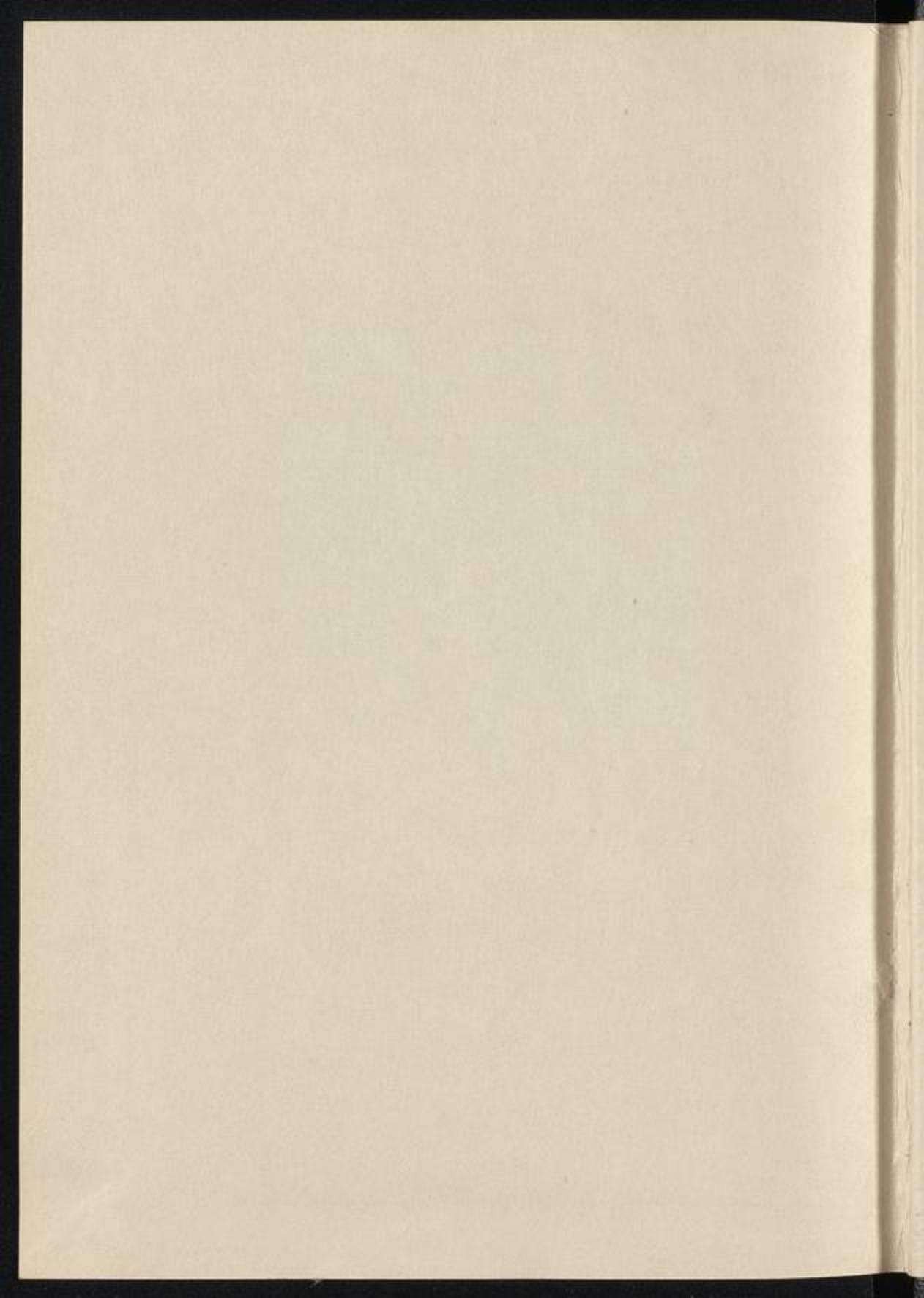
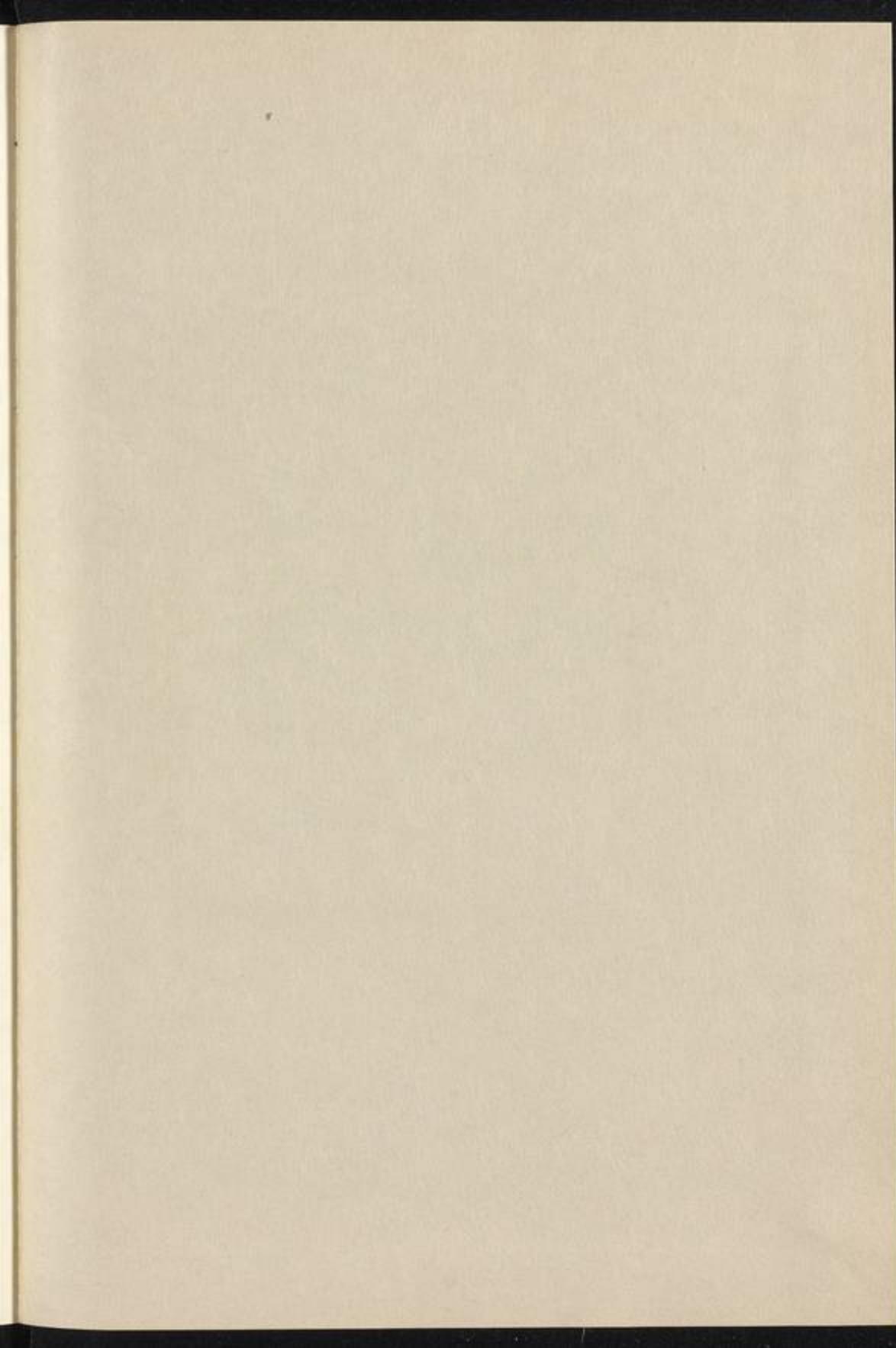
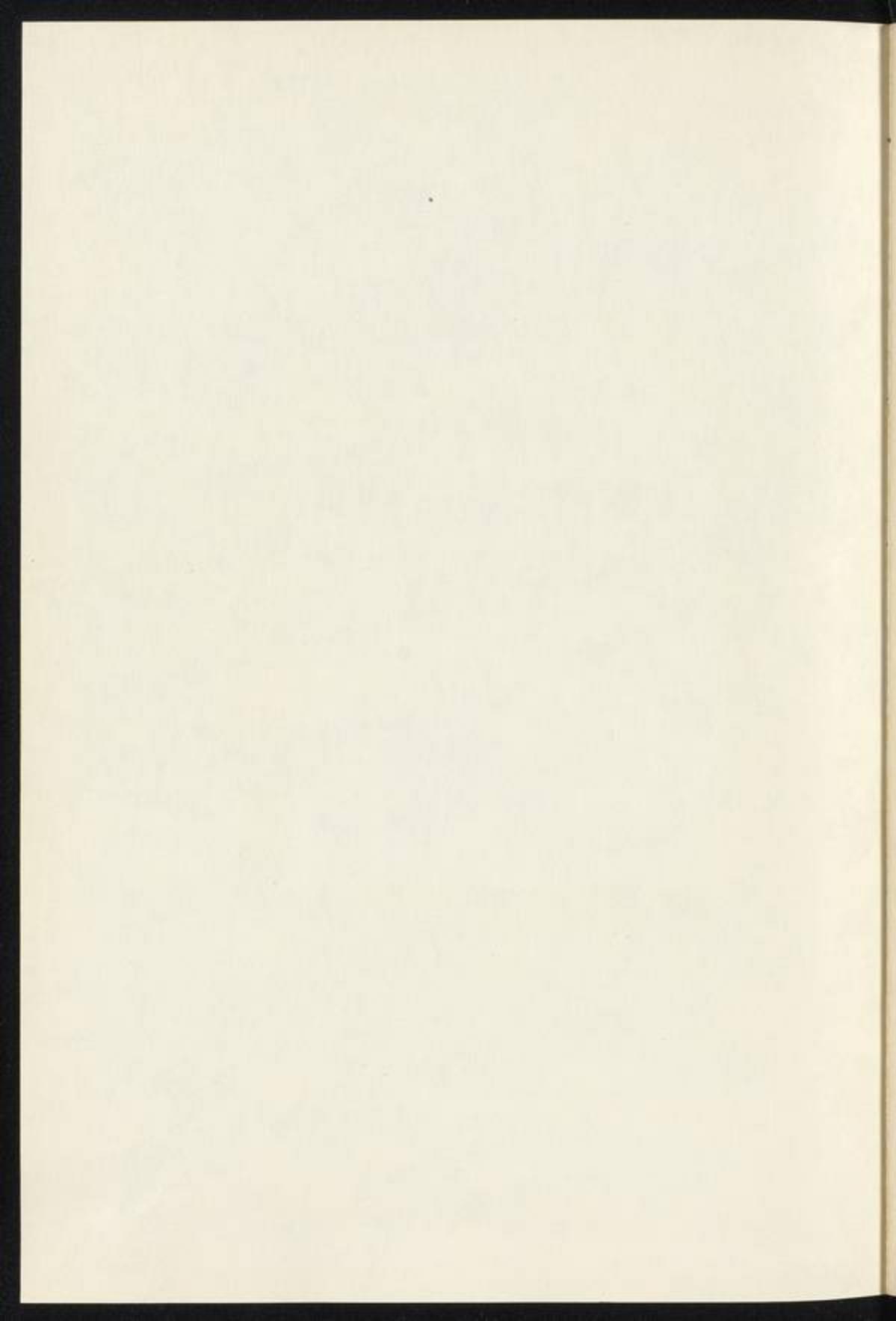


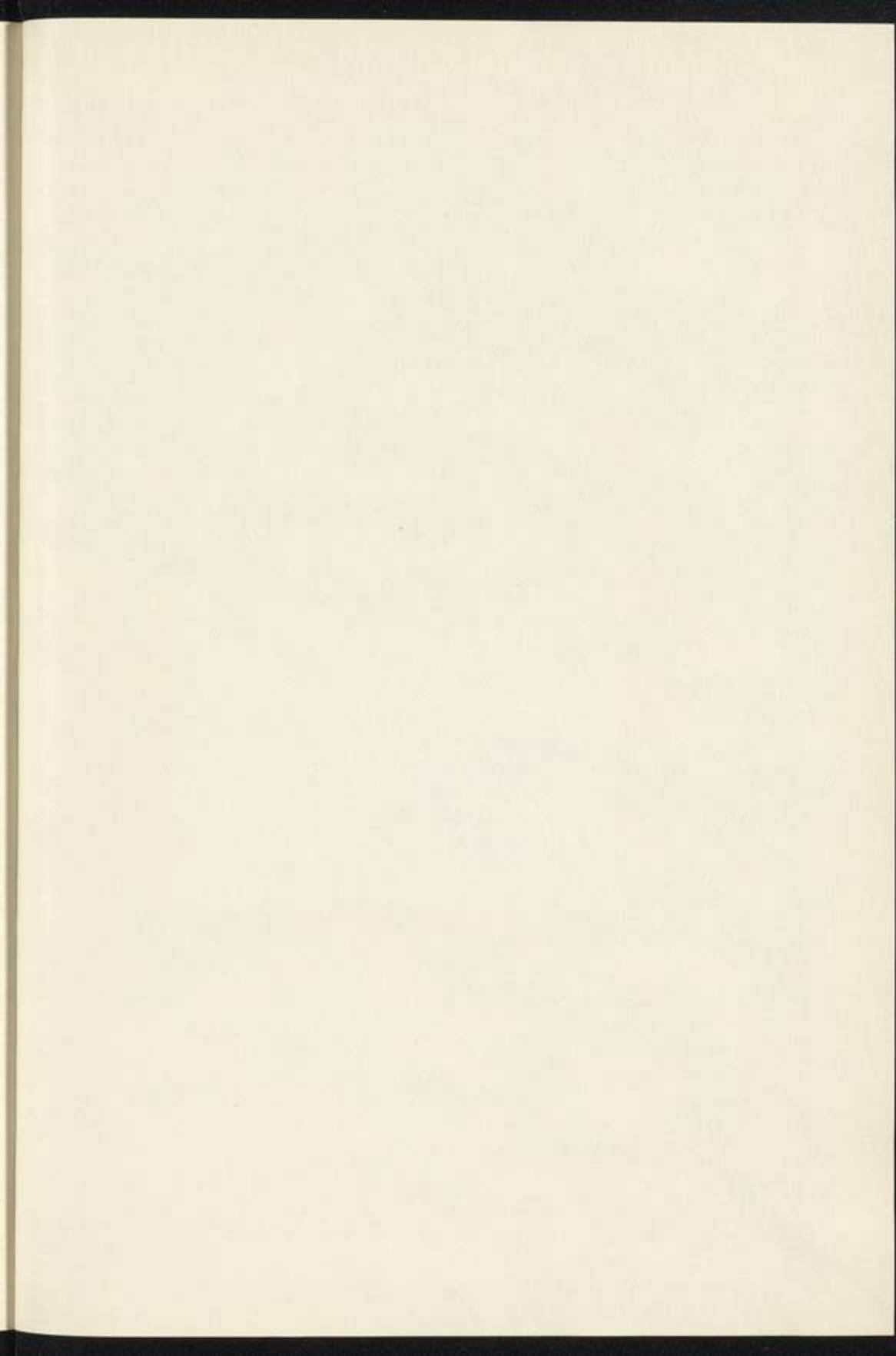
THE LIBRARIES
COLUMBIA UNIVERSITY











الموجَز
في شَرحِ القانون المدنِيِّ العَرَبِيِّ
الجزءُ الثَّانِي
ف

(الْحَدَامُ الْأَذَلُّ)

مع المقارنة بالفقه الإسلامي

تأليف
عبدالجعيد الحكيم
دكتور في القانون
استاذ مساعد في كلية الحقوق بجامعة بغداد
عميد كلية الحقوق وكالة سابقاً

مع
كلمة للاستاذ الكبير السنهوري

الطبعة الأولى

١٣٨٥ م ١٩٦٥

شركة الطبع والنشر الأهلية - بغداد - تلفون ٨٢٩٥٩

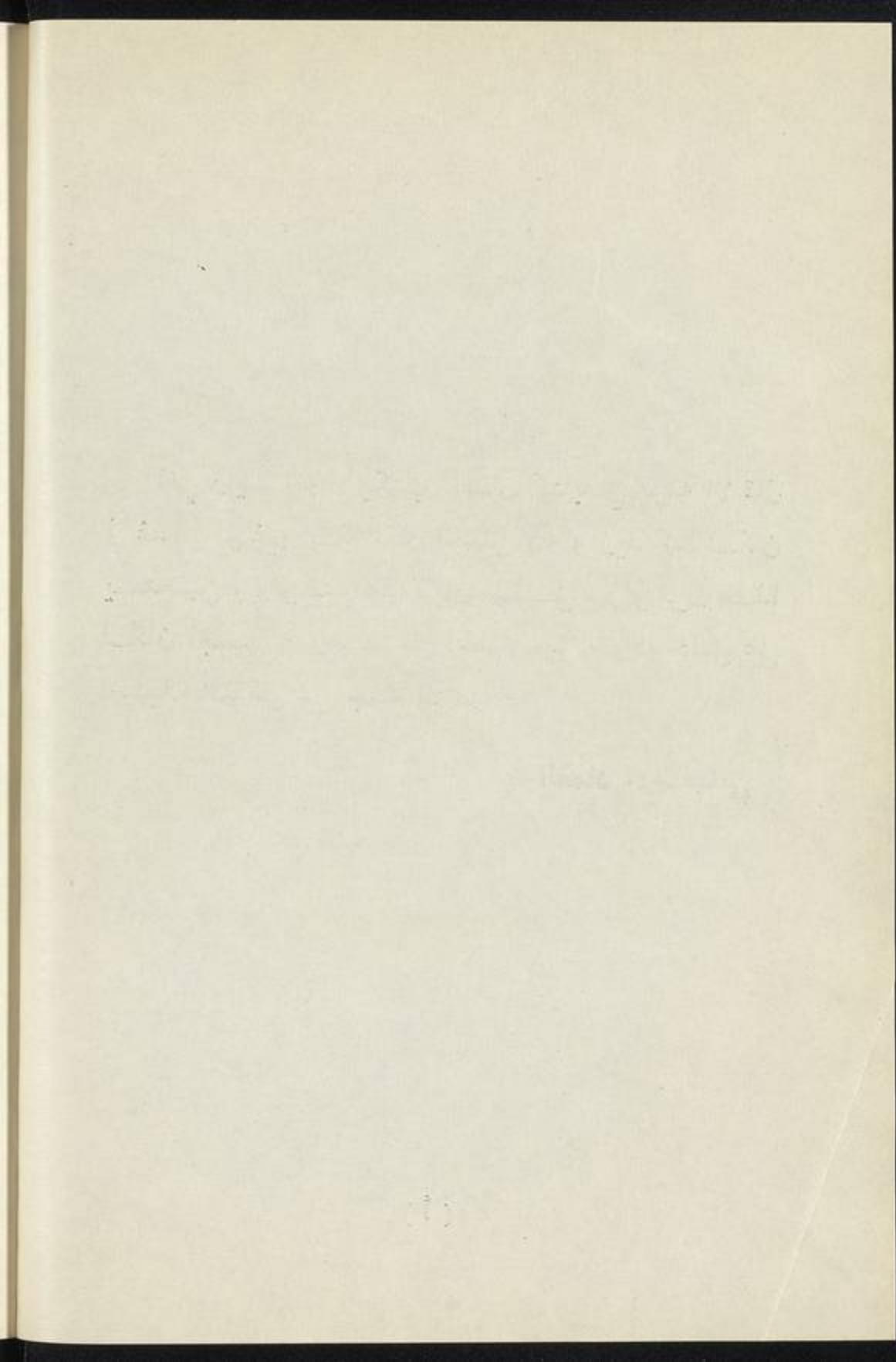
956.7

H127.

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 اعظم العبر ، وهو دليل على
استيلاء النقص على جملة النشر .

العماد الاصفهاني

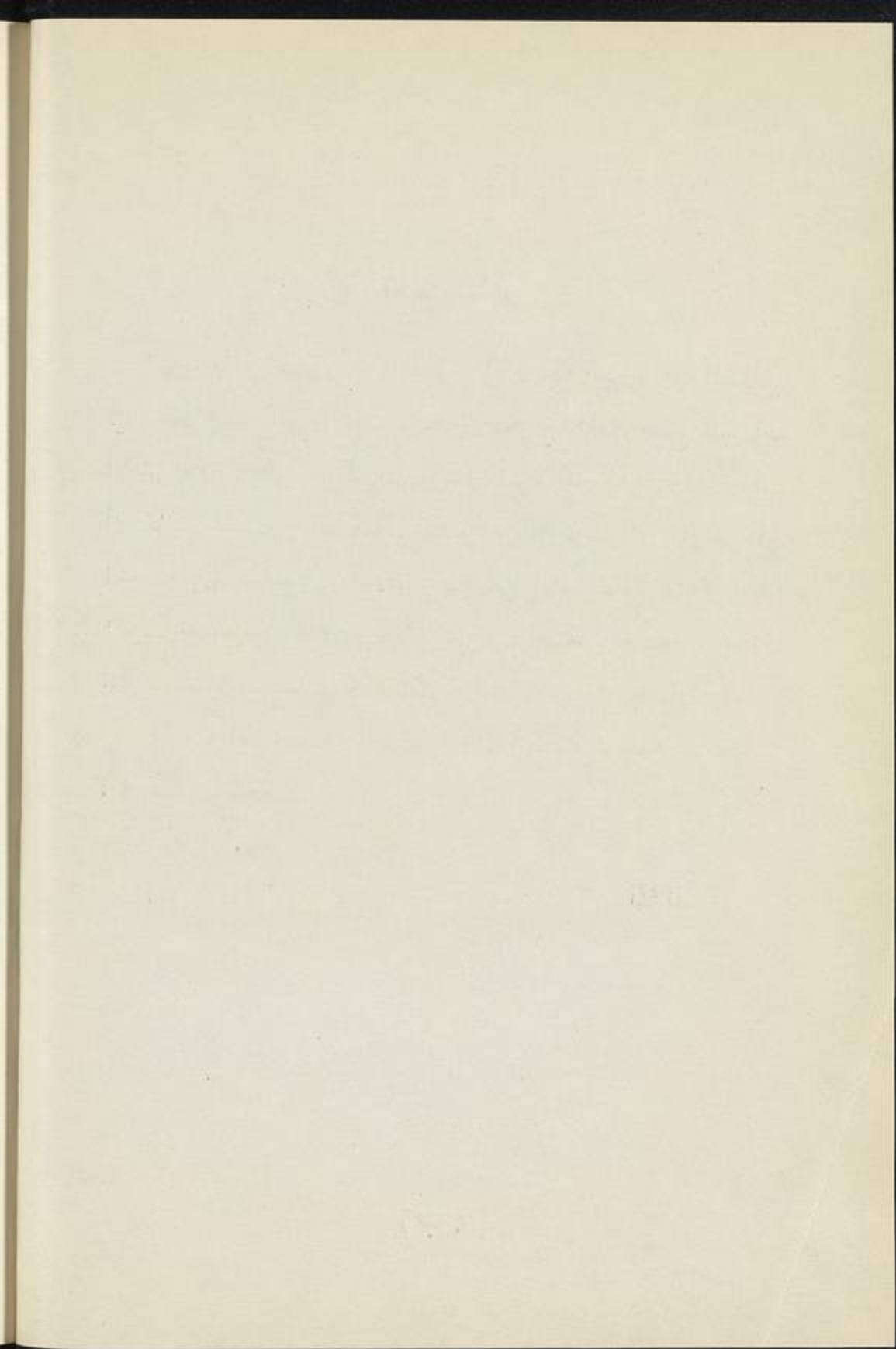


اعتذار

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 المستغلين بالقضايا الحقيقية من الاستفادة منه . لذا آثرت اصداره كما هو الان على ان اصدر بعده ، بعون الله ، كتابا خاصا في الاثبات .

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

المؤلف



كلمة للاستاذ الكبير السنهوري

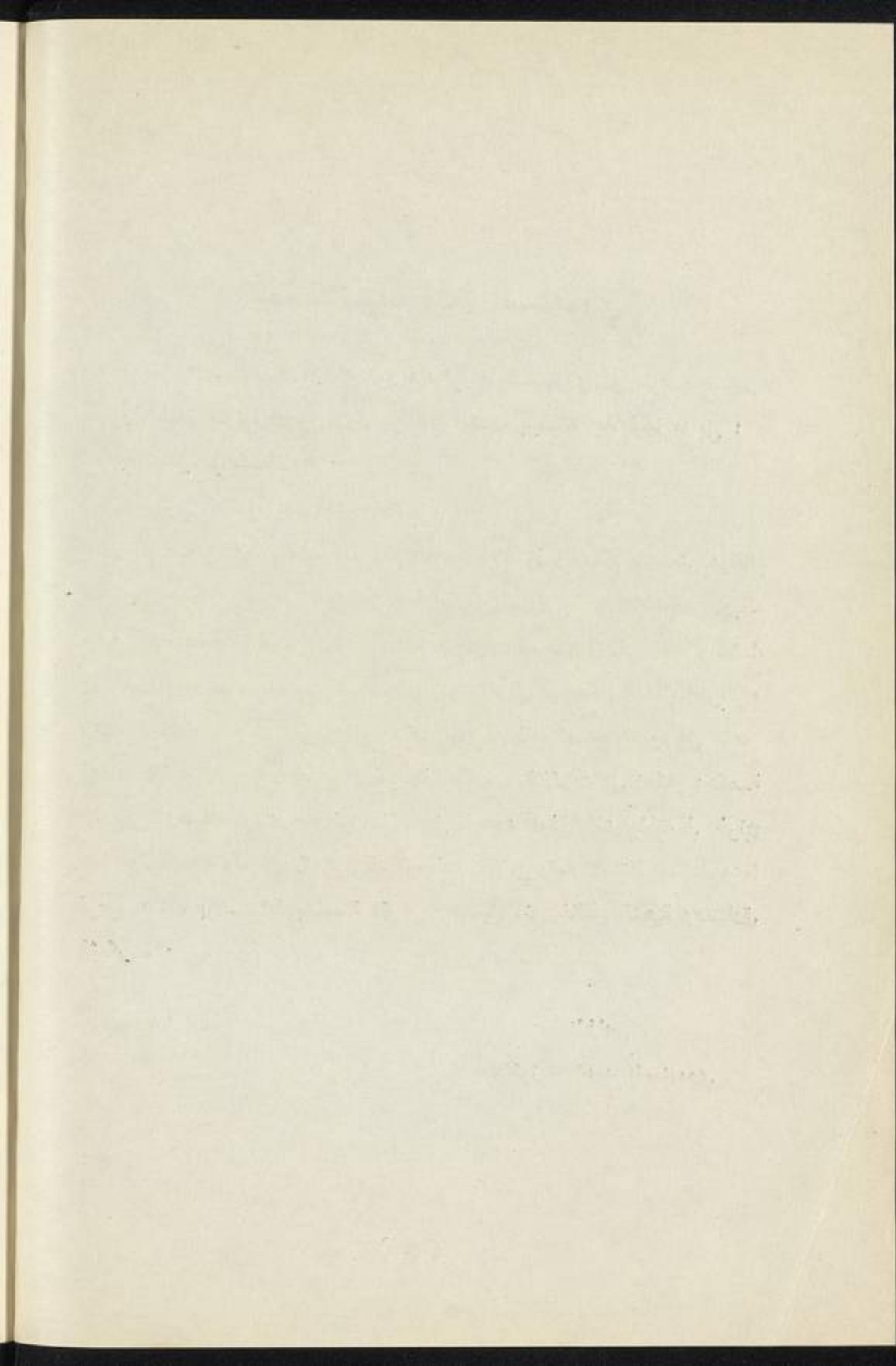
بعث الاستاذ الكبير الدكتور عبدالرزاق السنهوري الى المؤلف بمناسبة
ظهور الطبعة الثانية للجزء الاول من هذا الكتاب برسالة جاء فيها ما يلى :
القاهرة في ٦٥٧٤ .

عزيزى الدكتور عبدالجيد الحكيم .

« تحيه وسلاما وبعد فقد قدم القاهرة الاستاذ ٠٠٠ ثم سلمني مؤلفكم
القيم في مصادر الالتزام ، ويتميز بأنه يقارن القانون بالفقه الاسلامي وبأنه
يورد احكام محكمة التمييز . واني اعتقد ان الوقت قد حان لتلاقي الفقه والقضاء
في العراق ، فتصدر الكتب الفقهية وفيها الاشارة الى اهم احكام القضاء العراقي .
وقد من الفقه العراقي بمرحلة لم يتمكن فيها من ذلك لعدم التعود على نشر
أحكام القضاء . واراك قد بدات مرحلة جديدة ، فانتشرت 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
قرب اهنتك بالاستاذية بمشيئة الله ٠٠٠ وتقبل مني خالص التحية وصادق
الشكر » .

المخلص

عبدالرزاق احمد السنهوري



بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد

١ - رأينا في الجزء الاول من هذا الكتاب أن من تراث العيشة في المجتمع نشوء روابط قانونية بين الأفراد ، وإن لهذه الروابط ناحيتين : إيجابية 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 تتشكل منها وتعطيها الحياة ، من عقد وارادة منفردة وعمل غير مشروع وكسب دون سبب وقانون . وم محل بحثنا في هذا الجزء هو دراسة الرابطة القانونية بذاتها مستقلة عن مصدرها الذي أنشأها ويعبر عن ذلك بـ «أحكام الالتزام» أوا «الالتزام في حد ذاته»، ويقصد به الأحكام والقواعد العامة التي تطبق على الالتزام من حين نشوئه إلى حين زواله واقضائه .

٢ - وقد جرت عادة الفقهاء والقوانين المدنية المختلفة على التعبير عن ذلك بـ «آثار الالتزام» . وونحن لا نرى هذه التسمية صحيحة ، فالالتزام في ذاته لا يمكن أن ينبع أثراً ما ، إذ 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 واقضائه . وحكم الالتزام هو وجوب تنفيذه ، وهذا الوجوب إنما يضاف إلى مصدره الذي أنشأه وأعطاه قوته الملزمة ^(١) . وعلى ذلك فستجنب استعمال تعبير «آثار الالتزام» .

(١) وخير دليل على ذلك الالتزام «ال الطبيعي» . فهو التزام فقد قوته الملزمة ، ولكن يستطيع الدائن والمدين الاتفاق على تجديده بالتزام مدنى ، وعندئذ يصبح التزاماً مدنياً يمكن اجبار المدين على تنفيذه . فالقوة الملزمة في هذه الحالة إنما استمدت من الاتفاق الذي حول الالتزام الطبيعي إلى التزام مدنى ، لا من الالتزام في ذاته .

٣ - وأول حكم يطبق على الالتزام هو وجوب تفيذه 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 سرره في البطل لاول:

٤ - ولما كانت الرابطة القانونية كالكائن الحي ، لها نشوء وحياة وانقضاء ، 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 حالة الدين . وهذا ما نراه في الباب الثاني تحت عنوان : انتقال الالتزام .

٥ - ثُمَّ إن الالتزام قد يكون بسيطاً وقد تلحقه 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 تلحق الالتزام . وسنبحث هذا الموضوع في الباب الثالث تحت عنوان : أوصاف الالتزام .

٦ - ولكن مصير الالتزام حتماً إلى زواله . وهناك طرق متعددة ينقضى بها الالتزام ويزول . وهذه الطرق سرراها في الباب الرابع تحت عنوان انتهاء الالتزام .

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

٨ - وعليه فستنقسم هذا الجزء إلى الأبواب الخمسة التالية :

الباب الأول - تنفيذ الالتزام .

الباب الثاني - انتقال الالتزام .

الباب الثالث - أوصاف الالتزام .

الباب الرابع - تقضاء الالتزام .

الباب الخامس - إثبات الالتزام .

الباب الاول

تنفيذ الالتزام

EXÉCUTION DE L'OBLIGATION

تمهيد

- ٩ - الاصل، كما يسبق أن قلنا ، أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه طوعا و اختيارا ،
ويسمى التنفيذ في هذه الحالة بالتنفيذ العيني الاختياري ، وهو لا يشير
صعوبة ما . فإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه وكان هذا التنفيذ لا يزال
مكينا 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 ذاته ، ويسمى هذا النوع من التنفيذ بـ « التعويض » . ويجب
أن يلاحظ أن كلا من هذين النوعين من التنفيذ إنما هو تنفيذ جبri ، ولكن
الأول تنفيذ عيني جبri والثاني تنفيذ جبri بمقابل .
- ١١ - والدائن يتمتع بضمان 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 ثناً صحيحا وبقى محتفظا بقوته الملزمة ، وهو ما يسمى
بالالتزام المدني . غير أن هناك التزاما آخر فقد قوته الملزمة ولا يمكن
اجبار المدين على تنفيذه ، إلا أن المدين إذا نفذه طوعا و اختيارا فانه لا
يستطيع الرجوع فيه . وهذا النوع من الالتزامات يسمى بـ « الالتزام
ال 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 أيضا ، 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 الاتجاه 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 يكفي توافر هذه الشروط والحكم على المدين بتنفيذ التزامه عينا للحصول فعلا على التنفيذ ، فقد يبقى المدين مصرا 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 — يجر المدين على تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا . ٢ — على انه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما » . ومن قراءة النص المتقدم نستنتج ان الشروط اللازم توافرها للحكم على المدين بالتنفيذ العيني الجبri هي :

١ — أن يكون التنفيذ ممكنا .

٢ — الا يكون فيه ارهاق للمدين ، أو فيه ارهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضررا جسيما .

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 يكفى للحكم على المدين بذلك ويعنى عن الاعذار . واذا كان الاعذار ضروريا فانيا 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 .

وفى 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 مستحلا لم تعد هناك جدوى في المطالبة به . وينظر عندئذ الى سبب الاستحالة، فإذا كان خطأ المدين حكم عليه بالتعويض، وإذا كان سببا أجنبيا اتفى التزامه ولا يلزم بشيء .
ولا يudo محل الالتزام أن يكون تسليم شيء ، أو عملا ، أو امتاعا 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 الأقل اذا كان محل العقد منقولا . ذلك ان الرضائية لما كانت هي الاصل فالملكية تنتقل بمجرد ابرام عقد البيع وارتباط الإيجاب بالقبول ومن غير حاجة الى آية شكلية أخرى . ويترتب على ذلك عدم امكان نشوء التزام خاص بنقل الملكية ، وإنما ينشأ على عاتق البائع التزام بتسليم المبيع 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 عقار وامتنع عن ذلك ، جاز

فيبينما هو ينص في المادة ٢٤٧ على أن : « الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل 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 منهما بتسليم ملكه المعقود عليه للآخر » ، وفي المادة (٥٣١) على أنه : « إذا كان البيع عيناً معينة بالذات أو كان قد بيع جزافاً نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية البيع ... » . 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 البيع عيناً معينة بالذات أو يبيع جزافاً . والعارض 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 المواد المتقدمة ، ينقل من تلقاء نفسه الملكية ، أو الحق العيني الوارد على الشيء . وهذا غير معقول ، لأن الالتزام عبارة عن أثر من أثار العقد ، ولا يمكن أن ينتج الآخر أثر مؤثره .

أن تعبير « الالتزام بنقل الملكية » لا يمكن أن يكون له معنى إلا في القانون الرومانى ، حيث لم يكن عقد البيع ينقل الملكية من تلقاء نفسه ، بل كان ينشئ على عائق البائع التزاماً ينقلها فيما بعد باحدى 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 عائق المدين التزاماً بالقيام بالإجراءات الازمة 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 يتتجه الى القضاء للحصول على حكم يلزم المدين (أي المدين) بتسليم العقار . وإذا حاز الحكم قوة الشيء المحكوم فيه Force de la chose jugée يمكن الدائن أن يتتجه الى دائرة التنفيذ وهي التي تجبر المدين على أخلاء العقار وتسليمها الى الدائن .

١٩ — وإذا كان محل التزام المدين تسليم 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 باخذ الشيء من المدين وتسليمه اليه ، وذلك بعد أن يدلها عليه . وإذا لم يكن الشيء موجوداً ، بأن أخفاه المدين في ولم يستطع الدائن العثور عليه ، أو هلك بخطأ المدين ، فإن التنفيذ العيني يتحول الى تنفيذ بمقابل ، أي تعويض . وهذا ما سرره في محله .

٢٠ — وإذا كان محل الالتزام تسليم شيء مثلي ، كخطبة أو رز أو تمر ، وامتنع المدين عن تسليمه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة 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 نفقة 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 عنضر الذي أصابه نتيجة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه .

٢— محل الالتزام قيام بعمل

٢١ — وإذا كان محل التزام المدين قياماً بعمل فلا بد من تدخل المدين الشخصي لتنفيذ الالتزام . ولا مكان الوصول الى التنفيذ العيني « الجري

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 الجيري لعدم جدواه ، اذ سوف لا يكون العمل الذي يقوم به المدين متقنا ، بالإضافة الى أنه اذا أصر نهائيا على الرفض فاننا لا نستطيع اجباره على العمل . ويضيف الفقهاء الى ذلك حجة اخرى هي ما في اجبار المدين على القيام بعمل من تجاوز على حریته 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 الجيري يكون دائما ممكنا ، ويمكن للدائن أن ينفذه على نفقة المدين . فإذا تعهد شخص ببناء دار ، أو باقامة جسر ، أو بتبيط شارع ، أو بسد 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 بسد السكة الحديدية، وذلك بواسطة شخص اخر ، ثم يقيم الداعي أمام القضاء طالبا الحكم عليه بجميع ما أتفقا مع 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 الجبri مستحيلا بخطأ المدين بالنسبة للماضي . مثال ذلك أن يتعهد تاجر بعدم منافسة تاجر آخر ثم يفتح متجرًا لمنافسته ، أو أن يتعهد مثل بعدم التمثيل على غير المسرح الذي يمثل فيه ويظهر على غير هذا المسرح ، أو أن يتعهد جار بعدم إقامة جدار يسد النور والهواء على جاره ثم يقيم الجدار . في جميع هذه الصور ، وغيرها ، يجوز للدائن الاتجاه إلى القضاء لازالة ما وقع والحصول على تعويض مناسب . وقد نصت على القاعدة العامة في هذه الباب المادة (٢٥٢) مدنی يقولها : « اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفًا للالتزام مع التعويض اذا كان له محل » .

امكان التنفيذ العيني الجبri في الامتناع عن عمل بالنسبة للمستقبل

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

(١) يسمى العلامة السنهوري هذا النوع من التنفيذ العيني الجبri 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 الأول فيكون بعد وقوع الالخلال بالالتزام . فازالة المخالفة تكون هي التعويض العيني (الوسيط ، ج ٢ ، ف ٤٤٠) . ونحن لا نرى هذه التسمية دقيقة . فالتعويض إنما يتوجه إليه عند عدم إمكان إجبار 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 الجبri ، 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 ارهاق للمدين ، او فيه ارهاق ولكن الدول عنه يلحق بالدائن ضررا جسيما

٢٦ - ولاجل 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 . وقد يرى الارهاق يعود للقاضى وسلطته التقديرية ، وهو يختلف باختلاف الناس (١) .

٢٧ - ولكن اذا كان الدول عن التنفيذ العيني يلحق بالدائن ضررا جسيما بالحكم به يصبح واجبا ولو كان مرهقا للمدين . وهذا هو صريح

الالتزام بالامتناع عن القيام به ، الذي هو التنفيذ العيني الاختياري . ويمكننا ان نمثل لذلك بعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه اذا كان محل هذا الالتزام عملا ليس شخصية المدين محل اعتبار في تنفيذه . ففي هذه حالة يستطيع الدائن تنفيذ الالتزام على نفقة المدين ، ولكننا لم نسم هذا التنفيذ تعويضا عيناً ولكننا سميئاه تنفيذا عيناً جبريا . وهكذا الحال في الالتزام بامتناع عن القيام بعمل اذا اخل به المدين والتجأ الدائن الى القضاء لازالة المخالفة ، فإذا اجبر المدين عليها (على ازالة المخالفة) أصبحنا امام تنفيذ ما التزم به المدين عينا ، اي امام تنفذ عيناً جبريا .

(١) يرجع بعض الفقهاء لهذا 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 ان يطلب التنفيذ العيني ما دام ممكنا ، ولكنه يكون متعرضا في هذا الطلب ، فلا يحاب اليه اذا تبين من الظروف ان التنفيذ العيني مرهق للمدين او للغير دون ان تكون هناك قائدة منه تعود على الدائن » (المرجع السابق ، ص ٧٦٤ ، هامش رقم ٢ . كذلك الموجز ، ص ٤٣٩ ، هامش رقم ١١ .)

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 ، لانه انا 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 ضمنا ، اذا لا يمكن للمحكمة أن تفصل في قضية اذا 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 يعطي الدائن الحق في طلب التنفيذ العيني الجبري ، بل لا بد لذلك من توافر شرطين : أولهما — ألا يكون امتناع المدين عن التنفيذ أو تأخره فيه راجعا إلى عدم قيام الدائن بتنفيذ التزامه ، فيكون امتناع المدين عن التنفيذ مشروعا • وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين •

ثانيهما — أن يكون حق الدائن حاصلا على الصيغة التنفيذية ، باز يكون مستحقا وحاصلا على حكم حائز قوة الشيء المحكوم فيه ، أو مثبتا 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 البدنى والتهديد المالى

٣٠ — أن أهم الوسائل للحصول على التنفيذ العيني الجبri وسيلتان، وهما الاكراه البدنى والتهديد المالى . وهاتان الوسيلتان تستعملان لكسر عناد المدين الموسر ، المسلط . ونرى كلاً منها في مبحث مسبق .

المبحث الاول

الاكراه البدنى

CONTRAINTE PAR CORPS

حبس المدين في القوانين الفرنسية

٣١ — كان القانون الرومانى القديم يجيز للدائن الذى يعجز مدنه عن الوفاء أن يسترقه ، بل ويقتله . ثم تطور الامر ولم يعد للدائن الا الحق فى حبس مدنه واجباره على العمل لمصلحته . وقد استمر هذا التطور حتى أصبح حق الدائن قاصراً على التنفيذ على أموال مدنه فقط .

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

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

حبس المدين في الفقه الإسلامي

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

عبد الإثبات

٣٤ — ولما كان المدين لا يحبس الا اذا كان معسرا ، فعلى من يقع عبد الإثبات على المدين أو على الدائن ؟ فكل منهما مدع ، المدين يدعى الاعسار ، والدائن يدعى اليسار ، والقاعدة ان البينة على المدعى . هناك أصل وقاعدة في هذا الباب . فالاصل في الناس عدم الغنى ، والقاعدة ان البينة لا ترد على النفي . ويترب على ذلك أن الملزم بالإثبات هو الدائن ، فيجب عليه أن يثبت يسار المدين . ولكن الاصل المتقدم قد اتسخ بالمعمود عن الناس ، اذ انهم يتكسبون في الغالب . لذا جوز بعض الفقهاء حبس المدين الى أن يثبت هو اعساره فيخلص سبيله . وان من ثبت عسره عند جمهور الفقهاء لا يجوز حبسه بعد ذلك حتى يثبت الطالب يساره . ومن كان مجھول الحال وطال حبسه

(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) المسوط 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 الممتنع عن تنفيذ التزامه . ولكن قانون التنفيذ أجاز حبس المدين اذا لم ينفذ برضائه سند تنفيذ يتضمن الزاماً بتسليم مبلغ معين أو شيء بحكم الدين اذا كانت أمواله الظاهرة التي يسكن حجزها لا تكفي أثمانها لوفاء الدين والنفقات والرسوم والفوائد (م ٢٧) ، أو سند تنفيذ يتضمن الزاماً بعمل شيء معين ليس من قبيل الدين (م ٢٥)^(٢) .

المبحث الثاني التهديد المالي

LES ASTREINTES

٣٦ - نصت المادة (٢٥٣) من القانون المدني على التهديد المالي كوسيلة غير مباشرة لاجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عيناً وسته بـ « الغرامات التهديدية » . فقد قضت هذه المادة بأنه : « اذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه أو امتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن أن تصدر قراراً بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية 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 بالتزامه بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو أسبوع أو سنة ، أو أية وحدة زمنية أخرى يحددها الحكم ، حتى يقوم بتنفيذ

(١) المحصاني ، المرجع السابق ، ص ٢٦٠ .

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

الالتزامه . 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) . واللاحظ في مثل هذه الحالات أن المحاكم تقدر تعويضاً أكبر من التعويض الذي تقضى به في حالة عدم اصدارها قراراً بغرامة تهديدية .

مجال تطبيق التهديد المالي

٣٧ - ويسكن 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 هناك فائدة من اللجوء إليه . فسواء أكان محل الالتزام تسلیم شيء معين بالذات أم بنوعه أم عملاً أو امتاعاً عن عمل ، يسكن للمحكمة أن تحكم 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 هناك فائدة من الحكم بالتهديد المالي . فإذا كان محل الالتزام تسلیم عين معينة مثلاً وهلقت العين انقضى التزام المدين ، ويرجع الدائن بالتعويض أو لا يرجع حسبما إذا كان الهالك 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 أن الدائن يستطيع أن يحصل على نفقة المدين على الشيء الذي تعهد به هذا الأخير ، بعد استئذان المحكمة أو بغير استئذانها في حالة الاستعجال .

واكثر ما تكونفائدة 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 سينمائی ، ثم رفض التمثيل ، كانت هناك فائدة من الحكم عليهما 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 لحصله على ابراز ما يخصمه .

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

٤٠ - ولكن اذا طلب الدائن الحكم على المدين بالتهديد المالي فهل تكون المحكمة ملزمة باجابتة 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

٤١ - بعد استعراضنا للتهدید المالي فيما تقدم تستطيع أن نميز فيه
الخصائص التالية :

١ - انه تحکیمي Arbitraire أي أن القاضی لا يراعی في تقديره
مقدار الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، بل هو
يزيد عادة على مقدار الضرر زيادة كبيرة وذلك لأن الغایة منه هي كسر عناد
المدين المماطل في تنفيذ التزامه . وعلى القاضی عندما يصدر قراره بالغرامة
التهديدية أن يأخذ بنظراعتبار مركز المدين وحالته المالية ، فيقضي بغرامة
تکفى لكسر عناده .

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

الموجز ج ٢ - ٢٤

ولا يشترط في التهديد المالي أن يكون مساوياً للضرر الذي يصيب الدائن ، بل لا يشترط أن يكون هناك ضرر على الإطلاق . فليست الغاية منه التعويض عن الضرر ، بل الضغط على المدين وتهديده لحمله على تنفيذ التزامه .

٢ - أنه تهديدي *Comminatoire* . أي أن مبلغ الغرامة الذي تفرضه المحكمة كتهديد لا يعتبر حقاً للدائن ولا ذيناً على المدين . فلا يجوز للدائن أن يطلب تنفيذ الحكم بالغرامة التهديدية ، كما أن المدين لا يعبر على عرض هذا المبلغ عرضاً حقيقياً . وإذا قام المدين بتنفيذ التزامه جاز له أن يطلب تخفيض المبلغ المحكوم به أو الغاءه حسب الأحوال . وهذا ما نصت عليه المادة (٢٥٤) بقولها : « إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة نهائياً مقدار التعويض الذي يلزم به المدين ... » .

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

٤ - انه يقدر عن كل وحدة زمنية تتأخر فيها المدين في تنفيذ التزامه ، أو عن كل مرة يخل فيها بتنفيذها ، ولا يقدر جزاً فداء واحدة .

طبيعة التهديد المالي - التهديد المالي والتعويض

٤١ - تستخرج مما سبق أن الغرامات التهديدية ليست تعويضاً ، فهي لا تفاس بمقدار الضرر الذي أصاب الدائن من جراء عدم التنفيذ ولا توقف عليه . وإذا حكمت بها المحكمة فإن حكمها لا يسبب ، بخلاف الحكم بالتعويض فإنه واجب التسبيب .

(١) بلانيول وريبير 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 • ومما يجب ملاحظته أن هناك التزاما يقبل التنفيذ العيني الجبري في جميع الاحوال ، وهو الالتزام الذي يكون محله مبلغا من النقود • وإذا 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 مسكونا • فاذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه وطلب الدائن الحكم عليه بالتعويض فإنه (أى المدين) يستطيع القيام بتنفيذ التزامه تنفيذا عينا فيتوجب الحكم عليه بالتعويض لعدم التنفيذ • ويترتب على ذلك ان التعويض ليس التزاما تخيريا ولا التزاما بدليا ولا تجديدا للالتزام قديم • اذ ليس للالتزام الا محل واحد هو ما التزم به المدين عينه • ونرى كلام من هذه الامور على حدة •

١ — التعويض ليس بالتزام 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 يسلك الدائن وحده ولا المدين وحده أذ يختار التعويض دون التنفيذ العيني • فللدائن أن يرفض التعويض اذا قدم

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

٢ - التعويض ليس بالالتزام بدلي

٤٤ - وأما ان التعويض ليس بالالتزام بدلي ، فذلك لأن للدين 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 الاصلية ينقضى في التجديد لينشأ محله التزام جديد يختلف عنه في أحد عناصره الجوهرية ، وليس الامر كذلك في التعويض • بل أن أساس التعويض هو الالتزام الاصلية بكافة تأميناته وصفاته ودفوعه • وعلى هذا يسكن القول بأن التعويض يحل محل الالتزام الاصلية حلولاً عيناً •

أما اذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً غير خطأ المدين ، فإن الالتزام ينقضى لأن محله أصبح مستحيلاً ، ولا يكون هناك محل للتعويض لاتفاء مسؤولية المدين •

تقدير التعويض

٤٧ - والتعويض يقدر عادة ببلوغ 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 قدسي اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً » • ولكن هذه المادة

لا تكلم 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 . ونحن 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 متყق عليها في مختلف البلاد ، وفيفرنسا 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 يقضى 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 التأخير فيه . والقواعد العامة التي تحكم كلاما من هذين النوعين تكاد تكون واحدة . ومع ذلك فيبينما الفرقان التاليان :

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

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

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

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

الفروع الاول 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 الى 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 الاول من هذا الكتاب كلًا من الخطأ والضرر وعلاقة السببية والاتفاق على التعديل من احكام المسؤولية التعاقدية ، فنجيل الى ما قلناه هناك ٠ وتتكلم هنا عن الاعذار فقط ٠

الاعذار

LA MISE EN DEMEURE

٥٢ — اذا حل الاجل المتفق عليه لتنفيذ الالتزام ولم يطالب به الدائن ، فان ذلك يحمل محمل التسامح أو عدم حاجة الدائن الى هذا التنفيذ . فإذا كان الدائن في حاجه الى الحصول على حقه فيجب عليه ان يظهر رغبته وبلغها الى المدين ٠ فإذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه بالرغم من تبيه الدائن اياه كان مخلا بتنفيذ التزامه اخلالا يوجب عليه التعويض ٠ ودعوة المدين من قبل الدائن الى تنفيذ التزامه يسمى في الاصطلاح القانوني بالاعذار ٠ وعلى ذلك يمكننا تعريفه ، لاعذار بأنه « دعوة المدين ، من قبل الدائن ، الى تنفيذ

التزامه ، وتنبيهه الى ان تأخره في هذا التنفيذ يوجب مسؤوليته عن تعويض الدائن عن الضرر الذي يصيبه 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 العامة تقضى 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 مدينه 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 للاعذر اذ نعود الى القواعد العامة التي رأيناها في هذا الباب . فاذا كانت استحالة التنفيذ راجعة الى خطأ المدين حكم عليه بتعويض الدائن بدون حاجه الى الاعذر ، واذا كانت راجعة الى سبب اجنبي لا يلي للدائن فيه اعفى المدين من التنفيذ العينى ومن التعويض (م ١٦٨) .

كيف يكون الاعذار

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

٥٥ - وفي العراق يسمى الاقذار بالتبليغ ، ويتم بواسطه الكاتب العدل . فقد نصت المادة (٢٢) من قانون الكتاب العدول على اذ : « لا عبرة

للتبيّن الواقع بشأن عدم تنفيذ مقاولة أو تعهد أو تأخير تنفيذ أحدهما أو
المطالبة بضمانته إلا إذا أجري بواسطته الكاتب العدل » .

استثناء

٥٦ - هذه هي القاعدة العامة في الاعذار . ومع ذلك فقد نصت المادة (٢٥٧) على أنه: «يجوز أن يتم الاعذار باي طلب كتابي آخر . بل يجوز أن يكون متربعاً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى الإنذار » . وعلى ذلك يجوز أن يتم الاعذار بواسطه رسالة عاديه ولو غير مسجله في المسائل التجاريه . ولكن تثور في هذه الحاله مسألة ثبات وصول هذه الرساله إلى المدين واثبات محتواها .

الحالات التي لا ضرورة فيها للاعذار

٥٧ - هناك حالات معينه نص عليها القانون لاتكون فيها ضرورة للاعذار ، ويعتبر فيها مجرد حلول الأجل اعذاراً للمدين بتنفيذ التزامه . وهذه الحالات أما أن ترجع إلى اتفاق الطرفين ، أو إلى نص القانون ، أو إلى عدم جدوى الإنذار . ونرى كلاماً من ذلك على حدة .

١ - اتفاق الطرفين

٥٨ - فقد يتقدّم الطرفان مقدماً على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إنذار . وهذا الاتفاق اجازة المادة (٢٥٧) . وقد يكون الاتفاق ضمنياً ، ومثاله أن يوجب رب العمل على العامل اتمام العمل في تاريخ معين . وقد يوجد اتفاق صريح على عدم الحاجة إلى الاعذار ولكن الدائن ينسخه بتصرفه ، كما إذا اشترطت شركة التأمين على المؤمن عليه عدم الحاجة إلى الاعذار في اقتضاء اقساط التأمين ، ثم جرت عادة الشركة بعد ذلك على أن تعذره كلما تأخر ، أو أن ترسل إليه عامل التحصيل بتسليم الأقساط المستحقة (١) .

(١) السنوري ، الوسيط ، ص ٨٣٥ . الموجز ، ف ٤٢٦ ، ص ٤٢١ . هامش رقم ٢ .

٢ - نص القانون

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) مدنى على أنه : « ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح (١) نفسه وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها » . ونصت المادة (٩٤١) على أنه : « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتمد مع الفوائد من وقت الاتفاق مهما كان حظ الوكيل من النجاح في مهمته » . فبمقتضى المادة الاولى يجب على الوكيل أن يدفع فوائد المبالغ التي استخدمها لمصلحته الخاصة من تاريخ هذا الاستعمال ، وبدون حاجة الى اعذار . وبمقتضى المادة الثانية يجب على الموكل أن يدفع للوكيل فوائد المبالغ التي أنفقها بسبب وكالته من يوم الاتفاق ودون حاجة الى اعذار كذلك .

٣ - عدم جسدي الاعذار

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

« أ - اذا أصبح تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً 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 واقتضى الوقت دون أن يتم أو كان الالتزام امتناعاً عن عمل وأخل به المدين » . فإذا كان تنفيذ الالتزام محدوداً 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 علا 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 لاتى تترتب على الاعذار

٦١ - اذا أعدر الدائن مدينه في الاحوال ووفقا للشروط التي نص عليها القانون ترتب على ذلك اثاران : 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 دائرته 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 أعدر 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 . مثال ذلك الوديع والمستعير والمستأجر فهؤلاء لا يضمنون هلاك الوديعة أو العارية أو العين المؤجرة ، فإذا أعدر الدائن مدنه بوجوب التسليم تحولت يد الأمانة إلى يد ضمان ، فيصبح المدين ضامناً لهلاك الشيء الذي في عهده ، فيضمن كل من هؤلاء الشيء المودع أو المعار 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 جزاًًا عند العقد ، وقد يحدده القانون مقدماً إذا كان محل الالتزام مبلغًا من النقود . يخلص لنا مما تقدم أن التعويض أما أن يقدر قضاء أو اتفاقاً أو قانوناً . وتتكلم عن كل من ذلك في مبحث خاص .

المبحث الأول التعويض القضائي

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

- « ١ — إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقديره .
- 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 التأخير في استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به .

٣ — فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت .

فيمقتضى الفقرة الثانية من هذه المادة على القاضى أن يتوكى في تقديره للتعويض أن يعوض الدائن عنضرر الذي لحقه وعن الكسب الذي فاته بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه . وهذان هما العنصران الاساسيان فى التقدير القضائى للتعويض . ولتوسيع هذين العنصرين نضرب المثل التالى : موسيقى يتلقى مع متعهد حفلات على احياء حفلة موسيقية فى وقت معين ، ثم لا يحضر لاحياء الحفلة . في هذا المثل على القاضى ، عند الحكم على الموسيقى بالتعويض ، أن يعوض متعهد الحفلات عن النفقات التي أتفقاها في الاستعداد لاقامة الحفلة ، وأن يعوضه أيضاً عن الربح الذي كان يمكن أن يجنيه لو أن الموسيقى نفذ التزامه وحضر لاحياء الحفلة . 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 مدنه نفذ التزامه ، لا إيقاع عقوبة بالمدين . وكل ما زاد على هذين العنصرين يعتبر منفعة غير مشروعة بالنسبة للدائن . 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) . وقد قررت المحكمة للتعويض يعتبر في فرنسا غير خاضع لرقابة محكمة التمييز (٢) .

الضرر الأدبي

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

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

(٢) المرجع السابق ، ص ١٦١ .

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

٦٧ — ويحتاج قسم آخر من الفقهاء ، وخاصة فلاسفة القانون ، على هذا الرأي ويررون أن المصلحة الأدبية مرتبطة غالباً بالمصلحة المادية ، بالرغم من ندرة الحالات التي يحدث فيها ضرر أدبي نتيجة للإخلال بالتزام تعاقدي . ويضربون لذلك مثلاً بالالتزام بتسليم شيء . فالشيء الذي يجب تسليمه يمثل للدائن ، بالإضافة إلى قيمته المالية ، قيمة أدبية (كاللوحات الفنية والأوراق العائلية) . ويترتب على ذلك أن عدم تنفيذ الالتزام بالتسليم يمكن أن يترتب 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 الأدبي الناتج عن الإخلال بالتزام تعاقدي لا تكون مانعاً من الحكم بتعويض هذا الضرر ، إذا كان هذا الضرر موجوداً أو أثبت الدائن وجوده ، ويستشهدون بذلك بوجوب الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية . وحججة أخرى يتمسك بها أنصار التعويض عن الضرر الأدبي هي أنه لأجل أن يكون تعويض الدائن تماماً فمن الضروري أن نسكنه من الحصول على تعويض لجميع الأضرار التي اصابت مصالحه ، مهما كانت طبيعة هذه المصالح . أما الاعتراض بان طريقة التعويض التي يمكننا اللجوء إليها إنما هي تقديره بالتفوّد ، فيليس أقوى في الالتزامات التقصيرية منه في الالتزامات التعاقدية . ففى كلتا الحالتين وجود التعويض ، وإن كان ناقصاً وغير مساو للضرر ، خير من عدم وجوده مطلقاً . وعند

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

أما في العراق ، فقد رأينا أن المشرع العراقي قد أخذ ببدأ التعويض عن
الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية دون التعاقدية .

وقت تقدير الفرر

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 يسكن أن يكون فيه لو أن المدين نفذ التزامه . ومع ذلك اذا
نشأ عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه ضرر يزداد مع مرور الزمن ، بالنظر
لارتفاع اسعار المواد الاولية أو الابدي العاملة مثلا ، جاز للقاضي أن يزيد
في التعويض بالنسبة التي يتزايد بها الفرر . وعليه فان على القاضي في
مثل هذه الحال أن يقدر التعويض بالنسبة ليوم أصدار القرار . وهذا من
الامور المتفق عليها فقها وقضاءً في فرنسا (٢) .

٦٩ — والقاعدة العامة في التقدير القضائي للتعويض ، أن القاضي
يجب أن يقدره ببلغ من التقادم . ومع ذلك قد يكون التعويض أحيانا غير
تقدي . ففي دعاوى القذف والسب يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل
التعويض نشر الحكم القاضي بادانة المدعى عليه في الصحف ، وهذا النشر
يعتبر تعويضا غير تقدير عن الضرر الأدبي 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 إلىدائنه في حالة عدم تفيذه لالتزامه أو في حالة تأخره في تفيذه . وهذا الشرط صحيح وملزم للطرفين لعدم مخالفته للنظام العام . ويسمى هذا الشرط في اللغة القانونية بالشرط الجزائي *Clause pénale*

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

فائدة الشرط الجزائي

٧١ — ويلجأ المتعاقدون إلى الشرط الجزائي 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 ثباتات الضرر الذي يصبه عند اخلال مدينه في تنفيذ التزامه .

أمثلة

٧٢ — والأمثلة على الشرط الجزائي كثيرة متعددة في الحياة العملية . فغالباً ما نشاهده في المقاولات ، سواء بين الأفراد أو مع المصالح الحكومية . فرب العمل يشترط دائناً على المتعهد 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 المناقصات التي تعلنها المصالح العمومية للقيام بالاشغال العامة ، كتبليط الشوارع ، وإنشاء الجسور ، واقامة المصانع ، وشق الترع الخ . . . تضع الدائرة الحكومية المختصة شرطا جزائية تلزم بمقتضاه الشخص الذي ترسو عليه المناقصة بدفع مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه عن انجاز وتسليم العمل الذي تعهد بإنجازه . . وفي عقد الإيجار يفرض المؤجر على المستأجر شرطا يلتزم بمقتضاه هذا الأخير بدفع مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه في إخلاء العين المؤجرة .

الفقه الاسلامي

٧٣ - ويعرف الفقه الاسلامي الشرطالجزائي ، ففى فقه الشيعة جاء فى كتاب « من لا يحضره الفقيه » لابن بابويه القمي (ج ٣ ، ص ١٣) : « روى منصور بن يونس عن محمد الحلبى قال : كنت قاعدا عند قاض وعنده ابو جعفر عليه السلام جالس فاتاه رجلان فقال احدهما انى تكاريت ابل هذا الرجل ليحمل لى متاعا الى بعض المعادن ، فاشترطت اذ يدخلنى المعدن يوم كذا وكذا لان بها سوقا اتخوف اذ يفوتنى ، فان احتسبت عن ذلك حططت من الكراء عن كل يوم احتسبته كذا وكذا وانه جبى عن ذلك الوقت كذا وكذا يوما . فقال القاضي : هذا الشرط فاسد وفه كراءه . فلما قام الرجل أقبل الي أبو جعفر عليه السلام وقال : شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه » . وواضح جدا ان الشرط الذى اشترطه صاحب المتاع على المكارى (أي الناقل) انسا هو تطبيق لفكرة الشرط الجزائى . فهو يتضمن الزام المدين (المكارى) بدفع مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه في تنفيذ التزامه ، وهذا المبلغ يحط من الاجرة . أما ماذهب اليه أبو جعفر عليه السلام ، من ضرورة عدم حط جميع الكراء (أي الاجرة) ، فيمكن تفسيره بأنه حتى لا يؤدي ذلك الى أن يصبح نقل المتاع مجانا بدون مقابل .

شروط استحقاق التعويض المقدر في الشرط الجزائى

٧٤ - ويشترط لاستحقاق المبلغ الذى قدره العاقدان 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 . ويشرط 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 جزاف للتعويض أي لا يجوز للقاضي أن يزيّو 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 المتعاقد على تنفيذ الالتزام الاصلي . وعلى ذلك فالشرط الجزائي لا يقصد لذاته ، فهو لا يعتبر محل لالتزام اصلي ، بل مجرد تعويض قدره المتعاقدان مقدما .

نتائج

٧٧ — ويترب على الصفة التبعية للشرط الجزائي النتائج التالية :
 (الموجز ج ٢ - ٣٤)

١ - بطلان الالتزام الاصلي يؤدي الى بطلان الشرط الجزائي . فالشرطالجزائي 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 الشرطالجزائي لا يؤدي الى بطلان الالتزام الاصلي ، اذ أن الشرطالجزائي تابع وفرع ، ويمكن سقوط الفرع معبقاء الاصل .
٣ - اذا طلب الدائن فسخ العقد لعدم تفيذ المدين لالتزامه واجبه المحكمة الى طلبه ، فانه لا يستطيع ان يطالب ببطلان الشرطالجزائي ، وذلك لأن الفسخ يزيل حكم العقد باثر رجعي 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 بالشرطالجزائي . فالالتزام الاصلي هو اللازم ما دام ممكناً . وبهذا المعنى قضت محكمة الاستئناف المختلطة في مصر في حكم لها صادر في ١٩٢٧ كانون الثاني ١٩٢٧ بأنه : « فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين بالالتزام الاصلي مادام تفيذه ممكناً . كذلك لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الاصلي » (١) . فإذا أصبح تفيذ الالتزام الاصلي مستحيلاً بخطأ المدين ، أو ممكن الدائن أن يطالب بالشرطالجزائي وأمكن للمدين أن يعرضه على الدائن . أما إذا أصبح هذا التنفيذ مستحيناً بسبب أجنبى فقد اتفقى الالتزام ، ولا يجوز عندئذ للدائن المطالبة بالشرطالجزائي ، لأن هذا الشرط ليس إلا تقديراً لتعويض مستحق ، وهنا لا يستحق الدائن تعويضاً ما .

٥ - ويترتب على الصفة التبعية للشرطالجزائي كذلك انه ليس بالتزام تخيري ولا بالتزام بدلي . فهو ليس بالتزام تخيري لأن محل الالتزام

(١) نقل عن السنهورى ، المرجع السابق ، ف ٤٨٧ .

التخييري متعدد ولكن ذمة المدين تبرأ بالوفاء باحدها . أما في الشرط الجزائري ، 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 الجزائري ، فهو لا يستطيع أن يعرض الا تنفيذ الالتزام الاصلي اذا كان ممكنا . أما أن الشرط الجزائري ليس التزاما بديلا ، فلان محل الالتزام في الالتزام البديلي واحد غير متعدد ، ولكن المدين يستطيع اجبار الدائن على قبول شيء اخر عوضا عن المصل الاصلي للالتزام . أما في الشرط الجزائري 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 للشرط الجزائري أن الالتزام المصحوب به هو التزام متعلق على شرط ، بل هو التزام بسيط . أما الالتزام الوارد في الشرط الجزائري فإنه التزام متعلق على شرط ، والشرط هنا هو استحالة تنفيذ الالتزام الاصلي بخطأ المدين (١) .

حكم الشرط الجزائري في عقد وارد على عقار اذا لم يسجل العقد في دائرة

الطابو

٧٩ — وما حكم الشرط الجزائري 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 لملكية عقار لا ينعقد الا اذا روئت 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 لملكية 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) بلانديول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ص ١٨٠ ، مع المراجع المشار إليها 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 الازام بالتعويض اذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط » . ولكن يلاحظ هنا أن النص اقتصر على القول : « .. يقتصر على الازام بالتعويض .. سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط » . ويدعى 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 بانضرر الذي أصابه أكبر من مبلغ الشرط الجزائي ، وقد يدعى المدين بانضرر 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 تحيز للمحكمة الزيادة والنقصان في مقداره ، تجنبنا الدخول في محاكمات ومناقشات طويلة ، وتعيين خبراء لتقدير الضرر المطالب بالتعويض عنه وبذلك أيضا نجنب الدائن عبء إثبات الضرر ، اذ يقع عبء اثباته في المسؤولية التقصيرية على عاتقه . ثم أن نص المادة (١١٢٧) نفسه يساعد على ذلك ، فهو يسلم ببدأ التعويض . أما العبارة الاخيرة من هذه المادة : « .. سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط » فانها سيئة الصياغة ، وكان خيرا منها العبارة التالية : « .. ولو لم يشترط التعويض في التعهد » . وهذا ، على ما نعتقد ، هوقصد الحقيقي للمشرع . أما القول بأنه لما كان العقد قبل التسجيل غير

(١) الدكتور حسن علي الذنوبي ، أحكام الالتزام ، ص ٤١ .

منعقد فالشرط الجزائي باطل ، فيمكنا الرد عليه بان الاتفاق الذي 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 موفقة ، هي عبارة 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 ينقل 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 الجزائي .

المبدأ الثاني - الشرط الجزائي 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 » . ويتربى 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 الاخلال به ناتجا عن سبب أجنبي لابد للمدين فيه ، فلا يستحق الشرط الجزائي . وفي هذا المعنى قضت محكمة تمييز العراق في حكم لها صادر في ١٠ نيسان ١٩٥٨ (رقم ٣٥٤ - ح)

بأنه : « اذا تذرع بتنفيذ الالتزام تعدرا 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 الملزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه . وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملزم في تنفيذ التزامه » . أما المواد الأخرى التي تحيل اليها المادة (١٦٨) فتسكلم عن ضرورة الاعذار وكيفيته والحالات التي لا ضرورة فيها للاعذار لاستحقاق التعويض . وقد سبق أن رأينا ذلك عند كلامنا عن التعويض القضائي .

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 ١٩٣٢ ، بأنه : « تبين ان المائة روبيه المشروط اعطاؤها الى المستأجر عند عدم تسليم المفاتيح اليه في الوقت المعين هي عبارة عن ضمان (تعويض اتفاقي) كما يفهم من مدرجات ورقة الابيغار ، وان طلب الضمانة لا يسمح به بدون سحب الانذار وذلك نظرا الى المادة (١٠٦) من أصول المحاكمات الحقوقية ، ولما لم يسحب الميز عليه الانذار على الميز بخصوص المطالبة بهذه الضمانة فاصدار الحكم بتضمين الميز بالمائة روبيه بدون سحب الانذار كان مخالفا للقانون » (١) .

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

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

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 بالبلوغ المتفق عليه بدون زيادة أو تقصان ، ولو لم يحصل ضرر . وقد سبق أن قلنا أن المشرع资料 لم يأخذ بهذا المبدأ . فقد سبق أن رأينا الفقرة الثانية من المادة (١٧٠) من القانون المدنى لا تجعل الشرط الجزائى مستحقا اذا أثبت المدين أن الدائن لم يصبه أي ضرر .

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

أما فى مصر ، فالقضاء المختلط كان متربدا فى ذلك حتى صدور حكم الدوائر المجتمعـة لمحكمة الاستئناف المختلطة فى ٩ شباط ١٩٢٢ ، الذى 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 المجتمعـة لمحكمة الاستئناف الاهلية فى ٢ كانون الاول سنة ١٩٢٦ . وقد اشترط هذا الحكم وجود الضرر للحكم بالشرط الجزائى ، وأجاز للقاضى أن يعدل فيه بما يجعله متناسبا مع الضرر العاصل . وقد جاء فى هذا الحكم : « ٠٠٠ فتى توافرت هذه الشروط (شروط الحكم بالتعويض) وجب على القاضى أن يحكم بمقدار التضمين الذى قرره المتعاقدان عند اتفاقهما ، وليس له أن يقضى بأقل 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 للتعهد إليه ، وبعبارة أخرى إذا ثبت أن الشرط الجزائري إنما هو في الواقع ونفس الامر شرط تمديدي ليس الا – وهذا أمر واقع محسن وخاصة بكل قضية على حدتها – فإن له في مثل هذه الحالة فقط أن يتمتع عن التصديق على هذا التعويض الجائز ، وإن يقدر هو حسب ما يظهر له من ظروف ووقيع في الدعوى ٢٠٠)^(١) .

يظهر لنا مما تقدم التدرج في موقف القضاة في كل من فرنسا ومصر : فالقضاء الفرنسي لا يجيز تعديل الشرط الجزائري ولا يتشرط وجود الضرر ، والقضاء المختلط ، قبل الغائه ، لا يجيز تعديله ولكن بشرط وجود الضرر ، بينما القضاء الأهلي يجيز التعديل ويشرط وجود الضرر .

القانون المدني العراقي

٨٤ — وقد أخذ القانون المدني العراقي بالرأي الذي ذهب إليه القضاء الأهلي في مصر ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٧٠) ، بعد نصها على عدم استحقاق الشرط الجزائري إذا ثبتت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، على أنه : «ويجوز تخفيضه إذا ثبتت المدين أن التقدير كان فادحاً» . وقد وصفت المادة التقدير بكلمة «فادحاً» ، وهذه صياغة سيئة ، فقد كان الأفضل وصف التقدير بعبارة : «إذا كان مبالغًا فيه إلى درجة كبيرة» . وهذا هو التعبير الذي استعمله القانون المدني المصري (٢٢٤م) . هذا وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة (١٧٠) نفسها تخفيض الشرط الجزائري في حالة ما إذا كان الالتزام قد تقد في جزء منه .

الزيادة في الشرط الجزائري

٨٣ — وقد أجازت الفقرة الثالثة من المادة (١٧٠) المتقدمة الزيادة في الشرط الجزائري إذا ارتكب المدين غشًا أو خطأ جسيماً . فقد نصت على أنه : «أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب

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

بأكثر من هذه القيمة الا اذا أثبتت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً» .
ففي غير حالة الغش والخطأ الجسيم على الدائن أن يكتفى ببيان الشرط
الجزائي . فإذا كان الالخلال بالتنفيذ فاشئاً عن خطأً جسيم أو غش صادر من
المدين جاز للمحكمة، بناء 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 إنما 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 الفرامات التهديدية أو التهديد المالي . وسنميز أيضاً
بينه وبين هذه الفرامات .

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 جزء للعدول عن العقد
كان لكل منهما حق العدول . فان عدل من دفع العربون وجب عليه تركه ،
وان عدل من قبضه رده مضاعفاً » . فالفقرة الثانية من هذه المادة تعين 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 . يسكن
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 فتقدير تعويض عن ضرر قد يقع . ويترب على كون العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد ، ان الالتزام بدفع العربون يظل قائما ولو لم يترتب على العدول عن العقد أي ضرر . أما الشرطالجزائي فلا يستحق الا اذا وقع ضرر للدائن ، كما سبق أن رأينا .

٢ - العربون لا يجوز تخفيفه ، 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 تخفيفه حتى يتناصف مع الضرر .

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

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

عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن المتعاقدين قصدوا به أن يكون البيع تماما منجزا بشرط جزائي ، ولم يقصدوا به أن يكون بيعا بعربون أو بيعا معلقا على شرط فاسخ .

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

٢ - تمييز الشرط الجزائي من التهديد المالي

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

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

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

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

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

٥ - التهديد المالي يقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يدخل فيها المدين بتنفيذ التزامه . أما الشرط الجزائي فلا يقدر على هذا النحو إلا إذا كان تعويضا عن تأثر المدين في تنفيذ التزامه ، فإذا كان تعويضا عن عدم التنفيذ فإنه يقدر عادة جزافا .

٨٧ — تلك هي الفروق بين الشرط الجزائي والتهديد المالي . الا أن الشهمة 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 ففي كلتا الحالتين يبدو أن المبلغ المقدر اثناها وضع للتهديد أكثر مما وضع للتعويض عن الضرر . وفي كلتا الحالتين يخفض القاضي هذا المبلغ المقدر : في الغرامة التهديدية عند ما يحولها الى تعويض نهائى ، وفي الشرط الجزائي عند ما يرى أن قدر الطرفين كان فادحا ، أو مبالغ فيه الى درجة كبيرة . ولكن الذي يميز بين الوضعين في مثل هذه الاحوال أن الغرامة التهديدية حكم يصدر من القاضى ، أما الشرط الجزائي فاتفاق 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 أما 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 الأولى تكون أمام شرط جزائي ، أما في الحالة الثانية ف تكون 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 المنقول على هذا المبلغ . أما اذا قل الضرر عن هذا المبلغ ، فأن التعويض يجب تخفيضه .

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

والفارق بين الشرط الجزائي وشرط الحد الاقصى للمسؤولية هو أن هذا الاخير يجوز تخفيفه ، أما الشرط الجزائي ، فقد سبق أن رأينا القضاء الفرنسي ، أخذنا ببدأ 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 تخفيفه ، 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 مبلغا من النقود وقت نشوء الالتزام . والتعويض الذي يقدر 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 تطبيقا لنظرية التعويض القانوني . ونحن نخالف ما يذهب اليه هؤلاء الفقهاء ، ولا نرى في حوادث العمل تطبيقا لنظرية التعويض القانوني . وحيثنا في ذلك أن التعويض الواجب للعامل نتيجة اصابته بضرر ناشيء 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 لمصلحة رب

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

العمل ، فلستنا أمام تأخر في التنفيذ بل أمام قاعدة « الغرم بالنفس » ، 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 مبلغًا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً أن يدفع للدائن على سبيل التعويض فوائد قانونية .. ». وهذه 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 يبلغ من النقود معلوم تأخر رب العمل في الوفاء به . وعلى ذلك فاتنا نرى أن الكلام عن حوادث العمل يجب أن يكون عند شرح تشريع العمل ، لا عند الكلام عن التعويض القانوني الذي يستحقه الدائن عند تأخر مدينه 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 لتحقيق مسؤولية المدين وهي : خطأ وضرر وعلاقة سبية 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 السبية ، افترض القانون

وجودضرر 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 التجارى تاريخاً آخر لسريانها . وهذا كلّه ما لم ينص القانون على غيره » . ومن هذه المادة نستطيع أن نعرف الشروط الازمة 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

٩٣ - وهذا الشرط نصت عليه العبارة الأولى من المادة (١٧١) المقدمة 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 ارادة منفردة أو كسباً غير مشروع الخ مثال ذلك التزام المقرض برد المبلغ المقرض ، والالتزام المشتري بدفع ثمن البيع 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 تطبق 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 التواعد العامة في التعويض عن عدم التنفيذ ، والتي سبق أن رأيناها عند دراسة التنفيذ بمقابل . ولا يجب على المحكمة في مثل هذه الاحوال 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 المبيع 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 : « للملك الذى اغتصب ملكه واضيف إلى المنافع العامة بغير اتباع الاجراءات القانونية لنزع الملكية حق مطالبة الحكومة بفائدة تعويضية مقابل ريع الأرض التى انتزعت ملكيتها منه جبراً عنه ، وللحكمة الموضوع حق تقدير هذه الفائدة على الوجه الذى تراه غير مقييدة في ذلك بالقواعد القانونية الخاصة بفوائد التأخير »^(١) . ففى جميع هذه الامثلة لم يكن محل الالتزام مبلغاً من النقود حين نشوئه ، وعلى ذلك فالمحكمة لا تقيد عند تقديرها للتعويض بالحد الأعلى للفائدة القانونية .

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

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

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

الشرط الثاني - تأخر المدين في الوفاء

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

الشرط الثالث - المطالبة القضائية

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

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

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

(الموجز ج ٢ - ٤٤)

بخلاف صحة الدعوى ورفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة

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

فإذا كانت صحيفة الدعوى باطلة ، فقد قضت أحكام لمحاكم المصرية
بان القوائد لا تسرى (١) .

أما رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، فالاتجاه الغالب في القضايا
المصرية يذهب إلى عدم سريان القوائد . وفي فرنسا كانت المادة (١١٥٣) من
القانون المدني الفرنسي تشترط المطالبة القضائية بالقواعد ، ولكن هذه
المادة عدل سنة ١٩٠٠ . ويقضي النص الجديد لهذه المادة بان الانذار
بدفع أصل الدين يكفي لسريان القوائد . وقد صار القضاء
الفرنسي بعد هذا التعديل يعتبر رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة مساويا
للانذار ، وبناءً عليه يكفي لسريان القوائد . وصار الفقه الفرنسي
يعتبر صحيفة الدعوى الباطلة لعب في الشكل كافية لسريان القوائد ، إذا
توافرت فيها العناصر الالزمة لتكوين الانذار (٢) .

استثناء

٩٧ — غير أن القاعدة التي تقضي بان المطالبة القضائية ضرورية
لاستحقاق القوائد ليست من النظام العام ، وبناء عليه يجوز مخالفتها . وقد
تكلفت المادة (١٧١) نفسها ببيان الاحوال التي يجوز فيها مخالفة هذه
القاعدة . فقد قضت بانه : « ٠٠ ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري
تاريخاً آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » . ومن
قراءة هذا النص يتبيّن لنا أن مخالفة هذه القاعدة أما أن يكون باتفاق خاص

(١) استثناء مختلط في ١٠ كانون الثاني ١٩٢٤ ، نقلًا عن السنديوري .
ص ٨٩٦ ، هامش رقم ٣ .

(٢) بلانيول وريبير واسمان ، ج ٧ ، ف ٨٨٣ ، ٨٨٥ . بودري وبارد .
ج ١ ، ف ٥١٥ .

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

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

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

وقد ينص القانون نفسه على مبدأ اخر لسريان الفوائد . وهناك نصوص مبعثرة في ثباتي القانون المدني تقضي بذلك ، نذكر منها على سبيل المثال النصوص التالية :

١ - ما قضت به المادة (٩٣٧) من انه : « ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكيل لصالح نفسه وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها » . وما قضت به المادة (٩٤١) من أن : « على الموكيل أن يرد للوكيل ما أتفقاً في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتمد مع الفوائد من وقت الانفاق مهما 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 أعدى المشتري أو سلمه الشيء المبيع وكان هذا قابلاً أن ينفع ثمرات أو ايرادات أخرى وذلك ما لم يوجد اتفاق أو 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 إلى المشتري وكان هذا الشيء من الاشياء المتوجة لثمرات أو 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 الشريك مبلغا من مال الشركة أو احتجزه لزمه فوائد هذا المبلغ من يوم أخذها أو احتجازه دون حاجة الى انذار 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 يتجاوز 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 اشتطرها الدائن اذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الاقصى المتقدم ذكره

تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيف اذا ثبت ان هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقة يكون الدائن قد أدأها ولا منفعة مشروعة ». وهنالك حالة أخرى أجاز فيها المشرع للمحكمة أن تخفض الفائدة أو لا تقضى بها اطلاقا ، وهي حالة ماذا تسبب الدائن بخطأه في اطالة امد النزاع ». وقد نصت على هذه الحالة الفقرة الثالثة من المادة (١٧٣) بقولها : « أما اذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه في اطالة امد النزاع بخطأه فللمحكمة أن تخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا تقضى بها اطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر » .

وعلى العكس من ذلك ، أجاز المشرع الزيادة على مقدار الفوائد اذا كانضرر الذي يصيب الدائن يجاوز الفوائد ، وقد تسبب فيه المدين بفسده أو بخطأه الجسيم ». وقد نصت على هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة (١٧٣) بقولها : « ويجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية أو الاتفاقية اذا ثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بفسده أو بخطأه جسيم » .

الفوائد المركبة

٩٩ - ويقصد بالفوائد المركبة أن تلحق الفوائد التي استحقت ولم تدفع برأس المال لتصبح جزءاً منضما إليه ، تنتج ، كما يتضح رأس المال الأصلي ، فوائد قانونية أو اتفاقية ». وقد وقف القانون المدني العراقي بالنسبة لهذا النوع من الفوائد موقفا أكثر امعانا في الاحتياط والشدة من موقفه بالنسبة للفوائد البسيطة .

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

وقد منعت المادة (١٧٤) مدني صراحةأخذ 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 . ويسكن تلخيص هذه الخصائص بثلاث :

- ١ — أن القانون تولى بنفسه تقدير التعويض .
- ٢ — أن القانون افترض وقوع الضرر على الدائن افتراضا لا يقبل إثبات العكس ، واعفاءه 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 لقواعد العامة التي سبق ذكرها 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 تأخير المدين في الوفاء ببلوغه من النقود هو صعوبة تقدير مقدار الضرر الذي يصيب الدائن . فالنقود يمكن استغلالها دائمًا ، ويسكنها أن تعطي ثمرة

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

الخصيصة الثانية – افتراض الفرر

١٠٣ – نصت الفقرة الاولى من المادة (١٧٣) مدنى على انه : « لا يشترط لاستحقاق القوائد التأخيرية ، قانونية كانت أو اتفاقية ، ان يثبت الدائن أن ضررا قد لحقه من هذا التأخير » . وبهذا أعنى المشرع الدائن بمعنى من التقادم الذي يطالب مدنه بتعويض عن تأخره في تنفيذ التزامه من إثبات 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 تشرط 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 الاعنار

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 اعدان مدنه 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 يقلله الى أقل حد ممكن .

١٠٥ - بهذا ننتهي من الكلام عن التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل . وننتقل الان الى الكلام عن الضمان الذي يتسع به الدائنون 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 ذمتيين ماليتين لا علاقة بين شخصين : دائن ومدين . فلم يعد 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 تمهد به يستطيع الحصول على حقه من العناصر الموجبة الموجودة في ذمته المالية .

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

١ - طرق تحفظية

١٠٩ - ف منها ما 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 او عليه . ومثالها أيضا قطع التقادم وقيد الرهن وتتجديد القيد الخ . . . فاذا كان للمدين حق يوشك أن يسقط بالتقادم ، فمن مصلحة الدائن أن يقطع هذا التقادم ، وذلك لابقاء الحق في ذمة مدینه المالية . و اذا كان للمدين حق رهن على عقار ولكنه لم يسجله ، فمن مصلحة الدائن أن يسجل هذا الرهن قبل أن يرهن مالك العقار عقاره لدى شخص اخر ويقوم الدائن الجديد بتسجيل حق الرهن فيتقدم بذلك على الدائن الاول الذي هو المدين بالنسبة للدائن الذي يطلب تسجيل حق الرهن ، الخ . . . ودراسة هذه الوسائل تدخل في موضوع قانون المرافات ، وعليه فسوف لا تكلم عنها .

٢ - طرق تنفيذية

١١٠ - ومن هذه الوسائل ما يرمي الى تمكين الدائن من استيفاء حقه ، وذلك عن طريق الحجز على أموال مدینه ويعها 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) . ودراسة هذه الوسائل تدخل في دراسة قانون التنفيذ ، وعليه فسوف لا ندرسها كذلك .

٣ - طرق وسط

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

التغلب على اهمال مدينيهم 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 جميعها
ضامنة للوفاء بدعونه » . 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 الافضلية والتقدم على بقية
الدائنين . مثال ذلك حقوق الرهن والامتياز والاختصاص الخ . وقد نصت
على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة (٢٦٠) نفسها بقولها : « وجميع
الدائنين متساوون 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 إلى
ضياع بعض حقوقه ، بان سكت عن المطالبة به مثلاً ، كان لكل دائن أن
يبادر بنفسه حقوق مدینه نيابة عنه ، بدعوى خاصة تسمى الدعوى غير
المباشرة ، وبذلك يحافظ على ضمانه العام تميذاً للتنفيذ بحقه بعد ذلك .

