصية كل دائن حقه مستحق الاداء ، لا فرق في ذلك بين دائن شخصي ودائن مرتهن ودائن له حق امتياز . اذا لا يجوز أن يكون الرهن أو الامتياز الذي أريد به تقوية حق الدائن سببا في أضعاف هذا الحق وحرمان الدائن مما هو ثابت لسائر الدائنين . فإذا كان الشيء الذي تصرف فيه المدين غير الشيء الذي يثبت عليه حق الرهن أو حق الامتياز ، فالامر ظاهر ، لأن الدائن ذا التأمين العيني يعتبر دائنا احتياديا بالنسبة إلى هذا الشيء . ولكن يتشرط في هذه الحالة أن يكون الشيء الذي ترب عليه التأمين العيني غير واف بالدين حتى يتحقق الضرر من التصرف المطعون فيه . أما إذا كان الشيء الذي تصرف فيه المدين هو الشيء الذي ترب عليه التأمين العيني ، فللدائن صاحب هذا التأمين أن يطعن كذلك في التصرف حتى لا يكون مضطرا إلى تبع الشيء في يد الغير فيعرضه إلى خطر التطهير (٢) .

(١) بلانسيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف ٩٥٥ .

(٢) المرجع السابق ، ف ٩٥٤ . السننوري ، ف ٥٧٢ ، مع المراجع المشار إليها في هامش رقم ١ ، ص ١٠٠٧ .

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

الشرط الثاني - حق سابق على التصرف المطعون فيه

١٦٥ — لاجل أن يكون للدائن الحق في التظلم من تصرف مدينة المفترق ، يجب أن يكون قد اطمأن إلى الحق الذي وقع عليه التصرف ، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان حقه سابقا على التصرف المطعون فيه . فإذا كان عند المدين عقار مثلا عند تعاقده مع الدائن فإن الدائن يكون قد اطمأن إلى وجود هذا العقار في ذمة مدينة ، وذلك للحصول على حقه في حالة اخلال مدينة بتنفيذ التزمه . فإذا أراد المدين ، بعد أن ترب الحق في ذمته ، أن يتصرف بهذا العقار تصرفا مفريا له ، كان من حق الدائن أن يتظلم من ذلك ، ويكون له الحق حينئذ في أن يطلب اعتبار هذا التصرف غير نافذ في حقه . أما إذا كان المدين قد تصرف بالعقار قبل ثبوت حق الدائن في ذمته ، فلا يعود من حق هذا الأخير أن يتظلم من ذلك وإن يدعى حصول ضرر له من وراء هذا التصرف ، إذ أنه عند تعاقده لم يكن في امكانه أن يعتمد على وجود هذا العقار في ذمة مدينة ، وذلك للحصول على حقه عند اخلال المدين بتنفيذ التزامه .

عبد الإثبات

١٦٦ — ويقع عبد 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 — ويقصد بالتصرف كل عمل قانوني صادر من المدين ، سواء أكان عقداً أم ارادة منفردة ، وسواء كان العقد ملزماً للجانب واحد أم للجانبين ، وسواء كان بعوض أو بغير عوض . فالنزول عن حق ولبه ووصيته والوقف والبيع واجزة العقد الموقوف ، كل هذه التصرفات اعمال قانونية يجوز الطعن فيها بدعوى عدم تقادم التصرف متى توافرت شروطها .

شہر طان

١٦٨ — أما عن الشروط الواجب توافرها في التصرف الملعون فيه فهي شرطان : أن يكون ضاراً بالدائين ، و مفقراً للملدين . و نرى كلام من هذين الشرطين على حدة .

الشرط الاول - التصرف ضار بالدائن

١٦٩ - ويقصد بالضرر هنا عدم تمكّن الدائن من الحصول على حقه كاملاً . ويتحقق ذلك اذا تسبّب عن التصرف اعسار المدين أو زيادة اعسارة . وقد نصّت 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 في حقه اذا كان هذا التصرف قد اقصى من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة في اعسارة ٠٠٠٠ » فالضرر شرط جوهرى لقبول دعوى عدم نفاذ التصرف ، وهو ليس الا تطبيقا لقاعدة « لا دعوى بدون مصلحة » .

معنى الاعسار

١٧٠ - ولكن يجب أن يلاحظ أن المقصود بالاعسار هنا ليس هو الاعسار القانوني ، أي زيادة العناصر السالبة في الذمة على العناصر (الموجز ج ٢ - ٦٣)

الموجبة ، بل الاعسار الفعلى أي الا يكون للمدين مال ظاهر يفي بجميع ديونه حتى لو كان له مال غير ظاهر يفي بجميع الديون أو مال يتعدى التنفيذ عليه (١) . مثلاً 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 في ذمة مدينه من ديون وبعد ذلك يفترض القانون اعسار الدين . ولكن الافتراض هنا بسيط قبل لاثبات العكس ، فيستطيع المدين أن ينفيه بأن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها . وهذا ما قضت به المادة (٢٦٥) من القانون المدني .

ضرورة استمرار الاعسار الى حين رفع الدعوى

١٧١ — ويشترط في الضرر أن يستمر إلى حين رفع الدعوى ، أي أن تستمر حالة الاعسار إلى ذلك الوقت . فإذا زال الاعسار بعد ذلك لا يسبب كان ، بان تلقى المدين هبة أو وصية أو ارثا أو عقد صفقة رابحة ، زال الضرر الذي كان يمكن أن يحصل بالدائن نتيجة تصرف مدينه . وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٢٦٧) بقولها : « اذا وفي المدين بالتزامه وأصبحت امواله كافية للوفاء بما عليه سقط حق الدائن في التمسك بعدم تقاد التصرف الصادر من المدين » . ونلاحظ هنا أن النص عطف كفاية أموال المدين على الوفاء عطف جمع لاعطف تخير ، فقال : « اذا وفي المدين بالتزامه وأصبحت امواله كافية للوفاء بما عليه ٠٠٠ » ، ومن مقتضى هذا العطف ضرورة توافر الوفاء وكفاية الاموال لسقوط حق الدائن في التمسك بعدم تقاد تصرف مدينه في حقه . وهذا غير صحيح ، اذ أن أحد هذين الامرین: الوفاء أو كفاية اموال المدين للوفاء بما عليه، يكفى لزوال الضرر عن الدائن . فإذا وفي المدين بالتزامه سقط حق الدائن في رفع الدعوى ، وكذلك يسقط حق الدائن في رفع الدعوى اذا أصبحت اموال المدين كافية للوفاء بما عليه . لذلك كان من اللازم على المشرع أن يعطف كفاية أموال المدين على الوفاء عطف تخير فيكون النص على النحو الآتي : « اذا وفي المدين بالتزامه أو

(١) پلانيول وريپير واسمان ، ج ٧ ، ص ٢٣١ .

أصبحت أمواله كافية .. ». وهذا هو الذي يتفق مع المبدأ الذي أعلنه المشرع في المادة (٢٦٥) التي نصت على انه : « اذا ادعى الدائن اعسار المدين فليس عليه الا أن يثبت مقدار ما في 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 تشرط الوفاء .. ونحن نعتقد أن هناك غلطا مطبعيا يجب تصحيحه ..

١٧٢ - ويزول الضرر كذلك اذا قام بالوفاء الشخص الذي تصرف له المدين أضرارا بداعيه ، فيسقط بذلك حق الدائن في التمسك بعدم نفاذ تصرف مدینه في حقه .. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٢٦٧) ..
ويسقط حق الدائن في رفع الدعوى البولصية أيضا اذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه وكان هذا الثمن قريبا من ثمن المثل وقام باداعه صندوق المحكمة (٣/٢٦٧م) ..

نتائج

١٧٣ - ويترتب على شرط الضرر على النحو المتقدم النتائج التالية :
١ - لا يستطيع الدائن الطعن في تصرف مدینه 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 الشخص : الزواج والطلاق والحق المالي الذي لا يمكن الحجز عليه الخ .. فإذا انصب تصرف المدين على حق أو رخصة من هذا النوع فلا يمكن للدائن أن يطعن فيه عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرف ، لاته لم يكن له الحق في التنفيذ عليه ..

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

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

٤— اذا وفي المدين أحد دائنيه وكان دين هذا الدائن مستحق الاداء ، ولم يكن الوفاء قد تم نتيجة تواطؤ المدين مع هذا الدائن ، فلا يجوز لباقية الدائنين الطعن بهذا الوفاء . وهذا الحكم يستفاد من المفهوم المخالف لنص الفقرة الثانية من المادة (٢٦٨) التي نصت على انه : « اذا وفي المدين العسر أحد دائنيه قبل حلول الاجل فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين . وكذلك لا يسري في حقوق الوفاء حتى لو حصل بعد حلول الاجل اذا كان هذا الوفاء قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه » .

الشرط الثاني - التصرف مفترى للمدين

١٧٤— لا يكفي أن يكون تصرف المدين ضارا بالدائن على النحو المتقدم ، بل يجب أن يكون أيضا مفترى للمدين ، اذ من الممكن أن يكون التصرف ضارا بالدائن ولكنه لا يعتبر مفترى للمدين ، ومن ثم لا يعطى الدائن حق الطعن في التصرف عن طريق الدعوى البولصية . وبيان ذلك يجب أن نعرف التصرفات الضارة بالدائن والتي لا تعتبر مفترى للمدين في عرف الدعوى البولصية .

١٧٤— يمكننا بهذا الصدد أن نقسم تصرفات المدين الضارة بالدائن إلى نوعين :

النوع الاول — أن يتمتع المدين عن تقوية ضمان الدائنين ، ويتحقق ذلك في حالتين :

١— أن يتمتع عن زيادة حقوقه ، كأن يرفض هبة .

٢— أن يتمتع عن اتفاقي التزاماته ، كأن يرفض إبراءً من دين عليه .

النوع الثاني — أن يعمل المدين على اتفاقي ضمان الدائنين ، ويتحقق ذلك في حالتين :

- ١ - أن يزيد من التزاماته ، كأن يتلزم بديون جديدة °
 ٢ - أن ينقص من حقوقه ، كأن يبيع عيناً يملكتها أو يحيل حقاً له في ذمة آخر °

ومن المتفق عليه فتها وقضاءً أن النوعين الأولين (الامتناع عن زيادة الحقوق والامتناع عن انفاس الالتزامات) يخرجان عن نطاق الدعوى البولصية فلا يجوز للدائن أن يطعن في هذا النوع من التصرفات ، لأنها ، كما سبق أن رأينا ، عبارة عن رخص أو حقوق متصلة بشخص المدين ° فهي وإن أضرت بالدائن ليست مقررة للمدين ° وليس للدائن أن يشكو من هذه التصرفات ، لأنها لم تجرد المدين من حق كان داخلاً في ضمان الدائن ولم تشغل كاهله بدين جديد يضعف من هذا الضمان °

وقد اختلفت الآراء بالنسبة للنوعين الآخرين (زيادة الالتزامات وانفاس الحقوق) ، فيذهب القضاء الفرنسي إلى أن النوع الأخير فقط (انفاس الحقوق) يعتبر تصرفًا مفقراً ° فإذا وهب المدين عيناً يملكتها ، أو أبراً مديناً من حق له في ذمته ، فقد انتقص من حقوقه ° والسبب الذي جعل القضاء الفرنسي يذهب إلى هذا الرأي هو أن المشرع الفرنسي لم يفرد لهذه الدعوى سوى مادة واحدة ، وهي في غاية الاقتضاب وخالية من بيان شروط هذه الدعوى ونطاقها ° فكان لا بد له لسد هذا النقص من الرجوع إلى المصدر التاريخي لهذا النص ، أي إلى القانون الروماني ° وتقاليد هذا القانون كانت قد استقرت على أن التصرفات التي يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية هي التصرفات التي تنتقص من حقوق المدين °

ويشقد الفقه هذه التفرقة ويرى في الأخذ بها سلباً للحق الذي أعطيناه للدائن وجعله حقاً نظرياً مجرداً من كل فائدة عملية ° فبدلاً من أن يبيع المدين عيناً يملكتها بشمن بخس (وهذا التصرف يجوز الطعن فيه) ، فإنه يشتري عيناً بشمن باهظ يؤدي إلى اعساره أو زيادة اعساره (وهذا تصرف لا يجوز الطعن فيه) ، وبذلك يكون قد تحايل على الأضرار بحقوق

الدائنين ، فيكون القانون قد سلب الدائن بالشمال الحق الذي اعطاه ايام
باليمنين .

القانون المدني العراقي

١٧٥ — وقد تلافي القانون المدني العراقي ، متبعا في ذلك القوانين
الهديدة ، هذا النقص ، فنص في المادة (٢٦٣) على انه : « يجوز لكل دائن
أصبح حقه مستحق الاداء وصدر من مدینه تصرف ضار به أن يطلب عدم
نفاذ هذا التصرف في حقه اذا كان التصرف قد انتقص من حقوق المدين أو
زاد في التزاماته » .

التدخل في القسمة

١٧٦ — 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 الشائع اذا
ثبت أن القسمة انما تمت أضرارا بدائني احد الشركاء ، فلهؤلاء الدائنين أن
يطعنوا في هذه القسمة . والطريق التي يسلكونها انما هي دعوى عدم نفاذ
تصرف المدين في حق دائنه . وفي هذه الحالة اذا ثبت الدائن الغش عاد المال
إلى الشيوع ، وعند ذلك أنما أن تعاد القسمة بحضور الدائنين أو بيع المال
بالمزاد العلني ثم يستولي الدائنوون على حصة مدینهم .

المطلب الثالث

الشروط التي ترجع الى المدين وخلفه

شرط واحد هو الغش

١٧٧ — يشترط في المدين وخلفه شرط واحد هو الغش . وهذا الشرط
هو أهم الشروط في الدعوى البولصية التي 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 السنہوري ، المرجع السابق ، ف ٥٩٠) .

وشرط الغش هذا هو الذي يدخل العنصر النفسي في الدعوى البولصية ، ويقابله عنصر الضرر الذي يصيب الدائن الذي هو العنصر المادي . فالدعوى البولصية تقوم على ركين أساسين : الغش الذي يصدر من المدين والضرر الذي يصيب الدائن .

معنى الغش

١٧٨ — والمراد بالغش هنا إنما هو نية الاضرار بالدائنين التي صاحبت العمل الذي قام به المدين . لذاك يجب عدم الخلط بينه وبين التدليس الذي هو عيب من عيوب الرضاء . فالتدليس يكون مصحوباً في الغالب بطرق احتيالية يراد بها التمويه على أحد التعاقدتين لحمله على التعاقد . وقد عبر عنه القانون المدني العراقي في المادة (١٢١) بالتغيير مع الغبن ، وجعل العقد موقوفاً على اجازة العاقد المغبون . أما الغش في الدعوى البولصية فلا تصحبه طرق احتيالية ، بل قد يتواطأً المتعاقدان على الغش ، لذلك فالعقد يبقى صحيحاً فيما بينهما ، وإذا توصل الدائن إلى اulan عدم نفاذ تصرف مدينه فهو إنما يتوصل إلى ذلك بالنسبة له فقط . فإذا لم يعلم المدين بالضرر الذي سيفيبي دائنه ، فلا يتحقق شرط الغش المطلوب في الدعوى البولصية (١) .

الحكم بالنسبة لخلف المدين

١٧٩ — ولكن إذا تحقق شرط الغش لدى المدين ، بان ثبتت لديه نية الاضرار بدائنه ، فهل يشترط أن يكون خلفه ، أي الشخص الذي تعامل معه ، متواطئاً معه ، أو على الأقل على علم بهذا القصد السيء ؟ نصت المادة (٢٦٤) مدنى على ما يلى : « ١ — اذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ تصرفه في حق الدائن أن يكون هذا التصرف منظرياً 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 بغض المدين اذا كان قد علم أن هذا المدين معسر أو كان ينبغي أن يعلم ذلك ٢٠ — أما اذا كان التصرف تبرعاً فانه لا يتقد في حق الدائن حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية وحتى لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً ٣٠ — 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 الثاني يعلم غش المدين عند تصرفه للخلف الاول أن كان المدين قد تصرف بعوض ، او كان هذا الخلف الثاني يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الاول أن كان المدين قد تصرف له تبرعاً ٤٠ ومن قراءة هذا النص يظهر لنا وجوب التمييز بين حالتين : أولاً — أن يكون تصرف المدين بعوض ٥٠ ثانياً — أن يكون تصرف المدين بغير عوض ، أي تبرعاً ٦٠

الحالة الاولى — تصرف المدين بعوض

١٨٠ — الاصل في عقود المعاوضات أن يسعى الانسان من وراءها لتحقيق متفعة مادية ٧٠ ولا يمكن تصور اقدم انسان عاقل على التصرف بامواله تصرفاً ضاراً به ٨٠ فمن غير الممكن مثلاً أن يبيع عيناً له بالف وهي تساوي أربعة الاف ٩٠ ولا يمكن أيضاً أن يتصور أن يقدم انسان عاقل على شراء شيء بأربعة الاف وهو يساوي الفا مثلاً ١٠ فإذا أقدم مع ذلك على مثل هذا النوع من التصرفات ولم يكن سفيهاً مبذراً لامواله ١١٠ فانا نفترض أنه يروم تحقيق غاية من وراء ذلك ، وهذه الغاية هي تحقيق متفعة مادية كذلك ١٢٠ ولكن كيف يتصور تحقيق متفعة مادية من وراء صفقة خاسرة؟ اذا كان المتصرف مديناً اربت ديونه على حقوقه ورأى شبح الانفاس ما ثلا أمام عينيه فمن المختمل جداً أن يعمد إلى تهريب أمواله الظاهرة التي يسهل الحجز عليها ، وخاصة العقارات ، والى تحويل هذه الاموال الى تقد يمكن اخفاؤه ١٣٠ ومن المختمل كذلك أن يتواطأ مع شخص اخر على أن يبيع له هذا الشخص عقاراً بشمن مرتفع جداً ، فيكون البائع دائناً له بهذا المبلغ ويشارك الدائنين اقتسام اموال المدين ، وبذلك يتوصل المدين الى حرمان دائنيه من الحصول على حقوقهم كاملة ، فيكون بذلك قد حقق متفعة مادية هي ما حرم الدائنين

منه . في مثل هذه الحالة على الدائن الذي يريد التمسك بعدم تقاد تصرف مدینه في حقه أن يثبت غش مدینه ، أي أن يثبت نية الاضرار به لدیه . لأن 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 يثبتته ، فالقاعدة الكلية في هذا الباب ، ان البينة لا ثبات خلاف الظاهر (م ٧٧٣ مجلـة) .

اثبات الغش

١٨١ — ولكن كيف يتسرى للدائن اثبات غش المدين ، والغش أمر قensi لا يمكن الوصول اليه ؟ في مثل هذه الحالة أقام القانون قرينة قانونية على وجود الغش ، وهذه القرينة هي علم المدين بأنه معسر . فإذا كان المدين يعلم انه معسر وعقد مع ذلك صفقة خاسرة ، فهذا دليل على انه ينسوي لاضرار بدائنه ، 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 إلى اعسارةه ، وكان اللازم على المشرع أن ينص على هذه الحالة أيضا . وهذا ما نستتجه من المادة (٢٦٣) التي نصت على أنه : « ٠٠٠ وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة في اعساره ٠٠٠ ». هذا ويقع عبء اثبات علم المدين باعساره أو بأن تصرفه سيؤدي إلى اعساره على عاتق الدائن ، فهو المدعي في الدعوى والاصل ان البينة على من ادعى .

علم من صدر له التصرف بغضن المدين

١٨٢ — ولكن اذا توصل الدائن الى اثبات غش مدینه ، أي الى اثبات علمه باعساره عند ابرامه لصفقة الخاسرة ، فهل يتشرط أن يكون من تعامل

مع المدين متواطئاً معه على الاضرار بالدائنين ، أو على الاقل على علم بهذا الغش ؟ لما كان الاصل في عقود المعاوضات أن المتعاقدين يبغيان من ورائهما تحقيق منفعة مادية ، فلا يمكننا أن نفترض توافق من تعامل مع المدين على الاضرار بالدائنين ، اذ من الممكن أن يكون المدين قد عمد الى عقد الصفقة الخاسرة أضراراً بدائنيه ولو كان في ذلك اضرار له نفسه ، ويكون عندئذ مدفوعاً بروح الاتقام من دائنيه ، وينطبق عليه عندئذ المثل القائل : اقتلوني ومالكون ولكن اذا لم يكن في امكاننا افترض توافق خلف المدين مع هذا الاخير على الاضرار بالدائنين ، فهل يكون معنى ذلك أن التصرف يبقى سليماً وان تضيع حقوق الدائنين ؟ الا يكفي علم من تعامل مع المدين باعسارة هذا الاخير لافتراض توافقه 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 باعسارة المدين . فقد نصت هذه الفقرة على انه : « اذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم تقاد تصرفه في حق الدائن أن يكون هذا التصرف منظرياً 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 بغض المدين اذا كان قد علم أن هذا المدين معسر او كان ينبغي أن يعلم ذلك » . ويلاحظ أن القانون نص على قرينة اخرى على علم من صدر له التصرف بغض المدين وهي حالة ما اذا كان ينبغي أن يعلم ذلك . وهذه الحالة يمكن الاستدلال عليها من ظروف الحال . فإذا كانت الظروف التي وقع فيها التصرف توحى بأن اقدم المدين على هذا التصرف لم يكن أمراً طبيعياً في هذه الحالة ينبغي على من تعامل معه أن يستنتاج أن المدين انما يبيت امراً باقدامه على هذا التصرف ، وان هذا الامر انما هو الاضرار واحد ، ولا يمكن أن يكون هذا الشخص الا دائنيه . لذلك يجب عليه الا يساعدته في ذلك ، فالله يقول في كتابه الكريم : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » . فإذا أقدم مع ذلك على

التعامل معه ، فإنه يكون قد أقدم على التعامل وهو عالم بعشه . فإذا كان عالماً بعشه ، أي باعساره وقت التصرف ، فلا ينفذ هذا التصرف في حق الدائنين .

١٨٣ — ونلاحظ أخيراً أن القانون اعتبر التصرف غير نافذ فقط ، ولم يعتبره باطلاً كما هو الحال في القانون الفرنسي . والسبب في ذلك أن هناك احتمالاً في أن يكون من تصرف له المدين لم يقصد التواطؤ معه على الضرار بالدائنين بالرغم من علمه باعساره ، لذلك فقد ترك التصرف صحيحاً بينهما . ثم أن القانون يهتم في الدرجة الأولى بحماية حقوق الدائنين وصيانتها من غش المدين ، فإذا توصل إلى ذلك استوى لديه أن يتصرف المدين بأمواله التصرف الذي يرتبه .

١٨٤ — ولكن من المحتمل أن يكون المدين عالماً بأنه معسر ولكنه لم يقصد مع ذلك الضرار بدائنه ، بل كان الدافع له على التصرف باعثاً آخر كتلبية لنداء واجب اديبي ، أو حصوله على ما يقوم بحاجات معيشته مع وثقه أن اعساره مؤقت لا يلبث أن يزول ، أو أنه كان يرمى من وراءه تصرفه إلى رواج أعماله ، ولكن الأيام اخلفت ظنه ، مثال ذلك أن يشتري عمارة وينفق عليها ليجعل منها داراً من دور السينما ، ولكن السينما لا تنجح ولا تدر الأرباح التي كان يتوقعها ، فهل يمكن للدائنين في مثل هذه الحالة أن يطعنوا في تصرف مدينهم عن طريق الدعوى البولصية ؟ لم ينص القانون المدني على هذا الفرض ، ولكن يذهب الفقه والقضاء في فرنسا ومصر إلى عدم عطاء الدائن حق الطعن في تصرف مدينه في مثل هذه الحالة ، ويتركون لمحكمة الموضوع سلطة مطلقة في تقدير ذلك (١) .

(١) بلانديول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ص ٢٣٣ - ٢٣٤ . جورج ريبير ، القاعدة الأخلاقية في الالتزامات المدنية ، ص ٣١٧ - ٣١٨ ، مع المراجع والاحكام المشار إليها في ص ٣١٧ خاصة . عبد السلام ذهني ، في الالتزامات . ف ٣٤٦ . السنهوري ، نظرية العقد ، ص ٧٩٨ - ٧٩٩ ، كذلك الوسيط ج ٢ ، ص ١٠٣٦ - ١٠٣٧ . أبو ستيت ، ف ٦٣٨ .

الحالة الثانية - التبرعات

١٨٥ — أما إذا كان تصرف المدين تبرعاً ، فهل يشترط غش المدين وغش من تلقى عنه العين لقبول الطعن فيه عن طريق الدعوى البولصية ؟ هناك قاعدتان جوهريتان في هذا الخصوص ، وهما : ١ — درء المفاسد أولى من جلب المنافع ، وقد نصت على هذه القاعدة المادة (٣٠) من المجلة والمادة (٨) من القانون المدني العراقي . ٢ — دفع الديون مقدم على تقديم الهدايا . ومعنى القاعدة الأولى أنه إذا ترتب على عمل ما نفع لشخص وضرر لآخر فإن الأولى بالرعاية هو الشخص الذي يصيّه ضرر . وفي حالة تبرع المدين ، إذا ترتب على تبرعه الأضرار بحقوق دائنيه ، فيجب عدم اعتبار تبرعه لأننا في هذه الحالة أمام مصلحتين متعارضتين : مصلحة الدائنين ومصلحة من تبرع له المدين ، وال الأولى بالرعاية هم الدائنوون لأننا إذا اعتبرنا التصرف فإنهم سوف يخسرون حقوقهم وسوف يكسب المتبرع له ، أما إذا لم نعتبر التصرف نافذاً في حقهم فإنهم سوف يحصلون على حقوقهم ، أما المتبرع له فإنه سوف لا يخسر شيئاً ، وكل ما في الأمر أنه سوف لا يكسب شيئاً .

أما معنى القاعدة الثانية فواضح . فإذا كان الإنسان مدينا ولم يكن يملك سوى ما يفي به دينه وأراد أن يتبرع لشخص آخر ، فإن سلوكه هذا يكون غير مقبول ، ويجب ألا يعتبر تصرفه مهما كان الشخص الذي يريد أن يتبرع له قريباً له أو عزيزاً عليه ومهما كان الباعث له على التبرع شريفاً إنسانياً . قبل أن يقدم الهدايا ، يجب عليه أن يدفع حقوق دائنيه . ونلاحظ أن الفكرة الأساسية في القاعدتين المتقدمتين واحدة وهي أن درء المفاسد أولى من جلب المنافع . وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة (٢٦٤) فقضت بأنه : « أما إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ في حق الدائن حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية وحتى لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً » . فلا يشترط في هذه الحالة غش المدين ، أي نيته في الأضرار بدائنيه ، ولا يشترط كذلك علمه بأن هذا التبرع يسبب اعساره أو يزيد في اعساره . ولا يشترط كذلك علم من صدر له التبرع بحالة المدين المالية ،

ويكفى لنجاح الدائن في الدعوى لبولصية أن يثبت أن هذا التبرع قد سبب اعسار المدين ! و زاد في اعساره .

١٨٦ — ونلاحظ هنا أن القانون قد ميز في المعاملة بين من تصرف له

المدين بعوض وبين من تصرف له تبرعا ، فاشترط سوء نية الاول ولم يشترط سوء نية الثاني . وهذا منطقي ومعقول ، فإذا كان من تعامل مع المدين قد دفع له مقابلا وكان حسن النية فإنه يفضل على الدائن ، ولا يلومن هذا الأخير إلا نفسه إذا لم يحتفظ للامر فيحصل على ضمان خاص لاستيفاء حقه . أما إذا كان المشتري سيء النية فإن الدائن هو الذي يجب أن يفضل ، اذ القصد السيء يرد على أهله .

أما في فرنسا فقد اشترطت المادة (١١٦٧) من «القانون المدني الفرنسي» الغش في جميع تصرفات المدين ، معاوضة كان او تبرعا .

خلف الخلف

١٨٧ — وما الحكم اذا تصرف خلف المدين بالعين التي تلقاها من هذا الاخير الى شخص آخر ، هل ينجح الدائن في الطعن في التصرف الثاني عن طريق الدعوى البولصية ؟ نصت الفقرة الثالثة من المادة (٢٦٤) على هذه الحالة وقضت بأنه : « وإنما كان الخلف الذي انتقل اليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف آخر فلا يصح للدائن ان يتمسك بعدم تفاذ 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 - تصرف المدين وتصرف خلفه من طبيعة واحدة

١٨٨ — اذا كان تصرف المدين واتصرف خلفه من طبيعة واحدة فاما أن يكون

كل منهما بعوض أو تبرعا .

١ — فإذا كان تصرف المدين وتصرف خلفه بعوض وجب «ثبات الغش في جانب المدين وخلفه وخلف خلفه»

٢ — وإذا كان تصرف المدين وتصرف خلفه تبرعاً ، فلا يشترط «الغش في جانب أي منهم ، وتطبق في هذه الحالة القاعدة العامة التي سبق أن رأيناها والقاضية بأن درء المفاسد أولى من جلب المنافع»

الفرض الثاني - اختلاف طبيعة تصرف المدين عن تصرف خلفه

١٨٩ — وفي هذا الفرض أما أن يكون تصرف المدين بعوض وتصرف خلفه تبرعاً أو العكس

١ — فإذا كان تصرف المدين بعوض وتصرف خلفه تبرعاً وجب اثبات الغش في جانب المدين وخلفه فقط ، ولا يشترط اثباته في جانب خلفه

٢ — وإذا كان تصرف المدين تبرعاً وتصرف خلفه بعوض وجب اثبات الغش في جانب خلف المدين وخلف خلفه فقط ، ولا يشترط اثباته في جانب المدين ، كل ذلك على النحو الذي رأيناها فيما تقدم

ويسكن أن نوجز ما قلناه بالعبارة التالية : حيث يكون التصرف بعوض يجب اثبات الغش ، وحيث يكون تبرعاً فلا يجب اثباته

المبحث الثاني

طبيعة الدعوى البولصية وآثارها وانقضاؤها

طبيعة الدعوى البولصية

١٩٠ — اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الدعوى البولصية وتكليفها اختلافاً كبيراً . فذهب بعضهم إلى أنها دعوى بطلان ، واستندوا في ذلك إلى كلمة «ابطال» Annuler الواردة في المزاد (٧٨٨،٦٢٢،٣٤٣) من القانون المدني الفرنسي ، التي هي عبارة عن تطبيقات للدعوى البولصية . ويرد على هذا الرأي بأن دعوى البطلان إنما يقيمه طرف في العقد بينما الدعوى البولصية يقيمه شخص ثالث ليس طرفاً في العقد . ثم أن الدائن

في الدعوى البولصية اذا نجح في دعواه فان تصرف المدين يبقى مع ذلك صحيحا بينه وبين خلفه ، وكل ما في الامر ان هذا التصرف يعتبر غير نافذ في حق الدائن . وذهب فريق آخر من الفقهاء الى اعتبار الدعوى البولصية دعوى تعويض ، لأن الدائن اثنا يطالب بتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة تواطؤ مدينه مع خلفه ، فان من يتواطأ مع المدين على الاضرار بالدائن يكون مخططا فيجب عليه تعويض الضرر الناشئ 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 في دعواه فانه لا يحصل على تعويض وانما على اعلان تصرف مدينه غير نافذ في حقه . وهناك نظريات أخرى في الموضوع نعرض عن ذكرها هنا . وأصلح الآراء في هذا الصدد هو الرأي الذي ذهب اليه العلامة السنوري من ان الدعوى البولصية اثنا هي دعوى عدم تقاض تصرف المدين في حق دائنه ^(١) . وبهذا الرأي أخذ المشرع العراقي كما سبق أن رأينا . ورأى العلامة السنوري منطقى ومعقول ، فقد سبق أن قلنا بأن الانسان حر التصرف بأمواله بالطريقة التي يراها مناسبة ، وان آثار تصرفاته تصرف الى من يخلفه في ذاته المالية من وريث أو دائن . ولكن هذه الحرية في التصرف مقيدة بالسلامة من الغش ، والغش هنا هو نية الاضرار بالدائنين ، فإذا صاحب تصرف المدين غش ترتب عليه ضرر للدائنين فلا ينصرف أثر هذا التصرف الى الدائن الذي أصابه ضرر نتيجة هذا التصرف . وبناء عليه فإن تسمية هذه الدعوى بدعوى عدم تقاض تصرف المدين في حق دائنه هي تسمية موقعة جدا .

آثار الدعوى البولصية

١٩١ - يترتب على تكيف الدعوى البولصية بأنها دعوى عدم تقاض تصرف المدين في حق دائنه النتائج التالية :

- ١ - على الدائن أن يرفع الدعوى على المدين وعلى كل من خلف المدين حتى يحصل على حكم بعدم تقاض تصرفاتهم جميعا في حقه .

(١) نظرية العقد ، ف ٧٣٧ .

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

١٩٢ - ولكن يلاحظ ان اعتبار التصرف غير نافذ في حق الدائن واعتباره صحيحاً بين المدين وخلفه يؤدي الى تعارض في المصالح : مصلحة الدائن رافع الدعوى البولصية ومصلحة خلف المدين الذي بقي التصرف صحيحاً في حقه . فلو فرضنا ان التصرف كان بيعاً ، فان من حق المشتري أن تخلص له ملكية العين المبعة طبقاً لمبدأ قياد التصرف فيما بين الطرفين ، ولا تخلص له هذه الملكية الا بعد ان يستوفى الدائن حقه طبقاً لمبدأ عدم قياد التصرف في حق الدائن ، فلا يبقى الا تطبيق المبادئ العامة للتوفيق بين المبدأين .

وتطبيق هذه المبادئ يؤدي الى أن الدائن يستوفي حقه من العين المبعة ، لأن البيع غير نافذ في حقه . ثم لما كان البيع لا يزال قائماً فيما بين المشتري والمدين اذا باع له العين ، فان المشتري يرجع عليه بضمان الاستحقاق ، وله أن يطلب فسخ البيع . ويترب على الفسخ أن يتخلل المشتري والمدين الذي باع له العين ، فان المشتري يرجع عليه بضمان الشمن بالرغم من توافقه مع المدين ، وإذا كان قد دفع الشمن استرده . ولما كان المدين معسراً فانه يتنتظر يساره ، ويرد الى المدين ما بقي من العين بعد تنفيذ الدائن ، وذلك اذا لم يكن هو نفسه قد أدى الشمن ، فان كان قد أداه احتجز ما بقي من العين في يده واسقطه مما دفعه الى المدين وانتظر للباقي .
يسار المدين (١) .

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

انقضاء الدعوى البولصية

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

- ١ - ثلاثة سنوات من حين علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف .
- ٢ - خمس عشرة سنة من حين التصرف . فإذا صدر التصرف ولم يعلم الدائن بسبب عدم نفاذة الا بعد مرور اربع عشرة سنة ، بقي أمامه سنة واحدة لاقامة الدعوى .

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

الفرع الثالث

الحجر على المدين المفلس

١٩٤ — اذا تجاوزت ديون المدين المستحقة الاداء على ما له من حقوق فإنه يعتبر مفلاسا ، ومن المحتمل ان يعمد الى تهريب أمواله واحفائه ، فيضر ذلك بدائنيه باضعافه ضمانهم العام الذي هو ذمته المالية وقد عالج القانون المدني العراقي هذه الحالة في المواد (٢٧٩-٢٧٠) التي تكلمت عن الحجر على المدين المفلس . وسيكون كلامنا في هذا الموضوع مقتضاها وبالقدر الذي يساعدنا على تفهم هذه المواد .

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

(الموجز ج ٢ - ٧٣)

معقوله وراجعوا المحكمة في حجره عن التصرف في ماله أو اقراره بدين آخر حجرته المحكمة » . وبعد الحجر لا يستطيع المدين التصرف في ماله ولا أقرار بدين آخر .

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

الآثار التي تترتب على الحكم بالحجر

١٩٦ - ويترتب على الحكم بالحجر الآثار التالية :

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

٢ - تعيين حارس على هذه الاموال ، ويعين المدين نفسه حارسا على امواله المحجوز عليها الا اذا قضت الضرورة بغير ذلك (م ٣٧١ / ٣) .

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

٤ - عدم اعتبار قرار المدين بدين جديد في ذاته (م ٢٧٤) . فإذا 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 في أيدي الدائنين .

٥ - عدم جواز الوفاء لاحد الدائنين . فإذا دفع المدين المحجور من ماله دينا في ذاته لاحد غرمائه فلسائر غرمائه استرداد المبلغ الذي دفعه

(م ٢٧٤) وذلك تحقيقاً للمساواة بين الدائنين ، اذ لا يجوز تفضيل بعضهم على بعض ٠

٦ - تعين نفقة للمدين المحجور ومن لزمه نفقة في مدة الحجر ،
وذلك بناء على عريضة يقدمها رئيس المحكمة المختصة (م ٢٧٢) ٠

٧ - يجوز لكل دائن بعد الحكم بالحجر أن يتخذ باسمه خاصة ما يلزم من الاجراءات لاستخلاص حقه مع عدم الاخلاص بما لسائر الدائنين من مصلحة تعلقت بالحجز الموقعة على أموال المدين (م ٢٧٥) ٠ بهذا الحكم يختلف الاسعار المدنى عن الافلاس التجارى ٠ فالافلاس التجارى اجراء جماعي يقوم به مجموع الدائنين ولا يقوم به احد الدائنين منفرداً باسمه الخاص ٠ أما الاسعار المدنى فاجراء فردي يقوم به كل دائن باسمه الخاص ، على ألا يخل ذلك بما للدائنين من مصالح تعلقت بالحجز الموقوع على أموال المدين ٠

١٩٧ - تلك هي أهم الآثار التي تترتب على الحكم بحجر المدين ٠ ولما كانت المحكمة من ايقاع الحجر على المدين المفلس هي الخوف من ان يخفى أمواله أو أن يعمل على تهريبها ، فإذا اتفق هذه المحكمة جاز للمحكمة أن تخفف من آثار الحجر ٠ وقد نص القانون على الحالات التي تنتفي فيها هذه المحكمة ، وهي :

١ - اذا أراد المدين ان يتصرف في أمواله تصرفًا لا يضر بالدائنين ، فللمحكمة أن تأذن له في ذلك ٠ وقد نصت على هذا الفرض المادة (٢٧٧) ، فقضت بأنه : « يجوز للمدين باذن من المحكمة أن يتصرف في ماله ولو بغیر رضاء الدائنين على أن يكون ذلك بشمن المثل وان يقوم المشتري بایداع الشمن صندوق المحكمة لیستوفى الدائنوں منه حقوقهم » ٠

٢ - اذا وافقت أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون ٠ وقد نصت على هذا الفرض المادة (٢٧٦) بقولها : « يجوز للمدين المحجور بمواقفة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون أن يبيع كل ماله أو بعضه على

أن يخصص الثمن لوفاء دينه . فإذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع الثمن
تعين ايداعه صندوق المحكمة حتى يوزع وفقا للإجراءات المقررة » ٠

٣ — اذا رأت المحكمة ان اتخاذ بعض الاجراءات مما يكفل مصالح
الدائنين والمدين فلها أن تتخذتها . وقد نصت على هذا الفرض الفقرة الثانية
من المادة (٢٧٣) بقولها : « ويجوز للمحكمة بناء على طلب المدين وفي مواجهة
ذوي شأن من دائنيه ان تحكم بابقاء الاجل أو مده بالنسبة الى الديون
المؤجلة ، كما يجوز لها أن تمنح المدين أجلاً بالنسبة الى الديون الحالة اذا
رأى ان هذا الاجراء تبرره الظروف ، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين
والدائنين جميعاً » . فإذا كان للمدين بضائع مثلاً ، ولم يكن الوقت مناسباً
ليبعها . ورأت المحكمة انه اذا اجل بيعها فإن اسعارها سترفع بحيث تكفي
اثمانها لloffاء بما في ذمة المدين من ديون ، في هذه الحالة يجوز للمحكمة
ان تحكم بابقاء الاجل بالنسبة للديون المؤجلة ، كما يجوز لها ان تمنح
المدين أجلاً بالنسبة للديون الحالة . ٠

انتهاء الحجر .

١٩٧ — نصت المادة (٢٧٨) على الحالات التي يتهمي فيها الحجر ،

وهذه الحالات هي :

١ — اذا أصبحت ديون المدين لا تزيد على امواله . فالعملة التي جعلت
المشرع يكتف يد المدين عن التصرف في امواله قد زالت . فقد سبق ان رأينا
ان المادة (٢٧٠) اجازت الحجر على : « المدين المفلس الذي يكون دينه
المستحق الاداء ازيد من ماله » . ٠

٢ — اذا قبل الدائنو او بعضهم ابراء المدين من بعض دينه ، بحيث
يصبح البالغي في ذمته من الديون لا يزيد على ما عنده . ففي هذه الحالة
يكون المدين في الحالة نصت عليها الفقرة الاولى . ٠

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

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

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

أثر انتهاء الحجر

١٩٨ — اذا حصل المدين على حكم من المحكمة باتهاء الحجر جاز له
ان يحصل من دائرة الاجراء على قرار برفع الحجز الموقر على امواله بسبب
الحجر ، وهذا دون اخلال بما تبذله كل دائن من الاجراءات على اموال
المدين باسمه خاصة ولصلحته وحده (م ٢٧٩) .

الفرع الرابع الحق في الحبس للضمان

Droit de rétention

تمهيد وتعريف

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

تطور الحق في الحبس في الفقه الغربي

٢٠٠ — وقد عرف القانون الروماني الحق في الحبس على صورة

دفع هو الدفع بالغش Exceptio doli . فقد منع القاضي الروماني (البريطور Préteur) هذا الدفع الى الوديع اذا اتفق نفقات على العين المودعه ، وذلك ليرد به مطالبة المودع بالعين المودعه حتى يدفع له ما اتفقه على العين . ومنع القاضي هذا الدفع ايضا الى حائز العين « الذي يعتقد انها ملکه وينفق عليها نفقات لحفظها او لتحسينها ، وذلك للغرض نفسه ، اي ليرد به مطالبه المالك حتى يدفع له ما اتفقه على العين .

٢٠١ — وقد كانت العقود الملزمة للجانبين كلها تعتبر من عقود حسن النية Contrats de bonne foi التي يعتبر الدفع بالغش فيما 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 في الحبس .

٢٠٢ — ولم يعالج القانون المدني الفرنسي الحق في الحبس ولا الدفع بعدم التنفيذ في نظرية عامه ، بل اقتصر على ايراد تطبيقات متفرقة لهما في نصوص مبعثرة في ثنياه . 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 في ذلك الى الفقيه الفرنسي سالي الذي نقل اكثر نظريات القانون المدني الالماني الى اللغة الفرنسية .

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

ولعدم خضوعه الى الاجراءات الخاصة باشمار 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 في الحبس والدفع بعدم التنفيذ في الفقه الاسلامي

٢٠٤ — ويعرف الفقهاء المسلمين كلا من حق الحبس والدفع بعدم
التنفيذ ويعالجو نهما 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 ° فاللوديع اذا اتفق على العين المودعه
باذن الحاكم كان له ان يحبسها حتى يستوفي ما اتفقه °

والتطبيقات الواردة في الكتب الفقهيه لحق الحبس كثيرة متنوعة
تشمل مختلف انواع العقود ° فمن ذلك ما جاء في « مستمسك العروة
الوثقي » للسيد محسن الحكيم (ج ٨ ، ص ٤٣ ، مسألة ١٥) : « ان كلا
من المؤجر والمستأجر يملك ما اتقل اليه بالاجارة بنفس العقد ° ولكن
لا يجب تسليم احدهما الا بتسليم الآخر ٠٠٠ ولا يجب على واحد منهما
الابداء بالتسليم ، ولو تعاسرا اجبرهما الحاكم ° ولو كان احدهما باذلان دون
الآخر ولم يمكن جبره كان لل الاول الحبس الى ان يسلم الآخر » ° وفيما
يتعلق بعقد البيع ، جاء في (المحلى) لابن حزم الظاهري الاندلسي
(ج ٨ ، ص ١٠١) : « ٠٠٠ وامساك البائع سلعته حتى يتتصف ° فان
حقه واجب في مال المشتري ، فان مطله بحق قد وجب له عنده فهو ظالم
معتمد لقول النبي (ص) : « مطل الغني ظلم » ، واذ هو ظالم فكل ظالم
معتمد ، وقال تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم » فالسلعة التي ابتاع من مال المشتري ° فللمطول بحقه المعتمد

(١) بلانديول وريبير واسمان ، ج ٧ ، ف ٩١٢

عليه ان يعتدى على المعتدى 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
متغرض الاجرة ، وكذلك حبس القصار الثوب » (١) .

القانون المدني العراقي

٢٠٥ — وقد عالج القانون المدني العراقي الحق في الحبس في خمس
مواد ، هي المواد (٢٨٠—٢٨٤) ، 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 مكانتها عقد البيع وعقد العمل .

وتعتمد الفقرة الثانية من المادة المتقدمه استعمال الحق في الحبس
في جميع المعاوضات المالية ، 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 يتمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يوف
بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به » . ويكشف
هذا النص عن حقيقة الحق في الحبس . فلا هو حق عيني ولا هو حق
شخصي ، وإنما هو دفع بعدم التنفيذ . وهذا الدفع يمتد الى حالات لا حصر
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 ٣٤٩—٣٥٤ .

خطة البحث

٢٠٦ — بعد هذه المقدمه الموجزه للحق في الحبس ، تتكلم عنه في ثلاثة مباحث ٠ نرى في الاول كيفية نشوئه وفي الثاني الاثار التي تترتب عليه وفي الثالث اسباب انقضائه وسقوطه ٠

المبحث الاول

الشروط اللازم توافرها لنشوء الحق في الحبس

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

- ١ - ان يكون هناك شخصان كل منهما دائن للآخر ومدين له ، اي
ان يكون هناك دينان متقابلان ٠

٢ - ان يكون هناك ارتباط بين الدينين ٠

وهناك شرط ثالث مفهوم ضمنا ولا حاجه للنص عليه ، وهو ان يكون الدين المجروس فيه حالا . فإذا لم يكن قد حل اجله بعد فلا يجوز للمدين ان يقف تتنفيذ التزامه حتى يحصل على ماله بذمة دائنها ، ذلك لأن الدين لا يكون نان عندئذ في درجه واحدة من القوة . فإذا كان البيع بشمن مؤجل ثم يجز للبائع ان يحبس المبيع حتى يحصل على الشمن . ونرى كلام الشرطين المتقدمين على حدة .

الشرط الاول - دینان متقابلان

٢٠٨ — لا بد لنشوء الحق في الحبس من أن يكون هناك شخص مدین لآخر ودائن له في الوقت نفسه ، فيقف الوفاء بما في ذمته حتى يحصل على ماله في ذمة دائنه . ولا يهم محل الدين الاول (اي الدين الذي يقع عليه الحبس) ولا مصدره .

٢٠٩ — فيصح ان يكون محل الدين الاول شيئاً معيناً بالذات او معيناً بجنسه او عملاً او امتناعاً عن عمل . فإذا اتفق الوديع على العين المودعة ففقات لحفظها من الهاك كان له ان يحبسها حتى يستوفي ما اتفقه عليهما وادباع شخص كميء من الاشياء المثلية ، كحنته اورز ، بشن 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 . واما اعطى شخص سيارته الى عامل لاصلاحها ولم يدفع الاجرة كان للعامل ان يحبس السيارة حتى يحصل على اجرته . واما تمهيد صاحب ارض بالا يمنع جاره من المرور في ارضه في مقابل جعل معين فانه يستطيع ان يقف تنفيذ التزامه فيمنع الجار من المرور حتى يستوفي جعله (١) .

٢١٠ - ويصح ان يكون مصدر الدين الاول عقداً او عملاً غير مشروع او
كسباً دون سبب او نصاً في القانون . فمثلاً العقد كمصدر للدين ما رأيناه في
الامثله المتقدمه من حبس البائع للشيء المبيع وحبس المشتري للشمن ،
وحبس العامل للشيء الذي اجرى عليه عمله . ومثال العمل غير المشروع
ما اذا تşاجر شخصان واحدث كل منهما ضرراً للآخر فاصبح مدينا له
بالتعمويض وحصل احدهما على حكم بالتعويض قبل الآخر، فالذى لم يحصل
بعد على حكم بالتعمويض يستطيع الايدفع المبلغ الذي تحدد في ذمته بالحكم
حتى يحصل هو بدوره على حكم يحدد مقدار التعويض الذي يجب على
الطرف الآخر ان يدفعه له ، ويحصل عندئذ على حقه منه بطريق المقاصلة .

٢١١ — ومثال الكسب دون سبب كمصدر للدين الاول ما اذا افق الوديع نفقات لحفظ الوديعه من الهلاك . فالمودع يكون ملزماً بان يدفع له ما اتفقه ، ومصدر التزامه الكسب دون سبب . ومثاله اضا ما نصت

(١) كاسان ، في الدفع المستمد من عدم التنفيذ في العلاقات التجارية ،
رسالة للدكتوراه ، باريس ، ١٩١٤ ، ص ٤٨٥ . نقلًا عن السنهوري ،
الوسيط ، ص ١١٣٩ .

عليه المادة (١١١٩) مدنی من انه : « اذا احدث شخص بناء او غراسا او منشآت اخرى بمواد من عنده على ارض يعلم انها مملوکه لغيره دون رضاء صاحبها كان لهذا ان يطلب قلع المحدثات على نفقة من احدثها ، فإذا كان القلع مضررا بالارض فله ان يتملك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع » . فصاحب الارض له ان يطلب قلع ما احدثه الباني او الغارس على نفقه المحدث . فإذا 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 الاقاض حتى يحصل على التعويض المناسب عن الضرر الذي اصاب ارضه . ومصدر التزام المحدث بتعويض صاحب الارض هو العمل غير المشروع .

٢١٢ — ومثال القانون كمصدر للدين الاول مانصت عليه الفقرة الاولى من المادة (١٠٥٨) من القانون المدنی من ان : « على صاحب الارض ان يسمح بان تمر بارضه المياه الكافية لرعي اراضي غيره البعيدة عن مورد المياه وليس فيها ماء للزراعة ولا سبيل لمرور المياه اليها مباشرة . وكذلك مياه الصرف الآتية من الاراضي المجاورة لتصب في اقرب مصرف عام بشرط ان يدفع (١) لصاحب الارض مقدما اجرا سنويا وعلى شرط ان لا يخل ذلك باتفاق صاحب الارض اخلالينا . واما اصاب الارض ضرر من مسقاة او مصرف يمر بها ، 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 الارضي 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 تسر بها المياه مقدما اجرا سنويا . فإذا 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 الأرض التي يراد امرار المياه منها أن يقف تتنفيذ الواجب القانوني او الالزام ، الذي فرضه القانون عليه بامرار المياه .

استثناء : الالتزام بالرد ناشئ عن عمل غير مشروع

٢١٣ — وقد استثنى المادة (٢٨١) مدنى من الاحكام المتقدمة حالة ما اذا كان الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع . فإذا كان مصدر التزام الحائز لشيء برد عما لا غير مشروع لم يجز له ان يحبسه حتى يسترد ما اتفقه عليه من ثقفات ، بل يجب عليه ان يرده الى صاحبه اولا ثم يرجع عليه بدعوى الكسب دون سبب .

بقاء الحق في الحبس حتى التنفيذ الكامل

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

(١) وقد قضت محكمة التمييز المصرية في حكم لها صادر في ١٤ حزيران ١٩٥١ بانه متى كان الواقع في الدعوى هو ان المطعون عليه تعاقد مع الطاعنة على استغلال « فيلم » في الخارج لقاء مبلغ معيين - ٧٥٠٠ جنيه - يدفعه المطعون عليه ، دفع منه وقت العقد جزءا - ١٠٠٠ جنيه - وتعهد بدفع جزء آخر - ٣٠٠٠ جنيه - في مدى شهر من التوقيع على العقد بحيث اذا تأخر عن دفع هذا الجزء في ميعاده يصبح المبلغ الذي دفعه اولا حقا للطاعنة بصفة تعويض ويعتبر العقد لاغيا ، وبباقي المبلغ يدفع عند تسليم الفيلم في الخارج ، وتعهدت الطاعنة بأنه يتم ايصال الفيلم الى الخارج في خلال اربعة شهور من تاريخ التعاقد - اي بعد وفاة المطعون عليه بالتزامه - وكان الثابت من اوراق الدعوى ان المطعون عليه لم يدفع بما تعهد به اذ لم يدفع سوى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه بعد المعياد المتفق عليه . فانه يكون للطاعنة - رغم عن قبولها الوفاء الجزئي على غير الوجه المتفق عليه - ان تجبر المطعون على التزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل ، اذ ليس من شأن قبول الطاعنه للمبلغ الذي دفعه المطعون عليه بعد المعياد المتفق عليه ما يسقط حقها في الحبس . بل كل ماعسى ان يكون له من شأن انه - اذا اكمل المطعون عليه المبلغ الى ٣٠٠٠ جنيه - يصلح دفعا للدعوى 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 ١٠٠ ، ص ١٠٠ ، نقلاب عن المرجع السابق ، ص ١١٤٤ ، هامش رقم ١) .

وإذا كان الاتفاق ^{٢١٥} أو العرف يقضيان بان يكون تنفيذ الالتزام الثاني
تاليا لتنفيذ الالتزام الاول لم يجز حبس الالتزام الاول الى حين تنفيذ
الالتزام الثاني . فإذا نص في عقد الايجار على ان يدفع المستأجر الاجرة مقدما
قبل ان يتسلم العين المؤجرة فلا يجوز له ان يحبس الاجرة حتى يتسلّم
العين . وقد جرى العرف على ان يقوم صاحب الفندق بتقديم خدماته
إلى النزيل قبل ان يستوفي الاجرة ، فلا يجوز له حبس هذه الخدمات
حتى يستوفي اجره (١) .

الشرط الثاني – ارتباط بين الدينين Gonnexité ccorrélation

٢١٥ – لا يكفي ان يكون هناك دينان متقابلان على النحو المقدم ،
بل يجب ان يكون هناك ايضا ارتباط بين هذين الدينين . فإذا لم يكن بينهما
ارتباط لم يجز الحبس . ومصدر الارتباط اما ان يكون عقدا ملزما
للجانبين ، او الفضالة ، او القانون .

٢١٦ – فالعقد الملزم للجانبين ينشيء ، كما نعلم ، التزامات متقابله
على عاتق كل من التعاقددين ، وينشئ في الوقت نفسه ارتباطا بين هذه
الالتزامات بحيث انه اذا لم يقم احد التعاقددين بتنفيذ التزامه جاز للاخر
ان يقف تنفيذ التزامه هو ايضا . وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ .

٢١٧ – وعمل الفضولي ينشيء كذلك التزامات متقابله على عاتق كل
من الفضولي ورب العمل ، وينشئ في الوقت نفسه ارتباطا بين هذه
الالتزامات بحيث انه اذا لم يقم احدهما بتنفيذ التزامه جاز للاخر ان لا ينفذ
التزame هو ايضا . فمحل التزام الفضولي هو الاستمرار في العمل الذي
بدأه وتقديم الحساب لرب العمل ، ومحل التزام رب العمل هو تعويض
الفضولي عما افقه لصالحه (مصلحة رب العمل) . فإذا لم يقم رب العمل
بتعويض الفضولي جاز لهذا ان يقف تنفيذ التزامه بالاستمرار في العمل
وتقديم الحساب . وإذا لم ينفذ الفضولي التزامه بالاستمرار في العمل
وتقديم الحساب جاز لرب العمل ان لا ينفذ التزامه بتتعويضه .

(١) المرجع السابق ، ص ١١٤٤ - ١١٤٥

٢١٨ — وقد يكون القانون نفسه مصدراً للارتباط بين الالتزامين .
مثال ذلك ما إذا قام شخص ، كالوديع والحائز ، بالاتفاق على ملك غيره
الذي تحت يده مصروفات ضروريه او نافعه ، او بني او غرس فيه
اشجاراً ، كان له أن لا ينفذ التزامه بتسلیم الشيء إلى صاحبه حتى يحصل
على ما اتفقا عليه . وهذا ما نصت عليه المادة (٢٨١) مدنی بقولها : «يجوز
لمن اتفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضروريه او نافعه او انشأ
فيه بناء او غرس فيه اشجاراً ان يتمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو
مستحق له قانوناً ٠٠٠ » .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على الحق في الحبس

حبس العين وحبس الدين

٢١٩ — لا يخلو الشيء المحبوس من أن يكون عيناً أو ديناً ، أي
شيئاً معيناً بالذات أو شيئاً معيناً بجنسه . والحبس في الحالة الثانية
يسمي بـ « الدفع بعدم التنفيذ » . ويختلف الأثر الذي يتربّ على
الحبس في حالة حبس الدين ، أي الدفع بعدم التنفيذ ، عنه في حالة حبس
العين من حيث أثر الدفع بالنسبة للغير ، ومن حيث حقوق حابس العين
وواجباته . ونرى كلاً من حبس العين وحبس الدين في مطلب مستقل .

المطلب الأول

حبس الدين (او الدفع بعدم التنفيذ)

Exceptio non adjimpleti contractus

نطاق الدفع بعدم التنفيذ ونطاق الحق في الحبس

٢٢٠ — سبق أن قلنا أن الدفع بعدم التنفيذ عبارة عن صورة من صور
الحق في الحبس ، فنطاقه أضيق من نطاق هذا الأخير ، إذ هو قاصر على

العقود الملزمه للجانبين ٠ اما نطاق الحق في الجبس فيشمل هذه العقود و العقود الملزمه لجانب واحد ، ويشمل ايضا حالات لاتجتمع بين الطرفين فيها علاقه تعاقديه سابقه ، كالحائز الذي ينفق على الشيء الذي تحت يده لحفظه وصيانته فيكون له ان يحبسه حتى يستوفي ما افقهه ٠ ومثال الدفع بعدم التنفيذ والحق في الجبس في العقود الملزمه للجانبين مانصت عليه المادة (٢٨٠) من قانون المدني من حق البائع في جبس المبيع الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن الحال ، ومن حق العامل في حبس الشيء الذي يعمل فيه الى ان يستوفي الاجر المستحق ٠ 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 ٠ وهذا ، كما نرى ، تطبيق لكل من الحق في الجبس والدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمه للجانبين ٠

أثر الدفع بعدم التنفيذ فيما بين المتعاقدين

٢٢١ — 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 ٠ فاذا طالب البائع المشتري بدفع الثمن ولم يكن هو قد سلم المبيع كان للمشتري ان يدفع تجاهه بوجوب قيامه هو بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع ٠ واذا حرم المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة لفترة ما كان له ان يتمتنع عن دفع الاجرة للمرة التي حرم فيها من الانتفاع بالعين ٠ واذا لم يدفع رب العمل الى العامل اجرته وكان الانتفاع يقضي بدفع الاجرة مقدمًا وطالبه بالعمل ، كان للعامل ان يدفع تجاهه بوجوب دفع الاجرة ٠

أثر الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة لغير

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

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

٢٢٣ — فإذا كسب الغير الحق بعد ثبوت حق المدين في التمسك
بالدفع بعدم التنفيذ فإن الدفع يسري في حقه . مثال ذلك ما إذا أحال البائع
شخصا ثالثا بالثمن ولم يكن هو قد سلم المبيع ، فالمشتري يستطيع أن يدفع
تجاه المحال له بعدم تسليم البائع للمبيع ولا يدفع له الثمن . وكذلك الأمر
إذا تصرف المشتري بالمبيع قبل دفع الثمن ، بان رهنه او باعه او ووهبه ، فالبائع
يستطيع أن يدفع بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن تجاه كل من تلقى
عن المشتري حقا على المبيع . ويسكن تعلييل ذلك بان الإنسان لا يستطيع نـ
ينقل إلى غيره من الحقوق أكثر مما يملك ، او بقاعدة : « فاقد الشيء
لا يعطيه » . ومثال ذلك أيضا ما إذا اجر شخص ملكه ثم باعه وإراد المالك
الجديد ان يخرج المستأجر ، فالمؤجر يكون ملزما بتعويض المستأجر ، مالم
يتفق على غير ذلك ، « ولا يجر المستأجر على الاحماء الا بعد ان يتناقضى
التعويض من المؤجر ، او من المالك الجديد نيابة عن المؤجر » (١/٧٨٧م) .
فحق المستأجر في استيفاء منفعة العين المؤجرة حتى انتهاء مدة لا يجر قد ثبت
قبل انتقال الملكية إلى المالك الجديد فيستطيع أن يدفع تجاهه (تجاه المالك
الجديد) بذلك ولا يسلم العين المؤجرة قبل أن يحصل على التعويض الكافي او
على تأمين للوفاء بهذا التعويض .

٢٢٤ — وإذا كسب الغير الحق قبل ثبوت حق المدين في التمسك
بالدفع بعدم التنفيذ فالدفع لا يسري في حقه . مثال ذلك ما إذا رهن شخص
داره رهنا تأمينيا ثم اجرها وسلمها إلى المستأجر ، فان عقد الاجار لا يسري في حق
المرتهن ولا يستطيع المستأجر ان يتمسك تجاهه بحقه في الحصول على
تعويض كما يستطيع ذلك تجاه المالك الجديد ، وذلك لأن حق المرتهن قد
ثبت قبل ثبوت حق المستأجر في حبس العين المؤجرة .

المطلب الثاني

حبس العين

حقوق الحابس وواجباته

٢٢٥ — يشير حبس عين معينه بالذات التساؤل بخصوص مسألتين الاولى — الحقوق التي يكتسبها الحابس على العين . والثانية — الواجبات التي يجب عليه القيام بها . ونرى كلا من ذلك على حدة .

أولاً — حقوق الحابس

٢٢٦ — يترب 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 يحبسو العين حتى يستوفوا كل مالورثهم في ذمة مالك العين . ولا يسقط هذا الحق بنزول بعض الورثه عن حقهم في الحبس ، فإذا نزل بعضهم عن حقه في الحبس فان ذلك لا يؤثر على الآخرين ، ويستطيع من لم ينزل عن حقه في الحبس ان يحبس العين حتى يستوفي كل حصته من الدين .

ولكن مجرد ثبوت الحق في الحبس لا يعطي الحابس حق امتياز

٢٢٧ — ولكن مجرد ثبوت الحق في الحبس لا يعطي الحابس حق امتياز على الشيء المحبوس . وهذا مانصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٢٨٣) بقولها : « مجرد ثبوت الحق للدائين في حبس الشيء لا يعطيه حق امتياز عليه » . فالحق في الحبس ليس حقاعينا كماسبق ان رأينا . ويترب على ذلك ان الدائن الحابس اذا عمد الى اباعة الشيء جبرا على المدين سقط حقه في الحبس ولا يتقدم على بقية الدائنين في استيفاء حقه من الثمن ، فهو دائن عادي مثلهم . فيزاحمه هؤلاء في الثمن ويقاسمونه اياه قسمة غرماء .

(الموجز ج ٢ - ٨٣)

ولكن قد يصل الحبس الى التقدم على بقية الغرماء في استيفاء حقه ، وذلك اذا بقي مصرا على حبس العين حتى يحصل على كل حقه ، فعندئذ لا يجد 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 — واذا كان الشيء المحبوس معرضا للتلف جاز للحبس ان يحصل على اذن من المحكمه في بيته ، 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 فللحسبي ان يحصل على اذن من المحكمة في بيته وفقا للاجراءات المرسومة لبيع الشيء المرهون حيازة وينتقل الحق في الحبس من الشيء الى ثمنه » . فإذا كان الشيء المحبوس مأكولات يخشى عليها الفساد ، او اشياء اخرى يتتسارع اليها التلف اذا بقيت في مكانها لرطوبه مثلا او لوجود حيوانات ضارة ، جاز للحسبي ان يحصل على اذن من المحكمة في بيته . وفي 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 للمحافظة عليه ، كحصان مثلا .

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

ثانياً — واجبات الحبس

٢٢٩ — هناك واجبات يجب على الحبس القيام بها ، وقد نصت

عليهما الفقرة الثانية من المادة (٢٨٣) وهما : ١ - المحافظة على الشيء
٢ - تقديم حساب عن غلته . ونقول كلمة موجزة عن كل منهما .

١ - المحافظة على الشيء

٢٣٠ - فيجب على الحايس ان يحافظ على الشيء الذي يجده .
ومصدر هذا الوجوب هو القانون . ولكن ما هو مقدار العناية الذي يجب
على الحايس ان يبذل في المحافظة على الشيء ؟ القانون المدني العراقي
ساكت في هذا الخصوص . وقد اوجب القانون المدني المصري الجديد على
الحايس ان يحافظ على الشيء « وفقا لاحكام رهن الحيازة » (٢٤٧) .
ويمكن الاخذ بذلك في العراق بالرغم من سكوت النص . ذلك ان الفقرة
الثالثة من المادة (٢٨٣) المتقدمة اوجبت على الحايس في حالة بيعه الشيء
المجوس ان يتبع الاجراءات الخاصة ببيع الشيء المرهون حيازة . والعناية
المطلوبة من المرتهن حيازة في المحافظة على الشيء المرهون هي عناية الشخص
المعتاد (م / ١٣٣٨) . وهذه هي القاعدة العامة في الالتزام ببذل عناية ،
لا اذا نص القانون او الاتفاق على غير ذلك . وعليه يجب على الحايس ان
يبذل في المحافظة على الشيء المجهوس العناية التي يبذلها الرجل المعتاد .
فإذا قصر في ذلك كان مسؤولا عن التعويض . فإذا كان الشيء المجهوس
حصانا مثلا ولم يطعمه حتى نفق ، او كان سيارة وتركها في الشارع حتى
سرقت عجلاتها ، كان مسؤولا عن التعويض .

٢ - تقديم حساب عن غلة الشيء

٢٣١ - ولم يبين القانون المدني العراقي كذلك الطريقه التي يجب على
الحايس ان يستغل بها الشيء المجهوس . ويمكننا هنا ايضا ان نرجع الى
الرهن الحيزي لنرى كيف يلزم القانون المرتهن باستغلال الشيء المجهون
رهنا حيازيا . وقد نصت على ذلك المادة (١٣٤٠) من القانون المدني
بقولها : « ليس للمرتهن ان يتتفق 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 افقه في المحافظة عليه ، وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض ثم من المصنوفات والفوائد، ثم من اصل الدين » (١) . وعليه يمكننا ان نطبق هذه الاحكام على الحبس فنقول بعدم جواز اتفاقه بالشيء المحبوس دون مقابل . واذا كان الشيء يعطي ريعا او استعمله الحبس فيجب عليه ان يخصم الريع الذي حصل عليه وما استفاده من استعمال الشيء من الدين المحبوس فيه او المطالب به . واذا كان الشيء المحبوس قد كلف الحبس 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 افقه في المحافظة عليه ، وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض ، ثم من المصنوفات والفوائد » ، هذه العبارة غير صحيحة . والصحيح هو ما يلي : « على ان يخصم من الريع وما استفاده اولا قيمه ما افقه في المحافظة عليه وما دفعه من الضرائب والتكاليف .. ثم المصنوفات والفوائد » (بدون حرف الاجر من) . ذلك ان النص يقول : « .. وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفاده من استعماله يخصم من الدين الموثق بالرهن » وهذا صحيح ، لأن الريع وقيمة الاستفادة الناشئة عن استعمال الشيء يمثل دينا نسأ للراهن في ذمة المرتهن ، فيجب ان يطرح من دين المرتهن في ذمة الراهن . ولكن قبل اجراء هذه المقادير يجب ان نطرح من الريع وقيمة الاستفادة النفقات والتكاليف الاجرى التي انفقها المرتهن على العين المرهونه . لذلك كان يجب ان يكون النص على النحو التالي : « على ان يخصم من الريع وما استفاده من استعمال الشيء قيمة ما افقه في المحافظة على الشيء وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض اولا ، ثم المصنوفات والفوائد » .

المبحث الثاني

سقوط الحق في الحبس

طريق اصلي وطريق تبعي

٢٣٣ - ليس الحق في الحبس حقاً اصلياً ، بل هو حق تبعي ، تابع للدين المحبوس فيه . ويترب على ذلك ان يكون له طريقان في الانقضاض : طريق تبعي فينقضي تبعاً لانقضاض الدين، وطريق اصلي فيسقط مع بقاء الدين . ونرى كلاً من هذين الطريقين على حدة .

١- انقضاض الحق في الحبس بطريق تبعي

٢٣٤ - لما كان القانون قد منح الحق في الحبس ضماناً لحصول الحابس على ماله في ذمة مالك الشيء المحبوس ، فإن هذا الحق ينقضي بانقاض الدين الذي للحابس في ذمة مالك الشيء . فإذا كان دين الحابس في ذمة المالك قد نشأ عن مصروفات اتفقاً للمحافظة على الشيء وصيانته وقام المالك بدفع هذه المصروفات سقط الحق في الحبس، ويجب على الحابس تسليم الشيء إلى المالك ، وإذا امتنع عن ذلك أصبح غاصباً واقتلت يده من يد امانه إلى يد ضمان وأصبح مسؤولاً عن هلاك الشيء ، حتى لو كان ال�لاك بسبب اجنبي .

٢٣٥ - وينقضي الحق في الحبس أيضاً إذا اقضى الدين المحبوس فيه بأحد طرق انقضاض الالتزام كالتجديد والمقاصة والإبراء . ولا يسقط الحق في الحبس إلا بانقاض الدين المحبوس فيه كله ، ذلك لأن الحق في الحبس لا يتجزأ . ولكن يجب أن لا يستعمل الحق في الحبس بتعسف . فإذا كان الشيء المحبوس كبير القيمة بالنسبة للدين المحبوس فيه وكان يمكن للحابس أن يحبس جزء من الشيء المحبوس ضماناً للحصول على ماله في ذمة مالك الشيء ولكنه اصر على حبس الشيء كله كان متعمضاً ويجبر على تسليم ما يزيد على القدر اللازم لضمان حصوله على ماله في ذمة مالك الشيء .

مثال ذلك ما إذا أودع شخص مائة طن من الرز في أحد محلات البيع ، وكانت قيمة الطن الواحد مائة دينار ، ثم أراد أن يرفعها ولكن تحققت عليه لصاحب المحل أجرة مقدارها مائة دينار ورفض صاحب المحل أن يسمح لصاحب الرز برفع شيء منه حتى يوفي المائة دينار كاملة . في هذه الحالة يكون صاحب المحل متعرضاً في استعمال حقه في الحبس ، فهو يستطيع أن يحبس طناً أو طنين ، وهذا يكفي لتأمين حصوله على حقه . وعليه يستطيع صاحب الرز أن يلتجأ إلى القضاء لاجباره على تسليم الرز بعد أن يترك عنده القدر الكافي لضمان حصوله على الأجرة التي ترتب له في ذمته .

عدم انقضاء الحق في الحبس بالتقادم

٢٣٥ — وما يجب ملاحظته أن الدين المحبوس فيه لا يمكن أن ينقضي بالتقادم ، ذلك لأن بقاء الشيء المحبوس في يد الحابس يمنع هذا التقادم . ويترتب على ذلك أن الحق في الحبس هو أيضاً لا يمكن أن ينقضي بالتقادم ،

ثانياً - سقوط الحق في الحبس بطريق أصلي

٢٣٦ — هناك عدة طرق يسقط بها الحق في الحبس بطريق أصلي . وهذه الطرق هي :

- ١ - إذا قدم الدائن تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه .
- ٢ - إذا لم يقم الحابس بواجبه في المحافظة على الشيء وتقديمه حساب عن غلته .
- ٣ - إذا زادت الحيازة من يد الحابس برضاه .

٤ - إذا هلك الشيء المحبوس .
ونقول كلمه موجزة عن كل من هذه الطرق .

- ١ - تقديم تأمين كاف للوفاء بالدين المحبوس فيه
- ٢٣٧ - وقد نصت على هذه الطريقة من طرق سقوط الحق في الحبس الفقرة الثانية من المادة (٢٨٢) بقولها : « فإذا قدم الدائن تأميناً كافياً

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 الحبس في الحبس . ذلك ان الحكمة من منح المدين الحق في حبس مالدائه في ذمته هي تأمين حصوله على ماله في ذمه دائن . فاذا قدم الدائن تأمينا كافيا للوفاء بما في ذمته اتقتضي الحكمة من تغیر هذا الحق . وتقدير ما اذا كان التأمين الذي يقدمه الدائن كافيا مسألة وقائع ترجع لتقدير القاضي .

استثناء

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

٢ - اخلال الحبس بواجبه في المحافظة على الشيء وتقديم حساب عن غلته

٢٣٩ . . وهذا السبب من اسباب سقوط الحق في الحبس يستفاد من المفهوم المخالف لنص الفقرة الثانية من المادة (٢٨٣) التي نصت على انه : « وعلى الحبس ان يحافظ على الشيء ويقدم حسابا عن غلته » . فإذا لم يتم الحبس بهذين الواجبين ، كما اذا اهمل في المحافظة على الشيء المحبوس اهتماما يعرضه للتلف او لم يقدم حسابا عن غلته بحيث يؤدي ذلك الى ضياع هذه الغلة ، في هذه الحالة يجوز للمالك ان يطلب من القضاء انتزاع الشيء من يد الحبس وايداعه يد عدل .

٣ - زوال الحياة من يد الحبس برضاه

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

من هذه المادة على انه : « يزول الحق في الحبس بزوال الحيازه » . فهي قد اطلقت ولم تشرط ان يكون زوال الحيازة برضاء الحابس . ولكن الفقرة الثانية اضافت الى ذلك : « ومع ذلك يجوز لhabis الشيء اذا خرج الشيء من حيازته خفية او بالرغم من معارضته ان يسترد الحيازه اذا هو قام بهذا الطلب في خلال ثلاثة ايام من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من حيازته وقبل اقضائه سنة من وقت خروجه » . فهذه الفقرة اجازت للhabis ان يسترد الشيء في خلال ثلاثة ايام 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 لا ينتقل الى الثمن . وقد سبق ان رأينا ذلك .

٤ - هلاك الشيء المحبوس

٢٤١ - يد الحابس على الشيء المحبوس يد امانه لا يد ضمان لأن القانون منحه الحق في الحبس ، والاصل في هذا الباب ان « الجواز الشرعي ينافي الضمان » (م ٦ مدنى) . فإذا هلك الشيء المحبوس بدون خطأ من الحابس سقط حقه في الحبس وهذا مفهوم بداهة . أما اذا كان الهلاك بخطئه فإنه يكون مسؤولا عن تعويض المالك . وإذا كان الهلاك بخطأ اجنبي ودفع الاجنبي التعويض انتقل الحق في الحبس الى مبلغ التعويض .

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

الباب الثاني

او صاف الالتزام

MODALITÉS DES OBLIGATIONS

تمهيد

٢٤٣ — تنطبق الأحكام التي رأيناها في الباب السابق على الالتزام البسيط الذي لم يلحقه وصف ما فإذا باع شخص شيئاً من آخر بمبلغ الف دينار كان التزام كل من البائع والمشتري بسيطاً غير موصوف . فالبائع ملزم بتسليم المبيع ، والمشتري ملزم بدفع الثمن . ولكن الالتزام قد يلحقه وصف من الأوصاف التي قد تؤثر في قوته الملزمة أو في قيمته المالية . ولمعرفة الأوصاف التي قد تلحق الالتزام يجب أن نلقي نظرة على الرابطه القانونيه التي يكون الالتزام أحد وجهيات هذه الرابطة ، كما سبق أن رأينا (١) ، تتكون من طرفين ، هما الدائن والمدين ، ومحل . والالتزام الذي تكلمنا عنه في الباب الأول هو التزام بسيط في كل عنصر من هذه العناصر الثلاثة . فالرابطه القانونية محقيقة الوجود وواجبه التنفيذ في الحال ، ومحل الالتزام واحد غير متعدد ، وكل من الدائن والمدين واحد غير متعدد أيضاً . فالوصف الذي يمكن أن يلحق الالتزام لا يمكن أن يكون إلا في أحد هذه العناصر الثلاثة أو في الرابطه ذاتها .

٢٤٤ — فإذا لحق الوصف الرابطه القانونيه ذاتها فاما أن يؤثر على وجودها أو على نفاذها . فإذا لحقها في وجودها جعلها غير محقيقة الوجود ، ويسمى في هذه الحالة بـ « الشرط » . وإذا لحقها في نفاذها جعلها غير واجبة التنفيذ في الحال ، ويسمى في هذه الحالة بـ « الاجل » . فالشرط والاجل اذن هما الوصفان الذان يمكن أن يلحقا الرابطه القانونية ذاتها .

٢٤٥ — وقد يلحق الوصف أحد طرفي الرابطه القانونية أو كليهما ، وبعد أن كان كل من الطرفين واحداً يصبح متعددًا فيتعدد الدائن أو المدين أو كلاهما . فالتنوع اذن هو الوصف الذي يمكن أن يلحق طرفي الرابطه القانونية ، اي طرفي الالتزام .

٢٤٦ — وقد يلحق الوصف محل الرابطه القانونيه ، فبدلاً من أن يكون واحداً يكون متعدداً . فتتعدد المحل اذن هو الوصف الذي يمكن أن يلحق محل الرابطه القانونيه ، او محل الالتزام .

(١) الجزء الاول ، فه

٢٤٧ — وعلى ذلك فاتنا نقسم هذا الباب الى فصول اربعه : تتكلم في الاول عن الشرط ، وفي الثاني عن الاجل ، وفي الثالث عن تعدد محل الالتزام ، وفي الرابع عن تعدد طرف الالتزام ٠

الفصل الاول

الشرط

LA CONDITION

تمهيد وتعريف

٢٤٨ — تعني الكلمة «شرط» على العموم الامر الذي يجب حصوله لحصول امر اخر ، ولكنه اذا حصل فليس من الضروري حصول الامر الآخر . لذلك يعرفه علماء اصول الفقه على العموم بأنه « الامر الذي يلزم من عدمه عدم ولا يلزم من وجوده وجود » ٠ مثال ذلك : يشترط لاستحقاق الجنين الارث ان يولد حيا، فولادته حيا شرط لاستحقاقه الارث . فاذا اتفق هذا الشرط ، بان ولد ميتا ، فلا يستحق ارثا . ولكنه اذا ولد حيا فليس من المحتمن يستحق الارث ، فقد يوجد من يحتجبه . وفي دائرة المعاملات يميز الفقهاء المسلمين بين التعليق على الشروط والاقتران بالشرط . فمثال الاول ما اذا قال شخص لآخر : « اذا سافر مدينك فانا كفيله » . فتشوء الكفالة تعلق على سفر المدين . لذلك يعرف الفقهاء الشرط التعليقي بأنه « تعليق مضمون جمله بحصول مضمون جمله اخرى مرتبطة باداة الشرط » ٠ (١) ومثال الثاني ما اذا اشتري شخص سيارة بشرط ان يصلحها البائع اذا احتاجت الى التصليح في خلال مدة معينة .

٢٤٩ — ويعرف فقهاء القانون المدني الوضعي الشرط كوصف من

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ١٤٨ ، نقل عن الدكتور صبحي الحمصاني ، النظريه العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، ج ٢ ، ص ٢٠٢

او صاف الالتزام بانه : « امر مستقبل غير محقق الواقع يعلق عليه نشوء الالتزام او زواله » . فاذا كان نشوء الالتزام هو الذي علق على تتحقق الشرط سمي الشرط « موقعاً » او « واقفاً » ، واذا كان زوال الالتزام هو الذي علق على تتحقق الشرط سمي الشرط « فاسحاً » . ويتفق هذا التعريف مع الشرط التعليقي الذي يقول به الفقهاء المسلمين .

٢٥٠ — واذا نظرنا الى الالتزامات التي يمكن ان يعلق نشوؤها او زوالها على شرط وجدناها الالتزامات التي مصدرها العقد فقط . فالشرط لا يمكن ان يكون الا في ضمن عقد . وعليه فمحل بحثه يجب ان يكون عند دراسة العقد لامع احكام الالتزام . فنظرية الالتزام محل للنقد من هذه الناحية ، فهي تبحث الشيء في غير محله .

خطة البحث

٢٥١ — والكلام في الشرط يقتضي معرفة مقوماته ، اي الشروط اللازم توافرها فيه ليتتج اثره وانواعه ، واخيراً الاثار التي تترتب عليه . ونعالج كلا من ذلك في فرع خاص

الفرع الأول

مقومات الشرط او شروطه

شرطان

٢٥٢ — عرفنا الشرط بانه امر مستقبل غير متحقق الواقع . فشروطه او مقوماته اذن هي انه : ١ - امر مستقبل ، ٢ - غير متحقق الواقع . ونرى كلا من هذين الشرطين على حده .

اولا - امر مستقبل

٢٥٣ — يجب ، ليكون الامر شرطاً ، ان يكون امراً مستقبلاً . مثال ذلك ما اذا قال شخص لآخر : « اذا عينت موظفاً 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 يعشر على شيء ضائع . فكل من التعيين في 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 — واذا كان الامر الذي علق عليه المتعاقدان الالتزام متحققا عند التعليق كان الالتزام منجزا وواجب الوفاء في 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 بجائزه لمن يكتشفه ، واذا كان هناك من عثر على الشيء الضائع عند الوعد ، كان التزام الواعد في كل هذه الصور منجزا غير معلق على شرط ويجب عليه تنفيذه .

٢٥٥ — ويمكن ان يكون الشرط امرا سليما ، بان يكون عملا يمتنع المدين عن القيام به لفترة معينة او مدى الحياة . مثال الاول ما اذا اشترط صاحب مصنع على مهندس بالاي عمل في مصنع اخر لمدة معينة . ومثال الثاني ما اذا اوصى زوج لزوجته بدار واشترط ان تتفرغ لتربيه اولادها منه والا فسخت الوصية . فكل من عدم اشتغال المهندس في المصنع المعين وعدم الزواج امر مستقبل ، ومن ثم كانت الالتزامات المعلقة عليها التزامات معلقة على شرط . فاذا لم يعمل المهندس في المصنع استحق المبلغ ، واذا لم تتزوج الارملة بقيت مستحقة للدار .

ثانيا - امر غير محقق الواقع

٢٥٦ — ويجب ان يكون الشرط ايضا امرا غير متحقق الواقع . فاذا كان الامر الذي علق عليه العقد مستحيلا او متحقق الواقع في المستقبل لم يكن شرطا . وهذا هو الامر الجوهري في الشرط ، وبه يختلف عن الاجل . فكل منهما امر مستقبل ، ولكن الشرط امر مستقبل غير متحقق

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

٢٥٧ — فإذا كان الامر الذي علق عليه العقد متحقق الواقع في المستقبل كان اجلا لا شرطا ، حتى اذا لم يمكن معرفة وقت وقوعه • فإذا علق العقد على وفاة شخص لم نكن امام شرط بل امام اجل ، ذلك ان الموت امر متحقق الواقع • ولكن اذا حدد الموت بتاريخ معين كان شرطا ، ذلك ان الموت في تاريخ معين امر غير متحقق الواقع • فلو وعد شخص اخر بان يشتري داره اذا مات ابوه (ابو الواحد) في السنة القادمة كانت الوفاة شرطا ، لأن وقوع الوفاة في السنة القادمة ليس بالامر المتحقق الواقع •

الفروع الثاني أنواع الشرط

٢٥٨ — ينقسم الشرط من حيث اثره الى واقف وفاسخ ، ومن حيث تتحققه الى احتمالي ، وارادي ، وارادي محض • ونرى كلام من هذين القسمين في مبحث مستقبل •

المبحث الاول أنواع الشرط من حيث اثره

الشرط الواقف والشرط الفاسخ

٢٥٩ — ينقسم الشرط من حيث اثره ، كما قلنا قبل قليل ، الى واقف وفاسخ • ونرى كلام من هذين النوعين في مطلب مستقبل •

المطلب الاول

الشرط الواقف

Condition suspensive

٢٦٠ — يكون الشرط واقفا اذا علق عليه نشوء العقد او الالتزام ،

بحيث انه اذا تحقق الشرط انعقد العقد ونشأت الالتزامات في ذمة كل من طرفيه ، او نشأ الالتزام في ذمة الواعد اذا اكنا امام الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ٠ مثال الاول ما اذا قال شخص لآخر : « اذا رفعت في هذا الشهر اشتريت سيارتكم بالف دينار » ، او : « اذا نقلت الى المدينة الفلاحية استأجرت دارك التي فيها يبلغ كذا » ، وقال الثاني قبلت ٠ فاذا رفع الموظف او نقل الى المدينة المذكورة انعقد العقد ، فيلزم باخذ السيارة واعطاء الفدينار في الحالة الاولى وبما استئجار الدار بالبلوغ المتفق عليه في الحالة الثانية ٠ ومثال الثاني ما اذا وعد شخص ابنه بجائزة اذا نجح في الامتحان او وعد بجائزة لم يقوم بعمل معين ٠ 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 ٠

واذا تخلف الشرط في الصور المتقدمة لم ينشأ عقد ولا التزام ٠ وهذا ماما نصت عليه المادة (٢٨٨) من القانون المدني بقولها : « العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ الا اذا تتحقق الشرط » ٠ فاذا لم يرفع الموظف او لم ينقل لم ينعقد العقد ، ولا ينشأ ، وبالتالي ، التزام على عاتقه باخذ السيارة ودفع الالف دينار ولا باستئجار الدار بالبلوغ المتفق عليه ٠ ولا ينشأ ايضا التزام على عاتق الطرف الآخر بيعه السيارة بالف دينار ، ولا بتاجيره الدار ٠ واذا لم ينجح الابن في الامتحان ، او لم يقدم شخص بالعمل المطلوب ، فلا ينشأ التزام في ذمة الواعد بدفع الجائزة التي وعد بها ٠

الشرط الواقف المستحيل والشرط الواقف المخالف للنظام العام أو الآداب

٢٦١ — وإذا كان الشرط الواقف مستحيلاً أو مخالفًا للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلًا ولا ينشأ عنه أي التزام (م ١/٢٨٧) . وامثلة الشرط الواقف المستحيل والشرط الواقف المخالف للنظام العام أو للآداب كثيرة . ونرى كلا منها على حدة .

١ - الشرط الواقف المستحيل

٢٦٢ — ويقصد بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة لا النسبية . فإذا تعهد شخص لطبيب بملغ من المال اذا هو احيا ميتاً كان التعهد معلقاً على شرط واقف مستحيل . ذلك ان التقدم العلمي في ميدان الطب لم يتوصل بعد الى احياء الميت . وكذلك الامر اذا وعد شخص اخر ببلغ من المال اذا هو عبر المحيط سباحة . ومثال الشرط المستحيل ايضاً الوصول الى القمر ، اذا لم يصل بعد شخص اليه . ولكن المحاولات مستمرة للوصول اليه ولا يستبعد ان يصل الانسان اليه قريباً ، وعندئذ تصبح الاستحالة نسبية لامطلقه .

الاستحالة المادية والاستحالة القانونية

٢٦٣ — والا استحالة قد تكون مادية ، وهذا ما رأيناه في الامثلة المتقدمة . وقد تكون قانونية ، ومثالها تعليق العقد على الزواج من احدى المحارم . فالقانون يمنع هذا الزواج ، وعليه فالتعليق عليه يكون تعليقاً على شرط مستحيل استحالة قانونية . ومثال الاستحالة القانونية ايضاً الطلاق في البلدان التي تمنعه ، والزواج باكثر من امرأة في البلدان التي تتحدى تمنع تعدد الزوجات ، والزواج باكثر من اربع نساء في البلدان التي تتحدى الشريعة الاسلامية شرعاً لها . فالعقد المعلق على احد هذه الامور يكون معلقاً على شرط مستحيل استحالة قانونية ، وبالتالي فهو باطل ولا ينشأ عنه التزام ما .

٢ - الشرط الواقف المخالف للنظام العام أو الآداب

٢٦٤ - ومثال الشرط الواقف المخالف للنظام العام الشرط القاضي بالايطلق المشترط عليه زوجته ابداً . فإذا كان القانون يعترف للانسان بالحق في تطليق زوجته كان الشرط الذي يمنعه من ذلك مخالفًا للنظام العام ، وعليه فالعقد الذي علق عليه يكون باطلًا ولا ينشأ عنه اي التزام . وكذلك الامر اذا علق العقد على الا يتزوج 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 واهب شخص مطلقته داراً ، او اوصى لزوجته بدار ، واشترط عليها الا تتزوج ، وكان قصده من ذلك هو ان تكرس نفسها ل التربية اولاده منها . والغالب ان يوجد مثل هذا الشرط في عمل من اعمال التبرع ، كهبة او وصية .

٢٦٥ - ومثال الشرط المخالف للآداب اشتراط انشاء علاقة جنسية غير مشروعة . فالعقد المعلق على مثل هذا الشرط باطل لمخالفته للآداب . ومثل هذا الشرط لا يقع الا في ضمن عقد تبرع . ولكن العقد في الحقيقة عقد معاوضة العوض فيه هو انشاء العلاقة الجنسية غير المشروعة .

٢٦٦ - ويمكننا ان نبطل العقد اذا تضمن شرطاً مخالفًا للنظام العام او الآداب بالاستناد الى الحديث الشريف : « المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً احل حراماً او حرم حلالاً » . وقد رأينا هذا الحديث في عدة مناسبات في الجزء الاول من هذا الكتاب .

الشرط المخالف للنظام العام والشرط المستحيل استحالة قانونية

٢٦٧ - ويمكن التمييز بين الشرط المخالف للنظام العام والشرط المستحيل استحالة قانونية ، وان كان كل منهما باطلًا . فاشتراط عدم الزواج قد يكون شرطاً مخالفًا للنظام العام ولكنه شرط غير مستحيل ، اما اشتراط

(الموجز ج ٢ - ٩٣)

الزواج من محرم فشرط مستحيل استحالة قانونيه وهو في الوقت ذاته مخالف للنظام العام لأن الاستحالة القانونية كثيرة مما ترجع إلى مخالفة النظم، لعام (١) .

الشرط الواقف ومحل العقد

٢٦٨ — 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 مسكونا اذا كان عملا او متнاعا عن عمل ، والا يكون مخالفا للقانون وللنظام العام والاداب . فاذا علق العقد على شرط مستحيل او مخالف للقانون او للنظام العام او الاداب كان باطلما من جهة المحل ومن جهة التعليق . ومن هذا نرى ان بحث الشرط يجب ان يكون مع العقد ، لامع احكام الالتزام .

المطلب الثاني

الشرط الفاسخ

Condition résolutoire

٢٦٩ — يكون الشرط فاسحا اذا علق عليه فسخ العقد وزواله . مثال ذلك ما اذا باع شخص شيئا واشترط على المشتري ان يكون له حق استرداد المبيع في خلال مدة معينة بعد دفع الثمن والمصروفات ، وهذا هو بيع الوفاء . ففي هذا المثال العقد موجود وصحيح ، ولكن فسخه وزواله معلق على شرط ، فإذا تحقق هذا الشرط فسخ العقد وزال . فإذا رد البائع الثمن الى المشتري مع المصروفات التي تحملها هذا فسخ البيع واسترداد المبيع . وإذا لم يرد البائع الثمن في خلال المدة المتفق عليها فإن الشرط يكون قد تخلف ويلزم العقد ويستقر نهائيا . فالعقد يكون في خلال مدة التعليق ، حس تعيير الفقهاء المسلمين ، « نافذا غير لازم » . ومثال الشهادة الفاسحة

^{٤١} (١) السنهوري، الوسيط، ج ٣، ص ٢٢.

^(٢) الجزء الاول ، ف ٢٩٧ وما بعدها .

أيضاً ما إذا وهب شخص آخر عيناً واشترط أن يكون له حق استردادها إذا رزق ولداً ، فإذا رزق الواهب ولداً فسخت الهبة وكان للواهب أن يسترد العين الموهوبة .

القول بوحدة طبيعة الشرط

٢٧٠ — وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بوحدة طبيعة الشرط ، أي إلى أن الشرط واحد سواء كان واقفاً أو فاسخاً ، وحجتهم في ذلك أن الشرط الفاسخ إذا كان من طبيعته أن يزيل التزاماً من جهة فانه ينشئ التزاماً من جهة أخرى . ويستشهد أصحاب هذا الرأي في ذلك ببيع الوفاء ، فيقولون إن البائع إذا رد الشمن مع المصاريفات في خلال المدة المتفق عليها زالت ملكية المشتري ونشأ في ذاته التزام برد المبيع إلى البائع . ولكن هذا الرأي لم تأخذ به غالبية الفقهاء ، ولم يأخذ به أيضاً القانون المدني العراقي ، فهو قد ميز بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ .

٢٧١ — وقد تدق أحياناً معرفة ما إذا كان الشرط واقفاً أو فاسخاً ، كما في البيع المعلق على شرط موافقة الغير على البضاعة المباعة ، فهل الشرط هنا واقف ولا يتم البيع إلا إذا وافق الغير على البضاعة ، أو هو شرط فاسخ وينفذ البيع في الحال على أن يفسخ إذا لم يوافق الغير على البضاعة ؟ يرجع الأمر في ذلك إلى تبين ارادة الطرفين المشتركة ، ويستخلص قاضى الموضوع هذه الارادة من الظروف والملابسات ، فإذا تبين أن ارادة الطرفين قد انصرفت إلى أن يكون الشرط واقفاً أو إلى أن يكون فاسخاً التزم هذه النية وحكم بمقتضاهـ (١) .

(١) أو بريورو ، ج ٤ ، ط ٦ ، ص ٨٨ ، مع المراجع المشار إليها في هامش رقم ٣ . السنوري ، المرجع السابق ، ص ٣٠ .
وقد قضت محكمة التمييز المصرية في حكم لها صادر في ٩ أيار ١٩٤٠
بان الشرط القاضي بأن من يرسو عليه المزاد في اطيان موقوفة تباع بقصد الاستبدال لا يستحق البيع إلا إذا وافقت المحكمه الشرعيه على الاستبدال يعد مشترياً بشرط واقف لا بشرط فاسخ ، لأن اجازة الاستبدال من المحكمه إنما هي شرط واقف لفاسخ (نقلًا عن السنوري ، المرجع السابق ، الموضوع المذكور أعلاه ، هامش رقم ٢) .

تضمن الشرط الواقف للشرط الفاسخ وبالعكس

٢٧٢ — يلاحظ بعض الفقهاء أن كلا من الشرط الواقف والشرط الفاسخ يتضمن الآخر حتما فالماء المستقبل الذي يكون شرطا واقفا بالنسبة ل أحد الطرفين يقوم بدور شرط فاسخ بالنسبة للآخر . ويتبع من ذلك أن الاتفاق على نقل الملكية عندما يكون معلقا على شرط يكون من شأنه أن يكون على الشيء حقا ملكية : الاول معلم على شرط واقف والثاني معلم على شرط فاسخ . ولكن عندما يتحقق الشرط او يتخلص فان احد هذين الحلين يستبعد الآخر (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 يوجد في هذا الشرط الفاسخ نفسه سببا تحت شرط واقف لاكتساب الملكية التي نقلها الى غيره (٢) .

الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو الآداب

٢٧٣ — 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 فاسحا . وقد سبق ان رأينا أيضا ان العقد المعلم على شرط فاسخ انما هو عقد موجود ولكن فسخه وزواله هو الذي علق على الشرط . فإذا كان هذا الشرط مخالف للنظام العام أو الآداب فلا يمكن أن يتحقق . وعدم امكان تتحققه يرجع الى استحالته القانونية ، فالقانون لا يعترف بالشرط اذا كان مخالف للنظام العام أو الآداب ويترتب على ذلك ان العقد يبقى مستمرا غير معرض للزوال . ولكن اذا كان الشرط الفاسخ الذي علق عليه العقد هو الدافع الى التعاقد فانه يبطل العقد .

(١) بودري وبارد ، ج ١٣ (الالتزامات ٢) ، ط ٣ ، ف ٧٧٥ ، مع المراجع المشار إليها في هامش رقم ٤ ، ص ١٥ .
(٢) أوبري ورو ، المرجع السابق ص ٨٩ ، مع المراجع المشار إليها في هامش رقم ٤ .

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

الشرط الفاسخ الضمني

٢٧٤ — هناك ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمني يفترض وجوده في العقود للجانبين ويحيز لاحد الطرفين ان يطلب فسخ العقد اذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه . ويجب عدم الخلط بين هذا الشرط وبين الشرط الفاسخ الصريح الذي تتكلم عنه لاختلاف طبيعة كل منهما عن طبيعة الآخر . اذ الشرط الفاسخ الضمني ليس في حقيقته شرطاً ، 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 في الجزء الاول من هذا الكتاب عند الكلام عن الشروط المقتربة بالعقد (ف ٣٤٣ وما بعدها) .

(٢) وقد قضت محكمة التمييز المصرية في حكم لها صادر في ٢٠١٩٤٦ بان الشرط الفاسخ الصريح وشرطه الضمني يختلفان طبيعة وحكمًا .

فالشرط الفاسخ الضمني *Le pacte commissoire tacite*

لا يستوجب الفسخ حتماً اذ هو خاضع لتقدير القاضي ، وللقاضي ان يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل المدين نفسه له ان يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل ان يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ . اما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضي به المادة (٣٣٤) من القانون المدني (القديم) موجب للفسخ حتماً ، فلا يملك معه القاضي امهال المشتري المتخلّف عن اداء الثمن ،



المبحث الثاني

أنواع الشرط من حيث تتحققه وتخلفه

٢٧٥ — ينقسم الشرط من حيث تتحققه وتخلفه الى ثلاثة انواع : فهو اما ان يكون تتحققه او تخلفه متوقفا على مجرد الصدفة ويسمى بـ(بالشرط الاحتمالي) او الى ارادة احد الطرفين ويسمى : « الشرط الارادي » ، او الى ارادة احد الطرفين مقتربة بامر خارجي ويسمى : « الشرط المختلط » ، ونرى كلا من هذه الانواع على حدة ٠

١ - الشرط الاحتمالي Condition Casuelle

٢٧٦ — الشرط الاحتمالي هو الذي يترك امر تتحققه وتخلفه لامر لاعلاقه لارادة احد الطرفين فيه اي لمجرد الصدفة ٠ مثال ذلك التعليق على وفرة الاتاج الزراعي ، او على ارتفاع او انخفاض الاسعار ، او على صدور

ولا يستطيع المشتري ان يتغادى الفسخ باداء الثمن او عرضه بعد اقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبية الرسمي الى الوفاء ، بل قد يكون شرط الفسخ الصريح موجبا للفسخ بلا حاجة الى تنبية اذا كانت صيغته صريحة في الدلالة على وقوع الفسخ عند تتحققه بلا حاجه الى تنبيه ولا انذار ، وعلى ذلك فاذا كانت محكمة الدرجة الاولى قد اقامت قضائها 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 التبادلية ، ثم جاءت محكمه الاستئناف فقالت ان الفسخ كان متتفقا عليه جراء 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 تثبت ان قالت في اخر حكمها انها تؤيد الحكم المستأنف لاسبابه وتأخذ منه اسبابا لحكمها ، فحكمها هذا يكون قد اقيم على امررين واقعيين متغيرين ولا يمكن ان يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرط الفسخ الصريح والفسخ الضمني طبيعة وحكما ، وهذا تعارض في اسباب الحكم يعيشه ويستوجب نقضه (مجموعة عمر ، ٥ رقم ٦٨ ، ص ١٥٥ ، نقلاب السنورى المرجع السابق ، ٢٩ ، هامش) ٠

قانون معين ، الخ ٠٠٠ وحكم هذا الشرط انه صحيح ملزم ، واقفا كان او فاسحا ٠ ويصح كذلك التصرف القانوني المعلق عليه ، لانه امر مستقبل غير محقق الواقع وغير مخالف للنظام العام ولا للآداب ٠

٢ - الشرط الارادي Condition potestative

٢٧٧ - والشرط الارادي هو المتروك امر تتحققه وتخلفه لارادة احد المتعاقدين ٠ مثال ذلك تعليق العقد على سفر احد المتعاقدين ، او على كتابته مقالا في احدى الصحف ، او زواجه من شخص غير معين ، الخ ٠٠٠٠

٢٧٨ - والشرط الارادي اما ان يتوقفه تتحققه وتخلفه على ارادة

الدائن ويسمى : « الشرط الارادي البسيط » Condition simplet Potestative ، او على ارادة المدين ويسمى ، بـ « الشرط الارادي المحسض » Condition purement potesfative ويختلف حكم كل من هذين الشرطين عن حكم الآخر ٠

فإذا توقف على ارادة الدائن كان صحيحا ملزما ، واقفا كان او فاسحا ٠ فمثلا الشرط الواقف ما اذا قال شخص لآخر : اذا تزوجت (انت) فاني اؤجرك داري ببلغ كذا ، او اذا سافرت (انت) فاني اشتري دارك ببلغ كذا ٠ ومثال الشرط الفاسخ بيع الوفاء ٠ فإذا باع شخص داره بشرط ان يكون له استردادها بعد رده الشمن ، كان الشرط صحيحا لانه شرط فاسخ تعلق تتحققه او تخلفه على ارادة الدائن ٠

وإذا توقف على ارادة المدين ، فإذا كان واقفا بطل الشرط والتصرف ٠ مثال ذلك ما اذا قال شخص لآخر : ابيعك داري اذا اردت (انا) ، او اذا رأيت ذلك في مصلحتي ٠ ففي هذه الحالة يكون تتحقق الشرط وتخلفه متوقفا على محسض ارادة المدين ان شاء ابرم العقد وان لم يشأله يبرمه ٠ وبعبارة اخرى هو لم يتلزم بشيء ٠ وحكم هذا الشرط انه باطل هو والعقد المعلق عليه ٠ اما اذا كان الشرط فاسحا فانه يكون صحيحا هو والعقد المعلق عليه ٠ مثال ذلك شرط الخيار ، او خيار الشرط ٠ فإذا باع شخص او اشتري شيئا على ان يكون له الخيار لمدة معينة كان الشرط صحيحا ٠

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

الفرع الثالث

آثار الشرط

٢٨٠ - تختلف الآثار التي تترتب على الشرط في مرحلة التعليق ، اي قبل تتحققه او تخلقه ، عنها بعد هذه المرحلة ، اي بعد تتحققه او تخلقه . والشرط اذا تحقق اتى باثره من حين التعليق لامن حين تتحققه اي يكون لتتحققه اثر رجعي . وعليه فاننا نقسم هذا الفرع الى ثلاثة مباحث ، تتكلم في الاول عن اثر الشرط في مرحلة التعليق وفي الثاني عن اثره بعد مرحلة التعليق ، وفي الثالث عن فكرة الاثر الرجعي .

المبحث الاول

اثر الشرط في مرحلة التعليق

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

المطلب الاول

الشرط الواقف

٢٨٢ - قبل الكلام عن اثر الشرط الواقف في مرحلة التعليق نضرب المثل التالي لتوسيعه : اذا قلت لك باني اذا قلت من بغداد فاني ايعسك

سياراتي ببلغ كذا وقبلت انت هذا الارجاع ، ولم اقل انا بعد من بغداد ، فما هي اثار هذا الاتفاق بيني وبينك؟ الجواب عن هذا السؤال يقتضي معرفة مراتب الحق من حيث الوجود والنفاذ . وهذا مازراه فيما يلي .

مراتب الحق من حيث الوجود والنفاذ

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

١ — مرتبة الحق الاحتمالي ، وهو ما لا يوجد له ولكن يحتمل وجوده في المستقبل . ومثاله ان يكون عند الانسان بطاقه يانصيب ، فحقه في الجائزة غير موجود ولكنه محتمل ، فهو معذوم على خطر الوجود .

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

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

٥ — مرتبة الحق المترن باجل فاسخ ، وهو حق موجود وجودا كاملا ، وهو نافذ الى اجل ثم يتضي بانتفاء هذا الاجل . مثال ذلك حق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة .

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

ويضيف العلامة السنوري الى هذه المراتب مرتبة اخرى هي مرتبة الحق المعذوم الذي لا يوجد له ولا يحتمل وجوده . ولكننا لانرى ما يقول

(١) المرجع السابق ، ف ٢٩ .

بـه الاستاذ حقا ولا مرتبة من مراتب الحق . اذ الحق المدوم الذي لا وجود له ولا يتحمل وجوده ليس الا العدم، والعدم لا يمكن اعتباره مرتبة من المراتب .

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

٢٨٤ — 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 لا مجرد 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 — النتائج التي تترتب على ان الحق المعلق على شرط واقف حق موجود

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

١ — ينتقل هذا الحق من الدائن الى خلفه بهذه الصفة ، خاصا كان الخلف او عاما . فيجوز له اذ يوصي به ، وان يبيعه وان يرهنه ، وان ينزل عنه بارادته المنفردة ، الخ

٢ — يجوز للدائن ان يتخد الوسائل التحفظية اللازمه لحماية حقه ، كوضع الاختام وتحrir قوائم الجرد وتصديق توقيع مدینه اذا كتب العقد في محضر غير مصدق من الكاتب العدل . وله كذلك ان يتدخل في الدعاوى التي ترفع من مدینه او عليه لمراقبه سير الاجراءات التي تضر بحقه . وله كذلك ان يتدخل في القسمه اذا كانت العين محل حقه مشاعة .

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

٢٨٦ — ويترتب على اذ الحق المعلق على شرط واقف غير كامل الوجود

النتائج التالية :

١ - لا يكون قابلاً لاي نوع من انواع التنفيذ ، لا التنفيذ الجيري ولا التنفيذ الاختياري . فلا يستطيع الدائن اتخاذ الوسائل التنفيذية للحصول على حقه . و اذا قام المدين بتنفيذ التزامه معتقدا انه ملزم بتنفيذ فانه يكون قد دفع ماليس بواجب عليه ويجوز له استرداد ما دفع بدعوى استرداد مدفع دون حسق .

٢ - 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 - لا يتحمل صاحب الحق المعلق على شرط واقف تبعه الهلاك ، ولا يستطيع التصرف بالشيء الذي عليه حقه . فاذا كان الحق المعلق على شرط واقف هو حق الملكية كان لهذا الحق ما نكان : مالك تحت شرط واقف وهو الذي انتقلت اليه الملكية معلقه على هذا الشرط ، ومالك تحت شرط فاسخ وهو من انتقلت منه الملكية الى المالك تحت شرط واقف . مثال ذلك ما اذا قال شخص لآخر : اذا نقلت من وظيفتي فاني ايعك داري التي اسكنها وقبل الاخر . فقبل تتحقق الشرط يكون على الدار حقاً ملكيه : حق معلق على شرط فاسخ وهو حق صاحب الدار ، وهو حق كامل الوجود ، وحق معلق على شرط واقف وهو حق الطرف الآخر ، وهو حق غير كامل الوجود (١) .

٤ - لا تثبت الشفعة الا عند تتحقق الشرط . فلا يستطيع المالك تحت شرط واقف ان يأخذ بالشفعة ، كما لا يمكن طلب الشفعة بالنسبة للعقار المبيع تحت شرط واقف قبل تتحقق الشرط .

القانون المدني العراقي

٦٨٧ - ذلك موجز للاثار التي يرتباها فقهاء القانون المدني الوضعي على الشرط الواقع في مرحلة التعليق ، فيما هو الحكم في القانون المدني

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٤٢ .

العراقي ؟ تنص المادة (٣٨٨) من هذا القانون على ان « العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ الا اذا تحقق الشرط » . وهذا النص مأخوذ عن الفقه الاسلامي . وقد سبق ان رأينا في 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 الالازمة لحماية هذا الحق ويستطيع التصرف به ايضا ، واذا قلنا انه يملك مجرد امل كان معنى ذلك انه لا يملك هذه الامور . يذهب الدكتور حسن على الذنون الى ان الدائن « لا يملك — وفقاً حكام الشريعة ولا حكام القانون المدني العراقي — وقت قيام التعليق سوى مجرد امل » . وينتتج من هذا انه لا يستطيع ان يتخد الوسائل التحفظية التي اشرنا اليها سالفا » . ويذهب الاستاذ السنهوري الى امكان تطبيق الاحكام المتقدمة في القانون المدني العراقي ، ذلك لأن الحق غير النافذ حق موجود . ونحن نميل الى الاخذ برأي الاستاذ السنهوري . فاذا قال شخص لآخر : اذا تقلت من وظيفتي قبل التاريخ الفلانى فاني ابيعك سيارتي بمبلغ كذا و قال الآخر قبلت و اراد صاحب السيارة قبل التاريخ المذكور ان يبيع السيارة من شخص اخر ، وان يتصرف بها تصرفها ينقص من قيمتها افلا يستطيع المالك تحت شرط واقف ان يعترض على ذلك ؟ نحن نرى له ذلك ، حتى بتطبيقنا القواعد العامة في الشريعة الاسلامية . فقد سبق ان رأينا الحديث الشريف : « المؤمنون عند شروطهم ، الا شرطاً احل حراماً او حلالاً » ، والشرط في المثال المتقدم لم يحل حراماً ولا حرم حلالاً . فاذا اراد باع السيارة ان يتصرف بها تصرفها يضر بالمشتري فإنه يكون قد خالف الشرط الذي اتفق معه عليه ، وبالتالي يجوز للمشتري تحفظ شرط واقف ان يعترض على هذا التصرف ويتخذ الاجراءات التحفظية للمحافظة على السيارة . ويتربى على ذلك ان صاحب الحق المعلق على شرط واقف يملك حقاً لا مجرد امل .

(١) ف ٥٢٢ وما بعدها .

المطلب الثاني

الشرط الفاسخ

٢٨٨ — سبق رأينا ان الحق المعلق على شرط فاسخ هو حق موجود ونافذ ، ولكن 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 — النتائج التي تترتب على ان الدائن يملك حقا مؤكدا

٢٨٩ — 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 — يجوز للدائن ان يتخذ الوسائل التنفيذية لاستحصلار حقه ، وله ان يرفع دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائره (الدعوى البولصيه) وله ان يظهر العقار مما عليه من الديون المضمونه برهون . كما يستطيع تتبع الشيء واتزانه من يدائى شخص انتقل اليه .

٢ — اذا قام المدين بتنفيذ التزامه فانه لا يستطيع ان يطالب باسترداد مادفع عن طريق دعوى استرداد مادفع دون حق ، لانه انما دفع دينا مستحقة واجب التنفيذ .

٣ — يسري التقادم بالنسبة للحق المعلق على شرط فاسخ ، لانه حق مستحق الاداء . ففي بيع الوفاء ، مثلا ، اذا لم يطالب المشتري بالبيع حتى مضت مدة التقادم تملكه البائع .

٤ — يستطيع صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ان يطلب بالشفعه ، وان يطلب القسمه اذا كانت العين شائعة .

٥ - يستطيع صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ان يتصرف بالشىء الذي يرد عليه حقه كافة انواع التصرفات ومقابل ذلك هو الذي يتحمل الملاك .

ثانياً - النتائج التي تترتب على كون الحق المعلق على شرط فاسخ على

خطر الزوال

٢٩٠ - ويترتب على كون الحق المعلق على شرط فاسخ على خطر الزوال النتائج التالية :

١ - 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 - لاتقع مقاصلة حق معلق على شرط فاسخ بحق منجز ، ذلك لأن الحق المعلق على شرط فاسخ انما هو حق موجود على خطر الزوال، اي عرضة للزوال ، فهو اضعف من الحق المنجز .

القانون المدني العراقي

٢٩١ - 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 . فإذا كان كل من العاقدين يستطيع الرجوع عنه بارادته المنفردة كان غير لازم من الجانبين ، كالوكالة والعارية والوديعه . واذا كان احد العاقدين فقط يستطيع الرجوع عنه كان ذلك لوجود خيار لهذا العقد . ويمكن القول بانطباق الاحكام المتقدمة على العقد غير اللازم في القانون المدني ، ذلك ان مركز المتعاقد الذي ليس له الخيار في هذا العقد هو تماماً كمركز صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ في الفقه الغربي . مثال ذلك البيع بشرط الخيار .

فإن من يكون له الخيار يكون مالكا تحت شرط فاسخ ، يستوي في ذلك البائع والمشتري . فإذا كان الخيار للمشتري كان مالكا تحت شرط فاسخ ، فيكون مالكا بكل معنى الكلمة ، ولكن ملكه معرض للزوال . فتنطبق عليه عندئذ الأحكام التي رأيناها في الفقه العربي . وكذلك الامر اذا كان الخيار

للبائع

المبحث الثاني

اثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق

٢٩٢ - يقصد بانتهاء التعليق معرفة مصير الشرط الذي علق عليه العقد ، فهو اما ان يتحقق او يتخلل .

كيف يتحقق الشرط وكيف يتخلل

٢٩٣ - اذا حددت مدة لتحقق الشرط وجب ان يتحقق في هذه المدة . فإذا تحقق بعدها ، ولو بمدة وجيزه ، اعتبر متخللاً . وإذا لم تحدد مدة لتحققه وجب الرجوع الى نية الطرفين لمعرفة الشكل الذي ارادا ان يتحقق به الشرط . فإذا قال شخص لآخر : اذا تزوجت (انت) بعثك داري ببلغ كذا ، او اذا عينت (انا) في الوظيفة الفلاحية فاني اشتري دارك ببلغ كذا ، فهل يمكن القول بأن الشرط يمكن ان يتحقق حتى موت الشخص الذي يتوقف تتحقق الشرط على زواجه او موت الشخص الذي يتوقف تتحقق الشرط على الحصول له على الوظيفة حيث يجعل الوفاة من المؤكد عدم امكان تتحقق الشرط ، او ان هناك مدة مفهومة ضمناً بين الطرفين يجب ان يتم الزواج او الحصول على الوظيفة في خلالها ؟ يعود تقدير ذلك الى قاضي الموضوع ، فهو الذي يقدر الوجه الذي اراد الطرفان ان يكون عليه تتحقق الشرط . واذا تتحقق الشرط او تخلف تحدد مصير العقد نهائياً ولا يمكن الرجوع فيه .

تحقق الشرط او تخلفه بغض من له مصلحة في ذلك

٤٩٤ - ويعتبر الشرط قد تحقق اذا حال دون تتحققه عن طريق الغش الطرف الذي له مصلحة في تخلفه . كما انه يعتبر قد تخلف اذا تتحقق بطريق الغش من

قبل الطرف الذي له مصلحة في ان يتخلف (١) .

٢٩٥ — بعد هذه الكلمة الموجزة عن كيفية تحقق الشرط وكيفية تخلفه، تتكلم عن اثر الشرط بعد بعد مرحلة التعليق في كل من الشرط الواقع والشرط الفاسخ .

اولا - الشرط الواقع

٢٩٦ — سبق ان قلنا ان الحق المعلق على شرط واقف هو حق موجود ولكنه غير كامل الوجود فإذا 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 في استطاعته ، ويستطيع كذلك استعمال جميع الوسائل للحصول عليه . وإذا كان قد قبض شيئا فانه لا يرده ، لانه انما قبض شيئا مستحقا له . ويسري التقادم على الحق المعلق على شرط واقف من حين تتحقق الشرط ، لانه أصبح حقا مستحقو الاداء . وإذا كان صاحب الحق المعلق على شرط واقف قد تصرف فيه صحت تصرفاته لأن الحق يعتبر موجودا من وقت التعليق لا من وقت تتحقق الشرط ، وهذا هو الاثر الرجعي لتحقق الشرط كما سنراه .

٢٩٧ — وإذا 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 . فإذا لم يكن المدين قد وفى بالتزامه فلا يلزم بالوفاء ، وإذا كان قد وفى شيئا كان له ان يستردء . وإذا 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 تتحقق الشرط » .

(١) يراجع في كيفية تتحقق الشرط وتخلفه بصورة خاصة بودري وبارد ، ج ١٣ (النظامات ٢) ، ف ٨٠٨-٧٩٠ ، ص ٣٦-٢٤ . كذلك السنوري ، المرجع السابق ، ف ٣٥ - ٣٧ .

ثانياً - الشرط الفاسخ

٢٩٨ - اذا تحقق الشرط الفاسخ زال الحق الذي كان معلقاً عليه ،

ويعتبر هذا الحق كأن لم يكن منذ البداية وذلك بفعل الاثر الرجعي لتحقق الشرط . ويترب على ذلك عكس النتائج التي رأيناها في تحقق الشرط الواقع . فإذا كان الدائن قد استلم شيئاً وجب عليه ان يرده ، واذا استحال الرد بخطأ تحققت مسؤوليته ووجب عليه التعويض وفقاً للقواعد العامة التي سبق ان رأيناها . اما اذا كانت الاستحالة لسبب اجنبي فان التزامه بالرد يتضي ولا يلزم بالتعويض . ووجوب الرد يكون على اساس رد ما استلم دون حق . ويترب على ذلك ايضاً سقوط التصرفات التي قام بها صاحب الحق قبل تحقق الشرط .

٢٩٩ - واذا تخلف الشرط الفاسخ استقر الحق الذي كان معلقاً عليه .

فهو بعد ان كان على خطر الزوال اصبح ثابتاً مستقراً غير معرض للزوال . ويترب على ذلك ان التصرفات التي اجرتها صاحب الحق في 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 نافذاً غير لازم فإذا تحقق الشرط فسخ العقد والزم الدائن برد ما اخذه ، فإذا استحال رده وجب الضمان . واذا تخلف الشرط لزم العقد »

استثناء - اعمال الادارة الصاربة قبل تتحقق الشرط

٣٠٠ - وقد استثنى الفقرة الثانية من المادة (٢٨٩) المتقدمة من النتائج المترتبة على تتحقق الشرط الفاسخ « اعمال الادارة الصادرة من الدائن » ، فهذه الاعمال تبقى رغم تتحقق الشرط . ومثال اعمال الادارة الايجار ، وبيع الشمار ، وقيد الرهن ، وتحرير العقار اذا كان مثلاً برهن . والحكم من الابقاء على هذه الاعمال هي انها ضرورية للمحافظة على العين

ويجب القيام بها في وقتها المناسب ، ويجب كذلك أن 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 باذن ابقى اعماله قائمه حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ .

٣٠١ — ويشترط للابقاء على اعمال الادارة رغم تحقق الشرط الفاسخ الشرطان التاليان :

١ — حسن نية من صدرت عنه هذه الاعمال ، فيجب الا يتخذ منها ذريعة يتوصل بها الى تعطيل حق الطرف الآخر اذا تتحقق الشرط الفاسخ .
٢ — عدم مجاوزة المألف في هذه الاعمال (١) .

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

المبحث الثالث

الاثر الرجعي لتحقق الشرط

Effet rétroactif de la condition accomplie

٣٠٢ — سبق ان قلنا ان معنى الاثر الرجعي هو ان الشرط اذا تحقق اتج اثره من حين الاتفاق لا من حين تتحققه . ولما كان هذا يبدو غريبا ، اذ كيف يمكن ان يقع امر اليوم وينتتج اثره بالنسبة الى الماضي ، فقد اختلف الفقهاء في بيان الاساس الذي تقوم عليه فكرة الاثر الرجعي لتحقق الشرط .

٣٠٣ — فذهب بعضهم الى ان الاثر الرجعي ليس الا افتراضا افترضه المشرع ، يقوم في اعتبار الالتزام المعلق على شرط Fiction اما كما لو كان منجزا منذ الابتداء او كما لو لم يوجد مطلقا . ويترب

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

على هذا التعليل انه لا يجوز التوسع في 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 يجعل «الاشكال ، اذ يبقى ان نعرف لماذا افترض المشرع هذا الافتراض في النتائج التي رتبها على تحقق الشرط 。 والحقيقة اتنا لا نلجأ الى هذا التعليل الا اذا اعوزنا الدليل المنطقي لترير قاعدة قانونية نص عليها المشرع (١) 。

٣٠٤ — وذهب فقهاء اخرون الى ان الحق المتعلق على شرط هو حق

موجود ، وليس من شأن تتحقق الشرط الا تثبت Confirmation هذا الحق 。 بهذا القول تتفق قاعدة الاثر الرجعي مع فكرة الحق المتعلق على شرط ، فالحق يسبق تتحقق الشرط ولا يكون من شأن هذا التتحقق ان ينشئه من عدم ، بل هو يثبته 。 وعليه يكون من الطبيعي ان ترقى اثار تتحقق الشرط الى اليوم الذي انشأ فيه اتفاق الطرفين الحق المتعلق عليه (٢) 。

ولكن يؤخذ على هذا الرأي انه يقتصر على تفسير الشرط الواقع دون الشرط الفاسخ 。 ويؤخذ عليه ، حتى في تفسيره للشرط الواقع ، انه يفترض ان الحق المتعلق على شرط واقف موجود منذ البداية وتحقق الشرط انا يقتصر على تبنته ، 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 — ويدهب الاستاذ السنهوري الى ان فكرة الاثر الرجعي

(١) بلانيلور وريبيير واسمان ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ - ٣٤٥ . بودري وبارد ، المرجع السابق ، ف ١-٨٠٩ ، ص ٤٢ . بلانيلور وريبيير وبولانجييه ، ج ٢ ط ٣ ، ف ١٣٦٦ .

(٢) بلانيلور وريبيير واسمان ، المرجع السابق ، ص ٣٤٥ ، مع المراجع المشار إليها في هامش رقم ٣ .

(٣) السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٦٢

تستجيب في أكثر الأحوال لظروف التعاقد وللنية المحتملة للمتعاقدين . ذلك أن المتعاقدين لا يعرفان وقت التعاقد إن كان الشرط يتحقق أو لا يتحقق ، ولو انهمَا كانوا يعْرِفُونَ ذلِكَ لِمَا عَلِقَ الْعَدْدُ عَلَى الشَّرْطِ وَلِجَعْلَاهُ عَقْدًا بِسِيَطَةٍ مُنْجَزاً فَيُمْكِنُ أذْنَ في كثِيرٍ مِنَ الْأَطْمَئْنَانِ تَسْيِيرَ نِيَّتِهِمَا عَلَى اِنْهُمَا ارَادُوا أَنْ يَسْنَدَا إِثْرَ الْعَدْدِ إِلَى وَقْتِ التَّعَاقدِ لَا إِلَى وَقْتِ تَحْقِيقِ الشَّرْطِ (١)

موقف القوانين المدنية الحديثة من فكرة الإثر الرجعي

٣٠٦ — وبالنظر للنتائج التي تترتب على فكرة الإثر الرجعي من منع التصرف بالمال ، ومن جعل من تعامل مع المالك تحت شرط معرضًا لزوال الحقوق التي اكتسبها من هذا الأخير ، وما يؤدي إليه ذلك من تعقيد في المعاملات وعدم استقرار للحقوق ، لم تأخذ القوانين المدنية الحديثة، وخاصة القانونان الألماني والسويسري ، بفكرة الإثر الرجعي لتحقّق الشرط . فقضى هذان القانونان بعدم الإثر الرجعي الا اذا اتفق الطرفان على ان يكون لتحققه هذا الإثر في العلاقة فيما بينهما .

فكرة الإثر الرجعي في الفقه الإسلامي

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

٣٠٨ — الا ان الامر يكون على خلاف ذلك في العقود والتصرفات التي تكون بحسب ما هيتها معلقة على شرط ضمني . فحينئذ يكون لتحقّق

(١) المرجع السابق ، ص ٦٥ . وهناك نظريات أخرى في الموضوع اعرضنا عن ذكرها . يراجع في ذلك پلانيلور وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ص ٣٤٥ - ٣٤٦ ، كذلك كولان وكاپستان ، ج ٢ ، ط ٨ ، ف ٤٠٠ .

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

الشرط اثر رجعي . مثال ذلك تصرفات المريض مرض الموض ، فأن بطلانها معلق على الموت . فإذا مات المريض بطلت ، وإذا بريء نفذت . وكذلك الحكم في العقود الموقوفة ، فهي تنفذ بالاجازة وتعتبر صحيحة منذ انعقادها ولكنها تبطل بعدم الاجازة وتعد كأن لم تكن أبدا . ومن ذلك ايضا اجازة الورثة لوصية المورث وبباقي تصرفاته الموقوفة ، فإنها تنفذ من وقت الوفاة لا من وقت الاجازة (١) .

القانون المدني العراقي

٣٠٩ — ولم يأخذ القانون المدني العراقي بما اخذ به القانونان الالماني والسويسري ، ولا بما يقول به الفقهاء المسلمين ، 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 فاسحا 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 في الوقت الذي تحقق فيه الشرط » .

النتائج التي تترتب على الاثر الرجعي لتحقق الشرط

٣١٠ — يترب على الاثر الرجعي لتحقق الشرط تائج هامة ، نذكر اهمها فيما يلي :

١ — 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 الواقع ، فاقه يتحقق باثر رجعي لا بالنسبة للمالك تحت شرط واقف وحده ، بل بالنسبة للمشتري او المرتهن ايضا . فيعتبر المالك تحت شرط واقف بعد تتحقق الشرط مالكا لليعن

(١) المرجع السابق ، الموضع المذكور اعلاه .

منذ البداية ، ويترتب على ذلك انه يعتبر مالكا للعين وقت ان باعهما او رهنها . ومن ثم تنتقل الملكية الى المشتري او ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن لامن وقت تتحقق الشرط الواقع ، بل من وقت التعاقد مع المالك . وعكس ذلك هو الذي يترتب على الاثر الرجعي لتحقق الشرط الفاسخ . فلو ان مالك اتحت شرط فاسخ تصرف في العين ببيع او رهن ثم تتحقق الشرط الفاسخ فانه يتتحقق باثر رجعي ، فيعتبر انه لم يكن مالكا منذ البداية ، فيكون البيع او الرهن الذي صدر منه قد صدر من غير مالك فلا تنقل الملكية الى المشتري ، ولا ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن . ويلاحظ ان هذا الحكم الاخير يخفف منه قاعدة «الحيازة في المنشول سند الملكية» اذا كان محل الالتزام منقولا . ففي هذه الحالة اذا كان البائع او الراهن مالكا تحت شرط فاسخ ثم تتحقق الشرط فانه يتتحقق 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 مالك . ولكن قاعدة الحيازة في المنشول سند الملكية تجعل المشتري يتملك الشيء بالحيازة اذا كان حسن النية .

٢ - اذا كان المدين تحت شرط وافق قد اعتقاد خطأ ان الشرط قد تتحقق فوفى بالدين ، فقد سبق ان رأينا ان له ان يسترد ما دفع وفقا للقواعد العامة في استرداد ما دفع دون حق . ولكن جواز الاسترداد مقصور على المرحلة التي يكون فيها الشرط معلقا ، فإذا تتحقق الشرط فانه يتتحقق 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 يسترد ما دام الشرط معلقا . فإذا ما تتحقق الشرط زال حق الدائن باثر رجعي ، وكان للمدين ان يسترد ما دفع ، اذ يتبيّن انه لم يكن مدينا وقت ان دفع ، فيكون قد دفع غير المستحق .

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

استثناءات من مبدأ الاثر الرجعي

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

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

٢ - 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 تتحققه لا من حين التعاقد .

٣ - قد تستعصي طبيعة العقد على الاثر الرجعي . والعقود التي تستعصي طبيعتها على الاثر الرجعي هي العقود المستمرة التنفيذ . فإذا علقت هذه العقود على شرط فاسخ وتقدت مدة من الزمن ثم تتحقق الشرط ، فلا يمكن في هذه الحالة اعمال الاثر الرجعي لتحقق الشرط ، اذ العقد قد نفذ

(١) للاطلاع على نتائج اخرى يراجع : السنہوري، المرجع السابق، ف ٤٣ .
پلانیول وربیر واسمان ، ج ٧ ، ف ١٠٤٠ . بودري وبارد ، المرجع السابق ، ف ٨١٣ - ٨٢٤ . کولان وکاپیتان ودی لامورا ندییر ، ج ٢ ، المرجع السابق ، ص ٣٧٩ - ٣٧٧

بالنسبة للماضي ولا يمكن الرجوع في الزمن ، ولا يفسخ العقد الا بالنسبة
للمستقبل ٠

٤ - اذا اصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب
اجنبي لا يد للمدين فيه ٠ فاذا باع شخص شيئاً تحت شرط وافق ولم يسلمه
ثم هلك الشيء وبعد ذلك تتحقق الشرط ، فان تتحققه لا يحدث باشر رجعي
ويهلك الشيء على البائع لا على المشتري ٠ اما اذا كان المشرط فاسحاً
فان الهاك يكون على المشتري ٠ فاذا باع شخص شيئاً تحت شرط فاسح ،
كبيع الوفاء مثلاً ، وسلمه الى المشتري ، ثم هلك الشيء ثم تتحقق الشرط ،
فالهاك يكون على المشتري ٠ ويمكن ان نضع قاعدة عامة في هذا الباب ،
وهي ان الشيء يهلك على مالكه ٠

وقد نصت على الاستثناءات المتقدمة المادة (٢٩٠) من القانون
المدني مباشرة بعد نصها على القاعدة العامة في رجعية اثر الشرط
فقد نصت هذه المادة على انه : « ١ - اذا تحقق الشرط وافقاً كان
او فاسحاً استند اثره الى الوقت الذي تم فيه العقد الا اذا تبين من ارادة
المعاقدين او من طبيعة العقد ان وجود الالتزام او زواله يكون في الوقت
الذي تتحقق فيه الشرط ٢ - ومع ذلك لا يكون للشرط اثر رجعي
اصبح تنفيذ الالتزام قبل تتحقق الشرط غير ممكن بسبب اجنبي لا يد
للمدين فيه » ٠

الفصل الثاني

الاجل

LE TERME

تعريف

٣١٠ - يمكن تعريف الاجل كوصف من اوصاف العقد او الالتزام
بانه «امر مستقبل محقق الوقع يترب على وقوعه نفاذ العقد او اقضاؤه ». •
فإذا كان نفاذ العقد هو المترتب على الاجل كان الاجل واقفا ، واذا كان
انقضاء العقد وزواله هو المترتب على الاجل كان الاجل فاسحا ومتهايا . Extinctif
والكلام عن الاجل يقتضي معرفة مقوماته ، وانواعه ، واثاره ، واسباب
انتهائه . ونعالج كلا من هذه الامور في فرع مستقل .

الفرع الأول

مقومات الاجل

شرطان

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

- ١ - ان يكون امرا مستقبلا .
- ٢ - ان يكون امرا متحقق ال الواقع .
ونرى كلا من هذين الشرطين على حدة .

اولاً - امر مستقبل

٣١٢ - يجب ان يكون الاجل امراً مستقبلاً ، وفي هذا يتفق مع الشرط فكل منهما امر مستقبل . فلو كان امراً ماضياً او حاضراً لم يكن اجلاً وكان العقد منجزاً غير مضاد الى اجل ، حتى لو كان المتعاقدان يجهلان عند التعاقد ان الاجل الذي ضرباه للمستقبل كان قد حل . فلو عين الملتزم اجلاً لتنفيذ التزامه موت شخص معين ، وكان هذا الشخص قد مات قبل ذلك دون ان يعلم الملتزم ، فان الالتزام ينشأ في هذه الحالة منجزاً حال الاداء (١) . ويكون الاجل عادة تاريخاً معيناً في يوم معين ، من شهر معين ، من سنة معينة .

ثانياً - امر محقق الوقع

٣١٣ - ويجب ان يكون الاجل امراً متحقق الوقع ، وفي هذا يختلف عن الشرط . فالشرط ، كما سبق ان رأينا ، امر مستقبل غير متحقق ال الواقع . وهذا الفرق بين الشرط والاجل جوهري وعليه تترتب الفروقات الاخرى . فلما كان الشرط امراً غير متحقق ال الواقع كان العقد المتعلق عليه غير نافذ اذا كان الشرط واقعاً ، وغير لازم اذا كان الشرط فاسحاً ، ومن ثم اذا تحقق الشرط تتحقق باثر رجعي . اما الاجل فامر متحقق ال الواقع ، فالعقد المقترب به عقد تام ولكنه غير نافذ اذا كان الاجل واقعاً ، اي ان حكمه مؤجل فقط . ومن ثم لا يكون للاجل اثر رجعي

الاجل المعين والاجل غير المعين

٣١٤ - قد يكون الاجل معيناً ، وقد يكون غير معيناً . فالاجل المعين هو ما كان تاريخ وقوعه معيناً ، كيوم معين في شهر معين في 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 امراً محققاً فان تتحققه 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 الوقع
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 . وفي الالتزام بترتيب مرتب مدى الحياة ، التزام المدين بالمرتب
مضاف الى اجل غير معين هو وفاة صاحب الحق في المرتب .

التمييز بين الاجل غير المعين والشرط

٣١٥ — وقد يلتبس الامر احيانا بين الاجل غير المعين والشرط ، وخاصة
اذا استعمل الطرفان ادوات التعليق على شرط او الاضافة الى اجل كلا في
محل الاخر . مثال ذلك ما ذا قال شخص لآخر : « عندما تتزوج اوجرك
داري يصلح كذا » ، او : « اذا امطرت السماء اشتراط حاصل ارضك » . في
هذه الحالة نرجع الى معيار التمييز بين الاجل والشرط ، ولا اهمية للعبارات التي
استعملها المتعاقدان . فإذا كان الامر متحقق الوقع كان اجلا ، ولو استعمل
المتعاقدان اداة الشرط « اذا » ، وإذا كان غير متحقق الوضع كان شرطا ، ولو
استعمل المتعاقدان كلمة (عندما) التي تقييد الاضافة الى المستقبل . فالزواجر
امر غير متحقق الوضع فهو شرط ، والمطر امر متحقق الوضع ولكن تاريخ
وقوعه غير معروف ، وعليه فهو اجل

الالتزام المدين بالوفاء عند الميسرة او لدى القدرة والاستطاعة

٣١٦ — 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 متحقق الوضع ، فيكون المدين قد
علق التزامه على شرط واقف هو القدرة والميسرة ، فإذا ايسر وتحققت مقدراته
على الوفاء فقد تحقق الشرط ووجب عليه الوفاء بالتزامه . اما اذا لم يسر
ولم تتحقق مقدراته على الوفاء طول حياته فقد تخلف
الشرط وسقط التزامه ولا يجب عليه الوفاء . كما ان القدرة

والميسرة قد تعتبر اجلًا ، فيكون المدين قد قصد أن يفي بيده على كل حال ، أما عند القدرة والميسرة ، أو عند الموت اذا لم يواهه اليسار حال حياته ، فيكون الاجل هنا غير معين وهو احد حادثين : اليسار او الموت . واما 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 في تفسير العقد (١) قاعدة « اعمال الكلام اولى من اهماله » ، ورأينا في شرح هذه القاعدة ان الكلام اذا احتمل معنيين حملناه على المعنى الذي يعطيه اثرا اكبر . وتفسير قصد المتعاقدين في الحالة التي نحن بصدده بانهما ارادا الاجل لا الشرط ائما هو تطبيق لهذه القاعدة . قد يعترض على هذا التفسير بأنه يتعارض وقاعدة « الشك يفسر لصالحة المدين » ، ويمكن الرد على هذا الاعتراض بان تفسير قصد المتعاقدين بانهما ارادا الشرط لا الاجل يؤدي الى اهمال الكلام لا اعماله ، وهذا يخالف القواعد العامة في التفسير ويخالف المعمود في المعاملات ، اذ المعمود في المعاملات في مثل هذه الحالة ان المتعاقدين ائما يريدان تأجيل الوفاء الى حين القدرة والاستطاعة ، اي ان يجعلوا من هذه اجلا لا شرطا . ثم ان هناك قاعدة كليلة اخرى تفضي بانه : « يلزم مراعاة الشرط قدر الامكان » (٨٣م مجله) . وتطبيق هذه القاعدة يقتضي تفسير المقصود بالقدرة او الميسرة بالاجل لا بالشرط .

٣١٧ – فاذا تبين لنا ان المتعاقدين قصدا الاجل ولا الشرط كان للدائنين ان يطلب تحديد موعد للوفاء ، فاذا لم يتتفق 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 الا عند المقدرة او الميسرة عينت المحكمة ميعادا مناسبا لحلول الاجل مراعيه في ذلك موارد المدين الحاليه والمستقبله مفترضه فيه عنایة الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه » . وقد امدت هذه

(١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ٦٩٦ وما بعدها .

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

الاجل في العقود المستمرة التنفيذ

٣١٨ - سبق ان رأينا في 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 في جزء منها . وقد سبق ان رأينا امثلة لهذه العقود ، وهي الايجار والعمل والتوريق ، فهل يمكننا ان نعتبر هذه العقود مقتربة باجل فاسخ ؟ اذا نظرنا الى الزمن في هذه العقود وجدناه عنصرا جوهريا وبه يتحدد تنفيذ الالتزام ، فاذا انعدم كان العقد باطلا ، بعكس الحال في العقود الاخرى فالزمن عنصر عرضي فيها ، فاذا انعدم كان العقد منجزا . فعقد الایراد المرتب مدى الحياة عقد مستمر التنفيذ الزمن فيه هو حياة من رتب له الایراد ، فاذا انعدم الزمن فيه ، باز كان صاحب الایراد 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 في العقود

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٥٤

(٢) ف ٧٠ وما بعدها .

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

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

الفرع الثاني

أنواع الاجل

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

المبحث الاول

انواع الاجل من حيث اثره

(الاجل الواقف والاجل الفاسخ)

الاجل الواقف Terme suspensif

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

٣٢١ — ويكون الاجل فاسخا او منهيا اذا ترتب على حلوله انقضاء العقد ، او الالتزام ، وزواله ٠ ولا يصف بعض الفقهاء الفرنسيين (١) الاجل في هذه الحالة بـ « الفاسخ » Résolatoire لما يشعر به هذا الوصف من الاثر الرجعي ، كما في الشرط الفاسخ ، ويستعملون بدلا منه تعبير « الاجل المنهي » ٠ وقد استعمل القانون المدني العراقي تعبير « فاسخ » ، وكذلك فعل القانون المدني المصري ٠ وسنترى ذلك في محله ٠

٣٢٢ — وقد اختلف الفقهاء في ما اذا كان يوجد اجل فاسخ ام لا ٠ 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 ٠ وليس هنا مجال ايراد حجج كل من الفريقين ٠

المبحث الثاني

أنواع الاجل من حيث مصدره

الاجل الاتفاقي والاجل القضائي والاجل القانوني

٣٢٣ — مصدر الاجل اما ان يكون اتفاق الطرفين او القانون او القضاء ٠ وعليه فهو اما ان يكون اتفاقيا او قانونيا او قضائيا ، ويسمى في هذه الحالة الاخيرة بـ « نظرة الميسرة » ٠ ونرى كلاما من ذلك على حدة ٠

اولا - الاجل الاتفاقي

٣٢٤ — الاصل في الاجل ان يتافق عليه المتعاقدان ٠ فيتحقق البائع

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ج ٧ ، 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 。 وقد يكون الاتفاق الذي يحدد الاجل ضئيلا ، وعندئذ يستخلص من طبيعة المعاملة 。 مثال ذلك ان يتلقى المتعاقدان في الصيف على عمل لا يمكن ان يتم الا في فصل الشتاء ، كما اذا تتفق المتعاقدان في الشتاء بتبرير مستشفى او عمارة او دوائر حكومية الخ ٠٠

فتبرير المحل لا يمكن ان يتم الا في الصيف 。 وعلى العكس من ذلك قد يتلقى المتعاقدان في الصيف على عمل لا يمكن ان يتم الا في فصل الشتاء ، كما اذا اتفقا على تدفئة محل وكان الوقت صيفا 。 وقد تدق المسألة احيانا، فيصعب تحديد الاجل بالضبط 。 مثال ذلك ان يتبعه مقاول ببناء عماره دون تحديد مدة لانهاء العمل وتسلیم العمارة 。 فإذا وقع نزاع في ذلك قام المحكمة بتعيين المدة مسترشدة في ذلك بالمؤلف بين الناس والعادة المتبعه في مثل هذه الامور ٠

ثانيا - الاجل القانوني

٣٢٥ — 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 بقصبة 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 。 فإذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة اطول او مدة غير معينة فلا يكون الاتفاق معتبرا الا لمدة خمس سنين ٠٠٠ ٠ ومن ذلك ايضا ما نصت عليه المادة (٧٤١) مدنی في حالة عدم تحديد مدة لعقد الایجار ، او عقد الایجار لمدة غير محددة ، او تعذر اثبات المدة المدعى بها ، فيعتبر الایجار منعقدا للمدة المحددة لدفع الاجرة وينتهي بانتهاء هذه المدة بناء على طلب احد العقددين اذا هو به المتعاقد الآخر بالاخلاء في مواعيد تنص عليها المادة نفسها 。 ومن ذلك ايضا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٩٠٢) في حالة ما اذا عقد العمل لمدة حياة العامل او

رب العمل او لاكثر من خمس سنوات ، فسي 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 في وقates الازمات الاقتصادية يمنحك بمحاجتها اجل لجميع المدينين للوفاء بديونهم .

ثالثا - الاجل القضائي (او نظرۃ المیسرة) Délai de grâce

٣٣٦ - وقد يمنحك القاضي المدين الميسر اجل للوفاء بدينه اذا استدعت حالته لرأفة به ، ولم يلحق الدائن ضرر جسيم نتيجة هذا التأجيل ولم يوجد نص في القانون يمنع ذلك . والاجل القضائي يسمى في الفقه الاسلامي بـ « نظرۃ المیسرة » . وقد سبق ان رأينا ان هذه التسمية مأخوذة من الآية الكريمة : « وان كان ذو كسرة فنظرۃ الى میسرة » (١) .

٣٣٧ - وقد نص القانون المدني العراقي على المبدأ في نظرۃ المیسرة في الفقرة الثانية من المادة (٣٩٤) . فقد نصت هذه المادة على انه: « ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعها نص في القانون ان تنظر المدين الى اجل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم ». فمنح المحكمة المدين نظرۃ المیسرة راجع الى تقديرها الا اذا منعها نص في القانون . ومثال النص القانوني الذي يمنعها من منح نظرۃ المیسرة ما قضت به الفقرة الثانية من المادة (٥٨١) من انه : « ويتعين الحكم بالفسخ فورا اذا طلب البائع ذلك وكان مهددا ان يضيع عليه البيع 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 اقتضاء الميعاد ما دام لم يعذر الا اذا نص في العقد على ان الفسخ يقع دون اعذاره . وفي كل حال لا يجوز للمحكمة ان تمنع المشتري اي اجل » .

(١) البقرة ، آية ٢٨٠

(الموجز - ج ٢ م ١١)

شروط منح المهلة القضائية لو نظرية الميسرة

- ٣٢٨ — وقد نصت المادة (٣٩٤) على الشروط اللازم توافرها لمنح نظرية الميسرة ° وهذه الشروط هي :
- ١ — ان يكون المدين معسراً °
 - ٢ — ان تستدعي حالته ذلك ، فيجب الا يكون اعساره قد حل بخطأ او غش °

٣ — الا يترتب على المهلة ضرر جسيم بالدائن °

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

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

اثر المهلة القضائية

٣٢٩ — الاثر الوحيد للمهلة القضائية انها تمنع الاستمرار في الدعوى وليس من شأنها ان ترجيء استحقاق الدين او حلوله ، فإذا ايسر المدين قبل انتهاءها جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ان تأمره بالوفاء في الحال ° والمهلة القضائية لا تمنع المقاضة ولا القوائد التأخيرية ° ومن اثار المهلة القضائية انها تمنع سريان التقادم ، فلا يبدأ هذا بالسريان على الحق قبل انتقضائها °

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

ولكن الدين يبقى حالا مع جميع النتائج المترتبة على ذلك فيبقى الاعذار بكامل اثاره وتنتقل تبعة الملاك الى المدين الذي لم يتم تسليم محل الالتزام في الوقت المحدد له . ويجوز للدائن ان يتخد الوسائل الالزمة 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 تأبي طبيعته ان يقترن باجل واقف او فاسخ ، فهو يجب ان يكون مؤبدا . وهو يتآبد في انتقاله من مالك الى مالك . فلا يجوز مثلا ان ايعك داري لمدة سنة . ولا يجوز كذلك ان يقترن باجل واقف ، فلا يجوز مثلا ان اشتري دارك ابتداء من السنة القادمة (١) .

مصلحة من يتقرر الاجل ؟

٣٣١ - الاصل في الاجل انه يتقرر لصلاحة 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 لصلاحة المدين الا اذا تبين من العقد او نص في القانون او من الظروف انه ضرب لصلاحة الدائن او لصلاحة الطرفين معا » .

فمثال الاجل المضروب لصلاحة الدائن ما اذا كان شخص ينوي بناء عمارة في تاريخ معين واتفق مع متعمد 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 ايعك 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 ؟ فإذا قلنا انها تنتقل فلا يكون العقد عندئذ قد اقترن باجل . واذا قلنا انها لا تنتقل كنا أمام وعد بالبيع لا امام بيع تام .

البناء واشترط عليه ان يكون تسليم هذه المواد في تاريخ معين ، وهو يقصد بذلك ان يتخلص من ايجاد محل لخزن هذه الاشياء . ومثاله ايضا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٩٦٩) مدنی من انه : « اذا كان الایداع باجرة فليس للوديع ان يردها قبل الاجل المعین الا اذا كان له عذر مشروع ٠٠ ٠ »

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

الفروع الثالث

آثار الأجل

٣٣٣ - تختلف اثار الاجل قبل حلوله عنها بعد حلوله • ونرى كلاماً هذه الاتار في مبحث مستقل •

المبحث الاول

آثار الاجل قبل حلوله

٣٣٤ — الاجل كالشرط نوعان : واقف وفاسخ . وتحتختلف الاثار التي تترتب على كل منهما عن الاثار التي تترتب على الآخر . ونرى كلا من ذلك على حدة .

اولا - الاجل الواقف

٣٣٥ - ومثال الاجل الواقف ما اذا اشتري شخص شيئا على ان يدفع
شمه بعد مدة معينة، ففي هذا المثل يكون المشتري ملزما بالاداء بعد اقصاء المدة
المحددة للوفاء ، فالالتزام في هذه الحالة مقتن باجل واقف . فما هي اثار

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

١ — العقود التي لا تتضمن التمليلك في الحال ، وهذه وحدتها يصح اضافتها المستقبل . واهم هذه العقود الاجارة والوكالة والمكافلة والمزارعة والمساقاة . فيصبح مثلا ان اوجرك داري لمدة سنة على ان تبدأ الاجارة في اليوم الاول من الشهر القادم ، ويصح ايضا ان يكفل شخص اخر ابتداء من تاريخ معين ، ويصح كذلك ان تضاف المزارعة والمساقاة ، وبقيمة العقود المشابهة لها ، الى اجل على النحو المقدم .

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

الحق المقترب باجل واقف مؤكّد الوجود ولكنه غير نافذ

٣٣٦ — فاذا اضيف العقد الذي يصح اقترانه باجل الى اجل واقف انعقد في الحال واتج اثره ، وهو انشاء الالتزامات على عاتق كل من المتعاقدین ولكن حكمه ، وهو وجوب تتنفيذ هذه الالتزامات ، يتاخر الى حلول الاجل المضاف اليه . ويترتب على ذلك ان الدائن في العقد المضاف الى اجل واقف يملك حقا مؤكدا ، ولكن حقه هذا غير نافذ في الحال . ويترتب على كل

(١) يضيف الدكتور 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 الايصاد ، وقد يسمى الوصى به فيقال : « هذه وصيته » اي الموصى به . ويقال اوصى اليه ، اي اقامه وصيا (راجع البستان ، الكلمة او صاه) . وقد جاء في القرآن الكريم : من بعد وصية يوصى بها » النساء آية (١١) .

من كون الدائن يملك حقاً مؤكداً ومن كون حقه غير نافذ في الحال بعض النتائج نذكر اهمها فيما يلي :

١ - النتائج التي تترتب على ان الدائن يملك حقاً مؤكداً

٣٣٧ - النتائج التي تترتب على كون الحق المقترب باجل واقف حقامؤكداً شابه النتائج التي تترتب على الحق المعلق على شرط واقف . واهم هذه النتائج هي التالية :

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

٢ - يجوز للدائن ان يتخد الوسائل التحفظية للمحافظة على حقه ، كوضع الاختام ، وتصديق توقيع مدينه اذا لم يكن مصدقاً من الكاتب العدل ، واقامة الدعوى غير المباشرة ، الخ . وذلك على النحو الذي رأيناها في الحق المعلق على شرط واقف .

٣ - اذا وفي المدين دينه المؤجل عن بينة و اختيار لم يكن له استرداد ما دفع بدعوى استرداد ما دفع دون حق ، لانه انما وفي دينا موجوداً ومؤكداً في ذاته ، ويعتبر فازلاً عن الاجل المقرر لصلحته .

٤ - اذا هلكت العين محل الحق المؤجل قضاء وقدراً ، اي بدون خطأ المدين ، هلكت على الدائن لا على المدين ، فالمستعيير والمستأجر مدينان برد العين المعاشرة او المؤجرة عند انتهاء مدة الاعارة او الاجارة ، فإذا هلكت العين قبل الرد بدون خطئهما هلكت على المعيير او المؤجر . قد يتبدادر الى الذهن ان هذا الحكم يختلف عن الحكم الذي رأيناها في الحق المعلق على شرط واقف ، فقد سبق ان رأينا ان الشيء يهلك في 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 في الحق

المعلق على شرط واقف هو المدين بالتسليم ، بينما في الحق المضاف الى اجل واقف هو الدائن بالتسليم ٠

٢ - النتائج التي تترتب على ان حق الدائن غير نافذ

٣٣٨ - ولكن الدائن في الحق المضاف الى اجل واقف اذا كان يملك حقا مؤكدا للوجود ، الا ان حقه هذا غير نافذه ويترتب على ذلك بعض النتائج نذكر اهمها فيما يلي :

- ١ - لا يستطيع الدائن المطالبة بحقه قبل حلول الاجل (١) ٠
- ٢ - وهو لا يستطيع كذلك اقامة الدعوى البولصية لأنها مقدمة للاعمال التنفيذية ، وهو لا يستطيع التنفيذ بحقه في الحال كما تقدم القول ٠
- ٣ - لا يسري التقادم بالنسبة للحق المضاف الى اجل الا من حين حلول الاجل ٠

- ٤ - لا يستطيع الدائن ان يتمسك بالمقاصة بين حقه المؤجل وبين دين حال عليه للمدين ، ذلك لأن المقاصة لا تقع الا بين دينين في درجة واحدة من القوة ، والدين الحال اقوى من الدين المؤجل ٠ ثم ان المقاصة تتضمن التنفيذ الجبري ، والدين المؤجل لا يمكن الاجبار على تنفيذه كما قلنا ٠
- ٥ - لا يجوز للدائن ان يحبس حقا للمدين عنده ، لأن الحبس لا يكون الا بدين مستحق الاداء ٠ وقد سبق ان رأينا ذلك في حق الحبس ٠

ثانيا - الاجل الفاسخ

الحق المقترب باجل فاسخ حق موجود ونافذ ولكنه مؤكّد الزوال

٣٣٩ - واذا كان الاجل فاسحا فحق الدائن قبل حلول الاجل موجود ونافذ ولكنه مؤكّد الزوال عند حلول الاجل ٠ مثال ذلك حق المستأجر في الاتفاق بالعين المؤجرة في خلال مدة الایجار ، فالمستأجر يتمتع بحق ثابت في الاتفاق بالعين المؤجرة في الحال ولكن الى حين ٠ فإذا انتهت مدة الایجار

(١) لذلك يقول المثل الفرنسي الشائع : « المدين لا جل غير مدين بشيء »

Qui doit à terme ne doit rien.

زال حقه في ذلك ووجب عليه إعادة العين المؤجرة إلى المؤجر . وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٢٩٣) مدني بقولها : « العقد المقترب باجل فاسخ يكون نافذا في الحال ولكن يترتب على انتهاء الاجل انقضاء العقد » .
 ٣٤٠ — ويترتب على ان الحق المقترب باجل فاسخ حق موجود ان الدائن يستطيع ان يطالب به ، وان يتخذ جميع الوسائل التنفيذية للحصول عليه ولا جبار المدين على التنفيذ .

ويترتب على هذه الصفة للحق المقتن باجل فاسخ ان صاحبـه
يستطيع ان يتصرف به بكافة انواع التصرفات ، وتنفذ هذه التصرفات في الحال
ولكن في حدود حقـة . فهو حق محدود باجله فهو حق مؤقت ضرورة .
فالمستأجر مثلـا يـسـطـعـ ان يتصرف في حقـه بالـإـيجـارـ منـ الـبـاطـنـ وبالـنـزـولـ عنـ
الـإـيجـارـ لـغـيرـهـ ، ويـكونـ ذـلـكـ بـطـيـعـةـ الـحـالـ فيـ حـدـودـ الـإـيجـارـ الـأـصـلـىـ (١ـ)ـ .

مقارنة بين الحق المقتضى باجل فاسخ والحق المتعلق على شرط فاسخ

٤١— و اذا قارنا بين الحق المقترب باجل فاسخ والحق المعلق على شرط
فاسخ وجدنا هما يتفقان في الوجود والنفاذ ، فكل منهما حق موجود ونافذ ،
ولكنهما يختلفان في ان الحق المقترب باجل فاسخ مؤكدا الزوال اما الحق المعلق
على شرط فاسخ فعلى خطر الزوال اي محتمل الزوال . فالحق المقترب 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 الاحل بعد حلوله

١ - الاجمل المواقف

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

^{٦٧} (١) السنوري ، المرجع السابق ، ف .

(٢) المرجع السابق ، الموضع المذكور أعلاه .

المطالبة به ، ويستطيع كذلك اجبار المدين على تنفيذ التزامه واتخاذ
الوسائل التنفيذية للحصول على حقه . وحلول الأجل الواقف يجعل حق
الدائن ، بصورة عامة ، بسيطاً لا موصوفاً ، وعندئذ تطبق عليه القواعد
العامة التي رأيناها في تنفيذ الالتزام ◦

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

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

٣٤٣ — و اذا انتهى الاجل الواقع فهل يترتب على انتهاءه ان يصبح المدين في حالة اعذار بتنفيذ التزامه ، او لابد من اعذار الدائن ايه ؟ 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 والمقرض معدرا برد العين المعاشرة او العين المستأجرة او بوفاء الدين ؟ اذا قلنا بذلك كان معناه تحول يد المدين من يد امانة الى يد ضمان في حالة العارية والايجار ، فتنتقل تبعية هلاك العين المعاشرة والعين المؤجرة من عاتق المعاير والمؤجر الى عاتق المستعير والمستأجر ، ويترتب على ذلك ايضاً المقرض يجب ان يدفع فوائد المبلغ للمدة التي تأخر فيها عن الوفاء . وقد اخذت بذلك بعض القوانين المدنية الحديثة ، كقانون الالتزامات السويسري (٢١٠٢م) الذي اعتبر المدين في 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 للمددين لترتب الاثار المتقدمة .

(١) السنھوری ، الوسيط ، ف ٧٧ ، ص ١٣٠ ، كذلك الموحّر ، ف ٤٨٩ .

(٢) سالي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الالماني ، ف ٨٩ ، ص

• ۲۶ - ۲۴

المبحث الثالث

انتهاء الاجل

طريق طبيعي وطريقان استثنائيان

٣٤٤ — الطريق الطبيعي لانتهاء الاجل هو حلوله ، وهذا الطريق لا يشير صعوبته ما • فإذا افترض شخص مبلغا من المال الى اجل وحل الاجل وجب عليه ان يدفع المبلغ الذي افترضه • وإذا 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 المطالبة بالدين ابتداء من اليوم الذي يلي هذين اليومين •

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

اولا — انتهاء الاجل بالتزول عنه من قرر لصلاحته

٣٤٦ — وقد نصت على هذا الطريق من طرق انتهاء الالتزام الفقرة الثانية من المادة (٢٩٤) من القانون المدني بقولها : « اذا تمضي الاجل لمصلحة احد الطرفين جاز لهذا الطرف ان ينزل عنه بارادته وحده » • فاذا كان الاجل قد ضرب لمصلحة الدائن وحده جاز له ان ينزل عنه بارادته المنفردة • وفي الوديع اذا حدثت مدة لمصلحة المودع ، الذي هو الدائن ، جاز له ان يطلب استرداد ما اودع قبل اقضائه المدة المحددة • وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٩٦٩) مدني بقولها : « اذا كان الایداع باجرة وليس 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 » •

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

ثانياً - انتهاء الأجل بسقوطه

٣٤٧ - يسقط الأجل اذا حرم منه المدين رغم ارادته . والاجل الذي يسقط انا هو الأجل الذي ضرب لمصلحة المدين ، فلا يسقط الأجل الذي ضرب لمصلحة وقد نصت على سقوط الأجل المادة (٢٩٥) مدنی بقولها : « يسقط حق المدين في الأجل : -

آ - اذا حكم بافلاسه .

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

ج - اذا لم يقدم للدائنين ما وعد في العقد بتقاديمه من التأمينات . وقد نصت هذه المادة على ثلاثة اسباب لسقوط الأجل ، وهي : الحكم بافلاس المدين ، واضعاف المدين بفعله التأمينات التي اعطتها للدائنين ، واخيرا اذا لم يقدم للدائنين ما وعد في العقد بتقاديمه من التأمينات . ونرى كلام من هذه الاسباب على حدة .

(١) پلان يول وريبير واسمان ، ج ٧ ، ف ١١٣ .

أ - سقوط الاجل للحكم بافلاس المدين

٣٤٨ - يؤودي 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 باتفاق الافلاس 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 - 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 البداوة ، ويترب عليه حلول جميع الديون المؤجلة بعد ان يخصم منها مقدار الفائدة الاتفاقية او القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الاجل (١٢٧٣م) . ويسمى القانون المدني المصري الجديد هذه الحالة بـ « الاعسار » ، ويقال للمدين في هذه الحالة : « المدين العسر » تميزا له من المدين التاجر الذي يقال له : « المفلس » والذي يطبق عليه نظام الافلاس . ويسمى القانون المدني العراقي المدين العسر 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 واسع النص المتقدم ان يكتفي ب احدى 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 فانتنا نقترح النص التالي بدلا من الجملة الاولى من المادة (٢٧٠) : « المدين الذي اربت ديونه المستحقة الاداء على امواله . . . » .

ب - سقوط الاجل لاضعاف التأمينات

٣٥٠ - ويسقط الاجل كذلك اذا اضعف المدين التأمينات التي اعطتها

للدائنين ضماناً 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 بامواله التي لم يعطها تأميناً خاصاً للدائنين بكافة انواع التصرفات وبالطريقة التي يراها مناسبة ولو ادى ذلك الى اعساره ، ولا يستطيع الدائن ان يطلب سقوط الاجل .

٣٥١ - ولا يهم مصدر هذه التأمينات ، فقد يكون العقد وقد يكون

القانون . وللعقد الذي ينشئ هذه التأمينات اما ان يكون العقد الذي نشأ عنه الدين المؤجل او عقداً لاحقاً . فمثلاً الاول ما اذا اشتري شخص شيئاً بشمن مؤجل واتفق مع البائع في عقد البيع ذاته على اعطائه رهنا تأميناً او رهنا حيازياً على دار او عين اخرى يملكتها . ومثال الثاني ما اذا اتفق المشتري مع البائع في المثل المتقدم بعد ابرام عقد البيع وثبتت 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 موجوداً في العين المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي (١١٣٧٤م) مدني ، وكذلك المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن اجرة الاقامة وما صرف لحسابه يكون حق امتياز على الامتعة التي احضرها النزيل في الفندق او ملحقاته (١١٣٧٥م) مدين .

٣٥٢ - ولا بد لسقوط الاجل من اضعاف كبير يصيب التأمينات بفعل

المدين . ومعنى الضعف هو ان تقل قيمة هذه التأمينات . مثال ذلك ان تكون

(١) يضيف الدكتور 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 او بستانها رهنها المدين عند الدائن نم هدم الدار او قطع اشجار البستان ، فهبطت قيمتها هبوطا كبيرا . ومعنى المهوط الكبير ان تصبح قيمة الشيء الذي اعطي كتأمين اقل من مبلغ الدين .

٣٥٣ — فإذا توافر الشرطان المتقدمان — وجود تأمين خاص وضعف كبير يصييه بفعل المدين — سقط الاجل الذي كان يتمتع به المدين . ولكن يجوز للدائن في هذه الحالة ان يطالب المدين بتكميله التأمين حتى يبلغ ما كان عليه قبل ان يصييه الضعف فإذا اجابه المدين الى طلبه بقي الاجل ولم يسقط . والدائن غير مجبر على هذا الطلب ، فهو بال الخيار ، فإذا لم يختر تكميله التأمين سقط الاجل وحل الدين . فالالتزام هنا تخيري الخيار فيه للدائن فهو بالخيار بين ان يطالب المدين بتكميله التأمين وبين ان يطالبه بالوفاء فورا لسقوط الاجل .

اضعاف التأمين بسبب اجنبي

٣٥٤ — 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 يتوقفه بتقديم تأمينات اخرى للدائن تعوض عليه الضعف الذي اصاب التأمينات الاولى . والالتزام هنا ايضا تخيري ، ولكن الخيار فيه للمدين لا للدائن . فهو بالخيار بين ان يكمل التأمين وبين ان يدفع الدين . والسبب في 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 الاتفاقية عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين (٢) .

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

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

« ١ — اذا هلك العقار المرهون رهنا تأمينيا او تعيب قضاء وقدرا كان هلاكه او تعيبه على الراهن . وفي هذه الحالة اذا لم يقبل المرتهن بقضاء الدين

سقوط الاجل لعدم تقديم المدين ما وعده به من تأمين

٣٥٥ — ويسقط الاجل كذلك اذا وعده المدين في العقد بان يقدم للدائن تأمينا خاصا ولم يقدم له ولا يخصمنه من الدين في هذه الحالة الفوائد عن المدة المتبقية لحلول الاجل ، وذلك لأن الاجل انما سقط بخطأ المدين (١) .

سقوط الاجل بموت المدين

٣٥٦ — تنص المادة (٢٩٦) مدنی على ان : « الدين لا يحل بموت الدائن ويحل بموت المدين الا اذا كان مضمونا بتأمينات عينية » . ومعنى ذلك ان موت المدين يجعل بحلول الاجل والسبب في ذلك ان التركبة يجب تصفيتها . ولما كانت القاعدة ان « لا تركه الا بعد سداد الديون » ، فيجب وفاء الديون قبل توزيع التركبة 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 في توزيع التركبة الا بعد حلول الاجل واداء الدين المضمن 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 في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصا منه الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين .

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

وفي الرهن الحيادي نصت الفقرة الاولى من المادة (١٣٣٦) مدنی على ان يتبع في تخير المدين او الدائن اذا هلك المرهون قضاء وقدرا او بخطأ الراهن احكام الرهن التأميني الواردة في المادة (١٢٩٧) .

(١) المرجع السابق ، ص ١٢١ .

الفصل الثالث

تعدد محل الالتزام

Pluralité d'objet de l'obligation

تمهيد

٣٥٧ — هناك ثلاثة صور للتعدد كوصف يرد على محل الالتزام °
١ — فقد يتعدد محل الالتزام ولكن الاشياء الواجبة
على المدين تعتبر شيئاً واحداً ° مثال ذلك ما اذا
اشترى شخص مائة كتاب صفقه واحدة بدون تعين ثمن كل واحد منها ،
ومثال ذلك ايضاً ما اذا اشتري شخص حصانانا وبقرة صفقه واحدة بدون
تعين ثمن كل منهما ايضاً ، ومثال ذلك ايضاً ما اذا تعهد ببناء دار
ومدرسة ° ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام متعدد المحل (Obligation
conjointe) ° وهذا الوصف لا اهمية له ، لأن محل الالتزام يعتبر
واحداً او كلاً لا يتجزأ ، وتطبق عليه الاحكام التي تطبق على الالتزام
البسيط غير الموصوف ° فيستطيع الدائن ان يطالب المدين بتنفيذ كل ما التزم
به ، او بتسليم جميع الاشياء المتفق عليها ، وله كذلك ان يرفض التنفيذ
الجزئي ° واد هلك بعض المحل ، او بعض الاشياء التي تكون المحل ، اقصى
من الثمن بنسبة الماملك ° ويستطيع الدائن ان يطلب الفسخ لعدم التنفيذ اذا
لم يقم المدين بتنفيذ التزامه كاملاً ، اي اذا لم يسلم جميع الاشياء التي التزم
بتسليمها ، ويستطيع كذلك ان يدفع بعدم التنفيذ اذا طالب المدين بدفع الثمن
مثلاً ولم يكن هو قد قام بتنفيذ كل ما التزم به °

ويعالج الفقهاء المسلمين هذا النوع من الالتزام باسهاب عند كلامهم
عن تفرق الصفقة ° فاذا قال البائع مثلاً بعتك هذين الحصانين بساعة دينار لم

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

ونكتفي بما تقدم بالنسبة لهذا النوع من الالتزام لأن محله في الحقيقة بسيط غير موصوف .

٢— وقد يتعدد محل الالتزام ولكن الوفاء باحد الاشياء المتعددة يكفي لابراء ذمة المدين . كما اذا باع شخص ، او اشتري ، هذه السيارة او تلك او باع داره الفلانية او مخزنها الفلاني . في هذه الامثلة تعدد محل التزام المدين ، ولكن الوفاء لا يجب الا بوحدة منها . ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام التخييري (Obligation alternative) ويسميه الفقهاء المسلمين بـ « خيار التعيسين » .

٣— وقد لا يكون للالتزام الا محل واحد ، ولكن المدين يستطيع 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 . في 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 في هذه الحالة بالالتزام البدلي (Obligation facultative)

ونعالج كلا من الالتزام التخييري والالتزام البدلي في فرع مستقل .

(١) وقد سبق ان رأينا عند الكلام عن انتقاد العقد في 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 ، ف ٥١٧).

الفرع الأول

الالتزام التخييري (او خيار التعيين)

تعريف

٣٥٨ - يكون الالتزام تخييريا اذا كان هناك شيئاً او اكثر يصلح اي منها ان يكون ملحاً للوفاء ، بحيث اذا ادى المدين واحداً منها برئت ذمته و الخيار في تعين الشيء الذي يتم به الوفاء قد يكون للدائن وقد يكون للمدين . مثال ذلك ما اذا باع شخص داره او سيارته ، فمحل التزامه هنا اما الدار او السيارة وليس الدار والسيارة ، ويستطيع الوفاء باى منهما اذا كان الخيار له ، كما ان الدائن يستطيع ان يختار ايا شاء منهما اذا كان له الخيار .

فائدة خيار التعيين

٣٥٩ - ولخيار التعيين فائدة كبرى في حياة المعاملات والتجارة ، اذ فيه ضمان لحق الدائن . فاذا هلك أحد الاشياء التي تكون محل التزام المدين فان هذا الهلاك لا يتربّ عليه اقضاء حق الدائن ولا براءة ذمة المدين . فاذا كان الخيار للدائن وهلك أحد الاشياء فان حقه لا ينقضى ويستطيع ان يختار احد الاشياء الباقية . كما انه اذا كان الخيار للمدين وهلك أحد الاشياء التي التزم بالوفاء بواحد منها فان ذمته لا تبرأ ويجب عليه الوفاء بـ احد الاشياء الباقية .

و خيار التعيين يعطي ، من جهة اخرى ، مجالاً للتفكير والتروي واستشارة اهل الخبرة بامر البيع والشراء . فالذي يشتري او يبيع واحداً من عدة اشياء ويحتفظ لنفسه بحق تعين الشيء في خلال مدة معينة انما يقصد بذلك اعمال الفكر والاطلاع على حالة السوق والبيع والشراء . فالذي يريد ان يشتري سيارة مثلاً ويدرك الى احد معارض بيع السيارات ويجد فيه عدة

سيارات يقع اختياره عليها ولكنه لا يعرف مزاياها كل منها ، في هذه الحالة يتفق مع البائع على سعر كل منها على ان يكون له اختيار احدها في خلال يومين مثلاً . وهو يستطيع في خلال هذين اليومين ان يسأل المطبعين على شؤون السيارات ويستأنس برأيهم ثم يختار احدى السيارات .

شروط الالتزام التخييري

٣٦٠ — هناك شرط لا بد من تتحققها لقيام الالتزام التخييري او خيار التعيين ، وهى :

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

الشرط الاول — تعدد محل الالتزام

٣٦١ — لا بد لقيام خيار التعيين من وجود شيئين او اكثر يمكن ان يقع الخيار على احداهما . فاذا لم يكن هناك الا شيء واحد فان هذا الشيء هو الذي يتعين محل الالتزام ولا يكون عندئذ محل للخيار ، ويكون الالتزام عندئذ بسيطاً غير موصوف . ولا يهم نوع الاشياء التي تصلح ان تكون محلالللوفاء ، فيصح ان تكون منقولاً او عقاراً او عملاً او امتناعاً عن عمل او مبلغاً من النقود . فيصح ان يتلزم شخص نحو اخر بان يبيعه داره بمبلغ كذا او بان يبني له داراً اخر بدلاً منها . ويصح كذلك ان يتهدد شخص باعطاء اخري داراً او سيارة . ويصح ايضاً ان يتلزم الشريك بتقديم حصته في الشركة مبلغاً من النقود او ارضاً او سيارة او اسهماً او سندات او غير ذلك (١) . ويصح ان يكون محل الالتزام عملاً او امتناعاً عن عمل او تسليم شيء ، في الصح ان تكون حصة الشريك في الشركة امتناعاً عن انتاج السلعة التي ستتجهها الشركة ، او انشاء الابنية التي ستقوم فيها مصانع الشركة ، او مبلغاً من النقود او بضاعة من البضائع .

(١) السنوري ، المرجع السابق ، ف ٨٤

٣٦٢ - ويجب في الاشياء المتعددة ان تكون مختلفة الجنس ، فاذا اتحلت في الجنس كان الالتزام بسيطا غير موصوف و معلقا على اراده 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 للمقرض كان تحديده معلقا على ارادته . وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٢٩٨) مدنی بقولها : « يصح ان يكون محل الالتزام احد اشياء قيميه او مثليه من اجناس مختلفة ٠٠ ٠ » ولكن اذا كانت الاشياء من جنس واحد ولكن بشروط مختلفة فالالتزام يكون تخييريا ، كما اذا تعهد شخص باقراض اخر الف دينار بفائدة قدرها خمسة بالمائة او الفي دينار بفائدة قدرها اربعة بالمائة . فالخيار موجود في هذا المثال بين المبلغين ولو كانوا من جنس واحد .

الشرط الثاني - توافر شروط محل العقد في كل من الاشياء التي تعهد بها المدين

٣٦٣ - ولا بد ايضا لقيام الالتزام التخييري من توافر الشروط اللازم توافرها في محل العقد في كل من الاشياء التي التزم بها المدين . فاذا كان شيئاً وجب ان يكون موجودا ، او معينا او قابلا للتعيين ، وقابل للتعامل فيه . واذا كان عملا او امتناعا عن عمل وجب ان يكون ممكنا . كل ذلك على النحو الذي رأيناه في محل العقد . فاذا ورد الخيار على شيئاً وكان احدهما غير مستوف للشروط المتقدمة تعين محل الالتزام في الشيء الثاني وكان الالتزام بسيطا غير موصوف .

٣٦٤ - والعبرة في توافر الشروط المتقدمة انما تكون عند ابرام العقد ونشوء الالتزام . فاذا توافرت في هذا الوقت كان الالتزام تخييريا ولو تخلفت بعد ذلك . وعلى العكس من ذلك اذا لم تتوافر هذه الشروط الا في احد الاشياء فقط ثم توافرت في بقية الاشياء بعد ابرام العقد ، فان الالتزام يكون بسيطا غير موصوف . فاذا كان احد الاشياء التي تعهد بها 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 — احد الاشياء فقط هو الواجب الاداء

٣٦٥ — ولا بد لقيام الالتزام التخيري ايضا من ان يكون احد الاشياء التي ورد عليها العقد فقط هو الواجب الاداء ، فاذا كانت كلها واجبة لم يكن الالتزام تخيريا بل بسيطا غير موصوف . ويترب على ذلك انه اذا هلك بعض هذه الاشياء فان حق الدائن لا ينقضى بل يمكن ان يقع الخيار على احد الاشياء الباقية ، وفي ذلك ما فيه من ضمان يقوى حق الدائن . ويترب على ذلك انه اذا وقع الخيار على احد الاشياء فان الالتزام يصبح بسيطا غير موصوف .

من يكون الخيار

٣٦٦ — والاصل في الخيار ان يكون للمدين (١) الا اذا اتفق المتعاقدان او نص القانون على غير ذلك ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٩٨) مدنی 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 صحة اتفاقهما ويجوز ان يكون الاتفاق ضمنيا .اما النص الذي يعطي الخيار للدائن فمثالي 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 بتكميله 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 في حكم لها صادر في ٢٠ ايار ١٩٢٥ بانه اذا كان هناك خيار في 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 تسبّب الراهن بخطئه في هلاك المرهون او تعبيه ، ومن اعطاء المرتهن الخيار في 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 — وهل يجوز ان يتلقى الطرفان على ان يكون الخيار لشخص ثالث اجنبي عن العقد ؟ يذهب الدكتور حسن علي الذنوبي الى ذلك (١) . وهذا الرأي وان كان يتلقى مع مبدأ سلطان الارادة ، الا انه يخالف النص مخالفة صريحة . فقد سبق ان رأينا الفقرة الثانية من المادة (٢٩٨) تنص على انه : « اذا اطلق خيار التعيين فهو للمدين الا اذا اتفق المتعاقدان على ان الخيار يكون للدائنين » . وقد اتباه القانون المدني المصري الجديد الى هذا النص في القانون المدني العراقي فنص على ان يكون الخيار للمدين « ما لم يتلقى المتعاقدان على غير ذلك » . ومعنى هذه العبارة هو جواز الاتفاق على ان يكون الخيار للدائنين او لشخص ثالث اجنبي عن العقد .

مدة الخيار

٣٦٨ — اذا اتفق المتعاقدان على مدة للخيار وجب ان يتم الخيار في 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 للدائنين ان يلجأ الى القضاء لتتولى المحكمة تعيين محل الالتزام . واذ كان الخيار للدائنين وامتنع عن التعيين انتقل الخيار الى المدين . وقد نصت على ذلك المادة (٢٩٩) مدنی بقولها : « ١ - يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار . ٢ - فاذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار في المدة المحددة جاز للدائنين ان يطلب من المحكمة ان تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام . اما اذا كان الخيار للدائنين وامتنع عن الاختيار انتقل الخيار الى المدين » . ويلاحظ هنا ان القانون قد ميز بين

(١) 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 لتعيين بنفسها محل الالتزام اذا امتنع المدين عن الاختيار .اما بالنسبة للمدين فلم يوجب عليه ذلك ، بل جعل الخيار ينتقل اليه اذا كان للدائنين وامتنع عن الاختيار في المدة المحددة .

٣٦٩ — وما الحكم اذا لم تحدد مدة للخيار ؟ القانون ساكت في هذا الصدد . ولكن تطبيق القواعد العامة يقضي باللجوء الى المحكمة لتحديد بنفسها مدة للخيار . فإذا حددت المحكمة المدة طبقنا الفقرة الثانية من المادة (٢٩٩) المقدمة . فإذا 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 في خلال المدة التي حددتها المحكمة انتقل الخيار الى المدين .

انتقال الحق في الخيار الى الورثة

٣٧٠ — و الخيار التعيين حق لمن تقرر مصلحته ، فاذا مات صاحبه قبل انتهاء مدة الخيار انتقل الى ورثته (٣٠٠م) . ولكن هل يجب اتفاق الورثة على التعيين ؟ القانون ساكت هنا ايضا ، ولكن تطبيق القواعد العامة يتضيى اتفاقهم جميعا على التعيين فإذا اختار بعضهم شيئا واختار اخرون شيئا اخر كانوا ورثة المدين وجب على الدائن ان يلتجيء الى المحكمة لتعيين بنفسها الشيء محل الالتزام ، واذا كانوا ورثة الدائن انتقل الخيار الى المدين .

هل يحدث التعيين باثر رجعي ؟

٣٧١ — 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 فيقان في هذا الصدد . والرأي الراجح يذهب الى ان الاختيار يحدث باثر رجعي ، اي يستند باثره الى حين ابرام العقد . ويترتب على الاخذ بهذا الرأي التنتائج التالية :

١ – اذا كان العقد يبعا 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 – اذا كان الخيار للمشتري وافلس البائع قبل تعيين المشتري الشيء الذي يختاره ، كان لهذا الاخير ان يسترد الشيء الذي وقع اختياره عليه من التقليسه 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 – اذا تصرف من له الخيار بالشيء قبل استعمال خياره صح تصرفه . فإذا كان الخيار للدائنين واتصرف بأحد الاشياء ثم اختار هذا الشيء صح تصرفه لانه يعتبر مالكا له عند التصرف . وإذا كان الخيار للمدين وتصرف بأحد الاشياء صح تصرفه وتحدد محل التزامه بأحد الاشياء الباقيه .

أحكام الهلاك

٣٧٢ – والأهمية 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 للدائنين عنه في حالة ما اذا كان الخيار للمدين . وتوخيا للوضوح سنفترض ان الاشياء التي تعهد بها المدين هي شيئاً معيناً بالذات فقط وان احدهما هو الذي هلك . اما حالة هلاك كلا الشيئين فلا تهمنا لانها لا تشير صعوبة بالنسبة للخيار . لأن الهلاك يؤدي الى اقضائه التزام المدين وانقضاء الخيار بحال ذلك ، 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 للدائنين .

الحالة الاولى - الخيار للمدين

- ٣٧٣ — اذا كان الخيار للمدين وهلك احد الشيئين ، او كلاهما ، فلا يعود ان يكون الهالك بسبب اجنبي او بخطأ الدائن او بخطأ المدين .
- ١ — فإذا هلك احد الشيئين بخطأ المدين كان له ان يلزم الدائن بقبول الثاني . وكذلك الحكم اذا كان الهالك بسبب اجنبي . ذلك ان محل الالتزام يتركز في الشيء الذي لم يهلك مadam الخيار للمدين . فإذا باع شخص سيارة او حصاناً مثلاً ثم ترق الحصان ، كان له ان يلزم المشتري بقبول السيارة .
- ٢ — وإذا هلك الشيئان بخطأ المدين ، في هذه الحالة يجب عليه ان يدفع للدائن قيمة اخر شيء هلك . ذلك ان الشيء الاول لما هلك بخطئه فان التزامه يكون قد تركز في الثاني ، ولما هلك هذا ايضاً بخطئه فيجب عليه ان يدفع قيمته للدائن .
- ٣ — وإذا هلك احد الشيئين بخطأ المدين والآخر بسبب اجنبي ، فان على المدين ان يدفع للدائن قيمة اخر شيء هلك كما في الحالة السابقة . ذلك ان الشيء الذي هلك اولاً اذا كان قد هلك بسبب اجنبي فان التزام المدين يكون قد تركز في 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 في الثاني ، فإذا هلك الثاني بسبب اجنبي فانه يبقى مسؤولاً لأن هلاك الشيء الاول كان بخطئه ، ولو لا هذا الخطأ لما تركز التزامه في الشيء الثاني .
- ٤ — وإذا هلك احد الشيئين بخطأ الدائن فان للمدين ان يختار الشيء الذي هلك ، وترأ ذمته عنده من الدين ولا يرجع على الدائن بشيء . وله كذلك ان يختار الشيء الذي لم يهلك ، وله عدده الرجوع على الدائن بقيمة الشيء الآخر .
- ٥ — وإذا هلك كلا الشيئين بخطأ الدائن فان للمدين ان يختار احد الشيئين وترأ ذمته من الدين ، ويرجع على الدائن بعدده بقيمة الشيء الآخر .

٦ — و اذا هلك احد الشيئين بخطأ الدائن والآخر بسبب اجنبي ، فان كان الشيء الذي هلك او لا قد هلك بسبب اجنبي والثاني بخطأ الدائن فان الدائن يكون قد استوفى حقه وتبرأ ذمة المدين ٠ اما اذا كان الشيء الاول قد هلك بخطأ الدائن والثاني بسبب اجنبي ، فللمدين ان يختار هذا الشيء الثاني من الالتزام ، ويرجع عندهن على الدائن بقيمة الشيء الذي هلك بخطئه ٠

الحالة الثانية — الخيار للدائن

٣٧٤ — و اذا كان الخيار للدائن وهلك احد الشيئين ، او كلاهما ، فلا يعود ان يكون الهلاك كذلك بخطأ المدين او بخطأ الدائن او بسبب اجنبي ٠
١ — ف اذا هلك احد الشيئين بسبب اجنبي تركز الالتزام في الشيء الذي لم يهلك ، ويجب على الدائن قبوله ٠

٢ — و اذا هلك احد الشيئين بخطأ المدين كان الدائن بال الخيار بين ان يختار الشيء الذي هلك فيرجع بقيمتة على المدين ، وبين ان يختار الشيء الباقى وعندئذ تبرأ ذمة المدين بالوفاء به ٠

٣ — و اذا 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 ٠

٤ — و اذا هلك الشيئان بخطأ المدين كان للدائن ان يختار اي شاء منهما ويرجع عندهن بقيمتة على المدين ٠

٥ — و اذا هلك احد الشيئين بخطأ المدين والآخر بسبب اجنبي ، في هذه الحالة للدائن ان يختار الشيء الذي هلك بخطأ المدين فيرجع عليه بقيمتة ، وله كذلك ان يختار الشيء الذي هلك بسبب اجنبي وعندئذ تبرأ ذمة المدين ٠ لذلك فمن مصلحته ان يختار الشيء الذي هلك بخطأ المدين حتى يرجع عليه بقيمتة ٠

٦ — و اذا هلك الشيئان بخطأ الدائن كان له ان يختار احدهما ، ولما كان هذا الشيء قد هلك فقد برئت ذمة المدين ، ويرجع عليه المدين بقيمة الشيء الآخر ٠

٧ — واذا هلك احد الشيئين بخطأ الدائن والآخر بسبب اجنبي فانه بال الخيار بين ان 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 — واذا هلك احد الشيئين بخطأ الدائن والآخر بخطأ المدين فللدائن ان يختار الشيء الذي هلك بخطئه وعندئذ تبرأ ذمة المدين ، وله كذلك ان يختار الشيء الذي هلك بخطأ المدين فيرجع عليه بقيمتها ، وعندئذ يرجع عليه المدين بقيمة الشيء الذي هلك بخطئه (اي بخطأ الدائن)

٣٧٥ — 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 افسخ العقد . واذا كان المدين مسؤولا عن الهلاك ولو فيما يتعلق بوحد من الشيئين فيكون ملزما ان يدفع قيمة اخر شيء هلك »

تمييز الالتزام التخييري مما يشتبه به من الوضاع

٣٧٦ — هناك اوضاع قد تتشبه بالالتزام التخييري فلا بد من التمييز بينها وبينه . واهم هذه الوضاع هي الشرط الجزائي والالتزام المتعلق على شرط واقف . ونرى كلا منهما على حدة .

١ — التمييز بين الالتزام التخييري والشرط الجزائي

٢٧٧ — سبق ان رأينا ان الشرط الجزائي عبارة عن تقدير اتفافي 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 الالتزام هذا الاخير ينقضي وترأ ذمته ولا يلزم بشيء .اما في الالتزام التخيري فان استحالة تنفيذ احد الاشياء محل الالتزام لا يترتب عليه براءة ذمة المدين ، بل يتراكم الالتزام في الاشياء الباقية .

وفرق اخر بين الالتزام التخيري والشرط الجزائي هو ان الدائن لا يملك الخيار بين مبلغ التعويض المنصوص عليه في الشرط الجزائي وبين طلب تنفيذ الالتزام الاصلي اذا كان الالتزام الاصلي ممكناً لتنفيذ ، اما في الالتزام التخيري فهو يملك هذا الخيار على النحو الذي رأيناها .

٢ - التمييز بين الالتزام التخيري والالتزام المعلق على شرط واقف

٣٧٨ - ويختلف الالتزام التخيري عن الالتزام المعلق على شرط واقف في ان وجوده مؤكد ، اما الالتزام المعلق على شرط واقف فوجوده غير مؤكد ، اذ هو معلق على امر مستقبل غير محقق الوقع . ولا يمكن تشبيه الخيار بالشرط الواقف والقول بان كلاماً منها امر مستقبل غير متحقق الوقع . ذلك ان الخيار امر متحقق الوقع ، فإذا امتنع من له الخيار عن التعين انتقل الحق في ذلك الى غيره ، فاذ كان الخيار للمدين انتقل الى القاضي ، واذا كان للدائن انتقل للمدين .

الفرع الثاني

الالتزام البديلي

٣٧٩ - يكون الالتزام بديلاً اذا كان محل التزام المدين شيئاً واحداً ولكنه يستطع ان يفي بشيء اخر بدلاً من محل التزامه الاصلي وان يجب على الدائن على قبول هذا الشيء . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣٠٢) من القانون المدني بقولها : « يكون الالتزام بديلاً اذا لم يكن محله الا شيئاً واحداً ولكن ترأ ذمة المدين اذا ادى بدلاً منه شيئاً اخر » .

مصدر الخيار في الالتزام البديلي

٣٨٠ — ومصدر الخيار في الالتزام البديلي اما ان يكون الاتفاق او الارادة المنفردة او القانون ° وخير مثال للالتزام البديلي الذي مصدره الاتفاق العربون ° فقد سبق ان رأينا (١) انه اذا عين عربون في العقد كان لكل من المتعاقدين ان يعدل عن العقد في مقابل دفع مبلغ عربون الى المتعاقد الآخر ° فكل من المتعاقدين ، اذا كان هناك عربون ، يتلزملتزاماً اصلياً بقبول العقد وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ، والتزاماً تبعياً بدفع مبلغ عربون ° ومثال الالتزام البديلي الذي مصدره العقد كذلك ما اذا باع شخص سيارة من نوع معين على ان يكون تسليمهما في تاريخ معين واحتفظ لنفسه بالحق في 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 البديلي الوصية ° فاذا اوصى شخص بشيء آخر واجاز للوارث ان يعطي الموصى له مبلغاً من النقود بدلامن الشيء الموصى به ففي هذا المثال يكون على الوارث التزام اصلي باعطاء الموصى به الى الموصى له ، ولكنه يستطيع ان يجعل 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 البديلي ما نصت عليه الفقرة (ب) من المادة (٢٩٥) من سقوط اجل الدين اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب اجنبى لا دخل لارادة المدين فيه ° فالمدين يستطيع في هذه الحالة ان يتوقى سقوط الاجل بان يقدم للدائن ما يكمل التأمين ° ففي هذا المثال يكون المدين ملتزماً التزاماً اصلياً بوفاء الدين ، ولكن له ان يجعل محل هذا

(١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ١٦٢ وما بعدها .

الوفاء اكمال التأمين للدائن ، وليس للدائن ان يرفض ذلك . وهنالك نصوص قانونية اخرى تسمح للمدين بان يحل شيئا اخر محل التزامه الاصلي نعرض عن ذكرها هنا .

طبيعة الالتزام البدلي

٣٨١ - والذي يحدد طبيعة الالتزام في 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 التكيف النتائج التالية :

١ - لا يستطيع الدائن ان يطالب الا بمحل الالتزام الاصلي ، انما المدين فيستطيع ان يفي بالمحل الاصلي او بالبدل ، ويستطيع ان يجر الدائن على قبول البدل .

٢ - محل الالتزام الاصلي هو الذي يحدد المحكمة المختصة بنظر الدعوى ، فاذا كان المحل عقارا كانت المحكمة التي يقع هذا العقار في دائرة اختصاصها هي المختصة بنظر الدعوى ، ولو كان البدل منقولا .

٣ - اذا كان محل الالتزام الاصلي غير مشروع او مستحيلا فان الالتزام لا ينشأ ولو كان البدل مشروع او ممكنا ذلك لان مصدره الذي اوجده ، وهو العقد ، يكون باطلًا ، فاذا كان العقد باطلًا لم ينشأ عنه اي التزام .

٤ - اذا هلك محل الالتزام الاصلي بسبب اجنبي برئت ذمة المدين ولا يمكن اجباره على الوفاء بالبدل .

٥ - محل الالتزام الاصلي هو الذي يحدد طبيعة التزام المدين مقدما ، فنعلم عند نشوء الالتزام في ذمة هذا الاخير ما اذا كان محل التزامه تسليم شيء او عملا او امتناعا عن عمل .

مقارنة بين الالتزام التخييري والالتزام البدلي

٣٨٢ - الفرق الجوهرى بين الالتزام التخييري والالتزام البدلي هو

ان محل الالتزام في الالتزام البديلي واحد غير متعدد ولكن المدين يستطيع الوفاء بشيء اخر غير محل التزامه الاصلي ، اما في الالتزام التخيري فمحل الالتزام متعدد وكل من الاشياء المتعددة يعتبر محلا للالتزام ويمكن المطالبة به اذا وقع عليه الاختيار . وعلى هذا الفرق الجوهرى بين الالتزامين تترتب التائج التالية :

١ - لا يستطيع الدائن في الالتزام البديلي ان يطالب المدين الا بال محل الاصلي ، فاذا طالبه به كان للمدين ان يفي به او بالبدل . اما في الالتزام التخيري فاذا كان الخيار للدائن كان له ان يطالب المدين بالوفاء باى شاء من الاشياء التي تكون محلا للالتزام ، واذا كان الخيار للمدين كان له ان يعرض اي شاء منها .

٢ - اذا هلك محل الالتزام الاصلي في الالتزام البديلي بسبب اجنبي اقضى التزام المدين ، ولا يستطيع الدائن اجباره على الوفاء بالبدل . اما في الالتزام التخيري فان هلاك احد الاشياء بسبب اجنبي يجعل الالتزام يتكرز في الاشياء الباقيه . ويسري الحكم نفسه اذا كان محل الالتزام الاصلي في الالتزام البديلي ، او احد الاشياء في الالتزام التخيري ، خارجا عن التعامل منذ البداية لعدم توافر شروط المحل فيه .

٣ - طبيعة الالتزام في الالتزام البديلي محددة مقدما ، فهي تتحدد بطبيعة محل الاصلي لا بطبيعة البديل ، اما في الالتزام التخيري فلا تتحدد طبيعة الالتزام الا بعد التعيين .

٤ - الخيار في الالتزام البديلي للمدين دائم ، اما في الالتزام التخيري ففي القانون المدني العراقي قد يكون الخيار للمدين وقد يكون للدائن ، وفي القانون المدني المصري قد يكون لاجنبي ايضا .