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

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

١١٥ — وقد يفلس المدين ويغاف دائنه أن يعمد الى تهريب أمواله أو اخفائها باز يجعلها باسم غيره ، وكان لخوفهم أسباب معقولة ، في هذه الحالة يستطيع الدائنو أن يطلبوا من المحكمة ايقاع العجر عليه ومنعه من التصرف بأمواله . وهذه الوسيلة تسمى : العجر على المدين المفلس .

١١٦ — وأخيرا قد يكون محل التزام المدين الذي يطالبه دائه بتنفيذ التزامه بين يديه (أي بين يدي المدين) ، ولكن دائه 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 الى اخراج بعض أمواله من ذمته المالية بتصرف صوري . فيجوز للدائنين 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 أيضا .

ونعالج الوسائل المتقدمة بفرع اربعة كما يلى :

١ — الدعوى غير المباشرة .

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

٣ — العجر على المدين المفلس .

٤ — حق الحبس .

الفرع الأول

الدعوة غير المباشرة

١١٨ — اذا أصبح الانسان في وضع مالي سيء وارتديونه على

حقوقه ، فمن المحتل أن يهمل في المطالبة بماله من حقوق على الغير أو يتعد ذلك ، لعلمه مقدماً بأنها ستذهب إلى دائرته ولا يستفيد هو منها شيئاً إذا حصل عليها ، لأنها ستتدخل في ذمته المالية التي هي الضمان العام للدائرين فيحصل عليها هؤلاء الدائرون دونه . لذلك كان من اللازم منح الدائرين طرقاً يتقدون به تأثير اهمال مدينهم وغضبه . والطريق الذي منحه القانون للدائرين في مثل هذه الحالة هو أن يقيموا الدعوى باسم مدينهم للمحافظة على حقوق هذا الأخير من الضياع ، وبالتالي لادخال هذه الحقوق في ضمانهم العام . والدعوى التي يستطيع الدائرون اقامتها باسم مدينهم تسمى بـ « الدعوى غير المباشرة » . وهي أنها سميت كذلك لعدم وجود رابطة قانونية مباشرة بينهم وبين مدين مدينهم ، فالعلاقة التي تربطهم بهذا الأخير أنها تمر بمسدينهم ، فالرابطة غير مباشرة ، وعليه فالدعوى غير مباشرة . فإذا كان زيد دائننا لعمرو وكان عمرو دائننا لبكر ولكنه لا يطالبه بماله في ذمته ، وكان يخشى اعسار عمرو ، أو زيادة اعسارةه 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 جسيماً 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 نياية قانونية . وهذا ما وأشارت 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 نياية من نوع خاص . فالاصل في النيابة أن تكون لمصلحة المتوب 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 يعني 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 تفضليها ، وهي حجز ما للدين لدى الغير . فإذا كان دين الدين لدى الغير مبلغا من النقود (وهذه 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 إياه في ما حصل عليه ، لأن 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 ... أن يستعمل حقوق هذا الدين الا ما اتصل منها بشخصه خاصة أو ما كان منها غير قابل للحجز ... » . فهذه المادة تحدد بوضوح المجال الذي يمكن استعمال الدعوى غير المباشرة فيه . فبمقتضاه يجوز استعمال جميع الحقوق

التي للمدين . ولكن المادة استثنى 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 أنه يخرج عن نطاق الدعوى غير المباشرة الرخص ، والدعوى والحقوق غير المالية ، والحقوق المالية التي لا يجوز 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 إلى مطلق تقدير الشخص ، وهو لا يمثل قيمة مالية وإن كان من الممكن أن تكون له آثار تزيد أو تنقص من ذمة صاحبه المالية . مثال ذلك حق الشخص في قبول صفقة تعرض عليه أو رفضها ، وإن كانت رابحة . ومن أمثلة الرخص أيضاً حق الإنسان في إدارة أمواله بالصورة التي يريتها ، حسنة كانت هذه الإدراة 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 الرخص فانتا تكون قد سمحنا له بالتدخل في شؤون مدينه .

٢ - الدعوى والحقوق غير المالية

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

نفقة هذا الولد . وليس للدائن كذلك أن يطلب باسم مدینه انفاص نفقة قدرت لزوجة المدين أو لأحد أقاربه . ولا يجوز للدائن كذلك أن يرفع باسم مدینه دعوى نسب ، حتى لو كانت هذه الدعوى تؤدي إلى أن يثبت للدين ميراث أو وصية أو وقف . ولكن لما كان يجوز للورثة أن يطالبوا بميراث مورثهم ولو اقتضى الامر أن يثبتوا نسبه ، فلدائني الورثة أن يرفعوا هذه الدعوى باسم مدینهم ، لأن القضية تصبح قضية ميراث لا قضية نسب (١) .

٣ - الحقوق المالية التي لا يعترف القانون بالحجز عليها

١٢٥ سبق أن قلنا ان الحكمة من الدعوى غير المباشرة هي المحافظة على ذمة المدين المالية التي هي الفسقان العام للدائنين ، وذلك تمهدًا للحجز على الحق الذي يعيده الدائن إلى ضمانه العام . فإذا كان الحق الذي يريد الدائن ارجاعه إلى ذمة مدینه لا يمكن الحجز عليه ، فلا تكون له مصلحة في إقامة الدعوى غير المباشرة ، إذ سوف لا يستطيع استيفاء حقه منه ، فتتعدم بذلك الحكمة التي من أجلها أجاز القانون للدائن أن يتدخل في شؤون مدینه . ومثال الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها حق السكنى وحق الاستعمال ومرتبات الموظفين (إلى حد معين) وديون النفقة . فتخرج هذه الحقوق عن نطاق الدعوى غير المباشرة .

٤ - الحقوق المالية المتصلة بشخص المدين

١٢٦ - وإلى هذا النوع من الحقوق وأشارت المادة (٢٦١) المتقدمة بنصها على أنه : « يجوز لكل دائن ... أن يستعمل حقوق مدینه إلا ما اتصل منها بشخصه خاصة ... » . ولم تبين هذه المادة ما هي الحقوق المتصلة بشخص المدين وما هي الحقوق غير المتصلة بشخصه . والحقوق التي تشير إليها هذه المادة هي حقوق مالية يؤدي استعمالها إلى زيادة العناصر الموجبة في ذمة المدين المالية ، وبالتالي إلى زيادة الفسقان العام . ولكن نظراً لاتصال

(١) السنوري ، ص ٩٦٥ - ٩٦٦ ، مع المراجع المشار إليها في هامش رقم ١ ، ص ٩٦٦ .

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 لانه 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
بالنيابة 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 بالنيابة 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) بلاندول وريبير واسمان ، ج ٧ ، ف ٩٠٤ . بلاندول وريبير وبولانجييه
ج ٢ ، ف ١٣٩٣ . السنئوري ، ج ٢ ، ص ٩٦٦ . أبو سليم . ص ٤٦٥
الذنوبي ، ص ٦١ - ٦٢ .

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

المطلب الاول

الشروط التي ترجع الى الدائن

١٢٩ - يشترط في الدائن ، لايستطيع استعمال الدعوى غير المباشرة ،
شرطان :

- ١ - ان يكون حقه خاليا من النزاع .
 - ٢ - ان يكون له مصلحة في رفع الدعوى .
- ونرى كلاما من هذين الشرطين على حدة .

الشرط الاول - 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 المحق 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 المحق المستحق الاداء هو المرتبة الثالثة من الحقوق . فإذا كان الحق مستحق الاداء ، فقد يكون واجب التنفيذ ، لأن يكون ثابتا في حكم اكتب الدرجة القطعية أو في عقد رسمي عليه الصيغة التنفيذية ، وقد يكون غير واجب التنفيذ . والحق الواجب التنفيذ هو أقوى أنواع الحقوق .

والشرط الذي اشترطته المادة (٢٦١) لاستعمال الدعوى غير المباشرة هو أن يكون حق الدائن مؤكدا ، أي خاليا من النزاع ، فلم تشرط 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 - ٥٠)

طبيعة الدعوى غير المباشرة ، فهي لما كانت اجراءا وسطا بين الاجراءات التحفظية والاجراءات التنفيذية ، فلا يكفي في حق الدائن أن يكون مؤكدا كما لا يتشرط فيه أن يكون واجب التنفيذ ، بل يجب أن يكون مستحق 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 محققا ومقدرا ومستحق الاداء ^(١) » . وعلى ذلك لا يجوز لمن كان حقه غير متحقق أو غير مقدر ، أو مقتربا بأجل أو معلقا على شرط ، أن يستعمل هذه الدعوى ^٠

١٣٢ — 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 ، أموالا لافائدة له منها في الحال ، أذلا يستطيع أن يأخذ منها حقه ، وهي لن تقييد إلا غيره من الدائنين . كما أنه ليس من العدل أن نجرد المدين من حرية مصلحة دائن لا يصيبه ضرر في الوقت الحاضر ، وهو في الوقت ذاته لا يستطيع أن يطالب بشيء ، يمكنه أن يحصل على حقه عندما يحل أجله ^(٢) ^٠

١٣٣ — وقد شذ عن هذا الاجماع الاستاذان كولان وكابيتان . وهما يقولان في الرد على بقية الفقهاء : « يزعم القائلون بالرأي السابق أن استعمال الدعوى لم ين كأن حقه مؤجلا أو معلقا على شرط عديم الفائدة له لانه لا يستطيع أن يحصل على حقه منه . ولكن هذا القول غير مقنع ، فللدائنين المعلم حقه على شرط أو المترتب بأجل مصلحة في منع اختفاء مال من أموال مدنه ، فهو قد يستطيع أن يستوفي حقه منه » ^(٣) ^٠

(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 انتساباً 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 مال المدين مدينه لدى الغير أو جدد قياداً ليحتفظ بحق رهن لمدينه ، وقد تكون أقوى من عمل تحفظي ، كما إذا طال 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 ننظر إلى الدعوى غير المباشرة من ناحية علاقة الدائن بهذا المدين ، لامن ناحية علاقة المدين بمدين المدين . والدعوى من الناحية الأولى إجراء تحفظي كما قدمنا ، فيكتفى 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 تقتضيه الإجراءات التي يتخذها الدائن ، فإن كانت هذه الإجراءات تحفظية فإنه يكتفى أن يكون الحق خالياً من النزاع ، وإذا كانت تنفيذية فإنه يجب أن يكون الحق قابلاً للتنفيذ . وينبني على هذا الرأي الذي يقول 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 موقوفا 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 يتفق مع العمل
الذى يقوم به الدائن ، فتارة يکفى فيه أن يكون خاليا من النزاع اذا اقتصر
الدائن على القيام باعمال تحضيرية ، وطورا يجب أن يكون مستحق الاداء اذا
قام الدائن بأعمال مطالبة بحق حال ، وأخرى يجب أن يكون قابلا للتنفيذ
اذا قام الدائن باعمال تنفيذية » (١) .

ومهما يكن من الامر ، فان القانون 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 مقتضاه 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 باسسه 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
الذى يقاضيه الدائن . وتحقق مصلحة الدائن اذا ثبت ان المدين مهملا في
استعمال حقوقه لدى الغير ، وان هذا الهملا يسبب ضررا للدائن ، لأن
أموال المدين الأخرى لا تکفى لسداد ما عليه من ديون .

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

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

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

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

١٣٨ — ولكن اذا كان المدين موسرًا ولكن سكوته في المطالبة بحقه يجعله
معسرا ، وكذلك اذا كان معسرا وكان سكوته في المطالبة بحقه يزيد اعساره ،
فالضرر يتحقق . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٢٦١) بقولها : « .. ولا
يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا ثبت 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 معسرا 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 . ويتحقق هذا الغرض في الحالة
التي يكون فيها للمدين لدى الغير عين مثقلة برهون سابقة تستغرق قيمتها
جميعا ، فلا تعود الدعوى غير المباشرة بمنفعة على الدائن الذي يمارسها .

المطلب الثاني

الشروط 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 يشترط لاستعمال الدعوى غير المباشرة ان يكون الدين الدائن سابقا في تاريخه على الدين مدينه في ذمة الغير ، كما يشترط ذلك بالنسبة للدعوى عدم تفاذ تصرفات المدين في حقوق دائنيه كما سررى .

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) بلانيول وريبير واسمان ، ج ٧ ، ف ٩١٢ .

الدائنين ، والحكم الذي يصدر في مواجهته يكون حجة عليهم جميعا وفقا للقواعد المقررة في حجية الامر القضي^(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 تتنج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون خصما لجميع دائنيه » . ومن قراءة هذه المادة تبين ان الآثار لتي 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 الاصل . والفكرة الثانية التي تقوم عليها الدعوى غير المباشرة هي المحافظة على الضمان العام للدائنين ، وبناء عليه فالثمرة التي تحصل منها لا يستقل بها الدائن الذي أقام الدعوى ، بل يشترك 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 للدائين .

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 ثاب
عنه غيره فيه .

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

ثانيا - آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة لمدين المدين

١٤٨ - لما كان الدائن الذي يرفع الدعوى غير المباشرة على مدين
مدينه ، انما يرفعها نيابة عن مدينه ، فإنه يتعرض لجميع الدفعات التي
يستطيع مدين المدين أن يوجهها إلى دائره ، أي إلى مدين الدائن الذي يقيم
الدعوى غير المباشرة . فله أن يتمسك قبله بجميع سباب اقاضي الدين :
كالوفاء والتجديد والمقاصة والتقادم الخ .. يستوي في ذلك أن يكون
سبب الاقاضي سابقا على رفع الدعوى او لاحقا عليها . وقد قضت محكمة
الاستئناف المختلفة بهذه الخصوص في حكم لها صادر في ١٠ شباط ١٩٣١
بانه : « اذا كان الحق المرفوع به الدعوى غير المباشرة هو حق المشتري في
أخذ البيع 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 طريقا من طرق
الاثبات ما كان للمدين أن يسلكه . ولكن ليس لمدين المدين أن يدفع
دعوى الدائن بدفع خاصه بشخص هذا الدائن ، كوقوع مقاصة بين
الخصم ولدائن شخصيا ، لأن الدائن إنما ينوب عن المدين فلا يتمسك

قبله الا بما يتسمك به قبل المدين (١) .

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

ثالثا - آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للدائن

١٥٠ - سبق أن رأينا المادة (٢٦٢) تنص على انه : « ٠٠٠ وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضمانا لجميع دائئيه » . وعلى ذلك فالدائن اذا نجح في دعواه فهو انما يحفظ حقا لمدينه . فهو لا يستطيع أن يستأثر به ، بل يشاركه فيه بقية الدائين ، لأن الاستئثار بالحق لا يكون الا نتيجة للحجز لا للحكم . فالحكم الصادر في الدعوى لا يقر امتيازا لمن صدر لصالحته .

لذلك ينبغي للدائنين أن يحتاط عند رفع الدعوى باسم مدينه ، فيتتخذ الى 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 يستأثر بها الدائن الذي أقامها ، فان منفعتها قليلة في الحياة العملية . لذلك فالقانون قد منح الدائن في بعض الاحوال دعوى مباشرة يستأثر بشرتها . دندن على سبيل المثال الدعاوى المباشرة التالية :

١ - دعوى المؤجر قبل المستأجر من الباطن

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

(١) المرجع السابق ، ص ٩٧٤ - ٩٧٥ ، مع الاحكام والمراجع المشار اليها هنـاك .

ثابتًا في ذمته للمستأجر الأول وقت أن ينذره المؤجر ولا يجوز له أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأول ما لم يكن تعجيل الأجرة متماشياً مع العرف ومدوناً بسند ثابت التاريخ » . وقد سبق أن رأينا هذه الدعوى في الجزء الأول من هذا الكتاب عند الكلام عن نسبة أثر العقد من حيث الأشخاص *

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

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

٣ - دعوى المقاول الثاني والعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الأول ضد رب العمل

١٥٤ - إذا تعمد 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 . وقد نصت على هذه الدعوى الفقرة الاولى من المادة (٨٨٣) من القانون المدني فقضت بأنه : « يكون للمقاول الثاني وللعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الأول 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 . ويكون لعمال المقاول الثاني مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الاصلي ورب العمل » . وقد سبق أن رأينا هذه الحالة كذلك في الجزء الأول من هذا الكتاب عند الكلام عن نسبة أثر العقد من حيث الأشخاص (١) .

(١) وقبل أن نترك الكلام عن الدعوى المباشرة ، نلقي النظر إلى أن قانون

الفرع الثاني

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 لاحد الاعتراض عليها . هذا ولما كانت ذمة المدين المالية هي الضمان العام الذي يتمتع به الدائنوں لاستحصال حقوقهم ، فإن من الطبيعي أن تؤثر تصرفات المدين على هذا الضمان ، فيقوى أو يضعف تبعاً لما إذا كانت هذه التصرفات مفقرة

الموجبات والعقود اللبناني قد اورد نصا عاماً في الدعوى المباشرة عقب النص الذي اورده في الدعوى غير المباشرة . فقد نصت المادة (٢٧٧) من هذا القانون على انه : « يكون الامر على خلاف ما تقدم (اي 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 يلزمها ان يقسم الرابع بينه وبين سائر الدائنين ، على ان هذه العادلة لا يمكن اجراؤها الا اذا كانت مقررة بنص صريح يفسر بمعناه المقصود » (الدكتور صبحي الحصاناني : في احكام الالتزام في القانون المدني اللبناني ، ص ٥٩ - ٦٠ : السنہوري 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 مدینیتهم ، وعلى ذلك فالنص السابق لا يفيينا شيئاً . بعكس النص على الدعوى غير المباشرة ، فإنه نص عام لا يحيل الى نصوص اخرى ، ويمكن تطبيقه على جميع الحالات التي تتوافق فيها الشروط الالزامية .

أو مكسبة . وقد سبق أن رأينا أن المدين إذا أهمل في المحافظة على حقوقه
اهملا 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 أن الدائنين حين استعمالهم للدعوى غير المباشرة إنما
يعملون باسم مدينيهم وينبئون عنه .

١٥٦ — ولكن ما العمل إذا كنا تجاه عمل ايجابي لا سلبي ، يقوم به
المدين فيؤدي إلى اضعاف الضمان العام للدائنين ؟ مثال ذلك أن يهب المدين
عقاراته ، أو أن يبيعه بثمن بخس ، فهل يمكن لدائنيه أن يحتاجوا
على هذا التصرف لاته 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
أو دائنين ما لم يجر عليه أو يشهر افلاسه . ولكن ما القول إذا كان قصد
المدين من التصرف بأمواله تصرفا خارا هو الاضرار بدائنيه ؟ هذا مدين
ارتبت ديونه على حقوقه وأصبح قاب قوسين أو أدنى من الانفلاس ، ويرى
أن أمواله جميعا ستذهب للوفاء بحقوق دائنيه ، فيعمل على تهريبها ، وخاصة
الاموال غير المقوله ، بأن يهبها من أولاده أو أقاربه ، أو بأن يبيعها بثمن
بخس من صديق له ، على أن يقوم هذا الصديق أو ذاك القريب باعادتها اليه
فيما بعد . ماذا يستطيع الدائن أن يفعل أمام هذا التصرف الذي افتر به
مدينه نفسه فاضعف بذلك الضمان العام الذي منحه القانون اياه ؟ اذا ثبت
أن المدين كان يوم من وراء تصرفه الاضرار بدائنيه ، فإن هؤلاء يستطيعون
الطعن بهذا التصرف ولهم أن يطلبوا عدم انصراف أثر تصرف مدينيهم اليهم .
والطريق الذي يستطيعون به الوصول إلى ذلك هو دعوى خاصة تسمى
بدعوى عدم تقاد تصرف المدين في حق دائنه . ويطلق على هذه الدعوى اسم
الدعوى البولصية ، نسبة إلى القاضي الروماني *Préteur* بولص الذي اتبه إليها
ومنحها للدائنين في حالة قيام مدينيهم بمثل هذه التصرفات . ولكن نسبتها

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

دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في الفقه الإسلامي

١٥٧ — ويعرف الفقه الإسلامي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه . فقد ذهب الإمام مالك وبعض فقهاء المذهب الحنفي إلى أن المدين إذا سترغت أمواله بالديون فلا تصح عقوده التي فيها تبرع ، كالهبة والبيع بالمحاباة وما شبه ، إلا ما جرت العادة بفعله ، سواء في ذلك أكان المدين محجورا عليه أم لم يكن . وإذا تبرع على هذا الوجه فللدائن أن يطلب من الحاكم إبطال التصرف (٢) .

وقد أوضح ذلك ابن القيم بقوله أن حق الغرماء قد تعلق بمال المدين (٣) ، وأن « في تمكين هذا المدين من التبرع إبطال حقوق الغرماء . والشريعة لا تأتي بمثل هذا فإنها إنما جاءت لحفظ حقوق أرباب الحقوق بكل طريق وسد الطرق المفضية التي أضاعتها . وقال النبي (ص) : « من أخذ أموال الناس يريد إدانتها إدانت الله عنه ، ومن أخذها يريد اتلافها اتلف الله » (٤) . ولا ريب أن هذا التبرع اتلاف لها . فكيف ينفذ تبرع من دعا رسول الله (ص) على فاعله؟ » (٥) .

ونعالج الدعوى البولصرية في مبحثين : تتكلم في الأول عن شروطها ، وفي الثاني عن طبيعتها القانونية وأثارها واقضائها .

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

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

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

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

(٥) أعلام الموقعين (ج ٤ ، ص ٦) ، نقلًا عن 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 نستنتج 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 — يشترط 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 ... ». 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 خاليا 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 الاعمال التنفيذية حتما ، 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 مقتربنا باجل واقف لا يستطيع استعمال الدعوى البولصية . أما إذا كان الحق معلقا على شرط فاسخ أو مقتربنا باجل فاسخ ، فإن الدائن يستطيع استعمال هذه الدعوى ، لأن الشرط الفاسخ والاجل الفاسخ لا يمنعان الحق من أن يكون مستحقا الاداء قبل تحقق الشرط ، كما سنرى ذلك عند دراستنا للاجل والشرط (١) .

١٦٣ — ويستوي 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 اريد به تقوية حق الدائن سببا في ضعاف 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 اعمياديا بالنسبة الى 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 اذا 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 الى تبع الشيء في يد الغير فيعرضه الى خطر التطهير (٢) .

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

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

١٦٤ — ويجوز كذلك أن يكون حق الدائن غير مقدر ما دام مستحق الاداء ، فيستطيع المضرور في العمل غير المشروع ، حتى قبل أن يقدر التعويض المستحق له ، أن يستعمل الدعوى البولصية ويطعن في تصرف صدر من مدنه 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 مدنه المفتر ، يجب أن يكون قد أطمأن إلى الحق الذي وقع عليه التصرف ، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان حقه سابقاً على التصرف المطعون فيه . فإذا كان عند المدين عقار مثلاً عند تعاقده مع الدائن فإن الدائن يكون قد أطمأن إلى وجود هذا العقار في ذمة مدنه ، وذلك للحصول على حقه في حالة اخلال مدنه بتنفيذ التزمه . فإذا أراد المدين ، بعد أن ترب الحق في ذمته ، أن يتصرف بهذا العقار تصرفاً مفراً 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 إمكانه أن يعتمد على وجود هذا العقار في ذمة مدنه ، وذلك للحصول على حقه عند اخلال المدين بتنفيذ التزامه .

عبد الإثبات

١٦٦ — ويعتبر عبد الإثبات كون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه على عاتق الدائن ، فهو المدعى والقاعدة أن البيئة على من ادعى .

(١) السنوري ، 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 أو ارادة منفردة ، وسواء كان العقد ملزماً لجانب ومحظى أم للجانبين ، وسواء كان بعوض أو بغير عوض . فالنزول عن حق ولهمة والوصية والوقف والبيع واجازة العقد الموقوف ، كل هذه التصرفات اعمال قانونية يجوز الطعن فيها بدعوى عدم تقاد التصرف متى توافرت شروطها .

شرطان

١٦٨ — أما عن الشروط الواجب توافرها في التصرف المطعون فيه فهي شرطان : أن يكون ضاراً بالدائنين ، ومفقر للمدين . ونرى كلاً من هذين الشرطين على حدة .

الشرط الأول - التصرف ضار بالدائنين

١٦٩ — ويقصد بالضرر هنا عدم تمكن الدائن من الحصول على حقه كاملاً . ويتتحقق ذلك اذا تسبب عن التصرف اعسار المدين أو زيادة اعساره . وقد نصت على هذا الشرط المادة (٢٦٣) بقولها : « يجوز لكل دائن أصبح حقه مستحق الاداء وصدر من مدنه تصرف ضار به أن يطلب عدم تقاد هذا التصرف في حقه اذا كان هذا التصرف قد انتقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة في اعسارةه . » فالضرر شرط جوهري لقيوں دعوى عدم تقاد التصرف ، وهو ليس الا تطبيقاً 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 - ٦م)

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) . مثال ذلك أن تكون للمدين أموال تزيد على ديونه ولكنها غير قابلة للحجز أو لا يمكن العثور عليها . وليس على الدائن الذي يريد رفع الدعوى البولصية الا أن يثبت مقدار ما في ذمة مدنه من ديون وبعد ذلك يفترض القانون اعسار الدين . ولكن الافتراض هنا بسيط قابل 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 فيضرر أن يستمر إلى حين رفع الدعوى ، أي أن تستمر حالة الاعسار إلى ذلك الوقت . فإذا زال الاعسار بعد ذلك لا يسبّك ، لأن تلقى المدين هبة أو وصية أو ارثاً أو عقد صفقة رابحة ، زالضرر الذي كان يمكن أن يحل بالدائن نتيجة تصرف مدنه . 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 تخيير ، فقال : « اذا وفي المدين بالتزامه وأصبحت امواله كافية للوفاء بما عليه ۰۰۰ » ، ومن مقتضى هذا العطف ضرورة توافر الوفاء وكفاية الاموال لسقوط حق الدائن في التمسك بعدم تقاد تصرف مدنه في حقه . وهذا غير صحيح ، إذ أن أحد هذين الامررين : الوفاء أو كفاية اموال المدين للوفاء بما عليه ، يكتفى لزوال الضرر عن الدائن . فإذا وفي المدين بالتزامه سقط حق الدائن في رفع الدعوى ، وكذلك يسقط حق الدائن في رفع الدعوى اذا أصبحت أموال المدين كافية للوفاء بما عليه . لذلك كان من اللازم على المشرع أن يعطّف كفاية أموال المدين على الوفاء عطف تخيير فيكون النص على النحو الآتي : « اذا وفي المدين بالتزامه أو

(١) بلانيلور وريبير 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 » . ف بهذه المادة تجيز للمدين ، اذا ادعى الدائن اعسارة ، 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 بدائنه ، فيسقط بذلك حق الدائن في التمسك بعدم تنفاذ 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 المعرّى لم يدفع ثمنه وكان هذا الشن قريبا من شن مثل وقام بايداعه صندوق المحكمة (٣/٢٦٧م) .

نتائج

١٧٣ - ويترتب على شرط الضرر على النحو المتقدم التائج 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 الرخص : 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 تنفاذ 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 بشن 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 لبقية الدائنين الطعن بهذا الوفاء . وهذا الحكم يستفاد من المفهوم المخالف لنص الفقرة الثانية من المادة (٢٦٨) التي نصت على انه : « اذا وفي المدين المعر أحد دائنيه قبل حلول الاجل فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين . وكذلك لا يسري في حقهم 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

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

٧٤— يمكننا بهذا الصدد أن نقسم تصرفات المدين الضارة بالدائن الى نوعين :

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

- ١— أن يمتنع عن زيادة حقوقه ، كأن يرفض هبة .
 - ٢— أن يمتنع عن انقاذه التزاماته ، كأن يرفض ابراء^١ من دين عليه .
- النوع الثاني — أن يعمل المدين على انقاذه 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 يجعل حقاً له في ذمة آخر .

ومن المتفق عليه فقاً وقضاءً أن النوعين الأولين (الامتناع عن زيادة الحقوق والامتناع عن اقصاص 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 مفقرة للمدين . وليس للدائن أن يشكو من هذه التصرفات ، لأنها لم تجرد المدين من حق كان داخلاً في ضمان الدائن ولم تتقل كاهله بدين جديد يضعف من هذا الضمان .

وقد اختلفت الآراء بالنسبة للنوعين الآخرين (زيادة الالتزامات واقصاص الحقوق) ، فيذهب القضاء الفرنسي إلى أن النوع الأخير فقط (اقصاص الحقوق) يعتبر تصرفاً مفرياً . فإذا وهب المدين عيناً يملكتها ، أو أبراً مديناً من حق له في ذمته ، فقد اقصى 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 وحالياً من بيان شروط هذه الدعوى ونطاقها . فكان لا بد له لسد هذا النقص من الرجوع إلى المصدر التاريخي لهذا النص ، أي إلى القانون الروماني . وتقليد هذا القانون كانت قد استقرت على أن التصرفات التي يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية هي التصرفات التي تنقص من حقوق المدين .

ويتقدم 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 اياده
باليمنين .

القانون المدني العراقي

١٧٥ — وقد تلافي القانون المدني العراقي ، متبعا في ذلك القوانين
الحديثة ، هذا النقص ، فنص في المادة (٢٦٣) على انه : « يجوز لكل دائن
أصبح حقه مستحق الاداء وصدر من مدینته تصرف ضار به أن يطلب عدم
نفاذ هذا التصرف في حقه اذا كان التصرف قد انتقص من حقوق المدين أو
زاد في التزاماته ٠٠ » .

التدخل في القسمة

١٧٦ — نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٠٧١) مدني على صورة من
صور الدعوى البولصية ، فقضت بان : « لدائنی كل شريك أن يطعنوا
بالقسمة اذا كان فيها غش أضر بمصلحتهم » . ففى قسمة المال المشاع اذا
ثبت أن القسمة انما تمت أضرارا بدائني احد الشركاء ، فلهؤلاء الدائنين أن
يطعنوا 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
الى الشيع ، وعند ذلك أما أن تعاد القسمة بحضور الدائنين أو يباع المال
بالمزاد العلني ثم يستولي الدائنوون على حصة مدينيهم .

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 » (نقلًا عن السنهوري ، 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 — المراد بالغش هنا إنما هو نية الاضرار بالدائنين التي صاحبت العمل الذي قام به المدين . لذلك يجب عدم الخلط بينه وبين التدليس الذي هو عيب من عيوب الرضاء . فالتدليس يكون مصحوباً في الغالب بطرق احتيالية يراد بها التسويف على أحد المتعاقدين لحمله على التعاقد . وقد عبر عنه القانون المدني العراقي في المادة (١٢١) بالتفير مع الغبن ، وجعل العقد موقعاً على اجازة العاقد المغبون . أما الغش في الدعوى البولصية فلا تصحبه طرق احتيالية ، بل قد يتواطأ المتعاقدان على الغش ، لذلك فالعقد يبقى صحيحاً فيما بينهما ، وإذا توصل الدائن إلى اعلان عدم نفاذ تصرف مدينه فهو إنما يتوصل إلى ذلك بالنسبة له فقط . فإذا لم يعلم المدين بالضرر الذي يصيب 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 يتشرط أن يكون خلفه ، أي الشخص الذي تعامل معه ، متواطئاً معه ، أو على الأقل على علم بهذا القصد السىء ؟ نصت المادة (٣٦٤) مدنى على ما يلى : « ١ — اذا تصرف المدين بعوض يتشرط 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 بغش المدين اذا كان قد علم أن هذا المدين معسر أو كان ينبغي أن يعلم ذلك ٢٠ — أما اذا كان التصرف تبرعاً فانه لا ينفذ 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 بغض المدين عند تصرفه للخلف الاول أن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم بغض المدين وقت تصرفه للخلف الاول أن كان المدين قد تصرف له تبرعاً ٤٠ ومن قراءة هذا النص يظهر لنا وجوب التسیز 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 ورائه لتحقيق مفعة مادية ٧٠ ولا يمكن تصور اقدام انسان عاقل على التصرف بأمواله تصرفًا ضاراً به ٨٠ فمن غير الممكن مثلاً أن يبيع علينا له بالف وهي تساوي أربعة الاف ، ولا يمكن أيضًا أن يتصور أن يقدم انسان عاقل على شراء شيء بأربعة الاف وهو يساوي الفا مثلاً ٩٠ فإذا أقدم مع ذلك على مثل هذا النوع من التصرفات ولم يكن سفيهاً مبدراً لأمواله ، فانا نفترض أنه يروم تحقيق غاية من وراء ذلك ، وهذه الغاية هي تحقيق مفعة مادية كذلك ١٠ ولكن كيف يتصور تحقيق مفعة مادية من وراء صفة خاسرة ؟ اذا كان المتصرف مديناً اربت ديوته على حقوقه ورأى شبح الاقلاس ما ثلاً أمام عينيه فمن المحتمل جداً أن يعمد إلى تهريب أمواله الظاهرة التي يسهل الحجز عليها ، وخاصة العقارات ، والى تحويل هذه الاموال الى تقديم يكن اخفلؤه ، ومن المحتمل 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 دائرته من الحصول على حقوقهم كاملة ، فيكون بذلك قد حقق مفعة مادية هي ما حرم الدائنين

منه . فـ مـثـلـ هـذـهـ الـحـالـةـ عـلـىـ الدـائـنـ الـذـيـ يـرـيدـ التـمـسـكـ بـعـدـ تـصـرـفـ مـديـنـهـ فـ حـقـهـ أـنـ يـثـبـتـ غـشـ مـديـنـهـ ،ـ أـيـ أـنـ يـثـبـتـ نـيـةـ الـاـضـرـارـ بـهـ لـدـيـهـ .ـ لـأـنـ الـاـصـلـ ،ـ كـمـ سـبـقـ أـنـ قـلـنـاـ ،ـ أـنـ عـقـودـ الـمـعـاـوـضـاتـ يـقـصـدـ مـنـ وـرـائـهـ الـحـصـولـ عـلـىـ مـنـفـعـةـ ،ـ وـالـاستـثـنـاءـ أـنـ يـقـصـدـ مـنـ وـرـائـهـ الـاـضـرـارـ بـالـغـيـرـ .ـ وـلـمـ كـانـتـ العـبـرـةـ بـالـاـصـلـ ،ـ أـيـ اـنـاـ يـجـبـ أـنـ تـأـخـذـ الـاـمـورـ كـمـ تـقـضـىـ بـهـ ظـواـهـرـهاـ ،ـ فـعـلـىـ مـنـ يـدـعـيـ خـلـافـ هـذـاـ الـظـاهـرـ أـنـ يـثـبـتـ ،ـ فـالـقـاعـدـةـ الـكـلـيـةـ فـ هـذـاـ الـبـابـ ،ـ اـنـ الـبـيـنـةـ لـاـثـبـاتـ خـلـافـ الـظـاهـرـ (ـ ٧٧٣ـ مـجـلـةـ)ـ .ـ

أـثـبـاتـ الغـشـ

١٨١ــ وـلـكـنـ كـيـفـ يـتـسـنـىـ لـلـدـائـنـ أـثـبـاتـ غـشـ المـديـنـ ،ـ وـالـغـشـ أـمـرـ نـفـسيـ لـاـ يـمـكـنـ الـوـصـولـ إـلـيـ ؟ـ فـ مـثـلـ هـذـهـ الـحـالـةـ أـقـامـ الـقـانـونـ قـرـيـنةـ قـانـونـيـةـ عـلـىـ وـجـودـ الغـشـ ،ـ وـهـذـهـ الـقـرـيـنةـ هـيـ عـلـمـ المـديـنـ بـاـنـهـ مـعـسـرـ .ـ فـاـذـاـ كـانـ المـديـنـ يـعـلـمـ اـنـهـ مـعـسـرـ وـعـقـدـ مـعـ ذـلـكـ صـفـقـةـ خـاسـرـةـ ،ـ فـهـذـاـ دـلـيلـ عـلـىـ اـنـهـ يـنـسـويـ لـاـضـرـارـ بـدـائـنـيـ ،ـ أـيـ عـلـىـ غـشـهـ ،ـ وـهـذـاـ مـاـ نـصـتـ عـلـيـهـ الـفـقـرـةـ الـاـولـىـ مـنـ الـمـادـةـ (ـ ٢٦٤ـ)ـ بـقـولـهـ :ـ «ـ وـمـجـرـدـ عـلـمـ المـديـنـ اـنـهـ مـعـسـرـ كـافـ لـاـفـتـرـاضـ وـقـوعـ الغـشـ مـنـهـ»ـ .ـ

وـلـكـنـ يـلـاحـظـ أـنـ هـذـهـ الـفـقـرـةـ اـعـتـرـتـ عـلـمـ المـديـنـ باـعـسـارـهـ قـرـيـنةـ عـلـىـ غـشـهـ ،ـ وـلـكـنـهاـ لـمـ تـنـصـ عـلـىـ حـالـةـ عـلـمـ المـديـنـ أـنـ تـصـرـفـهـ سـيـؤـدـيـ إـلـىـ اـعـسـارـهـ ،ـ وـكـانـ الـلـازـمـ عـلـىـ الـمـشـرـعـ أـنـ يـنـصـ عـلـىـ هـذـهـ الـحـالـةـ أـيـضاـ .ـ وـهـذـاـ مـاـ نـسـتـنـجـهـ مـنـ الـمـادـةـ (ـ ٢٦٣ـ)ـ الـتـىـ نـصـتـ عـلـىـ أـنـهـ :ـ «ـ ٠٠٠ـ وـتـرـتـبـ عـلـيـهـ اـعـسـارـ المـديـنـ أـوـ الـزـيـادـةـ فـيـ اـعـسـارـهـ ٠٠ـ»ـ .ـ هـذـاـ وـيـقـعـ عـبـءـ أـثـبـاتـ عـلـمـ المـديـنـ باـعـسـارـهـ أـوـ بـأـنـ تـصـرـفـهـ سـيـؤـدـيـ إـلـىـ اـعـسـارـهـ عـلـىـ عـاـنـقـ الدـائـنـ ،ـ فـهـوـ الـمـدـعـىـ فـيـ الـدـعـوـىـ وـالـاـصـلـ اـنـ الـبـيـنـةـ عـلـىـ مـنـ اـدـعـىـ .ـ

عـلـمـ مـنـ صـدـرـ لـهـ التـصـرـفـ بـغـشـ المـديـنـ

١٨٢ــ وـلـكـنـ اـذـاـ توـصـلـ الدـائـنـ إـلـىـ أـثـبـاتـ غـشـ مـديـنـهـ ،ـ أـيـ اـلـىـ اـثـبـاتـ عـلـمـهـ باـعـسـارـهـ عـنـدـ اـبـرـاـمـهـ الصـفـقـةـ الـخـاسـرـةـ ،ـ فـهـلـ يـشـتـرـطـ أـنـ يـكـوـنـ مـنـ تـعـاملـ

مع المدين متوافقاً معه على الاضرار بالدائنين ، أو على الاقل على علم بهذا الغش ؟ لما كان الاصل في عقود المعاوضات أن المتعاقدين يغيّران من ورائهما تحقيق منفعة مادية ، فلا يمكننا أن نفترض توافر 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 عنده مدفوعاً بروح الاتقام من دائنيه ، وينطبق عليه عذر المثل القائل : اقتلوني ومالكون . ولكن اذا لم يكن في امكاننا افتراض توافر خلف المدين مع هذا الاخير على الاضرار بالدائنين ، فهل يكون معنى ذلك أن التصرف يبقى سليماً وان تضيع حقوق الدائرين ؟ الا يكفي علم من تعامل مع المدين باعسارات هذا الاخير لافتراض توافرها 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 باعسارات المدين . فقد نصت هذه الفقرة على انه : « اذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم فحاذ تصرفه في حق الدائن أن يكون هذا التصرف منطوباً 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 توحّي بأن اقدام المدين على هذا التصرف لم يكن أمراً طبيعياً، في هذه الحالة ينبغي على من تعامل معه أن يستنتاج أن المدين إنما يبيت امراً باقادمه على هذا التصرف ، وان هذا الامر إنما هو الاضرار باحد ، ولا يمكن أن يكون هذا الشخص إلا دائنيه . لذلك يجب عليه الا يساعدنه في ذلك ، فالله يقول في كتابه الكريم : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاتّه والعدوان » . فاذا أقدم مع ذلك على

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

١٨٣ — ونلاحظ أخيراً أن القانون اعتبر التصرف غير نافذ فقط ، ولم يعتبره باطلًا كما هو الحال في القانون الفرنسي . والسبب في ذلك أن هناك احتمالاً في أن يكون من تصرف له المدين لم يقصد التواطوء معه على الضرار بالدائنين بالرغم من علمه باعسارة ، 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 كتالية لنداء واجب اديبي ، أو حصوله على ما يقوم بحاجات معيشته مع ثوقة أن اعسارة مؤقت لا يلبث أن يزول ، أو أنه كان يرمى من وراء تصرفه إلى رواج أعماله ، ولكن الأيام اختلف ظنه ، مثل ذلك أن يشتري عقاراً وينفق عليها ليجعل منها داراً من دور السينما ، ولكن السينما لا تنجح ولا تدر الارباح 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 ، وبذلك تكون لمحكمة الموضوع سلطة مطلقة في تقدير ذلك (١) .

(١) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣ - ٢٣٤ . جورج ريبير ، القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية ، ص ٣١٧ - ٣١٨ ، مع المراجع والآحكام المشار إليها في ص ٣١٧ خاصة . عبدالسلام 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 اذا كان تصرف المدين تبرعا ، فهل يشترط غش المدين وغض من تلقى عنه العين لقبول الطعن فيه عن طريق الدعوى البوالصية ؟ 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 ٢٠ — دفع الديون مقدم على تقديم الهدايا . ومعنى القاعدة الاولى انه اذا ترتب على عمل ما نفع لشخص وضرر لآخر فان الاولى بالرعاية هو الشخص الذي يصيبه ضرر . وفي حالة تبرع المدين ، اذا ترتب على تبرعه الاضرار بحقوق دائئنه ، فيجب عدم اعتبار تبرعه لانا في هذه الحالة أمام مصلحتين متعارضتين : مصلحة الدائنين ومصلحة من تبرع له المدين ، وال الاولى بالرعاية هم الدائنوون لانا اذا اعتبرنا التصرف فانهم سوف يخسرون حقوقهم وسوف يكسب المتبرع له ،اما اذا لم نعتبر التصرف نافذا في حقهم فانهم سوف يحصلون على حقوقهم ،اما المتبرع له فانه سوف لا يخسر شيئا ، وكل ما في الامر أنه سوف لا يكسب شيئا .

اما معنى القاعدة الثانية فواضح . فاذا كان الانسان مدينا ولم يكن يسلك سوى ما يفي به دينه وأراد أن يتبرع لشخص اخر ، فان سلوكه هذا يكون غير مقبول ، ويجب ألا يعتبر تصرفه مهما كان الشخص الذي يريد أن يتبرع له قريبا له أو عزيزا عليه ومهما كان الباعث له على التبرع شريفا انسانيا . فقبل أن يقدم الهدايا ، يجب عليه أن يدفع حقوق دائئنه . ونلاحظ ان الفكرة الاساسية 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 اذا كان التصرف تبرعا فانه لا ينفذ في حق الدائن حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية وحتى لو ثبت ان المدين لم يرتكب غشا » . فلا يشترط في هذه الحالة غش المدين ، أي نيته في الاضرار بدائنه ، 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 بولصية أن يثبت أن هذا التبرع قد سبب اعسار المدين أو زاد في اعسارة .

١٨٦ — ونلاحظ هنا أن القانون قد ميز في المعاملة بين من تصرف له المدين بعوض وبين من تصرف له تبرعا ، فاشترط سوء نية الأول ولم يشترط سوء نية الثاني . وهذا منطقى ومعقول ، فإذا كان من تعامل مع المدين قد دفع له مقابلًا وكان حسن النية فإنه يفضل على الدائن ، ولا يلوم من هذا الاخير الا نفسه . إذا لم يحتظر للأمر فيحصل على ضمان خاص لاستيفاء حقه . أما إذا كان المشتري سيء النية فإن الدائن هو الذي يجب أن يفضل ، إذ القصد السىء يرد على أهله .

أما في فرنسا فقد اشترطت المادة (١١٦٧) من القانون المدني الفرنسي الغش في جميع تصرفات المدين ، معاوضة كان أو 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 بولصية ؟ نصت الفقرة الثالثة من المادة (٢٦٤) على هذه الحالة وقضت بأنه : « فإذا 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 ، او كان هذا الخلف الثاني يعلم اعسارة 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 وتصرف خلفه من طبيعة واحدة فاما أن يكون كل منهما بعوض أو تبرعا .

١ — فإذا كان تصرف المدين وتصرف خلفه بعوض وجب إثبات الغش في جانب المدين وخلفه وخلف خلفه .

٢ — وإذا كان تصرف المدين وتصرف خلفه تبرعا ، فلا يشترط «الغش في جانب أي منهم ، وتطبق في هذه الحالة القاعدة العامة التي سبق أن رأيناها والقضية 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 تبرعا أو العكس .

١ — فإذا كان تصرف المدين بعوض وتصرف خلفه تبرعا وجب إثبات الغش في جانب المدين وخلفه فقط ، ولا يشترط إثباته في جانب خلف الخلف .

٢ — وإذا كان تصرف المدين تبرعا وتصرف خلفه بعوض وجب إثبات الغش في جانب خلف المدين وخلف خلفه فقط ، ولا يشترط إثباته في جانب المدين ، كل ذلك على النحو الذي رأيناها فيما تقدم .

ويمكن أن نوجز ما قلناه بالعبارة التالية : حيث يكون التصرف بعوض يجبر إثبات الغش ، وحيث يكون تبرعا فلا يجب إثباته .

المبحث الثاني

طبيعة الدعوى البولصية واثارها وانقضاؤها

طبيعة الدعوى البولصية

١٩٠ — اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الدعوى البولصية وتكييفها اختلافا كبيرا . فذهب بعضهم إلى أنها دعوى بطلان ، واستندوا في ذلك إلى كلمة « ابطال » Annuler الواردۃ في المزاد (٧٨٨،٦٢٢،٢٤٣) 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 طرفا في العقد . ثم أن الدائن

ف 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 عنضرر الذي أصابه نتيجة توافق مدينه مع خلفه ، فان من يتواطأ مع المدين على الاضرار بالدائن يكون مخططا فيجه 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 . وأصح الآراء في هذا الصدد هو الرأي الذي ذهب اليه العالمة السننوري من ان الدعوى البولصية اثنا هي دعوى عدم تقاض تصرف المدين في حق دائه^(١) . وبهذا الرأي أخذ المشرع العراقي كما سبق أن رأينا . ورأي العالمة السننوري منطقي ومعقول ، فقد سبق أن قلنا بأن الإنسان حر التصرف بأمواله بالطريقة التي يراها مناسبة ، وان آثار تصرفاته تصرف إلى من يخلفه في ذاته المالية من ورث أو دائن . ولكن هذه الحرية في التصرف مقيدة بالسلامة من الغش ، والغش هنا هو نية الاضرار بالدائنين ، فإذا صاحب تصرف المدين غش ترب عليه ضرر للدائنين فلا ينصرف أثر هذا التصرف إلى الدائن الذي أصابه ضرر نتيجة هذا التصرف . وبناء عليه فإن تسمية هذه الدعوى بدعوى عدم تقاض تصرف المدين في حق دائه هي تسمية موقعة جدا .

آثار الدعوى البولصية

- ١٩١ - يترتب على تكيف الدعوى البولصية بأنها دعوى عدم تقاض تصرف المدين في حق دائه 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 قائما بين المدين وبين جميع من خلقه في العين محل التصرف . ويبقى التصرف كذلك قائما بالنسبة لدائني المدين الآخرين الذين لم يطعنوا في تصرف مدينهم . أما بالنسبة للدائن رافع الدعوى فان ذلك التصرف ، وان بقي صحيحا بين مدينه وخلفه ، الا أنه لا ينفذ في حقه ، ويستطيع بعد الحكم أن ينفذ على المال محل التصرف .

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

وتطبيق هذه المبادئ يؤدي الى أن الدائن يستوفي حقه من العين المباعة ، لأن البيع غير نافذ في حقه . ثم لما كان البيع لا يزال قائما فيما بين المشتري والمدين اذا باع له العين ، فان المشتري يرجع عليه بضمانت الاستحقاق ، وله أن يطلب فسخ البيع . ويتربّ على الفسخ أن يتحلل المشتري والمدين الذي باع له العين ، فان المشتري يرجع عليه بضمانت الشن بالرغم من توافقه مع المدين ، واذا كان قد دفع الثمن استرده . ولما كان المدين معسرا فانه يتظر يساره ، ويرد الى المدين ما بقي من العين بعد تنفيذ الدائن ، وذلك اذا لم يكن هو نفسه قد أدى الثمن ، فان كان قد أداه احتجز ما بقي من العين في يده واسقطه مادفعه الى المدين وانتظر للباقي يسار الدين ^(١) .

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

انقضاء الدعوى البولصية

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

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

هذا والمدة التي تنص عليها المادة المقدمة هي مدة سقوط لامدة تقاضى فلا تقف ولا تنقطع .

الفرع الثالث

الحجر على المدين المفلس

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

١٩٥ — نصت المادة (٢٧٠) مدنى على أن : « المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق الاداء أزيد من ماله اذا خاف غرماً وضياع ماله أو خافوا ان يخفيه أو أن 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 » . فبعد الحجر لا يستطيع المدين التصرف في ماله ولا أقرار بدين لآخر .

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

الآثار التي تترتب على الحكم بالحجر

١٩٦ - ويترب على الحكم بالحجر الآثار التالية :

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

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

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

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 تحقيقا للمساواة بين الدائنين ، اذ لا يجوز تفضيل بعضهم على بعض *

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

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 الموقع على أموال المدين (م ٢٧٥) * بهذا الحكم يختلف الاعسار المدني عن الافلاس التجاري * فالافلاس التجاري اجراء جماعي يقوم به مجموع الدائنين ولا يقوم به احد الدائنين منفردا باسمه الخاص * أما الاعسار المدني فاجراء فردي يقوم به كل دائن باسمه الخاص ، على ألا يخل ذلك بما للدائنين من مصالح تعلقت بالحجز الموقع على أموال المدين *

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

١ - اذا أراد المدين ان يتصرف في أمواله تصرفًا لا يضر بالدائنين ، فللمحكمة أن تأذن له في ذلك * وقد نصت على هذا الفرض المادة (٢٧٧) فقضت بأنه : « يجوز للمدين باذن من المحكمة أن يتصرف في ماله ولو بغير رضا الدائنين على أن يكون ذلك بشن المثل وان يقوم المشتري بایداع الثمن صندوق المحكمة ليستوفى الدائنوون منه حقوقهم » *

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

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

٣ — اذا رأت المحكمة ان اتخاذ بعض الاجراءات مما يكفل مصالح الدائنين والمدين فلها أن تخذلها . وقد نصت على هذا الفرض الفقرة الثانية من المادة (٢٧٣) بقولها : « ويجوز للمحكمة بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوي الشأن من دائنيه ان تحكم بابقاء الاجل أو مده بالنسبة الى الديون المؤجلة ، كما يجوز لها أن تمنح المدين أجلاً بالنسبة الى الديون الحالة . إذا رأت ان هذا الاجراء تبرره الظروف ، وانه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً » . فإذا كان للمدين بضائع مثلاً ، ولم يكن الوقت مناسباً لبيعها . ورأت المحكمة انه اذا اجل بيعها فإن اسعارها ستترفع بحيث تكفي ائامها للوفاء 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 .

انتهاء الحجر .

١٩٧ — نصت المادة (٢٧٨) على الحالات التي ينتهي 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 » .

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

٣ — اذا قام المدين بوفاء ديونه 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 وفي جميع اقسامها التي
حلت .

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

أثر انتهاء الحجر

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

الفرع الى اربع الحق في العبس للضمان

Droit de rétention

تمهيد وتعريف

١٩٩ — اذا كان الانسان مدينا واصبح دائنا لدائنه بشيء يتعلق
بشيء الذي هو مدين به كان له ان يستعن عن الوفاء بما في ذمته لدائنه
حتى يحصل على ماله في ذمة دائنه . وهذا هو الحق في العبس . اذ ان
المدين الذي يصبح دائنا لدائنه انما يحبس الشيء الذي هو مدين به حتى
يحصل على ما هو دائن به . مثال ذلك الوديع اذا اتفق على العين المودعة
تغفات 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 العبس في الفقه الغربي

٢٠٠ — وقد عرف القانون الروماني الحق في العبس 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 . ومنح 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 المزمه للجانبين كلها تعتبر من عقود حسن النية Contrats de bonne foi التي يعتبر الدفع بالغش فيما مفهوما ضمنا . فإذا طالب احد المتعاقدين الاخر بتنفيذ التزامه ولم يكن هو قد تقدّم التزامه كان للمتعاقد الاخر ان يرد دعواه بالدفع بالغش ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ . ومن ذلك نرى ان الدفع بعدم التنفيذ انا هو صورة من صور الحق في العبس .

٢٠٢ — ولم يعالج القانون المدني الفرنسي الحق في العبس ولا الدفع بعدم التنفيذ في نظرية عامه ، بل اقتصر على ايراد تطبيقات متفرقة لهما في نصوص مبعثرة في ثناياه . وقد تأثر الفقه الفرنسي بهذا المسلك ، فلم يعالج حق العبس الا عند معالجته للحالات التي نص فيها القانون عليه ، ولم يحاول ان يضع له نظرية عامه . ولكن صدور القانون المدني الألماني في مطلع القرن العشرين ومعالجته للحق في العبس 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 الألماني الى اللغة الفرنسية .

٢٠٣ — وقد ترتبت على معالجة الحق في العبس 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 التبع

ولعدم خضوعه الى الاجراءات الخاصة باشمار الحقوق العينيه ٠ والرأي
الراجح فتها وقضاء يذهب الى ان الحق في الحبس ليس قاصرا على
الحالات التي نص فيها القانون عليه والى انه يجوز ان يمتد الى حالات
مماثله ٠ فهو يقوم على اساس من العدالة ، وهذا الاساس يكفي لجعل
منه مبدأ عام (١) ٠

الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ في الفقه الاسلامي

٢٠٤ — ويعرف الفقهاء المسلمين كلا من حق الحبس والدفع بعدم
التنفيذ ويعالجونهما تحت عنوان واحد هو حق الحبس ٠ واهم تطبيقات
حق الحبس في الفقه الاسلامي واردة في عقود المعاوضة ، ولكن هذا
الحق يتسع ليشمل عقود التبرع ايضا ٠ فالوديع اذا اتفق على العين المودعه
باذن الحاكم كان له ان يحبسها حتى يستوفي ما اتفقا ٠

والتطبيقات الواردة في الكتب الفقهية لحق الحبس كثيرة متعددة
تشمل مختلف انواع العقود ٠ فمن ذلك ما جاء في « مستمسك العروة
الوثيقى » للسيد محسن الحكيم (ج ٨ ، ص ٤٣ ، مسألة ١٥) : « اذ كلا
من المؤجر والمستأجر يملك ما انتقل اليه بالاجارة بنفس العقد ٠ ولكن
لایجب تسليم احدهما الا بتسليم الآخر ٠٠٠ ولا يجب على واحد منهما
الابداء بالتسليم ، ولو تعسرا اجبرهما الحاكم ٠ ولو كان احدهما باذلان دون
الآخر ولم يمكن جبره كان لا الاول الحبس الى ان يسلم الآخر » ٠ وفيما
يتعلق بعقد البيع ، جاء في (المحتوى) لابن حزم الظاهري الاندلسي
(ج ٨ ، ص ١٠١) : « ٠٠٠ وامساك البائع سلطته حتى يتصرف ٠ فان
حقه واجب في مال المشتري ، فان مطله بحق قد وجب له عنده فهو ظالم
معتد لقول النبي (ص) : « مطل الغني ظلم » ، واذ هو ظالم فكل ظالم
معتد ، وقال تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم » فالسلعة التي اباع من مال المشتري ٠ فلم يحصل بحقه المعتد

(١) بلانيل ودبير واسمان ، ج ٧ ، ف ٩١٢ ٠

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 » لل حاج الشيخ موسى الخوانساري (ج ١ ، ص ١٦٣) «
» . وذلك كما يحبس الخياط الثوب المخيط لتضنه الخياطة التي هي
متعوض 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 مكانها 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 يتمتن 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 خصمه للحق في الحبس .

(١) للاطلاع على نصوص اخرى ، تراجع رسالتنا ، ص ٣٤٩—٣٥٤ .

خطة البحث

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

المبحث الاول

نشوء الحق في الحبس

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 للاخر ومدين له ، اي ان يكون هناك دينان متقابلان .
- ٢ — ان يكون هناك ارتباط بين الدينين .

وهناك شرط ثالث مفهوم ضينا ولا حاجه للنص عليه ، وهو ان يكون الدين المحبوس فيه حالا . فاذا لم يكن قد حل اجله بعد فلا يجوز للمدين ان يقف تنفيذ التزامه حتى يحصل على ماله بذمة دائنه ، ذلك لأن الدينين لا يكونان عندئذ في درجة واحدة من القوة . فاذا كان البيع بشن مؤجل لم يجز للبائع ان يحبس المبيع حتى يحصل على الشلن . ونرى كلا من الشرطين المتقدمين على حدة .

الشرط الاول — دينان متقابلان

٢٠٨ — لابد لنشوء الحق في الحبس من ان يكون هناك شخص مدين 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 أن يكون محل الدين الأول شيئاً معيناً بالذات أو معيناً بجنسه أو عملاً أو امتناعاً عن عمل . فإذا انفق الوديع على العين المودعة نفقات لحفظها من الهلاك كان له أن يجسها حتى يستوفي ما اتفقه عليها وإذا باع شخص كيه من الأشياء المثلية ، كحنهه أورز ، بشن معجل ولم يدفع المشتري الثمن كان له أن يقف تتنفيذ التزامه بالتسليم حتى يدفع المشتري الثمن . وعلى العكس من ذلك ، إذا لم يسلم البائع المبيع كان للمشتري أن يقف تتنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى يسلم البائع المبيع . وإذا أعطى شخص سيارته إلى عامل لاصلاحها ولم يدفع الاجرة كان للعامل أن يجس السيارة حتى يحصل على اجرته . وإذا تعهد صاحب ارض بالاسناع جاره من المرور في ارضه في مقابل جعل معين فإنه يستطيع أن يقف تتنفيذ التزامه فيمنع الجار من المرور حتى يستوفي جعله (١) .

٢١٠ — ويصح أن يكون مصدر الدين الأول عقداً أو عملاً غير مشروع أو كسباً دون سبب أو نصاً في القانون . فمثلاً العقد كمصدر للدين ما رأيناه في الأمثلة المتقدمة من حبس البائع للشيء المبيع وحبس المشتري للثمن ، وحبس العامل للشيء الذي اجري عليه عليه . ومثال العمل غير المشروع ما إذا شاجر شخصان واحدان كل منهما ضرراً للآخر فاصبح مدينا له بالتعويض وحصل أحدهما على حكم بالتعويض قبل الآخر، فالذي لم يحصل بعد على حكم بالتعويض يستطيع الایدفع المبلغ الذي تحدد في ذمه بالحكم حتى يحصل هو بدوره على حكم يحدد مقدار التعويض الذي يجب على الطرف الآخر أن يدفعه له ، ويحصل عندئذ على حقه منه بطريق الماقضة .

٢١١ — ومثال الكسب دون سبب كمصدر للدين الأول ما إذا اتفق الوديع نفقات لحفظ الوديع من الهلاك . فالمودع يكون ملزماً بإن يدفع له ما اتفقه ، ومصدر التزامه الكسب دون سبب . ومثاله أيضاً ما نصت

(١) كاسان ، في الدفع المستمد من عدم التنفيذ في العلاقات التجارية ، رسالة للدكتوراه ، باريس ، ١٩١٤ ، ص ٤٨٥ . نقلًا عن السنوري ، 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 مضرًا بالارض فله ان يتطلّك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع » . فصاحب الارض له ان يطلب قلع ما احدثه الباني او الغارس على نفقة 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 يجنس الانقاض 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 اخلالاينا . واذا اصاب الارض ضرر من مسقاء 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 الارض البعيدة عن مورد المياه بامرار المياه بارضه ، ومصدر الالتزام ، او الزام ، هنا هو القانون . وصاحب الارض البعيدة عن مورد المياه ملزم ، من الجهة الاخرى ، بان يدفع لصاحب الارض التي تمر بها المياه مقدما اجرا سنويا . فإذا لم يدفع صاحب الارض البعيدة الاجر

(١) كان على النص ان يذكر فاعل هذا الفعل الذي بعد كثيرا ، فيقول : « بشرط ان 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 ٠

استثناء : الالتزام بالرد ناشئ عن عمل غير مشروع

٢١٣ — وقد استثنى المادة (٢٨١) مدني من الاحكام المتقدمة حالة ما اذا كان الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع ٠ فإذا كان مصدر التزام الحائز لشيء برده عملاً غير مشروع لم يجز له أن يجسسه حتى يسترد ما اتفقه عليه من نفقات ، بل يجب عليه أن يرده إلى صاحبه أولاً ثم يرجع عليه بدعوى الكسب دون سبب ٠

بقاء الحق في الحبس حتى التنفيذ الكامل

٢١٤ — ويبقى الحق في الحبس قائماً حتى لو نفذ الدين الثاني تنفيذاً جزئياً أو تنفيضاً معيناً . فيما دام الدين لم ينفذ تنفيضاً كاملاً فإن حبس الدين الأول يبقى جائزاً (١) ٠

(١) وقد قضت محكمة التمييز المصرية في حكم لها صادر في ١٤ حزيران ١٩٥١ بأنه متى كان الواقع في الدعوى هو أن المطعون عليه تعاقد مع الطاعنة على استغلال « فيلم » في الخارج لقاء مبلغ معين - ٧٥٠٠ جنيه - يدفعه المطعون عليه ، دفع منه وقت العقد جزءاً - ١٠٠٠ جنيه - وتعهد بدفع جزء آخر - ٣٠٠٠ جنيه - في مدى شهر من التوقيع على العقد بحيث إذا تأخر عن دفع هذا الجزء في ميعاده يصبح المبلغ الذي دفعه أولاً حقاً للطاعنة بصفة توسيع ويعتبر العقد لاغياً ، وبافي المبلغ يدفع عند تسليم الفيلم في الخارج ، وتعهدت الطاعنة بأنه يتم إيصال الفيلم إلى الخارج في خلال أربعة شهور من تاريخ التعاقد - أي بعد وفاة المطعون عليه بالتزامه - وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المطعون عليه لم يف بما تعهد به إذا لم يدفع سوى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه بعد الميعاد المتفق عليه . فإنه يكون للطاعنة - رغمما عن قبولها الوفاء الجزئي على غير الوجه المتفق عليه - أن تحبس التزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل ، إذ ليس من شأن قبول الطاعنة للمبلغ الذي دفعه المطعون عليه بعد الميعاد المتفق عليه ما يسقط حقها في الحبس . بل كل ماعسى أن يكون له من شأن أنه - إذا أكمل المطعون عليه المبلغ إلى ٣٠٠٠ جنيه - يصلح دفعة للدعوى الطاعنة إذا هي رفعتها طالبه الفسخ لعدم وفاء الطاعن بما تعهد به على الوجه المتفق عليه . أما حقها في حبس التزامها بالتسليم ، فلا يسقطه قبولها وفاء بعض المتعهد به بعد الميعاد المتفق عليه (مجموعة احكام النقض ، ٢ ، رقم ١٥٥ ، ص ١٠٠ ، نقلان عن المرجع السابق ، ص ١١٤٤ ، هامش رقم ١) ٠

واذا كان الاتفاق او العرف يقضيان بان يكون تنفيذ الالتزام الثاني
تاليا لتنفيذ الالتزام الاول لم يجز حبس الالتزام الاول الى حين تنفيذ
الالتزام الثاني . فاذا نص في عقد الایجار 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
الى لزيل قبل ان يستوفى 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 . فاذا 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 متقابلة
على عاتق كل من المتعاقدين ، وينشئ في الوقت نفسه ارتباطا بين هذه
الالتزامات بحيث انه اذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز لآخر
ان يقف ت التنفيذ التزامه هو ايضا . وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ .

٢١٧ – وعمل القضولي ينشيء كذلك التزامات متقابلة على عاتق كل
من القضولي ورب العمل ، وينشئ في الوقت نفسه ارتباطا بين هذه
الالتزامات بحيث انه اذا لم يقم احدهما بتنفيذ التزامه جاز لآخر ان لا ينفذ
التزame هو ايضا . فمحل التزام القضولي هو الاستمرار في العمل الذي
بدأه وتقديم الحساب لرب العمل ، ومحل التزام رب العمل هو تعويض
القضولي عما افقه لصلاحته (لصلاحة رب العمل) . فاذا لم يقم رب العمل
بت تعويض القضولي جاز لهذا ان يقف ت التنفيذ التزامه بالاستمرار في العمل
وتقديم الحساب . وهذا لم ينفذ القضولي التزامه بالاستمرار في العمل
وتقديم الحساب جاز لرب العمل ان لا ينفذ التزامه بت تعويضه .

(١) المرجع السابق ، ص ١١٤٤ - ١١٤٥

٢١٨ — وقد يكون القانون نفسه مصدراً للارتباط بين الالتزامين •
 مثال ذلك ما إذا قام شخص ، كالوديع والحاiz ، بالاتفاق على ملك غيره
 الذي تحت يده مصروفات ضروريه او نافعه ، او بني او غرس فيه
 اشجاراً ، كان له ان لا ينفذ التزامه بتسلیم الشيء الى 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 يستبع عن رده حتى يستوفي ما هو
 مستحق له قانوناً . » •

المبحث الثاني

حيس العين و حيس الدين

٢١٩ - لا يخلو الشيء المحبوس من أن يكون عيناً أو ديناً ، أي شيئاً معيناً بالذات أو شيئاً معيناً بجنسه . والحبس في الحالة الثانية يسمى بـ « الدفع بعدم التنفيذ » . ويختلف الأثر الذي يترتب 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 كلاماً من حبس العين وحبس الدين في مطلب مستقل .

المطلب الاول

حس الدين (او الدفع بعدم التنفيذ)

Exceptio non adjmpleti contractus

نطاق الدفع ي عدم التنفيذ ونطاق الحق في الحبس

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

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

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

أثر الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للغير

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

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

٢٢٣ — 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 بالشمن ولم يكن هو قد سلم المبيع ، فالمشتري يستطيع أن يدفع تجاه المحال له بعدم تسليم البائع للمبيع ولا يدفع له الشمن . وكذلك الأمر إذا تصرف المشتري بالمبيع قبل دفع الشمن ، بان رهنه او باعه او ووهبه ، فالبائع يستطيع أن يدفع بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الشمن تجاه كل من تلقى عن المشتري حقا على المبيع . ويسكن تعلييل ذلك بان الانسان لا يستطيع نقل الى غيره من الحقوق اكثر مما يملك ، او بقاعدة : « فاقد الشيء لا يعطيه » . ومثال ذلك ايضا ما إذا اجر شخص ملكه ثم باعه واراد المالك الجديد ان يخرج المستأجر ، فالمؤجر يكون ملزما بتعويض المستأجر ، مالم يتطرق على غير ذلك ، « ولا يجر المستأجر على الاحلاء الا بعد ان يتلقى 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 الى المالك الجديد فيستطيع ان يدفع تجاهه (تجاه المالك الجديد) بذلك ولا يسلم العين المؤجرة قبل ان يحصل على التعويض الكافي او على تأمين للوفاء بهذا التعويض .

٢٢٤ — 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 الى المستأجر ، فان عقد الاجار لا يسري في حق المرتهن ولا يستطيع المستأجر ان يتسلك 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 — يثير 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 — يترتب على ثبوت الحق في الحبس ان الحابس يستطيع ان يحبس العين عن مالكها حتى يستوفي جميع ماله في ذمته ° وحق الحابس هذا غير قابل للتجزئه ، فلا يسقط اذا قام مالك العين بوفاء جزء من الدين ° وينتقل حق الحابس هذا الى ورثته، فيستطيع الورثة ان يحبسو العين حتى يستوفوا كل مالورثهم في ذمة مالك العين ° ولا يسقط هذا الحق بنزول بعض الورثة عن حقهم في الحبس ، فإذا نزل بعضهم عن حقه في الحبس فان ذلك لا يؤثر على الاخرين ، 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 مانصرت عليه الفقرة الاولى من المادة (٢٨٣) بقولها : « مجرد ثبوت الحق للدائن في حبس الشيء لا يعطيه حق امتياز عليه » فالحق في الحبس ليس حقاعينا كناسبي ان رأينا ° ويترب على ذلك ان الدائن الحابس اذا امتد 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 °

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 المديون .

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

الشيء المعرض للتلف

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

ويلاحظ ان هناك فرقا بين حالة ما اذا عمد habس 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 habس

٢٢٩ — هناك واجبات يجب على habس 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 يحبه .
ومصدر هذا الوجوب هو القانون . ولكن ما هو مقدار العناية . الذي يجب
على الحايس ان يبذله في المحافظة على الشيء ؟ . لقانون المدني العراقي
ساكت في هذا الخصوص . وقد اوجب القانون المدني المصري الجديد على
الحايس ان يحافظ على الشيء « وفقا لاحكام رهن الحيازة » (٢٤٧م) .
ويكفي 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 لخاصة ببيع الشيء المرهون حيازة . والعنابة
المطلوبة من المرتهن حيازة في المحافظة على الشيء المرهون هي عنابة الشخص
المعتاد (م ١٣٣٨ / ١) . وهذه هي القاعدة العامة في الالتزام ببذل عنابة .
لا اذا نص القانون او الاتفاق على غير ذلك . وعليه يجب على الحايس ان
يبذل في المحافظة على الشيء المجوس العناية التي يبذلها الرجل المعتاد .
فاما قصر في ذلك كان مسؤولا عن التعويض . فاما كان الشيء المجوس
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 المجوس . ويذكرنا هنا ايضا ان نرجع الى
الرهن الحيازي لنرى كيف يلزم القانون المرتهن باستغلال الشيء المرهون
رها حيازيا . وقد نصت على ذلك المادة (١٣٤٠) من القانون المدني
بقولها : « ليس للمرتهن ان ينتفع بالمرهون رها 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 اتفقه في المحافظة عليه ، وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض ثم من المصروفات والفوائد، ثم من اصل الدين » (١) . وعليه يمكننا ان نطبق هذه الاحكام على الحابس فنقول بعدم جواز اتفاقه بالشيء المحبوس دون مقابل . واذا كان الشيء يعطى ريعا او استعمله الحابس 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 الحابس نفقات وتكاليف اخرى فان هذه النفقات والتكاليف تخصم من استعماله للشيء اولا ، وما بقي يخصم من الدين .

(١) يلاحظ ان عبارة « على ان يكون الخصم من قيمة ما اتفقه في المحافظة عليه ، وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض ، ثم من المصروفات والفوائد » ، هذه العبارة غير صحيحة . وال الصحيح هو ما يلي : « على ان يخصم من الريع وما استفاده اولا قيمة ما اتفقه في المحافظة عليه وما دفعه من الضرائب والتكاليف .. ثم المصروفات والفوائد » (بدون حرف الجر « من ») . ذلك ان النص يقول : « .. وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفاده من استعماله يخصم من الدين الموثق بالرهن » وهذا صحيح ، لأن الريع وقيمة الاستفادة الناشئة عن استعمال الشيء يمثل دينا نشأ للراهن في ذمة المرتهن ، فيجب ان يطرح من دين المرتهن في ذمة الراهن . ولكن قبل اجراء هذه المقاومة يجب ان نطرح من الريع وقيمة الاستفادة النفقات والتكاليف الاخرى التي اتفقها 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 اتفقه في المحافظة على الشيء وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض اولا ، ثم المصروفات والفوائد » .

المبحث الثاني

سقوط الحق في الحبس

طريق اصلي وطريق تبعي

٢٣٢ - ليس الحق في العبس حقاً اصلياً ، بل هو حق تبعي ، تابع للدين المحبوس فيه . ويترتب على ذلك أن يكون له طريقان في الاقضاء : طريق تبعي فينقضي تبعاً لانقضاض الدين ، وطريق اصلي فيسقط مع بقاء الدين . ونرى كلاماً من هذين الطريقين على حدة .

١- انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي

٢٣٣ - لما كان القانون قد منح الحق في الجبس ضماناً لحصول
الحابس على ماله في ذمة مالك الشيء المجروس ، فإن هذا الحق يتضمن
باتقاضاء 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 الجبس، ويجب على الحابس
تسليم الشيء إلى مالكه ، وإذا امتنع عن ذلك أصبح غاصباً وانقلبت يده
من يد إمامه إلى يد ضمان واصبح مسؤولاً عن هلاك الشيء ، حتى لو كان
الهلاك بسبب أجنبي .

٢٣٤ - وينقضى الحق في الجبس ايضا اذا القضى الدين المحبوس فيه باحد طرق انقضاء الالتزام كالتجديد والمقاصة والابراء . ولا يسقط الحق في الجبس الا بانقضاء الدين المحبوس فيه كله ، ذلك لأن الحق في الجبس لا يتجزأ . ولكن يجب ان لا يستعمل الحق في الجبس بتعسف . فإذا كان الشيء المحبوس كبير القيمة بالنسبة للدين المحبوس فيه وكان يمكن للحابس ان يحبس جزء من الشيء المحبوس ضمانا للحصول على ماله في ذمة مالك الشيء ولكنه اصر على حبس الشيء كله كان متعسفا ويجب على تسليم ما يزيد على القدر اللازم لضمان حصوله على ماله في ذمة مالك الشيء .

مثال ذلك ما إذا أودع شخص مائه طن من الرز في أحد محلات البيع ، وكانت قيمة الطن الواحد مائة دينار ، ثم اراد ان يرفعها ولكن تتحقق على صاحب المحل اجرة مقدارها مائة دينار ورفض صاحب المحل ان يسمح لصاحب الرز برفع شيء منه حتى يوفي المائة دينار كاملة . في هذه الحالة يكون صاحب المحل متعملاً في استعمال حقه في الحبس ، فهو يستطيع ان يحبس طناً او طنين ، وهذا يكفي لتأمين حصوله على حقه . وعلىه يستطيع صاحب الرز ان يلتجأ الى القضاء لاجباره على تسليم الرز وبعد ان يترك عنده القدر الكافي لضمان حصوله على الاجرة التي ترتب له في ذمته .

عدم انقضاء الحق في الحبس بالتقادم

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

ثانياً - سقوط الحق في الحبس بطريق أصلي

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

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

٤ - اذا هلك الشيء المحبوس .
وقول 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 : « فاذا قدم الدائن تأميناً كافياً

للوفاء بالتزامه سقط حق المدين في الامتناع عن اداء ما التزم به » . فاذا قدم الدائن للمدين تأميناً كافياً ، شخصياً كان او عيناً ، 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 دائه . فاذا قدم الدائن تأميناً كافياً للوفاء بما في ذمته اتفت الحكم من تقرير هذا الحق . وتقدير ما اذا كان التأمين الذي يقدمه الدائن كافياً مسألة وقائع ترجع لتقدير القاضي .

استثناء

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

٢ - اخلال الحابس 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 الحابس ان يحافظ على الشيء ويقدم حساباً عن غلته » . فإذا لم يقم الحابس بهذه الواجبين ، كما اذا اهمل في المحافظة على الشيء المحبوس اهتماماً يعرضه للتلف او لم يقدم حساباً عن غلته بحيث يؤدي ذلك الى ضياع هذه الغلة ، في هذه الحالة يجوز للمالك ان يطلب من القضاء انتزاع الشيء من يد الحابس وايداعه يد عدل .

٣ - زوال الحيازة من يد الحابس برضاه

٤٤٠ - 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 لhabس الشئ اذا خرج الشئ من حيازته خفية او بالرغم من معارضته ان يسترد الحيازه اذا هو قام بهذا الطلب في خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشئ من حيازته وقبل اقضائه سنة من وقت خروجه » . فهذه الفقرة اجازت للحابس ان يسترد الشئ في خلال ثلاثين يوما اذا كان خروج الحيازه من يده خفية او بالرغم من معارضته .

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

٤ - هلاك الشئ المحبوس

٢٤١ - يد الحابس على الشئ المحبوس يد امانه لا يد ضمان لأن القانون منحه الحق في الحبس ، والاصل في هذا الباب ان « الجواز الشرعي ينافي الضمان » (م ٦ مدنی) . فإذا هلك الشئ 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 تفاصيـ الالتزام وهو موضوع الباب الاول من هذا الكتاب . وتنقل الان الى الكلام عن اوصاف الالتزام ، وهو موضوع الباب الثاني .

الباب الثاني

او صاف الـ ادلة مزام

MODALITÉS DES OBLIGATIONS

تمهيد

٢٤٣ — تطبق الأحكام التي رأيناها في الباب السابق على الالتزام البسيط الذي لم يلحقه وصف ما فإذا باع شخص شيئاً من آخر بسبعين 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 تلقى نظرة على الرابطه القانونيه التي يكون الالتزام أحد وجميئاه فهذه الرابطة ، كما سبق أن رأينا (١) ، تتكون من طرفين، هما الدائن والمدين ، ومحل الالتزام الذي تكلمتنا عنه في الباب الأول هو التزام بسيط في كل عنصر من هذه العناصر الثلاثة . فالرابطة القانونية متحققة الوجود وواجبة 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 او على تقاضها . فإذا لحقها في وجودها جعلها غير متحققة الوجود ،

ويسمى في هذه الحالة : « الشرط » . وإذا لحقها في تقاضها جعلها غير واجبة التنفيذ في الحال ، ويسمى في هذه الحالة : « الاجل » . فالشرط والاجل اذن هما الوصفان الذان يمكن أن يلحقا الرابطة القانونية ذاتها .

٢٤٥ — وقد يلحق الوصف أحد طرفي الرابطة القانونية او كليهما ، وبعد ان كان كل من الطرفين واحداً يصبح متعددان في عدد الدائن او المدين او كلاهما . فالتنوع اذن هو الوصف الذي يمكن ان يلحق طرفي الرابطة القانونية ، اي طرفي الالتزام .

٢٤٦ — وقد يلحق الوصف محل الرابطه القانونيه ، فبدلاً من ان يكون واحداً يكون متعددان . فتعدد المحل اذن هو الوصف الذي يمكن ان يلحق محل الرابطة القانونيه ، او محل الالتزام .

(١) الجزء الاول ، فهـ

٢٤٧ — وعلى ذلك فاتنا نقسم هذا الباب الى فصول اربعة : تتكلم في الاول عن الشرط ، وفي الثاني عن الاجل ، وفي الثالث عن تعدد محل الالتزام ، وفي الرابع عن تعدد طرف في 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 العدم 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 ان يستحق الارث ، فقد يوجد من يحببه . وفي دائرة المعاملات يميز الفقهاء المسلمين بين التعليق على الشروط والاقتران بالشرط . فمثلاً الاول ما اذا قال شخص لاخر : « اذا سافر مدينتك فانا كفيه » . فنشوء 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) الاشياء والنظائر لابن نجيم ، ص ١٤٨ ، نقلًا عن الدكتور صبحي المحمصاني ، النظريه العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، ج ٢، ص ٢٠٢

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

٢٥٠ — وإذا نظرنا إلى الالتزامات التي يمكن أن يعلق نشوؤها أو زوالها على شرط وجدناها الالتزامات التي مصدرها العقد فقط . فالشرط لا يمكن أن يكون إلا في ضمن عقد . وعليه ف محل بحثه يجب أن يكون عند دراسة العقد لامع أحكام الالتزام . فنظيرية 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 ليتسع اثره وانواعه ، وأخيراً الآثار التي تترتب عليه . ونعالج كلاً من ذلك في فرع خاص

الفرع الأول

مقومات الشرط أو شروطه

شرطان

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

اولاً - 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 بمبليغ من النقود لمن يكتشف دواء لداء معين او لمن يعثر على شيء ضائع . فكل من التعين 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 عشر على الشيء الضائع عند الوعد ، كان التزام الواعد في كل هذه الصور منجزا غير معلق على شرط ويجب عليه تنفيذه .

٢٥٥ — ويسكن ان يكون الشرط امرا سلبيا ، بان يكون عملا يمتنع المدين عن القيام به لفترة معينة او مدى الحياة . مثال الاول ما اذا اشترط صاحب مصنع على مهندس بالايعلم في مصنع اخر ملدة معينة . ومثال الثاني ما اذا اوصى زوج لزوجته بدار واشتهرت ان تفرغ 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 يعلم المهندس في المصنع استحق المبلغ ، واذا لم تتزوج الارملة بقيت مستحقة للدار .

ثانياً — 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 الجوهرى في الشرط ، وبه يختلف عن الاجل . فكل منها امر مستقبل ، ولكن الشرط امر مستقبل غير متحقق

الوقوع ، اما 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 : « ويشرط لصحة التعليق ان يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود ، لامحققا ولا مستحلا » •

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 نعلم 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 الواعد) في السنة القادمه كانت الوفاة شرطا ، لأن وقوع الوفاة في السنة القادمه ليس بالامر المتحقق الواقع •

الفرع الثاني أنواع الشرط

٢٥٨ — ينقسم الشرط من حيث اثره الى واقف وفاسخ ، ومن حيث تتحققه الى احتسابي ، 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 ،
حيث انه اذا تحقق الشرط انعقد العقد ونشأت الالتزامات في ذمة كل
من طرفيه ، او نشأ الالتزام في ذمة الواعد اذا اكمل الارادة المنفردة
كمصدر للالتزام . مثال الاول ما اذا قال شخص لآخر : « اذا رفعت في
هذا الشهر اشتريت سيارتك بالف دينار » ، او : « اذا قلت الى المدينة الفلاحية
استأجرت دارك التي فيها يبلغ كذا » ، وقال الثاني قبلت . فاذا رفع الموظف
او نقل الى المدينة المذكورة انعقد العقد ، فيلزم باخذ السيارة واعطاء الف دينار في
الحالة الاولى وباستئجار الدار بالمبلغ المتفق عليه في الحالة الثانية . ومثال
الثاني ما اذا وعد شخص ابنه بجائزة اذا نجح في الامتحان او وعد بجائزة
لم يقوم بعمل معين . فاذا نجح الابن في الامتحان نشأ التزام في ذمة ابيه
باعطائه مبلغ الجائزة واذا قام شخص بالعمل المعين نشأ التزام في ذمة الواعد
باعطائه الجائزة التي وعد بها .

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

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 إذا هو أحياء ميتاً كان التعهد معلقاً على شرط واقف مستحيل . ذلك أن التقدم العلمي في ميدان الطب لم يتوصل بعد إلى إحياء الميت . وكذلك الأمر إذا وعد شخص آخر ببلغ من المال إذا هو عبر المحيط سباحة . ومثال الشرط المستحيل أيضاً الوصول إلى القمر ، إذ لم يصل بعد شخص إليه . ولكن المحاولات مستمرة للوصول إليه ولا يستبعد أن يصل الإنسان إليه قريباً ، وعندئذ تصبح الاستحالة نسبية لا مطلقة .

الاستحالة المادية والاستحالة القانونية

٢٦٣ — والا استحالة قد تكون مادية ، وهذا ما رأيناه في الأمثلة المتقدمة . وقد تكون قانونية ، ومثالها تعليق العقد على الزواج من أحدى المحارم . فالقانون يمنع هذا الزواج ، وعليه فالتعليق عليه يكون تعليقاً على شرط مستحيل استحالة قانونية . ومثال الاستحالة القانونية أيضاً الطلاق في البلدان التي تمنعه ، والزواج بأكثر من امرأة في البلدان التي تتحدى تعدد الزوجات ، والزواج بأكثر من أربع نساء في البلدان التي تتبع الشريعة الإسلامية شرعاً لها . فالعقد المتعلق على أحد هذه الأمور يكون معلقاً على شرط مستحيل استحالة قانونية ، وبالتالي فهو باطل ولا ينشأ عنه التزام ما .

٢ - الشرط الواقف المخالف للنظام العام او الآداب

٢٦٤ - ومثال الشرط الواقف المخالف للنظام العام الشرط القاضي بالايطلق المشترط عليه زوجته ابدا . فإذا كان القانون يعترف للانسان بالحق في تطليق زوجته كان الشرط الذي يمنعه من ذلك مخالف 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 دارا ، او اوصى لزوجته بدار ، واشترط عليها الا تتزوج ، وكان قصده من ذلك هو ان تكرس نفسها ل التربية اولاده منها . والغالب ان يوجد مثل هذه الشرط في عمل من اعمال التبرع ، كمهه او وصية .

٢٦٥ - ومثال الشرط المخالف للاداب اشتراط انشاء علاقة جنسية غير مشروعة . فالعقد المتعلق على مثل هذا الشرط باطل لمخالفته للاداب . 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 - ويذكرنا ان تبطل العقد اذا تضمن شرطا مخالف للنظام العام او الاداب بالاستناد الى الحديث الشريف : « المؤمنون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا » . وقد رأينا هذا الحديث في عدة مناسبات في الجزء الاول من هذا الكتاب .

الشرط المخالف للنظام العام والشرط المستحيل استحالة قانونية

٢٦٧ - ويذكر التمييز بين الشرط المخالف للنظام العام والشرط المستحيل استحالة قانونية ، وان كان كل منها باطلًا . فاشتراط عدم الزواج قد يكون شرطا مخالف 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 كثيراً ما ترجع إلى مخالفة النظام . (عام ١) .

الشرط الواقف ومحل العقد

٢٦٨ — يلاحظ أن العقد المعلق على شرط واقف مستحيل أو مخالف للنظام العام أو للآداب يمكن ابطاله من جهتين : الشرط والمحل . فقد سبق ان رأينا (٢) ان محل ، حتى يكون قابلاً للتعامل فيه ، يجب ان يكون مكتناً اذا كان عملاً او متناعاً عن عمل ، والا يكون مخالفًا للقانون ولا للنظام العام والآداب . فإذا علق العقد على شرط مستحيل او مخالف للقانون او للنظام العام او للآداب كان باطلاً من جهة المحل ومن جهة التعليق . ومن هذا نرى ان بحث الشرط يجب ان يكون مع العقد ، لامع احكام الالتزام .

المطلب الثاني

الشرط الفاسد

Condition résolutoire

٢٦٩ — يكون الشرط فاسداً اذا علق عليه فسخ العقد وزواله . مثال ذلك ما اذا باع شخص شيئاً 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 إلى المشتري مع المصروفات التي تحملها هذا فسخ البيع واسترد المبيع . وإذا لم يرد البائع الثمن في خلال المدة المتفق عليها فإن الشرط يكون قد تخلف ويلزم العقد ويستقر نهائياً . فالعقد يكون في خلال مدة التعليق ، حسب تعبير الفقهاء المسلمين ، « نافذاً غير لازماً » . ومثال الشرط الفاسد

(١) السنوري ، الوسيط ، ج ٣ ، ص ٢٢ .

(٢) الجزء الأول ، 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 واقعاً أو فاسحاً ، وحجتهم في ذلك أن الشرط الفاسخ إذا كان من طبيعته أن يزيل التزاماً من جهة فإنه ينشئ التزاماً من جهة أخرى . ويستشهد أصحاب هذا الرأي في ذلك ببيع الوفاء ، فيقولون إن البائع إذا رد الشن 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 الواقع والشرط الفاسخ .

٢٧١ — وقد تدق أحياناً معرفة ما إذا كان الشرط واقعاً أو فاسحاً ، 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 قاضي الموضوع هذه الارادة من الظروف والملابسات ، فإذا تبين أن ارادة الطرفين قد انصرفت إلى أن يكون الشرط واقفاً أو إلى أن يكون فاسحاً التزم هذه النية وحكم بمقتضاهـ (١) .

(١) أو بريوردو ، ج ٤ ، ط ٦ ، ص ٨٨ ، مع المراعي المشار إليها في هامش رقم ٣ . السنوري ، المرجع السابق ، ص ٣٠ .

وقد قضت محكمة التمييز المصرية في حكم لها صادر في ٩ إبريل ١٩٤٠ بان الشرط القاضي بأن من يرسو عليه المزاد في اطيان موقوفة تبعاً بقصد الاستبدال لا يستحق البيع إلا إذا وافقت المحكمة الشرعية على الاستبدال بعد مشترياً بشرط واقف لابشرط فاسخ ، لأن اجازة الاستبدال من المحكمة إنما هي شرط واقف لفاسخ (نقلًا عن السنوري ، المرجع السابق ، الموضوع المذكور أعلاه ، هامش رقم ١٢) .

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 لأحد الطرفين يقوم بدور شرط فاسخ بالنسبة للأخر . ويترج من ذلك أن الاتفاق على نقل الملكية عندما يكون معلقا على شرط يكون من شأنه أن يكون على الشيء حقا ملكية : الاول معلق على شرط واقف والثاني معلق على شرط فاسخ . ولكن عندما يتحقق الشرط او يتخلف 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 آخرون على هذا الرأي ، ويررون ان من ينقل الى غيره حقا تحت شرط فاسخ ، وخاصة حق الملكية ، لا يمكن أن يوجد في هذه 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 المعلق 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 فإنه يبطل العقد .

(١) بودري وبارد ، ج ١٣ (التزامات ٢) ، ط ٣ ، ف ٧٧٥ ، مع المراجع المشار إليها في هامش رقم ٤ ، ص ١٥ .

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

وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٢٨٧) بقولها : « وَمَعَ ذَلِكَ يُبْطَلُ الْعَدْ الَّذِي عَلِقَ عَلَى شَرْطٍ فَاسِخٍ مُخَالِفٍ لِلْلَّادَابِ أَوِ النَّظَامِ الْعَامِ إِذَا كَانَ هَذَا الشَّرْطُ هُوَ السَّبِبُ الدَّافِعُ لِلتَّعَاقِدِ » . وقد سبق أن رأينا أمثلة للشرط الفاسخ المخالف للنظام العام وللشرط الفاسخ المخالف لللاداب . فمثال الاول ما اذا وهب شخص آخر شيئاً واشترط عليه ألا يطلق زوجته ، فإذا طلقها استرد الشيء منه . ومثال الثاني ما اذا وهب رجل امرأة شيئاً ، كعهد تفيس ، على ان تعاشره معاشرة غير مشروعة ، فإذا ما انقطعت عن معاشرته استرد العقد . فالشرط في هذه الأمثلة فاسخ ومخالف للنظام العام أو لللاداب وكان هو الدافع الى التعاقد ، وعليه يبطل هو العقد (١) .

الشرط الفاسخ الضمني

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

(٢) وقد قضت محكمة التمييز المصرية في حكم لها صادر في ٢ ايار ١٩٤٦ بان الشرط الفاسخ الصريح وشرطه الضمني يختلفان طبيعة وحكمـا .

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 (التقديم) موجب للفسخ حتماً ، فلا يملك معه القاضي امهال المشتري المتخلّف عن اداء الثمن ،

المبحث الثاني

أنواع الشرط من حيث تتحققه وتختلفه

٢٧٥ — ينقسم الشرط من حيث تتحققه وتختلفه إلى ثلاثة أنواع : فهو أمان يكون تتحققه أو تختلفه متروكًا إلى مجرد الصدفة ويسمى بـ(الشرط الاحتمالي) أو إلى ارادة أحد الطرفين ويسمى : « الشرط الارادي » ، أو إلى ارادة أحد الطرفين مقتضاه بامر خارجي ويسمى : « الشرط المختلط » ، ونرى كلاً من هذه الانواع على حدة .

١ - الشرط الاحتمالي Condition Casuelle

٢٧٦ — الشرط الاحتمالي هو الذي يترك أمر تتحققه وتختلفه لامر لعلاقة لارادة أحد الطرفين فيه أي لمجرد الصدفة . مثال ذلك التعليق على وفرة الاتاج الزراعي ، او على ارتفاع او انخفاض الاسعار ، او على صدور

ولا يستطيع المشتري ان يتغادى الفسخ باءث الثمن او عرضه بعد اقامته دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبية الرسمي الى الوفاء ، بل قد يكون شرط الفسخ الصريح موجباً للفسخ بلا حاجة الى تنبية اذا كانت صيغته صريحة في الدلالة على وقوع الفسخ عند تتحققه بلا حاجه الى تنبية ولا انذار . وعلى ذلك فاذا كانت محكمة الدرجة الاولى قد اقامت قضاها بفسخ العقد على ان المشتري اذ قصر في الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقاً في طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمني المفترض في جميع العقود التجارية ، ثم جاءت محكمه الاستئناف فقالت ان الفسخ كان متفقاً عليه جراء للتختلف عن اداء الثمن واذ قد ثبت لها تختلف المشتري فهي تقرر حق البائع في الفسخ نزولاً على حكم الشرط الفاسخ الصريح عملاً بنص المادة (٣٣٤) مدنی (قديم) ، ثم لم تثبت ان قالت في اخر حكمها انها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منه اسباباً لحكمها ، فحكمها هذا يكون قد اقيم على امررين واقعين متغيرين ولا يمكن ان يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرط الفسخ الصريح والفسخ الضمني طبيعة وحكمها ، وهذا تعارض في تسايab الحكم يعنيه ويستوجب نقضه (مجموعة عمر ، ٥ رقم ٦٨ ، ص ١٥٥ ، نقلًا السنوري المرجع السابق ، ٢٩ ، هامش) .

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

٢ - الشرط الارادي Condition potestative

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

٢٧٨ - والشرط الارادي اما ان يتوقف تتحققه وتخلفه على ارادة

الدائن ويسمى : « الشرط الارادي البسيط » Condition simplem
Potestative ، او على ارادة المدين ويسمى ، بـ « الشرط الارادي المحض »
Condition purement potestative ويختلف حكم كل من هذين الشرطين عن حكم الآخر .

فإذا توقف على ارادة الدائن كان صحيحاً ملزماً ، واقعاً كان او فاسحاً .
مثال الشرط الواقع ما اذا قال شخص لاخر : اذا تزوجت (انت)
فاني اؤجرك داري بملغ كذا ، او اذا سافرت (انت) فاني اشتري دارك
بملغ كذا . ومثال الشرط الفاسخ بيع الوفاء . فإذا باع شخص داره بشرط
ان يكون له استردادها بعد رد الشن ، كان الشرط صحيحاً لانه شرط
فاسخ تعلق تتحققه او تخلفه على ارادة الدائن .

وإذا توقف على ارادة المدين ، فإذا كان واقعاً بطل الشرط والتصرف .
مثال ذلك ما اذا قال شخص لاخر : ايعلم داري اذا اردت (انا) ، او اذا
رأيت ذلك في مصلحتي . ففي هذه الحالة يكون تتحقق الشرط وتخلفه متوقفاً
على محض ارادة المدين ان شاء ابرم العقد وان لم يشأله يبرمه . وبعبارة
اخري هو لم يتلزم بشيء . وحكم هذا الشرط انه باطل هو والعقد المعلق
عليه . اما اذا كان الشرط فاسحاً فانه يكون صحيحاً هو والعقد المعلق
عليه . مثال ذلك شرط الخيار ، او خيار الشرط . فإذا باع شخص او اشتري
شيئاً على ان يكون له الخيار لمدة معينة كان الشرط صحيحاً .

٣ - الشرط المختلط Condition Mixte

٢٧٩ - والشرط المختلط هو الذي يعلق تتحققه وتخلقه على ارادة احد الطرفين وامر خارجي . مثال ذلك ان يهب شخص اخر شيئاً 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 به من حين التعليق لامن حين تتحققه اي يكون تتحققه 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 واقعاً او فاسحاً . ونرى كلا من ذلك في مطلب مستقل .

المطلب الاول

الشرط الواقف

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

سياراتي بمبلي كذا وقبلت انت هذا الايجاب ، ولم اقل انا بعد من بغداد ، فما هي اثار هذا الاتهاق بيني ويبينك؟ الجواب عن هذا السؤال يقتضي معرفة مراتب الحق من حيث الوجود والنفاذ . وهذا ما ذرناه 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 وجود له ولكن يحتمل وجوده في المستقبل . ومثاله ان يكون عند الانسان بطاقه يانصيب ، فحقيقه 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 التزوال . مثال ذلك حق المشتري في بيع الوفاء .

٥ — مرتبة الحق المقترن باجل فاسخ ، وهو حق موجود وجودا كاملا ، وهو نافذ الى اجل ثم ينقضى بانتفاء هذا الاجل . مثال ذلك حق المستأجر في الاتفاق 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 وجود له ولا يحتمل وجوده . ولكننا لانرى ما يقول

(١) المرجع السابق ، ف ٢٩ .

به الاستاذ حقا ولا مرتبة من مراتب الحق . اذ الحق المدوم الذي لا وجود له ولا يحتمل 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 لامجرد امل . ويترتب على كل من كون الحق المعلق على شرط واقف حقا ومن كونه غير كامل الوجود ، بعض النتائج . ونرى هذه النتائج فيما يلي :

اولا — 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 ان يوصي به ، وان يبيعه وان يرهنه ، وان ينزل عنه بارادته المنفردة ، الخ

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

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

٢٨٦ — ويترتب على ان الحق المعلق على شرط واقف غير كامل الوجود النتائج التالية :

١ - لا يكون قابلاً لاي نوع من انواع التنفيذ ، لا التنفيذ الجبري 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 و يجوز له استرداد ما دفع بدعوى استرداد مادفع دون حسق .

٢ - لا يسري عليه التقادم المسقط الا من وقت تتحقق الشرط . ذلك ان التقادم انتا يسري على الحق من حين استحقاقه ، والحق المعلق على شرط وافق انتا هو حق غير مستحق الاداء .

٣ - لا يتحمل صاحب الحق المعلق على شرط وافق تبعه الهملاك ، ولا يستطيع التصرف بالشيء الذي عليه حقه . فاذا كان الحق المعلق على شرط وافق هو حق الملكية كان لهذا الحق ما لكان : المالك تحت شرط وافق وهو الذي انتقلت اليه الملكية معلقه على هذا الشرط ، ومالك تحت شرط فاسخ وهو من انتقلت منه الملكية الى المالك تحت شرط وافق . مثال ذلك ما اذا قال شخص لآخر : اذا نقلت من وظيفتي فاني ابيعك داري التي اسكنها قبل الآخر . 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 وافق وهو حق الطرف الآخر ، وهو حق غير كامل الوجود (١) .

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

القانون المدني العراقي

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

(١) السنوري ، المرجع السابق ، ص ٤٢ .

العراقي ؟ تنص المادة (٢٨٨) من هذا القانون على ان « العقد المتعلق 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 الاجازة . فإذا لحقت الاجازة نفذ باثر رجعي الى حين صدوره ، وان لم تلتحقه انعدم واصبح هو والعقد الباطل بمنزلة سواء . ولكن قبل الاجازة ما هو مركز صاحب الحق المتعلق على شرط واقف، هل يملك حقا او مجرد امل؟ اذا قلنا انه يملك حقا كان معنى ذلك انه يستطيع اتخاذ الاجراءات التحفظية الالزامية 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 الذنوبي ان الدائن « لا يملك — وفقاً لحكام الشريعة ولا حكام القانون المدني العراقي — وقت قيام التعليق سوى مجرد امل . وينتتج من هذا انه لا يستطيع ان يتخذ الوسائل التحفظية التي اشرنا اليها سالفا » . ويدعى الاستاذ السنوري الى امكان تطبيق الاحكام المتقدمة في القانون المدني العراقي ، ذلك لأن الحق غير النافذ حق موجود . ونحن نميل الى الأخذ برأي الاستاذ السنوري . فإذا قال شخص لآخر : اذا قلت من وظيفتي قبل التاريخ الغلاني فاني ابيعك سيارتي ببلغ كذا وقال الآخر قبلت واراد صاحب السيارة قبل التاريخ المذكور ان يبيع السيارة من شخص اخر ، وان يتصرف بها تصرفها ينقص من قيمتها افلا يستطيع المالك تحت شرط وافق ان يعترض على ذلك ؟ فعن نرى له ذلك ، حتى بتطبيقاتنا 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 . فإذا اراد بائع السيارة ان يتصرف بها تصرفها يضر بالمشتري فإنه يكون قد خالف الشرط الذي اتفق معه عليه ، وبالتالي يجوز للمشتري تحت شرط وافق ان يعترض على هذا التصرف ويتخذ الاجراءات التحفظية للمحافظة على السيارة . ويترتب على ذلك ان صاحب الحق المتعلق 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 ، ولكنه على خطر الزوال . وعليه فهو في مرحلة التعليق يكون حقا منجزا ، اي بسيطا غير موصوف . فالدائن يملك اذن حقا مؤكدا ، ولكن هذا الحق على خطر الزوال . ويترتب على كل من هاتين الصفتين للحق المعلق على شرط فاسخ بعض النتائج ، نراها فيما يلي :

اولا — النتائج التي تترتب على ان الدائن يملك حقا مؤكدا

٢٨٩ — يترب 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 لاستحصل حقه ، وله ان يرفع دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائرته (الدعوى البولصيه) وله ان يظهر العقار مما عليه من الديون المضمونة برهون . كما يستطيع تتبع الشيء واتزانه من يد اي شخص انتقل اليه .

٢ — اذا قام المدين بتنفيذ التزامه فانه لا يستطيع ان يطالب باسترداد مادفع عن طريق دعوى استرداد مادفع دون حق ، لانه انا دفع دينا مستحقا 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 بالشيء الذي يردعه حقه كافة انواع التصرفات ومقابل ذلك هو الذي يتحمل الملاك .
ثانياً - النتائج التي تترتب على كون الحق المعلق على شرط فاسخ على خطر الزوال

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 مقاومة حق معلق على شرط فاسخ بحق منجز ، ذلك لأن الحق المعلق على شرط فاسخ انتها 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 . فاذا 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 التعاقد 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 عند هذه الأحكام التي رأيناها في الفقه الغربي . وكذلك الأمر إذا كان الخيار للبائع .

المبحث الثاني

أثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق

٢٩٢ — يقصد بانتهاء التعليق معرفة مصير الشرط الذي علق عليه العقد ، فهو أما أن يتحقق أو يتختلف .

كيف يتحقق الشرط وكيف يتختلف

٢٩٣ — إذا حددت مدة لتحقق الشرط وجب أن يتحقق في هذه المدة . فإذا تحقق بعدها ، ولو بمنتهى وجيزة ، اعتبر متخلقاً . وإذا لم تحدد مدة لتحققه وجب الرجوع إلى نية الطرفين لمعرفة الشكل الذي أرادا أن يتحقق به الشرط . فإذا قال شخص لآخر : إذا تزوجت (انت) بعثك داري بملح كذا ، أو إذا عينت (انا) في الوظيفة الفلاحية فافي اشتري دارك ببلغ كذا ، فهل يمكن القول بأن الشرط يمكن أن يتحقق حتى موت الشخص الذي يتوقف تتحقق الشرط على زواجه أو موت الشخص الذي يتوقف تتحقق الشرط على حصوله على الوظيفة حيث يجعل الوفاة من المؤكد عدم امكان تتحقق الشرط ، أو أن هناك مدة مفهومة ضمناً بين الطرفين يجب أن يتم الزواج أو الحصول على الوظيفة في خلالها ؟ يعود قدر ذلك إلى قاضي الموضوع ، فهو الذي يقدر الوجه الذي أراد الطرفان أن يكون عليه تتحقق الشرط . واز تتحقق الشرط أو تختلف تحدد مصير العقد نهائياً ولا يمكن الرجوع فيه .

تحقق الشرط أو تخلفه بغض من له مصلحة في ذلك

٤٩٤ — ويعتبر الشرط قد تحقق إذا حال دون تتحققه عن طريق الغش الطرف الذي له مصلحة في تخلفه . كما أنه يعتبر قد تختلف إذا تتحقق بطريق الغش من

قبل الطرف الذي له مصلحة في ان يختلف (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 .

اولاً — 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 حقاً منجزاً . 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 شيئاً فانه لا يرده ، لانه انما قبض شيئاً مستحقاً له . ويسري التقادم على الحق المعلق على شرط واقف من حين تتحقق الشرط ، لانه اصبح حقاً مستحقاً الاداء . وإذا كان صاحب الحق المعلق على شرط واقف قد تصرف فيه صحت تصرفاته لأن الحق يعتبر موجوداً 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 معلقاً عليه واصبح كأن لم يكن موجوداً 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 شيئاً كان له ان يستردده . وإذا كان صاحب الحق قد تصرف فيه زالت تصرفاته بفعل الاثر الرجعي . وقد أوجزت 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 السنهوري ، 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 . ويتربى على ذلك عكس النتائج التي رأيناها في تتحقق الشرط الواقع . فإذا كان الدائن قد استلم شيئاً وجب عليه أن يرده ، وإذا استحال رد بخطأ تتحقق مسؤوليته ووجب عليه التعويض وفقاً للقواعد العامة التي سبق أن رأيناها . أما إذا كانت الاستحالات بسبب اجنبي فان التزامه بالرد ينقضي ولا يلزم بالتعويض . ووجوب الرد يكون على أساس رد ما استلم دون حق . ويتربى على ذلك أيضاً سقوط التصرفات التي قام بها صاحب الحق قبل تتحقق الشرط .

٢٩٩ - وإذا تخلف الشرط الفاسخ استقر الحق الذي كان معلقاً عليه . فهو بعد أن كان على خطر الزوال أصبح ثابتاً مستقراً غير معرض للزوال . ويتربى على ذلك أن 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 المتعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم فإذا تتحقق الشرط فسخ العقد والزم الدائن برد ما أخذه ، فإذا استحال رد وجب الضمان . وإذا تخلف الشرط لزم العقد »

استثناء - اعمال الادارة الصاربة قبل تتحقق الشرط

٣٠٠ - وقد استثنىت 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 إذا كان مثلاً برهن . والحكم من الابقاء على هذه الاعمال هي أنها ضرورية للمحافظة على العين

(الموجز ج ٢ - ١٠ م)

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 بان ابقى اعماله قائمه حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ .

٣٠١ — ويشترط للبقاء على اعمال الادارة رغم تحقق الشرط الفاسخ

الشرطان التاليان :

- ١ — حسن نية من صدرت عنه هذه الاعمال ، فيجب لا يتخذ منها ذريعة يتسل 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 اتجه اثره من حين الاتفاق لا من حين تتحققه . ولما كان هذا يبدو غريبا ، اذ كيف يمكن ان يقع امر اليوم ويتحج 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 المعلق على شرط هو حق

موجود ، وليس من شأن تحقق الشرط الا تثبيت Confirmation هذا الحق . بهذا القول تتفق قاعدة الاثر الرجعي مع فكرة الحق المعلق على شرط ، فالحق يسبق تحقق الشرط ولا يكون من شأن هذا 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 المعلق 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 المعلق على شرط وقف موجود منذ البداية وتحقق الشرط انما يقتصر على تثبيته ، وهذا التفسير مصادرة على المطلوب Pétition de principe فأن وجود الحق منذ البداية لم قبل به الا لان للشرط ثرا رجعيا ، فلا يجوز ان يفسر هو نفسه هذا الاثر الرجعي (٣) .

٣٠٥ — ويدهب الاستاذ السنوري الى ان فكرة الاثر الرجعي

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

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

(٣) السنوري ، المرجع السابق ، ص ٦٢

تستجيب في أكثر الأحوال لظروف التعاقد وللنية المحتملة للمتعاقدين • ذلك أن المتعاقدين لا يرمان وقت التعاقد أن كان الشرط يتحقق أو لا يتحقق ، ولو أنهما كاتباً يرمان ذلك لما علقا العقد على الشرط ولجعله عقداً بسيطاً منجزاً فيمكن اذن في كثير من الامتنان تفسير نيتها على أنهما أراداً أن يسندوا أثر العقد إلى وقت التعاقد لا إلى وقت تحقق الشرط (١) .

موقف القوانين المدنية الحديثة من فكرة الآخر الرجعي

٣٠٦ — وبالنظر للنتائج التي ترتب على فكرة الآخر الرجعي من منع التصرف بالمال ، ومن جعل من تعامل مع المالك تحت شرط معرضاً 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 الآخر الرجعي لتحقق الشرط . فقضى هذان القانونان بعدم الآخر الرجعي إلا إذا اتفق الطرفان على أن يكون لتحققه هذا الآخر في العلاقة فيما بينهما .

فكرة الآخر الرجعي في الفقه الإسلامي

٣٠٧ — ولم يأخذ الفقهاء المسلمين بفكرة الآخر الرجعي في شرط التعليق الصريح . بل هناك قاعدة كلية تقر 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 — إلا أن الامر يكون على خلاف ذلك في العقود والتصرفات التي تكون بحسب ما هيئها معلقة على شرط ضمني . فحينئذ يكون لتحقق

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

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

الشرط اثر رجعي . مثال ذلك تصرفات المريض مرض الموض ، فإن بطلانها معلق على الموت . فإذا مات المريض بطلت ، وإذا برأه نفذت . وكذلك الحكم في العقود الموقوفة ، فهي تنفذ بالاجازة وتعتبر صحيحة منذ انعقادها ولكنها تبطل بعدم الاجازة وتعد كأن لم تكن أبدا . ومن ذلك أيضا 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 أخذ به القانونان الألماني والسويسري ، ولا بما يقول به الفقهاء المسلمين ، بل أخذ بما تأخذ به القوانين اللاتينية فاعتبر الشرط يتحقق باثر رجعي الا اذا اتفق المتعاقدان او قبضت طبيعة العقد بعكس ذلك . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٢٩٠) بقولها : «اذا تحقق الشرط واقعا كان او فاسحا استند اثره الى الى الوقت الذي تم فيه العقد الا اذا ثبت من ارادته 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 نتائج 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 ، فإنه 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 للعين

(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 يتحقق 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 المتنقل سند الملكية » اذا كان محل الالتزام منقولا . ففي هذه الحالة اذا كان البائع او الراهن مالكا تحت شرط فاسخ ثم تتحقق الشرط فانه يتحقق باثر رجعي ، ومن مقتضى ذلك ان تزول عنه الملكية منذ البداية فيعتبر انه لم يكن مالكا من حين التعاقد ، ويعتبر المشتري او المرتهن انه كان قد تعامل مع غير مالك . ولكن قاعدة الحيازه في المتنقل سند الملكية يجعل المشتري يتسلك الشيء بالحيازه اذا كان حسن النية .

٢ — اذا كان المدين تحت شرط وافق قد اعتقاد خطأ ان الشرط قد تحقق 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 يتحقق باثر رجعي ويعتبر المدين انه كان مدينا فعلا حين دفع فلا يستطيع استرداد ما وفاه .

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

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

استثناءات من مبدأ الاثر الرجعي

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

١ - بقاء اعمال الادارة . سبق ان رأينا الفقره الثانيه من المادة (٢٨٩) تتضى على ان اعمال الادارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمه 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 نافذه 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 ائما 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 وتقدرت مدة من الزمن ثم تتحقق الشرط ، فلا يمكن في هذه الحالة اعمال الاثر الرجعي لتحقق الشرط ، اذ العقد قد تقد

(١) للاطلاع على نتائج اخرى يراجع : السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٤٣٠ .
بلانيول وريبير واسمان ، ج ٧ ، ف ١٠٤٠ . بودري وبارد ، المرجع السابق ، ف ٨١٣ - ٨٢٤ . كولان وكابيتان ودي لامورا نديير ، ج ٢ ، المرجع السابق ، ص ٣٧٩ - ٣٧٧ .

بالنسبة للماضي ولا يسكن 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 باثر رجعي
ويهلك الشيء على البائع لا على المشتري ٠ اما اذا كان المشترط فاسحاً
فان الهالاك يكون على المشتري ٠ فاذا باع شخص شيئاً تحت شرط فاسح ،
كبيع الوفاء مثلاً ، وسلمه الى المشتري ، ثم هلك الشيء ثم تتحقق الشرط ،
فالهالاك يكون على المشتري ٠ وي يمكن ان نضع قاعدة عامة في هذا الباب ،
وهي ان الشيء يهلك على مالكه ٠

وقد نصت على الاستثناءات المتقدمة المادة (٢٩٠) من القانون
المدنى 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 اراده
المتعاقدين او من طبيعة العقد ان وجود الالتزام او زواله يكون في الوقت
الذى تتحقق فيه الشرط ٢ - ومع ذلك لا ي تكون للشرط اثر رجعي اذا
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 الواقع يترب على وقوعه نفاذ العقد او انقضاؤه » .
فإذا كان نفاذ العقد هو المترتب على الاجل كان الاجل واقعا ، وإذا كان
انقضاء العقد وزواله هو المترتب على الاجل كان الاجل فاسحا ومنها . Extinctif
والكلام عن الاجل يقتضي معرفة مقوماته ، وانواعه ، واثاره ، واسباب
اتهائه . ونعالج كلًا من هذه الامور في فرع مستقل .

الفرع الأول

مقومات الاجل

شرطان

٣١١ — نستخلص من التعريف المتقدم للاجل انه يتشرط فيه الشرطان
التاليان :

- ١ — ان يكون امراً مستقبلاً .
 - ٢ — ان يكون امراً متحقق الواقع .
- ونرى كلًا من هذين الشرطين على حدة .

اولاً - امر مستقبل

٣١٢ - يجب ان يكون الاجل امراً مستقبلاً ، وفي هذا يتفق مع الشرط فكل منها امر مستقبل . فلو كان امراً ماضياً او حاضراً لم يكن اجلاً وكان العقد منجزاً غير مضاف الى اجل ، حتى لو كان المتعاقدان يجهلان عند التعاقد ان الاجل الذي ضرباه للمستقبل كان قد حل . فلو عين الملتزم اجلاً لتنفيذ التزامه موته 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 الواقع

٣١٣ - ويجب ان يكون الاجل امراً متحقق الواقع ، وفي هذا يختلف عن الشرط . فالشرط ، كما سبق ان رأينا ، امر مستقبل غير متحقق الواقع . وهذا الفرق بين الشرط والاجل جوهري وعليه تترتب الفروق الاخرى . فلما كان الشرط امراً غير متحقق الواقع كان العقد المتعلق عليه غير نافذ اذا كان الشرط واقفاً ، وغير لازم اذا كان الشرط فاسحاً ، ومن ثم اذا تحقق الشرط تتحقق باثر رجعي . اما الاجل فامر متحقق الواقع ، فالعقد المقترب به عقد تام ولكنه غير نافذ اذا كان الاجل واقفاً ، 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 *Terme certain* 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 متحققاً فان تتحققه انما ينصرف الى وقوعه لا الى

(١) السنوري ، 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 مضاد الى اجل غير معين . وفي الالتزام بترتيب مرتب مدى الحياة ، التزام المدين بالمرتب مضاد الى اجل غير معين هو وفاة صاحب الحق في المرتب .

التمييز بين الاجل غير المعين والشرط

٣١٥ — وقد يلتبس الامر احياناً بين الاجل غير المعين والشرط ، وخاصة اذا استعمل الطرفان ادوات التعليق على شرط او الاضافة الى اجل كلاف محل الاخرى . مثال ذلك ما ذا قال شخص لآخر : « عندما تتزوج اؤجرك داري بسبعين كذا » ، او : « اذا امطرت السماء اشتراطت حاصل ارضك » . في هذه الحالة نرجع الى معيار التمييز بين الاجل والشرط، ولا اهمية للعبارات التي استعملها المتعاقدان . فاذا كان الامر متحقق الوقع كان اجلاً ، ولو استعمل المتعاقدان اداة الشرط « اذا » ، واذا كان غير متحقق الوقع كان شرطاً ، ولو استعمل المتعاقدان كلمة (عندما) التي تفيد الاضافة الى المستقبل . فالزواجي امر غير متحقق ال الواقع فهو شرط ، والمطر امر متحقق ال الواقع 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 اجلاً او شرطاً ؟ فالقدرة او الميسرة قد تعتبر شرطاً باعتبارها امراً غير متحقق ال الواقع ، فيكون المدين قد علق التزامه على شرط وافق هو القدرة والميسرة ، فاذا 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 اجلا ، فيكون المدين قد قصد ان يفي بدينه على كل حال ، اما عند القدرة والميسرة ، او عند الموت اذا لم يواته اليسار حال حياته ، فيكون الاجل هنا غير معين وهو احد حداثين : اليسار او الموت . واذا قام شك في تعرف قصد المتعاقدين وما اذا ارادا ضرب اجل للوفاء او تعليق الوفاء على شرط ، فسرناه بالاجل لا بالشرط . فقد سبق ان رأينا في شرح 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 بتصدده بانهما ارادا الاجل لا الشرط ائما هو تطبيق لهذه القاعدة . قد يعترض على هذا التفسير بانه يتعارض وقاعدة « الشك يفسر لمصلحة المدين » ، ويسكن 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 يجعلها من هذه اجلا لا شرطا . ثم ان هناك قاعدة كليلة اخرى تقضي بانه : « يلزم مراعاة الشرط قدر الامكان » (٨٣م مجله) . وتطبيق هذه القاعدة يتضمن تفسير المقصود بالقدرة او الميسرة بالاجل لا بالشرط .

٣١٧ — فإذا تبين لنا ان المتعاقدين قصدا الاجل ولا الشرط كان للدائنين ان يطلب تحديد موعد للوفاء ، فإذا لم يتفق هو والمدين على ذلك جاز له ان يطلب من المحكمة ان تعين موعدا وقد اجازت المادة (٩٢٧) من القانون المدني له ذلك ، فنصنف على انه : « اذا تبين من الالتزام ان المدين لا يقوم بوفائه الا عند القدرة او الميسرة عينت المحكمة ميعادا مناسبا لحلول الاجل مراعيه في ذلك موارد المدين الحاليه والمستقبله مفترضه فيه عنایة الرجل الغريص على الوفاء بالتزامه » . وقد امدت هذه

(١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ٦٠٩ 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 - موارد المستقبلة ، اي الاموال التي يتوقع ان يحصل عليها في المستقبل . ٣ - ان يتطلب من المدين عنابة الرجل العريض 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 بتعين 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 تفيذهما ، وبقدر ما يمر من الزمن تعتبر هذه العقود قد نفذت في جزء منها . وقد سبق ان رأينا امثلة لهذه العقود ، وهي الایجار والعمل والتوريد ، فهل يمكننا ان نعتبر هذه العقود مقتربة باجل فاسخ ؟ اذا نظرنا الى الزمن في هذه العقود وجدناه عنصرا جوهريا وبه يتحدد تفiedad الالتزام ، فاذا انعدم كان العقد باطلًا ، 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 ، بان كان صاحب الایراد قد مات قبل العقد ، كان باطلًا . 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 .

الفروع 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 مباحثين 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 نفاذها اضيق الى اجل ، فلا يمكن المطالبة بتنفيذها في الحال . فاذا حل الاجل اصبح نافذا وامكن مطالبة المدين بتنفيذ التزامه . مثال ذلك القرض المؤجل ، فالمفترض يلتزم بود 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 المستير والوديع والمستأجر برد العين المعاشر او المودعة او المؤجرة مقتربا باجل واقف .

٣٢١ — ويكون الاجل فاسحا او منهيا اذا ترتب على حلوله القضاء 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 وسنرى ذلك في محله ٠

٣٢٢ — وقد اختلف الفقهاء في ما اذا كان يوجد اجل فاسخ لم لا ٠ فذهب بعضهم الى ان الاجل الفاسخ ليس وصفا من اوصاف الالتزام بالمعنى الدقيق ، لاقه 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 الاتفافي 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 كلام من ذلك على حدة ٠

اولا — الاجل الاتفافي

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

(١) بلانيول وربير واسمان ، ج ٧ ، ف ٩٩٨ ٠

(٢) يراجع السنهوري ، الوسيط ، ف ٥٦ ، مع المراجع المشار اليها في هامش رقم ١ ، ص ٨٩ ٠

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 ضمنيا ، وعندئذ يستخلص من طبيعة المعاملة . مثال ذلك ان يتفق المتعاقدان في الصيف على عمل لا يمكن ان يتم الا في فصل الشتاء ، كما اذا تعهد مقاول في الشتاء بتبريد مستشفى او عماره او دوائر حكومية الخ .
 فبتبريد المحل لا يمكن ان يتم الا في الصيف . وعلى العكس من ذلك قد يتفق 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 تعهد مقاول ببناء عماره دون تحديد مدة لانهاء العمل وتسلیم العماره . فاذا وقع نزاع في ذلك قامت المحكمة بتعيين المدة مسترشدة في ذلك بالمالوف بين الناس والعادة المتبعه في مثل هذه الامور .

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 بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص او شرط . ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين . فاذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة اطول او مدة غير معينة فلا يكون الاتفاق معتبرا الا لمدة خمس سنين » . ومن ذلك ايضا ما نصت عليه المادة (٧٤١) مدنی في حال عدم تحديد مدة لعقد الایجار ، او عقد الایجار لمدة غير محدودة ، او تعذر اثبات المدة المدعى بها ، فيعتبر الایجار منعقدا للمدة المحدودة لدفع الاجرة ويتنهى بانتهاء هذه المدة بناء على طلب احد العقددين اذا هو به المتعاقد الآخر بالاخلاع 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 ، ففي هذه الحالة يجوز للعامل بعد خمس سنوات ان يفسخ العقد دون تعويض على ان ينظر رب العمل الى ستة اشهر . وهنالك نصوص اخرى كثيرة تعرض عن ذكرها ونكتفي بالنصوص المتقدمة .

وقد يصدر المشرع قوانين استثنائية في وقates الازمات الاقتصادية ينسح بسوجها اجلا لجميع المدينين للوفاء بديونهم .

ثالثا - الاجل القضائي (او نظرة الميسرة) *Délai de grâce*

٣٢٦ - وقد ينسح القاضي المدين المعر اجلا للوفاء بدينه اذا استدعت حاليه لرأفة به ، ولم يلحق الدائن ضرر جسيم نتيجة هذا التأجيل ولم يوجد نص في القانون يمنع ذلك . والاجل القضائي يسمى في الفقه الاسلامي بـ « نظرة الميسرة » . وقد سبق ان رأينا ان هذه التسمية مأخوذة من الاية الكريمة : « وان كان ذو كسرة فنظرة الى ميسرة » (١) .

٣٢٧ - وقد نص القانون المدني العراقي على المبدأ في نظرة الميسرة في الفقرة الثانية من المادة (٣٩٤) . فقد نصت هذه المادة على انه: « . . . ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يسعها نص في القانون ان تنظر المدين الى جل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم » . فمنح المحكمة المدين نظرة الميسرة راجع الى تقديرها الا اذا منعها نص في القانون . ومثال النص القانوني الذي يمنعها من منح نظرة الميسرة ما قضت به الفقرة الثانية من المادة (٥٨١) من انه : « . . . ويعين 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 انتفاء الميعاد ما دام لم يعذر الا اذا نص في العقد على ان الفسخ يقع دون اذاره . وفي كل حال لا يجوز للمحكمة ان تمنع المشتري اي اجل » .

(١) البقرة ، آية ٢٨٠

الموجز - ج ٢ م ١١)

شروط منع المهلة القضائية لو نظر الميسرة

٣٦٨ — وقد نصت المادة (٣٩٤) على الشروط اللازم توافرها لمنع نظر الميسرة • وهذه الشروط هي :

١ — ان يكون المدين معسراً •

٢ — ان تستدعي حالي ذلك ، فيجب لا يكون اعساره قد حل بخطأ او غشمه •

٣ — الا يترب على المهلة ضرر جسيم بالدائن •

وقد اشترطت بعض القوانين شرطاً رابعاً هو الا تكون المحكمة قد منحت المدين مهلة سابقة ، ولم ينص القانون المدني العراقي على هذا الشرط • وينذهب بعض الفقهاء الى انه على الرغم من عدم وجود هذا الشرط فإنه يجب تطبيقه (١) •

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

اثر المهلة القضائية

٣٦٩ — الاثر الوحد للمهلة القضائية انها تمنع الاستمرار في الدعوى وليس من شأنها ان ترجيء استحقاق الدين او حلوله ، فإذا اسر المدين قبل انتهاءها جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ان تأمره بالوفاء في الحال • والمهلة القضائية لا تمنع المقاومة ولا الفوائد التأخيرية • ومن اثار المهلة القضائية انها تمنع سريان التقادم ، فلا يبدأ هذا بالسريان على الحق قبل اقضائها •

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

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

الحقوق التي يلحقها باجل

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 اقتراض الملكية باجل » . والسبب في ان حق الملكية لا يمكن ان يلحقها الاجل هو انه حق تأمين طبيعته ان يقترن باجل واقف او فاسخ ، فهو يجب ان يكون مؤبدا . وهو يتبدل في انتقاله من مالك الى مالك . فلا يجوز مثلا ان ايعك داري لمدة سنة . ولا يجوز كذلك ان يقترن باجل وقف ، فلا يجوز مثلا ان اشتري دارك ابتداء من السنة القادمة (١) .

مصلحة من يتقور 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 » .

فمثلا في الاجل المضروب لصلاحة الدائن ما اذا كان شخص ينوي بناء عمارة في تاريخ معين واتفق مع متعهد على ان يورده ما يلزم من مواد

(١) يذهب الدكتور حسن علي الذنوبي 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 يشير التساؤل بالنسبة لانتقال الملكية ، فهل تنتقل هذه في الحال او بعد سنتين ؟ فاما قلنا انها تنتقل فلا يكون العقد عندئذ قد اقترانه باجل . واذا قلنا انها لا تنتقل كنا امام 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 .. »

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

الفرع الثالث

اثار الاجل

٣٣٣ — تختلف اثار الاجل قبل حلوله عنها بعد حلوله . ونرى كلامنا هذه الاثار في مبحث مستقل .

المبحث الاول

اثار الاجل قبل حلوله

٣٣٤ — الاجل كالشرط نوعان : واقف وفاسخ . وتحتفظ 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 ثمنه بعد مدة معينة . ففي هذا المثل يكون المشتري ملزما بالاداء بعد اقضائه المدة المحددة للوفاء ، فالالتزام في هذه الحالة مقتضى باجل واقف . فما هي اثار

الالتزام المترن بمثل 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 والمزارعة والمسافة . فيصح مثلا ان ائجرك داري لمدة سنة على ان تبدأ الاجارة في اليوم الاول من الشهر القادم ، ويصح ايضا ان يكفل شخص اخر ابداء من تاريخ معين ، ويصح كذلك ان تضاف المزارعة والمسافة ، وبقيمة العقود المشابهة لها ، الى اجل على النحو المتقدم .

٢ - العقود التي هي من نوع التمليلك في الحال ، كالبيع والهبة ، 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 المترن باجل واقف مؤكد 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 المتعاقدين ولكن حكمه ، وهو وجوب تنفيذ هذه الالتزامات ، يتاخر الى حلول الاجل المضاف اليه . ويترب على ذلك ان الدائن في العقد المضاف الى اجل واقف يملك حقا مؤكدا ، ولكن حقه هذا غير نافذ في الحال . ويترب 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 الموصى به فيقال : « هذه وصيته » اي الموصى به . ويقال اوصى اليه ، اي اقامه وصيا (راجع البستان ، كلمة اوصاه) . 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 أهيها فيما يلي :

١ - النتائج التي تترتب على ان الدائن يملك حقاً مؤكداً

٣٣٧ - النتائج التي تترتب على كون الحق المقتن باجل وافق حقامؤكداً تشابه النتائج التي تترتب على الحق المعلق على شرط وافق . واهم هذه النتائج هي التالية :

١ - يستطيع صاحب الحق المضاف الى اجل وافق ان يتصرف بحقه بكلفة انواع التصرفات ، كالبيع والهبة والابراء ، الخ . ويتقبل منه كذلك الى ورثته .

٢ - يجوز للدائن ان يتخذ الوسائل التحفظية لمحافظة 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 وافق .

٣ - اذا وفي المدين دينه المؤجل عن بينة واختيار لم يكن له استرداد ما دفع بدعوى استرداد ما دفع دون حق ، لانه انا وفي دينا موجوداً ومؤكداً في ذمته ، ويعتبر نازلاً عن الاجل المقرر لصلحته .

٤ - اذا هلكت العين محل الحق المؤجل قضاء وقدراً ، اي بدون خطأ المدين ، هلكت على الدائن لا على المدين ، فالمستعير والمستأجر مدينان يرد العين المعاشرة او المؤجرة عند انتهاء مدة الاعارة او الاجارة ، فإذا هلكت العين قبل الرد بدون خطئهما هلكت على المغير او المؤجر . قد يتBADR الى الذهن ان هذا الحكم يختلف عن الحكم الذي رأيناها في الحق المعلق على شرط وافق ، فقد سبق ان رأينا ان الشيء يهلك في هذا الحق على المدين بالتسليم لا على الدائن ، كما اذا باع شخص سيارته تحت شرط وافق هو ان يوافق شخص ثالث على البيع ، فالسيارة تهلك قبل تتحقق 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

٣٨ - ولكن الدائن في الحق المضاف الى اجل واقف اذا كان يملك حقاً مؤكداً الوجود ، الا ان حقه هذا غير نافذه . ويترتب على ذلك بعض النتائج ذكر 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 الاجمل 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 الجري ، والدين المؤجل لا يمكن الاجبار على تنفيذه كما قلنا ٠

٥ - لا يجوز للدائن ان يحبس حقاً للمدين عنده ، لأن الحبس لا يكون الا بدين مستحق الاداء ٠ وقد سبق ان رأينا ذلك في حق الحبس ٠

ثانياً - الاجل الفاسخ

الحق المقترب باجل فاسخ حقوق موجود ونافذ ولكنه مؤكّد الزوال

٣٩ - واذا كان الاجل فاسحاً 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 ferme 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 المترن باجل فاسخ يكون نافذا في الحال ولكن يترتب على انتهاء الاجل اقضاء العقد » .
 ٣٤٠ — ويترتب على ان الحق المترن 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 المقترب باجل فاسخ ان صاحبه
يستطيع ان يتصرف به بكافة انواع التصرفات ، وتفقد هذه التصرفات في الحال
ولكن في حدود حقه . فهو حق محدود باجله فهو حق مؤقت ضرورة .
فالمستأجر مثلا يستطيع ان يتصرف في حقه بالایجار من الباطن وبالنزول عن
الایجار لغيره ، ويكون ذلك بطبيعة الحال في حدود الایجار الاصلي (١) .
مقارنة بين الحق المقترب باجل فاسخ والحق المتعلق على شرط فاسخ

٤١— واذا 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 مؤكّد 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

آثار الاجل بعد حلوله

الواقف الاجل - ١

٣٤٢ — اذا حل الاجل الواقع اصبح حق الدائن فافذا ، فيستطيع

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

^{٢٢}) المرجع السابق ، الموضع المذكور أعلاه .

المطالبة به ، ويستطيع كذلك اجبار المدين على تنفيذ التزامه واتخاذ
الوسائل التنفيذية للحصول على حقه . وحلول الاجل الواقف يجعل حق
الدائنين ، 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 نافذاً من وقت الاتفاق ، بل من وقت حلول
الاجل . وهذا مستفاد من ان الاجل امر متحقق الواقع ، وينتفق في الوقت ذاته
مع نيسانة الطرفين (١) .

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

٣٤٤ — واذا انتهت مدة الاجل الواقف فهل يترتب على انتهاءه ان يصبح
المدين في حالة اعذار بتنفيذ التزامه ، او لا بد من اعذار الدائن اياه ؟ مثال
ذلك ما اذا انتهت مدة الاعارة ، او مدة الایجار ، او حل اجل الدين اذا كان
 محل الالتزام مبلغاً من التقادم ، فهل يصبح كل من المستعير والمستأجر
 والمفترض معدراً 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 ان المفترض 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 (٣)
 اما القانون المدني العراقي فلم يتطرق الى هذه المسألة . لذلك فلا بد من
 اعذار الدائن للمدين لترتب الاثار المتقدمة .

(١) السنهوري ، الوسيط ، ف ٧٧ ، ص ١٣٠ ، كذلك الموجز ، ف ٤٨٩ .

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

٢٤ - ٢٦

المبحث الثالث

انتهاء الاجل

طريق طبيعي وطريقان استثنائيان

٣٤٤ — الطريق الطبيعي لانتهاء الاجل هو حلوله ، وهذا الطريق لا يثير صعوبه ما • فإذا افترض شخص مبلغًا من المال إلى أجل وحل الاجل وجب عليه أن يدفع المبلغ الذي افترضه • وإذا عينت فترة لحلول الاجل فإنه يحل في اليوم الأخير من هذه الفترة، كما إذا حدد لحلوله العشرة الأولى من شهر رمضان أو الشهر الثالث من سنة ١٩٦٠ فإنه يحل في آخر 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 يتنتهي الاجل قبل حلوله استثناء إذا وجدت أسباب تؤدي إلى ذلك • وهناك سببان يؤدiano إلى هذا الانتهاء • وهما : النزول عن الاجل من قرر لصلاحته ، وسقوطه • ونرى كلا من هذين السببين على حدة •

أولاً — انتهاء الاجل بالنزول عنه من قرر لصلاحته

٣٤٦ — وقد نصت على هذا الطريق من طرق انتهاء الالتزام الفقرة الثانية من المادة (٢٩٤) من القانون المدني بقولها : « وإذا تسحب الاجل لصلاحة أحد الطرفين جاز لهذا الطرف أن ينزل عنه بارادته وحده » • فإذا كان الاجل قد ضرب لصلاحة الدائن وحده جاز له أن ينزل عنه بارادته المنفردة • ففي الوديعه إذا حددت مدة لصلاحة المودع ، الذي هو الدائن ، جاز له أن يطلب استرداد ما أودع قبل اقضائه المدة المحددة • وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٩٦٩) مدنی بقولها : « إذا كان الایداع باجرة فليس للوديع أن يردها قبل الاجل المعین الا اذا كان له عذر مشروع • ولكن للمودع أن يطلب ردها متى شاء على أن يدفع الاجرة المتفق عليها » •

وإذا كان الأجل قد ضرب لمصلحة المدين وحده جاز له أن ينزل عنه بارادته المفردة • ففي العاريه اذا حادت مدة لمصلحة المستعير جاز لهذا ان يرد الشيء المعارض قبل انتهاء المدة المحددة • وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٨٦١) مدنی بقولها : « وفي كل حال يجوز للمستعير ان يرد الشيء المعارض قبل الاعارة ٠٠٠٠ » • اما اذا كان الأجل قد ضرب لمصلحة الطرفين فلا يجوز لاحدهما ان ينهيه بارادته المفردة بل لابد من اتفاق الطرفين على ذلك • ففي الاجارة مثلا لا يجوز للمؤجر وحده ، او للمستأجر وحده ، ان ينهي الاجارة قبل انتهاء مدة الایجار •

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 : -

ا - 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 اخفاف التأمين يرجع الى سبب لادخل لارادة المدين فيه فان الأجل يسقط ما لم يتوقع 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 كلامن هذه الاسباب على حدة •

(١) بلانيل وريبير واسمان ، ج ٧ ، ف ١١١٣ .

أ - سقوط الاجل للحكم بافلاس المدين

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

الحجر على المدين المفلس

٣٤٩ - والافلاس نظام خاص بالقانون التجاري ولا يحكم به الا اذا كان المدين تاجرا ، فإذا 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 القائمة الاتهامية او القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الاجل (١٢٧٣م) . ويسمى القانون المدني المصري الجديد هذه الحالة بـ « الاعسار » ، ويقال للمدين في هذه الحالة : « المدين المعاشر » تميزا له من المدين التاجر الذي يقال له : « المفلس » والذي يطبق عليه نظام الافلاس . ويسمى القانون المدني العراقي المدين المعاشر 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 دينه المستحقة الاداء على امواله » . وعليه فاننا نقترح النص التالي بدلا من الجملة الاولى من المادة (٢٧٠) : « المدين الذي اربت دينه المستحقة الاداء على امواله ... » .

ب - سقوط الاجل لاضعاف التأمينات

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

٣٥١ - ولا يهم مصدر هذه التأمينات ، فقد يكون العقد وقد يكون القانون . والعقد الذي ينشيء هذه التأمينات اما ان يكون العقد الذي شأ عنه الدين المؤجل او عقدا لاحقا . فمثلا الاول ما اذا اشتري شخص شيئا بشمن مؤجل واتفق مع البائع في عقد البيع ذاته على اعطائه رهنا تأمينا او رهنا حيازيا على دار او عين اخرى يسلكها . ومثال الثاني ما اذا اتفق المشتري مع البائع في المثل المتقدم بعد ابرام عقد البيع وثبتوت الدين في ذمة المشتري على اعطائه الرهن . ومثال القانون كمصدر لهذه التأمينات حقوق الامتياز ، وهي حقوق تعطي صاحبها ولولية في استيفاء دينه . مثال ذلك حق المؤجر في استيفاء الاجرة له امتياز على ما يكون موجودا في العين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي (١١٣٧٤م) مدنى ، 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 اذ تكون

(١) يضيف الدكتور حسن علي الذنوبي 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 بستانا رهنها المدين عند الدائن نم هدم الدار او قطع اشجار البستان ، فهبطت قيمتها هبوطا كبيرا و معنى الهبوط الكبير ن 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 بتكميل التأمين حتى يبلغ ما كان عليه قبل ان يصييه الضعف فإذا اجا به المدين الى طلبه بقي الاجل ولم يسقط . والدائن غير مجبى على هذا الطلب ، فهو بال الخيار ، فإذا لم يختر تكميل التأمين سقط الاجل و حل الدين . فالالتزام هنا تخيري الخيار فيه للدائن فهو بالختار بين ان يطالب المدين بتكميل 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 يتوقف بتقديم تأمينات اخرى للدائن تعوض عليه الضعف الذي اصاب التأمينات الاولى . والالتزام هنا ايضا تخيري ، ولكن الخيار فيه للمدين لا للدائن . فهو بالختار 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 الاتفاقى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين (٢) .

(١) السننور ، 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 . ففي 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 بقاء الدين

سقوط الاجل لعدم تقديم المدين ما وعده من تأمين

٣٥٥ — ويسقط الاجل كذلك اذا وعى المدين في العقد بان يقدم للدائن

تأمينا خاصا ولم يقدم له ولا يخص من الدين في هذه الحالة الفوائد عن المدة

المتبقة لحلول الاجل ، وذلك لأن الاجل انما سقط بخطأ المدين^(١) .

سقوط الاجل بموت المدين

٣٥٦ — تنص المادة (٢٩٦) مدنى 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 التركة

يجب تصفيتها . ولما كانت القاعدة ان « لا تركه الا بعد سداد الديون » ،

فيجب وفاء الديون قبل توزيع التركة على الورثة، ولاجل سداد الديون ،

يجب ان تحل اجالها اذا كانت مؤجلة . ولكن القانون استثنى من ذلك حالة

واحدة ، هي حالة ما اذا كان الدين مضمونا بتأمينات عينية . ففي مثل

هذه الحالة لا يدخل الفسقان العيني في توزيع التركة 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 تعبيه كان المرهون مخيرا بين ان يطلب تأمينا كافيا او ان يستوفي حقه فورا » .

وفي الرهن الحيازي نص الفقرة الاولى من المادة (١٢٣٦) مدنى على ان يتبع في تخمير المدين او الدائن اذا هلك المرهون قضاء وقدرا او بخطأ الراهن احكام الرهن التاميني الواردة في المادة (١٢٩٧) .

(١) المرجع السابق ، ص ١٢١

الفصل الثالث

تعدد محل الالتزام

Pluralité d'objet de l'obligation

تمهيد

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

١ - فقد يتعدد محل الالتزام ولكن الاشياء الواجبة على المدين تعتبر شيئاً واحداً . مثال ذلك ما اذا اشتري شخص مائة كتاب صفقه واحدة بدون تعين ثمن كل واحد منها ، ومثال ذلك ايضاً ما اذا اشتري شخص حصاناً وبقرة صفقه واحدة وبدون تعين ثمن كل منها ايضاً ، ومثال ذلك ايضاً ما اذا تعهد متعهد بناء 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 بتسلیم جميع الاشياء المتفق عليها ، وله كذلك ان يرفض التنفيذ الجزئي . وادخل بعض المحل ، او بعض الاشياء التي تكون المحل ، اقصنا من الثمن بنسبة المالك . ويستطيع الدائن ان يطلب الفسخ لعدم التنفيذ اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه كاماً ، اي اذا لم يسلم جميع الاشياء التي التزم بتسلیمهما ، ويستطيع كذلك ان يدفع بعدم التنفيذ اذا طالبه 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 بعترك هذين الحصانين بمائة دينار لم

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

ونكتفي بما تقدم بالنسبة لهذا النوع من الالتزام لان 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 مخزنه الفلاني . فهذه الامثلة تعدد محل التزام المدين ، ولكن الوفاء لا يجب الا بواحد منها . ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام التخييري (Obligation alternative) ويسميه الفقهاء المسلمين بـ « خيار التعين » .

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 . ففي 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 يجره 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 انتهاص 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 (أو خيار التعيين)

تعريف

٣٥٨ — يكون الالتزام تخييرياً إذا كان هناك شيئاً أو أكثر يصلح أي منها أن يكون ملحاً للوفاء، بحيث إذا أدى المدين واحداً منها برئت ذمته، وال الخيار في تعين الشيء الذي يتم به الوفاء قد يكون للدائن وقد يكون للمدين. مثال ذلك ما إذا باع شخص داره أو سيارته، فمحل التزامه هنا إما الدار أو السيارة وليس الدار والسيارة، ويستطيع الوفاء بأي منها إذا كان الخيار له، كما أن الدائن يستطيع أن يختار أي شاء منها إذا كان له الخيار.

فائدة خيار التعيين

٣٥٩ — وليختار العميل فائدة كبرى في حياة المعاملات والتجارة، إذ فيه ضمان لحق الدائن. فإذا هلك أحد الأشياء التي تكون محل التزام المدين فإن هذا الهلاك لا يترتب عليه انقضاء حق الدائن ولا براءة ذمة المدين. فإذا كان الخيار للدائن وهلك أحد الأشياء فإن حقه لا ينقضى ويستطيع أن يختار أحد الأشياء الباقية. كما أنه إذا كان الخيار للمدين وهلك أحد الأشياء التي التزم بالوفاء بوحد منها فإن ذمته لا تبرأ ويجب عليه الوفاء بأحد الأشياء الباقية.

و الخيار التعيين يعطي، من جهة أخرى، مجالاً للتفكير والتروي واستشارة أهل الخبرة بامور البيع والشراء. فالذي يشتري أو يبيع واحداً من عدة أشياء ويحتفظ لنفسه بحق تعين الشيء في خلال مدة معينة إنما يقصد بذلك أعمال الفكر والاطلاع على حالة السوق والبيع والشراء. فالذي يريد أن يشتري سيارة مثلاً وينذهب إلى أحد معارض بيع السيارات ويجد فيه عدة

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

شروط الالتزام التخييري

٣٦٠ - هناك شروط لا بد من تتحققها لقيام الالتزام التخييري او خيار التعيين ، وهي :

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 كلاماً من هذه الشروط على حدة .

الشرط الاول - تعدد محل الالتزام

٣٦١ - لا بد لقيام خيار التعيين من وجود شيئين او اكثر يسكن ان يقع الخيار على احداها . فاذا لم يكن هناك الا شيء واحد فان هذا الشيء هو الذي يتعين محلاً للالتزام ولا يكون عندئذ محل للخيار ، ويكون الالتزام عندئذ بسيطاً غير موصوف . ولا يتم نوع الاشياء التي تصلح ان تكون محلاً للوفاء ، فيصبح ان تكون مقولاً او عقاراً او عملاً او امتاعاً عن عمل او مبلغاً من النقود . فيصبح ان يتلزم شخص نحو اخر بان يبيعه داره بمبلغ كذا . وبان يبني له داراً اخرى بدلًا منها . ويصبح كذلك ان يتهدد شخص باعطاء اخر داراً او سيارة . ويصبح ايضاً ان يتلزم الشريك بتقديم حصته في الشركة مبلغاً من النقود او ارضاً او سيارة او اسهماً او سندات او غير ذلك (١) . ويصبح ان يكون محل الالتزام عملاً او امتاعاً عن عمل او تسليم شيء ، فيصبح ان تكون حصة الشريك في الشركة امتاعاً عن انتاج السلعة التي ستتجهها الشركة ، او انشاء الابنية التي ستقوم فيها مصانع الشركة ، او مبلغاً من النقود او بضاعة من البضائع .

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٨٤

٣٦٢ — ويجب في الاشياء المتعددة ان تكون مختلفة الجنس ، فاذا اتحدت في الجنس كان الالتزام بسيطا غير موصوف و معلقا على ارادة من له الخيار . فاذا وعدتكم باقراضك الف دينار او الفي دينار لم يكن الالتزام تخييريا بل بسيطا غير موصوف . فاذا كان الخيار للمقرض كان تحديد المبلغ معلقا على ارادته ، واذا كان للمقترض كان تحديده معلقا على ارادته . وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٢٩٨) مدنی بقولها : « يصح اذ يكون محل الالتزام احد اشياء قيميه او مثليه من اجنس مختلف .. » 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 شيئين 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 توافت في هذا الوقت كان الالتزام تخييريا ولو تخلفت بعد ذلك . وعلى العكس من ذلك اذا لم توافر هذه الشروط الا في احد الاشياء فقط ثم توافت 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 . ويترتب 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 . ويترتب على ذلك انه اذا وقع الخيار على احد الاشياء فان الالتزام يصبح بسيطا غير موصوف .

لم يكن 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 فمثاله ما نصت عليه الفقرة (ب) من المادة (٢٩٥) من سقوط اجل الدين اذا اضعف المدين بفعله الى حد كبير ما اعطى للدائن من تأمين ، ومن اعطاء الدائن الخيار بين سقوط الاجل وبين المطالبة 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 الاستفادة عنها .

الدين اذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك المرهون او تعبيه ، ومن اعطاء المرهون 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 يتყق الطرفان على ان يكون الخيار لشخص ثالث اجنبي عن العقد ؟ يذهب الدكتور حسن علي الذنون الى ذلك (١) . وهذا الرأي وان كان يتتفق مع مبدأ سلطان الارادة ، الا انه يخالف النص مخالفة صريحة . فقد سبق ان رأينا الفقرة الثانية من المادة (٢٩٨) تنص على اقه : « واذا اطلق خيار التعيين فهو للمدين الا اذا اتفق المتعاقدان على ان الخيار يكون للدائن » . وقد اتبه القانون المدني المصري الجديد الى هذا النقص في القانون المدني العراقي فنص على ان يكون الخيار للمدين « ما لم يتتفق المتعاقدان على غير ذلك » . ومعنى هذه العبارة هو جواز الاتفاق على ان يكون الخيار للدائن او لشخص ثالث اجنبي عن العقد .

مدة الخيار

٣٦٨ – اذا اتفق المتعاقدان على مدة الخيار وجب اذ 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 للدائن ان يلتجأ الى القضاء لتولى المحكمة تعيين محل الالتزام . واذ كان الخيار للدائن 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 للدائن ان يطلب من المحكمة ان تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام . اما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار انتقل الخيار الى المدين » . ويلاحظ هنا ان القانون قد ميز بين

(١) احكام الالتزام ، المرجع السابق ، ف ١٧٧ .

حالة ما اذا كان الخيار للدين وامتنع عن الاختيار ، وبين حالة ما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار . فهو قداوجب على الدائن اللجوء الى المحكمة لتعيين نفسها محل الالتزام اذا امتنع المدين عن الاختيار .اما بالنسبة للدين فلم يوجب عليه ذلك ، بل جعل الخيار ينتقل اليه اذا كان للدائن 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 نفسها مدة للخيار . فإذا حددت المحكمة المدة طبقنا الفقرة الثانية من المادة (٢٩٩) المتقدمة . فإذا كان الخيار للدين وامتنع عن الاختيار في خلال المدة التي حددتها المحكمة جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ان تتولى نفسها 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 – وختار التعيين حق من تقرر لمصلحته ، فاذمات صاحبه قبل انتهاء مدة الخيار انتقل الى ورثته (م ٣٠٠) . ولكن هل يجب اتفاق الورثة على التعيين ؟ القانون ساكت هنا ايضا ، ولكن تطبيق القواعد العامة يتضمن اتفاقهم جميعا على التعيين فإذا اختار بعضهم شيئا واختار آخرون شيئا آخر كانوا ورثة المدين وجب على الدائن ان يتوجيء الى المحكمة لتعيين نفسها 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 فريقان في هذا الصدد . والرأي الراجح يذهب الى ان الاختيار يحدث باثر رجعي ، اي يستند باثره الى حين ابرام العقد . ويترتب على الاخذ بهذا الرأي النتائج التالية :

١— اذا كان العقد يبعاً 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 منقولاً 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 التقليص 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 خيارة صح تصرفه . فإذا كان الخيار للدائنين وتصرف باحد الاشياء ثم اختار هذا الشيء صح تصرفه لانه يعتبر مالكا له عند التصرف . وإذا كان الخيار للمدين وتصرف باحد الاشياء صح تصرفه وتحدد محل التزامه باحد الاشياء الباقية .

أحكام ال�لاك

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 . وتوخياً للوضوح سنفترض ان الاشياء التي تعهد بها المدين هي شيئاً معييناً بالذات فقط وان احدهما هو الذي هلك . اما حالة هلاك كلا الشيئين فلا تهمنا لانها لا تثير صعوبة بالنسبة لخيار لان الهلاك يؤدي الى اقضاء التزام المدين واقضاء الخيار بحال ذلك ، مع العلم بأن الهلاك اذا كان بسبب اجنبي فلا مسؤولية على المدين ، اما اذا كان العلم بأن الهلاك اذا كان بسبب اجنبي فلا مسؤولية على المدين ، اما اذا كان بخطئه فانه يلزم بالتعويض . ونرى الحكم اذا كان الخيار للمدين اولاً ، ثم الحكم اذا كان الخيار للدائنين .

الحالة الاولى - الخيار للمدين

- ٣٧٣ - اذا كان الخيار للمدين وهلك احد الشيئين ، او كلاهما ، فلا يعود ان يكون الها لاك بسبب اجنبي او بخطأ الدائن او بخطأ المدين .
- ١ - فاذا هلك احد الشيئين بخطأ المدين كان له ان يلزم الدائن بقبول الثاني . وكذلك الحكم اذا كان الها لاك بسبب اجنبي . ذلك ان محل الالتزام يتذكر في الشيء الذي لم يهلك مادام الخيار للمدين . فاذا باع شخص سيارة او حصانا مثلا ثم تلق الحصان ، كان له ان يلزم المشتري بقبول السيارة .
- ٢ - واذا 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 ترک في الثاني ، ولما هلك هذا ايضا بخطئه فيجب عليه ان يدفع قيمته للدائن .
- ٣ - واذا 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 اولا اذا كان قد هلك بسبب اجنبي فان التزام المدين يكون قد ترک 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 ترک في الثاني ، فاذا هلك الثاني بسبب اجنبي فانه يبقى مسؤولا لان هلاك الشيء الاول كان بخطئه ، ولو لا هذا الخطأ لما ترک التزامه في الشيء الثاني .
- ٤ - واذا 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 الما لاك .
- ٥ - واذا هلك كلا الشيئين بخطأ الدائن فان للمدين ان يختار احد الشيئين وترأ ذمته من الدين ، ويرجع على الدائن بعدد بقيمة الشيء الآخر .

٦ - و اذا هلك احد الشيئين بخطا الدائن والآخر بسبب اجنبي ، فان كان الشيء الذي هلك او لا قد هلك بسبب اجنبي والثاني بخطا الدائن فان الدائن يكون قد استوفى حقه و تبرأ ذمة المدين . اما اذا كان الشيء الاول قد هلك بخطا الدائن والثاني بسبب اجنبي ، فللمدين ان يختار هذا الشيء الثاني من الالتزام ، ويرجع عنده الى الدائن بقيمة الشيء الذي هلك بخطته .

الحالة الثانية - الخيار للدائن

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

٢ - و اذا هلك احد الشيئين بخطا 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 .

٣ - و اذا هلك احد الشيئين بخطا الدائن كان له الخيار بين ان يختار الشيء الذي هلك بخطته وعندئذ تبرأ ذمة المدين ، وبين ان يختار الشيء الذي لم يهلك وعندئذ يجب عليه ان يدفع للمدين قيمة الشيء الذي هلك .

٤ - و اذا هلك الشيئان بخطا المدين كان للدائن ان يختار ايا شاء منهما ويرجع عنده بقيمتة على المدين .

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

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

٧ — واذا هلك احد الشيئين بخطأ الدائن والآخر بسبب اجنبي فانه بال الخيار بين ان يختار الشيء الذي هلك بخطئه فبراً 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 فللدان ان يختار الشيء الذي هلك بخطئه وعندئذ تبرأ ذمة المدين ، وله كذلك ان يختار الشيء الذي هلك بخطأ المدين فيرجع عليه بقيمتة ، 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 هكذا معاً انفسخ العقد . واذا كان المدين مسؤولاً عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من الشيئين فيكون ملزماً ان يدفع قيمة اخر شيء هلك » .

تمييز الالتزام التخيري مما يشتبه به من الوضاع

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

١ — التمييز بين الالتزام التخيري والشرط الجزائي

٢٧٧ — سبق ان رأينا ان الشرط الجزائي عبارة عن تدبير اتفاقي للتعويض الذي يجب على المدين ان يدفعه اذا لم يتم تنفيذ التزامه ، وهو لا يستحق الا اذا كان عدم تنفيذ الالتزام ناشئاً عن خطأ المدين . فاذا كان

عدم التنفيذ راجعا الى سبب اجنبي لا يد للمدين فيه فان التزام هذا الاخير ينقضي وترأ ذمته ولا يلزم بشيء ،اما في الالتزام التخيري فان استحالة تنفيذ احد الاشياء محل الالتزام لا يترب عليه براءة ذمة المدين ، بل يتركز الالتزام في الاشياء الباقية .

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

٢ - التمييز بين الالتزام التخيري والالتزام المتعلق على شرط واقف

٣٧٨ - ويختلف الالتزام التخيري عن الالتزام المتعلق على شرط واقف في ان وجوده مؤكد ،اما الالتزام المتعلق على شرط واقف فوجوده غير مؤكد ،اذ هو متعلق على امر مستقبل غير محقق الواقع . ولا يمكن تشبيه الخيار بالشرط الواقف والقول بان كلا منهما امر مستقبل غير محقق الواقع . ذلك ان الخيار امر متحقق الواقع ، فاذا امتنع من له الخيار عنتعيين انتقال الحق في ذلك الى غيره ، فاذ كان الخيار للمدين انتقل الى القاضي ، وادا كان للدائن انتقل للمدين .

الفرع الثاني الالتزام البدللي

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

مصدر الخيار في الالتزام البديلي

٣٨٠ — ومصدر الخيار في الالتزام البديلي اما ان يكون لاتفاق 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 ، يتلزم بالتزام اصوليا بقبول العقد وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ، والالتزام اصوليا بدفع مبلغ عربون . ومثال الالتزام البديلي الذي مصدره العقد كذلك ما اذا باع شخص سيارة من نوع معين على ان يكون تسليمها في تاريخ معين واحتفظ لنفسه الحق في ان يسلم الدائن سيارة من نوع اخر . فيكون محل الاصلي للالتزام البائع هو السيارة المتفق عليها ، ولكنه يستطيع الوفاء بسيارة من نوع اخر .

ومثال الارادة المنفردة كمصدر للالتزام البديلي الوصية . فإذا اوصى شخص بشيء آخر واجز للوارث ان يعطي الموصى له مبلغا من النقود بدلا من الشيء الموصى به ففي هذا المثال يكون على الوارث التزام اصلي باعطاء الموصى به الى الموصى له ، ولكن يمكنه 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 اجنبي لا دخل لارادة المدين فيه . فالدين يستطيع في هذه الحالة ان يتوقف سقوط الاجل بان يقدم للدائن ما يكمل التأمين . ففي هذا المثال يكون المدين ملتزما التزاما اصوليا 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 . وهناك نصوص قانونية اخرى تسمح للمدين بان يحل شيئا اخر محل التزامه الاصلي نعرض عن ذكرها هنا .

طبيعة الالتزام البديلي

٣٨١ – والذي يحدد طبيعة الالتزام في الالتزام البديلي انسا هو محل الالتزام الاصلي لا البديل ، فهو الواجب الاداء لا هذا الاخير . وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة (٣٠٢) بقولها : « والاصل لا البديل هو وحده محل الالتزام وهو الذي يحدد طبيعته » . ويترتب على هذا التكيف النتائج التالية :

١ – لا يستطيع الدائن ان يطالب الا ب محل الالتزام الاصلي ، اما المدين فيستطيع ان يفي بال محل الاصلي او بالبدل ، ويستطيع ان يعبر الدائن على قبول البديل .

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

٣ – اذا كان محل الالتزام الاصلي غير مشروع او مستحلا فان الالتزام لا ينشأ ولو كان البديل 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 يسكن اجرائه 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 التخيري والالتزام البديلي

٣٨٢ – الفرق الجوهرى بين الالتزام التخيري والالتزام البديلي 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 محلًا للالتزام ويسكن المطالبة به اذا وقع عليه الاختيار . وعلى هذا الفرق الجوهرى بين الالتزامين تترتب النتائج 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 محلًا 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 يتراكم في الاشياء الباقية . ويسري الحكم نفسه اذا كان محل الالتزام الاصلي في الالتزام البديلي ، او احد الاشياء في الالتزام التخيري ، خارجا عن لعامل 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 التعين .

٤ - الخيار في الالتزام البديلي للمدين دائنا ، اما في الالتزام التخيري ففهي القانون المدني العراقي قد يكون الخيار للمدين وقد يكون للمدائن ، وفي القانون المدني المصري قد يكون لاجنبي ايضا .

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

لى 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 فاذا 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 .
السنورى ، المرجع السابق ، ف ١٠٦ .

الفصل الرابع

تعدد طرف في الالتزام

Obligation a sujets multiples

٣٨٣ — اذا ورد التعدد على طرف في الالتزام كان له ثلاثة صور :

١— فقد يتعدد احد طرفي الالتزام ، او كلاهما ، من غير ان تربط بين اطرافه رابطة خاصة . كما اذا تعدد الدائنين وكان المدين واحدا وكانت حصة كل من الدائنين محددة مقدما ، وكان كل دائن لا يستطيع مطالبة المدين الا بحصته من الدين واذا قبضها فانه يختص بها وتخلص له وحده . مثال ذلك ما اذا اشتري شخص سيارة مملوكة لشخصين مناصفة ، فلا يستطيع كل من البائعين ان يطالب المشتري الا بنصف الثمن . وقد يتعدد المدينون ويكون الدائن واحدا ولكنه لا يستطيع ان يطالب كل مدين الا بحصته من الدين . مثال ذلك ما اذا اشتري شخصان شيئا سوية ولم ينص في العقد على تضامنهما في دفع الثمن ، فلا يستطيع البائع مطالبة كل من المشترين الا بنصف الثمن . هذا النوع من التعدد يسمى بالتعدد 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 رابطة خاصة . مثال ذلك ان يتعدد الدائنين ويكون المدين واحدا ويستطيع كل دائن ان يطالب المدين بكل الدين ، او ، على العكس ، ان يتعدد المدينون ويكون الدائن واحدا ويستطيع مطالبة اي شاء من المدينين

(الموجز ، ج ٢ - ١٢٣)

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

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

٣٨٤ — وقد عالج القانون المدني العراقي تععدد طرفي الالتزام في فرعين، خصص الاول للتضامن ما بين الدائنين 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 الدائنين المتضامنين او التضامن الايجابي، وفي الثالث عن المدينين المتضامنين او التضامن السلبي ، وفي الرابع والاخير عن الالتزام غير القابل للانقسام •

الفرع الاول

الدين المشترك (١)

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

(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 • وتسمى هذه الصورة بالدين المشترك • مثاله ما اذا مات شخص عن دين له في ذمة اخر ، فان ورثته يرثون الدين ويصبح الدين مشتركا بينهم نسبة انصبتهم في التركة • ومثاله ايضا ما اذا يبع مال مشترك دون تعين حصة كل من الشركاء • وقد اخذ القانون المدني العراقي بنظرية الدين المشترك ، خلافا للقوانين المدنية لبقية البلدان العربية ، وافرد له اثنى عشرة مادة • ومعظم الاحكام التي جاء بها مأخوذ عن الماد (١٠٩١ - ١١١٢) من مجلة الاحكام العدليه والمداد (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 شاء من سبب واحد وكان غير متجزيء اما لوحدة الصفقة او لسبق الاشتراك في المال الذي شاء عنه الدين ٢ — فيعتبر دينا مشتركا ثمن المبيع المشترك بين اثنين او اكثر وثمن الشيئين ولو كانوا غير مشترين ما دام البيع في الحالتين قد صدر صفقة واحدة من غير تعين ثمن حصة كل واحد • ويعتبر دينا مشتركا كذلك الدين الايل بالارث الى عدة ورثه وقيمة المال المشترك اذا استهلك وبدل القرض المستفرض من مال مشترك » • يظهر من الفقرة الاولى من هذه المادة ان الدين يكون مشتركا بين عدة دائنين اذا شاء من سبب واحد وكان غير متجزيء • ويقصد بالسبب هنا المصدر الذي اوجد الدين •

وعدم تجزؤ الدين اما ان يرجع الى وحدة الصفقة او لسبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين . ففي الحالة الاولى يكون الاتفاق مصدر الدين المشترك ، وفي الحالة الثانية يرجع الاشتراك في الدين الى طبيعة الاشياء . وعليه فمصادر الدين المشترك هي :

١ - وحدة الصفقة ، او الاتفاق .

٢ - سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين ، او طبيعة الاشياء .
ونرى كلام من هذين المصادرين على حدة .

المصدر الاول - وحدة الصفقة ، او الاتفاق

٣٨٧ - ويقصد بوحدة الصفقة ان يبيع شخصان مالا مشتركا بينهما بعقد واحد ويبدون تعين حصة كل منهما في الثمن ، وكذلك الحكم اذا اجرا عينا مشتركة بينهما ولم يعینا حصة كل منهما في الاجرة . ومثال ذلك ما اذا كان شخصان يملكان دارا على الشیوع وباعاها بعقد واحد من غير ان يعینا في العقد حصة كل منهما في الثمن . ومثال ذلك ايضا ما اذا كان هناك شخصان احدهما يملك ارضا 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 مشتركا ، وكنا امام تعدد صوري .
فهنا اتفاق ضمني بين البائعين والمشتري على ان يكون الدين بالثمن مشتركا بين البائعين ، ويدل على هذا الاتفاق ان البيع صدر صفقة 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 نشا عنه الدين ، او طبيعة الاشياء

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

(١) السنہوري ، 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 المتفاوض . اذا 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 سببه وهو الارث او الوصي او الهبة ، لا لوحدة الصفقة ولا لسبق الاشتراك في المال .

(١) يلاحظ انه في بيع المال المشترك يشترط ، ليكون الدين مشتركا ، ان يصدر البيع صفقه واحدة ، ولا يشترط ذلك في القراض المال المشترك . ذلك ان المال الذي يرده المفترض انما هو بديل عن المال المشترك الذي كان سببا في نشوء الدين ، فياخذ 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 نصبيه في المال الشائع على حدة فتتعدد الصفقة وينقسم الثمن على البائعين ، فلا يكون دينا مشتركا .

اما في الاتلاف فلا مجال للكلام عن وحدة الصفقة ، ذلك لأننا لسنا امام تصرف قولي بل امام تصرف فعلي . فالمتفاوض قد اتلف مالا مشتركا وهو مسؤول عن التعويض ، والتعويض الذي يدفعه يحل محل المال الذي اتلفه فيتخذ صفتة . ولما كان المال المتفاوض شائعا فالمال 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 بالمدين عنها في علاقة الدائنين بعضهم ببعض . ونرى كلا من ذلك في مطلب مستقل .

المطلب الأول

علاقة الدائنين بالمدين

٣٩١ - يحكم علاقه الدائنين بالمدين في الدين المشترك مبدأ جوهري هو ان الدين ينقسم عند المطالبة به ، فهو واحد عند نشوئه منقسم عند المطالبة به . ويتربى على ذلك الترتيبان التاليتان :

١ - لا يستطيع كل دائن ان يطالب المدين الا بحصته من الدين فقط .

٢ - الاعمال التي يقوم بها كل دائن فيما يتعلق بحصته من الدين لا ينصرف اثراها الى حخص شركائه ، نافعة كانت هذه الاعمال او ضارة . ومعنى ذلك انه لا تقوم بين الدائنين نيابة متبادلة ، كما هو الحال في التضامن بين الدائنين كما سررنا .

ونرى كلا من الترتيبتين المتقدمتين على حدة .

النتيجة الاولى - عدم استطاعة كل دائن المطالبة الا بحصته فقط

٣٩٢ - وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣٠٤) من القانون المدني بقولها : « اذا كان الدين مشتركا فلكل واحد من الشركاء ان يطلب حصته فقط » . فالدائن لا يستطيع ان يطالب المدين الا بحصته، ولا يستطيع ان يطالب باكثر من حصته . والمدين يستطيع ان يفي اي دائن حصته فقط ، ولا يجوز له ان يفي احد الدائنين كل الدين . واما فعل ذلك لم تبرأ ذمته من حخص

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 .

وإذا دفع المدين الى احد الدائنين حصته من الدين المشترك برئت ذمته
نحوه وكان بقية الدائنين بال الخيار بين مشاركته فيما قبض لهه قبض مالا
مشتركا ، وبين الرجوع على المدين بحصصهم . وإذا اختاروا الرجوع على
المدين لم يجز لهم الرجوع على الدائن الذي قبض حصته الا اذا توى نصيبيهم ،
اي لم يحصلوا عليه لاعسار المدين او لاموتة مفلسا .

وقد يؤجل احد الدائنين حصته من الدين ، وعندئذ لا يجوز له مطالبة
المدين الا عند حلول الاجل . ولم تجز المجلة لاحد الدائنين ان يؤجل
الدين المشترك بلا اذن الآخر (١١٢م) ، آخذة في ذلك برأي ابي حنيفة (٤) .
وقد اجاز الصالحان للدائن ان يؤجل حصته دون حصة شريكه .

٣٩٣ — وحصة كل دائن تتحدد اما باتفاق بين الدائنين او بنص القانون .
فمثال النص القانوني الذي يحدد حصة كل دائن في الدين المشترك قانون
الميراث . فالشارع يحدد نصيب كل من الورثة في التركة . فإذا مات الدائن
عن زوجه وابنين وثلاث بنات ، مثلا ، كان للزوجة ثمن الدين ولكل من
الابنين الرابع ولكل من البنات الشلن . وكذلك اذا باع الورثة مالا تركه
مورثهم صفة واحدة بدون تحديد حصة كل منهم في المال ، فان حصة كل
منهم تتحدد بحسب حصته في التركة . فإذا لم يوجد اتفاق او نص قانوني
يحدد حصة كل من الدائنين فالمفروض ان حصصهم متساوية .

(٤) وتعليق ذلك ، كما جاء في شرح سليم باز للمجلة ، (ص ٦٦٧) ، انه :
« اذا صح التأجيل في الحصتين لصار تصرف في حق شريكه بدون اذنه . وان
صح في حصة المؤجل لادى الى قسمة الدين قبل قبضه ، وهذا لا يجوز » (نقل
عن المرجع السابق ، ص ٢٤٧ ، هامش) .

النتيجة الثانية - عدم وجود نيابة متبادلة بين الدائنين

٣٩٤ - ما دام الدين المشترك ينقسم عند المطالبة به ، فلا يبقى كلاما كما كان عند نشوئه ، فان ذلك يترب عليه ان كل عمل يقوم به احد الدائنين بخصوص الدين انسا يقوم به لصلحة نفسه فقط ، فلا يستفيد منه بقية الدائنين ولا يضارون به . اي ان الدائن لا يمثل بقية الدائنين عند قيامه بهذا العمل .

فاما قطع احد الدائنين التقادم فهو انسا يقطعه في حق نفسه فقط ، ولا ينقطع بالنسبة لشخص 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 .

واما اعذر احد الدائنين المدين او قاضاه فهو انسا 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 الاعذر لا يسري على بقية الدائنين .

واما 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 .

واما 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 استفادته بقية الدائنين من هذا الحكم الا اذا كانوا ورثة ، لأن كلاما منهم يعتبر مثلا للآخرين (١) . وذهب اخرون الى عكس هذا الرأي والى ان جميع الدائنين يستفيدون من هذا الحكم ولا يكفيون 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 . فاذا اقام احد الدائنين الدعوى لاثبات الدين وحصل على حكم لصالحته وجب ان يستفيد 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 . فاذا كان شخصان يملكان سيارة بينهما وباعاها صفة واحدة ثم حدث نزاع في هذا الشأن وقام 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 بعض قاعدة اساسية هي انه ليس للدائن الذي قبض شيئا من الدين المشترك ان يستبدل به لنفسه ، حتى لو كان ما قبضه اقل من حصته . فلقيه الدائنين ان يشاركونه فيما قبض ثم يرجعون جميعا على المدين كل بقدر حصته من الدين . ولهم ايضا اذ يختاروا الرجوع على المدين ، فاذا كان معسرا رجعوا على الدائن الذي قبض حصته فحملوه نصيه 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 — فاذا قبض احد الشركاء شيئا من الدين المشترك فالشركاء الآخرون بال الخيار ان شاؤوا شاركونه 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 الدنون ، 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 شيئاً من الدين يكون بقية الدائنين بال الخيار بين امرين :

١ - مشاركة الدائن فيما قبضه .

٢ - الرجوع على المدين بحصتهم . فان كان معسراً رجعوا على الدائن القابض فحملوه نصيبيه في اعسار المدين .
ونرى كلاماً من ذلك على حدة .

اولاً - مشاركة الدائنين الاخرين 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 الانقسام ليس تماماً ، فإذا قبض احد الدائنين حصته لم تسلم له وكان بقية الدائنين انيشاركه فيما قبض ، حتى لو كان ما قبضه اقل من حصته . فلو فرضنا ان مقدار الدين ثمانمائة دينار وان عدد الدائنين اربعة وان حصتهم متساوية ، فإذا قبض احد الدائنين حصته ، ومقدارها مائتا دينار ، كان لكل من الدائنين الثلاثة الاخرين ان يشاركه فيما قبض ويأخذ منه خمسين ديناراً ، فيكون كل من الدائنين قد استوفى خمسين ديناراً من حصته وبقي له مائة وخمسون ديناراً . فإذا فرضنا ان احد الدائنين استوفى بعد ذلك مائة دينار كان بقية الدائنين ان يرجعوا عليه كل بخمسة وعشرين ديناراً ، فيكون مجموع ما استوفاه كل دائن خمسة وسبعين ديناراً ، ويبقى له خمسة وعشرون ديناراً وهكذا كلما قبض احد الدائنين من الدين شيئاً من الدين شاركه فيه الاخرون على النحو المتقدم حتى يستوفوا كلهم حصتهم باكمالها .

٣٩٨ - وادا خرج ما قبضه احد الدائنين من يده ، فان كان خروجه بتصرف قوله ، كبيع او هبه ، او استهلكه او هلك تبعده منه فان بقيمة

يرجعون عليه بالضمان كل بقدر حصته من الدين المشترك ٠ اما اذا هلك شيء بسبب اجنبي لا يد للدائن القابض فيه فان هذا الدائن يعتبر مستوفيا لما قبضه ويحسب عليه من حصته ولا يرجع عليه بقية الدائنين بشيء ، ولا يبقى امامهم عندئذ الا الرجوع على المدين بحصصهم في الدين المشترك ٠ وقد نصت على هذا الحكم المادة (٣٠٥) من القانون المدني بقولها : « ١ - اذا قبض احد الشركاء حصته من الدين المشترك وآخرها من يده بوجه من الوجوه او استهلكها فللشركاء الآخرين ان يضمنوه نصيبيهم ٠ ٢ - اما اذا هلكت في يده بلا تقصير فلا يضمن نصيب شركائه في المقبوض ويكون مستوفيا حقه ٠ وما بقي 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 شيئاً اخر ، كأن اشتري من المدين شيئاً 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 نسبة حصته من الدين (٣٠٧م) ٠ واذا استأجر احد الشركاء بحصته من الدين المشترك شيئاً صار قابضاً لحصته ، ولشركائه الخيار في تضمينه ما اصاب حصصهم وفي اتباع المدين (٣٠٨م) ٠

٤٠٠ - واذا صالح احد الدائنين المدين على حصته من الدين المشترك فان كان بدل الصلح من جنس الدين فشركاؤه مخيرون ان شاؤوا شاركونه في المقبوض وان شاءوا اتبعوا المدين ٠ وان كان بدل الصلح من خلاف جنس الدين فالشركاء بال الخيار ايضاً في اتباع المدين او الشريك المصالح ٠ وفي هذه الحالة يكون الشريك المصالح بال الخيار ان شاء سلم اليهم نصيبيهم في المقبوض وان شاء دفع اليهم نصيبيهم في الدين (٣٠٩م) ٠ فإذا كان ثلاثة اشخاص على اخر تسعمائه دينار وكانت حصصهم متساوية وصالح احدهم المدين على حصته بمائة وخمسين ديناراً ، فان بقية الدائنين بال الخيار ان شاؤوا رجعوا على المدين بحصصهم من الدين المشترك وان شاؤوا شاركوا الدائن

القابض بما قبض ، وفي هذه الحالة يأخذ كل منهم من الدائن خمسين ديناراً .
اما اذا كان بدل الصلح شيئاً اخر ، كحنطه او تمر مثلاً ، واختار الدائنوون
الاخرون الرجوع على الدائن القابض ، فان هذا الاخير بالخيار بين ان يدفع
لهم حصتهم في الدين ، اي مائة دينار لكل منها ، وبين ان يدفع لهم حصتهم
في الشيء الذي قبضه .