٥ - لا يكون للوفاء في الالتزام البديلي اثر رجعي ، فلا ينقلب الالتزام

الى التزام بسيط منذ البداية . اما في الالتزام التخييري فقد سبق ان رأينا ان
التعيين يستند باثره الى الماضي ، فينقلب الالتزام الى التزام بسيط منذ البداية »

٦ - تقع المطالبة القضائية في الالتزام البديلي على محل الالتزام الاصلية،
اما في الالتزام التخييري فإذا كان الخيار للدائن فان بامكانه ان يطالب باى
شيء يختاره . واذا كان الخيار للمدين فلا يستطيع (الدائن) المطالبة بشيء
دون اخر الا بعد ان يتم التعيين من قبل المدين (١) .

(١) يراجع في ذلك : بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف ١٠٥٣ .
بودري وبارد ، المرجع السابق ، ف ١٠٥٠ . اوبرى ورو ، ج ٤ ، ص ٧٠ - ٧٣ .
السنهوري ، المرجع السابق ، ف ١٠٦ .

الفصل الرابع

تعدد طرف الالتزام

Obligation a sujets multiples

٣٨٣ — اذا ورد التعدد على طرفي الالتزام كان له ثلاث صور :

١— فقد يتعدد احد طرفي الالتزام ، او كلاهما ، من غير ان تربط بين اطرافه رابطة خاصة . كما اذا تعدد الدائنوں وكان المدين واحداً وكانت حصة كل من الدائنين محددة مقدماً ، وكان كل دائن لا يستطيع مطالبة المدين الا بحصته من الدين واذا قبضها فانه يختص بها وتخلص له وحده . مثال ذلك ما اذا اشتري شخص سيارة مملوكة لشخصين مناصفة ، فلا يستطيع كل من البائعين ان يطالب المشتري الا بنصف الثمن . وقد يتعدد المدينون ويكون الدائن واحداً ولكنه لا يستطيع ان يطالب كل مدين الا بحصته من الدين . مثال ذلك ما اذا اشتري شخصان شيئاً سوياً ولم ينص في العقد على تضامنهما في دفع الثمن ، فلا يستطيع البائع مطالبة كل من المشترين الا بنصف الثمن . هذا النوع من التعدد يسمى بالتنوع الصوري ، ويسمى الالتزام فيه بالالتزام متعدد الاطراف *Obligation conjointe* ، وهو لا يهمنا لانه لا يشير صعوبة في العمل وذلك لوجود عدد من الروابط القانونية بقدر عدد الدائنين او المدينين .

٢— وقد يتعدد احد طرفي الالتزام ، او كلاهما ، وترتبط بين الدائنين او المدينين رابطاً خاصاً . مثال ذلك ان يتعدد الدائنوں ويكون المدين واحداً ويستطيع كل دائن ان يطالب المدين بكل الدين ، او ، على العكس ، ان يتعدد المدينون ويكون الدائن واحداً ويستطيع مطالبة اي شاء من المدينين

(الموجز ، ج ٢ - م ١٣)

بكل الدين . هذا النوع من التعدد يسمى بالتعدد مع التضامن ، ويسمى الالتزام فيه بالتزام التضامني *Obligation solidaire* ، ويسمى الدائنون بالدائنين المتضامنين ويسمى التضامن في هذه الحالة بالتضامن الايجابي *Soldarité activ* ، ويسمى المدينون بالمدينين المتضامنين ويسمى التضامن في هذه الحالة بالتضامن السلبي *Solidarité passive*

٣ — وقد يتعدد احد طرف في الالتزام ، او كلاهما ، ولكن محل الالتزام لا يمكن ان ينقسم على الدائنوين ولا بين المدينين . ويسمى الالتزام في مثل هذه الحالة بالالتزام غير القابل للانقسام *Opligation Indivisible*

٣٨٤ — وقد عالج القانون المدني العراقي تعدد طرفي الالتزام في فرعين، خصص الاول للتضامن ما بين الدائنوين والثاني للتضامن ما بين المدينين . وقد تكلم في الفرع الاول عن الدين المشترك والدائنين المتضامنين، وفي الفرع الثاني عن المدينين المتضامنين وعدم قابلية الالتزام للانقسام . وستتبعه في بحثنا ، فنقسم هذا الفصل الى اربعه فروع ، تتكلم في الاول عن الدين المشترك ، وفي الثاني عن الدائنوين المتضامنين او التضامن الايجابي، وفي الثالث عن المدينين المتضامنين او التضامن السلبي ، وفي الرابع والأخير عن الالتزام غير القابل للانقسام .

الفرع الاول

الدين المشترك (١)

٣٨٥ — قد يتعدد الدائنوين ولكن الرابطة التي تربط كلا منهم بالمدين تبقى مستقلة عن الرابط التي تربط الآخرين به، وهذا هو التعدد الصوري الذي رأيناه قبل قليل وقد عرف الفقهاء المسلمين صورة اخرى من تعدد الدائنوين،

(١) يراجع في ذلك بصورة خاصة رسالة الدكتور شفيق شحاته : «النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية » . الجزء الاول : طرفا الالتزام ، القاهرة ١٩٣٦ ، ف ٢٨٧ يوماً بعدها .

هي صورة وسط بين التعدد الصوري وتعدد الدائنين مع التضامن . وسمى 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 في التركة . ومثاله ايضا ما اذا بيع مال مشترك دون تعين حصة كل من الشركاء . وقد اخذ القانون المدني العراقي بنظرية الدين المشترك ، خلافا للقوانين المدنية لبقية البلدان العربية ، وافرد له اثنتي عشرة مادة . ومعظم الاحكام التي جاء بها مأخوذ عن المواد (١٠٩١ - ١١١٢) من مجلة الاحكام العدلية والمواد (١٦٨ - ١٨٩) من مرشد العيران .

ونعالج الدين المشترك في مبحثين ، نخصص الاول لمصادره والثاني للآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين .

المبحث الاول

مصادر الدين المشترك

مصدران : وحدة الصفقة وسبق الاشتراك في المال

٣٨٦ — تقضي المادة (٣٠٣) من القانون المدني بأنه « ١ — يكون الدين مشتركا بين عدة دائنين اذا نشأ من سبب واحد وكان غير متجزيء اما لوحدة الصفقة او لسبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين . ٢ — فيعتبر دينا مشتركا ثمن المبيع المشترك بين اثنين او اكثر وشمن الشيئين ولو كانوا غير مشتركيين ما دام البيع في الحالتين قد صدر صفقة واحدة من غير تعين ثمنها حصة كل واحد . ويعتبر دينا مشتركا كذلك الدين الايل بالارث الى عدة ورثه وقيمة المال المشترك اذا استهلك وببدل 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 تجزئ 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 فمصدر الدين المشترك هي :

١ - وحدة الصفقة ، او الاتفاق ◦

٢ - سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين ، او طبيعة الاشياء ◦

ونرى كلا من هذين المصادرين على حدة ◦

المصدر الاول - وحدة الصفقة ، او الاتفاق

٣٨٧ - ويقصد بوحدة الصفقة ان يبيع شخصان مالا مشتركاً كاماً بينهما بعقد واحد وبدون تعين حصة كل منهما في الثمن ، وكذلك الحكم اذا اجرا علينا مشتركة بينهما ولم يعينا حصة كل منهما في الاجرة . مثال ذلك ما اذا كان شخصان يملكان داراً على الشيوع وباعاهما بعقد واحد من غير ان يعينا في العقد حصة كل منهما في الثمن . ومثال ذلك ايضاً ما اذا كان هناك شخصان احدهما يملك ارضاً والآخر يملك الابنية المقامة على الارض وباعا الابنية والارض بعقد واحد من دون تعين ثمن حصة كل منهما . فاذا عين ثمن حصة كل منهما لم يكن الدين مشتركاً ، وكنا امام تعدد صوري . فهنا اتفاق ضمني بين البائعين والمشتري على ان يكون الدين بالثمن مشتركاً بين البائعين ، ويدل على هذا الاتفاق ان البيع صدر صفقة واحدة بشمن واحد من غير تعين ثمن حصة كل من البائعين . وهذا لا يمنع من قيام اتفاق بين البائعين في علاقة احدهما بالآخر يحدد حصة كل منهما في الثمن (١) .

المصدر الثاني - سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين ، او

طبيعة الاشياء

٣٨٨ - وفي هذه الصورة يكون هناك مال مملوك بين اكثراً من شخص وينشأ الدين المشترك بسبب الاشتراك في هذا المال . ولا يهم مصدر

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ف ١٥٣

الاشتراك في المال ، فقد يكون الارث وقد يكون الوصي و قد يكون العقد او اي سبب اخر . فإذا اتلف شخص مالا مشتركا ووجب عليه الضمان كان الدين الناشيء في ذمته بالتعويض دينا مشتركا بين مالكي المال المتلف . وإذا اقرضه المالكون المتعددون مالا مشتركا بينهم فالدين برد القرض يكون دينا مشتركا بينهم ^١

نشوء الدين المشترك ابتداء

٣٨٩ — وقد ينشأ الدين المشترك ابتداء ، لا عن وحدة الصفقة ولا عن سبق الاشتراك في المال . وله يقع ذلك في الارث والوصية والهبة . فإذا توفي شخص عن عدد من الورثة وكان له دين في ذمة اخر كان هذا الدين مشتركا بين الورثة بنسبة حصصهم في التركة . وكذلك اذا اوصى شخص بدين له على اخر الى شخصين او اكثر ، او وهب الدين الذي له على اخر الى شخصين او اكثر واحالهما عليه بالدين ، يصبح مشتركا بين الموصى لهم او الموهوب لهم . فالدين في الصور المتقدمة مشترك لاتحاد سبيه وهو الارث او الوصي او الهبة ، لا لوحدة الصفقة ولا لسبق الاشتراك في المال .

(١) يلاحظ انه في بيع المال المشترك يتشرط ، ليكون الدين مشتركا ، ان يصدر البيع صفقه واحدة ، ولا يتشرط ذلك في اقراض المال المشترك . ذلك ان المال الذي يرده المفترض انما هو بديل عن المال المشترك الذي كان سببا في نشوء الدين ، فيأخذ صفتة 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 الصفقة وينقسم الثمن على البائعين ، فلا يكون دينا مشتركا .

اما في الالاف فلا مجال للكلام عن وحدة الصفقة ، ذلك لأننا لسنا امام تصرف قولي بل امام تصرف فعلي . فالمتلاف قد اتلف مالا مشتركا وهو مسؤول عن التعويض ، والتعويض الذي يدفعه يحل محل المال الذي اتلفه فيتخد صفتة . ولما كان المال المتلف شائعا فمال الذي يحل محله ، وهو التعويض ، يكون شائعا هو ايضا .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين

٣٩٠ — تختلف الآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين في علاقة الدائنين بالدينين عنها في علاقة الدائنين بعضهم ببعض . ونرى كلا من ذلك في مطلب مستقل .

المطلب الأول

علاقة الدائنين بالدينين

٣٩١ — يحكم علاقة الدائنين بالدينين في الدين المشترك مبدأ جوهري هو أن الدين ينقسم عند المطالبة به ، فهو واحد عند نشوئه منقسم عند المطالبة به . ويتربى على ذلك الترتيبان التاليتان :

١ — لا يستطيع كل دائن أن يطالب الدينين إلا بحصته من الدين فقط .

٢ — الأعمال التي يقوم بها كل دائن فيما يتعلق بحصته من الدين لا ينصرف أثراها إلى حصة شركائه ، نافعة كانت هذه الأعمال أو ضارة . ومعنى ذلك أنه لا تقوم بين الدائنين نيابة متبادلة ، كما هو الحال في التضامن بين الدائنين كما سنرى .

ونرى كلا من الترتيبتين المتقدمتين على حدة .

النتيجة الأولى — عدم استطاعة كل دائن المطالبة إلا بحصته فقط

٣٩٢ — وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (٣٠٤) من القانون المدني بقولها : « اذا كان الدين مشتركاً فلكل واحد من الشركاء ان يطلب حصته فقط ». فالدائن لا يستطيع ان يطالب الدينين إلا بحصته، ولا يستطيع ان يطالب باكثر من حصته . والمدين يستطيع ان يهي اي دائن حصته فقط ، ولا يجوز له ان يهي احد الدائنين كل الدين . واذا فعل ذلك لم تبرأ ذمته من حنص

باقي الشركاء ، ولكل من هؤلاء ان يطالب المدين بحصته من الدين ويجب
المدين على الوفاء ، وله بعد ذلك ان يرجع على الدائن الذي قبض كل
الدين بما قبضه زيادة على حصته ٠

و اذا دفع المدين الى احد الدائنين حصته من الدين المشترك برئت ذمته
نحوه وكان بقية الدائنين بال الخيار بين مشاركته فيما قبضه لانه قبض مالا
مشتركا ، وبين الرجوع على المدين بحصصهم ٠ اذا اختاروا الرجوع على
المدين لم يجز لهم الرجوع على الدائن الذي قبض حصته الا اذا توى نصيبيهم ،
اي لم يحصلوا عليه لاعسار المدين او لاموته مفلسا ٠

وقد يؤجل احد الدائنين حصته من الدين ، وعندئذ لا يجوز له مطالبة
المدين الا عند حلول الاجل ٠ ولم تجز المجلة لاحد الدائنين ان يؤجل
الدين المشترك بلا اذن الاخر (١١١٢م) ، آخذة في ذلك برأي ابي حنيفة (١) ٠
وقد اجا ز الصابيان للدائن ان يؤجل حصته دون حصة شريكه ٠

٣٩٣ - وحصة كل دائن تتحدد اما باتفاق بين الدائنين او بنص القانون .
فمثلا النص القانوني الذي يحدد حصة كل دائن في الدين المشترك قانون
الميراث . فالشارع يحدد نصيب كل من الورثة في التركة . فاذا مات الدائن
عن زوجه وابنين وثلاث بنات ، مثلا ، كان للزوجة ثمن الدين ولكل من
الابنين الرابع ولكل من البنات الشمن . وكذلك اذا باع الورثة مالا تركه
مورثهم صفقة واحدة بدون تحديد حصة كل منهم في المال ، فان حصة كل
منهم تتحدد بحسب حصته في التركة . فاذا لم يوجد اتفاق او نص قانوني
يحدد حصة كل من الدائنين فالمفروض ان حصصهم متساوية ٠

(١) وتعليق ذلك ، كما جاء في شرح سليم باز للمجلة ، (ص ٦١٧) ، انه :
« اذا صرتأجل في الحصتين لصار تصرف في حق شريكه بدون اذنه . وان
صرح في حصة المؤجل لادى الى قسمة الدين قبل قبضه ، وهذا لا يجوز » (نقل
عن المرجع السابق ، ص ٢٤٧ ، هامش ٢) ٠

النتيجة الثانية - عدم وجود نيابة متبادلة بين الدائنين

٣٩٤ - ما دام الدين المشترك ينقسم عند المطالبة به ، فلا يبقى كلا كما كان عند نشوئه ، فان ذلك يترب عليه ان كل عمل يقوم به احد الدائنين بخصوص الدين انما يقوم به مصلحة نفسه فقط ، فلا يستفيد منه بقيمة الدائنين ولا يضارون به . اي ان الدائن لا يمثل بقية الدائنين عند قيامه بهذا العمل .

فاما قطع احد الدائنين التقادم فهو انما يقطعه في حق نفسه فقط ، ولا ينقطع بالنسبة لحصص الدائنين الآخرين . 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 تسلمه حصته ، فان هذا الاعذار لا يسري على بقية الدائنين .

واذا وجهت اليدين من احد الدائنين الى المدين ، او من المدين الى احد الدائنين ، وحلف من وجهت اليه اليدين 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 - وقد اختلفت الاراء في حالة ما اذا حصل احد الدائنين على حكم ضد المدين ، فذهب بعضهم الى عدم استفادة بقية الدائنين من هذا الحكم الا اذا كانوا ورثة ، لأن كلا منهم يعتبر مثلا للآخرين (١) . وذهب اخرون الى عكس هذا الرأي والى ان جميع الدائنين يستفيدون من هذا الحكم ولا يكفلون بعد ذلك باثبات حقوقهم لأن 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 اقلناه من ان الدين المشترك واحد عند نشوئه ، اي ان سببه ومصدره القانوني واحد . فإذا اقام احد الدائنين الدعوى لاثبات الدين وحصل على حكم لمصلحته وجب ان يستفيده بقية الدائنين من هذا الحكم . ذلك ان الدائن انتا حصل على حكم بالنسبة لاصل الدين لا بالنسبة لحصته فقط . ولما كان الدين لا يزال مشتركا بين جميع الدائنين فانهم يستفيدون منه حتما . فإذا كان شخصان يملكان سيارة بينهما وباعاها صفة واحدة ثم حدث نزاع في 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 — تحكم علاقه الدائنين في الدين المشترك بعضهم ببعض قاعدة اساسية هي انه ليس للدائن الذي قبض شيئا من الدين المشترك ان يستبدل به لنفسه ، حتى لو كان ما قبضه اقل من حصته . فبلقية الدائنين ان يشاركون فيما قبض ثم يرجعون جميعا على المدين كل بقدر حصته من الدين . ولهم ايضا ان يختاروا الرجوع على المدين ، فإذا كان مسرا رجعوا على الدائن الذي قبض حصته فحملوه نصبيه في اعسار المدين . وقد نصت على ذلك المادة (٣٠٤) مدنی بقولها :

١ — اذا كان الدين مشتركا فلكل واحد من الشركاء ان يطلب حصته منه .

٢ — فإذا قبض احد الشركاء شيئا من الدين المشترك فالشركاء الآخرون بال الخيار ان شاؤوا شاركون فيما قبضه عينا ويتبعون هم والقابض المدين بما بقي لكل منهم في ذمته وان شاؤوا تركوا للقابض ما قبضه واتبعوا المدين بحصته .

(١) الدكتور حسن علي الذنون ، المرجع السابق ، ف ١٨٢ ، ص ١٩٨ .

٣ - فان اختاروا متابعة المدين فلا يرجعون على القابض بشيء الا اذا توى نصيبيهم فيرجعون عندئذ على القابض بحصتهم فيما قبضه ويأخذون منه مثل المقبوض لا عين له »

يتبين من النص المتقدم انه في حالة قبض احد الدائنين في الدين المشترك شيئا من الدين يكون بقية الدائنين بال الخيار بين امرين :

١ - مشاركة الدائن فيما قبضه •

٢ - الرجوع على المدين بحصصهم • فان كان معسرا رجعوا على الدائن القابض فحملوه نصيبيه في اعسار المدين •
ونرى كلاما من ذلك على حدة •

اولا - مشاركة الدائنين الآخرين للدائن القابض فيما قبضه

٣٩٧ - من صفات الدين المشترك انه ينقسم عند المطالبة به ، فلا يستطيع احد الدائنين ان يطالب المدين الا بحصته من الدين • ولكن هذا الاقسام ليس تماما ، فإذا قبض احد الدائنين حصته لم تسلم له وكان لباقية الدائنين ان يشاركونه فيما قبض ، حتى لو كان ما قبضه اقل من حصته • فلو فرضنا ان مقدار الدين ثمانمائة دينار وان عدد الدائنين اربعة وان حصصهم متساوية ، فإذا قبض احد الدائنين حصته ، ومقدارها مائتا دينار ، كان لكل من الدائنين الثلاثة الآخرين ان يشاركونه فيما قبض ويأخذ منه خمسين دينارا ، فيكون كل من الدائنين قد استوفى خمسين دينارا من حصته وبقي له مائة وخمسون دينارا • فإذا فرضنا ان احد الدائنين استوفى بعد ذلك مائة دينار كان لباقية الدائنين ان يرجعوا عليه كل بخمسة وعشرين دينارا ، فيكون مجموع ما استوفاه كل دائن خمسة وسبعين دينارا ، ويبقى له خمسة وعشرون دينارا وهكذا كلما قبض احد الدائنين من الدين شيئا من الدين شاركه فيه الاخرون على النحو المتقدم حتى يستوفوا كلهم حصصهم باكمالها •

٣٩٨ - واذا خرج ما قبضه احد الدائنين من يده ، فان كان خروجه يتصرف قوله ، كبيع او هبه ، او استهلاكه او هلاكه وبعد منه فان بقيمة

يرجعون عليه بالضمان كل بقدر حصته من الدين المشترك ٠ اما اذا هلك الشيء بسبب اجنبي لا يد للدائن القابض فيه فان هذا الدائن يعتبر مستوفيا لما قبضه ويحسب عليه من حصته ولا يرجع عليه بقية الدائنين شيء ، ولا يبقى امامهم عندئذ الا الرجوع على المدين بحصتهم في الدين المشترك ٠ وقد نصت على هذا الحكم المادة (٣٠٥) من القانون المدني بقولها : « ١ - اذا قبض احد الشركاء حصته من الدين المشترك وخرجها من يده بوجه من الوجوه او استهلكها فللشركاء الآخرين ان يضمنوا نصيبهم ٠ ٢ - اما اذا هلكت في يده بلا تقصير فلا يضمن نصيب شركائه في المقبوض ويكون مستوفيا حقه ٠ وما يبقى من الدين في ذمة المدين يكون للشركاء الآخرين » ٠ ويسري هذا الحكم على حالة ما اذا لم يستوف الدائن حقه مباشرة من المدين ، بل من اخر كفيل او محال عليه (٣٠٦م) ٠

٣٩٩ - واذا لم يكن ما استوفاه الدائن من جنس الدين بل شيئا اخر ،
كان اشتري من المدين شيئا بحصته من الدين المشترك ، فليس بقية الدائنين
ان يشاركونه فيما قبض من المقابل الا اذا تراضوا على ذلك ، بل لهم ان يرجعوا
عليه بالضمان كل بنسبة حصته من الدين (٣٠٧م) ٠ واذا استأجر احد الشركاء
بحصته من الدين المشترك شيئا صار قابضا لحصته ، ولشركائه الخيار في
تضمينه ما اصاب بحصتهم وفي اتباع المدين (٣٠٨م) ٠

٤٠٠ - واذا صالح احد الدائنين المدين على حصته من الدين المشترك
فان كان بدل الصلح من جنس الدين فشركتاؤه مخيرون ان شاؤوا شاركونه
في المقبوض وان شاؤوا اتبعوا المدين ٠ وان كان بدل الصلح من خلاف
جنس الدين فالشركاء بال الخيار ايضا في اتابع المدين او الشريك المصالح ٠ وفي
هذه الحالة يكون الشريك المصالح بال الخيار ان شاء سلم اليهم نصيبهم فسي
المقبوض وان شاء دفع اليهم نصيبهم في الدين (٣٠٩م) ٠ فإذا كان لثلاثة
اشخاص على اخر تسعمائه دينار وكانت بحصتهم متساوية وصالح احدهم
المدين على حصته بمائة وخمسين دينارا ، فان بقية الدائنين بال الخيار ان شاؤوا
رجعوا على المدين بحصتهم من الدين المشترك وان شاؤوا شاركونا الدائن

القابض بما قبض ، وفي هذه الحالة يأخذ كل منهم من الدائن خمسين ديناراً .
اما اذا كان بدل الصلح شيئاً اخر ، كحنطه او تمر مثلاً ، واختار الدائنوون
الاخرون الرجوع على الدائن القابض ، فان هذا الاخير بال الخيار بين ان يدفع
لهم حصتهم في الدين ، اي مائة دينار لكل منها ، وبين ان يدفع لهم حصتهم
في الشيء الذي قبضه .

٤٠١ — واذا مات المدين معسراً وكان احد الدائنوين وارثاه طبقنا
القاعدة القاضية بالا تركه الا بعد سداد الديون . فيشترك الدائنوون في قسمة
التركة كل بحسب حصته في الدين ، بما فيهم الوارث (٣١٠) .

٤٠٢ — واذا استوفى احد الدائنوين حصته من الدين المشترك عن طريق
المقاصلة بدين للمدين عليه ، فاما كان دين المدين على هذا الدائن قد ثبت قبل
ثبوت الدين المشترك فلا رجوع لبقية الدائنوين على الدائن لانه لا يكون
قد استوفى شيئاً ، واما 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 الدائنوين بحصتهم (٣١١م) .

وقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٣١٢) على صورة خاصة من صور
المقاصلة هي حالة ما اذا نشأ دين المدين على الدائن عن اتلاف الدائن مala
للمدين ووجب عليه التعويض وتتقاص دين التعويض بالدين المشترك ،
واجازت لبقية الدائنوين الرجوع على الدائن المخالف . فقد نصت هذه الفقرة
على انه : « اذا اتلف احد الشركاء في دين مشترك مala للمدين وتتقاصا
بحصته ضماناً فلشركائه اخذ نصيبهم منه » . ويجب قياس اتلاف النفس على
اتلاف المال ولو لم ينص القانون على ذلك . فاما قتل احد الدائنوين في الدين
المشتراك المدين ووجبت عليه الدية وتتقاص الدين الذي نشأ لورثة المدين عليه
نتيجة القتل في الدين المشترك كان لبقية الدائنوين ان يرجعوا على هذا الدائن
ويشاركونه في حصته من الدين المشترك التي تقاصت بسبيل الدية .

٤٠٣ — وهناك حالات لا يستوفي الدائن فيها شيئاً من المدين ومع ذلك

يعتبر مستوفيا لحصته من الدين المشترك ، ومع ذلك لا رجوع لبقية الدائنين عليه لمشاركة فيما قبض . وهذه الحالات هي حالة احد الدائنين في الدين المشترك مدينا للمدين وضمانه الدين ، وحالة الهبه والابراء .

وقد نصت على الحالة الاولى الفقرة الثانية من المادة (٢١٢) بقولها : « اما اذا ضمن للمدين دينا واجباله على شخص اخر وصارت حصته قصاصا بالدين الذي ضمنه فلا شيء لشركائه عليه . اذا رجع على المكفول عنه وقبض منه مبلغ الضمان لم يكن لشركائه ان يشاركونه فيه » . فاذا كفل احد الدائنين في الدين المشترك دينا للمدين في ذمة شخص ثالث واعسر المكفول عنه وضمن الدائن الدين وتقاسط حصته في الدين المشترك بدين المدين على المكفول عنه ، فليس لبقية الدائنين الرجوع عليه بحصتهم 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 ابرا ذمته منها فهبتها او ابرأوه صحيحان ولا يضمن نصيب شركائه فيما وهب او ابرا » . والعلة في عدم اعطاء بقية الدائنين الرجوع على الدائن السواه او البريء ان هذا الدائن لم يقبض شيئا .

٤٤ - ويمكن تلخيص الاحكام المتقدمة بالقواعد التالية :

١ - اذا قبض الدائن حصته من جنس الدين ، سواء بنفسه او من كفيل او محال عليه ، او صالح المدين عن حصته وكان بدل الصلاح من جنس الدين ، كان لبقية الدائنين ان يرجعوا عليه ويشاركونه فيما قبض علينا .

٢ - اذا قبض الدائن مقابلا لحصته ، او استأجر بحصته عينا للمدين ، او صالح المدين عن حصته ولم يكن بدل الصلاح من جنس الدين ، رجع عليه بقية الدائنين بضمان حصتهم من الدين المشترك لانه ليس في يده شيء من جنس الدين حتى يشاركونه فيه . ويسري هذا الحكم على حالة ما اذا قبض احد الدائنين حصته من الدين المشترك ولكنها خرجت من يده ببيع او هبة

او استهلكها او هلكت بخطئه . ويسري هذا الحكم ايضا في حالة ما اذا اتلف الدائن مالا للمدين ووجب عليه الضمان وتقاض دين الضمان بحصته في الدين المشترك .

٣ - اذا برئت ذمة المدين من حصة الدائن من دون ان يقبض هذا شيئا من المدين لم يكن لباقي الدائنين الرجوع عليه . ويتحقق ذلك في حالة المقاصلة بدين للمدين ثبت على الدائن قبل ثبوت الدين المشترك ، وفي حالة ضمان الدائن دينا واجبا للمدين على شخص اخر وسقوط حصته في الدين المشترك بالمقاضاة مع الدين الذي ضمه . ويتحقق ذلك ايضا في حالة هبة الدائن للمدين حصته من الدين المشترك وابراءه 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 يضمه لشريكه . 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 - رجوع بقية الدائنين على الدائن القابض بتصفيته في

اعسار المدين

٤٤٥ - اذا اختار الدائنون الآخرون الرجوع على المدين بحصصهم وعدم مشاركة الدائن القابض في حصته التي قبضها سقط حقهم في الرجوع عليه الا اذا توت حقهم ، اي هلكت باعسار المدين ، ففي هذه الحالة يعود حقهم في الرجوع على الدائن الذي قبض حصته ومشاركته فيما قبض بنسبة حقهم . 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 حقهم ، فيرجع كل منهم بخمسين دينارا . وهكذا يكون كل من الدائنين الاربعة قد حصل على ربع حصته من الدين .

الاعسار الجزئي

٤٠٦ — ويسري الحكم المقدم في حالة الاعسار الجزئي . فإذا اختار بقية الدائنين الرجوع على المدين ولم يحصلوا إلا على ثلاثة دينار مثلاً ، أي على نصف حقوقهم ، في هذه الحالة توزع الخسارة على جميع الدائنين فيرجع كل من الدائنين الثلاثة على الدائن القابض بخمسة وعشرين ديناراً . وبذلك يكون كل من الدائنين الاربعة قد حصل على مائة وخمسة وعشرين ديناراً من اصل مائتي دينار .

اعسار الدائن القابض

٤٠٧ — وقد يقع الدائن الذي قبض حصته من الدين المشترك هو نفسه في الاعسار . فإذا أراد الدائنين الآخرون الرجوع عليه نتيجة اعسار المدين ووجدوه معسراً هو أيضاً تحملوا وحدتهم نتيجة اعسار المدين .

استثناء

٤٠٨ — ليست القواعد المقدمة والتي تحكم علاقة الدائنين بعضهم بعض من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها . فيجوز أن يتفرق الدائنين على تقسيم الدين المشترك ، وفي هذه الحالة ينقسم الدين ويختص كل منهم بحصته ولا يشاركه فيها بقية الشركاء ، حتى لو اعسر المدين ولم يحصلوا على حصصهم . وقد نصت على ذلك المادة (٢١٤) مدنی بقولها : « ١ — في الدين المشترك يجوز الاتفاق فيما بين الشركاء على أن يكون لكل منهم الحق في قبض حصته من الدين من غير أن يكون لسائر الشركاء الرجوع عليه حتى لو توت حصصهم . ٢ — وفي هذه الحالة ينقسم الدين المشترك على الدائنين قسمة تامة ويختص كل منهم بحصته في الدين من غير أن يشاركه فيها غيره بوجه من الوجوه » .

الفرع الثاني

الدائون المتضامنون (او التضامن الابجادي)

Créanciers solidaires, solidarité active

٤٠٩ — في هذا النوع من تعدد الدائنين يكون لكل دائن ان يطالب المدين بكل الدين ، 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 المدين بالوفاء مرة واحدة لاحد الدائنين بدلا من الوفاء لكل دائن بحصته كما هو الحال في الدين المشترك ، او يقوم احد الدائنين بمطالبة المدين واستيفاء الدين كله بدلا من قيام كل دائن على افراد بمطالبة المدين للحصول على حصته من الدين كما هو الحال في الدين المشترك . وهكذا يتتجنب كل من المدين والدائنين المتضامنين المشاكل والصعوبات التي رأيناها في الدين المشترك .

٤١٠ — والتضامن بين الدائنين نادر الواقع في الحياة العملية . ويرجع سبب ذلك الى ان مضاره اكثر من فوائده ، اذ ان فائدته الوحيدة هي في تمكين اي من الدائنين من مطالبة المدين بكل الدين وفي تسكين المدين من 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 لأن ذمته تكون قد برئت بالوفاء لاحدهم بكل الدين . وهذه الفائدة يسكن الوصول اليها عن طريق توكيل الدائنين

احمهم بقبض كل الدين . وخطورة الوكالة اقل من خطورة التضامن الايجابي ،
اذ في امكان الدائنين عزل الوكيل بقبض الدين متى شاءوا .
ونبحث التضامن الايجابي في مباحثين ، نخصص الاول لمصادره والثاني
لاتهاره .

المبحث الاول

مصادر التضامن بين الدائنين

٤١١ - تقضي المادة (٣١٥) مدنی بانه : « لا يكون الدائنون متضامنين الا اذا كان هناك اتفاق على ذلك او كان القانون ينص على تضامنهم » . فالاصل اذن ان التضامن بين الدائنين لا يفترض ، بل يجب الاتفاق عليه صراحة او ان يكون منصوصا عليه في القانون . فمصادر التضامن الایجابي ، حسب هذه المادة ، هي الاتفاق والقانون .

٤١٢ — فإذا كان الاتفاق هو مصدر التضامن بين الدائنين فلا بد من أن يكون صريحاً واضحاً . وإذا كان الاتفاق عليه ضمنياً فيجب أن لا يكون هناك شك في انصراف ارادة الطرفين إليه ، فإذا كان هناك شك وجب تأويله لنفي التضامن لا لاباته . فإذا باع شخصان سيارة يملكانها على الشيوع ولم يشترطا التضامن فيما بينهما في اقتضاء الشمن فلا يجوز استخلاص التضامن من ملكيتهما المشتركة للسيارة ، وينقسم الشمن عليهم بنسبة حصة كل منها في السيارة . فإذا لم تعين حصة كل منها عند البيع أصبح الشرك بينهما ، ونطبق عليه الأحكام العامة التي رأيناها في الدين المشترك (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في هذا الصدد ما يلي : « ومن الأصول المقررة أن التضامن بنوعيه لا يفترض . وليس يقصد بذلك إلى وجوب اشتراطه بصربيح العمار ، فقد

(الموجز ج ٢ - م ١٤)

واكثر ما يقع التضامن الاجبى عندما يكون هناك مدينون متضامنون ويتحولون الى دائنين متضامنين . مثال ذلك ما اذا باع عدة اشخاص شيئاً وتضامنوا في الالتزام بالتسليم ثم لم يدفع المشتري الثمن ، في هذه الحالة يكونون جميعاً دائنين بالتضامن في طلب الفسخ واسترداد المبيع .

٤١٣ — وقد تكون الارادة المنفردة مصدراً للتضامن بين الدائنين . مثال ذلك ما اذا اوصى شخص لعدة اشخاص بسبيل من النقود ونص في وصيته على ان يكون لكل من الموصى لهم الحق في مطالبة الورثة بكل المبلغ الموصى به . في هذه الحالة ينشأ التضامن الاجبى ابتداء ، لا بتحوله من تضامن سلبي الى تضامن ايجابي ولا بالاتفاق عليه في ضمن عقد .

٤١٤ — اما القانون فيكاد يجمع الفقهاء على انه لا يمكن ان يكون مصدراً للتضامن بين الدائنين . ولم نجد في المراجع التي بين ايدينا مثلاً واحداً يمكن اعتبار القانون فيه مصدراً لهذا النوع من التضامن (١) . وعليه فان نص القانون المدني العراقي على ان القانون يمكن ان يكون مصدراً للتضامن بين الدائنين لا تطبيق له .

الفقه الاسلامي

٤١٥ — ويعرف الفقه الاسلامي التضامن بين الدائنين في حالتين هما شركة المفاوضة وشركة الاعمال .
شركة المفاوضة هي الشركة التي يضع فيها الشركاء حصصاً متساوية ،

تنصرف اليه الارادة ضمناً ، ولكن ينبغي ان تكون دلالة الاقتضاء في مثل هذه الحالة واضحة لاخفاء فيها . فإذا اكتفى الشك بهذه الدلالة وجب ان يؤول لنفي التضامن لا لاثباته » (مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٥١ ، نقلًا عن السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥) .

(١) پلانتيول وريبير والسمان ، ج ٧، ف ١٠٦٠ ، ص ٣٦٨ . اوبرى ورو وج ٤، ط ٦ ، ص ٢٤ . بودري وبارد ، المرجع السابق ، ف ١١٢٢ ، ص ٢٥٢ . پلانتيول وريبير وبولانجييه ، ج ٢ ، ط ٣ ف ١٨٤٦ ، ص ٥٩٩ . جوسران ، ج ٢ ، ط ٣ ، ف ٧٥٧ . السنهوري ، المرجع السابق ، ف ١٢٦ .

وتوزع الارباح بينهم بالتساوي . فاذا باعوا مالا من اموال الشركة او اجروه كانوا متضامنين في المطالبة بتسلیم المبيع . وكذلك اذا غصب شخص او اتلف مالا من اموال الشركة كان جميع الشركاء متضامنين في المطالبة برد المال المغصوب او بضمانته .

وشركة الاعمال هي الشركة التي رأس مالها عمل الشركاء ، فيقدم كل من هؤلاء عمله للشركة . ويكون الشركاء متضامنين في المطالبة بالاجر المستحق لهم . فيستطيع كل منهم ان يطالب صاحب العمل بكل لاجرة .

المبحث الثاني

الاثار التي تسرتب على التضامن بين الدائنين

٤١٦ — تختلف اثار التضامن الایجابي في العلاقة بين الدائنين والمدينين عنها في العلاقة بين الدائنين المتضامنين انفسهم . ونرى كلامنا ذلك في مطلب مستقل .

المطلب الأول

العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدينين

مبادئ ثلاثة

٤١٧ — تحكم علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين المباديء الثلاثة التالية:

١ — لكل دائن مطالبة المدين بكل الدين ، كما ان المدين يستطيع الوفاء بكل الدين لاي دائن .

٢ — اذا طالب احد الدائنين المدين بكل الدين كان للمدين ان يتحجج تجاه هذا الدائن باوجه الدفع الخاصة به (بالدائن المطالب) وباقوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جمیعا . واذا كان للمدين دفع خاص تجاه احد الدائنين الآخرين كان له ان يتمسك بهذا الدفع تجاه الدائن المطالب .

٣ - اذا قام احد الدائنين بعمل نافع بالنسبة للدين استفاد منه بقيمة الدائنين ، واذا قام بعمل ضار فان هذا العمل لا ينفذ بحق الدائنين الآخرين فالدائن الذي يقوم بعمل نافع بالنسبة للدين يعتبر وكيلًا عن الآخرين عند قيامه بالعمل ، ولا يعتبر كذلك بالنسبة للاعمال الضارة ٠ ونرى كلاماً من هذه المبادىء على حدة ٠

اولا - امكان مطالبة اي دائن بكل الدين وامكان المدين الوفاء بكل الدين

لاي دائن

٤١٨ - من مزايا التضامن الايجابي ان كل دائن متضامن يستطيع مطالبة المدين بكل الدين ٠ وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣١٦) مدنى بقولها : «يجوز للدائنين المتضامنين مجتمعين ومنفردين مطالبة المدين بكل الدين » فإذا طالب احد الدائنين المدين بالوفاء وجب على هذا ان يفي له الدين كله ٠ واذا رفض المدين ذلك كان بإمكان الدائن اجباره عليه بواسطة القضاء ٠ فإذا استوفى الدائن الدين كله برئت ذمة المدين بالنسبة لسائر الدائنين ٠

واذا طالب الدائنون المتضامنوون المدين مجتمعين وجب عليه ان يوافي كلًا منهم حصته من الدين فقط ٠

وقد جاء في الفقرة الاولى من المادة (٢٨١) من القانون المدنى المصرى (المقابلة للفقرة الاولى من المادة (٣١٦) مدنى عراقي) زيادة غير موجودة في النص العراقي ، وهذه الزيادة هي : «ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل اثر الدين » ٠ وقد جاء في المذكرة الإيضاحية 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 الآخر ، كأن يكون الدين معلقاً على شرط بالنسبة لفريق منهم ، ومضافاً إلى أجل بالنسبة للباقيين ٠ وفي هذه الحالة يتبع كل منهم أن يعتد بالوصف الالاصلق برابطته عند مطالبة المدين بالوفاء ٠ وقد يطرأ هذا الوصف

على الرابطة بعد تمام التعاقد ، فقد يرتضي بعض الدائنين مثلا ان يولي المدين اجلا للوفاء بالدين ، وفي هذه الحالة لا يجوز ان يحتاج على الدائنين الآخرين بهذا الاجل ، ما لم يتضح تقدير ذلك من مشارطة ترتيب الالتزام او من طبيعة التعامل او من نص في القانون »^(١) . ويلاحظ ان المذكورة 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 . ويسكنتنا ان تتصور مثلا على ذلك في حالة ما اذا كان مصدر التضامن هو الوصية . فاذا اوصى شخص بشيء لعدد من الاشخاص وجعلهم دائنين متضامنين في مطالبة الورثة بالوصى به واشترط ان لا يستحق احدهم حصته الا اذا قام بعمل معين (وهذا شرط واقف) . في مثل هذه الحالة لا يستطيع هذا الموصى له ان يطالب بحصته الا اذا قام بالعمل ، اي الا اذا تحقق الشرط .

٤١٩ — 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 ، وفي 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 افراد . 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 الآخرين .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٥٨ .

قيد : عدم ممانعة احد الدائنين الآخرين بوفاء كل الدين لدائن اخر

٤٢٠ — ولكن اذا كان للمدين ان يفي كل الدين لاحد الدائنين ، الا ان ذلك مقيد بعدم ممانعة احد الدائنين الآخرين في هذا الوفاء . وهذا ما نصت عليه المادة (٣١٧) . فهي بعد ان اجازت للمدين ان يفي كل الدين لا ي من الدائنين اضافت قائلة « الا اذا اندره دائن اخر بان يمتنع من ذلك » . فإذا اندر 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 .

ثانياً - الاحتجاج بالدفع وبانقضائه الدين تجاه الدائن المطالب بكل الدين

٤٢١ — 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 ب احد الدائنين الآخرين يترب 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 باوجهه الدفع الخاصة بدائنه اخر الاقدر نصيب هذا الدائن اذا برئت منه ذمته ، ولكن له ان يحتج باوجهه الدفع الخاصة به وبوجهه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا » .

فمثال اوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب ان تكون حصة هذا الدائن قد انقضت بالمقاصة بدينه للمدين على هذا الدائن ، او ان يكون هذا قد ابرأ المدين من حصته من الدين او وحبه ايها ، الخ .

ومثال اوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا ان يكون العقد الذي انشأ الالتزام التضامني باطلًا ، او موقوفا لنقص في اهلية المدين او لعيب في 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 ٠

اما اوجه الدفع الخاصة بدائنين اخر غير الدائن المطالب بالدين فهـي مثل
اوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب ٠ وفي هذه الحالة لا يستطيع المدين
الاحتياج بهذه الدفـوع تجاه الدائن المطالب الا بقدر حصة الدائن الذي يمكن
الاحتياج تجاهـه بهذه الدفـوع ٠

ثالثا - وكالة كل دائن متضامن عن الدائنين الآخرين بالنسبة للأعمال
النافعة دون الضـارة

٤٢٢ — لا يجوز لـ احد الدائـين ان يـأتـي عمـلا يـضرـ بالـدائـين الآخـرين ،
وـاـذا اـتـى عـملـا منـ شـأنـهـ الـاضـارـ بـهـمـ فلاـ يـنـفـذـ هـذـاـ عـمـلـ فيـ حـقـهمـ (٢٣١٨مـ)ـ
وـعـلـىـ عـكـسـ مـنـ ذـلـكـ اـذـ قـامـ اـحـدـ الدـائـينـ بـعـمـلـ نـافـعـ فـانـ بـقـيـةـ الدـائـينـ
يـسـتـفـيدـوـنـ مـنـهـ ٠ـ وـالـسـبـبـ فـيـ اـسـتـفـادـةـ الدـائـينـ مـنـ الـاعـمـالـ النـافـعـةـ التـيـ يـقـومـ
بـهـاـ بـعـضـهـمـ وـعـدـمـ تـفـازـ الـاعـمـالـ الضـارـةـ فـيـ حـقـهمـ هوـ اـنـ كـلـ دـائـنـ يـعـتـبرـ وـكـيـلاـ
عـنـ بـقـيـةـ الدـائـينـ عـنـ قـيـامـهـ بـعـمـلـ يـتـعـلـقـ بـالـدـيـنـ ،ـ وـاـذاـ كـانـ كـلـ مـنـهـمـ قـدـ وـكـلـ الـاخـرـفـاـ
يـمـكـنـ اـنـ يـوـكـلـهـ اـلـاـ فـيـمـاـ يـنـفـعـ ،ـ لـاـ فـيـمـاـ يـضـرـ ٠ـ

الاعـمـالـ النـافـعـةـ

٤٢٣ — فـمـثـالـ الـاعـمـالـ النـافـعـةـ مـاـ اـذـ قـطـعـ اـحـدـ الدـائـينـ التـقادـمـ ،ـ فـهـوـ
يـنـقـطـعـ لـصـلـحةـ سـائـرـ الدـائـينـ الـمـتـضـامـنـينـ ،ـ لـاـنـ الدـائـنـ الـذـيـ قـطـعـ التـقادـمـ يـعـتـبرـ
وـكـيـلاـ عـنـ الدـائـينـ الـآخـرـينـ فـيـ هـذـاـ عـمـلـ الـذـيـ يـفـيـدـهـمـ جـيـعاـ ٠ـ وـكـذـلـكـ
اـذـ اـعـذـرـ اـحـدـ الدـائـينـ الـمـديـنـ ،ـ فـانـ بـقـيـةـ الدـائـينـ يـسـتـفـيدـوـنـ مـنـ هـذـاـ الـاعـذـارـ
لـاـنـهـ مـفـيـدـ لـهـمـ ٠ـ وـمـثـلـ الـاعـذـارـ الـمـطـالـبـ الـقـضـائـيـةـ بـالـفـوـائـدـ ،ـ فـاـذـ طـالـبـ اـحـدـ
الـدائـينـ بـالـفـوـائـدـ التـأـخـيرـيـةـ اـسـتـفـادـ مـنـ ذـلـكـ جـمـيعـ الدـائـينـ ٠ـ وـكـذـلـكـ الـحـكـمـ
اـذـ حـصـلـ اـحـدـ الدـائـينـ الـمـتـضـامـنـينـ عـلـىـ حـكـمـ ضـدـ الـمـديـنـ ،ـ فـانـ بـقـيـةـ الدـائـينـ

يستفيدون من هذا الحكم ، ما لم يكن الحكم مبنيا على سبب خاص
بالدائن الذي صدر الحكم لصالحته .

الاعمال الضارة

٤٢٤ — ومثال الاعمال الضارة ما اذا حصل المدين على حكم ضد احد
الدائنين المتضامنين ، فلا يسكن له التمسك بهذا الحكم ضد بقية الدائنين . وكذلك
اذا أذر المدين احد الدائنين المتضامنين ، فان هذا الاعذار لا يسري في حق بقية الدائنين .

المطلب الثاني

علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم البعض

انقسام الدين

٤٢٥ — يحكم علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم مبدأ اساسي هو ان
الدين ينقسم فيما بينهم ، وما يقبضه احدهم يشترط في 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 — ويمكن تلمس الاساس القانوني لرجوع كل دائن بحصته على
الدائن الذي قضى كل الدين اما في وكالة ضمنية او في قواعد الفضالة .
فبمقتضى الوكالة الضمنية يعتبر الدائن القابض اصيلا عن نفسه في
القبض ووكلا عن بقية الدائنين .

وبمقتضى قواعد الفضالة يعتبر الدائن القابض اصيلا عن نفسه وفوضوليا
بالنسبة لحصص باقي الدائنين .

الفروع الثالث

المدينون المتضامنون (او التضامن السلبي)

Débiteurs solidaires, solidarité passive

تمهيد : أهمية التضامن بين المدينين وكثرة وقوعه في العمل

٤٢٧ — يكون المدينون متضامنين اذا كان للدائنين الحق في مطالبة اي شاء منهم بكل الدين بالرغم من قابلية محل الالتزام للانقسام ، واذا وفى احدهم كل الدين برئت ذمته وذمم الباقيين . فاذا باع شخص شيئاً من ثلاثة اشخاص واشترط ان يكونوا متضامنين في الوفاء بالشمن ، كان له الحق في مطالبتهم مجتمعين ومنفردين ، والمدين الذي يختاره الدائن ويطالبه بالشمن يكون ملزماً بالوفاء به .

٤٢٨ — والتضامن بين المدينين كثير الوقع في الحياة العملية ، يعكس التضامن بين الدائنين . فهو خير ضمان شخصي للدائنين يضمن له الحصول على حقه في 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 متضامناً مع المدين الاصلبي . فاذا طالبه الدائن ، بالوفاء كان له ان يدفع تجاهه بحق التجريد ، اي ان يطلب منه ان يقوم بمحاسبة المدين اولاً فاذا لم تكف امواله للوفاء بالدين قام هو بالوفاء . واذا تعدد الكفلاء في الكفالة البسيطة فان كل منهما يتمتع بحق التقسيم بالإضافة الى حق التجريد « اي ان الدين ينقسم على عدد الكفلاء ، فلا يدفع كل كفيل الا حصته في اعسار المدين الاصلبي .

والدرجة الثانية من الكفالة هي الكفالة مع التضامن . وفي هذا النوع

من الكفالة يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل ابتداء ، ولكن التزام الكفيل يبقى ، مع ذلك ، تابعاً لالتزام المدين الأصلي ، مما يجعله ادنى مرتبة من المدين المتضامن . فالكفيل يستطيع التمسك بالدفوع الشخصية التي يستطيع المدين الأصلي التمسك بها . فإذا كان التزام المدين الأصلي باطلأ او موقوفاً فالكفيل يستطيع التمسك بهذه الدفوع تجاه الدائن .

وأقوى انواع التأمينات الشخصية هو التضامن بين المدينين ، ففيه يكون كل مدين مديناً أصلياً بكل الدين ويستطيع الدائن أن يطالب إيا شاء من المدينين بكل الدين ، ولا يستطيع المدين الذي يطالبه الدائن بالدين أن يتمسك بالدفوع الشخصية الب Burke التي يستطيع مدين آخر التمسك بها .

بعد هذه المقدمة الوجيزه ، تعالج التضامن بين المدينين في مبحثين تتكلم في الاول عن مصادره وفي الثاني عن اثاره .

المبحث الاول

مصادر التضامن السلبي

مصدران : الاتفاق والقانون

٤٢٩ - تقضي المادة (٣٢٠) من القانون المدني بان : « التضامن ما بين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق او نص في القانون » . فمصادر التضامن السلبي اذن اثنان : الاتفاق والقانون . ونرى كلاً منها في مطلب مستقل .

المطلب الاول

الاتفاق كمصدر للتضامن السلبي

الاتفاق على التضامن لا يفترض ويجب ان يكون واضحاً

٤٣٠ - يصح ان يرد الاتفاق على التضامن في صلب العقد او في عقد

لاحق . وسواء ورد في العقد الاصلي او في عقد لاحق ، فانه يجب ان يكون صريحا لالبس فيه ولا ابهام ، ولا يجوز افتراضه . فإذا باع شخص قطعة ارض من اربعة اشخاص مثلا ، صفة واحدة بدون ان يعين حصة كل واحد منهم في الارض او الشمن ، فلا يجوز ان تستخلص من ذلك ان المشترين الاربعة متضامنون في الوفاء بالشمن ، بل يجب اعتبارهم متساوين في الحصص ، فيكون لكل منهم ربع الارض على الشيوع وعلى كل منهم ربع شنها بعد اقسام الدين عليهم . فإذا اراد البائع ان يكونوا متضامنين في وفاء الشمن وجب عليه ان يشرط ذلك بوضوح لا يترك مجالا للشك . فإذا لم يشرطه لم يكن المشترون متضامنين في الوفاء بالشمن وفسر الشك لصالحهم ؛ فالقاعدة ان الشك يفسر لمصلحة المدين .

٤٣١ — ولكن اذا كان التضامن بين المدينين يجب ان يكون واضحا ، فليس معنى ذلك انه يشرط فيه ان يرد بعبارات خاصة . فيجوز ان يكون شرط التضامن ضمنيا . والشرط الضمني يستخلص من ظروف التعاقد ، ولكن يجب في هذه الحالة الاتدعاً هذه الظروف مجالا للشك فيه (١) .

(١) وفي هذا المعنى قضت محكمة التمييز المصرية في حكم لها صادر في ٢٩ تشرين الاول سنة ١٩٤٢ بأنه : « اذا استخلصت محكمة الموضوع من اتفاق اربعة شركاء في اجرة على ان يكون الایجار من الباطن بمعرفتهم جميعا وتحصيل الاجرة بواسطة فلان وكيل اثنين منهم هما اخوان وبasherاف الشركين الاخرين ، وان ترسل المبالغ المحصلة للمؤجر الاصلي خصما من الاجرة ، وان تحفظ جميع المستندات تحت يد واحد منهم (احد الاخرين) ، وان يكون باقي الشركاء ان يأخذوا بيانا بما يفهمهم على ان يقدم الحساب في نهاية كل سنة ، اذا استخلصت من عبارات هذا الاتفاق على ضوء ما ذكرته من الاعتبارات والظروف القائمة في الدعوى ان فلانا المذكور لم يكن وكيلا عن الشركين الاخرين ، وان الاخرين يجب لذلك اعتبارهما مسؤولين قبلهما عن المبالغ التي حصلها هذا الوكيل ولو لم يكونا قد قبضاها منه ، فانها انما تكون قد فصلت في مسألة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها . ثم اذا هي استخلصت من عبارات الاتفاق ومن ظروف الدعوى ايضا ان الاخرين انما قصدوا تطمئن باقي الشركاء بان يتحمل كل منهما



النتائج التي تترتب على عدم جواز افتراض التضامن

- ٤٣٢ - ويترب على عدم جواز افتراض التضامن النتائج التالية :
- ١ - على من يدعي قيام التضامن ان يثبت وجوده .
 - ٢ - عند الشك في قيام التضامن فانه يعتبر غير قائم .
 - ٣ - 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 لا شك فيه ، هذا الحكم يجب تقضيه (١) .

التضامن بين المدينين في المسائل التجارية

٤٣٣ - وقد اختلف الفقهاء في فرنسا في جواز افتراض التضامن ما بين المدينين في المسائل التجارية ، فذهبت غالبيتهم ، ومعهم القضاء ، الى ان التضامن يفترض في المسائل التجارية ، بعكس الحال في المسائل المدنية . فاذا اشترى عدة تجار بضاعة من تاجر اخر دون ان يشترط البائع ان يكونون المشترون متضامنين في دفع الثمن ، فانهم يكونون مع ذلك متضامنين في 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 يستترط 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 في محله » (مجموعة عمر ، ٣ ، رقم ١٨٢ ،

ص ٤٨٨ ، نقلاب عن السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٢٦٣-٢٦٤) .

(١) بلانيول وريبير وأسمان ، المرجع السابق ، ف ١٠٦٥ ، ص ٣٧٢ ، مع الاحكام المشار اليها في هامش رقم ١ : السنهوري المرجع ، السابق ، ص ٢٦٥ .

المدينين في مسائل معينة فيجب الأخذ بهذا العرف ، فالعرف مصدر من مصادر القانون يلجأ إليه القاضي عند عدم وجود نص تشريعي في مسألة معينة . فإذا كان العرف التجاري يقضي بالتضامن بين المدينين فإنه يعتبر كأنه قد اشترط في العقد ، إذ المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً ، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم .

المطلب الثاني

القانون كمصدر للتضامن

نصوص متفرقة

٤٣٤ — وقد ينص القانون على التضامن بين المدينين في حالات خاصة . وهنالك نصوص متفرقة في قوانين مختلفة تقضي بهذا النوع من التضامن . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٨٧١) من القانون المدني من انه : « إذا كان كل من المهندس المعماري والمقاول مسؤولاً عما وقع في العمل من عيب كانوا متضامنين في المسؤولية » . ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٨٦) من انه : « إذا اجتمع المبادر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدى منهم فلو ضمنا معاً كانوا متكافلين في الضمان » . ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٠) من تضامن الكفالة في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية فيما بينهم وتضامنهم مع المدين . ومن ذلك أيضاً ما قضت به المادة (١٩٨) من اعتبار غاصب الغاصب بحكم الغاصب واعطائه المغصوب منه حق الرجوع على اي شاء منهما . فقد نصت هذه المادة على ان : « غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب . فإذا غصب احد من الغاصب المال المغصوب واتلفه او تلف في يده فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمه الغاصب الاول وان شاء ضمه الغاصب الثاني . . . ٢— كذلك اذا اتلف احد المال المغصوب الذي هو في يد الغاصب فان المغصوب منه يكون بال الخيار ان شاء ضمه الغاصب وهو يرجع على المتلف وان شاء ضمه 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 السالبي

علاقة الدائن بالمدينين وعلاقة المدينين بعضهم

٤٣٥ — تختلف اثار التضامن بين المدينين في علاقة الدائن بالمدينين عنها في علاقة المدينين المتضامنين بعضهم . ونرى كلا من ذلك في مطلب مستقل .

المطلب الأول

العلاقة بين الدائنين والمدينين المتضامنين

مبادئ ثلاثة

٤٣٦ — تحكم علاقه الدائن بالمدينين المتضامنين ثلاثة مباديء وهي :
١— وحدة المحل ، فيعتبر الدين كلا لا يتجرأ ويستطيع الدائن مطالبة اي شاء من المدينين بكل الدين . ٢— تعدد الروابط ، فالرابطة التي تربط احد المدينين بالدائن تختلف عن الرابط التي تربط غيره من المدينين به . ٣— النيابة المتبادلة بين المدينين فيما ينفع لا فيما يضر ، فإذا قام احد المدينين بعمل نافع بالنسبة للدين استفاد منه بقية المدينين ، اما العمل الضار فلا ينصرف اثره اليهم . ويتربى على كل من هذه المباديء بعض النتائج ، نراها فيما يلي :

اولاً — الاتار التي ترد الى وحدة المحل

٤٣٧ — اهم اثار التضامن السالبي هو في اعتبار كل مدين ملزما بكل الدين ، فيستطيع الدائن ان يطالب اي شاء من المدينين المتضامنين بكل

الدين ، وذا طالب احدهم لم يسقط حقه في مطالبة غيره ، فيستطيع مطالبته منفردین ومجتمعین ◦ ولا يستطيع المدين الذي يطالبه الدائن بالدين ان يقتصر على دفع حصته فقط ◦ واذا وفي احد المدينين المتضامنين الدين برئت ذمته وذمم باقي المدينين وكان له الرجوع على المدينين الآخرين كل بقدر حصته ◦ واذا اقام الدائن الدعوى على احد المدينين المتضامنين كان لهذا ان يطلب ادخال باقي المدينين في الدعوى حتى يصدر الحكم على الجميع ، كما ان لباقي المدينين ان يطلبوا من تلقاء نفسهم ادخالهم في الدعوى ، وذلك حتى يحافظوا على حقوقهم ويسعوا ما يمكن ان يقع من تواؤ بين الدائن والمدين المقاومة عليه الدعوى ◦ وقد نصت على هذا المبدأ الفقرة الاولى من المادة (٣٢١) مدنی بقولها : « اذا كان المديونون متضامنين فللدائن ان يطالب بالدين كله من شاء منهم وان يطالبهم به مجتمعين ◦ ومطالبتة لاحدهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين » ◦

انقضاء الالتزام بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين

٤٣٨ — وقد ينقضي الدين بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين باحد اسباب انقضاء الالتزام غير الوفاء، وفي 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 ، فإذا انقضى جزء منه فإن هذا الجزء ينقضي بالنسبة لجميع المدينين ◦ واسباب انقضاء الالتزام غير الوفاء هي التجديد ، والمقاصة ، واتحاد الذمة ، والابراء ، والتقادم ◦ واليمين ◦ وتقول فيما يلي كلمة موجزة عن كل من هذه الاسباب واثرها على التزام بقية المدينين المتضامنين ◦

١ - التجدد

٤٣٩ — التجدد استبدال التزام جديد بالتزام قديم يختلف عنه في احد عناصره ، وهي محله او احد طرقه او مصدره ◦ فتغيير المحل يكون باحال شيء جديد محل القديم ، مبلغ من النقود بدلا من سيارة مثلا ◦

وتحفيز أحد طرفي الالتزام يكون بتغيير الدائن أو بتغيير المدين ° فتحفيز 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 بدلاً المدين الاصلي على ان تبرأ ذمة المدين الاصلي بدون حاجة الى رضاه ، او باتفاق المدين مع شخص اخر على ان يحل محله في الدين ويوافق الدائن على ذلك °

وايا كانت صورة التجديد ، فإن الاثر الذي يترتب عليه هو انقضاء الالتزام الاصلي بتأميناته الشخصية والعينية ، ما لم ينص الاتفاق او القانون على خلاف ذلك ° فإذا قام احد المدينين المتضامنين بتجديد دين الدائن بدين يكون هو الملزם فيه فقد برئت ذمم باقي المدينين ° ذلك ان التضامن من نوع التأمينات الشخصية فينقضي بالقضاء الدين القديم ° ولكن يجوز للدائن ان يشترط عند تجديد الدين بقاء المدينين الاخرين متضامنين بالدين الجديد ، فإذا 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 - الملاصقة

٤٤٠ - اذا ترتب لاحد المدينين المتضامنين دين في ذمة الدائن سقط من دين هذا الاخير بقدر الدين الذي ترتب للمدين في ذمته ، فإذا طالب الدائن هذا المدين بالدين كان للمدين ان يدفع تجاهه بالملائحة بقدر ما ترتب له في ذمته ° ولكن بقية المدينين المتضامنين لا يستطيعون الدفع بالملائحة الا بقدر حصة هذا الدين في الدين ° فإذا كان مقدار الدين الف دينار وكان عدد

(١) الصحيح : ذمم °

المدينين اربعة وترتب لاحدهم دين في ذمة الدائن بمقدار ثمانمائة دينار . ولكن اذا طال الدائن احد المدينين المتضامنين الاخرين فان هذا المدين لا يستطيع ان يدفع تجاهه الا بمائتين وخمسين دينارا . وهذا المبلغ هو حصة المدين الآخر (الذي ترتب له دين على الدائن) في الدين . وقد نصت على هذا الحكم المادة (٣٢٤) مدنی بقولها : « لا يجوز للمدين المتضامن ان يختج بالمقاصدة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن اخر الا بقدر حصة هذا المدين الآخر » .

٣ - اتحاد الذمة

٤٤١ - قد يموت الدائن ويرثه احد المدينين المتضامنين ، وقد يموت احد المدينين المتضامنين ويرثه الدائن ، وفي هذه الحالة تتحد ذمة الدائن بذمة هذا المدين ويسقط من الدين بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته بذمة الدائن .

فإذا مات الدائن وورثه احد المدينين المتضامنين فان هذا المدين يصبح هو الدائن ، واذا طال احد المدينين بالدين فان هذا المدين لا يستطيع الاحتجاج باتحاد ذمة المدين الذي ورث الدائن بكل الدين ، بل بمقدار حصة المدين الورث الذي اصبح دائنا . مثال ذلك ما اذا باع شخص دارا لاربعة اشخاص بمبلغ الاف دينار واشترط تضامنهم في دفع الثمن ثم مات وورثه احد المدينين ، في 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 ينقضى بالنسبة لباقي المدينين الا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع ذمة الدائن » .

٤٤٢ - واذا مات احد المدينين المتضامنين وورثه الدائن اصطدمت بقاعدة « لا تركه الا بعد سداد الدين » . فاذا لم يكن المدين الذي ورثه الدائن معسرا فان تركته تلزم بمقدار حصته من الدين ، فلا يعود في استطاعة الدائن الذي ورث المدين ان يرجع على بقية المدينين الا بعد

استنزال حصة المدين الذي ورثه . فإذا كان مقدار الدين ألف دينار والمديونون المتضامنون أربعة ومات أحدهم وورثه الدائن ، وكانت تركة هذا المدين مليئة ، فلا يرجع الدائن الوارث على بقية المدينين إلا بسبعينائة وخمسين دينارا . أما إذا 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 - الابراء

٤٤٣ - قد يبرء الدائن أحد المدينين المتضامنين ، وفي هذه الحالة أما أن يكون الابراء من الدين او من التضامن .

فإذا كان الابراء من الدين ، فقد يكون من كل الدين او من حصة المدين في الدين فقط . فإذا ابرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من كل الدين برئت ذمة هذا المدين ولا يستطيع الدائن الرجوع عليه بعد ذلك بشيء . أما بقية المدينين ، فإذا لم يصرح الدائن بأنه اراد ابراءهم مع المدين الذي ابرأه فإنهم يبقون ملزمين بالدين بعد خصم حصة المدين الذي ابرأه الدائن . وقد يصرح الدائن بأنه لم يرد بابراهه المدين أن يبرء المدينين الآخرين حتى من حصة المدين الذي ابرأه وأنه يحتفظ لنفسه بحق الرجوع عليهم بكل الدين ، وفي هذه الحالة يستطيع الدائن الرجوع على المدينين الآخرين بكل الدين ولا يطالب المدين الذي ابرأه بشيء . ولمن دفع الدين من المدينين أن يرجع على الباقيين كل بقدر حصته من الدين ، بما فيهم المدين الذي ابرأه الدائن . وقد يتضح أن الدائن اراد بابراهه ان يغطي المدين من كل مسؤولية ، في هذه الحالة يتحمل هو نفسه حصة المدين الذي ابرأه ، وإذا اعسر أحد المدينين الآخرين فإنه (الدائن) هو الذي يتحمل حصة المدين الذي ابرأه في حصة المدين المعاشر .

وإذا كان الابراء من التضامن فقط ، لا من الدين ولا من حصة المدين المبرأ من الدين ، فلا يستطيع الدائن أن يطالب هذا المدين إلا بمقدار حصته

من الدين ° اما بالنسبة لباقي المدينين المتضامنين فيستطيع مطالبتهم مجتمعين ومنفردين بكل الدين ° وقد نصت على الاحكام المقدمة المواد (٣٢٨-٣٢٦) من القانون المدني °

٥ - التقادم

٤٤٤ - قد ينقضى الدين بالتقادم بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فقط ، وفي هذه الحالة تبرأ ذمة هذا المدين وذمم المدينين الآخرين بقدر حصة هذا المدين ° وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الأولى من المادة (٣٢٩) مدني بقولها : « اذا كانت دعوى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لا يجوز سماعها بسبب التقادم استفاد باقي المدينين بقدر حصة المدين الذي لا يجوز سماع الدعوى ضده » °

ثانياً - الآثار التي ترد إلى تعدد الروابط

٤٤٥ - بالرغم من وحدة محل ، يبقى المدينون المتضامنون مرتبطين بالدائن بروابط متعددة تختلف أحدها عن الأخرى ° فيبقى كل مدين مرتبًا بالدائن ، بالإضافة إلى رابطة التضامن التي تربطه مع باقى المدينين بالدائن ، برابطته الخاصة التي قد تختلف عن الرابط التي تربط غيره من المدينين المتضامنين بالدائن ° وهذا هو معنى تعدد الروابط في التضامن بين المدينين °

اختلاف الأوصاف التي قد تلحق روابط المدينين المتضامنين

٤٤٦ - ولما كانت الروابط التي تربط المدينين المتضامنين بالدائنين متعددة ، فمن الممكن ان يكون بعض هذه الروابط موصوفا وبعضها بسيطاً . وقد يختلف الوصف الذي يلحق أحدي هذه الروابط عن الوصف الذي قد يلحق غيرها ، فقد تكون أحدي هذه الروابط معلقة على شرط واقف ، وآخرى مقتنة باجل واقف ، وثالثة منجزة ، فيجب على الدائن مراعاة ذلك عند مطالبته أحد المدينين بالدين ° فهو لا يستطيع مطالبة المدين المعلق

دينه على شرط واقف قبل تحقق الشرط ، ولا مطالبة المدين الذي يتمتع باجل قبل حلول الاجل ، وهكذا ٠٠

الدفوع

٤٤٧ — ومن مقتضى مبدأ تعدد الروابط ان بعض المدينين المتضامنين قد يكون له دفع خاصة به لا يستطيع غيره من المدينين التمسك بها ٠ ولتمييز الدفع التي يمكن التمسك بها من قبل احد المدينين المتضامنين فقط من الدفع التي يمكن التمسك بها من قبل المدينين جميعاً تقسم الدفع الى ثلاثة اقسام: دفع عينية او مشتركة، ودفع شخصية، ودفع مختلطة ٠

١ - الدفع العينية او المشتركة Exceptions réelles, communes

٤٤٨ — فالدفع العينية او المشتركة هي التي ترد على اصل الدين ويمكن لجميع المدينين المتضامنين التمسك بها ٠ مثال ذلك الدفع ببطلان العقد لخالفة محله للقانون او للنظام العام والاداب ٠ وكذلك الدفع بالتقادم، وبكون العقد معلقاً على شرط واقف لم يتحقق ، او مضافاً الى اجل واقف لم يحل ، الخ ٠٠٠

٢ - دفع مختلطة Exceptions mixtes

٤٤٩ — والدفع المختلطة هي التي تتحقق بالنسبة لبعض المدينين المتضامنين ولكن يستفيد منها المدينون الآخرون ٠ وهذه الدفع هي التي تنشأ عن اقضاء الدين بالنسبة لاحد المدينين فقط ٠ وقد سبق ان رأينا الاسباب التي تؤدي الى اقضاء الدين بالنسبة لاحد المدينين فقط ٠ وانما سميت هذه الدفع بالدفع المشتركة لأنها شبيهة بالدفع العينية من جهة حيث يمكن لجميع المدينين المتضامنين التمسك بها ، وشبيهة بالدفع الشخصية التي لا يمكن التمسك بها الا بقدر حصة المدين الذي ثبتت له من جهة اخرى ٠

٣ - الدفع الشخصية Exceptions personnelles

٤٥٠ — والدفع الشخصية هي التي تتحقق بالنسبة لبعض المدينين

المتضامنين فقط ، ولا يستفيد منها غيرهم من المدينين ٠ ومثالها الدفوع المتعلقة بنقص الاهلية ، وعيوب الرضاء ، وبكون الدين معلقا على شروط واقف لم يتحقق او مضافا الى اجل واقف لم يحل ٠ وتسمى هذه الدفوع بالدفوع الشخصية البحتة ايضا ٠

٤٥١ — وقد نصت على القاعدة العامة في هذا الباب الفقرة الثانية من المادة (٣٢١) بقولها : « ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء ان يحتاج باوجه الدفع الخاصة بمدين اخر الا بقدر نصيب هذا المدين اذا كان قد اتقضى بوجه من الوجوه ٠ ولكن يجوز له ان يحتاج باوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعا » ٠

ثالثا - الآثار التي ترد الى فكرة النيابة المتبادلة فيما ينفع لا فيما يضر

٤٥٢ — ومعنى النيابة المتبادلة بين المدينين المتضامنين ان كل مدين يعتبر ممثلا للاخرين في الاعمال النافعة التي يقوم بها ، لا في الاعمال الضارة ٠ فإذا قام احدهما بعمل نافع استفادوا منه جميعا ، وإذا قام بعمل ضار ، او قام الدائن بعمل ضد أحدهم ، اقتصر اثر هذا العمل على المدين الذي قام بالعمل وعلى المدين الذي قام الدائن ضده بالعمل ، ولم ينصرف الى باقي المدينين ٠ وقد اورد القانون المدني العراقي عدة تطبيقات لهذا المبدأ في المواد (٣٢٩-٣٣٣) ، وهي : انقطاع التقادم او وقفه ، وخطأ احد المدينين في تنفيذ التزامه ، والاعذار والمطالبة القضائية ، والصلح مع احد المدينين ، واقرار احد المدينين المتضامنين او اقرار الدائن ، وصدور حكم على احد المدينين او لصلاحته ٠ وتقول كلمة موجزة عن كل من ذلك ٠

١ - انقطاع التقادم او وقفه بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين

٤٥٣ — رأينا في الآثار التي ترد الى فكرة تعدد الروابط ان الدين اذا اتقضى بالتقادم بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين استفاد منه باقي المدينين بقدر حصة هذا المدين من الدين ٠ وهنا فرى الصورة العكسية ، فإذا كان التقادم ساريا بالنسبة للدين فان من مصلحة المدينين ان يستمر هذا التقادم

حتى ينقضي الدين كله فتبرأ ذمهم ، ولكن اذا قام الدائن بقطعه بالنسبة لاحدهم فإنه ينقطع بالنسبة لهذا الدين، فهل يستطيع الدائن الاحتياج على باقي المدينين بذلك ومطالبتهم جميعاً بالدين ؟ ان قطع التقادم عمل ضار بالنسبة لبقية المدينين » وفي فرنسا يعتبر كل مدين مثلاً للمدينين الآخرين في جميع الاعمال التي يقوم بها ، ومعنى ذلك ان يستفيد الدائن من قطع التقادم بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين ، فيحتاج عليهم بذلك ويطالبهم مجتمعين ومنفردين بالنسبة للاعمال الضارة . وعليه فالدين الذي اقطع التقادم بالنسبة له لا يعتبر مثلاً لباقي المدينين ، فلا يسري اثر هذا الانقطاع اليهم وقد نصت على ذلك المادة (٣٢٩) مدنی بقولها : « ١ - اذا كانت دعوى الدين بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين لا يجوز سماعها بسبب التقادم استفاد من ذلك باقي المدينين بقدر حصة المدين الذي لا يجوز سماع الدعوى ضده . ٢ - اذا انقطعت مدة التقادم او وقف سريانها بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن ان يتمسك بذلك قبل باقي المدينين » .

٢ - خطأ احد المدينين في تنفيذ التزامه

٤٤٤ - الخطأ في تنفيذ الالتزام من الافعال الضارة ، فإذا ارتكب احد المدينين المتضامنين في تنفيذ التزامه خطأً احدث ضرر للدائن كان هذا الدين وحده مسؤولاً عن تعويض الضرر ولا يسأل باقي المدينين معه ، وهما لا يكونون مسؤولين الا عن تنفيذ الالتزام تفيناً عينياً . وإذا ارتكب احد المدينين المتضامنين خطأً جسيماً واخر خطأً يسيراً كانت مسؤولية الاول اشد من مسؤولية الثاني . وقد نصت على هذا المبدأ المادة (٣٣٠) بقولها : « لا يكون المدين المتضامن مسؤولاً فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام الا عن فعله » . ويتجلى في هذا النص بوضوح استبعاد فكرة النيابة المتبادلة بالنسبة للاعمال الضارة .

٣ - الاعذار والمطالبة القضائية

٤٥٥ - سبق ان رأينا ان الاعذار شرط للحصول على التعويض عن الضرر الناتج عن تأخير المدين في تنفيذ التزامه ، وسبق ان رأينا ايضاً

ان من اثار الاعذار انتقال تبعه الهايكل 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 التأخير في التنفيذ، وترتب على ذلك ايضا انتقال تبعه الهايكل الى المدين ° فاذا اشتري شخص سيارة مثلا من ثلاثة اشخاص واشترط ان يكونوا متضامنين في تسليم السيارة ، ولما لم يقوموا بالتسليم في الوقت المتفق عليه اعذر المشتري احدهم، فهل يسري اثر هذا الاعذار الى المدينين الآخرين ؟ لما كانت اثار الاعذار ضارة فان اعذار احد المدينين المتضامنين من قبل الدائن لا تسرى اثاره الى باقي المدينين ° ويسري الحكم نفسه بالنسبة للمطالبة القضائية ° فاذا قاضى المشتري في المثل المتقدم احد البائعين المتضامنين في تسليم السيارة وحصل على حكم ضده فان هذا الحكم لا يسري ضد البائعين الآخرين °

٤٥٦ - وعلى العكس من ذلك اذا قام احد المدينين المتضامنين باعذار الدائن ، فان لذلك اثرا نافعا بالنسبة لهذا المدين ° فاذا امتنع المشتري في المثل المتقدم عن تسلم السيارة وقام احد المدينين المتضامنين باعذاره بوجوب تسليمها ، فان تبعه 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 او قاضاه فلا يكون لذلك اثر بالنسبة لباقي المدينين ° اما اذا اعذر احد المدينين المتضامنين الدائن فان باقي المدينين يستفيدون من هذا الاعذار » ° وهذا النص تطبيق واضحة لاستبقاء فكرة النيابة المتبادلة في الاعمال النافعة واستبعادها في الاعمال الضارة °

٤ - الصلح مع احد المدينين المتضامنين

٤٥٧ - قد يكون الالتزام متنازعا فيه بين الدائن وبين جميع المدينين المتضامنين في عدم الدائن الى الصلح مع احدهم ° فاذا كان في 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 في عقده . اما اذا لم يكن في الصلح منفعة للمدينين المتضامنين فالمدين الذي عقده لا يعتبر ممثلا لهم في عقده ، وبالتالي لا يسري في 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 الباقيون . اما اذا كان من شأن هذا الصلح ان يرتب في ذمتهم التزاما او يزيد فيما هم ملتزمون به لا ينفذ في حقهم الا اذا قبلوه » .

٥ - اقرار أحد المدينين المتضامنين واقرار الدائن

٤٥٨ - 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 حجۃ قاصرة على المقر . وكذلك الحكم اذا نكل احد المدينين المتضامنين عن اليمين او وجه هو اليمين الى الدائن فحلوها 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 في حق الباقيين . ٢ - واذا نكل احد المدينين المتضامنين عن اليمين او وجه الى الدائن يمينا فحلوها فلا يضار بذلك باقي المدينين . ٣ - اما اذا حلف احد المدينين المتضامنين فان المدينين الاخرين يستفيدون من ذلك » .

٦ - صدور حكم على أحد المدينين المتضامنين أو لصلحته

٤٥٩ - اذا اقام المدينين المتضامنين الدعوى على الدائن بخصوص الدين وحصل على حكم ضده استفاد باقي المدينين المتضامنين من هذا الحكم ،

لأن المدين الذي اقام الدعوى يعتبر ممثلا لهم . اما اذا كان مبنيا على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لمصلحته (لعيوب في الرضاء او قصر ، الخ . .) فان المدينين الآخرين لا يستفيدون منه . والسبب في ذلك يرجع الى مبدأ تعدد الروابط الذي سبق ان رأيناها .

وعلى العكس من ذلك اذا حصل الدائن على حكم على احد المدينين المتضامنين ، فان هذا الحكم لا يمكن الاحتجاج به على الباقيين . واذا اراد الدائن ان يسري الحكم في حقهم وجب عليه ان يدخلهم جميعا في 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 يحتاج بهذا الحكم على الباقيين . . ٢— اما اذا صدر الحكم لصالح احدهم فيستفيد منه الباقيون الا اذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه » .

المطلب الثاني

علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم

انقسام الدين

٤٦٠ — تحكم علاقه المدينين المتضامنين بعضهم البعض قاعدة جوهريه هي انقسام الدين . فاذا وفى احدهم الدين فانه يرجع على كل من الآخرين بقدر حصته من الدين . وقد نصت على هذه القاعدة الفقرة الاولى من المادة (٣٣٤) من القانون المدني بقولها : « من قضى الدين من المدينين الرجوع على الباقيين بما دفعه زائدا على ما هو واجب عليه كل بقدر حصته » . ولكن كيف تعين حصة كل من المدينين في الدين ؟ اذا لم يكن في العقد نص يحدد حصة كل من المدينين في الدين ، ولم ينص القانون على تحديد هذه الحصة افترضنا ان هذه الحصص متساوية ويقسم الدين

بالتساوي بين جميع المدينين . فإذا اشتري اربعة اشخاص ارضا زراعية بمبلغ عشرة الاف دينار ولم يذكر في العقد حصة كل منهم في الارض ، فالمفروض ان حصصهم متساوية ، واذا وفي احدهم الشمن كله رجع على كل من الثلاثة الاخرين بالفين وخمسماة دينار . ولكن هذا الافتراض ليس قاطعا ، بل بسيط قابل لاثبات العكس . فيستطيع من له مصلحة من المدينين المتضامنين في الدين أن يثبت ان حصته اقل من حصة غيره .

وقد يحدد القاضي مقدار حصة كل من المدينين المتضامنين في الدين ، وهذا ما يحدث عادة في المسؤولية التقصيرية . فإذا اشترك عدة اشخاص في احداث ضرر وامكن تعين مقدار جسامة خطأ كل منهم في احداثه ، فالقاضي يحدّد الحكم الذي يصدره مقدار ما يتحمله كل منهم في النهاية من مبلغ التعويض

اعسار بعض المدينين المتضامنين وتحمّل الآخرين حصصهم

٤٦١ — اذا قضى احد المدينين المتضامنين الدين وارد الرجوع على الآخرين فوجد بعضهم معسرا ووزعت حصة المدين الميسر على المدينين الموسرين . وهذا ما نصت عليه المادة (٣٣٤) من القانون المدني المتقدمة ، فهي بعد ان اعطت المدين الموفي حق الرجوع على الآخرين بما دفعه زائدا على ما هو واجب عليه اضافت : « فإذا كان احد منهم معسرا تتحمل تبعه هذا الاعسار المدين الذي وفي الدين وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته » . فإذا كان مقدار الدين الف دينار والمدينون المتضامنون خمسة وكانت حصصهم متساوية ، ودفع احدهم معسرا ، وعندما اراد الرجوع على الاربعة الاخرين وجد احدهم معسرا ، فإنه يرجع على كل من الثلاثة الباقين بمائتين وخمسين دينارا بدلا من مائتي دينار . واذا وجد اثنين من الاربعة الباقين معسرين فإنه يرجع على كل من الاثنين الاخرين بثلث الدين ، فينقسم الدين على الثلاثة الموسرين ، ويتحمل هؤلاء تبعه اعسار الاثنين الاخرين .

الوقت الذي يؤخذ بنظر الاعتبار في اعسار المدين

٤٦٢ — ويتناقش الفقهاء في فرنسا ومصر حول تعين الوقت الذي يجب

ان يؤخذ بنظر الاعتبار في اعسار المدين ° فذهب الفقه في فرنسا الى ان العبرة في قيام الاعسار انما هي بالوقت الذي وفي فيه احد المدينين المتضامنين الدين ° ففي هذه اللحظة نشأ حقه في الرجوع على بقية المدينين المتضامنين ، بما في ذلك تقسيم حصة المدين المعاشر على المدينين الموسرين ° فإذا تأخر المدين الذي وفي الدين في الرجوع على بقية المدينين حتى اعسر بعضهم فإنه هو الذي يتحمل وحده نتيجة هذا الاعسار ، لانه اهل في المطالبة وهو الذي يجب ان يتحمل نتيجة هذا الاهمال (١) ° ويرى الاستاذ السنہوری (٢) هذا الرأي محل نظر ، ويقول بوجوب التمييز بين حالة ما اذا كان المدين مقسراً وحاله ما اذا لم يصدر منه اي تقصير ° وهو يرى ان الاصل في الاعسار ان يقوم وقت الوفاء للدائن ، فإذا وقع بعد هذا الوقت تحمل المدين الذي وفي الدين وحده حصة المعاشر ، الا اذا ثبت انه لم يقصر اطلاقاً في المحافظة على حقه ضد المدين المعاشر ° وما يقول به الاستاذ السنہوری منطقى ومحقق ، وهو ليس الا تطبيقاً للقواعد العامة °

قضاء الدين بغير الوفاء

٤٦٣ — واذا قضى احد المدينين المتضامنين الدين او جزء منه لا عن طريق الوفاء بل عن طريق اخر ، كالوفاء بقابل ، والصلاح اذا لم يكن بدل الصلاح من جنس الدين ، والحواله على شخص ثالث ، فإنه يرجع على المدينين الاخرين بما ضمن لا بما ادى فعلاً ، حتى لو كان ما اداه اقل قيمة مما ضمن ° فإذا كان مبلغ الدين الف دينار مثلاً وكان الدائنوون اربعة وتصالح احدهم مع الدائن على سيارة بدل الالف دينار ، فإنه 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) بودري وبارد ، المرجع السابق ، ف ١٢٦٠ . ص ٣٧١ .

(٢) الوسيط ، المرجع السابق ، ص ٣٦٥ .

الموهوب له يرجع على كل من المدينين الآخرين 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 ادائوه او بطريق اخر يقوم مقام الوفاء كالهبة او الحوالة رجع على بقية المدينين بما ضمن لا بما ادى » .

احد المدينين المتضامنين فقط هو صاحب المصلحة في الدين

٤٦٤ — واذا كان احد المدينين المتضامنين وحده صاحب المصلحة في الدين ، ولم يكن المدينون الآخرون في الحقيقة الا كفلاء ، فالذى يتحمل الدين في النهاية هو المدين صاحب المصلحة . فاذا وفي هذا الدين لم يرجع على احد ، واذا وفاه احد المدينين الآخرين 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 في الدين فهو الذي يتحمله كله قبل الباقيين » .

٤٦٥ — هذا فيما يتعلق بعلاقة المدينين المتضامنين ، اذا كانوا كفلاء ، بالدائن : احكام التضامن هي التي تطبق عليهم في هذه العلاقة اما في علاقتهم ببعضهم ، فان احكام الكفالة هي التي تطبق ، فيتمتعون بحق التجريد . فاذا وفي ادائهم الدين واراد الرجوع على الباقيين بحصتهم فيه كان لهم ان يتسلكوا قبله بحق التجريد ، ويطلبوا من المدين الكفيل الذي وفي الدين ان يرجع اولا على المدين الاصلي فاذا لم تكف امواله للوفاء بالدين تتحمل كل منهم حصته في الدين .

الاساس القانوني لرجوع المدين المؤ薇 على باقي المدينين المتضامنين

٤٦٦ — اذا وفي احد المدينين المتضامنين الدين كان له ان يرجع على

باقي المدينين اما بدعوى شخصيه او بدعوى الحلول وتقول كلمة موجزة عن كل من هذين الدعويين .

١ - **الدعوى الشخصية**

٤٦٧ - تقوم الدعوى الشخصية التي يرجع بها المدين الموفي على المدينين الآخرين على اساس من الوكالة او الفضالة . ذلك ان هذا المدين يعتبر اصيلا عن نفسه بالوفاء ، اما بالنسبة لباقي المدينين فهو اما ان يكون وكيلا عنهم او فضولي . فاذا اراد الرجوع عليهم على هذا الاساس ، فهو اما ان يرجع عليهم بدعوى الوكيل تجاه موكله او بدعوى الفضولي تجاه رب العمل . وكل من هاتين الدعويين تسمح للمدين الذي وفي الدين ان يرجع على المدينين الآخرين كل بقدر حصته . فاذا اختار الرجوع بدعوى الوكالة فانه يستطيع المطالبة بفوائد المبالغ التي دفعها من تاريخ الدفع . وهذا ما نصت عليه المادة (٩٤١) مدنی التي سبق ان رأيناها . فقد نصت هذه المادة على انه : « على الموكل ان يرد للوكيل ما افقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتمد من وقت الاتفاق . . . » . ويسري التقادم بالنسبة لدعوى الوكالة من حين الوفاء لا من حين حل الدين . اما الرجوع بدعوى الفضالة فغير ممكن في القانون المدني العراقي ، ذلك لأن هذا القانون لم يتكلم عن الفضالة ، واعتبر من قضى دين غيره بلا امره متبرعا لا رجوع له عليه بشيء (١) (٢٣٩م)

٢ - **دعوى الحلول**

٤٦٨ - ومعنى الحلول ان يحل الموفي محل الدائن في الدين ، فيرجع بدعوى هذا الدائن على المدينين الآخرين . وقد نصت على ذلك المادة (٣٧٩) مدنی بقولها : « اذا دفع الدين شخص غير المدين حل محل الدائن بحكم القانون في الاحوال الاتية : أـ اذا كان ملزما بالدين مع

(١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ٩٩١ . وفي قضاء دين الغير يراجع ف ١٠١٣ وما بعدها .

المدين او ملزما بوفائه عنه » . والرجوع بدعوى الحلول له مزايا لا توجد في الدعوى الشخصية . فاذا كان الدين مضمونا بتؤمنيات فان هذه التأمينيات تبقى وتنتقل الى الشخص الذي وفي الدين وحل محل الدائن لتضمن له الحصول على الدين . وهذا ما نصت عليه المادة (٣٨١) مدنی 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 » . ولكن 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 من حين الوفاء ، بعكس الحال في الدعوى الشخصية . فاذا كانت مدة التقادم بالنسبة للدعويين واحدة فان دعوى الحلول تنقضي قبل دعوى الوكالة او الفضالة . ذلك ان حلول الاجل سابق على دعوى الوفاء في الغالب . وعلى كل حال فالخيار بين الدعويين متروك للمدين الذي وفي الدين .

التضامن بين المدينين في الفقه الاسلامي

٤٦٩ — والفقه الاسلامي يعرف التضامن بين المدينين ، و تعالج الكتب الفقهية هذا النوع من التضامن باسهاب . ومصدر التضامن في هذا الفقه اما ان يكون الاتفاق او الشرع ، اي نص القانون .

٤٧٠ — فمثال الاتفاق كمصدر للتضامن ما اذا تعهد كل من المدينين ان يكفل المدينين معه ، اذ يصبح كل منهم ملزما بجميع الدين . وكذلك اذا استقرض عدة اشخاص مالا من رجل على ان كل واحد كفيل عن صاحبه . ولا يشترط الفقهاء بصورة عامة ان تذكر الكفالة المتبادلة صراحة ، بل يكفي النص على ان للدائنين ان يطالب اي شاء مثمن المدينين .

٤٧١ — ومثال الشرع كمصدر للتضامن الشركاء في شركة المقاوضة وفي شركة العنان بالاعمال . فقد سبق رأينا ان الشركاء في هاتين الشركتين

يكونون دائنين متضامنين في المطالبة بالديون التي تثبت للشركة في ذمة الغير .
وهم يكونون كذلك مدينين متضامنين في الوفاء بالديون التي تترتب على
الشركة للغير . فالشركة المقاومة اذا التزموا معاً كان كل منهم مسؤولاً لا
عن تنفيذ الالتزام بالكلمه . ويكون كل منهم مسؤولاً ايضاً عن الكل ولو ان
واحداً فقط حضر عند العقد ، ولكن اساس الالتزام يختلف . فالعائد 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 في حالة هلاك
الشيء المسلم لهم ، ولو كان الهلاك بخطأ احدهم . واساس التضامن هنا
ايضاً الكفالة .

٤٧٢ - وفي اثار التضامن يقرر الفقهاء المسلمين على العموم الاثار
التي رأيناها في علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين ، وفي علاقتهم المدينين المتضامنين
بعضهم . فهم يقررون ان للدائن مطالبه اي شاء من المدينين ، وله مطالبتهم
مجتمعين ومنفردین ، واذا طالب احدهم لم يسقط حقه في مطالبة الآخرين .
ويقرر الفقهاء المسلمون كذلك ان الوفاء الصادر من احد المدينين يبرئ ذم
المدينين الآخرين . وكذلك الحكم بالنسبة لطرق انتفاء الالتزام الآخرى
غير الوفاء ، كالوفاء بمقابل ، وحوالة الدين ، وهبته واتحاد الذمة ، والابراء
منه وفي هذه الحالة لا يبرئ باقي المدينين الا بقدر حصة المدين المبرأ .

وفي علاقتهم المدينين المتضامنين بعضهم يقرر الفقهاء المسلمين ما رأيناها
في الفقه الغربي من اقسام الدين ومن تحمل المدينين الموسرين حصة
المدين العسر (١) .

(١) يراجع في ذلك رسالة الدكتور شفيق شحاته المشار إليها سابقاً :
ف ٣٤٦ وما بعدها .

الفرع الرابع

الالتزام غير القابل للانقسام

Obligation indivisible

٤٧٢ — يكون الالتزام غير قابل للانقسام اذا لم يكن من الممكن تنفيذه تفليدا جزئيا ◦ مثال ذلك ما اذا اشتري شخص سيارة من شخصين ◦ فالبالغان ملزمان بتسليم السيارة ، ويستطيع ان يطالب اي شاء منهما بهذا التسليم ، اذ لا يمكن ان يقوم كل منهما بتسليم حصته من الدين كما لو كان المبيع شيئا من المثلثيات ، كمائه طن من الحنطة مثلا ◦ ونعالج الالتزام غير القابل للانقسام في مبحثين ، نرى في الاول اسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام وفي الثاني اثاره ◦

المبحث الاول

أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام

سببان : طبيعة المحل والاتفاق

٤٧٣ — تقضي المادة (٣٣٦) من القانون بان : « يكون الالتزام غير قابل للانقسام : ١ — اذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته ان ينقسم ◦ ٢ — اذا تبين من الغرض الذي رمى اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما او اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك » ◦ ومن هذا النص يظهر لنا ان عدم القابلية للانقساماما ان يرجع الى طبيعة المحل او الى اتفاق الطرفين ◦ ونرى كلاما من هذين السبفين على حدة ◦

اولاً - عدم القابلية للانقسام الراجع الى طبيعة المحل

٤٧٤ - يميز ديمولان Dumoulin ، وهو من فقهاء القرن السادس عشر ، في عدم القابلية للانقسام الراجع الى طبيعة المحل بين صورتين : عدم الانقسام المطلق ، وعدم الانقسام النسبي ٠

فيكون عدم القابلية للانقسام مطلقا Absolue اذا كان محل الالتزام لا يقبل الانقسام باي شكل من الاشكال ٠ والامثلة التي يضر بها ديمولان لهذه الصورة هي- انشاء حقد ارتفاق او حق رهن ٠ فانشاء هذين الحقين لا يقبل الانقسام باي شكل من الاشكال ، لأنهما لا يقبلان الانقسام بطبيعتهما القانونية ٠ ومن الامثلة على عدم الانقسام المطلق ايضا ما اذا كان محل الالتزام شيئا لا يمكن انقسامه ، كحصان مثلا، او امتناعا عن عمل ٠ فإذا باع شخصان حصانا فالمشتري يستطيع ان يطالب اي شاء منهما بتسليم الحصان ، ولا يمكن ان يطالب كلا من البائعين بتسليم نصف الحصان ٠ وكذلك الامر اذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل ٠ فهو لا يمكن قابلا للانقسام ٠ ف مجرد قيام المدين بجزء ولو يسير من العمل الذي التزم بعدم القيام به يعتبر اخلالا بالتزامه ٠

ويكون عدم القابلية للانقسام نسبيا Relative اذا كان محل الالتزام غير قابل للانقسام بشكله الطبيعي ، ولكن يمكن تصور انقسامه في التنفيذ ٠ والمثل الذي يضر به ديمولان وب甃تية على هذا النوع من عدم القابلية للانقسام هو التعهد ببناء منزل ٠ فالالتزام في هذه الصورة يمكن تصور انقسامه ، فيتعهد متعهد بوضع الاسس ، ويتعهد متعهد اخر باقامة الجدران ، ويتعهد ثالث بعمل ابواب والشبابيك ، الخ . . . ولكن اذا ورد التعهد على بناء منزل فانه يكون غير قابل للانقسام ، ذلك ان ما يسمى منزل ، كما يقول甃تية ، لا يمكن ان يوجد الا عند انهاء العمل ، مما يتربى عليه ان الالتزام لا يمكن ان يتم الا ببناء المنزل كاملا (١) ٠

(١) بلانسيول وريپير واسمان ، المرجع السابق ، ف ١١٠١ ، ص

(الموجز - ج ٢ م ١٦)

٤٠٨ - ٤٠٧

ثانياً - عدم القابلية للانقسام الراجع إلى الالتزام

٤٧٥ - وفي هذا النوع من عدم القابلية للانقسام يكون الالتزام قابلاً للانقسام بطبيعته ولكن المتعاقدين يتفقان على اعتباره غير قابل للانقسام وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٣٣٦) مدنی على حالتين يكون فيهما الالتزام غير قابل للانقسام نتيجة اتفاق الطرفين ، وهما : ١ - اذا تبين من الغرض الذي رمى اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يجوز تفريذه منقساً .
٢ - اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك .

٤٧٩ - فمثال عدم القابلية للانقسام الراجع الى اتفاق الطرفين ما اذا اشتري شخص مائة طن من الحنطة مثلاً 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 ما يقع هذا النوع من عدم القابلية للانقسام في التضامن الايجابي ، وذلك عند ما لا يريد الدائنون المتضامنو ان ينقسم الدين على ورثة اي منهم ، وفي القانون الفرنسي عندما لا يريد الدائن ان ينقسم الدين على ورثة اي من المدينين . ولا يمكن الاخذ بهذا الحكم الاخير في العراق ، فالقاعدة في الشريعة الاسلاميه ان « لاتركة الا بعد سداد الديون » .

٤٧٧ - وقد يكون الاتفاق على عدم قابلية الالتزام للانقسام ضمنياً وذلك اذا تبين ان الغرض الذي رمى اليه المتعاقدان يجعل الالتزام غير قابل للانقسام . مثال ذلك ما اذا اشتري شخص قطعة ارض ليقيم عليها مستشفى ، وكان هذا الغرض داخلاً في حساب الطرفين ، فللمشتري ان يطالب البائع بتسليم الارض بمساحتها المتفق عليها ، ولا يمكن للبائع ان ينفذ التزامه بتسليم الارض جزئياً ، فيسلم نصفها او ثلاثة ارباعها مثلاً . ومثال ذلك ايضاً ما اذا تعهد شخص باقرار اخر مبلغ من النقود لسترد علينا او ليسفع فيها او كان هذا المبلغ كله ضرورياً للاسترداد او للأخذ بالشفعه ، فالالتزام في هذه الحالة لا يتجزأ طبقاً للغرض الذي رمى اليه المتعاقدان . وكذلك

اذا تعهد شخص باقراض اخر مبلغا من المال لبناء دار ، فمبلغ القرض
كله ضروري لبناء الدار^(١) .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام

تعدد الدائنين وتعدد المدينين

٤٧٨ — لا تظهر الاهمية العملية لعدم قابلية الالتزام للانقسام الا عند تعدد المدينين او تعدد الدائنين . فإذا كان كل من الدائن والمدين واحدا لم تشر امامنا صعوبة . فسواء أكان الالتزام قابلا للانقسام أم غير قابل له ، فإنه في تنفيذه يكون غير قابل له دائما . فالدائنين يستطيعان أن يطلب التنفيذ الكلي ، ولا يستطيع المدين أن يجره على التنفيذ الجزئي . وإنما تظهر الاهمية العملية لعدم قابلية الالتزام للانقسام في حالة تعدد المدينين او تعدد الدائنين ، ذلك أن الأصل في تعدد المدينين أن ينقسم الدين عليهم ، فإذا لم يكن قابلا للانقسام يمكن الدائن أن يطالب أي شاء منهم بالتنفيذ الكلي ، وكل مدين يكون ملزما بالتنفيذ الكامل حتى لو لم يكن هناك تضامن بين المدينين . وكذلك الأمر إذا تعدد الدائنين فالاصل الا يستطيع كل دائن أن يطالب الا بحصته في الدين ، فإذا كان الالتزام غير قابل للانقسام يمكن كل دائن أن يطالب المدين بكل الدين ، حتى لو لم يتم تضامن بين الدائنين .

٤٧٩ — والتعدد اما ان يوجد منذ نشوء الالتزام او يطرأ بعد ذلك ،

(١) پلانسيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف ١١٠٢ .
ص ٤١٠ . بودري وبارد ، المرجع السابق ، ف ١٣٢٧ . دى پاج . ج ٣ .
ف ٣٠٠ . اوبرى ورو ، ج ٤ ، ص ٧٤ . پلانسيول وريبير وبولانجييه . ج ٢ .
ف ١٩٠٤ ، ص ٦١٩ - ٦٢٠ . جوسران ، ج ٢ . ف ٧٩٥ . ص ٤٩٣ - ٤٩٤ .
السنھوری ، ف ٢١٢ ، ص ٣٧٩ - ٣٨٠ .

وذلك بان يموت الدائن او المدين عن عدد من الورثة ° ولكن لا مجال لتطبيق هذه الحالة الاخيرة في العراق ، وذلك لما سبق ان قلناه من ان القاعدة في الشريعة الاسلامية هي ان لا تركة الا بعد سداد الدين °

ونرى اثار عدم قابلية الالتزام للانقسام في كل من تعدد الدائنين وتعدد المدينين ، وذلك في مطلبين متتابعين °

المطلب الاول

تعدد المدينين في الالتزام غير القابل للانقسام

علاقة الدائن بالمدينين وعلاقة المدينين فيما بينهم

٤٨٠ — تقضي المادة (٣٣٧) مدني بأنه : « ١ — اذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً ° ٢ — وللمدين الذي وفي الدين حق الرجوع على الباقيين كل بقدر حصته الا اذا تبين من الظروف غير ذلك » ° يظهر من هذا النص ان الحكم الذي يطبق على علاقة الدائن بالمدينين في الالتزام غير القابل للانقسام يختلف عن الحكم الذي يطبق على علاقة المدينين بعضهم ببعض ° ونرى كلاً من ذلك في فقرة مستقلة °

الفقرة الاولى

علاقة الدائن بالمدينين

مبدأ

٤٨١ — يحكم علاقة الدائن بالمدينين في الالتزام غير القابل للانقسام مبدأً ، وهو وحدة المحل وعدم وجود نيابة متبادلة بين المدينين ° ويترتب على كل من هذين المبدأين بعض التنتائج ، نراها فيما يلي °

اولا - النتائج التي ترد الى وحدة المحل

٤٨٢ - يعتبر المحل في الالتزام غير القابل للانقسام كلا لا يتجزأ .
ويترتب على ذلك النتائج التالية :

١- يستطيع الدائن ان يطالب ايا شاء من المدينين بكل الدين ، كما يجوز لاي من المدينين ان يوفى الدائن كل الدين ، وينقضي الالتزام عندئذ بالنسبة للمدين الموفى وبالنسبة لباقي المدينين ٠

٢ - اذا طالب الدائن احد المدينين بالدين كان لهذا المدين ان يطلب ادخال باقى المدينين في الدعوى حتى يحكم عليهم جميعاً، كما يجوز لباقي المدينين ان يتدخلوا من تلقاء انفسهم في الدعوى لرعايا حقوقهم.

٣ - اذا انقضى الدين بالنسبة لاحد المدينين بسبب غير الوفاء (الملاحة ، واتحاد الذمة ، والابراء ، الخ ..) استفاد من ذلك بقية المدينين وينقضى الدين بالنسبة لهم هم ايضاً وهذا عكس ما رأينا في التضامن السلبي . فالمدينون المتضامنون لا يستطيعون التمسك باحد اسباب اقضاء الالتزام غير الوفاء بالنسبة لاحدهم الا بقدر حصة هذا الدين (١) .

٤- اذا لم يقم المدينون بتنفيذ الالتزام واستحال هذا الى تعويض تقدی
فان مبلغ التعويض ينقسم عليهم . ذلك ان العقبة التي كانت تحول دون
الاقسام قد زالت ، وهذا يعكس الحالة بالنسبة للتضامن بين المدينين
حيث يقع الدين غير منقسم حتى اذا استحال الى تعويض تقدی .

٥— اذا انقطع التقادم بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين او اوقف فائه
ينقطع او يقف بالنسبة للمدينين الآخرين .

٦- اذا صالح احد المدينين الدائن وكان في الصلح ابراء من

(٢) المراجع السابق ، الموضع المذكور أعلاه . الاستئنافى ، المرجع المسارق ، 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 في التضامن بين المدينين او التضامن السلبي ، ولكنه يقوم هناك على وجود نية متبادلة فيما ينفع لا فيما يضر .

٧ - 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 في التضامن السلبي ، ولكنه يقوم هناك على وجود نية متبادلة فيما ينفع لا فيما يضر .

ولكن اذا اقر احد المدينين للدائن فان اقراره لا يسري اثره على بقية المدينين ، ذلك لأن الاقرار حجة قاصرة على المقر .

٨ - اذا وجه الدائن اليدين 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 نية متبادلة فيما ينفع لا فيما يضر . اما اذا نكل المدين عن اليدين فان نكوله يعتبر اقرارا ولا يسري اثره عندئذ الى بقية المدينين .

اما اذا وجه احد المدينين اليدين الى الدائن فحلفها فان ذلك لا يضر ببقية المدينين . ذلك انه ليس من طبيعة الالتزام غير القابل للانقسام ان يضر توجيه احد المدينين اليدين الى الدائن ببقية المدينين . وهذا هو الحكم ايضا في التضامن السلبي ، ولكنه يقوم هناك على عدم وجود نية متبادلة في الاعمال الضارة ، لا على وحدة المحل .

٩ - اذا صدر حكم على احد المدينين في التزام غير قابل للانقسام وكان الحكم مبنيا على اسباب ترجع الى الدين ذاته ، فان اثر الحكم يسري في حق المدينين الاخرين . وهذا عكس ما رأينا في التضامن السلبي ، فالحكم الصادر على احد المدينين المتضامنين لا يحتاج به على المدينين الاخرين ، وذلك راجع الى عدم قيام النية المتبادلة بالنسبة للاعمال الضارة .

اما اذا صدر الحكم لمصلحة احد المدينين في التزام غير قابل للانقسام فان المدينين الآخرين يستفيدون من هذا الحكم . وهذا هو ايضا الحكم في التضامن السلبي ، ولكنه يقوم هناك على النيابة المتبادلة فيما ينفع لا على وحدة المحل .

ثانيا - النتائج التي ترد الى عدم قيام نية متبادلة بين المدينين ٤٨٣ - ويترتب على عدم قيام نية متبادلة بين المدينين في الالتزام غير القابل للانقسام التالية :

١ - اذا اعذر الدائن احد المدينين لم يسر هذا الاعذار في حق المدينين الآخرين ولا يعتبرون في حالة اعذار . وكذلك الامر اذا اعذر احد المدينين الدائنين ، فلا يستفيق باقى المدينين من الاعذار ذلك ان المدين الذي قام بالاعذار انما قام به لمصلحته الخاصة ولا يمثل باقى المدينين في ذلك ، اذ لا تجمع المدينين في الالتزام غير القابل للانقسام نية متبادلة ، وكل ما يجمعهم انما هو وحدة الم محل . وهذا هو الحكم في التضامن السلبي ، وهو يقوم هناك على عدم قيام النيابة بالنسبة للاعمال الضارة .

٢ - وينطبق الحكم المتقدم بالنسبة للمطالبة القضائية . فمطالبة الدائن احد المدينين لا يسري اثرها الى بقية المدينين لانعدام النيابة فيما بينهم . وهذا هو الحكم ايضا في التضامن السلبي ، وهو يقوم هناك على انعدام النيابة في الاعمال الضارة .

٣ - اذا صالح احد المدينين الدائن وتتضمن الصلح شروطا اشد لم يسر هذا الصلح في حق بقية الدائنين الا اذا قبلوه ، وذلك تطبيقا لمبدأ نسبية اثر العقود وعدم سريان اثارها الى غير عاقدتها من جهة ، ومن جهة اخرى لان المدين المتصالح لا يعتبر نائبا عن بقية المدينين عند ابرامه عقد الصلح . وهذا هو الحكم ايضا في التضامن السلبي ، ويقوم فيه على انعدام النيابة بالنسبة للاعمال الضارة (١) .

(١) السنهورى ، ف ٢١٨ .

الفقرة الثانية

علاقة المدينين فيما بينهم

انقسام الدين

٤٨٤ — يحكم علاقة المدينين بعضهم القاعدة التي رأيناها في التضامن السلبي وهي انقسام الدين . فإذا وفي احدهم الدين كان له الرجوع على الباقيين كل بقدر حصته . والرجوع لا يكون بطبيعة الحال بحصة كل مدين بالدين نفسه لأن الدين غير قابل للانقسام ، وإنما يرجع الموفي بدين شخصي مصدره الوكالة أو الفضالة ، وذلك على النحو الذي رأيناها في رجوع المدين المتضامن الذي يوفي كل الدين على بقية المدينين المتضامنين . فإذا كان محل الالتزام تسليم سيارة مثلاً وقام أحد المدينين بتسليمها إلى الدائن فإنه يرجع على باقي المدينين بحصته من ثمن السيارة . ويمكن للمدين الموفي أن يرجع على باقي المدينين بدعوى الحلول ، وفي هذه الحالة إذا كانت طبيعة الالتزام قبل الانقسام فإنه ينقسم ويرجع عندئذ على كل من المدينين بحصته من الدين عيناً . فإذا كان محل الالتزام مائة طن من التمر مثلاً وكان المدينون أربعة وقام أحدthem بتسليم هذه الكمية من التمر واراد أن يرجع بدعوى الحلول ، فإنه يرجع على كل من المدينين الآخرين بخمسة وعشرين طناً من التمر ، فهم ملزمون جماعاً بتسليم هذه الكمية من التمر وكان التزامهم غير قابل للانقسام ، فيكون للمدين الذي وفي كل الدين أن يرجع على الباقيين كل بقدر حصته من الدين عيناً لأنه يكون قد حل محل الدائن . أما إذا كانت طبيعة محل تأبى الانقسام ، كسيارة أو حصان مثلاً ، فإن رجوع المدين الموفي على باقي المدينين يكون عندئذ بقدر حصة كل منهم في قيمة الدين . فإذا كانت قيمة السيارة ألف دينار مثلاً وكان المدينون أربعة وقام أحدهم بتسليمها للدائن ، فإنه يرجع على كل من الباقيين بمائتين وخمسين ديناراً .

٤٨٥ — وتتبع القواعد العامة التي سبق ان رأيناها في التضامن السبلي فيما يتعلق بتعيين حصة كل مدين ، وفي تحمل المدينين الموسرين حصة المدين المعسر كل بقدر حصته من الدين ، فالاصل ان تكون حصص المدينين متساوية ، الا اذا كان هناك اتفاق او نص في القانون يقضى بغير ذلك واذا تبين من الظروف ان احد المدينين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فانه هو الذي يتحمله في النهاية . فإذا كان هو الذي يتحمله في النهاية فإذا كان هو الذي دفعه لم يرجع على احد ، و اذا دفعه احد المدينين الآخرين كان له ان يرجع على المدين صاحب المصلحة . وقد سبق ان رأينا كل ذلك عند الكلام عن التضامن السبلي .

المطلب الثاني

تعدد الدائنين في الالتزام غير القابل للانقسام

علاقة الدائنين بالمدين وعلاقة الدائنين فيما بينهم

٤٨٦ — تقضي المادة (٣٣٨) من القانون المدني بأنه: « ١— اذا تعدد الدائنوون في التزام غير قابل للانقسام او تعدد ورثة الدائن في هذا الالتزام جاز لكل دائن او وارث ان يطالب باداء الالتزام كاملا . فإذا اعترض أحد الدائنين او الورثة على ذلك كان المدين ملزما باداء الالتزام للدائنين مجتمعين او «بادء» (١) الشيء محل الالتزام . ٢— ويرجع الدائنوون على الدائن الذي استوفى الالتزام كل بقدر حصته » . ومن هذا النص يتبين ان الحكم الذي يطبق على علاقة الدائنين بالمدين يختلف ، كما في تعدد المدينين ، عن الحكم الذي يطبق على علاقة الدائنين بعضهم . ونرى كلام ذلك في فقرة مستقلة .

(١) انصحيح : بایدعا . والظاهر ان هناك غلطا مطبعيا .

الفقرة الاولى

علاقة الدائنين بالمدينين

٤٨٧ — تحكم علاقة الدائنين في الالتزام غير القابل للانقسام على العموم المباديء التي تحكم علاقة المدينين بالدائن في هذا النوع من الالتزام ، وهي وحدة المحل وعدم وجود نيابة متبادلة بين الدائنين . وترى فيما يلي النتائج التي تترتب على كل من ذلك .

اولا - النتائج التي تترتب على وحدة المحل

٤٨٨ — يعتبر محل الالتزام في الالتزام غير القابل للانقسام ، كما في تعدد المدينين ، كلا لا يتجرأ . ويتربت على ذلك النتائج التالية :

١ - يستطيع اي دائن ان يطالب المدين بكل الدين ، ويستطيع المدين ان يفي بكل الدين كله لاي دائن . واما مات الدائن في التزام غير قابل للانقسام عن عدد من الورثة جاز لكل وارث ان يطالب المدين بكل الدين . ولكن يجوز لاي دائن او وارث ان يعرض على اداء المدين الدين لاحد الدائنين الآخرين . في هذه الحالة يجب على المدين اداء الالتزام الى الدائنين مجتمعين ، واما تعذر عليه ذلك يجب عليه ايداع الشيء محل الالتزام . ويلاحظ ان هناك غلطا مطبعيا في النص ، اذ تكررت في النص كلمة « باداء » ، وال الصحيح ان الثانية منها يجب ان تكون « بایداع » . ويلاحظ الفقهاء في هذا الصدد ان عدم قابلية الالتزام للانقسام الراجع الى طبيعة المحل هو وحده الذي يمنع انقسام الحق بين الدائنين في حالة تعددهم ، اما عدم القابلية للانقسام الراجع الى الاتفاق فلا يمنع الانقسام الدين بين المدينين ولا يمنع انقسام الحق بين الدائنين . وبعبارة اخرى لا ينتفع اثاره الايجابية كما في التضامن الايجابي . فاذا كان الدائن واحدا عند نشوء الالتزام وكان عدم قابلية الالتزام للانقسام راجعا الى الاتفاق ومات هذا الدائن عن عدد من الورثة فان الدين

ينقسم عليهم ٠ ثم ان من مصلحتهم ان يطالب كل منهم بحصته في الدين
ما دام الدين قابلا للانقسام (١) ٠

وإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه واستحال هذا الى تعويض تقددي
فاذه ينقسم على الدائنين على النحو الذي رأيناه في تعدد المدينين ، فقد زال
المانع الذي كان يحول دون اقسامه ٠ والقاعدة في هذا الباب انه :
« اذا زال المانع عاد المنـسـوع » ٠

٢ - اذا انقطع التقاضم او وقف بالنسبة لاحد الدائنين استفاد من ذلك
باقي الدائنين ، ذلك ان محل الالتزام يعتبر كلا لا يتجزأ فلا يتصور ان ينقطع
التقاضم فيه بالنسبة لبعض الدائنين دون البعض الآخر ٠ وهذا هو
الحكم في التضامن الايجابي ، او التضامن بين الدائنين ، ولكنه يقوم
هناك على اساس من النيابة المتبادلة بين الدائنين ٠

٣ - اذا اقر المدين لاحد الدائنين وكان الاقرار يتعلق بالدين ذاته ،
استفاد من هذا الاقرار بقية الدائنين ، وذلك للعلة نفسها وهي وحدة المحل ٠
ومحل الالتزام يعتبر كلا لا يتجزأ فلا يتصور الاقرار فيه بالنسبة لبعض
الدائنين دون بعض ٠ وكذلك الامر اذا وجه المدين اليدين الى احد الدائنين
فحلفها وكانت اليدين متعلقة باصل الدين ، فان بقية الدائنين يستفيدون
من ذلك ٠

ثانيا - النتائج التي تترتب على عدم وجود نيابة متبادلة

٤٨٩ - لا يجمع الدائنين في الالتزام غير القابل للانقسام ، كما لا يجمع
المدينين في هذا النوع من الالتزام ، سوى وحدة المحل ، فلا تجمعهم نيابة
متبادلة كذلك التي تجمع بين الدائنين المتضامنين في التضامن الايجابي ٠
ويترتب على عدم وجود هذه النيابة النتائج التالية :

(١) پلان يول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف ١١٠٤ ٠ ص ٤١٢ ٠
پلان يول وريبير وبولانجييه ، ج ٢٢ ف ١٩١٣ ٠ جوسران ، ج ٢ ٠ ف ٨٠٠ ٠
السنھوری ، ف ٢٢٤ ، ص ٣٩٨ ٠

١ - 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 في التضامن الايجابي ، اذ يستفيد الدائنوون المتضامنوون من الاعذار الذي يوجهه احدهم الى المدين وذلك لوجود النيابة المتبادلة فيما بينهم ٠

وكذلك الامر بالنسبة للمطالبة القضائية . فاذا طالب احد الدائنين المدين مطالبة قضائية فان الدائنين الآخرين لا يستفيدون من هذه المطالبة ، وان كانت تقطع القاسم بالتساوي 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 سترى في علاقة الدائنين ببعضهما ٠

٢ - اذا صالح احد الدائنين المدين فان اثر هذا الصلح لا يسري الى بقية الدائنين ، سواء اكان لهم في الصلح نفع ام ضرر . ذلك ان الصلح اذا تضمن اسقاط شيء من الدين فان اثره لا يسري الى بقية الدائنين طبقاً لمبدأ نسبية اثر العقود ، واذا تضمن فائدة فلا يسري اثره اليهم ايضاً لان الدائن المتصالح لا يعتبر ممثلاً لبقية الدائنين لانعدام النيابة المتبادلة ، وقد سبق ان رأينا في التضامن الايجابي ان الدائنين المتضامنين يستفيدون من الصلح الذي يعقده احدهم مع المدين وذلك لوجود النيابة المتبادلة ٠

انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء

٤٩٠ - سبق ان قلنا بان لكل دائن في الالتزام غير القابل للانقسام الاعتراض على اداء الالتزام كاملاً لاحد الدائنين الآخرين ، وفي هذه الحالة يجب على المدين اداء الالتزام الى الدائنين مجتمعين او ايداع الشيء محل الالتزام . ولكن ما الحكم اذا اقضى الدين بالنسبة لاحد الدائنين بسبب غير الوفاء ، كالمقاومة ، واتحاد الذمة ، والابراء ، الخ . واعتراض بقية

(١) السنهوري ، ص ٤٠٢ ، هامش رقم ٢

بقية الدائنين على هذا الانقضاء ؟ في هذه الحالة لا يحتاج على بقية الدائنين بهذا الانقضاء الا بقدر حصة الدائن الذي قام فيه سبب الانقضاء . فإذا كان محل الالتزام لا يقبل الانقسام بطبيعته ، كحصان مثلاً ، وطالب أحد الدائنين الآخرين المدين بالوفاء فإن المدين يكون ملزماً 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 — القاعدة التي تحكم علاقه الدائنين بعضهم بعض هي انقسام الدين . فمن استوفى منهم كل الدين رجع عليه الباقون كل بقدر حصته . والرجوع اما ان يكون بدعوى شخصية هي دعوى الوكالة او القضالة ، او بدعوى عينيه هي دعوى الدين .

٤٩٢ — ونطبق القواعد العامة التي سبق ان رأيناها في تعيين حصة كل دائن وفي تحمل الدائنين نتيجة اعسار الدائن القابض اعساراً جزئياً . ففيما يتعلق بتعيين حصة كل دائن ، الاصل ان تعتبر حصص الدائنين متساوية مالم يتبين العكس من الاتفاق او نص القانون . وفيما يتعلق بتحمل الدائنين نتيجة اعسار من قبض الدين منهم اعساراً جزئياً ، فإن هذه النتيجة توزع عليهم بنسبة حصصهم في الدين . فإذا كان مقدار الدين الف ديناراً مثلاً وكان عدد الدائنين أربعة وكانت حصصهم متساوية وبقبض أحدهم الدين واعسر بحيث لم يحصلوا منه الا على ثلاثة ديناراً ، فعندها يوزع هذا المبلغ بينهم بالتساوي ، فلا يحصل كل منهم الا على مائة دينار ، اي على خمسيني حقه .

(١) پلانيل وريبير واسمان ، ص ٤١٢ - ٤١٣ . پلانيل وريبير وبولانجييه ، ف ١٩١٤ ، ص ٦٢٢ . السنهوري . ف ٢٢٥ .

وكذلك الحكم اذا كان المعاشر 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 - هناك اوجه شبه ووجه خلاف بين التضامن بنوعيه ،
السلبي والابيجابي ، وبين عدم قابلية الالتزام للانقسام ، يمكن ايجازها
فيما يلي :

١ - أوجه الشبه

٤٩٤ - يتقد كل من التضامن وعدم قابلية الالتزام للانقسام من
النواحي التالية :

١ - يجوز لاي دائن في التضامن الابيجابي ان يطالب المدين بكل
الدين . وفي الالتزام غير القابل للانقسام في حالة تعدد الدائنوين يجوز كذلك
لاي دائن ان يطالب المدين بكل الدين *

٢ - يجوز للمدين في كلا النظارتين ان يوفي الدين لاي دائن الا اذا
اندره احد الدائنوين الاخرين في التضامن الابيجابي ، واعتراض احد الدائنوين
الاخرين او احد الورثة الاخرين في الالتزام غير القابل للانقسام *

٣ - يجوز للدائنوين في التضامن السلبي ان يطالب اي شاء من
المدينين بكل الدين . وفي الالتزام غير القابل للانقسام في حالة تعدد
المدينين يجوز للدائنوين كذلك ان يطالب اي شاء من المدينين بكل الدين
وفي كلا النظارتين يجوز لاي مدين ان يوفي الدين كله للدائنوين *

٤ - يرجع الدائنوين في التضامن الابيجابي على الدائن الذي قبض
كل الدين . وفي الالتزام غير القابل للانقسام في حالة تعدد الدائنوين يرجع
الدائنوين كذلك على الدائن الذي قبض كل الدين كل بقدر حصته *

٥ - في التضامن السلبي يرجع المدين الذي وفي كل الدين على بقية المدينين كل بقدر حصته .

٢ - أوجه الغلاف

٤٩٥ - ويختلف التضامن عن عدم القابلية للانقسام من النواحي التالية :

١ - اذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء بالنسبة لاحد المدينين ، ففي التضامن السلبي لا يستفيد بقية المدينين المتضامنين ، وفي التضامن الاجباري لا يضار بقية الدائنين المتضامنين ، الا بقدر حصة المدين المتضامن الذي انقضى الدين بالنسبة له . اما في الالتزام غير القابل للانقسام ، ففي حالة تعدد المدينين يستفيد المدينون من انقضاء الدين بالنسبة لاحدهم وفي حالة تعدد الدائنين لا يستفيد المدين من انقضاء الدين بالنسبة لاحدهم ، الدائنين اذا اعترض الدائنوون الاخرون الا بقدر حصة الدائن الذي قام فيه سبب لانقضاء .

٢ - اذا استحال الالتزام الى تعويض نقمي لعدم تنفيذه فانه يبقى غير منقسم على المدينين المتضامنين وبالنسبة للدائنين المتضامنين . اما في الالتزام غير القابل للانقسام فانه ينقسم على المدينين او على الدائنين .

٣ - تجمع الدائنين المتضامنين والمدينين المتضامنين نيابة متبادلة ، اما في الالتزام غير القابل للانقسام فلا يجمع الدائنين ولا المدينين مثل هذه النيابة .

٤ - في التضامن بين الدائنين ينقسم الالتزام على الورثة ، اما في الالتزام غير القابل للانقسام فانه لا ينقسم ^(١) .

(١) السنهوري ، ص ٦٤٠ - ٤٠٧ .

الباب الثالث

اتفاق الالتزام

TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

المقصود بانتقال الالتزام

٤٩٦ — يقصد بانتقال الالتزام حلول شخص محل أحد طرف في الرابطة القانونية من غير أن يؤثر ذلك على طبيعة هذه الرابطة . وطرف الرابطة ، كما نعلم ، هما الدائن والمدين . فإذا كان الحلول محل الدائن كنا أمام حواله حق ، وإذا كان محل المدين كنا أمام حواله دين . ويتنتقل الحق أو الدين بصفاته وتأميناته ودفعه إلى الدائن الجديد أو المدين الجديد . فإذا كان الدين معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل أو حالاً ، وإذا كان مدنياً أو تجاريًا ، وإذا كان تضامنياً أو غير قابل للانقسام ، فإنه ينتقل إلى الدائن الجديد أو إلى المدين الجديد بهذه الصفات .

وإذا كان مضموناً بضمانات عينية كالرهن الرسمي أو الرهن الحيازي أو حق امتياز ، أو بضمانة شخصية كالكفالة ، فإنه ينتقل مع هذه الضمانات . ولكن الكفالة لا تنتقل إلا برضاء الكفيل كما سنرى .

وإذا كان لدى المدين دفع يستطيع التمسك بها تجاه الدائن فإنها تنتقل إلى المدين الجديد أو تجاه الدائن الجديد . فإذا كان المدين يستطيع أن يدفع مطالبة الدائن ببطلاز العقد لمخالفة محله مثلاً لقانون أو للنظام أو اللاداب ، فإنه يستطيع أن يدفع بذلك تجاه الدائن الجديد في حواله الحق ، ويستطيع المدين الجديد أن يدفع بذلك أيضاً تجاه الدائن . وكذلك الأمر إذا كان العقد موقعاً لغيب شاب رضاء المدين ، أو لنقص في اهليته ، أو إذا كان الالتزام قد اتفقى بأحد أسباب الانقضاء ، فإن هذه الدفوع تنتقل إلى المدين الجديد ويمكنه التمسك بها تجاه الدائن . في حواله الدين ، وتنتقل ضد الدائن الجديد ويستطيع المدين التمسك تجاهه في حواله الحق .

٤٩٧ — بعد ان عرفا المقصود بانتقال الالتزام نمهد للكلام عن
الحالة بالقاء نظرة سريعة على تطور فكرة انتقال الالتزام في الفقه الغربي ،
وعلى فكرة انتقال الالتزام في الفقه الاسلامي ، واخيرا نميز بين الحالة
وما يشتبه بها من او اوضاع ونظم قانونية .

١ - تطور فكرة انتقال الالتزام في الفقه الغربي

القانون الروماني

٤٩٨ — لم يكن انتقال الالتزام ممكنا في القانون الروماني القديم ،
بل لم يكن متصورا . فالالتزام في 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 من قام المدين بهذه الشكليات
لمصلحةه . وقد كان الحق الشخصي متصلة بشخص الدائن اتصالا وثيقا ،
كحق الاتفاق الذي يعتبر متصلة اتصالا وثيقا بشخص المنتفع ، فالماء
يكون من الممكن انتقاله الى شخص اخر .

٤٩٩ — ولم يتمكن القانون الروماني من التوصل الى النتائج التي يمكن
الحصول عليها في القوانين الحديثة عن طريق حالة الحق او حالة الدين
الا باتباع طرق ملتوية كالتجديد بتغيير الدائن بالنسبة لحالة الحق ،
والتجديد بتغيير المدين بالنسبة لحالة الدين ، وكالوكالة القضائية
وذلك بان يكلف الدائن الحال له باستخلاص الدين من المدين
ثم يعفيه من تقديم الحساب بحيث يستطيع ان يحتفظ لنفسه بما
يحصل عليه من المدين . وهناك طريقة اخرى استعملها القانون
الروماني للتوصول الى حالة الحق وهي بيع التركة . فإذا اشتري شخص
تركة متوفى انتقلت اليه الدعاوى التي كانت للمتوفى ضد مدينه (١) . ولكن

(١) وكان القانون الروماني قد اعترف بانتقال حقوق المتوفى الى ورثته ،
ولكن هذا الانتقال لا علاقة له بالحالة ، فهو يتم بحكم القانون . لذلك فلا نرى

هذه الطرق والوسائل لم تكن مأمونة العواقب ولا تعطي من النتائج ما يمكن الحصول عليه مباشرة من حواله الحق وحواله الدين . ففي التجديد ينقضى الالتزام القديم بصفاته وتأميناته ودفعه ، وفي شراء الترکه لا يمكن تحقيق حواله بين الاحياء . اما في الوکالة القضائيه بقبض الدين فكان يسكن عزل الوکيل . ولكن العمل استمر عليها حتى اصبح التوکيل بالقبض مألوفا ، ومنه دخلت حواله الحق في القانون الفرنسي القديم (١) .

القانون الفرنسي القديم

٥٠٠ — استمر القانون الفرنسي القديم على ما كان عليه القانون الروماني فلم يعرف لاحواله الحق ولا حواله الدين . والسبب في ذلك ، كما قلنا ، هو النزرة الشخصيه التي كان القانون الروماني ينظر بها الى الالتزام واعتباره ايام رابطه شخصية بحثه . ولكن ضرورات الحياة العمليه كانت اقوى من أن يقف في 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 يخفى الفقهاء البدعة التي جاءوا بها ابتدعوا فكرة الافتراض ، فقالوا بان شخصية الوارث انما هي امتداد الشخصية المورث .

٥٠١ — هذا بالنسبة للانتقال بسبب الموت Mortis causa

اما الانتقال بين الاحياء فقد كان التقدم بالنسبة له ابطأ بكثير منه بالنسبة للانتقال بسبب الموت . وبالنسبة لحواله الحق ظل التوکيل القضائي الذي

دقيقا ما يقول به الاستاذ الكبير السنھوری من ان الفقه الاسلامي « قد عرف حواله الحق بسبب الموت » (الوسیط ، المرجع السابق ، ص ٤٢٢) . فحواله الحق عقد ينقل به الشخص حقا له في ذمة اخر الى شخص ثالث ، وليس هناك عقد في انتقال الحقوق بسبب الموت .

(١) موئیه ، القانون الروماني ، ج ٢ ، ف ١٩٠ - ١٩٢ . ٢٠٦ ، ١٩٣ . ١ وانت موئیه ، الالتزامات في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ، ١٩٥٤ ، ص ٣٩٦ - ٣٩٩ . جرار ، القانون الروماني ، ط ٧؛ ص ٧٧١ - ٧٧٨ .

رأيناه في القانون الروماني يلتجأ اليه للوصول الى نقل الحق من دائن الى اخر واصبح مألوفا ، ومنه دخلت حواله الحق القانون الفرنسي القديم واصبح من المسلم به في هذا القانون ان الدائن يمكنه ان يحول حقه الى شخص اخر دون حاجة لرضا المدين بهذه الحواله ، وذلك ، كما يقول *Selon la subtilité du droit* پوتبيه ، بالرغم من ان التحليل القانون الدقيق 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 لأن هذا النقل ليس من فعله^(١) .

اما حواله الدين فقد لاقت مقاومة اكبر من تلك التي لاقتها حواله الحق ، ووقف تطور القانون الفرنسي ، والقوانين اللاتينيه ، عند هذا الحد ، وذلك باستثناء القانون المدني الإيطالي الجديد . فلا يعرف القانون المدني الفرنسي اليوم حواله الدين ، وليس هناك من سبيل الى تغيير المدين في الالتزام الا عن طريق التجديد او الانابة في الوفاء . والسبب في ذلك ان شخصية المدين اهم من شخصية الدائن ، فقيمة الالتزام المالية تتأثر بشخصيته وملاءته وما اذا كان مماطللا في الوفاء ام لا . فلم يكن من السهل التسليم بتحويل الالتزام من مدين الى اخر بدون موافقة الدائن . فاذا دخل الدائن طرفا في التحويل أصبحنا امام تجديد الالتزام بتغيير المدين . اما بالنسبة لتغيير الدائن في حواله الحق ، فيستوي لدى المدين الوفاء للدائن الاصلي او للدائن الجديد . ويمكن الاعتراض على هذه الحجة بأن تغيير الدائن امر يهم المدين ايضا ، وبعض الدائنين أكثر تسامحا واقل تعنتا في المطالبة من غيرهم . ويرد على هذا الاعتراض بأن المهم في الالتزام هو الوفاء لا المطالبة ، اي ناحية المدين لا ناحية الدائن .

القوانين الجermanية

٥٠٢ — وقد سارت القوانين الجermanية في التطور حتى نهايتها ، فاعترفت

(١) بودري وبارد ، ج ١٤ (الالتزامات ٣) ، ف ١٧٦٣ : ص ٨١-٨٣ .

بحوالة الدين بعد ان اصبح الالتزام قيمة مالية اكثراً منه رابطة شخصية .
وقد نص القانون المدني الالماني على ذلك في المواد (٤١٤ - ٤١٩) منه (١) .
وكذلك فعل قانون الالتزامات السويسري في المواد (١٧٥ - ١٨٣) . وقد
نص القانون المدني النمساوي على قاعدة عامة في هذا الباب ، فقد نصت
المادة (١٣٩٣) منه على ان : « جميع الحقوق القابلة للتعامل يمكن ان
 تكون محلاً للحوالة » .

٢ - انتقال الالتزام في الفقه الاسلامي

حوالة الدين

٥٠٣ - وقد عرف الفقه الاسلامي حوالاة الدين بجميع مذاهبه ، مع
اختلاف في الشروط اللازم توافرها لصحتها ولزومها . وهي من نوع يبع
الدين بالدين الذي لا يجيزه كثير من الفقهاء ، ولكنها جوزت « لحاجة
الناس مسامحة وارفاقاً » (١) . ونقطة الابتداء في ما قرره الفقهاء في هذا
هي الحديث الشريف : « مطل الغني ظلم ، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » .
وفي لفظ لاحمد : « ومن أحيل على مليء فليحتمل » (٢) .

وقد عرف الفقهاء المسلمين الحوالات التجارية وسموها « السفتحة » ،
وصورتها ان يدفع شخص لآخر مبلغاً من المال على ان يدفعه لصاحبها او
لوكيله في مدينة اخرى ، وعنهم اخذها الغرب ، وذلك عن طريق الاندلس
وعن طريق ايطاليا ابان الحروب الصليبية وتحت تأثير العرب والمسلمين الذين
دخلوا تلك البلاد وكان لهم فيها شأن كبير ، لا سيما في عهد فريدريك الثاني
(١١٩٤ - ١٢٥٠ م) ، يوم كان ملك صقلية حيث قربهم اليه وولاهم وظائف
ادارية وقضائية . والدليل على ذلك ان كلمة الحوالات لا تزال مستعملة في اللغة

(١) سالي ، « النظرية العامة للالتزام في المشروع الاول للقانون المدني الالماني » ، ط ٢ ، ف ١٠٥ ، ١٠١ .

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز ، ج ١٠ ، ص ٣٣٨ ، نقلًا عن المحمصاني
المراجع السابق ، ص ٣٤٦ .

(٣) نيل الاوطار ، ج ٥ ، ط ٢ : ص ٢٥٠ . وفي رواية اخرى : « ... و اذا
اتبع احدهم ... » .

الفرنسية وغيرها بلفظ « افال » Aval ، بمعنى تظهير السفتحة على سبيل الكفاللة ^(١) .

٥٠٤ — ويميز الفقهاء المسلمين في هذا الصدد بين نوعين من الحوالة :
الحالة المطلقة والحالة المقيدة . فت تكون الحالة مقيدة اذا كان للمحيل
دين على المحال عليه او كان له عنده مال ، وقيد وفاء الحالة بهذا
الدين او المال . وت تكون مطلقة اذا لم يكن للمحيل دين او مال لدى
المحال عليه ، او كان له ولكن لم يقيد الوفاء بهذا الدين او المال .

٥٠٥ — وقد اختلف الفقهاء في 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 في ذمة المدين ° ويترتب على ذلك ان المحيل اذا وفي الدين فانه لا يكون متبرعا ، وادا ابرأ المحيل المحال عليه من الدين فان الابراء لا يرتد بالرددان الدين لا يزال في 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 في المطالبة ، فلا تزيد عندهن عن ان تكون كفالة ولا يزيد المحال عليه عن ان يكون كفيلا °

وذهب فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة الى انه يجب ان يكون للمحيل على الحال عليه دين مساو في المقدار ومشابه في الجنس للدين الحال به فيوفي الحال عليه الدين الذي في ذمته للمحيل الى الحال له . وهذه هي

(١) پول او فلان Huvelin ، مقال عن تاريخ السفتجه ، في « حوليات القانون التجارى » ، ١٩٠١ ، باريس ، ص ٢٢ - ٢٦ ، نقل عن المحمصاني .
المراجع السابق ، ص ٣٤٧ .

الحالة المقيدة في الفقه الحنفي . وحكم هذه الحالة في هذه المذاهب هو براءة ذمة المحيل ، فلا يرجع عليه الحال له الا اذا كان الحال عليه مفلسا قبل الحالة . اما الحالة المطلقة فلا يعترف بها فقهاء هذه المذاهب ، وهي لاتعدو ان تكون كفالة ، ويسمىها فقهاء المذهب المالكي « حمالة » (١) .

اما فقهاء الشيعة الامامية فقد اجازوا كلا نوعي الحالة ، المطلقة والمقيدة . وفيما يتعلق بالحالة المقيدة جاء في كتاب « من لا يحضره الفقيه » (ج ٣ ، ص ٣١) : « سأله ابو ايوب ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بمال 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 بالحالة المطلقة ، فهم (فقهاء الشيعة) يجيزونها ويسمونها « الحالة على البريء » ، ويعتبرونها نوعا من القرض من الحال عليه للمحيل (٢) .

حالة الحق

٥٠٦ — اما حالة الحق فيكاد اجمع الفقهاء ينعقد على عدم جوازها ما عدا مذهب الامام مالك الذي يجيزها بشروط معينة . ولكن الفقهاء اوجدوا حيلا يمكن بواسطتها تحقيق كثير من الاغراض التي يراد الوصول اليها عن طريق الحالة . ومن هذه الحيل ، في المذهب الحنفي ، هبة الدين مع التوكيل بالقبض ، والاقرار باسم المستعار .

١ - هبة الدين مع التوكيل بالقبض

٥٠٧ — في هذه الحالة يوكل الدائن من يريد ان يحول له حقه في قبض هذا الحق ثم يهبه اياه . وقد نصت على ذلك المادة (٨٤٨) من المجلة

(١) السنوري ، المرجع السابق ، ف ٢٤٠ ، مع المراجع المشار اليها

هناك .

(٢) العروة الوثقى ، كتاب الحالة ، ص ٦٧٧ .

بقولها : « من وهب طلبه الذي هو في ذمة احد لآخر وادنه صراحة بالقبض بقوله اذهب واقبضه ، فإذا ذهب الموهوب له وقبضه تتم الهبة » . وقد سبق ان رأينا القانون الروماني يلجأ الى هذه الحيلة ، وذلك عن طريق التوكيل بالقبض ثم اعفاء الوكيل من تقديم الحساب .

٢ - الاقرار بالاسم المستعار

٥٠٨ - في هذه الحالة يقر الدائن من يريد ان يحول له حقه باهذا الحق له . وقد نصت على ذلك المادة (١٥٩٣) من المجلة بقولها : « اذا قال احد ان الطلب المحرر في السند الذي هو في ذمة فلان وهو كذا قرشا ، وان كان قد تحرر باسمي الا انه لفلان، واسمي الذي تحرر في السند هو مستعار، يكون قد اقر باهذا المبلغ المذكور في نفس الامر هو حق لذلك » . ومعنى ذلك ان من كان اسمه معينا كدائنين في سند الدين اذا اقر ان اسمه فيه ائما كان على سبيل الاعارة وان الدين لم يكن في الحقيقة له ، بل كان لشخص اخر ، فان اقراره هذا صحيح ، وللمقر له ان يقبض الدين بدون تقويض من المقرر .

٣ - تمييز الحوالة مما يشتبه بها من الوضاع والنظم القانونية

٥٠٩ - هناك اوضاع او نظم قانونية تشابه الحوالة، فيجب تمييزها منها قبل الكلام عن الحوالة في ذاتها . وهذه الوضاع او النظم هي التجديد والانابة في الوفاء ، والوفاء مع الحلول ، والاشتراط لمصلحة الغير . وتقول هنا كلمة موجزة عن كل من هذه النظم مع مقارتها بالحوالة ، على ان نعود اليها بالتفصيل عند الكلام عن انتفاء الالتزام .

٤ - الحوالة والتجديد

٥١٠ - يتم التجديد Novation بتغيير احد طرفي الالتزام او محله او سبيه . والذى يقترب من الحواله فى التجديد هو تغيير احد طرفه، الدائن او المدين . فتعين الدائن يشابه حواله الحق، وتغير المدين يشابه حواله الدين . ولكن يختلف التجديد عن الحوالة فى انه يقضى الالتزام ويحل محله التزاما جديدا قد يختلف

عن الالتزام الاول بتاميناته وصفاته ودفعه ° ما الحالة فينتقل فيها الحق او الدين بصفاته التي كان عليها وتنقل معه تاميناته ودفعه °

٢ - حواة الدين والانابة في الوفاء °

٥١١ - يكون هنا لكانابة في الوفاء *Délégation* اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص اجنبي يتلزم بوفاء الدين مكانه (مكان المدين) (٤٠٥م/١٠) ° فاذا اتفق المدين مع الدائن على ان تبرأ ذمته كان ذلك تجديدا للدين بتغيير المدين ° وقد سبق ان رأينا الفرق بين هذا النوع من التجديد وبين حواة الدين ° واذا لم يتفقا على براءة ذمة المدين فان الالتزام يبقى في ذمة هذا الاخير وينشأ الى جانبه التزام اخر في ذمة الشخص الاجنبي (٤٠٦م/٢) ° وفي هذا تختلف الانابة في الوفاء عن حواة الدين ، ففي هذه الاخيرة ينتقل الدين بصفاته وتاميناته ودفعه الى المدين الجديد ، اما في الاولى فينشأ التزام جديد الى جانب الالتزام القديم ° ولكن يجب ان يلاحظ ان الدائن لا يستطيع ان يحصل على حقه مرتين ، مرة من المدين ومرة من الشخص الثالث ، بالرغم من ان نص الفقرة الثانية من المادة (٤٠٦) من القانون المدني قد يوحى بذلك °

٣ - حواة الحق والوفاء مع الحلول

٥١٢ - يكون هناك وفاء مع الحلول *Paiement avec subrogation* اذا قام بوفاء الدين شخص ثالث غير المدين وحل محل الدائن في الحق الذي له ، وينتقل الحق في هذه الحالة الى الموفي بصفاته وتاميناته ودفعه ° وفي هذا يشابه الوفاء مع الحلول حواة الحق حيث ينتقل الحق في كلتا الحالتين بصفاته وتاميناته ودفعه ° ولكن يختلف الوفاء مع الحلول عن حواة الحق في انه وفاء للدين بكل معنى الكلمة ، اما حواة 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 يهبها اياه ولا يستوفيه ، وهذا يتضمن التبرع °

ويترتب على هذا الفرق بين حواله الحق والوفاء مع الحلول فريق اخرى
سنراها في مكانها .

٤ - الحواله والاشتراك لمصلحة الغير

٥١٣ — سبق ان رأينا في الاشتراك لمصلحة الغير ان المشترط يشترط
حقا لمصلحة المنتفع ، فإذا كان المشترط مدينا للمنتفع فإنه يتحقق الفائدة
المتوخاة من حواله الدين وهي تغيير المدين ونقل الدين من ذمته
(ذمة المشترك) إلى ذمة المدين الجديد الذي هو المتعهد . ولكننا سبق ان
رأينا (١) ان المشترط لا يحول حقا للمنتفع بل يشترط لمصلحته حقا يلزم به
المتعهد ، وإن المنتفع أنما يستمد الحق من العقد المبرم بين المشترط والمتعهد
مباشرة ، فلا يمر هذا الحق في ذمة المشترط . فلا تبرأ ذمة المشترط من الدين
كما هو الحال في حواله الدين ، كما ان التزام المتعهد نحو المنتفع يختلف
عن التزام المشترط نحو المنتفع . فلكل من هذين الالتزامين صفاتهما وتأميناته
ودفعه الخاصة به .

٥١٤ — بعد هذه المقدمة الموجزة ، نتكلّم عن انتقال الالتزام في فصلين
نخصص الاول لحواله الدين والثاني لحواله الحق .

(١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ٥٩٥ ، ٥٩٦ .

الفصل الأول

حالة الدين

CESSION DE DETTE

تعريف

٥١٥ — حالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المدين الى ذمة شخص اخر ، فيصبح هذا الشخص ملزما بالوفاء بدلًا من المدين ° ويسمي المدين محيل ، والدائن محالا له ، والشخص الذي نقل الدين الى ذمته محالا عليه ° وهؤلاء هم اطراف الحالة °

نوعاً الحالة : المطلقة والحوالة المقيدة

٥١٦ — وحالة الدين نوعان : مطلقة ومقيدة °
فهي تكون مطلقة اذا لم يكن للمحيل على الحال عليه دين ولم يكن له عنده عين ، او كان له عليه دين او عنده عين ولكنه (المحيل) لم يقيد اداء الدين من الدين الذي له عليه او من العين التي له عنده (م ٣٣٩ / ٢) °
وتكون مقيدة اذا قيد المحيل اداء الدين مما له في ذمة الحال عليه من دين او عين (م ٣٣٩ / ٣) °

خطة البحث

٥١٧ — هناك شروط واركان لا بد من توافقها لانعقاد الحوالة ، فيجب ان نراها اولا ° فإذا ما عرفنا هذه الشروط والاركان بقى ان نعرف احكام الحوالة ° ونرى كلا من ذلك في فرع خاص °

الفرع الأول

اركان الحوالة وشروطها

اركان الحوالة هي اركان العقد بصورة عامة

٥١٨ — 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 بعيوب وان يكون صادرا من ذي اهلية . ويجب كذلك ان تتوافق في محل الحوالة ، الذي هو الدين المحال به ، الشروط العامة التي رأيناها في 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 بعيد او غير المباشر الذي تقول به النظرية الحديثة ، اي الباعث الدافع . ونحيل في كل ذلك الى القواعد العامة في الموضوع والتي رأيناها في الجزء الاول من هذا الكتاب .

٥١٩ — 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 كلاما من ذلك على حدة .

ولا — انعقاد الحوالة باتفاق بين المحيل والمحال عليه

٥٢٠ — اذا تمت الحوالة باتفاق بين المحيل والمحال عليه فانها تصطدم بحق الدائن ، الذي هو المحال له لذلك يجب الحصول على اقراره لها . فإذا قبلها نفذت في حقه . والقبول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا . وإذا رفضها لم تنفذ في حقه ويبقى الدين في ذمة المحيل . ويجوز لكل من المحيل والمحال عليه ان يقوم بابلاغ الحوالة الى الدائن المحال له وان يحدد له مدة معقولة لقبولها ، فإذا سكت ولم يجب اعتبار سكوته رفضها (م ٣٤٠) ولا تنفذ الحوالة في حقه ، ويترتب على ذلك بقاء الدين في ذمة المدين

الأصلي الذي هو المحيل ٠ ويلاحظ ان المشرع اخذ هنا بقاعدة : « لا ينسب الى ساكت قول » فاعتبر سكوت المحال له رفضا للحالة ، ولم يأخذ بقاعدة : « السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولا » ٠

٥٢١ — وقد بحث الفقهاء المسلمين هذا النوع من الحالة واستندوا في ذلك الى الحديث الشريف الذي سبق ان رأيناه ، وهو : « مطل الغني ظلم » فإذا اتبع احدكم على مليء فليتبع » ، او كما رواه الامام احمد بن حنبل : « ومن احيل علي مليء فليحتمل » ٠ وتذهب غالبية الفقهاء الى ان الامر في هذا الحديث انما هو للندب ، لذلك فهم يسترطون لنفذ الحالة في حق الدائن اقراره لها ٠ وبهذا الرأي اخذ القانون المدني العراقي ٠ ويذهب الامام احمد بن حنبل الى ان الامر هنا للوجوب ، اي اذا احيل الدائن على شخص مليء غير معسر فانه يكون ملزما بقبول الحالة واستيفاء حقه من المحال عليه ٠ لذلك لا يتشرط فقهاء المذهب الحنفي رضاء الدائن بالحالة لنفذها في حقه ٠ لانه اذا رفض كان متعينا ، ويجوز عندئذ اللجوء الى القضاء لاجباره على قبول الحالة ٠

الاثر الرجعي للاقرار

٥٢٢ — الاقرار عمل قانوني صادر من جانب واحد ، فإذا اقر المحال له الحالة فإن اقراره لا يعتبر قبولا لايجب معارض عليه ، اما اقرار الدائن فضروري لتنفيذ الحالة في حقه فقط ، ولا اثر له على انعقادها ٠ ويترتب على ذلك ان الدائن اذا اقر الحالة فانها تتبع اثارها من حين ابرامها بين المحيل والمحال له لا من حين الاقرار ، فيكون للاقرار اثر رجعي ٠ ويترتب على ذلك ايضا ان احد طرفى الحالة — المحيل والمحال عليه — اذا فقد اهليته قبل الاقرار فان ذلك لا يمنع من صدور الاقرار ٠ وهذا بخلاف ما اذا لم يكن للاقرار اثر رجعي ، اذ يجب في هذه الحالة ان يكون كل من المحيل والمحال عليه باقيا على اهليته عند صدور الاقرار (١)

ثانياً - انعقاد الحوالة باتفاق بين المحال له والمحال عليه

٥٢٣ - ويكن ان تتم حواله الدين باتفاق بين المحال له (الدائن) والمحال عليه (المدين الجديد) ، وفي هذه الحالة لا يشترط لصحتها رضا المحيل (المدين الاصلي) ، بل تتم وتنفذ بمجرد اتفاق الدائن والمدين الجديد ، ويكون هذا الاخير ملزماً بالوفاء للدائن . ولكن اذا اراد المدين الجديد (المحال عليه) الاحتفاظ بحقه في الرجوع على المدين الاصلي (المحيل) فيجب عليه ان يحصل على اقراره للحواله (٣٤١م) . فاذا لم يحصل على اقراره فلا رجوع له عليه ، اذ يعتبر معتبراً (١) .

شروط صحة الحوالة

٥٢٤ - تقضي المادة (٣٤٢) مدنی بأنه « يشترط لصحة الحوالة ان يكون المحيل مديناً للمحال له والا فهي وكالة » . وهذا النص مأخوذ عن الفقه الاسلامي . وقد كان المشرع في غنى عن ايراده ، اذ انه يستفاد من تعريفه للحواله . فهو قد عرفها بانها : « نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال له » . وهذا التعريف يقتضي ان يكون المحيل مديناً للمحال له .

الدينون التي تصح بها الحوالة

٥٢٥ - تقضي المادة (٣٤٣) مدنی بان : « كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة بشرط ان يكون معلوماً » . 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 كفيلاً باداء الثمن ، ويصح ان يطلب المقرض والمؤجر من المقترض المستأجر كفيلاً باداء الدين او الاجرة . فكما تصح الكفالة بهذه

(١) وفي القانون المصري يكون له الرجوع بمقتضى قواعد الاثراء بلا سبب (السننوري ، المرجع السابق ، ص ٥٧٩ ، هامش رقم ٢ . كذلك ص ٥٨٢) .

الديون تصح بها الحوالة ° فإذا كان الدين لا تصح به الكفالة فلا تصح
به الحوالة ° مثل ذلك دين الوديعة ° فإذا أودع شخص شيئاً عند آخر فلا
يستطيع أن يطلب منه كفيلاً برد الشيء المودع ، وعليه فلا يستطيع الوديع أن
يحيل المودع على آخر بقبض الشيء المودع °

٥٢٦ — وقد اشترطت المادة المتقدمة كذلك أن يكون الدين المحال
بـ معلوماً ° فإذا لم يكن معلوماً فلا تصح به الحوالة ° وهنا تختلف الكفالة
عن الحوالة ° فكفالة الدين غير المعلوم جائزة ، أما حوالته فغير جائزة °
فإذا أحدث شخص ضرراً لآخر ووجب عليه تعويض هذا الضرر ، فمقدار
التعويض غير معلوم قبل تحديده باتفاق أو بحكم قضائي ، وعليه فلا يجوز
للدين بالتعويض أن يحيل الدائن به (المتضارر) على شخص ثالث ° ذلك
أن الدين الناشيء عن العمل الضار غير معلوم المقدار ° ولكن مع
ذلك تصح الكفالة بهذا الدين ، فيجوز للدائن بالتعويض أن يطلب من
الدين به (محاث الضرر) كفيلاً بدفع مبلغ التعويض بعد تحديده رضاءً أو
قضاءً °

حوالة المستحق في الوقف غريمته على متولي الوقف

٥٢٧ — وكمثال على الدين الذي تصح به الحوالة ضربت المادة (٣٤٤)
احالة المستحق في الوقف غريمته على متولي الوقف حواله مقيدة باستحقاقه في
الغله ° فقد نصت هذه المادة على انه : « تصح احاله المستحق في الوقف غريمته
حواله مقيدة باستحقاقه على متولي الوقف اذا كانت غلة الوقف متحصلة
في يده وقبل الحوالة ° ولا تصح الحاله اذا لم تكن الغلة متحصلة في يد
المتولي » ° وهذه المادة غير موقعة لسبعين :

١ — ان احاله المستحق في الوقف غريمته باستحقاقه على المتولي ليست
حواله دين بل حواله حق ، وذلك لأنها تتم بين المحييل والمحال له ° وقد سبق
ان رأينا ان حواله الدين انما تتم باتفاق بين المحييل والمحال عليه ،

او باتفاق بين المحال له والمحال عليه . اما في الحال المستحق في الوقف فانها تتم باتفاق بين المحيل والمحال له ، وهذه حواله حق لا حواله دين .

٢ - اشترطت المادة قبول متولي الوقف للحواله ، وهذا الشرط لا معنى له لأن المتولي ليس وصيا ولا قيما على المستحقين في الوقف . والظاهر ان المشرع انما وضع هذا الشرط ليكون منطقيا مع نفسه في معالجة هذه الحالة في حواله الدين ، اذ لا يشترط قبول المحال عليه لانعقاد حواله الحق . ولكن (المشرع) ما دام قد عالج هذه الحالة في حواله الدين ، وما دامت هذه الحواله 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 للحواله . ولكن لم يكن موفقا في ذلك ، فقبول المتولي لا يجعل من احالة المستحق حواله دين ، فهي حواله حق بالرغم من اشتراط هذا القبول .

قبول الاب او الوصي

٥٢٨ - واذا كان المحال له هو الاب او الوصي بدينه للصغير فيجب ان يكون في قبول الحواله مصلحة للصغير ، وذلك بان يكون المحال عليه امانه المحيل . فاذا لم يكن للصغير مصلحة في ذلك ، بان كان المحال عليه مساويا في اليسار للمحيل او اقل منه يسارا ، فلا تجوز الحواله (م ٣٤٥).

الفرع الثاني

أحكام حواله الدين

علاقات ثلاثة

٥٢٩ - اطراف الحواله ثلاثة : محيل ومحال له ومحال عليه ، والحواله تتشيء علاقات بين هؤلاء الاشخاص الثلاثة وال العلاقات التي تنشأ عن الحواله هي التالية :

- ١ - العلاقة بين المحال له والمحال عليه •
 - ٢ - العلاقة بين المحال له والمحيل •
 - ٣ - العلاقة بين المحال عليه والمحيل •
- ونعالج كلا من هذه العلاقات في مبحث خاص •

المبحث الأول

العلاقة بين المحال له والمحال عليه

انتقال الدين الى المحال عليه بصفاته وتأميناته ودفعوه

٥٣٠ - 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 ودفعوته •
فيحل المحال عليه محل المحيل في 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 تعقد نافذة في حق المحال له مباشرة ، واذا تمت باتفاق بين المحيل والمحال عليه فانها لا تنفذ في حق المحال له الا بعد اقراره لها • ولكن هذا الاقرار ينبع اثره بالاستناد الى الماضي • وقد سبق ان رأينا ذلك •
والدين يتنتقل من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه بصفاته وتأميناته ودفعوه • ونرى كلا من ذلك في مطلب مستقل •

(الموجز ج ٢ - م ١٨)

المطلب الأول

انتقال الدين الى المحال عليه بصفاته

٥٣١ — يقصد بانتقال الدين بصفاته انه اذا كان التزام المحيل بسيطا فانه ينتقل بهذه الصفة ويكون التزام المحال عليه بسيطا كذلك . و اذا 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 تجاري ، او غير قابل للانقسام ، او منتج لفوائد ، او مستحق التنفيذ : الخ . فانه ينتقل بهذه الصفات الى المحال عليه . وقد نصت على هذا الحكم المادة (٣٤٧) مدنی 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 الصياغة ، فواضعها لم يلاحظ الناحية اللغوية . فهو قد استعمل اداة الشرط العازمة « ان » ، ولم يجزم جوابها . فكان يجب ان تكون صياغة المادة على النحو التالي : « ٠٠٠ فان كان حالا تكون الحوالة . وان كان مؤجلا تكون مؤجلة » . ثم ان المشرع استعمل تعبير « يتحول الدين » ، وكان ينبغي ان يستعمل تعبير « ينتقل الدين » . ذلك لانه سبق ان عرف حواله الدين في الفقرة الاولى من المادة (٣٣٩) بانها : « نقل الدين ٠٠٠ » ، ومن مقتضى نقل الدين ان الدين ينتقل .

المطلب الثاني

انتقال الدين الى المحال عليه بضمانته

الضمانت العينية والضمانت الشخصية

٥٣٢ — اذا كان الدين المحال به مضمونا بضمانته فان هذه الضمانت تنتقل معه لتضمن الوفاء للمحال له . والضمانت التي تضمن الدين اما ان تكون عينية او شخصية . ونرى كلا منهما على حدة .

اولا - الضمانات العينية

٥٣٣ — اذا كان المدين قد قدم للدائن ضمانا عينا ، كرهن رسي او رهن حيازي ، فان هذا الضمان ينتقل مع الدين الى المحال عليه ويقى الدين مضمونا بهذا الرهن كما كان في ذمة المدين الاصلي ، ويصبح المدين بثابة كفيل عيني . ذلك ان ذمته قد برئت من الدين بالحالة ، ولكن ماله بقي مرهونا لضمان الدين .

٥٣٤ — واذا كان الدين مضمونا بحق الحبس فانه ينتقل الى المحال عليه بهذه الصفة كذلك . فالبائع له حق حبس المبيع حتى يدفع المشتري الثمن . فإذا احال المشتري البائع بالشمن على شخص اخر فان حق البائع في حبس المبيع لا يسقط ، بل يبقى حتى يستوفي الشمن من المحال عليه . وقد نصت على الاحكام المتقدمة الفقرة الاولى من المادة (٣٤٨) مدنی بقولها : « تبفى حقوق المدين بالدين على اخر او احال المشتري البائع بالشمن على اخر فلا يسقط حق المرتهن في الرهن ولا حق البائع في حبس المبيع » .

حالة المرتهن غريما له على الراهن وحالة البائع غريما له على المشتري

٥٣٥ — وعلى العكس مما تقدم اذا احال المرتهن على الراهن او احال البائع على المشتري . فاما اذا كان المرتهن مدينا واحال دائه على الراهن فان حقه في الرهن يسقط ، وكذلك اذا كان البائع مدينا واحال دائه على المشتري وقد نصت على ذلك العبارة الاخيرة من الفقرة الاولى من المادة (٣٤٨) المتقدمة بقولها : « اما اذا احال المرتهن غريما له على الراهن فان حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهنا للمحال له ، وكذا اذا احال البائع غريما له على المشتري بالشمن يسقط حقه في حبس العين المبيعة » . وقد حدث خلاف بين الفقهاء بشأن هذه

الحاله وهل هي حواله حق او حواله دين . فذهب الدكتور حسن علي
 الذنون (١) الى ان هذه الحاله انما هي حواله حق لا حواله دين . فهو
 يقول في هذا الصدد : « وواضح جدا ان لا علاقه لهذه الامثله بحواله
 الدين ، فهي حواله حق ، وهذا مظاهر 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 حواله دين لا حواله حق . فهو يقول في هذا الصدد : « وواضح جدا
 ان الحاله هنا حواله دين لا حواله حق ، ولو كانت حواله حق لما سقط حق
 الرهن او الحق في حبس العين المباعة . ففي حالة الدائن المرتهن ، المفروض ان لهذا
 الدائن غريما اي دائن ، فراد اذ يوفيه حقه ، فوفاه اياده عن طريق احالته
 على مدينه الراهن . وهذه الحاله دين ، فان الدائن المرتهن نقل الدين الذي
 في ذمته الى ذمه مدينه الراهن في مقابل الدين الذي له في ذمه هذا المدين
 وهو الدين المضمون بالرهن ، فانقضى الدين المضمون بالرهن قصاصا
 وسقط الرهن تبعا لذلك ، وبرئت ذمة الدائن المرتهن من الدين الذي كان
 في ذمته لدائه ، واصبح هذا الدائن الاخير دائن للمدين الراهن ، ولكن
 لا بالدين المضمون بالرهن فهذا الدين قد انقضى كما قدمنا ، بل بالدين
 الذي كان في ذمه الدائن المرتهن ثم حول الى ذمه المدين الراهن ، ومن ثم لا
 يكون هذا الدين مضمونا بالرهن — وهذا هو الامر في حالة البائع الذي احال
 غريمه على المشتري بالثمن ، فقد نقل البائع الدين الذي في ذمته لغريمه الى
 ذمه المشتري في مقابل الثمن الذي له ، فسقط الثمن قصاصا وانقضى بسقوطه
 الحق في حبس العين المباعة . واصبح دائن البائع هو الدائن للمشتري ،
 ولكن لا بد من الثمن الذي كان للبائع فقد سقط هذا الدين كما
 قدمنا ، بل بالدين الذي كان في ذمه البائع لدائه وقد حوله البائع الى ذمه
 المشتري » . والحججه التي يقدمها العلامة السنهوري من انه لو كانت

(١) أحكام الالتزام ، ط ١٩٥٢ ، ف ٢٣٣ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٥٩٤ ، هامش .

الحالة حواله حق لما سقط حق الرهن او الحق في حبس العين المبعة
 حجة وجيهة . ولكن يمكن الاعتراض عليها با ان حواله الدين ائما تتم
 بين المحيل والمحال عليه ، بشرط الحصول على اقرار المحال له ، او باتفاق
 بين المحيل والمحال عليه ، اما في حالة الدائن المرتهن غريميه على المدين
 الراهن وحاله البائع غريميه المشتري بالثمن فالنص يوحى بانها تتم باتفاق بين
 المحيل والمحال له ، وهذه حواله حق . اما اذا تمت الحالة بين الراهن
 (المحال عليه) والمرتهن (المحيل) واقرها دائن المرتهن (المحال له) فانها ولا
 شك حواله دين °

ثانياً - الضمانات الشخصية

٥٣٦ – اذا كان المدين الاصلي قد قدم كفيلا للدائن فالكافالة تسقط
 بالحواله ولا يبقى الكفيل كفيلا للمحال عليه الا اذا رضي بالحواله ، يستوى
 في ذلك ان يكون الكفيل شخصيا او عينا (٢٤٨م / ٢) . ويسري هذا الحكم
 حتى لو كان الكفيل متضامنا مع المدين . ولا يعترض على هذا الحكم با ان
 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 تتضى ضرورة الحصول على
 رضائه بالحواله ليبقى كفيلا للمدين الجديد . ذلك ان الكفيل عندمـا
 كفل المدين الاصلي ائما كان معتمدـا على ثقته بقيامه بالوفاء عند حلول الاجل
 وبذلك فلا يبقى ثم حاجة الى رجوع الدائن عليه . فالكافالة ائما تقوم على
 الثقة الشخصية ، وهذه الثقة كانت متوفـرة لدى الكفيل بالنسبة للمدين
 الاصلي ، اما بالنسبة للمدين الجديد فغير متوفـرة . وعليه فاذا لم يقبل
 الكفيل الحاله فلا تسرى في حقه ولا يكون كفيلا للمدين الجديد .

المطلب الثالث

انتقال الدين الى المحال عليه بدفعه

٥٣٧ — وينتقل الدين الى المحال عليه بدفعه التي كان في 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 ، كالمقاومة وعيوب الرضاء ، كما اذا شاب رضاه عند قبول الحوالة غلط او تدليس او اكراه او كان ناقص الاهلية الخ . ولكن 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 — تقضي المادة (٣٥٠) من القانون المدني بان : « تبرأ ذمة المحال عليه من الدين باداء المحال به او بحوالته اياه على اخر او بالابراء او الهببه او باتحاد الذمة او 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 — 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) مدنی بقولها : « اذا مات المحال عليه مدینا يقسم ما له بين الدائنين وبين المحال له بالحصص وما بقی للمحال له بعد القسمة يرجع به على المحيل اذا كان له حق الرجوع » . ويكون للمحال له حق الرجوع على المحيل في الحالة المقيدة اذا هلك ما للمحيل عند المحال عليه . ويلاحظ على هذه المادة انها نصت على حالة موت المحال عليه مدینا . وكان الافضل النص على « اعسار المحال عليه وعدم تسکن المحال له من الحصول على كل الدين المحال به » بدلا من ذلك (١) .

(١) ينتقد الدكتور حسن علي الذنوں المادة (٣٥١) المذکورة في المتن من جهتين لاولى - انها زائدة لا حاجة اليها . ونحن نتفق معه في ذلك ، اذ ليست هذه المادة الا تطبيقا لقواعد العامة في هذا الباب وقد كان بامكان المشرع الاستغناء عنها . الثانية - ان المادة ليست صحيحة على اطلاقها . فهو يقول في هذا الصدد : « فهي تجعل الدائن المحال له دائنا عاديا يزاحمه ، عند موت المحال عليه ، دائنو هذه المدين الجديد . وقدفات واضعي هذا القانون ان هذا الحكم وان كان مقررا في 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 في 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 في الجمع بين الفقهين الاسلامي والمدني جمعا غير متنافر ولا متناقض » (أحكام الالتزام ، ف ٢٣٦) . ونحن لا نتفق مع الاستاذ فيما يذهب اليه من وجوببقاء الدين ممتازا بالنسبة للمحال عليه كما كان بالنسبة للمحيل . ذلك ان تقدم الدائن (المحال له) على الدائنين الاخرين انما يكون في العلاقة بين المحيل والمحال له لا في العلاقة بين المحال له والمحال عليه . فالمحال له بالنسبة للمحال عليه دائن عادي لا يتقدم على الآخرين . ولكنه اذا لم يحصل على حقه كاما 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 . أما عن الضمان الشخصي فانه لا يشير صعوبة ، ذلك ان الكفيل لا يكفل المحال عليه الا اذا رضي بالحالة .

أحكام الحوالة المقيدة

٥٤٠ — وقد عالج القانون المدني العراقي الحوالة المقيدة في الموارد (٣٥٢ - ٣٥٦) منه . وأكثر الأحكام التي جاء بها أنها هو تطبيق للقواعد العامة ومتخذ عن مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران . فقد نصت المادة (٣٥٢) على أنه : « اذا اشترط المحيل في الحوالة ان يبيع المحال عليه عينا مملوكة للمحيل ويؤدي الدين المحال به من ثمنها وقبل المحال عليه الحوالة بهذا الشرط صحت الحوالة ولا يجبر المحال عليه على الدفع قبل البيع ويجب على البيع وتأدية الدين من الشمن » . وهذه المادة واضحة ولا تحتاج إلى شرح ، وهي ليست الا تطبيقاً للقواعد العامة .

٥٤١ — 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 كلام هذه الحالات على حدة .

١ - الحوالة المقيدة بدين للمحيل على المحال عليه

٥٤٢ — اذا كان للمحيل دين على المحال عليه وقيد الحوالة بهذا الدين ثم سقط الدين ، في هذه الحالة يجب التمييز بين حالة ما اذا كان السقوط بأمر عارض بعد الحوالة او بأمر سابق عليها .

فإذا كان السقوط بأمر عارض بعد الحوالة فانها لا تبطل (١٣٥٣م) . وقد ضربت الفقرة الاولى من المادة (٣٥٣) مثلاً على ذلك حالة البائع غريمته على المشتري بشمن 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 الشمن . فإذا احال البائع دائنه على المشتري بالشمن ثم هلك المبيع قبل تسليمه الى المشتري فالحوالة لا تبطل ، ويبقى المشتري ملزماً بدفع المحال به الى المحال له بالرغم من ان التزامه بدفع الشمن قد سقط . وكذلك الحكم اذا رد المشتري المبيع بختار البيع بعد الحوالة ، فمع ان التزامه بدفع الشمن قد سقط الا انه

يبقى ملزماً بدفع الدين المحال به إلى الحال له . ولكن يبقى للمشتري في كلتا
الحالتين حق الرجوع على المحيط بما أداه للمحال له .

وإذا كان السقوط بأمر سابق على الحوالة وتبينت براءة ذمة المحال عليه
من الدين فالحوالة تبطل ويعود الدين إلى ذمة المحيط . وقد ضربت
الفقرة الثانية من المادة (٣٥٣) مثلاً على ذلك استحقاق المبيع . فاستحقاق
المبيع يتبيّن منه أن البائع لم يكن مالكاً له عند البيع ، فيسقط التزام المشتري
بدفع الثمن . وسبب بطلان الحوالة في هذه الحالة وعدم بطلانها في الحالة
السابقة أن سبب سقوط الدين هنا سابق على الحوالة لأن الالتزام بدفع الثمن
لا ينشأ ويُعتبر غير موجود من حين البيع ، أما في الحالة السابقة فـ~~سبب~~
سقوط الدين لا حق للحوالة لأنه قد حدث بعد تمام البيع ، وعليه فالحوالة
تبطل . أما إذا استحق المبيع بعد دفع المحال عليه المحال به إلى الحال له
فأنه يرجع بما أداه . وفي هذه الحالة له الخيار في الرجوع ، إن شاء رجع على
المحيط وإن شاء رجع على المحال له (م ٣٥٤) .

٢ - الحوالة المقيدة بغير مودعة للمحيط عند المحال له

٥٤٣ - وإذا كان للمحيط عين مودعة عند المحال عليه وقيد الحوالة
بالعين المودعة ثم هلكت العين قبل أدائها للمحال له ، فإن كان ال�لاك بلا تعد
من الوديع ، أي بسبب اجنبي ، بطلت الحوالة وعاد الدين إلى ذمة المحيط .
ويتحقق بالهلاك استحقاق العين المودعة . وإن كان ال�لاك بتقصير أو تعد من
المحال عليه ، أي بخطئه ، فلا تبطل الحوالة ويبقى المحال عليه ملزماً باداء المحال
به إلى المحال له (م ٣٥٥) .

٣ - الحوالة المقيدة بغير مخصوصية للمحيط عند المحال عليه

٥٤٤ - وإذا كان للمحيط عين مخصوصية عند المحال عليه وقيد
الحوالة بالعين المخصوصة ثم هلكت العين في يد المحال عليه فلا تبطل الحوالة ،
يستوي في ذلك أن يكون ال�لاك بخطأ المحال عليه أو بدون خطئه (م ١/٣٥٦) .
والسبب في ذلك أن يد العاصب يد ضمان لا يد امانة ، فيضمن هلاك الشيء

ولو لم يكن الها لا يغير خطأ منه . اما اذا استحقت العين المقصوبة لغير فالحالة تبطل (٣٥٦م/٢) . والسبب في ذلك ان الاستحقاق يعيد العين المقصوبة الى مالكها ، فلا تكون قد هلكت .

هذا وفي جميع الاحوال التي تبطل فيها الحالة يرجع المحال له بحقه على **المحيل** .

المبحث الثاني

العلاقة بين المحال له والمحيل

براءة ذمة المحيل

٥٤٥ - يحكم علاقة المحيل بالمحال له قاعدة اساسية هي براءة ذمة المحيل من الدين بمجرد انعقاد الحالة وتفاذهما . فاذا تمت الحالة باتفاق بين المحال له والمحال عليه فان ذمة المحيل تبرأ في 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 مطالبة بالدين المحال به ، بل تتوجّه 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 - ويجوز للمحال له الرجوع على المحيل استثناء في الحالتين **التاليتين** :

- ١ - اذا اشترط الرجوع عند اعسار المحال عليه .
- ٢ - في الحالة المقيدة بدين للمحيل على المحال عليه او بعين له عنده وديعة او مقصوبة ، اذا سقط الدين او هلكت العين او استحققت . ففي هذه الحالة يرجع المحال له على المحال عليه على النحو الذي سبق ان بيناه .

وقد نصت على الأحكام المتقدمة المادة (٣٥٧) مدنی فقضت بانه :
 « ١ - لا يرجع الحال له بدينه على المحيل الا اذا اشترط في الحالة خيار
 الرجوع او بطلت الحالة المقيدة بسقوط الدين او هلاك العرين او
 استحقاقها وفقا للاحكم السابقة . ٢ - اما مجرد تعذر استيفاء الدين من
 الحال عليه وتقليسه ولو بامر المحكمة فلا يوجبان بطلان الحالة وعود الدين
 على المحيل » . ويلاحظ هنا ان هذا الحكم مخالف للرأي السائد في الفقه
 الحنفي والذي اخذت به المجلة . فبراءة ذمة المحيل في هذا المذهب وفي المجلة
 مقيدة بعدم التوى ، اي بعدم الهلاك . فهي كفالة اكثر منها حواله ، اذ لما
 كانت مقيدة بعدم التوى فهي لا تعدو ان تكون ضم ذمة الحال عليه الى ذمة
 المحيل .

٥٤٧ - واذا اشترط الحال له عدم براءة ذمة المحيل كان العقد كفاله
 لا حواله . فيستطيع الحال له مطالبة اي شاء من المحيل او الحال عليه .
 والكفالة هنا عارية عن حق التجريد ، فلا يستطيع المحيل اذا طالبه الحال
 له ان يدفع بحق التجريد الذي يملكه الكفيل العادي ، فلا يستطيع
 ان يدفع بان الحال عليه قادر على تنفيذ التزامه (م ٣٥٨م) .

المبحث الثالث

العلاقة بين المحيل وال الحال عليه

الحواله المطاقمه والحواله المقيدة

٥٤٨ - يختلف حكم العلاقة بين المحيل وال الحال عليه في الحاله
 المطلقة عنه في الحاله المقيدة . ونرى كلا منهما على حدة .

ولا - الحاله المطاقمه

٥٤٩ - سبق ان قلنا ان الحال عليه في الحاله المطلقة قد لا يكون
 مديننا للمحيل وليس للمحيل عنده عين مودعة او مغصوبة ، وقد يكون مديننا له

او قد يكون للمحيل عنده عين مودعة او مغصوبة ولكن (المحيل) لم يقييد اداء
الحالة بهذا الدين او بهذه العين .

٥٥٠ — فإذا لم يكن المحال عليه مدينا ولم يكن عنده عين مودعة او
مغصوبة ، فإنه يرجع على المحيل بعد الاداء لا قبله ، ويرجع عليه بالمحال به
لا بما اداه فعلا (٣٥٩م) . فإذا كان المحال به مبلغا من النقود ولكن المحال
عليه ادى شيئا آخر ، كحصان او سيارة مثلا ، فإنه يرجع على المحيل بالمثل
المحال به لا بقيمة الحصان او السيارة .

٥٥١ — وإذا كان المحال عليه مدينا للمحيل او كان للمحيل عنده عين مودعة
او مغصوبة ولم يقييد المحيل الاداء بما له على المحال عليه من دين او عين فان له
(للمحيل) ان يطالب المحال عليه بالدين الذي له في ذمته او بالعين المودعة
او المغصوبة ، وذلك الى ان يؤدي المحال عليه الدين للمحاجله . فإذا اداه
سقط ما عليه للمحيل بقدر ما ادى (م ٣٦٠) . فإذا 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 ولكن لم يقييد
الوفاء بالالف دينار التي له في ذمته او بالحصان او السيارة ، فإنه (المحيل)
يستطيع ان يطالب المحال عليه برد الحصان او السيارة او بوفاء مبلغ الالف
دينار التي له في ذمته ، وذلك لأن الحالة مطلقة ولم يقييد الوفاء بهذه الاشياء .
ولكن اذا قام المحال عليه بالوفاء للمحال له فعنده يسقط من الدين
الذى عليه مقدار ما ادى . فلو فرضنا ان قيمة الحصان او السيارة في المثل
المتقدم هي سبعمائة دينار وان مبلغ الحالة هو خمسمائة دينار وادى المحال
عليه هذا المبلغ الى المحال له ، فإنه يبقى عليه مبلغ مائتي دينار . اما اذا كان
المحال عليه مدينا للمحيل بمبلغ الف دينار واحال هذا الاخير عليه شخصا
بمبلغ خمسمائة دينار وادها الى المحال له ، فعنده يبقى عليه مبلغ خمسمائة
دينار .

ثانياً - الحوالة المقيدة

٥٥٢ — واذا كان للمحيل دين في ذمة المحال عليه او كان له عنده عين مودعة او مغصوبة وقيد الحوالة بهذا الدين او بتلك العين فلا يعود يملك مطالبة المحال عليه بالدين الذي له في ذمته او بالعين التي له عنده ولا يستطيع المحال عليه كذلك ان يدفع للمحيل الدين الذي له في ذمته او العين التي له عنده ، واذا دفع فانه يضمن قيمته للمحال له ويكون له عنده الرجوع على المحيل (١٣٦١م) . فإذا كان للمحيل ألف دينار في ذمة المحال عليه او كان له عنده سيارة مودعة او مغصوبة وقيد الحوالة بالالف دينار او بالسيارة ، فانه لا يستطيع مطالبته بعد الحوالة بالدين ولا بالسيارة ، ولا يستطيع المحال عليه كذلك ان يدفع له (للمحيل) الالف دينار التي له في ذمته ولا ان يسلمه السيارة ، واذا فعل ضمن الالف دينار او قيمة السيارة .

اعسار المحال عليه

٥٥٣ — اذا اعسر المحيل قبل اداء المحال عليه المحال به في الحوالة المقيدة فهل يشارك بقيمة دائنيه المحال له بمبلغ الحوالة ؟ تقضي الفقرة الثانية من المادة (٣٦١) مدنی بان ليس لهم ذلك . والسبب في هذا الحكم ان المحال له يملك الدين او العين التي تقييد بها الحوالة بمجرد انعقاد الحوالة . وعليه فلا يستطيع باقي دائني المحيل مزاحمته في ما ملكه قبل افلاس مدینهم .

الفصل الثاني

حالة الحق

CESSION DE CRÉANCE

تعريف

٥٥٤ — حالة الحق عبارة عن اتفاق او عقد يتحقق فيه الدائن مع شخص ثالث على ان يتحول له حقه الذي في ذمة المدين ، فيحل هذا الشخص محله (محل الدائن) في الحق نفسه ، وينتقل اليه الحق بصفاته وتأميناته ودفعه ، على النحو الذي سبق ان رأيناها .
ويسمى الدائن محيلا ، والاجنبي ، او الدائن الجديد ، محلا له ،
والدين محلا عليه .

الاغراض التي يمكن تحقيقها عن طريق حالة الحق

٥٥٥ — والاغراض التي تستعمل فيها حالة الحق كثيرة متنوعة . فقد يقصد المحيل ان يبيع حقه من المحال له فيتقاضى ثمنا لهذا الحق ، وعندئذ يكون عليه الضمان الذي على البائع . وقد يقصد ان يهب حقه للمحال له ، وتطبق عندئذ احكام الهبة . وقد يقصد المحيل ان يرهن حقه عند المحال له ، وذلك اذا كان حقه مؤجلا ولا يريد بيعه وكان في حاجة الى المال ، فيعمد الى اقتراض ما يحتاج اليه من المحال له ويرهن عنده الحق الذي له على المدين . وقد يقصد الوفاء بدین عليه للمحال له ، فيحيله على مدينه بالحق الذي له عليه .

الحقوق القابلة للحوالة

٥٥٦ — تقضي المادة (٣٦٢) من القانون المدني بأنه : « يجوز للدائنين ان يحول الى غيره ما له من حق على مدينه الا اذا حال دون ذلك نص في القانون او اتفاق المتعاقدين او طبيعة الالتزام . . . » وتقضي المادة (٣٦٤) منه بأنه : « لا تجوز حوالۃ الحق الا بقدر ما يكون منه قابلا للحجز » . فالاصل اذن ، بمقتضى المادة (٣٦٢) ، هو ان كل حق شخصي قابل للحوالۃ . ولكن هذه الاصل غير مطلق ، فهناك استثناءات ترد عليه . وهذه الاستثناءات اما ان ترجع الى نص في القانون ، او الى اتفاق المتعاقدين ، او الى طبيعة الالتزام ، او كان الحق غير قابل للحجز . ونرى كلا من الاصل والاستثناءات على حدة .

الاصل — كل حق شخصي قابل للحوالۃ

٥٥٧ — يستوي في القابلية للحوالۃ جميع الحقوق الشخصية ، مدنية او تجارية ، سواء اكان محلها مبلغا من النقود او اشياء مثيلة ، او عمالا ، او امتناعا عن عمل ، او عينا معينة بالذات . ويستوي في ذلك ايضا ان يكون الحق منجزا ، او معلقا على شرط ، او مقتضايا باجل .

الاستثناءات

- ٥٥٨ — ولا يكون الحق الشخصي قابلا للحوالۃ في الحالات التالية :
- ١ — اذا اتفق المتعاقدان على ذلك .
 - ٢ — اذا حالت دون ذلك طبيعة الالتزام .
 - ٣ — اذا منع القانون الحوالۃ .
 - ٤ — اذا كان الحق غير قابل للحجز .
- ونرى كلا من ذلك على حدة .

اتفاق المتعاقدين

٥٥٩ — ليست قابلية الحق للحوالۃ من النظام العام ، فيجوز ان يشترط المدين على دائه عدم احالة حقه الى شخص ثالث . وهذا الشرط

صحيح وملزم ٠ مثال ذلك ما تشرطه شركات النقل من عدم قابلية بطاقات السفر ذهاباً وإياباً وبطاقات الاشتراك للنزول عنها إلى غير من صدرت باسمه ٠ ومثال ذلك أيضاً اشتراط المؤجر على المستأجر عدم النزول عن الإيجار لغيره ، فإذا نزل المستأجر عن الإيجار لشخص ثالث لم يسر هذا النزول في حق المؤجر ٠ وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٧٦١) مدنی بقولها : « منع المستأجر من أن يؤجر للغير يقتضي منعه من التنازل عن الإيجار وكذلك العكس » ٠

٢ - طبيعة الالتزام

٥٦٠ — إذا كانت شخصية الدائن قد أخذت بنظر الاعتبار عند نشوء الحق فان هذا الحق لا يكون قابلاً للحواله ٠ وهناك أمثلة كثيرة على هذا النوع من الحقوق ٠ من ذلك الحق في النفقه ، والحق بالتعويض عن الضرر الأدبي إذا لم تتحدد قيمته بمقتضى اتفاق او حكم نهائي (٣-٢٠٥٠م) ٠ ومن ذلك أيضاً حق الشريك في شركة الأشخاص ، وحق المستأجر في الإيجار إذا أخذت شخصيته بنظر الاعتبار عند ابرام العقد ، الخ ٠٠

٣ - نص القانون

٥٦١ — وقد ينص القانون على عدم جواز حواله بعض الحقوق ٠ من ذلك به ما تقتضي المادة (٥٩٥) من انه : « لا يجوز 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 المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرةتها » ٠ ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة (٥٩٦) مدنی من انه : « لا يجوز للمحامين ان يتعاملوا مع موكلיהם في الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل باسمائهم او باسماء مستعارة » ٠ فلم يجز المشرع للأشخاص المنصوص عليهم في المادتين المتقدمتين شراء الحقوق المتنازع فيها، وما شراء الحق المتنازع فيه الا هو الـه من صاحبه الى المشتري ٠

٤ عدم قابلية الحق للحجز

- ٥٦٢ — 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 — رواتب الموظفين فراتب الموظف لا يجوز الحجز عليه الا الى حد معين . وعليه لا تجوز حوالته الجزء غير القابل للحجز منه .
 - ٢ — مرتبات التقاعد والمكافأة التي يستحقها الموظف عند احالته على التقاعد او الاستغناء عنه .
 - ٣ — النفقه المقررة لشخص على اخر : فهذه النفقه انما قررت لسد حاجة صاحبها ، فلا يجوز الحجز عليها ، وبالتالي لا تجوز حوالتها .
- ٥٦٣ — بعد هذه المقدمة الوجيزه عن حواله الحق وعن الحقوق القابلة لها ، تتلخص عندها فرعين ، نخصص الاول لشروطها واركانها ، والثاني لاحكامها .

الفروع الاول

اركان حواله الحق وشروطها

- ٥٦٤ — الحواله عقد ، فاركانها وشروطها هي اركان وشروط العقد بصورة عامة من تراض و محل و سبب . والشروط اللازم توافرها في حواله الحق على نوعين : شروط صحة ، وشروط نفاذ . ونرى كلا من هذه الشروط في مبحث مستقل .

المبحث الاول

شروط صحة حواله الحق

شروط صحة حواله الحق هي الشروط الالازمه لانعقادها

- ٥٦٥ — وشروط صحة حواله الحق هي الشروط الالازمه لانعقادها وهي تتعقد باتفاق بين المحيل والمحال له . وعليه فلا بد من توافر رضاهما ،
(المؤجز ج ٣ - م ١٩)

مع باقي الشروط بطبيعة الحال ٠ اما رضاء المحال عليه فليس ضرورياً ٠ وقد نصت على ذلك المادة (٣٦٢) مدنی في عبارتها الاخيرة بقولها : « ٠ ٠ ٠ وتنتمي الحوالة دون حاجة الى رضاء المحال عليه » ٠ ويلاحظ ان هذه العبارة قد حشرت حسراً في المادة (٣٦٢) ٠ في بينما 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 ٠ ثم ان الشرع العراقي قد افرد مادة خاصة ، هي المادة (٣٦٤) ، للنص على عدم جواز حواله الحق الاقدر ما يكون منه قابلاً للحجز ٠ وقد كان الاولى به ان يضع نص هذه المادة مع نص المادة (٣٦٢) بدلاً 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 ٠ ولا تجوز الحوالة الا بقدر ما يكون قابلاً للحجز من الحق » ٠ ويلاحظ هنا ايضاً ان مكان العبارة الاخيرة من المادة (٣٦٢) ائماً هو المادة (٣٦٣) التي تتكلم عن شروط نفاذ الحوالة ، لا المادة (٣٦٢) التي تضع القاعدة العامة في حواله الحق ٠ 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 ٠ ٠ ٠ » ٠

لا حاجة الى شكلية معينة ولكن يجب مراعاة قواعد الاثبات

٥٦٦ - والحواله من العقود الرضائية ، فلا يشترط لانعقادها شكلية معينة . ولكن يجب في اثباتها مراعاة القواعد العامة في الاثبات . فإذا 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 حوالات الحق

اعلان المحال عليه بالحوالات او قبوله لها

٥٦٧ — وشروط نفاذ الحوالة هي الشروط التي تجعل الاحتجاج بها على الغير او على المحال عليه ممكناً . وقبل الكلام عن هذه الشروط لا بد من تحديد الغير اولاً .

يقصد بالغير في حوالات الحق كل من كسب على الحق المحال به حقاً يتعارض وحق المحال له . وهذا الغير اما ان يكون محالاً له ثانياً ، او دائناً للمحيل او قع حجزاً على الحق المحال به لدى المحال عليه ، او دائني المحيل اذا أشهر افلاسه او اعساره ، فهو لاء يصبحون من الغير بالنسبة للمحال له . ومعنى صيغة حوالات نافذة في حق هؤلاء الاخير ان المحال له اذا تزاحم مع احدهم فإنه هو الذي يتقدم اذا كان تاريخ نفاذ حوالته سابقاً على تاريخ نفاذ حوالات الثانية او نفاذ الحجز او الافلاس في حقه هو . ويشترط لنفاذ الحوالة في حق الغير او في حق المحال عليه احد امرin: اعلان المحال عليه بالحوالات او قبوليها . وهذا ما نصت عليه المادة (٣٦٣) مدنى بقولها : « لا تكون الحوالة نافذة في حق المحال عليه او في حق الغير الا اذا قبلها المحال عليه او اعلنت له على ان نفاذها في حق الغير بقبول المحال عليه يستلزم ان يكون هذا القبول ثابت التاريخ » . فلكي تكون الحوالة نافذة في حق المحال عليه لابد من علمه بها وعلمها بها، وفقاً للمادة المقدمة ، اaman يكون بااعلانه بها او بقبوله لها . ولكي تكون نافذة في حق الغير لابد كذلك من اعلان الحوالة الى المحال عليه او قبوليها .

الفرض من هذه الاجراءات

٥٦٨ — والفرض من الاجراءات المقدمة — اعلان الحوالة للمدين او قبولي لها — انما هو مراعاة مصلحة المحال، له اولاً 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 في نفاذ الحوالة في حق المحال عليه ، فهذا الاخير هو الذي
يستطيع ان يخبره ان المحيل كان قد حول الى شخص اخر او ان حجزا قد اوقع
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
دائته على حقه لدى المحال عليه قبل ان تصبح الحوالة نافذة في حقهم .
ويذهب الاستاذ الكبير السنوري 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
لـه) » (١) .

ونحن لا نتفق مع الاستاذ فيما يذهب اليه ولا نرى في اعلان المدين
بالحوالة او قبوله لها مراعاة لمصلحته . ذلك ان الحوالة لما كانت لا تعتبر
نافذة في حقه الا اذا قبلها او اعلنت اليه ، فسيان لديه ان يدفع الحق المحال
به الى المحال له او الى الغير ، واذا دفعه الى الغير فلا يضمنه للمحال له لأن
الحوالة لم تكن نافذة في حقه قبل اعلانه بها او قبوله لها .

اعلان المحـال عليه بالـحوـالـة

٥٦٩ — ويقوم بالاعلان المحال له او المحيل ، فلكل منهما ، كما سبق ان
رأينا ، مصلحة في 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 المحيل لدى المحال عليه .
وهل يتشرط 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 في 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 الحال عليه مشيرا على الكتاب بأنه قد اعلن بالحوالة ، فان هذا يكفي لنفذ الحوالة في حقه . وكذلك اذا ابلغ الحال له الحال عليه بالحوالة بصورة شفهية بحضور شهود ، فانا نرى ذلك كافيا لوقوع الاعلان ، وهذا يتفق مع الفقرة الثانية من المادة (٣٧٢) التي لا تبريء ذمة الحال عليه اذا وفي الدين للمحيل وكان يعلم وقت الوفاء بتصدور الحوالة . هذا بالنسبة لتنفيذ الحوالة في حق الحال عليه ، اما بالنسبة لتنفيذها في حق الغير فيجب ان يكون القبول ثابت التاريخ . وحيثنا فيما نذهب اليه من جهة هي ان الفقهاء انما يشترطون الطريق الرسمي في الاعلان للتأكد من وقوعه وعدم امكان انكاره من قبل الحال عليه ، وهذا يتحقق بالطرق التي ذكرناها . فاذا وقع الحال عليه بأنه اعلن بالحوالة فان هذا الاعلان يكون قد ثبت . وحيثنا 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 يقدم دليل التقييد نصا او دلالة » . ثم ان العبارة الاخيرة من المادة (٣٦٣) نفسها تقدم لنا حجة اخرى لتأييد رأينا . فهي قد اشترطت لتنفيذ الحوالة في حق الغير اذا كان هذا التنفيذ بقبول الحال عليه ان يكون هذا القبول ثابت التاريخ . ومن المفهوم المخالف لهذا النص نستطيع ان نستنتج ان تنفيذ الحوالة في حق الغير اذا لم يكن بقبول الحال 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 عرقية او بصورة شفهية . اما ما يشير من مسائل في هذا الصدد فيتعلق بالاثبات .