٤٠١ — واذا مات المدين معسراً وكان احد الدائنيين وارثاه طبقنا
القاعدة القاضية بالا تركه الا بعد سداد الديون . فيشترك الدائنوون في قسمة
التركة كل بحسب حصته في الدين ، بما فيهم الوارد (٣١٠) .

٤٠٢ — واذا استوفى احد الدائنيين حصته من الدين المشترك عن طريق
المقاصة بدين للمدين عليه ، فاذا كان دين المدين على هذا الدائن قد ثبت قبل
ثبوت الدين المشترك فلا رجوع لبقية الدائنيين على الدائن لانه لا يمكن
قد استوفى شيئاً ، وانما المدين هو الذي يكون قد استوفى ماله في ذمة هذا
الدائن . واذا كان دين المدين على الدائن قد ثبت بعد ثبوت الدين المشترك
فان الدائن يعتبر قد استوفى حقه فيرجع عليه بقية الدائنيين بحصتهم (٣١١م)
وقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٣١٢) على صورة خاصة من صور
المقاصة هي حالة ما اذا نشأ دين المدين على الدائن عن اتلاف الدائن مالا
للدين ووجب عليه التعويض وتتقاض دين التعويض بالدين المشترك ،
واجازت لبقية الدائنيين الرجوع على الدائن المخالف . فقد نصت هذه الفقرة
على انه : « اذا اتلف احد الشركاء في دين مشترك مالا للمدين وتتقاضا
بحصته ضماناً فلشركائه اخذ نصيبهم منه » . ويجب قياس اتلاف النفس على
اتلاف المال ولو لم ينص القانون على ذلك . فاذا قتل احد الدائنيين في الدين
الم المشترك المدين ووجبت عليه الديه وتتقاض الدين الذي نشأ لورثة المدين عليه
نتيجة القتل في الدين المشترك كان لبقية الدائنيين ان يرجعوا على هذا الدائن
ويشاركون في حصته من الدين المشترك التي تتقاض ببلوغ الديه .

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 لمشاركته فيما قبض . وهذه الحالات هي حالة كفالة أحد الدائنين في الدين المشترك مدينا للمدين وضمانه الدين ، وحالة الهبة والابراء .

وقد نصت على الحالة الاولى الفقرة الثانية من المادة (٢١٢) بقولها : « اما اذا ضمن للمدين دينا واجبه على شخص اخر وصارت حصته قصاصا بالدين الذي ضمنه فلا شيء لشركائه عليه . واذا رجع على المكفول عنه وقبض منه مبلغ الفسان لم يكن لشركائه ان يشاركون فيه » . فإذا كفل احد الدائنين في الدين المشترك دينا للمدين في ذمة شخص ثالث واعسر المكفول عنه وضمن الدائن الدين وتتقاضت حصته في الدين المشترك بدين المدين على المكفول عنه ، فليست بقية الدائنين الرجوع عليه بحصتهم حتى لو رجع الدائن على المكفول عنه وحصل منه على مبلغ الفسان .

ونصت على الهبة والابراء المادة (٢١٣) بقولها : « اذا وهب احد الشركاء حصته من الدين المشترك للمدين او ابرا ذمته منها فهبتها او ابراؤه صحيحان ولا يضمن نصيب شركائه فيما وهب او ابرا » . والعلة في عدم اعطاء بقية الدائنين الرجوع على الدائن السواه او المبريء ان هذا الدائن لم يقبض شيئاً .

٤٠٤ - ويسكن 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 الصلح من جنس الدين، كان لبقية الدائنين ان يرجعوا عليه ويشاركونه فيما قبض عينا .

٢ - اذا قبض الدائن مقابلا لحصته ، او استأجر بحصته عينا للمدين ، او صالح المدين عن حصته ولم يكن بدل الصلح من جنس الدين ، رجع عليه بقية الدائنين بضمان 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 بالمقاصلة مع الدين الذي ضمه . ويتحقق ذلك ايضا في حالة هبة الدائن للمدين حصته من الدين المشترك وابراهيم اياد منها . والعلة في عدم رجوع بقية الدائنين في هذه الحالات هي ان الدائن ليس في يده شيء من جنس الدين حتى يسكن 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 بنصيبه في

اعسار المدين

٤٤٥ - اذا اختار الدائنو الآخرون الرجوع على المدين بحصصهم وعدم مشاركة الدائن القابض في حصته التي قبضها سقط حقهم في الرجوع عليه الا اذا توت حصصهم ، اي هلكت باعسار المدين ، ففي هذه الحالة يعود حقهم في الرجوع على الدائن الذي قبض حصته ومشاركته فيما قبض بنسبة حصصهم . فاذا كان الدين ثمانمائة دينار والدائنو اربعة وكانت حصصهم متساوية ، وقبض احدهم حصته من الدين المشترك وقدرها مائتا دينار ، واختار بقية الدائنين الرجوع على المدين بحصصهم ولكنهم وجدوه معسرا ، في هذه الحالة لهم ان يرجعوا على الدائن القابض بنسبة حصصهم ، فيرجع كل منهم بخمسين دينارا . وهكذا يكون كل من الدائنين الاربعة قد حصل على ربع حصته من الدين .

الاعسار الجزئي

٤٠٦ — ويسري الحكم المتقدم في حالة الاعسار الجزئي . فإذا اختار بقية الدائنين الرجوع على المدين ولم يحصلوا إلا على ثلاثة دينار مثلاً ، اي 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 ووجوده معسراً هو أيضاً تحملوا وحدهم نتيجة اعسار المدين .

استثناء

٤٠٨ — ليست القواعد المتقدمة والتي تحكم علاقة الدائنين بعضهم بعض من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها . فيجوز أن يتافق 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) مدني 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 توتو 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

الدائنو المتضامنون (او التضامن الايجابي)

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 لا ي 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 بطالبة المدين واستيفاء الدين كله بدلا من قيام كل دائن على اقراد بطالبة 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 العuelle . ويرجع سبب ذلك الى ان مضاره اكثر من فوائده ، اذ ان فائدته الوحيدة هي في تسكين اي من الدائنين من بطالبة المدين بكل الدين وفي تمكين المدين من الوفاء بكل الدين لا ي اي كان من الدائنين . وهذه الفائدة يقابلها محذور كبير هو تعرض الدائنين لخطر اعسار الدائن الذي قبض كل الدين ، اذ لا يسكنهم الرجوع على المدين الموفي لأن ذمته تكون قد برئت بالوفاء لاحدهم بكل الدين . وهذه الفائدة يمكن الوصول اليها عن طريق توكيل الدائنين

احدهم بقبض كل الدين . وخطورة الوكالة اقل من خطورة التضامن الايجابي ،
اذ في امكان الدائنين عزل الوكيل بقبض الدين متى شاءوا ،
ونبحث التضامن الايجابي في مبحثين ، نخصص الاول لمصادره والثاني
لائراته .

المبحث الاول

مصادر التضامن بين الدائنين

٤١١ - تقضي المادة (٣١٥) مدنی بأنه : « لا يكون الدائرون 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 الايجابي ، حسب
هذه المادة ، هي الاتفاق والقانون .

٤١٢ - فإذا كان اتفاق هو مصدر التضامن بين الدائنين فلا
بد من ان يكون صريحا واضحا . وإذا كان الاتفاق عليه ضمينا فيجب ان لا
يكون هناك شك في اصرار اراده الطرفين اليه ، فإذا كان
كان هناك شك وجب تأويله لنفي التضامن لا لاثباته . فإذا باع شخصان
سيارة يسلكانها على الشيوع ولم يشترطا التضامن فيما بينهما في اقتضاء
الثنين فلا يجوز استخلاص التضامن من ملكيتهم المشتركة للسيارة ،
وينقسم الثن علىهما بنسبة حصة كل منهما في السيارة . فإذا لم تعيّن حصة
كل منهما عند البيع اصبح الثن دينا مشتركا بينهما ، ونطبق عليه الاحكام
العامة التي رأيناها في الدين المشترك (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدنی
المصري في هذا الصدد ما يلي : « ومن الاصول المقررة ان التضامن بنوعيه لا
يفترض . وليس يقصد بذلك الى وجوب اشتراطه بتصريح العبارة ، فقد

(الموجز ج ٢ - م ١٤)

واكثر ما يقع التضامن الایجابي 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 ببلغ 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 الایجابي ابتداء ، لا يتحوله 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) . وعلى فان نص القانون المدني العراقي على ان القانون يمكن ان يكون مصدراً للتضامن بين الدائنين لا تطبق 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 . فاذا اكتفى الشك بهذه الدلالة وجب ان يقول لنفي التضامن لا لانتهائه » (مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٥١ ، نقلأ عن السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥) .

(١) بلانيول وريبير والسمان ، ج ٧، ف ١٠٦٠ ، ص ٣٦٨ . اويري ورو وج ٤، ط ٦ ، ص ٢٤ . بودري وبارد ، المرجع السابق ، ف ١١٢٢ ، ص ٢٥٢ . بلانيول 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 . فإذا 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 بضم المال المتلف .

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 الاجرة .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على التضامن بين الدائنين

٤١٦ — تختلف اثار التضامن الایجابي في العلاقة بين الدائنين والمدين عنها في العلاقة بين الدائنين المتضامنين انفسهم . ونرى كلامن ذلك في مطلب مستقل .

المطلب الأول

العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين

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 جميعا . 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 • ونرى كلام هذه المبادئ على حدة •

اولا - امكان مطالبة اي دائن بكل الدين وأمكان المدين الوفاء بكل الدين
لاي دائن

٤١٨ - من مزايا التضامن الایجابي ان كل دائن متضامن يستطيع مطالبة المدين بكل الدين • وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣١٦) مدنی بقولها : « يجوز للدائنين المتضامنين مجتمعين ومنفردين مطالبة المدين بكل الدين » فإذا طالب احد الدائنين المدين بالوفاء وجب على هذا ان يفي له الدين كله • وإذا رفض المدين ذلك كان بامكان الدائن اجراء عليه بواسطة القضاء • فإذا استوفى الدائن الدين كله برئت ذمة المدين بالنسبة لسائر الدائنين •

واذا طالب الدائنوون المتضامنوون المدين مجتمعين وجب عليه ان يوفي كلا منهم حصته من الدين فقط •

وقد جاء في الفقرة الاولى من المادة (٢٨١) من القانون المدني المصري (المقابلة للفقرة الاولى من المادة (٣١٦) مدنی عراقي) زيادة غير موجودة في النص العراقي ، وهذه الزيادة هي : « ويراعي في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل اثر الدين » • وقد جاء في المذكرة الایضافية للمشروع التمهيدي للقانون المصري بخصوص هذه الزيادة ما يلي : « وقد يلحق رابطة بعض الدائنين المتضامنين بالمدين وصف يختلف عن الوصف الذي تسم به رابطة البعض الآخر ، كأن يكون الدين معلقا على شرط بالنسبة لفريق منهم ، ومضافا الى اجل بالنسبة للباقيين • وفي هذه الحالة يتبع على كل منهم ان يعتد بالوصف الالاصق برابطته عند مطالبة المدين بالوفاء • وقد يطرأ هذا الوصف

على الرابطة بعد تمام التعاقد ، فقد يرتضى بعض الدائنين مثلا ان يولي المدين اجلا للوفاء بالدين ، وفي هذه الحالة لا يجوز ان يتحج على الدائنين الآخرين بهذا الاجل ، ما لم يتضح تقىض ذلك من مشارطة ترتيب الالتزام او من طبيعة التعامل او من نص في القانون » (١) . ويلاحظ ان المذكورة الإيضاحية ضربت مثلا على حالة ما اذا كانت رابطة احد الدائنين المتضامنين مقتنة باجل ، وهو ان يولي هذا الدائن المدين اجلا للوفاء بالدين ، ولكنها لم تضرب مثلا على حالة تعليق رابطة احد الدائنين المتضامنين على شرط . ويسكتنا ان تصور 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 يضرر الى تجزئة الدين واعطاء كل دائن حصته على افراد . واما 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 للدائن 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 مانصت عليه المادة (٣١٧) . فهي بعد ان اجازت للمدين ان يفي كل الدين لاي من الدائنين اضافت قائلة « الا اذا اندره دائن اخر بان يستمع 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 اختصاره .

ثانياً — الاحتجاج بالدفع وبنقضاء 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 يتسلك بهذه الدفع تجاه هذا الدائن . وكذلك اذا كان للمدين دفع خاص ب احد الدائنين الآخرين يترتب عليه براءة ذمته من حصة هذا الدائن فله ان يتسلك به تجاه الدائن المطالب . وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٣١٦) بقولها : « وليس للمدين اذا طالبه احد الدائنين المتضامنين بالدفع ان يحتاج على هذا الدائن باوجه الدفع الخاصة بدائين اخر الابقدر نصيب هذه الدائن اذا برئت منه ذمته ، ولكن له ان يحتاج باوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا » .

فمثلاً اوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب ان تكون حصة هذا الدائن قد اقفلت بالمقاصة بدينه للمدين على هذا الدائن ، او ان يكون هذا قد ابرأ المدين من حصته من الدين او وهبها اليها ، الخ ..

ومثال اوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا ان يكون العقد الذي انشأ الالتزام التضامني باطلاً ، او موقفاً لتفص في اهلية المدين او لعيب في رضاه ، فمثل هذا العيب يمكن الاحتجاج به على جميع الدائنين . ومثال ذلك ايضاً

ما اذا كان المدين قد وفى الدين جميعه لدائن غير الدائن المطالب ، فبرئت ذمته
تجاه جميع الدائنين ٠

اما اوجه الدفع الخاصة بدائين اخر غير الدائن المطالب بالدين فهي مثل
اوجه الدفع الخاصة بالدائين المطالب ٠ وفي هذه الحالة لا يستطيع المدين
الاحتجاج بهذه الدفوع تجاه الدائن المطالب الا بقدر حصة الدائن الذي يسكن
الاحتجاج تجاهه بهذه الدفوع ٠

**ثالثا - وكالة كل دائن متضامن عن الدائنين الآخرين بالنسبة للأعمال
النافعة دون الضارة**

٤٢٢ — لا يجوز لاحد الدائنين ان يأتي عملا يضر بالدائنين الآخرين ،
وإذا اتى عملا من شأنه الاضرار بهم فلا ينفذ هذا العمل في حقهم (٢٣١٨م) ٠
وعلى العكس من ذلك اذا قام احد الدائنين بعمل نافع فان بقية الدائنين
يستفيدون منه ٠ والسبب في استفادة الدائنين من الاعمال النافعة التي يقوم
بها بعضهم وعدم تنافذ الاعمال الضارة في حقهم هو ان كل دائن يعتبر وكيلًا
عن بقية الدائنين عند قيامه بعمل يتعلق بالدين ، وان بقية الدائنين يعتبرون
قد وكل كل منهم الآخر بهذا الخصوص ٠ واذا كان كل منهم قد وكل الآخر فلا
يمكن ان يوكله الا فيما ينفع ، لا فيما يضر ٠

الاعمال النافعة

٤٢٣ — فمثلا الاعمال النافعة ما اذا قطع احد الدائنين التقادم ، فهو
ينقطع لمصلحة سائر الدائنين المتضامنين ، لأن الدائن الذي قطع التقادم يعتبر
وكيلًا عن الدائنين الآخرين في هذا العمل الذي يفيدهم جميعا ٠ وكذلك
اذا اعذر احد الدائنين المدين ، فان بقية الدائنين يستفيدون من هذا الاعذر
لأنه مفید لهم ٠ ومثل الاعذر المطالبة القضائية بالقوائد ، فإذا طالب احد
الدائنين بالقوائد التأثيرية استفاد من ذلك جميع الدائنين ٠ وكذلك الحكم
اذا حصل احد الدائنين المتضامنين على حكم ضد المدين ، فان بقية الدائنين

يستفيدين من هذا الحكم ، ما لم يكن الحكم مبنيا على سبب خاص
بالدائن الذي صدر الحكم لصلحته .

الاعمال الضارة

٤٢٤ — ومثال الاعمال الضارة ما اذا حصل المدين على حكم ضد أحد
الدائنين المتضامنين ، فلا يمكن له التسلك بهذا الحكم ضد بقية الدائنين . وكذلك
اذا أعد المدين احد الدائنين المتضامنين ، فان هذا الاعداد 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 يتقسم فيما بينهم ، وما يقبضه احدهم يشترك فيه الجميع . فالتضامن
بين الدائنين يشبه الاشتراك في الدين ، او الدين المشترك ، من هذه الناحية .
وقد نصت على هذا المبدأ المادة (٣١٩) من القانون المدني بقولها : « كل ما
يستوفيه احد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا
ويقتسمونه سوية الا اذا وجد اتفاق او نص يقضى 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 — ويسكن تلمس الاساس القانوني لرجوع كل دائن بحصته على
الدائن الذي قبض كل الدين اما في وكالة قضائية او في قواعد الفضالة .
فبمقتضى الوكالة القضائية يعتبر الدائن القابض اصيلا عن نفسه في
القبض ووكيلا 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 للدائن الحق في مطالبة اي شاء منهم بكل الدين بالرغم من قابلية محل الالتزام للانقسام ، واذا وفى احدهم كل الدين برئت ذمته وذم 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 للدائن يحسن 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 بمطالبة المدين اولاً فاذا لم تكف امواله للوفاء بالدين قام هو بالوفاء . واذا تعدد الكفلاء في الكفالة البسيطة فان كلاً منهم يتسع 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 الاصلي ، مما يجعله ادنى مرتبة من المدين المتضامن . فالكفيل يستطيع التمسك بالدفوع الشخصية التي يستطيع المدين الاصلي التمسك بها . فاذا كان التزام المدين الاصلي باطلاً او موقوفاً فالكفيل يستطيع التمسك بهذه الدفوع تجاه الدائن .

وقوى انواع التأمينات الشخصية هو التضامن بين المدينين ، فيه يكون كل مدين مديناً اصلياً بكل الدين ويستطيع الدائن ان يطالب اي شاء من المدينين بكل الدين ، ولا يستطيع المدين الذي يطالبه الدائن بالدين ان يتمسك بالدفوع الشخصية الب Burke التي يستطيع مدين اخر التمسك بها .

بعد هذه المقدمة الوجيزة ، نعالج التضامن بين المدينين في مبحثين تكلم 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 صريحاً للبس فيه ولا ابهام ، ولا يجوز افتراضه . فإذا باع شخص قطعة ارض من اربعة اشخاص مثلاً ، صفقة واحدة بدون ان يعين حصة كل واحد منهم في الارض او الشن ، فلا يجوز ان تستخلص من ذلك ان المشترين الاربعة متضامنون في الوفاء بالشن ، بل يجب اعتبارهم متباينين في الحصص ، فيكون لكل منهم ربع الارض على الشیوع وعلى كل منهم ربع ثنتها بعد اقسام الدين عليهم . فإذا اراد البائع ان يكونوا متضامنين في وفاء الشن وجب عليه ان يشترط ذلك بوضوح لا يترك مجالاً للشك . فإذا لم يشترطه لم يكن المشترون متضامنين في الوفاء بالشن وفسر الشك لمصلحتهم ، فالقاعدة ان الشك يفسر لمصلحة المدين .

٤٣١ — ولكن اذا كان التضامن بين المدينين يجب ان يكون واضحاً ، فليس معنى ذلك انه يشترط فيه ان يرد عبارات خاصة . فيجوز ان يكون شرط التضامن ضمانياً . والشرط الضمني يستخلص من ظروف التعاقد ، ولكن يجب في هذه الحالة الاتدعاً بهذه الظروف مجالاً للشك فيه (١) .

(١) وفي هذا المعنى قضت محكمة التمييز المصرية في حكم لها صادر في ٢٩ تشرين الاول سنة ١٩٤٢ يانه : « اذا استخلصت محكمة الموضوع من اتفاق اربعة شركاء في اجراء على ان يكون الايجار من الباطن بمعرفتهم جميعاً وتحصيل الاجرة بواسطة فلان وكيل اثنين منهم هما اخوان وبasherاف الشريكين الاخرين ، وان ترسل المبالغ المحصلة للمؤجر الاصلي خصماً من الاجرة ، وان تحفظ جميع المستندات تحت يد واحد منهم (احد الاخرين) ، وان يكون باقى الشركاء ان يأخذوا بياناً بما يهمهم على ان يقدم الحساب في نهاية كل سنة ، اذا استخلصت من عبارات هذا الاتفاق على ضوء ما ذكرته من الاعتبارات والظروف القائلة في الدعوى ان فلاناً المذكور لم يكن وكيلاً عن الشريكين الاخرين ، وان الاخرين يجب لذلك اعتبارهما مسؤولين قبلهما عن المبالغ التي حصلها هذا الوكيل ولو لم يكونوا قد قبضاها منه ، فانها انما تكون قد فصلت في مسألة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها . تم اذا هي استخلصت من عبارات الاتفاق ومن ظروف الدعوى ايضاً ان الاخرين انما قصدوا تطمئن باقى الشركاء بان يتحمل كل منهما

النتائج التي تترتب على عدم جواز افتراض التضامن

٤٣٢ — ويتربّ على عدم جواز افتراض التضامن النتائج التالية :

١ — على من يدعى 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 قضيه (١) .

التضامن بين المدينين في المسائل التجارية

٤٣٣ — وقد اختلف الفقهاء في فرنسا في جواز افتراض التضامن ما بين المدينين في المسائل التجارية ، فذهب غالبيتهم ، ومعهم القضاء ، الى ان التضامن يفترض في المسائل التجارية ، بعكس الحال في المسائل المدنية . فاذا اشتري عدة تجار بضاعة من تاجر اخر دون ان يشترط البائع ان يكون المشترون متضامنين في دفع الثمن ، فانهم يكونون مع ذلك متضامنين في ادائهم 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 يشترط الدائن فلا مجال لافتراضه . اما اذا قضى العرف التجاري بالتضامن بين

المسؤولية المترتبة على ما يقع من هذا الوكيل ، فان هذا الاستخلاص يكون سائلا والحكم عليهما بالتضامن يكون في محله » (مجموعة عمر ، ٣ ، رقم ١٨٢ ،

ص ٤٨٨ ، نقلًا عن السنوري ، المرجع السابق ، ص ٢٦٣-٢٦٤) .

(١) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف ١٠٦٥ ، ص ٣٧٢ ، مع الاحكام المشار اليها في هامش رقم ١ . السنوري المرجع ، السابق ، ص ٢٦٥ .

المدينين في مسائل معينة فيجب الأخذ بهذا العرف ، فالعرف مصدر من مصادر القانون يلجأ إليه القاضي عند عدم وجود نص شرعي في مسألة معينة . فإذا كان العرف التجاري يقضي بالتضامن بين المدينين فإنه يعتبر كأنه قد أشترط 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 : « وإذا كان كل من المهندس المعماري والمقاول مسؤولاً عما وقع في العمل من عيب كافاً متناسقين في المسئولية » . ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٨٦) من انه : « اذا اجتمع المباشر والمتبسب ضلن المتعدد او المتعددي منها فلو ضمننا معاً كانا متكافلين في الضمان » . ومن ذلك ايضاً ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٠) من تضامن الكفالة في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية فيما بينهم وتضامنهم مع المدين . ومن ذلك ايضاً ما قضت به المادة (١٩٨) من اعتبار غاصب الغاصب بحكم الغاصب واعطائه المغصوب منه حق الرجوع على اي شاء منها . فقد نصت هذه المادة على ان : « غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب . فإذا غصب احد من الغاصب المال المغصوب واتلفه او تلف في يده فالغصوب منه مخير ان شاء ضمه الغاصب الاول وان شاء ضمه الغاصب الثاني كذلك اذا اتلف احد المال المغصوب الذي هو في يد الغاصب فان المغصوب منه يكون بالخيار 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 ببعضهم

٤٣٥ — تختلف اثار التضامن بين المدينين في علاقة الدائن بالمدينين
عنها في علاقة المدينين المتضامنين ببعضهم . ونرى كلا من ذلك في مطلب
متصل .

المطلب الاول

العلاقة بين الدائنين والمدينين المتضامنين

مبادئ ثلاثة

٤٣٦ — تحكم علاقه الدائن بالمدينين المتضامنين ثلاثة مبادئ وهي :
١ - وحدة المحل ، فيعتبر الدين كلا لا يتجزأ ويستطيع الدائن مطالبة اي شاء
من المدينين بكل الدين . ٢ - تعدد الروابط ، فالرابطة التي تربط احد
المدينين بالدائن تختلف عن الرابطة التي تربط غيره من المدينين به .
٣ - النهاية 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 المبادئ بعض التنتائج ، نراها فيما يلي :

اولا - 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 مطالبهم منفردین ومجتمعین . ولا يستطيع المدين الذي يطالبه الدائن بالدين ان يقتصر على دفع حصته فقط . واذا وفي احد المدينین المتضامنین الدين برئت ذمته وذمم باقی المدينین وكان له الرجوع على المدينین الارخین كل بقدر حصته . واذا اقام الدائن الدعوى على احد المدينین المتضامنین كان لهذا ان يطلب ادخال باقی المدينین في الدعوى حتى يصدر الحكم على الجميع ، كما ان باقی المدينین ان يطلبوها من تلقاء انفسهم ادخالهم في الدعوى ، وذلك حتى يحافظوا على حقوقهم ويستعنوا ما يسكن ان يقع من توافق بين الدائن والمدين المقادمة عليه الدعوى . وقد نصت على هذا المبدأ الفقرة الاولى من المادة (٣٢١) مدنی بقولها : « اذا كان المدينون متضامنون فللدائن ان يطالب بالدين كل من شاء منهم وان يطالبهم به مجتمعین . ومطالبته لاحدهم لا تستعن من مطالبة الاخرين » .

انقضاء الالتزام بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين

٤٣٨ — وقد ينقضي الدين بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين بأحد اسباب انقضاء الالتزام غير الوفاء، وفي هذه الحالة لا يستطيع الدائن المطالبة الا بعد خصم حصہ المدين الذي انقضى الدين بالنسبة له . ذلك ان الدين يعتبر واحدا ، او كلا ، بالنسبة لجميع المدينين ، فإذا انقضى جزء منه فان هذا الجزء ينقضي بالنسبة لجميع المدينين . واسباب انقضاء الالتزام غير الوفاء هي التجديد ، والمقاصة ، واتحاد الذمة ، والابراء ، والتقادم ، واليمين . ونقول فيما يلي كلمة موجزة عن كل من هذه الاسباب واثرها على التزام بقية المدينين المتضامنين .

١ - التجديد

٤٣٩ — التجديد استبدال التزام جديد بالتزام قديم يختلف عنه في احد عناصره ، وهي محله او احد طرقه او مصدره . فتغير المحل يكون باحال شيء جديد محل القديم ، مبلغ من النقود بدلا من سيارة مثلا .

وتحير احد طرف الالتزام يكون بتحير الدائن او بتحير المدين . فتحير الدائن يكون بان يتفرق الدائن والمدين وشخص ثالث على ان يكون هذا الشخص الثالث هو الدائن الجديد . وتحير المدين يكون باتفاق الدائن مع شخص اخر على ان يكون هذا الشخص الثالث هو الدائن الجديد . وتحير 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 اقضاء 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 ذمته باقي المدينين . ذلك ان التضامن من نوع التأمينات الشخصية فينقضي بانقضاء الدين القديم . ولكن يجوز للدائن ان يسترط 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 المدين 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 طالب الدائن احد المدينين المتضامنين الاخرين فان هذا المدين لا يستطيع ان يدفع تجاهه الا بسائتين 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 يحتاج بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن اخر الا بقدر حصة هذا المدين الآخر » .

٢ - اتحاد النمرة

٤٤١ - قد يموت الدائن ويرثه احد المدينين المتضامنين ، وقد يموت احد المدينين المتضامنين ويرثه الدائن ، وفي هذه الحالة تتحدد ذمة الدائن بذمة هذا المدين ويسقط من الدين بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته بذمة الدائن .

فاما مات الدائن وورثه احد المدينين المتضامنين فان هذا المدين يصبح هو الدائن ، واذا طالب احد المدينين بالدين فان هذا المدين لا يستطيع الاحتاج باتحاد ذمة المدين الذي ورث الدائن بكل الدين ، بل بمقدار حصة المدين الوارث الذي اصبح دائنا . مثال ذلك ما اذا باع شخص دارا لاربعة اشخاص بسبعين الف دينار واشترط تضامنهم في دفع الثمن ثم مات وورثه احد المدينين ، في هذه الحالة تتحدد ذمة هذا المدين وذمة دائه بقدر حصته من الدين ، اي بسبعين 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 مدينه المتضامنين فان الدين لا ينقضي 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 » . فاما 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 والمدينون المتضامنون أربعة ومات أحدهم وورثه الدائن ، وكانت تركة هذا المدين مليئة ، فلا يرجع الدائن الوارث على بقية المدينين إلا بسبعيناً وخمسين ديناراً • أما إذا مات المدين المتضامن مسراً فان الدائن لا يلزم بالدين ويرجع على بقية المدينين بكل الدين ، اي بالف دينار • ولم ينص القانون المدني على هذا الحكم ، ولكن يمكن تقويره بتطبيق القواعد العامة •

٤ - الابراء

٤٤ - قد يبرء الدائن أحد المدينين المتضامنين ، وفي هذه الحالة ما
ان 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 فانهم يبقون ملزمين بالدين بعد خصم حصة المدين الذي ابرأه الدائن • وقد يصرح الدائن بأنه لم يرد بابراهه المدين ان يبرئه المدينين الآخرين حتى من حصة المدين الذي ابرأه وانه يحتفظ لنفسه بحق الرجوع عليهم بكل الدين ، وفي هذه الحالة يستطيع الدائن الرجوع على مدينين الآخرين بكل الدين ولا يطالب المدين الذي ابرأه بشيء • ولمن دفع الدين من المدينين ان يرجع على الباقيين كل بقدر حصته من الدين ، بما فيهم المدين الذي ابرأه الدائن • وقد يتضح ان الدائن اراد بابراهه ان يعفي المدين من كل مسؤولية ، في هذه الحالة يتتحمل هو نفسه حصة المدين الذي ابرأه ، وإذا اعسر أحد المدينين الآخرين فانه (الدائن) هو الذي يتحمل حصة المدين الذي ابرأه في حصة المدين المسعر •

وإذا كان الابراء من التضامن فقط ، لا من الدين ولا من حصة المدين المبرأ من الدين ، فلا يستطيع الدائن ان يطالب هذا المدين الا بقدر حصته

من الدين . اما بالنسبة لباقي المدينين المتضامنين فيستطيع مطالبتهم مجتمعين ومنفردين بكل الدين . وقد نصت على الاحكام المتقدمة المواد (٣٢٨-٣٢٦) من القانون المدني .

٥ - التقادم

٤٤٤ - قد ينقضى الدين بالتقادم بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين فقط ، وفي هذه الحالة تبرأ ذمة هذا المدين وذمم المدينين الاخرين بقدر حصة هذا المدين . وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الاولى من المادة (٣٢٩) مدني بقولها : « اذا كانت دعوى الدين بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين لا يجوز سماعها بسبب التقادم استفاد باقي المدينين بقدر حصة المدين الذي لا يجوز سماع الدعوى ضده » .

ثانياً - الآثار التي ترد الى تعدد الروابط

٤٤٥ - بالرغم من وحدة المحل ، يبقى المدينون المتضامنون مرتبطين بالدائين بروابط متعددة تختلف احدها عن الاخرى . فيبقى كل مدين مرتبطا بالدائين ، بالإضافة الى رابطة التضامن التي تربطه مع باقى المدينين بالدائين ، برابطه الخاصة التي قد تختلف عن الرابط التي تربط غيره من المدينين المتضامنين بالدائين . وهذا هو معنى تعدد الروابط في التضامن بين المدينين .

اختلاف الاوصاف التي قد تلحق روابط المدينين المتضامنين

٤٤٦ - ولما كانت الروابط التي تربط المدينين المتضامنين بالدائين متعددة ، فمن الممكن ان يكون بعض هذه الروابط موصوفا وبعضها بسيطا . وقد يختلف الوصف الذي يلحق احدى هذه الروابط عن الوصف الذي قد يلحق غيرها ، فقد تكون احدى هذه الروابط معلقة على شرط واقف ، واخرى مقتنة باجل واقف ، وثالثة منجزة ، فيجب على الدائن مراعاة ذلك عند مطالبته احد المدينين بالدين . فهو لا يستطيع مطالبة المدين المعلق

دینه علی شرط واقف قبل تحقق الشرط ، ولا مطالبة المدين الذي يتمتع باجل قبل حلول الاجل ، وهكذا ..

الدفع—

٤٤٧ — ومن مقتضى مبدأ تعدد الروابط ان بعض المدينين المتضامنين قد يكون له دفع خاص به لا يستطيع غيره من المدينين التمسك بها . 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 .

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 . مثل ذلك الدفع بيطلان العقد خلافة محله للقانون وللنظام العام والاداب . وكذلك الدفع بالتقادم، وبكون العقد معلقاً على شرط واقف لم يتحقق ، او مضافاً لـ اجل واقف لم يحصل ، الخ ...

٢ - دفع مختلطة Exceptions mixtes

٤٤٩ — والدفع المختلطة هي التي تتحقق بالنسبة لبعض المدينين المتضامنين ولكن يستفيد منها المدينون الآخرون . وهذه الدفع هي التي تنشأ عن اتفاقية الدين بالنسبة لـ احد المدينين فقط . وقد سبق ان رأينا الاسباب التي تؤدي الى اتفاقية الدين بالنسبة لـ احد المدينين فقط . 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 .

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 الأهلية ، وعيوب الرضاء ، وبكون الدين معلقا على شروط واقف لم يتحقق او مضافا الى اجل واقف لم يحل ٠ وتسمى هذه الدفوع بالدفوع الشخصية للبعثة ايضا ٠

٤٥١ — وقد نصت على القاعدة العامة في هذا الباب الفقرة الثانية من المادة (٣٢١) بقولها : « ولا يجوز للدين 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 مثلا لغيره 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 لمصلحته 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 نرى 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 المدين، فهل يستطيع الدائن الاحتياج على باقي المدينين بذلك ومطالبتهم جميعاً بالدين ؟ ان قطع التقادم عمل ضار بالنسبة لباقي 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 ويطالبهما مجتمعين ومنفردين بالنسبة للاعمال الضارة . وعليه فالمدين 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 استفادمن ذلك باقي المدينين بقدر حصة المدين الذي لا يجوز سماع الدعوى ضده . ٢ - واذا اقطعت 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

٤٥٤ - الخطأ في تنفيذ الالتزام من الاعمال الضارة ، فإذا ارتكب أحد المدينين المتضامنين في تنفيذ التزامه خطأً أحدث ضرر للدائن كان هذا المدين وحده مسؤولاً عن تعويض الضرر ولا يسأل باقي المدينين معه ، وهم لا يكونون مسؤولين إلا عن تنفيذ الالتزام تنفيذاً عيناً . وإذا ارتكب أحد المدينين المتضامنين خطأً جسيماً وآخر خطأً يسيراً كانت مسؤولية الأول أشد من مسؤولية الثاني . وقد نصت على هذا المبدأ المادة (٣٣٠) بقولها : « لا يكون المدين المتضامن مسؤولاً فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام إلا عن فعله ويتجلى في هذا النص بوضوح استبعاد فكرة النيابة المتبادلة بالنسبة للاعمال الضارة .

٣ - الاعذار والمطالبة القضائية

٤٥٥ - سبق أن رأينا ان الاعذار شرط للحصول على التعويض عنضرر الناتج عن تأخير المدين في تنفيذ التزامه ، وسبق أن رأينا ايضاً

ان من اثار الاعذار انتقال تبعه الهلاك الى المدين بالتسليم . فاذا اعذر الدائن احد المدينين المتضامنين بوجوب التنفيذ ترتب على هذا الاعذار الزام هذا المدين بتعويض الدائن عن الضرر الذي يصبه نتيجة التأخير في التنفيذ، وترتب على ذلك ايضا انتقال تبعه الهلاك 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 تسلمه ، فان تبعه هلاك السيارة تنتقل من عاتق المدين الى عاتق الدائن . وقد نصت على هذه الاحكام المادة (٣٣٠) المتقدمة نفسها بقولها : « .. و اذا اعذر الدائن احد المدينين المتضامنين او قضاه فلا يكون لذلك اثر بالنسبة لباقي المدينين . اما اذا اعذر احد المدينين المتضامنين الدائن فان باقي المدينين يستفيدون من هذا الاعذار » . وهذا النص تطبيق واضح لاستبقاء فكرة النيابة المتبادلة في الاعمال النافعة واستبعادها في الاعمال الضارة .

٤ - الصلح مع احد المدينين المتضامنين

٤٥٧ — قد يكون الالتزام متنازعا فيه بين الدائن وبين جيم المدينين المتضامنين فيعد 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 مثلا لهم في عقده . اما اذا لم يكن في الصلح منفعة للمدينين المتضامنين فالمدين الذي عقده لا يعتبر مثلا لهم في عقده ، وبالتالي لا يسري في حقهم . وقد نصت على هذا المبدأ المادة (٣٣١) مدنی 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 ذمته التزاما او يزيد فيما هم ملتزمون به لا ينفذ في حقهم الا اذا قبلوه » .

٥ - اقرار احد 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 مثلا لهم من جهة ، ومن جهة اخرى لان الاقرار حجة قاصرة على المقر . وكذلك الحكم اذا نكل احد المدينين المتضامنين عن اليدين او وجہ هو اليدين الى الدائن فحلفها هذا الاخير .

اما اذا اقر الدائن لاحد المدينين المتضامنين فان باقي المدينين يستفيدون من هذا الاقرار لانه نافع لهم . وقد نصت على ذلك المادة (٣٣٢) مدنی بقولها : « اذا اقر احد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسري هذا الاقرار في حق الباقيين . ٢ - واذا نكل احد المدينين المتضامنين عن اليدين او وجہ الى الدائن يمينا فحلفها 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 لصالحته

٤٥٩ - واذا 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 مثلا لهم . أما اذا كان مبنيا على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحته (لعي في الرضاء او قصر ، الخ . .) فان المدينين الآخرين لا يستفيدون منه . والسبب في ذلك يرجع الى مبدأ تعدد الروابط الذي سبق ان رأيناه .

وعلى العكس من ذلك اذا حصل الدائن على حكم على احد المدينين المتضامنين ، فان هذا الحكم لا يمكن الاختجاج به على الباقيين . واما اذا 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 علاقة المدينين المتضامنين بعضهم بعض قاعدة جوهيرية هي انقسام الدين . فإذا وفى احدهم الدين فإنه 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 ، وإذا وفي احدهم الشن كله رجع على كل من الثلاثة الآخرين بالquin وخمسة دينار . ولكن هذا الاقراض ليس قاطعا ، بل بسيط قابل لاثبات العكس . فيستطيع من له مصلحة من المدينين المتضامنين في الدين ان 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 جسامته 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 المعسر على المدينين الموسرين . وهذا ما نصت عليه المادة (٣٣٤) من القانون المدني المتقدمة ، ففيما بعد ان اعطت المدين الموفى حق الرجوع على الآخرين بما دفعه زائدا على ما هو واجب عليه اضافت : « فإذا كان احد منهم معسرا تحمل تبعه هذا الاعسار المدين الذي وفي بالدين وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته » . فإذا كان مقدار الدين الف دينار والمدينون المتضامنون خمسة وكانت حصصهم متساوية ، ودفع احدهم الدين ، وعندما اراد الرجوع على الاربعة الآخرين وجد احدهم معسرا ، فإنه يرجع على كل من الثلاثة الباقين بمائتين وخمسين دينارا بدلا من مائتي دينار . وإذا وجد اثنين من الاربعة الباقين معسرين فإنه يرجع على كل من الاثنين الآخرين بثلث الدين ، فينقسم الدين على الثلاثة الموسرين ، وتحمّل هؤلاء تبعه اعسار الاثنين الآخرين .

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 لعبرة 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 اهيل في المطالبة وهو الذي يجب ان يتحمل نتيجة هذا الامر (١) ° ويرى الاستاذ السنهاوري (٢) هذا الرأي محل نظر ، ويقول بوجوب التمييز بين حالة ما اذا كان المدين مقصرا وحالة ما اذا لم يصدر منه اي تقصير ° وهو يرى ان الاصل في الاعسار ان يقوم وقت الوفاء للدائنين ، فإذا وقع بعد هذا الوقت تحمل المدين الذي وفي الدين وحده حصة المعاشر ، الا اذا اثبت انه لم يقصر اطلاقا في المحافظة على حقه ضد المدين المعاشر ° وما يقول به الاستاذ السنهاوري منطقى ومعقول ، وهو ليس الا تطبيقا للقواعد العامة °

قضاء الدين بغير الوفاء

٤٦٣ — و اذا قضى احد المدينين المتضامنين الدين او جزء منه لا عن طريق الوفاء بل عن طريق اخر ، كالوفاء بقابل ، والصلح اذا لم يكن بدل الصلح من جنس الدين ، والحوالة على شخص ثالث ، فإنه يرجع على المدينين الآخرين بما ضمن لا بما ادى فعلا ، حتى لو كان ما اداه اقل قيمة مما ضمن ° فاذا كان مبلغ الدين الف دينار مثلا وكان الدائنوون اربعة وتصالح احدهم مع الدائنو على سيارة بدل الالف دينار ، فإنه يرجع على كل من المدينين الآخرين بقدر حصته من الدين ، حتى لو كانت قيمة السيارة اقل من الف دينار ° وكذلك الامر اذا وهب الدائنو 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 اداؤه 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 المدين الدين لم يرجع على احد ، واذا وفا 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 كفلاً ، بالدائن : احكام التضامن هي التي تطبق عليهم في هذه العلاقة اما في علاقتهم ببعضهم ، فان احكام الكفالة هي التي تطبق ، فيستمتعون بحق التجرييد . فاذا وفي ادھم الدين واراد الرجوع على الباقي بمحضهم فيه كان لهم ان يتسلّكوا قبله بحق التجرييد ، ويطلبوا من المدين الكفيل الذي وفي الدين ان يرجع اولاً على المدين الاصلي فاذا لم تكف امواله للوفاء بالدين تحمل كل منهم حصته في الدين .

الاساس القانوني لرجوع المدين الموفي على باقي المدينين المتضامنين

٤٦٦ — اذا وفي احد المدينين المتضامنين الدين كان له ان يرجع على

باقي المدينين اما بدعوى شخصيه او بدعوى الحلول • ونقول كلمة موجزة عن كل من هذين الدعويين •

١ - الدعوى الشخصية

٤٦٧ - تقوم الدعوى الشخصية التي يرجع بها المدين الموفى على المدينين الآخرين على اساس من الوكالة او الفضاله • ذلك ان هذا المدين يعتبر اصيلا عن نفسه بالوفاء ، اما بالنسبة لباقي المدينين فهو اما ان يكون وكيلًا عنهم او فضوليًا • 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 اتفقا في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتمد من وقت الاتفاق .. » • ويسري التقادم بالنسبة لدعوى الوكالة من حين الوفاء لا من حين حلول الدين • اما الرجوع بدعوى الفضاله فغير مسكن في القانون المدني العراقي ، ذلك لأن هذا القانون لم يتكلم عن الفضاله ، واعتبر من قضى دين غيره بلا امره متبرعا لا رجوع له عليه بشيء (٢٣٩م) (١) .

٢ - دعوى الحلول

٤٦٨ - ومعنى الحلول ان يحل الموفى 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 الآتية : أـ اذا كان ملزما بالدين مع

(١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ٩٩١ • وفي قضاة 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 بتأمينات فان هذه التأمينات 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 دفعات . 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 تقتضي قبل دعوى الوكالة او الفضاله . ذلك ان حلول الاجل سابق على دعوى الوفاء في الغالب . وعلى كل حال فالخيار بين الدعويين متترك للمدين الذي وفي الدين .

التضامن بين المدينيين في الفقه الاسلامي

٤٦٩ — والفقه الاسلامي يعرف التضامن بين المدينيين ، وتعالج الكتب الفقهية هذا النوع من التضامن باسهاب . ومصدر التضامن في هذا الفقه اما ان يكون الاتفاق او الشرع ، اي نص القانون .

٤٧٠ — فمثلاً الاتفاق كمصدر للتضامن ما اذا تعهد كل من المدينيين ان يكفل المدينيين معه ، اذ يصبح كل منهم ملزما بجميع الدين . وكذلك اذا استقرض عدة اشخاص ملا من رجل على ان كل واحد كفيل عن صاحبه . ولا يشترط الفقهاء بصورة عامة ان تذكر الكفالة المتبدلة صراحة ، بل يمكن النص على ان للدائن ان يطالب ايا شاء من المدينيين .

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 ثبتت للشركة في ذمة الغير .
وهم يكونون كذلك مدينين متضامنين في الوفاء بالديون التي ترتب على
الشركة للغير . فالشركة في شرطة لفاؤضة اذا التزموا معاً كان كل منهما مسؤولاً
عن تفيذ الالتزام باكتمه . ويكون كل منهما مسؤولاً ايضاً عن الكل ولو ان
واحداً فقط حضر عند العقد ، ولكن اساس الالتزام يختلف . فالعقد 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 أحدهم . واساس التضامن هنا
ايضاً الكفاله .

٤٧٣ — وفي آثار التضامن يقرر الفقهاء المسلمين على العموم الآثار
التي رأيناها في علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين ، وفي علاقة المدينين المتضامنين
بعضهم . فهم يقررون ان للدائن مطالبه اي شاء من المدينين ، وله مطالباتهم
مجتمعين ومنفردين ، واذا طالب أحدهم لم يسقط حقه في مطالبة الآخرين .
ويقرر الفقهاء المسلمين كذلك ان الوفاء الصادر من احد المدينين يبرئ ذم
المدينين الآخرين . وكذلك الحكم بالنسبة لطرق اقضاء الالتزام الاخرى
غير الوفاء ، كالوفاء بمقابل ، وحالة الدين ، وهبة واتحاد الذمة ، والابراء
منه وفي هذه الحالة لا يبرأ باقي المدينين الا بقدر حصة المدين المبرأ .

وفي علاقة المدينين المتضامنين ببعضهم 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

٤٧٣ — يكون الالتزام غير قابل للانقسام اذا لم يكن من الممكن تفريذه تفريضا جزئيا . مثال ذلك ما اذا اشتري شخص سيارة من شخصين . فالبائعان 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 المثلثات ، كائنه طن من الحنطة مثلا . ونعالج الالتزام غير القابل للانقسام في مبحثين ، نرى في الاول اسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام وفي الثاني اثاره .

المبحث الاول

اسباب 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 تفريذه منقسا او اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك » . ومن هذا النص يظهر لنا ان عدم القابلية للانقسام اما ان يرجع الى طبيعة المحل او الى اتفاق الطرفين . ونرى كلام هذين السببين على حدة .

اولاً - عدم القابلية للانقسام الراجع الى طبيعة المعل

٤٧٤ - يميز ديمولان Dumoulin ، وهو من فقهاء القرن السادس عشر ، في عدم القابلية للانقسام الراجع الى طبيعة المعل بين صورتين : عدم الانقسام المطلق ، وعدم الانقسام النسبي .

فيكون عدم القابلية للانقسام مطلقا Absolue اذا كان محل الالتزام لا يقبل الانقسام باي شكل من الاشكال . والامثلة التي يضر بها ديمولان لهذه الصورة هي انشاء حق ارتفاق او حق رهن . فانشاء هذين الحقين لا يقبل الانقسام باي شكل من الاشكال ، لأنهما لا يقبلان الانقسام بطبيعتهما القانونية . ومن الامثلة على عدم الانقسام المطلق ايضا ما اذا كان محل الالتزام شيئا لا يمكن انقسامه ، كحسان مثلا، او امتناعا عن عمل . فإذا باع شخصان حسانا فالمشتري يستطيع ان يطالب اي شاء منهما بتسليم الحسان ، ولا يمكن ان يطالب كلا من البائعين بتسليم نصف الحسان . وكذلك الامر اذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل ، فهو لا يمكن قابلا للانقسام . فمجرد قيام المدين بجزء ولو يسير من العمل الذي التزم بعدم القيام به يعتبر اخلالا بالتزامه .

ويكون عدم القابلية للانقسام نسبيا Relative اذا كان محل الالتزام غير قابل للانقسام بشكله الطبيعي ، ولكن يمكن تصور انقسامه في التنفيذ . والمثل الذي يضربه ديمولان وب甃ته على هذا النوع من عدم القابلية للانقسام هو التعهد ببناء منزل . فالالتزام في هذه الصورة يمكن تصور انقسامه ، فيتعهد متعهد بوضع الاسس ، ويتعهد متعهد اخر باقامة الجدران ، ويعهد ثالث بعمل ابواب والشبابيك ، الخ . ولكن اذا ورد التعهد على بناء منزل فانه يكون غير قابل للانقسام ، ذلك ان ما يسمى متزلا ، كما يقول ب甃ته ، لا يمكن ان يوجد الا عند انتهاء العمل ، مما يترب عليه ان الالتزام لا يمكن ان يتم الا ببناء المنزل كاملا (١) .

(١) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف ١١٠١ ، ص ٤٠٧ - ٤٠٨ .
(٢) الموجز - ج ٢ م ١٦ .

ثانياً - عدم القابلية للانقسام الراجع إلى الاتفاق

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) مدني 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 تنفيذه منقسمًا .
٢ - اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك .

٤٧٩ - فمثال عدم القابلية للانقسام الراجع الى اتفاق الطرفين ما اذا اشتري شخص مائه طن من الحنطة مثلاً واشترط ان يكون تسليم هذه الكمية 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 التضامن الايجابي ، وذلك عند ما لا يريد الدائنوون المتضامنو ان ينقسم الدين على ورثة اي منهم ، وفي القانون الفرنسي عندما لا يريد الدائن ان ينقسم الدين على ورثة اي من المدينيين . ولا يمكن الاخذ بهذا الحكم الاخير في العراق ، فالقاعدة في الشريعة الاسلامية ان « لاترکة 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 مستشفيه ، وكان هذا الغرض داخلاً في حساب الطرفين ، فللمشتري ان يطالب البائع بتسليم الارض بساحتها المتقد 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 امن التقادم بغير دعوى او لايشعف فيها و 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

الاثار 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 . فاذا كان كل من الدائن والمدين واحدا لم تشر امامنا صعوبة . فسواء اكان الالتزام قابلا للانقسام ام غير قابل له ، فإنه في تفيذه يكون غير قابل له دائما . فالدائن يستطيع ان يطلب التنفيذ الكلي ، ولا يستطيع المدين ان يجره على التنفيذ الجزئي . واما تظاهر الاهمية العملية لعدم قابلية الالتزام للانقسام في حالة تعدد المدينين او تعدد الدائنين ، ذلك ان الاصل في تعدد المدينين ان ينقسم الدين عليهم ، فاذا لم يكن قابلا للانقسام امكن الدائن ان يطالب اي شاء منهم بالتنفيذ الكلي ، وكل مدين يكون ملزما بالتنفيذ الكامل حتى لو لم يكن هناك تضامن بين المدينين . وكذلك الامر اذا تعدد الدائنين فالأصل الا يستطيع كل دائن ان يطالب الا بحصته في الدين ، فاذا كان الالتزام غير قابل للانقسام امكن كل دائن ان يطالب المدين بكل الدين ، حتى لو لم يتم تضامن بين الدائنين .

٤٧٩ — والتعدد اما ان يوجدمنذ نشوء الالتزام او يطرأ بعد ذلك ،

(١) پلانیول وریپیر واسمان ، المرجع السابق ، ف ١١٠٢ .
ص ٤١٠ . بودری وبارد ، المرجع السابق ، ف ١٣٢٧ . دی پاج . ج ٣ .
ف ٣٠٠ . اوبری وزو ، ج ٤ ، ص ٧٤ . پلانیول وریپیر وبولانجیه . ج ٢ .
ف ١٩٠٤ ، ص ٦١٩ - ٦٢٠ . جوسان ، ج ٢ . ف ٧٩٥ . ص ٤٩٣ - ٤٩٤ .
السنیوری ، 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 تركه الا بعد سداد الدينـون .

ونرى اثار عدم قابلية الالتزام للقسام 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) مدنی بانه : « ١ — اذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاما . 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 كلا من ذلك في فقرة مستقلة .

الفقرة الاولى

علاقة الدائن بأمدينين

مبدأ

٤٨١ — يحكم علاقة الدائن بالمدينين في الالتزام غير القابل للانقسام مبدأ ، وهما 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 المثل

- ٤٨٢ - يعتبر المثل في الالتزام غير القابل للقسام كلا لا يتجزأ .
ويترتب على ذلك النتائج التالية :
- ١ - يستطيع الدائن ان يطالب اي شاء من المدينين بكل الدين ، كما يجوز لاي من المدينين ان يوفي الدائن كل الدين ، وينقضي الالتزام عندئذ بالنسبة للمدين الموفى وبالنسبة باقي المدينين .
 - ٢ - اذا طالب الدائن احد المدينين بالدين كان لهذا الدين ان يطلب ادخال باقي المدينين في الدعوى حتى يحكم عليهم جميعا ، كما يجوز لباقي المدينين ان يتدخلوا من تلقاء انفسهم في الدعوى لرعاية حقوقهم .
 - ٣ - اذا اقضى الدين بالنسبة لاحد المدينين بسبب غير الوفاء (المقاصة ، واتحاد الذمة ، والابراء ، الخ .٠٠) استفاد من ذلك بقية المدينين وينقضي الدين بالنسبة لهم هم ايضا . وهذا عكس ما رأينا في التضامن السلبي . فالمدينون المتضامنون لا يستطيعون التمسك باحد اسباب اقاضي الالتزام غير الوفاء بالنسبة لاحدهم الا بقدر حصة هذا المدين (١) .
 - ٤ - اذا لم يقم المدينون بتنفيذ الالتزام واستحال هذا الى تعويض تقدى فان مبلغ التعويض ينقسم عليهم . ذلك ان العقبة التي كانت تحول دون القسم قد زالت ، وهذا يعكس الحالة بالنسبة للتضامن بين المدينين حيث يبقى الدين غير منقسم حتى اذا استحال الى تعويض تقدى .
 - ٥ - اذا انقطع التقادم بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين او اوقف فانه ينقطع او يقف بالنسبة للمدينين الآخرين .
 - ٦ - اذا صالح احد المدينين الدائن وكان في الصلح ابراء من

(١) بلانيول وريبير واسeman ، المرجع السابق ، ف ١١٠٣ . ص ٤١٢ - ٤١١
(٢) المرجع السابق ، الموضع المذكور اعلاه . السنهرورى ، المرجع السابق ، ص ٣٨٨ .

جزء من الدين استفاد بقية المدينين من ذلك . ذلك انه لما كان الدين غير قابل للانقسام فابراء احد المدينين يتضمن ابراء الآخرين . وهذا هو الحكم في التضامن بين المدينين او التضامن السلبي ، ولكنه يقوم هناك على وجود نيابة متبادلة فيما ينفع لا فيما يضر .

٧ - اذا اقر الدائن لاحد المدينين وكان الاقرار متعلقاً بالدين ذاته لا يامر خاص بالمدين المقر له ، فان بقية المدينين يستفيدون من هذا الاقرار . وهذا هو الحكم في التضامن السلبي ، ولكنه يقوم هناك على وجود نيابة متبادلة فيما ينفع لا فيما يضر .

ولكن اذا اقر احد المدينين للدائن فان اقراره لا يسري اثره الى بقية المدينين ، ذلك 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 ايضاً الحكم بالنسبة للتضامن السلبي ، ولكنه يقوم هناك لا على وحدة المحل بل على وجود نيابة متبادلة فيما ينفع لا فيما يضر . اما اذا نكل المدين عن اليدين فان تكوله يعتبر اقراراً ولا يسري اثره عنده 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 بقيمة المدينين . وهذا هو الحكم ايضاً في التضامن السلبي ، ولكنه يقوم هناك على عدم وجود نيابة متبادلة في الاعمال الضارة ، لا على وحدة المحل .

٩ - اذا صدر حكم على احد المدينين في التزام غير قابل للانقسام وكان الحكم مبنياً على اسباب ترجع الى الدين ذاته ، فان اثر الحكم يسري في حق المدينين الآخرين . وهذا عكس ما رأينا في التضامن السلبي ، فالحكم الصادر على احد المدينين المتضامنين لا يحتاج به على المدينين الآخرين ، وذلك راجع الى عدم قيام النيابة المتبادلة بالنسبة للاعمال الضارة .

اما اذا صدر الحكم لمصلحة احد المدينين في التزام غير قابل للاقسام 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 المصلحة .

ثانيا - النتائج التي ترد الى عدم قيام نيابة متبادلة بين المدينين ٤٨٣ - ويترتب على عدم قيام نيابة متبادلة بين المدينين في الالتزام غير القابل للاقسام النتائج 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 ينتفي باقي المدينين من الاعذار ذلك ان المدين الذي قام بالاعذار انما قام به لمصلحته الخاصة ولا يمثل باقي المدينين في ذلك ، اذ لا تجمع المدينين في الالتزام غير القابل للاقسام نيابة متبادلة ، وكل ما يجمعهم انما هو وحدة المصلحة . 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 وتضمن الصلح شروطا اشد لم يسر هذا الصلح في حق بقية المدينين الا اذا قبلوه ، وذلك تطبيقا لمبدأ نسبية اثر العقود وعدم سريان اثرها الى غير عاقدتها من جهة ، ومن جهة اخرى لأن المدين المصالح 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) السنهوري ، ف ٢١٨ .

الفقرة الثانية

علاقة المدينين فيما بينهم

انقسام الدين

٤٨٤ — يحكم علاقة المدينين ببعضهم القاعدة التي رأيناها في التضامن السبلي 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 او الفضالة ، وذلك على النحو الذي رأينا في رجوع المدين المتضامن الذي يوفي كل الدين على بقية المدينين المتضامنين . فإذا كان محل الالتزام تسليم سيارة مثلاً وقام أحد المدينين بتسلیمهما إلى الدائن فإنه يرجع على باقي المدينين بحصته من ثمن السيارة . ويمكن للمدين الموفي أن يرجع على باقي المدينين بدعوى الحلول ، وفي هذه الحالة اذا كانت طبيعة الالتزام تقبل الانقسام فإنه ينقسم ويرجع عندها على كل من المدينين بحصته من الدين عيناً . فإذا كان محل الالتزام مائة طن من التمر مثلاً وكان المدينون أربعة وقام أحدهم بتسلیمه هذه الكمية من التمر واراد أن يرجع بدعوى الحلول ، فإنه يرجع على كل من المدينين الآخرين بخمسة وعشرين طناً من التمر ، فهم ملزمون جمیعاً بتسلیم 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 اذا كانت طبيعة المحل تأبى الانقسام ، كسيارة او 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 بتسلیمهما للدائن ، فإنه يرجع على كل من الباقيين بسaitين وخمسين ديناراً .

٤٨٥ — وتبغ القواعد العامة التي سبق ان رأيناها في التضامن السلبي فيما يتعلق بتعيين حصة كل مدين ، وفي تحمل المدينين الموسرين حصة المدين الم忽ر كل بقدر حصته من الدين ٠ فالاصل ان تكون حصص المدينين متساوية ، الا اذا كان هناك اتفاق او نص في القانون يقضي بغير ذلك واذا تبين من الظروف ان احد المدينين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فانه هو الذي يتحمله في النهاية ٠ فإذا كان هو الذي يتحمله في النهاية فإذا كان هو الذي دفعه لم يرجع على احد ، وادفعه احد المدينين الاخرين كان له ان يرجع على المدين صاحب المصلحة ٠ وقد سبق ان رأينا كل ذلك عند الكلام عن التضامن السلبي ٠

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 ٠ فإذا اعترض أحد الدائنين او الورثة على ذلك كان المدين ملزما باداء الالتزام للدائنين مجتمعين او «باداء» (١) الشيء محل الالتزام ٠ ٢— ويرجع الدائنوون على الدائن الذي استوفى الالتزام كل بقدر حصته» ٠ ومن هذا النص يتبين ان الحكم الذي يطبق على علاقة الدائنين بالمدين يختلف ، كما في تعدد المدينين ، عن الحكم الذي يطبق على علاقة الدائنين ببعضهم ٠ ونرى كلاما من ذلك في فقرة مستقلة ٠

(١) اصحىع : بایدزاع . والظاهر ان هناك غلطا مطبعيا .

الفقرة الاولى

علاقة الدائنين بالمدين

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 • ونرى فيما يلي النتائج التي تترتب على كل من ذلك •

اولاً — النتائج التي تترتب على وحدة المحل

٤٨٨ — يعتبر محل الالتزام في الالتزام غير القابل للانقسام ، كما في تعدد المدينين ، كلا لا يتجزأ • ويترتب على ذلك النتائج التالية :

١ - يستطيع اي دائن ان يطالب المدين بكل الدين ، ويستطيع المدين ان يفي كل 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 تعددتهم ، اما عدم القابلية للانقسام الراجع الى الاتفاق فلا يمنع الانقسام الدين بين المدينين ولا يمنع انقسام الحق بين الدائنين • وبعبارة اخرى لا يتبع 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 • ثم ان من مصلحتهم ان يطالب كل منهم بحصته في الدين
ما دام الدين قابلا للانقسام (١) •

وإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه واستحال هذا الى تعويض قدسي
فانه ينقسم على الدائنين على النحو الذي رأيناه في تعدد المدينين ، فقد زال
المانع الذي كان يحول دون اقسامه • والقاعدة في هذا الباب انه :
« اذا زال المانع عاد المنسوع » •

٢ - اذا اقطع التقادم او وقف بالنسبة لاحد الدائنين استفاد من ذلك
باقي الدائنين ، ذلك ان محل الالتزام يعتبر كلاما لا يتجزأ فلا يتصور ان ينقطع
التقادم فيه بالنسبة لبعض الدائنين دون البعض الآخر • وهذا هو
الحكم في التضامن الايجابي ، او التضامن بين الدائنين ، ولكنه يقوم
هناك على اساس من النية المتبادلة بين الدائنين •

٣ - اذا اقر المدين لاحد الدائنين وكان الاقرار يتعلق بالدين ذاته ،
استفاد من هذا الاقرار بقية الدائنين ، وذلك للصلة نفسها وهي وحدة محل •
محل الالتزام يعتبر كلاما لا يتجزأ فلا يتصور الاقرار فيه بالنسبة لبعض
الدائنين دون بعض • وكذلك الامر اذا وجه المدين اليه المدين الى احدهما
فحلفها وكانت اليه متعلقة باصل الدين ، فان بقية الدائنين يستفيدون
من ذلك •

ثانيا - النتائج التي تترتب على عدم وجود نية متبادلة

٤٨٩ - لا يجمع الدائنين في الالتزام غير القابل للانقسام ، كما لا يجمع
المدينين في هذا النوع من الالتزام ، سوى وحدة محل ، فلا تجمعهم نية
متبادلة كذلك التي تجمع بين الدائنين المتضامنين في التضامن الايجابي •
ويترتب على عدم وجود هذه النية النتائج التالية :

(١) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ف ١١٠٤ . ص ٤١٢ .
بلانيول وريبير وبولانجييه ، ج ٢٢ ف ١٩١٣ . جوسران ، ج ٢ . ف ٨٠٠ .
السنهروري ، ف ٢٢٤ ، ص ٣٩٨ .

١ - اذا اعذر احد الدائنين المدين لم يستفده باقي الدائنين من هذا الاعذار ، فالدائن انما يقوم بذلك لصلحة نفسه وهو لا يسئل 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 .

وكذلك الامر بالنسبة للمطالبة القضائية . فاذا طالب احد الدائنين المدين مطالبة قضائية فان الدائنين الآخرين لا يستفيرون من هذه المطالبة ، وان كانت تقطع القسام بالتسوية لهم (١) . ولكن يخفف من هذه القاعدة ان الدائن الذي قام بالاعذار او بالمطالبة القضائية اذا حصل على الدين فان باقي الدائنين يشاركونه فيما قضى ، كما سترى في علاقة الدائنين بعضهما .

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 لأن الدائن المصالح لا يعتبر ممثلاً لبقية الدائنين لانعدام النيابة المتبادلة ، وقد سبق ان رأينا في التضامن الايجابي ان الدائنين المتضامنين يستفيرون من الصلح الذي يعقده احدهم مع المدين وذلك لوجود النيابة المتبادلة .

انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء

٤٩٠ - سبق ان قلنا با ان 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 ، كالملاصقة ، واتحاد الذمة ، والابراء ، الخ . واعتراض بقية

(١) السنهوري ، ص ٤٠٦ ، عامش رقم ٢

بقية الدائنين على هذا الاقضاء؟ في هذه الحالة لا يتعجب على بقية الدائنين بهذا الاقضاء الا بقدر حصة الدائن الذي قام فيه سبب الاقضاء . فإذا كان محل الالتزام لا يقبل الانقسام بطبيعته ، كحصان مثلاً ، وطالب احد الدائنين الآخرين المدين بالوفاء فان المدين يكون ملزماً بالوفاء لهذا الدائن بكل الدين ثم يرجع عليه بحصة الدائن الذي قام فيه سبب الاقضاء^(١) .

الفقرة الثانية

علاقة الدائنين فيما بينهم

انقسام الدين

٤٩١ — القاعدة التي تحكم علاقة الدائنين بعضهم بعض هي انقسام الدين . فمن استوفى منهم كل الدين رجع عليه الباقيون 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 تعين حصة كل دائن وفي تحمل الدائنين نتيجة اعسار الدائن القابض اعساراً جزئياً . ففيما يتعلق بتعيين حصة كل دائن ، الاصل ان تعتبر حصة الدائنين متساوية مالم يتبين العكس من الاتفاق او نص القانون . وفيما يتعلق بتحمل الدائنين نتيجة اعسار من قبض الدين منهم اعساراً جزئياً ، فان هذه النتيجة توزع عليهم بنسبة حصتهم في الدين . فإذا كان مقدار الدين الف ديناراً مثلاً وكان عدد الدائنين اربعه وكانت حصتهم متساوية وبقبض احدهم الدين واعسر بحيث لم يحصلوا منه الاعلى ثلاثة دينارات ، فعندها يوزع هذا المبلغ بينهم بالتساوي ، فلا يحصل كل منهم الاعلى مائة دينار ، اي على خصي حقه .

(١) بلانيلور وريبير واسمان ، ص ٤١٢ - ٤١٣ . بلانيلور وريبير وبولانجييه ، ف ١٩١٤ ، ص ٦٢٢ . السنهوري . ف ٢٢٥ .

وكذلك الحكم اذا كان المسر هو المدين ، فيتحمل الدائنون جميعا ، بما فيهم الدائن الذي استوفى الدين ، نتيجة هذا الاعسار كل بقدر حصته في **السدين** *

مقارنة بين التضامن وعدم القابلية للانقسام

أوجه الشبه وأوجه الخلاف

٤٩٣ - هناك اوجه شبه وأوجه خلاف بين التضامن بنوعيه ،
السلبي والابيجابي ، وبين عدم قابلية الالتزام للانقسام ، يمكن ايجازها
فسيما يلي :

١ - أوجه الشبه

٤٩٤ - يتفق 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 الدائينين يجوز كذلك
لاي دائن ان يطالب المدين بكل الدين *

٢ - يجوز للمدين في كلا النظارتين ان يوفي الدين لاي دائن الا اذا
اندره احد الدائينين الآخرين في التضامن الابيجابي ، واعتراض احد الدائينين
الآخرين او احد الورثة الآخرين في الالتزام غير القابل للانقسام *

٣ - يجوز للدائين في التضامن السلبي ان يطالب اي شاء من
المدينين بكل الدين . وفي الالتزام غير القابل للانقسام في حالة تعدد
المدينين يجوز للدائين كذلك ان يطالب اي شاء من المدينين بكل الدين
وفي كلا النظارتين يجوز لاي مدين ان يوفي الدين كله للدائين *

٤ - يرجع الدائنون في التضامن الابيجابي على الدائن الذي قبض
كل الدين . وفي الالتزام غير القابل للانقسام في حالة تعدد الدائينين يرجع
الدائنون كذلك على الدائن الذي قبض كل الدين كل بقدر حصته *

٥ - في التضامن السبلي يرجع المدين الذي وفي كل الدين على بقية المدينين كل بقدر حصته .

٢ - أوجه الخلاف

٤٩٥ - ويختلف التضامن عن عدم القابلية للاقسام من التواحي
التالية :

١ - اذا اقضى الدين بسبب غير الوفاء بالنسبة لاحد المدينين ، ففي التضامن السبلي لا يستفيد بقية المدينين المتضامنين ، وفي التضامن الايجابي لا يضار بقية الدائنين المتضامنين ، الا بقدر حصة المدين المتضامن الذي اقضى الدين بالنسبة له . اما في الالتزام غير القابل للاقسام ، ففي حالة تعدد المدينين يستفيد المدينون من اقضاء الدين بالنسبة لاحدهم وفي حالة تعدد الدائنين لا يستفيد المدين من اقضاء الدين بالنسبة لاحدهم ، الدائنين اذا اعترض الدائنوون الاخرون الا بقدر حصة الدائن الذي قام فيه سبب لاقضاء .

٢ - اذا استحال الالتزام الى تعويض نفدي لعدم تنفيذه فانه يبقى غير منقسم على المدينين المتضامنين وبالنسبة للدائنين المتضامنين . اما في الالتزام غير القابل للاقسام فانه ينقسم على المدينين او على الدائنين .

٣ - تجمع الدائنين المتضامنين والمدينين المتضامنين نيابة متبادلة ، اما في الالتزام غير القابل للاقسام فلا يجمع الدائنين ولا المدينين مثل هذه النيابة .

٤ - في التضامن بين الدائنين ينقسم الالتزام على الورثة ، اما في الالتزام غير القابل للاقسام فانه لا ينقسم (١) .

(١) المسنوري ، ص ٤٠٦ - ٤٠٧ .

الباب الثالث

انتقال الالتزام

TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

تمهيد

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 . وينتقل 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 مديناً أو تجاريًّا ، وإذا كان تضامنيًّا 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 سترى .

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 للقانون أو للنظام أو الأدب ، 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 موقوفاً لغير شاب رضاء المدين ، أو لنقص في أهليته ، أو إذا كان الالتزام قد اقضى 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 أن عرّفنا المقصود باتقال الالتزام ننهي المكالم عن
الحالة بالقاء نظرة سريعة على تطور فكرة اتقال الالتزام في الفقه العربي ،
وعلى فكرة اتقال الالتزام في الفقه الإسلامي ، وآخرنا نميز بين الحالة
وما يشتبه بها من او اوضاع ونظم قانونية .

١ - تطور فكرة الالتزام في الفقه الغربي

القانون الروماني

٤٩٨ - لم يكن انتقال الالتزام مكتنا في القانون الروماني القديم ، بل لم يكن متصورا . فالالتزام في هذا القانون كان عبارة عن رابطة شخصية بحثة تربط المدين بالدائن . ثم ان الالتزام ما كان ينشأ الا باتباع شكليات معينة ، وهو ما كان ينشأ الا على عاتق من قام بهذه الشكليات ، وكذلك الحق ما كان ينشأ الا لمن قام نلدين بهذه الشكليات لصلحته . وقد كان الحق الشخصي متصلا بشخص الدائن اتصالا وثيقا ، كحق الاتفاق الذي يعتبر متصلة اتصالا وثيقا بشخص المتفع ، فالم يكن من الممكن انتقاله الى شخص اخر .

٤٩٩ - ولم يتمكن القانون الروماني من التوصل الى النتائج التي يسكن
الحصول عليها في القوانين الحديثة عن طريق حواله الحق او حواله الدين
 الا باتباع طرق ملتوية كالتجديد بتغير الدائن بالنسبة لحواله الحق ،
 والتجديد بتغير المدين بالنسبة لحواله الدين ، وكالوكالة القضائية
 وذلك بان يكلف الدائن الحال له باستحصال الدين من المدين
 ثم يعفيه من تقديم الحساب بحيث يستطيع ان يحتفظ لنفسه بما
 يحصل عليه من المدين . وهنالك طريقة اخرى استعملها القوانين
 الرومانية للتوصول الى حواله الحق وهي بيع التركة . فإذا اشتري شخص
 تركة متوفى انتقلت اليه الدعاوى التي كانت للمتوفى ضد مدينيه (١) . ولكن

(١) وكان القانون الروماني قد اعترف بانتقال حقوق المتوفى إلى ورثته . ولكن هذا الانتقال لا علاقة له بالحواله ، فهو يتم بحكم القانون . لذلك فلا نرى

هذه الطرق والوسائل لم تكن مأمونة العواقب ولا تعطي من النتائج ما يمكن الحصول عليه مباشرة من حالة الحق وحالة الدين . ففي التجديد ينقضي الالتزام القديم بصفاته وتأميناته ودفعه ، وفي شراء الترکه لا يمكن تحقيق الحالة بين الاحياء . اما في الوكالة القضائية بقبض الدين فكان يمكن عزل الوكيل . ولكن العمل استمر عليها حتى اصبح التوكيل بالقبض مألفا ، ومنه دخلت حالة الحق في القانون الفرنسي القديم (١) .

القانون الفرنسي القديم

٥٠٠ — استمر القانون الفرنسي القديم على ما كان عليه القانون الروماني فلم يعرف لاحالة الحق ولا حالة الدين . والسبب في ذلك ، كما قلنا ، هو النزرة الشخصية التي كان القانون الروماني ينظر بها الى الالتزام واعتباره ايام رابطه شخصية بعده . ولكن ضرورات الحياة العملية كانت اقوى من ان 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 بأن شخصية الوارث انما هي امتداد الشخصية المورثة .

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 لحالات الحق ظل التوكيل القضائي الذي

دقينا ما يقول به الاستاذ الكبير السنهوري من ان الفقه الاسلامي « قد عرف حالات الحق بسبب الموت » (الوسيط ، المرجع السابق ، ص ٤٢٢) . فحالات الحق عقد ينقل به الشخص حقا له في ذمة اخر الى شخص ثالث ، وليس هناك عقد في انتقال الحقوق بسبب الموت .

(١) مونيه ، القانون الروماني ، ج ٢ ، ف ١٩٠ ، ١٩٢ ، ٢٠٦ ، ١٩٥٤ ، ٣٩٦ - ٣٩٩ . جرار ، القانون الروماني ، ط ٧؛ ص ٧٧١ - ٧٧٨ .

رأيناه في القانون الروماني يلجأ 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 لرضاء المدين بهذه الحواله ، وذلك ، كما يقول پوتبيه ، بالرغم من ان التحليل القانون الدقيق Selon la subtilité du droit يأبى انتقال الحق ، الذي هو رابطة شخصية ، الى شخص ثالث ، ويأبى كذلك بيعه . ذلك ان المدين لما كان قد التزم تجاه شخص معين فانه لا يمكن ان يصبح مدينا تجاه شخص اخر بنقل الحق 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 الايطالي الجديد . فلا يعرف القانون المدني الفرنسي اليوم حواله الدين ، وليس هناك من سبيل الى تغيير المدين في الالتزام الا عن طريق التجديد او الاغاثة في الوفاء . والسبب في ذلك ان شخصية المدين اهم من شخصية الدائن ، فقيمة الالتزام المالية تتأثر بشخصيته وملاطفاته وما اذا كان مساعلا 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 بان تغيير الدائن امر يهم المدين ايضا ، فبعض الدائنين اكثر تسامحا واقل تعنتا في المطالبة من غيرهم . ويرد على هذا الاعتراض بان المهم في الالتزام هو الوفاء لا المطالبة ، اي ناحية المدين لا ناحية الدائن .

القوانين الجermanية

٥٥٢ — وقد سارت القوانين الجermanية في التطور حتى نهايته ، فاعترفت

(١) بودري وبارد ، ج ١٤ (الالتزامات ٣) ، ف ١٧٦٣ : ص ٨٣-٨١ .

بحالة الدين بعد ان اصبح الالتزام قيمة مالية اكبر 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

حالة الدين

٥٠٣ - وقد عرف الفقه الاسلامي حالة الدين بجميع مذاهبه ، مع اختلاف في الشروط اللازم توافرها لصحتها ولزومها . وهي من نوع يبع الدين بالدين الذي لا يجزئه كثير من الفقهاء ، ولكنها جوزت « لحاجة الناس مسامحة وارفاقاً » (٢) . ونقطة الابتداء في ما قرره الفقهاء في هذا هي الحديث الشريف : « مطل الغني ظلم ، فإذا اتبع احدكم على مليء فليتبع » . وفي لفظ لاحمد : « ومن احيل على مليء فليحتمل » (٣) .

وقد عرف الفقهاء المسلمين الحالة التجارية وسموها « السفتحة » ، وصورتها ان يدفع شخص لآخر مبلغاً من المال على ان يدفعه لصاحبه 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 (١٢٥٠ - ١٢٥٤ م) ، يوم كان ملك صقلية حيث قربهم اليه وولاهم وظائف ادارية وقضائية . والدليل على ذلك ان كلمة الحالة لا تزال تستعمل 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 ، نقل عن المحمصاني المراجع السابق ، ص ٣٤٦ .

(٣) نيل الاوطار ، ج ٥ ، ط ٢ : ص ٢٥٠ . وفي رواية اخرى : « ... اذا اتبع احدهم ... » .

الفرنسية وغيرها بلفظ « افال » Aval ، بمعنى تذهب السفتحة على سبيل الكفالـة (١) .

٥٠٤ — ويميز الفقهاء المسلمين في هذا الصدد بين نوعين من الحوالة : الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة . فتكون الحوالة مقيدة اذا كان للمحيل دين على المحال عليه او كان له عنده مال ، وقيد وفاء الحوالة بهذا الدين او المال . وتكون مطلقة اذا لم يكن للمحيل دين او مال لدى المحال عليه ، او كان له ولكن لم يقييد 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 البلاك ، وذلك اذا لم يحصل المحال له على المحال به من المحال عليه لافلاسه او حجوده الحوالة وعدم وجود بيضة . وذهب محمد بن الحسن الشيباني تلميذ ابي حنيفة الى ان المطالبة وحدتها تنتقل الى المحال عليه دون الدين ، فيبقى الدين دون المطالبة في ذمة المدين . ويترب على ذلك ان المحيل اذا وفي الدين فانه لا يكون متبرعا ، واذا ابرأ المحيل المحال عليه من الدين فان الابراء لا يرتد بالرد لأن الدين لا يزال في ذمة المدين وما اسقطه الدائن انا هو المطالبة الا الدين . وذهب زفر بن الهذيل الى عدم انتقال الدين ولا المطالبة الى ذمة المحال عليه ، ف تكون الحوالة عبارة عن ضم ذمة المحال عليه الى ذمة المحيل في المطالبة ، فلا تزيد عندئذ عن ان تكون كفالة ولا يزيد المحال عليه عن ان يكون كفيلا . وذهب فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة الى انه يجب ان يكون للمحيل على المحال عليه دين مساو في المقدار ومشابه في الجنس للدين المحال به فيوفي المحال عليه الدين الذي في ذمته للمحيل الى المحال له . وهذه هي

(١) بول او فلان Huvelin ، مقال عن تاريخ السفتحة ، في « حوليات اقانون التجارى » ، ١٩٠١ ، باريس ، ص ٢٢ - ٢٦ ، نقل عن المحصانى . اثار مع سابق ، 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 يترى بها فقهاء هذه المذاهب ، وهي لا تعلو ان تكون كفالة ، ويسمى بها فقهاء المذهب المالكي « حالة » (١) .

اما فقهاء الشيعة الامامية فقد اجازوا كلا نوعي الحالة ، المطلقة والمقيدة . ففيما يتعلق بالحالة المقيدة جاء في كتاب « من لا يحضره الفقيه » (ج ٣، ص ٣١) : « سأله أبو أيوب أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيى الرجل بماله يرجع عليه قال لا يرجع عليه أبدا الا ان يكون قد افلس قبل ذلك » . وهذا الحكم يتفق وما يذهب إليه فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة . وفيما يتعلق بالحالة المطلقة ، فهم (فقهاء الشيعة) يجزونها ويسمونها « الحالة على البريء » ، ويعتبرونها نوعا من القرض من الحال عليه للمحيل (٢)

حالة الحق

٥٠٦ — اما حالة الحق فيقاد اجماع الفقهاء ينعقد على عدم جوازها ما عدا مذهب الامام مالك الذي يجزيها بشروط معينة . ولكن الفقهاء اوجدوا حيلا يمكن بواسطتها تحقيق كثير من الاغراض التي يراد الوصول إليها 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 يحصل 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 إليها هناك .

(٢) العروة الوثقى ، كتاب الحالة ، ص ٦٧٧ .

بقولها : « من وهب طلبه الذي هو في ذمة احد لآخر واذنه صراحة بالقبض بقوله اذهب واقبضه ، فإذا ذهب الموهوب له وقبضه تم البه » . وقد سبق ان رأينا القانون الروماني يلتجأ الى هذه الحيلة ، وذلك عن طريق التوكيل بالقبض ثم اعفاء الوكيل من تقديم الحساب .

٢ - الاقرار بالاسم المستعار

٥٠٨ - في هذه الحالة يقر الدائن لمن يريد ان يحول له حقه باهذا الحق له . وقد نصت على ذلك المادة (١٥٩٣) من المجله 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 كدائن في سند الدين اذا اقر ان اسمه فيه انما كان على سبيل الاعارة وان الدين لم يكن في الحقيقة له ، بل كان الشخص اخر ، فان اقراره هذا صحيح ، وللمقر له ان يقبض الدين بدون تقويض من المقرر .

٣ - تمييز الحالة ٥٠٥ يشتمل بها من الوضاع والنظم القانونية

٥٠٩ - هناك اوضاع او نظم قانونية تشابه الحالة، فيجب تمييزها منها قبل الكلام عن الحالة في ذاتها . وهذه الوضاع او النظم هي التجديد والاتابة في الوفاء ، والوفاء مع الحلول ، والاشتراط لمصلحة الغير . وتقول هنا كلمة موجزة عن كل من هذه النظم مع مقارتها بالحالة ، على ان نعود اليها بالتفصيل عند الكلام عن اقضاء الالتزام .

٤ - الحالة والتجديد

٥١٠ - يتم التجديد Novation بتغيير احد طرفين الالتزام او محله او سببه . والذي يقترب من الحاله التجدد هو تغيير احد طرفيه ، الدائن او المدين . فتعين الدائن يشابه حواله الحق ، وتغير المدين يشابه حواله الدين . ولكن يختلف التجدد عن الحاله في انه يقضي الالتزام ويحل محله التزاما جديدا قد يختلف

عن الالتزام الاول بتأميناته وصفاته ودفعه . ما الحالة فينتقل فيها الحق او الدين بصفاته التي كان عليها وتنقل معه تأميناته ودفعه .

٢ - حالة الدين والانابة في الوفاء .

٥١١ - يكون هنا كأنابة في الوفاء *Délégation* اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص اجنبي يلتزم بوفاء الدين مكانه (مكان المدين) (٤٠٥م) . اذا 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 حالة 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) . وفي هذا تختلف الانابة في الوفاء عن حالة الدين ، ففي هذه الاخرية ينتقل الدين بصفاته وتأميناته 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 يوحي بذلك .

٣ - حالة 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 وتأميناته ودفعه . وفي هذا يشابه الوفاء مع الحلول حالة الحق حيث ينتقل الحق في كلتا الحالتين بصفاته وتأميناته ودفعه . ولكن يختلف الوفاء مع الحلول عن حالة الحق في انه وفاء للدين بكل معنى الكلمة ، اما حالة الحق فلا تتضمن معنى الوفاء ، بل قد تتضمن المضاربة وقد تتضمن التبرع . اذا 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 حوالات الحق والوفاء مع الحلول فروق أخرى
ستراها في مكانها .

٤ - الحوالة والاشتراط لصلاحة الغير

٥١٣ - سبق أن رأينا في الاشتراك لصلاحة الغير أن المشترط يشترط
حقاً لصلاحة المتتفق ، فإذا كان المشترط مدينا للمتتفق فإنه يحقق الفائدة
المتوخاة من حوالات الدين وهي تغير المدين ونقل الدين من ذمته
(ذمة المشترك) إلى ذمة المدين الجديد الذي هو المتعهد . ولكننا سبق أن
رأينا (١) أن المشترط لا يحول حقاً للمتتفق بل يشترط لصالحته حقاً يلزم به
المتعهد ، وأن المتتفق إنما 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 حوالات الدين ، كما أن التزام المتعهد نحو المتتفق يختلف
عن التزام المشترط نحو المتتفق . فلكل من هذين الالتزامين صفاتهما وتأميناته
ودفعه الخاصة به .

٥١٤ - بعد هذه المقدمة الموجزة ، تتكلم عن انتقال الالتزام في فصلين
نخصص الأول لحوالات الدين والثاني لحوالات الحق .

(١) الجزء الأول 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 بدلـا من المدين . ويسمى المدين محـيلا ، والدائـن محـالـا له ، والشخص الذي نقل الدين الى ذمته محـالـا عليه . وهؤـلاء هـم اطراف الحـوـالـة .

نوعـاـ الحـوـالـةـ :ـ الحـوـالـةـ المـطـلقـةـ وـالـحـوـالـةـ المـقـيـدـةـ

٥١٦ — وـحـوـالـةـ الـدـيـنـ نـوـعـانـ :ـ مـطـلـقـةـ وـمـقـيـدـةـ .
فـهيـ تـكـوـنـ مـطـلـقـةـ إـذـ لـمـ يـكـنـ لـلـسـحـيلـ عـلـىـ الـمـحـالـ عـلـىـ دـيـنـ وـلـمـ يـكـنـ لـهـ عـنـدـهـ عـيـنـ ، اوـ كـانـ لـهـ عـلـىـ دـيـنـ اوـ عـنـدـهـ عـيـنـ وـلـكـنـهـ (ـ الـمـحـيلـ)ـ لـمـ يـقـيـدـ اـدـاءـ الـدـيـنـ مـنـ الـدـيـنـ الـذـيـ لـهـ عـلـىـ اوـ مـنـ عـيـنـ الـتـيـ لـهـ عـنـدـهـ (ـ ٣٣٩ـ مـ /ـ ٢ـ)ـ .
وـتـكـوـنـ مـقـيـدـةـ إـذـ قـيـدـ الـمـحـيلـ اـدـاءـ الـدـيـنـ مـاـ لـهـ فـيـ ذـمـةـ الـمـحـالـ عـلـىـ مـنـ دـيـنـ اوـ عـيـنـ (ـ ٣ـ مـ /ـ ٣٣٩ـ)ـ .

خطـةـ الـبـحـثـ

٥١٧ — هـنـاكـ شـرـوطـ وـارـكـانـ لـاـ بـدـ مـنـ توـافـرـهاـ لـانـقـادـ الـحـوـالـةـ ،
فيـجـبـ انـ نـرـاـهاـ اوـلاـ . فـاـذاـ ماـ عـرـفـناـ هـذـهـ الشـرـوطـ وـالـارـكـانـ بـقـيـ انـ نـعـرـفـ
احـکـامـ الـحـوـالـةـ . وـنـرـىـ كـلـاـ مـنـ ذـلـكـ فـيـ فـرـعـ خـاصـ .

الفرع الأول

اركان الحوالة وشروطها

اركان الحوالة هي اركان العقد بصورة عامة

٥١٨ — الحوالة من العقود الرضائية ، فيجب لانعقادها توافق الاركان والشروط اللازم توافقها لانعقاد العقد وصحته ، من تراضي و محل و سبب . ويجب ان يكون الرضا صحيحا غير مشوب بعيوب و ان 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 . ونجيل في كل ذلك الى القواعد العامة في الموضوع والتي رأيناها في الجزء الاول من هذا الكتاب .

٥١٩ — وحوالة الدين اما ان تم 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 فقدت 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

الاصلی الذي هو المحيل . ويلاحظ ان المشرع اخذ هنا بقاعدة : « لا ينسب الى ساكت قول » فاعتبر سکوت المحال له رفضا للحالة ، ولم يأخذ بقاعدة : « السکوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولا » .

٥٢١ — وقد بحث الفقهاء المسلمين هذا النوع من الحالة واستندوا في ذلك الى الحديث الشريف الذي سبق ان رأيناها ، وهو : « مطل الغني ظلم ، فاذا اتبع احدكم على مليء فليتبع » ، او كما رواه الامام احمد بن حنبل : « ومن احيل علي مليء فليحتمل » . وتذهب غالبية الفقهاء الى ان الامر في هذا الحديث انما هو للندب ، لذلك فهم يشترطون لنفذ الحالة في حق الدائن اقراره لها . وبهذا الرأي اخذ القانون المدني العراقي . ويذهب الامام احمد بن حنبل الى ان الامر هنا للوجوب ، اي اذا احيل الدائن على شخص مليء غير معسر فانه يكون ملزما بقبول الحالة واستيفاء حقه من المحال عليه . لذلك لا يشترط فقهاء المذهب الحنفي رضا الدائن بالحالة لنفذها في حقه . لانه اذا رفض كان متعينا ، ويجوز عندئذ اللجوء الى القضاء لاجباره على قبول الحالة .

الاثر الرجعي للأقرارات

٥٢٢ — الاقرار عمل قانوني صادر من جانب واحد ، فاذا اقر المحال له الحالة فان اقراره لا يعتبر قبولا لا يحاب معرض عليه ، اما اقرار الدائن فضروري لنفذ الحالة في حقه فقط ، ولا اثر له على انعقادها . ويتربى 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 . ويتربى على ذلك ايضا ان احد طرفين الحالة — المحيل والمحال عليه — اذا فقد اهليته قبل الاقرار فان ذلك لا يمنع من صدور الاقرار . 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 - ويسكن ان تم حواله الدين باتفاق بين المحال له (الدائن) والمحال عليه (المدين الجديد) ، وفي هذه الحالة لا يشترط لصحتها رضا المحيل (المدين الاصلي) ، بل تم 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 متبرعاً (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 الشرع 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 .

الديون 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 . . فيصبح ان يطلب البائع من المشتري كفيلاً باداء الثمن ، ويصبح ان يطلب المقرض والمتأجر من المقترض والمستأجر 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 . مثال 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 به 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 (المتضرر) على شخص ثالث . وذلك أن الدين الناشيء عن العمل الضار غير معلوم المقدار . ولكن مع ذلك تصح الكفالة بهذا الدين ، فيجوز للدائن بالتعويض أن يطلب من الدين به (مح/stdt الضرر) كفلاً 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) حالة المستحق في الوقف غريمته على متولي الوقف حواله مقيدة باستحقاقه في الغلة . فقد نصت هذه المادة على أنه : « تصح حالات 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 موقة لسببين :

١ — ان حالة المستحق في الوقف غريمته باستحقاقه على المتولي ليست حواله دين بل حواله حق ، وذلك لأنها تم بين المحيسل والمحال له . وقد سبق ان رأينا ان حواله الدين انما تم باتفاق بين المحيسل والمحال عليه ،

او باتفاق بين المحال له والمحال عليه . اما في الحال المستحق في الوقف فانها تم 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 قياما على المستحقين في الوقف . والظاهر ان المشرع ائما وضع هذا الشرط ليكون منطبقا مع نفسه في معالجة هذه الحالة في حواله الدين ، اذا لا يشترط قبول المحال عليه لانعقاد حواله الحق ، ولكنه (المشرع) ما دام قد عالج هذه الحالة في حواله الدين ، وما دامت هذه الحواله لا تم 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 . ولكنه لم يكن موقعا 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 اماماً للمحيل . فاذا لم يكن للصغير مصلحة في ذلك ، بان كان المحال عليه مساويا في اليسار للسجين او اقل منه يسارا ، فلا تجوز الحواله (٣٤٥م).

الفروع الثاني

أحكام حواله الدين

علاقات ثلاث

٥٢٩ - اطراف الحواله ثلاثة : محيل ومحال له ومحال عليه ، والحواله تنشيء علاقات بين هؤلاء الاشخاص الثلاثة و العلاقات التي تنشأ عن حواله هي التالية :

- ١ - العلاقة بين المحال له والمحال عليه ٠
 - ٢ - العلاقة بين المحال له والمحيل ٠
 - ٣ - العلاقة بين المحال عليه والمحيل ٠
- ونعالج كلا من هذه العلاقات في مبحث خاص ٠

المبحث الأول

العلاقة بين المحال له والمحال عليه

انتقال الدين الى المحال عليه بصفاته وتأميناته ودفعه

٥٣٠ — سواء تمت الحوالة باتفاق بين المحيل والمحال عليه او باتفاق بين المحال له والمحال عليه ، فالإثر الذي يترتب عليها واحد ، وهو انتقال الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه بصفاته وتأميناته ودفعه ٠ فيحل المحال عليه محل المحيل في الدين وتبرأ ذمة المحيل منه ٠ 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 ٠ »

وقد سبق ان رأينا ان ذمة المحيل انما تبرأ من وقت الاتفاق على الحوالة ٠ ذلك انها اذا تمت باتفاق بين المحال له والمحال عليه فانها تتعقد نافذة في حق المحال له مباشرة ، و اذا تمت باتفاق بين المحيل والمحال عليه فانها لا تنفذ في حق المحال له الا بعد اقراره لها ٠ ولكن هذا لا ينفي اثراه بالاستناد الى الماضي ٠ وقد سبق ان رأينا ذلك ٠ والدين يتقل من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه بصفاته وتأميناته ودفعه ٠ ونرى كلا من ذلك في مطلب مستقل ٠

(الموجز ج ٢ - ١٨ م)

المطلب الأول

انتقال الدين الى المحال عليه بصفاته

٥٣١ — يقصد بانتقال الدين بصفاته انه اذا كان التزام المحيل بسيطا فانه يتنتقل بهذه الصفة ويكون التزام المحال عليه بسيطا كذلك . و اذا كان التزام المحيل موصوفا باحد الاوصاف فانه يتنتقل الى المحال عليه بالوصف الذي كان عليه . فاذا كان دين المحيل معلقا على شرط او مضافا الى اجل ، او دينا تجاري ، او غير قابل للالقسام ، او منتج لفوائد ، او مستحق التنفيذ : الخ . . . فانه يتنتقل بهذه الصفات الى المحال عليه . وقد نصت على هذا الحكم المادة (٣٤٧) مدنی بقولها : « يتحول الدين على المحال عليه بصفة التي على المحيل فان كان حالا تكون الحالة به حالة وان كان مؤجلا تكون مؤجله » . و يلاحظ على هذه المادة سوء الصياغه ، فواضعيها لم يلاحظ الناحية اللغوية . فهو قد استعمل اداة الشرط الجازمة « ان » ، ولم يجزم جوابها . فكان يجب ان تكون صياغة المادة على النحو التالي : « . . . فان كان حالا تكون الحالة . . . وان كان مؤجلا تكون مؤجلة » . ثم ان المشرع استعمل تعبير « يتحول الدين » ، وكما ان ينبغي ان يستعمل تعبير « ينتقل الدين » . ذلك لانه سبق ان عرف حواله الدين في الفقرة الاولى من المادة (٣٣٩) بانها : « نقل الدين . . . » ، ومن مقتضى نقل الدين ان الدين ينتقل .

المطلب الثاني

انتقال الدين الى المحال عليه بضمانته

الضمادات العينية والضمادات الشخصية

٥٣٢ — اذا كان الدين المحال به مضمونا بضمادات فان هذه الضمادات تنتقل معه لتضمن الوفاء للمحال له . والضمادات التي تضمن الدين اما ان تكون عينية او شخصية . ونرى كلاما منها على حلة .

اولا - الضمانات العينية

٥٣٣ — اذا كان المدين قد قدم للدائنين ضمانا عينا ، كرهن رسمي او رهن حيازي ، فان هذا الضمان ينتقل مع الدين الى الحال عليه ويبقى الدين مضمونا بهذا الرهن كما كان في ذمة المدين الاصلية ، ويصبح المدين بمتابعة كهيل عيني . اذا كان ذمته قد برئت من الدين بالحواله ، ولكن ماله بقي مرهونا لضمان الدين .

٥٣٤ — واذا كان الدين مضمونا بحق الحبس فانه ينتقل الى الحال عليه بهذه الصفة كذلك . فالبائع له حق حبس المبيع حتى يدفع المشتري الثمن . فاذا احال المشتري البائع بالثمن على شخص اخر فان حق البائع في حبس المبيع لا يسقط ، بل يبقى حتى يستوفي الثمن من الحال عليه . وقد نصت على الاحكام المتقدمة الفقرة الاولى من المادة (٣٤٨) مدنی بقولها : « تبقى للدين الحال به ضماناته بالرغم من تغير شخص المدين فاذا احال الراهن المرتهن بالدين على اخر او احال المشتري البائع بالثمن على اخر فلا يسقط حق المرتهن في الرهن ولا حق البائع في حبس المبيع » .

حالة المرتهن غيرها له على الراهن وحالة البائع غيرها له على المشتري

٥٣٥ — وعلى العكس مما تقدم اذا احال المرتهن على الراهن او احال البائع على المشتري . فاذا كان المرتهن مدينا واحال دائهنه على الراهن فان حقه في الرهن يسقط ، وكذلك اذا كان البائع مدينا واحال دائهنه على المشتري وقد نصت على ذلك العبارة الاخيرة من الفقرة الاولى من المادة (٣٤٨) المتقدمة بقولها : « اما اذا احال المرتهن غيرها له على الراهن فان حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهنا لل الحال له ، وكذا اذا احال البائع غيرها له على المشتري بالثمن يسقط حقه في حبس العين المباعة » . وقد حدث خلاف بين الفقهاء بشأن هذه

الحوالة وهل هي حوالة حق او حواله دين . فذهب الدكتور حسن علي
 الذنون (١) الى ان هذه الحوالة انسا هي حواله حق لا حواله دين . فهو
 يقول في هذا الصدد : « وواضح جدا ان لا علاقة لهذه الامثلة بحواله
 الدين ، فهي حواله حق ، وهذا مظاهر من مظاهر الخلط والارتكاك الذين وقع
 فيما المشرع العراقي كثيرا عندما حاول التوفيق بين فقه القانون المدني
 وفقه الشريعة الاسلامية » . وذهب العلامة السنوري (٢) الى ان هذه انسا
 هي حواله دين لا حواله حق . فهو يقول في هذا الصدد : « وواضح جدا
 ان الحوالة هنا حواله دين لا حواله حق ، ولو كانت حواله حق لما سقط حق
 الرهن او الحق في حبس العين المباعة . وفي حالة الدائن المرتهن ، المفروض ان لهذا
 الدائن غر Isa اي دائنا ، فاراد ان يوفيه حقه ، فوفاه ايام عن طريق احالته
 على مدینه الراهن . وهذه حواله دين ، فان الدائن المرتهن نقل الدين الذي
 في ذمته الى ذمة مدینه الراهن في مقابل الدين الذي له في ذمة هذا المدين
 وهو الدين المضمون بالرهن ، فاقضى الدين المضمون بالرهن قصاصا
 وسقط الرهن تبعا لذلك ، وبرئت ذمة الدائن المرتهن من الدين الذي كان
 في ذمته لدائنه ، واصبح هذا الدائن الاخير دائنا للمدين الراهن ، ولكن
 لا بالدين المضمون بالرهن فهذا الدين قد اقضى كما قدمنا ، بل بالدين
 الذي كان في ذمة الدائن المرتهن ثم حول الى ذمة المدين الراهن ، ومن ثم لا
 يكون هذا الدين مضمونا بالرهن — وهذا هو الامر في حالة البائع الذي احال
 غريمته على المشتري بالثمن ، فقد نقل البائع الدين الذي في ذمته لغريمته الى
 ذمة 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 الذي كان للبائع فقد سقط هذا الدين كما
 قدمنا ، بل بالدين الذي كان في ذمة البائع لدائنه وقد حوله البائع الى ذمة
 المشتري » . والحججة التي يقدمها العلامة السنوري من انه لو كانت

(١) احكام الالتزام ، ط ١٩٥٢ ، ف ٢٣٣ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٥٩٤ ، هامش .

الحالة حواله حق لما سقط حق الرهن او الحق في حبس العين المبوعة
حججه وجيهه . ولكن يمكن اعتراض عليها بان حواله الدين انتام
بين المحيل والمحال عليه ، بشرط الحصول على اقرار المحال له ، او باتفاق
بين المحيل والمحال عليه ، اما في حالة الدائن المرتهن غريمته على المدين
الراهن وحاله البائع غريمه المشتري بالثمن فالنص يوحى بانها تم 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 - واذا كان المدين الاصلي قد قدم كفيلا للدائن فالكافالة تسقط
بالحاله ولا يبقى الكفيل كفيلا للمحال عليه الا اذا رضي بالحاله ، 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 بان
الكفيل لما كان متضامنا مع المدين فانه لا يتمتع بحق التجريد وان الدائن
يسكته ان يطالبه مباشرة قبل مطالبة المدين الاصلي ، وبذلك فهو لا يعلق
أهمية خاصة على شخص المدين وملاءته ، وبهذا تنتهي ضرورة الحصول على
رضائه بالحاله ليبقى كفيلا للمدين الجديد . ذلك ان الكفيل عندمـا
كفل المدين الاصلي انتـا كان معتمدا على ثقته بقيمه بالوفاء عند حلول الاجل
وبذلك فلا يبقى ثم حاجة الى رجوع الدائن عليه . فالكافالة انتـا تقوم على
الثقة الشخصية ، وهذه الثقة كانت متوافرة لدى الكفيل بالنسبة للمدين
الاصلي ، اما بالنسبة للمدين الجديد فغير متوافرة . 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 وال المتعلقة بذات الدين . فاذا كان الدين باطلاقاً مثلاً لمخالفة محله للقانون او للنظام العام او الاداب ، او كان الدين قد اقضى 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 بالدفع الخاص به هو كذلك ، كالمقاصة وعيوب الرضا ، كما اذا شاب رضاه عند قبول الحوالة غلط او تدليس او اكراه او كان ناقص الاهلية الخ . ولكن لا يستطيع التمسك بالدفع 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) مدنی بقولها : « للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من دفوع متعلقة بذات الدين وليس له ان يتمسك بما كان من الدفوع خاصاً بشخص المحيل وانما يجوز له ان يتمسك بما كان خاصاً 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 بحواليه اياده على اخر او بالابراء او الهب او باتحاد الذمة او باي سبب اخر يقضي الالتزام » . ولم يكن المشرع بحاجة الى ايراد هذا النص ، فهو عبارة عن تطبيق لقواعد 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 فاهم يرجع عليه بالباقي . وقد نصت على ذلك المادة

(٣٥١) مدنی يقولها : « اذا مات المحال عليه مدینا يقسم ما له بين الدائنين وبين المحال له بالعنصص وما بقی للمحال له بعد القسسة يرجع به على المحيل اذا كان له حق الرجوع » . ويكون للمحال له حق الرجوع على المحيل في الحوالة 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 تمكن المحال له من الحصول على كل الدين المحال به » بدلا من ذلك (١)

(١) ينتقد الدكتور حسن علي الذنون المادة (٣٥١) المذكورة في المتن من جهتين الاولى - انها زائدة لا حاجة اليها . ونحن نتفق معه في ذلك ، اذ ليست هذه المادة الا تطبيقا لقواعد العامة في هذا الباب وقد كان بامكان الشرع 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 ، دائنون 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 الاصلی فتبقى له هذه الصفة اذ ينتقل الى ذمة المحال عليه كأن يكون الدين نفقة واجبة على المدين الاصلی او ان يكون اجر خادم او كاتب او اي اجر اخر ، ففي هذه الحالة ينتقل الى ذمة المحال عليه باعتباره دينا ممتازا متقدما على سائر الديون العادية . وهكذا يتبيّن ان قول الشرع بان 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 توافق الشرع في الجمع بين الفقهين الاسلامي والمدني جمعا غير متنافر ولا متناقض » (أحكام الالتزام ، ف ٢٣٦) . ونحن لا نتفق مع الاستاذ فيما يذهب اليه من وجوب بقاء الدين ممتازا بالنسبة للمحال عليه كما كان بالنسبة للمحيل . ذلك ان تقدم الدائن (المحال له) على الدائنين الآخرين 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 كاملا فانه يرجع على الضمان العيني الذي كان له على اموال المحيل . لذلك قلنا عند الكلام عن انتقال الضمانات العينية ان ذمة المحيل تبرأ من الدين ولكن ما له يبقى ضامنا للدين ، فيصبح بمثابة كفيل عيني . هذا عن الضمان العيني . اما عن الضمان الشخصي فانه لا 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 المسواد (٣٥٦ - ٣٥٢) منه . واكثر الاحكام التي جاء بها انما هو تطبيق للقواعد العامة ومؤخذ عن مجلة الاحكام العدلية ومرشد الحيران . فقد نصت المادة (٣٥٢) على انه : « اذا اشترط المحيل في الحوالة ان يبيع المحال عليه عينا مسلوكة للتحليل ويؤدي الدين المحال به من ثمنها وقبل المحال عليه الحوالة بهذا الشرط صحت الحوالة ولا يعبر المحال عليه على الدفع قبل البيع ويحبر على البيع وتأدية الدين من الشن » . وهذه المادة واضحة ولا تحتاج الى شرح ، وهي ليست الا تطبيقا للقواعد العامة .

٥٤١ — والشيء الذي يمكن ان تقييد به الحوالة ، فيما عدا الحال المتقدمة ، اما ان يكون دينا للمحيل على المحال عليه ، او عينا مودعة له عنده ، او عينا مغصوبة بيده . ونرى كلام من 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) مثلا على ذلك احالة البائع غريمه على المشتري بشمن المبيع ثم هلاك المبيع عند البائع قبل تسليمه الى المشتري ، وكذلك رد المبيع بختار عيب او غيره . فالبائع قبل تسليمه الى المشتري يهلك على البائع ولا يلزم المشتري عندئذ بدفع الشن . فإذا احال البائع دائنه على المشتري بالشمن ثم هلك المبيع قبل تسليمه الى المشتري فالحوالة لا تبطل ، ويبقى المشتري ملزما بدفع المحال به الى المحال له بالرغم من ان التزامه بدفع الشن قد سقط . وكذلك الحكم اذا رد المشتري المبيع بختار عيب بعد الحوالة ، فمع ان التزامه بدفع الشمن قد سقط الا انه

يبقى ملزماً بدفع الدين المحال به إلى المحال له . ولكن يبقى للمشتري في كلتا الحالتين حق الرجوع على المحيل بما أداه للمحال له .

وإذا كان السقوط بأمر سابق على الحوالة وتبينت براءة ذمة المحال عليه من الدين فالحوالة تبطل ويعود الدين إلى ذمة المحيل . وقد ضررت 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 بطalan 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 فسبب 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 المحال له فإنه يرجع بما أداه . وفي هذه الحالة له الخيار في الرجوع ، إن شاء رجع على المحيل وإن شاء رجع على المحال له (م ٣٥٤) .

٢ - الحوالة المقيدة بعين مودعة للمحيل عند المحال له

٥٤٣ - وإذا كان للمحيل عين مودعة عند المحال عليه وقيد الحوالة بالعين المودعة ثم هلكت العين قبل أدائها للمحال له ، فإن كان الهلاك بلا تعد من الوديع ، أي بسبب اجنبي ، بطلت الحوالة وعاد الدين إلى ذمة المحيل . ويلحق بالهلاك استحقاق العين المودعة . وإن كان الهلاك بتقصير أو تعد من المحال عليه ، أي بخطئه ، فلا تبطل الحوالة ويُبقى المحال عليه ملزماً باداء المحال به إلى المحال له (م ٣٥٥) .

٣ - الحوالة المقيدة بعين مخصوصة للمحيل عند المحال عليه

٥٤٤ - وإذا كان للمحيل عين مخصوصة عند المحال عليه وقيّد الحوالة بالعين المخصوصة ثم هلكت العين في يد المحال عليه فلا تبطل الحوالة، يستوي في ذلك أن يكون الهلاك بخطأ المحال عليه أو بدون خطأ (م ٣٥٦) . والسبب في ذلك أن يد العاصب يد ضمان لا يد امانة ، فيضمن هلاك الشيء

ولو لم يكن الملاك بغير خطأ منه . اما اذا استحقت العين المغصوبة للغير فالحالة تبطل (٣٥٦م / ٢) . والسبب في ذلك ان الاستحقاق يعيد العين المغصوبة الى مالكها ، فلا تكون قد هلكت .

هذا وفي جميع الاحوال التي تبطل فيها الحالة يرجع الحال له بحقه على المحييل .

المبحث الثاني

العلاقة بين الحال له والمحييل

براءة ذمة المحييل

٥٤٥ - يحكم علاقة المحييل بالحال له قاعدة اساسية هي براءة ذمة المحييل من الدين بمجرد انعقاد الحالة وتفادها . فاذا تمت الحالة باتفاق بين الحال له والحال عليه فان ذمة المحييل تبرأ في الحال . واذا تمت باتفاق بين المحييل والحال عليه فلا تبرأ ذمة المحييل الا بعد اقرار الحال له لها . ويترتب على براءة ذمة المحييل عدم استطاعة الحال له مطالبتة بالدين الحال به ، بل تتوجه مطالبتة الى الحال عليه . وال الحال له لا يعود في استطاعته مطالبة المحييل حتى لو تعذر عليه الحصول على دينه من الحال عليه لاعساره .

استثناء

٥٤٦ - ويجوز للحال له الرجوع على المحييل استثناء في الحالتين التاليتين :

- ١ - اذا اشترط الرجوع عند اعسار الحال عليه .
- ٢ - في الحالة المقيدة بدين للمحييل على الحال عليه او بعين له عنده ، وديعة او مغصوبة ، اذا سقط الدين او هلكت العين او استحققت . ففي هذه الحالة يرجع الحال له على الحال عليه على النحو الذي سبق ان بیناه .

وقد نصت على الأحكام المتقدمة المادة (٣٥٧) مدنی فقضت بأنه :
 « ١ - لا يرجع الحال له بدينه على المعيل الا اذا اشترط في الحالة خيار
 الرجوع او بطلت الحالة المقيدة بسقوط الدين او هلاك العين او
 استحقاقها وفقا لاحكام السابقة . ٢ - اما مجرد تغدر استيفاء الدين من
 الحال عليه وتقليسه ولو بامر المحكمة فلا يوجبان بطلان الحالة وعود الدين
 على المعيل » . ويلاحظ هنا ان هذا الحكم مخالف للرأي السائد في الفقه
 الحنفي والذي اخذت به المجلة . فبراءة ذمة المعيل في هذا المذهب وفي المجلة
 مقيدة بعدم التوى ، اي بعدم الهلاك . فهي كفالة اكتر منها حواله ، اذ لما
 كانت مقيدة بعدم التوى فهي لا تعدو ان تكون ضم ذمة الحال عليه الى ذمة
 المعيل .

٥٤٧ - واذا اشترط الحال له عدم براءة ذمة المعيل كان العقد كفالة
 لا حواله . فيستطيع الحال له مطالبة اي شاء من المعيل او الحال عليه .
 والكافلة هنا عارية عن حق التجريد ، فلا يستطيع المعيل اذا طالبه الحال
 له ان يدفع بحق التجريد الذي يسلكه الكفيل العادي ، فلا يستطيع
 ان يدفع بان الحال عليه قادر على تنفيذ التزامه (٣٥٨م) .

المبحث الثالث

العلاقة بين المعيل وال الحال عليه

الحواله المطافه والحواله المقيدة

٥٤٨ - يختلف حكم العلاقة بين المعيل وال الحال عليه في الحاله
 المطلقة عنه في الحاله المقيدة . ونرى كلاما منهما على حدة .

ولا - الحاله المطلقة

٥٤٩ - سبق ان قلنا ان الحال عليه في الحاله المطلقة قد لا يكون
 مدينا للمحيل وليس للمحيل عنده عين موعدة او مقصوبة ، وقد يكون مدينا له

او قد يكون للمحيل عنده عين مودعة او مغصوبة ولكنه (المحيل) لم يقييد اداء
الحالة بهذه 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 اخر ، كحصان او سيارة مثلا ، فإنه يرجع على المحيل بالبلغ
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 للمحال له . فإذا اداه
سقط ما عليه للمحيل بقدر ما ادى (٣٦٠م) . فإذا كان للمحيل عند المحال
عليه سيارة او حصان مثلا او كان المحال عليه مدينا للمحيل بمبلغ الف دينار ،
واحال هذا عليه شخصا ببلغ خمسمائة دينار ولكنه 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
ببلغ خمسمائة دينار وادها الى المحال له ، فعنده يبقى عليه مبلغ خمسمائة
دينار

ثانيا - 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 عندئذ الرجوع على المحيل (١٣٦١م) . فاذا كان للمحيل الف 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 بسلف 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 بسgrund انعقاد الحوالة • وعليه فلا يستطيع باقي دائني المحيل مزاحمته في ما ملكه قبل افلاس مدينهم .

الفصل الثاني

حالة الحق

CESSION DE CRÉANCE

تعريف

٥٥٤ — حالة الحق عبارة عن اتفاق او عقد يتفق فيه الدائن مع شخص ثالث على ان يحول 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 رأيناه .
ويسمى الدائن محلا ، 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 ، فيعود الى اقتراض ما يحتاج اليه من المحال له ويرهن عنده الحق الذي له على المدين . وقد يقصد الوفاء بدين عليه للمحال له ، فيجعله على مدينه بالحق الذي له عليه .

الحقوق القابلة للحوالة

٥٥٦ — تقضي المادة (٣٦٢) من القانون المدني بأنه : « 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 » . وتقضي المادة (٣٦٤) منه بأنه : « لا تجوز حوالاة الحق الا بقدر ما يكون منه قابلا للحجز » . فالاصل اذن ، بمقتضى المادة (٣٦٢) ، هو ان كل حق شخصي قابل للحوالة . 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 كلاما من الاصل والاستثناءات على حدة .

الاصل — كل حق شخصي قابل للحوالة

٥٥٧ — يستوي في القابلية للحوالة جميع الحقوق الشخصية ، مدنية او تجارية ، سواء اكان محلها مبلغا من النقود ام اشياء مثالية ، ام عملا ، ام امتاعا عن عمل عمل ، ام عينا معينة بالذات . ويستوي في ذلك ايضا ان يكون الحق منجزا ، او معلقا على شرط ، او مقتربا باجل .

الاستثناءات

٥٥٨ — ولا يكون الحق الشخصي قابلا للحوالة في الحالات التالية :

- ١ — اذا اتفق المتعاقدان على ذلك .
 - ٢ — اذا حالت دون ذلك طبيعة الالتزام .
 - ٣ — اذا منع القانون الحالة .
 - ٤ — اذا كان الحق غير قابل للحجز .
- ونرى كلاما من ذلك على حدة .

اتفاق المتعاقدين

٥٥٩ — ليست قابلية الحق للحوالة 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 الشخص ثالث لم يسر هذا النزول في حق المؤجر ٠ وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٧٦١) مدنی بقولها : « من 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 فإن هذا الحق لا يكون قابلاً للحوالة ٠ وهناك أمثلة كثيرة على هذا النوع من الحقوق ٠ من ذلك الحق في النفقة ، والحق بالتعويض عن الضرر الأدبي إذا لم تتحدد قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي (٣-٢٠٥م) ٠ ومن ذلك أيضاً حق الشريك في شركة الأشخاص ، وحق المستأجر في الإيجار إذا أخذت شخصيته بنظر الاعتبار عند إبرام العقد ، الخ ٠

٣ - نصوص القانون

٥٦١ - وقد ينص القانون على عدم جواز حواله بعض الحقوق ٠ من ذلك به ما يقتضي المادة (٥٩٥) من أنه : « لا يجوز للحكام ولا للقضاة ولا للمدعين العامين ونوابهم ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ومساعديهم أن يشتروا باسمهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرةها » ٠ ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة (٥٩٦) مدنی من أنه : « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع وكلائهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل باسمائهم أو باسماء مستعارة » ٠ فلم يجز المشرع للأشخاص المنصوص عليهم في المادتين المتقدمتين شراء الحقوق المتنازع فيها، وما شراء الحق المتنازع فيه الأحواله من صاحبه إلى 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 ، و الثاني 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 كل من هذه الشروط في مبحث مستقل .

المبحث الاول

شروط صحة حواله الحق

شروط صحة حواله الحق هي الشروط الالزمه لانعقادها

- ٥٦٥ — وشروط صحة حواله الحق هي الشروط الالزمه لانعقادها . وهي تتعقد باتفاق بين المدين والمحال له . وعليه فلا بد من توافر رضاهما ،
(الموجز ج ٢ - م ١٩)

مع باقي الشروط بطبيعة الحال . اما رضاء المحال عليه فليس ضرورياً . وقد نصت على ذلك المادة (٣٦٢) مدنی في عبارتها الاخيرة بقولها : « .. وتنص الحالة دون حاجة الى رضاء المحال عليه » . ويلاحظ ان هذه العبارة قد حشرت حسراً في المادة (٣٦٢) . فيبينما هي (المادة) تتكلم عن القاعدة العامة في الحقوق القابلة للحالة وعن الاستثناءات الواردة عليها ، اذا بها تنتقل فجأة الى الكلام عن عدم الحاجة الى رضاء المحال عليه . ثم ان المشرع العراقي قد افرد مادة خاصة ، هي مادة (٣٦٤) ، للنص على عدم جواز حالة الحق الاقدر ما يكون منه قابلاً للحجز . 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 مدنه الا اذا حال دون ذلك نص في القانون او اتفاق المتعاقدين او طبيعة الالتزام . ولا تجوز الحالة الاقدر ما يكون قابلاً للحجز من الحق » . ويلاحظ هنا ايضاً ان مكان العبارة الاخيرة من المادة (٣٦٢) انما هو المادة (٣٦٣) التي تتكلم عن شروط تنفذ الحالة ، لا المادة (٣٦٢) التي تضع القاعدة العامة في حالة الحق . فكان يجب ان تكون المادة (٣٦٣) على النحو التالي : « تم الحالة دون حاجة الى رضاء المحال عليه ، ولكنها لا تكون نافذة في حقه او في حق الغير الا اذا قبلها او اعلنت اليه .. » .

٥٦٦ — والحواله من العقود الرضائيه ، فلا يشترط لانعقادها شكليه معينة ، ولكن يجب في اثباتها مراعاة القواعد العامة في الاثبات . فإذا كانت الحالة ببلغ يزيد على عشرة دنافير فلا بد من محرك 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 مسكننا . 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 محالا له ثانيا ، او دائنا للمحيل اوقع حزا على الحق المحال به لدى المحال عليه ، او دائني المحيل اذا اشهر افلاسه او اعساره ، فهؤلاء يصبحون من الغير بالنسبة للمحال له . ومعنى صيغة الحوالة نافذة في حق هؤلاء الاغيار ان المحال له اذا تزاحم مع احدهم فإنه هو الذي يتقدم اذا كان تاريخ نفاذ حوالته سابقاً على تاريخ نفاذ الحوالة الثانية او نفاذ الحجز او الافلاس في حقه هو .

ويشترط لنفاذ الحوالة في حق الغير او في حق المحال عليه احد امرتين : 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 » . فلذلك تكون الحوالة نافذة في حق المحال عليه لابد من عليه بها وعلمه بها، وفقاً للمادة المقدمة ، اما ان يكون باعلانه بها او بقبوله لها . ولذلك تكون نافذة في حق الغير لابد كذلك من اعلان الحوالة الى المحال عليه او قبوليها .

الفرض من هذه الاجراءات

٥٦٨ — والغرض من الاجراءات المقدمة اعلان الحوالة للسددين او قبولي لها — اتنا هو مراعاة مصلحة المحال له اولاً وقبل كل شيء ، وذلك لكي يصبح بعدها صاحب الحق وحده تجاه المحال عليه وتتجاه الغير فلا يشاركه

فيه غيره . ويقصد بالاجراءات المتقدمة مراعاة مصلحة الغير بالدرجة الثانية . اذ لهذا الغير مصلحة في تفاذ الحالة 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 الحالة بعوض فانه يضمن حصول المحال له على الحق المحال به ، فلا يعود يخشى ان يحجز دائرته على حقه لدى المحال عليه قبل ان تصبح الحالة نافذة في حقهم . ويدل الاستاذ الكبير السنوري الى ان الغرض من هذه الاجراءات مراعاة مصلحة المدين (المحال عليه) اولا « وذلك حتى يعلم بالحالة فيمتنع من معاملة الدائن الاصلي (المحيل) ولا يعامل الا الدائن الجديد (المحال لـه) » (١) .

ونحن لا تتفق مع الاستاذ فيما يذهب اليه ولا نرى في اعلان المدين بالحالة او قبوله لها مراعاة لمصلحته . ذلك ان الحالة 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 لان الحالة لم تكن نافذة في حقه قبل اعلانه بها او قبوله لها .

اعلان المحال عليه بالحالة

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 يشترط ان يتم الاعلان بطريق رسمي ، كالكاتب العدل ؟ يذهب الفقهاء على العموم الى ذلك . ونحن لا تتفق معهم فيما يذهبون اليه ، ونرى انه يكفي لنفاذ الحالة 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 المحال عليه مشيرا على الكتاب بأنه قد اعلن بالحوالة ، فان هذا يكفي لنفذ الحوالة في حقه . وكذلك اذا ابلغ المحال له المحال عليه بالحوالة بصورة شفهية بحضور شهود ، فانا نرى ذلك كافيا لوقوع الاعلان ، وهذا يتفق مع الفقرة الثانية من المادة (٣٧٢) التي لا تبرئ ذمة المحال عليه اذا وفي الدين للمحيل وكان يعلم وقت الوفاء بتصدور الحوالة . هذا بالنسبة لنفذ الحوالة في حق المحال عليه ، اما بالنسبة لفادتها في حق الغير فيجب ان يكون القبول ثابت التاريخ . وحيثنا فيما نذهب اليه من جهة هي ان الفقهاء انتشارا يشترطون الطريق الرسمي في الاعلان للتأكد من وقوعه وعدم امكان انكاره من قبل المحال عليه ، وهذا يتحقق بالطرق التي ذكرناها . فإذا وقع المحال 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 يقم دليل التقييد نصا او دلالة» . ثم ان العبارة الاخيرة من المادة (٣٦٣) نفسها تقدم لنا حجة اخرى لتأييد رأينا . فهي قد اشترطت لنفذ الحوالة في حق الغير اذا كان هذا النفذ بقبول المحال عليه ان يكون هذا القبول ثابت التاريخ . ومن المفهوم المخالف لهذا النص نستطيع ان نستنتج ان نفذ الحوالة في حق الغير اذا لم يكن بقبول المحال عليه ، اي بالاعلان ، فلا يشترط فيه ان يكون ثابت التاريخ . وما دام لا يشترط فيه ان يكون ثابت التاريخ ، فمن الجائز ان يتم الاعلان بورقة عرفية او بصورة شفهية . اما ما يشير من مسائل في هذا الصدد فيتعلق بالاثبات .

قبول المحال عليه الحوالة

٥٧٠ — وقبول المحال عليه الحوالة هو الطريق الثاني لفادتها في حقه او في حق الغير . ويجب التمييز هنا بين نفذ الحوالة في حق المحال عليه ونفذتها في حق الغير . فنفذتها في حق المحال عليه لا يشترط فيه ان يكون القبول ثابتنا في ورقة رسمية ، بل يكفي ان يثبت في محرر عرفي ، بل يجوز

ان يكون شفهياً . ويخلص في هذه الحالة للقواعد العامة في الإثبات اذا انكر الحال عليه صدوره منه . اما في حق الغير فلا تكون الحالة نافذة الا اذا كان قبول الحال عليه ثابت التاريخ .

هل يقوم علم الحال عليه بتصور **الحوالة مقام الاعلان او القبول**

٥٧١ — وما الحكم اذا علم الحال عليه بالحال عن غير طريق الاعلان او القبول ، هل يقوم هذا العلم مقام الاعلان او القبول ، او لا بد من اعلانه بها او قبوله لها على النحو المتقدم ؟ يذهب الفقه والقضاء في فرنسا الى وجوب الاعلان او القبول وعدم كفاية العلم ، وحجتهم 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) لأشمار 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 corruptit* ومفاد هذه القاعدة ان الحال عليه اذا علم بالحال عن غير طريق الاعلان او القبول وتواتراً مع المحيل او مع الحال له ثان على الوفاء له اضرار بحق الحال 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 الحال عليه ان يقوم بالوفاء مرة اخرى للمحال له ، ولا يبقى امامه الا الرجوع على من وفي له طريق 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 الحال عليه بالحال وسكته وقيامه بالوفاء للمحيل او للغير يجعله مخطئاً ومسؤولاً عن تعويض الضرر الذي اصاب الحال له نتيجة ذلك . وخبر تعويض يمكن الزامه به هو ابطال الوفاء الذي قام به لغير الحال له (للمحيل او للغير) واعتبار الحال نافذة في حقه والزامه بالوفاء مرة ثانية (١) . ويعيد الاستاذ

بلانيول وريبير واسمان ، ج ٧ ف ١١٢٢ ، ص ٤٣٦-٤٣٨ ، مع المراجع والاحكام المشار إليها في الهامش .

الستهوري وبعض احكام القضاء المصري ما يذهب اليه الفقه والقضاء في فرنسا مع الاستثناء الاول المتعلق بالغش . اما الاستثناء الثاني القائم على اساس من المسؤولية التقصيرية فلا يتطرق اليه الاستاذ^(١) . اما في العراق فنص المادة (٣٦٣) مدنی 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 المعيل 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 لتنفيذ الحالة في حق المحال عليه .

الفروع الثاني

تطبيقات القواعد العامة

٥٧٢ — سبق ان قلنا ان حواله الحق انما هي عقد او اتفاق ، فالاحكام التي تطبق عليها انما هي احكام العقود والاتفاقات بصورة عامة . فاذا كان هناك عوض كانت الحواله من عقود المعاوضة وطبقنا عليها احكام هذه العقود . واذا لم يكن هناك عوض كانت من عقود التبرع ، اي هبة ، وطبقنا عليها احكام المبه .

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 والمحل ، واخيرا العلاقة بين المحال له وغيره . ونرى كلا من هذه العلاقات في مبحث مستقل .

(1) الوسيط ، المرجع السابق ، ف ٢٦٨ ، ص ٤٨٠-٤٨٥ ، مع الأحكام

المشار إليها هناك.

المبحث الأول

العلاقة بين المحال له والمحال عليه

قواعد قانون

٥٧٤ - يحكم علاقة المحال له بالمحال عليه قاعدتان جوهريتان هما :
١ - حلول المحال له محل المحيط في الحق المحال به نفسه ، بصفاته
وتأميناته .

٢ - امكان المحال عليه التسليك تجاه المحال له بالدفع التي كان في
استطاعته التسلك بها عند اعلانه بالحالة او قبوله لها ، وكذلك بالدفع
المستمدة من عقد الحالة . ونرى كلا من هاتين القاعدتين في مطلب
مستقل .

المطلب الأول

حلول المحال له محل المحيط في الحق المحال به نفسه

٥٧٥ - تضفي المادة (٣٦٥) من القانون المدني بان : « ينتقل الحق
إلى المحال له بصفته وضماناته كالكافلة 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 بالمحيط
ولا يعود هذا الاخير دائنا له ، ويصبح للمحال عليه دائن جديد هو
المحال له (١) .

٥٧٦ - وينتقل الحق إلى المحال له بالصفات التي كان عليها قبل

(١) وقد عالج القانون المدني المصري العلاقة بين المحال له والمحال عليه قبل
صيورة الحالة نافذة في حق هذا الاخير ، اي قبل اعلانه بها او قبوله لها . فقد
نصت المادة (٣٠٦) منه على انه : « يجوز قبل اعلن الحالة او قبولها ان يتخذ
الدائن المحال له من الاجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل اليه ». وهذا النص عبارة عن تطبيق للقواعد العامة ، ويمكن الاخذ به في العراق ولو
لم ينص عليه القانون .

الحالة . فاذا كان تجاريا ، او منتجا لفوائد ، او مستحق الاداء ، او مقتنا
باجل ، او معلقا على شرط ، الخ . . . فانه ينتقل الى المحال له بهذه
الصفات .

٥٧٧ — وينتقل الحق الى المحال له بتأميناته وملحقاته . فاذا كان
الحق مضمونا برهن رسمي او برهن حيازي او بكفاله ، فانه ينتقل
مع هذه التأمينات ، وتبقى هذه التأمينات ضامنة لوفاء الحق للمحال له .
واذا كان للحق ملحقات فان هذه الملحقات تنتقل كذلك الى المحال له . فاذا
كان له فوائد لم تدفع فانها تنتقل الى المحال له . واذا كان للمحيل دعاوى
تعلق بالحق ، كحق الفسخ لعدم دفع الثمن او عدم قيام الطرف الآخر
بتتنفيذ التزامه ، فان هذه الدعاوى تنتقل الى المحال له . واذا كان الحق ثابتا
بسند رسمي واجب التنفيذ او بحكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية فانه
ينتقل الى المحال له قابلا للتنفيذ ويستطيع المحال له ان يتنفذ في الحال .

٥٧٨ — وما دامت الرابطة التي كانت تربط المحال عليه بالمحيل قد
اقطعت واصبح المحال له هو الدائن فلا يجوز للمحال عليه ان يوفي الدين
للمحيل ، واذا فعل وجب عليه الوفاء مرة اخرى للمحال له ، ويكون له
عندئذ الرجوع على المحيل بدعوى استرداد ما دفع دون حق . ولا يجوز
كذلك للمحيل ، بعد نفاذ الحالة في حق المحال عليه ، ان يتصرف بالحق
المحال به مرة اخرى باى نوع من انواع التصرفات ، وكل تصرف يصدر
منه يكشون باطللا .

استثناء — الحقوق الشخصية البعثة

٥٧٩ — ولكن اذا كان الحق ينتقل من المحيل الى المحال عليه بصفاته
وتأميناته ، الا انه يستثنى من ذلك الحقوق الشخصية البعثة . مثال ذلك
ما اذا كان المحيل قاصرا فالقادم لا يسري في حقه . فهذا الحق في وقف سريان
القادم لا ينتقل للمحال له لانه حق متعلق بشخص المحيل .

المطلب الثاني

انتقال الدفوع ضد المحال له

نوعان من الدفوع

٥٨٠ — تقضي المادة (٣٦٦) من القانون المدني بان : « للمحال عليه ان يتسلك قبل المحال له بالدفوع التي كان له ، عند صيرورة الحوالة نافذة في حقه ، ان يتحجج بها على المحيل كما يجوز له ان يتحجج بالدفوع الخاصة بالمحال له وحده » . ومن مقتضى هذه المادة ان الدفوع التي يستطيع المحال عليه التسلك بها تجاه المحال له اما ان تكون خاصة بالمحيل او المحال له . ونرى كلا من ذلك على حدة .

اولاً — الدفوع الخاصة بالمحيل

٥٨١ — لما كان المحال له يحل محل المحيل في الحق المحال به ويستقيد من ضماناته وتأميناته وملحقاته ، اي يستقيد من جميع حقوق المحيل ، فمن العدل ان يتحمل الدفوع التي كان بإمكان المحال عليه التسلك بها قبل المحيل . فالغرم بالغنم ، كما ان الغنم بالغرم . فيستطيع المحال عليه ان يتحجج قبل المحال له بان العقد الذي انشأ الالتزام باطل لمخالفة محله للقانون او للنظام العام والاداب ، او بان الحق كان قد انقضى بأحد طرق انقضاء الالتزام كالوفاء والتتجديد والابراء ، او بان العقد الذي نشأ عنه الحق موقوف لأن رضاه كان مشرووباً بعيوب او لأنّه كان قاصراً عند التعاقد ، او بان الدين يشتمل على فوائد ربوية تتجاوز الحد القانوني ويجب تخفيضها ، او بان الحق متعلق على شرط واقف لم يتمكن ، او على شرط فاسخ تتحقق ، الخ . . . ويمكن ان يبرر ذلك بقاعدة « ان الانسان لا يستطيع ان ينقل الى غيره اكثر مما يملك » او « فاقد الشيء لا يعطيه » .

استثناء : الدفع بالمقاصة وباتحاد النمة

٥٨٢ — هناك دفعان لا يستطيع المحال عليه التسلك بهما قبل المحال له ،

وهما الدفع بالمقاصة والدفع باتحاد الديمة .

فإذا كان الحق المحال به قد انقضى بالمقاصة وقبل المحال عليه الحوالة مع عليه بوقوعها (بوقوع المقاصة) فلا يعود في استطاعته التمسك بذلك ودفع مطالبة المحال له عند ما يطالبه بالوفاء ، والسبب في ذلك أن قبوله للحوالة مع علمه بالمقاصة يعتبر نزولاً منه عن التمسك بها . ولكن له أن يرجع بعد ذلك على المحيل .

وإذا كان المحال عليه وارثاً للمحيل وقبل تقاد الحوالة في حقه مات المحيل وورثه هو (المحال عليه) ، فإذا كانت الحوالة بعوض فإن المحال عليه لا يستطيع أن يدفع مطالبة المحال باتحاد الديمة ، بل عليه أن يدفع مبلغ الحوالة من التركة أولاً . والسبب في ذلك أن الحوالة إذا كانت بعوض طبق عليها حكم البيع ، فيلتزم المحيل بالضمان وينتقل هذا الضمان إلى تركته ، والقاعدة، أن لا ترثة إلا بعد سداد الديون . أما إذا كانت الحوالة بدون عوض فالمحال عليه يستطيع أن يدفع مطالبة المحال له باتحاد الديمة ، ذلك أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض (م ١٦٠٣) .

ثانياً - 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 للنادرة ٣٦٦ مدني عراقي) بأن للمحال عليه أن يتمسك « بالدفع المستمد من عقد الحوالة » . ويضرب الاستاذ السنوري على هذه الدفع مثلاً بطلان العقد ، ولكن يضيف إلى ذلك أن الدفع بطلان يجوز أن يتمسك به كل ذي مصلحة ، وعليه فهذا الدفع لا يرجع إلى قواعد الحوالة بل إلى قواعد البطلان المطلق « أذ يستطيع التمسك بطلان المطلق كل ذي مصلحة » . ويستنتاج الاستاذ من ذلك أن النص العراقي خير من النص المصري (١) .

(١) المرجع السابق ، ص ٥٣٣ ، ٥٣٤ ، هامش رقم ١

حالة الحقوق المتنازع فيها^١

٥٨٤ — الاصل ان المحال له يستطيع مطالبة المحال عليه بالقيمة الاسمية للحق المحال به ، بعض النظر عن المبلغ الحقيقي الذي دفعه للمحيل . ولكن المشرع استثنى من ذلك حالة الحقوق المتنازع فيها . فاذا كان الحق المحال به متنازعا فيهما بين المحيل والمحال عليه وباعه المحيل من المحال له فالملبغ الذي يقبضه يكون دائما اقل من القيمة الحقيقية للحق المحال به . وقد اجاز المشرع 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 فللمنتازل 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 المشرع يقرر هذا الحكم هو ان شراء الحقوق المتنازع فيها لا يقصد به الا المضاربة التي تقوم دائما 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 .

قيد : انتفاء فكرة المضاربة

٥٨٥ — ولكن هذا الحق الذي منحه الشارع للمدين مقيد بالحكمة التي من اجلها منحه ايابا الا وهي محاربة المضاربة ، فاذا انتهت هذه الحكمة بان انتهت المضاربة ، فالمدين لا يستطيع استعمال هذا الحق . وقد نصت المادة (٥٩٤) مدني على حالات لا يستطيع المحال عليه استرداد الحق المتنازع لانتفاء فكرة المضاربة . وهذه الحالات هي :

- أ - « اذا كان الحق داخلا ضمن مجموعة اموال يعت جزافا بشمن واحد » . ففكرة المضاربة بعيده هنا . ذلك ان المشتري لا يشتري الحق المتنازع فيه وحده ، بل يشتريه مع اموال اخرى .
- ب - « اذا كان (الحق) شائعا بين ورثة او ملوك اخرين وباع احدهم نصيه لآخر » . فيبيع الوريث 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 انا قبلها لاستيفاء ما له بذمة المعيل ولم تكن عنده فكرة المضاربة .
- د - « اذا كان (الحق) يشمل عقارا ويقع له انتقلت اليه ملكية العقار » . فالغرض من شراء الحق المتنازع فيه هنا هو منع حصول دعوى . فإذا كان زيد يملك عقارا مرهونا لدى عمرو بدين متنازع فيه واشتري بكر العقار ، فالعقار يتنتقل اليه مثلا بحق الرهن الذي لعمرو عليه . فإذا اشتري بكر من عمرو الحق المتنازع فيه الذي له (لعمرو) على زيد ، فان زيد لا يستطيع ان يستعمل حق الاسترداد ضد بكر ، ذلك ان هذا الاخير لم يشتري الحق لاجل المضاربة بل لاجل التخلص من الدعوى .

المبحث الثاني

العلاقة بين المحال له والمعيل

الالتزامات التي تنشئها الحوالة

٥٨٦ - سبق ان رأينا ان الحوالة اما ان تكون بعوض او بغير عوض . فإذا كانت بعوض كانت بيعا وطبقت عليها احكام البيع ، وإذا كانت بغير عوض كانت هبة وطبقت عليها احكام الهبة . والبيع ينشيء التزامات مترابطة على كل من البائع والمشتري . واهم التزامات البائع لتزامه بالتسليم والتزامه بالضمان ، واهم لالتزامات المشتري لتزامه بدفع الثمن . اما في الهبة فالواهب لا يلتزم بالتسليم ولا بالضمان . ولما كانت الحوالة بعوض يبعا فالمحيل يلتزم

بالتسليم وبالضمان ، وهذا الالتزام هما اللذان يهماناهنا . اما التزام المحال له فلا يثير صعوبة ، ذلك ان المحيل لا يوافق ، في الغالب ، على الحالة الا اذا كان قد استوفى حقه . ولما كانت الحالة غير عوض هبة فالمحيل لا يلتزم بشيء الا اذا اخفى سبب استحقاق الحق المحال به على المحال له فاصاب هذا الاخير ضرر ، فيرجع عليه (على المحيل) بالتعويض . ونعالج كلا من التزام المحيل بالتسليم والترامه بالضمان في مطلب مستقل .

المطلب الاول

التزام المحيل بالتسليم

تسليم سند الحق ووسائل اثبات هذا الحق

٥٨٧ — الالتزام بالتسليم من اهم التزامات المحيل قبل المحال له . ذلك ان الحالة اذا كانت بعوض ، وهذه هي الحالة الغالبة ، كان جسماها حكم البيع ، المحيل فيه هو البائع ، ولما كان البائع يلتزم بالتسليم فالمحيل في الحالة بعوض يلتزم كذلك بالتسليم . الا ان هناك فرقا بين التزام البائع بالتسليم وبين التزام المحيل به . فالبائع يلتزم بتسليم المبيع ذاته للمشتري ، اما المحيل فيلتزم بتسليم سند الحق ، لا الحق ذاته . ويلتزم المحيل كذلك باذن يقدم للمحال له الوسائل الالزمة لاثبات الحق المحال به ولتسكينه من الحصول عليه اذا كان غير ثابت بالكتابة . وهذا ما نصت عليه المادة (٣٦٧) من القانون المدني بقولها : « يجب على المحيل ان يسلم المحال له سند الحق المحال به وان يقدم له وسائل اثبات هذا الحق وما هو ضروري من بيانات لتسكينه من حقه » .

حالة جزء من الحق لا الحق كله

٥٨٨ — واذا كان الحق ثابتا في سند واحوال الدائن جزء منه ولم يحوله كله ، صار السند مشتركا بين المحيل والمحال له ويسكن عندئذ 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 الأصلي (١) .

تسليم السند الذي يثبت التأمينات

٥٨٩ — سبق أن رأينا أن الحق ينتقل إلى المحال له بصفاته وتأميناته ، ومن مقتضى انتقاله بتأميناته التزام المحيل بتسليم السند الذي يثبت هذه التأمينات ، كالكفالة والرهن التأميني ، إلى المحال له ، وذلك من غير حاجة إلى النص على ذلك في عقد الحوالة ، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك .

ومن مقتضى انتقال الحق بصفاته أنه إذا كان متوجاً لفوائد فانه ينتقل إلى المحال له بهذه الصفة . وإذا كان قد اتّج فوائد فانها تنتقل إلى المحال له ، ولو كانت مستحقة عن مدة سابقة على الحوالة ، مادامت لم تقبض ، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك . ويجب على المحيل أن يسكن المحال له من الحصول عليها . فالفوائد المستحقة تعتبر من توابع الحق فتنقل معه ، ما لم يتفق على غير ذلك . وتنقل مع الحق المحال به أيضاً كل ميزة أخرى متصلة به ولو لم تكن من ضماناته . فلو أن مستأجرراً حصل من المؤجر في عقد الإيجار على وعد ببيع العين المؤجرة ، ثم نزل المستأجر عن الإيجار لآخر ، فالمتأذل له ينتقل إليه حق المستأجر في الإيجار ومعه الوعد بـ البيع الصادر من المؤجر (٢) .

انتقال الدعاوى التي تؤكّد الحق دون الدعاوى التي تنافيه

٥٩٠ — قد يكون للمحيل دعاوى يستطيع استعمالها ضد المحال عليه ، فهل تنتقل هذه الدعاوى إلى المحال له ؟ يفرق الفقهاء في هذا الباب بين الدعاوى التي ترمي إلى تأكيد الحق وتبنته والدعاوى التي ترمي إلى القضاء عليه ، وينذهبون إلى أن النوع الأول فقط ينتقل إلى المحال له أما النوع الثاني فلا ينتقل . ويضربون للنوع الأول مثلاً دعوى الفسخ ، وللنوع الثاني دعوى الابطال .

(١) بلانيول وريبير وأسمان ، ج ٧ ، ف ١١٢٥ ، ص ٤٤٥ .

(٢) بودري لاكانترى وسينيا ، عقد البيع ، ف ٨١١ ، نقلًا عن السنهوري ، المراجع السابق ، ص ٤٩٧ ، هامش رقم ١ .

١ - دعوى الفسخ

٥٩١ - دعوى الفسخ عبارة عن ضمان للدائن في عقد ملزم للجانبين ،
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 بالشأن الذي له على المشتري ولم يقم هذا بالوفاء في الوقت المعين ،
كان بإمكان المحال له أن يفسخ البيع مكان البائع ويسترد العين المباعة من
المحال عليه .

دعوى الابطال

٥٩٢ - دعوى الابطال في الفقه الغربي مقررة لصلاحية التعاقد الذي
كان قاصراً أو كان رضاه مشوباً بعيوب عند التعاقد . فإذا أحال البائع شخصاً
بالشأن ثم تبين أنه كان ناقصاً الاهلية أو أن رضاه كان معيناً عند التعاقد ،
فالمحال له لا يستطيع إقامة دعوى الابطال لأن هذه الدعوى متعلقة بشخص
المحيل . فإذا كان المحيل عالماً عند الحالة بسبب البطلان اعتبرت الحالة
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 ضئيلة منه للعقد .
اما إذا لم يكن عالماً بسبب التوقف عند الحالة ثم علم به ، فهل ينتقل حقه
في عدم اجازة العقد إلى المحال له ، وهل يستطيع هو استعمال حقه في عدم
جازة 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 و اذا ماطل عليه في دفع المحال به كان امامه (امام المحال له) دعوى الفسخ . اما بالنسبة للمحيل فانا 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 معيينا عند التعاقد بحيث انه غبن غبنا فاحشا ، وحال شخصا بالثمن ثم اطلع على سبب توقف البيع وارد 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 جمبيعا ، اذ لا هذا الحق لما امكن ان تكون هناك حواله . ودراسة التزام المحيل بالضمان 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 تعديه ، سواء كانت الحوالة بعوض او

(الموجز ج ٢ - م ٢٠)

بغير عوض ٠ ثم ان الحالة اذا كانت بعوض فالمحيل يضمن للمحال له وجود الحق عند الحالة ، وهذا الضمان يقع على عاتق المحيل بحكم القانون ، ويسمى بالضمان القانوني ٠ واذا كانت الحالة بغير عوض فالنصوص القانونية في الحالة لا تجعل المحيل ضامنا لشيء ، ولكن نصوصا اخرى تجعله مسؤولا عن التعويض اذا تعمد اخفاء سبب استحقاق الحق ، وهذه المسؤولية ، او الضمان ، تدخل في نطاق الضمان القانوني ٠ ثم ان هذا الضمان القانوني قد يعدل تشديدا او تخفيفا ، فقد يتطرق المتعاقدان على تشديده او تخفيفه ٠ وحكم هذا الاتفاق يختلف في الحالة بعوض عنه في الحالة بغير عوض ٠

يخلص لنا مما تقدم ان هناك حالات مختلفة لضمان المحيل ، وهي :

- ١ - ضمان التعدي ٢ - الضمان القانوني في الحالة بعوض ، ٣ - الضمان القانوني في الحالة بغير عوض ، ٤ - الضمان الاتفافي في الحالة بعوض ، ٥ - الضمان الاتفافي في الحالة بغير عوض ٠ ونرى كلاما من ذلك على حدة ٠

١ - ضمان التعدي

٥٩٦ - تقضي المادة (٣٧١) من القانون المدني بان : « يضمن المحيل تعديه حتى لو كانت الحالة بغير عوض وحتى لو اشترط عدم الضمان » ٠ وضمان التعدي معناه التزام المحيل بعدم القيام باي عمل من شأنه الانتهاص من الحق المحال به او من توابعه ، يستوي في ذلك ان تكون الحالة بعوض او بغير عوض ٠ فيكون مسؤولا اذا استوفى الحق المحال به بعد الحالة 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 بالحالة او حصل على قبوله لها ، الخ ٠٠٠

٢ - الضمان القانوني في الحالة بعوض

٥٩٧ - اذا كانت الحالة بعوض فالمحيل يضمن وجود الحق المحال به عند الحالة من غير حاجة الى النص على ذلك في العقد (عقد الحالة) ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٣٦٨) من القانون المدني

بقولها : « اذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل الا وجود الحق الحال به وقت الحوالة مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » . وضمان وجود الحق الحال به يقتضي ان يكون المحيل مالكا لهذا الحق . فالمحيل يضمن اذن الحق الحال به ، ويضمن كذلك ملكيته لهذا الحق . فإذا لم يكن الحق موجودا عند الحوالة تتحقق الضمان على المحيل . وهو يعتبر كذلك في الحالات التالية :

١ - اذا كان قد اقضى باحد اسباب الاقضاء ، كالنقدام 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 الحال 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 الحال عليه ولم يجز هذا العقد .

٣ - اذا كان ناشئا عن التزام تخيري الخيار فيه للحال عليه وهلك احد الاشياء محال الالتزام بخطأ الدائن (المحيل) واختار المدين (الحال عليه) الشيء الذي هلك . ذلك ان الحال عليه اذا اختار الشيء الذي هلك بخطأ المحيل اقضى التزامه وزال ، وبالتالي ، الحق الحال به .

ضمان وجود توابع الحق الحال به

٥٩٨ - والضمان التألفي الذي يقع على عائق المحيل بوجود الحق الحال به يقتضي التزام المحيل بضمان وجود توابع هذا الحق والتي تستقل معه من غير حاجة الى نص في عقد الحوالة ، كالرهن والكفالة وحق الامتياز . لا يقتضي ان يكون ضامنا لكافية هذا التأمين . فهو لا يضمن كافية الرهن ولكن ضمان المحيل لوجود التأمين ، أي الرهن او الامتياز او الكفالة ، او الامتياز ولا ملاءة الكفيل .

٥٩٩ - وضمان المحيل لوجود الحق الحال به وتوابعه انتا ينصب على وجود هذا الحق وتوابعه عند انعقاد الحوالة ، فإذا كان موجودا في هذا الوقت وسقط بعد ذلك بدون خطأ من المحيل فلا رجوع للحال له بشيء عليه (على

المحيل) . فاذا كان التقادم قد بدأ يسري على الحق المحال به قبل الحوالة واستمر في سريانه بعدها حتى اكتمل وسقط فلا رجوع للمحال له على المحيل بشيء ، فالحق كان موجودا عند صدور الحوالة ولم يسقط بخطأ المحيل ، بل بخطأ المحال له .

٣ - الضمان القانوني في الحوالة بغير عوض

٦٠٠ - اذا كانت الحوالة بغير عوض ، اي تبرعا ، فلا يضمن المحيل وجود الحق المحال به (٢١٣٦٨م) ، واذا لم يحصل المحال له على شيء من المحال عليه فلا رجوع له على المحيل بشيء لانه لم يدفع شيئا فيرجع به عليه . واذا وجد اتفاق يقضي برجوع المحال له على المحيل عند عدم حصوله على شيء من المحال عليه كان الاتفاق باطل لمخالفته للمادة (٣٧٠) التي لم تجز رجوع المحال له على المحيل باكثر مما دفعه له ، وفي الحوالة بغير عوض لم يدفع هو للمحيل شيئا . فقد نصت هذه المادة على انه : « اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين فلا يلزم المحيل الا برد ما اخذه من المحال له مع الفوائد والمصاريفات حتى لو وجد اتفاق يقضي برد اكبر من ذلك » .

قيد : عدم تعمد المحيل اخفاء سبب الاستحقاق على المحال له

٦٠١ - ولكن هذا الحكم لا يمكن قبوله على اطلاقه . فهناك المادة (٦٤) مدنی التي تقتضي بأنه : « ١ - لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق او الا اذا كانت الهبة بعوض ، وفي هذه الحالة الاخيرة لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ما اداه الموهوب له من عوض . كل هذا ما لم يتتفق على غيره . ٢ - واذا استحق الموهوب حل الموهوب لمحل الواهب فيما له من حقوق ودعاؤى » . فبمقتضى الفقرة الاولى من هذه المادة لا يضمن الواهب في الهبة بدون عوض استحقاق الموهوب الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، فاذا تعمد ذلك كان ضامنا . ولما كانت الحوالة بدون عوض هبة فان هذه الاحكام تنطبق عليها . فاذا تعمد المحيل في هذا النوع من الحوالة اخفاء سبب استحقاق

الحق المحال به على المحال له كان ضامناً .

٦٠٢ — ويلاحظ هنا أن في نص الفقرة الأولى من المادة (٦١٤) المتقدمة نصاً فهـي قد نصت على ضمان الواهب استحقاق المـوهوب اذا تعمـد اخـفاء سبـب الاستـحقاق ، ولكنـها لم تـبيـن ما يـضـمنـه الوـاهـب ، هل يـضـمنـ قـيـمةـ المـوهـوب او يـلـزـمـ بـتـعـويـضـ المـوهـوبـ لهـ عنـ الضـرـرـ الذـيـ اصـابـهـ تـيـجـةـ استـحقـاقـ المـوهـوب ؟ نـصـ الفـقـرةـ الـأـوـلـىـ مـنـ المـادـةـ (٤٩٤)ـ مـنـ القـانـونـ الـمـدـنـيـ الـمـصـرـيـ (ـالـمـقـابـلـةـ لـلـفـقـرةـ الـأـوـلـىـ مـنـ المـادـةـ ٦١٤ـ مـدـنـيـ عـرـاقـيـ)ـ عـلـىـ زـيـادـةـ غـيرـ مـوجـودـةـ فـيـ النـصـ عـرـاقـيـ .ـ فـقـدـ اـضـافـ النـصـ الـمـصـرـيـ مـاـ يـلـيـ :ـ «ـ وـفـيـ الـحـالـةـ الـأـوـلـىـ يـقـدـرـ الـقـاضـيـ لـلـمـوهـوبـ لـهـ تـعـويـضـ عـادـلاـ عـمـاـ اـصـابـهـ مـنـ الضـرـرـ»ـ .ـ وـقـدـ كـانـ عـلـىـ الـشـرـعـ عـرـاقـيـ أـنـ يـضـيفـ هـذـاـ الـحـكـمـ إـلـىـ الـفـقـرةـ الـأـوـلـىـ مـنـ المـادـةـ (٦١٤)ـ ،ـ فـمـنـ الضـرـوريـ جـداـ تـحـدـيدـ مـسـؤـولـيـةـ الـوـاهـبـ (ـالـمـحـيلـ)ـ فـيـ هـذـهـ الـحـالـةـ وـمـقـدـارـ الضـمـانـ الذـيـ يـلـزـمـ بـهـ .ـ وـنـعـنـ فـرـيـ اـمـكـانـ الـاخـذـ بـمـاـ جـاءـ فـيـ الـقـانـونـ الـمـدـنـيـ الـمـصـرـيـ مـنـ زـيـادـةـ وـلـوـ لـمـ يـنـصـ عـلـىـ الـقـانـونـ الـمـدـنـيـ الـعـرـاقـيـ ،ـ ذـلـكـ اـنـ هـذـهـ زـيـادـةـ عـبـارـةـ عـنـ تـطـيـقـ لـلـقـوـاعـدـ الـعـامـةـ فـيـ الـمـسـؤـولـيـةـ .ـ فـيـمـقـضـيـ النـصـ الـمـصـرـيـ يـحـكـمـ لـلـمـوهـوبـ لـهـ (ـالـحـالـ لـهـ)ـ بـدـوـنـ عـوـضـ بـتـعـويـضـ عـادـلـ عـنـ الضـرـرـ الذـيـ اـصـابـهـ تـيـجـةـ استـحقـاقـ المـوهـوبـ اذاـ تـعمـدـ الوـاهـبـ اـخـفاءـ سـبـبـ الاستـحقـاقـ .ـ وـالـفـسـانـ الذـيـ يـقـعـ عـلـىـ الوـاهـبـ هـنـاـ مـصـدرـهـ الـخـطاـءـ ،ـ فـالـمـسـؤـولـيـةـ تـقـصـيرـيـةـ لـاـ تـعـاـقـدـيـهـ .ـ وـبـنـاءـ عـلـيـهـ يـجـبـ عـلـىـ المـوهـوبـ لـهـ بـسـدـونـ عـوـضـ (ـالـحـالـ لـهـ بـدـوـنـ عـوـضـ)ـ اـنـ يـثـبـتـ الضـرـرـ الذـيـ اـصـابـهـ وـفـقاـ لـلـقـوـاعـدـ الـعـامـةـ فـيـ الـمـسـؤـولـيـةـ التـقـصـيرـيـةـ ،ـ وـعـنـدـئـذـ تـتـحـقـقـ مـسـؤـولـيـةـ الـوـاهـبـ ،ـ اوـ الـمـحـيلـ بـسـدـونـ عـوـضـ .ـ

٦٠٣ — ويلاحظ هنا ايضاً ان الضمان في الحـوـالـةـ بـغـيرـ عـوـضـ (ـ اوـ الـهـبـ بـغـيرـ عـوـضـ)ـ قدـ يـكـونـ اـكـبـرـ مـنـ الضـمـانـ فـيـ الـحـوـالـةـ بـعـوـضـ (ـ اوـ الـهـبـ بـعـوـضـ)ـ .ـ ذـلـكـ اـنـ الـحـوـالـةـ اـذـ كـانـ بـعـوـضـ فـالـحـالـ لـهـ لـاـ يـرـجـعـ عـلـىـ الـمـحـيلـ الاـ بـمـاـ اـدـاهـ مـعـ فـوـائـدـ وـالـمـصـرـوفـاتـ الـتـيـ تـحـمـلـهاـ .ـ فـاـذـاـ كـانـ الثـمـنـ الذـيـ دـفـعـهـ لـلـمـحـيلـ

زهيدا فانه لا يستطيع الرجوع على المحيل باكثر مما دفعه له . اما في الحالة بدون عوض فالمحيل يكون مسؤولا عن تعويض الضرر الذي اصاب المحال له ، وقد يكون هذا الضرر كبيرا . ولكن الذي يبرر هذا الفرق بين الحالتين ان المسؤولية في الحالة بدون عوض تقتصرية، اما في الحالة بعوض فتعاقديه . وقد سبق ان رأينا ان التعويض في المسؤولية التعاقدية لا يتجاوز الضرر المباشر المتوقع ، اما في المسؤولية التقتصرية فيشمل الضرر المباشر كله ، متوقعا كان او غير متوقع .

٤ - الضمان الاتفافي في الحالة بعوض

٦٠٤ — يستطيع المحيل والمحال له الاتفاق على شروط تعدل من احكام الضمان القانوني . وهذه الشروط اما ان تخفف من هذا الضمان او تشدد منه . ونرى كلاما من ذلك على حدة .

١ - الشروط المخففة لضمان المحيل

٦٠٥ — يستطيع المحيل ان يشترط عدم ضمان وجود توابع الحق المحال به والتي تنتقل معه بدون حاجة الى نص بذلك في عقد الحالة ، كالرهن والامتياز والكفالة . فاذا كان الحق مضمونا برهن واشترط المحيل عدم ضمان الرهن ثم ثبت ان الرهن غير موجود لسبب من الاسباب ، فانه لا يكون مسؤولا عن ذلك .

وقد يشترط المحيل عدم ضمان وجود الحق المحال به ذاته . ويقع ذلك غالبا اذا كان المحيل غير متأكد من ان الحق الذي يحوله يعود له ، او كان غير متأكد من وجود الحق المحال به . وهذا الشرط صحيح وملزم للمحال له . ذلك ان الخطر الذي يتعرض له هذا الاخير له ما يقابلها عادة ، اذ يغلب في مثل هذه الاحوال ان يكون الثمن الذي يدفعه للمحيل بخسا يقل كثيرا عن قيمة الحق المحال به .

حالات——ان

٦٠٦ — هذا ولعرفة مدى عدم التزام المحيل بالضمان يجب التمييز بين حالتين :

١— ان يكون الحق الحال به موجودا ولكن تملك المحيل له
غير مؤكـد

٢— ان يكون الحق الحال به غير مؤكـد الوجود .
الحالة الاولى — الحق الحال به موجود ولكن تملك المحيل له غير مؤكـد
٦٠٧ — قد يكون الحق الحال به موجودا ولكن المحيل غير متأكد من
سلكه له ، فيشترط عدم الضمان اذا لم يكن مالكا للحق . مثال ذلك
ان يبيع موصى له الموصى به ويشترط عدم الضمان اذا تبين ان الموصى كان قد
رجع عن وصيته . واثر هذا الشرط انه يعفي البائع (المحيل) من دفع تعويض
للمشتري (الحال له) عن الفرر الذي يصيبه نتيجة عدم حصوله على الحال
به ، ولكنه لا يعفيه من رد الثمن الذي قبضه ولا من دفع النفقات التي
تكبدها الحال له .

الحالة الثانية — الحق الحال به غير مؤكـد الوجود

٦٠٨ — وقد يكون الحق الحال به غير مؤكـد الوجود ولا ينقل المـحـيل
الـحالـ له الا الدعـوىـ التي يـملـكـهاـ ضدـ الحالـ عـلـيـهـ . فـيـ مـثـلـ هـذـهـ الـحـالـةـ
تـكـوـنـ الـحـوـالـةـ يـبـعـاـ لـلـحـقـوقـ الـمـتـنـازـعـ فـيـهـ ، وـهـيـ جـائـزـةـ وـفقـاـ لـلـمـادـدـ (٥٩٣ـ)
الـتـيـ سـبـقـ اـنـ رـأـيـنـاـهاـ (فـ ٥٨٤ـ) . وـالـقـدـ يـكـوـنـ فـيـ هـذـهـ الـحـالـةـ اـحـتمـالـاـ .
مـثـالـ ذـلـكـ اـنـ يـبـعـيـ المـطـالـبـ بـتـعـوـيـضـ ماـقـدـ يـحـصـلـ عـلـيـهـ مـسـنـنـ
تعـوـيـضـ قـبـلـ صـدـورـ الـحـكـمـ بـهـ (بـالـتـعـوـيـضـ) . وـيـشـتـرـطـ عـدـمـ الضـمـانـ اـذـاـ لمـ
يـحـكـمـ لـهـ بـالـتـعـوـيـضـ وـلـمـ يـحـصـلـ الـمـشـتـريـ (الـحالـ لهـ) عـلـيـ شـيـءـ ، اوـ اـنـ يـبـعـيـ
مـدـعـ بـارـثـ حـصـتـهـ فـيـ التـرـكـهـ قـبـلـ اـنـ يـثـبـتـ نـسـبـهـ مـنـ الـمـتـوفـيـ فـتـبـثـتـ لـهـ صـفـةـ
الـواـرـثـ وـيـشـتـرـطـ عـدـمـ الضـمـانـ اـذـاـ لمـ تـبـثـتـ لـهـ هـذـهـ الصـفـةـ وـلـمـ يـحـصـلـ الحالـ
لـهـ عـلـيـ شـيـءـ . وـشـرـطـ عـدـمـ الضـمـانـ فـيـ هـذـهـ الـحـالـةـ صـحـيـحـ وـيـعـفـيـ المـحـيلـ منـ
ردـ الثـمـنـ الـذـيـ قـبـضـهـ مـنـ الحالـ لهـ وـمـنـ ردـ فـوـائـدـهـ اـذـاـ لمـ يـحـصـلـ الحالـ

له على الحق المحال به^(١) . وقد اجازت هذا النوع من الاتفاقيات الفقرة الاولى من المادة (٣٦٨) في عبارتها الاخيرة . فهي بعد ان نصت على عدم ضمان المحيل في الحالة بعوض الا وجود الحق المحال به اضافت : « ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

بــ الشروط المشددة لضمان المحيل

٦٠٩ — والشروط المشددة يشترطها الحال له على المحيل ليشدد من ضمانه . فقد سبق اذ رأينا ان المحيل لا يضمن بمقتضى الضمان القانوني الا وجود الحق الحال به ، ولكن يستطيع الحال له ان يشدد من هذا الضمان فيفرض عليه ضمان يسار الحال عليه .

فإذا اشترط المحال لهذا الشرط فالحيل لا يضمن اليسار المحال عليه وقت
ابرام الحوالة ، الا اذا اشترط المحال له صراحة ان يضمن الحيل يسار المحال
عليه في المستقبل . وهذا ما نصت عليه المادة (٣٦٩) مدنی بقولها : « اذا
ضمن الحيل يسار المحال عليه فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت
الحوالة ما لم يتحقق على غير ذلك » .

٥- الضمان الاتفاقي في الحوالة بغرض 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 يتفق على غيره » . ولما كانت الحوالة بغير عوض هبة فالعبارة المتقدمة تنطبق عليها . ويترتب على ذلك جواز اشتراط المحال له في الحوالة بغير عوض الرجوع بالتعويض على المحيل اذا لم يحصل على شيء من المحال

(١) وما يقع في العمل من الحالات التي يشترط فيها عدم الضمان ان السنديك او المصفى، بعد ان يستوفى الحقوق الثابتة والحقوق التي يسهل استيفاؤها ، ببيع الحقوق الاخرى جملة واحدة مع اشتراط عدم القسمان (بودري لاكانترى وسينينا ، ف ٨٢٧) ، نقلًا عن السنهوري ، 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 الهمة . فالواهب لا يضمن ، كما رأينا ، الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق او كانت الهمة بعوض . وباشتراك الموهوب له بدون عوض (او المحال له بدون عوض) ضمان الواهب (او المحيل) ولو لم يتعمد اخفاء سبب الاستحقاق يكون قد شدد من الضمان القانوني . ولكن ما هو مقدار التعويض الذي يستحقه المحال له بغير عوض في هذه الحالة ؟ ان تطبيق القواعد العامة في هذا الباب يتضمن الا يتتجاوز في التعويض مقدارضرر الذي اصاب المحال له ، فاذا تجاوزه كان الزائد ربحا غير مشروع ، وهذا لا يجوز . هذا من جهة ، ومن جهة اخرى لا يجوز الاتفاق على الا يكون المحيل مسؤولا عن الضرر الذي يصيب المحال له حتى لو تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، او اخفي غشا عدم وجود الحق . ذلك ان المسؤولية هنا تقتصرية 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 تكلفه من نفقات في ابرام عقد الحواله 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 والمصاريفات حتى لو وجد اتفاق يقضي برد اثمر من ذلك » . واما 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 مما دفعه . فالمادة (٣٧٠) المتقدمة قد منعت ذلك ، ونصها من النصوص الامرة التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . والسبب الذي دفع المشرع الى تحرير هذا الحكم هو ان بيع الحق باقل من قيمته يتضمن المضاربة دائنا . فالمشتري عندما يشتري الحق باقل من قيمته يعلم مقدما انه معرض لعدم الحصول على الحق الذي يشتريه ، اي الحق المحال به . فاذا اطمأن مقدما الى انه اذ لم يحصل على الحق المحال به فإنه يستطيع الرجوع على المحيل والحصول على كل الحق المحال به منه ، فان ذلك يشبع 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 بثلاثمائة ، وعند رجوعه على المحال عليه لا يحصل منه الا على مائتين وخمسين ، فما هو المبلغ الذي يرجع به على المحيل ؟ هناك ثلاثة حلول متصورة ، وهي :

١ - 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 اكثر مما دفعه ، ولا يكون بذلك قد خالف المادة (٣٧٠) .

٣ - ان يقسم الحق المحال به قسمة تناصبية 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) ، أي ثلاثة اخمس الحق ، فإنه يرجع على المحيل ثلاثة اخمس الباقي . ولما كان قد قضى (٢٥٠) من أصل الحق المحال به فالباقي (٢٥٠) ، وثلاثة اخمس هذا المبلغ تساوي (١٥٠) ، فيرجع المحال له على المحيل بهذا المبلغ . وقد اقسم الفقهاء بين الرأيين الثاني والثالث . ونحن نؤثر الرأي الثاني ، لأنه لا يساعد المحال له على الحصول على أكثر مما دفعه إلى المحيل .

المبحث الثالث

العلاقة بين المحال عليه والمحيل

فترتستان

٦١٤ - يجب التمييز ، في العلاقة بين المحال له والمحال عليه ، بين فترتين : الفترة السابقة على تنفيذ الحوالة في حق المحال عليه ، وال فترة اللاحقة لها هذا التنفيذ .

١ - الفترة السابقة لتنفيذ الحوالة في حق المحال عليه

٦١٥ - يبقى المحيل ، قبل تنفيذ الحوالة في حق المحال عليه بالاعلان او القبول ، هو الدائن للمحال عليه . فيستطيع التصرف بالحق المحال به بجميع انواع التصرفات . فله ان يستوفيه منه ، وان يقضيه باحد اسباب اقضائه الالتزام . ويستطيع دائن المحيل الحجز على الحق المحال به . و اذا وفي المحال عليه الحق الى المحيل برئت ذمته . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣٧٢) بقولها : « تبرأ ذمه المحال عليه اذا لم يقبل الحوالة وفي الدين للمحيل قبل ان يعلن بها » .

استثناء : علم المحال عليه بالحوالة عند الوفاء

٦١٦ - 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 المحيل على الضرار 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 بتصور 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 بالمحيل وتنشأ علاقة جديدة تربطه بالمحال له ،
ويصبح المحال له هو الدائن للمحال عليه بدلاً من المحيل . فلا يعود في استطاعة
المحيل مطالبة المحال عليه بالدين ولا التصرف به ، كما لا يعود بأمكان المحال
عليه الوفاء للمحيل ، واذا وفاه لم تبرأ ذمته ويجب عليه الوفاء مرة ثانية
للمحال له . وتنتقل للمحال له جميع الحقوق التي كانت للمحيل والدفوع
التي كان بأمكان المحال عليه التمسك بها ضد المحيل ، ماعدا الدفوع الشخصية
البحث ، وذلك على النحو الذي سبق ان رأيناها في محله .

المبحث الرابع

العلاقة بين المحال له والغير

تحديد معنى السفير

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 للمحيل او قد حجزا على
مالدينه (المحيل) لدى شخص ثالث (المحال عليه) . وهناك طائفة اخرى من
الغيرهم دائنو المحيل اذا اعلن افلاسه او اعساره . وقد سبق ان رأينا انه لكي
تكون الحالة نافذة في حق الغير يجب ان تكون قد اعلنت للمحال عليه بالطريق
ال رسمي ، او ان يكون قد قبلها قبولاً ثابتاً التاريخ . والمشاكل التي تثيرها

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 دائن المحيل المفلس او المعر

٦١٩ - لا تشور صعوبية بالنسبة لتزاحم دائن المحيل المفلس او المعر مع المحال له . فإذا احال الدائين حقه ، وقبل ان تصبح الحوالة نافذة في حق الغير (بالاعلان او القبول) اعلن افلاسه او اعساره . في هذه الحالة يصبح دائن المحيل من الغير بالنسبة للمحال له ، وذلك من حين صدور الحكم بالافلاس (مع الفترة السابقة للحكم والتي تسمى بفترة الريبة) ومن وقت اقامة دعوى الاعسار . والقاعدة العامة 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 صعوبية كذلك بالنسبة لتزاحم المحال له مع محال له ثان . فمن المحال لهما ، الاول والثاني ، قام قبل الآخر باعلان الحوالة الى المحال عليه او حصل على قبوله لها قبولا ثابتا التاريخ يفضل على الآخر . وقد نصت على هذا الحكم المادة (٣٧٣) مدنی يقولها : « اذا تعددت الحوالة بحق فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حقه » . ويسكن 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 الدائين حقه وقبل ان تصبح الحوالة نافذة في حق الغير اوقع احد دائني المحيل حجزا على الحق المحال به ، فهل يستبدل الدائن الحاجز بالملبغ كله او يشاركه فيه المحال الذي لم يتم بما يلزم لجعل الحوالة نافذة في حق الغير ؟

تفصي 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 بثابة
حجز اخر » ٠ وبمقتضى هذا النص تعتبر الحوالة حجزا ، فيشترك الدائن
الحاجز مع المحال ويقتسم الحق قسما غرماء . فاذا كان حق الحاجز (٤٠٠)
والحوالة بـ (٦٠٠) وما للتحيل على المحال عليه (٨٠٠) ، فان الحاجز والمحال
له يقتسمان مبلغ الـ (٨٠٠) قسما غرماء ، فيأخذ الدائن الحاجز خصي المبلغ ،
اي (٣٢٠) ، ويأخذ المحال له ثلاثة اخماسه ، اي (٤٨٠) ٠

التزاحم بين دائن حاجر ومحال له ودائن حاجر 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 او قع احد دائني المحيل حجزا على الحق المحال به ،
ثم قام المحال له باجراءات العلانية (الاعلان او القبول) ، ثم اقع دائن اخر
حجزا على الحق المحال به . ما الحكم في هذه
الحالة ، هل يقسم الجميع (الحاجر الاول والمحال له والحاجر الثاني) الحق
قسما غرماء ، او يحجب المحال له الحاجز الثاني ؟ هناك عدة اراء ، ونحن
نستعرضها لنرى بعد ذلك الرأي الذي اخذ به القانون المدني العراقي . ولكن
قبل ان نستعرض هذه الاراء نذكر القاعدتين التاليتين :

- ١ - يعتبر الدائنوون الحاجزوون في درجة واحدة ، ولا يفضل بعضهم على
بعض حتى لو كان حجزه سابقا في التاريخ على حجز غيره .
- ٢ - اذا نفذت الحوالة في حق الغير (بالاعلان او القبول) فالمحال له
يستقل بالحق المحال به ولا يشاركه فيه من يأتي بعده من الدائنين الحاجزوين
او المحال لهم .

الرأي الاول - بطلان الحجز الثاني وتقسيم الحق بين الحاجر 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 باطلًا . وعليه فلا يستطيع الحاجز الثاني ان يشترك في قسمة الدين . ويترتب على ذلك ان الحق يقسم بين الحاجز الاول والمحال له قسمة غرماء ، كمارأينا في المادة (٣٧٤) . ويعرض على هذا الرأي انه يفضل الحاجز الاول على الحاجز الثاني ، وهذا يخالف القاعدة التي قررتها من ان الدائنين يعتبرون في درجة واحدة ولا يفضل احدهم على غيره ولو كان حجزه سابقًا في التاريخ على حجز غيره من الدائنين .

**الرأي الثاني - مشاركة الحاجز الثاني للحاجز الاول
وعند مشاركته للمحال له**

٦٢٤ — وذهب انصار هذا الرأي الى انه لما كان الدائنين الحاجزون يعتبرون في درجة واحدة فان الحاجز الثاني يشارك الحاجز الاول فيما يصبه 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 كاملا .