قبول الحال عليه الحوالة

٥٧٠ — قبول الحال عليه الحوالة هو الطريق الثاني لتنفيذها في حقه او في حق الغير . ويجب التمييز هنا بين تنفيذ الحوالة في حق الحال عليه وتنفيذها في حق الغير . فتنفيذها في حق الحال عليه لا يشترط فيه ان يكون القبول ثابتا في ورقة رسمية ، بل يكفي ان يثبت في محضر عرفي ، بل يجوز

ان يكون شفهياً • ويخلص في هذه الحالة للقواعد العامة في الإثبات اذا انكر المحال عليه صدوره منه • اما في حق الغير فلا تكون الحوالة نافذة الا اذا كان قبول المحال عليه ثابت التاريخ •

هل يقوم علم المحال عليه بصدور الحوالة مقام الاعلان او القبول

٥٧١ — 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 او قوله لها على النحو المتقدم ؟ يذهب الفقه والقضاء في فرنسا الى وجوب الاعلان او القبول وعدم كفاية العلم ، وحاجتهم في ذلك ان القانون اذا رسم طريقة معينا للعلم بتصرف من التصرفات فيجب ان يتم العلم عن هذا الطريق ولا يجوز ان يتم بطريق اخر • ويشبهون لذلك بالتسجيل (في الطابو) لأشهر الحقوق العينية العقارية ، فلا ينفذ انتقال هذه الحقوق في حق الغير الا من هذا الطريق • ولكن يخفف من شدة هذه القاعدة قاعدتان اخريان ، الاولى هي قاعدة « الغش يفسد كل شيء » *Fraus omnia corrumptit* 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 في حق هذا الاخير لانه يكون قد تم عن طريق الغش ، والغش يفسد كل شيء • وفي 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 وسكته وقيامه بالوفاء للمحيل او للغير يجعله مخطئاً ومسؤولاً 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 في حقه والزامه بالوفاء مرة ثانية (١) • ويعيد الاستاذ

پلانيول وريبير واسمان ، ج ٧ ف ١١٢٢ ، ص ٤٣٦-٤٣٨ ، مع المراجع والاحكام المشار اليها في المهمش •

الستهوري وبعض احكام القضاء المصري ما يذهب اليه الفقه والقضاء في فرنسا مع الاستثناء الاول المتعلّق 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 تبرئ ذمة المحال عليه اذا وفى الدين الى المحيل قبل اعلانه بالحالة او علمه بها اذا ثبت المحال له علمه (علم المحال عليه) بالحالة عند الوفاء . وعليه فعلم المحال عليه بالحالة في القانون المدني العراقي يقوم مقام الاعلان او القبول بالنسبة لنفاذ الحالة في حق المحال عليه .

الفروع الثاني

تطبيقات القواعد العامة

٥٧٢ — سبق ان قلنا ان حوالات الحق انما هي عقد او اتفاق ، فالاحكام التي تطبق عليها انما هي احكام العقود والاتفاقات بصورة عامة . فاذا كان هناك عوض كانت الحوالات من عقود المعاوضة وطبقنا عليها احكام هذه العقود . واذا لم يكن هناك عوض كانت من عقود التبرع ، اي هبة ، وطبقنا عليها احكام المبهه .

العلاقات المختلفة التي تنشئها الحوالة – علاقات اربع

٥٧٣ — اشخاص الحالة ثلاثة : محيل ومحال له ومحال عليه ، والحواله 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 الحالة اربع : العلاقة بين المحال له والمحال عليه ، والعلاقة بين المحال له والمحيل ، والعلاقة بين المحال عليه والمحيل ، وخيرا العلاقة بين المحال له ولغيره . ونرى كلا من هذه العلاقات في مبحث مستقل .

(١) الوسيط ، المرجع السابق ، ف ٢٦٨ ، ص ٤٨٥-٤٨٠ ، مع الاحكام المشار اليها هنالك .

المبحث الأول

العلاقة بين المحال له والمحال عليه

قاعدت _____ ان

٥٧٤ - يحكم علاقة المحال له بالمحال عليه قاعدتان جوهريتان هما :

١ - حلول المحال له محل المحييل في الحق المحال به نفسه ، بصفاته

وتأميناته .

٢ - امكان المحال عليه التمسك تجاه المحال له بالدفوع التي كان في استطاعته التمسك بها عند اعلانه بالحالة او قبوله لها ، وكذلك بالدفوع المستمدة من عقد الحواله . ونرى كلا من هاتين القاعدتين في مطلب

مستقل .

المطلب الأول

حلول المحال له محل المحييل في الحق المحال به نفسه

٥٧٥ - قضي المادة (٣٦٥) من القانون المدني بان : « ينتقل الحق الى المحال له بصفته وضماناته كالكفالة والامتياز والرهن ، وتعتبر الحالة شاملة لما حل من فوائد واقساط » . فاعتبارا من الوقت الذي تصبح فيه الحالة نافذة في حق المحال عليه تقطع الرابطة التي كانت تربطه بالمحييل ولا يعود هذا الاخير دائنا له ، ويصبح للمحال عليه دائن جديد هو المحال له .^(١)

٥٧٦ - وينتقل الحق الى المحال له بالصفات التي كان عليها قبل

(١) وقد عالج القانون المدني المصري العلاقة بين المحال له والمحال عليه قبل صدوره الحالة نافذة في حق هذا الاخير ، اي قبل اعلانه بها او قبوله لها . فقد نصت المادة (٣٠٦) منه على انه : « يجوز قبل اعلان الحالة او قبولها ان يتصرف الدائن المحال له من الاجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل اليه » . وهذا النص عبارة عن تطبيق للقواعد العامة ، ويمكن الاخذ به في العراق ولو لم ينص عليه القانون .

الحالة . فإذا كان تجاريًا ، أو منتجًا لفوائد ، أو مستحقًا للإداء ، أو مقتربًا
باجل ، أو معلقاً على شرط ، الخ . ٠٠٠ فانه ينتقل إلى المحال له بهذه
الصفات .

٥٧٧ - وينتقل الحق إلى المحال له بتأميناته وملحقاته . فإذا كان
الحق مضموناً برهن رسمي أو برهن حيادي أو بكفالة ، فانه ينتقل
مع هذه التأمينات ، وتبقى هذه التأمينات ضامنة لوفاء الحق للمحال له .
وإذا كان للحق ملحقات فإن هذه الملحقات تنتقل كذلك إلى المحال له . فإذا
كان له فوائد لم تدفع فانها تنتقل إلى المحال له . وإذا كان للمحيل دعاوى
تعلق بالحق ، كحق الفسخ لعدم دفع الثمن أو لعدم قيام الطرف الآخر
بتتنفيذ التزامه ، فإن هذه الدعاوى تنتقل إلى المحال له . وإذا كان الحق ثابتاً
بسند رسمي واجب التنفيذ او بحكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية فانه
ينتقل إلى المحال له قابلاً للتنفيذ ويستطيع المحال له أن ينفذه في الحال .

٥٧٨ - وما دامت الرابطة التي كانت تربط المحال عليه بالمحيل قد
انقطعت وأصبح المحال له هو الدائن فلا يجوز للمحال عليه أن يوفي الدين
للمحيل ، وإذا فعل وجب عليه الوفاء مرة أخرى للمحال له ، ويكون له
عندئذ الرجوع على المحيل بدعوى استرداد ما دفع دون حق . ولا يجوز
كذلك للمحيل ، بعد نفاذ الحالة في حق المحال عليه ، أن يتصرف بالحق
المحال به مرة أخرى باي نوع من انواع التصرفات ، وكل تصرف يصدر
منه يكون باطلًا .

استثناء - الحقوق الشخصية البعثة

٥٧٩ - ولكن إذا كان الحق ينتقل من المحيل إلى المحال عليه بصفاته
وتأميناته ، الا انه يستثنى من ذلك الحقوق الشخصية البعثة . مثال ذلك
ما إذا كان المحيل قاصراً فالتقادم لا يسري في حقه . فهذا الحق في وقف سريان
التقادم لا ينتقل للمحال له لأنه حق متعلق بشخص المحيل .

المطلب الثاني

انتقال الدفوع ضد المحال له

نوعان من الدفوع

٥٨٠ - تقضي المادة (٣٦٦) من القانون المدني بان : « للحال عليه ان يتمسك قبل الحال له بالدفوع التي كان له ، عند صدوره الحواله نافذه في حقه ، ان يحتاج بها على المحيل كما يجوز له ان يحتاج بالدفوع الخاصة بالحال له وحده » . ومن مقتضى هذه المادة ان الدفوع التي يستطيع الحال عليه التمسك بها تجاه الحال له اما ان تكون خاصة بالمحيل او الحال له . ونرى كلام من ذلك على حدة .

اولا - الدفوع الخاصة بالحيث

٥٨١ — لما كان المحال له يحل محل المحتل في الحق الحال به ويستفيد من ضماناته وتأميناته وملحقاته ، أي يستفيد من جميع حقوق المحتل، فمن العدل ان يتحمل الدفوع التي كان بامكان المحال عليه التمسك بها قبل المحتل . فالغرض بالغرض ، كما ان الغرض بالغرض . ففيستطيع الحال عليه ان يحتج قبل المحال له بان العقد الذي انشأ الالتزام باطل لمخالفة محله للقانون او للنظام العام والاداب ، او بان الحق كان قد انتقضى بأحد طرق انتقض الالتزام كالوفاء والتتجديد والابراء ، او بان العقد الذي نشأ عنه الحق موقوف لأن رضاءه كان مشروباً بعيب او لأنّه كان قاصراً عنـد التعاقد ، او بان الدين يشتمل على فوائد ربوية تتجاوز الحد القانوني ويجب تحفيضها ، او بان الحق متعلق على شرط واقف لم يتم تحقق ، او على شرط فاسخ تتحقق ، الخ . ٠٠٠ ويمكن ان يبرر ذلك بقاعدة « ان الانسان لا يستطيع ان ينقل الى غيره اكثر مما يملك » او « فاقد الشيء لا يعطيه » .

استثناء: الدفع بالمقاصة وبيان حاد الذمة

٥٨٢ — هناك دفعان لا يستطيع المحال عليه التمسك بهما قبل المحال له،

وهما الدفع بالمقاصة والدفع باتحاد الديمة .

فإذا كان الحق المحال به قد انقضى بالمقاصة وقبل المحال عليه الحوالة مع علمه بوقوعها (بوقوع المقاصة) فلا يعود في استطاعته التمسك بذلك ودفع مطالبة المحال له عند ما يطالبه بالوفاء . والسبب في ذلك أن قبولة للحوالة مع علمه بالمقاصة يعتبر نزولا منه عن التمسك بها . ولكن له أن يرجع بعد ذلك على المحيل .

وإذا كان المحال عليه وارثا للمحيل وقبل نفاذ الحوالة في حقه مات المحيل وورثه هو (المحال عليه) ، فإذا كانت الحوالة بعوض فأن المحال عليه لا يستطيع أن يدفع مطالبة المحال باتحاد الديمة ، بل عليه أن يدفع مبلغ الحوالة من التركة أولا . والسبب في ذلك أن الحوالة إذا كانت بعوض طبق عليها حكم البيع ، فيلتزم المحيل بالضمان وينتقل هذا الضمان إلى تركته ، والقاعدة، أن لا ترتكأ إلا بعد سداد الديون . أما إذا كانت الحوالة بدون عوض فالمحال عليه يستطيع أن يدفع مطالبة المحال له باتحاد الديمة ، ذلك أن الهبة لا تسم الا بالقبض (١٦٠٣ م) ٠٠

ثانيا - الدفع الخاصة بالمحال له

٥٨٣ — ويقصد بالدفع الخاصة بالمحال له وقوع المقاصة بين الدين المحال به ودين نشأ للمحال عليه في ذمة المحال له . وهل يدخل في هذه الدفع بطلان عقد الحوالة الذي هو سند المحال له ؟ تقضي العبارة الأخيرة من المادة (٣١٢) من القانون المدني المصري (المقابلة للمادة ٣٦٦ مدني عراقي) بأن للمحال عليه أن يتمسك « بالدفع المستمد من عقد الحوالة » . ويضرب الاستاذ السنوري على هذه الدفع مثلا بطلان العقد ، ولكنه يضيف إلى ذلك أن الدفع بطلان يجوز أن يتمسك به كل ذي مصلحة ، وعليه فهذا الدفع لا يرجع إلى قواعد الحوالة بل إلى قواعد بطلان المطلق « إذ يستطيع التمسك بطلان المطلق كل ذي مصلحة » . ويستخرج الاستاذ من ذلك أن النص العراقي خير من النص المصري (١) .

(١) المرجع السابق ، ص ٥٣٣ ، و ٥٣٤ ، هامش رقم ١

حالة الحقوق المتنازع فيها

٥٨٤ — الاصل ان المحال له يستطيع مطالبة المحال عليه بالقيمة الاسمية للحق المحال به ، بعض النظر عن المبلغ الحقيقي الذي دفعه للمحيل . ولكن المشروع استثنى من ذلك حالة الحقوق المتنازع فيها . فإذا كان الحق المحال به متنازعاً فيه بين المحيل والمحال عليه وباعه المحيل من المحال له فالمبلغ الذي يقبضه يكون دائماً اقل من القيمة الحقيقة للحق المحال به . وقد اجاز المشروع للمحال عليه ان يرد للمشتري (المحال له) الثمن الحقيقي الذي دفعه مع النفقات وفوائد الثمن بالسعر القانوني من وقت الدفع . وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٥٩٣) بقولها : « الحق المتنازع فيه اذا نزل عنه صاحبه الى شخص اخر بمقابل فللمتنازل ضده ان يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المشتري الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصاريف وفوائد الثمن بالسعر القانوني من وقت الدفع » . والسبب الذي جعل المشروع يقرر هذا الحكم هو ان شراء الحقوق المتنازع فيها لا يقصد به الا المضاربة التي تقوم دائماً على استغلال حاجة الآخرين ، فاراد ان يسد الطريق على المضاربين فاعطى المدين (المحال عليه) الحق في استرداد الحق المتنازع فيه بعد ان يدفع لمشتريه (المحال له) الثمن الحقيقي الذي دفعه مع فوائده ونفقات العقد .

قىيد : انتفاء فكرة المضاربة

٥٨٥ — ولكن هذا الحق الذي منحه الشارع للمدين مقيد بالحكمة التي من اجلها منحه اياب الا وهي محاربة المضاربة ، فإذا اتفت هذه الحكمة، بان اتفت المضاربة ، فالمدين لا يستطيع استعمال هذا الحق . وقد نصت المادة (٥٩٤) مدنی على حالات لا يستطيع المحال عليه استرداد الحق المتنازع لانتفاء فكرة المضاربة . وهذه الحالات هي :

- أ — « اذا كان الحق داخلا ضمن مجموعة اموال بيعت جزافاً بثمن واحد » . ففكرة المضاربة بعيدة هنا . ذلك ان المشتري لا يشتري الحق المتنازع فيه وحده ، بل يشتريه مع اموال اخرى .
- ب — « اذا كان (الحق) شائعا بين ورثة او ملاك اخرين وباع احدهم نصيه للآخر » . فيبيع الورث حصته لاحد الورثة ، ويبيع المالك حصته لاحد المالكين على الشيوع ، لا يقصد به المضاربة بل التخلص من حالة الشيوع ، والقانون يساعد على التخلص من الشيوع .
- ج — « اذا نزل عنه (عن الحق) مدين لدائنه وفاء للدين المستحق في ذمته » . فالدائن (المحال له) عندما قبل الحوالة ائمه قبلها لاستيفاء ما له بذمة المحيل ولم تكن عنده فكرة المضاربة .
- د — « اذا كان (الحق) يشمل عقاراً ويُبَعَّلْ مِنْ اتَقْلِتَ إِلَيْهِ مُلْكِيَّةِ الْعَقَارِ » . فالغرض من شراء الحق المتنازع فيه هنا هو منع حصول دعوى . فإذا كان زيد يملك عقاراً مرهوناً لدى عمرو بدين متنازع فيه واشتري بكر العقار ، فالعقار ينتقل إليه مثلاً بحق الرهن الذي لعمرو عليه . فإذا اشتري بكر من عمرو الحق المتنازع فيه الذي له (لعمرو) على زيد ، فإن زيد لا يستطيع أن يستعمل حق الاسترداد ضد بكر ، ذلك أن هذا الأخير لم يشتري الحق لاجل المضاربة بل لاجل التخلص من الدعوى .

المبحث الثاني

العلاقة بين المحال له والمحيل

الالتزامات التي تنشئها الحوالة

٥٨٦ — سبق ان رأينا ان الحوالة اما ان تكون بعوض او بغير عوض . فإذا كانت بعوض كانت بيعاً 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 لالتزامات المشتري لالتزامه بدفع الثمن . اما في الهبة فالواهب لا يلتزم بالتسليم ولا بالضمان . ولما كانت الحوالة بعوض بيعاً فالمحيل يلتزم

بالتسليم وبالضمان ، وهذا الالتزام بما اللدان يهمانا هنا . اما التزام الحال له فلا يثير صعوبة ، ذلك ان المحيل لا يوافق ، في الغالب ، على الحالة الا اذا كان قد استوفى حقه . ولما كانت الحالة بغير عوض هبة فالمحيل لا يتلزم بشيء الا اذا اخفي سبب استحقاق الحق الحال به على الحال له فاصاب هذا الاخير ضرر ، فيرجع عليه (على المحيل) بالتعويض . ونعالج كلا من التزام المحيل بالتسليم والتزامه بالضمان في مطلب مستقل .

المطالب الاول

التزام المحيل بالتسليم

تسليم سند الحق ووسائل اثبات هذا الحق

٥٨٧ — الالتزام بالتسليم من اهم التزامات المحيل قبل الحال له . ذلك ان الحالة اذا كانت بعوض ، وهذه هي الحالة الغالبة ، كان حكمها حكم البيع ، المحيل فيه هو البائع ، ولما كان البائع يتلزم بالتسليم فالمحيل في الحالة بعوض يتلزم كذلك بالتسليم . الا ان هناك فرقا بين التزام البائع بالتسليم وبين التزام المحيل به . فالبائع يتلزم بتسليم المبيع ذاته للمشتري ، اما المحيل فيلتزم بتسليم سند الحق ، الا الحق ذاته . ويلتزم المحيل كذلك بان يقدم للحال له الوسائل الازمة لاثبات الحق الحال به ولتتمكنه من الحصول عليه اذا كان غير ثابت بالكتابية . وهذا ما نصت عليه المادة (٣٦٧) من القانون المدني بقولها : « يجب على المحيل ان يسلم الحال له سند الحق الحال به وان يقدم له وسائل اثبات هذا الحق وما هو ضروري من بيانات لتتمكنه من حقه » .

حالة جزء من الحق لا الحق كله

٥٨٨ — واما كان الحق ثابتا في سند واحوال الدائن جزء منه ولم يحوله كله ، صار السند مشتركا بين المحيل وال الحال له ويتمكن عنده ايداعه لدى امين لحسابهما كليهما . ولكن هذه الطريقة غير سلية ولا تفي بالغرض الا اذا اراد الطرفان المطالبة بحقهما في وقت واحد . لذلك جرى العمل على

استبدل سندين يحتوي كل منهما على حق صاحبه بالسند الاصلي (١) .

تسليم السند الذي يثبت التأمينات

٥٨٩ — سبق ان رأينا ان الحق يتنتقل 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 في عقد الحوالة ، الا اذا اتفق على خلاف ذلك .

ومن مقتضى انتقال الحق بصفاته انه اذا كان منتجًا لفوائد فانه ينتقل الى المحال له بهذه الصفة . واذا كان قد اتى 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 فتنقل معه ، ما لم يتفرق على غير ذلك . وتنتقل مع الحق المحال به ايضا كل ميزة اخيرة متصلة به ولو لم تكن من ضماناته . فلو ان مستأجرًا حصل من المؤجر في عقد الایجار على وعد ببيع العين المؤجرة ، ثم نزل المستأجر عن الایجار لآخر ، فالمتنازل له ينتقل اليه حق المستأجر في الایجار ومعه الوعد باليoga الصادر من المؤجر (١) .

انتقال الدعاوى التي تؤكّد الحق دون الدعاوى التي تنافيه

٥٩٠ — قد يكون للمحيل دعاوى يستطيع استعمالها ضد المحال عليه ، فهل تنتقل هذه الدعاوى الى المحال له ؟ يفرق الفقهاء في هذا الباب بين الدعاوى التي ترمي الى تأكيد الحق وتشييته والدعاوى التي ترمي الى القضاء عليه ، ويدهبون الى ان النوع الاول فقط ينتقل الى المحال له اما النوع الثاني فلا ينتقل . ويذربون للنوع الاول مثلا دعوى الفسخ ، وللنوع الثاني دعوى الابطال .

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ج ٧ ، ف ١١٢٥ ، ص ٤٤٥ .

(١) يودري لاكانترى وسینيا ، عقد البيع ، ف ٨١١ ، نقلًا عن السنھوري ، المراجع السابق ، ص ٤٩٧ ، هامش رقم ١ .

١ - دعوى الفسخ

٥٩١ - دعوى الفسخ عبارة عن ضمان للدائن في عقد ملزم للمجانين ،
يستطيع بواسطتها الحصول على حقه بعد أن تعرض للضياع بسبب عدم قيام
المدين بتنفيذ التزامه . ففي البيع مثلاً يستطيع البائع بواسطة هذه الدعوى
استرداد المبيع من المشتري إذا لم يقم هذا بدفع الثمن . فإذا أحال البائع
شخصاً بالشمن الذي له على المشتري ولم يقم هذا بالوفاء في الوقت المعين ،
كان بأمكان المحال له أن يفسخ البيع مكان البائع ويسترد العين المباعة من
المحال عليه .

دعوى الابطال

٥٩٢ - دعوى الابطال في الفقه الغربي مقررة لمصلحة المتعاقدين الذي
كان قاصراً أو كان رضاؤه مشوباً بعيوب عند التعاقد . فإذا أحال البائع شخصاً
بالشمن ثم تبين أنه كان ناقصاً الاهلية أو أن رضاؤه كان معييناً عند التعاقد ،
فالمحال له لا يستطيع اقامة دعوى الابطال لأن هذه الدعوى متعلقة بشخص
المحيل . فإذا كان المحيل عالماً عند الحوالة بسبب البطلان اعتبرت الحوالة
اجازة منه للعقد ، وإذا لم يكن عالماً به فلا يمكن أن تفترض أنه أراد أن
ينقل حقه في ابطال العقد إلى المحال له ، ومن ثم لا تنتقل هذه الدعوى إليه .
هذا ما لم يوجد اتفاق على انتقال هذه الدعوى إليه (١) .

الحق في عدم اجازة العقد الموقوف

٥٩٣ - هذا في الفقه الغربي ، أما في الفقه الإسلامي فالعقد في الحالات
المتقدمة - نقص الاهلية وعيوب الرضا - يكون موقوفاً على الإجازة . فإذا
أحال المحيل حقه مع علمه بسبب التوقف كان ذلك إجازة ضمنية منه للعقد .
اما إذا لم يكن عالماً بسبب التوقف عند الحوالة ثم علم به ، فهل ينتقل حقه
في عدم اجازة العقد إلى المحال له ، وهل يستطيع هو استعمال حقه في عدم
اجازة العقد إذا كان له مصلحة في ذلك ؟ الجواب عن هذا السؤال يكون

(١) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف ١١٢٦ ، ص ٤٤٨ .

بالسلب بالنسبة للمحال له ، فلا يجوز له استعمال حق المحيل في عدم اجازة العقد ما دام المحال عليه مستعدا لان يدفع له الحق المحال به كان اذا ماطل عليه في دفع المحال به كان امامه (امام المحال له) دعوى الفسخ . اما بالنسبة للمحيل فاننا نرى انه يستطيع استعمال حقه في 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 معيلا عند التعاقد بحيث انه غبن فاحشا ، واحال شخصا بالشمن ثم اطلع على سبب توقف البيع واراد استعمال حقه في 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 في 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 — التزام المحيل بضمان الحق المحال به اهم التزاماته جمیعا ، اذ لو لا هذا الحق لما ممكن ان تكون هناك حواله . ودراسة التزام المحيل بضمان هذا تقتضي معرفة الامرين التاليين :

- ١ — ما يضمنه المحيل للمحال له .
 - ٢ — ما يرجع به المحال له على المحيل في الحالات التي يتحقق فيها ضمان المحيل
- ونرى كلاما من ذلك في فقرة مستقلة .

الفقرة الاولى ما يضمنه المحيل للمحال له حالات مختلفة

٥٩٥ — اول ما يضمنه المحيل هو تدعيمه ، سواء كانت الحواله بعوض او

(الموجز ج ٢ - م ٢٠)

بغير عوض ٠ 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 ٠ وادا كانت الحوالة بغير عوض فالنصول القانونية في الحوالة لا تجعل المحيل ضامنا لشيء ، ولكن نصوصا اخرى تجعله مسؤولا عن التعويض اذا تعمد اخفاء سبب استحقاق الحق ، وهذه المسئولية ، او الضمان ، تدخل في نطاق الضمان القانوني ٠ ثم ان هذا الضمان القانوني قد يعدل تشديدا او تخفيفا ، فقد يتافق المتعاقدان على تشديده او تخفيفه ٠ وحكم هذا الاتفاق يختلف في الحوالة بعوض عنه في الحوالة بغير عوض ٠

يخلص لنا مما تقدم ان هناك حالات مختلفة لضمان المحيل ، وهي :
١ - ضمان التعدي ، ٢ - الضمان القانوني في الحوالة بعوض ، ٣ - الضمان القانوني في الحوالة بغير عوض ، ٤ - الضمان الاتفاقي في الحوالة بعوض ، ٥ - الضمان الاتفاقي في الحوالة بغير عوض ٠ ونرى كلا من ذلك على حدة ٠

١ - ضمان التعدي

٥٩٦ - تنص المادة (٣٧١) من القانون المدني بان : « يضمن المحيل تعديه حتى لو كانت الحوالة بغير عوض وحتى لو اشترط عدم الضمان ٠ وضمان التعدي معناه التزام المحيل بعدم القيام باى عمل من شأنه الانتهاص من الحق المحال به او من توابعه ، يستوي في ذلك ان تكون الحوالة بعوض او بغير عوض ٠ فيكون مسؤولا اذا استوفى الحق المحال به بعد الحوالة وقبل صدورتها نافذة في حق المحال عليه ، او تصرف فيه تصرفا مخالف للتصرف الاول ، بان باعه ، او رهنها ، او وهبه ، او احال به شخصا اخر وقام المحال له الثاني باعلان المحال عليه بالحوالة او حصل على قبوله لها ، الخ ٠٠٠

٢ - الضمان القانوني في الحوالة بعوض

٥٩٧ - 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 الحالة بعوض فلا يضمن المحيل الا وجود الحق المحال به وقت الحالة مالم يوجد اتفاق يقضى 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 . فإذا لم يكن الحق موجودا عند الحالة تتحقق الضمان على المحيل . وهو يعتبر كذلك في الحالات التالية :

١ - اذا كان قد اقضى باحد اسباب الاقضاء ، كالتقادم والابراء والمقاصة والوفاء والتجديف ، الخ . او اذا كان احد دائني المحيل قد اوقع عليه حجزا .

٢ - 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 - اذا كان ناشئا عن التزام تخيري الخيار فيه للمحال عليه وهكذا احد الاشياء محال الالتزام بخطأ الدائن (المحيل) واختار المدين (المحال عليه) الشيء الذي هلك . ذلك ان المحال عليه اذا اختار الشيء الذي هلك بخطأ المحيل اقضى التزامه وزال ، وبالتالي ، الحق المحال به .

ضمان وجود توابع الحق المحال به

٥٩٨ - والضمان القانوني الذي يقع على عاتق المحيل بوجود الحق المحال به يقتضي التزام المحيل بضمان وجود توابع هذا الحق والتي تستقل معه من غير حاجة الى نص في عقد الحالة ، كالرهن والكفالة وحق الامتياز . لا يقتضي ان يكون ضامنا لكافية هذا التأمين . فهو لا يضمن كفاية الرهن ولكن ضمان المحيل لوجود التأمين ، أي الرهن او الامتياز او الكفالة ، او الامتياز ولا ملأة الكفييل .

٥٩٩ - وضمان المحيل لوجود الحق المحال به وتواضعه ائما ينصب على وجود هذا الحق وتواضعه عند انعقاد الحالة ، فإذا كان موجودا في هذا الوقت وسقط بعد ذلك بدون خطأ من المحيل فلا رجوع للمحال له بشيء عليه (على

المحيل) . فإذا كان التقادم قد بدأ يسري على الحق المحال به قبل الحوالة واستمر في سريانه بعدها حتى أكتمل وسقط فلا رجوع للمحال له على المحيل بشيء ، فالحق كان موجوداً عند صدور الحوالة ولم يسقط بخطأ المحيل ، بل بخطأ المحال له .

٣ - الضمان القانوني في الحوالة بغير عوض

٦٠٠ - إذا كانت الحوالة بغير عوض ، أي تبرعاً ، فلا يضمن المحيل وجود الحق المحال به (٢٣٦٨م) ، وإذا لم يحصل المحال له على شيء من المحال عليه فلا رجوع له على المحيل بشيء لأنه لم يدفع شيئاً فيرجع به عليه .
وإذا وجد اتفاق يقضي برجوع المحال له على المحيل عند عدم حصوله على شيء من المحال عليه كان الاتفاق باطلاً لمخالفته للمادة (٣٧٠) التي لم تجز رجوع المحال له على المحيل باكثر مما دفعه له ، وفي الحوالة بغير عوض لم يدفع هو للمحيل شيئاً . فقد نصت هذه المادة على أنه : « إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين فلا يلزم المحيل إلا برد ما أخذه من المحال له مع الفوائد والمصروفات حتى لو وجد اتفاق يقضي برد أكثر من ذلك » .

قيد : عدم تعمد المحيل أخفاء سبب الاستحقاق على المحال له

٦١٤ - ولكن هذا الحكم لا يمكن قبوله على إطلاقه . فهناك المادة (٦١٤) مدنية التي تقتضي بأنه : « ١ - لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب إلا إذا تعمد أخفاء سبب الاستحقاق أو إلا إذا كانت الهبة بعوض ، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض . كل هذا ما لم يتحقق على غيره ٢ - وإذا استحق الموهوب حل الموهوب لمحل الواهب فيما له من حقوق ودعوى » . فبمقتضى الفقرة الأولى من هذه المادة لا يضمن الواهب في الهبة بدون عوض استحقاق الموهوب إلا إذا تعمد أخفاء سبب الاستحقاق ، فإذا تعمد ذلك كان ضامناً . ولما كانت الحوالة بدون عوض هبة فإن هذه الأحكام تنطبق عليها . فإذا تعمد المحيل في هذا النوع من الحوالة أخفاء سبب استحقاق

الحق المحال به على الحال له كان ضامناً

٦٠٢ - ويلاحظ هنا ان في نص الفقرة الاولى من المادة (٦١٤) المتقدمة نقصاً . فهي قد نصت على ضمان الواهب استحقاق المohoب اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، ولكنها لم تبين ما يضمنه الواهب ، هل يضمن قيمة المohoب او يلزم بتعويض المohoب له عن الضرر الذي اصابه نتيجة استحقاق المohoب ؟ نص الفقرة الاولى من المادة (٤٩٤) من القانون المدني المصري (المقابلة للفقرة الاولى من المادة ٦١٤ مدني عراقي) على زيادة غير موجودة في النص العراقي . فقد اضاف النص المصري ما يلي : « وفي الحالة الاولى يقدر القاضي للمohoب له تعويضاً عادلاً عما اصابه من الضرر » . وقد كان على المشرع العراقي ان يضيف هذا الحكم الى الفقرة الاولى من المادة (٦١٤) ، فمن الضروري جداً تحديد مسؤولية الواهب (المحيل) في هذه الحالة ومقدار الضمان الذي يلزم به . ونحن نرى امكان الاخذ بما جاء في القانون المدني المصري من زيادة ولو لم ينص عليه القانون المدني العراقي ، ذلك ان هذه الزيادة عبارة عن تطبيق للقواعد العامة في المسؤولية . فيمقتضى النص المصري يحكم للمohoب له (الحال له) بدون عوض تعويض اعادل عن الضرر الذي اصابه نتيجة استحقاق المohoب اذا تعمد الواهب اخفاء سبب الاستحقاق . والضمان الذي يقع على الواهب هنا مصدره الخطأ فالمسؤولية تقصيرية لا تعاقدية . وبناء عليه يجب على المohoب له بدون عوض (الحال له بدون عوض) ان يثبت الضرر الذي اصابه وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ، وعندئذ تتحقق مسؤولية الواهب ، او المحيل بدون عوض .

٦٠٣ - ويلاحظ هنا ايضاً ان الضمان في الحالة غير عوض (او الهبة بغير عوض) قد يكون اكبر من الضمان في الحالة بعوض (او الهبة بعوض) . ذلك ان الحالة اذا كانت بعوض فالحال له لا يرجع على المحيل الا بما اداه مع فوائده والمصروفات التي تحملها . فإذا كان الثمن الذي دفعه للمحيل

زهيدا فانه لا يستطيع الرجوع على المحيل باكثر مما دفعه له ، اما في الحالة بدون عوض فالمحيل يكون مسؤولا عن تعويض الضرر الذي اصاب الحال له ، وقد يكون هذا الضرر كبيرا ، ولكن الذي يبرر هذا الفرق بين الحالتين ان المسؤولية في الحالة بدون عوض تقصيرية، اما في الحالة بعوض فتعاقدية . وقد سبق ان رأينا ان التعويض في المسؤولية التعاقدية لا يتجاوز الضرر المباشر المتوقع ، اما في المسؤولية التقصيرية فيشمل الضرر المباشر كله ، متوقعا كان او غير متوقع .

٤ - الضمان الاتفافي في الحالة بعوض

٦٠٤ - يستطيع المحيل والمحال له الاتفاق على شروط تعديل من احكام الضمان القانوني . وهذه الشروط اما ان تخفف من هذا الضمان او تشدد منه . ونرى كلاما من ذلك على حدة .

أ - الشروط المخففة لضمان المحيل

٦٠٥ - يستطيع المحيل ان يستطرد عدم ضمان وجود توابع الحق الحال به والتي تنتقل معه بدون حاجة الى نص بذلك في عقد الحالة ، كالرهن والامتياز والكفالة . فإذا 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 يستطرد المحيل عدم ضمان وجود الحق الحال به ذاته . ويقع ذلك غالبا اذا كان المحيل غير متأكد من ان الحق الذي يحوله يعود له ، او كان غير متأكد من وجود الحق الحال به . وهذا الشرط صحيح وملزم للحال له . ذلك ان الخطير الذي يتعرض له هذا الاخير له ما يقابلها عادة ، اذ يغلب في مثل هذه الاحوال ان يكون الثمن الذي يدفعه للمحيل بخسا يقل كثيرا عن قيمة الحق الحال به .

حالتان

٦٠٦ - هذا ولمعرفة مدى عدم التزام المحيل بالضمان يجب التمييز بين حالتين :

١- ان يكون الحق المحال به موجودا ولكن تملك المحيل له غير مؤكدا

٢- ان يكون الحق المحال به غير مؤكدا الوجود °

الحالة الاولى - الحق المحال به موجود ولكن تملك المحيل له غير مؤكدا

٦٠٧ - قد يكون الحق المحال به موجودا ولكن المحييل 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 (المحييل) 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 - الحق المحال به غير مؤكّد الوجود
٦٠٨ - وقد يكون الحق المحال به غير مؤكّد الوجود ولا ينسلّ المحيل
إلى المحال له الا الدعوى التي يملكونها ضدّ المحال عليه . في مثل هذه الحالة
تكون الحوالة بيعاً للحقوق المتنازع فيها ، وهي جائزة وفقاً للمادة (٥٩٣) .
التي سبق ان رأيناها (ف ٥٨٤) . والعقد يكون في هذه الحالة احتمالياً .
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 في التركة قبل ان يثبت نسبة من المتوفى فثبتت له صفة
الوارث ويشترط عدم الضمان اذا لم تثبت له هذه الصفة ولم يحصل المحال
له على شيء . وشرط عدم الضمان في هذه الحالة صحيح ويعفي المحيل من
د الشمن الذي قضى من المحال له ومن ردّ فوائده اذا لم يحصل المحال

له على الحق المحال به (١) . وقد اجازت هذا النوع من الاتفاقيات الفقرة الاولى من المادة (٣٦٨) في عبارتها الاخيرة . فمفي بعد ان نصت على عدم ضمان المحيل في الحالة بعوض الا وجود الحق المحال به اضافت : « ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » .

ب - الشروط المشددة لضمان المحيل

٦٠٩ - والشروط المشددة يشترطها المحال له على المحيل ليشدد من ضمانه . فقد سبق اذ 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 .

فاما اشتراط المحال لهذا الشرط فالمحيل لا يضمن اليسار المحال عليه وقت ابرام الحالة ، الا اذا اشتراط المحال له صراحة ان يضمن المحيل يسار المحال عليه في المستقبل . وهذا ما نصت عليه المادة (٣٦٩) مدنی بقولها : « اذا ضمن المحيل يسار المحال عليه فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحالة ما لم يتتفق على غير ذلك » .

٥ - الضمان الاتفاقي في الحالة بغير عوض

٦١٠ - سبق ان رأينا الفقرة الاولى من المادة (٦١٤) المتعلقة بالمهنة تقضي بعدم ضمان الواهب استحقاق الموهوب الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق او كانت المهمة بعوض ، وتضيف هذه الفقرة الى ذلك : « كل ذلك ما لم يتتفق على غيره » . ولما كانت الحالة بغير عوض هبة فالعبارة المقدمة تنطبق عليها . ويترب على ذلك جواز اشتراط المحال له في الحالة بغير عوض الرجوع بالتعويض على المحيل اذا لم يحصل على شيء من الحال

(١) ومما يقع في العمل من الحالات التي يشترط فيها عدم الضمان ان السنديك او المصفى ، بعد ان يستوفي الحقوق الثابتة والحقوق التي يسهل استيفاؤها ، يبيع الحقوق الاخرى جملة واحدة مع اشتراط عدم الضمان (بودري لا كانترى وسينيا ، ف ٨٢٧) ، نقلًا عن السنورى ، المرجع السابق ، ص ٥٠٧ ، هامش رقم ١ .

عليه ، اما لعدم وجود الحق المحال به او لاستحقاقه ، وفي هذا تشديد للضمان القانوني الوارد في المادة (٦١٤) بشأن الهبة . فالواهب لا يضمن ، كما رأينا ، الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق او كانت الهبة بعوض . وباشتراط الموهوب له بدون عوض (او المحال له بدون عوض) ضمان الواهب (او المحيل) ولو لم يتمتد اخفاء سبب الاستحقاق يكون قد شدد من الضمان القانوني . ولكن ما هو مقدار التعويض الذي يستحقه المحال له بغير عوض في هذه الحالة ؟ ان تطبيق القواعد العامة في هذا الباب يتقتضي الا يتجاوز في التعويض مقدار الضرر الذي اصاب المحال له ، فاذا تجاوزه كان الرائد 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 اخفي غشها عدم وجود الحق . ذلك ان المسؤولية هنا تقديرية وهذه لا يجوز الاتفاق على استبعادها (١) .

الفقرة الثانية

ما يرجع به المحال له على المحيل

المبدأ العام

٦١١ - اذا تحقق ضمان المحيل وثبت للمحال له الرجوع عليه فان اقصى ما يرجع به هذا هو ما دفعه مع فوائده من يوم الدفع وما تكلفة من تفقات في ابرام عقد الحوالة وفي مطالبة المحال عليه وفي الرجوع على المحيل . والمحيل ملزم برد كل ذلك ، سواء كان الضمان قانونيا او اتفاقيا . وقد نصت على ذلك المادة (٣٧٠) مدنی 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 اكثـر 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 — ولا يجوز ان يشترط المحال له الرجوع على المحيل باكثر مسا
دفعه . فالمادة (٣٧٠) المتقدمة قد منعت ذلك ، ونصها من النصوص
الآمرة التي لا يجوز الانفاق على ما يخالفها . والسبب الذي دفع المشرع الى
تقرير هذا الحكم هو ان بيع الحق باقل من قيمته يتضمن المضاربة دائمًا .
فالمشتري عندما يشتري الحق باقل من قيمته يعلم مقدمًا انه معرض لعدم
الحصول على الحق الذي يشتريه ، اي الحق المحال به . فاذا اطمأن مقدمًا الى
انه اذ لم يحصل على الحق المحال به فإنه 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 تكبدها .

اعسار المحال عليه جزئيا

٦١٣ — 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 بثلاثين ، 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 — ان يرجع المحال له على المحيل بـ (٢٥٠) ، لأن 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 — ان يرجع المحال له على المحيل بـ (٥٠) ، وذلك لانه سبق ان
استوفى (٢٥٠) من اصل ما دفعه للمحيل ومقداره (٣٠٠) . فبرجوعه على
المحيل بـ (٥٠) يكون قد استوفى ما دفعه ولا يكون قد استوفى اكبر مما
دفعه ، ولا يكون بذلك قد خالف المادة (٣٧٠) .

٣ — ان يقسم الحق المحال به قسمة تناسبية بين ما دفعه المحال له الى

المحيل وبين القيمة الحقيقة للحق المحال به . فلما كان الحق المحال به (٥٠٠) ، ولما كان المحال له قد دفع (٣٠٠) ، اي ثلاثة اخمس الحق ، فإنه يرجع على المحيل بثلاثة اخمس الباقي . ولما كان قد قبض (٢٥٠) من اصل الحق المحال به فالباقي (٢٥٠) ، وثلاثة اخمس هذا المبلغ تساوي (١٥٠) ، فيرجع المثل له على المحيل بهذا المبلغ . وقد انقسم الفقهاء بين الرأيين الثاني والثالث . ونحن نؤثر الرأي الثاني ، لانه لا يساعد المحال له على الحصول على اكثر مما دفعه الى المحيل .

المبحث الثالث

العلاقة بين الحال عليه والمحل

فترة ایان

٦١٤ — يجب التمييز ، في العلاقة بين المجال له والمجال عليه ، وبين فترتين : الفترة السابقة على نفاذ الحوالة في حق المجال عليه ، وال فترة اللاحقة لهذا النفاذ .

١ - الفترة السابقة لتنفيذ الحوالة في حق الحال عليه

٦١٥ - يبقى المحيل ، قبل تقاد الحوالة في حق المجال عليه بالإعلان او القبول ، هو الدائن للمجال عليه . فيستطيع التصرف بالحق المجال به بجميع انواع التصرفات . فله ان يستوفيه منه ، وان يقضيه باحد اسباب القضاء الالزام . ويستطيع دائن المحيل الحجز على الحق المجال به . وفي المجال عليه الحق الى المحيل برئت ذمته . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣٧٢) بقولها : « تبرأ ذمه المجال عليه اذا لم يقبل الحوالة ووفي الدين للمحيل قبل ان يعلن بها » .

استثناء : علم المحال عليه بالحالة عند الوفاء

٦٦٦ - ولكن اذا كان المحال عليه بعلم بصدور الحوالة وقام مع ذلك بالوفاء للمحيل فان ذمته لا تبرأ بهذا الوفاء . ذلك ان قيامه بالوفاء للمحيل

مع علمه بالحالة يعتبر توافقاً منه مع المصلحة على الاضرار بالمحال له .
وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة (٣٧٢) المتقدمة التي
قضت بأنه : « ومع ذلك لا تبرأ ذمته بهذا الوفاء اذا اثبت المحال له انه كان
يعلم وقت الوفاء بصدور الحالة » . فالوفاء يعتبر في هذه الحالة قائماً
على الغش ، والغش ، كما نعلم ، يفسد كل شيء .

٢ - الفترة اللاحقة لنفاذ الحالة في حق المحال عليه

٦١٧ - وبعد نفاذ الحالة في حق المحال عليه ، بالاعلان او القبول ،
تنقطع العلاقة التي كانت تربطه بالمصلحة وتنشأ علاقة جديدة تربطه بالمحال له ،
ويصبح المحال له هو الدائن للمحال عليه بدلاً من المصلحة . فلا يعود في استطاعة
المصلحة مطالبة المحال عليه بالدين ولا التصرف به ، كما لا يعود بإمكان المحال
عليه الوفاء للمصلحة ، واذا وفاه لم تبرأ ذمته ويجب عليه الوفاء مرة ثانية
للمحال له . وتنتقل للمحال له جميع الحقوق التي كانت للمصلحة والدفوع
التي كان بإمكان المحال عليه التمسك بها ضد المصلحة ، ماعدا الدفع الشخصي
البختي ، وذلك على النحو الذي سبق ان رأينا في محله .

المبحث الرابع

العلاقة بين المحال له والغير

تحديد معنى الغير

٦١٨ -- سبق ان حددنا معنى الغير في حالة الحق بأنه كل من اكتسب
على الحق المحال به حقاً يتعارض وحق المحال له . وهذا الغير ، كما سبق
ان رأينا ، اما ان يكون محالاً له ثانياً او دائناً للمصلحة او يقع حجزاً على
ما لمدينه (المصلحة) لدى شخص ثالث (المحال عليه) . وهناك طائفة اخرى من
الغيرهم دائنو المصلحة اذا اعلن افلاسه او اعساره . وقد سبق ان رأينا انه لكي
تكون الحالة نافذة في حق الغير يجب ان تكون قد اعلنت للمحال عليه بالطريق
الرسمي ، او ان يكون قد قبلها قبولاً ثابتاً التاريخ . والمشاكل التي تشيرها

العلاقة 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 - تزاحم المحال له واحد دائنني المحيل المفلس او المعاشر

٦١٩ - لا تشور صعوبة بالنسبة لتزاحم دائنني المحيل المفلس او المعاشر مع المحال له . فإذا احال الدائن حقه ، وقبل ان تصبح الحوالة نافذة في حق الغير (بالاعلان او القبول) اعلن افلاسه او اعساره . في هذه الحالة يصبح دائنون 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 . والقواعد العامة في هذا الباب ان اعلان الافلاس او الاعسار يغل يد المدين عن التصرف بامواله وادارتها . فإذا لم تكن الحوالة قد نفذت في حق الغير حتى اعلان الافلاس او الاعسار فان الحوالة لا تنفذ في حق الدائنين لأنهم يعتبرون من الغير . وفي هذه الحالة يدخل الحق المحال به في مجموع اموال المدين ويتقاسمه الدائنوون والمحال له قسمة غراماء .

٢ - تزاحم المحال له مع محال له ثان

٦٢٠ - ولا تشور صعوبة كذلك بالنسبة لتزاحم المحال له مع محال له ثان . فمن من المحال لهما ، الاول والثاني ، قام قبل الآخر باعلان الحوالة الى المحال عليه او حصل على قبولة لها قبولا ثابتا التاريخ يفضل على الآخر . وقد نصت على هذا الحكم المادة (٣٧٣) مدنی بقولها : « اذا تعددت الحوالة بحق فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حقه » . ويمكن الوصول الى هذا الحكم بتطبيق القواعد العامة في الخلف الخاص .

٣ - تزاحم المحال له مع دائن حاجز

٦٢١ - وتشور الصعوبة عند تزاحم المحال له مع دائن حاجز . فإذا احال الدائن حقه وقبل ان تصبح الحوالة نافذة في حق الغير اوقع احد دائنني المحيل حجزا على الحق المحال به ، فهل يستبد الدائن الحاجز بالملبغ كله او يشاركه فيه المحال الذي لم يقدم بما يلزم لجعل لحوالة نافذة في حق الغير ؟

تفضي الفقرة الاولى من المادة (٣٧٤) مدنی بانه : « اذا حجز الحق وهو في يد المحال عليه قبل ان تصبح الحوالة نافذة في حق الحاجز كانت الحوالة بمثابة حجز اخر » . وبمقتضى هذا النص تعتبر الحوالة حجزا ، فيشتراك الدائن الحاجز مع المحال ويقتسمان الحق قسمة غرماء . فإذا كان حق الحاجز (٤٠٠) والحوالة بـ (٦٠٠) وما للمحيل على المحال عليه (٨٠٠) ، فإن الحاجز والمحال له يقتسمان مبلغ الـ (٨٠٠) قسمة غرماء ، فيأخذ الدائن الحاجز خمسيني المبلغ اي (٣٢٠) ، ويرث المحال له ثلاثة اخماسه ، اي (٤٨٠) .

التراحم بين دائن حاجز ومحال له ودائن حاجز ثان

٦٢٢ — وهناك صورة اخرى ثار بشأنها خلاف كبير في فرنسا وتشعبت بشأنها اراء الفقهاء واحكام المحاكم ، وهي حالة ايقاع حجز ثان بعد صدوره الحوالة نافذة في حق الغير . مثال ذلك ما اذا احال دائن حقه ، وقبل ان تصبح الحوالة نافذة في 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 في هذه الحالة ، هل يقسم 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 المدنی العراقي . ولكن قبل ان نستعرض هذه الاراء نذكر القاعدتين التاليتين :

- ١ — يعتبر الدائنون الحاجزوں في درجة واحدة ، ولا يفضل بعضهم على بعض حتى لو كان حجزه سابقا في التاريخ على حجز غيره .
- ٢ — اذا تقدت الحوالة في حق الغير (بالاعلان او القبول) فالمحال له يستقل بالحق المحال به ولا يشاركه فيه من يأتي بعده من الدائنين الحاجزين او المحال له——

الرأي الاول - بطلان الحجز الثاني وتقسيم الحق بين الحاجز الاول والمحال له

٦٢٣ — يذهب انصار هذا الرأي الى ان الحجز الثاني ما دام قد جاء

بعد ان اصبحت الحوالة نافذة في حق الغير فانه يعتبر باطلاً • وعليه فلا يستطيع الحاجز الثاني ان يشترك في قسمة الدين • ويترتب على ذلك ان الحق يقسم بين الحاجز الاول والمحال له قسمة غرماء ، كما رأينا في المادة (٣٧٤) • ويعرض على هذا الرأي انه يفضل الحاجز الاول على الحاجز الثاني ، وهذا يخالف القاعدة التي قررناها من ان الدائنين يعتبرون في درجة واحدة ولا يفضل احدهم على غيره ولو كان حجزه سابقاً في التاريخ على حجز غيره من الدائنين •

الرأي الثاني - مشاركة الحاجز الثاني للحاجز الاول وعندهم مشاركته للمحال له

٦٢٤ — ويدعوه انصار هذا الرأي الى انه لما كان الدائنين الحاجزون يعتبرون في 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 لو لا اهمال هذا الاخير لحصل الحاجز الاول على حقه كاملاً •

الرأي الثالث - اعتبار الحوالة بمثابة حجز

٦٢٥ — سبق ان رأينا الفقرة الاولى من المادة (٣٧٤) تقرر انه : «اذا حجز الحق وهو في يد المحال عليه قبل ان تصبح الحوالة نافذة في حق الحاجز كانت الحوالة بالنسبة للحاجز بمثابة حجز اخر» ، وبمقتضى هذا النص تعتبر الحوالة بمثابة حجز • ولما كنا قد قررنا ان الدائنين الحاجزين يعتبرون في درجة واحدة ، فالحق يقسم بين الحاجز الاول والمحال له وال الحاجز الثاني قسمة غرماء • ويعرض على هذا الرأي انه يجعل الحاجز المتأخر يزاحم المحال له بعد اصبحت الحوالة نافذة ، وهذا لا يجوز وفقاً للقواعد التي قررناها •

الرأي الرابع - تقسيم الحق بين الحاجز الاول والمحال له وال الحاجز الثاني ثم تكملة قيمه الحوالة من حصة الحاجز الثاني

٦٢٦ — وبمقتضى هذا الرأي يقسم الحق المحال به بين الحاجز الاول والمحال له وال الحاجز الثاني قسمة غرماء ، ثم يؤخذ من حصة الحاجز الثاني ما

يكمل به المحال له قيمة الحوالة . فإذا كان الحق المحال به (٣٠٠٠) وحق الحاجز الاول (١٥٠٠) وحق الحاجز الثاني (١٥٠٠) ، فإنه يقسم بين الجميع قسمة غرماء فیأخذ 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) فإن 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 شيئاً . وهذا الرأي هو الذي اخذ به القانون المدني العراقي . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٣٧٤) على انه : « وفي الحالة المنصوص عليها في الفقرة السابقة اذا وقع حجز ثان بعد ان أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير فان الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والجائز 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 ، ولا صاب الحاجز الاول (١٠٠٠) بدلا من (٧٥٠) والمحال له (٢٠٠٠) بدلا من (٢٢٥٠) .

وهناك حلول فقهية أخرى نعرض عن ذكرها هنا اكتفاء بما تقدم
ووما يجب ملاحظته ان كلا من الحلول المتقدمة يضطر في النهاية الى التضحية
بأحد الاشخاص ، ولا يوجد من بينها حل يحقق العدالة المطلقة بين الجميع .
٦٢٧ – الى هنا ننتهي من الكلام عن حوالات الحق ، وبذلك ننتهي من
الكلام عن انتقال الالتزام . وتنقل الان الى الكلام عن انقضاء الالتزام ،
وهو موضوع الباب الرابع من هذا الكتاب .

الباب الرابع

انقضاء الالتزام

EXTINCTION DES OBLIGATIONS

تمهيد

طرق انقضاء الالتزام

٦٢٨ — هناك عدة طرق ينقضي بها الالتزام ويختفي من الوجود ، وهناك تقسيمات عديدة يقسم بها الفقهاء هذه الطرق . ولكننا سنتبع التقسيم الذي أخذ به القانون المدني العراقي .

يقسم القانون المدني العراقي طرق انقضاء الالتزام الى ثلاثة أقسام : الوفاء ، وما يعادل الوفاء ، وبدون وفاء ولا بما يعادل الوفاء . ونرى كلا من ذلك على حدة .

القسم الاول - الوفاء

٦٢٩ — بالوفاء ينقضي الالتزام بتنفيذ عينا . فإذا كان محل الالتزام عملا قام به المدين ^١ وإذا كان امتناعا امتنع عنه ، وإذا كان تسليم شيء سلمه ، وهكذا ، الخ . والوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام ، بغض النظر عن مصدره الذي انشأه واعطاه قوته الملزمة .

القسم الثاني - ما يعادل الوفاء

٦٣٠ — وهنا ينقضي الالتزام لا بقيام المدين بتنفيذ ما التزم به عينا ، بل بشيء اخر يساويه ويعادله . ويشمل هذا القسم الطرق التالية : ١ - الوفاء بمقابل ، ٢ - التجديد ، ٣ - المقاضة ، ٤ - اتحاد الذمة .

القسم الثالث - انقضاء الالتزام بدون وفاء ولا بما يعادل الوفاء

٦٣١ — وقد ينقضي الالتزام من غير ان يوفي به المدين ، ومن غير ان يحصل الدائن على ما يعادل الوفاء . ويشمل هذا القسم الطرق التالية : ١ - الابراء ، ٢ - استحالة التنفيذ بسبب اجنبي ، ٣ - التقاضي المسقط .

انقضاء الالتزام وزوال العقد الذى انشأه

٦٣٢ — وتبه هنا الى وجوب عدم الخلط بين انقضاء الالتزام باحد الطرق المتقدمة وزوال العقد الذى انشأه . فالالتزامات التعاقدية تزول اذا زال العقد الذى انشأها . وقد سبق ان رأينا عند الكلام عن نظرية العقد(١)، ان العقد يزول بالابطال والفسخ والاقالة والالغاء ، وكذلك بعدم اجازته اذا كان موقوفا . فإذا زال العقد زال بأثر رجعي الى حين نشوئه . ويترتب على ذلك زوال الالتزامات التى انشأها ، فتعتبر كأن لم تكن منذ الابداء .

خطة البحث

٦٣٣ — تكلم القانون المدنى资料 عن انقضاء الالتزام في ثلاثة فصول، خصص الاول للوفاء ، والثانى لما يعادل الوفاء ، والثالث لانقضاء الالتزام دون ان يوفي به . ونحن تتبعه في 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 الاختياري

٦٣٤ — الوفاء ، كما قلنا ، هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام وزواله ، وهو قيام المدين بتنفيذ ما التزم به عيناً . فهو والتنفيذ العيني الاختياري اذن شيء واحد . وعليه فالمعنى القانوني له اوسع من معناه اللغوي الذي ينصرف عادة الى دفع مبلغ من النقود .

ولما كان الوفاء والتنفيذ العيني الاختياري شيئاً واحداً فقد عالجته بعض القوانين المدنية الحديثة ، كقانون الالتزامات السويسري ، عند الكلام عن تنفيذ الالتزام لا عند الكلام عن انقضائه . ولكن هناك امور في الوفاء لا يمكن معالجتها عند الكلام عن تنفيذ الالتزام ، كأطراط الوفاء ، ولمن يكون الوفاء ، ومن يقوم بالوفاء ، الخ... وذلك بالرغم من اتحاد الوفاء والتنفيذ العيني في الجوهر .

النکیف القانونی للوفاء

٦٣٥ — الرأى السائد فقها وقضاء يذهب الى ان الوفاء عمل قانوني من جانبيه . وبعبارة اخرى هو اتفاق بين الدائن والمدين ، فيجب ان تتوافر فيه الشروط العامة اللازم توافرها في كل اتفاق من تراض ومحل وسبب . و اذا امتنع الدائن عن قبوله اجبر عليه عن طريق العرض والايذاع ، وعندئذ يصبح عملاً قانونياً من جانب واحد ، اي اراده منفردة هي اراده المدين وحده .

ونحن نرى ان التوفاء 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 وتفاذه ، فيتم بارادة المدين وحده . فإذا قبل الدائن الوفاء ابتداء فان هذا القبول لا يغير شيئاً من طبيعة العمل الذى يقوم به المدين ، الا وهو الوفاء . فقد كان بامكانه ان يستغنى عن هذا القبول اذا رفضه الدائن .

خطة البحث

٦٣٦ — بعد هذه الكلمة الموجزة عن الوفاء وطبيعته ، تتكلم عنه في اربعة فروع ، نخصص الاول لاطرافه ، والثاني لمحله ، والثالث لزمانه ، والرابع لمكانه وفققاته ، وذلك على النحو الذى سار عليه القانون المدنى . اما اثبات الوفاء فنعالجها عند الكلام عن اثبات الالتزام ، وذلك في الباب الخامس والأخير من هذا الكتاب .

الفرع الاول

طرف الوفاء

الموف والموف له والغير

٦٣٧ — طرفا الوفاء هما الموفى والموفى له . والاصل ان المدين هو الذى يقوم بالوفاء ، ولكن قد يقوم به شخص اخر . والاصل كذلك ان يكون الوفاء للدائن ، ولكن قد يكون لشخص اخر غيره . وعليه فانتا تقسم هذا الفرع الى مبحثين ، نرى في الاول من يقوم بالوفاء ، وفي الثاني من يكون الوفاء .

(١) من هذا الرأى : دى باج ، ج ٣ ، ف ٣٩٦ .

المبحث الأول

من يقوم بالوفاء

(اللوфи SOLVENTS)

الوفاء البسيط والوفاء مع الحلول

٦٣٨ — 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 هي دعوى الوكالة او دعوى الكسب دون سبب ، او بالدعوى اتى كانت للدائن ضد المدين . فاذا قام بالوفاء المدين ، او شخص اخر ليس له الرجوع على المدين ، او كان له الرجوع ولكن بالدعوى الشخصية ، سمي الوفاء بـ «الوفاء البسيط» . واذا قام به شخص اخر غير المدين وكان له الرجوع على المدين بالدعوى التي كانت للدائن ضد هذا الاخير سمي بـ «الوفاء مع الحلول» . ونرى كلا من الوفاء البسيط والوفاء مع الحلول في مطلب مستقل .

المطلب الأول

الوفاء البسيط

الوفاء من قبل المدين او نائبه او شخص ثالث

٦٣٩ — الاصل ان المدين ، او نائبه ، هو الذى يقوم بالوفاء ، لانه هو الملزם به . ويمكن ان يقوم بالوفاء كذلك شخص اجنبي بامر المدين او بدون امره ، ولو لم تكن له مصلحة في الوفاء . ولا يستطيع الدائن ان يرفض الوفاء الذى يقوم به شخص اجنبي الا اذا كانت شخصية المدين محل اعتبار عند نشوء الالتزام . والاجنبي الذى يقوم بالوفاء بدلا من المدين قد تكون له مصلحة في ذلك ، كالكفيل . وللدائن ان يرفض الوفاء الصادر من اجنبي

لا مصلحة له في الوفاء اذا اعترض المدين على ذلك وبلغ الدائن اعتراضه . وقد نصت على ذلك كله المادة (٣٧٥) مدنی بقولها : « ١ - يصح وفاء الدين من المدين او نائبه ويصح وفاؤه من اي شخص اخر له مصلحة في الوفاء كالكفيل والمدين المتضامن مع مراعاة ما جاء في المادة (٢٥٠) ٢ - ويصح ايضا وفاء الدين من اجنبى لا مصلحة له في الوفاء بأمر المدين او بغير امره . على انه يجوز للدائن ان يرفض الوفاء من الغير اذا اعترض المدين على ذلك وبلغ الدائن هذا الاعتراض » (١) .

شروط صحة الوفاء

٦٤٠ - سبق ان قلنا ان الوفاء عمل قانوني . ويتطلب على ذلك انه يشترك لصحته وتقاضاه ان تتوافق في الموفى الاهلية الالزمة 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 يتشرط لصحة الوفاء وتقاضاه توافر الشروط الثلاثة التالية :

- ١ - ان يكون الموفى مالكا لما يدفعه للدائن .
- ٢ - ان يكون الموفى اهلا للتصرف بالمال الموفى به .
- ٣ - الا يؤدي الوفاء الى الاضرار ببقية دائني المدين . ونرى كلام من هذه الشروط على حدة .

الشرط الاول ملكية الموفى لما يدفعه للدائن

٦٤١ - اذا لم يكن الموفى مالكا لما اوفي به كان الوفاء باطلًا يمكن الطعن فيه . وقد نصت على ذلك المادة (٣٧٦) مدنی بقولها : « يتشرط لتنفيذ وفاء الدين والبراءة منه ان يكون الدافع مالكا لما دفعه ، فأن استحق بالبينة

(١) يلاحظ على هذه المادة ان فقرتها الاولى مثلت لـ « اي شخص له مصلحة في الوفاء » بالكفيل والمدين المتضامن . وهذا غير دقيق . فالمدين المتضامن مدين اصلى ، وفي درجة واحدة من المديونية مع المدين المتضامن الآخر ، بينما الكفيل لا يزيد عن كونه مدينًا تبعيا .

واخذه صاحبه او هلك واخذ بدله فللدائن الرجوع بدينه على غريميه » .
ويستطيع الطعن في هذا الوفاء كل من الدائن والموفى ومالك الشيء .

٦٤٢ — فيستطيع الدائن ان يطعن في صحة الوفاء وان يطلب الوفاء
مرة ثانية ، بعد ان يرد ما استلمه . والسبب في اعطائه حق الطعن في الوفاء
هو انه يكون معرضاً للدعوى الاستحقاق التي قد يقيمها عليه المالك الاصلى .
وقد يستطيع الدائن ان يتملّك الشيء الموفى به بالتقادم او بقاعدة « الحيازة
في المنقول سند الملكية » ولكنّه يأبى ذلك لان ضميره لا يطاوّعه عليه ، فلا
يسكن اجراره على قبول هذا الوفاء .

٦٤٣ — ويستطيع الموفى كذلك ان يطعن في صحة الوفاء ، بشرط ان
يعرض على الدائن الوفاء بشيء اخر يملكه . قد يقال ان بامكان الدائن ان
يرد مطالبة الموفى بقاعدة : « من سعى في تقضى ما تم من جهته فسعده مردود
عليه » او بقاعدة : « من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض » ، ولكن يرد
على ذلك بان المدين اذ يطالب الدائن برد ما استلمه اثما يعرض عليه شيئاً
اخر ، وليس لدى الدائن سبب معقول يمنعه من قبول ذلك . اما اذا كان
لديه سبب معقول فبامكانه ان يرفض الرد . ويتتحقق ذلك اذا كان ما اوفاه
الموفى مبلغاً من النقود او شيئاً مثيلاً واستهلكه الدائن او اختلط بأمواله
بصورة لا يمكن تمييزه منها .

٦٤٤ — واخيراً يستطيع مالك الشيء ان يطعن في صحة الوفاء ويطلب
استرداد الشيء ، وذلك عن طريق دعوى الاستحقاق يرفها على الموفى او
على الدائن . ولكن هذه الدعوى قد تصطدم بالتقادم المانع من سماع
الدعوى او بقاعدة « الحيازة في المنقول سند الملكية » .

رجوع الدائن على المدين

٦٤٥ — واذا اقام المالك الدعوى على الدائن وثبت ملكيته للشيء
بالبينة واتزّعه منه كان للدائن الرجوع على الموفى . اما اذا ثبت المالك
ملكيته باقرار الدائن فلا رجوع لهذا الاخير على الموفى بشيء . ذلك ان

الاقرار حجة قاصرة ، بعكس البينة التي هي حجة متعدية . وكذلك الحكم اذا هلك الشيء واخذ المالك بدله ، فله (للدائن) الرجوع على المدين (م ٣٧٦) .

استهلاك الدائن للشيء الموفى به

٦٤٦ — واذا استهلاك الدائن الشيء الموفى به او اختلط به بالله 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 الاصلي فلا يستطيع الرجوع عليه بدعوى الاستحقاق لأن الشيء لم يعد له وجود ، ولا يستطيع الرجوع عليه كذلك بدعوى التغريم لانه لم يرتكب خطأ ، فلا يبقى امامه الا الرجوع على الموفى . والدعوى التي يرجع بها على هذا الاخير اما ان تكون دعوى تعويض اذا كان الموفى سوء النية ، او دعوى الكسب دون سبب اذا كان حسن النية .

الشرط الثاني — اهلية التصرف لدى الموفى

٦٤٧ — ويشترط ثانيا لصحة الوفاء وتفاذه ان يكون الموفى اهلا للتصرف في المال الموفى به . والمقصود بالأهلية 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 هي صحة مقيدة بالا يلحق الوفاء به ضررا . وقد نصت على ذلك المادة (٣٧٧) من القانون المدني بقولها : « اذا كان المدين صغيرا ممizza او كبيرا معتوها او محجورا عليه لسنه او غفلة ودفع الدين الذي عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى^(١) . فاذا كان الموفى غير اهل للتصرف في الشيء الموفى به وكان الوفاء ضارا به فان وفاءه لا يكون صحيحا ، 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 - عدم اضرار الوفاء ببقية الدائنين

٦٤٨ - ويشترط ثالثاً واخيراً لصحة الوفاء وتفاده الا يؤدى الى الاضرار ببقية دائني المدين . وقد خصصت المادة (٣٧٨) من القانون المدنى الضرر بحالة ما اذا كان المدين في مرض موته وادى الوفاء الى الاضرار ببقية الدائنين . فقد نصت هذه المادة على انه : « لا يصح للمدين ان يوفى دين احد غرامائه في مرض موته اذا ادى هذا الوفاء الى الاضرار ببقية الدائنين » ،

فكرة العقد الموقوف لنقص الاهلية او لعيوب الرضاء ، كما وردت في الفقه الاسلامي والقانون المدنى العراقي ، وبين القول ببراءة ذمة ناقص الاهلية بوفاء ما تعهد به . الى ان يقول : فإذا كان لابد لنا من اعمال المادة المتقدمة فاننا نقرر هنا انها تعتبر خروجاً على القواعد العامة اي انها نص استثنائي ، ولهذا وجوب تفسيرها تفسيراً ضيقاً ، بمعنى ان وفاء ناقص الاهلية لا يعتبر مبرئاً للدمة الا اذا دل هذا الوفاء على رغبته في اجازة العقد . وهو يعتبر كذلك اذا كان هذا الوفاء لصالحه او لم يلحق به ضرراً على اقل تقدير » (احكام الالتزام ، ١٩٥٤ ، ف ٢٨٣ ، ص ٢٥ - ٢٥٥) . ولانا على ما يذهب اليه الدكتور الملاحظتان التاليتان :

١ - لا يشترط في التزام ناقص الاهلية الذي يقوم بالوفاء به ان يكون مصدره العقد ، فقد يكون مصدره عملاً ضاراً او كسباً دون سبب . وفي هذه الحالة تنطبق القاعدة الواردة في المادة (٧٧) مدنى والواردة في المتن .

٢ - اذا كان مصدر التزام ناقص الاهلية هو العقد فاننا نتفق مع الاستاذ في ما يذهب اليه من ان هناك تعارضاً (نفضل استعمال كلمة « تعارض » بدلاً من تناقض) بين فكرة العقد الموقوف كما وردت في الفقه الاسلامي والقانون المدنى العراقي وبين القول ببراءة ذمة ناقص الاهلية بوفائه بما تعهد به ، ولكننا لا نتفق معه في الطريقة التي يصح بها هذا الوفاء . فهو يعتبر هذا الوفاء ، اذا لم يلحق ضرراً بناقص الاهلية ، دليلاً على رغبة ناقص الاهلية باجازة العقد . فهو يقول في هذا الصدد : « . . . ان وفاء ناقص الاهلية لا يعتبر مبرئاً للدمة الا اذا دل هذا الوفاء على رغبته في 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 ، ج ٣٠ ، ص ٦٤٦ ، هامش رقم ٣) من ان الذى يصحح الوفاء انما هو المشرع ، وذلك اذا لم يلحق هذا الوفاء ضرراً بناقص الاهلية .

وهذا الشرط يمكن استنتاجه من تطبيق القواعد العامة في دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه . فالاصل ، كما نعلم ، ان الانسان حر التصرف بامواله . ولكن هذه الحرية مقيدة بعدم الاضرار بالدائنين . فاذا ترتب على التصرف ضرر لهم كان لهم ان يطعنوا فيه عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرف . وفي حالة المريض مرض الموت ، اذا قام بوفاء احد دائنيه وترتب على هذا الوفاء اعساره او زيادة اعساره فانه (التصرف) يكون ضارا بهم لانه يؤدي الى عدم تمكّنهم من الحصول على حقوقهم كاملة . ذلك ان الديون المؤجلة تحل بالموت . فاذا مات المريض وحلت ديونه ولم يكن في التركة ما يكفي للوفاء بها جميعا فقد تضرر الدائنوون ، وكان من حقوقهم ان يطعنوا في الوفاء .

٦٤٩ - ويمكن قياس الاعسار على مرض الموت . فالمدين المعر ادا وفي احد دائنيه فان هذا الوفاء يترب عليه الاضرار ببقية الدائنيين ، فيستطيع هؤلاء الطعن فيه . وكل ذلك انما هو تطبيق للقواعد العامة .

المطلب الثاني

الوفاء مع الحلول^(١)

Payment avec subrogation

تمهيد

٦٥٠ - 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 ، ج ٣ ، ف ٥١٣ وما بعدها . بودري وبارد ، ج ١٣ ، (التزامات)٢ ، ف ١٥٦١ وما بعدها . بلانيول وريبير واسمأن ، ج ٧٧ وما ١٢١٩ وما بعدها . بلانيول وريبير وبلانجييه ، ج ٢ ، ف ١٧٤١ وما بعدها . اوبرى ورو ، ج ٤ ، ط ٢٦٣ وما بعدها . كولان وكابستان ، ج ٢ ، ط ٨ ، ف ٣١٠ وما بعدها . السنهورى ، الوسيط ، ف ٣٧٥ وما بعدها ، كذلك الموجز ، ف ٥٥ وما بعدها . ابو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدنى المصرى ، ١٩٤٥ ، ف ٧٧٦ وما بعدها .

فالدعوى الشخصية تقوم في القانون المدني العراقي على أساس من الوكالة ، وذلك اذا كان الوفاء بأمر المدين ، او من الكسب دون سبب ، وذلك اذا كان للدافع مصلحة في دفع الدين او لم يكن عنده نية التبرع^(١) . اما الرجوع بدعوى الفضالة فغير ممكن في هذا القانون لانه لم يعتبر الفضالة مصدرا من مصادر الالتزام ، متأثرا في ذلك بالفقه الإسلامي . والدعوى العينية هي الدعوى التي كانت للدائن ضد المدين . وتمتاز الدعوى العينية هذه على الدعوى الشخصية بان الدين اذا كان مضمونا بضمانت خاصة فان هذه الضمانت تنتقل لتتضمن للموف الحصول على ما وفاه عن المدين . وهذا النوع من الوفاء يسمى بـ « الوفاء مع الحلول » . ذلك ان الموف يحل محل الدائن في الدين ، وينتقل اليه هذا الاخير بصفاته وتأميناته ودفعه .

فائدة الوفاء مع الحلول .

٦٥١ – وللوفاء مع الحلول فوائد كثيرة في الحياة العملية ، فهو مفيد لكل من الموف والدائن والمدين وغير ضار بأحد في الوقت نفسه . فهو مفيد للموف لانه يساعدته على استغلال ماله بصورة مأمونة العواقب . وهو مفيد للدائن لانه يساعدته في الحصول على حقه في الوقت المناسب ويتجنبه اللجوء الى اقامة الدعوى امام المحاكم . وهو مفيد للمدين ، اذ هو يتوقى به قيام دائنه بالتنفيذ ، فيستبدل به دائنا جديدا يمنحه اجل الوفاء . والوفاء مع

(١) يقول الاستاذ الكبير السنهوري في هذا الصدد : « والرجوع بالدعوى الشخصية في التقنين العراقي لا يكون الا بدعوى الاثراء بلا سبب ، مالم يكن الموف مسؤولا من المدين بوفاء الدين فيرجع عليه بدعوى الوكالة ويكون ثائبا عنه في وفاء الدين . . . » (الوسط ، ج ٣ ، ص ٦٥٩ ، هامش رقم ١) . وهذا القول لا يصح على اطلاقه ، بل يجب تقييده بالقيدين الواردتين في المتن ، وهما وجود مصلحة للدفاع او عدم وجود نية التبرع لديه . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٢٣٩) من القانون المدني 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 دفع له بلا امره الا اذا تبين من الظروف ان

للدافع مصلحة في دفع الدين او انه لم تكن عنده نية التبرع »

الحلول لا يضر في الوقت نفسه بأى شخص اخر من كفيل او دائن اخر للمدين ،
اذ لا يتغير بالنسبة لهؤلاء سوى اسم الدائن ٠

مصادر الحلول

٦٥٢ — وحلول الموفى محل الدائن اما ان يكون مصدره القانون او
الاتفاق ٠ فالقانون يقرر احيانا بعض الاشخاص الذين يدفعون دين غيرهم
الحلول محل الدائن الذى دفعوا له دينه ٠ وقد يحل الموفى محل الدائن
بمقتضى اتفاق ٠ وهذا اتفاق اما ان يتم مع الدائن او مع المدين ٠

خطة البحث

٦٥٣ — وستكون معالجتنا للوفاء مع الحلول برقية حالاته الثلاث اولا ،
وهي الحلول القانوني والحلول بالاتفاق مع الدائن والحلول بالاتفاق مع
المدين ، وحكمه ثانيا ، وتكييفه القانوني ثالثا واخيرا ٠ فإذا اتيينا من ذلك
عقدنا مقارنة بينه وبين حواله الحق لوجود بعض الشبه بينهما ، ثم تساءلنا
عن موقف الفقه الاسلامى منه ٠ ويكون ذلك في سبعة مقاصد متابعة ٠

المقصد الاول

الحلول القانوني

حالات اربع

٦٥٤ — هناك اربع حالات يحل فيها من دفع دين غيره محل الدائن
بحكم القانون ٠ وقد نصت على هذه الحالات المادة (٣٧٩) مدنى بقولها :
« اذا دفع الدين شخص غير المدين حل الدافع محل الدائن بحكم
القانون في الاحوال الآتية :

- أ — اذا كان ملزما بالدين مع المدين او ملزما بوفائه عنه ٠
- ب — اذا كان دائنا ووفي دائنا اخر مقدما عليه بماله من تأمين عينى ٠
 - ولو لم يكن للدافع اى تأمين ٠

- ج — اذا كان قد اشتري عقاراً ودفع ثمنه تسدیداً لاحد الدائين اللذين خصص العقار لضمان حقوقهم .
- د — اذا كان هناك نص يقرر للدافع حق الحلول » .
ونرى كلا من هذه الحالات على حدة .
- الحالة الاولى — الموفى ملزم بالدين مع المدين او ملزم بوفائه عنه .

٦٥٥ — يكون في هذه الحالة امام الدائن اكثر من شخص يستطيع الرجوع عليه بكل الدين . والمديون قد يكونون كلهم مدينين اصليين ، وقد يكون بعضهم مديناً اصلياً وبعضهم مديناً تبعياً . وهذه هي الحالة الغالبة ، وهي اعم حالات الحلول القانوني . وعلة الحلول فيها واضحة ، لأن 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 — والموفى في هذه الحالة اما ان يكون ملزماً بالدين مع المدين او ملزماً بوفائه عنه .

فهو يكون ملزماً مع المدين اذا كان مديناً متضامناً او مديناً في دين غير قابل للانقسام . فكل من المدينين المتضامنين والمدينين في دين غير قابل للانقسام يعتبر ملزماً بكل الدين . فاذا دفع احدهم ما زاد على حصته كان له الرجوع على بقية المدينين بدعوى الحلول ، فيستفيد من التأمينات التي تضمّن الدين .

وهو يكون ملزماً بوفاء الدين عن المدين اذا كان كفيلاً . والكفيل اما ان يكون كفيلاً شخصياً او كفيلاً عيناً . والكفيل العيني هو الذي يقدم ماله ضماناً للوفاء بدين على شخص اخر^(١) . والكفيل ، شخصياً كان عيناً ومتضامناً او غير متضامن، اذا دفع الدين حل محل الدائن ورجع على المدين

(١) ويسمى هذا النوع من الكفالة في الفقه الاسلامي : بـ « الرهن المستعار » . وقد عالجته المجلة في الموارد ٧٢٨-٧٢٦ .

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 في الدين . واذا كان هناك كفiliان احدهما عيني والآخر شخصي ودفع احدهما الدين فانه يحل محل الدائن ويرجع على الآخر ، ويقسم عليهم الدين في هذه الحالة باعتبار ان الكفيل الشخصي قد كفل الدين كله وان الكفيل العيني لم يكفله الا بمقدار قيمة العين التي قدمها ضمانا للوفاء بالدين ، فيتحمل الكفيل العيني من الدين بنسبة قيمة العين الى كل الدين ويتحمل الكفيل الشخصي الباقي . فإذا كان الدين (٦٠٠) مثلا وكان هناك كفيل شخصي وكفيل عيني ، وكانت قيمة العين التي قدمها هذا الاخير ضمانا للوفاء (٢٠٠) ، ووفي احد الكفiliين الدين فانه يرجع على الآخر بنسبة (٦٠٠) الى (٢٠٠) . فتكون حصة الكفيل الشخصي (٤٥٠) وحصة الكفيل العيني (١٥٠) .

الحالة الثانية - الموفى دائن متاخر يوفى دائنا متقدما عليه .

٦٥٧ — اذا كان هناك دائنان لمدين واحد ، احدهما متقدم على الآخر بماليه من تأمين عيني (رهن او امتياز) واراد المتقدم ان يبيع الشيء الذي له التأمين عليه في وقت غير مناسب بحيث ان الشيء يباع بأقل من قيمته الحقيقية ، مما يترب عليه عدم كفاية الثمن للوفاء بالدينين معا . في هذه الحالة يكون من مصلحة الدائن المتأخر في التأمين ، او الذي ليس له اي تأمين ، ان يدفع للدائنين المتقدم حقه ويحل محله في 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 ان يبيع العقار للحصول على حقه ولكن الوقت لم يكن مناسبا ، بحيث ان العقار لا يباع باكثر من (١٥٠٠) دينار . من

مصلحة بكر في هذه الحالة ان يدفع لزيد حقه ويؤخر البيع الى الوقت المناسب حيث يباع العقار بقيمة الحقيقة ، ومقدارها (٢٠٠٠) دينار ، فيحصل على ما دفعه الى زيد وماله في ذمة عمرو كاملا . فإذا دفع بكر في المثل المتقدم الى زيد ماله في ذمة عمرو حل محله في التأمين بحكم القانون .

شـرـطـان

٦٥٨ - ويشرط لحلول الموفى محل الدائن الشرطان التاليان :
١ - ان يكون الموفى دائنا للمدين نفسه . فان لم يكن دائنا لم يحل محل الدائن حلولا قانونيا في ماله من تأمين . ولكن اذا لم يكن بامكان الموفى حل محل الدائن حلولا قانونيا ، الا ان بامكانه ان يحل محله حلولا اتفاقيا ، وذلك بالاتفاق مع الدائن او مع المدين . وسرى ذلك في محله .

٢ - ان يكون الموفى له دائنا متقدما على الموفى بماله من تأمين عيني . فان لم يكن له اى تأمين ، او كان الموفى هو المتقدم في التأمين ، فلا تكون له عندئذ مصلحة تبرر الحلول لانه مساو له في الدرجة او متقدم عليه .

الحـالـةـ الثـالـثـةـ - مشـتـرىـ العـقـارـ المـرهـونـ

٦٥٩ - وهذه الحالة عبارة عن تطبيق للحالة الاولى ، وكان في الامكان الاستغناء عن النص عليها صراحة^(١) . ذلك ان مشترى العقار المرهون ملزم بالوفاء عن المدين (البائع) للدائنين المرتهن ما دامت ملكية العقار قد انتقلت اليه .

ورب قائل يقول : كيف تتحقق لمشترى العقار المرهون مصلحة في الحلول محل الدائن المرتهن ، فيصبح مرتئنا لعقار يملكه هو نفسه ؟ ولبيان

(١) ويرجع النص على هذه الحالة في القانون المدني الفرنسي الى اعتبارات تاريخية تخص هذا القانون . ذلك ان القانون الفرنسي القديم لم يكن يتضمن قاعدة في حلول الموفى اذا كان ملتزما بالدين مع المدين او ملزما بوفائه عنه . ووضع القانون المدني الفرنسي سنة (١٨٠٤) وضع فيه هذه القاعدة العامة ، ولكن واصعيه استبقوا ، مع ذلك ، النص على الحالة التي نحن بصددها .

هذه المصلحة تفترض ان هناك عقارا مرهونا باعه صاحبه ، فالمشتري للعقار يستطع ان يحرر العقار مما يقلله من رهن ، ولا يحتاج عنده الى الحلول محل الدائن المرتهن . ولكن قد تكون له مصلحة في ان يدفع للدائن المرتهن حقه ويحل محله ، فيصبح مرتهنا لملك نفسه ، وذلك في الصورتين التاليتين :

١ - اذا كانت قيمة العقار مساوية للشمن الذي دفعه ، بحيث انه اذا بيع في المزاد العلني لم يبلغ اكثر من الشمن الذي التزم به . فاذا كان العقار مرهونا لدى اكثر من دائن ، وكان الشمن الذي التزم به المشتري لا يكفي الا لوفاء احد الدائنين المرتهنين فقط ، في هذه الحالة للمشتري مصلحة في دفع الشمن الى هذا الدائن والحلول محله في رهنه الذي يأتي في الدرجة الاولى . ولا يكون للدائنين المتأخرین عندئذ مصلحة في بيع العقار ، ذلك ان شمنه في المزاد لن يصل الى اكبر من الشمن الذي دفعه المشتري الى الدائن المرتهن الاول وحل به محله . فاذا بيع العقار فهم سوف لا يحصلون على شيء بعد ان يستولى المشتري على الشمن الذي دفعه اى الدائن المرتهن الاول . وهكذا يتخلص المشتري من اللجوء الى اجراءات التطهير وفك الرهن التي تكلف ثقفات ووقتا . ويستطيع المشتري كذلك ، بفضل هذا الحلول القانوني ، ان يوقف عمليا الدائنين المرتهنين عن مباشرة التنفيذ على العقار الذي اشتراه .

٢ - اذا كان العقد الذي اشتري به المشتري العقار موقفا او قابلا للفسخ فان له (المشتري) مصلحة في ان يحل محل الدائن المرتهن ، اذ ان ذلك يتحقق له تأمينا عينيا عند رجوعه بالشمن في حالة عدم اجازة البيع او فسخه او ابطاله .

الحالة الرابعة - وجود نص خاص يقرد للدوفى الحلول محل الموف له

٦٦٠ - وهناك حالات خاصة يقضى فيها القانون بحل الموف محل الموف له . من ذلك ما تقضى به المادة (١٠٠١) مدنی من انه : «يحل المؤمن

(الموجز - ج ٢ - ٢٢٣)

قانونا محل المستفيد بما يدفعه من تعويض عن الحريق قبل من تسبب بفعله فيضرر الذي نجمت عنه مسؤولية المؤمن وتبرأ ذمة المؤمن قبل المستفيد من كل التعويض او بعضه اذا اصبح هذا الحلول متعدرا 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 الكمية بطريق التوسط محل الحامل في حقوقه .

المقصد الثاني

الحلول بالاتفاق مع الدائن

٦٦١ - يستطيع الدائن استيفاء حقه من شخص ثالث غير المدين ويحله محله في ماله من ضمانات ودعاؤى ضد المدين ، كما يستطيع اي شخص غير المدين لا يوجد في احدى حالات الحلول القانوني ان يدفع للدائن حقه على ان يحل محله في هذه الضمانات والدعاؤى . 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 يملكتها 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 انى يتحقق مع هذا الغير على ان يحل محله حتى لو لم يقبل المدين بذلك » .

شروط

٦٦٢ — بعد ان نصت الفقرة الاولى من المادة (٣٨٠) المتقدمة على التحلول بالاتفاق مع الدائن ، نصت على الشروط اللازم توافرها لصحة هذا الحلول بقولها : « . . . ويكون الاتفاق بورقه رسمية لا يجوز ان يتاخر تاريخها عن وقت الوفاء » . وبمقتضى هذا النص ، يجب لصحة الحلول بالاتفاق مع الدائن توافر الشرطين التاليين : ١ — ان يكون الحلول ثابتًا في ورقة رسمية ، اي مصدقا من الكاتب العدل . وقد كان مشروع القانون المدني المصري الجديد يشترط هذا الشرط ايضا ، ولكنه حذف في لجنة المراجعة لعدم ضرورته . ولم يشترط القانون المدني الفرنسي هذا الشرط . وكل ما اشترطه هو ان يكون الاتفاق على الحلول صريحا (١١٢٥٠م) .

٢ — الا يتاخر تاريخ الورقة الرسمية عن تاريخ الوفاء . والعلة في اشتراط هذا الشرط هي ان تأخر تاريخ الاتفاق على الحلول عن تاريخ الوفاء يفتح الطريق للتحايل والغش . فقد يكون على المقار رهن اخر يلي الرهن الاول في المرتبة ، ويكون المدين قد وفى الدائن المرتهن الاول وفاء بسيطا اقضى به الرهن الذي يأتي في المرتبة الاولى . وفي هذه الحالة يتقدم الرهن الذي يأتي في المرتبة الثانية فيصبح في الدرجة الاولى . ثم يتواطأ المدين بعد ذلك مع الدائن الذي استوفى حقه و يجعله يصطعن اتفاقا مع اجنبي يذكر فيه ان هذا الاجنبي هو الذي دفع الدين للدائن و حل محله في الرهن ، فيعود بذلك الرهن الذي كان في المرتبة الاولى والذي كان قد اقضى الى الظهور ، ويحل الاجنبي فيه محل الدائن . وبذلك يرجع الرهن الذي اصبح في المرتبة الاولى الى المرتبة الثانية ، فيتضرر ، صاحب هذا الرهن .

المقصد الثالث

الحلول بالاتفاق مع المدين

٦٦٣ — اجازت الفقرة الثانية من المادة (٣٨٠) مدني للمدين ان يفترض

مala يوفي به الدين الذي عليه ويحل المقرض محل الدائن في الضمانات العينية التي كان يتمتع بها ضماناً للدين » وذلك بقولها : « وللمدين ايضاً اذا افترض مala سدد به الدين ان يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ولو بغير رضاء هذا الدائن ، على ان يكون الاتفاق على الحلول بورقة رسمية وان يذكر في عقد القرض ان المال قد خصص للوفاء وفي مخالصة التسديد ان الوفاء كان من هذا المال الذي افترضه من الدائن الجديد » . وهذا النوع من الوفاء مع الحلول يتم بالاتفاق بين المدين والمقرض ، واذا عارض الدائن فالحلول يتم رغم معارضته .

٦٦٤ - ويرى الفقهاء ان هذا النوع من الحلول لا يedo طبيعياً، بعكس الحلول بالاتفاق مع الدائن . فالذى يتصرف في حق الدائن ليس هو الدائن نفسه بل المدين ، وهو يتصرف بهذا الحق رغم ارادة الدائن الذي هو صاحب الحق . ولكن الفوائد العملية التي يتحققها هذا النوع من الحلول هي التي تبرره . فهو فيه منفعة للمدين دائماً ، اذ لا يقدم هذا عليه الا اذا تأكد من وجود هذه المنفعة . اما وجه النفع فهو ان الوفاء مع الحلول يمكنه من العثور على دائن بشروط اخف من الشروط السابقة . فاذا كان دين الدائن الاول بفائدة قدرها ٧٪ مثلاً ، ووجد المدين شخصاً اخر يقبل ان يقرضه بدون فائدة او بفائدة تقل عن ٧٪ ، فان له منفعة في قضاء الدين القديم واحلال المقرض الجديد محل الدائن . وقد يكون المقرض الجديد اكثر تساماً واقل تعنتاً في المطالبة من الدائن الاول . هذا بالنسبة لمنفعة التي يجنيها المدين من الوفاء مع الحلول . وهذه المنفعة لا تقتصر عليه وحده ، فالمقرض يستفيد هو كذلك من هذه العملية وذلك باستثمار ماله في قرض بفائدة مضمون بضمانات عينية كافية . اما الدائن الذي يدفع له المدين حقه فلا يتضرر من ذلك ، لانه يستوفي حقه كاملاً ولا يخسر شيئاً . واذا كان هناك دائنون اخرون لا يحقون له في درجة التأمين فهم لا يضارون كذلك . فالدائن الاول كان سابقاً عليهم في الدرجة وحل محله دائن جديد . فهم لم يتغير مركزهم بالنسبة لما كان عليه قبل الوفاء مع الحلول .

شروط

٦٦٥ — ومن قراءة الفقرة الثانية من المادة (٣٨٠) نستنتج انها تشرط لصحة هذا الحلول توافر الشروط التالية :

- ١ — ان يقرض المدين مبلغا من المال لغرض الوفاء بالدين الذي عليه .
- ٢ — ان يذكر في عقد القرض ان المال المقترض قد خصص لوفاء هذا الدين .
- ٣ — ان يكون الاتفاق على الحلول ثابتًا في ورقة رسمية .
- ٤ — ان يذكر في 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 اتفقى . وقد رأينا مثلا على ذلك في الحلول بالاتفاق مع الدائن . فاذا كان المدين قد وفى الدين فالتأمين العيني الذي كان للدائن بهذا الدين يكون قد اتفقى . فاذا كان هناك دائن اخر يأتي في مرتبة لاحقة في التأمين فأنه يتقدم ويصبح في المرتبة الاولى . ومن الممكن أن يتواطأ المدين مع الدائن الاول بعد الوفاء على الحلال اجنبي محله ، فيعدان 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) في تأمين عيني كان قد اتفقى ، ويتقدم بهذه الصورة على الدائن الذي كان في المرتبة الثانية بالنسبة للتأمين واصبح في المرتبة الاولى . فالشرط على ان يكون الاتفاق على الحلول ثابتًا في ورقة رسمية يحول دون هذا التواطؤ .

معارضة الدائن

٦٦٦ — وقد يعارض الدائن في هذا النوع من الحلول . في هذه الحالة يستطيع المدين اللجوء الى طريق العرض والايذاع . فينذر الدائن بواسطة الكاتب العدل بوجوب تسلم حقه ، ويودع مبلغ الدين باسمه لدى الكاتب العدل . ويلجأ بعد ذلك الى المحكمة للحصول على حكم بصحة الايذاع وبراءة ذمته من الدين .

ولكن اللجوء الى هذا الطريق نادر جدا في الحياة العملية ٠ ذلك ان الدائن ليس له مصلحة في المعارضة في الحلول ٠ وهو يعرف مقدما ان معارضته في هذا الصدد غير مجديه لأن المدين يستطيع اللجوء الى العرض والايذاع ، فيتم ذلك رغم ارادته ٠

موقف القوانين الجرمانية من هذه الشروط

٦٦٧ — ولا تشرط القوانين الجرمانية الشروط المتقدمة ٠ فهي تجيز للمدين ان يوفي دائه ويسبقى عند الوفاء ضمانات هذا الدين قائمة يستطيع الاستفادة منها ٠ فيعطيها لقرضه المال بعد هذا الوفاء لقاء هذه الضمانات ٠ ولا ضرر يصيب الدائنين اللاحقين في الضمان من ذلك ، فهم لم تتغير اوضاعهم وانما تغير عليهم اسم الدائن المتقدم فقط ، وقد كان متقدما عليهم على كل حال ٠ ويسمى ذلك في هذه القوانين بالشهادات العقارية

(١)

Cédules Hypothé caires

المقصد الرابع

حكم الوفاء مع الحلول

٦٦٨ — 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 دفعه . ويكون هذا الحلول بالقدر الذي اداه من حل محل الدائن » ٠ ويمكن تلخيص ذلك بالقاعدتين التاليتين :

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد يتضمن نصا على سبيل الخيرة في هذا المعنى ، ولكن لحنة المراجعة حذفته واثرت البقاء على التقاليد اللاتينية في الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع المدين (السننوري ، المرجع السابق ، ص ٦٨٥) ٠

- ١ - يحل الموفي محل الدائن في الحق ذاته .
- ٢ - يرجع الموفي على المدين بقدر ما ادى للدائن . فلا يشترط في الوفاء ان يكون كليا ، فهو قد يكون جزئيا .
- ونرى كلا من هاتين القاعدتين على حده .

القاعدة الاولى - حلول الموفي محل الدائن في الحق ذاته

٦٦٩ - بالوفاء يحل الموفي محل الدائن في الحق ذاته ، فينتقل اليه هذا الحق بصفاته وتأميناته وتواضعه ودفعه . فاذا كان الحق تجاري انتقل الى الموفي بهذه الصفة بما يترتب على ذلك من تنازع . واذا كان الحق ينتجه فوائد انتقل الى الموفي منتجها للفوائد بالسعر المتفق عليه . وينتقل مع الحق كذلك دعوى الفسخ والحق في الحبس . فاذا كان الدين ثمن مبيع ودفعه الموفي الى البائع (الدائن) ولم يقم المشتري (المدين) بالوفاء في الوقت المتفق عليه فالموفي يستطيع ان يطلب فسخ البيع واسترداد العين المباعة . وكذلك الامر اذا كان الدائن يتمتع بحق حبس عين تعود للمدين ، فأن حقه في الحبس هذا ينتقل الى الموفي ، ويستطيع هذا الاخير ان يحبس العين حتى يقوم المدين بوفاء الدين .