الرأي الثالث - اعتبار العوالة بثابة 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 بثابة حجز اخر» ، وبمقتضى هذا النص تعتبر الحوالة بثابة حجز . ولما كان قد قررنا ان الدائنين الحاجزين يعتبرون في درجة واحدة ، فالحق يقسم بين الحاجز الاول والمحال له والجائز الثاني قسمة غرماء . ويعرض على هذا الرأي انه يجعل الحاجز المتأخر يزاحم المحال له بعد اصبحت الحوالة نافذة ، وهذا لا يجوز وفقا للقواعد التي قررتها .

الرأي الرابع - تقسيم الحق بين الحاجز الاول والمحال له والجائز الثاني ثم تكميله قيمه الحوالة من حصة الحاجز الثاني

٦٢٦ — وبمقتضى هذا الرأي يقسم الحق المحال به بين الحاجز الاول والمحال له والجائز الثاني قسمة غرماء ، ثم يؤخذ من حصة الحاجز الثاني ما

يكمل به الحال له قيمة الحوالة . فإذا كان الحق الحال به (٣٠٠٠) وحق
 الحاجز الاول (١٥٠٠) وحق الحاجز الثاني (١٥٠٠) ، فإنه يقسم بين الجميع
 قسمة غرماء فيأخذ الحال له (١٥٠٠) ويأخذ كل من الحاجزين (٧٥٠) ،
 ثم يأخذ الحال له من حصة الحاجز الثاني ما يكمل به قيمة الحوالة . ولما
 كانت الحوالة بـ (٣٠٠٠) وال الحال له قد حصل على (١٥٠٠) فان ما يرجع به على
 الحاجز الثاني يستغرق حصة هذا الاخير كلها ، وعليه يحصل الحاجز الاول
 على (٧٥٠) وال الحال 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 اصبحت الحوالة نافذة في حق الغير فان الدين يقسم بين
 الحاجز المتقدم وال الحال له وال الحاجز المتأخر قسمة غرماء على ان يؤخذ من
 حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به الحال له قيمة الحوالة » . ويعيب هذا
 الرأي انه يجعل الحال له يستفيد من وجود الحاجز الثاني . فلو لم يكن
 هذا الحاجز موجوداً لقسم الحق بين الحاجز الاول وال الحال له قسمة غرماء ،
 ولا صاب الحاجز الاول (١٠٠٠) بدلاً من (٧٥٠) وال الحال له (٢٠٠٠) بدلاً من
 (٢٢٥٠) .

وهناك حلول فقهية اخرى نعرض عن ذكرها هنا اكتفاء بما تقدم .
 ومنها يجب ملاحظته ان كلام الحلول المتقدمة يضطر في النهاية الى التضحية
 باحد الاشخاص ، ولا يوجد من بينها حل يحقق العدالة المطلقة بين الجميع .
 ٦٢٧ - الى هنا تنتهي من الكلام عن حوالات الحق ، وبذلك تنتهي من
 الكلام عن انتقال الالتزام . وتنتقل الان الى الكلام عن اقضاء الالتزام ،
 وهو موضوع الباب الرابع من هذا الكتاب .

الباب الرابع

انفصال 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 إلى ثلاثة أقسام : الوفاء ، وما يعادل الوفاء ، وبدون وفاء ولا بما يعادل الوفاء . ونرى كلا من ذلك على حدة .

القسم الأول — الوفاء

٦٢٩ — بالوفاء ينقضي الالتزام بتنفيذه عيناً . فإذا كان محل الالتزام عملاً قام به المدين ، وإذا كان امتناعاً امتنع عنه ، وإذا كان تسلیم 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 عيناً ، بل بشيء آخر 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 أن يوفى به المدين ، ومن غير أن يحصل الدائن على ما يعادل الوفاء . ويشمل هذا القسم الطرق التالية : ١ — الابراء ، ٢ — استحالة التنفيذ بسبب اجنبي ، ٣ — التقادم 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 واللغاء ، وكذلك بعدم اجازته اذا كان موقعا . فإذا زال العقد زال باثر رجعى الى حين نشوئه . ويترتب على ذلك زوال الالتزامات التى انشأها ، فتعتبر كأن لم تكن منذ الابداء .

خطة البحث

٦٣٣ — تكلم القانون المدنى العراقى عن انقضاء الالتزام فى ثلاثة فصول، خصص الاول للوفاء ، والثانى لما يعادل الوفاء ، و الثالث لانقضاء الالتزام دون ان يوفى به . ونحن تتبعه في ذلك ، فنقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول على النحو التالى .

(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 لاقضاء 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 اقضائه • ولكن هناك امور في الوفاء لا يمكن معالجتها عند الكلام عن تنفيذ الالتزام ، كاطراف الوفاء ، ولم يكون الوفاء ، ومن يقوم بالوفاء ، الخ... وذلك بالرغم من اتحاد الوفاء والتنفيذ العيني في الجوهر •

التكييف القانوني للوفاء

٦٣٥ — الرأى السائد فقها وقضاء يذهب الى ان الوفاء عمل قانوني من جانبين • وبعبارة اخرى هو اتفاق بين الدائن والمدين ' فيجب ان توافر فيه الشروط العامة اللازم توافرها في كل اتفاق من تراض ومحل وسبب • واذا امتنع الدائن عن قبوله اجبر عليه عن طريق العرض والايذاع ، وعندها يصبح عملاً قانونياً من جانب واحد ، اي اراده منفردة هي اراده المدين وحده •

ونحن نرى ان الوفاء عمل قانوني من جانب واحد^(١) . ذلك انه لما كان بإمكان المدين ان يجبر الدائن على قبوله فان معنى ذلك ان قبول الدائن ليس بشرط لصحة الوفاء ونفاذة ، فيتم بارادة المدين وحده . فإذا قبل الدائن الوفاء ابتداء فان هذا القبول لا يغير شيئاً من طبيعة العمل الذي يقوم به المدين ، الا وهو الوفاء . فقد كان بإمكانه 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 لحله ، والثالث لزمانه ، والرابع لمكانه ونفقاته ، وذلك على النحو الذي سار عليه القانون المدني . اما اثبات الوفاء فمعالجه عند الكلام عن اثبات الالتزام ، وذلك في الباب الخامس والأخير من هذا الكتاب .

الفرع الاول

طرا فا الوفاء

الموفي والموفى له والغير

٦٣٧ — طرا فا الوفاء هما الموفي والموفى له . والاصل ان المدين هو الذي يقوم بالوفاء ، ولكن قد يقوم به شخص اخر . والاصل كذلك ان يكون الوفاء للدائن ، ولكن قد يكون الشخص اخر غيره . وعليه فاتنا نقسم هذا الفرع الى مبحثين ، نرى في الاول من يقوم بالوفاء ، وفي الثاني من يكون الوفاء .

(١) من هذا الرأي : دى باج ، ج ٢ ، ف ٣٩٦ .

المبحث الاول

من يقوم بالوفاء

(اللوفي SOLVENTS)

الوفاء البسيط والوفاء مع الحلول

٦٣٨ — الوفاء اما ان يقوم به المدين ، وهذه هي الحالة الفالبطة ، 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 التي 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 الاول

الوفاء البسيط

الوفاء من قبل المدين او نائبه او شخص ثالث

٦٣٩ — الاصل ان المدين ^١ 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 . ويتربى على ذلك انه يشترک لصحته وتفاذه ان تتوافر في الموفى الاهلية الازمة 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 بقيمة دائن المدين يخلاص مما تقدم انه يشترط لصحة الوفاء وتفاذه 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 بقيمة دائن المدين . ونرى كلام من هذه الشروط على حدة .

الشرط الاول ملكية الموفى لما يدفعه للدائن

٦٤١ - اذا لم يكن الموفى مالكا لما اوفى به كان الوفاء باطلًا يمكن الطعن فيه . وقد نصت على ذلك المادة (٣٧٦) مدنی بقولها : « يشترط لتفاذه وفاء الدين والبراءة منه ان يكون الدافع مالكا لما دفعه ، فإن 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 مديينا تبعيا .

واحده صاحبه او هلك واخذ بدله فللدائن الرجوع بدينه على غريميه » .
ويستطيع الطعن في هذا الوفاء كل من الدائن والموفي 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 يقيسها عليه المالك الاصلي .
وقد يستطيع الدائن ان يتملّك الشيء الموفى به بالتقادم او بقاعدة « الحيازة
في النقول سند الملكية » ولكن يأبى ذلك لأنّ ضيئره 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 يملّكه . قد يقال ان بامكان الدائن ان
يرد مطالبة الموفى بقاعدة : « من سعى في نقض ما تم من جهته فسعده مردود
عليه » او بقاعدة : « من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض » ، ولكن يرد
على ذلك بان المدين اذ يطالب افادهن برد ما استلمه اثنا يعرض عليه شيئاً
اخر ، وليس لدى الدائن سبب معقول يمنعه من قبول ذلك . اما اذا كان
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 يرفعها على الموفى او
على الدائن . ولكن هذه الدعوى قد تصطدم بالتقادم المانع من سماع
الدعوى او بقاعدة « الحيازة في النقول سند الملكية » .

رجوع الدائن على المدين

٦٤٥ - واما اقام المالك الدعوى على الدائن وثبت ملكيته للشيء
بالبينة واتزّعه منه كان للدائن الرجوع على الموفى . اما اذا اثبت المالك
ملكيته باقرار الدائن فلا رجوع لهذا الاخير على الموفى بشيء . ذلك ان

الاقرار حجة قاصرة ، يعكس البينة التي هي حجة متعددة . وكذلك الحكم اذا هلك الشيء واخذ المالك بدله ، فله (للدائن) الرجوع على المدين (م ٣٧٦) .

استهلاك الدائن للشيء الموفى به

٦٤٦ — اذا استهلاك الدائن الشيء الموفى به او اختلط بماله بصورة لا يسكن معها تمييزه منه وكان حسن النية فانه يعتبر مستوفيا لحقه ، ولا يكون له عندئذ ان يطالب المدين بالوفاء مرة اخرى . اما المالك الاصلى فلا يستطيع الرجوع عليه كذلك بالتعويض لان الشيء لم يعد له وجود ، ولا يستطيع الرجوع عليه كذلك بالتعويض 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 ونفاده 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 وفائه 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 مميزا او كبيرا معمتوها 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 وفائه 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 الدونون الى ان هناك « تناقضا واضحا بين

الشرط الثالث - عدم اضرار الوفاء ببقية الدائنين

٦٤٨ - ويشترط ثالثاً واخيراً لصحة الوفاء وقاده الا يؤدي الى الاضرار ببقية دائني المدين . وقد خصصت المادة (٣٧٨) من القانون المدني التضرر بحالة ما اذا كان المدين في مرض موته وادى الوفاء الى الاضرار ببقية الدائنين . فقد تنص هذه المادة على انه : « لا يصح للمدين ان يوفى دين احد غرمائه 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 المدني العراقي ، وبين القول ببراءة ذمة ناقص الاهلية بوفاء ما تعهد به . . الى ان يقول : اذا كان لابد لنا من اعمال المادة المتقدمة فاننا نقرر هنا انها تعتبر خروجاً على القواعد العامة اي انها نص استثنائي ، ولهذا وجب 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) . ولنا 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 شاراً او كسباً دون سبب . وفي هذه الحالة تنطبق القاعدة الواردة في المادة (٧٧) مدني 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 المدني 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 الذي يملك اجازة عقد ناقص الاهلية ليس هو ناقص الاهلية ، بل من ينوب عنه من ولی او وصی او قیم . ونحن نذهب الى ما يذهب اليه الاستاذ الكبير السنھوری (الوسیط ، ج ٣ ، ص ٦٤٦ ، هامش رقم ٣) من ان الذي يصح 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 الدائنوN ، وكان من حقوقهم ان يطعنوا في الوفاء .

٦٤٩ — ويمكن قياس الاعسار على مرض الموت . فالمدين المعرّى اذا وفي احد دائنيه فان هذا الوفاء يترب عليه الاضرار ببقية الدائنين ، فيستطيع هؤلاء الطعن فيه . وكل ذلك انسا هو تطبيق للقواعد العامة .

المطلب الثاني

الوفاء مع الحلول^(١)

Payement 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 ، (الالتزامات ٢) ، ف ١٥١٦ وما بعدها . بلانيول وريبير واسمان ، ج ٧٧ ف ١٢١٩ وما بعدها . بلانيول وريبير وولانجيه ، 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 ٥٥٠ 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 يامر 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 الاسلامي . والدعوى العينية هي الدعوى التي كانت للدائن ضد المدين . ومتنازع الدعوى العينية هذه على الدعوى الشخصية بان الدين اذا كان مضمونا بضمادات خاصة فان هذه الضمادات تنتقل لتضمن للموفي الحصول على ما وفاه عن المدين . وهذا النوع من الوفاء يسمى بـ « الوفاء مع الحلول » . ذلك ان الموفي يحل محل الدائن في الدين ، ويتنازع اليه هذا الاخير بصفاته وتأميناته ودفعه .

فائدة الوفاء مع الحلول .

٦٥١ — وللوفاء مع الحلول فوائد كثيرة في الحياة العملية ، فهو مفيد لكل من الموفي والدائن والمدين وغير ضار بأحد في الوقت نفسه . فهو مفيد للموفي لانه يساعدته على استغلال ماله بصورة مأمونة العواقب . وهو مفيد للدائن لانه يساعدته في الحصول على حقه في الوقت المناسب ويجنبه اللجوء الى اقامة الدعوى امام المحاكم . وهو مفيد للمدين ، اذ هو يتوقى به قيام دائنه بالتنفيذ ، فيستبدل به دائنا جديدا يمنحه اجلا للوفاء . والوفاء مع

(١) يقول الاستاذ الكبير السنهوري في هذا الصدد : « والرجوع بالدعوى الشخصية في التقين العراقي لا يكون الا بدعوى الائراء بلا سبب ، مالم يكن الموفي مأمورا من المدين بوفاء الدين فيرجع عليه بدعوى الوكالة ويكون نائبا عنه في وفاء الدين ... » (الوسيط ، ج ٣ ، ص ٦٥٩ ، هامش رقم ١) . وهذا القول لا يصح على اطلاقه ، بل يجب تقييده بالقيدين الوارددين في المتن ، وهما وجود مصلحة للدافع 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 دفعه 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 كهيل او دائن اخر للمدين ،
اذ لا يتغير بالنسبة لهؤلاء سوى اسم الدائن ٠

مصادر الحلول

٦٥٢ — وحلول الموف 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 الموف محل الدائن
بمقتضى اتفاق ٠ وهذا الاتفاق اما ان يتم مع الدائن او مع المدين ٠

خطة البحث

٦٥٣ — وستكون معالجتنا للوفاء مع الحلول برؤيه حالاته الثلاث اولا ،
وهي الحلول القانوني والحلول بالاتفاق مع الدائن والحلول بالاتفاق مع
المدين ، وحكمه ثانياً وتكيفه القانوني ثالثا واخيراً . فاذا اتيينا من ذلك
عقدنا مقارنة بينه وبين حواله الحق لوجود بعض الشبه بينهما ، ثم تساءلنا
عن موقف الفقه الاسلامي منه ٠ ويكون ذلك في سبعة مقاصد متتابعة ٠

المقصد الاول

الحلول القانوني

حالات اربع

٦٥٤ — هنالك 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 ووفى دائنا اخر مقدما عليه بماله من تأمين عيني ،
ولو لم يكن للداعف اي تأمين ٠

ج — اذا كان قد اشتري عقارا ودفع ثمنه تسديدا لاحد الدائنين اللذين خصص العقار لضمان حقوقهم .

د — اذا كان هناك نص يقرر للداعف 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 . والمدينون قد يكونون كلهم مدينين اصليين ، وقد يكون بعضهم مدينا اصليا وبعضهم مدينا تبعيا . وهذه هي الحالة الغالبة ، وهي اعم حالات الحلول القانوني . وعلة الحلول فيها واضحة ، لأن الموفى ملزم بالدين مع المدين او ملزم بوفائه عنه . فهو يعبر على الوفاء اذا امتنع عنه ، فمن حقه اذن ان يكون له الرجوع على المدين بدعوى الدائن .

٦٥٦ — والموفى في هذه الحالة اما ان يكون ملزما بالدين مع المدين او ملزما بوفائه عنه .

فهو يكون ملزما مع المدين اذا كان مدينا متضامنا او مدينا في دين غير قابل للانقسام . فكل من المدينين المتضامنين والمدينين في دين غير قابل للانقسام يعتبر ملزما بكل الدين . فاذا دفع احدهم ما زاد على حصته كان له الرجوع على بقية المدينين بدعوى الحلول ، فيستفيد من التأمينات التي تضمن الدين .

وهو يكون ملزما بوفاء الدين عن المدين اذا كان كفيا . والكفيل اما ان يكون كفيا شخصيا او كفيا عينا . والكفيل العيني هو الذي يقدم ماله ضمانا للوفاء بدين على شخص اخر^(١) . والكفيل ، شخصيا كان عينا ومتضامنا 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 المقاد (٧٢٦-٧٢٨) .

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 كفيلاً واحداً عينى والآخر شخصى ودفع احدهما الدين فانه يحل محل الدائن ويرجع على الآخر ، ويقسم عليهمما الدين في هذه الحالة باعتبار ان الكفيل الشخصى قد كفل الدين كله وان الكفيل العينى لم يكفله الا بمقدار قيمة العين التي قدمها ضماناً للوفاء باندين ، فيتحمل الكفيل العينى من الدين بنسبة قيمة العين الى كل الدين ويتحمل الكفيل الشخصى الباقي . فاذا كان الدين (٦٠٠) مثلاً وكان هناك كفيل شخصى وكفيل عينى ، وكانت قيمة العين التي قدمها هذا الاخير ضماناً للوفاء (٢٠٠) ، ووفي احد الكفليين الدين فانه يرجع على الآخر بنسبة (٦٠٠) الى (٢٠٠) . فتكون حصة الكفيل الشخصى (٤٥٠) وحصة الكفيل العينى (١٥٠) .

الحالة الثانية — الموفى دائم متاخر يوفى دائناً متقدماً عليه .

٦٥٧ — اذا كان هناك دائنان لمدين واحد ، احدهما متقدم على الآخر بماله من تأمين عيني (رهن او امتياز) واراد المتقدم ان يبيع الشيء الذي له التأمين عليه في وقت غير مناسب بحيث ان الشيء يباع بأقل من قيمته الحقيقية ، مما يترب عليه عدم كفاية الثمن للوفاء بالدينين معاً . في هذه الحالة يكون من مصلحة الدائن المتاخر 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 كاملاً . مثال ذلك ما اذا كان زيد على عمرو دين مقداره (١٠٠٠) دينار مضمون برهن على عقار يسلكه عمرو قيمته (٢٠٠٠) دينار ، ولبكر على عمرو دين مقداره (٨٠٠) دينار مضمون برهن بالدرجة الثانية على العقار نفسه ، او لم يكن مضموناً برهن مطلقاً ، واراد زيد ان يبيع العقار للحصول على حقه ولكن الوقت لم يكن مناسباً ، بحيث ان العقار لا يباع باكثر من (١٥٠٠) دينار . من

مصلحة بكر في هذه الحالة ان يدفع زيد حقه ويؤخر البيع الى الوقت المناسب حيث يباع العقار بقينته 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 .

شرطان

٦٥٨ — ويشرط لحلول الموقف محل الدائن الشرطان التاليان :

١ — ان يكون الموقف دائنا للمدين نفسه . فان لم يكن دائنا لم يحل محل الدائن حلولا قانونيا في ماله من تأمين . ولكن اذا لم يكن بامكان الموقف الحلول 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 الموقف له دائنا متقدما على الموقف بماله من تأمين عيني . فان لم يكن له اي تأمين ، او كان الموقف هو المتقدم في التأمين ، فلا تكون له عندئذ مصلحة تبرر الحلول لانه مساو له في الدرجة او متقدم عليه .

الحالة الثالثة — مشترى العقار المرهون

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) للدائن المرتهن ما دامت ملكية العقار قد انتقلت اليه .

ورب قائل يقول : كيف تتحقق لمشترى العقار المرهون مصلحة في الحلول محل الدائن المرتهن ، فيصبح مرتهنا 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 الموقف اذا كان ملتزما بالدين مع المدين او ملزما بوفائه عنه . ولما وضع القانون المدني الفرنسي سنة (١٨٠٤) وضفت فيه هذه القاعدة العامة ، ولكن واسعية استبقوا ، مع ذلك ، النص على الحالة التي نحن بصددها .

هذه المصلحة ففترض ان هناك عقارا مرهونا باعه صاحبه ، فالمشتري للعقار يستطيع ان يحرر العقار مما يقله من رهن ، ولا يحتاج عندئذ 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 الفعلني لم يبلغ اكتر من الشمن الذي التزم به . فاذا كان العقار مرهونا لدى اكتر 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 ثمنه في المزاد لن يصل الى اكتر من الشمن الذي دفعه المشتري الى الدائن المرتهن الاول وحل به محله . فاذا بيع العقار فهم سوف لا يحصلون على شيء بعد ان يستولي المشتري على الشمن الذي دفعه انى 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 الذى اشتراه .

٢ — اذا كان العقد الذى اشتري به المشتري العقار موقفا او قابلا للفسخ فان له (للمشتري) مصلحة في ان يجعل محل الدائن المرتهن ، اذ ان ذلك يتحقق له تأمينا عينا عند رجوعه بالشمن في حالة عدم اجازة البيع او فسخه او ابطاله .

الحالة الرابعة — وجود نص خاص يقرد للموفى الحلول محل الموف له

٦٦٠ — وهناك حالات خاصة يقضى فيها القانون بحل محل الموفى محل الموف له . من ذلك ما تقضى به المادة (١٠٠١) مدنى من انه : «يجعل المؤمن (الموجز - ج ٢ - ٢٢)

قانونا محل المستفيد بما يدفعه من تعويض عن العريق 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 العريق واحتراق المكان بخطأ شخص معين ، فالشركة تدفع للمؤمن له المبلغ المؤمن به وتحل محله قانونا ضد المسؤول عن العريق .

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 ويحل محله في ماله من ضمادات ودعوى 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 الضمادات والدعوى . وهذا الاعتقاد 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 ان يتطرق 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 اقحول 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 ثابتا في ورقه 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 العقار 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 يتواتأ المدين بعد ذلك مع الدائن الذي استوفى حقه ويجعله يصطعن اتفاقا مع اجنبي يذكر فيه ان هذا الاجنبي هو الذي دفع الدين للدائن وحل 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) مدنى للمدين ان يفترض

مala yowfi be al-din al-zhi 'alayh wi-jal al-maqras mahl al-dain fi al-fismat al-ayiniyah ti kana yimta 'bha 'asmanan li-lldin , wadhalik biqu'lha : « وللدين ايضا اذا اقرض مالا 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 اقرضه 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 ييدو طبيعيا ، بعكس الحلول بالاتفاق مع الدائن . فالذى يتصرف في حق الدائن ليس هو الدائن نفسه بل المدين ، وهو يتصرف بهذا الحق رغم اراده الدائن الذى هو صاحب الحق . ولكن الفوائد العملية التي يتحققها هذا النوع من الحلول هي التي تبرره . فهو فيه منفعة للمدين دائنا ، 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٪ / مثلا ، ووجد المدين شخصا 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 تسامحا واقل تعنتا في المطالبة من الدائن الاول . هذا بالنسبة للمنفعة 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 كاما ولا يخسر شيئا . واذا كان هناك دائرون اخرون لا حقوقن له في درجة التأمين فهم لا يضارون كذلك . فالدائن الاول كان سابقا عليهم في الدرجة وحل محله دائن جديد . فهم لم يتغير مرکزهم 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 يقتضي 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 ثابتا 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 اقضى. 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 انتقضى. فاذا كان هناك دائن اخر يأتي في مرتبة لاحقة في التأمين فإنه يتقدم ويصبح في المرتبة الاولى. ومن الممكن أن يتواطأ المدين مع الدائن الاول بعد الوفاء على احلال اجنبي محله، فيعمدان الى كتابة عقد بالقرض يذكر ان فيه ان هذا الاجنبي هو الذي اقرض المدين المال لوفاء الدين، ويقدمان تاريخ العقد فيكون سابقا على تاريخ الوفاء. وهكذا يحل الاجنبي (المقرض) في تأمين عيني كان قد انتقضى، ويتقدم بهذه الصورة على الدائن الذي كان في المرتبة الثانية بالنسبة للتأمين واصبح في المرتبة الاولى. فالشرط على ان يكون الاتفاق على الحلول ثابتا 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 قادر جدا في الحياة العملية • ذلك ان الدائن ليس له مصلحة في المعاشرة في الحلول • وهو يعرف مقدما ان معارضته في هذا الصدد غير مجده لان المدين يستطيع اللجوء الى العرض والاداع ، فيتم ذلك رغم ارادته •

موقف القوانين الجرمانية من هذه الشروط

٦٦٧ — ولا تشرط القوانين الجرمانية الشروط المتقدمة • فهي تجيز للمدين ان يوفي دائه ويستبقى عند الوفاء ضمانات هذا الدين قائمة يستطيع الاستفادة منها • فيعطيها لمقرض يفرضه المال بعد هذا الوفاء لقاء هذه الضمانات • ولا ضرر يصيب الدائنين اللاحقين في الضمان من ذلك ، فهم لم تتغير اوضاعهم وانا تعير عليهم اسم الدائن المتقدم فقط ، وقد كان متقدما عليهم على كل حال • 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 دفعات • ويكون هذا الحلول بالقدر الذي اداه من حل محل الدائن » • ويمكن تلخيص ذلك بالقاعدتين التاليتين :

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد يتضمن نصا على سبيل الخيرة في هذا المعنى ، ولكن لجنة المراجعة حذفته واثرت البقاء على التقاليد الالاتينية في الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع المدين (السننوري ، المرجع السابق ، ص ٦٨٥) .

- 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 كلام 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 تأثير . واذا كان الحق يتبع فوائد انتقل الى الموفي منتجا لفوائد 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 يضمه من تأمينات عينية كالرهن ، او شخصية كالكفالة . ولا يستطيع الكفيل ان يعترض على تغير الدائن ، لأن الذي يؤخذ بنظر الاعتبار عند الكفالة ائما هو شخص المدين لا شخص الدائن . ويعتبر في حكم التأمينات الشخصية التضامن وعدم قابلية الالتزام للاقسام . فاذا كان هناك مدينون متضامنون ، او كان هناك مدينون متعددون وكان الالتزام غير قابل للاقسام ، فالموفي يستطيع ، كما كان الدائن يستطيع ، ان يرجع على اي مدين متضامن ، او على اي مدين في الالتزام غير القابل للاقسام ، بكل الدين .

وينتقل مع الحق كذلك الدفع التي كان بامكان المدين ان يدفع بها مطالبة الدائن ، كالدفع بالمقاصة والبطلان واقتضاء الدين لسبب من الاسباب . ويجوز للمدين كذلك ان يدفع مطالبة الموفي بان الحق معلق

على شرط واقف لم يتحقق ، او على شرط فاسخ تحقق ، او بأنه مؤجل ولما
يحل الاجل .

اعتراض ورد

٦٧٠ — قد يعترض على القول بأن الدين يتنتقل الى الموفي بصفاته
وتأمانته ودفعه بأنه اذا كان سبب الدين قد تغير فان معنى ذلك ان الدين
السابق قد اقضى واقتضى معه صفاتة وتأمانته ودفعه ، فكيف تتنتقل هذه
الصفات والتأمانت والدفع الى الدين الجديد ، مع ان القاعدة الكلية
تقرر بأن « تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات » ؟ يمكن الرد على هذا
الاعتراض بأن هذه الامور تتنتقل بنص القانون . فالشرع هو الذي قرر
انتقالها لاعتبارات ترجع للعدالة وتسهيل المعاملات .

استثناء — عدم انتقال الدفع في الحلول بالاتفاق مع المدين

٦٧١ — ونلقت النظر هنا الى حقيقة غابت عن انظار الفقهاء ، وهي
تعلق بانتقال الدفع . فهم يقولون بأن الدفع التي كان بامكان المدين
التمسك بها تجاه الدائن يستطيع اتيسك بها قبل الموفي . وهذا القول غير
صحيح على اطلاقه . فالدفع لا تنتقل ضد الموفي الا في الحلول القانوني
والحلول بالاتفاق مع الدائن . اما في الحلول بالاتفاق مع المدين فليس لهذا
الاخير التمسك تجاه الموفي بالدفع التي كان بامكانه التمسك بها قبل الدائن ،
وذلك لأن مصدر الدين قد تغير . وبعد ان كان الدين ناشئاً عن يع
او ايجار او كسب دون سبب او عمل غير مشروع ، الخ . أصبح ناشئاً عن
عقد قرض . واذا كان للمدين دفع يمكنه التمسك بها قبل الموفي فهي
الدفع 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 قانونا او اتفقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا
الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمانت وما يرد

عليه من دفع ٠٠٠٠٠٠

القاعدة الثانية – لا يشترط في الحاول ان يكون كاملا (الحاول الجزئي)

٦٧٢ – الاصل في الوفاء ان يكون كاملا . ولكن ذلك ليس بالامر الضروري ، فهو قد يكون جزئيا . فقد يقتصر الموفي على الوفاء بجزء من الدين ، وقد يكون الوفاء كاملا ولكن الرجوع لا يكون بكل الدين . ويتحقق ذلك 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 دائنا بالنصف الآخر .

٢ – اذا كان الموفي مدينا متضاما ، او مدينا في دين غير قابل للانقسام ، او كفيلا متضاما ، ووفي الدين ، فلا يرجع في هذه الحالة على المدينين المتضامنين الآخرين ، ولا على المدينين في الدين غير القابل للانقسام ، ولا على الكفلا المتضامنين ، 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 اتنا لو اجزنا للموفي من الاشخاص المتقدم ذكرهم ان يرجع على اي من الآخرين بكل الدين ، بعد استنزال حصته طبعا ، فأن معنى ذلك ان يكون للموفي الرجوع على اي من الآخرين بكل الدين كذلك ، وهكذا يتكرر الرجوع بكل الدين ، بعد خصم حصة الموفي . فتجنبا لتكرر الرجوع بكل الدين قصر حق الموفي من هؤلاء على الرجوع على كل من الباقيين بحصته فقط ، على ان يتحمل الجميع بالطبع حصة المسر منهم .

رجوع الموفي على المدين بما اده 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 دائما عندما تكون الحالة بعوض .

تقديم الدائن في الرجوع على المدين في الوفاء الجزئي

٦٧٤ — اذا دفع الموفي جزء من الدين واستبقى الدائن لنفسه الجزء الباقى ، وعند الرجوع على المدين لم يكفل ما عنده للوفاء بكل الدين ، فالدائن يتقدم على الموفي في الحصول على حقه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . فاذا 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 . فاذا بيع العقار ولم يزد ثمنه على (٨٠٠) دينار ، فالدائن يتقدم على الموفي في استيفاء 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 يتفق 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 بماله 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 كفالات . فيتساوى الموفي بجزء من الدين والدائن في الرجوع على الكفيل ، لأنهما 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

فـ الرجوع على المدين ، الا ان ذلك لا ينطبق بالنسبة لموف ثان دفع للدائـن الجزء الآخر من الدين . فـ اذا كان مقدار الدين (١٠٠٠) دينار ودفع شخص للدائـن (٥٠٠) ، فالدائـن يتقدم ، في الاصل ، على الموفي في استيفاء الـ (٥٠٠) الأخرى . ولكن اذا دفع شخص آخر للدائـن الـ (٥٠٠) الأخرى فـ ان هذا الموفي الثاني لا يتقدم على الموفي الاول في الرجوع على المدين ، بل يتـساوـيـانـ فيـ الرـجـوعـ وـيـقـسـمـانـ اـموـالـ المـدـيـنـ قـسـمـةـ غـرـمـاءـ . وقد نصـتـ عـلـىـ ذـلـكـ الفـقـرـةـ الثـانـيـةـ مـنـ المـادـةـ (٣٨٢) مـدـنـيـ بـقـولـهـ : «ـ وـاـذـ حلـ شـخـصـ أـخـرـ مـحـلـ الدـائـنـ فـيـماـ بـقـيـ لهـ مـنـ حـقـ رـجـعـ مـنـ حلـ أـخـيرـاـ هـوـ وـمـنـ قـدـمـهـ فـيـ الـحـلـوـلـ كـلـ بـقـدـرـ ماـ هـوـ مـسـتـحـقـ لـهـ وـقـاسـاـ قـسـمـةـ الغـرـمـاءـ » .

المقصد الخامس

التكييف القانوني للحلول

صعوبة تكييف الحلول من الناحية النظرية

٦٧٧ — لما كان الوفاء طريقة من طرق اقـضـاءـ الحـقـ ، فالقول بـاتـقالـ الحقـ عنـ طـرـيقـ الـوـفـاءـ اـمـرـ يـصـبـ قـبـولـهـ مـنـ النـاـحـيـةـ النـظـرـيـةـ . فـ اذاـ كانـ المـوـفـيـ قدـ وـفـىـ الدـائـنـ حـقـهـ ، فـكـيـفـ يـمـكـنـ القـوـلـ بـعـدـ ذـلـكـ بـانـ هـذـاـ الحـقـ قدـ اـتـقـلـ الىـ المـوـفـيـ بـصـفـاتـهـ وـتـأـمـيـنـاتـهـ وـدـفـوـعـهـ !؟ـ المـنـطـقـ القـاـفـوـنيـ يـقـضـيـ بـانـ الـوـفـاءـ يـنـهـيـ الدـيـنـ نـهـائـيـاـ ، فـتـبـرـأـ مـنـ ذـمـةـ المـدـيـنـ وـتـبـرـأـ كـذـلـكـ مـنـ تـوـابـعـهـ وـتـأـمـيـنـاتـهـ وـدـفـوـعـهـ . فالـقـوـلـ بـاتـقالـ الحـقـ الـىـ المـوـفـيـ مـعـناـهـ اـقـضـاءـ الحـقـ وـبـقـاؤـهـ فـيـ آـنـ وـاحـدـ . وـهـذـاـ تـنـاقـضـ ذـلـكـ اـنـ الـبـقـاءـ وـالـاـقـضـاءـ تـهـيـضـانـ ، وـالـقـيـضـانـ اـمـرـانـ وـجـودـيـ وـعـدـمـيـ ، ايـ عـدـمـيـ لـذـلـكـ الـوـجـودـيـ . فالـبـقـاءـ وـجـودـ ، وـالـاـقـضـاءـ عـدـمـهـ . وـالـقـيـضـانـ لـاـ يـجـتـمـعـانـ وـلـاـ يـرـتـهـانـ ، فـلاـ يـمـكـنـ اـنـ يـكـونـ الشـيـءـ نـفـسـهـ فـيـ وـقـتـ وـاحـدـ مـوـجـودـاـ وـغـيـرـ مـوـجـودـ ، اوـ لـاـ هـوـ مـوـجـودـ وـلـاـ هـوـ غـيـرـ مـوـجـودـ .

ازـاءـ هـذـهـ الصـعـوبـاتـ وـضـعـ الـفـقـهـاءـ عـدـةـ نـظـرـيـاتـ . فـذـهـبـ بـعـضـهـمـ الـىـ القـوـلـ بـانـ الـحـقـ يـنـقـضـيـ وـلـكـنـ التـأـمـيـنـاتـ تـبـقـيـ . وـذـهـبـ اـخـرـونـ الـىـ بـقـاءـ الـحـقـ

على اساس من الافتراض القانوني . ويذهب الفقه الحديث الى القول بأن الوفاء مع الحلول عملية مركبة : فهو وفاء للحق من جانب الدائن ، وانتقاله من جانب المدين . وتقول فيما يلي كلمة موجزة عن كل من هذه النظريات الثلاث .

النظرية الاولى – انقضاء الحق وبقاء التأمينات

٦٧٨ – ذهب فريق من الفقهاء الى ان الحق قد انقضى بالوفاء ، ولكن التأمينات تبقى . والذي 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 اعترض على هذا الرأي بأنه اذا كان الحق ينقضي بالوفاء ، فالمنطق يقضي 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 ينقضي 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 والمنطقي لتبرير قاعدة قانونية موجودة .

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ف ٤٠٣ .

**النظرية الحديثة - الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة للدائنين 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 .

١ — فهو وفاء للحق بالنسبة للدائنين لانه يستوفي حقه من الموفي . وبذلك ينقضى الحق بالنسبة له .

٢ — وهو انتقال للحق بالنسبة للمدين . فالمدين لم يوف الحق بنفسه، بل وفاه عنه غيره ، فلا ينقضى بالنسبة له بل ينتقل الى الموفي ، لانه هو الذي وفي الحق ، على ان يحل محل الدائن فيه .

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 للدائنين وانتقاله بالنسبة للمدين ، اي حالة حق . وهذا ما دعى بعض الفقهاء المعاصرين^(١) الى القول بان الوفاء وحالة الحق الذين يتضمنهما الوفاء مع الحلول انسا هما وفاء وحالة حق من نوع خاص *Sui generis* . والحقيقة ان بين الوفاء مع الحلول وحالة الحق اوجه شبه كثيرة ، بحيث ان الفقهاء القدامى اعتبروا الوفاء مع الحلول طريقا من طرق حالة الحق . ففي كل النظمتين يحل دائن جديده محل دائن قديم ، وينتقل الحق الى الدائن الجديد بصفاته وتأميناته ودفعه .

(١) دی باج ، ج ٣ ف ٥٥٤ .

ولكن بين النظارتين ، بالرغم من اوجه الشبه بينهما ، فرقا جوهريا هو ان المحال 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 ، فإنه يعني تحقيق كسب من وراء الوفاء وفي هذه الحالة يقترب الوفاء مع الحلول كثيرا من حواله الحق . الا انه يبقى بينهما ، بالرغم من ذلك ، فرق مهم ، هو ان الكسب الذي يتحقق المحال له في حواله الحق يقوم في الفرق بين قيمة الحق الحقيقة 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 التفرق بين حواله الحق والوفاء مع الحلول — وهو ان المحال له مضارب دائما بينما الموفي ليس كذلك — فرق من حيث الرجوع : ما يرجع به الموفي على المدين في الوفاء مع الحلول وما يرجع به المحال له على المحال عليه في حواله الحق ، ورجوع الموفي على الدائن في الوفاء مع الحلول في حالة عدم وجود الحق به ورجوع المحال له على المحيل في حواله الحق في حالة عدم وجود الحق المحال به . وهناك فرق بين الوفاء مع الحلول في حالة عدم وجود الحق الموفي به ورجوع المحال له على حيث الدعوى التي يرجع بها كل من الموفي والمحال له . ونرى كلاما من ذلك على حدة .

اولا — الفرق من حيث شروط الانعقاد والنفاذ

٦٨٣ — سبق ان رأينا ان رضاء الدائن لا بد منه لانعقاد حواله الحق ، فهي تم بالاتفاق بينه وبين المحال له . اما الوفاء مع الحلول ، فيمكن ان يتم

برضاء الدائن وبغير رضائه . ويمكن أن يتم كذلك بدون رضا كل من الدائن والمدين ، وذلك في الحلول القانوني .

وبسبق أن رأينا كذلك أن حوالات الحق لا تتفق في حق الحال عليه (المدين) ، وفي حق الغير ، إلا باعلانه بها أو قبوله لها . أما الوفاء مع الحلول ، فيتفق في حق المدين وفي حق الغير ب مجرد اتفاق الدائن والموفي في الحلول بالاتفاق مع الدائن ، وبنص القانون في الحلول القانوني ، ولا حاجة إلى أي إجراء آخر . إلا أن الحقيقة تقتضي من الموفي في الحلول بالاتفاق مع الدائن أن يخطر المدين بأنه وفي الدين وبأن الدين قد انتقل إليه ، أئلا يقوم بالوفاء للدائن قبل علمه بالوفاء السابق ، فلا يعود في استطاعة الموفي عندئذ ، أي إذا وفي المدين الدين للدائن قبل عله بالوفاء ، إلا الرجوع على الدائن .

ثانياً - الفرق من حيث الرجوع

٦٨٤ - لما كان الحال له مضارياً يشتري الحق الحال به بقصد تحقيق كسب ، فهو يرجع على الحال عليه بقيمة الدين الاسمية ، ولو كان ما أداء أقل من هذه القيمة . أما الموفي في الوفاء مع الحلول ، فلما لم يكن عنده هذا القصد فهو لا يرجع على المدين إلا بما أداه فعلاً للدائن^(١) . ويترب على هذا الفرق في الغرض الذي يرمي إليه كل من الحال له في حوالات الحق والموفي في الوفاء مع الحلول فرق آخر يتعلق برجوع الحال له أو الموفي على المحيل أو الدائن في حالة عدم وجود لحق الحال به أو الحق الموفي . فالحال له يرجع على المحيل بالضمان ، فيطالبه بالفوائد عن المبلغ الذي دفعه إليه . أما الموفي فيرجع على الدائن بدعوى استرداد ما دفع دون حق . ويترب على ذلك أن الموفي لا يستطيع مطالبة الدائن بالفوائد إلا إذا كان سيء النية ،

(١) ويذهب القضاء إلى أنه لاجل التمييز بين الوفاء مع الحلول وبين حوالات الحق ، يجب الرجوع إلى غرض من تعامل مع الدائن . فان كان غرضه أداء خدمة للمدين بوفاء دينه فهذا هو الوفاء مع الحلول . وإن ظهر من ظروف الدعوى أنه لم يكن يرمي إلى هذا الغرض ، وجب اعتبار العقد حوالات حق (السنوري ، المرجع السابق ، ص ٧٠٥ ، هامش ، مع الأحكام المشار إليها هناك).

و عندئذ يرجع عليه بالتعويض عن الضرر الذي اصابه نتيجة عدم وجود الحق الموفى .

ثالثا - الفرق من حيث الدعوى التي يرجع بها كل من المحال له والموفى

٦٨٥ - سبق ان رأينا عند دراستنا لعلاقة المحال له بالمحيل في حواله الحق ان المحال له ليس له من دعوى ضد المحال عليه الا دعوى الحق المحال به الذي انتقل اليه . اما الموفى في الوفاء مع الحلول فاما مامه دعويان : دعوى الحلول ، والدعوى الشخصية التي تقوم على اساس من الوكالة او الكسب دون سبب . ولكل من هاتين الدعويين ميزان على الاخر . فاذا رجع الموفى بدعوى الحلول فانه يتسع بجميع ضمادات الحق الذي وفاه ، عينة كانت هذه الضمادات او شخصية . ويتنتقل اليه الحق كذلك بصفاته وتواضعه ودفعه . وقد سبق ان رأينا معنى ذلك .

ولكن اذا كان للدعوى الحلول هذه الميزة ، فان للدعوى الشخصية ميزات يجعل الرجوع بها في بعض الاحيان افضل للموفى من الرجوع بدعوى الحلول . فمن هذه الميزات :

١ - اذا كان الدين الذي وفاه الموفى غير منتج لقواعد فالرجوع بالدعوى الشخصية على اساس من الوكالة يمكنه من المطالبة بالقواعد القانونية من حين الدفع .

٢ - اذا كان التقادم قد بدأ يسري على الحق قبل الوفاء فأنه يستتر في اسرىان بعد الوفاء ، فاذا رجع الموفى بدعوى الحلول كان معرضًا لخطر اكمال التقادم . اما الدعوى الشخصية فالتقادم لا يبدأ بالسرىان عليها الا من حين الوفاء . لذلك من مصلحة الموفى ان يرجع بالدعوى الشخصية .

(الموجز ج ٢ - م ٢٣)

المقصد السابع

الوفاء مع الحلول في الفقه الإسلامي

٦٨٦ — بعد هذا العرض الموجز للوفاء مع الحلول في الفقه الغربي والقانون المدني العراقي توقف قليلاً لنرى موقف الفقه الإسلامي منه . سبق أن قلنا في مناسبات متعددة أن هذا الفقه له لغته الفقهية واصطلاحاته الخاصة به . فهو لا يعرف أغلب المصطلحات التي يستعملها الفقه الغربي ، ولكن ذلك لا يعني أنه يجهل الفكرة التي تعبّر عنها هذه المصطلحات . وقد كانت طریقتنا في تقریر ما اذا كان الفقه الإسلامي يعرف الافکار التي تعبّر عنها اصطلاحات الفقه الغربي تقوم في استعراض اقوال وعبارات من 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 يد انسان رهن في دين مؤجل ويحتاج الى دينه قبل الاجل فيبيعه بما يباع به ، ويحل المشتري للدين محل بائمه في حقوقه في الرهن . ويجري كتابه هذا التفرغ في ظهر وثيقة الدين^(١) . وهذه المسألة تقابل تماماً ما رأيناه في الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع الدائن . وكل ما هنالك من فرق بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي هو ان الفقه الإسلامي يسمى العملية «بيعاً» 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 المحصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية 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 والإيداع .

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 والإيداع .
- ونرى كلا من ذلك في مطلب مستقل .

المطلب الأول

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
لشخص 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 باهليّة الاداء .

ذلك ان استيفاء الحق عبارة عن تصرف فيه ، فيجب ان توافر في المستوفي اهلية استيفاء الحق ، وهذه هي اهلية الاداء ، فان لم يكن الدائن ممتلكاً 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 الزم 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 ، ويبيطل بالنسبة للباقي . فلو فرضنا ان مقدار الدين كان (١٠٠٠) دينار ، وبعد ان قبضه الدائن اشتري داراً بـ (٨٠٠) دينار وملابس بـ (٥٠) ديناراً ، وبذر الباقى . في هذه الحالة يصبح ان وفاء لحد (٨٥٠) ديناراً ويبيطل بالنسبة للمائة وخمسين ديناراً الباقية .

الوفاء لنائب الدائن

٦٩١ — سبق ان عرفاً 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 الاصيل فيها قاصرا او محجورا . وفيما يتعلق بالوفاء ، اذا كان الدائن قاصرا او محجورا لجنون او عته ذاته وليه في كل الاعمال والتصرات القانونية ، ومنها استيفاء ماله من حقوق في ذمة الغير ، فيجب على المدين الا يوفي الدين الى الدائن نفسه ، بل الى وليه .

٦٩٣ — والنيابة الاتفاقي هي الوكالة . فيستطيع الدائن اذ يوكل عنه شخصا اخر في قبض ماله من حقوق لدى الغير . ويعتبر الوفاء لاو كيل صحيحا مبرئا للدمة المدين . والوكالة نوعان : عامة وخاصة . فالوكالة العامة تتضمن اعمال الادارة بما فيها قبض الديون . والوكالة الخاصة هي التي تهم لاجراء عمل قانوني معين ، كبيع او ايجار . فالوكالة بالبيع لا تتضمن وكالة بقبض الثمن ، وكذلك الوكالة باليجار لا تتضمن وكالة بقبض الاجرة .

٦٩٤ — وقد يكون القضاء هو مصدر النية ، كما في الوصي المنصوب والقيم ووكيل التفليسه . فإذا لم يكن للقاصر ولد ولا وصي مختار نصب له القاضي وصيا . ويعين القاضي فيما للشخص الذي يصاب بجنون او عته ولم يكن له ولد طبيعي ، اي اب او جد ، وكذلك للشخص الذي يصاب بسفة او غفلة . فالوفاء بالحقوق التي اهؤلاء الاشخاص في ذمة الغير يجب القيام لهم بالذات ، بل للوصي او القيم الذي تعينه المحكمة .

واذا اعلن افلاس تاجر عينت المحكمة وكيل للتفليسه يكون له قبض الحقوق التي للمفلس على الغير واداء الديون التي عليه . ويسمى هذا الوكيل بـ «الستنديك» . فالستانديك يعتبر ذائبا عن المفلس في قبض حقوقه ويعتبر الوفاء له صحيحا مبرئا للدمة .

٦٩٥ — وقد نصت على الاحكام المتقدمة المادة (٣٨٣) مدنی بقولها :

١ — يصح دفع الدين للدائن او وكيله ان كان غير محجور ، فان كان محجورا فلا يصح دفع الدين اليه بل يدفع لمن له حق قبضه من ولد او وصي او قيم .

٢ - فأن دفع الدين الدين الى الدائن المحجور فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمة من الدين بل اذا هلك مادفعه او ضاع من المحجور فللوبي او الوصي او القيم مطالبه المدين بالدين » .

المطلب الثاني

الوفاء لشخص لا صفة له في استيفاء الدين

اصل واستثناءات

٦٩٦ - تضي الماد (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 » . ومعنى هذا النص اذا من تم له الوفاء اذا لم يكن الدائن ولا نائبه فالوفاء لا يكون صحيحا ولا تبرأ ذمة المدين من الدين . ولكن انتص استثنى من ذلك الحالتين التاليتين :

١ - اذا اقر الدائن هذا الوفاء .

٢ - اذا تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له في الظاهر لا حقيقة ، اي للدائن الظاهر .

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 .

ونرى كلاما من هذه الحالات على حدة .

(١) يلاحظ على النص رکالة التعبير . وخير منه : « اذا تم الوفاء لغير الدائن او نائبه ... » .

(٢) كلمة « 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 ... » .

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 يحلث ذلك اذا كان بين الدائن ومن دفع له المدين الدين علاقة قرابة او عمل ، كما اذا كان القابض ابن الدائن او قريبا له او مستخدما عنده او وكيلا انتهت وكالته او عزل عن الوكالة وكان ينبغي على المدين ان يعلم بذلك . في هذه الحالة يعتبر القابض فضوليا . فإذا اقر الدائن القبض اعتبر ذلك اجازة منه لعمل الفضولي ، والاجازة اللاحقة وكالة سابقة . فينقلب الفضولي وكيلا من حين القبض ، وذلك بفعل الاثر الرجعي للاقرار او الاجازة .

الحالة الثانية – الوفاء للدائن الظاهر

٦٩٨ –رأينا في مناسبات عديدة ان حرص المشرع على استقرار العاملات 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 الوضاع 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 اتركة 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 الموصي كان قد رجع عن وصيته ، فإنه يكون هو الدائن ظاهرا عند الوفاء^(١) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم لها صادر في ٢٣

حيازة الحق وحيازة السنن المثبت للحق

٦٩٩ - والذي يجعل من الشخص دائنا ظاهرا إنما هو حيازة الحق لا حيازة السنن المثبت لهذا الحق ، كما إذا عثر شخص على سنن بدينه وقدم به إلى المدين طالبا الوفاء باعتباره وكيلًا للدائنين ، أو على أساس أن الدائن قد حول له الحق . في مثل هذه الحالة لا تكفي حيازة السنن لجعل من الحائز دائنا ظاهرا . فيجب على المدين أن يتحقق من صحة ادعاء حامل السنن .

استثناء - السنن لحامله

٧٠٠ - ويستثنى مما تقدم السنن لحامله . ذلك أن هذا النوع من السنن قد وضع بحيث يكون في إمكان حامله ممارسة حقوق الدائن . فإذا عثر شخص على سنن لحامله فان في استطاعته مطالبة الموقع على السنن بالوفاء . فمجرد حمله للسنن يجعله يظهر بمظاهر المالك ، فيكون دائنا ظاهرا (١) .

شروط

٧٠١ - ويشترط لصحة الوفاء للدائنين الظاهرين الشرطان التاليان :

١ - أن يكون الموفى له حائزًا للحق ، ولا يكفي أن يكون حائزًا للسنن

حيزيرأن ١٩١٠ بأنه : « اذا دفعت الادارة تعويضا عن نزع الملكية الى حائز العقار باعتبار انه المالك ، ولم يكن في الحقيقة مالكا ، فقد اوفت بالدين الى الدائن الظاهر » . وقضت محكمة الاستئناف الاهلية في مصر في حكم لها صادر في ١١ ذار ١٩٢٨ بأنه : « اذا وزعت وزارة الاوقاف ربوع وقف معين على المستحقين كل بحسب الحصة التي قررها مفتفيها 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 ، السنن لحامليها ، 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 السنن 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 انا يوفي للدائن الحقيقي . فاذا كان المدين يعلم ان الدائن الظاهر ليس دائنا في الحقيقة ودفع له الدين فانه يكون سيء النية ولا يعتبر وفاؤه صحيحا ، فلا تبرأ ذمته من الدين ويسكن اجراره على الوفاء ثانية .

وحسن النية اما يتشرط في الموفي . فلا يتشرط في الموفي له ان يكون حسن النية هو ايضا . ذلك ان الغاية من اشتراط هذا الشرط ائما هي حماية المدين ، ويكتفى لتأمين هذه الحماية ان يكون هو نفسه حسن النية . ولا يهم بعد ذلك ان يكون الدائن الظاهر سيء النية ، فالدائن الحقيقي سوف يرجع عليه ، حسن النية كان او سينها .

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 ثلاثة 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 السنهوري (١) والمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري لهذه الحالة الامثلة التالية :

(١) المرجع السابق ، ف ٤٢٣ .

١ - اذا كان القابض فضوليا قبض الدين عن الدائن لاسداء خدمة عاجلة له ، ثم دفع له الدين بعد ذلك . فالوفاء يكون صحيحا في هذه الحالة لأن القاضي يعتبر نائبا عن الدائن .

٢ - اذا كان الموفى له قد ادى الدين فعلا للدائن ، فيكون الدائن قد قبض حقه كاملا ، ولا تعود له مصلحة في التمسك ببطل الوفاء ، فينقض الوفاء صحيحا ويرى ذمة الدين .

٣ - لو كان الموفى له دائنا للدائن وقبض الدين استيفاء لحقه في ذمة الدائن وكان هذا الحق واجب الوفاء فورا ومقديما على غيره من ديون الدائن ، او أدى الموفى له بما استوفاه دينا على الدائن توافر فيه هذه لشروط فهنا عادت منفعة على الدائن من الوفاء وذلك بسداد الدين في ذاته واجب السداد فورا ، فتبرأ ذمة الدين بقدر هذه المنفعة .

من الواضح ان الحالتين الاوليين عبارة عن حالة واحدة . فسواء اكان الموفى له فضولي ام غير فضولي ، فهو ما دام قد ادى الدين فيما بعد الى الدائن فالحكم واحد ، ولا يستطيع الدائن الرجوع على المدين لانه قد قبض حقه فعلا . فلم يبق الا الحالة الاخيرة ، وهي الوفاء لدائن الدائن . فهل تنطبق هذه الحالة في القانون المدني العراقي ، وهل يمكننا القول بأن المدين اذا دفع الدين لدائن دائه فان وفاء يكون صحيحا مبرئا لذمته ؟ يذهب الاستاذ السنوري وحسن علي الذنوبي الى ذلك . فيقول الاستاذ السنوري « بامكان تطبيق قواعد الاثراء بلا سبب في هذه الحالة ، وهي قواعد اقرها التقنين العراقي »^(١) . ويضرب الاستاذ الذنوبي على ذلك مثلين 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 دائه مدينا لشخص اخر بدين مساوله تنشأ عنه فائدة فيفي المدين لدائن دائه بما عليه ، فينقضي بهذا التزام دائه . ويضيف الاستاذ

(١) المرجع السابق ، ص ٧١٨ ، هامش رقم ٢ .

الذنوبي الى ذلك قوله ان « لا مصلحة للدائنين 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 ونم يعطيه حق الرجوع على المدين ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٢٣٩) منه بقولها : « اذا قضى احد دين غيره بلا امره سقط الدين عن المدين سواء قبل او لم يقبل ويعتبر الدافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا امره »^(٣)

الحالة الثالثة - الوفاء لدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين

٧٠٣ — اذا كان الدائن مديناً بدين مستحق الاداء فان دائرته يستطيع ان يحجز على ماله (المدينه الدائن) لدى مدينه ، ويسمى ذلك في اللغة القانونية بـ « حجز ما للدين لدى الغير » او « الحجز تحت يد المدين » . فإذا 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 لدائنه ، 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 للدين لدى الغير ، من مسائل قانون المرافعات ، فنكتفي في شأنه بهذا القدر .

معارضة الفر 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 لحامل هذه السندات والاوراق . 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 .

٢٨٨ ، ف ١٩٥٤) احكام الالتزام .

٢) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ١٠٣ .

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 الاهلاك 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 باتزامه ولكن 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 متباذا 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 . فمثلا هذه الاحوال للمدين مصلحة في الوفاء بما عليه من دين وتخلص ذمته ، اما لان الدين متباذا لفوائد ويريد التخلص منها ، او لان هناك رهنا او كفيلا 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 فيلقي به تبعه عدم الوفاء على عاتق الدائن . والقيام بهذا الاجراء يتم على مرحلتين هما العرض والإيداع . فالعرض هو تبليغ 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 بصحته برئت ذمة المدين

لأنه يعتبر بمثابة وفاء • فالعرض والإيداع يعتبران ، اذن ، بمثابة اعذار للدين 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 الانذار • 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 يتضح العرض والإيداع النتائج التي ينص عليها القانون ، هناك اجراءات يجب على المدين القيام بها • وهذه الاجراءات تمر بثلاث مراحل . فهي تبدأ بـأنذار يوجهه المدين للدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الانذار . فإذا لم يجد الانذار في حل الدائن على استيفاء حقه انتقل المدين الى المرحلة الثانية وهي مرحلة العرض الحقيقي ، ويتم بإيداع الشيء في مكان معين • والمرحلة الثالثة والأخيرة هي حصول المدين على قبول الدائن للإيداع ، او على حكم بصفته • ونرى كلام من هذه المراحل على حدة •

المرحلة الاولى — انذار الدائن

٧٠٧ — يبدأ المدين ، اذا رفض قبول الوفاء المعروض عليه ، بـانذار يوجهه للدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الانذار . ويتم الانذار بواسطة الكاتب العدل . ويشترط لصحة الانذار ان يكون المدين قد عرض على الدائن الوفاء الكامل . فيجب ان يعرض عليه الدين كله . مع فوائده وملحقاته ، وان يعرضه في وقت حلوله وفي مكان الوفاء . ولما كان العرض والإيداع بمثابة وفاء ، فيجب ان تتوافر في المدين اهلية الوفاء وفي الدائن

(١) الاصح : « جاز » بصيغة الماضي .

اهلية الاستيفاء . وتطبق عندئذ القواعد العامة التي رأيناها عند الكلام عن الوفاء . فاذا قبل الدائن الوفاء المعروض عليه ، او اذعن للانذار الموجه اليه ، سلمه المدين اياه واتمّي كل شيء . واذا اصر على الرفض اتقل المدين الى المرحلة الثانية ، وهي مرحلة الايداع .

الآثار التي تترتب على الانذار

٧٠٨ — ويلاحظ ان الانذار الذي يوجه المدين الى الدائن بوجوب استيفاء حقه لا يعتبر بمثابة اعذار ، فلا تترتب عليه اثار هذا الاخير . فلا تستقبل تبعة الملاك الى الدائن ، ولا يقف سريان الفوائد ، ولا يستطيع المدين مطالبه الدائن بالتعويض عن انضرر الذي يصيّه 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 بإمكان المدين اللجوء الى ايداع الشيء على ذمة الدائن . ويختلف الايداع بأختلاف الاشياء . فاذا كان الشيء تقدماً قام المدين بايادعها لدى الكاتب العدل . ولم ينص القانون المدني على الجهة التي يودع فيها الشيء اذا كان منقولاً معيناً بالذات . وقد ذهبت محكمة تميز العراق في حكم لها صادر سنة ١٩٤٤^(١) فيما يتعلق بتنفيذ الاحكام القضائية الى ان دائرة التنفيذ (الاجراء سابقاً) يمكنها استلام الاعيان وتسلیمها 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 طالباً منها تنفيذه على المدين . اما في غير ذلك من الحالات فلا نرى امكان اللجوء

(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 نديه مثل هذه الاشياء ، كما هو جار في البلاد الأخرى •

وإذا كان الشيء المراد تسليمه عقارا ، او شيئا معدا للبقاء حيث وجد كمضة ، فان بإمكان المدين ان يطلب من المحكمة وضعه تحت يدل على عدل • ويقوم تسليم الشيء الى العدل مقام الایداع •

وإذا كان الشيء معرض 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 فبالمزاد العلني • ويقوم ايداع الثمن 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) مدني 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 فإنه يجوز (١) للمدين بعد استئذان المحكمة او دون استئذان عند الضرورة ان بيعه بسعره في الاسواق ، فان تعذر ذلك فبالمزاد العلني • ويقوم ايداع الثمن 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 : « فإنه يجوز » •

واهم النتائج التي ترتب على الاعذار تتيجتان : انتقال تبة الملاك من المدين الى الدائن ، وانقطاع سريان الفوائد .
ففي الحالات تكون تبة هلاك الشيء فيها على المدين تنتقل هذه انتبة بالاعذار الى الدائن . فهلاك المبيع قبل التسليم يتحمله البائع . ولكن هذا الاخير اذا عرض على المشتري الشيء المبيع مستوفيا للاوصاف المتفق عليها ورفض المشتري تسلمه وقام البائع بايادعه 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 اعدار المشتري لتسليم المبيع » .

ويترتب على الاعذار ايضا ، اي على الايداع ، توقف سريان الفوائد . فإذا كان الدين متوجا لفوائد فان سريان هذه الفوائد يقف من حين قيام المدين بايادع المبلغ المدين به .

نفقات الايداع

٧١١ - والذى يتحمل نفقات الايداع انسا هو الدائن لا المدين . فإذا كان الشيء يتطلب تفقات لنقله الى محل الايداع ، او اجرؤا لحفظه في المحل الذي يوجد فيه ، كانت هذه النفقات على الدائن .

المرحلة الثالثة - قبول الدائن للإيداع او صدور حكم بصحته

٧١٢ - لا يعتبر الايداع بثابة وفاء ، ولا ترتب عليه النتائج المتقدمة ، بمجرد قيام المدين به . فإذا اراد المدين قطع كل نزاع بهذا الشأن فعليه ان يحصل على قبول الدائن له . واذا رفض الدائن اعطاء قبوله فاما المدين اللجوء الى القضاء للحصول على حكم بصحته (صحة الايداع) . فإذا لم يقبل الدائن الايداع ولم يحصل المدين على حكم بصحته فالقانون المدنی العراقي لا يأخذ بنظر الاعتبار ، ولا يعتبره بثابة وفاء . وهذا ما يستتبع من المفهوم المخالف للفقرة الاولى من المادة (٣٨٦) التي نصت على ان : « يقوم الايداع مقام الوفاء اذا قبله الدائن او صدر حكم بصحته » .

فإذا قبل الدائن الوفاء، أو حصل المدين على حكم بصحته، اعتبر صحيحًا
وكان مقام الوفاء من حين الإيداع لا من حين القبول أو صدور الحكم،
وتترتب عليه النتائج التي رأيناها فيما تقدم، من توقيف سريان الفوائد
وتحمل الدائن لتبعة الهملاك ونفقات الإيداع. وهذا ما نصت عليه المادة
(٣٨٦) مدني يقولها: «١ - يقوم الإيداع مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو
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، أن يرجح في
العرض الذي تقدم به إلى الدائن وأن يسترد الشيء الذي أودعه. ويختلف
حكم هذا الرجوع في حالة حصوله قبل قبول الدائن له أو صدور حكم
بحصته عنه بعد ذلك. ونرى كلاماً من ذلك على حدة.

- ١ - رجوع المدين قبل قبول الدائن للإيداع أو صدور حكم بصحته.
- ٧١٤ - سبق أن رأينا أن القانون المدني العراقي لم يعتبر الإيداع بمثابة
وفاء إلا إذا قبله الدائن أو صدر حكم بصحته. فقبل قبول الدائن أو صدور
الحكم لا تبرأ ذمة المدين، ويبيق الشيء الذي أودعه على ملكه، فيستطيع
الرجوع في عرضه واسترداد ما أودعه. فإذا كان معه مدينون آخرون فأن
ذمهم لا تبرأ ويظلون ملزمين بالدين معه. وكذلك الأمر إذا كان هناك
كلاه. فهؤلاء لا تبرأ ذمهم تجاه الدائن ويستطيع هذا الرجوع عليهم
بالدين إذا لم يقم المدين بالوفاء. وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الأولى
من المادة (٣٨٩) مدني يقولها: «إذا عرض المدين الدين واتبع
العرض بإيداع أو بإجراء مسائل جاز له أن يرجع في هذا العرض ما دام الدائن

لم يقبله ، او ما دام لم يصدر حكم نهائي بصحته . و اذا رجع فلا تبرأ ذمة^(١) شركائه في الدين ولا ذمة^(٢) الضامنين » .

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 ينقضي وتبرأ ذمة المدين . فإذا اراد هذا الرجوع في عرضه فلا بد من موافقة الدائن . فإذا وافق الدائن انشغلت ذمة المدين من جديد . وفي هذه الحالة تسقط التأمينات التي كانت تضمن الدين ، وتبرأ ذمم المدينين الآخرين إذا كان هناك أكثر من مدين ، وتبرأ كذلك ذمم الكفالة . وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٣٨٩) المتقدمة بقولها : « فإذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن او بعد أن حكم بصحته وقبل الدائن منه هذا الرجوع لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرأ ذمة الشركاء من الدين وذمة الضامنين » .

الفرع الثاني

محل الوفاء

OBJET DU PAIEMENT

مسائل مختلفة

٧١٦ - الاصل ان على المدين ان يوفي بالشيء المستحق ذاته ، فلا يجبر الدائن على قبول شيء اخر ولو كان اعلى قيمة من الشيء المستحق ، كما لا يجبر المدين على اعطاء شيء اخر ولو كان اقل قيمة من الشيء الواجب

(١) و(٢) الصحيح « ذمم » بالجمع .

الاداء . ولكن هذا الاصل يتحمل استثناء في حالة ما اذا كان الشيء
الواجب الاداء مبلغا من القوود . والاصل كذلك ان على المدين ان يوفى
بالي شيء المستحق كله ، فلا يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي . ولكن هذا
الاصل يتحمل بعض الاستثناءات ايضا . وقد تعدد الديون التي في ذمة
المدين وفيه 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
تطلب البحث ، وهي :

- ١ - الوفاء بالي شيء المستحق ذاته .
 - ٢ - الوفاء بالي شيء المستحق كله .
 - ٣ - تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون .
- ونرى كلاما 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 التحبيري 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 التحبيري والوفاء بمقابل . ولكننا اذا تعمقنا في النظر لم نجد هناك
المتعاقدين » ، لا استثناء لها .

بجنسه ، اي دينا . والدين اما ان يكون شيئاً مثلياً او مبلغاً من النقود . ونرى كلاماً من ذلك على حدة (١) .

اولاً - الشيء المستحق عين (Corps certain)

٧١٨ — اذا كان الشيء المستحق علينا ، اي شيئاً معيناً 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 قيمته تزيد على قيمة الشيء الواجب . وقد نصت على هذا المبدأ الفقرة الاولى من المادة (٣٩٠) مدنی بقولها : «اذا كان الدين مما يتquin بالتعيين فليس للمدين ان يدفع غيره بدلًا منه بدون رضاء الدائن حتى لو كان هذا البدل مساوياً في القيمة للشيء المستحق او كانت له قيمة اعلى» .

[Risque] تبعية الهالك

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 . فاذا كانت يده يد امانة ، كالمستأجر والمستعير والوديع ، الخ . فانه لا يتحمل تبعية هلاك الشيء اذا كان الهالك بسبب اجنبي لا يد له فيه . واذا كانت يده يد ضمان ، كالغاصب والسارق ، فهو ضامن ولو كان الهالك بسبب اجنبي . ويلاحظ ان يد المدين تحول من يد امانة الى يد ضمان اذا اعذرته الدائن بالتسليم ولم يسلم .

[Chose de genre] ثانياً - الشيء المستحق شيء مثلي

٧٢٠ — واذا كان الشيء المستحق شيئاً مثلياً ، كالحنطة والشعير ، فعلى المدين ان يسلم الكمية من الجودة المتفق عليها . فان لم يكن هناك اتفاق

(١) اما اذا كان الشيء عملاً او امتناعاً 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 ملن من الحنطة مثلاً ولم يعين نوع الحنطة 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 المقدمة . ولكن الفقرة الثانية من المادة (٣٩٠) نصت على أن الدين إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعین بالعقد ، فللدين دفع مثله وإن لم يرض الدائن . ومعنى ذلك أن العقد إذا ورد على هذه الكمية من الحنطة ، أي أن الكمية كانت موجودة ومشاراً إليها عند العقد ، فالدين يستطيع أن يسلم الدين كمية أخرى مثل الكمية الأولى ولو لم يرض الدين (١) .

ثالثاً — الشيء المستحق مبلغ من النقود

٧٢٢— وإذا كان الشيء المستحق مبلغاً من النقود وجب على المدين الوفاء بالبلوغ 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 فيها ، 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 المشرع من التعيين بالعقد هو ذكر المحل ووصفه ومقداره فقط فلا يكون عندهنا شيء يدفع الدين مثله . فكل ما هناك عبارة عن شيء مذكور بوصفه ومقداره ، ولا يتعين هذا الشيء إلا بالتعيين . وعنده لا يمكن أعمال الكلمة «مثله» الواردة في النص . أما إذا اعتبرنا قصد المشرع من التعيين بالعقد هو تعين الشيء بذاته ، وذلك بالإشارة إليه عند العقد ، وأجزنا للمدين أن يدفع مثله ولو لم يرض الدين . فعندئذ يمكننا اعمال النص . واعمال النص أولى من اهماله . »

وإذا كانت العملة المتفق عليها أجنبية ، كالباون والدولار ، وتعدر الحصول عليها في العراق جاز الوفاء بالدينار العراقي مقوما بسعر الصرف في يوم الوفاء . وإذا وفي المدين بشيك على أحد المصارف فان ذمته لا تبرأ بمجرد تسليمه الشيك للدائن ، بل بقبض الدائن قيمة الشيك فعلا من المصرف .

٧٢٣ — ولا يثير الوفاء بمبلغ من النقود صعوبة اذا لم يكن للعملة الورقية سعر قانوني (Cours légal) . فالدائن يستطيع ان يرفض قبول العملة الورقية وان يطلب الوفاء بالذهب . وإذا تحدد للعملة الورقية سعر قانوني اصبح الدائن ملزما بقبولها ، والا تعرض للمسؤولية الجنائية . ولكن الوفاء بالعملة الورقية في هذه الحالة لا اهمية له لأن الدائن يستطيع استبدال الذهب بالعملة الورقية لدى مصرف الاصدار . ولا تظهر اهمية الوفاء بالعملة الورقية الا اذا فرض المشرع السعر الالزامي (Cours forcé) للعملة الورقية . ففي هذه الحالة يكون الدائن ملزما بقبول العملة الورقية ولا يستطيع استبدال الذهب بها ، فيتعرض لتقلبات قيمتها بالنسبة للذهب ، وقد تهبط هذه القيمة عند التضخم هبوطا كبيرا وتضعف قوتها الشرائية ، فيتعرض الدائن لخسارة كبيرة .

شرط النهب (Clause Or)

٧٢٤ — ولتجنب النتائج التي قد تترتب على انخفاض قيمة العملة الورقية جرت العادة على ان يتلقى المتعاقدان على الوفاء بالذهب ، 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 مخالفته 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 ببطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء .

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 والبيوع والتأديات وقوائم الحساب والاوراق والسنادات والضمانات المتعلقة بالنقود والمعاملات على اختلاف انواعها والمعاطاة وجميع الاشياء المختصة بالنقود او المترتب عليها دفع تقدود او تبعة دفعها تعتبر كأنها اجريت او نفقت او عقدت او استحصلت في العراق وفقا للوحدة المتحدة اساسا في هذا القانون ما لم يكن قد نص على خلاف ذلك باهراق خاص» . والظاهر من العبارة الاخيرة من هذه المادة جواز شرط الذهب او شرط القيمة بالذهب .

المبحث الثاني

الوفاء بالشيء المستحق كله

الاصل : عدم جواز تجزئة الوفاء

٧٢٦ — اذا حل اجل الوفاء وجب على المدين ان يدفع للدائن الشيء المستحق كله ولا يجر الدائن على استيفاء جزء من الدين . كما ان المدين لا يجر على وفاء جزء من الدين واستبقاء الجزء الاخر في ذمته حتى لو كان الدين قابلا للتجزئة كمبلغ من النقود او شيء مثلي . وقد نصت على ذلك المادة

(١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ٣٢٦ .

(٣٩٢) مدنی بقولها : « اذا كان الدين حالا فليس للمدين ان يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض^(١) ولو كان قابلا للتبغیض » . وليس في هذا التطبيق للبدأ الذي رأيناه في البحث اساق 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 المقاومة اذا توافرت شروطها ، فالدينان المتقابلان يسقطان بقدر الاقل منهما . فالدائن بالدين الاعظم 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 كفالة غير متضامنين فالدين ينقسم عليهم جميعا ، ولا يرجع الدائن على كل منهم الا بقدر نصيه 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 دائنه 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 التحويين 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 (السنوري ، 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 . ويفي بما لا يكفي لسدادها جميعا ، وقد يكون مدينا بدين واحد تتبعه مصروفات وفوائد ويؤدي للدائن ما لا يفي بالدين مع هذه الملحقات ، فمن اي من هذه الديون يخصم ما اداه المدين ؟ تسمى هذه المسألة بـ « احتساب الخصم » *imputation des paiements* اهمية بالغة لاختلاف الديون في قوتها ، ولا نبعضها قد يكون متوجا لفوائد وبعضاها الاخر 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 كلاما من ذلك على حدة .

اولا — تعدد الديون

٧٢٩ — تضيي الفقرة الاولى من المادة (٣٩٣) مدنی بأنه : « اذا دفع المدين احد دينين واجبين في ذمتة 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 متبادرتين 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 فاننا لا تكون امام استثناء بل بما عدم تجزئة الوفاء بل امام تطبيق له . فالاستثناء الحقيقي انما هو الذي يجبر 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^(١) . 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^(٢) .

ثانيا - دين واحد تتبعه ملحقات

٣٣٠ - واذا لم يكن على المدين الا دين واحد ، ولكن معه مصروفات وفوائد، وكان ما اداه للدائن لا يكفي للوفاء بالدين مع المصروفات والفوائد، ولم يتفق مع الدائن على الجهة التي يحصل الخصم منها ، فالخصم يكون من

(١) وقد خالف القانون المدني العراقي 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 للدائن 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 ». ويلذهب الاستاذ الكبير السنوري الى ان حكم القانون العراقي يتفق في مجموعه مع التقنين المصري (المراجع 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 يعين 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 للمدين في حالة اختلاف الطرقين في تعين جهة الدفع .

المصروفات اولا ، ثم من القوائد ، 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 القوائد ثم من اصل الدين . كل هذا ما لم يتنق على غيره » .

الفروع الثالث

زمان الوفاء

الاصل : وجوب الوفاء فورا

٧٣١ — الاصل ان على المدين ، اذا لم يكن الوفاء مؤجلا او كان مؤجلا وحل الاجل ، ان يبادر الى الوفاء بالتزامه . فاذا اشترى 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 . واما 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 : « فاذا لم يكن الدين مؤجلا او حل اجله ، وجب دفعه فورا » .

استثناء : اتفاق المتعاقدين او حكم القضاء

٧٣٢ — ولكن الاصل المتقدم ليس مطلقا . فقد يتطرق المتعاقدان على تأجيل الوفاء بعد وجوبه ، وقد يقضى القضاء بتأجيله .

فالمتعاقدان يستطيعان تأجيل الوفاء او تقييد 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 رأيناها (ف ٢٦٠ وما بعدها) .

وقد يقضي القاضي عند الضرورة بتحديد وقت اخر للوفاء غير وقت حلول الدين ، وذلك اذا لم يسعه نص في القانون ولم يلحق الدائن ضرر جسيم . وهذه هي نظرة الميسرة التي سبق ان رأيناها (ف ٣٢٦ وما بعدها) . وقد نصت على ذلك العبارة الثانية من الفقرة الثانية من المادة (٣٩٤) من القانون المدني بقولها : « . . . ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يسعها نص في القانون ان تنظر المدين الى اجل مناسب اذا استدعت حاته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم » .

الوفاء قبل حلول الاجل

٧٣٣ — واذا كان الاجل قد تهر لصالحة المدين فان في استطاعته الوفاء قبل حلول الاجل ، وليس للدائن ان يفترض على ذلك . فإذا اشتري 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 لصالحته ، ويجر الدائن على القبول» .

استحقاق المبوض

٧٣٤ — وتشير 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 وسلماها قبل حلول اجل التسليم ، ثم اقام شخص ثالث اللذعوى 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) مدني بقولها : « فاذا قضى المدين الدين قبل حلول الاجل ثم استحق المقبوض عاد الدين مؤجلا كما كان » .

الفرع الرابع مكان الوفاء ونفقاته

LIEU ET FRAIS DU PAIEMENT

٧٣٥ — اذا اتفق المتعاقدان على تعيين المكان الذي يتم فيه الوفاء وجب اتباع اتفاقهما ، ولا يجوز لاي منهما ان يطلب الوفاء في غير المكان المتفق عليه . فاذا لم يتتفقا على ذلك فهل يجب على المدين ان يحمل الدين الى الدائن ، او يجب على الدائن ان يسعى الى محل المدين ليطالبه بالدين ؟ هناك قاعدة قضي باان 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 الملزם بتسليميه حمل ومؤونة ، ٢ — الا يكون للشيء حمل ومؤونة . ونرى كلاما من ذلك على حدة .

الحالة الاولى — الشيء له حمل ومؤونة .

٧٣٦ — المقصود بالشيء الذي له حمل ومؤونة هو الشيء الذي لا يمكن نقله بسهولة ويسر ، كالاشياء المثلية كالحنطة والشعير والاقمشة . ومما يجب ملاحظته ان هذه الاشياء انما تعتبر كذلك اذا تعينت في العقد ، باان كانت موجودة ومتشارا اليها عند العقد ، كما لو باع هذه الكمية من الحنطة او

الاقدمية او الاخشاب ، او كانت معروفة من الطرف الآخر ، كما لو باعه الكمية من الحنطة الموجودة في مخزنه وكان المشتري قد رأها . فإذا لم تكن مشارا إليها في العقد ولم يكن الطرف الآخر قد رأها ، فلا تدخل عندئذ في عداد 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) مدنی يقولها : « اذا كان الشيء الملزوم به مما له حمل ومؤونة^(١) كالمكبات والموازنات والعروض ونحوها وكان العقد مطلقا ثم يعين فيه مكان التسليم يسلم الشيء في المكان الذي كان موجودا فيه وقت العقد » .

الحالة الثانية – الشيء ليس له حمل ومؤونه

٧٣٧ – واذا لم يكن للشيء الملزوم تسليمه حمل ومؤونة فالوفاء يكون في موطن المدين او في مركز اعماله اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الاعمال . ويقصد بالشيء الذي ليس له حمل ومؤونه الأشياء التي يمكن نقلها بسهولة ويسر ، كحصان او سيارة ، وكذلك المثلثيات اذا لم تكن معينة ومشارا إليها في العقد ، كما اذا باعه مائة طن من الحنطة او كذا مترا من القماش ، الخ . . . ولم تكن هذه الأشياء معينة ومشاررا إليها في العقد ، ولا معيناً مكانها . وبعبارة أخرى اذا كانت دينا ، اي وصفا في الذمة . ويدخل في عداد هذه الأشياء التقادم . والحكم بالنسبة لهذه الأشياء ان يكون تسليمها في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين . وبذلك تطبق القاعدة القائلة ان الدين مطلوب او مسعي اليه ، لا محظوظ 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 اعمانه اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الاعمال ما لم يتفق على غير ذلك » .

ارسال الدين مع رسل المدين او دفعه الى رسول الدين

٧٣٨ — تفضي المادة (٣٩٧) مدنی 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 الدين فدفعه اليه وهلك في يده فهلاكه من مال الدائن ويرأ المدين من الدين » . وهذه المادة ليست الا تطبيقا للقواعد العامة ، وكان من الافضل عدم ايرادها على هذا النحو والنص بدلا منها على ان يد رسول المدين حكمها حكم يد المدين ويد رسول الدائن حكمها حكم يد الدائن . ذلك ان يد المدين اما ان تكون يد ملك او يد ضمان او يد امانة . فاذا كانت يد المدين يد ملك فأن تسليم الشيء الى رسوله لا يخرج هذا الشيء من ملكه ، فيبقى على ملكه وهو في يد الرسول كما كان في يده . مثال ذلك البائع . فاذا ارسل البائع المبيع مع رسوله ، فان الشيء وهو في يد الرسول يبقى على ملك البائع فيهلك عليه . واذا كانت يد المدين على الشيء يد ضمان فارساله الشيء مع رسوله الى الدائن لا يعفيه من الضمان ما دام الشيء في يد الرسول . وكذلك الامر اذا كانت يد المدين يد امانة ، كالوديع . فاذا ارسل الوديع الشيء المودع مع رسوله فان يد الرسول تكون يد امانة كيد الوديع ، فاذا هلك الشيء بدون خطأ منه هلك على الدائن لا على المدين . هذا بالنسبة للمدين ورسوله . اما بالنسبة لرسول الدائن ، فلما كان حكم يد رسوله حكم يده هو نفسه فان تسليم الشيء الى رسوله يعتبر بمثابة تسليم له نفسه ، فتنتقل تبعية الهلاك اليه في الحالات التي تكون فيها على المدين .

نفقات الوفاء

٧٣٩ — تفضي المادة (٣٩٨) مدنی بان : « نفقات الوفاء على المدين الا اذا وجد اتفاق او عرف او نص يقضي بغير ذلك » . ومعنى هذا النص ان كل ما يلزم لتعيين الشيء وتسلیمه للدائن ، من فرز ووزن وتعلیف وتحمیل 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 وتحمیله في السيارات العائدة للدائن يتحملها البائع . وقد نصت المادة (٥٤٢) على ذلك بقولها : « تکاليف 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 تنتهي من الكلام عن الوفاء ، وهو الطريق الطبيعي لاقضاء الالتزام . وتنقل الان الى الكلام عن الطريق الثاني من طرق اقضاء الالتزام ، وهو اقضاء 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 الاعتياض . 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 تركه الا بعد سداد الديون » ، وعندئذ يقوم بالوفاء لنفسه هو . واذا كان المتوفى هو الدائن وورثه المدين انتقل حق الدائن بالميراث الى المدين ، وعندئذ يصبح المدين دائناً لنفسه . وهذا هو اتحاد الذمة .

وتقسم هذا الفصل الى خمسة فروع ، تخصص الاول للوفاء بمقابل او الاعتياض ، والثاني للتجديد ، والثالث للانابة في الوفاء ، والرابع للمقاصة ، والخامس والأخير لاتحاد الذمة .

الفروع الاول

الوفاء بمقابل (او الاعتياض)

[DATION EN PAIEMENT]

٧٤٢ — سبق ان رأينا ان المدائن لا يعبر على قبول شيء غير الشيء الذي هو دائن به ولو كان اعلى قيمة ، وان المدين لا يعبر على تقديم شيء في الوفاء غير الشيء المدين به ولو كان اقل قيمة . ولكن اذا كان الدائن والمدين لا يجران على ذلك ، الا انهما 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 والمستوفى كامل الاهلية . فاذا كان المدين ناقص الاهلية ولم يلحق 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 ،

وإذا هلك لم يضمن قيمته • وإذا عاد الوفاء عليه بمنفعته وجب عليه أن يرد ما يساوي قيمة المنفعة التي حصل عليها • وليس في كل هذا إلا تطبيق لقواعد العامة التي سبق أن رأيناها •

٧٤٤ — ويشترط لصحة الوفاء بمقابل أيضاً أن يتم الوفاء عند الاتفاق ، فينقضي الالتزام وتبرأ منه ذمة المدين في الحال • فإذا كان المقابل دار مثلاً ، فيجب على المدين أن ينقل ملكية الدار في دائرة الطابو • وإذا كان المقابل شيئاً مثلياً وجب فرزه لتنقل ملكيته إلى الدائن • وهذا الشرط هو الذي يميز الوفاء بمقابل من التجديد بتغير محل الالتزام • ففي هذا الأخير ينقضي الالتزام القديم ويقوم مقامه التزام جديد ، في حين أن الالتزام الجديد في الوفاء بمقابل يجب تنفيذه في الحال •

التكيف القانوني للوفاء بمقابل وحكمه

٧٤٥ — وقد اختلف الفقهاء في التكيف القانوني للوفاء بمقابل • فذهب فريق إلى أنه بيع ، المبيع فيه هو المقابل والدين هو الثمن • وذهب آخرون إلى أنه نوع من الوفاء تغير فيه المحل الأصلي • وهذا الرأي هو الذي كان سائداً في القانون الفرنسي القديم • والرأي الذي أخذ يسود في الفقه الحديث يذهب إلى أن الوفاء بمقابل عمل مركب من تجديد بتغير المحل ووفاء بنقل الملكية • ويتربّ على اعتبار اوفاء بمقابل بيعاً انتطاباً لاحكام البيع عليه • فيجب أن تتوافر في الطرفين الأهلية الالازمة لممارسة هذا العقد • وإذا استحق المقابل الذي دفعه المدين إلى الدائن رجع هذا عليه بدعوى ضمان الاستحقاق لا بدعوى الدين الأصلي • وإذا ظهر في المقابل عيب خفي رجع الدائن على المدين بدعوى ضمان العيوب الخفية •

ويترتّب على اعتبار الوفاء بمقابل وفاء اقضاء التأمينات التي كانت تضمن الدين القديم ووجوب تطبيق القواعد العامة التي رأيناها في تعين جهة الدفع إذا تعددت الديون التي للدائن في ذمة المدين • وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا الرأي واعتبر الوفاء بمقابل بيعاً من جهة وفاء من جهة

آخرى . وهذا ما نصت عليه المادة (٤٠٠) منه بقولها : « يسري على الوفاء بمقابل من حيث انه ينقل ملكية الشيء الذى اعطى في 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 وانقضاء 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 بحالة الحق ولا بحالة الدين . فكان لا بد من اللجوء إليه اذا أريد تغيير الدائن أو المدين . أما في القوانين الحديثة فقد تضاءلت هذه الاهمية الى حد كبير نظرا لاقرار هذه القوانين لكل من حالة الحق وحالة الدين ، ولو وجود الوفاء بمقابل الى جانبهما . وقد اغفلت بعض القوانين المدنية الحديثة ، كالقانون المدني الالماني ، الاشارة الى التجديد ، مكتفية في ذلك بحالة الحق وحالة الدين والوفاء بمقابل . وتکاد اهمية التجديد تنحصر في الوقت الحاضر في حالة ما اذا اريد تغيير مصدر الالتزام او محله . فمثال تغير المصدر ما اذا كان مصدر الدين عقد بيع وجعل عقد قرض . ومثال تغير المحل ما اذا كان المحل عينا وجعل مبلغا من النقود . وتتكلّم عن التجديد في مبحثين ، تخصص الاول لشروطه والثاني لآثاره .

المبحث الاول

شروط التجديد

شروط اربعة

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 . يخلص لنا مما قدم 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 .

الاهمية

٨٤٨ — ويشترط بعض الفقهاء شرطاً خامساً هو الاهمية . ونحن نرى ان الاهمية 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 الاهمية تعلق النفاذ على الاجازة . أما بالنسبة للولي والوصي والقيم ، فلا مجال للكلام عن الاهمية ، بل عن مدى السلطة التي يتمتعون بها . وعليه فسوف لا تتكلم عن الاهمية كشرط خامس في التجديد .

ونرى كلا من الشروط الاربعة المتقدمة على حدة .

الشروط الاول - وجود التزام قديم

٧٤٩ — لما كان التجديد استبدال التزام جديد بالالتزام قديم فلا بد من وجود التزام قديم لامكان استبدال الالتزام الجديد به . فاذا لم يكن هناك التزام قديم ، كما اذا كان الالتزام القديم قد انقضى 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 بينة 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 واقعا وتحقق ، او فاسحا وتخلف ، اصبح التجديد باتا . اما اذا تخلف الشرط الواقع او تحقق الشرط الفاسخ ، فالالتزام القديم يزول باثر رجعي ، ويزول التجديد بعدها لذلك .

٧٥٢ — وقد اختلف الفقهاء بالنسبة لالتزام الطبيعي . فذهب بعضهم الى انه يمكن ان يكون محلا للتجديد ، وذهب غالبيتهم الى عدم امكان ذلك والى انه يمكن ان يكون سببا لالتزام مدني 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 الدائن والمدين . فاما كان هذا العقد باطل لم ينشأ التزام جديد ، وبالتالي يبقى الالتزام القديم على حاله . واذا كان هذا العقد موقوفا كان التجديد نفسه موقوفا . فاما استعمال التعاقد الذي توقف العقد لمصلحته حقه في نقض العقد وتفضله زال التجديد وعاد الالتزام القديم

بفعل الاثر الرجعي لزوال التجديد . فالتجديد يعتبر كأن لم يكن في هذه الحالة . وإذا أجاز هذا التعاقد العقد استقر التجديد نهائيا ، واستقر بعدها بذلك الالتزام الجديد .

٧٥٤ — وإذا كان عقد التجديد معلقا على شرط كان التجديد نفسه معلقا على هذا الشرط . فإذا كان الشرط واقفا وتحقق ، أو فاسحا وتختلف ، فقد استقر التجديد ، واستقر بعدها بذلك الالتزام الجديد محل الالتزام القديم . وإذا كان الشرط فاسحا وتحقق ، أو واقفا وتختلف ، فالتجديد لا يتحقق ، ولا ينشأ ، بعدها بذلك ، التزام جديد ، فيقي الالتزام القديم على حاله .
الشرط الثالث — اختلاف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في أحد

عناصر الجوهرية

٧٥٥ — لا يكفي لتحقق التجديد حلول التزام جديد محل التزام قديم ، بل يجب ، بالإضافة إلى ذلك ، أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في أحد عناصره الجوهرية . أما التغيير في عنصر غير جوهرى فلا يعتبر تجديدا . والعناصر الجوهرية التي يعتبر التغيير فيها تجديدا هي الدين والدائين والمدين . والتغيير في الدين أما أن يكون في محله أو في مصدره . فالعناصر الجوهرية اذن هي محل الدين ومصدره والدائين والمدين . وفري كلاما من ذلك على حدة .

التجدد بتنغير محل الدين

٧٥٦ — فمثلاً التجدد بتنغير محل الدين ما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود واتفاق الدائين والمدين على أن يكون شيئاً آخر ، سيارة أو كمية من الحنطة ، أو كان سيارة أو شيئاً آخر واتفاقاً على أن يكون مبلغاً من النقود .

ادخال شرط أو إفأءة شرط

٧٥٧ — وما الحكم إذا دخل شرط على التزام منجز ، أو الغي شرط من التزام معلق ؟ يذهب الفقهاء إلى القول بأن هذا يعتبر تعديلاً جوهرياً بحيث

انه يكون تجديداً بتغيير محل الدين^(١) . ولكننا نرى هذا الرأي محل نظر بالنسبة لادخال شرط على الالتزام . ذلك ان اثر التجديد ، كما سترى ، هو اقصاء الالتزام القديم بتأميناته العينية والشخصية . فاذا كان الالتزام منجزاً وادخلنا عليه شرطاً فهل يمكن القول بوجود تجديد بحيث ان التأمينات تسقط ، فتبرأ تبعاً لذلك ذمة الكفيل وتسقط التأمينات العينية التي كانت تضمن الالتزام ؟ لا نرى ذلك . ذلك ان ادخال الشرط على الالتزام انما يضعف من قوته ، ويغافل بذلك من عبء المدين والكفيل . فلا يستطيع المدين ان يطلب سقوط التأمينات العينية التي قدمها ضماناً للوفاء بحجة وقوع تجديد ، ولا يستطيع الكفيل الادعاء ببراءة ذمته للعلة نفسها . ذلك ان المدين بعد ان كان منجزاً اصبح معلقاً 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 لشرط ، واذا علق على شرط فاسخ ظل كل من المدين والكفيل ملزماً مع احتمال زوال التزامهما اذا تحقق الشرط . مثال ذلك ما اذا أتفق الدائن والمدين على انه اذا وقع الامر الفلاقي فان ذمته تبرأ ، وهذا شرط فاسخ ، او اتفقا على الا يكون ملزماً بالوفاء الا اذا وقع الامر الفلاقي ، وهذا شرط واقف . في مثل هذه الحالة لا يستطيع المدين ولا الكفيل الادعاء بوقوع تجديده ، فيطلب الاول سقوط التأمينات العينية ويطلب الثاني سقوط الكفالة . ذلك ان ادخال الشرط في الصور المتقدمة انما هو نزول من الدائن عن بعض حقه ، فلا يمكن الزامه باكثر مما نزل عنه .

(١) بودري وبارد ، ج ١٤ (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 بتفعيل مصدر الدين

٧٥٨ — ومثال تفعيل مصدر الدين ، أو سببه ، ما اذا اشتري شخص شيئاً ولم يدفع ثمنه واتفق مع البائع على ان يكون الثمن قرضاً في ذاته . في هذه الحالة اصبح مصدر التزام المشتري قرضاً بعد ان كان بيعاً . ومثال ذلك ايضاً ما اذا اراد المشتري في المثل المتقدم ان يدفع الثمن 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 يستبدلا بالالتزام الاصلية التزاماً جديداً يختلف عنه في محله او في مصدره » .

٣ - التجديد بتفعيل الدائن

٧٦٠ — والتجديد بتفعيل 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 والدائن القديم والدائن الجديد . وهذا ما اشارت اليه العبارة الاولى من المادة (٤٠٢) مدني بقولها : «يجوز تجديد الالتزام ايضاً بتفعيل الدائن اذا اتفق الدائن والمدين واجنبي على ان يكون هذا الاجنبي هو الدائن الجديد . . .» . فبهذا الاتفاق ينقضي التزام المدين تجاه الدائن القديم بتามيناته وصفاته ودفوعه ويحل محله التزام جديد تجاه الدائن الجديد . وباشتراط هذا الاتفاق يختلف التجديد بتفعيل الدائن عن كل من حوالات الحق والحلول الاتفاقي .

حوالات الحق

٧٦١ — فحوالات الحق تم باتفاق بين الدائن القديم والدائن الجديد

بدون حاجة الى رضاء المدين ، ويكتفى اعلانه بها لتفاذهما 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)
دائنه ، وهذا ليس من الخطورة بحيث يستلزم رضاء المدين . اما في
التجديد بتغيير الدائن ، فهناك ، بالإضافة الى تغير الدائن ، تغير في الدين .
فقد اقضى الدين القائم وحل محله دين جديد شغل ذمة المدين ، وهذا
يقتضي الاتفاق بين المدين والدائن الجديد . ومن ثم فلا بد من
رضاء المدين .

الحلول الاتفاقي

٧٦٢ — ويختلف الحلول الاتفاقي عن التجديد بتغيير الدائن في انه
لا يستلزم اتفاق الاطراف الثلاثة . فهو وفاء من جهة واتصاله من جهة
اخري ، وهذا يكتفي فيه اتفاق طرفين اثنين فقط . فالدائن الجديد اما ان
يتافق مع الدائن القديم على ان يوفيه الدين ويحل محله فيه ، او يتفق مع
المدين على الوفاء للدائن وعلى قبوله ايادى جديدا بدلًا 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
الدائنين مع شخص ثالث على ان يكون هذا الشخص الثالث مدينا بدلًا 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 بدلًا منه ويرضى الدائن بذلك . وقد نصت على ذلك المادة (٤٠٢)
مدني يقولها : «يجوز تجديد الالتزام ... بتغيير المدين اذا اتفق الدائن
مع اجنبي على ان يكون هذا الاجنبي مدينا مكان المدين الاصلي وعلى

(١) السنوري ، المرجع السابق ص ٨٢٦ - ٨٢٧ .

ان تبرأ ذمة المدين الاصلي دون حاجة لرضاها او اذا قبل شخص اجنبي ان يكون المدين الجديد وحصل المدين الاصلي على اجازة الدائن لذلك » .

٧٦٤ - والتجديد اذا تم بين الدائن والشخص الاجنبي سمي تعهدا بدلا من المدين *Expromissio* ، ذلك ان الشخص الاجنبي انما يتمهد بالوفاء بدلا من المدين . واذا تم بين المدين الاصلي والشخص الاجنبي ورضي الدائن بذلك سمي افادة في الوفاء *Délégation* وهذه سنراها فيما بعد .

التجدد بـ تغيير الدين وحالة الدين

٧٦٥ — سبق ان رأينا^(١) ان حوالۃ الدين اما ان تم باتفاق بين المھیل والمحال عليه ، اي بين المدين القديم والمدين الجديد ، او باتفاق بين المحال والمھیل عليه ، اي بين الدائن والمدين الجديد . ورأينا كذلك انها اذا تمت بين المھیل والمحال عليه فيجب اقرار الدائن ، اي المحال له ، لها . وهذا يشابه التجديد بتغيیر المدين . فالتجديد الذي يتم باتفاق الدائن مع شخص اجنبي على اذ يكون هذا الاجنبي مدينا بدلا من المدين الاصلي يقابل حوالۃ الدين التي تم بين المحال له والمحال عليه ، اي بين الدائن والمدين الجديد . والتجديد الذي يتم باتفاق بين المدين وشخص اجنبي يقابل الحوالۃ التي تم بين المھیل والمحال عليه ، اذ يتشرط رضا الدائن في كل من هذا التجديد وهذه الحوالۃ . ولكن اشتراط هذا الرضا في التجديد يختلف عنه في الحوالۃ . فهو في التجديد شرط انعقاد ، اما في الحوالۃ فشرط تقاد . فالتجديد لا ينعقد بدون رضا الدائن ، اما الحوالۃ فتنعقد بدون رضائه ولكن يتشرط اقراره لها لتنفذ في حقه . والسبب في هذا الفرق بين التجديد والحوالۃ هو ان التجديد يقضى الدين بصفاته وتأميناته ودفعه

(١) ف ٥١٩ وما بعدها .

وينشىء للدائنين مكانه دينا جديدا ، فكان رضاوه شرط انعقاد . اما الحالة فلا تقضي الدين القديم بل تنقله بصفاته وتأميناته ودفعه ، ومن ثم كان رضا الدائنين شرطا لتفاذهما في حقه لا لانعقادها . ورب قائل اتنا ما دمنا نشرط رضا الدائنين في كل من التجديد والحواله فيما الفرق بين اعتبارنا هذا الرضا شرط انعقاد واعتبارنا اياه شرط تفاذ ، فالنتيجة واحدة في كلتا الحالتين وهي انصراف الاثر الى الدائنين اذا رضي وعدم انصرافه اليه اذا رفض ؟ وهذا سؤال وجيه يمكن الجواب عنه باذن امرا من الامور اذا اعتبرناه شرط انعقاد فان معنى ذلك ان هذا الامر يكون ركنا فلا يكون للعمل القانوني وجود بدونه ، واذا اعتبرناه شرط تفاذ فان معناه ان العمل القانوني له وجود ولكنه لا ينبع اثره في حق من تعلق به الا اذا رضي . ويترب على هذا الفرق ان العمل القانوني لا يكون له وجود في الحالة الاولى الا 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 ان تصرف اليه اراده المتعاقدين صراحة ، واذا استخلص من الظروف فيجب الا تدع هذه الظروف شكا في وجود هذه الارادة . واذا قام شك في ذلك وجب تفسيره في نية التجديد لا في اثباتها . وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الاولى من المادة (٣٥٤) من القانون المدني المصري بقولها : « التجديد لا يفترض ، بل يجب النص عليه صراحة ، او ان يستخلص من الظروف » . ولم يتضمن القانون المدني العراقي مثل هذا النص ، ولكن يمكن الاخذ به بدون نص لانه تطبيق للقواعد العامة . وتشدد المحاكم في ضرورة توافر نية التجديد ولا تعتبر اي تفسير يجري به العقدان كافيا للدلالة على توافر هذه النية . فهي لا تعتبر اعطاء المدين

سند او كميالة بدين موجود ، ولا تأجيل الوفاء او تقسيطه او تغيير مكانه ، ولا تغير سعر الفائدة ، هي لا تعتبر كل ذلك تجديدا الا اذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك . فاذا اعطى المشتري البائع كميالة او سند بالشمن ، او اعطى المستأجر المؤجر كميالة او سند بالاجرة المثبتة ، فان في ذلك لا يعتبر تجديدا ، ويقى للبائع حق الامتياز ، ويقى الدين خاضعا للقواعد العامة في التقادم .

اثبات نية التجديد

٧٦٧ - التجديد عقدا اتفاق ، وهذا التشدد في ضرورة توافر نية التجديد لا يجعل منه عقدا شكليا ، فيمكن اثبات هذه النية بالطرق العامة للاثبات . فاذا وقع نزاع على توافر نية التجديد فالبينة على مدعى توافرها . ويخلص الادلة 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 الادلة ، بما فيها البينة والقرائن .

المبحث الثاني

آثار التجديد

اثر مزدوج : قضاء التزام قديم وإنشاء 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 الالتزام الجديد » . وقد سبق ان رأينا انه لا بد لقضاء الالتزام القديم من نشوء التزام جديد . فاذا لم ينشأ التزام جديد فالالتزام القديم يبقى بصفاته وتأميناته ودفوعه . ويتهم التجديد بمجرد نشوء الالتزام الجديد ، ولا يتوقف تفاذته الى حين تنفيذ

هذا الالتزام . ويتربّ على ذلك أن التجديد إذا كان بتغيير المحل وتمهد المدين بأن يقدم للدائن شيئاً معيناً بالذات ، كسيارة ، ثم استحق هذا الشيء فالالتزام القديم لا يعود ، ويرجع الدائن على المدين بضمان الاستحقاق . وبسبق أن رأينا كذلك أنه لا بد لصحة التجديد من أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في أحد عناصره الجوهرية . والالتزام الجديد يختلف عن الالتزام القديم كذلك في صفاته وتأميناته ودفعه . فقد يكون الالتزام الأصلي مدنياً والالتزام الجديد تجاري . وقد يكون الالتزام الأصلي مضموناً بتأمينات شخصية أو عينية وتنقضي باقتضائه ولا تبقى لضمان الدين الجديد . وعلى العكس من ذلك قد يكون الدين الأصلي غير مضمون بتأمين ما ويكون الدين الجديد مضموناً . دفع الالتزام الجديد مختلف عن دفع الالتزام القديم . فدفع الالتزام الجديد مستمدة من عقد التجديد ، بينما للالتزام القديم دفعه الخاصة به .

التأمينات

٧٦٩ — وإذا كان الالتزام القديم مضموناً بتأمينات خاصة ولم ينص الطرفان على تجديدها لضمان الدين الجديد فإنها تسقط . وهذا فرق جوهري بين الحوالة والتجديد . فقد سبق أن رأينا^(١) أن هذه التأمينات تنتقل في الحوالة بدون حاجة إلى اتفاق خاص ، بينما هي لا تنتقل في التجديد إذا لم يتلق الطرفان على تقليلها . وهذا ما نصت عليه المادة (٤٠٤) مدني يقولها : «إذا كان الدين الأصلي مكتفياً بتأمينات شخصية أو عينية وصار تجديده سقطت التأمينات إلا إذا جددت هي أيضاً» . والتأمينات التي تكفل الدين الأصلي أما أن يقدمها المدين أو شخص ثالث . والتأمينات التي يقدمها المدين هي تأمينات عينية دائمًا . ونرى كلاماً من ذلك على حدة .

١ - التأمينات العينية التي يقدمها المدين

٧٧٠ — وانتقال التأمينات في هذه الحالة يختلف باختلاف ما إذا كان التجديد بتغيير الدين أو بتغيير الدائن أو بتغيير المدين .

(١) ف ٤٩٦ ، ٥١٠ ، ٥٣٢ ، ٥٣٦ .

فإذا كان التجديد بتغيير الدين جاز للدائين والمدين ان يتلقا على نقل التأمينات الى الدين الجديد . ولكن الالتفاق في هذه الحالة لا ينفذ في حق الغير الا في الحدود التي لا تلحق به ضررا . والغير هنا هو دائن مرتهن 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 مثلاً، وكان مضموناً يرهن 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 المرتهن الثاني الذي يلي المرتهن الاول في الدرجة .

وإذا كان التجديد بتغيير الدين فنقل التأمينات يتم بالاتفاق المدين والدائن القديم والدائن الجديد . ذلك ان هذا النوع من التجديد لا يتم الا باتفاق هؤلاء الاشخاص الثلاثة ، فلا بد من اتفاقهم ايضا على نقل التأمينات لضمان الدين الجديد .

وإذا كان التجديد بتغيير الدين فنقل التأمينات يتم بالاتفاق الدائن والمدين الجديد ، ولا حاجة لرضاء المدين الاصلي . والسبب في عدم الحاجة الى هذا الرضاء هو ان التجديد نفسه يتم بدون حاجة الى رضاء المدين . فمركزه (مركز الدين) انما يتحسن في هذه الحالة ولا يسوء . فهو بعد ان كان مدينا اصليا أصبح كفلاً عيناً .

التأمينات العينية التي يرت بها القانون

٧٧١ - ينتقد الفقيهان الفرنسيان بودري وبارد^(١) المادة (١٢٧٨) من القانون المدني الفرنسي لأنها أجازت للدائين أن يسترط انتقال حقوق الامتياز والرهون لضمان الدين الجديد بدون أن تميز بين الرهون التي يرت بها المدين وحقوق الامتياز والرهن التي يرت بها القانون . وحججة هذين

(١) المرجع السابق ، ف ١٧٣٧ .

القديمين 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 تتوافر فيه هذه الصفة . ولا يرى باقي الفقهاء ضيرا في ذلك ما دام هنا النقل لا يلحق ضررا واحدا^(١) . وينذهب الاستاذ الكبير السنورى^(٢) الى ما يذهب اليه الفقيهان بودري وبارد . وقد جاء القانون المدني المصري متأثرا بهذا الرأي فخصص التأمينات التي تستقبل لضمان الدين الجديد بتلك التي قدمها المدين . فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٣٥٧) منه على انه : « اذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين للفالة الالتزام الاصلي » . أما القانون المدني العراقي فقد جاءت عبارته عامة . فقد سبق ان رأينا المادة (٤٠٤) منه تنص على انه : « اذا كان الدين الاصلي مكتفولا بتأمينات شخصية او عينية وصار تجديده سقطت التأمينات الا اذا جددت هي ايضا » . 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 الى ان الاتفاق على نقل التأمينات يجب ان يتم مع التجديد في وقت واحد . وقد نص القانون المدني على ذلك صراحة في الفقرة الاولى من المادة (٣٥٧) منه بقوله : « لا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذا في حق الغير الا اذا تم مع التجديد في وقت واحد » . والسبب في تحرير 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 فان هذه التأمينات تكون قد سقطت ، وعندئذ يتقدم الدائن الذي يلي الدائن الاول في المرتبة ويحل في مرتبته .

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ج ٧ ، ف ١٢٦٩ . جوسران ، ج ٢ ، ف ٩١٣ . كولان وكابيتان ، ج ٢ ، ف ٣٢٨ . دي باج ، ج ٣ ، ف ٥٩٩ ، ٦٠٠ . بلانيول وريبير وبولانجي ، ج ٢ ، ف ١٨١٧ .

(٢) المرجع السابق ، ف ٥٦ .

فإذا اجزنا نقل التأمينات في اتفاق لا حق للتجديد فان الدائن اللاحق في المرتبة يرجع عن المرتبة التي تقدم إليها إلى مرتبته السابقة ، وبذلك يتضرر .
 بذلك يتشرط الفقهاء ان يكون الاتفاق على نقل التأمينات ثابت التاريخ .

ولم يتشرط القانون المدني العراقي هذا الشرط ، اذ لم يرد فيه نص مشابه للنص المصري . فقد سبق ان رأينا المادة (٤٠٤) منه تنص على انه « اذا كان الدين الاصلي مكتفولا 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 الالاتينية 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 تفق عليه . ذلك ان مرتبة هذا الدائن لم تتغير ، ولا زاد بالنسبة اليه مقدار الدين المضمن بهذه التأمينات . فالتأمين كان موجودا على كل حال وسابقا عليه وبقي على حاله وفي مرتبته ، فلا يمكن القول بوجود ضرر حقيقي يصيّب نتيجة ذلك . ويمكن ان يتورّر السؤال ، من جهة اخرى ، عن الفرق بين الاتفاق على نقل التأمينات مع الاتفاق على التجديد والاتفاق على تقليلها في اتفاق لاحق . انت لا نرى فرقا في ذلك ما دام مرتكز 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 كميلا للمدين او مدينا متضامنا معه . والتأمينات العينية هي الرهن، فيقدم الشخص الثالث ماله كرهن نصسان الدين ، ويكون عندئذ كميلا عينيا . وهذا هو الرهن المستعار في الفقه الاسلامي .

(الموجز - ج ٢ ، ٢٦٣)

والتامينات في هذه الحالة لا ينتقل لضمان الدين الجديد الا اذا رضي الشخص الثالث الذي قدمها . فالكافيل تبرأ ذمته اذا جدد الدين ، ولا يبقى كفيا للدين الجديد الا اذا رضي بذلك . وكذلك الامر بالنسبة للدين 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 يوافقوا فلا يكونون مدينين متضامنين في الدين الجديد ، ويبقى الدين القديم بالنسبة لهم ويكونون متضامنين فيه .

وكذلك الامر بالنسبة للتامين العيني الذي قدمه الشخص الثالث فهو لا ينتقل لضمان الدين الجديد الا اذا رضي الشخص الثالث الذي قدمه . واذا كان التامين العيني الذي قدمه الشخص الثالث ضاماً لدين اخر متأخر في المرتبة وقبل الشخص الثالث ان ينتقل التامين 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

الإناية في الوفاء

(La délégation)

تعريف

٧٧٤ — يكون هناك إناية في الوفاء إذا طلب المدين من الدائن ان يرتفي شخصا ثالثا قبل ان يتلزم بوفاء الدين مكانه ، وقبل الدائن هذا الشخص الثالث كمدین . والمدين يسمى في هذه الحالة «منينا» (Délégant) والدائن «منابا لديه» (Délégataire) ، والشخص الثالث الذي قبل ان يتلزم تجاه الدائن «منابا» (Délegué) العلاقات السابقة على الإناية

٧٧٥ — ولابد ، ليكون هناك إناية في الوفاء ، من ان يكون المناب لديه دائنا للنبيب ، فان لم يكن دائنا له فلا تكون امام إناية في الوفاء . ذلك ان الإناية في الوفاء عبارة عن طريق من طرق انتفاء الالتزام ، فان لم يكن ثمة التزام لم يعد التصرف القانوني إناية في الوفاء . لذلك نحن لا تتفق مع من يذهب من الفقهاء الى عدم ضرورة كون المنيب مدينا للمناب لديه . اما المناب ، فلا يشترط فيه ان يكون مدينا للنبيب . وهذا مانصت عليه المادة (٤٠٥) من القانون المدني بقولها : « ١ — تم الإناية اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص اجنبي يتلزم بوفاء الدين مكان المدين . ٢ — ولا تقتضي الإناية ان يكون هناك مديونيه سابقه مابين المدين والاجنبي » .

فائدة الإناية

٧٧٦ — وللإناية ، في الحالات التي يكون فيها علاقه مديونيه سابقه بين المنيب والمناب ، فائدة عمليه لا تذكر . ذلك انها تفوم مقام وفاء مزدوج .

فإذا كان المدعي مدينا للمدعي وحصل المدعي على رضاء دائن بالتزام المدعي بالوفاء مكانه فانتا بذلك تكون قد قمنا بعمليتي وفاء : وفاء المدعي للمدعي ووفاء المدعي لدائن (المدعي لدنه) . وظاهر أهمية ذلك في حالة ما اذا كان اطراف الادارة في مناطق بعيدة عن بعضها . ففي البيع بثمن مؤجل ، مثلاً ، اذا كان البائع في بغداد والمشتري في الموصل ، وكان البائع مدينا لشخص في الموصل ، فإذا حصل البائع على رضاء دائن بالتزام المشتري بالوفاء له عند حلول الاجل قبل الدائن ذلك فان ذلك يوفر على المشتري الوفاء للبائع ، وعلى البائع الوفاء لدائن في الموصل ، ويجب ، وبالتالي ، نقل المبلغ من الموصل الى بغداد للوفاء للبائع ، ونقله من بغداد الى الموصل للوفاء لدائن هذا الاخير .

الادارة الكاملة والادارة القاصرة او الناقصة

777 - والادارة قد تتضمن تجديداً بتغيير المدين ، ويكون ذلك في حالة ما اذا رضي المدعي لدنه بالتزام المدعي وابراً ذمة المدعي من الدين . وتقسمى الادارة في هذه الحالة بالادارة الكاملة (Délégation Parfaite) ويتربى على الادارة في هذه الحالة التائج التي تترتب على التجديد والتي سبق ان رأيناها ، وهي اتفقاء الدين السابق بصفاته وتأميناته ودفعه . وقد نصت على هذا النوع من الادارة الفقرة الاولى من المادة (٤٠٦) مدني بقولها : « اذا اتفق المتعاقدون في الادارة على ان يستبدلوا التزاماً جديداً بالالتزام الاول كانت الادارة تجديداً للالتزام بتغيير المدين » .

778 - فإذا لم يبرئ المدعي لدنه ذمة المدعي فلا تتضمن الادارة تجديداً بتغيير المدين ، ويقى الدين الاصلي ، في هذه الحالة ، قائماً الى جانب الدين الجديد ، ويكون للمدعي لدنه ، عندئذ ، مدينان : المدعي وهو مدين الاصلي ، والمدعي وهو المدين الجديد . ويقال للادارة في هذه الحالة « قاصرة » او « ناقصة » Imparfaite وهي تسمى كذلك لأنها لا تتضمن تجديداً بتغيير المدين ، فهي لم تبرئ ذمة المدعي .

٧٧٩ — واذا قارنا بين الانابة الكاملة والانابة القاصرة او الناقصة وجدنا الثانية تفضل الاولى بالنسبة للدائنين (المناب لدعيه) . ذلك ان الانابة الكاملة يترتب عليها ، كما رأينا ، اقضاء الدين القديم وبراءة ذمة المدين (المتيب) منه براءة قامه ، وتفضي 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 المتيب والمناب ، فيقوى بذلك ضمانه . لذلك يندر في العمل ان يلتجأ المتعاقدون الى الانابة الكاملة . وبالنظر لهذا الفرق الكبير بين نوعي الانابة يجب ان يكون الالتفاق على التجديد واضحًا . فاذا قام شك في ذلك فسرناه في استبعاديه التجديد . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٤٠٦) مدنی المتقدمه بقولها : « والاصل ان الانابة لايفترض فيها التجديد . فاذا لم يكن هناك اتفاق عليه قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الاول »

آثار الانابة في الوفاء

٧٨٠ — تختلف الآثار 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 بغير المدين ، فالاثر الذي يترتب عليها هو اقضاء الدين السابق ، اي دين المتيب تجاه المناب لدعيه ، وذلك على النحو الذي رأيناه في التجديد . فهذا الدين ينقضي بصفاته وتأميناته ودفعه ، وثبتاً منه ذمة المتيب نهائيا . وقد تتضمن الانابة الكاملة تجديدا بغير الدائن كذلك ، وذلك في حالة ما اذا كان المناب مدينا للمتيب . فبالانابة يتغير عليه دائه هو ايضا . وبعد ان كان دائه المتيب أصبح المناب لدعيه .

٧٨٢ — وهل يشترط لصحة الانابة ان يكون المناب مليئا غير معسر وقت الانابة ؟ تشترط ذلك الفقرة الاولى من المادة (٣٦٠) من القانون المدنی

المصري . اما القانون المدني العراقي فلم يرد فيه مثل هذا الشرط ، فما الحكم فيه ، وهل يمكننا القول بضرورة ذلك بدون نص ؟ اذا لم يكن المتأب لديه يعلم باعسار المتأب عند الاتابة فالقواعد العامة في الغلط تساعدها في الوصول الى الحكم الذي قرره القانون المدني المصري بنص صريح . فقد سبق ان رأينا^(١) الفقرة الثالثة من المادة (١١٨) مدنی تنص على عدم تقاد العقد اذا وقع غلط في امور تبيح نزاهة المعاملات للتعاقد الذي يتمسك بالغلط ان يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد . فيصار المتأب امر جوهري ، ولو كان المتأب لديه يعلم باعسارة لما قبل ان تكون الاتابة كاملة . فاذا كان المتأب معسرا عند الاتابة ولم يكن المتأب لديه يعلم بذلك فيمكن القول بأنه (المتأب لديه) وقع في غلط في امر تبيح له نزاهة المعاملات ان يعتبره ضروريا للتعاقد . وهذا هو الغلط في امر جوهري . فاذا ابطلنا الاتابة للغلط رجع الدين الاصلي الى حالته الاولى ، بصفاته وتأميناته ودفعه .

ثانيا - الاتابة القاصرة او الناقصة

٧٨٣ — لما كانت الاتابة القاصرة لا تتضمن تجديدا للدين فالآخر الذي يترتب عليها هو ان يكون للدائن مدينان بدلا من مدين واحد . فلا تبرأ ذمة المتأب من الدين ، ويقى هذا الدين بصفاته وتأميناته ودفعه ، وينشأ الى جانبه دين اخر في ذمة المتأب . ويلاحظ انه اذا اصبح للدائن مدينان الا ان محل دين كل منهما واحد ، وان اختلف مصدر كل من الدينين فمصدر دين المتأب تجاه المتأب لديه نجده في العلاقة السابقة على الاتابة ، اما مصدر دين المتأب تجاه المتأب لديه فقد الاتابة . ويستطيع المتأب لديه ان يرجع على اي من المتأب والمتبا ، واذا وفي احدهما بالدين برئت ذمته وذمة الآخر . ويترتب على ذلك ان الاتابة من شأنها ان تضم ذمة المتأب الى ذمة المتأب في الوفاء ، فيصبحان مدينين بالتضامن (IN SOLIDUM) فيكون المتأب بمثابة كفيل متضامن بالنسبة للمتأب .

(١) الجزء الاول من هذا الكتاب ، ف ٢٣٧ .

٤٨٤ — وسواء اكانت الاتابة كاملة ام قاصرة ، فان دين المثاب تجاه المثاب لدبه يعتبر التزاماً مجرداً (OBLIGATION ABSTRAITE) لا ينظر فيه الى العلاقة السابقة بينه (بين المثاب وبين المثيب) ولا الى الدفوع التي كان بإمكانه التمسك بها تجاهه . فإذا كان هو مدينا للمثيب وكان دينه قد انقضى بسبب من الاسباب ، او لم يكن مدينا البتة ، فإنه لا يستطيع ان يتمسك بذلك ضد المثاب لدبه ، الا اذا اشترط ذلك صراحة . فإذا لم يحتفظ بحقه في التمسك تجاه المثاب لدبه بالدفوع التي كان بإمكانه التمسك بها تجاه المثيب لم يعد امامه الا الرجوع على المثيب . وقد نصت على ذلك المادة (٤٠٧) مدنی بقولها : « يكون التزام المثاب صحيحاً حتى لو كان ملتزماً قبل المثيب وكان التزامه هذا باطلأ او خاضعاً للدفع من الدفوع . ولا يبقى للمثاب الا حق الرجوع على المثيب . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره »

الاتابة القاصرة والاشتراط لمصلحة الغير

٧٨٥ — وما تجدر الاشارة اليه في هذا المقام هو ان النتائج التي تترتب على الاتابة القاصرة يمكن الوصول اليها عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير فيشرط الدائن (المثيب) على مدینه (المثاب) ان يقوم بالوفاء لدائنه هو (المثاب لدبه) . وباقرار هذا الاخير للاشتراط ينشأ له حق مباشر تجاه مدین مدینه الذي هو المثاب ، فيكون له بذلك مدینان : مدینه الاصلي وهو المثيب او المشترط ، ومدین مدینه وهو المثاب او المتعهد . مثال ذلك ما اذا اشترط البائع على المشتري ان يقوم بالوفاء الى دائنه (دائنه البائع) . وباقرار دائنه البائع لهذا الاشتراط يكون امامه مدینان : مدینه الاصلي وهو البائع ، اي المشترط ، ومدین مدینه وهو المشتري ، اي المتعهد

(١) كان ينبغي استعمال الضمير بدلاً من تكرار كلمة (المثاب) ، 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 باهلاق المشرط والمعهد ، اما المتنفع 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 يحتج على المتنفع 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 ففيصبح دائناً ومديناً له في الوقت نفسه ، وبذلك يكون عندنا دينان متقابلان ، إذ يكون كل من الطرفين دائناً للآخر 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 الدين 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 بمبلغ (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 أذن بإنها : « طريق من طرق اقضاء الالتزام يتم فيها الاقتضاء بمقابلة دينين في ذاتي شخصين بحيث يكون كل منهما دائناً للآخر ومديناً له » ، أو كما عرفها القانون المدني العراقي (٤٠٨م) بإنها : « 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 فائدةتان كبيرتان . فهي اداة وفاء من جهة ، واداة ضمان من جهة اخرى .

فهي اداة وفاء لانها تقضي دينين في وقت واحد ، فلا يدفع كل من المدينين الى دائه شيئا الا اذا كان احد الدينين اكبر من لآخر ، وعندها يدفع المدين بالدين الاعظم الفرق بين الدينين . وبذلك يتتجنب كل من المدينين الوفاء والاستيفاء وما يكلفه ذلك من نفقات وعنااء وما يمكن التعرض له من مخاطر عند النقل . فالوفاء الذي تقوم به المقاصلة انما هو وفاء مبسط (Payement Abrégé) . ومن هنا كانت لها اهمية كبيرة في المعاملات التجارية التي تقوم على السرعة في التعامل والتوفير في النفقات . وخير مثال على ذلك الحساب الجاري وغرف المقاصلة . فالحساب الجاري حساب يفتح بين تاجرین يسجل فيه كل منهما ما ينشأ له في ذمة الآخر . وما ينشأ للآخر عليه . وتقع المقاصلة بين الديون المقابلة ولا يدفع في النهاية الا الرصيد ، اي ما يتختلف بعد اجراء المقاصلة . وغرف المقاصلة Chambres de Compensation عبارة عن محلات يجتمع فيها ممثلو المصارف لاجراء المقاصلة بين ما لهذه المصارف وما عليها ، وبذلك يستغني عن نقل القوود من المصرف المدين الى المصرف الدائن ثم نقلها بعد ذلك الى المصرف الذي خرجت منه .

ومقاصلة ، من جهة اخرى ، اداة ضمان . فالمدين الذي يصبح دائنا لدائنه انما يستوفي حقه من الدين الذي في ذمته ، فيتقدم بذلك على دائنيه دائن في حالة افلاس هذا الاخير ، وبذلك يضمن الحصول على حقه . وما كان لايستطيع ذلك لو لا المقاصلة .

(١) ويقال لها بالانكليزية (Clearing Houses) ، وهي اقدم من 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 بالايجاب أو النفي فقط ولا يقبل منه أن يضيف شيئاً آخر . وقد كان من تائج ذلك عدم تمكّن المدعى عليه من طلب المقاضة بين الدين الذي للمدعى عليه بما له من دين على المدعى ، فكان عليه أن يقيم دعوى مستقلة بذلك . وقد اقرّ القضاة الرومان بعض الاستثناءات لمبدأ وحدة الدعوى هذا ، ثم وضعوا قاعدة عامة تعطي المدعى عليه الدفع بالغش يدفع به دعوى الدائن إذا لم يجر المقاضة بين ما له وما عليه^(١) . وهكذا أصبح في امكان المدين ان يجري دائرته على اجراء المقاضة . وقد استمر تطور القانون الروماني في هذا الخصوص حتى جاء جستنيان ودخل اصلاحاته الشهيرة . ومن ضمن الاصلاحات 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 بالغش لاجراء المقاضة^(٢) . فهو ، حسب هذا الرأي ، عندما قرر ذلك لم يكن يعني ان المقاضة تم بدون التمسك بها امام القضاء ، فكان لا بد للمدين من التمسك بها امام القاضي والقاضي يتمتع في ذلك بسلطه تقديرية وكانت بامكانه 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 بالغش الاصل المشترك لكل من الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ والمقاضة .

(٢) لبوانت ومونبيه ، الالتزامات في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ، ص ٣٩٣-٣٨٧ .

انها تم بمجرد تلاقي 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 تم بحكم القانون وقوته ،
وحتى بدون علم الطرفين المدنيين
De plein droit et par la seule force
dl la loi, même a l'ini des débiters.
ويترتب على ذلك ان

على القاضي ان يحكم بالمقاضاة بمجرد توافر شروطها ، وليس له ان يرفض ذلك بحجة ان التتحقق من الدين المقابل يتضمن وقتا واجراءات طويلة .

المقاصلة في القوانين الجermanية

٧٨٩ — وقد ذهبت القوانين الجermanية ، وعلى رأسها القانونان الالماني والسويسري ، في المقاصلة مذهبها يخالف ما ذهب اليه كل من القانون الروماني في عهد جستنيان والقانون المدني الفرنسي . فهي لم تأخذ بالمقاضاة التي قال بها جستنيان ولا بالمقاضاة القانونية التي قال بها القانون المدني الفرنسي ، بل جعلت اجراء المقاصلة رهينا باعلان عن الارادة (Déclaration de la Volonté) يصدر عن احد الطرفين ، اي بارادة منفردة . فاذا صدر هذا الاعلان عن الارادة وكانت شروط المقاصلة متوفقة فانها تقع باثر رجعي الى حين توافر هذه الشروط . وفي هذه الحالة يجب على القاضي ان يحكم بها ، وهو لا يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك . ومن هذا يتبين ان هذه المقاصلة ليست قضائية ولا قانونية . فهي ليست قضائية لان القاضي لا يتمتع بسلطة تقديرية اذا عرضت عليه ، وقد لا تعرض عليه وتم خارج ساحة القضاء باعلان عن الارادة . وهي ليست قانونية لانها لا تقع بحكم القانون ، بل لا بد من صدور الاعلان عن الارادة .

المقاصلة الاختيارية و المقاصلة القضائية

٧٩٠ — واذا لم تتوافر الشروط الالازمة لوقوع المقاصلة بحكم القانون فان ذلك لا يمنع وقوعها باتفاق الطرفين او بارادة احدهما فقط ، وذلك اذا

كانت الشروط المتخلفة مقررة لمصلحة أحد الطرفين وتزل عنها من تقررت
لمصلحته وتسىء في هذه الحالة بالمقاصدة الاختيارية او الاتهافية
• واذا لم (Compensation Conventionnelle Facultive,) يمكن التوصل الى اجراء المقاصدة الاتهافية فبامكان المدعى عليه ان يطلب من
القاضي اجراءها في اثناء نظر الدعوى • وتسىء عندئذ بالمقاصدة القضائية
(Compensation Judiciaire)

القانون المدني العراقي

٧٩١ — وقد اشار القانون المدني العراقي الى المقاصدة القانونية والمقاصدة
الاختيارية فقط ، ولم يشر الى المقاصدة القضائية • فهو ، بعد ان عرف المقاصدة
في المادة (٤٠٨) ، اضاف في الفقرة الاولى من المادة (٤٠٩) بان « المقاصدة
اما جبرية تحصل بقوة القانون او اختيارية تحصل بتراضي المتدلين »^(١) •
وعليه فانتا تقسم هذا الفرع الى مبحثين ، تكلم في الاول عن المقاصدة
القانونية وفي الثاني عن المقاصدة الاختيارية • وسنعالج المقاصدة القضائية
مع هذه الاخيرة •

المبحث الاول

ال المقاصدة القانونية

شروط وآثار

٧٩٢ — عالج القانون المدني المقاصدة 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 «متدينين» هذه غير موفقة ، وكان خيرا منها كلمة
«مدینین» . ذلك انها تفيد ان مصدر الدين هو الإرادة . فتدلينا دلين احدهما
الآخر . أما كلمة «مدین» فتشير الى حالة المديونية ولا تشير الى مصدر الدين .

المطلب الاول

شروط المقاصلة القانونية

شروط خمسة

٧٩٣ — هناك شروط خمسة يجب توافرها لـ مـكـان وـقـوـع المـقاـصـة القانونـيـة . وهذه الشروط هي :

- ١ — ان يكون هناك دينان متقابلان .
- ٢ — ان يكون الدينان من نوع واحد ، اي متشابهين او متماثلين .
- ٣ — ان يساوى الدينان في القوة ، باـن يـكون كلـا منـهما صالحـا للمـطالـبة به قـضـاء وـخـالـيا منـ النـزـاع .
- ٤ — ان يكون كلـا منـ الدينـين حالـا .
- ٥ — ان يكون كلـا منـ الدينـين منـ الـديـون التي تـقـعـ فيهاـ المـقاـصـة . وـنـرى كـلـا منـ هذهـ الشـروـطـ علىـ حـدـة

Deux dettes ré ciproques

الشرط الاول — دينان متقابلان

٧٩٤ — لا بد لـ وـقـوع المـقاـصـة ، اوـلا وـقـبـل كلـ شي ، منـ وجودـ دـيـنـينـ مـتـقـابـلـينـ . ويـقـصـدـ بـالـدـيـنـ هـنـاـ انـ يـكـونـ المـطـلـوبـ وـصـفـاـ فـيـ الـذـمـةـ ، ايـ ماـ يـقـابـلـ الـعـيـنـ . كـماـ يـقـصـدـ بـالـتـقـابـلـ انـ يـكـونـ كـلـ مـنـ الـطـرـفـيـنـ دـائـنـاـ فـيـ شـخـصـهـ لـلـأـخـرـ وـمـدـيـنـاـ لـهـ فـيـ شـخـصـهـ . فـاـذـاـ كـانـ اـحـدـهـمـ دـائـنـاـ فـيـ شـخـصـهـ وـمـدـيـنـاـ بـصـفـةـ اـخـرـىـ لـمـ تـقـعـ المـقاـصـةـ . فـاـلاـ تـقـعـ المـقاـصـةـ بـيـنـ دـيـنـ اللـوـلـيـ اوـ الـوـصـيـ اوـ الـقـيـمـ فـيـ ذـمـةـ شـخـصـ وـدـيـنـ لـهـذـاـ شـخـصـ فـيـ ذـمـةـ الصـغـيرـ اوـ الـمـحـجـورـ ، وـلـاـ بـيـنـ دـيـنـ لـشـرـكـةـ عـلـىـ اـحـدـ اـلـاـشـخـاصـ وـدـيـنـ لـهـذـاـ شـخـصـ عـلـىـ مـدـيـرـ الشـرـكـةـ . فـاـلوـلـيـ وـالـوـصـيـ وـالـقـيـمـ لـيـسـ هـوـ الصـغـيرـ ، وـمـدـيـرـ الشـرـكـةـ لـيـسـ هـوـ الشـرـكـةـ^(١) . وـلـاـ

(١) وفي هذا المعنى قضت محكمة التمييز البلجيكية في حكم لها صادر في ١١ آذار ١٩٠٢ بـاـنـ الـأـبـ الـوـلـيـ عـلـىـ اـنـهـ وـالـدـيـنـ لـرـبـ الـعـمـلـ الـذـيـ يـعـمـلـ عـنـهـ اـنـهـ لـاـ يـسـتـطـعـ التـمـسـكـ بـالـمـقاـصـةـ تـجـاهـ رـبـ الـعـمـلـ بـالـدـيـنـ الـذـيـ لـاـيـنـهـ عـلـىـ رـبـ الـعـمـلـ (ـنـقـلاـ عـنـ دـيـ بـاجـ ، الـمـرـجـعـ السـابـقـ فـ ٦٢٧ـ ، صـ ٥٦٢ـ) .

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 ضريبة الدخل مثلاً ودائناً 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 للكفيل في ذمة الدائن .

ولكن إذا كان الكفيل دائناً 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^(٣) المادة (٣٢٤) مدنبي لا تجيز للمدين المتضامن أن يتحجج بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر إلا 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 الدينين . وهذا الشرط يستفاد من تعريف المقاصة الوارد في المادة (٤٠٨) مدنبي . فقد سبق أن رأينا تعريف هذه المادة للمقاصة بأنها «اسقاط دين مطلوب لشخص من غريميه 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 ومتمااثلين في الجودة ، أي أن يكون كل منهما من التقويد 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 . فإذا اختلف الدينان في الجنس او النوع او الجودة فلا تقع المقاومة . فلا تقع بين دينين محل حددهما حنطة و محل الآخر شعير ، ولا بين دينين محل احدهما حنطة عجيبة ومحل الآخر حنطة كردية . وإذا كانت الحنطة الكردية على درجات في الجودة فلا تقع المقاومة بين دينين محلهما من هذه الحنطة ولكن محل الاول من الدرجة الاولى ومحل الثاني من الدرجة الثانية . وقد نصت على هذا الشرط العبارة الاولى من الفقرة الثانية من المادة (٤٠٩) مدنی بقولها : « ويشترط لحصول المقاومة اتحاد الدينين جنساً ووصفاً » . والحكمة من اشتراط هذا الشرط هي ان المقاومة لما كانت في حكم الوفاء فيجب ان تضع كلاماً من الطرفين في الحالة التي يكون فيها لو انه استوفى حقه فعلاً . ولا يتحقق ذلك الا اذا كان الدينان متماثلين في النوع والجودة .

٧٩٧ — وقد اجازت المادة (١٢٩١) من القانون المدني الفرنسي المقاومة اذا كان محل احد الدينين تقدماً ومحل الثاني حبوباً تعينت اسعارها بالتسعير الرسمي . وهذا الحكم لا يمكن الاخذ به في القانون المدني العراقي لاشترطه صراحة اتحاد الدينين جنساً ووصفاً .

الشرط الثالث — تساوى الدينين في القوة ، بان يكون كل منهما صالحاً للمطالبة به قضاء وحالياً من النزاع .

٧٩٨ — والشرط الثالث الذي يجب توافره لوقوع المقاومة القانونية هو ان يتساوى الدينان في القوة . وهما يكونان كذلك اذا كان كل منهما صالحاً للمطالبة به قضاء وحالياً من النزاع .

الدين الصالح للمطالبة القضائية

٧٩٩ — ويقصد بالدين الصالح للمطالبة به قضاء الدين المدني ، اي الدين الذي يمكن الاجبار على تفيذه . فإذا مضت عليه مدة التقاضي اصبح ديناً طبيعياً ولم يعد بالامكان المطالبة به امام القضاء ، فلا يعود صالحاً للمقاومة .

فإذا كان أحد الدينين طبيعياً فلا تقع المقاصلة ، مدنياً كان الدين المقابل أو 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 لأنّ 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 أو شخصية ، بل صلاحيته للمطالبة القضائية . فإذا توافرت شروط المقاصلة وكان أحد الدينين مضموناً بضمان عيني أو شخصي فإن ذلك لا يمنع المقاصلة . ولا يمنع المقاصلة كذلك كون أحد الدينين ثابتاً في حكم بات أو في سند مصدق أو 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 أصله ولا على مقداره . فالاول هو الدين المحق (CERTAINE)

والثاني هو الدين المعلوم المقدر (LIQUIDE)

٨٠٢ — فإذا وقع نزاع على أصل الدين فهو غير متحقق ، ولا يمكن ، وبالتالي ، أن تقع المقاصلة بينه وبين دين متحقق . ويشترط في النزاع ليمتنع المقاصلة أن يكون جدياً . فلا يكفي أي نزاع ليجعل من الدين غير متحقق ، إذ لا يعدم أحد الطرفين حجة ما لينازع في الدين فيمنع بذلك وقوع المقاصلة . ويرجع تقدير النزاع إلى قاضي الموضوع ، فهو الذي يقرر ما إذا كان النزاع جدياً أو لا يقصد منه الا منع وقوع المقاصلة^(١) . ويعتبر ديناً غير متحقق

(١) ولا تشترط القوانين герمانية هذا الشرط ، لأن المعنى الغالب للمقاصلة فيها هو معنى الضمان أكثر من معنى الوفاء (سالي ، دراسة عن النظرية العامة للالتزام في المشروع الاول للقانون المدني الألماني ، ط ٢ ، ف ٦٥ ، ص ٥٦ - ٥٧) .

الدين المعلق على شرط واقف ، لانه ، كما سبق ان رأينا^(١) ،
معدوم على خطر الوجود . اما الدين المعلق على شرط
فاسخ فهو موجود على خطر الزوال ، وبالتالي يسكن 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
فإن بامكان الدائن بهذا الدين ان يلتجأ الى الحجز تحت يد نفسه
(Saisie-arrêt sur soi-même)
المقاصلة القضائية . وهذه المسألة من مسائل قانون المرافعات ، فنكتفي في
سألنا 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 . فاذا كان لا يحتاج الا الى مجرد عملية بسيطة فانه يعتبر معلوم
المقدار . كما اذا التقى استاذ محاضرات في معهد غير حكومي وكانت اجرور
المحاضرة الواحدة معلومة ، وكما اذا نام مريض في مستشفى خصوصي
واجريت له عملية جراحية . فاذا كان الاستاذ مدينا لادارة المعهد ولم يعرف
عدد المحاضرات التي القاها فانه ، بالرغم من ذلك يستطيع ان يطلب المقاصلة
بين ما هو مدين به للمعهد وما هو دائن له به من اجرور 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 نقرره
الآن نراه اكثر عدلاً ومنطقية .

معرفة ما هو دائن به لا يتطلب أكثر من عملية حسابية بسيطة . وكذلك الأمر بالنسبة للمريض اذا كان دائنا للمستشفى . فإذا طلب مدير المستشفى اجراء المعاشرة بين ما للمرضى 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 أكثر 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 المعاشرة

٨٠٤ - هناك ديون لا يمكن اجراء المعاشرة فيها لعدم قابليتها بذلك . وعدم قابلية الدين للمعاشرة 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 كلا من ذلك على حدة .
اولا - الدين غير المستحق للاداء

٨٠٥ - اذا كان احد الدينين ، او كلاهما ، غير مستحق الاداء فلا تقع المعاشرة . فالمعاشرة ، كما سبق القول ، وفاء ايجاري ، والمدين لا يجر على وفاء دينه قبل حلول اجله . ولكن نظرية الميسرة التي يسунها القاضي للمدين لا تمنع المعاشرة . ذلك ان القاضي لا ينسن المدين هذه النظرية الا اذا كان غير قادر على الوفاء فورا ، ونشوه دين له في ذمة دائنه معناه انه قادر على ذلك فتفعل المعاشرة ، 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 المعاشرة بين الدينين . وقد اعتبر القانون المدني المصري (٣٦٢م) في حكم نظرية الميسرة الاجل الذي تبرع به الدائن .

ثانيا - عدم قابلية الدين للحجز

٨٠٦ - ولا تقع المعاشرة كذلك اذا كان احد الدينين ، او كلاهما ، غير

قابل للحجز ، كدين النفقة ورواتب الموظفين الى حد معين . والسبب الذي يجعل الدين غير قابل للمقاصة هو ان حصول الدائن على الدين ضروري للقيام باوده ، فاذا اجزنا للمدين الامتناع عن الوفاء فان ذلك يعرض الدائن الى عدم الحصول على ما يؤمن معيشته ومعيشة افراد عائلته . لذلك قرر الشارع عدم جواز الحجز على مثل هذا الدين . فاذا كان الدين غير قابل للحجز فهو غير قابل للمقاصة ايضا . ويترتب على ذلك ان على المدين بالدين غير القابل للحجز ان يوفي بما في ذمته لدائه ثم يطابق هذا الدائن بما ترب له في ذمته .

ثالثا - دين الوديع برد الشيء المودع ودين الفاصل 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 للفاصل 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 الوديعة من جنس واحد ، او كان للفاصل 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 المدينين من التقاد او الاشياء المثلية .

(٢) يلاحظ على النص ركاكا التعبير . فهو يقول : « .. او كان للفاصل دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها ... » ولو قال : « ... او كان للفاصل على صاحب العين المغصوبة دين من جنسها ... » ولم يفصل بين الكلمة « 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 » .

المقصوبة قصاصا بالدين الا اذا تقاص الطرفان بالتراضي» . و مما يجب ملاحظته هنا انه لانطباق النص المتقدم يجب ان يكون الشيء المودع او الشيء المقصوب من النقود او الاشياء المثلية ، وذلك لينطبق عليه وصف الدين .

٨٠٨ — والحكمة من تقرير الحكم المتقدم هي ان الوديعة من العقود التي تقوم على الثقة ، فلا يجوز للوديع ان يستغل هذه الثقة ويستعن 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 عارية ، استعمال ، ولم يجز للمستعير ان يستعن عن رد الشيء المعارض اذا ترتب له في ذمة المعيردين مشابه للشيء المعارض^(١) .

وكذلك الامر بالنسبة للغاصب فإذا غصب شخص من اخر شيئا مثليا او تقدوا ثم ترتب له في ذمة المقصوب منه دين مشابه للشيء المقصوب ، فلا يجوز له ان يستعن 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 المقصوب منه بما ترتب له في ذمته^(٢) .

(١) ويلاحظ الاستاذ السنهوري (المرجع السابق ، ص ٩٠٨) ان هذه الحالة صعبة التصور ، لأن الاشياء المثلية لا تعار بل تفرض . ولما جل ذلك يفترض الاستاذ ان المدين يبلغ من النقود قد اعاد دائنه عينا معينة بالذات وهكذا العين بتقصير من الدائن فاصبح مسؤولة عن التعويض . ثم قدر هنا التعويض اتفاقا 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 يستعن عن دفع التعويض للمعير . وذلك ، كما يقول الاستاذ ، لأن المعير قد اتمنه على الشيء المعارض ، بل نزل له عن منفعته دون اجر ، فلا يكون جزاً او على ذلك ان يستعن المستعير عن دفع التعويض المستحق ولو عن طريق التمسك بالمقاصة .

(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 حقاً على أحد الدينين فلا يجوز أن تقع المقاصلة أضراراً بهذا الحق . ونرى كلاماً من ذلك في مقصد مستقل .

المقصد الأول

أثر المقاصلة فيما بين الطرفين

انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما من حين صلاحتهما للمقاصلة

٨١٠ — لما كانت المقاصلة طرفاً من طريق اتفاق الالتزام فالاثر الذي يترتب عليها هو اتفاق الدينين إذا كانوا متساوين ، واتفاقهما بقدر الأقل منهما إذا كانوا غير متساوين . فهي بمثابة وفاء ، ويعتبر كل دائن قد استوفى حقه من الدين الذي في ذمته . وقد نصت على ذلك العبارة الأولى من المادة (٤١٣) مدني يقولها : « تقع المقاصلة بقدر الأقل من الدينين » . ويترتب على ذلك كل النتائج التي تترتب على اتفاق الالتزام . فيقف سريان القوائد من حين تلاقي الدينين متوافرة فيما شروط المقاصلة ، وتنقضي التأمينات التي كانت تضمن أحد الدينين أو كليهما ، شخصية كانت هذه التأمينات أو عينية . فتبرأ ذمة الكفيل ، ويستطيع أن يتمسك بالمقاضاة الواقعة

تعبير القانون المدني العراقي مأخذ عن الفقه الإسلامي ، بينما تعبر القانون المدني المصري مأخذ عن الفقه الغربي . فنزع الشيء من يد مالكه دون حق يعبر عنه الفقهاء المسلمين بالغصب ، مع ملاحظة أن التعبير الإسلامي يعطي المعنى بكلمة واحدة بينما التعبير الغربي لا يعطي إلا بسبعين كلمات . ومن القواعد المقررة في اللغة العربية أن « 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 . ويترتب على ذلك ان احد هذه الشروط اذا تخلف بعد ذلك فان هذا التخلف لا يمنع وقوع المقاصة . فاذا كان احد الدينين قد مضت عليه مدة التقادم عند التمسك بالمقاصة ولكن هذه المدة لم تكن قد انقضت عند توافر شروط المقاصة ، فان ذلك لا يمنع من وقوعها . وهذا مانصت عليه صراحة المادة (٤١٤) المدني بقولها : « اذا كان الدين لا تسع به الدعوى لمرور الزمن وقت التمسك بالمقاصة فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة ما دامت المدة الازمة 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 فبامكانه ان يتمسك بالمقاصة . ولا تظهر اهمية ذلك الا بالنسبة للكفيل الذي لا يتمتع بحق التجريد . فالكفيل الذي يتمتع بهذا الحق يستطيع ان يدفع مطالبة الدائن المكفول له بوجوب مطالبة المدين المكفول اولا . اما الكفيل المحروم من حق التجريد فاذا كان دائنا للدائن المكفول له 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 بقولها : « اذا كان للكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به فالدينان يلتقيان قصاصا من غير رضاهما ، وان كان من

(١) ف ٤٤٠ ، ٧٩٤ .

غير جنس الدين المكفول به فلا يلتقيان قصاصا الا بتراضي الدائن
المكفول له مع الكفيل لا مع المدين »٠

النزول عن المقاصلة

٨١٣ — والمقاصة ليست من النظام العام ، فيجوز النزول عنها ٠ ولم ينص القانون المدني العراقي على ذلك ، ولكنه يستفاد ضمنا من المفهوم المخالف للمادة (٤١٣) التي تقضي بعدم وقوع المقاصلة « الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها » ٠ 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 ٠ اذ يعتبر ذلك نزولا منه عن التمسك بها ٠

النزول عن المقاصلة قبل ثبوت الحق فيها والنزول عنها بعد ثبوت هذا الحق

٨١٤ — والنزول عن التمسك بالمقاصة بعد ثبوت الحق فيها جائز ، ويستفاد من المفهوم المخالف لنص المادة (٤١٣) المقدمة (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 لأن من له مصلحة لم يتمسك بها ٠ وقد تقدم القول بأن عدم التمسك بالمقاصة من قبل صاحب الحق فيها يعتبر نزولا منه عن هذا الحق ٠ وقد وقع هذا النزول بعد ثبوت الحق في التمسك بها ٠

٨١٥ — ولكن هل يجوز الاتفاق مقدما على عدم جواز التمسك بالمقاصة؟ منعت (٣٦٥) من القانون المدني المصري ذلك صراحة ٠ أما القانون المدني العراقي فقد رأينا قبل قليل انه لم يتكلم عن هذه المسألة ٠ فهل يمكن القول بجوازها فيه؟ يذهب الاستاذ الكبير السنوري (٢) الى ذلك ٠ ولكن يثور هنا التساؤل من جهتين ٠ فمن جهة يمكن القول كيف ينزل الشخص

(١) ويثور هنا اشكال . فالمقاصة بعد ثبوت الحق فيها تكون قد قضت الدينين من وقت تلاقيهما بحكم القانون ، فكيف يمكن بعد ذلك النزول عنها وعوده الدينين بعد انقضائهما؟ (بيان ولا جارد ، ج ٩ ، ف ١٠٥) ، نقلاب عن الاستاذ السنوري ، المرجع السابق ، ص ٩١٣ ، هامش رقم ٢ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٩١٠ ، هامش رقم ١ .

عن حق لم يملكه بعد . ومن جهة اخرى الا يكون 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 ترب له دين في ذمته (ذمة الدائن القوى اقتصاديا) وقبل المدين ذلك مضطرا ، فهل يمكن القول بصححة هذا الشرط ؟ اذا طبقنا القواعد العامة في عيوب الارادة فاتنا نستطيع ان نقول ان اراده المدين لم تكن سليمة . فهو لم يقبل بذلك الا مضطرا لحاجته الى التعاقد . لذلك فاتنا 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 وكان له ان يطلب المقاصة فيه بحق له فلا يجوز له ان يتمسك اضرارا بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه الا اذا كان يجهل وجود هذا الحق وكان له في ذلك عذر مقبول » . فاذا كان لزيد 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 وكان 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 بالمقاصة اضراراً بحقوق الغير

٨١٧ — اذا كسب الغير حقا على احد الدينين المتقابلين فلا يجوز التمسك
بالمقاصلة اضراراً بحقوق هذا الغير (٤١٥م—١) . والغير الذي يكسب حقا
على احد الدينين اما ان يكون دائناً او قع حجزاً تحفظياً او محالاً له وقبل
الحال عليه الحوالة بدون تحفظ . ونرى كلاماً من ذلك على حدة .

١ - ايقاع حجز تحفظي على احد الدينين

٨١٨ — اذا اوقع الدائن حجزاً تحفظياً على ما لمدينه لدى شخص ثالث
— مدين الدين — فلا يجوز لهذا الشخص ان يقوم بالوفاء لدائنه هو ، لأن
هذا الوفاء يضر بحقوق الدائن الحاجز . ويترتب على ذلك ان مدين الدين
اذا نشأ له بعد الحجز دين في ذمة دائنه هو فلا يجوز له ان يتمسك بالمقاصة .
والسبب في ذلك ان المقاصلة نوع من الوفاء . وقد تقدم القول ان الوفاء
بدين محجوز حجزاً تحفظياً فيه اضرار بحق الدائن الحاجز . وقد نصت
على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٤١٥) مدني بقولها : « فإذا اوقع الغير
حجزاً تحت يد المدين ثم اصبح دائناً لدائنه فلا يجوز له ان يتمسك بالمقاصة
اضراراً بالحاجز » .

٨١٩ — ولكن اذا لم يكن بامكان المدين التمسك بالمقاصة فبامكانه
ان يحجز هو ايضاً على الدين الذي هو مدين به ، اي ان يوقع حجزاً تحفظياً

المدين العذر المقبول في جهله بوجود حقه ، ولكن حذف هذا الشرط في لجنة
مجلس الشيوخ « اكتفاء بواقه جهل المدين بوجود حقه ، وحسماً للمنازعات
التي تنشأ عن تقدير ما يعتبر مقبولاً او غير مقبول من الاعداد » .

تحت يد نفسه . وفي هذه الحالة يشترك مع الدائن الحاجز في اقسام
الدين قسمة الغرماء .

حالة أحد الدينين وقبول المحال عليه الحوالة بدون تحفظ

٨٢٠ — اذا كان هناك دينان صالحان للمقاضاة وحول احد الدائنين حقه على مدینه الى شخص ثالث قبل المدين الحوالة بدون تحفظ ، اي بدون ان يحتفظ بحقه في اجراء المقاضاة ، فلا يعود بامكانه التمسك بها تجاه المحال له ، ولا يبقى امامه عندئذ الا الرجوع على مدينه المحيل . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٤١٧) مدنی يقولها : « اذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين ان يتمسك على المحال له بالمقاضاة التي كان له ان يتمسك بها قبل قبوله الحوالة ولا يكون له الا الرجوع بحقه على المحيل » . وعلة هذا الحكم هي انا اذا أجزنا للحال عليه التمسك بالمقاضاة 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 المقاضاة 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 المقاضاة بين الدين 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 نصت المادة (٤١٦) من جواز التمسك بالتأمينات اذا وفي المدين الدين ولم يطلب المقاضاة وكان يجعل وجود حقه وكان له في هذا الجهل عذر مقبول .

المبحث الثاني

الملاصقة الاختيارية والملاصقة القضائية

COMPENSATION FACULTATIVE, CONVENTIONNELLE

الملاصقة الاختيارية او الاتفاقيه

٨٢١ —رأينا في المبحث السابق الشروط الالازم توافرها لوقوع الملاصقة القانونية ، وهذه الشروط اما ان تكون قد روعي فيها مصلحة احد الطرفين او مصلحتهما معاً . فاذا تخلف احدهما لم تقع الملاصقة . ولكن ذلك لا يمنع الطرف الذي قرر الشرط المختلف لمصلحته من ان ينزل عنه . واذا كان الشرط المختلف قد قرر لمصلحة كلا الطرفين فان ذلك لا يمنعهما ايضا من النزول عن هذا الشرط واجراء الملاصقة باتفاقهما وتسمى الملاصقة في هذه الحالة بالملاصقة الاختياريه او الاتفاقيه .

٨٢٢ — فمثال الشرط المقرر لمصلحة احد الطرفين استحقاق الاداء . فاذا كان احد الدينين مستحق الاداء والآخر مؤجل فالملاصقة القانونيه لاتقع . ولكن المدين بالدين المؤجل ، الدائن في الوقت نفسه بالدين الحال ، يستطيع ان ينزل عن الاجل المقرر لمصلحته ويجري الملاصقة 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 ايضا الخلو من النزاع . فاذا كان احد الدينين محققا والآخر متنازع عافيه فالملاصقة القانونيه لاتقع ولكن المدين بالدين المتنازع فيه ، الدائن في الوقت نفسه بالدين المحقق ، يستطيع ان يجري الملاصقة بين الدين المحقق الذي له في ذمة مدنه والدين المتنازع فيه الذي في ذمته لمدينه . وهكذا بالنسبة لبقية الشروط .

٨٢٣ — ومثال الشرط المقرر لمصلحة كلا الطرفين التماثل بين الدينين . فاذا لم يكن الدينان من جنس واحد ووصف واحد ، بان كان احدهما تقدما والآخر عينا ، فالملاصقة القانونية لاتقع كذلك . ولكن ذلك لا يمنع الطرفين

من الاتفاق على اجراء المقاصلة الاختيارية ٠ فيستطيعان تقدير قيمة العين بالنقد ، ثم اجراء المقاصلة بين هذه القيمة والدين المقابل ٠

٨٢٤— وقد نصت على ما تقدم الفقرة الثانية من المادة (٤٠٩) مدنی ٠ فهـي بعد ان بینت شروط المقاصلة العبرية او القانونية ، اضافت : « ولا يشترط ذلك في المقاصلة الاختيارية ، فـان كان الدينان من جنسين مختلفين او متفاوتين في الوصف او مؤجلين او احدهما حالا والآخر مؤجلا او احدهما قويا والآخر ضعيفا فلا يلتقيان قصاصا الا بتراضي المتداينين سواء اتحد سببـهما او اختلف ٠ »

المقاصلة القضائية

COMPENSTION JUDICIARE, RECONVENTIONNELLE

٨٢٥— اذا لم تتوافر شروط المقاصلة القانونية ، ولم يمكن التوصل الى اجراء المقاصلة الاختيارية لـان الشروط المختلفة قد روعي فيها مصلحة كلا الطرفين لا مصلحة المدعى عليه وحده ، فـبامكان المدعى عليه ان يطلب من القاضي في اثناء نظر الدعوى ان يجري المقاصلة ٠ والمقاصلة في هذه الحالة تسمى بالمقاضاة القضائية لـان القاضي هو الذي يجريها ، وتكون في صورة طلب مقابل من المدعى عليه يسمى بـ« طلب عارض » او « دعوى عارضه » ٠ واذا استعرضنا الشروط التي الجـأ تخلفها المدعى عليه الى طلب المقاصلة القضائية وجدناها احد شرطـين : الخلو من النزاع او معلومـة المقدار ٠ اما الشروط الاخرى — وهي التقابل والصلاحية للمطالبة القضائية والقابلية للحجز واستحقاق الاداء — فلا بد من توافرها جميعـا لا مكان طلب المقاصلة القضائية ٠ فـاذا توافت هذه الشروط ولكن دين المدعى عليه كان متباينا فيه او غير معلوم المقدار ، كالحق في التعويض عن ضرر ، فـان بامكان المدعى عليه ان يطلب من القاضي ، في اثناء نظر الدعوى ، ان يحسم النزاع او ان يقدر الدين ثم يجري المقاصلة مع دين المدعى ٠ والقاضي يتمتع في هذه الحالة بـسلطة تقديرـية ٠ فـاذا رأى ان حـسـمـ النـزـاعـ اوـ قـدـيرـ الدينـ يـسـتـغـرقـ

وقتا طويلا او اجراءات معقدة فله ان يرفض طلب المدعى عليه ويطلب منه ان يقيم دعوى مستقلة .

الآثار التي تترتب على المقاصلة الاختيارية والمقاصلة القضائية

٨٣٦ — 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 . وتنتج المقاصلة الاختيارية اثارها من حين الاتهاق على اجرائها . اما المقاصلة القضائية فقد اختلف الفقه والقضاء بشأنها . فذهب فريق الى ان الحكم منشئ لها ، وباتالي لا تنتج اثرا الا من حين صدوره . وذهب اخرون الى ان الحكم كاشف ، ويترتب على ذلك انها تنتج اثرا 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 تتنتقل ، كما سبق ان رأينا^(٢) ، الى الخلف العام . فيرث المدين الدائن في الحق الشخصي ، ولكن 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 لأستاذ 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 ينقضى لعدم امكان المطالبة بالدين . أما عنصر المديونية فيبقى لعدم قيام المدين بالوفاء الفعلى (يراجع في التمييز بين عنصري المديونية والمسؤولية : الجزء الأول من هذا الكتاب ، ف ٢١ ، ٢٢) .

« لا ترکه الا بعد سداد الديون » في الشريعة الاسلامية تمنع اتحاد الذمة . وفي هذه الحالة يستوفى الدائن حقه من الترکة 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 اقضى الدين لاتحاد 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 اقتضاء حق الارتفاق باجتماع العقارين في يد مالك واحد . ومثاله ايضا اقتضاء الرهن التأميني باتحاد الذمة في المرتهن او في مالك العقار (١٣١٧م) ، واقتضاء الرهن العيادي اذا اجتمع الرهن مع حق الملكية في يد شخص واحد (١٣٤٩م/ب) .

اتحاد الذمة والمقاصة

٨٣٠ — ويجب الانتباه هنا الى عدم الخلط بين اتحاد الذمة والمقاصة . ففي المقاصة يوجد دينان بين طرفين كل منهما دائن للآخر 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 الاستفادة عنه .

٨٣١ — ولا تحد الذمة 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 الذمة سبب من اسباب انقضاء الالتزام ؟

٨٣٢ — وقد اختلف الفقهاء في التكليف القانوني لاتحاد الذمة ، فاعتبره بعضهم سببا من اسباب انقضاء الالتزام ولم يعتبره آخرون كذلك . فذهب الفريق الاول الى تشبيهه ، في الاثار التي تترتب عليه ، بالوفاء ، والى انه يقضي الالتزام تماما كما يقضيه الوفاء او التنفيذ العيني^(١) . وذهب الفريق الثاني الى انه ليس من الدقة اعتبار اتحاد الذمة طریقا من طرق انقضاء الالتزام فهو لا يقضي الالتزام كما يقضيه الوفاء والملاحة والتجديد ، بل يمنع المطالبة به . والى هذا الرأي يذهب جمهور الفقهاء ، يؤيده في ذلك القضاء . ويترتب على هذا الرأي ان اتحاد الذمة ما دام اثره يقتصر على جعل المطالبة بالدين والتنفيذ غير ممكنتين فان السبب الذي ادى الى ذلك اذا زال وكان زواله اثر رجعي فالدين يظهر من جديد ، وذلك تطبيقا لقاعدة « اذا زال المانع عاد الممنوع » . مثال ذلك ما اذا كان سبب اتحاد الذمة هو الوصية ، ثم تبين ان الوصية باطلة . فبطلان الوصية يترتب عليه زوالها باثر رجعي ، فيزول اتحاد الذمة باثر رجعي نتيجة لذلك ، وبالتالي يظهر الدين من جديد .

(١) توليه ، ج ٧ ، ف ٤٢٢ ، 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 لذوي 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 لاتحاد الديمة بالقدر الذي اتحدت فيه » ٠ فالدين انتا ينقضي بالقدر الذي اتحدت فيه الديمة . فإذا مات المدين وورثه المدين في نصف التركة فلا ينقضي من الدين الا نصفه . وقد سبق ان رأينا ان الدين لا ينقضي في الحقيقة ، بل يقوم مانع يشله ويسعن المطالبة به وتفيذه ، وذلك لما قلناه من عدم تصور مطالبة الانسان نفسه او قيامه بالتنفيذ لنفسه .

نتائج : انقضاء التامينات

٨٣٥ — وبالرغم من ان انقضاء الدين في اتحاد الديمة ليس انقضاء حقيقة ، الا ان التائج التي تترتب عليه فيما يتعلق بالتأمينات هي التائج التي ترتب على الانقضاء الحقيقي . فإذا كان هناك كفيل فان ذمته تبرأ^(١) ٠

(١) أما اذا مات المدين وورثه المدين ، فقد سبق ان رأينا قاعدة « لا تركة الا بعد سداد الديون » تمنع اتحاد الديمة . وعليه فإذا مات المدين مسراً وورثه المدين فلا تبرأ ذمة الكفيل .

وقد نصت المادة (٢٠٣٥) من القانون المدني الفرنسي على حالة اتحاد ذمة الكفيل والمدين الاصلية وقضت بأن هذا الاتحاد في الذمة لا يقضى دعوى الدائن ضد كفيل الكفيل . ومن الواضح ان اتحاد الذمة لا يتحقق في هذه الحالة لعدم وجود علاقة مديونية ودائرية بين الكفيل والمدين ، وهذا شرط اساسي في اتحاد

وإذا كان هناك ضمان عيني ، كرهن ، فهو يسقط كذلك . وعلة ذلك ان الدائن اذا مات وورته المدين فان هذا الاخير يصبح مرتهنا لملك نفسه ، فيسقط الرهن .

الاعتداد بالدين بالرغم من انقضائه باتحاد الذمة: تقدير ثلث التركة في الوصية

٨٣٦ - لما لم يكن القضاء الدين في اتحاد الذمة القضاء حقيقياً يتم عن طريق الوفاء ، بل عبارة عن شلل يصيّب المطالبة به ، فان ذلك يتربّ عليه ان الدين يجب ان يؤخذ بنظر الاعتبار عند تقدير الثالث الذي يجوز الإيصاء به . فإذا مات الدائن وورثه المدين كان هناك اتحاد في الذمة مانع من المطالبة بالدين . ولكن اذا كان المدين قد ورث الدائن فلا يمكن مطالبتة بالدين ، الا ان الدائن اذا كان قد اوصى بثلث تركه فالدين الذي اقضى باتحاد الذمة 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) . واذا كان الدين

الذمة . وكل ما في الامر انهم كليهما مدينان في دين واحد ، ولكن احدهما مدين اصلي والاخر مدين تبعي . فاذا مات احدهما وورثه الاخر فلا علاقه بذلك تكفل لـ **لطفيل** .

(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) . ونحن اذا معينا النظر في هاتين الحالتين لم نجدهما مشابهتين للحالة المذكورة في المتن .

ففي حالة اتحاد ذمة الكفيل والمدائن ، النتيجة التي نصل إليها واحدة ، سواء وفي الكفيل الدين ثم رجع على المدين أو مات المدائن وورثه الكفيل واراد الرجوع على المدين .

وأتحاد ذمة أحد المدينين المتضامنين والدائن لا يختلف عن قيام أحد هؤلاء المدينين بالوفاء للدائن سوى في إمكان رجوع المدين الوارث على أي مدين آخر بكل الباقي من الدين ، بعد خصم حصته منه ، في اتحاد الذمة وعدم

يتجاوز ثلثي التركة فعلى المدين الوارث ، عندئذ ، ان يدفع الى الموصى له بثلث اتركة ما يكمل به الثالث . 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 اثاره ، عندئذ ، ان يدفع للموصى له (١٠٠) دينار ، وهو ما يكمل به الثالث .

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 كأن لم يكن . فتعود التأمينات الشخصية والعينية بعد سقوطها . فيرجع الكفيل كميلا ، وتعود الحقوق العينية التي كانت تضمن الدين الى الظهور . وهذا ما نصت عليه المادة (٤٩) مدنی بقولها : « اذا زال السبب الذي ادى الى اتحاد الذمة وكان لزواله اثر رجعي عاد الالتزام الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعا . ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن » . مثال ذلك ما اذا كان سبب اتحاد الذمة الوصية، وكانت التركة مستقرة بالديون . فالوصية في هذه الحالة تكون موقوفة على اجازة الدائنين ، ان اجازوها نفذت باثر رجعي وان لم يجزوها بطلت باثر رجعي . وفي هذه الحالة الاخيرة يعود الدين الى الظهور بصفاته وتأميناته ودفعه .

٨٣٧ مكرر — بهذا ننتهي من الكلام عن اتحاد الذمة ، وبذلك ننتهي من الكلام عن انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء . وتنتقل الان الى الكلام عن انقضاء الالتزام بغير وفاء ولا بما يعادل الوفاء ، وهو موضوع الفصل الثالث والأخير من هذا الباب .

امكانه الرجوع في حالة الوفاء الا يقدر حصة كل مدين في الدين . وهذا الفرق في مدى الرجوع لا يمكن ان يستنتج منه اننا اخذنا الدين بنظر الاعتبار بالرغم من انقضائه باتحاد الذمة كما فعلنا عندما اردنا تقدير ثلث التركة . فنحن قد اسقطنا حصة المدين المتضامن الذي وفي الدين للدائن ويريد الرجوع على المدينين الآخرين ولم نأخذ حصته بنظر الاعتبار . وهذا عكس ما فعلناه عندتقدير 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 . وتتكلّم عن كل من هذه الأسباب 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 ويرضاه . فالدائن قد قبل بهذا الانقضاء من غير ان يحصل على شيء من مدينه . فيمكننا 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 نزواً من الدائن عن حقه قبل مدینته، وبالتالي عمال 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 . وتعرونه المادتان (١٢٨٥ و ١٢٨٧) من القانون المدني الفرنسي بانه «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 توافقها في الهبات بصورة عامة . ويترتب على هذا التكيف ضرورة توافر الاهلية الكاملة في الدائن .

(١) ويترتب على ذلك انه اذا وقع في مرض الموت فانه يأخذ حكم الوصية . وهذا ما اخذ به القانون المدني العراقي في الفقرة الثانية من المادة ١١٠٩ .

٨٤٣ — اما الفقه الاسلامي فيميز بين نوعين من الابراء : ابراء اسقاط وابراء استيفاء . فابراء اسقاط 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 تسع 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 يترب 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 المنفردة ، ولكنه يرتد بالرد . فاذا رد المدين الابراء فالدين يبقى على حاله ولا يسقط .

نتائج :

٨٤٦ — ويترتب على ذلك النتائج التالية :
 ١ — اذا ابرأ الدائن المدين ولم يرد المدين الابراء ومات فان ذمته تبرأ
 ولا يؤخذ الدين من تركته .

(١) علي حيدر ، شرح المجلة ، الكتاب الثاني عشر ، ص ٦٧ .

٢ - 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 ، وينهض 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 كالمعدوم و «الساقط لا يعود كما ان المعدوم لا يعود» (١) (٥١م مجلة).

٤ - اذا كان المدين محجوراً فالابراء يصبح نهائياً بمجرد صدوره ، وذلك لعدم امكان الرد • لا من المحجور ، ولا من السولي او الوصي او القيم ، وذلك لأن رد الابراء من التصرفات الضارة ضرراً محضاً • وهؤلاء ليس لهم اجراء مثل هذه التصرفات •

الابراء الخاص والابراء العام :

٨٤٧ - والابراء نوعان : خاص وعام • فالخاص ما تعلق بحق معين ، ولا تسمع الدعوى من الدائن بعد ذلك بخصوص هذا الحق • والعام هو ما تعلق بكل ما للمبرء على المبرأ من حقوق ودعوى ، ولا تسمع الدعوى من المبرء 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 ؟

٨٤٨ - ورد المدين يعتبر عملاً ضاراً بدائنه ، فهل يستطيع هؤلاء الطعن فيه عن طريق دعوى عدم تقاد 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) • وحاجتهم في ما يذهبون
اليه هي ان الرد يزيد في التزامات المدين ، لأن الدين يعود بالرد بعد
اقضائه • 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 انتا تستطيع ان تجد سندًا اخر لرأينا
من مجموع نصوص القانون المدني المتعلقة بهذه الدعوى • فالمادة (٣٦٣)
مدني اجازت لكل دائن اصبح حقه مستحق الاداء وصدر من مدينه
تصرف ضار به ان يطلب عدم تقاد هذا التصرف في حقه « اذا كان هذا
الصرف قد اقصى 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 التالية وجدناها تتكلم في فقرتها
الاولى عن التصرفات الصادرة من المدين بعوض ، وفي فقرتها الثانية عن
التصرفات الصادرة تبرعا • فالفقرة الاولى لا علاقة لها بموضوعنا فلاتطرق
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 ائما يرفضن 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 • وحججه من لا يحيي التعليق ان الابراء وان
كان استفاطا الا انه يتضمن معنى التملك ، فالدائن اذ يبرء مدينه انما يسلكه
حقه الثابت في ذاته ، والتصريف الذي يفيد التملك لا يصح تعليقه على
شرط ولو كان ملائما له • وقد اخذ القانون المدني العراقي بالرأي الاول ،

(١) السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، ص ٩٦٧ .

فنص في المادة (٤٢٣) على انه : « يصح تعليق الابراء ° فان علق الدائن ابراء مدنه من بعض الديون بشرط اداء البعض الآخر واداه المدين بربه 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 مدنه 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 مدنه منه وتسمع بخصوص غيره ، ولا تسمع بعد الابراء العام الدعوى بخصوص حق سابق على الابراء وتسمع بخصوص حق ناشئ بعده ° مثال ذلك ما اذا كان الشخص على اخر الف دينار وادعى المدين انه وفي الدين وانكر الدائن ذلك ثم تصالح معه الدائن على خمسين دينار ، فهذا الصلح يتضمن ابراء المدين من الخمسين 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 يقترن بالصلح ، فيجوز ان يكون لاحقا له بعقد مستقل ° وقد نصت على الاحكام المتقدمة المادة (٤٢٤) مدنى بقولها :

(١) على حيدر ، المرجع السابق ، ص ٤٣ .

« ١ — اذا اتصل بالصلح ابراء خاص بالصالح عنه فلا تسمع الدعوى في
خصوص ذلك وتسمع في غيره • و اذا اتصل بالصلح (١) ابراء عام عن (٢)
الحقوق والدعوى كافية فلا تسمع على المبرأ دعوى في اي حق كان قبل
الصلح وتسمع على الحق الحادث بعده ٢ • و حكم البراءة المنفردة عن
الصلح كحكم البراءة المتصلة به في الخصوص والعموم » .

ابراء الدائن احد المدينين متضامنين — حالة

٨٥٢ — قد يكون هناك عدة مدينين متضامنين ويبرء الدائن احدهم،
وعندئذ لا تبرأ ذمם الباقيين ، ويستطيع الدائن ان يطالب ايها شاء منهم
بكل الدين • وتحيل 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 الدائنوون مع مدينهم المفلس ، وهو
لا يعتبر كالابراء المدني عملا من اعمال التبرع • فالدائنوون الذين يبرئون
مدينهم من جزء من حقوقهم انما يريدون ان يتجنبو خسارة اعظم قد تحصل
بهم اذا هم اصرروا على السير في الاجراءات القانونية الخاصة بالافلاس .
لذلك يذهب فريق من الفقهاء الى ان هذا النوع من الابراء يختلف عن
الالتزام الطبيعي في ذمة المدين المفلس بوفاء ما تبقى في ذمته .

(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 انقضى الالتزام ولا يجبر 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 كلاما من هذه الشروط على حدة .

الشرط الاول — استحالة التنفيذ لاحقة لنشوء الالتزام

٨٥٦ — لابد للقول براءة ذمة المدين من ان تكون الاستحالة طارئة بعد نشوء الالتزام في ذاته . لأنها اذا كانت سابقة عليه فهو لا ينشأ لاستحالة المحل . وعندئذ لا تكون ذاته قد اشغلت لتبرأ بعد ذلك .

٨٥٧ — والمقصود بالاستحالة هنا انما هو الاستحالة المطلقة ، اي التي لا يستطيع معها المدين القيام بتنفيذ التزامه مطلقا . اما اذا جدت ظروف جعلت هذا التنفيذ مرهقا فقط فانتا تكون 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 .

مرهقا للدين بحيث يهدده بخسارة فادحة فللقاضي ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول . ولا يعتبر في حكم الاستحالة المطلقة الاستحالة الموقته . ففي هذه الحالة يؤجل تنفيذ الالتزام اذا لم يكن هذا التأجيل يتعارض مع الغرض الذي تم التعاقد من اجله . كما اذا كان العقد عقد توريد ملدة معينة وانقطع وجود السلعة المتفق على توریدها اقطاعا تماما ولملدة معينة ، فتأجيل التنفيذ في هذا المثل يتعارض مع الغرض الذي تم التعاقد من اجله . فالغرض من التعاقد انما كان الحصول على الشيء في خلال المدة المتفق عليها ، وتأجيل التنفيذ يتعارض مع هذا الغرض .

٨٥٨ — والاستحالة ، كما نعلم ، اما طبيعية فعلية او قانونية . فالاولى مسألة وقائع تخضع لرقابة محكمة التمييز^(١) .

الشرط الثاني — استحالة التنفيذ ترجع لسبب اجنبي

٨٥٩ — لا يكفى للقول باقتضاء الالتزام وبراءة ذمة الدين منه مجرد استحالة التنفيذ ، بل يجب ان لا ترجع هذه الاستحالة الى خطأ الدين بل الى سبب اجنبي لا يد له فيه . فاذا كانت راجعة الى خطئه فلاتبرأ ذمته بل تتغير طريقة تنفيذ الالتزام فتحول من تنفيذ عيني الى تنفيذ بمقابل ، اي تعويض . ويترتب على ذلك ان الالتزام الاصلي اذا كان مضمونا بتامينات عينية او شخصية فان هذه التامينات تبقى لتنفيذ التعويض .