وينتقل مع الحق كذلك ما يضمنه من تأمينات عينية كالرهن ، او شخصية كالكفالة . ولا يستطيع الكفيل ان يعترض على تغير الدائن ، لأن الذي يؤخذ بنظر الاعتبار عند الكفالة انما هو شخص المدين لا شخص الدائن . ويعتبر في حكم التأمينات الشخصية التضامن وعدم قابلية الالتزام للانقسام . فاذا كان هناك مدينون متضامنون ، او كان هناك مدينون متعددون وكان الالتزام غير قابل للانقسام ، فالموفي يستطيع ، كما كان الدائن يستطيع ، ان يرجع على اي مدين متضامن ، او على اي مدين في الالتزام غير القابل للانقسام ، بكل الدين .

وينتقل مع الحق كذلك الدفع التي كان بإمكان المدين ان يدفع بها مطالبة الدائن ، كالدفع بالمقاصة والبطلان وانقضاء الدين لسبب من الاسباب . ويجوز للمدين كذلك ان يدفع مطالبة الموفي باذن الحق معلقا

على شرط واقت لم يتحقق ، او على شرط فاسخ تحقق ، او بأنه مؤجل ولما
يحل الأجل .

اعتراض ورد

٦٧٠ — 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 اقضى واقتضى معه صفاتيه وتأميناته ودفوعه ، فكيف تنتقل هذه
الصفات والتأمينات والدفوع الى الدين الجديد ، مع ان القاعدة الكلية
تقرر بأن « تبدل سبب المالك 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 — عدم انتقال الدفوع في الحاول بالاتفاق مع المدين

٦٧١ — ونلتفت النظر هنا الى حقيقة غابت عن انتشار الفقهاء ، وهى
تعلق 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 في الحلول بالاتفاق مع المدين فليس لهذا
الاخير التمسك تجاه الموفي بالدفوع التي كان بأمكانه التمسك بها قبل الدائن ،
وذلك لأن مصدر الدين قد تغير . وبعد ان كان الدين ناشئا عن بيع
او ايجار او كسب دون سبب او عمل غير مشروع ، الخ . أصبح ناشئا عن
عقد قرض . واذا كان للمدين دفوع يمكنه التمسك بها قبل الموفي فهى
الدفوع الناشئة عن عقد القرض فقط .

ولم يتبه 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 قانوننا 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 ٠٠٠٠٠ ».

القاعدة الثانية – لا يشترط في الحاول ان يكون كاملاً (الحاول الجزئي)

٦٧٢ – الاصل في الوفاء ان يكون كاملاً • ولكن ذلك ليس بالامر الضروري ، فهو قد يكون جزئياً • فقد يقتصر الموفي على الوفاء بجزء من الدين ، وقد يكون الوفاء كاملاً ولكن الرجوع لا يكون بكل الدين • ويتتحقق ذلك في الصور التالية :

١ – 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 • في هذه الحالة يحل الموفي محل الدائن في نصف الدين ، ويبقى الدائن دائناً بالنصف الآخر •

٢ – اذا كان الموفي مديناً متضامناً ، او مديناً في دين غير قابل للانقسام ، او كفيلاً متضامناً ، ووفي الدين ، فلا يرجع في هذه الحالة على المدينين المتضامنين الآخرين ، ولا على المدينين في الدين غير القابل للانقسام ، ولا على الكفلا المضارعين ، الا بقدر حصة كل منهم في الدين • بامكان الدائن في الحالات المتقدمة ان يرجع على كل من الاشخاص المذكورين بكل الدين ، واذا وفي احدهم الدين حل محل الدائن في الدين كله ، ولكن رجوع الموفي من هؤلاء لا يكون بكل الدين • فالوفاء كان بكل الدين ، اما الرجوع فقد تجزأ • والسبب في ذلك هو اننا لو اجزنا للموفي من الاشخاص المتقدم ذكرهم ان يرجع على اي من الآخرين بكل الدين ، بعد استنزال حصته طبعاً ، فأن معنى ذلك ان يكون للموفي الرجوع على اي من الآخرين بكل الدين كذلك ، وهكذا يتكرر الرجوع بكل الدين ، بعد خصم حصة الموفي • فتجنباً لتكرر الرجوع بكل الدين قصر حق الموفي من هؤلاء على الرجوع على كل من الباقيين بحصته فقط ، على ان يتحمل الجميع بالطبع حصة الميسر منهم •

رجوع الموفي على المدين بما أده فعلا للدائن لا بكل الدين

٦٧٣ — اذا قبل الدائن الوفاء بجزء من الدين واحل الموفي محله في الدين كله واراد هذا الاخير الرجوع على المدين فلا يرجع عليه الا بما اده فعلا للدائن لا بكل الدين . فالذى يستفيد من الفرق انما هو المدين لا الموفي . مثال ذلك ما اذا كان مقدار الدين (١٠٠٠) دينار قبل الدائن من الموفي (٨٠٠) دينار واحله محله في الالف كلها واراد الموفي الرجوع على المدين ، فلا يرجع عليه بـ (١٠٠٠) دينار بل بـ (٨٠٠) ، وهو ما اده فعلا الى الدائن . وهذا فرق جوهري بين الوفاء مع الحلول وحالة الحق .
فقد سبق ان رأينا ان الحال له في حالة الحق يرجع على الحال عليه بكل الدين لا بما اده فعلا . والسبب في هذا الفرق هو ان الوفاء مع الحلول لا يتضمن معنى المضاربة . فالموفي حين يدفع للدائن حقه لا يقصد المضاربة بل اداء خدمة له او استثمار ماله في مورد امين ، او دفع لانه كان ملزما بالدين مع المدين او ملزما بالوفاء عنه . بعكس الحال له في حالة الحق ، فهو يقصد المضاربة دائمًا عندما تكون الحالة بعوض .

تقديم الدائن في الرجوع على المدين في الوفاء الجزئي

٦٧٤ — اذا دفع الموفي جزء من الدين واستبقى الدائن لنفسه الجزء الباقي ، وعند الرجوع على المدين لم يكفي ما عنده للوفاء بكل الدين ، فالدائن يتقدم على الموفي في الحصول على حقه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . فإذا كان الشخص على اخر دين مقداره (١٠٠٠) دينار ، وكان هذا الدين مضمونا برهن على عقار ، ودفع الموفي الى الدائن (٥٠٠) دينار ، في هذه الحالة يصبح على العقار رهنان كل منهما بـ (٥٠٠) دينار . فإذا بيع العقار ولم يزيد ثمنه على (٨٠٠) دينار ، فالدائن يتقدم على الموفي في ستيفاء حقه ، فيحصل اولا على (٥٠٠) وما يبقى بعد ذلك ، ومقداره (٣٠٠) دينار ، يأخذ الموفي . كل ذلك ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك . فيجوز ان يتقد الدائن والموفي على ان يتقدم الموفي على الدائن في استيفاء حقه

او على تساويهما في الرجوع واقتسامهما مال المدين قسمة غرماء . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣٨٢) مدنی بقولها : « اذا وفي غير المدين الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدماً على من وفاه ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

الرجوع في حالة عدم وجود تأمين

٦٧٥ — سبق ان قلنا ان امام الموفي دعويين في 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 في هذا التأمين . فان لم يكن هناك تأمين عيني لم يكن هناك حلول ، ويصبح كل من الدائن والموفي مجرد دائن عادي . ولكن هل يبقى الدائن متقدماً على الموفي بجزء من الدين في استيفاء ما بقي له من حق ، وذلك تطبيقاً 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 بما له من تأمين عيني ، فاذا لم يكن له هذا التأمين كان دائناً عادياً ، ويرجع عندئذ هو والموفي على الضمان العام الذي هو ذمة المدين المالية . وقد سبق ان رأينا ، عند الكلام عن هذا الضمان ، ان الدائنين يتساوون في الرجوع عليه ، فلا يفضل احدهم على الآخر .

وينطبق ما تقدم اذا لم يكن هناك الا ضمان شخصي ، اي كفالة . فيتساوى الموفي بجزء من الدين والدائن في الرجوع على الكفيل ، لانهما يكونان في هذه الحالة دائنين عاديين بالنسبة للكفيل ، فيرجعان على ذاته المالية ولا يتقدم أحدهما على الآخر .

تساوي الموفين في الرجوع على المدين

٦٧٦ — اذا كان الاصل ان يتقدم الدائن على الموفي بجزء من الدين

ف الرجوع على المدين ، الا ان ذلك لا ينطبق بالنسبة لموف ثان دفع للدائن الجزء الآخر من الدين . فاذا كان مقدار الدين (١٠٠٠) دينار ودفع شخص للدائن (٥٠٠) ، فالدائن يتقدم ، في الاصل ، على الموفي في استيفاء الا (٥٠٠) الأخرى . ولكن اذا دفع شخص آخر للدائن الا (٥٠٠) الأخرى فان هذا الموفي الثاني لا يتقدم على الموفي الاول في الرجوع على المدين ، بل يتساويان في الرجوع ويقتسمان اموال المدين قسمة غراماء . وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٣٨٢) مدنبي بقولها : « و اذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق رجع من حل اخيرا هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغراماء » .

المقصد الخامس

التكيف القانوني للحلول

صعوبة تكيف الحلول من الناحية النظرية

٦٧٧ — لما كان الوفاء طریقا من طرق اقضاء الحق ، فالقول باتتقال الحق عن طريق الوفاء امر يصعب قبوله من الناحية النظرية . فاذا كان الموفي قد وفي الدائن حقه ، فكيف يمكن القول بعد ذلك بان هذا الحق قد انتقل الى الموفي بصفاته وتأميناته ودفوועه !؟ المنطق القانوني يقضي بان الوفاء ينهي الدين نهائيا ، فتبرأ منه ذمة المدين وتبرأ كذلك من توأبه وتأميناته ودفووعه . فالقول باتتقال الحق الى الموفي معناه اقضاء الحق وبقاوئه في آن واحد . وهذا تناقض ذلك ان البقاء والانقضاء تقيسان ، والتقيسان امران وجودي وعدمي ، اي عدمي لذلك الوجودي . فالبقاء وجود ، والانقضاء عدمه . والتقيسان لا يجتمعان ولا يرتفعان ، فلا يمكن ان يكون الشيء نفسه في 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 ينقضى ولكن التأمينات تبقى . وذهب اخرون الى بقاء الحق

على اساس من الافتراض القانوني . ويدعو 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 – انقضاء الحق وبقاء التأمينات

٦٧٨ – ذهب فريق من الفقهاء الى ان الحق قد انقضى بالوفاء ، ولكن التأمينات تبقى . والذى يستبقيها انما هو القانون ، وذلك لينقلها الى حق الموفي في الرجوع على المدين بما وفاه من دينه . فكأن دعوى الحلول في 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 اعرض على هذا الرأي بأنه اذا كان الحق ينقضي بالوفاء ، فالمنطق يقضى بانقضاء تأمينات هذا الحق ايضا . فالتابع تابع كما تقول القاعدة الكلية .

النظرية الثانية – بقاء الحق وانتقاله الى الموفي

٦٧٩ – امام الاعتراض الموجه الى النظرية السابقة ذهب فريق اخر من الفقهاء الى القول بأن الحق لا ينقضى بل ينتقل الى الموفي بتأميناته وصفاته ودفعه .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 في القانون الروماني ، اما في القانون الحديث ، حيث يستطيع المشرع ان يفرض ارادته ، فهو ليس بتعليق كاف . ونحن لا نلتجأ الى الافتراض الا حين يعوزنا الدليل العقلي والمنطقى لتبرير قاعدة قانونية موجودة .

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٤٣ .

**النظيرية الحديثة – الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة للدائن وانتقاله
بالنسبة للمدين**

٦٨٠ – 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 ٠

١ – فهو وفاء للحق بالنسبة للدائن لانه يستوفي حقه من الموفي ٠ وبذلك ينقضي الحق بالنسبة له ٠

٢ – وهو انتقال للحق بالنسبة للمدين ٠ فالمدين لم يوف الحق بنفسه، بل وفاه عنه غيره ، فلا ينقضي بالنسبة له بل ينتقل الى الموفي ، لانه هو الذي وفي الحق ، على ان يحل محل الدائن فيه ٠

هذا الرأي هو الذي ساد في 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 وحالة الحق

٦٨١ – رأينا في المقصد السابق ان الرأي السائد في الفقه الحديث يذهب الى ان الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة للدائن وانتقاله بالنسبة للمدين ، اي حالة حق ٠ وهذا ما دعى بعض الفقهاء المعاصرين^(١) الى القول بان الوفاء وحالة الحق الذين يتضمنهما الوفاء مع الحلول اثما هما وفاء وحالة حق من نوع خاص *Sui generis* ٠ والحقيقة ان بين الوفاء مع الحلول وحالة الحق اوجه شبه كثيرة ، بحيث ان الفقهاء القدامى اعتبروا الوفاء مع الحلول طريقا من طرق حالة الحق ٠ ففي كل النظمتين يحل دائن جديدا محل دائن قديم ، وينتقل الحق الى الدائن الجديد بصفاته وتأميناته ودفعه ٠

^(١) دی باج ، ج ٣ ف ٥٥٤ .

ولكن بين النظامين ، بالرغم من اوجه الشبه بينهما ، فرقا جوهريا هو ان الحال له في حواله الحق مضارب يعني دائما تحقيق كسب من وراء شراء الحق بأقل من قيمته ، بينما الموفي في الوفاء مع الحلول لا يعني ذلك . فهو اما ان يكون ملزما بالدين مع المدين او ملزما بوفائه عنه ، او هو شخص يعني تقديم خدمة لصديق في حاجة الى المساعدة تجاه دائن يريد التنفيذ بحقه ، وهذا في الحلول بالاتفاق مع المدين . صحيح ان الموفي اذ كان يتلقى فوائد ، في الحلول بالاتفاق مع المدين ، فأنه يعني تحقيق كسب من وراء الوفاء وفي هذه الحالة يقترب الوفاء مع الحلول كثيرا من حواله الحق . الا انه يعني بينهما ، بالرغم من ذلك ، فرق مهم ، هو ان الكسب الذي يتحقق المحال له في حواله الحق يقوم في الفرق بين قيمة الحق الحقيقية وما دفعه ثمنا لهذا الحق ، اما في الوفاء مع الحلول فالكسب الذي يتحقق الموفي في حالة وجود فوائد يتمثل في فوائد المبلغ الذي دفعه وفاء للدين . ولا يخفى ان هذه الفوائد يجب الا تتجاوز الحد الذي يقرره القانون .

٦٨٢ — ويترتب على هذا الفرق بين حواله الحق والوفاء مع الحلول — وهو ان الحال له مضارب دائنا بينما الموفي ليس كذلك — فرق من حيث الرجوع : ما يرجع به الموفي على المدين في الوفاء مع الحلول وما يرجع به الحال له على الحال عليه في حواله الحق ، ورجوع الموفي على الدائن في الوفاء مع الحلول في حالة عدم وجود الحق به ورجوع الحال له على المحيل في حواله الحق في حالة عدم وجود الحق الحال به . وهنالك فرق بين الوفاء مع الحلول في حالة عدم وجود الحق الموفي به ورجوع الحال له على حيث الدعوى التي يرجع بها كل من الموفي وال الحال له . ونرى كلا من ذلك على حدة .

اولا — الفرق من حيث شروط الانعقاد والنفاذ

٦٨٣ — سبق ان رأينا ان رضاء الدائن لا بد منه لانعقاد حواله الحق ، فمهم تتم باتفاق بينه وبين الحال له . اما الوفاء مع الحلول ، فيمكن ان يتم

برضاء الدائن وبغير رضائه . ويمكن ان يتم كذلك بدون رضاء كل من الدائن والمدين ، وذلك في الحلول القانوني .

وسبق ان رأينا كذلك ان حواله الحق لا تنفذ في حق المحال عليه (المدين) ، وفي حق الغير ، الا باعلانه بها او قبوله لها . اما الوفاء مع الحلول ، فينفذ في حق المدين وفي حق الغير بمجرد اتفاق الدائن والموفي في الحلول بالاتفاق مع الدائن ، وبنص القانون في الحلول القانوني ، ولا حاجة الى اي اجراء اخر . الا ان الحيطة تقتضي من الموفي في الحلول بالاتفاق مع الدائن ان يخطر المدين بأنه وفي الدين وبأن الدين قد انتقل اليه ، لئلا يقوم بالوفاء للدائن قبل علمه بالوفاء السابق ، فلا يعود في استطاعة الموفي عنده ، اي اذا وفي المدين الدين للدائن قبل علمه بالوفاء ، الا الرجوع على الدائن .

ثانياً - الفرق من حيث الرجوع

٦٨٤ - لما كان الحال له مضارباً 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 في الوفاء مع الحلول ، فلما لم يكن عنده هذا القصد فهو لا يرجع على المدين الا بما اداه فعلاً للدائن^(١) . ويترتب على هذا الفرق في الغرض الذي يرمي اليه كل من المحال له في حواله الحق والموفي في الوفاء مع الحلول فرق اخر يتعلق برجوع المحال له او الموفي على المحيل او الدائن في حالة عدم وجود الحق المحال به او الحق الموفي . 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 القضاة الى انه لا جل التمييز بين الوفاء مع الحلول وبين حواله 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 حواله حق (السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٧٠٥ ، هامش ، مع الاحكام المشار اليها هناك).

وعندئذ يرجع عليه بالتعويض عن الضرر الذي اصابه نتيجة عدم وجود الحق الموفي .

ثالثا - الفرق من حيث الدعوى التي يرجع بها كل من المحال له والموفي ٦٨٥ - سبق ان رأينا عند دراستنا لعلاقة المحال له بالمحيل في حالة الحق ان المحال له ليس له من دعوى ضد المحال عليه الا دعوى الحق المحال به الذي انتقل اليه . اما الموفي في الوفاء مع الحلول فاما مدعويان : دعوى الحلول ، والدعوى الشخصية التي تقوم على اساس من الوكالة او الكسب دون سبب . ولكل من هاتين الدعويين ميزان على الاخر . فاذا رجع الموفي بدعوى الحلول فإنه يتمتع بجميع ضمانات الحق الذي وفاه ، عينية كانت هذه الضمانات او شخصية . وينتقل اليه الحق كذلك بصفاته وتواضعه ودفعه . وقد سبق ان رأينا معنى ذلك .

ولكن اذا كان لدعوى الحلول هذه الميزة ، فان للدعوى الشخصية ميزات تجعل الرجوع بها في بعض الاحيان افضل للموفي من الرجوع بدعوى الحلول . فمن هذه الميزات :

١ - 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 - اذا كان التقادم قد بدأ يسري على الحق قبل الوفاء فأنه يستمر في انسريان بعد الوفاء ، فاذا رجع الموفي بدعوى الحلول كان معرضاً لخطر اكمال التقادم . اما الدعوى الشخصية فالتقادم لا يبدأ بالسريان عليها الا من حين الوفاء . لذلك من مصلحة الموفي ان يرجع بالدعوى الشخصية .

(الموجز ج ٢ - م ٢٣)

المقصد السابع

الوفاء مع الحلول في الفقه الاسلامي

٦٨٦ — بعد هذا العرض الموجز للوفاء مع الحلول في الفقه الغربي والقانون المدني العراقي تتوقف قليلا لنرى موقف الفقه الاسلامي منه .

سبق ان قلنا في 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 تعبّر عنها هذه المصطلحات . وقد كانت طريقتنا في تقرير ما اذا كان الفقه الاسلامي يعرف الافكار التي تعبّر عنها اصطلاحات الفقه الغربي تقوم في استعراض اقوال وعبارات من الفقه الاسلامي تتضمن الافكار التي تعبّر عنها المصطلحات التي يستعملها الفقهاء الغربيون . ففيما يتعلق بالوفاء مع الحلول ، هناك مسألة في المذهب المالكي تسمى بـ « قلب الرهن » ، وهي تقابل الوفاء مع الحلول . ومؤدي ذلك ان يكون بيد انسان رهن في دين مؤجل ويحتاج الى دينه قبل الاجل فيبيعه بما يباع به ، ويحل المشتري للدين محل بائعه في حقوقه في الرهن . ويجري كتابه هذا التفرغ في ظهر وثيقة الدين^(١) . فهذه المسألة تقابل تماما ما رأيناها في الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع الدائن . وكل ما هنالك من فرق بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي هو ان الفقه الاسلامي يسمى العملية « بيعا » ، بينما يسمى الفقه الغربي « وفاء مع الحلول » اما النتائج التي نصل اليها فواحدة ، وهي حلول الموفي او المشتري محل الدائن او البائع في حقوقه في الرهن .

(١) البهجة في شرح التحفة ، ج ٢ ، ص ٤٧ - ٤٨ ، نقلًا عن الدكتور المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ج ٢ ، ١٩٤٨ ، ص ٣٤٥ .

المبحث الثاني

من يكون الوفاء

مسائل ثلاث

٦٨٧ — لكي يكون الوفاء صحيحاً مبرئاً يجب أن يتم للدائن أو نائبه . وقد يتم الوفاء لا للدائن ولا لنائبه ، اي لشخص لا صفة له في استيفاء الدين ، ومع ذلك يكون صحيحاً مبرئاً لذمة المدين . وقد يتذرع الوفاء للدائن ، وفي هذه الحالة يستطيع المدين القيام بالعرض والايداع .

يخلص لنا مما تقدم ان هناك مسائل ثلاث تتطلب البحث ، وهي :

١ — الوفاء للدائن او نائبه .

٢ — الوفاء لشخص لا صفة له في استيفاء الدين .

٣ — العرض والايداع .

ونرى كلاماً من ذلك في مطلب مستقل .

المطلب الاول

الوفاء للدائن او نائبه

المقصود بالدائن

٦٨٨ — الاصل في الوفاء ان يتم للدائن ، فهو صاحب الحق وهو الذي له الحق في استيفائه . والمقصود بالدائن هنا هو من يملك الدين وقت الاستيفاء لا وقت نشوء الدين . فقد ينشأ الدين لشخص ولكنه يكون شخص آخر بعد ذلك ، كما لو احاله الدائن ، او وفاه شخص غير المدين وحل محل الدائن في الدين ، او مات الدائن وخلفه ورثته في الحق ، الخ .

شروط صحة الوفاء للدائن

٦٨٩ — ويشترط لصحة الوفاء للدائن وبراءة ذمة المدين من الدين ان يكون الدائن ممتلكاً باهليّة استيفاء الحق ، اي بأهليّة الاداء .

ذلك ان استيفاء الحق عبارة عن تصرف فيه ، فيجب ان
توافر في المستوفى اهلية استيفاء الحق ، وهذه هي اهلية الاداء ، فان لم
يكن الدائن متمنعاً بهذه الاهلية عند الوفاء ، بان كان قاصراً او محجوراً ،
لم يكن الوفاء صحيحاً ، ولا تبرأ ذمة المدين من الدين . فاذا صرف
الدائن ما قبضه في ما لا يعود عليه بنفع الرزم المدين بالوفاء مرة ثانية . فقد
كان يجب عليه ان يعلم ان الوفاء يجب الا يتم لناقص الاهلية . وهناك
مثل في الفقه الفرنسي يقول : « من اساء الوفاء وفي مرتين »

Qui paye mal paye deux fois

استثناء

٦٩٠ — اذا كان الاصل ان الوفاء لناقص الاهلية لا يعتبر صحيحاً
مبرئاً للذمة ، الا انه يعتبر صحيحاً في الحالتين التاليتين :

١ — اذا اجاز الدائن الوفاء بعد بلوغه سن الرشد او رفع الحجر عنه .
فالاجازة في هذه الحالة تعتبر وكالة سابقة .

٢ — اذا عاد الوفاء بنفع على الدائن . فيصبح الوفاء في 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 اشتري داراً بـ
(٨٠٠) دينار وملابس بـ (٥٠) ديناراً ، وبذر الباقي . في هذه الحالة يصبح
الوفاء لحد (٨٥٠) ديناراً ويبطل بالنسبة للمائة وخمسين ديناراً الباقيه .

الوفاء لنائب الدائن

٦٩١ — سبق ان عرفنا النيابة^(١) بانها حلول اراده النائب محل اراده
الاصل في انشاء تصرف قانوني مع انصراف اثر هذا التصرف الى شخص
الاصل لا الى شخص النائب ، ورأينا ان لها ثلاثة مصادر : القانون والاتفاق
والقضاء .

• (١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ١٢٨

٦٩٢ — فالنيابة تكون قانونية في الحالات التي يكون الأصيل فيها قاصراً او محجوراً . وفيما يتعلق بالوفاء ، اذا كان الدائن قاصراً او محجوراً لجنون او عته ناب عنه وليه في كل الاعمال والتصرفات القانونية ، ومنها استيفاء ماله من حقوق في ذمة الغير . فيجب على المدين الا يوفي الدين الى الدائن نفسه ، بل الى وليه .

٦٩٣ — والنيابة الاتفاقية هي الوكالة . فيستطيع الدائن ان يوكل عنه شخصاً اخر في قبض ماله من حقوق لدى الغير . ويعتبر الوفاء للوكيل صحيحاً مبرئاً لذمة المدين . والوكالة نوعان : عامة وخاصة . فالوكالة العامة تضم اعمال الادارة بما فيها قبض الديون . والوكالة الخاصة هي التي تم لاجراء عمل قانوني معين ، كبيع او ايجار . فالوكالة بالبيع لا تتضمن وكالة بقبض الشحن ، وكذلك الوكالة بالايجار لا تتضمن وكالة بقبض الاجرة .

٦٩٤ — وقد يكون القضاء هو مصدر النيابة ، كما في الوصي المنصوب والقيم ووكيل التقليسه . فاذا لم يكن للقاصر ولي ولا وصي مختار نصب له القاضي وصيا . ويعين القاضي قياماً 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 في ذمة الغير يجب الالتمام لهم بالذات ، بل للوصي او القسم الذي تعينه المحكمة .

وإذا اعلن افلاس تاجر عينت المحكمة وكيل للتقليسة يكون له قبض الحقوق التي للمفلس على الغير واداء الديون التي عليه . ويسمى هذا الوكيل بـ «الستانديك» . فالستانديك يعتبر نائباً عن المفلس في قبض حقوقه . ويعتبر الوفاء له صحيحاً مبرئاً لذمة .

٦٩٥ — وقد نصت على الاحكام المتقدمة المادة (٣٨٣) مدنی بقولها :

« ١ - يصح دفع الدين للدائن او وكيله ان كان غير محجور، فان كان محجوراً فلا يصح دفع الدين اليه بل يدفع لمن له حق قبضه من ولي او وصي او قيم . »

٢ - فأن دفع المدين الدين الى الدائن المحجور فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين بل اذا هلك مادفعه او ضاع من المحجور فللولي او الوصي او القائم مطالبه المدين بالدين » ٠

المطلب الثاني

الوفاء لشخص لا صفة له في استيفاء الدين

اصل واستثناءات

٦٩٦ - تقضي المادة (٣٨٤) مدنی بانه : « اذا كان الوفاء لشخص غير الدائن او نائبه (١) فلا تبرأ ذمة المدين من الدين الا اذا اقر الدائن هذا الوفاء او تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهرا (٢) كالوارث الظاهر » ٠ ومعنى هذا النص ان من تم له الوفاء اذا لم يكن الدائن ولا نائبه فالوفاء لا يكون صحيحا ولا تبرأ ذمة المدين من الدين . ولكن النص استثنى من ذلك الحالتين التاليتين :

١ - اذا اقر الدائن هذا الوفاء ٠

٢ - اذا تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له في الظاهر لا حقيقة اي للدائن الظاهر ٠

وهناك حالة ثالثة يتم فيها الوفاء لا للدائن ولا لنائبه ومع ذلك يكون صحيحا ، وهي حالة ما اذا حجز دائن للدائن على ما لمدين مدينه (مدين الدائن) لدى الغير الذي هو المدين ٠

ونرى كلاما من هذه الحالات على حدة ٠

(١) يلاحظ على النص رکالة التعبير . وخير منه : « اذا تم الوفاء لغير الدائن او نائبه . . . » ٠

(٢) الكلمة « ظاهرا » هذه كان يجب ان تكون : « في الظاهر » . ذلك انها خبر « كان » ، والجملة خبرية ، فتؤخذ (الكلمة) بمعناها الحقيقي . فيكون معنى النص : « . . . لشخص كان له الدين واضحا . . . » اي مؤكدا ، او ما في معناه . ونحن نقترح النص التالي : (. . . لشخص كان له الدين في الظاهر لا حقيقة . . .) ٠

الحالة الاولى – اقرار الدائن للوفاء

٦٩٧ – 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 انددين علاقة قرابة او عمل ، كما اذا كان القابض ابن الدائن او قريبا له او مستخدما عنده او وكيله او عزل عن الوكالة وكان ينبغي على المدين ان يعلم بذلك . في هذه الحالة يعتبر القابض فضوليا . فإذا اقر الدائن القبض اعتبار ذلك اجازة منه لعمل الفضولي ، والاجازة اللاحقة وكالة سابقة . فينقلب الفضولي وكيله من حين القبض ، وذلك بفعل الاثر الرجعي للاقرار او الاجازة .

الحالة الثانية – الوفاء للدائن الظاهر

٦٩٨ – رأينا في مناسبات عديدة ان حرص المشرع على استقرار المعاملات جعله يأخذ الظاهر الذي اطمأن اليه الناس في معاملاتهم بنظر الاعتبار ، ويرتب على التصرفات التي تم استنادا الى هذا الظاهر النتائج القانونية نفسها التي تترتب اذا اتفق هذا الظاهر مع الحقيقة . وقد طبق القانون المدني العراقي نظرية الاوضاع الظاهرة هذه في الوفاء للدائن الظاهر . والدائن الظاهر هو الذي يوجد الدين في حيازته ولكنه لا يملكه حقيقة . وقد ضرب القانون مثلا للدائن الظاهر بالوارث الظاهر . والوارث الظاهر هو الذي تؤول اليه التركة ثم يظهر من يحتجبه . فقبل ظهور الحاجب اذا قبض الوارث الظاهر الحقوق التي كانت للمتوفى كان قبضه صحيحا ، ويعتبر الوفاء في 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 الموصى كان قد رجع عن وصيته ، فانه يكون هو الدائن ظاهرا عند الوفاء^(١) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم لها صادر في ٢٣

حيازة الحق وحيازة السند المثبت للحق

٦٩٩ — والذي يجعل من الشخص دائنا ظاهرا ائما هو حيازة الحق لا حيازة السند المثبت لهذا الحق ، كما اذا عثر شخص على سند بديهن وتقدم به الى المدين طالبا الوفاء باعتباره وكيله للدائنين ، او على اساس ان الدائن قد حول له الحق . في مثل هذه الحالة لا تكفي حيازة السند لتجعل من الحائز دائنا ظاهرا . فيجب على المدين ان يتحقق من صحة ادعاء حامل السند .

استثناء — السند لحامله

٧٠٠ — ويستثنى مما تقدم السند لحامله . ذلك ان هذا النوع من السندات قد وضع بحيث يكون في امكان حامله ممارسة حقوق الدائن . فإذا عثر شخص على سند لحامله فان في استطاعته مطالبة الموقع على السند بالوفاء . فمجرد حمله للسند يجعله يظهر بمظاهر المالك ، فيكون دائنا ظاهرا (١) .

شروط

٧٠١ — ويشترط لصحة الوفاء للدائنين الظاهر الشرطان التاليان :

١ — ان يكون الموفى له حائزًا للحق ، ولا يكفي ان يكون حائزا للسند

حزيان ١٩١٠ بانه : « اذا دفعت الادارة تعويضا عن نزع الملكية الى حائز العقار باعتبار انه المالك ، ولم يكن في الحقيقة مالكا ، فقد اوقت بالدين الى الدائن الظاهر ». قضت محكمة الاستئناف الاهلية في مصر في حكم لها صادر في ١١ ذار ١٩٢٨ بانه : « اذا وزعت وزارة الاوقاف ريع وقف معين على المستحقين كل بحسب الحصة التي قررها مفتنيها دون ان يصدر اي اعتراض من أصحاب الشأن ، ثم تبين بعد ذلك بحكم شرعى نهائى ان حصة احد المستحقين تزيد عما كان يتناوله ، لم يجز له ان يرجع على الوزارة بقيمة الفرق ، لأن هذه القيمة دفعت الى مستحق اخر كان قبل الحكم الشرعي هو الدائن الظاهر » (نقلًا عن السنهوري : المرجع السابق ، ص ٧٢٢ . كذلك الموجز ، ص ٥٥٨ ، هامش رقم ٢) .

(١) قال ، السندات لحاملها ، ج ١ ، ف ٨ ص ٦ نقلًا 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 - ان يكون الموفي حسن النية . فلا يكفي ان يكون الموفي له
حائزًا 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 .
فإذا كان المدين يعلم ان الدائن الظاهر ليس دائناً في الحقيقة ودفع له الدين
فانه يكون سيء النية ولا يعتبر وفاؤه صحيحاً ، فلا تبرأ ذمته من الدين
ويسكن اجراره على الوفاء ثانية .

وحسن النية انما يتشرط في الموفي . فلا يتشرط في الموفي له ان
يكون حسن النية هو ايضاً . ذلك ان الغاية من اشتراط هذا الشرط
انما هي حماية المدين ، ويكتفى لتأمين هذه الحماية ان يكون هو نفسه حسن
النية . ولا يهم بعد ذلك ان يكون الدائن الظاهر سيء النية ، فالدائن
ال حقيقي سوف يرجع عليه ، حسن النية كان او سيئها .

ما الحكم اذا عاد الوفاء بمنفعة على الدائن ؟

٧٠٢ - تضييف المادة (٣٣٣) من القانون المدني المصري (المقابلة للمادة
٣٨٤ مدني عراقي) الى الحالتين السابقتين - اقرار الدائن والوفاء للدائن
الظاهر - حالة ثالثة هي حالة ما اذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء وبقدر
هذه المنفعة . فهل يمكن الاخذ بهذه الحالة في القانون المدني العراقي ؟ قبل
ان نجيب عن هذا السؤال يجب ان نوضحه بعض الامثلة . يضرب الاستاذ
الكبير السنوري (١) والمذكورة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني
المصري لهذه الحالة الامثلة التالية :

(١) المرجع السابق ، ف ٤٢٣ .

١ - اذا كان القابض فضولياً قبض الدين عن الدائن لاسداء خدمة
عاجلة له ، ثم دفع له الدين بعد ذلك ٠ فالوفاء يكون صحيحاً في هذه الحالة
لان الفضولي يعتبر نائباً عن الدائن ٠

٢ - اذا كان الموفى له قد ادى الدين فعلاً للدائن ، فيكون الدائن
قد قبض حقه كاملاً ، ولا تعود له مصلحة في التمسك ببطل الوفاء ، فينقلب
الوفاء صحيحاً ويرى ذمة المدين ٠

٣ - لو كان الموفى له دائناً للدائن وقبض الدين استيفاء لحقه في ذمة
الدائن وكان هذا الحق واجب الوفاء فوراً ومقدماً على غيره من ديون
الدائن ، او أدى الموفى له بما استوفاه ديناً على الدائن توافق فيه هذه لشروط
فهنا عادت منفعة على الدائن من الوفاء وذلك بسداد الدين في ذاته
واجب السداد فوراً ، فتبرأ ذمة المدين بقدر هذه المنفعة ٠

من الواضح ان الحالتين الاوليين عبارة عن حالة واحدة . فسواء
اكان الموفى له فضولياً 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 فعلاً ٠ فلم يبق الا الحالة الاخيرة ، وهي الوفاء لدائن الدائن ٠
فهل تطبق هذه الحالة في القانون المدني العراقي ، وهل يمكننا القول بان
المدين اذا دفع الدين لدائن دائهنه فان وفاءه يكون صحيحاً مبرئاً لذمته؟
يذهب الاستاذان السنهوري وحسن علي الذنوبي الى ذلك ٠ فيقول الاستاذ
الсенهوري « بامكان تطبيق قواعد الاثراء بلا سبب في هذه الحالة ، وهي
قواعد اقرها التقنين العراقي »^(١) . ويضرب الاستاذ الذنوبي على ذلك مثيلين
احدهما ان يفي شخص لغير الدائن فيقوم هذا الشخص الذي استلم الدين
بدفعه الى الدائن الحقيقي ، والآخر ان يكون على شخص قرض من غير
فائدة ويكون دائنه مديناً لشخص اخر بدين مساوله تنشأ عنه فائدة فيفي
المدين لدائن دائهنه بما عليه ، فينقضي بهذا التزام دائهنه ٠ ويضيف الاستاذ

(١) المرجع السابق ، ص ٧١٨ ، هامش رقم ٢ ٠

الذنوں الى ذلك قوله ان « لا مصلحة للدائن في الطعن بعدم صحة الوفاء ويجب ان يعتبر الوفاء مبرئاً لذمة المدين »^(١) . ونحن لا نتفق مع الاستاذين الفاضلتين في ما يذهبان اليه . فقد سبق ان رأينا^(٢) ان القانون المدني العراقي اعتبر من قضى دين الغير بلا امره متبرعاً ولم يعطه حق الرجوع على المدين ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٣٣٩) منه بقولها : « اذا قضى احد دين غيره بلا امره سقط الدين عن المدين سواء قبل او لم يقبل ويعتبر الدافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا امره »^{٠٠}

الحالة الثالثة — الوفاء للدائن الحاجز تحت يد المدين

٧٠٣ — اذا كان الدائن مديناً بدين مستحق الاداء فان دائه يستطيع ان يحجز على ماله (المدينه الدائن) لدى مدينه ، ويسمى ذلك في 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 في استطاعة هذا الاخير الوفاء لدائنه ، وعليه في هذه الحالة ان يقوم بالوفاء للدائن دائه ، اي للحاجز والوفاء في هذه الحالة صحيح مبريء لذمة المدين ، مع ان دائن الدائن ليس هو الدائن ولا نائبه ، اي هو شخص ليس له صفة في استيفاء الدين . والجز تحت يد المدين ، او حجز ما للمدين لدى الغير ، من مسائل قانون المرافعات ، فنكتفي في شأنه بهذا القدر .

معارضة الغير في الوفاء

٧٠٤ — ومن المسائل التي تعالج مع الحالة الاخيرة معارضة الغير في الوفاء . ويحصل ذلك في حالة ضياع السندات والاوراق التجارية وسرقتها، فيطلب المالك الاصلي من المدين عدم الوفاء لحاملي هذه السندات والوراق . وفي هذه الحالة يجب على المدين الامتناع عن الوفاء حتى صدور حكم في ذلك . وهذه المسألة من مسائل القانون التجاري ، فنكتفي في شأنها بهذا القدر .

(١) احكام الالتزام ١٩٥٤ ، ف ٢٨٨ .

(٢) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ١٠١٣ .

تمهيد

المطلب الثالث العرض والإيداع

٧٠٥ — سبق ان رأينا عند الكلام عن التعويض ان المدين اذا لم يقم بتنفيذ التزامه في الوقت المتفق عليه واراد الدائن ان يحمله تنتائج عدم التنفيذ فانه يقوم باعذاره . وقد سبق ان رأينا هذه النتائج من تحمل تبعه ال�لاك وسردان 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 في استيفاء حقوقه ، او لانه غير معروف ، كما لو مات ولا يعرف وارثه ، او كان الدين متنازع 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 . في مثل هذه الاحوال للمدين مصلحة في الوفاء بما عليه من دين وتخلص ذمته ، اما لان الدين منتج لفوائد ويريد التخلص منها ، او لان هناك رهن او كفالة ويريد ان يفك الرهن او يبرئ الكفيل ، او لغير من ذلك من الاسباب . وقد توقع المشرع حدوث مثل هذه الحالات فنظم حماية المدين حماية كافية . وتقوم هذه الحماية في اجراء خاص يقوم به المدين فيليقي به تبعه عدم الوفاء على عاتق الدائن . والقيام بهذا الاجراء يتم على مرحلتين هما العرض والإيداع . فالعرض هو تنبيه المدين للدائن بأنه مستعد للوفاء بما عليه من دين وان عليه (الدائن) ان يبادر الى استيفائه في مدة يحددها . والإيداع هو قيام المدين بوضع الشيء المدين به في مكان معين . فاذا تم الإيداع وقبله الدائن او صدر حكم بصفته برئ ذمة المدين

لأنه يعتبر بمثابة وفاء • فالعرض والإيداع يعتبران ، اذن ، بمثابة اعذار للدائين تترتب عليه النتائج التي تترتب على اعذار المدين • وقد نصت على ذلك المادة (٣٨٥) من القانون المدني بقولها : « ١ - 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 في مدة مناسبة يحددها في الإنذار • ٢ - ولا يتم اعذار الدائن الا اذا اودع المدين الشيء على ذمة الدائن بعد انتفاء هذه المدة وانذره بهذا الإيداع » .

كيف يتم العرض والإيداع ؟ مراحل ثلاث

٧٠٦ - ولكي ينبع العرض والإيداع النتائج التي ينص عليها القانون ، هناك اجراءات يجب على المدين القيام بها • وهذه الاجراءات تمر بثلاث مراحل . فهي تبدأ بإنذار يوجهه المدين للدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الإنذار • فإذا لم يوجد الإنذار في حمل الدائن على استيفاء حقه انتقل المدين الى المرحلة الثانية وهي مرحلة العرض الحقيقي ، ويتم باداع الشيء في مكان معين • والمرحلة الثالثة والأخيرة هي حصول المدين على قبول الدائن للإيداع ، او على حكم بصحته • ونرى كلًا من هذه المراحل على حدة .

المرحلة الاولى - إنذار الدائن

٧٠٧ - يبدأ المدين ، اذا رفض قبول الوفاء المعروض عليه ، بإنذار يوجهه للدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الإنذار • ويتم الإنذار بواسطة الكاتب العدل • ويشترط لصحة الإنذار ان يكون المدين قد عرض على الدائن الوفاء الكامل • فيجب ان يعرض عليه الدين كله • مع فوائده وملحقاته ، وأن يعرضه في وقت حلوله وفي مكان الوفاء • ولما كان العرض والإيداع بمثابة وفاء ، فيجب ان تتوافق في المدين اهلية الوفاء وفي الدائن

(١) الاصح : « جاز » بصيغة الماضي .

اهلية الاستيفاء . وتطبق عندئذ القواعد العامة التي رأيناها عند الكلام عن الوفاء . فإذا قبل الدائن الوفاء المعروض عليه ، او اذعن للانذار الموجه اليه ، سلمه المدين اياه واتنهى كل شيء . واذا اصر على الرفض انتقل المدين الى المرحلة الثانية ، وهي مرحلة الايداع .

الآثار التي تترتب على الانذار

٧٠٨ — ويلاحظ ان الانذار الذي يوجهه المدين الى الدائن بوجوب استيفاء حقه لا يعتبر بمثابة اعذار ، فلا تترتب عليه اثار هذا الاخير . فلما تنتقل تبعة الهملاك 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 سترى .

المرحلة الثانية — الايداع

٧٠٩ — اذا لم يجد العرض الذي تقدم به المدين في صورة انذار في حمل الدائن على استيفاء حقه في المدة المحددة في الانذار كان بامكان المدين اللجوء الى ايداع الشيء على ذمة الدائن . ويختلف الايداع باختلاف الاشياء . فإذا كان الشيء تقدما قام المدين بايادعها لدى الكاتب العدل . وتم ينص القانون المدني على الجهة التي يودع فيها الشيء اذا كان منقولا معينا بالذات . وقد ذهبت محكمة تميز العراق في 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 بايادع سند التنفيذ الى هذه الدائرة طالبا منها تنفيذه على المدين . اما في غير ذلك من الحالات فلا نرى امكان لجوء

(١) تحت رقم ١٧٩ - ٤٤ وتاريخ ٢٠-١١-١٩٤٤ . والحكم مذكور في شرح قانون التنفيذ ، للاستاذ على مظفر حافظ عضو محكمة التمييز ، بغداد ١٩٥٧ - ١٩٥٨ .

المدين الى هذه الدائرة لا يداع الشيء لديها . وعليه فلا بد من قيام المشرع بتعيين مرجع تودع لديه مثل هذه الاشياء ، كما هو جار في البلاد الأخرى .

وإذا كان الشيء المراد تسليميه عقارا ، او شيئا معدا للبقاء حيث وجد كمضة ، فان بامكان المدين ان يطلب من المحكمة وضعه تحت يدل على عدل . ويقوم تسليم الشيء الى العدل مقام الایداع .

وإذا كان الشيء معرضا للتلف او يكلف نفقات باهظة في ايداعه جاز للمدين ان يحصل على اذن من المحكمة في بيعه بسعره المعروف في الاسواق . وإذا تعذر بيعه بالصورة الاعتيادية فبالمزيد العلني . ويقوم ايداع الشمن مقام ايداع الشيء نفسه . وإذا لم يكن هناك متسع من الوقت لاستئذان المحكمة لأن الشيء معرض للتلف جاز للمدين بيع الشيء بدون اذنه . وقد نصت على الاحكام المتقدمة المادة (٣٨٧) مدنی بقولها :

« ١ - اذا كان محل الوفاء عقارا او شيئا معدا للبقاء حيث وجد وطلب المدين من المحكمة وضعه تحت يد عدل قام تسليم الشيء للعدل مقام الایداع .

٢ - وإذا كان شيئا يسرع اليه التلف او يكلف نفقات باهظة في ايداعه فانه يجوز^(١) للمدين بعد استئذان المحكمة او دون استئذان عند الضرورة ان بيعه بسعره في الاسواق ، فان تعذر ذلك فبالمزيد العلني . ويقوم ايداع الشمن مقام ايداع الشيء نفسه » .

النتائج التي تترتب على الایداع

٧١٠ - لم يعتبر القانون المدني العراقي الدائن في حالة اعذار الا بعد قيام المدين بایداع الشيء ، بينما اعتبره القانون المدني المصري في 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 تيجتان : انتقال تبعة ال�لاك من المدين الى الدائن ، وانقطاع سريان الفوائد .

ففي الحالات تكون تبعة هلاك الشيء فيها على المدين تستقل هذه التبعة بالاعذار الى الدائن . فهلاك المبيع قبل التسلیم يتحمله البائع . ولكن هذا الاخير اذا عرض على المشتري الشيء المبيع مستوفيا للاوصاف المتفق عليها ورفض المشتري تسلیمه وقام البائع بایداعه ثم هلك كان الهلاك على المشتري . وقد نصت على هذا الحكم صراحة الفقرة الاولى من المادة (٥٤٧) مدنی 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 لتسلیم المبيع » .

ويترتب على الاعذار ايضا ، اي على الایداع ، توقف سريان الفوائد . فإذا كان الدين متوجا لفوائد فان سريان هذه الفوائد يقف من حين قيام المدين بایداع المبلغ المدين به .

نفقات الایداع

٧١١ — والذي يتحمل نفقات الایداع انما هو الدائن لا المدين . فإذا كان الشيء يتطلب نفقات لنقله الى محل الایداع ، او اجرؤا لحفظه في المحل الذي يودع فيه ، كانت هذه النفقات على الدائن .

المرحلة الثالثة — قبول الدائن للایداع او صدور حكم بصحته

٧١٢ — لا يعتبر الایداع بمثابة وفاء ، ولا تترتب عليه النتائج المتقدمة ، بمجرد قيام المدين به . فإذا اراد المدين قطع كل نزاع بهذا الشأن فعليه ان يحصل على قبول الدائن له . وإذا رفض الدائن اعطاء قبوله فاما المدين اللجوء الى القضاء للحصول على حكم بصحته (صحة الایداع) . فإذا لم يقبل الدائن الایداع ولم يحصل المدين على حكم بصحته فالقانون المدني العراقي لا يأخذه بنظر الاعتبار ، ولا يعتبره بمثابة وفاء . وهذا ما يستتبع من المفهوم المخالف للفقرة الاولى من المادة (٣٨٦) التي نصت على ان : « يقوم الایداع مقام الوفاء اذا قبله الدائن او صدر حكم بصحته » .

فإذا قبل الدائن الوفاء ، او حصل المدين على حكم بصحته ، اعتبر صحيحاً وقام مقام الوفاء من حين الإيداع لا من حين القبول او صدور الحكم ، وتترتب عليه النتائج التي رأيناها فيما تقدم ، من توقف سريان الفوائد وتحمل الدائن لتبعة الهملاك ونفقات الإيداع . وهذا ما نصت عليه المادة (٣٨٦) مدني بقولها : « ١ - يقوم الإيداع مقام الوفاء اذا قبله الدائن او صدر حكم بصحته ٢٠ - وفي هذه الحالة تكون نفقات الإيداع على الدائن وهو الذي يتحمل تبعة هلاك الشيء من وقت الإيداع ، ومن هذا الوقت ايضاً يقف سريان الفوائد » .

رجوع المدين في العرض

٧١٣ - يستطيع المدين ، بعد قيامه بالعرض والإيداع ، ان يرجع في العرض الذي تقدم به الى الدائن وان يسترد الشيء الذي اودعه . ويختلف حكم هذا الرجوع في حالة حصوله قبل قبول الدائن له او صدور حكم بصحته عنه بعد ذلك . ونرى كلاماً من ذلك على حدة .

١ - رجوع المدين قبل قبول الدائن للإيداع او صدور حكم بصحته .

٧١٤ - سبق ان رأينا ان القانون المدني العراقي لم يعتبر الإيداع بثابة وفاء الا اذا قبله الدائن او صدر حكم بصحته . فقبل قبول الدائن او صدور الحكم لا تبرأ ذمة المدين ، ويبيّن الشيء الذي اودعه على ملكه ، فيستطيع الرجوع في عرضه واسترداد ما اودعه . فإذا كان معه مدينيون اخرون فان ذمّهم لا تبرأ ويطلبون ملزمه بالدين معه . وكذلك الامر اذا كان هناك كفلاء . فهو لاء لا تبرأ ذمّهم تجاه الدائن ويستطيع هذا الرجوع عليهم بالدين اذا لم يقم المدين بالوفاء . وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الاولى من المادة (٣٨٩) مدني بقولهما : « اذا عرض المدين الدين واتبع العرض بایداع او باجراء مماثل جاز له ان يرجع في هذا العرض ما دام الدائن

لم يقبله ، او ما دام لم يصدر حكم نهائی بصحته ٠ واذا رجع فلا تبرأ ذمة^(١)
شركائه في الدين ولا ذمة^(٢) الضامنين ٠

٢ - رجوع المدين بعد قبول الدائن للإيداع او صدور حكم بصحته

٧١٥ - لما كان الإيداع بعد قبول الدائن له او صدور حكم بصحته
يقوم مقام الوفاء ، فان معنى ذلك ان الدين ينقضى وتبرأ ذمة المدين ٠
فاذا اراد هذا الرجوع في عرضه فلا بد من موافقة الدائن ٠ فاذا وافق الدائن
اشغلت ذمة المدين من جديد ٠ وفي هذه الحالة تسقط التأمينات التي كانت
تضمن الدين ، وتبرأ ذمم المدينين الآخرين اذا كان هناك اكثر من مدين ،
وتبرأ كذلك ذمم الكفلاء ٠ وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٣٨٩)
المقدمة بقولها : «فاذا رجع المدين في العرض بعد ان قبله الدائن او بعد ان
حكم بصحته وقبل الدائن منه هذا الرجوع لم يكن لهذا الدائن ان يتمسّك
بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرأ ذمة الشركاء من الدين
وذمة الضامنين ٠» .

الفرع الثاني

محل الوفاء

OBJET DU PAIEMENT

مسائل مختلفة

٧١٦ - الاصل ان على المدين ان يوفي بالشيء المستحق ذاته ، فلا يجر
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 الشيء الواجب

(١) و(٢) الصحيح «ذمم» بالجمع .

الاداء . ولكن هذا الاصل يحتمل استثناء في حالة ما اذا كان الشيء
الواجب الاداء مبلغا من النقود . والاصل كذلك ان على المدين ان يوفي
بالي شيء المستحق كله ، فلا يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي . ولكن هذا
الاصل يحتمل بعض الاستثناءات ايضا . وقد تتعدد الديون التي في ذمة
المدين وفي المدين بما لا يكفي للوفاء بها جميعا ، وفي هذه الحالة يجب
تعيين الدين الذي يقع الوفاء به . يخلص لنا مما تقدم ان هناك ثلاثة مسائل
تتطلب البحث ، وهي :

- ١ - الوفاء بالي شيء المستحق ذاته .
 - ٢ - الوفاء بالي شيء المستحق كله .
 - ٣ - تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون .
- ونرى كلام من هذه المسائل في مبحث خاص .

المبحث الاول

الوفاء بالي شيء المستحق ذاته

٧١٧ - 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 في 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 في حالة
الالتزام التخييري والوفاء بمقابل . ولكننا اذا تعمقنا في النظر لم نجد هناك
استثناء ، ووجدنا ان ما يقال له استثناء ليس استثناء الا في الظاهر . ذلك ان
الالتزام التخييري والوفاء بمقابل . ولكننا اذا تعمقنا في النظر لم نجد هناك
المتعاقدين » ، لا استثناء لها .

بجنسه ، اي دينا . والدين اما ان يكون شيئا مثليا او مبلغا من النقود .
ونرى كلاما من ذلك على حدة^(١) .

اولا - الشيء المستحق عين (Corps certain)

٧١٨ — 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 يجر الدائن على قبول شيء اخر غير الشيء المتفق عليه ، ولو كانت قيمة تزيد على قيمة الشيء الواجب . وقد نصت على هذا المبدأ الفقرة الاولى من المادة (٣٩٠) مدنی بقولها : «اذا كان الدين مما يتعين بالتعيين فليس للمدين ان يدفع غيره بدلا منه بدون رضاء الدائن حتى لو كان هذا البديل مساويا في القيمة للشيء المستحق او كانت له قيمة اعلى » .

[Risque] تبعة الهاك

٧١٩ — وهل يضمن المدين الشيء اذا هلك قبل التسليم ؟ يجب التمييز في هذا الصدد بين ما اذا كانت يد المدين يد امانة او يد ضمان . فإذا كانت يده يد امانة ، كالمستأجر والمستعير والوديع ، الخ . فانه لا يتحمل تبعة هلاك الشيء اذا كان الهاك بسبب اجنبي لا يد له فيه . واذا كانت يده يد ضمان ، كالغاصب والسارق ، فهو ضامن ولو كان الهاك بسبب اجنبي . ويلاحظ ان يد المدين تتحول من يد امانة الى يد ضمان اذا اعذرته الدائن بالتسليم ولم يسلم .

ثانيا - الشيء المستحق شيء مثلي [Chose de genre]

٧٢٠ — 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 ، وفي ذلك توفيق بين مصلحة الطرفين وتحقيق للعدالة بينهما . فإذا كان محل التزام المدين مائة طن من الخنطة مثلاً ولم يعين نوع الخنطة فعلى المدين أن يسلم الكمية من النوع المتوسط في الجودة . وإذا عين النوع وكان هناك درجات في الجودة فعلى المدين أن يسلم النوع من الدرجة المتوسطة في الجودة .

٧٢١ — ولم ينص القانون المدني العراقي على القاعدة المتقدمة . ولكن الفقرة الثانية من المادة (٣٩٠) نصت على أن الدين إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين بالعقد ، فللدين دفع مثله وإن لم يرض الدائن . ومعنى ذلك أن العقد إذا ورد على هذه الكمية من الخنطة ، أي أن الكمية كانت موجودة ومشاراً إليها عند العقد ، فالمدين يستطيع أن يسلم الدائن كمية أخرى مثل الكمية الأولى ولو لم يرض الدائن (١) .

ثالثاً — الشيء المستحق مبلغ من النقود

٧٢٢ — وإذا كان الشيء المستحق مبلغاً من النقود وجب على المدين الوفاء بالمبلغ المتفق عليه وبالعملة المتفق عليها ، ورقية كانت العملة أو معدنية .

(١) يذهب الدكتور حسن على الذنوبي في شرحه للفقرة الثانية من المادة (٣٩٠) إلى أن المشرع أراد بالتعيين في العقد أن يذكر نوع المحل ووصفه ومقداره . وهو يستنتاج من ذلك أن هذه الفقرة لغو لا فائدة فيه ، وكان يحسن بالمشروع عدم ايرادها (أحكام الالتزام ، ١٩٥٤ ص ٢٦٣) . ونحن لا نتفق مع الاستاذ في ما يذهب إليه . ذلك أن النص يقول : «... فللدين دفع مثله ...» . فإذا كان قصد المشروع من التعيين بالعقد هو ذكر المحل ووصفه ومقداره فقط فلا يكون عندهنا شيء يدفع المدين مثله . فكل ما هناك عبارة عن شيء مذكور بوصفه ومقداره ، ولا يتبع هذا الشيء إلا بالتعيين . وعنده لا يمكن اعمال الكلمة «مثله» الواردة في النص . أما إذا اعتبرنا قصد المشروع من التعيين بالعقد هو تعيين الشيء بذاته ، وذلك بالاشارة إليه عند العقد ، وأجزنا للمدين أن يدفع مثله ولو لم يرض الدائن فعنده يمكنا اعمال النص . وأعمال النص أولى من اهماله .

وإذا كانت العملة المتنفق عليها أجنبية ، كالباون والدولار ، وتعدر الحصول عليها في العراق جاز الوفاء بالدينار العراقي مقوما بسعر الصرف في يوم الوفاء . وإذا وفي الدين بشيك على أحد المصارف فإن ذمته لا تبرأ بمجرد تسليمه الشيك للدائن ، بل بقبض الدائن قيمة الشيك فعلا من المصرف .

٧٢٣ — ولا يثير الوفاء بمبلغ من النقود صعوبة إذا لم يكن للعملة الورقية سعر قانوني (*Cours légal*) . فالدائن يستطيع أن يرفض قبول العملة الورقية وان يطلب الوفاء بالذهب . وإذا تحدد للعملة الورقية سعر قانوني أصبح الدائن ملزما بقبولها ، والا تعرض للمسؤولية الجنائية . ولكن الوفاء بالعملة الورقية في هذه الحالة لا أهمية له لأن الدائن يستطيع استبدال الذهب بالعملة الورقية لدى مصرف الاصدار . ولا تظهر أهمية 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 — ولتجنب النتائج التي قد تترتب على انخفاض قيمة العملة الورقية جرت العادة على ان يتفق التعاقدان 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* . فما قيمة هذا الشرط ، وهل هو صحيح او باطل ؟ يفرق الفقه والقضاء في فرنسا بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية ، ويذهب الى صحة الشرط في الاخرية دون الاولى ، وذلك لأن اعتبار الشرط صحيحا في 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 في فرنسا قانون في ٢٥ حزيران ١٩٢٨ ثبت سعر الفرنك وقضى صراحة بصحة شرط الذهب في المعاملات الخارجية . وفي مصر صدر مرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ قضى بيطلاق شرط الذهب في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء ٠

٧٢٥ — اما في العراق فقد نصت المادة الاولى من قانون العمل رقم (٤٤) لسنة ١٩٣١ على انه : «ابتداء من اليوم الاول من شهر تموز سنة ١٩٣١ يكون الدينار الوحدة القياسية للعملة في العراق» . ونصت المادة الثانية من القانون نفسه على ان : «المقاولات والبيع والتأديبات وقواعد الحساب والاوراق والسنادات والضمادات 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 في العراق وفقاً للوحدة المتحدة اساساً في 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

٧٣٦ — 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 واستيفاء الجزء الاخر في ذمته، حتى لو كان الدين قابلاً للتجزئة كمبلغ من النقود او شيء مثلي . وقد نصت على ذلك المادة

(١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ٣٢٦

(٣٩٢) مدنی بقولها : « اذا كان الدين حالا فليس للمدين ان يجبر دائره على قبول بعضه دون البعض^(١) ولو كان قابلا للتبعيض » . وليس في هذا الا تطبيق للبدأ الذي رأيناه في البحث انساب من وجوب الوفاء بالشيء المستحق ذاته . فهذا النوع من الوفاء يقتضي ان يكون الوفاء بالشيء المستحق كله .

استثناء

٧٢٧ — 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 المقاصلة 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 فلا يرجع على كل منهم الا بقدر حصته من الدين ، وهذا ايضا وفاء جزئي . واذا كان الدين مضمونا بعدة كھلاء غير متضامنين فالدين ينقسم عليهم جميعا ، ولا يرجع الدائن على كل منهم الا بقدر نصيبه في 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 دائره على قبول بعضه دون بعضه الآخر ... ». ذلك ان كلمة «بعض» لا تدخل عليها الالف واللام لانها معرفة بالإضافة لفظا او تقديرها . واذا اخذنا برأي بعض النحويين الذين يجيزون دخول الالف واللام عليها لاعتبارهم ايها بمعنى «جزء» ، فعندئذ يجب ان تكون عبارة «بعضه الآخر» : « البعض الآخر» .

(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 ، ج ٧ ف ١١٦٣ . بودري



المبحث الثالث

تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون

٧٢٨ — 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 للدائنين ما لا يفي بالدين مع هذه الملحقات ، فمن اي من هذه الديون يخصم ما اداته المدين ؟ تسمى هذه المسألة بـ « احتساب الخصم » *Imputation des paiements* اهمية بالغة لاختلاف الديون في قوتها ، ولا نبعضها قد يكون منتجًا لفوائد وبعضها الآخر بدون فائدة . وقد ميز القانون المدني العراقي في 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 — تعدد الديون

٧٢٩ — تقضي الفقرة الاولى من المادة (٣٩٣) مدنی بأنه : « اذا دفع المدين احد الدينين واجبين في ذمته وكان احدهما مطلقا والآخر مشمولا بكفالته او برهن ، او كان احدهما قرضا والآخر ثمن^(١) مبيع او كان احدهما مشتركا والآخر خاصا، او كان الدينان متبانين بوجه من الوجوه واختلف الطرفان في جهة

وبارد ، ج ١٣ (الالتزامات ٢) ، ف ١٤٧٩ . ونحن لا نتفق مع هؤلاء الفقهاء في ما يذهبون اليه . ذلك ان تجزئة الوفاء اذا كانت نتيجة لاتفاق الطرفين فانت لا تكون امام استثناء لمبدأ عدم تجزئة الوفاء بل امام تطبيق له . فالاستثناء الحقيقي انما هو الذي يعبر فيه الدائن على قبول الوفاء الجزئي ، لا الذي يتافق عليه الطرفان .

(١) هناك غلط مادي او مطبعي في النص بالنسبة لكلمة «ثمن» . فقد ورد في النص كلمة «ضمن» بدلا من «ثمن» .

الدين يعتبر قول المدين في تعين جهة الدفع» . ومعنى هذا النص انه اذا كان في ذمة المدين اكثر من دين واحد ولم تكن هذه الديون في 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 في تعين الدين الذي يحتسب منه الخصم^(١) .

ثانيا - دين واحد تتبعه ملحقات

٧٣٠ - واذا لم يكن على المدين الا دين واحد ، ولكن معه مصروفات وفوائد ، وكان ما اداه للدائنين 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 في هذا ما ذهب اليه القانون المدني المصري الجديد . فقد نص هذا الاخير في المادة (٣٤٤) منه على انه : « اذا تعددت الديون في 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 التعين » . ونص في المادة (٣٤٥) على انه : « اذا لم يعين المدين على الوجه المبين في المادة السابقة ، كان الخصم من حساب الدين الذي حل ، فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب اشدتها كلفة على المدين ، فإذا تساوت الديون في الكلفة فمن حساب الدين الذي يعيشه الدائن » . ويذهب الاستاذ الكبير السنهوري الى ان حكم القانون العراقي يتافق في مجموعه مع التقنين المصري (المرجع السابق ، ص ٧٦٥ ، هامش) . ولكننا من المقارنة بين النص العراقي والنص المصري لا نستطيع الاتفاق مع الاستاذ في ما يذهب اليه . ذلك ان القانون المصري يكل تعين الدين المدفوع ، اذا لم يقم به المدين ، الى القانون ثم الى الدائن . وقد وضع هذا القانون قاعدة لتعيين المدفوع ، فقرر انه اذا لم يعيين المدين الدين المدفوع كان الخصم من حساب الدين الذي حل ، فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب اشدتها كلفة على المدين . اما التعين من قبل الدائن فيكون في حالة ما اذا تعددت الديون الحالة وتساوت في عبئها على المدين . كل هذا لم يأخذ به القانون المدني العراقي ، وترك التعين للمددين في حالة اختلاف الطرفين في تعين جهة الدفع .

المصروفات اولاً ، ثم من الفوائد ، ثم من اصل الدين . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٣٩٣) المتقدمة بقولها : « اذا كان المدين ملزماً 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 »

الفروع الثالث

زمان الوفاء

الاصل : وجوب الوفاء فوراً

٧٣١ — الاصل ان على المدين ، اذا لم يكن الوفاء مؤجلاً او كان مؤجلاً وحل الاجل ، ان يبادر الى الوفاء بالتزامه . فإذا اشتري شخص شيئاً وجب على كل من البائع والمشتري ان ينفذ التزامه في الحال . فعلى المشتري ان يدفع الثمن الى البائع ، وعلى البائع ، ان يسلم المبيع الى المشتري . واذا اقرض شخص شيئاً وحل اجل الوفاء وجب عليه ان يوفي الدين في الحال . وهذا ما نصت عليه العبارة الاولى من الفقرة الثانية من المادة (٣٩٤) بقولها : « فإذا لم يكن الدين مؤجلاً او حل اجله ، وجب دفعه فوراً »

استثناء : اتفاق المتعاقدين او حكم القضاء

٧٣٢ — ولكن الاصل المتقدم ليس مطلقاً . فقد يتافق المتعاقدان على تأجيل الوفاء بعد وجوبه ، وقد يقضى القضاء بتأخيله .

فالمتعاقدان يستطيعان تأجيل الوفاء او تقسيط الدين ، وعندئذ لا يعود في استطاعة الدائن مطالبة المدين بالدين او بالقسط في الحال . وقد نصت ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣٩٤) مدنی بقولها : « اذا اجل الدين او

قسط الى اقساط معلومة فلا يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين او القسط قبل حلول اجله » . والاجل في هذه الحالة هو الاجل الواقع 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 في القانون ولم يلحق الدائن ضرر جسيم . وهذه هي نظرة الميسرة التي سبق ان رأيناها (ف ٣٣٦ 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 في القانون ان تنظر المدين الى اجل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم » .

الوفاء قبل حلول الاجل

٧٣٣ — واذا كان الاجل قد تقرر لمصلحة المدين فان في استطاعته الوفاء قبل حلول الاجل ، وليس للدائن ان يتعرض على ذلك . فإذا اشترى شخص شيئاً بشمن 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 مؤجلاً فللدين ان يدفعه قبل حلول الاجل اذا كان الاجل متمحضاً لمصلحته ، ويجب الدائن على القبول» .

استحقاق المقبوض

٧٣٤ — وثور بمناسبة الوفاء قبل حلول الاجل مسألة ما اذا استحق ما وفاه المدين ، فهل يستطيع الدائن مطالبه بالوفاء مرة ثانية في الحال ، او يعود الدين مؤجلاً كما كان ؟ مثال ذلك ما اذا التزم شخص بتسليم سيارة في ميعاد معين وسلمها قبل حلول اجل التسليم ، ثم اقام شخص ثالث الداعوى على مستلم السيارة واثبت بالبينة ملكيته للسيارة واستردتها منه ، فهل في

استطاعة الدائن مطالبة المدين بتسليم سيارة اخرى في الحال ، او يجب عليه الانتظار لحين حلول الاجل ؟ يعود الدين في هذه الحالة مؤجلا كما كان، ولا يستطيع الدائن مطالبة المدين بتسليم سيارة اخرى في الحال . وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٣٩٥) مدنی بقولها : « فإذا قضى المدين الدين قبل حلول الاجل ثم استحق المقبول عاد الدين مؤجلا كما كان » ٠

الفرع الرابع مكان الوفاء ونفقاته

LIEU ET FRAIS DU PAIEMENT

٧٣٥ — اذا اتفق المتعاقدان على تعيين المكان الذي يتم فيه الوفاء وجب اتباع اتفاقيهما ، ولا يجوز لاي منهما ان يتطلب الوفاء في 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 Portable لا محمول Quérable اي ان على الدائن ان يطالب بالدين في محل المدين وليس على المدين ان يحمل الدين الى محل الدائن . وقد ميز القانون المدني العراقي في هذا الصدد بين حالتين : ١ — ان يكون للشيء الملتزم بتسليمه حمل ومؤونة ، ٢ — الا يكون للشيء حمل ومؤونة . وفرى كلام من ذلك على حدة ٠

الحالة الاولى — الشيء له حمل ومؤونة .

٧٣٦ — المقصود بالشيء الذي له حمل ومؤونة هو الشيء الذي لا يمكن قلله بسهولة ويسر ، كالأشياء المثلية كالخنطة والشعير والاقمشة . ومما يجب ملاحظته ان هذه الأشياء انما تعتبر كذلك اذا تعينت في العقد ، بان كانت موجودة ومتشارا اليها عند العقد ، كما لو باع هذه الكمية من الخنطة او

الاقيمة او الاختبار ، او كانت معروفة من الطرف الآخر ، كما لو باعه الكمية من الحنطة الموجودة في مخزنه وكان المشتري قد رأها . فإذا لم تكن مشاراً إليها في العقد ولم يكن الطرف الآخر قد رأها ، فلا تدخل عندئذ في عدد هذه الأشياء . ويدخل في عداد الأشياء التي لها حمل ومؤونة الأشياء المعينة بالذات (الاعيان) اذا لم تكن من الأشياء التي يمكن نقلها بسهولة ويسر ، كالمضخة وآلة الحرث . والحكم بالنسبة لهذه الأشياء ان المتعاقدين اذا لم يتفقا على مكان تسليمها فانها تسلم في المكان الذي تكون فيه عند ابرام العقد . وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٣٩٦) مدنى بقولها : « اذا كان الشيء الملزם به مما له حمل ومؤونة^(١)) كالمكبات والموزوونات والعروض ونحوها وكان العقد مطلقاً لم يعين فيه مكان التسليم يسلم الشيء في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت العقد » .

الحالة الثانية - الشيء ليس له حمل ومؤونه

٧٣٧ — واذا لم يكن للشيء الملزם بتسليمه حمل ومؤونه فالوفاء يكون في موطن المدين او في مركز اعماله اذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الاعمال . ويقصد بالشيء الذي ليس له حمل ومؤونه الأشياء التي يمكن نقلها بسهولة ويسر ، كحصان او سيارة ، وكذلك المثلثات اذا لم تكن معينة ومشاراً إليها في العقد ، كما اذا باعه مائة طن من الحنطة او كذا متراً من القماش ، الخ . . . ولم تكن هذه الأشياء معينة ومشارراً إليها في العقد ، ولا معيناً مكانها . وبعبارة أخرى اذا كانت ديناً ، اي وصفاً في الذمة . ويدخل في عداد هذه الأشياء النقود . والحكم بالنسبة لهذه الأشياء ان يكون تسليمها في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين . وبذلك تتطبق القاعدة القائلة ان الدين مطلوب او مسعي إليه ، 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 : « وفي الالتزامات الأخرى يكون الوفاء في موطن المدين وقت وجوب الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه محل اعماله إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الاعمال ما لم يتفق على غير ذلك » .

ارسال الدين مع رسول المدين او دفعه الى رسول الدائن

٧٣٨ - تضي الماد (٣٩٧) مدنبي بأنه : « اذا ارسل المدين الدين مع رسوله الى الدائن فهلك في يد الرسول قبل وصوله هلك من مال المدين . وان امر الدائن المدين بان يدفع الدين الى رسول الدائن فدفعه اليه وهلك في يده فهلاكه من مال الدائن ويبرأ المدين من الدين » . وهذه المادة ليست الا تطبيقاً للقواعد العامة ، وكان من الافضل عدم ايرادها على هذا النحو والنص بدلاً 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 امانة . فإذا كانت يد المدين يد ملك فان تسليم الشيء الى رسوله لا يخرج هذا الشيء من ملكه ، فيبقى على ملكه وهو في يد الرسول كما كان في يده . مثال ذلك البائع . فإذا ارسل البائع المبيع مع رسوله ، فان الشيء وهو في يد الرسول يبقى على ملك البائع فيهلك عليه . وإذا كانت يد المدين على الشيء يد ضمان فارسله الشيء مع رسوله الى الدائن لا يعيشه من الضمان ما دام الشيء في يد الرسول . وكذلك الامر اذا كانت يد المدين يد امانة ، كالوديع . فإذا ارسل الوديع الشيء المودع مع رسوله فان يد الرسول تكون يد امانة كيد الوديع ، فإذا 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 انهلاكه اليه في الحالات التي تكون فيها على المدين .

نفقات الوفاء

٧٣٩ — تضيي المادة (٣٩٨) مدنى بان : « نفقات الوفاء على المدين الا اذا وجد اتفاق او عرف او نص يقضى بغير ذلك » . ومعنى هذا النص ان كل ما يلزم لتعيين الشيء وتسليمه للدائن ، من فرز وزن وتغليف وتحميل وما الى ذلك ، يقع على عاتق المدين ، الا اذا اتفق المتعاقدان او قضى العرف او القانون بان يكون على الدائن . فاذا اشتري شخص مائة طن من التمر مثلا فنفقات وزنه ووضعه في اكياس وتحميله في 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 — بهذا ننتهي من الكلام عن الوفاء ، وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام . وتنتقل الان الى الكلام عن الطريق الثاني من طرق انقضاء الالتزام ، وهو الانقضاء بما يعادل الوفاء ، وهو موضوع الفصل الثاني من هذا الباب .

الفصل الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

تمهيد وتقسيم

٧٤١ — قد ينقضي الالتزام لا بقيام المدين بالوفاء بما التزم به عيناً بل بما يعادل ويساويه . ولهذا الطريق من طرق انقضاء الالتزام اربع صور . فقد يدفع المدين للدائن شيئاً اخر بدلاً من الشيء الواجب ، وهذا هو الوفاء بمقابل او الاعتباض . وقد يتفرق الدائن والمدين على احلال دين جديد محل الدين القديم يختلف عنه في احد عناصره الجوهرية ، وهذا هو التجديد الذي من صوره الانابة في الوفاء . وقد ينشأ للمدين دين في ذمة دائنه فيصبح دائناً له ، وعندئذ تبرأ ذمته بقدر الدين الذي نشأ له في ذمة دائنه ، وهذا ما يسمى بالمقاصة . وقد تجتمع صفتان الدائن والمدين في 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 تطبيقاً لقاعدة « لا ترثك الا بعد سداد الديون » ، وعندئذ يقوم بالوفاء لنفسه هو . واذا كان المتوفى هو الدائن وورثه المدين انتقل حق الدائن بماله الى المدين ، وعندئذ يصبح المدين دائناً لنفسه . وهذا هو اتحاد الذمة .

ونقسم هذا الفصل الى خمسة فروع ، نخصص الاول للوفاء بمقابل او الاعتباض ، والثاني للتجديد ، والثالث للانابة في الوفاء ، والرابع للمقاصة ، والخامس والأخير لاتحاد الذمة .

الفروع الاول

الوفاء بمقابل (او الاعتباض)

[DATION EN PAIEMENT]

٧٤٢ — 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 في الوفاء غير الشيء المدين به ولو كان اقل قيمة . ولكن اذا كان الدائن والمدين لا يجبران على ذلك ، الا انهم يستطيعان الاتفاق عليه ، فيقدم المدين شيئاً غير الشيء الذي في ذمته ويقبل الدائن هذا الشيء ، فينقضي الالتزام في الحال وتبرأ منه ذمة المدين . مثال ذلك ما اذا كان محل التزام المدين مبلغاً من النقود وعند الوفاء اتفق مع الدائن على اعطائه شيئاً اخر ، كسيارة ، بدلاً من النقود وقبل الدائن ذلك واستلمه من المدين . في هذه الحالة ينقضي الالتزام الذي كان في ذمة المدين وتبرأ ذمته منه . وقد اشارت الى ذلك المادة (٣٩٩) من القانون المدني بقولها : « اذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئاً اخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء » .

٧٤٣ — والوفاء بمقابل اتفاق بين الدائن والمدين ، فيجب ان تتوافق في كل منهما الاهلية الالزمة للوفاء والاستيفاء . ولما كان الوفاء بمقابل من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيجب ان يكون كل من الموفي والمستوف في كامل الاهلية . فاذا كان المدين ناقص الاهلية ولم يلتحق الوفاء بمقابل به ضرراً صحيحاً وفاؤه (٣٧٧م) . 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 موجوداً في يده ،

و اذا هلك لم يضمن قيمته . و اذا عاد الوفاء عليه بمنفعة وجب عليه ان يرد ما يساوي قيمة المنفعة التي حصل عليها . وليس في كل هذا الا تطبيق للقواعد العامة التي سبق ان رأيناها .

٧٤٤ — ويشترط لصحة الوفاء بمقابل ايضا ان يتم الوفاء عند الالتفاق ، فينقضي الالتزام وتبرأ منه ذمة المدين في الحال . فإذا كان المقابل دار مثلاً ، فيجب على المدين ان ينقل ملكية الدار في دائرة الطابو . و اذا كان المقابل شيئاً مثلياً وجب فرزه لتنقل 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 ، في حين ان الالتزام الجديد في الوفاء بمقابل يجب تنفيذه في الحال .

التكييف القانوني للوفاء بمقابل وحكمه

٧٤٥ — وقد اختلف الفقهاء في التكييف القانوني للوفاء بمقابل . فذهب فريق الى انه بيع ، المبيع فيه هو المقابل والدين هو الشمن . وذهب اخرون الى انه نوع من الوفاء تغير فيه المحل الاصلي . وهذا الرأي هو الذي كان سائداً في القانون الفرنسي القديم . والرأي الذي اخذ يسود في الفقه الحديث يذهب الى ان الوفاء بمقابل عمل مركب من تجديد بتغيير المحل ووفاء بنقل الملكية . ويتربى على اعتبار اوفاء بمقابل بيعاً انطبق احكام البيع عليه . فيجب ان تتوافق في الطرفين الاهلية الالازمة لممارسة هذا العقد . و اذا استحق المقابل الذي دفعه المدين الى الدائن رجع هذا عليه بدعوى ضمان الاستحقاق لا بدعوى الدين الاصلي . و اذا ظهر في المقابل عيب خفي رجع الدائن على المدين بدعوى ضمان العيوب الخفية .

ويترتب على اعتبار الوفاء بمقابل وفاء انتفاء التأمينات التي كانت تضمن الدين القديم ووجوب تطبيق القواعد العامة التي رأيناها في تعين جهة الدفع اذا تعددت الديون التي للدائن في ذمة المدين . وقد اخذ القانون المدني العراقي بهذا الرأي واعتبر الوفاء بمقابل بيعاً من جهة ووفاء من جهة

آخرى . وهذا ما نصت عليه المادة (٤٠٠) منه بقولها : « يسري على الوفاء بمقابل من حيث انه ينقل ملكية الشيء الذى اعطي فى الدين احكام البيع وبالاخص ما يتعلق منها باهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسري عليه من حيث انه يقضى الدين احكام الوفاء وبالاخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع واقتضاء التأمينات » .

الفرع الثاني

التجديد

(NOVATION)

تعريف التجديد واهميته

٧٤٦ — يكون هناك تجديد اذا استبدلنا بالالتزام القائم التزاما جديدا يختلف عنه في احد عناصره الجوهرية من محل او دائن او مدين . والتجديد يقضي الالتزام القديم وينشئ الالتزام الجديد ويحل محله .

وقد كان للتجديد اهمية كبيرة في القانون الروماني حيث لم يكن هذا القانون يعترف بحوالة الحق ولا بحوالة الدين . فكان لا بد من اللجوء إليه اذا أريد تغيير الدائن أو المدين . أما في القوانين الحديثة فقد تضاءلت هذه الاهمية إلى حد كبير نظرا لاقرار هذه القوانين لكل من حوالاة الحق وحوالة الدين ، ولو وجود الوفاء بمقابل الى جانبهما . وقد اغفلت بعض القوانين المدنية الحديثة ، كالقانون المدني الألماني ، الاشارة الى التجديد ، مكتفية في ذلك بحوالة الحق وحوالة الدين والوفاء بمقابل . وتکاد اهمية التجديد تختصر في الوقت الحاضر في حالة ما اذا أريد تغيير مصدر الالتزام أو محله . فمثلا تغيير المصدر ما اذا كان مصدر الدين عقد بيع وجعل عقد قرض . ومثال تغيير المحل ما اذا كان المحل عينا وجعل مبلغا من النقود . وتتكلّم عن التجديد في مبحثين ، نخصص الاول لشروطه والثانى لاثاره .

المبحث الأول

شروط التجديد

شروط أربعة

- ٧٤٧ — سبق ان عرفنا التجديد بأنه استبدال التزام جديد بالتزام قديم ، وقلنا ان الالتزام الجديد يجب ان يختلف عن الالتزام القديم في أحد عناصره ثم ان نية الطرفين يجب ان تصرف الى التجديد . يخلاص لنا مما تقدم ان هناك شروطاً اربعة يجب توافرها لتحقيق التجديد ، هي : ١ — وجود التزام قديم ، ٢ — انشاء التزام جديد وحلوله محل الالتزام القديم ، ٣ — اختلاف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في حد عناصره ، ٤ — نية التجديد .

الأهلية

٨٤٨ — ويشترط بعض الفقهاء شرطاً خامساً هو الأهلية . ونرى نرى ان الأهلية شرط عام في جميع التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . فاذا كان الطرفان متمتعين باهلية الاداء الكاملة كان التصرف نافذاً ، واذا كان احدهما أو كلاهما ، ناقص الأهلية تعلق النفاذ على الاجازة . أما بالنسبة للولي والوصي والقييم ، فلا مجال للكلام عن الأهلية ، بل عن مدى السلطة التي يتمتعون بها . وعليه فسوف لا تتكلّم عن الأهلية كشرط خامس في التجديد .

ونرى كلاماً من الشروط الاربعة المقدمة على حدة .

الشروط الاول - وجود التزام قديم

٧٤٩ — لما كان التجديد استبدال التزام جديد بالتزام قديم فلا بد من وجود التزام قديم لامكان استبدال الالتزام الجديد به . فاذا لم يكن هناك التزام قديم ، كما اذا كان الالتزام القديم قد اقضى قبل التجديد بسبب من الاسباب او كان العقد الذي انشأه باطلًا ، فلا يتم التجديد .

٧٥٠ — واذا كان الالتزام الجديد مصدره عقد موقوف وكان سبب

التوقف لا يزال موجودا عند التجديد فالتجديد يكون موقوفا هو ايضا .
فاما كان سبب التوقف نقص الاهلية ، مثلا وكان المدين لا يزال ناقص
الاهلية عند التجديد ، او كان عينا من عيوب الرضاء وكان العيب لا يزال
باقيا عند التجديد ، فالتجديد في هاتين الحالتين يكون موقوفا هو ايضا . اما
اذا كان سبب التوقف قد زال عند التجديد واقدم المدين على التجديد
وهو على بيته من الامر ، فان ذلك يعتبر اجازة ضمنية منه للعقد . فاما
كان سبب التوقف نقص الاهلية مثلا وكان المدين عند التجديد كامل
الاهلية ، فان اقدامه على التجديد بعد اكمال اهليته يعتبر اجازة ضمنية منه
للعقد . وكذلك الامر اذا كان سبب التوقف عينا في الرضاء وزال العيب ثم
اقدم المدين على التجديد .

٧٥١ — واذا كان الالتزام القديم معلقا على شرط كان التجديد معلقا

على الشرط نفسه . فاما اذا كان الشرط واقفا وتحقق ، او فاسحا وتخلف ، اصبح
التجديد باتا . اما اذا تخلف الشرط الواقع او تتحقق الشرط الفاسد ،
فالالتزام القديم يزول باثر رجعي ، ويزول التجديد تبعا لذلك .

٧٥٢ — وقد اختلف الفقهاء بالنسبة للالتزام الطبيعي . فذهب بعضهم

إلى انه يمكن ان يكون محل التجديد ، وذهب غالبيتهم الى عدم امكان
ذلك والى انه يمكن ان يكون سببا لالتزام مدنى فقط .

الشرط الثاني — انشاء التزام جديد وحلوله محل الالتزام القديم

٧٥٣ — ولا بد لتحقيق التجديد من انشاء التزام جديد وحلوله محل

الالتزام القديم الذي قضاه التجديد . ومصدر الالتزام الجديد هو التجديد
ذاته ، اي العقد المبرم بين الدائرين والمدين . فاما كان هذا العقد باطلأ لم
ينشأ التزام جديد ، وبالتالي يبقى الالتزام القديم على حاله . واذا كان هذا
العقد موقوفا كان التجديد نفسه موقوفا . فاما استعمل المتعاقد الذي توقف
العقد لصلاحته حقه في نقض العقد ونقضه زال التجديد وعاد الالتزام القديم

يُنْفَعُ الْأَثْرُ الرَّجِعيُّ لِزُوْالِ التَّجَدِيدِ . فَإِنَّ التَّجَدِيدَ يُعَتَّبَرُ كَأَنَّ لَمْ يَكُنْ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ . وَإِذَا أَجَازَ هَذَا الْمُتَعَاقِدُ عَقْدَ اسْتِقْرَارِ التَّجَدِيدِ نَهَائِيًّا ، وَاسْتَقَرَ بِعَا لِذَلِكَ الْالْتِزَامِ الْجَدِيدِ .

٧٥٤ — وَإِذَا كَانَ عَقْدُ التَّجَدِيدِ مُعْلِقاً عَلَى شَرْطٍ كَانَ التَّجَدِيدُ نَفْسَهُ مُعْلِقاً عَلَى هَذَا الشَّرْطِ . فَإِذَا كَانَ الشَّرْطُ وَافِقاً وَتَحْقِيقُهُ ، أَوْ فَاسِخًا وَتَخْلُفُهُ ، فَقَدْ اسْتَقَرَ التَّجَدِيدُ ، وَاسْتَقَرَ بِعَا لِذَلِكَ الْالْتِزَامِ الْجَدِيدِ وَحلَّ مَحْلَ الْالْتِزَامِ الْقَدِيمِ . وَإِذَا كَانَ الشَّرْطُ فَاسِخًا وَتَحْقِيقُهُ ، أَوْ وَافِقاً وَتَخْلُفُهُ ، فَإِنَّ التَّجَدِيدَ لَا يَتَحْقِقُ ، وَلَا يَنْشَأُ ، بِعَا لِذَلِكَ ، التَّزَامُ جَدِيدٌ ، فَيُبَقِّيُ الْالْتِزَامُ الْقَدِيمَ عَلَى حَالِهِ .

الشرط الثالث - اختلاف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في أحد عناصره الجوهرية

٧٥٥ — لَا يَكْفِي لِتَحْقِيقِ التَّجَدِيدِ حَلُولُ التَّزَامِ جَدِيدٍ مَحْلَ التَّزَامِ قَدِيمٍ ، بَلْ يَجِبُ ، بِالْأَضَافَةِ إِلَى ذَلِكَ ، أَنْ يَخْتَلِفَ الْالْتِزَامُ الْجَدِيدُ عَنِ الْالْتِزَامِ الْقَدِيمِ فِي أَحَدِ عَنَاصِرِهِ الْجَوَهِرِيَّةِ . أَمَّا التَّغْيِيرُ فِي عَنْصَرٍ غَيْرِ جَوَهِرِيٍّ فَلَا يُعَتَّبَرُ تَجَدِيدًا . وَالْعَنَاصِرُ الْجَوَهِرِيَّةُ الَّتِي يُعَتَّبَرُ التَّغْيِيرُ فِيهَا تَجَدِيدًا هِيَ الدِّينُ وَالْدَّائِنُ وَالْمَدِينُ . وَالتَّغْيِيرُ فِي الدِّينِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي مَحْلِهِ أَوْ فِي مَصْدِرِهِ . فَالْعَنَاصِرُ الْجَوَهِرِيَّةُ إِذْ هِيَ مَحْلُ الدِّينِ وَمَصْدِرُهُ وَالْدَّائِنُ وَالْمَدِينُ . وَنَرَى كَلَا مِنْ ذَلِكَ عَلَى حَدَّهُ .

التَّجَدِيدُ بِتَغْيِيرِ مَحْلِ الدِّينِ

٧٥٦ — فَمَتَّهُلُ التَّجَدِيدُ بِتَغْيِيرِ مَحْلِ الدِّينِ مَا إِذَا كَانَ مَحْلُ الْالْتِزَامِ مِبْلَغاً مِنَ النَّقْوَدِ وَاتْقَقَ الدَّائِنُ وَالْمَدِينُ عَلَى أَنْ يَكُونَ شَيْئاً أَخْرِيًّا ، كُسْيَارَةً أَوْ كَمِيَّةً مِنَ الْحَنْطَةِ ، أَوْ كَانَ سِيَارَةً أَوْ شَيْئاً أَخْرِيًّا وَاتْقَقَ عَلَى أَنْ يَكُونَ مِبْلَغاً مِنَ النَّقْوَدِ .

ادْخَالُ شَرْطٍ أَوْ إِفَاءَ شَرْطٍ

٧٥٧ — وَمَا الْحُكْمُ إِذَا ادْخَلَ شَرْطًا عَلَى التَّزَامِ مِنْجَزٍ ، أَوْ الْغَيْ شَرْطًا مِنَ التَّزَامِ مَعْلُوقًا ؟ يَذَهَبُ الْفَقَهَاءُ إِلَى القَوْلِ بِأَنَّ هَذَا يُعَتَّبَرُ تَعْدِيلًا جَوَهِرِيًّا بِحِيثِ

انه يكون تجديدا بغير محل الدين^(١) . ولكننا نرى هذا الرأي محل نظر بالنسبة لادخال شرط على الالتزام . ذلك ان اثر التجديد ، كما سررنا ، هو اقضاء الالتزام القديم بتأميناته العينية والشخصية . فاذا كان الالتزام منجزا وادخلنا عليه شرطا فهلا 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 ائما 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 المدين بعد ان كان منجزا اصبح معلقا على شرط ، والمدين المعلق على شرط اضعف قوة من المدين المنجز . فهو اذا علق على شرط واقف اصبح كل من المدين والكفيل غير ملزم الا اذا تحقق الشرط ، واما علق على شرط فاسخ ظل كل من المدين والكفيل ملزما مع احتمال زوال التزامهما اذا تحقق الشرط . مثال ذلك ما اذا اتفق 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 ائما هو نزول من الدائن عن بعض حقه ، فلا يمكن الزامه باكثر مما نزل عنه .

(١) بودري وبارد ، ج ١٤ (الالتزامات ٣) ، ف ١٠٧٢ ، ص ١٢ . بلانيول وريبير واسمان ، ج ٧ ، ف ١٢٦٤ ، ص ٥٩٢ . دي باج ، ج ٣ ، ص ٥٣٣ . جوسران ، ج ٢ ، ف ٩٠٨ ، ص ٥٥٢ . السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٧٢٣ . ابو ستيت ، ف ٨٠٠ ، ص ٦١٣ .

٢ - التجديد بتغيير مصدر الدين

٧٥٨ - ومثال تغيير مصدر الدين ، او سببه ، ما اذا اشتري شخص شيئاً ولم يدفع ثمنه واتفق مع البائع على ان يكون الشمن قرضاً في ذاته . في هذه الحالة اصبح مصدر التزام المشتري قرضاً بعد ان كان بيعاً . ومثال ذلك ايضاً ما اذا اراد المشتري في المثل المقدم ان يدفع الشمن فطلب منه البائع ان يقيمه عنده على سبيل الوديعة . في هذه الحالة اصبح مصدر الدين عقد وديعة بعد ان كان عقد بيع .

٧٥٩ - وقد نصت على الصورتين المتقدمتين من صور التجديد المادة (٤٠١) من القانون المدني بقولها : « يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين على ان يستبدلما بالالتزام الاصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله او في مصدره » .

٣ - التجديد بتغيير الدائن

٧٦٠ - والتجديد بتغيير الدائن يتم باتفاق بين المدين والدائن وشخص ثالث على ان يحل هذا الشخص الثالث محل الدائن ، ويكون هو الدائن بدلاً منه . ولا بد لحصول التجديد عن هذا الطريق من اتفاق الاشخاص الثلاثة المتقدمين ، المدين والمدائن القديم والمدائن الجديد . وهذا ما اشارت اليه العبارة الاولى من المادة (٤٠٢) مدني بقولها : « يجوز تجديد الالتزام ايضاً بتغيير الدائن اذا اتفق الدائن والمدين واجنبي على ان يكون هذا الاجنبي هو الدائن الجديد » . وبهذا الاتفاق ينقضى التزام المدين تجاه الدائن القديم بتأميناته وصفاته وذفوته ويحل محله التزام جديد تجاه الدائن الجديد . وباشتراط هذا الاتفاق يختلف التجديد بتغيير الدائن عن كل من حواله الحق والحلول الاتفاقية .

حالة الحق

٧٦١ - فحواله الحق تتم باتفاق بين الدائن القديم والمدائن الجديد

بدون حاجة الى رضاء المدين ، ويكتفي اعلانه بها لنفاذها في حقه لا لانعقادها . والعلة في عدم اشتراط رضاء المدين هنا هي ان الحق الذي في ذاته لم يتغير ، وكل ما هنالك انه (الحق) انتقل الى دائن جديد ، فتغير عليه (على المدين) دائن ، وهذا ليس من الخطورة بحيث يستلزم رضاء المدين . اما في التجديد بتغيير الدائن ، فهناك ، بالإضافة الى تغير الدائن ، تغير في الدين . فقد انقضى الدين القائم وحل محله دين جديد شغل ذمة المدين ، وهذا يتضمن الاتفاق بين المدين والدائن الجديد . ومن ثم فلا بد من رضاء المدين .

الحلول الاتفاقي

٧٦٢ — ويختلف الحلول الاتفاقي عن التجديد بتغيير الدائن في انه لا يستلزم اتفاق الاطراف الثلاثة . فهو وفاء من جهة واتفاقه من جهة اخرى ، وهذا يكتفي فيه اتفاق طرفين اثنين فقط . فالدائن الجديد اما ان يتყق مع الدائن القديم على ان يوفيه الدين ويحل محله فيه ، او يتყق مع المدين على الوفاء للدائن وعلى قبوله اياه دائناً جديداً بدلاً من الدائن القديم . فاحد الطرفين في الحلول اذن هو الدائن الجديد ، والطرف الثاني اما ان يكون الدائن القديم او المدين^(١) .

٤ — التجديد بتغيير المدين

٧٦٣ — والتجديد بتغيير المدين له صورتان . فهو اما ان يتم باتفاق الدائن مع شخص ثالث على ان يكون هذا الشخص الثالث مدينا بدلاً 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 بدلاً منه ويرضى الدائن بذلك . وقد نصت على ذلك المادة (٤٠٢) مدني بقولها : «يجوز تجديد الالتزام ٠٠٠ بتغيير المدين اذا اتفق الدائن مع اجنبي على ان يكون هذا الاجنبي مدينا مكان المدين الاصلي وعلى

(١) السنهوري ، المرجع السابق ص ٨٢٦ - ٨٢٧ .

ان تبرأ ذمة المدين الاصلي دون حاجة لرضايه او اذا قبل شخص اجنبي ان يكون المدين الجديد وحصل المدين الاصلي على اجازة الدائن لذلك ٠

٧٦٤ - والتجديد اذا تم بين الدائن والشخص الاجنبي سمي تعهدا بدلـا من المدين *Ex promissio* ، ذلك ان الشخص الاجنبي ائما يتعهد بالوفاء بدلـا من المدين . واذا تم بين المدين الاصلي والشخص الاجنبي ورضي الدائن بذلك سمي اناية في الوفاء *Délégation* وهذه سنراها فيما بعد .

التجدد بتفعيل الدين وحالة الدين

٧٦٥ — سبق ان رأينا^(١) ان حوالۃ الدين اما ان تتم باتفاق بين المحیل والمحال عليه ، اي بين المدين القديم والمدين الجديد ، او باتفاق بين المحال له والمحال عليه ، اي بين الدائن والمدين الجديد . ورأينا كذلك انها اذا تمت بين المحیل والمحال عليه فيجب اقرار الدائن ، اي المحال له ، لها . وهذا يشابه التجديد بتعيين المدين . فالتجديد الذي يتم باتفاق الدائن مع شخص اجنبي على ان يكون هذا الاجنبي مدينا بدلا من المدين الاصلي يقابل حوالۃ الدين التي تتم بين المحال له والمحال عليه ، اي بين الدائن والمدين الجديد . والتجديد الذي يتم باتفاق بين المدين وشخص اجنبي يقابل الحوالۃ التي تتم بين المحیل والمحال عليه ، اذ يتشرط رضاء الدائن في كل من هذا التجديد وهذه الحوالۃ . ولكن اشتراط هذا الرضاء في التجديد يختلف عنه في الحوالۃ . فهو في التجديد شرط انعقاد ، اما في الحوالۃ فشرط فناد . فالتجديد لا ينعقد بدون رضاء الدائن ، اما الحوالۃ فتنعقد بدون رضائه ولكن يتشرط اقراره لها لتنفيذ حقه . والسبب في هذا الفرق بين التجديد والحوالۃ هو ان التجديد يقضى الدين بصفاته وتأميناته ودفعه

(١) ف ٥١٩ وما بعدها .

وينشىء للدائنين مكانته ديناً جديداً ، فكان رضاوه شرط انعقاد . أما الحالة فلا تقتضي الدين القديم بل تنقله بصفاته وتأميناته ودفعه ، ومن ثم كان رضا الدائنين شرطاً لتفاذهما في حقه لا لانعقادها . ورب قائل إننا ما دمنا نشرط رضا الدائنين في كل من التجديد والحوالات فما الفرق بين اعتبارنا هذا الرضا شرط انعقاد واعتبارنا إياه شرط تفاذ ، فالنتيجة واحدة في كلتا الحالتين وهي انصراف الاثر إلى الدائنين إذا رضي وعدم انصرافه إليه إذا رفض ؟ وهذا سؤال وجيه يمكن الجواب عنه بأن امراً من الأمور إذا اعتبرناه شرط انعقاد فإن معنى ذلك أن هذا الامر يكون ركناً فلا يكون للعمل القانوني وجود بدونه ، وإذا اعتبرناه شرط تفاذ فإن معناه أن العمل القانوني له وجود ولكنه لا ينبع اثره في حق من تعلق به إلا إذا رضي . ويترتب على هذا الفرق أن العمل القانوني لا يكون له وجود في الحالة الأولى إلا من حين وجود الامر الذي اعتبرناه شرط انعقاد بالنسبة له ، وهو الرضا ، بينما هو موجود في الحالة الثانية قبل اعطاء الرضا . فيكون الرضا بمثابة اجازة او اقرار .

الشرط الرابع - نية التجديد ANIMUS NOVANDI

٧٦٦ - لما كانت النتائج التي تترتب على التجديد على هذه الدرجة من الخطورة فلا بد من أن تصرف إليه ارادة المتعاقدين صراحة ، وإذا استخلص من الظروف فيجب الا تدع هذه الظروف شكاً في وجود هذه الارادة . وإذا قام شك في ذلك وجب تفسيره في نية التجديد لا في اثباتها . وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الأولى من المادة (٣٥٤) من القانون المدني المصري بقولها : « التجديد لا يفترض ، بل يجب النص عليه صراحة ، أو أن يستخلص من الظروف » . ولم يتضمن القانون المدني العراقي مثل هذا النص ، ولكن يمكن الأخذ به بدون نص لأنه تطبيق للقواعد العامة . وتتشدد المحاكم في ضرورة توافر نية التجديد ولا تعتبر أي تغيير يجريه العقدان كافياً للدلالة على توافر هذه النية . فهي لا تعتبر اعطاء المدين

سند او كمبيالة بدين موجود ، ولا تأجيل الوفاء او تقسيطه او تغيير مكانه ، ولا تغيير سعر الفائدة ، هي لا تعتبر كل ذلك تجديدا الا اذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك . فاذا اعطى المشتري البائع كمبيالة او سند بالشمن ، او اعطى المستأجر المؤجر كمبيالة او سند بالاجرة الماشتبة ، فان في ذلك لا يعتبر تجديدا ، ويقى للبائع حق الامتياز ، ويقى الدين خاضعا للقواعد العامة في التقادم .

اثبات نية التجديد

٧٦٧ - التجديد عقد او اتفاق ، وهذا التشدد في ضرورة توافر نية التجديد لا يجعل منه عقدا شكليا ، فيمكن اثبات هذه النية بالطرق العامة للاحبات . فاذا وقع نزاع على توافر نية التجديد فالبينة على مدعى توافرها . ويخضع الاحبات هنا للقواعد العامة . ففي المسائل المدنية اذا تجاوز المبلغ عشرة دنانير فان نية التجديد يجب اثباتها بالكتابة . اما في المسائل التجارية فيجوز اثبات النية بكافة طرق الاحبات ، بما فيها البينة والقرائن .

المبحث الثاني

آثار التجديد

اثر مزدوج : قضاء التزام قديم وانشاء التزام جديد

٧٦٨ - للتجديد اثر مزدوج . فهو ، من جهة ، يقضي التزاما قائما ، وهو ، من جهة اخرى ، ينشئ التزاما جديدا يحل 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 ودفعه . ويتم التجديد بمجرد نشوء الالتزام الجديد ، ولا يتوقف تفاؤذه الى حين تنفيذ

هذا الالتزام . ويترب على ذلك ان التجديد اذا كان بتغيير المحل وتعهد المدين بان يقدم للدائنين شيئا معينا بالذات ، كسيارة ، ثم استحق هذا الشيء فالالتزام القديم لا يعود ، ويرجع الدائن على المدين بضمان الاستحقاق . وبسبق ان رأينا كذلك انه لا بد لصحة التجديد من ان يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في احد عناصره الجوهرية . والالتزام الجديد يختلف عن الالتزام القديم كذلك في صفاته وتأميناته ودفعه . فقد يكون الالتزام الاصلي مدنيا والالتزام الجديد تجاري . وقد يكون الالتزام الاصلي مضمونا بتأمينات شخصية او عينية وتنقضي باقضائه ولا تبقى لضمان الدين الجديد . وعلى العكس من ذلك قد يكون الدين الاصلي غير مضمون بتأمين ما ويكون الدين الجديد مضمونا . ودفع الالتزام الجديد تختلف عن دفع الالتزام القديم . فدفع الالتزام الجديد مستمدة من عقد التجديد ، بينما للالتزام القديم دفعه الخاصة به .

التأمينات

٧٦٩ — واذا كان الالتزام القديم مضمونا بتأمينات خاصة ولم ينص الطفان على تجديدها لضمان الدين الجديد فانها تسقط . وهذا فرق جوهري بين الحالة والتجديد . فقد سبق ان رأينا^(١) ان هذه التأمينات تتنقل في الحالة بدون حاجة الى اتفاق خاص ، بينما هي لا تتنتقل في التجديد اذا لم يتفق الطفان على نقلها . وهذا ما نصت عليه المادة (٤٠٤) مدنی بقولها : « اذا كان الدين الاصلي مكفولا بتأمينات شخصية او عينية وصار تجديده سقطت التأمينات الا اذا جددت هي ايضا » . والتأمينات التي تケفل الدين الاصلي أما ان يقدمها المدين او شخص ثالث . والتأمينات التي يقدمها المدين هي تأمينات عينية دائمة . ونرى كلا من ذلك على حدة .

١ - التأمينات العينية التي يقدمها المدين

٧٧٠ — وانتقال التأمينات في هذه الحالة يختلف باختلاف ما اذا كان التجديد بتغيير الدين او بتغيير الدائن او بتغيير المدين .

(١) ف ٤٩٦ ، ٥٣٢ ، ٥١٠ ، ٥٧٧ ، ٥٣٦ -

فإذا كان التجديد بغير الدين جاز للدائنين والمدين ان يتلقا على نقل التأمينات الى الدين الجديد . ولكن الاتفاق في هذه الحالة لا ينفذ في حق الغير الا في الحدود التي لا تلحق به ضررا . والغير هنا هو دائن مرهن يأتي في مرتبة لا حقه . فإذا كان الدين الجديد أكبر من الدين القديم فالتأمينات لا تضمنه الا في حدود الدين القديم . فإذا كان الدين القديم (١٠٠٠) دينار مثلا، وكان مضموناً برهن في الدرجة الاولى على عقار قيمته (١٥٠٠) دينار ، وكان هناك رهن في الدرجة الثانية مقداره (٥٠٠) دينار . فإذا كان مقدار الدين الجديد (١٢٠٠) دينار فالرهن اذا انتقل لضمان هذا الدين فلا يضمن منه الا (١٠٠٠) دينار . وبذلك لا يضار الدائن المرهن الثاني الذي يلي المرهن الاول في الدرجة .

وإذا كان التجديد بغير الدين فنقل التأمينات يتم باتفاق المدين والدائنين القديم والدائرين 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 .

وإذا كان التجديد بغير الدين فنقل التأمينات يتم باتفاق الدائنين والمدين الجديد ، ولا حاجة لرضاء المدين الاصلي . والسبب في عدم الحاجة الى هذا الرضا هو ان التجديد نفسه يتم بدون حاجة الى رضاء المدين . فمركزه (مركز المدين) انما يتحسن في هذه الحالة ولا يسوء . فهو بعد ان كان مدينا اصليا أصبح كفيا عينا .

التأمينات العينية التي يرت بها القانون

٧٧١ - يعتقد الفقيهان الفرنسيان بودري وبارد^(١) المادة (١٣٧٨) من القانون المدني الفرنسي لأنها أجازت للدائنين أن يستشرط انتقال حقوق الامتياز والرهون لضمان الدين الجديد بدون أن تميز بين الرهون التي يرت بها المدين وحقوق الامتياز والرهن التي يرت بها القانون . وحججه هذين

(١) المرجع السابق ، ف ١٧٣٧ .

القىيئين في ذلك هي ان القانون اذا رتب امتيازا او رهنا لضمان دين ما فهو انما يفعل ذلك لصفة خاصة في هذا الدين ، فلا يجوز نقل هذه التأمينات لتضمن دينا لا توافر فيه هذه الصفة . ولا يرى باقي الفقهاء ضيرا في ذلك ما دام هذا النقل لا يلحق ضرا باحد^(١) . ويذهب الاستاذ الكبير السنورى^(٢) إلى ما يذهب إليه الفقهاء بودري وبارد . وقد جاء القانون المدنى المصرى متأثراً بهذا الرأى فخصص التأمينات التي تتنتقل لضمان الدين الجديد بتلك التي قدمها المدين . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٣٥٧) منه على انه : « اذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكافلة الالتزام الأصلي ٠٠٠ »

اما القانون المدنى العراقى فقد جاءت عبارته عامة . فقد سبق ان رأينا المادة (٤٠٤) منه تنص على انه : « اذا كان الدين الأصلى مكتفولاً بتأمينات شخصية او عينية وصار تجديده سقطت التأمينات الا اذا جددت هي ايضاً » . وعليه يمكن القول ان جميع انواع التأمينات يمكن الاتفاق على نقلها في هذا القانون ، اتفاقية كانت او قانونية .

هل يجب ان يتم الاتفاق على نقل التأمينات مع التجديد في وقت واحد ؟

٧٧٢ — يذهب جمهور الفقهاء إلى ان الاتفاق على نقل التأمينات يجب ان يتم مع التجديد في وقت واحد . وقد نص القانون المدنى على ذلك صراحة في الفقرة الأولى من المادة (٣٥٧) منه بقوله : « لا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير الا اذا تم مع التجديد في وقت واحد ٠٠٠ » . والسبب في تقرير هذا الحكم هو حماية الغير . والغير هنا ، كما سبق ان رأينا ، هو دائن مرتهن يأتي في مرتبة لاحقة . فيقال في هذا الصدد ان التجديد اذا تم بدون نقل التأمينات فإن هذه التأمينات تكون قد سقطت ، وعندئذ يتقدم الدائن الذي يلي الدائن الأول في المرتبة ويحل في مرتبته .

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ج ٢ ، ف ١٢٦٩ . جوسران ، ج ٢ ، ف ٧ . كولان وكابستان ، ج ٢ ، ف ٣٢٨ . دي باج ، ج ٣ ، ف ٥٩٩ . ٩١٣ . بلانيول وريبير وبولانجيه ، ج ٢ ، ف ١٨١٧ .

(٢) المرجع السابق ، ف ٥٦ .

فإذا اجزنا نقل التأمينات في اتفاق لا حق للتجديد فإن الدائن اللاحق في المرتبة يرجع عن المرتبة التي تقدم إليها إلى مرتبته السابقة ، وبذلك يتضرر بذلك يشترط الفقهاء أن يكون الاتفاق على نقل التأمينات ثابت التاريخ .

ولم يشترط القانون المدني العراقي هذا الشرط ، إذ لم يرد فيه نص مشابه للنص المصري . فقد سبق أن رأينا المادة (٤٠٤) منه تنص على أنه « اذا كان الدين الأصلي مكتولا 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 في حق الغير ؟ اذا قلنا ان واضعي القانون المدني العراقي ارادوا البقاء على التقاليد اللاتينية فالجواب يجب ان يكون بالايجاب . ولكننا لا نرى ضيرا في جواز الاتفاق على نقل التأمينات في اتفاق لاحق للتجديد . اما ما يقال من تضرر الدائن اللاحق في 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 وفي مرتبته ، فلا يمكن القول بوجود ضرر حقيقي يصببها نتيجة ذلك . ويمكن ان يشور التساؤل ، من جهة اخرى ، عن الفرق بين الاتفاق على نقل التأمينات مع الاتفاق على التجديد والاتفاق على تقليلها في اتفاق لاحق . اتنا لا نرى فرقا في ذلك ما دام مركز الدائن اللاحق في الدرجة قد بقي على حاله ، ولم يزد مقدار الدين السابق عليه .

٢ - التأمينات التي يقدمها شخص ثالث

٧٧٣ - 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 ن Chapman الدين ، ويكون عندئذ كفيلا عينيا . وهذا هو الرهن المستعار في الفقه الإسلامي .

(الموجز - ج ٢ ، ٢٦٢)

والتأمينات في هذه الحالة لا تنتقل لضمان الدين الجديد الا اذا رضي الشخص الثالث الذي قدمها . فالكافيل تبرأ ذمته اذا جدد الدين ، ولا يبقى كفيلا للدين الجديد الا اذا رضي بذلك . وكذلك الامر بالنسبة للمدين المتضامن . وقد سبق ان رأينا ، عند الكلام عن التضامن السلبي ،^(١) ان احد المدينين المتضامنين اذا جدد الدين بدينه يكون هو المدين فيه فان ذمم باقي المدينين المتضامنين تبرأ الا اذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم ووافقوا لهم على ذلك . فان لم يوافقو فلا يكونون مدينين متضامنين في الدين الجديد ، ويبقى الدين القديم بالنسبة لهم ويكونون متضامنين فيه .

وكذلك الامر بالنسبة للتتأمين العيني الذي قدمه الشخص الثالث فهو لا ينتقل لضمان الدين الجديد الا اذا رضي الشخص الثالث الذي قدمه . واذا كان التأمين العيني الذي قدمه الشخص الثالث ضاماً لدين اخر متاخر في المرتبة وقبل الشخص الثالث ان ينتقل التأمين لضمان الدين الجديد فيجب ان يكون ذلك في حدود الدين الاول والا يزيد عليه^(٢) . وليس في هذا الا تطبيق للقواعد العامة .

(١) ف ٤٣٩

(٢) السنوري ، المرجع السابق ، ف ٥٠٨ ، ص ٨٥٤

الفرع الثالث

الإنابة في الوفاء

(La délégation)

تعريف

٧٧٤ — يكون هناك إنابة في الوفاء إذا طلب المدين من الدائين أن يرتضي شخصا ثالثا قبل أن يتلزم بوفاء الدين مكانه ، وقبل الدائن هذا الشخص الثالث كمدین ° والمدين يسمى في هذه الحالة «منيبا» (Délégant) والدائن «منابا لديه» (Délégataire) ، والشخص الثالث الذي قبل أن يتلزم تجاه المدین «منابا» (Délégué) العلاقات السابقة على الإنابة

٧٧٥ — ولابد ، ليكون هناك إنابة في الوفاء ، من أن يكون المناب لديه دائنا للمنيب ، فإن لم يكن دائنا له فلا تكون امام إنابة في الوفاء ° ذلك ان الإنابة في الوفاء عبارة عن طريق من طرق اقضاء الالتزام ، فإن لم يكن ثمة التزام لم يعد التصرف القانوني إنابة في الوفاء ° لذلك نحن لا تتفق مع من يذهب من الفقهاء الى عدم ضرورة كون المنيب مدينا للمناب لديه ° أما المناب ، فلا يشترط فيه أن يكون مدينا للمنيب ° وهذا ما نصت عليه المادة (٤٠٥) من القانون المدني بقولها : « ١ — تتم الإنابة اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص اجنبي يتلزم بوفاء الدين مكان المدين ٢ ° ولا تقتضي الإنابة ان يكون هناك مديونيه سابقه ما بين المدين والاجنبي » °

فائدة الإنابة

٧٧٦ — وللإنابة ، في الحالات التي يكون فيها علاقه مديونيه سابقه بين المنيب والمناب ، فائدة عمليه لا تذكر ° ذلك انها تقوم مقام وفاء مزدوج

فإذا كان المدعي مدينا للمنيب وحصل المنيب على رضاء دائرته بالتزام المدعي
بالوفاء مكانه فاتنا بذلك نكون قد قمنا بعمليتي وفاء : وفاء المدعي للمنيب
ووفاء المنيب لدائنه (المدعي لديه) . وتنظر أهمية ذلك في
حالة ما إذا كان أطراف الإنابة في مناطق بعيدة عن بعضها . ففي البيع بشمن
مؤجل ، مثلاً ، إذا كان البائع في بغداد والمشتري في الموصل ، وكان البائع
مدينا لشخص في الموصل ، فإذا حصل البائع على رضاء دائرته بالتزام
المشتري بالوفاء له عند حلول الأجل قبل إلدادنه ذلك فإن ذلك يوفر على
المشتري الوفاء للبائع ، وعلى البائع الوفاء لدائنه في الموصل ، ويجب ،
بالتالي ، نقل المبلغ من الموصل إلى بغداد للوفاء للبائع ، ونقله من بغداد
إلى الموصل للوفاء لدائنه هذا الأخير .

الإنابة الكاملة والإنابة الفاصرة أو الناقصة

٧٧٧ — وإنابة قد تتضمن تجديداً بتغيير المدين ، ويكون ذلك في
حالة ما إذا رضي المدعي لديه بالتزام المدعي وابرأ ذمة المنيب من الدين .
وتسمى الإنابة في هذه الحالة بالإنابة الكاملة (Délégation Parfaite)
ويترتب على الإنابة في هذه الحالة التنتائج التي تترتب على التجديد والتي
سبق أن رأيناها ، وهي انتفاء الدين السابق بصفاته وتأميناته ودفعه .
وقد نصت على هذا النوع من الإنابة الفقرة الأولى من المادة (٤٠٦) مدني
بقولها : « إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة على أن يستبدلوا التزاماً جديداً
بالالتزام الأول كانت الإنابة تجديداً للالتزام بتغيير المدين » .

٧٧٨ — فإذا لم يبرئ المدعي لديه ذمة المنيب فلا تتضمن الإنابة تجديداً
بتغيير المدين ، ويبقى الدين الأصلي ، في هذه الحالة ، قائماً إلى جانب الدين
الجديد ، ويكون للمنيب لديه ، عندئذ ، مدينان : المنيب وهو مدينه الأصلي ،
والمدعي وهو المدين الجديد . ويقال للإنابة في هذه الحالة « فاصرة » أو
« ناقصه » Imparfaite وهي تسمى كذلك لأنها لا تتضمن تجديداً بتغيير
المدين ، فهي لم تبرئ ذمة المنيب .

٧٧٩ — واذا قارنا بين الانابة الكاملة والانابة القاصرة او الناقصة وجدنا الثانية تفضل الاولى بالنسبة للدائنين (المناب لديه) . ذلك ان الانابة الكاملة يترتب عليها ، كما رأينا ، انقضاء الدين القديم وبراءة ذمة المدين (المنيب) منه براءة قامه ، وتنقضي بعدها لذلك التأمينات التي كانت تتضمن الدين القديم . اما في 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 الكاملة . وبالنظر لهذا الفرق الكبير بين نوعي الانابة يجب ان يكون الاتفاق على التجديد واضحًا . فاذا قام شك في ذلك فسرناه في استبعادينة التجديد . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٤٠٦) مدنى المتقدمه بقولها : « والاصل ان الانابة لا يفترض فيها التجديد . فاذا لم يكن هناك اتفاق عليه قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الاول »

آثار الانابة في الوفاء

٧٨٠ — تختلف الاثار التي تترتب على الانابة في الوفاء في الانابة الكاملة عنها في الانابة القاصرة او الناقصة . ونرى كلا من ذلك على حدة .

اولا — الانابة الكاملة

٧٨١ — 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 رأينا في التجديد . فهذا الدين ينقضي بصفاته وتأميناته ودفعه ، وتبرأ منه ذمة المنيب بنهائيا . وقد تتضمن الانابة الكاملة تجديدا بتغيير الدائن كذلك ، وذلك في حالة ما اذا كان المناب مدينًا للمنيب . وبالانابة يتغير عليه دائهنه هو ايضا . وبعد ان كان دائنه المنيب أصبح المناب لديه .

٧٨٢ — وهل يشترط لصحة الانابة ان يكون المناب مليئا غير معسر وقت الانابة ؟ تشترط ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣٦٠) من القانون المدني

المصري ٠ 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 في الغلط تساعدنا في الوصول الى الحكم الذي قرره القانون المدني المصري بنص صريح ٠ فقد سبق ان رأينا^(١) الفقرة الثالثة من المادة (١١٨) مدني تنص على عدم تعادل العقد اذا وقع غلط في امور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسّك بالغلط ان يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد ٠ فيصار المناب امر جوهري ، ولو كان المناب لديه يعلم باعساره لما قبل ان تكون الانابة كاملة ٠ فاذا كان المناب معسرا عند الانابة ولم يكن المناب لديه يعلم بذلك فيمكن القول بأنه (المناب لديه) وقع في غلط في امر تبيح له نزاهة المعاملات ان يعتبره ضروريًا للمتعاقد ٠ وهذا هو الغلط في امر جوهري ٠ فاذا ابطلنا الانابة للغلط رجع الدين الاصلي الى حالته الاولى ، بصفاته وتأميناته ودفوعه ٠

ثانيا - الانابة القاصرة او الناقصة

٧٨٣ - لما كانت الانابة القاصرة لا تتضمن تجديدا للدين فالاثر الذي يترب عليها هو ان يكون للدائنين مدينان بدلا من مدين واحد ٠ فلا تبرأ ذمة المنيب من الدين ، ويبقى هذا الدين بصفاته وتأميناته ودفوعه ، وينشأ الى جانبه دين اخر في ذمة المناب ٠ ويلاحظ انه اذا اصبح للدائنين مدينان الا ان محل دين كل منهما واحد ، وان اختلف مصدر كل من الدينين فمصدر دين المنيب تجاه المناب لديه نجده في العلاقة السابقة على الانابة ، اما مصدر دين المناب تجاه المناب لديه فعقد الانابة ٠ ويستطيع المناب لديه ان يرجع على اي من المنيب والمناب ، واذا وفي احدهما بالدين برئت ذمته وذمة الآخر ٠ ويترتب على ذلك ان الانابة من شأنها ان تضم ذمة المناب الى ذمة المنيب في الوفاء ، فيصيحان مدينين بالتضامن (IN SOLIDUM) فيكون المناب بمثابة كفيل متضامن بالنسبة للمنيب ٠

(١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ٢٣٧ ٠

رجوع المناب لديه على المناب

٤٨٤ — وسواء اكانت الانابة كاملة ام قاصرة ، فان دين المناب تجاه المناب لديه يعتبر التزاماً مجرداً (OBLIGATION ABSTRAITE) لا ينظر فيه الى العلاقة السابقة بينه (بين المناب) وبين المنيب، ولا الى الدفوع التي كان بإمكانه التمسك بها تجاهه . فإذا كان هو مدينا للمنيب وكان دينه قد انقضى لسبب من الاسباب ، او لم يكن مدينا بالبطة ، فإنه لا يستطيع ان يتمسك بذلك ضد المناب لديه ، الا اذا اشترط ذلك صراحة . فإذا لم يحتفظ بحقه في التمسك تجاه المناب لديه بالدفوع التي كان بإمكانه التمسك بها تجاه المنيب لم يعد امامه الا الرجوع على المنيب . وقد نصت على ذلك المادة (٤٠٧) مدنی بقولها : « يكون التزام المناب صحيحاً حتى لو كان ملتزماً قبل المنيب وكان التزامه هذا باطلأ او خاضعاً 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 — ومما تجدر الاشارة اليه في 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 المعهد . مثال ذلك ما اذا اشترط البائع على المشتري ان يقوم بالوفاء الى دائنه (دائنه البائع) . فباقرار دائنه البائع لهذا الاشتراط يكون امامه مدينان : مدينه الاصلي وهو البائع ، اي المشترط ، ومدين مدينه وهو المشتري ، اي المعهد

(١) كان ينبغي استعمال الضمير بدلاً من تكرار كلمة (المناب) ، فيكون النص : « ولا يبقى له .. » .

ولكن بالرغم من هذا التشابه في النتائج التي يمكن الوصول إليها عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير والانابة القاصرة ، الا ان بينهما الفرقين التاليين:

١ - الاشتراط لمصلحة الغير يتم باتفاق المشرط والمعهد ، اما المنتفع فلا يعتبر طرفا فيه ، ورضاوه ليس شرط انعقاد بل لجعل الاشتراط غير قابل للنقض . بينما المناب لديه في الانابة القاصرة طرف في العقد ، ولا تتم الانابة بدون رضاه ، اي بدون اشتراكه في ابرامها .

٢ - يستطيع المعهد في الاشتراط لمصلحة الغير ان يحتاج على المنتفع بالدفوع التي يستطيع الاحتجاج بها على المشرط ، اما المناب فلا يستطيع التمسك تجاه المناب لديه بالدفوع التي يستطيع التمسك بها تجاه المنيب .

الفرع الرابع

المقاصة

(La compensation)

تمهيد وتعريف

٧٨٦ — قد ينشأ للمدين دين في ذمة دائه فيصبح دائناً ومديناً له في الوقت نفسه ، وبذلك يكون عندنا دينان متقابلان ، إذ يكون كل من الطرفين دائناً للأخر ومديناً له . وبدلاً من قيام كل من المدينين بالوفاء لدائنه ثم استيفاء حقه منه ، يقوم كل دين مكان الآخر ويستوفي كل دائن حقه من الدين الذي في ذمته . وهذه هي المقاصة . فإذا كان الدينان متساوين في المقدار فقد برئت ذمة كل من المدينين ، وإذا كان أحدهما أكبر من الآخر دفع المدين بالدين الأكبر لدائنه ما يتبقى في ذمته بعد اسقاط الدين الذي له على دائنه من الدين الذي لدائنه عليه . فإذا كان زيد مديناً لعمرو بـ(١٠٠٠) دينار ، ثم اشتري عمرو منه (من زيد) بضاعة بـ(٨٠٠) دينار فبدلاً من قيام زيد بدفع (١٠٠٠) دينار إلى عمرو وقيام عمرو بعد ذلك بدفع (٨٠٠) دينار إلى زيد ، يقوم زيد بدفع (٢٠٠) دينار إلى عمرو ، وهذا المبلغ يمثل الفرق بين ما لعمرو في ذمته وما له في ذمة عمرو . فيمكننا تعريف المقاصة بأنها : « طريق من طرق انقضاء الالتزام يتم فيها الانقضاض بمقابلة دينين في ذاتي شخصين بحيث يكون كل منهما دائناً للأخر ومديناً له » ، او كما عرفها القانون المدني العراقي (٤٠٨م) بأنها : « اسقاط دين مطلوب لشخص من غريميه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريميه (١) » .

(١) كان من الأدق تعريف كلمة « غريميه » الثانية هذه بالإشارة والالف واللام بدلاً من الإضافة إلى الضمير ، فتكون : « هذا الغريم » . وبذلك يكون النص على النحو التالي : « المقاصة هي اسقاط دين مطلوب لشخص من غريميه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لهذا الغريم » .

فوائد المقاصلة : اداة وفاء وضمان

٧٨٧ — وللمقاصلة فائدتان كيرتان ° وهي اداة وفاء من جهة ، واداة ضمان من جهة اخرى °

فيها اداة وفاء لانها تقضي دينين في وقت واحد ، فلا يدفع كل من المدينين الى دائنه شيئا الا اذا كان احد الدينين اكبر من لاخر ، وعندئذ يدفع المدين بالدين الاعظم بين الدينين ° وبذلك يتتجنب كل من المدينين الوفاء والاستيفاء وما يكلفه ذلك من نفقات وعناء وما يمكن التعرض له من مخاطر عند النقل ° فالوفاء الذي تقوم به المقاصلة انما هو وفاء مبسط (Payement Abrégé) ° ومن هنا كانت لها اهمية كبرى في المعاملات التجارية التي تقوم على السرعة في التعامل والتوفير في النفقات ° وخير مثال على ذلك الحساب الجاري وغرف المقاصلة ° فالحساب الجاري (Compte Courant) حساب يفتح بين تاجرین يسجل فيه كل منهما ما ينشأ له في ذمة الآخر ° وما ينشأ للآخر عليه ° وتقع المقاصلة بين الديون المتقابلة ولا يدفع في النهاية الا الرصيد ، اي ما يتختلف بعد اجراء المقاصلة ° وغرف المقاصلة Chambres de Compensation عبارة عن محلات يجتمع فيها مثلو المصارف الاجراء المقاصلة بين ما لهذه المصارف وما عليها ، وبذلك يستغني عن نقل النقود من المصرف المدين الى المصرف الدائن ثم نقلها بعد ذلك الى المصرف الذي خرجت منه °

والمقاصلة ، من جهة اخرى ، اداة ضمان ° فالمدين الذي يصبح دائنا لدائنه انما يستوفي حقه من الدين الذي في ذمته ، فيتقدم بذلك على دائنيه في حالة افلاس هذا الاخير ، وبذلك يضمن الحصول على حقه ° وما كان ليستطيع ذلك لولا المقاصلة °

(١) ويقال لها بالانكليزية (Clearing Houses) غرف المقاصلة الفرنسية °

٧٨٨ — وقد مرت فكرة المقاضة بتطور طويل في الفقه الغربي . فقد كانت غير ممكنة في القانون الروماني القديم بسبب مبدأ وحدة الدعوى الذي كان يقضي بأن لا ينظر القاضي في وقت واحد إلا في قضية واحدة . فكان يسأل المدعى عليه فيما إذا كان مدينا أم لا ، وكان على هذا أن يجيب بالإيجاب أو النفي فقط ولا يقبل منه أن يضيف شيئاً آخر . وقد كان من تنتائج ذلك عدم تسكن المدعى عليه من طلب المقاضة بين الدين الذي للمدعى عليه بما له من دين على المدعى ، فكان عليه أن يقيم دعوى مستقلة بذلك . وقد أقر القضاة الرومان بعض الاستثناءات لمبدأ وحدة الدعوى هذا ، ثم وضعت قاعدة عامة تعطي المدعى عليه الدفع بالعش يدفع به دعوى الدائن إذا لم يجر المقاضة بين ماله وما عليه^(١) . وهكذا أصبح في امكان المدين أن يجردائن على اجراء المقاضة . وقد استمر تطور القانون الروماني في هذا الخصوص حتى جاء جستنيان ودخل اصلاحاته الشهيرة . ومن ضمن اصلاحات التي ادخلها جستنيان ان قرر ان المقاضة تجري بحكم القانون (IPSO JURE) . والرأي الراجح في الفقه الحديث يذهب الى ان ما كان يقصده جستنيان انما هو عدم ضرورة التمسك بالعش لاجراء المقاضة^(٢) . فهو ، حسب هذا الرأي ، عندما قرر ذلك لم يكن يعني ان المقاضة تتم بدون التمسك بها امام القضاء ، فكان لا بد للمدين من التمسك بها امام القاضي والقاضي يتمتع في ذلك بسلطه تقديرية وكان بإمكانه ان يرفض اجراءها .

هذا هو الرأي الراجح في معنى التعديل الذي ادخله جستنيان في هذا الصدد . ولكن فقهاء القانون الفرنسي القديم فسروا عبارة « بحكم القانون » التي اوردها جستنيان بانها تعني ان المقاضة قانونية لا قضائية ، أي

(١) وبذلك يكون الدفع بالعش الاصل المشترك لكل من الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ والمقاضة .

(٢) لبوانت ومونبييه ، الالتزامات في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ، ص ٣٩٣-٣٨٧

انها تتم بمجرد قلقي الدينين وبدون حاجة الى حكم قضائي ، وحتى بدون علم الطرفين بوقوعها 。 وقد اخذ القانون المدني الفرنسي بهذا الفهم غير الصحيح فنص في المادة (١٢٩٠) على ان المقاصلة تتم بحكم القانون وقوته ،

De plein droit et par la seule force
dl la loi, même a l'inu des débiters.

وحتى بدون علم الطرفين المدنيين

ويترتب على ذلك ان

على القاضي ان يحكم بالمقاصدة بمجرد توافر شروطها ، وليس له ان يرفض ذلك بحجة ان التتحقق من الدين المقابل يتضمن وقتا واجراءات طويلة ٠

المقاصلة في القوانين الجنائية

٧٨٩ — وقد ذهبت القوانين الجنائية ، وعلى رأسها القانونان الالماني والسويسري ، في المقاصلة مذهبها يخالف ما ذهب اليه كل من القانون الروماني في عهد جستنيان والقانون المدني الفرنسي ٠ فهي لم تأخذ بالمقاصدة التي قال بها جستنيان ولا بالمقاصدة القانونية التي قال بها القانون المدني الفرنسي ، بل (Déclaration de la Volonté) جعلت اجراء المقاصلة رهينا باعلان عن الارادة عن اصدار عن احد الطرفين ، اي بارادة منفردة ٠ فإذا صدر هذا الاعلان عن الارادة وكانت شروط المقاصلة متوفقة فانها تقع باثر رجعي الى حين توافر هذه الشروط ٠ وفي هذه الحالة يجب على القاضي ان يحكم بها ، وهو لا يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك ٠ ومن هذا يتبين ان هذه المقاصلة ليست قضائية ولا قانونية ٠ فهي ليست قضائية لأن القاضي لا يتمتع بسلطة تقديرية اذا عرضت عليه ، وقد لا تعرض عليه وتم خارج ساحة القضاء باعلان عن الارادة ٠ وهي ليست قانونية لانها لا تقع بحكم القانون ، بل لا بد من صدور الاعلان عن الارادة ٠

المقاصلة الاختيارية والمقاصلة القضائية

٧٩٠ — واذا لم تتوافر الشروط الالزمة لوقوع المقاصلة بحكم القانون فان ذلك لا يمنع وقوعها باتفاق الطرفين او بارادة احدهما فقط ، وذلك اذا

كانت الشروط المختلفة مقررة لمصلحة أحد الطرفين ونزل عنها من تقررت
لمصلحته وتسمى في هذه الحالة بالمقاصة الاختيارية او الاتفاقيه
وإذا لم (Compensation Conventionnelle Facultive,)

يمكن التوصل الى اجراء المقاصة الاتفاقيه فبامكان المدعى عليه ان يطلب من
القاضي اجراءها في اثناء نظر الدعوى . وتسمى عندئذ بالمقاصة القضائيه
(Compensation Judiciaire)

القانون المدني العراقي

٧٩١ — وقد اشار القانون المدني العراقي الى المقاصة القانونية والمقاصة
الاختيارية فقط ، ولم يشر الى المقاصة القضائية . فهو ، بعد ان عرف المقاصة
في المادة (٤٠٨) ، اضاف في 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 ، تكلم في الاول عن المقاصة
القانونية وفي الثاني عن المقاصة اختيارية . وسنعالج المقاصة القضائية
مع هذه الاخره .

المبحث الاول

المقاصة القانونية

شروط وآثار

٧٩٢ — عالج القانون المدني المقاصة في قسمين ، تكلم في الاول عن
شروطها وفي الثاني عن آثارها . ونحن تتبعه في ذلك ، فنعالج كلا من ذلك
في مطلب مستقل .

(١) يلاحظ ان كلمة «متداينين» هذه غير موفقة ، وكان خيرا منها كلمة
«مدینین» . ذلك انها تفيد ان مصدر الدين هو الارادة . فمتداينا دائن احدهما
الآخر . اما كلمة «مدین» فتشير الى حالة المديونية ولا تشير الى مصدر الدين .

المطلب الأول

شروط المقاصلة القانونية

شروط خمسة

٧٩٣ - هناك شروط خمسة يجب توافرها لا مكان وقوع المقاصلة القانونية . وهذه الشروط هي :

- ١ - ان يكون هناك دينان متقابلان .
- ٢ - ان يكون الدينان من نوع واحد ، اي متشابهين او متماثلين .
- ٣ - ان يتساوى الدينان في القوة ، بان يكون كل منهما صالحا للمطالبة به قضاء وحاليا من النزاع .
- ٤ - ان يكون كل من الدينين حالا .
- ٥ - ان يكون كل من الدينين من الديون التي تقع فيها المقاصلة . ونرى كلام هذه الشروط على حدة

Deux dettes ré ciproques

الشرط الأول - دينان متقابلان

٧٩٤ - لا بد لوقع المقاصلة ، اولا وقبل كل شيء ، من وجود دينين متقابلين . ويقصد بالدين هنا ان يكون المطلوب وصفا في الذمة ، اي ما يقابل العين . كما يقصد بالتقابل ان يكون كل من الطرفين دائنا في شخصه للآخر ومدينا له في شخصه . فاذا كان احدهما دائنا في شخصه ومدينا بصفة اخرى لم تقع المقاصلة . فلا تقع المقاصلة بين دين للولي او الوصي او القيم في ذمة شخص ودين لهذا الشخص في 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) وفي هذا المعنى قضت محكمة التمييز البلجيكية في حكم لها صادر في ١١ اذار ١٩٠٢ بان الاب الولي على ابنه والمدين لرب العمل الذي يعمل عنده ابنه لا يستطيع التمسك بال مقاصلة تجاه رب العمل بالدين الذي لا بنه على رب العمل (نقل عن دي باج ، المرجع السابق ف ٦٢٧ ، ص ٥٦٢).

تعتبر دوائر الدولة شخصية واحدة . فلا يمكن التمسك بالمقاصة في دين لأحدى الدوائر على أحد الأفراد بدين لهذا الفرد على دائرة أخرى^(١) . فإذا كان أحد الأفراد مدينا لمديرية ضريبةدخل مثلاً ودائنا لامانة العاصمة بقيمة استئلاك أرض ، فلا يستطيع أن يطلب من ضريبة الدخل أن تجري المقاصة بين مالها عليه وما له على امانة العاصمة .

وقد نص القانون المدني الفرنسي على الكفيل صراحة ، فقضى في المادة (١٢٩٤) بأن الكفيل يستطيع التمسك بالمقاصة في دين للمدين المكفول في ذمة الدائن ، ولكن المدين المكفول لا يستطيع التمسك بالمقاصة في دين للمكفيل في ذمة الدائن .

ولكن إذا كان الكفيل دائنا للمدين المكفول له وطالبه هذا فإنه يستطيع التمسك بالمقاصة بالدين الذي له عليه ، ولا يستطيع الدائن مطالبة المدين المكفول بعد ذلك . وقد سبق أن رأينا^(٢) المادة (٣٢٤) مدني لا تجيز للمدين المتضامن أن يحتاج بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر الا بقدر حصة هذا المدين الآخر .

٧٩٥ — فإذا وجد دينان على النحو المتقدم وقعت المقاصة ، ولا ينظر إلى مصدر كل من الدينين ولا إلى اهلية كل من المدينين . وهذا الشرط يستفاد من تعريف المقاصة الوارد في المادة (٤٠٨) مدني . فقد سبق أن رأينا تعريف هذه المادة للمقاصة بأنها «اسقاط دين مطلوب لشخص من غيره في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريميه » .
الشرط الثاني — دينان من نوع واحد

٧٩٦ — ويشترط أيضاً لوقوع المقاصة أن يكون الدينان من نوع واحد ومتماطلين في الجودة ، أي أن يكون كل منهما من النقود أو الأشياء

(١) المرجع السابق ، ف ٦٢٨ .
(٢) ف (٤٤٠)

المثلية المتماثلة في النوع والجودة ، كأن يكونا كلاهما من الحنطة العجيبة او من التمر من نوع الزهدي ٠ فإذا اختلف الدينان في الجنس او النوع او الجودة فلا تقع المقاصلة ٠ فلا تقع بين دينين محل أحدهما حنطة ومحل الآخر شعير ، ولا بين دينين محل أحدهما حنطة عجيبة ومحل الآخر حنطة كرديه ٠ وإذا كانت الحنطة الكردية على درجات في الجودة فلا تقع المقاصلة بين دينين محلهما من هذه الحنطة ولكن محل الاول من الدرجة الاولى ومحل الثاني من الدرجة الثانية ٠ وقد نصت على هذا الشرط العبارة الاولى من الفقرة الثانية من المادة (٤٠٩) مدنی بقولها : « ويشترط لحصول المقاصلة اتحاد الدينين جنساً ووصفاً ٠٠ ٠» . والحكمة من اشتراط هذا الشرط هي أن المقاصلة لما كانت في حكم الوفاء فيجب أن تضع كلاً من الطرفين في الحالة التي يكون فيها لو انه استوفى حقه فعلاً . ولا يتحقق ذلك الا اذا كان الدينان متماثلين في النوع والجودة ٠

٧٩٧ — وقد اجازت المادة (١٢٩١) من القانون المدني الفرنسي المقاصلة اذا كان محل احد الدينين قوداً ومحل الثاني حبوباً تعينت اسعارها بالتسعيير الرسمي . وهذا الحكم لا يمكن الاخذ به في القانون المدني العراقي لاشتراطه صراحة اتحاد الدينين جنساً ووصفاً ٠

الشرط الثالث — تساوي الدينين في القوة ، بان يكون كل منهما صالحًا للمطالبة به قضاء وخلافياً من النزاع

٧٩٨ — والشرط الثالث الذي يجب توافره لوقوع المقاصلة القانونية هو ان يتساوى الدينان في القوة ٠ وهمما يكونان كذلك اذا كان كل منهما صالحًا للمطالبة به قضاء وخلافياً من النزاع ٠

الدين الصالح للمطالبة القضائية

٧٩٩ — ويقصد بالدين الصالح للمطالبة به قضاء الدين المدني ، اي الدين الذي يمكن الاجبار على تنفيذه ٠ فإذا مضت عليه مدة التقاضي أصبح ديناً طبيعياً ولم يعد بالامكان المطالبة به امام القضاء ، فلا يعود صالحًا للمقاصلة ٠

فإذا كان أحد الدينين طبيعياً فلا تقع المقاصلة ، مدنياً كان الدين المقابل او طبيعياً . فإذا كان الدين المقابل مدنياً فهو أقوى من الدين الطبيعي ، ومن ثم لا تقع المقاصلة ، وإذا كان طبيعياً هو أيضاً فلا تقع المقاصلة كذلك ، ولكن لا لعدم تساوي الدينين في القوّة بل لأن كلاً من الدينين لا يمكن المطالبة به قضاء . فالنتيجة التي نصل إليها في هذه الحالة هي النتيجة التي نصل إليها عن طريق عدم صلاحية الدين للمطالبة القضائية .

٨٠٠ — وما يجب ملاحظته أن المقصود بالقوّة هنا ليس كون الدين مضموناً بضمانات عينية او شخصية ، بل صلاحيته للمطالبة القضائية . فإذا توافرت شروط المقاصلة وكان أحد الدينين مضموناً بضمان عيني او شخصي فإن ذلك لا يمنع المقاصلة . ولا يمنع المقاصلة كذلك كون أحد الدينين ثابتًا في حكم بات او في سند مصدق او منظم من الكاتب العدل بينما الثاني ثابت في سند عادي ، ما لم يقع نزاع عليه .

الدين الخالي من النزاع

٨٠١ — ويقصد بالدين الخالي من النزاع الدين الذي لم يقع نزاع على اصله ولا على مقداره . فالاول هو الدين المحقق (CERTAINE) والثاني هو الدين المعلوم المقدر (LIQUIDE)

٨٠٢ — فإذا وقع نزاع على اصل الدين فهو غير متحقق ، ولا يمكن ، وبالتالي ، ان تقع المقاصلة بينه وبين دين متحقق . ويشترط في النزاع ليمضي المقاصلة ان يكون جدياً . فلا يكفي اي نزاع ليجعل من الدين غير متحقق ، اذ لا يعترض احد الطرفين حجة ما لينازع في الدين فيمنع بذلك وقوع المقاصلة . ويرجع تقدير النزاع الى قاضي الموضوع ، فهو الذي يقرر ما اذا كان النزاع جدياً او لا يقصد منه الا منع وقوع المقاصلة^(١) . ويعتبر ديناً غير متحقق

(١) ولا تشترط القوانين الجرمانية هذا الشرط ، لأن المعنى الغالب للمقاصلة فيها هو معنى الضمان اكثر من معنى الوفاء (سالي ، دراسة عن النظرية العامة للالتزام في المشروع الاول للقانون المدني الالماني ، ط ٢ ، ف ٦٥ - ٥٦) .

الدين المعلق على شرط واقف ، لانه ، كما سبق ان رأينا^(١) ، معذوم على خطر الوجود . اما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو موجود على خطر الزوال ، وبالتالي يمكن ان تقع المقاصلة بينه وبين الدين المنجز . واذا تحقق الشرط زالت المقاصلة وعاد الدين باثر رجعي وعاد الدين المقابل كما كان^(٢) .

ومما يجب ملاحظته ان النزاع اذا وقع على اصل الدين فمنع المقاصلة القانونية فان بامكان الدائن بهذا الدين ان يلتجأ الى الحجز تحت يد نفسه (Saisie-arrêt sur soi-même) ، ويطلب بعد ذلك اجراء المقاصلة القضائية . وهذه المسألة من مسائل قانون المرافعات ، فنكتفي في شأنها بهذا القدر .

٨٠٣ — واذا كان الدين غير معلوم المقدار فلا يصلح للمقاصلة . فلا يستطيع الدائن في المسؤولية التعاقدية او في المسؤولية التقصيرية او في الكسب دون سبب ان يجري المقاصلة بين حقه في التعويض قبل تقديره وبين دين عليه للمدين . ويعتبر الدين غير معلوم المقدار اذا كان يحتاج في تقديره الى عمليات معقدة واقوال خباء ، كما يحدث في تصفية الشركات والتركات . اذا كان لا يحتاج الا الى مجرد عملية بسيطة فانه يعتبر معلوم المقدار . كما اذا التقى استاذ محاضرات في معهد غير حكومي وكانت اجور المحاضرة الواحدة معلومة ، وكما اذا نام مريض في مستشفى خصوصي واجرت له عملية جراحية . اذا كان الاستاذ مدينا لادارة المعهد ولم يعرف عدد المحاضرات التي القاها فانه ، بالرغم من ذلك يستطيع ان يطلب المقاصلة بين ما هو مدين به للمعهد وما هو دائن له 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 اعطيتنا عكس هذا الرأي (ف ٢٩٠) . والرأي الذي تقرره الان نراه اكثر عدلاً 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 المقاضة بين ما للمريض في ذمة المستشفى وما للمستشفى في ذمة
المريض ، فالمريض لا يستطيع ان يرفض ذلك بحجة ان الدين الذي للمستشفى
في ذمته غير معلوم المقدار . فمعرفة ما للمستشفى في ذمته لا تتطلب
اكثر من عملية حسابية بسيطة ، تجمع فيها اجور الايام التي
قضها في المستشفى مع اجور العملية الجراحية والامور التابعة لها .

الشرط الخامس - ان يكون كلا الدينين من الديون التي تقع فيها المقاضة

٨٠٤ — هناك ديون لا يمكن اجراء المقاضة فيها لعدم قابليتها بذلك .
وعدم قابلية الدين للمقاضة اما ان يرجع الى عدم امكان المطالبة به في
الحال ، وهذا هو الدين المؤجل او غير المستحق للاداء ، او لعدم قابليته
للحجز ، او لمصدره . ويدخل في هذه الحالة الاخيرة دين الوديع برد الشيء
المودع ، ودين الغاصب برد الشيء المغصوب . ونرى كلاما من ذلك على حدة .
اولا - الدين غير المستحق للاداء

٨٠٥ — اذا كان احد الدينين ، او كلاهما ، غير مستحق الاداء فلا تقع
المقاضة . فالمقاضة ، كما سبق القول ، وفاء اجباري ، والمدين لا يجبر على
وفاء دينه قبل حلول اجله . ولكن نظرية الميسرة التي يمنحها القاضي للمدين
لا تمنع المقاضة . ذلك ان القاضي لا يمنح المدين هذه النظرية الا اذا كان
غير قادر على الوفاء فورا ، ونشوء دين له في ذمة دائنه معناه انه قادر على
ذلك فتعم المقاضة ، ولا يسمح له عندئذ باستيفاء الدين الذي نشأ له في
ذمة دائنه على ان يقوم هو بالوفاء عند انتهاء النظرية التي منحه القاضي ايها ،
بل تجري المقاضة بين الدينين . وقد اعتبر القانون المدني المصري (٢-٣٦٢م)
في حكم نظرية الميسرة الاجل الذي تبرع به الدائن .

ثانيا - عدم قابلية الدين للحجز

٨٠٦ — ولا تعم المقاضة كذلك اذا كان احد الدينين ، او كلاهما ، غير

قابل للحجز ، كدين النفقه ورواتب الموظفين الى حد معين . والسبب الذي يجعل الدين غير قابل للمقاصة هو ان حصول الدائن على الدين ضروري لقيام باوده ، فإذا 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 . فإذا 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 لدائه ثم يطالب هذا الدائن بما ترتب له في ذمته .

ثالثا - دين الوديع برد الشيء المودع ودين الغاصب برد الشيء المغصوب

٨٠٧ - اذا نشأ للوديع في ذمة المودع دين من جنس الشيء المودع فلا يجوز له ان يتمتنع عن رد هذا الشيء بحججه وقوع المقاصة بين دين المودع بالشيء المودع والدين الذي نشأ له في ذمة المودع ، بل يجب عليه ان يرد الشيء المودع اولا ثم يطالب المودع بالدين الذي نشأ له في ذمته . وكذلك الامر اذا نشأ للغاصب في 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 في الديون . فهي لا تقع في الاعيان . فيجب ان يكون كل من الدينين من النقود او الاشياء المثلية .

(٢) يلاحظ على النص ركاكه 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 . هنا مع ملاحظة ما ذكرناه في الهاشم السابق من ان تعبير « العين المغصوبة » كان يجب ان يكون « الشيء المغصوب » .

المغصوبة قصاصا بالدين الا اذا تقاض الطرفان بالتراسي»^٠ ومما يجب ملاحظته هنا انه لانطباق النص المتقدم يجب ان يكون الشيء المودع او الشيء المغصوب من النقود او الاشياء المثلية ، وذلك لينطبق عليه وصف الدين^٠

٨٠٨ — والحكمة من تقرير الحكم المتقدم هي ان الوديعة من العقود التي تقوم على الثقة ، فلا يجوز للوديع ان يستغل هذه الثقة ويتمتع عن رد الشيء المودع . فعليه ان يرد هذا الشيء اولا ، وبذلك يكون قد ادى الامانة، ثم يطالب مدینه المودع بما ترتب له في ذمته وقد اضاف القانون المدني المصري (٣٦٤م/ب) الى الشيء المودع الشيء المعارض ، استعمال ، ولم يجز للمستعير ان يتمتنع عن رد الشيء المعارض اذا ترتب له في ذمة المعيردين مشابه للشيء المعارض^(١) .

وكذلك الامر بالنسبة للغاصب فإذا غصب شخص من اخر شيئاً مثلياً او نقوداً ثم ترتب له في ذمة المغصوب منه دين مشابه للشيء المغصوب ، فلا يجوز له ان يتمتنع عن الرد بحججة وجوب اجراء المقاصلة . وقد قصد المشرع بذلك الضرب على يد الغاصب وعدم التشجيع على الغصب . فيجب عليه ان يرد ما غصبه اولا ، ثم يطالب مدینه المغصوب منه بما ترتب له في ذمته^(٢) .

(١) وبلاحظ الاستاذ السنهوري (المرجع السابق ، ص ٩٠٨) ان هذه الحالة صعبة التصور ، لأن الاشياء المثلية لا تعار بل تقرض . ولاجل ذلك يفترض الاستاذ ان المدين يبلغ من النقود قد اعاد دائرته عيناً معينة بالذات وهلكت العين بتقصير من الدائن فاصبح مسؤولاً عن التعويض . ثم قدر هذا التعويض اتفاقاً او قضاء ، واصبحت شروط المقاصلة متوفرة ما بين الدين الذي في ذمة المدين للدائن والتعويض الذي في ذمة الدائن للمدين . وبالرغم من توافر شروط المقاصلة لا يجوز للدائن ان يتمسك بها ، وليس له ان يتمتنع عن دفع التعويض للمعير . وذلك ، كما يقول الاستاذ ، لأن المعير قد اشترى على الشيء المعارض ، بل نزل له عن منفعته دون اجر ، فلا يكون جراوئه على ذلك ان يتمتنع المستعير عن دفع التعويض المستحق ولو عن طريق التمسك بالمقاضاة .

(٢) ولم يستعمل القانون المدني المصري تعبير «غضب» ، بل استعمل تعبير «شيء نزع دون حق من يد مالكه» (م ٣٦٤/١) . والمعنى واحد ، سوى ان



المطلب الثاني

آثار المقاصلة القانونية

أثر المقاصلة فيما بين الطرفين وتأثيرها بالنسبة للغير

٨٠٩ — يختلف أثر المقاصلة فيما بين الطرفين عنه بالنسبة للغير . ففيما بين الطرفين ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما . أما بالنسبة للغير ، فإذا اكتسب حقا على أحد الدينين فلا يجوز أن تقع المقاصلة أضرارا بهذا الحق . ونرى كلا من ذلك في مقصد مستقل .

المقصد الأول

أثر المقاصلة فيما بين الطرفين

انقضاض الدينين بقدر الأقل منهما من حين صلاحهما للمقاصلة

٨١٠ — لما كانت المقاصلة طريقا من طريق اقضاء الالتزام فالاثر الذي يترب عليها هو اقضاء الدينين اذا كانوا متساوين ، واقتضاؤهما بقدر الأقل منهما اذا كانوا غير متساوين . فهي بمشابهه وفاء ، ويعتبر كل دائن قد استوفى حقه من الدين الذي في ذمته . وقد نصت على ذلك العبارة الاولى من المادة (٤١٣) مدنی بقولها : « تقع المقاصلة بقدر الأقل من الدينين ٠٠ ٠ » . ويترتب على ذلك كل النتائج التي تترتب على اقضاء الالتزام . فيقف سريان الفوائد من حين تلاقي الدينين متوافرة فيما شروط المقاصلة ، وتنقضي التأمينات التي كانت تضمن احد الدينين او كليهما ، شخصية كانت هذه التأمينات او عينية . فتبرأ ذمة الكفيل ، ويستطيع ان يتمسك بالمقاضاة الواقعه

تعبير القانون المدني العراقي مأخذ عن الفقه الاسلامي ، بينما تعبر القانون المدني المصري مأخذ عن الفقه الغربي . فنزع الشيء من يد مالكه دون حق يعبر عنه القهاء المسلمون بالغصب ، مع ملاحظة ان التعبير الاسلامي يعطي المعنى بكلمة واحدة بينما التعبير الغربي لا يعطيه الا بسبعين كلمات . ومن القواعد المقررة في 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 – واذا وقعت المقاصة فهي لا تقع من حين التمسك بها ، بل تستند باثرها الى الوقت الذي توافرت فيه شروطها . ويترب على ذلك ان احد هذه الشروط اذا تخلف بعد ذلك فان هذا التخلف لا يمنع وقوع المقاصة . فإذا كان احد الدينين قد مضت عليه مدة التقادم عند التمسك بالمقاصة ولكن هذه المدة لم تكن قد اقضت عند توافر شروط المقاصة ، فان ذلك لا يمنع من وقوعها . وهذا مانصت عليه صراحة المادة (٤١٤) مدنی يقولها : « اذا كان الدين لا تسمع به الدعوى لمرور الزمن وقت التمسك بالمقاصة فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة ما دامت المدة الالزمة 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 – واذا كان للكفيل على المكفول له دين من جنس الدين المكفول فاما كانه 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 وطالب بالدين المكفول به فإنه 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 يقولها : « اذا كان للكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به فالدينان يتقيان قصاصا من غير رضاهما ، وان كان من

غير جنس الدين المكفول به فلا يلتقيان قصاصا الا بتراضي الدائن
المكفول له مع الكفيل لا مع الدين » .

النزول عن المقاصلة

٨١٣ - والمقاصدة ليست من النظام العام ، فيجوز النزول عنها . ولم ينص القانون المدني العراقي على ذلك ، ولكنه يستفاد ضمنا من المفهوم المخالف للمادة (٤١٣) التي تقضى بعدم وقوع المقاصلة « 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 نزواً منه عن التمسك بها .

النزول عن المقاصلة قبل ثبوت الحق فيها والنزول عنها بعد ثبوت هذا الحق

٨٤ - والنزول عن التمسك بالمقاصدة بعد ثبوت الحق فيها جائز ، ويستفاد من المفهوم المخالف لنص المادة (٤١٣) المتقدمة^(١) فنص هذه المادة على عدم وقوع المقاصلة الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها معناه ان الحق في التمسك بها ثابت ولكنها لا تقع لان من له مصلحة لم يتمسك بها . وقد تقدم القول بأن عدم التمسك بالمقاصدة من قبل صاحب الحق فيها يعتبر نزواً منه عن هذا الحق . وقد وقع هذا النزول بعد ثبوت الحق في التمسك بها .

٨٥ - ولكن هل يجوز الاتفاق مقدما على عدم جواز التمسك بالمقاصدة؟ 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 . فالمقاصلة 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 ، ج ٩ ، ف ١٠٥ . نقلابن الاستاذ السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٩١٣ ، هامش رقم ٠٢)

(٢) المرجع السابق ، ص ٩١٠ ، هامش رقم ١ .

عن حق لم يملكه بعد ° ومن جهة اخرى الا يكون في اجازة النزول مقدما السماح للقوى بالتحكم في الضعيف وفرض شروطه عليه ؟ فاذا تعاقد شخصان احدهما قوي اقتصاديا والآخر ضعيف اقتصاديا ، وكان القوى اقتصاديا هو الدائن واشترط على المدين الضعيف اقتصاديا الا يتمسك بالمقاصة اذا ترتب له دين في ذمته (ذمة الدائن القوى اقتصاديا) وقبل المدين ذلك مضطرا ، فهل يمكن القول بصحة هذا الشرط ؟ اذا طبقنا القواعد العامة في عيوب الارادة فاننا نستطيع ان نقول ان اراده 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 — وقد نصت المادة (٤١٦) مدنی على حالة خاصة من حالات النزول الضمني عن المقاصة بعد ثبوتها ، فقضت بانه : « اذا وفي المدين دينا و كان 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 و كان له في ذلك عذر مقبول » ° فاذا كان زيد في ذمة عمرو دين مضمون بتأمينات، عينية او شخصية ، ثم نشأ لعمرو في ذمة زيد دين مساو في مقداره للدين الذي عليه لزيد فالمقاصة تقع من حين ثبوت هذا الدين ° ويترتب على ذلك سقوط التأمينات التي كانت تكفل دين زيد في ذمة عمرو ° فاذا قام زيد ، بالرغم من ذلك ، بوفاء الدين الذي نشأ في ذمته لعمرو وارد بعد ذلك الرجوع على عمرو بدينه فلا يستطيع التمسك بالتأمينات التي كانت تكفل دينه ، الا اذا كان يجهل وجود دينه المضمون بتأمينات في ذمة عمرو و كان له عذر مقبول في 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 تشرط ان يثبت



له عذر مقبول واراد الرجوع بدينه فلا يرجع الا بدعوى استرداد ما دفع دون حق .

المقصد الثاني

اثر المقاصلة بالنسبة للغير

عدم جواز التمسك بالمقاصدة اضرارا بحقوق الغير

٨١٧ — اذا كسب الغير حقا على احد الدينين المتقابلين فلا يجوز التمسك بالمقاصدة اضرارا بحقوق هذا الغير (٤١٥) . 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 - ايقاع حجز تحفظي على احد الدينين

٨١٨ — اذا اوقع الدائن حجزا تحفظيا على ما لمدينه لدى شخص ثالث — مدين المدين — فلا يجوز لهذا الشخص ان يقوم بالوفاء لدائنه هو ، لأن هذا الوفاء يضر بحقوق الدائن الحاجز . ويترب على ذلك ان مدين المدين اذا نشأ له بعد الحجز دين في ذمة دائنه هو فلا يجوز له ان يتمسك بالمقاصدة . والسبب في ذلك ان المقصادة 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 بالمقاصدة اضرارا بالحاجز » .

٨١٩ — ولكن اذا لم يكن بامكان المدين التمسك بالمقاصدة فبامكانه ان يحجز هو ايضا على الدين الذي هو مدين به ، اي ان يوقع حجزا تحفظيا

المدين العذر المقبول في جهله بوجود حقه ، ولكن حذف هذا الشرط في لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بواقه جهل المدين بوجود حقه ، وحسما للمنازعات التي تنشأ عن تقدير ما يعتبر مقبولا او غير مقبول من الاعدار ».

تحت يد نفسه . وفي هذه الحالة يشترك مع الدائن الحاجز في اقتسام
الدين قسمة الغرماء .

حالة احد الدينين وقبول المحال عليه الحوالة بدون تحفظ

٨٢٠ — اذا كان هناك دينان صالحان للمقاصة وحول احد الدينين
حقه على مدينه الى شخص ثالث وقبل المدين الحوالة بدون تحفظ ،
اي بدون ان يحتفظ بحقه في اجراء المقاصة ، فلا يعود بامكانه التمسك بها
تجاه المحال له ، ولا يبقى امامه عندئذ الا الرجوع على مدينه المحيل . وقد
نصنف على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٤١٧) مدنی 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 اتنا اذا اجزنا 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 في هذه الحالة الا
نفسه . فقد كان عليه ان لا يقبل الحوالة بدون تحفظ ، اي كان عليه ان يقييد
قبوله بحقه في اجراء المقاصة بين المحال به وما قد يكون له في ذمة
المحيل . ولا يمنع هذا الحكم كون المحال عليه جاهلا بوجود حق له في ذمة
المحيل عند قبوله للحوالة . ولكن في هذه الحالة تعود التأمينات التي
كانت تضمن حقه . وهذا الحكم يمكن الوصول اليه بالقياس على ما
نصنف المادة (٤١٦) من جواز التمسك بالتأمينات اذا وفي المدين الدين
ولم يطلب المقاصة وكان يجهل وجود حقه وكان له في هذا الجهل عذر مقبول .

المبحث الثاني

المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

COMPENSATION FACULTATIVE, CONVENTIONNELLE

المقاصة الاختيارية او الاتفاقيّة

٨٢١ — رأينا في المبحث السابق الشروط اللازم توافرها لوقوع المقاصة القانونية ، وهذه الشروط اما ان تكون قد روّعي فيها مصلحة احد الطرفين او مصلحتهما معاً . فإذا تخلف احدهما لم تقع المقاصة . ولكن ذلك لا يمنع الطرف الذي قرر الشرط المختلف لمصلحته من ان ينزل عنه . وإذا كان الشرط المختلف قد قرر لمصلحة كلا الطرفين فإن ذلك لا يمنعهما ايضاً من النزول عن هذا الشرط واجراء المقاصة باتفاقهما وتسمى المقاصة في هذه الحالة بالمقاصة الاختيارية او الاتفاقيّة .

٨٢٢ — فمثلاً الشرط المقرر لمصلحة احد الطرفين استحقاق الاداء . فإذا كان احد الدينين مستحق الاداء والآخر مؤجل فالمقاصة القانونية 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 لدائه والدين الحال الذي له في ذمة دائه . وبذلك يكون قد نزل عن حقه في الاجل . ومثال هذا الشرط ايضاً الخلو من النزاع . فإذا كان احد الدينين محققاً والآخر متذمّراً عافيه فالمقاصة القانونية لاتقع ولكن المدين بالدين المتذمّراً فيه ، الدائن في الوقت نفسه بالدين المحقّق ، يستطيع ان يجري المقاصة بين الدين المحقّق الذي له في ذمة مدینه والدين المتذمّراً فيه الذي في ذمته لمدینه . وهكذا بالنسبة لبقية الشروط .

٨٢٣ — ومثال الشرط المقرر لمصلحة كلا الطرفين التمايل بين الدينين . فإذا لم يكن الدينان من جنس واحد ووصف واحد ، بان كان احدهما قد الاخر عيناً ، فالمقاصة القانونية لاتقع كذلك . ولكن ذلك لا يمنع الطرفين

من الاتفاق على اجراء المقاصلة الاختيارية . فيستطيعان تقدير قيمة العين بالنقد ، ثم اجراء المقاصلة بين هذه القيمة والدين المقابل .

٨٢٤— وقد نصت على ما تقدم الفقرة الثانية من المادة (٤٠٩) مدنی . ففي بعد ان بينت شروط المقاصلة الجنوية او القانونية ، اضافت : « ولا يشترط ذلك في المقاصلة الاختيارية ، فان كان الدينان من جنسين مختلفين او متفاوتين في الوصف او مؤجلين او احدهما حالا والآخر مؤجلا او احدهما قويا والآخر ضعيفا فلا يتقيان قصاصا الا بتراضي المتداينين سواء اتحد سببهما او اختلف » .

المقاصلة القضائية

COMPENSTION JUDICIARE, RECONVENTIONNELLE

٨٢٥— اذا لم تتوافر شروط المقاصلة القانونية ، ولم يمكن التوصل الى اجراء المقاصلة الاختيارية لان الشروط المختلفة قد روعي فيها مصلحة كلا الطرفين لا مصلحة المدعى عليه وحده ، فبامكان المدعى عليه ان يطلب من القاضي في اثناء نظر الدعوى ان يجري المقاصلة . والمقابلة في هذه الحالة تسمى بالمقابلة القضائية لان القاضي هو الذي يجريها ، وتكون في صورة طلب مقابل من المدعى عليه يسمى بـ « طلب عارض » او « دعوى عارضه » . واذا استعرضنا الشروط التي تخلفها المدعى عليه الى طلب المقاصلة القضائية وجدناها احد شرطين : الخلو من النزاع او معلومية المقدار . اما الشروط الاخرى — وهي التقابل والصلاحية للمطالبة القضائية والقابلية للحجز واستحقاق الاداء — فلا بد من توافرها جميعا لا مكان طلب المقاصلة القضائية . فإذا توافرت هذه الشروط ولكن دين المدعى عليه كان متنازع عليه او غير معلوم المقدار ، كالحق في التعويض عن ضرر ، فان بامكان المدعى عليه ان يطلب من القاضي ، في اثناء نظر الدعوى ، ان يجسم النزاع او ان يقدر الدين ثم يجري المقاصلة مع دين المدعى . والقاضي يتمتع في هذه الحالة بسلطة تقديرية . فإذا رأى ان حسم النزاع او تقدير الدين يستغرق

وقتنا طويلاً او اجراءات معقدة فله ان يرفض طلب المدعى عليه ويطلب منه ان يقيم دعوى مستقلة .

الآثار التي تترتب على المقاصلة الاختيارية والمقاصلة القضائية

٨٢٦ — الآثار التي تترتب على المقاصلة الاختيارية والمقاصلة القضائية هي ، على العموم ، الآثار التي تترتب على المقاصلة القانونية . فينقضي الدينان بقدر الاقل منهما وتسقط التأمينات ويقف سريان الفوائد . وتنتتج المقاصلة الاختيارية اثارها من حين الاتفاق على اجرائها . اما المقاصلة القضائية فقد اختلف الفقه والقضاء بشأنها . فذهب فريق الى ان الحكم منشئ لها ، وبانتالي لا تنتج اثراها الا من حين صدوره . وذهب اخرون الى ان الحكم كاشف ، ويترقب على ذلك انها تنتج اثراها من حين تلاقي الدينين .

الفرع الخامس

اتحاد الذمة^(١)

(LA CONFUSION)

تمهيد وتعريف

٨٢٧ — قد تجتمع صفتان الدائن والمدين في شخص واحد وفي دين واحد فيصبح هذا الشخص دائنا لنفسه ومدينا لها في هذا الدين ، وعندئذ يقوم مانع من المطالبة والوفاء ، اذ لا يتصور ان يطالب الشخص نفسه او ان يقوم بالوفاء لنفسه . وهذا الاجتماع قد يكون في الحقوق الشخصية ويسمى عندئذ بـ « اتحاد الذمة » (Confusion) ، وقد يكون في الحقوق العينية ويسمى بـ « التجمع » او « الادغام » (Consolidation) .

٨٢٨ — فمثلاً اتحاد الذمة ما اذا مات الدائن وورثه المدين . فالدائن يملك حقاً شخصياً تجاه المدين ، والحقوق الشخصية تنتقل ، كما سبق ان رأينا^(٢) ، الى الخلف العام . فيرث المدين الدائن في الحق الشخصي ، ولكنه يرثه تجاه نفسه هو فيصبح دائنا بالحق الذي ورثه ومدينا به ، فلا يطالب عندئذ الا نفسه وهذا لا يتصور . وفي هذه الحالة يقوم مانع من المطالبة ، فيصاب الدين ، في الحقيقة ، بشلل يجعله غير قابل للتنفيذ ، لعدم امكان المطالبة به^(٣) . اما اذا مات المدين وورثه الدائن فقاعدة

(١) يراجع ، بالإضافة إلى المراجع العامة ، مقال للاستاذ ضياء شيت خطاب بعنوان : « اتحاد الذمة في القانون المدني العراقي » ، منشور في مجلة القضاء ، العدد الثاني ، السنة الخامسة عشرة ، ص ٢٠٠ - ٢١٣ .

(٢) الجزء الأول 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 . اما عنصر المديونية فيبقى لعدم قيام المدين بالوفاء الفعلى (يراجع في التمييز بين عنصري المديونية والمسؤولية : الجزء الأول من هذا الكتاب ، ف ٢١ ، ٢٢) .

« لا تركه الا بعد سداد الديون » في الشريعة الإسلامية تمنع اتحاد الذمة . وفي هذه الحالة يستوفى الدائن حقه من التركة كأي دائن آخر . 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 في الذمة كما في الحالة المتقدمة . وقد نص القانون المدني العراقي على ذلك في المادة (٤١٨) بقوله : « في الدين الواحد اذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين انقضى الدين الاتحاد الذمة(٤) بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة » .

٨٢٩ — ومثال اتحاد الذمة في الحقوق العينية ما نصت عليه المادة (١٢٥٩) من القانون المدني من انتهاء حق المنفعة اذا اجتمع في شخص واحد صفتا المتنفع والمالك ، وما نصت عليه المادة (١٢٨١) من انقضاء حق الارتفاق باجتماع القارئين في يد مالك واحد . ومثاله ايضا انقضاء الرهن التأميني باتحاد الذمة في المرتهن او في مالك العقار (١٣١٧م) ، وانقضاء الرهن الحيادي اذا اجتمع الرهن مع حق الملكية في يد شخص واحد (م ١٣٤٩/ب) .

اتحاد الذمة والمقاصة

٨٣٠ — 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 في اتحاد الذمة فلا يوجد الا دين واحد احد طرفيه دائن غير مدين والثاني مدين غير دائن ، ولكن اختفى احد الطرفين واجتمعت صفتا الدائن والمدين في 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 «الاتحاد الذمة» هذه شرح زائد يمكن الاستغناء عنه .

٨٣١ — ولا تتحاد الديمة تطبيقات كثيرة في الفقه الإسلامي ° 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 توفي الدائن وانحصرت وراثته في 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 الديمة سبب من اسباب انقضاء الالتزام ؟

٨٣٢ — وقد اختلف الفقهاء في التكليف القانوني لاتحاد الديمة ، فاعتبره بعضهم سببا من اسباب انقضاء الالتزام ولم يعتبره اخرون كذلك ° فذهب الفريق الاول الى تشبیهه ، في الاثار التي تترتب عليه ، بانوفاء ، والى انه يتضي الالتزام تماما كما يتضي الوفاء او التنفيذ العيني^(١) ° وذهب الفريق الثاني الى انه ليس من الدقة اعتبار اتحاد الديمة طريقا من طرق انقضاء الالتزام فهو لا يتضي الالتزام كما يتضي الوفاء والمقاصة والتتجديد ، بل يمنع المطالبة به ° والى هذا الرأي يذهب جمهور الفقهاء ، يؤيده في ذلك القضاء ° ويترب على هذا الرأي ان اتحاد الديمة 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 الديمة هو الوصية ، ثم تبين ان الوصية باطلة ° فبطلان الوصية يترتب عليه زوالها باثر رجعي ، فيزول اتحاد الديمة باثر رجعي نتيجة لذلك ، وبالتالي يظهر الدين من جديد °

(١) توليه ، ج ٧ ، ف ٤٤ ، نقل عن بودري وبارد ، المرجع السابق ، ص ٢٣٩ ، هامش رقم ٢ . بيدان ولا جارد ، ج ٩ ، ف ١٠٧١ - ١٠٧٦ ، نقل عن السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٩٥٣ ، هامش رقم ١ .

القانون المدني العراقي

٨٣٣ — وقد اخذ القانون المدني العراقي بالرأي الثاني ، فنص في المادة (٤١٩) على انه : « اذا زال السبب الذي ادى الى اتحاد الديمة وكان لزواله اثر رجعي عاد الالتزام الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة تذوي الشأن جميعاً . ويعتبر اتحاد الديمة كأن لم يكن » ٠

اثر اتحاد الديمة : انقضاء الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الديمة

٨٣٤ — والاثر الذي يترتب على اتحاد الديمة هو انقضاء الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الديمة . وهذا ما نصت عليه المادة (٤١٨) ، اتي سبق ان رأيناها ، بقولها : « في الدين الواحد اذا اجتمع في شخص واحد صفتان الدين والمدين انقضى الدين لا اتحاد الديمة بالقدر الذي اتحدت فيه » ٠ فالدين انما ينقضي بالقدر الذي اتحدت فيه الديمة . فإذا مات الدائن وورثه المدين في نصف التركة فلا ينقضي من الدين الا نصفه . وقد سبق ان رأينا ان الدين لا ينقضي في الحقيقة ، بل يقوم مانع يسله ويمنع المطالبة به وتنفيذها ، وذلك لما قلناه من عدم تصور مطالبة الانسان نفسه او قيامه بتنفيذ لنفسه ٠

نتائج : انقضاء التأمينات

٨٣٥ — وبالرغم من ان انقضاء الدين في اتحاد الديمة ليس انقضاء حقيقياً ، الا ان النتائج التي تترتب عليه فيما يتعلق بالتأمينات هي النتائج التي تترتب على الانقضاء الحقيقي . فإذا كان هناك كفيل فان ذمته تبرأ^(١) ٠

(١) أما اذا مات المدين وورثه الدائن ، فقد سبق ان رأينا قاعدة « لا تركة الا بعد سداد الديون » تمنع اتحاد « الديمة » . وعليه فإذا مات المدين معسراً وورثه الدائن فلا تبرأ ذمة الكفيل .

وقد نصت المادة (٢٠٣٥) من القانون المدني الفرنسي على حالة اتحاد « ذمة الكفيل والمدين الاولي » وقضت بأن هذا الاتحاد في « الديمة » لا يقضى دعوى الدائن ضد كفيل الكفيل . ومن الواضح ان اتحاد « الديمة » لا يتحقق في هذه الحالة لعدم وجود علاقة مديونية ودائنية بين الكفيل والمدين ، وهذا شرط اساسي في اتحاد

وإذا كان هناك ضمان عيني ، گرhen ، فهو يسقط كذلك . وعلة ذلك أن الدائن اذا مات وورته المدين فان هذا الاخير يصبح مرتهنا لملك نفسه ، فيسقط الرهن .

الاعتداد بالدين بالرغم من انقضائه باتحاد الديمة: تقدير ثلث التركة في الوصية

٨٣٦ - لما لم يكن انقضاء الدين في اتحاد الديمة انقضاء حقيقيا يتم عن طريق الوفاء ، بل عبارة عن شلل يصيبه فيمنع المطالبة به ، فان ذلك يترب عليه ان الدين يجب ان يؤخذ بنظر الاعتبار عند تقدير الثالث الذي يجوز الایصاء به . فإذا مات الدائن وورثه المدين كان هناك اتحاد في الديمة مانع من المطالبة بالدين . ولكن اذا كان المدين قد ورث الدائن فلا يمكن مطالبتة بالدين ، الا ان الدائن اذا كان قد اوصى بثلث تركته فالدين الذي انقضى باتحاد الديمة يجب اخذه بنظر الاعتبار عند حساب مقدار الثالث . 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 اذا لم نأخذ الدين بنظر الاعتبار لكان مقدار التركة (٦٠٠) دينار ، ولكان ثلثها (٢٠٠) دينار^(١) . وإذا كان الدين

الديمة . وكل ما في الامر انهما كليهما مدينان في دين واحد ، ولكن احدهما مدين اصلي والآخر مدين تبعي . فإذا مات احدهما وورثه الآخر فلا علاقة بذلك بكفيل الكفيل .

(١) يضيف الاستاذ السنهوري الى هذه الحالة حالتين اخريتين، هما حالة اتحاد ذمة الكفيل والدائن ، وحالة اتحاد ذمة احد المدينين المتضامنين والدائن (المرجع السابق ، ف ٥٧٠ و ٥٧٢) . ونحوه اذا امعنا النظر في هاتين الحالتين لم نجدهما مشابهتين للحالة المذكورة في المتن .

وفي حالة اتحاد ذمة الكفيل والدائن ، النتيجة التي نصل اليها واحدة ، سواء وفي 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 اي مدين اخر بكل الباقي من الدين ، بعد خصم احصته منه ، في اتحاد الديمة وعدم

يتجاوز ثلثي التركة فعلى المدين الوراث ، عندئذ ، ان يدفع الى الموصى له بثلث اتركة ما يكمل به الثالث ٠ مثال ذلك ما اذا كان مقدار الدين (١٥٠٠) دينار ومقدار ما ترك الدائن (٦٠٠) دينار ، فمجموع التركة في هذه الحالة يكون (٢١٠٠) دينار وثلث هذا المبلغ يساوي (٧٠٠) دينار ولما كان الموصى لم يترك عدا الدين سوى (٦٠٠) دينار ، فعلى المدين الوراث ، عندئذ ، ان يدفع للموصى له (١٠٠) دينار ، وهو ما يكمل به الثالث ٠

نول السبب الذي ادى الى اتحاد الذمة باثر رجعي

٨٣٧ — اذا زال السبب الذي ادى الى اتحاد الذمة وكان لزواله اثر رجعي عاد الدين الى الظهور بصفاته وتأميناته ودفعه ، ويعتبر اتحاد الذمة كان لم يكن ٠ قتعود التأمينات الشخصية والعينية بعد سقوطها ٠ فيرجع الكفيل كهيلا ، وتعود الحقوق العينية التي كانت تضمن الدين الى الظهور . وهذا ما نصت عليه المادة (٤١٩) مدني بقولها : « اذا زال السبب الذي ادى الى اتحاد الذمة وكان لزواله اثر رجعي عاد الالتزام انى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعا ٠ ويعتبر اتحاد الذمة كان لم يكن » ٠ مثال ذلك ما اذا كان سبب اتحاد الذمة الوصية، وكانت التركة مستغرقة بالديون فالوصية في هذه الحالة تكون موقوفة على اجازة الدائنين ، ان اجازوها نفذت باثر رجعي وان لم يجزوها بطلت باثر رجعي ٠ وفي هذه الحالة الاخيرة يعود الدين الى الظهور بصفاته وتأميناته ودفعه ٠

٨٣٧ مكرر — بهذا ننتهي من الكلام عن اتحاد الذمة ، وبذلك ننتهي من الكلام عن انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ٠ وتنقل الان الى الكلام عن انقضاء الالتزام بغير وفاء ولا بما يعادل الوفاء ، وهو موضوع الفصل الثالث والأخير من هذا الباب ٠

امكانه الرجوع في حالة الوفاء الا يقدر حصة كل مدين في الدين . وهذا الفرق في مدى الرجوع لا يمكن ان يستنتج منه انا اخذنا الدين بنظر الاعتبار بالرغم من انقضائه باتحاد الذمة كما فعلنا عندما اردنا تقدير ثلث التركة . فنحن قد اسقطنا حصة المدين المتضامن الذي وفي الدين للدائنين ويريد الرجوع على المدينين الاخرين ولم نأخذ حصته بنظر الاعتبار . وهذا عكس ما فعلناه عند تقدير ثلث التركة ، فقد اخذنا الدين في هذه الحالة بنظر الاعتبار .

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام بغير وفاء ولا بما يعادل الوفاء

أسباب ثلاثة

٨٣٨ — 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 في هذه الحالة بـ « التقادم المسقط » .
فأسباب انقضاء الالتزام بدون وفاء ولا بما يعادل الوفاء ، اذن ، هي الابراء ، واستحالة التنفيذ ، والتقادم المسقط . وتتكلم عن كل من هذه الاسباب في فرع مستقل .

الفرع الاول

الابراء

LA REMISE DE DETTE

تمهيد وتعريف

٨٣٩ — ينقضي الالتزام في 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 . فيمكنتنا تعريف الابراء ، اذن ، بأنه

« 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 مضطراً إلى عدم استيفاء حقه، وفي التقادم المسقط يمنعه القانون من المطالبة به .

التكيف القانوني للابراء :

٨٤٠ — ولما كان الابراء نزولاً من الدائن عن حقه قبل مدینه، وبالتالي عملاً 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 المنفردة لنشوئه ؟ يختلف الفقه الغربي في هذا عن الفقه الاسلامي .

الفقه الغربي :

٨٤١ — فالفقه الغربي يعتبره اتفاقاً او عقداً كباقي العقود ، يجب لنشوئه ارتباط الايجاب بالقبول وفقاً للقواعد العامة في هذا الباب . وتعزى المادتان (١٢٨٥ و ١٢٨٧) من القانون المدني الفرنسي بأنه «اعفاء اتفاقي» (Décharge conventionnelle) . ويترتب على هذا التصوير ان القبول اذا لم يرتبط بالايجاب وفقاً للقواعد العامة فالابراء لا يتم ولا تبرأ ذمة المدين ، ويستطيع الدائن ان يرجع قبل قبول المدين . ويترتب على ذلك ايضاً ان الابراء لا يتم اذا مات الدائن او المدين قبل القبول .

٨٤٢ — والابراء اذا كان يعتبر عقداً في الفقه الغربي فهو عقد من عقود التبرع ، اي هبة . ولكن هبة غير مباشرة ، لأن هبة الدين للمدين . وهذه الهبة لا يشترط فيها استيفاء الشروط الشكلية اللازم توافرها في الهبات بصورة عامة . ويترتب على هذا التكيف ضرورة توافر الاهلية الكاملة في الدائن .

(١) ويترتب على ذلك انه اذا وقع في مرض الموت فإنه يأخذ حكم الوصية . وهذا ما اخذ به القانون المدني العراقي في الفقرة الثانية من المادة (١١٠٩) منه .

٨٤٣ — اما الفقه الإسلامي 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 في الاول دون الثاني^(١) .

٨٤٤ — 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 — 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 التفضيل من الدائن ، وعندئذ يصطدم سقوط الدين بارادة المدين بحقه في رفض هذا السقوط وفي القيام بالوفاء بما عليه من دين . لذلك يقرر الفقهاء المسلمون ان الابراء يرتد بالرد . فهو يتم بايجاب من الدائن ، اي بارادته المفردة ، ولكنه يرتد بالرد . فإذا رد المدين الابراء فالدين يبقى على حاله ولا يسقط .

نتائج :

٨٤٦ — ويترتب على ذلك النتائج التالية :

١ — اذا ابرأ الدائن الدين ولم يرد المدين الابراء ومات فان ذمته تبرأ ولا يؤخذ الدين من تركته .

(١) علي حيدر ، شرح المجلة ، الكتاب الثاني عشر ، ص ٦٧ .

٢ - يمكن ابراء الميت من دينه . وهو يصبح نهائياً بمجرد صدوره ، وذلك لعدم امكان صدور الرد من الميت . وقد اخذ القانون المدني العراقي بالحكم المتقدم عن الفقه الاسلامي (٤٢٢م) . اما الرد من الورثة فلم يتطرق اليه القانون المدني ، ويذهب بعض الفقهاء الى انه لا عبرة به لأن الورثة ليسوا هم المدينين .

٣ - لا يستطيع الدائن الرجوع عن الابراء بعد صدوره منه ، لأن اثره وهو سقوط الدين ، قد ترتب عليه بمجرد صدور الايجاب منه ، لأن الساقط كالمعدهم و «الساقط لا يعود كما ان المعدهم لا يعود» (١م مجلة) (١)

٤ - اذا كان المدين محجوراً فالابراء يصبح نهائياً بمجرد صدوره ، وذلك لعدم امكان الرد . لا من المحجور ، ولا من الولي او الوصي او القيم ، وذلك لأن رد الابراء من التصرفات الضارة ضرراً محضاً . وهؤلاء ليس لهم اجراء مثل هذه التصرفات .

الابراء الخاص والابراء العام :

٤٧ - ولا براء نوعان : خاص وعام . فالخاص ما تعلق بحق معين ، ولا تسمع الدعوى من الدائن بعد ذلك بخصوص هذا الحق . والعام هو ما تعلق بكل ما للمربي على المبرأ من حقوق ودعوى ، ولا تسمع الدعوى من المربي بعد ذلك على المبرأ بخصوص حق سابق على الابراء وتسمع بخصوص الحقوق الناشئة بعده .

هل يستطيع دائن المدين الطعن في رده عن طريق الدعوى البولصية ؟

٤٨ - ورد المدين يعتبر عملاً ضاراً بدائنه ، فهل يستطيع هؤلاء الطعن فيه عن طريق دعوى عدم قناد تصرف المدين في حق دائنه

(١) وقد نص القانون المدني المصري في 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 في ما يذهبون اليه هي ان الرد يزيد في التزامات المدين ، لأن الدين يعود بالرد بعد انقضائه • ونحن لا نميل الى هذا الرأي لأنه يؤدي الى اجبار المدين على قبول تفضيل من الدائن ، في حين انه قد يكون لديه من الاسباب ما يحمله على عدم قبول هذا التفضيل • ثم اثنا نستطيع ان نجد سندًا اخر لرأينا من مجموع نصوص القانون المدني المتعلقة بهذه الدعوى • فالمادة (٢٦٣) مدنی اجازت لكل دائن اصبح حقه مستحق الاداء وصدر من مدينه تصرف ضار به ان يطلب عدم تقاده هذا التصرف في حقه « اذا كان هذا التصرف قد انتقص من حقوق المدين او زاد في التزاماته » ، ولكنها اضافت في اخرها العبارة التالية : « متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية » • واذا رجعنا الى المادة الثالثة وجدناها تتكلم في فقرتها الاولى عن التصرفات الصادرة من المدين بعوض ، وفي فقرتها الثانية عن التصرفات الصادرة تبرعا • فالفقرة الاولى لا علاقة لها بموضوعنا فلا تطرق اليها • اما الفقرة الثانية فلا يجعل التبرع نافذا في 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 — وهل يصح تعليق الابراء ، كما اذا علق الدائن ابراء مدينه من بعض الديون على اداء البعض الآخر ؟ هناك رأيان في الفقه الاسلامي ، رأي يحيذه ورأي لا يحيذه • وحجة من لا يحيز التعليق ان الابراء وان كان اسقاطا الا انه يتضمن معنى التمليلك ، فالدائنه اذ يبرئ مدينه انما يملكله حقه الثابت في ذمته ، والتصرف الذي يفيض التمليلك لا يصح تعليقه على شرط ولو كان ملائما له • وقد اخذ القانون المدني العراقي بالرأي الاول

(١) السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، ص ٩٧٧ .

فنص في المادة (٤٢٣) على انه : « يصح تعليق الابراء . فان علق الدائن ابراء مدینه من بعض الديون بشرط اداء البعض الآخر واداء المدين برأه وان لم يؤده فلا يبرأ ويبقى عليه الدين كله » .

الابراء في ضمن عقد صلح :

٨٥٠ — وقد يرد الابراء في ضمن عقد صلح ، كما اذا تصالح الدائن مع مدینه على جزء من حقه . وهنا اما ان يكون الابراء خاصا او عاما . وتطبق عندئذ القواعد التي رأيناها في هذين النوعين من الابراء . فلا تسمع بعد الابراء الخاص الدعوى من الدائن بخصوص الحق الذي ابرأ مدینه 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 شخص على اخر الف دينار وادعى المدين انه وفي الدين وانكر الدائن ذلك ثم تصالح معه الدائن على خمسة مائة دينار ، فهذا الصلح يتضمن ابراء المدين من الخمسة مائة الباقية ولو لم يذكر في الصلح الابراء من الباقي (١) . هذا وما 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 — ومثال الابراء العام في ضمن عقد الصلح ما اذا كان هناك نزاع بين شخصين على ملكية شيء معين وكان لاحدهما على الآخر عدة حقوق واتفقا على ان ينزل المدين للدائن عن ملكية الشيء المتنازع فيه في مقابل ان ينزل له الدائن عن جميع الحقوق والدعوى التي له عليه . فهذا الصلح يتضمن ابراء عاما ، ولا تسمع الدعواوى من الدائن بعد ذلك بخصوص حق سابق على الصلح وتسمع بخصوص حق ناشئ بعده . ولا يشترط في الابراء ان يقترب بالصلح ، فيجوز ان يكون لاحقا له بعقد مستقل . وقد نصت على الاحكام المتقدمة المادة (٤٢٤) مدنی بقولها :

(١) علي حيدر ، المرجع السابق ، ص ٤٣ .

« ١ — اذا اتصل بالصلح ابراء خاص بالمصالح عنه فلا تسمع الدعوى في خصوص ذلك وتسمع في غيره . و اذا اتصل بالصلح^(١) ابراء عام عن^(٢) الحقوق والدعاوى كافة فلا تسمع على المبرأ دعوى في اي حق كان قبل الصلح وتسمع على الحق الحادث بعده ٢٠ — و حكم البراءة المنفردة عن الصلح كحكم البراءة المتصلة به في الخصوص والعموم » .

ابراء الدائن احد المدينين المتضامنين — احالة

٨٥٢ — قد يكون هناك عدة مدينين متضامنين ويبرئ الدائن احدهم، وعندئذ لا تبرأ ذمم الباقيين ، ويستطيع الدائن ان يطالب ايا شاء منهم بكل الدين . ونحيط هنا الى ما سبق ان قلناه في هذا الصدد عند الكلام عن التضامن السلبي (ف ٤٤٣) .

الابراء المدني والابراء التجاري :

٨٥٣ — 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 الدائنو مع مدينيهم المفلس ، وهو لا يعتبر كالابراء المدني عملا من اعمال التبرع . فالدائنو اذ يبرئون مدينيهم من جزء من حقوقهم انما يريدون ان يتتجنبوا خسارة اعظم قد تحل بهم اذا هم اصرروا على السير في الاجراءات القانونية الخاصة بالافلاس . لذلك يذهب فريق من الفقهاء الى ان هذا النوع من الابراء يختلف عنه التزام طبيعي في ذمة المدين المفلس بوفاء ما تبقى في ذاته .

(١) تكرار كلمة « صلح » تعبير ركيك ، وخير منه الاستعاضة بالضمير والقول : « اذا اتصل به .. ». .

(٢) الصحيح « من » . فيقال : ابرأه من ، لا ابرأه عن .

الفرع الثاني

استحالة التنفيذ

IMPOSSIBLITé D'EXéCUTION

٨٥٤ — اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه اقضى الالتزام ولا يعبر على تنفيذه . فالقاعدة العامة في هذا الباب ان لا التزام بمستحيل براءة ذمة المدين نهائيا او ينشأ عنها التزام المدين بالتعويض . واستحالة التنفيذ اما ان يترتب عليها تهمنا هنا هي الاولى ، اي التي يترتب عليها براءة ذمة المدين نهائيا .
شروط : —

٨٥٥ — ويشترط لتحقيق الاستحالة الشروط التالية : ١ — ان تكون لاحقة لنشوء الالتزام . ٢ — ان لا تكون راجعة الى خطأ المدين ، اي ترجع الى سبب اجنبي . ٣ — ان لا يكون المدين قد رضي بتحمل التبعية . ٤ — ان لا يكون المدين في حالة اعذار قبل الاستحالة . ونرى كلام من هذه الشروط على حدة .

الشرط الاول — استحالة التنفيذ لاحقة لنشوء الالتزام

٨٥٦ — لابد للقول ببراءة ذمة المدين من ان تكون الاستحالة طارئة بعد نشوء الالتزام في ذمته . لانها اذا كانت سابقة عليه فهو لا ينشأ لاستحالة المحل . وعندئذ لا تكون ذمته قد انشغلت لتبرأ بعد ذلك .

٨٥٧ — والمقصود بالاستحالة هنا ائما هو الاستحالة المطلقة ، اي التي لا يستطيع معها المدين القيام بتنفيذ التزامه مطلقا . اما اذا جدت ظروف جعلت هذا التنفيذ مرهقا فقط فاننا نكون في نطاق نظرية اخرى هي نظرية الظروف الطارئة . وقد سبق ان رأينا^(١) ان تنفيذ الالتزام اذا اصبح

(١) الجزء الاول ، ف ٦٣١ وما بعدها .

مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة فللقاضي أن يرد الالتزام
المرهق إلى الحد المعقول . ولا يعتبر في حكم الاستحالة المطلقة الاستحالة
الموقتة . ففي هذه الحالة يؤجل تنفيذ الالتزام إذا لم يكن هذا التأجيل
يتعارض مع الغرض الذي تم التعاقد من أجله . كما إذا كان العقد عقد
توريدي ملدة معينة واقطع وجود السلعة المتفق على توريدتها انتظاماً تاماً
ولمدة معينة ، فتأجيل التنفيذ في هذا المثل يتعارض مع الغرض الذي تم التعاقد
من أجله . فالغرض من التعاقد إنما كان الحصول على الشيء في خلال
المدة المتفق عليها ، وتأجيل التنفيذ يتعارض مع هذا الغرض .

٨٥٨ — والاستحالة ، كما نعلم ، أما طبيعية فعلية أو قانونية . فالإولي
مسألة وقائع تخضع لرقابة محكمة التمييز^(١) .

الشرط الثاني — استحالة التنفيذ ترجع لسبب أجنبي

٨٥٩ — لا يكفي للقول باقتضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين منه مجرد
استحالة التنفيذ ، بل يجب أن لا ترجع هذه الاستحالة إلى خطأ المدين بل
إلى سبب أجنبي لا يد له فيه . فإذا كانت راجعة إلى خطئه فلاتبرأ ذمته بل تتغير
طريقة تنفيذ الالتزام فتحول من تنفيذ عيني إلى تنفيذ بمقابل ، أي تعويض .
ويترتب على ذلك أن الالتزام الأصلي إذا كان مضموناً بتأمينات عينية أو
شخصية فإن هذه التأمينات تبقى تنفيذ التعويض .

الشرط الثالث — إن لا يكون المدين قد رضي بتحمل تبعه الهاك

٨٦٠ — ولا بد كذلك للقول باقتضاء الالتزام نتيجة استحالة التنفيذ
من أن لا يكون المدين قد رضي بتحمل تبعه الهاك . فالمدين إذا كان قد
قبل ذلك عند نشوء العقد فإنه يقوم عندئذ بدور المؤمن لمصلحة الدائن ،
وعندئذ لا تبرأ ذمته منه إذا استحال عليه تنفيذ التزامه وهو الذي يتحمل

(١) يراجع في التمييز بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية ،
والاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية ، الجزء الأول ، ف ٢٩٧ وما
بعدها .

تبعة هذه الاستحالة . وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٢٥٩) مدنی بقولها : « يجوز الاتفاق على ان يتتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة(١) » .

الشرط الرابع - ان لا يكون المدين في حالة اعذار

٨٦١ - ولابد اخيرا لانقضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين منه نتيجة لاستحالة التنفيذ من ان لا يكون المدين في حالة اعذار قبل الاستحالة . فاذا كان في حالة اعذار فهو الذي يتحمل تبعة استحالة التنفيذ ، اي تبعة ال�لاك ، ولو لم تقع الاستحالة بخطئه ، اي ترجع الى سبب اجنبي لا يد له فيه .

٨٦٢ - ويكون المدين في حالة اعذار اما نتيجة اعذار الدائن له او بحكم القانون . فاذا أعذر الدائن مدینه بوجوب تنفيذ التزامه ولم ينفذه ثم استحال عليه تنفيذه فهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة ولو كانت لسبب اجنبي . ويكون المدين في حالة اعذار بحكم القانون اذا كان محل التزامه رد شيء يعلم انه مسروق او شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك (٢٥٨م/ج)

الآثار التي تترتب على استحالة التنفيذ :

٨٦٣ - اذا توافرت الشروط المتقدمة في 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 في العقود الملزمة للجانبين :

٨٦٤ - وتشير استحالة تنفيذ التزام احد المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين التساؤل بالنسبة للالتزام المقابل ، فهل ينقضى هو كذلك وتبرأ ذمة المتعاقد الآخر منه ؟ سبق ان مر بنا(٢) حكم هذه الحالة ، وهو افساخ

(١) الجزء الاول ، ف ٦٧١

(٢) الجزء الاول ، ف ٦٩٩ وما يبعدها .

العقد بحكم القانون واقتضاء الالتزام المقابل . وقد نصت على ذلك المادة (١٧٩) من القانون المدني بقولها : « ١ - اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه افسخ العقد ٠٠٠ ٢ - فالمبتع اذا هلك في يد البائع قبل ان يقابضه المشتري يكون من مال البائع » ٠

يد الامانة ويد الضمان

٨٦٥ - واستحاللة التنفيذ ، اي تبعة ال�لاك ، ترتبط ارتباطا وثيقا بفكرة اليد . فإذا كانت يد الشخص على الشيء يد امانة فهو لا يضنه ، 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 في المادة (٤٢٦) ، ثم وضع في المادة (٤٢٧) معيارا لتمييز يد الامانة من يد الضمان . فنص في 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 . فإذا حاز شخص شيئا وهو يقصد تملكه فيه يد ضمان ، واذا حازه لا بقصد تملكه بل باعتباره نائبا عن مالكه فيه يد امانة . فالغاصب ومن اخذ الشيء على سوم الشراء يدهما على الشيء يد ضمان لأنهما حازاه بقصد تملكه . فإذا هلك يدهما ولو بدون تعد ولا تقصير منهما فهما ضامنان ، اي يتحملان تبعة هذا ال�لاك . والمستأجر والوديع والمستير ومن اخذ الشيء على سوم النظر يدهم على الشيء يد امانة لأنهم 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 ال�لاك ، والمالك هو الذي يتحمل هذه التبعة .

تحول يد الامانة الى يد ضمان :

٨٦٦ - وقد تكلم القانون المدني في الفقرة الثانية من المادة (٤٢٧)

المتقدمة عن اقلاب يد الامانة الى يد ضمان . ويتتحقق هذا الانقلاب او التحول في حالة ما اذا كان صاحب اليد ، ولو بغير قصد التملك ، قد جبس 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 تبعه هلاكه . ويلاحظ بهذه المناسبة ان العبارة الاخيرة من الفقرة المتقدمة قررت اخذ الشيء بغير اذن صاحبه بحبس الشيء عن صاحبه دون وجه حق ونصت على اقلاب يد الحائز في هاتين الحالتين من يد امانة الى يد ضمان . وهذا غير صحيح . فالأخذ 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 - يد البائع لعين معينة بالذات قبل التسليم:

٨٦٧ — وقد نص القانون المدني في 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 المادة لا تنطبق الا على البائع لعين معينة بالذات قبل تسليمه العين الى المشتري . وقد اعتبر القانون يد البائع يد ضمان ، فاذا هلك المبيع قبل تسليمه الى المشتري هلك عليه . ولكن ، من جهة اخرى ، اعتبر هذه اليد يد امانة اذا قام سبب لحبس المبيع لدى البائع . كما اذا كان البيع تقىدا ولم يدفع المشتري الثمن . وهذه الحالة عكس الحالة السابقة ففيها تحول يد الضمان الى يد امانة . وقد سبق للمشرع العراقي ان نص على الحكم الاول في الفقرة الثانية من المادة (١٧٩) بقوله : « فالمباع اذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري » . وعنده يكون نص المادة (٤٢٨) تكرارا لا لزوم له .

٨٦٨ — بهذا تنتهي من الكلام عن استحالة التنفيذ ، وتنتقل الان الى الكلام عن السبب الاخير من اسباب اقضاء الالتزام ، وهو التقادم المقطط .

الفرع الثالث

مرور الزمان المانع من سماع الدعوى

(التقادم المسقط)

LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE

تمهيد

معنى التقادم ونوعاه : المكسب والمسقط

٨٦٩ — التقادم لغة مصدر من تقادم . وتقادم الشيء بمعنى قدم (بضم الدال) . وقدم الشيء مضى على وجوده زمان طويل . فمعنى التقادم اذا هو مضي زمان طويل ، ويقال له في لغة القانون « مرور الزمان »، ويقال له ايضا « التقادم » . وهو اما ان يؤدي الى كسب حق او فقده . فإذا ادى الى كسب الحق سمي تقادما مكسبا (Prescription acquistive) ويعنى العينية العقارية . وإذا ادى الى فقد الحق سمي تقادما مسقطا . وهو يؤدي الى سقوط الحقوق العينية العقارية ، عدا حق الملكية ، وكذلك الحقوق الشخصية . وسقوط الحقوق الشخصية معناه اقضاء الالتزامات المقابلة لها . وقد عالج القانون المدني الفرنسي كلا من التقادم المكسب والمسقط في مكان واحد . ويعتقد الفقه الفرنسي هذا المسلك لاختلاف وظيفة كلا من هذين النوعين من التقادم . وقد تجنب القانون المدني العراقي هذا العيب بعالجه النوع الاول عند الكلام عن كسب الملكية والحقوق المتفرعة عنها . اما النوع الثاني ، فما تعلق منه بسقوط الحقوق العينية العقارية تكلم عنه عند الكلام عن اقضاء هذه الحقوق ، وما تعلق منه بسقوط الحقوق الشخصية تكلم عنه عند الكلام عن اقضاء الالتزام تحت عنوان « مرور الزمان »

(الموجز ج ٢ - ٤٩)

المانع من سماع الدعوى » ، وذلك في المواد (٤٢٩ - ٤٤٣) ° والذى يهمنا هنا هو النوع الاخير فقط ، لانه هو الذى يتعلق بموضوعنا °
الحكمة من تقرير التقادم :

٨٧٠ — والتقادم في الفقه الغربي يرقى بجذوره إلى القانون الروماني ° وقد قيل في تبريره ان المصلحة تقضي به ° فاستقرار التعامل يقوم عليه الى حد كبير ° فالاوضاع اذا استقرت على حال معينة مدة من الزمن واطمأن إليها الناس ، فليس من المصلحة قلبها ، فان ذلك يؤدي الى احلال الفوضى والاضطراب في المجتمع ° هذا من جهة ، ومن جهة اخرى قيل في 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 في هذه الحالة اذا انما تقرر للأخذ بيد المدين وحمايته من مطالبة الدائن له °

الفقه الاسلامي

٨٧١ — ولا يقر الفقهاء المسلمين التقادم بنوعيه ، المكسب والمسقط ° ونقطة الابتداء في الاحكام التي يقررونها في هذا الصدد هي الحديث الشريف « لا يسقط حق امرئ مسلم وان قدم » ° وقد رتبوا على هذا الحديث ان الحق ، في الاصل ، لا يسقط ولا يكتسب بمرور zaman ° 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 المسلمين على ذلك °

٨٧٢ — ولكن متاخرى فقهاء الحنفية والمالكية رأوا ان مصالح الناس يهددها الفساد والتحايل وعدم الاستقرار فاقروا مبدأ مرور zaman ، ولكن

لا كمكبس او مسقط للحقوق بل كدافع للدعوى فقط ، يستقىده منه واضح اليه 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 المدعى . وقد علوا تقرير مبدأ التقادم بان السكت عن المطالبة وعدم اقامة الدعوى مدة طويلة ، مع القدرة عليها ومع عدم العذر ، دليل على عدم الحق ظاهرا ، كما ان شهوده وادله 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 ، فنصلت على مدد لا يجوز بعدها سماع بعض الدعاوى .

٨٧٣ — وقد بنى فقهاء الحنفية والمالكية عدم سماع الدعوى للتقادم على الاستحسان والضرورات العملية ، لأن الاصل ان الحق لا يسقط بالتقادم . ووجه الاستحسان هو منع التزوير والاحتيال . وعلوه بان اثبات الدفع بعد مرور مدة طويلة متعدنة لامكان موت الشهود او نسيانهم . هذا الى ان سكت الدائن عن المطالبة بدون عذر « يعد كالاقرار المنطوق به من الطالب (الدائن) للمطلوب (المدين) بانه لا حق له عليه » ، ولأن هذا السكت يحمل على الحصول الدفع « لأن الغالب من الحال انه قضاء . وقد قضى بتغليب الاحوال عمر بن الخطاب ، وقاله مالك^(٢) . وقد اختلف الفقهاء في المدة التي لا تسمى بعدها الدعوى . فذهب بعضهم الى أنها ثلاثون سنة ، وذهب آخرون الى أنها ثلاثة وثلاثين سنة ، وذهب آخرون الى أنها ست وثلاثون . وهذا يسمى بمرور الزمان الاجتهادي . وقد

(١) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج ٢ ، ص ١٢٧٢ وما بعدها ، مع المراجع المشار اليها هناك .
 (٢) شرح الخطاب علي سيدى خليل ، ج ٦ ، ص ٢٢٨-٢٣٠ ، نقله الدكتور صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، ج ٢ ، ص ٣١٧ .

وَجَدَ السُّلْطَانُ الْعُثْمَانِيُّونَ هَذِهِ الْمَدَةَ طَوِيلَةً فَقَلَّوْهَا إِلَى خَمْسَ عَشَرَةَ سَنَةً
 فَاصْدَرَ السُّلْطَانُ سُلَيْمَانُ الْقَانُونِيَّ (١٥٢٠ - ١٥٦٦) امْرًا نَهَى فِيهِ قَضَاء
 الْإِسْلَامَ عَنْ سَمَاعِ دُعَوَى تِرْكَهَا الْمُدْعَى خَمْسَ عَشَرَةَ سَنَةً بِلا عَذْرٍ، وَلَكِنَّهُ
 اسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ الْوَقْفَ وَالْأَرْثَ، فَابْقَى الْمَدَةَ فِيهَا ثَلَاثَةَ وَثَلَاثِينَ سَنَةً
 وَقَدْ أَدْخَلَتِ الْمَجْلَةَ الْمِيرَاثَ ضَمِّنَ مَا لَا تَسْمَعُ فِيهِ الدُّعَوَى بَعْدَ خَمْسَ عَشَرَةَ،
 وَجَعَلَتِ الْمَدَةَ الَّتِي لَا تَسْمَعُ بَعْدَهَا دُعَوَى الْوَقْفَ سَتَّا وَثَلَاثِينَ سَنَةً^(١) ٠

الاساس الذي يقوم عليه منع سماع الدعوى

٨٧٤ — وَلَكِنَّ كَيْفَ يَمْنَعُ سَمَاعَ الدُّعَوَى مَعَ الْاعْتَرَافِ بِوُجُودِ الْحَقِّ؟
 وَجَدَ الْفَقِهَاءُ الْمُخْرَجَ مِنْ ذَلِكَ فِي قَاعِدَةِ تَخْصِيصِ الْقَضَاءِ ٠ فَمِنَ الْقَوَاعِدِ
 الْمُقرَرَةِ فِي هَذَا الْبَابِ أَنَّ الْقَضَاءَ يَجُوزُ تَخْصِيصَهُ بِالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ وَاسْتِثنَاءِ
 بَعْضِ الْخَصْوَصَاتِ ٠ فَلَوْلَى الْأَمْرِ، أَيِّ السُّلْطَانِ، أَنْ يَقِيدَ الْقَاضِيَّ
 وَيَخْصُصَهُ بِالْقَضَاءِ فِي مَنْطَقَةِ مُعِيَّنةٍ وَمَدَةِ مُعِيَّنةٍ وَانْ يَمْنَعَهُ مِنَ النَّظرِ فِي مَسَائِلِ
 مُعِيَّنةٍ إِذَا كَانَتِ الْمَصْلَحةُ تَقْضِيَ بِذَلِكِ ٠ وَعِنْدَئِذٍ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى الدُّعَاوَى
 الْمُتَعْلِقَةِ بِتَلْكَ الْمَسَائِلِ، وَإِذَا نَظَرَ فَلَا يَنْفَذُ حَكْمُهُ^(٢) ٠

(١) الاستاذ محمد عبد اللطيف ، التقادم المكتسب والمسقط ، مطبوع
 دار التشر الشعارات المصرية ، ١٩٥٨ ، ص ١٣ .
 (٢) وقد نصت المجلة على هذه القاعدة في المادة (١٨٠١١) منها بقولها :
 «القضاء يتقييد ويختص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصومات . مثلاً
 الحكم المأمور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك السنة فقط ، وليس له أن يحكم
 قبل حلول تلك السنة أو بعد مرورها . وكذلك الحكم المنصوب في ناحية
 يحكم في جميع أطراف تلك الناحية وليس له أن يحكم في غير ناحية . والحاكم
 المنصوب على أن يحكم في محكمة معينة له أن يحكم في تلك المحكمة فقط ،
 وليس له أن يحكم في محل آخر . وكذلك لو صدر أمر سلطاني بان لا تسمع
 الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاحي للحظة عادلة تتعلق بمصلحة العامة ،
 ليس للحاكم أن يستمع تلك الدعوى ويحكم بها . او كان الحاكم مأذوناً
 باستماع بعض الخصوصات المعينة فله أن يستمع الخصوصات التي أذن بها
 وإن يحكم فيها فقط ، وليس له استماع ما عداها والحكم بها . وكذلك لو
 صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لما أن رأيه بالناس ارفق
 ولمصلحة العصر أوقف ، فليس للحاكم أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي
 ذلك المجتهد . وإذا عمل فلا ينفذ حكمه» .

خطة البحث

٨٧٥ — 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 تتحسب هذه المدد . فاذا اتيهينا من ذلك بقي ان نرى كيف يجب اعمال التقادم والآثار التي تترتب عليه . وعلى ذلك فانتا نقسم هذا الفرع الى المباحث التالية :

المبحث الاول — مدد التقادم

المبحث الثاني — كيفية حساب مدد التقادم

المبحث الثالث — وقف مدد التقادم

المبحث الرابع — قطع مدد التقادم

المبحث الخامس — كيفية اعمال التقادم

المبحث السادس — الآثار التي تترتب على التقادم

المبحث الاول

مدد التقادم

٨٧٦ — 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 كلًا من ذلك في مطلب مستقل .

المطلب الاول

التقادم العام او الطويل

٨٧٧ — الاصل في القانون المدني العراقي ان مدة التقادم خمس عشرة سنة ، الا ما استثنى بنص خاص . وقد نصت على ذلك المادة (٤٢٩) منه .

بقولها : « الدعوى بالالتزام ، ايها 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 في خلالها . وقد اخذ القانون المدني المذكورة عن الفقه الاسلامي مقتنا في المجلة . فقد نصت المجلة في المادة (١٦٦٠) منها على ان : « لا تسمع دعوى الدين والوديعة والملك والعقار والميراث والعقارات الموقوفة التي ليست بعائدة الى اصل الوقف والعموم كالمقاطعة او التصرف بالاجارتين والمشروطة والتولية والغلة بعد ان تركت خمس عشرة سنة » .

المطلب الثاني

التقادم الخمسي

اصل واستثناء :

٨٧٨ — الاصل ان كل حق دوري متجدد يتقادم بخمس سنوات . وقد استثنى القانون من هذا الاصل الريع المستحق في ذمة الحائز سوء النية والريع الواجب على متولي الوقف الى المستحقين . ونرى كلا من الاصل والاستثناء على حدة .

الاصل : الحقوق الدورية المتتجددة

٨٧٩ — نصت الفقرة الاولى من المادة (٤٣٠) مدني على الحقوق التي يتم التقادم بشأنها بخمس سنوات بقولها : « كل حق دوري متجدد ، كالاجرة والفوائد والرواتب والابرادات المرتبة لا تسمع الدعوى به على المدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس سنوات » . فالحقوق التي تتقادم بخمس سنوات انما هي الحقوق الدورية المتتجددة ، وهذا هو الضابط فيها : الدورية والتجدد . والمقصود بالدورية (Périodicité) هو ان

يستحق الحق في 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 في 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 في عداد الحقوق الدورية المتتجددة المنصوص عليها في المادة
 المتقدمة . والحقوق التي نصت عليها المادة المتقدمة خير مثال يوضح ذلك .
 ونرى كلا منها على حدة .

١ - الاجرة :

٨٨٠ — فالاجرة هي العوض الذي يدفع في 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 في العين المؤجرة .

٨٨١ — ولكن اذا كان الایجار لمدة سنة واحدة وبدل الایجار يدفع
 دفعه واحدة ، فهل يعتبر الالتزام الناشئ عنه من الحقوق الدورية المتتجددة
 فيتقادم بخمس سنوات ، ام لا يعتبر كذلك فلا يتقادم الا بخمس عشرة
 سنة ؟ ذهبت محكمة تميز العراق في حكم لها صادر في ٢٧-٥٩ الى
 الرأي الثاني (١) .

(١) وقد جاء في حكمها ما يلي : « .. كان على المحكمة التتحقق هل
 ان المميز استأجر البستان لسنة واحدة ام لسنوات عديدة كان يدفع البدل
 في زمن معين ، لأن لهذه النتائج اهمية كبيرة في تقرير الدفع الذي تمسك به
 المميز . ثم انه ليس كل التزام ينشأ عن عقد الایجار يتقادم بمضي خمس
 سنوات ، فبدل ايجار بستان لمدة سنة واحدة يتقادم كل التزام ينشأ معه
 بعد مضي خمس عشرة سنة . اما اذا كان الالتزام دوريًا ويتجدد فحينذاك
 يطبق بعقه التقادم المنصوص عنه في المادة المذكورة » . (القضاء المدني العراقي
 للاستاذ سلمان بيات ، ج ١ ، ص ٤٣١) .

الفوائد :

٨٨٢ — والفوائد هي ريع رأس المال ، وهي متتجدة . والاصل ان تدفع كل سنة . ولكن قد يتفق على دفعها لمدة اقل من ذلك ، كثلاثة أشهر مثلاً . وهي اما ان تكون اتفاقية او قضائية او قانونية . وهي ، ايها كان مصدرها ، تقادم بخمس سنوات . ويعتبر من الفوائد ريع الاسهم وفوائد السنادات . ويشترط لاستحقاق الفوائد احتفاظها بصفتي الدورية والتتجدد . فاذا جمدت وادمجت برأس المال فلا تعتبر عندها فوائد ولا تقادم بخمس سنوات ، بل تطبق عليها القاعدة العامة ، اي التقادم العام ، فلا تقادم الا بخمس عشرة سنة . وتفقد الفوائد صفتى الدورية والتتجدد كذلك ، فلا تقادم بخمس سنوات بل بخمس عشرة سنة ، اذا قام بدفعها شخص اخر غير المدين ، كالكفيل والوكيل ، او صدر بها حكم قضائي .

٢ - الرواتب والإيرادات المرتبة :

٨٨٣ — والرواتب هي حقوق دورية متتجدة تدفع عادة كل شهر او كل اسبوع ، وتنطبق بالنسبة للموظفين والمستخدمين ومن في حكمهم ، كالمتعاقدين ، ولا تنطبق بالنسبة للعمال والخدم ومن في حكمهم ، كالطباخين وسائقى السيارات الخصوصية .
وكذلك الإيرادات المرتبة تعتبر حقوقاً دورية متتجدة ، سواء أكانت لدى الحياة ام لمدة معينة .

الحكمة من تقرير التقادم بالنسبة للحقوق الدورية المتتجدة :

٨٨٤ — والحكمة من تقرير التقادم الخمسي بالنسبة للحقوق الدورية المتتجدة هي عدم ارهاق المدين . فهو انما يدفع هذه الحقوق مما يحصل عليه من ريع دوري متتجدد ، كالمستأجر يدفع الاجرة من راتبه اذا كان موظفاً ، وما يكسبه يومياً اذا كان كاسباً .
فاذا لم يطالب بها الدائن لمدة طويلة وترأكمت وسمح للدائن بالطالبة بها لكل المدة التي لم يطالب فيها بها فانها ستكون مبلغها كبيراً ينوء به كاهم

المدين اذا كان موظفاً ، وقد يعجز عن الوفاء به . و اذا كان كاسباً فسيضطر الى دفع المبلغ من رأس ماله ، وفي هذا ما فيه من ارهاق بالنسبة له^(١) .

وقيل في تبرير هذا النوع من التقادم كذلك ان هذه الحقوق (الدورية التجددية) انما يعتمد عليها الدائن في معيشته اليومية ، فلا يهم المطالبة بها .

فاما 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 في ذمة الحائز سوء النية والريع الواجب على متولي الوقف اداؤه للمستحقين

٨٨٥ — استثنى الفقرة الثانية من المادة (٤٣٠) من التقادم الخمسي « الريع المستحق في ذمة الحائز سوء النية والريع الواجب على متولي الوقف اداؤه للمستحقين ، وجعلت المدة بالنسبة لهم خمس عشرة سنة ، أي اخضعتهما للاصل العام في هذا الباب .

٨٨٦ — والسبب في استثناء الحائز سوء النية من التقادم الخمسي هو ان الريع لا يعتبر في العلاقة بينه وبين المالك من الحقوق الدورية التجددية ، بل تحول الى رأس مال واجب الاداء للمالك ، ومن ثم لا يتقادم بخمس سنوات بل بخمس عشرة سنة^(٢) .

٨٨٧ — اما بالنسبة للريع الواجب على متولي الوقف اداؤه للمستحقين فقد اختلفت احكام القضاء المصري في ظل القانون المدني القديم اختلافاً كبيراً . فذهب بعض الاحكام الى انه مما يستحق دفعه سنوياً وبالتالي اعتبرته من الديون الدورية التجددية التي تسقط بمضي خمس سنوات من تاريخ استحقاقه . وذهبت احكام اخرى الى عكس هذا الرأي . وحاجتها

(١) الاستاذ السنهوري ، في ملاحظاته على المادة (٤٣٠) في لجنة القانون

المدني .

(٢) السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، ف ٦٠٣ ، ص ١٠٢٨ - ١٠٢٩ .

في ذلك ان ناظر الوقف انما هو وكيل المستحقين ، فان قبض الغلة اعتبرت امانة تحت يده لحسابهم ، ولا يتقادم حقوقهم فيها ما بقيت مفرزة في 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 بدعواها المجتمعة في ٣ ايار ١٩٣٠ هذا الرأي ، وبه اخذ القانون المصري والعربي . وبذلك حسما خلافا كان موجودا في القضاء المصري في هذا الصدد ، وكان من الممكن ان يثور في القضاء العراقي ايضا .

المطلب الثالث

التقادم الحولي او القصير

٨٨٨ — نصت المادة (٤٣١) مدنی على بعض الحقوق يتم التقادم بشأنها بمدة قصيرة هي سنة واحدة ، والتقادم في هذه الحالة يقال له التقادم الحولي والتقادم القصير . والحقوق التي نصت عليها المادة المتقدمة تعود الى ثلاثة طوائف من الناس هم : ١ — اصحاب المهن الحرة . ٢ — الباعة ومن في حكمهم . ٣ — العمالة والخدم ومن في حكمهم . والسبب في 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 في 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 حيابان ذمته غير مشغولة ، والى ورثته اذا كان ميتا ، والى وليه اذا كان محجورا ، بانهم لا يعلمون بوجود الدين . ونرى كل طاقة من هؤلاء على احدة .

اولاً - أصحاب المهن الحرة :

٨٨٩ - نصت على أصحاب المهن الحرة الفقرة الاولى من المادة (٤٣١) من القانون المدني بقولها : « ١ - لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق الآتية : أ - حقوق الاطباء والصيادلة والمحامين والاساتذة والمعلمين والمهندسين والخبراء ووكالء التفليسية والسماسرة ، وبوجه عام كل من يزاول مهنة حرة على ان تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء ادوه من عمل وما تكبدوه من مصروفات » . ويلاحظ ان النص بعد ان يخصص منها 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 حذفته لان فيه « توسعًا يجعل الحكم غير منضبط » ، ولأنه ، كما تقول اللجنة « يحسن في مدد التقاضي الخاصة ان تعين الحقوق التي تتقادم باقصاء هذه المدة تعينا نافيا للشبهة »^(١) . وتقول فيما يلي كلمة موجزة عن كل من أصحاب المهن المتقدمة .

١ - الاطباء :

٨٩٠ يقصد بالطبيب هنا كل من يحمل شهادة علمية تتعلق بمعالجة جسم الانسان من الناحية الحياتية (Biology) ، لا النفسية ولا البدنية . فيدخل في ذلك اطباء الابدان والعيون والاسنان والمولدون والجراحون والبياطرة ، ولا يدخل فيه المحلول النفسيون والمرضون ولا المضمدون ولا المدربون الرياضيون ، فهؤلاء لا تتقادم حقوقهم بسنة واحدة بل بالتقاضي العام او الطويل ، اي بخمس عشرة سنة . ولكن هل يعتبر المجرور من الاطباء ؟ لا نرى ذلك لان النص المتعلق بالتقاضي حولي من النصوص ذات التفسير الضيق التي لا يجوز التوسيع في تفسيرها .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٣١٣ ، نقلًا عن السنهوري ، السابق ، ص ١٠٣٤ .

٨٩١ - والحقوق المستحقة للطبيه والتي تقادم بسنة واحدة هي الاجور التي يستحقونها على معالجة مرضاهem وما عسى ان يكونوا قد تکبدوا من مصروفات في اثناء العلاج ، كمصروفات الانتقال والتحليلات واقامة المريض ليكون تحت ملاحظة الطبيب^(١) . ويدخل في هذه الحقوق ايضا اجر الاقامة في المستشفى اذا كان علاج الطبيب للمريض في مستشفى خصوصي يعود للطبيب المعالج .

٢ - الصيادلة :

٨٩٢ - والحقوق التي يستحقها الصيادلة والتي تقادم بسنة واحدة هي 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 - المحامون :

٨٩٣ - اما المحامون فقد تغير الحكم الوارد بشأنهم في القانون المدني بالمادة (٣١) من قانون المحاماة رقم (٤٨) لسنة ١٩٦٠ . فقد نصت هذه المادة على ان «يسقط حق المحامي في مطالبة موكله باتعاب المحاماة عند عدم وجود سند بها بمضي خمس سنوات من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية» . وعليه فالتقادم بالنسبة لهم اصبح خمسيا يتم بخمس سنوات لا حول لها يتم بسنة واحدة . هذا من جهة ، ومن جهة اخرى نصت المادة التقدمة من قانون المحاماة على سقوط حق المحامي لا على عدم سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر مشروع . وعليه فلا توجه المحكمة اليدين الى الموكى 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 - الاساتذة والمعلمون :

٨٩٤ - والحقوق التي تتحقق للأساتذة والمعلمين والتي يتقادم بسنة واحدة هي التي يستحقونها عن الدروس والمحاضرات التي يعطونها بصورة خاصة او في المدارس الاهلية . ويدخل في هذه الحقوق اثمان ما يزودونه تلاميذهم من كتب وادوات وأشياء دراسية أخرى . ولكن اذا كان التلميذ في مدرسة اهلية ويعيش في قسم داخلي تابع للمدرسة فهل ينطبق الحكم المتقدم على الاجور التي تستحقها المدرسة عن السكنى في القسم الداخلي والطعام الذي يتناوله فيه ؟ لا نرى ذلك ، وذلك لأن 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 في هذا الصدد : « ان المبالغ التي يدفعها المحامي نيابة عن موكله كرسوم التسجيل والطوابع ورسوم استخراج صور الاحكام والمستندات تعتبر ديونا عادية تستقطع بمضي خمس عشرة سنة » . وهذا غير صحيح بمقتضى القانون المدني . فالفقرة الاولى من المادة (٤٣١) مدنی المذكورة في المتن صريحة في دخول هذه المبالغ مع الاعتاب فهي تقول : « على ان تكون هذه الحقوق واجبة لهم جراء ادوه من عمل وما تكبده من مصروفات » .

هذا ومما يجب ملاحظته هو أن الذي يتقادم بسنة انما هو حقوق المحامي على موكله لا العكس . فإذا ترتب للموكل على المحامي شيء فهذا لا يتقادم إلا بالتقادم الطويل ، اي بخمس عشرة سنة . ولكن ، بالرغم من ذلك ، لم تنتبه محكمة صلح الناصرية الى ذلك . ففي قضية وكل شخص محاميا في دعوى ودفع له مبلغا قدره عشرة دنانير ولم يحضر المحامي المراقبة رغم تأجيلها جلستين متتاليتين ، فاقام عليه الدعوى وطلب الزاده بالمثل المذكور وتحميه المصارييف فرددت المحكمة دعواه ، واستندت في حكمها الى الفقرة (١) من المادة (٤٣١) من القانون المدني . ولكن محكمة التمييز نقضت الحكم .

٥ - المهندسون :

٨٩٥ - والحقوق التي تثبت للمهندسين والتي تتقادم بسنة واحدة هي الاجور التي يستحقونها عن وضع التصاميم والاشراف على تنفيذها ، وما يتکبدونه من نفقات في هذا الشأن . ولكن اذا اخذ المهندس العمل كله على تفنته ، بما فيه وضع التصاميم وتنفيذها واقامة البناء ، فلا تكون عندئذ تجاه اجور بل تجاه عقد مقاولة ، وعندها لا يتقادم ما يستحقه المهندس بسنة واحدة بل بخمس عشرة سنة .

٦ - الخبراء ووكلاء التقليسة والمساهمة

٨٩٦ - والخبير والمسمار يستحقان على العميل الاتعاب وما يتکبدانه من نفقات . اما وكيل التقليسة (السنديك) فيستحق اتعابه وما يتکبد من نفقات على التقليسة . والحقوق التي يستحقها هؤلاء تتقادم ، كما بالنسبة للأشخاص المذكورين سابقا ، بسنة واحدة .

ثانيا - الباعة ومن في حكمهم

٨٩٧ - تقضي الفقرة (ب) من المادة (٤٣١) بما يلي: «لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق الآتية : ب - حقوق التجار والصناع عن اشياء وردوها لأشخاص لا يتجررون في هذه الاعمال ، وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الاقامة وشمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم» . والحقوق المذكورة في النص المتقدم هي التي تنشأ عن عقود تتعلق بالاستهلاك اليومي ، كالمواد الغذائية او بالحياة اليومية ، كالملابس والاحذية ، والتي تسدد في الغالب فورا ، وذا لم تسدد فورا فلا يتأخر تسديدها عادة عن نهاية الشهر حيث يقبض المدين راتبه ، فيسدد منه ما في ذاته . واصحاب هذه الحقوق هم : التجار والصناع ، واصحاب الفنادق والمطاعم . وتفول فيما يلي كلمة موجزة عن كل منهم .

١ - التجار

٨٩٨ - حقوق التجار التي تتقادم بسنة واحدة هي الناشئة عن اشياء

وردوها لأشخاص لا يتجررون بهذه الاشياء • والمقصود بـ « الاشخاص الذين لا يتجررون بهذه الاشياء » اذ يكون البيع لغرض الاستهلاك الخاص لا لغرض التجارة ، ولو كان المشتري تاجرا • فما يبيعه تاجر الجملة لتاجر المفرد لا يدخل في نطاق موضوعنا ، فلا يتقادم ما ينشأ عنه من حقوق بسنة واحدة بل بخمس عشرة سنة • فيدخل في الحقوق المتقدمة الحقوق الناشئة للقصاب والبقال ولمخازن التجهيزات المنزلية عن قيمة الاشياء التي يبيعونها لعملائهم •

٨٩٩ — هذا ويشترط في البائع ان يكون تاجرا ، اي يشتري لبيع 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 - الصناع

٩٠٠ — والمقصود بالصناع اصحاب الحرف اليدوية كالخياطين والحلاقين والميكانيكيين وصانعي الاحذية ومن على شاكلتهم • والحقوق التي لهم ولاء 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 باعه مفرد ، فالحق الذي ينشأ له عليه لا يتقادم بسنة واحدة بل بخمس عشرة سنة • وكذلك اذا كان تقديم الخدمات لا للانتفاع الخاص بل لبعضها ، كما لو اشتغل ميكانيكي او خياط او صانع احذية عند صاحب محل يتعاطى تصليح الآلات الميكانيكية او الخياطة او صنع الاحذية ، في هذه الحالة لا تنطبق

نصوص القانون المدني فلا تقادم حقوق هؤلاء بسنة واحدة ، بل نصوص قانون العمال وعندئذ تقادم حقوقهم بالمددة التي ينص عليها هذا القانون .

٣ - أصحاب الفنادق والمطاعم :

٩٠١ - والحقوق التي لاصحاب الفنادق والمطاعم والتي تقادم بسنة واحدة هي الحقوق الناشئة لهم في ذمة عملائهم عن ثمن الطعام ، وعن السكنى في الفندق وما يتبعها من غسل الملابس وكيفيتها وتقديم الطعام في الفندق وما قد يعطيه صاحب الفندق للعميل من سلفة عند الحاجة . ولا يعتبر فندقاً الغرف المؤثثة (Chambres meublées) التي تؤجرها العوائل ، والحقوق الناشئة لاصحابها تعتبر حقوقاً دورية متتجددة يسري عليها التقادم الخمسي .

ثالثا - العمالة ومن في حكمهم :

٩٠٢ - نصت الفقرة (ج) من المادة (٤٣١) مدني على حقوق العمالة ومن في حكمهم بقولها : « لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق الآتية : ج - حقوق العمالة والخدم والاجراء من اجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات » . والأشخاص 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 والطباطخ وسائق السيارة والفلاح الذي يعمل في الحديقة ، وكذلك التجار والحداد ومصلح انباب الماء اذا لم ينطبق عليهم وصف الصناع ، سواء كانوا يعملون في بيت او فندق او مطعم او مقهى او ما شابه ذلك . وقد جرت العادة على ان تدفع لهؤلاء حقوقهم بدون تأخير ، سواء كان ذلك يومياً او اسبوعياً او شهرياً ، بحسب الاتفاق .

هل يسري التقادم الحولي بالنسبة للحقوق التي يستحقها العامل بمقتضى قانون العمال ؟

٩٠٣ - يجوز 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 الجولي ، ام لا تعتبر كذلك فيسري بحقها التقادم العام ، اي التقادم بخمس عشرة سنة ؟ تضاربت احكام محكمة التمييز في هذا الصدد . فيبينما نراها تأخذ بالرأي الثاني في حكم لها صادر في ١٦-٥٦ ، فتقول فيه : « ان دعوى المدعي تلخص في انه استخدم عاملًا لدى الشركة من ١-٥٢ الى ١-٥٦ حيث استقال . وقد ترتب له حقوق عن الاجازات الاعتيادية لسنتين مختلفتين وساعات اضافية عمل فيها ، وقد حكم له بمبلغ معين وصدق تميزا . ولدى ملاحظة المادة (٤٣١) مدنی والفرقة (ج) منها وجد انها نصت بصراحة على عدم سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة ويشمل ذلك حقوق العمالة والاجراء ، ولا تسمع الدعوى في هذه الحقوق » . بينما تذهب محكمة التمييز الى هذا الرأي اذا بها تذهب الى عكس هذا الرأي بعد شهر من الحكم المتقدم ، فتذهب في حكم اخر لها صادر في ١٧-٥٦ الى « ان الحقوق المدعي بها استحقها المدعي بالاستناد الى قانون العمال ، والحقوق التي ارادها القانون المدني هي اجر العمال اليومية او الشهرية وليس 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 المدعي بها بموجب قانون العمال »^(١)

أحكام خاصة بالتقادم الجولي :

٩٠٤ — نص القانون المدني على احكام خاصة بالتقادم الجولي ، وهذه

الاحكام هي :

١ — لا تسمع الدعوى في الحقوق التي تقادم بسنة واحدة

(١) تراجع احكام اخرى متضاربة في القضاء المدني ، المرجع السابق ،

ص ٤٣٢-٤٣٨ .

حتى لو بقي الدائن مستمراً في تقديم خدماته أو أعماله أو توريداته (٤٣١م/٢) . فكل خدمة أو عمل أو توريد أو صفقة، يعتبر الحق الناشئ عنها قائماً بذاته ويتقادم من وقت استحقاقه.

٢ - لما كان التقادم الحولي يقوم على قرينة الوفاء، ولما كانت هذه القرينة غير قوية لقصر مدة التقادم، فالمشرع قد دعم هذه القرينة بيمين توجهاً المحكمة من تلقاء نفسها إلى المدين إذا كان حياً، وإلى ورثته إذا كان ميتاً، وإلى وليه إذا كان محجوراً، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين (٤٣١م/٣) . ويلاحظ هنا أن النص ناقص . فهو لم ينص على مثل الشخص المعنوي، كمدير الشركة وممثل الحكومة، وكان يجب النص على توجيه اليمين إليه أسوة بالأشخاص الذين ذكرهم^(١).

٣ - إذا أخذ الدائن من مدينه سنداً بالدين، فالدين لا يتقادم بسنة واحدة بل بالتقادم الطويل، أي بخمس عشرة سنة.

المبحث الثاني

كيفية حساب مدد التقادم

حساب المدد باليام لا بالساعات وبالتقسيم الميلادي لا الهجري :

٩٠٥ - تقضى المادة (٤٣٣) مدنی بان : تحسب المدة التي تمنع سباع الدعوى بالتقسيم الميلادي وتكون باليام لا بالساعات » . ومعنى حساب المدة باليام لا بالساعات عدم اعتبار اليوم الناقص ، لأن هذا يتضمننا معرفة

(١) وقد سدت محكمة التمييز هذا النقص ، فهي تشرط توجيه اليمين إلى هؤلاء الأشخاص ، بالرغم من عدم نص القانون عليهم . فهي تقول، سللاً ، في حكم لها صادر في ٢٣-٥٨ : « إن محكمة البداية لم توجه اليمين المنصوص عليها في الفقرة (ج) من المادة (٤٣١) مدنی إلى المدعى عليه (رئيس بلدية الموصل) المتسلك بالتقادم بأنه لا يعلم بأن دائرة مشغولة الذمة بالبلغ المدعى به . وحيث أن ذلك نقص يستلزم التنقض قرار تقضى الحكم . . . ».

الساعة التي بدأ فيها سريان التقاضم ، وهذا متعدد ٠ وعليه فلا يعتبر اليوم الاول من سريان التقاضم وتحسب المدة من اليوم التالي له ٠ ويدخل في الحساب ايام العطل الرسمية ، فلا تنقص من مجموع المدة ٠ ولكن اذا صادف اليوم الاخير يوم عطلة رسمية فالمدة تكمل باليوم اللاحق له ، فيجوز اتخاذ الاجراءات في هذا اليوم ٠

اما السنون فتحسب بالتقويم الميلادي لا الهجري ، والسنة الميلادية اطول من السنة الهجرية ٠ وقد سبق للقانون المدني ان نص على هذه القاعدة في المادة التاسعة منه ٠

اضافة مدة السلف الى مدة الخلف :

٩٠٦ — واذا ترك الدائن الدعوى مدة ومات وتركها وارثه مدة اخرى بلغ مجموع المدين المدة المقررة للتقاضم فالتقاضم يكتمل ولا تسمع الدعوى بعد ذلك ٠ (م ٤٣٢) ٠

مبدأ سريان التقاضم : تاريخ استحقاق الدين

٩٠٧ — الاصل ان يبدأ سريان التقاضم من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الاداء ٠ فالدائن لا يستطيع ، قبل هذا التاريخ ، مطالبة مدينه بالوفاء ، وبالتالي لا يمكن ان ينسب اليه اهمال او تقصير ٠ والتقاضم ، كما نعلم ، انما تقرر جزءاً للدائن على اهماله وتقصيره في المطالبة بحقه ٠ وتطبيقاً للابلanch المتقدم يبدأ سريان التقاضم بالنسبة للدين المؤجل من تاريخ حلول الاجل او سقوطه او النزول عنه ومن تقرر لمصلحته ٠ وبالنسبة للدين المعلق على شرط واقف يبدأ سريان التقاضم من حين تحقق الشرط ٠ فاذا كان الشرط فاسحاً فمن حين نشوء الدين ، ذلك لأن الدائن يستطيع المطالبة بحقه من هذه اللحظة ، والذي علق على شرط انما هو زوال الحق واقتضاءه لا نشوؤه ٠ واذا استحق المبيع فالدعوى التي يقيمه المشتري على البائع بضمان الاستحقاق يبدأ سريان التقاضم بالنسبة لها من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق ٠ وقد نصت على الاحكام المتقدمة المادة (م ٤٣٤) مدنبي

بقولها : « ١ - يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى من اليوم الذي يصبح فيه الالتزام مستحق الاداء ٢ - ففي دعوى الدين المؤجل تبدأ المدة من وقت حلول الاجل ، وفي دعوى ضمان الاستحقاق من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق » والامثلة للديون الواردة في المادة المتقدمة انما جاءت على سبيل المثال لا الحصر ٠ وهناك امثلة لديون اخرى ، كالحق الاحتمالي ، وهو الذي لم يتاكد وجوده ، ومثاله الحق في التعويض عن عمل غير مشروع قبل ان يتحقق الضرر ٠ فقبل ان يتحقق الضرر لا ينشأ حق في التعويض ، وانما ينشأ الحق اذا تحقق الضرر ٠ فهو اذاً حق احتمالي ٠ فاذا تحقق الضرر اصبح حقاً مؤكداً ، وعندئذ يبدأ التقادم بالنسبة له من هذه اللحظة ٠

ميعاد الوفاء متوقف على اراده الدائن

٩٠٨ - واذا كان ميعاد استحقاق الدين متوقفا على اراده الدائن فسيران التقادم بالنسبة له يبدأ من الوقت الذي يستطيع فيه الدائن اعلان ارادته ٠ مثال ذلك السنادات المستحقة حين الطلب ولدى الاطلاع (vue) ، فهذه السنادات يبدأ سريان التقادم بالنسبة لها من الوقت الذي يستطيع فيه الدائن مطالبة المدين بالوفاء ، وهذا الوقت هو ، عادة ، تاريخ تحرير هذه السنادات ، مالم يثبت الدائن انه لم يكن في استطاعته المطالبة بالوفاء الا من تاريخ لاحق ٠ وقد نصت على الحكم المتقدم الفقرة الثالثة من المادة (٤٣٤) مدنبي بقولها : « واذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفا على اراده الدائن ، سرى مروor الزمن من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من اعلان ارادته » ٠

المبحث الثالث

وقف مدد التقادم

SUSPENSION DE LA PRESCRIPTION

المقصود بوقف التقادم :

٩٠٩ - يقصد بوقف التقادم ان يكون سريانه قد بدأ ولكن طرأ طاريء

جعل هذا السريان يتوقف ، فلا تعتبر المدة التي تمر في 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 المدتین المقررة في القانون يكتمل التقادم ولا تسمع الدعوى .

أسباب وقف التقادم

٩١٠ — وأسباب وقف التقادم هي العذر الشرعي . وقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٤٣٥) على الاعدار الشرعية في هذا الباب بقولها : «١— 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» . والاعدار 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 . وتقول فيما يلي كلمة موجزة عن كل من هذه الامور .

١ — الصغر والحجر :

٩١١ — من الاعدار 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 في حقهما ، واذا لم يقم النائب بالاجراءات اللازمة لقطع التقادم كان مسؤولا امام الصغير او المحجور .

٢ — الغيبة

٩١٢ — والغيبة انما تعتبر عذرا يقف سير التقادم اذا كان الغائب في حالة لا يستطيع معها ان يطالب بحقه . وقد اشترط القانون المدني لذلك ان يكون في بلاد اجنبية نائية . وتقرير ما اذا كان الغائب في هذه الحالة من عدم استطاعة المطالبة مسألة وقائع تعود لقاضي الموضوع .

٣ - علاقة الزوجية والعلاقة بين الاصول والفروع :

٩١٣ - وعلاقة الزوجية تعتبر عدرا شرعا يقف سير التقادم ما دام الزوجان يعيشان سوية في سلام ووئام . والسبب في ذلك ان مطالبة احد الزوجين الآخر تؤدي الى احلال الشقاق بينهما وتعكير صفو العائلة ، وبالتالي الى هدم كيان الاسرة .

٩١٤ - والعلاقة بين الاصول والفروع تعتبر ايضا عدرا شرعا يقف سير التقادم ، وذلك للصلة المتقدمة نفسها .

٤ - مانع يستحيل معه على المدعى ان يطالب بحقه

٩١٥ - اضافت المادة (٤٣٥) الى الاعداد المتقدمة «مانع اخر يستحيل معه على المدعى ان يطالب بحقه» . وهذه العبارة انما اضيفت الى النص لتجعله يشمل حالات لا تدخل في الاعداد 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 فيما تمنع على الدائن الخروج من داره^(١) . ومن هذه الحالات ايضا ما اذا وقع الدائن اسيرا في الحرب . وعلى كل حال فهذه مسألة وقائع تخضع لتقدير قاضي الموضوع^(٢) .

بيان التقادم ضد بعض الدائنين في حالة تعددتهم .

٩١٦ - وقد يتعدد الدائنوون ويتركون المطالبة بالدين حتى يتم التقادم بشأنه ، ولكن كان لبعضهم عذر شرعي ولم يكن للبعض الاخر ، فالدعوى

(١) كتب هذا الجزء من البحث في اثناء منع التجول بعد حركة ١٨ تشرين الثاني ١٩٦٣ .

(٢) وتطبيقا لنص المادة (٤٣٥) مدنى المتقدمة قضت محكمة تميز العراق في حكم لها صادر في ١٤-٣-١٩٦٠ بان «المدعى غاب عن العراق فسكن الكويت لفرض التجارة . ان هذا الغياب لا يعتبر عدرا تقى في المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كما ولم يثبت ان هناك مانعا استحال معه على المدعى (الميز) 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 باقي الورثة عذر شرعي تسمع
دعوى هؤلاء بقدر حصتهم من الدين » . وكان من الافضل النص على
الدائنين بصورة عامة بدلاً 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 — يقصد بقطع التقادم سقوط المدة السارية لاحد الامور التي
سنراها ، فتعتبر هذه المدة كأن لم تكن . فإذا بدأ التقادم مرة ثانية فإنه
يبدأ من جديد ، ويجب عندئذ مرور المدة المنصوص عليها في القانون كلها .
ومن هذا التعريف يظهر لنا الفرق بين وقف التقادم وقطعه . ففي وقف
التقادم تعتبر المدة السابقة على الوقف باقية وتضاف إلى المدة السارية
بعده . فإذا بلغ مجموع المدين المحددة في القانون للتقادم امتنع سماع
الدعوى . ويلاحظ بهذه المناسبة ان القانون المدني استعمل تعبير « اقطاع
المدة » ، وهذا غير صحيح ، وال الصحيح هو « قطع المدة » . لأن الاقطاع
يتطلب حكم القانون كالانقسام ، أما قطع المدة فيتم نتيجة عمل يقوم به الدائن
او المدين كما سنرى .

أسباب قطع التقادم

٩١٨ — والأسباب التي تؤدي إلى قطع مدة التقادم بعضها يصدر من

الدائن وبعضاها يصدر من المدين . فالاسباب التي تصدر من الدائن هي المطالبة القضائية وما في حكمها . والاسباب التي تصدر من المدين هي اقراره بحق الدائن وما هو في حكم الاقرار . ونرى كلا من ذلك في مطلب مستقل . فاذا اتهينا من ذلك قلنا ، في مطلب ثالث ، كلمة موجزة على الاثر الذي يترتب على قطع التقادم ، او انقطاعه كما يقول القانون المدني .

المطلب الاول

الاسباب الصادرة من الدائن

DEMANDE JUDICIAIRE المطالبة القضائية

٩١٩ — اذا اقام الدائن الدعوى على مدينه مطالباب اياد 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 في دعوى سابقة انه يحتفظ بحق المطالبة بحقوقه الباقيه » (١) .

اقامة الدعوى امام محكمة غير مختصة :

٩٢٠ — 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 المقدمة امام محكمة غير مختصة باطلة ولا تنظر فيها المحكمة ؟ اجازت الفقرة الاولى من المادة (٤٣٧) مدنی ان تقطع الدعوى المقدمة امام محكمة غير مختصة التقادم ولكنها اشترطت لذلك ان يكون رفع الدعوى الى المحكمة غير المختصة ناتجا عن غلط معتبر . وتقدير ما اذا كان الغلط معتبرا مسألة

(١) محكمة تمييز العراق في ١١-٥-٥٩ .

وقائع يفصل فيها قاضي الموضوع . ويستوي في ذلك ان تكون المحكمة غير مختصة اختصاصا محليا او اختصاصا نوعيا^(١) .

اكتمال التقاضي قبل صدور الحكم

٩٢١ — ومجرد اقامة الدعوى يكفي لقطع التقاضي ولو تمت المدة قبل صدور الحكم . فإذا اقام الدائن الدعوى في اليوم الاخير من مدة التقاضي فالتقاضي ينقطع ولو لم يصدر الحكم الا بعد مدة طويلة من اقامة الدعوى . وقد نصت على هذا الحكم العبارة الاخير من الفقرة الاولى من المادة (٤٣٧) مدنى بقولها : « .. فان طالب الدائن غريمه في المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فانها تسمع بعدها » .

ما يعتبر في حكم المطالبة القضائية

٩٢٢ — وهناك امور اعتبرها القانون المدنى كالمطالبة القضائية ورتب عليها الاثر الذي رتبه على المطالبة القضائية ، وهو قطع مدة التقاضي . وقد نصت على هذه الامور المادة (٤٣٧) بقولها : « وكالمطالبة القضائية الطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تقليس او توزيع . وبوجه عام اي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه اثناء السير فى احدى الدعوى » .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى يتضمن مثل هذا القيد ، ولكن لجنة المراجعة حذفته . وقد قيل في تبرير هذا الحذف السببان التاليان : (الاول) ان القواعد التي يقوم عليها اختصاص المحاكم قد تكون معقدة في بعض الاحوال ، فيلتبس الامر على الدائن ويرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة عن خطأ مفترض . فالقانون يفترض أن الدائن لم يرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة الا عن خطأ مفترض ، فهو لامصالحة له في تكبّل المصاريف واضاعة الوقت في رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة الا اذا كان قد وقع في هذا الخطأ . (الثاني) ان الدائن ، وقد رفع الدعوى على المدين يطالب به بحقه ، قد اظهر بذلك نيته المحققة في انه يريد تقاضي هذا الحق ، ويستوي في ظهور هذه النية ان تكون الدعوى مرفوعة أمام محكمة مختصة او أمام محكمة غير مختصة ، وهذه النية من جانب الدائن هي الاصل في قطع التقاضي (مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٣٣٣ ، السنہوري المرجع السابق ، مع الاحكام والراجع المشار إليها في هوامش ٢ و ٣) .

والامور التي اعتبرها هذا النص بحكم المطالبة القضائية هي : الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس او توزيع ، واي عمل يقوم به للتمسك بحقه اثناء السير في احدى الدعاوى .

٩٢٣ — فإذا اشهر افلاس المدين طلب من الدائنين ان يتقدموا الى التفليسية بما يثبت حقوقهم . وتقديم الدائن بحقه في التفليسية يعتبر كالمطالبة القضائية ويقطع التقادم . وكذلك الامر اذا اعلن توزيع اموال المدين على دائنيه بدون اشهار افلاسه وتقديم الدائن بحقه في هذا التوزيع فان تقدمه يعتبر كالمطالبة القضائية ويقطع التقادم .

٩٢٤ — اما ما نصت عليه المادة المقدمة من « اي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه اثناء السير في احدى الدعاوى » فمثاله الطلب المقابل او الطلب العارض (Demande reconventionnelle) الذي يتقدم به الدائن الى القاضي في اثناء دعوى مقامة من قبل المدين على الدائن ، باجراء المقاصلة القضائية . فإذا كان للمدين على الدائن حق واقام عليه الداعى مطالبا اياه به وطلب الدائن من القاضي اجراء المقاصلة القضائية ، فإن طلبه هذا يسمى « طلبا مقابلا » او « طلبا عارضا » ويعتبر كالمطالبة القضائية ويقطع التقادم . ومثال ذلك ايضا ان يتدخل الدائن في الدعوى كشخص ثالث .

٩٢٥ — وإذا كان ييد 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 مدینه او على ماله لدى الغير ، فإن ذلك كله يقطع التقادم .

المطلب الثاني

الاسباب الصادرة من المدين

اقرار المدين بحق الدائن

٩٢٦ — واقرار المدين بحق الدائن يقطع التقادم ، والسبب في ذلك انه

يعتبر نزولاً منه عن المدة السابقة على الاقرار . فهو يعتبر كاقرار المدين ، امام القضاء بما يدعوه الدائن ، حيث يعتبر هذا الاقرار نزولاً منه عن حقه في مطالبة خصمه باثبات ما يدعوه .

٩٢٧ - وليس الاقرار نزولاً عن حق ، فلا يعتبر من التصرفات الضارة ضرراً محضاً . وعليه فلا يشترط في المقارهالية الاداء الكاملة . فاقرار ناقص الاهلية صحيح وقاطع للتقادم ، ولكن يشترط لصحته ان يكون ناقص الاهلية متمتعاً ، عند نشوء الدين ، بالاهلية الالزمة لانشاء هذا الدين في ذمته ، كما لو كان مأذوناً له في ممارسة التجارة ونشأ الدين عن التصرفات المأذون له في اجرائها . ويستطيع الولي والوصي والقيم كذلك الاقرار بدين في ذمة القاصر او المحجور ، واقرارهم يقطع التقادم الذي بدأ يسري لمصلحة هؤلاء . ولو كان الاقرار من التصرفات الضارة ضرراً محضاً لما استطاعوا ذلك ولما كان لا قرار لهم هذا الاثر .

٩٢٨ - 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 - والاقرار اما صريح او ضمني . فالصريح يستخلص من أي تعبير عن الارادة يصدر من المدين ، شفهياً كان او تحريرياً ، وموجها الى الدائن او الى شخص ثالث او صادراً من جانب واحد . والضمني هو الذي لا يعتبر في ذاته اقراراً ولكن لا يمكن تفسيره الاعلى انه اقراراً . كما لو قام بوفاء جزء من الدين ، او دفع فوائده ، او طلب مهلة للوفاء ، او قدم تأميناً ، عينياً او شخصياً ، ضماناً للوفاء بالدين . وهذه ، على كل حال، مسألة وقائع القاضي هو الذي يبت فيها ، فهو الذي يقرر ما اذا كان التصرف الصادر من المدين يتضمن اقراراً ام لا .

٩٣٠ - وقد اعتبرت الفقرة الثانية من المادة (٤٣٨) مدنبي ترك المدين تحت يد الدائن مالاً مرهوناً بالدين رهن حيازه اقراراً ضمنياً منه بالدين .

المطلب الثالث

الاثر الذي يتربّى على قطع التقادم

سقوط المدة السابقة وبعد تقادم جديد مساوٍ في مدة التقادم المنقطع

٩٣١ — سبق ان مر بنا ان قطع التقادم معناه سقوط المدة السابقة قبل القطع واعتبارها كأن لم تكن . وعندئذ يبدأ تقادم جديد لا يعتمد فيه بالمدة السابقة ، فيجب ان تمر مدة مساوية للمدة المقررة في القانون للتقادم المقطوع . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٤٣٩) مدنی بقولها: « ١ — اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سباع الدعوى ، بدأ مدة جديدة بالمددة الاولى » .

استثناء : صدور حكم بالدين والتقادم الحولي

٩٣٢ — على ان القاعدة المتقدمة والقاضية بان المدة الجديدة تساوي المدة السابقة يرد عليها استثناء ان نصت عليهما الفقرة الثانية من المادة (٤٣٩) المتقدمة ، وهذان الاستثناءان هما : ١ — اذا حكم بالدين وحاز الحكم درجة البتات ، ايما كانت مدة التقادم السابق . ٢ — اذا كان التقادم حوليما واقطع بقرار الدين . ففي هاتين الحالتين تكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، ايما كانت مدة التقادم السابق . ولكن يجب الاتباه هنا الى ان الدين المحكوم به اذا كان يتضمن التزامات دورية متتجدة لا تستحق الاداء الا بعد صدور الحكم فان مدة التقادم الجديد بالنسبة لها هي المدة المقررة لها في القانون ، لا خمس عشرة سنة . والمدة المقررة لتقادم هذه الديون، كما سبق ان رأينا ، هي خمس سنوات . مثال ذلك ما اذا حكم على المستأجر بان يدفع ما في ذمته من اجرة وان يدفع في المستقبل ما يستحق عليه من اقساط . فالتقادم بالنسبة للمبلغ المحكوم به عن الاجرة السابقة على الحكم يتقادم بخمس عشرة سنة ، لأن هذا المبلغ فقد صفة الدورية والتتجدد . اما بالنسبة للاقساط التي تستحق في المستقبل فستقادم بخمس سنوات لا بخمس

عشرة سنة ° والسبب في ذلك هو ان هذه هذه الاقساط لم تكن مستحقة عند صدور الحكم ، وانما تستتحق في المستقبل على شكل اقساط دورية متتجددة ، ففيقادم 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 المقدم ° اما القانون العراقي فلم ينص عليه ، ولكن يمكن الاخذ به بدون نص لانه ليس الا تطبيقا للقواعد العامة °

المبحث الخامس

كيف يجب أعمال التقاضي

المحكمة لا تقضي بالتقاضي من تلقاء نفسها بل يجب التمسك به

٩٣٣ — لا يترب على التقاضي سقوط الدين ولا براءة ذمة المدين منه، وانما يترب 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 بالتقاضي ، وعندئذ يجب ان لا يحال بينه وبين ذلك فالمحكمة لا تحكم به من تلقاء نفسها اذا لم يتمسك به المدين ولا اي شخص اخر له مصلحة في التمسك به ، كالكفيل والمدين المتضامن ، ودائين 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 — لا يجوز للمحكمة ان تمتتنع 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 في هذا الدفع ولو لم يتمسك به المدين » °

التمسك بالتقادم في اية حالة كانت عليها الدعوى :

٩٣٤ — والتمسك بالتقادم ممكن في اية حالة كانت عليها الدعوى
فلا يستطيع المدين ان يتمسك به امام محكمة البداءة وامام محكمة الاستئناف،
ولكن يجب ان لا يكون في تأخيره التمسك به منذ الابداء ما يدل على
نزوله عنه ضمنا • اما امام محكمة التمييز فلا يستطيع المدين الدفع بالتقادم
للمرة الاولى ، وذلك لأن هذه المحكمة لا تنظر من الناحية الموضوعية في امور
لم تعرض على محكمة الموضوع • ثم ان الدفع بالتقادم ليس من النظام
العام فتقتضي به محكمة التمييز من تلقاء نفسها •

عدم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه :

٩٣٥ — تقضي المادة (٤٤٣) مدنی بأنه : « لا يجوز التنازل عن الدفع
يعذم سماع الدعوى لمرور الزمان قبل ثبوت الحق في هذا الدفع » • فكل
اتفاق يتفق فيه الطرفان ، او يفرضه الدائن على المدين ، على عدم تقاضي
الدين بعد المدة التي حددها القانون باطل • والحكمة من عدم اجازة النزول
عن التقادم مقدما واضحة ، وهي ان هذا النزول اذا اجيز لفرضه الدائنو
على المدينين ، ولا تتفى الغرض الذي رمى اليه المشرع من وراء تقريره
التقادم وهو تثبيت الوضاع المستقرة • ثم ان المدين لا يستطيع ، عند
التعاقد ، ان يرفض هذا الشرط من الدائن لأن الدائن هو سيد الموقف في
الغالب • هذا من جهة ، ومن جهة اخرى يعتبر رفض المدين هذا الشرط
من الدائن دليلا على نيته المبيتة سابقا في عدم الوفاء بالدين اذا مررت مدة
التقادم ولو لم يوف به •

عدم جواز الاتفاق على مدة للتقادم تختلف عن المدة المحددة في القانون

٩٣٦ — وكما لا يجوز النزول عن التقادم مقدما قبل ثبوت الحق فيه،
لا يجوز الاتفاق على مدة للتقادم تختلف عن المدة المحددة في القانون •
فلا يجوز الاتفاق على مدة اطول ولا على مدة اقصر منها • فالمدد التي ينص
عليها القانون للتقادم من النظام العام • ثم اتنا اذا بحنا مثل هذه الاتفاقيات

لاتخذها الدائنوذريعة يتسلون بها إلى الحصول مقدما على نزول المدين من الناحية العملية عن التقادم . فينصن في الاتفاق ، مثلا ، على أن الدين لا يتقادم إلا بخمسين سنة . وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (٤٤٣) مدني المتقدمة في عبارتها الأخيرة بقولها : « .. كما لا يجوز الاتفاق على عدم جواز سماع الدعوى بعد مدة تختلف عن المدة التي حددها القانون »^(١) .

جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه

٩٣٧ — 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 في حالة نزوله عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه ، وعندئذ لا يكون نزوله في 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 في حقوقه ان يتنازل ولو دلالة عن الدفع بعد ثبوت الحق فيه .. » .

النزول الصريح والنزول الضمني

٩٣٨ — 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 يتشرط 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 في 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 الدنون الى جواز الاتفاق على تقصير هذه المدة (المرجع السابق ، ص ٣٤٩ - ٣٥٠) .

ان يتمسك بالتقادم في 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 تقديمها تأمينا للوفاء بالدين ، ومن دفعه فوائد الدين ، 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 .

الأهلية :

٩٣٩ — وهل يشترط في المدين الذي ينزل عن التمسك بحقه في التقادم ان يكون ممتينا باهلية الاداء الكاملة ؟ يقول النص : « ٠٠ يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه ان يتنازل ولو دلالة عن الدفع بعد ثبوت الحق فيه ٠٠ ». وقد سبق ان قلنا ، عند الكلام عن الاقرار (ف ٩٢٧) ، انه يشترط لصححة اقرار ناقص الاهلية ان يكون ممتينا باأهلية الازمة لانشاء الدين الذي يقر به في ذاته . وقلنا كذلك ان الولي والوصي والقيم يستطيعون الاقرار بدين في ذمة القاصر والمحجور . وينطبق هذا القول بالنسبة للنزول عن التمسك بالتقادم . وما يجب ملاحظته في هذا الصدد ان النص المتقدم الذي يشترط في من ينزل عن الدفع بالتقادم بعد ثبوت الحق فيه ان يملك التصرف في حقوقه ، هذا النص يخالف الفكرة التي تبناها القانون المدني العراقي عن اثر التقادم . فالحق في 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 في حكمه ان يقر بدين عليه واجزنا للولي ومن في حكمه ان يقر بدين في ذمة الصغير ، فيجب ان تجيز لهم النزول عن التمسك

بالتقادم ، لأننا إذا لم نجز لهم ذلك لوصولوا إليه عن طريق الاقرار . والظاهر أن هذا النص قد أخذ عن القانون المدني المصري (٢/٣٨٨) ، ولكن مع عدم الانتباه إلى 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) ، أما في المدني العراقي فلا يترتب مثل هذا الاثر . فالدين يبقى على حاله ، كما قلنا ، ولكن الدعوى به لا تسمع . ورأينا نتيجة ذلك ، وهي أن المدين إذا أقر بالدين أمام المحكمة أخذ باقراره . أما في القانون المدني المصري فإذا تمسك المدين بالتقادم فالحق يسقط ولو أقر بعد ذلك بالدين (١) .

(١) السنوري ، المرجع السابق ، ص ١١٥٣ ، هامش ٣ . وينذهب الاستاذ الكبير السنوري إلى أن أحکام التقنين العراقي تتفق في هذا الصدد مع أحکام التقنين المصري (ص ١١٤١) . ونحن لا نتفق مع الاستاذ في ما يذهب إليه ، وذلك للاعتبارات التي ذكرناها في المتن . فما دام الحق في القانون المدني المصري يسقط بالتقادم فنسمة المدين تبرأ ، فالنزول عن التمسك بالتقادم يجعل المدين ، كما يقول الاستاذ السنوري 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 ، ج ٣ ، ص ٣٤٥) . أما 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 ذاته ، كما يجوز للولي ومن في حكمه الاقرار بدين في ذاته الصغير . فإذا جاز لهم الاقرار بالدين جاز لهم النزول عن التمسك بالتقادم . ثم ان الاستاذ السنوري يعييز 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 تعييز 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 ، ج ٢ ، م ٣١)

أثر النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه

٩٤٠ - يترتب على نزول المدين عن التمسك بالتقادم بعد ثبوت حقه فيه بقاء الحق ثابتاً بعد أن كان معرضاً للسقوط عن طريق الدفع ، ويجب عليه ، عندئذ ، الوفاء به للدائنين .

وكما يبدأ بعد الاقرار تقادم جديد ، كذلك يبدأ بعد النزول عن التمسك بالتقادم تقادم جديد . وتطبق عندئذ القواعد والمدد التي رأيناها هناك ، فتحيل إلى ما قلناه في هذا الصدد (ف ٩٢٦ - ٩٣٠) .

عدم نفاذ النزول عن التقادم إذا صدر اضراراً بحق الدائنين

٩٤١ - تقضي الفقرة الثانية من المادة (٤٤٣) مدني المتقدمة في عبارتها الأخيرة بان : « التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر اضراراً بهم » . وهذا النص يتعلق بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائن (البولصية) . فإذا أكتملت مدة التقادم وثبت حق المدين في التمسك به ولكنه نزل عنه اضراراً بدائنين آخرين ، وذلك لكي يزاحم الدائن الذي مر التقادم بالنسبة لحقه الدائنين الآخرين الذين لم يكتمل التقادم بالنسبة لحقوقهم ، فهذا النزول من المدين عن حقه في التمسك بالتقادم لا ينفذ في حق دائنه الآخرين ويستطيع هؤلاء ان يطعنوا فيه بالدعوى البولصية . والنص المتقدم على عدم نفاذ النزول عن التقادم اذا صدر اضراراً بدائنين ضروري في القانون المدني العراقي لازالة الشك في ذلك وما قد يحصل من خلاف في جواز أو عدم جواز طعن الدائنين في نزول مدينهما عن التمسك بالتقادم بالدعوى البولصية . ذلك ان المادة (٢٦٣) من هذا القانون اجازت الطعن في التصرف الصادر من المدين والصار بالدائنين 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 ينشئ اذن حقاً جديداً في ذمة المدين . وعليه فالنص المتقدم ضروري لتمكين الدائنين من الطعن

في نزول مدينهم عن التمسك بالتقادم ، لأن هذا النص إذا لم يكن موجودا في القانون لما كان بمكان الدائين الطعن في تصرف المدين ، وذلك لما تقدم من أن نزول المدين عن التقادم لم ينقص من حقوقه ولا زاد في التزاماته . وهذا ، على ما نرى ، عكس الحكم في القانون المدني المصري . فلما كان هذا القانون يقرر سقوط الحق بالتقادم ، فالنزول عن التقادم بعد ثبوته ينشئ الالتزام مرة ثانية في ذمة المدين ، فيكون قد زاد في التزاماته . حتى إن المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لهذا القانون قد نصت ، كما سبق أن رأينا صراحة على اعتبار التنازل عن التقادم بمنزلة التبرع . لذلك فاننا نرى أن الدائين ، في القانون المدني المصري ، يستطيعون الطعن في نزول مدينهم عن التقادم بالدعوى البولصية إذا صدر النزول أضرارا بحقهم ، وذلك من غير حاجة إلى النص المتقدم الوارد في المادة (٣٨٨) منه^(١) .

المبحث السادس

الآثار التي تترتب على التقادم

آثار التقادم قبل التمسك به

٩٤٢ - يميز الفقهاء في القوانين المدنية التي تعتبر التقادم سببا من أسباب سقوط الدين بين الآثار التي تترتب على التقادم قبل التمسك به والآثار التي تترتب عليه بعد التمسك به . فالالتزام ، قبل أن يتمسك المدين بالتقادم ، يعتبر التزاما مدنيا واجب الوفاء . فمجرد مرور مدة التقادم لا يقضى الالتزام إذا لم يتمسك به المدين . فإذا وفي المدين به فإنه يكون قد وفي بالتزام واجب في ذمته ، ولا يستطيع استرداد ما دفعه على أساس استرداد ما دفع دون حق ،

(١) عكس هذا الرأي الاستاذ السنهوري . فهو يرى أن النزول عن التقادم لا ينقص من حقوق المدين ولا يزيد في التزاماته ، بل يقتصر به المدين على الامتناع عن انفاس التزاماته (المرجع السابق ، ص ١١٤٩) .

ولو كان يجهل عند الوفاء باكمال مدة التقادم . وكذلك اذا نشأ للمدين حق في ذمة دائره وتوافرت شروط الماقضة فانها تقع اذا تمسك الدائن بها ، ولا يستطيع المدين التمسك بالتقادم بعد ذلك لان الدين يكون قد انقضى بمجرد تلاقيهما . وهذه النتائج ترتب في القانون المدني العراقي والقوانين المدنية الأخرى .

آثار التقادم بعد التمسك به

٩٤٣ - اما آثار التقادم بعد التمسك به فتختلف في القانون المدني العراقي عنها في القوانين المدنية الأخرى التي تعتبر التقادم سببا من أسباب انقضاء الالتزام ، وان كانت النتيجة النهائية واحدة . ففي القوانين المدنية الأخرى اذا تمسك المدين بالتقادم سقط الدين وتواضعه وملحقاته^(١) . فلا يمكن اجبار المدين على الوفاء به . وتسقط مع الدين التأمينات التي كانت ضمن الوفاء به ، شخصية كانت هذه التأمينات أم عينية . ويسقط مع الدين كذلك فوائده ، ولو لم تمض عليها مدة التقادم الخمسي . فلو فرضنا ان الدين يتبع فوائد وان هذه الفوائد تسقط بخمس سنوات بينما الدين لا يسقط الا بخمس عشرة سنة ، ولم تدفع بعد فوائد السنوات الأربع الاخيرة واكتملت مدة التقادم بالنسبة لاصل الدين وتمسك به المدين ، في هذه الحالة يسقط الدين وتسقط فوائده كذلك . والنتائج المتقدمة ائما تترتب تطبيقا لقاعدة « اذا سقط الاصل سقط الفرع » . فالتأمينات والفوائد عبارة عن ملحقات وتواضع للدين ، فإذا 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 ائما هو الدعوى لا الحق (بلانيول وريير ورادوان ، ج ٧ ف ١٣٩٣ ، ص ٧٢٦) وقد سبق ان رأينا متأخري فقهاء العنفية والماليكية يقولون به (ف ٨٧٢) . ونرى من ذلك أن فقهاء المسلمين قد سبقو فقهاء الغرب في اعطاء هذا الرأي .

٩٤٤ - 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 تنتائج ، 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) بفوائده 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 - يخلص لنا مما تقدم ان الامر 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 او بما يذهب اليه القانون المدني المصري والقوانين المدنية الاخرى من ان الدين يسقط بالتقادم ، هذا الامر هو عدم تمكّن الدائن من الحصول على حقه . ولكن يختلف القانون المدني المصري والقوانين المدنية الاخرى عن القانون المدني العراقي في انهما 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 الامر ، 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 مصلحات 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 يختلف عن تقادمه في الغرض الذي تقرر من أجله . *Déchéance* فالتقادم المسقط ، كما سبق ان رأينا ، انما تقرر لحماية الوضاع 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 صاحبها في خلال مدة معينة . فإذا لم يستعمل صاحب الحق أو الرخصة حقه أو رخصته في خلال هذه المدة سقط حقه نهائيا . ويترب على هذا الفرق بين التقادم المسقط والسقوط النتائج التالية :

١ - المدد التي ينص عليها القانون للتقادم تقف وتقطع ويمكن النزول عنها . أما المدد التي ينص عليها لسقوط الحق فلا تقف ولا تقطع ولا يمكن النزول عنها .

٢ - لا يعتبر التقادم من النظام العام ، فهو لا يتبع أثره الا اذا تمسك به من تقرر لمصلحته ، وليس للمحكمة ان تستمع 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 .

٣ - يختلف عن سقوط الحق بالتقادم التزام طبيعي في ذمة المدين (في بعض القوانين) ، اما السقوط فلا يختلف عنه مثل هذا الحق .
٤ - الدفع بالتقادم لا يتقادم ، أي لا يسقط بالتقادم . اما الدفع بسقوط الحق فيسقط مع الحق بانتهاء المدة المقررة لاستعماله .

أمثلة :

٩٤٧ - 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 العقول اذا كان العقد معاوضه ، ولينقصه اذا كان تبرعا . ففيعد السنة ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم . فإذا 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 والقضاء . فإذا 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 أخرى كثيرة منتشرة في ثانيا القانون لا داعي لذكرها وانما ذكرنا الأمثلة المتقدمة على سبيل المثال ولتوسيع الفكرة فقط .

ملاحظة اخيرة :

٩٤٨ - 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 اقر بحق المدعي أمام المحكمة أخذ باقراره . ولكن ما المحكم اذا ابرز الدائن الى المحكمة سندًا موقعاً من المدين وسألت المحكمة المدين عن توقيعه على السند ، فهل ينكر هذا توقيعه لاستفادة من مرور الزمان ، أم يقر ويدفع بمرور الزمان ؟ فإذا اقر بتوقيعه أخذ باقراره ولا يستطيع بعد ذلك الدفع بمرور الزمان . وإذا انكر توقيعه فهناك طرق التتحقق من ذلك . ثم ان هناك سندات مصدقة من الكاتب العدل لا يستطيع للوقيع عليها انكار توقيعه ، ومعنى ذلك عدم استطاعته للتمسك بمرور الزمان^(١) .

٩٤٩ - بهذا ننتهي من الكلام عن انقضاء الالتزام ، وهو موضوع الباب الرابع من هذا الكتاب . وتنقل الان الى اثبات الالتزام ، وهو موضوع الباب الخامس والأخير .

(١) قبل ان نترك موضوع التقاضي نشير الى ان الاستاذ ضمبله ثابت خطاب عضو محكمة تمييز العراق ، مقالاً في هذا الموضوع ننشره في مجلة القضاة سنة ١٩٥٧ ، وقد عملنا كل ما في جهودنا للحصول على العدد المنشور فيه المقال فلم نفلح .

فهرس اجمالي محتويات الكتاب

صفحة

١	تهييد
٣	الباب الاول - تنفيذ الالتزام
٥	الفصل الاول - التنفيذ العيني الجبري
٥	الفرع الاول - شروط التنفيذ العيني الجibri
١٣	الفرع الثاني - وسائل الحصول على التنفيذ العيني الجيري
١٣	المبحث الاول - الاكراه البدني
١٥	المبحث الثاني - التهديد المالي
١٩	الفصل الثاني - التنفيذ بمقابل (أو التعويض)
٢٢	الفرع الاول - شروط التعويض
٢٧	الفرع الثاني - تقدير التعويض
٢٧	المبحث الاول - التعويض القضائي
٣١	المبحث الثاني - التعويض الاتفاقي (أو الشرط الجزائي)
٤٥	المبحث الثالث - التعويض القانوني (أو القواعد)
٥٦	الفصل الثالث - حق الضمان العام والمحافظة عليه
٥٩	الفرع الاول - الدعوى غير المباشرة
٦١	المبحث الاول - مجال استعمال الدعوى غير المباشرة
٦٤	المبحث الثاني - شروط الدعوى غير المباشرة
٧١	المبحث الثالث - الآثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة
٧٥	الفرع الثاني - دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائه (البولصية)
٧٨	المبحث الاول - شروط الدعوى البولصية
٩٤	المبحث الثاني - طبيعة الدعوى البولصية وآثارها وانقضاؤها
٩٧	الفرع الثالث - الحجر على المدين المقلنس

الفرع الرابع - الحق في الحبس. للضمان	١٠١
المبحث الاول - نشوء الحق في الحبس	١٠٥
المبحث الثاني - الآثار التي تترتب على الحق في الحبس	١١٠
المبحث الثالث - سقوط الحق في الحبس	١١٧
الباب الثاني - أوصاف الالتزام	
الفصل الاول - الشرط	١٢٣
الفرع الاول - مقومات الشرط أو شروطه	١٢٤
الفرع الثاني - أنواع الشرط	١٢٦
المبحث الاول - أنواع الشرط من حيث أثره	١٢٦
المطلب الاول - الشرط الواقف	١٢٧
المطلب الثاني - الشرط الفاسخ	١٣٠
المبحث الثاني - أنواع الشرط من حيث تتحققه وتخلفه	١٣٤
الفرع الثالث - آثار الشرط	١٣٦
المبحث الاول - أثر الشرط في مرحلة التعليق	١٣٦
المطلب الاول - الشرط الواقف	١٤١
المطلب الثاني - الشرط الفاسخ	١٤١
المبحث الثاني - أثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق	١٤٣
المبحث الثالث - الآثر الرجعي لتحقق الشرط	١٤٦
الفصل الثاني - الاجل	١٥٣
الفرع الاول - مقومات الاجل	١٥٣
الفرع الثاني - أنواع الاجل	١٥٨
المبحث الاول - أنواع الاجل من حيث أثره	١٥٨
المبحث الثاني - أنواع الاجل من حيث مصدره	١٥٩
الفرع الثالث - آثار الاجل	١٦٤

المبحث الاول - اثار الاجل قبل حلوله	١٦٤
المبحث الثاني - اثار الاجل بعد حلوله	١٦٨
المبحث الثالث - انتهاء الاجل	١٧٠
الفصل الثالث - تعدد محل الالتزام	١٧٦
الفرع الاول - الالتزام التخييري (أو خيار التعيين)	١٧٨
الفرع الثاني - الالتزام البدلي	١٨٨
الفصل الرابع - تعدد طرفي الالتزام	١٩٣
الفرع الاول - الدين المشترك	١٩٤
المبحث الاول - مصادر الدين المشترك	١٩٥
المبحث الثاني - الانثار التي تترتب على الاشتراك في الدين	١٩٨
الفرع الثاني - المدائون المتضامنون (أو التضامن الايجابي)	٢٠٨
المبحث الاول - مصادر التضامن بين الدائنين	٢٠٩
المبحث الثاني - الانثار التي تترتب على التضامن بين الدائنين	٢١١
الفرع الثالث - المدائون المتضامنون (أو التضامن السلبي)	٢١٧
المبحث الاول - مصادر التضامن السلبي	٢١٨
المبحث الثاني - اثار التضامن السلبي	٢٢٢
الفرع الرابع - الالتزام غير القابل للانقسام	٢٤٠
المبحث الاول - أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام	٢٤٠
المبحث الثاني - الانثار التي تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام	
باب الثالث - انتقال الالتزام	٢٥٦
الفصل الاول - حواله الدين	٢٦٧
الفرع الاول - أركان الحواله وشروطها	٢٦٨
الفرع الثاني - أحكام حواله الدين	٢٧٢
المبحث الاول - العلاقة بين المحال له والمحال عليه	٢٧٣

المبحث الثاني - العلاقة بين المحال له والمحل	٢٨٢
المبحث الثالث - العلاقة بين المحيل والمحال عليه	٢٨٣
الفصل الثاني - حواله الحق	٢٨٦
الفرع الاول - أركان حواله الحق وشروطها	٢٨٩
المبحث الاول - شروط صحة حواله الحق	٢٨٩
المبحث الثاني - شروط نفاذ حواله الحق	٢٩١
الفرع الثاني - أحكام حواله الحق	٢٩٥
المبحث الاول - العلاقة بين المحال له والمحال عليه	٢٩٦
المبحث الثاني - العلاقة بين المحال له والمحل	٣٠١
المبحث الثالث - العلاقة بين المحال عليه والمحل	٣١٥
المبحث الرابع - العلاقة بين المحال له والغير	٣١٦
الباب الرابع - انقضاء الالتزام	٣٢١
الفصل الاول - الوفاء	٣٢٤
الفرع الاول - طرفا الوفا	٣٢٥
المبحث الاول - من يقوم بالوفاء (الموفي)	٣٢٦
المطلب الاول - الوفاء البسيط	٣٢٦
المطلب الثاني - الوفاء مع الحلول	٣٣١
المبحث الثاني - من يكون الوفاء	٣٥٥
المطلب الاول - الوفاء للدائن أو نائبه	٣٥٥
المطلب الثاني - الوفاء لشخص لا صفة له في استيفاء الدين	٣٥٨
المطلب الثالث - العرض والإيداع	٣٦٤
الفرع الثاني - محل الوفاء	٣٧٠
المبحث الاول - الوفاء بالشيء المستحق ذاته	٣٧١
المبحث الثاني - الوفاء بالشيء المستحق كله	٣٧٥

المبحث الثالث - تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون	٣٧٧
الفرع الثالث - زمان الوفاء	٣٧٩
الفرع الرابع - مكان الوفاء ونفقاته	٣٨١
الفصل الثاني - انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء	٣٨٥
الفرع الاول - الوفاء بمقابل (أو الاعتراض)	٣٨٦
الفرع الثاني - التجديد	٣٨٨
المبحث الاول - شروط التجديد	٣٨٩
المبحث الثاني - اثار التجديد	٣٩٢
الفرع الثالث - الانابة في الوفاء	٤٠٣
الفرع الرابع - المقاضة	٤٠٩
المبحث الاول - المقاضة القانونية	٤١٣
المبحث الثاني - المقاضة الاختيارية والمقاضة القضائية	٤٢٨
الفرع الخامس - اتحاد الذمة	٤٣١
الفصل الثالث - انقضاء الالتزام بغير وفاء ولا بما يعادل الوفاء	٤٣٧
الفرع الاول - الابراء	٤٣٧
الفرع الثاني - استحالة التنفيذ	٤٤٤
الفرع الثالث- مرور الزمان المانع من سماع الدعوى (التقادم المسقط)	٤٤٩
المبحث الاول - مدد التقادم	٤٥٣
المطلب الاول - التقادم العام أو الطويل	٤٥٣
المطلب الثاني - التقادم الخمسي	٤٥٤
المطلب الثالث - التقادم الحولي أو القصير	٤٥٨
المبحث الثاني - كيفية حساب مدد التقادم	٤٦٦
المبحث الثالث - وقف مدد التقادم	٤٦٨
الباحث الرابع - قطع مدد التقادم	٤٧١
المبحث الخامس - كيف يجب أعمال التقادم	٤٧٧
المبحث السادس - الآثار التي تترتب على التقادم	٤٨٣

جدول الخطأ والصواب

بالرغم من الجهد الكبيرة التي بذلناها في التصحح عند طبع الكتاب ،
اـن اـغلاـطـاـ كـثـيرـةـ قد وـقـعـتـ .ـ وـفـيـماـ يـليـ أـهـمـ هـذـهـ الـاغـلاـطـ ،ـ تـارـكـينـ الـباقيـ
الـىـ فـطـنـةـ القـارـئـ كـمـاـ اـنـاـ سـبـذـلـ كـلـ جـهـودـنـاـ لـتـلـافـيـ ذـلـكـ فـيـ الطـبـعـةـ الثـانـيـةـ انـ
شـاءـ اللهـ .ـ

صواب	خطأ	صفحة	سـطـر
تنفيذا علينا	تنفيذا	١٦	٥
وتسليميه	وتسليه	١٣٩٨	٨
يصبح مستحيلا ويتحول	يتحوال	١٠	٨
محل اعتبار	اعتبار	٤	٩
عليه	عليم	١٩	٩
غالبا	دائما	٢٤	١٠
مسيرة	مسيرة	٤	١٤
اذا	اـلاـ اذا	١٢	١٤
ام	او	١٣	١٤
وامتنع	او امتنع	١٦	١٥
تحذف الاسطر ٨ و٩٦			١٧
يمكن	يـكـنـ	٤	١٩
او امتـاعـ المـدـينـ عـنـهـ معـ كـونـهـ	مع كـونـهـ	١٣	١٩
ـ كـونـهـ			
ـ لهـ	ـ عليهـ	٢١	٢٤
ـ الـودـيعـةـ اوـ العـارـيةـ	ـ الـودـيعـةـ اوـ العـارـيةـ	٢	٢٧
ـ العـينـ المـوـدـعـةـ اوـ الـعـارـةـ			
ـ اوـ المؤـجـرةـ			

صواب	خطأ	س
على ما	على	٩ ٣١
يزيد	يزيدو	١٧ ٣٣
له	لم	٣ ٣٤
ا لا بالالتزام	بالالتزام	١٧ ٣٤
٢٢٠	يحذف السطران ٢١ و	٣٧
١٧٠	١٦٨	٨ ٣٨
البع	الميغ	١ ٤٣
تحفيضه	تحفظيه	٥ ٤٥
الثالث	الثاني	٧ ٤٥
معلوم المدار	معلوم	٩ ٤٦
مثال ذلك ما اذا اتلف	تصف المبارة التالية الى	٢ ٤٩
شخص مال اخر او	آخر السطر :	
غضبه ووجب عليه		
التعويض		
ما اذا	ماذا	٤ ٥٣
بديونه	بدونه	٥ ٥٨
الوسط	التحفظية	١٦ ١٧ و ٥٨
الدعوى	الدعوة	٢٤ ٥٩
ولا	او	٢٢ ٦٥
وييمكنه	يمكنته	١٧ ٦٦
يواجهه	يواجه	١٩ ٧٢
له به	به	١٣ ٧٣
داتيه	هؤلاء	٢ ٧٦

صواب	خطأ	ص	س
لأولاده	من اولاده	١٦	٢٦
الى	التي	١٢	٢٧
تحقق الشرط أو حلول	تحقق النسوط	٩	٢٩
الأجل			
المقرر	المفتر	١٠	٨٠
يبيعه	يبيع له	١٣	٨٨
هذا العلم	هذا الغش	١٢	٩٠
كانت	كان	١١	٩٣
ماله	على ماله	١٥	٩٧
ان يحبسه	يحبسه	٢٠	١٠١
رب العمل	صاحبه	٢١	١٠١
الثالث	الثاني	١	١١٢
ومختلط	وارادي محضر	١٦	١٢٦
يبيعه	يبيعه	٢١	١٢٧
الشرط الواقف	٢١ و ٢٠ و الشرط	١٢	١٢٩
		٢٢	
مالكا	ملكا	٨	١٣٢
حقا موجودا	حقا	٨	١٣٨
حرم حلا	حلا	٢١	١٤٠
يتتحقق	يتخلف	١	١٤٤
٢٨٥	٢٨٠	١٥	١٤٥
الصادرة	الصادة	١٩	١٤٥
لتبرير	لتبرير	٦	١٤٧
الموت	الموض	١	١٤٩

صواب	خطأ	ص س
الشرط	المشترط	٦ ١٥٢
بصدقها	بصدق	٨ ١٥٦
لا	ولما	١٨ ١٥١
٢٩٧	٩٢٧	٢١ ١٥٦
اذا ابرم	اذا	آخر ١٦٠
يدفع الثمن	يدفع	٢٣ ١٦١
او	لو	١ ١٦٢
فما حكم	فما هي اثار	آخر ١٦٤
حلول الاجل الفاسخ	انتهاء الاجل الواقف	٩ ١٦٩
انتهاء الاعارة	الاعارة	٥ ١٧١
١٠١٣	١١١٣	آخر ١٧١
لمصلحة الدائن	لمصلحة	١٢ ١٧١
يطالب	يطلب	١٧ ١٧١
تأمينيا	تأمينا	١١ ١٧٣
يكون له	يكون	١٩ ١٧٣
من حين العقد لا من وقت	من وقت	٤ ١٨٤
فبراً ذمته من	يحذف السطر	٢٣ ١٨٤
بالالتزام	من	٤ ١٨٦
وما	بالتزام	٢ ١٩٤
ويقع	يوما	آخر ١٩٤
فالدين يصبح	وله يقع	٨ ١٩٧
لموته	يصبح	١٢ ١٩٧
	لاموتة	٨ ١٩٩

صواب	خطأ	ص	س
مائة وخمسة وعشرون	خمسه وعشرون	٢١	٢٠٢
بتعد	تبعد	آخر	٢٠٢
بقية الدائين	بقية	آخر	٢٠٢
منهم	منها	٤	٢٠٤
٣١٢	٢١٢	٤	٢٠٥
٣١٣	٢١٣	١٢	٢٠٥
٣١٤	٢١٤	١٧	٢٠٧
باثمن	بتسلیم المیع	٢	٢١١
الدائین بالمدین	الدائین	٢٣	٢١٥
يقض به	يقض	١٨	٢٢٠
الدائن	الدائین	١١	٢٢٢
تحذف العبارة من : وتفیر المدین ٠٠ الى الدائن		٣	٢٢٤
الجديد			
تضاف العبارة التالية بعد فان هذا المدین يستطيع		١	٢٢٥
كلمة دینار :			
ان يدفع تجاه الدائین			
بثمانمائة دینار			
أربعة الاف	الاف	١٦	٢٢٥
المختلطة	المشتركه	٢٠	٢٢٨
تحذف عبارة : ويكون الدين معلقا على شرط		٢	٢٢٩
واقف لم يتحقق او مضافا الى أجل واقف لم يحل			
تضاف العبارة التالية بعد كلمة « ومنفردین » :		٧	٢٣٠
ولكن القانون المدني العراقي استبعد فكرة النيابة			
المتبادلة بين المدينهن المتضامنهن			

صواب	خطأ	ص	س
أحد المدينين	المدينين	٢٣	٢٣٢
ويستطيع المشتري	ويستطيع	٦	٢٤٠
أحد المدينين	المدينين	١١	٢٤٦
السلبي بالنسبة لاعذار	السلبي	١٤	٢٤٧
الدائن أحد المدينين	الدائنين	٢١	٢٤٧
تحذف عبارة : فإذا كان هو الذي يتحمله في النهاية		٦	٢٤٩
الدائنين بالمددين	الدائنين	٣	٢٥٠
المحال له	المحيل	١٥	٢٦٢
لا	لا	١٦	٢٦٢
فغير	تفعين	٢٤	٢٦٤
الاشتراك	الاشتراك	٤	٢٦٦
المشرط	المشرط	١٢ و ١٠ و ٧	٢٦٦
رفضا	رفضها	٢٢	٢٦٨
عليه	له	٢٠	٢٦٩
عليه	له	١٤	٢٧٠
قبل	بعد	١٣	٢٧١
على المشتري	المشتري	٥	٢٧٧
عليه	له	٨	٢٧٨
تحذف	من الدين	٢٤	٢٧٨
العيوب	العيوب	آخر	٢٨٠
بقية	بقيمة	١٤	٢٨٥
و	او	٢٣	٢٩٣

صواب	خطأ	ص	س
اضرارا	اضرار	١٥	٢٩٤
الحال له	الحال	٩	٢٩٩
الحال عليه	عليه	٣	٣٠٥
تفضي	تفضي	١٨	٣٠٨
المحيل	الحال له	١١	٣١٥
يشترط	يشترك	١٠	٣٢٧
الموفى به	به	١٨	٣٥١
يحذف السطر ويحصل الوفاء مع الحلول وحالة محله ما يلي :		٢٠	٣٥١
الحق من حيث شروط الانقاد			
والنفاذ ومن			
ل مدینه	لدین مدینه	١٧	٣٥٨
رفض الدائن	رفض	١٩	٣٦٥
التي تكون	تكون	٣	٣٦٨
العرض والايادع	العرض	٩	٣٦٩
علينا	علينا	٤	٣٧٢
يعادله	يعادل	٥	٣٨٥
للتعاقد	للتعاقد	١١	٤٠٦
منع المادة	منع	١٩	٤٢٤
وصل	يوصل	٢٣	٤٤٠
كل	كلا	١٧	٤٤٩
اذا كان	كان	٣	٤٥٨
تقدم ذكرهم	ذكرهم	١٠	٤٦٦
CITATION	CTATION	١٢	٤٧٣
ابحنا	بحنا	٤٧٨	آخر

تاریخ انتهاء الطبع ١٢-١٠-١٩٦٥

للمؤلف

رسالة للدكتوراه (بالفرنسية)

١ - دور السبب في اشاء العقد في

القانون المقارن

مصادر الالتزام

٢ - الموجز في شرح القانون المدني

الجزء الاول في نظرية
العقد (يظهر قريبا)

٣ - الوسيط في شرح القانون المدني

1952-55

Library of



Princeton University.