الشرط الثالث — ان لا يكون الدين قد دضي بتحمل تبعه الهالك

٨٦٠ — ولا بد كذلك للقول باقتضاء الالتزام نتيجة استحالة التنفيذ من ان لا يكون الدين قد دضي بتحمل تبعه الهالك . فالمدين اذا كان قد قبل ذلك عند نشوء العقد فانه يقوم عندئذ بدور المؤمن لمصلحة الدائن ، وعندئذ لا تبرأ ذمته منه اذا استحال عليه تنفيذ التزامه وهو الذي يتحمل

(١) يراجع في التمييز بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية ، والاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية ، الجزء الاول ، ف ٢٩٧ وما بعدها .

تبعة هذه الاستحالة . وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٢٥٩) مدنى يقولها : « يجوز الالتفاق على ان يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة(١) » .

الشرط الرابع - ان لا يكون المدين في حالة اعذار

٨٦١ - ولابد اخيرا لاقضاء 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 اعذر الدائن مدينه 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 المقدمة في الاستحالة ترتب عليها حكمها وهو اقضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين منه . ويترب عنى ذلك ايضا اقضاء التأمينات الشخصية والعينية التي كانت تضمن تنفيذ الالتزام .

استحالة التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين :

٨٦٤ - وتثير استحالة تنفيذ التزام احد المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين التساؤل بالنسبة للالتزام المقابل ، فهل يتضمن هو كذلك وترتء 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 بعدها .

العقد يحكم 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 ٢ - فالمليح اذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع » .

يد الامانة ويد الضمان

٨٦٥ — واستحاللة التنفيذ ، اي تبعة الهالك ، ترتبط ارتباطا وثيقا بفكرة اليد . فاذا كانت يد الشخص على الشيء يد امانة فهو لا يضمنه ، اي لا يتحمل تبعة هلاكه ، واذا كانت يد ضمان فهو ضامن له ، اي لا يتحمل تبعة هلاكه ، واذا كانت يد ضمان فهو ضامن له ، اي يتحمل تبعة هلاكه . وقد نص القانون المدني العراقي على هذه القاعدة 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 . فاذا 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 . فاذا هلك يدهما ولو بدون تعد ولا تقصير منهما فهما ضامنان ، اي يتحملون تبعة هذا الهالك . والمستأجر والوديع والمستعير ومن اخذ الشيء على سوم النظر يدهم على الشيء يد امانة لا لهم لم يحوزوا الشيء بقصد تملكه بل بقصد رده الى المالك ، اي باعتبارهم نائبين عن المالك ، وبالتالي اذا هلك الشيء بدون تعد ولا تقصير منهم فهو لا يضمنون ، اي لا يتحملون تبعة هذا الهالك ، 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 العائز 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 بحسب الشيء عن صاحبه دون وجه حق ونصت على اقلاب يد العائز في هاتين الحالتين من يد امانة الى يد ضمان . وهذا غير صحيح . فاخذ الشيء بغير اذن صاحبه لا يجعل اليه 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 التسلیم يد ضمان . وتنقلب يد امانة اذا امتنع واجب التسلیم بقيام سبب للحبس » . وهذه المادة لا تتطبق 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 اليه يد امانة اذا قام سبب لحبس المبيع لدى البائع . كما اذا كان البيع نقدا ولم يدفع المشتري الثمن . وهذه الحالة عكس الحالة السابقة ففيها تتحول يد الضمان الى يد امانة . وقد سبق للمشرع العراقي ان نص على الحكم الاول في الفقرة الثانية من المادة (١٧٩) بقوله : « فالمبيع اذا هلك في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري » . وعندئذ يكون نص المادة (٤٢٨) تكرارا لا لزوم له .

٨٦٨ — بهذا تنتهي من الكلام عن استحالة التنفيذ ، وتنقل الان الى الكلام عن السبب الاخير من اسباب انقضاء الالتزام ، وهو التقادم المسقط .

الفرع الثالث

مرور الزمان المانع من سماع الدعوى

(التقادم المسقط)

LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE

تمهيد

معنى التقادم ونوعاه : المكسب والمسقط

٨٦٩ — التقادم لغة مصدر من تقادم • وتقادم الشيء بمعنى قدم (بضم الدال) • وقدم الشيء ماضى على وجوده زمان طويل • فمعنى التقادم اذا هو مضي زمان طويل ، ويقال له في لغة القانون « مرور زمان »، ويقال له ايضا « التقادم » • وهو اما ان يؤدي الى كسب حق و فقدده • فاذا ادى الى كسب الحق سمي تقادما مكتسبا (Prescription acquistive) و يقال له ايضا الحيازة (Usucapion) • وهو أحد اسباب كسب حقوق العينية العقارية • واذا ادى الى فقد الحق سمي تقادما مسقطا • وهو يؤدي الى سقوط الحقوق العينية العقارية ، عدا حق الملكية ، وكذلك الحقوق الشخصية • وسقوط الحقوق الشخصية معناه انتفاء الالتزامات المقابلة لها • وقد عالج القانون المدني الفرنسي كلا من التقادم المكتسب ولمسقط في مكان واحد • وينتقد الفقه الفرنسي هذا المسلك لاختلاف وظيفة كلا من هذين النوعين من التقادم • وقد تجنب القانون المدني العراقي هذا العيب فعالج النوع الاول عند الكلام عن كسب الملكية والحقوق المتقرعة عنها • اما النوع الثاني ، فما تعلق منه بسقوط الحقوق العينية العقارية تكلم عنه عند الكلام عن انتفاء هذه الحقوق ، وما تعلق منه بسقوط الحقوق الشخصية تكلم عنه عند الكلام عن انتفاء الالتزام تحت عنوان « مرور الزمان

(الموجز ج ٢ - ٣٩)

المانع من سماع الدعوى » ، وذلك في المواد (٤٢٩ - ٤٤٣) ° والذى يهمنا هنا هو النوع الاخير فقط ، لانه هو الذى يتعلق ب موضوعنا °
الحكمة من تقرير التقاضى :

٨٧٠ — والتقاضى فى الفقه الغربى يرقى بجذوره الى القانون الرومانى ° وقد قيل فى تبريره ان المصلحة تقضى به ° فاستقرار التعامل يقوم عليه الى حد كبير ° فالاوضاع اذا استقرت على حال معينة مدة من الزمن واطمأن اليها الناس ، فليس من المصلحة قلبها ، فان ذلك يؤدى الى احلال الفوضى والاضطراب فى المجتمع ° هذا من جهة ، ومن جهة اخرى قيل فى تبرير التقاضى المسقط ان سكوت الدائن عن المطالبة بحقه مدة طويلة مع قدرته على المطالبة به دليل على استيفائه له ° فاذا سمحنا له بالطالبة به بعد هذه المدة فاتنا نكلف المدين من امره عسرا ° فقد يستحيل عليه اثبات وفاته بالدين لضياع او تلف سند المصالحة بسبب طول العهد او وفاة الاشخاص الذين يستطيع الاستشهاد بهم ° فتقرير التقاضى فى هذه الحالة اذا انما تقرر للأخذ بيد المدين وحمايته من مطالبة الدائن له °

الفقه الاسلامي

٨٧١ — ولا يقر الفقهاء المسلمين التقاضى بنوعيه ، المكسب والمسقط ، ونقطة الابتداء فى الاحكام التي يقررونها فى هذا الصدد هي الحديث الشريف « لا يسقط حق امرىء مسلم وان قدم » ° وقد رتبوا على هذا الحديث ان الحق ، فى الاصل ، لا يسقط ولا يكتسب بمرور الزمان ° فوضع اليدين على غير المباح من الاموال لا يثبت الملكية مهما مضى من الزمن على وضع اليدين ° 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 فاقرروا مبدأ مرور الزمان ، ولكن

لا ككسب او مسقط للدّعوى بل كدافع للدّعوى فقط ، يستفيد منه واضح اليد والمدين . اما الحق فباق على حالة لم يسقط . فلو رد القاضي دعوى الدائن بسبب وجود مرور زمان فيها يبقى المدعى عليه مدينا للمدعى، ويكون قد هضم حق المدعى . وقد علّوا تقرير مبدأ التقادم بان السكوت عن المطالبة وعدم اقامة الدّعوى 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 للدّعوى انما كان لمنع الاحتيال والتزوير ولتأمين استقرار المعاملات^(١) . وقد اخذت بذلك مجلة الاحكام العدلية ، فنصل على مدد لا يجوز بعدها سماع بعض الدّعاوى .

٨٧٣ — وقد بنى فقهاء الحنفية والمالكية عدم سماع الدّعوى للتقادم على الاستحسان والضرورات العملية ، لأن الاصل ان الحق لا يسقط بالتقادم . ووجه الاستحسان هو منع التزوير والاحتيال . وعلّوه بان اثبات الدفع بعد مرور مدة طويلة متعدّر لامكان موت الشهود او نسيانهم . هذا الى ان سكوت الدائن عن المطالبة بدون عذر « يعد كالاقرار المنطوق به من الطالب (الدائن) للمطلوب (المدين) بأنه لا حق له عليه » ، ولأن هذا السكوت 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 تسمع بعدها الدّعوى . فذهب بعضهم الى انها ثلاثون سنة ، وذهب آخرون الى انها ثلاثة وثلاثين سنة ، وذهب آخرون الى انها 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 على سيدى خليل ، ج ٦ ، ص ٢٢٨-٢٣٠ ، نقلـاً الدكتور صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، ج ٢ ، ص ٣١٧ .

وَجَدَ السُّلْطَانُ العُمَانِيُّونَ هَذِهِ الْمَدَةَ طُوِيلَةً فَقَلَّوْهَا إِلَى خَمْسَ عَشَرَةَ سَنَةً ٠
 فَاصْدَرَ السُّلْطَانُ سُلَيْمَانُ لِقَانُونِيٍّ (١٥٢٠ - ١٥٦٦) امْرًا نَهَى فِيهِ قَضَاءَ
 الْإِسْلَامَ عَنْ سَمَاعِ دُعْوَى تِرْكَهَا لِمَدْعَى خَمْسَ عَشَرَةَ سَنَةً بِلا عَذْرٍ ، وَلَكِنَّهُ
 اسْتَشْنَى مِنْ ذَلِكَ الْوَقْفَ وَالْأَرْثَ ، فَابْقَى الْمَدَةَ فِيهِمَا ثَلَاثَةَ وَثَلَاثِينَ سَنَةً ٠
 وَقَدْ دَخَلَتِ الْمَجْلَةُ الْمِيرَاثَ ضَمِّنَ مَا لَا تَسْمَعُ فِيهِ الدُّعْوَى بَعْدَ خَمْسَ عَشَرَةَ،
 وَجَعَلَتِ الْمَدَةَ الَّتِي لَا تَسْمَعُ بَعْدَهَا دُعْوَى الْوَقْفَ سَتَّا وَثَلَاثِينَ سَنَةً^(١)) ٠
 الْاسْسَ الَّذِي يَقُولُ عَلَيْهِ مَنْعُ سَمَاعِ الدُّعْوَى

٨٧٤ — وَلَكِنَّ كَيْفَ يَمْنَعُ سَمَاعَ الدُّعْوَى مَعَ الْاَعْتَرْفَ بِوْجُودِ الْحَقِّ؟
 وَجَدَ الْفَقَهَاءُ الْمُخْرَجَ مِنْ ذَلِكَ فِي قَاعِدَةِ تَخْصِيصِ الْقَضَاءِ ٠ فَمِنْ الْقَوَاعِدِ
 الْمُرْكَرَةِ فِي هَذَا الْبَابِ أَنَّ الْقَضَاءَ يَجُوزُ تَخْصِيصَهُ بِالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ وَاسْتِثنَاءِ
 بَعْضِ الْخَصْوَصَاتِ ٠ فَلَوْلَى لَامِرُ ، أَيُّ السُّلْطَانُ ، أَنْ يَقِيدَ الْقَاضِيَّ
 وَيُخَصِّصَهُ بِالْقَضَاءِ فِي مَنْطَقَةِ مَعْيَنَةٍ وَمَلَدَةِ مَعْيَنَةٍ وَإِنْ يَمْنَعَهُ مِنَ النَّظَرِ فِي مَسَائِلِ
 مَعْيَنَةٍ إِذَا كَانَتِ الْمَصْلَحةُ تَقْضِيَ بِذَلِكَ ٠ وَعِنْدَئِذٍ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْظُرَ لِالْدَّعَاوَى
 الْمُتَعَلِّقَةُ بِتَلْكَ الْمَسَائِلِ ، وَإِذَا نَظَرَ فَلَا يَنْفَذُ حَكْمُهُ^(٢) ٠

(١) الْإِسْتَاذُ مُحَمَّدُ عَبْدُ الْلَّطِيفِ ، التَّقَادُمُ الْمَكْبُ وَالْمَسْقُطُ ، مَطَابِعُ
 دَارِ النَّشْرِ الْجَامِعَاتِ الْمَصْرِيَّةِ ، ١٩٥٨ ، ص ١٢ .

(٢) وَقَدْ نَصَتِ الْمَجْلَةُ عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ فِي الْمَدَةِ (١٨٠١) مِنْهَا يَقُولُهَا:
 «الْقَضَاءُ يَقِيدُ وَيُخَصِّصُ بِالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ وَاسْتِثنَاءُ بَعْضِ الْخَصْوَصَاتِ ٠ مِثْلًا
 الْحَاكِمُ الْمَأْمُورُ بِالْحِكْمَةِ بِمَدْةِ سَنَةٍ يَحْكُمُ فِي تَلْكَ السَّنَةِ فَقْطًا ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْكُمَ
 قَبْلَ حَلُولِ تَلْكَ السَّنَةِ أَوْ بَعْدَ مَرْوِرَهَا ٠ وَكَذَلِكَ الْحَاكِمُ الْمَنْصُوبُ فِي نَاحِيَةٍ
 يَحْكُمُ فِي جَمِيعِ أَطْرَافِ تَلْكَ النَّاحِيَةِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْكُمُ فِي غَيْرِ نَاحِيَةٍ ٠ وَالْحَاكِمُ
 الْمَنْصُوبُ عَلَى أَنْ يَحْكُمُ فِي مَحْكَمَةِ مَعْيَنَةٍ لَهُ أَنْ يَحْكُمُ فِي تَلْكَ الْمَحْكَمَةِ فَقْطًا ،
 وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْكُمُ فِي مَحْلٍ أُخْرَى ٠ وَكَذَلِكَ لَوْ صَدَرَ اْمْرُ سَلَطَانِي بِأَنَّهُ لَا تَسْمَعُ
 الدُّعَوَى الْمُتَعَلِّقَةُ بِالْخَصْوَصَاتِ الْفَلَانِيِّيَّةِ الْمَلَاهِظَةِ عَادِلَةٍ تَتَعَلَّقُ بِمَصْلَحةِ الْعَامَةِ ،
 لَيْسَ لَلْحَاكِمِ أَنْ يَسْتَعِمِنَ تَلْكَ الدُّعَوَى وَيَحْكُمُ بِهَا ٠ أَوْ كَانَ الْحَاكِمُ مَأْذُونًا
 بِاسْتَعِمَانِ بَعْضِ الْخَصْوَصَاتِ الْمَعْيَنَةِ فَلَهُ أَنْ يَسْمَعُ الْخَصْوَصَاتِ الَّتِي أَذْنَ بِهَا
 وَانْ يَحْكُمُ فِيهَا فَقْطًا ، وَلَيْسَ لَهُ اسْتِعْمَانُ مَا عَدَاهَا وَالْحِكْمَةُ بِهَا ٠ وَكَذَلِكَ لَوْ
 صَدَرَ اْمْرُ سَلَطَانِي بِالْعَمَلِ بِرَأْيِ مجْتَهِدٍ فِي خَصْوَصَاتِ لَا إِنْ رَأَيَهُ بِالنَّاسِ اَرْفَقَ
 وَمَصْلَحةَ الْعَصْرِ اَوْفَقَ ، فَلَيْسَ لَلْحَاكِمِ أَنْ يَعْمَلْ بِرَأْيِ مجْتَهِدٍ أَخْرَى مَنَافِ لِرَأْيِ
 ذَلِكَ الْمَجْتَهِدِ ٠ وَإِذَا عَمِلَ فَلَا يَنْفَذُ حَكْمُهُ» ٠

٨٧٥ — نص القانون المدني على مدد مختلفة للتقادم فيجب أن نرى هذه المدد • ثم إن هذه المدد قد تتفق وقد تقطع ، فيجب أن نرى متى يكون ذلك • ثم يجب أن نرى كيف تتحسب هذه المدد • فإذا تهينا من ذلك بقي أن نرى كيف يجب إعمال التقادم والآثار التي تترتب عليه • وعلى ذلك فاننا 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 — لآثار التي تترتب على التقادم

المبحث الاول

مدد التقادم

٨٧٦ — نص القانون المدني على ثلاثة 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 كلام من ذلك في مطلب مستقل •

المطلب الاول

التقادم العام او الطويل

٨٧٧ — الاصل في القانون المدني العراقي ان مدة التقادم خمس عشرة سنة ، لا ما استثنى بنص خاص • وقد نصت على ذلك المادة (٤٢٩) منه

بقولها : « الدعوى بالالتزام ، ايا كان سببه ، لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة ، مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة » . فكل التزام لم ينص القانون على مدة خاصة يتقادم بها لا تسمع به الدعوى بعدها اذا لم يطالب الدائن به في خلالها . وقد اخذ القانون المدني المدة المذكورة عن الفقه الاسلامي مقتنا في المجلة . فقد نصت المجلة في المادة (١٦٦٠) منها على ان : « لا تسمع دعوى الدين والوديعة والملك والعقارات والميراث والعقود الموقوفة التي ليست بعائدته 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 العائز سيء النية والريع الواجب على متولي الوقف الى المستحقين . ونرى كلاما 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 والایرادات المرتبة لا تسمع الدعوى به على المدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس سنوات » . فالحقوق التي تتقادم بخمس سنوات ائما هي الحقوق الدورية المتتجددة ، وهذا هو الضابط فيما : 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 المقطوع 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 التجدد المخصوص 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 المتفعة 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 الاجار لمدة سنة واحدة وبدل الاجار يدفع
 دفعه واحدة ، فهل يعتبر الالتزام الناشئ عنه من الحقوق الدورية التجدد
 فيتقادم بخمس سنوات ، ام لا يعتبر كذلك فلا يتقادم الا بخمس عشرة
 سنة ؟ ذهبت محكمة تميز العراق في حكم لها صادر في ٥٩-٢٧ 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 أهمية كبيرة في تقرير الدفع الذي تمسك به
 المميز . ثم انه ليس كل التزام ينشأ عن عقد الاجار 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 بحقه القوام المخصوص عنه في المادة المذكورة » . (القضاء المدني العراقي
 للأستاذ سلمان بيات ، ج ١ ، ص ٤٣١) .

الفوائد :

٨٨٢ — والفوائد هي ريع رأس المال ، وهي متتجددة ، والاصل ان تدفع كل سنة ، ولكن قد يتافق على دفعها لمدة قل من ذلك ، كثلاثة أشهر مثلاً ، وهي اما ان تكون اتفاقية او قضائية او قانونية ، وهي ، ايا كان مصدرها ، تقادم بخمس سنوات ، ويعتبر من الفوائد ريع الاسهم وفوائد السنادات ، ويشرط لاستحقاق الفوائد احتفاظها بصفتي الدورية والتتجدد ، فاذا جمدت ودمجت برأس المال فلا تعتبر عنده فوائد ولا تقادم بخمس سنوات ، بل تنطبق 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 والابرادات 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 وسائلى السيارات الخصوصية .
وكذلك لا يرادات المرتبة تعتبر حقوقا 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 ائما يدفع هذه الحقوق مما يحصل عليه من ريع دوري متتجدد ، كالمستأجر يدفع الاجرة من راتبه اذا كان موظفا ، وما يكسبه يوميا اذا كان كاسبا .

فاذا لم يطالب بها الدائن لمدة طويلة وترأكمت وسمح للدائن بالطالبة بها لكل المدة التي لم يطالب فيها بها فانها ستكون مبلغها كبيرا ينبع به كاهل

المدين اذا كان موظفاً ، وقد يعجز عن الوفاء به . وادعى 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 يهمل المطالبة بها ، فاذا لم يطالب بها لمدة خمس سنوات فذلك قرينة على استيفائه لها ، ويصعب على المدين بعد هذه المدة اثبات قيامه بالوفاء لصعوبة احتفاظه بالمخالصات الدورية التي يأخذها من الدائن .

استثناء : الريع المستحق 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 لهما 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 يقادم 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 . وحيثما

(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 ناشر الوقف انما هو وكيل المستحقين ، فان قبض الغلة اعتبرت امانة تحت يده لحسابهم ، ولا يتقادم حقوقهم فيها ما بقيت مفرزة في يد الناشر غير مختلطة بماله . ولكن كان الناشر قد استهلك هذه الغلة او هلكت بتعديه او بتقصيره فانه يصبح مسؤولاً عن فعله قبل المستحق ، ولهذا عندئذ ان يطالبه بحقه باعتباره دينا لا يتقادم الا باقضائه خمس عشرة سنة . وقد ايدت محكمة الاستئناف الاهلية بدوائرها المجتمعة في ٣ ايار ١٩٣٠ هذا الرأي ، وبه اخذ القانونان المصري والعربي . وبذلك حسما خلافاً كان موجوداً في القضاء المصري في هذا الصدد، وكان من الممكن ان يثور في القضاء العراقي ايضاً .

المطلب الثالث

التقادم الحولي او القصير

٨٨٨ — نصت المادة (٤٣١) مدنی على بعض الحقوق يتم التقادم بشأنها بمنتهى 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 - الاباعة ومن في حكمهم . ٣ - العمالة والخدم ومن في حكمهم . والسبب في جعل التقادم بالنسبة لهذه الحقوق قصيراً 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 تقادم فيها هذه الحقوق . لذلك قرر المشرع تقويتها ببيان توجيهها المحكمة من تلقاء نفسها الى المدين اذا كان حياته ذمته غير مشغولة ، والى ورثته اذا كان ميتاً ، والى وليه اذا كان محجوراً ، بانهم لا يعلمون بوجود الدين . ونرى كل طائفة من هؤلاء على حدة .

اولاً - أصحاب المهن الحرة :

٨٨٩ — نصت على أصحاب المهن الحرة الفقرة الاولى من المادة (٤٣١) من القانون المدني بقولها : « ١ — لا تسمى الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق الآتية : ١ — حقوق الاطباء والصيادلة والمحامين والاساتذة والمعلمين والمهندسين والخبراء ووكالء التقليسة والسماسرة ، وبوجه عام كل من يزاول مهنة حرة على ان تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما ادوه من عمل وما تكبده من مصروفات » . ويلاحظ ان النص بعد ان يخصص منها معينة يعود فيعم الحكم الى كل من يزاول مهنة حرة . وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يتضمن مثل هذا النص ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفته لأن فيه « توسيعا يجعل الحكم غير منضبط » ، ولأنه ، كما تقول اللجنة « يحسن في مدد التقادم الخاصة ان تعين الحقوق التي تقادم باقتضاء 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 المحلولن النفسيون والمرضون ولا المضمدون ولا المدربون الرياضيون ، فهو لاء لا تقادم حقوقهم بسنة واحدة بل بالتقادم العام او الطويل ، اي بخمس عشرة سنة . ولكن هل يعتبر المجرور من الاطباء ؟ لا نرى ذلك لأن النص المتعلق بالتقادم الجولي من النصوص ذات التفسير الضيق التي لا يجوز التوسع في تفسيرها .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٣١٣ ، نقلًا عن السنهوري ، السابق ، ص ١٠٣٤ .

٨٩١ — والحقوق المستحقة للطباء والتي تقادم بسنة واحدة هي الاجور التي يستحقونها على معالجة مرضاهم وما عسى ان يكونوا قد تکبدوا من مصروفات في اثناء العلاج ، كمصروفات الاتصال 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 يسعونها 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 (٨٤) 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 فالقادم بالنسبة لهم اصبح خمسيا يتم بخمس سنوات لاحوليا يتم سنة واحدة . هذا من جهة ، ومن جهة اخرى نصت المادة المتقدمة من قانون المحاماة على سقوط حق المحامي لا على عدم سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر مشروع . وعليه فلا توجه المحكمة اليمين الى 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 الموكى اذا انكر^(١) .

٤ - الاساندة 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 تلاميذه من كتب وادوات وشيء دراسية اخرى . ولكن اذا كان التلميذ في مدرسة اهلية ويعيش في قسم داخلي تابع للمدرسة فهل ينطبق الحكم المتقدم على الاجر 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 الذنوبي في هذا الصدد : « ان المبالغ التي يدفعها المحامي نيابة عن موكله كرسوم التسجيل والطوابع ورسوم استخراج صور الاحكام والمستندات تعتبر ديونا عادية تسقط بمضي خمس عشرة سنة » . وهذا غير صحيح بمقتضى القانون المدني . فالفقرة الاولى من المادة (٤٣١) مدنى المذكورة في المتن صريحة في دخول هذه المبالغ مع الاعتباف فهي تقول : « على ان تكون هذه الحقوق واجبة لهم جراء عما ادوه من عمل وما تكبده من مصروفات » .

هذا ومما يجب ملاحظته هو ان الذي يتقادم بسنة انما هو حقوق المحامي على موكله لا العكس . فإذا ترتب للموكى 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 المرافعة رغم تأجيلها جلستين متتاليتين ، فاقام عليه الدعوى وطلب الزامه بالدفع المذكور وتحميه المصاريق فردت المحكمة دعواه ، واستندت في حكمها الى الفقرة (١) من المادة (٤٣١) من القانون المدني . ولكن محكمة التمييز تقضى الحكم .

٥ - المهندسون :

٨٩٥ - والحقوق التي تثبت للمهندسين والتي تقادم بسنة واحدة هي الاجور التي يستحقونها عن وضع التصميم والاشراف على تنفيذها ، وما يتکبدونه من نفقات في هذا الشأن . ولكن اذا اخذ المهندس العمل كله على تفنته ، بما فيه وضع التصميم وتنفيذها واقامة البناء ، فلا تكون عندئذ تجاه اجر بل تجاه عقد مقابلة ، وعندئذ لا يقادم ما يستحقه المهندس بسنة واحدة بل بخمس عشرة سنة .

٦ - الخبراء ووكلاه التقليسة والمسماة

٨٩٦ - والخير والسمسار يستحقان على العميل الاتعب وما يتکبدانه من نفقات . اما وكيل التقليسة (الستديك) فيستحق اتعابه وما يتکبد من نفقات على التقليسة . والحقوق التي يستحقها هؤلاء تقادم ، كما بالنسبة للأشخاص المذكورين سابقا ، بسنة واحدة .

ثانياً - 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 الاشياء ، وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الاقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم» . والحقوق المذكورة في النص المقدم هي التي تنشأ عن عقود تتعلق بالاستهلاك اليومي ، كالمواد الغذائية او بالحياة اليومية ، كالملابس والاحذية ، والتي تسدد في الغالب فورا ، واما لم تسدد فورا فلا يتأخر تسديدها عادة عن نهاية الشهر حيث يقبض المدين راتبه ، فيسدد منه ما في ذمه . واصحاب هذه الحقوق هم : التجار والصناع ، واصحاب الفنادق والمطاعم . وتقول فيما يلي كلمة موجزة عن كل منهم .

١ - التجار

٨٩٨ - وحقوق التجار التي تقادم بسنة واحدة هي الناشئة عن اشياء

وردوها لأشخاص لا يتجررون بهذه الاشياء • والمقصود بـ «الأشخاص الذين لا يتجررون بهذه الاشياء» ان 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 المقدمة الحقوق الناشئة للقضاء والبقال ومخازن التجهيزات المنزلية عن قيمة الاشياء التي يبيعونها لعملائهم •

٨٩٩ — هذا ويشترط في البائع ان يكون تاجرا ، اي يشتري لبيع لغرض الكسب • فإذا لم تتوافر فيه هذه الصفة فلا ينطبق عليه النص المقدم ، وبالتالي لا يتقادم حقه بسنة واحدة بل بخمس عشرة سنة • فالمزارع الذي يبيع حاصلات ارضه لا يعتبر تاجرا ، فلا ينطبق عليه النص المقدم • 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 والحرفيين والميكانيكيين وصانعي الاحذية ومن على شاكلتهم • والحقوق التي لهؤلاء وتتقادم بسنة واحدة هي الحقوق الناشئة لهم على عملائهم نتيجة تقديم مصنوعاتهم او خدماتهم لهم لاستهلاكم الخاص • فإذا كان تقديم المصنوعات لغرض التجارة فلا ينطبق النص ، وبالتالي لا تتقادم حقوقهم الناشئة عنها بسنة واحدة بل بالتقادم العام او الطويل ، اي بخمس عشرة سنة • مثال ذلك ما اذا باع صانع احذية كمية من الاحذية من بائع مفرد ، فالحق الذي ينشأ له عليه لا يتقادم بسنة واحدة بل بخمس عشرة سنة • وكذلك اذا كان تقديم الخدمات لا للاستفادة الخاص بل لبيعها ، 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 تطبق

نصوص القانون المدني فلا تقادم حقوق هؤلاء بسنة واحدة ، بل نصوص قانون العمال وعندئذ تقادم حقوقهم بالمدة 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 عمالائهم عن ثمن الطعام ، وعن السكنى في الفندق وما يتبعها من غسل الملابس وكيفا وتقديم الطعام في الفندق وما قد يعطيه صاحب الفندق للعميل من سلفة عند الحاجة . ولا يعتبر فندقا الغرف المؤثثة (Chambres meublées) التي تؤجرها العمالة ، والحقوق الناشئة لاصحابها تعتبر حقوقا دورية متتجدة 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 والباب والخادم والطباخ وسائق السيارة والفلاح الذي يعمل في الحديقة ، وكذلك النجار والحداد ومصلح افاسيب 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 يوميا او اسبوعيا او شهريا ، بحسب الاتفاق .

هل يسري التقادم التجولي بالنسبة للحقوق التي يستحقها العامل بمقتضى قانون العمال ؟

٩٠٣ - يجوز قانون العمال للعامل الذي يفصل من العمل ان يطال

بالحقوق المترتبة له عن الاجازات التي يستحقها ، فهل تعتبر هذه الحقوق من قبيل الاجور اليومية فيسري بشأنها التقادم الغولي ، ام لا تعتبر كذلك فيسري بحقها التقادم العام ، اي التقادم بخمس عشرة سنة ؟ تضاربت احكام محكمة التمييز في هذا الصدد . في بينما نراها تأخذ بالرأي الثاني في حكم لها صادر في ١٩٥٦ ، فتقول فيه : « ان دعوى المدعى تلخص في انه استخدم عاملًا لدى الشركة من ١٩٥٢ الى ١٩٥٣ حيث استقال . وقد ترتب له حقوق عن الاجازات الاعتيادية لسنتين مختلفة وساعات اضافية عمل فيها ، وقد حكم له بـ١٠٠٠ مبلغ معين وصدق تميزا . ولدي 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 العملة 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 ١٧-١٩٥٦ الى « ان الحقوق المدعى بها استحقها المدعى بالاستناد الى قانون العمال ، والحقوق التي ارادها القانون المدني هي اجر العمال اليومية او الشهريه وليست الحقوق المترتبة بموجب قانون العمال . وعلاوة على هذا فان قانون العمال اجاز للعامل ان يطالب بحقوقه المذكورة بعد فصله من العمل . لهذا لا وجه لتطبيق مدة التقادم على الحقوق المدعى بها بموجب قانون العمال »^(١)

احكام خاصة بالتقادم الغولي :

٩٤ - نص القانون المدني على احكام خاصة بالتقادم الغولي ، 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 .

(الموجز ج ٢ - م ٣٠)

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 لحولي 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 حيا ، والى ورثته إذا كان ميتا ، والى وليه إذا كان محجورا ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين (م/٤٣١٣) . 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 بالقادم الطويل ، أي بخمس عشرة سنة .

المبحث الثاني

كيفية حساب مدد التقادم

حساب المدد باليام لا بالساعات وبالنقويم الميلادي لا الهجري :

٩٠٥ - تقضى المادة (٤٣٣) مدنی بان : تحسب المدة التي تمنع سباع الدعوى بالنقويم الميلادي وتكون باليام لا بالساعات » . ومعنى حساب المدة باليام لا بالساعات عدم اعتبار اليوم الناقص ، لأن هذا يقتضينا معرفة

(١) وقد سدت محكمة التمييز هذا النقص ، فهي تشرط توجيه اليمين إلى هؤلاء الأشخاص ، بالرغم من عدم نص القانون عليهم . فهي تقول، مثلاً ، في حكم لها صادر في ٢٣-٢-٥٨ : « أن محكمة البداية لم توجه اليمين المنصوص عليها في الفقرة (ج) من المادة (٤٣١) مدنی إلى المدعى عليه (رئيس بلدية الموصل) المتسلك بالقادم بأنه لا يعلم بأن دائرة مشغولة الدمة بالبلوغ المدعى به . وحيث أن ذلك نقص يستلزم النقض قرر نقض الحكم ... » .

الساعة التي بدأ فيها سريان التقاضي ، وهذا متعدد . وعليه فلا يعتبر اليوم الاول من سريان التقاضي وتحسب المدة من اليوم التالي له . ويدخل في الحساب ايام العطل الرسمية ، فلا تقص من مجموع المدة . ولكن اذا صادف اليوم الاخير يوم عطلة رسمية فالمدة تكمل باليوم اللاحق له ، فيجوز اتخاذ الاجراءات في هذا اليوم .

اما السنون فتحسب بالقويم الميلادي لا الهجري ، والسنة الميلادية اطول من السنة الهجرية . وقد سبق للقانون المدني ان نص على هذه القاعدة في المادة التاسعة منه .

اضافة مدة السلف الى مدة الخلف :

٩٠٦ — واذا ترك الدائن الدعوى مدة ومات وتركها وارثه مدة اخرى وبلغ مجموع المدين المدة المقررة للتقاضي فالتقاضي يكتمل ولا تسمع الدعوى بعد ذلك . (م ٤٣٢)

مبدأ سريان التقاضي : تاريخ استحقاق الدين

٩٠٧ — الاصل ان يبدأ سريان التقاضي من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الاداء . فالدائن لا يستطيع ، قبل هذا التاريخ ، مطالبة مدينه بالوفاء ، وبالتالي لا يمكن ان ينسب اليه اهمال او تقصير . والتقاضي نعلم ، انما تقرر جزاءً للدائن على اهماله وتقصيره في المطالبة بحقه . وتطبيقا للاصل المتقدم يبدأ سريان التقاضي بالنسبة للدين المؤجل من تاريخ حلول الاجل او سقوطه او النزول عنه من تقرر مصلحته . وبالنسبة للدين المعلق على شرط وقف يبدأ سريان التقاضي من حين تتحقق الشرط . فإذا كان الشرط فاسحاً فمن حين نشوء الدين ، ذلك لأن الدائن يستطيع المطالبة بحقه من هذه اللحظة ، والذي علق على شرط انما هو زوال الحق وانقضائه لا نشوؤه . واذا استحق المبيع فالدعوى التي يقيمه المشتري على البائع بضمانت الاستحقاق يبدأ سريان التقاضي بالنسبة لها من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق . وقد نصت على الاحكام المتقدمة المادة (م ٤٣٤) مدنی

بقولها : « ١ - يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى من اليوم الذي يصبح فيه الالتزام مستحق الاداء ٠ ٢ - ففي دعوى الدين المؤجل تبدأ المدة من وقت حلول الاجل ، وفي دعوى ضمان الاستحقاق من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق » ٠ 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 يتحققضرر ٠ فقبل ان يتحققضرر لا ينشأ حق في التعويض ، وانما ينشأ الحق اذا تحققضرر ٠ فهو اذا حق احتمالي ٠ فاذا تحققضرر اصبح حقا مؤكدا ، 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 فسريان التقادم بالنسبة له يبدأ من الوقت الذي يستطيع فيه الدائن اعلان ارادته مثلاً ذلك السنادات المستحقة حين الطلب ولدى لاطلاع (à 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 لا من تاريخ لاحق ٠ وقد نصت على الحكم المتقدم الفقرة الثالثة من المادة (٤٣٤) مدنی بقولها : « واذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفا على اراده الدائن ، سرى مرور 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 اذ 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 الذى اوقف التقادم يعود هذا الى السريان من جديد ، وعندئذ تضاف المدة السابقة على التوقف الى المدة السارية بعد زواله ، ومتى بلغ مجموع المدتین المدة المقررة في القانون يكتمل التقادم ولا تسمع الدعوى .

أسباب وقف التقادم

٩١٠ - وسباب وقف التقادم هي العذر الشرعي . وقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٤٣٥) على الاعذار الشرعية في هذا الباب بقولها : «١- توقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعي ، كأن يكون المدعي صغيرا او ان تكون الدعوى بين الزوجين ، او بين الاصول والفروع ، او ان يكون هناك مانع اخر يستحيل معه على المدعي ان يطالب بحقه» . والاعذار الشرعية التي نصت عليها هذه المادة هي : الصغر ، والحجر ، والغيبة ، وعلاقة الزوجية ، والعلاقة بين الاصول والفروع ، واخيرا المانع الذي يستحيل معه على المدعي ان يطالب بحقه . وتقول فيما يلي كلمة موجزة عن كل من هذه الامور .

١ - الصغر والحجر :

٩١١ - من الاعذار الشرعية التي توقف 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 الالازمة لقطع التقادم كان مسؤولا امام الصغير او المحجور .

٢ - الغيبة

٩١٢ - والغيبة انتها تعترى 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 دائمة . وتقرير ما اذا كان الغائب في هذه الحالة من عدم استطاعة المطالبة مسألة وقائع تعود لقاضي الموضوع .

٣ - علاقة الزوجية وال العلاقة بين الاصول والفروع :

٩١٣ - وعلاقة الزوجية تعتبر عذرًا شرعاً يقف سير التقادم ما دام الزوجان يعيشان سوية في سلام ووئام . والسبب في ذلك أن مطالبة أحد الزوجين الآخر تؤدي إلى احلال الشقاق بينهما وتعكير صفو العائلة ، وبالتالي إلى هدم كيان الأسرة .

٩١٤ - والعلاقة بين الاصول والفروع تعتبر ايضاً عذرًا شرعاً 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 ائماً 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 اذ يطالب بحقه . ومن هذه الحالات ايضاً اعلان منع التجول فيما تمنع على الدائن الخروج من داره^(١) . ومن هذه الحالات ايضاً ما اذا وقع الدائن اسيراً 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 بعضهم عذر شرعي ولم يكن للبعض الآخر ، فالدعوى

(١) كتب هذا الجزء من البحث في اثناء منع التجول بعد حركة ١٨ تشرين الثاني ١٩٦٣ .

(٢) وتطبيقاً لنص المادة (٤٣٥) مدنى المتقدمة قضت محكمة تميز العراق في حكم لها صادر في ١٤-٣-١٩٦٠ بان «المدعى غاب عن العراق فسكن الكويت لغرض التجارة . ان هذا الفياب لا يعتبر عذرًا تقى في المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كما ولم يثبت ان هناك مانعاً استحال معه على المدعى (المميز) ان يطالبه بحقه ، وحيث قد مضت المدة القانونية لسماع الدعوى يصبح القرار برد الدعوى موافقاً 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 بدلا من تخصيصه بالورثة . فالعملة 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 فانه 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 الى المدة السارية بعده . فإذا بلغ مجموع المديني المدة 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 يتم بحكم القانون كالافساح ، اما قطع المدة فيتم نتيجة عمل يقوم به الدائن او المدين كما سنرى .

أسباب قطع التقادم

٩١٨ — والأسباب التي تؤدي الى قطع مدة التقادم بعضها يصدر من

الدائن وبعضها يصدر من المدين . فالاسباب التي تصدر من الدين هي المطالبة القضائية وما في حكمها . والاسباب التي تصدر من المدين هي اقراره بحق الدين 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 يترب على قطع التقادم ، او انقطاعه كما يقول القانون المدني .

المطلب الاول

الاسباب الصادرة من الدين

DEMANDE JUDICIAIRE المطالبة القضائية

٩١٩ — اذا اقام الدائن الدعوى على مدينه مطالبا اياه بحقه فان هذه المطالبة القضائية تقطع التقادم الذي كان ساريا قبلها . ولا بد لقطع التقادم من ان تكون المطالبة قضائية ، اي باقامة الدعوى امام القضاء (citation 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 الباقية »^(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 المقادمة امام محكمة غير مختصة باطلة ولا تنظر فيها المحكمة ؟ اجازت الفقرة الاولى من المادة (٤٣٧) مدنی ان تقطع الدعوى المقادمة امام محكمة غير مختصة التقادم ولكنها اشترطت لذلك ان يكون رفع الدعوى الى المحكمة غير المختصة ناتجا عن غلط مفترض . وتقدير ما اذا كان الغلط مفترضا 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 : « ٠٠ فان طالب الدائن غريمته في المحكمة ولم تصل الدعوى حتى مضت المدة فانها تسمع بعدها » .

ما يعتبر في حكم المطالبة القضائية

٩٢٢ — وهناك امور اعتبرها القانون المدني كالمطالبة القضائية ورتب عليها الامر الذي رتبه على المطالبة القضائية ، وهو قطع مدة التقاضي . وقد نصت على هذه الامور المادة (٤٣٧) بقولها : « وكلطالبة القضائية الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس او توزيع . وبوجه عام اي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه اثناء السير في احدى الدعاوى » .

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري 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 ، فيتبس الامر على الدائن ويرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة عن خطأ مفتقر . فالقانون يفترض ان الدائن لم يرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة الا عن خطأ مفتقر ، فهو لامصلحة له في تكبد المصروفات 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 يطالبه 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 (مجموعه الاعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٣٣٣) ، السنهوري المرجع السابق ، مع الاحكام والمراجع المشار إليها في هوماشن (٣٦٢) .

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 التفليس بما يثبت حقوقهم . وتقديم الدائن بحقه في التفليس 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 المتقدمة من « اي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه اثناء السير في احدى الدعاوى » فمثلاه 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 الدعوى مطالبا اياه به وطلب الدائن من القاضي اجراء المقاصلة القضائية ، فان طلبه هذا يسمى « طلبا مقابلًا » او « طلبا عارضاً » ويعتبر كالمطالبة القضائية ويقطع التقادم . ومثال ذلك ايضا ان يتدخل الدائن في الدعوى كشخص ثالث .

٩٢٥ — وإذا كان يد 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 ، فان 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 يدعى الدائن ، حيث يعتبر هذا الاقرار نزولاً منه عن حقه في مطالبة خصمه باثبات ما يدعىه .

٩٢٧ — وليس الاقرار نزولاً عن حق ، فلا يعتبر من التصرفات الضارة ضرراً محضاً . وعليه فلا يشترط في المقرابية الاداء الكاملة . فاقرار ناقص الاهلية صحيح وقاطع للتقادم ، ولكن يشترط لصحته ان يكون ناقص الاهلية ممتعاً ، عند نشوء الدين ، بالأهلية الالزمة لانشاء هذا الدين في ذمته ، كما لو كان مأذونا له في ممارسة التجارة ونشأ الدين عن التصرفات المأذون له في اجرائها . ويستطيع الولي والوصي والقييم 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 تحريراً ، 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

الآخر الذي يترتب على قطع التقادم

سقوط المدة السابقة وبده تقادم جديد مساوٍ في مدته للتقادم المنقطع

٩٣١ — سبق ان من بنا ان قطع التقادم معناه سقوط المدة السارية قبل القطع واعتبارها كأن لم تكن . وعندئذ يبدأ تقادم جديد لا يعتد فيه بالمدة السابقة ، فيجب ان تمر مدة مساوية للمدة المقررة في القانون للتقادم المقطوع . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٤٣٩) مدني يقولها: « ١ — اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، بدأ مدة جديدة كالمدة الاولى » .

استثناء : صدور حكم بالدين والتقادم الجولي

٩٣٢ — على ان القاعدة المتقدمة والقاضية بان المدة الجديدة تساوي المدة السابقة يرد عليها استثناء ان نصت عليهما الفقرة الثانية من المادة (٤٣٩) المتقدمة ، وهذا الاستثناءان هما : ١ — اذا حكم بالدين وحاز الحكم درجة البتات ، ايا كانت مدة التقادم السابق . ٢ — اذا كان التقادم حوليا وانقطع باقرار المدين . ففي هاتين الحالتين تكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، ايا كانت مدة التقادم السابق . ولكن يجب الانتباه هنا الى ان الدين المحكوم به اذا كان يتضمن التزامات دورية 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 للبلغ المحكوم به عن الاجرة السابقة على الحكم يتقادم بخمس عشرة سنة ، لأن هذا المبلغ فقد صفة الدورية والتتجدد . اما بالنسبة للاقساط التي ستستحق في المستقبل فتقادم بخمس سنوات لا بخمس

عشرة سنة . والسبب في ذلك هو ان هذه الاقساط لم تكن مستحقة عند صدور الحكم ، وإنما مستستحق في المستقبل على شكل اقساط دورية متعددة ، فيتقادم كل قسط منها بخمس سنوات تبدأ بالسبعين من المدة (٣٨٥) من الذي يحل فيه هذا القسط . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٣٨٥) من القانون المدني المصري على الحكم المتقدم . أما القانون العراقي فلم ينص عليه ، ولكن يمكن الأخذ به بدون نص لأنه ليس الا تطبيقاً للقواعد العامة .

المبحث الخامس

كيف يجب أعمال التقاضي

المحكمة لا تقضي بالتقاضي من تلقاء نفسها بل يجب التمسك به

٩٣٣ — لا يترتب على التقاضي سقوط الدين ولا براءة ذمة المدين منه، وإنما يترتب عليه عدم سماع الدعوى فقط . لذلك يتصل التمسك به اتصالاً وثيقاً 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 يتمسک به المدين ولا اي شخص اخر له مصلحة في التمسك به ، كالكفيل والمدين المتضامن ، ودائن المدين الذي يتمسک 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 تتمتع 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 يتمسک به المدين » .

التمسك بالتقادم في اية حالة كانت عليها الدعوى :

٩٣٤ — والتمسك بالتقادم ممكن في اية حالة كانت عليها الدعوى .
فيستطيع المدين ان يتمسك به امام محكمة البداء وامام محكمة الاستئناف ،
ولكن يجب ان لا يكون في تأثيره التمسك به منذ الابداء ما يدل على
نزوله عنه ضمنا . اما امام محكمة التمييز فلا يستطيع المدين الدفع بالتقادم
للمرة الاولى ، وذلك لان هذه المحكمة لا تنظر من الناحية الموضوعية في امور
لم تعرض على محكمة الموضوع . ثم ان الدفع بالتقادم ليس من النظام
العام فتفضي 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 الاوضاع المستقرة . ثم ان المدين لا يستطيع ، عند
التعاقد ، ان يرفض هذا الشرط من الدائن لان 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 مرت 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 الدائنوذ ذريعة يتسلون بها الى الحصول مقدما على نزول المدينين من الناحية العملية عن التقادم . فينص في الاتفاق ، مثلا ، على ان الدين لا يقادم الا بخمسين سنة . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٤٤٣) مدنى المتقدمة في عبارتها الاخيرة 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) مدنى بقولها : « وانا 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 يشترط فيه شكلية معينة . والضمني يستفاد من تصرف المدين ، كما اذا اقام الدائن عليه الدعوى بالدين وتعمد عدم الدفع بالتقادم ، بحيث يفهم من سلوكه انه لا يريد التمسك به . ولكن هذه القرينة غير قاطعة ، فليس من الضروري دائمًا 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 الذنون 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 من اقرار 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 ممتلكا باهلية الاداء الكاملة ؟ يقول النص : « ٠٠ يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه ان يتنازل ولو دلالة عن الدفع بعد ثبوت الحق فيه ٠٠٠ ». وقد سبق ان قلنا ، عند الكلام عن الاقرار (ف ٩٢٧) ، انه يشترط لصحة اقرار ناقص الاهلية ان يكون ممتلكا باهلية الالزمة لانشاء الدين الذي يقر به في ذاته . وقلنا كذلك ان الولي والوصي والقييم 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 تسمى 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 نحيز 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 (٢/٣٨٨م) ، ولكن مع عدم الانتهاء إلى اختلاف العلة أو الحكمة في القانون المدني المصري عنها في القانون المدني العراقي . فالآخر الذي يترتب على التقادم في المدني المصري هو انقضاء الالتزام وفوائده وملحقاته (م ٣٨٦) ، أما في المدني العراقي فلا يترتب مثل هذا الآخر . فالدين يبقى على حاله ، كما قلنا ، ولكن الدعوى به لا تسمع . ورأينا نتيجة ذلك ، وهي أن المدين إذا أقر بالدين أمام المحكمة أخذ بأقراره . أما في القانون المدني المصري فإذا تمسك المدين بالتقادم فالحق يسقط ولو أقر بعد ذلك بالدين^(١) .

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١١٥٣ ، هامش ٣ . وينصب الاستاذ الكبير السنهوري إلى أن أحكام التقنين العراقي تتفق في هذا الصدد مع أحكام 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 فدمة المدين تبرأ ، فالنزول عن التمسك بالتقادم يجعل المدين ، كما يقول الاستاذ السنهوري نفسه (ص ١١٤٧) ، في موقف من يلتزم . ويرتب الاستاذ على ذلك عدم استطاعة الصغير والمحجور النزول عن حقهما في التمسك بالتقادم ، وكذلك عدم استطاعة الوصي أو القائم النزول عن حق الصغير في التمسك بالتقادم من غير إذن المحكمة (الموضع المذكور أعلاه) . حتى إن المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري نصت صراحة على اعتبار التنازل بمنزلة التبرع ورتبته 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 يتقدّر . فيجوز ، كما قلنا في المتن ، للصغير ومن في حكمه أن يقر بدينه في ذاته ، كما يجوز للولي ومن في حكمه الاقرار بدينه في ذمة الصغير . فإذا جاز لهم الاقرار بالدين جاز لهم النزول عن التمسك بالتقادم . ثم إن الاستاذ السنهوري يجيز للولي ومن في حكمه النزول عن حق الصغير في التمسك بالتقادم إذا حصل على إذن المحكمة . وهذا الشرط الذي يقول به الاستاذ لم ينص عليه القانون ، ولا ندري كيف يجوز للمحكمة أن تجيز للولي ومن في حكمه النزول عن حق الصغير في التمسك بالتقادم . فالنزول عن التمسك بالتقادم يعتبر ، في القانون المدني المصري ، من التصرفات الضارة ضررا محضا ، فلا يملك الولي ومن في حكمه ولا المحكمة القيام به .

(الموجز ، ج ٢ ، م ٣١)

اثر 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) .

علم نفاذ النزول عن التقادم اذا صدر اضراراً بحق الدائنين

٩٤١ - تقضي الفقرة الثانية من المادة (٤٤٣) مدني المقدمة في عبارتها الأخيرة بان : « التنازل لا ينفذ في حق الدائنين اذا صدر اضراراً بهم » . وهذا النص يتعلق بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائرته (البولصية) . فإذا اكتملت مدة التقادم وثبتت حق المدين في التمسك به ولكن 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 دائريه 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 مدينيهم عن التمسك بالتقادم بالدعوى البولصية . ذلك ان المادة (٢٦٣) من هذا القانون اجازت الطعن في التصرف الصادر من المدين والفار بالدائن اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته . و اذا 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 لتمكن الدائنين من الطعن

في نزول مدينهم عن التمسك بالتقادم ، لأن هذا النص إذا لم يكن موجوداً في القانون لما كان بإمكان الدائنين 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 نبوته 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 فإننا نرى أن الدائنين ، في القانون المدني المصري ، يستطيعون الطعن في نزول مدينهم عن التقادم بالدعوى البولصية إذا صدر النزول اضراراً 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 سبباً 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 بالقادم ، يعتبر التزاماً مدنياً واجب الوفاء . ف مجرد مرور مدة التقادم لا يقضى الالتزام إذا لم يتمسك به المدين . فإذا وفي المدين به فإنه يكون قد وفي بالتزام واجب في ذاته ، ولا يستطيع استرداد ما دفعه على أساس استرداد ما 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 دائنه وتوافرت شروط المقاصلة فانها تقع اذا تمسك الدائن بها ، ولا يستطيع المدين التمسك بالتقادم بعد ذلك لأن الدينين يكونان قد انقضيا بمجرد تلاقيهما . وهذه النتائج تترتب في القانون المدني العراقي والقوانين المدنية الأخرى .

آثار التقادم بعد التمسك به

٩٤٣ - اما آثار التقادم بعد التمسك به فتحتفظ 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 وتوابه وملحقاته^(١) . فلا يمكن اجبار المدين على الوفاء به . وتسقط مع الدين التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به ، شخصية كانت هذه التأمينات أم عينية . ويسقط مع الدين كذلك فوائده ، ولو لم تمض عليها مدة التقادم الخمسي . فلو 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 ترتب تطبيقا لقاعدة «اذا سقط الاصل سقط الفرع»، فالتأمينات والفوائد عبارة عن ملحقات وتوابع للدين ، فإذا سقط الدين سقطت هي معه . ولكن قد تسقط الفوائد ويبيقى 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 ان الذي يسقط بالتقادم ائما هو الدعوى لا الحق (بلانيول وريبير ورادوان ، ٧ ف ١٣٩٣ ، ص ٧٢٦) وقد سبق ان رأينا متاخر قفهاء الحنفية والمالكية يقولون به (ف ٨٧٢) . ونرى من ذلك أن الفقهاء المسلمين قد سبقوا 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 نتائج ، وهي ان المدين اذا أقر بحق الدائن امام المحكمة فانه يؤخذ باقراره ويلزم بالدين (م ٤٤٠) . ورأينا كذلك ان الدعوى اذا لم تسمع بالدين للتقادم فهي لا تسمع كذلك بفوائده وملحقاته وقد نصت على ذلك المادة (٤٤١) مدنی بقولها : « اذا لم تسمع الدعوى بالحق لمرور الزمان فلا تسمع الدعوى (١) بالفوائد وغيرها من الملحقات حتى لو لم تكمل المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بهذه الملحقات » وهذا الحكم يتفق مع ما رأينا في الفقه الغربي .

نتيجة :

٩٤٥ - يخلص لنا مما تقدم ان الاتر 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 الاتر هو عدم تمكّن الدائن من الحصول على حقه . ولكن يختلف القانون المدني المصري والقوانين المدنية الاخرى عن القانون المدني العراقي في انها تنص على تخلف التزام طبيعي في ذمة المدين ، بينما لا ينص القانون المدني العراقي على تخلف مثل هذا الالتزام . والسبب في ذلك واضح . فالقانون المدني المصري والقوانين المدنية الاخرى ما دامت ترتب على التقادم سقوط الدين من دون وفاء فهو تنص على تخلف التزام طبيعي في ذمة المدين .اما القانون المدني العراقي فلما كان لا يرتب على التقادم مثل هذا الاتر ، 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 العربي . 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 فالمدعي عليه يبقى مدينا للمدعي ويكون قد هضم حقه .

القادم المسقط وسقوط الحق :

٩٤٦ - وينبغي ، قبل ان ننتهي من موضوع القادم المسقط ، ان نقول كلمة موجزة في التمييز بينه وبين سقوط الحق . فسقوط الحق يختلف عن تقادمه في الغرض الذي تقرر من أجله . *Déchéance*

فالقادم المسقط ، كما سبق ان رأينا ، انما تقرر لحماية الاوضاع المستقرة ، او يقوم قرينة على الوفاء ، او للتخفيف على المدين وعدم ارهاقه . اما سقوط الحق فجزاء قراره 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 . ويتربى على هذا الفرق بين القادم المسقط والسقوط النتائج التالية :

١ - المدد التي ينص عليها القانون للقادم تقف وتقطع ويمكن النزول عنها ، أما المدد التي ينص عليها لسقوط الحق فلا تقف ولا تقطع ولا يمكن النزول عنها .

٢ - لا يعتبر القادم من النظام العام ، فهو لا يتبع أثره الا اذا تمسك به من تقرر لمصلحته ، وليس للمحكمة ان تستمع عن النظر في الدعوى للقادم من تلقاء نفسها من غير ان يطلب منها ذو المصلحة ذلك . اما السقوط فيعتبر من النظام العام ، وتقرر المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يطلب منها ذو المصلحة ذلك .

(١) ف ٨٧١ .

- 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 يقادم ، أي لا يسقط بالتقادم . اما الدفع بسقوط الحق فيسقط مع الحق بانتهاء المدة المقررة لاستعماله .

امثلة :

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 المقبول اذا كان العقد معاوضه ، ولينقصه اذا كان تبرعا . فيبعاد السنة بيعاد سقوط لا بيعاد 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 والنقض . 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 التوسيع الناشئة عن العمل غير المشروع لا تسمع بعد انتهاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي احدثه ، ولا تسمع بعد انتهاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (م ٢٣٢) . فالمدة هنا مدة سقوط أيضا لا مدة تقادم . وهناك أمثلة أخرى كثيرة متشرة في ثنايا القانون لا داعي لذكرها وانما ذكرنا امثلة المتقدمة على سبيل المثال ولتوضيح 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 الحكم اذا ابرز الدائن الى المحكمة سندًا موقعاً من المدين وسألت المحكمة المدين عن توقيعه على السند ، فهل ينكر هذا توقيعه ليستفيد من مرور الزمان ، أم يقر ويدفع بمرور الزمان ؟ فإذا اقر توقيعه أخذ باقراره ولا يستطيع بعد ذلك الدفع بمرور الزمان . وإذا انكر توقيعه فهناك طرق التتحقق من ذلك . ثم إن هناك سندات مصدقة من الكاتب العدل لا يستطيع ملوكع عليها انكار توقيعه ، ومعنى ذلك عدم استطاعته التمسك بمرور الزمان^(١) .

٩٤٩ - بهذا تنتهي 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 التقادم نشير الى ان الاستاذ ضمبله حيث خطاب عضو محكمة تمييز العراق ، مقالاً في هذا الموضوع منشوراً في مجلة القضاء سنة ١٩٥٧ ، وقد عملنا كل ما في جهودنا للحصول على العدد المنصور فيه المقال فلم نفلح .

فهرس اجمالي محتويات الكتاب

صفحة	
١	تمهيد
٣	الباب الاول - تنفيذ الالتزام
٥	الفصل الاول - التنفيذ العيني الجري
٥	الفرع الاول - شروط التنفيذ العيني الجري
١٢	الفرع الثاني - وسائل الحصول على التنفيذ العيني الجري
١٣	المبحث الاول - الاكراء البدني
١٥	المبحث الثاني - التهديد المالي
١٩	الفصل الثاني - التنفيذ بمقابل (أو التعييض)
٢٢	الفرع الاول - شروط التعويض
٢٧	الفرع الثاني - تقدير التعويض
٢٧	المبحث الاول - التعويض القضائي
٣١	المبحث الثاني - التعويض الاتفاقى (أو الشرط الجزائي)
٤٥	المبحث الثالث - التعويض القانوني (أو الفوائد)
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 دائنه (البولصية)
٧٨	المبحث الاول - شروط الدعوى البولصية
٩٤	المبحث الثاني - طبيعة الدعوى البولصية وآثارها وانقضاؤها
٩٧	الفرع الثالث - الحجر على المدين المفلس

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	١٢١
الفصل الاول - الشرط	١٢٣
الفرع الاول - مقومات الشرط أو شروطه	١٢٤
الفرع الثاني - أنواع الشرط	١٢٦
المبحث الاول - أنواع الشرط من حيث أنثره	١٢٦
المطلب الاول - الشرط الواقف	١٢٧
المطلب الثاني - الشرط الفاسخ	١٣٠
المبحث الثاني - أنواع الشرط من حيث تتحققه وتخلفه	١٣٤
الفرع الثالث - آثار الشرط	١٣٩
المبحث الاول - آثر الشرط في مرحلة التعليق	١٣٦
المطلب الاول - الشرط الواقف	١٣٦
المطلب الثاني - الشرط الفاسخ	١٤١
المبحث الثاني - آثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق	١٤٣
المبحث الثالث - الآثر الرجعي لتحقق الشرط	١٤٦
الفصل الثاني - الأجل	١٥٣
الفرع الاول - مقومات الأجل	١٥٣
الفرع الثاني - أنواع الأجل	١٥٨
المبحث الاول - أنواع الأجل من حيث أنثره	١٥٨
المبحث الثاني - أنواع الأجل من حيث مصدره	١٥٩
الفرع الثالث - آثار الأجل	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 طرف الالتزام	١٩٣
الفرع الاول - الدين المشترك	١٩٤
المبحث الاول - مصادر الدين المشترك	١٩٥
المبحث الثاني - الاتار التي تترتب على الامتراف في الدين	١٩٨
الفرع الثاني - الدائون المتضامنون (أو التضامن الايجابي)	٢٠٨
المبحث الاول - مصادر التضامن بين الدائنين	٢٠٩
المبحث الثاني - الاتار التي تترتب على التضامن بين الدائنين	٢١١
الفرع الثالث - المدينون 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 - اسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام	٢٤٠
المبحث الثاني - الاتار التي تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام	
الباب الثالث - انتقال الالتزام	٢٥٦
الفصل الاول - حواله الدين	٢٦٧
الفرع الاول - اركان الحواله وشروطها	٢٦٨
الفرع الثاني - احكام حواله الدين	٢٧٢
المبحث الاول - العلاقة بين المحال له والمحال عليه	٢٧٣

المبحث الثاني - العلاقة بين المحال له والمحليل	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	٢٩٠
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 والمحليل	٣٠١
المبحث الثالث - العلاقة بين المحال عليه والمحليل	٣١٥
المبحث الرابع - العلاقة بين المحال له والغير	٣١٦
باب 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 - لمن يكون الوفاء	٣٥٥
المطلب الاول - الوفاء للدائن أو نائبه	٣٥٥
المطلب الثاني - الوفاء لشخص لا صفة له في استيفاء الدين	٣٥٨
المطلب الثالث - العرض والإداع	٣٦٤
الفرع الثاني - محل الوفاء	٣٧٠
المبحث الاول - الوفاء بالشئ المستحق ذاته	٣٧١
المبحث الثاني - الوفاء بالشيء المستحق كله	٣٧٥

المبحث الثالث - تعين 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 - المقاصلة	٤٠٩
المبحث الاول - المقاصلة القانونية	٤١٣
المبحث الثاني - المقاصلة الاختيارية والمقاصلة 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- عمور الزمان المانع من سماع الدعوى (القادم المسقط)	٤٤٩
المبحث الاول - مدد القادم	٤٥٣
المطلب الاول - القادم العام أو الطويل	٤٥٣
المطلب الثاني - القادم الخمسي	٤٥٤
المطلب الثالث - القادم الحولي أو القصير	٤٥٨
المبحث الثاني - كيفية حساب مدد القادم	٤٦٦
المبحث الثالث - وقف مدد القادم	٤٦٨
المبحث الرابع - قطع مدد القادم	٤٧١
المبحث الخامس - كيف يجب أعمال القادم	٤٧٧
المبحث السادس - الانوار التي ترتب على القادم	٤٨٣

جدول الخطأ والصواب

بالرغم من الجهود الكبيرة التي بذلناها في التصحح عند طبع الكتاب ،
الا ان اغلاطا كثيرة قد وقعت . وفيما يلي أهم هذه الاغلاط ، تاركين الباقي
الى فطنة القارئ ، كما اتنا سنبذل كل جهودنا لتلافي ذلك في الطبعة الثانية ان
شاء الله .

صواب	خطأ	صفحة	سطر
تنفيذها علينا	تنفيذها	١٦	٥
وتسليمه	وتسليه	١٣٩٨	٨
يصبح مستحيلاً ويتحول	يتتحول	١٠	٨
محل اعتبار	اعتبار	٤	٩
عليه	على	١٩	٩
غالباً	دائماً	٢٤	١٠
مسيرة	مسيرة	٤	١٤
اذا	الا اذا	١٢	١٤
ام	او	١٣	١٤
وامتنع	او امتنع	١٦	١٥
تحذف الاسطر ٨ و٩٦		١٧	
يمكن	ي肯	٤	١٩
او امتناع المدين عنه مع كونه	مع كونه	١٣	١٩
له	عليه	٢١	٢٤
الوديعة او العارية	العين المودعة او المارة	٢	٢٧
او المؤجرة			

صواب	خطأ	ص	س
على ما	على	٩	٣١
يزيد	يزيو	١٧	٣٣
له	لم	٣	٢٤
اـ بالالتزام	بالالتزام	١٧	٣٤
يـعـدـ السـطـرانـ ٢١ وـ ٢٢ـ	يـعـدـ السـطـرانـ ٢١ وـ ٢٢ـ		٣٧
١٧٠	١٦٨	٨	٣٨
الـيـعـ	الـيـعـ	١	٤٣
تـخـفـضـهـ	تـخـفـضـهـ	٥	٤٥
الـثـالـثـ	الـثـانـيـ	٧	٤٥
مـعـلـومـ الـقـدـارـ	مـعـلـومـ	٩	٤٦
تضـافـ العـبـارـةـ التـالـيـةـ إـلـىـ	متـالـ ذـكـ ماـ اـذـ اـتـلـفـ	٢	٤٩ـ
شـخـصـ مـالـ اـخـرـ اوـ	اـخـرـ السـطـرـ :		
غـصـبـهـ وـوـجـبـ عـلـيـهـ			
الـتـعـويـضـ			
ماـ اـذـ	ماـذـاـ	٤	٥٣ـ
بـديـونـهـ	بـدونـهـ	٥	٥٨ـ
الـوـسـطـ	الـتـحـفـظـةـ	١٦	٥٨ـ
الـدـعـوـيـ	الـدـعـوـةـ	٢٤	٥٩ـ
وـلاـ	أـوـ	٢٢	٦٥ـ
وـيمـكـنـهـ	يـمـكـنـهـ	١٧	٦٦ـ
يـواـجـهـهـ	يـواـجـهـهـ	١٩	٧٢ـ
لـهـ بـهـ	بـهـ	١٣	٧٣ـ
دـاتـيـهـ	هـؤـلـاءـ	٢	٧٦ـ

صواب	خطأ	ص	س
لأولاده	من اولاده	١٦	٢٦
الى	التي	١٢	٢٧
تحقق الشرط أو حلول	تحقق النوط	٩	٢٩
الأجل			
المفتر	المفتر	١٠	٨٠
يبعه	يبع 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	صاحب	٢١	١٠١
الثالث	الثاني	١	١١٧
ومختلط	وارادي محض	١٦	١٢٦
يبعه	يبعه	٢١	١٢٧
الشرط الواقف	٢١ و ٢٠ و ١٢ الشرط	١٢	١٢٩
		٢٢	
مالكا	ملكا	٨	١٣٢
حقا موجودا	حقا	٨	١٣٨
حرم حلالا	حللا	٢١	١٤٠
يتتحقق	يختلف	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	ولا	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
مصلحة الدائن	مصلحة	١٢	١٧١
يطلب	يطلب	١٧	١٧١
تأمينيا	تأمينا	١١	١٧٣
يكون له	يكون	١٩	١٧٣
من حين العقد لا من وقت	من وقت	٤	١٨٤
	يحذف السطر	٢٣	١٨٤
فبراً ذمته من	من	٤	١٨٦
بالالتزام	بالالتزام	٢	١٩٤
وما	يوما	١٩٤	آخر
ويقع	وله يقع	٨	١٩٧
فالدين يصبح	يصبح	١٢	١٩٧
لموته	لاموته	٨	١٩٩

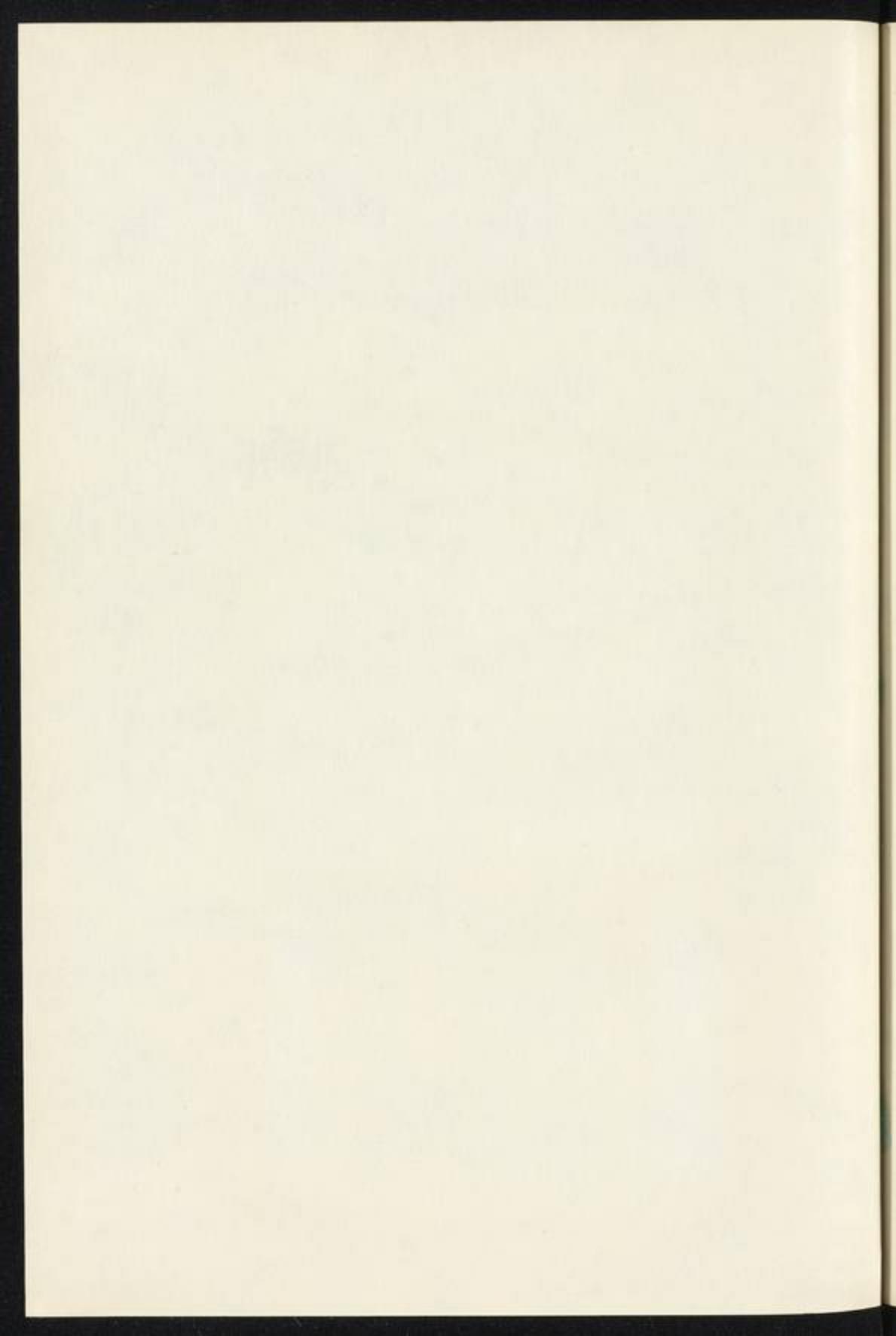
(الموجز ، ج ٢ ، م ٣٢)

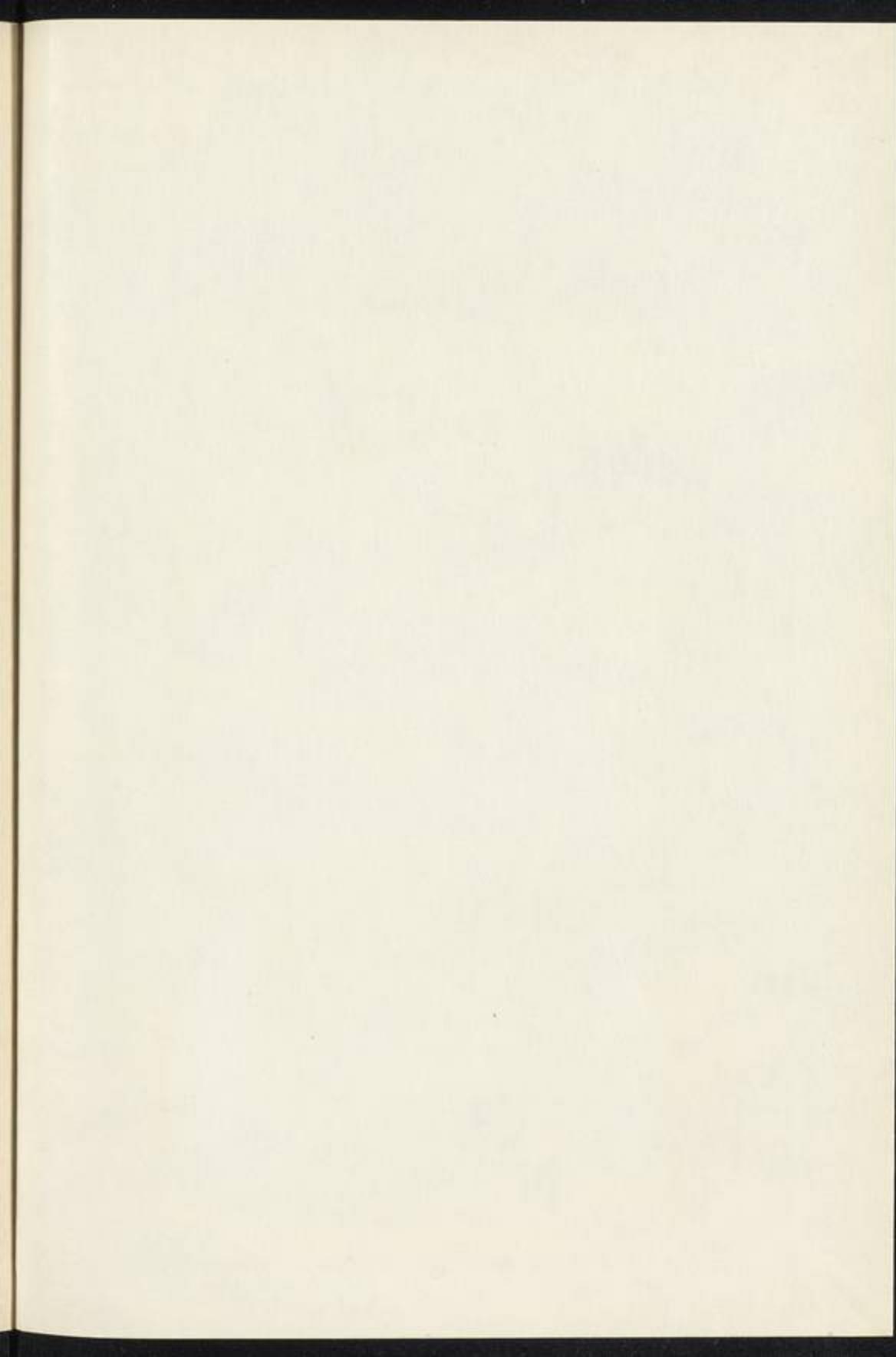
صواب	خطأ	ص	س
مائة وخمسة وعشرون	خمسة وعشرون	٢١	٢٠٢
يتعد	تبعد	آخر	٢٠٢
بقية الدائنين	بقية	آخر	٢٠٢
منهم	منها	٤	٢٠٤
٣١٢	٢١٢	٤	٢٠٥
٣١٣	٢١٣	١٢	٢٠٥
٣١٤	٢١٤	١٧	٢٠٧
بالتمن	بتسلیم المیع	٢	٢١١
الدائنين بالمدین	الدائنين	٢٣	٢١٥
يقض به	يقض	١٨	٢٢٠
الدائن	الدائنين	١١	٢٢٢
		٣	٢٢٤
تحذف العبارة من : وتغير المدین ° ° الى الدائن			
الجديد		١	٢٢٥
تضاف العبارة التالية بعد فان هذا المدین يستطيع			
كلمة دینار :			
بثمانمائة دینار			
أربعة الاف	الاف	١٦	٢٢٥
المختلطة	المشترك	٢٠	٢٢٨
تحذف عبارة : ويكون الدين معلقا على شرط		٢	٢٢٩
واقف لم يتحقق أو مضافا الى أجل واقف لم يحل			
تضاف العبارة التالية بعد كلمة « ومنفردین » :		٧	٢٣٠
ولكن القانون المدني العراقي استبعد فكرة النية			
المتبادلة بين المدينيين المتضامنين			

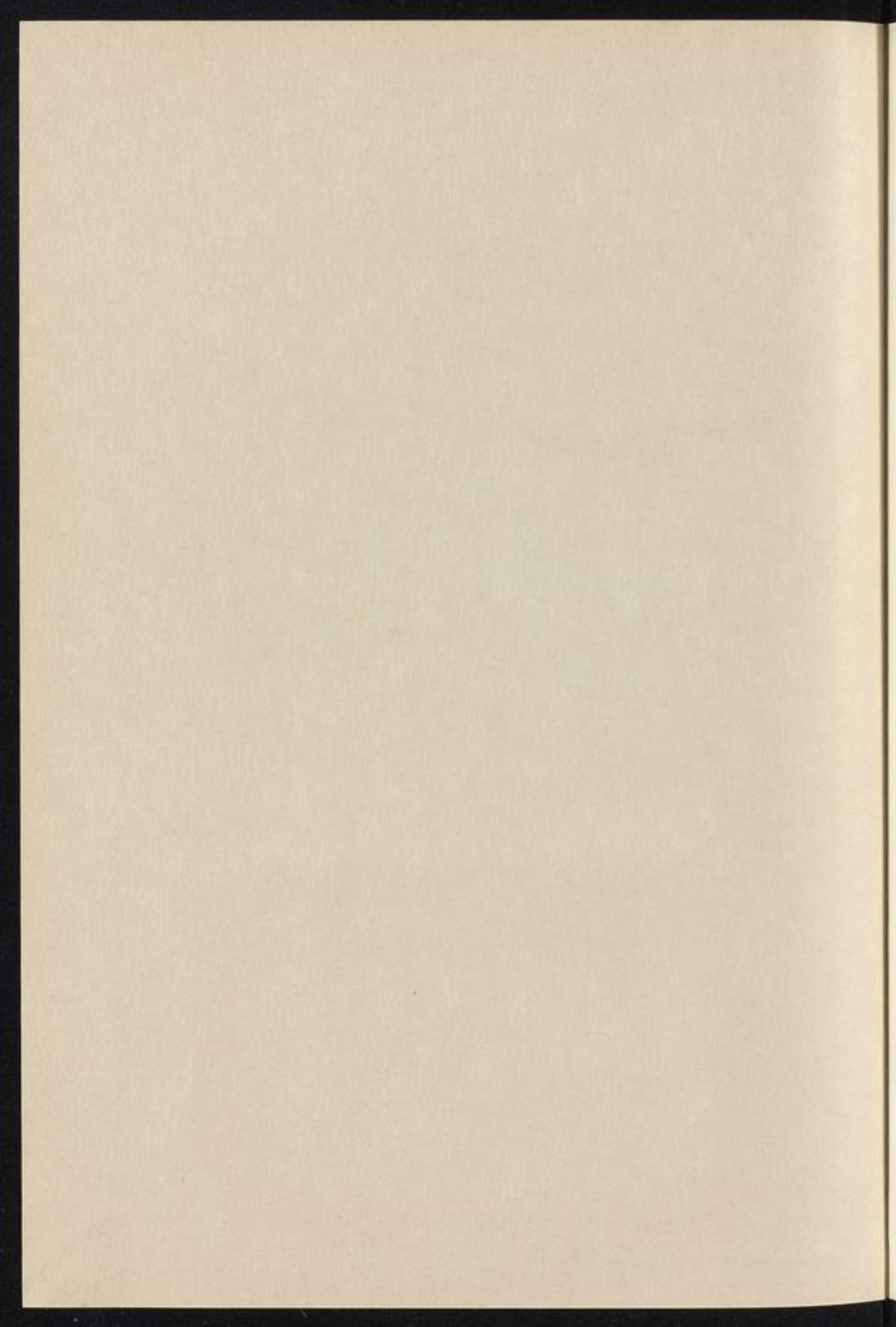
صواب	خطأ	ص	س
أحد المدينين	المدينين	٢٣	٢٣٢
ويستطيع المشتري	ويستطيع	٦	٢٤٠
أحد المدينين	المدينين	١١	٢٤٦
السلبي بالنسبة لاعذار	السلبي	١٤	٢٤٧
الدائن أحد المدينين	الدائنين	٢١	٢٤٧
تحذف عبارة : فإذا كان هو الذي يتحمله في النهاية		٦	٢٤٩
الدائنين بالمددين	الدائنين	٣	٢٥٠
ال الحال له	المحيل	١٥	٢٦٢
لا	الا	١٦	٢٦٢
فتغير	فتحين	٢٤	٢٦٤
الاشتراء	الاشتراك	٤	٢٦٦
المشترط	المشتراك	١٢٥	١٠٩
رفضها	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		٢٨٠
بقية	بقيمة	١٤	٢٨٥
و	او	٢٣	٢٩٣

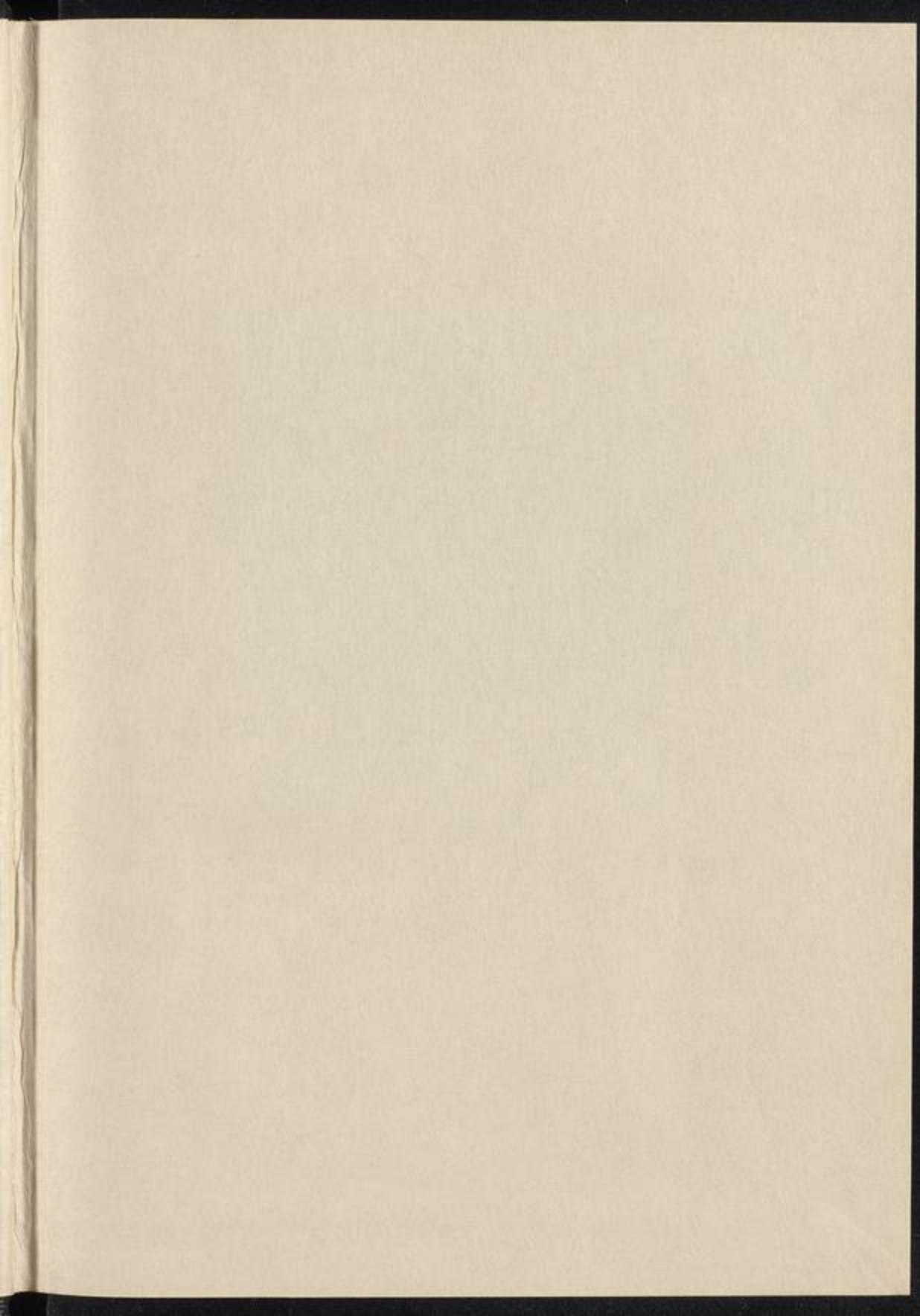
صواب	خطأ	ص	س
اضرارا	اضرار	١٥	٢٩٤
المحال له	المحال	٩	٢٩٩
المحال عليه	عليه	٣	٣٠٥
تفضي	تفضي	١٨	٣٠٨
المحيل	المحال له	١١	٣١٥
يشترط	يشترك	١٠	٣٢٧
الموفي به	بـ	١٨	٣٥١
بحذف السطر ويحصل الوفاء مع الحال وحالة محله ما يلي :	الحق من حيث شرروط الانعقاد	٢٠	٣٥١
والنفاذ ومن ٠٠٠			
ل مدینه	لمدینه مدینه	١٧	٣٥٨
رفض الدائن	رفض	١٩	٣٦٥
التي تكون	تكون	٣	٣٦٨
العرض والابداع	العرض	٩	٣٦٩
علينا	علينا	٤	٣٧٢
يعادله	يعادل	٥	٣٨٥
للتعاقد	للتعاقد	١١	٤٠٦
منعت المادة	منعت	١٩	٤٢٤
وصل	يوصل	٢٣	٤٤٠
كل	كلا	١٧	٤٤٩
اذا كان	كان	٣	٤٥٨
قدم ذكرهم	ذكرهم	١٠	٤٦٦
CITATION	CTATION	١٢	٤٧٣
ابحنا	بحنا	٤٧٨	اخير

تاریخ انتهاء الطبع ١٢-١٠-١٩٦٥









COLUMBIA UNIVERSITY



0026812940

956.7

H127

2

APR 14 1987

